



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」。既然这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。



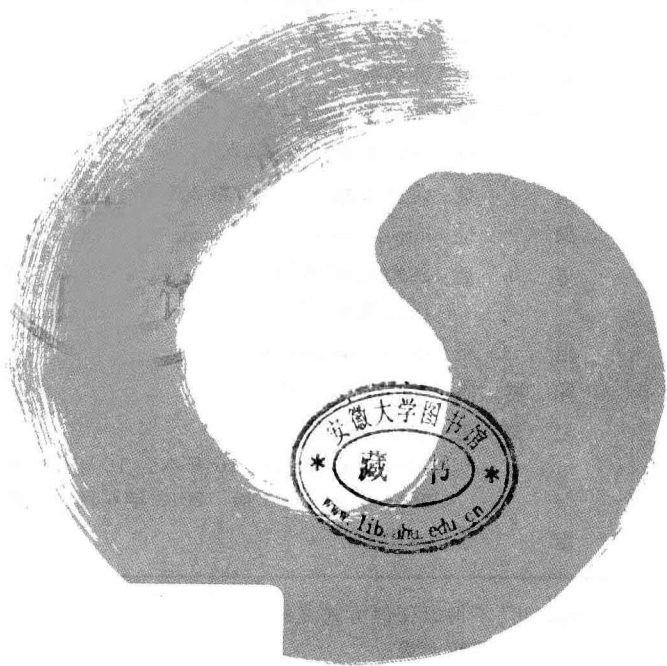
北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

PROTECTED INTERESTS OF
CONTRACTUAL AND TORTIO

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期发表的同名长篇论文为基础,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範圍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时,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合,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,也不可能有成现答案。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,用来指称相同事物。

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“侵权行为损害赔偿责任”此等用语,指称因侵权行为所生之损害赔偿赔偿责任。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责任或服务责任,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。

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分: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。