

生命侵害之損害賠償：日本法之借鑑

王欽彥^{*}

【目次】

壹、前言

貳、日本法之考察

一、受傷之逸失利益之「切斷說」與「繼續說」

二、死亡之逸失利益賠償

（一）學說發展過程

（二）「繼承構成」與「扶養構成」之關係

（三）「繼承構成」之理論上之問題

（四）價值取捨之問題

三、非財產上之損害賠償

（一）死亡者本人之慰撫金

（二）近親之慰撫金

（三）兩者之關係

參、對我國法之反思

一、繼承構成之可採取性

二、死者本人之慰撫金：慰撫金之一身專屬性

三、194 條所列舉以外之人之慰撫金請求權（兼論民法 18 條 2 項）

肆、結語

^{*} 靜宜大學法律學系教授、神戶大學法學博士。本文發表於 2017 年 6 月 15 日靜宜比較民事法論壇。

摘 要

生命侵害之損害賠償如何決定，於社會上發生嚴重事故時容易引發關注。被害人之繼承人可否請求賠償被害人如尚生存時可獲得之一生所得，不無疑問。判例通說係以被害人於死亡時即喪失權利能力，無由取得喪失勞動能力之損害賠償為由，否定「逸失利益」之繼承。但學說仍有少數見解持肯定說。另外，民法 194 條僅規定被害人父母子女配偶可以請求慰撫金，但主張應擴張到其他如祖父母或兄弟姊妹之見解時有所聞。2016 年甚至有立委提出修法案擴張請求權人範圍，惟法務部主張債權編將於 2017 年全面檢討修正而緩議。本文針對鄰國日本之法制加以介紹、分析，並針對我國法進行檢討，期能更加完善我國之賠償法制。本文認為，「繼承構成」理論上並無重大缺陷，判例通說所指出之「繼承構成」之問題，實際上係可被克服，反而是「扶養構成」有難以克服之價值失衡之缺陷，繼承構成也有計算簡便、能完整填補家族實際損害之優點；又參考母法日本法及最近德國法之發展，應認為法院可類推適用 194 條之慰撫金請求權人到具類似身分關係之人（如：代母職之祖母或繼母或兄姐，事實上之配偶或未婚配偶、同性配偶，具特別親密關係之兄弟姊妹，等），民法第 18 條第 2 項或 1981 年民法研究修正委員會之看法，尚不足以成為法院在類推適用或法之續造上之障礙。

關鍵字：生命侵害、侵權行為、勞動能力喪失、慰撫金、損害賠償

壹、前言

生命侵害的賠償問題，容易引起社會關注。例如，「蝶戀花旅行社賞櫻團國道翻車事故，造成多人死亡，有一家四人，其中夫妻及女兒於該次車禍亡故，僅存長子一人。長子向保險公司請求妹妹的旅客責任賠償遭拒絕，引發各界關注……妹妹車禍身故，兄長在法律上找不到對於加害人求償而得領受乘客責任保險金的權利，但父親、母親、妹妹均因該次車禍而死亡，竟然發生無法請求旅客責任保險的權利，實在令人傻眼，完全不盡人情……台灣司法實務，關於車禍死亡事件的損害賠償數額，一直存在許多問題。其一，關於被害人若活著時候的薪資所得，可否求償？其二，精神賠償的數額，是否過低？總之，車禍死亡時（像這次蝶戀花車禍，若立即喪生，醫療費用的求償通常不在討論範圍，除非例外情形，會有大筆的醫療費用或健保以外的支出，另當別論），親屬只能請求扶養費、喪葬費及精神賠償。實務上，若不能提高精神賠償數額，人命在台灣還真是不值錢……消基會曾說過，民俗活動的一千五百台斤以上的神豬，都可賣到超過三百萬元的好價錢，有時候法院判決一條人命的價值可能還不如一條神豬，這是什麼道理呢？」¹。

關於生命侵害之損害賠償，鄰國日本之法制具有特色，而值得借鑑。台日兩國之法制有很大差異，自結論上言之，在日本，人的生命比較值錢。作為比較之前提，先將兩國法律之相關條文列出。我國民法有下面規定：

第 18 條 人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害；有受侵害之虞時，得請求防止之。
前項情形，以法律有特別規定者為限，得請求損害賠償或慰撫金。

¹ 鄧湘全觀點：蝶戀花乘客責任保險金與精神賠償慰撫金，2017 年 3 月 2 日風傳媒（<http://www.storm.mg/article/227819>）。

第 184 條 因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。

違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。

第 192 條 不法侵害他人致死者，對於支出醫療及增加生活上需要之費用或殯葬費之人，亦應負損害賠償責任。

被害人對於第三人負有法定扶養義務者，加害人對於該第三人亦應負損害賠償責任。

第一百九十三條第二項之規定，於前項損害賠償適用之。

第 193 條 不法侵害他人之身體或健康者，對於被害人因此喪失或減少勞動能力或增加生活上之需要時，應負損害賠償責任。

前項損害賠償，法院得因當事人之聲請，定為支付定期金。但須命加害人提出擔保。

第 194 條 不法侵害他人致死者，被害人之父、母、子、女及配偶，雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。

第 195 條 不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。

前項請求權，不得讓與或繼承。但以金額賠償之請求權已依契約承諾，或已起訴者，不在此限。

前二項規定，於不法侵害他人基於父、母、子、女或配偶關係之身分法益而情節重大者，準用之。

日本民法關於侵權行為之規定，主要為下面 3 條（其他尚有 712 到 724 條之規定）：

第 709 条 故意又は過失によつて他人の權利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによつて生じた損害を賠償する責任を負う。

（因故意或過失侵害他人之權利或法律上受保護之利益者，負賠償因此所生損害之責任。）

第 710 条 他人の身体、自由若しくは名譽を侵害した場合又は他人の財産權を侵害した場合のいずれであるかを問わず、前条の規定により損害賠償の責任を負う者は、財産以外の損害に対しても、その賠償をしなければならない。

（不論是侵害他人身體、自由或名譽之情形或侵害他人之財產權之情形，依前條規定負損害賠償責任者，對財產以外之損害，亦須賠償之。）

第 711 条 他人の生命を侵害した者は、被害者の父母、配偶者及び子に対しては、その財産權が侵害されなかった場合においても、損害の賠償をしなければならない。

（侵害他人之生命者，對被害人之父母、配偶及子女，即便其財產權未受侵害，亦須為損害之賠償。）

日本民法 709 條，原規定「因故意或過失侵害他人權利者，負賠償因此而生損害之責」。亦即，將損害賠償限於「權利侵害」之情形。早期判例（1914 年）亦認為，僅法律所規定之權利受到侵害，才有賠償問題²。但如此一來範圍太窄，不符公平正義理念。1925 年之「大學湯事件」（大審院大正 14 年 11 月 28 日判決），日本最高法院認為「應受法律保護之利益」之違法侵害，亦係權利侵害。此係將重點由「權利侵害」移轉到「違法性」³。2004 年日本將民法條文口語化時，一併將原規定之「侵害他人權利」改為「侵害他人之權利或法律上受保護之利益」，係將法院所為之法解釋，明確規定在條文文字中⁴。

貳、日本法之考察

一、受傷之逸失利益之「切斷說」與「繼續說」

因侵權行為受傷，導致其勞動能力全部或部份喪失者，可以請求其「逸失利益」之損害賠償。亦即，其通常可預期之有工作能力之期間，原本因勞動而可預期獲得之收入，現因侵權行為而無法全部獲得，其損害應由加害人賠償。此點並無疑問。

不過，因侵權行為受傷而起訴求償之被害人，在事實審言詞辯論終結前，若因其他原因死亡，則侵權行為所致之逸失利益，應僅計算到死

² 大判大正 3 年 7 月 4 日雲右衛門事件。

³ 遠藤浩編『基本法コンメンタール債權各論Ⅱ』（2005 年 4 版新条文対照補訂版）40 頁（伊藤進）。

⁴ 不過，對此有反對見解認為，修法前學說已多將「權利」解釋為包括「利益」，修法將使「權利」之概念被不當地狹義理解，且「法律上」一詞非但沒有意義，反而易造成限制。我妻=有泉『コンメンタール民法〔総則・物権・債権〕』（2013 年 3 版）1353 頁。

亡之時點（所謂「切斷說」，即逸失利益因死亡而被切斷）？還是仍然計算到平均可工作年齡之時點（繼續說）？日本法院採取「繼續說」⁵。因頗具參考價值，故於下詳細介紹 3 則判例。

（1）於通稱「採貝事件」之最高法院第一小法廷平成 8 年（1996）4 月 25 日判決事例，1988 年 1 月發生大貨車撞小貨車之車禍，小貨車乘客頭蓋骨骨折，受有智力降低、複視、左腳神經麻痺等後遺症，後遺症於 1989 年 6 月固定，被害人本為木工，受傷後無法工作，因而每日在住家附近海邊採貝，同年 7 月 4 日在海中採貝時因心臟麻痺死亡。被害人之繼承人請求被害人症狀固定時之 44 歲到可勞動年齡 67 歲間之逸失利益損害賠償。原審東京高等法院認為，被害人在言詞辯論終結前死亡，其生存期間已經確定，不能請求死亡後之逸失利益。

最高法院認為，除非在該交通事故之時點，其死亡之原因已經存在，而可客觀預測在不久之將來應會死亡，否則被害人後來因故死亡之事實，於認定因事故喪失勞動能力之期間時，不應加以斟酌。「蓋喪失部份勞動能力之損害，係於侵權行為發生之時點，即已發生其一定之內容，故其後所生事由，不會產生影響，而逸失利益之數額，應依事故當時被害人之年齡、職業、健康狀態等個別要素以及平均勞動年數、平均餘命等統計資料所導出之勞動可能期間為基礎來算定，交通事故後被害人死亡，若無前開特殊事由，不影響勞動可能期間之計算。另外，交通事故之被害人後來偶然因其他原因死亡時，若賠償義務人即可免去其義務之全部或一部，而被害人及其遺族不能受到賠償之填補，係違反衡平理念。」從而法院認為逸失利益應計算到 67 歲（勞動到 67 歲，是日本實務上所採取之勞動年限），原審有法令解釋適用上之違法，而廢棄發回。

（2）於最高法院第二小法廷平成 8 年（1996）5 月 31 日判決之例，1990 年 4 月 15 日，加害人開貨車從路旁加油站駛入縣道時，騎機車經

⁵ 潮見佳男『債權各論Ⅱ不法行為法』（2005）77 頁。

過之被害人緊急煞車而摔車，致左膝蓋開放性骨折、右第五中手骨骨折，就醫治療到 1991 年 9 月 19 日，左膝痛、右小指關節痛、右第五中手骨變形之後遺症固定，同年 12 月 11 日，又因別件交通事故而死亡。被害人之繼承人請求加害人賠償被害人於 1991 年 4 月高中畢業起就職 10 年份之勞動能力部分喪失之逸失利益。

日本最高法院認為：「二、於計算因交通事故後遺症所致勞動能力部分喪失之財產上損害額時，即便其後被害人死亡，該死亡之事實，於算定可能勞動期間時不應加以考慮，除非於交通事故之時，造成死亡原因之具體事由已經存在，而可客觀預測其死亡在不久將來會發生等之特殊情事……無論被害人之死亡係疾病、事故、自殺、天災等所致，有無第三人應對其死亡負擔侵權行為等責任，交通事故與其死亡之間有無相當因果關係或條件關係，此均無不同。於本件被害人因再次發生交通事故死亡之情形，雖死亡係因第三人之侵權行為所致，該第三人所應負擔之賠償額，係以被害人因最初之交通事故致後遺殘障而降低之勞動能力為前提來算定，故須採取前述之解釋，被害人及其遺族，始有可能就其因前後二個交通事故所受之全部損害，獲得賠償。三、此外，交通事故之被害人因事故所生後遺殘障，喪失部分勞動能力後死亡時，於算定因喪失部分勞動能力所致財產上之損害額時，應解為以交通事故與被害人之死亡間有相當因果關係而亦可請求死亡之損害賠償之情形為限，可扣除死亡後之生活費。蓋若交通事故與死亡間無相當因果關係，則被害人因死亡而無庸支出生活費，難謂與損害原因係基於同一原因而生，兩者並非屬於得適用或類推適用損益相抵之法理來控除之損失與利益之關係。四、在本件，依前開事實關係，被害人因本件後遺殘障喪失部分勞動能力，而受有損害，其因別件交通事故而死亡，非可認為有前面所謂之特別情事，且與本件交通事故之間沒有相當因果關係。因此，於算定其喪失勞動能力之財產上損害額時，其因別件交通事故死亡之事實，於可能勞動期間之算定上不應加以考慮，並且也不能扣除其死亡後之生活費」。

（3）在最高法院第一小法院平成 11 年（1999）12 月 20 日判決之

例，被害人於 1991 年在牽自行車過平交道時遭小客車撞傷，致腦挫傷、蜘蛛膜下出血，受有智能障礙、四肢麻痺之後遺症，長期臥床，吃飯排便無法自理而需全面看護。求償訴訟繫屬大阪高等法院中，1996 年被害人因胃癌死亡。大阪高院認為，在事故時點並不能客觀預見其將因胃癌死亡，故判賠 1994 年後遺症固定時起 6 年份之喪失勞動能力之逸失利益 1306 萬；並以損害在事故時即已發生，因被害人在言詞辯論終結前死亡而減輕賠償責任的話有失衡平為由，認為被害人到平均餘命為止均有看護必要，而判賠症狀固定時起 12 年之看護費 5197 萬。

最高法院則認為：被害人從交通事故到因胃癌死亡，隔了約 4 年 10 個月，交通事故前其係正常生活，無胃癌徵兆，故在認定被害人之可能勞動期間時，不應考慮其後來胃癌死亡之事實；惟關於看護費賠償，係在填補被害人現實支出之費用；於判決中命加害人賠償將來之看付費，係因有持續看護必要之蓋然性存在；若被害人死亡，則其後已無庸看護，即無判賠看護費之理由；令加害人賠償該費用，係給予被害人及其遺族無根據之利益，反有違衡平理念。其並謂：於交通事故損害賠償訴訟採取一次性賠償金之方式，係因在觀念上，損害於事故當時即已發生其一定之內容，事故後所發生之事由，不會對損害內容造成增減；然而，將此種「法的擬制」延伸到前述欠缺衡平性依據之場合，並非妥當。因而其將原審判賠看護費之部分廢棄發回。

身體受傷之權利侵害，伴隨著減少勞動能力之損害。這些損害，應係於受傷時點就已發生。被害人到平均退休年齡為止因殘障所致之收入減少，係用金錢來估算損害之方法。川井健教授指出，若重視被害者現實上所受之損害，也可能認為，應該要考慮被害人在事故後因其他原因死亡之事實；不過，以將來之推定生存年齡為前提、依可能工作之年數來估算逸失利益，係以一般人之狀況為前題之擬制（虛構），而為了平等

對待惹起相同損害之加害人，維持同樣的擬制處理，係具妥當性⁶。則即便傷者後來因故死亡，該計算到平均退休年齡之「受傷之逸失利益」即應由其繼承人繼承。此對加害人與被害人（之家屬）而言，應係衡平而可預見。

不過，若係生命受到侵害時，「死亡之逸失利益」是否發生，而得由被害人之繼承人請求，則有爭議。蓋損害賠償請求權，應先歸屬於被害人本人，再由其繼承人繼承。但在生命遭受侵害之當下，被害人於死亡之瞬間即喪失權利能力，無由成為權利之歸屬主體。從而，謂死亡者本人可以取得其因自身生命受侵害而生之損害賠償請求權，被認為理論上係有矛盾⁷。

二、死亡之逸失利益賠償

（一）學說發展過程

日本法院實務之固定見解係認為，死亡之被害人，其餘命期間之逸失利益，均由其繼承人繼承。此被稱為「繼承構成」或「繼承說」。「繼承構成」是日本自己發展之制度，非繼受自他國。

日本法院在計算逸失利益時，係以亡者剩餘之可工作年數，乘以死亡當時之實際年收入額，扣除亡者自死亡時到退休時為止之生活費，並扣除中間利息。若亡者係領取退休金者，則係請求到平均餘命可得之年金⁸。計算將來收入時，並應考慮到將來之薪水調整⁹。

不過，在學者間也有否定繼承說之見解，認為被害人死亡後，已無餘命期間所失利益之可言，加害人無庸賠償之。但被害人生前所扶養之

⁶ 川井健『民法概論 4（債權各論）』（2007年初版3刷）503頁。

⁷ 潮見佳男，前註5，78頁。

⁸ 廣中俊雄『債權各論』（1994年）495頁。

⁹ 內田貴『債權各論』（2011年第3版）463頁。

人，可因自身固有之扶養權利受到侵害為由，請求賠償。此稱為「固有構成」或「扶養構成」。

日本學者舟橋淳一將日本學說之發展分為四期¹⁰，可資參考¹¹。

(1) 第一期係從民法制定(1896)到大正前半(約1918)之時期，民法起草者之一之梅謙次郎之見解處於支配地位。梅謙次郎係認為，死者已喪失權利主體之地位，無由取得損害賠償請求權，遺族僅能就其自身之損害，向加害人求償。此係採「固有構成」或「扶養構成」。

(2) 第二期，係認為死者先取得生命侵害之損害賠償請求權，再由其繼承人繼承之見解，成為通說判例之時期。其理論係認為即便是當場死亡，從重傷到死亡間，在現實上或觀念上，仍有時間之間隔(「時間間隔說」)。此係大正7年(1918)由加藤正治及大正11年(1922)由鳩山秀夫所提倡，並為通說判例所採。

大審院大正9年(1920)4月20日判決，即以「負傷之逸失利益」包括其後死亡之逸失利益，為理論依據。亦即，負致命性之重傷時，當下即產生了對於將來之勞動能力喪失之損害(工作到平均退休年齡之逸失利益)之賠償請求權，並因隨後之死亡而由其繼承人繼承。如此一來，可以迴避死者如何取得賠償請求權之問題。不過，若非先負傷再死亡，而係即刻死亡之情形，應如何處理，不無疑問。大審院大正15年(1926)2月16日判決(重太郎即死事件)，則認為當場死亡之情形，傷害跟死亡間仍有時間間隔，故被害人先取得其通常可存活期間之逸失利益賠償請求權，再由繼承人繼承。亦即，從致命性傷害到死亡之間有些微時間間隔，死亡之損害賠償請求權，一旦歸屬於死者，再於下個瞬間被繼承。

對「時間間隔說」，有批評認為，被害人因此所取得的是「頻臨死亡前之身體傷害」之賠償請求權，並非「生命被侵害」本身之賠償請求權，

¹⁰ 舟橋淳一「生命侵害による損害の賠償と相続」川島武宜編『損害賠償責任の研究(我妻還暦)』(上、1957)335頁以下。

¹¹ 關於日本學說之發展，魏大曉，不法侵害生命所生慰撫金請求權與繼承關係，輔仁法學，第9期，1990年，400頁以下已介紹到我國。

此外，也缺乏此二者係具相同內容之論證，因此，此說並未回答生命侵害之損害賠償的問題，而只是迴避此問題而已¹²。

另外，末弘嚴太郎（1918）提出生命侵害是極度之身體傷害之看法（後來改說，故此被稱為末嚴舊說），惟未受多數支持¹³，但後來舟橋（1957）主張類似看法。

（3）第三期，係時間間隔說被質疑難以合理說明被害人取得生命侵害之損害賠償請求權，故再有新學說被提出之時期。平野義太郎（1925）提出「被害人於請求生命侵害損害賠償之範圍為限，仍保有其作為權利能力主體之地位」之「死者人格存續說」。其主張，對被害人之侵權行為既已明顯成立，即無合理理由認為，僅因被害人死亡之自然事實，侵權行為損害賠償請求權之法律觀念上之主體也同一瞬間當然消滅，而應該認為，於請求損害賠償之範圍，被害人仍係法律觀念上之權利主體，其繼承人因繼承而溯及於被害人死亡之瞬間，繼承該損害賠償請求權¹⁴。

大審院昭和3年（1928）3月10日判決，即不用繼承之觀點處理，而認為被害人死亡時，其繼承人原始取得損害賠償請求權。此係當時學者通說所採之「人格存續說」。亦即，就生命侵害損害賠償之範圍內，被害人尚有權利主體之地位，而侵害被繼承人生命之賠償請求權，由包括繼承被繼承人人格之繼承人原始取得¹⁵。

不過，對此說之批評，為歸屬於死者之損害賠償請求權如何由其繼承人繼承，並未被合理說明¹⁶。

另外，穗積重遠（1930）等人提出「同一人格繼承說」，主張繼承係「人格的繼承」或「法律地位的繼承」，故被繼承人因生命受侵害之損害賠償請求權，係由承繼其人格之繼承人原始取得。此說得到我妻榮之支

¹² 舟橋諄一，前註10，341頁。

¹³ 舟橋諄一，同335頁。

¹⁴ 舟橋諄一，同341頁。

¹⁵ 參見『新注釋民法（15）』（2017）904頁（窪田充見）。

¹⁶ 舟橋諄一，前註10，342頁。

持，而成為壓倒性之通說，1949年、1951年之書籍仍有主張此說者¹⁷。

(4) 第四期，係前一期之通說勢力衰退，而「繼承否認說」重新復活。「繼承否認說」係末弘嚴太郎於1938年已經提出，主張繼承構成不合理，應回歸到梅謙次郎之見解，即否認繼承說。1943年、1952年陸續有學者表明支持否認說，同一人格繼承說逐漸失勢。另外，我妻榮於1953年提出死亡事故之被害者並非僅係死亡者，而是家族共同生活體之見解，即「家族共同體被害者說」，惟未繼續被發展。

舟橋諄一(1957)則提出「極限概念說」，此實質上與末弘嚴太郎(1918)舊說相同，但更細緻。其認為，生命侵害是無限大的身體傷害，若將生命侵害比喻為圓形，身體傷害為多角形，概念上圓形可由圓形內之多角形來趨近，則死亡之前一瞬間，係身體傷害無限大之瞬間，被害者取得之損害賠償請求權，實質等同於生命侵害之損害賠償請求權，並於無限小之瞬間後，被害人死亡，繼承人繼承之。舟橋認為，此可解決「時間間隔說」被質疑迴避了「生命侵害」本身之損害賠償的問題¹⁸。不過，仍有批評者主張，身體傷害跟生命侵害有質的不同，後者不能當成前者之極致來看，故「極限概念說」仍有與「時間間隔說」相同之矛盾¹⁹。

如前所述，第四期以來，否定繼承構成之見解重新興起。東京大學內田貴教授認為，此大概是因為，繼承構成被批評為有將人當成賺錢機器之意涵，以及，在比較法上，許多國家否定繼承構成²⁰。不少學者反對「繼承構成」，而採「固有損害說」或「扶養構成」，認為遺族得以其自身之扶養利益受到侵害為理由，請求賠償其固有之損害，即「若被害人未死亡時遺族應可預期獲得之扶養利益」。惟父母若正在接受子女扶

¹⁷ 舟橋諄一，前註10，336、342頁。

¹⁸ 舟橋諄一，同347頁。

¹⁹ 潮海一雄「相統構成と扶養構成」『新・現代損害賠償方講座第5卷交通事故』(1997)224頁。並參見吉村良一『不法行為法』(2005年第3版)124頁。

²⁰ 內田貴，前註9，460頁。

養，父母並不享有超過其預期壽命之扶養利益，若父母並非正在受到子女扶養，特別是若子女尚未成年，則原則上也沒有撫養利益，即無財產上之損害賠償請求權²¹。對此幼童死亡則損害賠償額甚小之結果，有認為此本係理所當然，蓋把幼童生命當成財產，由父母逆向繼承幼童之逸失利益，反不適當。此似為歐洲之一般看法。不過這與國民感情有關，外國怎麼樣，並不能成為理由²²。

內田貴教授指出，也有採「扶養構成」之論者主張，幼童死亡之情形，應承認父母之將來受扶養之利益，惟內田貴教授認為，若加上將來扶養的想法，則其假定性甚高，可謂與「繼承構成」差別不大矣²³。

（二）「繼承構成」與「扶養構成」之關係

「繼承構成」與「扶養（利益侵害）構成」，雖常被以二者擇一之方式說明，但並非二者擇一之關係，換言之，並非不能兩立²⁴。

於日本最高法院第三小法廷平成 5 年（1993）4 月 6 日判決之例，62 歲被害人因交通事故死亡，其具事實上夫妻關係（「內緣」）之妻（形式上未結婚之長期同居人，內緣之夫妻被認為互負扶養義務，但無繼承權），平時全依賴其扶養。日本政府依據自動車損害賠償保障法，給付內緣妻 700 多萬之相當於其所喪失之將來扶養利益之賠償。亡者之繼承人即其胞妹，再請求政府給付死亡被害人之逸失利益賠償。最高法院認為，內緣之妻若受亡者扶養，可對肇事車輛持有人，請求其喪失將來之扶養利益之損害賠償。被害人之逸失利益，是其若未死亡將可得到之利益，而死亡被害人之內緣妻之扶養費係從該利益中支出，故被害人之繼承人所得請求賠償之死者之逸失利益損害，應扣除將來扶養費之支出。

²¹ 參見內田貴，前註 9，461 頁。

²² 內田貴，同 462 頁。

²³ 內田貴，同 462 頁。

²⁴ 不過，劉春堂，侵害生命權之財產上損害賠償責任，輔仁法學，第 34 期，2007 年 12 月，23 頁認為兩者「理論上不能並存」。

另外，於最高法院第一小法廷平成 12 年（2000）9 月 7 日判決之例，被害人生前有高於平均值之年收 780 萬圓，但負有 48 億圓之龐大債務。受其扶養之妻子及 2 個女兒放棄繼承，但向加害人請求喪失將來之扶養利益之損害賠償。原審東京高等法院認為，被害人若未死亡，家屬可以享受其收入中一部分之扶養金，惟其負有龐大債務，應會影響家庭之生活，故不以其死亡前一年度之收入 780 萬圓計算，而以一般男性平均年收 544 萬圓為基準，計算亡者之逸失利益，扣除 3 成之亡者自身之生活費，再以萊布尼茲方式扣除中間利息，算出其逸失利益為 6302 萬，再由其妻、女依應繼分之比例，計算其扶養損害之金額。

最高法院則認為，因侵權行為死亡者之妻、子，若係受被害人扶養，則因加害人係侵害到其固有利益之扶養請求權，故妻、子即便放棄繼承，仍可向加害人請求喪失扶養利益之損害賠償。然而，其喪失扶養利益之損害額，並不當然等同於因繼承而可取得之亡者之逸失利益額，而應在個案中考慮亡者生前之收入、其中用於扶養之比例、各個被扶養人之分配比例、需要扶養狀態之存續期間等等之具體事情，妥善計算。在本案中，考慮到被害人之高額債務，原審以平均年收為計算基礎，難以認同。且原審將亡者之逸失利益全部作為扶養利益之總額，以被扶養人之應繼分比例來分配之點，以及 2 名女兒應該在被害人退休年齡前即可成年而不需扶養，但原審未加考慮之點，可認為原審就扶養利益喪失之損害額算定，有法律解釋適用之錯誤。從而廢棄發回。

總結而言，扶養利益被侵害者並非繼承人時，死者之逸失利益，應先依扶養之現實狀況，扣除將來扶養之必要支出後，再由其繼承人繼承（最高裁平成 5 年 4 月 6 日判決）。繼承人放棄繼承之情形，仍可請求扶養利益之損害賠償。而扶養利益，應依扶養人收入、與其他被扶養人之分配比例、受扶養期間等，具體核算（最高裁平成 12 年 9 月 7 日判決）。扣除扶養費後若有殘額，再由繼承人繼承，若扶養費已經不充裕，即無

逸失利益給繼承人繼承²⁵。從而，扶養利益之損害賠償請求權，與繼承權若處競合關係時，可認為扶養利益係被繼承利益覆蓋²⁶。

（三）「繼承構成」之理論上之問題

「繼承構成」被指出有如下之理論上之問題，其並被當成是應支持「扶養構成」之理由。不過，這些問題點並非完全無法克服。以下試做討論。

1. 理論上不合理

繼承構成，係令被害人在死亡前一旦取得因其死亡而產生之損害賠償請求權，再因其死亡而由其繼承人繼承。此理論構成被批評為有矛盾或不自然。有見解認為，所有之說明方式（時間間隔說、人格存續說、極限概念說等）均有難處，無法「完全解決」理論上之矛盾²⁷。

不過，內田貴教授認為²⁸，此缺點並非致命性，蓋在法律的世界，這種不自然並非稀有。結論上反對「繼承構成」、支持「固有被害說」之四宮和夫教授（1988）亦認為²⁹，「在觀念上將生命侵害縮減為身體侵害之理論構成，不能說是不合理。因為，實質上得與死亡同視之致命傷害所生之損害賠償請求權由本人取得，再由繼承人繼承之構成，係可以成立的（此係用擬制的方法，而在法的世界，擬制係無所不在，這種程度的擬制，是可被接受的）」³⁰。

²⁵ 內田貴，前註9，464頁。

²⁶ 新注釋（前註15）911頁

²⁷ 吉村良一『不法行為法』（2005年第3版）124頁、126頁。蘇惠卿，日、台間關於侵害生命權之賠償責任的比較－兼論日本名古屋地院「華航名古屋空難」事件之一審判決，月旦民商法雜誌，第7期，2005年3月，79頁

²⁸ 內田貴，前註9，460頁。

²⁹ 四宮和夫『不法行為』（1988年初版3刷）483頁。

³⁰ 不同見解，蘇惠卿，前註27，79頁認為，「時間間隔說及極限概念說於說明當場死亡與傷害間之關係時，流於概念之擬制，缺乏說服力」。

神戶大學窪田充見教授（2016）更指出：若將逸失利益理解為在將來之各個時點所發生之消極損害，則死亡即權利主體喪失後之逸失利益，觀念上無法存在。極限概念說與時間間隔說，即無法說明何以死者可以取得死亡後之逸失利益賠償。不過若依照「採貝事件」之思考方式，所謂逸失利益，並非在將來之各個時點所產生之損害，而係將勞動能力之喪失，以金錢加以評價之手段。若如此理解，則被評價為死亡後之逸失利益之損害，於因受傷而喪失勞動能力之時點，即已確定發生，而得成為繼承之對象。根本也不需要家族共同體被害者說、人格存續說、人格繼承說等說明，至多在該確定發生之損害賠償請求權即刻被繼承之意義上，採取時間間隔說，即可為充足之說明。甚至也可能可以認為，關於所謂繼承構成，並無庸給予特殊定位，僅視為一般繼承之問題即可³¹。

管見認為，至此應可認為：繼承構成之理論上之問題，係可被克服，並非有不能「完全解決」之理論上矛盾。法律的世界有許多擬制。「解散之公司，於清算範圍內，視為尚未解散」（公司法 25 條）。於生命侵害之損害賠償問題，因其特殊性，而將被害人之權利能力視為尚存，並無不可。又「極限概念說」與「時間間隔說」似無差異，僅是加了個微積分般的說明而已，但應已足以說明生命侵害之損害賠償問題。傷害之極致係生命侵害，兩者間固有質的不同，但生命侵害可以用身體侵害來趨近，以衡量其數值。此際，忽略其可能存在之性質差異，應可被一般人接受。法律上之損害賠償制度，實際上也無法完全真實地「回復原狀」或「填補損害」，而僅是擬制。被破壞的八田與一銅像即便「修復」，物理上不可能完全「回復原狀」，也已經不是當初之歷史古蹟真品。情感上之傷害，也無法真正用金錢來完全填補。

2. 造成不合理之逆向繼承

有批評指出，孩童或單身者身故時，會產生父母繼承子女之逸失利

³¹ 新注釋（前註 15）909 頁。

益之逆向繼承的現象，但父母之平均餘命較短，繼承其子女之平均餘命之逸失利益，並不自然。例如，3 歲之養子死亡時，當時 70 歲之養父，將可以繼承死亡之養子工作到 67 歲之工作收入之逸失利益³²。

不過，內田貴教授認為³³，此缺點亦非致命性，蓋既然問題是被害人所受之損害，則這種程度之不自然，尚未達到應該否定繼承構成之地步。

另外，也有其他應對可能。例如東京地方法院昭和 37 年 2 月 19 日判決，係認為繼承人即被害人之父，僅可於其平均餘命範圍內，繼承其子女（即被害人本人）之逸失利益³⁴。如此，則不合理之逆向繼承之問題，即可得到解決。

此外，若係子女死亡，父母可繼承之子女之逸失利益不會被扣除養育費，此係因損害賠償之理念或政策考慮而被正當化³⁵。或者可謂，在規範上不應將無庸再支出養育費，視為是利益相抵問題之「利益」³⁶。

3. 造成不合理之「開心的繼承人」

死者之逸失利益之繼承，會令平時與被害人無交際往來之繼承人獲得多額之損害賠償，此現象有被稱為是「開心的繼承人」問題。

不過，對此，應認為「開心的繼承人」之出現，原本即為繼承制度之固有問題，且係在可接受之限度內³⁷。更有指出，若為了避免「開心的繼承人」而否定繼承構成，則在被害人無應受扶養人時，將產生「開心的加害人」³⁸。若考慮此點，則此亦非決定性之論點。

³² 潮見佳男，前註 5，79 頁。勞動到 67 歲，是汽車損害保險實務所採取之勞動年限，而被法院採用。山本善明『命の値段』（2001）51 頁。

³³ 內田貴，前註 9，460 頁。

³⁴ 引自新注釋（前註 15）910 頁。

³⁵ 內田貴，前註 9，455 頁。

³⁶ 四宮和夫，前註 29，484 頁以下。其並舉出學說上有對立，下級審判決有不少採取控除說，但最高法院一貫採取非控除說。

³⁷ 參見潮見佳男，前註 5，80 頁。

³⁸ 內田貴，前註 9，460 頁。

（四）價值取捨之問題

如前所述，四宮和夫教授（1988）認為「繼承構成」在理論上可以成立。其認為，採取何說，係價值判斷的問題³⁹。「繼承構成」主張應就直接之被害人來確定損害，係強調侵權行為之預防機能、制裁機能，或司法政策之考量或便利（簡單明確、個案差異不大、證明較簡易），而「固有被害說」則忠實於填補損害。另外，「繼承構成」會產生不合理之逆向繼承。四宮教授認為，「固有被害說」較佳。

內田貴教授則採取不同之價值判斷。其認為，「固有損害說」（即「扶養繼承」）在理論上較優，說理一貫，無不自然之處；其並非要追回亡者本可賺到之金錢（把亡者當成賺錢機器），而把重點放在對遺族之損害填補之觀點，也可支持。儘管如此，判例維持「繼承構成」之理由，應該是與傷害之情形相較下之均衡，以及其可提高損害賠償額。亦即，被害人因交通事故變成植物人或兩腳被切斷之逸失利益，可能比死亡之情形遺族之固有損害還高。雖然從「固有損害說」之角度來看，這可能是理所當然，然而從賠償額來看，致人於死反而賠得少，有失均衡。這也與侵權行為制度之目的有關。若認為侵權行為的目的在填補損害，可能傾向「固有損害說」，若重視侵權行為之防止，則傾向「繼承構成」。「固有損害說」雖然主張防止或懲罰侵權行為應係刑法的目的，但是否可以如此爽快地分割思考，不無疑問。結論上，基於與傷害情形之均衡、國民對侵害生命之感受、制止侵權行為之效果而言，判例之繼承構成應可支持⁴⁰。

關於「扶養構成」有重傷與死亡之賠償額不均衡之問題，加藤一郎教授（1969）認為：一般而言，加害程度即不會與賠償額相對應；交通事故過失致人死傷時，與加害程度相較，賠償額更會因被害人收入多寡

³⁹ 四宮和夫，前註 29，484 頁以下。

⁴⁰ 內田貴，前註 9，461 頁。

之偶然事情而受影響，從而應無庸過於執著重傷與死亡之賠償差異；雖於故意殺害之情形，賠償額與重傷之情形相較反而減少，可能引發疑慮，也可能因此令過失致人重傷之司機狠下心來壓死人；然而，作為財產損害之問題，死亡之損害較少既然是事實，如此結果也無可奈何，只能用慰撫金來調節，或用刑事罰制裁⁴¹。

管見以為，的確賠償額會因被害人收入多寡之偶然事情而受影響，此似是無可奈何⁴²。不過，撞死人反而賠的少甚至不用賠，是「扶養構成」在價值體系上難以克服的矛盾。此外，所謂「繼承構成重視侵權行為之防止、固有損害說則重視侵權行為之目的在填補損害」之看法，並非當然成立。如同「家族共同體被害者說」之見解般，因侵權行為而死亡者之家人均是被害人，受有精神上與財產上之損害。「固有損害說」僅承認扶養權利之損害，其他損害，包括受害人若生存到平均壽命其可遺留遺產之蓋然性，均捨去不論。換個角度想，「繼承構成」似乎反而更趨近於損害之完整填補。另就防止侵權行為而言，刑事罰之制裁現實上欠缺成效（或因舉證困難，或因刑事程序無罪推定之制度原理及刑事程序所用之高標證明度，或因監獄人滿為患，法院儘量輕判或緩刑等），否則台灣社會即不會有砂石車撞傷人時乾脆倒車輾死之普遍傳聞，「懲罰性損害賠償」制度也無由存在。主張制裁機能應專由刑法獨立承擔、民法須維持損害賠償之純粹性，係與社會現實脫節。

日本法院實務採取繼承構成，屹立不搖。學說上則如前述般，反對說重新興起，但仍有支持繼承說之見解⁴³。至於日本學者「通說」為何？則見解不一。有謂學者通說係反對實務見解者⁴⁴。也有謂學者通說是贊

⁴¹ 加藤一郎「慰謝料請求權の相続性」ジュリスト 431 号（1969）161 頁以下。

⁴² 另外例如擦撞到超跑，而須為小過失付出平常無法想像之極大代價，現行制度下似是無可奈何，惟應有再討論之空間。

⁴³ 平野裕之『民法總合 6：不法行為法』（2007）402 頁指出，澤井 249 頁、近江 175 頁支持判例見解。潮海一雄，前註 19，236 頁支持繼承構成。

⁴⁴ 淡路剛久「生命侵害の損害賠償」星野英一ほか編『民法講座第 6 卷 事務管理・不當利得・不法行為』（1985）356 頁。鈴木祿弥『債權法講義』（2001）113 頁謂反對說漸漸成為通說。

成實務見解（繼承構成）者⁴⁵。另有謂學者多因法院實務已無動搖可能，故勉強接受⁴⁶。不過，從現今東京大學與京都大學均有著名民法學者支持繼承構成來看⁴⁷，難謂今日通說係反對「繼承構成」。一橋大學名譽教授川井健也支持繼承構成，理由係被害人周遭家人之生活利益因侵權行為而被破壞，其中包括了遺族因被害人之收入而生活之利益⁴⁸。窪田充見教授（2016）指出，「繼承構成」在日本被當成極為一般之事而被普遍接受，在學說上，雖也同時被舉出其理論上之問題，但最終仍受到許多支持。其背景中不可忽視者，為繼承構成之賠償額，較扶養利益侵害構成之賠償額高⁴⁹。京都大學大村敦志教授（2005）指出⁵⁰，近時，雖有若干保留但贊成「繼承說」之見解變多⁵¹。其認為，「扶養構成」之賠償額較低，也有舉證上之困難，故「繼承構成」較佳。其並指出，若加害人也同時當場死亡，不得不認為其損害賠償義務由其繼承人繼承，兩者比較衡量之下，應可認為「繼承說」較佳。

的確，若加害人因故早於被害人死亡或同時死亡，則加害人之責任財產既然於其死亡之瞬間即因繼承而歸屬於其繼承人，加害人死亡之瞬間或死亡後才產生之損害賠償債務，如何先歸屬於（已因死亡而喪失權利能力、喪失作為權利義務主體地位之）加害人，再由其繼承人繼承，而得用加害人之遺產清償？相較之下，繼承說也並非不合理。

三、非財產上之損害賠償

⁴⁵ 山本進一「死亡による損害賠償請求権の相続性」『民法の争点Ⅱ』（1985）187頁；內田貴，前註9，419頁謂繼承構成是「傳統的通說」。廣中俊雄，前註8，454頁謂多數學說大致上有與判例相同結論之傾向。

⁴⁶ 新注釋（前註15）916頁。

⁴⁷ 內田貴於2007年自東大退休，現東大名譽教授。

⁴⁸ 川井健，前註6，495頁。

⁴⁹ 新注釋（前註15）918頁。

⁵⁰ 大村敦志『基本民法Ⅱ債權各論』（2005）241頁。

⁵¹ 其引註如鈴木113頁、北川283頁、內田426頁等。

日本民法第 710 條規定：「無論侵害他人之身體、自由或名譽，或侵害他人之財產權，依前條規定負損害賠償責任者，就財產以外之損害，亦應賠償」。

此一規定具有比較法上之特殊性，即慰撫金之請求並未限定在特定法益之侵害。身體、自由、名譽等，字面上係例示，而非列舉，因此在比較法上，係屬廣泛允許慰撫金請求權者⁵²。慰撫金不限於人格權受侵害之情形，財產權受侵害，亦得請求慰撫金⁵³。

（一）死亡者本人之慰撫金

關於被殺害之被害人的慰撫金請求權問題，是指亡者「負傷之慰撫金」還是「死亡之慰撫金」，並不明確。有學者明確加以區別討論⁵⁴，不過許多學者之論述並未區分此二者⁵⁵，而就被害人受傷致死之整個事件之慰撫金進行討論。因此，關於慰撫金之問題，尚有許多未釐清之處⁵⁶。討論之焦點，是集中在慰撫金既在緩和被害人之精神上苦痛，具有高度之個人性質，得否成為繼承標之問題。蓋日本民法 896 條規定：「繼承人，自繼承開始之時起，繼承屬於被繼承人財產之一切權利義務。但專屬於被繼承人本身者，不在此限」⁵⁷。

（1）日本最高法院（大審院）明治 43 年（1910）10 月 3 日判決認為⁵⁸，若被害人有行使慰撫金請求權之意思表示，則自此時點，其具有

⁵² 新注釋（前註 15）862 頁。

⁵³ 新注釋（前註 15）864 頁。

⁵⁴ 加藤一郎，前註 41，161 頁以下。

⁵⁵ 例如內田貴，前註 9，464 頁。

⁵⁶ 新注釋（前註 15）912 頁以下。

⁵⁷ 我國民法第 1148 條規定：繼承人自繼承開始時，除本法另有規定外，承受被繼承人財產上之一切權利、義務。但權利、義務專屬於被繼承人本身者，不在此限。繼承人對於被繼承人之債務，以因繼承所得遺產為限，負清償責任。

⁵⁸ 引自新注釋（前註 15）913 頁。

金錢債權之性質，而得被繼承人繼承。此有稱「意思表示繼承說」⁵⁹。其後之大審院大正 8 年（1919）6 月 5 日判決認為⁶⁰，請求慰撫金之意思只要有表達出來即可，不以該意思表示到達相對人為必要。

之後，大審院昭和 2 年（1927）5 月 30 日判決之「殘念事件」，被害人大叫「遺憾遺憾」而亡，法院解釋認為，此有對加害人請求慰撫金之意思。6 年後並有被稱為「第二殘念事件」（大判昭和 8 年 5 月 17 日）之類似判決⁶¹。其後，許多下級審判決從寬認定請求慰撫金之意思表示（「救命！」「不甘心！」「媽媽，很痛！」「不行了，悔恨啊！」等）⁶²。大審院昭和 12 年 8 月 6 日判決認為，被害人生前說：「對方的錯！對方的錯！明明可以停而不停下來！」，亦有請求慰撫金之意。由於最後流於只要有說話，即便難以被理解為有行使慰撫金請求權之意，仍從寬被解讀為有請求之意，此非但牽強，於被害人當場死亡而沒有機會表達請求慰撫金意思之情形，也造成不均衡之後果⁶³。

（2）於昭和 42 年（1967）11 月 1 日最高法院大法廷判決之事例，被告運輸公司之卡車在昭和 36 年 8 月 16 日過失撞傷 71 歲的老先生，致其重傷昏迷，12 天後死亡。其 66 歲的妹妹主張其繼承被害人之慰撫金請求權而起訴求償。一審、二審均認為，原告沒有證明被害人有請求慰撫金之意思表示，而駁回所請⁶⁴。

原告上訴最高法院，主張原判決認為慰撫金請求權是一身專屬權，須待被害人表明請求意思始能成為被繼承之對象之看法，係違反公平理念。

最高法院認為：「因他人之故意過失而受有財產以外之損害之人，如

⁵⁹ 內田貴，前註 9，464 頁。

⁶⁰ 引自新注釋（前註 15）914 頁。

⁶¹ 內田貴，前註 9，464 頁。

⁶² 引自內田貴，前註 9，464 頁、新注釋（前註 15）914 頁所引用之各判決。

⁶³ 新注釋（前註 15）914 頁。

⁶⁴ 參見加藤一郎，前註 41，150 頁。

同財產上損害之情形般，於損害發生之同時，即取得請求賠償之權利、即慰撫金請求權，除有可認為已放棄該請求權之特殊情事外，可行使該請求權，無需為例如表明請求意思等等之特別行為。而該被害人死亡時，應解為其繼承人當然繼承其慰撫金請求權。蓋關於損害賠償請求權之發生時點，民法並未因其損害係財產上損害還是財產外損害而作不同處理，且發生慰撫金請求權之被侵害法益雖專屬於該被害人自身，但因其侵害所生之慰撫金請求權本身，則與財產上之損害賠償請求權同樣，係單純之金錢債權，沒有法律根據可認為其不能被繼承，依民法 711 條，與生命被侵害之被害人具一定身分關係之人，與被害人所取得之慰撫金不同，可取得其固有之慰撫金請求權，此二者之請求權其被害法益不同，係可並存，且被害人之繼承人，並不一定能依同條規定取得慰撫金請求權，故雖有該條規定，但不能因此認為慰撫金請求權不能成為繼承之對象」，而廢棄發回（不過，大法廷係法官 15 人組成，該案係 13 名法官署名，田中二郎法官之反對意見認為，成為繼承標的之慰撫金請求權，應限於請求意思有被表達於外者；色川幸太郎法官之反對意見認為，應限於請求意思有向義務人明確表達者，松田二郎、岩田誠法官之反對意見認為，應限於加害人承諾支付或已有債務名義之情形）。

這是一個重要的判例變更，其主要之實質理由，係被害人當場死亡或陷於意識不明狀態時，依舊有判例，將否定其慰撫金請求權⁶⁵。奧野健一法官之補充意見認為，慰撫金請求權須經被害人表示請求意思才發生，會造成慰撫金請求權尚未發生即開始進行時效之不合理結果，並造成若被害人即死或受無法表示意思之重傷時，加害人得不當免去支付慰撫金義務之後果。特別在飛機或船舶事故全體人員死亡之情形，無法證明曾有請求慰撫金之意思表示，此時將一概否定慰撫金請求權，造成甚為不當之結果。

⁶⁵ 參見加藤一郎，前註 41，151 頁。

不過，不少學者反對慰撫金請求權之繼承⁶⁶，甚有謂「幾乎所有的學者都反對此判決」⁶⁷。潮見佳男教授謂，學說大多主張慰撫金應依 711 條處理，不太支持判例之繼承肯定說⁶⁸。內田貴教授認為否定說較佳，因：① 若肯定慰撫金之繼承，則遺族有 711 條之固有慰撫金，變成有二個慰撫金請求權，但慰撫金金額係由法官裁量決定，與僅認可固有慰撫金之情形，實際上差別不大；法院實務對於慰撫金，也朝向定額化發展；② 慰撫金應是專屬於感到痛苦之人；③ 民法 711 條之立法旨趣係以遺族不繼承被害人之請求權為前提，賦予其固有之請求權，若遺族可繼承被害人之慰撫金，711 條將成具文⁶⁹。

日本之司法實務上，雖概念上認為死者有固有之慰撫金，但考量到各事件之金額上之均衡等因素，實際上難以分開估算死者固有之慰撫金與近親之慰撫金，而是就一個死亡事故認定慰撫金之總額，再分配給相關人，從而，與繼承否定說並無實際上金額之差異⁷⁰。

(3) 慰撫金之一身專屬性，可以分兩個面向來看，亦即，不可讓渡、不可繼承之意義上之「歸屬上之一身專屬性」，以及可否成為債權人代位行使對象之「行使上之一身專屬性」⁷¹。

日本法院最初不認可慰撫金請求權之繼承，但後來認為慰撫金請求權可被繼承，亦即，否定了「歸屬上之一身專屬性」。不過，可以繼承是否意味著也應該可以讓渡，尚有討論空間⁷²。

而關於「行使上之一身專屬性」，最高法院第一小法廷昭和 58 年 (1983) 10 月 6 日判決可資參考。於該案例，D 於昭和 46 年被和歌山

⁶⁶ 新注釋 (前註 15) 916 頁。

⁶⁷ 內田貴，前註 9，465 頁以下。

⁶⁸ 潮見佳男，前註 5，83 頁。

⁶⁹ 內田貴，前註 9，465 頁以下。

⁷⁰ 基本法コンメンタル (前註 3) 59 頁 (田井義信)。

⁷¹ 新注釋 (前註 15) 891 頁。

⁷² 新注釋 891 頁。

地方法院宣告破產，並於昭和 49 年裁定破產終結。D 於破產宣告中之昭和 48 年委任律師起訴請求國家賠償 2000 萬慰撫金，主張其於昭和 41 年在和歌山縣任職町長時被地檢署依受賄罪起訴，係檢察官因過失所為之違法之公權力行使，其名譽因而受侵害。D 於訴訟繫屬高院中之昭和 53 年死亡。

第一審法院認為，D 有本件訴訟之當事人適格，並判賠國家賠償 200 萬慰撫金。大阪高院則認為，破產者在破產宣告前所遭受侵權行為之慰撫金請求權，至少在破產者明示其行使之意思時，即脫離其人之意思而成為客觀存在之金錢債權，若其人正受破產宣告，則當然歸屬於破產財團，破產管理人具有其管理處分權，因 D 係在破產宣告後訴請本件慰撫金，故本件訴訟當事人不適格，而取消第一審判決，駁回原告之訴。

最高法院則認為，「以名譽被侵害為理由之被害者向加害者之慰撫金請求權，於其係以支付金錢為目的之債權之點，與一般債權無異，但其本來並不是以取得其財產價值本身為目的，而係作為被害人之名譽即其人格上的價值之毀損所生損害之回復方法，將被害人所受精神痛苦以金錢估算後令加害人支付為目的，故是否行使此權利，應完全由加害人之意思來決定。慰撫金請求權除有此性質外，其具體金額並非於成立時即已客觀明白，性質上應依被害人之精神痛苦之程度、主觀意識及感情、加害人之態度及其他具不確定要素之諸般狀況來綜合決定，有鑑於此，被害人僅表示其有行使請求權之意思，而其具體金額在當事人間尚未客觀確定時，應認為被害人是否要貫徹其請求意思，應委諸於其自主之判斷，故其權利仍具有一身專屬性，被害人之債權人不能將其作為扣押之標的或債權人代位之目的。然而，另一方面，若加害人對被害人支付一定金額之慰撫金之合意或債務名義成立，具體金額之慰撫金請求權於當事人間已經客觀確定，則關於該請求權已經僅待加害人之現實履行而已，並無特別理由認為關於其受領仍應委諸被害人之自律判斷，此外，若被害人於此階段前死亡，也顯無理由認為，就繼受取得該慰撫金請求權之人而言，應有前開之行使上之一身專屬性，從而在此類情形，該慰

撫金請求權，係如原判決所言般，成為獨立於被害人之主觀意思而客觀存在之金錢債權，被害人之債權人得將之扣押，也可作為債權人代位之目的」。

從而最高法院認為，D 於起訴時僅係明示其行使權利之意思，該權利仍未失去應由其本人行使之一身專屬性，故雖 D 當時受到破產宣告，並不能認為本件訴訟欠缺當事人適格。而 D 於訴訟繫屬中之昭和 53 年死亡，應認該慰撫金請求權喪失一身專屬性，然而在破產終結裁定後喪失形式上之一身專屬性之慰撫金請求權，應解為無破產法（舊）283 條 1 項後段（追加分配給債權人）之適用，故應由其繼承人繼承。從而廢棄發回。

簡言之，慰撫金之具體金額尚未確定前，仍有讓被害人自主決定是否請求到底之一身專屬性，被害人之債權人不能加以扣押或代位行使，惟若慰撫金金額已客觀確定，則無一身專屬性。

（二）近親之慰撫金

1. 起源

日本民法 711 條規定，「侵害他人生命權者，對於被害人之父母、配偶及子女，即便無財產權之侵害，亦應賠償損害」。此係日本法獨特之規定，德國法在 2017 年以前無類似規定。

日本民法起草者，原本係在草案 731 條 1 項（現行法 710 條）規定：「侵害生命、身體、自由、名譽之情形，與侵害財產權之情形，法院得命賠償財產以外之損害」。不過，若允許生命侵害之賠償，原草案 719 條（現行法 709 條）之權利侵害之要件也成為問題。亦即，橫田國臣委員提問認為，草案 719 條規定侵害他人之「權利」才負賠償責任，但例如父母被殺害，父母自身當然是權利被侵害者，惟其子女是否也有權利被侵害，而得求償？穗積陳重起草委員答覆謂，父母被殺害時，子女並無權利被侵害。橫田委員又謂，父母或子女被殺害之情形，非常悲痛，應

該也要賠償，而主張刪除 719 條之「權利」侵害要件。穗積起草委員則堅持，權利侵害係必要的範圍界線，不能刪除，但認為橫田委員之主張有理，而認為可以設一條特別規定，使雖未侵害權利，但令人因密切關係而感情受痛苦時，負損害賠償責任。從而制定了現行法第 711 條。穗積委員並說明：父母就子女並無權利，夫也無讓妻活著的權利，故生命侵害不構成對遺族之權利侵害。但若不向遺族賠償，則有橫田委員指出之問題，故設本條規定。其並說明，若遺族受有扶養權利之侵害，可依 709 條求償⁷³。

因此，711 條係所謂「創設性規定」⁷⁴，提供一個本來沒有之請求權基礎。不過，內田貴教授指出，今日對權利侵害要件之理解不同，身分權之侵害也構成侵權行為，故已不能支持起草時之見解，而應認為 711 條是不要求近親須證明加害人之故意過失或精神上損害之發生，當然認可賠償之制度⁷⁵。

2. 適用上之擴張

711 條係列舉父母、配偶及子女可以求償，立法者並未預定其擴張適用，但學說素有應擴張適用之見解，認為條文雖有限定範圍，但於個案參酌侵權行為之態樣，並非不可擴張適用（我妻榮），也有主張可適用於事實婚配偶之見解（加藤一郎）⁷⁶。下級審法院即出現了類推適用 711 條之見解，如有舉行典禮但未登記之事實婚配偶被害之場合（千葉地院 1974）、代替戰死之父親照顧子女之祖父被害之場合（岡山地院 1974），等⁷⁷。

日本最高法院第三小法廷昭和 49 年（1974）12 月 17 日判決謂：「因侵權行為而生命受侵害之場合，被害人之父母、配偶及子女可向加害人

⁷³ 以上參見吉村良一『人身損害賠償の研究』（1990）13 頁以下。

⁷⁴ 新注釋（前註 15）916 頁之用語。

⁷⁵ 內田貴，前註 9，457 頁。

⁷⁶ 新注釋（前註 15）931 頁。

⁷⁷ 引自新注釋（前註 15）931 頁。

直接請求其固有之慰撫金，係民法 711 條所明定，但本規定不應限制性地解釋，文字上不符合本條規定之人，與被害人間具有實質上可認為等同於該條所定身分關係，因被害人之死亡而受有莫大精神痛苦之人，應認為亦可類推適用該條規定，得直接向加害人請求固有之慰撫金」。其並認為該案中被害人之夫之妹係因幼時之結核性脊椎炎而跛腳之身障人士，多年來與被害人同居受其照顧而得以維持生活，也期待將來繼續如此生活，卻因被害人之死亡而受重大精神上痛苦，原審仙台高等法院認為其可依 711 條請求慰撫金係正當。

此後之下級審法院也在不同案例類推適用 711 條⁷⁸。關於事實婚之配偶，在大阪地院、鹿兒島地院、東京地院均有案例。京都地院有案例是在協議離婚而分居之情形，法院認為有持續事實上之夫妻關係，而類推適用 711 條。關於兄弟姊妹，有判例於兄弟姊妹是法定繼承人時當然類推適用 711 條（東京地院，1979），但其他判例大多調查兄弟姊妹之日常關係或目擊事故等事由，具體判斷。如東京地院（1981）、秋田地院（2007）、名古屋地院（2008）、名古屋地院（2012）、東京地院（2012）。關於祖父母與孫子間，大阪地院（2003）有調查實際關係後類推適用 711 條之案例。甚至無法律上之身分關係，但可認為是準親子關係之情形，有類推適用 711 條之例。例如死亡被害人養育了夫之前妻之子（東京地院，1979、1994），或雖法律上未正式收養，但係事實上之養子（大阪地院，2007）。

另外，除了前述之遺族範圍之擴張外，於被害人雖僅受傷而未死亡，但近親者受有如同被害人死亡般之痛苦時，也可能產生近親者固有之慰撫金。在最高法院昭和 33 年（1958）8 月 5 日判決，法院認為 10 歲大之女兒臉部受傷留下疤痕，母親受有類似於生命侵害之精神上痛苦，而以 709 條、710 條（亦即，一般侵權行為之規定）為根據，准許母親的

⁷⁸ 以下引自新注釋（前註 15）931 頁以下。

慰撫金請求。學說則大多主張應類推適用 711 條⁷⁹。不過這一方面之擴張適用，學說評價不一⁸⁰。

（三）兩者之關係

依目前日本法院見解，被害人本人之慰撫金請求權，係作為遺產而由繼承人繼承。另外，被害人之父母、配偶與子女，有固有之慰撫金請求權。前者之繼承人，與後者具固有慰撫金請求權之人，並不當然相同。前引最高法院昭和 42 年 11 月 1 日判決認為，這兩個請求權之保護法益不同，可以並存⁸¹。

參、對我國法之反思

一、繼承構成之可採取性

（1）我國素有學者主張繼承構成。史尚寬（1954）認為：「對於身體權侵害（身體傷害），承認有賠償請求權，於被害人死亡時其賠償請求權由繼承人繼承，而於生命侵害則不認有賠償請求權，明為不合理」⁸²。余意以為我民法 184 條……係就加害人之賠償義務而為規定。加害人賠償之義務，初不因被害人之死亡而消滅，則被害人受賠償之地位，當然由其繼承人繼承。蓋侵權行為之制度，與其謂為被害人之損害之填補，不如謂為加害人損害之擔任也」⁸²。胡長清（1968）亦謂：「有謂生命權被侵害之瞬間，其權利主體既然消滅，則損害賠償請求權尚未發生，繼承

⁷⁹ 潮見佳男，前註 5，82 頁。

⁸⁰ 參見新注釋（前註 15）934 頁以下；吉村良一『不法行為法』（2005 年 3 版）130 頁。

⁸¹ 見前註 64 之內文。此判決有反對意見主張，認為有 2 個請求權並存會無謂地讓法律關係變得複雜（松田、岩田法官），也有反對意見認為，日本民法並不存在著生命被侵害之死者本人可取得慰撫金請求權之法理（色川法官）。新注釋（前註 15）928 頁。

⁸² 史尚寬，債法總論，1954 年台北初版，140 頁以下。

人自屬無由繼承者。有謂侵害生命與喪失生命即權利主體消滅之間，理論上實不無多少之間隔，自應解為被害人已取得損害賠償請求權，繼承人得為繼承者。依余所信，應以後說為是」⁸³。晚近，邱聰智（2003）主張⁸⁴：「不法侵害他人致死者，均是身體健康先行受害而後始告死亡，即使在瞬間死亡之情形，其順序亦當如是。既然，喪失勞動力在先，顯然，被害死者於死亡之前，業已取得喪減勞動能力之損害賠償請求權，則其死亡後，由繼承人繼承，豈非法律解釋所必然」。楊佳元（2009）主張⁸⁵：繼承人應可類推適用 192 條 2 項請求被害人之生存利益，蓋若被害人安享天年，其繼承人得取得之，而生存利益與扶養費均是與被害人有特定身分關係者現在或將來能自被害人取得之利益，應作相同處理，扶養費喪失得請求賠償，生存利益喪失亦應得請求；況身體健康被侵害，得請求喪失勞動能力之損害賠償，更嚴重之生命權侵害卻不得請求，係有失衡。陳汝吟（2017）亦主張⁸⁶，侵害生命權應適用 193 條令加害人賠償喪失勞動能力之逸失利益。

通說實務見解否定「繼承構成」⁸⁷。其共通理由，為生命被侵害則權利能力消滅，無從取得損害賠償請求權⁸⁸。關於此點，參考前述日本法之討論可知，此論點應不足以成為反對「繼承構成」之理由。「繼承構成」在理論上係可成立。又我國法院於估算受傷者之勞動能力喪失之損害

⁸³ 胡長清，中國民法債篇總論，1968 年台 2 版，129 頁以下。

⁸⁴ 邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003 年，272 頁。

⁸⁵ 楊佳元，侵權行為損害賠償責任，2009 年 2 版，197 頁。

⁸⁶ 陳汝吟「侵權行為致植物人狀態之餘命計算及賠償」治未指錄－健康政策與法律論叢，第 5 期，2017 年 1 月，199 頁。

⁸⁷ 見劉春堂，前註 24，22 頁註 27 之引用。

⁸⁸ 陳聰富，人身侵害之損害概念，侵權違法性與損害賠償，2008（初出 2006），201 頁；同 208 頁所引之孫森焱見解；同 209 頁所引王澤鑑見解；劉春堂，前註 24，22 頁。最高法院 54 台上 951 判例：「不法侵害他人致死者，其繼承人得否就被害人如尚生存所應得之利益，請求加害人賠償，學者間立說不一。要之，被害人之生命因受侵害而消滅時，其為權利主體之能力即已失去，損害賠償請求權亦無由成立，則為一般通說所同認，參以我民法就不法侵害他人致死者，特於第一百九十二條及第一百九十四條定其請求範圍，尤應解為被害人如尚生存所應得之利益，並非被害人以外之人所得請求賠償。」

時，並非以被害人事前事故前後之實際收入之差額來估算，而係認為「殘存勞動能力，應以其能力在通常情形下可能取得之收入為標準」⁸⁹；「逸失利益」並非將來各個不同時點所產生之財產狀態之具體差額（差額說），而係用來評估減少勞動能力損害之手段（勞動能力喪失說）⁹⁰。例如某人雙腳截肢，其有喪失「勞動能力」之損害，係於事故當下即已發生。往後至退休年齡之收入減少總額，係將被侵害之「權利」（身體、勞動能力）以財產權來替代⁹¹，即以金錢來具體估算之方法。僅於算定技術上，以定期發生之收入作為基準來計算。並非於事故後之各年（月）漸次發生相當於該年（月）收入減少額之損害。否則，若事故後原雇主仍（以調整職位等方式）雇用並給付同額薪資，則被害人即無損害可言，加害人亦無庸賠償矣。如此，則受有致命性傷害時，其所喪失之全部勞動能力，應可用其工作到退休年齡之逸失利益來把握⁹²，其後即便被害人死亡，亦不影響這個已經產生之損害。

（2）最高法院 54 台上 951 判例，以民法「特於」192 條及 194 條設有死亡賠償之規定，做為其認為「尤應解為被害人如尚生存所應得之

⁸⁹ 最高法院 61 年台上字第 1987 號判例：「惟查身體或健康受侵害，而減少勞動能力者，其殘存之勞動能力，並不以現有之收入為準，蓋現有收入每因特殊因素之存在而與實際所餘勞動能力不能相符，現有收入高者，一旦喪失其職位，未必能自他處獲得同一待遇，故所謂殘存勞動能力，應以其能力在通常情形下可能取得之收入為標準。原審不問上訴人受傷後擔任任何種工作，及對其所擔任之工作是否勝任，並依其工作，能否獲得每月二萬一千零八十元之薪金，徒憑被上訴人繼續發給之底薪而定差額，已嫌未洽」。

⁹⁰ 參見陳聰富，前註 88，240 頁以下。與此不同，德國法院認為，勞動力本身並無財產價值，僅因勞動力減損所致之具體財產損害得請求賠償。故靠資產或年金生活者、無勞動意願或無業者均不得請求賠償。BGH, Urteil vom 25. Juni 2013 - VI ZR 128/12, Rn.12 f. 或可認為，德國人之法感覺與我國不同。惟自德國在 2017 年始修法賦予死亡被害人遺族慰撫金請求權（民法 844 條 3 項，參見 Deutscher Bundestag Drucksache 18/12421, 17.05.2017）之事觀之，可謂係落後日本百年以上。

⁹¹ 四宮和夫，前註 29，469 頁。因此，賠償係以「一次賠償金」為原則，惟因算定技術上係以定期發生之收入為基礎，故以「定期金」方式來賠償亦無不可。同 470 頁。

⁹² 新注釋（前註 15）909 頁。

利益，並非被害人以外之人所得請求賠償」之輔助理由⁹³。不過，此理由也不具決定性。

我國民法 194 條係繼受自日本民法 711 條，但日本法院係採「繼承構成」，顯示兩者並非互斥或矛盾。

另我國民法 192 條規定：「不法侵害他人致死者，對於支出醫療及增加生活上需要之費用或殯葬費之人，亦應負損害賠償責任」「被害人對於第三人負有法定扶養義務者，加害人對於該第三人亦應負損害賠償責任」。此似係繼受自德國民法 844 條。德國民法 844 條設其明文規定之理由，係因德國侵權行為法之一般原則，僅容許「直接被害人」請求損害賠償（德國民法 823 條明確規定侵害「他人」權利者，對「該他人」負賠償責任）。故生命被侵害之直接被害人以外之人（家屬）之賠償請求權，不能從一般規定當然推導出來，因而有該特別規定⁹⁴。因此，固然可能主張，不認為被害人家屬可以繼承並請求亡者自身之逸失利益，是該 844 條規定之背景思惟。不過，844 條之規範目的，主要係就侵權行為之一般原則設一例外，允許直接受害人以外之人請求賠償⁹⁵。若認為被害人家屬可繼承亡者之逸失利益，與本條亦無衝突或矛盾。

從而，我國民法就死亡侵害情形於 194 條設有賠償規定，並非當然成為「尤應解為被害人如尚生存所應得之利益，並非被害人以外之人所得請求賠償」之理由。又我國民法 184 條規定「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任」，未若德國民法 823 條規定對「該他人」負賠償責任。惟依王澤鑑看法，184 條係繼受德國民法 823 條，而於繼受過程加以概括化（德國法係規定侵害生命、身體、健康、自由……）並修改第 2 項規定⁹⁶。故此差異應不影響前述之理解。

⁹³ 王澤鑑，侵權行為法，第 1 冊，基本理論一般侵權行為，（封面標註「2006 年 7 月出版」之 1998 年 9 月出版發行、2006 年 8 月初版 11 刷），118 頁亦同。

⁹⁴ 新注釋（前註 15）895 頁（窪田充見）。

⁹⁵ 參見 Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 844 (Wagner)。

⁹⁶ 王澤鑑，前註 93，77 頁以下。

(3) 我國另有學者反駁前揭邱聰智見解，謂：「不法侵害致死，固然必定侵害他人之身體健康，但生命權與身體健康權，在侵權行為上，係屬不同之保護客體，因而民法第 193 條針對身體、健康權之財產上損害賠償予以規定，民法第 192 條則針對不法侵害致人於死，另為規定。民法之所以區別規定，不僅在於明示二者保護客體不同，同時係基於損害賠償之原理，而為不同評價。換言之，基於民事責任之損害填補原則，有損害，始有賠償。身體健康之被害人，因其身體健康受害，導致勞動能力喪失或減少，因而得請求所失利益之賠償。被害人受傷後死亡前，同樣取得相同之權利，而得由繼承人繼承取得。反之，就死亡而言，死者已無損害填補之必要，因為死者已不在人間，對於死者而言，其喪失之勞動能力，亦因無所附麗，而不復存在，難謂死者有何損失，基於損害填補之思想，即無損害賠償之必要」(底線筆者)⁹⁷。

惟我國民法 192 條可作前開理解，已如前述。故其關於「民法之所以區別規定」之推論，即非當然成立。192 條與 193 條之分開規定，也未必應理解為生命侵害與身體健康侵害須截然區別不可。若如此區別造成不當後果，自然可以改弦更張⁹⁸。至於「就死亡而言，死者已無損害填補之必要……對於死者而言，其喪失之勞動能力，亦因無所附麗，而不復存在，難謂死者有何損失」之理解，對照「將生命侵害視為身體侵害之極限，於死亡前一瞬間，被害人取得趨近於生命侵害之喪失勞動能力之逸失利益，並由繼承人繼承」之理論，難謂前者應優於後者。

(4) 另外，王澤鑑最新著作(2017)認為，生命侵害之逸失利益並不成立，無繼承問題，「此亦為英美法及德國法上的原則」，日本實務上採繼承說而肯定家族得請求死者的逸失利益乃比較法上之特例，而「我國法不採此項見解，實值贊同，其理由為：1. 自理論言，被害人的權利

⁹⁷ 陳聰富，前註 88，209-210 頁。

⁹⁸ 如陳汝吟，前揭 194 頁謂：「賠償項目與金額在裁判後落差甚大。『生』與『死』在民法中形成如此對立之狀態，應非立法者所願，且不符合人民之法律感情。」

能力因死亡而終了，損害賠償請求權無由成立，應不生繼承問題。2. 若採所謂的繼承說，則於繼承人的平均壽命較死者為短時，仍得請求死者生存利益，顯非合理。3. 繼承人並非皆有受扶養的權利」⁹⁹。

不過，早有文獻指出，美國若干州法也採繼承構成¹⁰⁰，韓國法¹⁰¹、中國法亦同¹⁰²。葡萄牙似也有法院採此見解¹⁰³。關於其所舉理由第1點，理論上之問題並非不能克服，已如前述。第2點亦非重大問題，參見前述日本學者討論。且若採繼承說，則繼承人有無受扶養的權利，本來就不是問題，故「3. 繼承人並非皆有受扶養的權利」並非有效的理由。

日本法於過去100年來採取繼承構成。繼承說與固有侵害說，理論上均可成立，係價值取捨之問題。我國通說判例之見解，結論上是侵害他人生命，對其本人無庸賠償，僅須賠償若有法定扶養權利人時其扶養利益之損失，及若有父母子女配偶時其固有之慰撫金。對照通說見解所自認之「生命權為最高貴及最重要之人格權，因此生命權被侵害者，被害人得請求財產上及非財產上之損害賠償，應無疑義」¹⁰⁴、「生命係最貴重的人格法益，為其他人格法益的前提」¹⁰⁵之價值陳述，顯得諷刺。受傷與死亡之賠償額不均衡之問題，未必與懲罰或嚇阻之觀念有關¹⁰⁶，而

⁹⁹ 王澤鑑，損害賠償，2017年，148頁。

¹⁰⁰ 陳聰富，前註88，208頁註73。

¹⁰¹ 韓國法院尚無直接案例，但有間接承認繼承說之例，韓國學者通說亦採繼承說。高影娥「人身損害賠償請求權の日韩比較法研究(1): 生命侵害の場合を中心に」北大法學論集58卷6号(2008)55頁以下。

¹⁰² 中華人民共和國侵權責任法第十六條：「侵害他人造成人身損害的，應當賠償醫療費、護理費、交通費等為治療和康復支出的合理費用，以及因誤工減少的收入。造成殘疾的，還應當賠償殘疾生活輔助具費和殘疾賠償金。造成死亡的，還應當賠償喪葬費和死亡賠償金」。依中國最高人民法院頒訂之解釋，死亡賠償金係對死亡者收入之損失的賠償，即採繼承架構說。見：陳洸岳，生命權受侵害時之賠償範圍與計算基準—以一則中國大陸判決之剖析為焦點，月旦民商法雜誌，30期，2010年12月，164頁。

¹⁰³ Christian v. Bar 著，焦美華譯，歐洲比較侵權行為法，下冊，2003年，82頁（德文原著於1998年出版）。

¹⁰⁴ 劉春堂，前註24，30頁。

¹⁰⁵ 王澤鑑，人格權法，2012年，115頁。

¹⁰⁶ 不同見解，陳聰富，前註88，210頁。

是與價值衡量及國民感情有關¹⁰⁷。管見認為，繼承構成可顧及到被害人將來遺留遺產之可能性，補償其繼承人之損失，比較接近損害之完整填補，已如前述。

(5) 我國法院採取扶養構成，法院會認定扶養義務之要件，即權利人不能維持生活¹⁰⁸、無謀生能力、扶養義務人有扶養能力（民法 1117、1118 條），並判斷扶養之程度（民法 1119 條）。此外，並須查核扶養權利人有多少扶養義務人，計算被害人依比例所負擔之扶養義務¹⁰⁹。法院須

¹⁰⁷ 並參見孫森焱，生命權被侵害發生的損害賠償請求權，法令月刊，45 卷 4 期，1994 年，9 頁以下。

¹⁰⁸ 最高法院 104 年度台上字第 1517 號判決：「按直系血親尊親屬，依民法第一千一百十七條規定，如能以自己財產維持生活者，自無受扶養之權利。易言之，直系血親尊親屬受扶養之權利，仍應受不能維持生活之限制。查台北客運公司於原審抗辯：柯文雄有坐落新北市……土地一筆……房屋一棟及雲林縣……土地一筆，足以維持生活。又柯正迪於……系爭事故發生時僅十九歲就讀大學一年級，至一〇二年六月大學始畢業，加上服完一年兵役，須至一〇三年七月後方可能有扶養能力，故柯林麗芳須至斯時始對柯正迪有扶養請求權等語，關涉柯文雄、柯林麗芳得否請求扶養費及其金額之認定，自屬重要之防禦方法，原審未於判決理由項下說明其何以不足採，遽為台北客運公司、林釗葵上開不利之認定，自有判決不備理由之違誤」。

最高法院 92 年度台上字第 1051 號判決：「按夫妻之一方如能以自己之財產維持生活，即無受扶養之權利，此觀民法第一千一百十七條規定即明。戊〇〇於工廠任會計，每月薪津二萬餘元，業經其陳明，該薪津係屬戊〇〇自己之財產，倘足以維持其生活，其即無受扶養之權利。原審徒以戊〇〇如不工作即不能生活，即認其有請求扶養之權利，而就戊〇〇請求上訴人賠償扶養費損害一百零六萬……本息部分，為上訴人敗訴之判決，尚有未合」。

另外，於台大物理碩士洪文璞於軍中受不當管教自殺身亡，其母請求國賠之例，台灣高等法院 103 年度上國更(一)字第 3 號判決認為：依 97 年度桃園縣簡易生命表之記載，57 歲女性之平均餘命為 27.79 年，以每月居住桃園市最低生活費一萬二千八百二十一元、每年十五萬三千八百五十二元計算，洪母自 105 年起至餘命終了時止維持生活所需費用為三百零七萬二千四百二十四元（計算式：「每年最低生活費用」十五萬三千八百五十二元，乘以「餘命期間」19.79 年），但林崎蓮之財產價值達一千二百四十九萬四千餘元，應足以維持生活，無受扶養之權利。

¹⁰⁹ 於最高法院 102 年度台上字第 854 號判決之例，被害人之父（乙）母（甲）請求撫養費損害，原審認為：甲係四十四年十月十七日出生，自承目前無業，僅偶而幫同其夫乙〇〇種植芒果，雖尚有相當之勞動能力，惟其九十六年度各類所得僅二萬四千九百四十八元，足徵其依自力尚難維持生活而有待扶養，自難期其扶養配偶乙〇〇，實不應列入乙之扶養義務人數計算，故應對乙〇〇負扶養義務者為其子女三人，按霍

調查當事人之財產，進行繁複計算，除耗費法官人力外，認定過程有不少假定色彩，難調不會發生與現實脫節之情形。不少判決用「綜合所得稅扶養親屬寬減額每人每年七萬二千元為標準計算」¹¹⁰、「參考事件發生當年度即 95 年度之扶養親屬寬減額，認本件扶養費以每人每年 77,000 元計算應屬相當」¹¹¹，亦有可能被認為偏低。

此外，民法 192 條之「負有法定扶養義務」被解釋為包含將來應扶養之情形，非僅限於現已具體發生扶養義務之情形¹¹²。最高法院 18 年上字第 2041 號判例認為：「被害人雖尚無養贍其父母之能力，而其父母將來賴其養贍，苟無反對情形，不得謂其將來亦無養贍能力，侵害被害人將來應有之養贍能力，即與侵害其父母將來應受養贍之權利無異，其父母得因此訴請賠償。至養贍費數額，應以被害人將來供給養贍能力為準，不應以父母此時需要養贍之生活狀況為準」¹¹³。最高法院 55 年台上字第 3187 號判決亦謂：「洪某死亡時雖甫四歲，無養贍其母之能力，惟其母將來賴其養贍，不得謂其將來亦無此能力，上訴人之子既將洪某

夫曼計算法核算其受扶養費損害之一次給付額為二十八萬一千四百三十二元。至甲雖尚有相當之勞動能力，惟參酌其九十六年度各類所得、內政部公布之台灣地區人口平均餘命表，及其扶養義務人連同其夫共有四人，按霍夫曼計算法核算所受損害之一次給付額為三十六萬六千四百十二元。最高法院則廢棄發回，認為：「按因負擔扶養義務而不能維持自己生活者，免除其義務。但受扶養權利者為直系血親尊親屬或配偶時，減輕其義務，民法第一千一百十八條定有明文。依此規定，配偶因負擔扶養義務而不能維持自己生活者，固僅得減輕其義務，而不得免除之；惟此係指配偶有能力負擔扶養義務而言，倘配偶並無扶養能力，自無該條規定之適用。查被上訴人甲○○係四十四年十月十七日出生，自承目前無業，僅偶而幫同其夫乙○○種植芒果，雖尚有相當之勞動能力，惟其九十六年度各類所得僅二萬四千九百四十八元等情，為原審認定之事實。則甲○○似僅難維持生活，尚難認其無能力負擔扶養義務。揆之上揭規定，似不能免除其對配偶乙○○之扶養義務。乃原審未遑推闡明晰，逕以上揭情詞，就此部分為上訴人不利之判決，自欠允洽」（底線筆者）。

¹¹⁰ 如最高法院 92 年度台上字第 779 號判決。

¹¹¹ 台灣高等法院 97 年度重上字第 417 號判決。

¹¹² 楊佳元，前註 85，197 頁註 101 認為此係法院之「擴張解釋」，從而 192 條「亦保護現在尚未成立的扶養權利喪失所造成的損害」。

¹¹³ 同旨，最高法院 54 年台上字第 3190 號判決（中華民國裁判類編—民事法（八）第 931 頁，引自法源法律網）。

撞死，而侵害被上訴人將來應受養贍之權利，其因此訴請賠償扶養費，自無違背民法第一千一百十九條規定之可言」¹¹⁴。

於新北地方法院 105 年度重訴字第 32 號判決（2017 年 2 月 23 日，法官楊千儀）之例，保母對 2 歲幼兒施作人工心肺復甦術不當，致幼兒肝臟破裂死亡，法院判保母應賠償該女童父母各 362 萬與 418 萬元。事故當時，其父 33 歲，於 104 年度所得約 51 萬餘元，名下無財產，其母 31 歲，104 年度所得約 60 萬餘元，名下無財產，法院認為：「依原告徐 0 杰、林 0 璇上列財產狀況及我國目前國民經濟生活水平，應可推認原告徐 0 杰、林 0 璇均尚難以其自己之財產維持其 65 歲後之生活所需，且原告徐 0 杰、林 0 璇自其年滿 65 歲起即未能再藉由其本身之勞動能力謀取生活所需費用。是原告徐 0 杰、林 0 璇依序自其年滿 65 歲之日即 133 年 6 月 25 日、135 年 10 月 17 日起，應有請求其法定扶養義務人扶養之權利，而是日倘被害人徐 0 淇未身亡，其年齡依序為 33、35 歲，亦可推認有扶養原告徐 0 杰、林 0 璇之能力」，則原告徐 0 杰、林 0 璇依民法第 192 條第 2 項規定，請求被告負損害賠償責任，即屬有據……依內政部統計處公布之年新北市國民平均餘命表，35 歲男性之平均餘命為 43.6 歲，可認原告徐 0 杰得請求被害人徐 0 淇之扶養年數為 13.6 年（ $43.6-30=13.6$ ），以行政院主計處最新統計調查新北市 104 年平均每人每月消費支出每月 20,315 元為基準，一年為 243,780 元，則依年別百分之五複式霍夫曼計算法扣除中間利息（第一年不扣除中間利息），得請求之扶養費為 2,578,887 元……是原告徐 0 杰僅請求被告賠償扶養費 2,464,763 元，即屬有據；另原告林 0 璇……依內政部統計處公布之年新北市國民平均餘命表，33 歲女性之平均餘命為 51.13 歲，可認原告林 0 璇得請求被害人徐 0 淇之扶養年數為 19.13 年（ $51.13-32=19.13$ ），以行政院主計處最新統計調查新北市 104 年平均每人每月消費支出每月 20,315 元為基準，一年為 243,780 元，則依年別百分之五複式霍夫曼計算法扣除中間

¹¹⁴ 中華民國裁判類編－民事法（九）第 490 頁（引自法源法律網）。

利息(第一年不扣除中間利息)，得請求之扶養費為 3,332,451 元……是原告林 0 璇僅請求被告賠償扶養費 3,184,833 元，亦屬有據」(底線筆者)。

此案之扶養構成計算方式，有可商榷之處：

從扶養權利人之面向來看，女童父親年收 51 萬多(折合月薪約 4 萬多)，母親年收 60 萬多(折合月薪約 5 萬)，法院推認其難以其自己財產維持其 65 歲以後之生活所需，故自其年滿 65 歲起，均可各自請求長大後之女兒扶養其每人每月平均消費支出 20315 元。此推論除未考慮同居之生活費較低之事實外，也等於認為台灣大多數父母退休後生活費全額仰賴子女扶養。此有違反經驗法則之虞。且若依每人消費支出來看，父母都各自可存下一半月薪，供自己退休後生活無虞。法院似難自圓其說。

自扶養義務人之面向來看，父母自其年滿 65 歲起均可各自請求長大後之女兒扶養其每人每月平均消費支出 20315 元，夫妻合計則約 4 萬多。然而，被害女童長大後自己的生活費，依法院邏輯去算的話，也需 2 萬多。則共需 6 萬以上之月收入。惟其 33、35 歲時可賺取月薪 6 萬以上之推定，顯不實際(另外，更有可能女兒結婚自組家庭，無力撫養父母，不過這些假設之問題「繼承構成」也會有)。

將來是否會產生扶養義務，有不確定性。日本有學者認為，若可請求將來可能發生之扶養損害，則其假定性甚高，即與繼承構成相差 not 遠¹¹⁵。惟若將扶養利益之喪失，限於現在已經發生之扶養義務，則可能導致無庸賠償之結果，國民感情上可能難以接受。或許如此，法院才寬認扶養利益。另一方面，「繼承構成」假設女童可以工作到退休年齡，扣除約 3 分之 1 之本人生活費後，由其父母繼承逸失利益，算法的確較為單純，可節省司法資源，亦易為當事人所預見。日本學說謂法院因司法政策考慮而採取「繼承構成」，應係此意。不過，此案若採繼承構成，的確是有將幼童當成賺錢機器之感。惟過失致 2 歲幼兒於死，須賠償幼兒長大後對父母之扶養費，邏輯上似乎也不盡合理。嬰幼兒之被害，與實

¹¹⁵ 內田貴，前註 9，462 頁。

際有收入、甚至負擔一家生計之人之被害，情形的確有所不同。或許在嬰幼兒之情形，以賠償父母迄今所耗費之養育費，加上精神慰撫金，會比較貼近一般人之感情。

二、死者本人之慰撫金：慰撫金之一身專屬性

關於死者本人之慰撫金，概念上可區分為死前之傷害慰撫金與死亡本身之慰撫金。在我國明顯成為問題者，為民法 195 條 2 項規定一身專屬性（不得讓與或繼承。但以金額賠償之請求權已依契約承諾，或已起訴者，不在此限）。因此，若被害人當場死亡或死亡前昏迷無法言語，則家屬無由請求被害人本人之慰撫金。被害人若傷勢較輕而存活，反可請求慰撫金；或其死亡前昏迷較久，家屬也有機會（以聲請監護宣告後由監護人起訴，或聲請法院選任特別代理人起訴之方式）起訴請求慰撫金。此間有失均衡，係明顯之問題。

我國該項規定係繼受自德國民法 847 條 1 項 2 文，後者在 19 世紀之立法理由係認為：痛苦金請求權之繼承性甚有爭論，普通法上之賠償說認為不能繼承，普魯士法甚有爭論，薩克遜民法規定於被害人起訴或依契約確認時始得繼承，德列士草案則規定於判決確定或依契約確認時始得繼承，「倘未設一項特別規定，則痛苦金請求權將無限制地移轉於繼承人。然而，被害人常由於其本身未感覺受損害，或由於個人事由，而不行使此項請求權。在此情形，若仍允其繼承人得為主張，違背事理，殊非妥適。因此，被害人自身不行使其權利時，繼承人自無主張餘地。其次為避免爭議，此項請求權須以依契約承認或繫屬於法院時，始移轉於繼承人」¹¹⁶。

不過，德國學者有認為，立法當時，導致痛苦金請求之事故不多，且多發生在鄰居、友誼社交往來範圍，如狩獵或兒童嬉戲事故，當事人

¹¹⁶ 王澤鑑，人格權法，2012 年，486 頁之翻譯。

多彼此熟識，故多不請求精神賠償，今日意外事故劇增，情況不同難以相提並論，立法者當時也未能預見今日保險責任之普遍推行，從而德國學者有主張應擴大解釋以增加慰撫金被繼承之機會¹¹⁷。此外，德國早於1990年7月即修法刪除該慰撫金不得讓與或繼承之規定¹¹⁸。其修法理由指出：舊法之問題，在於當被害人重傷失去意識時，其近親將要與時間賽跑；其將陷入困境，一方面要照顧被害人，一方面還要被迫為了確保自己能夠在法律上獲得利益而盤算，這常是他們既陌生又費解的¹¹⁹；要合法提起訴訟，被害人家屬必須先聲請法院為監護宣告並選定監護人，如此一來是否能即時合法起訴，將繫於許多偶然因素¹²⁰。

於解釋我國民法之際，當然不能直接引據德國民法之立法理由作為依據。不過從其立法理由可知，其立法目的在於避免繼承人違反本人意思而請求慰撫金，以及「避免爭議」（推測係指本人是否願意請求之爭議，以及德國領土之內有普通法、普魯士、薩克遜、德列士典等不同見解之爭議）。我國民法繼受德國法而規定「前項請求權，不得讓與或繼承。但以金額賠償之請求權已依契約承諾，或已起訴者，不在此限」，解釋上自宜參酌其立法旨趣，並考慮時空背景之差異，探索放寬解釋之可能性¹²¹。

民國18年（1929年）仿當時之德國法而制定之我國民法195條2項規定，時至今日，造成不公平之失衡結果（輕傷而得以存活之被害人有機會起訴請求慰撫金，重傷而無暇起訴、隨後死亡之被害人反而不能請求慰撫金），並讓加害人獲得不合理之利益。與德國於1990年、日本於1967年廢除（不得繼承之）一身專屬性相較，我國法已落後德國、日本數十年。倘我國民法晚個一百年制定，應不會引進這個在德國、日本早已被廢除之不許繼承的一身專屬性思想。民法195條2項規定於我國

¹¹⁷ 王澤鑑，人格權法，2012年，487頁。

¹¹⁸ 王澤鑑，人格權法，2012年，488頁謂德國於2002年刪除該規定，似有誤會。

¹¹⁹ BT-Drucks. 11/4415, 25.4.1989, S.1.

¹²⁰ BT-Drucks. 11/4415, 25.4.1989, S.4.

¹²¹ 不同見解，如魏大曉，前註11，411頁認為，我國民法已嚴格明定「已依契約或已起訴」，不能放寬解釋。

存在迄今，應非「我國國情不同」，而應僅係我國研究討論不足之故。即便立法者未予刪除，法院亦應就立法者未預見之問題，基於衡平理念加以限縮解釋。民訴 470 條亦明文規定，法院可從事「法之續造」。

管見認為，民法 195 條 2 項之專屬性思想，係繼受自 19 世紀之德國立法者之觀念，惟被害人因侵權行為到死亡之間沒有機會請求或起訴之情形，應非該條規範所預見（即有法律漏洞）。且無論如何，其於今日已造成難以接受之不正義。從而該規定應僅能適用在被害人有能力、有機會起訴之情形。倘若被害人被剝奪了起訴之機會，特別當其係因加害人之侵權行為而被剝奪起訴機會時，既本係可歸責於加害人，更不應適用該條不得繼承之規定，造成加惠於加害人之不當結果。依現今社會通念，被害人沒有不求償之理。故除非有足以認為其不欲請求之特殊情形，否則應解為繼承人可因繼承而取得被害人之慰撫金請求權。

三、194 條所列舉以外之人之慰撫金請求權（兼論民法 18 條 2 項）

(1) 我國民法 194 條係繼受日本民法 711 條而來。德國法原無類似制度¹²²，但已於 2017 年修法導入（BGB 844 條 3 項）。194 條在適用上之問題，主要是除條文所列舉之被害人之父、母、子、女、配偶外，是否應放寬到其他親屬。如前所述，日本法院著眼於實際上之生活關係，類推適用其民法 711 條規定到事實婚配偶、祖父母跟孫子女、兄弟姊妹等。王澤鑑則認為，我國民法 194 條列舉請求權人不包括未婚妻，係立法者「有意之沈默」，非屬法律漏洞，不能類推適用民法第 194 條關於「配偶」之規定¹²³。

2016 年立委顏寬恆並曾提案增訂 194 條第 2 項，規定「前項請求權，於被害人無父、母、子、女、配偶之請求權人時，被害人對其負有法定

¹²² Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 13. Aufl., 2016, Rn. 733 ff.

¹²³ 王澤鑑，同時履行抗辯：民法第二六四條規定之適用、準用及類推適用，民法學說與判例研究，第 6 冊，1991 年，181 頁。

扶養義務者，亦得為請求權人」¹²⁴。立法院司法委員會進行討論前，法務部主任秘書代表法務部提出意見，說明日本民法「僅限於被害人死亡時，其父、母、子、女及配偶，有非財產上之請求權」¹²⁵，恐未全然正確。會議中，立委尤美女發言提到「買泓凱」之案例，謂其係由其阿嬤隔代教養而扶養長大，當買泓凱過世，阿嬤受到痛苦可能勝過其親生母親，但根據現行民法 194 條，買泓凱的阿嬤卻無法請求精神慰撫金¹²⁶。若依日本法(及德國新法)，阿嬤應可請求慰撫金。

我國法務部民法研究修正委員會第 423 次會議（1981 年）曾討論過是否在「被害人無父母」時讓「同居之祖父母」可以請求慰撫金。戴東雄委員說明，祖孫共同相依為命之情形不少，應「保障同居祖父母之權益，必基於同居之關係，始有精神上慰藉之作用」。王甲乙委員反對，認為我國民律第 2 次草案僅規定父母配偶子女，而「當時仍是農業社會，現在已進入工業社會，且多實行小家庭制度，有否必要擴及同居之祖父母，值得斟酌」「如增設同居之祖父母亦得請求……則是否即可斷定不同居之祖父母，其痛苦必小於同居之祖父母，關於此點，亦值得商榷，依第一百九十一條規定得請求賠償扶養費較為妥當」。施啟揚委員亦認為「不修正為宜，除非現行條文有窒礙難行之處或理論上自相矛盾，否則到立法院不易說明修正理由」。錢國成委員亦反對，謂「原立法意旨乃規定與被害人關係最密切者，始有非財產上之損害賠償請求權。祖孫相依為命共同生活並非常態，不必一一列入，本條規定一親等直系血親已足」。從而議決：「維持現行法規定，不予修正」¹²⁷。

從前述討論過程來看，36 年前之民法研究修正委員會無意讓相依為命之祖父母可以請求慰撫金。惟 13 位出席委員，僅前述討論意見，理由亦難謂充分。故今日仍有學者主張，夫妻離異或因工作關係而將子女交

¹²⁴ 立法院第 9 屆第 1 會期第 12 次會議議案關係文書（民國 105 年 5 月 4 日），院總第 1150 號，委員提案第 19068 號。

¹²⁵ 2016 年 11 月 9 日司法委員會全體會議，立法院公報 105 卷 90 期委員會紀錄 162 頁。

¹²⁶ 2016 年 11 月 9 日司法委員會全體會議，立法院公報 105 卷 90 期委員會紀錄 174 頁。

¹²⁷ 以上參見，法務部編印，民法研究修正實錄—債編部分（一），2000 年，264 頁以下。

由祖父母扶養者，祖父母應可類推適用 194 條請求慰撫金¹²⁸。

(2) 有學者認為，慰撫金請求權人有擴大必要，但我國因有民法第 18 條第 2 項之故，難以在解釋上擴大得請求慰撫金之人之範圍，宜修正 194 條，於直接被害人無父母子女及配偶之情形，對於有極親密關係之祖父母、兄弟姐妹等，亦賦予慰撫金請求權¹²⁹。

然而，雖 18 條 2 項設有請求慰撫金之限制，但 195 條 1 項規定「不法侵害其他人格法益而情節重大者」被害人得請求慰撫金，此等於是 18 條 2 項的特別規定。因此，問題似不在 18 條 2 項。

我國民法第 18 條係繼受自瑞士法¹³⁰。德國民法也有類似之限制慰撫金請求之規定，即 253 條 1 項：「非財產上之侵害，以法律有規定者為限，得請求金錢賠償」。在德國，當初制定其民法 253 條 1 項規定，理由係認為：損害賠償請求權應該要儘可能明確而可預見，對精神損害給予金錢賠償，會讓法官擁有德國法所無之「自主權」(Souveränität)，此於審議民事訴訟法(CPO)時，經謹慎思考，認為是令人憂慮而拒絕採取；這種自主權之行使，也難以被上訴審法官審查；此外也並無保護之缺漏：被害人有合意締結契約罰之選擇，刑法上也有罰金規定；另外，對精神損害以金錢賠償，違反現代德國之法意識與道德意識，也違背一流國家圈之普遍看法；人格權侵害之金錢賠償，只會讓小人從中得利，利慾、自私、貪婪將會增加，並將有無數出於不正動機之陰險訴訟會被提起¹³¹。

不過，有德國學者指出，這些理由在今日都已經沒有說服力。唯一有意義的目的，在限制賠償之範圍。然而對此規定之合理性疑問，使得此規定是弊大於利¹³²。其並指出，德國最高法院自 1958 年起，就人格

¹²⁸ 姚志明，侵權行為法研究（一），2002 年，196 頁。

¹²⁹ 劉春堂，侵害生命權之非財產上損害賠償責任，融整法學的經驗與見證（邱聰智、張昌邦祝壽論文集），2006 年，332 頁。

¹³⁰ 王澤鑑，人格權法，2012 年，26 頁。

¹³¹ Staudingers BGB, § 253, 1998, Rz.1 (Schiemann).

¹³² Staudingers BGB, § 253, 1998, Rz.2 (Schiemann).

權被侵害，係無視 253 條規定而判賠慰撫金，其在 1961 年之判決，係「類推適用」侵害自由之德國民法 847 條規定，對 253 條隻字未提，後來受到批評，而在 1973 年之「人參香料案」，判示 253 條對慰撫金之限制係牴觸了德國基本法廣泛保護人格權之價值判斷。最高法院的這個法之續造，在 1975 年得到德國憲法法院之承認¹³³。德國法院排除 253 條規定判賠慰撫金之相關案例，早有施啟揚（1974）介紹到我國¹³⁴。

值得注意的是，我國也有類似發展。最高法院 50 年台上 1114 號判例，以 18 條為由，認為未成年子女被誘姦，父母不能以監督權被侵害為由請求慰撫金。另一方面，對於通姦案件，最高法院肯定慰撫金請求權，「惟數十年來一直在尋找其法律依據」¹³⁵，最高法院 41 年台上 278 號判例、55 年台上 2053 號判例，以 184 條 1 項後段作為請求慰撫金之依據，但其「與現行民法規定不符，甚為顯然」「解釋上難以自圓其說」¹³⁶。最高法院 85 年台上 2957 號判決（抱走他人嬰兒案），則「採取一項突破性的見解，推翻了傳統見解」¹³⁷，認為身分權侵害應與人格權侵害同視，而可「類推適用」1999 年修法前之民法 195 條 1 項請求慰撫金。然而，當時之 195 條並未規定「人格權」受侵害時可請求慰撫金¹³⁸，最高法院亦不提 18 條 2 項之限制¹³⁹，而認為慰撫金之請求，係可「類推適用」其他明文規定。

¹³³ Staudingers BGB, § 253, 1998, Rz.3 (Schiemann).

¹³⁴ 施啟揚，從個別人格權到一般人格權，收：鄭玉波主編，民法總則論文選輯，上冊，1984 年，375-377 頁（初出 1974，台大法學論叢）。

¹³⁵ 王澤鑑，侵權行為法，2009 年，190 頁。

¹³⁶ 王澤鑑，侵權行為法，2009 年，190 頁-191 頁。

¹³⁷ 王澤鑑，侵權行為法，2009 年，191 頁。

¹³⁸ 王澤鑑，侵權行為法，2009 年，192 頁。

¹³⁹ 最高法院 85 年台上 2957 號判決：「按身分權與人格權同為人身權之一種，性質上均屬於非財產法益。人之身分權如被不法侵害，而受有精神上之痛苦，應與人格權受侵害同視，被害人自非不得請求賠償非財產上之損害。故父母基於與未成年子女間之親密身分關係，因受他人故意或過失不法之侵害，而導致骨肉分離者，其情節自屬重大，苟因此確受有財產上或非財產上之損害，即非不得依民法第一百八十四條第一項前段，並類推適用同法第一百九十五條第一項之規定，向加害人請求賠償。」

因此，民法 18 條 2 項係限制判例法之發展，令個案當事人不能得到合理救濟，似乎真是「弊大於利」而非「利大於弊」。日本法並無類似限制，運作上並未產生問題。從而我國應可修法廢除¹⁴⁰。縱未修法廢除，法院似無固步自封、不積極為「法之續造」之理由。不過，現行民法 195 條 1 項實際上已經架空（修正）了 18 條 2 項，已如前述。

(3) 我國法自不同國家繼受不同條文制度，應如何妥善運用，是一大課題。管見以為，194 條之請求權人範圍擴及到祖父母及兄弟姊妹，較符合我國少子化社會之國民感情，兄弟姊妹亦可能是要到事故現場處理後事、目睹手足頭破腸流之慘狀者，請求慰撫金並不過分¹⁴¹。至少，應可參酌日本法院放寬請求權人範圍之榜樣，將 194 條之請求權人範圍類推到具類似身分關係之人。德國民法於 2017 年增訂之 844 條第 3 項條文：「賠償義務人對於在傷害之時點與死者有特別密切關係之遺族，就其所受之精神痛苦，應給付適當的金錢賠償。遺族係死者之配偶、人生伴侶、父母、子女時，推定有特別之密切關係」¹⁴²，亦值參考。

另外，如前所述，日本民法 711 條之近親慰撫金請求權，有擴大到死亡以外但「與死亡類比之痛苦之情形」之論（最高法院昭和 33 年（1958）8 月 5 日判決則是以侵權行為之一般規定為依據）。我國亦有 11 歲未成

¹⁴⁰ 民國 71 年修正民法總則之際，法務部原案係要刪除 18 條 2 項，擴大人格權之保護，不再以法律有特別規定者為限（立法院公報 70 卷 36 期 62 頁之施啟揚次長發言）。惟立法委員溫士源堅持哪些人格權被侵害可以求償，要有明文規定為準才可以（同 37 期 52 頁），最後表決，司法、法制委員會聯席會議出席委員 12 位中 7 位贊成不刪除（同 37 期 54 頁）。惟討論過程中，經施啟揚、楊建華說明，溫士源、何適立委仍認為條文中去掉「法院」2 字即表示允許自力救濟（同 36 期 65 頁），可看出當年立法委員之法學專業素養實有問題。

¹⁴¹ 姚志明，前註 128，196 頁建議在現行規定加上「或是其他身分關係密切之人」。

¹⁴² 德國民法 844 條 3 項（Der Ersatzpflichtige hat dem Hinterbliebenen, der zur Zeit der Verletzung zu dem Getöteten in einem besonderen persönlichen Näheverhältnis stand, für das dem Hinterbliebenen zugefügte seelische Leid eine angemessene Entschädigung in Geld zu leisten. Ein besonderes persönliches Näheverhältnis wird vermutet, wenn der Hinterbliebene der Ehegatte, der Lebenspartner, ein Elternteil oder ein Kind des Getöteten war.）。

年子女受傷失明，父母主張身分法益被侵害，依 195 條 3 項請求慰撫金之案例（最高法院 96 台上 802 號判決），可堪比擬。

肆、結語

法律上之判斷，有時並非僅看理論之優劣，而係價值之選擇。法律的內容是依國會議員（立法委員缺乏專業性時，實際上由草擬法案之行政機關決定者為多）之多數見解而決定。法院解釋法律，也是依照法官於評議時之多數決，來決定其所要採取的法律見解。法學亦非考據訓詁之學，法律解釋應該符合一般國民之正義衡平認知，謀個案之妥善解決。日本法院重視個案之合理解決，應值我國借鑑。

生命侵害之損害賠償，有許多問題尚未能被妥善處理。除了前述之主要問題外，例如因侵權行為請求損害賠償時，並非能請求事發時起之利息，而僅可請求訴狀送達時起之遲延利息。即最高法院 56 年台上字第 1863 號判例認為¹⁴³，民法 193 條、195 條 1 項規定身體傷害應用金錢賠償，係第 213 條 1 項所謂「法律另有規定」，故無適用 213 條 2 項規定之餘地。同院 70 年台上字第 689 號判例維持此見解¹⁴⁴。然而，此似非合理。身體被傷害之人係先承擔損害，墊付費用後，再請求賠償。若利息僅能從後來請求之時起算，則受害人不無可能受有墊付醫藥費之利息損失（可以想成受害人自外部借款來墊付）。自衡平之角度看，此等可能之

¹⁴³ 最高法院 56 年台上字第 1863 號判例：「惟原判決依民法第二百十三條第二項規定，命上訴人就上開醫藥費及慰藉金應自五十五年七月七日起至清償日止加付利息，但該條項所謂因回復原狀而應給付金錢者，如所侵害者為金錢，則應返還金錢暨如所侵害者為取得利益之物，則於返還原物外更應給付金錢抵償其可得利益，始克回復原狀是。我民法明定身體健康之傷害，應為金錢賠償（民法一百九十三條、一百九十五條一項前段）此即民法第二百十三條第一項所謂法律另有規定，自無適用同條規定之餘地，原審竟僅憑該條第二項規定命上訴人就醫藥費及慰藉金加給利息顯有錯誤，上訴論旨就此部分指摘聲明廢棄非無理由。」

¹⁴⁴ 最高法院 70 年台上字第 689 號判例要旨：「以身體被傷害而請求金錢賠償者，固不得依民法第二百十三條第二項請求就該金錢加給利息，惟侵權行為人支付該金錢遲延時，被害人非不得依民法第二百三十三條第一項規定請求法定利息。」

損失，應統由加害人負擔，故自事故發生時起加計利息，較為合理。我國法院似重視推理性、機械性地適用法律，而輕乎損失之衡平分擔。此外，以法定年利率 5% 來扣除中間利息，在現今低利率之時代，十分不當。被害人等於是被法院不合理地剋扣賠償金。日本債權法新修正後，就法定利率改採以 3% 為起點之變動制。我國立法者也應設法及早改善。

參考文獻表

(中文)

- Christian v. Bar 著，焦美華譯，歐洲比較侵權行為法，下冊，2003 年。
- 王澤鑑，人格權法，2012 年。
- 王澤鑑，同時履行抗辯：民法第二六四條規定之適用、準用及類推適用，民法學說與判例研究，第 6 冊，1991 年。
- 王澤鑑，侵權行為法，2009 年。
- 王澤鑑，損害賠償，2017 年。
- 王澤鑑，侵權行為法，第 1 冊，基本理論 一般侵權行為，(封面標註「2006 年 7 月出版」之 1998 年 9 月出版發行、2006 年 8 月初版 11 刷)。
- 史尚寬，債法總論，1954 年台北初版。
- 立法院公報 105 卷 90 期。
- 立法院公報 70 卷 36 期。
- 法務部編印，民法研究修正實錄—債編部分（一），2000 年。
- 邱聰智，新訂民法債編通則，上冊，2003 年。
- 姚志明，侵權行為法研究（一），2002 年。
- 施啟揚，從個別人格權到一般人格權，收：鄭玉波主編，民法總則論文選輯，上冊，1984 年（初出 1974，台大法學論叢）。
- 胡長清，中國民法債篇總論，1968 台 2 版。
- 孫森焱，生命權被侵害發生的損害賠償請求權，法令月刊 45 卷 4 期，1994 年。
- 陳汝吟，侵權行為致成植物人狀態之餘命計算及賠償，治未指錄—健康政策與法律論叢，第 5 期，2017 年 1 月。
- 陳光岳，生命權受侵害時之賠償範圍與計算基準—以一則中國大陸判決之剖析為焦點，月旦民商法雜誌，30 期，2010 年 12 月。

陳聰富，人身侵害之損害概念，侵權違法性與損害賠償，2008 年（初出 2006）。

楊佳元，侵權行為損害賠償責任，2009 年 2 版。

劉春堂，侵害生命權之非財產上損害賠償責任，收：融整法學的經驗與見證（邱聰智、張昌邦祝壽論文集），2006 年。

劉春堂，侵害生命權之財產上損害賠償責任，輔仁法學，第 34 期，2007 年 12 月。

鄧湘全觀點：蝶戀花乘客責任保險金與精神賠償慰撫金，2017 年 3 月 2 日風傳媒（<http://www.storm.mg/article/227819>）。

魏大曉，不法侵害生命所生慰撫金請求權與繼承關係，輔仁法學，第 9 期，1990 年。

蘇惠卿，日、台間關於侵害生命權之賠償責任的比較－兼論日本名古屋地院「華航名古屋空難」事件之一審判決，月旦民商法雜誌，第 7 期，2005 年 3 月。

（日文）

窪田充見編『新注釋民法（15）』（2017）。

大村敦志『基本民法Ⅱ債權各論』（2005）。

山本善明『命の値段』（2001）。

山本進一「死亡による損害賠償請求權の相続性」『民法の争点Ⅱ』（1985）。

川井健『民法概論 4（債權各論）』（2007 年初版 3 刷）。

內田貴，債權各論，2011 年第 3 版。

加藤一郎「慰謝料請求權の相続性」ジュリスト 431 号（1969）。

四宮和夫『不法行為』（1988 年初版 3 刷）。

平野裕之『民法總合 6：不法行為法』（2007）

吉村良一『人身損害賠償の研究』（1990）。

吉村良一『不法行為法』（2005 年第 3 版）。

舟橋諄一「生命侵害による損害の賠償と相続」川島武宜編『損害賠償責任の研究（我妻還暦）』（上、1957）。

我妻=有泉『コンメンタール民法〔総則・物権・債権〕』（2013年3版）。

高影娥「人身損害賠償請求権の日韓比較法研究(1): 生命侵害の場合を中心に」北大法学論集 58 卷 6 号（2008）。

淡路剛久「生命侵害の損害賠償」星野英一ほか編『民法講座第 6 卷 事務管理・不当利得・不法行為』（1985）。

鈴木祿弥『債権法講義』（2001）。

遠藤浩編『基本法コンメンタール債権各論Ⅱ』（2005 年 4 版新条文対照補訂版）。

廣中俊雄『債権各論講義』（1994）。

潮見佳男『債権各論Ⅱ不法行為法』（2005）。

潮海一雄「相続構成と扶養構成」『新・現代損害賠償方講座第 5 卷交通事故』（1997）。

（徳文）

BT-Drucks. 11/4415, 25.4.1989.

Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 13.Aufl., 2016.

Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 844(Wagner).

Staudingers BGB, § 253, 1998.

The Damage of the Lost of Life : From the Perspective of Japanese Law

Chin-yen Wang

Abstract

How to compensate the lost of life is an issue in Formosan society when serious accidents occur. Can the family left behind claim damages of the money that the dead might have earned if he or she is not killed? The prevailing doctrine and court judgments take the view that when a person is killed, no right can be added to him or her, thus such damages do not exist. However, Japanese law takes an opposite view. This article introduces the situation in Japanese law and analyzes Formosan law, and claims that the Japanese approach can be considered as a way to better compensate the killed and his/her family left behind.

Keywords: Damage of life, tort, loss of working ability, spiritual damage, compensation