

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

民法第一百八十四條第二項侵權責任之研究

A Study on the Violation of Statutory Provisions

Intended for the Protection of Others



指導教授：詹森林 博士·陳忠五 博士

Advisor: Sheng-Lin Jan, Ph.D. · Chung-Wu Chen, Ph.D.

中華民國 98 年 8 月

August, 2009

國立臺灣大學  
法律學研究所

碩士論文

民法第一百八十四條第二項侵權責任之研究

顏佑紘

撰

98  
8

## 謝詞

當開始撰寫謝詞時，代表這四年的碩士生涯要告一段落了，這四年來，發生許多的點點滴滴，我想是我這輩子永遠都難以忘記的回憶。

而這本論文可以完成，當然首推詹森林教授及陳忠五教授兩位老師的辛勤指導。詹老師在論文撰寫過程中，不厭其煩的幫助我克服德文文獻閱讀上的困難，使我去年夏天特地去德國蒐集的文獻能夠真的派上用場；此外，對於我所提出的各種本文見解，細心的與我分析、討論，令我受益斐淺。陳老師更是在我論文撰寫的初期，就大綱部分提出諸多建議，在多次修改之下才終於開始動工的論文，因為已經有穩固的基礎，使我在之後的論文撰寫中，不致於在體系安排上面臨太多困難的抉擇；並且，陳老師時常主動關懷學生生活近況，尤其是最困擾的人生路途，多次和我討論，提供自身經驗供我參考。兩位老師嚴謹的治學態度，是我選擇在學術生涯繼續奮鬥的主要關鍵。

姚志明教授、陳聰富教授及吳從周教授三位老師願意撥冗擔任我的口試委員，令我倍感光榮。姚老師特定從高雄北上參加我的口試，學生非常感激，尤其是在口試時逐頁與我討論，學生因此有更多啟發。我大一的時候就修習陳老師所開設的民法總則課程，因此開啓學習法律的興趣，所以陳老師算是我在民法的啟蒙老師，而在研究所求學階段，多次修習陳老師所開設的課程，亦多有收穫，感謝陳老師一路來的教導。與吳老師在口試前，未曾有機會能夠和老師有所聯繫，但因為拜讀過吳老師的博士論文以及數篇學術論文後，對於吳老師甚為仰慕，因此冒昧寫信請吳老師擔任口試委員，吳老師不僅一口答應我的請求，甚且在口試過程中，除針對德文文獻的閱讀及引用外，尚對於本文的研究議題一一提出建言，使這本論文能夠更臻完善，謹於此對於吳老師表達我的謝意。

此外，還應特別感謝劉宗榮教授，劉老師在我面臨茫茫人生路途的抉擇時，與我餐敘、提供我意見，並且還鼓勵我報考博士班，幫我撰寫推薦信，我能夠下定決心繼續從事學術研究工作，受到劉老師的影響甚深，感謝劉老師對我的支持。

裕民學長是我就讀研究所時最重要的人，他對我而言亦師亦友，因為有他，我在研究所的生活才會如此多采多姿，也因為有他，在我沒有女友陪伴的每個節日，才不會覺得太過孤單，對於裕民學長的感謝，絕對不是隻字片語得以說盡，只能於此再度表示我對他的謝意。小瑜學姐可以說是一路上扶持我長大，從轉系考、在法律系中大大小小的考試，一直到準備研究所考試及國家考試，在不斷準備考試的艱辛生活中，她提供我非常多的照顧，陪我聊天、給我鼓勵，如果沒有小瑜學姐，我在法律的學習生涯絕對不會如此順遂。也感謝大中學長，在我研四這一年出借研究室座位給我，讓我可以安心從事學術研究，並且不吝提供其博士研究計畫讓我參考，我能夠順利考取博士班，學長的經驗分享是很大的關鍵。

研究室戰友奕超與牧珏，因為有他們兩位的陪伴，才不會讓研究室顯得太過於空蕩，我相信未來一年他們兩位在德國當交換學生，一定會是非常棒的體驗。法律系摯友宗穎與陽升，這一年的撰寫論文的日子，幸虧有他們，讓我在撰寫論文過程中所碰到許多問題，能夠有討論的對象，尤其是最後緊鑼密鼓趕工論文的日子，晚上合菜的饗宴，是最棒調劑。

摯友揚嶺、彥均、佑仲及小昭，感謝他們友情相挺，與我一起配合在帛琉上演求婚記，從事前禮物的挑選到過程的參與，他們給我很多的幫助，能夠娶得嬌妻，他們四位的幫忙功不可沒。

此外，最應感謝的是我的家人，要不是他們對我的包容，我不可能可以盡我所願的花四年時間就讀碩士班，從事我喜愛的工作。爺爺及奶奶從小呵護我，近年來因為年事已高，身體狀況大不如前，看在做孫子的眼中，實在非常心疼，我衷心盼望他們身體健康，長命千歲。爸爸及媽媽長久以來，對我不求回報地無私奉獻，雖然我因羞於啓齒，因此從未口頭表示心中對於他們的感謝，於此謹透過這本論文，誠摯地表達對他們的感激。大哥與大嫂六月剛喜獲千金，願可愛的小姪女子晴能夠平安順利長大。二哥迄今仍遊戲人間，祝福他事業順利，早日找到情感的歸宿。

最後，要感謝未婚妻巧羚，兩年多的日子，因為有妳的陪伴，也多虧有妳的諒解，我才能在感情、學業及工作中取得平衡。未來的日子我們將攜手度過，我們會一起前往德國留學，共組一個甜蜜美好的家庭，感謝妳對我的支持。



2009年夏 顏佑紘 謹誌

## 摘要

民法第一百八十四條第二項侵權責任之規範功能有五：一為侵權責任獨立類型；二為保護客體包括權利及利益；三為轉介條款；四為關於違法性之判斷；五為推定過失。

至於民法第一百八十四條第二項侵權責任之責任要件有二，一為民法第一百八十四條第二項之特別要件；一為侵權責任之共通要件，例如被害人的損害應具有正當性、行為人的行為應具有違法性、行為人主觀上係出於故意或過失，以及因果關係存在等。

而本文論述的重點係置於民法第一百八十四條第二項之特別要件，主要即係保護他人法律之判斷，就此則可分為保護他人法律之「法律」的認定，以及保護他人法律之「保護他人」的認定。就前者而言，應分別視各該規定的性質為何，以判斷其是否得成為法律規範，但是系爭規定的規範內容是否為強制或禁止規定，則非法律規範的要件。至於後者，則應分為保護目的之確定、人之範圍及物之範圍，三個層次以進行研究。除此之外，民法第一百八十四條第二項之侵權責任是否尚有不成文之要件存在，本文於結論上認為，若欲依民法第一百八十四條第二項請求損害賠償，必須別無侵權責任之損害賠償請求權存在，但是卻不應因被害人係利益受到侵害而特別限縮本條之適用，否則將使民法第一百八十四條第二項幾近沒有適用之必要，致使本條規定成為無意義之贅文。

**關鍵詞：**侵權責任、民法第一百八十四條第二項、保護他人之法律、法律規範、保護目的、人之範圍、物之範圍

## 簡目

第一章 緒論	1
第一節 研究動機	1
第一項 保護他人法律之「法律」的認定	1
第二項 保護他人法律之「保護他人」的認定	5
第二節 研究方法	9
第三節 研究架構	10
第二章 民法第一百八十四條第二項之規範功能	13
第一節 侵權責任獨立類型	13
第二節 保護客體包括權利及利益	15
第一項 以權利為保護客體：闡釋性功能	15
第二項 以利益為保護客體：擴大保護客體之功能	18
第三節 轉介條款	21
第四節 違法性之判斷	23
第一項 違法性之概念	23
第二項 違反保護他人法律與違法性之關係	28
第五節 推定過失	36
第一項 概說	36
第二項 推定過失之範圍	38
第三項 推定過失效力之檢討	44
第三章 民法第一百八十四條第二項之責任要件	49
第一節 民法第一百八十四條第二項之特別要件	51
第一項 保護他人法律之「法律」的認定	53
第二項 保護他人法律之「保護他人」的認定	217
第三項 不成文之要件	332
第二節 侵權責任之共通要件	370
第一項 損害的正當性	372
第二項 違法性	374
第三項 故意或過失	378
第四項 因果關係	383
第四章 結論	386
參考文獻	392

## 詳目

第一章 緒論	1
第一節 研究動機	1
第一項 保護他人法律之「法律」的認定	1
第二項 保護他人法律之「保護他人」的認定	5
第二節 研究方法	9
第三節 研究架構	10
第二章 民法第一百八十四條第二項之規範功能	13
第一節 侵權責任獨立類型	13
第二節 保護客體包括權利及利益	15
第一項 以權利為保護客體：闡釋性功能	15
第二項 以利益為保護客體：擴大保護客體之功能	18
第三節 轉介條款	21
第四節 違法性之判斷	23
第一項 違法性之概念	23
第一款 「違反行為義務」為違法性的認定標準	24
第二款 「違反法規範之客觀價值」為違法性的認定標準	26
第三款 應參酌多元因素綜合判斷始能確定違法性是否具備	26
第二項 違反保護他人法律與違法性之關係	28
第一款 違反保護他人法律即得推定行為具有違法性？	28
第二款 保護他人法律之違反是違法性是否具備的判準之一	30
第一目 規定之規範內容為強制或禁止規定並非保護他人法律之判斷要件	30
第二目 其他法領域的違法性並不得當然作為侵權責任法之違法性的認定標準	31
第三目 結論	33
第五節 推定過失	36
第一項 概說	36
第二項 推定過失之範圍	38
第一款 僅指「對於保護他人法律之違反」有過失	39
第二款 包括「對於侵害他人權益造成損害」有過失	41
第三款 結論	43
第三項 推定過失效力之檢討	44
第一款 學說見解	44
第二款 本文見解	46
第三章 民法第一百八十四條第二項之責任要件	49
第一節 民法第一百八十四條第二項之特別要件	51

第一項 保護他人法律之「法律」的認定 .....	53
第一款 「法律」之性質 .....	53
第一目 總論 .....	53
壹、德國法 .....	53
一、德國民法第八百二十三條第二項 .....	53
二、德國民法施行法第二條 .....	53
三、德國民法第八百二十三條第二項所稱之「法律」所能包括之範圍 .....	55
(一)「形式意義之法律」與「實質意義之法律」 .....	55
(二)「成文法」與「不成文法」 .....	56
(三)結論：應個別認定 .....	57
貳、我國法 .....	58
一、學說見解 .....	58
(一)未被重視的問題 .....	58
(二)未予重視之結果：觀察問題面向之不足 .....	59
二、實務見解 .....	61
(一)有意識的區辨 .....	62
(二)無意識的承認 .....	64
參、本文見解 .....	67
一、用語的選擇：「立法院通過而總統公布之法律」與「法律規範」 .....	67
(一)「成文法」(制定法)與「不成文法」(非制定法) .....	67
(二)「形式意義之法律」與「實質意義之法律」 .....	69
(三)「狹義之法律」與「廣義之法律」 .....	70
(四)「經立法院通過而總統公布之法律」與「法律規範」 .....	71
1、不採「成文法」與「不成文法」的用語 .....	71
(1)成文法與不成文法之區分標準尚有爭議 .....	71
(2)是否為成文法並非民法第一百八十四條第二項所稱之法律的判斷標準 .....	73
(3)借鏡及思考：研究不成文法之意義？ .....	73
2、不採「形式意義之法律」、「實質意義之法	

律」與「狹義之法律」、「廣義之法律」的 用語 .....	74
(1) 以「經立法院通過而總統公布之法律」 取代「形式意義之法律」與「狹義之法 律」 .....	74
(2) 以「法律規範」取代「實質意義之法律」 與「廣義之法律」 .....	76
二、「法律規範」範圍之決定 .....	80
(一) 並非任何規定均屬於法律規範之範圍 ...	80
1、民法第一百八十四條第二項之文義解釋 .....	80
2、避免架空侵權責任法之原則 .....	81
(1) 就侵權責任之類型而言 .....	81
(2) 就侵權責任之歸責原則而言 .....	83
(3) 就侵權責任之保護客體而言 .....	84
3、小結：法律規範的範圍應有適當之限制 .....	86
(二) 法律規範之必要條件：系爭規定性質上應 具有強制力 .....	87
1、責任之產生係因義務之違反 .....	87
2、規定的性質具有強制力的內涵：行為人依 系爭規定之性質負有遵守該規定之義務 .....	88
(三) 結論：應個別認定 .....	89
<b>第二目 憲法—以基本權的規定為核心</b> .....	92
壹、德國法 .....	92
一、肯定說 .....	92
二、折衷說 .....	92
貳、本文見解 .....	95
一、基本權對第三人效力理論 .....	96
二、憲法中關於基本權之規定不屬於法律規範的範圍 .....	99
<b>第三目 大法官會議解釋</b> .....	103
壹、德國法 .....	103
貳、我國法 .....	103
一、實務見解：有採肯定說 .....	103
二、本文見解：否定說 .....	104
(一) 大法官會議解釋之一般拘束效力 .....	104

	(二) 採取否定說之理由：基本權對第三人效力 理論之間接效力說 .....	105
<b>第四目</b>	<b>國際法</b> .....	110
	壹、實務見解：肯定說 .....	110
	貳、本文見解 .....	111
	一、條約屬於法律規範的範圍 .....	113
	(一) 條約對於人民發生效力之理論 .....	113
	(二) 結論 .....	115
	二、條約以外之其他國際法不屬於法律規範的範圍 .....	116
	三、判決評析 .....	118
	(一) 「法律規範」判斷對象之違誤 .....	118
	(二) 「行為人」判斷對象之違誤 .....	120
	(三) 訴訟期間過於冗長致侵害當事人之利益 .....	120
<b>第五目</b>	<b>經立法院通過而總統公布之法律</b> .....	122
	壹、德國法 .....	122
	貳、我國法 .....	123
<b>第六目</b>	<b>自治條例</b> .....	125
	壹、德國法 .....	125
	貳、我國法 .....	126
	一、學說與實務見解：肯定說 .....	127
	二、本文見解：肯定說 .....	127
	三、採肯定說所面臨之問題 .....	128
<b>第七目</b>	<b>行政命令</b> .....	131
	壹、行政命令概說 .....	131
	貳、行政命令均屬於法律規範之範圍？ .....	133
	一、德國法：有採肯定說 .....	133
	二、我國法 .....	134
	(一) 學說見解：似採肯定說 .....	134
	(二) 實務見解：否定說 .....	135
	參、法規命令 .....	137
	一、法規命令概說 .....	137
	二、法規命令屬於法律規範之範圍 .....	140
	(一) 德國法：肯定說 .....	140
	(二) 我國法 .....	141
	1、實務見解 .....	141
	(1) 肯定說 .....	141

(2) 否定說 .....	147
2、本文見解 .....	149
(1) 肯定說之採取 .....	149
(2) 基於經授權而制定之法規命令再制定之 行政命令 .....	150
肆、法規命令以外之行政命令 .....	152
一、行政規則 .....	153
(一) 行政規則概說 .....	153
(二) 行政規則屬於法律規範之範圍? .....	155
1、德國法 .....	155
(1) 肯定說 .....	155
(2) 否定說 .....	155
2、我國法 .....	156
(1) 實務見解：肯定說 .....	156
(2) 本文見解：否定說 .....	157
二、職權命令 .....	160
(一) 職權命令概說 .....	160
(二) 職權命令屬於法律規範之範圍? .....	161
1、實務見解 .....	161
(1) 肯定說 .....	161
(2) 否定說 .....	166
2、本文見解 .....	169
<b>第八目 習慣法</b> .....	173
壹、德國法 .....	173
貳、我國法 .....	174
<b>第九目 契約義務</b> .....	176
壹、實務見解 .....	176
一、第三人違反他人所簽訂之契約致契約當事人受有 損害 .....	176
二、契約當事人違反契約義務致第三人受有損害 ..	178
貳、本文見解 .....	180
一、契約當事人違反契約義務致他方當事人受有損害 .....	181
(一) 侵權責任與契約責任之競合關係 .....	181
1、法條競合說 .....	182
2、請求權競合說 .....	182
(1) 請求權競合之自由競合說 .....	182
(2) 請求權競合之相互影響說 .....	183

3、請求權規範競合說 .....	183
4、小結：應採請求權競合之相互影響說 .....	183
(二) 契約義務屬於法律規範之範圍 .....	184
1、契約當事人對他方當事人負有義務遵守契約義務 .....	184
2、契約責任具有排他而專屬職掌之領域？ .....	187
(1) 民法第一百八十四條第一項前段之侵權責任的範圍擴張 .....	189
(2) 民法第一百八十四條第一項後段之侵權責任範圍的擴張 .....	190
(3) 民法第一百八十四條第二項之侵權責任範圍的擴張 .....	192
3、承認契約義務屬於法律規範的範圍破壞契約責任之規範架構？ .....	194
(1) 主觀要件之舉證責任相同 .....	195
(2) 保護客體相同 .....	195
(3) 時效期間長短不同 .....	196
二、其他情形 .....	197
(一) 契約義務是否屬於法律規範之範圍？ ..	197
1、「第三人」違反他人所簽訂之契約致「契約當事人」受有損害 .....	198
2、「契約當事人」違反契約義務致「第三人」受有損害 .....	198
(1) 應以否定說為原則 .....	198
(2) 例外應採肯定說之情形 .....	199
(二) 判決評析 .....	200
<b>第二款 須規範內容為強制或禁止規定之「法律」？ .....</b>	<b>204</b>
<b>第一目 德國法 .....</b>	<b>204</b>
壹、肯定說 .....	204
貳、否定說 .....	206
<b>第二目 我國法 .....</b>	<b>208</b>
壹、學說見解：肯定說 .....	208
貳、實務見解：似採肯定說 .....	208
<b>第三目 我國法 .....</b>	<b>211</b>
壹、判斷是否為法律規範的意義：排除不適宜成為保護他人法律的規定 .....	211
貳、規定的規範內容是否為強制或禁止規定的意義：判斷 .....	

違法性是否具備的標準之一 .....	214
<b>第二項 保護他人法律之「保護他人」的認定</b> .....	217
<b>第一款 保護目的之確定</b> .....	218
<b>第一目 德國法</b> .....	218
壹、保護目的概說 .....	218
貳、判斷標準的提出 .....	219
一、學說見解 .....	219
(一) <i>Robert Knöpfle</i> .....	221
(二) <i>Burkhard Schmiedel</i> .....	224
二、實務見解 .....	231
<b>第二目 我國法</b> .....	235
壹、學說見解 .....	235
一、保護目的概說 .....	235
二、判斷標準的提出 .....	236
貳、實務見解 .....	240
一、保護目的概說 .....	241
(一) 早期見解：不知從何得出之定義 .....	241
(二) 過渡時期見解：受學說及早期見解影響 .....	241
(三) 近期見解：全面改採學說見解 .....	243
二、不附理由的最高法院 .....	244
(一) 現象觀察 .....	245
(二) 大部分之判決結論仍值贊同 .....	246
(三) 僅有少部分判決應再為斟酌 .....	252
1、民法中關於占有之規定「自」屬以保護他人為目的？ .....	253
2、支票存款戶處理辦法第四條第一項前段、第二項、第三項、第十四條及姓名條例第一條、第四條規定，「固」屬以保護他人為目的？ .....	254
(四) 小結 .....	255
三、判斷標準的提出 .....	256
(一) 文義解釋 .....	256
(二) 歷史解釋 .....	266
(三) 體系解釋 .....	271
(四) 本文評析 .....	273
1、文義解釋並非絕對可靠 .....	273
2、運用歷史解釋作為判斷標準時之過於狹隘 .....	

	與過於廣泛 .....	274
	3、最高法院於論述時理由構成之不當 ....	276
<b>第三目</b>	<b>本文見解</b> .....	278
	壹、是否以保護他人為目的之判斷對象：特定規定 .....	278
	貳、保護目的之判斷標準 .....	279
	一、大法官釋字第四六九號解釋：可茲運用之判斷標準的提出？ .....	279
	(一) 大法官釋字第四六九號解釋 .....	279
	(二) 保護規範理論 .....	280
	(三) 實務見解就保護規範理論之運作 .....	282
	(四) 功虧一簣的大法官釋字第四六九號解釋 .....	284
	二、既有判斷標準之檢討 .....	287
	三、判斷標準之間的關係：綜合判斷而無優劣順位 .....	288
	參、結論 .....	289
<b>第二款</b>	<b>人之範圍</b> .....	295
	<b>第一目</b> <b>概念內涵</b> .....	295
	<b>第二目</b> <b>最高法院判決研究</b> .....	297
	壹、最高法院九十六年度台上字第一八九一號判決 .....	299
	一、實務見解 .....	299
	二、判決評析 .....	300
	(一) 解釋函令並非屬於法律規範之範圍 .....	300
	(二) 系爭解釋函令所欲保護之人之範圍？ ..	301
	貳、最高法院九十六年度台上字第二九六號判決 .....	301
	一、實務見解 .....	302
	二、判決評析 .....	303
	(一) 農會法第二十六條 .....	303
	(二) 農會人事管理辦法第十二條 .....	304
	(三) 臺灣省農會辦理各級農會聘任職員統一考試作業要點第八點 .....	305
	(四) 臺灣省各級農會第十三次新進及升等人員統一考試簡則第二點第二款第一目第四小項 .....	307
	1、系爭規定為保護他人法律之「法律」	308
	2、系爭規定為保護他人法律之「保護他人」 .....	308
	3、契約責任與侵權責任之交錯 .....	310

<b>第三款 物之範圍</b> .....	312
<b>第一目 概念內涵</b> .....	312
<b>第二目 最高法院判決研究</b> .....	314
壹、否定說 .....	315
一、建築物應有價值之財產損害的賠償係契約責任排 他而專屬職掌之領域 .....	315
二、建築物應有價值之財產損害為純粹經濟上損失 .....	316
三、歷史解釋 .....	318
貳、肯定說 .....	319
一、要求建造者遵循建築技術成規施作工程合於社會 生活之根本原理 .....	319
二、建築物為高價值之不動產故應予特別保護 .....	319
三、文義解釋 .....	320
參、本文見解：肯定說 .....	320
一、契約責任有排他而專屬職掌之領域？ .....	320
二、因被害人僅係受有純粹經濟上損失而特別限縮本 條之適用範圍？ .....	323
（一）商品自傷必然為純粹經濟上損失？ .....	323
（二）採肯定說亦不致於使侵權責任過於氾濫 .....	325
三、採取肯定說之實質理由 .....	328
<b>第三項 不成文之要件</b> .....	332
<b>第一款 別無侵權責任之損害賠償請求權存在</b> .....	332
<b>第一目 否定說</b> .....	333
壹、學說見解 .....	333
一、自法律經濟分析而論 .....	333
二、規範目的確定之過於困難 .....	334
貳、實務見解 .....	334
<b>第二目 肯定說</b> .....	339
壹、避免造成體系的破壞 .....	339
貳、基於轉介條款適用上之必要性 .....	341
<b>第三目 本文見解：肯定說</b> .....	342
壹、自實際效用而言 .....	342
貳、避免架空既有之侵權責任的特殊規範設計 .....	344
一、主觀要件之特殊規範設計 .....	344
（一）證券交易法第二十條第一項及第三項 ..	345
（二）專利法第八十四條第一項 .....	347

二、國家侵權責任 .....	349
(一)「行為人」判斷對象之違誤 .....	350
(二) 架空國賠法的特殊規範設計 .....	351
1、架空國賠法關於主觀要件之特殊規範設計？ .....	351
2、架空國賠法關於賠償方法之特殊規範設計 .....	354
3、架空國賠法關於消滅時效之特殊規範設計 .....	356
4、架空國賠法關於協議先行主義之特殊規範設計 .....	357
第二款 因係利益之侵害而限縮本條的適用？ .....	360
第一目 肯定說 .....	360
壹、避免侵權責任過於氾濫 .....	360
貳、基於民法第一百八十四條之體系解釋 .....	362
第二目 本文見解：否定說 .....	364
壹、限制對於利益侵害時之損害賠償的目的：避免侵權責任過於氾濫 .....	364
貳、民法第一百八十四條第二項之侵權責任的要件已合理地限制責任範圍 .....	365
一、民法第一百八十四條第二項之特別要件 .....	366
二、侵權責任之共通要件 .....	367
第二節 侵權責任之共通要件 .....	370
第一項 損害的正當性 .....	372
第二項 違法性 .....	374
第三項 故意或過失 .....	378
第四項 因果關係 .....	383
第四章 結論 .....	386
參考文獻 .....	392

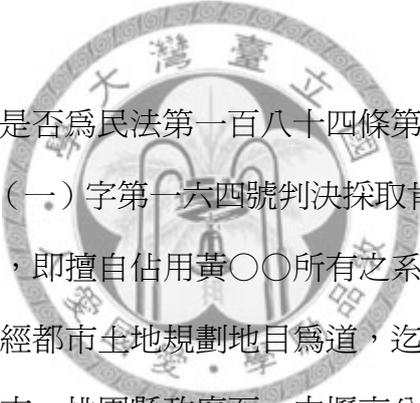
# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機

### 第一項 保護他人法律之「法律」的認定

#### 壹、值得思考之案例

##### 一、「大法官會議解釋」



「大法官會議解釋」是否為民法第一百八十四條第二項所稱之法律？臺灣高等法院八十四年度重上更（一）字第一六四號判決採取肯定見解，其表示<sup>1</sup>：「中壢市公所未經黃○○之允准，即擅自佔用黃○○所有之系爭土地，並開闢為道路供公眾通行之用，系爭土地經都市土地規劃地目為道，迄未依規定辦理徵收補償費之事實，有土地登記簿謄本、桃園縣政府函、中壢市公所函等影本在卷可稽，且為兩造所不爭，堪信為真正。中壢市公所之行為違反土地法第二百三十一條前段、都市計畫法第四十八條、**司法院大法官會議釋字第四〇〇號解釋等保護他人之法律**，已違法侵害黃○○所有之系爭土地之權利。」

##### 二、「解釋函令」

---

<sup>1</sup> 應說明者係，本案高等法院之判決雖為最高法院所廢棄發回，惟查最高法院八十七年度台上字第一八四二號判決之所以廢棄原判決，其所持理由有三：1、依大法官釋字第四〇〇號解釋，公用地役關係之成立有其要件，惟「本件原審未詳細調查審認系爭土地是否已符合上開公用地役關係成立之要件而成立公用地役關係，遽為不利於中壢市公所之判決，已有未合」；2、本案原告並未為將來給付之請求，然高等法院卻就此當事人未聲明之事項為判決；3、高等法院對於消滅時效完成時點之認定有誤。自此以觀，似得認為最高法院亦肯認大法官釋字第四〇〇號解釋係屬民第一百八十四條第二項所稱之法律，僅係本案系爭土地是否已符合公用地役關係之成立要件尚有疑義而已。

「解釋函令」是否為民法第一百八十四條第二項所稱之法律？最高法院九十六年度台上字第一八九一號判決採取肯定見解，其表示：「查財政部九十一年八月六日台財融(六)字第○九一六○○○二三一號函令，…依該函令整體觀之，乃財政部本於行政指導權責對金融業者所發布之行政命令，其主要目的乃作為金融機關處理存戶辦理開立帳戶之指導，其間接目的亦在保護存戶之權益，該函令應屬民法第一百八十四條第二項所謂之保護他人之法律。」

### 三、「法規命令」

「法規命令」是否為民法第一百八十四條第二項所稱之法律？實務見解有採肯定說者，例如最高法院九十六年度台上字第二三〇一號判決表示：「民法第一百八十四條第二項所謂違反保護他人之法律者，係指以保護他人為目的之法律，亦即一般為防止妨害他人權益或禁止侵害他人權益之法律或授權命令而言。經查修正前證交法第十八條第一項規定…而行政院依修正前證交法第十八條第二項規定之授權所修正公布之證券管理規則第二十七條第一項規定：…，同條第二項規定：…，及第二十八條第一項規定：…等行為之行政命令，亦具有保護投資者個人權益之內容，自均屬民法第一百八十四條第二項所規定『保護他人法律』之範疇。」

惟亦有採取否定說者，例如最高法院九十一年度台上字第一三四九號判決表示：「次按民法第一百八十四條第二項所定侵權行為之損害賠償責任，以行為人違反保護他人之法律，致生損害於他人者為要件。而中央銀行管理票據交換業務辦法其性質似僅係中央銀行本其法定職掌所訂定之命令，尚難逕認等同於法律，原審徒以合庫圓山支庫就受款人已遭重複描繪，改寫之系爭支票，疏未依上揭辦法

第三十一條第一項等規定，予以退票，反予付款，即應依民法第一百八十四條第二項規定負過失損害賠償責任，遽爾判決，而未說明何以合庫圓山支庫違反上揭辦法即屬違反保護他人為目的之『法律』之依據，自有判決不備理由之違法。」

查「中央銀行管理票據交換業務辦法」係依據中央銀行法第三十二條所授權制定，性質上係屬法規命令無疑，惟本案中，最高法院卻認為系爭辦法並非民法第一百八十四條第二項所稱之法律。

#### 四、「職權命令」

「職權命令」是否為民法第一百八十四條第二項所稱之法律？以「支票存款戶處理辦法」為例，因系爭辦法並非經法律之授權制定而對外發布，性質上係屬職權命令。至於系爭辦法即職權命令是否為民法第一百八十四條第二項所稱之法律則係最具爭議之問題。

最高法院八十九年度台上字第一六三五號判決採取肯定見解，其表示：「按支票存款戶處理辦法（下稱處理辦法）第四條第一項前段、第二項、第三項、第十四條及姓名條例第一條、第四條規定，固均為以保護個人權益為目的之法規，應屬民法第一百八十四條第二項所指之保護他人之法律。」

惟最高法院九十四年度台上字第一九二七號判決卻採取否定見解，其表示：「至『支票存款戶處理辦法』（已於九十二年三月四日廢止），為財政部所發布以行政指導為目的之行政命令，…非屬民法第一百八十四條第二項所謂保護他人之法律，縱有違反仍不因此構成侵權行為。」

## 貳、問題提出

自前揭案例得以發現，規定之性質頗為複雜，因此是否各種規定均得成爲民法第一百八十四條第二項所稱之法律即值懷疑。然而就目前我國關於民法第一百八十四條第二項之研究以觀，就此部分之討論完全付之闕如，是否代表其實因爲各種規定均一律得以成爲本條所稱之法律，因此並無研究之必要？在此問題意識之下，本文第一個研究課題即在於，是否任何規定均得以成爲本條所稱之法律？

又自前揭判決得以知悉，至少最高法院目前已經有意識地認爲某些規定，依其性質並不適宜成爲本條所稱之法律，惟其理由構成爲何？是否妥適？更重要者係，倘若認爲並非任何規定均得以成爲本條所稱之法律，則是否可以歸納演繹出明確之判斷標準？又或者縱然沒有明確之判斷標準，得以清楚地區分何種規定得以成爲本條所稱之法律，何者則否。但是是否應該認爲欲成爲本條所稱之法律，有其共通之要件？若然，則該共通要件爲何？並且要求該要件具備後，某一規定始得成爲本條所稱之法律的理由爲何？凡此均爲本文主要之研究課題。

在前揭問題意識下，本文首先研究民法第一百八十四條第二項所稱之法律，其範圍如何？因本文結論上認爲並非任何規定均得成爲本條所稱之法律，因此即有必要研究，究竟欲成爲本條所稱之法律，其必要條件爲何？以及要求此一條件之理論依據爲何？

然而正是因爲在是否係屬本條所稱之法律的判斷上，並不存在一個明確之判斷標準，亦即並非得以透過單一之判斷標準的檢驗後，即得確定某一規定是否屬於本條所稱之法律，反而必須是在考量各該規定之特性後才能最終確定。因此本文分別研究「**憲法—以基本權之規定為核心**」、「**大法官會議解釋**」、「**國際法**」、「**經**

立法院通過而總統公布之法律」、「自治條例」、「行政命令」、「法規命令」、「行政規則」、「職權命令」、「習慣法」及「契約義務」是否屬於本條所稱之法律。至於本文研究對象之選擇，有兩個參考之因素。其中之一是，若為國內外學說主要爭執或討論者，本文予以研究之；第二個參考因素係以我國實務見解已經表示過意見者，採擇作為研究對象。其中本文認為以後者更為重要，蓋既然實務見解已經表示意見，代表此乃係在我國法下既存之問題，因此更有必要予以研究，究竟實務見解是否妥適，使學術研究能與實務發展相結合而相輔相成。

## 第二項 保護他人法律之「保護他人」的認定

關於保護他人法律之「保護他人」的認定，其研究核心首先應在於，**某一規定是否係以保護他人為目的**。然而看似簡單之說明，事實上問題重重。蓋例如所謂以保護他人為目的到底應該如何解釋？最高法院四十六年度台上字第四九一號判決曾謂：「民法第一百八十四條第二項所謂保護他人之法律，係指**違反預防損害發生之法律**而言。」而最高法院七十七年度台上字第一五八二號判決卻認為：「民法第一百八十四條第二項所謂保護他人之法律，係指**保護他人為目的之法律**，亦即**一般防止危害他人權益或禁止侵害他人權益之法律**。」但是某一規定是否係以保護他人為目的，與「預防損害發生」或「防止危害他人權益或禁止侵害他人權益」之關係為何？仍有待說明。

因此在對於最高法院之見解仍值存疑的情形下，即有待學說予以澄清，究竟某一規定是否係以保護他人為目的的意義為何？是否限於該規定係專以保護他人為目的？又或者應認為僅須該規定除保護一般公益外，並重地或附帶地保護個人權益時，系爭規定仍係以保護他人為目的？或者可否認為一般公益是由個人權益所構成，因此當某一規定以保護公益為目的時，即代表系爭規定至少附帶地以保

護個人為權益？

而更進一步地問題係，當學說與實務見解就何謂以保護他人為目的，已經意見趨於一致時。詳言之，即所謂以保護他人為目的，係指**任何以保護個人或特定範圍之人為目的之規定**，因此如係專以保護一般公益為目的之規定則不包括在內，並且所謂以保護他人為目的，**包括直接或間接以保護個人之權利或利益為目的之規定**，又雖非直接以保護他人為目的，而係藉由行政措施以保障他人之權利或利益不受侵害者，亦屬之。

但究竟應如何確定某一規定是否係以保護個人或特定人為其目的？亦即保護目的確定之方法為何？因為保護目的確定之方法，才是最終判斷某一規定是否係以保護他人為目的之準據，因此此一問題之研究其實更為重要。本文於此則欲先參考德國學說就德國民法第八百二十三條第二項所提出之保護目的確定之方法，並且與目前我國學說所提出之判斷標準相比較，觀察其是否有所不同，其理由為何？並且研究思考是否可以借鏡外國研究之成果，作為我國保護目的確定之參考。

又雖然向來學說關於民法第一百八十四條第二項之研究，均會與實務見解相結合，亦即均會檢視實務見解就某一規定是否以保護他人為目的之判斷結果是否妥適。此一研究固然重要，然而本文希冀從另一個面向出發，亦即**並非關注實務見解就個別規定的保護目的之確定結論上是否正確**，而是廣泛地以最高法院之見解為研究對象，分析歸納向來最高法院於確定保護目的時，**是否有一定的判斷標準**？若係不附理由地肯認某一規定係以保護他人為目的，是否已經造成保護他人法律認定的氾濫？

此外，本文再以德國及我國學說所提出之判斷標準，與分析最高法院之見解

後所得出之判斷標準相比較，檢視最高法院判斷標準的提出與運用，是否妥適？包括是否太仰賴某一判斷標準？以及對某一判斷標準之運用是否過於狹隘？或者過於廣泛？除此之外，本文也試圖評析，在個別規定之保護目的的檢討上，最高法院所持之理由是否仍值商榷，而應予改進。

至於保護他人法律之「保護他人」的認定，除某一規定是否係以保護他人為目的乃係研究之重心外，關於**人之範圍**亦係研究的重點，亦即究竟被害人是否屬於系爭規定所欲保護之人之範圍？

例如臺灣臺南地方法院九十四年度訴字第二八七號判決，及臺灣高等法院臺南分院九十五年度上字第二〇四號判決俱認為，就財政部九十一年八月六日台財融（六）字第〇九一六〇〇〇二三一號函整體觀之，乃財政部本於行政指導權責，對金融業者所發布之行政命令，其主要目的，乃作為金融機關處存戶辦理開立帳戶之指導，其間接目的亦在保護存戶之權益，此觀該函主旨末句「以維存戶權益」即明。因此該函令係屬保護他人之法律，而其保護之對象，則屬在金融機構開立存摺帳戶之個人，本件上訴人並非存戶，自非屬本函令所保護之對象，自無民法第一百八十四條第二項前段規定之適用。

惟最高法院九十六年度台上字第一八九一號判決則認為：「該函旨在保護與金融機構往來之全體客戶之財產權益，並非狹隘地僅在保護在金融機關開立帳戶之個人，原審認依該函整體觀之，該函保護之對象僅為在金融機構開立存摺帳戶之個人，上訴人並非存戶，不屬該函保護對象，因而為上訴人敗訴之判決，已有可議。」自本案即可看出，人之範圍的決定往往並非易事，果如此，則該如何予以判斷之，始屬妥適？

最後，保護他人法律之「保護他人」的認定，除某一規定是否係以保護他人為目的及人之範圍係研究之重心外，關於**物之範圍**亦係研究的重點，亦即被害人所欲請求賠償者，是否為系爭規定所欲保護之權益？

而物之範圍目前最具爭議之問題在於，當行為人違反建築建築物之相關規定，致建築物有瑕疵時，**該建築物應有價值之財產損害、該建築物因倒塌致人死傷所致之損害，或因此所致之財產權之侵害等**，是否係系爭規定所欲保護之物之範圍？



## 第二節 研究方法

本文之研究方法主要係以我國學說及實務見解為對象，啟發問題意識，並在確定爭點所在後，參考學說見解，透過反覆辯證的過程，以釐清究竟係以何者理論較為妥適而屬可採。並且在辯證研究之過程中，相關聯之各級法院見解亦成為本文評析之對象，或是以之成為支持本文見解之論據；或是本文支持其結論而補足實務見解中理由構成之不足；抑或是予以檢討而認為應予改正。

並且本文另一重要特色為，除了將我國學說見解予以整理並分析外，更因體認學術研究不能與實務發展脫勾。因此在某些議題，雖係發生於實際個案中，但我國學說卻尚未意識或尚未能夠予以研究者，本文特別予以重視。蓋既然系爭問題已為實務見解表示意見，可見已屬我國法下既存之問題，縱然學說之研究尚未及此，並且本文見解並不成熟，但筆者仍認為本文責無旁貸應就此問題予以研究說明。

而就特定議題，無論我國學說是否已經論及，本文均係以德國法為主，英美法為輔，而作比較法之研究。但是本文應強調者係，本文均係在有問題意識，並且確定系爭問題值得研究之前提下，尋求外國法的研究成果，或是與我國既存的研究相比較，以確定目前之發展或解釋方向是否妥適；或是在我國法尚未及研究之部分，尋求外國法的啟發。並且在參酌外國法之研究成果後，均進一步地反省思考，該外國法的理論或解釋方法，是否適合於我國法之需要，或切合於本土法制。而非單純地對於個別爭議問題引進外國法的說明，而成為新的理論，或是直接以外國法之研究成果作為在我國法下適用的解釋依據。

### 第三節 研究架構

本文先於第二章提出民法第一百八十四條第二項之侵權責任的規範功能，亦即「**侵權責任獨立類型**」、「**保護客體包括權利及利益**」、「**轉介條款**」、「**違法性之判斷**」及「**推定過失**」，並於本章第一節至第五節分別介紹其概念內涵及相關學說爭議。

復於第三章提出民法第一百八十四條第二項之侵權責任的責任要件。而因為若欲課予行為人民法第一百八十四條第二項之侵權責任，除應該當本條所定之特別要件外，尚應具備侵權責任之共通要件始可，因此本文在第三章中，分別研究「**民法第一百八十四條第二項之特別要件**」及「**侵權責任之共通要件**」，並於本章第一節及第二節論之。

至於民法第一百八十四條第二項之侵權責任的特別要件，依本條文義，應有保護他人法律之違反。而對於此一特別要件之判斷，則應將之區分為「保護他人法律之『**法律**』」及「保護他人法律之『**保護他人**』」兩部分以論證之。蓋並非所有規範目的係為保護他人之規定，均得成為本條所稱之法律；亦非所有本條所稱之法律，其規範目的均係為保護他人。亦此若行為人所違反之規定，雖然係以保護他人為目的，但系爭規定卻非本條所稱之法律，則行為人無庸依本條之規定負責；同樣地，若行為人所違反之規定，雖然係本條所稱之法律，但卻非以保護他人為目的，則行為人亦無庸依本條之規定負責。因此本文認為在民法第一百八十四條第二項之侵權責任的特別要件，應分為「**保護他人法律之『法律』**」及「**保護他人法律之『保護他人』**」以論證之，並於本節第一項及第二項加以研究。

而關於保護他人法律之「**法律**」的認定，則有兩者問題應予研究，一為何種

性質的規定始屬於民法第一百八十四條第二項所稱之法律？二為是否限於規範內容為強制或禁止規定之「法律」，始得成為民法第一百八十四條第二項所稱之法律？基此，本文再將之區分為「『法律』之性質」及「須規範內容為強制或禁止規定之『法律』？」並於本項第一款及第二款中論之。

在「法律」之性質的研究，應先予確定者係，是否不論規定之性質為何，均一律得成為本條所稱之法律？若非如此，是否有明確地判斷標準以區分何者規定屬於本條所稱之法律，何者則否？凡此均為本款第一目「**總論**」之論述內容。

但因本文結論上認為，固然一個規定欲成為本條所稱之法律有其必要條件，但卻不存在一個明確的區分標準，反而是必須考量民法第一百八十四條第二項之規定、侵權責任之體系架構，甚至是考量整個民事責任之體系架構後始能決定之。亦即應就各該規定之性質，分別檢討判斷，始得確定系爭規定得否成為本條所稱之法律。因此本文以學說見解紛歧者及實務在個案中時常面臨判斷困難者，為選擇的標準，以「**憲法—以基本權之規定為核心**」、「**大法官會議解釋**」、「**國際法**」、「**經立法院通過而總統公布之法律**」、「**自治條例**」、「**行政命令**」、「**習慣法**」及「**契約義務**」作為研究對象，分別於第二目至第九目中論之。

而關於保護他人法律之「保護他人」的認定，則有三者問題應予研究，亦即某一規定是否係以保護他人為目的（保護目的之確定）；二、被害人是否屬於系爭規定所欲保護之人之範圍（人之範圍）；三、該被害人所欲請求賠償者，是否為系爭規定所欲保護之權益（物之範圍）。因此本文再將之區分為「**保護目的之確定**」、「**人之範圍**」及「**物之範圍**」，並於本項第一款至第三款論之。

並且，關於民法第一百八十四條第二項之侵權責任的特別要件，除應有保護

他人法律之違反外，是否尚存在不成文之要件？本節第三項「**不成文之要件**」的研究重心即在此。而觀諸學說及實務見解，最常被論及的不成文要件為「**別無侵權責任之損害賠償請求權存在**」及「**因係利益之侵害而限縮本條的適用？**」此即為本項第一款及第二款的研究內容。

最後，本文於第四章提出「**結論**」，嘗試總結本文之研究成果。



## 第二章 民法第一百八十四條第二項之規範功能

### 第一節 侵權責任獨立類型

現行民法第一百八十四條第二項規定：「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」惟修正前民法第一百八十四條第二項係規定<sup>2</sup>：「違反保護他人之法律者，推定其有過失。」故本條規定於修正前究竟僅係單純舉證責任之倒置，亦或屬侵權責任之獨立類型，學說與實務見解意見相當分歧，有採**單純舉證責任倒置說**<sup>3</sup>；亦有採**侵權責任獨立類型說**<sup>4</sup>。

惟民法第一百八十四條之修正理由明白表示：「現行條文第二項究為舉證責任之規定，抑為獨立之侵權行為類型？尚有爭議，**為明確計，爰將其修正為獨立之**

<sup>2</sup> 民法債編之規定於民國八十八年時大幅修正，而債編施行法第三十六條第二項規定，除民法第一百六十六條之一之規定外，該次債編所修正之規定自民國八十九年五月五日施行。

<sup>3</sup> 學說見解，請參閱胡長清，中國民法債編總論，1948年八版，頁152；王伯琦，民法債篇總論，1956年11月初版，頁75；耿雲卿，侵權行為研究，1972年12月初版，頁13-14；溫汶科，一般侵權行為成立要件之檢討，法學叢刊，第110期，1983年4月，頁29；邱聰智，民法侵權行為修正草案基本問題之探討（中），法學叢刊，第118期，1985年4月，頁90；鄭健才，債法通則，1985年9月，頁105；蘇永欽，侵害占有的侵權責任，收錄於氏著，民法經濟法論文集，1988年，頁155；史尚寬，債法總論，1990年8月，頁107；邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003年1月修訂一版，頁181。實務見解，請參閱最高法院六十六年度台上字第一〇一五號判例；最高法院六十九年度台上字第二九二七號判決；最高法院七十年台抗字第四〇六號判例；最高法院七十年台字第六六七號判決；最高法院七十二年度台上字第三八二三號判決；最高法院七十七年度台上字第八三九號判決；最高法院七十九年度台上字第一七五九號判決；最高法院八十年度台上字第二七四一號判決；最高法院八十二年度台上字第一五三〇號判決；最高法院八十三年度台上字第二九四四號判決；最高法院八十五年台字第一三九號判決。

<sup>4</sup> 學說見解，請參閱梅仲協，民法要義，1954年3月臺新初版，頁141；鄭玉波，民法債編總論，1962年6月初版，頁163；戴修瓚，民法債編總論，1964年10月，頁152；朱柏松，現代侵權行為救濟制度之研究—以多氯聯苯事件為中心之商品製作人責任之探討（上）—台大法學論叢，第11卷第1期，1981年12月，頁184-185；馬維麟，民法債編註釋書（一），1995年10月初版，第一八四條，邊碼148；；王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任—民法第一八四條第二項規範功能之研究—，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996年10月，頁188-196；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005年1月，頁342-344；郭冠甫，民法系列—侵權行為，2006年8月，頁87。實務見解，請參閱最高法院七十一年台上字第三七四八號判決；最高法院八十八年台上字第一四二四號判決；最高法院九十五年台字第六三七號判決。

侵權行為類型，凡違反保護他人之法律，致生損害於他人者，即應負賠償責任。」從而民法第一百八十四條第二項於修法後，乃係侵權責任之獨立類型，殆無疑義。

惟應注意者係，向來認為承認民法第一百八十四條第二項之規定係屬一侵權責任之獨立類型，其中一個重要功能即在於，得將侵權責任之保護客體擴大及於利益。然而近來有學者提倡平等保護說，亦即認為民法第一百八十四條第一項前段之保護客體同時包括權利及利益<sup>5</sup>。因此氏之看法認為，民法第一百八十四條第一項前段之保護客體大幅擴張的結果，同條第二項之規定是否為一侵權責任的獨立類型，此等問題相對而言並不重要。並且因民法第一百八十四條第一項前段之規定保護客體大幅擴張的結果，第二項之規定的規範地位將從獨立規定轉換為輔助規定<sup>6</sup>。此一見解，在承認民法第一百八十四條第一項前段之規定，應採平等保護說的前提下，殊值參考。



<sup>5</sup> 較為詳盡的介紹及說明，請參見第三章、第一節、第一項、第一款、第一目、參、二、(一)、2、(3)：就侵權責任之保護客體而言。

<sup>6</sup> 陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁232。

## 第二節 保護客體包括權利及利益

### 第一項 以權利為保護客體：闡釋性功能

民法第一百八十四條第二項之侵權責任的保護客體固然包括「權利」，然而因權利亦係同條第一項前段所欲保護者，因此民法第一百八十四條第二項之規定於此僅具有「闡釋性功能」。而此一問題於德國民法第八百二十三條第二項亦同時存在，蓋德國學者認為，德國民法第八百二十三條第一項之規定本即係以保護權利為其目的，故德國學者認為，第二項之規定在保護權利的面向上僅具有「解釋清楚的功能」(Verdeutlichungsfunktion)及「準確闡明的功能」(Präzisierungsfunktion)<sup>7</sup>。

而所謂闡釋性功能，例如因為刑法第二百七十七條之傷害罪係屬保護他人之法律，故當加害人違反本條之規定致他人受有損害時，被害人得依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償。然而被害人得就其身體權或健康權的侵害請求損害賠償，此一結果亦毫無疑問地可從民法第一百八十四條第一項前段之規定中得出<sup>8</sup>。在此前提下，德國學者有認為德國民法第八百二十三條第二項之規定，幾乎不具有任何實際的意義<sup>9</sup>。

<sup>7</sup> Canaris, Schutzgesetz-Verkehrspflichten-Schutzpflichten, in: Festschrift für Karl Larenz zum 80.

Geburtstag, 1983, S. 48; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Aufl., 1994, S. 431; MünchKomm-Wagner, § 823, Rn. 319; Staudinger-Hager, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823, 13. Bearb., Ber, 1999, G1.

<sup>8</sup> See BASIL S. MARKESINIS & HANNES UNBERTH, THE GERMAN LAW OF TORTS: A COMPARATIVE TREATISE 866 (2002). Vgl. Fikentscher, Schuldrecht, 8. Aufl., 1992, Rn. 1264; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Halbband, S. 430 f.; Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 13. Aufl., 2006, Rn. 822

<sup>9</sup> Basil S. Markesinis & Hannes Unberth, The German Law of Torts: A Comparative Treatise 886 (2002); Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Halbband, S. 430 f.; Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, 1998, S. 62; Staudinger-Hager, § 823 G 8.

甚至德國學者有更進一步提出，當無法從德國民法第八百二十三條第一項之規定得出請求權基礎時，應該認為也無法從第二項之規定得到之，因此毋寧應該認為德國民法第八百二十三條第二項之規定是列後於第一項之規定。蓋例如刑法的規定特別是關於主觀構成要件有比較嚴格的要求，以德國刑法第三百〇三條關於毀損罪的規定為例，本條規定僅處罰故意，惟德國民法第八百二十三條第一項之規定對於過失侵害所致之損害亦有適用；又或者關於責任能力（*Schuldfähigkeit*）的要求，德國民法第八百二十八條的要求係早於德國刑法第十九條之規定<sup>10</sup>。從而在前揭例中，若行為人之行為並非出於過失，或未滿七歲，則其無庸依德國民法第八百二十三條第一項之規定負責，但亦無庸依第二項之規定負責<sup>11</sup>。

就前揭見解，亦有德國學者持反對看法而認為，其實自德國民法第八百二十三條第二項所具有之闡釋性功能而言，仍具有相當之重要性及結構上的意義（*große Wichtigkeit und geradezu konstitutive Bedeutung*）。例如依道路交通命令（*Straßenverkehrsordnung*）第二條第一項之規定，應靠右行駛而非靠左行駛；再例如第八條第一項規定從右側方來者享有路權（*Vorfahrt*），類此規定都是必須透過立法者才得以確定過失的標準（*Fahrlässigkeitsmaßstab*）為何，而無法由法院自德國民法第八百二十三條第一項或第二百七十六條之規定中得出<sup>12</sup>。

尚有德國學者表示，固然德國民法第八百二十三條第一項與第二項之規定有所重疊，但是第二項之規定仍然具有其意義，蓋於某些規定例如道路交通法規中，可能並未要求行為人主觀上應具有過失始屬違反之，惟自德國民法第八百二十三條第二項第二句之規定，即更能夠確定，僅當行為人於行為時有過失時，始得課

<sup>10</sup> 德國民法第八百二十八條規定，未滿七歲者不負賠償責任；至於德國刑法第十九條則係規定，未滿十四歲者無責任能力。

<sup>11</sup> Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 1264; Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Rn. 822.

<sup>12</sup> Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Brand: Besonderer Teil, 2. Halbband, S. 431.

予侵權責任<sup>13</sup>。

而本文見解認為，固然被害人權利受侵害時，得依民法第一百八十四條第一項前段之規定請求損害賠償。並且因為該被侵害之權利，亦多係保護他人法律所欲保護者，因此被害人尚得依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償。然而這並非邏輯上所必然，毋寧應認為僅是偶然發生，蓋至少第一項前段得以保護所有之絕對權，但是並非所有絕對權均有保護他人法律以保護之，故此時該絕對權被侵害之被害人，即僅得依民法第一百八十四條第一項前段之規定請求損害賠償，而不能依第二項之規定主張之。就此而言，乃係第一項前段相對於第二項所具有之獨立意義<sup>14</sup>。

然而上述結論，並非代表民法第一百八十四條第二項之規定，在被害人權利受侵害之情形，就不具有任何意義。蓋若被害人證明加害人之行為係違反保護他人之法律而侵害其權利時，被害人即得依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償。而因我國學者見解認為，被害人依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償時，縱然依該保護他人法律的規定內容，雖無過失亦得違反者，仍應以加害人於行為時有過失者為限，始負侵權責任<sup>15</sup>。因此透過第二項之規定，得

<sup>13</sup> Basil S. Markesinis & Hannes Unberth, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise* 886 (2002). 德國學者於此之說明係因為德國民法第八百二十三條第二項第二句明文規定，雖無過失亦得違反保護他人之法律者，僅於有過失時始負賠償責任。而應注意者係，雖然我國民法第一百八十四條第二項並未有類此規定，惟通說基於民法上係以加害人行為應具有過失始應負賠償責任之原則，亦認為縱然依保護他人法律的規定內容，雖無過失亦得違反者，仍應以加害人於行為時有過失者為限，始負侵權責任。請參閱王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任—民法第一八四條第二項規範功能之研究一，收錄於氏著，*民法學說與判例研究*，第二冊，1996年10月，頁208-209；楊佳元，論違反保護他人法律之侵權責任，*月旦法學雜誌*，第58期，2000年3月，頁118；楊佳元，侵權行為過失責任之體系與一般要件，*臺北大學法學論叢*，第56期，2005年6月，頁237；王澤鑑，*侵權行為法*，第二冊，特殊侵權行為，2006年3月，頁347

<sup>14</sup> Vgl. Bistrizki, *Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB*, 1981, Rn. 150-151.

<sup>15</sup> 史尚寬，*債法總論*，1990年8月，頁115-116；朱柏松，論不法侵害他人債權之效力（上），*法學叢刊*，第145期，1992年1月，頁64；王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任—民法第一八四條第二項規範功能之研究一，收錄於氏著，*民法學說與判例研究*，第二冊，1996年10月，頁208-209；黃立，*民法債編總論*，1999年10月二版，頁281；楊佳元，論違反保護他人法律之侵權責任，*月*

以更加確定僅於加害人於行為時有過失者為限始負賠償責任，乃係我國侵權責任法之原則。

甚且，若被害人就其權利之侵害依民法第一百八十四條第一項之規定請求損害賠償時，應由其負舉證責任證明加害人於行為時有過失，惟若被害人證明加害人之行為違反保護他人之法律，故被害人係依第二項之規定請求損害賠償時，因本項但書具有推定過失之效果，從而應由加害人舉證證明自己於行為時無過失，始得以免負賠償責任，亦即具有舉證責任倒置之效果。凡此則為民法第一百八十四條第二項相對於第一項前段所具有之獨立意義。

## 第二項 以利益為保護客體：擴大保護客體之功能

民法第一百八十四條第二項之侵權責任的保護客體包括「利益」，就向來之差別保護說而言，乃係一項非常重要之功能，亦即「擴大保護客體之功能」<sup>16</sup>，使利益亦受侵權責任之保護<sup>17</sup>。蓋差別保護說認為，民法第一百八十四條第一項前段所

---

且法學雜誌，第 58 期，2000 年 3 月，頁 118；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論，一般侵權行為，2005 年 1 月，頁 347；楊佳元，侵權行為過失責任之體系與一般要件，臺北大學法學論叢，第 56 期，2005 年 6 月，頁 237；蔡明誠，專利侵權之過失要件與違反保護他人法律問題，全國律師，第 10 卷第 12 期，2006 年 12 月，頁 10。

<sup>16</sup> 關於民法第一百八十四條第二項之侵權責任的保護客體包括利益此一功能，應如何稱之，德國法上有稱為「補充功能」(Ergänzungsfunktion)。Sieh Canaris, Schutzgesetz-Verkehrspflichten-Schutzpflichten, in: Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München, S. 48; Honsell, Der Verstoß gegen Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, JA, 1983, S. 102; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Halbband, S. 437; Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 59. 惟亦有稱之為「開放功能」(Öffnungsfunktion)。Sieh Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, 1992, S. 123 ff.; MünchKomm-Wagner, § 823, Rn. 320。然而關於「開放功能」此一用語，則又有學者將之用以指稱德國民法第八百二十三條第二項所具有之轉介條款的功能。Sieh Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 60 f. 因此為避免有所混淆，本文不採用「補充功能」或「開放功能」之用語，而係用「擴大保護客體之功能」，並藉此突顯此一功能相對於民法第一百八十四條第一項前段所具有之重要性。

<sup>17</sup> 戴修瓚，民法債編總論，1964 年 10 月，頁 153；姚淇清，中國民法要義，1977 年 10 月五版，頁 236；朱柏松，現代侵權行為救濟制度之研究—以多氯聯苯事件為中心之商品製作人責任之探討（上）—台大法學論叢，第 11 卷第 1 期，1981 年 12 月，頁 184-185；朱柏松，論不法侵害他人債權之效力（上），法學叢刊，第 145 期，1992 年 1 月，頁 61；馬維麟，民法債編註釋書（一），1995 年 10 月初版，第一八四條，邊碼 176；王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任—民法第一八四條

保護之客體限於權利，從而若被害人僅係利益受到侵害，非證明該當於第一項後段或第二項之規定，不得就其利益之侵害請求損害賠償。惟第一項後段之要件要求必須是加害人故意以背於善良風俗方法加損害於他人，所以要件非常嚴格，因此對於對被害人而言，要證明該當於第一項後段之要件非常困難。從而當被害人僅係利益受到侵害時，容許其在證明加害人之行為係違反保護他人之法律後，得就其利益之侵害依民法第一百八十四條第二項之規定請求賠償，相較於第一項後段，具有較容易舉證證明之優點。

此一擴大保護客體之功能在德國法上更屬重要，蓋德國通說向來認為德國民法第八百二十三條第一項之保護客體限於權利，因此被害人若僅係利益受到侵害，只得依德國民法第八百二十六條或第八百二十三條第二項之規定請求損害賠償，惟德國民法第八百二十六條即相當於我國民法第一百八十四條第一項後段，因此就被害人而言，同樣有舉證困難的問題，從而在德國法下，就利益之侵害，主要之保護任務即係交由德國民法第八百二十三條第二項<sup>18</sup>。但是有學者認為，在此同時，應特別注意該保護他人法律之保護範圍為何<sup>19</sup>。

---

第二項規範功能之研究－，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996年10月，頁205；黃立，民法債編總論，1999年10月二版，頁276；楊佳元，論違反保護他人法律之侵權責任，月旦法學雜誌，第58期，2000年3月，頁214；林誠二，民法債編總論－體系化解說－，上冊，2000年9月，頁266；姚志明，侵權行為法研究（一），2002年9月初版，頁43-44；邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003年1月修訂一版，頁180-181、183-184；黃茂榮，債法總論，第二冊，2004年7月增訂版，頁82；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005年1月，頁345-346；楊佳元，侵權行為過失責任之體系與一般要件，臺北大學法學論叢，第56期，2005年6月，頁214；姚志明，侵權行為法，2006年3月初版，頁72；郭冠甫，民法系列－侵權行為，2006年8月，頁87-88；劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」－最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第146期，2007年7月，頁238-239。

<sup>18</sup> Basil S. Markesinis & Hannes Unberth, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise* 885 (2002); Bistrizki, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 149; Deutsch/ Ahrens, *Deliktsrecht*, 2002, Rn. 228 f.; Esser/Weyers, *Schuldrecht*, Brand II, Besonderer Teil, Teilband 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse, 8. Aufl., 2000, S. 199; Fikentscher, *Schuldrecht*, Rn. 1266; Karollus, *Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung*, S. 93, 123 ff.; Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Halbband, S. 431 f., 436f.; Medicus, *Schuldrecht II*, Besonderer Teil, Rn. 824; Schlechtriem, *Schuldrecht*, Besonderer Teil, 6. Aufl., 2003, Rn. 869; Spickhoff, *Gesetzverstoß und Haftung*, S. 59.

<sup>19</sup> Deutsch/ Ahrens, *Deliktsrecht*, Rn. 229.

亦有德國學者指出，正因為貫徹德國民法第八百二十三條第一項之規定僅保護權利，因此時至今日有一個趨勢，即越來越常應用第二項之規定以補救利益受到侵害時之保護不足<sup>20</sup>；甚至更有學者指出，此一功能係德國民法第八百二十三條第二項之規範功能中，最重要的一個功能<sup>21</sup>。換言之，德國民法第八百二十三條第二項之重要性在於，將侵權責任法的關注焦點，從權利的侵害轉移到法律的違反（Übergang vom subjektiven Recht zum objektiven Recht），亦即德國民法第八百二十三條第一項僅保護權利或絕對權的侵害，惟第二項之規定則係以法律規範之違反作為構成要件之實現<sup>22</sup>。



<sup>20</sup> Knöpfle, Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des §823 Abs. 2 BGB, NJW, 1967, S. 697.

<sup>21</sup> Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 1266; Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Rn. 824; Staudinger-Hager, § 823 G 4.按越是強調應採差別保護說之學者，即越是肯認擴大保護客體之功能的重要性。蓋若堅持民法第一百八十四條第一項前段（德國民法第八百二十三條第一項）僅保護權利，則關於利益之侵害就僅得依第一項後段（德國民法第八百二十六條）或第二項（德國民法第八百二十三條第二項）之規定請求賠償，惟第一項後段之要件又極其嚴格，因此此一擴大保護客體之功能在第二項所扮演的角色當然即越發重要。我國學者強調擴大保護客體之功能，乃係第二項最重要之功能者，請參閱劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」－最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第 146 期，2007 年 7 月，頁 238。

<sup>22</sup> Deutsch/ Ahrens, Deliktsrecht, Rn. 228.中文文獻則請參閱姚志明，侵權行為法研究（一），2002 年 9 月初版，頁 43；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005 年 1 月，頁 345。

### 第三節 轉介條款

民法第一百八十四條第二項之侵權責任尚具有一項重要的規範功能，亦即其爲一「轉介條款」。此一規範功能之所以存在，係因本條侵權責任所定之要件包括保護他人法律之違反，因此係屬「開放的構成要件」(offener Tatbestand)，而得以轉介其他法領域所指涉之作用方式(Wirkungsweise)。換言之，本條規定連結了外部侵權責任法的立法價值(außerdeliktsrechtliche gesetzgeberische Wertung)，並且係透過立法者在外部侵權責任法的法律規範去補充，自此而言，此乃係侵權責任法的開放性(Öffnung des Deliktsrechts)，因此有學者將此一規範功能稱爲「開放性的功能」(Öffnungsfunktion)，在此前提下，侵權責任的構成與否並非得由民法第一百八十四條第二項之規定自我決定，反而應求諸於外部侵權責任法的立法價值，於此則顯示了本條規定的依賴性<sup>23</sup>。

學者認爲，此種在侵權責任之體系中，將其他法領域在侵權責任法的價值轉介(Transmissionsriemen)至民法的作法，可以認爲係屬一種折衷於一般條款(Generalklausel)與列舉規定(Enumerationsprinzip)的立法，因此立法者透過民法第一百八十四條第二項之規定，得以某程度保留關於侵權責任之保護範圍的決定權限。就此而言，則不同於第一項前段及後段之規定，亦即並非因權利之侵害，或者故意以背於善良風俗之方法而加損害於他人時，即得課予侵權責任<sup>24</sup>。

更有學者表示，轉介條款之功能在於將其他法領域的保護規範引入侵權責任

<sup>23</sup> Canaris, Schutzgesetz-Verkehrspflichten-Schutzpflichten, in: Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München, S. 49; Honsell, Der Verstoß gegen Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, JA, 1983, S. 101; Knöpfle, Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, NJW, 1967, S. 700; Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 60 f.; Staudinger-Hager, § 823 G 3; NJW 1993, 1580, 1581 f. 中文文獻請參閱王千維，由民法第一百八十四條到民法第一百九十一條之三，收錄於蘇永欽等合著，民法七十年之回顧與展望紀念論文集(一)，2000年10月，頁114。

<sup>24</sup> MünchKomm-Wagner, § 823, Rn. 317.

法之中，並得以藉此節省立法資源，蓋民法第一百八十四條第二項之規定得以替代大量之侵權責任的個別要件。因此公法中，特別是刑法中之行為規範具有民法的意義，立法者無庸於民法中再重複規範，而僅須在民法第一百八十四條第二項中規定，違反保護他人法律致生損害於他人者應負賠償責任即可，從而民法規範賠償責任的負擔，透過這類的公法法規，特別是刑法中之保護他人法律的規定而被減輕<sup>25</sup>。



---

<sup>25</sup> Deutsch/ Ahrens, Deliktsrecht, Rn. 228; Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 1263.中文文獻請參閱黃立，民法債編總論，1999年10月二版，頁276；蘇永欽，再論一般侵權行為的類型－從體系功能的角度看修正後的違法侵權規定－，政大法學評論，第69期，2002年3月，頁177、194以下；姚志明，侵權行為法研究（一），2002年9月初版，頁43；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005年1月，頁345；楊佳元，侵權行為過失責任之體系與一般要件，臺北大學法學論叢，第56期，2005年6月，頁214。

## 第四節 違法性之判斷

### 第一項 違法性之概念

關於違法性之概念為何，各國理論或有不同<sup>26</sup>，但向來我國就違法性概念之研究甚少，以致於違法性之概念在我國法下並不清楚<sup>27</sup>，多僅略稱為，**凡違反法律強制或禁止規定，或背於善良風俗者，謂之違法**<sup>28</sup>。除此之外，即別無更多之說明。這或許是因為向來係採差別保護說，因此認為民法第一百八十四條第一項前段之規定僅保護權利，再搭配結果不法說之理論<sup>29</sup>，致使得出「侵害權利即徵引行為違法」的結論。從而行為人侵害他人權利時已被推定其行為具有違法性，故僅於行為人舉證證明有阻卻違法事由存在時，始得認為其行為不具有違法性。在此前提下，違法性之概念為何當然常被忽略，反而係將研究之重心置於是否有阻卻違法事由之存在<sup>30</sup>。

然而晚近或有學者基於德國法上行爲不法說對於結果不法說所提出之強烈批

<sup>26</sup> 關於各國違法性概念之介紹文獻，請參閱 KOZIOL, H. (EDITOR), UNIFICATION OF TORT LAW: WRONGFULNESS, THE HAGUE/LONDON/BOSTON: KLUMER LAW INTERNATIONAL (1998). 中文文獻請參閱陳聰富，論侵權行為法之違法性概念，月旦法學雜誌，第 155 期，2008 年 4 月，頁 155-173。

<sup>27</sup> 陳聰富，論侵權行為法之違法性概念，月旦法學雜誌，第 155 期，2008 年 4 月，頁 155。

<sup>28</sup> 胡長清，中國民法債編總論，1948 年八版，頁 142-143；王伯琦，民法債編總論，1956 年 11 月初版，頁 69；何孝元，民法債編總論，1960 年 2 月初版，頁 71；鄭玉波，民法債編總論，1962 年 6 月初版，頁 144；戴修瓚，民法債編總論，1964 年 10 月，頁 158；潘維和，中國民法精義，1977 年 9 月初版，104-105；孫定方，民法要義，1980 年 8 月再版，頁 100；馬維麟，民法債編註釋書（一），1995 年 10 月初版，第一八四條，邊碼 109；

<sup>29</sup> 關於結果不法說，請參閱王千維，民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探（上），政大法學評論，第 66 期，2001 年 6 月，頁 8-11；王千維，民事損害賠償責任成立要件上之因果關係、違法性與過失之內涵及其相互間之關係，中原財經法學，第 8 期，2002 年 6 月，頁 28-29；王千維，違法性－違法性之內涵，月旦法學雜誌，第 25 期，2004 年 11 月，頁 51-52；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005 年 1 月，頁 261；陳聰富，論侵權行為法之違法性概念，月旦法學雜誌，第 155 期，2008 年 4 月，頁 159-160。

<sup>30</sup> 例如王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005 年 1 月。本書中關於違法性之概念的論述，僅頁 260-264 寥寥數頁以茲說明，惟關於阻卻違法事由則自頁 264-287 予以詳細論證之。

評，因而重新省思關於違法性之概念是否應予重新建構<sup>31</sup>；亦有學者基於採取平等保護說之立場，故認為向來民法第一百八十四條第一項前段之規定採取結果不法說之基礎已不存在，因此對於違法性之概念予以重新檢討<sup>32</sup>。從而晚近學者提出數篇論文，試圖釐清違法性之概念為何。

惟違法性之概念為何，其實事關重大，甚至可以認為此一問題涉及侵權責任法之基礎理論應如何建構，故學者於研究此一問題時無不提出長篇論文以茲論證。甚至可以認為，欲研究違法性之概念為何，應從侵權責任法中每一個條文重新研究起，無怪乎王千維教授所提之論文名為「由民法第一百八十四條到民法第一百九十一條之三」。因此在前揭認識下，違法性之概念為何並非本文於此寥寥數語即得處理，故以下僅就與本文相關之部分予以介紹說明。

### 第一款 「違反行為義務」為違法性的認定標準

學者有認為違法性之概念係指**違反法規範**。詳言之，所謂違法性即係指**法規範所定行為義務的違反**，從而有無違反行為義務才是作為判斷違法性是否具備的**基礎**。至於行為義務則必須自法規範本身求得，而法規範在形成其行為義務時，勢必係以一定權益的保護為其出發點，但是在人類相互間的關係上，法規範若專注於保護某一方之權益，相對地在某種程度內勢必會限制另一方的權益。更確切

<sup>31</sup> 王千維，由民法第一百八十四條到民法第一百九十一條之三，收錄於蘇永欽等合著，民法七十年之回顧與展望紀念論文集（一），2000年10月，頁105-173；王千維，民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探（上），政大法學評論，第66期，2001年6月，頁1-66；王千維，民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探（下），政大法學評論，第67期，2001年9月，頁143-226。；王千維，民事損害賠償責任成立要件上之因果關係、違法性與過失之內涵及其相互間之關係，中原財經法學，第8期，2002年6月，頁25-55；王千維，違法性—違法性之內涵，月旦法學雜誌，第25期，2004年11月，頁50-59。

<sup>32</sup> 陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁163-170；陳聰富，論侵權行為法之違法性概念，月旦法學雜誌，第155期，2008年4月，頁173-195。

地說，法規範制定的行為義務固然著重在一定權益的保護，但另一方面主要即係在限制行為人的行為自由，因此若將行為人之行為自由從法規範所保護之各種利益中抽離出來而作獨立之觀察，則不難發現，法規範在形成其行為義務時所遭遇的癥結點，即是行為人之行為自由與被害人權益之保護的衝突。而**如何調和此一衝突，即成為法規範在形成其義務時所應進行的衡量與價值判斷**<sup>33</sup>。

氏並且認為，因過失之認定，並不能概括抽象地進行判斷，必須自各個具體構成要件而作觀察，亦即構成要件上已具體反映了法規範對過失意義範圍內的注意義務所作的要求。再者，又因損害賠償責任的構成要件，即明確列舉或隱含著違法性意義範圍內的行為義務，所以**過失意義範圍內的注意義務與違法性意義範圍內的行為義務，於具體個案中，其內容可說係完全一致**。只是過失的認定，係以行為人對構成要件實現的可預見性及可避免性（或可預防性）為其必要條件，因此相異於單純違反行為義務即得成立違法性的情形，過失有無之認定，必須在行為人因客觀義務違反而成立違法性之後，再按一定標準，可能為與行為人處在相同具體情況下之善良管理人；或一般人與行為人處在相同具體情況下；或行為人本身通常之注意程度，探究行為人對該義務之內容在此等標準下是否係客觀上（或主觀上）可認識並且客觀上（或主觀上）得被期待執行此等內容之義務，從而被認定具有過失<sup>34</sup>。

<sup>33</sup> 王千維，由民法第一百八十四條到民法第一百九十一條之三，收錄於蘇永欽等合著，民法七十年之回顧與展望紀念論文集（一），2000年10月，頁110；王千維，民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探（上），政大法學評論，第66期，2001年6月，頁7、23-24、66；王千維，民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探（下），政大法學評論，第67期，2001年9月，頁175、207、220；王千維，民事損害賠償責任成立要件上之因果關係、違法性與過失之內涵及其相互間之關係，中原財經法學，第8期，2002年6月，頁27；王千維，違法性－違法性之內涵，月旦法學教室，第25期，2004年11月，頁51；王千維，相對化的違法性，月旦法學教室，第27期，2005年1月，頁69。

<sup>34</sup> 王千維，民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探（下），政大法學評論，第67期，2001年9月，頁185-189、218；王千維，民事損害賠償責任成立要件上之因果關係、違法性與過失之內涵及其相互間之關係，中原財經法學，第8期，2002年6月，頁55-59。

## 第二款 「違反法規範之客觀價值」為違法性的認定標準

亦有學者認為，違法性之概念所注重者係**行為人違反法規範價值**，就此而言，似與前揭學者所稱之「違反法規範」並無不同。然而氏之所以認為違法性之概念係指行為人違反法規範價值，是因為就其觀察，在過失與違法性之概念尚未分化前之「過錯」概念，包含三個因素，亦即：一、**行為人之行為違反法規範價值**；二、**行為人違反客觀注意義務**；三、**行為人依其年齡及能力，可以預見並避免結果發生（具有可歸責性）**。在過失與違法性概念分化後，前者在我國法即代表違法性之內涵；後兩者在我國法即代表過失之內涵<sup>35</sup>。

至此而言，似乎兩者之見解即產生了分歧，蓋前揭學者認為所謂「違反法規範」即是指「行為義務之違反」，至於過失之有無，是以該行為義務的違反為前提，再進一步地以客觀上（或主觀上）是否可認識該等內容之行為義務，及客觀上（或主觀上）是否得被期待執行此等內容之行為義務，作為過失的認定標準。因此，**違法性意義範圍內的「行為義務」與過失意義範圍內的「注意義務」其內容完全一致**；惟後者學說則認為「**法規範價值**」的意義並非等同於「**客觀注意義務**」（蓋就氏之觀點，「行為人之行為違反法規範價值」、「行為人違反客觀注意義務」及「行為人依其年齡及能力，可以預見並避免結果發生」（具有可歸責性），此三者乃係並列的三種概念，彼此意義不同）。因此違反「**法規範價值**」係違法性的判斷標準；違反「**客觀注意義務**」則為過失的判斷標準，在氏所採之二元論下，應予區分<sup>36</sup>。

## 第三款 應參酌多元因素綜合判斷始能確定違法性是否具備

<sup>35</sup> 陳聰富，論侵權行為法之違法性概念，月旦法學雜誌，第 155 期，2008 年 4 月，頁 179-180。

<sup>36</sup> 關於過失一元論、違法性一元論及二元論的內涵，請參閱陳聰富，論侵權行為法之違法性概念，月旦法學雜誌，第 155 期，2008 年 4 月，頁 177-179。

縱然關於違法性之概念前揭學者理論或有不同，惟學者間似一致地認為違法性是否具備的判斷，並非可自單一判斷標準中得出。換言之，違法性是否具備的結論其實不能透過單一標準而一刀二分，反而**應參酌多元因素綜合判斷後始能確定違法性是否具備**。

例如學者有認為違法性是否具備的判斷標準，應同時考量：權利或利益之價值、權利或利益定義的精確性及顯著性、被告責任之性質（故意或過失）、行為人之利益，尤其是行動自由與權利行使之利益，以及公共利益等。因此結論上違法性之具備與否應將各該事件予以類型化，並在不同事件類型中綜合多元因素判斷之。例如得以類型化為：一、權利外延不明確者，例如隱私權之侵害；二、權利或利益不具顯著性者，例如債權之侵害或純粹經濟上損失；三、權利或利益定義不精確者，例如營業權或營業利益之侵害；四、行為人行為自由與被害人權益保護的衝突，例如名譽權或肖像權之侵害<sup>37</sup>。

至於前揭學者雖然認為關於違法性之概念係指違反法規範所定之行爲義務，似乎即係以此作為違法性是否具備的單一判斷標準。惟自其結論表示，法規範在形成其行爲義務時，應進行價值衡量及判斷，以調和行為人之行爲自由與被害人權益之保護的衝突。可見固然違反行爲義務乃係違法性之判斷標準，然為調和前揭衝突仍然必須進行價值衡量及判斷，而價值衡量及判斷其實即係在參酌系爭侵害事件的各種因素，例如被害人係何種權利或利益應受保護？行為人之行爲態樣如何？行為人主觀上係出於故意或過失等。因此縱然是在前揭學者所採之見解下，關於違法性是否具備的判斷標準，仍必須參酌多元因素綜合判斷後始可得出。

<sup>37</sup> 陳聰富，論侵權行為法之違法性概念，月旦法學雜誌，第 155 期，2008 年 4 月，頁 180-194。

此一結論，復參酌其他學者之論述更得以為佐證，例如學者有提出，侵權責任法上的違法性，係指行為人違反其不得侵害他人權利或利益的「行為義務」。此一行為義務，屬於一種人與人之間在社會經濟生活關係上應遵守的行為規範或行為準則，具有一般性，抽象性或概括性，原則上任何人均應遵守此等行為規範或行為準則，其內容通常多由相關法令事先予以抽象規定或由法院於具體個案中予以承認或創設，其目的在維護社會經濟生活關係的安定和平，以確保任何人的一般生活利益不受任意侵害<sup>38</sup>。

自此而言，似乎係認為違法性是否具備之判斷有其單一的判斷標準，亦即端視行為人是否有行為義務的違反。惟復觀氏於結論表示，違法性之具備與否，應從行為人的個人處境、其交易動機、介入目的或時機、採取手段、影響程度、相衝突法益間的比較衡量等具體個案中諸多因素以綜合判斷之。因此氏舉例表示，非契約當事人的第三人侵害債權、營業權或其他各種利益時，其行為是否具有違法性不能一概而論，應視行為人是否違反交易市場上應遵守的一般行為規範或行為準則，或者是否破壞公平競爭的交易秩序而定，因此必須於具體個案中，就相衝突的法益，從事利益衡量及價值取捨的工作<sup>39</sup>。從而得以肯定，違法性是否具備之判斷並不存在一個單一的判斷標準，反而必須參酌多元因素綜合判斷後始能得出其結論！

## 第二項 違反保護他人法律與違法性之關係

### 第一款 違反保護他人法律即得推定行為具有違法性？

<sup>38</sup> 陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第 36 卷第 3 期，2007 年 9 月，頁 164。

<sup>39</sup> 陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第 36 卷第 3 期，2007 年 9 月，頁 166、170。

德國通說<sup>40</sup>與我國通說<sup>41</sup>一致地認為，行為人若違反保護他人法律即得推定其行為具有違法性，主要理由係在於因通說認為某一規定欲成為保護他人法律，其前提為系爭規定的規範內容應為強制（Gebot）或禁止（Verbot）規定<sup>42</sup>。故依該保護他人之法律，行為人負有行為義務。從而當行為人違反保護他人法律時，即得認定其已違反行為義務，並得因此推定違法性的要求已然具備，僅於行為人證明阻卻違法事由存在時，始得認為其行為不具違法性<sup>43</sup>。

德國學者尚有認為，之所以違反保護他人法律即推定具備違法性，正係因德國民法第八百二十三條第二項指出，保護他人法律之違反乃係責任的基礎（Haftungsgrund），因此本條規定在民法之不法的體系上有其特殊的地位，亦即其

<sup>40</sup> Esser/Weyers, Schuldrecht, Brand II, Besonderer Teil, Teilband 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse, S. 200 f.; Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 1273; Honsell, Der Verstoß gegen Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, JA, 1983, S. 107; Jauerling (Hrsg.), Teichmann, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl., 2007, Rn. 42; Knöpfle, Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, NJW, 1967, S. 700; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Halbband, S. 445; Schlechtriem, Schuldrecht, Besonderer Teil, Rn. 869, 875.

<sup>41</sup> 史尚寬，債法總論，1990年8月，頁125；朱柏松，論不法侵害他人債權之效力（上），法學叢刊，第145期，1992年1月，頁61；黃立，民法債編總論，1999年10月二版，頁280；王千維，由民法第一百八十四條到民法第一百九十一條之三，收錄於蘇永欽等合著，民法七十年之回顧與展望紀念論文集（一），2000年10月，頁112-115、129；王千維，民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探（上），政大法學評論，第66期，2001年6月，頁31-35、51；王千維，民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探（下），政大法學評論，第67期，2001年9月，頁176、202、220；邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003年1月修訂一版，頁183-184；黃茂榮，債法總論，第二冊，2004年7月增訂版，頁82；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005年1月，頁347；王千維，相對化的違法性，月旦法學教室，第27期，2005年1月，頁66；楊佳元，侵權行為過失責任之體系與一般要件，臺北大學法學論叢，第56期，2005年6月，頁235；陳忠五，土地所有人「管線安設權」之侵害與鄰地所有人之損害賠償責任—評最高法院九十三年度台上字第二四三三號判決一，月旦法學雜誌，第122期，2005年7月，頁217；姚志明，侵權行為法，2006年3月初版，頁73；陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁149、182、232；陳聰富，論侵權行為法之違法性概念，月旦法學雜誌，第155期，2008年4月，頁174。

<sup>42</sup> 關於保護他人法律之判斷要件，是否包括規範之內容具有強制或禁止規定的性質，請參見第三章、第一節、第一項、第二款：須規範內容為強制或禁止規定之「法律」？

<sup>43</sup> 王千維，由民法第一百八十四條到民法第一百九十一條之三，收錄於蘇永欽等合著，民法七十年之回顧與展望紀念論文集（一），2000年10月，頁129；王千維，民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探（上），政大法學評論，第66期，2001年6月，頁31-35、51；王千維，民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探（下），政大法學評論，第67期，2001年9月，頁219；陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁149。

將在其他法領域的（in anderen Rechtsgebieten）所建立的違法性（Rechtswidrigkeit）轉介到民法中<sup>44</sup>。

而我國雖有學者認為在違反保護他人法律之情形，依民法第一百八十四條第二項但書之規定，僅係推定行為人有過失，因此氏認為本條規定並非違法性判斷之標準，而僅與故意過失之有無有關。雖然如此，氏仍認為，其實保護他人之法律不外強制或禁止之規定，因此違反此等規定之結果，即係不法甚明，所以若將民法第一百八十四條第二項之規定解釋為違法性之判斷標準，實屬多餘<sup>45</sup>。故就其結論以觀，其實與前揭通說並無差異，仍係以保護他人法律之規範內容應為強制或禁止規定為前提，而認為保護他人法律已界定行為人之行為義務，從而違反保護他人法律之行為人，應推定其行為具有違法性。

## 第二款 保護他人法律之違反是違法性是否具備的判準之一

### 第一目 規定之規範內容為強制或禁止規定並非保護他人法律之判斷要件

前揭通說之結論，本文則不能表示贊同。首先，本文認為某一規定是否為保護他人法律之判斷，其要件上本來即無庸要求該規定的規範內容為強制或禁止規定，從而通說結論形成之主因，亦即因保護他人法律之規範內容應為強制或禁止規定，故依保護他人法律之規範內容，已經課予行為人行為義務，所以當行為人違反保護他人法律時即代表違反行為義務，並得因此推定其行為具有違法性。因為此一前提，在本文定義下之保護他人法律並不存在，所以本文當然無法肯認通

<sup>44</sup> Deutsch, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, 2., um das Thema *Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeit* ergänzte Aufl., 1995, S. 284.

<sup>45</sup> 鄭健才，*債法通則*，1985年9月，頁100-101、105。

說所採之結論。

其實自此更可以看出，如同本文所論述者，**究竟某一規定之規範內容是否為強制或禁止規定，所涉及者僅是行為人之行為是否具有違法性而已**<sup>46</sup>。而保護他人法律之違反乃係民法第一百八十四條第二項之侵權責任的特別要件，至於違法性之具備則係侵權責任之共通要件，無論是民法第一百八十四條第二項之侵權責任的特別要件或是侵權責任之共通要件，僅於行為人具備全部要件後，始得課予其民法第一百八十四條第二項之侵權責任。因此在定義何謂保護他人法律時，實在無庸要求其規範內容應為強制或禁止規定，蓋此一要求，不啻事實上沒有必要，反而造成特別要件與共通要件之混淆，更重要者係，此一不當結論更徒增保護他人法律判斷之困難<sup>47</sup>！

## 第二目 其他法領域的違法性並不得當然作為侵權責任法之違法性的認定標準

即使採取通說之見解，因此認為保護他人法律之規範內容必定係屬強制或禁止規定，但德國學者亦有明白表示見解認為，**縱然行為人已違反保護他人之法律，仍不能因此而預斷（präjudiziert）違法性是否已經具備**。換言之，尚不能認為透過德國民法第八百二十三條第二項之規定而得到違法性的概念，因為至多也僅得認為本條規定依其文義轉介了保護他人之法律至侵權責任法中，但卻非轉介該從其他法領域而被認為是保護他人之法律的規定，其本身的違法性至侵權責任法中<sup>48</sup>。

<sup>46</sup> 請參見第三章、第一節、第一項、第二款、第三目、貳：規定的內容是否為強制或禁止規定的意義：判斷違法性是否具備的標準之一。Vgl. Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, S. 287 f., 291.

<sup>47</sup> 關於採取肯定說之見解，亦即認為某一規定必須其規範內容為強制或禁止規定時，始得認為該規定係屬保護他人之法律，將造成保護他人法律之判斷上的困難，請參見第三章、第一節、第一項、第二款、第三目、壹：判斷是否為法律規範的意義：排除不適宜成為保護他人法律的規定。

<sup>48</sup> Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 197.

在此情形下，民事責任與其他法領域例如刑法的違法性將可能被進一步地區分（weitgefächert），但 *Deutsch* 認為此一結論雖然使法秩序的一致性產生動搖（蓋若其他法領域的違法性，縱然透過德國民法第八百二十三條第二項之規定，仍不能當然轉介至民事責任中，則將可能造成其他法領域的違法性與民事責任的違法性在認定上有所不同），但毋寧應認為係屬正確之結論，蓋此結論就如同，其實我們承認民事責任之過失，與其他法領域之過失可能不一致一樣<sup>49</sup>。

其實這個問題涉及到，究竟民事責任法與某一法領域所具有之違法性的概念，是否可能存在著不同之處，以及是否允許（dürfen）存在不同之處？而此一問題的解答，由於「**法秩序一致性**」的假設（Postulat der »Einheit der Rechtsordnung«）是被否認的。因此僅在一體的法秩序（gesamte Rechtsordnung）下，對於行為是否具有違法性的判斷才能夠直接作一致性的決定<sup>50</sup>，從而對於違法性之概念的解釋，當然涉及到法律之分類的基礎概念（kategorialer Grundbegriff des Rechts）<sup>51</sup>。

而所謂和諧一致（Harmonisierung）僅係在避免法秩序的內部的衝突，所以應該課予不相背反的行為命令（Verhaltensanweisung）<sup>52</sup>。在此意義下以理解法秩序一致性的觀點，當然可以認為違法性的體系概念可能有所不同。並且也不排除，特別是在不同法領域下，行為命令可能是針對不同的目的（Zweck）或法律效果（Rechtsfolge）而在構成要件中不同的予以建構或制定。並且我們可以不僅一次地發現在不同法領域中有著不同的規制內容（Regelungsmaterie），因此其違法性之概

<sup>49</sup> *Deutsch, Haftungsrecht und Strafrecht*, in: *Festschrift für Eduard Wahl zum 70. Geburtstag*, 1973, S. 346 f. 相類似的見解，請參閱李惠宗，論行政不作為之國家賠償責任—臺中地方法院八十六年度重國字第三號（衛爾康事件）判決與大法官釋字第四六九號解釋評釋一，*台灣本土法學*，第 11 期，2000 年 6 月，頁 49-50。雖然氏於此係針對行政不作為違法性之判斷，惟其亦表示，「違法」在各領域內，會有不同的評價程序及其方法。

<sup>50</sup> *Schmiedel, Deliktobligationen nach deutschem Kartellrecht*, 1974, S. 69 f.

<sup>51</sup> *Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung*, S. 197.

<sup>52</sup> *Deutsch, Haftungsrecht und Strafrecht*, in: *Festschrift für Eduard Wahl zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1973, S. 347.

念當然可能有所不同。惟應注意者係，欲得出在不同法領域中有著不同違法性之概念的結論時，應該特別謹慎在各該法律概念中去檢討是否有此情形的存在<sup>53</sup>。

綜上所述，固然民法第一百八十四條第二項之侵權責任具有轉介條款之規範功能，因此得以將其他法領域的保護規範引入侵權責任法之中，藉以節省立法資源<sup>54</sup>。惟因立法者在制定其他法領域之規定時，未必顧及違反該規定之行為人在違反系爭規定後，可能應負民事上之損害賠償責任。果如此，則該違反系爭規定的行為人，固然在該法領域中得以認為具有違法性，因而得依該法領域所定之法律效果規律之，然而尚不能因此即認為其行為亦具有民事責任上的違法性，逕自認定除非行為人證明阻卻違法事由的存在，否則其行為具有違法性。

### 第三目 結論

正如本文前揭所述，現今學說認為其實關於違法性之具備與否，應參酌多元因素綜合判斷之，例如前揭學者提出應予考量之判斷因素包括：權利或利益之價值、權利或利益定義的精確性及顯著性、被告責任之性質（故意或過失）、行為人之利益，尤其是行動自由與權利行使之利益，以及公共利益等<sup>55</sup>。

但是因為這些考量因素並非當然已經為立法者在制定保護他人法律時所一併顧及，因此不能以行為人違反保護他人法律為由，即逕認定其行為具有違法性。例如當存在一保護他人之法律而宣示某一權利或利益應予保護時，該權利或利益通常即具有高度價值而值保護。但此一結論亦非屬絕對，例如於會計師違反會計師法第十八條致侵害他人之利益時，**「若會計師僅具有過失時，要求其對無法預測**

<sup>53</sup> Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 198.

<sup>54</sup> 關於民法第一百八十四條第二項之侵權責任的轉介條款的規範功能，請參見本章、第三節：轉介條款。

<sup>55</sup> 陳聰富，論侵權行為法之違法性概念，月旦法學雜誌，第 155 期，2008 年 4 月，頁 180。

之潛在投資人所受之一切損害負賠償責任，實屬過苛，亦與民法第一百八十四條規定之一般侵權行為損害賠償要件容有未合」<sup>56</sup>，似乎即在表示潛在投資人所受之利益的侵害並不具有高度價值，而不是非予以保護不可。

此外，自本案判決內容亦可看出，雖然會計師法第十八條之主觀要件包括故意或過失，但是是否應認為行為人即會計師之行為具有違法性而應負侵權責任，尤其是在其僅具有過失時，不宜一概而論。

再者，立法者於制定保護他人之法律時，除了考量被害人權利或利益之保護外，是否一併考量行為人行動自由與權利行使之利益？或者是否係在仔細審酌公共利益後始制定該保護他人之法律？省思我國向來被詬病的立法品質後，更值存疑。

因此關於違法性是否具備的判斷上，既然保護他人法律之規範內容不以係屬強制或禁止規定為必要，因此依保護他人法律之規範內容，並非當然課予行為人行為義務，故違反保護他人法律之行為並非當然具有違法性。更重要者係，縱然其他法領域就其自身所欲規範之領域界定何謂違法性，但並不因此而當然代表，在其他法領域被認定為具有違法性之行為人，在民事責任法中亦同樣地具有違法性，因為各該法領域有其自身的規範目的及所欲規範之事項。從而縱然民法第一百八十四條第二項之侵權責任的特別要件，係以保護他人法律之違反為其主要內容，但是在違反保護他人法律後，並非即得推定行為人之行為具有違法性<sup>57</sup>。

但是既然行為人已經違反一個規定，且該規定又該當於保護他人法律之要求，故行為人之行為在民事責任法中被認定具有違法性的機率相對而言當然比較

<sup>56</sup> 摘錄自臺灣臺中地方法院九十年重訴字第七〇六號判決。

<sup>57</sup> Vgl. Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 197.

高。換言之，因為一個規定欲該當保護他人之法律有其嚴格的要求<sup>58</sup>，而保護他人法律又彰顯了其他法領域的立法價值，因此行為人違反保護他人法律一事，應該也成為判斷違法性是否具備的判斷因素之一。但正因為僅是判斷因素之一，所以其行為究竟是否具備違法性，仍然必須參酌前揭學者所提出之多元因素綜合判斷之，始能得出其結論。

因此在本文見解下，與通說不同之處在於，通說係認為行為人違反保護他人之法律後，即應推定行為人之行為具有違法性，故僅於行為人舉證證明阻卻違法事由存在時，始得例外認為其行為不具違法性；至於本文所採之判斷方式，其實是將保護他人法律之違反也作為判斷違法性是否具備的諸多因素之一，因此必須與其他被承認得作為判斷標準的因素，在綜合判斷後，才能決定行為人之行為是否具備違法性。

故通說與本文見解之最大差異在於，通說認為當行為人無法證明阻卻違法事由存在時，行為人之行為即具有違法性；但是本文見解則認為，縱然並無阻卻違法事由的存在，仍得因為在考量權利或利益之價值、權利或利益定義的精確性及顯著性、被告責任之性質（故意或過失）、行為人之利益，尤其是行動自由與權利行使之利益，以及公共利益等因素後，進而認定行為人之行為不具違法性。

---

<sup>58</sup> 至於一個規定如何被認定係屬保護他人之法律，則係第三章、第一節：民法第一百八十四條第二項之特別要件的主要論述內容。

## 第五節 推定過失

### 第一項 概說

民法第一百八十四條第二項規定：「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」故依本條但書之規定，具有推定過失之效力並無疑問。職是之故，行為人違反保護他人法律時，為何得以推定其於行為時有過失，我國學說及實務見解並沒有太多的說明。有謂此乃係保護被害人技術之運用，旨在保護被害人之利益，蓋既有保護他人法律之存在，則行為人即有妥為注意之義務，因此得推定違反保護他人法律之行為人於行為時有過失<sup>59</sup>；另有學者進一步闡明，因為違反保護他人法律即是行為違法，故以違法推定行為人具有過失，進而使違法與過失兩者之間更加趨近<sup>60</sup>。

惟應注意者係，通說認為依保護他人法律之規定內容，有縱無過失亦得違反者，欲課予行為人民法第一百八十四條第二項之侵權責任，仍應以行為人有過失為必要；至於若保護他人法律對主觀要件設有限制者，例如限於行為人主觀上應有故意或重大過失時，於此情形，若行為人行為時非出於故意或重大過失，則其本未違反保護他人之法律，當無由課予民法第一百八十四條第二項之侵權責任<sup>61</sup>。

<sup>59</sup> 王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任－民法第一八四條第二項規範功能之研究－，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996年10月，頁207。

<sup>60</sup> 陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁232。

<sup>61</sup> 史尚寬，債法總論，1990年8月，頁115-116；朱柏松，論不法侵害他人債權之效力（上），法學叢刊，第145期，1992年1月，頁64；王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任－民法第一八四條第二項規範功能之研究－，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996年10月，頁208-209；黃立，民法債編總論，1999年10月二版，頁281；楊佳元，論違反保護他人法律之侵權責任，月旦法學雜誌，第58期，2000年3月，頁118；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論，一般侵權行為，2005年1月，頁347；楊佳元，侵權行為過失責任之體系與一般要件，臺北大學法學論叢，第56期，2005年6月，頁237；蔡明誠，專利侵權之過失要件與違反保護他人法律問題，全國律師，第10卷第12期，2006年12月，頁10。另請參閱蘇永欽，再論一般侵權行為的類型－從體系

至於德國民法第八百二十三條第二項則係規定：「違反以保護他人為目的之法律者，亦負同一義務。依該法律之內容，無過失亦得違反者，僅於有過失時始負賠償義務。」(Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.)故自本條規定之文義以觀，其實並不具有推定過失之效力，惟德國通說與實務見解卻一致地認為，行為人違反保護他人法律時，應推定其於行為時有過失<sup>62</sup>。

然而德國通說與實務見解，於德國民法第八百二十三條第二項並無明文規定

---

功能的角度看修正後的違法侵權規定一，政大法學評論，第 69 期，2002 年 3 月，頁 192。其表示，「保護他人的法律所定主觀責任條件高低各異，在高於過失的情形，一如背俗行為，若未滿足此一主觀要件根本不構成違法，如何推定？在低於過失，乃至無過失責任的情形，過失推定又完全多餘。」就此說明之前段部分固然值得贊同，蓋當保護他人法律之主觀要件限於故意時，若行為人行為時並非出於故意，則本未違反保護他人之法律，自無民法第一百八十四條第二項之適用。惟後段部分本文則不能表示贊同，蓋若該保護他人法律本身並非請求權基礎之規定，但在該規定中並未對行為人有任何主觀要件之要求，則縱然行為人主觀上並無任何故意過失，僅須其行為該當於保護他人法律之客觀要件，即已屬違反保護他人法律。然而此時正係通說於此處之說明之所以重要的原因，蓋縱然行為人主觀上無故意過失卻仍得認為違反保護他人法律，但若行為人舉證證明其於行為時並非出於過失，則其仍無庸依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，因此推定過失有其實益存在。又，若該保護他人法律本身即係一侵權責任之損害賠償請求權，或別有侵權責任之損害賠償請求權存在時，因為行為人一違反該未有任何主觀要件要求之保護他人法律，即應依各該規定負無過失責任，例如行為人違反消費者保護法第七條之規定者是。或許此即學者認為推定過失顯屬多餘之原因。誠然，若此時認為因行為人違反該保護他人之法律，所以係負推定過失責任，但既別有無過失責任之請求權基礎存在，推定過失似乎即無實益。然其實因為此時並未具備民法第一百八十四條第二項之侵權責任的不成文要件，故本不得課予民法第一百八十四條第二項之侵權責任，因此並無所謂課予其推定過失責任顯屬多餘之問題。關於此一不成文要件之詳細說明，請參見第三章、第一節、第三項、第一款：別無侵權責任之損害賠償請求權存在。

<sup>62</sup> Basil S. Markesinis & Hannes Unberth, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise* 886 (2002); Deutsch/ Ahrens, *Deliktsrecht*, Rn. 229; Esser/Weyers, *Schuldrecht*, Brand II, Besonderer Teil, Teilband 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse, S. 199, 201; Fikentscher, *Schuldrecht*, Rn. 1273; Honsell, *Der Verstoß gegen Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB*, JA, 1983, S. 107 f.; Jauerling (Hrsg.), *Teichmann, Bürgerliches Gesetzbuch*, Rn. 59, 63; Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Halbband, S. 446; Schlechtriem, *Schuldrecht*, Besonderer Teil, Rn. 877; Spickhoff, *Gesetzverstoß und Haftung*, S. 59; Staudinger-Hager, § 823 G 40. BGHZ 51, 91, 103 f.; BGHZ 116, 104. 不同看法，請參閱 MünchKomm-Wagner, § 823, Rn. 355. 其認為應由何人負舉證責任時至今日仍不明確。就氏之觀察，實務見解係在表見證明 (Anscheinsbeweis) 例如在 BGH VersR 1969, 181, 182; 1984, 270, 271 之判決中，即係採取表見證明) 與舉證責任之轉換 (Beweislastsumkehr) 中搖擺不定。但氏亦認為，無論如何，關於過失舉證責任應予減輕 (Beweiserleichterung)。

之前提下，卻仍認為行為人違反保護他人法律時，應推定行為人於行為時有過失，其理由何在？學者認為此乃係因保護他人法律揭示了行為義務，因此違反保護他人法律時得以認定其行為違法，並且因此進而對於過失之舉證責任予以減輕<sup>63</sup>。換言之，通說認為既然保護他人法律已經具體的描述行為人之行為義務，因此客觀構成要件該當之效果，就是過失被趨近了（auf die Schuld nahe legt）<sup>64</sup>，亦即產生推定過失之效果，因此僅當行為人能夠舉證證明自己對於保護他人法律之不知並非出於過失，始得以舉證免責<sup>65</sup>。

德國學者更有表示，行為人所應盡之善良管理人（Intellektuell-Emotionales）的主觀注意義務（innere Sorgfalt）係來自於對客觀構成要件的認識（die Erkenntnis des äußeren Tatbestandes）<sup>66</sup>。而以德國民法第八百三十一條及第八百三十六條為例，之所以這些規定得將主觀注意義務違反之舉證責任予以轉換，係因我們可以確定客觀注意義務已經被違反<sup>67</sup>。從而違背保護他人法律所建立之客觀注意義務（äußere Sorgfalt），亦即違反保護他人法律之結果，可以推定過失的存在<sup>68</sup>。

## 第二項 推定過失之範圍

關於民法第一百八十四條第二項但書之解釋，重大爭議問題為，推定違反保護他人法律之行為人於行為時有過失，此處所指之過失，係僅指「對於保護他人法律之違反」有過失，或者包括「對於侵害他人權益造成損害」有過失？茲先將學說與實務見解介紹如下：

<sup>63</sup> MünchKomm-Wagner, § 823, Rn. 356.

<sup>64</sup> Deutsch/ Ahrens, Deliktsrecht, Rn. 229; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Halbband, S. 446; Staudinger-Hager, § 823 G 40.

<sup>65</sup> BGH VersR 1956, 158.

<sup>66</sup> Deutsch/ Ahrens, Deliktsrecht, Rn. 121.

<sup>67</sup> Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 311.

<sup>68</sup> Deutsch/ Ahrens, Deliktsrecht, Rn. 229.

## 第一款 僅指「對於保護他人法律之違反」有過失

德國通說認為<sup>69</sup>，違反保護他人法律後，推定行為人於行為時有過失，**僅係推定對於保護他人法律之違反有過失，至於對於侵害他人權益造成損害是否有過失則在所不問**。換言之，當行為人違反保護他人法律後，因被推定其就保護他人法律之違反有過失，故行為人自得舉反證證明其就保護他人法律之違反無過失，而不負侵權責任<sup>70</sup>。惟既然德國通說認為，行為人對於侵害他人權益造成損害有無過失在所不問，因此縱然行為人舉證證明其就侵害他人權益造成損害並無過失，仍不能免其侵權責任。而此即德國民法第八百二十三條第二項不同於第一項之處，就此而言，可以認為係德國民法第八百二十三條第二項之獨立意義。試舉一例以說明之，當行為人違反道路交通法（Straßenverkehrsgesetz）第二十一條之規定，亦即其駕駛汽車卻未持有駕駛執照時，**僅須就此有故意或過失即為已足，至於對於侵害他人權益造成損害是否有故意或過失則非所問**<sup>71</sup>。

德國聯邦最高法院判決亦採此一見解，本案中之被告違反道路交通法之規定而在一交叉路口超車，並因而壓死一機車騎士，被告主張車禍之發生，係由於死者突然右轉，實難預見。德國聯邦最高法院認為此項主張縱然屬實，被告亦應負侵權責任。**因違反保護他人法律致侵害他人者，其所要求之行為人應有故意或過失之要件，與德國民法第八百二十三條第一項有所不同。德國民法第八百二十三條第二項侵權責任之構成要件，係違反保護他人之法律，因此行為人之故意或過失係針對違反本身而言，至於行為人對其行為之結果，例如對於權益之侵害是否**

<sup>69</sup> Esser/Weyers, Schuldrecht, Brand II, Besonderer Teil, Teilband 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse, S. 199, 201; Jauerling (Hrsg.), Teichmann, Bürgerliches Gesetzbuch, Rn. 59; Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, S. 93; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Halbband, S. 445; Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Rn. 823.

<sup>70</sup> Deutsch/ Ahrens, Deliktsrecht, Rn. 229.

<sup>71</sup> Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Rn. 823.

預見，或於盡適當注意時可得預見，在所不問。惟若此項侵害係屬於保護他人法律之構成要件者，例如刑法第二百二十三條所規定之傷害身體，則不在此限。但系爭情形為，因過失而違反者係應視為是保護他人法律之道路交通法，故於肯定德國民法第八百二十三條第二項之過失時，關於損害發生得否預見，無須考慮<sup>72</sup>。

至於我國學者採此說者，得以史尚寬教授作為代表<sup>73</sup>，其認為保護他人法律與被保護之利益，有如一物之外皮與中核。例如汽車違反違警罰法第六十一條第三款而超過速率疾駛<sup>74</sup>，因而撞毀他人之店舖，此時如就撞毀店舖有故意或過失，就此財產權之侵害即為一般權利之侵害。惟因係保護他人法律所保護之權益，應有更進一步受保護之方法，亦即此時汽車超過法定速率因而侵害他人所有權，就該所有權之侵害雖無過失，但得僅以違反保護他人法律為由，而課予行為人侵權責任。

換言之，此時對於所保護權益之故意或過失，應不在其違反結果，而在其法益之外衣之保護規定，故行為人僅須就其違反法律規定而使汽車疾駛有故意或過失即為已足，至於其對於侵害他人權益造成損害是否有過失則非所問。否則若認為此處所謂之過失包括對於侵害他人權益造成損害有過失，即與一般權利侵害之情形並無不同，有失特設保護他人法律之意旨。但若侵害權益造成損害本即係保護他人法律之規定內容者，除就過失有推定外，並無較優之利益，亦即仍須在侵害他人權益造成損害有過失時，始負侵權責任。就氏所創設之此一例外，與前揭

<sup>72</sup> BGH 22. 6. 1955, LM § 823 BGB Bf Nr. 10.轉引自王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任—民法第一八四條第二項規範功能之研究—，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996年10月，頁207-208。

<sup>73</sup> 史尚寬，債法總論，1990年8月，114-115；採取相同見解者請參閱馬維麟，民法債編註釋書（一），1995年10月初版，第一八四條，邊碼283；採取本說但所持理由不同者，請參閱楊佳元，論違反保護他人法律之侵權責任，月旦法學雜誌，第58期，2000年3月，頁117-118；楊佳元，道路交通安全規則與侵權行為法，臺北大學法學論叢，第55期，2004年12月，頁74-75；楊佳元，侵權行為過失責任之體系與一般要件，臺北大學法學論叢，第56期，2005年6月，頁236-237。

<sup>74</sup> 違警罰法已於民國八十年六月二十九日廢止，當時違警罰法第六十一條第三款規定：「有左列各款行為之一者，處五日以下拘留或三十圓以下罰鍰：…三、各種車船行駛速率超過規定者。」

德國實務見解所示之例外相同。

## 第二款 包括「對於侵害他人權益造成損害」有過失

我國通說則認為，行為人之過失非僅係對於保護他人法律之違而言，尚應及於對於侵害他人權益造成損害有過失（亦稱為「固有意義侵權責任過失」），因此必須行為人對於侵害他人權益造成損害，按其情節得預見其發生時，始具有過失可言<sup>75</sup>。

亦有學者表示，若認為所謂推定過失，僅係推定就保護他人法律之違反有過失，至於就侵害他人權益造成損害則不以有過失為必要，則實質上已是一種「無過失責任」<sup>76</sup>。此一結論，與我國民法以過失責任作為侵權責任單一歸責原則的規範體系結構，不相符合。因此仍應以對於侵害他人權益造成損害有過失為必要，始負侵權責任<sup>77</sup>。

上述見解亦為德國學者所支持，氏認為依據德國民法第八百二十三條第二項對於保護他人法律所作之解釋，仍然應要求具有固有意義侵權責任過失（*Deliktsgesetz eigenes deliktisches Verschulden*）。換言之，違反保護他人法律時，除推定行為人就保護他人法律之違反有過失外，尚應包括對於侵害他人權益造成損害有過失<sup>78</sup>。

<sup>75</sup> 王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任—民法第一八四條第二項規範功能之研究—，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996年10月，頁208；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005年1月，頁348

<sup>76</sup> 相同看法，陳聰富，論違反保護他人法律之侵權行為，台灣本土法學，第30期，2002年1月，頁10。

<sup>77</sup> 陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁186。

<sup>78</sup> Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 1273.

亦有學者表示，從侵權責任最終保障者仍係財產利益而非權利、風俗或法律以觀，應該認為包括對於侵害他人權益造成損害有過失，在法理上比較一貫；再者，從經濟分析之角度以觀，合理之過失標準應建立於防免成本和侵權機率、所生損害間之權衡，因此氏認為，推定過失之範圍包括對於侵害他人權益造成損害亦有必要；最後，因民法第九百五十六條不區分是否構成侵權責任，而皆以可歸責作為請求損害賠償之前提，因此為維持民法第一百八十四條與第九百五十六條評價之一致，僅於行為人侵害他人權益造成損害有過失時，始負民法第一百八十四條第二項之侵權責任<sup>79</sup>。

我國實務見解亦支持此一結論，例如最高法院六十九年度台上字第二九二七號判決表示：「上訴人之受傷，係因其自己騎腳踏車，沿堆置於該港二十三號碼頭之貨櫃左側直駛，欲往對面二十五號碼頭第十四區，適逢天雨視線不清，於行至貨櫃盡頭之際，竟疏未停車察看左右有無來車，即貿然穿越中央控制塔通道，當發見右方被上訴人車時，已閃避不及，其腳踏車撞上被上訴人車左後輪，人車倒地所致，為其自己之過失。斯時，被上訴人車經過該處，與堆置二十三號碼頭之貨櫃，有保持一公尺之間隔，行車速度並甚緩慢，不能謂有過失。…查違反保護他人之法律者，依民法第一百八十四條第二項規定，不過得推定其為有過失而已。茲被上訴人王聰華既獲有證據足以證明其為無過失，已見前述，即得推翻上開法律上之推定，自己不能按該條項規定令負侵權行為責任。」

學者評析本案判決而認為，本案最高法院雖認定被告違反貨櫃作業場地行車規定，反其方向並靠右行駛，但因被告行車經過該處，有保持一公尺之間隔，行

<sup>79</sup> 蘇永欽，再論一般侵權行為的類型－從體系功能的角度看修正後的違法侵權規定－，政大法學評論，第69期，2002年3月，頁190。其他結論相同而理由不同之見解，請參閱曾宛如，論證券交易法第二十條之民事責任－以主觀要件與信賴為核心，臺大法學論叢，第33卷第5期，2004年9月，頁80。

車速度並甚緩慢，因此不能認定具有過失。顯然係認為行為人對於違反法律本身固然具有過失，但被告得舉證對於損害之發生，已盡適當之注意義務而無過失，從而無庸負侵權責任<sup>80</sup>。自此可見最高法院認為行為人違反保護他人法律時，依民法第一百八十四條第二項推定有過失，不僅限於推定就保護他人法律之違反有過失，尚及於推定就侵害他人權益造成損害有過失，因此本案被告始得就後者舉反證而免責。

### 第三款 結論

本文結論上亦認為，應依民法第一百八十四條第二項但書之規定，推定行為人於行為時有過失者，非僅限於推定對於保護他人法律之違反有過失，尚應及於推定對於侵害他人權益造成損害有過失。主要之理由，即前揭學說所強調者，亦即**既然我國民法係以過失責任作為侵權責任之單一歸責原則，但是採取德國通說之見解，卻無異於認為對於侵害他人權益造成損害之部分應採取無過失責任，此一結論將與以過失責任作為歸責原則的基礎理論有所扞格，從而德國通說之見解於我國法不足為採。**

此外，我國與德國學者均有認為前揭爭議似無實益，蓋若行為人因故意或過失而違反保護他人之法律，甚難想像其得以舉證證明自己對於侵害他人權益造成損害並無過失<sup>81</sup>；惟亦有認為前揭爭議非僅為理論上之爭執，反而在個案之判斷上具有實益，蓋依後說，縱然行為人對於保護他人法律之違反有故意或過失，但仍得舉證其對於侵害他人權益造成損害並無過失，而不負民法第一百八十四條第二

<sup>80</sup> 陳聰富，論違反保護他人法律之侵權行為，台灣本土法學，第 30 期，2002 年 1 月，頁 12。

<sup>81</sup> 中文文獻請參閱王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任－民法第一八四條第二項規範功能之研究一，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996 年 10 月，頁 208。德文文獻請參閱 Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 1273; Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Rn. 823.

項之侵權責任<sup>82</sup>。

本文認為前揭爭議仍有釐清之必要，蓋此爭議除涉及故意或過失之基本概念外，事實上亦並非如學者所稱，當行為人因故意或過失而違反保護他人之法律時，甚難想像其得以舉證證明自己對於侵害他人權益造成損害並無過失。至少在前揭德國聯邦最高法院一九五五年六月二十二日之判決及我國最高法院六十九年度台上字第二九二七號判決所示案例中，行為人均係對於保護他人法律之違反有故意或過失，但是行為人卻得以舉證證明自己對於侵害他人權益造成損害並無過失。並且正是因為德國實務見解採取「僅指對於保護他人法律之違反有過失」之見解，因此仍課予行為人德國民法第八百二十三條第二項之侵權責任；然而因為我國實務見解採取「包括對於侵害他人權益造成損害有過失」之見解，因此行為人無庸依我國民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，自此更可看出，採取不同見解下所生之實益。

### 第三項 推定過失效力之檢討

#### 第一款 學說見解

行為人於違反保護他人法律後，是否得逕行推定行為人於行為時有過失？因為德國民法第八百二十三條第二項，並未明定此一推定過失之效果，因此德國有少數說認為至少此一原則應該有所限縮，亦即**必須限於是避免特定侵害結果之保護他人法律**（ein bestimmter Verletzungserfolg zu verbieten）。因此若僅係違反避免一般損害的發生者（der Verstoß gegen allgemeine Schädigungsverbote），則不與焉<sup>83</sup>。

<sup>82</sup> 陳聰富，論違反保護他人法律之侵權行為，台灣本土法學，第30期，2002年1月，頁10。

<sup>83</sup> MünchKomm-Wagner, § 823, Rn. 355; Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 308;

甚至更有學者認為，所謂舉證責任的減輕是一個太籠統（pauschal）的描述，致使不同保護他人法律中之不同構成要件之結構（die unterschiedliche tatbestandliche Struktur der verschiedenen Schutzgesetze），沒有被充分的被顧及，因此其反對推定過失之效果<sup>84</sup>。

至於我國民法第一百八十四條第二項但書雖然已經明定具有推定過失之效力，然而亦有學者力主應限縮其適用範圍。例如有學者認為，民事舉證責任的原則是由主張法律效果之人就構成要件舉證，並僅於存有正當化理由情況下，例如基於「可能性理論」或者是「危險領域理論」，才另有舉證責任之分配。但是以概括條文分配舉證責任，在法律理論上實在難以解釋，何以違反保護他人法律之侵權責任的舉證責任，應與侵害權利或者背於善良風俗方法之侵權責任的舉證責任有所不同？特別是，如果被害人並無舉證困難之情況，更不見民法第一百八十四條第二項但書推定過失的正當化理由何在。因此為符合整體侵權責任舉證責任之規範體系，有必要進行一次限縮解釋，亦即僅當違反保護他人法律符合現行法律理論及習慣法所承認之舉證責任轉換的情形時，民法第一百八十四條第二項但書才應有所適用。但是在欠缺其他成文法或是習慣法所承認之舉證責任轉換的情形，單純違反保護他人法律而構成之侵權責任，就不應該有民法第一百八十四條第二項但書之適用，否則將與現行侵權責任之舉證責任體系互相矛盾<sup>85</sup>。

此外，亦有學者認為，將修法前民法第一百八十四條第二項之規定解為單純舉證責任倒置之規定，本來即相當牽強。由於第一項後段之背俗行為明定須有故意，而所謂推定過失解釋上應不能包括故意，故僅可能適用於第一項前段之狹義侵權責任。但推定過失之合理性最多只及於違法本身，亦即基於法律既然均經公

---

Staudinger-Hager, § 823 G 40.

<sup>84</sup> Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 308 f.

<sup>85</sup> 劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」－最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第 146 期，2007 年 7 月，頁 239-240。

告周知，則由違法者自己就其違反保護他人法律無過失負舉證責任，通常情形應屬合理之舉證責任的分配，惟逾此範圍即無推定過失之合理性。而氏認為此即何以舊法時代下許多學者解釋民法第一百八十四條第二項為一侵權責任之獨立類型，蓋至少得賦予本條規定一定實體法的意義<sup>86</sup>。

甚且氏進一地認為民法第一百八十四條第二項但書推定過失之效力應予刪除，因為在侵權責任中把舉證責任作概化的規定可能過於僵硬，不若委由法院透過判決在訴訟法中逐漸形成類型為處理，因此其建議應將但書之推定過失予以刪除，實較為允洽<sup>87</sup>。亦有認為，面對民法一百八十四條第二項但書之推定過失的效力，從資訊取得及公共選擇的觀點來看，事前管制標準能有如此高的密度，是頗值懷疑。因此為解決此一問題，法院漠視民法第一百八十四條第二項但書推定過失之規定，將之視為訴訟上得心證的參考面向，以個案方式解決之，亦為可能之途徑，但是卻有法官不依法審判之缺失。從前氏認為將第二項但書之規定予以刪除，並且委由法院斟酌個案裁量，應該是較為適當之規範方法<sup>88</sup>。

## 第二款 本文見解

觀諸前揭我國學說對於民法第一百八十四條第二項但書，之所以採取推定過失之立法的說明，復參酌德國學說與實務見解，在違反保護他人法律後，之所以得推定行為人於行為時有過失<sup>89</sup>，均係認為因為保護他人法律已經界定行為人之行為義務，因此若行為人違反保護他人法律，不僅因違反行為義務而得逕認為其行

<sup>86</sup> 蘇永欽，再論一般侵權行為的類型－從體系功能的角度看修正後的違法侵權規定－，政大法學評論，第 69 期，2002 年 3 月，頁 191-192。

<sup>87</sup> 請參閱蘇永欽，侵害占有的侵權責任，收錄於氏著，民法經濟法論文集，1988 年，頁 155。

<sup>88</sup> 請參閱簡資修，違反保護他人法律之過失推定：經濟功效與司法仙丹，政大法學評論，第 75 期，2003 年 9 月，頁 98。

<sup>89</sup> 關於我國學說對於民法第一百八十四條第二項但書之說明，及德國學說與實務見解之所以認為違反保護他人法律後具有推定過失之效力，請參見本節、第一項：概說。

為具有違法性，更進而以行為違法而推定行為人有過失。因此前揭學者認為，民法第一百八十四條第二項但書規定之結果，使得違法與過失兩者更加趨近。

但是本文向來認為，因為某一規定是否為保護他人法律之判斷，本來即無庸要求該規定之規範內容為強制或禁止規定，因此其實保護他人法律並非當然已經課予行為人行為義務，所以行為人於違反保護他人法律後，被非得逕認為其行為已經違法，尚必須參酌其他被承認得作為違法性判斷標準的因素，在綜合判斷後，始得確定行為人之行為是否具備違法性<sup>90</sup>。在此前提之下，前揭我國與德國通說基於「違反保護他人法律」等於「行為違法」，因而「推定行為人於行為時有過失」的三階段論證，不能在本文的脈絡下被直接套用。

換言之，縱然認為行為違法得以推定行為人於行為時有過失<sup>91</sup>，也必須是在確定行為違法後始得推定行為人於行為時有過失，而因違反保護他人法律不得逕認為行為人之行為已屬違法，必須參酌其他被承認得作為違法性判斷標準的因素，在綜合判斷後，始得確定行為人之行為是否具備違法性，若得認為其行為違法，則推定其於行為時有過失始屬正當。

亦有學者從過失之概念乃係注意義務之違反的基礎理論出發，認為欲依民法第一百八十四條第二項但書之規定推定行為人於行為時有過失，應先檢視行為人是否有行為義務，若有，方有成立過失之可能。並且氏認為得以藉此篩選過濾在

<sup>90</sup> 關於保護他人法律是否以規範內容為強制或禁止規定者為限，請參見第三章、第一節、第一項、第二款；須規範內容為強制或禁止規定之「法律」？關於違反保護他人法律與違法性之關係，請參見本章、第四節、第二項；違反保護他人法律與違法性之關係。

<sup>91</sup> 行為違法即得推定行為人於行為時有過失，似乎可以認為是侵權責任法上之通說。除通說認為違反保護他人法律，即得推定行為人於行為時有過失為一例證外，通說尚認為在國賠責任中，若公務員違背其職務義務（即違法）時，即應推定其行為時有過失。亦係一個在侵權責任中，以行為違法推定行為人於行為時有過失的適例。就後者之相關學說與實務介紹，請參見第三章、第一節、第三項、第一款、第三目、貳、二、（二）、1：架空國賠法關於主觀要件之特殊規範設計？

政策上不應過度擴張責任之案件<sup>92</sup>。就此一見解，亦得以評價為欲判斷行為人於行為時否有過失，不得單純以是否違反保護他人法律為斷，反而應該正面地認定行為人是否有行為義務之存在，並且僅在其已違反該行為義務而被認定為行為違法時，始得因而評價為該行為人於行為時有過失。就此一結論而言，則與本文見解相雷同。



---

<sup>92</sup> 曾宛如，論證券交易法第二十條之民事責任—以主觀要件與信賴為核心，臺大法學論叢，第33卷第5期，2004年9月，頁80-82。

### 第三章 民法第一百八十四條第二項之責任要件

本章所欲研究者係民法第一百八十四條第二項之侵權責任的責任要件，關於此，可分為「**民法第一百八十四條第二項之特別要件**」，與「**侵權責任之共通要件**」兩部分以作說明，分別安排於本章第一節與第二節詳加論之。

本章內容之所以作此安排，係因民法第一百八十四條第二項本文所規範之文義為：「**違反保護他人之法律**，致生損害於他人者，負賠償責任。」因此關於本條之侵權責任的研究，最重要之問題即在於「**保護他人之法律**」的界定，文獻上討論最多者亦係環繞於此<sup>93</sup>。職是之故，本章第一節即係欲就保護他人之法律的判斷方式予以詳加論述。

然而，縱使行為人違反保護他人之法律，並不因此立即須對被害人負侵權責任，蓋侵權責任之課予，在侵權責任法上有其共通要件。詳言之，民法第一百八十四條第二項之侵權責任的責任要件，除本條之特別要件，主要即「**違反保護他人法律**」外，尚包括侵權責任之共通要件，亦即「**侵害被保護之權益**」、「**被害人受有損害**」、「**有因果關係**」、「**行為具違法性**」、「**有故意或過失**」及「**有責任能力**」，凡此皆為侵權責任之必要且共通的責任要件<sup>94</sup>，在侵權責任是否構成判斷上有其重

<sup>93</sup> 溫汶科，一般侵權行為成立要件之檢討，法學叢刊，第 110 期，1983 年 4 月，頁 28-29；王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任—民法第一八四條第二項規範功能之研究—，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996 年 10 月，頁 185-209；楊佳元，論違反保護他人法律之侵權責任，月旦法學雜誌，第 58 期，2000 年 3 月，頁 116-120；陳聰富，論違反保護他人法律之侵權行為，台灣本土法學，第 30 期，2002 年 1 月，頁 1-28；蘇永欽，再論一般侵權行為的類型—從體系功能的角度看修正後的違法侵權規定—，政大法學評論，第 69 期，2002 年 3 月，頁 167-201；姚志明，侵權行為法研究（一），2002 年 9 月初版，頁 48-56；簡資修，違反保護他人法律之過失推定：經濟功效與司法仙丹，政大法學評論，第 75 期，2003 年 9 月，頁 79-121；劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」—最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第 146 期，2007 年 7 月，頁 232-251。

<sup>94</sup> 關於民法第一百八十四條第二項之侵權責任，其侵權責任之共通要件。請參閱朱柏松，論不法侵害他人債權之效力（上），法學叢刊，第 145 期，1992 年 1 月，頁 63-64；馬維麟，民法債編註釋書（一），1995 年 10 月初版，第一八四條，邊碼 148；王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任—

要件。

其中例如「損害」、「因果關係」及「故意或過失」等責任要件其實已經在民法第一百八十四條第二項之文義中展現<sup>95</sup>，然而其他侵權責任之共通要件，於行為人是否構成本條所定之侵權責任，亦扮演重要角色。惟觀諸目前學說與實務見解，似未能發揮其應有之功能，致使其篩選過濾各種社會生活利益的任務未被達成<sup>96</sup>，有造成侵權責任因此不當地被擴大的疑慮，亦有造成為避免侵權責任不當地被擴大，以致於必須透過解釋而另行創設責任要件以限制責任構成之弊。而本文認為為合理限制行為人之責任，並分配社會生活之風險，應充分利用侵權責任之共通要件所具之篩選過濾責任是否構成之功能。故本文將於本章第二節論述侵權責任之共通要件，就其在民法第一百八十四條第二項之侵權責任的判斷上所能夠發揮之規範功能，詳加研究之。

在前揭認識下，本文為避免使人誤會民法第一百八十四條第二項之侵權責任，其責任要件僅「違反保護他人法律」一項，因此避免使用「違法類型」<sup>97</sup>、「違法侵權」<sup>98</sup>或者「違反保護他人法律之侵權責任」<sup>99</sup>等用語。反而係有意識地以「民

---

民法第一八四條第二項規範功能之研究一，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996年10月，頁196；黃立，民法債編總論，1999年10月二版，頁279-281；邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003年1月修訂一版，頁183；孫森焱，民法債編總論，上冊，2005年12月修訂版，頁251；姚志明，侵權行為法，2006年3月初版，頁72-74。

<sup>95</sup> 民法第一百八十四條第二項規定：「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」於文義中已明示被害人受有損害為加害人負侵權責任之要件；又條文中之「致」字，可解為對於因果關係之要求；至於本條但書之規定，則明示加害人應以有過失者為限始負侵權責任，僅係該過失係被推定為存在而已。

<sup>96</sup> 關於侵權責任之共通要件，其概念本身所負載的規範功能，已經足以妥適扮演好篩選過濾各種社會生活利益的任務。請參閱陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁155-177。

<sup>97</sup> 採此用語者請參閱蘇永欽，再論一般侵權行為的類型—從體系功能的角度看修正後的違法侵權規定一，政大法學評論，第69期，2002年3月，頁170；邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003年1月修訂一版，183。

<sup>98</sup> 採此用語者請參閱蔡明誠，專利侵權之過失要件與違反保護他人法律問題，全國律師，第10卷第12期，2006年12月，頁13；陳聰富，論侵權行為法之違法性概念，月旦法學雜誌，第155期，2008年4月，頁175。

<sup>99</sup> 採此用語者請參閱溫汶科，一般侵權行為成立要件之檢討，法學叢刊，第110期，1983年4月，

法第一百八十四條第二項之侵權責任」稱之。

## 第一節 民法第一百八十四條第二項之特別要件

本節中，將展開關於民法第一百八十四條第二項之侵權責任的特別要件的論述，最重要者即「違反保護他人法律」應如何解釋？自文義視之，得將此責任要件分為兩部份予以討論，一為保護他人法律之「法律」應如何認定；二為保護他人法律之「保護他人」該如何解釋<sup>100</sup>。

並且，本文認為不僅係因文義解釋之故，因而有必要將「保護他人法律」分為此兩部份予以說明。更重要者係，並非所有規範目的係為保護他人之規定，均得成為本條所稱之法律<sup>101</sup>。因此若行為人所違反之規定，雖然係以保護他人為目的，但系爭規定卻非本條所稱之法律，則行為人無庸依本條之規定負責；同樣地，亦非所有本條所稱之法律，其規範目的均係為保護他人。因此若行為人所違反之規定，雖然係本條所稱之法律，但系爭規定卻非以保護他人為目的，則行為人亦無庸依本條之規定負責。

---

頁 29；邱聰智，民法侵權行為修正草案基本問題之探討（上），法學叢刊，第 116 期，1984 年 10 月，頁 37；朱柏松，論不法侵害他人債權之效力（上），法學叢刊，第 145 期，1992 年 1 月，頁 61；王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任－民法第一八四條第二項規範功能之研究－，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996 年 10 月，頁 185-209；楊佳元，論違反保護他人法律之侵權責任，月旦法學雜誌，第 58 期，2000 年 3 月，頁 116-120；陳聰富，論違反保護他人法律之侵權行為，台灣本土法學，第 30 期，2002 年 1 月，頁 1-28；姚志明，侵權行為法研究（一），2002 年 9 月初版，頁 31-63。

<sup>100</sup> 相同見解，請參閱朱柏松，論不法侵害他人債權之效力（上），法學叢刊，第 145 期，1992 年 1 月，頁 62；姚志明，侵權行為法研究（一），2002 年 9 月初版，頁 45。

<sup>101</sup> 正因為並非所有以保護他人為目的之規定，均得成為民法第一百八十四條第二項所稱之法律，因此為明確計，當本文使用「規定」此一用語時，係指其規範之內容係以保護他人為目的，然而並非即得為本條所稱之法律；當本文使用「法律規範」此一用語時，即係指本條所稱之法律。因此於本文用語中，「法律規範」、「民法第一百八十四條第二項所稱之法律」及「本條所稱之法律」係屬同義。關於本文用語之決定，請參見本目、參、一：用語的選擇：「立法院通過而總統公布之法律」與「法律規範」。

於前揭認識下，當可體認保護他人法律之「法律」，與保護他人法律之「保護他人」，二者具有同等重要性，不可偏廢。至於此兩部份之論述內容，在保護他人法律之「法律」，又得以分為兩個部分以茲研究，一為「**法律**」之性質，其主要之研究內容著重在各種性質相異的規定，得否成為民法第一百八十四條第二項所稱之法律？又其得否成為本條所稱之法律的結論係如何形成？是否存在一統一的判斷標準？二為**須規範內容為強制或禁止規定之「法律」**？其主要之研究內容則係，某一規定欲成為保護他人之法律，是否應以其規範內容為強制或禁止規定者為限？就此，學說與實務見解似採肯定說，惟其理論基礎為何？是否妥適？均有研究之必要。

至於在保護他人法律之「保護他人」，又得以分為三個部分以茲研究，亦即**某一規定是否係以保護他人為目的（保護目的之確定）**？以及**被害人是否屬於系爭規定所欲保護之人之範圍（人之範圍）**？並且**該被害人所欲請求賠償者，是否為系爭規定所欲保護之權益（物之範圍）**？而本文論述之重點，將置於上述三者應如何界定，並且重新檢視向來我國學說及實務見解是否妥適？有無改進之必要？

但是民法第一百八十四條第二項之侵權責任的特別要件，除「違反保護他人法律」外，是否尚有不成立要件之存在？就此學說及實務見解如何？本文在觀察學說及實務見解後，就不成立要件的部分提出兩點以為說明，亦即「**別無侵權責任之損害賠償請求權存在**」與「**因係利益之侵害而限縮本條的適用**」，並分別於本章第三項第一款及第二款詳加論證，以確定民法第一百八十四條第二項之侵權責任，是否果真有不成立要件之存在。

## 第一項 保護他人法律之「法律」的認定

### 第一款 「法律」之性質

#### 第一目 總論

##### 壹、德國法

###### 一、德國民法第八百二十三條第二項

德國民法第八百二十三條第二項規定：「違反以保護他人為目的之法律者，亦負同一義務。依其法律之內容，無過失亦得違反者，僅於有過失時始負賠償義務。」因此行為人依本條規定負侵權責任之前提，係其行為違反本條所稱之法律<sup>102</sup>。換言之，當被害人欲依德國民法第八百二十三條第二項請求損害賠償時，首先應先檢討，是否有一個符合本條所稱之法律的規範存在<sup>103</sup>。

###### 二、德國民法施行法第二條

然而德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律究竟所指為何，德國通說係透過德國民法施行法第二條予以說明。本條規定：「民法典的法律之意義係指任何法律規範。」（Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm.）因此德國學說一致認為德國民法第八百二十三條第二項所稱之

<sup>102</sup> Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 75; Taupitz, Haftung für Energieleiterstörungen durch Dritte, 1981, S. 76.

<sup>103</sup> Endres, Normen des Umweltrechts als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, 1993, S. 24.

法律並不限於形式意義之法律，而是指任何法律規範（jede Rechtsnorm）<sup>104</sup>。

有學者認為<sup>105</sup>，德國民法施行法第二條指出，德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律，並非一般所有我們從法典（Gesetzbuch）所理解之法律（Gesetz）。而德國民法施行法第二條僅係闡釋一個觀念，雖然此為縱使沒有本條我們也已經清楚的事情，亦即當有人表示，他違反了法律，也就是他是一個違法者，此時我們會理解他所違反的法律可能是任何一種法律，最可能的大概是刑法。其基此進一步認為，德國民法施行法第二條係針對德國民法第八百二十三條第二項之說明，並就此予以強調，因為在對德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律予以解釋或適用時，經常被忽略必須具有保護他人之目的。

然而本文以為，前揭學說對於德國民法施行法第二條之說明實係過度解讀，蓋依本條規定，如同通說所指，僅係表示當民法典中提及「法律」時，並非限於形式意義之法律，而得包括任何之法律規範。然而自德國民法施行法第二條並無法得出，被害人依德國民法第八百二十三條第二項請求損害賠償時，其前提為行為人所違反者必須係以保護他人為目的之法律。事實上，該被違反之規定，必須係以保護他人為目的，與德國民法施行法第二條之規定並無關係，反而是因為德國民法第八百二十三條第二項於文義上要求系爭規定必須以保護他人為目的，因此始能得出行為人所違反之規定，必須係以保護他人為目的此一結論。

<sup>104</sup> Bistrizki, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 11; Canaris, Schutzgesetz-Verkehrspflichten-Schutzpflichten, S. 45; Endres, Normen des Umweltrechts als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, 1993, S. 24 f.; Honsell, Der Verstoß gegen Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, JA, 1983, S. 102; Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, S. 96; Knöpfle, Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des §823 Abs. 2 BGB, NJW 1967, S. 699; Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Rn. 825; MünchKomm-Wagner, § 823, Rn. 322; Pollack, Schutzgesetzverletzung und „negligence per se“, 2003, S. 71; Schlechtriem, Schuldrecht, Besonderer Teil, Rn. 870; Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 75; Staudinger-Hager, § 823 G 9; Taupitz, Haftung für Energieleiterstörungen druch Dritte, S. 76; Taupitz, Berufsordnende Kammersatzungen als Schutzgesetz i. S. des § 823 II BGB, in: Festschrift für Erich Steffen, 1995, S. 492.

<sup>105</sup> Schmiedel, Deliktobligationen nach deutschen Kartellrecht, S. 34.

至於前揭學說所稱之在德國民法第八百二十三條第二項之解釋適用上，時常忽略行爲人所違反者，必須限於以保護他人爲目的之法律規範，此一說法，實屬錯誤之觀察。實則，德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律必須以保護他人爲目的，反而才是學說上著墨最多之處<sup>106</sup>。

依本文所見，前揭學說容有如此之誤會，其緣由即在於未體認德國民法第八百二十三條第二項之特別要件，亦即違反保護他人法律一事，應分析爲「保護他人」與「法律」兩個面向予以討論，德國民法施行法第二條之規定，僅係就後者予以補充說明，然而前者之內容實非德國民法施行法第二條所能或者所欲處理，前後兩者混談之結果，致使德國民法施行法第二條之規範功能不清，甚至有過度解讀之弊。



### 三、德國民法第八百二十三條第二項所稱之「法律」所能包括之範圍

透過德國民法施行法第二條就「法律」所爲之解釋，德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律範圍很廣，至少不僅限於經立法程序所通過之法律<sup>107</sup>。德國學說大致認爲，無論係屬形式意義之法律抑或實質意義之法律、成文法或不成文法，均得成爲本條所稱之法律。本文先就德國法於此之說明予以介紹：

#### (一)「形式意義之法律」與「實質意義之法律」

<sup>106</sup> 請參見本節、第二項、第一款：保護目的之確定的說明。

<sup>107</sup> 請參閱 Bistrizki, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 12.氏特別說明，德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律並不限於國家法形式意義的法律（Gesetz im staatsrechtlich-formalen Sinn），而是任何法律，因此不以經立法程序通過之法律爲限；亦可參閱 Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S.75.

學者認為，所謂形式意義之法律的概念，係包括所有被以法律條文的方式公布的規定（alle Regelungen, die in der Rechtssatzform „Gesetz“ erlassen wurden），其判斷標準係根據制定之方式（Abgrenzung nach der Erzeugungsform）；至於實質意義之法律的概念，係指所有一般抽象之命令（abstrakt-generelle Anordnung），其判斷標準係根據該規定之內容（Abgrenzung nach dem Regelungsinhalt），因此在此界定下，行政命令（Verordnung）可以被包括在實質意義之法律的概念裡<sup>108</sup>。換言之，所謂實質意義之法律，係指具有法源意義的法律規範，為一般抽象之命令，而以人之行為為其規範客體<sup>109</sup>。

而德國學說一致認為，德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律並不以形式意義之法律為限，尚包括實質意義之法律<sup>110</sup>，因此本條所稱之法律可以包括法規命令（Rechtsverordnung）。學者認為，無論係從德國民法第八百二十三條第二項制定之過程<sup>111</sup>，或是從德國民法施行法第二條特別指出，民法所指之法律係指任何法律規範，都可以得出這個結論<sup>112</sup>。

## （二）「成文法」與「不成文法」

<sup>108</sup> Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, S. 96.

<sup>109</sup> Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 75; Meyer-Cording, Die Rechtsnormen, 1971, S21 ff.

<sup>110</sup> Bistrizki, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 12; Endres, Normen des Umweltrechts als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, 1993, S. 24 f., 29; Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, S. 96; Pollack, Schutzgesetzverletzung und „negligence per se“, S. 71; Schlechtriem, Schuldrecht, Besonderer Teil, Rn. 870; Schmiedel, Deliktobligationen nach deutschen Kartellrecht, S. 35; Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 75; Taupitz, Haftung für Energieleiterstörungen durch Dritte, S. 76; Canaris, Schutzgesetz-Verkehrspflichten-Schutzpflichten, S. 45.

<sup>111</sup> 此處所指之得自制定過程得出本結論，係因一次國會會議中建議，德國民法第八百十三條第一款所指之「警察法律」（Polizeigesetz）應該包括「警察命令」（Polizeiverordnung），而不須限於「法律」，蓋本條在體系位置上鄰近德國民法草案第八百〇七條第二項（編按：德國民法草案第八百〇七條第二項即係現行之德國民法第八百二十三條第二項），而德國民法草案第八百〇七條第二項並不以「法律」為限。自此可知，縱係對於行政命令之違反亦有德國民法草案第八百〇七條第二項之適用。S. Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, S. 96, Fn. 14.

<sup>112</sup> Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, S. 96.

德國學說於研究德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律時，並未特別說明其所謂成文法（*geschriebenes Recht*）或不成文法（*ungeschriebenes Recht*）之區別標準何在，但是德國學者認為無論係成文法或不成文法均屬德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律<sup>113</sup>。至少從本條之條文、產生的歷史與功能以觀，就法律的概念包括成文法是毋庸置疑的<sup>114</sup>。

### （三）結論：應個別認定

於前揭說明之下，德國學說認為無論係形式意義之法律或實質意義之法律、成文法或不成文法，均屬德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律。因此公法與私法之法律（*statutes of private and public law*）<sup>115</sup>、習慣法（*Gewohnheitsrecht*）<sup>116</sup>、鄉鎮規章（*Gemeindesatzung*）<sup>117</sup>、食品與毒品規則（*foods and drugs regulations*）<sup>118</sup>、警察命令（*Polizeiverordnung*）<sup>119</sup>、團體協約（*Tarifvertrag*）<sup>120</sup>等均屬之。

然而並非即代表所有以保護他人為目的之規定，均得成為本條所稱之法律，反而係應分別視該規定之性質，區分情形一一加以討論<sup>121</sup>。蓋例如有學者表示，

<sup>113</sup> Canaris, *Schutzgesetz-Verkehrspflichten-Schutzpflichten*, S.45.

<sup>114</sup> Spickhoff, *Gesetzverstoß und Haftung*, S. 76, 86 f.

<sup>115</sup> Basil S. Markesinis & Hannes Unberth, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise* 885 (2002); Fikentscher, *Schuldrecht*, Rn. 1267; MünchKomm-Wagner, § 823, Rn. 322.

<sup>116</sup> Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Halbband*, S. 433; Fikentscher, *Schuldrecht*, Rn. 1267; Esser/Weyers, *Schuldrecht, Brand II, Besonderer Teil, Teilband 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse*, S. 199; MünchKomm-Wagner, § 823, Rn. 322; Staudinger-Hager, § 823 G 11.

<sup>117</sup> Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Halbband*, S. 433; Basil S. Markesinis & Hannes Unberth, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise* 885 (2002);

<sup>118</sup> Basil S. Markesinis & Hannes Unberth, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise* 885 (2002); Staudinger-Hager, § 823 G 12.

<sup>119</sup> Basil S. Markesinis & Hannes Unberth, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise* 885 (2002); Esser/Weyers, *Schuldrecht, Brand II, Besonderer Teil, Teilband 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse*, S. 199; Schmiedel, *Deliktobligationen nach deutschen Kartellrecht*, S. 35.

<sup>120</sup> Fikentscher, *Schuldrecht*, Rn. 1267; Esser/Weyers, *Schuldrecht, Brand II, Besonderer Teil, Teilband 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse*, S. 199.

<sup>121</sup> 例如 MünchKomm-Wagner, § 823, Rn. 324-339 分別討論事故預防規章（*Unfallverhütungsvorschrift*）、技術規則、行政規則（*Technische Regel, Verwaltungsvorschrift*）、歐盟法與憲法（*Euopa- und Verfassungsrecht*）、習慣法與判例（*Gewohnheits- und Richterrecht*）等是否

行政命令是否應被接受為保護他人之法律其實仍有爭議<sup>122</sup>，抑或有認為法規命令、行政規則或者私人制定的守則（*privates Regelwerk*），是否屬於德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律則值得討論<sup>123</sup>。

## 貳、我國法

### 一、學說見解

#### （一）未被重視的問題

性質為何之規定，始能成為民法第一百八十四條第二項所稱之法律？就此問題，向來在我國學說之討論較少，有認為依本條所使用之文字，似應與憲法第一百七十條所規定者，為相同之認識。換言之，就民法第一百八十四條第二項所稱之法律，似應以經立法院通過而總統公布之法律為限。然而其觀察德國學說與判例之態度後，發現德國法就德國民法第八百二十三條二項所稱之法律係作極其廣泛意義之擴張，因而認為在我國民法第一百八十四條第二項所稱之法律，亦無庸加諸嚴格之條件<sup>124</sup>。

除了前述學者就民法第一百八十四條第二項所稱之法律的範圍略作說明外，

---

屬於保護他人之「法律」；又例如 *Bisztrizki, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 13-17.* 分別討論法規命令（*Rechtsverordnung*）、私法規範（*Privatrechtliche Norm*）、行政規則（*Verwaltungsvorschrift*）、公法規範（*öffentlich-rechtliche Norm*）、行政處分（*Verwaltungsakte*）等是否屬於保護他人之「法律」。

<sup>122</sup> Spickhoff, *Gesetzverstoß und Haftung*, S. 75.

<sup>123</sup> Endres, *Normen des Umweltrechts als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB*, S. 25.

<sup>124</sup> 朱柏松，論不法侵害他人債權之效力（上），法學叢刊，第 145 期，1992 年 1 月，頁 62。然而氏於較早之文獻中曾經表示：「我國民法第一百八十四條第二項亦規定為『違反保護他人之「法律」』，但此處所指之『法律』，其意義應指和民法第一條所指之『法律』同其意義，泛指包括法律、命令等廣義之法律。」請參閱朱柏松，現代侵權行為救濟制度之研究—以多氯聯苯事件為中心之商品製作人責任之探討（上）—，台大法學論叢，第 11 卷第 1 期，1981 年 12 月，頁 186，註 35。兩處見解稍有不同，然既其見解之提出有其先後，故本文於此以氏近期提出之見解以為說明。

就本文之觀察，並未再有學者就內容係以保護他人為目的之規定的性質再予詳加探討，一般即概稱，保護他人之「法律」係指「**法規範**」而言，除狹義之法律外，尚包括習慣法、命令、規章等<sup>125</sup>，亦即一切維護個人利益之公私「**法規**」<sup>126</sup>；或稱，此處之法律指「**實質意義之法律**」，即成文法、習慣法等<sup>127</sup>；或謂，無論係法律或命令，均足當之<sup>128</sup>。

## （二）未予重視之結果：觀察問題面向之不足

就我國學說之現象，容有兩種解讀之可能性，一為於民法第一百八十四條第二項之特別要件之檢討上，規範之目的是否係為保護他人一事，相較而言更為重要，因此學說著重於此而討論之，就爭議較小之何種規定得屬於本條所稱之法律一事則暫先擱置，因此學說對此所為之解釋甚少；二為民法第一百八十四條第二項所稱之法律，毋需做出任何限制。換言之，僅須規範內容以保護他人為目的，至於該規定之性質為何則在所不問。

然而就上述兩種解讀之結果，本文均不能表示贊同。誠然，行為人所違反之規定，必須係以保護他人為目的，行為人才有依民法第一百八十四條第二項負侵權責任之可能，蓋此本即民法第一百八十四條第二項之特別要件之一。並且就各該規定之規範目的為何，學說或實務之解釋又時有歧異<sup>129</sup>，因此於檢討民法第一

<sup>125</sup> 姚志明，侵權行為法研究（一），2002年9月初版，頁46；邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003年1月修訂一版，頁184-185；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005年1月，頁349；姚志明，侵權行為法，2006年3月初版，頁68。

<sup>126</sup> 梅仲協，民法要義，1954年3月臺新初版，頁141；鄭玉波，民法債編總論，1962年6月初版，頁154；馬維麟，民法債編註釋書（一），1995年10月初版，第一八四條，邊碼149；王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任－民法第一八四條第二項規範功能之研究－，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996年10月，頁196。

<sup>127</sup> 黃立，民法債編總論，1999年10月二版，頁278；楊佳元，道路交通安全規則與侵權行為法，臺北大學法學論叢，第55期，2004年12月，頁72。

<sup>128</sup> 陳聰富，論違反保護他人法律之侵權行為，台灣本土法學，第30期，2002年1月，頁5。

<sup>129</sup> 例如民法第七百八十六條第一項之規定，其規範之目的是否係為保護他人，最高法院九十三年度台上字第二四五三號判決係採否定見解，惟有學者採肯定說。請參閱陳忠五，土地所有人「管線

百八十四條第二項之侵權責任是否構成時，判斷該被行為人所違反之規定，是否係以保護他人為目的，係屬相當重要之事。

惟僅研究某一規定之規範目的為何，而擱置系爭被行為人所違反之規定，其性質是否屬於民法第一百八十四條第二項所稱之法律，將容易使此一問題意識被忽略，致使本條責任要件是否構成之檢討上，容易被誤會為僅須該被違反之規定係以保護他人為目的即可。換言之，前述第二種解讀之產生，其實即係導因於向來研究之核心，均只著重於規範目的之探討，因而致使誤會僅須某一規定係以保護他人為目的，從而當行為人違反系爭規定後，即應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，至於該被違反之規定的性質為何則在所不問。

但是此一認識並非正確，其理由在於，固然經立法院通過而總統布之法律屬於本條所稱之法律毫無疑問，然而典型之問題例如行政命令得否成為本條所稱之法律？縱然行政命令得成為本條所稱之法律，是否不分其係屬法規命令、行政規則抑或是職權命令而有不同之認定？再例如契約義務得否成為本條所稱之法律？亦即違反契約義務時，是否可能不僅該當契約責任，甚至可能因該契約義務亦屬保護他人之法律，因而違反契約義務時，亦構成民法第一百八十四條第二項之侵

---

安設權」之侵害與鄰地所有人之損害賠償責任—評最高法院九十三年度台上字第二四五三號判決一，月旦法學雜誌，第 122 期，2005 年 7 月，頁 212-217；又民法中關於占有之規定是否係以保護他人為目的，爭論最為激烈。採肯定說者，學說見解請參閱梅仲協，民法要義，1954 年 3 月臺新初版，頁 141；鄭玉波，民法債編總論，1962 年 6 月初版，頁 154；馬維麟，民法債編註釋書（一），1995 年 10 月初版，第一八四條，邊碼 46、167-175；王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任—民法第一八四條第二項規範功能之研究—，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996 年 10 月，頁 195-196；詹森林，無權使用他人土地之三角關係（一），月旦法學雜誌，第 25 期，1997 年 6 月，頁 39；王澤鑑，侵害占有之侵權責任與損害賠償，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第三冊，2004 年 10 月，頁 229-230；郭冠甫，民法系列—侵權行為，2006 年 8 月，頁 90。實務見解請參閱最高法院七十一年度台上字第三七四八號判決；最高法院七十四年度台上字第七五二號判決；最高法院八十八年度台上字第一四二四號判決；最高法院九十五年度台上字第二二五〇號判決；最高法院九十五年度台上字第二七九八號判決。採否定說者，請參閱蘇永欽，侵害占有的侵權責任，收錄於氏著，民法經濟法論文集，1988 年，頁 161-162；劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」—最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第 146 期，2007 年 7 月，頁 241。

權責任？凡此均有進一步研究之必要。

而前揭問題的核心，均非在於某一規定是否係以保護他人為目的，反而係該規定是否屬於民法第一百八十四條第二項所稱之法律，因此前述我國學說發展之解讀，就前者而言，對民法第一百八十四條第二項之要件的檢討上有所偏廢，就後者而言，根本是本條之構成要件認識上有所不足。

## 二、實務見解

實務見解就民法第一百八十四條第二項所稱之法律，亦未給予明確之判斷標準，典型之說明，例如最高法院九十六年度台上字第一八九一號判決表示<sup>130</sup>：「按民法第一百八十四條第二項規定，違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。本條項所謂之法律，係指法律規範而言，除狹義之法律外，尚包括習慣法、命令、規章等。」

並且於最高法院八十三年度台再字第一三四號判決中表示：「再審原告雖主張民法第一百八十四條第二項所謂之法律，依中央法規標準法第一條、第四條規定，僅指經立法院通過、總統公布之法律、條例或通則而言，至於行政機關所發

<sup>130</sup> 應說明者係，本文所引之判決內容，實為本案高等法院亦即臺灣高等法院臺南分院九十五年度上字第○四號判決之裁判內文，而高等法院之判決雖為最高法院九十六年度台上字第一八九一號判決所廢棄，然而觀諸其廢棄之理由，係因高等法院認為財政部九十一年八月六日台財融（六）字第○九一六○○○二三一號函令雖係屬保護他人之法律，惟「其保護之對象，則屬在金融機構開立存摺帳戶之個人，上訴人並非存戶，非屬該函令所保護之對象，自無民法第一百八十四條第二項前段規定之適用。」最高法院則認為：「該函旨在保護與金融機構往來之全體客戶之財產權益，並非狹隘地僅在保護在金融機關開立帳戶之個人，原審認依該函整體觀之，該函保護之對象僅為在金融機構開立存摺帳戶之個人，上訴人並非存戶，不屬該函保護對象，因而為上訴人敗訴之判決，已有可議。」因而廢棄原判決。因此可知最高法院就高等法院關於保護他人之法律的抽象說明表示贊同，因而亦認為本案系爭函令係屬保護他人之法律，甚且尚認為上訴人為系爭函令所欲保護之對象，進而廢棄原判決，故得將高等法院就保護他人之法律所為之抽象說明認定係屬最高法院所持之見解。然而解釋函令是否果能成為民法第一百八十四條第二項所稱之法律，則尚有討論之空間。關於解釋函令得否成為民法第一百八十四條第二項所稱之法律，請參閱本款、第七目、肆、一、(二)：行政規則屬於法律規範之範圍？

布之規程、規則、細則、辦法等則為行政命令，不包括在內。原確定判決以再審原告所屬航空貨運站違反屬行政命令之海關管理進出口貨棧辦法，依民法第一百八十四條第二項之規定，推定再審原告有過失，而為再審原告不利之判決，其適用法規顯有錯誤云云。第按民法第一百八十四條第二項規定之所謂法律，係指一切以保護他人為目的之法律規範而言，海關管理進出口貨棧辦法係為保護貨物所有人之權益而制定之法規，應屬上開條項所謂之法律。」

自上述最高法院就民法第一百八十四條第二項所稱之法律的說明，得以知悉係指「法律規範」而言，並且不限於中央法規標準法第四條所指之經立法院通過而總統公布之法律。然而最高法院所謂之「法律規範」其範圍究竟如何？是否全無限制？則仍有待於其他判決內容補充之。

#### (一) 有意識的區辨

相對於前揭國內學說討論之不足，我國實務在面臨原告各式各樣的主張當中，在個案的檢討上，有時係有意識地將規定依其性質予以分類，並且認定縱然系爭規定之目的係以保護他人為目的，但是因為系爭規定並非民法第一百八十四條第二項所稱之法律，因此縱然行為人違反該規定，仍無庸民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。

例如最高法院八十六年度台上字第二一三一號判決表示：「**信用合作社管理辦法**第十一條雖規定，信用合作社對其社員，非依合作社法第十四條之規定完成入社手續一個月後，不得放款；同辦法第五條第一項，信用合作社之社員以加入一社為限，同條第二項並課信用合作社負責查明有無加入其他信用合作社之義務；**惟此僅行政命令，非法律規定**…則上訴人另主張，被上訴人經澎湖縣政府告知，

上訴人已不得入社，違反上開規定，貸款五十五萬元給上訴人部分，係違反禁止規定，該貸款契約當然無效；縱認有效，亦違反保護他人之法律，及故意以背於善風俗之方法加損害於他人造成上訴人之損害，上訴人自亦得與被上訴人之貸款主張抵銷云云，亦難採信。」

自此判決可知，最高法院係有意識地認為管理辦法性質上為行政命令，並非民法第一百八十四條第二項所稱之法律，亦即認為行政命令並非前開判決所指之「法律規範」。

又最高法院九十六年度台上字第二三〇一號判決表示：「按民法第一百八十四條第二項所謂違反保護他人之法律者，係指以保護他人為目的之法律，亦即**一般為防止妨害他人權益或禁止侵害他人權益之法律或授權命令**而言。…而行政院依修正前證交法第十八條第二項規定之授權所修正公布之證券管理規則第二十七條第一項規定：『證券投資顧問事業及其負責人、部門主管、分支機構經理人或業務人員，應本誠實及信用原則，忠實執行業務。』，同條第二項規定：證券投資顧問事業及人員不得為『買賣其推介予投資人相同之有價證券』（第四款）、『虛偽、欺罔、謾罵或其他顯著有違事實或足致他人誤信之行為』（第五款），及第二十八條第一項規定：證券投資顧問事業從事業務廣告，不得有『於廣告中僅揭示對公司本身有利之事項，或有其他過度宣傳之內容』（第四款）、『為保證獲利或負擔損失之表示』（第六款）、『引用各種推薦書、感謝函、過去績效或其他易使人認為確可獲利之類似文字或表示』（第十二款）等行為之行政命令，亦具有保護投資者個人權益之內容，自均屬民法第一百八十四條第二項所規定『保護他人法律』之範疇。」

自本案判決可推知，最高法院認為無論係「法律」或「授權命令」均應為民法第一百八十四條第二項所稱之法律。換言之，係有意將未經授權而制定之「職

權命令」或「行政規則」排除於其所謂之「法律規範」之外。

基於前述說明，最高法院九十六年度台上字第一五三〇號判決表示：「況『人工協助生殖技術管理辦法』係行政院衛生署所訂定，並非法律，亦非法律授權制定之行政命令，尚不屬民法第一百八十四條第二項所謂之『法律』。」又最高法院九十一年度台上字第一三四九號亦表示：「按民法第一百八十四條第二項所定侵權行為之損害賠償責任，以加害人違反保護他人之法律，致生損害於他人者為要件。而中央銀行管理票據交換業務辦法其性質似僅係中央銀行本其法定職掌所訂定之命令，尚難逕認等同於法律，原審徒以合庫圓山支庫就受款人已遭重複描繪，改寫之系爭支票，疏未依上揭辦法第三十一條第一項等規定，予以退票，反予付款，即應依民法第一百八十四條第二項規定負過失損害賠償責任，遽爾判決，而未說明何以合庫圓山支庫違反上揭辦法即屬違反保護他人為目的之『法律』之依據，自有判決不備理由之違法。」

## （二）無意識的承認

自前揭判決可知，實務見解於某些案例中，明白表示應先檢視該規定之性質，始得決定該規定是否屬於民法第一百八十四條第二項所稱之法律，亦即是否屬於其所稱之「法律規範」。然而於更多案例中，實務見解並未詳究系爭規定之性質，即逕自認定其亦得作為民法第一百八十四條第二項所稱之法律。

例如臺灣高等法院八十四年度重上更（一）字第一六四號判決表示：「中壢市公所之行為違反土地法第二百三十一條前段、都市計畫法第四十八條、**司法院大法官會議釋字第四〇〇號解釋等保護他人之法律**，已違法侵害黃永相所有之系爭土地之權利。」

本案判決所認定之民法第一百八十四條第二項所稱之法律有三，包括「**土地法**」、「**都市計畫法**」、「**大法官釋字第四〇〇號解釋**」，前兩者係經立法院通過而總統公布之法律，故得作為民法第一百八十四條第二項所稱之法律並無疑問。惟縱然某一大法官會議解釋係以保護他人為目的，大法官會議解釋是否果能成為本條所稱之法律？本案即為實務判決於探究民法第一百八十四條第二項之侵權責任是否成立時，並未詳查該規定之性質即逕予判決之適例<sup>131</sup>。

再如臺灣高等法院臺中分院八十九年度重上更（一）字第二〇號判決表示<sup>132</sup>：  
「依**證券商客戶開設有價證券集中保管帳戶契約書第十一條**約定，客戶申請將集中保管之有價證券轉撥至其他證券商該客戶之帳戶，應提示證券存摺，填具存券匯撥申請書，加蓋原留印鑑或簽名式樣，經審核無誤後辦理。國寶公司之受僱人乙違反前揭規定，疏於核對身分及原留印鑑，准許未提示證券存摺之陳菁蓮辦理系爭股票匯撥至富山帳戶，即有過失，其僱用人國寶公司應與乙連帶負損害賠償責任。再依**證管會訂定之『證券商業業務章則重點規範內容』**，明定本人開戶應親持身分證正本辦理；代理開戶應親持代理人本人及委託人身分證正本與委任授權書辦理。丙為富山公司主管辦理開戶徵信之人員，明知非親自開戶而為不實徵信，其與相關人員違反上述規定，准許陳菁蓮冒用己等四人名義開設富山帳戶，均有

<sup>131</sup> 關於大法官會議解釋究竟得否成為法律規範，請參見本款、第三目：大法官會議解釋。

<sup>132</sup> 應說明者係，本案高等法院之判決雖為最高法院九十二年度台上字第一一三七號判決所廢棄，然而最高法院所持理由有三：1、最高法院認為高等法院就共同侵權人之認定有違誤；2、「又按八十八年四月二十一日修正公布之民法第一百八十四條第二項前段固規定：違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負損害賠償責任。但此條項規定於八十九年五月五日始施行，且民法債編施行法並未規定於修正施行前之情形亦適用之。而依卷附陳菁蓮偽造文書等案件之刑事判決記載，本件侵權行為係於八十四年及八十五年發生，原判決竟援用嗣後始施行之前揭規定為判斷，其適用法規顯有錯誤。」3、原審審判長未依民事訴訟法第一百九十九條第二項規定予以闡明，於令當事人說明或為完足之補充前，逕依原聲明為判決，其訴訟程序顯有重大瑕疵。就此而言，似乎僅係認為本件侵權行為係於民國八十四至八十五年發生，故無修正後民法第一百八十四條第二項適用之餘地。暫不論此一見解是否正確，至少最高法院就高等法院於判決中所揭示的三種屬於民法第一百八十四條第二項所稱之法律的規定，並未認為有所不當，似亦係承認此類規定為民法第一百八十四條第二項所稱之法律無疑。

過失，其僱用人富山公司亦應連帶負責。另依**財政部七十六年十月五日台財融第七六〇七三三五〇號函**、**財政部錢幣司六十五年十一月十日六五台錢司（三）發第一三五六號函釋**，開設存款戶應由開戶本人親自憑身分證辦理，非本人持他人身分證複印本申請開戶不得受理。台中一信自認陳菁蓮未提出己等四人之身分證正本，其准許陳菁蓮冒用己等四人名義開設一信帳戶，自有過失。…且按違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負損害賠償責任，民法第一百八十四條第二項規定甚明。本件國寶公司等五人執行業務時，對於相關保護他人之法律規定，如開戶、匯撥股票之規定均有違反。依民法第一百八十四條、第一百八十五條及第一百八十八條規定，該五人應就己等四人之損害連帶負賠償責任。」

本案判決所認定屬於民法第一百八十四條第二項所稱之法律者，依該規定性質為分類，亦有三者，包括「**證券商客戶開設有價證券集中保管帳戶契約書**」、「**證券商業務章則重點規範內容**」、「**財政部七十六年十月五日台財融第七六〇七三三五〇號函**」及「**財政部錢幣司六十五年十一月十日六五台錢司（三）發第一三五六號函釋**」。惟依中央法規標準法第二條規定：「法律得定名為法、律、條例或通則。」又同法第四條規定：「法律應經立法院通過，總統公布。」因此此三類規定並非中央法規標準法所稱之法律。固然民法第一百八十四條第二項所稱之法律不必限於經立法院通過而總統公布者，然而此類規定是否得毫無疑問的成為本條所稱之法律，是否如前揭判決所示，某些規定依其性質仍不適宜作為本條所稱之法律？本案判決未經說明，直接採為本條所稱之法律，誠有再予思考檢討之必要。

甚且，前述裁判內容亦非屬單一個案，例如最高法院九十二年度台上字第二二二四號表示：「次查依上訴人民航局與長榮航空股份有限公司所訂立之**倉庫使用合約第五條**、**航空貨運站倉儲貨物管理規則第四條**、**第十三條**等規定，貨運站

對進倉存儲之貨物，自進倉時起至點交出倉時止，負有保管責任，於貨主備妥相關文件及完成驗關手續後，應將貨物交付。…又上訴人甲與吳明壽均有保管他人物品之法律上義務，而上訴人甲、吳明壽竟違反此一義務，自屬違反保護他人之法律，依民法第一百八十四條第二項，應負侵權行為損害賠償責任，依民法第一百八十八條第一項前段規定，上訴人久泰公司與上訴人甲，上訴人民航局與吳明壽應分別負連帶賠償責任。」

凡此類案例均係實務見解未仔細審究原告所主張之規定，是否果能屬於民法第一百八十四條第二項之法律，法院即逕自予以裁判，實有未妥。蓋縱然民法第一百八十四條第二項所稱之法律，並不限於經立法院通過而總統公布之法律，然而亦非所有規定均為本條所稱之法律。實務見解既然認為本條所稱之法律係指「法律規範」而言，則應就是否屬於「法律規範」的判斷標準予以提出說明，並於具體個案中適用之，否則於某些案例明白表示應予以區辨，於其他案例卻又無意識地一概承認，實難以使受不利益判決之當事人信服。

參、本文見解

一、用語的選擇：「立法院通過而總統公布之法律」與「法律規範」

關於民法第一百八十四條第二項所稱之法律，究竟該如何界定，係本文最主要欲討論之事，然而「法律」之相關用語，其意涵甚多，縱然係同一用語，各學者所指涉之範圍亦有所不同，因此本文欲先介紹關於「法律」一詞之相關用語及學說就該用語之定義，最後則說明於本文中用語之取捨及其作該取捨之緣由。

(一)「成文法」(制定法)與「不成文法」(非制定法)

學者有謂，成文法與不成文法係以法律的成立過程為標準，前者又稱為「制定法」，係指凡是由立法機關依立法程序通過並以法典方式公布之法律。例如民法、刑法等；不成文法又稱為「非制定法」，係指除了成文法以外其他雖具有法律效力的法源，其特色在於未經立法機關制定，亦無法典編纂之形式。例如判例、習慣或法理等是<sup>133</sup>。

在前揭區分標準下，若將立法機關解釋為立法院，而立法程序則係指三讀通過一事，則行政命令不屬成文法乃屬當然，然而行政命令係行政機關依法定方式所制定<sup>134</sup>，因此要被納入前述定義下之不成文法亦有困難，故上述標準並非妥適。故有學者表示，所謂不成文法係指未具有條文形式，或縱具有條文形式，但未經立法機關依法定之立法程序制定，亦未依公布法律機關依法定之公布手續公布，而由國家承認或採用為法者，因此行政命令性質上係屬不成文法<sup>135</sup>。

然亦有認為，所謂成文法，指作成文書，依照一定的手續和方式而公布的法規而言。因此憲法、法律、行政命令均屬成文法；至於不成文法，則指不依法定程序以從事制定及公布，但經國家予以承認為法的規範者<sup>136</sup>。

尚有認為，所謂成文法，係指立法機關所制定之規範，並可包括行政機關機於委任立法所制定之行政法規。因此所謂成文法，可以包括中央法規與地方法規，

<sup>133</sup> 李復甸，劉振鯤，法學概論，2003年8月十四版，頁42；莊柏毅，黃英哲，法學入門，2006年9月初版，頁25。

<sup>134</sup> 請參閱行政程序法第一百五十一條至第一百五十七條及第一百六十條之規定。

<sup>135</sup> 李肇偉，民法總則，1961年5月初版，頁8；梁宇賢，法學緒論，1996年10月修訂五版，頁38、46；李模，民法總則之理論與實用，1998年7月修訂版，頁14。

<sup>136</sup> 史尚寬，民法總則釋義，1946年11月一版，頁8；倪江表，民法總則銓論，1948年，頁22；盧浩然，民法總論，1957年4月，頁3；何孝元，民法概要，1966年5月四版，頁3；倪渭卿，民法概要，1966年10月初版，頁7；史尚寬，民法總論，1970年11月臺初版，頁1；虞舜，實用民法總則，1978年3月，頁17；林紀東，法學緒論，1978年6月初版，頁49-50。

前者指憲法第一百七十條、中央法規標準法第二條及第四條所稱之經立法院通過而總統公布之法律，及行政機關基於委任立法所制定之與法律有同一效力之行政法規。換言之，亦即行政命令中之法規命令亦屬成文法，至於行政命令中之行政規則則不屬之<sup>137</sup>。

## (二)「形式意義之法律」與「實質意義之法律」

學說認為所謂「形式意義之法律」，係指將法源就權力區分之權能觀察而得之結果。換言之，立法機關才有權制定的法律，係屬形式意義之法律。因此，此處所稱之法律，係指憲法第一百七十條、中央法規標準法第二條及第四條所稱之經立法院通過而總統公布之法律，此種由法定程序制定，而以成文法典形式表現的法律，即為形式意義之法律<sup>138</sup>。

實質意義之法律，有認為係指將法源就法哲學之價值觀察而得之結果。換言之，立法者或人民對於規範之「法的確信」，或人民對於規範之「承認」，而此處之「法的確信」或「承認」為規範內容之所以成為社會行為標準的共識基礎，具有社會倫理上之「實質的意義」<sup>139</sup>；亦有認為係指以正義為基礎而為維持秩序或解決紛爭，能以國家強制力實現之人類社會生活規範。正因為實質意義之法律具有國家強制力，故違反實質意義之法律者，將受國家公權力之制裁。而此即實質意義之法律與道德規範、宗教規範之不同，蓋違反後者之結果，僅生良心之譴責、教規排斥或不見容於社會之後果<sup>140</sup>。

<sup>137</sup> 張正學，曹傑，民法總則註釋，1947年11月，頁30-31；武憶舟，民法總則，1976年11月初版，頁19-21；黃茂榮，民法判解之理論體系·民法總則，1979年3月初版，頁18。

<sup>138</sup> 梁宇賢，法學緒論，1996年10月修訂五版，頁7-8；黃立，民法總則，1999年10月二版，頁2；黃茂榮，法學方法與現代民法，2002年9月增訂四版，頁2-3；陳猷龍，民法總則，2003年9月八版，頁2。

<sup>139</sup> 黃茂榮，法學方法與現代民法，2002年9月增訂四版，頁2-3。

<sup>140</sup> 李復甸，劉振鯤，法學概論，2003年8月十四版，頁23；陳猷龍，民法總則，2003年9月八

關於實質意義之法律存在的理由，學說曾作過清楚地說明，其表示<sup>141</sup>：「因人類從事群居生活，若無法律的規範，群居生活勢必受強者意思與情緒的支配，文化與經濟也不可能發展。因此必須有一個規範，以規律各個人彼此間無數的文化與經濟關係，而這種維持人類社會外部秩序的規範，就是法律。它是一種『應為的請求』，要求每一個人尊重它。法律創塑了一個準則、一種尺度，讓受此法律管轄的人，知所遵循。它賦予個人一定的活動範圍，使不受他人的侵犯，以普遍有效而合理的規則，平息人與人間的利害衝突，每個人因此而可以預計，別人是可靠的。人們因此而尊重他人的財物，遵守自己的承諾，就這樣法律發揮了它作為人類共同活規範的功能。」

### (三)「狹義之法律」與「廣義之法律」

狹義之法律，通說認為係指係經立法院通過而總統公布之法律<sup>142</sup>。然而亦有表示，狹義之法律包括最狹義之法律、法規命令、自治條例及條約四者，其中最狹義之法律即係前揭多數說所認定之經立法院通過而總統公布之法律<sup>143</sup>。

廣義之法律所指為何，有認為是指社會生活的一切規範。換言之係指成文法或不成文法所構成的一切法律體系或法源而言。因此廣義之法律可以包括憲法、國家依一定程序制頒之法律、行政機關定頒之規章，甚至未有成文規定之一般習慣而言<sup>144</sup>。然有學者強調，廣義之法律不僅是一種社會生活規範，其重點在於法

---

版，頁 1。

<sup>141</sup> 黃立，民法總則，1999 年 10 月二版，頁 3-4。

<sup>142</sup> 張正學，曹傑，民法總則註釋，1947 年 11 月，頁 30；梁宇賢，法學緒論，1996 年 10 月修訂五版，頁 8；謝瑞智，民法總則，2000 年 6 月臺初版，頁 2-3；鄭玉波，民法總則實例研究，2002 年 7 月二版，頁 2；黃茂榮，法學方法與現代民法，2002 年 9 月增訂四版，頁 2-3。

<sup>143</sup> 邱聰智，民法總則（上），2005 年 2 月初版，頁 89。

<sup>144</sup> 梁宇賢，法學緒論，1996 年 10 月修訂五版，頁 6-7。

律為保障群眾安寧，維持社會秩序，因而透過國家權力以強制實行之一種社會生活規範<sup>145</sup>。

#### (四)「經立法院通過而總統公布之法律」與「法律規範」

##### 1、不採「成文法」與「不成文法」的用語

德國學說於研究德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律此一問題時，有以成文法與不成文法如此之區分標準以進行研究<sup>146</sup>。本文認為德國學說以如此之區分標準論述本條所稱之法律，有其一定之意義。首先，以典型之不成文法即習慣法而言，正因為其並非規定於法典之中，因此其內容及範圍具有不確定性<sup>147</sup>，故行為人之行為是否已經違反不成文法不易認定；再者，不成文法並非經立法院通過而總統公布，亦非經立法者之授權而制定<sup>148</sup>，因此其得否成為本條所稱之法律即容易滋生疑義<sup>149</sup>，從而就不成文法實有進一步研究之必要，以確定其是否在本條所稱之法律的範圍之中。

##### (1) 成文法與不成文法之區分標準尚有爭議

<sup>145</sup> 張正學，曹傑，民法總則註釋，1947年11月，頁30；史尚寬，民法總論，1970年11月臺初版，頁1；謝瑞智，民法總則，2000年6月臺初版，頁2；鄭玉波，民法總則實例研究，2002年7月二版，頁2。

<sup>146</sup> Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 76, 86.

<sup>147</sup> Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 86；張正學，曹傑，民法總則註釋，1947年11月，頁31；倪江表，民法總則銓論，1948年，頁39；邱聰智，民法總則（上），2005年2月初版，頁70。

<sup>148</sup> 經立法院通過而總統公布者屬成文法並無爭議，然而經立法者之授權而制定者，例如法規命令，是否亦屬成文法其實容有爭議，然多數學者肯認之。請參閱史尚寬，民法總則釋義，1946年11月一版，頁8；張正學，曹傑，民法總則註釋，1947年11月，頁30-31；倪江表，民法總則銓論，1948年，頁22；盧浩然，民法總論，1957年4月，頁3；李肇偉，民法總則，1961年5月初版，頁8；何孝元，民法概要，1966年5月四版，頁3；史尚寬，民法總論，1970年11月臺初版，頁1；林紀東，法學緒論，1978年6月初版，頁49-50；虞舜，實用民法總則，1978年3月，頁17；黃茂榮，民法判解之理論體系·民法總則，1979年3月初版，頁18。

<sup>149</sup> Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 86.

惟雖然以成文法與不成文法如此之區分標準以進行研究有其意義，但是本文仍然認為，於研究民法第一百八十四條第二項所稱之法律時，不宜採此區分標準。其理由在於，關於學說就成文法與不成文法之區分標準前已予以介紹，得以發現學說就成文法與不成文法之區分標準尚未有統一之態度，甚至可以認為歧異甚大。因此若以成文法與不成文法作為研究民法第一百八十四條第二項所稱之法律的標準時，將會因為學說之區分標準的不同，而有不同之結果。

舉例而言，若認為民法第一百八十四條第二項所稱之法律僅限於成文法，則關於行政命令得否成為本條所稱之法律，即會因為學說就成文法與不成文法的區分標準不同而得出不同之結論。詳言之，有認為因行政命令未依法定之立法程序制定，亦未依公布法律機關依法定之公布手續公布，故屬於不成文法，因此在此見解之下，行政命令不屬於本條所稱之法律；有認為因行政命令亦係作成文書，而依照一定的手續和方式而公布的法規，故屬於成文法，而在此見解之下行政命令得成為本條所稱之法律；甚至尚有認為僅行政命令當中係屬委任立法之法規命令始為成文法，因此若採此一見解，則僅行政命令中之法規命令屬於本條所稱之法律，而職權命令與行政規則則不與焉。

基於前述說明可知，一旦以成文法與不成文法作為民法第一百八十四條第二項所稱之法律的判斷標準，因為學說就成文法與不成文法的區分標準不一，因此就本條所稱之法律所承認的範圍即可能產生廣狹之不同。雖然學說本得基於不同立場，就民法第一百八十四條第二項所稱之法律作不同之範圍界定。惟學說於論述成文法與不成文法之區分標準時，其實並未思及此一區分之結果，可能會造成民法第一百八十四條第二項所稱之法律的範圍會有所不同，既然於研究成文法與不成文法之區分標準時，未將民法第一百八十四條第二項一併予以考慮，則逕自以此區分標準決定本條所稱之法律的範圍並不妥當。

## (2) 是否為成文法並非民法第一百八十四條第二項所稱之法律的判斷標準

之所以不宜以成文法與不成文法此一區分標準，作為民法第一百八十四條第二項所稱之法律的範圍的研究基礎，其更重要的原因在於，「**一個規定是否屬於成文法或不成文法，並非判斷其得否成為民法第一百八十四條第二項所稱之法律的決定性標準**」。舉例言之，憲法屬於成文法並無疑義<sup>150</sup>，然而其得否成為民法第一百八十四條第二項所稱之法律則並非無疑<sup>151</sup>；再者，無論認為行政命令係屬成文法或不成文法，其得否作為本條所稱之法律即為爭議最大之處；至於最典型之不成文法即習慣法，學說卻係一致地認為其係屬於本條所稱之法律<sup>152</sup>。

因此，無論係成文法或不成文法，其中均有部份可能係民法第一百八十四條第二項所稱之法律，亦有部份並非屬於本條所稱之法律，在此認知之下，以成文法與不成文法作為民法第一百八十四條第二項所稱之法律的研究基礎，其實益不大。蓋縱然清楚界定成文法與不成文法之範圍，仍然無法解決究竟如何之規定始屬於本條所稱之法律此一問題，因此本文認為將各種規定區分為成文法或不成文法以進行研究，既然不能達到確定本條所稱之法律的範圍此一研究目的，則不適宜以成文法與不成文法作為本文之用語及研究核心。

## (3) 借鏡及思考：研究不成文法之意義？

然而，誠如本文所述，不成文法通常並未被規定在法典之中，因此不成文法

<sup>150</sup> 倪江表，民法總則銓論，1948年，頁22；林紀東，法學緒論，1978年6月初版，頁50；梁宇賢，法學緒論，1996年10月修訂五版，頁35。

<sup>151</sup> 關於憲法是否係屬民法第一百八十四條第二項所稱之法律，請參見本款、第二目：憲法—以基本權的規定為核心。

<sup>152</sup> 關於習慣法是否係屬民法第一百八十四條第二項所稱之法律，請參見本款、第八目：習慣法。

是否存在，例如是否存在一個習慣法，甚至是縱然存在一個不成文法，其內容及範圍如何，通常不容易予以確定。因此行為人之行為是否已經違反不成文法時常難以判斷。但此種不成文法之特性與不成文法是否屬於民法第一百八十四條第二項所稱之法律無關，正係如此，才會造成並非全部之不成文法均屬本條所稱之法律，亦非全部之不成文法均非本條所稱之法律的結果。

但是應進一步思考者係，不成文法相較於成文法既然有其是否存在及內容與範圍不確定之特性，是否於民法第一百八十四條第二項之責任要件的研究上發揮實益？若答案係屬肯定，則是在何等要件之檢討上有其實益？在本文前揭之說明下，不成文法並不影響本條之特別要件中關於「法律」之判斷，亦即不成文法亦可能為本條所稱之法律，假若系爭不成文法又是以保護他人目的，則本條之特別要件已全部具備。

惟是否可以認為於此同時亦已該當侵權責任之共通要件？在侵權責任之共通要件中，某些要件的是否具備，是否與該被違反之法律規範係一不成文法而可能有所不同？凡此則係本文於侵權責任之共通要件所欲進一步研究者。

## 2、不採「形式意義之法律」、「實質意義之法律」與「狹義之法律」、「廣義之法律」的用語

### (1) 以「經立法院通過而總統公布之法律」取代「形式意義之法律」與「狹義之法律」

#### A、不採「形式意義之法律」與「狹義之法律」此用語之理由

學說認為形式意義之法律係指憲法第一百七十條、中央法規標準法第二條及第四條所稱之經立法院通過而總統公布之法律前已述及<sup>153</sup>，而此定義則與通說對狹義之法律的認定相同，因此學者表示形式意義之法律及狹義之法律實屬同義<sup>154</sup>。

然而亦有認為，狹義之法律包括最狹義之法律、法規命令、自治條例及條約四者，其中最狹義之法律即係指經立法院通過而總統公布之法律<sup>155</sup>。因此同為狹義之法律此一用語，於學界仍有不同之意涵，因此為避免於論述時造成誤會，本文不採用狹義之法律此一用語。至於形式意義之法律的定義目前雖然並未有歧異之見解，然而既然學說認為狹義之法律係與形式意義之法律同義，而就狹義之法律其定義容有爭議之情形下，難免將來就形式意義之法律的解釋亦可能產生不同之定義，為避免此一疑慮，本文亦不採形式意義之法律此一用語。

#### B、用語的選擇：「經立法院通過總統公布之法律」及其重要性

然而形式意義之法律或通說定義下的狹義之法律所指涉的概念，於民法第一百八十四條第二項所稱之法律的研究上有其重要意義，蓋其屬於本條所稱之法律毫無疑義。換言之，形式意義之法律或通說定義下的狹義之法律是屬於最典型的民法第一百八十四條第二項所稱之法律，在實務之運用上也最為廣泛<sup>156</sup>。但因形式意義之法律或狹義之法律於學說的定義或有不同，則可能導致於研究上因彼此所指涉之範圍不同以致於討論失其焦點。實則，既然形式意義之法律與通說定義

<sup>153</sup> 請參見本目、參、一、(二)：「形式意義之法律」與「實質意義之法律」及(三)：「狹義之法律」與「廣義之法律」。

<sup>154</sup> 李復甸，劉振鯤，法學概論，2003年8月十四版，頁28。

<sup>155</sup> 邱聰智，民法總則(上)，2005年2月初版，頁89。

<sup>156</sup> 實務見解以行為人違反經立法院通過而總統公布之法律為由，而課予行為人民法第一百八十四條第二項之侵權責任的案例，為最大宗。例如最高法院六十七年度台上字第二一一一號判例認為，道路交通管理處罰條例第二十一條第一項第一款之規定係屬民法第一百八十四條第二項所稱之法律。相同見解之判決甚多，茲舉數例於下，例如最高法院八十三年度台上字第二九四四號判決；最高法院八十七年度台上字第一八八七號；最高法院九十四年度台上字第二一二六號；最高法院九十六年度台上字第五一三號判決；最高法院九十六年度台上字第五三八號判決。

下的狹義之法律均係指經立法院通過而總統公布之法律，則直接以此作為使用之用語將不會有任何爭議之發生，因此本文中一概使用「經立法院通過而總統公布之法律」，以取代「形式意義之法律」或「狹義之法律」的用語。

## (2) 以「法律規範」取代「實質意義之法律」與「廣義之法律」

### A、不採「實質意義之法律」與「廣義之法律」此用語之理由

實質意義之法律，學說認為係指將法源就法哲學之價值觀察而得之結果，亦即以正義為基礎而為維持秩序或解決紛爭，能以國家強制力實現之人類社會生活規範<sup>157</sup>。至於何謂廣義之法律，雖有認為係指社會生活的一切規範，然而通說認為廣義之法律不僅是一種社會生活規範，其重點在於法律為保障群眾安寧，維持社會秩序，因而透過國家權力以強制實行之一種社會生活規範<sup>158</sup>。在此定義下，通說所指之廣義之法律實與實質意義之法律同義<sup>159</sup>。

雖然學說有認為，民法第一百八十四條第二項所稱之法律即指實質意義之法律<sup>160</sup>，然而本文卻以為於民法第一百八十四條第二項所稱之法律的論述上，不僅不宜以形式意義之法律與狹義之法律作為用語，亦不宜以實質意義之法律與廣義之法律作為用語。其中的理由之一仍為定義之歧異，在前揭說明之下，學說就實質意義之法律與廣義之法律的定義尚未能統一，因此將面臨於前述討論成文法與不成文法、形式意義之法律與狹義之法律時相同的問題，亦即在學說歧異定義下，因其所指涉之範圍廣狹不同，致使所承認之民法第一百八十四條第二項所稱之法律的範圍有所不同，然而學說於對實質意義之法律與廣義之法律下定義時，其實

<sup>157</sup> 請參見本目、參、一、(二)：「形式意義之法律」與「實質意義之法律」。

<sup>158</sup> 請參見本目、參、一、(三)：「狹義之法律」與「廣義之法律」。

<sup>159</sup> 鄭玉波，民法總則實例研究，2002年7月二版，頁2。

<sup>160</sup> 黃立，民法債編總論，1999年10月二版，頁278。

亦未考量到其定義之結果居然可能影響到民法第一百八十四條第二項所稱之法律的範圍，因此若直接承認實質意義之法律或廣義之法律即係本條所稱之法律並不妥適。

實則，如同本文於不成文法的說明，部份不成文法屬於民法第一百八十四條第二項所稱之法律，部份則否，或者有爭議；同樣地於實質意義之法律或廣義之法律，亦僅有其中部份之範圍屬於民法第一百八十四條第二項所稱之法律而無爭議，然而其餘部份則可能並非屬本條所稱之法律或至少是有爭議。例如憲法係屬實質意義之法律或廣義之法律並無爭議<sup>161</sup>，然而其得否成為民法第一百八十四條第二項所稱之法律即非屬當然。在此認知之下，既然並非全部的實質意義之法律或廣義之法律均屬民法第一百八十四條第二項所稱之法律，則於本條之研究上以此用語作為使用之語詞並不適當。其理由在於，縱然確定某規定係屬實質意義之法律或廣義之法律，仍然無法知悉此一規定究否係屬本條所稱之法律，因此就行為人違反此一規定之結果，是否應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任仍無法確定，因此實質意義之法律或廣義之法律並非適當的用語。

其實上述不採用實質意義之法律或廣義之法律如此用語的理由，亦正係本文不採用成文法與不成文法此一用語的理由之一，亦即縱然某一規定係屬實質意義之法律、廣義之法律或不成文法，都不代表其即得成為民法第一百八十四條第二項所稱之法律，究其原因，正係如同本文所述，當學說對實質意義之法律、廣義之法律或不成文法下定義時，並未同時考慮民法第一百八十四條第二項所稱之法律的範圍，因此前述用語所指涉之範圍自然即與本條所稱之法律的範圍脫勾。既然如此，於用語的選擇上，實質意義之法律、廣義之法律與不成文法均不適宜作為研究本條所稱之法律時應使用的語詞。

<sup>161</sup> 梁宇賢，法學緒論，1996年10月修訂五版，頁6；謝瑞智，民法總則，2000年6月臺初版，頁2；李復甸，劉振鯤，法學概論，2003年8月十四版，頁33。

## B、用語的選擇：「法律規範」

綜上所述，「民法第一百八十四條第二項所稱之法律」所欲指涉之範圍其實有其特別的考量，而有別於學說於法源中關於「法律」的論述，因此學說於法源中關於法律的論述所使用的用語，並不適宜作為研究民法第一百八十四條第二項所稱之法律時的用語。然而除了以「民法第一百八十四條第二項所稱之法律」或「本條所稱之法律」此類用語以外，是否尚有適宜之語詞得用於本條之研究或者論述時的說明？

本文雖然認為前揭所舉之關於「法律」的相關用語均不適宜作為研究民法第一百八十四條第二項所稱之法律時的用語，然而不可否認的是，用語的選擇僅須合其目的性，在合目的性的前提下應盡量沿用學說或實務之慣用語詞，以免造成所指涉者雖同屬一事，但卻有不同之用語，導致論述時的誤會，或者因同一概念的用語過多造成研究討論之複雜化，惟如此之複雜化並無必要，亦應避免！

因此本文認為僅須有一用語係獨立於向來於法源之論述時所使用者，如此即可避免向來於法源之論述時因已對相關用語作出定義，致使該已被定義之用詞使用在民法第一百八十四條第二項所稱之法律的論述時，導致本條所稱之法律的概念不能有其自身的考量。換言之，倘有一用語尚未被法源之論述予以定義，將該用語使用在民法第一百八十四條第二項所稱之法律的論述時，即可因本條之規範意旨、規範計畫而就本條所稱之法律的範圍作出不同的界定，如此即已達到用語選擇之目的，而在此目的已達到的前提下，應盡量沿用向來學說與實務常用之語詞。

就本文之觀察，向來學說論及民法第一百八十四條第二項所稱之法律時，多以「**法規範**」稱之<sup>162</sup>；至於實務見解所慣用之語詞，例如最高法院九十六年度台上字第一八九一號判決表示：「按民法第一百八十四條第二項規定，違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。本條項所謂之法律，係指**法律規範**而言。」又最高法院九十六年度台上字第一一八號判決表示<sup>163</sup>：「同法第一百八十四條第二項規定之所謂法律，係指一切以保護他人為目的之**法律規範**而言。」

自此可知，於研究民法第一百八十四條第二項所稱之法律的範圍此一問題上，學說與實務已經有相當程度的共識而一致地使用「**法律規範**」此一用語。而使用此一用語之優點即在於，向來學說在研究法源的範圍時，並未就「法律規範」此一用語為定義，因此於研究民法第一百八十四條第二項所稱之法律的範圍時，使用「法律規範」此一用語，得以於考量民法第一百八十四條第二項特有之規範意旨、規範計畫後劃定其所承認之法律的範圍，亦即決定「法律規範」的範圍，而無庸受到法源論的影響。因此本文認為於研究民法第一百八十四條第二項所稱之法律的範圍此一問題時，應以「**法律規範**」此一用語取代向來所使用的「實質意義之法律」與「廣義之法律」。

### C、「實質意義之法律」與「廣義之法律」的重要性

雖然本文認為不宜以實質意義之法律與廣義之法律，作為研究民法第一百八十四條第二項所稱之法律的範圍時的使用語詞，然而向來學說對實質意義之法律與廣義之法律多有研究，必然代表其具有一定之重要性。然而其重要性何在則值

<sup>162</sup> 姚志明，*侵權行為法研究*（一），2002年9月初版，頁46；邱聰智，*新訂民法債編通則*，上冊，2003年1月修訂一版，頁184；王澤鑑，*侵權行為法*，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005年1月，頁349；姚志明，*侵權行為法*，2006年3月初版，頁68。

<sup>163</sup> 實務見解於判決中使用相同用語者。請參閱最高法院八十三年度台再字第一三四號判決；最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決；臺灣高等法院臺中分院九十三年度上字第三三七號判決；最高法院九十五年度台上字第三九五號判決；最高法院九十六年度台上字第一五三〇號判決。

研究。

無論是否認為實質意義之法律與廣義之法律的概念係屬相同，參照前述學說關於實質意義之法律與廣義之法律的說明，可以確定，某一規定被承認為實質意義之法律或廣義之法律有其共通的前提，亦即該規定係「**得以國家權力強制實現的一種社會生活規範**」。亦即被承認為「法律」，當然不僅係因為其係屬一種社會生活規範，果如此，則無論道德規範或宗教規範均得成為「法律」，然而此一結果並非實情。正如學說所表示者，法律之所以與道德規範與宗教規範不同，正係因為法律具有國家強制力，故違反之結果將受國家公權力之制裁；而違反道德規範或宗教規範之結果，僅生良心之譴責、教規排斥或不見容於社會之後果，因此強制力是法律的必要要素<sup>164</sup>。

然而更重要者係，此一實質意義之法律與廣義之法律的共通前提，是否於決定民法第一百八十四條第二項所稱之法律的範圍時產生影響？亦即本文所謂之法律規範，是否亦以具有得以國家權力強制實現的特性為必要？此乃於研究民法第一百八十四條第二項所稱之法律的範圍時不可逃避的重要問題，本文將於後說明之。

## 二、「法律規範」範圍之決定

### （一）並非任何規定均屬於法律規範之範圍

#### 1、民法第一百八十四條第二項之文義解釋

<sup>164</sup> 李復甸，劉振鯤，法學概論，2003年8月十四版，頁27；陳猷龍，民法總則，2003年9月八版，頁1；邱聰智，民法總則（上），2005年2月初版，頁67。

民法第一百八十四條第二項本文規定：「違反保護他人之『法律』，致生損害於他人者，負賠償責任。」因此自本條之文義解釋可以認為，並非所有以保護他人為目的之規定，均屬於本條所稱之法律，亦即並非任何以保護他人為目的之規定，均係屬於法律規範之範圍，蓋必須係保護他人之「法律」始可。

然而此種完全取決於法條文義的形式推論方式，並不可靠<sup>165</sup>，因此不能亦不適宜以此為唯一之理由，即逕認定並非所有以保護他人為目的之規定均係法律規範的範圍。惟之所以否定任何以保護他人為目的之規定均為法律規範的範圍，其實質之理由何在？

## 2、避免架空侵權責任法之原則

本文之所以認為並非任何以保護他人為目的之規定均係法律規範的範圍，其實質之理由在於為「**避免架空侵權責任法之原則**」。就此而言，得分為三部份以茲說明：

### (1) 就侵權責任之類型而言

通說向來係將侵權責任分為一般侵權責任與特殊侵權責任兩部分<sup>166</sup>，以前者

<sup>165</sup> 學者亦有認為，法學之解釋並不適宜單純取決於法條文義的形式推論方式，因此認為民法第一百八十四條以下之規定，其保護客體範圍如何不能僅以各該條文規定為「侵害他人之權利」或「致生損害於他人」等文字決定之。請參閱陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁14以下。

<sup>166</sup> 胡長清，中國民法債編總論，1948年八版，頁121以下；洪文瀾，民法債編通則釋義，1954年4月，頁125以下；何孝元，民法債編總論，1960年2月初版，頁65以下；鄭玉波，民法債編總論，1962年6月初版，頁143以下；戴修瓚，民法債編總論，1964年10月，頁140以下；姚淇清，中國民法要義，1977年10月五版，頁234以下；孫定方，民法要義，1980年8月再版，頁99以下；邱聰智，民法侵權行為修正草案基本問題之探討（上），法學叢刊，第116期，1984年10月，頁36-37；史尚寬，債法總論，1990年8月，頁106以下；黃立，民法債編總論，1999年10月二版，頁237以下；邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003年1月修訂一版，頁154以下；陳猷龍，民法債編總論，2003年9月三版，頁70以下；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論。

為侵權責任的基本類型。而一般侵權責任又包括三部份<sup>167</sup>，亦即民法第一百八十四條第一項前段之因故意或過失不法侵害他人權利；民法第一百八十四條第一項後段之故意以背於善良風俗之方法加損害於他人；民法第一百八十四條第二項之違反保護他人之法律致生損害於他人，其中又以民法第一百八十四條第一項前段為核心類型。

然而若認為行為人於違反任何以保護他人為目的之規定後，一概應論以民法第一百八十四條第二項之侵權責任，則將造成民法第一百八十四條第二項的適用機會大增，甚至凌駕於同條第一項前段之規定，產生強烈的「消化吸納作用」，進而造成民法第一百八十四條第二項的「一般化」或「原則化」，亦即同條第一項前段之「空洞化」或「虛無化」<sup>168</sup>。

甚至學說本即有認為，於民法第一百八十四條第二項修法後而成為獨立之請求權基礎的情形下<sup>169</sup>，會引起民法第一百八十四條整體功能性的疑義，亦即可能造成民法第一百八十四條第一項前段及後段之功能受到排擠，甚至進一步造成一般侵權行為之適用，其重心會移轉至民法第一百八十四條第二項<sup>170</sup>。

---

一般侵權行為，2005年1月，頁68；孫森焱，民法債編總論，上冊，2005年12月修訂版，頁207以下；王澤鑑，侵權行為法，第二冊，特殊侵權行為，2006年3月，頁2以下；姚志明，侵權行為法，2006年3月初版，頁4以下、頁79以下；郭冠甫，民法系列—侵權行為，2006年8月，頁31以下、頁99以下。

<sup>167</sup> 梅仲協，民法要義，1954年3月臺新初版，頁138-141；鄭玉波，民法債編總論，1962年6月初版，頁143、154；姚淇清，中國民法要義，1977年10月五版，頁235；邱聰智，民法侵權行為修正草案基本問題之探討（上），法學叢刊，第116期，1984年10月，頁36-37；黃立，民法債編總論，1999年10月二版，頁237、272、276；邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003年1月修訂一版，頁154；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005年1月，頁78；孫森焱，民法債編總論，上冊，2005年12月修訂版，頁208；姚志明，侵權行為法，2006年3月初版，頁4-7。

<sup>168</sup> 陳忠五，校園學生事故中應負賠償責任之人—台灣板橋地方法院八十七年度訴字第六九〇號民事判決評釋一，台灣本土法學，第1期，1999年4月，頁88-89；陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁184。

<sup>169</sup> 修法前之民法第一百八十四條第二項，究竟是否為侵權責任的獨立類型，請參見第二章、第一節：侵權責任獨立類型。

<sup>170</sup> 姚志明，侵權行為法研究（一），2002年9月初版，頁43-44、63。

而前揭學說關於民法第一百八十四條第二項將架空第一項前段之疑慮，於認為本條所稱之法律的範圍毫無限制的見解下，恐將更容易發生。

## (2) 就侵權責任之歸責原則而言

通說認為我國民法係以過失責任為原則，亦即以加害人有故意或過失而不法侵害他人權益者為限，始負賠償責任。且原則上加害人的過失應由被害人負舉證責任。但於例外之情形下，法律為保護被害人而設有舉證責任倒置的規定，使較接近證據者，負舉證之責任，而此類例外規定最典型者即係民法第一百八十四條第二項之規定<sup>171</sup>。

然而學說於觀察實務見解後表示，推定過失責任於實務之運用上，因甚難有加害人得成功舉反證推翻其被推定之過失，因此於我國違反保護他人之法律致生損害者，幾乎為無過失責任，而非僅為推定過失責任而已<sup>172</sup>。就此則有學者不斷提出警示，認為現今社會隨著福利國家、給付行政諸理念之落實貫徹，保護法律幾乎到處可見，應如何妥善運用違反保護他人法律之侵權責任，以免我國侵權責任之全面過失推定化，甚至係實質的無過失責任化，是我國民法學上極其嚴肅的

<sup>171</sup> 胡長清，中國民法債編總論，1948年八版，頁119-120、150；梅仲協，民法要義，1954年3月臺新初版，頁137；洪文瀾，民法債編通則釋義，1954年4月，頁130；王伯琦，民法債篇總論，1956年11月初版，頁67；何孝元，民法債編總論，1960年2月初版，頁64；鄭玉波，民法債編總論，1962年6月初版，頁161；戴修瓚，民法債編總論，1964年10月，頁138；潘維和，中國民法精義，1977年9月初版，頁105；邱聰智，民法侵權行為修正草案基本問題之探討（上），法學叢刊，第116期，1984年10月，頁33以下；史尚寬，債法總論，1990年8月，頁104；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論，一般侵權行為，2005年1月，頁13-15；王澤鑑，損害賠償法的體系、請求權基礎、歸責原則及發展趨勢，月旦法學雜誌，第119期，2005年4月，頁135-136；孫森焱，民法債編總論，上冊，2005年12月修訂版，頁199。

<sup>172</sup> 邱聰智，我國侵權行為法構成上之潛在危機－民法債編侵權行為修正之綜論－，法令月刊，第51卷第10期，2000年10月，頁376；林美惠，交易安全義務與我國侵權行為法體系之調整（中）－以歸責原則變動為中心，月旦法學雜誌，第79期，2001年12月，頁14；陳聰富，論違反保護他人法律之侵權行為，台灣本土法學，第30期，2002年1月，頁3、14、18-193；邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003年1月修訂一版，頁182、185、187、190。

課題，亦係重大之挑戰，否則若苟有不慎，則以過失責任為原則之侵權責任法，勢將流於有名無實，成為實質無過失責任之侵權責任法<sup>173</sup>。

綜上所述，對於民法第一百八十四條第二項適用之結果，將有可能導致過失責任原則之架空，已是不可不予正視之問題。因此若認為本條所稱之法律的範圍並無任何限制，亦即僅須加害人違反任何以保護他人為目的之規定後，即應依民法第一百八十四條第二項但書之規定，就其行為並無過失負舉證責任，則前述關於侵權責任歸責原則全面顛覆的顧慮將更容易發生，其結論上之不當係顯而易見。

### (3) 就侵權責任之保護客體而言

通說向來係採差別保護說<sup>174</sup>，指關於侵權責任之保護客體，亦即權利或利益之侵害，應適用不同之歸責原理。詳言之，所謂差別保護說，係指行為人過失不法侵害他人利益者，依民法第一百八十四條第一項前段之規定，不負賠償責任；就利益之侵害，僅於行為人係故意以背於善良風俗方法加損害於他人或違反保護他人法律之情形，始應依本條第一項後段或第二項之規定負責。

就此學說則有指出，行為人違反保護他人之法律時，如果概括而無任何限制

<sup>173</sup> 邱聰智，民法侵權行為修正草案基本問題之探討（上），法學叢刊，第116期，1984年10月，頁39；邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003年1月修訂一版，頁182、185、187、190。

<sup>174</sup> 胡長清，中國民法債編總論，1948年八版，頁124以下；梅仲協，民法要義，1954年3月臺新初版，頁139；洪文瀾，民法債編通則釋義，1954年4月，頁126；何孝元，民法債編總論，1960年2月初版，頁66以下；戴修瓚，民法債編總論，1964年10月，頁148；姚淇清，中國民法要義，1977年10月五版，頁235；孫定方，民法要義，1980年8月再版，頁100；邱聰智，民法侵權行為修正草案基本問題之探討（上），法學叢刊，第116期，1984年10月，頁41；史尚寬，債法總論，1990年8月，頁127；黃立，民法債編總論，1999年10月二版，頁251；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005年1月，頁79-81、109以下；孫森焱，民法債編總論，上冊，2005年12月修訂版，頁208。關於差別保護說及平等保護說更詳細的說明，請參閱陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁96-104；詹森林，第三人侵害債權之侵權責任—比較法之研討及對中國民法草案之建議，發表於2008年第六屆海峽兩岸民法典暨呂光院長百歲冥誕紀念學術研討會，2008年10月，頁7-17。

的肯定被害人得依民法第一百八十四條第二項之規定就「債權」或「一般財產利益」的侵害請求損害賠償，則往往會使民法第一百八十四條第一項前段「債權及一般財產利益不得為侵權責任之保護客體」的規定成為具文。因此在研究被害人是否得依民法第一百八十四條第二項之規定就「債權」或「一般財產利益」的侵害請求賠償時，於法律之適用上應該非常小心，避免造成民法第一百八十四條第一項前段有被掏空而成為具文的矛盾<sup>175</sup>。

惟應值注意者係，晚近則有學說極力倡導平等保護說<sup>176</sup>，亦即認為行為人因故意或過失不法侵害他人利益者，依民法第一百八十四條第一項前段之規定，即應負賠償責任，而不以行為人係以故意背於善良風俗方法加損害於他人或違反保護他人法律的情形為限。其結果，權利或利益的侵害，係適用相同之歸責原理。

然而縱然係採平等保護說之論者，亦認為鑑於利益具有難以具體特定之性格，其種類型態又非常複雜多樣，民法第一百八十四條第二項之解釋適用應特別謹慎。除非某一法律顯然具有保護他人利益此一規範目的，而且該法律對利益的存在，其主體、內容及範圍等已明確界定，又別無獨立損害賠償請求權之規定，始得依民法第一百八十四條第二項之規定就該利益之侵害請求損害賠償。否則從寬解釋適用民法第一百八十四條第二項之規定，動輒任意將各種公、私法規納入保護他人法律之範圍的結果，使得侵害利益一律推定過失存在，至少會破壞侵權責任之要件例如「違法」、「過失」等要件作為控制手段，以求達到兼顧行為人行

<sup>175</sup> 劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」—最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第 146 期，2007 年 7 月，頁 247。類似見解，尚請參閱邱聰智，民法侵權行為修正草案基本問題之探討（上），法學叢刊，第 116 期，1984 年 10 月，頁 41。

<sup>176</sup> 邱聰智，民法侵權行為修正草案基本問題之探討（中），法學叢刊，第 118 期，1985 年 4 月，頁 68 以下、93-95；陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第 36 卷第 3 期，2007 年 9 月，頁 114 以下；陳聰富，論侵權行為法之違法性概念，月旦法學雜誌，第 155 期，2008 年 4 月，頁 185 以下。

為自由，合理限制行為人責任成立的規範計畫<sup>177</sup>。

因此無論係採差別保護說或平等保護說，過份擴張民法第一百八十四條第二項適用範圍之結果，均會使侵權責任之規範計畫落空。蓋就差別保護說而言，係欲透過對於權利與利益之差別保護，以求合理限制行為人之責任；就平等保護說而言，係透過侵權責任之共通要件，達到合理限制行為人責任之結果，此兩說之手段雖有所不同，然而其目的卻係同一。惟若不當擴大民法第一百八十四條第二項之適用範圍，則此兩說之目的均將無法達成，而對於本條所稱之法律毫無任何限制的說法，即係造成此兩說均無法達成其目的的最大元兇。

### 3、小結：法律規範的範圍應有適當之限制

綜上說明，可知民法第一百八十四條第二項所稱之法律的範圍必須有所限制，其理由並不僅係單純來自於法條文義的形式推論。更重要者的是，寬認法律規範的範圍，將會架空侵權責任法之原則。本文嘗試就侵「權責任之類型」、「侵權責任之歸責原則」及「侵權責任之保護客體」三方面予以說明，均可發現向來學說就民法第一百八十四條第二項之適用範圍即多有保留，以避免侵權責任之原則被架空，果如此，則更不該認為法律規範的範圍係毫無限制，否則向來學說所認為之民法第一百八十四條第二項適用結果所造成之不當將更容易發生！

然而於確定法律規範的範圍應有所限制後，下一步更重要而應予研究的問題係，法律規範的範圍界線如何？是否有統一的判斷標準，或者是否一個規定屬於法律規範，有其一定應該具備之必要條件？就此則為本文欲繼續探討之問題。

<sup>177</sup> 陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁187-188。

## (二) 法律規範之必要條件：系爭規定性質上應具有強制力

### 1、責任之產生係因義務之違反

學說認為所謂民事責任，是指「違反私法上義務」造成他人損害所生的賠償責任<sup>178</sup>。學理上通常將民事責任再區分為契約責任與侵權責任兩種類型。詳言之，契約責任係指「違反契約關係所生不得侵害他方當事人或債權人權益的契約義務」因而所生的責任；加害人因其作為行為所應負的侵權責任，係指「違反基於社會生活關係所生不得侵害不特定人或一般人權益的一般義務」因而所生的責任，至於加害人因其不作為行為所應負的侵權責任，係指「違反基於契約、法律及公序良俗所生的作為義務，甚至是因為違反社會活動交易安全義務」因而所生的責任<sup>179</sup>。

因此可知，民事責任之產生係來自於義務之違反。僅是於契約責任係導因於契約義務的違反；而於作為侵權責任，因任何人與任何人間基於一般社會生活關係而一定存在一不得侵害他人之不作為義務，因此一旦加害人基於其作為行為而侵害他人權益，必定已違反該不得侵害他人之不作為義務，是故學說認為因作為行為而侵害他人權益時，應負侵權責任固無疑問<sup>180</sup>。然而，正因為責任之產生係來自於義務之違反，因此若加害人係因其不作為行為致侵害他人權益時，是否應負不作為侵權責任則有疑義，蓋並非任何當事人間均存在一作為義務。是故，學說於研究不作為侵權責任時，其核心問題即在於加害人對於被害人是否負有一作

<sup>178</sup> 王伯琦，王伯琦法學論著集，1999年1月初版，頁256；陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁53-58。

<sup>179</sup> 邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003年1月修訂一版，頁155；王澤鑑，侵權行為法，第二冊，特殊侵權行為，2006年3月，頁105-106。

<sup>180</sup> 孫森焱，民法債編總論，上冊，2005年12月修訂版，頁209。

為義務<sup>181</sup>。其主要理由係，僅當加害人對於被害人負有作為義務，而其不作為致侵害他人權益時，始得因為加害人已違反該作為義務而課予其不作為之侵權責任。

當然學說亦有提出，契約責任與侵權責任的劃分，似乎並非民事責任的絕對二分法。亦即在契約責任與侵權責任之外，可能另存在一些既不屬於契約責任亦不屬於侵權責任的「第三種責任」，或稱為「法定特別責任」，而此係一種「直接基於民法規定而發生的特別責任」。於此種法定特別責任，責任之產生似乎即並非導因於義務之違反，而與前述之說明有別<sup>182</sup>。然而於民事責任中，是否果真存在一別於契約責任或侵權責任之法定特別責任的類型，即有值得再予研究之必要，然而此乃非本文之研究範圍，就此並不予以深論。惟若僅就本文最主要欲研究之民法第一百八十四條第二項之責任而言，其既然係屬一侵權責任無疑，則其責任之產生，當然係來自於義務之違反則無爭論。

## 2、規定的性質具有強制力的內涵：行為人依系爭規定之性質負有遵守該規定之義務

本文結論上認為就法律規範的範圍並不存在一個明確的判斷標準，因此無法透過單一之判斷標準，直接認定某一個規定是否屬於法律規範。惟如此之結論，並不代表不能歸納出欲成為法律規範，必須有一定之必要條件應該具備。而一個規定之所以可以成為民法第一百八十四條第二項所稱之法律，換言之可以成為法律規範，「**必須系爭規定的性質具有強制力**」，蓋正如學者所稱<sup>183</sup>：「法律之所以為

<sup>181</sup> 黃立，民法債編總論，1999年10月二版，頁238-239；邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003年1月修訂一版，頁155；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005年1月，頁103-108；孫森焱，民法債編總論，上冊，2005年12月修訂版，頁209-210；姚志明，侵權行為法，2006年3月初版，頁14-19；

<sup>182</sup> 陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁55-56。

<sup>183</sup> 邱聰智，民法總則（上），2005年2月初版，頁67。

法律，乃因其實質上為吾人之社會生活規範；而且，具有強制力。」或者亦有謂<sup>184</sup>：  
「強制力是法律的必要要素，也是實現法律的後盾。」

實則，之所以一個規定其性質上必須具有強制力始得成為法律規範，其理由在於，當一個規定性質上具有強制力時，代表行為人依系爭規定之性質負有遵守該規定之義務。則當行為人未遵守系爭規定時，即代表其有義務之違反，而既然義務之違反本即係責任產生之來源，則當行為人違反一個具有強制力的規定，亦即違反法律規範時，其即可能必須因此負侵權責任，並且要求其負侵權責任即具有正當理由。反面言之，當一個規定其性質上並不具有強制力，亦即行為人依該規定之性質並不負有遵守該規定之義務時，行為人就系爭規定之不遵守並無任何義務之違反，則其不負侵權責任即屬當然。

而前揭論述即為本文所提出之問題的解答。蓋前已論及，某一規定被承認為實質意義之法律或廣義之法律有其共通的前提，亦即必須系爭規定係得以國家權力強制實現的一種社會生活規範，而此一共通前提對於法律規範範圍的決定有其意義，蓋一個規定之性質具有強制力乃係其之所以成為法律規範的必要條件<sup>185</sup>。其實正是因為欲成為法律規範應具備此一條件，因此學說才有認為民法第一百八十四條第二項所稱之法律即係指實質意義之法律或廣義之法律。然而本文於後即將進一步說明，固然一個規定的性質必須具有強制力為其之所以得成為法律規範的前提，但不因一個規定的性質具有強制力，即可認為其必然係屬法律規範。

### （三）結論：應個別認定

<sup>184</sup> 李復甸，劉振鯤，法學概論，2003年8月十四版，頁27。

<sup>185</sup> 相類似的見解，請參閱 Bistrizki, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 9.氏認為欲對保護他人之法律予以解釋前，我們瞭解保護他人法律的概念應具有國家法（Staatsrecht）的性質，而此乃德國民法第八百二十三條第二項的一個潛在的特性。

綜上所述，一個規定的性質應具有強制力始能成為法律規範的範圍，然而此僅為法律規範的「必要條件」，但並非「充分條件」。詳言之，一個規定的性質必須具有強制力，該規定始有成為法律規範的可能，因此規定的性質應具有強制力乃係法律規範的「必要條件」；然而一個性質上具有強制力的規定，並不代表其必然即為法律規範，因此規定的性質應具有強制力並非法律規範的「充分條件」。

本文結論上認為，一個規定其性質必須具有強制力固然係其之所以成為法律規範的重要前提。惟因為一旦違反法律規範的結果，該行為人即有可能必須依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，因此法律規範的範圍為何，仍然必須考量民法第一百八十四條第二項之規定、侵權責任之體系架構，甚至是考量整個民事責任之體系架構後始能決定。因此本文才會認為，法律規範的範圍並不存在一個明確的判斷標準，亦即無法透過單一之判斷標準，直接認定某一個規定是否屬於法律規範，而應該就各該規定分別研究之後，才能決定某一規定，是否應屬法律規範的範圍。因此本文接下來即係欲就各種規定分別研究，以確定各種規定中，有那些係屬法律規範的範圍，有那些則否。

而德國學說於研究德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律的範圍時，亦係採用與本文相同之作法，亦即分別就各種規定，一一探討其是否屬於本條所稱之法律的範圍<sup>186</sup>。國內學者就民法第一百八十四條第二項所稱之法律的範圍的研究較少，然而有學者於研究勞動法之法源時，亦係採用如同本文之研究方法，而將各種法源以獨立章節的方式以論述，蓋其認為勞動法的法源具有多樣性，其豐富的程度超越成文法的份量，也非在自治法源的章節中可以充分說明，因此將各

---

<sup>186</sup> 請參見本目、壹、三、(三)：結論：應個別認定。

種法源以獨立章節的方式論述，係最適當的方法<sup>187</sup>。而如此之說明，某程度其實亦切合於民法第一百八十四條第二項所稱之法律的範圍的論述，正因為其可能涉及的範圍極廣，因此無法透過成文法、實質意義之法律或者廣義之法律等概念加以說明，因此本文亦認為，將各種規定分別獨立說明，乃係研究法律規範的範圍時最適當的方法。



---

<sup>187</sup> 呂榮海，勞動法法源及其適用關係之研究，2002年2月，頁8。

## 第二目 憲法—以基本權的規定為核心

### 壹、德國法

#### 一、肯定說

德國通說認為德國基本法（Grundgesetz）亦得成為德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律<sup>188</sup>，然而卻多未詳加論述其理由構成。有認為當德國基本法係具體的行為規範時（konkrete Verhaltensgebote），將德國基本法的規定當作德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律，固然是正確而無疑問的，然而論諸實際，這樣的見解並沒有多大的效用，因為德國基本法僅係一般條款的保障（generalklauselartige Garantie），所以只有當透過德國聯邦憲法法院的裁判進一步確定其適用範圍時，德國基本法才有成為德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律的可能，因為此時德國基本法始係規範具體的行為義務<sup>189</sup>。

#### 二、折衷說

##### （一）原則：基本權之規定不屬於法律規範之範圍

德國有學者認為，雖然向來均肯認德國基本法的規定和基本權的法律規範（die Grundrechte Rechtsnormen），是德國民法施行法第二條所指者，並且是德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律中的重要規範。然而迄今幾乎沒有被討論，關於基本權的規定係如何該當於德國民法第八百二十三條第二項第一句之要求。氏認

<sup>188</sup> Bistrizki, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 16; Deutsch/ Ahrens, Deliktsrecht, Rn. 211; Krüger, Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung, NJW, 1949, S. 163, 165; Staudinger-Hager, § 823 G 9.

<sup>189</sup> MünchKomm-Wagner, § 823, Rn. 327.

為重點在於，誰才是基本權規範的對象？因為只有在保護他人之法律的要件全部該當的情形下，才可能產生損害賠償請求權，而首先必須要求的要件是，**作為保護他人之法律，該規定對於所規範的對象而言必須要是強制或禁止規定（Ge- und Verbot）**<sup>190</sup>。

氏認為，正因為基本權的規定基本上對於私人沒有強制或禁止（ohne weiteres Ge- und Verbote an Privatpersonen）的效力，因此在德國侵權責任法的體系中可以得出如此之結論，亦即基本權的規定在私法上不能發生作用。雖然這個問題其實過去並未曾詳加論述，但是這對於理解基本權的規定得否作為德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律是重要的<sup>191</sup>。

而之所以可以認為基本權的規定對於私人沒有強制或禁止的效力，反而可以認為其規範的對象僅只於國家，此一結論得自德國基本法第一條第三項之規定中得出<sup>192</sup>。在此前提之下，其認為原則上德國基本法的規定並非德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律<sup>193</sup>。

## （二）例外：基本權之規定屬於法律規範的範圍

於前揭論述下，基本權之規定原則上不屬於法律規範的範圍，因此違反基本權之規定的行為人，無庸依德國民法第八百二十三條第二項之規定負賠償責任。然而此一原則並非沒有例外，德國學者有認為在下列兩者情形下，基本權的規定例外地得作為法律規範：

<sup>190</sup> Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 157.

<sup>191</sup> Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 158.

<sup>192</sup> 德國基本法第一條第三項規定：「下列基本權利拘束立法、行政及司法而為直接有效之權利。」（譯文取自司法院網站）

<sup>193</sup> Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 164-168, 181.

## 1、私法形式的國家行爲

所謂私法形式的國家行爲（Privatrechtsförmiger Staatshandel），係指國家的行爲係以私法的形式以完成（Ein derartiges Auftreten des Staates in den Formen des Privatrechts ist treffend.）特別是指私法形式的行政行爲（Privatrechtsförmige Verwaltung），而這樣的行政行爲仍係基於國家主權所爲。例如依據德國基本法第一百十五條第一項第一句<sup>194</sup>之規定，使得聯邦能像一般人民一般從事借貸、保證或其他擔保。

基於德國基本法第一條第三項之規定，基本權得適用於私法形式的國家行爲並無爭議，因爲此類行爲乃係行政權直接爲謀求公法目的及並且係爲執行其公法上職責（Die Exekutive verfolgt unmittelbar öffentliche Zwecke und erfüllt öffentliche Aufgaben）。而國家不能援引基本權的規定而受保護，因爲基本權僅係爲保護私人的私法自主（Privatautonomie）而存在。且正因爲德國基本法第一條第三項規定基本權的規定得以直接拘束行政，縱然係私法形式的國家行爲亦係如此，因此當私法形式的國家行爲侵害他人時，私人得以基本權的規定作爲保護他人法律而有所主張<sup>195</sup>。

## 2、基本權直接適用於私法關係

雖然於前揭論述下，基本權之規定原則上不屬於法律規範的範圍，惟德國學者有認爲，**有些基本權的規定依據文義或體系解釋的結果，已經可以認爲是以私**

<sup>194</sup> 德國基本法第一百十五條第一項第一句規定：「信用貸款及爲未來會計年度之支出而爲之保證或其他擔保，須具有依數額而定之聯邦法律授權。信用貸款不得超過預算案中所估投資支出之數額」（譯文取自司法院網站）

<sup>195</sup> Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 168-172, 181.

人作為規範的對象時，得例外地將之直接作為私法關係（Privatrechtsverkehr）中之保護他人之法律。就此而言，德國基本法第四十八條第二項之規定即為適例。然而應先予注意者係，學說上強調縱然得以將基本權之規定當作保護他人之法律，亦應以輔助性原則（Prinzip der Subsidiarität）為基礎，亦即應先找出基本權的具體規定，僅在搜尋而不可得後，始得以基本權的規定作為保護他人之法律<sup>196</sup>。

德國基本法第四十八條第二項規定，任何人不得妨礙聯邦議會議員就任，或執行議員之職務，並不得因此預告解職或免職。德國通說認為本條規定係屬保護他人之法律<sup>197</sup>。尤其是學說認為德國基本法第四十八條之規定實際上並非基本權的規定，而是一個憲法所賦予之與基本權類似的、主觀的權利（eingrundrechtsähnliches und subjektives Recht）<sup>198</sup>，從而不能否認本條之規定具有保護他人法律的性格。

然而亦有學者認為將德國基本法第四十八條第二項第一句作為保護他人法律的實際意義是微不足道的（gering）。因為本條最主要之意義係在於藉由保障國會議員的薪資，以確保其職務執行的不受干涉，並進而使其得以謀求全民福祉，因此德國基本法第四十八條第二項之規範目的肯定不是在保護國會議員的薪資收入<sup>199</sup>。

## 貳、本文見解

我國學說見解亦有肯認憲法係屬民法第一百八十四條第二項所稱之法律者

<sup>196</sup> Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 171, 181.

<sup>197</sup> Jarass/Pieroth, Art. 48 GG, 9. Aufl., 2007, Rn. 5; Maunz/Dürig, Art. 48 GG, 1999, Rn. 109; Sachs/Magiera, Art. 48 GG, 1996, Rn. 7.

<sup>198</sup> Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1988, S. 1571.

<sup>199</sup> Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 172 f.

<sup>200</sup>，惟並未就此多作說明。本文認為，自憲法本文及增修條文之規定以觀，於論述憲法得否成為法律規範此一問題時，僅於研究憲法中關於基本權的規定是否屬於法律規範，始具意義。蓋於其他憲法本文及增修條文之規定，違反者甚難想像為一般私人<sup>201</sup>，從而亦不可能產生因有私人違反憲法除基本權以外之規定而造成他人受有損害，致使該被害人依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償<sup>202</sup>。因此為了避免討論失其焦點，並且著重於有研究實益者，本文將論述之核心限縮於「憲法中關於基本權之規定是否屬於法律規範的範圍」<sup>203</sup>！

### 一、基本權對第三人效力理論

然而於研究憲法中關於基本權之規定是否得成為法律規範時，其前提應先解決之問題係，究竟基本權是否適用於私人間之相互關係？換言之，基本權對於第三人效力究竟如何？蓋例如即有採直接效力說之學者，認為應將基本權之規定，

<sup>200</sup> 姚志明，侵權行為法研究（一），2002年9月初版，頁47；楊佳元，道路交通安全規則與侵權行為法，臺北大學法學論叢，第55期，2004年12月，頁72；張哲源，情誼、侵權與景文玻璃娃娃案，財產法暨經濟法，第6期，2006年6月，頁100。

<sup>201</sup> 舉例言之，自憲法本文的體例以觀，第一章為總綱、第二章為人民之權利義務、第三章為國民大會、第四章為總統、第五章為行政、第六章為立法、第七章為司法、第八章為考試、第九章為監察、第十章為中央與地方之權限、第十一章為地方制度、第十二章為選舉、罷免、創制、複決、第十三章為基本國策、第十四章為憲法之施行及修改。除第二章中關於基本權之規定外，甚難想像因有私人違反例如憲法第一章中第三條關於國土或第六條關於國旗之規定而造成他人受有損害，或者亦甚難想像有私人因違反憲法第三章至第十一章關於國家組織之規定而造成他人受有損害，因而須依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，因此本文認為，就此部分研究憲法之規定是否為法律規範不具實益。惟應多說明者係，憲法第十章及第十一章之規定是否為國家組織論中之一環，學者容有不同見解，本文暫從廣義角度而包括之，惟無論是否將此兩章納於國家組織論中，均不影響本文於此之論述。承認憲法第十章及第十一章之規定屬於國家組織論者，請參閱陳慈陽，憲法學，2005年2月，頁643以下；許育典，憲法，2008年2月二版，頁391以下；採否定說者，請參閱李惠宗，憲法要義，2004年9月二版，頁389-564、565-618；亦有不將憲法編章歸類為國家組織論，而仿照憲法體例而個別單獨成章者，請參閱林騰鶴，中華民國憲法，頁213-442；陳新民，憲法學釋論，2005年8月修訂五版，頁381-864。

<sup>202</sup> 又之所以本文於此強調必須係私人違反憲法之規定致他人受有損害，係因若加害人係國家，則應屬國家賠償法之問題，要與民法第一百八十四條第二項之侵權責任無關。

<sup>203</sup> 其實德國通說雖然承認德國基本法亦得成為法律規範，然多未詳加說明採取肯定說之理論基礎。僅 *Spickhoff* 用較多的篇幅予以論述，而雖然氏未於其論著中說明原因，惟氏亦係將論述之核心置於基本權的規定得否成為德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律。據本文所信，*Spickhoff* 之所以將論述之核心置於此，亦係體認到私人違反德國基本法之規定致侵害他人，最可能發生之情形即係違反德國基本法中關於基本權之規定。

直接透過德國民法第八百二十三條第二項之規定，在私法中發生效力<sup>204</sup>。既然基本權對於第三人之效力與是否承認基本權之規定為法律規範有關，本文以下即先簡介基本權對於第三人效力之理論<sup>205</sup>：

### 1、直接效力說

此說認為雖然並非所有之基本權，然而確實有一系列重要的基本權，特別是人性尊嚴、人格發展權、平等原則、意見自由與婚姻家庭之保護等基本權之規定，由於係作為關於社會生活的秩序原則，因此可以將此類基本權之規定直接適用於人民相互間的私法關係。

依此學說之見解，直接效力說的適用方式為，在侵權責任方面，直接將基本權視為民法第一百八十四條第一項前段所稱之權利；使因故意或過失不法侵害他人基本權利者，亦應負侵權責任；惟亦有如前所述，認為應將基本權之規定當作保護他人之法律，使行為人應負民法第一百八十四條第二項之侵權責任；至於在法律行為方面，則直接將基本權視為民法第七十一條所稱之禁止規定，使違反基本權規定之私法的法律行為，因之歸於無效。

<sup>204</sup> Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 403.

<sup>205</sup> 關於德國學說就基本權對第三人效力理論之說明，我國學界已有豐富的文獻，以下理論介紹及說明請參閱周治平，憲法中保障人權規定對於私人之效力，憲政論壇，第10卷第10期，1964年12月，頁18-19；陳新民，憲法基本權利及「對第三者效力」之理論，政大法學評論，第31期，1985年6月，頁67-111；蘇永欽，憲法權利的民法效力，收錄於氏著合憲性控制的理論與實際，1994年5月，頁23-2；李惠宗，論新聞自由與隱私權的衝突－愛滋病學童案－，台灣本土法學，第3期，1999年8月，頁163；許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，第9期，2003年7月，頁64-70；王澤鑑，勞動契約上之單身條款、基本人權與公序良俗，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第七冊，2003年9月，頁40-42、47-48；王澤鑑，法律思維與民法實例，2003年10月，頁230-234；吳庚，憲法的解釋與適用，2004年6月三版，頁151-156；李惠宗，憲法要義，2004年9月二版，頁94；陳慈陽，憲法學，2005年2月，頁395-399；顏厥安，憲邦異式－憲政法理學論文集，2005年6月，頁237-238；陳新民，憲法學釋論，2005年8月修訂五版，頁151-159；許育典，憲法，2008年2月二版，頁137-143；許志雄、陳銘祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍，現代憲法論，2008年10月，頁90-91；至於實務見解中，最重要者係臺灣高雄地方法院七十八年度法律座談會中關於單身條款之法律問題的研究意見。

此一學說最常援引作為說明之實例為，德國聯邦勞工法院認為以契約規定勞工應維持單身之條款，係違反德國基本法第一條第一項所保障之人格尊嚴、第二條之人格發展權、第六條第一項之婚姻及家庭制度等，因此得直接論以該契約為無效。

## 2、間接效力說

此說認為基本權之規定並不直接適用於私法關係，但是並非即代表基本權之規定就私人間之法律關係毫無任何效力可言。詳言之，此說反對硬生生地直接將憲法中簡單、清楚的基本權之規定，適用於模糊、多樣性的民事法律關係中作為判斷依據。毋寧是應透過各種實體法律，例如民法，透過其中就維護公共利益、公序良俗的概括條款，將此概括條款作為在私法中實現憲法之基本權理想的媒介，而將基本權的規定間接適用到私法關係之上。

依此學說之見解，間接效力說的適用方式為，在侵權責任方面，係以民法第一百八十四條第一項後段，故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者，亦負賠償責任之規定，為適用之法律依據；至於在法律行為方面，則係適用民法第七十二條之規定，亦即法律行為有背於公共秩序或善良風俗者，無效。並於解釋其中諸如「善良風俗」或「公共秩序」等概括條款時，注入基本權之考慮因素。換言之，也就是以基本權來闡述該等概括條款，使此概括條款成為實踐基本權之媒介。

若採本說，則關於前述勞動契約之單身條款，應認為係違反憲法所保障之基本權，背於公共秩序與善良風俗，應依民法第七十二條之規定論以無效。

### 3、本文見解：間接效力說

本文認為關於基本權對第三人效力應以間接效力說為可採，不僅係單純因為我國缺乏採取直接效力說之明文依據。更重要者係，**為維護私法之獨立性及法律秩序之統一性，宜經由私法之規定，尤其係概括條款，於具體個案中，實現基本人權之價值判斷。**

尤其是採取直接效力說之結果，不啻是顛覆了憲法中關於基本權之規定的重要基本特性，亦即憲法係為了藉由基本權之規定，彰顯人民與國家間是處於人民享有基本權而國家負擔義務之關係，因此**憲法中關於基本權之規定是各個人民所擁有之「權利清單」**，然而若使基本權之規定得於私人之間相互主張，將使基本權之規定質變為每個人均須遵守或忍受之「義務清單」。甚且，直接效力說之主張亦**高度危及私法自治的根基**，蓋隨著每個人均得直接引用憲法中基本權之規定向他人主張，同時代表著該他人應受到基本權之拘束，因此私人間權利義務之內涵等同於已被基本權之規定所設定，於是私法自治思想下，由私人自主、自願地建立其權利義務關係及其內容的空間將大幅度地萎縮<sup>206</sup>。

因此本文認為應該採取間接效力說，透過私法中之概括條款以及種種具有價值開放性特色的不確定法律概念，轉化憲法中基本權之規定的內涵，進行基本權之價值判斷，亦即透過私法中之概括條款或不確定法律概念的解釋將基本權之規定的精神融入，以達到間接拘束私人間之法律關係的效果。

## 二、憲法中關於基本權之規定不屬於法律規範的範圍

<sup>206</sup> 許志雄、陳銘祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍，現代憲法論，2008年10月，頁91。

憲法中關於基本權之規定究竟得否成爲法律規範，於民法第一百八十四條第二項之侵權責任的解釋上相當重要。蓋憲法中關於基本權之規定當然係以保護擁有基本權之私人爲目的並無疑問，因此若肯定基本權之規定屬於法律規範之範圍，則違反基本權之規定的行爲人，即可能必須依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。因此基本權之規定是否屬於法律規範的範圍，將成爲違反基本權之規定的行爲人是否負民法第一百八十四條第二項之侵權責任的決定性關鍵！

而在本文採間接效力說的前提之下，應認爲私人不能成爲基本權之規定直接適用的對象，因此基本權對於私人而言並非具有強制力的規定，從而得以認定憲法中關於基本權之規定並非法律規範。其實既然憲法規定基本權的目的本來即係爲保護人民，以使人民得以對抗恣意的國家權力，所以基本權之規定無疑是以國家權力爲其拘束對象<sup>207</sup>，因此人民不應成爲基本權直接適用之對象，此亦爲採間接效力說之論者常見之論點。在此前提之下，既然基本權是各個人民所擁有之權利清單，當不能將憲法中關於基本權之規定解釋爲法律規範，使得違反基本權之規定的行爲人必須依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，否則將使基本權之規定質變爲每個人均須遵守或忍受之義務清單，而此要非憲法規定基本權之本旨。

甚且，在民事法律關係中極可能發生私人間基本權之衝突，因此如果承認基本權之規定係屬法律規範，將造成一味只求保護被害人之基本權，卻忽略行爲人亦有基本權應被保護之問題。

---

<sup>207</sup> 許宗力，基本權的功能與司法審查，收錄於氏著憲法與法治國行政，1999年3月，頁156以下；8；李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，收錄於氏著憲法理論與實踐（一），1999年7月，頁8-9；許宗力，基本權利對國家權力的拘束，月旦法學教室，第7期，2003年5月，頁87；吳庚，憲法的解釋與適用，2004年6月三版，頁148-149；許育典，憲法，2008年2月二版，頁109-110；許志雄、陳銘祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍，現代憲法論，2008年10月，頁90。

例如德國有名之 Lüth 案，即為典型例證，其案例事實略述為：擔任漢堡新聞協會主席的 Lüth 氏，認為德籍劇作家兼導演 Veit Harlan 因為曾在納粹時期，曾導演一部名為「風騷『猶』物」(Jud Süß) 的反猶及辱猶的影片，使得德國影劇界遭全世界恥笑，因此公開表示德國應抵制其所導演之「永恆的愛人」此一影片。就此，代理及發行 Harlan 影片的公司向法院提起不作為之訴，請求法院予以救濟。而在本案當中，就被害人 Harlan 當然有「職業行為自由」應受保障之問題，同樣地，影片代理及發行公司亦有「財產營業自由」應受保障之問題。因此若肯認憲法中關於基本權之規定係屬法律規範，則行為人 Lüth 可能即必須依德國民法第八百二十三條第二項之規定負侵權責任，然而此一結論卻完全忽略，憲法亦保障 Lüth 的「言論自由」<sup>208</sup>。



探究前述案例問題之發生，其實在於承認憲法中關於基本權之規定係屬法律規範，致使違反基本權規定的行為人應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，然而民法第一百八十四條第二項之規定本來就是一個「轉介條款」，使其他法律規定之內容亦得成為民事侵權責任法之領域，而減輕立法者之負擔<sup>209</sup>。換言之，一個保護他人之法律本得以在該條文當中規定行為人違反本條規定之結果，應負民法侵權責任，僅係在立法技術上，為求便捷，因此不在各該保護他人之法律中規定此一法律效果而已。因此倘若承認憲法中關於基本權之規定係屬法律規範，無異於認為於憲法關於基本權之規定中，亦得增訂「違反者，應負損害賠償責任」之法律效果。然而其造成之問題即在於，不能於具體個案當中權衡行為人與被害人所涉及之基本權。事實上，此亦採取間接效力說最主要而堅強的理由，亦即**唯有透過概括條款將基本權融入其中予以解釋，始能調和基本權之衝突**，

<sup>208</sup> 關於 Lüth 案之判決結果與分析，請參閱陳新民，憲法基本權利及「對第三者效力」之理論，政大法學評論，第 31 期，1985 年 6 月，頁 91 以下；陳新民，憲法學釋論，2005 年 8 月修訂五版，頁 158。

<sup>209</sup> 關於民法第一百八十四條第二項之轉介條款的功能，請參見第二章、第三節：轉介條款。

而做出妥適的「利益權衡」，然而因為民法第一百八十四條第二項並不存在於此類概括條款，因此無法透過解釋而對於行為人與被害人之基本權作出利益權衡。從而本文認為，憲法中關於基本權之規定並不適宜作為民法第一百八十四條第二項所稱之法律<sup>210</sup>。



---

<sup>210</sup> 應附帶說明者係，雖然於前揭德國學說認為，德國基本法中關於基本權之規定有例外得作為法律規範者，然而此乃係基於德國基本法有明文規定之故，於我國未有類此規定之前提下，尚無討論是否承認憲法中關於基本權之規定是否得例外地成為法律規範的必要。又前揭德國折衷說係以德國基本法之規定，因非強制或禁止規定，因此不能成為德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律，關於此一見解，本文將於第三章、第一節、第一項、第二款：須規範內容為強制或禁止規定之「法律」？中予以說明，於此茲不贅述。

### 第三目 大法官會議解釋

#### 壹、德國法

德國學說認為，雖然目前尚不具有實際意義，惟依據聯邦憲法法院法（Bundesverfassungsgerichtsgesetz）第三十一條第二項之規定<sup>211</sup>，聯邦憲法法院的裁判具有法律效力（Gesetzeskraft），因此德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律包括聯邦憲法法院的裁判（Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts）<sup>212</sup>。然而除此之外，德國學說尚未有任何更進一步之論述，說明為何聯邦憲法法院的裁判得以成為法律規範。



#### 貳、我國法

##### 一、實務見解：有採肯定說

臺灣高等法院八十四年度重上更（一）字第一六四號判決表示<sup>213</sup>：「中壢市公所未經黃○○之允准，即擅自佔用黃○○所有之系爭土地，並開闢為道路供公眾通行之用，系爭土地經都市土地規劃地目為道，迄未依規定辦理徵收補償費之事

<sup>211</sup> 聯邦憲法法院法第三十一條第二項規定：「聯邦憲法法院就第十三條第六之一款、第十一款、第十二款及第十四款案件所為裁判，**具有法律效力**。聯邦憲法法院就第十三條第八之一款案件，宣告某一法律違反基本法，不違反基本法或無效時，亦同。某一法律經宣告為違反基本法，不違反基本法或無效時，其裁判主文應由聯邦司法部長於聯邦法律公報中公布之。就第十三條第十二款及第十四款之案件所為之裁判主文，亦同。」譯文取自司法院網站。

<sup>212</sup> MünchKomm-Wagner, § 823, Rn. 327; Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 76; Staudinger-Hager, § 823 G 9.

<sup>213</sup> 應說明者係，本案高等法院之判決雖為最高法院所廢棄發回，惟查最高法院八十七年度台上字第一八四二號判決之所以廢棄原判決，其所持理由有三：1、依大法官釋字第四〇〇號解釋，公用地役關係之成立有其要件，惟「本件原審未詳細調查審認系爭土地是否已符合上開公用地役關係成立之要件而成立公用地役關係，遽為不利於中壢市公所之判決，已有未合」；2、本案原告並未為將來給付之請求，然高等法院卻就此當事人未聲明之事項為判決；3、高等法院對於消滅時效完成時點之認定有誤。自此以觀，似得認為最高法院亦肯認大法官釋字第四〇〇號解釋係屬民第一百八十四條第二項所稱之法律，僅係本案系爭土地是否已符合公用地役關係之成立要件尚有疑義而已。

實，有土地登記簿謄本、桃園縣政府函、中壢市公所函等影本在卷可稽，且為兩造所不爭，堪信為真正。中壢市公所之行為違反土地法第二百三十一條前段、都市計畫法第四十八條、**司法院大法官會議釋字第四〇〇號解釋等保護他人之法律**，已違法侵害黃〇〇所有之系爭土地之權利。」

就本文搜尋實務判決之結果，本案判決係唯一提及大法官會議解釋是否屬於法律規範者。雖然本案判決明確採取肯定說，惟尚不能認為已屬實務之穩定見解，因此本文於此僅以比較保守之態度，表示實務見解中對於大法官會議解釋得否成為法律規範，有採肯定說者。惟認定大法官會議解釋得以成為法律規範，似乎並非如此當然，本案高等法院雖持肯定說卻未予以論證說明，此一作法本文不能表示贊同。



## 二、本文見解：否定說

### (一) 大法官會議解釋之一般拘束效力

國內於論述大法官會議解釋之一般拘束效力時，最常提及者即大法官釋字第一八五號解釋。通說認為自本號解釋起，**大法官會議解釋拘束全國各機關及人民之一般性效力獲得確立，此一效力學說慣稱為「一般拘束效力」**。本號解釋顯示大法官會議解釋具備對世效力，就對人之拘束力而言，大法官會議解釋之效力及於未參加解釋之一般人民，因此有權利享受或有義務依據大法官會議解釋之結果以規制其行為或不行為者，不限於各該解釋之聲請人或相對人<sup>214</sup>。

<sup>214</sup> 關於大法官會議解釋之一般拘束效力，請參閱陳瑞基，大法官解釋效力之研析—司法院大法官審理案件法修正草案有關第十六條、第二十九條及第三十條條文修正部分，全國律師，第7卷第2期，2003年2月，頁55-67；林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，憲法—權力分立，2003年10月，頁73-75、78-79；翁岳生，司法院大法官解釋效力之研究，收錄於公法學與政治理論，2004年10月初版，頁8-12、21-30；蕭文生，國家組織：第九講—大法官，月旦法學教室，第35期，2005

因此在肯認大法官會議解釋具有一般拘束效力之前提下，其課予人民遵守大法官會議解釋之義務。換言之，大法官會議解釋乃係具有強制力之規定，從而已充分作為法律規範之前提要件。而前述德國通說亦係因為依聯邦憲法法院法第三十一條第二項之規定，使聯邦憲法法院的裁判具有法律效力，並因此進而承認德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律包括聯邦憲法法院的裁判。

然而，縱使大法官會議解釋具有強制力，是否得因此率認為大法官會議解釋得以成為民法第一百八十四條第二項所稱之法律並非無疑。而正如本文一再強調者，一個規定其性質必須具有強制力，固然係其之所以得以成為法律規範的重要前提。惟因為一旦違反法律規範的結果，該行為人即有可能必須依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，因此法律規範的範圍為何，仍然必須考量民法第一百八十四條第二項之規定、侵權責任之體系架構，甚至是考量整個民事責任之體系架構後始能決定。從而大法官會議解釋得否作為法律規範，實有進一步研究之必要。

## （二）採取否定說之理由：基本權對第三人效力理論之間接效力說

大法官會議解釋固然就各種不同之基本權宣示應予保障，甚至基此宣告法規應立即失效、定期失效或合憲非難等<sup>215</sup>。例如大法官釋字第六五四號解釋即認定羈押法第二十三條第三項及第二十八條之規定，因**抵觸憲法第十六條保障訴訟權**之規定，故均應自中華民國九十八年五月一日起失其效力，即為其中之適例。

---

年 9 月，頁 49；吳信華，大法官解釋的一般拘束力，月旦法學教室，第 47 期，2006 年 9 月，頁 8-9；蕭文生，自組織、程序、釋憲類型及解釋效力觀點評析憲法訴訟法草案，月旦法學雜誌，第 145 期，2007 年 6 月，頁 10-12；彭鳳至，司法院大法官憲法解釋之效力，月法學雜誌，第 161 期，2008 年 10 月，頁 118-124、128-129。

<sup>215</sup> 關於大法官對審查法令結果宣告的方式，請參閱吳庚，憲法的解釋與適用，2004 年 6 月三版，頁 419 以下；陳新民，憲法學釋論，2005 年 8 月修訂五版，頁 731 以下

惟憲法中關於基本權之規定不屬於法律規範之範圍本文已詳細論證<sup>216</sup>，則既然訴訟權本即係憲法第十六條所規定之基本權，因此憲法第十六條關於訴訟權應予保障之規定即不得成爲法律規範。並且，亦不應因大法官釋字第六五四號解釋重申人民受訴訟權保障之意旨，並因而宣告羈押法第二十三條第三項及第二十八條之規定應向將來失其效力之結果，使得訴訟權應予以保障之規定，搖身一變而得成爲法律規範。

然而接下來的問題係，縱然可以認爲，本來即屬憲法中所規定之基本權，不因大法官會議解釋重申應予保障之結果，而承認其得透過大法官會議解釋而成爲法律規範。但是若係憲法中本來並未規定，反而係大法官會議解釋所承認之基本權，是否得因大法官會議解釋承認其屬憲法上基本權之結果，致使該大法官會議解釋得以成爲法律規範，進而使侵害該基本權之行爲人，因違反該大法官會議解釋而應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任？

舉例而言，憲法上之隱私權並非憲法本文所規定者，一般認爲憲法上之隱私權係司法院大法官所創設<sup>217</sup>。例如大法官釋字第六〇三號解釋即表示：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障。」<sup>218</sup>則當行爲人侵害他人之隱私權時，

<sup>216</sup> 關於憲法中基本權之規定不屬於法律規範之範圍，請參見本款、第二目：憲法—以基本權的規定爲核心。

<sup>217</sup> 王澤鑑，人格權保護的課題與展望（三）—人格權的具體化及保護範圍（6）—隱私權（中），台灣本土法學，第97期，2007年8月，頁28、35。

<sup>218</sup> 關於隱私權雖非憲法所明文列舉之基本權，惟仍應予以保障之意旨，雖係大法官釋字第六〇三號解釋表示地最爲清楚。然而其實此一見解，於大法官釋字第293號解釋、第五〇九號解釋、第五三五號解釋、第五八五號解釋亦得窺見。

被害人是否得以大法官釋字第六〇三號解釋為保護他人之法律，而依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償？

具體曾在臺灣曾發生之案例為：於民國八十三年，澎湖有一名八歲男孩，因車禍住院而接受輸血，卻因此感染愛滋病，此事為報社記者知悉後，將學童之真實姓名及就讀學校報導出來，此事見報後在該學童就讀之學校引起軒然大波。該學童之同班同學因害怕受到感染，乃紛紛轉學，以致於該班只剩下該學童<sup>219</sup>。

在現今社會中，因新聞媒體對個人隱私之報導，使隱私權保護與言論自由的衝突與調合成為法律上的重要問題<sup>220</sup>。例如在本案當中，該學童當然有「隱私權」應受保障之問題，因此若肯認大法官釋字第六〇三號解釋係屬法律規範，則行為人可能即必須就其侵害該學童之隱私權，而依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，然而此一結論卻完全忽略，憲法亦保障行為人的「新聞自由」。而此一不當結論之產生，正係因為承認大法官會議解釋係屬法律規範，而無法透過概括條款以調和隱私權與新聞自由所致<sup>221</sup>。

其實，無論憲法上之基本權究竟是憲法本文中所承認，亦或大法官所創設，其性質並無不同，因此基於基本權對第三人效力理論之間接效力說，私人間不能直接援引基本權之規定而互為主張，必須透過概括條款將基本權融入其中予以解釋，始能調和其衝突而做出妥適的「利益權衡」，然而民法第一百八十四條第二項卻未存在此類概括條款，故如同憲法中關於基本權之規定一般，大法官會議解釋

<sup>219</sup> 案例事實參考自李惠宗，論新聞自由與隱私權的衝突－愛滋病學童案－，台灣本土法學，第3期，1999年8月，頁162-166。

<sup>220</sup> 王澤鑑，人格權保護的課題與展望（三）－人格權的具體化及保護範圍（6）－隱私權（下－1），台灣本土法學，第99期，2007年10月，頁48。

<sup>221</sup> 關於本案之評析，請參閱李惠宗，論新聞自由與隱私權的衝突－愛滋病學童案－，台灣本土法學，第3期，1999年8月，頁162-166。又關於應如何調和隱私權與言論自由之衝突，請參閱王澤鑑，人格權保護的課題與展望（三）－人格權的具體化及保護範圍（6）－隱私權（下－2），台灣本土法學，第101期，2007年12月，頁89-107。

亦不適宜作為法律規範<sup>222</sup>。從而不論大法官會議解釋中所宣示應予保障之基本權，係本來在憲法本文中即已規定者，亦或係大法官所創設者，大法官會議解釋均不應成為法律規範。因此，本文認為前揭臺灣高等法院八十四年度重上更（一）字第一六四號判決以大法官釋字第四〇〇號解釋作為保護他人之法律的見解，尚

有斟酌之餘地<sup>223</sup>。

<sup>222</sup> 之所以基於基本權對第三人效力理論之間接效力說，即不應承認大法官會議解釋為法律規範，其論證過程，因為與此理論故不應承認憲法中關於基本權之規定為法律規範相同，於此茲不贅。至於基於基本權對第三人效力理論之間接效力說，故不應承認憲法中關於基本權之規定係屬法律規範之詳細論證，請參見本款、第二目、貳：本文見解。

<sup>223</sup> 關於公用地役關係之訴訟類型，在已確定公用地役關係存在之前提下，就本文觀察實務判決之結果，主要之訴訟類型有二：1、土地所有人就其土地不能使用而向國家（1）依民法第七百六十七條之規定請求拆除地上物；（2）依民法第一百七十九條請求返還不當得利；（3）依民法第一百八十四條第一項前段請求損害賠償；2、土地所有人就國家不依大法官釋字第四〇〇號解釋意旨辦理土地徵收一事而為主張。就前者而言，實務已穩定之見解係認為原告就此部分之主張為無理由。例如最高法院九十三年度台上字第一四一五號即駁回原告之請求，蓋其認為臺灣高等法院臺中分院九十二年度上易字第七三號判決所示之見解經核於法洵無違誤。而本案高等法院之見解即為：「系爭土地既有公用地役權之存在，被上訴人所為自非無權占有。上訴人所有權之權能即應因此受有限制。從而，上訴人本於所有物返還請求權，請求被上訴人剷除地上物，返還系爭土地，即無理由。…既成道路之使用既係公法上之公用地役關係，其補償關係自屬公法上之權利義務，此公用地役關係存續時，於此公用目的範圍內，要無私法上不當得利之問題。是縱認本件被上訴人確有占用系爭土地，且受有利益，惟其既係因法律所承認之法制而受有利益，自非無法律上原因受有利益，上訴人尚不得本於不當得利規定，請求被上訴人返還所受之利益。又上訴人所有如附圖所示為省道台一線占用之系爭土地，如前所述已有公共地役關係存在，上訴人即有容忍之義務，不得謂被上訴人係不法侵害其所有權，故被上訴人所為尚與民法第一百八十四條第一項所指以故意或過失不法侵害人民（或他人）權利者有間。因此上訴人依不當得利及侵權行為之法律關係請求被上訴人給付無權占用之損害賠償金…，亦屬無據。」相類似的見解尚得參照最高法院九十七年度台上字第五一六號判決；最高法院九十四年度台上字第五九四號判決；最高法院九十二年度台上字第二四三七號判決；最高法院八十八年度台上字第三四七九號判決；最高法院八十八年度台上字第一六八三號判決。2、就後者而言，又可分為兩者情形：（1）就國家不依大法官釋字第四〇〇號解釋辦理土地徵收一事請求損害賠償；（2）訴請國家辦理土地徵收。就（1）之主張，除臺灣高等法院八十四年度重上更（一）字第一六四號判決，以大法官釋字第四〇〇號解釋做為保護他人之法律而判決原告勝訴外，其餘原告之請求均被駁回。例如最高法院九十四年度台上字第二三七五號判決表示：「司法院大法官會議釋字第四〇〇號解釋指出：『既成道路符合一定要件而成立公用地役關係者，其所有權人對土地既已無從自由使用收益，形成因公益而特別犧牲其財產上之利益，國家自應依法律之規定辦理徵收給予補償…』，土地徵收既需依土地法所定徵收程序辦理，辦理之預算亦須經上級機關核准，在行政裁量範圍內，即是賦予主管機關作為或不作為之裁量權限，該管機關之公務員縱有怠於執行職務之行為，或尚難認為人民之權利因而遭受直接之損害，或性質上仍屬適當與否之行政裁量問題，既未達違法之程度（參大法官釋字第四六九號解釋理由書），不得逕指被上訴人不辦理徵收即屬不法，而負國家賠償責任。」；就（2）之主張，最高法院九十四年度台上字第五九四號判決表示：「依司法院大法官會議釋字第四〇〇號解釋，已形成公用地役關係，被上訴人即非無法律上原因占有系爭土地，自不構成不當得利，亦不構成侵權行為。且與民法第七百八十七條袋地通行權規定不符，殊無適用該條支付償金之餘地。至系爭土地何時徵收？補償額若干？乃行政爭訟問題，非本件民事訴訟所得審究。」相類似的見解尚得參照最高法院八十八年度台上字第一六八三號判決。最高法院以土地徵收係屬行政爭訟之問題而拒絕原告之請求，是否妥適，涉及民事訴訟與行政訴訟之分野的問題，礙於篇幅，本文不予詳論，然而僅以此一理由，即駁回原告之請求，對於人民權利之保障，似有未周。至少在民國九十八年一月二十一日修正公布民事訴訟法第三十一條之

學者亦有認為，雖臺灣高等法院九十三年度上更（一）字第一九號判決表示：「**隱私權係憲法所保障之基本人權，而被肯定為值得保障之法的利益，故意不法侵害他人隱私，應負侵權行為責任無疑。**」然因憲法上之基本權對私人關係並不具直接效力，故本案判決所持見解，尚有斟酌之餘地<sup>224</sup>。就其論述內容可知，氏亦認為憲法上之隱私權不可直接在私人間發生效力而主張侵權責任，而可以評價為與本文之看法相同<sup>225</sup>。



二第二項後，民事審判法院應依本條之規定，於認為無受理訴訟權限時，依職權裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。又，較有趣之案例為最高法院八十七年度台上字第二八二號判決，其認為：「又縱認該清查辦法第七條第九款之規定，係限制基地所有人所有權能之『法令』，而謂其不得將政府機關基於公權力所接收並充為公用之地上敵偽建築物予以拆除，然該清查辦法第七條第九款於除外規定內，既設有以租賃或設定地上權之方式取得基地合法使用權源之規定，於為政府機關之被上訴人苟不予徵收，復拒絕依上述除外規定訂立租賃契約時，參酌司法院大法官釋字第四〇〇號解釋謂：『…』之趣旨，能否謂基地所有人之上訴人不得依該清查辦法第七條第九款之除外規定，請求被上訴人與之訂立租約，以獲取租金而資補償，亦非無進一步研求之餘地。」

<sup>224</sup> 王澤鑑，人格權保護的課題與展望（三）—人格權的具體化及保護範圍（6）—隱私權（下—1），台灣本土法學，第99期，2007年10月，頁50。

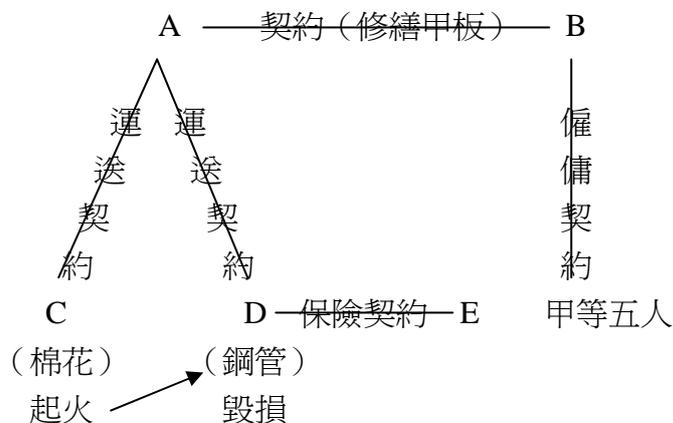
<sup>225</sup> 然而侵害隱私權之結果，行為人當然可能須依民法第一百八十四條第一項前段之規定負侵權責任，只是此時要求行為人依本條之規定負責，並非因其侵害被害人憲法上所賦予之隱私權，而係侵權責任法上所賦予之隱私權。就此學說上亦有表示，**隱私權之法的基礎，有為憲法之基本權，有為法律（例如：銀行法），有為契約，而各有其不同功能及保障範圍。**而憲法上之隱私權具有雙重功能：1、保障個人私領域的自主性不受國家的侵犯（防禦功能）；2、國家應使隱私權的保護得獲得實踐，尤其是不受第三人（私人）侵害（保護義務），請參閱王澤鑑，人格權保護的課題與展望（三）—人格權的具體化及保護範圍（6）—隱私權（中），台灣本土法學，第97期，2007年8月，頁29、37。自王澤鑑教授的論述中亦可看出，縱然均為隱私權，仍有不同之規範功能及概念意涵，侵權責任法下之隱私權固然得成為民法第一百八十四條第一項前段之保護客體，然憲法上之隱私權則否，而就後者採否定見解之理論根據正係基本權對第三人效力理論之間接效力說，而本文亦係基於此理論，而否認創設憲法上之隱私權的大法官會議解釋得以成為法律規範，其理論說明，實殊途同歸。

#### 第四目 國際法

##### 壹、實務見解：肯定說

我國實務曾在一案中表示見解，認為國際法應可成為民法第一百八十四條第二項所稱之法律。本文茲先將案例事實整理說明如下：A 海運公司所屬之開明輪自美國載運 C 所有之棉花及 D 所有之鋼管等貨物來臺，民國六十五年三月十六日抵達基隆港第十五號碼頭停泊卸貨，惟因開明輪甲板損壞，A 公司乃與 B 公司訂約修補。同月十七日下午三時許，開明輪正在卸載棉花時，B 公司僱用之甲等五位工人於艙口之甲板上電焊，棉花突然失火燃燒，經岸上及船上消防單位全力施救，並引海水灌滿全船，大火始予撲滅，然 D 託運之上開貨物因而毀損，而本案中之原告 E 公司實為保險人，其依與 D 公司之保險契約賠付損失予 D 公司後，依保險法第五十三條及民法債權讓與之規定，訴請 A 公司、B 公司及其受僱人甲等五人賠償損害。茲將法律關係以圖一為表示：

圖一：



就本件案例，最高法院八十六年度台上字第一六二三號判決表示<sup>226</sup>：「『國際海運危險品準則』雖將棉花列為第四類易燃危險品，惟該準則係國際政府間海事諮詢組織發行，臺灣省政府並未規定各港務局參考，交通部亦認為：『所謂臺灣省各港依「國際海運危險品準則」，將棉花視為易燃危險品管理乙節，似與事實不符』，…又我國雖加入『一九六〇年海上人命安全國際公約』，然『國際海運危險品準則』並非構成該公約之一九八項附屬法則之一，有…可憑。上訴人聲請另向倫敦國際海事組織查詢結果，據外交部八十五年六月四日條字第A一三九號函覆：『該組織（即國際海事組織）於本（五）月二十四日復稱：「國際海運危險品準則一九六五年版」並非依據「一九六〇年海上人命安全國際公約」所制定，故非該公約之附屬規則』等語。上訴人以被上訴人未遵守有關易燃品裝卸之法規，為違反保護他人之法律云云，尚有誤解。」

觀諸本案判決之推論過程，最高法院係認為固然我國已加入「一九六〇年海上人命安全國際公約」，然而因為「國際海運危險品準則」並非該公約之附屬法則之一，因此縱然行為人未遵守有關易燃品裝卸之法規，仍非違反保護他人之法律。因此得以認為，**實務見解係承認我國已加入之國際法得以作為民法第一百八十四條第二項所稱之法律**，而之所以本案行為人無庸依本條之規定負侵權責任，僅係因「國際海運危險品準則」並非我國已加入之國際法而已。

## 貳、本文見解

<sup>226</sup> 就本案判決曾表示類似見解者，請參閱最高法院八十二年度台上字第七三號判決：「再審被告於前訴訟程序第二審審理中曾辯稱：一九七三年國際海運危險品準則並非法規，亦不屬一九六〇年海上人命安全國際公約之一部分，尚難謂其為公約或條約，並無拘束力可言。交通部為交通最高行政機關，不認棉花為易燃危險品，台灣省交通處亦持同一見解，並未將棉花依易燃危險品之規定予以管理，故伊未依易燃危險品處理，並無違反保護他人之法律云云。前訴訟程序第二審就此防禦方法未於判決理由項下說明其取捨意見，僅以一九七三年國際海運危險品準則屬於條約性質，再審被告卸載棉花時，未依易然危險品處理，即係違反保護他人之法律，而推定其有過失，非無可議。」

按國際法的內涵很廣，一般學說與實務見解認為國際法包括「條約」與「協定」兩者，然而學說與實務見解對於「條約」之定義，意見卻非常紛歧，致使條約與協定之範圍各派學者間或有不同。因此本文以下先簡述各派學者關於條約之定義：採最廣義之見解者認為，所謂條約係指國與國或國際法人間簽訂的約定<sup>227</sup>；採最狹義之見解者則認為，條約係專指兩國簽訂程序最莊嚴複雜的正式條約，用以綜記國家間之基本關係或狀態<sup>228</sup>；亦有參酌維也納條約法公約第二條第一項之規定，而認為所謂條約係指兩個或兩個以上國家或國際法人間所締結，而以國際法為準之國際書面協定，不論其載於一項單獨文書或兩項以上相互有關之文書內，亦不論其名稱為何<sup>229</sup>；大法官釋字第三二九號解釋則認為：「憲法所稱之條約，係指我國（包括主管機關授權之機構或團體）與其他國家（包括其授權之機關或團體）或國際組織所締結之國際書面協定，名稱用條約或公約者，或用協定等其他名稱而其內容直接涉及國防、外交、財政、經濟等之國家重要事項或直接涉及人民之權利義務且具有法律上效力者而言。」<sup>230</sup>。

以上關於條約之定義應以何者為當，必須考量本文研究之重點。既然本文於此所欲研究者係，何種國際法之規定得以成為民法第一百八十四條第二項所稱之

<sup>227</sup> 黃異，國際條約及國際習慣法在我國國內法領域中的效力，輔仁法學，第 27 期，2004 年 6 月，頁 56；陳敏，行政法總論，2007 年 10 月五版，頁 75；李惠宗，行政法要義，2008 年 9 月四版，頁 83。

<sup>228</sup> 吳昆吾，條約論，1933 年 4 月難後第一版，頁 7；孫希中，條約論，1958 年 12 月初版，頁 8；陳治世，條約法公約析論，1992 年 8 月初版，頁 3。

<sup>229</sup> 陳聰明，條約與協定之法律地位，法令月刊，第 44 卷第 7 期，1993 年 7 月，頁 12；丘宏達主編，現代國際法，1993 年 8 月十版，頁 105；俞寬賜，我國「條約締結法」之擬議，政治科學論叢，第 10 期，1999 年 6 月，頁 228；黃國瑞，憲法第六十三條「條約」意義之探討，法學評論，第 69 卷，2003 年 9 月，頁 4；陳清雲，立法院對條約案之議決，法學叢刊，第 207 期，2007 年 7 月，頁 122-123。

<sup>230</sup> 基於大法官釋字第三二九號解釋意旨，外交部修訂「條約及協定處理準則」第三條第一項，本條規定：「本準則所稱條約，係指左列國際書面協定：一、具有條約或公約之名稱者。二、定有批准條款者。三、內容直接涉及國家重要事項且具有法律上之效力者。四、內容直接涉及人民權利義務且具有法律上之效力者。」又關於大法官釋字第三二九號解釋就條約所謂之定義的批評，請參閱黃國瑞，憲法第六十三條「條約」意義之探討，法學評論，第 69 卷，2003 年 9 月，頁 10-13；黃異，國際條約及國際習慣法在我國國內法領域中的效力，輔仁法學，第 27 期，2004 年 6 月，頁 55-59；李建良，行政法的法源、規範及其位階（中），月旦法學教室，第 26 期，2004 年 12 月，頁 54。

法律，則若有一對於條約之定義，可以因此認定，在此定義之下的條約得以成爲法律規範；反面言之，不在此定義範圍中的國際法即不得成爲法律規範，則此一定義應係本文所應採擇者。在此前提之下，因爲大法官釋字第三二九號解釋對於條約所作之定義使得條約具有強制力，因而使之得以成爲法律規範，故本文認爲大法官釋字第三二九號解釋對於條約所作之定義爲可採。

惟應多說明者係，誠然如學者所言，憲法條文中之條約概念的界定，與條約是否應送立法院審議，本應屬二事，因此氏認爲大法官將之納爲條約定義的要素，不無混淆觀念之嫌，且有涵蓋過狹之病<sup>231</sup>。惟本文於此並非在研究憲法條文中之條約應作如何之定義，而係在研究何種國際法之規定得以成爲法律規範，而就此一研究領域，國際法之規定是否應送立法院審議將成爲重要之事<sup>232</sup>，因此本文仍然認爲應採大法官釋字第三二九號解釋所示之標準。就此而言，曾有論者表示，**對於條約之定義，不應以其名稱爲準則，而應以其是否能拘束締約國而發生法律上效力爲判斷標準**<sup>233</sup>，得評價爲與本文之看法相同。

## 一、條約屬於法律規範的範圍

### （一）條約對於人民發生效力之理論

其實國際法向來研究的重點之一即在於，**因為我國人民原則上僅應受國內法之拘束，因此如何在配合國際法的要求下，使國際法之規定得以拘束我國人民即成爲問題**。就此一問題，有學者表示，就條約在內國法上的效力而言，基本上國際法於一國的領域內，並不具有直接的效力，而須經過「內國法化」的程序，始

<sup>231</sup> 李建良，行政法的法源、規範及其位階（中），月旦法學教室，第26期，2004年12月，頁54。

<sup>232</sup> 蓋若條約應送立法院審議，則立法院審議通過之結果，即係得以賦予該條約強制力之原因。詳細論述，請參見本文下述：一、條約屬於法律規範的範圍。

<sup>233</sup> 陳清雲，立法院對條約案之議決，法學叢刊，第207期，2007年7月，頁122。

足以使國際法在一國之內發生規範作用。而關於「內國法化」的方式有二：(一) **轉換理論**：指將國際法轉換成國內的法律條文，亦即配合國際法修訂或增訂國內法，使之成為國內法之內容，或者於內國法中明示應適用國際法，而使我國人民受其拘束；(二) **執行理論**：指國際法僅須透過一定的批准程序，即可使之適用於內國<sup>234</sup>。

關於何種理論為當，學說與實務見解或有不同，採轉換理論者認為憲法第二十三條明文規定法律保留，因此應有法律之依據始得限制人民權利及課予人民義務，而所謂法律，依憲法第一百七十條之規定，係指經立法院通過而總統公布之法律。雖然條約案亦如同法律案，須經立法院以法律案之形式議決，但條約案畢竟並非法律案，因此氏認為自我國憲法之規定以觀，實尚難肯定條約案得因為經立法院審議，即認為有拘束人民之效力。因此條約應經立法轉化為國內法，始得對人民生效<sup>235</sup>。而貿易法第七條第四項規定：「協定或協議之內容涉及現行法律之修改或應另以法律定之者，需經完成立法程序，始生效力」；引渡法第一條規定：「引渡依條約，無條約或條約無規定者，依本法之規定」<sup>236</sup>即係轉換理論之適例。

然多數學者及實務均係採執行理論，蓋依憲法第一百四十一條規定，我國外交應本著尊重條約之精神為之，故條約經立法院審議後，即得據此限制人民之權利並課予人民義務，而無庸再經過立法的轉換，使該條約成為國內法<sup>237</sup>。而大法

<sup>234</sup> 李建良，行政法的法源、規範及其位階（中），月旦法學教室，第 26 期，2004 年 12 月，頁 55。相類似的見解，請參閱黃異，國際條約及國際習慣法在我國國內法領域中的效力，輔仁法學，第 27 期，2004 年 6 月，頁 53。

<sup>235</sup> 陳敏，行政法總論，2007 年 10 月五版，頁 76。氏尚認為，若採條約得經立法院審議，即得對人民發生效力之見解，至少應限於「自動履行條約」。所謂自動履行條約，係指條約經國內接受後，無須再用國內立法予以補充規定，即應由國內司法或行政機關予以適用之條約。關於自動履行條約，請參閱丘宏達主編，現代國際法，1993 年 8 月十版，頁 96；游啓忠，論國際私法與條約之關係，國立中正大學法學集刊，第 1 期，1998 年 7 月，頁 299。

<sup>236</sup> 相類似的規定尚有外國法院委託事件協助法第一條；所得稅法第一百二十四條等。

<sup>237</sup> 陳聰明，條約與協定之法律地位，法令月刊，第 44 卷第 7 期，1993 年 7 月，頁 12；陳新民，行政法學總論，1997 年 5 月修訂六版，頁 100；陳清雲，立法院對條約案之議決，法學叢刊，第 207 期，2007 年 7 月，頁 145-146。

官釋字第三二九號解釋及條約及協定處理準則第九條亦係採本說。又締約法草案第十五條第一項規定：「條約案經依第八條第一項規定程序**送立法審議通過，並經總統公布者，具有法律之同等效力**。如與現行法律規定不同者，應優先於法律而適用。」更係執行理論之明文依據<sup>238</sup>。

本文認為，既然條約締結之結果可能涉及人民之權利義務，就必須由立法院加以控制，此即憲法第六十三條賦予立法院有議決條約案之權以控制條約案之締結的理由<sup>239</sup>。然而若條約案已經立法院之議決，則人民之權利義務已受保障，因此條約案僅須經立法院審議後，即得對人民發生效力，從而本文亦認為執行理論為可採。學說上亦有認為立法院對於條約案的同意，不僅具有監督功能與同意總統得行使其締約意思表示權限的功能，也有將條約引入國內法領域之功能，因而使條約能對人民發生效力<sup>240</sup>。

## (二) 結論

本文既然採取大法官釋字第三二九號解釋對條約所為之定義，因此得以認為條約不僅係指我國（包括主管機關授權之機構或團體）與其他國家（包括其授權之機關或團體）或國際組織所締結之國際書面協定，尚必須具有下列特質之一：

<sup>238</sup> 本條規定內容，參閱自陳敏，行政法總論，2007年10月五版，頁77。外交部訂有「條約及協定處理準則」，主要內容為規範中央各部（會）對外締約應行注意事項，由於憲法第六十三條規定立法院有議決條約案之權，因此條約之締結涉及行政、立法二院職權之行使及互動，為使憲法規定所稱條約案之範圍明確，外交部乃擬具「條約締結法草案」，於民國九十四年十二月一日以外條二字第09424075730號函報呈行政院，經行政院於同年十二月二十一日第2971次會議決議通過，並於同年十二月二十七日送請立法院審議，於民國96年年底前仍未經審議通過。資料來源：[http://multilingual.mofa.gov.tw/web/web\\_UTF-8/almanac/almanac2007/html/08-3.htm](http://multilingual.mofa.gov.tw/web/web_UTF-8/almanac/almanac2007/html/08-3.htm)；陳清雲，立法院對條約案之議決，法學叢刊，第207期，2007年7月，頁146。

<sup>239</sup> 關於憲法第六十三條賦予立法院有議決條約案之權的規範目的，學說認為有三：（一）代表人民參與重要國事；（二）**保障人民權利**；（三）權力分立。請參閱黃國瑞，憲法第六十三條「條約」意義之探討，法學評論，第69卷，2003年9月，頁18-19。

<sup>240</sup> 黃異，國際條約及國際習慣法在我國內法領域中的效力，輔仁法學，第27期，2004年6月，頁66。

- 1、名稱用條約或公約；
- 2、名稱用協定等其他名稱而其內容直接涉及國防、外交、財政、經濟等之國家重要事項且具有法律上效力者；
- 3、名稱用協定等其他名稱而其內容直接涉及人民之權利義務且具有法律上效力者。

而在此定義下之條約依大法官釋字第三二九號解釋意旨，原則上依憲法第六十三條之規定，應送立法院審議，除非（一）已經法律授權；或（二）事先經立法院同意簽訂；或（三）其內容與國內法律相同（例如協定內容係重複法律之規定，或已將協定內容訂定於法律）。而正是因為原則上條約應送立法院審議，在前述執行理論之下，經審議通過後之條約，即得限制人民之權利並課予人民義務，亦即人民依條約之性質負有遵守條約之義務；或縱然係前述三者例外無庸送立法院審議之情形，因為已經法律授權，或事先經立法院同意，或條約之內容與國內法律相同，因此無異於該條約之內容已經經過立法院之審查。在此前提之下，使條約具有法律上拘束力，而使人民之權利受到拘束並課予其遵守條約之義務即屬正當。換言之，透過立法院之審議，或是三者例外情形，均因此使條約具有強制力，因而使條約得以成為民法第一百八十四條第二項所稱之法律。

## 二、條約以外之其他國際法不屬於法律規範的範圍

條約以外之其他國際法中，最常見者即為協定，所謂協定係指我國政府與外國政府簽訂，惟不經立法院審議，逕由行政院批准生效之國際法。至於代表我國政府之非官方機構與他國之對等機構所簽訂，亦不經立法院審議，逕由行政院批

准生效之國際法，學說認為其相當於協定<sup>241</sup>。

協定之性質為何尚未有定論，有認為既然協定未經立法院審議，其位階應低於法律<sup>242</sup>。然至此仍尚未說明協定之法律性質；行政法院八十年裁字第四五〇號裁定則認為，協定性質上係屬單方行政行為<sup>243</sup>；有學者則明白表示協定為行政機關所發布之職權命令<sup>244</sup>；惟有認為協定係行政機關非基於法律授權所訂定之行政規則<sup>245</sup>；然而外交部則表示：「協定之締結生效程序類似法規性命令之訂定，因此僅能取得相當於命令之法規效力」<sup>246</sup>，似乎是認為協定的性質係法規命令。

既然協定性質上係行政機關之單方行政行為已告確定，而協定又係行政機關就一般性事項，所訂定發布的抽象規範，因此協定性質上係屬行政命令要無疑問。參酌上述爭議亦可知，對於協定性質上係屬行政命令並無爭議，有爭議者係，究竟協定係屬行政命令中之法規命令、職權命令或行政規則？按既然本文就條約之定義係採大法官釋字第三二九號解釋之標準，因此縱然名稱用協定等其他名稱，

<sup>241</sup> 吳庚，行政法之理論與實用，2001年8月增訂七版，頁42-43；陳敏，行政法總論，2007年10月五版，頁76-77；大法官釋字第三二九號解釋亦表示：「其無須送立法院審議之國際書面協定，以及其他由主管機關或其授權之機構或團體簽訂而不屬於條約案之協定，應視其性質，由主管機關依訂定法規之程序，或一般行政程序處理。」

<sup>242</sup> 吳庚，行政法之理論與實用，2001年8月增訂七版，頁42。

<sup>243</sup> 行政法院八十年裁字第四五〇號裁定表示，上開協議書係北美事務協調委員會及美國在台協會分別依法或政府授權，代表雙方政府簽署，復經行政院核備在案，依據該協議書及台灣省內菸酒專賣法令徵收公賣利益，係屬公法上之單方行政行為。單自系爭裁定內容以觀，所謂係屬單方行政行為者，似乎係指徵收公賣利益之「徵收行為」。然而系爭裁定之作成，係因行政法院七十九年裁字第九四〇號裁定表示，中美菸酒協議書乃中華民國北美事務協調委員會與美國在台協會代表中美雙方所簽訂之契約。而此裁定作成之後，旋即引起系爭協議書性質究竟為何之爭議，嗣經原告提起再審之訴後，始作成行政法院八十年裁字第四五〇號裁定。基此，學說上俱認為，行政法院八十年裁字第四五〇號裁定所稱之單方行政行為係指系爭協議書而言。請參閱陳新民，行政法學總論，1997年5月修訂六版，頁101註7；吳庚，行政法之理論與實用，2001年8月增訂七版，頁43註6；

<sup>244</sup> 陳聰明，條約與協定之法律地位，法令月刊，第44卷第7期，1993年7月，頁12。

<sup>245</sup> 黃異，國際條約及國際習慣法在我國國內法領域中的效力，輔仁法學，第27期，2004年6月，頁67。陳新民教授亦表示，由於協定未如條約由立法院審議，所以協定不能比照法律及條約來限制人民之權利，但既然此協定有拘束雙方政府之效力，則行政機關只能在內部遵守此協定，故協定只具備內部之法源性，不能拘束一般人民。自其論述可知，氏認為協定之性質應係行政規則。請參閱陳新民，行政法學總論，1997年5月修訂六版，頁101。

<sup>246</sup> 外交部，外交報告書—對外關係與外交行政，1992年12月，頁257。

只要其內容直接涉及人民之權利義務而具有法律上效力者，系爭國際法之性質即應為條約，而非協定，可見協定必然與人民之權利義務無涉，從而協定之法律性質絕非具有外部效力之法規命令或職權命令，而係僅具內部效力之行政規則<sup>247</sup>。而本文認為，行政規則並非民法第一百八十四條第二項所稱之法律<sup>248</sup>，因此協定不屬於法律規範之範圍。

其實，因為依大法官釋字第三二九號解釋意旨，非屬條約之其他國際法，均無須送立法院審議，而僅須視其性質，由主管機關依訂定法規之程序，或一般行政程序處理即可。在條約以外之其他國際法無庸經立法院審議之前提下，自然不能認為此類國際法得以限制人民權利及課予人民遵守此類國際法之義務，因此此類國際法並非具有強制力者，從而不僅是協定，只要性質上並非屬於條約之國際法，均應認為其並非民法第一百八十四條第二項所稱之法律。

### 三、判決評析

#### (一)「法律規範」判斷對象之違誤

按前揭最高法院八十六年度台上字第一六二三號判決認為，因為「國際海運危險品準則」並非我國已加入之「一九六〇年海上人命安全國際公約」的附屬法則之一，因而認定系爭準則並非民法第一百八十四條第二項所稱之法律。此一見解，固然值得肯定，蓋既然系爭準則並非一九六〇年海上人命安全國際公約之附屬法則之一，而我國又僅加入系爭國際公約，因此我國根本並非系爭準則之締約國，則系爭準則當然不能課予我國人民遵守系爭準則之義務，既然系爭準則不具

<sup>247</sup> 關於法規命令與職權命令具有外部效力，請參見本款、第七目、參、一：法規命令概說及肆、二、(一)：職權命令概說。

<sup>248</sup> 請參見本款、第七目、肆、一、(二)、3：本文見解：否定說。

強制力，其當然並非法律規範。

惟本案判決似乎誤解原告之主張，蓋本案原告係主張依「國際海運危險品準則」應視棉花為易燃物品，因此依「臺灣三商港洪務管理規則」之規定，在出清及除去內部油氣前，應嚴禁檢修主機或使用電焊，惟本案被告卻未依系爭管理規則辦理而致原告受有損害，故原告依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償。果如此，若欲討論是否存在一個規定係屬民法第一百八十四條第二項所稱之法律時，應係討論「臺灣三商港洪務管理規則」是否屬之，而非「國際海運危險品準則」！

在此說明下，臺灣高等法院七十九年度上更(八)字第一四五號判決表示：「開明輪所載運之棉花是否屬於易燃危險品，當時有效之『台灣省港區危險品裝卸管理辦法』雖未規定，惟西元一九七三年國際海運危險品準則係屬於條約性質，我國既批准締約，應受其拘束。該準則規定棉花視為易燃危險品，則依臺灣三商港洪務管理規則之規定，開明輪載有棉花，在出清及除去內部油氣前，嚴禁檢修主機或使用電焊，雖各港口並未依據該管理規則之規定辦理，但違反該規則者不能因此免責，開明輪卸載棉花時，未依易燃危險品處理，違反保護他人之法律，應推定再審被告或其使用人對火災之發生為有過失。」姑先不論系爭管理規則是否係屬法律規範<sup>249</sup>，或者被告之行爲是否違反之<sup>250</sup>，至少高等法院係認定可能成爲法律規範者爲該管理規則，而非系爭準則，相較於最高法院以系爭準則作爲判斷

<sup>249</sup> 按「臺灣三商港洪務管理規則」性質上係屬行政命令，然而究竟係行政命令中之法規命令或職權命令，因年代久遠，本文經多方搜尋後仍不可得，故無法確定系爭管理規則究竟是否屬於法律規範。惟目前此一爭議已不存在，蓋「船舶危險品裝載規則」第七十九條至八十二條已明定棉花係屬危險性貨物，並具體規範其裝載程序。而船舶危險品裝載規則乃係船舶法第八十七條之四所授權訂定，故系爭規則性質上係屬法規命令而得成爲法律規範，故若於今日發生相同案例，未依船舶危險品裝載規則第七十九條至八十二條辦理之行爲人，應依民法第一百八十四條第二項之規定對被害人負損害賠償責任已無疑問。

<sup>250</sup> 其實，既然我國並非「國際海運危險品準則」之締約國，則本不受其拘束，所以不應認爲棉花應依該準則之規定而被視爲易燃物品，從而行爲人本無庸依「臺灣三商港洪務管理規則」辦理，故行爲人根本並未違反系爭管理規則，自不依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。

對象之見解，高等法院就法律規範之判斷對象始屬正確。

## (二)「行為人」判斷對象之違誤

本案最高法院除前述法律規範之判斷對象的違誤外，還未能體認須依**民法第一百八十四條第二項之規定負責者，僅限於違反保護他人法律之行為人**。於本案情形，假設若應依「臺灣三商港洪務管理規則」辦理，而未依本管理規則辦理之行為人應為甲等五人，從而亦僅甲等五人可能依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。至於 A 公司，如須負侵權責任，亦係依民法第一百八十八條之規定負責，要非民法第一百八十四條第二項之規定，惟本案無論係高等法院或最高法院，均係在判斷 A 公司是否依民法第一百八十四條第二項之規定負責，此一見解誠難贊同。



## (三) 訴訟期間過於冗長致侵害當事人之利益

最後，雖本件案例事實係發生於民國六十五年三月間，然於歷經十次更審判決後，始於民國八十六年因最高法院八十六年度台上字第一六二三號判決，駁回上訴而告確定，期間纏訟二十餘年。惟訴訟期間如此冗長，是否本案在各級法院審理過程中，在認定事實、適用法律或整理爭點等方面，有無錯誤或不妥之處，以致發生不必要之程序浪費，因而造成不當的訴訟拖延，值得吾人再三省思<sup>251</sup>。

尤其是訴訟期間之拖延不僅侵害當事人之實體利益，甚至侵害其程序利益。就前者而言，例如可能因期間之拖延而造成證據之喪失；就後者而言，最常被提

<sup>251</sup> 相類似的問題在我國實務裁判上不勝枚舉，例如馬偕紀念醫院肩難產案即為適例。就此案件與本文相類似問題之評析，請參閱陳忠五，醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）－最高法院九〇年度台上字第七〇九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋－，台灣本土法學，第 37 期，2002 年 8 月，頁 62。

及的法諺即「遲來的正義不是正義」(justice delayed is justice denied)。一個縱然證明當事人之主張為真實的判斷，如果容許該程序的拖延，致使當事人喪失該程序所能獲得之實際效用時，不能被稱之為公平的程序<sup>252</sup>。亦因此，學說與大法官釋字第四八二號解釋均提出**適時審判請求權**，亦即每個人有權利請求，就其事件以公正方式，公開且在適當期間內，予以聽取，並由獨立、中立並依法組成之法院為裁判之權利<sup>253</sup>。而本案訴訟期間長達二十餘年，顯然並未符合此一要求，司法實務冗長裁判期間所造成之訟累，誠有待法律相關從業人員包括法官及律師等協力改善之。



---

<sup>252</sup> ADRIAN A. S. ZUCKERMAN, CIVIL JUSTICE IN CRISIS: COMPARATIVE PERSPECTIVES OF CIVIL PROCEDURE 6-7 (1999).

<sup>253</sup> 沈冠伶，訴訟權保障與裁判外紛爭處理，2006年4月，頁7-9、49-52。

## 第五目 經立法院通過而總統公布之法律

### 壹、德國法

德國學說<sup>254</sup>與實務見解<sup>255</sup>一致地認為聯邦法律（Bundesgesetz），亦即那些依德國基本法第五十九條第二項第一句<sup>256</sup>而具有拘束力的規範，係屬德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律。其實，依據學者見解，只要是國家的法律（Gesetze der Länder），基本上都可以被認為符合德國民法施行法第二條所稱之法律的概念，因此可以成為德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律<sup>257</sup>。

雖有學者認為，僅有公法性質的聯邦法律得以作為法律規範，特別係指刑法的規定而言，至於私法性質的聯邦法律則不與焉<sup>258</sup>。惟德國通說認為，並不限於公法性質的聯邦法律始得作為法律規範，私法性質的聯邦法律，包括德國民法亦得作為法律規範。而前述否定說之見解，不僅忽視德國民法施行法第二條之規定，而與該條之文義解釋有違，並且係錯誤地理解德國民法第八百二十三條第二項的適用範圍，甚且應認為如此限縮「法律」（Gesetz）的概念是不公平的<sup>259</sup>。

<sup>254</sup> Basil S. Markesinis & Hannes Unberth, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise* 885 (2002); Bistrizki, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 14; Deutsch/ Ahrens, *Deliktsrecht*, Rn. 211; Endres, Normen des Umweltrechts als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, S. 26; Esser/Weyers, *Schuldrecht, Brand II, Besonderer Teil, Teilband 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse*, S. 199; Fikentscher, *Schuldrecht*, Rn. 1267; Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, S. 118 f.; Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Halbband*, S. 433; MünchKomm-Wagner, § 823, Rn. 323; Pollack, *Schutzgesetzverletzung und „negligence per se“*, S. 71; Spickhoff, *Gesetzverstoß und Haftung*, S. 96; Staudinger-Hager, § 823 G 9.

<sup>255</sup> BVerfGE 45, S. 297 ff. (345) und schon BVerfGE 21, S. 312 ff. (325).

<sup>256</sup> 德國基本法第五十九條第二項第一句規定：「凡規律聯邦政治關係或涉及聯邦立法事項之條約，應以聯邦法律形式，經是時聯邦立法之主管機關同意或參與。」（譯文取自司法院網站）

<sup>257</sup> Spickhoff, *Gesetzverstoß und Haftung*, S. 96.

<sup>258</sup> Cosack, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, 1900, S. 544; Oertmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 2. Abteilung, 5. Aufl., 1929, S. 1391.

<sup>259</sup> BASIL S. MARKESINIS & HANNES UNBERTH, *THE GERMAN LAW OF TORTS: A COMPARATIVE TREATISE* 885 (2002); Bistrizki, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 14; Pollack, *Schutzgesetzverletzung und „negligence per se“*, S. 71; Staudinger-Hager, § 823 G 9.

亦有學者表示，德國民法施行法第二條劃定了德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律的範圍，亦即此處的法律係指任何法律規範，因此欲將特定的規定自德國民法第八百二十三條第二項的適用範圍中剔除時，必須要有特別的理由始得為之。例如可能是基於德國民法第八百二十三條第二項本身之考量，或者基於侵權責任法之功能的考量等。然而於此並不存在堅強的理由得以說明，必須將民法的規定自此處所謂之法律中剔除，也不存在堅強的理由得以證明僅限於刑法的規定始屬此處所謂之法律<sup>260</sup>。

## 貳、我國法

經立法院通過而總統公布之法律，依中央法規標準法第二條之規定，得名為法、律、條例或通則。更重要者係，無論係公法或私法<sup>261</sup>，只要係經立法院通過而總統公布之法律，均屬民法第一百八十四條第二項所稱之法律，於我國向來均無歧異之看法。

然而應注意者係，雖然各該經立法院通過而總統公布之法律是否係屬民法第一百八十四條第二項之保護他人法律或有爭議。然而觀其爭論內容，並非認為經立法院通過而總統公布之法律並非法律規範，其實其爭論之焦點僅係在於各該條文之內容是否係以保護他人為目的。例如雖有學者認為刑法不能成為民法第一百八十四條第二項所稱之保護他人法律，然而其理由構成係為，蓋刑法係以維護社

<sup>260</sup> Schmiedel, Deliktsobligationen nach deutschen Kartellrecht, S. 35.

<sup>261</sup> 特別表示無論是公法或私法，均得認為係民法第一百八十四條第二項所稱之法律者，請參閱梅仲協，民法要義，1954年3月臺新初版，頁141；鄭玉波，民法債編總論，1962年6月初版，頁154；戴修瓚，民法債編總論，1964年10月，頁153；姚淇清，中國民法要義，1977年10月五版，頁236。

會安寧秩序為目的<sup>262</sup>。自此可知，僅須該規定係經立法院通過而總統公布，其即得成為法律規範，惟若欲課予行為人民法第一百八十四條第二項之侵權責任，尚必須該法律規範係以保護他人為目的。但應予注意者係，此與一個規定是否係屬法律規範的判斷不同，不應混為一談。



---

<sup>262</sup> 王伯琦，民法債篇總論，1956年11月初版，頁76。

## 第六目 自治條例

### 壹、德國法

德國通說認為自治條例係屬德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律<sup>263</sup>，蓋無論邦法律（Landesrecht oder Landesgesetz）、議會或地方自治團體的自治規範（Satzungen der Kammern und Gebietskörperschaften）、鄉鎮在其權限範圍內所制定的規則（Kommunen im Rahmen der ihnen zustehenden Satzungsgewalt）、鄉鎮章程（Satzungen von Gemeinden）等均係德國民法施行法第二條所稱之法律規範。惟有學者強調，這些公法法人（juristische Personen des öffentlichen Rechts），亦即地方自治團體（Gebietskörperschaften）在其立法權限的範圍中所公布的規範，雖然因為係屬德國民法施行法第二條所稱之法律規範，因此亦同樣地能夠為德國民法第八百二十三條第二項所包括，但是其前提為，必須以形式意義的法律為其基礎，並且不能與較高位階的法律（höherrangiges Recht）相牴觸<sup>264</sup>。

亦有學者進一步說明，之所以例如邦法律的自治條例可以成為法律規範，是因為自治條例在該地區的範圍內得以適用，並且也是重要的個人行為自由的準繩（relevante Abgrenzung der individuellen Bewegungsfreiheit），因此能夠與侵權責任法相連結<sup>265</sup>。

---

<sup>263</sup> BASIL S. MARKESINIS & HANNES UNBERTH, THE GERMAN LAW OF TORTS: A COMPARATIVE TREATISE 885(2002); Bistrizki, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 16; Deutsch/ Ahrens, Deliktsrecht, Rn. 211; Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 1267; Honsell, Der Verstoß gegen Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, JA, 1983, S. 102; Knöpfle, Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des §823 Abs. 2 BGB, NJW 1967, S. 699; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Halbband, S. 433; ; MünchKomm-Wagner, § 823, Rn. 322; Pollack, Schutzgesetzverletzung und „negligence per se“, S. 71; Schmiedel, Deliktobligationen nach deutschen Kartellrecht, S. 35; Staudinger-Hager, § 823 G 12.

<sup>264</sup> Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 77.

<sup>265</sup> Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, S. 118f.

又有學者指出<sup>266</sup>，依據德國基本法第七十四條第一項第一款規定<sup>267</sup>，民法係屬共同立法事項，而本規定當然亦適用於德國民法第八百二十三條第二項，尤其是依據聯邦憲法法院的裁判認為，民法典中之規定，關於侵權行為損害賠償請求的內容者，應由聯邦法律決定<sup>268</sup>。因此究竟到何種程度得以認為邦法律亦得作為保護他人之法律即有疑問。

然而 *Karollus* 不認為前述聯邦憲法法院的裁判代表著應否認邦法律得以成為保護他人之法律，事實上依據巴伐利亞高等法院 (Bayerische Oberste Landesgericht) 和聯邦最高法院之見解，邦法律亦具有保護他人法律的性格<sup>269</sup>。並且這些判決並未與前述之聯邦憲法法庭的裁判相違背，蓋唯一之損害賠償的請求權基礎仍然是德國民法第八百二十三條第二項之規定，而邦法律之具有保護他人法律的性格，僅僅是此一聯邦法律的請求權基礎的構成要件之一而已。

但是氏亦強調，不可忽視者係，縱然聯邦法律之請求權基礎的內容係透過邦法律所共同決定。惟這樣的作法非並非毫無問題產生，例如此種情形係可能發生者，亦即某特定行為在一個邦裡，因違反該邦法律中關於保護他人之規定，被害人因而享有損害賠償請求權；然而在另一個邦裡，因無保護他人之邦法律的存在，故就該損害即無法予以請求賠償。惟縱然如此，氏仍然認為，不僅係聯邦法律，包括邦法律，均得成為德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律。

## 貳、我國法

<sup>266</sup> Endres, Normen des Umweltrechts als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, S. 25-27.

<sup>267</sup> 德國基本法第七十四條第一款規定：「下列事項屬於共同立法範圍。(一) 民法、刑法及判決執行、法院組織、司法程序、律師、公證及法律諮詢。」(譯文取自司法院網站)

<sup>268</sup> Vgl. BVerfGE 45, S. 297 ff. (345) und schon BVerfGE 21, S. 312 ff. (325).

<sup>269</sup> Vgl. BayOblGZ 1962, S. 196 ff. (201) zur Schutzgesetzeigenschaft des Art. 77 BayFischereiG; BayOblGz 1980, S. 65 ff. (70); BGH NJW 1980, S. 2580 ff.

## 一、學說與實務見解：肯定說

我國學說向來均承認「**規章**」亦得成爲民法第一百八十四條第二項所稱之法律<sup>270</sup>，而最高法院九十六年度台上字第一八九一號判決亦表示：「按民法第一百八十四條第二項規定，違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。本條項所謂之法律，係指法律規範而言，除狹義之法律外，尙包括習慣法、命令、**規章**等。」

## 二、本文見解：肯定說

### (一) 用語的選擇：自治條例

按依地方制度法第二十六條第一項之規定：「自治條例應分別冠以各該地方自治團體之名稱，在直轄市稱直轄市**法規**，在縣（市）稱縣（市）**規章**，在鄉（鎮、市）稱鄉（鎮、市）**規約**。」可見單稱「**規章**」僅限於縣（市）之立法機關通過，並由各該行政機關公布者。然而民法第一百八十四條第二項所稱之法律不應僅限於此，縱然係直轄市或鄉（鎮、市）之立法機關通過，並由各該行政機關公布者，亦應屬之。因此本文不採用「**規章**」此一用語，而以「**自治條例**」以爲說明，以切合地方制度法之用語，而更重要者係，如此之用語能較充分的說明包括直轄市、縣（市）及鄉（鎮、市）之立法機關通過，並由各該行政機關公布者<sup>271</sup>，均得成

<sup>270</sup> 王千維，由民法第一百八十四條到民法第一百九十一條之三，收錄於蘇永欽等合著，民法七十年之回顧與展望紀念論文集（一），2000年10月，頁114；王千維，民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探（上），政大法學評論，第66期，2001年6月，頁32；陳聰富，論違反保護他人法律之侵權行爲，台灣本土法學，第30期，2002年1月，頁5；姚志明，侵權行爲法研究（一），2002年9月初版，頁46；王澤鑑，侵權行爲法，第一冊，基本理論·一般侵權行爲，2005年1月，頁349；姚志明，侵權行爲法，2006年3月初版，頁68；張哲源，情誼、侵權與景文玻璃娃娃案，財產法暨經濟法，第6期，2006年6月，頁100。

<sup>271</sup> 參照地方制度法第二十五條規定：「直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。**自治法規經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布者，稱自治條例**；自治法規由地方行政機關訂定，並發布或下達者，稱自治規則。」

為民法第一百八十四條第二項所稱之法律。

## （二）採肯定說之論據

依地方制度法第十七條第一款及第三款之規定，直轄市民、縣（市）民及鄉（鎮、市）民<sup>272</sup>有義務遵守自治法規及其他依法律及自治法規所課之義務，因此地方自治團體之居民對於自治條例有遵守之義務。換言之，自治條例性質上係具有強制力者，因此若地方自治團體之居民不遵守自治條例之結果，即有義務之違反，並因而得課予民法第一百八十四條第二項之侵權責任。

## 三、採肯定說所面臨之問題

雖然我國實務尚未曾見其案例，惟既然承認自治條例係屬法律規範，則地方自治團體之居民因違反自治條例而被課予民法第一百八十四條第二項之侵權責任即屬可能想像之事。



因此前揭德國學者所提出之問題係可能發生者，亦即因某一地方自治團體制定一自治條例，並且該自治條例係以保護他人為目的，則行為人即可能因在該地方自治區域內違反系爭自治條例而依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任；然而另一地方自治團體因未制定類似規定，致使於此地方自治區域內為相同行為之人，無庸負民法第一百八十四條第二項之侵權責任。

惟本文認為前述情形並非問題之重點，因若將各該地方自治團體視為不同之

<sup>272</sup> 依地方制度法第十五條規定，中華民國國民，設籍在直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）地方自治區域內者，為直轄市民、縣（市）民、鄉（鎮、市）民。又因地方制度法第十四條規定，直轄市、縣（市）及鄉（鎮、市）為地方自治團體，故為簡潔計，以下稱「直轄市民、縣（市）民或鄉（鎮、市）民」為「地方自治團體之居民」。

公法人，則前述結論之產生，正如在不同國家因所規定之保護他人法律不同，因此行爲人是否應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任即有所不同。於後者情形，未曾有人提出質疑其結論有所不當，於前者情形亦應如此。

本文認爲，當承認自治條例得以成爲法律規範，**問題之重點反而應在於「誰」違反自治條例，致「誰」受有損害時，始得課予民法第一百八十四條第二項之侵權責任。**詳言之，可能之情形有四：一、**地方自治團體之居民違反自治條例，致地方自治團體之居民受有損害**；二、**地方自治團體之居民違反自治條例，致非地方自治團體之居民受有損害**；三、**非地方自治團體之居民違反自治條例，致地方自治團體之居民受有損害**；四、**非地方自治團體之居民違反自治條例，致非地方自治團體之居民受有損害**。

就前述問題，首先應認爲**僅於地方自治團體之居民違反自治條例時，始有課予民法第一百八十四條第二項之侵權責任的可能**，蓋地方制度法第十七條明訂，僅地方自治團體之居民對於自治條例有遵守之義務，果如此，若認爲非地方自治團體之居民違反自治條例之結果，亦得課予民法第一百八十四條第二項之侵權責任，則無異於要求非地方自治團體之居民亦負有遵守自治條例之義務，而此一結論顯與地方制度法第十七條之規定有違。

至於地方自治團體之居民違反自治條例時，所侵害者係地方自治團體之居民或非地方自治團體之居民，是否應負民法第一百八十四條第二項之侵權責任？其重點在於系爭被違反之自治條例，所欲保護之對象爲何，亦即被害人是否屬於該自治條例所欲保護之人之範圍的問題<sup>273</sup>，若該自治條例所欲保護之對象僅限於地方自治團體之居民，則當僅於侵害於地方自治團體之居民時，行爲人始有依民法

<sup>273</sup> 請參見本節、第二項、第二款：人之範圍。

第一百八十四條第二項負侵權責任之餘地；反之若保護之對象及於非地方自治團體之居民，則無論行為人侵害之對象為何，均負本條責任。

其實此一結論乃屬當然，蓋既然地方自治團體之居民負有遵守自治條例之義務，則當自治條例已宣示其欲保護之對象時，地方自治團體之居民自當負有依該自治條例保護之的義務，若違反者，即有義務之違反，因此課予其民法第一百八十四條第二項之侵權責任即屬正當。



## 第七目 行政命令

### 壹、行政命令概說

#### 一、行政命令的意義

學說認為，所謂行政命令係指行政機關，或基於法律授權，或基於職權，就一般性事項，所訂定發布的抽象規範<sup>274</sup>。詳言之，行政命令係行政機關針對將來不特定的事實，就不特定多數人，所為抽象的規定，而非對於當前特定的事件，所為的具體處理。因此行政命令是一種類似法律的一般性、抽象性規範，性質上為行政立法。



再者，行政命令必須由行政機關訂定發布，惟此處所謂行政機關，依行政程序法第二條第二項之規定，係指代表國家、地方自治團體或其他行政主體表示意思，從事公共事務，具有單獨法定地位之組織，同條第三項更進一步規定，受託行使公權力之個人或團體，於委託範圍內，視為行政機關。換言之，只要實際上從事行政工作的中央或地方機關，甚至於私人，都可能是行政機關。

#### 二、行政命令的種類

學者有表示，我國行政命令分類之多之雜，應屬世界少見，整理學說見解後，可以發現有主張「四分說」者，此派見解又分兩類，一類見解認為行政命令包括緊急命令、委任命令、執行命令與行政規則等四種，另一類認為係包括緊急命令、

<sup>274</sup> 以下關於行政命令之介紹，請參閱朱武獻，行政命令之研究，憲政時代，第3卷第4期，1979年4月，頁64-65；吳庚，淺釋行政命令，法令月刊，第39卷第7期，1988年7月，頁3-4；吳庚，行政法之理論與實用，2001年8月增訂七版，頁43；葉俊榮著，翁岳生編，行政法，上冊，2006年10月三版，頁391。

法規命令、行政規則與特別規則等四種；有主張「三分說」者，此派見解又分三類，一類見解認為包括緊急命令、法規命令與行政規則等三種，一類見解認為包括法規命令、行政規則與特別命令等三種，又一類見解認為包括授權命令、職權命令與行政規則等三種；尚有主張「二分說」者，此派見解亦有三類，一類見解認為包括行政規章與行政規程，一類見解認為包括法規命令與行政規則，又一類見解認為包括法規命令與特別命令。

而之所以行政命令的種類如此繁多，係導因於各種不同的區分標準，就此而言，又可分為以「大法官釋字第四四三號解釋」作為區分標準、以「中央法規標準法第七條之是否經過授權」作為區分標準、以「行政程序法第一百五條第一項與第一百五十九條第一項的定義」作為區分標準、以「是否具有對外效力」作為區分標準、以「授權及對外效力」兩種標準交叉所作的分類等<sup>275</sup>。

本文於此無欲身陷於行政法學說關於行政命令之區分標準及其種類的泥沼，因此究竟應採如何之區分標準，及應將行政命令劃分為幾類始屬妥適無欲為深論。實則，若認為行政命令中之各種類型均在法律規範的範圍之中，則在本文的研究領域中，將行政命令再與區分並無實益。並且如此之看法在學說與實務見解中確係存在。然而，若認為並非行政命令中之各種類型均在法律規範的範圍之中，則在本文的研究領域裡，於研究方法上所採用之行政命令的區分方式，比較實際的作法係，是否就諸多行政命令的態樣中，有一種分類方式，得以明確界分何種行政命令才屬於法律規範的範圍，果若能如此，則此種分類方式於本文之研究上才具有重要性。

---

<sup>275</sup> 關於行政命令之種類及區分標準的整理，請參閱張文貞，行政命令訂定程序的改革—多元最適程序原則的提出—，1995年6月，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁10-11；葉俊榮著，翁岳生編，行政法，上冊，2006年10月三版，頁396-402。

而因為本文於結論上認為，行政命令中之法規命令係屬法律規範，但是除法規命令以外之其他種類的行政命令則不與焉。因此於接下來之研究中，將首先介紹學說關於不區分行政命令之範圍，一概承認所有類型之行政命令均係屬法律規範的見解。於介紹此一見解後，本文之研究方法係將行政命令區分為「**法規命令**」與「**法規命令以外之其他行政命令**」作為研究之對象。

貳、行政命令均屬於法律規範之範圍？

一、德國法：有採肯定說

學者有認為<sup>276</sup>，因實質意義之法律包括行政命令（Verordnung）在內，故所謂保護他人之法律可以包括行政命令時至今日都沒有爭議。因此重要的是，一個規定是否屬於實質意義之法律？蓋若其結論為肯定，則其即得屬於保護他人之法律。當然此處的法律也包括行政命令，因此對於形式意義之法律的限制顯得無意義。蓋縱非形式意義之法律，例如行政命令，因從其內容而言可以認為其係屬實質意義之法律，因此係屬保護他人之法律則無疑問。

此時的區別僅在於，在法源的位階上，行政命令的位階低於形式意義之法律。但是並無任何實質的理由，可以將行政機關所制定之行政命令從侵權行為法中排除，蓋從侵權行為法以觀察，規範的內容係屬一般抽象的規範才是重點，至於該法規的形式是如何則非所問。

---

<sup>276</sup> 以下主要說明，請參閱 Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, S. 97 f. 惟應予說明者係，本書其實係在研究奧地利民法第一千三百十一條，然而因為本條規範之內容與德國民法第八百二十三條第二項極為雷同，至少均係以保護他人法律之違反作為責任要件，因此本書在解釋適用時，常以德國學說之解釋為依歸，因此將本書之內容作為德國法之見解亦所差不遠。auch Pollack, Schutzgesetzverletzung und „negligence per se“, S. 145 (Fn. 172): Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, für das österreichische Recht, der aber auch eine Vergleichung mit dem deutschen Deliktssystem der §§ 823 ff. BGB vornimmt.

上述見解似乎可得出如此結論，亦即學說上有認為無庸進一步區分行政命令之類型，反而係因為行政命令係屬實質意義之法律，因此任何類型之行政命令均係屬德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律<sup>277</sup>。甚至有學者進一步認為，對於行政機關的決定（*durch eine verwaltungsbehördliche Entscheidung*）予以執行或補充的行政規則（*Vorschrift*）亦具有規範的性質（*Normqualität*），因此原則上具有保護他人法律的性格（*daher grundsätzlich Schutzgesetzcharakter haben können*）<sup>278</sup>。

## 二、我國法

### （一）學說見解：似採肯定說

我國通說認為行政命令係屬法律規範之範圍殆無疑義<sup>279</sup>，然而是否承認行政命令之各種類型均為法律規範的範圍，其態度則不明顯。惟若參照學說於解釋法律規範之範圍時，慣用「保護他人的『法律』」，指法規範而言，除狹義的法律外，尚包括習慣法、『命令』、規章等」之說明方式<sup>280</sup>，似得認為，我國通說對於行政

<sup>277</sup> 相類似的見解，請參閱 Basil S. Markesinis & Hannes Unberth, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise* 885 (2002). 氏並未將行政命令（government decrees）予以區分，並直接承認其係屬德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律；並請參閱 Honsell, *Der Verstoß gegen Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB*, JA, 1983, S. 102; Knöpfle, *Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des §823 Abs. 2 BGB*, NJW 1967, S. 699. 兩位教授均係直接承認行政命令（*Verordnung*）得以作為法律規範，而未再區分行政命令的類型。

<sup>278</sup> Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Halbband*, S. 433.

<sup>279</sup> 例如我國有學說承認「路上交通管理規則」此一行政命令係屬法律規範的範圍，請參閱史尚寬，*債法總論*，1990年8月，頁126；有承認「海關進出口貨棧辦法」此一行政命令係屬法律規範的範圍，請參閱姚志明，*侵權行為法研究（一）*，2002年9月初版，頁61；亦有承認「道路交通安全規則」、「勞工保險條例施行細則」等行政命令係屬法律規範的範圍，請參閱王澤鑑，*侵權行為法*，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005年1月，頁351-352；孫森焱，*民法債編總論*，上冊，2005年12月修訂版，頁250-251。

<sup>280</sup> 朱柏松，*現代侵權行為救濟制度之研究—以多氯聯苯事件為中心之商品製作人責任之探討（上）*，*台大法學論叢*，第11卷第1期，1981年12月，頁186，註35；王千維，由民法第一百八十四條到民法第一百九十一條之三，收錄於蘇永欽等合著，*民法七十年之回顧與展望紀念論文集（一）*，2000年10月，頁114；王千維，*民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探（上）*，*政大法學評論*，第66期，2001年6月，頁32；陳聰富，*論違反保護他人法律之侵權行為*，*台灣本土法*

命令不再予以區分，而一概地認為行政命令之各種類型均屬於法律規範之範圍。

## （二）實務見解：否定說

實務見解亦承認行政命令係屬法律規範之範圍<sup>281</sup>，然而是否毫無區分的一概承認行政命令之各種類型均係法律規範的範圍，參酌最高法院九十六年度台上字第一八九一號判決表示：「按民法第一百八十四條第二項規定，違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。本條項所謂之法律，係指法律規範而言，除狹義之法律外，尚包括習慣法、**命令**、規章等。」自此判決文字以觀，似乎可以認為實務見解係與通說相同，亦即不僅承認行政命令係屬法律規範之範圍，甚至承認行政命令之各種類型均係法律規範的範圍。

然而上述結論並非正確；事實上，法院於許多案件當中否認行政命令得作為法律規範，例如最高法院九十一年度台上字第一三四九號判決表示：「民法第一

---

學，第 30 期，2002 年 1 月，頁 5；姚志明，*侵權行為法研究（一）*，2002 年 9 月初版，頁 46；邱聰智，*新訂民法債編通則*，上冊，2003 年 1 月修訂一版，頁 184-185；楊佳元，*道路交通安全規則與侵權行為法*，臺北大學法學論叢，第 55 期，2004 年 12 月，頁 72；王澤鑑，*侵權行為法*，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005 年 1 月，頁 349；姚志明，*侵權行為法*，2006 年 3 月初版，頁 68；張哲源，*情誼、侵權與景文玻璃娃娃案*，*財產法暨經濟法*，第 6 期，2006 年 6 月，頁 100。<sup>281</sup> 最高法院明確承認行政命令係屬法律規範之範圍的判決。請參閱最高法院七十七年度台上字第一五八二號判決；最高法院七十八年度台上字第二五一二號判決；最高法院七十九年度台上字第一七五九號判決；最高法院八十三年度台再字第一三四號判決；最高法院八十三年度台上字第一六四八號判決；最高法院八十六年度台上字第二四七八號判決；最高法院八十七年度台上字第三七五號判決；最高法院八十七年度台上字第一六二九號判決；最高法院八十八年度台上字第二〇四號判決；最高法院八十八年度台上字第二五四九號判決；最高法院八十九年度台上字第一六三五號判決；最高法院九十一年度台上字第一八一號判決；最高法院九十二年度台上字第二一九二號判決；最高法院九十二年度台上字第二二四號判決；最高法院九十三年度台上字第一一五號判決；最高法院九十三年度台上字第二一六五號判決；最高法院九十四年度台上字第二二六七號判決；最高法院九十五年度台上字第六三七號判決；最高法院九十五年度台上字第一五三〇號判決；最高法院九十六年度台上字第二九六號判決；最高法院九十六年度台上字第一二四七號判決；最高法院九十六年度台上字第一四五七號判決；最高法院九十六年度台上字第一八九一號判決；最高法院九十六年度台上字第二三〇一號判決；最高法院九十六年度台上字第二六一五號判決；最高法院九十七年度台上字第七三七號判決。自上述整理判決之數量以觀，實務以行政命令作為保護他人之法律，並因此進而容認原告之請求的案例不可謂不多，因此研究行政命令是否果能成為法律規範的範圍確實有其重要性。

百八十四條第二項所定侵權行為之損害賠償責任，以行為人違反保護他人之法律，致生損害於他人者為要件。而中央銀行管理票據交換業務辦法其性質似僅係中央銀行本其法定職掌所訂定之命令，尚難逕認等同於法律，原審徒以合庫圓山支庫就受款人已遭重複描繪，改寫之系爭支票，疏未依上揭辦法第三十一條第一項等規定，予以退票，反予付款，即應依民法第一百八十四條第二項規定負過失損害賠償責任，遽爾判決，而未說明何以合庫圓山支庫違反上揭辦法即屬違反保護他人為目的之『法律』之依據，自有判決不備理由之違法。」

再例如最高法院九十六年度台上字第一五三〇號判決表示：「民法第一百八十四條第二項所謂之『法律』，係指以保護他人為目的之法律，亦即一般防止妨害他人權益或禁止侵害他人權益之法律而言，倘法律規範之目的旨在保障公眾之安全者，縱有違反該規範情形，仍難謂係違反保護他人法律之行為。人工生殖法草案中說明「人工協助生殖技術管理辦法」之規定，均屬職權命令或行政規則，性質上不宜涉及人民之權利義務事項。…況『人工協助生殖技術管理辦法』係行政院衛生署所訂定，並非法律，亦非法律授權制定之行政命令，尚不屬民法第一百八十四條第二項所謂之『法律』，陳樹基與戊縱有違反，與該條項之構成要件尚屬有間。」

自前揭兩則判決可知，固然實務見解承認行政命令得作為法律規範，然而並非行政命令之各種類型均係法律規範之範圍。但就此兩判決以觀，尚未於判決內文中提出論據予以說明或解釋，為何行政命令中某些類型不能成為法律規範。就本文看法，實務之結論可茲贊同，亦即並非行政命令之各種類型均得成為法律規範，然而其理論基礎為何？上開實務見解所否定而不承認係屬法律規範的行政命令，是否果不屬於法律規範？凡此則係本文接下來所欲研究者。

## 參、法規命令

### 一、法規命令概說

學說認為<sup>282</sup>，所謂**法規命令**係指**行政機關基於法律之授權**，對多數人民，就**一般事項所制定之普遍抽象的法律規範**。行政程序法第一百五條第一項即明定：「本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。」學說上又有稱為「授權命令」、「委任命令」、「委任立法」或「立法性命令」。

至於法規命令之法律要件有三，一為**須有授權依據**；二為**內容應具合法性**；三為**形式上應具合法性**，本文就此三要件簡述於下：

#### (一) 須有授權依據

首先，學說認為法規命令之本質在於經法律之授權，因此法規命令必須具有授權依據乃係其法律要件。而中央法規標準法第七條規定：「各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令，應視其性質分別下達或發布，並即送立法院。」其中關於「基於法律授權」所訂定並發布之命令，即為法規命令。

<sup>282</sup> 以下關於法規命令之介紹，請參閱朱武獻，命令與行政規則之區別，1979年1月，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁40-42、77-8；朱武獻，行政命令之研究，憲政時代，第3卷第4期，1979年4月，頁662；朱武獻，命令與行政規則之區別（下），憲政時代，第5卷第2期，1979年10月，頁81；黃異，法規命令，軍法專刊，第46卷第20期，2000年12月，頁2-3、6-7；吳庚，行政法之理論與實用，2001年8月增訂七版，頁262-264；姜仁脩，法規命令之適用評析（上），法務通訊，第2068期，2002年1月17日，第3版；姜仁脩，法規命令之適用評析（下），法務通訊，第2069期，2002年1月24日，第3版；李建良，行政法的法源、規範及其位階（上），月旦法學教室，第24期，2004年10月，頁41-42；葉俊榮著，翁岳生編，行政法，上冊，2006年10月三版，頁402；陳敏，行政法總論，2007年10月五版，頁528以下；李震山，行政法導論，2008年5月，頁315以下。

且應注意者係，基於法治國家之法律保留原則，法律對法規命令之制定，不得僅為空泛抽象之授權，否則無異於將立法權讓渡於行政權，有違權力分立之要求。因此大法官釋字第三一三號解釋表示：「若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，**授權之內容及範圍應具體明確**」。並於大法官釋字第三四五號解釋中，宣告稅捐稽徵法授權訂定之「限制欠稅人或欠稅營利事業負責人出境實施管理辦法」，因「**未逾越法律授權之目的及範圍**」，故屬合憲；又於大法官釋字第三四六號解釋中，宣告國民教育法及財政收支劃分法關於徵收教育捐之授權，因「**法律基於特定目的，而以內容具體、範圍明確之方式，就徵收稅捐所為之授權規定，並非憲法所不許**」，故屬合憲。而學說認為，大法官之態度顯然是受到德國基本法的影響，因該法第八十條第一項要求法律授權行政機關發布法規命令時，必須具有「明確之內容、目的及範圍」。



## （二）內容應具合法性

法規命令之內容必須與較高位階的法律規範一致，此即所謂法規命令之內容應具合法性。就此，憲法第一百七十二條即規定：「命令與憲法或法律牴觸者無效。」此一意旨於行政程序法第一百五十八條第一項第一款中重申<sup>283</sup>。又中央法規標準法第七條規定：「法律不得牴觸憲法，命令不得牴觸憲法或法律，下級機關訂定之命令不得牴觸上級機關之命令。」亦係同昭其旨。

## （三）形式之合法性

法規命令必須由經授權之行政機關，依法定之方式及程序制定之。由於依中央法規標準法第一條規定：「中央法規之制定、施行、適用、修正及廢止，除憲法

<sup>283</sup> 行政程序法第一百五十八條第一項第一款規定：「法規命令，有下列情形之一者，無效：一、牴觸憲法、法律或上級機關之命令者。」

規定外，依本法之規定。」因此對於非由中央機關所制定之法規並無適用之餘地。惟行政程序法第四章設有「法規命令」專章，對中央及地方機關之法規命令皆一體適用。依行政程序法第一百五十一條規定，對法規命令之訂定、修正、廢止、停止或恢復適用，除法律另有規定，或關於軍事、外交或其他涉及國家機密或安全之重大事件者外，皆依該法所定程序為之。惟中央之法規命令，仍有中央法規標準法及立法院職權行使法之適用，而地方之法規命令，亦應配合地方制度法之規定。

關於法規命令制定之法定方式及程序，有四點應予注意：

其一，行政機關擬訂法規命令時，除情況急迫，顯然無法事先公告周知者外，原則上**必須踐行行政程序法第一百五十四條之預告程序**。又行政機關得依職權依行政程序法第一百五十五條之規定舉行聽證程序，倘若行政機關依職權認應遵循聽證程序訂定法規命令時，則應踐行行政程序法第一百五十六條有關行政命令訂定聽證的預告程序，並依行政程序法第五十四條至六十六條之規定辦理；

其二，依行政程序法第一百五十條第二項之規定，**法規命令之內容應明列其法律授權之依據**；

其三，**授權制定法規命令之法律，有時規定應踐行特別之程序**，例如應經上級機關核准，或應會同其他機關共同訂定等，此時自**應依該法律規定之特別程序辦理**。就此，行政程序法第一百五十七條第一項與第二項即有規定，第一項規定：「法規命令依法應經上級機關核定者，應於核定後始得發布。」第二項則規定：「數機關會同訂定之法規命令，依法應經上級機關或共同上級機關核定者，應於核定後始得會銜發布。」在此兩款所規定之情形，如未經核准即予發布，依行政程序

法第一百五十八條第一項第三款之規定，該法規命令為無效；

其四，**法規命令必須發布**。因法規命令係對不特定人民所制定之規定，自應對外發布，使人民得以周知並予以遵行。故為確保人民知悉之可能性，行政程序法第一百五十七條第三項規定：「法規命令之發布，應刊登政府公報或新聞紙。」因此，不得僅於該發布機關之牌示處或網站公告之，至於法規命令未依法定方式完成公告者應不生效力。

## 二、法規命令屬於法律規範之範圍

### （一）德國法：肯定說



德國通說認為法規命令（*Rechtsverordnung*）係屬德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律<sup>284</sup>。並且值得注意的是，這些學者於說明德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律時，係使用「法規命令」（*Rechtsverordnung*）這個用字，而非「行政命令」（*Anordnung, Verordnung oder Verwaltungsordnung*）這類用字，顯與前揭學說見解不同。蓋如前所述，有德國學者認為行政命令均為德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律，然而於此所介紹之學說見解，特別說明法規命令始為德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律，至少可因此推論，德國通說見解並不認為行政命令中之各種類型均得成為德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律。

關於法規命令之所以可以成為德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律，

<sup>284</sup> Deutsch/ Ahrens, *Deliktsrecht*, Rn. 211; Esser/Weyers, *Schuldrecht*, Brand II, Besonderer Teil, Teilband 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse, S. 199; Fikentscher, *Schuldrecht*, Rn. 1267; Karollus, *Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung*, S. 94; Pollack, *Schutzgesetzverletzung und „negligence per se“*, S. 71; Schmiedel, *Deliktobligationen nach deutschen Kartellrecht*, S. 35.

德國學者表示，因公法法人（juristische Person des öffentlichen Rechts）在其立法權限的範圍中所公布的法規命令，也是德國民法施行法第二條所稱之法律的概念，因此法規命令也同樣地為德國民法第八百二十三條第二項所包括。但是其前提為，必須以形式意義之法律為其基礎。換言之，**必須係透過形式意義之法律授權而制定，並且經制定的這些非形式意義的法律不能與較高位階的法律（höherrangiges Recht）相牴觸**<sup>285</sup>。

更有表示，法規命令雖然並非透過形式的立法程序所制定，但是因為其**係就多數人具有拘束力之行政命令**，因此對於法規命令無庸為特別說明，即可認為其係屬德國民法施行法第二條所稱之法律規範，亦即屬於德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律<sup>286</sup>。換言之，法規命令與形式意義之法律的不同在於，法規命令係行政機關所公布；然而**從其內容與對於人民有拘束力來看，則與形式意義之法律相同**，因此法規命令係屬實質意義之法律，並且因而得為德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律<sup>287</sup>。

## （二）我國法

### 1、實務見解

#### （1）肯定說

本文觀察實務見解後，發現就法規命令得否成為法律規範，其見解尚未統一，然而較多數之見解認為法規命令亦得成為法律規範。換言之，法規命令亦係民法

<sup>285</sup> Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 77.

<sup>286</sup> Bistrizki, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 13.

<sup>287</sup> Endres, Normen des Umweltrechts als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, S. 28.

第一百八十四條第二項所稱之法律。例如最高法院九十六年度台上字第二三〇一號判決即表示：「民法第一百八十四條第二項所謂違反保護他人之法律者，係指以保護他人為目的之法律，亦即一般為防止妨害他人權益或禁止侵害他人權益之法律或授權命令而言。經查修正前證交法第十八條第一項規定…而行政院依修正前證交法第十八條第二項規定之授權所修正公布之證券管理規則第二十七條第一項規定：…，同條第二項規定：…，及第二十八條第一項規定：…等行為之行政命令，亦具有保護投資者個人權益之內容，自均屬民法第一百八十四條第二項所規定『保護他人法律』之範疇。」

查「證券管理規則」係行政院依修正前證券交易法第十八條第二項之授權所修正公布，因此系爭規則係屬法規命令。既然本案判決明白表示系爭規則屬於民法第一百八十四條第二項所稱之法律，則代表最高法院認為法規命令亦得成為法律規範。甚且既然本案判決特別說明「法律」及「法規命令」可以成為民法第一百八十四條第二項所稱之法律，似亦得據此推斷，實務見解係有意說明，僅行政命令中之法規命令得成為法律規範。

本文將搜尋所得，目前實務見解將法規命令援引為民法第一百八十四條第二項所稱之法律的判決，整理如表一，並分別詳列該法規命令之名稱、系爭法規命令之授權依據，以及承認系爭法規命令為法律規範的判決字號：

**【表一】：已被實務見解承認為法律規範的法規命令**

授權依據 及 法規命令 判決	授權依據	承認系爭法規命令為法律規範 之判決
高速公路交通管制規則	道路交通管理處罰條例第三十三條第六項	最高法院七十九年度台上字第一七五九號判決

道路交通安全規則	道路交通管理處罰條例第九十二條第一項	最高法院六十六年度台上字第一〇一五號判例；最高法院七十八年度台上字第二五一二號判決
道路交通事故處理辦法	道路交通管理處罰條例第九十二條第四項	臺灣高等法院花蓮分院九十七年度上易字第二五號判決
海關管理進出口貨棧辦法	關稅法第二十六條第二項	最高法院八十三年度台再字第一三四號判決；最高法院八十三年度台上字第一六四八號判決；臺灣高等法院九十三年度上更(一)字第二〇七號判決；最高法院九十三年度台上字第二一六五號判決
國際商港棧埠管理規則	商港法第二十三條之二	最高法院九十三年度台上字第一一五號判決
航空貨運站倉儲貨物管理規則	民用航空法第一百二十一條第一項	最高法院八十三年度台再字第一三四號判決；最高法院八十三年度台上字第一六四八號判決；最高法院九十二年度台上字第二二二四號判決
公開發行公司財務預測資訊公開體系實施要點	證券交易法第十四條第二項、證券發行人財務報告編製準則第十五條	最高法院九十五年度台上字第二三八五號判決
證券管理規則	證券交易法第十八條	最高法院九十六年度台上字第

	第二項	二三〇一號判決
證券商管理規則	證券交易法第四十四條第四項	最高法院九十六年度台上字第二六一五號判決
證券商負責人與業務人員管理規則	證券交易法第五十四條第二項、第七十條	最高法院九十六年度台上字第二六一五號判決；最高法院九十三年度台上字第一四四五號判決
銀行、保險公司、保險代理人或保險經紀人辦理銀行保險業務應注意事項	保險法第一百四十八條之三第二項、保險業招攬及核保理賠辦法	臺灣高等法院花蓮分院九十七年度保險上字第一號判決
特定化學物質危害預防標準	勞工安全衛生法第五條	最高法院八十七年度台上字第一六二九號判決
機械器具防護標準	勞工安全衛生法第五條	最高法院九十六年度台上字第一二四七號判決
營造安全衛生設施標準	勞工安全衛生法第五條	臺灣高等法院花蓮分院九十六年度勞上更（一）字第二號判決；最高法院九十七年度台上字第七三七號判決
勞工安全衛生設施規則	勞工安全衛生法第五條第三項	最高法院九十四年度台上字第二二六七號判決；臺灣高等法院花蓮分院九十六年度勞上更（一）字第二號判決
起重升降機具安全規則	勞工安全衛生法第五條第三項	臺灣高等法院八十年度上字第五八一號判決；最高法院九十七

		年度台上字第七三七號判決。
高架作業勞工保護措施標準	勞工安全衛生法第十一條	最高法院九十三年度台上字第九〇六號判決
勞工安全衛生組織管理及自動檢查辦法	勞工安全衛生法第十四條第三項	最高法院九十三年度台上字第九〇六號判決
勞工安全衛生教育訓練規則	勞工安全衛生法第五條、第二十三條第二項	最高法院九十七年度台上字第七三七號判決
勞工安全衛生法施行細則	勞工安全衛生法第三十九條	最高法院九十六年度台上字第一二四七號判決
各類場所消防安全設備設置標準	消防法第六條第三項	最高法院八十八年度台上字第二〇四號判決；臺灣高等法院九十二年度重上字第四八四號判決
營造業管理規則	建築法第十五條第二項	最高法院八十六年度台上字第二四七八號判決
建築物室內裝修管理辦法	建築法第七十七條之二第四項	最高法院九十六年度台上字第一四五七號判決
建築法建築技術規則	建築法第九十七條	最高法院八十八年度台上字第二五四九號判決；最高法院九十二年度台上字第二一九二號判決；最高法院九十五年度台上字第六三七號判決；最高法院民九十五年度台上字第一五三〇號

		判決；最高法院九十六年度台上字第一一六五號判決
臺灣省電器承裝業管理規則	電業法第七十五條第四項	最高法院九十一年度台上字第一八一號判決

然而本文應予多說明者係，以上所整理之判決，固然有如前揭最高法院九十六年度台上字第二三〇一號判決，於判決內文中即揭示其授權依據者，例如最高法院九十七年度台上字第七三七號判決表示：「**勞安法第十四條第二項、第十七條第一項、第十八條第一項、第二十三條第一項、（暨依勞安法第五條、第二十三條第二項分別訂定發布之）勞工安全衛生教育訓練規則第十三條第一項、起重升降機具安全規則第四十九條、第六十條及營造安全衛生設施標準第十九條**，核均屬保護勞工之相關法令，自屬民法第一百八十四條第二項規定所指以保護他人為目的之法律範疇。」因此可以認為實務見解係有意識地認定法規命令得成為法律規範，甚至是可以因此解釋實務見解認為僅行政命令中之法規命令得成為法律規範。

惟亦有為數不少之判決，於判決內文中並未揭示系爭法規命令之授權依據，例如最高法院九十三年度台上字第一一五號判決表示：「民法第一百八十四條第二項所謂違反保護他人之法律者，係指一般防止危害權益或禁止侵害權益之法律。原審僅謂明昌公司與被上訴人台中港務局間無承攬關係存在，被上訴人台中港務局自不負本件損害賠償責任等語。對於上訴人主張**國際商港棧埠管理規則**、台中商港棧埠作業手冊亦屬保護他人之法律，被上訴人台中港務局違反前述規則等規定，應負侵權行為賠償責任之重要攻擊方法，置而不論，未說明其何以不足採之意見，遽以上開理由為上訴人敗訴之判決，亦有可議。」

又如最高法院九十五年度台上字第一五三〇號判決表示：「惟按違反保護他人之法律，致生損害於他人者，應負賠償責任，民法第一百八十四條第二項定有明文。又建築法第七十七條第一項規定：另**建築技術規則建築設計施工編**第八十四條之一規定…第八十六條第一款規定…旨在避免連棟式集合住宅發生火災，迅速延燒，波及鄰戶，以保護他人，維護公共安全。…又鋪設易燃之隔熱泡棉，亦違反**建築技術規則建築設計施工編**第八十四條之一之規定，被上訴人違反上開保護他人之法律，致使火災迅速延燒至其居住之七號房屋，使伊受損害，即非全屬無據，原審未違詳查究明，遽以上開情詞，為上訴人不利之判斷，自嫌率斷。」

類此判決，既然並未於判決內文中揭示其授權依據，得否認為實務見解係有意表示僅行政命令中之法規命令始得成為法律規範即有疑問。甚至依本文所信，於此類判決，實務見解根本並未思及行政命令是否得成為法律規範的問題，而是在認定該行政命令係以保護他人為目的，並且行為人又違反此一行政命令致生損害於他人時，即令行為人應依民法第一百八十四條第二項之規定負損害賠償責任。

## (2) 否定說

雖然前舉為數眾多之判決均認為法規命令得以成為法律規範，然而並非無相反之見解存在，例如最高法院九十一年度台上字第一三四九號判決即表示：「次按民法第一百八十四條第二項所定侵權行為之損害賠償責任，以行為人違反保護他人之法律，致生損害於他人者為要件。而**中央銀行管理票據交換業務辦法**其性質似僅係中央銀行本其法定職掌所訂定之命令，尚難逕認等同於法律，原審徒以合庫圓山支庫就受款人已遭重複描繪，改寫之系爭支票，疏未依上揭辦法第三十一條第一項等規定，予以退票，反予付款，即應依民法第一百八十四條第二項規定負過失損害賠償責任，遽爾判決，而未說明何以合庫圓山支庫違反上揭辦法即屬

違反保護他人為目的之『法律』之依據，自有判決不備理由之違法。」

查「中央銀行管理票據交換業務辦法」係中央銀行依據中央銀行法第三十二條所授權制定，性質上係屬法規命令無疑，惟最高法院卻持與高等法院相反之見解，認為系爭辦法並非民法第一百八十四條第二項所稱之法律。

最高法院九十五年度台上字第二三八五號判決亦表示：「被上訴人主張：證券交易法第三十二條、第二十條、證券發行人財務報告編製準則（簡稱財務報告編製準則）第十六條及財務預測實施要點第五條，屬保護他人之法律，本件上訴人等對於九十年度第一次更新財務預測確有虛偽隱匿之情事，應負民法第一百八十四條第二項之賠償責任云云。惟查**財務報告編製準則**第十六條及**財務預測實施要點**第五條，並非『法律』；而上訴人並未違反證券交易法第三十二條、第二十條，已如前述，自不成立民法第一百八十四條第二項侵權行為。」

惟「**財務報告編製準則**」係財政部證券暨期貨管理委員會（編按：現主管機關為行政院金融監督管理委員會）依據證券交易法第十四條第二項所授權制定，故其性質上亦屬法規命令，而本案高等法院與最高法院所持見解相同，俱認為系爭準則並非民法第一百八十四條第二項所稱之法律。

事實上，最高法院否認法規命令得成為法律規範的見解並不多見，惟地方法院亦有採取類似見解者。例如臺灣臺北地方法院九十六年度訴字第五九二二號判決表示：「代客操作行為所違反者僅屬行政機關基於行政管理所制定之法規命令，既非法律禁止規定，亦不屬民法第一百八十四條第二項所稱『保護他人之法律』，原告主張被告甲、丙應依民法第一百八十四條第二項規定負侵權行為損害賠償責任云云，自非可取。」

然而問題在於，雖然前揭數則判決俱認為法規命令不得成為法律規範，惟其所持理由均僅為「法規命令」並非「法律」。但是除非係認為民法第一百八十四條第二項所稱之法律，僅限於經立法院通過而總統公布之法律，否則其採否定見解之理由為何不得而知。惟倘若前揭實務見解果真係認為民法第一百八十四條第二項所稱之法律，僅限於經立法院通過而總統公布之法律，則其見解實係與通說及絕大部分之實務見解大相逕庭。

## 2、本文見解

### (1) 肯定說之採取



本文結論上贊同實務多數見解，亦即法規命令應屬於法律規範的範圍。然而重點在於採取肯定說之理由何在？首先，為期發揮民法第一百八十四條第二項之侵權責任的規範功能，無庸將本條所稱之法律限於經立法院通過而總統公布者，此一見解實與前揭德國與我國通說見解相同，因此縱然並非經立法院通過而總統公布之法律，僅須行為人所違反之規定係屬法律規範，其即可能必須依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。

惟究竟為何法規命令係屬法律規範的範圍？就此而言，雖然實務多數見解係採肯定說，然而卻未對此多作說明，唯一於判決中顯現之理由即係「**法規命令係法律所授權制定**」。

本文則認為，法規命令之所以可以成為法律規範的範圍，其係受法律之授權而制定一事並非決定性之因素。重點應在於「**法規命令性質上具有強制力，因此**

各該法規命令所規範之對象負有遵守系爭法規命令之義務」，從而系爭法規命令所規範之對象不遵守該法規命令時，即可能因此必須負民法第一百八十四條第二項所定之侵權責任。而這也就是為何前揭德國學說於說明法規命令應屬法律規範的範圍時，強調法規命令係「**就人民有拘束力之行政命令**」。

至於實務見解一再強調法規命令係屬法律授權而制定，其實某程度亦屬正確之觀察，蓋法規命令係屬法律授權而制定，正係其所以可以具有強制力的重要理由之一。然而參照前述本文關於法規命令性質之說明，法規命令所以具有強制力，其係法律授權所制定固然是重要因素之一，惟法規命令之制定必須踐行嚴格之制定程序，例如預告程序、聽證程序及特別程序，並且經制定之法規命令尚必須對外發布，使人民就該法規命令之存在有知悉之可能等，凡此皆為法規命令所以得以具有強制力之原因。因此實務見解認為法規命令係屬民法第一百八十四條第二項所稱之法律，係以法規命令是法律授權所制定，如此之說理固然並非無據，但是卻並不充分。查其緣由，其實是因為實務見解未體認到規定之具有強制力，實係其得以成為法律規範之必要條件，因此才造成觀察重點之失焦。

## (2) 基於經授權而制定之法規命令再制定之行政命令

數則最高法院判決中曾出現的一個情形係，基於經授權而制定的法規命令再制定一個行政命令，此時當行為人違反該再制定之行政命令時，得否認為其係違反法律規範？

按法規命令的制定必須有法律之授權，乃係法律保留原則之體現，而法律不僅有賦予行政機關制定法規命令之權，亦有賦予行政機關得再授權其他行政機關訂定法規命令的權限，並且亦僅在此種情形，該其他行政機關所制定之行政命令

性質上始得被認定為法規命令。但是有些行政機關在其所訂定的法規命令中，表示「授權自己」另行訂定其他法規命令的意旨，此即所謂「自我授權」。嚴格以觀，自我授權並非真正的授權，因為所謂「授權」，係指由一個主體賦予另一個不同的主體特定權限，而自我授權卻是把權限授予給自己，因此自我授權在法律上並不具任何意義。法規命令中自我授權之真正意義是，指出有關事項將在另一法規命令中被規定，而此再被制定之法規命令的訂定基礎與該為「授權」之法規命令是相同的，兩者皆植基於同一法律的授權。換言之，行政機關基於同一法律的授權，而於多數法規命令中針對授權事項為規定<sup>288</sup>。

例如最高法院九十五年度台上字第二三八五號判決中涉及「**公開發行公司財務預測資訊公開體系實施要點**」是否屬於民法第一百八十四條第二項所稱之法律。查**證券交易法第十四條第二項**授權主管機關制定就第一項所定之財務報告之內容、適用範圍、作業程序、編製及其他應遵行事項之準則，又同法第三條規定主管機關為**行政院金融監督管理委員會**（下稱**金管會**），而**金管會**即依本條之授權制定「**證券發行人財務報告編製準則**」，並且規定公開發行公司依據「**證券發行人財務報告編製準則**」第十五條規定公開財務預測時，應依**金管會**所制定之「**公開發行公司財務預測資訊公開體系實施要點**」辦理。因此系爭實施要點其實就是前述行政機關自我授權的情形，從而系爭要點性質上亦為法規命令，應屬法律規範的範圍。然本案最高法院卻認為：「**財務報告編製準則**第十六條及**財務預測實施要點**第五條，並非『法律』…自不成立民法第一百八十四條第二項侵權行為。」此一見解難值贊同<sup>289</sup>。

<sup>288</sup> 以上說明，請參閱黃異，法規命令，軍法專刊，第46卷第20期，2000年12月，頁3-4；姜仁脩，法規命令之適用評析（下），法務通訊，第2069期，2002年1月24日，第3版；陳敏，行政法總論，2007年10月五版，頁533。

<sup>289</sup> 相類似制定方式的行政命令，尚得參閱臺灣高等法院花蓮分院九十七年度保險上字第一號判決，本案所涉及的行政命令係「**銀行、保險公司、保險代理人或保險經紀人辦理銀行保險業務應注意事項**」。查**保險法第一百四十八條之三第二項**授權主管機關，就保險業對資產品質之評估、各種準備金之提存、逾期放款、催收款之清理、呆帳之轉銷及保單之招攬核保理賠，建立內部處理制

相反之情形係，最高法院九十三年度台上字第一一五號判決中涉及「臺中商港棧埠作業手冊」是否屬於民法第一百八十四條第二項所稱之法律。查商港法第二十三條之二授權交通部制定在商港區域內經營有關貨物裝卸、倉儲、駁運作業、服務旅客等棧埠管理事項之管理規則。交通部即依本條之授權制定「國際商港棧埠管理規則」(現改稱「商港棧埠管理規則」)，而系爭管理規則第一百二十條又授權商港管理機關得訂定作業手冊，因此臺中港務局即依此制定「臺中商港棧埠作業手冊」<sup>290</sup>。因此既然商港法第二十三條之三授權交通部制定管理規則，則交通部因此所制定之國際商港棧埠管理規則屬於法規命令並無疑問，惟商港法第二十三條之三僅授權交通部制定管理規則，並且無賦予交通部再授權之權限，故臺中港務局所制定之臺中商港棧埠作業手冊其實並非法規命令，其得否成為法律規範並非無疑。惟本案最高法院未予審究系爭作業手冊的性質，逕自認定行為人應依民法第一百八十四條第二項之規定負責，亦難值贊同。



肆、法規命令以外之行政命令

度及程序，又同法第十二條規定主管機關為金管會，而金管會即依本條之授權制定「保險業招攬及核保理賠辦法」。又金管會基於系爭辦法制定「銀行、保險公司、保險代理人或保險經紀人辦理銀行保險業務應注意事項」，因此系爭注意事項性質上亦為法規命令，應屬法律規範的範圍。然本案高等法院卻認為：「況查，『銀行、保險公司、保險代理人或保險經紀人辦理銀行保險業務應注意事項』既非中央法規標準法第 2 條所規定之法、律、條例或通則，亦非該法第三條所規定之各機關發布之命令，且其訂定根本不是基於法律授權，而只是依據「保險業招攬及核保理賠辦法」訂定，顯見即使違反該規定，應亦無民法第一百八十四條第二項規定之適用。」本案判決中明白承認法規命令得成為法律規範，就此應值贊同。惟卻誤會系爭注意事項之法律性質，因而率認為其無民法第一百八十四條第二項適用之餘地，就此本文則不能同意。

<sup>290</sup> 「臺中商港棧埠作業手冊」之制定依據為何，筆者多方搜尋後仍不可得。其後經筆者致電臺中港務局詢問，始知係依據「國際商港棧埠管理規則」第一百二十條之規定而制定，筆者在此表示感謝。惟自此更可知行政法規多如牛毛，是否得成為法律規範應仔細探究其法律性質後始能決定，然部分實務判決卻忽略此點，未予詳查系爭規定之法律性質，即逕自表示係屬民法第一百八十四條第二項所稱之法律，實有所不當。例如最高法院九十二年度台上字第二一九二號表示，「彰化縣大村鄉○○○○道系統規劃報告」應屬民法第一百八十四條第二項所稱之法律，然而系爭報告的法律性質為何，完全不得而知！惟最高法院卻未有半點存疑地認為系爭報告得成為法律規範。若最高法院係認為僅須系爭報告係以保護他人為目的即可，至於其性質為何在所不問，至少僅是對於民法第一百八十四條第二項之特別要件有所誤會；然而若係根本未有問題意識，亦即並未意識到基於系爭報告的法律性質不明，因此是否得作為法律規範應謹慎以對。則此一情形，不得不予提出檢討。

## 一、行政規則

### (一) 行政規則概說

學說認為<sup>291</sup>，所謂行政規則乃係行政機關對其下級機關，或長官對其屬員所為之普遍抽象之規定。行政規則所根據者為上級之指揮權，上級機關或長官根據其指揮權，可以作成普遍或個別之指示，亦可以制定行政規則。行政規則有用以規範行政機關之內部秩序者，亦有用以規範行政機關之行政行為者。因此，行政程序法第一百五十九條第一項規定：「本法所稱行政規則，係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定。」

關於行政規則之制定，有四點應值說明：

其一，行政機關欲制定行政規則，**僅須根據其法定之職權即得為之，無庸經過法律之特別授權**。惟法律亦可授權行政機關制定行政規則，只是根據法律之授權而制定以規範行政內部為目的之法規，其性質仍應屬行政規則；

其二，行政規則除有關之法律、法規命令等有特別規定者外，**原則上無須具**

<sup>291</sup> 以下關於行政規則的介紹，請參閱朱武獻，命令與行政規則之區別，1979年1月，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁142以下；張文貞，行政命令訂定程序的改革—多元最適程序原則的提出—，1995年6月，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁21以下；許義寶，行政規則效力之探討，警學叢刊，第28卷第3期，1997年11月，頁256以下；黃荷婷，行政規則的外部效力，2000年1月，國立中興大學法律學系碩士論文，頁8以下；李建良，行政法的法源、規範及其位階(上)，月旦法學教室，第24期，2004年10月，頁42-43；陳淑芳，行政規則之法律性質，月旦法學教室，第31期，2005年5月，頁30-31；葉俊榮著，翁岳生編，行政法，上冊，2006年10月三版，頁404-405；陳敏，行政法總論，2007年10月五版，頁66-67、541以下、548-549；李震山，行政法導論，2008年5月，頁242以下。

**備一定之形式**。亦即行政規則之外觀，得與法律或法規命令相似，分爲章、節、條、項、款等，並逐條冠以流水號者，亦有僅分點羅列敘述者；

其三，**行政規則之制定，原則上並無應遵行之程序**。惟有關之法規亦得設定一定之程序要求自屬當然。例如要求必須徵詢其他機關之意見，或必須經其他機關之同意或核可等；

其四，既然**行政規則本質上僅為內部法，一般僅須通知其所屬下級機關或行政人員**，亦即僅須爲「**下達**」而無須爲「**發布**」，且於下達下級機關或所屬行政人員時，即對其發生效力，因此行政程序法第一百六十條第一項即明文要求行政規則應下達下級機關或屬官；又同法第一百六十一條規定：「有效下達之行政規則，具有拘束訂定機關、其下級機關及屬官之效力。」惟爲協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實及行使裁量權，所訂定之**解釋性規定及裁量基準等行政規則**，**本質上雖不直接對外發生法規範之效力，但仍可能經由行政機關之適用而發生間接之對外效力**。故基於法治國家之要求，此等行政規則除下達外，並應發布，因此行政程序法第一百六十條第二項規定：「行政機關訂定前條第二項第二款之行政規則，應由其首長簽署，並登載於政府公報發布之。」惟此一發布並不構成行政規則的成立或生效要件。

至於所謂解釋函令，係指上級機關對下級機關，或行政機關對人民所爲之解釋。就上級機關對下級機關所爲之解釋函令的性質，依行政程序法第一百五十九條第二項第二款規定：「爲協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量基準。」故本條規定已將解釋函令定性爲行政規則；又行政機關對人民所爲之解釋函令，係對其提供資訊之行爲，並非就個案情形作成有拘束力之決定。詳言之，解釋函令爲行政機關之法律見解，對其行

政內部之下級機關及行政人員有法律拘束力，對人民及行政法院則無法律拘束力。

## (二) 行政規則屬於法律規範之範圍？

### 1、德國法

#### (1) 肯定說

德國法有學者認為，僅須某一規定，其法律性質為實質意義之法律，其即得成為德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律。而因為行政規則（Verwaltungsvorschrift）係上級機關對下級機關的抽象一般規定（abstrakt-generelle Regelung），因此行政規則正係一實質意義的法律規範，故其得成為德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律<sup>292</sup>。

#### (2) 否定說

德國通說就行政規則得否成為法律規範，其實係採否定說之見解<sup>293</sup>，而且德國帝國法院亦僅因該規定係屬行政規則，即否認其係德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律<sup>294</sup>。

學說認為，那些大部分是基於特別權力（meist in Rahmen besonderer Gewalt）或者更進一步可以說基於服從關係（Unterwerfungsverhältnis）而公布的行政規

<sup>292</sup> Endres, Normen des Umweltrechts als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, S. 29 f.

<sup>293</sup> Bistrizki, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 15; MünchKomm-Wagner, § 823, Rn. 326; Pollack, Schutzgesetzverletzung und „negligence per se“, S. 71; Schmiedel, Deliktobligationen nach deutschen Kartellrecht, S. 35; Staudinger-Hager, § 823 G 15;.

<sup>294</sup> RGZ 128, 353 (28.4.1930) S355.

則，其之所以並非「法律」(Gesetz)係因為，不僅是在內容上，甚至是公布的形式與方法和法律相比都是不同的。此外，行政規則制定的基礎，並非基於法律的授權，而係基於上述之特別權力關係所生之職權。因此，當德國聯邦最高法院否認道路交通許可命令 (Straßenverkehrs-Zulassungsordnung) 第二十九條之三的規定係以保護他人為目的時<sup>295</sup>，是不正確的，或至少是容易造成誤會的，因為道路交通許可命令性質上僅為一個行政規則，因此其並非「法律」是無庸置疑的<sup>296</sup>。

亦有學者指出，奧地利最高法院 (Oberster Gerichtshof) 曾在一個判決中表示，適用於士兵的命令 (Befehl) 亦屬保護他人之法律<sup>297</sup>。然而行政規則並不適宜作為保護他人之法律，因為行政規則在法律的性質上單純僅係內部之規範，而只能對於行政機關有其拘束力，因而不能符合侵權責任法所要求的外部效力。既然行政規則不能對抗外部第三人 (außenstehenden Dritten)，則縱然有一個行政規則具有對第三人予以保護的效力，亦即該行政規則具有明確保護第三人之意圖，對於這樣一個僅僅是內部的規範，仍然應該完全否認其具有成為保護他人之法律的可能性<sup>298</sup>。

## 2、我國法

### (1) 實務見解：肯定說

本文觀察實務見解後發現，實務見解就解釋函令一概承認其得成為法律規範，例如最高法院九十六年度台上字第一八九一號判決表示<sup>299</sup>：「查財政部九十一

<sup>295</sup> BGH in NJW 56, 1715.

<sup>296</sup> Bistrizki, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 15.

<sup>297</sup> OGH ZVR 1974/35.

<sup>298</sup> Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, S. 115 f.

<sup>299</sup> 相類似的判決，尚得參閱臺灣高等法院臺中分院八十九年度重上更（一）字第二〇號判決；最

年八月六日台財融(六)字第○九一六〇〇〇二三一號函令，其主旨內容為：『為防範詐騙集團於客戶開立存款帳戶後，以偽造該客戶之身分證於聯行開立第二存款帳戶，並以電話語音轉帳盜領存款案件發生，各金融機構應依本部九十年六月五日台財融(二)第九〇七〇六九六七號函逕研商「如何防範詐騙集團以偽造身分證盜領存款相關事宜」加強存款戶之身分確認，以維存戶權益，請查照轉知各會員機構。』，並於說明欄第一點載明：『各金融機構辦理存戶於聯行開立第二存款帳戶時，應向原第一開戶營業單位照會，並比對其留存之身分證正、反面影本、照片、筆跡及印鑑等是否均與原開戶營業單位相同，以確實確認客戶身分。』，依該函令整體觀之，乃財政部本於行政指導權責對金融業者所發布之行政命令，其主要目的乃作為金融機關處理存戶辦理開立帳戶之指導，其間接目的亦在保護存戶之權益，該函令應屬民法第一百八十四條第二項所謂之保護他人之法律。」

自本案判決以觀，實務見解明顯承認解釋函令得以成為法律規範，然而其理由安在，不得而知。其實自判決內容可知，最高法院於認定行為人是否因違反系爭解釋函令，而應依民法第一百八十四條第二項之規定負賠償責任時，僅判斷該解釋函令是否係以保護他人為目的，而完全忽略尚必須該以保護他人為目的之規定係屬於法律規範之範圍，系爭規定始為「保護他人之法律」，故本案判決之不當可見一斑。

## (2) 本文見解：否定說

本文認為，既然「行政規則對於人民不具有法律拘束力，亦即依行政規則的

---

高法院九十二年度台上字第二一九二號判決。至於臺灣高等法院九十年度上字第一〇五七號判決及最高法院九十五年度台上字第二二三號判決，雖然結論上都認為行為人無庸依民法第一百八十四條第二項負侵權責任，然觀其理由，均係因為實務見解認為所涉及之解釋函令非以保護他人為目的。因此毋寧是站在肯定解釋函令得成為法律規範之立場，進一步地認為因為系爭解釋函令並非以保護他人為目的，因此縱行為人違反該解釋函令，亦無庸依民法第一百八十四條第二項負侵權責任。

性質，人民並不因行政機關制定某一行政規則後，即負有遵守系爭行政規則之義務」。因此縱然行為人未遵守行政規則，亦無義務之違反，既無義務之違反，即無庸對被害人負侵權責任<sup>300</sup>。

因此前揭奧地利學者認為，因為行政規則在法律的性質上僅係一內部規範，而不具有對抗外部第三人之效力，故行政規則不得成為法律規範。可以評價為與本文之見解相同，誠值可採。至於德國學說有強調行政規則並非經法律的授權而制定，並且公布的形式與方法和法律不同，因此行政規則不得成為法律規範，此一見解，與前述我國實務見解承認法規命令係屬法律規範的範圍有相同之問題，亦即觀察重點之失焦。蓋系爭規定性質上是否具有強制力始為該規定得否成為法律規範的判斷重點，至於行政規則係行政機關基於其職權所制定，並且無庸遵行一定程序，甚至原則上僅須下達而無庸發布等，僅是行政規則之所以不得具有強制力的原因而已。

又德國學說雖亦有採肯定說者，惟其理由係單純以行政規則為抽象一般的規定，故行政規則為實質意義之法律，因此行政規則即得成為法律規範。本文認為此一見解並不妥當。

蓋姑不論行政規則究竟得否成為法律規範，實在不適宜單純以「德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律係指實質意義之法律，而行政規則正係實質意義之法律」，因此即推論出，德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律包括行政規

---

<sup>300</sup> 相類似的見解，請參閱 Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, S. 97 f.氏認為結論上，行政命令得否作為保護他人之法律，僅有在「**行政命令係用來確定行為責任，亦即行政命令係在進一步確定法律所欲規範的行為責任**」時，始得認為行政命令可作為保護他人之法律。(wenn die Verordnung selbst die entsprechenden Verhaltenspflichten festleget bzw. gesetzlich vorgesehene Verhaltenspflichten näher konkretisiert.) 因此求諸實際，到底一個規定的性質是否為行政命令也不重要，毋寧應把保護他人之法律的判斷重點放在其是否係屬一個法律的規定 (gesetzliche Regelung)。

則。蓋對於實質意義之法律的意義為何，本來學說上就可能有所不同，例如德國學說有認為，所謂實質意義之法律的概念，係指所有一般抽象之命令，因此在此定義下，行政規則可以被包括在實質意義之法律的概念裡。然而我國學說則強調，所謂實質意義之法律，係指以正義為基礎而為維持秩序或解決紛爭，能以國家強制力實現之人類社會生活規範。因此在對於實質意義之法律的定義仍有爭論的情形下，採用不同之定義方式，就可能造成法律規範的範圍有廣狹的不同。然而這正是本文一再強調之所以不適宜於用語的選擇上，以實質意義的法律為用語的理由<sup>301</sup>。

至於本文認為肯定說不足為採，更重要的理由在於，縱然實質意義之法律係指所有一般抽象之命令，然而為何一個性質上係為一般抽象之命令的規定，就可以成為法律規範的範圍，就此學說卻未為任何之說明。而本文認為，一個規定是否可以成為法律規範，與其是否係屬一個一般抽象之命令無涉，因此本文認為肯定說並不足採。

綜上所述，得以推論出解釋函令不應屬於法律規範的範圍。蓋行政程序法第一百五十九條第二項第二款已將上級機關對下級機關所為之解釋函令的性質定性為行政規則；至於行政機關對人民所為之解釋函令，係對其提供資訊之行為，亦非就個案情形作成有拘束力之決定，因此解釋函令是不具有強制力的，既然如此，解釋函令不得成為法律規範的範圍亦屬當然。

又雖然解釋函令可能經由行政機關之適用而發生間接之對外效力，因此行政程序法第一百六十條第二項要求應登載於政府公報發布之，此一間接效力或發布

<sup>301</sup> 關於德國法及我國法學說就實質意義之法律所作之定義，請參見本款、第一目、壹、三、(一)：「形式意義之法律」與「實質意義之法律」與參、一、(二)：「形式意義之法律」與「實質意義之法律」；又關於不應以實質意義之法律為用語的理由，請參見參、一、(四)、2、(2)、A：不採「實質意義之法律」與「廣義之法律」此用語之理由。

方式，仍不影響上述結論。蓋所謂間接之對外效力，係指基於「行政自我拘束」、「信賴保護」及「直接對外效力」等理論，因此**人民有權要求公行政遵守其自行制定及發布之行政規則**<sup>302</sup>。故所謂間接之對外效力仍不代表該解釋函令所欲規範之對象，負有遵守系爭解釋函令之義務，因此縱然係具有間接對外效力之解釋函令，仍非法律規範的範圍。

至此更可證明本文所一再強調者，亦即是否經授權而制定、是否踐行一定程序、是否下達或發布，均非判斷之重點，蓋縱然解釋函令依法應為發布，然而仍不使其搖身一變，成為民法第一百八十四條第二項所稱之法律。惟應注意者係，若解釋函令係為解釋一個經立法院通過而總統公布之法律而制定，並且系爭解釋函令的規範目的確係以保護他人為目的，則被認定為保護他人之法律的法律規範，仍非該解釋函令，而係該被解釋之經立法院通過而總統公布之法律<sup>303</sup>。



## 二、職權命令

### (一) 職權命令概說

學說認為，所謂職權命令係指行政機關不待法律的授權，依據其組織法上的職權，為執行法律之需要或就法律對於行政機關主管之事務未有規定的事項，或為填補法律之真空、補充法律之不足，所訂定之對外發布的行政命令。學說上又有稱為「執行命令」。

<sup>302</sup> 關於行政規則的外部效力之理論說明，請參閱黃荷婷，行政規則的外部效力，2000年1月，國立中興大學法律學系碩士論文，頁97以下；陳春生，行政規則外部效力問題，收錄於，台灣法學會主編，行政法爭議問題研究(上)，2000年12月初版，頁366-370；吳庚，行政法之理論與實用，2001年8月增訂七版，頁281-282；林錫堯，行政規則之種類與法效力，司法周刊，第1280期，2006年3月30日，頁2-3；陳敏，行政法總論，2007年10月五版，頁555-557。

<sup>303</sup> Vgl. MünchKomm-Wagner, § 823, Rn. 326.

然而行政法學說對於行政命令中是否果真存在職權命令此一類型，有肯否之不同見解。採取否定說者認為，職權命令應屬內部法，因此僅對行政內部之下級機關及屬員有拘束力，其性質應屬行政規則<sup>304</sup>；採取肯定說者，則認為如果「一、單純執行法律之細節性、技術性次要事項；或二、關於不涉及公共利益之重大事項的給付行政措施，並且不涉及限制或剝奪人民自由權利事項者」，可以承認職權命令存在，並且得以對外發生效力<sup>305</sup>。

## （二）職權命令屬於法律規範之範圍？

### 1、實務見解

#### （1）肯定說

##### A、臺北市機械停車設施暫行管理要點



臺灣高等法院九十四年度重上字第三二七號判決表示<sup>306</sup>：「按違反保護他人之

<sup>304</sup> 陳春生，職權命令的概念與法理，月旦法學教室，第 17 期，2004 年 3 月，頁 130；陳敏，行政法總論，2007 年 10 月五版，頁 68-71。採類似見解者，例如學者有認為，無具體作用法性質的母法存在時，職權命令性質上則與「應對外公布」之行政規則無異，請參閱李震山，以「職權命令」作為「干預權」依據之相關問題探討－行政法院八十八年度判字第四二九二判決評釋－，台灣本土法學，第 17 期，2000 年 12 月，頁 71；亦有學者認為，倘未以法律規定或以法律明列其授權依據，除能轉換成行政規則而對其下級機關及屬官仍有一定拘束力外，應任其於行政程序法第一百七十四條之一的法定期間經過後失效，始符合行政程序法的立法精神，請參閱姜仁脩，法規命令之適用評析（上），法務通訊，第 2068 期，2002 年 1 月 17 日，第 4 版。

<sup>305</sup> 本說多以大法官釋字第四四三號解釋為依據，請參閱董保城，本土化「職權命令」法理建構之嘗試，台灣本土法學，第 11 期，2000 年 6 月，頁 96-98；法治斌，職權命令與司法審查，台灣本土法學，第 11 期，2000 年 6 月，頁 101；蘇永欽，職權命令的合憲性問題－地方自治是否創造了特別的合憲存在基礎－，台灣本土法學，第 11 期，2000 年 6 月，頁 112-113；許宗力，職權命令是否還有明天？收錄於，台灣法學會主編，行政法爭議問題研究（上），2000 年 12 月初版，頁 5 以下；吳庚，行政法之理論與實用，2001 年 8 月增訂七版，頁 271；陳清秀著，翁岳生編，行政法，上冊，2006 年 10 月三版，頁 105。亦有學者認為，固然可以承認職權命令存在之可能，然其重點除仰賴大法官就職權命令對人民的影響是否輕微進行實質審查外，比較積極性的作法還是應該嚴格認定職權命令的訂定程序，請參閱葉俊榮著，翁岳生編，行政法，上冊，2006 年 10 月三版，頁 415。

<sup>306</sup> 本案判決其實業經上訴最高法院，並為最高法院九十七年度台上字第四四五號判決所廢棄發

法律，致生損害於他人者，負賠償責任，為民法第 184 條第 2 項本文所明定，上開所謂『保護他人之法律』，係指一般防止危害權益或禁止侵害權益之法律，凡直接或間接以保護個人權益為目的之法律均屬之。既謂『法律』，自應經中央法規標準法規定由立法院通過、總統公布之法律，及各機關依其法律職權或基於法律授權訂定、送立法院通過之命令者為限，否則人民不知應遵循之法律規範內容，自無從繩以負法律責任…。又內政部為因應上開建築法第 77-4 條規定，雖於 93 年 11 月 9 日訂定『建築物機械停車設備設置及檢查管理辦法』，惟內政部迄未依法指定機械停車設備之檢查機構，亦未辦理專業廠商及專業技術人員之登記。是現階段針對台北市之機械停車設備之管理，係依台北市政府工務局於 89 年 2 月 14 日北市工建字第 8930381300 號函修定之『台北市機械停車設施暫行管理要點』辦理，惟該要點僅係暫時性權宜措施，並無法源依據，亦無相關罰則，業據本院函詢台北市政府工務局據覆綦詳，有該局 95 年 3 月 10 日北市工建字第 09562771900 號函在卷足憑。…至於台北市內之汽車昇降機管理事項，現雖依台北市政府工務局修定之『台北市機械停車設施暫行管理要點』辦理，惟並無法律授權訂定，非屬中央法規標準法之『法規』，要僅得以台北市政府工務局行政指導之守則視之，自難謂係民法第 184 條第 2 項『保護他人之法律』」

本案判決所示見解雖僅係臺灣高等法院所為，然誠值研究，故本文仍將大部分原文予以摘錄。首先本案判決係先就民法第一百八十四條第二項所稱之法律的概念予以解釋，其認為限於「經立法院通過而總統公布之法律」、「行政機關依其法律職權訂定而送立法院通過之命令」<sup>307</sup>、「基於法律授權訂定而

---

回，然而其廢棄理由係認為被害人似乎係與有過失。惟原審未遑究明，遽為不利於上訴人之論斷，有所不當，因此將原審判決予以廢棄發回。因此不能就本案所欲研究之課題提供更多之研究題材，甚為可惜。

<sup>307</sup> 其實觀諸本案判決所使用之「各機關依其法律職權」的文字，直接容易聯想的是中央法規標準法第七條之規定，其規定：「各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令，應視其性質分別下達或發布，並即送立法院。」但中央法規標準法第七條所規定之「各機關依其法定職權訂定之命令」所指為何，爭議頗大。較多數學說基於基於法律保留原則，認為所指者應係「行政規則」。就此請

送立法院通過之命令」(即法規命令)。至於其所持理由為，「因為此三者係經總統公布或送立法院通過，因此人民得知悉其所應遵循之法律規範內容」。故縱先不論其結論之當否，可以認為高等法院認為職權命令得成為法律規範毫無疑問。

本案判決基於上述所示見解，進而表示因系爭「**臺北市機械停車設施暫行管理要點**」並非經法律授權而制定，性質上僅係臺北市工務局之**行政指導**，故難謂民法第一百八十四條第二項所稱之法律。

惟查所謂行政指導，依行政程序法第一百六十五條規定，係指行政機關在其職權或所掌事務範圍內，為實現一定之行政目的，以輔導、協助、勸告、建議或其他「**不具法律上強制力**」之方法，促請「**特定人**」為一定作為或不作為之行為。學說認為，行政指導之方法並無種類的限制，但不具有法律上拘束力則為其本質所在，因此相對於行政處分、行政契約及法規命令等具有法律拘束力之行政法律行為，行政指導為事實行為。又行政指導之相對人雖無須單一，但須為特定<sup>308</sup>。

然而觀諸系爭管理要點第六點至第十三點之規範內容<sup>309</sup>，主管機關對於相關

---

參閱許宗力，論國會對行政命令之監督，國立臺灣大學法學論叢，第17卷第2期，1988年6月，頁160-161；陳新民，行政法學總論，1997年5月修訂六版，頁193-194；李震山，以「職權命令」作為「干預權」依據之相關問題探討—行政法院八十八年度判字第四二九二判決評釋—，台灣本土法學，第17期，2000年12月，頁71；林騰鶴，行政法總論，2002年10月增訂二版，頁68；陳敏，行政法總論，2007年10月五版，頁68。然而本文仍然認為本案判決所指者應係「**職權命令**」。蓋若本案判決所指之「各機關依其法律職權」訂定之行政命令，係指多數說於中央法規標準法第七條所認定之行政規則，則依本條之規定，僅須「**下達**」即可，則人民如何知悉其應遵守之規範內容？因此本文認為本案判決所稱之「各機關依其法律職權」訂定之行政命令，係指行政機關並無法律之授權所訂定之「**對外發布**」的職權命令。其實自此亦可推知，縱然一個規定是否得成為法律規範的判斷標準，果真如本案判決所稱，應視人民得否知悉其所應遵循之法律規範內容而定。透過總統公布雖可使人民得以知悉法律規範內容，然而是否送立法院通過與人民得否知悉並無關聯。人民得以知悉法律規範內容之方式，除經總統公布外，應視是否將行政命令登載於政府公報發布之。

<sup>308</sup> 陳敏，行政法總論，2007年10月五版，頁628-629；李震山，行政法導論，2008年5月，頁235-238。

<sup>309</sup> 臺北市機械停車設施暫行管理要點第六點至第十三點規定：「六、機械停車設施應置管理負責人，負責管理該設施之一切事務；**管理負責人之姓名年籍等相關資料應報請主管機關備查，並建檔列管**。七、管理負責人應將機械停車設施之維護、保養工作委由專業廠商負責，專業廠商應指派合格之相關機械或電機專業技術人員從事定期維護保養工作，以保持其性能正常。前項之維護保

人員得課以一定之義務，相關人員亦應為一定之行爲，難認系爭要點性質上仍僅係行政指導而不具有法律上強制力；又系爭管理要點所欲規範之對象係臺北市境內所有機械停車設施管理負責人、機械停車設施之專業廠商及機械或電機專業技師等一般不特定人，因此系爭管理要點絕非以特定人為對象之行政指導可以確定。

其實，系爭管理要點正係行政機關雖無法律之授權，惟卻依據其組織法上的職權，為執行法律之需要或就法律對於行政機關主管之事務未有規定的事項，或為填補法律之真空、補充法律之不足，所訂定之對外發布的職權命令，因此本案判決認為系爭管理要點性質上屬於行政指導實有所誤會。若本文所言無誤，則至少在本案判決就法律規範範圍所示之判斷標準下，應認為既然系爭管理要點性質上為職權命令，應屬於民法第一百八十四條第二項所稱之法律。

#### B、支票存款戶處理辦法

最高法院八十九年度台上字第一六三五號判決表示：「按**支票存款戶處理辦法**

養工作應作成紀錄一式二份，並由維護保養專業技術人員簽章確認，交管理負責人及專業廠商各執一份，以備主管機關查核。八、依法登記開業之機械、電機廠商須具備下列條件者，始得充當機械停車設施之專業廠商。(一)具有承接同類機械停車設施之經驗或技術。(二)對機械停車設施定有定期安全維護、保養作業標準。(三)具備安全維護、保養之專業技術人員。九、管理負責人應自行委託經依法登記開業之機械或電機專業技師對該機械停車設施實施定期安全檢查，一年應檢查一次，必要時，主管機關並得通知管理負責人實施全部或一部之不定期安全檢查。管理負責人未依前項規定實施定期安全檢查，依建築法、停車場法相關規定處理。十、受委託辦理機械停車設施安全檢查之機械或電機專業技師應將檢查結果，以書面通知管理負責人。管理負責人收到前項通知應即檢附下列資料，報請主管機關備查：(一)管理負責人資格證明文件。(二)負責維護保養專業廠商及機械或電機專業技術人員之合格證明文件。(三)專業技師簽證之檢查表。前項第三款之檢查表由主管機關另定之。第一項備查資料，主管機關得派員會同管理負責人，及由機械或電機專業技師攜帶必備檢查工具配合執行抽檢，但依停車場法設置之立體停車塔機械停車設施抽檢，主管機關應通知本府交通局會同辦理，經抽檢不合格者，應通知管理負責人限期改善後，報請複檢，逾期未改善者，即依建築法、停車場法相關規定處理。十一、機械或電機專業技師從事機械停車設施定期安全檢查，發現有立即危害公共安全之虞時，應即通知管理負責人停止使用，並報請主管機關處理。機械或電機專業技師從事前項之定期安全檢查工作有簽證不實者，依技師法等相關規定處理。十二、依停車場法設置之機械停車設施如有違反本要點規定者，由主管機關轉請臺北市政府交通局依停車場法相關規定處理。十三、在本要點函頒實施前已設立完成者，應於本要點函頒實施後六個月內依本要點規定辦理改善。」

（下稱處理辦法）第四條第一項前段、第二項、第三項、第十四條及姓名條例第一條、第四條規定，固均為以保護個人權益為目的之法規，應屬民法第一百八十四條第二項所指之保護他人之法律。」

本案中最高法院明白承認「支票存款戶處理辦法」係屬法律規範的範圍。然而系爭處理辦法並非經法律之授權制定而對外發布，性質上係屬職權命令。因此縱然金融業者並未依系爭辦法第四條第一項至第三項之規定，對於開戶之申請為核對或拒絕申請，或未依同辦法第十四條之規定，對於票據交換所已公告之拒絕往來戶，即通知其繳回剩餘空白支票、空白本票，因而得認定金融業者已違反系爭辦法之規定，但正因為系爭辦法性質上僅為職權命令，故違反系爭辦法之金融業者是否應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任並非無疑。

惟最高法院卻於認定系爭辦法第四條第一項至第三項、第十四條係以保護他人為目的後，即認定違反系爭辦法之金融業者應依本條負責。若非是最高法院認為職權命令亦得成為法律規範，則是最高法院僅著眼於被違反之規定應以保護他人為目的，卻忽略了被違反之規定應屬法律規範之範圍，及該法律規範必須以保護他人為目的，此兩者同為民法第一百八十四條第二項之特別要件。

### C、證券商業務章則重點規範內容

臺灣高等法院臺中分院八十九年度重上更（一）字第二〇號判決，本案判決表示：「再依證管會訂定之『證券商業務章則重點規範內容』，明定本人開戶應親持身分證正本辦理；代理開戶應親持代理人本人及委託人身分證正本與委任授權書辦理。丙為富山公司主管辦理開戶徵信之人員，明知非親自開戶而為不實徵信，其與相關人員違反上述規定，准許陳菁蓮冒用己等四人名義開設富山帳戶，均有

過失，其僱用人富山公司亦應連帶負責。…且按違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負損害賠償責任，民法第一百八十四條第二項規定甚明。本件國寶公司等五人執行業務時，對於相關保護他人之法律規定，如開戶、匯撥股票之規定均有違反。依民法第一百八十四條、第一百八十五條及第一百八十八條規定，該五人應就已等四人之損害連帶負賠償責任。」

惟系爭「**證券商業業務章則重點規範內容**」亦非經法律之授權制定而對外發布，性質上係屬職權命令。故縱然經辦開戶人員未依系爭重點規範內容第一點之規定辦理<sup>310</sup>，其是否應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任並非無疑。但是本案高等法院卻與前揭最高法院八十九年度台上字第一六三五號判決相同，在認定系爭重點規範內容第一點係以保護他人為目的後，即認定行為人已違反民法第一百八十四條第二項之規定，其判決之不當顯而易見。

## (2) 否定說

### A、人工協助生殖技術管理辦法

最高法院九十六年度台上字第一五三〇號判決表示<sup>311</sup>：「按『違反保護他人之

<sup>310</sup> 「證券商業業務章則重點規範內容」第一點、一、(一)規定：「一開戶(一)訂定確認本人或經本人親自委託開戶之具體作法及審核程序 1 **本人開戶**—(1)應親持身份證正本辦理，並當場於委託買賣證券受託契約簽章，開戶卡上所列各欄均應逐一詳實填載。(2)經辦開戶人員應注意檢查身分證正本，有無偽造、變造痕跡及相片是否與本人相符，並抽問測試委託人是否熟知身分證上所載事項內容。(3)委託人戶籍地與開戶卡所載聯絡地不一致者，宜去函該戶籍地確認其開戶(如附表一)；委託人之確認回函並應黏貼於開戶卡備查。2 **代理開戶**—(1)應親持代理人本人及委託人身分證正本或法人證明文件原本與委託授權書辦理開戶，並由代理人當場於委託買賣證券受託契約簽章(受託契約委託人簽章處應由委託人預先簽章)，開戶卡上所列各欄資料亦應逐一詳實填載。(2)經辦開戶人員除依前述 1、2 辦理外，並應去函委託人之戶籍地址查證是否親自委託開戶，且將覆函確認文件(如附表一)黏貼於開戶卡備查；非俟完成上開查證確認程序，不得受託買賣，惟如已採取適當確認措施經簽報核准者不在此限。(3)委託人因無行為能力，或係限制行為能力人而由法定代理人代為開戶者，經辦開戶人員並應依民法規定，注意審核法定代理關係之存否及其證明文件。」

<sup>311</sup> 應予補充說明者係，本文所援引之判決內容部份係本案高等法院，亦即臺灣高等法院九十五年度重上字第三一〇號判決所示，惟於高等法院敗訴之原告業經上訴最高法院後，為最高法院九十六

法律者，推定其有過失』，系爭醫療行為時之民法第一百八十四條第二項定有明文。而違反保護他人之法律者，係指以保護他人為目的之法律，亦即一般防止妨害他人權益或禁止侵害他人權益之法律而言，倘法律規範之目的旨在保障公眾之安全者，縱有違反該規範仍尚難謂有違反保護他人之法律之行為…。又所謂違反保護他人之法律，包括任何法律規範，即含形式之法律及任何法律授權制訂之行政命令，合先敘明。…民法第一百八十四條第二項所謂之『法律』，係指以保護他人為目的之法律，亦即一般防止妨害他人權益或禁止侵害他人權益之法律而言，倘法律規範之目的旨在保障公眾之安全者，縱有違反該規範情形，仍難謂係違反保護他人法律之行為。人工生殖法草案中說明『人工協助生殖技術管理辦法』之規定，均屬職權命令或行政規則，性質上不宜涉及人民之權利義務事項。…況『人工協助生殖技術管理辦法』係行政院衛生署所訂定，並非法律，亦非法律授權制定之行政命令，尚不屬民法第一百八十四條第二項所謂之『法律』，陳樹基與戊縱有違反，與該條項之構成要件尚屬有間。」

本案判決結果與本文所採結論完全相同！亦即形式之法律（即「經立法院通過而總統公布之法律」）與任何法律授權制定之行政命令（即「法規命令」）應屬法律規範之範圍，至於職權命令與行政規則則否。並且縱然暫先擱置應採肯定或否定說之問題，本案判決明白揭示，被違反之規定應屬於民法第一百八十四條第二項所稱之法律，此乃本條之構成要件之一，此項見解，誠屬正確。

## B、支票存款戶處理辦法

最高法院九十四年度台上字第一九二七號判決表示：「至『支票存款戶處理辦法』（已於九十二年三月四日廢止），為財政部所發布以行政指導為目的之行政命

---

年度台上字第一五三〇號判決駁回確定，故將高等法院所示之見解作為最高法院之見解並無不當。

令，其適用對象為支票帳戶，與系爭以地主名義開立之『儲蓄存款帳戶』不同；洗錢防制法第七條有關交易金額應予紀錄之規定，僅屬金融行政管理措施，銀行既不能據此拒絕交易，即無從達保護效果。可見二者均**非屬民法第一百八十四條第二項所謂保護他人之法律，縱有違反仍不因此構成侵權行為。**」

本案判決可能有兩種解讀方式，一為既然「**支票存款戶處理辦法**」係屬行政命令，因此即不能成為民法第一百八十四條第二項所稱之法律，兼之前已述及系爭辦法性質上係屬行政命令中之職權命令，故最高法院於此有意就職權命令得否成為法律規範的範圍採取否定說。換言之，最高法院係有意變更前揭最高法院八十九年度台上字第一六三五號判決之見解，而改採否定說，果係如此，誠值贊同；惟第二種解讀之方法為，最高法院其實並未意識到系爭辦法因為僅係職權命令，因此無法成為法律規範。反而僅係認為系爭辦法適用的對象為支票帳戶，不能適用於本案情形，故行為人根本未違反系爭辦法，故當然無庸依民法第一百八十四條第二項之規定負責。果係如此，則本案判決忽略系爭辦法既然並非法律規範，因此本無適用民法第一百八十四條第二項之餘地，根本無庸判斷本案情形是否為系爭辦法所欲規範者。

### C、信用合作社管理辦法

最高法院八十六年度台上字第二一三一號判決表示：「**信用合作社管理辦法**第十一條雖規定，信用合作社對其社員，非依合作社法第十四條之規定完成入社手續一個月後，不得放款；同辦法第五條第一項，信用合作社之社員以加入一社為限，同條第二項並課信用合作社負責查明有無加入其他信用合作社之義務；**惟此僅行政命令，非法律規定。**」並進而據此認為被上訴人對於上訴人，無庸負民法第一百八十四條第二項之侵權責任。

本案判決則較前揭最高法院九十四年度台上字第一九二七號判決做出更清楚之表示。亦即「**信用合作社管理辦法**」並非經法律之授權制定而對外發布，故其性質上係屬行政命令中之職權命令，並非「法律規定」。換言之，性質上屬於職權命令之「信用合作社管理辦法」並非民法第一百八十四條第二項所稱之法律。

## 2、本文見解

於論斷職權命令得否成為法律規範前，首先應先確定者係，決定法律規範的範圍，其判斷標準為何？是否果如臺灣高等法院九十四年度重上字第三二七號判決所示，「**經總統公布或送立法院通過，因此人民得知悉其所應遵循之法律規範內容**」正係規定得否成為法律規範的判斷標準？本文就此則一貫地認為，「**一個規定成為法律規範的『必要條件』乃係因其具有強制力**」，至於一個規定是否因為曾經總統公布或送立法院通過，因此人民得以知悉其所應遵循之法律規範內容，雖然是一個規定是否具有強制力之重要因素，然而卻非其得成為法律規範的判斷標準。其實，最高法院九十六年度台上字第一五三〇號判決所示之判斷標準，亦即「**職權命令或行政規則，性質上不宜涉及人民之權利義務事項**」，故並非民法第一百八十四條第二項所稱之法律。其所謂「性質上不宜涉及人民之權利義務事項」，即隱含著一項法律原則，即一個規定涉及人民權利義務事項者，人民不為遵守之結果，會因其有義務之違反而得課予民事責任，從而不涉及人民權利義務事項者，並非民法第一百八十四條第二項所稱之法律。因此所謂「性質上不宜涉及人民之權利義務事項」，其實即係本文所謂之「不具有強制力」。

所以在認定職權命令得否成為法律規範前，應先瞭解職權命令之「效力」如何？換言之，應先確認其是否具有強制力，蓋規定應具有強制力乃係其得以成為

法律規範的「必要條件」。從而若採前揭否定說之見解，亦即認為行政命令中並不存在職權命令此一類型，則職權命令僅為內部法，其性質應屬行政規則，故結論應與行政規則相同，亦即職權命令並不得成為法律規範。

然而有問題者係，縱然係採取肯定說之見解，亦即承認行政命令中存在職權命令此一獨立之類型，並且在一定要件限制下，肯認職權命令得對外發生效力。詳言之，行政法學界有認為，如果「**一、單純執行法律之細節性、技術性次要事項，或二、關於不涉及公共利益之重大事項的給付行政措施，並且不涉及限制或剝奪人民自由權利事項者**」可以承認職權命令得以對外發生效力，因此得以認為職權命令係具有強制力者，但是是否即得當然導出職權命令可以成為法律規範的結論？本文接下來將分別就肯定說認為可以承認有職權命令存在的兩種情形，分別加以論證，證明縱然採取肯定說，職權命令要無成為法律規範之可能。

先就後者情形而言，所謂給付行政，係指「**國家**」應採取行政上措施，改善社會成員之生存環境及生活條件<sup>312</sup>。因此若國家不作為，具有公法上權利之人民直接依行政訴訟法第五條之規定向國家請求作為即可，縱然因國家之不作為而造成人民損害，亦係依國家賠償法第二條第二項後段請求國家賠償之問題，要與民法第一百八十四條第二項無涉。因此在給付行政措施的部份，並無承認職權命令得作為民法第一百八十四條第二項所稱之法律的實益與必要。

至於前者情形，因為於民法第一百八十四條第二項侵權責任之研究上，往往就是因為行為人並未踐行「**細節性、技術性**」的次要事項，因而導致他人受有損害。此時若肯認被害人得依民法第一百八十四條第二項之規定向行為人請求損害賠償，仍能繼續認為系爭職權命令僅係「**對人民產生不便或輕微影響，而不涉及**

<sup>312</sup> 吳庚，行政法之理論與實用，2001年8月增訂七版，頁18；陳敏，行政法總論，2007年10月五版，頁169-171；李震山，行政法導論，2008年5月，頁6-7、81。

限制或剝奪人民自由權利事項」<sup>313</sup>？舉例而言，「證券商業業務章則重點規範內容」第一點規定，經辦開戶人員於接受開戶之申請時，應確定係本人開戶，若非本人開戶，則應親持代理人本人及委託人身分證正本，或法人證明文件原本與委託授權書，始得辦理開戶。就此規範內容以觀，誠屬細節性、技術性之事項無疑，然而臺灣高等法院臺中分院八十九年度重上更（一）字第二〇號所涉案例，即係經辦開戶人員未依上述規定辦理，致使被冒名開戶之人受有損害，被害人即依民法第一百八十四條第二項之規定向經辦開戶人員請求損害賠償，本案判決亦容認被害人之請求。果如此，仍能認為對於行為人而言，系爭職權命令之存在，僅係對其產生不便或輕微影響，而不涉及限制或剝奪人民自由權利事項？

其實此即本文所一再強調，**規定具有強制力乃係其得以成為法律規範的「必要條件」**，但並非「充分條件」，仍必須考量民法第一百八十四條第二項之規定、**侵權責任之體系架構，甚至是考量整個民事責任之體系架構後始能決定**，尤其係職權命令是否能對外發生效力一事，均僅係行政法學界的討論，因此對外發生效力的職權命令並非能當然適用而據以決定民事責任的發生與否。而就職權命令究竟是否得成為法律規範的問題上，在前揭論述中得以發現，因在行政法的領域中，某一職權命令所規範之內容可能真的僅係細節性、技術性次要事項，而不涉及限制或剝奪人民自由權利，因此可以對外發生效力，亦即具有拘束力。然而行政法學界賦予職權命令具有拘束力的理由，在民事責任的檢討上可以發現並不存在，因此應認為職權命令並非民法第一百八十四條第二項所稱之法律。

<sup>313</sup> 前已述及，採肯定說之見解者，多係以大法官釋字第四四三號解釋為據，而本號解釋則表示：「關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制，而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之**細節性、技術性次要事項**，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。」

實則，職權命令的合憲性問題一直受到廣泛的檢討，無論採肯定說或否定說之學者，均認為從法治客觀環境以及人民權利保障觀點以觀，職權命令必將萎縮<sup>314</sup>。而就現實面而言，如此之觀察誠屬正確，蓋前揭六則判決所涉及的職權命令已全部廢止。可見未來以職權命令作為依據，而依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償的情形將越來越少。然而本文仍必須提出，自職權命令的性質而言，其本即不得成為法律規範，不可不慎。



---

<sup>314</sup> 李震山，以「職權命令」作為「干預權」依據之相關問題探討－行政法院八十八年度判字第四二九二判決評釋－，台灣本土法學，第 17 期，2000 年 12 月，頁 71；蘇永欽，職權命令的合憲性問題－地方自治是否創造了特別的合憲存在基礎－，台灣本土法學，第 11 期，2000 年 6 月，頁 113。

## 第八目 習慣法

### 壹、德國法

德國學說一致地承認習慣法得作為德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律<sup>315</sup>，因為習慣法與成文法在法源上是同位階的，故習慣法亦為德國民法施行法第二條所稱之法律規範<sup>316</sup>。並有認為德國民法第八百二十三條第二項之規定，就是在透過其他法律秩序（übrige Rechtsordnung）以決定具體的行為義務，並以該行為義務之違反作為課予侵權責任的來源，而正因為習慣法和成文法在法源上是同位階的，因此習慣法在保護他人法律之構成要件的範圍中，可以認為其確定了相關行為的行為義務<sup>317</sup>。

然而有學者認為，雖然向來均承認習慣法亦得成為法律規範。惟時至今日，在已經將法律秩序有系統地、複雜地予以法典化後，是否承認習慣法得以作為德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律，似乎已不是甚具意義。再者，縱然要承認習慣法得以成為法律規範，透過德國民法施行法第二條之解釋而採肯定說，似乎也不是最好的方法。較為妥適的作法，應係透過法院，尤其是上級聯邦法院（oberes Bundesgericht），去承擔這個解釋的責任<sup>318</sup>。

<sup>315</sup> Canaris, Schutzgesetz-Verkehrspflichten-Schutzpflichten, in: Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München, S. 45; Deutsch/ Ahrens, Deliktsrecht, Rn. 211; Esser/Weyers, Schuldrecht, Brand II, Besonderer Teil, Teilband 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse, S. 199; Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 1267; Honsell, Der Verstoß gegen Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, JA, 1983, S. 102f.; Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, S. 119-120; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Halbband, S. 433; Schmiedel, Deliktobligationen nach deutschen Kartellrecht, S. 36; Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 86f.; MünchKomm-Wagner, § 823, Rn. 328; Staudinger-Hager, § 823 G 11.

<sup>316</sup> Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 87.

<sup>317</sup> Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, S. 119 f.; MünchKomm-Wagner, § 823, Rn. 328.

<sup>318</sup> Schmiedel, Deliktobligationen nach deutschen Kartellrecht, S. 36.

而所有對此表示意見之學者的結論均認為，因為迄今對於這個問題並未有更進一步的研究，甚至也沒有任何判決對習慣法作為保護他人之法律這樣的見解有所表示，因此將習慣法作為保護他人之法律幾乎沒有任何實際的意義<sup>319</sup>。

## 貳、我國法

我國學界亦毫無例外地承認習慣法得作為民法第一百八十四條第二項所稱之法律<sup>320</sup>；最高法院九十六年度台上字第一八九一號判決表示：「按民法第一百八十四條第二項規定，違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。本條項所謂之法律，係指法律規範而言，除狹義之法律外，尚包括**習慣法**、命令、規章等。」顯然亦係採取肯定說之見解。

按民法第一條規定，關於民事，法律所未規定者，應依習慣，而此所謂習慣係指「**習慣法**」而言<sup>321</sup>。換言之，必須以多年慣行之事實及普通一般人之確信心為其成立基礎<sup>322</sup>。因此既然習慣法得以作為民事法院法官裁判之依據，可見其如同經立法院通過而總統公布之法律一般而具有強制力，僅是習慣法所具有之效力乃係「**補充的效力**」而已<sup>323</sup>。亦即習慣法僅於經立法院通過而總統公布之法律未

<sup>319</sup> Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, S. 120; Schmiedel, Deliktobligationen nach deutschen Kartellrecht, S. 36; Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 87

<sup>320</sup> 黃立，民法債編總論，1999年10月二版，頁278；王千維，由民法第一百八十四條第民法第一百九十一條之三，收錄於民法七十年之回顧與展望紀念論文集（一），2000年10月，頁114；王千維，民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探（上），政大法學評論，第66期，2001年6月，頁32；陳聰富，論違反保護他人法律之侵權行為，台灣本土法學，第30期，2002年1月，頁5；姚志明，侵權行為法研究（一），2002年9月初版，頁48；邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003年1月修訂一版，頁185；楊佳元，道路交通安全規則與侵權行為法，臺北大學法學論叢，第55期，2004年12月，頁72；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論，一般侵權行為，2005年1月，頁349；姚志明，侵權行為法，2006年3月初版，頁68；張哲源，情誼、侵權與景文玻璃娃娃案，財產法暨經濟法，第6期，2006年6月，頁100；熊誦梅，從最高法院判決談專利侵權之主觀要件，全國律師，第10卷第12期，2006年12月，頁23。

<sup>321</sup> 謝瑞智，民法總則，2000年6月臺初版，頁44；王澤鑑，民法總則，2000年9月修訂版，頁61；施啓揚，民法總則，2007年10月七版，頁81。

<sup>322</sup> 參閱最高法院十七年度上字第六一三號判例。

<sup>323</sup> 最高法院三十七年度上字第六八〇九號判例表示：「習慣僅於法律無明文規定時有補充之效力」。

有規定時，始具有補充法律、填補法律的次要效力，所以習慣法僅為一種輔助性的法源。

於此前提下，既然習慣法亦具有強制力，通說與實務見解承認習慣法得以成為法律規範誠值贊同。惟於我國法所面臨之相同問題為，縱然通說與實務見解均肯認習慣法得以作為法律規範，然而迄今均尚未曾有任何案例，係因行為人違反習慣法，因而須依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，從而在我國法下，研究習慣法是否得以成為法律規範的實益亦不甚大。



## 第九目 契約義務

學說關於契約義務得否成爲法律規範的討論並不多，惟觀諸實務見解，似得認爲係採肯定說。本文於此欲先介紹實務見解，再嘗試提出本文看法，並藉此分析實務見解之妥當與否。

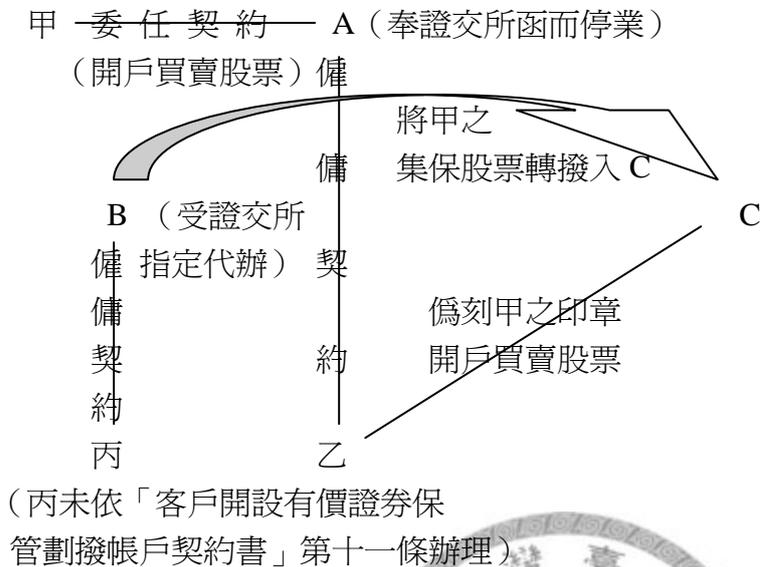
### 壹、實務見解

#### 一、第三人違反他人所簽訂之契約致契約當事人受有損害

實務見解似有認爲契約義務亦得成爲法律規範者，例如臺灣高等法院臺中分院八十九年度重上更（一）字第二〇號判決所示見解得茲參照。惟本案所涉案例事實甚爲複雜，故本文先將於此之論述有相關聯部份的事實整理說明如下：

本案原告甲於 A 證券公司開戶買賣股票，將購入之股票送交臺灣證券集中保管股份有限公司集中保管，惟嗣後 A 公司因規避臺灣證券交易所股份有限公司（下稱證交所）派員檢查其財務情事，違反證交所公司營業細則第二十五條第二項之規定，故自民國八十四年八月七日起 A 公司奉證交所函停止營業，並由證交所所指定之 B 證券公司在 A 公司暫停買賣期間，代辦 A 公司之臺中分公司客戶信用之委託買賣、交割及客戶送存集中保管有價證券之領回、轉撥與過戶等事宜。詎料 A 公司之營業員乙竟僞刻甲之印章，並利用甲之個人資料至 B 公司辦理甲之集保股票轉撥入乙冒用甲名義在 C 證券公司所開設之證券集存帳戶內，而因 B 公司營業員丙未核對乙所持用甲之印章是否與甲原留存之印鑑章相符，及乙未持有甲證券存摺下，即准許乙將甲之集保股票轉撥入 C 公司中由乙冒甲名義所開設之證券集存帳戶，使乙得以盜賣系爭股票，致甲受有損害。茲將法律關係以圖二爲表示：

圖二：



高等法院認為，既然「證券商客戶開設有價證券集中保管帳戶契約書」（現改稱「客戶開設有價證券保管劃撥帳戶契約書」）第十一條規定，客戶申請將集中保管之有價證券轉撥至其他證券商該客戶之帳戶，應提示證券存摺，填具存券匯撥申請書，加蓋原留印鑑或簽名式樣，經審核無誤後辦理，惟丙卻未依本條規定辦理，故應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。

然而，系爭義務係依系爭契約書第十一條所生，而高等法院卻認為丙違反該義務之結果應負民法第一百八十四條第二項之侵權責任，似可據此推論高等法院認為契約義務亦得成為法律規範<sup>324</sup>。甚且，無論認為甲為開戶買賣股票所簽訂之委任契約，係存於甲與 A 公司間或甲與 B 公司間<sup>325</sup>，甲丙間並無契約關係毫無爭

<sup>324</sup> 本案高等法院究竟是否係以契約義務作為法律規範，觀諸歷審判決其實並非十分清楚，本文於此亦係採取比較保守及保留的態度。惟本文係欲透過此一判決衍生研究，究竟契約義務是否有成為法律規範之可能，因此縱然本案高等法院判決其實並非以契約義務作為法律規範，本文於此之研究仍具實益。

<sup>325</sup> 本案情形因較為特殊，故甲所簽訂之委任契約的當事人係 A 公司或 B 公司其實並非不能討論。蓋甲最初係與 A 公司簽訂委任契約並無疑問，然而 A 公司奉證交所函停止營業後，B 公司即因證

議，惟高等法院卻仍然認為，並非契約當事人之丙仍可能因違反他人所簽訂之契約而生之契約義務，並於致契約當事人甲受有損害時，得依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，此一見解之當否，值得深究。

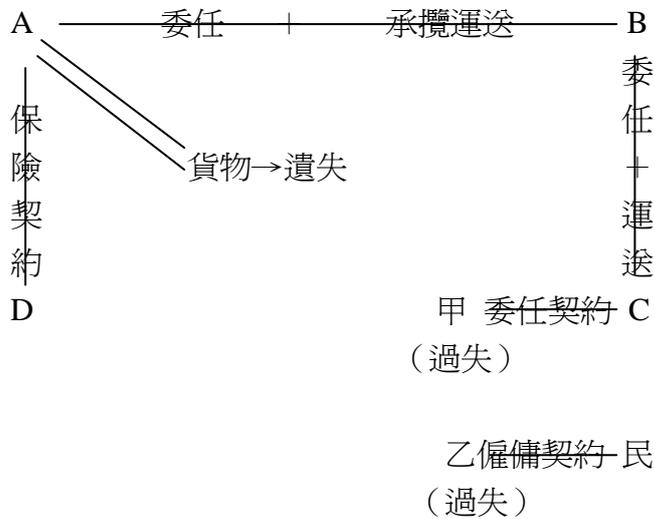
## 二、契約當事人違反契約義務致第三人受有損害

最高法院九十二年度台上字第二二二四號判決所涉案例事實亦屬複雜，本文先將經事實審法院所確定之事實予以簡要說明。按訴外人 A 公司與被告 B 公司簽訂委任及承攬運送契約，委由 B 公司處理報關、提貨相關事宜，並將貨物運送至 A 公司之泰山廠，而 B 公司於完成報關手續後，又與 C 公司簽訂委任及運送契約，由 C 公司代為領貨，並進行自中正機場至 A 公司泰山廠之內陸運送工作。不料於提貨時，因 C 公司之法定代理人甲及民航局之受僱人乙的過失，該批貨物於貨運站之倉門口遺失，致使 A 公司受有損害。而本案中之原告 D 公司實為保險人，其依與 A 公司之保險契約賠付損失予 A 公司後，依保險法第五十三條及民法債權讓與之規定，訴請 B 公司、C 公司及其法定代理人甲、民航局及其受僱人乙賠償損害。茲將法律關係以圖三為表示：

---

交所之指定而代辦相關事宜，此時 B 公司是否會因證交所之指定而成為受任人並非無疑。然而觀諸判決意旨，高等法院曾表示，甲與 A 公司或 B 公司之間就系爭股票，既非消費寄託關係，而係委任關係情形下，自無所謂甲仍得本於消費寄託向 A 公司或 B 公司請求給付系爭股票之情形。似認為甲與 A 公司與 B 公司間雖無消費寄託契約，然均存在一委任契約。

圖三：



本案最高法院認為甲乙兩人均負有保管 A 公司所有之貨物的法律上義務，惟渠等卻違反此一義務，自屬違反保護他人之法律，而應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。因此最高法院之結論認為，C 公司與甲、民航局與乙應依民法第一百八十八條第一項前段之規定分別負連帶賠償責任。

然而甲乙兩人對於保管 A 公司所有之貨物的法律上義務係如何推論而得，判決中並未交代<sup>326327</sup>。依本文所見，甲乙如果負有保管 A 公司所有之貨物的義務，

<sup>326</sup> 本案判決中，關於甲為何負有保管貨物之義務，僅略謂為：「按上訴人甲既『受託領取系爭貨物』，且事實上已提出提單等候提貨，應自提出提單開始，即有密切注意該貨物出倉時之動向，俾隨時配合上訴人民航局之交貨作業，順利領取貨物，以保護貨物所有人權益之義務，乃竟於上訴人民航局即將該貨物送出倉門口時離去現場，亦未交待其他人員代為注意，致貨物出倉時無人領取、保管而遺失，其具有過失者，亦可認定。」其實自判決內文中強調甲「受託領取系爭貨物」，故產生保管義務。而既然甲僅與 C 公司有契約關係，並未與 A 公司訂有契約，可見所謂甲「因受託而生之保管義務」，應係來自於甲與 C 公司之契約關係。從而甲之所以應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，其違反之法律規範即係契約義務。學者有認為，最高法院所指法律上的保管他人物品之義務，究竟何指，最高法院並未說明。但自氏接著表示，「如果指的是民法第五三五條委任契約的注意義務」，可見其所持見解與本文相同，均認為甲所違反之法律規範係基於委任契約所生之契約義務。請參閱劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」—最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第 146 期，2007 年 7 月，頁 247-248。

<sup>327</sup> 關於乙為何負有保管貨物之義務，判決略謂為：「又上訴人民航局係有償保管系爭貨物，有被上訴人提出之倉租繳費發票在卷為證，其對於貨物之保管、交付，自應負善良管理人之注意義務，而依上開規則，於貨物出倉時，應有『放行』（核對提單）及『點交』（點數交付）二個步驟，亦即貨運站人員首先應將貨物提至放行區，再於放行區內核對單據，無誤後始放行『點交』貨主或其代理

其唯一之可能係來自於分別與 C 公司及民航局的委任契約及僱傭契約，蓋若甲乙未妥善予以保管，即可能致使其委任人即 C 公司及僱用人即民航局對貨物所有人負賠償責任，其實本案中之結果亦係如此。因此受任人甲及受僱人乙為避免使其委任人及僱用人負賠償責任，應對於 C 公司及民航局就 A 公司所有之貨物負有保管義務。

假設上述之推論，果係本案判決認為甲乙兩人負有保管義務的理由構成，則顯然當本案最高法院判決認為甲乙兩人應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任時，係因其違反契約義務所致。因此自此判決得以確定，最高法院肯定契約義務得成為法律規範。然而應予注意者係，縱然甲乙兩人因分別與 C 公司及民航局簽訂契約而為契約當事人，並且因此對於 C 公司及民航局就 A 公司所有之貨物負有保管義務，然而系爭契約義務違反之結果係導致契約當事人以外之第三人即 A 公司受有損害，此時仍可認為甲乙兩人應該因為違反契約義務，而對於契約當事人以外之第三人即 A 公司，依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任？就此點而言，亦應值得深究。

## 貳、本文見解

基於債之相對性，於論述契約義務得否成為法律規範時，應分為兩大類以為處理，一為「契約當事人」違反契約義務致「他方當事人」受有損害；二為除前

---

人。然本件上訴人民航局所屬貨運站人員乙，卻僅將系爭貨物送至放行區或待領區，由等候在倉門口之貨主或代理人自領，顯未完成其點交予貨主之義務，故就系爭貨物之遺失有過失者，應可認定，依民法第二百二十四條規定，上訴人民航局應就乙之過失與自己之過失負同一責任。」本案例中依據民航局與長榮航空股份有限公司所訂立之倉庫使用合約第五條約定：「乙方（民航局）對甲方（長榮公司）存入乙方倉庫之貨物之保管責任依航空貨運站倉儲貨物管理規則第四條之規定。」而系爭管理規則第四條、第十三條等課予民航局保管及點交之義務，然既與長榮航空股份有限公司簽訂契約者係民航局，則應依系爭管理規則負有保管及點交義務者亦僅應為民航局，要不能以該契約及規則認為乙負有保管及點交義務。從而可以認為，若乙負有保管義務，則其之所以負有保管義務，應係來自於乙與民航局之僱傭契約。故最高法院認為乙應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，乙所違反之法律規範應係契約義務。

述情形以外之「**其他類型**」。例如「第三人」違反他人所簽訂之契約致「契約當事人」受有損害，或者「契約當事人」違反契約義務致「第三人」受有損害。而之所以要區分此兩者之情形以為論述，係因前者情形，無論加害人或被害人均為契約當事人，因此加害人應受契約義務之拘束，而被害人得主張契約上權利並無疑問；然而於後者情形，或是加害人並非契約當事人，或是被害人並非契約當事人，因此加害人並非契約當事人之情形，其是否應受契約義務之拘束並非無疑，又被害人並非契約當事人之情形，其得否主張契約上權利也並非當然。因此於研究契約義務得否成為法律規範時，應該就此兩者區分而為論述。

#### 一、契約當事人違反契約義務致他方當事人受有損害

##### （一）侵權責任與契約責任之競合關係

於契約當事人違反契約義務致他方當事人受有損害之情形，若欲研究契約義務得否成為法律規範，宜先討論侵權責任與契約責任之競合關係。不過本文應先強調，如此之研究方法並非當然符合法律概念檢討之邏輯，僅係功能性、目的性的考量。蓋若契約當事人違反契約義務而致他方當事人受有損害，通常該加害人即應負契約責任<sup>328</sup>，因此若認為契約義務亦得成為法律規範，則加害人同時因違反保護他人之法律（即系爭被違反之契約義務），而應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。從而若肯定契約義務亦得成為法律規範，則侵權責任與契約責任發生競合之可能性將大為增加。但是假設應採法條競合說，則認為契約責任因係屬侵權責任之特別法，因此僅適用契約責任之規定，並無主張侵權責任之餘地。果如此，則縱然詳加論述後認為契約義務亦得成為法律規範，其實益亦將

<sup>328</sup> 之所以稱「通常」該加害人即應負契約責任，係因為並非契約當事人違反契約義務之結果，即必然應負契約責任，仍必須是所有要件均該當時，債務人始應負契約責任。例如於債編總論之債務不履行責任，仍必須債務人主觀上具有可歸責事由時，始得因其違反契約義務而課予契約責任。

大為降低，蓋最終競合之結果，將無侵權責任存在之餘地。

因此，本文決定於論述契約義務得否成為法律規範前，先簡述侵權責任與契約責任之競合關係。惟此競合關係，並非本文之重點所在，故本文於此僅略為介紹之<sup>329</sup>：

### 1、法條競合說

本說認為契約責任乃侵權責任之特別型態，蓋侵權責任係違反權益不可侵犯之一般義務，而契約責任係違反基於契約而生之特別義務。因此，**同一事實構成侵權責任與契約責任時，依特別法優先於普通法之原則，只能適用契約責任之規定，無主張侵權責任之餘地。**

### 2、請求權競合說

本說認為**同一事實構成侵權責任與契約責任時，發生兩個不同法律關係之請求權**。此兩請求權互相獨立並存，因此債權人得選擇行使，如果行使其中一請求權而達成目的，則其他請求權即行消滅，如未達目的，則其他請求權仍得行使。請求權競合說尚可分為兩說：

#### (1) 請求權競合之自由競合說

<sup>329</sup> 以下關於競合理論之介紹，請參閱，劉春堂，侵權責任與契約責任，收錄於氏著，民商法論集（一）1985年8月初版，頁9以下；史尚寬，債法總論，1990年8月，頁219以下；王澤鑑，契約責任與侵權責任之競合，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第一冊，1996年10月，頁395以下；王伯琦，契約責任與侵權責任之競合，收錄於氏著，王伯琦法學論著集，1999年1月初版，頁251以下；郭麗珍，瑕疵損害、瑕疵結果損害與繼續侵蝕性損害，1999年5月，頁129-169；邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003年1月修訂一版，頁297以下；曾隆興，詳解損害賠償法，2003年1月初版，頁17以下；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論，一般侵權行為，2005年1月，頁85；孫森焱，民法債編總論，下冊，2006年1月修訂版，頁608以下。

本說認為**侵權責任與契約責任所生兩請求權獨立並存，互不影響**。因此兩者之成立要件、舉證責任、賠償範圍、抵銷、時效等互不干涉。

## (2) 請求權競合之相互影響說

本說認為**侵權責任與契約責任兩請求權雖然並存，但相互之間發生影響**。其理由在於，當法律有其特別之規範目的或特別政策宣示時，該特殊規範目的之作用，應影響其他法律規定，使其亦適用該特殊規範目的，以避免使該特殊規範目的**無法實現**。例如就主觀要件而言，若債務人僅就重大過失負其責任者，僅當其有重大過失時，始負侵權責任。就此，最高法院二十二年度上字第一三一號判例即表示：「租賃物因承租人失火而毀損滅失者，以承租人有重大過失為限，始對出租人負損害賠償責任，民法第四百三十四條已有特別規定，承租人之失火僅為輕過失時，出租人自不得以侵權行為為理由，依民法第一百八十四條第一項之規定，請求損害賠償。」

## 3、請求權規範競合說

本說強調一個具體生活事實符合侵權責任與契約責任兩者之要件時，並非產生兩個獨立之請求權。論其本質，實僅產生一個請求權，僅是有兩個法律基礎，一為契約關係，一為侵權關係而已。

## 4、小結：應採請求權競合之相互影響說

關於上述競合理論孰者為當，本文無欲為深論。然而誠如學者所言，無論自

概念邏輯、法律目的或當事人利益諸方面以觀，法條競合說所謂契約責任因屬特別規定，故應一律排除侵權責任之適用的說法，難值贊同<sup>330</sup>。又請求權規範競合說實係來自於訴訟法之新訴訟標的理論，將多數請求權視為單一請求權，對於權利內容則係融合各項權利之內容而加以重新組合，惟其衡量標準並不具體，並將其權限委諸司法，在法官及律師素養未臻理想境界之今日，於當事人權益之維護，或有不測風險及損害，故亦不宜貿然採用<sup>331</sup>。至於請求權競合之自由競合說，將使法律之特殊規範目的或特別政策宣示之規範意旨落空，亦不足採。

就結論而言，請求權競合之相互影響說或係目前得以採擇之理論。蓋其得以經斟酌當事人之利益及法律規範目的，個別檢討數請求權彼此間是否有所抵觸，並進而排除不調和之處，足以使競合之兩請求權相互修正，以符合立法本旨。最高法院七十七年度第十九次民事庭會議決議（二）即採此說，應值贊同。

而於採請求權競合之相互影響說的前提下，探討契約義務得否成為法律規範即深具意義。蓋違反契約義務之結果不僅產生契約責任，尚可能因此而依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，且此兩者責任同時並存，僅係應注意彼此兩者之特殊規範意旨或特別政策宣示而相互修正，使該立法本旨得以實現。

## （二）契約義務屬於法律規範之範圍

### 1、契約當事人對他方當事人負有義務遵守契約義務

契約即契約當事人間之法律，依據契約當事人之契約關係，債權人得向債務

<sup>330</sup> 王澤鑑，契約責任與侵權責任之競合，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第一冊，1996年10月，頁408-410。

<sup>331</sup> 邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003年1月修訂一版，頁300-301；孫森焱，民法債編總論，下冊，2006年1月修訂版，頁615。

人請求為給付，自反面言之，債務人亦負有給付之義務<sup>332</sup>。因此**基於契約關係所生之契約義務，就債務人而言係有強制力者，從而在此前提之下，本文認為應肯認契約義務亦得成為法律規範**<sup>333</sup>。學說上亦有支持本文見解者，例如即有學者表示，私法自治權之實踐為契約自由原則的肯認，所以私人通過契約自由權利之行使所締結之契約，在規範上對契約當事人具有法律之地位，故在此瞭解下，契約在規範上具有法律規範的性質<sup>334</sup>；亦有學者表示，民法規定的條文中份量最大之債編，為何不能視為保護他人之法律，不得而知<sup>335</sup>。似亦可因此認為契約義務並無不得成為法律規範之理<sup>336</sup>。

然亦有學者認為，基於契約責任的獨立性或特別性，因此在一定範圍內必須對契約秩序、私法自治或意思自主予以尊重。因此契約當事人原則上得依其意思，自由創設某種利益，並決定其歸屬主體，界定其內容或範圍，並進而具體反應在契約關係上應遵守的行為規範或行為準則，構成行為不法而成立契約責任。**但之所以不成立侵權責任不是因為侵權責任原則上不保護利益，而是因為此一利益具有特別性，其侵害不構成侵權責任上的行為不法**<sup>337</sup>。自此而言，似乎是認為在契約當事人間並無構成侵權責任之可能性，既然如此，則應該認為契約義務不得成為法律規範。

<sup>332</sup> 王澤鑑，債法原理，第一冊，基本理論·債之發生，1999年10月增訂版，頁8-9。

<sup>333</sup> Vgl. Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, S. 117. 反對見解，請參閱劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」—最高法院九十二年台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第146期，2007年7月，頁247-248。氏認為若承認契約義務得以成為法律規範，明顯是以侵權責任解決契約責任之問題，明顯不宜。

<sup>334</sup> 黃茂榮，民法判解之理論體系·民法總則，1979年3月初版，頁19。

<sup>335</sup> 邱聰智，民法侵權行為修正草案基本問題之探討（中），法學叢刊，第118期，1985年4月，頁92。

<sup>336</sup> 當然，民法債編中之規定因為其本即屬經立法院通過而總統公布之法律，因此民法債編之規定可以成為法律規範並無疑問，從而是否承認民法債編之規定為法律規範似即與是否承認契約義務得以成為法律規範無關。然而民法債編之規定多屬任意規定，因此當契約有所漏洞時，原則上即應先以民法債編之規定加以補充，於此情形，民法債編之規定即成為契約義務的內容，因此若承認民法債編之規定係屬法律規範，則亦係承認契約義務得以成為法律規範。關於任意規定得以補充契約漏洞一事，請參閱王澤鑑，民法總則，2000年9月修訂版，頁52、443。

<sup>337</sup> 請參閱陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁234-235。

然而再參酌其表示，**契約義務係契約當事人之間應遵守的特定行為規範或行為準則，因此非契約當事人的第三人之侵害行為，是否具有不法性不能一概而論**，必須視該行為人是否違反交易市場上應遵守的一般行為規範或行為準則，於具體個案中，必須就相衝突的法益，從事利益衡量與價值取捨的工作<sup>338</sup>。

自此說明可知，當違反契約關係所建立之特定行為規範或行為準則，亦即違反契約義務時，因為契約義務係存在於契約當事人之間，因此第三人違反之結果，不能當然地認為其行為具有違法性，故該第三人是否成立侵權責任應再就違法性詳加探討後始能決定。但是自學者論述中，似乎並未當然排除在契約當事人之間有因為違反契約義務而成立侵權責任之可能。因此既然本段之論述前提為，契約當事人間是否會因為違反契約義務而依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，至少可以認為，學者上述所謂就違反契約義務後，不能當然認為亦構成侵權責任之論述，並非就契約當事人間得否構成侵權責任採取了否定之見解。

其實民事責任之構成，不僅於侵權責任以加害人之行為具有違法性為必要，在契約責任亦同。僅係既然契約當事人應受契約義務之拘束，惟債務人卻仍違反其應履行之契約義務，因此其行為具有違法性得以認定，從而向來學說研究契約責任時多僅關注於是否有契約義務之違反，以及在以過失責任為原則之契約責任中，債務人主觀上是否具有可歸責事由。是故，更得以茲證明，前述學說認為違法性的具備有所疑義者，僅係針對契約當事人以外之第三人侵害他人債權時，是否應負侵權責任之說明，蓋若係契約當事人違反契約義務時，原則上已得認為具有違法性。故從結論上而言，契約義務既然對契約當事人具有拘束力，則因契約義務之存在的結果，當契約當事人違反義務，應課予民事責任，至於究竟是否為

<sup>338</sup> 請參閱陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第 36 卷第 3 期，2007 年 9 月，頁 165-166。

契約責任亦或侵權責任，係均有可能。

## 2、契約責任具有排他而專屬職掌之領域？

然而，雖綜上說明之結果，關於契約義務得否成為法律規範的問題，於法律邏輯的解釋上並非不能採取肯定說之看法。但是此一問題結論之採擇，並非單純之法律邏輯推衍，而「**應嚴肅地思量侵權責任與契約責任兩者的分際問題**」。換言之，侵權責任與契約責任本有其固有之規範領域，而此一領域是否係屬各該責任排他而專屬職掌，絲毫不容侵犯？！若係如此，則在各該責任排他而專屬職掌的領域，不該產生侵權責任與契約責任的競合，反而應逕認為，在侵權責任固有之規範領域僅得成立侵權責任，而在契約責任固有之規範領域亦僅得成立契約責任！在此結論下，為固守各該責任排他而專屬職掌的領域，無論法律邏輯上就肯定說之採行是否解釋的通，仍應認為應逕採否定說之見解，以維持侵權責任與契約責任二者之分際。

然而，除了上述看法外，是否可以認為，其實僅係在各該責任固有之領域範圍內，應審酌各該責任之特性，縱然認為仍有侵權責任與契約責任交錯適用之可能，然不能因交錯適用之結果，使各該責任在其固有領域範圍之特殊規範設計被架空！果如此，則率先採行肯定說之看法，僅是在侵權責任與契約責任同時該當之場合，透過競合理論以茲調整，使得立法意旨仍得以貫徹，亦為妥適之作法。

相類似的觀念得以在商品自傷究竟僅係「純粹經濟上損失」（利益的侵害）或「繼續侵蝕性損害」（權利的侵害）的問題中發現。誠如學者所言，雖然此一爭議表面上的爭執係在是否有「所有權之侵害」，然而實際上其主要在處理侵權責任與

契約責任之任務分配的問題<sup>339</sup>。

按現代民事責任之重要趨勢之一，即係侵權責任與契約責任之趨近，在此趨勢之下，契約責任是否仍具有排他而專屬職掌之領域即值得存疑。例如學者即有表示，因我國侵權責任法的發展，由於保護客體之有所不足、歸責原理難以重大突破、確保損害可以迅速簡單獲得賠償的擔保制度仍不周延等因素，使得侵權責任法的規範功能向來受到某種程度的壓抑或限制。因為侵權責任法規範功能上的侷限，無法全盤妥適解決日益複雜的損害賠償事件，致使契約責任相對日益受到重視。故契約責任適用範圍的不斷擴大，可謂是我國民事責任法十幾年來立法、學說與實務演變發展上最重要的趨勢。例如民法第二百四十五條之一締約上過失之增訂、附保護第三人效力契約理論的提倡等，在在使得契約責任法的規範功能大幅擴張，某種程度上即造成侵權責任與契約責任法的規範功能相互重疊。因此侵權責任與契約責任間的區別界線，也因而越來越模糊<sup>340</sup>。

然而前述說明之結果，只能得出因契約責任適用範圍不斷擴大之結果，才導致侵權責任與契約責任日漸趨近，而不能因此而證立契約責任並不存在具有排他而專屬職掌之領域。本文以下即舉數例，分別從一般侵權責任的三個態樣，亦即民法第一百八十四條第一項前段、第一項後段及第二項去說明，學說與實務亦不斷擴大侵權責任適用之範圍，而此一結果更使侵權責任與契約責任的規範功能重疊，兩者之界線幾乎以難以劃分，進而說明契約責任並不存在排他而專屬職掌之

<sup>339</sup> 郭麗珍，瑕疵損害、瑕疵結果損害與繼續侵蝕性損害，1999年5月，頁129-130。

<sup>340</sup> 陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁60。相類似之見解，請參閱郭麗珍，瑕疵損害、瑕疵結果損害與繼續侵蝕性損害，1999年5月，頁182-183。氏認為契約責任與侵權責任各有其功能職掌，且功能職掌交錯領域隨著交易型態之演變而日漸增加，蓋當事人間之所有關係已經透過契約關係作完全規範之看法，隨著積極侵害債權制度與締約過失責任之發展，已可以證實，**契約責任不可能將所有當事人間之關係作完全排他性之規定**，例如在契約責任之附隨義務的保護義務層面，即係重在契約當事人完整利益之保護，而與侵權責任之規範功能重疊。

領域<sup>341</sup>。

### (1) 民法第一百八十四條第一項前段之侵權責任的範圍擴張

#### A、契約義務亦為不作為侵權之作為義務

通說與實務見解俱認為不作為之成立侵權責任應以作為義務存在為其前提，並且該作為義務包括基於因契約而生者<sup>342</sup>。因此，固然當契約當事人違反契約義務致他方當事人受有損害時，應負契約責任，且此乃係契約責任固有之規範領域，然而承認契約義務亦係作為義務的來源之結果，行為人違反契約義務之同時亦可能應負不作為之侵權責任，造成侵權責任與契約責任之規範功能的重疊。

而在本文之論述中重要者係，本來契約當事人因契約義務之違反而負責，實係契約責任固有之規範領域，然而於此情形，通說與實務仍然承認侵權責任亦有構成之可能性，可見若認為契約責任具有排他而專屬職掌之領域，並非實情。

#### B、民法第一百八十四條第一項前段擴大及於保護利益

<sup>341</sup> 不同見解，請參閱陳忠五，論商品欠缺安全性的保護法益－我國實務見解的觀察與評論－，發表於 2009 年 5 月 5 日最高法院九十八年度第二次學術暨債法修法實施十週年研討會－祝賀許庭長朝雄優遇－，頁 73-76。惟觀諸氏於結論上認為，之所以應貫徹維護契約責任與侵權責任的分際，是為避免侵權責任破壞契約當事人基於信賴與期待所自行建構的「契約秩序」，剝奪契約當事人「以特約合理分配契約風險」的可能，或者破壞法律基於特殊契約關係所設計的「規範計畫」，架空契約責任的「特殊規範功能」！則此一顧慮，在本文採取請求權競合之相互影響說的看法下，應可被避免。

<sup>342</sup> 學說見解中明白表示契約義務亦得作為不作為侵權責任之作為義務者，請參閱史尚寬，債法總論，1990 年 8 月，頁 119-120；邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003 年 1 月修訂一版，頁 155；孫森焱，民法債編總論，上冊，2005 年 12 月修訂版，頁 209；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論，一般侵權行為，2005 年 1 月，頁 105-106。實務見解請參閱最高法院五十八年度台上字第一〇六四號判決。尚請參閱陳聰富，醫療契約之法律關係（下），月旦法學教室，第 73 期，2008 年 11 月，頁 68。氏明白表示，**醫療契約所生之義務，即為侵權責任成立之要件**。並且醫病關係所生之各種說明、照顧、協力、保密等義務，無非來自於醫病間之契約關係，因而**醫療契約上之義務，提供了侵權責任成立的內涵**。

向來認為「利益」係契約責任主要之保護客體，而「權利」則係侵權責任主要之保護客體，兩者似乎涇渭分明。如果貫徹此一見解之結果，似乎即得認為至少關於利益之保護，即係契約責任具有排他而專屬職掌之領域，侵權責任在此領域內並無構成之可能。然而近來學者觀察後發現，關於契約責任之保護客體係從保護利益到保護權利；而侵權責任之保護客體則係從保護權利到保護利益<sup>343</sup>，可見在保護客體上侵權責任與契約責任之差距已然縮小，至少並非在利益的保護上，係屬契約責任排他而專屬職掌者。

更重要者係，向來通說係採差別保護說，因此民法第一百八十四條第一項前段所保護之客體限於權利，然而近期有學者極力提倡平等保護說，故利益亦得成為民法第一百八十四條第一項前段之保護客體，因此利益原則上亦得受到侵權責任之保護<sup>344</sup>，在此見解之下，更難認為契約責任有其排他而專屬職掌之領域，絲毫不允許侵權責任之介入。

## (2) 民法第一百八十四條第一項後段之侵權責任範圍的擴張

### A、銀行徵信科員評估信用不實案

銀行的科員違背職務，故意勾結無資力之第三人高估其信用而非法超貸鉅款，致銀行受有損害，則受僱人對於僱用人所應負者究竟為契約責任或侵權責任，抑或係兩者之責任均構成？按徵信科員受僱於銀行而成立僱傭契約，負有服勞務

<sup>343</sup> 關於侵權責任與契約責任保護客體之演變及發展，請參閱陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁62-86。

<sup>344</sup> 關於差別保護說與平等保護說之介紹，參見本款第一目、參、二、(一)、2、(3)：就侵權責任之保護客體而言。

的給付義務，而評估信用係屬服勞務的內容，受僱人因可歸責於自己的事由，評估信用不實，致僱用人受有損害時，應負不完全給付的契約責任。惟學說與實務見解俱認為受僱人尚應負侵權責任，僅係實務見解認為甲係依民法第一百八十四條第一項前段之規定負責，而通說基於差別保護說之立場，認為應依民法第一百八十四條第一項後段之規定負責而已<sup>345</sup>。

惟重點在於，本件案例中受僱人違背契約義務，應負契約責任，乃係契約責任固有之規範領域，惟通說於實務均認為甲尚應負侵權責任，並且實務見解還特別表示，應就此兩責任於競合時採取請求權競合之相互影響說的見解，更可見實際上契約責任並未存在一排斥而專屬職掌之領域。

#### B、通謀虛偽移轉處分標的物所有權案

債務人為逃避其債權人之強制執行，將登記於其名下之土地通謀虛偽移轉登記於第三人，則債務人對於債權人所應負者究竟為契約責任或侵權責任，抑或係兩者之責任均構成？按債務人應履行其給付義務本係契約責任之規範領域，故債務人將登記於其名下之土地通謀虛偽移轉於第三人時，債權人得主張契約責任本無疑問。然而債務人是否亦應負侵權責任學說與實務見解卻有爭議。實務見解認為既然系爭標的物之所有權仍屬債務人所有，則債務人將自己之財產予以處分原可自由為之，因此無庸對債權人負侵權責任。惟學說則認為債務人與第三人通謀虛偽移轉，仍可構成故意以背於善良風俗之方法而加損害於債權人，因此債務人亦應負侵權責任<sup>346</sup>。

<sup>345</sup> 關於銀行徵信科員評估信用不實案之民事責任的法律問題，學說見解請參閱王澤鑑，銀行徵信科員評估信用不實，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第八冊，2003年9月，頁275-301；實務見解請參閱最高法院七十七年度第十九次民事庭會議決議（二）。

<sup>346</sup> 關於通謀虛偽移轉處分標的物所有權案之民事責任的法律問題，學說見解請參閱王澤鑑，民法總則，2000年9月修訂版，頁388-391；實務見解請參閱最高法院六十七年度第五次民事庭庭長推

自系爭案件可觀察到學說見解擴張侵權責任適用之範圍，蓋固然本案所涉情形本係契約責任所欲處理者，並且實務見解認為債務人不負侵權責任，惟學說卻認為債務人亦應依民法第一百八十四條第一項後段之規定負侵權責任，可見契約責任並無其排他而專屬職掌之領域。

### (3) 民法第一百八十四條第二項之侵權責任範圍的擴張

#### A、僱用人未為受僱人辦理加入勞工保險之民事責任

僱用人未為受僱人加入勞工保險，致使受僱人於事故發生時不能請領勞保給付，僱用人對於受僱人所應負者究竟為契約責任或侵權責任，抑或係兩者之責任均構成？其實基於僱傭契約所生之附隨義務，本即得以肯定僱用人對於受僱人負有為其加入勞工保險之契約上義務，因此僱用人未為受僱人辦理加入勞工保險時，僱用人本即應負不完全給付之契約責任。然而學說與實務見解均解釋勞工保險條例第十條係屬保護他人之法律，因此僱用人未為受僱人加入勞工保險之結果，亦應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任<sup>347</sup>。

自此案例亦可知，既然僱用人與受僱人有僱傭契約，則基於僱傭契約所生之一切權利義務本係契約責任所欲規範者，然而無論學說或實務均認為侵權責任亦

---

總會決議（二）；最高法院六十九年度第七次民事庭會議決議（三）；最高法院九十五年度台上字第六二八號判決；最高法院九十四年度台上字第一一四八號判決；最高法院八十六年度台上字第一七六六號判決。

<sup>347</sup> 關於僱用人未為受僱人辦理加入勞工保險之民事責任的法律問題，學說見解請參閱王澤鑑，雇主未為受僱人辦理加入勞工保險之民事責任，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996年10月，頁239以下；王澤鑑，商品製造者責任與純粹經濟上損失，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第八冊，2003年9月，頁244；實務見解請參閱最高法院六十四年度台上字第二二六三號判決；最高法院七十年度台上字第二九七〇號判決；最高法院八十七年度台上字第二五四〇號判決；最高法院八十九年度台上字第一三一四號判決。

得構成，可見契約責任並不存在一個排他而專屬職掌之領域，而在此領域內，侵權責任一律無構成之可能。

## B、建築物瑕疵案

出賣人所興建之房屋因違反建築法第一條、第十三條、第三十九條、第六十條、第七十條、第八十七條、刑法第一百九十三條，或是違反建築技術規則建築構造編第六十二條之規定，致建築物有瑕疵時，就該建築物應有價值之財產損害，出賣人對於買受人所應負者究竟為契約責任或侵權責任，抑或係兩者之責任均構成？按買賣標的物有瑕疵，本即係契約責任例如瑕疵擔保責任或不完全給付所欲規範者，雖然學說多認為系爭案例情形不應讓契約當事人主張侵權責任，故似得認為於此典型商品自傷之案例，係契約責任排他而專屬職掌之領域，而不容許契約當事人有主張侵權責任之可能。

然而此一見解為最高法院所不採，最高法院在諸多類似案例中，均認為出賣人所違反之前揭建築建築物之相關規定，係屬保護他人之法律，因此除契約責任外，尚應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，買受人得依本條之規定就建築物應有價值之財產損害請求賠償<sup>348</sup>。

<sup>348</sup> 關於建築物瑕疵案之民事責任的法律問題，學說見解請參閱王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005年1月，頁355；劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」—最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第146期，2007年7月，頁232-251；陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁187-188；實務見解請參閱最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決；最高法院九十三年度台上字第三八一號判決；最高法院九十三年度台上字第六九四號判決；最高法院九十五年度台上字第三九五號判決；最高法院九十五年度台上字第六二五號判決；最高法院九十五年度台上字第六三七號判決；最高法院九十五年度台上字第一一七四號判決；最高法院九十六年度台上字第一一六五號判決；臺灣高等法院九十四年度重上字第二三七號判決。關於建築物瑕疵案之民事責任的法律問題，本文見解，請參見本節、第二項、第三款、第二目；最高法院判決研究。

自本案例則可知悉，不僅係學說見解不斷擴張侵權責任之適用範圍，連實務見解亦有此傾向，尤其在本案例中更係典型。蓋如前述，關於商品自傷的案件，究竟僅係純粹經濟上損失（利益的侵害），或是繼續侵蝕性損害（權利的侵害）向來即係德國與我國學說爭論之重點，雖然我國學說多認為商品自傷的案件應回歸契約責任而處理<sup>349</sup>，似乎係認為於商品自傷的案件係契約責任排他而專屬職掌的領域。但至少於此建築物瑕疵的案例中可看出，上述見解不為我國實務見解所採。果如此，則至少應該認為，於民事責任結構上，並無所謂「當然」、「絕對」僅屬契約責任所得規範者，亦即在民事責任當中，僅須證明系爭案例同時該當侵權責任與契約責任的要件，則兩者責任同時發生。接下來所應處理的問題僅有兩者之責任該如何競合而已！

### 3、承認契約義務屬於法律規範的範圍破壞契約責任之規範架構？

當承認契約義務亦得成為法律規範後，接下來的問題係在於，採取肯定說之結果，使得債務人於違反契約義務時，可能同時必須負契約責任及民法第一百八十四條第二項之侵權責任，是否因此侵權責任介入之結果致使契約責任的規範架構被破壞？本文認為，自學說所整理之侵權責任與契約責任的不同而言<sup>350</sup>，肯認契約義務亦得成為法律規範並無前述疑慮。尤其係在侵權責任與契約責任兩大區分實益，亦即「舉證責任」及「保護客體」上，在民法第一百八十四條第二項之侵權責任與契約責任的競合，並無齟齬。

<sup>349</sup> 商品自傷之民事責任的法律問題，學說見解請參閱王澤鑑，商品製造者責任與純粹經濟上損失，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第八冊，2003年9月，頁233-273；郭麗珍，瑕疵損害、瑕疵結果損害與繼續侵蝕性損害，1999年5月，頁129-166。

<sup>350</sup> 關於侵權責任與契約責任之不同，請參閱王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005年1月，頁86-88；王澤鑑，契約責任與侵權責任之競合，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第一冊，1996年10月，頁399-401；孫森焱，民法債編總論，下冊，2006年1月修訂版，606-608。

### (1) 主觀要件之舉證責任相同

先就舉證責任而言，關於契約責任之構成，學說與實務見解一致認為債權人無須證明債務人有故意過失，而以證明債務人違反契約義務、損害及因果關係為已足，至於債務人則必須證明有不可歸責於自己之事由，始得免責<sup>351</sup>。至於侵權責任之構成，原則上被害人應證明行為人的故意過失、損害及因果關係。

因此最高法院八十二年度台上字第二六七號判決即表示：「民法第一百八十四條第一項前項規定侵權行為以故意或過失不法侵害他人之權利為成立要件，故**主張對造應負侵權行為責任者，應就對造之有故意或過失負舉證責任**（參照本院五十八年台上字第一四二一號判例）。又在債務不履行，債務人所以應負損害賠償責任，係以有可歸責之事由存在為要件故債務人苟證明債之關係存在，債權人因債務人不履行債務（給付不能、給付遲延或不完全給付）而受損害，即得請求債務人負債務不履行責任，**如債務人抗辯損害之發生為不可歸責於債務人之事由所致，即應由其負舉證責任，如未能舉證證明，自不能免責**（參照本院二十九年上字第一一三九號判例意旨）。二者關於舉證責任分配之原則有間。」

惟民法第一百八十四條第二項之侵權責任係採推定過失責任，亦即因第二項但書規定之結果已造成舉證責任之轉換，而應由行為人就自己無過失負舉證責任。因此至少在舉證責任方面，民法第一百八十四條第二項之侵權責任與契約責任相同，因此不至於因承認契約義務亦得成為法律規範，致使破壞契約責任之規範架構。

### (2) 保護客體相同

<sup>351</sup> 關於債務人應負舉證責任證明自己不具可歸責事由之論理依據，請參閱陳聰富，醫療契約之法律關係（下），月旦法學教室，第73期，2008年11月，頁66。

前已述及，關於契約責任之保護客體係從保護利益到保護權利，因此無論權利或利益均受契約責任之保護；至於民法第一百八十四條第一項前段之侵權責任，固然有差別保護說與平等保護說之爭，因此其保護客體除權利外是否及於利益尚有爭議。然而於民法第一百八十四條第二項之侵權責任，學說與實務見解則一致認為其保護之範圍除權利外亦及於利益<sup>352</sup>。因此在保護客體方面，民法第一百八十四條第二項之侵權責任與契約責任亦屬相同，因此也不至於因承認契約義務得成爲法律規範，致使破壞契約責任之規範架構。

### (3) 時效期間長短不同

惟應注意者係，雖然前已說明，無論是在舉證責任或保護客體上，民法第一百八十四條第二項之侵權責任與契約責任並無差異；然而至少在兩者的消滅時效上則有顯著不同。關於契約責任的消滅時效，原則上係依民法第一百二十五條之規定而有十五年之消滅時效，然而於若干情形，民法規定有短期時效。例如出租人就租賃物所受損害對於承租人之損害賠償請求權，依民法第四百五十六條第一項之規定僅有兩年之消滅時效；定作人對承攬人及承攬人對定作人之損害賠償請求權，依民法第五百十四條之規定均僅有一年之消滅時效等。

然依民法第一百九十七條第一項之規定，民法第一百八十四條第二項之侵權責任的消滅時效，其時效期間爲兩年或十年，因此與契約責任之時效期間不同。惟此即係本文於先前論述中所欲說明者，亦即既然契約責任並不存在排他而專屬職掌的領域，因此並無所謂在特定領域中，應逕認為僅有契約責任構成之可能，而一律排除侵權責任存在之餘地。惟縱係如此，亦應認為侵權責任與契約責任均

<sup>352</sup> 關於民法第一百八十四條第二項之保護客體，請參見第二章、第二節：保護客體包括權利及利益。

有其固有之規範領域，在此領域範圍內，雖並不排除其他責任構成之可能，然而不能因為交錯適用之結果，致使各該責任在其固有領域範圍之特殊規範設計被架空，因此應導入請求權競合之相互影響說，以使立法意旨得以貫徹。而本文認為，此較諸一概認為契約責任之固有範圍領域，侵權責任完全不得介入的作法，乃係較周全方式，因得以斟酌當事人之利益及法律規範目的，個別檢討侵權責任與契約責任彼此間是否有所牴觸，並進而排除不調和之處，使競合之兩請求權相互修正，以符合立法本旨。

而關於時效期間的問題即為適例，亦即若契約責任規範短期消滅時效有其特殊立法目的，例如係為儘速確定當事人法律關係，以確保法律安定性時，則應使該立法意旨得以貫徹，不應因侵權責任亦得適用之結果，致使該立法良善美意被架空，因此當契約責任因已罹於短期消滅時效而債務人行使其消滅時效抗辯權時，不應認為債權人仍得依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償。



## 二、其他情形

### (一) 契約義務是否屬於法律規範之範圍？

相對於本文之前所研究者，亦即契約當事人違反契約義務致他方當事人受有損害之情形，本文於此所欲研究者係，除此之外之其他情形，契約義務是否亦得成為法律規範？例如於「第三人」違反他人所簽訂之契約致「契約當事人」受有損害，或者「契約當事人」違反契約義務致「第三人」受有損害時，行為人是否會因違反契約義務而依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任？就此問題，本文再區分為此兩情形，分別論述契約義務得否成為法律規範：

## 1、「第三人」違反他人所簽訂之契約致「契約當事人」受有損害

基於債之相對性，契約關係僅存在於契約當事人之間，債權人固得基於其與債務人所簽訂之契約，而對於債務人請求特定給付。然而債權並非如同物權一般具有絕對性，亦即物權具有得以對抗一般不特定人之效力，在債權並不存在<sup>353</sup>。因此債權人不得主張第三人應為契約效力所及，亦即第三人並不受契約義務之拘束。換言之，契約義務對於第三人並非具有強制力者，故契約義務對於該第三人而言並非法律規範，從而第三人違反他人所簽訂之契約致契約當事人受有損害時，無庸依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。

因此前揭臺灣高等法院臺中分院八十九年度重上更（一）字第二〇號判決表示，受僱人因違反僱用人與委任人所簽訂之委任契約中之契約義務，並因此致生損害於委任人時，受僱人應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任的見解，實有再予檢討之必要。

## 2、「契約當事人」違反契約義務致「第三人」受有損害

### （1）應以否定說為原則

在前述說明之下，於第三人違反他人所簽訂之契約致契約當事人受有損害時，應認為契約義務並非法律規範係屬較容易處理者，蓋契約義務對於該第三人而言並不具有拘束力。然而於契約當事人違反契約義務致第三人受有損害時，即不能以同樣之說理以資證明，於此情形下契約義務仍然不能作為法律規範，蓋對於債務人而言，其既然身為契約當事人，當然負有義務履行契約。然而此亦本文

<sup>353</sup> 王澤鑑，債法原理，第一冊，基本理論·債之發生，1999年10月增訂版，頁10。

一直強調者，一個規定的性質應具有強制力始能成為法律規範的範圍，僅為法律規範的「必要條件」，但並非「充分條件」。仍然必須考量民法第一百八十四條第二項之規定、侵權責任之體系架構，甚至是考量整個民事責任之體系架構後始能決定該規定是否得以成為法律規範。

關於此問題的結論前已述及，原則上於應認為契約義務不得成為法律規範，蓋雖然債務人係契約當事人而應履行契約義務，然而基於債之相對性，債務人所應負責的對象原則上僅限於債權人，因此倘若認為於此情形契約義務亦得成為法律規範，將使債務人必須因違反契約義務而對被害之契約外的第三人依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，此一結果，將架空債權係屬相對權，物權始屬絕對權之基本規範設計，實非妥適。從而原則上應認為在契約當事人違反契約義務致第三人受有損害時，契約義務並非法律規範，無庸依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。

因此前揭最高法院九十二年度台上字第二二二四號判決表示，受任人因違反與委任人之委任契約，及受僱人因違反與僱用人之僱傭契約，並致第三人受有損害時，該受任人與受僱人應依民法第一百八十四條第二項之規定對被害之第三人負侵權責任之見解，亦有檢討修正之必要。

## (2) 例外應採肯定說之情形

雖然契約當事人違反契約義務致第三人受有損害時，如上所述應認為契約義務原則上並非法律規範，然而是否毫無例外存在？按既然前述見解係為貫徹債權係屬相對權，物權始屬絕對權，故採取否定說之見解，則在不違背此一基本規範設計的前提下，契約義務則有成為法律規範之可能。

例如在利益第三人契約之情形，即得例外承認契約義務得以作為法律規範。所謂利益第三人契約者，係指以契約所生債權，直接歸屬於契約當事人以外之第三人的契約，亦即因債權人與債務人約定之結果，第三人對於債務人有直接請求給付之權，民法第二百六十九條就此設有規定<sup>354</sup>。按既然債權人與債務人約定之結果，第三人對於債務人有直接請求給付之權，因此債務人應對第三人為給付，倘若債務人不履行契約義務，第三人亦得請求損害賠償。從而此時若承認契約義務係屬法律規範，並使違背契約義務之債務人對於該第三人依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，將無架空債權係屬相對權之設計的疑慮。故在此情形之下，既然債務人對於該第三人負有義務遵守系爭契約義務，若債務人不履行契約義務並致該第三人受有損害時，應認為債務人不僅構成契約責任，尚可能依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，僅是就此兩者責任之競合，係採請求權競合之相互影響說，以使立法意旨得以貫徹而已。

## （二）判決評析

### 1、臺灣高等法院臺中分院八十九年度重上更（一）字第二〇號判決

高等法院於本案判決中表示，既然「證券商客戶開設有價證券集中保管帳戶契約書」（現改稱「客戶開設有價證券保管劃撥帳戶契約書」）第十一條規定，客戶申請將集中保管之有價證券轉撥至其他證券商該客戶之帳戶，應提示證券存摺，填具存券匯撥申請書，加蓋原留印鑑或簽名式樣，經審核無誤後辦理。惟丙卻未依本條規定辦理，故應對甲依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責

<sup>354</sup> 關於利益第三人契約的法律關係，請參閱史尚寬，債法總論，1990年8月，頁588-600；邱聰智，新訂民法債編通則，下冊，2003年3月新訂一版，頁610-617；孫森焱，民法債編總論，下冊，2006年1月修訂版，頁856-869。

任，而丙之僱用人 B 公司則應依民法第一百八十八條之規定連帶負責。

查既然甲與 B 公司始係委任契約之當事人，至於丙則係契約當事人以外之第三人，因此本案之情形乃係第三人（丙）違反他人所簽訂之契約而致契約當事人（甲）受有損害的情形。因本案中別無保護他人法律的存在，又基於本文的論述，於此情形不能以契約義務作為法律規範，從而丙不可能依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，因此丙之僱用人 B 公司亦無庸依民法第一百八十八條之規定連帶負責。

至於本案之法律關係，應係受任人 B 公司基於委任契約，必須在客戶提示證券存摺，填具存券匯撥申請書，加蓋原留印鑑或簽名式樣，經審核無誤後始得辦理匯撥有價證券。故若未遵行辦理，應得認為受任人 B 公司已違反委任本旨。又 B 公司係有償之受任人，本應依民法第五百三十五條之規定盡其善良管理人之注意義務，惟正如本案判決所示：B 公司之受僱人丙在辦理甲之匯撥股票業務時竟未仔細核對印鑑，並於非本人前來辦理所有股票之匯撥業務的特殊情形下，未進一步要求提出股票存摺或以電話向本人確認，其有抽象之輕過失堪以認定。因此受任人 B 公司應依民法第二百二十四條之規定與其債務履行輔助人丙之抽象輕過失負同一責任，故 B 公司應係依民法第五百四十四條或第二百二十七條第二項之規定，就甲因系爭集保股票遭盜賣所致之損失負賠償責任。

## 2、最高法院九十二年度台上字第二二二四號判決

最高法院於本案判決中表示，既然甲乙兩人分別違反其與 C 公司與民航局之委任契約及僱傭契約所生之契約義務，甲乙兩人對 A 公司均應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，而 C 公司與民航局則均應依民法第一百八十八條

之規定分別與甲與丙連帶負賠償責任。

查既然委任契約係存在於甲與 C 公司之間，僱傭契約係存在於乙與民航局之間，因此被害人 A 公司係契約當事人以外之第三人，因此本案之情形乃係契約當事人違反契約義務致第三人受有損害的情形。因本案中別無保護他人法律的存在，又基於本文的論述，於此情形不能以契約義務作為法律規範，從而甲乙兩人不可能依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。

至於本案之法律關係，關於契約責任的部份，正如本案判決所述：查 A 公司與 B 公司間應為委任及承攬運送契約，B 公司與 C 公司間則為委任及運送契約，甲則為 C 公司之履行輔助人。至於 A 公司與甲、C 公司與民航局間並無契約關係。因此既然 B 公司為承攬運送人，對於系爭貨物遺失所生之損害，依民法第六百六十一條前段之規定，應對於 A 公司負賠償責任。而系爭貨物遺失，B 公司依民法第六百三十四條之規定對於運送人即 C 公司亦得行使權利<sup>355</sup>。又系爭貨物之遺失，致 A 公司受有四百一十三萬零三十三元之損害，且 B 公司已將對於 C 公司之損害賠償請求權移轉予 A 公司，並分別通知上訴人 C 公司及 A 公司，此一事實為兩造所不爭。從而 D 保險公司本於保險代位及債權受讓人之法律關係，主張受讓 A 公司受讓自 B 公司之損害賠償債權，請求 C 公司應依債務不履行賠償上開價額之損害，自屬有據，應予准許。

而就本文所關心之侵權責任的部份，一如本文所稱，甲乙兩人無庸依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。惟本案既然事實審法院認定之結果為：

---

<sup>355</sup> 本文中既如最高法院所稱，B 公司與 C 公司間係成立委任及運送契約，則運送人 C 公司之就運送物之喪失，應係依民法第六百三十四條之規定對於 B 公司負賠償責任。惟本案高等法院與最高法院俱認為：系爭貨物遺失，係因甲之過失所致，故依民法第六百六十條第二項準用同法第五百七十八條之規定，B 公司對於運送人 C 公司亦得行使權利。然而民法第六百六十條第二項準用同法第五百七十八條係承攬運送準用行紀之規定，於成立運送契約之 B 公司與 C 公司間，如何能適用承攬運送之規定，不得而知。

乙僅將系爭貨物送至放行區或待領區，由等候在倉門口之貨主或代理人自領，顯未完成其點交予貨主之義務，**故就系爭貨物之遺失有過失者，應可認定**。至於甲既受託領取系爭貨物，且事實上已提出提單等候提貨，應自提出提單開始，即有密切注意該貨物出倉時之動向，俾隨時配合民航局之交貨作業，順利領取貨物，以保護貨物所有人權益之義務，乃竟於民航局即將該貨物送出倉門口時離去現場，亦未交待其他人員代為注意，致貨物出倉時無人領取、保管而遺失，**其具有過失者，亦可認定**。本件如非乙或甲之過失，即不致遺失，自應認為其過失與系爭貨物遺失間有因果關係。因此甲乙兩人就 A 公司之貨物所有權的侵害，係應依民法第一百八十四條第一項前段之規定負賠償責任，而非應依民法第一百八十四條第二項之規定負責。而既然甲乙均應依民法第一百八十四條第一項前段之規定負責，則 C 公司與民航局應分別與甲及乙依民法第一百八十八條之規定連帶負賠償責任。



## 第二款 須規範內容為強制或禁止規定之「法律」？

德國學說與實務見解於研究德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律時，有將其分為兩個部分再作進一步之討論，一為「**法律規範的性質**」(Normqualität)；另一為「**法律規範的明確性**」(Bestimmtheit der Norm)<sup>356</sup>。前者已在本項第一款中詳為介紹說明；至於就後者而言，雖有學者表示，德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律，限於其規範內容具有強制(Gebot)或禁止(Verbot)之性質是沒有爭議的<sup>357</sup>。惟就本文之觀察，實情似非如此，固然實務與不在少數之學說見解肯定此乃德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律的要件之一，然亦有採否定說者。

故為研究我國民法第一百八十四條第二項所稱之法律，是否亦限於法律規範的規範內容為強制或禁止規定，本文以下擬先介紹德國學說與實務就此所採之見解，並且於檢視我國學說與實務見解是否亦有類似看法後，嘗試提出本文見解。

### 第一目 德國法

#### 壹、肯定說

保護他人法律之概念包括**法律規範的規範內容必須是一個明確的強制或禁止規定**(bestimmtes Gebot oder Verbot)。相對於此的是，僅是樹立一般原則(allgemeiner Grundsatz)的規定，或者是必須透過更具體的行為命令(durch konkretere Verhaltensanordnung)加以補充者，此類規定因為完全不存在任何行為誡命

<sup>356</sup> Vgl. Schmiedel, Deliktobligationen nach deutschen Kartellrecht, S. 33-39; MünchKomm-Wagner, § 823, Rn. 322-328, 329-330.

<sup>357</sup> Schmiedel, Deliktobligationen nach deutschen Kartellrecht, S. 33.

(Verhaltensbefehl)，從而不得成為保護他人法律<sup>358</sup>。而此一見解，受到不少的德國學者支持<sup>359</sup>。

學者有更進一步指出，因僅當行為人違反強制或禁止規定時，始得評價其行為係不理智的 (widersinnig)，而從德國民法第八百二十三條第二項於文義上使用「違反」 („verstößt“) 這個字，即可知悉其所代表之意義為，一個並未違反強制或禁止規定的行為，因為並沒有法律的違反，所以並非一個不合法的行為 (keine unerlaubte Handlung)。至於行為人於違反強行規定時，其行為雖然可能仍屬合法，惟查其緣由，可能是因為他的行為係屬正當防衛或緊急避難，而因此具備阻卻違法事由<sup>360</sup>。

從而氏認為德國聯邦最高法院之見解應屬正確，蓋醫生之職業命令 (ärztliche Berufsordnung) 在其僅係一般原則的前提下，並不適宜因此透過德國第八百二十三條第二項之規定產生請求權基礎。蓋保護他人法律有一個本質上的要求，亦即系爭規定的規範內容必須是明確的強制或禁止規定，並且一般原則不能包括在內

361。

而正如 *Schmiedel* 對德國實務見解之觀察，向來德國實務見解均表示，法律

<sup>358</sup> Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, S. 287; Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 118.

<sup>359</sup> Bistrizki, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 18-21; Dörner, Zur Dogmatik der Schutzgesetzverletzung- BGH, NJW 1982, 1037 und NJW 1985, 134, JuS, 1987, S. 524; Endres, Normen des Umweltrechts als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, S. 65 ff.; Honsell, Der Verstoß gegen Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, JA, 1983, S. 103; Peters, Zur Gesetzestechnik des § 823 II BGB, JZ, 1983, S. 913ff.; Pollack, Schutzgesetzverletzung und „negligence per se“, S. 71; Schlechtriem, Schuldrecht, Besonderer Teil, Rn. 870; Schmidt, Kartellverfahrensrecht-Kartellverwaltungsrecht-Bürgerliches Recht, 1977, S. 352; Schmidt, Deliktsschutz durch Verwaltungshandeln, in: Festschrift für Albrecht Zeuner zum siebzigsten Geburtstag, 1994, S. 267-268; Schmidt, Zur Durchgriffsfestigkeit der GmbH, ZIP, 1994, S. 842; Staudinger-Hager, § 823 G 9; Taupitz, Berufsordnende Kammersatzungen als Schutzgesetz i. S. des § 823 II BGB, in: Festschrift für Erich Steffen, 1995, S. 498.

<sup>360</sup> Schmiedel, Deliktobligationen nach deutschen Kartellrecht, S. 33.

<sup>361</sup> BGH LM §823 (Bf) BGB Nr. 41 (9. 12. 1964); Schmiedel, Deliktobligationen nach deutschen Kartellrecht, S. 37.

(Gesetz) 的規範內容必須為明確之強制或禁止規定，因此若僅為一般原則的規定，並不能滿足德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律的要求<sup>362</sup>。例如德國聯邦最高法院即表示，議會所制定的法規中有一個規定，而依據本規定，欲使用專科醫師 (Facharzt) 的稱號必須限於專科醫師始得為之。然而因為本規定僅是個一般原則，從而德國聯邦最高法院否定本條規定具有保護他人法律的性質<sup>363</sup>。

就此，學者進一步解釋，其實關於明確性的要求，最重要的情形是在於，涉及純粹經濟上損失的保護 (Schutz reines Vermögensinteresses) 時。例如前揭有關專科醫師的職業命令即為適例。蓋於系爭案件中，所涉及者並非被害人向無照醫師就其對健康權的侵害請求損害賠償，反而是專科醫師對醫院的主治醫師 (Chefarzt) 起訴請求競業禁止。而德國聯邦最高法院在此案件中認為，因為關於純粹經濟上損失，不能肯認一般條款性質或構成要件不確定 (generalklauselartiger order vager Tatbestand) 的規定作為保護他人法律，所以既然系爭醫師職業命令的規定，僅係一個一般且不明確的規定，即應否認原告之主張<sup>364</sup>。

亦有學者表示，其實要求法律規範的規範內容為明確的強制或禁止規定，目的係為了確定行為義務，以認定行為人之行為是否具有違法性。而這個情形在對非絕對權的侵害時更明顯，因為除了在這些狹義的「核心領域」 („Kernbereich“) 外，幾乎無法確定並因此推論出行為義務<sup>365</sup>。此一看法，與前述學者及德國聯邦最高法院的見解相雷同。

貳、否定說

<sup>362</sup> BGH NJW 1965, 2007; genauso RGZ 128, 298, 300; BGH NJW 1977, 1147f.; GRUR 1962, 159, 162.

<sup>363</sup> BGH NJW 1965, 2007.

<sup>364</sup> MünchKomm-Wagner, § 823, Rn. 330.

<sup>365</sup> Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, S. 287 f.

就法律規範的規範內容是否應為強制或禁止規定，有採肯定說者已如前述。然而此一見解是否正確，有學者開始提出質疑。氏認為雖然抽象的危險規範（*abstrakte Gefährdungsnorm*）正係一個典型，蓋此類規範要求行為必須在明確的空間、時間及具體的範圍中，以避免在系爭法律中所能遇見到的危險。然而相反的，刑法中結果犯（*Erfolgsdelikt*）之規定，例如德國刑法第二百二十二條、第二百三十條及第三百〇三條等規定，僅在構成要件中要求結果的出現，而非對於行為有所限定。但是也沒有人對於刑法中結果犯的規定，以其缺乏明確性為由而將其自保護他人法律中剔除<sup>366</sup>。

更有學者明白表示，檢視學說上所指出之，要求法律規範必須具有明確性的裁判，更可以證明，如此之要求顯然是不正確而沒有實質意義的，尤其是就明確性的要求此一概念，其實學說上在使用時所指涉者根本是不同的概念<sup>367</sup>。

另有學者提出，**明確性的意義是為了判斷違法性是否具備**（*Bedeutung der Bestimmtheit für Rechtswidrigkeitsurteil*）。換言之，若可以自系爭規定推論出強制或禁止的規範內容時，得鑑於此而判斷違法性是否具備<sup>368</sup>。

蓋於損害賠償法中有些規定不同於刑法與干預行政（*Eingriffsverwaltung*）的規定，其在構成要件的明確性上完全沒有任何特別的要求（*greade kein besonderes Erfordernis der Tatbestandsbestimmtheit*），而在這些規定中，無論是實質違法性的概念，或者是透過法律技術，而在保護他人法律中特別被隱含以確定行為義務的想法均不存在。但在侵權責任法中，行為義務是無論如何一定要存在的，如果一個規定也可以間接地，例如從刑法的構成要件中，接受行為誡命，那麼沒有任何人

<sup>366</sup> Deutsch/ Ahrens, Deliktsrecht, Rn. 216-217.

<sup>367</sup> Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, S. 287-291; Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 119 ff.

<sup>368</sup> Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, S. 287, 291.

會懷疑這一個一般原則性質的規定得以作為保護他人之法律。因此只要能夠證明行為義務的存在，則縱然行為義務的「明確性」（„Bestimmtheit“ des Verhaltensgebotes）並沒有被附加在這一個原則性的規定中，此一規定仍係德國民法第八百二十三條第二項所稱之法律<sup>369</sup>。

## 第二目 我國法

### 壹、學說見解：肯定說

我國學者有參考德國學說，認為法律規範之規範內容應為強制或禁止規定<sup>370</sup>，然而並未詳述其理由構成。惟亦有學者就此特別表示，民法第一百八十四條第二項所稱之法律解釋上限于強制或禁止規定，亦即內涵「行為義務」之規定，而不包括任意性，或雖屬強制但無涉行為義務之規定<sup>371</sup>。

### 貳、實務見解：似採肯定說

相對於我國學說就系爭問題並未有太多解釋，若干判決中或是明白表示承認，或是隱含此一概念，然而此一見解是否正確，誠值研究！

最高法院有兩則判決，似乎亦係認為民法第一百八十四條第二項所稱之法

<sup>369</sup> Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, S. 287 f.; Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 122.

<sup>370</sup> 姚志明，侵權行為法研究（一），2002年9月初版，頁46；姚志明，侵權行為法，2006年3月初版，頁69。亦有強調保護他人之法律，其用語應為禁止法條或命令法條者，然而仍未就理由構成部份予以說明，請參閱熊誦梅，從最高法院判決談專利侵權之主觀要件，全國律師，第10卷第12期，2006年12月，頁24。

<sup>371</sup> 蘇永欽，侵害占有的侵權責任，收錄於氏著，民法經濟法論文集，1988年，頁156；蘇永欽，再論一般侵權行為的類型－從體系功能的角度看修正後的違法侵權規定－，政大法學評論，第69期，2002年3月，頁175、197。

律，其內容應具有強制或禁止之性質。例如最高法院九十六年度台上字第二三〇一號判決表示：「行政院依修正前證交法第十八條第二項規定之授權所修正公布之證券管理規則第二十七條第一項…第二項…第四款…第五款…第二十八條第一項…第四款…第六款…第十二款等行為之行政命令，亦具有保護投資者個人權益之內容，自均屬民法第一百八十四條第二項所規定『保護他人法律』之範疇。…是上訴人既因共同違反證交法第十八條第一項未經核准經營證券投資顧問事業之規定，業經刑事判決有罪確定，且其與輝煌公司負責人姜○○代理 P 公司在台募集基金，並提供 P 公司不實廣告文宣，違反『證券管理規則』相關禁止行為之規定，致生被上訴人匯款之損失，依上開說明，其行為即屬有違反保護他人之法律。」

自此判決內容以觀，最高法院似乎是因為判決所舉之證券管理規則的相關規定，其規範內容係屬禁止規定，從而承認系爭規定得以成為法律規範。

再例如最高法院九十四年度台上字第一九二七號判決認為<sup>372</sup>，洗錢防制法第七條有關交易金額應予紀錄之規定，僅屬金融行政管理措施，銀行既不能據此拒絕交易，即無從達保護效果。並且據此推論本條規定並非民法第一百八十四條第二項所稱之法律，因此縱有違反仍不構成侵權責任。

從而似乎亦得自本判決中推知，正係因為最高法院認為法律規範的規範內容必須是強制或禁止規定，則既然洗錢防制法第七條僅係金融行政管理措施，並非強制或禁止規定，則當然應否定本條規定作為法律規範之可能<sup>373</sup>。

<sup>372</sup> 應說明者係，雖然本案最高法院將臺灣高等法院臺南分院九十三年度重上字第三四號判決予以部分廢棄。然查其廢棄部分，係認為高等法院對於損害之認定有誤，因此可以認為最高法院贊同高等法院關於民法第一百八十四條第二項所稱之法律的認定標準。

<sup>373</sup> 相類似的判決，而得以間接推知，實務見解認為法律規範的內容必須限於強制或禁止規定。請參閱臺灣高等法院臺南分院八十九年度上易字第一一七號判決；臺灣高等法院臺中分院九十年重上字第六八號判決；臺灣高等法院九十四年度勞上字第四五號判決；臺灣高等法院九十五年重上字第七三五號判決。

雖然最高法院對於法律規範的內容是否必須是強制或禁止規定，仍嫌語焉不詳，惟於其他各級法院則有明白採取肯定見解者。例如臺灣高等法院九十四年度上易字第二五三號判決表示：「另按民法第 184 條第 2 項所謂違反保護他人之法律，係指任何以保護個人或特定範圍之人為目的之公私法規。換言之，保護他人之法律係指『一般防止危害他人權益或禁止侵害他人權益之法律』。故違反之標的應屬以保護個人或特定範圍之人為目的之**禁止規定或強制規定**，而民事訴訟法第 529 條第 1 項所謂本案尚未繫屬者，命假扣押之法院應依債務人聲請，命債權人於一定期間內起訴，其目的在於若實施假扣押之後，債權人延不起訴，債務人之財產既被扣押，權利狀態無從確定，殊有害其權益，此際債務人為求確定債權人之請求是否存在，固可自行提起確認之訴，以求除去假扣押裁定對其財產所為之執行，然自起訴以迄裁判確定，勢須較長之時間始克有濟，法律為兼顧債務人之利益起見，特為前開規定，俾得速行確定債權人之請求是否存在，以資保護，其目的在於私權之及早確定所設之特別規定，**核與一般防止危害權益或禁止侵害權益之禁止或強制規定不同，自非所謂保護他人之法律**，被上訴人依法定程序進行假扣押強制執行，亦不符違反保護他人法律之情形。」

另有兩則判決情形類似，得併為說明。臺灣高等法院九十三年度重上字第五〇八號判決表示：「雖該代客操作行為違反**證券投資顧問事業管理規則第 5 條第 1 項第 2 款、證券投資顧問事業證券投資信託事業經營全權委託投資業務管理辦法第 3 條**之規定，然所違反者究僅屬行政機關基於行政管理所制定之**法規命令**，既**非法律禁止規定**，亦不屬民法第 184 條第 2 項所稱『保護他人之法律』；又臺灣臺北地方法院九十六年度訴字第五九二二號判決表示：「然代客操作行為所違反者僅屬行政機關基於行政管理所制定之**法規命令**，既**非法律禁止規定**，亦不屬民法第 184 條第 2 項所稱『保護他人之法律』，原告主張被告甲、丙應依民法第 184 條

第 2 項規定負侵權行為損害賠償責任云云，自非可取。」

上述所舉兩則判決，實務見解結論上均認為行為人所違反之規定，並非民法第一百八十四條第二項所稱之法律，然而審究系爭兩則判決中，行為人所違反之規定，因有兩點共通特性，故此兩判決得併為說明。而此兩共通特性為：一、行為人所違反之**規定性質上係屬法規命令**；二、判決中認定被違反之規定，**其規範內容並非法律禁止規定**。惟既然法規命令應得作為法律規範<sup>374</sup>，則實務見解否定系爭規定得以作為法律規範之理由，當係因系爭規定的規範內容並非禁止規定。因此，自此兩則判決亦可知悉，實務見解認為，法律規範之規範內容必須是強制或禁止規定，此乃法律規範的要件之一。

### 第三目 我國法

壹、判斷是否為法律規範的意義：排除不適宜成為保護他人法律的規定

民法第一百八十四條第二項之侵權責任的構成，其要件包括本條所要求之特別要件及侵權責任之共通要件，而此即本文最主要所欲研究者。惟**不同之要件本來就扮演著不同之意義及功能**<sup>375</sup>，例如被害人應在系爭法律規範所保護之範圍內，此乃本條之特別要件，其意義及功能係在於確定得以主張本條之侵權責任的主體；又例如加害人的行為必須具有違法性，此乃侵權責任之共通要件，其意義及功能係在於確定加害人之行為客觀上違反法規價值，亦即其行為不符合社會上之期待<sup>376</sup>。至於「**法律規範**」作為民法第一百八十四條第二項之侵權責任的**特別要件之一，其意義及功能係在於排除不適宜成為保護他人法律的規定**，例如行

<sup>374</sup> 關於法規命令得以作為法律規範，請參見本項、第一款、第七目、參：法規命令。

<sup>375</sup> 相同意見，請參閱陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第 36 卷第 3 期，2007 年 9 月，頁 155 以下。

<sup>376</sup> 陳聰富，論侵權行為法之違法性概念，月旦法學雜誌，第 155 期，2008 年 4 月，頁 180。

政規則等是，蓋並非任何規定均屬於法律規範的範圍<sup>377</sup>。

因此「法律規範」作為民法第一百八十四條第二項之侵權責任的第一個責任要件，欲發揮其意義及功能，僅須透過在確定系爭規定之性質後，即得做出形式上的判斷即為已足。例如一旦確定系爭規定性質上係屬「條約」或「自治條例」等，即得先認定，民法第一百八十四條第二項之侵權責任的第一個責任要件已經具備；反之，若系爭規定性質上係屬「大法官會議解釋」或「行政規則」，即得率認為縱然行為人違反系爭規定，亦無庸依本條之規定負責。至於其他要件亦負載其規範功能，透過其他要件的篩選過濾，以足夠判斷行為人究竟應否依本條之規定負侵權責任。

並且亦不應要求法律規範此一責任要件，承載過多篩選過濾侵權責任是否成立之功能<sup>378</sup>。蓋過度要求之結果，不啻可能造成與其它責任要件之區分不易，更重要者係，為何一個規定的規範內容並非強制或禁止規定時，行為人違反此一規定之結果，「必然」不依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任？當然，當行為人所違反之規定，其內容並非強制或禁止規定時，其「可能」不依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，然而在民事責任的構成上，可能是導因於其他要件並未該當。例如因行為人所違反之規定，其規範內容並非強制或禁止規定，所以行為人的行為不具備違法性<sup>379</sup>！

再者，既然法律規範作為民法第一百八十四條第二項之侵權責任的第一個要件，本欲發揮之規範功能係在於初步判斷行為人是否可能依本條之規定負責，惟

<sup>377</sup> 關於此部分的論證說明，請參照本項第一款、第一目、參、二、(一)：並非任何規定均屬於法律規範之範圍。

<sup>378</sup> 相類似之看法，請參閱黃榮堅，基礎刑法學（上），2003年5月初版，頁113-115。氏認為既然各該要件有其規範功能，則在「行為」此一要件上，無庸加諸過多的限制，蓋縱然行為人已具備「行為」此一要件，仍可能因為其他要件篩選過濾的結果，而認定行為人無庸負刑事責任。

<sup>379</sup> Vgl. Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, S. 287 f., 291.

若認為限於規定的規範內容係屬強制或禁止規定時，系爭規定始得成為法律規範，則將使快速過濾篩選責任是否構成之功能喪失！蓋一個規定的規範內容究竟是否為強制或禁止規定，不能僅從法條文義的規範形式確定，縱然文義規定為「應」，可能被解釋為任意規定；縱然文義規定為「得」，亦可能被解釋為強制或禁止規定，或者因裁量限縮到零而再無裁量餘地。例如修法前民法第一百九十六條規定為：「不法毀損他人之物者，應向被害人賠償其物因毀損所減少之價額」，惟最高法院七十七年第九次民事庭會議決議認為物被毀損之被害人，除得依本條規定請求賠償外，並不排除民法第二百十三條至第二百五條之適用<sup>380</sup>。

從而若系爭規定的規範內容為強制或禁止規定是法律規範的要件之一，則尚必須參酌學說與實務見解對每一個規定的解釋後始得知悉，各該規定的規範內容是否為強制或禁止規定，才能據此進一步判斷系爭規定是否得以成為法律規範。果如此，將使法律規範作為第一個責任要件，以從速判斷行為人是否應依民法第一百八十四條第二項之規定負責的功能喪失。

惟應補充說明者係，雖然本文一再強調，一個規定性質上應具有強制力，乃係其得以作為法律規範的必要條件，但此一要求，於此處所稱之規定的規範內容必須是強制或禁止規定，乃係不同之事。以經立法院通過而總統公布之法律為例，因人民有遵守經立法院通過而總統公布之法律的義務<sup>381</sup>，因此使得此類規定成為具有強制力者。換言之，經立法院通過而總統公布之法律全部均為法律規範。但在此類規定中，有些規定的規範內容是強制或禁止規定，有些則否。

<sup>380</sup> 關於最高法院七十七年第九次民事庭會議決議的評析，請參閱王澤鑑，物之損害賠償制度的突破與發展－最高法院七十七年五月十七日第九次民事庭會議決議之檢討－，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第六冊，2004年3月，頁21-39。

<sup>381</sup> 人民有遵守法律的義務乃係人民之當然的義務，蓋守法的義務是一切法律有效性的根源基石。請參閱李惠宗，憲法要義，2004年9月二版，頁383；林騰鷗，中華民國憲法，2004年10月修訂三版，頁208；陳新民，憲法學釋論，2005年8月修訂五版，頁186。

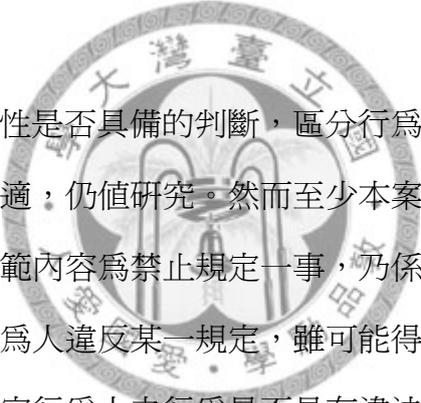
例如民法第八百六十條規定，所謂普通抵押權，乃係債權人對於債務人或第三人不移轉占有而供其債權擔保之不動產，得就該不動產賣得價金優先受償之權。而基於民法第七百五十七條所採之物權法定主義，民法第八百六十條之規定，其規範內容係強制規定；惟民法第三百五十四條之出賣人之物之瑕疵擔保責任，因民法第三百六十六條容許當事人特約排除，故民法第三百五十四條之規定，其規範內容並非強制或禁止規定。

因此若認為規定的規範內容為強制或禁止規定是法律規範的要件之一，則必須就經立法院通過而總統公布之法律作更進一步地認定。亦即，以民法第八百六十條係禁止規定為由，而認為本條規定係屬法律規範；至於民法第三百五十四條，則以其並非強制或禁止規定為由，而認為本條規定並非法律規範。惟本文認為，在民法第一百八十四條第二項之侵權責任是否構成的初步判斷上，將經立法院通過而總統公布之法律作如此之區分並不適當，亦不具任何意義。

貳、規定的規範內容是否為強制或禁止規定的意義：判斷違法性是否具備的標準之一

雖然本文認為，規定的規範內容為強制或禁止規定一事，並非法律規範的要件之一，故縱然規定的規範內容並非強制或禁止規定，行為人違反系爭規定的結果，仍可能被評價為違反法律規範，而該當民法第一百八十四條第二項的第一個責任要件。然而問題在於，規定的規範內容並非強制或禁止規定一事，是否影響其他責任要件構成之判斷？本文於結論上認為，**規定的規範內容是否為強制或禁止規定，是行為人之行為是否具有違法性的判斷標準之一**，因此若行為人所違反之規定，其規範內容並非強制或禁止規定，則行為人的行為可能被評價為不具備違法性，從而無庸依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。

關於本文此一見解，其實亦為部分實務見解所支持，例如臺灣高等法院九十二年度上字第一八二號判決即表示：「**適用民法第一百八十四條第二項之侵權行為法律關係，亦以行為人之加害行為具有不法性為要件，所謂不法性係指行為人之故意行為違反法律禁止規定，行為人之過失行為不法性之成立則以其未避免侵害他人權利之注意義務。…然依民法第五百四十九條第一項『當事人一方得隨時終止委任契約』規定，關於律師終止其與委託當事人間之契約得隨時為之，既為法律所許，被上訴人之終止委任契約無不法性…上訴人並未舉證被上訴人有何於解除委任後有怠於保護上訴人權益之行為，故而被上訴人之中途終止委任，並不具侵權行為法律關係不法性要件。**」



本案判決中關於違法性是否具備的判斷，區分行為人之故意或過失行為而有不同之判斷標準，是否妥適，仍值研究。然而至少本案判決就行為人之故意加害行為，明白表示規定的規範內容為禁止規定一事，乃係行為人的行為具有違法性的判斷標準，因此縱然行為人違反某一規定，雖可能得以認為其行為已違反法律規範，然而仍有進一步認定行為人之行為是否具有違法性之必要，而當系爭規定的規範內容並非強制或禁止規定時，即可能傾向於認定行為人的行為不具違法性。而此一見解，與本文之看法不謀而合。

其實，仔細探究前揭要求規定的規範內容應為強制或禁止規定，系爭規定始得成為法律規範的判決，原告主張其所受之損害無非是匯款損失、因被假扣押所致之損害或者是股票交易損失等，其實均為純粹經濟上損失，或稱為利益的侵害。在此類判決中，我國實務見解始要求規定的規範內容應為強制或禁止規定，是否係與前揭德國學說與實務見解相同，認為在利益侵害的案件中，應有更嚴格的要件限制，尚不得而知，惟自本文所搜尋之判決以觀，似乎有此趨勢。

然而晚近平等保護說之提出，認為權利與利益之區分固然仍有其意義，惟透過既有的侵權責任的成立要件，其概念本身所負載的規範功能，已經足以妥適扮演好篩選過濾各種社會生活利益的任務，其在實際操作過程中，已經可以提供法律解釋適用者足夠的方法或手段，使其考量權利與利益特性上的不同，在責任是否成立上做出適當的判斷，以達到適度合理限制行為人責任的目的。因此無庸再從法律規範角度出發，認為至少在利益的侵害時，規定的規範內容必須是強制或禁止規定，系爭規定始得成為法律規範，蓋透過其他既有之侵權責任的成立要件，尤其是透過違法性的判斷，其實即已足以合理限制行為人責任之構成<sup>382</sup>。



---

<sup>382</sup> 陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁156、163-170；陳聰富，論侵權行為法之違法性概念，月旦法學雜誌，第155期，2008年4月，頁179-194

## 第二項 保護他人法律之「保護他人」的認定

關於保護他人法律之「保護他人」的認定，依照通說見解，應分為三個層次以判斷之，亦即一、**某一規定是否係以保護他人為目的（保護目的之確定）**；二、**被害人是否屬於系爭規定所欲保護之人之範圍（人之範圍）**；三、**該被害人所欲請求賠償者，是否為系爭規定所欲保護之權益（物之範圍）**<sup>383</sup>。因此本文將此三部分於本項中，分列於第一款、第二款及第三款中加以研究。

關於保護目的之確定，涉及到何謂某一規定係以保護他人為目的，是否限於該規定專以保護他人為目的？或者僅須該規定除保護一般公益外，並重地或附帶地保護個人權益時，系爭規定仍係以保護他人為目的？亦即保護目的之概念應該為何？然而更重要而困難的問題在於，縱然得認為，僅須某一規定並重地或附帶地保護個人權益即為已足，惟究竟應如何確定某一規定之保護目的？就此德國學說與實務見解提出體系龐大而繁複的「**保護目的確定之方法**」（Methode der Schutzzweckermittlung），然而是否果係能夠解決問題？至於在我國學說與實務見解又係如何確定某一規定的保護目的為何？大法官釋字第四六九號解釋所提出之「**保護規範理論**」，是否係提出一個可茲運用的判斷標準？若前揭所提出的判斷標準其實均不能達成判斷保護目的之目標，則究竟應如何決定某一規定之規範目的為何？

再者，關於人之範圍所涉及的問題係在於，如何確定被害人屬於系爭規定所

<sup>383</sup> 中文文獻請參閱陳聰富，論違反保護他人法律之侵權行為，台灣本土法學，第30期，2002年1月，頁6-9；姚志明，侵權行為法研究（一），2002年9月初版，頁48-53；邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003年1月修訂一版，頁184-186；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005年1月，頁348-356；郭冠甫，民法系列—侵權行為，2006年8月，頁88-93；劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」—最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第146期，2007年7月，頁240-246。德文文獻請參閱 Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 1268-1271; Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Rn. 825-829.

欲保護之人之範圍，其判斷標準為何？並且我國實務見解在若干判決中所示見解是否正確？本文將深入的檢討之；最後，關於物之範圍所涉及的問題則在於，如何確定該被害人所欲請求賠償者，是系爭規定所欲保護之權益，其判斷標準為何？而我國學說與實務見解爭論最大者，亦即當行為人違反建築建築物之相關規定，所致之建築物應有價值的財產損害，究竟是否係系爭建築建築物之相關規定所欲保護之物之範圍？則係本文於此研究之重心。

## 第一款 保護目的之確定

### 第一目 德國法

#### 壹、保護目的概說

除系爭規定應為法律規範外，依據德國民法第八百二十三條第二項之文義，另一責任要件為，**該規定應以保護他人為目的**，蓋並非行為人違反任何法律規範，均得課予侵權責任，**僅於行為人違反一個以保護他人為目的之規定，而該規定又屬於法律規範時，始得為之**<sup>384</sup>。

然而德國民法第八百二十三條第二項本身並未提供任何的依據以確定，某一規定係以保護如何之人或如何之權益為目的。雖然我們肯認得以下列三個方向更精確地去確定保護目的，即**人的範圍**（persönlicher Schutzbereich）、**物的範圍**（sachlicher Schutzbereich）及**造成損害的種類及方式**（Art und Weise der Schadensverursachung），但是這些標準僅能夠輔助判斷某一規定是否以保護他人為

<sup>384</sup> Bistrizki, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 29, 46; Esser/Weyers, Schuldrecht, Brand II, Besonderer Teil, Teilband 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse, S. 199; Pollack, Schutzgesetzverletzung und „negligence per se“, S. 118; Schmiedel, Deliktobligationen nach deutschen Kartellrecht, S. 146.

目的，卻非直接從內容去論證<sup>385</sup>。因此在研究某一規定是否以保護他人為目的時，總是提出如此固定的術語(Terminus)：系爭規定必須是保護特定人(den Einzelnen)或特定範圍之人(einzelne Personenkreise)如果該規定僅是對於一般人之保護(Schutz der Allgemeinheit)，那麼是不能滿足此處之要求的。亦即必須是以個別保護(Individualschutz)為其目的，但是無庸是以此為主要目的(Hauptzweck)，毋寧是僅須某一規定伴隨著保護特定人(dem primär verfolgten Ziel auch den Einzelnen schützen)為目的即為已足<sup>386</sup>。但是學者有認為這樣的說法，並沒有就其本質為理解(keine wesentliche Erkenntnis)<sup>387</sup>

## 貳、判斷標準的提出

### 一、學說見解

德國學者有強調，如果認為所有以保護大眾利益為目的之規定，同時自動地賦予其中的個別成員有其權利，這樣的觀念很明顯是錯誤的<sup>388</sup>。例如，在第一次世界大戰時，德國政府嚴格地規範關於肉品的進口。並且不僅控制進口也規範其品質，甚至是肉品在國內的分配，藉以避免糧食的短缺，必要時也可以徵收非法進口的肉品，而這些權利都歸屬於國有中央購買公司(state-owned Central Purchasing Corporation)。有一次，一個在靠近荷蘭邊境工作的公司員工，和他的

<sup>385</sup> Lang, Normzweck und Duty of Care, 1983, S. 32 ff.

<sup>386</sup> BASIL S. MARKESINIS & HANNES UNBERTH, THE GERMAN LAW OF TORTS: A COMPARATIVE TREATISE 887 (2002); Deutsch/ Ahrens, Deliktsrecht, Rn. 214; Esser/Weyers, Schuldrecht, Brand II, Besonderer Teil, Teilband 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse, S. 199 f.; Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 1263; Knöpfe, Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des §823 Abs. 2 BGB, NJW 1967, S. 697; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Brand: Besonderer Teil, 2. Halbband, S. 433; Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Rn. 825; Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 62; Taupitz, Berufsordnende Kammersatzungen als Schutzgesetz i. S. des § 823 II BGB, in: Festschrift für Erich Steffen, 1995, S. 499. Gleiche Meinung der Rechtsprechung: BGHZ 46, 17, 23; BGH in NJW 54, 675.

<sup>387</sup> Pollack, Schutzgesetzverletzung und „negligence per se“, S. 118; Schmiedel, Deliktobligationen nach deutschen Kartellrecht, S. 120.

<sup>388</sup> Basil S. Markesinis & Hannes Unberth, The German Law of Torts: A Comparative Treatise 887 (2002).

共犯一起不正當地授權過度數量的肉品進口，並且隨即將這些肉品販賣出去以獲取利益。系爭公司於是依德國民法第八百二十三條第二項之規定向這些人請求損害賠償，蓋系爭公司主張其係依據相關的行政命令而創立，並且被賦予如上所述的權利。

然而法院表示，事實上創立系爭公司的這些行政命令乃係為保護大眾利益而頒布，而非為了避免這個公司遭受權利的侵害。至於如果認為，一個保護大眾利益的規定，同時自動地賦予其中個別成員有其權利，這樣的觀念是錯誤的<sup>389</sup>。

但是問題在於，除了刑法的規定大部分可以沒有爭論地認為，係以保護特定人為目的外，對於某一規定之規範目的為何，幾乎都沒有辦法從系爭規定的文義中得出<sup>390</sup>。因此規範目的為何，學者有認為**毋寧通常是從系爭規定與其他法律規定的相互關係，以及系爭規定在法律之內在體系的地位中得出**<sup>391</sup>。

其實德國學者一般認為，德國學說關於保護目的之確定（Schutzzweckermittlung）的判斷標準，受到 *Robert Knöpfle* 和 *Burkhard Schmiedel* 的影響很大<sup>392</sup>，但是這兩位教授卻採擇了不同的觀點：*Knöpfle* 認為**保護目的確定的困難，必須由法官透過適當的評價決定是否課予損害賠償責任**<sup>393</sup>；反之，*Schmiedel* 則認為重點應在於，**依據當初立法者（historischer Gesetzgeber）制定規定（Regel）、準則（Leitlinie）或原則（Maxime）的意志（Wille），以精確地認定**

<sup>389</sup> RGZ 100, 142, 146, also, BGHZ 46, 23. See Basil S. Markesinis & Hannes Unberth, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise* 887 (2002).

<sup>390</sup> Bistrizki, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 46.

<sup>391</sup> Bistrizki, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 50.

<sup>392</sup> Pollack, Schutzgesetzverletzung und „negligence per se“, S. 118; Staudinger-Hager, § 823 G 16.

<sup>393</sup> Knöpfle, Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, NJW 1967, S. 697-702.

保護目的<sup>394</sup>。

而既然保護目的之確定，迄今仍係對於保護他人法律判斷上最常被提出之理論<sup>395</sup>，本文以下擬就此兩位教授所提出之判斷標準予以介紹、說明：

(一) *Robert Knöpfle*

*Knöpfle* 認為德國民法第八百二十三條第二項之規定，不僅係以極度不確定之標準（äußerst unsicheres Kriterium）為依據，更係以違反法律政策的價值為準則，然而某一規定究竟是否具有特定的保護意圖，時常無法自該規定的內容探知。因此氏於結論上認為依據德國民法第八百二十三條第二項所生之損害賠償請求權，於系爭規定的意義、內容與目的之解釋上，必須要與整體法制下之意義與體系能夠相一致<sup>396</sup>。

詳言之，一個規定是否得以被認定為係保護他人法律，到底其判斷標準為何？對於這個問題的解答，可以從兩個面向來看。依據德國民法第八百二十三條第二項所產生的損害賠償請求權，一方面必須滿足於整體法制（Gesamtrechtsordnung）與民法的內容與體系，尤其是在沒有契約的損害賠償權利時（Recht des außervertraglichen Schadensausgleichs）的體系；另一方面適用本條之規定的結果，必須與系爭規定的意義（Sinn）、內容（Inhalt）及目的（Zweck）協調一致。亦即依據德國民法第八百二十三條第二項的文義，僅就該規定的目的予以解釋，是不合乎本條之要求的<sup>397</sup>。

<sup>394</sup> Schmiedel, Deliktsobligationen nach deutschen Kartellrecht.

<sup>395</sup> Bistrizki, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 29.

<sup>396</sup> Knöpfle, Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des §823 Abs. 2 BGB, NJW 1967, S. 699 f.

<sup>397</sup> Knöpfle, Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des §823 Abs. 2

並且如同其他法律一般，對於德國民法第八百二十三條第二項之適用，必須要做出合理的限制，以避免民法的保護趨於過度（Hypertrophie）。那麼應該以如何之標準去判斷，保護目的是否存在？*Knöpfle* 提出八個標準以供檢驗<sup>398</sup>：

1、某一規定是否以保護他人為目的，在判斷上的第一個前提，就是**該規定的客觀效用係在對於特定範圍之人（dieser Personkreis）予以保護，以避免特定損害（dieser Schade），及避免造成損害的特定方式（diese Art der Schädigung）**。因此保護的客體必須是**個別利益（Individualinteresse）**。

2、並且應確定者是，縱然客觀上某一規定係以保護他人為目的，但是若系爭規定實際上並非以保護他人為目的或者亦非附帶的以保護他人為目的時，則其並非保護他人之法律。

然而尚存在的問題是，究竟某一規定是否實際上是以保護他人為目的的研究，應取決於當初立法者的意志（*Wille des Gesetzgebers*），或是法律的客觀意圖（*objektivierter Wille des Gesetzes*），或者應為兩者的協力（*Zusammenwirken*）？換言之，是主觀的或客觀的解釋方法，抑或者是應取其折衷（*Zwischenlösung*）<sup>399</sup>？

3、倘若單獨地從某一規定之規範目的，認為應課予違反系爭規定之行為人損害賠償責任，此一結論會抵觸該規定的內容或意義者，應認為系爭規定並

---

BGB, NJW 1967, S. 699 f.

<sup>398</sup> *Knöpfle*, Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des §823 Abs. 2 BGB, NJW 1967, S. 700.

<sup>399</sup> 關於法律解釋的方法，係以立法者的意志，或是法律的客觀意圖為依歸，請參閱 *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen: Eine Einführung, 2. Aufl., 2001.

非以保護他人為目的。

- 4、透過保護他人法律之承認而產生的損害賠償請求權，必須要不會與民法及在沒有契約的損害賠償權利時的法制之體系與內部關係（innere Zusammenhang）相衝突。

當違反法律的責任已經被詳為規定時，應該對於德國民法第八百二十三條第二項此一請求權基礎之內容有所限縮，故此時不能夠認為有保護他人法律之存在；或者應特別在消滅時效（Verjährungsfrist）的期間上使其受到影響。

- 5、當例如有於契約的締結上所不被允許之內容時，系爭規定不能夠被視為係有利於他人而成為保護他人法律，蓋於此時承認損害賠償請求權的存在，將不能與該行為係被禁止者，互相協調一致。

- 6、違反某一規定所生之損害賠償請求權必須是實際上可實踐的（praktisch durchführbar），否則系爭規定即非以保護他人為目的。舉例而言，當被害人欲以行為人違反礦業契約第六十條（Art. 60 des Montan-Vertrages）所規定之差別待遇禁止（Diskriminierungsverbot），而主張享有損害賠償請求權時，因為其數量是無法估計的（Zahl unübersehbar），並且損害幾乎沒有辦法確定（Schden ist kaum feststellbar），因此系爭規定並非以保護他人為目的。

- 7、對於保護他人法律的承認，必須要予以檢測，是否適於因系爭規定的違反而產生私法上的請求權基礎，因為必須考量到下述問題：

德國民法中非契約責任的權利，是由三個基本的構成要件所構成。依據德國民法第八百二十三條第一項所生的損害賠償責任，係因過失侵害絕對權（*absoltes Recht*）或特殊權利（*besondere Rechtsgüter*）；依據德國民法第八百二十三條第二項所生的損害賠償責任，係因保護他人法律之違反；至於依據德國民法第八百二十六條所生之損害賠償責任，係因故意違反善良風俗而致生損害。

自德國民法第八百二十三條第一項得以知悉，僅於侵害法秩序中特定範圍的權利時，始生賠償責任；而德國民法第八百二十六條責任之構成則取決於行為的方式。至此可以得出，德國民法之侵權責任有兩個原則，一為**結果不法**（*Erfolgsunwert*）；一為**行為不法**（*Handlungsunwert*）。而於德國民法第八百二十三條第二項中可以得出，對於權利或利益的保護，係透過保護他人法律的被違反，並且因為這樣的違反，可以認為行為是可非難的（*verwerflich*）。而這再次重申了侵權責任法的基本思想，並且也因此才適宜肯認系爭規定係以保護他人為目的。

- 8、此外，是否承認一個某一規定是否係以保護他人為目的，也**必須考量雙方當事人是否值得受保護**。亦即課予加害人賠償責任必須是具有意義的。就此則通常必須討論，**是否在此範圍中課予加害人責任是適當且合理的**（*maßvoll und vernünftig*）

## （二）*Burkhard Schmiedel*

*Schmiedel* 嘗試透過分析德國帝國法院（*Reichsgericht*）和德國聯邦最高法院

(Bundesgerichtshof) 的判決，以建立保護目的之確定的方法。而氏認為某一規定保護目的之確定的目標，其重點在「對於當初立法者的評價予以理解」(Erkenntnis historischer gesetzgeberischer Wertung)<sup>400</sup>。當然「法律規範的結構」(Normstruktur)、  
「法律體系的相互關係」(systematische Zusammenhang eines Gesetzes) 以及「歷史解釋」(Entstehungsgeschichte) 均為參考的指標，但是在這三者之間並沒有特定的優先順序 (Rangfolge)，亦即此三者並沒有原則性的區別，只是以不同方式達到確定保護目的此一目標<sup>401</sup>。

### 1、保護目的確定之主要標準

*Schmiedel* 在德國民法第八百二十三條第二項之適用的核心概念上，於強調對於當初立法者之理解的同時，認為關於保護目的之確定應劃分為兩個階段：

#### (1) 依據當初立法者之意見以確定保護目的

當然關於保護目的為何，常見之狀況係，無法自立法者處得到完全明確之解答，但是這並非代表如此之解釋方法係沒有價值的，蓋對於某一規定特定之保護目的，僅須能自此解釋方法大致上 (wenigstens „wahrscheinlich“) 得出即為已足<sup>402</sup>。

#### (2) 但在下列兩者情形，最初的保護目的應該受到修正：

<sup>400</sup> Schmiedel, Deliktsobligationen nach deutschen Kartellrecht, S. 225, 231.

<sup>401</sup> Schmiedel, Deliktsobligationen nach deutschen Kartellrecht, S. 226, 228.

<sup>402</sup> Schmiedel, Deliktsobligationen nach deutschen Kartellrecht, S. 230.

#### A、伴隨規定的發展，可能造成規範目的的改變

蓋一個保護法規可能係百年前所制定，但與今日的情勢相比，可能被認為係荒謬的規定；或者可能在該保護法規制定後，又頒布另一個與該保護法規內容相矛盾的法律。並且上述情形不僅是得以想像其可能發生，而是很肯定的可以在法律秩序中見到各式各樣的改變<sup>403</sup>。

#### B、因與其他法律的衝突而限縮德國民法第八百二十三條第二項之適用範圍



德國聯邦最高法院就此曾作出一個經典判決，而本案判決所涉及者係德國民法第八百二十三條第二項與刑法第三百三十條及第三百六十七條第一項第十五款之規定的解釋。本案判決表示：當承攬人（Bauunternehmer）或建築師（Architekten）建築建築物有過失，故該建築物有瑕疵而未達契約效用，因而致使定作人（Bauherr）受有財產上損失時，因為考量刑法第三百三十條或更精確地說是第三百六十七條第一項第十五款之規定的結果，不能承認定作人得因系爭不法行為而享有德國民法第八百二十三條第一項或者第二項之損害賠償請求權<sup>404</sup>。

*Schmiedel* 認為德國聯邦最高法院在這個案件中，對於系爭規定之保護目的的研究，考慮法律規定衝突（Rechtssatzkollision）之問題，因此否認原告之損害賠償請求權。而 *Schmiedel* 認為學說一般關於德國民

<sup>403</sup> Schmiedel, Deliktobligationen nach deutschen Kartellrecht, S. 232-241, besondere S. 232 f.

<sup>404</sup> BGHZ 39, 366.

法第八百二十三條第二項在法學上之討論，通常係太片面地僅從「**保護他人法律的違反**」(Schutzgesetz-Verletzung)去研究，而疏忽了法律規定衝突的問題<sup>405</sup>。

## 2、保護目的確定之其他參考因素

### (1) 法律規範的結構

既然 *Schmiedel* 認為**法律規範的結構**亦係保護目的確定的標準之一，其認為下列八個規則 (Regel) 得以確定系爭規定之規範目的<sup>406</sup>：

- 
- A、當一個規定，其在構成要件之中宣示特定被侵害之客體 (**bestimmtes Verletzungsobjekt**) 時，此即為系爭規定之保護目的。(規則 1)
- B、當一個規定之構成要件所示之特定被侵害客體，係歸屬於特定主體 (**bestimmtes Subjekt**) 時，該特定主體確定屬於被保護之人的範圍。(規則 2)

「**結果禁止構成要件**」(erfolgsorientierter Verbotstatbestand) 指在構成要件中指出特定侵害結果。而相類似的規範結構在刑法中尚有「**具體危險犯**」(konkretes Gefährungsdelikt) 的規定，此種規定一般在構成要件中指出**特定客體** (bestimmtes Objekt) 以及被禁止之**具體危險** (konkrete Gefährdung)。而此種具體危險犯應適用規則 3 與規則 4：

<sup>405</sup> Schmiedel, Deliktsobligationen nach deutschen Kartellrecht, S. 242-249, besondere S. 249.

<sup>406</sup> Schmiedel, Deliktsobligationen nach deutschen Kartellrecht, S. 159-187, besondere S. 168 f. 171, 179. Ähnliche Meinung, siehe Honsell, Der Verstoß gegen Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, JA, 1983, S. 104.

C、相應於規則 1，具體危險犯中具體危險之客體（Gefährdungsobjekt）

即係系爭規定之保護目的。（規則 3）

D、相應於規則 2，在系爭規定中所示之具體危險的客體，若係歸屬於特

定主體時，該特定主體確定屬於被保護之人的範圍。（規則 4）

E、縱然某一規定之構成要件已經規範特定之被侵害客體或危險客體，但

**若系爭規定並無欲以保護權益為目的**，假使沒有特別之理由，不能承認其係以保護他人為目的。（規則 5）

F、縱然某一規定之構成要件所示的特定被侵害客體或危險客體，係歸屬

於特定之主體，**但若系爭規定無欲以保護個人為目的**，假使沒有特別的理由，不能承認其係以保護他人為目的。（規則 6）

G、如果某一規定之構成要件的特定要素是可替換的，假若有任何依據可

以得出，系爭規定的結構並非僅適用於特定的情形之一時，那麼就應該承認，系爭規定在其構成要件要素可交替任何情形，均係保護目的。（規則 7）

H、縱然已經符合規則 7 的要求，但若系爭規定之構成要件的可交替

（Tatbestandsalternative）情形之一，與其他規定之特定規範目的不能協調一致（unvereinbar），則系爭規定不能以此部分作為其規範目的。（規則 8）

## (2) 法律體系的相互關係

至於以**法律體系的相互關係**作為保護目的確定之標準時，所涉及者為**某一規定在整體法律中的地位**，而 *Schmiedel* 認為**立法者在各種保護法規制定時所表現出的「差異的廣泛性」** (Variationsbreite) 係判斷的標準，而這是比其在「法律規範的結構」之判斷時所建立的標準，更概括且更一般化的標準<sup>407</sup>。

甚且其進一步的表示，就法律體系的相互關係之解釋，有三個因素值得考量，亦即「**脈絡**」 (Kontext)、與「**整體法制的規範目的之關係**」 (Beziehung zum Zweck des Gesamtgesetzes)、**「程序法的立場」** (verfahrenrechtliche Position)<sup>408</sup>。

### A、脈絡

所謂以**脈絡**作為考量之因素，係指從相關的規定去作解釋。蓋立法者係出於一定的規則而制定法令 (Bestimmung)，因此當可以確定系爭規定的體系位置後，可以認為系爭規定之規範目的，與劃分為同類之法令的規範目的相同。

### B、與整體法制的規範目的之關係

因為氏認為所謂「**規定之目的**」 (Normzweck)，或稱為「**保護目的**」

<sup>407</sup> Schmiedel, Deliktobligationen nach deutschen Kartellrecht, S. 200.

<sup>408</sup> Schmiedel, Deliktobligationen nach deutschen Kartellrecht, S. 187-200, besondere S. 191, 193 f., 198. Ähnliche Meinung, siehe Honsell, Der Verstoß gegen Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, JA, 1983, S. 104.

(Schutzzweck) 係自各別的規定中得出，而此係有別於整體法制意義下的規範目的，故為區分之，特將後者稱為「**整體法制的規範目的**」(Zweck des Gesamtgesetzes)。但是其認為雖然兩者不同，不過整體法制的規範目的，可以作為保護目的之考量因素 (Hilfsmittel)，亦即得參考整體法制的規範目的後，進而解釋系爭規定的規範目的。

### C、程序法的立場

氏觀察德國帝國法院的判決後，發現在 RGZ 79, 85 與 RGZ 59, 49 所涉及之案件中，法院均係透過程序法的立場以承認系爭規定之保護目的，尤其是藉此以判斷系爭規定所欲保護之人的範圍。而氏認為，此亦不失為作為保護他人目的之確定的準則 (Leitlinie) 之一。

#### (3) 歷史解釋

而以**歷史解釋**作為保護目的確定之標準時，所欲研究者並非立法之成果本身 (legislatorisches Produkt selbst)，亦非將系爭規定制定出來的瞬間點 (der Punkt, in dem die Entstehung endet)，而是立法的過程 (Prozeß der Entstehung)。

舉例而言，當我們可以信賴原始資料 (Quellenmaterial)，並因而確定系爭規定在立法過程中 (im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens)，並無欲保護特定利益之意，則該利益並不在系爭規定所欲保護之範圍之內。

然而氏亦強調，歷史解釋作為判斷標準就如同一般的原則，僅係一簡便

的判斷法則 (Faustregel)，因此縱然一特定利益在立法過程曾經被討論，但是從該規定的文本 (Formulierung) 明顯可知並非如此時，系爭利益並非保護目的所及<sup>409</sup>。

## 二、實務見解

大多數德國聯邦最高法院的判決，對於某一規定是否以保護他人為目的，常用之解釋標準包括：規定的文義 (Wortlaut)<sup>410</sup>、歷史解釋 (Entstehungsgeschichte)<sup>411</sup> 及體系的相互關係 (systematischer Zusammenhang)<sup>412</sup>。因此德國實務見解於判斷系爭規定是否具有保護他人之特性時 (Schutzcharakter)，正如一般在法學文獻上所建立之標準一樣，係採用多樣的解釋標準以確定之<sup>413</sup>。

然而因規定的目的時常難以理解，因此在少部分的判決中，則係透過責任法的整體體系 (haftungsrechtliches Gesamtsystem)<sup>414</sup> 或者規範結構的整體關係 (Gesamtzusammenhang des Normgefüges)<sup>415</sup> 廣泛的予以權衡<sup>416</sup>。從而司法就某一規定是否以保護他人為目的，擁有很大的判斷權限 (erheblicher Spielraum)<sup>417</sup>。而法院通常會探尋：對於個人賦予損害賠償請求是否是有意義的，並且在整個責任體系中是可容忍的<sup>418</sup>。

<sup>409</sup> Schmiedel, Deliktobligationen nach deutschen Kartellrecht, S. 200-221, besondere S. 202, 218. Ähnliche Meinung, siehe Honsell, Der Verstoß gegen Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, JA, 1983, S. 104.

<sup>410</sup> Wie BGH VersR 1981, 638 f.: über §12 I Nr. 5 Pflanzenschutzgesetz; BGH NJW 1987, 1694, 1695: über §3 Nr. 2 lit. b Futtermittelgesetz usw. Siehe Pollack, Schutzgesetzverletzung und „negligence per se“, S. 128 ff.

<sup>411</sup> Wie BGH NJW 1989, 707, 709: über §3 Nr. 2 a Futtermittelgesetz; BGH NJW 1987, 1694, 1695: über §17 FuttermittelVO usw. Siehe Pollack, Schutzgesetzverletzung und „negligence per se“, S. 130 ff.

<sup>412</sup> Wie BGH NJW 1976, 2129: über §393 RVO; BGH NJW 1989, 974 usw. Siehe Pollack, Schutzgesetzverletzung und „negligence per se“, S. 132-136.

<sup>413</sup> Pollack, Schutzgesetzverletzung und „negligence per se“, S. 127 f.

<sup>414</sup> BGH NJW 1976, 1740.

<sup>415</sup> BGH NJW 1994, 1801, 1803

<sup>416</sup> Pollack, Schutzgesetzverletzung und „negligence per se“, S. 136-143.

<sup>417</sup> Staudinger-Hager, § 823 G 16.

<sup>418</sup> BGHZ 66, 388, 390 = NJW 1976, 1740; BGHZ 106, 204, 207 = NJW 1989, 974; BGHZ 125, 366 ,

下茲舉三件德國實務之判決，以觀察在具體個案中，上述指導原則究竟係如何被操作：

(一) BGHZ 15, 315

原告是一個在西元 1946 年設立登記的合法組織，依據系爭組織所制定之規章第一條的規定，其設立的目的係為保護並促進，在漢堡的律師公會其成員的專業及經濟利益。至於被告是另一個在西元 1890 年設立登記的合法組織，而依據系爭組織所制定之規章第二條的規定，其設立的目的在於為人們改善租賃及居住的條件，尤其是保護其成員正當合法之利益。而依據這個協會所制定之規章第二條之四及第二條之五的規定，其所提供的服務之一是，提供其成員在法律爭點上有效的法律建議，但是其所收取的報酬是固定的，並且是根據尋求例如律師等此類專業人士的費用等級訂定之。而原告訴請法院禁止被告即這個承租人的組織，繼續提供法律諮詢的服務。

而本案所牽涉者係，關於必須由律師公會中具有特定資格的成員，提供法律服務之相關規定，其規範目的為何？德國聯邦最高法院認為法律諮詢法第一條第一項（Art. 1 § 1 Rechtsberatgesetz）之規範目的的解釋，必須與同法第七條第一項的解釋相一致，從而可以得知系爭規定具有兩個規範目的。其中之一是為確保大眾可以從具有足夠資格，並且受有訓練的專業者獲得適當的諮詢，另一個規範目的則是為保護律師公會的利益，避免其遭受到個人或組織的競爭，尤其是在這些

---

374 = NJW 1995, 1801, 1803. Sieh Basil S. Markesinis & Hannes Unberth, The German Law of Torts: A Comparative Treatise 887 (2002); Bistrizki, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 10; Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 1268; MünchKomm-Wagner, § 823, Rn. 318; Staudinger-Hager, § 823 G 4. Gleiche Meinung sieh Knöpfle, Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des §823 Abs. 2 BGB, NJW 1967, S. 700.

個人或組織並未受有相同訓練，也沒有符合其他限制，使之如同具有專業資格之律師一般。

而結論上正因為系爭規定具有以保護律師公會之利益為目的，因此雖然法院也認為這個承租人的組織得以收取適當費用以應付其成本的支出，但是原告對被告所為之主張，亦即被告不能收取完全的費用的請求被法院所接受了。

## (二) BGHZ 29, 100

本案被告是某一家有限責任公司的大股東及負責人，而這家公司在西元 1954 年 7 月 17 日開始了破產程序，至於本案原告則是數年來持續提供未加工之原料給系爭公司的一個無擔保債權人。而依據破產管理人的報告，系爭公司的資產僅足夠清償部分優先債權人之債權。

本案原告控告系爭公司負責人，因為他過失的違反數種他身為公司負責人所應負之責任，並且致使原告受有損害。例如原告主張，縱然公司已經陷於無資力並且負債過多，惟被告卻未即時聲請開始破產程序，並且因其不作為之結果，致使原告因繼續提供貨物給系爭公司而因此遭受財產上損失，從而被告已經違反有限責任公司法第六十四條第一項 (§ 64 Abs. 1 Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung) 之規定。

雖然被告抗辯，即時聲請開始破產程序的義務僅僅係為了保護公眾利益，然而這樣的抗辯並不為法院所接受。德國聯邦最高法院認為依據有限責任公司法第八十四條第一項，如果公司負責人怠於聲請開始破產程序，其可能被處徒刑或課予罰金。因此明顯地有限責任公司法第六十四條第一項目的係為了保護公司的債

權人，避免公司債權人因未開始或者未及時開始破產程序而遭受損害，尤其是那些在應當開始破產程序期日後才進一步貸款給公司的債權人更是如此<sup>419</sup>。

### （三）BGHZ 26, 42

本案例中，法律賦予被告權利以經營公車路線，但是禁止被告經營從 A 到 B 這段特定路線，然而儘管有如此明確地禁止規定，被告仍然經營了這段路線，並且因此被聯邦鐵路局（Bundesbahn）控告。

而法院所面臨之問題在於，聯邦鐵路局可否依據德國民法第八百二十三條第二項之規定請求損害賠償？因為旅客運送法（Personenbeförderungsgesetz）已經授權原告經營此段特定路線，惟被告卻違反此一規定。就此，聯邦最高法院認為，當運送人經營交通路線卻未得到行政機關的許可時，其已違反旅客運送法第一條、第二條、第四條及第四十條第一項之規定，故應肯認聯邦鐵路局得依據德國民法第八百二十三條第二項之規定請求損害賠償，因為旅客運送法保護聯邦鐵路局的權利，乃係在憲法上所容許者。

---

<sup>419</sup> 關於本條規定之解釋，德國學者之見解，請參閱 Esser/Weyers, Schuldrecht, Brand II, Besonderer Teil, Teilband 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse, S. 200; Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 1269; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Halbband, S. 438, 444; Staudinger-Hager, § 823 G 29.

## 第二目 我國法

### 壹、學說見解

#### 一、保護目的概說

因我國學說向來就「保護他人之法律」的研究，並未再區分為「保護他人」及「法律」兩個部分以為論述，因此一般即概稱所謂保護他人之法律<sup>420</sup>，係指一切以保護他人為目的之法律。詳言之，係指任何以保護個人或特定範圍之人為目的之法律，因此若係專以保護國家公共利益、社會秩序或以保護一般大眾為目的之法律即不包括在內<sup>421</sup>。



<sup>420</sup> 惟仍應強調者係，其實關於「保護他人之法律」應分為「保護他人」與「法律」兩個部分予以研究，然而因我國學說甚至包括絕大多數之實務見解，均未就此兩者予以區分以觀，致使於學說之討論或判決內文中均以「保護他人之法律」稱之。惟既然本文關於「保護他人之法律」中之「法律」的認定，已於第三章第一節第一項詳為研究，以下雖仍暫遷就學說與實務用語而以「保護他人之法律」稱之，但其實本文於此之研究核心在於，「保護他人之法律」中之「保護他人」應如何認定。

<sup>421</sup> 梅仲協，民法要義，1954年3月臺新初版，頁141；王伯琦，民法債編總論，1956年11月初版，頁76；鄭玉波，民法債編總論，1962年6月初版，頁154；戴修瓚，民法債編總論，1964年10月，頁153-154；朱柏松，現代侵權行為救濟制度之研究—以多氯聯苯事件為中心之商品製作人責任之探討（上）—，台大法學論叢，第11卷第1期，1981年12月，頁186；朱柏松，論不法侵害他人債權之效力（上），法學叢刊，第145期，1992年1月，頁62；馬維麟，民法債編註釋書（一），1995年10月初版，第一八四條，邊碼149；王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任—民法第一八四條第二項規範功能之研究—，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996年10月，頁196；陳忠五，校園學生事故中應負賠償責任之人—台灣板橋地方法院八十七年度訴字第6九〇號民事判決評釋—，台灣本土法學，第1期，1999年4月，頁87；黃立，民法債編總論，1999年10月二版，頁278；陳聰富，論違反保護他人法律之侵權行為，台灣本土法學，第30期，2002年1月，頁1；蘇永欽，再論一般侵權行為的類型—從體系功能的角度看修正後的違法侵權規定—，政大法學評論，第69期，2002年3月，頁175；曾宛如，論證券交易法第二十條之民事責任—以主觀要件與信賴為核心，臺大法學論叢，第33卷第5期，2004年9月，頁80；楊佳元，道路交通安全規則與侵權行為法，臺北大學法學論叢，第55期，2004年12月，頁72；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005年1月，頁349；孫森焱，民法債編總論，下冊，2006年1月修訂版，頁248-249；郭冠甫，民法系列—侵權行為，2006年8月，頁89；熊誦梅，從最高法院判決談專利侵權之主觀要件，全國律師，第10卷第12期，2006年12月，頁23；劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」—最高法院九十二年度台上字第2四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第146期，2007年7月，頁240-241；惟亦有採反對見解，認為無論某一規定所保護者為「個人權益」或「公共利益」者，均屬保護他人之法律，請參閱鄭健才，債法通則，1985年9月，94。

此外，因個人權益得與一般公益<sup>422</sup>並存，故當某一規定除保護一般公益外，並重地或附帶地保護個人權益時，系爭規定仍係以保護他人為目的。從而，不少學說特別提出，若系爭規定係專以保護一般公益為目的，個人不過僅由其「反射作用」而享受利益者，系爭規定即不得以保護他人之法律論<sup>423</sup>。

## 二、判斷標準的提出

正如學者之觀察，何時構成保護他人之法律，因為涉及某一規定之規範目的的解釋，有時並非易事<sup>424</sup>，甚至可以認為某一規定究竟是保護個人權益、一般公益或是兼及於此兩者，非常難以認定<sup>425</sup>。因此學說上關於某一規定是否以保護他人為目的之認定，紛紛提出不同之進一步判斷標準，希冀能夠將其範圍盡量明確化、合理化。然而目前卻處於眾說紛紜，而各有其判斷準則的處境<sup>426</sup>。

而為觀察我國學說目前就保護他人之法律所承認的範圍，本文以下擬先就目前學說所提出之判斷標準予以介紹說明，並再於本文見解之部分綜合評析之：

<sup>422</sup> 某一規定係以保護「國家公共利益」、「社會秩序」或「保護一般大眾」為目的，事實上難以區分，並且因為只要確定系爭規定並非以保護個人權益為目的，或至少並未附帶地以保護個人權益為目的時，系爭規定即非以保護他人為目的。從而再區分某一規定係以保護「國家公共利益」、「社會秩序」或「保護一般大眾」並無實益，因此本文以下即以「一般公益」以為說明，相對於「個人權益」此一指涉以保護他人為目的之用語。

<sup>423</sup> 洪文瀾，民法債編通則釋義，1954年4月，頁126；何孝元，民法債編總論，1960年2月初版，頁68；鄭玉波，民法債編總論，1962年6月初版，頁154；戴修瓚，民法債編總論，1964年10月，頁148、153-154；朱柏松，論不法侵害他人債權之效力（上），法學叢刊，第145期，1992年1月，頁62；黃立，民法債編總論，1999年10月二版，頁278。

<sup>424</sup> 陳聰富，論違反保護他人法律之侵權行為，台灣本土法學，第30期，2002年1月，頁6；姚志明，侵權行為法研究（一），2002年9月初版，頁53、56。

<sup>425</sup> 劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」—最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第146期，2007年7月，頁241。

<sup>426</sup> 姚志明，侵權行為法研究（一），2002年9月初版，頁56。雖然此乃氏係就德國學說予以檢視後所得之結論，然而於我國法下，尤其係在民法第一百八十四條第二項修法而確立其為侵權責任之獨立類型，致使本條項之重要性大為提昇後，亦步上如同德國學說關於保護目的之確定眾說紛紜而各有其判斷標準之後塵。

有認為保護他人之法律須就規定之目的予以觀察，必須系爭規定課予行為人**特定義務**，且以保護特定個人權益為目的，而非專為保護一般公益<sup>427</sup>。故自其結論以觀，似認為某一規定是否課予行為人義務，應是保護目的之確定的標準。

甚且，自其評析最高法院八十六年度台上字第二一五一號判決及最高法院八十六年度台上字第三〇七六號判決之內容，認為因「是否依法申請建築執照，與致人損害與否，並無關聯。法律規定申請建築執照之目的既與防止危害他人之權益無關，即不得作為過失與否之判斷標準。」從而支持後者判決之見解，認為依法規申請建造執照，僅屬行政管理之規定<sup>428</sup>。更可看出其隱有看法認為既然民法第一百八十四條第二項之規定，具有推定過失之效果，因此某一規定得以被解釋為保護他人之法律，係因為系爭規定課予行為人義務，從而當行為人違反系爭規定時，不啻違反保護他人法律，於此同時，推定其行為具有過失始屬合理<sup>429</sup>。

有認為規範目的的探尋，涉及某一規定保護主體範圍與客體範圍的解釋，經常見人見智，成為爭議所在。並且因為民法第一百八十四條第二項之保護客體及於利益，因此關於本條項之解釋應特別謹慎。亦即除非某一規定顯然具有保護「他人利益」此一規範目的，而且該法律對利益的存在，其主體、內容及範圍等已經明確界定，又別無獨立損害賠償責任之規定時，始得認為系爭規定為保護他人之法律。

<sup>427</sup> 陳聰富，論違反保護他人法律之侵權行為，台灣本土法學，第30期，2002年1月，頁1。類似看法，請參閱陳忠五，土地所有人「管線安設權」之侵害與鄰地所有人之損害賠償責任—評最高法院九十三年度台上字第二四五三號判決—，月旦法學雜誌，第122期，2005年7月，頁217。其表示因民法第七百八十六條第一項之規範意旨，在經由課予鄰地所有人容忍土地所有人通過其土地安設管線的義務，並且保護之主體及客體又很明確，因此本條項之規定係屬保護他人之法律。自其說明過程以觀，似亦認為在保護他人法律之判斷上，是否課予行為人義務乃係認定的標準。

<sup>428</sup> 陳聰富，論違反保護他人法律之侵權行為，台灣本土法學，第30期，2002年1月，頁6。

<sup>429</sup> 蓋氏認為過失之概念，係指行為人欠缺「理性人之注意標準」。換言之，注意義務之違反即係過失之認定標準。關於氏就過失之概念的說明，請參閱陳聰富，論侵權行為法之違法性概念，月旦法學雜誌，第155期，2008年4月，頁180。

亦有認為某一規定究竟是否屬於保護他人之法律，並不是從該法律的效果著眼，反而是應自系爭規定之內容、目的予以判斷，特別是立法者在公布該法律時是否有意給予該受害者一個損害賠償請求權，更是主要論斷的對象。因此，若某一規定在最初之意義上，固係以保護一般公益為其考量，但個人權益，亦為直接所保護之對象時，仍無妨以之為保護法規。最直接而具體該當為保護法規者，係指該法律，已對於個人於其法益或各個利益受有侵害時，直接地賦予其私權保護之情形<sup>430</sup>。

尚有認為欲尋求規定之規範目的時，最直接及最常被引用者當為「歷史解釋」及「文義解釋」<sup>431</sup>。

#### (一) 歷史解釋

所謂歷史解釋，係指探求立法者於制定法律時所作之價值判斷及其所欲實踐之目的，以推知立法者之意思，而為解釋之方法<sup>432</sup>。因而氏認為探討一個規定是否以保護個人權益為目的，立法者之意思為重要之依歸。

並且其進一步地表示，因某一規定之規範目的，可能因時事之轉變而為不同之解釋，故於此就歷史解釋可分為三種型態觀之：

- 1、立法者立法當初之意思與立法者處於今日應有之意思，均視某一規定以保護他人為目的時，則系爭規定以保護他人為目的；
- 2、雖立法者立法當初之意思，視某一規定非以保護他人為目的，或者不明，

<sup>430</sup> 朱柏松，論不法侵害他人債權之效力（上），法學叢刊，第145期，1992年1月，頁62。

<sup>431</sup> 姚志明，侵權行為法研究（一），2002年9月初版，頁53-56。

<sup>432</sup> 楊仁壽，法學方法論，1986年11月初版，148-151；陳愛娥譯，法學方法論，1996年12月，頁232-236；黃茂榮，法學方法與現代民法，2002年9月增訂四版，頁369-371。

但立法者若處於今日應有之意思，應視其以保護他人為目的時，則系爭規定以保護他人為目的；

例如其舉例表示，固然最高法院七十七年度台上字第一五八二號判決認為，個人經營小客車客運業、小貨車運輸業管理辦法第七條限制計程車以出租或以其他方式與他人駕駛營業之規定，純係基於對計程車業者行政上管理之考慮，而非著眼於乘客安全之保障，故難指為民法第一百八十四條第二項所謂保護他人之法律。然而鑑於目前國內治安惡化，藉計程車犯罪之事件時而有聞，對於乘客之人身及財產威脅日增，故要求加強管理計程車業者之呼聲不斷的今日，應解釋系爭管理辦法係以保護他人為目的。

- 3、立法者立法當初之意思與立法者處於今日應有之意思，均視某一規定並非以保護他人為目的時，系爭規定並非以保護他人為目的。

## (二) 文義解釋

姚志明教授參考德國學說後認為，欲自文義解釋以確定某一規定是否係以保護他人為目的，可從**規範之結構**以觀。例如系爭規定已於其構成要件中將侵害客體列舉出時，該被列舉之客體係在保護之目的範圍內；或在行為之構成要件該當性中，某一規定所列舉之侵害客體歸屬於一定之主體時，則推定此主體在被保護之人的範圍內。

又有認為對於行為人課予民事責任必須從「期待可能性」著眼。換言之，只有行為人對於造成被害人之損害有預見可能者，始能要求其應防免損害之發生，因此也僅於行為人對其已預見之損害但卻未防免系爭損害之發生時，課予民事責任始具意義。

基此，其將民法第一百八十四條劃分為三個類型，第一項前段為侵權類型、第一項後段為背俗類型、第二項為違法類型，並就此三者分別研究何時已得認為課予行為人民事責任具有期待可能性。首先關於侵權類型，因為權利本身就是特定化的個人法益，因此沒有再進一步特殊化之必要；而在背俗類型，係要求行為人必須以背於善良風俗方法加損害於他人，並於存在一個具有「針對性」的具體背俗行為時，肯認應課予行為人民事責任；至於違法類型，係透過限縮於「保護他人之法律」的違反，而使某一規定除滿足「對世規範」的要求，以建立行為人防免損害發生之期待可能性外，另外加上「保護個人法益」之限制，使請求權人有被特定化之可能，從而建立行為人賠償之期待可能性。詳言之，即係應透過三個階段的檢驗：

- 
- (一) 系爭規定必須以個人權益為主要保護標的或至少為其中之一；
  - (二) 被害人必須屬於該規定所欲保護之人的範圍；
  - (三) 被害法益應屬於該規定所欲保護之物的範圍；

其認為透過以上對「保護他人法律」要件的嚴格解釋，雖不要求違法行為的針對性，從而仍只需有一個抽象的違法行為，已可把可能的損害賠償請求權人限縮到一個合理的程度<sup>433</sup>。

惟自其論述可以得知，其實氏仍未就某一規定是否以保護他人為目的應如何判斷作出解釋，僅係認為某一規定欲成為保護他人之法律，仍須受（二）與（三）此兩要件之限制而已。

## 貳、實務見解

<sup>433</sup> 蘇永欽，再論一般侵權行為的類型－從體系功能的角度看修正後的違法侵權規定－，政大法學評論，第 69 期，2002 年 3 月，頁 170-171、174-175

本文以下擬以最高法院之見解為研究對象，首先整理最高法院就保護他人法律之定義，藉以討論其與通說向來所採之見解是否有所不同。並且再進一步分析，最高法院面臨各式各樣之規定時，是否詳細論證某一規定是否以保護他人為目的？若答案係屬肯定，則最高法院是否已有穩定之判斷標準以認定系爭規定是否以保護他人為目的？又最高法院所採之判斷標準是否適當？均係本文於此主要所欲研究者。

## 一、保護目的概說

### (一) 早期見解：不知從何得出之定義

最高法院就何謂「保護他人之法律」，最早曾於最高法院四十六年度台上字第四九一號判決中提出意見，其認為：「民法第一百八十四條第二項所謂保護他人之法律，係指違反預防損害發生之法律而言。」

然而為何民法第一百八十四條第二項所謂之保護他人法律，限於「以預防損害發生」者為限？此一判決並未多作說明。甚且在此定義之下，似乎某一規定成為保護他人之法律，僅須其係預防損害之發生即為已足，縱然並非以保護他人為目的亦無所礙，但此一結論顯然與本條文義未盡相符，亦與通說見解有違，或係因此之故，除此判決外，此一定義嗣後未曾再被援用。

### (二) 過渡時期見解：受學說及早期見解影響

最高法院除前述判決外，直至最高法院七十七年度台上字第一五八二號判決

始再度對於保護他人之法律的定義提出說明，其認為：「民法第一百八十四條第二項所謂保護他人之法律，係指**保護他人為目的之法律**，亦即**一般防止危害他人權益或禁止侵害他人權益之法律**。」並且此一主旨迄今多次地在最高法院的判決中出現<sup>434</sup>。

自此判決內文得以發現，最高法院已開始重視「保護他人之法律」定義的核心，乃係「**以保護他人為目的**」。此一見解之轉變，當然可能係因最高法院突然察覺到民法第一百八十四條第二項文義中本來即已明確表示，某一規定應以保護他人為目的，始得成為保護他人之法律。然而在最高法院此一見解之轉變間，民法第一百八十四條第二項並未有所修正，因此與其認為係最高法院突然察覺，民法第一百八十四條第二項文義中明示規定應以保護他人為目的，毋寧認為係因學說關於民法第一百八十四條第二項之解釋適用提出若干文獻，致使最高法院之見解有所變更<sup>435</sup>。因此本文認為最高法院在此時期所提出之定義，事實上受到了學說見解的影響。

然而最高法院七十七年度台上字第一五八二號判決就保護他人之法律定義的提出，似乎仍受早期見解影響，蓋本判決認為保護他人之法律係指「**一般防止危害他人權益或禁止侵害他人權益之法律**」，雖然與前揭最高法院四十六年度台上字第四九一號判決所用之文字，即「**預防損害發生之法律**」，略有不同，然而觀其內容，似乎係大同小異，僅係早期見解所在乎者係預防「損害之發生」，而此一見解

<sup>434</sup> 例如最高法院八十六年度台上字第三〇七六號判決；最高法院九十三年度台上字第一一五號判決；最高法院九十三年度台上字第二四三三號判決；最高法院九十五年台上字第一一七四號判決；最高法院九十六年度台上字第一五三〇號判決；最高法院九十六年度台上字第二三〇一號判決。

<sup>435</sup> 自民國四十六年至民國七十七年間，涉及民法第一百八十四條第二項之解釋適用的文獻，有王澤鑑教授於民國六十八年五月於「華岡法粹」所提出之「違反保護他人法律之侵權責任—民法第一八四條第二項規範功能之研究—」，此乃國內第一篇以民法第一百八十四條第二項為研究對象之專論文獻；又朱柏松教授亦於民國七十年十二月於「台大法學論叢」提出「現代侵權行為救濟制度之研究—以多氯聯苯事件為中心之商品製作人責任之探討（上）—」，本篇論文雖非專為研究民法第一百八十四條第二項而提出，但諸多內容亦涉及本條項之解釋適用。

所在乎者係預防「權益之侵害」<sup>436</sup>而已。但是某一規定欲成為保護他人之法律，是否果以預防他人之權益被侵害或預防損害之發生為必要？至少從民法第一百八十四條第二項之文義及通說之定義來看，答案應係否定的。

當然本文亦贊同，若某一規定其主要之目的或附帶的目的在於預防他人權益被侵害或預防他人遭受損害，即傾向於解釋系爭規定係以保護他人為目的，然而在此說明之下，應認為唯一考量之重點仍在「**系爭規定是否以保護他人為目的**」，至於是否為「預防損害發生之法律」或「一般防止危害他人權益或禁止侵害他人權益之法律」，僅是系爭規定究竟是否以保護他人為目的的參考因素而已。

### （三）近期見解：全面改採學說見解

正如同本文前述所分析者，是否為「預防損害發生之法律」或「一般防止危害他人權益或禁止侵害他人權益之法律」不應成為保護他人法律之定義的內容。此一見解為最高法院八十三年度台再字第一三四號判決所支持，其表示：「民法第一百八十四條第二項規定之所謂法律，係指一切以保護他人為目的之法律規範而言。」並且此一見解於其他最高法院判決中繼續被援用<sup>437</sup>。

然而接下來的問題是，縱然已確定保護他人之法律必須以保護他人為目的，但是這樣的見解仍屬太概括而無法操作，而必須有更進一步地說明。最高法院於是認為，必須「**該法律具個別保護性質，被害人係該法律所欲保護之人，且所請**

<sup>436</sup> 關於「損害」及「權益之侵害」的不同，學者有從「責任範圍上的損害」及「責任成立上的損害」為觀察。其詳細論述，請參閱陳忠五，產前遺傳診斷失誤的損害賠償責任－從「新光醫院唐氏症事件」論我國民事責任法的新課題，臺大法學論叢，第34卷第6期，2005年11月，頁135以下。

<sup>437</sup> 請參閱最高法院九十五年度台上字第三九五號判決；最高法院九十二年台上字第二四〇六號判決；最高法院九十六年度台上字第一一八號判決。

求賠償之損害，其發生亦係該法律所欲防止者始足當之」<sup>438</sup>，因此民法第一百八十四條第二項所謂保護他人之法律，係指「任何以保護個人或特定範圍之人為目的之法律而言，如專以保護國家公益或社會秩序為目的之法律則不包括在內」<sup>439</sup>，並且所謂以保護他人為目的「包括直接或間接以保護個人之權利或利益為目的之法律，又雖非直接以保護他人為目的，而係藉由行政措施以保障他人之權利或利益不受侵害者，亦屬之。」<sup>440</sup>至此可以看出，最高法院關於保護他人之法律的定義，已經完全改採學說之見解。

## 二、不附理由的最高法院

自前述分析已得確定，關於保護他人法律之定義，通說與實務見解已經趨於一致。惟向來關於保護他人法律之研究，主要之爭議並非在於保護他人法律的定義應係為何。反而係在於，在通說與實務之定義下，究竟各該規定是否以保護他人為目的？甚至是，判斷系爭規定是否以保護他人為目的之標準為何？其實始為難題所在<sup>441</sup>。

然而雖然某一規定是否以保護他人為目的，係向來爭議之所在，不過自為數甚多的判決以觀，最高法院就此問題卻隻字未提，是否最高法院就此完全欠缺問題意識？並且，最高法院完全忽略此一問題的結果，是否導致保護他人法律的認定極度氾濫，而完全喪失過濾責任是否構成之功能？

<sup>438</sup> 請參閱最高法院九十七年度台上字第二七二九號判決。

<sup>439</sup> 請參閱最高法院八十四年度台上字第一一四二號判決；最高法院九十二年度台上字第五五六號判決。

<sup>440</sup> 請參閱最高法院九十七年度台上字第一九五三號判決。

<sup>441</sup> 自我國學說關於何謂以保護他人為目的，很早即已趨於統一，然而因為各學者就各該規定是否以保護他人為目的，尚未有統一的判斷標準，致使各該規定是否為保護他人之法律，爭議仍大，即可知悉，本文此一對於問題點的觀察無誤。

### （一）現象觀察

最高法院於諸多判決中，未有隻字片語的解釋，即直接承認某一規定為保護他人之法律。例如與民法第一百八十四條第二項有關之三則判例中，其中就有兩則係如此。最高法院六十七年度台上字第二一一一號判例表示：「張錦洲並無駕駛執照，為上訴人所明知，仍將該小客車交其駕駛，**顯違道路交通管理處罰條例第二十一條第一項第一款、第二十八條之規定，亦即違反保護他人之法律**，應推定其有過失」；最高法院七十年台抗字第四〇六號判例表示：「**飼料管理法第二十七條第一項規定，為保護他人之法律**，如刑事判決認定相對人違反該條項之規定，抗告人並受騙而購買此等未經核准擅自製造之飼料，予以使用，致其飼養之豬隻死亡，依民法第一百八十四條第二項規定，即應推定相對人為有過失。」

甚且，最高法院不僅於早期判決如此，於近期判決中作此表示者亦所在多有，例如最高法院九十七年度台上字第二〇九五號判決表示：「按未領有駕駛執照而駕駛機車者，**係違反道路交通管理處罰條例第二十一條第一項第一款之規定，自屬違反保護他人之法律**，依民法第一百八十四條第二項規定，應推定其有過失。」然而道路交通管理處罰條例第二十一條第一項第一款之規定，係如何「自屬」保護他人之法律，最高法院卻完全未作說明，對於因此判決而受不利益之當事人而言，誠難信服。

尤其是某些案件中，某一規定究竟是否以保護他人為目的，學說爭議甚大，甚至在不同判決中還有歧異之見解，然而最高法院就此一規定為何係以保護他人為目的卻仍未予以任何之說明。例如民法中關於占有之規定，究竟是否為保護他人法律，迄今爭議仍大，惟最高法院九十五年度台上字第二七九八號判決卻逕表

示<sup>442</sup>：占有為事實，並非權利，但究屬財產之法益。如果占有被不法侵害，占有人『自』得依民法第一百八十四條第二項規定請求損害賠償。

在此判決中，雖然最高法院特地說明占有係屬財產法益，然而並不能因此論證出占有之規定係以保護他人為目的。換言之，尚不能因此得出占有之規定為保護他人之法律，惟最高法院卻於侵害占有時，認為被害人「自」得依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償。本案論證過程之粗糙，本文誠難贊同。

## （二）大部分之判決結論仍值贊同

其實就本文之觀察，最高法院於此類完全不附任何理由，即直接認定某一規定係屬保護他人之法律者，其結論大多不致有爭議。

例如其中最大宗者為道路交通法規，本文將搜尋所得之最高法院判決，整理如表二，並分別詳列行為人所違反之規定、其行為態樣，以及承認系爭交通法規係以保護他人為目的之判決字號：

【表二】：最高法院未附理由直接承認係以保護他人為目的之交通法規

行為態樣 及 行為人 所違反之規定	行為態樣	承認系爭交通法規係以保護他人為目的之判決
道路交通管理處罰條例第二十一條第一項	無照駕駛	最高法院八十三年度台上字第 二九四四號判決；最高法院八十

<sup>442</sup> 應與說明者係，本文所引之判決內容，雖係臺灣高等法院九十三年度上字第一〇六三號判決所示，惟本案高等法院判決業經上訴最高法院後，最高法院九十五年台上字第二七九八號判決因支持高等法院之見解，故以上訴無理由而駁回，從而自得將高等法院判決內容作為最高法院之見解。

第一款		四年度台上字第一五三二號判決；最高法院八十六年度台上字第三三九三號判決；最高法院八十七年度台上字第一二三九號判決；最高法院八十七年度台上字第一八八七號判決；最高法院八十九年度台上字第四九〇號判決；最高法院九十四年度台上字第二一二六號判決；最高法院九十六年度台上字第五三八號判決；最高法院九十七年度台上字第四四八號判決；最高法院九十七年度台上字第二〇九五號判決
<b>道路交通管理處罰條例第二十三條第二款</b>	汽車駕駛人允許無駕駛執照之人駕駛其車輛	最高法院八十四年度台上字第一五三二號判決；最高法院八十七年度台上字第一二三九號判決；最高法院九十四年度台上字第八三三號判決；最高法院九十六年度台上字第五三八號判決
<b>道路交通安全規則第十九條第三項</b>	雖係領用臨時牌照之車輛，卻仍予載運客貨收費營業	最高法院九十一年度台上字第二三二八號判決
<b>道路交通安全規則第四十四條第一項、道路</b>	領有牌照之自用小客車，其出廠年份六年以	最高法院八十九年度台上字第二〇九二號判決

交通管理處罰條例第十七條第一項	上，卻未依規定每年至少檢驗二次	
道路交通安全規則第九十四條	行車未保持安全距離	最高法院八十五年度台上字第一三九號判決；最高法院八十六年度台上字第八三三號判決
道路交通安全規則第一百十一條第一項第二款	於交岔路口十公尺內臨時停車	最高法院九十一年度台上字第一六四一號判決
高速公路交通管制規則第十條及第十四條	未妥適保養拖車致傳動軸掉落	最高法院七十九年度台上字第一七五九號判決

於前揭所舉之案件中，其實無論係禁止行為人無照駕駛，或禁止汽車駕駛人允許無駕駛執照之人駕駛其車輛，或要求行車應保持安全距離等，均是以**保護道路交通參與者之安全為目的**，因此均係以保護他人為目的殆無爭議，故前揭最高法院的判決結論均值贊同。

然而問題係，事實上並非所有道路交通法規之規範目的均是以保護道路交通參與者為目的，例如道路交通安全規則第八十九條第一項第二款規定，行車執照、駕駛執照及其他依法令規定必須隨車攜帶之證件，均應攜帶。此一規定之目的當然不是以保護交通參與者為目的，反而僅係考量交通監理之便捷性，亦即要求隨車攜帶相關文件，可以便捷地查驗駕駛者之身分，或者系爭車輛之車籍狀況等，從而系爭規定並非以保護他人為目的。

其實最高法院於認定道路交通法規為保護他人之法律時，並非完全未曾提及為何係以保護他人為目的，例如最高法院九十三年度台上字第四八五號判決表

示：「按非屬汽車範圍而必須行駛於道路之動力機械，應先申請臨時通行證隨車攜帶、憑證行駛，否則，除科處罰鍰並禁止行駛，道路交通管理處罰條例第三十二條、道路交通安全規則第八十三條定有明文。上開法條關於非屬汽車範圍之動力機械行駛道路須先聲請通行證隨車攜帶之規定，不僅在於保護通行道路、橋樑之完整，尚須審酌駕駛人有無駕駛能力與資格，更應視當地之交通狀況、動力機械之性能以決定通行之路線、時間以及行駛速度，探究其目的，除在維持交通秩序之公共利益外，亦兼有保護參與交通者之個人安全，顯屬民法第一百八十四條第二項「保護他人之法律。」

此一論證過程詳細清楚，令人誠服。而前揭表二所列之最高法院的判決於結論上雖無錯誤，然而其於認定某一道路交通法規為保護他人法律時卻毫無說明，就此則難以贊同。本文期待未來最高法院的判決能與最高法院九十三年度台上字第四八五號判決一般，予以詳細論證，使當事人能夠更信服法院之判決<sup>443</sup>。

依本文就最高法院判決之觀察，除前述涉及道路交通法規及勞工衛生法的判決，結論上均屬正確外，其他諸多未附理由地表示某一規定係以保護他人為目的之判決，仔細探究該規定之規範目的後，得以發現最高法院的見解亦屬正確。本文茲將搜尋所得之最高法院判決，整理如表三，並分別詳列行為人所違反之規定、規定內容，以及承認系爭規定係以保護他人為目的之判決字號：

---

<sup>443</sup> 此類最高法院完全未附理由，即直接承認某一規定係屬保護他人法律的判決，另一典型為涉及勞工安全衛生法之判決。例如最高法院七十七年度台上字第八三九號判決；最高法院八十六年度台上字第一五八〇號判決；最高法院八十九年度台上字第九二九號判決；最高法院九十年度台上字第一〇一四號判決；最高法院九十年度台上字第一八〇〇號判決；最高法院九十一年度台上字第一八二六號判決；最高法院九十一年度台上字第二四六六號判決；最高法院九十五年台上字第二一〇六號判決；最高法院九十五年台上字第二四六八號判決；最高法院九十七年度台上字第七三七號判決；最高法院九十七年度台上字第一八三八號判決。雖然前揭判決所涉及之勞工安全衛生法的各該條文，其實均係以保護勞工為目的，因此均屬保護他人之法律並無問題，然而若能就其理由構成予以補充，實更為妥適。

**【表三】：最高法院未附理由直接承認係以保護他人為目的之規定**

規定內容 及 判決 行為人 所違反之規定	規定內容	承認系爭規定 係以保護他人 為目的之判決
<b>飼料管理法第二十七條第一項</b>	販賣、輸出或意圖販賣而陳列或貯藏第二十條第一款、第二款或第三款之飼料或飼料添加物者，處六月以下有期徒刑、拘役或科或併科一萬元以下罰金。	最高法院七十七年度台抗字第四〇六號判例
<b>勞工保險條例第六條、第十條</b>	年滿十五歲以上，六十歲以下之左列勞工，應以其雇主或所屬團體或所屬機構為投保單位，全部參加勞工保險為被保險人：…（第六條） 各投保單位應為其所屬勞工，辦理投保手續及其他有關保險事務，並備僱用員工或會員名冊。…（第十條）	最高法院八十九年度台上字第一三一四號判決
<b>民法第七百九十四條</b>	土地所有人開掘土地或為建築時，不得因此使鄰地之地基動搖或發生危險，或使鄰地之建築物或其他工作物受其損害。	最高法院七十二年度台上字第三八二三號判決；最高法院九十八年度台上字第三九號判決
<b>銀行法第二十九條第一項</b>	除法律另有規定者外，非銀行不得經營收受存款、受託經理信託資金、公眾財產或辦理國內	最高法院九十三年度台上字

	外匯兌業務。	第二一〇七號 判決
身心障礙者保護法第四條、第二十三條； 各級學校體育實施辦法第十條、十一條	<p>身心障礙者之人格及合法權益，應受尊重與保障，除能證明其無勝任能力者外，不得單獨以身心障礙為理由，拒絕其接受教育、應考、進用或予其他不公平之待遇。（民國八十六年修正後之身心障礙者保護法第四條）</p> <p>各級教育主管機關辦理身心障礙者教育及入學考試時，應依其障礙情況及學習需要，提供各項必需之專業人員、特殊教材與各種教育輔助器材、無障礙校園環境、點字讀物及相關教育資源，以符公平合理接受教育之機會與應考條件。（民國八十六年修正後之身心障礙者保護法第二十三條）</p> <p>各校體育課之編班與排課應依下列規定辦理： …二、身心障礙或經醫師證明身體狀況不適宜與一般學生同時上課者，應另成立體育特殊教育班，每班人數以十五人為原則。…（民國九十一年修正後之各級學校體育實施辦法第十條）</p> <p>各校體育課之實施，應依相關規定辦理，並應加強下列措施：…五、體育特殊教育班之授課，應依學生既有能力及特殊需求，訂定教材內容及實施個別化教學。（民國九十一年修正後之各級學校體育實施辦法第十一條）</p>	最高法院九十四年度台上字第二三七四號 判決

<p><b>票據法施行細則第五條第五項</b></p>	<p>經止付之金額，應由付款人留存，非依本法第十九條第二項之規定，或經占有票據之人及止付人之同意，不得支付或由發票人另行動用。</p>	<p>最高法院八十五年台上字第一七六三號判決</p>
<p><b>航空貨運站倉儲貨物管理規則第四條； 海關管理進出口貨棧辦法第四條</b></p>	<p>航空貨運站對進倉存儲之貨物，除另有約定外，自貨物點收進倉時起至貨物點交出倉時止，負保管責任。…（航空貨運站倉儲貨物管理規則第四條） 貨棧之設置，須為堅固之建築，且具有防盜、防火、防水、通風、照明及其他確保存貨安全與便利海關管理與驗貨之設備。…（海關管理進出口貨棧辦法第四條）</p>	<p>最高法院八十三年度台上字第一六四八號判決</p>
<p><b>臺灣省工廠工人退休規則第三條； 臺灣鐵路事業人員退休規則第十四條</b></p>	<p>本規則所稱工廠及工人，係指工廠法施行細則所稱之工廠及工人。（臺灣省工廠工人退休規則第三條） 依本規則退休人員，具有左列服務年資，未依規定核給退休（職、伍）金者，得合併計算：…（臺灣鐵路事業人員退休規則第十四條）</p>	<p>最高法院七十年度台上字第一二〇七號判決</p>

（三）僅有少部分判決應再為斟酌

縱然依前述說明，最高法院未附理由地即直接表示某一規定係以保護他人為目的之判決，大部分判決的結論均值贊同，然而仍有部分判決則應斟酌再三。而本文於此所欲說明者係，姑且暫先不論於結論上是否應承認某一規定係以保護他人為目的，惟於承認該規定係以保護他人為目的或拒絕承認時，最高法院應該提

出論據以茲說明，蓋該規定是否係以保護他人為目的，並非如此當然。

### 1、民法中關於占有之規定「自」屬以保護他人為目的？

例如前揭最高法院九十五年度台上字第二七九八號判決表示：占有為事實，並非權利，但究屬財產之法益。如果占有被不法侵害，占有人「自」得依民法第一百八十四條第二項規定請求損害賠償。

惟民法中關於占有之規定是否係以保護他人為目的，學說爭議頗大<sup>444</sup>，甚至有諸多學者提出論文以為研究，最高法院卻輕描淡寫地直接表示占有人「自」得依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償，置此爭議於不顧，本文誠難贊同。

至於最高法院表示「占有為事實，並非權利，但究屬財產之法益」，似乎係嘗試就占有之規定係以保護他人為目的提出些許理由以為論證，然而如同本文前述，此一說明過程，仍不足以證明占有之規定即係以保護他人為目的，因此本文仍認為最高法院乃係毫不附理由地直接表示占有之規定即係以保護他人為目的。

<sup>444</sup> 民法中關於占有之規定是否係以保護他人為目的，採肯定說者，學說見解請參閱梅仲協，民法要義，1954年3月臺新初版，頁141；鄭玉波，民法債編總論，1962年6月初版，頁154；馬維麟，民法債編註釋書（一），1995年10月初版，第一八四條，邊碼46、167-175；王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任－民法第一八四條第二項規範功能之研究－，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996年10月，頁195-196；詹森林，無權使用他人土地之三角關係（一），月旦法學雜誌，第25期，1997年6月，頁39；王澤鑑，侵害占有之侵權責任與損害賠償，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第三冊，2004年10月，頁229-230；郭冠甫，民法系列－侵權行為，2006年8月，頁90。實務見解請參閱最高法院七十一年度台上字第三七四八號判決；最高法院七十四年度台上字第七五二號判決；最高法院八十八年度台上字第一四二四號判決；最高法院九十五年度台上字第二二五〇號判決；最高法院九十五年度台上字第二七九八號判決。採否定說者，請參閱蘇永欽，侵害占有的侵權責任，收錄於氏著，民法經濟法論文集，1988年，頁161-162；劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」－最高法院九十二年台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第146期，2007年7月，頁241。

2、支票存款戶處理辦法第四條第一項前段、第二項、第三項、第十四條及姓名條例第一條、第四條規定，「固」屬以保護他人為目的？

除前揭判決外，最高法院八十九年度台上字第一六三五號判決表示<sup>445</sup>：「**支票存款戶處理辦法（下稱處理辦法）第四條第一項前段、第二項、第三項、第十四條及姓名條例第一條、第四條規定，『固』均為以保護個人權益為目的之法規，應屬民法第一百八十四條第二項所指之保護他人之法律。**」在此一判決中，最高法院亦未提出任何論據，即直接地表示系爭規定係以保護他人為目的。

查支票存款戶處理辦法第四條第一項規定：「**金融業者對於申請開戶之個人，應核對確為本人**，並由開戶人依約定當面親自簽名或蓋章或簽名及蓋章於支票存款往來約定書暨印鑑卡上，並留存身分證影本，外國人開戶應在臺設有住所，並須留存護照及居留證影本。」本條項前段之規定要求金融業者對於申請開戶之個人，應核對確為本人，固然係為避免他人冒用本人名義申請開戶，致使本人因此受有損害，故得認為本條項之規定係以保護他人為目的。

又同條第三項規定：「**被拒絕往來未經解除者，不得申請開戶。**」本條之所由設，乃係既然申請人之票據信用不佳，故曾遭拒絕往來，若尚未經解除即許其開戶，並對外開立支票以作為付款工具，則可能使相對人誤以為申請人具有付款能力而與之交易，然最終卻因申請人並無資力而使其債權無法受償致受損害，故本條項之規定亦得解為係以保護他人為目的。

惟同條第二項規定：「**無行為能力人及限制行為能力人不得申請開戶。**」本條

<sup>445</sup> 應與說明者係，本文所引之判決內容，雖係臺灣高等法院八十七年度上字第一四二二號判決所示，惟本案高等法院判決業經上訴最高法院後，最高法院八十九年度台上字第一六三五號判決因支持高等法院之見解，故以上訴無理由而駁回，從而自得將高等法院判決內容作為最高法院之見解。

規定之所由設，乃係因申請開設支票存款戶者，係與金融業者簽訂契約，約定存款戶得以支票作為付款工具，而委由金融業者以其帳戶內之金額代為付款。惟依民法第七十五條規定，無行為能力人所為之意思表示無效，又依民法第七十七條本文規定，限制行為能力人為意思表示或受意思表示，應得法定代理人允許，因此無行為能力人或限制行為能力人原則上不能以自己之意思有效訂立契約。又縱然無行為能力人或限制行為能力人之法定代理人得代理其為有效之意思表示，惟其既尚未成年，並無容許其申請成為支票存款戶，並進而開立支票作為支付工具之必要，從而系爭辦法第四條第二項禁止無行為能力人或限制行為能力人申請開戶。在此說明之下，本條項之規定其實並非以保護他人為目的。

再查本案判決所涉事實係於民國八十三年間發生，當時姓名條例第一條規定：「中華民國國民之本名，以一個為限。並以戶籍登記之姓名為本名。」第四條則規定：「財產權之取得、設定、移轉、變更、或其他登記時，應用本名。其不用本名者，產權登記機關不得予以核准。存儲銀錢財物時，應用本名。其不用本名者，承辦人不得予以接受。共有財產使用堂名，或其他名義時，應表明共有人或其代表人之本名。其未表明者，準用前兩項之規定。」而以此兩規定內容以觀，要難認為係以保護他人為目的。例如姓名條例第一條之規定，僅係規定中華民國國民之本名以一個為限，並係以經戶籍登記者為準而已。最高法院卻率認為本條規定係以保護他人為目的，該被保護之他人為何，完全不得而知！如何透過本條規定之適用藉以保護之，亦不明瞭！而此一問題於同條例第四條之規定完全相同，卻不知為何最高法院認為此兩規定「固均為以保護個人權益為目的之法規，應屬民法第一百八十四條第二項所指之保護他人之法律」。

#### （四）小結

固然最高法院於為數甚多之判決中，不附理由地表示某一規定係以保護他人為目的，惟經本文之觀察，並非得以如此當然認定該規定係以保護他人為目的的判決僅有前揭兩則。其餘判決中，雖然最高法院對於該規定為何係以保護他人為目的並未予以論證，惟其結論仍屬正確。因此尚不至於認為最高法院關於保護他人法律的認定已極度氾濫，致使完全喪失過濾責任是否構成之功能。

事實上，亦非最高法院就此問題完全欠缺問題意識，蓋於其他數量亦甚豐富的判決中，尤其在某些規定是否應認為係以保護他人為目的並非如此容易得以認定的情形，最高法院嘗試提出論據以說明，為何該規定係以（或是非以）保護他人為目的！而此亦係本文以下於分析最高法院之判決後所欲說明者，亦即當最高法院在判斷某一規定是否係以保護他人為目的時，其所採擇之判斷標準為何？

### 三、判斷標準的提出



最高法院於若干判決中，嘗試提出論據以說明，為何某一規定係以（或是非以）保護他人為目的，雖然最高法院未曾於判決中明確表示，其係因文義解釋、體系解釋或其他解釋方法之故，因而認定該規定是否以保護他人為目的，惟本文整理最高法院見解後，發現最高法院就此一問題之論證，最主要提出之判斷標準有三，分別為「**文義解釋**」、「**體系解釋**」及「**歷史解釋**」。

#### （一）文義解釋

所謂文義解釋，係指依照法條文字之字面意義及通常使用方式而為解釋，據以確定法律之意義而言<sup>446</sup>。而依本文之觀察，最高法院於認定某一規定是否以保

<sup>446</sup> 楊仁壽，法學方法論，1986年11月初版，頁124；陳愛娥譯，法學方法論，1996年12月，頁256

護他人為目的時，最常使用之判斷標準即為「**文義解釋**」。當然最高法院未曾於判決中明白表示，其係依文義解釋而得出某一規定是否以保護他人為目的之結論，惟觀諸其論證過程，均係將某一規定之規定內容或規定要旨予以詳列，並且因此進而推導出系爭規定是否以保護他人為目的之結論，自此論證過程，應可認定最高法院係因文義解釋而得出其結論<sup>447</sup>。

例如最高法院九十四年度台上字第一三四〇號判決表示：「按專利法第五十六條規定，物品專利權人，除本法另有規定者外，專有排除他人未經其同意而製造、販賣、使用或為上述目的而進口該物品之權。旨在保障專利權人之智慧財產權，倘未經專利權人之同意而製造專利權之物品，即難謂其未違反保護他人之法律，依修正前民法第一百八十四條第二項之規定，即應推定其有過失。」

最高法院於本案判決中，條列專利法第五十六條第一項之內容後，即謂本條旨在「保障專利權人之智慧財產權」，故本條之規定應係以保護他人為目的。顯然係以文義解釋為依歸，認為自本條規定之文義即可得出本條規定係以保護他人為目的。

就本文之觀察，最高法院於認定某一規定是否以保護他人為目的時，文義解釋乃係最常被使用之判斷標準，本文茲將搜尋所得之最高法院判決，整理如表四，並分別詳列行為人所違反之規定、判決內容，以及承認系爭規定係以保護他人為目的之判決字號：

---

225-229；黃茂榮，法學方法與現代民法，2002年9月增訂四版，頁366-369。

<sup>447</sup> 惟亦有學者認為，最高法院於判決中，似乎只是引述法律規定條文，並逕認為其構成保護他人之法律，但卻欠缺詳細說理，實有於判決理由中，補強說理之必要。蔡明誠，專利侵權之過失要件與違反保護他人法律問題，全國律師，第10卷第12期，2006年12月，頁12。

**【表四】：最高法院以文義解釋而認為係以保護他人為目的之規定**

判決內容及 判決 行為人 所違反之規定	判決內容	承認系爭規定 係以保護他人 為目的之判決
<b>建築法第六十三條、第六十六條</b>	依 <b>建築法第六十三條及第六十六條</b> 規定，建築物施工場所，應有維護安全、防範危險及預防火災之適當設備或措施，又五樓以上建築物施工時，應設置防止物件墜落之適當圍籬，該被上訴人等既不否認於上訴人出事以前，該工程並無設置圍籬等適當之安全措施，自己違反前開建築法有關保護，他人之規定，依民法第一百八十四條第二項規定，應推定其有過失。	最高法院七十年 度台上字第 六六七號判決
<b>建築法第七十七條第一項</b>	建築物所有權人、使用人應維護建築物合法使用與其構造及設備安全，為 <b>建築法第七十七條第一項</b> 所明定；是 <b>建築法第七十七條第一項</b> ，為民法第一百八十四條第二項前段所稱保護他人之法律。	最高法院八十 八年度台上字 第八五一號判 決；最高法院九 十五年度台上 字第一五二八 號判決；最高法 院九十七年度 台上字第一四 三二號判決
<b>建築法第七十七條第一項；</b>	<b>建築法第七十七條第一項</b> 規定：「建築物所有權人。使用人應維護建築物合法使用與構造及	最高法院九十 五年度台上字

<p>建築技術規則 建築設計施工 編第八十四條 之一、第八十六 條第一款</p>	<p>設備安全。」另<b>建築技術規則建築設計施工編第八十四條之一</b>規定：「非防火構造建築物之外牆及屋頂，應使用不燃材料建造或覆蓋」。 <b>第八十六條第一款</b>規定：「連棟式集合住宅之分戶牆，應以具有一小時以上防火時效之牆壁及防火門窗等防火設備與該處之樓板或屋頂形成區劃分隔。」旨在<b>避免連棟式集合住宅發生火災，迅速延燒，波及鄰戶，以保護他人，維護公共安全。</b></p>	<p>第一五三〇號 判決</p>
<p>刑法第一百九 十三條； 建築技術規則 建築構造編第 六十二條</p>	<p>惟<b>刑法第一百九十三條</b>所定違背建築術成規罪，雖規定於以保護社會法益為主之公共危險罪章，惟條文既以「致生公共危險」為犯罪構成要件之一，而刑法所保護之個人法益中，除生命、身體外，尚包含財產法益，則不特定或多數人之生命、身體或財產之安全應均在該條所保護之法益範圍。而<b>建築技術規則建築構造編第六十二條</b>（九十年九月二十五日修正前）亦規定建築物之基礎設計及施工時，應對鄰近建築物為安全防護設施，以防止鄰屋之損害；則建築法第一條所定以維護公共安全為目的所實施之建築管理，是否已排除對不特定或多數人「財產法益」之保護？已非無疑。</p>	<p>最高法院九十 五年度台上字 第六三七號判 決</p>
<p>刑法第一百九 十三條</p>	<p><b>刑法第一百九十三條</b>關於違背建築術成規罪之規定，係規範承攬工程人、監工人於營造或拆卸建築物時，應依照建築術成規而行，以維</p>	<p>最高法院九十 五年度台上字 第三九五號判</p>

	<p>護公眾安全，間接及於保護個人權益之安全，當屬於保護他人之法律。</p>	<p>決</p>
<p>道路交通安全管理處罰條例第二十一條第一項第一款</p>	<p>按駕駛人未領有駕駛執照者禁止其駕駛，<b>道路交通安全管理處罰條例第二十一條第一項第一款</b>定有明文，無照駕駛因而致人受傷或死亡者，依法應負刑事責任，並有加重其刑責之規定，故駕駛執照不僅是交通監理單位對駕駛人之必要行政管理，且係駕駛技術合格之驗證，汽車駕駛人駕駛技術經檢驗合格取得駕駛執照，始准駕駛機動車輛等規定，不得謂非保護他人之法律，違反保護他人之法律即應推定有過失。</p>	<p>最高法院八十五年台上字第二一四〇號判決</p>
<p>道路交通管理處罰條例第三十二條； 道路交通安全規則第八十三條</p>	<p>按非屬汽車範圍而必須行駛於道路之動力機械，應先申請臨時通行證隨車攜帶、憑證行駛，否則，除科處罰鍰並禁止行駛，<b>道路交通安全管理處罰條例第三十二條、道路交通安全規則第八十三條</b>定有明文。上開法條關於非屬汽車範圍之動力機械行駛道路須先聲請通行證隨車攜帶之規定，不僅在於保護通行道路、橋樑之完整，尚須審酌駕駛人有無駕駛能力與資格，更應視當地之交通狀況、動力機械之性能以決定通行之路線、時間以及行駛速度，探究其目的，除在維持交通秩序之公共利益外，亦兼有保護參與交通者之個人安全，顯屬民法第一百八十四條第二項「保護他人之法律」。</p>	<p>最高法院民事九十三年度台上字第四八五號判決</p>

<p>道路交通安全規則第八十九條第一款;第九十四條第二項</p>	<p>查<b>道路交通安全規則第八十九條第一款</b>規定行車前應注意煞車須詳細檢查確實有效;同規則<b>第九十四條第二項</b>規定前車如須減速暫停,駕駛人應預先顯示燈光或手勢告之後車。<b>其旨均在保障公眾行車安全,屬保護他人之法律。</b></p>	<p>最高法院八十八年度台上字第一一一一號判決</p>
<p>個人經營小客車客運業、小貨車運輸業管理辦法第七條</p>	<p>前述限制計程車以出租或其他方式與他人駕駛營業之規定,純係基於對計程車業者行政管理之考慮,而非著眼於乘客安全之保障,尙難指為民法第一百八十四條第二項所謂保護他人之法律。</p>	<p>最高法院七十七年度台上字第一五八二號判決</p>
<p>民法第三十五條</p>	<p>上訴人等身為常務董事,依<b>民法第三十五條</b>規定,理應向法院聲請破產,如不為前項聲請,致法人之債權人受損害時,其有過失之董事,即應負損害賠償責任。上訴人等對於公司無法支付應付款之財產狀態並不否認,則其違反保護他人之法律,未及時聲請宣告破產,依民法第一百八十四條第二項之規定,要難辭其過失責任。</p>	<p>最高法院五十六年度台上字第一三五三號判決</p>
<p>公司法第一百九十五條第二項</p>	<p><b>公司法第一百九十五條第二項</b>僅載公司資產顯有不足抵償債務時,董事應即聲請宣告破產,至不為此項聲請致公司之債權人受損害時,該董事對於債權人應否負責,在公司法既無規定,則上開公司法第一百九十五條第二項即難認為與民法第一百八十四條第二項所謂</p>	<p>最高法院四十六年度台上字第四九一號判決</p>

	保護他人之法律相當。	
民法第四百八十三條之一	為使受僱人受有週全之保障， <b>民法增訂第四百八十三條之一</b> ，明定受僱人服勞務，其生命、身體、健康有受危害之虞者，僱用人應按其情形為必要之預防。此即屬民法第一百八十四條第二項所指保護他人之法律。	最高法院九十五年台上字第二六九二號判決
民法第七百六十五條	民法第一百八十四條第二項之規定，旨在推定違反保護他人之法律者之侵權行為過失責任。而 <b>同法第七百六十五條</b> 所謂所有人於法令限制範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉， <b>乃在明示所有權之重要作用及對所有人權利之限制</b> 。兩相對照，後者並非前者所指保護他人之法律。	最高法院八十二年台上字第一五三〇號判決
民法第七百八十六條第一項	<b>民法第七百八十六條第一項前段</b> 規定之目的，在於考慮土地所有權人或用益權人均主張自由使用、收益土地，並排除他人之干涉，勢必造成衝突，故在一定範圍內限制一方之所有權，進而調和彼此間之利益，充實土地之利用價值， <b>顯與普遍防免及禁止危害他人權益無關</b> ，難謂屬保護他人之法律。	最高法院九十三年度台上字第二四五三號判決
證券商管理規則第三十六條第三款、第十三款； 證券商管理規	「 <b>證券商管理規則</b> 」 <b>第三十六條第三款、第十三款</b> 規定：「證券商經營證券業務，不得提供帳戶供客戶申購、買賣有價證券，或受理非本人或未具客戶委任書之代理人開戶、申購、買賣或交割。」，及上開「 <b>證券商負責人與業務</b>	最高法院九十六年度台上字第二六一五號判決

<p>則第三十六條第三款、第十三款</p>	<p>人員管理規則」第十六條第一項、第二項第八款、第十七款規定，係為維護證券交易秩序及保障投資所設，應屬保護他人之法律。</p>	
<p>證交法第十八條第一項； 證券管理規則第二十七條第一項、第二項第四款、第五款、第二十八條第一項第四款、第六款、第十二款</p>	<p>經查修正前證交法第十八條第一項規定「經營…證券投資顧問事業…或其他證券服務事業…應經主管機關之核准」，除具保護證券交易市場秩序之社會法益外，兼具保護投資者個人權益之內涵。而行政院依修正前證交法第十八條第二項規定之授權所修正公布之證券管理規則第二十七條第一項規定：「證券投資顧問事業及其負責人、部門主管、分支機構經理人或業務人員，應本誠實及信用原則，忠實執行業務。」，同條第二項規定：證券投資顧問事業及人員不得為「買賣其推介予投資人相同之有價證券」(第四款)、「虛偽、欺罔、謾罵或其他顯著有違事實或足致他人誤信之行爲」(第五款)，及第二十八條第一項規定：證券投資顧問事業從事業務廣告，不得有「於廣告中僅揭示對公司本身有利之事項，或有其他過度宣傳之內容」(第四款)、「為保證獲利或負擔損失之表示」(第六款)、「引用各種推薦書、感謝函、過去績效或其他易使人認為確可獲利之類似文字或表示」(第十二款)等行爲之行政命令，亦具有保護投資者個人權益之內容，自均屬民法第一百八十四條第二項所規定「保</p>	<p>最高法院九十六年度台上字第二三〇一號判決</p>

	護他人法律」之範疇。	
<b>銀行法第二十九條第一項</b>	查非銀行不得經營收受存款業務，七十八年七月十七日修正前之 <b>銀行法第二十九條第一項</b> 已定有明文。此項規定，旨在保障存款人權益，使其免受不測之損害。	最高法院九十五年台上字第二三八二號判決
<b>精神衛生法第二十一條、第二十二條</b>	按「嚴重病人如有明顯傷害他人或自己之虞，或有傷害行為時，經專科醫師診斷有全日住院治療之必要者，…。前項嚴重病人不接受全日住院治療時，應由二位以上專科醫師鑑定，經書面證明有全日住院治療之必要者，應強制其住院；其強制住院，應在中央衛生主管機關指定之精神醫療機構為之。…。」「警察機關於發現或接獲通知，罹患精神疾病或疑似罹患精神疾病者，有明顯傷害他人或自己之虞，或有傷害行為時，除本法或其他法律另有規定外，應即護送前往中央衛生主管機關指定之精神醫療機構診療，…前項病人經專科醫師診斷屬嚴重病人，有全日住院治療之必要時，依前條規定辦理。」 <b>精神衛生法第二十一條、第二十二條</b> 分別定有明文。準此，精神疾病患者如不願意接受全日住院治療時，應由二位以上專科醫師鑑定，經「書面證明有全日住院治療之必要」，始得強制其在「中央衛生主管機關指定之精神醫療機構」住院治療。以達維持社會秩序之和諧安寧並避免精神疾病患者受不當之	最高法院民事九十六年度台上字第二五二四號判決

	<p>強制治療，保障其權益之目的。該規定自屬民法第一百八十四條第二項所定之「保護他人之法律」。</p>	
<p>消防法第六條第一項第一款；各類場所消防安全設備設置標準第十二條、第十四條、第十八條</p>	<p>按消防法第六條第一項第一款規定：依法令應有消防安全設備之建築物之管理權人，應設置並維護其消防安全設備；又<b>各類場所消防安全設備設置標準</b>（下稱消防設備標準）<b>第十二條、第十四條、第十八條</b>規定，總樓地板面積在一百五十公尺以上辦公室，應設置滅火器，若為電信機械室、電腦室或總機室及其他類似場所，樓地板面積在二百平方公尺以上者，並應設置二氧化碳、乾粉等滅火設備。…。倘永信公司之管理權人未依前述消防法規之規定設置充足之消防設備，導致災禍擴大，使上訴人受有損害，自屬違反保護他人之法律。</p>	<p>最高法院九十三年度台上字第二五一六號判決</p>
<p>臺灣省電器承裝業者管理規則第十四條</p>	<p>臺灣省電器承裝業者管理規則第十四條規定，承裝業者不得將經辦工程轉包及轉託無執照之電路業者承辦。上訴人主張被上訴人甲並無電工執照，被上訴人僱用無執照電工作配線等工程，顯有重大過失等語。原審亦認被上訴人業新公司僅經營五金材料買賣，本身不經營施工業務，故電動大門裝作及裝置部分由被上訴人乙承包，其中有關裝置電動開關部分，乙交由甲裝置，原審未查明被上訴人業新公司及乙有無合法電器承裝執照，甲有無合格電匠資</p>	<p>最高法院九十一年度台上字第一八一號判決</p>

	<p>格，被上訴人是否有違反上開電業法及管理規則之規定，原審就上訴人主張依修正前民法第一百八十四條第二項規定，被上訴人應負過失責任，置而不論，自有判決不備理由之違法。</p>	
--	---	--

## (二) 歷史解釋

所謂歷史解釋，係指探求立法者於制定法律時所作之價值判斷及其所欲實踐之目的，以推知立法者之意思，而為解釋之方法<sup>448</sup>。而依本文之觀察，最高法院亦常以「**歷史解釋**」作為判斷標準，用以確定某一規定是否以保護他人為目的。並且，最高法院於以歷史解釋作為保護目的之判斷標準時，具體作法尚可分為兩類，一為**探究某一規定之立法目的，藉此以確定該規定是否以保護他人為目的**；二為**探究某部規定之立法目的，藉以確定於該部規定中之某一規定是否以保護他人為目的**。

先就前者而言，例如最高法院九十七年度台上字第二七二九號判決表示：「查證券交易法第四十三條之八之立法理由，在於避免私募之有價證券透過轉讓以規避公開招募程序之適用。此條並非個別保護性質，非屬民法第一百八十四條第二項之保護他人之法律。被上訴人雖違反證券交易法第四十三條之八之規定，上訴人亦不得依民法第一百八十四條第二項之規定，請求侵權行為損害賠償。」

最高法院於本案判決，係透過探究證券交易法第四十三條之八的立法理由，藉以確定系爭規定並非以保護他人為目的，顯見係以歷史解釋作為判斷標準。

<sup>448</sup> 楊仁壽，法學方法論，1986年11月初版，148-151；陳愛娥譯，法學方法論，1996年12月，頁232-236；黃茂榮，法學方法與現代民法，2002年9月增訂四版，頁369-371。

就後者而言，例如最高法院九十一年度台上字第一二二一號判決表示<sup>449</sup>：「按銀行法係為健全銀行業務經營，保障存款人權益，適應產業發展，並使銀行信用配合國家金融政策而制定，為該法第一條所明定。由是以觀，銀行法之制定目的，並非僅在保護金融秩序而已，尚包括存款人權益之保障，故該法第二十九條第一項規定，自難謂僅保護金融秩序，並非保護他人之法律。」

最高法院於本案判決，係因銀行法第一條規定，銀行法之立法目的包括保障存款人之權益，因而確定銀行法第二十九條之規定並非專為保護金融秩序而設，尚及於保護存款人之權益，故系爭規定係以保護他人為目的。此一解釋方法，亦係以歷史解釋作為保護目的之確定的判斷標準。

而依本文之觀察，最高法院廣泛地運用上述判斷方式，亦即透過探究某部規定之立法目的，尤其是該部規定第一條所宣示之立法目的，藉以確定於該部規定中之某一規定是否以保護他人為目的。本文茲將搜尋所得之最高法院判決，整理如表五，並分別詳列行為人所違反之規定、判決內容，以及承認系爭規定係以保護他人為目的之判決字號：

**【表五】：**

**最高法院以某部規定之立法目的而判斷該部規定中之某一規定係以保護他人為目的**

判決內容 及 判決 行為人 所違反之規定	判決內容	承認系爭規定 係以保護他人 為目的之判決
-------------------------------	------	----------------------------

<sup>449</sup> 相類似的判決，尚得參閱最高法院九十三年度台上字第二一〇七號判決。

<p>政府採購法第六條</p>	<p>政府採購法制訂之宗旨，係為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質，此觀該法第一條規定甚明。至同法第六條規定：機關辦理採購，應以維護公共利益及公平合理為原則，對廠商不得為無正當理由之差別待遇；辦理採購人員於不違反本法規定之範圍內，得基於公共利益、採購效益或專業判斷之考量，為適當之採購決定；司法、監察或其他機關對於採購機關或人員之調查、起訴、審判、彈劾或糾舉等，得洽請主管機關協助、鑑定或提供專業意見。其旨僅係揭示政府辦理採購應遵循之原則，及辦理採購人員應積極任事，為適當之採購決定，並非著重於廠商權益之保障，難謂係保護他人之法律。</p>	<p>最高法院九十四年度台上字第一七九二號判決</p>
<p>公務員服務法；出版法</p>	<p>公務員服務法係以保護國家公益為目的，出版法則係為維持社會秩序所定，二者之立法目的均非專為保護個人或特定關係人。個人或特定關係人或可因該等法律規定之反射利益而受保護，但並不因此使之成為民法第一百八十四條第二項所稱「保護他人之法律」。</p>	<p>最高法院九十二年台上字第五五六號判決</p>
<p>勞工安全衛生法第二條第四項</p>	<p>揆諸勞工安全衛生法第一條得知其立法目的乃為防止職業災害，保障勞工安全與健康，特制定本法，且依同法第二條第四項規定：「本法所稱職業災害，謂勞工就業場所之建築物、</p>	<p>最高法院八十八年度台上字第一八六二號判決</p>

	設備、原料、材料、化學物品、氣體、蒸氣、粉塵等或作業活動及其他職業上原因引起之勞工疾病、傷害、殘廢或死亡」以觀，須引起勞工疾病、傷害、殘廢或死亡之結果，始有勞工安全衛生法之適用。	
勞工安全衛生法第五條	按勞工安全衛生法係為防止職業災害，保障勞工安全與健康而制定，勞工安全衛生法第一條定有明文。上訴人甲因違反勞工安全衛生法規定（編按：指「勞工安全衛生法第五條」），致被上訴人遭受鉛中毒之職業災害，係違反保護他人之法律，依民法第一百八十四條第二項，推定其有過失，構成民法第一百八十四條第一項之侵權行為。	最高法院九十一年度台上字第二四六六號判決
國有財產法第四十二條	而依國有財產法第一條前段規定：「國有財產之取得、保管、使用、收益及處分，依本法規定」，及由國有財產法第四十二條規定於國有財產法第五章「收益」觀之，該第四十二條規定顯然純係基於管理、使用及收益國有財產考慮而設，而非著眼人民財產權利之保障，自難指為民法第一百八十四條第二項所謂保護他人之法律。	最高法院八十四年度台上字第一一四二號判決
刑法第一百九十三條	惟刑法第一百九十三條所定違背建築術成規罪，雖規定於以保護社會法益為主之公共危險罪章，惟條文既以「致生公共危險」為犯罪構成要件之一，而刑法所保護之個人法益中，除	最高法院九十五年台上字第六三七號判決

	<p>生命、身體外，尚包含財產法益，則不特定或多數人之生命、身體或財產之安全應均在該條所保護之法益範圍。而建築技術規則建築構造編第六十二條（九十年九月二十五日修正前）亦規定建築物之基礎設計及施工時，應對鄰近建築物為安全防護設施，以防止鄰屋之損害；則<b>建築法第一條所定以維護公共安全為目的所實施之建築管理</b>，是否已排除對不特定或多數人「財產法益」之保護？已非無疑</p>	
<p><b>動物保護法第三十二條第一款</b></p>	<p>查<b>動物保護法第一條第一項所揭示之立法目的在於「尊重動物生命及保護動物」</b>，因而於<b>第六條</b>乃明定：任何人不得惡意或無故騷擾、虐待或傷害動物。<b>第十一條第一項</b>復規定：飼主對於受傷或罹病之動物，應給與必要之醫療。均係本於<b>第一條第一項之立法目的所為之延伸規定</b>。同法<b>第三十二條第一款</b>固規定，主管機關對於違反第五條第三項規定棄養之動物，「得」逕行沒入。惟該條文係規定在該法第六章所定之「罰則」內，立法形成上是否僅係主管機關對於棄養動物之飼主所得為之行政處分？抑或併含有保護特定人民生命、身體或財產法益之目的考量，因而符合上開解釋意旨所謂「法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對『可得特定之人』所負作為義務已無不作為</p>	<p>最高法院九十五年台上字第三〇一號判決</p>

	<p>之裁量餘地」之情形？亦與得否依民法第一百八十四條第二項前段規定，為上訴人所屬公務員怠於執行職務過失推定之認定，並使被上訴人因而得免除就此部分之舉證責任，所關頗切，非無詳為研求之餘地。</p>	
--	--	--

### （三）體系解釋

所謂體系解釋，係以法律條文在法律體系上之地位，即依其編章節條項款之前後關聯位置，或相關法條之法意，闡明規範意旨之解釋方法<sup>450</sup>。而依本文之觀察，最高法院於若干判決中，即係以「**體系解釋**」作為判斷標準，以認定某一規定是否係以保護他人為目的。

例如最高法院八十四年度台上字第一一四二號判決表示：「依國有財產法第一條前段規定：『國有財產之取得、保管、使用、收益及處分，依本法規定』，及由國有財產法第四十二條規定於國有財產法第五章『收益』觀之，該第四十二條規定顯然純係基於管理、使用及收益國有財產考慮而設，而非著眼人民財產權利之保障，自難指為民法第一百八十四條第二項所謂保護他人之法律。」

最高法院於本案判決，顯然係因國有財產法第四十二條在國有財產法之規範體系上，係規定於第五章之收益，因此以體系解釋作為解釋方法後得以確定，系爭規定並非為保障人民財產權利而設，因此並非以保護他人為目的。

最高法院九十五年度台上字第三〇一號判決採行了與前揭判決相類似的解釋

<sup>450</sup> 楊仁壽，法學方法論，1986年11月初版，頁130；陳愛娥譯，法學方法論，1996年12月，頁229-232；黃茂榮，法學方法與現代民法，2002年9月增訂四版，頁373-376。

方法，亦即以某一規定於該整部規定所規範之位置以對該規定的保護目的予以界定。換言之，即係透過體系解釋作為確定保護目的之解釋方法。本案判決表示：「同法（編按：指「動物保護法」）第三十二條第一款固規定，主管機關對於違反第五條第三項規定棄養之動物，『得』逕行沒入。惟該條文係規定在該法第六章所定之『罰則』內，立法形成上是否僅係主管機關對於棄養動物之飼主所得為之行政處分？抑或併含有保護特定人民生命、身體或財產法益之目的考量，因而符合上開解釋意旨（編按：指「大法官釋字第四六九號解釋」）所謂『法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對『可得特定之人』所負作為義務已無不作為之裁量餘地』之情形？亦與得否依民法第一百八十四條第二項前段規定，為上訴人所屬公務員怠於執行職務過失推定之認定，並使被上訴人因而得免除就此部分之舉證責任，所關頗切，非無詳為研求之餘地。則依上開動物保護法規定之結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素為綜合判斷，被上訴人之被繼承人黃陳○○，是否為動物保護法第三十二條第一款規定所保護之『特定人』或『可得特定之人』，而得以上開解釋為有利於被上訴人之認定，即非無疑。」

除前揭兩則判決外，最高法院九十七年度台上字第二三五一號判決表示：「公司經理人違反公司法第三十二條競業禁止之規定者，其所為之競業行為並非無效，但公司得依民法第五百六十三條第一項之規定請求經理人將因其競業行為所得之利益，作為損害賠償。準此，該條項就經理人違反競業禁止之規定所為規範，自屬保護他人為目的之法律。」

最高法院於本案判決，雖非以公司法第三十二條於公司法所規範之位置以對本條規定之保護目的予以解釋，反而係在對照公司法第三十二條與民法第五百六十三條第一項後，得出公司法第三十二條之規定應係以保護他人為目的之結論。

此在法學方法上，亦係以體系解釋作為解釋方法，並且因此解釋方法而獲得其結論。

#### （四）本文評析

##### 1、文義解釋並非絕對可靠

法律的解釋適用，是一個經由論證評價活動以追求實現某種價值的思維過程，為了實現法律解釋適用的安定性，法條文義固然應予尊重，但並非絕對<sup>451</sup>。尤其是最高法院透過文義解釋以論證某一規定是否係以保護他人為目的時，通常僅是在詳列該規定之規定內容或規定要旨後，即得出該規定是否以保護他人為目的之結論。然而是否果能完全從該規定之文義，即論證出該規定是否係以保護他人為目的，其實並非絕對。因為某些規定之規定內容固然容易被認為係以保護他人為目的，惟亦有部分並非如此，但最高法院卻仍單純以文義解釋即認為系爭規定係以保護他人為目的，此一作法即非妥適。

例如最高法院九十三年度台上字第一四四五號判決表示：「按證券交易法第一百五十五條第一項第六款規定，對於在證券交易所上市之有價證券，不得直接或間接從事其他影響集中交易市場某種有價證券交易價格之操縱行為，係為維護證券交易秩序及保障證券投資人利益所設，而依同法第五十四條第二項及第七十條訂定之證券商負責人與業務人員管理規則第十八條第二項第八款又規定證券商負責人及業務人員不得以他人或親屬名義供客戶申購、買賣有價證券，故前揭規定應屬保護他人之法律，證券商負責人及業務人員若以他人或親屬名義供客戶申

<sup>451</sup> 陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁114。

購、買賣有價證券，致生損害於他人，依民法第一百八十四條第二項前段規定，即應負賠償責任。」

然而是否果能自證券交易法第一百五十五條第一項第六款，或證券商負責人與業務人員管理規則第十八條第二項第八款之文義得出，系爭規定係以保護他人為目的，似值懷疑。蓋縱然證券交易法第一百五十五條第一項第六款禁止對於交易市場中某種有價證券之交易價格為操縱行為，亦可能係專為維持交易秩序而設，從而為何得認為系爭規定之保護目的兼及於證券投資人其實有待更進一步之說明；再如證券商負責人與業務人員管理規則第十八條第二項第八款，雖然本條規定要求證券商負責人及業務人員不得以他人或親屬名義供客戶申購、買賣有價證券，但本條之所由設可能僅係為避免其客戶逃漏相關稅捐，因此係如何透過本條規定以達保護他人之目的似亦有待進一步之解釋。

詳言之，本文於此無欲深論究竟系爭規定是否以保護他人為目的，僅是欲強調說明，有時單自某一規定的文義以觀，固然可能認為該規定係以保護他人為目的，但似亦可能做出完全相反之解釋。因此，**縱然文義解釋係重要之解釋標準，但是並非完全可靠，惟觀察最高法院之判決，似乎太仰賴此一解釋標準，而忽略仍有其他解釋之可能性**<sup>452</sup>。

## 2、運用歷史解釋作為判斷標準時之過於狹隘與過於廣泛

正如本文前述，最高法院以歷史解釋作為保護目的確定之判斷標準時，具體

<sup>452</sup> 相類似之情形，例如最高法院七十七年度台上字第一五八二號判決，亦係單純從文義解釋即得出個人經營小客車客運業、小貨車運輸業管理辦法第七條之規定，並非以保護他人為目的之結論。惟學說則有認為，依歷史解釋，應將系爭規定解為以保護他人為目的實屬妥適。請參閱姚志明，*侵權行為法研究（一）*，2002年9月初版，頁54-55。自此可知，最高法院過於仰賴文義解釋之結果，可能忽略系爭規定仍有其他解釋之可能。

作法尚可分為兩類，一為探究某一規定之立法目的，藉此以確定該規定是否以保護他人為目的；二為探究某部規定之立法目的，藉以確定於該部規定中之某一規定是否以保護他人為目的。而在此兩種具體作法上，分別可看出最高法院於運用歷史解釋作為判斷標準時之過於狹隘與過於廣泛。

先就前者而言，即探究某一規定之立法目的，藉此以確定該規定是否以保護他人為目的。此一判斷方式之運用，依本文前述介紹，無論係在德國學說與實務，或者在我國學說上均被承認係屬一種妥適的判斷方式。然而就本文搜尋所得，最高法院似乎僅於前揭最高法院九十七年度台上字第二七二九號判決中，運用此一判斷方式作為解釋依據，就此面向而言，最高法院於運用歷史解釋作為判斷標準時，實屬過於狹隘，尚有再予發揮之空間。

再就後者而論，即探究某部規定之立法目的，藉以確定於該部規定中之某一規定是否以保護他人為目的。此一作法固然不失為可行之方式，然而相對於第一種作法，此一作法在適用時應更為謹慎！蓋寬認此一判斷方式之結果，可能造成當該部規定之立法目的，尤其是該部規定第一條所宣示之立法目的，兼及於保護他人時，該部規定中之其他每一條規定，均被解釋為係以保護他人為目的，果如此則將造成解釋上的氾濫，某一規定必須以保護他人為目的始得成為保護他人之法律的限制，亦將變得毫無意義<sup>453454</sup>。

<sup>453</sup> 類似見解，請參閱王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任－民法第一八四條第二項規範功能之研究－，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996年10月，頁204。氏認為，縱然道路交通管理處罰條例第一條明定立法目的為「維護交通秩序，確保交通安全」，至於各該規定是否係以保護他人為目的，仍應就個別規定之內容判斷決定之。再請參閱蔡明誠，專利侵權之過失要件與違反保護他人法律問題，全國律師，第10卷第12期，2006年12月，頁13。氏則認為，專利法第一條固然規定，專利法之立法目的，係為鼓勵、保護、利用發明與創作，以促進產業發展。惟該條內容僅揭櫫專利法之目的，內容上相當空洞，不宜逕由該條推論出專利法為保護他人法律。

<sup>454</sup> 例如臺灣臺南地方法院九十四年度訴字第一二一號判決即為適例，本案判決表示：「按為規範電腦處理個人資料，以避免人格權受侵害，並促進個人資料之合理利用，特制定本法，電腦處理個人資料保護法第1條定有明文，足徵電腦處理個人資料保護法，係屬民法第184條第2項之所稱保護他人之法律。」觀諸本案判決之文字，似即是以電腦個人處理資料保護法第一條之規定為由，而推斷該法中之所有規定均係以保護他人為目的。果如此則正如本文之批評，此一判斷方式將造成解

但是就本文之觀察，最高法院關於此一判斷方式之運用，集中於民國九十年後所示之判決<sup>455</sup>，似乎有越來越傾向於使用此一判斷方式之趨勢。此一現象之產生，也許是因為最高法院為使被害人能夠就其損害請求賠償，而在各部規定之第一條宣示其欲保護之對象兼及於個人時，即係一個容易說明的論據，以論證行為人所違反之某一規定係以保護他人為目的，並因而課予其民法第一百八十四條第二項之侵權責任。

惟此一判斷方式之運用，可能造成規定係以保護他人為目的之判斷的過於寬認已如前述，但最高法院在判決中就此一判斷方式之運用卻顯得過於當然如此，完全未意識上述危險存在之可能性，此乃係其運用歷史解釋作為判斷標準時之過於廣泛。本文期待，未來最高法院運用此一判斷方式以確定保護目的是否存在時，應更為審慎，避免以保護他人為目的此一責任要件之功能因而喪失。

### 3、最高法院於論述時理由構成之不當

最高法院於若干判決中，構成其結論之理由有所不當，殊值改進。例如最高法院六十六年度台上字第一〇一五號判例表示<sup>456</sup>：「交通部會同內政部依道路交通管理處罰條例第九十二條所訂定之**道路交通安全規則第一百二十二條第一款及第一百二十八條**分別規定：『腳踏車載物寬度，不得超過把手』，『慢車（包括腳踏車）在夜間行車，應燃亮燈光』，**旨在保障公眾之安全**，倘被上訴人夜間乘腳踏車未燃

---

釋之氾濫，某一規定必須以保護他人為目的始得成為保護他人之法律的限制，亦將變得毫無意義。

<sup>455</sup> 關於最高法院就此一判斷標準之運用的整理，請參閱表五：最高法院以某部規定之立法目的而判斷該部規定中之某一規定係以保護他人為目的。

<sup>456</sup> 具有同樣問題之判決，尚得參閱最高法院七十八年度台上字第二五一二號判決；最高法院八十八年度台上字第一一一一號判決；最高法院八十九年度台上字第二一九號判決。然依本文所信，此三則判決會有此一問題，正係受到最高法院六十六年度台上字第一〇一五號判例所影響，蓋此三則判決中行為人均係違反道路交通安全規則之規定，而與前揭判例中行為人所違反者相同，故此三則判決俱表示，系爭道路交通安全規則之規定，**其旨係在保障公眾安全**，應屬保護他人之法律。

亮燈光，而其後載竹簍復超過規定寬度，**即難謂其未違反保護他人之法律。**」

惟「保護他人之法律」的核心概念之一，即在於系爭規定必須係以保護他人為目的，倘若某一規定專係以保障公眾之安全為目的，則該規定並非以保護他人為目的。換言之，系爭規定並非保護他人之法律。

甚且，最高法院九十五年度台上字第三九五號判決特地表示：「刑法第一百九十三條關於違背建築術成規罪之規定，係規範承攬工程人、監工人於營造或拆卸建築物時，應依照建築術成規而行，**以維護公眾安全，間接及於保護個人權益之安全，當屬於保護他人之法律。**」倘若一個以保障公眾安全為目的之規定，得以成為保護他人之法律，則本案判決無庸特地說明刑法第一百九十三條之規定「間接及於保護個人權益之安全」，僅須以系爭規定目的在於「維護公眾安全」，即得認定刑法第一百九十三條係屬保護他人之法律。故自本案最高法院判決更可窺知前揭判例理由構成上之錯誤。

其實道路交通安全規則第一百二十二條第一款及第一百二十八條之規定當然係以保護他人為目的，蓋之所以規定「腳踏車載物寬度，不得超過把手」，係為避免所載之物過寬而妨礙其他交通參與者，甚至是因此擦撞其他參與者而造成損害；至於規定「慢車在夜間行車，應燃亮燈光」，係為避免因未燃亮燈光致使視線過暗，進而造成交通事故，故亦係為保護其他交通參與者之安全而設，從而此兩規定應係以保護他人為目的無疑。惟前揭判例結論雖無不同，但其判決中所採理由並不適當，應予改正。

### 第三目 本文見解

壹、是否以保護他人為目的之判斷對象：特定規定

民法第一百八十四條第二項所謂保護他人之法律，其中關於「法律」的認定，亦即「法律規範」之範圍，固然係以整部規定作為判斷對象。例如「道路交通管理處罰條例」係屬經立法院通過而總統公布之法律，而其得以成為法律規範；又「證券管理規則」係屬法規命令，其亦得成為法律規範；惟「支票存款戶處理辦法」係屬職權命令，其不得成為法律規範<sup>457</sup>。

但是關於「保護他人」的認定，亦即「是否以保護他人為目的」之判斷，應係以特定規定作為判斷對象，而不能是整部規定。蓋縱然某一部規定中之某些規定係以保護他人為目的，但並不能據此即推論出該部規定中之其他規定亦係以保護他人為目的。例如道路交通安全規則第九十四條規定行車應保持安全距離，固然係以保護交通參與者之安全為目的，惟同規則第八十九條第一項第二款規定應隨車攜帶行車執照，則並非以保護他人為目的。因此若以「道路交通安全規則」整部規定作為是否以保護他人為目的之判斷對象，將使判斷結果產生齟齬。故學者強調，是否屬於保護他人之法律，應就個別規定之內容判斷之<sup>458</sup>。此一說明應屬正確。

<sup>457</sup> 關於經立法院通過而總統公布之法律、法規命令、職權命令得否成為法律規範，請參見本節、第一項、第一款、第五目；經立法院通過而總統公布之法律，及第七目；行政命令。

<sup>458</sup> 王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任－民法第一八四條第二項規範功能之研究－，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996年10月，頁204。相類係之見解，請參閱熊誦梅，從最高法院判決談專利侵權之主觀要件，全國律師，第10卷第12期，2006年12月，頁23。氏認為重點在**特定之法律**必須具有個別保護性質。尚得參閱楊佳元，道路交通安全規則與侵權行為法，臺北大學法學論叢，第55期，2004年12月，頁72。氏特別表示，道路交通安全規則中有諸多規定，但非全部，係屬保護他人之法律。

從而固然學者有謂<sup>459</sup>：「下列各種法規，均係保護他人之法律，且甚屬重要者。…(二)警察法規。例如關於**違警罰法之規定**」；或謂<sup>460</sup>：「『保護他人之法律』…凡刑事法、警察法規以及一般行政法均可包括在內」；或謂<sup>461</sup>：「刑法、化妝品衛生管理條例、工廠法、勞動基準法、飼料管理法、建築法、消防法…**道路交通管理處罰條例**等均為保護他人法律」；最高法院七十七年台上字第八三九號判決表示：「**勞工安全衛生法**係保護他人之法律，王錦秀等既違反該法，依民法第一百八十四條第二項規定，推定其有過失」；再如最高法院九十二年度台上字第五五六號判決表示<sup>462</sup>：「**公務員服務法**係以保護國家公益為目的，**出版法**則係為維持社會秩序所定，二者之立法目的均非專為保護個人或特定關係人。」

前揭學說與實務見解，均係以整部規定作為是否係以保護他人為目的之判斷對象，而非詳究各部規定中之某一特定規定是否係以保護他人為目的，此一解釋方法本文難值贊同。



## 貳、保護目的之判斷標準

一、大法官釋字第四六九號解釋：可茲運用之判斷標準的提出？

### (一) 大法官釋字第四六九號解釋

大法官釋字第四六九號解釋理由書表示：「倘法律規範之目的係為保障人民生命、身體及財產等法益，且對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，

<sup>459</sup> 梅仲協，民法要義，1954年3月臺新初版，頁141。

<sup>460</sup> 朱柏松，現代侵權行為救濟制度之研究－以多氯聯苯事件為中心之商品製作人責任之探討(上)－，台大法學論叢，第11卷第1期，1981年12月，頁186。

<sup>461</sup> 黃立，民法債編總論，1999年10月二版，頁277-278。

<sup>462</sup> 有相同問題之判決尚請參閱最高法院八十九年度台上字第九二九號判決；最高法院九十二年度台上字第五五六號判決。

該管機關公務員依此規定對可得特定之人負有作為義務已無不作為之裁量空間，猶因故意或過失怠於執行職務或拒不為職務上應為之行爲，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人自得向國家請求損害賠償。至前開法律規範保障目的之探求，應就具體個案而定，如法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人權益，固無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，則個人主張其權益因公務員怠於執行職務而受損害者，即應許其依法請求救濟。」

## （二）保護規範理論

大法官釋字第四六九號解釋所涉及者為**保護規範理論**，學者闡釋所謂**保護規範理論**，實際上是一套解釋法律之方法的總稱。又可大別為新舊保護規範理論，舊保護規範理論著重於從歷史上立法者之意旨，詮釋法律是否以保護個人權利為目的；新保護規範理論則著重於從客觀規範目的之探求，並應就規範結構、規範範圍、適用對象之得特定性，及其他社會因素諸如公害防止、環境權之保障、建築計畫，或其他計畫實施所造成之影響等，予以斟酌<sup>463</sup>。

而公法上所提出之保護規範理論其主要目的係為區分行政法之某一規定究竟係欲賦予人民「公權利」，抑或人民僅係因該規定而間接獲得利益，亦即「反射利益」。之所以必須作此區分，是因為行政法所規範者，為受益指導之行政。故行政

<sup>463</sup> 李惠宗，主觀公權力、法律上利益與反射利益之區別，收錄於台灣法學會主編，行政法爭議問題研究（上），2000年12月初版，頁145-150；陳景發，國家賠償訴訟上的反射利益論，中央警察大學法學論集，第8期，2003年8月，頁105-106；林昱梅，垃圾焚化廠附近居民之訴訟權能，月旦法學雜誌，第37期，2005年11月，頁24-25；詹鎮榮，競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障，月旦法學雜誌，第138期，2006年11月，頁46；吳庚，行政爭訟法論，2008年9月，頁158；謝碩駿，政府資訊公開請求權在德國法的憲法基礎，法學新論，第3期，2008年10月，頁77-79。

法之規定除調和公共利益與私人利益之衝突外，並且在於維持及改善社會秩序。特定行政法規規定所設定之行政義務，除為達成一般公益外，如同時亦在於達成個別人民之利益，人民即因此而具有公權利，但若個別人民僅因該規定而間接獲得利益，則該人民僅係受有反射利益<sup>464</sup>。

保護規範理論此一名詞雖多係研究公法學時使用，惟觀諸其理論目的係為探究某一規定之規範目的是否兼含對個人權益之保護<sup>465</sup>，可見其論述基礎與本文在此所欲研究之，某一規定是否係以保護他人為目的實屬相同。況且如同前揭學說所稱，保護規範理論實際上為一套解釋法律之方法的總稱，因此不僅公法學有此一理論適用之餘地，保護規範理論在民法的研究上亦有參考的價值，從而大法官釋字第四六九號解釋所提出之保護目的的判斷標準，在研究民法第一百八十四條第二項中，關於某一規定是否以保護他人為目的一事，亦有適用之餘地。

故參酌大法官釋字第四六九號解釋，關於某一規定是否係以保護他人為目的，得以透過兩種判斷方法予以確定：

#### 1、明確規定特定人得享有權利，或對於符合法定條件而可得特定之人，授予

<sup>464</sup> 董保城，公權與公務員怠於執行職務而生之國家賠償責任之探討－兼論最高法院 72 年台上字第 704 號判例一，東吳大學法律學報，第 7 卷第 1 期，1991 年 2 月，頁 50-53、55-56；廖義男，公務員怠於執行職務與國家賠償責任－兼評最高法院七十二年台上字第七〇四號判例，月旦法學雜誌，第 1 期，1995 年 5 月，頁 40-41；董保城，國家責任法，2002 年 6 月初版，頁 110-116；陳景發，國家賠償訴訟上的反射利益論，中央警察大學法學論集，第 8 期，2003 年 8 月，頁 105；林三欽，國家賠償請求權基礎之二－「怠於執行職務型」之國賠請求權，月旦法學教室，第 55 期，2007 年 5 月，頁 32-35；陳敏，行政法總論，2007 年 10 月五版，254-255。

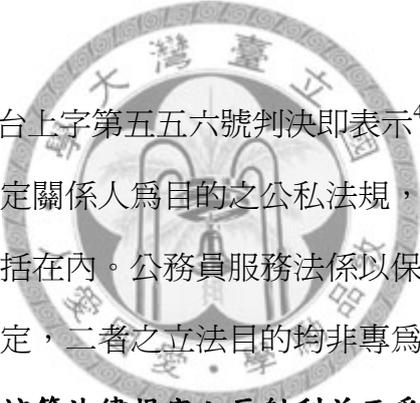
<sup>465</sup> 李建良，好事的鄰居－公權利理論與訴訟權能，月旦法學雜誌，第 12 期，1996 年 4 月，頁 55；蔡宗珍，公務員怠於執行職務之國家賠償責任理論結構之探討－評大法官會議第四六九號解釋一，台灣本土法學，第 1 期，1999 年 4 月，頁 56；董保城，釋字第四六九號國賠之省思，萬國法律，第 106 期，1999 年 8 月，頁 3；林三欽，公務員怠於執行職務與國家賠償，收錄於台灣法學會主編，行政法爭議問題研究（下），2000 年 12 月初版，頁 1119-1223；陳淑芳，反射利益與法律上利益，月旦法學教室，第 7 期，2003 年 5 月，頁 19；陳景發，國家賠償訴訟上的反射利益論，中央警察大學法學論集，第 8 期，2003 年 8 月，頁 103；林昱梅，利害關係人之訴訟權能，月旦法學教室，第 32 期，2005 年 6 月，頁 30；陳敏，行政法總論，2007 年 10 月五版，頁 256；謝碩駿，政府資訊公開請求權在德國法的憲法基礎，法學新論，第 3 期，2008 年 10 月，頁 77；

請求權之規定，該規定之規範目的係以保護他人為目的並無疑義；

- 2、透過「法律之整體結構」、「適用對象」、「所欲產生之規範效果」及「社會發展因素」等綜合判斷後，亦可得知系爭規定是否係以保護他人為目的。

### （三）實務見解就保護規範理論之運作

雖然尚不多見，但最高法院已有數則判決，於民法第一百八十四條第二項之侵權責任，就某一規定是否以保護他人為目的之一事，採用大法官釋字第四六九號解釋所示之保護規範理論。



最高法院九十二年度台上字第五五六號判決即表示<sup>466</sup>：「『保護他人之法律』，應指任何以保護個人或特定關係人為目的之公私法規，專以保護國家公益或社會秩序為目的之法律則不包括在內。公務員服務法係以保護國家公益為目的，出版法則係為維持社會秩序所定，二者之立法目的均非專為保護個人或特定關係人。個人或特定關係人或可因該等法律規定之反射利益而受保護，但並不因此使之成為民法第一百八十四條第二項所稱『保護他人之法律』。」

本案中最高法院首次提出，某一規定若是專為保護一般公益時，個人或特定關係之人僅係因該規定而受有反射利益，從而系爭規定並非以保護他人為目的。雖然本案判決中並未提及大法官釋字第四六九號解釋或保護規範理論，惟既然保護規範理論之功用，即在界分某一規定是否賦予個人權利亦或僅是使該個人受有反射利益。換言之，亦即保護規範理論之目的即在於判斷某一規定是否係以保護他人為目的，則本案判決特別提及「個人或特定關係人或可因該等法律規定之反

<sup>466</sup> 相類似的判決，尚請參閱臺灣高等法院九十五年度訴字第十號判決；臺灣高等法院九十五年度重上國字第一一號判決。

射利益而受保護」，顯見在系爭規定是否以保護他人為目的之判斷上，運用了保護規範理論作為判斷標準。

除前揭判決外，最高法院九十五年度台上字第三〇一號判決表示：「惟按**司法院大法官釋字第四六九號解釋理由明揭**：『…』。查動物保護法第一條第一項所揭示之立法目的在於『尊重動物生命及保護動物』，因而於第六條乃明定：任何人不得惡意或無故騷擾、虐待或傷害動物。第十一條第一項復規定：飼主對於受傷或罹病之動物，應給與必要之醫療。均係本於第一條第一項之立法目的所為之延伸規定。同法第三十二條第一款固規定，主管機關對於違反第五條第三項規定棄養之動物，『得』逕行沒入。惟該條文係規定在該法第六章所定之『罰則』內，立法形成上是否僅係主管機關對於棄養動物之飼主所得為之行政處分？抑或併含有保護特定人民生命、身體或財產法益之目的考量，因而符合上開解釋意旨所謂『法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對「可得特定之人」所負作為義務已無不作為之裁量餘地』之情形？亦與得否依民法第一百八十四條第二項前段規定，為上訴人所屬公務員怠於執行職務過失推定之認定，並使被上訴人因而得免除就此部分之舉證責任，所關頗切，非無詳為研求之餘地。則依上開動物保護法規定之結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素為綜合判斷…」

本案判決更是明白承認，大法官釋字第四六九號解釋所揭櫫之保護規範理論，於民法第一百八十四條第二項之研究上亦有適用，故應透過「**動物保護法規定之結構**」、「**適用對象**」、「**所欲產生之規範效果**」及「**社會發展因素**」等綜合判斷後，始能確定動物保護法第五條第三項及第三十二條第一款之規定，是否係以保護他人為目的。

#### (四) 功虧一簣的大法官釋字第四六九號解釋

不過本文認為，縱然引進大法官釋字第四六九號解釋最作為保護目的確定之判斷標準，某一規定是否係以保護他人為目的，在判斷上的困難並不因此而被解決。蓋若明確規定特定人得享有權利，甚至賦予符合法定條件而可得特定之人請求權時，系爭規定固然係以保護他人為目的，就此而言也不致產生爭議。

然而以「**法律之整體結構**」、「**適用對象**」、「**所欲產生之規範效果**」及「**社會發展因素**」等作為判斷標準，以確定系爭規定是否以保護他人為目的，仍係不明確而難以操作之標準。



以動物保護法第五條第三項及第三十二條第一款之規定，是否係以保護他人為目的為例，更明顯可見大法官釋字第四六九號解釋所提出之判斷標準，非常不明確而難以操作。查臺灣高等法院臺南分院九十三年度上國字第三號判決表示：「『動物保護法』其中有關隨意棄養之動物，對飼主予以取締、棄養之動物應予沒入（即捕捉）等規定，係屬法定『危險防止或危險處理』之行政職務，用以增進國民生活之安全保障，故由法律規範保障目的以觀，其雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，其亦寓有保護一般民眾生命、身體安全之意旨。…其執行該職務與否，就可得特定之人而言，不能謂僅係反射利益是否受有影響而已。」

自本案判決內容可知，高等法院透過「**法律之整體結構**」、「**適用對象**」、「**所欲產生之規範效果**」及「**社會發展因素**」等綜合判斷後，認為系爭規定亦寓有保護一般民眾生命、身體安全之意旨，從而該規定係以保護他人為目的。

惟前揭最高法院九十五年度台上字第三〇一號判決卻將高等法院之判決予以廢棄發回，蓋其表示：「則依上開**動物保護法規定之結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素**為綜合判斷，被上訴人之被繼承人黃陳○○，是否為動物保護法第三十二條第一款規定所保護之『特定人』或『可得特定之人』，而得以上開解釋為有利於被上訴人之認定，即非無疑。又遭人棄養之野狗具有流動性，捕捉本有相當程度之不確定性，防止其突發性的侵害，當難全仰賴公權力之行使，個人之防護措施仍係防止野狗突發侵害之有效之道。況且，動物保護法第三十二條第一款，既僅規定主管機關對於違反同法第五條第三項規定棄養之動物，『得』逕行沒入，則主管機關對於遭人棄養之野狗，究竟沒入與否？當視能否掌握該野狗之動態及捕捉之可能性而定，足見主管機關對此仍有相當之裁量空間，而非已無裁量之餘地。則主管機關若未能捕捉沒入遭人棄養之野狗，是否即可認為人民之權利因而遭受直接損害，而得請求國家賠償？亦非無再詳為審酌之餘地。原審未違詳為審酌，徒以上開動物保護法相關棄養規定，推論上訴人於飼主棄養動物後有取締（沒入）棄養動物之作為義務，並認該等規定為保護他人之法律，進而推定上訴人就本件被上訴人之被繼承人黃陳○○遭野狗咬傷致死具有過失，而援引上開解釋為不利於上訴人之認定，尙嫌率斷。上訴論旨，執以指摘原判決為不當，求予廢棄，非無理由。」

自此可知，最高法院透過「動物保護法規定之結構」、「適用對象」、「所欲產生之規範效果」及「社會發展因素」為綜合判斷後，傾向於認為系爭規定並非以保護他人為目的，因而廢棄高等法院之判決。

於本案中，高等法院與最高法院為確定系爭規定究竟是否係以保護他人為目的，均是以大法官釋字第四六九號解釋所示之判斷標準以檢討之，惟卻產生完全相反之判斷結果。查其緣由，乃係因為所謂「**法律之整體結構**」、「**適用對象**」、「**所**

欲產生之規範效果」及「社會發展因素」等判斷標準，實在過於概括，致使在判斷上容有太大的解釋空間<sup>467</sup>。

其實公法學者對於保護規範理論亦非無所批評，而最常見之批評即係保護規範理論判斷上的不確定性。例如即有學者表示，什麼情況下可認為是一般公益與個人權益重疊，在學理上至今仍屬聚訟紛紜、莫衷一是<sup>468</sup>；亦有謂，究竟被害人所遭受之何種損害，始不被認為是反射利益而得請求國家賠償？迄今，其內容與範圍尚因解說者之不同，仍具有不確定性<sup>469</sup>；更有學者直言，職務義務所規範之目的係純為維護一般公益，抑或兼具有保護個人權益之目的，完全委諸自由心證主義之法官判斷之，而法官判斷之際難免受到損害金額之大小、政府財政之考慮與輿論報導之影響，難以形成保護規範理論之認定標準，因此所謂保護規範理論。無疑是賦予法官自由決定的一種掩飾外衣<sup>470</sup>；而德國學者更是一針見血的指出，從法安定性（Rechtssicherheit）的角度以觀，保護規範理論實在是一項不及格的理論，其在適用時充滿高度的不確定性，而其適用之結果也充滿高度的不可預見性<sup>471</sup>。

因此，縱然大法官釋字第四六九號解釋提出保護規範理論，並且明示保護目的之確定之判斷標準，故於各該規定是否係以保護他人為目的之檢討上，或可成為解釋上之參考，然而實際上就各該規定究竟是否係以保護他人為目的，仍然無法得出確切解答，而流於「公說公有理，婆說婆有理」的各說各話場景<sup>472</sup>。

<sup>467</sup> 類似見解，請參閱蔡秀卿，行政規制權限不行使之國家賠償責任－司法院釋字第四六九號解釋之意義與課題，月旦法學雜誌，第 45 期，1992 年 2 月，頁 126-127。氏認為，如何就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等判斷？仍值斟酌。實質上，對於規制權限不行使之國家賠償責任之認定，有無意義？尚不無檢討之餘地。

<sup>468</sup> 蔡宗珍，公務員怠於執行職務之國家賠償責任理論結構之探討－評大法官會議第四六九號解釋一，台灣本土法學，第 1 期，1999 年 4 月，頁 59；

<sup>469</sup> 陳景發，國家賠償訴訟上的反射利益論，中央警察大學法學論集，第 8 期，2003 年 8 月，頁 109。

<sup>470</sup> 董保城，釋字第四六九號國賠之省思，萬國法律，第 106 期，1999 年 8 月，頁 3、6。

<sup>471</sup> Wahl, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, Bd. I, 2006, Vorb. § 42 Abs. 2 Rn. 96.

<sup>472</sup> 相同見解，請參閱謝碩駿，政府資訊公開請求權在德國法的憲法基礎，法學新論，第 3 期，2008

## 二、既有判斷標準之檢討

縱然前揭大法官釋字第四六九號解釋，就保護目的之確定提出判斷標準，向來學說與實務見解所提出之判斷標準並不因此而被揚棄，關於保護目的之確定，仍得以之作爲判斷標準。

惟其中有一個學說所提出之判斷標準，本文認爲應予解釋說明而避免誤會，亦即學者有認爲某一規定是否以保護他人爲目的，必須視該規定是否係以特定人或特定範圍之人爲保護目的，並且視該規定是否係以受損害之法益爲保護目的<sup>473</sup>。就此一要求，本文應予澄清者爲，於保護他人法律之「保護他人」的認定上，**必須先判斷系爭規定是否係以保護他人爲目的，若該規定係以保護他人爲目的後，才再進一步地判斷，被害人及其所受之損害，是否係該以保護他人爲目的之規定所欲保護之對象。**因此前揭學者之看法應該評價爲，當某一規定越係以特定人或特定範圍之人及其所受之損害，作爲該規定之保護對象時，則越傾向於認定系爭規定係以保護他人爲目的<sup>474</sup>。

否則若將前揭學說上之要求，理解爲具體個案中之被害人及其所受之損害並非某一規定所欲保護之對象時，即應認爲系爭規定並非以保護他人爲目的，則此一見解顯然有誤。蓋縱該規定非以保護系爭被害人及其所受之損害爲目的，該規

---

年 10 月，頁 77。

<sup>473</sup> 黃立，民法債編總論，1999 年 10 月二版，頁 278-279。

<sup>474</sup> 因此有學者於論斷民法第七百六十八條第一項之規定是否係以保護他人爲目的時，特別強調系爭規定保護之主體限於特定的土地所有人或其他用益權人，其保護之客體則限於通過鄰地上下安設管線，並因此進而認定系爭規定係以保護他人爲目的。請參閱陳忠五，土地所有人「管線安設權」之侵害與鄰地所有人之損害賠償責任—評最高法院九十三年度台上字第二四五三號判決—，月旦法學雜誌，第 122 期，2005 年 7 月，頁 217。此一說理過程，正係在說明因民法第七百六十八條第一項此一規定，其保護主體及客體範圍均很特定，因此始將本條規定解爲以保護他人爲目的。就此判斷過程，可評價爲與本文見解相同。

定仍可能係以保護其他被害人及其所受之損害為目的。

### 三、判斷標準之間的關係：綜合判斷而無優劣順位

既然向來關於保護目的之確定，學說與實務見解已提出相當多之判斷標準，甚至大法官釋字第四六九號解釋亦提出其判斷標準，則在現存為數眾多之判斷標準間，其關係為何？是否其中有某些判斷標準應優先被考量，抑或所有判斷標準間並無優劣順位，而應綜合判斷以確定保護目的為何？

首先參酌大法官釋字第四六九號解釋，其特別表示關於保護目的之確定，必須就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等**綜合判斷**，可見於此四者判斷標準間，並無優劣順位可言。至於**其他學說與實務見解所提出之判斷標準，其實亦無優劣順位，應就各種判斷標準綜合判斷後，以確定某一規定是否係以保護他人為目的**，蓋正如德國學者所言，在數判斷標準之間，並沒有原則性的區別，只是係以不同方式達到確定保護目的此一目標<sup>475</sup>。在此說明之下，於判斷某一規定是否係以保護他人為目的時，應注意在不同判斷標準下各種解釋之可能性，而不宜偏重於其中一者，致使判斷結果失當。

而最高法院似亦已意識到此一問題，因此並非僅就單一之判斷標準即確定某一規定之保護目的為何，而是在參酌兩者以上之判斷標準後，始得出系爭規定是否以保護他人為目的之結論。例如最高法院八十四年度台上字第一一四二號判決表示：「依**國有財產法第一條前段**規定：『國有財產之取得、保管、使用、收益及處分，依本法規定』，及由**國有財產法第四十二條**規定於**國有財產法第五章『收益』**觀之，該第四十二條規定顯然純係基於管理、使用及收益國有財產考慮而設，而

<sup>475</sup> Schmiedel, Deliktobligationen nach deutschen Kartellrecht, S. 226, 228.

非著眼人民財產權利之保障，自難指為民法第一百八十四條第二項所謂保護他人之法律。」

本案判決中，最高法院透過國有財產法第一條之規定探求國有財產法之立法目的後，藉以推論國有財產法第四十二條並非以保護他人為目的，此乃係以**歷史解釋**作為判斷標準；又以系爭規定係規定於國有財產法第五章「收益」，而更確定該規定並非以保護他人為目的，此則係以**體系解釋**作為判斷標準。顯見最高法院已體認到數判斷標準間並無優劣順位，因此若僅以單一標準以為論證，說理上仍嫌不足，故須透過歷史解釋及體系解釋兩種判斷標準，始能對系爭規定是否係以保護他人為目的作出較為正確的判斷。

#### 參、結論

關於某一規定究竟是否係以保護他人為目的，本文一路從德國學者所提出之龐大而複雜的判斷標準談起，繼而介紹我國紊亂而諸說並陳的學說見解，再以最高法院的判決為研究對象，分析得出當其附理由以論證某一規定之保護目的時，係以文義解釋、歷史解釋及體系解釋作為其判斷標準，最後再提出公法學常用之保護規範理論，希冀借用大法官釋字第四六九號解釋所提出之判斷標準，以確定保護目的。

然而看似結論上是失敗的，因為不管是德國學說、我國學說及實務見解，抑或係保護規範理論，均是不斷地提出其認為妥適的判斷標準，但是正如保護規範理論所面臨之批評，若單純僅是以諸多綜合判斷之判斷標準以確定某一規定之保護目的，勢必不能兼顧法安定性的要求，更重要者係，在諸多綜合判斷之判斷標準下，極可能發生以某一判斷標準為據，而得出某一規定是否係以保護他人為目

的之結論，然而在另一判斷標準之檢討下，卻得出完全相反之結論。因此，就各該規定是否係以保護他人為目的，無論係學說見解或實務見解均有很大之分歧，亦是不難想像之事<sup>476</sup>。

也無怪乎德國學者有指出，區分某一規定究竟僅係以保護一般公益為目的，抑或是兼以保護個人權益為目的，通常是沒有用的，因為對於某一規定之保護目的為何時常難以確定<sup>477</sup>；更有表示，正因為某一規定的保護目的通常難以確定，因此若認為保護他人法律的判斷標準為，系爭規定必須以保護他人為目的，這樣的判斷標準的提出其實是不太具有說服力的（nicht sehr aussagekräftig）<sup>478</sup>；甚至早在西元 1900 年 *Cosack* 出版之德國民法教科書中即已指出，以某一規定係保護一般公益抑或是個人權益以理解保護他人之法律，實際上是完全行不通的（ganz undurchführbar）<sup>479</sup>。

而本文認為，其實若能體認判斷某一規定是否係以保護他人為目的，最終之目標係為了確定，行為人是否應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，則實際的以一個違反規定的行為是否應該課予侵權責任為研究對象，將係最

<sup>476</sup> 例如民法中關於占有之規定是否係以保護他人為目的，爭論最為激烈。採肯定說者，學說見解請參閱梅仲協，民法要義，1954年3月臺新初版，頁141；鄭玉波，民法債編總論，1962年6月初版，頁154；馬維麟，民法債編註釋書（一），1995年10月初版，第一八四條，邊碼46、167-175；王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任－民法第一八四條第二項規範功能之研究一，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996年10月，頁195-196；詹森林，無權使用他人土地之三角關係（一），月旦法學雜誌，第25期，1997年6月，頁39；王澤鑑，侵害占有之侵權責任與損害賠償，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第三冊，2004年10月，頁229-230；郭冠甫，民法系列－侵權行為，2006年8月，頁90。實務見解請參閱最高法院七十一年度台上字第三七四八號判決；最高法院七十四年度台上字第七五二號判決；最高法院八十八年度台上字第一四二四號判決；最高法院九十五年度台上字第二二五〇號判決；最高法院九十五年度台上字第二七九八號判決。採否定說者，請參閱蘇永欽，侵害占有的侵權責任，收錄於氏著，民法經濟法論文集，1988年，頁161-162；劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」－最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第146期，2007年7月，頁241。

<sup>477</sup> Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Rn. 826.

<sup>478</sup> Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 1268.

<sup>479</sup> Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, S. 599. Zitiert nach Bistrizki, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, S. Rn 29.

終之判準。而其實這也就是前揭德國聯邦最高法院，目前就某一規定是否以保護他人為目的，所採之最核心的判斷標準，亦即**實際判斷對於個人賦予損害賠償請求是否是有意義的，並且在整個責任體系中是可容忍的**（Ein individueller Schadensersatzanspruch muß sinnvoll und im Lichte des haftungsrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheinen）。至於前述諸多關於保護目的之判斷標準，其實均是為其價值判斷後之結果，尋求一個正當化的理由<sup>480</sup>。

而我國學者所表示之意見中，似乎也有隱含這樣的看法，其認為<sup>481</sup>「作為基本規範的轉介條款，不同於這些特別民法的地方，正在於此：立法者在做出特別民事規定的時候，已經對公共政策和私法自治的價值衝突做出了評價，民事法官的任務只是尋著這樣的評價去適用法律。但轉介條款卻只是概括的轉介某個社會倫理或公法規定，對於它在私法領域的具體適用，如何與私法自治的價值適度調和，都還未作成決定。司法者站在公私法匯流的開口，正要替代立法者去做決定：讓公法規範以何種方式，以多大的流量，注入私法。」從如此之敘述中，可窺知氏亦隱有看法認為，當行為人之行為違反某個公法規定時，究竟是否應課予其侵權責任，應係透過民法第一百八十四條第二項此一轉介條款之規定，交由司法者去判斷，而其判斷之標準即在於如何將公法及私法領域作適當調和，亦即應由司法者去評斷，課予違反該公法規定之行為人侵權責任，在責任體系中是否是有意義而可被容忍的。

甚至觀諸我國實務見解，似乎亦有傾向於此一見解者，例如最高法院九十五

---

<sup>480</sup> 若本文見解正確，則無論最高法院係於判決中表示，某一規定僅使個人受到「反射利益」，因而否認系爭規定係以保護他人為目的，例如最高法院九十二年度台上字第五五六號判決者是；或是表示，某一規定「間接」及於個人權益之保護，因而肯定系爭規定係以保護他人為目的，例如最高法院九十五年度台上字第三九五號判決者是，其實均是最高法院在價值判斷後，亦即判斷是否應課予行為人民法第一百八十四條第二項之侵權責任後，所給予當事人的一個形式上的理由罷了。

<sup>481</sup> 蘇永欽，再論一般侵權行為的類型－從體系功能的角度看修正後的違法侵權規定－，政大法學評論，第69期，2002年3月，頁196。

年度台上字第三九五號判決即表示：「刑法第一百九十三條關於違背建築術成規罪之規定，係規範承攬工程人、監工人於營造或拆卸建築物時，應依照建築術成規而行，以維護公眾安全，間接及於保護個人權益之安全，當屬於保護他人之法律；又不動產之價格高昂，乃為居住者身家安寧之所在，而因不動產之建造為專門之技術，一般消費者無法以己力完成，僅得誠心仰賴於專業建造業者，建造業者亦從中獲取利潤，故建造者自應遵循政府制定之建築技術成規施作工程，確保住居安全無虞，始合於社會生活之根本原理。」

最高法院於此一判決中表示，「不動產價值高昂」，又係「居著者身家安寧之所在」，而「不動產之建造係屬專門技術，一般消費者無法以己力完成，故僅得誠心仰賴於專業建造業者」，「建造業者從中亦獲取利潤」，凡此即在詳盡論述，為何當建造業者未依照政府制定之建築技術成規建造時，得以課予其侵權責任。由此可見，本案最高法院之見解顯然與本文相同，其實應實際的以建造業者違反建築技術成規的行為是否應該課予侵權責任為研究對象，而在判斷對於被害人賦予損害賠償請求是有意義的，並且在整個責任體系中是可容忍的之後，肯認系爭規定係以保護他人為目的<sup>482</sup>。至於本案判決中以刑法第一百九十三條的文義解釋，以認定系爭規定係以保護他人為目的，其實不過是為上述價值判斷找出一個正當化的理由而已。

除前揭最高法院之判決外，尚有另一則判決亦得以評價為與本文見解相同，

---

<sup>482</sup> 可以評價為與本文見解相同的判決，尚請參閱最高法院九十五年度台上字第二六九二號判決，本案判決表示：「基於社會政策之理由，為使受僱人受有週全之保障，民法增訂第四百八十三條之一，明定受僱人服勞務，其生命、身體、健康有受危害之虞者，僱用人應按其情形為必要之預防。此即屬民法第一百八十四條第二項所指保護他人之法律。」本案判決中所表示之「基於社會政策理由」，雖嫌簡略，然而查其實際內涵，其實亦是在評價，因為當行為人有違反民法第四百三十八條之一之行為時，對於受僱人賦予損害賠償請求是有意義的，並且在整個責任體系中是可容忍的，因此即解釋系爭規定係以保護他人為目的。

即臺灣臺中地方法院九十年度重訴字第七〇六號判決，其表示<sup>483</sup>：「我國會計師法第十八條關於『利害關係人』之範圍，實務上向無定論（編按：此處所指者應係民國六十六年五月十三日修正之會計師法第十八條之規定，本條規定：『會計師有前條情事致指定人、委託人或利害關係人受有損害時，應負賠償責任。』至於現行會計師法第十八條之規定，乃係民國九十六年十一月二十七日所修正者，其內容與此無關），當會計師故意有不正當行為，或故意違反、廢弛其業務上應盡之義務時，擴大會計師負賠償責任之範圍，應無疑義，立法例上亦有此趨勢；惟會計師僅具有過失時，應其對無法預測之潛在投資人所受之一切損害負賠償責任，實屬過苛，亦與民法第一百八十四條規定之一般侵權行為損害賠償要件容有未合。蓋利害關係人所受之損害，可能均為經濟上之損失，其權利遭受侵害，實難想像。…惟會計師僅具過失情節，而有違反一般公認之審計準則之時，各該審計準則乃會計師從事審計工作之行為規範，尚難認為係『保護他人之法律』，故單純以會計師違反審計準則，而使其與實際製作不實財務報告之行為人，均對於第三人所受之經濟上之損失，同負賠償之責，理論上恐有失衡之嫌。此外，會計師為查核或核閱財務資訊，設計、執行之蒐集證據程序，係為取得查核或核閱證據，俾對財務報告表示意見之用，故就會計師之立場而言，所有蒐集證據之過程，係供自己之用，非為他人所用。若論會計師在蒐集證據之過程中，未保持專業上之警覺，採取適當之程序，而應負無限制之賠償責任，則其過失情節及責任範圍，亦顯不相當。」

姑且暫先不論本案判決所持理由之妥當與否<sup>484</sup>，但是明顯可見本案判決係以

<sup>483</sup> 雖本案判決所示見解僅係臺中地方法院所為，惟其判決內容誠值研究，故仍將與本文在此所欲研究之相關部分判決原文予以摘錄。

<sup>484</sup> 本案判決係以被害人僅是利益受侵害為由，而認為應特別限制加害人侵權責任構成之可能性。惟本文一貫地認為在民法第一百八十四條第二項之侵權責任，因為已經有妥適的法律技術以篩選過濾責任之應當課予與否，因此無庸以利益受侵害時責任應特別予以限制作為法律政策，進而否定加害人構成侵權責任之可能性。關於此之詳細論證，請參見本節第三項、第二款、第二目；本文見解：否定說。當然本文於此僅係欲說明，無庸因為加害人僅係造成利益之侵害，即特別限制其侵權責任

會計師違反審計準則之行爲作為研究對象，並判斷於此情形課予被害人損害賠償請求權在責任體系上是無法容忍者，因此應認為系爭規定並非以保護他人爲目的。至於所謂「會計師爲查核或核閱財務資訊，設計、執行之蒐集證據程序，係爲取得查核或核閱證據，俾對財務報告表示意見之用，故就會計師之立場而言，所有蒐集證據之過程，係供自己之用，非爲他人所用。」僅係對於上述價值判斷之結果，希冀從文義解釋的立場找出一個正當化的理由而已。就此，亦有學者表示，本案判決清楚的勾勒出法律政策，令人激賞<sup>485</sup>！



---

構成之可能性，但不代表其當然應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，蓋例如「審計準則」得否作為民法第一百八十四條第二項所稱之法律，即並非沒有討論之餘地。

<sup>485</sup> 曾宛如，論證券交易法第二十條之民事責任—以主觀要件與信賴爲核心，臺大法學論叢，第33卷第5期，2004年9月，頁84。

## 第二款 人之範圍

### 第一目 概念內涵

關於保護他人法律之「保護他人」的認定，除必須某一規定係以保護他人為目的外，尚必須被害人屬於系爭規定所欲保護之人之範圍（*Persönlicher Schutzbereich*）。蓋縱然系爭規定係以保護他人為目的，並不因此即可當然地認為，該被害人得依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償<sup>486</sup>。

舉例而言，甲未領有駕照而駕駛汽車，因駕駛技術不良而撞傷機車騎士乙，並撞進民宅，致使屋主丙受傷。本案中，甲之行為違反道路交通管理處罰條例第二十一條第一項第一款之規定，而本條規定係以保護他人為目的殆無疑義。惟因本條規定係為保護道路交通參與者之安全及交通秩序而設，故摩托車騎士乙因係道路交通參與者，得認為其屬於系爭規定所欲保護之人之範圍內。反之，丙則不屬於系爭規定所欲保護之人之範圍<sup>487</sup>。

<sup>486</sup> 中文文獻請參閱蘇永欽，侵害占有的侵權責任，收錄於氏著，民法經濟法論文集，1988年，頁159；馬維麟，民法債編註釋書（一），1995年10月初版，第一八四條，邊碼149；王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任－民法第一八四條第二項規範功能之研究－，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996年10月，頁12-21；黃立，民法債編總論，1999年10月二版，頁278；陳聰富，論違反保護他人法律之侵權行為，台灣本土法學，第30期，2002年1月，頁7-8；蘇永欽，再論一般侵權行為的類型－從體系功能的角度看修正後的違法侵權規定－，政大法學評論，第69期，2002年3月，頁175；姚志明，侵權行為法研究（一），2002年9月初版，頁50-51；邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003年1月修訂一版，頁185-186；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005年1月，頁348、353；姚志明，侵權行為法，2006年3月初版，頁70；劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」－最高法院九十二年台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第146期，2007年7月，頁244-245。德文文獻請參閱 *Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, Rn. 214; Esser/Weyers, Schuldrecht, Brand II, Besonderer Teil, Teilband 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse, S. 200; Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 1269; Honsell, Der Verstoß gegen Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, JA, 1983, S. 104; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Halbband, S. 443; Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Rn. 827; Schlechtriem, Schuldrecht, Besonderer Teil, Rn. 871 f.; Staudinger-Hager, § 823 G 24.*

<sup>487</sup> 姚志明，侵權行為法，2006年3月初版，頁70。氏並且附加說明，雖丙並非在道路交通管理處罰條例第二十一條第一項第一款所欲保護之人之範圍內，惟丙得就其身體健康權之侵害，依民法第一百八十四條第一項前段之規定請求損害賠償，亦可因甲之行為同時違反刑法第二百八十四條第一項之過失傷害罪，而依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償。

惟民法第七百九十四條所欲保護之人之範圍為何<sup>488</sup>？因本條規定相當於德國民法第九百〇九條，而德國學說與實務見解認為**本條規定僅保護直接相鄰之土地所有權人**，因此若因土地之開掘或建築，不僅造成直接相鄰之土地所有權人的損害，亦造成其他非直接相鄰之土地所有權人的損害時，後者並非本條所欲保護之人之範圍<sup>489</sup>。而我國學者則有表示，本條之規定所欲保護之人之範圍**不及於鄰地之買受人或承租人**<sup>490</sup>。

本文則認為，民法第七百九十四條規定，土地所有人開掘土地或為建築時，不得因此使鄰地之地基動搖或發生危險，或使鄰地之建築物或其他工作物受其損害。觀諸本條之文義及查其立法目的<sup>491</sup>，**當係為保護鄰地之建築物或其他工作物之所有權人，除此之外，亦得認為具有保護在鄰地之建築物或其他工作物活動之人之安全**。因此鄰地之買受人既非鄰地之建築物或其他工作物之所有權人，即非屬於本條所欲保護之人之範圍。

惟鄰地之建築物或其他工作物之完好與否與鄰地承租人之安全息息相關，因

<sup>488</sup> 民法第七百九十四條所欲保護之人之範圍為何的問題，最高法院尚未曾表示意見，就本文搜尋所得之最高法院判決，均僅係在論述本條規定是否以保護他人為目的而已。請參閱最高法院七十二年度台上字第二二二五號判決；最高法院七十二年度台上字第三八二三號判決；最高法院七十三年度台上字第四二一一號判決；最高法院九十八年度台上字第三九號判決。惟似亦有學者持反對意見，認為本條規定並非係以保護他人為目的，請參閱簡資修，違反保護他人法律之過失推定：經濟功效與司法仙丹，政大法學評論，第75期，2003年9月，頁102-103。

<sup>489</sup> Deutsch/ Ahrens, Deliktsrecht, Rn. 214; BGHZ 12, 75.

<sup>490</sup> 王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005年1月，頁353。相類似見解，請參閱黃茂榮，營建損鄰之賠償責任，月旦法學雜誌，第122期，2005年7月，頁200。氏認為受害人如非鄰地或其上建築物之所有權人，而是一般人，則無相鄰關係為其保護義務的規範基礎。

<sup>491</sup> 本條立法理由為：「謹按土地所有人，在其所有土地範圍之內，開掘土地或為建築時，此屬土地所有人固有之權能，本可毋庸限制。然因開掘土地或建築一切工作物，致鄰地之基地搖動，或**至發生危險**，或使鄰地之工作物有受其損害之情事，則不得不謀救濟之方法，以資保護。故本條規定土地所有人開掘土地或建築時，不得使鄰地之基地搖動，或**發生危險**，或使鄰地之工作物受其損害，所以維持社會之公共利益也。」自本條立法理由特別表示，本條規定之所由設，目的之一即在於避免土地所有人因開掘土地或建築而發生危險，顯見本條亦係**以保護在鄰地之建築物或其他工作物活動之人之安全為目的**。

此應認為其乃屬本條所欲保護之人之範圍。然並非行為人違反系爭規定之結果，鄰地承租人即得就其所有損害均得依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償，就該承租人因建築物或其他工作物之傾倒致受有身體權或健康權之侵害時，固然得就此損害請求賠償，但並不及於其無法繼續使用租賃標之物之損害，蓋系爭損害與該承租人之安全無涉。因此誠如學者所言，該承租人係屬系爭規定所欲保護之人之範圍並無疑義，有問題者僅在於其所受之損害是否為系爭規定所欲保護之物之範圍而已<sup>492</sup>。

## 第二目 最高法院判決研究

依本文就最高法院判決所為之檢索，第一次出現與人之範圍有關之判決，乃係最高法院八十六年度台上字第二一三一號判決，本案中原告主張其並非被告信用合作社之社員，依規定不得向信用合作社借款，惟被告卻違反系爭規定而貸款於原告，故原告主張被告應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。最高法院則認為<sup>493</sup>：「信用合作社管理辦法第十一條雖規定，信用合作社對其社員，非依合作社法第十四條之規定完成入社手續一個月後，不得放款；同辦法第五條第一項，信用合作社之社員以加入一社為限，同條第二項並課信用合作社負責查明有無加入其他信用合作社之義務；**惟此僅行政命令，非法律規定，且此規定，係對信用合作社之約束，使之不得有濫行放款之行為，其旨在保護合法社員，而非在保護非社員之貸款者。**」

本案判決雖然並未使用「人之範圍」此一用語，惟既然其所指涉之概念係指，系爭規定雖係以保護他人為目的，惟其保護之對象僅限於合法社員而不及於非社

<sup>492</sup> 邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003年1月修訂一版，頁186。

<sup>493</sup> 關於「信用合作社管理辦法」是否係屬本條所稱之法律，請參見本節、第一項、第一款、第七目、肆、二、(二)、2：本文見解。

員者，顯見係以原告並非屬於系爭規定所欲保護之人之範圍為由，而拒絕原告之請求<sup>494</sup>。

至於最高法院第一次使用「人之範圍」此一用語，係在最高法院八十八年度台上字第一八六二號判決，該判決表示<sup>495</sup>：「違反保護他人之法律而構成侵權行為損害賠償義務，必需具備二個要件，一為被害人須屬於法律所欲保護之人之範圍，一為請求賠償之損害，其發生須係法律所欲防止者。而揆諸勞工安全衛生法第一條得知其立法目的乃為防止職業災害，保障勞工安全與健康，特制定本法，且依同法第二條第四項規定…，另依勞工安全衛生法第四條規定，該法適用之對象乃為…再徵之勞工安全衛生設施規則第一條明白揭示：『本規則依勞工安全衛生法第五條規定訂定之』以觀，上訴人並非其所主張前揭法律所欲保護之人之範圍。」

本案原告所開設之工廠廠房與被告所開設之彈簧床加工所比鄰，因被告之加工所火災延燒至原告廠房，導致原告受損。惟因前揭勞工法規之規定雖係以保護他人為目的，然其所欲保護之對象為勞工，而非工廠廠房與被告加工所比鄰之原告，故原告並非系爭規定欲保護之人之範圍<sup>496</sup>。

<sup>494</sup> 相同見解，請參閱陳聰富，論違反保護他人法律之侵權行為，台灣本土法學，第 30 期，2002 年 1 月，頁 8。

<sup>495</sup> 除本案判決外，最高法院明確表示被害人應屬於某一規定所欲保護之人之範圍，並且於人之範圍的判斷上顯屬正確者，請參閱最高法院九十六年度台上字第一五三〇號判決，本案判決表示：「人工生殖法草案中說明『人工協助生殖技術管理辦法』之規定，均屬職權命令或行政規則，性質上不宜涉及人民之權利義務事項。其案由明確揭示『…為確保不孕夫妻、人工協助子女及生殖細胞捐贈人之權益，且顧及女性作為生育主體，其權益與需求，並使人工協助生殖健全發展…』，顯見該草案之前身即『人工協助生殖技術管理辦法』所欲保障者，係不孕夫妻、人工協助子女、生殖細胞捐贈人、女性作為生育主體之權益與需求、人工協助生殖之健全發展，上訴人非該辦法保護之對象。」

<sup>496</sup> 查被告所經營之加工所內，是否因堆置有大量易燃物品而得認為係屬高危險工作場所，乃係被告有無勞工安全衛生法之適用的問題，似與被告是否係屬系爭規定所欲保護之人之範圍無關，參酌判決中表示「須引起勞工疾病、傷害、殘廢或死亡之結果，始有勞工安全衛生法之適用。惟本件被上訴人乙所經營之府城彈簧床加工所並無任何引起勞工疾病、傷害、殘廢或死亡之結果，已如前述」等語，更可茲證明。故若認為高等法院係以此為理由，而認定原告非屬系爭規定所欲保護之人之範圍，似有誤會。請參閱陳聰富，論違反保護他人法律之侵權行為，台灣本土法學，第 30 期，2002 年 1 月，頁 8。

## 壹、最高法院九十六年度台上字第一八九一號判決

最高法院九十六年度台上字第一八九一號判決所涉案例事實略為，原告甲為某保險事業股份有限公司，其已離職之員工乙以先前其因招攬保險而持有之訴外人丙等五人之身分證影本偽冒該五人之開戶文件，向丁銀行辦理存摺開戶手續，丁銀行之職員戊卻未依財政部九十一年八月六日台財融（六）字第○九一六○○○二三一號函之規定辦理，亦即該丙等五人並非本人親自辦理，且乙未持有身分證件原本之情形下，戊卻同意開立帳戶。而後乙再假冒丙等五人之名義向原告辦理保單借款，原告將借款金額分別匯入上開設於丁銀行之丙等五人名義帳戶內後，為乙提領一空。故原告以丁銀行違反保護他人法律為由，而依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償。

經查財政部九十一年八月六日台財融（六）字第○九一六○○○二三一號函，其主旨記載：「為防範詐騙集團於客戶開立存款帳戶後，以偽造該客戶之身分證於聯行開立第二存款帳戶，並以電話語音轉帳盜領存款案件發生，各金融機構應依本部九十年六月五日台財融（二）第九○七○六九六七號函逕研商『如何防範詐騙集團以偽造身分證盜領存款相關事宜』加強存款戶之身分確認，以維存戶權益，請查照轉知各會員機構。」

又該函說明欄第一點記載：「各金融機構辦理存戶於聯行開立第二存款帳戶時，應向原第一開戶營業單位照會，並比對其留存之身分證正、反面影本、照片、筆跡及印鑑等是否均與原開戶營業單位相同，以確實確認客戶身分。」

### 一、實務見解

臺灣臺南地方法院九十四年度訴字第二八七號判決，及臺灣高等法院臺南分院九十五年度上字第二〇四號判決俱認為，依該函令整體觀之，乃財政部本於行政指導權責，對金融業者所發布之行政命令，其主要目的，乃作為金融機關處存戶辦理開立帳戶之指導，其間接目的亦在保護存戶之權益，此觀該函主旨末句「以維存戶權益」即明，依上說明，該函令應屬本條款所謂之保護他人之法律。其保護之對象，則屬在金融機構開立存摺帳戶之個人，本件上訴人並非存戶，自非屬本函令所保護之對象，自無民法第一百八十四條第二項前段規定之適用。

惟最高法院九十六年度台上字第一八九一號判決則認為：「該函旨在保護與金融機構往來之全體客戶之財產權益，並非狹隘地僅在保護在金融機關開立帳戶之個人，原審認依該函整體觀之，該函保護之對象僅為在金融機構開立存摺帳戶之個人，上訴人並非存戶，不屬該函保護對象，因而為上訴人敗訴之判決，已有可議。」

故自法院判決內容以觀，可知本案重要爭點之一在於，若系爭函示係以保護他人為目的，則其所欲保護之人之範圍為何？

## 二、判決評析

### （一）解釋函令並非屬於法律規範之範圍

解釋函令依行政程序法第一百五十九條第二項第二款之規定，性質上係屬行政規則，而依本文前述說明，行政規則不屬於法律規範之範圍<sup>497</sup>，惟本案高等法

<sup>497</sup> 請參見本節、第一項、第一款、第七目、肆、一、(二)、2、(2)：本文見解。

案與最高法院對此卻隻字未提，顯然就行政規則是否得以成爲法律規範一事，完全欠缺問題意識。反而係地方法院於判決中特別提及，**系爭解釋函令之內容係金融主管機關所發之行政命令，並非法律**，顯然地方法院已意識到並非所有之規定均得成爲法律規範，就此而言，誠值贊同。惟觀其判決理由，似乎係認爲所有之行政命令均不能成爲法律規範，然行政命令中之法規命令得以成爲法律規範，本文前亦已詳盡論述<sup>498</sup>，故就此而論，地方法院之見解仍係尚有缺憾。

## （二）系爭解釋函令所欲保護之人之範圍？

至於本件案例爭論最大之問題，亦即系爭解釋函令所欲保護之人之範圍，除「存戶」外，是否及於「與金融機構往來之全體客戶」？本文認爲，既然系爭解釋函令特別表示，之所以於聯行開立第二存款帳戶時，應遵守一定程序性要求，例如應向原第一開戶營業單位照會，並比對其留存之身份證、照片及印鑑等是否與原開戶營業相同，**其目的在於防範詐騙集團**，則可能受詐騙集團侵害者，均應在本解釋函令所欲保護之人之範圍內，因此被冒名開戶者當然係該解釋函令所欲保護之人之範圍，惟在詐騙事件頻傳之今日，受詐騙集團侵害者最深者，乃係該因被詐騙而受有財產損失之人，故其亦應在該解釋函令所欲保護之人之範圍內，因此本文認爲最高法院表所持見解應屬可採。

## 貳、最高法院九十六年度台上字第二九六號判決

最高法院九十六年度台上字第二九六號判決所涉案例事實略爲，原告甲於民國八十四年十二月間，參加臺灣省農會舉辦之臺灣省各級農會第十三次新進人員統一考試，評定成績爲備取第一名，然甲於該備取第一名資格之有效期間內（至

<sup>498</sup> 請參見本節、第一項、第一款、第七目、參、二、(二)、2：本文見解。

民國八十六年十月五日止)，均未獲聘為被告乙（臺北縣新莊市農會）之正式雇員。而甲自民國八十六年十一月經乙聘僱為臨時人員，而當時並未簽訂書面契約，嗣後至民國八十七年六月十日乙方與被甲訂立「臺北縣新莊市農會臨時員工受僱契約書」，約定一年一聘，聘期至民國八十八年六月三十日止，惟甲於民國八十七年十月十四日遭乙解聘。

而本案之起因在於，訴外人丙亦參加系爭考試，並經評定為備取第二名，惟備取第一名之甲並未被聘任為正式雇員，但備取第二名之丙卻於民國八十五年十二月間經乙聘任為正式雇員。

#### 一、實務見解



臺灣高等法院九十二年度勞上更（一）字第八號判決表示：「上訴人依**農會法第 26 條、農會人事管理辦法第 12 條及系爭考試作業要點第 8 條第 1 項**之規定，應聘僱被上訴人為雇員，業已詳如上述。然上訴人未依上開規定聘僱被上訴人為雇員。實乃上訴人違法不依序聘用被上訴人為雇員，自屬違反保護他人之法律。易言之，上訴人違反農會法第 26 條、農會人事管理辦法第 12 條及系爭考試作業要點第 8 條第 1 項等保護被上訴人之規定，而侵害被上訴人受聘僱之法律上利益，自應依侵權行為之法律關係，賠償被上訴人因未經上訴人聘僱，而受有相當於薪資及其他可得利益之損害。」

惟最高法院九十六年度台上字第二九六號判決則認為：「農會法第二十六規定…，農會人事管理辦法第十二條規定…則依據該條訂定之**統一考試作業要點第八點**規定…，及農會法第二十六條、農會人事管理辦法第十二條等規定，其規範目的是否係為保護參加該項考試而經錄取之人？錄取人員未受農會依上開規定聘

用而生之損害，是否係上開規範所欲防止者？均值研求。乃原審未遑審究明晰，即認上訴人未依上開規定聘用被上訴人爲雇員，係違反保護他人之法律，上訴人應負侵權行爲損害賠償責任云云，自有可議。」

故自最高法院判決以觀，可知本案重要爭點之一在於，系爭規定是否係爲保護甲而設？換言之，甲是否在系爭規定所欲保護之人之範圍內？

## 二、判決評析

雖然本案最高法院其實僅提及兩個問題，一爲甲是否係在系爭規定所欲保護之人之範圍？及甲因未受聘用而生之損害是否係在系爭規定所欲保護之物之範圍？然本文以下之判決評析將分別就「農會法第二十六條」、「農會人事管理辦法第十二條」、「臺灣省農會辦理各級農會聘任職員統一考試作業要點第八點」及「臺灣省各級農會第十三次新進及升等人員統一考試簡則第二點第二款第一目第四小項」此四者規定，與民法第一百八十四條第二項責任要件有關之部分，作全面性之論述。

### （一）農會法第二十六條

「農會法」因性質上係屬經立法院通過而總統公布之法律，故其屬於法律規範之範圍並無爭議<sup>499</sup>。因此乙若違反農會法第二十六條之規定，是否應依民法第一百八十四條第二項之規定負損害賠償責任，其關鍵即在於系爭規定是否係以保護他人爲目的？

<sup>499</sup> 關於經立法院通過而總統公布之法律屬於法律規範之範圍，請參見本節、第一項、第一款、第五目：經立法院通過而總統公布之法律。

按依當時有效之農會法第二十六條規定：「農會總幹事以外之聘任職員，由總幹事就農會統一考試合格人員中聘任並指揮、監督（第一項）。前項聘任職員，應由中央或省（市）主管機關督導全國或省（市）農會統一考訓之（第二項）。」

而自農會法第二十六條之規範意旨以觀，本條僅係在規範農會除總幹事以外之職員應如何聘任，亦即應從統一考試合格人員中聘任，並且應由主管機關督導全國或省（市）農會統一考訓之而已，再參酌農會法第二十六條之修正理由<sup>500</sup>，更能認為本條之所由設並非係以保護他人為目的。

因此本案高等法院認為本條規定係以保護他人為目的，誠有誤會。至於最高法院雖然未就本條規定是否係以保護他人為目的明確表示意見，然其率以「其規範目的是否係為保護參加該項考試而經錄取之人？…均值研求。」亦即以甲是否係該規定所欲保護之人之範圍為廢棄發回的理由，似亦得認為最高法院是以該規定係以保護他人為目的為前提，但認為甲是否在本條規定所欲保護之人之範圍尚有疑義而已。果如此，則最高法院關於本條是否係以保護他人為目的之判斷亦有所不當。

## （二）農會人事管理辦法第十二條

「**農會人事管理辦法**」（下稱系爭管理辦法）係行政院農業委員會依農會法第四十九條之一之授權制定<sup>501</sup>，性質上係屬**法規命令**，而本文認為法規命令屬於法

<sup>500</sup> 農會法第二十六條之修正理由為，一為提高農會聘任職員素質，爰於第一項增列就農會統一考試合格人員中聘任之規定。二為配合修正條文第八條之修正，因應未來全國農會之設置，爰於第二項增列全國農會統一考訓之依據。

<sup>501</sup> 農會法第四十九條之一規定：「各級農會人事管理辦法、財務處理辦法、總幹事遴選辦法及選舉罷免辦法，由中央主管機關定之。」

律規範之範圍<sup>502</sup>。自本案高等法院結論上認為本條規定係屬「保護他人之法律」以觀，可知本案高等法院亦承認法規命令得以成為法律規範之範圍。至於最高法院於本案中，就法規命令得否成為法律規範一事，並未表示任何意見。

因此乙若違反系爭管理辦法第十二條之規定，是否應依民法第一百八十四條第二項負侵權責任，其關鍵即在於該規定是否係以保護他人為目的？

按依當時有效之系爭管理辦法第十二條規定：「**農會新進職員，除總幹事由理事會依法聘任外，應就公開考選之及格人員中聘任；在職員工符合規定資格者得予提升，但技工、工友晉升職員及第七職等晉升第六職等人員，應經升等考試及格後提升之（第一項）。前項新進職員考選及在職員工升等考試，由中央或省（市）機關督導全國或省（市）農會辦理（第二項）。**」

而自系爭管理辦法第十二條之規範意旨以觀，實與前揭農會法第二十六條之規範目的所去不遠，亦僅係在規範農會除總幹事以外之新進職員應如何聘任，亦即應從公開考選之及格人員中聘任，並且關於新進職員之考選，應由中央或省（市）機關督導全國或省（市）農會辦理之而已。故本條之所由設並非係以保護他人為目的。

從而如同本文前揭就高等法院及最高法院，關於農會法第二十六條是否係以保護他人為目的之批評相同，高等法院與最高法院關於系爭管理辦法第十二條之規定，是否係以保護他人為目的之判斷，容有誤會。

### （三）臺灣省農會辦理各級農會聘任職員統一考試作業要點第八點

<sup>502</sup> 關於法規命令屬於法律規範之範圍，請參見本節、第一項、第一款、第七目、參、二、（二）、2：本文見解。

至於「臺灣省農會辦理各級農會聘任職員統一考試作業要點」(下稱系爭考試作業要點)之性質為何則值研究。

本案高等法院見解認為：「觀諸系爭考試作業要點第 1 條規定：本要點依農會法第 26 條第 2 項及農會人事管理辦法第 12 條第 2 項規定訂定。足徵系爭考試作業要點係由法律授權所訂定。再參以系爭考試作業要點第 8 條規定考試錄取之標準聘用之順序；第 9 條規定新進人員應考資格；第 12 條規定新進人員考試科目等情觀之，益證系爭考試作業要點，乃係規範與人民權利義務有關之事項，且適用之對象為一般人民(參與系爭考試之人民)。因此，顯見系爭考試作業要點係屬由法律授權所訂定之法規命令，應無疑義。」

系爭考試作業要點如高等法院所述，係以一般人民作為規範對象為固無疑問。然是否因系爭考試作業要點第一點規定，本要點係依農會法第二十六條第二項及農會人事管理辦法第十二條第二項規定訂定，即得認為系爭考試作業要點係經授權而制定？

經查，當時有效之農會法第二十六條第二項係規定：「前項聘任職員，應由中央或省(市)主管機關督導全國或省(市)農會統一考訓之。」而當時有效之本法第三條則規定，農會之主管機關，在中央為內政部；在省(市)為省(市)政府。因此縱然認為本法第二十六條第二項，關於除總幹事以外之職員應如何聘任，有意授權行政機關制定行政命令以規範之，亦僅係授權「中央或省(市)主管機關」，要非「臺灣省農會」。故臺灣省農會所頒布之系爭考試作業要點第一點雖然規定，其係依據農會法第二十六條第二項之規定訂定，仍不能據此認為系爭作業要點之性質因為已經授權而為法規命令

又當時有效之農會人事管理辦法第十二條第二項係規定：「**前項新進職員考選**及在職員工升等考試，**由中央或省（市）機關督導全國或省（市）農會辦理。**」自本條之規範內容可知，其實無非係農會法第二十六條第二項意旨之重申而已，故本條並無欲授權臺灣省農會得制定行政命令，以辦理新進職員之考選事宜。

況且，縱然認為系爭管理辦法第十二條第二項有意授權臺灣省農會得制定行政命令，臺灣省農會因此所制定之行政命令性質上亦非法規命令。蓋**農會法第四十九條之一**僅授權**中央主管機關**（編按：修法前為內政部；修法後為行政院農業委員會）制定各級農會人事管理辦法，惟本條規定並未賦予中央主管機關再授權之權限，因此臺灣省農會所制定之系爭考試作業要點性質上並非法規命令<sup>503</sup>。

綜上所述，系爭考試作業要點第一點雖然規定，本要點係依農會法第二十六條第二項及農會人事管理辦法第十二條第二項規定訂定，然而其仍並非經授權而制定，但卻係以一般人民作為規範對象，因此性質上應係屬**職權命令**而非法規命令。高等法院徒以系爭考試作業要點第一點即認定系爭考試作業要點性質上係屬法規命令，而未探究其實質，誠有不妥。

既然系爭考試作業要點性質上係屬職權命令已如上述，則其並非屬法律規範之範圍<sup>504</sup>，故縱乙違反系爭規定，亦無庸依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。

#### （四）臺灣省各級農會第十三次新進及升等人員統一考試簡則第二點第二款第

<sup>503</sup> 相同問題之論述，請參見本節、第一項、第一款、第七目、參、二、（二）、2、（2）：基於經授權而制定之法規命令再制定之行政命令。

<sup>504</sup> 關於職權命令不屬於法律規範之範圍，請參見本節、第一項、第一款、第七目、肆、二、（二）

#### 一目第四小項

##### 1、系爭規定為保護他人法律之「法律」

「**臺灣省各級農會第十三次新進及升等人員統一考試簡則**」(下稱系爭考試簡則)是否為民法第一百八十四條第二項所稱之法律，本案歷審法院均未論及。查系爭考試簡則為本案「臺灣省各級農會第十三次新進人員統一考試」之簡章內容，性質上固然並非經立法院通過而總統公布之法律，亦非行政命令，惟系爭考試簡則卻係甲乙雙方就該考試契約之契約內容。詳言之，本家中乙舉行系爭考試，並以系爭考試簡則為其要約，並由甲之同意應考為承諾而成立一考試契約，而系爭考試簡則之內容則係在規範契約當事人之權利義務，諸如甲應繳交報名費，而乙應舉辦考試或提供考試處所等。果如此，則系爭簡則所規範者即係契約當事人之契約義務，而契約義務應得成為法律規範<sup>505</sup>。

##### 2、系爭規定為保護他人法律之「保護他人」

系爭考試簡則第二點第二款第一目第四小項規定：「**考試總成績達錄取標準，臺灣省農會應按其類別缺額列冊通知員額出缺農會依成績順序聘用，並得分別在各該農會出缺員額內評列備取人員。遇缺由各該農會依成績順序聘用，錄取人員除有農會人事管理辦法第十七條、第十八條規定情事者外，不得拒絕聘用。前項備取人員之獲聘資格，得保留至下次省農會統一考試公告日為止。**」

故既然系爭規定明確表示各該農會遇缺時，應依備取人員之成績順序聘用，甚至特別規定，除錄取人員有系爭管理辦法第十七條及第十八條規定情事者外，

<sup>505</sup> 關於契約當事人違反契約義務致他方當事人受有損害時，契約義務係屬於法律規範之範圍，請參見本節、第一項、第一款、第九目、貳、一、(二)：契約義務屬於法律規範之範圍。

不得拒絕聘用，故系爭規定顯然係以保護他人為目的，而系爭規定所欲保護之人之範圍，即該備取人員，倘若順序在前之備取人員若未經優先錄取，則其因未被聘僱所受之相當於薪資及其他可得利益之損害，即為系爭規定所欲保護之物之範圍。

又雖然本文已認定系爭考試作業要點並非法律規範，因此也無庸檢討系爭考試作業要點第八點之規定是否係以保護他人為目的，惟因本條規定與系爭考試簡則第二點第二款第一目第四小項之規定，幾乎完全相同。因此本案高等法院肯定系爭考試作業要點第八點係以保護他人為目的，其所持之理由，得借用於系爭考試簡則之規定係以保護他人為目的之解釋上。本案高等法院認為系爭考試作業要點第八點之所以係以保護他人為目的，理由有三：

- 
- (1) 惟乙聘用雇員，應受上開農會法等相關規定限制，亦即應依系爭考試之結果依序僱用其所需人員，不得似有不公。而系爭考試作業要點之目的，在於公平、公開、公正以拔擢人才，避免乙任用私人，造成不法風險，自有其必要性，乙具有公器性質，受適當之監督、限制，實具正當性，此其一；
  - (2) 而乙於僱用甲之前，非不得依系爭管理辦法第十七條及第十八條審查，足以適度控管雇員素質，此其二；
  - (3) 且乙與被甲成立僱傭契約之後，乙得依相關規定及內部控管機制，對甲為訓練、考核、監督，甚至淘汰，非不能尋得適當人才，此其三。

而自高等法院就系爭作業要點第八點之規定是否係以保護他人為目的之判斷

標準以觀，其實正係符合本文見解，亦即係**實際的以該違反規定的行為是否應該課予侵權責任為研究對象**，並且在**實際判斷對於個人賦予損害賠償請求是有意義的**，並且在**整個責任體系中是可容忍者後**，判斷系爭規定係以保護他人為目的。

### 3、契約責任與侵權責任之交錯

正如本文所述，系爭考試簡則已因甲乙雙方之合意而成為系爭考試契約之契約內容，因此依系爭考試簡則第二點第二款第一目第四小項之規定，乙遇缺時應依成績順序聘用，既然甲為備取第一名，則**乙負有向甲為聘僱之意思表示的契約義務**<sup>506</sup>，惟乙卻違反其契約義務，應對甲負契約責任。

並且因契約義務得以成為法律規範，而該契約義務係以保護他方當事人為目的，因此他方當事人係屬於該規定所欲保護之人之範圍，而因乙違反契約義務致甲所生之損害，即係該規定所欲保護之物之範圍，故當乙違反系爭契約義務，不僅應對甲負契約責任，尚應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。

而本案亦為一適例得以證明，**契約責任並不存在排他而專屬職掌之領域**，蓋本案中，既然乙係違反契約義務，則乙應負契約責任乃屬確定，並且此乃契約責任最典型所欲規範者。惟高等法院明確認定乙尚應負民法第一百八十四條第二項之侵權責任，而最高法院雖然認為甲是否為系爭規定所欲保護之人之範圍，及其受之損害是否為系爭規定所欲保護之物之範圍尚值研求，惟若答案係屬肯定，則最高法院亦認為乙應負侵權責任，顯見契約責任與侵權責任得以並存發生，並不

<sup>506</sup> 就乙負有向甲為聘僱之意思表示的義務此一結論而言，高等法院之見解與本文相同。僅是高等法院認為該義務乃是因農會法第二十六條、系爭管理辦法第十二條及系爭考試作業要點第八點而生。惟自農會法第二十六條、系爭管理辦法第十二條之規定內容以觀，是否有課予乙系爭義務之意，誠有疑義，至於系爭考試作業要點第八點縱然有課予乙系爭義務之意，惟系爭考試作業要點乃係職權命令，其是否能夠對一般人民發生效力學說上爭議甚深。因此不若直接認為該義務乃係因系爭考試契約所生，在理論構成上較為穩妥。

因為乙應負契約責任，即率排除乙構成侵權責任之可能。

只是如同本文一再強調，固然侵權責任得與契約責任並存發生，因此得以肯認契約義務係屬法律規範之範圍，但不能因為肯認侵權責任構成之結果，造成契約責任固有之規範設計被架空。換言之，在侵權責任與契約責任同時發生時，應採請求權競合之相互影響說，藉以調和侵權責任與契約責任之衝突<sup>507</sup>。



---

<sup>507</sup> 相關之論述，請參見本節、第一項、第一款、第九目、貳：本文見解。

### 第三款 物之範圍

#### 第一目 概念內涵

關於保護他人法律之「保護他人」的認定，除必須某一規定係以保護他人為目的，及被害人屬於系爭規定所欲保護之人之範圍外，尚**必須該被害人所欲請求賠償者為系爭規定所欲保護之權益**，學說上稱之為**物之範圍**（Sachlicher Schutzbereich）。蓋縱然系爭規定係以保護他人為目的，並且該被害人為系爭規定所欲保護之人，並不因此即得當然地認為，該被害人就其所有損害均得依民法第一百八十四條第二項之規定請求賠償<sup>508</sup>。

舉例而言，工廠法第十二條禁止童工在午後八時至翌晨六時之時間內工作。故若僱用人甲要求童工乙於夜間加班，而乙因於夜間工作過於勞累，致其拇指被工廠機器壓斷時，應認為該損害為系爭規定所欲保護之物之範圍。反之，若乙係於夜間工作之休息期間，與同僚玩耍誤觸機器致受損害，則此項損害並非系爭規定所欲保護之物之範圍<sup>509</sup>。

<sup>508</sup> 中文文獻請參閱蘇永欽，侵害占有的侵權責任，收錄於氏著，民法經濟法論文集，1988年，頁159；朱柏松，論不法侵害他人債權之效力（上），法學叢刊，第145期，1992年1月，頁63；馬維麟，民法債編註釋書（一），1995年10月初版，第一八四條，邊碼149、176；王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任—民法第一八四條第二項規範功能之研究—，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996年10月，頁205；黃立，民法債編總論，1999年10月二版，頁279；陳聰富，論違反保護他人法律之侵權行為，台灣本土法學，第30期，2002年1月，頁7-9；蘇永欽，再論一般侵權行為的類型—從體系功能的角度看修正後的違法侵權規定—，政大法學評論，第69期，2002年3月，頁175；姚志明，侵權行為法研究（一），2002年9月初版，頁51-53；邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003年1月修訂一版，頁185-186；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005年1月，頁348、353-356；姚志明，侵權行為法，2006年3月初版，頁71；劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」—最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第146期，2007年7月，頁245-246。德文文獻請參閱 Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, Rn. 215; Esser/Weyers, Schuldrecht, Brand II, Besonderer Teil, Teilband 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse, S. 200; Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 1270; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Brand: Besonderer Teil, 2. Halbband, S. 443; Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Rn. 827; Schlechtriem, Schuldrecht, Besonderer Teil, Rn. 871, 873; Staudinger-Hager, § 823 G 26.

<sup>509</sup> 學者於研究物之範圍時，時常以童工於夜間工作之例作為舉例，請參閱邱聰智，新訂民法債編

於此應予說明者係，其實關於保護他人法律之「保護他人」的認定，多數學者認為僅有三層之檢討標準<sup>510</sup>，亦即 1、某一規定係以保護他人為目的；2、被害人屬於系爭規定所欲保護之人之範圍；3、被害人所受之損害屬於系爭規定所欲保護之物之範圍。但亦有認為尚有第四層之檢討標準，亦即「加害的方式為系爭規定所欲防免者」<sup>511</sup>。

而本文所舉童工受侵害之例，採四階層判斷標準者即係將之列於第四層判斷標準中予以檢討。惟本文認為上開童工所受之何種損害，得依民法第一百八十四條第二項之規定請求賠償之問題，透過物之範圍的檢討即可，似無庸再提出第四個判斷標準。

再如 *Medicus* 認為，禁止車輛在夜間未燃燈而停放於車道上，係為保護其他交通參與者的生命、身體及財產權。因此當然必須要限制系爭規定之保護目的，而認為僅及於因撞擊或緊急煞車時所造成之損害，故當有人試圖將此危險車輛從車道中移除，並因此致受損害時，系爭損害並不在該規定之保護範圍內。氏認為此

---

通則，上冊，2003 年 1 月修訂一版，頁 186；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005 年 1 月，頁 356；孫森焱，民法債編總論，上冊，2005 年 12 月修訂版，頁 250；郭冠甫，民法系列—侵權行為，2006 年 8 月，頁 92。實務見解請參閱最高法院五十六年度台上字第五四〇號判決。

<sup>510</sup> 中文文獻請參閱陳聰富，論違反保護他人法律之侵權行為，台灣本土法學，第 30 期，2002 年 1 月，頁 6-9；姚志明，侵權行為法研究（一），2002 年 9 月初版，頁 48-53；邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003 年 1 月修訂一版，頁 184-186；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005 年 1 月，頁 348-356；郭冠甫，民法系列—侵權行為，2006 年 8 月，頁 88-93；劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」—最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第 146 期，2007 年 7 月，頁 240-246。德文文獻請參閱 Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 1268-1271; Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Rn. 825-829.

<sup>511</sup> 中文文獻請參閱黃立，民法債編總論，1999 年 10 月二版，頁 279；蘇永欽，再論一般侵權行為的類型—從體系功能的角度看修正後的違法侵權規定—，政大法學評論，第 69 期，2002 年 3 月，頁 175；德文文獻請參閱 Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 1271; Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Rn. 829; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Halbband, S. 444; Staudinger-Hager, § 823 G 27-28.

即第四層標準所欲篩選過濾者<sup>512</sup>。

惟本案中，亦可解釋系爭規定之保護目的，僅係對於交通參與者在參與交通過程中，其生命、身體及財產權之保護，則試圖移置車輛而受害之人，因其並非參與交通而致其身體權遭受侵害，故其所受之損害不屬於系爭規定所欲保護之物之範圍。換言之，本案透過物之範圍的檢討，亦可得出妥適之結論，因此於三階層判斷外再提出第四個判斷標準，似無必要。

## 第二目 最高法院判決研究

關於物之範圍目前最具爭議之問題在於，建築物之起造人、承造人、設計人及監造人等因違反**建築法第一條、第十三條、第三十九條、第六十條、第七十條、第八十七條**<sup>513</sup>、**刑法第一百九十三條**<sup>514</sup>，或是違反**建築技術規則建築構造編第六十二條**之規定<sup>515</sup>，致建築物有瑕疵時，該建築物應有價值之財產損害、該建築物

<sup>512</sup> Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Rn. 829.

<sup>513</sup> 建築法第一條規定：「為實施建築管理，以維護公共安全、公共交通、公共衛生及增進市容觀瞻，特制定本法；本法未規定者，適用其他法律之規定。」第十三條規定：「本法所稱建築物設計人及監造人為建築師，以依法登記開業之建築師為限。但有關建築物結構及設備等專業工程部分，除五層以下非供公眾使用之建築物外，應由承辦建築師交由依法登記開業之專業工業技師負責辦理，建築師並負連帶責任（第一項）。…」第三十九條規定：「起造人應依照核定工程圖樣及說明書施工；如於興工前或施工中變更設計時，仍應依照本法申請辦理。但不變更主要構造或位置，不增加高度或面積，不變更建築物設備內容或位置者，得於竣工後，備具竣工平面、立面圖，一次報驗。」第六十條規定：「建築物由監造人負責監造，其施工不合規定或肇致起造人蒙受損失時，賠償責任，依左列規定：一、監造人認為不合規定或承造人擅自施工，致必須修改、拆除、重建或予補強，經主管建築機關認定者，由承造人負賠償責任。二、承造人未按核准圖說施工，而監造人認為合格經直轄市、縣（市）（局）主管建築機關勘驗不合規定，必須修改、拆除、重建或補強者，由承造人負賠償責任，承造人之專任工程人員及監造人負連帶責任。」第七十條規定：「建築工程完竣後，應由起造人會同承造人及監造人申請使用執照。…」第八十七條規定：「有左列情形之一者，處起造人、承造人或監造人新臺幣九千元以下罰鍰，並勒令補辦手續；必要時，並得勒令停工。一、違反第三十九條規定，未依照核定工程圖樣及說明書施工者。…」

<sup>514</sup> 刑法第一百九十三條規定：「承攬工程人或監工人於營造或拆卸建築物時，違背建築術成規，致生公共危險者，處三年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金。」

<sup>515</sup> 建築技術規則建築構造編第六十二條：「基礎設計及施工應防護鄰近建築物之安全。設計及施工前均應先調查鄰近建築物之現況、基礎、地下構造物或設施之位置及構造型式，為防護設施設計之依據。前項防護設施，應依本章第六節及建築設計施工編第八章第三節擋土設備安全措施規定設計施工。」

因倒塌致人死傷所致之損害，或因此所致之財產權之侵害等，是否係前揭規定所欲保護之物之範圍？

關於系爭建築物因倒塌致人死傷所致之損害，或因此所致之財產權之侵害，例如因建築物倒塌致屋內之電視機因而滅失之損害，學說與實務已有穩定見解認為此乃係前揭規定所欲保護之物之範圍<sup>516</sup>，因此上開所謂重大爭議，其實係在該建築物應有價值之財產損害，究竟是否係為前揭規定所欲保護之物之範圍？就此，本文先將學說與實務見解整理如下：

## 壹、否定說

### 一、建築物應有價值之財產損害的賠償係契約責任排他而專屬職掌之領域



臺灣高等法院九十二年度重上更（一）字第二四號判決表示：「惟查民法第一百八十四條、第一百九十六條規定之侵權行為損害賠償責任，係在規範當事人間無法律、或契約關係，因一方之故意或過失行為侵害他方權利之情形。本件被上訴人交付系爭房屋予上訴人或其前手，係基於預定房屋買賣契約關係；被上訴人廣合公司因未按圖施工，致所交付系爭房屋有上訴人等所主張之前述瑕疵存在，為不符契約本旨、或法律規定品質之原因，上訴人等亦僅得基於預定房屋買賣契約關係，對於被上訴人有所請求；充其量，被上訴人僅生債務不履行或不完全給付之損害賠償責任；而非被上訴人未按圖施工，有侵害上訴人或其前手之權利；上訴人等主張被上訴人廣合公司違反建築法規定，未按圖施工係侵害上訴人等或

<sup>516</sup> 學說見解，請參閱王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005年1月，頁355；劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」－最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第146期，2007年7月，頁246；實務見解，請參閱最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決；最高法院九十三年度台上字第三八一號判決；最高法院九十五年台上字第三九五號判決；最高法院九十五年台上字第六二五號判決；最高法院九十五年台上字第六三七號判決；最高法院九十五年台上字第一一七四號判決。

其前手之權利之侵權行為，應依民法第一百八十四條、第一百九十六條之規定，賠償損害，自無足取。」

相類似之見解，尙得見諸於臺灣高等法院臺中分院九十一年度重上字第一三二號判決，其表示：「買賣之房屋於興建時自始存有瑕疵，於交付後因此項瑕疵導致該物毀損滅失時，尚不構成對買受人所有權之侵害，僅屬純粹經濟上之損失，屬物之瑕疵擔保問題，非屬侵權行為法適用之範疇。」

又雖然並非針對本文於此處所欲討論之問題直接表示意見，學者亦有認為，過失不法侵害他人純粹經濟上利益，基本上為契約責任之問題，非屬侵權責任法的規範範疇。因此若被害人就商品瑕疵所受的不利益，雖無契約關係但卻皆得依侵權責任法之規定向商品製造者請求損害賠償，將使責任範圍失其控制，也混淆了契約責任與侵權責任之分際，因此買賣標的物具有瑕疵而生的純粹經濟上損失，係屬買賣契約法排他而專屬職掌之領域，侵權責任法不應介入，以免破壞現行民事責任體系<sup>517</sup>。套用該理論於此，則系爭建築物應有價值之財產損害既然為純粹經濟上損失，即非屬侵權責任法的規範範疇，蓋此一損害的賠償乃係契約責任排他而專屬職掌之領域。

## 二、建築物應有價值之財產損害為純粹經濟上損失

學者有基於差別保護說之立場，認為民法第一百八十四條第一項前段之保護客體，不應包括純粹經濟上損失。並且基此認為，雖然民法第一百八十四條第二項所欲保護之客體包括純粹經濟上損失，但是如果概括而無任何限制的肯定被害人得就純粹經濟上損失，依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償，則將

<sup>517</sup> 王澤鑑，商品製造者責任與純粹經濟上損失，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第八冊，2003年9月，頁254、272-273。

使民法第一百八十四條第一項前段，純粹經濟上損失不得成為侵權責任之客體的規定成為具文。而承認前揭行為人應對無契約關係之房屋買受人，依民法第一百八十四條第二項之規定就建築物應有價值之財產損害負賠償責任，正係違反民法第一百八十四條第一項前段排除純粹經濟上損失為侵害客體的價值判斷。因此氏認為最高法院實應再詳細說明，何以房屋買賣的債權利益有別於其他買賣標的物，而有受到侵權責任保護的特殊性，其正當性及理由究竟為何<sup>518</sup>？

亦有從比較法的觀點予以觀察，法國法關於侵權責任採概括條款而未設限制的立法模式，可稱為「開放自由」；英美法透過創設個別侵權責任而作政策上認定的立法模式，可稱為「實用主義」；至於德國法及我國法係在立法上就「權利」及「利益」作區別性保護的立法模式，可稱為「保守原則」。而我國法之所以採保守型的規定，其主要之立法理由有三，分別係因「純粹經濟上損失在權益位階上的地位」、「責任範圍的控制」及「侵權責任與契約責任之關係」。而自此三點以觀，將前揭規定的保護範圍及於建築物應有價值之財產損害有所不妥<sup>519</sup>。

尚有認為因純粹經濟上損失具有難以具體特定之性格，其種類型態又非常複雜多樣，故民法第一百八十四條第二項之解釋適用，應特別謹慎。而最高法院容許被害人就前揭建築物應有價值之財產損害請求賠償，似有過度擴張解釋保護他人法律之虞<sup>520</sup>。

<sup>518</sup> 劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」—最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第 146 期，2007 年 7 月，頁 246-247。採取類似見解者，認為證券交易法第二十條所生之損害類型為**純粹經濟上損失**，對於此種損失之損害賠償，政策上一貫認為應謹慎以對，一般都以民法第一百八十四條第一項後段處理，**現若欲以同條第二項相繩，對於「保護他人法律」的解釋應更加保守**，否則責任之氾濫將使證券市場之參與者退出，反而危害證券市場之健全發展。曾宛如，論證券交易法第二十條之民事責任—以主觀要件與信賴為核心，臺大法學論叢，第 33 卷第 5 期，2004 年 9 月，頁 79-80。

<sup>519</sup> 王澤鑑，侵權行為法的體系構成與實務發展，發表於第二屆馬漢寶法學講座第二次演講會，2006 年 6 月，頁 23-24。

<sup>520</sup> 陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第 36 卷第 3 期，2007 年 9 月，頁 187-188。

臺灣高等法院臺中分院九十一年度重上字第一三二號判決亦表示：「然刑法第一百九十三條違背建築技術成規罪之規範目的在於防範對於『人身』之侵害，建築物本身具有瑕疵並不構成對於所有權之侵害，自無民法第一百八十四條第二項規定之適用。…刑法第一百九十三條關於違背建築術成規罪之規定，亦屬保護他人之法律，其規範目的在於防範對於人身之侵害，非在於防範對於財產之侵害。」

因本案高等法院認為建築物本身具有瑕疵並非對於所有權之侵害，亦即僅為對於純粹經濟上利益之侵害，惟其因此率認為無民法第一百八十四條第二項之適用，可見亦係認為，因建築物應有價值之財產損害為純粹經濟上損失，故即應排除本條之適用。



### 三、歷史解釋

學者有認為，因建築法第一條表示建築法係為保護「公共安全」而制定，而公共安全的維護首要目地即在於保護建築物使用人之生命、身體及健康，因此若違反前揭建築建築物之相關規定而造成建築物本身的瑕疵損害，該損害明顯非屬「安全性」所欲保護之範圍<sup>521</sup>。

臺灣高等法院臺中分院九十一年度重上字第一三二號判決亦表示：「刑法第一百九十三條關於違背建築術成規罪之規定，亦屬保護他人之法律，其規範目的在於防範對於人身之侵害，非在於防範對於財產之侵害。又建築法之立法目的，乃為實施建築管理，以維護公共安全、公共交通、公共衛生及增進市容景觀，其所欲保護之對象係屬公共利益及個人之生命安全，非個人之財產安全，而營造業管

<sup>521</sup> 劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」—最高法院九十二年台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第 146 期，2007 年 7 月，頁 246。

理規則…其立法目的在於對於營造業者之行政管理，規範目的亦非在於保護個人之財產安全，建築技術規則亦同此旨。」

## 貳、肯定說

### 一、要求建造者遵循建築技術成規施作工程合於社會生活之根本原理

最高法院九十五年度台上字第三九五號判決表示：「刑法第一百九十三條關於違背建築術成規罪之規定，係規範承攬工程人、監工人於營造或拆卸建築物時，應依照建築術成規而行，以維護公眾安全，間接及於保護個人權益之安全，當屬於保護他人之法律；又不動產之價格高昂，乃為居住者身家安寧之所在，而因不動產之建造為專門之技術，一般消費者無法以己力完成，僅得誠心仰賴於專業建造業者，建造業者亦從中獲取利潤，故建造者自應遵循政府制定之建築技術成規施作工程，確保住居安全無虞，始合於社會生活之根本原理。」

### 二、建築物為高價值之不動產故應予特別保護

最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決表示：「**建築改良物為土地改良物之一，為具高價值之不動產**，其興建、使用應依法管理（土地法第五條、第一百六十一條、建築法第一條、第二十八條參看），倘於興建時有設計缺失、未按規定施工，或偷工減料情事，即足以影響建築改良物本身之使用及其價值。關於建築改良物之興建，建築法就起造人、承造人、設計人、監造人所為規範（建築法第十三條、第三十九條、第六十條、第七十條），自均為保護他人為目的之法律，彼等應負誠實履行義務，不得違反，如有違反而造成建築改良物之損害，對建築改良物所有人，難謂毋庸負損害賠償責任。且此之所謂損害，不以人身之損害為

限，亦包括建築改良物應有價值之財產損害在內。」

最高法院九十三年度台上字第三八一號判決亦表示<sup>522</sup>：「因建築改良物類皆價格不菲，又必關涉使用者之人身安全，故建築法第三十九條、第八十七條分別規定…此規定應屬以保護他人為目的之法律，起造人如有違反，致建築改良物發生損害者，即應對建築改良物所有人負侵權行為之損害賠償責任。且此所謂損害，不以人身之損害為限，建築改良物應有價值之財產損害，亦包括在內。」

### 三、文義解釋

最高法院九十五年度台上字第六三七號判決認為<sup>523</sup>，既然刑法第一百九十三條之條文中以「致生公共危險」為構成要件之一，而刑法所保護之個人法益中，除生命、身體外，尚包含財產法益，則不特定或多數人之生命、身體或財產之安全應均在該條所保護之法益範圍；再者建築技術規則建築構造編第六十二條之條文中亦規定，建築物之基礎設計及施工時，應對鄰近建築物為安全防護設施，以防止鄰屋之損害，因此最高法院認為建築法第一條之保護範圍及於對不特定或多數人之財產法益的保護。

參、本文見解：肯定說

#### 一、契約責任有排他而專屬職掌之領域？

本文已多次論證，於民事責任中，並不存在契約責任排他而專屬職掌之領域

<sup>522</sup> 以相同理由作為其裁判依據之實務見解，請參閱最高法院九十五年度台上字第三九五號判決；最高法院九十五年度台上字第六二五號判決；臺灣高等法院九十四年度重上字第二三七號判決。

<sup>523</sup> 以相同理由作為其裁判依據之實務見解，請參閱最高法院九十五年度台上字第一一七四號判決。

<sup>524</sup>，故前揭以建築物應有價值之財產損害的賠償，因係屬契約責任排他而專屬職掌之領域為由，而率認為被害人不得就該損害依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償的見解，並不足採。

並且在本案中，使買受人得向出賣人同時依契約責任及侵權責任之規定請求損害賠償，並不因此造成契約責任原有之規範設計被架空。縱然果真認為有契約責任應被維持之特殊規範設計，僅須採取請求權競合之相互影響說之見解，即得適度調和兩者之衝突。

至於在本案中可能之契約責任與侵權責任的規範衝突何在？依本文所見，可能之規範衝突，在於若系爭瑕疵係於買賣契約成立時已存在，並且採否定之見解而認為出賣人無庸應依民法第二百二十七條第一項之規定負瑕疵給付之契約責任時。蓋若系爭瑕疵在買賣契約成立時即已存在，並且應認為出賣人於此情形無庸依民法第二百二十七條第一項之規定負瑕疵給付之契約責任，則若認為出賣人因違反前揭建築建築物之相關規定而應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，似即有因承認侵權責任之構成而架空契約責任規範設計之疑慮。

經查雖然我國最高法院見解向來認為，當買賣標之物之瑕疵於買賣契約成立時已存在，出賣人無庸依民法第二百二十七條第一項之規定負瑕疵給付之契約責任<sup>525</sup>，然此一擔保說之見解亦非未受到學說之批評，故有學者力主應採履行說，

<sup>524</sup> 請參見本節、第一項、第一款、第九目、貳、一、(二)、2：契約責任具有排他而專屬職掌之領域？及本項、第二款、第二目、貳、二、(四)、3：契約責任與侵權責任之交錯。

<sup>525</sup> 此一見解係最高法院七十七年度第七次民事庭會議決議（一）所採，此後該見解為最高法院持續援用，因判決甚多，本文僅舉數例以茲說明。例如最高法院九十四年度台上字第一五六九號判決；最高法院九十二年度台上字第一七三三號判決；最高法院九十二年度台上字第六五三號判決；最高法院八十九年度台上字第二〇三七號判決；最高法院八十九年度台上字第一四三號判決。惟似乎亦有零星最高法院判決欲改採履行說，其中最明顯者為最高法院九十四年度台上字第一一一二號判決，其表示：「最高法院七十七年度第七次民事庭會議決議雖謂『出賣人就其交付之買賣標之物有應負擔保責任之瑕疵，而其瑕疵係於契約成立後始發生，且因可歸責於出賣人之事由所致者，則出賣人除負物之瑕疵擔保責任外，同時構成不完全給付之債務不履行責任』，然此係就出賣人交付之

從而縱然買賣標之物之瑕疵於買賣契約成立時已存在，出賣人仍可能應依民法第二百二十七條第一項之規定負瑕疵給付之契約責任<sup>526</sup>。

此兩學說究以何者為可採，乃係民法之重大爭議問題，本文限於研究範圍無法詳為深論，但本文結論上認為履行說實較為可採，蓋正如採履行說之學者所言，實不應因瑕疵係於買賣契約成立前發生或成立後發生，而區分出賣人責任之不同<sup>527</sup>。例如於臺灣高等法院臺中分院九十二年度重上字第一五七號判決所涉案例中，出賣人即為爭建築物之起造人，其興建系爭建築物違反建築法第三十九條之規定致該建築物有瑕疵，本案高等法院即區分買受人與出賣人所訂立之契約係在建築物完工前或後，而分別認定出賣人是否應依民法第二百二十七條第一項之規定負瑕疵給付之契約責任，然其區分正當性究竟何在？

因此既然本文認為履行說為可採，則在瑕疵於買賣契約成立時已存在之情形，出賣人本應依民法第二百二十七條第一項之規定負瑕疵給付之契約責任，因此並無所謂因承認民法第一百八十四條第二項之侵權責任的構成，而造成契約責任規範設計被架空的结果<sup>528</sup>。

---

買賣標之物瑕疵，其瑕疵係於契約成立後發生，且因可歸責於出賣人之事由所致之情形為設題，討論出賣人所應負之債務不履行責任，惟就該瑕疵於契約成立前發生之情形，既非屬該次決議之範疇，自難據前開闡釋逕為相反之解釋，而認出賣人應負物之瑕疵擔保責任，其瑕疵係於契約成立前發生，即無須負不完全給付之債務不履行責任。…準此，出賣人因交付之買賣標之物有瑕疵，不符合債務本旨，須負不完全給付責任時，自不因該瑕疵係發生於契約成立前，即免除出賣人應負不完全給付之債務不履行責任。」

<sup>526</sup> 詹森林，物之瑕疵擔保、不完全給付與買賣價金之同時履行抗辯，收錄於氏著，民事法理與判決研究（二），2003年4月，頁105-107；詹森林，不完全給付，收錄於氏著，民事法理與判決研究（二），2003年4月，頁171-172；王澤鑑，物之瑕疵擔保責任、不完全給付與同時履行抗辯，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第六冊，2004年3月，頁132-134；詹森林，不完全給付之實務發展—從七十七年第七次到九十六年第八次民事庭會議決議，發表於2009年5月5日最高法院九十八年度第二次學術暨債法修法實施十週年研討會—祝賀許庭長朝雄優遇一，頁99-101。

<sup>527</sup> 詹森林，不完全給付，收錄於氏著，民事法理與判決研究（二），2003年4月，頁171；王澤鑑，物之瑕疵擔保責任、不完全給付與同時履行抗辯，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第六冊，2004年3月，頁132。

<sup>528</sup> 例如前揭臺灣高等法院臺中分院九十二年度重上字第一五七號判決，已承認買賣契約成立在建築物完工前時，出賣人應依民法第二百二十七條第一項負瑕疵給付之契約責任。並且，本案經上訴最高法院後，最高法院九十五年度台上字第一一七四號判決認為出賣人亦應依民法第一百八十四條

其實縱然堅持採擔保說，在瑕疵於買賣契約成立時已存在之情形，出賣人雖不負民法第二百二十七條第一項之瑕疵給付之契約責任，但出賣人仍應依物之瑕疵擔保責任之規定負契約責任，而此時若同時課予違反建築建築物之相關規定的出賣人民法第一百八十四條第二項之侵權責任，也未造成任何侵權責任架空契約責任規範設計之結果。更可見前揭肯定說認為，於本案情形課予行為人民法第一百八十四條第二項之侵權責任，將造成破壞民事責任體系的結果，顯屬無稽。

最後，縱使堅決認為出賣人就該建築物之瑕疵是否應負責任，應依契約責任加以救濟，避免使契約責任淹沒於侵權責任的汪洋大海<sup>529</sup>，惟違反前揭建築建築物之相關規定的行為人，諸如建築物之起造人、承造人、設計人及監造人等，可能並非出賣人，則於此時，更不應以系爭損害乃係契約責任排他而專屬職掌之領域為由，而否定被害人依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償之可能，蓋於此情形，被害人就前揭行為人本即無契約責任得以主張<sup>530</sup>！

二、因被害人僅係受有純粹經濟上損失而特別限縮本條之適用範圍？

(一) 商品自傷必然為純粹經濟上損失？

首先，當行為人違反前揭建築建築物之相關規定而致建築物有瑕疵時，被害

---

第二項之規定負侵權責任。惟在此契約責任及侵權責任同時構成之情形，並未造成任何侵權責任架空契約責任規範設計之結果。

<sup>529</sup> 王澤鑑，商品製造者責任與純粹經濟上損失，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第八冊，2003年9月，頁273。

<sup>530</sup> 就此，學者亦有從消費者保護法中商品責任的觀點出發，認為對因商品欠缺安全性無辜遭受損害的消費者或被害人而言，將得利用同一訴訟程序，對相同的企業經營者，依同一請求權或同一訴訟標的，一次請求「人身損害」、「商品本身」與「商品以外其他物之損害」等全部的損害賠償，並得因此避免基於連鎖契約關係輾轉求償所造成的不利益。請參閱陳忠五，論商品欠缺安全性的保護法益－我國實務見解的觀察與評論－，發表於2009年5月5日最高法院九十八年度第二次學術暨債法修法實施十週年研討會－祝賀許庭長朝雄優遇－，頁86。

人所受之損害是否僅為純粹經濟上損失，於理論上並非當然如此。亦即商品自傷究竟僅係「純粹經濟上損失」(利益的侵害)或「繼續侵蝕性損害」(權利的侵害)，其實本來即係學說與實務見解所爭論之焦點。

例如德國聯邦最高法院於 *Schwimmerschalter* 一案提出功能界限說<sup>531</sup>，亦即當移轉所有權之物，並非自始全部具有瑕疵，而僅係功能上可界限的部分有瑕疵，導致整個物受有損害時，應認為構成所有權之侵害；又於 *Gaszug* 一案提出材料同一性說<sup>532</sup>，亦即當移轉所有權之物，並非自始全部具有瑕疵，並且損害與所附著之無價值部分並非材料同一者，應認為構成所有權之侵害。

雖然我國多數學者認為商品自傷僅係純粹經濟上損失<sup>533</sup>，惟並非沒有採取反對見解者<sup>534</sup>，甚至此一見解似乎亦為最高法院所支持，而最高法院九十二年度台上字第六五三號判決即為適例。本案所涉案例事實略為，出賣人即被告之一所興建之林肯大郡，不僅坐落於不適於建築之順向坡之坡址，並且大規模挖除坡腳，加以邊坡擋土牆設計時未考慮地下水之影響，實際施工完成具有抗滑錨碇功效之地錨數量亦較設計數量減少約百分之二十五，且無適當之排水設施，終在溫妮颱風帶來大量雨水入滲後之地下水壓力作用下，擋土牆及地錨無法支撐岩體下滑力量而產生順向坡滑動，造成系爭房屋所坐落之林肯大郡第三區下陷崩塌，無法修復而遭拆除，故買受人起訴請求出賣人應負賠償責任。本案情形其實即為典型之商品自傷，而最高法院肯認出賣人應負侵權責任。

<sup>531</sup> BGHZ 67, 359.

<sup>532</sup> BGHZ 86, 256.

<sup>533</sup> 王澤鑑，商品製造者責任與純粹經濟上損失，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第八冊，2003年9月，頁266-267；郭麗珍，瑕疵損害、瑕疵結果損害與繼續侵蝕性損害，1999年5月，頁128。

<sup>534</sup> 陳忠五，論商品欠缺安全性的保護法益－我國實務見解的觀察與評論－，發表於2009年5月5日最高法院九十八年度第二次學術暨債法修法實施十週年研討會－祝賀許庭長朝雄優遇－，頁81-86。

本案最高法院雖然並未明確表示請求權基礎為何，惟查高等法院所確定之事實為被告未盡善良管理人之注意義務，顯然僅有過失而非故意，因此請求權基礎當非民法第一百八十四條第一項後段，而本案中歷審法院均未提及出賣人有何違反保護他人法律之情事，因此請求權基礎亦非民法第一百八十四條第二項，從而可以肯定出賣人係依民法第一百八十四條第一項前段之規定負賠償責任。果如此，似乎即得推斷，最高法院認為商品自傷並非純粹經濟上損失，而係對於所有權之侵害<sup>535</sup>。

因此，在商品自傷究竟係「純粹經濟上損失」（利益的侵害）或「繼續侵蝕性損害」（權利的侵害）尚未有定見前，即率以商品自傷僅為純粹經濟上損失為由，不僅拒絕被害人就此損害依民法第一百八十四條第一項前段之規定請求損害賠償，尚以此為理由，限縮民法第一百八十四條第二項之適用範圍，妥適與否，值得再三省思。

（二）採肯定說亦不致於使侵權責任過於氾濫

再者，民法第一百八十四條第一項前段所欲保護之客體範圍，除權利之外，是否亦及於對於利益之保護，乃係民法之重大爭議問題，迄今尚未有所定論<sup>536</sup>。然而**民法第一百八十四條第二項所欲保護之客體範圍，除權利之外，尚包括對於利益之保護已屬確定**<sup>537</sup>，果如此，則以被害人僅係受有純粹經濟上損失而特別限制民法第一百八十四條第二項之適用範圍又是何故？

<sup>535</sup> 自本案例更可證明本文前述所稱，契約責任並不具有排他而專屬職掌之領域的見解無誤，或至少可以認為，此一見解亦為最高法院所支持。蓋本案被告之一即為出賣人，就商品自傷本應負契約責任，惟本案最高法院肯認其尚應負侵權責任，可見縱使係在商品自傷此一典型契約責任所欲規範之領域，侵權責任亦非無介入之餘地。換言之，契約責任並不具有排他而專屬職掌之領域，所應面對之問題僅在於，當契約責任與侵權責任同時構成時應如何競合而已。

<sup>536</sup> 關於平等保護說與差別保護說之爭議，其理論的介紹與說明請參見本節、第一項、第一款、第一目、參、二、（一）、2、（3）：就侵權責任之保護客體而言。

<sup>537</sup> 請參見第二章、第二節、第二項：以利益為保護客體：擴大保護客體之功能。

其實依本文所見，之所以差別保護說堅持認為民法第一百八十四條第一項前段所欲保護之客體限於權利而不能及於利益，**最主要之理由即在於避免侵權責任過於氾濫，以致於加諸行為人所不能負荷之責任**<sup>538</sup>。因此為何得以肯認民法第一百八十四條第一項後段及第二項之規定的保護客體包括利益，是因為前者限於以故意背於善良風俗之方法加損害於他人，後者則限於違反保護他人之法律致生損害於他人，透過此等要件之限制，已使得請求賠償之主體範圍、客體範圍均作合理之限縮<sup>539</sup>，因此此時要求行為人就其所致之利益的侵害負賠償責任，不會認為係對之加諸過於沈重之負荷，反而係合理的責任分配。

在此觀點之下，究竟被害人所受侵害者為權利抑或利益，其實並非侵權責任構成與否之決定性因素，重點應置於「**以合理分配社會生活風險為任務之侵權責任法，如何在政策上對於各種千變萬化、複雜多樣的社會生活利益，作一定程度的篩選過濾，以適度合理限制侵害利益時的損害賠償責任**」<sup>540</sup>。因此在民法第一百八十四條第二項之侵權責任是否構成的判斷上，絕對不是一旦被害人所被侵害者為利益時，即立刻限縮本條之適用範圍，否則其結果將係，不僅是民法第一百八十四條第一項前段之保護客體僅限於權利，連第二項之保護客體亦僅限於權利，然此要非本條立法意旨。故前揭肯定說，以建築物應有價值之財產損害為純

<sup>538</sup> 詳細之論述，請參見本節、第三項、第二款、第二目、壹：限制對於利益侵害時之損害賠償的目的：避免侵權責任過於氾濫。至於學說上之類似看法，請參閱陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁154-155。

<sup>539</sup> 類似看法，請參閱蘇永欽，再論一般侵權行為的類型—從體系功能的角度看修正後的違法侵權規定—，政大法學評論，第69期，2002年3月，頁173-175。氏認為在背俗類型與違法類型之所以不同於侵權類型，是因為在侵權類型中「權利」本身就是特定化的個人法益，因此沒有再進一步特殊化的必要。但是在背俗類型，則必須係出於故意以背於善良風俗之方法，並且在個人被特定，而對一定法益或單純財產利益造成損害始可，但此時就不需要構成某種權利的侵害；至於違法類型，是透過限縮於違反「保護他人之法律」的行為，使法律滿足對世規範的要求，以建立行為人防免之期待可能性，並且再加上對「保護個人法益」之限制，使請求權人有被特定化的可能，從而建立行為人賠償的期待可能性。

<sup>540</sup> 陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁155。

粹經濟上損失，因此率否定被害人得就此損害請求賠償之看法，亦不足為採。

故無論認為商品自傷為「純粹經濟上損失」（利益的侵害）或「繼續侵蝕性損害」（權利的侵害），對於是否應否肯認被害人得就此損害請求賠償，其重點在於確定該等利益的特性為何，而在政策上是否應容許對於該利益加以保護，以界定並合理分配該等社會風險。

而既然限制對於純粹經濟上損失予以之賠償的理由在於避免責任過寬，因此在本案當中，究竟是否應對建築物應有價值之財產損害予以賠償，應該實際予以檢討者係，是否採取肯定見解之結果將造成責任之無限漫延、擴大，若係如此，則應該拒絕被害人就此部分之請求。

但是在民法第一百八十四條第二項之侵權責任的構成上，必須行為人之行為違反保護他人之法律，因此行為人所違反之規定必須係為保護他人法律之「法律」，並且該規定又應為保護他人法律之「保護他人」，而就此又包括三個層次，亦即該規定係以保護他人為目的、被害人屬於該規定所欲保護之人之範圍，及該被害人所受之損害為該規定所欲保護之物之範圍，在此前提要件均具備的情形下，已足以認為關於請求賠償之主體範圍及客體範圍已限縮到一個合理的程度<sup>541</sup>。

除此之外，要求行為人應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，尚必須具備侵權責任之共通要件，諸如被害人應受有損害、行為具有違法性、過失及因果關係等，而學說上亦認為透過這些既有的侵權責任成立要件，其概念本身所負載之規範功能，亦足以妥適扮演好過濾篩選各種社會生活利益的任務，達

<sup>541</sup> 相同見解，請參閱蘇永欽，再論一般侵權行為的類型—從體系功能的角度看修正後的違法侵權規定—，政大法學評論，第69期，2002年3月，頁175。氏認為透過以上對「保護他人法律」要件之嚴格解釋，雖不要求違法行為的針對性，從而仍只需有一個抽象的違法行為，已可把可能的損害賠償請求者限縮到一個合理的程度。

到適度合理限制行為人責任的目的<sup>542</sup>。因此本文認為，縱然容許對建築物應有價值之財產損害予以賠償，即使認為此一損害僅係純粹經濟上損失，亦不會造成責任過於氾濫之結果。

### 三、採取肯定說之實質理由

惟縱然認為承認對於建築物應有價值之財產損害予以賠償，亦不致於使責任過於氾濫，但接下來應討論者係，為何在責任分配上，應該要求行為人就此損害予以賠償，其實質理由為何？

本文認為，既然某一規定是否係以保護他人為目的、該規定所欲保護之人之範圍，及該規定所欲保護之物之範圍，此三者乃係保護他人法律之「保護他人」此一要件之檢討的三個層次，因此應有其共通之處，亦即**此三者之判斷均非易事**<sup>543</sup>，而其結論為何則均涉及「法律政策之決定」<sup>544</sup>。

例如關於某一規定是否係以保護他人為目的之判斷，學者即有認為鑑於目前國內治安惡化，藉計程車犯罪之事件時而有聞，對於乘客之人身及財產威脅日增，故在要求加強管理計程車業者之呼聲不斷的今日，應解釋個人經營小客車客運業、小貨車運輸業管理辦法第七條此一規定係以保護他人為目的<sup>545</sup>。明顯係從法律政策之角度認為，因為對於計程車業者應加強管理，故應解釋系爭規定係以保

<sup>542</sup> 陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁155-156。

<sup>543</sup> Basil S. Markesinis & Hannes Unberth, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise* 886 (2002). 氏認為無論是人之範圍或物之範圍，都會隨著規定結構的不同而有所改變，而必須透過大量案例之操作才能確定。

<sup>544</sup> 類似見解的提出，請參閱陳聰富，醫療侵權之歸責原則（上），月旦法學教室，第75期，2009年1月，頁88。氏認為，**法律解釋之目的，重要者在於，解釋的結果是否合理而具有正當性**。亦即，法律解釋之目的，在於探求法律上之客觀目的，並非單純以文義解釋作為依據。**至於法律上之客觀目的為何，則經常涉及法律政策之決定，自屬當然。**

<sup>545</sup> 姚志明，侵權行為法研究（一），2002年9月初版，頁54-55。

護他人為目的。而其實此即本文所稱，關於某一規定是否係以保護他人為目的，應實際的以一個違反規定的行為是否應該課予侵權責任為研究對象，而藉以判斷對於個人賦予損害賠償請求是否是有意義的，並且在整個責任體系中是可容忍的。

再以某一規定所欲保護之人之範圍的研究以茲說明。前揭最高法院九十六年度台上字第一八九一號判決認為，財政部九十一年八月六日台財融（六）字第○九一六○○○二三一號函旨在保護與金融機構往來之全體客戶之財產權益。其實是因為系爭解釋函令的目的既然在防範詐騙集團，並且在詐騙事件頻傳之今日，為遏止歪風，應承認不僅係被冒名開戶者為該解釋函令所欲保護之人之範圍，其所欲保護之對象，尚應及於該因被詐騙而受有財產損失之人。果如此，其實此一結論之得出亦涉及到法律政策之決定，亦即認為在價值判斷上課予詐騙者侵權責任，使被詐騙者就其損害獲得賠償，應係屬合理之風險分配。

而不僅關於某一規定是否係以保護他人為目的，及該規定所欲保護之人之範圍的解釋，涉及法律政策之決定，關於該規定所欲保護之物之範圍亦係如此。因此，就前揭建築建築物之相關規定所欲保護之物之範圍如何，不能脫離法律政策的檢討。

最高法院已有穩定之見解認為，前揭建築建築物之相關規定所欲保護之物之範圍，及於建築物應有價值之財產損害，而觀諸其判決內容可以發現，涉及之法律政策包括兩者：（一）建築物為高價值之不動產故應予特別保護；（二）要求行為人遵循建築建築物之相關規定施作工程，合於社會生活之根本原理。而實際地檢討上述法律政策是否妥適，較諸於以歷史解釋為由而採否定說，或以文義解釋為由而採肯定說，更值得受到重視<sup>546</sup>。

<sup>546</sup> 例如學者有從歷史解釋出發，而認為建築物應有價值之財產損害並非在系爭規定所欲保護之物

先就前者而言，本文結論上認為此點並非值得採納的法律政策。蓋若此點為可採，則當有一建築物係興建於偏遠地區之低矮房樓，縱然系爭建築物因行為人違反建築建築物之相關規定致系爭建築物有瑕疵，甚至系爭建築物已經因而倒塌，但是因其價值不高，故該行為人無庸依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。但此一結論顯然錯誤，因為該行為人是否應依本條之規定負責，不應取決於系爭建築物之價值如何；甚至，若此點為可採，則當某一藝術家於市府廣場前創作一大型藝術作品，而系爭藝術作品有瑕疵時，因系爭藝術品價值甚高，故理論一貫的結果，也應該認為該藝術家就系爭藝術品之瑕疵應負侵權責任，然而這真的是侵權責任所欲分配之社會生活風險？

因此縱然大部分之建築物均為高價值之不動產，但是不應以此為理由，換言之，在法律政策上不必要也不妥適，因建築物為高價值之不動產，而認為前揭建築建築物之相關規定所欲保護之物之範圍，及於該建築物應有價值之財產損害。

但是就後者而言，本文結論上認為此點係值得採納的法律政策。蓋正如最高法院九十五年度台上字第三九五號判決所示，**不動產乃係居住者身家安寧之所在，而因不動產之建造為專門之技術，一般消費者無法以己力完成，僅得誠心仰賴於專業建造業者，諸如建築物之起造人、承造人、設計人及監造人等，建造業**

---

之範圍。但其亦表示，「該價值減損並不是建築法規對建築物安全性要求的**直接保護目的**，充其量只是**間接的保護結果**。」請參閱劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」－最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第 146 期，2007 年 7 月，頁 246。但是真的可以從系爭規定係保護「安全性」，進而推導出某些損害係直接保護而某些損害只是間接保護？甚且，如果已經可以認為某一損害是間接保護目的，則該損害為何仍不屬於系爭規定所欲保護之物之範圍？因此本文才認為，其實各種解釋方法均只是為了就其結論尋求一個正當化之理由而已，既然如此，不若直接檢討得出各該結論之實質理由是否應該被接受，而此乃係較具實益者。類似看法請參閱陳忠五，論商品欠缺安全性的保護法益－我國實務見解的觀察與評論－，發表於 2009 年 5 月 5 日最高法院九十八年度第二次學術暨債法修法實施十週年研討會－祝賀許庭長朝雄優遇－，頁 73。氏表示，通說結論上認為純粹經濟上利益並非消費者保護法中商品責任所欲保護之法益，此一見解固然值得讚同，但以文義解釋或體系解釋為由，似乎是技術性成分居多。

者亦從中獲取利潤，故建造者自應遵循政府制定之建築建築物之相關規定以施作工程，確保住居安全無虞，始合於社會生活之根本原理。而在此法律政策的價值判斷下，前揭行為人不僅應就建築物因倒塌致人死傷所致之損害，或因此所致之財產權之侵害，尚必須就該建築物應有價值之財產損害負民法第一百八十四條第二項之侵權責任。



### 第三項 不成文之要件

縱然某一規定已經該當於「保護他人法律」之要求，亦即該規定係屬「保護他人法律」之「法律」，並且亦滿足於「保護他人法律」之「保護他人」，當行為人違反該規定時，是否即得課予民法第一百八十四條第二項之侵權責任？是否尚有其他不成文之要件應被檢討，乃係本文接下來所欲研究者。

#### 第一款 別無侵權責任之損害賠償請求權存在

應先作說明者係，本文之所以認為僅限於別無侵權責任之損害賠償請求權存在，才有討論其是否為民法第一百八十四條第二項之侵權責任之不成文要件之必要，是因為縱若別有契約責任之損害賠償請求權存在，本文一貫地見解認為因契約責任並無排他而專屬職掌之領域，故此時再構成民法第一百八十四條第二項之侵權責任，而使契約責任與侵權責任產生競合並無問題。但是若已別有侵權責任之損害賠償請求權存在，則關於行為人是否應負侵權責任已詳為規定，是否仍得課予民法第一百八十四條第二項此種一般侵權責任<sup>547</sup>，即有研究之必要<sup>548</sup>。

<sup>547</sup> 通說向來係將侵權責任分為一般侵權責任與特殊侵權責任兩部分，而在此分類下，民法第一百八十四條第二項之侵權責任為一般侵權責任，請參閱胡長清，中國民法債編總論，1948年八版，頁121以下；洪文瀾，民法債編通則釋義，1954年4月，頁125以下；何孝元，民法債編總論，1960年2月初版，頁65以下；鄭玉波，民法債編總論，1962年6月初版，頁143以下；戴修瓚，民法債編總論，1964年10月，頁140以下；姚淇清，中國民法要義，1977年10月五版，頁234以下；孫定方，民法要義，1980年8月再版，頁99以下；邱聰智，民法侵權行為修正草案基本問題之探討（上），法學叢刊，第116期，1984年10月，頁36-37；史尚寬，債法總論，1990年8月，頁106以下；黃立，民法債編總論，1999年10月二版，頁237以下；邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003年1月修訂一版，頁154以下；陳猷龍，民法債編總論，2003年9月三版，頁70以下；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005年1月，頁68；孫森焱，民法債編總論，上冊，2005年12月修訂版，頁207以下；王澤鑑，侵權行為法，第二冊，特殊侵權行為，2006年3月，頁2以下；姚志明，侵權行為法，2006年3月初版，頁4以下、頁79以下；郭冠甫，民法系列—侵權行為，2006年8月，頁31以下、頁99以下。

<sup>548</sup> 蓋若認為行為人已應依其他規定負特殊侵權責任，卻尚應依民法第一百八十四條第二項之規定負一般侵權責任，則即落入學說之相關批評。亦即我國民事責任因請求權基礎的過度膨脹，致使當事人存有投機僥倖心態，並且可能因此導致不合理的差別待遇。相關評釋請參閱陳忠五，論契約責

因此民法第一百八十四條第二項之侵權責任的特別要件，除「保護他人法律」外，最常被論及之可能的不成文要件即為，當被違反之規定本身即為侵權責任之損害賠償請求權，或另有侵權責任之損害賠償請求權存在時，是否仍得依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償？簡言之，別無侵權責任之損害賠償請求權存在是否為民法第一百八十四條第二項之侵權責任的不成文要件？就此學說與實務見解之討論甚多，本文以下先將之整理為否定說與肯定說，再提出本文見解：

## 第一目 否定說

### 壹、學說見解

#### 一、自法律經濟分析而論



學者有認為<sup>549</sup>，自法律經濟分析之角度而言，民法第一百八十四條第一項區分權利及利益而異其保護之方式，其功能性的考量在於，在權利侵害的案件中，其可能導致整體社會福利減損的比例高於利益侵害的案件，所以權利受侵害之被害人獲得賠償的機率，應該高於利益受侵害之被害人，而此結果乃源自權利受侵害之被害人，比利益受侵害之被害人負較低之舉證責任的設計。

依同理，過失推定之所由設，乃係因在此類型案件中，被害人獲得賠償的機率應該更高於權利受侵害之被害人。而民法第一百八十四條第二項既然規定，違

---

任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁223。

<sup>549</sup> 簡資修，違反保護他人法律之過失推定：經濟功效與司法仙丹，政大法學評論，第75期，2003年9月，頁83。

反保護他人之法律應推定有過失，則所謂保護他人之法律，**必須其條文明確規定，一旦違反即應負損害賠償責任**。換言之，必須該規定本身即為一損害賠償請求權之請求權基礎，否則該規定不能被認為係保護他人之法律。

## 二、規範目的確定之過於困難

至於德國學說採否定說者，係源自於對於某一規定是否係以保護他人為目的之確定的不易，**並因此認為既然某一規定之規範目的為何實在太難判斷，則僅有在該規定係對於個人賦予損害賠償請求權時，才能認為該規定係屬保護他人之法律**<sup>550</sup>。

惟應多說明者係，前揭學說見解，無論係以法律經濟分析的角度，或者是規範目的確定之過於困難的觀點，因而認為縱然別有侵權責任之損害賠償請求權存在，行為人仍應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，因此可以評價為係採取否定說之見解。惟前揭學說見解均是將某一規定是否為損害賠償請求權，當作該規定是否為保護他人之法律的判斷標準，因此與本文此處所欲研究者，即別無侵權責任之損害賠償請求權存在，是否為民法第一百八十四條第二項之侵權責任的不成文要件，說理過程略有不同。

## 貳、實務見解

觀諸最高法院之判決，雖然並未明確表示別無侵權責任之損害賠償請求權，是否為民法第一百八十四條第二項之侵權責任的不成文要件，惟自數則判決以觀，似乎有採否定說之意。

<sup>550</sup> Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 1268; Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Rn.826.

但因為這些判決或是直接在別有侵權責任之損害賠償請求權存在時，仍認為行為人應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任；或是直接在別無侵權責任之損害賠償請求權存在時，認為系爭規定並非保護他人之法律。因此雖然得將此類判決評價為否定說，但其實均無法自其判決內容中探知，其採取否定見解之理論構成為何。而無論就前揭問題結論上應採否定說或肯定說，此類欠缺說理的判決，本文誠難贊同<sup>551</sup>。

例如最高法院五十六年度台上字第一三五三號判決表示，因民法第三十五條第一項規定：「法人之財產不能清償債務時，董事應即向法院聲請破產。」且因本條規定乃係保護他人之法律，因此違反本條規定之董事應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。

惟民法第三十五第二項規定：「不為前項聲請，致法人之債權人受損害時，有過失之董事，應負賠償責任，其有二人以上時，應連帶負責。」因此其實民法第三十五條第一項之規定已別有侵權責任之損害賠償請求權存在，即同條第二項之規定。但本案最高法院仍認為違反民法第三十五條第一項之規定的董事應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，顯然係採取否定說之見解。

至於最高法院四十六年度台上字第四九一號判決則表示：「公司法第一百九十五條第二項僅載公司資產顯有不足抵償債務時，董事應即聲請宣告破產，至不為此項聲請致公司之債權人受損害時，該董事對於債權人應否負責，在公司法既無規定，則上開公司法第一百九十五條第二項即難認為與民法第一百八十四條第二

<sup>551</sup> 並且也是因為最高法院就其為何採取否定說之見解未有任何說理，因此本文無法將之與前揭學說見解整合而為說明，只能將之獨立出來以茲說明在數則判決當中，可以窺知最高法院有採取否定見解之看法。

項所謂保護他人之法律相當。」

本案最高法院以當時有效之公司法第一百九十五條第二項之規定（編按：現則規定於公司法第二百一十一條第二項），並未賦予公司債權人損害賠償請求權為由，而認為董事違反本條規定時，無庸依民法第一百八十四條第二項之規定侵權責任<sup>552</sup>。反面言之，最高法院持有看法認為，**僅當違反某一規定而另有規定課予行為人侵權責任時，行為人始須依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任**，亦可見最高法院就前揭問題係採取否定說之見解。只是本案最高法院見解與前揭學說見解較為相近，係以別無侵權責任之損害賠償請求權存在為由，而否認系爭規定係屬保護他人之法律<sup>553</sup>。

至於最高法院九十七年度台上字第二三五號判決，是否亦係採取否定說之見解則值研究。本案判決表示：「公司經理人違反公司法第三十二條競業禁止之規定者，其所為之競業行為並非無效，**但公司得依民法第五百六十三條第一項之規定請求經理人將因其競業行為所得之利益，作為損害賠償**。準此，該條項就經理人違反競業禁止之規定所為規範，自屬保護他人為目的之法律。」

<sup>552</sup> 但是有趣的是，最高法院二十三年上字第二〇四號判例明白表示：「特別法無規定者應適用普通法，公司法（舊）第一百四十七條第二項僅載公司財產顯有不足抵償債務時，董事應即聲請宣告破產，至不為此項聲請致公司之債權人受損害時，該董事對於債權人應否負責，**在公司法既無規定，自應適用民法第三十五條第二項之一般規定**。」因此縱然公司法中並未規定董事未即時聲請破產時，應對債權人負損害賠償責任，惟仍應依民法第三十五條第二項之規定負損害賠償責任。果如此，無論本案最高法院所持結論當否，但至少其立論基礎，即因舊公司法第一百九十五條第二項未賦予債權人損害賠償請求權，故本條規定並非保護他人之法律之說理過程，顯然與前揭判例有所抵觸。

<sup>553</sup> 關於最高法院四十六年度台上字第四九一號判決及最高法院五十六年度台上字第一三五三號判決的評析，請參閱馬維麟，民法債編註釋書（一），1995年10月初版，第一八四條，邊碼99、166；王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任－民法第一八四條第二項規範功能之研究－，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996年10月，頁15-18；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005年1月，頁354-355；劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」－最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第146期，2007年7月，頁249-250。另請參閱曾宛如，論董事與監察人對公司債權人之責任：以公司面臨財務困難為核心，臺大法學論叢，第37卷第1期，2008年3月，頁124。氏認為民法第三十五條之規定究竟係侵權責任或法定責任類型，從多數判決歸納之結果，似以法定責任視之，且氏亦贊同之。

自本案判決以觀，如果認為公司經理人違反公司法第三十二條競業禁止之規定時，公司得依民法第五百六十三條第一項之規定請求損害賠償，此外又因公司法第三十二條之規定係屬保護他人之法律，從而違反該規定之公司經理人尚應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，似即可評價為就前揭問題最高法院採取否定說之見解。

惟民法第五百六十三條第一項固然法條文義規定為「作為損害賠償」，然而是否因文義如此規定之結果，即應認為本條性質上係屬損害賠償請求權？就此，學者即有認為本條所定之介入權，係以經理人或代辦商獲有利益為要件，且此項利益並非本為商號所有，亦非商號本身之損害，故其非為損害賠償請求權應可肯定<sup>554</sup>。

既然本條規定性質上並非損害賠償請求權，則最高法院九十七年度台上字第二三五號判決認為公司經理人除應依本條規定負返還利益之責任外，並應負民法第一百八十四條第二項之侵權責任，即無所謂已別有侵權責任之損害賠償請求權，但行為人卻又依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任之問題。因此此兩權利得同時並存而競合並無疑問。至少既然民法第五百六十三條第一項之規定，性質上並非損害賠償請求權，即不能以本案判決推斷最高法院就前揭問題係採取否定說之見解<sup>555</sup>。

<sup>554</sup> 邱聰智，新訂債法各論，中冊，2002年10月初版，頁306、309-310。似採肯定見解者，請參閱劉春堂，民法債編各論，中冊，2004年3月初版，頁228。氏已注意到介入權之重點在於剝奪經理人的利益，因此認為介入權與損害賠償請求權應採請求權競合說，可見其亦隱有看法認為，介入權之性質應非為損害賠償請求權；似採反對見解者，請參閱蘇惠卿著，黃立主編，民法債編各論，下冊，2004年9月初版，頁126-127。氏認為，我國民法雖未如德國商法明訂介入權是用以代替損害賠償之請求，但依民法第五百六十三條第一項之表達方式，認為「商號得請求因其行為所得之利益，作為損害賠償」，應與德國立法為同一解釋，於介入權外，不得請求損害賠償。至於商號主張介入權時，無庸舉證所受之損害，以使商號之損失容易獲得填補。自前揭說明內容以觀，似乎均在認為介入權之性質為損害賠償請求權。至於明確表示本條規定性質上屬於損害賠償請求權者，請參閱林誠二，民法債編各論，中冊，2008年4月，頁270。

<sup>555</sup> 縱然如部分學者所稱，民法第五百六十三條第一項之規定性質上係屬損害賠償請求權，也僅是一種契約責任之損害賠償請求權，因此與本文此處所欲研究之別無侵權責任之損害賠償請求權存在



## 第二目 肯定說

### 壹、避免造成體系的破壞

德國學者有認為，如果已經有獨立之請求權基礎（abgeschlossener Schadensersatzanspruch）的存在時，應認為欠缺作為保護他人之法律的一般條件（generelle Eignung）。例如將德國民法第四百六十三條第一句或第二句之規定<sup>556</sup>，當作是德國民法第八百二十三條第二項所稱之保護他人法律，是沒有意義的。並且因為德國民法第四百七十七條第一項第一句與第八百五十二條第一項的消滅時效期間不同<sup>557</sup>，甚至會造成體系的破壞（systemsprengend）。因此一個規定是否得以作為保護他人之法律，毋寧應該剔除當違反該規定已經有損害賠償請求權之情形<sup>558</sup>。

我國學者則有特別針對專利法第八十四條第一項的解釋適用提出說明<sup>559</sup>，氏認為從專利權屬於個人法益而言，看起來專利法之規定係屬保護他人之法律，但是既然專利法第八十四條第一項已為侵權責任之損害賠償請求權，且應將本條規

<sup>556</sup> 此處所稱之德國民法第四百六十三條第一句或第二句之規定，已是舊法規定。而本條規定之內容相當於我國民法第三百六十條。

<sup>557</sup> 此處所稱之德國民法第四百七十七條第一項第一句之規定，已是舊法規定。而本條規定之內容相當於我國民法第三百六十五條；又此處所稱之德國民法第八百五十二條第一項之規定亦為舊法規定，而本條規定之內容相當於我國民法第一百九十七條第一項。

<sup>558</sup> Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 138 f. Gleiche Meinung siehe Knöpfle, Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des §823 Abs. 2 BGB, NJW 1967, S. 700. 相同見解，請參閱陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁187-188。觀諸前揭德國與我國學者見解，均認為民法第一百八十四條第二項之侵權責任的課予，應該限於別無獨立損害賠償請求權存在的情形，因此顯然是認為只要別有損害賠償請求權存在，行為人即無庸依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，縱然該損害賠償請求權為契約責任之損害賠償請求權亦同。就此而言，與本文見解不同，蓋本文認為此時契約責任與侵權責任可以並存，成為請求權競合之相互影響。但若該損害賠償請求權為侵權責任之損害賠償請求權時，前揭學說見解認為行為人亦無庸依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，就此而言，則與本文見解相同。

<sup>559</sup> 專利法第八十四條第一項規定：「發明專利權受侵害時，專利權人得請求賠償損害，並得請求排除其侵害，有侵害之虞者，得請求防止之。」

定解釋為過失責任原則，則不宜逕認為專利法之規定為保護他人之法律，而適用民法第一百八十四條第二項之規定將過失舉證責任倒置<sup>560</sup>。

亦有學者特別針對證券交易法第二十條、第三十二條及公司法第二百五十一條、第二百七十一條等規定的解釋適用提出說明<sup>561</sup>，而認為前揭規定對於證券詐欺行為之構成要件、舉證責任或民事責任等，皆另設有規定，因此性質上為獨立之特殊侵權責任類型。有鑑於此，從體系解釋之觀點，即使公司負責人之證券詐欺行為違反前揭規定，亦不應再適用民法第一百八十四條第二項之規定，而使行為人負推定過失責任<sup>562</sup>。

關於前揭學者就證券交易法第二十條之解釋，亦為實務見解所支持，例如臺灣新竹地方法院九十年度重訴字第一六二號判決表示：「證券交易法第二十條第一至三項既為獨立之特殊侵權行為類型，自不得再解為係保護他人之法律而適用民法第一百八十四條第二項。且證券交易法既係針對特殊之事件類型定有損害賠償之規定，就各該構成要件自有其特殊之立法考量，此觀之同法第三十二條第二項

<sup>560</sup> 蔡明誠，專利侵權之過失要件與違反保護他人法律問題，全國律師，第 10 卷第 12 期，2006 年 12 月，頁 15-16。亦有認為，雖然將專利侵權之規定解釋為保護他人之法律，實質上能得到無須專利權人就行為人之主觀要件負舉證責任的結果，但似乎過分擴大保護他人之法律，將發生過失推定責任掩蓋過失責任之現象，而使侵權責任為過失責任的體系隨之瓦解。因此氏雖然結論上認為侵害專利權時，應以推定過失責任為妥，但是仍不適宜在有專利法第八十四條第一項此一損害賠償請求權之請求權基礎存在的前提下，將專利法之規定解釋為保護他人之法律。因此亦可將其見解評價為採取肯定說之看法。請參閱熊誦梅，從最高法院判決談專利侵權之主觀要件，全國律師，第 10 卷第 12 期，2006 年 12 月，頁 23、25-26。

<sup>561</sup> 證券交易法第二十條規定：「有價證券之募集、發行、私募或買賣，不得有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為（第一項）。違反第一項規定者，對於該有價證券之善意取得人或出賣人因而所受之損害，應負賠償責任（第三項）。」第三十二條規定：「前條之公開說明書，其應記載之主要內容有虛偽或隱匿之情事者，左列各款之人，對於善意之相對人，因而所受之損害，應就其所應負責部分與公司負連帶賠償責任…（第一項）。」公司法第二百五十一條規定：「公司發行公司債經核准後，如發現其申請事項，有違反法令或虛偽情形時，證券管理機關得撤銷核准（第一項）。為前項撤銷核准時，未發行者，停止募集；已發行者，即時清償。其因此所發生之損害，公司負責人對公司及應募人負連帶賠償責任（第二項）。」第二百七十一條規定：「公司公開發行新股經核准後，如發現其申請事項，有違反法令或虛偽情形時，證券管理機關得撤銷其核准（第一項）。為前項撤銷核准時：未發行者，停止發行；已發行者，股份持有人，得於撤銷時起，向公司依股票原定發行金額加算法定利息，請求返還；因此所發生之損害，並得請求賠償（第二項）。」

<sup>562</sup> 王志誠，財務報告不實之民事責任，月旦財經法雜誌，第 1 期，2005 年 6 月，頁 135。

就主觀構成要件之舉證責任設有特別之規定即明，倘認得同時適用民法第一百八十四條第二項，則前開特別之舉證責任規定豈非具文，其不當甚明。」

## 貳、基於轉介條款適用上之必要性

我國學者尚有從民法第一百八十四條第二項之規定係一轉介條款的規範功能以觀，而認為不論係在民法內已明定為負有損害賠償責任之侵權規定，諸如民法第一百八十四條第一項前段及後段之規定，或民法第一百九十條、第一百九十一條及第一百九十一條之一等特殊侵權責任之規定，或者是在民法以外其他法律規定之特殊侵權責任，例如公平交易法第三十一條、民用航空法第八十九條及通訊保障及監察法第十九條等規定，只要民事侵權責任已經明定，再經由民法第一百八十四條第二項之規定予以轉介即為無必要。換言之，民法第一百八十四條第二項所稱之保護他人之法律，文義射程雖然相當廣，但解釋上如不從轉介條款之功能的角度排除本已具有侵權責任性質的規定，例如將違法類型的適用涵蓋包括侵權及背俗類型在內的所有侵權規範，將變成無意義的重複規範<sup>563</sup>。

相類似的見解為德國聯邦最高法院所採之補充性原則<sup>564</sup>（Subsidiarität）。德國聯邦最高法院認為，對於被害人之利益有其他足夠的保護時，對於同一利益給予德國民法第八百二十三條第二項之侵權責任的保護是不需要的<sup>565</sup>。

<sup>563</sup> 蘇永欽，再論一般侵權行為的類型－從體系功能的角度看修正後的違法侵權規定－，政大法學評論，第69期，2002年3月，頁177、194-195。自氏之說明內容以觀，顯見與本文見解相同，亦即僅限於別無侵權責任之損害賠償請求權，才是民法第一百八十四條第二項之侵權責任的不成文要件，至於是否別無契約責任之損害賠償請求權則在所不問。

<sup>564</sup> BGHZ NJW 1980, 1792; BGHZ 110, 342, 360.

<sup>565</sup> 就德國聯邦最高法院所採之補充性原則的介紹與批評，請參閱 Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Brand: Besonderer Teil, 2. Halbband, S. 435 f.; Spickhoff, Gesetzverstoß und Haftung, S. 133-137.

### 第三目 本文見解：肯定說

本文結論上認為，別無侵權責任之損害賠償請求權存在，應為民法第一百八十四條第二項之侵權責任的不成文要件。換言之，若別有侵權責任之損害賠償請求權存在時，行為人即無庸依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。而其情形可能有二，一為該被認為係保護他人之法律的規定，本身即係一侵權責任之損害賠償請求權，例如民法第一百九十一條第一項之規定；二為該被認為係保護他人之法律的規定，已有明定於違反時應負侵權責任之損害賠償請求權，例如違反專利法第五十六條之規定時，於同法第八十四條第一項已明定侵權責任之損害賠償請求權。

而本文之所以認為別有侵權責任之損害賠償請求權存在時，行為人無庸依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，其理由有二，一為若該侵權責任之損害賠償請求權亦係一推定過失責任時，則再要求行為人依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任實際上並無意義；而更重要者係第二點理由，亦即該侵權責任之損害賠償請求權可能有其特殊規範設計，若貿然使違反規定之行為人亦應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，則將可能架空該侵權責任之特殊規範設計，因此為避免此一不當結果之發生，必須別無侵權責任之損害賠償請求權存在時，行為人始應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。

#### 壹、自實際效用而言

本文認為，若該侵權責任之損害賠償請求權亦係一推定過失責任時，則再要求行為人依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任實際上並無意義。

就此得舉一例以為說明，例如甲領有開採宜蘭縣蘭坎山石礦之礦業權，並因此設有高架索道及斗車，但乙所架設之鐵塔因不耐強風吹襲而倒塌，並因此損壞甲所有之索道及斗車<sup>566</sup>。此時鐵塔所有人乙本即應依民法第一百九十一條第一項之規定負侵權責任。但若認為因為民法係經立法院通過而總統公布之法律，因此係屬法律規範，並且因本條規定係以保護他人為目的，而甲正係該規定所欲保護之人之範圍，且甲之索道及斗車所有權的侵害亦係該規定所欲保護之物之範圍，因此本條規定即屬「保護他人之法律」，故乙尚應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。但此一侵權責任之課予並無任何實益可言。

蓋此時課予乙民法第一百八十四條第二項之侵權責任，不過是得以推定乙有過失，而將過失有無之舉證責任倒置，惟民法第一百九十一條第一項之規定本亦具有推定工作物所有人有過失之效用，甚且依據本條規定，尚得推定工作物在設置或保管上有欠缺，及推定被害人權利受侵害係因工作物瑕疵所引起<sup>567</sup>。因此此時再課予乙民法第一百八十四條第二項之侵權責任不僅沒有實益，反而還顯得多餘<sup>568</sup>。

因此學者固然有謂，當某一規定已經對於個人於其法益或各別利益受有侵害時，直接地賦予其私權保護之情形，係最典型之以保護他人為目的之規定<sup>569</sup>。又或謂一個規定是否屬於保護他人之法律，並不以該規定明定對被害人負損害賠償責任為要件<sup>570</sup>。因此若某一規定並未明定對於被害人負損害賠償責任時，固然可

<sup>566</sup> 本案例取自最高法院九十六年度台上字第四八九號判決。

<sup>567</sup> 關於民法第一百九十一條第一項之三個推定，請參閱王澤鑑，侵權行為法，第二冊，特殊侵權行為，2006年3月，頁211。

<sup>568</sup> 在我國因民法及特別法均有為數不少之損害賠償請求權的規定，因此造成請求權基礎的過度膨脹，致使當事人存有投機僥倖心態，並且可能因此導致不合理的差別待遇。相關評釋請參閱陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁223。

<sup>569</sup> 朱柏松，論不法侵害他人債權之效力（上），法學叢刊，第145期，1992年1月，頁62。

<sup>570</sup> 王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任－民法第一八四條第二項規範功能之研究－，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996年10月，頁202；王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本

能係屬保護他人之法律，但若某一規定已明定對被害人負損害賠償責任時，該規定應屬保護他人之法律。本文肯認前揭學說所稱，當某一規定已明定行為人於違反該規定時應負侵權責任，則該規定正係以保護他人為目的，但是既然該規定已明定行為人於違反時應負侵權責任，則縱然行為人違反系爭規定，即無庸再依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。

## 貳、避免架空既有之侵權責任的特殊規範設計

本文認為之所以應採肯定說之見解，最重要者係因該既有之侵權責任之損害賠償請求權可能有其特殊規範設計，若貿然使違反規定之行為人亦應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，則將可能架空其特殊規範設計。

因此為避免上述不當結果之發生，必須別無侵權責任損害賠償請求權存在時，行為人始可能依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。至於可能被架空之特殊規範設計，最主要者即該既有之侵權責任就主觀要件的特殊規範設計。此外，因國家賠償法（下稱國賠法）已有侵權責任之損害賠償請求權存在，因此若課予國家民法第一百八十四條第二項之侵權責任，將造成諸多國賠法特殊規範設計被架空，誠屬不妥。其詳細的論述內容，以下分別說明之：

### 一、主觀要件之特殊規範設計

在某些侵權責任之損害賠償請求權中，可能對於主觀要件有特殊之規範設計，但是如果又課予違反此類規定的行為人民法第一百八十四條第二項之侵權責任，即可能架空該侵權責任就主觀要件之特殊規範設計。

(一) 證券交易法第二十條第一項及第三項

例如證券交易法第二十條第一項及第三項之規定即為適例，本條第一項規定：「有價證券之募集、發行、私募或買賣，不得有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行爲。」而第三項規定：「違反第一項規定者，對於該有價證券之善意取得人或出賣人因而所受之損害，應負賠償責任。」關於本條規定的適用，其主觀要件為何，法條並無明文，而學說與實務見解意見相當分歧，有認為行爲人必須就有價證券之募集、發行、私募或買賣，有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之「故意」時，始負責任，亦即採**故意責任說**<sup>571</sup>；有認為應採**故意或重大過失責任說**<sup>572</sup>；亦有認為應採**過失責任說**<sup>573</sup>。

本條規定之主觀要件為何，學說與實務見解爭議甚大已如上述，究竟以何說為妥本文限於篇幅無法為詳述，但是與本文在此所欲研究者有關的是，如果貿然課予違反證券交易法第二十條第一項及第三項之規定的行爲人民法第一百八十四



<sup>571</sup> 學說見解請參閱賴英照，證券交易法逐條釋義—總則，1984年10月，頁314；莊永丞，證券交易法第二十條證券詐欺損害估算方法之省思，臺大法學論叢，第34卷第2期，2005年3月，頁160-161、166-168。實務見解請參閱最高法院九十五年度台上字第二三八五號判決；臺灣高等法院九十三年度重上字第二二〇號判決。對於故意責任說之批評，請參閱陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁143-144。

<sup>572</sup> 學說見解請參閱余雪明，證券交易法，2000年11月，頁527；陳春山，證券交易法論，2004年9月七版，頁381。另請參閱張心悌，證券交易法中虛偽陳述之民事責任—兼論大陸銀廣廈案，月旦民商法雜誌，第3期，2004年3月，頁169-170。氏似乎認為應該排除一般過失責任，而將主觀歸責要件限於故意或重大過失。再請參閱曾宛如，論證券交易法第二十條之民事責任—以主觀要件與信賴為核心，臺大法學論叢，第33卷第5期，2004年9月，頁51以下。氏雖然認為將證券交易法第二十條第三項之主觀歸責要件限於故意，並且另以民法第一百八十四條第二項之規定以補充之，但對於後者應謹慎解釋適用，雖然不失為一種可行的解釋方法，惟對於此種因違反證券法規所生之利益的侵害課予趨近於無過失責任之推定過失責任，似仍有不妥。因此氏結論上似乎認為，將證券交易法第二十條第三項之主觀歸責要件解釋為故意及重大過失為妥。實務見解請參閱臺灣臺中地方法院九十年重訴字第七〇六號判決。

<sup>573</sup> 王志誠，發行市場證券詐欺規範之解釋適用，律師雜誌，第297期，2004年6月，頁23；王志誠，財務報告不實之民事責任，月旦財經法雜誌，第1期，2005年6月，頁126、131；吳光明，證券交易法論，2008年9月增訂九版，頁299。實務見解請參閱臺灣新竹地方法院九十年重訴字第一六二號判決；臺灣高雄地方法院九十一年度重訴字第四四七號判決。

條第二項之侵權責任，則前揭爭議全都可以完全拋棄而不論，蓋民法第一百八十四條第二項之規定已確定係採取推定過失責任。然前述諸多學說中恰巧就是沒有推定過失責任說，更可見當證券交易法第二十條第三項就違反第一項之規定已明定有損害賠償請求權時，絕不能率以該規定為保護他人之法律為由，而課予民法第一百八十四條第二項之侵權責任，蓋本條之主觀要件如何，應保留由證券交易法之立法政策、學說及實務見解去發展，不應該遁逃至民法第一百八十四條第二項而率認為行為人所負者乃係推定過失責任<sup>574</sup>。

因此前揭臺灣新竹地方法院九十年度重訴字第一六二號判決表示<sup>575</sup>：「證券交易法第二十條第一至三項既為獨立之特殊侵權行為類型，自不得再解為係保護他人之法律而適用民法第一百八十四條第二項。且證券交易法既係針對特殊之事件類型定有損害賠償之規定，就各該構成要件自有其特殊之立法考量，此觀之同法第三十二條第二項就主觀構成要件之舉證責任設有特別之規定即明，倘認得同時適用民法第一百八十四條第二項，則前開特別之舉證責任規定豈非具文，其不當甚明。」

雖然本案判決係以該規定並非保護他人之法律為由作為說理依據，而與本文認為該規定應係保護他人之法律，僅是因為別無損害賠償請求權之請求權基礎為

<sup>574</sup> 有學者即為避免證券交易法第二十條之規範意旨被架空，因此傾向於將本條規定定性為法定特別責任。請參閱曾宛如，論證券交易法第二十條之民事責任—以主觀要件與信賴為核心，臺大法學論叢，第33卷第5期，2004年9月，頁61、85。但是此一解釋方法似乎未能徹底解決問題，首先民事責任除契約責任及侵權責任外，是否存在第三種法定特別責任？並非無探究之餘地。似採否定見解者，請參閱陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁56。除法定特別責任是否應予承認尚未確定外，縱然將證券交易法第二十條之規定解釋為法定特別責任，仍然必須面對本條規定之主觀要件為何及消滅時效期間應如何決定等問題，因法定特別責任就此完全未有規定，因此仍必須依其性質以類推適用契約責任或侵權責任中之相關規定，但是究竟應類推適用契約責任或侵權責任之規定又必須一一地予以認定及解釋，徒生爭議。因此不若如通說直接將本條規定定性為侵權責任，並且採納本文見解，亦即因本條規定即為侵權責任之請求權基礎，故應排除民法第一百八十四條第二項之適用，即可避免前揭證券交易法第二十條規意旨被架空之疑慮。

<sup>575</sup> 本案判決論證稽詳，誠值再度予以摘錄引用。

民法第一百八十四條第二項之侵權責任的不成文要件，但此一要件不該當之結果，故行為人無庸依本條之規定負責。惟無論說理依據為何，重要者係本案判決與本文均係考量到，若在本案案件中，若仍課予行為人民法第一百八十四條第二項之侵權責任，將架空證券交易法第二十條第一項及第三項之特殊規範設計，此一錯誤結論應該予以避免。

## （二）專利法第八十四條第一項

再者，專利法第八十四條第一項前段之規定亦為適例，本條規定：「發明專利權受侵害時，專利權人得請求賠償損害。」自此可見本條有類似於前揭證券交易法第二十條第一項及第三項之問題，亦即本條規定之主觀要件為何，法條並無明文，而學說與實務見解意見亦相當分歧，有認為應採**無過失責任說**<sup>576</sup>；有認為應採**推定過失責任說**<sup>577</sup>；亦有認為應採**過失責任說**<sup>578</sup>。

<sup>576</sup> 無過失責任說未見有為學者所採納者。實務見解請參閱臺灣高等法院臺中分院九十一年度上字第五五號判決。

<sup>577</sup> 學說見解請參閱陳佳麟，專利侵害損害賠償之研究：從美國案例檢討我國專利損賠制度之設計與實施，2002年7月，頁20。另請參閱蔡明誠，專利侵權之過失要件與違反保護他人法律問題，全國律師，第10卷第12期，2006年12月，頁15-16；熊誦梅，從最高法院判決談專利侵權之主觀要件，全國律師，第10卷第12期，2006年12月，頁25-26。此兩位學者雖然於結論上認為本條之主觀要件應採推定過失責任，但仍特別表示應該如同日本特許法第一百〇三條一般，在專利法第八十四條第一項中明定推定過失之效果，而不宜直接適用民法第一百八十四條第二項之規定而採取推定過失責任。實務見解請參閱最高法院九十四年度台上字第一三四〇號判決；臺灣高等法院九十三年度智上字第一〇號判決；臺灣高等法院臺中分院九十四年度智上易字第一號；臺灣高等法院臺南分院九十四年度智上易字第二號判決；臺灣高等法院九十四年度智上字第五九號判決；臺灣高等法院九十五年智上字第一八號判決；臺灣高等法院九十五年智上字第四八號判決。至於臺灣高等法院臺中分院九十七年度智上字第一號判決則值特別說明，蓋本案判決雖亦認為應採推定過失責任，但並非適用民法第一百八十四條第二項之結果，而係因「專利權有專利公報之公告及專利權簿等之登記制度，故如無特殊情事，侵害行為既然存在，即可推定侵害人有過失，侵害人如不能證明無過失，即不能免其責任。」

<sup>578</sup> 學說見解請參閱楊崇森，專利法理論與應用，2003年7月，頁483；陳智超，專利法理論與實務，2004年4月二版，頁356-357；蔡明誠，專利侵權之過失要件與違反保護他人法律問題，全國律師，第10卷第12期，2006年12月，頁15；曾陳明汝著，蔡明誠續著，兩岸暨歐美專利法，2009年1月修訂三版，頁201。實務見解請參閱最高法院八十九年度台上字第一七五四號判決；最高法院九十三年度台上字第二二九二號判決；臺灣高等法院八十八年度上字第一一三九號判決；臺灣高等法院臺南分院九十三年度智上易字第六號判決；臺灣高等法院九十四年度智上易字第一二號判決；臺灣高等法院九十五年智上字第三〇號判決。

關於違反專利法之規定的行為人，是否應依民法第一百八十四條第二項之規定推定其有過失而負損害賠償責任，臺灣彰化地方法院九十二年度智字第一一號判決有詳細之說明，本案判決表示：「在該保護他人之法律係以故意或過失為構成要件時，行為人是否具有故意或過失，既為其有無違反該保護他人之法律之成立要件，自仍應由請求賠償之被害人，就行為人具有故意或過失負舉證之責任。此在該保護他人之法律本身即原屬獨立之請求權基礎時，益為顯然。蓋不論公法或私法上，有關因權益受不法侵害而得請求賠償損害之規定，莫不以保護個人之權益為目的，各該規定，當然屬於保護他人之法律，苟認為加害人有各該等法律所規定之侵害行為時，除非能證明其行為無過失，否則，即應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權行為損害賠償責任，則在侵權行為法領域，因均可適用該條項之規定，其他獨立之損害賠償請求權之規定，即屬多餘，舉證責任分配之法則，亦已名存實亡！當然，如果直接將屬於獨立請求權基礎之法律規定，解為不在民法第一百八十四條第二項所定保護他人之法律之範圍，應是更明確且值得肯定之看法。」

本案判決完全支持本文見解，亦即當各該規定已明定行為人於違反該規定應負侵權責任時，則該規定正係以保護他人為目的。但是若認為行為人於違反該規定時尚應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，不僅多餘，甚至將架空各該規定的特殊規範設計，實屬不妥。

而本案判決中更認為直接將該獨立請求權基礎之法律規定，解釋為並非保護他人之法律，係屬更明確且值得肯定之作法，自與前揭學說與實務見解所採之肯定說的解釋方法不謀而合。然而當各該規定已經屬於保護他人法律之「法律」，且亦該當保護他人法律之「保護他人」之要求時，如何說明該規定並非「保護他人

之法律」？因此本文認為，解釋上認為別無侵權責任之損害賠償請求權存在，應為民法第一百八十四條第二項之侵權責任的不成文要件，乃屬較佳之解釋方法。

綜上所述，關於專利法第八十四條第一項前段之解釋適用，應該認為**本條規定之主觀要件如何，應保留由專利法之立法政策、學說及實務見解去發展，不應該遁逃至民法第一百八十四條第二項而率認為行為人所負者乃係推定過失責任。**

## 二、國家侵權責任

觀察法院判決後可以發現一個奇怪現象，亦即在國家賠償案件中，國家是否應負侵權責任，雖然國賠法已有明定<sup>579</sup>，並且國賠法第五條尚特別規定：「國家損害賠償，除依本法規定外，適用民法規定。」可見僅於國賠法中未有規定之部分始能適用民法之規定<sup>580</sup>。因此關於國家侵權責任之請求權基礎，既然已明定於國賠法第二條第二項及第三條第一項，則國家侵權責任之請求權基礎不能回歸適用民法之規定。詳言之，即**國家是否應負侵權責任，應依國賠法第二條第二項及第三條第一項之規定而定，而不能適用民法第一百八十四條第二項之規定。**

惟上述結論似乎卻不為部分學說及實務見解所採，蓋部分學說<sup>581</sup>及諸多判決

<sup>579</sup> 關於國賠法所規定之損害賠償責任，其性質上應屬侵權責任，請參閱廖義男，國家賠償法，1993年7月增訂版，頁8；朱柏松，論侵權行為損害賠償請求權之消滅時效（上），法學叢刊，第172期，1998年10月，頁31；劉春堂，國家賠償法，2007年6月，修訂二版，頁2。

<sup>580</sup> 例如關於損害賠償之範圍或非財產上損害賠償等事項，因國賠法中未有規定，故得適用民法中之相關規定。請參閱劉春堂，國家賠償法，2007年6月，修訂二版，頁13。應注意者係，有學者表示，國賠法第五條所謂「適用民法規定」，應係指「準用」。法務部國家賠償法研修小組所擬之修正草案，即有意朝此方向修正。請參閱林三欽，國家賠償請求權的實現與消滅時效，月旦法學教室，第71期，2008年9月，頁44，註20。

<sup>581</sup> 請參閱吳庚，行政法之理論與實用，2001年8月增訂七版，頁669；陳清秀，國家賠償實務之研討（上），月旦法學雜誌，第141期，2007年2月，頁181；劉春堂，國家賠償法，2007年6月，頁32-33。又請參閱李惠宗，論行政不作為之國家賠償責任—臺中地方法院八十六年度重國字第三號（衛爾康事件）判決與大法官釋字第四六九號解釋評釋一，台灣本土法學，第11期，2000年6月，頁47、57-59。因本篇論文所評釋之臺灣臺中地方法院八十六年度重國字第三號判決表示：「又公務員依**公務員服務法第一條**規定，應依法律、命令執行其職務，故如有違背其職務義務之行為，

<sup>582</sup>中，仍以民法第一百八十四條第二項為請求權基礎而課予國家侵權責任。但此一見解顯然有所錯誤，應予糾正。本文以下即就此見解提出評析：

### (一)「行為人」判斷對象之違誤

本文前已說明，應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任者，應為行為人，因此前揭數則判決在受僱人違反保護他人之法律時，非課予該行為人即受僱人民法第一百八十四條第二項之侵權責任，反而係課予僱用人民法第一百八十四條第二項之侵權責任之見解，實有所不當<sup>583</sup>。

因此，姑且暫先不論國家負侵權責任之依據，是否僅限於國賠法第二條第二項及第三條第一項之規定。但既然在國家賠償案件中的行為人為公務員，則僅公務員可能依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，然又因公務員係在執行公法上職務而致侵害他人，為避免使公務員直接負賠償責任而動輒得咎，終至影響其執行公務之效率，因此民法第一百八十六條第一項之規定特設保護規定，

即可推定有故意過失。」但為何違反公務員服務法第一條之規定即可推定公務員有過失，本案判決未作任何說明，可茲推敲者，或許即是因為本案判決認為公務員服務法第一條之規定為保護他人之法律，因此公務員違反本條之規定即應依民法第一百八十四條第二項之規定推定其有過失。果如此，則本篇論文又認為本案判決固然欠缺詳實的論據，但「總體而言，在可歸責性的客觀化理由的辯證上，本件判決並無疏漏。」換言之，氏亦肯定本案判決以民法第一百八十四條第二項為請求權基礎而課予國家侵權責任之結論。同樣以公務員服務法第一條為論據，而認為國家應負推定過失責任者，請參閱陳敏，行政法總論，2007年10月五版，頁1148。

<sup>582</sup> 最高法院見解中，明白表示國家應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任者，請參閱最高法院九十六年度台上字第二五四號判決。至於最高法院九十二年度台上字第五五六號判決及最高法院九十五年度台上字第三〇一號判決，僅是因為認為被告機關所違反者並非保護他人之法律，因此無庸依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任而已。因此似亦得據此推論，最高法院持有見解認為，倘若被告機關所違反者係保護他人之法律，則國家即應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。又雖然最高法院採此見解者尚不多見，然高等法院以民法第一百八十四條第二項作為國家負侵權責任的請求權基礎者，則為數甚多，本文僅舉數例以茲參考。請參閱臺灣高等法院九十年重上字第二六九號判決；臺灣高等法院九十二年重上國字第一六號判決；臺灣高等法院九十二年重上國字第二四號判決；臺灣高等法院九十三年重上國字第二十號判決；臺灣高等法院九十三年重上國字第二一號判決。

<sup>583</sup> 就此相關部分之實務見解評析，請參見本節、第一項、第一款、第四目、貳、三、(二)：「行為人」判斷對象之違誤。

亦即當該公務員係因過失而致被害人受有損害時，僅於被害人不能依他項方法受賠償時者為限，該公務員始負侵權責任<sup>584</sup>。而所謂「依他項方法受賠償」，最典型者即係國賠法第二條第二項之規定，因此學者有謂，當公務員係因抽象輕過失或具體輕過失而違背職務致他人受有損害時，該公務員不負侵權責任<sup>585</sup>。

在前述說明下得以確定，僅只有行為人即公務員始可能依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，而民法第一百八十六條第一項則係行為人即公務員在執行公法上職務而致侵害他人時之特設的保護規定，應優先於民法第一百八十四條第二項之規定而為適用。因此縱然國家應負侵權責任，但是因為國家並非行為人，故其負侵權責任之請求權基礎絕非為民法第一百八十四條第二項之規定。從而前揭學說及實務見解認為國家應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，如此見解顯然有所錯誤。

## （二）架空國賠法的特殊規範設計

### 1、架空國賠法關於主觀要件之特殊規範設計？

依本文所信，其實前揭學說及實務見解之所以欲以民法第一百八十四條第二項之規定課予國家侵權責任，其目的係為使公務員於執行職務行使公權力，或怠

<sup>584</sup> 王伯琦，民法債篇總論，1956年11月初版，頁85；何孝元，民法債編總論，1960年2月初版，頁77-78；耿雲卿，侵權行為研究，1972年12月初版，頁51-52；耿雲卿，民法要義，1985年12月，頁221；史尚寬，債法總論，1990年8月，頁170；孫森焱，民法債編總論，上冊，2005年12月修訂版，頁291。學者亦有認為，當公務員行使公權力，亦即執行公法上職務致侵害他人者，公務員之責任應依民法第一百八十六條而定，至於國家則係依國賠法之規定負侵權責任。請參閱邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003年1月修訂一版，頁199。

<sup>585</sup> 因為若該公務員係出於重大過失而致被害人受有損害，則依國賠法第二條第三項之規定，賠償義務機關對該公務員有求償權，惟當該公務員僅是出於抽象輕過失或具體輕過失而致被害人受有損害時，因被害人應依國賠法第二條第二項之規定請求國家應負侵權責任，並且國家不得向該公務員求償，因此結論上其完全無庸負侵權責任。請參閱孫森焱，民法債編總論，上冊，2005年12月修訂版，頁292；姚志明，侵權行為法，2006年3月初版，頁109-110；郭冠甫，民法系列—侵權行為，2006年8月，頁114-115。

於執行職務致侵害人民權利是否有過失一事，由國家負舉證責任。此從臺灣高等法院九十二年度上國字第二四號判決可以窺知，本案判決表示：「國家賠償法係採過失賠償主義，依民法第一百八十四條第二項之規定，違反保護他人之法律者，推定其有過失，國家賠償法第五條有適用民法之規定，因此，公務員違法行為，當然違反保護他人之法律。本件上訴人既違反國民住宅條例施行細則第二十六條第二項之規定，即應推定其有過失。」並且本案判決因推定被告即臺北市政府有過失之結果，認為原告依國賠法第二條第二項之規定請求損害賠償為有理由。

查本案事實發生於民國八十八年間，因此新修正之民法第一百八十四條第二項之規定尚未施行，故本案一個形式上的爭議似乎在於舊法之民法第一百八十四條第二項之規定是否為請求權基礎。蓋若本條規定在修法前即係一獨立之請求權基礎，則在國賠法第二條第二項既已明定國家侵權責任之請求權基礎下，再依國賠法第五條之規定而適用民法第一百八十四條第二項之規定，則當然係屬法律適用之錯誤<sup>586</sup>。反之，若認為修法前之民法第一百八十四條第二項之規定並非獨立之請求權基礎，而僅具有使違反保護他人法律之行為人，應依本條之規定就其行為無過失負舉證責任之效果，因為此一效果在國賠法中確實未有規定，故依國賠法第五條之規定而適用民法第一百八十四條第二項之規定，在法律的適用上似乎即屬正確。

但是真正問題的癥結點在於，**國賠法第二條第二項之主觀要件如何，應保留**

---

<sup>586</sup> 蓋前已說明，依國賠法第五條之規定，僅於國賠法中未有規定之部分，始得回歸民法之規定而為適用，因此既然關於國家是否應負侵權責任之損害賠償請求權，已明定於國賠法第二條第二項及第三條第一項，因此若認為民法第一百八十四條第二項之規定為一請求權基礎，則再依國賠法第五條之規定而適用民法第一百八十四條第二項之規定課予國家侵權責任，其法律適用當然有所錯誤。因此至少在民國八十九年五月五日後，因新施行之民法第一百八十四條第二項之規定已經被確立為侵權責任之獨立類型下，再依國賠法第五條之規定而適用民法第一百八十四條第二項之規定而課予國家侵權責任，此一法律適用當然有所錯誤。從前最高法院九十六年度台上字第二五二四號判決；最高法院九十五年度台上字第三〇一號判決，既然其案例事實係發生於民國八十九年五月五日之後，卻仍認為有民法第一百八十四條第二項之適用，本文誠難贊同。

由國賠法之立法政策、學說及實務見解去發展，不應該遁逃至民法第一百八十四條第二項而率認為行為人所負者乃係推定過失責任。此亦為本文前揭關於證券交易法第二十條第三項及專利法第八十四條第一項之檢討上的說理依據，於此亦仍應繼續貫徹。

再者，前揭學說與實務見解似乎煞廢苦心地依國賠法第五條之規定而適用民法第一百八十四條第二項之規定而推定過失，惟是否果具實益？

查國賠法學界通說認為，因為執行職務行使公權力之公務員未必單一，且未必與被害人直接面對，而被害人亦難知悉機關內部運作情形，因此要求被害人證明公務員有故意或過失，顯失公平，從而應該認為在公務員違背其職務義務時，即應推定其有過失<sup>587</sup>。

又我國法院關於國賠法第二條第二項之主觀要件所採之見解為何？最高法院九十一年度台上字第二二七六號判決表示：「查被上訴人所屬執行人員，於辦理執行事務時，違反司法院八十五年十一月十一日修正發布之辦理強制執行事件應行注意事項第十六點之規定…，復未舉證證明有何違法阻卻事由，依過失客觀化、

<sup>587</sup> 廖義男，國家賠償法，1993年7月增訂版，頁60-61；蔡茂寅，行政機關不行使規制權限之國家賠償責任，月旦法學雜誌，第1期，1995年5月，頁45；陳新民，行政法學總論，1997年5月修訂六版，頁535；李惠宗，論行政不作為之國家賠償責任—臺中地方法院八十六年度重國字第三號（衛爾康事件）判決與大法官釋字第四六九號解釋評釋一，台灣本土法學，第11期，2000年6月，頁56-57；董保城，國家責任法，2002年6月初版；林錫堯，國家賠償法之分析與檢討（上），台灣本土法學，第76期，2005年11月，頁5；李建良、陳愛娥、陳春生、林三欽、林合民、黃啓禎合著，行政法入門，2006年1月三版，頁663；葉百修著，翁岳生編，行政法，下冊，2006年10月三版，頁603-604；林三欽，國家賠償請求權基礎之一—「執行職務型」之國賠請求權，月旦法學教室，第53期，2007年3月，頁40-43；陳淑芳，公務員行為之國家賠償責任，月旦法學教室，第56期，2007年6月，頁19；葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008年5月初版，頁168-170；李震山，行政法導論，2008年5月，頁607。採少數說而認為國家應負過失責任者，請參閱鄧學仁，森林遊樂區內所生旅遊事故之賠償責任—以民事賠償責任與國家賠償責任為中心，中央警察大學法學論集，第6期，2001年8月，頁7；吳志光，行政法，2006年10月，頁444。其實前揭學者亦未言明應採過失責任，只是其表示應以公務員有故意或過失者為限，始得課予國家國賠法第二條第二項之侵權責任，但卻又未特別表示該項舉證責任應由國家負擔，因此依侵權責任關於主觀要件之舉證責任分配的原則，得以認為係由被害人負舉證責任，因此據以推斷係採取過失責任。

過失推定之原則，應認被上訴人所屬之承辦人員有過失。」

而臺灣高等法院臺南分院九十三年度上國字第三號判決更清楚表示<sup>588</sup>：「按公務員如有違背其職務義務之行為存在，即可推定其具有故意過失。故主張成立國家賠償責任之人，祇須證明公務員有違背其職務義務之行為而造成其損害即可，國家機關必須提出其所屬公務員違背職務義務之行為有不可歸責事由之證明，始可免責。」

綜上所述，其實無論學界通說或者實務見解均認為國賠法第二條第二項之侵權責任係屬推定過失責任，因此前揭部分學說及實務見解，迂迴並且錯誤地適用國賠法第五條之規定而依民法第一百八十四條第二項之規定而推定過失，實際上毫無意義可言。並且縱然在主觀要件之部分，適用國賠法第二條第二項之規定或者民法第一百八十四條第二項之規定，事實上並無差異，但仍不得因此即認為應容許被害人依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償。蓋此時再課予國家民法第一百八十四條第二項之侵權責任不僅沒有實益，反而還顯得多餘<sup>589</sup>。

因此若認為在別有侵權責任之損害賠償請求權存在時，尚應課予民法第一百八十四條第二項之侵權責任，不是沒有意義，就是造成該既有之侵權責任的特殊規範設計被架空。就前者部分，本文已詳為說明。就後者部分，本文以下即分別就「賠償方法」、「消滅時效」及「協議先行政程序」三者藉以說明，如果肯認民法第一百八十四條第二項之規定為國家負侵權責任之請求權基礎，將使國賠法的特殊規範設計被架空。

## 2、架空國賠法關於賠償方法之特殊規範設計

<sup>588</sup> 相同見解，尚請參閱臺灣高等法院九十二年重上國字第一六號判決。

<sup>589</sup> 請參見本目、壹：自實際效用而言。

國賠法第七條第一項規定：「國家負損害賠償責任者，應以金錢為之。但以回復原狀為適當者，得依請求，回復損害發生前原狀。」故國賠法之賠償方法係以金錢賠償為原則，回復原狀為例外，而此與民法第二百十三條至第二百五條所定之賠償方法，係以回復原狀為原則，金錢賠償為例外，剛好相反。

學者有認為國賠法第七條第一項之所由設，乃係因公權力造成之結果，較難以回復原狀，且金錢賠償較為迅速<sup>590</sup>；有認為係因國賠法為取其便捷易行，且對任何損害均可適用起見，始作如是規定<sup>591</sup>；亦有基於國賠責任乃係國家代位責任論之立場，而認為既然國家賠償責任原在取代公務員個人之賠償義務主體地位，而公務員負賠償責任者，係以其個人身分，而非居於國家機關之職務地位，因而不能利用該職務地位變更或撤銷原來之公權力行為而回復原狀，因此僅能以金錢賠償之，從而國家代位賠償時，亦僅能以金錢賠償之<sup>592</sup>。

惟無論國賠法第七條第一項之立法理由為何，其乃係基於國賠法對國家侵權責任所作之特殊規範設計，應予尊重。但倘若認為國家除依國賠法第二條第二項及第三條第一項之規定負侵權責任外，尚應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，則賠償方法即應依民法第二百十三條至第二百五條或第一百九十六條之規定而定<sup>593</sup>，則勢必將架空國賠法第七條第一項關於賠償方法之特殊規範

<sup>590</sup> 林錫堯，國家賠償法之分析與檢討（下），台灣本土法學，第 77 期，2005 年 12 月，頁 8。

<sup>591</sup> 吳庚，行政法之理論與實用，2001 年 8 月增訂七版，頁 675；董保城，國家責任法，2002 年 6 月初版，頁 209；葉百修著，翁岳生編，行政法，下冊，2006 年 10 月三版，頁 641；劉春堂，國家賠償法，2007 年 6 月，修訂二版，頁 64；陳敏，行政法總論，2007 年 10 月五版，頁 1169；葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008 年 5 月初版，頁 293；林三欽，國家賠償的方法、範圍與當事人（上），月旦法學教室，第 68 期，2008 年 6 月，頁 59。

<sup>592</sup> 廖義男，國家賠償法，1993 年 7 月增訂版，107-108；董保城，國家責任法，2002 年 6 月初版，頁 209-210；葉百修著，翁岳生編，行政法，下冊，2006 年 10 月三版，頁 641；陳敏，行政法總論，2007 年 10 月五版，頁 1169；葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008 年 5 月初版，頁 293。對於此說之批評，請參閱林三欽，國家賠償的方法、範圍與當事人（上），月旦法學教室，第 68 期，2008 年 6 月，頁 59-60。

<sup>593</sup> 關於民法第一百九十六條之解釋適用，請參閱王澤鑑，物之損害賠償制度的突破與發展—最高

設計，其結論之不當，顯而易見。

### 3、架空國賠法關於消滅時效之特殊規範設計

關於民法侵權責任之損害賠償請求權的消滅時效，民法第一百九十七條第一項規定：「因侵權行為所生之損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅。自有侵權行為時起，逾十年者亦同。」但國賠法為使國家是否應負侵權責任早日確定，並避免舉證困難，特於國賠法第八條第一項規定：「賠償請求權，自請求權人知有損害時起，因二年間不行使而消滅；自損害發生時起，逾五年者亦同。」故國賠法所定之請求權基礎的消滅時效期間與民法不同<sup>594</sup>。

因此若認為國家不僅可能依國賠法第二條第二項及第三條第一項之規定負侵權責任，尚得因民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，並且適用民法第一百九十七條第一項之規定以定其消滅時效之期間，則結果將是國賠法第八條第一項特設之短期消滅時效的特殊規範設計被架空。

更重要者係，固然民法上請求權消滅時效完成後之效力，依民法第一百四十四條第一項之規定係採**抗辯權發生主義**。惟國賠法上請求權消滅時效完成後之效力為何則有爭議，有認為因國賠法就此並未有規定，基於「國家賠償法性質上為私法」，因此依國賠法第五條而適用民法第一百四十四條第一項之結果，亦係採**抗**

---

法院七十七年五月十七日第九次民事庭會議決議之檢討一，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第六冊，2004年3月，頁21-39。

<sup>594</sup> 相關論述，請參閱鄧學仁，森林遊樂區內所生旅遊事故之賠償責任—以民事賠償責任與國家賠償責任為中心，中央警察大學法學論集，第6期，2001年8月，頁239；董保城，國家責任法，2002年6月初版，頁211-212；林錫堯，國家賠償法之分析與檢討（下），台灣本土法學，第77期，2005年12月，頁5-6；葉百修著，翁岳生編，行政法，下冊，2006年10月三版，頁642；劉春堂，國家賠償法，2007年6月，頁114-115；葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008年5月初版，295-296；林三欽，國家賠償請求權的實現與消滅時效，月旦法學教室，第71期，2008年9月，頁40。

**辯權發生主義**<sup>595</sup>；惟有認為基於國家賠償請求權為「公法上請求權」之觀點，應適用行政程序法第一百三十一條第二項之規定<sup>596</sup>，亦即國賠請求權本身將因消滅時效期間屆滿而消滅，亦即採**權利消滅主義**<sup>597</sup>。

雖然關於國賠法中之請求權基礎罹於消滅時效完成後之效力為何，學說尚未有定論，但是此一爭議結論上應採何說，應保留由國賠法之立法政策<sup>598</sup>、學說及實務見解去發展，不應該遁逃至民法第一百八十四條第二項，而率認為應依民法第一百四十四條第一項之規定採抗辯權發生主義。因此國家侵權責任之請求權基礎，既然已明定於國賠法第二條第二項及第三條第一項，則不能再適用民法第一百八十四條第二項之侵權責任，否則將造成架空國賠法關於消滅時效完成後之效力的特殊規範設計。



#### 4、架空國賠法關於協議先行主義之特殊規範設計

國賠法第十條規定：「依本法請求損害賠償時，應先以書面向賠償義務機關請求之。賠償義務機關對於前項請求，應即與請求權人協議。協議成立時，應作成協議書，該項協議書得為執行名義。」此稱為「**協議先行主義**」，其目的在於使人

<sup>595</sup> 學說見解請參閱董保城，國家責任法，2002年6月初版，頁211，註23；林錫堯，國家賠償法之分析與檢討（下），台灣本土法學，第77期，2005年12月，頁7；葉百修著，翁岳生編，行政法，下冊，2006年10月三版，頁642-643；陳清秀，國家賠償實務之研討（下），月旦法學雜誌，第142期，2007年3月，頁232-233；葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008年5月初版，296。實務見解請參閱最高法院九十二年度台上字第二〇二八號判決；最高法院九十二年度台上字第二三六號判決。

<sup>596</sup> 行政程序法第一百三十一條第二項規定：「公法上請求權，因時效完成而當然消滅。」

<sup>597</sup> 詹森林，國家賠償請求權之消滅時效，台灣本土法學，第37期，2002年8月，頁16-17；林三欽，國家賠償請求權的實現與消滅時效，月旦法學教室，第71期，2008年9月，頁44。

<sup>598</sup> 相同見解請參閱林錫堯，國家賠償法之分析與檢討（下），台灣本土法學，第77期，2005年12月，頁7。氏認為關於此一問題，未來修法時，應將國賠法及其他定有國家賠償責任之規定，一併考量後而為處理。再請參閱林三欽，國家賠償請求權的實現與消滅時效，月旦法學教室，第71期，2008年9月，頁44，註21。氏表示，此一爭議在國賠法修正草案第二條第一項修正施行後即得以解決，蓋本條規定：「國家損害賠償，除法律有特別規定者外，適用本法；本法未規定者，適用行政程序法；行政程序法亦未規定者，準用民法之規定。」

民之國賠請求權能迅速實現，減輕法院之審判負擔，並給予行政機關適度的尊重

599。

對於協議先行主義固然並非沒有批評，例如學者有謂，或因我國行政機關保守心態致認定從嚴，或因事件涉及複雜之事實認定，或法律適用疑義致行政人員處理有困難，或不敢負責等因素，行政機關有時寧可先予拒絕賠償而期待法院之判決結果，致使協議先行主義之良法美意形同虛設，反而造成時間與人力之浪費，成爲人民之負擔<sup>600</sup>。

但亦有提出實證數據認爲以臺北市爲例，近七年來大部分的國家賠償案件，均是在市政府國家賠償事件處理委員會中審議決定給予賠償或補償，並因此解決紛爭，只有少數個案必須進入訴訟程序才獲得救濟<sup>601</sup>。惟氏亦認爲，在涉及重大金額案件，要經由協議程序獲得賠償，相對而言較爲困難。因此，爲避免認事用法的爭議，或基於鉅額財政支出考量，畏於賠償而拖延程序，致影響人民權益，應可考慮賦予人民可選擇不經協議程序，逕行提起訴訟請求賠償，亦即採取協議與訴訟雙軌並行制<sup>602</sup>。

因此自前揭學者之研究以觀，協議先行主義在實務之運作上甚具實益，有必

<sup>599</sup> 廖義男，國家賠償法，1993年7月增訂版，頁89；陳新民，行政法學總論，1997年5月修訂六版，頁546；董保城，國家責任法，2002年6月初版，頁205-206；林錫堯，國家賠償法之分析與檢討（下），台灣本土法學，第77期，2005年12月，頁10；葉百修著，翁岳生編，行政法，下冊，2006年10月三版，頁632；陳清秀，國家賠償實務之研討（下），月旦法學雜誌，第142期，2007年3月，頁237；劉春堂，國家賠償法，2007年6月，頁96；葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008年5月初版，頁252；李震山，行政法導論，2008年5月，頁617；林三欽，國家賠償請求權的實現與消滅時效，月旦法學教室，第71期，2008年9月，頁36。

<sup>600</sup> 林錫堯，國家賠償法之分析與檢討（下），台灣本土法學，第77期，2005年12月，頁10。

<sup>601</sup> 亦有從國賠法施行二十年來之統計數據以觀，成立國家賠償全國總件數共二千一百六十八件，其中協議成立一千八百九十七件，足見協議件數高達百分之八十七，具有減輕訴源及便民之優點，仍有存在之必要。請參閱董保城，國家責任法，2002年6月初版，頁206。

<sup>602</sup> 陳清秀，國家賠償實務之研討（下），月旦法學雜誌，第142期，2007年3月，頁237。另請參閱董保城，國家責任法，2002年6月初版，頁206。氏亦認爲關於鉅額賠償及重大責任之認定，仍宜直接由法院受理，無庸先經協議程序。

要予以繼續維持。縱然有認為協議先行主義的成效不大，或者在涉及重大金額案件，可以考慮採取協議與訴訟雙軌並行制，然均必須透過國賠法的修法始得為功。因此若逕認為國家應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，則人民無庸踐行國賠法第十條之程序即得請求國家負賠償責任，將完全架空國賠法第十條關於協議先行主義之特殊規範設計。



## 第二款 因係利益之侵害而限縮本條的適用？

民法第一百八十四條第二項之侵權責任的特別要件，除「保護他人法律」及「別無侵權責任之損害賠償請求權存在」外，尚有被論及者為，**當被侵害的客體為利益時，是否應特別限制民法第一百八十四條第二項之侵權責任的構成？**本文以下即係欲就此予以檢討說明。

### 第一目 肯定說

關於當被侵害的客體為利益時，是否應特別限制民法第一百八十四條第二項之侵權責任的構成，雖然並未有學說或實務見解就此提出整體性之理論以茲說明，惟在若干民法第一百八十四條第二項之侵權責任是否構成的檢討上，學說或實務見解卻似有若無的以此為理由而限制責任的構成，因此得以評價為肯定說之見解。而採取肯定說者其所持理由如下：

#### 壹、避免侵權責任過於氾濫

學者認為之所以應採差別保護說，而將民法第一百八十四條第一項前段之保護客體限於權利，其中一個重要之理由即在於**避免侵權責任過於氾濫**<sup>603</sup>，因此在適用民法第一百八十四條第二項之規定以保護利益時，應謹慎就整體民法體系為探討而予以限制使用<sup>604</sup>。

<sup>603</sup> 王澤鑑，侵權行為法的體系構成與實務發展，發表於第二屆馬漢寶法學講座第二次演講會，2006年6月，頁23；劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」－最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第146期，2007年7月，頁233、237-238、246。

<sup>604</sup> 劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」－最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第146期，2007年7月，頁237-238。

另有學者以證券交易法第二十條為例而表示，若得以肯認本條規定係仿照美國證券交易法 section 10 (b)及 Rule 10b-5 而設，則所處罰之行為應以故意為限。故若將本條規定解釋為保護他人之法律，而對於此種造成利益侵害之行為課予過失責任，在理論上是否妥當即值研究。氏進一步表示，因證券交易法第二十條所生之損害類型為對於利益之侵害，而對於利益侵害之損害賠償，政策上一貫認為應謹慎以對，一般都以民法第一百八十四條第一項後段處理，現若欲以同條第二項相繩，對於「保護他人之法律」的解釋應更加保守，否則責任之氾濫將使證券市場之參與者退出，反而危害證券市場之健全發展<sup>605</sup>。

而為避免侵權責任過於氾濫，故特別限制民法第一百八十四條第二項之侵權責任的適用範圍之實務見解，得以臺灣臺中地方法院九十年度重訴字第七〇六號判決作為代表，本案判決表示<sup>606</sup>：「惟會計師僅具有過失時，應其對無法預測之潛在投資人所受之一切損害負賠償責任，實屬過苛，亦與民法第一百八十四條規定之一般侵權行為損害賠償要件容有未合。蓋利害關係人所受之損害，可能均為經濟上之損失，其權利遭受侵害，實難想像。…惟會計師僅具過失情節，而有違反一般公認之審計準則之時，各該審計準則乃會計師從事審計工作之行為規範，尚難認為係『保護他人之法律』，故單純以會計師違反審計準則，而使其與實際製作不實財務報告之行為人，均對於第三人所受之經濟上之損失，同負賠償之責，理論上恐有失衡之嫌。此外，會計師為查核或核閱財務資訊，設計、執行之蒐集證據程序，係為取得查核或核閱證據，俾對財務報告表示意見之用，故就會計師之立場而言，所有蒐集證據之過程，係供自己之用，非為他人所用。若論會計師在蒐集證據之過程中，未保持專業上之警覺，採取適當之程序，而應負無限制之賠

<sup>605</sup> 曾宛如，論證券交易法第二十條之民事責任—以主觀要件與信賴為核心，臺大法學論叢，第33卷第5期，2004年9月，頁79-80。

<sup>606</sup> 反對見解請參閱最高法院九十四年度台上字第二二一〇號判決，本案判決認為縱然會計師違反保護他人之法律而造成利益之侵害時，仍應有民法第一百八十四條第二項適用之餘地。至於本案中之所以拒絕原告之請求，僅是因為會計師違反保護他人之法律與被害人之利益受侵害間無因果關係而已。

償責任，則其過失情節及責任範圍，亦顯不相當。」

## 貳、基於民法第一百八十四條之體系解釋

有學者基於差別保護說之立場，認為民法第一百八十四條第一項前段之規定僅保護權利，至於對於利益之侵害，僅於該當民法第一百八十四條第一項後段或者第二項之規定時，始例外地得請求損害賠償。則為維持民法第一百八十四條對於利益之侵害，僅於例外情形下才受保護的價值判斷，關於利益受侵害時，是否應容許被害人依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償，應特別謹慎。蓋若行為人違反保護他人之法律時，得以概括而無任何限制地肯定，被害人得依民法第一百八十四條第二項之規定就其利益之侵害請求損害賠償，將使民法第一百八十四條第一項前段不保護利益之規定成為具文<sup>607</sup>。

因此縱然出賣人在欠缺保證品質或故意不告知瑕疵時，買受人受有買賣標的物具有瑕疵之損害，但是因為買受人並無權利受侵害，因此出賣人無庸依民法第一百八十四條第一項前段之規定負侵權責任，從而出賣人亦絕對不能依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，否則民法第一百八十四條第一項前段所示之僅權利受侵害始受保護之原則將被掏空<sup>608</sup>。

再如民法第三十五條第一項之規定，因本條所保護者為法人之債權人的債權得以獲償之利益。故氏認為，如果將本條之規定解釋為保護他人之法律，並因此

<sup>607</sup> 劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」—最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第 146 期，2007 年 7 月，頁 233、245-247。Vgl. Canaris, Schutzgesetz-Verkehrspflichten-Schutzpflichten, S. 58; MünchKomm-Wagner, § 823, Rn. 321, 330.

<sup>608</sup> 劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」—最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第 146 期，2007 年 7 月，頁 247。相對於此一見解，本文則認為，基於契約責任並不存在排他而專屬職掌之領域，因此侵權責任並非無構成之可能。故契約義務在契約當事人間應係保護他人之法律，故契約義務違反之結果，行為人亦可能應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。請參見本節、第一項、第一款、第九目、貳；本文見解。

肯認債權人得依民法第一百八十四條第二項之規定就其利益之侵害請求損害賠償，似乎亦係違反民法第一百八十四條第一項前段之價值判斷。僅是復觀民法第三十五條第二項之規定，則明顯地可以認為，在董事未即時聲請破產而導致債權人的利益受到侵害時，立法者認為該利益是應受到保護而可以請求損害賠償者，從而此時允許債權人依民法第一百八十四條第二項之規定就該利益之侵害請求損害賠償，當然即未違反民法第一百八十四條第一項前段之價值判斷<sup>609</sup>。

但是氏關於董事違反民法第三十五條第一項之規定時，究竟應否依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，結論上卻又認為既然民法第三十五條第二項已有損害賠償請求權之規定，再容許債權人依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償應屬多餘，而不應許可才是<sup>610</sup>。



<sup>609</sup> 劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」—最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第 146 期，2007 年 7 月，頁 249-250。惟此處為本文所不解者係，既然氏係基於差別保護說之立場，認為民法第一百八十四條第一項前段所示之價值判斷為僅權利之侵害始受保護。故若認為法人之債權人因董事未即時聲請破產僅是利益受到侵害，則只要肯認債權人得依民法第一百八十四條第二項之規定就其利益之侵害請求損害賠償，就是違反民法第一百八十四條第一項前段所示之價值判斷才是，而與民法第三十五條第二項之規定是否賦予債權人損害賠償請求權無關。再參酌氏之前揭論述，其認為因買受人是利益受侵害，因此買受人絕對不能依民法第一百八十四條第二項之規定就該利益之侵害請求損害賠償，而此處是法人之債權人的利益受侵害，與前揭買受人之利益的侵害應無不同，卻可以依民法第一百八十四條第二項之規定就該利益之侵害請求損害賠償，可見其理論構成不無矛盾之處。

<sup>610</sup> 劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」—最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第 146 期，2007 年 7 月，頁 250。就此結論本文誠表贊同，蓋本文認為別無侵權責任之損害賠償請求權存在，為民法第一百八十四條第二項之侵權責任的不成文要件之一。請參見本項、第一款、第三目；本文見解：肯定說。

## 第二目 本文見解：否定說

壹、限制對於利益侵害時之損害賠償的目的：避免侵權責任過於氾濫

參照前揭肯定說之論述得以確定，之所以一再限制對於利益侵害時之損害賠償，其目的係為避免侵權責任過於氾濫。有學者即明確道出，利益之侵害所以構成民法上之難題，在於法院實難以決定應否判決准予賠償。蓋於某些情形如准許被害人之請求，將會造成加害人之責任過於氾濫而失去控制，但於若干情形若駁回被害人之請求，又違背一般國民的法感情<sup>611</sup>。

因此就利益之侵害的問題癥結，在於立法者與法院畏懼一旦准許賠償，將會造成水閘門效應（floodgate effect）<sup>612</sup>，因此千方百計設計以適當方法限制責任。蓋在人身侵害之情形，物理定律已經提供有效的責任限制，但是在利益侵害之情形，則無法達到相同的限制。例如飛馳中的汽車或投擲的石塊，依據摩擦及地心引力的作用，必然有停止的時候，即使在有外力介入而引起連鎖反應之情形，所能造成的損害，仍有一定限度。但是利益之侵害則不然，因為經濟關係非常錯綜複雜，大有牽一髮而動全身之勢，而且不需有外力介入，即可能造成連鎖反應，因此在利益侵害的案件中，損害賠償責任的控制，成為非常重要的問題<sup>613</sup>。

亦有表示<sup>614</sup>，權利與利益在是否得具體特定此一特性上，確實有所不同。權利與利益的區別，其背後蘊藏的法律政策，主要在於兼顧維護「行為自由」此一

<sup>611</sup> 邱琦，純粹經濟上損失之研究，2002年6月，國立臺灣大學法律研究所博士論文，頁16。

<sup>612</sup> 所謂「水閘門效應」係指在承認利益之侵害得請求損害賠償時，可能造成之責任的氾濫。一如將水門大開，洪水一瀉而下，行為人因此被課予無法負擔之龐大責任，法院亦將陷於訴訟案件爆增的窘境。See LAWSON, F. H. & MARKESINIS, B. S., TORTIOUS LIABILITY FOR UNINTENTIONAL HARM IN THE COMMON LAW AND THE CIVIL LAW, VOLUME I: TEXT, 45-49(1982)

<sup>613</sup> 邱琦，純粹經濟上損失之研究，2002年6月，國立臺灣大學法律研究所博士論文，頁224。

<sup>614</sup> 陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁154-155。

價值。鑑於現代社會經濟網絡關係往往相當錯綜複雜，各種經濟上利益通常呈現彼此交相連鎖反應，牽一髮而動全身的現象，因而**侵害利益如果輕易成立侵權責任，加害人將動輒得咎，難以精確預估其行為後果，過度加重其損害賠償負擔**，進而嚴重影響個人人格發展、市場自由競爭及經濟發展，並間接鼓勵人民輕啓訟爭，造成訴訟氾濫、法院審理負擔沈重的現象。由此不難理解，差別保護說所以強調適度合理限制加害人責任之必要性，不能單純以加害人具有過失，即要求其負損害賠償責任，理由即是**因為侵害利益，充滿不確定性與不可預見性，其範圍過廣，難以精確預估**<sup>615</sup>。

綜上可知，採取肯定說之目的係在於避免侵權責任之過於氾濫，甚至前揭所謂基於民法第一百八十四條之體系解釋其實亦然。蓋差別保護說亦是為避免侵權責任之過於氾濫，因此始堅持認為民法第一百八十四條第一項前段之保護客體僅限於權利而不及於利益<sup>616</sup>，故對於利益之侵害僅得依民法第一百八十四條第一項後段或者第二項之規定請求損害賠償。故前揭肯定說基於差別保護說之立場，並且為貫徹民法第一百八十四條第一項前段僅保護權利之結論，又進一步地認為對於利益之侵害，在民法第一百八十四條第二項之適用上亦應謹慎為之，以避免架空其所採擇之價值判斷，更可清楚地看出，其實無論差別保護說或者前揭肯定說之見解，對於利益侵害之損害賠償一直抱持謹慎以對之態度，其目的均係為避免侵權責任之過於氾濫。

貳、民法第一百八十四條第二項之侵權責任的要件已合理地限制責任範圍

既然採取肯定說之唯一目的即係在於避免侵權責任之過於氾濫，則若民法第

<sup>615</sup> 德國法上相類似的看法，請參閱 MünchKomm-Wagner, § 823, Rn. 320; Staudinger-Hager, § 823 G 4.

<sup>616</sup> 關於差別保護說之論據的整理，請參閱陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第 36 卷第 3 期，2007 年 9 月，頁 97-102。

一百八十四條第二項之侵權責任，已經提供適當之篩選過濾責任是否構成的法律技術，則無庸採取肯定說之見解。甚至應該認為，當行為人因其行為而致利益受有侵害時，在已經提供適當之篩選過濾責任是否構成的法律技術之前提下，若仍認為行為人應負侵權責任時，課予其侵權責任不僅不是對之加諸過於沈重之責任負擔，反而是合理的責任分配。

在此觀點之下，究竟被害人所受侵害者為權利抑或利益，其實並非侵權責任構成與否之決定性因素，重點應置於「以合理分配社會生活風險為任務之侵權責任法，如何在政策上對於各種千變萬化、複雜多樣的社會生活利益，作一定程度的篩選過濾，以適度合理限制侵害利益時的損害賠償責任」<sup>617</sup>。

#### 一、民法第一百八十四條第二項之特別要件

而民法第一百八十四條第二項所提供之篩選過濾責任是否構成的法律技術，其中之一即為民法第一百八十四條第二項之特別要件。詳言之，必須行為人所違反之規定為保護他人法律之「法律」，並且該規定應符合保護他人法律之「保護他人」之要求，亦即該規定係以保護他人為目的、被害人屬於該規定所欲保護之人之範圍，及該被害人所受之損害為該規定所欲保護之物之範圍，最後尚應別無侵權責任之損害賠償請求權存在。

而在前揭要件均已該當之情形下，行為人始有依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任之可能，因此已經將請求賠償之主體範圍及客體範圍限縮到一個合理的程度<sup>618</sup>，故縱然要求行為人就其因違反保護他人之法律所造成的利益侵

<sup>617</sup> 陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁155。

<sup>618</sup> 相同見解，請參閱蘇永欽，再論一般侵權行為的類型－從體系功能的角度看修正後的違法侵權

害負賠償責任，亦不致於使侵權責任過於氾濫，反而係合理的責任分配。

例如僱用人未為受僱人辦理加入勞工保險之案件中<sup>619</sup>，雖然受僱人僅是利益受到侵害，惟既然勞工保險條例係屬保護他人法律之「法律」，並且勞工保險條例第十條之規定係以保護受僱人為目的，而受僱人即屬於本條規定所欲保護之人之範圍，並且受僱人因未加入勞工保險致未能取得之保險給付，即係本條規定所欲保護之物之範圍，則關於行為人即僱用人之責任範圍已受到合理之限制，此時課予僱用人民法第一百八十四條第二項之侵權責任係屬合理之責任分配。

## 二、侵權責任之共通要件

而民法第一百八十四條第二項所提供之篩選過濾責任是否構成的法律技術，尚有侵權責任之共通要件。諸如被害人應受有損害、行為具有違法性、過失及因果關係等，而學說上亦認為透過這些既有的侵權責任成立要件，其概念本身所負載之規範功能，亦足以妥適扮演好過濾篩選各種社會生活利益的任務，達到適度合理限制行為人責任的目的<sup>620</sup>。

因此雖有學者謂，若課予違反建築建築物之相關規定的行為人民法第一百八十四條第二項之侵權責任，將造成侵權責任之氾濫。蓋假設房屋已經經過十手買

---

規定一，政大法學評論，第 69 期，2002 年 3 月，頁 175。氏認為透過以上對「保護他人法律」要件之嚴格解釋，雖不要求違法行為的針對性，從而仍只需有一個抽象的違法行為，已可把可能的損害賠償請求者限縮到一個合理的程度。

<sup>619</sup> 關於僱用人未為受僱人辦理加入勞工保險之民事責任的法律問題，學說見解請參閱王澤鑑，雇主未為受僱人辦理加入勞工保險之民事責任，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996 年 10 月，頁 239 以下；王澤鑑，商品製造者責任與純粹經濟上損失，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第八冊，2003 年 9 月，頁 244；實務見解請參閱最高法院六十四年度台上字第二二六三號判決；最高法院七十年度台上字第二九七〇號判決；最高法院八十七年度台上字第二五四〇號判決；最高法院八十九年度台上字第一三一四號判決。

<sup>620</sup> 陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第 36 卷第 3 期，2007 年 9 月，頁 155-156。

賣，但所有買受人卻都可以對違反建築建築物之相關規定的行為人，依民法第一百八十四條第二項之規定就其建築物應有價值之財產損害請求賠償，則該責任延伸範圍之廣將無法想像<sup>621</sup>。

誠然，若認為違反建築建築物之相關規定的行為人，除對現時建築物之所有權人就該建築物應有價值之財產損害負賠償責任外，尚應對所有權人之每一個前手負損害賠償責任，將使責任無限漫延及擴大，而應認為已課予行為人所不能負擔之侵權責任。

惟前揭說法實屬過慮，蓋民法第一百八十四條第二項之侵權責任的課予，除行為人應具備本條之特別要件外，尚應具備侵權責任之共通要件。固然本案中可以認為行為人已違反保護他人之法律，並且亦別無侵權責任之損害賠償請求權存在，因此民法第一百八十四條第二項之特別要件已經具備，但是被害人欲依本條之規定請求損害賠償，尚應具備侵權責任之共通要件始可。例如被害人應證明其受有損害，並且證明因果關係存在。

惟本案前手買受人即可能因為並未受有損害，因此不能依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償。例如臺灣高等法院九十三年度重上更（二）字第三〇號判決中，即認為違反建築建築物之相關規定的行為人即被告甲，係以新臺幣（下同）八百六十萬元之價格出賣給第一買受人，而該第一買受人則以一千零九萬之價格出賣予第二買受人，該第二買受人又以九百四十萬出賣予第三買受人，因此本案高等法院認定第一買受人與第二買受人均未受有損害<sup>622</sup>。果如此，

<sup>621</sup> 劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」—最高法院九十二年台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第 146 期，2007 年 7 月，頁 246。

<sup>622</sup> 惟應多作說明者係，依本案高等法院所表示之見解，第一買受人與第二買受人之所以並未受有損害，係因其出賣之價格高於被告甲出賣予第一買受人之價格。然此一判斷損害存否之標準誠屬可議。蓋縱然應採取差額說之見解以認定損害之存否，亦應以建築物之應有價值與轉售價格的差額作

則第一買受人與第二買受人當然不能依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償。

並且在上開案例中，假設第三買受人係以低於建築物應有價值之價格出賣予第四買受人因而受有損害，亦不能當然認為其即得依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償，蓋尚必須證明因果關係存在始可。例如若第三買受人之所以以低於建築物應有價值之價格出賣予第四買受人，係因金融風暴爆發，為使其所經營之事業資金能夠順利週轉，始以賤價出售，則甲違反建築建築物之相關規定之行爲與第三買受人所受之權益的侵害間並不具因果關係，故甲亦無庸依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。而此正係本文一再強調者，即侵權責任之共通要件就是篩選過濾責任是否構成之妥適的法律技術，因此無庸於此之外，再以被害人係利益受侵害爲由，而特別限制民法第一百八十四條第二項之侵權責任的構成。



---

爲認定損害存否之標準，而非以甲出賣予第一買受人之價格與轉售價格的差額作爲認定損害存否之標準。

## 第二節 侵權責任之共通要件

民法第一百八十四條第二項之侵權責任的構成，除應該該當本條所定之特別要件外，尚應具備侵權責任之共通要件，否則縱然行為人已經該當民法第一百八十四條第二項之特別要件，仍無庸依本條之規定負責。詳言之，除應該該當民法第一百八十四條第二項之特別要件外，尚須「**侵害被保護之權益**」、「**被害人受有損害**」、「**有因果關係**」、「**行為具違法性**」、「**有故意或過失**」及「**有責任能力**」，並且必須在這些侵權責任之共通要件亦全部具備時，始得課予行為人民法第一百八十四條第二項之侵權責任<sup>623</sup>。

而本文之所以認為侵權責任之共通要件非常重要，係因為這些侵權責任之共通要件，其本身所負載的規範功能，即在於妥適篩選過濾各種社會生活利益，以判斷行為人是否應負侵權責任。因此在實際操作過程中，這些侵權責任之共通要件已經可以提供法律解釋適用者足夠的方法或手段，以判斷是否應該課予行為人侵權責任。然而侵權責任之共通要件此一功能，目前並未受到重視，因此使得這些共通要件本來所具有之篩選過濾侵權責任是否構成的功能沒有被發揮，以致於造成侵權責任不當地被擴大；或者造成為避免侵權責任不當地被擴大，因此只好另行創設責任要件以限制侵權責任的構成<sup>624</sup>。

<sup>623</sup> 關於民法第一百八十四條第二項之侵權責任，其侵權責任之共通要件。請參閱朱柏松，論不法侵害他人債權之效力（上），法學叢刊，第 145 期，1992 年 1 月，頁 63-64；馬維麟，民法債編註釋書（一），1995 年 10 月初版，第一八四條，邊碼 148；王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任—民法第一八四條第二項規範功能之研究—，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996 年 10 月，頁 196；黃立，民法債編總論，1999 年 10 月二版，頁 279-281；邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003 年 1 月修訂一版，頁 183；孫森焱，民法債編總論，上冊，2005 年 12 月修訂版，頁 251；姚志明，侵權行為法，2006 年 3 月初版，頁 72-74。

<sup>624</sup> 例如要求規定之規範內容應為強制或禁止規定，始得成為保護他人之法律。就此部分之研究說明，請參見本章、第一節、第一項、第二款：須規範內容為強制或禁止規定之「法律」？其他適例，例如以僅係利益受到侵害為由，作為民法第一百八十四條第二項之侵權責任特別要件中之不成文要件，以限制侵權責任的構成。就此部分之研究說明，請參見本章、第一節、第三項、第二目：因係利益之侵害而限縮本條的適用？

而在前者情形，亦即因為未重視侵權責任之共通要件的功能，以致於造成侵權責任不當地被擴大，其結果即為無法合理並妥適的分配社會生活風險，因此侵權責任失控氾濫，加害人動輒得咎，隨時可能對他人負擔金額龐大、難以負荷之損害賠償責任。換言之，即係造成無法在「被害人利益保護」及「加害人行為自由」中尋得適切之平衡的結果。

至於在後者情形，亦即為避免侵權責任不當地被擴大，因此只好另行創設責任要件以限制侵權責任的構成，其結果為對民法第一百八十四條第二項之特別要件，尤其是保護他人法律之定義，不能自其本身之內涵予以界定，使得保護他人法律之範圍失真。換言之，在後者情形，因為為避免侵權責任不當地被擴大，只好限縮保護他人法律之範圍，因而以行為人不具備民法第一百八十四條第二項之特別要件為由，否定行為人應負侵權責任。然而其實該行為人可能本來就因為不具備侵權責任之共通要件，因此無庸負責，故此一限縮解釋的解釋方法實際上並無實益；甚至此一限縮解釋的解釋方法所產生之更大問題在於，在此解釋下，勢必必須更限縮保護他人法律之範圍，但此一限縮解釋，卻非基於本條之特別要件自身之考量。因此致使在定義保護他人法律之範圍時，加諸過多不必要之限制，因而使保護他人法律其本即應有之範圍被不當地予以限縮。

本文以下即從「損害」、「違法性」、「故意或過失」及「因果關係」等既有之侵權責任之共通要件，說明在此等要件之約束控制下，可以合理限制侵權責任之構成，避免使侵權責任不當地被擴大；並且即使不將民法第一百八十四條第二項之特別要件加諸其他限制，仍然可以平衡兼顧「權益保護」及「行為自由」兩項價值，而在公平合理的基礎上，一方面保護被害人，使其因權益被侵害所致之損害可以請求賠償；他方面合理限制加害人責任，避免其動輒得咎，負擔沉重不堪

的賠償責任。

## 第一項 損害的正當性

損害是一種不利益，而民事責任法所保護之利益，並非毫無限制地包括任何利益，反而必須是法律政策上正當的並且值得保護的利益，才有必要於該利益受到侵害時，賦予被害人請求損害賠償的權利。因此被害人請求損害賠償時，如其所主張之利益，在法律政策上不具正當性或不值得保護時，即不應允許其損害賠償之請求<sup>625</sup>。

而在民法第一百八十四條第二項之侵權責任的檢討上，有學者認為民法中關於占有之規定並非保護他人之法律，蓋無論占有人是有權占有或無權占有，均有民法第九百六十條及第九百六十二條適用之餘地。因此當然無法將民法中關於占有之規定解釋為保護他人之法律，否則氏認為無權占有人（小偷！）的占有狀態若被第三人非法剝奪時，亦得依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償。而此一結論顯然並不合理<sup>626</sup>。

但是上開見解實屬多慮，蓋縱然無權占有人中例如小偷之占有利益不應受到保護<sup>627</sup>，但欲得到此一結論，並非只能將占有之規定解釋為非屬保護他人之法律，

<sup>625</sup> 黃茂榮，債法總論，第二冊，2004年7月增訂版，頁110；陳忠五，產前遺傳診斷失誤的損害賠償責任—從「新光醫院唐氏症事件」論我國民事責任法的新課題，臺大法學論叢，第34卷第6期，2005年11月，頁158；陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁157。相關問題之研究，尚請參閱王澤鑑，搗毀私娼館、正當防衛與損害賠償，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第八冊，2003年9月，頁211以下。

<sup>626</sup> 劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」—最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第146期，2007年7月，頁241。

<sup>627</sup> 其實亦非所有無權占有人的利益均不值得保護，例如善意之無權占有人的利益則亦有受保護之必要。此一結論，參酌民法物權修正草案第九百五十一條之一，容許善意之無權占有人行使民法第九百四十九條及第九百五十條之權利亦可明瞭。

其實自「損害的正當性」此一侵權責任之共通要件，即可妥適地篩選過濾被害人請求損害賠償之可能。蓋就學者所舉之小偷之例，此一惡意之無權占有人的占有利益，在法律政策上當然不具有正當性並且並不值得保護，因此在此一侵權責任之共通要件並未該當的前提下，縱然該小偷的占有狀態又被第三人非法剝奪，其亦不得依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償。然而其理由並非因占有之規定非屬保護他人之法律，所以在該第三人並未違反保護他人法律的前提下，被害人不得請求損害賠償；反而係因為縱然該第三人違反保護他人之法律，但因被害人的損害不具正當性，所以在侵權責任之共通要件並未該當的前提下，無由依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償<sup>628</sup>。

而此即本文所憂慮者，亦即在侵權責任之共通要件未被重視的情形下，為避免侵權責任被不當地擴大，因此只好另行創設責任要件以限制侵權責任的構成。例如前揭學者即係透過以限縮保護他人法律之範圍的方法，以達成限制侵權責任構成之目的。但是既然被害人的損害不具正當性，其本即不得請求損害賠償，因此此一限縮保護他人法律範圍的解釋方法，實際上並不具有實益；更重要者係，現為使「保護他人法律」此一民法第一百八十四條第二項之特別要件，一併承擔「損害的正當性」此一侵權責任之共通要件，在篩選過濾責任是否構成時所具有之規範功能，因此限縮保護他人法律之範圍，致使關於保護他人法律之範圍應如何界定，不能僅單純考量民法第一百八十四條第二項之特別要件的規範功能後以決定之。其結果為保護他人法律之範圍不當地被限縮，此一結論，本文誠難贊同。

---

<sup>628</sup> 相同見解，請參閱王澤鑑，侵害占有之侵權責任與損害賠償，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第三冊，2004年10月，頁230-232。

## 第二項 違法性

「違法性」亦為侵權責任之共通要件，因此亦具有篩選過濾侵權責任是否構成之規範功能。然而此一規範功能亦未受到重視，致使在實務見解有使侵權責任不當地被擴大的問題；在學說見解，則有為避免侵權責任不當地被擴大，因此只好另行創設責任要件以限制侵權責任之構成的問題。

### 壹、問題觀察

最典型之例證即當行為人違反各該法令中第一條之規定時，是否應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任？例如行為人違反專利法第一條<sup>629</sup>、建築法第一條<sup>630</sup>、建築技術管理規則第一條<sup>631</sup>或者姓名條例第一條<sup>632</sup>之規定時，是否應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任？諸多實務見解肯認違反各該

<sup>629</sup> 請參閱最高法院九十六年度台上字第二七八七號判決；臺灣高等法院九十三年度智上字第一〇號判決；臺灣高等法院九十四年度智上字第五九號判決。惟應注意者，臺灣高等法院九十四年度智上字第五九號判決係表示：「92年2月6日修正前專利法第88條第1項前段、第105條、民法第184條第2項定有明文。再專利法係為鼓勵、保護、利用發明與創作，以促進產業發展而制定（專利法第1條參照），故對於專利權人而言，專利法自應屬保護其權利之法律，故有侵害專利權人之行為時，應推定行為人有故意、過失，倘行為人欲免除侵權行為損害賠償責任時，應舉證證明其行為無故意、過失。」因此本案判決或可解為，係以專利法第一條所揭示之專利法之立法目的作為解釋依據，並進而以歷史方法判斷修正前之專利法第八十八條及第一百〇五條等規定係屬保護他人之法律。果如此，則並非以專利法第一條作為保護他人之法律，而課予違反專利法第一條之行為人民法第一百八十四條第二項之侵權責任。惟學者有認為本案判決正係以專利法第一條作為保護他人之法律，請參閱熊誦梅，從最高法院判決談專利侵權之主觀要件，全國律師，第10卷第12期，2006年12月，頁23。

<sup>630</sup> 請參閱最高法院九十五年度台上字第六三七號判決。

<sup>631</sup> 請參閱臺灣高等法院臺中分院九十一年度重上字第一五號判決。惟應注意者，本案判決係表示：「上訴人指被上訴人違反保護他人之法律即係建築法及建築技術規則，然依建築法第一條、建築技術管理規則第一條之規定觀之，可知建築法規制定目的所保護者，為公共安全、公共交通、公共衛生，亦即保護之法益係他人之人身，並非房屋損害之財產損失，則上訴人依民法第一百八十四條第二項請求賠償其房屋損壞之損害，於法不合。」自判決內容可知，實務見解仍係認為行為人於違反建築法第一條及建築技術管理規則第一條後，應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，只是該等法律規範所欲保護之物之範圍，僅及於人身之侵害而不及於房屋之損害而已。故若被害人果係身體權或健康權遭受侵害，則其當然可以行為人違反建築法第一條及建築技術管理規則第一條之規定為由，而依民法第一百八十四條第二項之規定請求損害賠償。

<sup>632</sup> 請參閱最高法院八十九年度台上字第一六三五號判決。

法令中第一條之規定的行為人，應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，此一結論，顯然係不當地擴大侵權責任的範圍。

因此學說見解為避免上述不當結論，另行創設責任要件以限制侵權責任的構成。亦即認為限於規範內容為強制或禁止規定的法律規範，始得成為保護他人之法律，因此既然各該法令中第一條之規定的規範內容並非強制或禁止規定，則其並非屬保護他人之法律<sup>633</sup>，從而縱然行為人違反各該法令中第一條之規定時，亦無庸依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。

例如有學者認為，專利法第一條規定，專利法之立法目的係為鼓勵、保護、利用發明與創作，以促進產業發展。惟該條內容僅揭櫫專利法之立法目的，內容相當空洞，不宜逕由該條推論出專利法為保護他人之法律<sup>634</sup>。其所稱之專利法第一條之規定內容相當空洞，其實即係在指該條規定之規範內容並非為強制或禁止規定，因而專利法第一條並非保護他人之法律，故縱然行為人違反專利法第一條之規定，亦無庸依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任<sup>635</sup>。

## 貳、本文評析

自前述行為人違反各該法令中第一條之規定時，學說及實務見解關於行為人是否應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任的說明，更可明顯看出，學說與實務見解因為忽略違法性此一侵權責任之共通要件所衍生之問題。

<sup>633</sup> 關於保護他人法律是否以規範內容為強制或禁止規定者為限，請參見第三章、第一節、第一項、第二款：須規範內容為強制或禁止規定之「法律」？

<sup>634</sup> 蔡明誠，專利侵權之過失要件與違反保護他人法律問題，全國律師，第 10 卷第 12 期，2006 年 12 月，頁 13。

<sup>635</sup> 相同結論但理由不同，請參閱熊誦梅，從最高法院判決談專利侵權之主觀要件，全國律師，第 10 卷第 12 期，2006 年 12 月，頁 23-24。氏認為專利法第一條係關於立法目的之規定，因其不具有個別保護的性質，從而並非保護他人之法律。

先就實務見解而言，因其忽略違法性此一侵權責任之共通要件，以致於無法妥適地篩選過濾侵權責任之構成與否，致使侵權責任不當地被擴大。因為縱然行為人違反各該法令中第一條之規定，亦僅在於確定其行為具有違法性後，始得課予其民法第一百八十四條第二項之侵權責任。而違法性是否具備的判斷標準，係應參酌多元因素，諸如權利或利益之價值、權利或利益定義的精確性及顯著性、被告責任之性質（故意或過失）、行為人之利益，尤其是行動自由與權利行使之利益，以及公共利益等，始得確定<sup>636</sup>。但是其實因為立法者在制定各該法令中第一條之規定時，並無欲判斷單純違反各該法令之立法目的的行為是否應負侵權責任，反而僅是宣示性地表示各該法律之立法目的而已，從而違反各該法令中第一條之規定時，其行為的違法性尚無法被確定，因此行為人自然無庸依民法第一百八十四條第二項之規定負責。所以實務見解課予違反各該法令中第一條之規定的行為人民法第一百八十四條第二項之侵權責任，係使侵權責任不當地被擴大。

再就學說見解而論，因其亦忽略違法性此一侵權責任之共通要件，本即具有妥適地篩選過濾侵權責任構成與否之規範功能。但學說見解又不欲造成侵權責任不當地被擴大之結果，因此只好另行創設責任要件以限制侵權責任的構成。亦即要求欲成為保護他人法律的規定，其規範內容必須為強制或禁止規定，則既然各該法令中第一條之規定並非強制或禁止規定，因此行為人縱然違反各該法令中第一條之規定，所違反者亦非保護他人之法律，從而行為人無庸依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任。但是在本文前揭說明下，其實違反此種各該法令中第一條之規定時，其行為根本就不具有違法性，因此行為人當然無庸依民法第一百八十四條第二項之侵權責任，所以學說見解此一限縮保護他人法律範圍的解釋方法，實際上並不具有實益；更重要者係，現為使「保護他人法律」此一民法

<sup>636</sup> 關於違法性的認定標準，請參見第二章、第四節、第一項、第三款：應參酌多元因素綜合判斷始能確定違法性是否具備。

第一百八十四條第二項之特別要件，一併承擔「違法性」此一侵權責任之共通要件，在篩選過濾責任是否構成時所具有之規範功能，因此限縮保護他人法律之範圍，致使關於保護他人法律之範圍應如何界定，不能僅單純考量民法第一百八十四條第二項之特別要件的規範功能後以決定之，甚且造成保護他人法律判斷上的困難<sup>637</sup>，實屬不妥。



---

<sup>637</sup> 關於採取肯定說之見解，亦即認為某一規定必須其規範內容為強制或禁止規定時，始得認為該規定係屬保護他人之法律，將造成保護他人法律之判斷上的困難，請參見第三章、第一節、第一項、第二款、第三目、壹：判斷是否為法律規範的意義：排除不適宜成為保護他人法律的規定。

### 第三項 故意或過失

「故意或過失」亦為侵權責任之共通要件，因此亦具有篩選過濾侵權責任是否構成之規範功能。惟相對於「損害的正當性」及「違法性」此兩侵權責任之共通要件，在學說與實務見解上的不受到重視，「故意或過失」此一侵權責任之共通要件，學說與實務見解在一定程度範圍內適度地用以篩選過濾侵權責任之構成與否。

例如有學者於論述會計師之侵權責任時，認為是否要求會計師負民法第一百八十四條第二項之侵權責任，應先確定行為人是否有注意義務，並且在判斷有無注意義務時，因論其實質已經進入政策選擇之範疇，故應該嚴格管控。基此，**只有在會計師對於信賴其簽證報表之人有注意義務的前提下，方有成立過失之可能。換言之，過失之上層觀念是「有注意義務」，故可以以此來篩選過濾政策上不應過度擴張侵權責任之案件**<sup>638</sup>。因此觀諸其論述內容，非常明顯係以故意或過失作為責任要件，以篩選過濾侵權責任應否構成，可以被評價為係體認並且發揮故意或過失此一侵權責任之共通要件的規範功能。

至於在實務見解，雖有學者批評因為實務上成功舉反證證明自己無過失之案例甚微，故其實已係實質無過失責任<sup>639</sup>。雖然如此，但是實務見解仍然係在為數不多的案件中，發揮了故意或過失此一侵權責任之共通要件所具有之篩選過濾侵權責任是否應構成的規範功能。以下茲整理數則本文搜尋到，容許行為人舉反證證明自己無過失，因而不負民法第一百八十四條第二項之侵權責任的實務案例，

<sup>638</sup> 曾宛如，論證券交易法第二十條之民事責任—以主觀要件與信賴為核心，臺大法學論叢，第33卷第5期，2004年9月，頁80-82。

<sup>639</sup> 相關批評，請參見本章、第一節、第一項、第一款、第一目、參、二、(一)、2、(2)：就侵權責任之歸責原則而言。

並且詳列行為人之抗辯內容，以茲作為以後實務見解認定行為人是否已經能夠成功舉反證證明自己無過失之參考：

#### 壹、最高法院六十年度台上字第二九二七號判決

原審…認為上訴人之受傷，係因其自己騎腳踏車，沿堆置於該港二十三號碼頭之貨櫃左側直駛，欲往對面二十五號碼頭第十四區，適逢天雨視線不清，於行至貨櫃盡頭之際，竟疏未停車察看左右有無來車，即貿然穿越中央控制塔通道，當發見右方被上訴人車時，已閃避不及，其腳踏車撞上被上訴人車左後輪，人車倒地所致，為其自己之過失。斯時，**被上訴人車經過該處，與堆置二十三號碼頭之貨櫃，有保持一公尺之間隔，行車速度並甚緩慢，不能謂有過失。**…查違反保護他人之法律者，依民法第一百八十四條第二項規定，不過得推定其為有過失而已。茲被上訴人王聰華既獲有證據足以證明其為無過失，已見前述，即得推翻上開法律上之推定，自己不能按該條項規定令負侵權行為責任。

#### 貳、最高法院九十二年度台上字第三〇八號判決

查建國啤酒廠係與復華公司訂立電氣設備定期維護保養檢驗等工程合約，將前揭工程全部委由復華公司負責處理，有兩造所不爭執之契約書可稽。於前開契約中，**建國啤酒廠即以多項附件為契約之一部分，嚴格要求復華公司注意勞工安全外，並於契約第十五條約定復華公司所應注意之安全措施，更約定復華公司應遵照勞安法及營造安全衛生設施標準規定切實辦理，且於契約第二十五條特別條款第二項約定復華公司所雇用之工人，保證符合勞基法等之規定。**再參酌肇事作業現場置有高壓電之警告標示，亦為上訴人所不否認，則上訴人主張被上訴人違反勞安法第十七條第一項規定，告知承攬人有關其事業環境、危害因素暨該法及

有關安全衛生規定應採取之措施之保護法律，應推定有過失，亦不足採。…

又過失行為中行為人之特定危險是否有客觀之注意義務，應參酌專業分工法理及專業技術成規，並考慮行為人在特定時空所處之實際情況以定之。本件事故發生時乙○○雖為建國啤酒廠之廠長，但廠長之下另設副廠長、技士、安全衛生課、工務課、製造課等實際直接負責之單位，有上訴人所不爭執之該廠組織系統表在卷可按。而系爭電氣設備定期檢驗等工程，則屬廠內安全衛生課直接掌管業務，復華公司派員執行檢驗之際，其既非屬乙○○之專業領域，已難要求廠長事必躬親。且無證據證明復華公司前來執行檢驗時，於事前或事中已經告知乙○○，其自無法得悉究採斷電或接近活線等作業方式，依上說明，尚難謂乙○○未盡注意義務而苛以過失之責。被上訴人已盡其依勞安法第十七條規定督促、告知承攬人之義務，建國啤酒廠亦非僱用勞工與承攬人復華公司共同作業。是上訴人指被上訴人違反勞安法第十七條、第十八條之保護他人法律，應推定有過失，依侵權行為法律關係請求被上訴人與已判決確定之復華公司等負連帶賠償，即屬無據，不應准許。

參、最高法院九十八年度台上字第三九號<sup>640</sup>

按民法第七百九十四條關於土地所有人開掘土地或為建築時，不得因此使鄰地之地基動搖或發生危險，或使鄰地之工作物受其損害之規定，固屬同法第一百八十四條第二項所定之保護他人法律，違反該保護他人之法律致生損害於他人者，應負損害賠償之責，惟如能證明其行為無過失者，依該條項但書之規定，即

<sup>640</sup> 相類似的判決，請參閱最高法院九十二年度台上字第一二四號判決，本案判決表示：「違反上開保護他人之規定，依民法第一百八十四條第二項規定，應推定上訴人有過失，惟上訴人亦得舉證推翻該推定。上訴人一再指摘系爭房屋基地之地質、水文，其本身是否於施工前應先為調查？亦或未為調查，即逕自施工？案經發回，宜併查明，併此敘明。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」

不負賠償責任。本件上訴人一再辯稱：伊僅係委請營造商施工及建築師設計、監造之起造人，於開挖基地興建房屋之初，除事先不惜斥資委由建築師設計、監造，合法取得建築（造）執照外，並委請專業技師為地基調查及結構簽證，建築材料、鋼筋均符合國家標準，無偷工減料之情，建物基礎施工更經彰化縣政府審核合格，殊難謂有何疏失。縱過程造成被上訴人系爭建物龜裂、傾斜，亦屬營造商（華茂營造公司）施工之過失或建築師未盡義務所造成，難謂伊為侵權行為之行為人等語。並提出張益霖建築師事務所設計收費明細表、建造執照及附表、建築物結構與設備專業技師簽證報告為證。倘非子虛，揆諸上開說明，即攸關上訴人應否負「推定過失」之侵權行為損害賠償責任之認定，自屬重要之攻擊防禦方法。原審未遑就上訴人於其所有系爭土地興築建物，是否確係交由專業技術人員設計、監造及承攬施工？等事項詳為調查，並說明上訴人是否已證明其「無過失」？應否再依民法第七百九十四條、第一百八十四條第二項之規定，對於被上訴人所受損害負侵權行為之損害賠償之責？等法律上意見，遽為上訴人不利之判決，殊嫌遽斷，自屬難昭折服。

當然本案尚不能逕認為係行為人已成功舉反證證明自己無過失，因為最高法院之見解可能僅是認為高等法院就應為調查之事項漏未調查，因而才廢棄原判決而已。但是復觀本案判決內容，係認為倘上訴人之主張，若非所虛，即攸關其是否應負推定過失之責任，似乎亦係認為，倘若上訴人所主張之事項均得證明確係存在，即得認為行為人並無過失，而得免負民法第一百八十四條第二項之侵權責任。

肆、臺灣高等法院九十二年度上易字第三四三號判決

惟查民法中之侵權行為責任，係行為人侵害他人之權利或利益之違法行為，

著重在「權利之不可侵」，故侵權行為責任之基本主觀要件，係行為人有故意或過失；而民法第一百八十四條第二項規定：「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任；但能證明其行為無過失者，不在此限」，只要被害人證明行為人為違反保護他人之法律，即得就行為人之具有故意過失免負舉證責任，請求行為人賠償其所受損害。查本件上訴人所有車輛置於被上訴人南港修護廠內之委修期間，因納莉颱風豪雨而遭水淹，係不可抗力，雨量之急且大，非被上訴人所得預見，亦無從防免，故被上訴人並無任何過失可言，詳如前揭四、(一)所述<sup>641</sup>，是被上訴人合於民法第一百八十四條第二項但書規定，毋庸負侵權行為之賠償責任，故上訴人主張依民法第一百八十四條第二項規定，請求被上訴人賠償系爭車輛遭水淹致價值減損五萬元及法定利息一節，洵非正當，不應准許。



<sup>641</sup> 判決理由中四、(一)之內容為：「九十年九月間納莉颱風來襲前，中央氣象局之颱風警報雖呼籲民眾應嚴防強風豪雨，惟公布之警戒區域涵蓋台中、南投、花蓮以北每一個縣市，未特別指出台北市區應特別加以防範，是在此討論被上訴人有無盡注意義務採取防範措施，自應以一般誠實、勤勉而有相當經驗者之程度，處於相同情形下是否可得預見及採取防免措施定之。查系爭車輛停放地點在臺北市○○○路○段（南港區），根據中央氣象局在南港氣象站觀測之累積降雨量資料顯示：南港區於九十年九月十三、十四日並未下雨，九月十五日降雨量為二一·五公厘，惟九月十六日單日降雨量三六七·五公厘，九月十七日單日降雨量四八六公厘，亦即九月十六日、十七日在南港區累積之雨量高達八五三·五公厘。再參以國內媒體新聞之報導：如中國時報九十年九月十八日：『怪颱風莉重創北台灣，短短三小時之內，三分之二的台北地區已變成汪洋一片』、『整個台北市淹水情況嚴重，放眼望去，汪洋一片猶如水鄉澤國，內湖、南港一帶淹水甚至達三層樓高』；聯合新聞網九十年九月十九日：『這次納莉所帶來的雨水，不論強度或密集度都遠超過象神颱風，絕對是一百五十年來僅見的水患，若經精確分析後，納莉也極可能創下近兩百年來水患紀錄』等語；且納莉颱風帶來雨量為台北氣象站設置一百零五年來的單日最高紀錄，超過二百年之防洪頻率，甚至造成台北市南港區玉成抽水站因雨量過大而停止運作，而玉成抽水站停擺事件經台灣士林地方法院檢察署偵查結果，亦以降雨量過大超過抽水站、下水道排洪設計及兩套冷卻系統先後當機為由，而予不起訴處分之情，為原審法院職務上已知之事項。綜上堪認：納莉颱風為台北市帶來之降雨量，創下二百年水患紀錄，是不論何人縱於事前知悉納莉颱風即將來襲，亦無從預見九月十六日夜間至九月十七日清晨止，台北市於短時間內會累積如此驚人雨量，亦無從防免，故被上訴人之南港區修護廠遭水淹，應屬不可抗力。上訴人執詞主張：被上訴人之南港修護廠於納莉颱風之實際水位高度一百八八公分，加上系爭車輛車身高度一百三十分，僅為三百一十八公分，距現場天花板高度尚有八十二公分之安全距離，被上訴人僅將系爭車輛頂高八十分，致系爭車輛仍遭水淹沒，顯有過失云云，惟依上所陳，納莉颱風水量之多不論何人均無從預見，在此實無從要求被上訴人於事前預見應將系爭車輛預高至八十分以上始得防免水淹之義務，故上訴人上開主張，實非可採。」

## 第四項 因果關係

侵權責任法上的「因果關係」，可以分爲「責任成立的因果關係」與「責任範圍的因果關係」兩種不同層次。責任成立因果關係，係指責任原因事實與權益被侵害兩者之間的因果聯繫關係；責任範圍的因果關係，係指權益被侵害與損害兩者之間的因果關係聯繫<sup>642</sup>。

因果關係雖有上開兩種不同層次，惟無論何者，均具有妥適地過濾篩選行爲人責任的功能。責任成立的因果關係，旨在眾多可能侵害權益的條件中，從事篩選過濾，以決定何種條件才是法律上有意義而足以負擔責任的原因，因而具有合理限制責任成立的功能；責任範圍的因果關係，則旨在眾多權益被侵害後可能衍生的損害項目中，從事篩選過濾，以決定何種不利益才是法律上值得保護的而應予賠償的損害，因此亦具有合理限制責任成立的功能<sup>643</sup>。當然，既然此兩者的區分實益在於，僅責任成立的因果關係始屬構成要件的問題，責任範圍的因果關係則屬損害賠償範圍的問題<sup>644</sup>，因此在本文脈絡下，亦即希冀以因果關係此一侵權責任之共通要件，以篩選過濾責任構成之可能，則僅責任成立的因果關係能達此一目的。

而我國實務見解在民法第一百八十四條第二項之侵權責任的因果關係上，係採取相當因果關係理論<sup>645</sup>，例如最高法院六十七年台上字第二一一一號判例表

<sup>642</sup> 王澤鑑，侵權行爲法，第二冊，特殊侵權行爲，2006年3月，頁212以下。

<sup>643</sup> 陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第36卷第3期，2007年9月，頁173-174。

<sup>644</sup> 王澤鑑，侵權行爲法，第二冊，特殊侵權行爲，2006年3月，頁212以下。

<sup>645</sup> 見解相同而採取相當因果關係理論者，請參閱馬維麟，民法債編註釋書（一），1995年10月初版，第一八四條，邊碼178；王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任－民法第一八四條第二項規範功能之研究－，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第二冊，1996年10月，頁206；黃立，民法債編總論，1999年10月二版，頁279；姚志明，侵權行爲法，2006年3月初版，頁72。不同見解，認爲應採條件因果關係理論者，請參閱楊佳元，論違反保護他人法律之侵權責任，月旦法學雜誌，

示：「張錦洲並無駕駛執照，為上訴人所明知，仍將該小客車交其駕駛，顯違道路交通管理處罰條例第二十一條第一項第一款、第二十八條之規定，亦即違反保護他人之法律，應推定其有過失，且如其未將該車交張錦洲駕駛，殊無從發生撞死陳水木之結果，是其行為與損害之發生，亦難謂無相當之因果關係。」而最高法院七十五年台上字第四六二號判決更係直接表示<sup>646</sup>：「按因違反保護他人法律之行為，而應負損害賠償之責任者，仍須其行為與損害之間有因果關係存在為要件。關於行為與損害間之因果關係，吾國係採相當因果關係說。此觀本院二十三年上字第一〇七號、三十三年上字第七六九號、四十八年台上字第四八一號判例至明。」

在觀察我國實務見解後得以發現，雖然其並未體認「損害的正當性」及「違法性」等侵權責任之共通要件，所具有之篩選過濾侵權責任是否構成之規範功能，並且又甚難容認行為人已經成功舉反證證明自己無過失。但是實務見解則相當重視因果關係此一侵權責任之共通要件，所具有之篩選過濾侵權責任是否構成之規範功能<sup>647</sup>，蓋實務見解在為數不算少的判決中明白表示，雖然行為人確係違反保護他人之法律，但因相當因果關係不存在，故仍應拒絕被害人損害賠償之請求<sup>648</sup>。就此一判決內容，本文誠表贊同，並亦希冀未來實務見解對於其他侵權責任之共通要件亦能予以重視，以達成平衡兼顧「權益保護」及「行為自由」兩項價值的

---

第 58 期，2000 年 3 月，頁 119；楊佳元，侵權行為過失責任之體系與一般要件，臺北大學法學論叢，第 56 期，2005 年 6 月，頁 226-227

<sup>646</sup> 因實務見解認為民法第一百八十四條第二項之侵權責任應採相當因果關係理論，已係穩定之見解，故僅再舉數例作為代表。請參閱最高法院九十六年度台上字第一八九一號判決；最高法院九十七年度台上字第七三七號判決；最高法院九十七年度台上字第一九五三號判決；最高法院九十七年度台上字第一九五三號判決；最高法院九十八年度台上字第三五七號判決。

<sup>647</sup> 與本文對實務見解之觀察看法相同者，請參閱陳聰富，論違反保護他人法律之侵權行為，台灣本土法學，第 30 期，2002 年 1 月，頁 17。

<sup>648</sup> 以相當因果關係不存在，從而拒絕被害人損害賠償之請求的判決，請參閱最高法院九十一年度台上字第一〇九二號判決；最高法院九十三年度台上字第八〇四號判決；最高法院九十三年度台上字第一三七七號判決；最高法院九十四年度台上字第九四〇號判決；最高法院九十五年度台上字第二九〇一號判決；最高法院九十七年度台上字第一九五三號判決；最高法院九十八年度台上字第三五七號判決。臺灣高等法院八十六年度重上更（一）字第一九一號判決；臺灣高等法院台中分院八十七年度上字第六七二號判決；臺灣高等法院九十一年度上字第八四號判決；臺灣高等法院臺中分院九十一年度重上字第一三二號判決；臺灣高等法院九十一年度上字第二六五號判決；臺灣高等法院九十三年度上字第五二二號判決；臺灣高等法院臺南分院九十五年上字第二〇四號判決。

目標。



## 第四章 結論

民法第一百八十四條第二項之侵權責任的構成，以行為人該當本條之特別要件，及侵權責任之共通要件為必要。關於特別要件，則又包括「違反保護他人法律」及「不成文要件」兩者。

但是因為並非所有規範目的係為保護他人之規定，均得成為本條所稱之法律；亦非所有本條所稱之法律，其規範目的均係為保護他人。因此若行為人所違反之規定，雖然係以保護他人為目的，但系爭規定卻非本條所稱之法律，則行為人無庸依本條之規定負責；同樣地，若行為人所違反之規定，雖然係本條所稱之法律，但系爭規定卻非以保護他人為目的，則行為人亦無庸依本條之規定負責。在此認識下，本文將「保護他人法律」分成「保護他人法律之『法律』」及「保護他人法律之『保護他人』」兩個部分，分別於本文第三章第一節第一項及第二項中予以研究。

而第一項之研究內容係關於「保護他人法律之『法律』」的認定，在架構上又可分為兩個部分作進一步之研究，因此第一項又分為兩款，第一款以「『法律』之性質」為研究之核心；第二款則以「須規範內容為強制或禁止規定之『法律』？」為研究主題。

首先就前者而言，因為本文從民法第一百八十四條第二項之文義解釋，及從避免架空侵權責任法之原則兩個面向分析後發現，並非任何規定均得成為民法第一百八十四條第二項所稱之法律。但是自民事責任之產生係來自於義務之違反的基本觀念，應認為某一規定欲成為本條所稱之法律，有一共通之必要條件，亦即該規定性質上應具有強制力。

然而問題在於規定性質上應具有強制力，僅是民法第一百八十四條第二項所稱之法律的「必要條件」，但並非「充分條件」，因此雖當某一規定性質上不具有強制力時，得直接認為其並非本條所稱之法律，但當某一規定性質上具有強制力時，尚不得逕認為其即係屬本條所稱之法律。而本文結論上認為，因為各該規定之性質千差萬別，所以並無一個明確的判斷標準得以確定某一規定得否成為本條所稱之法律，因此當一個規定性質上具有強制力時，**仍然必須考量民法第一百八十四條第二項之規定、侵權責任之體系架構，甚至是考量整個民事責任之體系架構後，始能決定系爭規定是否為本條所稱之法律。**

在此前提之下，本文即分別針對「**憲法—以基本權之規定為核心**」、「**大法官會議解釋**」、「**國際法**」、「**經立法院通過而總統公布之法律**」、「**自治條例**」、「**行政命令**」、「**法規命令**」、「**行政規則**」、「**職權命令**」、「**習慣法**」及「**契約義務**」，研究其是否屬於民法第一百八十四條第二項所稱之法律，並且在各該規定之研究上，除了參考德國法的解釋，及我國學說目前之研究成果及實務見解外，於文末均提出本文見解，嘗試分析檢討學說與實務見解所提出之理論，或者所採之結論，是否妥適。

至於在第二款中，本文主要之研究議題為，某一規定是否須以規範內容為強制或禁止規定者為限，始得成為民法第一百八十四條第二項所稱之法律？就此雖然德國多數見解及我國學說與實務見解均採肯定之看法，惟本文在分析「**法律規範**」此一要件之規範功能後得出，**判斷是否為「法律規範」的意義，乃在於排除不適宜成為保護他人法律的規定。至於規範內容必須為強制或禁止一事，其規範功能在於其乃判斷違法性是否具備的標準之一。**既然兩者之規範功能不同，當不容混淆，因此本文結論上認為，規範內容必須為強制或禁止規定，並非民法第一

百八十四條第二項所稱之法律的必要條件。

至於第二項之研究內容則係關於「保護他人法律之『保護他人』」的認定，在架構上又可分為三個部分作進一步之研究，因此第二項又分為三款，第一款係關於「**保護目的之確定**」之研究；第二款係關於「**人之範圍**」之研究；第三款係關於「**物之範圍**」之研究。

首先，就保護目的之確定，本文將研究核心置於兩個部分，其一是關於「**以保護他人為目的**」應該如何予以解釋；其二是關於**保護目的確定之方法**為何。先就前者而言，觀察德國學說、我國學說與晚近實務見解後發現，就此部分三者已有高度之共識，亦即所謂以保護他人為目的，係指任何以保護個人或特定範圍之人為目的之規定，因此若係專以保護一般公益為目的之規定即不包括在內。此外，因個人權益得與一般公益並存，故當某一規定除保護一般公益外，並重地或附帶地保護個人權益時，系爭規定仍係以保護他人為目的。

惟相較於「以保護他人為目的」之定義的高度共識，關於「**保護目的確定之方法**」則係見解紛歧，各有其判斷標準。在德國法的部分，判斷標準的提出主要是受到 *Knöpfle* 及 *Schmiedel* 兩位教授的影響，兩位學者建構了體系極為龐大，又甚為複雜的保護目的確定之方法；至於我國學者關於保護目的確定之方法，亦係各有其見解。

在此混亂情形下，本文之研究方法，係以最高法院之見解為研究對象，嘗試分析究竟最高法院在確定某一規定是否以保護他人為目的時，有無一定的判斷標準？而歸納所得之結論為，最高法院固然有為數不少的判決，係毫不附理由地直接表示某一規定係以保護他人為目的，然而絕大部分判決之結論仍值贊同。換言

之，尚不致於因為最高法院於判決中不附理由地判斷保護目的為何，造成保護他人法律之認定的極度氾濫。至於在最高法院附理由地認定某一規定是否以保護他人為目的的部分，分析之結果，最高法院係以「**文義解釋**」、「**歷史解釋**」及「**體系解釋**」三者，作為判斷之標準。

至於就保護目的確定之方法究竟應該如何，參酌德國學說、我國學說及最高法院之見解後即可發現，判斷標準或解釋方法的理論無數，似乎均言之成理。更重要者係，對於各該規定，以其中一種判斷標準予以分析，可能會認為該規定係以保護他人為目的，但若以另一種判斷標準予以分析，可能卻得出完全相反之解答，但是此兩種解釋標準可能均係學說與實務見解所承認者。而此一結果即係造成之所以各該規定是否係以保護他人為目的，見解非常分歧的主因。

本文結論上認為，其實若能體認判斷某一規定是否係以保護他人為目的，其目的係為了確定，行為人是否應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，則**實際的以一個違反規定的行為是否應該課予侵權責任為研究對象**，將係最終之判斷標準。而其實這也就是德國聯邦最高法院，目前就某一規定是否以保護他人為目的，所採之最核心的判斷標準，亦即**實際判斷對於個人賦予損害賠償請求是否是有意義的，並且在整個責任體系中是可容忍的。至於前述諸多關於保護目的之判斷標準，其實均是為其價值判斷後之結果，尋求一個正當化的理由。**

再者，關於人之範圍以及物之範圍的問題，因學說及實務見解的定義並無不同，因此本文將研究之重心置於最高法院判決之檢討，亦即以最高法院的判決作為研究對象，觀察最高法院究竟對不同規定所涉及之人之範圍及物之範圍的判斷是否妥適，並且亦參酌學說見解，綜合評析之。

除前揭保護他人法律的認定，乃係第三章第一節的重心外，關於民法第一百八十四條第二項之侵權責任的特別要件，是否有不成文要件的存在，亦值研究。參酌學說與實務見解，可能之不成文要件有二，一為「別無侵權責任之損害賠償請求權存在」；二為「因係利益之侵害而限縮本條的適用？」分別於第一款及第二款之論之。

先就前者而言，因為若別有侵權責任之損害賠償請求權存在，並且該請求權基礎亦係一推定過失責任時，則再要求行為人依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任實際上並無意義；再者，因該既有之侵權責任之損害賠償請求權可能有其特殊規範設計，若貿然使違反規定之行為人亦應依民法第一百八十四條第二項之規定負侵權責任，則將可能架空其特殊規範設計。基此兩點理由，本文認為民法第一百八十四條第二項的特別要件，有一個不成文之要件，亦即應別無侵權責任之損害賠償請求權存在。

再就後者而論，向來通說基於差別保護說之立場，對於利益的賠償總是特別謹慎，因此縱然學者一致地肯認民法第一百八十四條第二項之侵權責任的保護客體包括利益，但是仍不斷地試圖限縮被害人就利益請求賠償之可能。從而有學者認為民法第一百八十四條第二項的特別要件，尚存在一個不成文之要件，亦即應該因為係利益之侵害而限縮本條的適用。

但是本文認為，於侵權責任是否構成的判斷上，固然應平衡兼顧加害人之行為自由與被害人之權益保護。但是在侵害利益之情形，以特別限縮民法第一百八十四條第二項之適用範圍的手段，達成限制侵權責任之構成的目標，並非唯一並且最適當的作法。其實在民法第一百八十四條第二項之侵權責任中，已經有例如本條之特別要件得以篩選過濾侵權責任之構成與否；並且尚有侵權責任之共通要

件，亦可以妥適地篩選過濾被害人請求損害賠償之可能，因此實在沒有必要另設此一不成文要件。

既然本文認為侵權責任之共通要件亦可以妥適扮演好篩選過濾各種社會生活利益的任務，因此本文於第三章第二節中，分別以「**損害的正當性**」、「**違法性**」、「**故意或過失**」及「**因果關係**」為例，具體地說明這些侵權責任的共通要件如何發揮此一規範功能。

最後本文希望，雖然本文的見解並不成熟，但是能夠透過這本論文的提出，提供民法第一百八十四條第二項在解釋適用上的一點方向，使得侵權責任中最嚴肅之平衡兼顧加害人之行為自由與被害人之權益保護的問題，獲得適當的解答。



## 參考文獻

### 壹、中文部份

#### 一、書籍

王伯琦，民法債篇總論，1956年11月初版，臺北：臺灣東方。

王伯琦，王伯琦法學論著集，1999年1月初版，臺北：三民。

王澤鑑，民法學說與判例研究，第一冊，1996年10月，臺北：王澤鑑發行，三民經銷。

王澤鑑，民法學說與判例研究，第二冊，1996年10月，臺北：王澤鑑發行，三民經銷。

王澤鑑，債法原理，第一冊，基本理論·債之發生，1999年10月增訂版，臺北：王慕華發行，三民經銷。

王澤鑑，民法總則，2000年9月修訂版，臺北：王慕華發行，三民經銷。

王澤鑑，民法學說與判例研究，第七冊，2003年9月，臺北：王澤鑑發行，三民經銷。

王澤鑑，民法學說與判例研究，第八冊，2003年9月，臺北：王澤鑑發行，三民經銷。

王澤鑑，法律思維與民法實例，2003年10月，臺北：王慕華發行，三民經銷。

王澤鑑，民法學說與判例研究，第六冊，2004年3月，臺北：慕華發行，三民經銷。

王澤鑑，民法學說與判例研究，第三冊，2004年10月，臺北：王慕華發行，三民經銷。

王澤鑑，侵權行為法，第一冊，基本理論·一般侵權行為，2005年1月，臺北：王慕華發行，三民經銷。

王澤鑑，侵權行為法，第二冊，特殊侵權行為，2006年3月，臺北：王慕華發行，

三民經銷。

外交部，外交報告書－對外關係與外交行政，1992年12月，臺北：正中。

丘宏達主編，現代國際法，1993年8月十版，臺北：三民。

史尚寬，民法總則釋義，1946年11月一版，上海：會文堂新紀書局。

史尚寬，民法總論，1970年11月臺初版，臺北：史吳仲芳發行。

史尚寬，債法總論，1990年8月，臺北：史吳仲芳，史光華發行。

台灣法學會主編，行政法爭議問題研究（上），2000年12月初版，臺北：五南。

台灣法學會主編，行政法爭議問題研究（下），2000年12月初版，臺北：五南。

吳光明，證券交易法論，2008年9月增訂九版，臺北：三民。

吳志光，行政法，2006年10月，臺北：新學林。

吳庚，行政法之理論與實用，2001年8月增訂七版，臺北：三民。

吳庚，憲法的解釋與適用，2004年6月三版，臺北：三民。

吳庚大法官榮退論文集編輯委員會，公法學與政治理論，2004年10月初版，臺北：元照。

吳庚，行政爭訟法論，2008年9月，臺北：吳庚出版，元照總經銷。

吳昆吾，條約論，1933年4月難後第一版，上海：商務。

何孝元，民法債編總論，1960年2月初版，臺北：三民。

何孝元，民法概要，1966年5月四版，臺北：三民。

李建良，憲法理論與實踐（一），1999年7月，臺北：學林。

李建良、陳愛娥、陳春生、林三欽、林合民、黃啓禎合著，行政法入門，2006年1月三版，臺北：元照。

李復甸，劉振鯤，法學概論，2003年8月十四版，臺北：李復甸，劉振鯤出版，元照總經銷。

李惠宗，憲法要義，2004年9月二版，臺北：元照。

李惠宗，行政法要義，2008年9月四版，臺北：元照。

- 李肇偉，民法總則，1961年5月初版，臺北：李肇偉發行。
- 李模，民法總則之理論與實用，1998年7月修訂版，臺北：李模發行。
- 李震山，行政法導論，2008年5月，臺北：三民。
- 余雪明，證券交易法，2000年11月，臺北：新陸。
- 呂榮海，勞動法法源及其適用關係之研究，2002年2月，臺北：蔚理法律事務所。
- 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，憲法－權力分立，2003年10月，臺北：學林。
- 林紀東，法學緒論，1978年6月初版，臺北：楊榮川發行，五南出版。
- 林誠二，民法債編總論－體系化解說－，上冊，2000年9月，臺北：瑞興。
- 林誠二，民法債編各論，中冊，2008年4月，臺北：瑞興。
- 林騰鵠，行政法總論，2002年10月增訂二版，臺北：三民。
- 林騰鵠，中華民國憲法，2004年10月修訂三版，臺北：三民。
- 沈冠伶，訴訟權保障與裁判外紛爭處理，2006年4月，臺北：元照。
- 武憶舟，民法總則，1976年11月初版，臺北：東吳大學法學院。
- 姚志明，侵權行為法研究（一），2002年9月初版，臺北：姚志明出版，元照總經銷。
- 姚志明，侵權行為法，2006年3月初版，臺北：姚志明出版，元照總經銷。
- 姚淇清，中國民法要義，1977年10月五版，臺北：姚淇清發行，大中國總經銷。
- 胡長清，中國民法債編總論，1948年八版，上海：商務。
- 施啓揚，民法總則，2007年10月七版，臺北：三民。
- 洪文瀾，民法債編通則釋義，1954年4月，臺北：文光。
- 孫希中，條約論，1958年12月初版，臺北：文化。
- 孫定方，民法要義，1980年8月再版，臺北：孫定方發行，三民總經銷。
- 孫森焱，民法債編總論，上冊，2005年12月修訂版，臺北：孫森焱發行，三民經銷。
- 孫森焱，民法債編總論，下冊，2006年1月修訂版，臺北：孫森焱發行，三民經銷。

銷。

倪江表，民法總則銓論，1948年，南京：倪江表律師事務所。

倪渭卿，民法概要，1966年10月初版，臺北：大中國。

翁岳生編，行政法，上冊，2006年10月三版，臺北：元照。

翁岳生編，行政法，下冊，2006年10月三版，臺北：元照。

耿雲卿，侵權行為研究，1972年12月初版，臺北：臺灣商務。

耿雲卿，民法要義，1985年12月，臺北：華欣文化事業中心。

馬維麟，民法債編註釋書（一），1995年10月初版，臺北：五南。

張正學，曹傑，民法總則註釋，1947年11月，上海：商務。

梁宇賢，法學緒論，1996年10月修訂五版，臺北：梁宇賢發行，瑞興總經銷。

梅仲協，民法要義，1954年3月臺新初版，臺北：梅仲協發行，國立臺灣大學法學院事務組總經銷。

許育典，憲法，2008年2月二版，臺北：元照。

許志雄、陳銘祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍，現代憲法論，2008年10月，臺北：元照。

許宗力，憲法與法治國行政，1999年3月，臺北：元照。

黃立，民法債編總論，1999年10月二版，臺北：黃立出版，元照總經銷。

黃立，民法總則，1999年10月二版，臺北：黃立出版，元照總經銷。

黃立主編，民法債編各論，下冊，2004年9月初版，臺北：元照。

黃茂榮，民法判解之理論體系·民法總則，1979年3月初版，臺北：黃茂榮發行，三民經銷。

黃茂榮，債法總論，第二冊，2004年7月增訂版，臺北：黃茂榮發行。

黃茂榮，法學方法與現代民法，2002年9月增訂四版，臺北：黃茂榮發行。

黃榮堅，基礎刑法學（上），2003年5月初版，臺北：元照。

曾陳明汝著，蔡明誠續著，兩岸暨歐美專利法，2009年1月修訂三版，臺北：新

學林。

曾隆興，詳解損害賠償法，2003年1月初版，臺北：三民。

邱聰智，新訂債法各論，中冊，2002年10月初版，臺北：邱聰智出版，元照總經銷。

邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003年1月修訂一版，臺北：邱聰智發行，輔仁大學法學院法律服務中心經銷。

邱聰智，新訂民法債編通則，下冊，2003年3月新訂一版，臺北：邱聰智發行，輔仁大學法學院法律服務中心經銷。

邱聰智，民法總則（上），2005年2月初版，臺北：三民。

楊仁壽，法學方法論，1986年11月初版，臺北：三民。

楊崇森，專利法理論與應用，2003年7月，臺北：三民。

莊柏毅，黃英哲，法學入門，2006年9月初版，臺北：莊柏毅，黃英哲發行，世新大學出版中心總經銷。

詹森林，民事法理與判決研究（二），2003年4月，臺北：元照。

虞舜，實用民法總則，1978年3月，臺北：大信。

廖義男，國家賠償法，1993年7月增訂版，臺北：三民。

葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008年5月初版，臺北：元照。

郭冠甫，民法系列—侵權行為，2006年8月，臺北：三民。

郭麗珍，瑕疵損害、瑕疵結果損害與繼續侵蝕性損害，1999年5月，臺北：翰蘆。

董保城，國家責任法，2002年6月初版，臺北：神州。

劉春堂，民商法論集（一）1985年8月初版，臺北：劉春堂發行，三民總經銷。

劉春堂，民法債編各論，中冊，2004年3月初版，臺北：劉春堂發行，三民總經銷。

劉春堂，國家賠償法，2007年6月，修訂二版，臺北：三民。

陳治世，條約法公約析論，1992年8月初版，臺北：臺灣學生書局。

- 陳春山，證券交易法論，2004年9月七版，臺北：五南。
- 陳敏，行政法總論，2007年10月五版，臺北：陳敏發行，新學林經銷。
- 陳智超，專利法理論與實務，2004年4月，臺北：五南。
- 陳新民，行政法學總論，1997年5月修訂六版，臺北：陳新民發行，三民總經銷。
- 陳新民，憲法學釋論，2005年8月修訂五版，臺北：陳新民發行，三民總經銷。
- 陳愛娥譯，法學方法論，1996年12月，臺北：五南。
- 陳猷龍，民法總則，2003年9月八版，臺北：楊榮川發行，五南出版。
- 陳猷龍，民法債編總論，2003年9月三版，臺北：楊榮川發行，五南出版。
- 陳慈陽，憲法學，2005年2月，臺北：元照。
- 盧浩然，民法總論，1957年4月，臺北：方懷瑾發，萬國總經銷。
- 賴英照，證券交易法逐條釋義—總則，1984年10月，臺北：實用稅務出版社。
- 潘維和，中國民法精義，1977年9月初版，臺北：漢林。
- 戴修瓚，民法債編總論，1964年10月，臺北：三民。
- 顏厥安，憲邦異式—憲政法理學論文集，2005年6月，臺北：元照。
- 謝瑞智，民法總則，2000年6月初版，臺北：正中。
- 鄭玉波，民法債編總論，1962年6月初版，臺北：三民。
- 鄭玉波，民法總則實例研究，2002年7月二版，臺北：五南。
- 鄭健才，債法通則，1985年9月，臺北：鄭健才發行，三民經銷。
- 蘇永欽，民法經濟法論文集，1988年，臺北：蘇永欽發行，三民經銷。
- 蘇永欽，合憲性控制的理論與實際，1994年5月，臺北：元照。
- 蘇永欽等合著，民法七十年之回顧與展望紀念論文集（一），2000年10月，臺北：元照。

## 二、期刊論文

- 王千維，民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探（上），政大法學評論，第66

期，2001年6月，頁1-66。

王千維，民事損害賠償責任法上「違法性」問題初探（下），政大法學評論，第67期，2001年9月，頁143-226。

王千維，民事損害賠償責任成立要件上之因果關係、違法性與過失之內涵及其相互間之關係，中原財經法學，第8期，2002年6月，頁7-64。

王千維，違法性－違法性之內涵，月旦法學教室，第25期，2004年11月，頁50-59。

王千維，相對化的違法性，月旦法學教室，第27期，2005年1月，頁66-70。

王志誠，發行市場證券詐欺規範之解釋適用，律師雜誌，第297期，2004年6月，頁15-31。

王志誠，財務報告不實之民事責任，月旦財經法雜誌，第1期，2005年6月，頁117-135。

王澤鑑，損害賠償法的體系、請求權基礎、歸責原則及發展趨勢，月旦法學雜誌，第119期，2005年4月，頁126-138。

王澤鑑，侵權行為法的體系構成與實務發展，發表於第二屆馬漢寶法學講座第二次演講會，2006年6月，頁1-27。

王澤鑑，人格權保護的課題與展望（三）－人格權的具體化及保護範圍（6）－隱私權（中），台灣本土法學，第97期，2007年8月，頁27-50。

王澤鑑，人格權保護的課題與展望（三）－人格權的具體化及保護範圍（6）－隱私權（下－1），台灣本土法學，第99期，2007年10月，頁47-66。

王澤鑑，人格權保護的課題與展望（三）－人格權的具體化及保護範圍（6）－隱私權（下－2），台灣本土法學，第101期，2007年12月，頁89-107。

朱柏松，現代侵權行為救濟制度之研究－以多氯聯苯事件為中心之商品製作人責任之探討（上）－，台大法學論叢，第11卷第1期，1981年12月，頁169-187。

朱柏松，論不法侵害他人債權之效力（上），法學叢刊，第145期，1992年1月，頁53-74。

朱柏松，論侵權行為損害賠償請求權之消滅時效（上），法學叢刊，第 172 期，1998 年 10 月，頁 28-42。

朱武獻，命令與行政規則之區別，1979 年 1 月，國立臺灣大學法律研究所碩士論文。

朱武獻，命令與行政規則之區別（下），憲政時代，第 5 卷第 2 期，1979 年 10 月，頁 67-105。

朱武獻，行政命令之研究，憲政時代，第 3 卷第 4 期，1979 年 4 月，頁 64-76。

吳庚，淺釋行政命令，法令月刊，第 39 卷 7 期，1988 年 7 月，頁 3-4。

吳信華，大法官解釋的一般拘束力，月旦法學教室，第 47 期，2006 年 9 月，頁 8-9。

李建良，好事的鄰居－公權利理論與訴訟權能，月旦法學雜誌，第 12 期，1996 年 4 月，頁 54-55。

李建良，行政法的法源、規範及其位階（上），月旦法學教室，第 24 期，2004 年 10 月，頁 34-44。

李建良，行政法的法源、規範及其位階（中），月旦法學教室，第 26 期，2004 年 12 月，頁 51-62。

李惠宗，論新聞自由與隱私權的衝突－愛滋病學童案－，台灣本土法學，第 3 期，1999 年 8 月，頁 162-166。

李惠宗，論行政不作為之國家賠償責任－臺中地方法院八十六年度重國字第三號（衛爾康事件）判決與大法官釋字第四六九號解釋評釋－，台灣本土法學，第 11 期，2000 年 6 月，頁 35-60。

李震山，以「職權命令」作為「干預權」依據之相關問題探討－行政法院八十八年度判字第四二九二判決評釋－，台灣本土法學，第 17 期，2000 年 12 月，頁 59-74。

林三欽，國家賠償請求權基礎之一－「執行職務型」之國賠請求權，月旦法學教

室，第 53 期，2007 年 3 月，頁 30-45。

林三欽，國家賠償請求權基礎之二－「怠於執行職務型」之國賠請求權，月旦法學教室，第 55 期，2007 年 5 月，頁 30-39。

林三欽，國家賠償的方法、範圍與當事人（上），月旦法學教室，第 68 期，2008 年 6 月，頁 59-65。

林三欽，國家賠償請求權的實現與消滅時效，月旦法學教室，第 71 期，2008 年 9 月，頁 36-44。

林昱梅，利害關係人之訴訟權能，月旦法學教室，第 32 期，2005 年 6 月，頁 30-31。

林昱梅，垃圾焚化廠附近居民之訴訟權能，月旦法學雜誌，第 37 期，2005 年 11 月，頁 24-25。

林美惠，交易安全義務與我國侵權行為法體系之調整（中）－以歸責原則變動為中心，月旦法學雜誌，第 79 期，2001 年 12 月，頁 142-157。

林錫堯，國家賠償法之分析與檢討（上），台灣本土法學，第 76 期，2005 年 11 月，頁 1-13。

林錫堯，國家賠償法之分析與檢討（下），台灣本土法學，第 77 期，2005 年 12 月，頁 5-18。

林錫堯，行政規則之種類與法效力，司法周刊，第 1280 期，2006 年 3 月 30 日，頁 2-3。

周治平，憲法中保障人權規定對於私人之效力，憲政論壇，第 10 卷第 10 期，1964 年 12 月，頁 18-19。

姜仁脩，法規命令之適用評析（上），法務通訊，第 2068 期，2002 年 1 月 17 日，第 3 版-第 4 版。

姜仁脩，法規命令之適用評析（下），法務通訊，第 2069 期，2002 年 1 月 24 日，第 3 版-第 4 版。

法治斌，職權命令與司法審查，台灣本土法學，第 11 期，2000 年 6 月，頁 100-106。

俞寬賜，我國「條約締結法」之擬議，政治科學論叢，第 10 期，1999 年 6 月，頁 227-244。

張文貞，行政命令訂定程序的改革－多元最適程序原則的提出－，1995 年 6 月，  
國立臺灣大學法律研究所碩士論文。

張心悌，證券交易法中虛偽陳述之民事責任－兼論大陸銀廣廈案，月旦民商法雜誌，第 3 期，2004 年 3 月，頁 167-176。

張哲源，情誼、侵權與景文玻璃娃娃案，財產法暨經濟法，第 6 期，2006 年 6 月，  
頁 81-110。

許志雄，人權規定之第三人效力，月旦法學雜誌，第 0 期，1995 年 3 月，頁 59-60。

許宗力，論國會對行政命令之監督，國立臺灣大學法學論叢，第 17 卷第 2 期，1988  
年 6 月，頁 139-162。

許宗力，基本權利對國家權力的拘束，月旦法學教室，第 7 期，2003 年 5 月，頁  
87-94。

許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，第 9 期，2003 年 7  
月，頁 64-73。

許義寶，行政規則效力之探討，警學叢刊，第 28 卷第 3 期，1997 年 11 月，頁 255-271。

曾宛如，論證券交易法第二十條之民事責任－以主觀要件與信賴為核心，臺大法  
學論叢，第 33 卷第 5 期，2004 年 9 月，頁 51-93。

曾宛如，論董事與監察人對公司債權人之責任：以公司面臨財務困難為核心，臺  
大法學論叢，第 37 卷第 1 期，2008 年 3 月，頁 79-160。

黃異，法規命令，軍法專刊，第 46 卷第 20 期，2000 年 12 月，頁 1-12。

黃異，國際條約及國際習慣法在我國國內法領域中的效力，輔仁法學，第 27 期，  
2004 年 6 月，頁 51-80。

黃國瑞，憲法第六十三條「條約」意義之探討，法學評論，第 69 卷，第 7-9 期合  
刊，2003 年 9 月，頁 2-27。



- 黃茂榮，營建損鄰之賠償責任，月旦法學雜誌，第 122 期，2005 年 7 月，頁 198-211。
- 邱琦，純粹經濟上損失之研究，2002 年 6 月，國立臺灣大學法律研究所博士論文。
- 黃荷婷，行政規則的外部效力，2000 年 1 月，國立中興大學法律學系碩士論文。
- 邱聰智，民法侵權行為修正草案基本問題之探討（上），法學叢刊，第 116 期，1984 年 10 月，頁 27-53。
- 邱聰智，民法侵權行為修正草案基本問題之探討（中），法學叢刊，第 118 期，1985 年 4 月，頁 68-103。
- 邱聰智，我國侵權行為法構成上之潛在危機－民法債編侵權行為修正之綜論－，法令月刊，第 51 卷第 10 期，2000 年 10 月，頁 374-378。
- 莊永丞，證券交易法第二十條證券詐欺損害估算方法之省思，臺大法學論叢，第 34 卷第 2 期，2005 年 3 月，頁 123-180。
- 楊佳元，論違反保護他人法律之侵權責任，月旦法學雜誌，第 58 期，2000 年 3 月，頁 116-120。
- 楊佳元，道路交通安全規則與侵權行為法，臺北大學法學論叢，第 55 期，2004 年 12 月，頁 57-96。
- 楊佳元，侵權行為過失責任之體系與一般要件，臺北大學法學論叢，第 56 期，2005 年 6 月，頁 207-254。
- 游啓忠，論國際私法與條約之關係，國立中正大學法學集刊，第 1 期，1998 年 7 月，頁 285-332。
- 詹森林，無權使用他人土地之三角關係（一），月旦法學雜誌，第 25 期，1997 年 6 月，頁 38-39。
- 詹森林，國家賠償請求權之消滅時效，台灣本土法學，第 37 期，2002 年 8 月，頁 1-17。
- 詹森林，第三人侵害債權之侵權責任－比較法之研討及對中國民法草案之建議，發表於 2008 年第六屆海峽兩岸民法典暨呂光院長百歲冥誕紀念學術研討會，

2008年10月，頁1-22。

詹森林，不完全給付之實務發展－從七十七年第七次到九十六年第八次民事庭會議決議，發表於2009年5月5日最高法院九十八年度第二次學術暨債法修法實施十週年研討會－祝賀許庭長朝雄優遇－，頁91-120。

詹鎮榮，競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障，月旦法學雜誌，第138期，2006年11月，頁38-54。

溫汶科，一般侵權行為成立要件之檢討，法學叢刊，第110期，1983年4月，頁28-29。

廖義男，公務員怠於執行職務與國家賠償責任－兼評最高法院七十二年台上字第七〇四號判例，月旦法學雜誌，第1期，1995年5月，頁40-43。

熊誦梅，從最高法院判決談專利侵權之主觀要件，全國律師，第10卷第12期，2006年12月，頁17-26。

劉昭辰，侵權行為法體系上的「保護他人之法律」－最高法院九十二年度台上字第二四〇六號判決的震撼性，月旦法學雜誌，第146期，2007年7月，頁232-251。

董保城，公權與公務員怠於執行職務而生之國家賠償責任之探討－兼論最高法院72年台上字第704號判例－，東吳大學法律學報，第7卷第1期，1991年2月，頁43-66。

董保城，釋字第四六九號國賠之省思，萬國法律，第106期，1999年8月，頁2-7。

董保城，本土化「職權命令」法理建構之嘗試，台灣本土法學，第11期，2000年6月，頁93-99。

彭鳳至，司法院大法官憲法解釋之效力，月法學雜誌，第161期，2008年10月，頁105-134。

陳忠五，校園學生事故中應負賠償責任之人－台灣板橋地方法院八十七年度訴字第六九〇號民事判決評釋－，台灣本土法學，第1期，1999年4月，頁64-92。

陳忠五，醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）－最高法院九〇年

度台上字第七〇九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋－，台灣本土法學，第 37 期，2002 年 8 月，頁 31-62。

陳忠五，產前遺傳診斷失誤的損害賠償責任－從「新光醫院唐氏症事件」論我國民事責任法的新課題，臺大法學論叢，第 34 卷第 6 期，2005 年 11 月，頁 107-260。

陳忠五，土地所有人「管線安設權」之侵害與鄰地所有人之損害賠償責任－評最高法院九十三年度台上字第二四五三號判決－，月旦法學雜誌，第 122 期，2005 年 7 月，頁 212-217。

陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再省思，國立臺灣大學法學論叢，第 36 卷第 3 期，2007 年 9 月，頁 51-254。

陳忠五，論商品欠缺安全性的保護法益－我國實務見解的觀察與評論－，發表於 2009 年 5 月 5 日最高法院九十八年度第二次學術暨債法修法實施十週年研討會－祝賀許庭長朝雄優遇－，頁 61-90。

陳佳麟，專利侵害損害賠償之研究：從美國案例檢討我國專利損賠制度之設計與實施，2002 年 7 月，國立交通大學科技法律研究所。

陳春生，職權命令的概念與法理，月旦法學教室，第 17 期，2004 年 3 月，頁 129-130。

陳清秀，國家賠償實務之研討（上），月旦法學雜誌，第 141 期，2007 年 2 月，頁 171-207。

陳清秀，國家賠償實務之研討（下），月旦法學雜誌，第 142 期，2007 年 3 月，頁 231-250。

陳淑芳，反射利益與法律上利益，月旦法學教室，第 7 期，2003 年 5 月，頁 18-19。

陳淑芳，行政規則之法律性質，月旦法學教室，第 31 期，2005 年 5 月，頁 30-31。

陳淑芳，公務員行為之國家賠償責任，月旦法學教室，第 56 期，2007 年 6 月，頁 18-19。

陳景發，國家賠償訴訟上的反射利益論，中央警察大學法學論集，第 8 期，2003 年 8 月，頁 103-121。

陳清雲，立法院對條約案之議決，法學叢刊，第 207 期，2007 年 7 月，頁 117-154。

陳新民，憲法基本權利及「對第三者效力」之理論，政大法學評論，第 31 期，1985 年 6 月，頁 67-111。

陳瑞基，大法官解釋效力之研析－司法院大法官審理案件法修正草案有關第十六條、第二十九條及第三十條條文修正部分，全國律師，第 7 卷第 2 期，2003 年 2 月，頁 52-76。

陳聰明，條約與協定之法律地位，法令月刊，第 44 卷第 7 期，1993 年 7 月，頁 12。

陳聰富，論違反保護他人法律之侵權行為，台灣本土法學，第 30 期，2002 年 1 月，頁 1-28。

陳聰富，論侵權行為法之違法性概念，月旦法學雜誌，第 155 期，2008 年 4 月，頁 155-195。

陳聰富，醫療契約之法律關係（下），月旦法學教室，第 73 期，2008 年 11 月，頁 57-68。

陳聰富，醫療侵權之歸責原則（上），月旦法學教室，第 75 期，2009 年 1 月，頁 81-92。

蔡宗珍，公務員怠於執行職務之國家賠償責任理論結構之探討－評大法官會議第 四六九號解釋－，台灣本土法學，第 1 期，1999 年 4 月，頁 51-63。

蔡秀卿，行政規制權限不行使之國家賠償責任－司法院釋字第四六九號解釋之意義與課題，月旦法學雜誌，第 45 期，1992 年 2 月，頁 122-128。

蔡明誠，專利侵權之過失要件與違反保護他人法律問題，全國律師，第 10 卷第 12 期，2006 年 12 月，頁 6-16。

蔡茂寅，行政機關不行使規制權限之國家賠償責任，月旦法學雜誌，第 1 期，1995 年 5 月，頁 43-49。

簡資修，違反保護他人法律之過失推定：經濟功效與司法仙丹，政大法學評論，

第 75 期，2003 年 9 月，頁 79-121。

謝碩駿，政府資訊公開請求權在德國法的憲法基礎，法學新論，第 3 期，2008 年 10 月，頁 49-88。

蕭文生，自組織、程序、釋憲類型及解釋效力觀點評析憲法訴訟法草案，月旦法學雜誌，第 145 期，2007 年 6 月，頁 5-20。

蕭文生，國家組織：第九講－大法官，月旦法學教室，第 35 期，2005 年 9 月，頁 38-50。

鄧學仁，森林遊樂區內所生旅遊事故之賠償責任－以民事賠償責任與國家賠償責任為中心，中央警察大學法學論集，第 6 期，2001 年 8 月，頁 221-239。

蘇永欽，職權命令的合憲性問題－地方自治是否創造了特別的合憲存在基礎－，台灣本土法學，第 11 期，2000 年 6 月，頁 107-118。

蘇永欽，再論一般侵權行為的類型－從體系功能的角度看修正後的違法侵權規定－，政大法學評論，第 69 期，2002 年 3 月，頁 167-201。

## 貳、外文部份

### 一、德文書籍

*Bistrizki, Walter*, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Diss. jur. München, 1981

*Cosack, Konrad*, Lehrbuch des deutschen burgerlichen Rechts, Jena, 1900

*Deutsch, Erwin*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2., um das Thema Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeit ergänzte Aufl., Köln/Berlin/Bohn/ München, 1995

*Deutsch, Erwin; Ahrens, Hans-Jürgen*, Deliktsrecht, KG/Köln/Berlin/Bohn/München, 2002

*Endres, Andreas*, Normen des Umweltrechts als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2

- BGB, 1993
- Esser, Josef; Weyers, Hans-Leo*, Schuldrecht, Brand II, Besonderer Teil, Teilband 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse, 8. Aufl., Heidelberg, 2000
- Fikentscher, Wolfgang*, Schuldrecht, 8. Aufl. Berlin/New York, 1992
- Jarass, Hans D.; Piroth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 9. Aufl., München, 2007
- Jauering, Othmar* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl. München, 2007
- Karollus, Martin*, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, Wien/New York, 1992
- Lang, Rolf*, Normzweck und Duty of Care, München, 1983
- Larenz, Karl; Canaris, Claus-Wilhelm*, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Brand: Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Aufl., München, 1994
- Leisner, Walter*, Grundrechte und Privatrecht, München, 1960
- Maunz, Theodor; Dürig, Günster*, Kommentar zum Grundgesetz, München, 1999
- Medicus, Dieter*, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 13. Auf. München, 2006
- Meyer-Cording, Ulrich*, Die Rechtsnormen, Tübingen, 1971
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Brand 5: Schuldrecht, Besonderer Teil III (§§ 705- 853), 4. Aufl. München, 2001
- Oertmann, Paul*, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Abteilung, 5. Aufl., Berlin, 1929
- Pollack, Kirstin*, Schutzgesetzverletzung und „negligence per se“, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien, 2003
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, München, 1996
- Schlechtriem, Peter*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl. Tübingen, 2003
- Schmidt, Karsten*, Kartellverfahrensrecht-Kartellverwaltungsrecht-Bürgerliches Recht, KG/Köln/Berlin/Bonn/München, 1977

*Schmiedel, Burkhard*, Deliktobligationen nach deutschen Kartellrecht, Erster Teil:  
Zivilrechtsdogmatische Grundlegung: Untersuchungen zu §823 Abs. 2 BGB,  
Tübingen, 1974

*Schoch, Friedrich; Schmidt-Aßmann, Eberhard; Pietzner, Rainer* (Hrsg.),  
Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, Bd. I, München, 2006

*Spickhoff, Andreas*, Gesetzverstoß und Haftung, KG/Köln/Berlin/Bonn/München, 1998

*Staudinger, Julius von*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Recht der  
Schuldverhältnisse, §§ 823-825, 13. Bearb., Berlin, 1999

*Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1: Allgemeine  
Lehren der Grundrechte, München, 1988

*Taupitz, Jochen*, Haftung für Energieleiterstörungen durch Dritte, Duncker &  
Humblot/Berlin, 1981

*Wank, Rolf*, Die Auslegung von Gesetzen: Eine Einführung, 2. Aufl.,  
Köln/Berlin/Bonn/München, 2001



## 二、德文期刊論文

*Canaris, Claus-Wilhelm*, Schutzgesetz-Verkehrspflichten-Schutzpflichten, in:  
Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München, 1983, S. 27-110

*Deutsch, Erwin*, Haftungsrecht und Strafrecht, in: Festschrift für Eduard Wahl zum 70.  
Geburtstag, Heidelberg, 1973, S. 339-352.

*Dörner, Heinrich*, Zur Dogmatik der Schutzgesetzverletzung- BGH, NJW 1982, 1037  
und NJW 1985, 134, JuS, 1987, S. 522-528

*Honsell, Thomas*, Der Verstoß gegen Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, JA,  
1983, S. 101-109

*Knöpfle, Robert*, Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im

Sinne des §823 Abs. 2 BGB, NJW, 1967, S. 697-702

*Krüger, Herbert*, Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung, NJW, 1949, S. 163-166

*Peters, Frank*, Zur Gesetzestechnik des § 823 II BGB, JZ, 1983, S. 913-926

*Schmidt, Karsten*, Deliktsschutz durch Verwaltungshandeln, in: Festschrift für Albrecht Zeuner zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen, 1994, S. 259-277

*ders.*, Zur Durchgriffsfestigkeit der GmbH, ZIP, 1994, S. 837-844

*Taupitz, Jochen*, Berufsordnende Kammersatzungen als Schutzgesetz i. S. des § 823 II BGB, in: Festschrift für Erich Steffen, New York/Berlin, 1995, S. 489-506

### 三、英文書籍

KOZIOL, H. (EDITOR), UNIFICATION OF TORT LAW: WRONGFULNESS, THE HAGUE/LONDON/BOSTON: KLUMER LAW INTERNATIONAL (1998)

LAWSON, F. H. & MARKESINIS, B. S., TORTIOUS LIABILITY FOR UNINTENTIONAL HARM IN THE COMMON LAW AND THE CIVIL LAW, VOLUME I: TEXT, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (1982)

MARKESINIS, Basil S. & UNBERATH, Hannes, THE GERMAN LAW OF TORTS: A COMPARATIVE TREATISE, OXFORD/PORTLAND/OREGON (2002)

ZUCKERMAN, ADRIAN A. S., CIVIL JUSTICE IN CRISIS: COMPARATIVE PERSPECTIVES OF CIVIL PROCEDURE, OXFORD (1999)