

最新版

民法研究系列

民法学说 与判例研究

第一册

王泽鉴 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

民法学说 与判例研究

第一册

王泽鉴 著

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2009-3922

图书在版编目(CIP)数据

民法学说与判例研究·第一册/王泽鉴著. —北京:北京大学出版社, 2009.12

(民法研究系列)

ISBN 978-7-301-15803-6

I. 民… II. 王… III. ①民法-法的理论-研究 ②民法-审判-案例-研究
IV. D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第167434号

简体中文版由元照出版有限公司(Taiwan)授权出版发行

民法学说与判例研究·第一册,王泽鉴著

2005年1月版

书 名:民法学说与判例研究·第一册

著作责任者:王泽鉴 著

责任编辑:苏燕英

标准书号:ISBN 978-7-301-15803-6/D·2413

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> 电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

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

出版部 62754962

印 刷 者:北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者:新华书店

650毫米×980毫米 16开本 21印张 328千字

2009年12月第1版 2009年12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 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

总 序

拙著民法研究系列丛书包括《民法学说与判例研究》(八册)、《民法思维:请求权基础理论体系》、《民法概要》、《民法总则》、《债法原理》、《不当得利》、《侵权行为》及《民法物权》,自2004年起曾在大陆发行简体字版,兹再配合法律发展增补资料,刊行新版,谨对读者的鼓励和支持,表示诚挚的谢意。

《民法学说与判例研究》的写作期间长达二十年,旨在论述1945年以来台湾民法实务及理论的演变,并在一定程度上参与、促进台湾民法的发展。《民法思维:请求权基础理论体系》乃在建构请求权基础体系,作为学习、研究民法,处理案例的思考及论证方法。其他各书系运用法释义学、案例研究及比较法阐述民法各编(尤其是总则、债权及物权)的基本原理、体系构造及解释适用的问题。现行台湾“民法”系于1929年制定于大陆,自1945年起适用于台湾,长达六十四年,乃传统民法的延续与发展,超过半个世纪的运作及多次的立法修正,累积了相当丰富的实务案例、学说见解及规范模式,对大陆民法的制定、解释适用,应有一定的参考价值,希望拙著的出版能有助于增进两岸法学交流,共为民法学的繁荣与进步而努力。

作者多年来致力于民法的教学研究,得到两岸许多法学界同仁的指教和勉励,元照出版公司与北京大学出版社协助、出版发行新版,认真负责,谨再致衷心的敬意。最要感谢的是,蒙 神的恩典,得在喜乐平安中从事卑微的工作,愿民法所体现的自由、平等、人格尊严的价值理念得获更大的实践与发展。

王泽鉴

二〇〇九年八月一日

目 录

雇用人无过失侵权责任的建立	(1)
人格权之保护与非财产损害赔偿	(29)
连带侵权债务人内部求偿关系与过失相抵原则之适用	(46)
第三人与有过失	(58)
缔约上之过失	(70)
事实上之契约关系	(83)
“动产担保交易法”上登记之对抗力、公信力与善意取得	(98)
物权行为无因性理论之检讨	(112)
“最高法院”判决在法学方法论上之检讨	(128)
诚信原则仅适用于债之关系?	(149)
权利失效	(154)
损害赔偿之归责原则	(163)
摔跤游戏之违法性	(168)
商品制造人责任	(172)
干扰婚姻关系之侵权责任	(183)
奸淫未成年子女怀胎生子之侵权责任	(191)
间接受害人之损害赔偿请求权及与有过失原则之适用	(198)
契约责任与侵权责任之竞合	(204)
给付不能	(223)
不动产赠与契约特别生效要件之补正义务	(240)
无法律上原因之财产损益变动	(247)
恶意占有人对有益费用之不当得利请求权	(269)
善意取得权利之抛弃与损害赔偿	(277)
强制拍卖非属债务人财产与拍定人之地位	(281)
典权设定后何以不得再设定抵押权?	(287)

同一不动产上后设定之抵押权会妨害先设定之典权?	(294)
耕地承租人事先抛弃优先承受权的效力	(302)
矿工工资优先受偿权	(307)
优先承买权之法律性质	(313)
父母非为未成年子女利益处分其财产之效力	(320)

雇用人无过失侵权责任的建立

一、序 言

现代社会生活复杂,交易频繁,事必躬亲,殆不可能,因此在法律允许的范围内,常须他人辅助从事一定的工作,尤其自现代企业兴起以后,雇用他人从事企业活动,更属必要。然而,于此即产生了一个问题:若受雇人于执行职务之际,不法侵害他人法益时,应由何人负担赔偿责任?纯从理论言,损害的发生,既系基于受雇人的行为,则被害人只能对受雇人请求赔偿。但受雇人资力通常较为薄弱,向其请求,恐将有名无实。再者,雇用人因雇用他人扩张其活动,其责任范围亦应随之而扩大。基此理由,现代国家莫不规定雇用人就其受雇人,因执行职务所加于他人的损害,应负赔偿责任。

雇用人就其受雇人因执行职务所加于他人的损害,应负赔偿责任,固为现代法律发展的共同趋势,但关于雇用人责任的构成要件及法律效果,各个国家和地区的规定殊不一致。就“民法”第188条*规定与他国及地区立法例比较观察,其内容亦诸多不同之处,可谓别具风格。然异同何在,现行法的特色如何,立法政策是否妥当?实值注意。雇用人侵权责任,无论就理论与实务而言,在现代法律生活上具有重要意义。本文拟借比较法上之分析,讨论诸此问题,并阐释“现行法”在解释适用上的疑义及困难,再以此为基础,说明在修改民法时,在立法政策上所应采取的原则。

* 本书中法律条文如无特别注明,皆为台湾地区现行“民法”之规定。——编者注

二、基本立法类型的分析

各个国家和地区的法律关于雇用人侵权责任的规定,各有不同,就其基本内容加以分析,可以归纳为三个基本类型,即:① 英美法上的 Vicarious Liability;② 德国法上的 Haftung für den Verrichtungsgehilfen;③ 台湾民法上雇用人的侵权责任。分述如下。

(一) 英美法上的 Vicarious Liability

在英美法上,雇用人(Master)对其受雇人(Servant)从事职务时,因侵权行为致他人遭受损害应负赔偿责任,判例学说称之为 Vicarious Liability^①,台湾学者有译为雇用人的代理责任的。^②然代理一词在民法上具有特定的意义,仅适用于法律行为,故以代负责任称之,似较妥当。Vicarious Liability,论其性质,系属一种无过失责任,雇用人不得主张选任或监督受雇人已尽相当注意而免责;雇用人本身虽无任何过失,仍应就受雇人之行为负责。

就他人行为负责的思想,在古代法上甚为普遍,各民族似皆有之,在英国亦未构成例外,夫对妻、家主对家员的侵权行为负责,即其著例。降至盎格鲁-撒克逊时代,随着封建制度的崩溃,此种思想乃渐趋式微。^③据著名法制史学家 Maitland 的研究,在此时期,雇用人仅于命令或同意受雇人从事不法行为时,始应负责(特别命令说 Particular Command Theory)。但自 17 世纪以后,由于工商业急剧发展,此项狭隘的理论显不足适应社会的需要,英国法院特于 1697 年创设雇用人代负责任的理论,认为雇主对于受雇人为一般授权时,即可推知其有默示的命令而应负责。19 世纪以来,此项默示命令说(Implied Command Theory)终为职务范围的理

① 参见 Winfield, *Law of Torts*, 1954, pp. 136-177; Salmond, *Law of Torts*, 1965, pp. 643-668; Fleming, *The Law of Torts*, 1965, pp. 355-363; Prosser, *Law of Torts*, 1965, p. 470; Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts*, 1967, 本书系继 1916 年 Baty 所著 *Vicarious Liability* 之后最重要的著作。

② 参见史尚宽:《债法总论》,第 180 页。

③ *Vicarious Liability* 整个制度的历史沿革与发展过程,详阅 Wigmore, *Selected Essays in Anglo-American Legal History* (1909); Holdsworth, *History of English Law*, VIII, pp. 427ff.; Holmes, *Agency*, 4 *Harv. L. Rev.* 345.

论(Scope of Employment)所取代,雇用人就其受雇人在职务范围内所为一切不法行为皆应负责。

此项雇用人严格责任的依据何在,英美判例学说说法不一:有谓雇用人对于受雇人行为得予控制,故应负责;有谓损害的发生源自雇佣行为,无雇佣行为,即无损害,此为雇用人应负责任的理由。^①判例则采“归责于上”(respondeat superior)之理论,Salmond对此颇有批评,认为此项理论仅言及责任之结果,未足说明责任之原因。^②今日英美学者均承认代负责任的主要依据,在于公共政策(Public Policy),即危险分担之思想,雇用人得借着提高商品或劳务的价格,或依责任保险的方式,将所受的损失分散给社会大众。此外,无过失责任可促使雇用人慎重选任受雇人,并严格监督,以维护社会安全。Mechem谓:“归责于上之原则,适合现代工业文明,为一个自明当然的制度,时至今日,已无须再提出其他论点,为其辩护。”^③

(二) 德国法上的 Haftung für den Verrichtungsgehilfen

依照德国民法的规定,雇用人(Geschäftsherr)对其受雇人(Verrichtungsgehilfe)因执行职务所生的损害,仅在雇用人本身对于损害的发生具有过失,即对受雇人的选任监督未尽必要注意时,始须负责。此项原则肇自普通法(Gemeines Recht),当时学者基于其对罗马法的研究,力倡应以过失主义为侵权行为法的伦理基础,并且强调此项原则对于雇用人亦应绝对适用。德国学者耶林曾言:“使某人负担损害赔偿,并非因有损害,而是由于过失。此项理论,与化学家所谓使燃烧者,并非光,而是空气中之氧,其道理同属浅显易解。”^④

德国普通法上的过失责任主义,在18世纪及19世纪前叶虽被奉为

① 英美法上关于 Vicarious Liability 的理论上的依据,最具参考价值的论述,系 Harold Laski, The basis of vicarious liability, 26 Yale L. J. 105; W. O. Douglas, Vicarious liability, 38 Yale L. J. 584; Harper & James, The Law of Torts, 1596, p. 1361; G. Williams, Vicarious liability, 20 Mod. L. Rev. 220, 437; 关于各家学说之分析批评,详见,Atiyah, Vicarious liability, pp. 3-34.

② Salmond, p. 644.

③ Mechem, Outlines of the Law of Agency, 1952, p. 349.

④ Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867, S. 40: “Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld, ein einfacher Satz, ebenso einfach wie derjenige des Chemikers, dass nicht das Licht brennt, sondern der Sauerstoff der Luft”.

圭臬,但在19世纪之后,已受到若干限制,除劳工灾变外,最主要者为业者对危险装置(gefährliche Anlage)亦应负无过失责任。1871年的国家责任法(Reichshaftpflichtgesetz von 1871),除明定铁路企业者,应负无过失责任外,并规定矿场及采石场的经营者,对居于监督地位之人因执行职务所加于他人的损害,虽无过失,亦应负责。此后,学者屡有主张此项对他人过失负责之原则(Haftung für fremdes Verschulden),应扩张适用到其他雇佣关系之上。1884年第17届及1886年第18届德国法学家年会(Deutscher Juristentag)曾就此问题,进行深入讨论,第18届年会中并曾作成类似建议。^①

现行德国民法的起草人,态度较为保守。他们虽明白承认,雇用人无过失责任亦含有若干道理,此因雇用人役使他人,增加活动范围,则对于第三人因受雇人不法行为所受的损害,必须负责,始符合公平原则;但在他一方面亦以为,此种思想仅适用于特种企业类型,宜于特别法中加以规定,并应俟强制保险实施后,始可普遍适用,否则一般企业负荷过重,恐难胜任。^② Leonard教授曾于第18届法学家年会中,从经济观点,再三强调过失责任原则应予维持,认为雇用人虽无过失而应负责,势必导致工业不振,商业停顿,经济不景气,其结果对被害人亦会产生严重不利益。^③

在此种思想背景下,1887年之德国民法第一草案在第711条及第712条,关于雇用人责任仍采过失责任,即雇用人仅在选任或监督受雇人未尽相当注意的情形,始应负责。草案公布以后,学者哗然,严厉批评此项规定不合现代损害赔偿的原理,不足以适应现代社会经济的需要。在第二次委员会上,有人提议改采无过失责任,但不为多数委员所接受。经过了几度研讨,最后决定在原则上仍然采取第一草案的规定,但雇用人之选任监督过失则先由法律推定,被害人不必举证,此系现行《德国民法》第831条的立法经过,该条规定全文为:“使用他人执行事务者,就该他人因执行事务不法加于第三人之损害,负赔偿责任。使用人于选任受雇人

① Verhandlungen des 18 Deutschen Juristentags, Bd. I, S. 275; Bd. II, S. 67ff., 其建议文为: Es empfiehlt sich, die Arbeitgeber außerhalb obligatorischer Verhältnisse für den von ihren Arbeitern einem anderen zugefügten Schaden insoweit für haftbar zu erklären, als die Beschädigung in Ausführung der den Arbeitern übertragenen Verrichtungen begangen worden ist.

② Mugdan, II, S. 1094.

③ Verhandlungen des 18 Deutschen Juristentags, Bd. II, S. 388.

及关于装置机械或器具,或指挥事务之执行,于为装置或指挥时,已尽交易上必要之注意,或纵加以注意仍不免发生损害者,使用人不负赔偿责任。依契约为使用人担任处理第1项第2段所定之事务者,亦负同一责任。”

就上述《德国民法》第831条规定加以分析,有两个特点必须说明:①雇用人的责任既系基于其对受雇人选任监督的过失,并先由法律推定,故得反证推翻法律的推定而免责;②受雇人因执行职务加害于他人时,雇用人即应负责,受雇人是否具有故意过失,在所不问。据Esser教授的解释,此项规定的目的在于防止雇用人借使用无责任能力人,以逃避责任。①

(三) 台湾现行“民法”上雇用人的侵权责任

第188条规定:“Ⅰ. 受雇人因执行职务,不法侵害他人之权利者,由雇用人与行为人连带负损害赔偿责任,但选任受雇人及监督其职务之执行已尽相当注意,或纵加以相当之注意仍不免发生损害时,雇用人不负赔偿责任。Ⅱ. 被害人依前项但书之规定不能受损害赔偿时,法院因其声请,得斟酌雇用人与被害人之经济情况,令雇用人为全部或一部之赔偿。Ⅲ. 雇用人赔偿时,对于为侵权行为之受雇人,有求偿权。”依本条规定,受雇人除不法行为外,是否尚须具备故意或过失的要件,学说上尚有争论。有学者认为,“只需行为人系不法侵害他人,即足使雇用人负本条之责任,至行为人有无故意或过失,则非所问,盖本条侧重于雇用人之过失责任也。”②但通说认为,第188条既然规定雇用人与行为人负连带责任,受雇人当然亦须具备故意或过失要件,否则,连带侵权责任无由成立。③

三、台湾现行制度的特色与雇用人责任的性质

(一) 现行制度的特色

雇用人就受雇人因执行职务所加于他人之损害,应如何负责的立法

① Esser, Schuldrecht II, 1969, S. 427.

② 参见梅仲协:《民法要义》,第143页。

③ 参见王伯琦:《民法债编总论》,第92页;胡长清:《民法债编总论》,第171页;郑玉波:《民法债编总论》,第183页。

基本类型,已说明如上,兹更进而分析三者之异同,用以显示台湾现行法的特色。分两点说明如下:

(1) 就受雇人之行为言:依台湾现行“民法”及英美法规定,须受雇人构成侵权行为,即除其行为属不法外,尚须具备故意或过失,始足使雇用人负赔偿责任。至于德国民法则不以行为人之故意过失为要件,故受雇人系患精神病或为无识别能力之人,其不法侵害他人,虽无故意或过失之可言,但雇用人仍不能免负赔偿责任。

(2) 就雇用人之责任言:依英美法的原则,只需受雇人系因不法行为侵害他人,即足使雇用人负责,但在台湾现行“民法”及德国法,皆以雇用人违反选任或监督的注意义务为责任原因,此项选任或监督过失,均先由法律推定,但雇用人得反证推翻之。依德国民法的规定,雇用人反证推翻法律推定之后,即可不负任何责任,但依台湾现行“民法”,法院尚可依被害人之声请,斟酌雇用人与被害人的经济情况,令雇用人为一部或全部的赔偿。

综观分析之,关于雇用人责任的内容,与英美法及德国法相较,有类似前者之点,有不同后者之处,但亦有为台湾现行“民法”所特有,而为其他法律所无者,此即法院依被害人之声请,得斟酌雇用人与被害人之经济情况,令雇用人为一部或全部损害赔偿的制度。

(二) 雇用人依第 188 条第 1 项规定所负责责任的性质

在英美法上,雇用人对受雇人因职务上不法行为所负的责任,系属严格责任(Strict Liability)。^①《德国民法》第 831 条所规定的雇用人责任,通说认为系过失责任(Verschuldenshaftung)。^②至台湾现行“民法”上雇用人责任的性质如何,向为学者争论之中心,聚讼日久,迄乏一致见解,有待辨明。兹先分别第 188 条第 1 项及同条第 2 项两种情形,说明雇用人责任的性质,再综合通盘观察之。

关于雇用人依第 188 条第 1 项规定,对因受雇人的侵权行为所负赔偿责任的性质,有谓系属过失责任,有谓系属不纯粹结果责任,亦有认为系属中间责任。主倡过失责任说者,以梅仲协先生为代表,略谓:“本项规

^① Fleming, p. 335; Salmond, p. 643; Atiyah, p. 3.

^② Esser, Schuldrecht II, S. 427; Larenz, Schuldrecht II, 1965, S. 445.

定,亦系采过失责任主义,雇用人仅于选任及监督受雇人而有过失时,始负责任,要非无条件地就其受雇人之过失而负责也。”^①胡长清先生采中性责任说^②,郑玉波先生另称之为中间责任,而所以称之为中间责任,系因举证责任转换之故。^③史尚宽先生主张不纯粹结果责任说,略谓:“依民法规定,应解释为不纯粹之结果责任。盖依第188条规定,雇用人与受雇人负连带责任,即以受雇人之成立侵权行为为前提,而代负责任。其责任有从属性,非为自己之侵权行为独立负责,乃就他人之行为代负其责,故应解释为结果责任。然仍许其为免责之证明。其责任为附有条件,故为不纯粹之结果责任。”^④诸说分歧,究以何者为通说,实难确言。

前述学者的争论,有为用语的歧异,例如中性责任说与中间责任说,但亦有为实质上的差异,例如过失责任说与不纯粹结果责任说。学者用语歧异或见解不同的原因,依我们的分析,主要是由于“现行法”的两项规定,即:①雇用人所以负责任,系以受雇人的侵权行为为前提。②雇用人选任监督过失先由法律推定。此两项因素应如何予以评价,学者见解不一,此即为学说争议症结之所在。中间责任说,虽以雇用人选任监督过失为基础,但认为因有举证责任倒置的规定,其责任之性质乃发生变化。史尚宽先生之所以主张不纯粹结果责任,系鉴于第188条系以他人之侵权行为为前提,其观点又有不同。依余所信,第188条第1项规定之性质,虽具若干特色,但既仍以选任监督为雇用人责任之原因,基本上系属过失责任,兹分两点说明之。

(1) 依第188条第1项规定,雇用人的责任,固以受雇人成立侵权行为为前提,但不得据此而认为雇用人系代负责任,盖该项规定,系仿自《德国民法》第831条,雇用人系就自己选任监督的过失负责,此观之于雇用人得证明已尽选任监督注意而免责之规定而益明。雇用人系就自己之行为而负责,非系代负他人侵权行为之责任。

(2) 选任监督系雇用人与受雇人之间内部关系,第三人无法窥知,证明自属非易,故法律先予推定,免除受害人积极举证责任。此项举证责任的倒置,纯系一种立法技术的运用,旨在使被害人多获赔偿的机会,并不

① 参见梅仲协,前掲书,第143页。

② 参见胡长清,前掲书,第162页(注6)。

③ 参见郑玉波,前掲书,第181页。

④ 参见史尚宽,前掲书,第180页。

影响雇用人责任的性质,若必斟酌此项举证责任的因素,则此项雇用人之责任,似可称为推定过失责任。

(三) 雇用人依第 188 条第 2 项所负责责任的性质

第 188 条第 2 项的规定,在外国立法例上并无类似制度,实为台湾地区现行“民法”所特有,前已述及。雇用人依此项规定所负责责任的性质如何,学者意见,亦甚为分歧,有称之为结果责任^①,有称之为无过失责任^②,有称之为危险责任^③,亦有称之为衡平责任^④。台湾现时对于法律名词的意义,尚多未能统一,对于法律科学基础的建立,阻碍甚大,实有详加检讨的必要。

就法律发展史观察之,结果责任系最原始的制度。在初民时代,人之行为多本于直觉,鲜有发动于理智,受到损害,即予报复,行为人是否有故意或过失,在所不问,一以行为之结果为准,故称为结果责任。嗣后民智渐开,乃有过失概念的发生,其无故意或过失,即行为非由于人之意思而发动者,不使负责。欧陆在 17、18 世纪后,自然法大昌,一切法律制度皆以理性为基础,此项过失责任,遂告确立,而为欧陆诸大法典之最高准则。^⑤ 及至近代,由于工艺技术之进步,铁路、汽车、航空、矿业、电气、原子能等危险事业日益增加,损害事件层出不穷,过失责任已不足适应现代社会的需要。此等企业所致的损害,纵尽科学上最新的技术,亦难防范其发生,故为加强保护受害人,维护人群共处的安全,特规定此种企业经营者,对于损害的发生,虽无过失,仍应负责,如“工厂法”及“民用航空法”等是,学者称之为无过失责任。

由上述法律发展史可知,结果责任与无过失责任虽皆不以行为人的过失为负责原因,但其理念完全不同,即无过失责任系为补救过失主义的弊端所创设的制度,而结果责任系初民时代,人类未能区别故意或过失时的产物。

无过失责任与结果责任性质不同,已如上述,不宜混用,然则无过失

① 参见胡长清,前揭书,第 173 页。
 ② 参见史尚宽,前揭书,第 186 页。
 ③ 参见梅仲协,前揭书,第 144 页。
 ④ 参见郑玉波,前揭书,第 186 页。
 ⑤ 参见王伯琦,前揭书,第 67 页。

责任与危险责任的关系又如何？过失责任虽为近代民法的基本原则，但行为人的过失，并非系损害赔偿的唯一归责原则。在民法以外，尚有若干情形，法律并不以行为人之故意或过失为要件，学者概称之为无过失责任，其种类至为繁杂。近年来学者对此从事研究者日多，或探讨其性质，或从事分类。依德国权威民法学者 Larenz 教授的见解，无过失责任可分为三个类型^①，而其中最重要者是从事具有危险性企业者所负之责任，此项责任的原因并非是行为人之过失，而系企业的危险性，故特称为危险责任。企业者所以要负此种责任，系基于不幸损害合理分配的法理，其主要依据有三：① 企业者制造危险的来源；② 企业者能于某种程度控制危险；③ 企业者经营危险事业获取利益。依照我们前面的说明，结果责任是原始制度，因此用结果责任称谓雇用人依第 188 条第 2 项所负之责任，似未妥当。无过失责任一词，失诸广泛空洞。危险责任系基于企业危险性而来，另有其法理。本项规定系以伦理为出发点，为法律道德化的具体表征，称之为“衡平责任”最为妥洽，最能表现此项制度的特质。

（四）结语

关于雇用人依第 188 条所负责任的性质，学者多分别第 1 项及第 2 项两种情形而加说明，已分别分析如上。实则，欲理解现行“民法”雇用人责任的特性，宜综合此两项规定而考察之。现行“民法”虽仍以过失为责任的基础，但设有举证责任转换及衡平责任两项制度，以补救过失责任之缺点，在实际适用上，殆已脱离过失责任，而带有浓厚无过失责任的意涵。假若雇用人举证不能使法院确信，或法院基于政策上的考虑，对举证责任特别严格要求，则雇用人虽无过失，仍应负责。又依第 188 条第 2 项规定，雇用人纵能免责，法院亦得因受害人之声请，令其为全部或一部之损害赔偿，由是观之，本条规定与无过失责任，已甚接近。

^① Larenz 教授将德国法上损害赔偿之原则，归为四类，即：① 过失责任。② 由特定危险事物享受利益者，对于由此危险所生损害之责任。③ 法律特许利用他人物品情形时所生损害之补偿责任。④ 基于法定担保义务，尤其是因自己行为创造某种信赖要件而生之损害。后三类系属无过失责任。详见 Larenz 教授著，拙译：《德国法上损害赔偿之归责原则》（Die Prinzipien der Schadenszurechnung, JuS 1965, 373f.），载《思与言杂志》第 4 卷，第 6 期，第 21 页。

四、雇用人侵权责任与其他类似制度的比较

在现代私法制度上,个人应仅就自己的行为负责,系属基本原则,对他人的行为所生损害亦须负责,则为例外,属于此种情形者,除雇用人之侵权责任外,主要尚有两种制度:①为法人对其董事或职员不法行为所负的责任;②为债务人对其代理人及使用人行为所负的责任。雇用人侵权责任与此两种制度在性质上有什么差异?其关系若何?对于理解雇用人责任之特色及确定其适用范围,甚为重要,特再略加叙述。①

(一) 雇用人侵权责任与法人侵权责任之比较

(1) 性质上的差异。第 28 条规定:“法人对其董事或其他有代表权之人因执行职务所加于他人之损害,与该行为人为连带损害赔偿责任。”本条系规定法人之侵权能力,即法人因其机关而行为,故机关之行为在其职务范围内,视为法人自身之行为,从而法人就其董事或其他有代表权之人因执行职务所加于他人之损害,亦应负赔偿责任。②由是观之,第 28 条所规定的法人侵权责任与第 188 条所规定的雇用人侵权责任,性质上实判然有别。在前种情形,机关之行为即被视为法人之行为,法人系就自己行为负责,故自概念以言,法人自不得主张其对于机关的选任监督无过失而不承担责任。在后种情形,雇用人乃系就其自己对受雇人选任监督的过失而负责,故得举证免责。

(2) 适用范围。在第 28 条的情形,董事或其他有代表权之人执行职务的行为,应归责为法人本身之行为,故就适用关系而言,应认为第 28 条排除第 188 条的适用,盖董事或其他有代表权之人之行为,既被视为系法人之行为,自不能再认为董事或其他有代表权之人系第 188 条的受雇人,使法人得证明其选任监督并无过失而脱卸责任。③

① 关于“为他人过失负责”(Haftung für fremdes Verschulden), Westermann (JuS 1965, 148) 有专文分析各种制度及其相互间之关系,足资参考。

② 参见梅仲协,前揭书,第 46 页;史尚宽,前揭书,第 141 页。此外,并请参见郑玉波:《民法总论》,第 130 页,第 179 页。

③ 参见梅仲协,前揭书,第 144 页;郑玉波:《民法债编总论》,第 181 页。

(二) 雇用人侵权责任与债务人对其使用人责任之比较

(1) 性质上的差异。第 224 条规定,债务人的代理人或使用人关于债之履行,有故意或过失时,债务人应与自己之故意或过失负同一责任。本条规定与第 188 条相较,有两点不同:① 前者所规定者,系债务不履行之归责问题,后者所规定者,则属侵权行为;② 债务人依第 224 条所负之责任,系属担保责任^①,而雇用人所负之责任,系属推定过失责任,故雇用人得证明其于选任监督受雇人无过失而免责,债务人则不得为此主张。

(2) 适用范围。第 224 条所规定者即系债务不履行归责问题,而第 188 条系属侵权行为,其适用范围各有不同,不发生排斥问题。但应注意者,雇用人若对于被害人有契约关系存在时,例如游览车公司对于司机驾驶监督疏懈,肇致车祸,致侵害乘客权利时,被害人除依第 188 条之规定,向雇用人请求损害赔偿外,并得依据第 224 条规定,使雇用人负契约上之责任,因而发生侵权责任与债务不履行责任竞合之问题。^②

五、雇佣关系

(一) 决定标准

某人所以应就他人不法行为所生的损害负连带赔偿责任,显然的,必须该人与行为人之间有某种特殊关系存在,此项归责始属合理。民法称直接为不法行为之人为受雇人,应连带就此行为负责之人为雇用人,由是可知“雇佣关系”之存在系雇用人责任之基础。然则此种雇佣关系究于何时存在,依据何种标准判定,为决定雇用人责任首应究明之问题。

谁为雇用人? 学者见解不一,有谓依现行“民法”用语(参阅“民法”第 482 条以下规定),雇用人系指依雇佣契约而服劳务之人,故第 188 条

① 参见梅仲协,前揭书,第 170 页;Larenz, Schuldrecht I, 1970, S. 217ff.

② 参见梅仲协,前揭书,第 144 页。又关于请求权竞合之理论,近年来有重大演变,有主倡竞合说者(Anspruchskonkurrenz),有倡单一请求权多数基础说者(Ein Anspruch mit verschiedenen Grundlagen)。中文资料,请参见王伯琦:《侵权责任与债务不履行责任之竞合》,载《大陆杂志》第 4 卷第 12 期;拙文:《契约责任与侵权责任之竞合》,载本书。关于德文最新文献请参见 Georgiades, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, 1967; Schlechtrim, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, 1972。