

二是从民法相互关系来说,那种因主体角色而区划的做法日益淡化,立法更关注因功能的区划,产生大量的功能意义的法律定制,观念民法正在向功能民法转变。过去,在主体区划的基础上,形成了所谓民商分立和民商合一两种模式,但从本质上来说,这两种模式彼此之间的差异性并非想象的那么显著,最终二者或多或少都要在实际上投射到某些功能区划上,进而形成特殊规范。时至今日,民法越来越关注因商业功能分化而提出的商业诸功能系统的规范问题。证券法、票据法、破产法、信托法、商业登记法等都是在这种意义上得到极大的促进。当前的互联网金融规范结构,更是呈现这样一种基于功能规范的要求。

三是从民法结构层次来说,产生体制私法—机制私法—自治私法的多层次结构特点。一方面,体制私法越来越退到教义领域,逐渐限于充当对私法主观价值的宣导作用,成为私法纲领。另一方面,机制私法风起云涌,它们主要以单行法的方式面世,体现一个个私法具体子系统的政策功能要求。从某种意义上说,最高人民法院庞大的司法解释系统也可以被看成是机制私法系统,其特点就是灵活性和实践性。在产业、金融、专业服务等领域,为了发挥监管作用,一些监管机构根据法律授权可以颁布监管规章作为依据或指引,也可以算机制私法。此外,法律本身的作用也开始显现局限,“非制定法”逐渐增多,特别是在经济、劳动和职业领域中,我们可以看到大量增加了的组织规约、公司章程之类,也就是说出现了大量的次级法或次级民法。<sup>[39]</sup>我们可以将之称为自治民法。“形成于现代工业社会的这种次级法,遥遥地可以与早期高度文明时期的‘家庭法’和中世纪的‘社团法’相呼应。它源于一种只能在高度复杂的和流动的社会中得以发展的特定机制:形式化的组织。”<sup>[40]</sup>

[39] 尼古拉斯·卢曼:《法社会学》,宾凯、赵春燕译,上海世纪出版公司2013年版,第305页。

[40] 尼古拉斯·卢曼:《法社会学》,宾凯、赵春燕译,上海世纪出版公司2013年版,第306页。

## 损害赔偿的社会化

——社会补偿制度对于法律发展与法律文化的指标意义

郭明政

### 目次

- 一、前言
- 二、具体问题:八个案例的提出
- 三、案例分析
- 四、民法的三大原则及其内化修正
- 五、外化措施——以德国社会立法为例的说明
- 六、德国的社会补偿制度
- 七、台湾的社会补偿制度
- 八、结语

### 一、前言

依照涂尔干就法律进化的分析,法律的进化的轨迹,乃是由机械的连带进入有机的连带。机械的连带,以压制为特色,尤以刑法为代表。相对于此,有机的连带则以损害赔偿为特色,并以民法为代表。就如同梅因定律由身份到契约的法律发展分析,此等命题,亦深具意义。由此可见,损害赔偿制度,乃是人类法律文明的重要标杆。此一制度的意义尤在于:人类不再以刑事制裁,尤其断头台及监狱来维护社会秩序。又不论是基于契约或侵权行为的损害赔偿,原则上系以故意或过失为前

• 台湾政治大学特聘教授,政治大学法律系教授,德国慕尼黑大学法学博士。

提,亦即仅以自由意识下的行为始具有法律意义。在此制度下,每一个人都应避免故意或过失的行为,否则即应以个人财产为总担保负起损害赔偿责任,以填补受损害者之损失。所谓自由、理性的社会因以建立,这也是现代文明的精义所在。

然而,随着社会的发展,此等损害赔偿制度,是否仍可发挥其社会功能,或应有修正?如果修正,应朝何等方向修正?

## 二、具体问题:八个案例的提出

在回答此一问题之前,或可先行提出以下八个问题。从中,不只可以对现行的法律制度(尤以台湾现行法为例),尤其民法,得有更多的认识,也借以了解其不足以及社会化之需求。

1. A、B在海中进行潜水活动,突来大白鲨,为逃避大白鲨攻击,争先返船,登船时A因心急而将B推落海中,B为大白鲨所噬,请问B之遗属可为何等主张?
2. C受到暴力攻击,以致身受重伤,一家人陷入困境,可有何等协助?
3. D受雇于某小型公司,于到职首日因对机器不熟,以致而身受重伤,该公司并未为其办理劳工保险,可有何等主张?
4. E于上班途中,发生车祸,以致车毁人残,一家人陷入困境,请问如何协助?
5. F搭乘G之野鸡车,因司机过失而深受重伤,以致无法工作。由于G并未投保且未有财产,请问F可有何等主张?
6. 长期以来,H三餐外食,但因食材含三聚氢氨、塑化剂、顺丁烯二酸、铜叶绿素及棉酚等有毒物质,以致身体受到严重伤害,进而无法工作,三年后死亡。由于其所进食之处所多达百家以上,H本人及家属可有何等主张?
7. I长期使用特定止痛剂,但该止痛剂对胎儿具有严重伤害,而导致手脚严重畸形。由于受害者达数万人,该制药公司无力赔偿,I可有何等主张?
8. J购买之个人计算机证实受到辐射污染,因此引发癌症,进而失能,并因此死亡,请问J家人可有何等主张?

## 三、案例分析

以上八个案例,虽然都是日常生活极可能发生的案例,但若借由民法的损害赔偿制度,获得损害的填补,不只难以期待,甚且有缘木求鱼之叹?

从第一个案例,可知民法仅考虑紧急避难者,是否可以免责,而从未考虑受到伤害者,是否可以请求损害的填补。亦即,只要可以免责,受伤害者,即需自负损

害,未有赔偿之可能。第二个案例,虽有可能向加害者请求损害赔偿,但只要加害者未有足够财产,即难以期待其负起损害赔偿之责。就暴力犯罪者,此等情形应属常态,而非例外。

第三个及第四个案例,皆是与劳动有关的灾害。就第三个案例而言,要从雇主获得赔偿,首先应考虑雇主是否有故意或过失,始能成立债务不履行及侵权行为的民事赔偿责任。以台湾的“劳动基准法”为例,雇主对于劳灾虽应负无过失的损害赔偿。惟是否可以确实获得赔偿,仍端视雇主是否有足够的赔偿能力。一般而言,多数的雇主,或有能力履行,但也每存在无能力履行的可能情况。就第四案例而言,首应确定肇事者之行为是否为故意或过失之行为,甚且是否具有因果关系等民事赔偿之要件。若要依民法获得赔偿,除可能旷日费时的讼累,加害者是否有资力负起损害赔偿之责,则是另一问题。

第四、五个案例,皆属交通事故之案例。同样的,要主张民事赔偿,除要证实加害者是否具有故意、过失、相当因果关系等赔偿要件,还得确定损害的范围,因而可能要进行极为冗长的民事程序。最为忧虑者,仍是肇事者是否具有赔偿能力。

第六、七、八等三个案例,皆可归为商品责任之案例。此等案例所存在的重大问题,每每是无法界定特定厂商因果关系的责任归属,甚至损害的范围,诸如前述食品议题。除此之外,最大的问题仍在于厂商的赔偿能力。纵然多数的厂商,每有能力赔偿,但不乏无能力者。再者,当受害者高达数千、数万,甚至数十万人之时,再大的厂商,也每每无法履行其应负的损害赔偿责任,诸如沙利窦迈所发生的重大伤害。

## 四、民法的三大原则及其内化修正

### 1. 民法的三大原则

人类的法律文明,由刑法时期进入到民法时期,是法律文明的一大跃升。在民法时代里,每以民法三大原则加以说明,亦即所有权绝对、契约自由以及过失原则。

民法三大原则实则隐含:

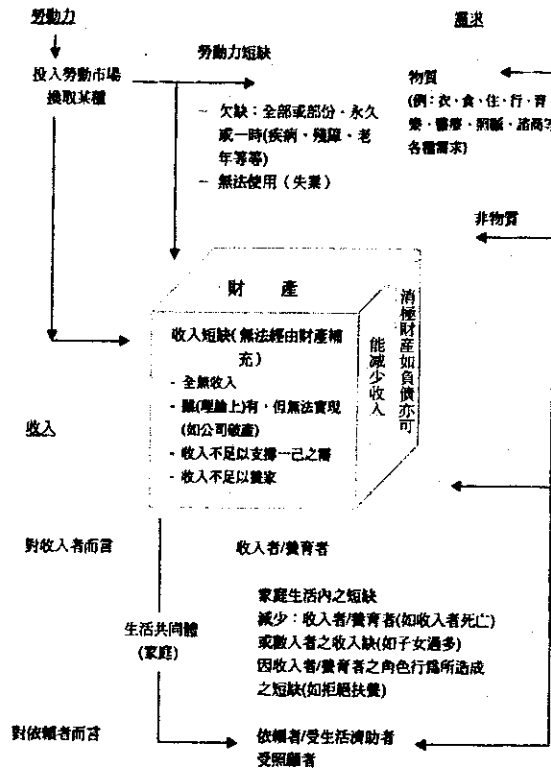
- 每人都有充足财产、充分劳动能力及理性的社会行为;
- 在自己财产上加工或经交易,获得本人或家人充足生活资源;
- 理性之个人不得侵害他人;若侵害,需负损害赔偿责任,并以其总财产作为总担保;若受侵害,可向加害人请求赔偿,并以加害人之总财产为总担保。

### 2. 内化的修正及其限制

以上的民法世界,基本上是法学家的理想世界,而非真实的世界。在真实的世

界里,有人没有充足的劳力,有人未能累积充足的财产,以满足其本人及家人的需求。在真实的世界里,也非每一个人都有充足的财产以担保其行为所造伤害的损害赔偿。反之,不是所有受到伤害的人,皆可自加害者获得损害赔偿。

就此,德国马普院长 Zacher 教授,即曾以下图说明,劳力与财产不足以支应生活的短缺与福利需求。



Hans. F. Zacher: Einführung in das Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg, 1983, p. 11

针对此等问题,向有民法三大原则修正的论述,亦即:所有权相对、契约自由限制以及无过失原则等三大修正。经由所有权相对化,而有所有权社会化的主张;经由契约自由的限制,而有契约社会义务的强调;经由无过失原则,则期待加害者可以无条件地负起赔偿责任。

此等在民法体系内寻求答案的改革, Zacher 教授称之为内化解决 (internalisierende Lösung) 的改革。然而,只要以前述的案例加以检视,经由此等内化的修正,

众多的问题还是无法解决。以前述侵权行为的案例为例,只要行为人无力赔偿,则受害人将一无所得。由此可见,此等内化修正的有限与困境。

### 五、外化措施——以德国社会立法为例的说明

如此内化的修正,可举德国 1880 年《责任义务法》的修改,加以说明。在原有内政部修正草案中,原拟改采举证责任倒置,以扩大赔偿的可能性,达到保护受害者的目的。然而此一草案提出之后,卑斯麦首相却写下以下评语:

- 没有责任之修改,只有社会保险;
- 给付的数额将有所限制,但应扩大给付的可能性;
- 要设立国家或帝国之社会保险机构。

其意指,不在既有民事关系中寻求解决方案的主张,而将另辟蹊径,创设社会保险新的制度与法律关系,也就是 Zacher 教授所主张的外化的解决 (externalisierende Lösung)。

卑斯麦的批示,并非昙花一现的即兴之作,而是德国社会立法的百年指南,甚至是世界各国所竞相学习的新制度与新典范。在 1880 年卑斯麦批示之后,随即有 1881 年 11 月 7 日的德皇社会诏书,并明确宣示:社会问题的解决务必以健康保险、劳灾保险及年金保险等社会保险等加以解决。紧接着,在 1883 年、1884 年及 1889 年,分别完成健康保险、劳灾保险及年金保险之立法。从此,德国的法律时代,进入后民法的法律时期。此一时代,甚且远早于 1896 年立法,并于 1900 年始行实施的民法典。

一次大战之后,此等社会立法继续成长,而有 1927 年失业保险的立法。二次大战之后,社会立法更行扩充与成长,进而有 1975 年社会法典 (SGB) 之制定。此一经由 30 年的持续立法,全法典 12 篇终于在 2005 年宣告完成。如今,德国的法典已不再是三大法典,而是四大法典。社会法典的完成,也意味着社会法律领域的瓜熟蒂落。此一法典的各篇分别如下:

1. 总则 1976 年
2. 觅职者基础保障法 2005 年
3. 就业促进法 1998 年
4. 社会保险法总论 1977 年
5. 法定健康保险法 1989 年
6. 法定年金保险法 1992 年
7. 职业灾害保险法 1997 年
8. 儿童及青少年扶助法 1990/1991 年

9. 身心障碍复健与社会参与法 2001年
10. 社会行政程序法与社会福利个人信息保护法 1981/1983年
11. 社会照护保险法 1995年
12. 社会救助法 2005年

在原规划中,此一法典原包括教育促进与社会补偿。惟直到今日,既有的法律仍未纳编。其中,社会补偿具有侵权行为损害赔偿社会化的重大意义,而与本文所论述之议题,具有极为紧密之关连。

因而,有别于一般社会福利或社会安全制度的分类,法学者在社会法的分类上,特别将社会补偿单独归类,并特为重视。依照 Zacher 教授之分类,社会法分为社会预护(社会保险及公务人员退抚)、社会补偿以及情状相关联(包括准预护的津贴制度、特别的促进与扶助以及一般的促进与扶助)。在后续的分类上,诸如 Schulin 或 Eichenhofer 虽简化为社会预护、社会补偿、社会促进与社会扶助四大类,但仍将社会补偿单独归类。请见以下图表。

Bogs	Zacher (旧分类)	Zacher (新分类)	Schulin/Eichenhofer
社会保险	社会预护 (包含社会保险与公务人员照护)	社会预护 (包含社会保险与公务人员照护)	社会预护
社会照护	社会补偿	社会补偿	社会补偿
社会救济	社会促进与社会扶助 a. 特别促进与扶助 b. 一般促进与扶助	与情状关联之制度: a. 准预护制度 b. 社会扶助 c. 社会促进	社会促进
			社会扶助

此等社会立法,对于人民生活的影响既深且远。经由健康、年金、劳灾与失业保险,要求雇主负起“家父抚养”的主张,不再是重要的选项。劳灾保险,甚至失业保险亦有将雇主赔偿责任转化为社会责任的功能。至于健康保险,尤其家庭成员的医疗照护,以及年金保险、甚至晚近才发展的长期照护保险,皆有将家内的扶养转化为社会扶养的意义与功能。至于社会补偿,主要系以侵权行为所造成的损害填补为主要目的。与社会补偿制度最为相关,甚且最受影响的,乃是侵权行为(包括契约中的侵权行为)法制。因此,社会补偿可说是侵权行为法的外化修正。

惟应补充说明者,早于社会补偿的社会保险制度,虽非全然针对侵权行为之问题而发展出来的制度,但亦有侵权行为损害赔偿社会化之功能。以劳灾保险为例,

即具有雇主债务不履行或侵权行为损害赔偿社会的功能。以德国法为例,当雇主具有故意或重大过失时,劳灾保险机构对雇主得有求偿权。所以如此,无非借以课处雇主注意义务,以发挥损害赔偿制度的社会控制功能。就此,台湾的相关法制并未有明文规定,以至几乎未有求偿之实务。这是值得检讨的问题。在未有相关立法之前,至少应基于不当得利予以求偿。至于第三人之侵权行为,导致健康保险或年金保险等被保险人受到伤害而请求社会保险给付时,依据德国《社会法典》第十篇第116条之规定,社会保险机构亦得对行为人求偿。就此,台湾的相关法制,也极度不足,而仅于“全民健康保险法”第82条对于特定的案例,诸如交通安全、公共安全或食品安全等事故为求偿规定。同样的,在未有进一步立法之前,实有援用不当得利法制之必要。社会保险的目的,主要在于使受伤害者可以获得充分的保障,但绝非因此纵容任何人得以加损害于他人。

经由此等法律发展,在1980年代,德国的民法巨擘 Larenz 教授,在其《民法总则》1989年版中即已指出:“今日,个人之经济保障已很少依赖个人之努力或个人之自我预护,而多仰赖团体的(国家或社会保险)给付;私法规范之意义也因此远落后于社会法”。(Der einzelne erwartet heute die Sicherung seiner wirtschaftlichen Existenz oft weniger von seinen eigenen Anstrengungen und von der von ihm selbst getroffenen Vorsorge, als von den Leistungen eines kollektives, vom Staat und von den Trägern der Sozialversicherung. Die Bedeutung privatrechtlicher Regelungen trifft damit für viele hinter die des “Sozialrechts”.)<sup>(2)</sup>

## 六、德国的社会补偿制度

当王泽鉴教授在1977年发表《侵权行为法之危机及其发展趋势》一文,王教授已将侵权行为损害赔偿社会化的观念,带入华人社会,而具有高度先驱意义。新西兰的意外事故补偿制度,系在社会保险之外极富新意的法律发展。但在新西兰的制度改革之外,德国的社会补偿制度,实不能忽视,尤其在以德国为例而继受德国社会保险制度的国家。就此,应予质问:当德国已建立极为绵密的社会保险制度之后,何以仍须建立社会补偿制度?

依据德国《社会法典》第一篇第5条,社会补偿的定义如下:  
举凡健康损害,并经由国家承认应予照护或补偿者,皆有权请求:

1. 获得维持、改善与回复健康与能力的必要手段,及
2. 适当的经济照护受害者之遗属亦有权获得适当的经济照护。

(2) Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen rechts, 7. Aufl., 1989, 52.

迄今,德国的主要社会补偿制度主要有:

战争被害人补偿(1950)

犯罪被害人补偿(1975)

国家社会主义受难者补偿(1953)

其中,与一般人民最具密切关联者,尤为1975年《犯罪被害人补偿法》。依据此一法律,请求权人以暴力犯罪被害人为限。再者,复以未受有社会保险等社会保障者,或保障不足者为限。由此可见,德国的犯罪被害人保护,仍有很大的限制。所谓特别以暴力犯罪为限,当以国家未能有效防止犯罪而有一定国家责任为重要考量。再者,暴力犯罪者每未有充足财产并负起赔偿之责,也当是重要考量。再者,国家对于加害人,得有求偿权。

基于以上所述,社会补偿与民事责任及社会保险应具有以下关系:

——社会补偿具民事责任之担保功能;

——社会补偿具社会保险漏洞补充之功能。

由此可见,要有社会补偿制度,首先应深切认知民法的不足与有限。再者,纵然已全面实施社会保险制度,但社会保险仍有其漏洞,诸如每每仍有未纳保之国民。又虽有相对完善的福利服务与社会救助制度,但被害人的损害赔偿仍异于以生存保障为目的的社会救助;其应得之民事赔偿应予以满足,纵然未能全数满足,亦应获得必要的支持。

## 七、台湾的社会补偿制度

1929年在南京的国民政府,以德国民法为典范制定民法典。现代民法的出现,乃是中国法律发展与法律文化跃升的重要标杆。然而,如前所述,民法本身存有众多缺陷。社会上的众多问题,并无法全数借由民法解决。台湾地区1949年的“劳工保险”、1995年的“全民健康保险”、1999年的“失业保险”等社会保险立法,皆属极为重要的后续发展。经由此等外化的发展,一方面凸显民法的有限,他方面则用以弥补“民法”的“漏洞”。

又除社会保险立法,自1995年以降,台湾也启动了社会补偿的“立法”。该年,“二二八事件处理及赔偿条例”完成立法。1998年,又完成“戒严时期不当叛乱暨匪谍审判案件补偿条例”。此二法律,皆是针对过往不幸的政治事件受害者给予补偿。相对于此等过去式的苦难弥平,1998年的“犯罪被害人保护法”,则是当前与未来社会的法律工程。除此之外,复有1996年“强制汽车责任保险法”就事故汽车无法查究或事故汽车未投保等情形所设立的“汽车事故特别补偿基金”;2001年基于“职业灾害劳工保护法”,则建立非被保险人得以请求职业灾害补偿的

机制。此二者,亦具有社会补偿的本质与功能。又基于1988年“预防接种伤害救济基金设置要点”以及2000年“药害救济法”所成立的药害救济基金,一方面具有商品责任保险的性质,但也具有社会补偿的功能。此外,“卫生署”于2012年试办生育事故救济计划,并研议扩大救济对象到因重大外科手术、麻醉导致死亡或重残的医疗事故,使受害者可获得最高200万元的救济金。

在上述各种社会补偿机制中,以下将以“犯罪被害人保护法”为例,加以说明。

犯罪被害人之补偿在1990年代,虽已引起社会之重视,但“法务部”所提出之草案,却极度保守,其给付仅具极为有限的实质助益,甚且只能定位为特别的社会救助制度。唯在立法过程中,发生了不幸的白晓燕撕票案,而终有现行体制。

依据此一法律,其保护对象为被故意、过失侵害生命、身体而死亡、重伤者。又2009年之修正则扩及性侵害犯罪行为之被害人。在给付方面,医疗费最高40万;丧葬费最高30万;法定义务扶养替代给付最高100万;丧失减少劳动力或增加生活上需要之补偿费最高100万。依同年之修法,并增列精神慰抚金最高40万。

依据该法之规定,“政府”于支付犯罪被害补偿金后,于补偿金额范围内,对犯罪行为人或依法应负赔偿责任之人有求偿权。基于求偿制度,加害人的民事责任仍无法免除。因此,民事责任的社会控制功能,依然存在。此外,依本法原有之规定,若请求补偿之人,已受有社会保险给付,应自犯罪被害补偿金中减除之,但2014年3月修法后,此等抵扣的规定业经删除。由此可见,此等补偿制度不再定位为社会保险等社会给付“漏洞”的填补,而更强调民事赔偿之担保。所以会有如此修法,当与台湾的社会保险给付,包括劳灾、劳保的失能、遗属给付以及全民健保等对于雇主及第三人皆未有求偿之明文规定有关。此一问题,当是法学界所应严肃以对的基本议题。

在组织方面,此一补偿制度之执行,除由法院组成“审议委员会”及“覆议委员会”,复又具有公法性质但由民间参与的犯罪被害人保护协会,以职司诉讼上协助、生理、心理治疗及生活重建协助等业务。此等具有准官方性质犯罪被害人保护协会的设立,乃是在各国相关法制中,极具特色的一大突破。

虽然如此,现行的“犯罪被害人保护法”,仍有极大的改革与发展空间。展望未来,应有以下发展的可能路径,亦即

——补偿的事由,应由暴力犯罪到非暴力犯罪。

——犯罪的形态,应由人身犯罪到非人身犯罪。

——经由修法虽已从财产补偿发展到非财产上补偿;惟仍有强化的空间。

——补偿的内容,应由金钱补偿到复健与重建等实物与服务给付。

——组织方面, 应由政府到民间; 未来应有更多非政府或非营利组织的投入。

## 八、结语

经由以上说明, 可以得见: 植基于十九世纪二、三十年代在南京所建立的现代法律制度, 二次战后的台湾地区不只在社会保险上有极为全面性的发展与建制, 且在社会补偿上也有重大的突破与发展。其中, 社会补偿制度, 不止与民法损害赔偿制度密切关联, 甚至是损害赔偿制度重大补充与修正。

由此, 可以得见台湾地区的法律制度与法律文化, 已进入后民法与社会法律时期。经由此等发展, “政府”也由压制者(刑法时期), 经由仲裁者(民法时期), 进入给付者(社会法时期)的“政府”定位。虽然如此, 民法仍有其不可废弃的任务, 尤其是社会控制功能。因此, 迄今我们仍可说: 没有民法, 没有现代社会。但基于民法的有限性, 尤其民法的基本假设已非社会真实的基底, 或应导出: 只有民法, 只有19世纪的现代社会。

## 【民法总论与人格权研讨】

# 试析“财产”一词在中国私法上的几种用法

张谷

### 目次

- 一、作为财富的“财产”
- 二、作为中国私法上术语的“财产”
- 三、结论

十一届三中全会以来, 中国民主和法制建设步入了新的历史时期。按照执政党的要求, 经过全国和地方的人大及其常委会、国务院和地方政府的不懈努力, 到2011年, 一个立足中国国情和实际、适应改革开放和社会主义现代化建设需要、集中体现党和人民意志的, 以宪法为统帅, 以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干, 由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成。在体系形成过程中, 民商法律部门取得长足的进步, 民事财产法学也相应地逐步充实。

但是, 对民法上一些基本概念的规范分析重视不够, 直接影响到民商事法律立法的质量, 影响到正确地理解和适用民商事法律, 也影响到中国民法科学的建立和法学教育的实效。无疑, “财产”就是这些基本概念之一。“财产”一词在中国法上出现之频繁, 意义之丰富, 令中国学者自己常常也感到难以把握, 因此有必要梳理分析一番。

• 浙江大学法学院教授, 法学博士。