

契約責任與 侵權責任的保護客體

「權利」與「利益」區別正當性的再反省

陳忠五 著



新學林

契約責任與侵權責任的區別

【第一冊】

契約責任與侵權責任的保護客體

—「權利」與「利益」區別正當性的再反省—

陳忠五 著



新學林出版股份有限公司

作者簡介

陳忠五

國立臺灣大學法律學院教授
法國巴黎第一大學法學博士

契約責任與侵權責任的保護客體

著 作 者：陳忠五
出 版 者：新學林出版股份有限公司
地 址：台北市和平東路二段339號9樓
電 話：(02) 27001808 傳 真：(02) 27059080
網 址：<http://www.sharing.com.tw/>
總 經 理：毛基正 總 編 輯：田金益
主 編：林靜妙 版 權 部：林靜妙
製程管理：浩瀚

出版日期：2008年12月 一版一刷
郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司
劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元每本加收郵資50元
定 價：450 元

ISBN 978-986 - 6729 - 83 - 6

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換
門市地址：台北市和平東路二段 339 號 9 樓
團購專線：(02) 27001808 分機 18
讀者服務：law@sharing.com.tw
電子商務：gotobuy@sharing.com.tw

本書經國立台灣大學法律學院頂尖計畫補助出版

序 言

自 1997 年歸國從事教學研究工作，迄今已歷十一年。十一年來，持續發表論著，累積相當數量，足可集結出版多本專書，但因慮及見解未臻成熟，有待繼續反省沈澱，又鑑於現今文獻資訊發達，資料取得容易，單純集結論文出版，意義不大，因而一直未考慮公開出書！

本書是我在國內出版的第一本專書著作。她是以我在「國立臺灣大學法學論叢」36 卷 3 期上發表的同名長篇論文為基礎，繼續補充增寫而成。「契約責任與侵權責任的區別」此一議題，乃財產法理論與實務上的基本問題，應用範圍相當廣泛，值得深入探究。本書只是我針對此一議題從事系列研究的開端，日後仍將有相同議題論著，陸續發表。

本書出版動機有二：

第一，某種程度上，本書所持論點，在國內屬「少數說」！雖然這些論點是否具體可行，有待驗證，但卻是我個人目前確信的法律意見。我將這些論點公開出來，希望能就教於法界先進，獲得更多批評或回應。

第二，本書各編章節論述之間，具有密切內在關連性，其「體系結構」、「問題定位」及「說理方法」，自成特色！讀者諸賢如能意識到此一研究論證上的特色，進而提出指正意見，當有助於凝聚我國法學研究方法的共識。

感謝王澤鑑教授引領我走入財產法教學研究之路！本書諸多論點，與王老師向來見解，有若干出入，但在共同參與追求真理、促進社會進步的道路上，我們目標是一致的。

我的研究助理或論文指導學生，參與本書編輯校對工作，謹慎細心，耗費心血，藉此表達我的感激之意：張譯文、張晏齡、林宗穎、潘玟欣、顏佑紘、黃澍儀、曾柏涵、黃乃瑩。

最後，以本書獻給我的父親-陳旺庚先生（1914-1998），感念他生前對我的無限包容與愛護！

陳忠五

2008 年 11 月 24 日

契約責任與侵權責任的保護客體：『權利』與
『利益』區別正當性的再反省／陳忠五著．

-- 一版． -- 臺北市：新學林，2008. 12

面； 公分． -- （契約責任與侵權責任的
區別：第1冊）

ISBN 987-986 - 6729 - 83 - 6（精裝）

1. 契約 2. 侵權行為

584. 31

97023452

簡 目

本書摘要	001
------------	-----

緒 論	005
-----------	-----

第一編 保護範圍不同？	023
--------------------------	-----

第一章 契約責任：從保護「利益」到保護 「權利」	027
-----------------------------------	-----

第二章 侵權責任：從保護「權利」到保護 「利益」	035
-----------------------------------	-----

第一節 民法侵權責任規定	037
--------------------	-----

一 一般侵權責任規定	／040
------------	------

二 特殊侵權責任規定	／042
------------	------

第二節 特別法侵權責任規定	053
---------------------	-----

第二編 保護程度不同？	067
--------------------------	-----

第一章 契約責任：平等保護	069
---------------------	-----

第一節 平等保護的規定	071
-------------------	-----

第二節 平等保護的理由	076
-------------------	-----

一 權利與利益難以區別	／077
-------------	------

二 權利與利益得以具體特定	／079
---------------	------

第二章 侵權責任：差別保護？	081
第一節 學說爭議	088
一 差別保護說	／090
二 平等保護說	／100
第二節 實務立場	103
一 徘徊的立場	／104
(一) 採取「差別保護說」的立場	／105
(二) 採取「平等保護說」的立場	／108
二 模糊的立場	／119
第三節 本書見解	122
一 權利與利益的異同區辨	／138
(一) 權利與利益本質相同	／139
1 權利與利益間的流動關係	／139
2 權利與利益區別相當困難	／154
3 平等保護權利與利益的民事特別法	／161
(1) 相關規定	／162
(2) 理論依據	／177
(二) 權利與利益特性不同	／181
1 損害	／189
2 行為不法	／199
3 過失	／211
4 因果關係	／218
二 利益保護的規範漏洞	／223

(一) 侵權責任法上的救濟管道	／225
1 民法第一八四條第一項後段規定	／227
2 民法第一八四條第二項規定	／231
3 回歸民法第一八四條第一項前段規定？	／240
(二) 契約責任法上的救濟管道	／256
1 締約過失責任	／259
2 附保護第三人效力之契約責任	／275
結論	291
參考文獻	309
一 中文文獻	309
二 外文文獻	322
法規索引	329
實務索引	337
事項索引	345
詳目	363

本書摘要

本書從民事責任法保護客體「權利或利益」此一角度切入，探討契約責任與侵權責任在權利或利益保護的範圍或程度上究竟有無不同，據以論證契約責任與侵權責任在權利或利益的保護問題上，是否具有區別的正當性。

在研究方法上，本書以民事責任之下再區別為契約責任與侵權責任二種基本類型作為出發，先探討契約責任法如何看待權利與利益的區別問題，再從權利與利益在契約責任法上的定位所獲得的啟發，重新思考侵權責任法應如何看待權利與利益的區別問題。

本書指出，契約責任與侵權責任的保護客體，範圍並無不同，均包括權利及利益在內。就此而言，權利與利益的區別，並無必要。然而，契約責任與侵權責任的保護客體，是否因其為權利或利益，而有不同程度的保護，則為本書論述的核心問題。

在契約責任，權利侵害或利益侵害，並無嚴格區別必要，均予以平等保護，適用相同歸責原理。其理由，除了權利與利益本就難以區別之外，更是因為契約關係上的權利與

利益，均得「具體特定」，當事人具有「預見可能性」。

相較之下，在侵權責任，鑑於契約關係外的利益，通常不如權利一般，得以具體特定並具有預見可能性，因而使得侵權責任究竟應該如同契約責任一般，平等保護權利與利益，或是應該嚴格區別權利與利益，予以差別保護，顯得困難許多。我國通說採取差別保護說，限縮侵權責任法對利益的保護程度，固然在比較法上有德國法之繼受作為理論依據。但此一通說見解，何以在倡議數十年後，仍未能在我國實務上形成穩定一貫的見解，仍然值得思考再三！

本書主張，通說見解之下，對利益保護顯然不足。解決之道，應揚棄差別保護見解，直接擴張民法第一八四條第一項前段「權利」範圍，使其包括「利益」在內，使權利與利益的侵害均有「過失責任原則」的適用。理由有二：

第一，權利與利益具有相同的本質，難以嚴格區別，不足以作為差別保護的正當性基礎，亦不足以作為拒絕保護利益的法律理由。權利與利益的區別背後所反映者，與其說是二種截然不同的「價值判斷」，不如說是二種各具特性的「法律技術」。權利與利益如果有所不同，乃在其是否具有「具體特定性」或「預見可能性」。「不確定性」，導出侵權責任特別需要平衡兼顧「行為自由」此一價值，以達到「適度合理限制加害人責任」的目的。落實此一需求的方法，不是以權利或利益的侵害作為一般侵權責任進一步類型化基礎，

並據以適用不同歸責原理，而是在相同的過失責任原則下，於實際認定「損害」、「行為不法」、「過失」、「因果關係」等責任成立要件時，應參酌權利與利益特性上的不同，作出合理妥適的判斷。

第二，民法第一八四條第一項前段規定的保護客體排除「利益」之後，以現有其他侵權責任規定，無論是第一八四條第一項後段規定或第二項規定，或是擴大解釋第一八四條第一項前段規定的「權利」範圍，實際上仍無法合理妥適解決利益保護不足問題。即使逃避侵權責任，藉助契約責任法理，承認或創設「締約過失責任」及「附保護第三人效力之契約責任」等類似契約責任，但由於此等責任在適用範圍（主體範圍、時間範圍）、責任要件、責任效力等問題上，存在諸多限制或缺失，仍不足以全盤解決問題。

從而，本書作一總結，權利或利益的保護，無論是就保護範圍或保護程度而言，不因契約責任或侵權責任，而有所不同。就此而言，契約責任與侵權責任，並無區別的正當性！

今後，面對侵害「利益」的民事責任，無論其所涉及者是契約責任或侵權責任，即使法律政策上有必要適度合理限制責任的成立，也不再是加害人是否「故意背於善良風俗」或「違反保護他人法律」的問題，而是「損害」是否存在、行為是否「不法」、加害人有無「過失」以及行為與損害間

是否具有「因果關係」的問題。此等問題，均是契約責任與侵權責任所必須面對的共通問題。

關鍵字：契約責任、侵權責任、保護客體、權利、利益、差別保護、平等保護、過失責任原則

緒論

1 民事責任二種基本類型：契約責任與侵權責任

民事責任，一般而言，是指違反私法上義務造成他人損害所生的賠償責任。學理上通常在民事責任之下，再區分為「契約責任」與「侵權責任」二種責任類型。

契約責任與侵權責任，是民事責任中最基本的二種責任類型。大多數民事責任，如果不屬於契約責任，通常可以歸類為是侵權責任。如果不屬於侵權責任，通常也可以歸類為是契約責任。更有不少民事責任，既能成立契約責任，同時也能成立侵權責任，而發生契約責任與侵權責任競合的情形。

2 「契約責任」的用語選擇

關於「契約責任」此一用語，我國學說與實務有時將違反契約義務所生的損害賠償責任，稱為「債務不履行責任」，有時甚至完全不區分「契約責任」與「債務不履行責任」二種用語，將二者予以混用，用來指稱相同物事。

針對此一現象，不容否認的是，我國民法關於債務不履行責任之規定，主要係以契約責任為適用對象。大多數的債

務不履行責任，實際上均指契約責任而言。

然而，契約責任，以「契約義務」之違反為前提；債務不履行責任，以「債務」之違反為前提。嚴格而言，「契約義務」與「債務」，並不完全相同。契約義務，固然是「債務」之一種，但「債務」不以契約義務為限，除契約義務外，尚可能包括基於無因管理、不當得利、侵權行為或其他法律規定所生之各種義務。舉例而言，因侵權行為所生之損害賠償責任，加害人如應回復被害人損害發生前之原狀而拒絕回復、遲延回復、不能回復或回復有瑕疵者，同樣可能構成「給付拒絕」、「給付遲延」、「給付不能」或「不完全給付」，同樣應對被害人負「債務不履行責任」，但此一債務不履行責任，並非契約責任。

從而，契約責任本身固然也是債務不履行責任，但契約責任是屬於「債之個別發生原因」層次上之責任，性質上是一種「第一次責任」，債務不履行責任則是屬於「債之共通法律效力」層次上之責任，性質上是一種「第二次責任」。後者可以包含前者，但前者不能完全代表後者。鑑於本書旨在從「債之個別發生原因」角度，比較研究契約責任與侵權責任二者間之異同及其區別正當性，因而為求問題定位及用語精確起見，本書刻意避開「債務不履行責任」此一用語，而選擇以「契約責任」用語，作為與侵權責任比較研究的基礎。

3 「侵權責任」的用語選擇

關於「侵權責任」此一用語，由於我國民法第二編第一章第一節第五款之標題為「侵權行為」，因而我國學說與實務大多以「侵權行為責任」或「侵權行為損害賠償責任」此等用語，指稱因侵權行為所生之損害賠償責任。從法典文字而言，此一用語選擇，確實有其實定法上的依據！

然而，本書卻偏好使用「侵權責任」此一用語。此一決定，並非單純基於標新立異或文字簡化因素考量的結果，而是作者認為，侵權責任傳統上固然以加害人自己行為造成他人損害之「行為責任」類型為主，但其實不以此為限。

隨著侵權責任歸責原理嚴格化與責任原因事實多元化的發展趨勢，在「自己行為責任」之外，民法或特別法上不乏「危險責任」或「擔保責任」的立法例，「為他人行為負責」或「為特定物負責」的侵權責任類型，並不在少數。此等責任之成立，不必然均以責任主體方面有一具體的「侵害行為」為必要。

消費者保護法上的商品責任或服務責任，即是明顯事例。該等責任的責任主體，是「企業經營者」此一抽象的組織體，而非具體個別的「行為人」。該等責任的責任原因事實，乃企業經營者所流通進入市場或提供的商品或服務「欠缺安全性」，而非該企業所屬從業人員於提供商品流通進入市場或提供服務過程中，某一具體個別的「侵害行為」。

因此，除非有必要強調「侵害行為」或「行為責任」，否則為求問題定位及用語精確起見，本書刻意避開「行為」

二字，而選擇使用「侵權責任」此一用語，用以廣泛指稱一般社會生活關係下，侵害他人權益所生的損害賠償責任。

4 契約責任與侵權責任的異同

一般而言，契約責任是指違反基於「契約關係」不得侵害「他方當事人或債權人」權益此一「契約義務」，因而所生的責任。侵權責任則是指違反基於「社會生活關係」不得侵害「不特定人或一般人」權益此一「一般義務」，因而所生的責任。

由此可知，契約責任的發生，係來自於「契約當事人」間違反其「個別契約關係」上的「契約義務」，致侵害他方當事人的權利或利益。侵權責任的發生，則是來自於「任何人與任何人」間違反其「社會生活關係」上的「一般義務」，致侵害他人的權利或利益。

從而，契約責任與侵權責任二者，在責任主體所違反義務的「來源」與「性質」，以及「責任主體範圍」上，有所不同。

契約責任以「契約義務」的違反為前提。此一契約義務，來自於特定人與特定人間基於自由意志所成立的「個別契約關係」，也因而使得契約責任的功能，在於保護該等特定人間的「特定契約利益」，從而唯有該等特定人彼此之間，始能享有或負擔契約責任關係上的各種權利或義務。

相較之下，「任何義務」的違反，均可能發生侵權責任。此一義務的存在，來自於任何人與任何人間的「一般社