

德國民法損害賠償規範之研究*

黃 立**

要 目

- | | |
|-----------------------------|---------------------------------|
| 壹、概 說 | 四、規範非財產損害賠償之其他法律 |
| 貳、德國民法對於非財產損害的新
規範 | (一)聯邦社會救助法 |
| 一、新法立法過程 | (二)德國刑事追訴措施賠償法 |
| 二、新法的規範 | (三)德國著作權法 |
| (一)回復原狀仍係原則 | 參、物之損害 |
| (二)未設重大性門檻 | 一、回復原狀必要之金額 |
| (三)無統一之要件 | 二、自行修理及第三人之協助 |
| (四)將精神損害賠償擴及於契約責
任與無過失責任 | 三、雖可修理仍然重置 |
| (五)家屬之慰撫金請求權 | 四、全損時的重置 |
| 三、德國民法上其他非財產損害賠
償規定 | 五、真正的全損 |
| (一)性別歧視待遇之賠償 | 六、經濟上全損 |
| (二)旅遊時間浪費之損害賠償 | (一)是否屬於顯有重大困難以重置
成本的130%為界線 |
| | (二)回復原狀超過重置費用130%界
限僅能請求金錢賠償 |

* 國科會補助之研究計畫（NSC 91-2414-H-004-009-）。

** 奧地利維也納大學法學博士，國立政治大學法律學系專任教授。

投稿日期：九十四年九月二十七日；接受刊登日期：九十四年十一月二十一日

責任校對：陳仲豪

肆、改善兒童在交通事故上的法律地位	一、對發展與製造瑕疵原因舉證責任的轉換
一、七歲以下的兒童	(一)新藥物法第84條危險責任概說
二、七歲以上未滿十歲之兒童	(二)因果關係推定的適用要件
三、兒童的故意行為	(三)舉證責任與指示錯誤
四、十歲以上未滿十八歲青少年的行為	(四)因果關係推定的補強
(五)因果關係推定之推翻	二、資訊請求權
伍、責任義務法的修正	(一)資訊請求權的立法目的
一、全面採取危險責任	(二)資訊請求權的要件
二、請求權人與義務人	三、因果關係推定與全體債務人的內部關係
(一)請求權人	柒、民法第839條a之鑑定人責任
(二)義務人為車輛占有人或駕駛人	一、2002年8月1日前之法律狀況
(三)企業經營者不得以契約條款限制或排除危險責任	二、2002年8月1日後之法律狀況
三、危險責任擴及於拖車	(一)鑑定人有故意或重大過失
四、只有不可抗力才能排除車輛占有人責任	(二)為判決基礎之鑑定有錯誤
五、責任額大幅提高	捌、過渡條款
陸、對藥物法的修正	玖、結 論

摘 要

與德國民法債編的大幅修正相較，損害賠償法的修正，並未有太多的爭議，因為此一修法並無債編修正來自歐盟買賣準則限期轉換為內國法的壓力，而是立法者認為有修改法律的需要。修法一方面是由於在過失責任、危險責任與慰撫金責任間，並無作不同規範的合理依據；一方面對於損害賠償法的變動，從立法到現今，已經有許多的變動。雖然由於法條的高度抽象化，在德國民法生效的一百年來，經由解釋與法律的繼續成長勉強應付，可是法官對法律的繼續成長有其界限，可是在實務上對於過失的證據常有舉證的困難，無法合理保護受害人。加上改革的草案早經討論，因此並沒有太多的爭議。目的之一也是讓德國法與歐洲標準接近，增強對受害人的保護與發揮合理化的效果。

關鍵詞：損害賠償、非財產損害賠償、物之損害、兒童在交通事故上的法律地位、藥物法、因果關係、資訊請求權、鑑定人責任

壹、概 說

與德國民法債編的大幅修正相較，損害賠償法的修正，並未有太多的爭議，就在2002年7月1日由聯邦下議會在第14次立法會期通過。德國民法債編的大幅修正，部分也來自歐盟買賣準則限期轉換為內國法的壓力，對於損害賠償法的修正，並沒有此種壓力，而是立法者認為有修改的需要。關於修正的理由，一方面是由於在過失責任、危險責任與慰撫金責任間，不同規範的合理依據何在，時有所爭議；另一方面是損害賠償法從立法到現今，已經有許多的變動。雖然由於法條的高度抽象化，在德國民法生效的一百年來，經由解釋與法律的繼續成長（*Fortbildung*）勉強仍可應付，可是法官對法律的繼續成長有其界限，例如對於身體或健康受損的慰撫金求償，只有依據德國民法第823條及第847條的要件下才有可能；在實務上受害人對於過失常有難以舉證的問題。加上改革的草案早經討論，因此並沒有太多的爭議¹。目的之一也是讓德國法與歐洲標準接近，增強對受害人的保護與發揮合理化的效果。

修正案規範了以下之重要修正²：

¹ MuenchKomm/Oetker, Rn. 502ff zu § 249.

² Deutscher Bundestag Drucksache 14/7752, 14. Wahlperiode 07. 12. 2001 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften. Der Entwurf sieht folgende wesentliche Neuerungen vor: 1. Verbesserung der Arzneimittelhaftung durch Beweiserleichterungen und durch Einführung eines Auskunftsanspruchs des Geschädigten gegenüber dem pharmazeutischen Unternehmer und den zuständigen Behörden. 2. Verbesserung der Rechtsstellung von Kindern bei Unfällen im Straßen- und Bahnverkehr: Grundsätzlicher Ausschluss der Haftung und des Mitverschuldens von Kindern unter 10 Jahren, Haftungsausschluss des Kfz- Halters und des Bahnbetriebsunternehmers nur noch bei „höherer Gewalt“. 3. Einführung eines allgemeinen Anspruchs auf Schmerzensgeld, der über die bereits jetzt erfasste Vertragshaftung mit einbezieht;

——以減輕舉證責任，及引進受害人對製藥之企業經營者及主管機關之詢問請求權，改善藥品責任。

——改善兒童在公路與軌道交通意外時之法律地位，原則上排除十歲以下兒童之與有過失，對於汽車駕駛人與軌道車輛之企業經營者，只有不可抗力才能免責。

——引進慰撫金之一般請求權，除了原先已經包括之非契約過失責任外，也擴及於危險責任及契約責任；除了故意責任（Vorsatzhaftung）外，慰撫金請求權限於損害依其方法與期間重大者。

——對損害計算的變更。

——對汽車駕駛人責任擴及於無償乘載之人。

——提高及協調危險責任之責任上限。

——以及將金額改為歐元。

貳、德國民法對於非財產損害的新規範

一、新法立法過程

原本在最後草案版本的第253條第2項就物之侵害部分，規定有門檻條款（Bagatellklausel），該項規定：「1. 身體受侵害者，僅得於故意時請求慰撫金；2. 物之侵害僅得於其侵害之種類與時間非不重大者始得請求。」立法者原本想要以重大作為慰撫金的門檻，類似於藥物法第84條的情形，但又不想將門檻提得太高³。由於將

Begrenzung des Schmerzensgeldanspruchs – mit Ausnahme der Vorsatzhaftung – auf Schäden, die unter Berücksichtigung ihrer Art und Dauer nicht unerheblich sind. 4. Änderung der Sachschadensabrechnung. 5. Ausweitung der Kfz-Halterhaftung auf unentgeltlich beförderte Fahrzeug-insassen. 6. Erhöhung und Harmonisierung der Haftungshöchstgrenzen der Gefährdungshaftung 7. Ihre Umstellung auf Euro.

³ BR-Drucks. 742/01 v. 28.9.2001, 36, 59.

慰撫金適用範圍大幅擴張，無疑的會提高加害人之支出。擴大的目的在於協助嚴重的受害人，因此對立法者而言，若設立門檻排除輕度侵害的情形（如僅有微小、暫時性的影響，如頭痛、肌肉表面擦傷以及原則上屬於一級HWS非客觀性輕傷），將有限的金額用於嚴重的受害人身上，符合此一目標⁴。政府草案原先也考慮將人身侵害的門檻設定為，過去法院實務認定的不逾1,000馬克（500歐元）基準。但此種門檻對於故意行為並不適用。最後在下議院法律委員會討論時，決定不採取此種門檻制度，並為三讀時所接受。

二、新法的規範

德國新民法第253條（非財產損害Immaterieller Schaden）規定：「(1)基於非財產上之損害，以法律有特別規定者為限，得請求金錢損害賠償。(2)如因身體、健康、自由或性自主之侵害，而應負損害賠償責任，縱非財產上損害，亦得請求以金錢為適當之補償。」⁵其特色為：

⁴ BR-Drucks. 742/01 v. 28.9.2001, 24, 59 zu Art. 2 Nr. 2b. 立法者所提出的微量條款經過熱烈的討論，見Wagner, Das Zweite Schadenersatzaenderungsgesetz, NJW 2002, 2049.

⁵ 新法第253條Immaterieller Schaden：“(1) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden. (2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.”

(一)回復原狀仍係原則

新民法第253條第1項規定，並沒有排除新法第249條第2項規定⁶。第253條第1項規定僅涉及金錢賠償之例外。只要非財產上損害可以用回復原狀均衡，仍然優先適用回復原狀的規定（德國民法第249條第1項：「(1)負損害賠償義務者，應回復損害賠償事由發生前之原狀。」），同樣的也不會影響德國民法第249條第2項的規定：「因傷害人身或毀損物件而應賠償者，債權人得請求回復原狀所必要之金額以代回復原狀。……」因為該條項涉及的是回復原狀的費用。就非財產上損害回復原狀之最重要的案例，除了身體或健康受損害時的醫療費用補償外，就是名譽的回復⁷。即需考量受害人就公開更正所支付的費用補償的問題。此處請求的補償費用應限於公開更正之費用。如受害人有新聞法上的反對意見陳述請求權，而此機會對於回復名譽已經足夠者，並無賠償之義務。對於通訊秘密（Briefgeheimnisse）之侵害，受害人得請求交付製作之副本以供銷毀⁸。本項規定係任意規定，因此當事人可以在契約條款中對非

⁶ 新法第249條第2項規定：「因傷害人身或毀損物件而應賠償者，債權人得請求回復原狀所必要之金額以代回復原狀。就物之損害依第1句所必要之金額，僅於事實上有營業稅發生時，始包括營業稅在內。」

⁷ Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, Aktualisierung April 2004, Rn. 4-5 zu § 253. http://rsw.beck.de/bib/default.asp?vpath=%2Fbibdata%2Fkomm%2FBambergerRoth_Band1%2FBGB%2Fcont%2FBamberger_Roth%2EBGB%2EP253%2ET13%2Ehtm，上網日期：2006年2月4日。

⁸ BGHZ 66, 182：「由於電視不正確報導所生人格權侵害，1.經由電視或廣播不正確報導所生人格權侵害應由民事庭管轄。2.電視台如在節目中將第三人之評論當成自己的評論，並非將他人侵害名譽之評論由自己負責。在此種條件下電視因此種第三人之表示自身被認為加害人得被請求不作為、撤回或損害賠償。3.只有在特別情況下由於不正確報導之電視被侵害人格權者，其被給予為反對陳述之機會者，得向電視公司或其人員請求發布新聞之費用，以該費用於報紙刊登更正啟事或更正意見。」<http://www.fitug.de/debate/9606/msg00012.html>，上

財產損害約定賠償金額，而不論其給付義務是否有財產權之性質或有任何價值⁹。此外，亦可約定違約金，其金額是否適當，依據該非財產上利益定之¹⁰。

(二)未設重大性門檻

新法沒有設立重大性的門檻，理論上只要符合新法第253條之要件，而有非財產上損害，均得請求以金錢為適當之補償。不過學者仍認為，德國聯邦法院對輕微傷害不給慰撫金的實務，仍會被繼續遵循。而所謂的輕微傷害，依據德國聯邦法院的判決¹¹，係指：「暫時性的、於日常生活中典型的，且常常由於其他原因所生之影響，不論其強度、或尤其種類微小，通常對受害人不會長期造成影響，因其與其他人共同生活早已習慣，常需面對類似之干擾者。」

(三)無統一之要件

原本在第253條第2項的草案中，設有慰撫金的一般要件，然後每一特別責任法條，均引據該項之規定。但是此種規範方式在最後仍被放棄了，因此僅在個別的法律中，依其特殊情況訂定公平的補償方式。目前道路交通條例（Strassenverkehrsgesetz; StVG）所規定的慰撫金較德國民法上的慰撫金為高。不過實務上可期待的是，此種差異不會過大¹²。

(四)將精神損害賠償擴及於契約責任與無過失責任

新法排除了舊法第847條關於非財產上之損害的規定，承認了

網日期：2006年2月4日。

⁹ BT-Drucks. 13/10435 4, 8, 18.

¹⁰ Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, a.a.O. (Fn. 7), Rn. 6 zu § 253.

¹¹ BGHZ 137, 142=BGH NJW 1998, 810.

¹² Hess/Jahnke, Das neue Schadensrecht, 2002, 83.

慰撫金請求權，突破了過去認為非財產損害因為評價問題無法均衡的觀念¹³。德國立法者雖然仍將賠償仍限制於法律有明定之情形。不過新法改將此一規定置於一般損害賠償法中，不再放在侵權行為法內。也加上了新法第253條第2項規定，因身體、健康、自由或性自主之侵害，而應負損害賠償責任，縱非財產上損害，亦得請求以金錢為適當之補償。因此對於契約責任與無過失責任也有其適用¹⁴（主要見之於締約過失責任與積極侵害債權之情形）¹⁵。對於舊法第847條第2項的諸多限制，如婦女、為婚姻外之同居者等過時的要件也已經排除了。

¹³ 舊法第847條【非財產上之損害】：「(1)在侵害身體或健康，或侵奪自由之情形，被害人對非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。此項請求權，不得讓與或繼承，但已依契約承認或已起訴者，不在此限。(2)對婦女犯違背倫理之重罪或輕罪，或因詐術、脅迫，或濫用從屬關係，使其應允為婚姻外之同居者，該婦女亦有同一之請求權。」相應之修正見§ 11 S2 StVG; Straßenverkehrsgesetz: “Im Fall der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit ist der Schadensersatz durch Ersatz der Kosten der Heilung sowie des Vermögensnachteils zu leisten, den der Verletzte dadurch erleidet, daß infolge der Verletzung zeitweise oder dauernd seine Erwerbsfähigkeit aufgehoben oder gemindert oder eine Vermehrung seiner Bedürfnisse eingetreten ist. Wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann auch eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.” § 8 Umfang der Ersatzpflicht bei Körperverletzung, Produkthaftungsgesetz: “Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit ist Ersatz der Kosten der Heilung sowie des Vermögensnachteils zu leisten, den der Verletzte dadurch erleidet, daß infolge der Verletzung zeitweise oder dauernd seine Erwerbsfähigkeit aufgehoben oder gemindert ist oder seine Bedürfnisse vermehrt sind. Wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann auch eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.”

¹⁴ Beck'sche Kurzkommentare, Band 7, Palandt, BGB, 2004, § 253 Rn. 1. Andreas Cahn, Einführung in das neue Schadensersatzrecht, ISBN: 3406498019, 2002, 11, Beck Juristischer Verlag, Rn. 121-122 .

¹⁵ 特別法中，如StVG第11條第2句。

就慰撫金的裁量，過去一直遵循德國聯邦法院慰撫金雙重功能的理論¹⁶，也就是均衡與回復功能（Ausgleichs- und Genugtuungsfunktion）。回復功能之目的在於因為加害人有可責的作為，讓加害人付出贖金（Bussgeldzahlung）。由於回復功能無法適用於無過失責任，其慰撫金的金額應該少於過失責任的情形。當然實務上，對於回復的功能，其實也沒有太大的意義¹⁷。可是在判決實務上，對於慰撫金的裁量，仍以行為人故意、重大過失或過失而有不同。因此在新法架構下會產生的爭議為，在危險責任的情形（特別是不可抗力時），是否應與過失責任的情況，要負相同的賠償責任。此外，對於推定之過失，特別在契約責任的情況，可能也要酌量減輕其慰撫金的金額¹⁸。

(五)家屬之慰撫金請求權

對於慰撫金，德國法限於受害人自身才可以請求，並未容許家屬有慰撫金的請求權，即使於受害人死亡時亦然。由於意外死亡者之親屬的慰撫金只能於例外情況下被請求，如死者之近親之死亡或受傷，而受有超過悲傷以外之健康損害或驚嚇損害（Schockschaden），才能當成自身之法益侵害。例如在12至15歲兒童面前殺死母親，在兒童的心裡上留下永久的陰影，影響其未來發展，並非以有心理或生理的痛楚為已足。不過在個案中甚難區分¹⁹。若親屬自身也受到身體傷受害者，將導致慰撫金的提高。

立法者並未採取奧地利與瑞士的作法，明確的拒絕了全面引進

¹⁶ BGHZ 18, 149.

¹⁷ BT-Drucks.14/7752 v. 7.12.2001, 15.

¹⁸ Hess/Jahnke, a.a.O., 84.

¹⁹ Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, a.a.O. (Fn. 7), Rn. 12 zu § 253.

家屬之慰撫金請求權。因此只由判決來解決此一問題²⁰，於被害人死亡時，允許其近親以自身身體或健康的影響來主張，其要件為：

1. 生理或心理上的影響必須是醫學上可以測知者；
2. 需有超於尋常之精神上衝擊之嚴重後果，且其反應於事後可以測知；
3. 補償義務之對象限於最近之親屬。

案例：馬主甲為其生病的馬向乙購買了一些藥品。由於可歸責乙的交付遲延，馬因未能及時服藥而死亡，甲因此傷心欲絕。依據德國民法第280條第1項規定，可以請求賠償重新購置同等級馬匹之費用（純粹客觀）。甲不能請求慰撫金，因為依據德國民法第253條第2項所列舉之法益，並不包括此種法益，驚嚇損害無法建立慰撫金賠償的基礎，因為只有死亡被害人近親才可以請求慰撫金。然而，此處仍有改革之必要，因為判決一方面避免擴張繼承人就驚嚇損害之請求權；他方面卻對於受害人縱然只存活數分鐘之情形給予慰撫金，理由上並不充分。

三、德國民法上其他非財產損害賠償規定

(一) 性別歧視待遇之賠償

德國民法第611條a（與性別相關之歧視）：「(1)僱用人對受僱

²⁰ BGHZ 56 163之事實為：「原告之夫於1965年3月6日64歲時，為被告之轎車撞死。當年50歲之原告訴請賠償因其夫死亡所導致之健康損害。地院給予全部賠償，高院給予部分賠償。第三審上訴撤銷原審裁判發回原第二審。」聯邦法院認為：「經由近親死亡意外所導致之精神上的創傷（Schockschaden），若其雖有醫療上可以確認之效果，但未超過於知悉近親死亡消息時所遭遇之健康上影響的範圍者，並不因此產生損害賠償請求權。德國民法第823條第1項規定之保護目的，僅限於依其種類與嚴重性超出此一範圍者。」http://www.lrz-muenchen.de/~Lorenz/urteile/bghz56_163.htm，上網日期：2006年2月25日。

人，就協議或措施，特別在建立勞動關係，在職業晉升，在指令或終止，均不得因其性別而有歧視待遇。因為性別而有不同的處理，只有在協議或措施以由受僱人所為之行為類別作標的，而特定之性別係此作為之必要條件者，才能被允許。於有爭議時，受僱人釋明事實，可以推定因為性別而有歧視，僱用人有義務舉證證明，就此一歧視並非以性別為基礎，而有差別待遇的理由，或該性別是有待完成工作之必要條件。(2)僱用人建立勞動關係時，違反了第1項規範之歧視禁令，受歧視之求職者，得請求金錢之損害賠償；不過不因此有建立勞動關係的請求權。(3)若求職者縱然在未有歧視的選擇下也不會被僱用，僱用人應給付最高三個月薪資之適當賠償。月薪指求職人於通常勞動時間於若被僱用之月，原可領取之金錢及物資。(4)依據第2項與第3項之請求權，應自求職拒絕通知送達時起算之期間，以書面主張之。就尋求僱傭關係所生損害賠償的主張，除斥期間至少為兩個月。如該期間非就尋求之僱傭關係所定者，其期間為六個月。(5)若就晉升無請求權存在時，第2項至第4項規定，於職業晉升時準用之。」本條與第611條b及第612條第2項²¹共同確保了在工作權上的兩性平等。德國基本法第3條第3項規定：「任何人不因其性別、身分、種族、語言、其故鄉與籍貫、信仰、宗教或政治立場而受不利或優惠。任何人不因其身心障礙而蒙受不利。」第611條a在工作權領域確保了基本法的禁止歧視規範²²。本條適用的對象包括所有的受僱人（包括公務員、軍人、法官）、學徒、義工、實習

²¹ 德國民法第611條a（職位之招募廣告）：「僱傭人在有職缺時，不得公開或在營業內部僅限於招募男性或女性。但有第611條a第1項第2句情形者不在此限。」德國民法第612條第2項：「(2)如薪資額度未約定者，如存在有薪資表者按該表給付，在未有薪資表者按以通常之報酬視為協議之報酬。」

²² Münchener Kommentar, Rz. 1 zu § 611a.

生、神職人員、也包括申請受僱之人²³。德國民法第611條a不僅禁止公開明確的性別歧視，也禁止隱藏的措施，例如升等時適用負面選擇標準（懷孕）。又如對於曾服兵役者優先聘用，也構成對男性的間接優遇²⁴。反向性別歧視（*umgekehrte Geschlechtsdiskriminierung*）是否被允許，頗有爭議。也就是不論其資格給予婦女一定比例之保障，是否受本條之禁止，在德國聯邦勞工法院請求下，歐洲法院於1995年10月17日作成判決，認為此種方式違反了76/207/EWG歐體準則，在同等條件下不能給予任一性別優先待遇²⁵。在歐體準則76/207第2條第4項規定有例外規定，據此如採取促進男女機會平等之措施，特別是排除事實上存在之不平等，應被允許。不過學者認為，此一條文應從嚴解釋，不能容許給予婦女決定與無條件之優先待遇²⁶。

違反本條規定之效果為：

1. 無效：德國民法第611條a第1項屬於德民法第134條之禁止規定²⁷，因此違法之歧視法律行為無效。但只限於僱主與受僱人間的法律行為，與第三人間的法律行為不屬於本條項規範的範圍。受歧視的受僱人得於收受解僱通知後三星期內，以訴訟主張解僱無效，

²³ Münchener Kommentar, Rz. 2 zu § 611a.

²⁴ Münchener Kommentar, Rz. 12 zu § 611a. Art. 2 Abs. 7 der RL in der Fassung der RL 2002/73/EG.

²⁵ BAG AP GG Art. 3 Nr. 193 = NZA 1994, 77. Der EFTA-Gerichtshof (24. 1. 2003 - E-1/02 - ABl. EU 2003 Nr. C 115, 6) hat entschieden, dass die starre Reservierung einer bestimmten Anzahl akademischer Stellen ausschließlich für Angehörige eines unterrepräsentierten Geschlechts gegen die RL 76/207/EWG verstößt.

²⁶ Münchener Kommentar, Rn. 14 zu § 611a.

²⁷ 第134條：「法律行為違反法律禁止之規定者，無效，但基於法律發生其他效果者，不在此限。」

僱傭關係繼續存在²⁸。

2. 沒有聘雇或升遷請求權（Kein Einstellungs-oder Beförderungsanspruch）：受歧視的求職或競爭者依據德國民法第611條a並無聘雇或升遷請求權。

3. 就升職的情況，結果上亦無不同。依據本條第5項規定：「若就晉升無請求權存在時，準用第2項至第4項規定，於職業晉升時之。」此種升遷的請求權可能由於不同理由而存在，如個別契約或集體契約上的請求權基礎。但本條只禁止性別歧視，並無契約強制的效力²⁹。因此本條僅有間接的效果，如僱用人決定實施升遷措施，只要不違反德國民法第611條a規定，就無法考慮他人。但僱用人仍可決定，不採取此種措施，此時受歧視之受僱人只能依據損害賠償去提出請求³⁰。

4. 依據原先的法律草案，如僱用人任職或升遷上歧視受僱人，應以金錢賠償。此一請求權限於消極利益（信賴利益）。一般言之，求職者並不能獲得高於求職費用之賠償。只有在特殊的情形下，此一消極利益才能高於履行利益³¹。由於歐洲法院於1984年4月10日判決³²，認為德國就民法第611條a第2項規定不符合1976年2月9日部長理事會76/207/EWG歐體準則的要求，因此聯邦勞工法院就一動物收容所僱用人不遵守德國民法第611條a第1項第1句規定，歧視特定申請工作者，依據侵害人格權給予損害賠償³³。

²⁸ Münchener Kommentar, Rn. 53 zu § 611a.

²⁹ 此種條文可參見我國消費者保護法第17條。

³⁰ Münchener Kommentar, Rn. 57 zu § 611a.

³¹ EuGH AP Nr. 1 = NJW 1984, 2021.

³² EuGH AP Nr. 1 = NJW 1984, 2021.

³³ BAG AP Nr. 5 = NZA 1990, 21.

(二) 旅遊時間浪費之損害賠償

德國民法第651條f規定：「(1)旅客除減價或終止契約外，得請求賠償因不履行所生之損害，但旅遊之瑕疵基於非可歸責於旅遊營業人之事由所致者，不在此限。(2)如旅遊無法成行或有重大影響，旅客亦得就由於浪費之旅遊時間，請求以金錢為適當之賠償。」如依據旅遊瑕疵而主張損害賠償，必然有德國民法第651條f規定之適用。因此德國民法之積極契約侵害或締約過失等在此並無適用之餘地。只有當侵害契約相對人之保護義務，若無此侵害契約原不會成立或旅遊自身受到影響者，可適用德國民法第241條第2項、第311條第2、3項³⁴。

1. 瑕疵通知／請求協助

BGH 20.9.84 NJW 1985, 132：「原告與其妻參加了搭機前往馬洛卡之套裝行程，其中1981年9月11日至18日住於公寓，自18日至25日住在別墅。總價為1700馬克，其中機票款為806馬克，公寓租金為342馬克，別墅租金為552馬克。在遷居往別墅後，原告於1981年9月19日提前回國，並以其妻為證人，指責旅遊地導遊的服務欠缺，並於1981年9月23日以律師函指責別墅的瑕疵。原告要求賠償旅遊費用扣除節省之費用1,445馬克，提前飛回所生增加費用100馬克，及浪費的旅遊時間2,400馬克。地方法院認為其妻對瑕疵的說明並不具體，駁回原告之訴。……」有爭議的是，德國民法第651條f是否要求為瑕疵之通知，頗有爭論，德國聯邦法院認為應為瑕疵之通知，因為德國民法第651條f只規範的請求權的範圍，未規範

³⁴ Bamberger/Roth, Januar 2005, Rn. 2 zu § 651 f., http://rsw.beck.de/bib/default.asp?vpath=%2Fbibdata%2Fkomm%2FBambergerRoth_Band2%2FBGB%2Fcont%2FBambergerRoth%2EBGB%2EP651f%2ET1%2Ehtm，上網日期：2006年1月9日。

其要件³⁵。

2. 過失推定

旅遊營業人必須證明，其並無過失。德國新民法將此理念變成了一般理念，融入了第280條中。應注意的是旅客依據德國民法第254條可能與有過失。

3. 浪費旅遊時間之賠償

雖然德國民法第651條f第1項的文字並未明文表達，但是本條的損害賠償或減少價金請求權卻以擔保權的發生為前提³⁶。無法成行除了要符合第1項要件外，尚須符合第2項之附加要件「旅遊無法成行或有重大影響」。旅遊無法成行（*Vereitelung*）指旅遊根本無法出發；在一開始就中斷了或者有嚴重瑕疵，對旅客毫無利益。如旅館因地震而倒塌、旅館超額訂房、班機因為罷工停飛或旅行社破產等。對旅遊有重大影響（*erhebliche Beeinträchtigung*），指考量個案所有情況，並斟酌度假之種類，認為旅遊全部或部分浪費的情形，如法蘭克福地院認為，影響達50%以上時，視為對旅遊有重大影響³⁷；學者有認為達33%即為對旅遊有重大影響。如契約上確認之旅遊目的無法達成，即為對旅遊時間的無益利用（*nutzlose Verwendung von Urlaubszeit*）³⁸。

(1)本項規定雖有深遠後果，對於此一規範的法律性質卻不很明確。早年的判決（BGHZ 63, 98）認為，浪費旅遊時間之賠償是一種財產上損害。現今多視為是一種非財產上損害（BGHZ 86, 213; LG Berlin NJW-RR 90, 636³⁹），構成德國民法第253條之例外。

³⁵ = BGHZ 92, 177 = JA 1985, 227.

³⁶ Bamberger/Roth, a.a.O., Rn. 8 zu § 651 f.

³⁷ LG Frankfurt NJW-RR 1993, 1330.

³⁸ Bamberger/Roth, a.a.O., Rn. 13-15 zu § 651 f.

³⁹ <http://rsw.beck.de/bib/default.asp?vpath=%2Fbibdata%2Fzeits%2FNJW%2DRR%2>

(2)請求權之範圍：浪費的度假時光要如何裁量，完全沒有標準。就受僱人而言，若原來的休假被浪費了，需要另外使用無薪給之休假，因此可以用薪水的標準來衡量。對於自由業者要衡量就困難多了。對於沒有收入的人（如家庭主婦、學生或小孩）如何衡量全無標準。一般而言，家庭主婦以其配偶之收入為判斷標準。對於無業者的損失無法衡量，因此是否給予損害賠償請求權仍存有疑義⁴⁰。

四、規範非財產損害賠償之其他法律

(一)聯邦社會救助法

聯邦社會救助法（Bundessozialhilfegesetz; BSHG）第77條規定：「(1)基於公法上規定就明示之目的給予之給付，只有於個案中，作為社會救助相同之目的者，才被視為收入。(2)基於非財產性質之賠償，而依據民法第253條第2項給付者，不被視為收入。」為何BSHG第77條第2項引據新法第253條第2項，而非第847條規定，卻沒有處理其他法條之慰撫金，其實是可以理解的。學者認為，此種在許多情形下僅是請求權競合之特別規定差異，並非立法者的本意⁴¹。同樣的問題也出現在聯邦照顧法（Bundesversorgungsgesetz）第25條d第4項⁴²及責任保險法（Plichtversicherungsgesetz）第12條

2F1990%2Fcont%2FNJW%2DRR%2E1990%2E636%2E3%2Ehtm&ha=Y-300-Z-NJW-RR-B-1990-S-636-N-*

⁴⁰ Moritz, Trainer Zivilrecht, Reisevertrag-Mängelhaftung, <http://bgj.jura.uni-hamburg.de/agl/agl-651f.htm>，上網日期：2006年1月10日。我國「國外旅遊定型化契約書範本」第14條訂有具體賠償金額，其金額與旅客身分無關。

⁴¹ Hess/Jahnke, a.a.O., 86.

⁴² 聯邦照顧法第25條d第1項及第4項規定：「(1)有關戰爭遺孤照顧規定中所稱收入，指戰爭遺孤照顧給付以外之金錢或有金錢價值之收入；惟不影響第26條a第4項之規定。基本月俸及重傷害加給，加上相當基本月俸額度之金額，均不視為收入；只要是依據第44條計算之寡婦基本月俸，或者依據第65條之基本月

第2項第1款，其新條文均引據了第253條第2項，而非第847條規定。

(二)德國刑事追訴措施賠償法

德國刑事追訴措施賠償法（Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen; StrEG）第7條第3款規定：「非財產之損害，就被剝奪自由之每一天補償11歐元。」⁴³

(三)德國著作權法

德國藝術著作權法（Kunsturheberrechtsgesetz; KUG）並沒有改革，不過由於此一部分國內論述不多，因此也在本文加以說明。德國著作權法第97條第2項規定：「著作權人、科學論著、照片之作者、及藝術家得於侵權人有故意或過失時，於符合公平之範圍內，就非財產之損害請求以金錢賠償。」⁴⁴特別值得一提的是肖像

俸為基礎者。第2句之規定，亦適用於依據第48條為基礎，對寡婦或孤兒所給付之基本月俸金額。……(4)依據公法上規定明示之目的所為之給付，只有在戰爭遺孤照顧給付相同目的者，才視為收入。基於非財產性質之賠償，而依據民法第253條第2項給付者，不被視為收入。」責任保險法第12條第1項及第2項規定：「(1)因使用車輛或拖車在本法是用之領域導致人身或物之損害，對於車輛占有人、所有人或駕駛人因為此一損害有請求權者，亦得對車輛意外損害賠償基金會求償，1.如經由使用而肇事之車輛，逃逸無蹤者；……(2)在第1項第1款之情形，對於車輛意外損害賠償基金會主張民法第253條第2項的慰撫金者，限於特別嚴重之侵害，且為避免重大不公平情事之情況與範圍所必要者。就對於車輛之物之損害的請求權人，在第1項第1款之情形，車輛意外損害賠償基金會對其並無補償義務。就其他物之損害，在此情況，基金會之補償限於損失超過1,000馬克的部分。」

⁴³ StrEG § 7 Umfang des Entschädigungsanspruchs: “(3) Für den Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, beträgt die Entschädigung elf Euro für jeden angefangenen Tag der Freiheitsentziehung.”

⁴⁴ UrhG § 97 “(2) Urheber, Verfasser wissenschaftlicher Ausgaben (§ 70), Lichtbildner

權在德國法上，規定於1907年1月9日實施之藝術著作權法第22條以下。就體例而言，此一規範並不妥當，因為這些條文保護的是肖像權人，並非著作權人。於1965年9月9日實施著作權法（Urheberrechtsgesetz; UrhG）後，此一條文仍維持其效力，一如著作權法第14條第1項第5款所澄清的，此一規定主要在於規範在媒體領域人格權的相關問題。

1. 肖像權保護之原則

德國藝術著作權法第22條：「圖像僅能在被作成圖像者 *Abgebildeter*（本人）同意下才能被散播或者公開展示。如果本人受有酬勞，有疑問時視為同意。在本人死亡後10年內，應得其家屬之同意。本法稱家屬指仍存活之配偶或同居人及被做成圖像者的子女，以及若無配偶及子女的情形，被作成圖像者之父母。」

因此德國藝術著作權法第22條第1句對於肖像權保護之原則，不論圖像（*Bildnis*）的內容與形成，就其散播與公開展示只有在經肖像權人之同意下始得為之。不過此一規定並未涉及圖像的製作過程，但圖像僅限於人的影像。圖像具體的呈現型態並不重要，除了畫作之外，也包括了照片、影片、電子圖檔等。重要的是就或多或少的人群而言，此一圖像的可資辨認性（*Erkennbarkeit*），如容貌或其他可辨識的特徵。任何對於肖像權人同一性的附加說明也可以是可資辨認性的基礎。對於裸照由於肖像權人的特別有保護必要，就不再需要可資辨認性的要件。對於死人的影像（*postume Bildnis*）也在本條保障的範圍。當然此一圖像的保護也及於演員飾演的本人。

(§ 72) und ausübende Künstler (§ 73) können, wenn dem Verletzer Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fällt, auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine Entschädigung in Geld verlangen, wenn und soweit es der Billigkeit entspricht.”

德國藝術著作權法第22條的同意，屬於法律行為的表示；對於未成年人的圖像必須經過法定代理人的同意，才能散播。問題是如此是否足夠，或者也同時需要經過圖像中的未成年人同意，不無疑問。德國聯邦法院迴避了此一問題（BGH LM § 823 (Ah) Nr. 52, Nacktaufnahme），學說上認為，若與私密性質之裸體照片的公開，構成對人格權的重大侵害，此時也應該得到圖像中的未成年人同意。

2. 肖像權保護之例外

藝術著作權法第23條：「(1)未有第22條所必要之同意，只有於以下情形才能被散播或公開展示：1.新聞事件領域的圖像；2.人只是風景或者其他地區以外的背景；3.集會、遊行或類似之過程，有表演者參與者；4.非以訂購為基礎，而其散播或公開展示係用於藝術上較高之利益者。(2)此一權限於被作成圖像者有合理利益者，或被做成圖像者已經死亡，可能傷及其家屬者，仍不得散播或公開展示。」

藝術著作權法第24條：「為執法或公共安全目的，機關得不經有權人、被做成圖像者或其家屬之同意，複製、散播或公開展示圖像。」

(1)在藝術著作權法第23條第1項第2款至第3款規定，若個別被納入圖像中之人，僅僅是背景或者集會的參與者，其肖像權不受保護。基於實務理由此一參與定義儘量作廣義解釋。因此在此處並非涉及對特定個人的呈現，德國法上因此使用了圖片Bilder，而非圖像Bildnis一詞。在藝術著作權法第23條第1項第4款規定，若有較高之藝術利益存在（*einem hoeheren Interesse der Kunst dient*），亦得為圖像之散布。

(2)最重要的也是在實務上最有關的例外，是藝術著作權法第23條第1項第1款的新聞事件（*Zeitgeschichte*）圖片。此一限制是基於

公眾就新聞事件領域圖片的呈現公開，而得為圖像之散布。當然這些人也不是被置於全然不受保護的境遇。一則藝術著作權法第23條第1項第1款已經就肖像權人的人格權與公眾之資訊利益間做了衡量。任何人不得引據此一條款，除非他能證明具體圖像的公開有值得保護的資訊利益。若公開僅對散播者的營業利益有益，就欠缺了值得保護的利益。

3. 例外的例外

縱然在藝術著作權法第23條第1項規定之例外情形，對於得公開之判斷仍未結束。依據藝術著作權法第23條第2項規定的例外的例外（Gegenausnahme），縱然經由個案衡量（Einzelfallabwägung）大眾資訊利益下，仍須就肖像權人之正當利益，或者在其死後，其家屬之利益加以考量。只有在大眾資訊利益高於肖像權人之正當利益者，未經同意的公開才有正當理由⁴⁵。

參、物之損害

一、回復原狀必要之金額

新法第249條規定：「(1)負損害賠償義務者，應回復損害賠償事由發生前之原狀。(2)因傷害人身或毀損物件而應賠償損害者，債權人得請求回復原狀所必要之金額以代回復原狀。就物之損害依第1句所必要之金額，僅於事實上有營業稅發生時，始包括營業稅在內。」修法對於德國聯邦法院所發展的汽車損害計算原則，並未有

⁴⁵ Funkel, Schutz der Persönlichkeit durch Ersatz immaterieller Schäden in Geld: eine rechtsvergleichende Untersuchung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes unter besonderer Berücksichtigung des Geldersatzes fuer Nichtvermögensschäden in Deutschland und England, München, 2001, 3.

任何的變動。換言之，這種費用是「排除損害通常必要之修理費用，fuer die Behebung des Schadens ueblicherweise erforderlichen Reparaturkosten.⁴⁶」，有爭議的部分是，此種擬制計算方式可能導致受害人受過度的補償，因為由鑑定人鑑定之修理金額也包含了營業增值稅，但此一費用可能根本就沒有支出。新法對此一計算方式只修正了舊營業稅的部分。依據新的規定，營業增值稅只有在有實際支出時才能被接受。也就是說，若受害人以擬制的鑑定估價為基礎請求賠償，卻不排除損害，就只能請求扣除增值稅後的賠償。此一原則不僅僅適用於汽車的損害賠償，對於所有損害賠償的領域均有適用。以擬制的估價為基礎者，若事後修理費用高於估價，只要與意外相關，應該依據實際費用加上營業稅賠償。受害人有立即修理的義務，否則因此一期間增加的費用支出，由受害人自行負擔。若事後的修理費用低於估價，多取得的金額應該返還加害人。對於計算人身損害（如醫療費用）與物之結果責任（Sachfolgeschaeden）（如鑑定人費用、租車費用、律師費用等）則不在擬制費用計算方法之列⁴⁷。

對於車輛損害部分，若在特約修車廠或者有照修車廠修理者，係以實際修車金額為計算標準而非僅憑估價單求償者，其帳單為含稅價格，求償金額為帳單價額。即使在憑估價單求償者，較高比例的情況在此種車廠修理。新規定的效果，將導致多半的修理會在正

⁴⁶ BGH NJW 1989, 3009; BGH NJW 1992, 1618. 相關問題之探討，參見黃立，剖析債編新條文的損害賠償方法，月旦法學雜誌，61期，2000年6月。

⁴⁷ BGHZ 66, 241. 聯邦法院第4庭就修理前直接作價給車廠一案指出，受害人就修理的意思，在實務上是無法審查的內在要件。而該受損車輛較低的售價反映了修理費用。受害人在此情形不應該被剝奪其選擇自由。因此在出售後仍可就其擬制之修理費用求償。<http://www.bghcam.de/volltext-2003/zbgh753.htm>，上網日期：2005年2月12日。

規修車廠修理，減少到路邊攤修理的機會，也會導致營業稅收入的增加。若受害人在無照修車廠修理，帳單上雖也顯示了營業增值稅的金額，對於稅金的有未繳納仍須注意，而有必要向當地的稅捐機構詢問其納稅的情況。在帳單上顯示的金額必須是含稅金額（營業稅法第14條第1項a款），因為納稅號碼只有在免稅銷售的情況才能免除。學者認為，縱然受害人在取得的帳單上，並未顯示有無繳納營業稅，由於修車廠並無義務在帳單上顯示營業稅，因此受害人若無可歸責事由，就營業稅部分仍可受償⁴⁸。

二、自行修理及第三人之協助

若受害人將汽車自行或經由第三人，以較低的價格修理或部分修理，依據新法只要營業稅的繳納與損害排除相關，而實際有支付營業稅時，就可以就營業稅求償。例如購買零件或部分修理之帳單，其營業稅部分自然可以求償。

三、雖可修理仍然重置

在需要大幅修理或在新車的情況，縱然修理費用並未超過重置之費用，受害人若決定重新購買，受損的車輛並未自行修理，而是出賣或者抵充車款之部分，受害人此時的情況，與所謂重置成本的130%界線無關⁴⁹，也脫離了前述討論的範圍。此時受害人可以就鑑定人鑑定之含稅毛額求償，無須於事後就其實際修理費用舉出任何證明⁵⁰。重置（Ersatzbeschaffung），並非單純的指賠償已經花費的金額。但若原受損害的是轎車，但卻購入休旅車或吉普車，或

⁴⁸ Hess/Jahnke, a.a.O., 101.

⁴⁹ 相關說明詳見黃立，同註46。

⁵⁰ Hess/Jahnke, a.a.O., 108.

者購買新車前，其通勤的捷運車票可否被視為重置，不無疑問。當然購買同等級的車輛並非必要，但是可先確定的是，重置者必須是原車輛的替代交通工具。如果汽車受損害後購入一部機車，而此機車被用於每日前往工作地點之用，縱然與汽車並非同類產品，仍應視為重置的範圍⁵¹。另一個問題是，以公司購買的車輛為例，依據其內部（折舊）規範，該車已屆汰換之時期。此時重置與受損間有無因果關係或僅僅是偶然的重疊，應該是判別的標準⁵²。重置的時點一般而言，應在損害發生後六至八個月內為之。但在個案中並不排除超越此一期間仍被視為是受損車輛的重置者，當然此時就重置與意外事件的直接關聯的說明與證明義務，即落在受害人的身上⁵³。

四、全損時的重置

(一)如受損害的物品已經不值得修理，此時受害人所獲之賠償，應為重置費用扣除受損物品之殘值。若此重置費用包含營業稅，該營業稅也應賠償。若重置的車輛貴於受損車輛同等級者，其營業稅的賠償限於，若受害人購買同等級車輛時原應支付的營業稅⁵⁴。

(二)比較特殊的是德國聯邦法院BGH NJW 1982, 163對於新車受損害（Neuwertentschaedigung）時的賠償的見解。新車受損指受損害的車輛與新車相近，而車輛蒙受嚴重且排除後非無後果之損害時。新車損害賠償以事實上有新購車輛為前提，此時除重置費用（扣除受損物品之殘值）外，購買新車實際發生的營業稅仍可受償⁵⁵。

51 Hess/Jahnke, a.a.O., 109.

52 Hess/Jahnke, a.a.O., 109.

53 Hess/Jahnke, a.a.O., 110.

54 Entwurfsbegründung, 56.

55 Hess/Jahnke, a.a.O., 118.

五、真正的全損

真正的全損（Totalschaden）並不在新法第251條的適用範圍。此時受害人仍得就受損之物的價值包括營業稅請求賠償，縱然此一營業稅實際上並未發生，亦在所不問。

六、經濟上全損

德國民法第251條規定：「1. 不能回復原狀或回復原狀未足賠償債權人之損害時，賠償義務人應以金錢賠償債權人。2. 如回復原狀須為不成比例之支出，始有可能時，賠償義務人得以金錢賠償債權人。因治療受傷動物所生費用，縱然遠超過其價值，不能認為係不成比例。」

(一)是否屬於顯有重大困難以重置成本的130%為界線

在BGHZ 115, 364 ff. 案件中⁵⁶，甲有寶時捷911渦輪增壓雙門跑車一部，於1988年8月2日與乙所駕駛的歐寶（Opel Manta）相撞，由於甲所行駛的道路是優先道路，乙應負全部賠償責任。其修理費用為93,396馬克，甲主張的價格減損為5,000馬克⁵⁷。甲的汽車修理期間為同年8月4日至9月22日，此一期間甲租用了一部賓士300E使用，其租車費用為20,495.70馬克。就另外的12天無法使用車輛，甲請求賠償，1680馬克。福來堡地方法院（Landesgericht Freiburg）判決同意乙應賠償甲82,679.70馬克加上利息。甲不服上訴至卡斯魯高等法院（Oberlandesgericht Karlsruhe），該院判決乙應賠償甲122,080馬克。德國聯邦法院撤銷了高院的判決，該院認為，被害

⁵⁶ 德國聯邦法院民事第四庭1991年10月15日VI.ZR.314/90號判決。

⁵⁷ 此種主張係將民法第196條及第213條使用，基於車禍車輛縱經修理，仍有價值減損，應屬合理。

人依據德國民法第249條第2句規定，固然有權自行將物回復原狀，而請求支付回復原狀所必要之費用。不過該判決指出：「1. 在汽車受損害時，購買同值的替代汽車也算是一種回復原狀。2. 被害人就其是否將受損害之汽車送修，或者購買替代汽車的問題，必須將汽車的修理費用（加上可能的價值減損）與新購費用比較。此時基於簡化作業與可行性的理由，排除購買汽車剩餘價值的考量，僅考慮重新購置的費用。3. 基於個人偏好利益的考量（Integritaetsinteresse），若被害人為其所信賴的汽車，支出修理費用，包括因車禍所生之價值減損，通常可達於新購成本的130%。4. 若修理期間之租車費用與新購成本不成比例時，修理就沒有意義了。5. 若被害人因誤以為修理較為便宜而選擇修理的方式，則由於不可歸責於被害人的汽車廠誤判風險，應由加害人負擔。」⁵⁸

(二)回復原狀超過重置費用130%界限僅能請求金錢賠償

在BGHZ 115, 375 ff.一案中⁵⁹，在交通事故中，加害人之責任保險人（即被告乙）應負全部之賠償責任。原告甲所駕駛之一部八年車齡的賓士380SEL在車禍中受損嚴重，乙委任的鑑定人丙認為，預估之修理費用為30,193.53馬克，重置成本為21,000馬克，車禍車輛的剩餘價值為4,000馬克。原告將車送修共花了42,322.88馬克，其中排除車禍損害之修理費用為34,038.44馬克，其差額8,284.44馬克為其他修理費用。乙支付了甲重置成本與剩餘價值之差額17,000馬克。其後又支付了此一金額的30%即5,100馬克，共22,100馬克。甲認為，乙應給付其重置成本21,000馬克的130%，即27,300馬克，而不應扣除剩餘價值。因而請求乙另行給付5,200馬

⁵⁸ 黃立，同註46。

⁵⁹ 德國聯邦法院民事第四庭1991年10月15日VI.ZR.67/91號判決。

克。本案的第一審法院是科隆地方法院（Landgericht Köln），第二審法院為科隆高等法院（Oberlandesgericht Köln）。第一審法院認為原告之訴有理由，被告不服上訴。第二審法院撤銷原審判決並將原告之訴駁回。德國聯邦法院維持第二審之判決，認為：「

1. 甲依據德國民法第249條主張回復原狀不應被准許，其汽車由於不值得修理（Reparaturunwürdigkeit），而不能主張回復原狀，只能依據第251條第1項為金錢賠償的主張。回復原狀在技術上雖屬可行，在經濟上並無意義，因為修理需要不成比例的高額費用。

2. 汽車縱然在所謂的完全經濟損害（wirtschaftliche Totalschaden）情況，被害人可以經濟上合理的費用，重購『相同價值的替代汽車』（ein gleichwertiges Ersatzfahrzeug）時，被害人仍可以依據德國民法第249條請求重置費用。因為德國民法第249條第1句所謂：『1. 負損害賠償義務者，應回復損害賠償發生前之原狀。』的規範目的，並不限於將原受損之物回復，而是廣泛的指，回復到發生損害前的狀態。此一目的在被害人購買替代車輛時亦可達成。

3. 若預估之修理費用，超過重置成本的130%，則其修理原則上係屬經濟上不合理。若被害人仍將其汽車送修，並不能分別主張由加害人負擔經濟上合理之費用（高達重置成本的130%），而由被害人負擔經濟上不合理之部分。在此情形，加害人只需就重置成本負責。」

事實上在本案中，預估之修理費用就已經超過重置成本的44%，到修理後實際支付的費用更高達重置成本的62%。聯邦法院肯定高院的見解，認為一個經濟上合理思考的被害人不應該再修理該車⁶⁰。回復原狀在經濟上顯有重大困難，草案中並未作任何規

⁶⁰ 黃立，同註46。

範。因此在比較時，應該以含稅價格作為比較的基礎⁶¹。

肆、改善兒童在交通事故上的法律地位

此次損害賠償法的修正重點之一，就是德國道路交通條例的修正，改善了兒童在機械化交通中法律地位的改善，也回應了多次交通法庭會議的決議（1983年、1991年、1998年、2000年）⁶²。立法者依據心理學上的知識，兒童在滿十歲後才有生理與心理上的能力，認識交通上的特殊危險，並且配合此一危險而為適當的行為。經由新法第828條第2項第1款規定，將兒童在交通事故上的法律地位，做了大幅的改善。當然立法者在立法時也明知，此種規定將使其他交通參與人的成本增加⁶³。因此為避免此種風險，只有經由締結適當的保險契約（如車體險及非強制之第三人責任險）加以防範。就德國民法而言，真正的改變並不大，不過將責任能力的年齡由七歲提升為十歲。由於道路交通條例第7條第2項廢除了無可避免證據Unabwendbarkeitsbeweis之規定⁶⁴，使得對兒童的立法保護進一步強化。

⁶¹ Hess/Jahnke, a.a.O., 116.

⁶² Hess/Jahnke, a.a.O., 46.

⁶³ Referentenentwurf, Begründung 17.

⁶⁴ 如損害之發生係不可避免加害人就可以免責，相反的如損失之發生，如BGH, Urt. v. 13. April 2000 - I ZR 290/97 - OLG Bremen, LG Bremen之情形，被告為貨車司機，運送六部轎車前往保加利亞蘇非亞市，由於其既未攜帶目的地的地圖，也沒有對交貨地點之路況有詳細資料，因此被迫在昏暗處問路於人，因此被搶就不符合此一要件。<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2000-4-&anz=13&pos=4&Frame=2>，上網日期：2006年3月7日。

新法第828條規定：「(1)未滿七歲之人，就其加於他人之損害，不負責任。(2)七歲以上未滿十歲之人，就其與汽車、軌道車輛或磁浮車輛之意外，對他人所生損害，不負責任。但其以故意為此侵害者不在此限。(3)未滿十八歲之人，其責任未依據第1項或第2項規定被排除者，若於為加害行為時，不具備識別其責任所必要之判斷力者，就其加於他人之損害，不負責任。」既然德國民法第828條對兒童的侵權行為責任，以年齡與條件作了限制，主張兒童與有過失抗辯Mitverschuldenseinwand的機會，也因此被排除了。這也是新法此部分改革的核心部分⁶⁵。

一、七歲以下的兒童

對於以七歲作為一般責任能力的界線，在此次修正時並未有所變動。對於兒童與有過失之抗辯也未有變動。兒童在滿七歲以前並無與有過失的問題。任何涉及意外的駕駛人不能對未滿七歲的兒童主張按過失比例分攤損害。道路交通條例第7條，加害人對於兒童的實體損害應該全部賠償。若能證明駕駛人有過失，依據德國民法第823條規定，就兒童的實體或非財產損害均應賠償。在可以適用德國民法第831的情形，使用人可被推定有過失與因果關係⁶⁶。相反的，未滿七歲的兒童不需為自己的錯誤行為被扣減其請求。若駕駛人有投保責任險者，也不適用德國民法第829條的公平責任

⁶⁵ Hess/Jahnke, a.a.O., 47.

⁶⁶ 第831條：「(1)使用他人執行事務者，就該他人因執行事務所不法加於第三人之損害，負賠償義務。使用人於選任受僱人時，及關於裝置機械或器具、或指揮事務之執行，於為裝置或指揮時，已盡交易上必要之注意，或縱加以注意，而仍不免發生損害者，使用人不負賠償義務。(2)依契約為使用人擔任處理第1項第2句所定之事務者，亦負同一之責任。」

(Billigkeits-Mitverantwortung) 規定⁶⁷。法定代理人的疏失在此情況下也不須被考量⁶⁸。

二、七歲以上未滿十歲之兒童

從2002年8月1日起，對沒有動力車輛參與的意外交通事件，如自行車、滑板、溜冰鞋與行人相互間的擦撞事件，其負責的年齡仍為七歲。與過去並無不同。只有對動力車輛參與的交通，從2002年8月1日起所生意外，立法者將其責任年齡提高至滿十歲。對七歲以上未滿十歲之兒童，就客觀上不當行為 (fehlverhalten)，並無任何自身責任可言，且不論兒童在意外中參與的角色為何，例如行人、騎自行車、使用滑板或穿溜冰鞋者等皆同。因此若九歲的甲，在城中區突然跑到車道上來，被乙的汽車撞成重傷，雖然乙的車速在容許範圍內，乙仍須對甲的實體損害與非財產損害負賠償責任。而甲對乙汽車所生損害不負責任。

三、兒童的故意行為

兒童故意引起有動力車輛參與的交通意外，其免責的年齡仍為七歲。因為此時對兒童並無過度的要求 (新法第828條第1項但書)。因為既然是兒童的故意行為，立法者認為此時並無減輕責任的必要。

⁶⁷ 第829條：「合於第823條至第826條所定情形之一，而依第827條及第828條之規定，就其所惹起之損害不負責任之人，如不能由有監督義務之第三人為損害賠償者，仍應賠償其損害，但其範圍，以依照情形，即如按當事人之關係，其損害之填補，為公平原則之所要求，且不影響其維持相當於身分之生計，及履行法定扶養義務所需之資力者為限。」

⁶⁸ Hess/Jahnke, a.a.O., 48.

四、十歲以上未滿十八歲青少年的行為

十歲以上未滿十八歲青少年（滿十八歲為成年）的行為，並無任何法律上的變動，依據新法第828條第3項（舊法第828條第2項）規定，就其行為負責。

伍、責任義務法的修正

一、全面採取危險責任

依據德國道路交通條例舊條文第8條a之規定，駕駛人對乘客只有在其搭乘，係基於有償、營業性的旅客運送者，才有危險責任。其結果為，就無償被運送的旅客，如搭載親屬，只須依據德國民法第823條的規定，負擔一般的過失責任。依據現行的德國道路交通條例新條文第7條（StVG § 7）規定：「(1)駕駛動力車輛或由動力車輛拖曳之拖車，使人死亡、身體或健康受傷，或使物受損，車輛占有人對於受害人應賠償其損害。(2)如意外係由不可抗力所造成者，（占有人）不負賠償責任。(3)駕駛人違反動力車輛占有人之意思，而擅自使用車輛，該駕駛人取代占有人而負損害賠償責任，除此之外，由於車輛占有人之過失，使駕駛人得以使用該車輛者，占有人仍應負責。第1句之規定，如駕駛人係為使用該車輛之占有人所僱用者，或由車輛占有人交付其使用者，不適用之。第1句及第2句之規定，對於拖車之使用準用之。」⁶⁹新法的規定，不再區分有

⁶⁹ 德國道路交通條例新條文第7條原文為：「(1) Wird bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs oder eines Anhängers, der dazu bestimmt ist, von einem Kraftfahrzeug mitgeführt zu werden, ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Halter verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. (2) Die

償運送與無償運送，將危險責任擴及於無償運送之人。不過本條的規定，對於時速不超過20公里的車輛或馬車，不適用之（德國道路交通條例第8條）。

二、請求權人與義務人

(一)請求權人

依據德國道路交通條例第7條第1項及第18條第1項規定，請求權人為因汽車之駕駛而受有身體或物之損害之人。在物之損害情形，除所有權人外，亦包括其他合法占有人（如融資性租賃承租人、承租人或擔保提供人）。請求權人依據責任保險法第3條第1項規定，對於保險人有直接請求權。不過請求權人不得在車輛使用中有所參與，例如協助修理、保養、裝卸貨物（德國道路交通條例第8條第2款）。

(二)義務人為車輛占有人或駕駛人

條例第7條所規範的危險責任只針對車輛的占有人，不包括被保險人或所有人。若車輛占有人自己受傷害，並無條例第7條之適用。車輛占有人係指於意外發生時點，為自己之計算而使用車輛，

Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn der Unfall durch höhere Gewalt verursacht wird. (3) Benutzt jemand das Fahrzeug ohne Wissen und Willen des Fahrzeughalters, so ist er an Stelle des Halters zum Ersatz des Schadens verpflichtet; daneben bleibt der Halter zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wenn die Benutzung des Fahrzeugs durch sein Verschulden ermöglicht worden ist. Satz 1 findet keine Anwendung, wenn der Benutzer vom Fahrzeughalter für den Betrieb des Kraftfahrzeugs angestellt ist oder wenn ihm das Fahrzeug vom Halter überlassen worden ist. Die Sätze 1 und 2 sind auf die Benutzung eines Anhängers entsprechend anzuwenden.”

並有使用車輛之管領力，事實上或經濟上獨自負責者⁷⁰。行車執照之所有人姓名或被保險人之姓名，對於誰是占有人並非決定的指標⁷¹。在移轉擔保或融資性租賃的情形，只有債務人為承租人時才被視為車輛占有人。對車輛駕駛人之請求權行使要件，依據德國道路交通條例第18條第1項第1句規定：「(1)於第7條第1項情形，動力車輛或拖車駕駛人也依據第8條至第15條規定負損害賠償責任。」與車輛占有人相同。不過車輛占有人在條例第7條第2項的嚴格要件下才能免責，然而車輛駕駛人的免責要件較為寬鬆，只要求損害非由於駕駛人之過失引起者，就排除了此項賠償義務。

(三)企業經營者不得以契約條款限制或排除危險責任

此外，德國道路交通條例新條文第8條a規定：「於有償、營業方式從事旅客運送之情形，車輛占有人依據第7條因旅客死亡或受傷之責任，不得以約定排除或限制之。縱由公法人或機構經營，亦不能排除其係以營業方式從事旅客運送者。」⁷²

換言之，對於無償、非以營業方式運送旅客，可以特約方式排除或限制車輛占有人之責任。

三、危險責任擴及於拖車

前引之德國道路交通條例新條文第7條第1項規定：「(1)駕駛動

⁷⁰ LG Kleve v. 2.5.1995.

⁷¹ BGH NJW 1992, 145.

⁷² StVG § 8a: “Im Falle einer entgeltlichen, geschäftsmäßigen Personenbeförderung darf die Verpflichtung des Halters, wegen Tötung oder Verletzung beförderter Personen Schadensersatz nach § 7 zu leisten, weder ausgeschlossen noch beschränkt werden. Die Geschäftsmäßigkeit einer Personenbeförderung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Beförderung von einer Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts betrieben wird.”

力車輛或由動力車輛拖曳之拖車，使人死亡、身體或健康受傷，或使物受損，車輛占有人對於受害人應賠償其損害。(2)駕駛人違反動力車輛占有人之意思，而擅自使用車輛，該駕駛人取代占有人而負損害賠償責任，除此之外，由於車輛占有人之過失，使駕駛人得以使用該車輛者，占有人仍應負責。第1句之規定，如駕駛人係為使用該車輛之占有人所僱用者，或由車輛占有人交付其使用者，不適用之。第1句及第2句之規定，對於拖車之使用準用之。」將責任擴及於拖車，此一規定僅在動力車輛與拖車並非同一占有人時才有意義。在實務上的理由是，受害人在意外發生時，常常只看到拖車的車牌號碼，無法看到在前端的動力車輛車牌號碼，因此在二者並非同一人時，實施請求權時會遭遇到困難。

四、只有不可抗力才能排除車輛占有人責任

在德國道路交通條例舊條文第7條第2項，只要意外係由於無法排除（unabwendbar）之事件⁷³，即可排除車輛占有人之危險責任。依據德國道路交通條例新條文第7條第2項：「(2)如意外係由不可抗力所造成者，（占有人）不負賠償責任。」⁷⁴變成只有不可抗力才能免責。不可抗力指，來自外界，與操控無任何關聯，非可預見之事件，縱以最佳及合理方式之注意也無法避免⁷⁵，例如甲在產業道路上行駛，由於山崩車子被推到反方向車道，撞傷行人乙。相反的，如一位車輛占有人於開車時，由於地面有客觀上無法辨識之油

⁷³ 無法排除指，如果依據人類的知能非可預見，且以經濟上可負荷的方法，縱然於最小心的情況下，仍無法防止者。見Hess/Jahnke, a.a.O., 17。

⁷⁴ 舊法中原有類似第17條第3項規定之文句：「意外係屬不可避免之事件所引起，且既非由於車輛特性之瑕疵，亦非由於車輛設備之失靈者，不負第1項與第2項之賠償義務。」改成不可抗力責任。

⁷⁵ BGH NJW RR 1988, 986; BGH NJW 1990, 1167.

污⁷⁶，或者下雪天地面突然有非可預見的光滑冰塊，以致車子打滑，均非不可抗力，而不再能依據德國道路交通條例新條文第7條第2項主張免責。

德國道路交通條例新條文第17條（StVG § 17）規定：「(1)損害係由多數車輛肇致，而肇事之車輛占有人依據法律對第三人有損害賠償義務者，在各車輛占有人間就賠償義務及應為賠償範圍之關係，依據情況，特別是損害是否主要由其中一人或他方所肇致而定。(2)損害由多數車輛占有人肇致，第1項之規定亦適用於多數車輛占有人彼此間的責任。(3)於該意外係屬不可避免之事件所引起，且既非由於車輛特性之瑕疵，亦非由於車輛設備之失靈者，不負第1項與第2項之賠償義務。所謂不可避免之事件，指車輛占有人或車輛駕駛人於意外發生時，均遵守當時應有之注意義務而言。此一賠償義務之排除，對於非車輛占有人之動力車輛所有人之賠償義務，亦適用之。(4)第1項至第3項之規定，於損害係動力車輛與其拖車、動力車輛與動物或者動力車輛與火車所引起者，準用之。」⁷⁷ 規範

⁷⁶ LG Köln v.9.4.1965, unabwendbar, aber keine höhere Gewalt.

⁷⁷ StVG § 17原文為：「(1) Wird ein Schaden durch mehrere Kraftfahrzeuge verursacht und sind die beteiligten Fahrzeughalter einem Dritten kraft Gesetzes zum Ersatz des Schadens verpflichtet, so hängt im Verhältnis der Fahrzeughalter zueinander die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. (2) Wenn der Schaden einem der beteiligten Fahrzeughalter entstanden ist, gilt Absatz 1 auch für die Haftung der Fahrzeughalter untereinander. (3) Die Verpflichtung zum Ersatz nach den Absätzen 1 und 2 ist ausgeschlossen, wenn der Unfall durch ein unabwendbares Ereignis verursacht wird, das weder auf einem Fehler in der Beschaffenheit des Fahrzeugs noch auf einem Versagen seiner Vorrichtungen beruht. Als unabwendbar gilt ein Ereignis nur dann, wenn sowohl der Halter als auch der Führer des Fahrzeugs jede nach den Umständen des Falles gebotene

的是多數車輛占有人間的責任問題，在此情形，如有不可避免之事件仍可免責。

舉例言之，甲所開之車輛在紅燈前停車，由於乙開車超速且未保持安全距離，因而撞到甲車，使其向前衝撞而傷及穿越斑馬線之丙。甲之車輛也同時受損。依據新法丙可以對甲或乙提出賠償請求，對甲而言，此一意外雖然無法排除，但對丙而言並非不可抗力。在甲與乙間，由於損害係由多數車輛肇致，而甲之發生意外係屬不可避免之事件，就內部關係言不負賠償義務，甲可以向乙求償⁷⁸。

五、責任額大幅提高

在德國道路交通條例新條文第12條（StVG § 12）規定：「(1) 有賠償義務人時為：1. 於有人死亡或受傷時，最高為60萬歐元，或者每年3萬6千歐元之年金；2. 於多數人因同一事件死亡或受傷者，除第1項規定之上限外，賠償總金額不逾300萬歐元，或者每年18萬歐元之年金。在有償、以營業方式從事旅客運送之情形，此一上限對於有賠償義務之車輛或拖車之占有人不適用之。3. 於物之損害情形，如以同一事件使多數物件受損，其最高限額為30萬歐元。(2) 如以同一事件須依據第1項規定，為多數之賠償，而其總賠償金額超過依據第2款第1句及第3款之上限，依據該金額與總金額之比例，減少

Sorgfalt beobachtet hat. Der Ausschluss gilt auch für die Ersatzpflicht gegenüber dem Eigentümer eines Kraftfahrzeugs, der nicht Halter ist. (4) Die Vorschriften der Absätze 1 bis 3 sind entsprechend anzuwenden, wenn der Schaden durch ein Kraftfahrzeug und einen Anhänger, durch ein Kraftfahrzeug und ein Tier oder durch ein Kraftfahrzeug und eine Eisenbahn verursacht wird.”

⁷⁸ Hess/Jahnke, a.a.O., 15.

其個別賠償之金額。」⁷⁹此一修正對於逾20年未修正之金額，顯有必要。

陸、對藥物法的修正⁸⁰

一、對發展與製造瑕疵原因舉證責任的轉換

(一)新藥物法第84條危險責任概說

德國新藥物法（以下簡稱藥物法）第84條，確認在藥物發展或製造領域所產生之瑕疵，藥物製造人就瑕疵藥物有危險責任，該條規定：「(1)由於使用人類適用之藥物，在本法適用範圍內交付給消費者，其或為處方藥，或不需處方者，而致人於死，或對人之身體或健康有不輕之損害，將該藥品上市之企業經營者，對於受害人所生之損害，負損害賠償之義務。然此一賠償義務僅存在於：1.該藥

⁷⁹ StVG § 12原文為：“(1) Der Ersatzpflichtige haftet 1. im Falle der Tötung oder Verletzung eines Menschen nur bis zu einem Kapitalbetrag von 600,000 Euro oder bis zu einem Rentenbetrag von jährlich 36.000 Euro; 2. im Falle der Tötung oder Verletzung mehrerer Menschen durch dasselbe Ereignis, unbeschadet der in Nummer 1 bestimmten Grenzen, nur bis zu einem Kapitalbetrag von insgesamt 3,000,000 Euro oder bis zu einem Rentenbetrag von jährlich 180,000 Euro; im Falle einer entgeltlichen, geschäftsmäßigen Personenbeförderung gilt diese Beschränkung jedoch nicht für den ersatzpflichtigen Halter des Kraftfahrzeugs oder des Anhängers; 3. im Falle der Sachbeschädigung, auch wenn durch dasselbe Ereignis mehrere Sachen beschädigt werden, nur bis zu einem Betrag von 300,000 Euro. (2) Übersteigen die Entschädigungen, die mehreren auf Grund desselben Ereignisses nach Absatz 1 zu leisten sind, insgesamt die in Nummer 2 Halbsatz 1 und Nummer 3 bezeichneten Höchstbeträge, so verringern sich die einzelnen Entschädigungen in dem Verhältnis, in welchem ihr Gesamtbetrag zu dem Höchstbetrag steht.

⁸⁰ Arzneimittelgesetz. (AMG), zitierter Text gibt das Arzneimittelgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Dezember 1998 (BGBl. I 3586) wieder.

品在依規定使用有損害效果，此種效果為依據醫藥科學標準知識所不知者，或 2. 損害由於不符合醫藥科學知識之標示、專業訊息或使用須知所致者。(2) 使用之藥品依據個案之情況，可能引起一定之損害，則推定此一損害係經由該藥品所引起。在個案中之可能性 *die Eignung* 依據所使用藥品之成分與分量、依據規定使用之種類與期間、依據其與損害發生在時間上的關聯性、依據受害人在使用當時之損害狀況及健康情形以及所有其他事實，在個案中可以用為佐證或推翻損害發生原因者。除使用其他藥品外，其他之情況依個案情況也可能引起損害者，不適用此一推定。但由於此一藥品之使用，其請求權依據本法規定基於其他理由，認為損害因欠缺因果關係而不存在者，不在此限。(3) 藥物企業經營者依據第 1 項第 2 句第 1 款之賠償義務，於依據情況可以認定，藥物的損害效果非在其發展與製造領域之原因所生者，應被排除。」⁸¹

⁸¹ § 84 AMG (Gefährdungshaftung): “(1) Wird infolge der Anwendung eines zum Gebrauch bei Menschen bestimmten Arzneimittels, das im Geltungsbereich dieses Gesetzes an den Verbraucher abgegeben wurde und der Pflicht zur Zulassung unterliegt oder durch Rechtsverordnung von der Zulassung befreit worden ist, ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen nicht unerheblich verletzt, so ist der pharmazeutische Unternehmer, der das Arzneimittel im Geltungsbereich dieses Gesetz in den Verkehr gebracht hat, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen. Die Ersatzpflicht besteht nur, wenn 1. das Arzneimittel bei bestimmungsgemäßem Gebrauch schädliche Wirkungen hat, die über ein nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft vertretbares Maß hinausgehen oder 2. der Schaden infolge einer nicht den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft entsprechenden Kennzeichnung, Fachinformation oder Gebrauchsinformation eingetreten ist. (2) Ist das angewendete Arzneimittel nach den Gegebenheiten des Einzelfalls geeignet, den Schaden zu verursachen, so wird vermutet, dass der Schaden durch dieses Arzneimittel verursacht ist. Die Eignung im Einzelfall beurteilt sich nach der Zusammensetzung und der Dosierung des angewendeten Arzneimittels, nach der Art und Dauer seiner

依據德國舊藥物法第84條第1項第2句第2款規定，藥物的受害人必須說明並舉證證明，其無可替代的藥物損害效果，係導因於藥物之發展或製造領域。此一舉證責任分配，將對受害人造成無法跨越之障礙⁸²。舊法第84條規定，受害人就藥品的使用與所生損害間的因果關係，負舉證之責。此一因果關係的舉證責任所產生的困難在於，縱然能確認由受害人所使用之方式，通常會引起依據規定方式使用所生之損害，此一損害亦必須與被害人所蒙受之損害相同。在個案中，當然有高度可能性認為此一損害係由於該藥物所導致；可是面對法官對因果關係審查時，仍會有疑慮產生⁸³。在病人同時使用多種藥物治療時，要求病人說明並證明其損害係由特定藥物製造人所產生，此一舉證幾乎是不可能的。例如在血友病（Hämophilie）的情形，病人長期使用許多不同製造人所生產的血液或其製品治

bestimmungsgemäßen Anwendung, nach dem zeitlichen Zusammenhang mit dem Schadenseintritt, nach dem Schadensbild und dem gesundheitlichen Zustand des Geschädigten im Zeitpunkt der Anwendung sowie allen sonstigen Gegebenheiten, die im Einzelfall für oder gegen die Schadensverursachung sprechen. Die Vermutung gilt nicht, wenn ein anderer Umstand nach den Gegebenheiten des Einzelfalls geeignet ist, den Schaden zu verursachen. Ein anderer Umstand liegt nicht in der Anwendung weiterer Arzneimittel, die nach den Gegebenheiten des Einzelfalls geeignet sind, den Schaden zu verursachen, es sei denn, dass wegen der Anwendung dieser Arzneimittel Ansprüche nach dieser Vorschrift aus anderen Gründen als der fehlenden Ursächlichkeit für den Schaden nicht gegeben sind. (3) Die Ersatzpflicht des pharmazeutischen Unternehmers nach Absatz 1 Satz 2 Nr. 1 ist ausgeschlossen, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass die schädlichen Wirkungen des Arzneimittels ihre Ursache nicht im Bereich der Entwicklung und Herstellung haben.”

⁸² BT-Drucks.14/7752 v. 7.12.2001. 19: “§ 84 Abs. 2 AMG soll einer typischen Beweisnot des Geschädigten im arzneimittelrechtlichen Haftungsprozess abhelfen.”

⁸³ Andreas Cahn, Einführung in das neue Schadensersatzrecht, ISBN: 3406498019, 2002, 11, Beck Juristischer Verlag, Rn. 9, D. I., Rn. 17.

療，部分卻是被污染的血液製品傳染了C型肝炎。此處就受害人使用此種被C型肝炎污染的血液製品治療而被傳染，雖可認定，但是由於無法證明是哪一家藥品所導致，就產生了無可克服的困難⁸⁴。

因此藥物法第84條第3項之規定，將舉證責任轉換為藥廠：「(3)藥物企業經營者依據第1項第2句第1款之賠償義務，於依據情況可以認定，藥物的損害效果非在其發展與製造領域之原因所生者，應被排除。」明文推定了有特定藥廠生產的特定藥品之使用效果⁸⁵。也就是說，若藥物在依規定使用而產生有害效果，超越了醫藥科學知識所能預見之程度者，必須由藥廠證明，此一損害發生的原因不在其發展及製造的領域內⁸⁶。此種情況除了第三者故意的侵害外，也包括由於不適當的運送或中間商、醫師或藥師的不適當倉儲造成藥品變質的情形。當然藥品變質的情形也有可能是由於受害人自己造成的，例如將藥品存放在不適當的場所，或者在有效使用期限經過後繼續使用⁸⁷。不過藥物法第84條第3項規定的結構，大約與德國產品責任法第1條第2項第2款規定相當：「製造人於以下情形，不負賠償義務，如……(2)依情況可資認定，於製造人將產品

⁸⁴ 「依據德國血友病協會之資料，全得約有2000人由於輸血被感染C型肝炎。依據原告看法，主管藥品許可證與管制之聯邦政府聯邦衛生署，於1978年至1984年未盡其監督義務。依據德國血友病協會之說明，國家賠償訴訟之提起，是由於和藥廠的和解嘗試失敗了，他們的律師表示，對藥廠提起訴訟無可期待，因為可能要持續許多年。在瑞典、義大利、英國與西班牙均已經有國家對受害人的補償。不過柏林地方法院仍將此一訴訟駁回，認為受害人確實經由污染的血液製品而蒙受長期損害，審判長Elisabeth Seeburg表示，在提出國家賠償前，受害人應該先向藥廠求償。」<http://www.bluter-info.de/modules.php?op=modload&name=XForum &file=viewthread&tid=445>，上網日期：2004年1月30日，判決未有具體理由。

⁸⁵ BT-Drucks, 14/7752, 19.

⁸⁶ Andreas Cahn, a.a.O., D. I., S.53. Hess/Jahnke, a.a.O., 62.

⁸⁷ Andreas Cahn, a.a.O., D. Die Aenderungen im Einzelnen, Rn. 11-12.

上市時，其產品尚未有引起損害之瑕疵；」在該處製造人不須以充分證據證明，其產品無瑕疵的進入市場，而僅僅需要在爭議時以能證明之情況顯示，有高度可能性（*hohe Wahrscheinlichkeit*），該物在進入市場後才有導致損害發生的原因為已足。此種「物在進入市場後才有導致損害發生原因的高度可能性」，可由損害發生的過程得知，此種效果多半由於藥品上市後不適當處理藥品所導致⁸⁸。

（二）因果關係推定的適用要件

藥物法第84條第2項第1句規定：「使用之藥品依據個案之情況，可能引起一定之損害，則推定此一損害係經由該藥品所引起。」可以知道，因果關係推定的適用，其要件較「遙遠的機會（*fern liegende Moeglichkeit*）」嚴格，至少要該法益的損害可能由該藥物所引起。然而不論是藥物法第84條第2項條文本身，或是立法的相關資料，均無具體的文字說明，到什麼程度的可能性，才有因果關係推定之適用。確定的是，此一推定的適用比表面證據要求更為寬鬆。不過整體言之，立法者想要減輕受害人減輕舉證責任的目的，並沒有達成⁸⁹。

本項句規定與環境損害法第6條之規定類似⁹⁰，因此只要在個

⁸⁸ Andreas Cahn, a.a.O., D. Die Aenderungen im Einzelnen, Rn. 16.

⁸⁹ Andreas Cahn, a.a.O., D. Die Aenderungen im Einzelnen, Rn. 22.

⁹⁰ § 6, Abs.1 (Ursachenvermutung des Umwelthaftungsgesetz): "(1) Ist eine Anlage nach den Gegebenheiten des Einzelfalles geeignet, den entstandenen Schaden zu verursachen, so wird vermutet, daß der Schaden durch diese Anlage verursacht ist. Die Eignung im Einzelfall beurteilt sich nach dem Betriebsablauf, den verwendeten Einrichtungen, der Art und Konzentration der eingesetzten und freigesetzten Stoffe, den meteorologischen Gegebenheiten, nach Zeit und Ort des Schadenseintritts und nach dem Schadensbild sowie allen sonstigen Gegebenheiten, die im Einzelfall für oder gegen die Schadensverursachung sprechen."

案情況，該藥物有可能引起損害，就推定其為損害之原因。

若將藥物法此一修正與德國產品責任法第1條第2項第2款的規定比較⁹¹，依據德國產品責任法，產品製造人必須證明，產品於上市時，其產品並無瑕疵。當然依據德國聯邦法院判決，有典型的商品瑕疵結果損害時，只要有情況證據，就認定有產品瑕疵，及該瑕疵與結果間有因果關係⁹²。確認製造人應該遵守不違反消費者利益

⁹¹ 德國產品責任法第1條第2項第2款的規定：「製造人於以下情形，不負賠償義務，如……(2)依情況可資認定，於製造人將產品上市時，其產品尚未有引起損害之瑕疵……。」

⁹² 參考BGHZ 51, 91, 104.：「被告乙處理泥炭產品，也由泥炭製作植物的基礎土壤，可用於園藝業盆栽植物的培養與成長。原告甲是園藝業者，專門從事杜鵑花的栽培。甲於1993年9月2日以電話與乙的職員就杜鵑花的栽培所需的基礎土壤討論後，決定向乙購買某種成分的產品。系爭基礎土壤於1993年9月6日由乙所經營的農業部門交付給甲。甲於1993年9月15日至1993年12月14日間使用該土壤從事杜鵑花苗的插枝栽培，於1993年11月時發現所插的花苗根部成長緩慢，且幼苗生長嚴重受阻。認為係由於乙的產品所致，經由獨立的證據程序後，甲對乙請求給付51萬7977.17馬克的訴訟。聯邦法院認為，若依規定為產品（基礎土壤）之使用，因產品在生產上有瑕疵而使物受損害者，製造人應該就其並無客觀義務之違反或無過失負舉證之責任。」http://www.rws-verlag.de/bgh-free/volltex/1999/vo2_9/vo5919_2.htm，上網日期：2004年1月3日。此外，BGHZ 104 323做了更有利於被害人的舉證責任轉換：「原告甲為漢諾威一家閩馬的所有人，該馬係作為花式跳馬比賽使用。甲自1984年起將此馬寄養在乙的農莊。被告丙是運馬箱子的製造者，在乙的農莊就有丙製造的運馬箱子，也是由丙的員工裝配。箱子分隔牆高2.2公尺，高度1.5公尺以下係以Bongossi實木製作，上部則以木欄杆做成，有一些202公分直徑的鍍鋅實心管。在分隔牆最上緣的開口使用了向上開啓的鍍鋅灣鐵。原告主張他的馬於於1985年1月2日裝入時，左前蹄被卡在鍍鋅灣鐵上緣，腳筋受傷。以致於出賣時少賣了55,000馬克，並有醫療費用2,251.16馬克的支出。由於該馬無法使用更要支出額外的3,150馬克的照料費。聯邦法院指出：1.被告作為馬箱分隔牆的製造人，負有義務以技術上可能範圍及經濟上可期待界限內，使在箱內所裝的馬，依據馬典型的舉動，不會受傷。2.被告在設計的領域也違反了其謹慎的義務。基於產品觀察義務，產品製造人亦應觀察重要競爭者之產品發展。」

的往來義務，也要審查產品有無瑕疵。

相較之下，本條項所要求推定的要件，其實較表面證據要求者為低⁹³。表面證據指有典型的事件過程，依據經驗法則有此事實時，藥物與發生的損害間就產生了因果關係。但本條項比起產品責任法更進了一步，僅僅要求，特定的藥品適於引起一定之損害。就藥品引起損害所必要的高度可能性，於縱無從由經驗法則確認其因果關係，而頗有可能認為藥品係引起損害之原因者，而並無其他原因可資考量者，仍應肯定有因果關係。此外，本條項對於非典型發生的過程也有幫助，因為並不要求表面證據，只要個案情況可以認定，損害可以由該藥品所產生。當然對於藥廠來說，舉證說明損害發生的原因是由於其他的因素，而不是使用藥品的結果，亦非難事⁹⁴。

(三)舉證責任與指示錯誤

1. 舉證責任

本條第2項第2句也例示了個案中的各種情況，如「所使用藥品之成分與分量、依據規定使用之種類與期間、依據其與損害發生在時間上的關聯性、依據受害人在使用當時之損害狀況及健康情形以及所有其他事實，在個案中可以用為佐證或推翻損害發原因者。」這些情況屬於因果關係推定的基礎，應由請求人負舉證之責。相反的，對於在個案中不利於因果關係推定，或者也可以引起損害的其他事實與情況，則由藥廠負舉證責任。

<http://ruessmann.jura.uni-sb.de/bvr99/Vorles-ung/konstruktionsfehler.htm>，上網日期：2004年1月5日。

⁹³ Andreas Cahn, a.a.O., D. Die Aenderungen im Einzelnen, Rn. 23.

⁹⁴ Andreas Cahn, a.a.O., D. Die Aenderungen im Einzelnen, Rn. 27.

2. 指示錯誤

藥物法第84條第1項第2句：「損害由於不符合醫藥科學知識之標示、專業訊息或使用須知所致者。」例如欠缺對服藥過量的風險有所說明，受害人因此服用過量藥物，並不需要提出情況證據，說明受害之原因。在雖無足夠的經驗可資認定，係屬典型的發生過程，但是考量該使用說明，認為認定該指示係造成受害人損害之原因亦非異常時，即可認為符合該要件。於此情形，對於所使用藥物與損害間因果關係的證明，也頗有幫助。

(四)因果關係推定的補強

因果關係推定的適用前提為，確認可能引起損害之藥品由被害人所使用。僅僅是單純的可能性，有使用特定藥廠製造藥品，並非足夠。因此被害人如無法證明，其實際使用者為何種藥品，仍無法有此推定之適用⁹⁵。本條無法作為同類藥品所有製造人承擔市場占有率責任（market share liability）的基礎⁹⁶。此時，其責任應該不超越德國民法第830條第1項規定之範圍，該條規定：「(1)數人因共同之侵權行為致生損害者，各應對其損害負擔責任。於數人中，不能知其孰為以行為引起損害之人時，亦同。」⁹⁷因此本條項對於因果關係推定的規定，對於長期需醫療之病患並無益處。他們長期以

⁹⁵ Andreas Cahn, a.a.O., D. Die Aenderungen im Einzelnen, Rn. 34.

⁹⁶ 黃立，論產品責任，頁175以下：「加州最高法院考量，製造人才能發現及防止瑕疵，賠償義務乃是產品安全性提高之刺激，舉證責任應屬於被告，而非無過失之原告，並參酌美國侵權行為整編第2版433 B(3)之規定，決定了市場占有率責任market share liability，將因果關係之舉證責任反轉給被告，只要原告所控訴之被告，其市場占有率占重要之比例，個別製造人依其市場占有率負責。」政大法學評論，43期，1991年10月。亦見洪羽柔，基因轉殖產品之相關民事責任制度，政大碩士論文，2002年7月。

⁹⁷ 參照我國民法第185條第1項後段之規定。

來已經使用了不同藥廠生產的同類藥品，無法去確認後續的損害（spätschäden）或者精確的還原到底是那種藥品在何期間造成損害的過程⁹⁸。當傷害經由使用多種藥物所引起，而損害是何種藥品引起不清楚時，就可以適用藥物法第84條第2項第4句的規定⁹⁹。在許多使用的不同藥廠藥品中，必須是每一種藥品均適於引起全部之侵害。若有任何一種藥品不具此特性，必須剩下的藥品適於引起損害，剩下的藥品與損害間才有因果關係。

(五)因果關係推定之推翻

藥物法第84條第2項第3句之規定：「如果個案之其他情況也可能引起損害者，不適用此一推定。」為了推翻了此一推定，此時藥廠需提出證據，證明損害非由於藥品所引起。依據德國民事訴訟法第292條第1項規定：「若法律對特定事實之存在定有推定者，除該法令有規定外，容許提出反證。」例如病人所服用者為他藥廠之製品；或者此一藥品並不會產生已發生的損害。此外，若受害人所服用之藥品雖然依據個案相關情況會產生損害，然而可能產生損害之特性在醫藥上屬於可承受之範圍，且在仿單（說明書）中業已明確的說明者，由於欠缺危險責任的因果關係，此一推定也無用處¹⁰⁰。

⁹⁸ 針對此點，德國社會黨調查委員會曾經提出建議，設立藥品工業的基金，處理此種特殊案例，BT-Drucks. 12/8591, 259 f, 264 f., 270 f.。但在立法過程中，此一建議不再被提及。見 Andreas Cahn, a.a.O., D. Die Aenderungen im Einzelnen, Rn. 35。

⁹⁹ Andreas Cahn, a.a.O., D. Die Aenderungen im Einzelnen, Rn. 33. BT-Drucks. 14/7752, v. 7.12.2001, 19.

¹⁰⁰ Andreas Cahn, a.a.O., D. Die Aenderungen im Einzelnen, Rn. 24.

藥物法第84條第2項第3句之規定，也開啓了另一個機會，排除因果關係推定的適用。如果個案之其他情況也可能引起損害者，不適用此一推定。指的是依據個案中的情況，其他情況也可能引起損害，而考量藥廠所為的說明與證明的事實顯示，使得原本病人所為的特定的藥品高度可能引起一定之損害，減弱為低度可能的時候，就無法再繼續使用因果關係的推定¹⁰¹。

其他之情況不包括其他藥品的使用，依個案情況也可能引起損害者，除非由於此一藥品之使用，其請求權依據本法規定基於其他理由，認為損害因欠缺因果關係而不存在。換言之，於有其他原因時，推翻此一推定只需要表面證據。也就是說，藥廠必須證明，藥品的有害效果依情況非由於進入市場，而由於消費者不當的儲存藥品造成。此處討論的不是受害人與有過失（藥物法第85條）的問題，而是因果關係的問題。當然如藥廠可以證明，不當儲存係由於第三者之行為者亦同。其他的情形，如已經超過有效期限導致藥效的變更、錯誤的使用數量，如果藥廠在說明書（仿單）上對於逾期的結果有所警告，或者不當使用數量的後果對於外行人也當然可以辨識者。

二、資訊請求權

（一）資訊請求權的立法目的

在引進藥物法第84條第3項在瑕疵領域的舉證責任轉換，及藥物法第84條第2項因果關係推定的規定後，受害人在評估訴訟結果與主張可能之請求權方面，仍會面臨許多困難。一則受害人無法逕行判斷，損害的效果是否逾越藥品可接受的程度。此一判斷需要對

¹⁰¹ Wolfgang Daubler, Die Reform des Schadensersatzrechts, JuS, 2002, 625, 628.

風險與用益的衡量，因此判斷須以對藥品的醫療效果及可能的替代療法有所瞭解為前提。衡量也是一種法律上的評價，為法院不論說明與舉證義務均應為之者。評價的事實基礎應由請求權人說明並舉證。另一方面，藥物法第84條第2項關於因果關係推定，於有爭議時，也要求受害人說明使用之藥品依據個案之情況，可能引起一定之損害。除此之外，不可歸責情況的判斷及個案中藥品有害特性，若受害人欠缺藥品生產與效用的知識，常很難作出適當的說明。此外，對於藥廠有無可歸責性及判斷藥物的損害效果所必要的情況，也可以從藥廠在發展、測試與生產的執行與記錄瞭解。當然也可以從藥物的許可與監督的主管機關取得一些資料（藥物法第21條以下及第64條以下）。因此本法仿環境責任法（Umwelthaftungsgesetz）第8條以下及基因技術法（Gentechnikgesetz）第35條先例，制訂了藥物法第84條a，讓受害人與藥廠間在訴訟上有機會的平等（prozessuale Chancengleichheit），讓請求權人能有管道取得主張請求權所必要之事實¹⁰²。

依據藥物法第84條a【資訊請求權】規定：「(1)有事實存在可資主張，藥品引起了損害，受害人得向藥物製造人請求提供資訊，除非能證明此一資訊與確認有無第84條之請求權，並非必要。請求權得針對藥物製造人所知悉藥物之作用、副作用、交互作用，以及其所知之可能副作用、交互作用，以及所有其他知識對於評估可歸責藥品之有害效果有意義者。民法第259條至第261條之規定準用之。在基於法律規定應保守秘密或者保守秘密對於藥物製造人或第三人有重大利益者，不得主張此一資訊請求權。(2)在符合第1項要件下，此一資訊請求權對於許可或監督藥物之主管機關亦適用之。在基於法律規定應保守秘密或者保守秘密對於藥物製造人或第三人

¹⁰² Andreas Cahn, a.a.O., D. Die Aenderungen im Einzelnen, Rn. 45.

有重大利益者，機關不負有提供此一資訊之義務。」

1. 本條的立法目的在於使受害人可以評估訴訟之風險，是否及對那一個藥廠有請求權。如訊息的結果是，對特定藥廠的請求權高度可能無理由，因為該藥品並不適於肇致所生損害、或者有害效果非可歸責、或者受害人就此耗費甚鉅的損害賠償訴訟，並無足夠的勝訴希望，而得以阻擋不必要的訴訟。

2. 若於取得資訊後，損害賠償訴訟的勝訴希望仍不確定，卻仍可使藥廠與受害人從事訴訟外和解的意願大增，也可幫助爭端的解決。

3. 資訊請求權可以增強受害人在證據法上的地位。因為此一資訊請求權可以使其能證明損害賠償請求權的要件及因果關係¹⁰³。

(二) 資訊請求權的要件

1. 損害的發生

藥物法第84條a與第84條有密切的關係，本條規定之目的在於使受害人可以評估有無第84條的請求權、訴訟的勝訴機會並易於實施損害賠償請求權。資訊請求權實施的要件為有依第84條得主張之損害。因此法條要求有事實存在可資主張，藥品引起了損害。不過藥物法第84條a對於法益受損害的責任建立要件，與由此侵害所導致損害之責任要件，均不嚴苛要求。因此立法者對此損害的認定，與第84條並無不同。也就是說，只要病人使用藥物而死亡、身體或健康受相當損害，就符合了第84條a的要件。

相反的，若是因使用藥物未來可能發生健康受損的可能，並不能滿足資訊請求權的要件。除非由於研究的結果或由於他人疾病的過程，對於以相同藥品醫療的病人的情況，顯示此藥品有引起特定

¹⁰³ Hess/Jahnke, a.a.O., 64.

衛生上損害的嫌疑。不過此種情形，就已經符合了第84條第2項因果關係推定的要件，並於依據本條取得資訊請求權後進一步追償的要件。

受害人得向藥物製造人請求提供資訊，除非藥物製造人能證明此一資訊與確認有無第84條之請求權，並非必要。請求權的內容及範圍包括藥物製造人所知悉藥物之作用、副作用、交互作用，以及其所知之可能副作用、交互作用，以及所有其他知識對於評估可歸責藥品之有害效果有意義者。民法第259條至第261條之規定準用之。在基於法律規定應保守秘密或者保守秘密對於藥物製造人或第三人有重大利益者，不得主張此一資訊請求權。在符合第1項要件下，此一資訊請求權對於許可或監督藥物之主管機關亦適用之。在基於法律規定應保守秘密或者保守秘密對於藥物製造人或第三人有重大利益者，機關不負有提供此一資訊之義務。不過此種資訊請求權也以在藥品與所生損害間整體上看起來有因果關係為前提¹⁰⁴。

2. 可資主張藥品引起損害之事實

受害人必須說明，並於有爭議時證明，可以推論損害可以由藥品引起之事實。僅僅是單純的推測或是主張，沒有具體的事實基礎並不足夠¹⁰⁵。這種事實最主要的是藥品的使用，此種藥品係由被請求資訊的藥廠上市進入市場的。由受害人主張的事實也包括了可資認定藥品引起損害。資訊請求權的規範目的在於使受害人易於找尋建立責任的因果關係，因此在行使資訊請求權時，並不要求受害人對於此點能完全證明¹⁰⁶。法條在此只要求可能性判斷，就受害人所提出的說明及可能提出的事實，容許認定損害係由藥品的使用

¹⁰⁴ BT-Drucks. 14/7752, 20 und Rn. 62 ff.

¹⁰⁵ BT-Drucks. 14/7752, 20.

¹⁰⁶ BT-Drucks. 14/7752, 20.

而產生。此資訊請求權開啓了藥物法第84條第2項推定因果關係的大門，依據該條項規定，只要使用的藥品，依據個案的情況適於發生所生損害，就推定了有因果關係的存在。若資訊請求權可以產生功能，就應該協助受害人能取得必要資訊，讓他可以進行下一步驟的因果關係推定。所以在資訊請求權對於藥品引起損害的可能性只要看起來可信就可以了¹⁰⁷。

3. 對資訊請求權的抗辯

藥廠可以依據藥物法第84條第3項規定，說明且於必要時證明，藥物的損害效果非在其發展與製造領域之原因所生者，阻止因果關係推定。阻止資訊請求權卻沒有類似的機會。只要受害人指出事實，可以推論損害可以由藥品引起，藥廠並不能舉出事實，指出損害肇因係由於其他情況，而逃避資訊提供之責任。因為資訊提供請求權對受害人所以重要，就是因其欠缺藥物製造及藥物作用的知識，而無法說明藥物法第84條第2項作因果關係推定要求的損害肇因之高度可能性。然而在藥物之損害肇因看來僅僅可信的情形，通常也會有其他情況的損害肇因，若藥廠可信的指出其他肇因就可以排除資訊請求權，則藥物法第84條a的立法目的將無法達成。

(1) 資訊請求權的內容與範圍：請求權的內容可由規範目的得知，在於使受害人能澄清有無藥物法第84條請求權，以及對藥廠提起訴訟之勝訴希望。此外，也在於使受害人可以釋明藥物法第84條第2項因果關係推定的要件。第84條a第1項第2句規定，受害人得請求藥物製造人提供其所知悉藥物之作用、副作用、交互作用，以及其所知之可能副作用、交互作用，以及所有其他知識對於評估可歸責藥品之有害效果有意義者，如其所知悉的類似嫌疑案例，只要對於藥品有害效果的評估有用均包含在內。

¹⁰⁷ Andreas Cahn, a.a.O., D. Die Aenderungen im Einzelnen, Rn. 64.

(2)藥物發生效果的方式，也包括了其使用與可能引起損害的效果。此一提供副作用與交互作用的資訊義務，也說明了藥物法第84條第2項的功能。所知之可能副作用、交互作用等嫌疑案例，也包括了在國外發生的案例，即使在該國使用不同的藥名，也由其他經授權或關係企業的藥廠製造。

(3)藥物法第84條a第1項第2句對於資訊請求權的內容與範圍，或被認為過於廣泛，其實此規範的目的僅在於讓受害人可以評估訴訟風險及找出因果關係推定的前提。當然此處會有目的外使用之風險die Gefahr einer Zweckfremdung。此種事實上存在的疑慮，藥物法第84條a第1項第1句後段規定：「在基於法律規定應保守秘密或者保守秘密對於藥物製造人或第三人有重大利益者，不得主張此一資訊請求權。」業已加以考量。

(4)若有許多不同的藥物可能是引起損害的原因，請求權人應該就各該藥廠可能的共同因果關係提出說明。

4. 資訊請求權的範圍

(1)藥廠所知悉的效果（藥物法第84條a第1項第2句）：資訊請求權的提供，限於藥廠所知悉的效果，藥廠並無義務，對於其尚不知悉的效果從事研究。

(2)資訊之必要性（藥物法第84條a第1項第1句後段）：有事實存在可資主張，藥品引起了損害，受害人得向藥物製造人請求提供資訊，除非能證明此一資訊與確認有無第84條之請求權，並非必要。也就是說，資訊僅限於藥物損害賠償相關事項，並未擴及於藥廠全部¹⁰⁸。就藥物發生效果的方式，及其使用與可能引起損害的效果，必須與受害人蒙受之損害相關，否則不屬於請求範圍。若受害人可以依據其他可期待之方式取得之資訊，藥廠也不需提供。如

¹⁰⁸ BT-Drucks. 14/7752 v. 7.12.2001, 21.

其他藥廠的藥物也可能是引起損害的原因，或者主管機關由於許可也擁有資訊而可提供，藥廠的資訊提供義務並不因此免除（南薰：上述舉例不是指藥廠不須提供之情形？）。若受害人經由鑑定人即可取得必要之資訊，也不需要得知藥廠內部的資訊。

(3) 藥廠秘密資訊的保護（藥物法第84條a第2項）：在符合第1項要件下，此一資訊請求權對於許可或監督藥物之主管機關亦適用之。在基於法律規定應保護秘密或者保護秘密對於藥物製造人或第三人有重大利益者，機關不負有提供此一資訊之義務。有許多法律禁止廠商公開其業務機密，如不正競業法（UWG）第17條以下、股份公司法（AktG）第404條、商法（HGB）第333條。不過此種保密義務並非針對企業經營者，而只針對受僱人。由於藥物法第84條a第1項係課藥廠經營者以資訊提供義務，因此除非基於法律規定應保護藥廠經營者或者藥物製造人¹⁰⁹外，藥廠經營者在此情形下，必須免除為其作為之人的沉默義務。另外，保護秘密對於藥物製造人……有重大利益者，指的是若將資訊公開，對於藥廠會有嚴重影響而言。藥廠的保密利益只有高於受害人的資訊利益時，才能合法，因此此處有利益衡量（Interessenabwaegung）的問題。當保密的經濟利益越高，其保密利益評價也越高，而毋須提供資訊。在受害人方面，侵害的嚴重性與因果關係的可能性，是衡量的重點。保護秘密對於第三人有重大利益者，並不包括提供資訊可能受刑事追訴。同樣的，由於契約上保守秘密的義務，也不能當然排除資訊提供義務，否則藥廠就可以任意的排除資訊提供義務。

¹⁰⁹ Andreas Cahn, a.a.O., D. Die Aenderungen im Einzelnen, Rn. 87.

三、因果關係推定與全體債務人的內部關係

藥物法第84條第2項之因果關係推定，在於使受害人易於對藥廠為主張。若一家藥廠遭被害人順利求償成功，其依據德國民法第426條及藥物法第93條第2句規定，向其他藥廠求償時，可否也引據因果關係推定為依據，主張他們的藥品也與損害有因果關係。此一問題應予肯定¹¹⁰。多數藥廠間求償請求權的前提為，在他們彼此間有連帶債務人之關係。不過，此一求償的藥廠對其他藥廠並無藥物法第84條a的資訊請求權。因為該條將此權限明白的侷限於依據藥物法第84條第1項法益受損之人。修法階段雖然也曾有人要求將此一資訊請求權，也給予從事內部求償的藥廠，卻沒有獲得立法者的回應¹¹¹。

柒、民法第839條a之鑑定人責任

一、2002年8月1日前之法律狀況

在言詞辯論實務上，法庭所邀請的鑑定人占有重要的地位。其所為之鑑定報告對於訴訟的勝負常有決定性的意義。因此產生了瑕疵鑑定意見的責任問題。法庭所邀請的鑑定人與當事人自行邀請者不同，因此不以契約為必要，此時就不會產生契約上債務不完全履行的問題。但是舊法第839條¹¹²【違背職務】規定：「(1)公務員因故意或過失，違背其對第三人所應盡之職務者，對於該第三人因此所生之損害，負賠償義務。公務員僅有過失者，限於被害人不能依

¹¹⁰ Wagner, Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, NJW 2002, 2049; Andreas Cahn, a.a.O., D. Die Aenderungen im Einzelnen, Rn. 41.

¹¹¹ Andreas Cahn, a.a.O., D. Die Aenderungen im Einzelnen, Rn. 42.

¹¹² 關於公證人，見1937年2月13日公證法第21條及第35條之規定。

他項方法而受賠償時，始得對之為賠償之請求。(2)就訴訟案件之判決，公務員違背其職務者，以其違反職務構成犯罪行為者為限，對於因此所生之損害，負擔責任。違反職務而拒絕或遲延職權之行使者，不適用前段之規定。(3)被害人因故意或過失，未曾行使法律上之救濟手段，以避免其損害者¹¹³，公務員不負賠償義務。」¹¹⁴對於此一問題的解決也無幫助，因為法庭所邀請的鑑定人也不是公務員¹¹⁵。因此只有考量德國民法第823條及第826條，及刑法第153條以下，解決故意以違反善良風俗加損害於他人之情形，故如無法證明其故意，就無法處理。

二、2002年8月1日後之法律狀況

因此在新民法條文中增訂了第839條a【法院鑑定人之責任】：
「(1)法院指定之鑑定人以故意或重大過失提出不正確的鑑定意見，而訴訟當事人因為以此鑑定為基礎之判決蒙受損害者，該鑑定人就此損害負賠償之責任。(2)第839條第3項之規定準用之。」其適用之要件為：

(一)鑑定人有故意或重大過失

令鑑定人就其因故意或重大過失所為之不正確鑑定，所導致對訴訟程序當事人所生損害負責。新法對鑑定人於有重大過失的情形，明顯加重了他們的責任，但是也沒有影響鑑定人的評價自由，因為輕過失並不會產生賠償責任。鑑定人不論有未在法庭宣誓，責任相同¹¹⁶。在舊法制體系下的實務，鑑定人從不負任何責任。因

¹¹³ 關於此點，參閱公務員責任法。

¹¹⁴ 台大德國民法原譯文有誤，在此作部分之修正。

¹¹⁵ OLG Duesseldorf, NJW 1986, 2891.

¹¹⁶ Hess/Jahnke, a.a.O., 64.

為法院所指定的鑑定人與當事人間並未締結建立責任的契約，有關公務員責任（*Amtspflichtverletzung*），由於鑑定人並未行使公權力，也無法適用。通常並不宣誓之鑑定人僅因為故意為不正確之鑑定時，才會違反德國民法第839條。此一法律漏洞由於第839條a的增訂而得以彌補。例如一位鑑定人就一件控訴市立醫院的醫療疏失案件，因為重大過失認定有手術的疏失；或者在颱風淹水的案件中，鑑定人由於重大過失指責排水系統的施工有疏失，均導致市政府為不必要的賠償。此時明顯的計算錯誤常被評定為重大過失¹¹⁷。

（二）為判決基礎之鑑定有錯誤

對於實務而言，當事人若有意對鑑定人提起訴訟，請求損害賠償，就不能與對造在訴訟上和解。因為可歸責於受害人之原因而未提起救濟排除損害時，就無法對鑑定人主張損害賠償。當然對於有名聲的鑑定人，通常不會有故意為不實鑑定的情形發生。對於鑑定有無疏失，通常要再找一位鑑定人來鑑定，原鑑定有無錯誤。證明原鑑定有錯誤之舉證責任在受害人身上¹¹⁸。當然論者也以為，此一規定會使訴訟增加，因為可以此為理由，進行翻案。

捌、過渡條款

依據德國民法施行法第229條規定，新的規範適用於在2002年7月31日以後發生的所有債之關係¹¹⁹。因此不生溯及既往的問題。

¹¹⁷ Hess/Jahnke, a.a.O., 64.

¹¹⁸ Hess/Jahnke, a.a.O., 65.

¹¹⁹ BGBEG § 8 Übergangsvorschriften zum Zweiten Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19. Juli 2002 (1) Die durch das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften im 1. Arzneimittelgesetz, 2. Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Bundesberggesetz, 4. Straßenverkehrsgesetz, 5. Haftpflichtgesetz, 6. Lu-

玖、結 論

新法將精神損害賠償擴及於契約責任與無過失責任，排除了舊法第847條關於非財產上之損害的規定，承認了慰撫金請求權，突破了過去認為非財產損害因為評價問題無法均衡的觀念。德國立法者雖然仍將賠償限制於法律有明定之情形。不過新法改將此一規定置於一般損害賠償法中，不再放在侵權行為法內。此點與我國民法第227條之1規定：「債務人因債務不履行，致債權人之人格權受侵害者，準用第192條至第195條及第197條之規定，負損害賠償責任。」效果類似。不過對於慰撫金，德國法限於受害人自身才可以請求，並未容許家屬有慰撫金的請求權，即使於受害人死亡時亦然。由於意外死亡者之親屬的慰撫金只能於例外情況下被請求，如死者之近親之死亡或受傷，而受有超過悲傷以外之健康損害或驚嚇損害 *Schockschaden*，才能當成自身之法益侵害。對於受害人家屬的保障有欠周延。

此次損害賠償法的修正重點之一在於德國道路交通條例的修正，改善了兒童在機械化交通中之法律地位。立法者依據心理學上的知識，兒童在滿十歲後才有生理與心理上的能力，認識交通上的

ftverkehrsgesetz, 7. Bundesdatenschutzgesetz, 8. Gentechnikgesetz, 9. Produkthaftungsgesetz, 10. Umwelthaftungsgesetz, 11. Handelsgesetzbuch, 12. Bundesgrenzschutzgesetz, 13. Bundessozialhilfegesetz, 14. Gesetz über die Abgeltung von Besatzungsschäden, 15. Atomgesetz, 16. Bundesversorgungsgesetz, 17. Pflichtversicherungsgesetz und in der Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung geänderten Vorschriften sind mit Ausnahme des durch Artikel 1 Nr. 2 des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften eingefügten § 84a des Arzneimittelgesetzes und des durch Artikel 1 Nr. 4 des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften geänderten § 88 des Arzneimittelgesetzes anzuwenden, wenn das schädigende Ereignis nach dem 31. Juli 2002 eingetreten ist.

特殊危險，並且配合此一危險而為適當的行為。經由新法第828條第2項第1款規定，將兒童在交通事故上的法律地位，做了大幅的改善。此點我國可以參考。例如89年度台上字第1734號之事實為：甲未考領駕駛執照，於83年4月1日下午3時20分許，駕駛VX-3405號小客車，沿○○路，由東向西行駛，途經乙托兒所前，行車速率限制時速40公里以下之路段，疏未注意速率限制，且行經學校出入口，應減速慢行，作隨時停車之準備，竟超速行駛，致撞及適由托兒所門口外出橫越道路之丙。法院雖認為：本件事故發生時，丙尚未滿五歲，本不具交通安全知識，……卻又採信依據臺灣省高屏澎區車輛行車事故鑑定委員會鑑定意見認為：「丙穿越道路未注意來往車輛為肇事主因，甲駕駛小客車超速行駛為肇事次因。」本來此一車輛行車事故鑑定委員會鑑定意見就不合邏輯，此一車禍之加害人甲：(一)未考領駕駛執照；(二)超越行車速率限制時速40公里限制；(三)違反「行經學校出入口，應減速慢行」(四)有故意不法行為（明知不具備駕駛汽車之能力仍然為之，至少有不特定故意存在），竟然只要負次要責任；反而未滿五歲，原本就沒有責任能力，「不具交通安全知識」的丙要負主要責任，與民法的基本理念並不相同¹²⁰。若參考德國新法，此一判決更無法採取此種鑑定意見。

德國舊藥物法第84條第1項第2句第2款規定，藥物的受害人必須說明並舉證證明，其無可替代的藥物損害效果，係導因於藥物之發展或製造領域。此一舉證責任分配，將對受害人造成無法跨越之障礙。在個案中，當然有高度可能性認為此一損害係由於該藥物所導致；可是面對法官對因果關係審查時，仍會有疑慮產生。在病人

¹²⁰ 我國最高法院94年台上字第2676號刑事判決：「鑑定之機能，僅在協助法院為資料之判斷，為調查證據之一種，惟鑑定意見之證明力如何，尚須由法院綜合全部調查所得資料。」可供參考。

同時使用多種藥物治療時，要求病人說明並證明其損害係由特定藥物製造人所產生，此一舉證幾乎是不可能的。

因此藥物法第84條第3項之規定，將舉證責任轉換為藥廠：「(3)藥物企業經營者依據第1項第2句第1款之賠償義務，於依據情況可以認定，藥物的損害效果非在其發展與製造領域之原因所生者，應被排除。」明文推定了有特定藥廠生產的特定藥品之使用效果。也就是說，若藥物在依規定使用而產生有害效果，超越了醫藥科學知識所能預見之程度者，必須由藥廠證明，此一損害發生的原因不在發展及製造的領域內。此種情況除了第三者故意的侵害外，也包括由於不適當的運送或中間商、醫師或藥師的不適當倉儲造成藥品變質的情形。當然藥品變質的情形也有可能是由於受害人自己造成的，例如將藥品存放在不適當的場所，或者在有效使用期限經過後繼續使用，不過舉證責任在於藥廠。

藥物法第84條第2項第1句規定：「使用之藥品依據個案之情況，可能引起一定之損害，則推定此一損害係經由該藥品所引起。」此規定與環境損害法第6條之規定類似，因此只要在個案情況，該藥物有可能引起損害，就推定其為損害之原因，是為原因推定理論（*Ursachenvermutungstheorie*）。進一步放寬了肯定有因果關係的機率。對於長期需醫療之病患，他們長期以來已經使用了不同藥廠生產的同類藥品，無法去確認後續的損害（*spätschäden*）或者精確的還原到底是那種藥品在何期間造成損害的過程。當傷害經由使用多種藥物所引起，而損害是何種藥品引起不清楚時，可以適用藥物法第84條第2項第4句的規定。在許多使用的不同藥廠藥品中，每一種藥品均需適於引起全部之侵害。若有任何一種藥品不具此特性，必須剩下的藥品適於引起損害，剩下的藥品與損害間才有因果關係。雖然仍然無法達成與美國市場占有率責任（*market share liability*）相同的效果，至少仍向前跨越了一大步。

在引進藥物法第84條第3項在瑕疵領域的舉證責任轉換，及藥物法第84條第2項因果關係推定的規定後，受害人在評估訴訟結果與主張可能之請求權方面，仍會面臨許多困難。一則受害人無法逕行判斷，損害的效果是否逾越藥品可接受的程度。此一判斷需要對風險與用益的衡量，判斷卻以對藥品的醫療效果及可能的替代療法了解為前提。衡量也是一種法律上的評價，為法院不論說明與舉證義務均應為之者。評價的事實基礎應由請求權人說明並舉證。另一方面，藥物法第84條第2項關於因果關係推定，於有爭議時，也要求受害人說明使用之藥品依據個案之情況，可能引起一定之損害。除此之外，不可歸責情況的判斷及個案中藥品有害特性，若受害人欠缺藥品生產與效用的知識，常很難作出適當的說明。此外，對於藥廠有無可歸責性及判斷藥物的損害效果所必要的情況，也可以從藥廠在發展、測試與生產的執行與紀錄瞭解。當然也可以從藥物的許可與監督的主管機關取得一些資料（藥物法第21條以下及第64條以下）。因此本法讓請求權人能由管道取得主張請求權所必要之事實。

受害人得向藥物製造人請求提供資訊，除非能證明此一資訊與確認有無第84條之請求權，並非必要。請求權的內容及範圍是包括藥物製造人所知悉藥物之作用、副作用、交互作用，以及其所知之可能副作用、交互作用，以及所有其他知識對於評估可歸責藥品之有害效果有意義者。民法第259條至第261條之規定準用之。此外，在基於法律規定應保守秘密或者保守秘密對於藥物製造人或第三人具有重大利益者，不得主張此一資訊請求權。此種規定對我國將來對藥物法修正時頗有參考價值。

參考文獻

一、中文

1. 洪羽柔，基因轉殖產品之相關民事責任制度，政大碩士論文，2002年7月。
2. 黃立，論產品責任，政大法學評論，43期，1991年10月。
3. 黃立，剖析債編新條文的損害賠償方法，月旦法學雜誌，61期，2000年6月。

二、西文

1. Andreas Cahn, Einführung in das neue Schadensersatzrecht, 2002.
2. Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, Aktualisierung April 2004, http://rsw.beck.de/bib/default.asp?vpath=%2Fbibdata%2Fkomm%2FBambergerRoth_Band1%2FBGB%2Fcont%2FBambergerRoth%2EBGB%2EP253%2ET13%2Ehtm.
3. Beck'sche Kurzkommentare, Band 7, Palandt, BGB, 2004.
4. Deutscher Bundestag Drucksache.
5. Funkel, Schutz der Persönlichkeit durch Ersatz immaterieller Schäden in Geld: eine rechtsvergleichende Untersuchung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes unter besonderer Berücksichtigung des Geldersatzes fuer Nichtvermögensschäden in Deutschland und England, München, 2001, 3.
6. Hess/Jahnke, Das neue Schadensrecht, 2002.
7. LG Frankfurt NJW-RR 1993.
8. Moritz, Trainer Zivilrecht, Reisevertrag-Mängelhaftung, <http://bgb.jura.uni-hamburg.de/agl/agl-651f.htm>.
9. Münchener Kommentar.
10. Wagner, Das Zweite Schadensersatzänderungsgesetz, NJW 2002, 2049.
11. Wolfgang Daeubler, Die Reform des Schadensersatzrechts, JuS, 2002.

Claims for Compensation in the New German Civil Code

Li Hwang^{*}

Abstract

A comparison of the amendment of the German Compensation Law with that of the Obligation Act indicates that the former amendment is moderate, and without much disparities by the public. The amendment of the German Obligation Law has been subjected to time pressure from the EU to integrate the Directive into domestic law, while the amendment of the German Compensation Law has not. One of the grounds for such an amendment is that the different regulations on fault liability, non-fault liability and spiritual damages do not have a sound justification. On the other hand, the Compensation Law from the time of its implementation until now, has undergone numerous changes. Though the construction of legal texts is very abstract, the German civil law that came into force over 100 years ago can still develop by means of interpretation method and the continuing growth of the law, the judges, however have limitations imposed on judge-made laws. Since the amendment of the German Compensation Law has been discussed for quite a long time, few disputes and discrepancies have emerged in discussions on these issues. One of the purposes for amendment is to

^{*} Dr. iur. Li Hwang Professor of Law, National Chengchi University.

Received: September 27, 2005; accepted: November 21, 2005

adhere closely to European standards, strengthen protection and rationalize the outcome of victim protection.

Keywords: Injury Compensation, Mental Injury Compensation, Material Damages, Children's Legal Status in Traffic Accidents, Medical Act, Causal Relationship, Right to Information, Appraiser's Liability