

國立臺灣大學科際整合法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Interdisciplinary Legal Studies

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

共同侵權責任於醫療行為適用之界限

Joint Torts and Application in Medical Situations

賴柏佑

Po-Yu Lai

指導教授：詹森林 博士

Advisor: Sheng-Lin Jan, Ph.D.

中華民國 106 年 7 月

July, 2017



## 謝辭



本論文之所以能夠順利完成，首先要感謝的就是我的父母，願意包容一個完成七年醫學訓練的傻小子進入台大科法所追尋夢想、學習法律，使我無後顧之憂，如此重恩實在是無以回報。雖然我一向拙於言辭表達，還是要在謝辭的開頭說聲：我愛你們！

再來要感謝我的指導教授詹森林老師，詹老師是我法律的啟蒙老師，也是影響我思考法律問題最深的人。老師幽默風趣的上課方式，更是深深吸引著我，一直到現在，我都很珍惜懷念碩一時那段大家齊聚一堂，針對法律問題暢所欲言的時光。而在選定指導教授之後，更是感謝老師體諒我有參與國家考試的計畫，以及願意傾聽我對於生涯規劃的諸多煩惱，因此我要在這邊說聲：謝謝您！

我也要感謝所有科法所 r01 的同學，與你們相聚在一起，真的是一段美好的時光；也是因為與你們在一起，我才有辦法克服包括身體不適的種種問題，順利完成學業並考上國考。尤其我要感謝雅薰還有怡穎，與我討論法律問題、傾聽我的煩惱並協助我解決問題；也要感謝可瑞、子祥還有郁玲，分別擔任我論文研討會以及口試的記錄，還有士元跟鈺婷，常常約大家出來吃喝談心，看到你們最後走上紅毯真的很感動！

另外就我選讀科法所並順利完成學業這件事，我要感謝三個特別的人，分別是我最要好的國小同學—庭侑，最尊敬的高中同學—智堯，以及安南醫院的李聰明醫師。感謝前兩者不時接受我的騷擾以及與我討論人生方向問題，更是感謝李聰明醫師不遠千里地從台南上來台北參與論文口試，學生心中實在是感謝再感謝！

最後，不論是筆者選讀科法所的初衷，抑或是本篇論文的目的是，都是希望能夠促進台灣醫界以及法界的互相交流，以及改善台灣的醫療環境。如果各位在閱讀本論文之後，能對共同侵權行為有一點不同的想法，那麼筆者就再高興不過了！

賴柏佑

2017.7.25

## 中文摘要



本論文是從一則真實事故及判決作為出發，在交通事故以及醫療過失依次競合的情況下，筆者認為令介入的醫護人員承擔車禍肇事者遍尋不著乃至於無資力的風險，並非妥適，因此有了以此為題進行研究的念頭

論文第一章係界定研究範圍及研究方法，第二章則探討侵權行為制度的目的與機能，以期能夠從比較根源的角度來理解處理此問題。論文第三章主要介紹我國法以及世界各國的學說實務，關於狹義共同侵權行為當中，對於「共同性」的理解與差異；學說實務以及各國制度對此問題看法的分歧，突顯出此一問題的複雜性。

論文第四章則是從一起牽涉長時間時空背景的醫療過失案例 *Volz v. Ledes* 出發，主要探討牽涉多重因果的事故時，筆者對於因果關係的理解；還有闡述筆者認為本質上並沒有不可分割損害的道理，問題應在於有無合理依據來切割分配損害。至於如何分配數侵權行為人當中，任一人無資力或遍尋不著之風險此一核心問題；筆者認為過去最高法院採取的主觀說，以及增設客觀共同侵權行為的司法院例變字第 1 號各有其優劣所在，因此類型化研究或許為未來趨勢。但在現行實務承認客觀共同侵權行為的前提下，筆者認為無論如何使介入的醫護承擔來自因果鏈上游的風險並非妥適，因而在醫療行為介入其中的狀況下，適用客觀共同侵權行為應有不同考量。接下來第五章的主要內容，即在敘述為何應作不同考量，並在第六章將筆者的理論適用在不同類型的案例中。

第七章為結論，筆者認為參照我國民法所沿襲的德國法，始終堅持主觀說的立場；過去在同一損害適用連帶責任的美國，近年來亦以逐步取消連帶責任為趨勢，司法院例變字 1 號所創設的共同侵權行為，實有檢討改進之空間。

關鍵字：共同侵權行為、連帶責任、主觀說、客觀說、累積因果關係、相當因果關係、醫療行為。

## Abstract

This master thesis started from a real case which involved both car accidents and medical malpractice. Author think it is unreasonable to let medical staff bearing the risk of insolvent, thus start to research joint torts.

Chapter one sets research field and method. Chapter two discuss about the purpose and function of entire tort system. Chapter three compare different countries' legal systems, to show how to deal with joint torts. Different approaches illustrate the complexity of this question.

Chapter four reflects author's analysis of joint torts. The fundamental question is how to distribute insolvent risks. Since there is no definite answers for this question, it might be suitable to research and set up different approaches according to different types of joint torts. And when joint torts is applied in medical situation, the author think that there are some special concerns, and medical staff should not bear the risk of insolvent. Chapter five discuss these concerns, and applied to real case in chapter six.

Chapter seven is conclusion. Author think we should gradually limit the scope of joint tortfeasors.

Keywords : joint tortfeasors, joint and several liability, contributory negligence, comparative negligence, causation, medical situation





# 目錄



|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| 序章：問題源起.....                    | 3  |
| 第一章：研究範圍及研究方法.....              | 7  |
| 第一節：研究範圍.....                   | 7  |
| 第二節：研究方法.....                   | 8  |
| 第一項：文獻分析法.....                  | 8  |
| 第二項：比較法學研究：.....                | 9  |
| 第二章：侵權行為制度目的與狹義共同侵權行為規定特殊性..... | 10 |
| 第一節：侵權行為制度的目的與機能.....           | 10 |
| 第一項：行為自由與權益保護.....              | 10 |
| 第二項：填補損害.....                   | 10 |
| 第三項：預防損害.....                   | 11 |
| 第四項：公共政策及公共利益.....              | 11 |
| 第五項：公平分擔社會生活所生損害.....           | 12 |
| 第二節：狹義共同侵權行為規定的特殊性.....         | 12 |
| 第三章：各國（狹義）共同侵權行為制度及學說介紹.....    | 13 |
| 第一節：台灣.....                     | 13 |
| 第一項：主觀說及客觀說.....                | 13 |
| 第二項：實務見解.....                   | 15 |
| 第二節：日本.....                     | 18 |
| 第一項：通說及司法實務.....                | 19 |
| 第二項：不同學說.....                   | 21 |
| 第三節：美國.....                     | 24 |
| 第一項：A 路徑.....                   | 26 |
| 第二項：B 路徑.....                   | 26 |
| 第三項：C 路徑.....                   | 27 |
| 第四項：D 路徑.....                   | 27 |
| 第五項：E 路徑.....                   | 28 |
| 第四節：中國大陸.....                   | 29 |
| 第一項：侵權責任法.....                  | 31 |
| 第二項：實務見解.....                   | 33 |
| 第四章：共同侵權行為的分析與觀察.....           | 35 |
| 第一節：Volz v. Ledes.....          | 35 |
| 第二節：責任切割及因果關係的難題.....           | 36 |
| 第一項：責任切割.....                   | 36 |
| 第二項：因果關係.....                   | 38 |

|  |    |
|--|----|
| 第三節：本質上並無不可分損害之理 .....                         | 42 |
| 第四節：對於學說的整理與分析 .....                           | 47 |
| 第一項：主觀說具備說理優勢 .....                            | 48 |
| 第二項：承認客觀共同侵權行為有助於保護被害人 .....                   | 51 |
| 第五節：類型化區別或為未來研究方向 .....                        | 56 |
| 第五章：醫療行為特殊考量 .....                             | 61 |
| 第一節：醫療行為的定義 .....                              | 62 |
| 第二節：醫療行為的特性 .....                              | 62 |
| 第一項：不確定性 .....                                 | 62 |
| 第二項：潛在危險性 .....                                | 63 |
| 第三項：專業性 .....                                  | 63 |
| 第四項：有限性 .....                                  | 63 |
| 第五項：裁量性 .....                                  | 63 |
| 第六項：時效性（緊急性） .....                             | 64 |
| 第三節：醫療行為參與時之特殊考量 .....                         | 64 |
| 第一項：醫療行為本質上屬介入改善既有病程之行為 .....                  | 64 |
| 第二項：醫師依法負有締約義務 .....                           | 67 |
| 第三項：台灣醫師並無定價權，無法透過提高手術費用分擔風險 .....             | 68 |
| 第四節：適用共同侵權行為規定時，應斟酌前後行為性質，以及是否因此扭曲後行為人決策 ..... | 69 |
| 第六章：案例類型化及理論適用 .....                           | 71 |
| 第一節：過失行為與醫療行為合併型 .....                         | 71 |
| 第二節：醫療行為與醫療行為合併型 .....                         | 72 |
| 第三節：同一醫療行為間複數人員的侵權責任 .....                     | 73 |
| 第七章：結論 .....                                   | 77 |
| 參考文獻 .....                                     | 79 |

## 序章：問題源起

本論文的寫作靈感及動機來自於一起真實事故及其判決<sup>1</sup>，現謹就該案事實摘要整理如下：病患 A 男於民國 94 年 9 月 26 日下午 6 時許，因車禍事故受傷被送至被告童綜合醫院急診室救護。經初次電腦斷層檢查診斷為顱骨多處骨折、硬腦膜上出血、腦挫傷、氣腦及腦腫，隨即向家屬解釋需緊急開刀行開顱手術；經家屬同意後於同日下午 7 時 25 分由主治醫師 B 進行頭部之開放性創傷敷藥包紮及硬腦膜外血腫清除術（當時病患 A 之昏迷指數<sup>2</sup>為 4 分）。病患 A 之後於當日晚間 10 點鐘左右，被送出手術室至加護病房觀察室，並另由 C 醫師、D 醫師二人於同日晚 10 時 39 分起，陸續加入負責病患 A 之照護。

依護理紀錄顯示，病患 A 於手術完當日晚間 11 點鐘的昏迷指數為 7 分，隔日（9 月 27 日）凌晨 5 點鐘時進步為 8 分，之後陸續起伏，於住院後第三天（9 月 28 日）晚間 11 點鐘降至 5 分，家屬有要求應施以另一次的電腦斷層檢查追蹤病情，但醫師並未接受。之後家屬於第四日（9 月 29 日）將病患 A 轉送至台中榮民總醫院（轉院時昏迷指數為 3 分），到院後台中榮民總醫院隨即安排另一次電腦斷層檢查，發覺仍有顱內出血，並於 9 月 30 日凌晨安排手術清除其腦內出血，惟病患 A 最後仍因腦細胞壞死而雙目失明、左側癱瘓。

本案一審法院認定 B、C、D 三位醫師具有過失，依共同侵權行為規定（民法 185 條）及雇用人侵權責任規定（民法 188 條），責令三位醫師、及其各自與童綜合醫院連帶給付被害人新台幣 2686 萬元。二審法院基本上同此見解<sup>3</sup>，惟其認定被害損失擴大為 3341 萬元。本判決宣判後，引起台灣醫界廣泛討論及批評<sup>4</sup>。個人認為，從臨床工作者的角度出發，本案之所以會引起相當程度的關注及批評，原因有二：其中之一是三位醫師未於病人昏迷指數降低（8 分→5 分）時輔以追蹤電腦斷層檢查，因而無法得知病人仍有持續顱內出血之情形，是否違反一般理性醫師的注意

<sup>1</sup> 臺灣臺中地方法院 97 年度醫字第 2 號。

<sup>2</sup> Glasgow Coma Scale，醫學上用來評估病人昏迷程度的指標。

<sup>3</sup> 臺灣高等法院臺中分院 99 年度醫上字第 11 號。

<sup>4</sup> 聯合新聞網，<https://health.udn.com/health/story/5999/359549>（最後瀏覽日：06/13/2017）。



義務而具有過失，其實是存在模糊及討論空間的，這一點充分說明了醫療行為本質上的專業性、裁量性<sup>5</sup>以及不確定性<sup>6</sup>；法院於該案認定醫師具有過失，等同要求臨床醫師於頭部外傷病患術後昏迷指數降低時<sup>7</sup>，醫師均有開立電腦斷層檢查的注意義務，也因此會有類似楊憲宏醫師「當法官變成密醫」<sup>8</sup>文章當中的意見及批評。然而，誠如姚念慈法官於「醫界對法界的偏見」<sup>9</sup>一文當中所提，至少就本案言，承審法官並非未請教專家意見自行判決，而係針對三次醫審會鑑定報告作出綜合判斷；其於判決書得心證之理由當中之一段所敘：「蓋處置腦損傷病人時，『趨勢』比絕對值更為重要，如血壓與體溫每分鐘都在起伏，但如果整個病情趨勢是越來越惡化，即需要處理。」可見其用心，個人深感敬佩。當然，如何劃定所謂理性醫師之注意義務及過失，實為難題，不過此問題並非本論文所欲探討的主題，故現就此帶過。

本論文所欲處理的問題，其實是反映一般臨床醫師的普遍看法，也就是上述本案之所以引起關注及批評的原因之一（本論文以下討論皆以三位醫師具有過失作為前提）：一般醫師會認為，就算是有過失，在本案也不應該由醫師承擔全部的賠償責任。因為就本案而言，病患 A 之所以最後病情惡化成植物人，很大一部份原因是車禍肇事導致腦部損傷所造成。以病患 A 到院時昏迷指數只有 4 分的情況來說，縱經順利手術，醫學文獻統計其將來死亡或成為植物人的比例高達 87%；是以三位醫師縱然醫療上或有不足之處，然其未予後續處置導致顱內出血壓迫腦組織，與一開始車禍所造成的腦損傷相比，其對於最後病患 A 成為植物人此一結果原因貢獻相對微弱，故三位醫師實不應就病患 A 的所有損害負責<sup>10</sup>。醫審會鑑定報告當中亦載明：腦損傷分為初級及次級。初級損傷（primary injury），如腦挫傷或

<sup>5</sup> 劉文瑤（1999），《醫事法要義》，頁 179-180，台北：合記圖書。

<sup>6</sup> 陳聰富（2014），《醫療責任的形成與展開》，頁 364，台北：國立台灣大學出版中心。

<sup>7</sup> 至少是於昏迷指數降低 3 分以上時。

<sup>8</sup> 蘋果日報，<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20120402/34131141/>（最後瀏覽日：06/13/2017）。

<sup>9</sup> 蘋果日報，<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20120403/34132894/>（最後瀏覽日：06/13/2017）。

<sup>10</sup> 蔡建興（2015），〈從過失共同侵權行為檢討醫療因果關係與損害賠償範圍〉，《全國律師》，19 卷 6 期，頁 55-75。



腦震盪，為撞擊當下所造成之傷害，通常不是後續處置可以矯正或彌補的；次級損傷（secondary injury），如硬腦膜上出血、硬腦膜下出血、腦內出血或腦水腫等，則是受傷後一段時間後，因血管破裂出血或因腦循環不良引發之腦組織缺血、缺氧，導致顱內壓上升而引起的腦部傷害，這些是醫療可以著力去處理之地方，因此判斷初級損傷不能歸咎於本案醫師<sup>11</sup>。然而一審法院根據自司法院例變字 1 號以來，最高法院向來一貫見解：苟各行為人之過失均為其所生損害之共同原因，即所謂行為關連共同，亦足成立共同侵權行為<sup>12</sup>，認為車禍肇事者與被告三位醫師均為共同侵權行為人，應依民法 185 條 1 項負連帶賠償責任；至於醫審會鑑定報告就病患所為初級損害與次級損害之損害比例之判斷，僅與三位醫師與車禍肇事者間因連帶債務而生之內部求償分擔義務有關，與對病患 A 應負賠償責任無關，從而判令三位醫師間、及其各自與童綜合醫院負全額連帶賠償責任，二審法院亦同此見解。

本案一二審判決，如同陳聰富教授所評析，就法律層面而言，並無重大瑕疵<sup>13</sup>；至少就其論理而言，符合最高法院自司法院例變字 1 號以來的向來見解。然而就法感情上，或者一般醫師的認知中，所不能接受的是明明自己是為了拯救病患而付出努力，就算有過失，為何要把車禍肇事者所產生的責任算到自己頭上？此一違背個人責任原則<sup>14</sup>的結果。筆者就讀台大科法所之後，曾與在臨床工作的同學討論本案並交換意見，都認為雖然法院作此判斷並非沒有依據，但是把車禍肇事者無資力、甚至是遍尋不著的風險加諸在負責後續處理的醫師身上，其缺點是顯而易見的一大幅降低醫師對於重傷者介入搶救的意願，甚至可能於住院醫師選科階段就乾脆避免選擇神經外科、心臟外科等負責最後一線搶救病人的科別<sup>15</sup>。

本案於筆者就讀科法所期間上訴至最高法院，最高法院認為病患 A 被送到童綜

---

<sup>11</sup> 至於鑑定人是如何能從電腦斷層結果判斷出，本案初級損傷占 40%，次級損傷占 60%，恐怕就如同吳志正醫師於其醫療民事法專題討論課程上所言—沒有人知道。

<sup>12</sup> 最高法院 66 年度台上字第 2115 號判例要旨。

<sup>13</sup> 陳聰富，前揭註 6，頁 10。

<sup>14</sup> 王澤鑑（2015），《侵權行為法》，頁 116，台北：自刊。

<sup>15</sup> 陳聰富，前揭註 6，頁 10。



合醫院時，經檢查後，醫院隨即會診神經外科醫師並安排手術，處置符合醫療常規，則針對此項車禍受傷所生之損害，似難謂三位醫師有何故意或過失；以必須釐清病患 A 車禍受傷所生損害為由，將案件發回高等法院臺中分院<sup>16</sup>。個人認為，就結論而言，最高法院的見解可資贊同，惟其並未清楚說明，之所以將原審廢棄發回，是因為認為所謂初級損害及次級損害兩者間非同一損害（損害可以分割）？抑或是認為在本案情況下應適用於司法院例變字 1 號之前，最高法院所採取之看法：無共同過失之侵權行為，法院僅得就各該司機應負過失責任程度之範圍內，令其與僱用人連帶賠償<sup>17</sup>（主觀說）？不得而知。倒是更一審判決<sup>18</sup>明確採取損害可以分割的看法，認為應先就其「全部損害」一一拆解，分別找出應對各該「部分損害」負責之加害人，令各該加害人於各該「部分損害」範圍內負責。然而如此作法，似乎又和過去被認為系同一損害的致人死亡、物滅失<sup>19</sup>有所不同？

民法上共同侵權行為，常常牽涉複雜的事實及法律適用。我國法院實務自司法院例變字 1 號以來採取擴張解釋，創設客觀（行為關連）加害行為<sup>20</sup>；但在本案係醫療行為參與其中的情況下，責令負責收拾善後的醫師，必須概括承受因果上游一切既存不利因素所生之損害風險，如此作法是否妥適？以及狹義共同侵權行為中，有關主觀說以及客觀說的學說爭議、損害單一性等等種種問題，均引發筆者的興趣及關注，是以本論文即以此為題，期望能針對此問題作出較為詳細的論證及建議。

<sup>16</sup> 最高法院 103 年度台上字第 706 號。

<sup>17</sup> 最高法院 55 年度台上字第 1798 號判例。

<sup>18</sup> 臺灣高等法院臺中分院 103 年度醫上更(一)字第 1 號。

<sup>19</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 484。

<sup>20</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 478。

# 第一章：研究範圍及研究方法

## 第一節：研究範圍

按我國民法 185 條規定：數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任。不能知其中孰為加害人者亦同。（第 1 項）造意人及幫助人，視為共同行為人。（第 2 項）通說將民法 185 條所規定者，區別為三種情形：1. 狹義的共同侵權行為（185 條 1 項前段），2. 共同危險行為（185 條 1 項後段），3. 造意及幫助（185 條 2 項）<sup>21</sup>。其中共同危險行為與造意及幫助者，係立法者為減輕被害人對因果關係的舉證責任<sup>22</sup>，以及保護被害人<sup>23</sup>，明文規定需負連帶賠償之責。而就民法 185 條 1 項前段的狹義共同侵權行為而言，原則上，各國法制對於共同故意行為侵權人需承擔連帶責任爭議不大；但在共同故意行為以外的損害不可分割的數人侵權中到底哪些產生連帶責任構成共同侵權行為，各個國家或地區的分歧較大<sup>24</sup>。

又狹義共同侵權行為隨著各行為人間故意過失的不同，可能衍生各種困難法律問題，主要問題在於是否應該區分故意以及過失的不同，對各侵權人間的連帶責任範圍差別對待。以 *Tegman v. Accident and Medical Investigations*<sup>25</sup> 一案為例：本案原告 Tegman 於 1989 年 4 月 26 日遭遇車禍受傷，之後委託被告 G. Richard McClellan 以及其公司 Accident & Medical Investigations, Inc.（下稱 AMI）代表她處理索賠事宜，Tegman 相信 McClellan 係有執照的律師且 AMI 為一法律事務所。然而 McClellan 並未擁有律師資格，且與被索賠的一方協調和解事宜時並未開立信託帳戶，復又在未得到 Tegman 的同意之下偽造其簽名於和解支票上，並將支票存入自己的私人戶頭。Lorina Noble 則係 McClellan 及 AMI 所僱用之律師（具律師資格），負責 Tegman 的索賠案件，對 McClellan 未擁有律師資格卻又對外宣稱其為律師、以及處理和解事務時未開立信託帳戶知情；然 Noble 並未告知 Tegman，

<sup>21</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 474；孫森焱（2008），《民法債篇總論 上冊》，頁 273，台北：自刊。

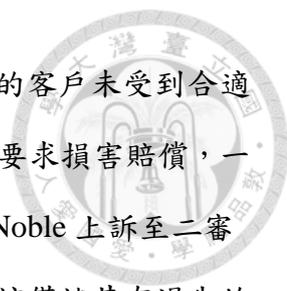
<sup>22</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 501。

<sup>23</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 491。

<sup>24</sup> 王永霞（2014），《共同侵權行為制度新論》，頁 255，北京：法律出版社。

<sup>25</sup> *Tegman v. Accident and Medical Investigations*, 75 P.3d 497 (2003).





McClellan 實際上並無律師資格，也未通知華盛頓州律師公會她的客戶未受到合適的指引。Tegman 後來於 1993 年起訴 McClellan、AMI 及 Noble 要求損害賠償，一審法院判令所有被告必需對原告所有損害負連帶賠償責任。但 Noble 上訴至二審法院，認為其係過失侵權而非故意，根據華盛頓州的法律<sup>26</sup>，應該僅就其有過失的部份與其他被告負擔連帶賠償之責，二審法院採納了這樣的看法，並且此一見解於上訴至華盛頓州最高法院後獲得了最高法院的支持<sup>27</sup>。

當然此見解並非沒有討論的空間，也存在許多批評<sup>28</sup>。然而筆者只是想藉此例表達狹義共同侵權行為，隨著各行為人間故意過失的不同，所衍生法律問題的複雜性。事實上，構成共同侵權行為的適用問題的事例中包含極其多樣的情況，對某種類型的事例非常理想的解決方法，對其他類型就成了未必妥當的模式而無法套用，而這又往往與存在於解釋論背後的受害人保護或者共同行為人的公平等價值判斷相關<sup>29</sup>。在考量構思、蒐集資料時間、作者興趣以及能力幾點之後，筆者決定將研究範圍限定在：1.狹義共同侵權行為 2.行為人皆為過失（排除上述 Tegman v. Accident and Medical Investigations 情況）3.醫療行為參與其中（醫療行為定義詳後述），以期能針對問題作出更深入的探討。

## 第二節：研究方法

本論文採取之研究方法，略述於下。

### 第一項：文獻分析法

本論文蒐集相關文獻資料，進行分析、整理及歸納，並建構出本文之研究架構與內容。所蒐集之文獻，主要涵蓋侵權行為之一般理論，共同侵權行為的特殊性，以及適用共同侵權行為規定的相關判決等。

<sup>26</sup> RCW 4.22.070.

<sup>27</sup> Torres, Victor Tegman v. Accident & Medical Investigations, Inc.: The Re-Modification of Modified Joint and Several Liability by Judicial Fiat, 29 SEATTLE U. L. REV. 729, 751-753 (2006).

<sup>28</sup> 同上註，765-766。

<sup>29</sup> 于敏（2006），《日本侵權行為法》，頁 268-269，北京：法律出版社。

## 第二項：比較法學研究：

除了本國學說實務對於共同侵權行為的見解介紹之外，本論文亦針對日本、美國以及中國大陸等國家共同侵權行為制度作相關介紹及比較，期望藉由外國實務及學說之發展，對我國法制能有相當程度之啟發與收穫。惟受限於筆者語言能力關係，有關日本法的比較主要係以中文資料作為參考對象，美國法的比較則以原文資料為主。

## 第二章：侵權行為制度目的與狹義共同侵權行為規定特殊性



### 第一節：侵權行為制度的目的與機能

本節擬先介紹侵權行為制度的目的與機能，畢竟我們分析任何法律問題，以及探討學說爭議，最後都離不開該項法律（制度）的背後目的，以及價值判斷。

#### 第一項：行為自由與權益保護

只要有人類活動，必然產生風險；現代社會為風險社會，各項危害事故層出不窮，然因權益受侵害而生的損害究應由被害人承擔，抑或使加害人負賠償責任？係各國侵權行為法皆會面臨的基本問題。關於此點，各國法律多採取相同的原則，即被害人須自己承擔所生損害，僅於有特殊理由時，始得向加害人請求損害賠償<sup>30</sup>。而侵權行為法的旨趣即在於權衡行為自由與權益保護<sup>31</sup>，規定何種行為，侵害何種權益時，應就所生的何種損害，如何予以賠償。是以，就正面描述，侵權行為制度目的在於保障人類社會合理生活的行動自由；反面而言，則具有嚇阻不安全行為的機能存在<sup>32</sup>。

#### 第二項：填補損害

填補損害為侵權行為法的基本機能<sup>33</sup>，民法 184 條 1 項規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。」可資參照。填補損害係基於公平正義的理念，加害人不法侵害

<sup>30</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 10-11。

<sup>31</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 6。

<sup>32</sup> Dobbs, Dan/ Hayden, Paul *Torts and Compensation Personal Accountability and Social Responsibility for Injury*, 6-7 (5<sup>th</sup> ed. 2005) .

<sup>33</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 7。

他人權利，自然應當填補被害人至未受不法侵害以前的應有狀態<sup>34</sup>；損害受到填補，有助於被害人於社會上之生活，其個人權益也才能說獲得了保障。



### 第三項：預防損害

損害的預防勝於損害賠償，近年來法律學者及經濟學者從法律經濟分析的論點，均強調侵權行為法預防機能的重要性<sup>35</sup>。侵權行為法規定何種不法侵害他人權益的行為，應予負責，藉由確定行為人應遵行的規範，及損害賠償的制裁而嚇阻侵害行為，具有一定程度的預防功能<sup>36</sup>。

### 第四項：公共政策及公共利益

上述有關填補損害及預防損害的觀點，如果不要僅從個人間，而是以整個社會群體的角度作觀察的話，可以發現侵權行為法具有公共政策的價值面相存在，此點在遵循判決先例（case precedent）的普通法系統下更是如此<sup>37</sup>。例如美國侵權行為法現代發展的一項重要特徵，是侵權行為法不再侷限於調整訴訟當事人彼此衝突的要求，而是更多地實現比訴訟當事人的利益更多的利益；社會利益被列入考慮的範圍，對私人利益的平衡是在考慮任何最有利於公共利益的基礎上做出<sup>38</sup>。法院在考慮過去或將來的侵權事故的代價時，應當顧及與公共政策有關的其他各項原則，例如：1.制定可有效實施的、有預見性的法律的重要性 2.因科以侵權責任而阻礙經濟增長的危險性 3.防止浪費才智和其他資源的重要性 4.對國家機構中其他具有相等地位的機構作出的決定予以尊重的明智作法 5.公平地向所有受害者提供適當的補償，將責任的分擔限制在相應的過錯程度內，或者讓那些自危險行為中受益的人承擔由此而引起的損害<sup>39</sup>。

<sup>34</sup> 民法 213 條、216 條。

<sup>35</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 9-10。

<sup>36</sup> 同上註。

<sup>37</sup> Edwards, Linda/ Edwards, Stanley/ Kirtley, Patricia Tort Law, 4-5 (5<sup>th</sup> ed. 2012) .

<sup>38</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 62。

<sup>39</sup> Vincent R. Johnson 著，趙秀文等 譯（2004），《美國侵權法》，頁 4，北京：中國人民大學出版社。

## 第五項：公平分擔社會生活所生損害



在實用主義者的眼中，侵權行為法是作為實現預期社會目標的一種手段或工具；經常與侵權行為法相聯繫的社會目標，除了上述所提到的填補損害、嚇阻不安全的行為之外，也包含對風險與成本的公平分配<sup>40</sup>。是以，侵權行為法應以公平分擔社會生活所生損害為其趣旨<sup>41</sup>。另外值得一提的是，損害分散（loss spreading）的思想已逐漸成為侵權行為法的思考方式<sup>42</sup>。以產品製造商為例，由其負擔製造商品所生損害，產品製造商可以事先將損害內部化（internalization），反映在售價上；從這樣的角度出發，每位消費者個別為商品可能帶來的風險付出一小部份的金錢，可以避免由受害者一人獨自承擔損害，對整體社會的影響也可以降至最低<sup>43</sup>。

## 第二節：狹義共同侵權行為規定的特殊性

民法 185 條 1 項前段明定數加害人連帶負損害賠償責任，此項規定有助於保護被害人，並規範數加害人的內部求償關係<sup>44</sup>；然而個人認為，其核心問題在於如何劃定各侵權人之間彼此責任，以及由何人承擔加害之一方無資力甚至是遍尋不著的風險，而這又牽涉到民法 185 條 1 項「共同」兩字應當如何解釋界定之問題，此問題相當複雜，將留待於介紹各國制度以及學說爭議之後，再作分析討論。

---

<sup>40</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 31。

<sup>41</sup> 孫森焱，前揭註 21，頁 193。

<sup>42</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 7-8。

<sup>43</sup> Dobbs, Dan/ Hayden, Paul，前揭註 32，頁 5-6。

<sup>44</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 474-475。

### 第三章：各國（狹義）共同侵權行為制度及學說介紹

本章擬介紹台灣以及其他國家有關共同侵權行為的法律規定和學說爭議，以期能發現不同的規範模式及共同的正義觀念，作為法律解釋的參考，甚至是立法論上的建議<sup>45</sup>。

又所謂共同侵權行為，共同行為人均須具備侵權行為之要件<sup>46</sup>，乃屬當然；共同行為人中，其無故意或過失者，例如竊盜犯僱用不知情計程車司機搬運贓物，該司機對於侵害他人所有權之行為無故意過失，自非共同侵權行為<sup>47</sup>。以下部份，係針對各國對於共同侵權行為「共同性」的認定，以及如何劃分連帶責任範圍作介紹。

#### 第一節：台灣

##### 第一項：主觀說及客觀說

我國民法關於狹義共同侵權行為的規範規定於 185 條 1 項前段，已如前述；惟其所稱「共同」究何所指，學說上主要有主觀說及客觀說兩種理論<sup>48</sup>。

##### 第一款；主觀說

主觀說認為各加害人間須有意思聯絡（共同意思）及行為分擔<sup>49</sup>。鄭玉波教授認為，共同侵權行為成立後，行為人所負的責任為連帶責任，較一般侵權行為人所負的責任為重，法律上之所以加重責任，是因為其既有行為的分擔，又有意思聯絡或共同的認識，同心協力，加害程度必然較單一行為為重，所以應使共同侵權行為人負較重的責任<sup>50</sup>。否則，某人因其行為與他人的行為偶然競合，即令其就所生損害負全部賠償責任，衡諸情理，實屬苛嚴<sup>51</sup>。

<sup>45</sup> 王澤鑑（2011），《法律思維與民法實例 請求權基礎理論體系》，頁 275，台北：自刊。

<sup>46</sup> 孫森焱，前揭註 21，頁 273。

<sup>47</sup> 最高法院 22 年度上字第 3437 號判例。

<sup>48</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 475。

<sup>49</sup> 同上註。

<sup>50</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 227。

<sup>51</sup> 王澤鑑（2009），《民法學說與判例研究 第三冊》，頁 3，台北：自刊。

此外，我國民法 185 條 1 項前段係仿自德國民法 830 條 1 項前段：二人以上以共同實施的侵權行為引起損害的，每一個人對損害負有責任。而對於此處「共同性」的認定，德國多數學者主張行為人間必須有「共謀」或共同的故意。依據德國法院的判例，對共同加害行為的成立，要求「共謀」這一要件，並不要求證明具體行為與損害之間的因果關係，即以主觀的關聯性沖抵了各自行為與損害結果之間的因果關係的證明<sup>52</sup>。

鄭玉波教授同時指出客觀說的缺陷。客觀說認為加害人的主觀情事（共同意思或認識）為要件，必然造成舉證困難，對於被害人的保護欠周，因而只要損害屬於同一，即能成立共同侵權行為，負連帶責任。實際上如採用客觀說，則數人通謀協力造成個別損害時，反而不能使其負連帶責任，這就不能說客觀說可以更好地保護被害人利益了。例如，甲、乙二人共同計畫，由甲勸酒，使丙狂醉後，乙在丙回家的路上等候洗劫丙的錢財，結果丙不但錢財被奪，而且身體健康亦因醉酒而大受損傷。此種情形，若依客觀說，則乙只能負擔搶奪錢財之責，而不負侵害健康責任；反之甲只能負侵害健康責任，而不負奪財之責，顯然不適當。不如採用主觀說，認為甲乙有意思聯絡，應對於兩個損害均負連帶責任，始能保護被害人<sup>53</sup>。

## 第二款：客觀說

客觀說認為各加害人間不須有意思聯絡，只要數人的行為客觀上發生同一結果，即應成立共同侵權行為，其主觀上有無意思聯絡，在所不問<sup>54</sup>。客觀說之內容，可從二方面加以觀察：1.積極言之，「數人之行為均須為同一損害之原因（相當因果關係）」，其情形有（1）數行為個別均足以為損害之原因，例如，甲乙意圖謀殺丙，分別下毒於丙之茶杯，其藥量均足致丙死亡。（2）個別行為聚合而成為損害之原因，例如上舉之例，甲乙所下毒量，分別言之，均不足以致人於死，但兩者聚合，即可產生死亡之結果。2.消極言之，數人縱有意思聯絡，但其中某一行為不

<sup>52</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 216。

<sup>53</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 227。

<sup>54</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 475。



足為損害之原因時，仍不構成共同侵權行為。例如甲乙二人共謀計畫槍殺丙，然而最後乙開槍未中，丙係因甲發射之子彈而死亡，則乙不負共同加害行為之責任，至於其應負教唆或幫助之責任乃屬另一問題<sup>55</sup>。

林誠二教授採此一見解，認為狹義共同侵權行為的特徵，應在於各行為人之行為皆能構成侵權行為之一部或全部，其對損害之發生均有部份或全部之原因力；行為人本應各自負一部或全部之責任，要求行為人全體對於全部損害負責，實為對於被害人之加強保護<sup>56</sup>。

## 第二項：實務見解

### 第一款：最高法院 55 年台上字第 1798 號判例

我國司法實務早期係採取主觀說<sup>57</sup>，最高法院 55 年台上字第 1798 號判例謂：「本件車禍係計程車與卡車司機駕駛不慎肇事，依司法院第 2383 號解釋，無共同過失之侵權行為，法院僅得就各該司機應負過失責任程度之範圍內，令其與僱用人連帶賠償。」本則判例宣示二個重要基本原則：民法 185 條 1 項前段所稱「共同」不法侵害他人之權利，須有意思上的聯絡；數人無意思聯絡者，應就同一損害，依過失程度定其賠償範圍<sup>58</sup>。

### 第二款：司法院例變字第 1 號

民國 66 年 6 月 1 日，司法院召開判例變更會議，議決變更前述最高法院 55 年台上字第 1798 號判例，其全文為：「民事上之共同侵權行為，（狹義的共同侵權行為，即共同加害行為，下同）與刑事上之共同正犯，其構成要件並不完全相同，共同侵權行為人間不以有意思聯絡為必要，數人因過失不法侵害他人之權利，苟各行為人之過失行為均為其所生損害之共同原因，即所謂行為關連共同，亦足成立共同侵權行為。最高法院 55 年臺上字第 1798 號判例應予變更。至前大理院 5

<sup>55</sup> 王澤鑑，前揭註 51，頁 3。

<sup>56</sup> 林誠二（2015），《債法總論新解 體系化解說（上）》，頁 347-349，台北：瑞興圖書股份有限公司。

<sup>57</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 225。

<sup>58</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 476。

年上字第 1012 號及最高法院 20 年上字第 1960 號判例，則指各行為人既無意思聯絡，而其行為亦無關連共同者而言，自當別論<sup>59</sup>。」

例變字 1 號所變更者，係民法 185 條 1 項前段所規定「共同侵權行為」之基本構成要件；依王澤鑑教授的觀察，例變字 1 號係採取擴張解釋的方法，而創設二個共同加害行為的類型，一為主觀（意思聯絡）加害行為，一為客觀（行為關連）加害行為<sup>60</sup>，現分述如下：

#### 第一目：主觀（意思聯絡）共同加害行為

主觀共同加害行為，指數加害人有意思聯絡而為加害行為（其實即類似前述主觀說之看法）；此乃民法 185 條前段「固有」的類型<sup>61</sup>，其共同關聯性在於行為人間具有共同之意思聯絡或相互間有所認識，由自己與他人之共同行為，在社會觀念上形成一體的共同加害行為，侵害他人之權利，因此參與各個行為之個人，對於全部損害均應負損害賠償責任，前述最高法院 55 年台上字第 1798 號判例即採此見解。此判例雖經司法院於民國 66 年 6 月 1 日予以變更，認為各行為人之過失行為苟為被害人所生損害之共同原因，亦足成立共同侵權行為；惟此段乃在說明此為共同侵權行為的另一種類型<sup>62</sup>，例變字 1 號仍維持 20 年上字第 1960 號判例所謂「各行為人既無意思聯絡，而其行為亦無關連共同者」，始不構成共同加害行為之意旨，可見尚未摒棄主觀共同加害行為作為共同加害行為的一種類型<sup>63</sup>。舉例而言，甲乙謀議，由甲將丙擊昏，乙趁機奪丙錢財者，甲乙對丙之身體被害、錢財被奪所致損害應負連帶賠償責任；即使參與謀議者未實施分擔行為，但對於損害之發生既然在其意思聯絡範圍內，則亦應構成共同侵權行為。反之，如果加害行為逾越意思聯絡之範圍者，例如協議行竊，於夥同入室以後，其中一人竟臨時起意，強姦被害人，為其他行為人始料所不及者；則針對強姦行為而言，不構成共

<sup>59</sup> 司法院公報處（1977），〈司法院公報〉《公布「例變字第 1 號判例」變更「最高法院 55 年度臺上字第 1798 號民事判例」》，19 卷 6 期，頁 15。

<sup>60</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 478-479。

<sup>61</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 479。

<sup>62</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 478。

<sup>63</sup> 孫森焱，前揭註 21，頁 274。



同侵權行為<sup>64</sup>。

## 第二目：客觀行為關連共同加害行為

例變字 1 號創設「行為關連」的共同加害行為，即「數人因過失不法侵害他人之權利，苟各行為人之過失行為均為其所生損害之共同原因，即所謂行為關連共同，亦足成立共同侵權行為。」此一類型共同加害行為特色為：1.須各行為人無意思聯絡。2.須各加害行為係造成損害的共同原因。3.須造成同一損害，包括損害不可分（如致人死亡，物滅失）<sup>65</sup>。舉例而言，計程車司機駕駛有過失，致與違規駕駛之卡車相撞，乘客因而受傷，兩司機對乘客之被害應負共同侵權行為責任；即如數家報紙各自採訪不實之消息，報導某人有殺人嫌疑，繪聲繪色，致某人名譽受損者，因其被害法益為一個，亦構成共同侵權行為<sup>66</sup>。

又此處所謂「行為關連」係著重數人所為違法行為，致生同一損害為要件；故數人所為違法行為不以同時為之為必要，即使加害行為有先後，如發生同一損害，亦應認為共同加害行為<sup>67</sup>。關於此點，除了序章所提，臺灣臺中地方法院 97 年度醫字第 2 號、臺灣高等法院臺中分院 99 年度醫上字第 11 號判決之外，另有一則類似案例—臺灣高等法院 89 年度上更（一）字第 130 號判決，可資參照。該案事實略述如下：病患 A 女於民國 84 年 6 月 16 日下午 3 時 15 分許，駕駛機車與訴外人 B 男所駕駛之貨車擦撞，A 女因而摔倒、頭部受傷，於同日下午 3 時 40 分至 C 醫院急診室救治（C 醫院並無駐院腦神經外科醫師）。當時 A 女多處擦傷，頭部有一血腫，主訴頭痛、頭暈，其時 A 女雖略顯嗜睡，惟尚能與醫師交談；理學檢查血壓偏高、心跳略快，體溫、呼吸、瞳孔尺寸、對光反射均屬正常。A 女經 C 醫院急診處 D 醫師診察後，囑其入院繼續觀察及治療；C 醫院於下午 4 時 50 分完成 A 女頭部電腦斷層掃描檢查，結果顯示有顱內出血（腦血腫 4x2 公分），D 醫師給予 Glycerol（降腦壓藥）及止血藥治療。下午 6 時 C 醫院特約之腦神經外科 E

<sup>64</sup> 同上註。

<sup>65</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 484。

<sup>66</sup> 孫森焱，前揭註 21，頁 275。

<sup>67</sup> 同上註。

醫師經聯絡到院，診視 A 女，閱電腦斷層片子，向 A 女家屬解釋病情並建議 A 女需手術治療；家屬表明考慮中，之後表明不願在 C 醫院手術治療，欲轉 F 醫院繼續治療，嗣於同日下午 7 時 20 分離開 C 醫院，轉至 F 醫院。A 女於約 7 時 40 分抵達 F 醫院，經電腦斷層掃描發現腦血腫已擴大，F 醫院立刻施行緊急血塊清除手術，惟 A 女術後仍成為無意識狀態植物人<sup>68</sup>。

本案台灣高等法院認為 D 醫師給予降腦壓藥不當<sup>69</sup>及未能及時轉院<sup>70</sup>（同時也未盡其告知義務），具有過失；並認為本案 A 女因訴外人 B 男車禍肇事致腦部受創，復因 D 醫師、E 醫師於用藥及治療過程中亦有錯誤及延誤之情事，致 A 女傷害加重擴大損害，顯係客觀上共同不法侵害上訴人之身體、健康，是以 A 女得依民法 184 條 1 項、2 項、185 條及 188 條規定，請求 C 醫院與 B 男、D 醫師、E 醫師負連帶損害賠償責任<sup>71</sup>。

孫森焱教授認為，民事責任與刑事責任有別，刑事責任以行為人之主觀犯意為處罰對象，民事責任則以填補被害人所受損害為目的。共同侵權行為責任係著重在行為人反倫理性行為，以加害人的意思聯絡為共同侵權行為責任之發生要件，固不難瞭解；但是近代私法侵權行為之損害賠償制度，既然以被害人之損害之彌補為重心，則不能不併列客觀行為關連作為共同侵權行為責任的發生要件<sup>72</sup>。

## 第二節：日本

日本民法關於共同侵權行為規定於民法 719 條：（1）數人因共同侵權給他人造

<sup>68</sup> 案例事實整理轉引自李貞瑩（2009），《醫療民事責任因果關係成立與舉證之研究》，頁 87-88，國立臺灣大學法律學系碩士論文。

<sup>69</sup> 臺灣高等法院 89 年度上更（一）字第 130 號：「對於急性硬腦膜外血腫病人，應先處理出血，確認無再出血之虞前，不可使用前開降腦壓藥，亦有上訴人所提出為被上訴人所不爭執之蔡靖彥等編著之常用藥品手冊節本、譚柱光編著之實用藥物治療手冊節本附卷可參」。

<sup>70</sup> 臺灣高等法院 89 年度上更（一）字第 130 號：「上訴人自當日下午 3 時 40 分入院迄至孫醫師抵達診視期間，已歷 2 小時 20 分之久，顯見被上訴人明知其院內並無專治車禍腦部受創之主治醫師，無法為上訴人提供及時、完整之治療，竟未建議上訴人家屬或其友人轉診，而仍予留置，實已違反上開醫療法之規定（中略）且被上訴人亦明知其院內並無常駐之腦外科醫師隨時在院，竟仍隱瞞上訴人之友人或家屬而未告知應即時轉院（中略）此上訴人轉送台大醫院之延誤，實為可歸責於被上訴人及其所聘僱之特約醫師孫明傑。」。

<sup>71</sup> 本案台灣高等法院顯認為 A 女最終成為植物人此結果為同一損害、不可分割，至於如此論理是否妥適，將於後續討論。

<sup>72</sup> 孫森焱，前揭註 21，頁 276。

成損害時，各自對其損害負連帶賠償責任。在不能確定共同行為人中由何人加害時，亦同。(2) 教唆或幫助侵權行為人的人視為共同行為人，適用前款規定<sup>73</sup>。一般認為，此條應是「德國民法」830條的翻譯<sup>74</sup>，然而關於日本民法719條1項前段，共同侵權行為中的「共同」如何解釋，則有以下通說與司法實務，以及其它學說等不同看法。

## 第一項：通說及司法實務

### 第一款：學說通說

日本民法719條1項前段的「共同」如何解釋，學說上有認為以主觀認識為必要(主觀共同說)，和認為只要A的侵權行為與B的侵權行為等是客觀地關聯共同的即可成立(客觀共同說)，後者一直為通說、判例所採納<sup>76</sup>。我妻榮教授採客觀共同說，其所持理由為：「由於狹義的侵權行為是數人的行為均構成該違法行為的原因的場合，所以，以該違法行為為原因客觀的處於相當因果關係上的損害，當然應該由其行為者賠償。因此，即使是與他人的行為競合發生損害的場合，只要由該競合發生的結果處於相當因果關係之上，就應該對其結果的全部負責可說是當然的事。」<sup>77</sup>然而，為何僅因為行為具有客觀關聯共同性，共同行為人就必須分別對全部損害負擔責任，我妻榮教授的見解並未給予具有充分說服力的說明。我妻榮教授的見解為加藤一郎教授所繼承並鞏固了其作為通說的地位<sup>78</sup>；加藤教授認為，如果各個人的行為與直接加害行為間都具有因果關係，就可以認定共同性，通過共同行為這一個中間項，就可以說與損害的發生之間有因果關係。至於為何共同行為者必須對與自己行為無相當因果關係的損害負責此一問題，加藤教授不

<sup>73</sup> 原田剛著，羅麗譯(2013)，〈論“共同侵權行為規定”之解釋〉，《清華法學》，7卷3期，頁167。

<sup>74</sup> 同上註。

<sup>75</sup> 德國民法830條規定：(1)二人以上以共同實施的侵權行為引起損害的，每一個人對損害負有責任。不能查明兩個以上參與人中何人以其行為引起損害的，亦同。(2)教唆人和幫助人，與共同行為人相同。

<sup>76</sup> 于敏，前揭註29，頁273。

<sup>77</sup> 王永霞，前揭註24，頁218。

<sup>78</sup> 于敏，前揭註29，頁278。



是從加害方共同行為的反倫理性觀察，而是向受害者的救濟這一政策性要求尋求責任根據，以此解釋共同加害行為有客觀共同關係即為充足<sup>79</sup>。

## 第二款：司法實務

日本判例明確表示共同侵權行為不需要主觀共同性<sup>80</sup>，例如在 B 倉庫公司應 C 的請求發行倉庫證券時，因過失發行了與受託物不同記載的倉庫證券，C 使用該證券從 A 詐取了現金的場合，大審院大正 2 年 4 月 26 日判決<sup>81</sup>認為：「每個共同行為人參與了作為損害原因的侵權行為。換言之，只需由客觀共同的侵權行為來發生損害是為已足，無須由共謀等其他主觀的共同原因來發生損害。」<sup>82</sup>從而認定了 B、C 之間共同侵權行為的成立。

由於司法判例係採用客觀共同說，除了上述 C 的行為是故意，B 是基於過失的場合外；在過失與過失、過失與無過失的情況，認定共同關係也不成問題<sup>83</sup>。例如日本最高裁判所第三小法庭平成 13 年（2001）3 月 13 日判決<sup>84</sup>，本案事實略為：被害人 D 係 6 歲兒童，於某日下午 3 時 40 分騎乘腳踏車經過十字路口時遭計程車撞擊，之後 D 被送至被告 E 醫院治療。E 醫院之院長 F 醫師為被害人診治後，認為只是頭部輕度外傷，X 光亦顯示上頭蓋骨沒有骨折，故僅交代 D 到學校不能上體育課，明天要再來看一次門診，即於同日下午 4 時 30 分讓 D 出院。D 於回家後出現嘔吐現象，並於同日晚間 11 時開始發燒、痙攣，經救護車緊急送至其他醫院，D 仍於翌日凌晨 0 時 45 分死亡。解剖後發現，D 的死因係頭蓋骨面線狀骨折造成硬腦膜動脈損傷，進而產生之硬腦膜外血腫；而硬腦膜外血腫若能早期發現並除去的話，是預後良好的一種病症<sup>85</sup>。

本案造成被害人 D 死亡之原因有二：一為計程車肇事之交通事故、一為醫師未

<sup>79</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 218。

<sup>80</sup> 同上註。

<sup>81</sup> 大判大正 2 年 4 月 26 日民錄 19 輯 281 頁。

<sup>82</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 218。

<sup>83</sup> 于敏，前揭註 29，頁 274。

<sup>84</sup> 《民集》，55 卷 2 號，頁 328；《判時》，1747 號，頁 87；《判夕》，1059 號，頁 59。

<sup>85</sup> 案例事實整理轉引自李小芬（2008），《醫療民事責任因果關係之研究》，頁 93，國立臺灣大學法律學系碩士論文。

及時發現治療病人之醫療事故<sup>86</sup>。日本最高法院認為，雖然交通事故對 D 造成了可能致死的傷害，但是 D 被送至醫院後，若能接受適切的治療，應可救活；故本件交通事故和醫療過失共同導致 D 死亡此一不可分的結果，該當於日本民法 719 條之共同侵權行為，各侵權行為人應對受害人 D 所遭受損害全額承擔連帶責任<sup>8788</sup>。

## 第二項：不同學說

### 第一款：主觀共同說

前已提及，客觀共同說對於各共同侵權行為人為何要對超出自己所引起的損害部分負責賠償，無法作出十分令人信服的說明；因此，以共謀及其他主觀的關聯共同性為必要的見解得到了提倡。前田達明教授採此見解，認為近代私法係基於人的意思的「行為」作為侵權行為法歸責根據的理論前提，因此，要使共同行為人負擔連帶責任，行為人間的「意思」發揮作用是必要的；所以，在認定複數主體之間具有共同關聯性，必須以主觀關聯性為必要。然而前田教授所定義共同侵權人間所具備的主觀性要件，並非僅限定在「共謀」行為，而是定義成「各自利用他人的行為，同時容許自己的行為被他人利用的意思」，由於這樣的容許意思，行為結果就可以當作是各行為人個人的作為而歸責於他；又或者在各人負有防止結果發生的注意義務的場合下，對該義務的違反進行結果歸責<sup>89</sup>。是以，依據前田教授的理論，不單只有故意共同侵權行為的場合，亦存在有過失共同侵權行為的狀況。對此，原田剛教授所舉案例為：A 與 B 在山道行走時，遇山上落石，其中數塊落石妨礙了道路通行。隨後 A 與 B 共同將石塊推向山谷，A 推下的石頭，砸傷 X 致其死亡，B 推下的石頭沒有砸中 X；雖然 AB 彼此之間沒有共謀，但存在權利侵害之外的合意（共同過失），A 與 B 應對 X 的死亡負擔連帶賠償責任<sup>90</sup>。

反之，對不具備主觀共同關聯性要件的複數侵權行為人，原則上只對與自己行

<sup>86</sup> 陳聰富，前揭註 6，頁 383。

<sup>87</sup> 李小芬，前揭註 85，頁 93-94。

<sup>88</sup> 原田剛，前揭註 73，頁 169。

<sup>89</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 218-219。

<sup>90</sup> 原田剛，前揭註 73，頁 170。



為處於相當因果關係範圍內的損害負責任。但在加害人係複數且無法確定各人的行為與結果之間因果關係的場合，為了受害人的救濟，得依據民法 719 條 1 項後段推定因果關係；只要加害人未能證明全部或部分因果關係不存在，就要對全部損害負責。因此，如果複數行為人間不具備主觀共同關聯性要件，並且在得以確定因果關係的存否情況下，就不能適用民法 719 條 1 項前段。例如，在兩車之間相撞，使乘客或者行人發生損害時，過去日本的判例<sup>91</sup>、通說都認為兩車輛駕駛人成立民法 719 條共同侵權行為。然而，如果依據主觀共同說，則上述案例兩駕駛人間並不存在主觀共同關聯性要件，因此不適用民法 719 條 1 項前段；此外，各駕駛人的駕駛行為（過失）與受害人所發生損害之間存在明確的因果關係，也不適用民法 719 條 1 項後段，所以兩名駕駛，應各自對與自己行為有相當因果關係範圍內的損害負責。另外，如果以公害案件作分析，由於要求污染企業彼此間必須存在主觀要件，除非多數污染企業構成聯合廠（更為緊密的參與意思）<sup>92</sup>，否則不適用民法 719 條 1 項前段；從而在此情況下，多數都是依據同項後段來推定從各污染源排放的污染物質與損害之間存在因果關係。並且，如果個別污染企業能夠證明全部或部分排放行為與損害之間不存在因果關係，在該限度內該污染企業得以主張免責<sup>93</sup>。

#### 第二款：折衷說（主客觀併用說）

平井宜雄教授認為，日本民法 719 條 1 項前段涵蓋了「意思性」共同侵權行為與「關聯性」共同侵權行為這兩種類型<sup>94</sup>。行為人積極地持有「意思」參與被社會上認為是一體的行為，對與自己行為無相當因果關係的他人行為亦應負責。這種類型的共同侵權行為被稱為「意思性」共同侵權行為，即便沒有相當因果關係，在關聯共同性的所及範圍（或者稱與共同行為的因果關係得到認定的範圍）內也

<sup>91</sup> 大判大正 2 年 6 月 28 日民錄 19 輯 560 頁。

<sup>92</sup> 原田剛，前揭註 73，頁 171-172。

<sup>93</sup> 于敏，前揭註 29，頁 283。

<sup>94</sup> 于敏，前揭註 29，頁 286。

要負賠償責任；因此，不允許被告以自己行為與損害間無因果關係作為免責事由<sup>95</sup>。

而除了「意思性」共同侵權行為之外，平井教授認為，在共同侵權行為法論帶有現代意義的今天，僅依據主觀性情況作為判斷關聯共同性的基準是不恰當的。因此，應該承認「關聯性」共同此一類型的共同侵權行為<sup>96</sup>；至於如何劃分所謂「關聯性」共同侵權行為的範圍？平井教授認為，應該按照實際糾紛類型建立具體的標準<sup>97</sup>。至於在以上兩種民法 719 條規定負連帶責任的共同侵權行為之外，各行為人本係各自獨立的侵權行為，但只不過單純地「共同」實施了的情況，過去一直是作為共同侵權行為處理的事件；對此，應該認為其係「獨立的」共同侵權行為類型，對於這種類型，應該按照日本民法 709 條的原則處理，即各侵權行為人在相當因果關係所及範圍（按照作用程度）內負擔賠償責任<sup>98</sup>。

由於構成共同侵權行為的事實案例繁雜，例如交通事故、公害案件、醫療過失、產品製造責任等；但在日本民法，作為使複數加害人負擔全部責任所根據的 719 條 1 項前段卻只規定了「共同的侵權行為」。因此，日本學界開始了將共同侵權行為類型化，按照糾紛類型再構成其要件、效果的嘗試（前述平井宜雄教授即為示例）。類型論的主要目的，即在於找出在複數的行為人間，社會大眾普遍認其具有一體性、結合性，得以使其負擔全部責任的判斷基準；對於依該基準判斷為具有社會上一體性的共同行為，各行為人對於與自身無相當因果關係的損害亦應負責<sup>99</sup>。

對此，國井和郎教授提出了對共同行為的結合性與侵權行為性進行綜合性、相關性判斷的新思考。國井教授認為，「關聯共同性」不僅要以原因行為的結合性為標準進行判斷，而且要考慮圍繞共同行為者的所有情況（共同行為的侵權行為性）進行綜合性的判斷。即考慮原因行為的結合性強度以及各行為人可受責難性，即

<sup>95</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 219。

<sup>96</sup> 于敏，前揭註 29，頁 286-287。

<sup>97</sup> 平井宜雄教授的見解近似於我國司法院例變字 1 號的說理，將共同侵權行為要件區分，承認以主觀條件作為要素及客觀條件作為要素的兩種類型。差別僅在於論述客觀要件的部分，平井教授認為必須視情形建立標準來劃分共同「關聯性」的範圍（其實即為連帶責任範圍）。

<sup>98</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 219。

<sup>99</sup> 于敏，前揭註 29，頁 287-288。

使原因行為結合性鬆弛，但在行為人的責難可能性比較強的場合，也應該肯定關聯共同性。其所持理由為，「關聯共同性」既然是作為共同侵權行為要負全部責任的要件，所以作為行為評價的問題，考慮共同行為的侵權行為性是必要的<sup>100</sup>。

### 第三節：美國

美國法上稱共同侵權行為人為 joint tortfeasors，其意義為數人一同引發侵權行為（包含故意及過失）<sup>101</sup>。共同侵權人對他們所引起之損害負連帶（jointly and severally）賠償責任，意指任何一人均對被害人所有損害負責，被害人僅須控告一人即得要求全額賠償。如共同侵權行為人當中一人清償後，對其他共同行為人就其分擔比例有求償權（right of contribution）<sup>102</sup>。

在比較過失理論（comparative negligence）被美國法院採納前，美國法上就共同侵權行為的適用範圍爭議不大，一般來說共同侵權行為包括三種類型：1.數人的侵權行為造成原告不可分的損害<sup>103</sup>。例如：因兩輛車輛駕駛各自的過失行為發生撞車事故，導致行人受傷因而左側偏癱。學者大多認為，對於這種情形加諸連帶責任的正當性主要在於「便利性」<sup>104</sup>。2.數人協同行為（act in concert）<sup>105</sup>導致原告遭受損害，無論損害是否可以分割。例如：三名匪徒一起襲擊了公園裡的行人，第一個人偷走了行人的手表，第二個人用刀刺傷他，而第三個人將油漆潑到他身上。3.依據法律規定而應負連帶責任。例如：涉及雇主負責制（respondeat superior）的案例<sup>106</sup>。

連帶賠償責任（joint and several liability）係植基於保護受害人，盡量使其損害能受到全額賠償的思想底下產生。由於早期美國法院採取促成過失原則

<sup>100</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 219-220。

<sup>101</sup> Edwards, Linda/ Edwards, Stanley/ Kirtley, Patricia，前揭註 37，頁 465。

<sup>102</sup> 楊崇森（2014），《遨遊美國法 I：美國法之源流與民刑法之運作》，頁 134，新北：華藝學術出版社。

<sup>103</sup> 至於何謂「不可分的損害」，將於後續章節詳述之。

<sup>104</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 223-224。

<sup>105</sup> 意指共同故意及犯意聯絡。

<sup>106</sup> Vincent R. Johnson，前揭註 39，頁 230。

(contributory negligence)，通常只有無過失的受害人得請求損害賠償，因此盡量使受害人能受到全額賠償係當時普遍共識<sup>107</sup>。然而，隨著比較過失理論被美國法院採納<sup>108</sup>，如今，即使是在受害人本身與有過失的情況下，亦得起訴請求賠償；因此，開始有法院認為，每個人應當僅就個人過錯限度範圍內負責，始為公平<sup>109</sup>。此外，隨著侵權責任的擴張，連同伴隨許多數百萬美元賠償金的判決，許多州和評論者開始對連帶責任所推行的政策表示懷疑，認為在下述情形中會產生不公平的後果：某一個侵權行為人不具有支付能力，原告亦有過失，但其他共同侵權行為人——即使與事故僅有相當微弱的因果關係，也必須擔負起分配給被告們的全部賠償責任<sup>110</sup>。例如在 *Zimmer v. City of Milwaukee* 一案當中，一名駕駛因為剎車有問題，在一所學校附近的十字路口撞死一名 6 歲小男童；該名駕駛並未注意路邊之停止號誌，以及路口駐警當時命其駛離男童、停車之指示。之後原告律師對密爾瓦基市提起訴訟，主張如果當時該名駐警直接抱走，非僅指示該名駕駛駛離男童，本件事故即無從發生。密爾瓦基市（作為駐警的雇用人），被認定具有 1% 的過失；然而，由於密爾瓦基市係本案當中唯一有足夠資力的當事人，因此實際上承擔了 100% 損害賠償的責任<sup>111</sup>。

上述以及其他類似案例<sup>112</sup>使美國法院意識到，在共同侵權行為領域中，僅因為數行為人造成了不可分割的損害，就令其承擔連帶責任可能導致不公平；許多州開始採取緩和連帶責任的做法，時至今日，採納純粹連帶責任的州越來越少<sup>113</sup>。此點在故意行為時較無爭議，美國侵權行為法整編第三版「責任分擔」第 15 段規定：「當數人因協同行為負損害賠償責任時，每一人對該協同行為在比較過失下所分配到的責任，承擔連帶賠償責任」<sup>114</sup>。在多數行為人致生同一損害，如行為人

<sup>107</sup> Edwards, Linda/ Edwards, Stanley/ Kirtley, Patricia, 前揭註 37, 頁 489。

<sup>108</sup> *Li v. Yellow Cab Co. of California*, 13 Cal.3d 804 (1975).

<sup>109</sup> *Brown v. Keill*, 580 P.2d 867, 874 (Kan. 1978) .

<sup>110</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 224。

<sup>111</sup> 案例事實整理轉引自陳致宇（2014），《共同侵權行為之研究》，頁 14-15，天主教輔仁大學財經法律學系碩士論文。

<sup>112</sup> *Walt Disney World v. Wood*, 515 So. 2d 198 (Fla. 1987) .

<sup>113</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 224。

<sup>114</sup> American Law Institute, *Restatement of the Law* 3<sup>rd</sup> ed. Torts, Apportionment of Liability, § 15, at

當中具有故意以及過失等不同情況時（即第一章所敘 *Tegman v. Accident and Medical Investigations* 之情況），侵權行為法整編第三版「責任分擔」第 12 段則規定：「以故意為要素的侵權行為人，必須對該侵權行為造成不可分割之損害，承擔連帶責任」<sup>115</sup>。據此，在行為人一方為故意行為，而他方為過失行為時，該故意為侵權行為之人，對於全部損害，固應負連帶責任；但應過失行為而負責之人，則未必須負連帶責任，而可能僅負比例責任<sup>116</sup>。

至於最具爭議者，亦即本論文所欲聚焦之情況：在多數行為人均因過失致生同一損害結果時，是否成立連帶賠償責任？侵權行為法整編第三版「責任分擔」第 17 段註明：「在兩人或者多人的獨立侵權行為構成一法律上不可分傷害時，將由有關轄區的法律確定此類侵權人是否承擔連帶責任、比例責任、或連帶責任與比例責任組成的某種混合責任<sup>117</sup>。」（目前美國仍未形成多數共識）本論文以下即分別簡述五種責任形態。

### 第一項：A 路徑

A 路徑認為各自獨立的侵權行為人，對因其行為所生不可分損害皆負連帶責任，其適用結果為原告得請求任何被告賠償全部損害；換句話說，被告必須自行向其他侵權行為人尋求內部分擔，並且複數侵權行為人中一人或數人無力清償債務或未成為共同被告之危險，則歸由侵權行為人間自行承擔<sup>118</sup>。

### 第二項：B 路徑

B 路徑認為各自獨立的侵權行為人，對因其行為所生不可分損害是各自按照過錯程度比例負責，就結果言，係將請求所有侵權行為人之責任，以及複數侵權行為

---

128.

<sup>115</sup> American Law Institute，前揭註 114，頁 110。

<sup>116</sup> 陳聰富（2013），〈共同侵權之責任分擔：兼論最高法院 98 年台上字第 1790 號民事判決〉，《法令月刊》，64 卷 1 期，頁 4。

<sup>117</sup> American Law Institute，前揭註 114，頁 147。

<sup>118</sup> American Law Institute，前揭註 114，頁 160；陳聰富，前揭註 116，頁 5。



人中一人或數人無力清償債務的風險，歸由原告承擔<sup>119</sup>。

### 第三項：C 路徑

C 路徑原則上亦認為各自獨立的侵權行為人，對因其行為所生不可分損害應負連帶責任。但在複數侵權行為人中任一人（或者數人）係無賠償能力此一風險，C 路徑認為除無力賠償的被告外，應由所有對原告所受傷害承擔責任的當事人（包括原告），按照過失程度比例承擔<sup>120</sup>。

舉例來說，原告甲因車禍事故，起訴請求乙、丙、丁三人連帶賠償。依據比較過失，法院認定各行為人可歸責之程度分別為甲 40%、乙 30%、丙 10%、丁 20%；經查，原告甲之損害為 10 萬元，則被告乙丙丁三人應就全部損害 10 萬元中之 6 萬元負擔連帶賠償責任。然而，假設在被告丁係不具清償能力的狀況下，則丁原應負擔賠償 2 萬元賠償之責任，由甲乙丙三人按過失比例分擔。是以，按  $20000 \times 40\% / 80\%$  計算，甲應承擔丁之 1 萬元負擔部分，而被告乙丙連帶賠償數額降為 5 萬元（內部分擔額：乙 37500 元、丙 12500 元）<sup>121</sup>。

侵權行為法整編在評注當中認為，自公平分配當事人無資力的風險角度而言，C 路徑最具有吸引力；因為它將當事人無資力的風險，依據具體案件當中各行為人的過錯比例分擔。但評注當中也提到，再分配的規定可能存在某些操作與實行上的困難<sup>122</sup>。

### 第四項：D 路徑

D 路徑係描述一種基於比較責任門檻的混合責任。在該制度下，各自獨立的侵權行為人，對因其行為所生不可分損害是否承擔連帶責任，視其過失程度是否超過一定的門檻來決定。因此，在過失程度輕微、低於門檻的侵權行為人，係承擔

<sup>119</sup> American Law Institute，前揭註 114，頁 168；陳聰富，前揭註 116，頁 5。

<sup>120</sup> American Law Institute，前揭註 114，頁 190,216。

<sup>121</sup> 陳聰富，前揭註 116，頁 5。

<sup>122</sup> 肯尼斯·S·亞柏拉罕，阿爾伯特·C·泰特選編，許傳璽 石宏 等譯（2006），《侵權法重述—綱要》，頁 356，北京：法律出版社。



比例責任；反之，過失程度等於或超過法律設定門檻的侵權行為人，承擔連帶責任<sup>123</sup>。

具體來說，在甲起訴乙丙共同造成其損害的情況下，假設法院認為被告乙係故意侵權，其對事故發生的原因力為 25%；被告丙為過失行為，其原因力為 25%，而原告甲應就整起事故負擔 50% 的責任。經查，原告甲的損失為 10 萬元，則乙對甲 5 萬元的損失應負連帶責任；至於被告丙是否對 5 萬元負擔連帶責任，亦或僅就其可歸責的 2 萬 5 千元範圍內負擔比例責任，則視法律對連帶責任設定的門檻是否超過 25% 而定。如果該門檻係設定在 25% 或者以下，則丙必須負擔連帶責任；反之，如果該門檻係設定在 30%，則丙僅負擔比例責任<sup>124</sup>。

此一立法模式可以避免過失程度輕微的共同侵權行為人，在其他過錯程度較重的行為人不具賠償能力時，承擔全部的賠償責任<sup>125</sup>；不過，侵權行為法整編在評注當中也提到，設立門檻只是篩除次要侵權人的一種不完美方法，並且，當事實牽涉眾多共同侵權行為人時，此立法模式表現不佳<sup>126</sup>。

## 第五項：E 路徑

E 路徑描述另一種混合責任。在該制度下，各自獨立的侵權行為人，對因其行為所生不可分損害是否承擔連帶責任，取決於原告所受損害的種類。每一名被告，對於原告經濟上的損失（例如醫藥費，工作收入的損失），負擔連帶責任；反之，就非經濟上損失（例如精神上遭遇痛苦）而言，被告僅負擔比例責任。

加州係採取此一立法模式<sup>127</sup>，此立法模式跟據原告所受損害種類的不同，來分配當事人間無力清償的風險，其背後的邏輯在於認為經濟上損失的賠償對於原告較為重要，並且經濟上損失往往有客觀證據可供參考，在不同法院間歧異性較小。對此，有批評者質疑非經濟上損失不如經濟上損失此一觀點並不合理；並且，此

<sup>123</sup> American Law Institute，前揭註 114，頁 220。

<sup>124</sup> 陳聰富，前揭註 116，頁 6。

<sup>125</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 224。

<sup>126</sup> American Law Institute，前揭註 114，頁 148。

<sup>127</sup> Wikipedia，[https://en.wikipedia.org/wiki/Joint\\_and\\_several\\_liability](https://en.wikipedia.org/wiki/Joint_and_several_liability)（最後瀏覽日：06/13/2017）。



立法模式對於那些非薪資工作者，因而被法院裁定較大比例非經濟上損失的原告不公<sup>128</sup>。

最後，另外值得一提的是，亦有州別是採取將上述責任再加以混合搭配的設計。例如俄亥俄州，就經濟上損失而言，只有被分配責任達到 50% 以上的被告才需要承擔連帶責任；反之，針對非經濟上損失，每一名被告所負的都是比例責任<sup>129</sup>。立法方式的繁雜，凸顯了此一問題的困難性，以及各種見解的分歧。

#### 第四節：中國大陸

中國大陸早期（1950 年代）對於共同侵權行為並無明文規定，當時權威教科書將共同侵權行為的解釋限縮在具有意思聯絡的情況下<sup>130</sup>。構成共同侵權行為的加害人，對於受害人的損失應負連帶責任；至於各加害人間內部關係，則按各人過錯程度比例分擔。例如，設某企業因會計擅離職守，被小偷偷走現金 200 多元。按中央政法幹部學校民法教研室所編「中華人民共和國民法基本問題」一書之見解認為：由於會計與小偷之間並無共同竊盜的意思聯絡，因此責令會計與小偷對企業負擔連帶賠償責任並不合理，應視會計與小偷個別行為的具體情節，分別加以處理<sup>131</sup>。

1987 年實施的民法通則 130 條規定：「二人以上共同侵權造成他人損害的，應當承擔連帶責任。」，係中國大陸首次在立法上確立了共同侵權行為，並規定共同侵權行為人應負連帶責任。然而由於其並未對共同侵權行為此一概念作出進一步的解釋，並且也無法由立法理由中得知立法者的原意，因此針對如何解釋所謂「共同侵權」的共同性，在中國大陸學術界也引起相當廣泛的討論與爭執。類似與我國在狹義共同侵權行為中，有關「共同性」的認定與爭執，基本上中國大陸學術

<sup>128</sup> American Law Institute，前揭註 114，頁 149。

<sup>129</sup> Wikipedia，前揭註 127。

<sup>130</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 231。

<sup>131</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 232。



界對於此問題的看法可分為三類：主觀說、客觀說以及折衷說三類<sup>132</sup>，其見解分別對應近似於我國法上的主觀說、客觀說以及兼採主觀意思聯絡和客觀行為關連的司法院例變字 1 號之見解，由於在本章第一節已詳細介紹，故在此就省略篇幅不再針對各家學說一一詳述。不過筆者必須指出的是，雖然學說上大致可區分歸類為這三類，但各學者間對於自身學說在具體構築上仍有所差異。以強調主觀過錯共同性為共同侵權行為本質的主觀說為例，程嘯教授將主觀共同過錯限定在具備意思聯絡（共同故意）的情況下<sup>133</sup>；但王利明教授則是認為，只要行為人在主觀上具備共同的認識或者是一種共同的預見性，都有可能構成共同侵權行為。亦即，在王利明教授所建構的理論之下，存在有共同過失此一類型的共同侵權行為（類似前述前田達明教授見解）；然而，值得注意的是，王利明教授對於共同過失的認定，採取非常寬鬆的標準。例如在計程車司機甲搭載乘客乙，行駛至並道處，遇見在其斜後方也要並道之丙車，而雙方駕駛均未禮讓而加速行駛，終至發生交通事故以致於乙受傷的情況下；王利明教授認為在此情形，依據常識，甲與丙應當都能預見如果自己持續加速，有可能會與對方車輛相撞，因此甲與丙之間存在共同過失，構成共同侵權行為<sup>134</sup>。事實上，各家學說之差異，主要在於針對數侵權行為人，如何具體劃分何人應當承擔連帶責任的範圍有所不同；而學說的紛亂雜陳，再次凸顯了此一問題的複雜性與困難度。

另外，更加重要的是，中國大陸於 2009 年通過，並於 2010 年 7 月 1 日施行「侵權責任法」，企圖在民事法領域獨立並完善侵權責任的規範體系<sup>135</sup>。關於共同侵權行為，「侵權責任法」於第 8 條至第 12 條設有一般規定，在第 36、51、74、75、86 條則針對具體情形設有適用連帶責任的規定。本節以下的篇幅，筆者即欲聚焦在「侵權責任法」有關狹義共同侵權行為規定的介紹，以及中國大陸司法實務的看法。

<sup>132</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 233。

<sup>133</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 236。

<sup>134</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 243。

<sup>135</sup> 詹森林，王文杰，易繼明（2013），《大陸現行民法制度及未來發展趨勢》，頁 103，台北：行政院大陸委員會。



## 第一項：侵權責任法

「侵權責任法」第 8 條規定：「二人以上共同實施侵權行為，造成他人損害的，應當承擔連帶責任。」第 11 條規定：「二人以上分別實施侵權行為造成同一損害，每個人的侵權行為都足以造成全部損害的，行為人承擔連帶責任。」第 12 條規定：「二人以上分別實施侵權行為造成同一損害，能夠確定責任大小的，各自承擔相應的責任；難以確定責任大小的，平均承擔賠償責任。」

就上述共同侵權行為之規定，其中第 8 條旨在規範「共同實施」之共同侵權行為，第 11 條規定在規範「累積因果關係」而分別實施之共同侵權行為，第 12 條規定規範「共同因果關係」之「原因競合」。梁慧星教授並指出，第 8 條規定「共同實施」之共同侵權行為，相當於日本法上「主觀關聯共同」之共同侵權行為；第 12 條規定「分別實施」之共同侵權行為，則相當於日本法上「客觀關聯共同」之共同侵權行為<sup>136</sup>。有論者認為，「侵權責任法」在共同性的認定上，係兼採主觀說與客觀說的觀點；當主觀存在意思聯絡或者客觀行為有關聯時，依法均可認定為共同侵權行為，俾使法律規範圓滿周全<sup>137</sup>。不過對於此點，筆者個人則抱持不同看法。依筆者淺見，「侵權責任法」對於共同侵權行為之「共同性」的認定應係採取主觀說的看法（第 8 條）；而對於無主觀聯絡數行為所引起的損害，則委由因果關係加以處理（第 11、12 條，詳後述），中國大陸最高人民法院亦持相同類似見解。最高人民法院認為，「侵權責任法」的立法者對於擴大連帶責任適用範圍的傾向持謹慎態度，因而對於共同侵權行為有關「共同性」要件的解釋採取嚴格立場，只認同數行為人具有「意思聯絡」的主觀共同侵權。所謂意思聯絡，是指行為人對於損害結果的發生具有共同的認識或者共同的追求，包括共同故意和共同過失<sup>138</sup>。

<sup>136</sup> 詹森林，王文杰，易繼明，前揭註 135，頁 118。

<sup>137</sup> 白雋永（2011），《共同侵權制度研究》，頁 33，中國社會科學院研究生院碩士學位論文。

<sup>138</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 253。



### 第一款：累積因果關係 (kumulative Kausalität)

「侵權責任法」第 11 條規定「每個人的侵權行為都足以造成全部損害」，係用於處理累積因果關係之案例類型。有關「累積因果關係」的典型案例，例如甲、乙同時分別對丙下毒，且甲、乙下毒之個別分量均足以致丙死亡，而最後發生丙之死亡結果<sup>139</sup>。

王利明教授認為，因各行為人間本即應對全部損害負賠償責任，因此要求行為間承擔連帶責任並非苛刻；此外亦有助於被害人之保護<sup>140</sup>。台灣學說則多認為於此情況下，由各行為人對被害人負全部賠償責任<sup>141</sup>（各自適用民法 184 條）。惟依司法院例變字 1 號之見解，無意思聯絡之各行為人，在各行為均不足致結果發生時，如係同一損害，尚成立客觀關連共同侵權行為，而負連帶責任；則依舉輕明重之法理，在各行為均足以致結果發生之累積因果關係，亦應令各行為負連帶責任，似較為合理<sup>142</sup>。

事實上，除了上舉甲、乙間行為構成累積因果關係事例外，行為與不行為、不行為與不行為間亦可能構成累積因果關係。以前述「中華人民共和國民法基本問題」一書所舉，擅離職守之會計與小偷為例，會計之不作為（未看守現金）與小偷偷取現金之行為，各自均足以引起全部損害（或者說會計本應看守財物，對於竊賊所引發之損害具有防免義務，因此不得抗辯小偷的行為中斷因果關係，其對於全部損害仍應負責<sup>143144</sup>），屬於「侵權責任法」第 11 條所規定之情況，各侵權人彼此間應就全部損害承擔連帶責任；該書認為應視會計與小偷個別行為的具體

<sup>139</sup> 此情形於王澤鑑教授《侵權行為法》一書當中認為係競合因果關係 (Konkurrierende Kausalität)，亦有認為 Kumulative Kausalität (累積因果關係) 係指甲、乙排放廢水於丙的魚池，其數量各不均致魚死亡，但共同協力，致魚死亡的情形。有關多因果關係的用語概念迄今仍未統一，有稱之為巴比倫語言混亂 (Babylonische Sprachverwirrung)，詳參王澤鑑教授《侵權行為法》485 頁 (2015 年版)。

<sup>140</sup> 詹森林，王文杰，易繼明，前揭註 135，頁 120。

<sup>141</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 485。

<sup>142</sup> 詹森林，王文杰，易繼明，前揭註 135，頁 120。

<sup>143</sup> 詹森林 (2005)，〈第三人之故意不法行為與因果關係之中斷—最高法院九年台上字第七七二號代客泊車案判決之研究〉，《台灣法學雜誌》，75 期，頁 211-216。

<sup>144</sup> 事實上，美國侵權行為法整編第三版「責任分擔」第 14 段針對此種案例類型有所規定：「因未就某一故意侵權行為的具體風險對他人進行保護，因而承擔責任的侵權人，除了分配給該方的比例責任外，必須對分配給故意侵權人的責任份額承擔連帶責任」。

情節，分別加以處理之見解，可說容有誤會。又例如序章問題源起之案例，三位醫師於病人昏迷指數惡化時，未開立電腦斷層掃描追蹤此一事實，三位醫師之行為（不作為）對於病人的次級損害構成累積因果關係，同樣屬於「侵權責任法」第 11 條所規定之範疇。

#### 第二款：共同因果關係（addierte Kausalität）

「侵權責任法」第 12 條規定：「能夠確定責任大小的，各自承擔相應的責任」，主要用於處理「共同因果關係」之案例類型。「共同因果關係」的典型案列，則係甲、乙對丙下毒，但甲、乙下毒之各別份量均不足致丙死亡，最後因共同作用而發生丙死亡結果之狀況<sup>145</sup>。

梁慧星教授認為此種案列是共同侵權行為以外的獨立類型，其侵權責任的承擔，不能採取連帶責任之形式；應該按照各原因對於損害結果的原因力，令各行為人各自依其責任範圍負責。是以此種案列在行為人間責任型態上，係採取「比例責任」之規範模式，其成立要件包括：1.二人以上分別實施侵權行為。2.造成同一損害。3.各原因不足以造成全部損害<sup>146</sup>。值得注意的是，此種案列在台灣法上，係司法院例變字 1 號所創設「客觀行為關連共同加害行為」之類型，依我國目前司法實務見解認為各行為人間彼此成立連帶責任。

#### 第二項：實務見解

「侵權責任法」第 8 條規定：「二人以上共同實施侵權行為」之「共同性」的認定，中國大陸最高人民法院認為必須限於數行為人具有意思聯絡的情況下，已如前述。此種案列可以參照 2011 年洛民再字第 00084 號民事判決，該案事實略為：2005 年 1 月 14 日中午，原告酒某中於被告孔某中之麥地放牧，因而與孔某中發生爭執。當日傍晚時分，孔某中與兒子孔某波及侄子孔某兵三人前往與酒某中理論，雙方於坡頭村第四組田間碰頭並產生爭執。糾拽中，孔某波從酒某中手中奪走放

<sup>145</sup> 詹森林，王文杰，易繼明，前揭註 135，頁 119。

<sup>146</sup> 同上註。



羊鞭後，往酒某中身上亂打。酒某中倒地後，孔某波又抬腳踢了酒某中幾下，並讓孔某中用放羊鞭朝酒某中身上打了幾下；此外，孔某兵趁亂拉走一隻羊，送至孔某中家中。酒某中被打後，經報警被送往吉利區醫院救治，醫師診斷 1.頭部外傷，多發軟組織損傷；2.陳舊性腦梗塞。由於在本案中，數加害人間存在主觀的意識聯絡，法院認為孔某中等三人應當共同承擔對酒某中侵權損害的全部賠償責任<sup>147</sup>。

另外一種必須提出討論的類型，則係交通事故當中，兩輛車輛駕駛各自具有過失，因而造成路人（或者乘客）受傷的案例。此種案例依據我國司法院例變字 1 號見解被評價為客觀行為關連共同加害行為，但在中國大陸，則係「侵權責任法」第 12 條所規定之範疇。典型案例可以參照 2011 年海民初字第 463 號民事判決，現就該案事實摘要如下：2010 年 11 月 24 日，被告顏某宗駕駛摩托車由慈濟宮出來右轉駛入馬青路時，與沿馬青路由東往西行駛，由林某楷駕駛的另一摩托車發生碰撞，造成摩托車乘客顏清榮送醫經搶救無效死亡的交通事故。經廈門市公安局調查認定，被告顏某宗駕駛車輛變更車道時影響相關車道內機動車輛的正常駕駛；被告林某楷駕駛車輛行經路口人行橫道線時，未減速行駛並觀察路口情況的行為，與顏某宗負本次事故的同等責任（各 50%），被害人顏清榮不負事故責任（法院認為摩托車乘客不需承擔駕駛的過失）。由於本案屬於「侵權責任法」第 12 條規定的二人以上分別實施侵權行為造成同一損害情形，依據該條規定，法院責令顏某宗和林某楷依據其對於損害所具有原因力大小承擔比例責任，分別對原告進行賠償<sup>148</sup>。

<sup>147</sup> 法律出版社法規中心（2015），《中華人民共和國侵權責任法注釋全書》，頁 48-54，北京：法律出版社。

<sup>148</sup> 法律出版社法規中心，前揭註 147，頁 67-71。

## 第四章：共同侵權行為的分析與觀察

從本論文前述章節的介紹，不難理解到，共同侵權行為往往牽涉複雜的案例事實以及法律適用，尤其在牽涉長時間的時空背景下更是如此。本文以下擬先介紹一起長時間時空背景下的共同侵權行為案例，再藉由此案例提出一些個人的分析與觀察。

### 第一節：Volz v. Ledes

本案原告 Robert Volz 於曼斐斯 (Memphis) 就讀大學，並為一家電腦公司所雇用。1988 年，Volz 因為工作上的關係遷居至休士頓 (Houston)，之後開始感到鼠蹊部疼痛；Volz 因而向 Lewis 醫師求診，Lewis 醫師診斷 Volz 係罹患睪丸癌，並為其安排手術移除了 Volz 右側的睪丸。Lewis 醫師於術後安排了電腦斷層掃描檢查，告知 Volz 手術相當成功，並為 Volz 安排了術後回診，但 Volz 於 1989 年 1 月搬回曼斐斯，也未於 Lewis 醫師安排的時間回診。

1989 年 4 月，Volz 發現其腹部有一巨大腫塊，因而求醫，最後被轉介至腫瘤科醫師，亦即被告 Claude Ledes 醫師。Ledes 醫師診斷 Volz 腹部腫塊起因係自睪丸轉移的胚胎性癌。自 1989 年 4 月至 7 月，Volz 接受了五輪的化學治療，之後 Volz 感到情況改善，也不再感覺到腹部腫塊。然而，同年 9 月，Volz 再次發現其腹部有一橘子大小的腫塊；隨後 Volz 與 Ledes 醫師聯絡，但 Ledes 醫師告訴 Volz 該腫塊僅係疤痕組織 (scar tissue)，並不需要特別處理。之後，因該腫塊持續增大，Volz 再於同年 12 月向其他醫師尋求醫療意見；這次的腹部電腦斷層掃描顯示該腫塊係一巨大腫瘤，雖然在檢查後 Volz 隨即被安排手術，但因為腫瘤組織已經擴散轉移，無法以手術方式移除腫瘤組織，手術因此宣告失敗。

在手術失敗後，Volz 被轉介給其他醫師進行化療，但被告知其達成長期治癒的機率僅剩下百分之五。1990 年 7 月，Volz 對 Ledes 醫師提起醫療疏失訴訟，隨後原告 Volz 於訴訟進行中死亡，由其雙親承接續行訴訟。根據專家證言，Ledes 醫

師因為以下四點：1.使用錯誤的化療藥劑；2.使用不合適的劑量；3.化療當中的間隔不適當 4.將 Volz 的腫瘤不適當地診斷為疤痕組織，被認為違反醫療專業上的應盡義務而有過失。陪審團最終決定就此次事故的可歸責性而言，原告 Volz 本身佔 10%，訴外人 Lewis 醫師（第一位照顧 Volz 的醫師）佔 45%，被告 Ledes 醫師佔 45%<sup>149</sup>。

值得注意的是，針對被告 Ledes 醫師是否必須負擔連帶責任（即賠償訴外人 Lewis 醫師過失所引起的責任部分）此一問題，田納西州最高法院（本案終審法院）引用其在 *Mcintyre v. Balentine*<sup>150</sup> 一案所採取比較過失之見解，並認為在引入了比較過失理論之後，維持舊有的連帶責任制度是不恰當的。田納西州最高法院認為，該州之所以引進比較過失理論，主要的著眼點即係基於公平性的考量；促成過失理論使得具有過失的原告必須承擔所有損害，在原告的過失程度相較於被告為輕時，容易造成不公平的現象。但是，在引入比較過失理論之後，維持連帶責任制度將與達成公平此一目的相衝突，因為連帶責任制度將超出於個人過錯程度的責任加諸在被告（加害人）身上。該法院進一步闡述，在比較過失理論之下，每位被告應就本身過錯的程度各自對於原告負責，始能達成侵權責任制度上，將個人過失與應負責任相連結的目的。從而，田納西州最高法院判令 Ledes 醫師僅須就與本身過錯程度相對應的責任負責，而不須與訴外人 Lewis 醫師負擔連帶責任<sup>151</sup>。

## 第二節：責任切割及因果關係的難題

### 第一項：責任切割

此涉及在一段時空背景的事件當中，如何區分切割出各侵權行為人間行為的界

<sup>149</sup> 895 S.W.2d 677 (1995) .

<sup>150</sup> 833 S.W.2d 52 (1992) 本案事實係兩輛車輛碰撞發生事故，而兩名駕駛因為都被檢驗出有攝入酒精，因而被陪審團認定具有相同程度的過失。在本案之前，田納西州最高法院採取普通法上促成過失（contributory negligence）理論，原告因而無法請求賠償；但在本案，田納西州最高法院首次引進了比較過失（comparative negligence）的觀念，因而認可原告得以求償。

<sup>151</sup> Dotson, Chris Torts--Volz v. Ledes: The Tennessee Supreme Court Abolishes Joint and Several Liability in Medical Malpractice Cases Involving Multiple Tortfeasors Whose Separate Acts Cause Indivisible Injury, 26 U. Mem. L. Rev. 1555, (1996).

線，以及與其相對應的責任範圍問題。首先必須說明的是，行為可分為作為與不作為<sup>152</sup>，作為與不作為均可能成立侵權行為。而對於作為與不作為的區分方式，筆者個人是借用刑法上作為犯及不作為犯的概念來區分。意即，創造本來不存在於世界上的風險，以至於發生損害，係作為方式的侵權行為；反之，未撲滅既存於世界上的風險，以至於其實現發生損害的結果，則為不作為方式的侵權行為。又以不作為方式成立之侵權行為，須以作為義務的存在為前提<sup>153</sup>，且須與侵害他人權利之間有因果關係；換句話說，假若有所作為即得以防止損害結果之發生，卻因其不作為而乃致他人之權利受到侵害時，則不作為與權利受侵害之間有因果關係<sup>154</sup>。

共同侵權行為之所以複雜，除了各國司法制度對於共同侵權行為之「共同性」(如何劃定連帶責任範圍)有所差異之外，即使是在同一司法區域的管轄之內，對於共同侵權行為的責任劃定，仍可能因為不同法院、不同法官對於責任切割以及因果關係理解的不同，因而導出不同結論。不過至少就本案 *Volz v. Ledes* 而言，兩位醫師均係不作為侵權(未盡合理義務攔截既有病程，以至於風險實現)，且均因契約關係負有作為義務；然其醫療行為的切割及責任劃分，則以病患 *Volz* 當時係受何人為主要照顧者來切割<sup>155</sup>，較為合理。準此，第一位醫師 *Lewis* 所應負的責任，以其當初接受 *Ledes* 作為病患，開始診療時，*Volz* 睪丸癌長期治癒緩解之機率(依據醫療專家的證言介於 95%~99%之間)，再扣除由 *Ledes* 醫師接手時，*Volz* 睪丸癌長期治癒緩解之機率(醫療專家證言，*Ledes* 醫師接手時，依據 *Volz* 的癌症分期判斷，統計上仍有 60%的機率達成治癒目標)。這之間生存機率的差異，或者說被理解為病人健康權的損失<sup>156</sup>，即為 *Lewis* 醫師所造成之損害。而同樣地，*Ledes* 醫師所造成之損害，則以其接手時，*Volz* 的長期治癒機率，再扣除手術失敗後，

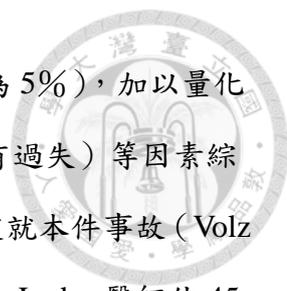
<sup>152</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 116-117。

<sup>153</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 121。

<sup>154</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 122-123。

<sup>155</sup> 事實上，在臨床實務上的責任劃分，往往是以主治醫師(病患治療照顧的終局決定者)作為標準，當一名病患由前一位主治醫師轉到下一位主治醫師的照護服務(On service)之後，前一位主治醫師的責任也就因而終結。

<sup>156</sup> 陳聰富，前揭註 6，頁 387。



被轉介其他醫師進行化療時，可能達成治癒目標的機率（據信為 5%），加以量化計算，最後再透過考量病患本身體質以及其並未按時回診（與有過失）等因素綜合考量調整各人應負過失責任之比例。因此本案陪審團最終認定就本件事故（Volz 死亡結果）而言，各行為人可歸責的比例為 Lewis 醫師佔 45%，Ledes 醫師佔 45%，受害人 Volz 負 10% 責任，可說並非是毫無根據，而係本於基礎事實以及統計數據等所做出的綜合判斷。至於前行為人之過失行為（在本案為 Lewis 醫師），與後行為人過失行為（Ledes 醫師）之關係，則牽涉因果關係範圍認定之問題。

## 第二項：因果關係

侵權行為法上的因果關係，是最困擾法院與學者的問題，誠如 Prosser 教授所言，值得說的已說過許多次，而不值得說的更說得不少<sup>157</sup>。因果關係雖非本論文所欲處理的主要問題，然而本文必須指出的是，在共同侵權行為，各侵權行為人所負的責任範圍，以及是否承擔連帶責任，除了與各國司法對於「共同性」的解釋認定有關之外，對於因果關係責任範圍的認知差異，亦可能造成各人責任範圍及是否承擔連帶責任整個有所不同。例如以序章問題源起的案例事實為例，可大致簡化為：甲駕車不慎撞傷乙，送醫院救治，復因丙醫師的過失，致乙傷勢轉劇。王澤鑑教授認為，此時乙所加劇的損害部分，與甲的過失行為不具相當因果關係，從而甲對乙加劇的損害，不負侵權責任<sup>158</sup>；惟如承認所謂的客觀行為關連共同加害行為（司法院例變字 1 號），甲與乙可能因被認定係同一損害而負擔連帶責任<sup>159</sup>，則另當別論。但是一樣或者類似的案例，在美國的法院以及學者的判斷之下，則可能產生不同結論。依據美國侵權法，在第三人介入行為屬於過失行為時，是否中斷原行為人與損害間的因果關係，以危險是否係可預見作為判斷的標準<sup>160</sup>。而在美國判例法上，第三人的過失行為經常被認為是可預見的，例如設駕駛 A 駕駛

<sup>157</sup> Prosser, 38 California Law Review(1950)369: "Everything worth saying on the subject has been said many times, as well as a great deal more that was not worth saying".

<sup>158</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 488。

<sup>159</sup> 孫森焱，前揭註 21，頁 275-276。

<sup>160</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 151。

汽車過失撞傷路人 B，導致路人 B 一隻腳骨折。而當路人 B 因一隻腳骨折倒在路上時，又被隨後而來的腳踏車騎士 C 碾過一隻手；之後 B 被送醫治療，但因照顧醫師 D 之過失導致其腿部傷勢加重。就以上的案例事實而言，美國法院認為，駕駛 A 應對路人 B 的所有損害負責，騎士 C 則針對 B 之手部傷勢負責，醫師 D 同樣僅就路人 B 腿部傷勢加重的部分負責<sup>161162</sup>。易言之，本案三名被告所承擔的是單向的連帶責任，路人 B 得請求駕駛 A 負擔全部損害的賠償責任，但對於騎士 C 以及醫師 D，則只能就其過失所引起損害的部分要求賠償。至於為何如此？究其原因，應係對於侵權行為所延伸對應的責任範圍認定較為寬廣；而或基於政策考量，認為受傷後送醫是每個人所必須且加害人得以預見之事，則醫療過程當中過失所造成的損害既因加害人而起，因此責令加害人負責並無不妥之處。

而關於本節所討論，在一段時空背景下，結合數人原因的侵權行為案例，除了有上述不同國家對於因果關係的理解差異之外，另外亦有學者認為應區分行為是導致最終損害發生的「直接原因」，抑或是不直接構成最終損害的「間接原因」，來區別對待並給予不同的法律效果<sup>163</sup>。關於所謂「直接原因」行為結合的數人侵權行為，學者王永霞所舉例子為：甲駕駛汽車過失撞傷路人丙，導致丙右腿折斷流血；在被送往醫院的途中，又被逆向行駛的乙車再次撞傷，導致丙左腿折斷流血，最後丙因失血過多而死亡。在這個案例當中，甲首先造成丙的一個損害後果（右腿折斷），其後乙再造成丙的另一個損害後果（左腿折斷），兩個損害後果結合在一起導致丙的最終損害（死亡）。學者王永霞認為，這類直接原因結合的數人侵權行為，由於各個行為對於損害後果各自構成直接原因，在責任處理方式上，

<sup>161</sup> Schwartz, Victor/ Kelly, Kathryn / Partlett, David Prosser Wade and Schwartz's torts cases and materials, 408 (12<sup>th</sup> ed. 2010) .

<sup>162</sup> 另外一則可供參考案例係 Weber v. Charity Hosp., 475 So.2d 1047 (La.1985) 本案事實係原告因被告過失駕駛被撞傷入院，之後為了治療輸血因而感染肝炎，法院判令被告仍應就原告所有損失加以負責。

<sup>163</sup> 至於如何區分所謂的「直接原因」和「間接原因」？按學者王永霞於其著作「共同侵權行為制度新論」當中所敘述：此處的「直接原因」和「間接原因」的區分是哲學意義上的區分，不是法律意義上的概念，構成直接原因的一定構成法律原因，但是構成間接原因的不一定構成法律原因。詳參王永霞博士《共同侵權行為制度新論》338-342 頁。



以各行為人承擔比例責任為妥當<sup>164</sup>。

至於所謂的直接原因和間接原因相結合的數人侵權行為，學者王永霞提出以下兩個例子作為說明：1.甲開車闖紅燈撞到丙，丙並無明顯傷害，但要求甲必須送自己到醫院檢查。在甲駕車將丙送往醫院途中，甲之車被逆向行駛的乙車所撞，丙當場死亡。2.甲開車闖紅燈撞傷丙，丙被送到醫院就醫，復因醫師乙的醫療過失，丙在手術過程中死亡。在這兩個例子之中，對於丙的死亡，乙的行為是直接原因，甲的行為對於丙死亡並不直接發生作用，而是為乙造成丙之死亡提供條件，是以甲的行為是丙死亡的間接原因。對於甲的行為是否構成丙死亡的法律上原因，學者王永霞在此採納了前述美國侵權法「預見性規則」的看法，認為乙的行為及損害後果不在甲可以預見的範圍內，並且甲的行為並未一般性地增加丙遭致遭致交通事故或醫療事故的風險，因此甲的初始行為不是造成丙死亡的法律原因，只能令乙對丙的死亡承擔侵權責任，不應令甲對丙的死亡承擔侵權責任<sup>165</sup>。其並進一步闡述，認為此種直接原因與間接原因行為結合的案例類型，後續行為人的行為是造成受害人全部損害的直接原因，後續行為人應對受害人的全部損害承擔賠償責任；相反地，初始行為人對於損害僅具有部分因果關係，是以僅承擔其過錯限度內的比例責任<sup>166</sup>。換句話說，初始行為人與後續行為人承擔的是單向連帶責任，受害人（丙）有權要求後續行為人（乙）承擔全部賠償責任，但是只能要求初始行為人（甲）承擔比例責任。

而對於上述複雜的因果形態，以及各式學說、實務等不同見解，筆者還是傾向回到以多數因果關係的根本—「累積因果關係」及「共同因果關係」來理解描述此問題。在累積因果關係的案例，由於每個人的侵權行為本身都足以造成全部損害，不妨認定每一行為人與全部損害具有因果關係，構成連帶責任，對於受害人也較有保障。反之，在共同因果關係的情況，由於每個人的行為只和部分損害具有因果關係，因此筆者認為至少就因果關係的層次上，每個人應該僅針對與自己

<sup>164</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 339。

<sup>165</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 339-342。

<sup>166</sup> 同上註。



行為相關連的部分負責；至於是否要承認所謂客觀行為關連共同加害行為（等同要求構成共同因果關係的侵權行為人必須為與自己無相當因果關係的部分負責，或者比較準確地來說，係把構成共同因果關係當中任一侵權行為人無資力的風險放在各侵權人之間），則係司法解釋，甚至是立法論上的選擇問題。而依循著這樣的思考脈絡，針對序章所提，車禍事故與過失醫療依次競合的案例，筆者認為屬於共同因果關係之情況。車禍肇事者僅與其當下造成的顱內出血及腦損傷具有因果關係，並不及於後續醫師醫療過失，未能阻止血塊堆積所引發次級傷害部分；反之亦然，後續醫師僅與因自己過失而未能阻止的傷害部分（次級傷害）有因果關係。

至於就學者王永霞所提出區分「直接原因」和「間接原因」的見解而言，筆者認為不但難以區分，可能也欠缺區別對待的正當性基礎。例如其所舉案例當中，為何受害人一腿折斷後，另一腿復折斷受傷，會被認為係二直接原因導致死亡；但在受害人先被撞傷，後遭醫療過失傷害，卻又被認為是直接原因與間接原因？難以理解。依筆者淺見，就此問題，應該回歸對於多數因果關係聚合的判斷，較為妥適。準此以言，以學者王永霞為闡述直接原因和間接原因相結合所舉案例作分析，針對車禍送醫後，復於路上遭逆向行駛車輛撞上的案例 1. 而言，本案例可以被理解為因第三人行為造成因果關係中斷之案例類型<sup>167</sup>；此外，如果將每個人的行為拆解並與受害人最終死亡結果相分析，可以發現原行為人並未造成任何傷害，且後行為人（逆向駕駛者）之行為單獨即可發生最終結果（意即不論前行為人是否有造成損傷，後行為人單獨行為即可造成死亡結果），在此情況下，由後行為人負擔全部責任，前行為人負擔比例責任，並無太大爭議。然而，就其所提出受害人先遭駕駛闖紅燈受傷，復因醫療過失因而死亡的案例 2.，個人認為仍需視具體情形以及各人行為對於結果的原因力大小，作出綜合判斷。舉例而言，如該醫療過失單獨即可導致全部結果，例如當病患因車禍顱內出血被送至醫院，隨後

---

<sup>167</sup> 王利明（2004），《侵權行為法研究 上卷》，頁 639，北京：中國人民大學出版社。



被插管鎮靜，安排頭部電腦斷層掃描檢查；但醫護人員於檢查中疏未注意氧氣鋼瓶存量，導致病人缺氧窒息而死。在這樣的案例事實當中，後續的醫療過失本身單獨即可造成全部損害（不論之前病人受傷程度，甚至不論病人受傷與否），就行為與最終損害的關聯性，可謂一段部分的因果關係，再重疊加上一段完整的因果關係<sup>168</sup>，是以論以前行為人比例責任，後續醫療過失者全部責任，筆者認為可資贊同。反之，如係問題源起的案例事實，前行為人造成一部分的腦損傷，復因醫療過失再造成另一部分腦損傷，最後導致受害人成植物人狀態，此係共同因果關係（單獨醫療過失並不足以造成植物人此一結果），就因果關係層次而言，各行為人僅與其行為所造成損害具因果關係。因此，在此情況下，如課與初始行為人比例責任，而後續行為人卻負擔全部責任，如此區別對待，顯非妥適；就此而言，王永霞博士之見解，實有再斟酌之餘地。

因果關係，實為侵權行為法上之難題，本論文以至此有限之篇幅闡述筆者對於多因果關係的理解及立場，希望能對讀者理解本文，甚至是整個複雜的因果關係有所幫助。

### 第三節：本質上並無不可分損害之理

損害的不可分割性或同一性是否重要，端視對於共同侵權行為的「共同性」採取如何的界定方法而定。在司法實務採取主觀說的情況底下，例如德國法，此問題的討論實益不大。因為德國法上的共同侵權行為限於共謀行為、教唆與幫助行為、共同危險行為，不存在英美法上因為損害的不可分割而政策性的認定連帶責任之情形，因此英美法中損害是否可分之問題對於德國法的意義沒有那麼大<sup>169</sup>。對於德國法而言，共同侵權行為當中的每個人，即使僅造成了單項損害，甚至是沒有造成實際損害，也必須對受害人的全部損害承擔全部賠償責任。例如甲乙相約飛車搶劫行人，由甲駕駛摩托車，乙則乘坐後座尋找目標；嗣後搶奪路人丙皮

<sup>168</sup> 其實就抽象層次而言，此與前述送醫途中遭撞之案例 1.相同。

<sup>169</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 132-133。

包揚長而去，並同時造成路人丙跌倒受傷。則甲之行為雖然沒有造成丙之實際損害，但仍應對丙之所有損害（財物損失+跌倒受傷）負擔賠償責任。從而在德國法上，決定侵權行為人負擔連帶責任的重點在於犯意聯絡範圍的劃定，與損害是否不可分割較無關聯。

反之，如果承認所謂客觀行為關連共同加害行為作為共同侵權行為之類型，或者如同過去英美法，基於便利性政策的考量，對於造成不可分損害者課與連帶責任，則損害是否不可分割（或者同一）就變的至關重要，因為會影響到侵權行為人負連帶責任的範圍。對於何項損害屬於不可分，或者如何區分同一損害與否，我國權威民法學者王澤鑑教授於其所論著「侵權行為法」教科書當中並未詳細論述，但書中有提及如致人死亡、物滅失係屬不可分之損害<sup>170</sup>；另外司法實務 84 年台上字第 658 號判決認為，甲持棍擊傷被害人雙腿後，乙再起意殺傷被害人之雙手，兩者係屬不同傷害。而針對此一問題，王利明教授主要從損害後果的角度和行為與損害後果之間的因果關係進行觀察，意即對損害的同一性的認定分為兩個步驟：第一步是損害後果必須是一個人的一個損害；第二步是損害後果部分與各行為之間在因果關係上不可分割<sup>171</sup>。楊立新教授則認為，「數個共同加害人的共同行為所致生損害是同一、不可分割的」，是客觀共同侵權行為的構成要件；重點在於共同侵權人的行為是互相聯繫的共同行為，其行為無論是否有分工，都造成一個統一的損害結果，而不是把每個加害人個人的獨立行為所引起的後果機械相加。如果沒有共同的損害結果，就不構成客觀的共同侵權行為<sup>172</sup>。

過去英美法基於政策便利性的考量，對於造成不可分損害的共同侵權行為人課予連帶責任<sup>173</sup>。關於此問題，美國侵權行為法整編第二版 433 條 A 有關責任分擔的評述<sup>174</sup>雖然已經被取代，但仍具參考價值，可以幫助我們理解哪些損害過去被

<sup>170</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 484-485。

<sup>171</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 131。

<sup>172</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 132。

<sup>173</sup> 關於這一點，在美國法院引進了所謂的比較過失理論之後，已逐漸產生動搖，許多州大幅修改了傳統規則，而採純粹連帶責任的州越來越少，已如前述。

<sup>174</sup> American Law Institute, Restatement of the Law 2<sup>nd</sup> ed. Torts, Apportionment of Harm to Causes, §

美國法認為係屬不可分割，而哪些不是，現就可分割之損害依次分述如下。

a.不同的損害 (distinct harms)：例如兩名被告分別各自獨立舉槍射向原告，一槍傷在手臂上，另一槍傷在腿上，結果導致原告重傷住院。此時在邏輯上，存在有合理且實際的方法，將兩種外傷區分為不同的傷害，作為彼此各自獨立的侵權行為來處理。雖然在分擔損害當中的某些因素可能出現困難，比如由兩處傷口導致的疼痛與痛苦，但還是有可能進行大致的估計<sup>175</sup>，不能因此認為兩傷口係屬同一傷害。

b.連續性傷害 (successive injures)：這類損害可藉由時間點來區分切割責任。例如，兩名被告先後運營同一家工廠，在連續時間內污染了河流，顯然各自的行為都在特定時間內造成了一定程度的損害，並且相互之間對於對方所造成的損害不負有責任。必須另外提出說明的是，在某些情況下，之前的侵權人可能對全部損害負有責任，而之後的行為人則不負全部責任。常見的情況是，原侵權行為人除了必須對自己所造成的損害負責之外，還要為醫師處理病患時因過失所導致的額外損害負責；而這名醫師，由於對於最初的損害發生沒有任何作用，他僅為因自己過失行為而導致的額外損害負擔責任<sup>176</sup>。

c.可分割的損害 (divisible harm)：另外還有一類損害，雖然無法清晰地將損害切割成不同部分，但仍然存在有合理的方法對於全部損害進行責任分配。比如說兩個以上主人的牛群闖入原告的土地並摧毀了他的作物，原告所受損害係全部之作物，但可以根據闖入原告土地的牛群數目進行分配，並且可以合理假設作物的損害應該與牛群的數量成正比，因此仍係可分割之損害。又例如兩家工廠各自運行造成了同一條河流的污染，由於可以調查證據計算兩家工廠各自的污染物排放量，再依據污染程度進行分配，是以對於河川的污染仍為可分割之損害<sup>177</sup>。

與上開所舉 a.b.c.三類可分損害相對應的是，某些類別的損害被認為不能進行選

---

433A, at 434.

<sup>175</sup> Vincent R. Johnson 著，趙秀文、楊智傑 譯（2006），《英美侵權法》，頁 267，台北：五南圖書出版股份有限公司。

<sup>176</sup> 同上註。

<sup>177</sup> American Law Institute，前揭註 174，頁 436。



輯上合理或者實際的分割，因而就被視為是不可分割的損害。例如，某人的死亡，建築物的焚毀以及飛機的墜毀都屬於這一類別。對於單項的個人傷害通常也會被認為是不可分割的，例如骨折、下顎斷裂，或者身體部分或全部癱瘓。除此之外，一般認為，在轉嫁責任當中不存在責任分配問題，因為本人和代理人是負擔相同的責任。另外，如果損害是由於兩個或者兩個以上被告沒有履行共同義務所導致（例如案例源起的事實當中，三位醫師對於病患均有診療義務），每個人都對全部損害負有責任，因此在此情況下不存在進行分配的合理基礎<sup>178</sup>。然而，如同美國學者 Dobbs 所指出，很多時候損害是否可分是一個政策問題<sup>179</sup>，端視有無合理的基礎來分配各方所造成的損害。例如以英國法上 Rahman v. Arearose Ltd. 一案<sup>180</sup>為例，本案原告係餐飲店之經理，在店內工作時遭受攻擊，而雇主被認定未盡到保護之責；之後原告在醫院接受治療時，因為眼眶骨折接受手術，但因此導致一隻眼睛的視力喪失（醫師被認定具有過失）。後來，原告罹患了嚴重的憂鬱症和其他精神疾病，專家鑑定說明，這些病症都是起初的受傷和後來醫療事故中一眼失明共同造成。本案的上訴法院拒絕判令雇主及醫院承擔連帶責任，而是認定其各自只對總損害中的一部分承擔責任<sup>181</sup>。該判決雖然引起學界的激烈批評，但也可以看出所謂不可分割的損害往往僅係政策上之考量，而並非不可挑戰與突破。

至於美國侵權行為法整編最新第三版關於損害是否為「不可分之損害」，其決定標準規定於第 26 段「責任分擔」：基於合理之基礎，當不法行為人所導致損害，在因果關係上低於全部損害之因果關係，且該比例之損害係由不法行為所個別引起者，該損害即屬可分；除此之外，即屬不可分之損害<sup>182</sup>。侵權行為法整編認為損害是否可依據因果關係分解是事實問題，無法對每一個不可分的組成部分的範圍作出精確認定並不代表該損害不能被分割，分割損害所需要的僅為一合理之依

<sup>178</sup> Vincent R. Johnson，前揭註 175，頁 268。

<sup>179</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 134。

<sup>180</sup> Rahman v. Arearose Ltd., 62 BMLR 84, (2001).

<sup>181</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 133。

<sup>182</sup> 陳聰富，前揭註 116，頁 4。

據<sup>183</sup>。

而針對上述關於損害的不可分割性的各種見解與討論，筆者則認為本質上應該沒有不可分割的損害，關鍵仍在於有沒有一個合理的依據來分配各侵權人所造成的損害。以問題源起的案例事實，車禍事故與醫療過失依次競合造成病人植物人狀態為例，如果聚焦於病人成為植物人此一結果，則通常會被認為是不可分之損害。但病人之所以成為植物人，乃係因車禍肇事引起一部分的腦損傷，之後又由於醫療處置不當，未及時清除腦內血塊，導致血塊持續壓迫腦組織，造成另一部分的腦損傷，最後才導致病人最終成為植物人此一結果，故理論上即為可分。另外，再就實務上最常見的車禍致死案件作討論，今設甲超速駕駛小客車，與酒後駕駛砂石車的乙對撞，導致路人丙死亡。一般認為死亡係不可分之損害<sup>184</sup>，但如果轉換成具體的金錢債務後，即為可分；況且實務上通常會經由專責機構鑑定出甲、乙雙方肇事責任的比例（甚至包含丙的與有過失），故實不生無法分割之問題。而關於這一點在 *Volz v. Ledes* 一案當中可以看得更清楚，在本案，上訴法院認為被害人起訴依據的訴因（損害）係生存機率的喪失，故不存在分割問題（各侵權行為人本各自對其造成的生存機率喪失負責。）；但田納西州最高法院則認為被害人的損害係死亡此一結果，且此一結果得以分割，各行為人應僅就過失程度內的責任負責。

是以，筆者認為前段所引案例充分說明了本質上並沒有不可分損害的道理，關鍵應該還是在於有無合理的依據來分配每個人的責任。不過，需要予以釐清的是，在因果關係重疊的案例，例如問題源起案例事實中的三位醫師，對於因血塊未即時清除所造成的次級傷害，每個人對於損害的全部均需負責，因此不需要討論損害分配的問題。當然，在某些複雜的案例事實可能很難將每個人的責任具體分配量化，但如果根據既有證據存在合理分配之基礎，則法院仍應盡力而為。理由在

<sup>183</sup> American Law Institute，前揭註 114，頁 323。

<sup>184</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 484-485； Vincent R. Johnson，前揭註 175，頁 268。





於任何當事人都不應該為他未造成的損害承擔責任<sup>185</sup>，侵權行為制度很重要的一點即在於謀求行為自由與權益保護之間的平衡，如果因為分配上的困難，即將輕微的過失與重大過失等同視之，不僅有違憲法上的平等原則，也有可能導致過度嚇阻進而影響一般人民的行為自由<sup>186</sup>。因此，不論是基於科學統計數據引進比例因果關係理論<sup>187</sup>，或者是日本法上提出以貢獻度決定比例之學說<sup>188</sup>，甚至像是中國大陸許多學者所研究的原因力理論<sup>189</sup>，筆者認為重點均在於綜合因果關係及各侵權行為人之過失程度，提出合理分配損害之依據；而惟有精確的劃分損害，連結個人行為以及其責任，才有可能在行為自由與權益保護之間取得平衡，以及達成公平分擔社會生活所生損害的目標。至於如何劃分數侵權行為人連帶責任的範圍，則牽涉到主觀說及客觀說對於「共同性」的認知差異，以及是否應該為了擴大對受害人之保護而承認客觀共同侵權行為此一法政策選擇之問題，將於本章後續篇幅當中討論之。

#### 第四節：對於學說的整理與分析

首先必須予以說明的是，基本上各國法制對於侵權行為人彼此間具備犯意聯絡時，應該課與連帶責任，此點並無太大爭議。因此，筆者認為單純的客觀說理論並不足採，問題應在於除了基於犯意聯絡課與共同侵權行為人連帶責任外，是否應該多承認客觀行為關連此一類型的共同侵權行為（司法院例變字1號之觀點）；是以，本文以下主要係針對主觀說之看法，以及是否應該承認客觀共同侵權行為進行分析及比較。至於國井和郎教授所提出，應兼就共同侵權行為人間的主觀要件及客觀行為結合性作綜合性判斷的學說（類似見解如張新寶教授<sup>190</sup>），雖深具啟發性及學術價值，然而如同此學說常遇到的批評所描述，綜合主客觀判斷標準的

<sup>185</sup> American Law Institute，前揭註 114，頁 321。

<sup>186</sup> 李貞瑩，前揭註 68，頁 41。

<sup>187</sup> 陳聰富，前揭註 6，頁 403。

<sup>188</sup> 李小芬，前揭註 85，頁 80。

<sup>189</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 156。

<sup>190</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 246。

學說由於適用標準不惟一，有時適用主觀標準，有時適用客觀標準，可能導致理解上的混淆及適用上的困難，因此本論文暫時不將其納入比較討論之範圍。



### 第一項：主觀說具備說理優勢

被歸類為主觀說的學說，基本上都認為共同侵權行為必須以主觀意思的共同性為要件。然而，如同之前在介紹中國大陸學說中所提，即便都被歸類為主觀說，但各學者對於其學說的架構以及連帶責任劃分的範圍仍有所差異，例如程嘯教授將主觀的共同過錯限縮於具備共同故意的情況下；反之，前田達明教授與王利明教授都認為主觀的共同過錯不限於共同故意，亦存在有共同過失此一類型之共同侵權行為，惟其在論述如何構成共同過失之間仍存在細部差異。筆者認為，問題的核心仍在於如何劃分連帶責任範圍。連帶責任，就某程度的意義上形同為他人之行為負責（尤其是在其他侵權行為人無資力的情況下），主觀說認為，主觀意思的共同性是行為人承擔連帶責任的合理性依據。主觀說的基本架構係從行為人間彼此具備共同故意出發，然而如同該學說最常遇到的批評：如果將共同侵權行為限定在行為人彼此具備共同故意的情況下，則共同侵權行為的範圍將過度狹窄，不利於保護受害人。因此學者試著在共同故意的基礎上增添共同過失此一共同侵權行為型態，其目的在於立足於主觀說的立場上，擴大連帶責任的適用範圍，以保護被害人。

不過，針對上述主觀說之間的內部歧異，筆者基本上很難接受共同過失這種觀念，而認為應以程嘯教授所主張意思連絡說（共同故意）較為可採。理由在於，不論是依照前田達明教授，或者是王利明教授對於共同過失行為的闡述，均認為各行為人對其行為造成的共同後果應該有所預見，或至少有容許自己行為被他人所利用之意思。然而，如果說共同行為人對於其行為會與他人造成共同後果有所預見，或者消極地容許自己行為為他人所利用（一樣是對結果有所預見），則行為人的主觀心態很難被認為僅具有過失，應該更接近於直接故意或至少是間接故意



的狀態<sup>191</sup>。反之，如果行為人彼此之間不具有互相認識，或者無法預見，那麼就很難說他們彼此間具有共同過失，應該被認為彼此係各自獨立的侵權行為，單純因為時空環境因素而被競合在一起。因此，筆者認為原則上應不存在共同過失此一類型之共同侵權行為，至於其所欲達成擴大適用連帶責任範圍，以期保護受害人之目的，並非無法以透過解釋行為人間的故意範圍（不論是直接故意或是間接故意）加以達成。是以，綜上所述，筆者認為以主觀意思的共同性作為論述連帶責任之依據時，應以意思連絡說（限於共同故意）較為可採，似無另外再建立共同過失類型共同侵權行為之必要。

筆者認為主觀說的優勢在於其邏輯說理較為清晰，因其將課予行為人的依據放在行為人彼此間具有意思聯絡的情況上，不論是從因意思聯絡而使數行為人的行為合成一體<sup>192</sup>的角度論證，或者說由數人合力通謀、互相作用，則勢必造成比單一侵權行為更為嚴重的損害觀點出發，甚至是訴諸於共同故意侵權的反倫理性<sup>193</sup>，在在都顯示課與具備意思聯絡之行為人連帶責任具備充足的理由。反之，在行為人彼此間不具備意思聯絡的情況下，依主觀說觀點，則係各自獨立之侵權行為；縱然因為時空因素偶然競合在一起，各行為人仍應只就個人過失責任程度內之範圍負損害賠償責任（55年台上字1798號判例），則係侵權行為法上「個人責任原則」之體現。個人責任原則係侵權行為法上之重要原則，即行為人僅就自己的行為負責，對於他人的行為不負責任；確保受害者能夠獲得賠償，的確是侵權行為法上重要的基石及考量<sup>194</sup>，然而個人責任原則的貫徹，亦是侵權行為法上不可動搖之基礎。或有論者認為，現代侵權法已經發展出了諸多突破個人責任原則的規則或制度，並且隨著保險因素對侵權責任的滲入和影響，傳統的個人責任原則早已無法完全堅持<sup>195</sup>。然而，如同筆者最喜歡的一句俗諺所言：「個人造業個人擔」，受害人的保護固然重要，但是要求侵權行為人必須為他人行為負責，也必須

<sup>191</sup> 中華民國刑法 13 條參照。

<sup>192</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 235。

<sup>193</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 258。

<sup>194</sup> Vincent R. Johnson，前揭註 175，頁 271。

<sup>195</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 266。



要有堅實的法基礎及理由。事實上，就承認客觀行為關連共同加害行為的角度出發，各共同侵權行為人為何要對與自己行為無相當因果關係的損害負責，此說始終無法提出較令人信服之理由，這也正是筆者比較分析各學說後，認為至少就論理上而言，主觀說論理較為明確的主因。

主觀說最常遇到的批評就是其對於共同侵權行為認定的範圍過為狹窄，不利於保護受害人。尤其是對於意思連絡說，不論是主觀說中的其他觀點，或是承認客觀共同侵權行為的學者，均認為要求行為人之間只有具有共同故意方能成立共同侵權行為，不僅適用範圍過於狹窄，而且要求受害人需要證明行為人間具有意思聯絡，加重了受害者的舉證責任，對於受害者的保護不夠周延<sup>196</sup>。筆者認為，就法政策上而言，承認客觀行為關連的共同侵權行為當然有助於提昇受害者獲得賠償的機率，然而需要討論的是，此舉是否不當地將與個人行為無關的損害作出聯結，以至於在保障行為自由與受害人權益保護之間過度地向權益保護方傾斜。至於認為意思連絡說加重了受害者的舉證責任，以至於無法周全地保護被害人的學說看法，筆者則認為此結論稍嫌速斷。以我國司法院例變字 1 號之見解為例，其本意係在解決當共同加害人得以確定，但各自所應負責程度不明時，不應由受害人負擔舉證責任證明各加害人過失比例部分，方得以求償的難題<sup>197</sup>。然而此種案例類型在司法實務採取意思連絡說的德國法上，係納入共同危險行為處理，仍令其適用連帶責任<sup>198</sup>；因此雖然在理論架構及適用法條上有所差距，但就實際法律效果而言，不能因為主觀說將共同侵權行為限縮在各行為人彼此具有意思連絡的情況下，就認為提高了被害人的舉證責任，因而無法達成保護受害人的目標。

歷史上，美國法院曾要求原告方必須必需具體證明每位被告所造成的損害範圍；然而，如此作法經常使原告方因無法滿足舉證責任要求而獲敗訴判決。由於此一規則所導致不公平之後果，許多法院放鬆了對於原告證據的要求，或者在原告能夠證明每位均造成了某些損害的情況下，裁定每位被告對於所有損害均承擔

<sup>196</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 259。

<sup>197</sup> 此係詹森林教授於筆者的論文研討會上，對於司法院例變字 1 號見解所作的評釋。

<sup>198</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 262。

連帶責任—除非被告能夠證明各部分損害的範圍<sup>199</sup>。而針對此一問題，美國侵權行為法整編第三版認為損害可否被分解係事實問題，並於第 26 段「責任分擔」的評註中將證明損害係可分解此一事實問題的舉證責任，交由尋求免除對所有損害負擔賠償的當事人承擔<sup>200</sup>。是以，縱然美國法在多數行為人均因過失致生同一損害結果時，是否成立連帶賠償責任仍有爭議；但在多數加害人得以確定，僅責任分配比例不明時，應由受法律追究的被告承擔缺少允許分解損害的風險，則為多數共識。

綜合上述，筆者認為主觀說並未實質或者不當地加重被害人的舉證責任。至於要求受害人必須證明共同侵權行為人間具有意思聯絡，乃係將共同侵權行為限定在行為人間必須具備共同故意的情況下，必然之結果。因此實質之問題應為主觀說所劃分之連帶責任範圍是否過於狹隘？以及是否有必要在共同故意侵權行為之外，另外承認客觀行為關連此一類型之共同侵權行為，關此問題本文將在下一項當中詳述之。

## 第二項：承認客觀共同侵權行為有助於保護被害人

本文以下討論，係植基於主觀（意思聯絡）共同侵權行為的觀點下，討論是否應該多承認客觀行為關連此一類型的共同侵權行為<sup>201</sup>（下稱客觀共同侵權行為以方便討論）此一法政策上之問題。客觀共同侵權行為與主觀共同侵權行為最大的差別，即在於客觀共同侵權行為不要求行為人間彼此必須具備主觀上的意思聯絡，僅需各加害人之行為均係造成同一損害的共同原因，即所謂具有「客觀關聯」而成立共同侵權行為。例如甲、乙各自排洩廢水，其本身各不足致丙的魚死亡，但因共同作用而致魚死亡<sup>202</sup>，則甲、乙之行為均係造成丙之魚死亡的共同原因，係成立客觀共同侵權行為，負連帶賠償責任。

<sup>199</sup> 許傳璽 石宏等，前揭註 122，頁 366。

<sup>200</sup> American Law Institute，前揭註 114，頁 325。

<sup>201</sup> 其實意即在討論是否應採取早期最高法院 55 年台上字第 1798 號判例之主觀說看法，抑或應該如同例變字 1 號增設客觀行為關連共同加害行為，並分析其各自優劣所在。

<sup>202</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 484。



對於客觀共同侵權行為最常見的批評就是不符合侵權行為法上的自己責任原則，如同文章前面所提及，各共同侵權行為人為何要對與自己行為無相當因果關係的損害負責，一直沒有一個很好的答案。對此問題，承認客觀共同侵權行為的學者大多從保護受害人利益需要的角度出發做論述，認為民事責任與刑事責任不同，刑事責任以犯意為中心，民事責任以補償損害為目的，因此只要各個行為結合起來造成同一損害，為保護受害人利益，就應令行為人承擔連帶責任<sup>203</sup>。黃立教授就曾經表示，司法院例變字 1 號創設客觀共同侵權行為類型的主要原因，係基於第三人責任保險上的不完善，而以保護被害人為目的所做出的結論，這是一種務實的考量而並非純理論的結論<sup>204</sup>。

在此或先將司法院背後的理由姑且擱置，無庸置疑的一點是，承認客觀共同侵權行為有助於提高被害人獲得完整賠償的機率。以日常生活中常見的交通事故案件為例，今設甲違規超速駕駛小客車，與酒後駕駛的砂石車司機乙發生碰撞事故，並因而共同造成路人丙受傷後送醫不治。假設車禍肇事鑑定報告認為本起事故的肇因比例為甲 30%、乙 70%，路人丙就本次事故不負肇事責任，則按照主觀說之觀點，除非甲乙兩人彼此具有意思聯絡，否則原則上甲乙係按其過失比例各自對丙之家屬負擔賠償責任。反之，如承認客觀共同侵權行為，則本事例中甲乙各自行為共同造成丙之死亡結果，則甲乙應對丙死亡所生損害負擔連帶責任。事實上，在甲乙均具有賠償能力的情況下，按主觀說甲乙各自比例負責，與採認客觀共同侵權行為，由甲、乙任何一方全額賠償後，再依民法 280 條向另一方內部求償，所得結論並無二致。反之，如係在甲、乙有一方為無資力賠償者的情況下，依照主觀說，甲乙係各自按照過失比例負責，因而被害人丙之家屬必須承擔甲、乙任何一方無資力之風險；但如果承認客觀共同侵權行為，則因為甲乙必須對於丙死亡所生損害負擔連帶責任，因此在甲、乙僅一方無資力的情況下，被害人家屬仍得就其損害全額受償。要言之，客觀共同侵權行為係在各加害人之行為引發共同

<sup>203</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 260。

<sup>204</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 226。

後果時，將加害人當中任一人無資力或是遍尋不著的風險，歸由加害一方當中的其餘當事人承擔。是以，綜合上述，承認客觀共同侵權行為的確有助於提高被害人獲得全額賠償的機率，具有保護被害人之功能；並且將加害人當中任一人無資力或是遍尋不著的風險，歸由加害之一方其餘當事人承擔，也具有一定的合理性與法學基礎：理由在於，比起被害人，由具有過失的加害人承擔此一風險更為合適<sup>205</sup>。

不過筆者必須指出的是，現實生活當中的共同侵權行為案例可能往往更為複雜，以上述甲乙駕車共同肇事致丙死亡為例，由於路人丙本身也存在與有過失之可能（例如：違規穿越馬路、或者低頭使用手機未注意周遭路況），甚至如果就理論上而言，被害人其本身過失比例亦可能超過 50%；因此前述應由具有過失之加害人一方承擔其餘加害人無資力風險之論據，並非於所有狀況條件下均能充分說理。對於此點，美國侵權行為法整編第三版「責任分擔」第 17 段以下所描述 Track C 的責任分配方式，深具參考價值。是以，假設今天案例事實改成，就整起車禍事故的肇因比例，駕駛甲負 45% 責任、駕駛乙負 45% 責任，受害人丙自負 10% 的責任；則在駕駛甲係無資力負擔賠償責任的情況下，此一風險應由駕駛乙及受害人丙按過失比例分擔為宜，而不應由駕駛乙單獨承擔。因此，具體而言，就算是從保護被害人角度出發而承認客觀共同侵權行為，就細部的風險承擔與責任分配，現行實務運作也仍存在有檢討與改進之空間。

另外值得注意的是，即便是在受害人本身不具有過失的情況下，也有法院認為不應責令各過失侵權行為人對於其行為所生損害以外部分負擔賠償責任，仍應由受害人負擔加害人無資力之風險<sup>206</sup>。例如 *Bartlett v. New Mexico Welding Supply, Inc.* 一案<sup>207</sup>，本案事實總共牽涉三台車輛，原告 Bartlett 駕駛車輛行駛於道路時，前方車輛先是打方向燈示意要右轉，在其右轉進入休息站後，又突然急速加速駛離休息站，Bartlett 因此急踩剎車以避免撞到前車；原告後方卡車，亦即被告所駕駛之

<sup>205</sup> Schwartz, Victor/ Kelly, Kathryn / Partlett, David, 前揭註 161, 頁 382。

<sup>206</sup> 其實就是堅守主觀說之立場，不承認客觀行為關連此一類型的共同侵權行為。

<sup>207</sup> *Bartlett v. New Mexico Welding Supply*, 98 N.M. 336, 648 P.2d 794 (1982)。



車輛，同時亦急踩剎車，但卡車仍因打滑撞上原告車輛後方。發生事故後，前方車輛駕駛逃逸無蹤，原告 Bartlett 因而起訴後方車輛駕駛請求損害賠償。事實審階段，陪審團認定 Bartlett 所受損害為十萬美元，並決定針對本起事故而言，前方駕駛（已逃逸）過失責任比例為 70%，被告應負責任為 30%，原告就本起事故並無過失。原告主張被告需與前車駕駛負擔連帶責任，並要求被告賠償其所有損害，然而新墨西哥州上訴法院駁回原告之請求，認為被告僅需按其過失比例負擔賠償責任，其所持理由頗值玩味，現分述如下：1. 上訴法院認為所謂原告傷害是不可分割（indivisible）之說法，僅係普通法技術上之考量，而在法院引進比較過失制度之後，該理論已不合時宜。2. 針對應由具有過失之加害人來承擔其餘加害人無資力或遍尋不著之風險，以保護被害人此點，上訴法院認為，既然在單一侵權行為人的情況下，被害人必須承擔加害人無資力的風險；何以在兩名侵權行為人而當一人無資力時，該風險就必須轉移給另一侵權行為人承擔<sup>208</sup>，如此做法欠缺論理上的基礎。當然，如何合理分配債務人無資力之風險為民法上始終無解之難題，而區分各學說劃分連帶責任的實益，其實也就在於當數名加害人當中其中一人無資力時，風險分配有所差異。

對於客觀共同侵權行為另一個常見的批評，則是認為其對於受害人提供保護和救濟的同時矯枉過正，在加害人與受害人的利益比較中出現了失衡<sup>209</sup>。然此係為保護受害人，擴大適用連帶責任必然之後果；例如前述 *Zimmer v. City of Milwaukee* 一案，只要承認客觀共同侵權行為，就必然會有某人對於整起事故僅具有微小的過失，但因為其餘侵權行為人無力賠償，而被迫支付超出於自己行為所生損害的狀況發生。批評者認為客觀共同侵權行為對於加害之一方不公平，並且此種做法會使得保險業者無法準確地估計每個人行為所可能產生的風險與責任，因而會導致保險費用整體的上昇<sup>210</sup>。此外，美國的地方政府也對客觀共同侵權行為有諸多

<sup>208</sup> “Between one plaintiff and one defendant, the plaintiff bears the risk of the defendant being insolvent; on what basis does the risk shift if there are two defendants, and one is insolvent?”

<sup>209</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 260。

<sup>210</sup> Edwards, Linda/ Edwards, Stanley/ Kirtley, Patricia，前揭註 37，頁 488。

抱怨，認為適用連帶責任使得受害人傾向向所謂的「深口袋」—最具有賠償能力的人尋求賠償，即便他們在整起事故當中的可歸責性甚低；而政府係最具有賠償能力之人，因而往往成為受害者求償的對象。地方政府認為，此一制度迫使政府必須增加稅收，並減少服務項目<sup>211</sup>，對於社會大眾未必公平。

最後必須提出的一點是，承認客觀共同侵權行為，對於訴訟過程可能造成的負面影響，典型案例如 1991 年在美國威斯康辛州發生的湯瑪士公車案<sup>212</sup>。在該案，一名載著妻兒的自小客車駕駛，因為未留意路面標線以及停止號誌，在十字路口被載滿波林頓高中足球隊員的校車撞上；結果小客車當中的一名 10 歲的男童因而不幸喪生，另外一名乘客則是陷入昏迷並被醫師診斷無法恢復。據估計，照顧這名昏迷病人餘生的費用將在 100 萬美元之上，小客車駕駛投保責任險的價額係 10 萬美元，保險公司於事故發生後旋即理賠，但小客車駕駛名下的財產非常稀少，代表小客車乘客的律師遂起訴經營校車的公司及其保險人。即便在取證過程當中，校車駕駛供述其並未見到自小客車接近十字路口，且自小客車所行駛路線係校車駕駛左方的支線道路，代表校車公司方的律師估計校車駕駛的過失比例在 10% 以下；協商過程中，代表乘客的律師警告校車公司，陪審團的裁定很有可能會超過 200 萬美元，且根據連帶責任規則其可完全受償，校車公司及保險人因而以 190 萬美元與原告達成和解。事實上，由於連帶責任的本質，係由加害人之一方負擔其餘加害人所生之損害，的確會使得受害人傾向尋找最具有資力的加害人求償—即便他們可能在整起事故當中根本過錯甚微，也一定程度地扭曲了司法制度的運作。加州運輸部門的助理首席顧問（assistant chief counsel）Richard Wehe 就曾表示：「在我參與其中的許多和解與調解的場合，都會面對原告律師如此聲明：『我只要證明州政府具有 1% 的過失，就可以針對所有經濟上的損害求償』」<sup>213</sup>。因此近年來美國司法政策係聚焦在如何令加害人僅就其造成損害之比例賠償，而以逐

<sup>211</sup> Edwards, Linda/ Edwards, Stanley/ Kirtley, Patricia, 前揭註 37, 頁 489。

<sup>212</sup> Wisconsin Civil Justice Council. Inc, <http://www.wisciviljusticecouncil.org/home/wisconsin-joint-and-several-liability-cases/>（最後瀏覽日：06/14/2017）。

<sup>213</sup> Wikipedia, 前揭註 127。

步取消共同侵權行為之規定為趨勢<sup>214</sup>。



## 第五節：類型化區別或為未來研究方向

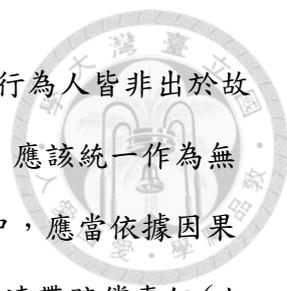
在介紹完各國侵權行為制度，以及比較主觀說（最高法院早期見解）與創設客觀共同侵權行為（司法院例變字1號）的優劣之後，原則上筆者還是認為主觀說的觀點，比較能夠說服筆者。畢竟對於共同侵權行為人課與連帶責任，等同要求行為人必須為其他侵權行為人所為損害負責，因此應當要求必須以意思連絡作為課與連帶責任的基礎較為合理；否則如果因為單純的時空因素，使得二者彼此獨立的侵權行為競合在一起，其中任何一人就必須對於所有損害負責，其實對於加害人過於嚴苛。承認客觀共同侵權行為，最大的缺點，就是可能會令一名對於事故僅具有微小過失的加害人，被迫負起與其行為不相稱的巨額賠償。對於「過失」一詞我國民法並未加以定義，論者多借用刑法之定義，以應注意並能注意而不注意做為判斷標準<sup>215</sup>，英美法則以擬制的合理人（reasonable man）作為判斷模式<sup>216</sup>。然而共同侵權行為本係由複雜的原因事實所構成，嚴格來說，在一連串的因果流程當中，如要挑剔，則每個人的作為（包括不作為），都有可能會被認定具有過失；例如 *Zimmer v. City of Milwaukee* 一案，駐警僅因未將小男童及時抱走，就被認定具有過失，然此對於駐警的注意義務要求顯不合理。陪審團如果知道只要認定具有1%的過失，密爾瓦基市就必須全額賠償；又或者該駐警係校方所雇用，因而校方於賠償後會向駐警全額求償的情況下，陪審團是否仍會做出相同的決定，不得而知。不過為了避免加害人因為連帶責任的關係，被迫承擔與自己行為顯不相當的賠償責任，甚至進而影響到每個人的行動自由，的確是筆者在權衡後，採取主觀說的最主要理由。

筆者對於主觀說的理解，基本上與程嘯教授相同，認為狹義的共同侵權行為應

<sup>214</sup> 陳致宇，前揭註 111，頁 14。

<sup>215</sup> 中華民國刑法 14 條參照。

<sup>216</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 13。



該要求各個行為人之間彼此具有意思連絡（共同故意）；而對於行為人皆非出於故意，僅因為偶然的時空因素導致他人遭受同一損害後果的情形，應該統一作為無意思連絡的數人侵權行為加以研究。在無意思連絡的數人侵權中，應當依據因果關係的不同，來決定各個行為人究竟是就受害人的全部損害承擔連帶賠償責任（如累積因果關係、共同危險行為），還是各自依據因果關係承擔相應的責任（共同因果關係）<sup>217</sup>。就此而言，中國大陸侵權責任法第 8 條到第 12 條，有關共同侵權行為的一般規定，實具司法解釋以及將來立法上之參考價值。事實上，意思連絡說一直是德國司法實務的主流見解，復對照早期對數人過失致生同一損害課與連帶責任的美國，近年來也以逐步取消或限制連帶責任的適用範圍為趨勢，筆者認為，司法院自例變字 1 號以來所創設的客觀共同侵權行為，似乎不無檢討改進之空間。

當然，筆者也必須承認，創設客觀共同侵權行為，的確有助於保護被害人能夠獲得足額賠償，尤其是在日常生活最為常見的車禍案件事故；由於強制汽車責任保險對於殘廢以及死亡給付有二百萬元上限<sup>218</sup>，而目前台灣汽車駕駛投保第三人責任險的比例大約七成<sup>219</sup>，易言之，仍有三成的駕駛無法確保其在發生交通事故時能具有賠償能力。因此，就法政策上而言，是否應該直接全面廢除客觀共同侵權行為，筆者認為仍有思考斟酌之餘地。

另外一種值得提出討論的案件類型是公害訴訟，在日本學界，只要提到共同侵權行為，通常就會涉及公害問題<sup>220</sup>。承認客觀共同侵權行為，在公害案件中，對於受害之一方有明顯的保護作用，典型案例如日本最高法院 1968 年 4 月 23 日所做出，通常被稱為山王川事件的判決<sup>221</sup>。本案原告係利用山王川的河水種植水稻的十二名農民，由於國營的酒精製造廠所排出的廢水以及四個社區的下水道所排放的廢水（下水）均排入該河流，並因為所排廢水均含氮，因而使得山王川的河

<sup>217</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 239。

<sup>218</sup> 全國法規資料庫，<http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?PCode=G0390067>（最後瀏覽日：06/13/2017）。

<sup>219</sup> 中時電子報，<http://www.chinatimes.com/newspapers/20150412000307-260114>（最後瀏覽日：06/13/2017）。

<sup>220</sup> 原田剛，前揭註 73，頁 166。

<sup>221</sup> 最高裁判所民事判例集（民集）22 卷 4 號 964 頁。



水的氮遠遠超過了水稻生長的最大允許值，結果使得該區域的水稻尚未成熟便已經東倒西歪，水稻量因此而減產。上述十二位農民便以遭受損害為由，向國家提起損害賠償訴訟。訴訟進行中，國家以向山王川排出的城市下水中也含氮，不能說工廠所排放的廢水是導致損害的原因作為抗辯；日本最高法院則是秉持過去判例及學說通說的看法，認為只要共同行為人各自的行為客觀關聯而共同違法造成損害，且各行為人各自的行為均獨立具備侵權行為要件時，各行為人就應該對於共同損害負擔賠償責任<sup>222</sup>。要言之，原告僅需證明確有受到損害，且損害確與數侵權人當中之具有因果關係，即得針對損害全額求償；尤其在本案其餘排放汙染者係一般社區居民（未必具有賠償資力，如何劃分責任亦成問題），且要求受害方舉證區分廢水排放比例亦有困難，從而可以想見日本最高法院最後採取了客觀共同侵權行為的立場，以保護被害人。

不過，值得注意的是，如同文章之前所提，在英美法上，兩個或兩個以上的工廠先後污染同一條河流時，由於污染所帶來的損害可以合理地依據各工廠排放汙染物的比例進行分配，因此被認為是可分割的損害，結論係各工廠各自依其排放汙染物比例負賠償責任；中國大陸侵權責任法第 67 條規定：「兩個以上污染者污染環境，污染者承擔責任的大小，根據汙染物的種類、排放量等因素確定。」，也是相同的概念。是以在公害案件類型，世界各國法政策上對於連帶責任範圍的規定也都不盡相同，未必單純以受害人的補償為惟一考量。而對於此一問題，筆者傾向以納入共同危險行為及舉證責任的轉換來解決受害人難以舉證之問題。意即，民法 185 條後段所規定共同危險行為，解釋上不應限於數人皆具備侵權行為要件，但不知孰為加害人的情況<sup>223</sup>；而應當包含數加害人可得確定，但各加害人應負責任不明的情形在內<sup>224</sup>。是以，原則上仍應由原告負擔舉證責任證明其受有損害，且被告數行為人均符合侵權行為要件；而在原告滿足以上舉證之後，個別侵權行為人如欲主張僅就其所排放汙染部分負責（比例責任），則應當就其排放汙

<sup>222</sup> 原田剛，前揭註 73，頁 169。

<sup>223</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 495。

<sup>224</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 239。

染部分自負舉證之責，否則即應適用共同危險行為規定同樣使其就全部損害負擔連帶責任。當然此係筆者採取主觀說見解底下，對於共同危險行為所為另外的詮釋；反之，如承認客觀共同侵權行為，則根本無作此擴張解釋之必要。因為原告本來就僅需證明受有損害且被告均符合共同侵權行為要件即可，而客觀共同侵權行為更是不允許被告抗辯僅負比例責任，就此而言，承認客觀共同侵權行為，的確對於受害人的保護較佳。

事實上，構成共同侵權行為的事例當中包含著極其多樣的情況，對某種類型事例非常理想的解決方法，在套用到其他案例類型時卻往往造成不合理之後果。在某種案例的情況下，因為應該盡量對於受害人有利，從而應該擴張連帶責任的適用範圍（承認客觀共同侵權行為）；反之，在使對於損害僅具有微弱過失的加害人負擔全部損害額過為苛刻的案例類型中，則應縮小連帶責任的適用範圍（不承認客觀共同侵權行為）。森島昭夫教授認為，對於騷亂事件、機動車事故，公害事件中的複數加害人，能夠適用完全的判斷模式是不可想像的，因而肯定應以類型化的方式來研究共同侵權行為<sup>225</sup><sup>226</sup>。相似地，美國各州對於連帶責任的建構上，亦有州別是採取類型化共同侵權行為，來決定是否適用連帶責任。例如夏威夷州，在數行為人皆符合侵權行為的要件下，受害人在所有經濟上的損失適用連帶責任；但就非經濟上損失，則僅限於加害人係故意侵權、與環境汙染有關以及其它被選擇類型的訴訟適用連帶責任，否則即適用比例責任，各加害人各自獨立負責<sup>227</sup>，係根據不同的案件類型來決定是否適用連帶責任規則，也值得參考與借鏡。

筆者原則上也認同這樣的想法，由於民法係根本大法，牽涉到無數社會紛爭的法律適用，因此縱然筆者支持主觀說的看法，但在法政策上也不敢說應該立即停止司法院例變字 1 號所創設客觀共同侵權行為的適用，應該留待更多完整研究之後再做決定。然而回到問題源起，本文所欲聚焦之問題，乃在處理當共同侵權行

<sup>225</sup> 于敏，前揭註 29，頁 269。

<sup>226</sup> 兼採「意思性」與「關聯性」兩種類型共同侵權行為的平井宜雄教授，也認為「關聯性」共同侵權行為，必須按照具體的糾紛類型來建立標準，其實同樣是類型化研究的展現。

<sup>227</sup> Wikipedia，前揭註 127。

為牽涉醫療行為時，適用客觀共同侵權所造成不合理的現象。是以本論文下一章節，將基於目前司法實務的觀點（例變字 1 號），討論於醫療行為參與共同侵權行為時，應做何不一樣的思考與修正。





## 第五章：醫療行為特殊考量

如同前述，本論文所欲聚焦解決之問題，乃係交通事故與醫療過失按次競合時，適用客觀共同侵權行為所導致之不合理現象。典型案例如序章問題源起所提，臺灣臺中地方法院 97 年度醫字第 2 號、臺灣高等法院臺中分院 99 年度醫上字第 11 號判決。本案歷經最高法院 103 年度台上字第 706 號判決廢棄發回，如細觀最高法院所持理由，其論述頗有改採主觀說見解之意味存在<sup>228</sup>，前已述及；更一審判決<sup>229</sup>倒是明確採取損害可以分割的態度，認為當被害人遭數人侵害而有多重損害時，應先就「全部損害」一一拆解，分別找出應對各該「部分損害」負責之加害人，令各加害人於各該「部分損害」。倘某部分之損害係由數行為人所共同造成，則該數行為人應依民法共同侵權行為規定，對該「部分損害」連帶負完全賠償責任<sup>230</sup>，再依過失比例定其內部分擔之金額，至各部分之損害間係相互獨立，並無連帶關係。

平心而論，筆者當然支持更一審損害可被分解此一見解，畢竟筆者認為本質上並無不可分損害之理，已如前述。然而如認同植物人狀態此一損害結果得依責任比例切割損害結果為二部分，使醫方與車禍肇事者各自負責的作法，等同架空了「數過失者不論其內部過失比例，對外均須就被害人全部損害連帶賠償」之客觀共同侵權行為概念<sup>231</sup>。將來必然面對到當兩輛車輛同時撞傷路人導致受害人成植物人狀態時，也應比照辦理分割損害，令各駕駛僅就各自造成的「部分損害」負責的挑戰；以及既然植物人此一狀態得以被分割，則物滅失、受害者死亡，是否也應該都被認為係屬可分割損害之質疑。故原告方面可能會爭執更審裁判適用法

<sup>228</sup> 最高法院謂：受害人因車禍受傷被送至童綜合醫院救護時，其頭部經電腦斷層檢查發現右側顱骨及顱骨骨折、右側顱部硬腦膜上出血、中線偏移及腦水腫等現象，嗣經會診神經外科、立即安排手術，被告等醫師之處置既符合醫療常規，而無疏失，則此項車禍受傷所生之損害，似難謂被告等醫師有何故意或過失（問題是如承認客觀共同侵權行為，只要各加害行為係造成損害的共同原因即可成立，並不以醫師就前面車禍損害有故意過失為必要）。

<sup>229</sup> 臺灣高等法院臺中分院 103 年度醫上更(一)字第 1 號。

<sup>230</sup> 在本案係指三位醫師應就「次級損害」負擔連帶賠償之責。

<sup>231</sup> 蔡建興，前揭註 10，頁 70。

律有誤<sup>232</sup>，而未來類似個案之裁判亦將欠缺可預測性。是以，本章以下論述，係基於實務創設客觀共同侵權行為（例變字 1 號）的觀點下，論述將車禍肇事責任與醫療過失責任脫鉤處理的正當性。當然，根本解決之道或許在於應廢除例變字 1 號所創設之客觀共同侵權行為，然此係法政策上之重大改變，已如前述。

## 第一節：醫療行為的定義

所謂醫療行為，依據衛生署 65 年 4 月 6 日衛署醫字第 10788 號函解釋：「凡以治療矯正或預防人體疾病、傷害殘缺或保健為直接目的，所為的診察、診斷及治療；或基於診察或診斷結果，以治療為目的，所為的處分或用藥等行為的全部或一部總稱為醫療行為。」基於此項解釋，醫療行為係本於醫師醫學知識與技能，對人體因疾病、傷害、殘缺或其他損害，以回復健康為目的，而施行之任何治療、矯正、預防及用藥、處方等行為<sup>233</sup>。

## 第二節：醫療行為的特性

欲分析醫療事故損害與行為是否具有因果關係以及如何歸責始為適當，必須對醫療行為的特性有所理解，因為醫療行為的特性，往往是醫療事故責任不易釐清以及範圍不易判斷的理由<sup>234</sup>。

### 第一項：不確定性

醫療行為本質上具有高度的不確定性，此一不確定性來自於醫學知識的有限性，人體反應的不確定，疾病本身的固有風險等因素。因此，醫師不是神，醫療失敗，有時並非醫師所能掌控，也與有無疏失無關，而是綜合了醫學知識侷限，疾病或傷勢發展的自然過程，個別病人的人體反應不可掌握等特性，綜合起來所

<sup>232</sup> 幸而依司法院法學資料檢索系統資料，本案已成立調解。

<sup>233</sup> 陳聰富，前揭註 6，頁 85。

<sup>234</sup> 施瑋婷（2010），《醫療事故之民事責任論》，頁 19，國立臺灣大學科際法律學研究所碩士論文。



造成的不可避免之結果。

## 第二項：潛在危險性

醫療行為具有潛在危險性，因為醫療行為本質上即係藉由外力介入企圖改善既有病程之發展。然而諸如麻醉、手術過程、使用藥物，本來就帶有併發症與副作用之風險，且無法預知將於何種病人身上發生，蓋因人體構造十分複雜，而個人體質千變萬化，是故醫療行為亦具有相當程度的潛在危險性。

## 第三項：專業性

醫療行為由於具有不確定性及潛在危險性，並且以病患的身體為承受給付之客體，故醫療給付的實施攸關受領者生命、身體、健康之安危，非具備專門醫學知識與資格者不得為之，是國家以特別法如醫師法、藥師法、護理師法等法規或相關函令，對醫療供給者之專業資格、業務範圍與其他要件加以適當限制與規範，此為醫療行為之「法定專業性」<sup>235</sup>

## 第四項：有限性

醫療行為牽涉到高度專業性，已如前述，然而即使是在最完善體制設備的醫療機構內實施醫療行為，亦可能因醫師個人之經驗、技能。以及病患個體差異性而有不同之醫療效果，亦即醫療行為乃受到諸多外在客觀因素及內在主觀因素之限制<sup>236</sup>。

## 第五項：裁量性

醫學並非一成不變之科學，由於每個病症之表現並不一定相同，每位醫師問診方式及診斷工具的選擇均不相同；此外，就同一病症而言，治療方式可能會有很

<sup>235</sup> 吳志正（2006），《解讀醫病關係 I》，頁 124，台北：元照。

<sup>236</sup> 劉文瑤，前揭註 5，頁 180。



多種類，此時醫師即具備醫療裁量權，可以在一定範圍之內，依自己之職權針對病患之病情而為裁量<sup>237</sup>。亦即，醫療行為在某種程度內具有相當之裁量性，「醫學上不同流派，均應尊重<sup>238</sup>」。

#### 第六項：時效性（緊急性）

大部分之醫療行為係醫師在極有限時間內做出之判斷（如急診室之病患或病情變化快速之病症），不容有太多猶豫時間，否則可能會失去救助病患之機會。可見醫療行為尚具備時效性，要求醫師必須在時間內做出適切的診治<sup>239</sup>

### 第三節：醫療行為參與時之特殊考量

#### 第一項：醫療行為本質上屬介入改善既有病程之行為

侵權行為法採取過失責任主義，個人須就自己過失行為所導致之損害，負擔賠償責任。德國法儒耶林（Rudolf von Jhering）謂：「使人負損害賠償的，不是因為有損害，而是因為有過失，其道理如同化學上的原則，使蠟燭燃燒的，不是光，而是氧氣一般的淺顯明白<sup>240</sup>」。過失責任原則對於促進社會經濟發展具有重要貢獻。在結果責任原則之下，若有損害即應賠償，行為人動輒得咎，行為之際，瞻前顧後，畏縮不進，創造活動，甚受限制；反之，依過失責任原則，行為人若已盡相當注意，即可不必負責，有助於促進社會經濟活動。現代資本主義的發達與過失責任原則具有密切關係<sup>241</sup>。

筆者認為，醫療行為目的在於介入改善現況，並帶有一定程度的不確定性，與一般侵權行為法上所欲預防嚇阻的過失行為有所不同。再者，醫療行為由於其本質的關係，勢必處於因果關係鏈的末端，一定是已經發生了損害事實之後，再經

<sup>237</sup> 同上註。

<sup>238</sup> 陳聰富，前揭註 6，頁 318。

<sup>239</sup> 劉文瑢，前揭註 5，頁 180-181。

<sup>240</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 12。

<sup>241</sup> 王澤鑑，前揭註 14，頁 13。



由醫療行為介入以求改善病程。客觀共同侵權行為就行為人為何要就與其行為無相當因果關係的損害負責，欠缺堅強的理由，已如前述；而更重要的是，在醫療行為介入其中的情況下，未按比例歸責之客觀共同侵權行為法律觀念，將使負責救助傷病的醫護，成為最終損害責任之代罪羔羊<sup>242</sup>。打個比方，這就如同在玩 UNO 疊疊樂時，許多人取走底下的積木，而當積木最終支撐不住倒塌時，再將全部的過錯加諸於最後一個取走積木的人身上（被認定過失的醫護）。而事實上，這就是牽涉前行為損害時，醫療訴訟目前的現況，由於客觀共同侵權行為的法律適用，「加害人僅需就被害人所受全部損害中可歸責部分負責」之損害賠償基本原則，已被架空，是以原、被告雙方之主張會朝「醫師有過失，且與損害有關，即需全賠」與「醫師並無過失，縱有過失，亦與損害無因果關係」之兩極化主張<sup>243</sup>。客觀共同侵權行為不當地擴張個人責任，課予與行為人過失顯不相符的損害賠償責任，等同實質上課予居於因果鏈末端的醫護人員無過失責任、結果責任。因為只要稍有不慎，輕微過失，與之不相襯的巨額賠償隨之而來，醫師行為動輒得咎，勢必影響其介入意願、選擇保守治療、重複無益檢查、篩選輕症病人，防衛性醫療<sup>244245</sup>因此油然而生。如此結果，對於醫學發展進步，以及病患的權益保障，皆有負面影響，可謂是醫病雙輸的局面。

醫療行為本質在於行善，行善縱有瑕疵，錯誤若非重大，其行為之倫理可非難性、法律上之不法內涵及可責性應該都是輕的，這樣的行為，本於理性直覺或法學上基本的行為可非難性應與其責任相當之原理，其所應負賠償責任應該是有限的。在審判經驗中，大部分的醫方或病家，也都能夠接受依醫療過失輕重、對損害結果原因力之大小比例，賠償相當之金額，這是正常人共通的理性與衡平價值

<sup>242</sup> 蔡建興，前揭註 10，頁 66。

<sup>243</sup> 蔡建興，前揭註 10，頁 57-58。

<sup>244</sup> 防禦性醫療係指醫護人員的診斷或是治療不是出於為病人的最大利益，而是為了避免被病人責難甚至被告而有的醫療行為。

<sup>245</sup> 防禦性醫療的出現，一方面是因為醫療事故賠償金額的持續上昇，另一方面是因為病人會因為醫護人員醫療行為的疏漏或是延誤而提出訴訟，但醫護人員不會因為採取過度診斷而被告上法院。

246。按過失之責任，依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定，民法 220 條第 2 項定有明文；法律鼓勵行善，對於意欲行善且非單純以營利為目的之行為，其民事責任應予從輕酌定，我國司法實務並非毫無先例。例如在著名的玻璃娃娃案（景文高中玻璃娃娃事件）當中，台灣高等法院<sup>247</sup>認為，陳姓少年基於熱心，主動負責推送抱負顏姓少年，嗣並單獨抱負顏姓少年下樓梯，均係「無償」行為，得參酌民法 220 條第 2 項之立法精神，從輕酌定陳姓少年之善良管理人注意義務。復依民法無因管理之規定，管理人為免除本人之生命、身體或財產上之急迫危險，而為事務之管理者，對於因其管理所生之損害，除有惡意或重大過失者外，不負賠償之責，民法第 175 條定有明文。此係民法為了鼓勵行善，為了避免人民因為畏懼民事賠償責任而不為必要救助行為，所設特別減免注意義務之規定。在醫病之間成立醫療契約的情況下，醫師應盡善良管理人義務而負抽象輕過失之責任，並無疑義。然而在法政策的選擇上，本於同一法理，應當認為在醫療過失行為牽涉前行為（其他加害人）所生損害的情況下，醫護人員得主張僅就其過失行為所生損害負擔比例責任，而非機械性地適用客觀共同侵權行為。否則，將因果鏈上所有風險概由處於末端的醫護人員承受，勢必影響其介入意願及救助選擇，與民法鼓勵行善及降低救助者風險的精神背道而馳。

美國法上傾向以因果關係的詮釋處理此一問題。如同前述<sup>248</sup>，在過失傷害以及醫療過失依次競合的情況底下，美國法院認為，過失傷害的行為人必須就受害人的全部損害負責；反之，醫療過失之醫師，僅需對其醫療過失所生的傷害負擔賠償責任，因其行為對於前面的過失傷害並無因果關係。美國法院如此作法，對於過失傷害的行為人是否有所不公先暫且不論，但是令負責後續照護的醫療人員僅就行為所生之損害負責，其背後理由，筆者猜想即係基於公共政策及公共利益之考量。如欲鼓勵醫護人員介入病程並積極治療，則勢必應課予與其行為相對應的

<sup>246</sup> 蔡建興，前揭註 10，頁 57。

<sup>247</sup> 台灣高等法院 95 年上更（一）字第 6 號判決。

<sup>248</sup> 詳參本文第四章第二節第二項有關因果關係的論述，以及第四章第三節有關美國法 b. 連續性傷害（successive injures）的部分。



適當責任，而非使其無端承受自因果鏈上游而來的一切風險。

最後，稍微總結一下筆者於此一項目討論當中所欲傳達的看法。醫療行為，目的在於介入改善病人既有之病程，屬於行善助人之行為，而非單純以營利作為目的。再者，由於醫療行為本質的關係，勢必處於因果關係鏈下游，如機械適用客觀共同侵權行為，將前行為所生一切損害風險概由負責後續處置的醫護承擔，誠非合理；是以，在法政策選擇上，應當使醫護人員得以抗辯僅就其行為所生損害負擔比例責任，而非適用客觀共同侵權行為之連帶責任。如此做法不僅與我國民法鼓勵行善，並且認為過失責任應依事件特性而有輕重差異的精神相符，在其餘先進國家的法律政策當中，也可以得到相同的結論（德國司法實務本係採取主觀說，美國法院則以因果關係處理此一問題）。

## 第二項：醫師依法負有締約義務

契約自由乃私法自治之基本原則。契約因當事人互相表示一致而成立，一方當事人自己受該契約拘束，並同時因此而拘束他方當事人；此種互受拘束乃建立在契約自由原則之上，即當事人得依其自由意志，經由意思合致而規範彼此間的法律關係<sup>249</sup>。醫療契約係民事契約，原則上亦有契約自由原則之適用，是以醫療提供者享有締約對象的自由，可以自由決定是否和病人成立醫病關係；醫師得以任何理由拒絕診治病人，就跟餐廳拒絕提供餐點給客人，銀行拒絕客戶存款，律師拒絕上門的當事人一樣，不需任何理由，而被拒絕者因為可以在市場上另覓替代的提供者，也無任何權益損失可言<sup>250</sup>。

契約自由，對於個人之選擇自由，誠屬合理而必要，惟倘不加任何限制，難免構成自由的濫用，因而產生強制締約制度。所謂強制締約，係指個人或企業負有應相對人的請求，與其訂立契約的義務<sup>251</sup>。醫師法 21 條規定：「醫師對於危急之

<sup>249</sup> 王澤鑑（2016），《債法原理》，頁 80，台北：自刊。

<sup>250</sup> 楊秀儀（2003），〈法定急救義務？強制締約義務？醫師法第 21 條、醫療法第 43 條性質解析〉，《台灣本土法學雜誌》，49 期，頁 117。

<sup>251</sup> 王澤鑑，前揭註 249，頁 84。

病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。」，醫療法 60 條 1 項規定：「醫院、診所遇有危急病人，應先予適當之急救，並即依其人員及設備能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。」，乃係課予醫師及醫療機構，對於危急病人負有強制締約之義務<sup>252</sup>。法律所以設此規定，乃出於對生命健康的重視<sup>253</sup>；醫師、醫療機構如違反醫師法 21 條、醫療法 60 條 1 項規定，無故拒絕收治危急病人，除負有行政罰法律責任外，如因此導致病人病情加劇，甚至因為延誤醫療而死亡，尚需依照民法侵權行為規定負擔賠償責任<sup>254</sup>。

醫療行為由於目的在於介入改善病程，本質上必定處於因果關係鏈之末端，前以述及。然而法律課予醫師對於危急病人負有強制締約之義務，如復機械適用客觀共同侵權行為，則勢必將前行為人無法賠償或遍尋不著的風險，強加在不願意承擔此風險的醫師身上，除了影響醫師介入意願及救護選擇之外，甚至可能根本性地影響醫學生於住院醫師的科別選擇。此點在牽涉人命救助的五大科<sup>255</sup>特別明顯，由於其本係處理與人命相關的醫療問題，在植物人狀態、死亡被認為不可分損害<sup>256</sup>，而適用客觀共同侵權行為的情況下，負責救助人命的最後一線科別被迫承擔來自因果鏈上游的所有風險，誠不合理。我國醫療科別人力分配不均，許多醫學生不願選擇所謂的高風險科別；筆者認為，造成台灣醫療界五大皆空<sup>257</sup>現象背後的成因十分複雜，但害怕醫療糾紛以及不合理的法律風險<sup>258</sup>，絕對也是其中原因之一。

### 第三項：台灣醫師並無定價權，無法透過提高手術費用分擔風險

台灣係以全民健康保險制度聞名之國家，眾所皆知。截至 2015 年底，全民健保

<sup>252</sup> 楊秀儀，前揭註 250，頁 114-121。

<sup>253</sup> 王澤鑑，前揭註 249，頁 85。

<sup>254</sup> 王澤鑑，前揭註 249，頁 87。

<sup>255</sup> 指內科、外科、婦產科、小兒科、急診科。

<sup>256</sup> 關於損害可分性的討論，詳見本文第四章第三節之論述。

<sup>257</sup> Wikipedia，<https://zh.wikipedia.org/wiki/%E4%BA%94%E5%A4%A7%E7%9A%86%E7%A9%BA>（最後瀏覽日：06/13/2017）。

<sup>258</sup> 想想論壇，<http://www.thinkingtaiwan.com/content/4290>（最後瀏覽日：06/13/2017）。



特約醫事機構統計達 27,728 家，其中醫學中心 26 家，區域醫院 83 家，地區醫院 370 家，基層院所 20,283 家，其他醫事服務機構 6,966 家<sup>259</sup>，囊括了台灣大部分的醫療院所。而相較於其它先進國家，台灣的醫療給付費用一直偏低，例如依經濟合作暨開發組織（OECD）統計資料顯示，OECD 國家 2008 年平均醫療支出佔國內生產總值（GDP）之 9%；其中最高的美國醫療支出佔 GDP 的 16.0%，德國 10.5%，日本 8.1%，台灣則為 6% 左右<sup>260</sup>。再者，最重要的一點是，依據全民健康保險法 41 條<sup>261</sup>規定，醫療服務給付項目及支付標準係由保險人、被保險人、專家學者及醫療機構等代表開會擬定後，再報請主管機關核定發布。要言之，我國醫界對於醫療項目並無定價權，因此無法將處理困難病人繼受前行為人之風險反映在醫療費用當中由全體病患攤提。是以，在醫療行為牽涉前行為所生損害時，不宜再機械性適用客觀共同侵權行為，否則最後勢必導致醫師傾向篩選病人，或者乾脆避免困難術式，如此結果實非全民之福。

#### 第四節：適用共同侵權行為規定時，應斟酌前後行為性質，以及是否因此扭曲後行為人決策

是以，針對在醫療行為牽涉前行為人造成損害時，適用客觀共同侵權行為所造成的不合理現象，筆者傾向以比較實用及結果導向的方式來思考處理此一問題。依筆者淺見，在決定責任範圍以及是否適用共同侵權規定時，除了客觀要件外，仍應斟酌前後行為的性質，以及將無法賠償的風險加在後行為人是否可能因此扭曲後行為人的決策導致不良後果，作出綜合判斷。依此見解，序章問題源起所涉及，交通事故與醫療過失依次競合的案例事實，由於前行為係過失駕駛（肇事者已逃逸），後行為是醫療過失，性質本不相同；並且如適用客觀共同侵權行為，擴大連帶責任範圍，勢必對於後續介入的醫療行為決策產生不良影響，是以在此應

<sup>259</sup> 衛生福利部中央健康保險署（2017），〈2015 年全民健康保險統計動向〉，頁 14。

<sup>260</sup> 藥學雜誌電子報，<http://jtp.taiwan-pharma.org.tw/107/009-015.html>（最後瀏覽日：06/13/2017）。

<sup>261</sup> 全民健康保險法 41 條第 1 項：醫療服務給付項目及支付標準，由保險人與相關機關、專家學者、被保險人、雇主及保險醫事服務提供者等代表共同擬訂，報主管機關核定發布。



例外讓介入的醫護人員主張比例責任，僅就其行為所造成的損害負擔賠償責任。就此而言，臺灣高等法院臺中分院 103 年度醫上更(一)字第 1 號判決所持：應先就其「全部損害」一一拆解，分別找出應對各該「部分損害」負責之加害人，（區分前行為損害及醫療損害），再令各該加害人於各該「部分損害」範圍內負責（車禍肇事者對車禍損害負責，三位醫師對於醫療過失損害負責）之結論，可資贊同。



## 第六章：案例類型化及理論適用

由於現實當中的共同侵權行為案例類型十分多樣，如何在抽象化概念和現實生活中豐富多變的情形間構建一座橋梁是我們必須面對的問題。黃茂榮教授指出，類型化是具體化抽象法律概念的有效途徑<sup>262</sup>，因此本章以下篇幅內容即在於將筆者所蒐集到，醫療行為參與其中的共同侵權行為類型化，並適用筆者對於客觀共同侵權行為增設的要件—「需斟酌前後行為性質，以及是否因此扭曲後行為人決策綜合判斷」加以討論。

必須先予說明的是，行為理論以及行為數區分問題，為法律學上錯綜複雜，亦非本論文所能處理的問題。本文依行為數將各行為人間的責任切割並予以分類，對於行為所採取的基本立場為：「行為人出於單一的意思決定，而且數個部分行動在時空上又存有緊密關係，從一般社會大眾的觀念當中，亦會認為係單一行為者」（即為刑法上自然的行為單數<sup>263</sup>概念），當然詳細情形筆者也只能舉出實例加以說明。

### 第一節：過失行為與醫療行為合併型

此節所描述的案例類型為先有一過失行為引發損害，而在後續醫療行為介入的過程當中，復又發生另一醫療事故。典型案例如序章問題源起，臺灣臺中地方法院 97 年度醫字第 2 號判決；以及本文第三章第二節第二款所討論到，日本最高裁判所第三小法庭平成 13 年 3 月 13 日判決所牽涉之案例事實。筆者認為縱然在承認客觀共同侵權行為的前提下，此時仍應審酌前後行為性質，以及考慮是否因此扭曲後行為人決策，故此種案例類型應令後續介入的醫護人員主張比例責任，僅就其行為所生損害負擔賠償責任，詳細理由已在前章討論說明，本文於此不再贅述。

<sup>262</sup> 王永霞，前揭註 24，頁 271。

<sup>263</sup> 林山田（2008），《刑法通論》，頁 302，台北：自刊。



## 第二節：醫療行為與醫療行為合併型

本節所探討案例類型係發生醫療過失 A 事故後，為了補救 A 事故進行醫療行為時，復又於補救過程當中另因過失發生 B 事故，可供參考案例事實為台北地方法院 89 年重訴字第 472 號民事判決，該案事實略為：原告甲因患有子宮肌瘤，經由被告乙醫師安排於民國 87 年 4 月 15 日進入台大醫院病房，並於次日接受子宮肌瘤手術。惟手術完畢後，甲持續發燒、解尿少、並感到腹部不適，向住院醫師反映後，請到訴外人丙醫師進行會診；丙醫師診斷可能係腹膜炎，立刻於 4 月 24 日安排甲進行手術，手術中除發現甲腹腔受嚴重感染外，另發現甲之左側輸尿管遭手術器械損傷，以致甲左側輸尿管阻塞而有排尿困難、左腎發生腎水腫情形。丙醫師為找出輸尿管狹窄原因，與放射科醫師共同為甲進行顯影照相，然丙醫師於檢查完畢後，疏忽未開啟甲之排尿管開關，使甲尿液無法排出，顯影劑回流至左腎內，甲因此發生尿路敗血症。之後甲歷經多次手術均無法復原，左腎功能幾乎完全衰退，於民國 88 年 7 月 22 日經手術摘除左腎。

本案病人之最終損害（左腎切除）來自兩項原因：一為乙醫師開刀損傷輸尿管（造成輸尿管堵塞、排尿困難、腎水腫），二為丙醫師進行補救措施時未開啟排尿管開關，引發尿路敗血症，損害甲之剩餘腎功能。由於本案法院對於丙醫師過失部分，以原告甲舉證不足予以駁回，無從得知我國法院對於醫療案件涉及二重事故之看法<sup>264</sup>；不過本文為了討論方便，係借用本案例事實，在假定乙、丙兩位醫師皆具有過失的情況下，討論乙丙兩位醫師是否應當負擔連帶責任。

關此問題，曾淑瑜教授認為，如在同一醫療機構，對同一病患為相同之診療目的，而由前後兩位醫師接續治療時，診療自得連鎖實施，後任醫師之診療係以前任醫師之診療為前提，基於共同目的關連，原則上應承擔連帶責任<sup>265</sup>。如將左腎切除認為係不可分損害，適用客觀共同侵權行為，自然可得出與曾淑瑜教授相同之結論，惟本文則採取不同立場。筆者認為，客觀共同侵權行為的連帶責任本係

<sup>264</sup> 李小芬，前揭註 85，頁 92-93。

<sup>265</sup> 曾淑瑜（2007），《醫療過失與因果關係（再版）》，頁 88，台北：翰蘆。



對於個人應負損害賠償責任的擴大，並且，如課予後行為人（丙醫師）連帶責任，則前述影響其介入意願以及醫療決策問題依然存在，並不因前行為係過失行為抑或是醫療行為而有所不同。是以，本文認為在此情況下，課予丙醫師連帶責任並非妥適，仍應依照過失行為與醫療行為依次競合時之原則做相同處理，令丙醫師得主張比例責任，僅就其行為所生的損害負擔賠償責任。如此做法並非表示筆者不注重受害人之保護，依學說實務見解，醫療契約係存在於病人甲與醫療機構（台大醫院）之間，而乙醫師與丙醫師僅為醫療機構之履行輔助人；復依民法 224 條規定：「債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任」，故原告甲就其所有損害（左腎切除），本得向契約相對人（台大醫院）主張依民法不完全給付相關規定請求損害賠償，而台大醫院再各自向乙、丙醫師循內部契約關係各自求償<sup>266267</sup>。之所以認為此情況下不應適用客觀共同侵權行為，實因不宜令後續介入改善之人承擔來自上游之風險，以及任何人不應僅因微小過失而被課予不成比例的賠償責任（以本案為例，丙醫師縱有過失，然因其行為造成的醫源性感染對甲腎功能傷害相對微弱，如因乙醫師無資力而被迫擔負全額賠償責任，其實不甚合理，然此係適用客觀共同侵權行為之必然後果）。

### 第三節：同一醫療行為間複數人員的侵權責任

本節所討論者，係數加害人皆對同一醫療行為負擔侵權責任之情況。以問題源起的案例事實為例，因臨床照護常牽涉主治醫師、住院醫師、護理師的責任分配及重疊，縱使認為三位醫師組成的醫療團隊無庸為前行為人所造成的傷害負責，仍需探究就病人情況惡化，未予以後續追蹤電腦斷層掃描，違反注意義務此一事

<sup>266</sup> 從這裡可以發現到，受害病患如循契約責任先向醫事機構求償，醫事機構再循內部契約關係各自向具有過失的醫師求償；與受害病患主張兩位醫師負民法 185 條共同侵權行為連帶責任，醫療機構依民法 188 條 1 項亦負連帶責任，醫療機構於清償被害人損失後，再依民法 188 條 3 項向兩位醫師內部求償時，風險分配有所不同，筆者認為實值研究。

<sup>267</sup> 承上註，就此問題而言，筆者認為於共同侵權行為理論採取主觀說或許更具有吸引力，因為可以讓契約責任以及侵權責任的風險分配趨於一致。



實，醫療團隊間各人的分工及責任為何？事實上，在本案第二次上訴最高法院後，最高法院亦以二審法院未釐清主治醫師及住院醫師間權責分配，以及是否均具備侵權行為要件為由，將判決廢棄發回<sup>268</sup>。

就此而言，以目前醫療臨床實務來說，通常一名病患會有一位負責治療終局決定的主治醫師、負責次要決定及病歷紀錄的住院醫師，以及負責執行醫囑的護理師組成醫療團隊。護理師之職責主要在於執行醫囑、記錄病患狀況並回報醫師，如其恪盡職責，則自無過失可言。住院醫師及主治醫師均具備開立檢查及決定治療方式之權限，惟住院醫師主要係協助主治醫師照顧病人並學習汲取經驗，檢查治療方針最終決定權仍為主治醫師。故就本案來說，如住院醫師得知病情變化後隨即通知主治醫師，而主治醫師認無追蹤電腦斷層之必要，則可認住院醫師並無過失，應由主治醫師承擔賠償責任；反之，若住院醫師未與主治醫師討論即私下決定不予追蹤，則住院醫師具有過失，此時就主治醫師的責任而言，應考慮其是否盡到了解並注意病患之義務，來決定其是否亦負過失責任。又依本案事實，三位醫師對於病人因腦部出血持續壓迫腦組織所造成的次級損害，彼此屬累積因果關係<sup>269</sup>（主治醫師與住院醫師均具備開立檢查權限，且按常理推斷，如開立檢查即得以發現持續出血事實，進而安排手術降低次級損害），是以如三位醫師各自具備過失要件，則應對病人所有次級損害負擔連帶賠償責任。

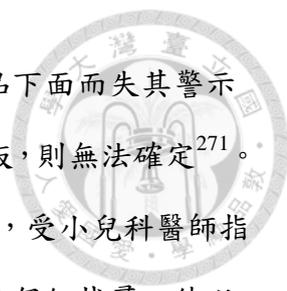
另外一起值得討論的案件則為北城醫院打錯針案<sup>270</sup>。本案事實略為：甲、乙二人為受雇於台北縣土城市北城婦幼醫院的護士，甲負責麻醉事務，乙則負責嬰兒房包含施打疫苗在內的護理工作。惟甲麻醉護士見北城醫院五樓開刀房中並無冷藏設備，為貪圖取用之便利，竟將用於全身麻醉及急救插管之肌肉鬆弛劑

（Atracurium besylate）置於嬰兒房之冰箱內；即便甲明知該藥劑具危險性，且依照麻醉藥品及醫院管理的相關規定，該手術用麻醉藥根本不該出現在嬰兒房的冰箱。甲護士雖在放置時以保麗龍板書寫警示標語豎立於該藥品前，但冰箱內物品

<sup>268</sup> 最高法院 104 年度台上字第 2004 號。

<sup>269</sup> 有關累積因果關係的闡述，詳見本文第三章第四節第一項第一款的討論。

<sup>270</sup> 臺灣新北地方法院 92 年矚訴字第 1 號刑事判決；台灣高等法院 92 年矚上訴字第 1 號刑事判決。



經嬰兒房護士多月來移置、翻動後，保麗龍板已被壓在其他物品下面而失其警示作用，甲、乙亦皆未發現此事。至於這期間有何人移置翻動警示板，則無法確定<sup>271</sup>。乙護士於民國 91 年 11 月 29 日上午，在北城醫院五樓嬰兒房內，受小兒科醫師指示為七名新生兒施打 B 型肝炎疫苗。然而乙打開冰箱取藥時並未仔細找尋，徒以外包裝之印象即隨手取出上開甲護士放置之麻醉藥劑；復未遵守用藥時「三讀五對」的標準程序，把從嬰兒房冰箱取出的麻醉藥劑錯當成 B 型肝炎疫苗施打在七名新生兒身上。七名新生兒經注射此肌肉鬆弛劑後，接連發生呼吸衰竭而陷入昏迷，經在場醫護人員察覺有異，立刻實施急救，並緊急送往鄰近醫院進行後續搶救，惟仍有一名新生兒不幸死亡，其他六名新生兒則分受程度不等的健康損害及後遺症，後來仍持續接受醫療。

本案刑法上應如何評價先姑且不論，就民事法的角度而言，甲、乙兩位護士彼此雖無意思連絡，但各自的加害行為均為造成最後七名新生兒損害的共同原因，依司法院例變字 1 號之見解，甲乙兩人應成立客觀共同侵權行為無疑。且由於本案不涉及前行為損害以及後續醫療介入決策因素，因而無法適用筆者所增設一「斟酌前後行為性質，以及是否因此扭曲後行為人決策綜合判斷」之要件，故在現行司法實務肯認客觀共同侵權行為的前提下，甲、乙兩位護士應對造成七名新生兒的所有損害負擔連帶賠償責任。

然而，平心而論，本案甲乙彼此間行為對於七名新生兒之損害係屬共同因果關係<sup>272</sup>，因為甲、乙任何一方的單獨行為並不足以引起損害，之所以最後造成傷亡結果，乃係甲乙之行為結合所導致。並且具體來說，筆者認為甲護士的可歸責程度較低，因為對於從事臨床醫療的工作者來說，在施打任何藥劑之前，必須確認藥物的種類以及劑量，乃是所有從事此項工作人員應具備之知識與義務。在本案中，由於麻醉護士甲貪圖方便，將麻醉藥物置放於嬰兒房冰箱中，係創造法律所不允許之風險，其行為並非合理，因此具有一定程度的過錯比例；然而相較於嬰

<sup>271</sup> 林鈺雄（2006），〈第三人行為介入之因果關係及客觀歸責(上)－從北城醫院打錯針及蘆洲大火事件出發〉，《台灣本土法學雜誌》，79 期，頁 14。

<sup>272</sup> 有關共同因果關係的闡述，詳見本文第三章第四節第一項第二款的討論。



兒房護士乙於抽取藥劑前並未核實詳對藥品名稱，其於抽取藥劑劑量感到有異時，亦未請教在場之丙醫師，僅隨口詢問在旁已下班之護士丁，得到丁答稱：「可能係更換包裝」後，即繼續抽藥並將藥物注射於新生兒之幾近魯莽行為相比，筆者認為甲護士的過錯程度顯然較低。此點在將案例事實稍微改編，假設該肌肉鬆弛劑與 B 型肝炎疫苗均非需冷藏儲存藥物，而置放於護理站藥櫃當中<sup>273</sup>，而甲護士僅係過失將肌肉鬆弛劑錯置於鄰櫃的 B 型肝炎疫苗當中，但乙護士卻不察而錯將肌肉鬆弛劑當成 B 型肝炎疫苗，復又於未確實核對藥物名稱情況下，抽取藥物注射於病人身上發生醫療事故，此時甲乙兩人對於該起醫療事故的過錯比例將更為懸殊。如果最後因乙護士無賠償資力而甲被迫擔起所有賠償責任，其實對於相對僅具有微弱過錯的甲也未盡公平，然此係承認客觀共同侵權行為概念下，所必須接受的結果（如同之前介紹美國法上 *Zimmer v. City of Milwaukee* 一案，僅具有 1% 過失的一方，可能因為另一方無賠償資力而被迫承擔全額賠償責任）。是以，總括來說，共同侵權行為的核心問題始終在於如何劃定連帶責任始為公平此一問題。筆者認為北城醫院打錯針此一案例，其實也凸顯了相較於現行司法實務所承認的客觀共同侵權行為，或許將共同侵權行為限定在行為人間必須具備意思聯絡的條件下（即過去最高法院見解），會來得比較公平且具有說服力。當然此係法政策上之重大改變，仍應有更多類型的案例研究作為支持依據，本論文礙於文長、時間以及作者能力，僅能針對於醫療行為參與其中的情況下作深入討論，現謹以此案例分析作為終結。

---

<sup>273</sup> 此僅為解說方便所改編的案例，事實上，目前臨床實務對於危險性藥物均有管制，會要求必須集中保管於特定處所並加註警語，故類似北城醫院打錯針之案例實難想像會再發生。



## 第七章：結論

壹、在現行司法實務承認客觀共同侵權行為的前提下，如數加害人構成客觀共同侵權行為，而被害人係與有過失，本論文認為數加害人當中任何一人無資力負擔損害賠償之風險，應由其餘加害人與受害人依過失比例一同分擔，詳細討論及分配規則請參閱本論文第三章第三節第三項，有關美國侵權行為法整編第三版「責任分擔」第 17 段以下 Track C 的介紹。

貳、在現行司法實務承認客觀共同侵權行為的前提下，客觀共同侵權行為除原有要件：1. 各行為人無意思聯絡。2. 各加害行為係造成損害的共同原因 3. 須造成同一損害之外，本論文認為須增設另一要件—「斟酌前後行為性質，以及是否因此扭曲後行為人決策」來決定是否課與侵權行為人連帶責任。就此而言，臺灣高等法院臺中分院 103 年度醫上更(一)字第 1 號判決區分前後行為的損害範圍，以及令各該加害人於各該「部分損害」範圍內負責之結論，可資贊同。

參、自司法院例變字 1 號創設客觀共同侵權行為類型以來，我國司法實務便穩定地支持此項見解。然而本論文認為客觀共同侵權行為本係對於個人責任不當地擴大，參照我國民法所沿襲的德國司法實務，始終認為共同侵權行為必需限定在行為人彼此具備意思聯絡的情況下；從責任角度構建及研究侵權行為的美國，在行為人皆係過失行為的情況下，近年來亦以逐步取消連帶責任的適用範圍為趨勢。再者，近年來對於侵權責任立法規範的中國大陸，最高人民法院對於共同侵權行為有關「共同性」要件的解釋，亦採取嚴格限縮的立場，只認同數行為人具有「意思聯絡」的主觀共同侵權行為。是以，本論文認為參照世界各國立法及司法解釋之趨勢，司法院自例變字 1 號以來所創設之客觀共同侵權行為，實有檢討改進空間。就法政策上的選擇來說，本論文支持主觀說（意思連絡說），但筆者也認為此一選擇仍應有更多類型的案例研究作為支持依據，本論文礙於文長、時間以及作

者能力，僅能針對於醫療行為參與其中的情況下作深入討論。



肆、如司法實務對於民法 185 條第 1 項前段規定：「數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任」之「共同性」的認定改採主觀說，則民法 185 條第 1 項後段所規範的共同危險行為，解釋上不應僅包含數行為人均具備侵權行為要件，但不知孰為加害人之情況，亦應包含數侵權行為人得以確定但各自加害部分不明之情況，以保護被害人。而加害人得舉證證明其行為僅造成部分損害，因而應僅就與其行為有相當因果關係的損害負擔比例責任。

## 參考文獻



### 中文書目（依姓氏筆劃為序）

- 于敏，日本侵權行為法，法律出版社，2006年6月。
- 王永霞，共同侵權行為制度新論，法律出版社，2014年9月。
- 王利明，侵權行為法研究 上卷，中國人民大學出版社，2004年7月。
- 王澤鑑，侵權行為法，作者自行出版，2015年6月。
- 王澤鑑，法律思維與民法實例 請求權基礎理論體系，作者自行出版，2011年8月。
- 王澤鑑，民法學說與判例研究 第三冊，作者自行出版，2009年12月。
- 王澤鑑，債法原理，作者自行出版，2016年3月。
- 吳志正，解讀醫病關係 I，元照出版有限公司，2006年9月。
- 林誠二，債法總論新解 體系化解說(上)，瑞興圖書股份有限公司，2015年10月。
- 肯尼斯·S·亞柏拉罕, 阿爾伯特·C·泰特選編，許傳璽 石宏 等譯，侵權法重述—綱要，法律出版社，2006年8月。
- 法律出版社法規中心，中華人民共和國侵權責任法注釋全書，法律出版社，2015年1月。
- 孫森焱，民法債篇總論 上冊，作者自行出版，2014年10月。
- 陳聰富，醫療責任的形成與展開，國立台灣大學出版中心，2014年5月。
- 楊崇森，遨遊美國法 I：美國法之源流與民刑法之運作，華藝學術出版社，2014年4月。
- 曾淑瑜，醫療過失與因果關係（再版），翰蘆圖書出版，2007年10月

詹森林, 王文杰, 易繼明, 大陸現行民法制度及未來發展趨勢, 行政院大陸委員會, 2013 年 10 月。



劉文榕, 醫事法要義, 合記圖書出版社, 1999 年 11 月。

Vincent R. Johnson 著, 趙秀文等 譯, 美國侵權法, 中國人民大學出版社, 2004 年 5 月。

Vincent R. Johnson 著, 趙秀文, 楊智傑 譯, 英美侵權法, 五南圖書出版股份有限公司, 2006 年 9 月。

### 中文期刊 (依姓氏筆劃為序)

原田剛著 羅麗譯, 論“共同侵權行為規定”之解釋, 清華法學, 7 卷 3 期, 2013 年, 第 165 至 176 頁。

陳聰富, 共同侵權之責任分擔: 兼論最高法院 98 年台上字第 1790 號民事判決, 法令月刊, 64 卷 1 期, 2013 年 1 月, 第 1 至 24 頁。

楊秀儀, 法定急救義務? 強制締約義務? 醫師法第 21 條、醫療法第 43 條性質解析, 台灣本土法學雜誌, 49 期, 2003 年 8 月, 第 114 到 121 頁。

詹森林, 第三人之故意不法行為與因果關係之中斷—最高法院九年台上字第七七二號代客泊車案判決之研究, 台灣法學雜誌, 75 期, 2005 年 10 月, 第 211 到 216 頁。

蔡建興, 從過失共同侵權行為檢討醫療因果關係與損害賠償範圍, 全國律師, 19 卷 6 期, 2015 年 6 月, 第 55 至 75 頁。

### 學位論文 (依姓氏筆劃為序)

白雋永, 共同侵權制度研究, 中國社會科學院研究生院碩士學位論文, 2011 年 3 月。

李小芬, 醫療民事責任因果關係之研究, 國立臺灣大學法律學系碩士論文, 2008 年 7 月。

李貞瑩，醫療民事責任因果關係成立與舉證之研究，國立臺灣大學法律學系碩士論文，2009年7月。

施瑋婷，醫療事故之民事責任論，國立臺灣大學科際法律學研究所碩士論文，2010年1月。

陳致宇，共同侵權行為之研究，天主教輔仁大學財經法律學系碩士論文，2014年11月。

### 英文書目

American Law Institute, Restatement of the Law 2<sup>nd</sup>ed. Torts.

American Law Institute, Restatement of the Law 3<sup>rd</sup> ed. Torts.

Dobbs, Dan/ Hayden, Paul Torts and Compensation Personal Accountability and Social Responsibility for Injury, (5<sup>th</sup> ed. 2005) .

Edwards, Linda/ Edwards, Stanley/ Kirtley, Patricia Tort Law, (5<sup>th</sup> ed. 2012) .

Schwartz, Victor/ Kelly, Kathryn / Partlett, David Prosser Wade and Schwartz's torts cases and materials, (12<sup>th</sup> ed. 2010) .

### 英文期刊

Dotson, Chris Torts--Volz v. Ledes: The Tennessee Supreme Court Abolishes Joint and Several Liability in Medical Malpractice Cases Involving Multiple Tortfeasors Whose Separate Acts Cause Indivisible Injury, 26 U. Mem. L. Rev. 1555, (1996).

Torres, Victor Tegman v. Accident & Medical Investigations, Inc.: The Re-Modification of Modified Joint and Several Liability by Judicial Fiat, 29 SEATTLE U. L. REV. 729, (2006).