

黄茂荣法学文丛

债法通则全面涵盖债之基础问题，原则上采专论的形式，收录法规、令函及判解，写作时注重法学方法的引用，有助于法学方法在债法上的应用，力求在法律价值、观点、论证及实务思潮方面能与法治及法学进步国家的现况接近

债法通则之二

债务不履行与损害赔偿

黄茂荣 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

黄茂荣法学文丛

债法通则全面涵盖债之基础问题，原则上采专论的形式，收录法规、令函及判解，写作时注重法学方法的引用，有助于法学方法在债法上的应用，力求在法律价值、观点、论证及实务思潮方面能与法治及法学进步国家的现况接近

债法通则之二

债务不履行与损害赔偿

黄茂荣 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

债法通则. 2, 债务不履行与损害赔偿/黄茂荣著. —厦门: 厦门大学出版社, 2014. 6
(黄茂荣法学文丛)

ISBN 978-7-5615-4993-3

I. ①债… II. ①黄… III. ①债权法-研究-中国 IV. ①D923.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 120473 号

厦门大学出版社出版发行

(地址: 厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编: 361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

厦门集大印刷厂印刷

2014 年 6 月第 1 版 2014 年 6 月第 1 次印刷

开本: 720×1000 1/16 印张: 23.25 插页: 2

字数: 452 千字 印数: 1~3 000 册

定价: 55.00 元

如有印装质量问题请寄本社营销中心调换

序 言

债法通则将分五册：第一册含导论、债之关系及债之意的发生原因。意的发生原因指契约及悬赏广告。关于契约，再就契约之缔结、要式契约、电子商务进一步加以说明。第二册含损害赔偿之债的概论、债务不履行责任及特种侵权行为责任。第三册含债之保全、债权之确保、债之连带、债之移转、债之消灭。第四册含债之法定的发生原因中之无因管理及不当得利。另有一个重要之债的法定发生原因——一般侵权行为将编入第五册，预计一年内出版。以上将大致全面涵盖债之基础问题。

上述题目的体裁，原则上采专论的形式。法规、令函及判解的引用所以及于内容，主要是为节省读者查考的时间及检证的需要，因此篇幅比较长。写作时注重法学方法的引用，希望因此有助于法学方法在应用上的介绍，以及力求在法律价值、观点、论证及实务思潮方面，能和法治与法学进步国家的现况接近。

法律文化因与国情相依，而有不同法系间之差异，但由于人同此心，其基本价值及逻辑方法一般说来并无二异。如何透过比较法的研究，师人之长，缩短法治与法学之真正现代化及本土化的时程，与法律、经济及社会政策所追求之公平、效率及关怀目标的实践成果之高低，至为重要。愿以本书与有志于推动中华法治与法学之真正现代化及本土化的女士们、先生们，互相切磋、努力。

本书厦大简体版之出版，承厦门大学法学院李刚学长之慷慨帮助及厦门大学出版社副社长施高翔博士与责任编辑甘世恒先生之百般费心，十分感谢！

黄茂荣

2014年1月

目 录

第一章 概论损害赔偿之债·····	1
一、损害赔偿责任之基本思想·····	1
二、赔偿责任之规范基础·····	2
三、侵权行为之基本态样及其保护之客体·····	11
四、契约责任及侵权责任保护之利益·····	13
五、无效契约之法律效力·····	16
六、“公平交易法”或“消费者保护法”保护之利益·····	18
七、受害客体之态样·····	20
八、损害的概念及其种类·····	22
九、损害赔偿请求权之范围·····	25
十、自己责任与连带责任·····	31
十一、违反保护义务→违法性·····	32
十二、因果关系·····	33
十三、归责原则·····	35
十四、赔偿范围之调整·····	37
十五、赔偿方法·····	38
十六、请求权规范竞合·····	40
第二章 债务不履行·····	41
第一节 给付不能·····	41
一、给付不能概说·····	42
二、给付不能之概念及种类·····	43
三、给付不能的效力·····	47
四、给付不能、善意取得与权利瑕疵担保·····	61
五、给付不能与危险负担·····	63

第二节 给付迟延与受领迟延	65
一、前言	65
二、给付迟延之概念	68
三、给付迟延之要件	78
四、一部清偿或缓期清偿	98
五、给付迟延之法律效力	101
六、迟延责任之免除与终了	121
七、受领迟延	122
第三节 缔约上过失	142
一、前言	142
二、缔约上过失的概念	144
三、违反保护义务损及固有利益	149
四、违反诚信义务损及变动利益	155
五、缔约上过失与具体规定间之竞合	166
六、缔约上过失之一般规定的溯及效力	172
第四节 积极侵害债权	174
一、积极侵害债权的概念	174
二、积极侵害债权之规范基础	179
三、积极侵害债权之效力	180
四、声明拒绝履行债务	184
五、瑕疵给付与有害给付	184
六、损害赔偿之范围	186
七、举证责任	188
八、结论	189
第五节 解除契约及其损害之赔偿	190
一、解除契约之概念	190
二、解除契约时之损害赔偿义务人	192
三、应赔偿之损害的范围	193
第六节 所失利益之赔偿	199
第七节 债务人之履辅责任	206
一、履行辅助人之概念	206
二、债务人之履辅责任	215
三、债务人之履辅责任之要件	218
四、债务人之履辅责任之预先免除	219

五、与有过失	220
六、第三人之清偿与债务人之履辅责任	221
七、雇用人或法人之侵权责任与履辅责任	224
八、法定代理人自任为履行辅助人	228
第三章 特种侵权行为	231
第一节 一般人格权及其保护	231
一、人格权与财产之保护应先经具体化	231
二、特别人格权主义	232
三、法律漏洞：应增加人格权之保护项目	234
四、法律漏洞的补充：其他或一般人格权之规范基础	238
五、一般与特别人格权间之规范竞合	240
六、一般人格权之具体化	242
七、一般人格权之要件结构	249
八、死后之人格权的保护	251
九、人格权与基本权利之冲突	252
第二节 恢复名誉之适当处分及强制登报道歉的合宪性	256
一、问题缘起	256
二、名誉及其侵害	256
三、人格权之一般保护规定	257
四、关于名誉之特别保护规定	258
五、如何恢复名誉	260
六、恢复名誉之适当处分	261
七、法律“违宪”或判决“违宪”	265
八、关于声请解释“宪法”的要件	265
九、恢复名誉之适当处分的“宪法”限界	270
十、结论与建议	273
第三节 言论自由与名誉人格权之冲突与权衡	275
一、言论自由与名誉人格权之冲突	275
二、侵害名誉人格权之刑事责任	276
三、释字第 509 号解释	276
第四节 医疗损害之危险责任	281
一、概说	281
二、医疗损害之危险责任	286

三、医疗强制保险契约中之供给面的当事人或关系人	320
四、医疗之危险责任的分散枢纽：强制保险人	322
五、医疗之危险责任的财源	324
六、保险理赔与仲裁	324
七、结论与建议	325
第五节 强制汽车责任保险与责任竞合	326
一、强制汽车责任保险之当事人	327
二、强制汽车责任保险之保险范围	328
三、强制汽车责任保险契约之缔结与移转	329
四、责任保险承保之责任的规范基础	330
五、特别补偿基金之机制	331
六、强制汽车责任保险系一种利益第三人契约	335
七、汽车交通事故之共同侵权或危险责任	337
八、责任竞合与保险人之代位请求权	339
九、结论	343
第六节 侵害继承权或侵害继承之财产	344
一、问题缘起	344
二、继承权、应继份、特留份及遗产之继承	344
三、司法实务上关于继承之侵害的见解	351
四、评析	360

第一章

概论损害赔偿之债

一、损害赔偿责任之基本思想

一切经济与社会活动,不论是合法或非法皆带有一定程度之危险。当因该危险而导致他人受到损害,便引起该损害之归属或赔偿的问题。其属于不法引起之损害者,依过失原则,按补偿正义,由过失行为人负赔偿责任。这通常发生在缔约上过失、债务不履行、积极侵害债权及侵权行为;其属于合法或系违法无过失引起之损害者,在法律有特别规定的情形,依危险原则,按分配正义,对于引入危险源之行为人课以分散损害的义务^①。在损害发生时,行为人所负之责任即是危险责任^②。其分散的方法有时必须利用强制责任保险制度来配合。鉴于危险责任的分散在技术上可被预估,在财务上可能有负担的困难,所以,危险责任除常有有限责任之配套的限制外,有时限于人格权之损害。且纵使人格权之损害的赔偿,其范围也通常不包含精神上损害(“强制汽车责任保险法”第7条、第27条)。就危险责任^③,现行法律中,目前尚未见关于非财产上损害赔偿之明文规定[得请求非财产上损害赔偿之规范基础,首先为“民法”第194条、第195条关于人格权之侵权行为的规定,而后为“民法”第227条之一关于债务人因债务不履行,致债权人之人格权受侵害的情形。后者虽以债务不履行为规范对象,但除积极侵害债权外,应还可类推适用于缔约上过失。上述规定之共同要件为:除被害客体须为人格权外,就损害之发生,加害人应有故意或过失。亦即这些条文并非关于无过失之危险责任的规定。在以人格权之受害为保护对象之危险责

① 关于补偿正义与分配正义的讨论,详请参见本书第三章第四节“医疗损害之危险责任”。

② Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe, 1960, S. 158f..

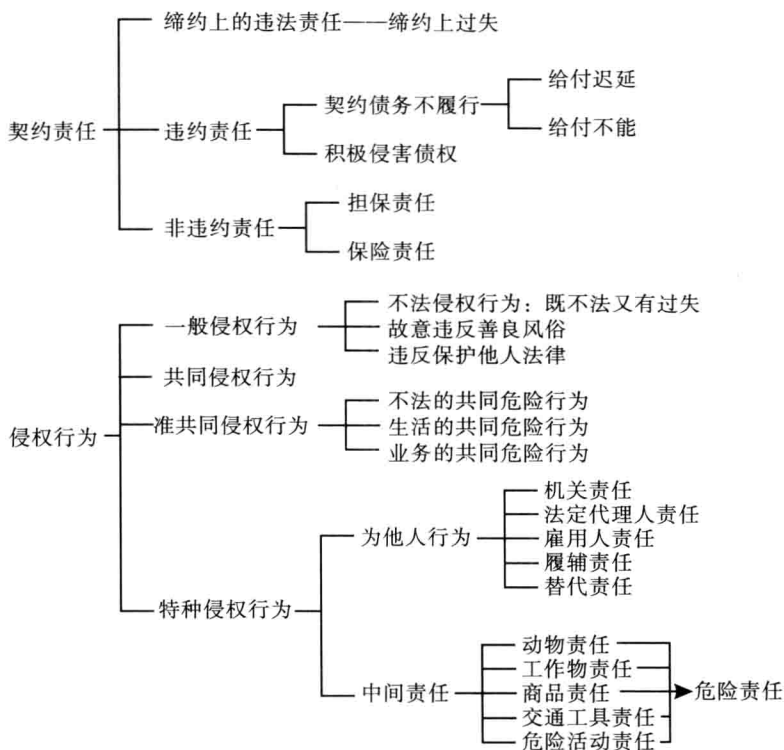
③ 关于危险责任,详请参见本书第三章第四节“医疗损害之危险责任”。

任(例如“消费者保护法”第7条),其被害人应尚不得类推适用上述规定,请求非财产上损害之赔偿。唯“最高法院”2005年10月13日台上字第1859号民事判决引述之该案第二审法院对此采肯定见解。“最高法院”在该判决中,主要以“按债权债务之主体,应以缔结契约之当事人为准,苟非缔结契约之债权人,即无基于契约对债务人请求履行债务之余地”为其发回理由,对于“民法”第194条、第195条在“消费者保护法”第7条所定之危险责任是否有适用,并未加质疑。不涉及违法之损害赔偿的情形,还有担保责任(例如银行之保证函)及保险责任(保险人之保险给付)。其适用之基本思想是补偿正义。

二、赔偿责任之规范基础

损害赔偿责任之规范基础首先可分为契约或法律。以契约为基础者称为意定责任,这以契约责任为代表;以法律为基础者称为法定责任,这以侵权责任及危险责任为代表。契约责任下含债务不履行(给付不能、给付迟延)、缔约上过失、积极侵害债权。侵权责任下含(1)单独侵权行为;(2)共同侵权行为;(3)准共同侵权行为。准共同侵权行为下分:1. 不法的危险行为;2. 生活的危险行为;3. 业务的危险行为。在此基础上,始又引申出以契约为基础之担保责任及保险责任;以法律为基础之危险责任及合法加害行为之补偿责任。

兹将各种契约责任及侵权行为表列如下:



兹申述之：

因债务不履行而引起之损害赔偿问题可分为：传统之消极债务不履行责任及现代之积极侵害债权的责任。其区别在于：消极债务不履行责任以给付迟延或给付不能之不为给付的消极行为引起之损害为赔偿客体；而积极侵害债权的责任以给付之不完全所引起之损害为赔偿客体^①。在后一情形，就债务之履行而言，债务人已有清偿上之给付，因此称其侵害为积极之侵害。必须注意者为：

① 积极侵害债权不是指第三人侵害债权的情形。第三人侵害债权为对于债权之侵权行为的问题。其成立之障碍不在于债权不是“民法”第184条第1项前段所定之权利，而在于：(1)因为债权是一种概念上的存在，要加害于债权必须透过加害于债之客体(例如毁损或灭失标的物，或使债务人不能为劳务之给付)，从而其加害行为之于损害有间接性，导致加害人之加害故意或过失、行为与损害间之因果关系的有无在认定上遭遇困难；(2)若透过单纯唆使债务人不履行债务，或进一步唆使债务人改向自己为相同之给付(例如二重买卖或挖角)，则无故意或因果关系之认定困难，但在二重买卖或挖角的情形，可能基于市场竞争的考量，否认其违法性(“民法”第244条第3项)。于是，可成立加害债权之侵权行为者，便限于损人不利己之单纯唆使债务人不履行债务的情形。

不论是传统之消极债务不履行或现代之积极侵害债权,其赔偿义务人皆必须是债务人。关于债之履行,纵使履行辅助人在债务之履行上有故意或过失,履行辅助人亦不依“民法”第224条,而只可能依侵权行为法的规定以行为人的地位对债权人负损害赔偿责任。不过,这当中仍须注意,履行辅助人之所以对债权人应负侵权行为责任,系因为基于其与债务人之辅助履行的契约关系,而对债权人负个别的保护义务,并以该个别的保护义务之违反为基础对债权人负侵权行为责任^①。至其非因债务之履行,而是借辅助履行债务之机会侵害债权人之权利者,直接以履行辅助人对于债权人所负之一般的保护义务为其责任基础。例如履行辅助人借辅助履行的机会窃盗债权人之物或对其实施强奸行为。该一般侵权行为虽然利用辅助履行债务之机会,但非因履行债务之行为本身加损害于债权人,

① 基于契约关系所生之个别保护义务是否与一般保护义务一样得为侵权行为之违法性的认定基础,在法制的发展史上,经历否定到肯定的阶段。就此就债务人之债务不履行而言,即契约责任与侵权责任之排斥与竞合的问题。早期采否定说,认为契约法上之个别保护规定是一般保护义务的特别规定,所以契约责任应排斥侵权责任。后来采肯定说。在肯定说下,又有契约责任与侵权责任之关系,应是请求权竞合或请求权规范竞合的考量。为配合民事诉讼法上纷争一次解决之经济性的要求,应采请求权规范竞合说的观点。于是有关于契约责任及侵权责任之规定间的调和问题。所涉应调和之事项主要有:(1)“民法”第184条第1项在下述情形与相关规定间,关于主观要件与“民法”第434条;关于损害赔偿之范围,与“民法”第638条第1项;(2)关于免责要件,“民法”第188条第1项但书与“民法”第224条间;(3)关于时效期间,“民法”第197条第1项规定(侵权行为之损害赔偿请求权的时效期间):自请求权人知有损害及赔偿义务人时起,二年间不行使而消灭,自有侵权行为时起,逾十年者亦同。债务人因债务不履行,致债权人之人格权受侵害者,其损害赔偿请求权的时效期间适用第197条关于侵权行为之规定(第227条之一)。这个部分侵权责任与侵害人格权之契约责任的时效期间不但一致,而且适用相同的规定。此为以立法的方法自始加以调和的情形。其他情形,则至少是无“自有行为时起,逾十年不行使而消灭”的候补规定。一般言之,期间较短。例如缔约上过失之损害赔偿请求权(第245条之一第2项、第247条第3项)、租赁物所受损害对于承租人之赔偿请求权(第456条第1项)的时效期间,因二年间不行使而消灭;关于寄托契约之损害赔偿请求权(第601条之二)、运送物之丧失、毁损或迟到所生之损害赔偿请求权(第666条)的时效期间,因一年间不行使而消灭;借用物所受损害之赔偿请求权(第473条第1项)、旅店饮食店、浴室或其他相类场所之主人,对于客人所携带通常物品之毁损、丧失的损害赔偿请求权(第611条)的时效期间,因六个月间不行使而消灭。当这些契约责任与侵权责任竞合,其损害赔偿请求权之时效期间必须调和,消除差距。调和的结果原则上为适用关于契约责任的规定。关于客观举证责任的分配原则上亦适用关于契约责任的规定。即关于契约责任如有由赔偿义务人负举证责任的规定,即应一体改由义务人负举证责任。

所以债务人不依“民法”第224条对于债权人负赔偿责任^①。但履行辅助人与债务人如有“民法”第188条意义下之雇佣关系,且该债务之履行的辅助系履行辅助人执行其雇佣职务之行为时,就履行辅助人对债权人之侵权行为,债务人如无“民法”第188条第1项但书规定之免责事由,仍应依该条规定对于债权人负连带赔偿责任。不过,关于受雇人借执行雇佣职务之机会对于他人有侵权行为的情形,“最高法院”采雇用人不用连带负责的见解^②。

台湾地区“民法”与德国民法一样,在体系上并未将损害赔偿之债规范在一起^③。在债编按其发生原因,主要分散于债务不履行及侵权行为的规定中,但不以此为限。其中债务不履行置于债之效力中,包含因给付不能、给付迟延、缔约

① Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe, 1960, S. 217. 关于这个问题,后来 Esser/Schmidt 有下述不同的看法:在债务关系,当事人双方互相信赖,各自会尽必要之注意,尽可能避免侵害对方的权利或法益。该信赖所涉之人的范围一路扩张,至将一切如无接近相对人之社会接触,不能加害于对方之人包括进来,故其已不限于履行辅助人(Erfüllungsgehilfen),而含防护辅助人(Bewahrungsgehilfen)。这是一种负保护义务者之领域责任(eine Art der Bereichshaftung)。德国民法中常被提到属于这类规定的是第549条第3项:“承租人授与第三人使用者,纵使出租人曾为容许该授与,承租人亦应对第三人在使用上应负责之故意或过失负责。”(“民法”与之相当之规定为第433条)。基于上述观点,关于债务人是否应仅就其履行辅助人关于债之履行的故意或过失,而不就其利用辅助履行之机会,引起之损害负责的争论,变成过时。由于履行辅助人通常具有德国民法第831条意义下之受雇人的地位,因此,上述区别在实务上的意义主要是:德国民法第831条第1项第2句之免责规定(相当于“民法”第188条第1项但书)的适用,以及举证责任的分配(Esser/Schmidt, Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg, 2000, § 27 I, 4)。

② “最高法院”1978年台上字第2032号民事判例:“‘民法’第188条所定雇用人之连带赔偿责任,以受雇人因执行职务不法侵害他人之权利者为限,始有其适用,本件受雇人黄某所犯与何女相奸及诽谤等罪责,均由于其私生活不检所致,显与其执行职务无关,即与该条所定成立要件不合,上诉人据以诉请被上诉人与其负连带赔偿责任,于法无据。”“最高法院”2004年10月7日台上字第2059号民事判决:“‘民法’第188条第1项所谓受雇人,固不限于雇佣契约所称之受雇人,凡客观上被他人使用为之服务劳务而受其监督者,均系受雇人。唯雇用人应依该条规定负连带赔偿责任者,必以受雇人因执行职务不法侵害他人之权利者为限。倘系受雇人个人之犯罪行为而与执行职务无关,即与该条规定之要件不合。殊无因受雇人滥用职务或利用职务上之机会及与执行职务之时间或处所有密切关系之行为,就其外观在客观上认与执行职务有关,致不法侵害他人之权利,遽认雇用人应与该受雇人负连带赔偿责任。”

③ Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe, 1960, S. 159.

上过失^①及积极侵害债权^②而发生之损害的赔偿义务。学说上习称此为契约上的损害赔偿之债。唯契约上的损害赔偿之债并不即以契约中之约定为其规范基础。必须注意：缔约上过失、积极侵害债权与侵权行为虽有无是否因缘于契约而发生的区别，但因其发生所依据的思想同属保护义务的违反。所以，不但在适用上应依请求权竞合说或请求权规范竞合说予以整合，而且在制度的发展上，在采请求权规范竞合说后，学说亦渐有是否应并而为一的看法^③。

侵权行为与危险责任等则习称为契约外之损害赔偿之债。其中，侵权行为是典型的不法过失责任，其加害行为具有不法及过失的特征；反之，危险责任则为无过失责任之重要类型之一。其引起损害之行为并不具违法性及过失的特征。其法定之赔偿义务人所以应负赔偿义务，系因为该义务人导入或管领一定之危险源。因此，在法律上被课以义务，应对该危险引起之损害负赔偿责任。该义务人无违法行为，乃因其并未违反法律所课之保护义务。例如营利事业已依法律所定之标准生产供消费之商品或防护其生产活动之公害，而还是因其商品之消费或生产活动之进行而致消费者或他人遭受消费损害或环境损害。

单独侵权行为与共同侵权行为的区分在于：基于自己意思之加害行为为单独一者，为单独侵权行为；基于数人以意思联络为基础之共同意思加害他人者为共同侵权行为。此为“民法”第185条第1项前段所定之典型的故意共同侵权行为。实务上虽以数人之行为系损害之共同原因，亦即有“行为关连共同”为理由，肯认过失的共同侵权行为^④。但行为人在过失的共同侵权行为所负之责任范围与故意的共同侵权行为还是不尽相同。在过失的共同侵权行为，以与自己之行

① “民法”第245条之一为缔约上过失之一般规定。但“民法”中尚有关于缔约上过失之具体规定。详情请参见本书第二章第三节“缔约上过失”。

② “民法”第227条为积极侵害债权之一般规定。但“民法”中尚有关于积极侵害债权之具体规定。详情请参见本书第二章第四节“积极侵害债权”。

③ Esser/Schmidt, Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg, 2000, § 29 III, S. 142, 157, 163f..

④ “司法院”1977年例变字第1号变更判例：“民事上之共同侵权行为（狭义的共同侵权行为即共同加害行为，下同）与刑事上之共同正犯，其构成要件并不完全相同，共同侵权行为为二人以上以有意思联络为必要，数人因过失不法侵害他人之权利，苟各行为人之过失行为均为其所生损害之共同原因，即所谓行为关连共同，亦足成立共同侵权行为。‘最高法院’1966年台上字第1798号民事判例应予变更。至前大理院1916年上字第1012号及最高法院1931年上字第1960号民事判例，则指各行为人既无意思联络，而其行为亦无关连共同者而言，自当别论。”关于此号判例之评释，请参考王泽鉴：《“司法院”例变字第1号之检讨》，载《民法学说与判例研究》（第三册），作者自刊，2009年版。

为构成共同原因之他人行为所共同引起之全部损害,为其应连带负责之损害的客观范围^①。反之,在故意的共同侵权行为,就意思联络所及之各行为人的行为引起之损害皆应当成自己行为引起之损害负责,不需要该损害确为自己之行为所引起。在此意义下,过失的共同侵权行为与“民法”第185条第1项后段所定不法的危险行为还是不同。众行为人间虽无意思联络,但其不法的危险行为却是故意的。只是在他们的行为中,究竟是何人的不法行为引起系争之损害,及个别之因果关系不能证明。依客观举证责任之分配的结果,本来这些行为人将因无人能证明其行为引起系争之损害,而可不负赔偿责任。但因有“民法”第185条第1项后段之规定,在这种情形,这些行为人还是应负共同侵权行为责任。这等于在此将本来应以各该行为之因果关系为基础的要件,放松为以这些行为人之行为全体与系争损害间的因果关系为要件。该责任之实质理由为:就系争损害,这些行为人从事可能引起损害之不法行为。

生活的危险行为或业务的危险行为与不法的危险行为不同者为:行为人虽然从事可能引起损害之危险活动,但这些危险活动因未违反法律之禁止规定,所以并非不法。例如甲乙丙三人未违反交通规则,紧接着开车从丁之门前经过时,丁之落地窗为弹出之石头击破,虽不知是哪一部车子弹出,但可证明为其中必有一部。类似的问题为甲乙丙三家工厂依环保有关法令所定之排放标准,排放相同之废气,导致附近果树受损。这些果树所受损害是否,以及在如何范围系由哪家工厂排放之废气所引起,固然无法证明,但已可认定:必由他们所共同引起。在上述情形中,甲乙丙三人是否应类推适用“民法”第185条第1项后段负共同侵权行为责任?如何负责?鉴于个别的因果关系之证明虽有困难,但共同的因果关系尚能证明,且可能的加害方较之受害方更能分散因此所生之损害,所以在法律已对于系争危险活动课以介于过失及无过失之中间的损害赔偿责任的情形

① 关于过失共同侵权行为人应负赔偿责任之损害的范围,“最高法院”1978年台上字第1737号民事判例亦采各行为人应就共同引起之全部损害负赔偿责任:“民事上之共同侵权行为(狭义的共同侵权行为,即加害行为)与刑事上之共同正犯,其构成要件并不完全相同,共同侵权行为人间不以有意思联络为必要,数人因过失不法侵害他人之权利,苟各行为人之过失行为,均为其所生损害之共同原因,即所谓行为关连共同,亦足成立共同侵权行为,依‘民法’第185条第1项前段之规定,各过失行为人对于被害人应负全部损害之连带赔偿责任。”可能不同的见解为:“数人因过失,侵害他人权益,具有共同原因,依‘民法’第185条第1项前段规定,应各自成立侵权行为,而各对所生损害负全部赔偿。”参见王泽鉴:《侵权行为法》(第二册),作者自刊,2006年版,第33页。

(“民法”第191条之二、第191条之三)^①,应类推适用“民法”第185条第1项后段对甲乙丙课以赔偿责任。只是负分散损害之责任者应负责的范围,在生活的危险行为,仅就平均的部分;在业务的危险行为,仅按其生产量设算之废气的排放比例负责,而不就全部损害负连带赔偿责任。要之,这是无外部连带^②之共同侵权行为或共同危险责任。

无因管理与不当得利亦有关于损害赔偿的规定,核其构成要件,有相当于债务不履行者,有相当于侵权行为者。所以,其发展的基本思想与债务不履行或侵权行为之债无异。因无因管理而发生之损害赔偿责任有准契约责任的色彩^③;因不当得利而发生之损害赔偿责任有法定损害赔偿责任的特征。

在无因管理对本人引起的损害,可能构成准债务不履行(其主观要件视情形,类推适用“民法”第174条、第535条或第175条)或侵权行为。管理人因非

① 在透过关于过失之举证责任的移转,实质上课以中间责任的情形中,于具体案件,依法应负损害赔偿责任者,对于损害之发生究竟是否有过失,实际上将一直成谜。所以,形式上虽论其有过失,但在个别因果关系不明确,而共同因果关系可证的情形中,固然适合类推适用“民法”第185条第1项后段对各行为人课以共同中间责任或共同危险责任,但就其应负责之范围,仍应有异于准共同侵权行为的规范:不就全部损害连带负责,而仅就各自应分担部分负责。另在仅系推定有过失的情形中,系争造成损害之行为是否具违法性,也不无疑问。在对商品之生产、制造或加工、设计(“民法”第191条之一),汽车、机车或其他非依轨道行驶之动力车辆的使用(“民法”第191条之二),及从事其工作或活动之性质或其使用之工具或方法有生损害于他人之危险者(“民法”第191条之三)已决定课以中间责任,而其无过失之举证几近不可能的情形,在实质上与肯认危险责任已无大异。是故,在立法政策上应改从课予危险责任的观点,规划相关制度,较能体现双方当事人的需要;强制责任险及有赔偿责任限额意义下的有限责任。请参见本书第三章第四节“医疗损害之危险责任”。

② 所谓外部连带,指在一债务有多数债务人的情形,“民法”第273条所定,其多数债务人对于债权人所负之下述连带责任:“连带债务之债权人,得对于债务人中之一人或数人或其全体,同时或先后请求全部或一部之给付(第1项)。连带债务未全部履行前,全体债务人仍负连带责任(第2项)。”

③ 无因管理之管理人视情形,分别依下列规定,负主观要件不同的责任:负无过失责任者(“民法”第174条第1项),负轻过失责任者(类推适用“民法”第535条、第544条),负重大过失责任者(“民法”第175条)。该主观要件对应于其构成要件,列序成一个类型谱。违法在先者,对于往后之发展造成之损害应负无过失责任,其意旨在于要求其悬崖勒马;在一般适法无因管理,其管理人应与委任关系中之受任人负相同程度之注意义务;为避免他人生命、身体、自由或财产上急迫之危险所为之避难行为,相对于本人,构成适法无因管理。如因该避难行为超出避免危险之必要,或其造成之损害逾越危险所能致之损害程度,管理人依“民法”第150条第1项应负损害赔偿之责时,其受害人如为陷于危险之人(无因管理关系之本人),则其主观要件应有“民法”第175条之适用;管理人除有恶意或重大过失者外,不负赔偿之责。反之,其受害人如为第三人时,仍应负轻过失的侵权行为损害赔偿赔偿责任。

可归责于自己之事由,致受损害者,适用“民法”第 176 条第 1 项、第 177 条第 1 项,论为广义之管理费用的一部分,对本人请求赔偿。其有解释上之疑义时,得类推适用“民法”第 546 条第 3 项补充之。该损害之发生,如别有应负责任之人时,委任人对于该应负责者,有求偿权(同条第 4 项)^①。受害人为第三人时,管理人依侵权行为之规定负责;本人视情形,依管理费用之规定间接负责(“民法”第 176 条、第 177 条),或类推适用雇用人责任之规定(“民法”第 188 条)直接负责。唯该无因管理行为如符合紧急避难的要件,管理人对于受害之第三人不负损害赔偿之责:(1)因避免自己或他人生命、身体、自由或财产上急迫之危险所为的行为,(2)避免危险所必要,并未逾越危险所能致之损害程度(“民法”第 150 条第 1 项)。因紧急避难而对于第三人引起之损害,应归于本人或第三人?鉴于“民法”第 150 条所定得为紧急避难者,含遭受急迫危险者自己,所以,依该条规定,该损害应归于因紧急避难而受害之第三人。这是从阻却违法立论所持的见解。然自原来之因果关系的发展立论,该损害本来应发生在有急迫危险者,第三人所以受害是因为紧急避难者以避难行为介入因果关系的结果。是故,在这种情形,值得参考“民法”第 187 条第 3 项、第 4 项[侵权行为者,在行为时如系无意识或在精神错乱中(“民法”第 187 条第 4 项);或如系无行为能力人或限制行为能力人,且在行为时无识别能力(“民法”第 187 条第 1 项),则不负损害赔偿责任。在上述两种情形中,当被害人不能受损害赔偿时,法院因被害人之声请,得斟酌行为人及其法定代理人与被害人之经济状况,令行为人或其法定代理人为全部或一部之损害赔偿(“民法”第 187 条第 3 项、第 4 项)。此为一种无过失的衡平责任;基于经济状况的考虑,决定在引起损害者及受害者间,如何归属该损

① 当数人对于同一损害负赔偿责任,则不论其所以负责的规范基础是否同一,皆因其所要填补之损害同一,而必然具有外部连带的效力(“民法”第 273 条),从而构成连带债务。至其是否具备内部连带的效力(“民法”第 281 条、第 282 条),视该连带债务人间的内部关系而定。不具内部连带效力者,为不真正连带债务。关于物或权利之丧失或损害,“民法”第 218 条之一第 1 项有类似的规定:“关于物或权利之丧失或损害,负赔偿责任之人,得向损害赔偿请求权人,请求让与基于其物之所有权或基于其权利对第三人请求权。”此种规定之意旨在于彰显:一个债权不但不得自同一债务人,而且不得自不同的债务人重复受满足的原则。不得自同一债务人重复受满足的原则主要表现在请求权竞合说或请求权规范竞合说。这两种学说所规范的法律事实的技术或理论层次不同。请求权竞合说着力于请求权的层次,认为自该等规定发生之请求权的经济目的如果相同,则只要一个请求权受到满足,其余请求权在该受满足的限度内即同归消灭;反之,请求权规范竞合说着力于请求权据以发生之规范的层次,利用竞合理论将该等规定整合为一套规定,从而只能产生一个请求权。因为只有一个请求权,所以除了在实体法上无重复满足的可能外,在诉讼法上也无重复起诉的问题。