

# 行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

## 過失相抵之法理基礎與實務運作 研究成果報告(精簡版)

計畫類別：個別型  
計畫編號：NSC 95-2414-H-002-028-  
執行期間：95年08月01日至96年07月31日  
執行單位：國立臺灣大學法律學系暨研究所

計畫主持人：陳聰富

計畫參與人員：此計畫無參與人員：無

處理方式：本計畫可公開查詢

中華民國 96年10月17日

# 過失相抵之法理基礎及其適用範圍

陳聰富

台灣大學法律學院教授

## 目次

壹、序言	肆、過失相抵原則之適用
貳、與有過失之意義	一、被害人之行為義務
一、固有意義之過失	二、注意程度
二、非固有意義之過失	三、因果關係
（一）被害人對己義務之違反	四、責任能力
（二）被害人請求權全部或一部 消滅	伍、被害人承擔與有過失之範圍
參、過失相抵之法理	一、使用人之與有過失
一、被害人分擔損害的制度	（一）乘車者承擔駕駛人之與有過失
（一）被害人之不注意	（二）僱用人承擔受僱人之與有過失
（二）被害人行為具有違法性	二、具有親族關係之人的與有過失
（三）被害人行為具有違法性之 「危險性」	陸、過失相抵原則之類推適用
（四）被害人具有損害迴避可能 性	一、否定說
二、加害人責任減輕的制度	二、肯定說
（一）加害人之非難可能性減低	三、綜合討論
（二）加害人行為之違法性減低	柒、結論
（三）加害人行為僅有部分因果 關係	
三、綜合討論	

## 壹、序言

按侵權行為法關於損害賠償採取全部賠償原則，在加害人之行為具有過失時，被害人即得請求加害人負擔賠償全部之損害。在法律上，法院得依職權調整損害賠償範圍之方法，僅有慰撫金之數額及過失相抵而已。慰撫金數額之判決，具有調整補充損害賠償之功能<sup>1</sup>。過失相抵法則具有減縮或免除加害人賠償責任之功用。

關於過失相抵原則，民法第二百一十七條第一項的規定：「損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金或免除之。」至於所謂與有過失，同

<sup>1</sup> 參見陳聰富，勞動能力喪失與慰撫金的調整補充機能，月旦法學雜誌，第 122 期，第 218-225 頁（2005 年）。

條第二項明訂：「重大之損害原因為債務人所不及知，而被害人不預促其注意，或怠於避免或減少損害者，為與有過失。」換言之，被害人欠缺注意，亦為損害發生或擴大之原因。通說認為，其主要依據為衡平觀念及誠實信用原則，於被害人與加害人雙方行為共同成立同一損害，或損害發生後，因被害人之過失行為，使損害擴大者，法院於定損害賠償額時，即得斟酌被害人之過失，而減輕賠償義務人之賠償金額或免除其責任<sup>2</sup>。

惟按，過失相抵原則之功能，既在於減免加害人之損害賠償責任，若被害人對於損害之發生或擴大具有過失時，固然得以適用過失相抵之原則。但在我國實務上，關於被害人與加害人互毆、被害人罹患疾病而受害、被害人為無識別能力人、法定代理人與有過失、或僱用人向受僱人求償等案例，加害人可否適用過失相抵原則而減免賠償責任，學說及實務見解，爭議頗巨。為解決上述問題，必須探討過失相抵之法理基礎，始得以決定過失相抵原則的適用範圍。

本文參考日本學說及我國學說與法院實務見解，在第二節檢討與有過失的意義，第三節討論過失相抵之法理基礎，第四節基於過失相抵之法理，檢討過失相抵原則的適用要件，第五節討論被害人承擔與有過失的範圍，最後則檢討過失相抵原則的類推適用問題。

## 貳、與有過失之意義

### 一、固有意義之過失

民法上所稱過失，係指行為人按其情形，應注意，並能注意，而不注意。即以侵權行為之加害人或債務人，違反法律上不得侵害他人權益之義務為前提，學說上稱為固有意義之過失。至於被害人之與有過失，通說認為，「係指被害人苟能盡善良管理人之注意，即得避免其損害之發生或擴大，乃竟不注意，致有損害發生或擴大之情形而言。此與侵權行為人應負過失責任，須以違反法律上注意義務為要件者，尚屬有間<sup>3</sup>。」學說上稱為「對自己之過失」或「非固有意義之過失」<sup>4</sup>。

據此，與有過失的概念與固有意義的過失概念，主要不同在於過失相抵不以被害人違反法律上之注意義務為要件。蓋被害人所違反者，係對自己利益之維護照顧義務；法律並未加諸被害人不得損害自己權益之義務，僅因被害人就其權益之維護有所疏忽，致造成損害之發生或擴大，基於誠信原則及公平原則，被害人不得將此疏失之結果，轉嫁於加害人，因而應依其原因力之強弱，減免加害人之賠償責任<sup>5</sup>。

<sup>2</sup> 鄭玉波，民法債篇總論，第 252 頁（1998 年）；邱聰智，新訂民法債篇通則，第 367 頁（2003 年）。

<sup>3</sup> 最高法院 76 年台上字第 1408 號；同院 80 年台上字第 2241 號民事判決。

<sup>4</sup> 孫森焱，民法債編總論上冊，第 458 頁（三民書局，2006 版修訂版）；王澤鑑，債法原理第一冊，第 51 頁（三民書局，1999 年版）。

<sup>5</sup> 孫森焱，前揭書（註 4），第 458 頁；王澤鑑，前揭書（註 4），第 52 頁；詹森林，互毆與與有過失，《民事法理與判例研究》第一冊，第 289 頁（漢蘆出版公司，1998 年）。

我國實務採取相同見解，認為「按過失相抵原則，需被害人對於賠償義務人請求賠償損害時，因被害人之行為，與賠償義務人之行為，為損害之共同原因，且需被害人亦有違反對己注意義務，始有適用。<sup>6</sup>」最高法院 86 年台上字第 3611 號民事判決認為：「民法第二百十七條第一項所謂被害人與有過失，並非指被害人違反注意義務，而僅係對損害之發生能注意而不注意而已，此與侵權行為以故意過失為其成立要件之過失意義，為應注意能注意而不注意，即必須加害人違反注意義務者不同。準此，被害人如僅『與有過失』之情形，殊不能據以認定被害人亦應對加害人負侵權行為責任。<sup>7</sup>」

最高法院本於被害人之與有過失與加害人之固有過失不同之見解，進一步認為，在互為侵權行為之案件，被害人不得主張過失相抵原則之適用。例如，最高法院在 68 年台上字第 967 號謂：「雙方互毆乃雙方互為侵權行為，與雙方行為為損害之共同原因者有別，無民法第二百十七條過失相抵原則之適用。」同院 70 年台上字第 2905 號謂：「被害人楊明章及被上訴人黃再福舉刀互刺，乃雙方互為侵權行為，此與雙方行為發生損害之共同原因者有別，無民法第二百十七條過失相抵原則之適用<sup>8</sup>。」

惟查，通說認為，過失相抵之「過失」，係指非固有意義之過失。但不得因而認為，被害人之行為構成固有意義之過失時，即無過失相抵之適用。易言之，過失相抵之過失，應包含固有意義之過失（又稱「真正過失」）與非固有意義之過失（又稱「不真正過失」）。無論被害人對於損害之發生或擴大，因真正過失或不真正過失而具有原因力，加害人均得主張過失相抵<sup>9</sup>。如此始符合過失相抵原則所欲達成之損害公平分配之原則。至於被害人之故意行為，應包括在內，更不待言<sup>10</sup>。

因此，在互毆及互殺等雙方互為侵權行為之案件，被害之一方請求損害賠償時，負擔賠償之他方仍得主張，被害人之行為係屬故意加害行為，而得依據雙方行為對於造成損害原因力的強弱，適用過失相抵原則，判斷雙方當事人之責任範圍<sup>11</sup>。在互為侵權行為之案件，被害人違反之注意義務，與加害人違反之注意義務

<sup>6</sup> 臺灣高等法院 94 年上字第 299 號民事判決。

<sup>7</sup> 同說參見，最高法院 76 年台上字第 1408 號民事判決；同院 80 年台上字第 2241 號民事判決

<sup>8</sup> 同說：71 年台上字第 1179 號：「因互毆係互有故意傷害他方，不生過失問題，前述醫藥費仍應由被上訴人負全部賠償責任。」

<sup>9</sup> 同說參見史尚寬，債法總論，第 293 頁（自刊，1983 年版）；曾世雄，損害賠償法原理，第 226 頁（三民書局，1986 年版）；井上英治，現代不法行為論，第 106 頁（東京：中央大學出版部，2003 年）；四宮和夫，不法行為，第 617 頁（東京：青林書院，平成 2 年初版四刷）。反對說認為，共同故意侵權行為，無民法第 217 條之適用。參見林誠二，被害人之代理人及使用人與有過失之適用，台灣本土法學雜誌，第 46 期，第 80 頁（2003 年）。

<sup>10</sup> 曾隆興，詳解損害賠償法，第 650 頁（三民書局，2003 年）；詹森林，前揭文（註 5），第 290 頁。

<sup>11</sup> 同說參見詹森林，前揭文（註 5），第 287-288 頁。在被害人之過失大於加害人之過失時，實務上認為應適用過失相抵，更足以說明被害人具有固有意義的過失，應適用過失相抵原則。參見最高法院 90 年台上字第 1046 號民事判決：「本件車禍之發生，顏同山超速行駛為主因，被上訴人係由顏同山搭載，自應承擔此過失責任，且縱任顏同山超速未加阻止或要求離座等必要措施，

務相同，均係違反「不得侵害他人」權益之注意義務，而仍應適用過失相抵，以減免加害人之賠償責任。

## 二、非固有意義之過失

### （一）被害人對己義務之違反

通說認為，被害人之與有過失，「並非指被害人違反注意義務，而僅係對損害之發生能注意而不注意而已」，構成所謂之非固有意義的過失。是以，被害人之與有過失，並未違反注意義務<sup>12</sup>。有疑問者為，被害人之與有過失，是否無須其違反任何法律上義務，而僅以能注意而不注意為已足？換言之，若被害人並未存在任何義務，何以加害人之損害賠償責任得以減免？

最高法院 92 年台上字第 439 號民事判決謂：「許添福既未戴安全帽，在光線尚稱充足之情形下復未注意前方坑洞而及時閃避，又違反行經交叉路口應減速慢行之義務，而以高速輾壓坑洞致重心不穩摔倒，頭部受創而致如此嚴重之傷害，其對於損害之發生與擴大，自與有過失。綜合許添福上開與有過失情形，及岡山鎮公所對一路面上坑洞未儘速處理，亦未放置警告標誌等情節，認為許添福以負擔百分四十之過失責任為適當。」又同院 85 年台上字第 2826 號民事判決謂：「汽車行駛高速公路，於正常天候狀況下，前後兩車間應保持如高速公路交通管制規則第六條第一項附表所示之行車安全距離；如遇濃霧、濃煙、強風、大雨、夜間行車或其他特殊狀況，其安全距離應酌量增加，為該規則第六條所明定。此項規定之目的在使行駛高速公路之汽車與前車之間能保持足資反應之距離，以策安全。系爭車禍係黃琪麟駕駛油罐車，於高速公路外線車道行駛時，任意變換至中線車道，擦撞訴外人彭國瑞駕駛，行駛於中線車道之聯結車，李維照駕駛砂石車，行駛於聯結車後，煞車不及，撞上聯結車，因而發生，既為原審確定之事實。黃琪麟駕駛油罐車擦撞者為彭國瑞之聯結車，李維照之砂石車，行駛於聯結車後，因煞車不及而撞及聯結車，是否已依前開規定保持行車安全距離，即不能無疑。若確未保持安全距離，於系爭車禍之發生及損害之擴大，自不能謂無與有過失。」

上開二則判決中，最高法院認為，被害人於行經交叉路口時，具有減速慢行之義務；又被害人於汽車行駛高速公路，具有保持行車安全距離之義務。我國學說認為，被害人所違反者，並非不得侵害他人權益之義務，至多僅為對自己利益之維護照顧義務。無論減速慢行之義務或保持行車安全距離之義務，均屬對於自己利益之維護照顧義務。惟按，交通法規規定，汽機車駕駛人於行經交叉路口時，具有減速慢行之義務；於汽車行駛高速公路，具有保持行車安全距離之義務，兩

---

亦與有過失。斟酌其過失程度，認為上訴人就本件損害之發生，應負三分之一責任，自應於此範圍內依法減輕上訴人三分之二之賠償金額。」

<sup>12</sup> 最高法院 70 年台上字第 375 號民事判決：「民法第二百十七條所謂損害之發生或擴大，被害人與有過失云者，係指被害人苟能盡善良管理人之注意，即得避免其損害之發生或擴大，乃竟不注意，致有損害發生或擴大之情形而言，是與固有意義之過失，以違反法律上注意義務為要件者，尚屬有間。」

者法律上目的，均包含駕駛人人身安全之保障，及避免發生與他人機汽車擦撞之事故，因而系爭法規，具有避免他人損害發生之目的及避免他人對自身發生損害之目的。果爾，則被害人與有過失，亦屬違反法律上義務，包括違反維護自身權益之對己義務與違反防免他人對己造成損害之義務。最高法院 95 年台上字第 1762 號民事判決謂：「斟酌被上訴人之缺失，及上訴人對自己人身安危，為亦未盡妨免及保護，兩造對於本事件之原因力比例，各為二分之一，援依民法第二百零七條第一項減輕賠償金額。」可資參照<sup>13</sup>。

## （二）被害人請求權全部或一部消滅

被害人對己義務之違反，固可用以解釋諸多被害人與有過失之案例，然得否足以解釋所有適用過失相抵原則之情形，尚有疑問。例如，最高法院 82 年台上字第 200 號民事判決謂：「李雅樵未經查證，即印發不實之競選傳單，指摘李宗藩為花心博士，只見新人笑，不見舊人哭，影射其有婚外情，縱李宗藩為縣長候選人，其私德並非與公益無關，惟李雅樵就足以毀損李宗藩名譽之事散布於眾，對於發生侵害李宗藩名譽之結果，不能謂非具有故意，復不能證明其所誹謗之事為真實，即難認有免責之事由存在。惟本件係因李宗藩未向我國戶政機關辦理結婚登記，致使李雅樵認其有婚外情而加以渲染影射，是李宗藩此種不作為與李雅樵之作為均為造成本件損害發生之共同原因，自有民法第二百零七條第一項過失相抵原則之適用。」

按結婚登記之目的，並非在於避免他人誤解當事人發生婚外情。是否辦理結婚登記，與他人毀謗其婚外情，似無因果關係。又本案名譽受損之被害人，未向戶政機關辦理結婚登記。因被害人無法預見，未向戶政機關辦理結婚登記，足以成為被毀謗致名譽受損之原因，從而難以認為被害人違反注意義務。

再者，我國學說及實務見解均認為，間接被害人需承擔直接被害人之與有過失。又被害人需承擔其法定代理人之與有過失，亦為實務所肯認<sup>14</sup>。在此等案例，被害人無論承擔直接被害人或其法定代理人之與有過失，均難以認為被害人本身違反任何法律上義務或維護自身權益之對己義務。又查，在被害人罹患心臟病致損害發生或擴大時，實務上肯認加害人得主張過失相抵以減輕賠償責任<sup>15</sup>。被害人患有心臟擴大症，可能連被害人自己亦不知悉，縱使知悉，在意外發生當場，亦未必得以告知加害人，而無法「預促其注意」。被害人患有心臟病而導致本身加速死亡，加害人得主張過失相抵原則之適用，難以被害人違反維護對己權益之義務而為解釋。

應探究者為，在被害人需承擔直接被害人或其法定代理人之與有過失，以及

<sup>13</sup> 關於對己保護義務之不履行，在交通事故中，被害人未依法戴安全帽，甚為常見。最高法院 82 年台上字第 937 號民事判決謂：「依道路交通安全規則第八十八條第五款規定，機車駕駛人及附載坐人均應戴安全帽。汪維園、姚孝武均未戴安全帽，依長庚醫院八十一年五月二日長庚院北字第四〇五號函，上訴人姚孝武如戴安全帽發生頭部撞擊時，可能減少腦部受傷機會及受傷嚴重程度，是上訴人姚孝武未戴安全帽，於損害之擴大與有過失。」

<sup>14</sup> 參見本文下述之相關實務及學說見解。

<sup>15</sup> 最高法院 80 年台上字第 173 號民事判決，參見本文下述說明。

被害人患有心臟病之情形，加害人得主張過失相抵之理由何在？過失相抵之原則，除以違反維護自己權益之義務外，得否以其他理論予以說明？在被害人並未違反任何法律上義務，但其個人行為或其他個人原因，對於損害之發生或擴大具有原因力時，何以加害人得主張過失相抵，而減輕其賠償責任？

應注意者，最高法院 92 年台上字第 712 號民事判決認為：「按損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之，民法第二百十七條第一項定有明文。此項規定之目的在謀求加害人與被害人間之公平，倘受害人於事故之發生亦有過失時，由加害人負全部賠償責任，未免失諸過酷，是以賦與法院得不待當事人之主張，減輕其賠償金額或免除之職權。換言之，基於過失相抵之責任減輕或免除，非僅為抗辯之一種，亦可使請求權全部或一部為之消滅，故裁判上得以職權斟酌之。又所謂被害人與有過失，只須其行為為損害之共同原因，且其過失行為並有助成損害之發生或擴大者，即屬相當，不問賠償義務人應負故意、過失或無過失責任，均有該條項規定之適用。<sup>16</sup>」據此，過失相抵非僅為加害人之抗辯權，而係足以使被害人之請求權全部或一部消滅之事由。又此等事由，只需被害人之行為為損害之共同原因，且助成損害之發生或擴大，均屬相當。有疑問者為，被害人與有過失，足使被害人之請求權全部或一部消滅之理由為何？被害人違反何種義務足使其請求權消滅？又被害人過失相抵之事由，是否僅限於被害人之行為，或包含行為以外之事由？諸此問題，涉及過失相抵之本質問題，應詳為探求。

## 參、過失相抵之法理

關於過失相抵之法理基礎，我國學說討論者較少，日本學說則甚為豐富。參照日本學說之見解，過失相抵原則之法理，得自被害人分擔損害的觀點，及加害人責任減輕的觀點而為說明。就被害人分擔損害之觀點而言，過失相抵之法理在於探討，被害人與有過失時，必須分擔部分或全部損害之理由。就加害人責任減輕之觀點而言，則認為過失相抵原則之法理基礎，應探究被害人與有過失時，加害人依據何種理由，而減輕或免除責任。茲分述如下：

### 一、被害人分擔損害的制度

#### （一）被害人之不注意

加藤一郎教授認為，被害人之過失，並非構成侵權責任成立之嚴格意義的過失（注意義務之違反），而係助成損害發生的不注意。被害人之過失應考量者為，被害人未盡社會上共同生活應為之注意，屬於誠信原則上的注意義務。被害人與有過失，與加害人過失之注意義務相比，其注意程度較輕，而與加害人之違反注

---

<sup>16</sup> 同說參見最高法院 54 年台上字第 2433 號及 85 年台上字第 1756 號民事判例。關於請求權是否因與有過失而消滅，參見黃立，與有過失不影響請求權之行使，台灣本土法學雜誌，第 43 期，第 135-136 頁（2003 年）。

意義務不同。過失程度既有不同，就識別能力而言，被害人過失，無須具有如同加害人般的責任能力，而只需具有避免損害發生的必要注意能力即可。因而欠缺加害人責任能力的幼小學生程度，仍得成立過失相抵<sup>17</sup>。換言之，加藤教授與我國學說相同，係以被害人之單純的不注意，而非注意義務之違反，作為被害人之歸責事由。

關於監督義務人的過失承擔問題，父母親具有過失之不利益，是否應由未成年之被害人承擔，加藤教授認為，就被害人與加害人之關係而言，基於調節雙方之利害關係，被害人方面的過失，不僅限於父母親等家庭成員，關於托兒所、幼稚園及學校等監督義務人，均應認為屬於被害人的相關人員，而視為一體，而適用過失相抵之原則<sup>18</sup>。

加藤學說係以被害人的過失與加害人的過失同視，而探究被害人的內心情事。加藤學說係以歸責原理為出發點，但就行為人的非難可能性而言，若對被害人亦需考慮非難可能性要素，則被害人應係違反某種對於自己的法律義務。據此而論，被害人過失，並非所謂單純的不注意，而係違反法律上義務之不注意。就承擔監督者的過失而言，加藤說其實已經不問被害人的內心情事如何，以及被害人是否具有識別能力，而擴大具有過失的替代監督者之範圍。綜合言之，加藤學說的真正意旨，在於不問被害人的主觀情事，而使被害人負擔損害。果爾，則加藤學說之基礎，在於損害分配原理，而非歸責原理<sup>19</sup>。

## （二）被害人行為具有違法性

關於侵權行為過失責任之成立，近來許多學說認為，過失概念並非行為人之內心情事，而係指行為人客觀上違反行為義務，與責任能力無關。換言之，基於保護弱勢者的立場，責任能力並非過失責任成立之前提，加害人縱無責任能力，仍應成立過失責任<sup>20</sup>。

前田達明教授認為，過失侵權行為之歸責依據，並非意思責任，而應求諸於信賴原則。所謂信賴原則，係指任何人均得信賴其他社會構成員，會遵守其行為義務，而不致於侵害他人。從而，所謂過失，非指具體的行為人，而係依據一般通常人的行為標準，可能迴避結果發生，卻未迴避，而侵害他人權利之行為義務的違反。過失概念，性質上係屬客觀的行為義務之違反，屬於構成要件該當性或違法性的問題，而非有責性的問題。從而，過失概念，無須以責任能力為前提要件。過失相抵之與有過失，亦不以被害人具有責任能力為必要。但因過失相抵必須存在被害人「具有過失的行為」，因而必須具有自己行為的支配能力，始屬相

<sup>17</sup> 加藤一郎，不法行為，第 247 頁（東京：有斐閣，1974 年）。

<sup>18</sup> 加藤一郎，前揭書（註 17），第 249-51 頁。加藤教授係將監督義務者的危險性，分配由被監督者負擔，因而所有替代父母親監督之人所生之過失，均由被監督者承擔。反之，有學說認為，斟酌監督者過失的理由，僅止於監督者與被監督者具有經濟上的一體性，始應承擔過失。二者斟酌的監督者範圍，並非一致。參見本文第五節之說明。

<sup>19</sup> 橋本佳幸，過失相殺法理の構造と射程（四），法學論叢，第 137 卷 6 號，第 4-5 頁（1996 年）。

<sup>20</sup> 平井宜雄，損害賠償法の理論，第 418 頁（東京：東京大學出版社，1976 年）；四宮和夫，前揭書（註 9），第 380 頁。



當，此即所謂的「事理辨識能力」<sup>21</sup>。

前田教授認為，加害人之過失乃違法性之要素，被害人之過失亦同。因而被害人之過失，亦屬違反法律上義務。過失相抵可分為二類：1.被害人之過失係屬對於加害人義務之違反。行人闖紅燈，致發生損害，即其事例。2.被害人容認某程度損害發生之危險，非屬對於加害人義務之違反，而應類推適用過失相抵之規定。綜合言之，「過失相抵」乃加害人與被害人違法性之衡量，亦即「違法性相抵」<sup>22</sup>。

關於監督義務者過失承擔之問題，前田教授認為，應區分損害項目而為不同認定。關於慰撫金之數額，監督義務人之過失應作為各種斟酌情事之一，而加以考慮。關於所受損害（醫藥費或喪葬費），應屬監督義務者之損害，而斟酌監督義務者之過失。至於所失利益，則僅以未成年子女與父母親等，構成經濟上同一體之人，始斟酌監督義務者之過失<sup>23</sup>。

### （三）被害人行為具有違法性之「危險性」

四宮和夫教授認為，關於過失相抵之被害人的過失，包含違反義務之真正過失與非義務違反之不真正過失。在被害人具有真正過失時，例如違反交通規則而行走於道路，違反注意義務，應負與有過失之責任。此外，相對於真正過失，過失相抵之過失，係屬被害人危險負擔之事由，係屬對於自己之過失。在對於防衛自己利益，單純不注意或怠慢時，雖非義務之違反，但為避免加重加害人之損害賠償責任，潛在的被害人為防衛自己之利益而為合理的行動，應為社會生活所期待。因而，在發生自己過失的情形，亦屬應予非難之行為，而應負擔損害<sup>24</sup>。

四宮教授認為，目前真正過失之意義，強調過失的客觀化。據此，所謂自己過失，係指被害人脫離法律上對其期待的行為模式，同樣具有客觀的性質。但與侵權責任成立要件之過失不同者為，不真正過失不以被害人之情事具有行為之性質為必要。例如，因突然強風來襲，步道上行走之人被吹倒於路上。被告駕車超速，撞擊被害人時，被害人雖無行為意義上的「過失」，但令加害人負擔全部損害賠償責任，顯然違反法益所有人應負擔自己損害之原則，並非妥當。從而，所謂被害人之過失，係指對於權利侵害或損害之發生或擴大，具有原因力，而偏離對被害人所期待之行為模式。亦即被害人具有作為行為之違法性判斷基礎的「危險性」，即可構成過失相抵之「過失」<sup>25</sup>。

所謂被害人具有作為行為之違法性判斷基礎的「危險性」，只要合適將損害

<sup>21</sup> 前田達明，〈幼兒や精神病者の行為と過失相殺〉，奧田昌道編，〈民法學 6 不法行為の重要問題〉第 210-212 頁（昭和 50 年）；前田達明，〈民法 VI2（不法行為法）〉，第 45-46、361-362 頁（東京：青林書院，昭和 55 年）。

<sup>22</sup> 前田達明，前掲書（註 21）（不法行為法），第 359-360 頁。本文認為，關於第二類被害人容認某程度損害發生之危險，應可解為被害人違反對己保護之義務。從而過失相抵應包含第一類關於對於加害人行為義務之違反，及第二類關於對己義務之違反。

<sup>23</sup> 前田達明，前掲書（註 21）（不法行為の重要問題），第 214-216 頁。

<sup>24</sup> 四宮和夫，前掲書（註 9），第 618 頁。

<sup>25</sup> 四宮和夫，前掲書（註 9），第 618、623 頁。

賠償由加害人負擔回復為被害人負擔之所有事由，均應予以斟酌。此種事由，包含所有對於權利侵害或損害之發生或擴大具有原因力之所有因素。無論被害人對於損害發生之危險性具有原因力之動作（無論是否具有行為適格均可）、具有損害結果迴避可能性之人的行為所生之非難性、以及被害人具有辨別事理能力所生之可非難行為，均屬之<sup>26</sup>。

#### （四）被害人具有損害迴避可能性

窪田充見教授認為，加害人負擔損害賠償責任，係透過損害賠償制度，基於抑制加害人不法行為之理由，而由被害人之損害轉嫁而來。因而加害人必須具備責任能力，足以認識其行為之不法性，而後得以達成抑制不法行為之目的。反之，被害人係承擔自己之損害，依據法益所有人承擔自己損害之原則，被害人無須具備責任能力，只需對於自己法益之危險性具有辨識能力即可，如此即足以達到抑制自己行為之目的<sup>27</sup>。

窪田充見教授認為，過失相抵制度，係在損害賠償範圍內，就加害人與被害人相互間如何分擔損害，尋求正當化的過程。就加害人主張被害人應承擔損害之觀點而言，無法自法益所有人應承擔自己損害或因果關係等理論，尋求正當化基礎，而應自法律上的歸責原則出發，因而應由過失責任的適用，加以考察。

過失責任之基礎在於不得侵害他人法益。法律上被害人固然不具有不得侵害自己法益之一般性法律命題，但被害人為了不侵害自己法益，需為一定之必要行為而不為，就被害人與加害人之損害分配觀點而言，過失相抵即具有意義。從而，在加害人具有過失應負損害賠償責任時，在被害人方面，若被害人對於損害的迴避或減縮具有可能性，且具有期待可能性時，加害人主張被害人本身應分擔部分損害，即具有合理性。

氏認為，加害人得期待被害人迴避損害發生或減縮損害範圍，乃基於法益所有人應承擔自己損害之原則。據此，被害人對於損害迴避或減縮之期待，即為被害人過失相抵之歸責理論，而成為加害人得主張被害人負擔損害之正當化理由。在被害人具有迴避危險發生之機會，且對此機會具有認識能力時，被害人即需負過失相抵責任<sup>28</sup>。

## 二、加害人責任減輕的制度

前說以被害人分擔損害的觀點，說明過失相抵制度之法理。反之，以加害人責任減輕的觀點，在加害人的損害賠償責任範圍上，認為被害人之過失，與加害人責任成立之量的範圍具有關連，而就被害人之過失存在與否，予以客觀判斷，擴大過失相抵之適用。

<sup>26</sup> 四宮和夫，前掲書（註9），第625頁。

<sup>27</sup> 窪田充見，過失相殺の法理，第201-203頁（東京：有斐閣，2004年版）。

<sup>28</sup> 窪田充見，前掲書（註27），第204-206頁。

### （一）加害人之非難可能性減低

西原道雄教授認為，向來學說上認為，故意或過失的概念，係屬「有或無」的問題，依據故意或過失之有無，而為全部賠償或全部不賠償，完全不斟酌可歸責程度之輕重，並非妥當。氏認為，在採取完全賠償原則下，依據加害人的過失程度而課與不同之損害賠償數額，尚有困難。因而必須求之於過失相抵制度，就加害人方面的非難可能性程度，據以酌訂其損害賠償數額。就此而言，過失相抵原則之目的，即在於克服完全賠償原則的缺失<sup>29</sup>。

據此，所謂被害人之過失，係使加害人方面非難可能性程度減少的一項標誌。因而監督義務人之過失，應屬被害人方面的過失，同使加害人非難可能性降低。至於過失之有無及程度，則與被害人之主觀情事無關，而應自行為之外觀型態予以客觀上判斷。從而，被害人無須具有責任能力，幼兒或精神病人亦得成立與有過失<sup>30</sup>。究其實際，所謂「過失」，無非係指違法性的概念<sup>31</sup>。因而，凡是被害人對於事故之發生具有原因力之因素，均足以成為損害賠償數額減少之事由。例如加害人極度輕微之過失、死傷之原因或動機、親族關係及被害人之虛弱體質等，均足以作為減輕加害人賠償責任之事由<sup>32</sup>。

### （二）加害人行為之違法性減低

川井健教授認為，法律條文規定之過失相抵，自文義而言，固然以被害人之心理態樣為問題點。但因實務上法院已修正過失相抵之規定，故為求無矛盾地統一說明法院的立場，毋寧應自加害人之行為予以考察。亦即，加害人在如何範圍內應負賠償責任。換言之，加害人之違法性程度，應成為問題點，而依據加害人違法性之程度，劃定損害賠償之範圍。從而，過失相抵之本質，應求之於加害人違法性的程度<sup>33</sup>。

依據川井健教授之見解，在過失相抵之適用上，應考量者為，在事故發生時，無論被害人係年長者或年幼者，依據各種不同年齡，以及被害人行為的具體態樣，加害人應採取一定的對應方式。若加害人不採取應為之對應方式時，即有過失相抵之適用，此乃過失相抵之本質。從而過失相抵之問題，並非在於被害人的心理態樣，而在於加害人之違法性程度。換言之，在損害事故發生時，加害人對於被害人的行動態樣，究應採取何種對應方式，始為問題之核心。此時，對於加害人應為之對應方式，與其現實上所為之行為予以比較，審查其欠缺之程度，依據該程度，而減輕加害人之責任。換言之，被害人之過失，係以加害人之違法性

<sup>29</sup> 西原道雄，幼兒の死亡・傷害と損害賠償，判例評論，75號，第8-9頁（昭和39年）；同氏，生命侵害・傷害における損害賠償，私法27號，第110頁（昭和40年）。

<sup>30</sup> 西原道雄，前掲文（註29）（生命侵害），第110-1頁；前掲文（註29）（幼兒の死亡），第9頁。

<sup>31</sup> 西原道雄，過失相殺と損害賠償の減額，交通法研究，第12號，第13-14頁（昭和59年）

<sup>32</sup> 西原道雄，人身事故における損害賠償額の法理，ジュリスト，第381號，第154頁（昭和42年）。所謂死傷之原因或動機，例如遊戲中受傷、好意同乘發生事故，或狩獵者相互間之事故等。

<sup>33</sup> 川井健，現代不法行為法研究，第292頁（東京：日本評論社，1978年）。

程度而成爲問題，加害人僅依據其違法性程度而負擔損害賠償之責任<sup>34</sup>。

### （三）加害人行爲僅有部分因果關係

主張部分因果關係說者認爲，對於加害人之行爲結果具有原因力者，即應減輕賠償數額。浜上則雄教授參考法國法上之部分因果關係說，認爲在因果關係上具有競合關係之多數加害原因，對於損害結果，在條件因果關係的影響力上，未必具有同等作用。從而事故發生之全部損害，必須與各個因果關係上的原因力相連結。就全部損害而言，各個原因僅具有部分的因果關係，而在責任範圍上，僅生部分的責任<sup>35</sup>。

過失相抵之問題，係屬部分因果關係的問題。過失相抵原則在於確定，加害人之行爲與被害人之行爲，對於損害的發生或擴大，在因果關係上之比例。因而，被害人之行爲，無須具有過失，亦無須具備責任能力或辨別事理之能力。在加害人之行爲與部分可能支配或可能避免的自然力，形成共同原因而發生損害之情形，加害人僅就自己具有因果關係的比例，而負擔一部份的賠償責任。至於共同侵權行爲，亦屬部分因果關係的問題。共同侵權行爲人負擔全部損害賠償責任，係因侵權行爲人相互保證的比例責任並存的緣故<sup>36</sup>。

## 三、綜合討論

綜合上述見解，關於過失相抵原則之法理，就被害人分擔損害的觀點而言，學說上所強調者，並非被害人之主觀情事或責任能力。被害人之不真正過失，在於被害人行爲具有違法性、危險性、或具有損害迴避可能性，基於法益所有人應自行負擔損害之原則，被害人應與加害人共同分擔損害，而減輕或免除加害人之賠償責任。就加害人責任減輕之觀點而言，被害人具有與有過失之情事時，加害人之非難可能性或違法性，在量的程度上因而減低，或加害人之行爲對於損害結果，僅具有部分原因力，成立部分因果關係，因而應減輕加害人之賠償範圍。

總結前述關於過失相抵法理之學說見解，就被害人分擔損害的觀點而言，在於強調法益所有人承擔自己損害之原則。按加害人負擔損害賠償責任之原因，在於被害人責任，經由侵權責任之過失責任法理，而予以轉嫁損害，由加害人負擔。在多數損害原因發生競合時，通說認爲，若侵權責任要件成立，則全部損害均轉嫁由加害人負擔，而後依據過失相抵制度，再進行損害分配，而決定賠償範圍。然而，理論上，在過失相抵的案例中，縱使加害人之行爲構成侵權責任的所有要件，但仍然只轉嫁部分損害由加害人負擔，而將被害人應負擔部分，不予以損害

<sup>34</sup> 川井健，前掲書（註 33），第 294 頁。

<sup>35</sup> 浜上則雄，損害賠償法における「保證理論」と「部分的因果關係の理論」（一），民商法雜誌，66 卷 4 號，第 534-35 頁（昭和 47 年）。

<sup>36</sup> 浜上則雄，前掲文（註 35），第 738、740-41 頁（昭和 47 年）。部分因果關係受到傳統因果關係說的批評，蓋事實上因果關係之存否，係依據「必要條件說」之理論（but for rule），若無加害人之行爲，則損害不會發生。據此，若加害人之行爲與損害之間具有條件關係，即應負損害賠償責任，至於其原因力之比例，並非本項條件關係判斷之因素。參見，平井宜雄，因果關係論，收錄於「現代損害賠償法講座」，第 109-111 頁（昭和 51 頁）。

轉嫁，而保留由被害人負擔。此時，被害人並非由於損害轉嫁而負擔損害，而係由於法益主體自行承擔損害，而負擔自身之損害。因而，在加害人基於損害轉嫁而負擔損害時，加害人固然需要具備責任能力。但在被害人承擔自己損害，並非由於轉嫁損害而來，即無需如同加害人般，要求被害人需具有責任能力。換言之，加害人係依據過失責任主義而負責，但被害人則係基於法益主體自行承擔損害而負擔損害<sup>37</sup>。

被害人之與有過失，無論基於其行為的違法性、或判斷違法性基礎的危險性，甚至避免損害發生之期待可能性，基本上，被害人之過失相抵，實質上係屬違法性相抵。被害人既然係自行承擔損害，而非基於過失責任主義，因而被害人負責之原理，並非基於過咎原則的可歸責性。果爾，基於被害人違法性相抵之觀點，所生疑問者為，被害人行為具有違法性應負責之範圍如何？日本學者橋本佳幸提出之危險領域理論，可供參考。氏認為，被害人應負擔損害，係基於危險領域原理。所謂危險領域原理，係指對於一定之不利益，其損害之危險，應屬何人之影響或活動領域，即應由何人負責之危險分配原理。對於自己權利領域內的特別危險，應由自己承擔損害。基於被害人係自行承擔損害，而非由於轉嫁損害而來，因而作為法益主體的被害人應承擔之損害，較之加害人負擔損害之範圍，應更為廣泛。從而，只要屬於被害人危險領域所生之損害，即應由被害人承擔，而不得轉嫁由加害人負擔<sup>38</sup>。

另一方面，由減輕加害人責任之面向觀察，被害人之過失足以減輕加害行為之違法性，其理由在於，被害人違反其法律上的行為義務。在被害人自己承擔損害之原則下，被害人固有加害自己之自由，而無防止自己損害發生之義務。但被害人無防止自己損害發生之義務，僅於損害事故無其他加害人時，始有適用。當損害事故具有其他加害人時，在加害人與被害人之間，基於損害分配之觀點，縱使被害人為法益主體，對於自己可能避免發生之損害，由於其自己危害行為所生之結果，仍應歸屬於被害人自行承擔。換言之，在加害人與被害人之間，被害人具有防止危害自己致損害發生之行為義務。從而，在過失相抵之案例，加害人與被害人雙方均負擔行為義務，因雙方違反行為義務競合而發生損害結果，應由雙方依據義務違反行為的歸屬而分配損害負擔<sup>39</sup>。

據此，在雙方違反義務而調整損害賠償時，應考量違法性的量的程度，依據雙方違法性程度的比例調整損害分配。加害人依據其加害行為的違法性而負責，被害人依據其義務違反行為而負責。前者係依據過失責任原則，經由損害轉嫁而負擔損害賠償。後者係基於危險領域原理，承擔自己權利領域之危險而負責。雙方基於各自的行為義務違反的程度，亦即行為違法性的程度，而比例調整雙方之

<sup>37</sup> 橋本佳幸，前揭文（註 19），第 32-33 頁。

<sup>38</sup> 橋本佳幸，前揭文（註 19），第 36-37 頁。此說與前述四宮和夫認為，基於違法性判斷的「危險性」理論，只要合適將損害賠償由加害人負擔，回復為被害人負擔的所有事由，均有過失相抵之適用，甚為相同，均具有擴大過失相抵適用範圍之目的。

<sup>39</sup> 橋本佳幸，前揭文（註 19），第 38-39 頁。

損害負擔數額<sup>40</sup>。

#### 肆、過失相抵原則之適用

##### 一、被害人之行為義務

我國通說固然認為，被害人與有過失所違反者，僅為對己義務（或稱「不真正義務」）而非避免他人損害發生之義務。惟如前所述，被害人之過失足以減輕加害行為之違法性，其理由在於，被害人違反其法律上的行為義務。亦即在被害人與加害人之間，被害人具有防免對己發生損害之義務，在可期待被害人迴避損害發生，或減縮損害範圍之情形，被害人對於其危險領域內之事故所生之損害，應自行承擔損害，而不得轉嫁於加害人負責<sup>41</sup>。

關於被害人違反行為義務，應承擔自己之損害，最稱明顯之案例為自甘冒險之案件。例如，在最高法院 91 年台上字第 857 號民事判決：「秀林鄉公所辯稱，肇事路段既屬地質不穩定之破碎地帶，且連日累積山區大雨沖刷，地質鬆軟，屬危險路段，為被害人張○平所明知，其猶貿然駕摩托車載人行經上開險路，致翻落山谷，要屬與有過失，依民法第二百十七條第一項之規定，伊亦得主張過失相抵，減輕賠償金額云云，原審愒置不論，亦有判決不備理由之違法。」

本件被害人明知而貿然行經地質鬆軟之險路，致翻落山谷，被害人得避免損害發生而未避免，加害人之違法性因而減低，應依過失相抵而減輕賠償金額<sup>42</sup>。

關於自甘冒險之案例，需與救助他人之行為相區別。例如被害人明知汽車已疾駛而來，仍奮不顧身，搶救公路上行走的盲人，以致身受重傷。被害人向加害人請求損害賠償時，加害人可否主張被害人過失相抵？孫森焱大法官認為：「與有過失之所以得減免債務人之賠償金額，乃因被害人之過失行為，不宜加重債務

<sup>40</sup> 橋本佳幸，前揭文（註 19），第 40-42 頁。日本多數學說對於過失相抵原則，採取損害分配的觀點，認為被害人對於可期待迴避之損害而未迴避，或屬於被害人危險領域之事由所生之損害，應由被害人負擔，因而具有擴大過失相抵原則適用之傾向。反之，有學者認為，過失相抵原則，必須基於抑止損害事故發生之觀點，適度限縮過失相抵的適用。換言之，過失相抵之本質，在於提供被害人提高注意程度之誘因，因而僅限於被害人對於造成他人損害，必須負責之過失程度，始需負過失相抵之責任。據此，被害人之過失與加害人過失應相同對待，在抑止損害事故發生之觀點下，以被害人對於損害事故發生具有支配力為限，始有過失相抵之適用。（參見，能見善久，過失相殺の現代的機能，森島還曆[1996 年]，第 136、138 頁。引自潮見佳男，不法行為法，第 311-312 頁。）

<sup>41</sup> 過失相抵原則既係基於被害人自行承擔損害之原則而來，對於其可得避免損害發生之事由，在其危險領域範圍內者，均不得轉嫁由加害人負擔。是以，加害人之責任型態，無論為故意、過失或無過失責任，均屬無關重要，而有過失相抵之適用，以減輕加害人之賠償責任。我國實務見解即採取此項見解。參見最高法院 88 年台上字第 718 號民事判決：「所謂被害人與有過失，只須其行為為損害之共同原因，且其過失行為並有助成損害之發生或擴大者，自屬相當，不問賠償義務人應負故意、過失或無過失責任，均有該條項規定之適用。」惟按，英國法則認為，在被告為故意侵權行為時，不得主張被害人與有過失，而減免責任。See Harvey McGregor, MAGREGOR ON DAMAGES, 90 (London: Sweet & Maxwell, 2003). 至於美國法關於過失相抵之制度，參見 Victor Schwartz, COMPARATIVE NEGLIGENCE (4<sup>th</sup> ed.), chapter 3 (US: Matthew Bender & Company, 2002).

<sup>42</sup> 類似案例，參見 91 年台上字第 599 號民事判決：「第按林○源於事故發生前，曾數次到系爭閘門處垂釣，當知該處乃防潮閘門，非供民眾垂釣之處，且其駕駛車輛擅入該處，於深夜欠缺照明設備之情形下，亦當倍加謹慎，隨時隨地注意車前車後狀況，詎仍疏未注意連人帶車駛向該水閘左岸旁之缺口處掉入水中而溺斃，其對於損害之發生，自難辭與有過失之責任。」

人之賠償責任，倘若被害人已盡善良管理人之注意而不能避免者，自無自行負擔損害之理，即無過失相抵之適用。」因而本例之加害人不得以過失相抵，主張減免賠償責任<sup>43</sup>。

實則，在緊急救助他人之案例，被害人之行為並未具有違法性，與加害人之行為，即無違法性相抵可言。再者，被害人緊急救助他人之行為，在法律上無非難可能性，不足以使加害人行為之非難可能性降低。尤其被害人出於良善動機而救助他人，以致發生損害，法律上非可期待被害人得迴避自己損害之發生。因而無法基於損害由所有人負擔之原則，而由被害人承擔損害。換言之，系爭損害不宜由加害人再度移轉，回復由被害人負擔，因而加害人不得主張過失相抵之適用。

在機車駕駛人違反道路交通安全規則之案例，被害人亦屬違反法律上之義務，而應承擔自己之損害。例如，最高法院 92 年台上字第 439 號民事判決謂：「許添福既未戴安全帽，在光線尚稱充足之情形下復未注意前方坑洞而及時閃避，又違反行經交叉路口應減速慢行之義務，而以高速輾壓坑洞致重心不穩摔倒，頭部受創而致如此嚴重之傷害，其對於損害之發生與擴大，自與有過失。<sup>44</sup>」被害人「未戴安全帽」及「違反行經交叉路口應減速慢行之義務」，在避免自行跌倒受傷之情形，固可解為對己義務之違反。但在損害事故涉及其他加害人時，在被害人與加害人之間，被害人之違法「未戴安全帽」及「違反行經交叉路口應減速慢行之義務」，得解為違反對於他人應避免發生或擴大損害賠償責任之義務<sup>45</sup>。

實務上存有爭議者為，被害人之故意行為，是否成為過失相抵之原因。在雙方互毆及互殺案件，最高法院一直認為，係屬雙方互為侵權行為，與雙方行為為損害之共同原因者有別，無民法第二百十七條過失相抵原則之適用<sup>46</sup>。惟查，互毆或互殺本身，足以構成侵權行為。其因而導致加害人之一方加害於被害人，較之一般過失行為更為顯然。就損害分擔之觀點而言，被害人具有避免損害發生之義務。被害人之互毆與互殺行為，為被害人所得避免之損害行為，且具有違法性，對於損害之發生或擴大具有原因力，應屬民法第 217 條之「重大之損害原因」。被害人在互毆或互殺案例中，顯然違反防止發生或擴大自己損害之義務，加害人

<sup>43</sup> 孫森焱，前揭書（註 4），第 459 頁。關於被害人對於第三人救助的比較法上說明，參見王澤鑑，侵權行為法第一冊，第 238-241 頁（三民書局，1998 年）

<sup>44</sup> 類似判決，參見最高法院 82 年台上字第 937 號民事判決：「依道路交通安全規則第八十八條第五款規定，機車駕駛人及附載坐人均應戴安全帽。汪維園、姚孝武均未戴安全帽，依長庚醫院八十一年五月二日長庚院北字第四〇五號函，上訴人姚孝武如戴安全帽發生頭部撞擊時，可能減少腦部受傷機會及受傷嚴重程度，是上訴人姚孝武未戴安全帽，於損害之擴大與有過失。」又 79 年台上字第 1918 號民事判決：「肇事路段為六線車道，路中央並設有安全島，賴俊榮竟穿越該安全島，又疏不注意左右有無來車，顯違道路交通安全規則第一百三十四條第二項規定，李隆輝抗辯其與有過失，並主張過失相抵，應屬可採。」

<sup>45</sup> 我國實務見解，通常將機車駕駛人「未戴安全帽」或汽車駕駛人「未繫安全帶」，解為民法第 184 條第 2 項之違反「保護他人之法律」。足見機車駕駛人「未戴安全帽」非僅為對己義務之違反而已。參見陳聰富，論違反保護他人之法律，《侵權歸責原則與損害賠償》，第 91 頁（元照出版公司，2004 年）。

<sup>46</sup> 最高法院 68 年台上字第 967 號；70 年台上字第 2905 號民事判決。參見前述註 8 所附之本文說明。

行爲之違法性因而減低，而有過失相抵原則之適用<sup>47</sup>。最高法院其後判決認爲，被害人之言詞及動作挑釁、先行傷人之行爲、縱容配偶與人通姦，或交付印章、存摺於營業員等，致生加害人損害被害人之事件，得適用過失相抵原則，而由被害人負擔部分責任，應屬可採<sup>48</sup>。

## 二、注意程度

最高法院強調，與有過失之注意程度爲善良管理人之注意程度<sup>49</sup>。最高法院 88 年台上字第 62 號判決謂：「系爭地下道設計上即爲無人看管之地下道，事故發生時適值深夜，且豪雨不斷，積水已淹滿地下道及路面，謝東藏開車行經該處時，曾有人阻止其進入地下道，乃其竟繼續行駛，是事故之發生，顯係出於謝東藏自身之冒險，亦無國家賠償法之適用等語，資爲抗辯。惟所謂被害人與有過失，須其行爲爲損害之共同原因，且其過失行爲並有助成損害之發生或擴大者，始爲相當。本件原法院依證人沈茂容之證言，認事故發生時，謝東藏對證人沈茂容以頭燈式之手電筒對其閃動似有察覺，惟在稍有猶豫之後，即已來不及停車被水流沖入系爭地下道內，尙難認其有何過失行爲助成損害之發生或擴大，因而未依過失相抵原則，減輕或免除上訴人之賠償金額，並無不合。」

本件被害人開車駛入地下道，致發生死亡之結果，被害人係因來不及停車，致被水衝入地下道。果爾，則被害人並無避免損害結果發生之可能性，被害人之開車流入地下道，不具有違法性。亦即其對於損害之發生，不具有原因力。因而加害人行爲之違法性不因此減低，不得適用過失相抵原則減輕賠償。

## 三、因果關係

<sup>47</sup> 同說參見，詹森林，前揭文（註 5），第 287-290 頁。

<sup>48</sup> 最高法院 93 年台上字第 1012 號民事判決：「所謂被害人與有過失，只須其行爲爲損害之共同原因，且其過失行爲並有助成損害之發生或擴大者，即屬相當，不問賠償義務人應負故意、過失或無過失責任，均有該條項規定之適用。查上訴人於原審曾聲請訊問證人陳正吉，證明本件事故之發生，係肇因於被上訴人以言詞及動作挑釁所致，主張依民法第二百十七條規定，減輕或免除伊之賠償責任云云。證人陳正吉並到庭證稱，被上訴人以三字經罵人，兩造即發生爭執，且有出手欲傷害上訴人之動作，上訴人始出手等語。則本件事故之發生，被上訴人是否應負部分責任，尙值深究。」同院 86 年台上字第 1178 號民事判決：「經查本件事故之發生，肇因於上訴人在吳○○擺設之鵝肉攤飲酒，陳○○與隔桌之蔡○○起爭執，蔡○○自身上取出水果刀一支朝陳○○胸部等處刺去，致引發上訴人之追殺，爲原審所是認。則蔡○○之行爲於事故之發生或擴大，是否與有過失？尙非無斟酌之餘地。」同院 86 年台上字第 431 號民事判決：「相姦行爲須其姦淫對象爲有配偶之人始能構成，是此等姦淫行爲之破壞夫妻間共同生活，係由相姦者與通姦者共同行爲所肇致，則二者應均爲此等侵權行爲發生之共同原因。倘若被上訴人確實縱容其夫莊○聰與上訴人姦淫，能否謂對本件損害之發生無與有過失，即待推求。」同院 94 年台上字第 1855 號民事判決：「管理規則第十六條明文禁止營業員挪用或代客戶保管有價證券、款項、印鑑或存摺。又印章、存摺、取款憑條等重要文件，應自行妥善保管，買賣股票之款項，亦應匯入自行開立之券戶，倘無故交付他人，或匯款於他人帳戶，致遭利用而受害，自不能謂於損害之發生爲無過失。」

<sup>49</sup> 參見最高法院 80 年台上字第 2241 號民事判決：「民法第二百十七條規定所謂與有過失，係指被害人苟能盡善良管理人之注意，即得避免其損害之發生或擴大，乃竟不注意，致有損害發生或擴大之情形而言。」同說參見同院 76 年台上字第 1408 號。



最高法院於 92 年台上字第 431 號判決謂：「按民法第二百十七條第一項所謂被害人與有過失，須被害人之行為助成損害之發生或擴大，就結果之發生為共同原因之一，行為與結果有相當因果關係，始足當之。倘被害人之行為與結果之發生並無相當因果關係，尚不能僅以其有過失，即認有過失相抵原則之適用。許○涪未領有駕駛執照駕車，固屬違規行為，惟其此項違規行為與本件車禍之發生，能否認有相當因果關係，原審未予調查審認，遽為許○涪不利之認定，並嫌疏略。」

按被害人之行為，助成損害之發生或擴大者，基於所有人自行承擔損害之原則及加害人違法性減低之理由，加害人賠償責任固得因而減免。但被害人減低加害人賠償責任之事由，必須與損害之發生具有因果關係，始對損害之發生具有原因力，而應由被害人承擔該損害。否則，若被害人之行為，與其損害之發生無關，而不具有原因力，即無減輕加害人賠償責任之理由。本件被害人違反法令規定，未領有駕駛執照駕車，未必具有過失。蓋駕駛人之駕駛技術，與其是否領有駕駛執照無關。駕駛人未領得駕駛執照，基本上不影響其駕駛技術。在衡量駕駛人之行為，對於損害事故之發生，是否具有影響力時，必須斟酌者為，駕駛人本身之行為，而非是否領有駕駛執照。本案被害人是否因未領有駕駛執照，致駕車時因警察臨檢恐慌而致駕車發生疏忽、不慎，固值探求。若非如此，單純未領有駕駛執照，固屬違法，但因與損害之發生無關，不得作為過失相抵之因素。

此外，臺灣高等法院 94 年上字第 299 號民事判決謂：「按過失相抵原則，、、、被害人之行為需予損害發生或擴大予以助力，而與損害發生與擴大有相當因果關係者，始有過失相抵原則之適用。本件損害發生，係因陳○○、許○○二人毆打被害人陳○○之犯罪行為所致，縱令陳○○、許○○毆打之動機係因陳○○酒醉鬧事引起，但究非予陳○○、許○○毆打行為予以助力，且在通常狀況下，亦非當然發生毆打致死之結果，故陳○○縱有酒醉鬧事行為，亦非損害發生之共同原因，不能認陳○○與有過失。」

按本件加害人毆打被害人之動機，既係因被害人酒醉鬧事而引起，難謂被害人被毆打致死，與其酒醉鬧事無事實上之因果關係。就法律上之因果關係而言，酒醉鬧事，引起他人之毆打行為，係屬通常事件發展過程中，經常發生之事件，而屬被害人可得預期者。被害人對於酒醉鬧事引發損害，既可得預期，應認為被害人之行為與毆打致死之結果間，具有相當因果關係，而與加害人之行為構成損害發生之共同原因。被害人酒醉鬧事，又係其可得控制之行為，屬於被害人之活動領域，故對於被害人迴避損害發生，即有可期待性。因而被害人之酒醉鬧事行為，應有過失相抵之適用，始稱得當。如前所述，最高法院在其他判決中，亦肯認被害人以言詞及動作挑釁，致加害人出手傷人，而生損害事故時，被害人具有與有過失，而應負部分責任，即同此理<sup>50</sup>。

## 伍、責任能力（識別能力）

<sup>50</sup> 參見最高法院 93 年台上字第 1012 號民事判決。

關於被害人與有過失責任，是否以被害人具有責任能力為必要，王伯琦教授謂：「第二一七條之所謂過失，並非違反注意義務。此之所謂過失，僅有能注意而不注意。從而與有過失之被害人仍須能注意，亦即需有識別能力。如其無識別能力，即不發生過失相抵之問題。、、、如一心神喪失之人，沿途亂奔，被車衝傷。、、、司機、、、應負責任，且不發生過失相抵之問題。<sup>51</sup>」

最高法院 59 年台上字第 1927 號判例謂：「民法第二百十七條第一項過失相抵之規定，其賠償權利人須有責任能力。而責任能力之有無，應就對於自己之行為之結果，是否有識別之精神能力為斷。」又同院 83 年台上字第 1701 號民事判決謂：「所謂被害人與有過失，係指被害人苟能盡其善良管理人之注意，即得避免其損害之發生或擴大，竟不注意之意。被害人若無識別能力（即責任能力）雖不發生過失相抵問題，惟如被害人有法定代理人或使用人而與有過失者，則應類推適用民法第二百二十四條規定，依民法第二百十七條規定減免債務人之賠償金額。」

據此，未成年人之與有過失，是否適用過失相抵原則，取決於其是否具有識別能力。學說認為，三歲小孩躑躅路上，為公共汽車撞傷，司機如有過失，應負賠償責任。但三歲小孩縱有過失，仍無與有過失之適用<sup>52</sup>。我國最高法院認為，年僅五歲之兒童，與鄰居小孩為具有危險性之遊戲，以致誤傷其左眼，本身不負與有過失責任<sup>53</sup>。日本最高法院基於擴大適用過失相抵之原則，認為與有過失與加害人之過失，應負損害賠償責任不同，過失相抵係依據公平原則，斟酌被害人對於損害發生未予以注意，而酌定損害賠償數額。因而未成年人只需具備事理辨識能力之智能，即有過失相抵之適用。因而八歲兒童，即具有事理辨識能力而成立過失相抵<sup>54</sup>。

依據通說見解，被害人需具有識別能力，始得適用過失相抵，而減輕加害人之賠償責任。換言之，無識別能力人縱使具有與有過失，仍不適用過失相抵之原則。惟按，在法律上，無識別能力人（尤其未成年人）雖其本身無過失相抵之適用，通說認為其仍須承擔法定代理人之與有過失責任，最終加害人之賠償責任仍然獲得減免。果爾，似得認為，無論被害人是否具有識別能力，均應適用過失相抵原則。誠如王澤鑑教授所言：「第二一七條的基本原則在於公平分配責任，即任何人應承擔因自己行為所生的不利益，而不能將之轉嫁於他人身上，若被害人對損害之發生或擴大與有過失，即應依其輕重，尤其是原因力之大小分配責任，至其是否具有識別能力，在所不問。<sup>55</sup>」

<sup>51</sup> 王伯琦，民法債編總論，第 144-145 頁（正中書局，1997 年版）。同說參見，孫森焱，前揭書（註 4），第 458 頁。鄭玉波教授：「被害人為無行為能力人或限制行為能力人於行為時無識別能力，或其他之人在無意識或精神錯亂所為之行為，縱促成損害之發生或擴大，亦無過失相抵之可言。」氏著，論民法上過失相抵與海商法上之共同之過失，《民商法問題研究（一）》，第 136 頁（三民書局，1991 年版）。

<sup>52</sup> 孫森焱，前揭書（註 4），第 458 頁。

<sup>53</sup> 最高法院 84 年台上字第 2690 號民事判決。

<sup>54</sup> 最大判昭三九・六・二四民集一八卷五號八五四頁。

<sup>55</sup> 王澤鑑，間接受害人之損害賠償請求權及與有過失原則之適用，《民法學說與判例研究》，第 1

就過失相抵之法理基礎而言，過失相抵係基於法益所有人自己承擔損害之原則。被害人因自己之行為導致損害發生或擴大，不應轉嫁由加害人負擔。在被害人之行為對於損害發生具有原因力時，加害人行為之違法性或客觀上的非難可能性因而降低。被害人之行為既然具有違法性，而與加害人之違法性相抵，不因被害人是否具有識別能力而不同。是以，肯認無識別能力人仍適用過失相抵原則，而承擔自己之損害，在損害計算時，減輕加害人之責任，尚非失其公允<sup>56</sup>。果爾，則幼兒之被害人是否承擔其監督照顧者之與有過失，即無探討之必要<sup>57</sup>。

## 陸、被害人承擔與有過失之範圍

按侵權行為法雖採自己責任主義，加害人只就自己之行為負責。但若法律特別規定時，加害人亦可能為第三人之行為，而對被害人負擔損害賠償責任（如民法第一百八十八條）。在契約責任，債務人除為自己之行為負責，對其履行輔助人之過失，仍負同一之責任（民法第二百二十四條）。反之，就被害人之與有過失而言，同樣成為問題者為，被害人除應承擔自己之與有過失外，是否應承擔第三人之與有過失？亦即對於被害人以外之人的過失，加害人得否主張過失相抵原則之適用？

日本通說及判例認為，基於過失相抵所欲實現之公平理念，被害人不僅對於自己之與有過失應負責任，對於「與被害人在身分上、生活關係上，具有可視為一體關係之人，具有過失時」，被害人亦應負擔與有過失責任。據此，使用人之過失（如家事使用人）、與被害人具有親子、夫婦關係之人的過失，除非有特別情事，否則應作為被害人之與有過失，而減免加害人之損害賠償責任。反之，在幼兒或兒童受害之情形，照顧幼兒或兒童之保母、鄰人或教師的過失，則不予以斟酌。對於職場上的同僚，具有過失者，亦不作為過失相抵斟酌之情事<sup>58</sup>。

### 一、使用人之與有過失

我國民法第二百一十七條第三項規定：「前二項之規定，於被害人之代理人或使用人與有過失者，準用之。」被害人承擔使用人之與有過失，其立論基礎何

---

冊，第 392 頁（三民書局，1983 年版）。

<sup>56</sup> 應注意者為，荷蘭法律關於交通事故，依據 1994 年道路交通法第 185 條規定，汽車駕駛人因車禍導致腳踏車騎士或行人受傷，除非具有不可抗力之情事（即汽車駕駛人無須負責之第三人行為），否則即需負責賠償。依據實務見解，汽車瑕疵或駕駛人突然喪失開車能力，均非不可抗力。依據荷蘭最高法院判決，對於 14 歲以下之腳踏車騎士或行人受傷，除非被害人有故意或幾近故意之行為，否則汽車駕駛人不得主張不可抗力或與有過失而減免責任。因而汽車駕駛人幾乎負擔全部賠償責任。德國新修訂侵權行為法第 828 條則規定，已滿 7 歲，但未滿 10 歲之人在汽車、有軌交通工具或懸空纜車之事故中加損害於他人者，除非故意引起損害，否則不負侵權行為損害賠償責任，因而不負與有過失之責任。See Willem van Boom, *Compensation For Personal Injury in the Netherlands*, in Bernhard Koch & Helmut Koziol (eds), *Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective*, 219-220 (Wien: Springer, 2003); 陳衛佐譯，德國民法典（第版），第 308 頁（北京：法律出版社）。

<sup>57</sup> 同說，參見森島昭夫，不法行為法講義，第 394 頁（東京：有斐閣，1992 年版）。

<sup>58</sup> 潮見佳男，不法行為法，第 316-317 頁（東京：信山社，2002 年）。

在？王澤鑑教授認為：「被害人對其使用人之行為，應予負責。蓋第二一七條所以規定賠償金額得予減免者，係被害人自己對其法益之維護，未善盡注意之故，即被害人違反自我注意之義務。今被害人將自己法益委付他人照顧處理，則對該人之過失，應與自己之過失同視；再者，被害人利用他人而擴大其活動，其責任範圍亦應隨之擴大，其使用人之過失倘不予斟酌，則加害人於事實上不能向該使用人求償時，勢必承擔其過失，其不合情理，甚為顯然。<sup>59</sup>」換言之，被害人違反自我注意義務及利用他人擴大其活動範圍，以及避免加害人無法向使用人行使求償權，是為被害人承擔使用人與有過失之原因。

關於與有過失之使用人的概念，詹森林教授認為：「在類推適用該條（民法第二百二十四條）於與有過失時，所應強調者，則為被害人是否基於自己之意思而委由他人代為維護其法益，有此意思者，始為以該他人為與有過失意義下之使用人，似不得謂凡由被害人藉以擴大活動範圍之人，即為被害人之使用人，而應由被害人承擔其與有過失。<sup>60</sup>」是以，「機車騎士與搭載者相互間為夫妻、父母與已成年之子女、兄弟、熟識之親友等親密關係時，原則上，應肯定有此項委託自己法益由他人於駕駛機車時代為照顧之意思。<sup>61</sup>」

日本四宮和夫教授認為，由於使用人職務上之輕過失，使僱用人受有損害者，僱用人對於使用人依法固然具有求償權（日本民法第七百一十五條第三項），但實際上僱用人甚少求償。依據國家賠償法之規定，因公務員輕過失導致之損害，國家不得對公務員求償（日本國家賠償法第一條第二項）。據此，在加害人之行為與使用人之行為競合，對僱用人發生損害之情形，由於加害人與使用人構成共同侵權行為，在雙方之內部關係，使用人具有應分擔之賠償額。就使用人之損害分擔額範圍內，應由僱用人負擔。因而，在僱用人得向使用人請求賠償之情形，即依據過失相抵之方式，將使用人應負擔之部分，予以扣除。換言之，在多數加害行為發生競合時，過失相抵原則得使使用人之分擔額，轉嫁由被害之僱用人負擔<sup>62</sup>。

本文認為，在加害人與使用人之行為構成共同侵權行為時，被害人是否承擔使用人之與有過失，涉及使用人之過失的危險性，應由何人承擔之問題。蓋若依據過失相抵原則，而由加害人之賠償額扣減，實際上係由被害人承擔無法向使用人求償之危險。反之，若不適用過失相抵原則，則被害人得向加害人請求全部賠償，而由加害人承擔無法向使用人求償之危險。

我國民法第二百一十七條第三項規定，被害人應承擔使用人之過失，即係由被害人承擔使用人過失之危險，而承擔使用人之負擔部分。基於危險分擔之法理，在加害人與使用人之行為構成共同侵權行為時，若不由被害人請求賠償之數額，扣除使用人之過失負擔部分，則加害人於全部賠償後，在內部分擔上，將對

<sup>59</sup> 王澤鑑，第三人與有過失與損害賠償之減免，《民法學說與判例研究》第一冊，第 69 頁（三民書局，1983 年）。

<sup>60</sup> 詹森林，機車騎士與其搭載者間之與有過失承擔，前揭書（註 5），第 310 頁。

<sup>61</sup> 詹森林，前揭文（註 60），第 311 頁。

<sup>62</sup> 森島昭夫，前揭書（註 57），第 395 頁。

共同加害之使用人求償，令使用人負擔部分損害賠償責任。使用人負擔此項損害賠償責任，是否合理，應視使用人爲被害人提供服務，是否有償而不同。若使用人係無償提供被害人服務，因而對被害人發生損害，卻需負擔損害賠償責任，不免使被害人過度受益，不符事理之平。因而，被害人應承擔無償使用人之與有過失，使該使用人無須負責。反之，若使用人係有償提供服務，因而對被害人發生損害，使用人既應負擔損害賠償，此時，被害人即無需承擔使用人之與有過失<sup>63</sup>。

再者，基於危險分擔之法理，被害人應承擔無法向使用人求償之危險。其理由除被害人係無償受益外，另一原因爲，被害人對於使用人具有指揮、監督之可能性。否則，若被害人對於使用人無法予以指揮、監督，卻任令被害人負擔使用人造成之損害，亦非事理之平。

綜合言之，被害人是否承擔使用人之與有過失，應斟酌被害人是否承擔對使用人求償不能之危險而定。在具體案例中，需考量使用人提供之服務是否無償，及被害人對使用人是否具有指揮、監督之可能性，綜合判斷之。

#### （一）乘車者承擔駕駛人之與有過失

關於被害人承擔使用人之與有過失，最典型者爲好意同乘之案例。在最高法院 74 年台上字第 1170 號民事判例乙案，被害人乘坐駕駛人之機車，因駕駛人駕駛機車，未靠右行駛，致機車遭加害人撞倒，被害人因而死亡。法院認定機車駕駛人具有十分之九的過失，並進而謂：「按駕駛機車有過失，致坐於後坐之人被他人駕駛之車撞死者，後座之人係因藉駕駛人載送而擴大其活動範圍，駕駛人爲之駕駛機車，應認係後座之人之使用人，類推適用民法第二百二十四條規定依同法第二百十七條第一項規定，減輕賠償金額。」

在最高法院 90 年台上字第 1046 號民事判決乙案，被害人乘坐駕駛人之機車，因駕駛人駕駛重機車超速行駛爲主因，加害人未於人孔涵洞設置警示標誌，影響夜間行車安全爲次因，因而駕駛人與加害人之過失行爲，均爲被害人受傷之共同原因，應成立共同侵權行爲。被害人係由駕駛人搭載，自應承擔此過失責任。且縱任駕駛人超速未加阻止或要求離座等必要措施，亦與有過失，因而判決：「駕駛機車附載他人，該他人係因藉駕駛人載送而擴大其活動範圍，駕駛人爲之駕駛機車，應認係該他人之使用人，依前開規定，自得減免賠償義務人之賠償金額。」

綜合實務見解，被害人承擔使用人與有過失之理由，在於被害人「因藉駕駛人載送而擴大其活動範圍」。然而，在被害人係使用計程車司機駕駛，而發生車禍受傷，被害人向加害人請求損害賠償，加害人主張被害人承擔使用人之與有過失而減輕賠償時，實務上認爲，被害人無庸承擔計程車司機之與有過失。至於其理由，最高法院 95 年台上字第 279 號民事判決謂：「民法第二百十七條第三項固明定，同條第一項、第二項（過失相抵）之規定，『於被害人之代理人或使用

<sup>63</sup> 王澤鑑教授謂：「所謂被害人應承擔使用人之與有過失，其理由在於使用他人者，宜承擔其危險性，搭乘他人便車，爲其著例。」果爾，以使用人提供服務是否有償，作爲被害人是否承擔使用人與有過失之依據，尙稱合理。參見氏著，爲債務履行輔助人而負責，《民法學說與判例研究》第六冊，第 96 頁（1989 年）。

人與有過失者，亦適用之。」惟大眾運輸工具如營業小客車（計程車）之乘客，係與營業人成立運送契約，計程車司機為該運送人或運送人之受僱人，僅係基於運送人與乘客間暫時且短期之運送契約，載運乘客至其預計到達之目的地而已，司機與乘客間，非得以此臨時性之運送關係，解釋為前開規定之『使用人』，自無適用該法文之餘地。」又最高法院 94 年台上字第 1909 號民事判決謂：「民法第二百二十四條固可類推適用於修正前民法第二百十七條被害人與有過失之規定，將損害賠償權利人之使用人之過失，視同損害賠償權利人之過失，適用過失相抵之法則減輕賠償義務人之責任。惟於侵權行權之場合，適用此項規定，須損害賠償權利人對使用人之行為得為指揮、監督，始足當之；倘損害賠償權利人對使用人之行為無從予以指揮、監督，即難將使用人之過失視同損害賠償權利人之過失，適用過失相抵之法則減輕賠償義務人之責任。乘客搭乘計程車時，對於司機之駕駛行為無從予以指揮、監督，依上說明，自無類推適用修正前民法第二百十七條過失相抵規定之餘地。」至於何時被害人對於使用人無從予以指揮、監督，應依據事實認定之。在使用人之行為具有獨立性或專業性，非被害人所得干預時，即無過失相抵法則之適用<sup>64</sup>。

最高法院先以「被害人因藉駕駛人載送而擴大其活動範圍」，作為承擔使用人與有過失之理由；繼則又論，運送人與乘客間若為臨時性之運送關係，被害人對於使用人之行為無從予以指揮、監督，從而被害人無需承擔使用人之與有過失。實則，被害人無論利用朋友、親屬或計程車司機，從事駕駛活動，均屬被害人藉駕駛人而擴大其活動範圍。且被害人與駕駛人之間為臨時性運送關係，在被害人與朋友、親屬或計程車司機之間，概無不同。應探究者為，駕駛人之過失危險性，應由被害人抑或加害人承擔。在被害人與駕駛人係好意同乘、無償駕駛之情形，被害人未支付任何代價而擴大其活動範圍，由被害人承擔使用人與有過失之危險，較為合理。反之，在被害人支付對價於駕駛人（計程車司機）時，被害人已支付相當之對價，不應再承擔該駕駛人之與有過失。換言之，在被害人支付對價之情形，被害人得向加害人請求全部賠償，而由加害人承擔無法向使用之駕駛人求償之危險，被害人獲得較多保護。反之，在被害人未支付對價時，利用過失相抵，而由被害人承擔無法向使用人追償之危險，而獲得較少的保護。

就加害人之角度而言，其是否承擔被害人使用人與有過失之危險，取決於被害人是否支付對價，對於加害人似非公平。惟按，民法第一百八十五條規定，在多數加害人行為構成共同侵權行為時，應負連帶損害賠償責任。該條規範目的在於保障被害人之權利。易言之，在一般共同侵權行為，被害人得對於加害人請

<sup>64</sup> 參見最高法院 90 年台上字第 978 號民事判決：「按民法第二百二十四條所稱之使用人，固可類推適用於修正前同法第二百十七條之規定，將損害賠償權利人其使用人之過失，視同損害賠償權利人之過失，適用過失相抵之法則，以減輕損害賠償義務人之責任。惟該條所指之使用人，必以債務人對該輔助債務履行之第三人行為得加以監督或指揮者為限，若被選任為履行債務之人，於履行債務時有其獨立性或專業性，非債務人所得干預者，即無上開過失相抵法則之適用。本件上訴人雖委託林宜真建築師為系爭房屋之設計人兼監造人，但承造該房屋之被上訴人放樣灌漿施工時是否逾越主管建築機關指定之建築線界限，似屬被選任為監造人之林宜真之專業範圍，上訴人對該專業性質之行為得否指揮、監督甚或干預，亦滋疑問。」

求全部損害賠償，而由加害人承擔無法向其他加害人求償之危險，是為原則。以過失相抵之方式，使被害人承擔使用人之與有過失，因而承擔無法向使用人求償之危險，係屬例外。在此例外情形，應探究者為，被害人何時應承擔無法向使用人求償之危險。因而以被害人是否無償利用使用人，作為是否承擔危險之依據，應屬合理。

再者，被害人在汽車事故中，對於具有獨立性與專業性之服務，被害人無從予以指揮、監督時，任令被害人承擔無法向使用人求償之危險，亦非事理之平。是以，被害人無需承擔計程車司機與有過失之理由，在於被害人已支付對價，且對於計程車司機無從指揮、監督，因而無需承擔計程車司機過失之危險，即無需承擔無法向計程車司機求償之危險，而回歸民法第一百八十五條規定，由加害人全部賠償後，向計程車司機求償。

## （二）僱用人承擔受僱人之與有過失

在僱用人向受僱人主張損害賠償請求權時，受僱人是否得以其他受僱人之與有過失，主張過失相抵？我國實務採取否定說，認為受僱人不得主張僱用人承擔其他僱用人之與有過失。例如，最高法院 88 年台上字第 2631 號民事判決謂：「按法院援引民法第二百二十七條第一項過失相抵原則，減輕或免除賠償金額，僅於賠償權利人向其使用人以外之第三人請求賠償時，始有其適用。於賠償權利人請求賠償義務人賠償時，賠償義務人不得以賠償權利人之其他使用人亦與有過失，以對賠償權利人主張過失相抵之餘地。按上訴人吳盛杰為上訴人銅鑼鄉農會之使用人，上訴人吳盛杰因徵信不實，造成上訴人銅鑼鄉農會有所損害，為原審所合法確定之事實，則依前說明，上訴人銅鑼鄉農會向上訴人吳盛杰請求損害賠償時，自無與有過失之適用。」又同院 81 年台上字第 959 號民事判決謂：「查民法第二百二十四條所定債務人就其代理人或使用人等履行輔助人之故意或過失應負同一責任，而得類推適用於同法第二百二十七條被害人（損害賠償權利人）與有過失之規定者，細繹其法意，應以第三人及債務人（損害賠償權利人）之履行輔助人之過失，同屬造成損害之原因，而由債務人（損害賠償權利人）向其履行輔助人以外之第三人請求損害賠償時，始有其適用。於債務人（損害賠償權利人）之履行輔助人相互間，應無互引他方之過失，以對債務人本人主張「過失相抵」之餘地。本件上訴人農會之職員包括總幹事、會計主任及被上訴人程秀美、余碧珠與第一審共同被告詹玉蓮、鍾東輝等人，既均屬上訴人之使用人，於渠等之過失，為造成上訴人損害之單一原因而無第三人加工助力之情形下，依農會法第三十二條第二項及民法第一百八十五條規定，原即應對上訴人負連帶損害賠償責任，倘於上訴人向之求償時，尚得互引彼此間之過失，對上訴人為「過失相抵」之主張，實與否定上訴人對各該使用人之損害賠償請求權無異，殊非立法之原意。<sup>65</sup>」

<sup>65</sup> 學說上，贊成此項判決者，參見林誠二，前揭文（註 9），第 79 頁。

按受僱人與僱用人之間，關於受僱人服務之提供，僱用人固然支付對價於受僱人。但受僱人之活動，在於擴張僱用人之經濟利益，且僱用人對於受僱人職務之執行，具有指揮、監督之能力，因而令僱用人承擔受僱人之與有過失，較為合理。此項僱用人對受僱人之責任承擔，不因僱用人向第三人或向使用人請求賠償，而有不同。從而本文認為，僱用人應依民法第二百一十七條第三項規定，承擔受僱人之與有過失。在上開案例，多數受僱人因徵信不實行為致農會受有損害，多數受僱人之間構成共同侵權行為時，多數受僱人固應負連帶損害賠償責任。惟查，農會向受僱人之一人請求損害賠償時，因農會對其他受僱人得以監督、控制，因而農會應承擔其他受僱人之與有過失責任，即承擔無法向其他受僱人求償之危險。因而在概念上，形成多數加害人，只負擔可分之債，而非連帶債務之情形。此時，農會得向多數受僱人分別在受僱人各自分擔範圍內求償，而不會發生法院所稱，多數受僱人互引彼此間過失，對被害之僱用人主張過失相抵，而否定僱用人損害賠償請求權之情事。

在最高法院 89 年台上字第 1036 號民事判決乙案，原告為農會，其經辦人員乙利用承辦存款之職務上機會，與其他職員共同營利舞弊，侵占挪用公款。原告受損害後，向乙之職務保證人丙等人請求損害賠償。丙等人則抗辯，原告對其每半年至少一次之一般自行查核及每月一次之專案自行查核制度均僅虛應了事，致使某乙等人一再舞弊得逞。本件損害之發生及擴大，原告既與有過失，應減輕伊賠償金額。最高法院判決：「被上訴人於內部作業之監督縱有疏忽，但有此疏忽，在通常狀態下，亦非當然發生其職員侵占款項之結果，此疏忽與李志福侵占款項兩者之間並無相當因果關係，為原審確定之事實，本件訴訟自無過失相抵原則之適用。<sup>66</sup>」

按本件僱用人係向其受僱人之人事保證人請求損害賠償，依據前開最高法院 88 年台上字第 2631 號民事判決及 81 年台上字第 959 號民事判決，在被害人向使用人以外之第三人，請求損害賠償時，即有過失相抵原則之適用。且按，本件農會向與其受僱人之人事保證人請求損害賠償，人事保證人之責任由來於不法之受僱人，若不法之受僱人得主張農會承擔其他受僱人之與有過失，則代替受僱人負責之保證人，應得行使相同之權利（民法第七百四十二條）。據此，農會應承擔其他受僱人之與有過失，人事保證人得主張減輕賠償責任。最高法院以僱用人之內部作業疏忽，與侵佔款項無相當因果關係，而否認過失相抵原則之適用，尚有可議。

最後，關於受僱人之行為，導致他人受損害，加害人請求僱用人損害賠償後，僱用人依民法第一百八十八條第三項向受僱人求償時，受僱人得否主張僱用人選任監督有過失，而負擔與有過失之責？我國實務採取否定說，例如最高法院 71

<sup>66</sup> 同說參見，81 年台上字第 1681 號：「查被害人之行為須予損害之發生或擴大以助力，而與損害之發生與擴大有相當因果關係者，始有過失相抵之適用。本件被上訴人之受僱人執行職務，縱有疏忽，坐令上訴人之受僱人自行投遞估價單，在通常情形，並非當然發生上訴人之受僱人詐取或侵占貨款之結果。尚難認被上訴人之受僱人予上訴人之受僱人偽造送貨單及統一發票，浮報進貨量，不法侵占貨款以助力，自無民法第二百一十七條關於過失相抵規定之適用餘地。」



年台上字第 749 號民事判決謂：「按過失相抵之原則，須被害人對於賠償義務人請求賠償損害時，因被害人之行為，與賠償義務人之行為，為損害之共同原因，且須被害人於其行為亦有過失，始有其適用。本件上訴人係民法第一百八十八條第三項規定对被上訴人黃○暉行使求償權，上訴人既非被害人，原審依過失相抵之原則，減輕黃○暉之賠償金額，自屬不合。」

在僱用人向受僱人求償之案例，僱用人固非被害人。惟受僱人之行為，致被害人發生損害，若僱用人亦未盡注意之能事，與受僱人之行為構成損害之共同原因時，若僱用人對於損害之發生或擴大，具有迴避可能性而未為防免損害發生擴大之行為，相對於僱用人而言，受僱人不法行為之違法性或非難可能性因而減低，不應令其負擔全部損害賠償之責。果爾，基於公平理念，實應承認受僱人得向僱用人主張過失相抵之類推適用<sup>67</sup>。

## 二、具有親族關係之人的與有過失

關於具有親屬關係之人之過失，得作為過失相抵之理由，早期學說認為，係自家族團體利益的觀點，而認為家族共同體的構成員具有過失，應該予以斟酌。在子女受害，而承擔父母親之過失時，亦有認為，係基於家族團體統帥者的利益，而認為過失相抵具有正當性。但上述見解，與民法上個人人格獨立之理念有所不符<sup>68</sup>。

晚近學說認為，在具有親屬關係之人與加害人同時構成共同侵權行為時，例如甲夫以機車載乙妻，與丙駕駛汽車相撞，致乙妻受傷。若被害人乙妻向加害人丙請求全部之損害賠償，加害人丙得依據其與共同加害人甲夫之內部關係，而對具有親屬關係之甲行使求償權。此時，若被害人乙與具有親屬關係之甲具有共同財產關係，則等於被害人乙將取得全部賠償金額之一部分，再度返還於加害人丙。是以，為避免支付關係複雜化，法律上乃以過失相抵之方式，扣除加害人之損害賠償金額。其結果為，加害人丙對於被害人乙扣除甲夫之負擔部分後，再行給付損害賠償，無須再對甲夫行使內部關係之求償權，而使紛爭獲得一次性的解決。就此而言，對於甲夫負擔部分無法回收之危險，即轉由乙妻負擔。因而對於被害人與具有親屬關係之第三人，何時具有「經濟上之一體性」，即須謹慎認定。在夫妻關係瀕臨破裂，或單純男女交往關係之人，便不應作為過失相抵減輕賠償責任之理由<sup>69</sup>。

再者，由於被害人對於共同侵權行為人之近親者，通常不會行使損害賠償請求權，因而在對加害人請求賠償時，應依據過失相抵的方式，將近親者應負擔之部分予以扣除。據此，對於與被害人具有生計上關係的親子關係、配偶關係之人，具有過失時，應依據過失相抵而予以扣除損害賠償額。反之，對於被害人可能以訴請求賠償之幼稚園保母或照顧幼兒之友人，縱然有過失，亦無過失相抵之適

<sup>67</sup> 同說參見詹森林，僱用人行使求償權時與有過失責任之類推適用，前揭書（註 5），第 324 頁。

<sup>68</sup> 潮見佳男，前揭書（註 58），第 317 頁。

<sup>69</sup> 潮見佳男，前揭書（註 58），第 319-320 頁。

用。蓋被害人對於幼稚園保母或照顧幼兒之友人，通常會主張損害賠償請求權<sup>70</sup>。

此外，由於在親屬之間過失的過失相抵，與被害人本身之與有過失不同，性質上係在共同侵權行為人之間，最終負擔數額的事前清算程序，因而所謂親屬之過失，並非單純的不注意，而係發生侵權責任之過失，始足當之。

我國關於親屬間承擔與有過失之問題，所生爭議者為，未成年人是否應承擔其法定代理人之與有過失。學說上採肯定說者，認為法定代理人與有過失，係監督未成年人有所疏忽，難辭其咎，不應使加害人負擔全部責任。法定代理人之過失由未成年之被害人承擔之見解，具有責令監督人妥善保護被害人之意。且直接由加害人之損害賠償中扣除法定代理人之過失部分，可以避免轉向法定代理人求償之不便，及避免向該法定代理人求償不能之風險。又第三人之行為，係屬一種事變，法定代理人亦居於第三人地位，事變所生之損害，原則上應由受害人自己負擔，而不得使加害人賠償<sup>71</sup>。

我國實務亦採肯定說。例如，最高法院 73 年台上字第 2201 號民事判例謂：「民法第二百二十四條所謂代理人，應包括法定代理人在內，該條可類推適用於同法第二百十七條被害人與有過失之規定，亦即在適用民法第二百十七條之場合，損害賠償權利人之代理人或使用人之過失，可視同損害賠償權利人之過失，適用過失相抵之法則。<sup>72</sup>」

惟按，未成年人是否承擔法定代理人之與有過失，思考重點應在於，無法向法定代理人求償之危險，是否應由未成年之被害人承擔。在加害人與法定代理人之行為均構成損害之發生原因時，雙方行為即構成共同侵權行為，依據民法第一百八十五條之規定，未成年之被害人得任意向加害人或法定代理人為全部之損害賠償請求。加害人為全部損害賠償後，可能因法定代理人無資力而負擔無法求償之危險。基於法律上保護未成年人之意旨，加害人承擔此項危險，比未成年人承擔此項危險，更為合理。從而，法定代理人之過失不應由未成年之被害人承擔。在被害人依據民法第一百八十五條請求全部賠償時，加害人不得主張法定代理人之與有過失而減低賠償<sup>73</sup>。此項基於保護未成年人之立場所為之解釋，與夫與妻之間是否具有經濟上之一體性，而適用過失相抵無關，併予敘明。

至於間接被害人承擔直接被害人與有過失之案例，由於間接被害人之損害賠償請求權，來自於直接被害人之受害。在直接被害人具有過失時，加害人本得主張過失相抵而減輕賠償數額。在間接被害人主張損害賠償請求權時，加害人之此

<sup>70</sup> 森島昭夫，前揭書（註 57），第 396 頁。

<sup>71</sup> 何孝元，損害賠償之研究，第 51 頁（1983 年）；曾世雄，前揭書（註 9），第 231 頁；鄭玉波，論與有過失與損益相抵之法理，《民商法問題研究（二）》，第 16 頁，註 3（三民書局，1991 年）。

<sup>72</sup> 其他實務，參見最高法院 84 年台上字第 2690 號民事判決：「按民法第二百二十四條所謂之代理人，應包括法定代理人在內，該條可類推適用於同法第二百十七條被害人與有過失之規定，亦即在適用民法第二百十七條時，損害賠償權利人之法定代理人之過失，可視同損害賠償權利人之過失，適用過失相抵之法則。查上訴人於事實審辯稱：被上訴人年僅五歲，其法定代理人負有監護教導之責，竟任令其與鄰居小孩為具有危險性之遊戲，以致誤傷其左眼，足見被上訴人之法定代理人，對於損害之發生，為與有過失，伊得主張過失相抵云云，自屬重要之防禦方法。」

<sup>73</sup> 同說參見，王澤鑑，前揭文（註 59），第 70 頁；詹森林，前揭文（註 60），第 306-307 頁；謝哲勝，侵權行為被害人之法定代理人與有過失，月旦法學雜誌，第 54 期，第 49-50 頁（1999 年）。

項權利，不應因而排除，始稱合理<sup>74</sup>。

我國實務採取相同見解，例如最高法院 73 年台再字第 182 號民事判決：「民法第一百九十二條第一項規定不法侵害他人致死者，對於支出殯葬費之人，亦應負損害賠償責任，係間接被害人得請求賠償之特例。此項請求權，自理論言，雖係固有之權利，然其權利係基於侵權行為之規定而發生，自不能不負擔直接被害人之過失，倘直接被害人於損害之發生或擴大與有過失時，依公平之原則，亦應有民法第二百十七條過失相抵規定之適用。<sup>75</sup>」

### 柒、過失相抵原則之類推適用

基於蛋殼頭蓋骨理論<sup>76</sup>，被害人之特殊體質，不影響其損害賠償請求權。惟被害人之特殊體質，一般非加害人所得預期。且由於被害人之特殊體質，致損害發生者，通常加害人之行為，對於一般人而言，不足以構成侵權行為而負擔損害賠償責任。是以，由被害人之特殊體質所生之損害，若令加害人負擔全部損害賠償責任，似有違公平之原則。因而如何在被害人因特殊體質請求損害賠償，與加害人損害賠償責任之間，調整加害人之賠償範圍，以求雙方之公平，應屬重要。

關於被害人身心狀況之個人因素，導致損害之發生或擴大，在被害人請求損害賠償時，加害人之賠償義務應否減免，學說上甚有爭議。

#### 一、否定說

日本學說上，採取否定說之理由認為，被害人身心狀況之個人因素並非可歸責於被害人之事由。使被害人承擔身心較差之不利益，與法律上人人平等之思想不合。被害人之身心因素對於損害之發生具有原因力，並非被害人自願的結果，而係加害行為所強造成之結果。若承認被害人身心狀況不佳而減低賠償，毋寧係對於身心狀況不佳之被害人，對於自己之利益或安全之防衛，課與超過一般人的額外負擔，而限制系爭被害人之行動自由，顯難認為公平<sup>77</sup>。

<sup>74</sup> 同說參見，梅仲協，民法要義，第 149 頁（正中書局，1954 年）；王澤鑑，前揭文（註 59），第 72 頁。

<sup>75</sup> 關於與有過失之適用範圍，我國實務上另外具有爭議者為，在職災補償案件，被害人向僱用人請求補償時，僱用人得否主張被害人與有過失而減輕補償責任？此項問題，涉及勞工補償政策之問題。最高法院八十九年度第四次民事庭會議決議：「法律問題：勞動基準法第五十九條之職業災害補償，於勞工與有過失時，雇主可否主張民法第二百十七條過失相抵？」

甲說（否定說）：『勞動基準法第五十九條之補償規定，係為保障勞工、加強勞、雇關係，促進社會經濟發展之特別規定，非損害賠償。同法第六十一條尚且規定該受領補償之權利不得抵銷，應無民法第二百十七條過失相抵之適用。（八十二年度台上字第一四七二號判決參照）』

乙說（肯定說）：『職業災害補償，基本上亦為損害賠償之一種，勞動基準法第五十九條之規定，對於雇主雖採無過失責任主義，惟民法第二百十三條至第二百十八條所定之損害賠償法則，其中第二百十七條規定之過失相抵，旨在促使被害人注意履行其應盡義務，以避免或減少損害之發生或擴大。職業災害補償既為損害賠償之一種，自仍有民法第二百十七條之適用。（八十七年度台上字第二三三號判決參照）』

決議：採甲說。」（最高法院，最高法院決議彙編（中華民國十七年至九十五年），第 976 頁（最高法院事務科，2007 年））。

<sup>76</sup> 關於「蛋殼頭蓋骨理論」之侵權責任，參見王澤鑑，前揭書（註 43），第 237 頁；陳聰富，侵權行為法上之因果關係，《侵權歸責原則與損害賠償》，第 103、156 頁（元照出版公司，2004 年）。

<sup>77</sup> 窪田充見，前揭書（註 27），第 70 頁以下；平井宜雄，債權各論II 不法行為，第 159 頁以下

否定說者認為，若無加害人之行為，被害人之心身狀況不佳，不會產生損害發生之結果，因而被害人對於其身心狀況不佳造成損害發生，並無責任可言。基於「對健康容易受損之人而為侵權行為之加害人，不得主張，被害人若為健康之人，則損害不會發生」之價值判斷，若在損害賠償之分擔上，欲考量被害人心身狀況不佳之情事，必須將被害人心身狀況不佳，與違法之加害行為並列，僅以被害人可得知悉、或可得控制自己身心狀況不佳之情況下，始加以評價。換言之，僅在可期待被害人對於其身心狀況不佳應為適當處置而未為時，亦即被害人具有可歸責性時，基於被害人違反損害擴大之防止義務，而認為被害人具有不注意之情形，始直接適用（非類推適用）過失相抵之規定，以減輕加害人之責任<sup>78</sup>。

我國學說上採取否定說者為孫森焱大法官，其認為「若被害人患有疾病，不堪加害人一擊，雖屬事實，惟人格權應受尊重，在社會生活中，每個人可信賴人身法益無受不法侵犯之虞，故被害人無隨時預促他人注意其身患疾病，警告勿加不法侵害之必要。因而不能以被害人未預為告知而謂與有過失。<sup>79</sup>」最高法院 73 年台上字第 4045 號民事判決亦採否定說，認為：「本件上訴人於民國七十年九月四日下午四時許，在彰化縣埤頭鄉永豐村活動中心，因細故與許陳壽之夫亦即其餘被上訴人之父許肇基發生口角，繼而互毆，許肇基被毆左胸部挫傷，肋骨骨折。因其原患有肝硬化等症，由此遂併發肺炎、腎細小管閉塞，導致循環衰竭，救治無效，終告死亡等情，被害人許某雖患有肝硬化等症，而為上訴人所不知，惟許某之死亡，本由於上訴人毆打行為所致，不能以許某未預為告知其已患有何疾病，而謂許某就其死亡之發生，亦與有過失。」

## 二、肯定說

日本法院之實務見解則認為，身心狀況不佳，通常得作為損害賠償減低數額之理由。至於其理論依據，早期法院見解係採比例的因果關係說，認為在加害行為與被害人之身心因素競合而發生損害時，加害行為對於損害發生之原因力僅具有部分的因果關係，在該原因力之範圍內，相應於其原因力之比例，而認定加害人之損害賠償責任。因而，在交通事故誘發被害人精神分裂症之案例，法院認為：「關於精神分裂症之發病，交通事故僅為間接的誘發因素，但具有相當的影響力，因而交通事故與精神病發，具有因果關係。但在侵權行為損害賠償責任的關係上，該項原因力應評價為三分之一，因而僅在此限度內，肯定被害人之賠償責任。<sup>80</sup>」

日本後期見解認為，在被害人之身心因素影響損害之發生或擴大時，若令加害人賠償全部損害，顯失公平，而應類推適用過失相抵之規定，由法院自由裁量，

---

（弘文堂，1992 年）。

<sup>78</sup> 潮見佳男，前揭書（註 58），第 324-325 頁；吉村良一，不法行為法，第 168 頁（東京：有斐閣，2005 年版）。

<sup>79</sup> 孫森焱，前揭書（註 4），第 459 頁。

<sup>80</sup> 參見，平野裕之，民法總論 6 不法行為法，第 387 頁（信山社，2007 年）。

調整損害賠償之數額。關於被害人之身心狀況適用過失相抵之案例，日本法院之見解，通常分為三種不同類型而為判斷：心理因素、體質因素及身體特徵<sup>81</sup>。

關於被害人之心理因素，係指通常情況，短期間可以治癒的傷病，因被害人之心理原因，而延長治療期間，超乎異常，因而在斟酌損害賠償數額時，類推適用過失相抵之規定，予以減免。例如，父親駕駛汽車與加害人相撞肇事，被害人乘坐後座，受到頸椎挫傷，並殘留外傷性精神病之後遺症。由於被害人同一家族之人，經歷同一事故，並不會發生相同症狀之精神病，因而法院推認，被害人之精神病症，係因其心理反應所引起，應類推適用過失相抵之規定，而減少 20% 之損害賠償額<sup>82</sup>。又如一位女性被害人被一位男性同事，以右手毆打，受到顏面創傷及頸部挫傷，住院一週。當初診斷結果，並非重大傷害。但因被害人對加害人及公司之不信任因此事件而增加，使其症狀逐漸惡化，在傷害事件五年後仍然繼續治療。法院因而認為，被害人之心理因素對於其損害具有重大原因力，因而應減少 40% 之賠償額<sup>83</sup>。

關於體質因素對損害賠償數額之影響，例如被害人在事故發生前約一個月，在計程車內小睡片刻時，因引擎未熄火而發生一氧化碳中毒。其後發生交通事故時，頭部受傷與一氧化碳中毒競合，致人死亡之結果。法院認為：「加害行為與被害人罹患之疾病共同成為損害發生之原因時，應參照系爭疾病之態樣、程度等，在課與加害人全部損害賠償責任有失公平時，法院應類推適用過失相抵之規定，斟酌被害人之疾病以定損害賠償數額。」本案因而減低 50% 的賠償金額<sup>84</sup>。

關於被害人之「身體特徵」對於損害賠償數額之影響，日本法院認為，除非有特別情事，否則原則上在計算損害賠償額時，不予以考慮。例如，在日本之「長頭事件」，被害人以時速 20 公里開車，加害人以時速 50 公里開車，自後追撞被害人之前車。被害人由於頭部較長，多少具有頸椎不安定症狀，因而導致比一般人更嚴重之傷害。第一審法院認為，此項被害人之體質因素，增加本件事故之損傷，因而應推認具有原因力，而類推適用過失相抵之規定。惟日本最高法院認為：「被害人具有與平均體格或通常體質相異的身體特徵，但不構成疾病時，在無特別之情事下，被害人之身體特徵，在酌定損害賠償數額時，不應予以斟酌。蓋人之體格或體質，不可能所有之人均屬相同。對於極端肥胖，與通常人之平均值顯不相同者，具有如此身體特徵之人，可能因跌倒而發生重大傷害，因而在日常生活上，得要求其採取比通常人更慎重的行動。除此特別情形外，在未達到如此程度之身體特徵，在每個人的個體差異範圍內，應屬可以預見，當然會存在。」據此，本案被害人頭部較長，多少具有頸椎不安定症狀，但尚非該當於疾病。具有此種身體特徵之人，固然比較容易受傷，但尚非可認為，係屬得要求其採取慎重行動之情事。因而在無特別情事下，縱使被害人之身體特徵與加害行為競合，發

<sup>81</sup> 此項分類，參見平野裕之，前揭書（註 80），第 388-397 頁；潮見佳男，前揭書（註 58），第 320-321 頁。

<sup>82</sup> 東京地判平 14・7・17 判時 1792 號 92 頁。

<sup>83</sup> 大阪高判平 14・8・29 勞動判時 837 號 47 頁。

<sup>84</sup> 最判平 4・6・25 民集 46 卷 4 號 400 頁。

生損害，對於損害之擴大具有原因力，但對於損害賠償數額之酌定，仍不應予以斟酌<sup>85</sup>。

### 三、綜合討論

被害人單純之身心狀況不佳，固非可引起特定損害，但其與加害行為成爲共同原因，而發生損害時，難謂被害人之身心狀況不佳，對於損害之發生不具原因力。尤其在被害人之特殊體質所生之損害，例如被害人因特殊體質，進行手術麻醉後死亡，幾乎可認爲，若無被害人之特殊體質，加害人之損害賠償責任不會發生，因而若令加害人負擔全部損害賠償責任，似違事理之平。

被害人之特殊體質或疾病，固非可歸責於被害人。但關於過失相抵之適用，重要者非在於被害人是否可歸責，而在於加害人之責任是否減輕。若因被害人之原因，使加害人負擔損害賠償責任，由於加害人行爲之非難可能性或違法性減低，應認爲加害人得主張類推適用過失相抵原則，減輕其賠償責任。日本實務見解認爲，在被害人因心理因素而延長住院或治療期間者，損害繼續發生；或被害人特殊體質或罹患疾病，致損害發生或擴大者，加害人固然需負損害賠償責任，但加害人行爲之非難可能性或違法性，顯然低於一般人受害之情形。若對加害人課與全部損害賠償責任，顯失公平，因而應有過失相抵之類推適用。反之，在被害人之身體特徵，屬於一般人所得預見之個體差異範圍內，加害人行爲之非難可能性或違法性並未減低，因而不得主張類推適用過失相抵而減輕賠償。

日本法院對於「疾病」及「身體特徵」之區別，有時固有區別困難之問題。惟重要者爲，對於被害人體質或疾病，需考量具體事件之各種情事，由法官基於公平之觀念，依據自由裁量而酌定損害賠償減少之數額<sup>86</sup>。

我國最高法院 80 年台上字第 173 號民事判決乙案，上訴人以自用轎車載被害人陳燕紅外出遊玩，途中因求歡而將汽車門窗關閉，但疏未注意調節車內空氣，致使原患有心臟擴大症之陳燕紅頓感呼吸困難，產生噁心，嘔吐等現象，上訴人見狀，復疏未注意採取適當之安全措施，仍任令汽車門窗緊閉，馴致被害人由於缺氧引起急性心肺循環衰竭而死亡，上訴人自應負過失侵權行為之責任。雖被害人原患有心臟擴大症，以致加速缺氧，仍無解於上訴人所應負之過失責任。然最高法院認爲：「原審既認定被害人陳燕紅患有心臟擴大症，以致加速缺氧，亦爲導致其死亡之原因之一，而上訴人又稱其對於陳燕紅之心臟宿疾毫不知情，果陳燕紅未曾預促其注意，即係與有過失，當有上開規定之適用。」

本案被害人罹患心臟擴大症，以致加速缺氧，導致死亡，對於損害之發生具有原因力。加害人對於被害人具有侵權責任，固無疑問。惟若無被害人罹患心臟擴大症，損害可能不發生，或損害範圍較小。果爾，則加害人行爲之非難可能性或違法性減低，得類推適用過失相抵原則，而主張減輕賠償。

<sup>85</sup> 最判平 8・10・29 民集 50 卷 9 號 2474 頁。

<sup>86</sup> 塩崎勤、羽成守，實務不法行為法講義，第 48 頁（東京：民事法研究會，平成 17 年）

與被害人身心狀況不佳，致損害發生或擴大相類似之案例，亦發生於物之損害之情形。在最高法院 91 年台上字第 1114 號民事判決乙案，原告主張，被告關平建設股份有限公司於民國八十三年元月間開掘土地建築大樓基地，因違規抽取地下水供其預拌混凝土廠用，致影響原告十四人之房屋結構，發生建物傾斜、龜裂等多項損害，依法請求被告公司賠償其建物減損之價值及修復費用。被告關平公司則抗辯，原告等十四人房屋損壞，係因其房屋建築時使用之材料及施工品質不良所致；且其房屋瑕疵，為損害發生之主要原因，亦有過失相抵原則之適用。

最高法院判決：「按損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之，民法第二百十七條第一項定有明文。查李清祥、卓麗卿、所有之房屋，分別有混凝土抗壓強度不足或氯離子含量過高，或兼而有之情形，此為原審認定之事實，而台北縣建築師公會及台灣省建築師公會鑑定報告指『現場之損壞與混凝土強度不足，鋼筋鏽蝕及施工振動有直接之影響』『房屋結構體有混凝土強度不足及氯離子含量偏高之瑕疵；其混凝土中之鋼筋鏽蝕導致之裂縫，因鄰地工程施工，而致構造體裂縫損害加大』，均認房屋之上述瑕疵係造成損害之共同原因或使其損害擴大。原審未斟酌上述鑑定意見，徒以上開房屋於上訴人關平公司施工前未見有裂縫、樑柱扭曲，傾斜之情形等詞，推論房屋原有之瑕疵與本件損害發生或擴大無因果關係，而為關平公司不利之判斷，理由亦有不備。」

在物之損害案件，物本身具有之瑕疵，與他人之加害人行為共同引起物之損害時，加害人行為之違法性或非難可能性，因物本身之瑕疵而減低，若令加害人負全部損害賠償責任，與公平原則不符。因而最高法院認為有過失相抵適用之見解，應予贊同。

## 捌、結論

基於本文之研究，關於過失相抵之法理基礎與適用範圍，可歸納如下結論：

1. 過失相抵原則之「與有過失」，包含侵權責任上的真正過失與被害人之不真正過失，而不以不真正過失為限。

2. 過失相抵原則之過失，仍然具有被害人違反行為義務之意涵。被害人與有過失，不僅違反維護自身權益之對己義務，在加害人與被害人之間，被害人對於加害人，負有不得使損害發生或擴大的行為義務。被害人不注意而違反此種對加害人之義務，屬於過失相抵原則的與有過失。

3. 過失相抵原則之法理基礎，得自被害人分擔損害賠償，及加害人責任減輕二個觀點予以觀察。被害人分擔損害乃基於法益所有人承擔損害之原則，在被害人之行為具有違法性或非難可能性，或具有損害迴避可能性時，或在被害人之危險領域範圍內，即令被害人之損害不轉嫁於加害人負擔，或使加害人負擔之損害回復由被害人自行承擔。就加害人責任減輕的觀點，在被害人具有與有過失之情事時，加害人行為之違法性或非難可能性因而減低，或認為加害人行為對於損害僅具有部分因果關係，而減低加害人之賠償責任。

4.關於過失相抵原則之適用，應注意被害人具有注意義務，且因未盡善良管理人之注意程度，而違反其行為義務。被害人之與有過失與損害之間，需具有因果關係。至於被害人之責任能力，本文認為，並非適用過失相抵之要件。

5.關於被害人承擔與有過失之範圍，包括使用人及法定代理人之與有過失。本文認為，被害人是否承擔使用人之與有過失，應斟酌使用人提供服務是否無償，以及被害人對於使用人之行為，是否具有指揮監督之可能性，綜合判斷之。至於法定代理人之過失，實務上固然認為應由未成年人承擔，惟本文則採取否定見解。

6.關於被害人罹患疾病、或具有特殊體質時，是否應類推適用過失相抵之規定，而減輕加害人賠償責任，基於法益所有人承擔自己損害之原則，被害人應比加害人負擔更多自身引起之損害，因而在被害人罹患疾病、或具有特殊體質時，加害人應得類推適用過失相抵之規定，而減低賠償金額。