



比较民法与判例研究

第二卷

Comparative Civil Law and Case Study Vol.2

詹森林 朱晓喆 主编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

没有附带判决的法律，犹如没有肌肉的骨架。
——恩斯特·拉贝尔



法律出版社官方微信

 独角兽工作室

平面设计

上架建议 民法学

ISBN 978-7-5118-9225-6



9 787511 892256 >

定价：59.00元



比较民法与判例研究 第二卷

Comparative Civil Law and Case Study Vol.2

詹森林 朱晓喆 主编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

比较民法与判例研究. 第2卷 / 詹森林, 朱晓喆主编
—北京: 法律出版社, 2016. 3
ISBN 978 - 7 - 5118 - 9225 - 6

I. ①比… II. ①詹… ②朱… III. ①民法—比较法—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 048141 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/刘文科

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/财经出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/20.75 字数/383 千

版本/2016 年 3 月第 1 版

印次/2016 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9225 - 6

定价:59.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

卷 首 语

《比较民法与判例研究》(第二卷)出版在即,编者谨就本卷文章的形成和主旨略作说明。本卷的两组主题文章分别是2014年、2015年在上海财经大学召开的“比较民商法与判例研究两岸学术研讨会”上的案例比较研究主题报告。其他文章也曾在会议上进行论文报告。如果把这些文章和会议的报告比喻为一场学术盛宴,那么首先要感谢制作这些美味佳肴的“厨师”们。于此不妨交代一下研究报告的设计和组织的考虑。

虽然每次会议的组织者名义上是“比较民法与判例研究所”,但从选题的设计到具体的报告人选,实际上较多依赖于与国内一些优秀的中青年民法学者的沟通、建议,甚至亲自“下厨”的支持。我们在讨论确定选题和组织研究力量时,首先是考虑问题的重要性,即它应该具有理论上的探讨价值,最好是有一定难度的争议性话题,例如,本卷“见义勇为”主题就反映了我国整个社会都在争论的“扶不扶”难题。其次要考虑主题案型在实践中发生的可能性和普遍性,因为既然是案例比较的国别报告,就必须考虑该类案型在该国实际发生的情况,倘若该国没有此类案例纠纷,无疑会给研究报告者造成无米之炊的窘境,研究的意义也将大打折扣。再次要考虑主题报告者的研究领域与主题的相关度和熟悉度。幸运的是,我们迄今每次都能荣幸地邀请到各该法域的优秀专家。最后要考虑选题的受众接受度。因为主题研究报告最终在学术期刊上发表,供全国的法律学习研究者阅读和批评,为激起大家对这一研究模式的关注和兴趣,鼓励对这些主题进一步的研究讨论,选题既不能太细微琐碎,也不能太空泛,最好是能给更多的研究者“置喙”的机会,例如,本卷的“人工胚胎案”在会议研讨时,我国宪法和民事诉讼法的学者,甚至医疗伦理界的学者,都参与到讨论中来。

当然,不论是主题选择还是组织实施,都还存在诸多不足,其中最为遗憾的莫过于在发表这些比较法研究报告后,我们尚未来得及总结和提炼有关主题的各国民商法制对我国当下的立法和司法活动的意义。尽管查阅“中国知网”上我们曾组织的案例比较研究文章,论文的引证数量逐渐上升,基于这些报告的进一步深入研究也渐渐增多,但尚未观察到我们这些研究的实践性运用,因此编者也时常自问“比较民法与判例研究向何处

去”。事实上,作为实践理性学问的法学,不论研究方法千差万别,但始终是以解决实践问题为旨归,唯其距离远近不同而已,此处不便展开论证。于此,编者权以本丛书第1卷的绪言《比较民法与判例研究的立场和使命》谈到的观点,即比较法研究很大程度上只是提供“解决方法的库存”,而不是直接解决问题的对策研究,作为可能面临实践意义追问的回应吧。

编者 谨识

2016年2月21日

目 录

主题案例研究之一 见义勇为民事责任的比较法研究

见义勇为与无因管理

——从德国法及台湾地区规定评河南省南阳市中级人民法院(2004)

南民一终字第 75 号判决 吴从周(003)

法国法上的见义勇为 叶名怡(029)

意大利法中私人救助研究

——兼谈见义勇为的债法基础建构 肖 俊(049)

见义勇为的民事责任

——日本法的状况及其对中国法的启示 章 程(064)

论英美法上的好撒马利亚人 李 昊(084)

见义勇为行为中受益人补偿义务的体系效应 王 雷(115)

主题案例研究之二 人工胚胎法律问题的比较法研究

人工受孕体在当代意大利立法和判例中的地位 徐国栋(132)

由死后人工生殖之相关裁判谈人工生殖法的禁制与开放 戴瑀如(149)

法国法上的人工胚胎 叶名怡(166)

英美法上的冷冻胚胎案 李 昊(187)

英国法上的人体胚胎规制体系 李蕊佚(218)

法制化途中的人工胚胎法律地位

——日本法状况及其学说简评 周江洪(229)

民商法原理与案例研究

从不法使人出生(Wrongful life)之损害赔偿诉讼看比较法案例 詹森林(240)

不问祭祀问继承——祭祀公业和释字第 728 号解释	陈荣传(252)
责任保险中的连带责任承担问题	
——以机动车商业三责险条款为分析样本	韩长印(266)
不动产物权登记生效制度的实践困境与未来出路	董学立 王 隽(283)
输血致害责任归责原则实证研究	董春华(295)
论定金与违约金的适用关系	
——以《合同法》第 116 条的实务疑点为中心	姚明斌(309)

主题案例研究之一

见义勇为民事责任的比较法研究^{*}

德国比较法学家恩斯特·拉贝尔(Ernst Rabel)曾说过:“有法律而无相关判决,犹如仅有骨骼而无肌肉。”对于落后的中国法制而言,比较法的力量不仅在于立法上的制度借鉴移植,而且从比较法的角度考察相同案件的处理机制,对于司法实践更具有直接的现实影响力。在《华东政法大学学报》2012年和2013年年度分别刊出“第三人惊吓损害侵权责任的比较研究”和“第三人侵扰婚姻关系法律问题的比较法研究”两期主题案例比较研究基础上,本期编辑部协同上海财经大学法学院“比较民法与判例研究所”组织民法学界中青年学者就“见义勇为民事责任”的问题,分别基于德国、法国、意大利、英国、美国、日本、我国台湾地区以及我国大陆的法律实践和法学理论,对一起见义勇为的民事案件进行研究评析,以期丰富学理上对于见义勇为的理论认识,并助益我国司法实务的发展。于此感谢上海财经大学法学院朱晓喆教授所做的组织研究工作,更感谢各位研究者奉献出精彩的国别报告。

【专题导引】

本组专题选择《中国审判案例要览(2005年民事审判案例卷)》上的一起见义勇为民事责任的案例[河南省南阳市中级人民法院(2004)南民一终字第75号民事判决^①]作为研究对象。为便于研究和读者理解,现将案情、裁判理由以及待研究问题概括如下:

本案中法院查明案件事实如下:原告郑花阁是死者张国林之妻。2003年7月19日下午,被告张鹏与本村周小军、周迅等人一起到南阳市淅川县城西边灌河洗澡。当日19时许,被告张鹏落入深水中,大呼救命,原告的丈夫张国林闻声即去救助,但不幸溺水死亡,张鹏则被推到浅水处得救。为此原告要求被告张鹏支付安葬费3000元、死亡补偿费

^{*} 本组稿件原载《华东政法大学学报》2014年第4期,引用请注明出处。

^① 国家法官学院、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览(2005年民事审判案例卷)》,人民法院出版社、中国人民大学出版社2006年版,第526页以下。

20,671 元、被抚养人抚养费 8859 元,合计 32,530 元。

河南省南阳市淅川县人民法院认为:“公民应当遵守社会公德,提倡危难相助,见义勇为;社会公德是树立良好的社会风尚的道德要求,而法律则是实现良好的公共秩序的规范手段。张国林舍身救人,其风尚应当颂扬,其精神为人们学习的楷模,这是难以用金钱衡量的。张国林的见义勇为行为相当于无因管理,从而使张国林与张鹏之间存在衡平的客观基础,基于公平原则的考虑,获救人张鹏应给予张国林的妻子郑花阁适当的经济补偿,而不是全部的赔偿。张鹏给予郑花阁的适当经济补偿,应以张鹏本人的获益情况和本人的经济承受能力综合考虑。”遂根据《中华人民共和国民法通则》第 109 条、最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第 142 条的规定,作出如下判决:被告张鹏一次性补偿原告郑花阁人民币 18,000 元,其补偿责任由被告张鹏的法定监护人张宏业承担。

案件经一审宣判后,原被告均不服上诉至河南省南阳市中级人民法院。河南省南阳市中级人民法院经审理查明:二审法院认定的事实与一审情况相同,并认为:“张国林对张鹏溺水实施的救助行为系没有法定的或者约定义务的无因管理行为,按照我国民法通则的规定,张鹏及法定代理人应对张国林因此而付出生命代价给其亲属造成的损失承担赔偿责任。……原审法院判决根据本案的实际情况确定一定的补偿数额,而非全部赔偿,上诉人称其赔偿数额过高的理由本院不予支持。综上所述,张国林为救助张鹏无私地奉献出宝贵的生命,弘扬了舍己为人的社会公德,其近亲属郑花阁理应得到赔偿。原审法院判决事实清楚,适用法律正确,处理适当。河南省南阳市中级人民法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)项的规定,作出如下判决:驳回上诉,维持原判。”

就本案裁判,研究者可围绕如下议题展开国别报告:

1. 在何种情形下,见义勇为者负有施救义务?
2. 见义勇为的施救者在施救过程中,自身受到人身或财产损害,是否可向被救者主张补偿或赔偿请求权? 其请求权基础何在?
3. 施救者实施救助活动未成功(如未挽救被救者的生命),但自身却遭受损害,是否仍可请求上述权利?
4. 如危难事件由第三人导致,施救者可否请求该第三人承担赔偿责任?

见义勇为与无因管理

——从德国法及台湾地区规定评河南省南阳市中级人民法院(2004)南民一终字第75号判决*

吴从周**

目 次

- 一、案例事实与问题之提出
- 二、见义不勇为与侵权行为
- 三、见义勇为与无因管理
- 四、无因管理之构成要件
- 五、无因管理之法律效果
- 六、结论

一、案例事实与问题之提出

河南省南阳市中级人民法院(2004)南民一终字第75号判决(以下简称“郑花阁案”)之案例事实可以简化为:张国林于2003年7月19日在河边工作时,听闻当时14岁之张鹏落水后呼喊“救命”,随即跳入水中将被告张鹏救出,但张国林则因救助而溺水死亡(本件诉讼由其妻即原告郑花阁提起)。与张鹏同行者尚有周小军和周迅,但二人则另

* 本文初稿曾发表于2014年4月26~27日在上海财经大学法学院主办之“比较民商法与判例研究两岸学术研讨会”,经会后修改润饰而成。感谢中国政法大学朱庆育教授与会评议,并提供诸多宝贵意见与参考文献。

** 台湾大学法律学院助理教授。

由他人(一位汽车司机)救起。^①

一审河南省南阳市淅川县人民法院依据《民法通则》第109条^②及最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第142条^③之规定,判令原告之请求:“公民应当遵守社会公德,提倡危难相助,见义勇为;社会公德是树立良好的社会风尚的道德要求,而法律则是实现良好的公共秩序的规范手段。张国林舍身救人,其风尚应当颂扬,其精神为人们学习的楷模,这是难以用金钱衡量的。张国林的见义勇为行为相当于无因管理,从而使张国林与张鹏之间存在衡平的客观基础,基于公平原则的考虑,获救人张鹏应给予张国林的妻子郑花阁适当的经济补偿,而不是全部的赔偿。张鹏给予郑花阁的适当经济补偿,应以张鹏本人的获益情况和本人的经济承受能力综合考虑。因被告张鹏的法定代理人张宏业在事后已主动到原告家表示谢意,故原告提出的要求被告张鹏赔礼道歉的请求不予支持”。

二审河南省南阳市中级人民法院则维持一审法院之判决,认为:“张国林对张鹏溺水实施的救助行为系没有法定的或者约定义务的无因管理行为,按照我国民法通则的规定,张鹏及法定代理人应对张国林因此而付出生命代价给其亲属造成的损失承担赔偿责任。张国林的近亲属郑花阁未对周迅、周小军及其法定代理人提出诉讼请求,应当尊重当事人的选择起诉权,其选择向张鹏及其法定代理人请求赔偿并无不当。上诉人请求三人分担给付义务的理由不能成立。原审法院判决根据本案的实际情况确定一定的补偿数额,而非全部赔偿,上诉人称其赔偿数额过高的理由本院不予支持。综上所述,张国林为救助张鹏无私地奉献出宝贵的生命,弘扬了舍己为人的社会公德,其近亲属郑花阁理应得到赔偿。原审法院判决事实清楚,适用法律正确,处理适当”。

① 本案判决事实对于周小军及周迅二人是由何人救起,是否亦由张国林所救助,在当事人间有争论。应先说明者有二:(1)被告张鹏方面主张周小军及周迅二人亦系由张国林救起,故三人应共同负赔偿责任,但原告方面并未如此主张,然而一审法院在诉讼上却许可由“被告张鹏”方面申请“追加”周小军及周迅二人为共同被告。其是否依据2007年《中华人民共和国民事诉讼法》第119条(2012年新修正《民事诉讼法》第132条)规定“必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的,人民法院应当通知其参加诉讼”,由于判决中未载明,故不得而知。不过,与《德国民事诉讼法》(第263条)及台湾地区“民事诉讼法”(第255条第1项第5款)不同,其均只能由“原告”声请追加当事人。(2)此点事实虽然一审法院以证据不足未能证明为由,不采被告张鹏方面之主张,被告张鹏上诉,上诉理由中仍然如此主张,虽然最终二审法院亦不采此事实认定,然而如果假设,张鹏等三人均为张国林所救起,或者均由张国林及另一名汽车司机所共同救起,即发生复数管理人或本人之问题,值得在下文中进一步研究。

② 《民法通则》第109条规定:“因防止、制止国家的、集体的财产或者他人的财产、人身遭受侵害而使自己受到损害的,由侵害人承担赔偿责任,受益人也可以给予适当的补偿。”

③ 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第142条规定:“为维护国家、集体或者他人合法权益而使自己受到损害,在侵害人无力赔偿或者没有侵害人的情况下,如果受害人提出请求的,人民法院可以根据受益人受益的多少及其经济状况,责令受益人给予适当补偿。”

本案虽然一审和二审法院都准许了原告之请求,但尚有下列问题值得讨论:

(一)见义勇为者何时有助救义务?倘“郑花阁案”因救人而身亡之张国林见张鹏落水后呼喊“救命”之际,仍见死不救,是否构成侵权行为?此涉及作为义务发生之依据为何?

(二)本案得支持原告向被告请求赔偿之请求权基础为何?

一审法院虽然认为本案事实“相当于无因管理”,但却又认为“从而使张国林与张鹏之间存在衡平的客观基础,基于公平原则的考虑”。查“无因管理”系以《民法通则》第93条“没有法定的或者约定的义务,为避免他人利益受损失进行管理或者服务的,有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用”作为请求权基础,但“公平原则”所指为何,并不清楚,除了在《民法通则》第4条有“民事活动应当遵循……公平……原则”原则性宣示外,似乎系指《民法通则》第132条“当事人对造成损害都没有过错的,可以根据实际情况,由当事人分担民事责任”规定而言,^④但无论如何,二者并不相同;此外,在一审的判决书最后却又引用《民法通则》第109条“因防止、制止国家的、集体的财产或者他人的财产、人身遭受侵害而使自己受到损害的,由侵害人承担赔偿责任,受益人也可以给予适当的补偿”作为判决之依据,造成本案在请求权基础上不够明确。

二审法院则仅强调“张国林对张鹏溺水实施的救助行为系没有法定的或者约定义务的无因管理行为,按照我国民法通则的规定”,未明确引用条文,不知是否即指《民法通则》第93条而言,而不含一审法院所提及的上述规定,亦值悬揣。

(三)无因管理之制度目的与法律性质为何?

本案“郑花阁案”判决引无因管理作为“适当经济补偿”之依据,是否正确?进而影响到的问题是,如果救人的张国林是不具“完全行为能力”之未成年人时,是否亦构成无因管理?

(四)无因管理之构成要件为何?

在本案“郑花阁案”判决中特别可能涉及者系,如果见义勇为之行为救助无效果,被救助人仍然死亡时,是否影响无因管理之成立?

此外,假使本案管理人张国林除救助张鹏外,同时亦救助周小军及周迅,则复数被救助之本人间,对于本案张国林之赔偿应如何负责?

^④ 王利明著:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版。该书第115页诠释公平原则时指出,我国《民法通则》第4条规定,民事活动应当遵循公平原则,是将公平原则确立为一项基本原则。此一原则在合同法、物权法及侵权法中均有其适用。第120页进一步指出:在侵权法的运用上,“公平责任又称衡平责任,是指当事人双方在对造成损害均无过错的情况下,由人民法院依据公平的观念,在考虑当事人的财产状况及其他情况的基础下,责令加害人对受害人的财产损失给予适当补偿”。我国《民法通则》第106条第3款规定“没有过错,但法律规定应当承担民事责任的,应当承担民事责任”,第132条规定“是公平责任原则的重要法律依据”。

(五) 无因管理之法律效果为何?

管理人依据无因管理之法律关系,得向本人为何种请求?费用偿还请求权或报酬请求权?是否包括本案判决所判令给付之安葬费、死亡补偿费及被扶养人扶养费?

本文拟从德国法及我国台湾地区相关规定的文献角度出发,评析本案见义勇为之判决,并试图证立透过德国法与我国台湾地区有关“无因管理”制度的完整规定,足以解决中国大陆所发生见义勇为的基本问题^⑤。

二、见义不勇为与侵权行为

(一) 见义不勇为与纯粹不作为

以积极“作为”加害他人,侵害权利,固然得成立侵权行为。但孩童落水不伸援手,邻宅失火坐视不管,见人车祸不送就医,此等见义不勇为之纯粹“不作为”,则不构成侵权行为,盖“原则上不能强迫应帮助他人,而使危难相济的善行成为法律上义务”。^⑥旁观者并不负有法律上救助义务。虽然有少数国家以刑法处罚单纯不作为,但大多数国家对于不作为成立民事之侵权行为,均必须以当事人有基于法律规定或契约或先行行为或者实务判决发展出来之交易安全义务等作为义务(参见下述)存在为前提。在我国台湾地区亦同,“关于危难救助,刑法未设规定,原则上亦不成立侵权行为;其为救助时,得成立无因管理。”^⑦

(二) 见义不勇为违反作为义务?

不作为要构成侵权行为,而与积极的作为同视,以有作为义务为前提,且有结果回避之可能性。亦即,不作为之人对于被害人负有义务防免其法益受损。这些责任法上重要之作为义务,可能来自法律规定或契约或先行行为^⑧或者实务判决发展出来^⑨之交易安全义务^⑩等。民法上将其区分为二种:

1. 保护义务之违反

保护义务系指从契约约定或者法律规定之保护义务可以直接得出,不作为之人有行为之法律义务。例如,父母对子女之保护义务(我国台湾地区“民法”第1084条)、雇主

^⑤ 中国大陆对此问题讨论之基本文献,可参见曾大鹏:“见义勇为立法与学说之反思”,载《法学论坛》2007年第2期;张谷:“论侵权责任法上的非真正侵权行为”,载《暨南学报》(哲学社会科学版)2010年第3期。

^⑥ 王泽鉴著:《侵权行为法》,2009年7月,自版,第111页。

^⑦ 同上注,第112页。

^⑧ 刑法上所谓的保证人地位(Garantenstellung)。

^⑨ 可回溯到1902年帝国法院之判决RGZ 52, 373。

^⑩ 交易安全义务因此由法官法发展出来成为补充传统作为义务来源三分法(法律、契约、先行行为)之另一种类型。参见李昊著:《交易安全义务论——德国侵权行为法结构变迁的一种解读》,北京大学出版社2008年版,第243~245页。乃对此论题深入研究值得参考之著作。

对员工之契约上保护照顾义务。

2. 交易安全义务 (Verkehrssicherungspflicht od. Verkehrspflicht; 或译交易往来安全义务) 之违反

交易安全义务主要是针对某一个支配与获得利益之领域之安全确保义务, 亦即, “任何创造与持续某一危险来源之人, 应采取必要且可期待之防范措施, 以保护第三人免于遭受此种危险”之义务。^⑪ 因此, 交易安全义务之规范对象, 是创造与持续某一危险来源之人, 原则上是对于危险来源有决定力之支配者。^⑫ 其主要情形有三:^⑬ (1) 因自己行为致发生一定危险, 而负有防范义务, 如驾车撞伤人, 纵无过失亦有将被害者送医之行为义务; (2) 开启或维持某种交通或交往, 应为必要之警告或照明等防范措施 (开启交通型 Sorgfaltspflichten aus Verkehrseröffnung), 如在自宅举办选举造势晚会, 应防范腐朽枯树压伤参加之宾客, 出租民宿应注意楼梯及照明; (3) 因从事一定营业或职业而承担对该危险物危险防范之义务 (对危险物事实上支配型), 如百货公司应确保安全门通畅, 运动场所应确保观众安全, 商品制造人应承担该商品损害责任等。

中国侵权责任法亦借鉴了最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第6条针对交易安全义务之规定即“从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织, 未尽合理限度范围内的安全保障义务致使他人遭受人身损害, 赔偿权利人请求其承担相应赔偿责任的, 人民法院应予支持”, 而于该法第37条规定了交易安全保障义务。^⑭

如上所述, 见义勇为是以道德义务为前提, 见义勇为者既无保护义务, 亦无交易安全义务, 似难认其有何施救之行为义务存在。

三、见义勇为与无因管理

(一) 请求权基础

1. 公平原则?

《民法通则》第132条规定: “当事人对造成损害都没有过错的, 可以根据实际情况,

^⑪ 这是德国联邦最高法院一再出现的表述语句, 参见 BGHZ 5, 378, 380f.; 14, 83, 85; BGH NJW 1990, 1236; Larenz/Canaris, SR II/2, § 76 III 1, 13. Aufl., 1994, S. 400. 中文论述参见林美惠: “侵权行为法上交易安全义务之研究”, 台湾大学法研所 2000 年博士学位论文, 第 37 页。

^⑫ 王泽鉴著: 《侵权行为法》, 2009 年 7 月, 自版, 第 336 页; Schwarz/Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., 2006, § 16 Rn. 115。

^⑬ 王泽鉴著: 《侵权行为法》, 2009 年 7 月, 自版, 第 114 页; Schwarz/Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., 2006, § 16 Rn. 112 - 114。

^⑭ 周友军著: 《侵权法学》, 中国人民大学出版社 2011 年版, 第 107 页。

由当事人分担民事责任。”该条规定的体系位置是在第六章第三节“侵权的民事责任”内,故学说上均指该条是有关《民法通则》第4条确立之公平原则在侵权行为法上的具体化规定,^⑮与无因管理应无关联。

此外,如果公平原则指的是“衡平责任”在具体个案的适用,则以抽象的公平原则或者衡平原则(Billigkeit)^⑯作为请求权基础,亦嫌空泛。

哲学家亚里士多德最早提到衡平思想的内容,在今日仍然足以作为参考。亚里士多德当时称之为正义之善(Güte in der Gerechtigkeit),他说:“……正义之善……是对法律正义的修正。理由在于:每个法律都是普遍性地被规定。但在许多个案中却不可能据此正确地作成普遍性决定。很多案件必须普遍性地宣示法律,但却不是全部都是正确的,特别是当法律对某些个案没有办法综观整体,因而存在着错误时。尽管程序是正确的,因为这些错误并非存在于法律或者立法者本身,而是存在于事物本质中,这是生活会一再带来的。……此时在立法者的意义下,自己去修正这样的欠缺,是完全没有问题的:……这就是‘正义之善’的本质:修正法律在其普遍性规定上的不足之处。”^⑰

由此可知,衡平思想涉及的是个别正义或实践个案正义的问题(Einzelfallgerechtigkeit),乃为调和普遍适用的法律之严格性与形式僵硬性而生,不在于提供一般性的法律规定作为请求权基础。^⑱ 本案判决将应属侵权行为规定之我国《民法通则》第132条并列为无因管理之请求权基础,已非无疑;以抽象之“公平原则”一并作为请求权基础,亦非允当。

2. 无因管理

参与德国民法的制定者 Windscheid 在德国民法制定前即曾说:“任何人介入他人事务之事实,就足以为他自己,也为事务所属之该他人创造义务,即使……原本没有任何义务关系存在。”^⑲ 这段话后来就成为德国民法继受德国普通法,进而继受罗马法 negotiorum gestio(无因管理)制度的前身,而在《德国民法典》第677条到第687条成为一个有体系而独立的法律制度。

我国台湾地区“民法”在第172条仿《德国民法典》第677条“未受委任,并无义务,

^⑮ 王利明著:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版,第115~120页。

^⑯ “Billigkeit”这个德文字,在德国民法中,除了被翻译成中文的“衡平”外,也常被译成“公平”,关于衡平原则的内涵、与正义和公平之关系、具体化案型之详细分析讨论,请参见王泽鉴:“举重明轻、衡平原则与类推适用”,载《民法学说与判例研究》(第8册),1996年10月,第34页以下。

^⑰ Aristotles, Nikomachische Ethik, Buch V, 1137b, 转引自 Klaus F. Röhl, Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch, 2. Aufl., 2001, S. 272。并参见 Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1977, S. 420ff. . .

^⑱ 王泽鉴:“举重明轻、衡平原则与类推适用”,载《民法学说与判例研究》(第8册),1996年10月,第62页。

^⑲ Vgl. Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Aufl., FFM, 1891, Bd. II, 562f.

而为他人管理事务者,其管理应依本人明示或可得推知之意思,以有利于本人之方法为之”之规定,并在第172条到第178条规定此制度。

《民法通则》则在第93条以单一条文规定无因管理之法律依据:“没有法定的或者约定的义务,为避免他人利益受损失进行管理或者服务的,有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。”规定较台湾地区的规定简略,但学者认为解释适用上与台湾相关规定并无不同。^{②0}

本案管理人无法律上义务,而为见义勇为之管理他人事务行为,构成无因管理,应以之作为请求权基础,应毋庸置疑。但值得就无因管理之制度目的、法律性质、构成要件及法律效果等,连结系争“郑花阁案”进一步分析检讨。

(二) 无因管理之制度目的

无因管理制度乃典型罗马法的遗产,为德国民法立法时所继受者。^{②1} 随着时代的演变,一直扩大到其他不同的案型。特别在其规定的制度目的上,学说上有着诸多看法。

罗马法以来所谓的“客观论”(objektive Theorie),强调只要客观上实施对他人事物的管理,不必具有任何主观的因素,即构成无因管理。但此一见解在德国民法立法阶段的第一次委员会(Erste Kommission)时就被否定了,未被采纳,虽然德国学说上不乏支持者。^{②2}

其次是“人类互助论”(Theorie der Menschenhilfe),认为无因管理是纯粹人类彼此无私地舍己相助,故依此说,无因管理之构成要件不得有利己性,管理他人事务不得同时也管理自己事务。虽然在其后的法院判决论证上不乏引用人类互助行为等用词,但在德国民法立法时亦未采取此一理论。^{②3}

最后是“准契约说”(Quasikontraktstheorie),也没有被德国民法采用。此说强调无因管理接近契约,因此当事人间必须有意思的合意。当事人间非契约关系的正当性建立在

^{②0} 谢哲胜主编:《中国民法》(许凌艳撰写),2007年9月,新学林,第157页。

^{②1} 德国民法从制定公布以来超过100年,从不曾修正过无因管理的条文规定内容。2001年德国债法在现代化修正时,也只有调整该节的编排,从第11节变成第13节而已。应附带说明的是,德国民法之草案本来跟法国民法一样,都是将无因管理与不当得利放在一起,只不过法国民法是用“准契约”做标题,德国民法草案是用“其他债之关系发生原因”做标题。但到了第二次委员会时,才将之脱离出来,不再作为准契约的一种,而是放到委任契约之后作规定。学说上一般肯定这样的体系位置,也说明了无因管理与委任契约的极大相似性。有人强调委任契约是以“法律行为为基础”的利他的事务管理,而无因管理则是“事实上承担”的利他的事务管理,二者之基本关系在“利他的事务管理”之性格上(Der Charakter der fremdnützigen Geschäftsbesorgung),有着法律规定上的类似性,因此绝对有理由放在相同的体系位置(Staudinger/Bergmann, 2006, Vorbem zu § § 677ff. Rn. 7f.)。

^{②2} MünchKomm/Seiler, BGB, 5. Aufl., 2009, vor § 677 Rn. 2.

^{②3} Erman/Dornis, 13. Aufl., 2011, § 677 Rn. 5.