

侵权法评论

TORT LAW REVIEW

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办
最高人民法院中国应用法学研究所

张新宝 主编

- 再论一般侵权行为的类型
——从体系功能的角度看修正后的违法侵权规定/苏永钦
- 最高人民法院公布的典型侵权百案类评(中)/张新宝
- 美国惩罚性赔偿制度研究/王利明
- 论美国医疗损害赔偿制度改革及其借鉴意义/杨立新 袁雪石

04-53

第2辑
2003

人民法院出版社

2003年第2辑(总第2辑)

侵权法评论

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办
最高人民法院中国应用法学研究所

张新宝 主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

侵权法评论.2003年.第2辑/张新宝主编.—北京:
人民法院出版社,2003.8

ISBN 7-80161-589-1

I.侵… II.张… III.侵权行为-民法-中国-
文集 IV.D923.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 066644 号

侵权法评论(2003年第2辑·总第2辑)

张新宝 主编

责任编辑 陈建德

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里(亚运村)安园甲9号(100101)

电 话 (010)65290566(责任编辑) 65290516(出版部)

(010)65290558 65290559(发行部)

网 址 www.courtpress.com

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 268 千字

印 张 13.25

版 次 2003年8月第1版 2003年8月第1次印刷

书 号 ISBN 7-80161-589-1/D·589

定 价 23.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装、请与出版社联系调换)

目 录

【专论】

再论一般侵权行为的类型

——从体系功能的角度看修正后的

违法侵权规定 苏永钦(1)

论医疗事故侵权责任中的过错 尹 飞(26)

论受害人近亲属的精神损害赔偿

请求权 汪志刚(57)

【案评】

最高人民法院公布的典型侵权百案

类评(中) 张新宝(72)

【域外侵权法】

美国惩罚性赔偿制度研究 王利明(123)

论美国医疗损害赔偿制度

改革及其借鉴意义 杨立新 袁雪石(150)

医师的过失…… [日]新美育文著 夏芸译(164)

日本轴承案确立的专利等同

侵权判定规则 … [日]三村量一著 张玲译(175)

【资料与信息】

民法典·侵权行为法

(学者建议稿)…………… 麻昌华(180)

再论一般侵权行为的类型

——从体系功能的角度看修正后的违法侵权规定

苏永钦*

问 题

在以私法自治为基本原则建构的现代社会，侵权行为和契约制度一样，都承担了维护“自由意志”和“社会秩序”的功能，适当的立法和解释，可以使这两个目标朝相辅相成的方向发展，而不是压抑了自由意志，却仍无益于社会秩序的提升。2000年5月5日开始实施的“民法”^①第184条修正条文，明确增加了第三种侵权行为类型，也要从这样的角度来理解与评价。最近连续读到陈聪富教授和简资修教授的大作，^②把此一类型在实务上的运作问题分析得相当透彻，又分别从比较法和经济分析的角度提出其看法，均能发人深省，因为我在十五年前就谈过这个问

* 台湾地区政治大学法学院院长，教授。

① 即我国台湾地区“民法典”，下文用引号标注之法律皆为我国台湾地区的法律。

② 参阅陈聪富：《论违反保护他人法律之侵权行为》，载《台湾本土法学杂志》第30期，2002年1月，第1-28页；简资修：《违反保护他人法律之过失推定：经济功效与司法仙丹》（未刊稿）。

题,^① 读后又产生了一些新的思考,忍不住借题发挥的念头,以下即再从三种类型的体系关联着眼,看看能不能激出一些新的火花。

一、侵权行为的保护标的

我国台湾地区侵权法一直以来最大的争议,就是第1项前段的“权利”是否应限于绝对性的权利,如实务及通说所主张,不包括未权利化的利益,甚至不包括相对性的权利,这种差别待遇的法理依据为何?第1项后段和第2项固然增列了背俗行为和违法行为,使其他受到侵害的利益可以得到补充保护,但仍然不是所有的利益。归根到底,侵权行为的制度到底要保护什么:权利、善良风俗和法律?

德国学者 Fikentscher 很正确地指出这是一个错误的问题,来自于一个错误的假设,就是单纯财产损害不受民法保护。实际上刚好相反,德国和我国台湾地区的侵权行为法都保护财产,而且根本是以财产利益的保护为主,权利、风俗、法律只是具体化财产保护请求权的前哨,这可以从“民法”对于侵权行为只提供损害赔偿的救济看出来,如果某甲被某乙绑架,甲在重获自由后对乙可以请求的,不是自由,而是医疗费、减少收入的损失和慰抚金。^②“民法”第213条对于损害赔偿的规定,虽然是恢复原状,但恢复的不是原来的状态,而是如果没有发生损害原因时应有的状态,在多数的情形下,不是已经无法恢复原来的自然状态,就是在恢复自然状态以外仍须以金钱为差额的填补。足见民法对于侵权行为最终追求的还是财产利益完整的维护,如果我们暂时把例外的非财产损害赔偿摆在一边的话。权利、风俗和法律被放在构成要件里,不是以其为保护客体,而只是对于社会上无数的财产利益受到损失的情形,以其为必要的筛选工具而已,相对于物上请求,或类似的人格权、无体财产权排除侵害的制度 (negatorischer Schutz), 仅以该权利本身为其保护标的,对妨害或潜在的妨害者提出排除或预防妨害的请求,实有本质的不同。

至于为什么要筛选,则得从现代社会人与人高度的相互依存说起。以甲被绑架为例,甲的弟弟丙从南部北上照顾住院疗养的哥哥,也会发生来回路费、停留期间的生活费和收入减少的损失,可不可以向乙提出赔偿的请

① 苏永钦:《侵害占有的侵权责任》,载苏永钦:《民法经济法论文集》,台湾地区1988年作者自版,第143-166页。

② Fikentscher, Wolfgang, Schuldrecht, 9A. 1997, 741.

求？胡适在散文《不朽》中提到一个生肺病的人，偶然在路上吐一口痰，病菌被体弱的人吸进去得到肺病，辗转传染，这一城的病人可不可以向吐痰的人请求赔偿？^①类似的例子在台北更是天天发生，建国高架桥上车子熄火，追撞的车子，和后面陷入车阵的几百辆车子，有人因此延误送医，有人因此跳票，可不可以向熄火的人请求赔偿？大厦里有人把房子出租给三温暖营业，造成屋价大跌，住户可不可以向出租人请求赔偿？更不要说股票族因为央行首长失言而失血，果农因为教授随便发表实验报告而陷入滞销困境等等。侵权行为制度的设计如果不作一定的选择，每个人都将处于动辄得咎的窘境，自由意志很难挥洒，社会也将因无穷的相互诉追而秩序大乱。所以“民法”第184条一般侵权行为的规定，重点就在对无数造成财产利益减少的行为中，筛选出适合由受害人究责，可以吓阻不当行为，而不至于对自由意志和社会秩序造成不当影响的类型。最终保护的，还是财产利益。

二、违反对世规范的行为

选择侵权、背俗和违法三种类型，绝不是立法者特别有爱于权利、风俗和法律。否则权利为什么又独薄“相对”性的权利，如债权，^②法律又偏好“保护他人”的法律，而排除单纯保护公益的法律？同样侵权，同样违法，公平何在？故若不从上述筛选行为的角度来理解这三种类型，自然会有不公平的感觉，解释各要件时也就难免偏差。

首先，私人间追究责任势须从“期待可能性”着眼，只有对加害于人的结果有预见可能者要求其防免，而对未防免者课以责任，才有意义。此所以多数国家的民法要求加害行为具有一定的“违法性”，而不以有一定加害行为及结果为足，换言之，即不把违法性建立于造成他人财产利益受损的行为本身，而须外加违法的要件。^③这里说的违法当然是广义的，也就是对某种禁止或强制规范的违反。违法要件一方面可保留合理的行为空间，比如在没有法律限制研究报告的发表之前，教授们不至于因为担心赔偿责任而噤若寒

① 胡适：《胡适文选》（远东），第78页。

② 一直强烈质疑这一点的，如孙森焱：《民法债编总论》（上册），1999年，第214-16页；邱聪智：《民法债编通则》，1987年，第109-12页；简资修前揭文则从经济分析角度质疑权利和利益异其保护过度僵硬。

③ Howarth, David, in: Hartkamp et al. (ed.), Towards a European Civil Code, Chap.26, 1998, p397; 欧洲国家只有少数例外，法国民法即其代表。

蝉（当然还有被丢鸡蛋的危险）。另一方面，因为法律若科以行为人不得作为或为一定作为的义务，通常会尽力使潜在的行为人有预知的可能，从而对于违反义务者在命其排除违法状态以外，附带地追究财产损害的责任，并未大幅增加“守法成本”，也就有合理的期待可能性。狭义的法律是最清楚的，“宪法”规定法律须经“总统”公布才生效，有外部效力的行政命令（法规命令、裁量准则、解释规则等），依照“中央法规标准法”和“行政程序法”，也要经过发布的程序，目的就在周知。至于善良风俗，则从定义上就知道是某种长期传承、普遍被社区成员认同的伦理价值或行为方式，行为人即使非本地人，入境问俗也不难感受查知。

比较麻烦的还是权利，民事上的权利和其他领域的权利一样，具有“正当”和“强制”的质素，从而不同于没有权利化的单纯利益，它是规范下的利益分配，理论上和法律、风俗一样，不应被逆反。故在 Fikentscher 所举的例子中，乙侵害了甲的身体权，也伤害了丙对甲的手足之情，但后者没有在任何法律中被权利化，也就没有广义的“违法”问题。但问题并不止于此，因为如果是权利，则照说应该和法律、风俗一样受到尊重，权利之间为何又有等差？原因就在于，在私法自治的大原则之下，大量的民事权利不像法律和风俗那样的具有对世性、公示性，而是只有对特定人的效力，而且是隐秘地存在。对于这样相对性的权利，第三人固然还是有侵害的可能，比如造成债务人堵在高架桥上不能及时清偿票据债务，但行为人很容易认知后面车辆所有权和驾驶人、乘客身体权的存在，却无从查知第三人对驾驶人债权的存在，从而也就很难期待他去履行不侵害的义务。这是进一步再把债权排除在第 184 条第 1 项前段的权利之外的真正原因。不是债权不值得保护，也不是债权不会被第三人侵害，而是因为债权一般都不具公示性，^① 从而不能合理地期待第三人去防范加害。这也是为什么德国法和我国台湾地区法律的实务，都例外承认债权具有占有外形者，如租赁债权，可以受到第 184 条第 1 项前段的保护。^② 反之，德国实务发展出来的、内涵仍不具有明确外延的“框架权”（Rahmenrecht），如所谓的企业权，或一般人格权，就因为不能完

① 黄立：《民法债编总论》，1999 年，第 263 页。

② 如承租人的占有，“最高法院”四四台上八一八，五三台上二六三六；保管人的占有，五七台上五五八；德国实务，如 BGHZ 62, 248f.；BGH WM 1976, 583 学说则以 Diederichsen, Uwe, Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, 1965 为代表，称之为“相对支配权”（relatives Herrschaftsrecht）。

全满足此一对世性的要求，而在操作上不得不另辟蹊径。^①

换言之，第一种侵权类型的重点不仅在于“权利”，更在该权利的对世性。不论侵权、背俗或违法，要让行为人对其行为负起民事上的责任，都须以该行为涉及某种对世规范的违反为前提，其目的就在于建立此一制度最起码的期待可能性，以保留合理的行为空间。由此可知，虽然是出于保护财产利益的考量，侵权类型所以会以绝对权被侵害为要件，并无歧视同样可能造成财产损失的债权或未权利化法益的意思。德国学者 Brügge-meier 从“行为义务”切入，把德国的侵权行为类型化为单纯民事上不法的行为义务、民事不法以外的法律上行为义务与法外行为义务，其中第一种类型又包括保护客体取向的行为义务，（相当于我国台湾地区“民法”第 184 条第 1 项前段的侵权类型，及其他针对特定客体而设的特别规定）与主体取向的行为义务（指习惯法与特别法中的侵权类型，如违反交易安全义务、产品制造人责任、专门职业法中的特别责任等），可说是相当清楚的体系，而他所区分的这些义务也都符合这里说的对世规范的性格。^②

三、可特定化的侵害行为

除了从行为人与行为义务这一头，基于防免的期待可能性考量而以对世规范的违反为共同要件外，如果不再从被害人的角度去进一步特定化，则因财产利益遭受损失而可能提出请求的人，仍然会太多，从而在赔偿能力上仍只有极低的期待可能性。故如何在众多财产利益受损的人中再做合理的筛选，就变得很重要。开有颜色的三温暖可能违反善良风俗，或违反了建筑、都市规划、或某些保护风俗的法令，但让出租人赔偿全楼住户的损失？汽车因老旧或未检查水箱而熄火，可能违反某个交通法规，但让驾驶人赔偿因延误急诊而死亡的其他用路人？

就此而言，侵权类型的问题反而最小，因为权利本身就是特定化的个人法益，没有再进一步特殊化的必要。比较麻烦的还是背俗类型和违法类型。此所以第 184 条第 1 项后段规定的行为要件是：“故意以背于善良风俗之方法，加损害于他人”，虽不像侵权类型那样要求特定对世权利被侵害，藉权

^① Fikentscher, 749ff.

^② Brügge-meier, Gert, Deliktsrecht, 1986; 体系上最难处里的可能是所谓交易安全义务的定位，详参林美惠：《交易安全义务与我国侵权行为法体系之调整》（上）、（中）、（下），载《月旦法学杂志》第 78, 79, 80 期，2001-02。

利来特定化请求人，但把善良风俗从行为的“标的”变成“方法”，异于侵权类型中的权利，而把受害的他人变成行为的“标的”，不只是“结果”，又异于违法类型中的他人。^① 背俗行为要构成侵权行为而负损害赔偿责任，不能只有一个违反善良风俗的行为，而需要有一个“针对性”的具体背俗行为。故严格说，以背俗和侵权、违法并列来描述三种侵权类型，相当容易误导。民法在此要求的是一个针对特定人的背俗行为，一如侵害特定权利的行为，而不同于“抽象”违反某一法令“致生损害于他人”的行为。以前面所举开三温暖店的例子来说，只有当出租或开店是冲着大楼特定住户的情形，可能对该特定住户构成侵权行为。针对特定人的背俗行为，目的可能就在造成财产利益的受损，但也可能以其他个人法益为打击目标，如安宁的享受、社会对其居住品味的评价等，在一定情形甚至直接造成某种权利的损害，如以违反商业伦理的方式侵害著作权。但就背俗类型而言，只要个人被特定，而对一定法益或单纯财产利益造成损害即可，并不需要构成某种权利的侵害，这是背俗行为和侵权行为类型的主要不同之处。

相对于背俗类型，违法类型的特定化方法不是把行为“具体化”，而是把强制或禁止的法律限缩于“保护他人的法律”，也就是使法律除了满足“对世规范”的要求，以建立行为人防免的期待可能性以外，另外加上“保护个人法益”的限制，使请求人有被特定化的可能，从而建立行为人赔偿的期待可能性。依德国法的操作，要满足这里所谓保护他人法律的要件，必须通过三阶段的检验：第一，该强制或禁止规定 [不具有“行为规范”（Verhaltensnorm）及“命令性格”（Befehlsqualität）者不属之^②]，必须以个人法益为主要保护标的或至少为其中之一。故如交通规则中单纯以维持交通顺畅为目的的规定，如时速的下限，即不属之。第二，被害人必须属于该法所要保护的“人”的范畴，故如交通规则中以行人作为保护对象的规定，比如斑马线，机车驾驶人即不在保护之列而不得依此主张。第三，被害法益应属于该法所要保护的“物”的范畴，故如交通规则中以提高其他用路人安全为保护目的的规定，比如夜间行车点灯，其违对于被毁损的路边摊架即不构成违法类型的侵权行为。有些学者还强调第四层检验，即加害的“方式”是否该法令所要防止，比如保龄球店违反劳动基准法雇用的童工，为保龄球击伤。

① 此一细微的差异在德国民法第 823 条第 2 项和第 826 条也同样存在。

② Honsell, Thomas, Der Verstoß gegen Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs.2 BGB, JZ 1983, 103.

劳动基准法所要阻止的伤害，应该不包括这种意外伤害。^①

通过以上对“保护他人法律”要件的严格解释，虽不要求违法行为的针对性，从而仍只需有一个抽象的违法行为，已可把可能的损害赔偿请求者限缩到一合理的程度。^②换言之，此时行为人所为虽非如前二者那样具有“针对性”，但至少已经足以面对一个相当具体的行为义务，从而于违反时要求其跳出请求赔偿者负起责任，已不能说不可期待。故如汽车老旧未按时检验，或行车前未检查水箱，所违反的交通法令，保护的只是相当概括的交通安全，对于因此在高架桥上熄火而造成的各种财产上损害，能否依违法类型究责，即不能无疑。直接追撞的汽车，或许还有依第一种侵权类型令其负责的可能，其他无任何对世性权利直接遭受侵害的情形，应该只能自己承担后果。社会本来就充满了风险，侵权制度正代表立法者所做的风险分配。违法行为的构成既已包含了个人法益的检验，另外要求个人法益被侵害即无必要，只要因为该违法行为，而“致生损害于他人”，请求权即已成立。至于违法行为是否只造成单纯财产的损失，或已使某一权利受损，均非所问，这一点又和背俗行为一样，而不同于侵权行为。

四、侵权法的体系和竞合

综上所述，我国台湾地区“民法”第184条规定的这三种类型，分别以某种对世规范与可特定的个人利益结合，而构成不同的行为义务，简言之，狭义侵权就是以某一对世性权利结合二者，违法侵权是以某一法令规定结合二者，而背俗侵权则是以善良风俗为方法而结合某一特定的他人（含特定的法益）为行为标的。三种类型之间的关系如何，是否会发生竞合，除了从个别立法意旨去探讨外，还必须观照整个侵权法的体系，才能得出合理的答案。因为民法不仅在其他地方还有关于侵权行为的特别规定，民法以外又有不少特别的规定，在请求上这些规范是否相互排除，或可择其有利者行使，解释时都有必要纳入一并考量。

^① Fikentscher, 779; 前引陈聪富文中所举英国法案例及说明，第3-4页。

^② 此一特定化的要求，在英美法也有类似的发展，可参陈聪富，前揭文；Larenz书上提到德国联邦狩猎法第27条第1项有关猎人狩猎义务的规定，依最高法院的判决（BGHZ62, 265），即只有当主管机关依该规定作成具体处分，就猎人减少特定野生动物的义务明定狩猎方式与范围后，才具有保护他人法律的性格，而可令猎人对土地所有人所受动物损害负损害赔偿赔偿责任，参阅Larenz旧版，Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.2, Besonderer Teil, 12A., 1981, 620.

参考前述 Brüggenmeier 的体系,第 184 条第 1 项后段的背俗类型固然是建立于“法外”的行为义务,即使第 2 项的“法内”行为义务,指的也是民事不法以外的单纯行政不法,或刑事不法,而不包括民事不法的规定,使其功能很清楚的限于“转介”其他领域的强制禁止规范,成为民事侵权法的规范,以减轻民事立法者的负担。^①故不论在“民法”内已明定为负有损害赔偿责任的侵权规定,如第 184 条所规定的狭义侵权行为或背俗行为,或第 190、191、191 之一到之三等条的特殊侵权行为,或在“民法”以外其他法律规定的特殊侵权行为,如“公平交易法”第 31 条、“消费者保护法”第 51 条、“民用航空法”第 89 条、“核子损害赔偿法”第 11 条、“国家公园法”第 27 条、“通讯保障及监察法”第 19 条、“计算机处理个人资料保护法”第 27 条等,只要民事责任已经明定,再经由“民法”第 184 条第 2 项的违法类型来转介即无必要。换言之,第 184 条第 2 项所称的“保护他人之法律”,文义射程虽然相当广,但解释上如不从转介功能的角度排除本已具有侵权责任性质的规定,则违法类型的适用将可涵盖包括侵害权利与背俗基本类型在内的所有侵权规范,变成无意义的重复规范。^②背俗和违法类型存在的意义,应在于民事侵权规范的“补强”,前者转介的是社会伦理所生的行为义务,后者转介的则是所有无涉民事不法的行为义务,从而与直接规定民事行为义务与违反责任者,鼎足成为三种侵权类型。一旦立法者已经直接课予某种社会伦理或公法义务的违反以民事赔偿责任,如“公平交易法”第 31 条、“营业秘密法”第 12 条、“商港法”第 47 条等,自然已无必要再迂回一般的背俗类型和违法类型条文来转介认定责任了。德国最高法院即针对违法侵权类型发展出“被害人别无损害赔偿请求”的“补充性”(Subsidiarität)

① Fikentscher, 776.

② 就此而言孙森焱把公平交易法纳入“保护法律”,忽略公平法本身已有特别民事侵权规定,即有商榷余地。至于把“民法”第 777、793 等相邻关系条文列入,恐怕也误解了此类规定的性质,实为相邻所有权权限的界定,而非行为禁止规范,进一步讨论请参拙文:《相邻关系在民法上的几个主要问题》,并印证于 Teubner 的法律发展理论,收于《跨越自治与管制》,1999 年,第 174-75 页;故在逾越权限的情形,当然构成第 184 条第 1 项前段的狭义侵权,而没有迂回同条第 2 项为请求的必要。

原则，值得参考。^① 再进一步看，第 184 条第 1 项前段的狭义侵权类型又只是民事侵权的一种基本类型，与许多存在于民法与其他法律的特别民事侵权规范之间，形成普通与特别的关系。惟仍应注意，有些提到损害赔偿的规定，其实只是基本类型的“引致”（阐明规定），还不能称为特别民事侵权规范，比如“民法”第 19 条，只是阐明损害赔偿请求权的可能，是否发生此一请求权，仍以第 184 条第 1 项前段合致为前提，不能仅从文字上认定有无采取无过失责任的意思，从而为特别规定。^② 第 796 条提到的损害赔偿请求权解释上也是如此，立法者在此只是要强调土地所有人并无法定的越界建筑“权”，其越界建筑只是在一定情形下得免于拆除而已，侵权行为未因此而合法。^③ 其他法律有时也会有类似的引致，如“电信法”第 45 条第 2 项有关电信设备损坏的赔偿责任规定便是。真正性质上属于特别民事侵权规定的，若依 Bruggemeier 的分类，又有和 184 条第 1 项前段一样为保护客体取向者，如“著作权法”第 88 条，“专利法”第 88 条，“商标法”第 61 条，“集成电路电路布局保护法”第 29 条，“营业秘密法”第 13 条等，以及主体取向的规定，如前述的“民法”第 191 条以下或“核子赔偿法”等。相对于第 184 条第 1 项前段的一般类型，我们或许还可以从别的角度去整理这些特别侵权规定，比如有的在要件及效果上都很完整，是所谓“完全规定”（vollständiger Rechtssatz），如“核子损害赔偿法”第 2、3、4 章的规定，有

① BGHZ 84, 312, 314; 110, 342, 360; 我国台湾地区过去因为第 2 项是否独立类型有争议，实务上多附于第 1 项前段，或特别侵权规定，作为倒置举证责任的依据，比如“最高法院”五六年台上字一三五三三号判决就用在“民法”第 35 条法人董事违反申请破产义务上，案例转引自王泽鉴：《侵权行为法》（第一册），1998 年，第 350 页。在第 2 项明确修改为独立类型后，对于这样本身已有损害赔偿规定的情形，不仅不得依本条提起请求，也不能再以本条作为举证责任转换的根据（详后）。德国有限公司法（GmbHG）第 64 条虽有类似的应用破产义务规定，致其违反也常被当成典型的违法侵权之例。如 Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.2, Halbband 2, Besonderer Teil, 13A., 1994 444; Medicus, Dieter, Bürgerliches Recht, 17A., 1996, 454-55; BGH NJW 1994, 2222ff.; 但该规定并未如我国台湾地区“民法”第 35 条第 2 项有独立的损害赔偿规定，否则绝不至于费这么大力气绕到违法侵权的一般类型去找请求权基础。

② 参阅王泽鉴：《人格权之保护与非财产损害赔偿》，载《民法判例及研究》（一），1975 年，第 45 页。

③ 参见拙文：《相邻关系在民法上的几个主要问题》，第 177-178 页；谢在全：《民法物权论》（上册），1992 年修订版，第 232 页。

的则只就一部分作特别规定，仍须与一般类型结合才可认定请求权的有无，是“不完全规定”（unvollständiger Rechtssatz），如“公司法”第23条。^①又所谓的特别，或表现于“构成要件”，如行为主体的限定（“民法”第191条），主观要件的放宽（“消费者保护法”第7条，“核子损害赔偿法”第18条，“民用航空法”第89条），单纯财产利益受侵害的纳入（“公平交易法”第31条）等，或表现于“责任主体”的扩大（“民法”第28、187、188条，“公司法”第23条，“集会游行法”第32条），保留（“民法”第186条）或限缩（“邮政法”第29条），或表现于“赔偿责任”的减轻（“民法”第922、953条），设限（“核子损害赔偿法”第24条），加重（如“公平交易法”第32条，“消费者保护法”第51条）或明定特别计算方式（如“著作权法”第88条，“商标法”第66条，“营业秘密法”第13条，“通讯保障及监察法”第20条）上，或表现于“举证责任”的倒置（“民法”第190条以下，“消费者保护法”第7、8条，“计算机处理个人资料保护法”第28条），或“求偿程序”（“空气污染防制法”第73条，“水污染防制法”第61条）上，不一而足。普通特别关系原则上会发生优先适用特别规定的效果，固不待言（“中央法规标准法”第16条）。相较于普通侵权规定，这些对于被害人有利或不利的特别规定，大多是基于衡平考量而做的修正，但基于公共政策考量而定的也不少。比如见于“消费者保护法”和“公平交易法”的惩罚性赔偿规定，很明显是为了提供人民积极行使请求权的诱因，以利公平交易秩序的维护，减轻主管机关的行政负担。相对的，“民法”第184条所规定的背俗类型和违法类型反而只是一种中性的“转介”行为义务于民事侵权法，以减轻立法负担的立法技术，把善良风俗和强制法规纳入侵权要件，基本上还是为了合理划定社会行为的界限，以适当保护人民的财产利益。只有在此之外附加的诱因，才有让私法作为政策工具的考量，此所以背俗类型和违法类型尚不能视为狭义侵权类型的特别法，而是我国台湾地区“民法”上三种侵权责任的基本类型。那么，这三种基本类型之间又是什么关系？三者不仅功能各异，一为纯粹民事不法的典型，其他二者则仅转介社会伦理与公法义务为民事不法；而且构成要件也互有出入，如前面所分析，因此可以确定其间并不存在普通特别的关系。如果违反保护他人的法律，而致损害于特定人，但未造成一定对世性权利被侵害，如违反“刑法”339条的诈欺罪，

^① 完全规定与不完全规定概念，可参见 Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3A., 1995, Kap.2

极可能只构成违法侵权，而无狭义侵权的问题。^①反之，如果毁损他人之物，但因非故意，^②则只构成狭义侵权行为，而无违法行为的问题。同样，侵权或违法而无涉背俗的情形固然很多，构成背俗而未至侵权或违法者，也不难想象，比如以公开年少轻狂旧事要挟大企业家停止特定投资计划。另一方面，一行为同时构成两种或三种侵权基本类型，比如伤害他人身体，构成狭义侵权和违法，甚至背俗。这时对于被害人而言，可否依情形择有利者请求，恐怕还不能一概而论，在数种请求权并存时，因为请求的都是相同的损害赔偿，一般都认为会发生请求权的竞合（Anspruchs konkurrenz），即可由权利人择一行使，只要行使其一能达到求偿目的，其他请求权即应消灭。不过背俗行为若同时构成对世权的侵害时，被害人以第1项前段为其请求权基础，只需证明行为的过失，以第1项后段为请求权基础，则还得证明背俗方法与故意，不仅明显以前段较有利，而且在究责的原因上，背俗侵权的行为完成时，狭义侵权必也构成，故可说在狭义侵权的责任原因先发生后，背俗侵权的责任原因已明显多余，此时如仍认为应依请求权竞合的想法处理，就会发生Larenz所质疑的，法律秩序在此针对同一个“目的”（填补不法行为造成的损害），其实只会给被害人一个请求权，怎能把请求权“理由”发生的多数，解释为请求权的多数？因此扣除多余的原因，认为这里只是“请求权规范竞合”（Anspruchs normen konkurrenz），应适用最符合事物本质、制度精神的规范，而不是认为数种并存的规范可产生数个并存的请求权。^③故背俗类型在构成上虽不问所侵害的法益是否权利化（仅需“加损害于他人”），但已权利化的法益既已单独成立另一类型，其功能应在于填补非对世权受到侵害的损害，如恶意以违反商业伦理方式妨碍他人债权的实现，或单纯财产利益受损的情形，在故意以背俗方法侵害对世权的情形，必先构成狭义侵权，舍简单的狭义侵权而就困难的背俗侵权，实务上既不至发生，理论

-
- ① 如果诈欺行为同时已构成某种特别侵权规定的违反，如商业诈欺合致“公平交易法”第24及31条，则不能再藉第184条第2项的“转介”提出损赔请求，固不待言。
- ② 至于碰到刑法告诉乃论之罪，如此处的毁损罪，被害人若未提告诉是否即无违法行为可言，则因此处告诉仅为程序要件，不影响违法本质，故在德国向来认为不能阻却违法侵权的构成，可参见Medicus前揭文，453。
- ③ 参阅Larenz有关侵权行为与契约请求权竞合的论述，参其旧版Schuldrecht, Bd.2, Besonderer Teil, 11A., 1977, 608-09；惟针对侵权行为三种基本类型所生请求权则未见特别说明。

上也应否定其妥当性，诉讼时碰到这种情形，法院即应在争点整理时为适当的阐明。

比较麻烦的是，行为同时构成狭义侵权与违法侵权。因为如前所述，违法类型的侵权行为在“抽象”规范违反时即已完成，非如背俗类型，仅以背俗为方法，其责任原因的发生仍须该行为具体的加害于特定他人，故若违反的法令规定原即以权利侵害为要件，如“刑法”的伤害罪，固可认为违法类型为“多余”原因。^①但若该法令的违反不以特定权利被侵害为要件，比如仅强制鱼池所有人加设围栏及夜间照明，因未加设而造成行人夜间坠入，此时行为构成违法时，侵权责任的原因即已具备，嗣后再发生权利被侵害，反而是多余的原因，且违法的构成要件五花八门，和狭义侵权的构成要件相比，很难说何者较易合致，因此似乎应可由被害人选择依违法类型请求或依狭义侵权类型请求，较为妥当。惟狭义侵权和违法侵权的分别规定，如前所述，其实还是基于填补不法行为造成损害的同一目的，所谓原因只是筛滤责任的一种前置分析方法，如果最终没有财产损害（非财产损害暂不考虑），有再多的“原因”也无任何责任。故原因发生在前不代表该请求权一定比较符合事物本质与制度精神，究应依请求权竞合还是请求权规范竞合来处理为妥，尚待更进一步的研析。

若从三种基本类型的设计，主要在于筛滤适合的赔偿义务人（从行为义务的角度）。与权利人（从特定利益的角度）来考量，则违法侵权类型与狭义侵权、背俗侵权最大的不同，就在于特定化保护对象时仍保留一定的抽象性，但若抽象违法的结果果然已具体化到特定权利时，权利侵害所生的责任原因就应该比违法所生的原因更接近侵权制度的本质与目的，毕竟法律和风俗本来都不是侵权制度的保护目的，个人利益才是。因此发生在后的原因，未必就是多余的原因。但这还是从行为人的角度所作的抽象论述，也许更值得思考的，是从被害人的角度来看，请求赔偿是否因选择的存在而更有利，陈聪富的论文主要就是在这里看到我国实务上的一些问题。

五、因果关系和行为过失

整体而言，侵权行为是以一定行为义务的违反为令其负责的原因，而如

^① 即使该法令在主观要件较低，不以为过失为必要，由于“民法”第184条第2项已明订过失的下限，而无差异。若违法的主观要件更高，如以故意为必要，不处罚过失，则和背俗类型一样，违法类型更是明显多余的原因。