

# 物之抽象使用利益的損害賠償— 以德國法為中心

葉新民\*

## 【目次】

壹、前言

貳、德國實務與學說見解之發展

一、德國 1900 年民法典制訂前後的學說與實務

二、1960 年代至 1986 年德國法院判決的發展

三、德國聯邦最高法院民事大法庭的決議

四、物之抽象使用利益的法理基礎—德國學說見解

(一) 非財產上損害財產化的見解

(二) 將物之使用機會喪失認定為財產上損害之學說

(三) 以物之未來具體使用利益為損害的學說

五、小結

參、德國最高法院民事大法庭決議後的實務與學說見解

一、德國民事大法庭決議的法理基礎

(一) 對損害的自然的觀察方式以及賠償必要性的價值衡量—  
Flessner 的見解

(二) 以法之續造為法理論基礎

二、德國民事大法庭決議後之實務發展

(一) 以物之使用具有日常生活核心意義做為限制要件

\* 靜宜大學法律學系教授。本文承蒙審查委員提供寶貴意見，謹此致謝。另本文部分內容前已發表在以下二文中：物之使用可能性喪失得定性為財產損害的要件—論最高法院 107 年度台上字第 402 號民事判決中所隱含的法之續造，月旦裁判時報，第 98 期，頁 29-39；因物之使用可能性喪失而生賠償責任的法律效果—評最高法院 108 年度台上字第 2338 號民事判決，月旦裁判時報，第 105 期，頁 18-27。

(二) 被害人須事實上放棄另外取得代用物

(三) 可感性的要件

(四) 其他需求填補方式

(五) 物之使用喪失賠償的計算期間

(六) 物之使用喪失之賠償額的計算

肆、物之使用喪失的損害賠償在我國法之適用可能性

一、法律政策上的觀點

二、法理論的解決之道

(一) 以法官法突破傳統損害觀念

(二) 損害概念的改弦易轍

(三) 物之使用喪失的法律性質

伍、結論

參考文獻

## 摘 要

物之使用喪失本身並非財產損害，除非被害人另支出費用取得代用物，否則無法做為獨立的賠償對象，此為我國學說與實務長期的固定見解，究其原因，主要係因損害概念差額說使然，蓋被害人既未支出費用，即無財產差額，自亦無損害也。與之相較，德國法早已承認物之使用喪失得為賠償的對象，並透過法院實務建構出一完整的規範系統，雖此問題在學說上仍屬民法學中最具爭議的問題之一。

我國最高法院近年出現個別判決承認被害人未支出租金費用卻仍得主張損害賠償者，其見解背後似有德國法的影響，故本文之目的即在說明德國法的發展以及其規範內容，其結論或可提供國內實務與學說參考。

**關鍵詞：**物之使用喪失、物之抽象使用利益、損害的概念、差額說、損害賠償的方法、回復原狀

## 壹、前言

單純物之使用本身是否具有財產上的價值而得做為損害賠償計算上的項目，自來即有爭議，物之使用的財產上價值在法律爭訟案件中以無權占有之不當得利最為明顯，例如我國法院實務即一再認定無權占有他人之物者，應返還其無法律上原因所獲得之利益，並以合理租金計算其額度<sup>1</sup>，據此，我國實務即認為物之使用的財產上價值即反映在無權占有人所節省的費用之上<sup>2</sup>。反之，遭他人無權占有之物的權利人當亦受有損害，例如在租賃關係發生爭議的案件中，一方當事人可能繼續無權占有他方房屋，對此，最高法院 67 年台上字第 3622 號判例即認為，被上訴人對無權占有系爭房屋之上訴人，自得請求賠償相當於租金之損害金<sup>3</sup>。司法實務雖肯定受害的權利人因無法使用其物而受有相當於租金的損害，然而此一損害的本質為何，卻未加以詳細探討。例如在實務上經常發生的交通事故案件中，若車輛遭他人毀損的被害人另行租用代步車而付出租金，則其整體財產將因侵害行為而有所減損（所受損失），又若受損者為營業用車，則被害人無法營業之營業損失亦是其整體財產應增加卻未增加的部份（所失利益），前述具體的財產減損確實足以反映出物之使用的財產價值，此二者亦為得請求賠償之損害額（民法第 216 條參照）<sup>4</sup>。然而，若被損者既非營業用車，被害人於維修期間又未另租替代

<sup>1</sup> 我國法院於其判決中即慣用以下的公式：「無權占有使用系爭標的物所獲相當於租金之不當得利」，請參見最高法院 96 年度台上字第 2440 號、90 年度台上字第 29 號以及 88 年度台上字第 3331 號等判決，而於第一審與第二審法院的相關判決中此公式的使用次數亦不可計數。

<sup>2</sup> 事實上此為我國實務長久以來對不當得利客體的誤解，我國學者王澤鑑教授即明確反對此觀念，請參見王澤鑑（2015），《不當得利》，頁 193、276，自版，增定新版。

<sup>3</sup> 其他類似的判決可見最高法院 87 年度台上字第 1987 號、87 年度台上字第 390 號、104 年度台上字第 504 號，以及臺灣高等法院 107 年度上易字第 43 號、105 年度重上更（一）字第 115 號等判決。

<sup>4</sup> 租金費用之支出並非當然可全額計入損害賠償額，對此問題請參考下文有關德國法的探討。

用車，因而其所喪失物之使用的機會，在其總財產額中並無具體的損害額，例如前述的營業損失或是租用替代車輛所支付的租金費用等，因此，此一所謂的物之「抽象」使用利益是否亦為獨立的損害賠償標的，即有疑問。

前述問題最核心的關鍵應在於民法對損害概念之定義，按我國民法學說所採之損害概念係源自 19 世紀德國法學家 Friedrich Mommsen 的差額理論 (Theorie der Differenzhypothese)<sup>5</sup>，亦即，「利益或損害乃被害人總財產額，於侵害事故的發生與無該侵害事故時所生的差額」<sup>6</sup>，以我國民法第 213 條所規定的回復原狀來說明，即是將被害人目前真實的財產狀態回復到假設損害未發生時應有的假設性財產狀態 (應然狀態)。然而，前述以差額說為出發點的損害概念，在侵害行為並未造成被害人財產上的差額，亦即在無法確認損害存在的情形下將生問題，蓋法律無法使侵害人賠償並不存在的損害，惟加害人之行為卻已真實侵害被害人的財產範疇<sup>7</sup>。此一問題的主要根源乃在 Mommsen 的差額說，按此說所謂的差額，係比較被害人在侵害行為發生後的現實財產狀態與假設侵害行為未發生時，被害人虛擬的財產狀態。據此，在前述車輛遭毀損的情形中，被害人若未另租代步車而支出費用，其所喪失的物之使用機會當非財產損害，自無法獲得賠償。

對此問題，我國學者詹森林大法官於其 1984 年的碩士論文中即曾援引德國法，詳盡且細緻地分別就不同案例類型檢討物之抽象使用利益是否具有財產價值，其得出之結論為：「物之使用可能性或使用價值，並非獨立之財產客體，亦不具有獨立之財產價值...，倘因此受有財產上實際

---

<sup>5</sup> Mommsen, Zur Lehre vom dem Interesse (Beiträge zum Obligationenrecht), 1855, S. 3ff., 27ff.; vgl. auch Keuk, Vermögensschaden und Interesse, 1972, S. 15ff.; HKK BGB/Schermaier, Band II, 1. Teilband, 2007, §§ 280-285, Rn. 55ff.

<sup>6</sup> 王澤鑑 (2005)，〈回復原狀與金錢賠償—損害賠償方法的基本架構〉，《月旦法學雜誌》，第 127 期，頁 199。

<sup>7</sup> 德國民法學者 Hans Stoll 早已指出此問題並稱此為差額說的盲點 (blinder Fleck)，s. Stoll, Abstrakte Nutzungsentzündigung bei Beschädigung eines Kraftfahrzeugs, JuS 1968, 504, 512.

損害，如另租他物使用之租金，固得請求賠償；若無此項實際損害者，使用可能性之剝奪，或有可能造成所有人行動上之不便，時間上之浪費、精神上之不悅等非財產上損害，既無法律之特別規定，應不得請求金錢賠償。」<sup>8</sup>而我國學者王澤鑑教授於其近年的著作中，亦採相同的見解<sup>9</sup>。亦即，我國二位重量級民法學者對物之抽象使用利益的問題，就其論述的結果而言，仍持差額說的見解，因被害人總財產額不因喪失物之使用機會而有減損，即認定其為一種非財產上的損害，故只有在被害人事實上例如另支出租車費用時，方肯定其受有財產上的損害而得請求賠償。在此影響下，最近我國法院仍有於其判決文中直接引用前述二位學者的見解而反對物之使用具有財產價值者<sup>10</sup>。

然而，前述僵固的實務與學說見解於近年卻可見若干變化，吾人可以觀察到若干法院已逐漸產生相關的問題意識，並明確使用「物之抽象使用利益」此一用語，例如在臺灣高等法院 104 年上易字第 605 號民事判決即有以下文字：「物之抽象使用利益，是否係屬前開規定所規範得予請求之『財產上損害』，自有疑義...，故而個人就物之損害所致『使用機會喪失』尚不適合予以寬認，致有違我國損害賠償制度係以『損害之填補』為其目的之精神，本院認為於此情形，應以一般社會之通念，觀察該等物品之是否係屬債權人一般生活中慣常性使用或吾人在一般生活中普遍經常使用之物，且以該物預估回復原狀致不能使用之期間為限，以超越可能文義之目的性擴張法律適用方式，認該等損害亦包括於民法第 213 條第 3 項『回復原狀所必要之費用』中。」此段文字亦為其他法院判決所引用<sup>11</sup>。除此之外，我國學者亦漸有援引德國法而肯定物之使用利益具

<sup>8</sup> 詹森林（1984），《物之抽象使用利益的損害賠償》，頁 148-149，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

<sup>9</sup> 王澤鑑（2017），《損害賠償》，頁 208-210，自版，第 2 版。

<sup>10</sup> 例如中壢簡易庭 107 年壢訴字第 4 號、107 年壢小字第 615 號以及臺灣桃園地方法院 107 年度壢小字第 1371 號、108 年度壢簡字第 148 號等民事判決，惟前述判決的法官為同一人。

<sup>11</sup> 例如臺北簡易庭 105 年北簡字第 11878 號民事判決；另，前註 10 中所引之判決亦皆使用物之抽象使用利益之用語。

有獨立之財產價值，並得為損害賠償之對象者<sup>12</sup>。

承續前述實務與學說的進展，2018 年最高法院即對此問題做出劃時代的判決<sup>13</sup>，本件被告因違反建築法規，致系爭建物有混凝土強度不足等瑕疵，而於 331 地震時大樓傾斜，無法繼續居住，原告因此被迫遷出，最高法院認為：「房屋遭毀損而喪失之使用可能性（使用利益），原雖不屬於財產上之損害，須至因其不能使用，致實際支出費用（如另覓居住處所而支出租金）時，方足以具體化其損害數額，並據以請求財產上之損害賠償。惟房屋之使用利益，一般均得以相當之費用換得，且有隨時、立即使用之可能性，在交易觀念上，已具有經濟上利益。如被毀損之房屋，原係被害人為滿足其本人及共同生活之人基本住房權之需求，且確為其生活上所依賴者，縱被害人於房屋毀損後，因有其他居住處所可得使用，未實際支出租金，該本應支出而未支出之房屋使用對價，係因被害人以其可支配其他居住處所之使用利益換得，自不能加惠於加害人，應認被害人就該房屋遭受毀損所受之使用利益損害，於合理且必要之範圍內，得請求加害人損害賠償，以回復損害發生前之應有狀態。」<sup>14</sup>

前述二則判決雖皆未明確表示其見解源自何處，惟觀其內容，二者皆以物之使用為被害人基本生活所依賴者為要件，而認定其具有財產價值，於此可見德國學說與實務見解的影子，而德國法更是我國前述學說肯定物之使用的財產價值的主要法理依據，故吾人或可猜測最高法院係透過國內學說的媒介而間接繼受德國法的見解。

就德國法而言，物之抽象使用利益自來即是其最具爭議的民法問題

---

<sup>12</sup> 曾世雄、詹森林（1996），《損害賠償法原理》，第三版，頁 167-171；陳聰富（2017），《侵權行為法原理》，頁 437-438，元照；陳聰富（2016），〈物之損害賠償〉，《月旦法學雜誌》，257 期，頁 77-78；楊芳賢（2016），《民法債編總論（上）》，頁 379-380，三民；楊佳元（2009），《侵權行為損害賠償責任研究—以過失責任為中心》，頁 135-139，元照。

<sup>13</sup> 107 年度台上字第 402 號民事判決。

<sup>14</sup> 對此最高法院判決中的創新見解，我國學界亦有肯定的聲音，請參見向明恩（2021），〈物使用利益喪失之賠償於最高法院 107 年度臺上字第 402 號民事判決之肯認—以德國司法實務之發展為指引〉，《月旦法學雜誌》，第 311 期，頁 45-70。

之一<sup>15</sup>，前述詹森林大法官 1984 年的碩士論文雖已對當時各家學說見解詳加介紹，本不需本文再多加贅述，惟德國聯邦最高法院民事大法庭（*der Grosse Senat für Zivilsachen, GSV*）於 1986 年以一則決議（*Beschluss*）為此爭議畫下休止符<sup>16</sup>，此後德國學說與實務則多將焦點置於如何實踐該決議所創設之新規則，故此德國法的新發展仍有加以探討的必要，故本文擬先介紹德國早期實務與學說的發展過程，其後再就德國聯邦最高法院民事大法庭決議後德國學說與實務的新見解詳為論述，最後並以德國法之比較研究結果<sup>17</sup>，對我國法之適用提出建議。

## 貳、德國實務與學說見解之發展

### 一、德國 1900 年民法典制訂前後的學說與實務

在十九世紀彙編法學（*Pandekten*）時代，法儒 *Savigny* 與 *Jhering* 其實皆已肯定物之使用具有金錢價值，縱然系爭標的物並無交易市場存在亦同，雖然 *Jhering* 認為此非當時的通說<sup>18</sup>。

1900 年德國民法典制訂過程中，其立法者並不全然確定物之使用的喪失是否為財產損害，按其一方面似乎認為物之使用的喪失乃非財產上的損害，因而否定其賠償的可能<sup>19</sup>，另一方面卻又透過德國民法第 849 條之規定，於物遭侵奪或毀損而應賠償其價值減損時，使被害人得請求賠償額的利息，按被害人於受損物的修復期間將暫時喪失物之使用的可能，此一損害經常難以確定其數額，故本條的立法目的即在以利息當做

<sup>15</sup> MüKo BGB/Oetker, 8. Aufl. 2019, BGB § 249 Rn. 60.

<sup>16</sup> MüKo BGB/Oetker, ebda.

<sup>17</sup> 就物之使用喪失之外國法例而言，美國若干州亦已承認其賠償責任，請參考郭冠甫（2019），〈以美國法觀點論物的使用利益損害之賠償問題〉，《靜宜法學》，第 8 期，頁 217-257。

<sup>18</sup> Vgl. HKK/Jansen, §§ 249-253, 255, Rn. 126.

<sup>19</sup> Mugdan, Bd II, S. 515ff.

法定的賠償額<sup>20</sup>，藉此，立法者不啻亦承認物之使用機會的喪失亦屬財產損害<sup>21</sup>。

另就法院實務而言，二十世紀初德國若干法院判決亦有承認物之使用之喪失具有財產價值者，例如馬匹受他人過失傷害者，雖系爭馬匹僅有休閒功能，並無營利的可能，所有人仍得請求相當於每日二小時騎乘馬匹的對價之賠償額，蓋此類馬匹之使用於交易上確實可以金錢估算也<sup>22</sup>；此外，若房屋因暖氣故障而無法居住，亦得請求賠償此一損害，蓋房屋之使用在交易上亦可透過支付對價而取得<sup>23</sup>。此外，德國帝國法院（Reichsgericht）亦承認物之使用得為損害賠償的客體<sup>24</sup>，惟若物之使用並未全部喪失的情形，則屬例外，例如原告因廢水排放之惡臭而影響其居住品質而請求該管地方政府賠償的案件中，帝國法院即拒絕承認此居住價值的減損為財產上的損害，蓋此一負面狀態無法以金錢估算其價值也<sup>25</sup>。再者，同時期的民法學者亦多贊同物之使用機會喪失亦屬財產損害的見解，例如學者 Paul Oertmann 即曾表示：「財產損害的概念係由財產利益導出，其包括所有精神上的享受（Genüsse）的喪失，只要其通常在交易上能透過支出對價而取得，例如可轉讓的劇場或音樂會票之喪失，或是暖氣系統的損害等皆屬之」<sup>26</sup>，惟亦有學說認為此類損害之性質應屬非財產上之損害，蓋被害人的總財產額並未減少也<sup>27</sup>。

## 二、1960 年代至 1986 年德國法院判決的發展

物之使用機會喪失的損害賠償問題在上世紀 60 年代漸成為德國訴

<sup>20</sup> Vgl. MüKo BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, BGB § 849 Rn. 2.

<sup>21</sup> Mugdan, Bd. II, S. 413f.

<sup>22</sup> OLG Dresden, Annalen des Sächsischen OLG 24 (1903), 527f., zit nach Würthwein, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? 2001, S. 61f.

<sup>23</sup> OLG Colmar, Das Recht 1907, Nr. 3058, zit. nach Würthwein, aaO. (Fn. 22), S. 62.

<sup>24</sup> RGZ 71, 212, 216; RGZ 171, 292ff.

<sup>25</sup> RG Seuff Arch 63, Nr. 37, zit. nach Würthwein, aaO. (Fn. 22), S. 62f.; vgl. dazu auch HKK/Jansen, §§ 249-253, 255, Rn. 128.

<sup>26</sup> Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. umgearb. Aufl., Berlin, S. 51.

<sup>27</sup> Vgl. HKK/Jansen, §§ 249-253, 255, Rn. 129.

訟實務上重要案例，其原因在於汽車工業的高度發展致道路交通繁忙因而車禍案件頻傳，車損發生後於維修期間而喪失的車輛使用機會應如何賠償，自成為當事人爭訟的標的之一<sup>28</sup>。

德國聯邦最高法院最初係以德國民法第 249 條（相當於我國民法第 213 條）之規定為基礎而肯定物之使用機會喪失之賠償可能性，並以所謂經濟的觀點擴充損害的概念，亦即，所謂損害的回復原狀，並非單純將被害人整體財產額回復至假設侵害行為未發生的狀態，而是回復被害人原有的經濟地位，此整體經濟地位除了受損的車輛原有的物之價值之外，尚包括物之使用價值，對於此使用價值的喪失，被害人可依德國民法第 249 條第 2 項<sup>29</sup>之規定（相當於我國民法第 213 條第 3 項）請求必要費用以代回復原狀<sup>30</sup>。此見解其後卻遭廢棄，法院改由所謂規範的損害觀點出發，而認為被害人雖無財產差額，仍應依德國民法第 251 條第 1 項（相當於我國民法第 215 條）於無法回復原狀時賠償價值利益<sup>31</sup>。

至於前述所謂經濟觀點的損害，德國聯邦最高法院曾試圖以不同的理由說明之，其中最重要的乃德國法上著名的商業化思維（Kommerzialisierungsgedanke）的概念，該法院認為，物之使用的價值（Gebrauchswert），與物本身物質上的價值（Substanzwert）相同，其侵害也可以成為一種獨立的財產上損害，至少在其可以商業化（kommerzialisiert），而具有商業上價值之範圍內，即應肯定之。所謂商業上價值，係指該利益在法律或經濟的交易中，可以透過支付對價而獲得者，亦即，物的所有人欲隨時能使用其車輛，勢必支出一定費用使其處於可以安全行使的狀態，此可以隨時使用其物的可能性係透過一定財產上的對價所交易而來，亦即車輛之使用當可商業化，故對車輛使用的侵害自然將發生與前述維持車輛安全行使狀態所支出費用等價的財產損

<sup>28</sup> HKK/Jansen, §§ 249-253, 255, Rn. 130; Würthwein, aaO. (Fn. 22), S. 63.

<sup>29</sup> 本條項規定於德國 2002 年債法修正前原為第 249 條第 2 句。

<sup>30</sup> BGHZ 40, 345, 347f., 351.

<sup>31</sup> BGHZ 45, 212, 221; 98, 212, 217.

害<sup>32</sup>。尤其在車輛做為人類社會重要的交通工具後，使用車輛的財產價值更反應在時間的節省以及迅速的移動效能上<sup>33</sup>。

然而，僅以商業化的可能性做為物之使用利益財產化的唯一標準，將產生無法確定賠償責任範圍的負面問題<sup>34</sup>，因此德國聯邦最高法院另提出一項具體的主觀標準以限制賠償責任的成立，亦即被害人對物之使用之喪失須達可感（*fühlbar*）的程度方可。所謂可感性的要件，係指被害人須有使用該物的意思（*Nutzungswille*）以及假設的使用可能性（*hypothetische Nutzungsmöglichkeit*），易言之，若被害人在車輛維修期間基於與侵害事故無關的原因而根本無法使用車輛，或者於該期間並無使用該車的意圖，則不得主張物之使用機會喪失的賠償<sup>35</sup>。其後德國聯邦最高法院又更限縮前述見解，甚至被害人係基於與侵害事故相關的原因而無法使用車輛，例如因造成該車損的事故而受傷致無法開車，亦不得主張賠償，此外，若被害人同時仍擁有其他車輛可以使用者，亦同<sup>36</sup>。綜上，承認物之使用喪失亦屬財產損害，以及此損害之賠償應以被害人可感性為要件，即是德國聯邦最高法院當時對此問題的基本態度。

德國實務雖然承認車輛使用機會的喪失得請求賠償，然物之使用的賠償責任卻未成為一般性的原則，德國聯邦最高法院係以逐案審查的方式就不同種類的物分別為判斷其是否具有財產價值，例如皮大衣<sup>37</sup>、露營車<sup>38</sup>、競賽用汽艇<sup>39</sup>以及游泳池<sup>40</sup>等物的使用喪失皆遭否定得請求賠償；另，地下停車場之使用喪失則受肯認屬於財產損害得請求賠償<sup>41</sup>。在前述判決中，德國聯邦最高法院逐漸偏離前述商業化思維的標準，而

---

<sup>32</sup> BGHZ 40, 345, 348ff.

<sup>33</sup> BGHZ 45, 212, 215.

<sup>34</sup> So Stoll, aaO. (Fn. 7) JuS 1968, 504, 505.

<sup>35</sup> BGHZ 40, 345, 353; 45, 212, 219; 89, 60.

<sup>36</sup> BGH NJW 1976, 286.

<sup>37</sup> BGHZ 63, 393ff.

<sup>38</sup> BGHZ 86, 128, 130.

<sup>39</sup> BGHZ 89, 60.

<sup>40</sup> BGHZ 76, 179

<sup>41</sup> BGHZ 96, 124, 127f.

決定性的關鍵要素已演變為，在個案中以經濟的觀點為價值衡量，系爭物之使用依交易通念是否具有獨立的財產價值，進而決定該物之使用機會的喪失是否得以定性為財產損害，經由此篩選過程，法院將物之使用需求區分為一般日常生活所需者，以及奢侈性的需求，而後者即不得請求賠償也<sup>42</sup>，是故，皮大衣或露營車即被歸類為奢侈性需求，其使用之喪失因而不得請求賠償。

### 三、德國聯邦最高法院民事大法庭的決議

由於當時德國聯邦最高法院各民事庭對物之使用喪失是否得請求賠償的見解不一，故一向採否定說的第五民事庭即於 1985 年將前述爭議問題提交該院民事大法庭（*der Grosse Senat für Zivilsachen, GSV*）為解釋，而大法庭即以 1987 年的一則決議（*Beschluss*）將此爭議畫下句點<sup>43</sup>，本判決涉及以下事實：原告之自用住宅因被告於鄰近施工造成地基不穩而遭地方政府禁止居住，又原告於房屋修復期間一直居住於其露營車中，因此，若以 *Mommsen* 的差額說而論，無論被告之侵害行為是否發生，原告的總財產狀態皆無差異，蓋其並未另外支出租屋費用也，故其並無具體的損害可言，惟德國民事大法庭仍肯定原告對其房屋之抽象使用利益受到侵害，而得請求賠償，其立論基礎在損害賠償責任的保護目的以及損害賠償法的補償功能，德國民事大法庭不再受差額說的束縛，而採納規範的損害概念（*Normativer Schadensbegriff*）<sup>44</sup>，亦即，承認損害並非價值中立的概念，應有規範功能，並以規範評價方式以決定被害人之損害所在<sup>45</sup>。就規範評價的觀點對本件事實而論，大法庭認為，對財產的擁有者而言，財產的本質與意義不僅在於其本體，更包括利用該財產以達成人生的目的<sup>46</sup>。至於人生的目的，民事大法庭接著又依使用的目

<sup>42</sup> BGHZ 63, 393, 398; 76, 179, 186; 86, 128, 131; 89, 60, 64.

<sup>43</sup> BGHZ 98, 212ff. = BGH NJW 1987, 50ff.

<sup>44</sup> 請參考王澤鑑，同註 9，頁 73。

<sup>45</sup> BGHZ 98, 212, 219.

<sup>46</sup> BGHZ 98, 212, 218.

的將物區分為供營業目的使用（*erwerbwirtschaftlich*）之物與供私人使用（*eigenwirtschaftlich*）之物，前者之喪失確實對被害人的財產有負面影響，但縱屬後者的情形，仍不當然可否定其財產價值，蓋所謂私人使用仍多是基於經濟性的考量，且物之財產價值經常展現在其能夠供私人使用的功能上，因此，物之物質與使用價值並非同一，是故，同樣之物，例如動力車輛，供私人使用亦能展現出財產價值，此與其供營業使用並無不同也<sup>47</sup>。

然而，德國民事大法庭並不認為供私人使用之物的使用機會喪失在所有情形中皆得請求賠償，於此，大法庭提出一項影響深遠的標準，亦即，僅有在該受損之物為被害人於日常生活中具有核心意義者（*um Wirtschaftsgüter von zentraler Bedeutung für die eigene Lebenshaltung*），亦即，須被害人持續依賴該物以維持其私人生活所需者（*auf deren ständige Verfügbarkeit die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung typischerweise angewiesen ist*），方有財產價值<sup>48</sup>，蓋此類之物在私人經濟生活中之運用，明顯已涉及實體財產的範疇，因此，此類標準化的使用目的自然可以做為一種判斷財產價值的客觀標準，然而，在私人生活中，物之使用的經濟意義應以較高的標準予以衡量，因此，必須在被害人的財產中確實有客觀上可以評價的功能喪失發生，方可認定有財產損害，對此，交易通念又是最主要的判決基準<sup>49</sup>。

最後，過去德國法院對物之使用喪失所提出的可感性要件德國民事大法庭亦繼續保留，故被害人須有使用意思與使用的可能性方得請求賠償<sup>50</sup>。

#### 四、物之抽象使用利益的法理基礎—德國學說見解

如前所述，有關物之使用喪失的賠償問題，在法理上最難以解決者，

---

<sup>47</sup> BGHZ 98, 212, 218ff.

<sup>48</sup> BGHZ 98, 212, 216, 222.

<sup>49</sup> BGHZ 98, 212, 222ff.

<sup>50</sup> BGHZ 98, 212, 219.

乃是受損物之權利人並未支出取得替代物之費用時，依 Mommsen 的差額說將無財產上損害，因此，物之使用機會喪失僅能認定為一種非財產上損害。再者，就實證法的規定而言，縱吾人肯定損害存在，惟其賠償的方式則有回復原狀與金錢賠償，由於德國民法第 249 條規定的回復原狀雖可適用在財產上與非財產之損害，惟德國民法第 253 條又規定，金錢賠償之對象原則上僅限財產上之損害，除非法律有特別規定，方有對非財產上損害為金錢賠償的可能。因此，若吾人給予物之使用喪失的被害人金錢賠償，則將違反德國民法第 253 條之規定<sup>51</sup>。

對此問題，德國過去學說眾說紛紜，形成德國民法學上一項重大爭議問題。就宏觀的角度觀察，德國學說概可分二種方向，其一仍堅持差額說，而將物之使用機會喪失定義為非財產的損害，並在此基礎下另尋法理論的解決之道，我國學者王澤鑑教授使用「非財產上損害的財產化」的用語<sup>52</sup>，正可說明此類學說的基本想法。其二則否定差額說做為損害定義的合理性，並創設新的損害概念，使物之使用機會喪失亦可直接認定為一種財產上損害。以下將分別概述德國過去各種學說之見解。

## （一）非財產上損害財產化的見解

### 1. 費用節省獎勵說

如前所述，若依差額說的見解，車損的被害人於另租代步車時，因其有總財產的差額而得主張物之使用喪失的賠償，但若其放棄另行租車，而自行承受無車可用的不便，卻無法請求賠償，此一結果就價值衡量而言，並非公平，蓋加害人將因被害人的節省行為而獲利，此說主要

<sup>51</sup> 過去德國學說有主張物之使用利益喪失為非財產上之損害者，s. Keuk, aaO. (Fn. 5) S. 208ff, 233; Honsell/Harrer, Entwicklungstendenzen im Schadenersatzrecht, JuS 1985, 161, 166; dies., Schaden und Schadensberechnung, JuS 1991, 441, 447ff.; Böttcher, Schadensersatz für entgangene Gebrauchsvorteile – Ein Rechtsgutachten, VersR 1966, 301ff.

<sup>52</sup> 王澤鑑，同註 9，頁 207。

為德國學者 Dieter Medicus 所主張<sup>53</sup>，而德國最高聯邦法院於其判決亦常引用此說做為依據<sup>54</sup>。Medicus 認為，物之使用機會喪失的本質原是非財產的損害，但基於衡平的考量，若被害人放棄透過另租替代物以取得請求回復原狀費用的機會，則法律仍應給予其請求金錢賠償的機會，此即所謂「費用節省獎勵」(Sparsamkeitsprämie)的論點<sup>55</sup>。然而，此一見解僅能以法律政策面說明物之抽象使用利益應給予賠償的理由，但並未提出足以服人的法理論基礎<sup>56</sup>。

## 2. 費用需求論

為跨越前述回復原狀所需費用與金錢賠償間的鴻溝，德國學者 Albrecht Zeuner 便主張所謂的「費用需求論」(Bedarfslehre)，並以德國舊民法第 249 條第 2 句(現行第 249 條第 2 項)為依據<sup>57</sup>。Zeuner 認為，若被害人為排除損害而支出費用，此費用支出的需求即得請求賠償，蓋被害人的損害並非於其支出取得替代物之費用時方才發生，而是在其有支出費用之需求時即已存在，按在物受侵害後，被害人即被迫支出費用以避免損害發生，基於前述的費用節省獎勵的想法，若被害人放棄另租代步車，此利益不應由加害人獨享，是故，被害人的損害應該在物之使用遭到侵奪所產生避免損害發生的需求時，即已發生，並不待其有支出費用之事實，據此，無論被害人事實上是否支出費用，皆得請求賠償也<sup>58</sup>。至於被害人是否支出費用的決定，只是涉及其如何處分私人財產

<sup>53</sup> Medicus, Schadensersatz und Billigkeit, VersR 1981, 593, 603; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 25. Aufl. 2015, Rn. 828; s. auch Zeuner, Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, AcP 163 (1964), 380, 394f.

<sup>54</sup> BGHZ 40, 345, 347; 45, 212, 215; 56, 214, 216.

<sup>55</sup> Medicus, aaO. (Fn. 53), VersR 1981, 593, 603; Medicus/Petersen, aaO. (Fn. 53), BR Rn. 828; so auch Steffen, Der normative Verkehrsunfallschaden, NJW 1995, 2057, 2061.

<sup>56</sup> Würthwein, aaO. (Fn. 22), S. 31.

<sup>57</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 53), AcP 163(1964), 380; ders., Anmerkung zu BGH, Urteil vom 22. 11. 1985 - V ZR 237/84, JZ 1986, 395, 396; ders., Anmerkung zu BGH, Urteil vom 16. 9. 1987 - IVb ZR 27/86, JZ 1988, 200.

<sup>58</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 53), AcP 163(1964), 380, 396; ders., aaO. (Fn. ), JZ 1986, 395, 396; ders., aaO. (Fn. ), JZ 1988, 200.

(Private Disposition) 的問題而已<sup>59</sup>。再者，Zeuner 又以德國民法第 843 條第 1 項之規定（相當於我國民法第 193 條第 2 項）以支持其見解，依其規定，被害人之身體或健康受侵害而致其生活需求增加時，得請求加害人支付定期金以賠償其損害，可見，費用支出需求本身亦屬一種得請求賠償的損害也<sup>60</sup>。然而，反對者則認為，德國民法第 843 條係針對被害人因身體受侵害而生長期持續性的健康損害，而為擔保被害人未來生活需求的滿足而設，應不可藉此推論法律因此對生活需要增加的案例類型，設有一般性損害賠償的法律原則<sup>61</sup>。

此外，在 Zeuner 提出此說後二十餘年，德國學者 Thomas Rauscher 在前述德國民事大法庭決議前後又接續 Zeuner 的見解而認為，透過德國舊民法第 249 條第 2 句有關回復原狀費用請求權的規定，在特定的案例類型中，同條第 1 句的回復原狀規定當可轉變為一種獨立的金錢請求權，按同法第 249 條第 2 句的費用請求權依通說既不以被害人實際為回復原狀為要件<sup>62</sup>，當然亦不須以回復原狀尚有可能為要，因此，只要被害人因物之使用遭侵奪而有回復原狀的需求，並且第 249 條第 1 句之要件已符合，即得依同條第 2 句請求回復原狀之費用，不論回復原狀是否仍有可能<sup>63</sup>。然而，此見解將回復原狀之必要費用與回復原狀脫離成為獨立的請求權，事實上已經超越立法者原來所設計的損害賠償體系，蓋德國舊民法第 249 條第 2 句的目的仍在維護被害人基於同條第 1 句而生的完整利益（Integritätsinteresse），此於同法第 251 條金錢賠償所保護的

<sup>59</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 53), AcP 163(1964), 380, 396.

<sup>60</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 53), AcP 163(1964), 380, 395; ders., aaO. (Fn. ), JZ 1986, 395, 396.

<sup>61</sup> Bötticher, aaO. (Fn. 51), VersR 1966, 304f.

<sup>62</sup> Vgl. Palandt/Grüneberg, BGB 70. Aufl. 2011, § 249 Rn. 6; Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, § 5 VI 6; Dauner-Lieb/Lange/Magnus, BGB Schuldrecht, Band 2/1, 3. Aufl. 2016, § 249 Rn. 17.

<sup>63</sup> Rauscher, Abschied vom Schadensersatz für Nutzungsausfall? NJW 1986, 2011, 2014; ders., Anmerkung zu BGH, Beschluß vom 09. 07. 1986 - GSZ 1/86, NJW 1987, 50, 53f., 惟 Rauscher 與 Zeuner 不同，其認為被害人的損害仍在於物之使用機會的喪失，並非回復原狀的需求。

價值利益 (Wertinteresse) 並不相同<sup>64</sup>，故德國通說一向認為回復原狀必要費用請求權須以回復原狀仍有可能為要件<sup>65</sup>，以使回復原狀必要費用請求權的內容仍能符合立法者原來所設計用以補充回復原狀的功能，故前述 Zeuner 與 Rauscher 的學說實已破壞德國民法第 249 條、第 251 條與第 253 條所建構的規範體系<sup>66</sup>。

### 3. 回復原狀概念之擴張解釋

為解決物之使用機會喪失並無財產差額的問題，德國學者 Peter Gotthardt 主張，被害人所承受者仍屬非財產上之損害，故無法請求賠償財產損害<sup>67</sup>，然而，若對被害人而言，此損害符合可感 (fühlbar) 的要件，亦即事實上應予以補償 (wiedergutmachbar) 時，縱其未另支出取得替代物之費用，應仍能請求賠償<sup>68</sup>。為使無財產差額的損害仍能以回復原狀獲得賠償，Gotthardt 於是試圖擴張回復原狀的概念，其認為，在車輛使用喪失的情形，所謂回復原狀不僅只是使被害人另取得代步車而已，事實上乃在使其回復其應有行動能力 (Mobilität)，縱然被害人改採其他行動工具，例如步行、搭乘大眾交通工具或是計程車，而重新調適其生活，在功能上，此乃其個人付出的「自我回復原狀」 (Eigenherstellung)，因此，被害人雖未另租代步車，惟並不表示其放棄回復原狀<sup>69</sup>。是故，被害人當能依德國舊民法第 249 條第 2 句請求回復原狀的費用<sup>70</sup>。然而，Gotthardt 的學說在德國學界並未受到重視，或許在於其所設想的自我回復原狀或多或少僅屬虛擬的概念，既欠缺具體

<sup>64</sup> 有關完整利益與價值利益的概念，請參考葉新民 (2009)，〈論資本市場上因不實資訊而致投資人損害的賠償方法—以德國法為中心〉，《中原財經法學》，第 23 期，頁 159-163。

<sup>65</sup> Vgl. MüKo BGB/Oetker, § 249 Rn. 365f.; Staudinger/Schiemann (2017) BGB, § 251Rn. 219; Dauner-Lieb/Lange/Magnus, § 249 Rn. 15.

<sup>66</sup> Stoll, aaO. (Fn. 7), JuS 1968, 504, 506.

<sup>67</sup> Gotthardt, Wandlungen schadensrechtlicher Wiedergutmachung, 1996, S. 123.

<sup>68</sup> Gotthardt, aaO. (Fn. 67), S. 43ff. 122.

<sup>69</sup> Gotthardt, aaO. (Fn. 67), S. 122, 168ff.

<sup>70</sup> Gotthardt, aaO. (Fn. 67), S. 177.

的內涵，又將過度擴張回復原狀制度所欲保護的完整利益<sup>71</sup>，再者，所謂的自我回復原狀亦無客觀的市場價格，應如何計算賠償額亦是問題<sup>72</sup>。

#### 4. 德國民法第 253 條之目的性限縮

德國學者 Reiner Schulze 亦由差額說出發，並認定物之使用機會喪失為精神上的損害，惟其認為，德國 1900 年制訂的民法第 253 條對金錢賠償的限制已不符時代需求，若吾人能以目的性限縮的方式限制該條的適用範圍，將使許多爭議問題迎刃而解，例如德國法對一般人格權（*allgemeine Persönlichkeitsrecht*）的擴大保護即是一例<sup>73</sup>，因此民法學說應發展出一系列得請求金錢賠償的非財產損害之案例類型，而物之使用機會喪失應亦屬於其中一種隱藏的漏洞，應以目的性限縮加以填補<sup>74</sup>。再者，Schulze 亦不願物之抽象使用利益之賠償毫無限制，故認為被害人的財產仍應有客觀化能估算的損失（*objektiviert bemeßbare Einbuße*）時，方得請求金錢賠償，個人對於其物之情感利益（*Affektionsinteresse*）則不在賠償之列<sup>75</sup>。然而，Schulze 既認為物之使用機會喪失為非財產上之損害，卻又要求被害人須受有可估算的損失，二者間實存有內在矛盾<sup>76</sup>。

### （二）將物之使用機會喪失認定為財產上損害之學說

#### 1. 具體損害說

所謂的「具體損害理論」（*Lehre vom konkreten Schaden*）在 1901 年德國學者 Paul Oertmann 的著作中已可得見，其認為損害並非計算上的差

<sup>71</sup> Würthwein, aaO. (Fn. 22), S. 37.

<sup>72</sup> Würthwein, aaO. (Fn. 22), S. 36 Fn. 164.

<sup>73</sup> 對此問題，請參考王澤鑑（2012），《人格權法》，自版，頁 23-26。

<sup>74</sup> Schulze, *Nutzungsausfallentschädigung - zu Funktion und Grenzen des § 253 BGB*, NJW 1997, 3337, 3341f.

<sup>75</sup> Schulze, aaO. (Fn. 74), NJW 1997, 3337, 3342.

<sup>76</sup> Würthwein, aaO. (Fn. 22), S. 32.

額，而是對被害人財產上或人身上的具體侵害<sup>77</sup>。其後 Robert Neuner 於 1931 年亦採此說，對損害的定義，Neuner 由財貨的侵害（Verletzung des vermögenswerten Gutes）出發，而不論被害人的總財產是否因侵害行為而產生差額<sup>78</sup>，因此，因債務人未為給付而侵害債權人之債權，或是加害人對他人之絕對權或法律保護之財貨之侵害皆屬之<sup>79</sup>。Neuner 進一步將損害區分為二，一為因具有財產價值之財貨受侵害而生的客觀損害，以及依差額說計算而來的結果損害<sup>80</sup>。

至於財貨的侵害為何具有財產損害的性質，Neuner 係以損害賠償法的權利救濟功能（rechtsverfolgende Funktion）為依據，基於此權利救濟的功能，在侵權的案例中，若被害人依差額說無法請求賠償時，至少仍得請求受侵害之權益的客觀價值做為其最低的賠償額，因此，根據具體損害說，只要具財產價值的權益或財貨受侵害，即存在得請求賠償的損害<sup>81</sup>。其次須進一步說明者，乃具有財產價值的財貨的意義為何，Neuner 援引前述德國 1900 年民法制訂前後的法院見解而認為，凡在交易上能以金錢為對價而獲取或出讓者皆屬之，其中亦包括物之使用可能性<sup>82</sup>。

所謂財產損害的定義須以具體損害存在為要，亦即以財貨或權益受侵害做為損害概念的本質，以解決差額說之不足，此具體損害說的基本見解在德國學界亦可見支持的聲音<sup>83</sup>，惟 Neuner 的說法亦有可質疑之處，按物之使用權雖屬交易上的客體，在物之占有遭侵奪的情形或可確認物之使用權受侵害，但在物被毀損時，受侵害者除物之所有權外，則僅是物事實上的抽象使用可能性而已，物之使用權本身仍掌握在權利人

---

<sup>77</sup> Oertmann, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, 1901, S. 6f.

<sup>78</sup> Neuner, Interesse und Vermögensschaden, AcP 133(1931), 277, 306.

<sup>79</sup> Neuner, aaO. (Fn. 78), AcP 133(1931), 277, 292f. 311f.

<sup>80</sup> Neuner, aaO. (Fn. 78), AcP 133(1931), 277, 291ff.

<sup>81</sup> Neuner, aaO. (Fn. 78), AcP 133(1931), 277, 305f.

<sup>82</sup> Neuner, aaO. (Fn. 78), AcP 133(1931), 277, 306, 309.

<sup>83</sup> Z.B. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I 14 Aufl. 1987, § 27 I, § 29 I b; Zeuner, aaO. (Fn. 78), AcP 163(1964), 380, 387; Palandt/Heinrichs, Vor § 249 Rn. 5, 53; Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, Rn 788; Würthwein, aaO. (Fn. 22), S. 39.

手中，惟物之抽象使用可能性本身卻非交易上的客體<sup>84</sup>。

## 2. 主觀的功能損害說

德國學者 Hans-Joachim Mertens 所主張的所謂功能損害理論（Funktionsschadenslehre）係以主觀的層面定義損害的概念<sup>85</sup>，Mertens 認為，損害賠償法的規範目的並不只是在保護權利客體之完整性而已，更在保護權利主體。透過法秩序所規範的權利歸屬，人做為權利主體方才獲得一個可以自由規劃其人生的效力空間<sup>86</sup>，因此，法規範的重點並不僅在保護特定財貨的擁有，而是在於保障權利主體能夠使用其財貨，因此，損害賠償法的填補功能應在於回復被害人得自由依其原本規劃使用其財貨的人格完整性<sup>87</sup>。然而，此一見解並不符傳統的財產概念，按依一般通常想法所謂財產係歸屬於個人的全部具有經濟價值的權利與財貨的總和<sup>88</sup>，因此，Mertens 即試圖重新以主觀的功能層面去理解財產的概念，並認為，財產並非一系列具金錢價值的法律地位的總和，而是權利主體能夠使用權利客體的可能性<sup>89</sup>，因此，所謂財產係指各個權利客體與權利主體之人生規劃目的之間的關聯性，所形成的的一個總體概念<sup>90</sup>。財產的概念在保護由權利客體構成的自由社會空間以完成權利主體的人生規劃，並擔保其人生發展與自由<sup>91</sup>。據此，Mertens 認為，所謂財產損害即是對被害人以前述定義的財產上任何可以以金錢估算的侵害，亦即一種財產功能的干擾（Vermögensfunktionsstörung），因此，財產損害並不是對財貨本身侵害，而是由財貨與被害人間的歸屬性受干擾而生<sup>92</sup>，例如被害人對物之使用的喪失，或是其因財產功能干擾而徒然

<sup>84</sup> Vgl. Stoll, aaO. (Fn. 7), JuS 1968, 504, 510.

<sup>85</sup> Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967, S. 125ff.

<sup>86</sup> Mertens, aaO. (Fn. 85), S. 167, 227.

<sup>87</sup> Mertens, aaO. (Fn. 85), S. 125ff., 139f.

<sup>88</sup> Mertens, aaO. (Fn. 85), S. 125, 128.

<sup>89</sup> Mertens, aaO. (Fn. 85), S. 125ff., 139f.

<sup>90</sup> Mertens, aaO. (Fn. 85), S. 139ff., 227.

<sup>91</sup> Mertens, aaO. (Fn. 85), S. 142, 227.

<sup>92</sup> Mertens, aaO. (Fn. 85), S. 158.

支出的費用，或是受干擾而需重新規劃財產佈局等皆屬之，惟單純的精神享受的干擾則非屬之<sup>93</sup>。然而，為使如此廣泛的財產概念不致發生損害的認定毫無界限的問題，故此概念仍應受限制，Merten 稱之為社會性的界限（Soziabilitätsschranke），亦即，前述被害人財產的主觀功能仍應受社會規範的限制<sup>94</sup>。

然而，德國學界多不贊同此說，蓋 Mertens 的損害概念已經偏離法律所規定的財產損害概念，蓋依此功能性損害概念，侵害的對象並非物本身，而是被害人主觀上的期待，如此廣義的損害概念將法律所保護的對象由物的完整性擴張到被害人所期待能由受損物獲取的利益，此結果實超越傳統損害賠償的保護範圍<sup>95</sup>，且將使損害賠償的問題在一般損害賠償的基本原則外解決<sup>96</sup>。

再者，Mertens 所提出的財產功能干擾的概念，以做為財產損害與非財產損害的區別標準，其結果卻只是使二者的界限更加模糊，尤其 Mertens 另以社會性界限的概念以防止損害範圍無限擴大，惟此標準亦可能無限的擴張，以致毫無標準可言<sup>97</sup>。

### 3. 以商業化思維為基礎的財產損害概念

德國學說上的商業化思維（Kommerzialisierungsgedanke）概念最初係德國聯邦最高法院的判決中所提出<sup>98</sup>，而後由德國學說接續發展而來<sup>99</sup>。德國聯邦最高法院認為，依交易通念可以商業化（kommerzialisiert）的權益即具有財產價值，而商業化係指在交易上可以透過支付金錢而購

---

<sup>93</sup> Mertens, aaO. (Fn. 85), S. 153.

<sup>94</sup> Mertens, aaO. (Fn. 85), S. 170ff.

<sup>95</sup> Würthwein, aaO. (Fn. 22), S. 254.

<sup>96</sup> Larenz, aaO. (Fn. 83), § 29 I S. 487; Keuk, aaO. (Fn. 5), S. 217f.; Köndgen, *Ökonomische Aspekte des Schadensproblems – Bemerkung zur Kommerzialisierungsmethode des Bundesgerichtshofs*, AcP 177(1977), 1, 36.

<sup>97</sup> Larenz, ebda.

<sup>98</sup> BGHZ 40, 345, 348, 350.

<sup>99</sup> S. Bitter, *Wertverlust durch Nutzungsausfall*, AcP 205(2005), 743, 754 und Fn. 69.

得者<sup>100</sup>，而被害人得使用其車輛的可能性，通常亦須支付對價而換得，故車輛使用的喪失自亦屬財產上損害<sup>101</sup>。然而，德國聯邦最高法院所指的對價，卻是被害人購買車輛的價金、保養維修費用與保險費，因此，物之使用利益並非獨立的財產權，而僅是透過所有權的媒介而生，故在交易上的可以商業化的權益其實是所有權<sup>102</sup>。然而，過去主張商業化思維最力的德國學者之一 **Wolfgang Grunsky** 卻主張，所謂商業化的對象並非所有權的取得，而是獲取物之使用權，據此，凡在交易上得支付租金而獲得的物之使用權與使用可能性者，即有財產價值<sup>103</sup>。惟 **Grunsky** 又認為，物之使用可能性是否為財產上利益的決定性因素在於，被害人是否能將之在交易上出租他人<sup>104</sup>，蓋買入財貨並不會讓人獲利，出賣才是<sup>105</sup>，亦即，物之使用利益是否可以在交易上出租的可能性，方才是展現其財產價值的關鍵。

由於前述的商業化思維將單純的物之使用可能性由所有權切割出來，故德國聯邦最高法院與 **Grunsky** 皆認為物之出租價格與物之使用利益的價值相當<sup>106</sup>，惟物之使用利益既與租金相當，則德國學說為限制其適用範圍，故有認為物之使用利益須有足夠的供給與需求所形成的市場方可請求賠償<sup>107</sup>。然而，**Grunsky** 反對此見解，蓋此限制將使具特殊使用目的之物，例如導盲犬或殘障者專用車輛之使用利益成為非財產上損害<sup>108</sup>。此外，此說既以權益是否有商業化可能做為財產損害的標準，則無論被害人是否有利用該物以獲得具體利益之意思，應非所問，惟仍有

---

<sup>100</sup> BGHZ 40, 345, 347f.

<sup>101</sup> BGHZ 40, 345, 349f.

<sup>102</sup> Würthwein, aaO. (Fn. 22) S. 42.

<sup>103</sup> Müko BGB/Grunsky, 3. Aufl. 1994, vor § 249 Rn. 12a.

<sup>104</sup> Müko BGB/Grunsky, 3. Aufl. 1994, vor § 249 Rn. 22.

<sup>105</sup> So Jahr, Anmerkung zu BGB, Urteil vom 15. 11. 1983- VI ZR 269/81, JZ 1984, 573.

<sup>106</sup> BGHZ 40, 345, 350; Müko BGB/Grunsky, 3. Aufl. 1994, vor § 249 Rn. 12 a Fn. 30.

<sup>107</sup> Müko BGB/Oetker, § 249 Rn. 42; Nachweise in älterer Literatur siehe Würthwein, aaO. (Fn. 22) S. 43 Fn. 24.

<sup>108</sup> Müko BGB/Grunsky, 3. Aufl. 1994, vor § 249 Rn. 13.

學者欲以前述可感性的要件加以限制損害的範圍<sup>109</sup>。

然而，以商業化思維做為財產損害標準的見解，現在德國學說多已不贊成<sup>110</sup>，蓋得以金錢交換者不只是財產利益，非財產利益在現今社會亦多能以金錢購得，例如健康、身體舒適、精神享受與生命的樂趣等，故商業化思維並無法明確劃分財產損害與非財產損害的界限<sup>111</sup>。

#### 4. 徒然白費理論

所謂的徒然白費理論（Frustrationsthorie）認為，若被害人為獲取或維護受侵害之標的所支出的費用因加害人的侵害行為而徒然白費時，此費用亦屬得請求賠償的損害。此一學說由學者 Andreas von Tuhr 於二十世紀初所建構，von Tuhr 主張，「財產權未受侵害但仍有財產損害的另一種情形為，若一沒有財產價值的客體，例如無法移轉的劇院入場券，遭侵奪或消滅，因而使所有人另行支出重置費用即屬之。此時的財產損害在於，被害人原來雖係為消費目的支出費用，但其後因預期的精神享受無法獲得而使費用支出喪失其原來目的。」<sup>112</sup>此學說過去亦有其追隨者，例如 Karl Larenz<sup>113</sup>以及 Walter Löwe<sup>114</sup>等學者，惟原來主張此學說的學者其後多改變其立場，今日仍堅持此說的學者只是極少數，例如 Eike Schmidt<sup>115</sup>。

---

<sup>109</sup> Z.B. Werber, Nutzungsausfall und persönliche Nutzungsbereitschaft, AcP 173(1973), 159, 183ff.

<sup>110</sup> Palandt/Grüneberg Vor § 249 Rn. 11; BeckOK BGB/Johannes W. Flume, 52. Ed. 1.11.2019, BGB § 249 Rn. 85; HKK/Jansen, §§ 249-253, 255, Rn. 133 Fn. 911.

<sup>111</sup> Larenz, aaO. (Fn. 83), Schuldrecht I, § 29 I c; Lange/Schiemann, aaO. (Fn. 62), S. 254f.; Medicus/Petersen, aaO. (Fn. 53) Bürgerliches Recht, Rn. 828; Knobbe-Keuk, Möglichkeiten und Grenzen abstrakter Schadensberechnung, VersR 1976, 401.

<sup>112</sup> v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Erster Band: Allgemeine Lehren und Personenrecht, 1907, § 18 Fn. 33 a.

<sup>113</sup> Larenz, Zur Abgrenzung des Vermögensschadens vom ideelen Schaden, VersR 1963, 312ff.

<sup>114</sup> Löwe, Schadensersatz bei Nutzungsentgang von Kraftfahrzeugen? VersR 1963, 307ff.; ders., Gebrauchsmöglichkeit einer Sache als selbständiger Vermögenswert? NJW 1964, 701ff.

<sup>115</sup> E. Schmidt, Die verpatzte Jubiläumsfeier, in: Festschrift für Gernhuber, 1993, S. 423ff.; Esser/Schmidt, Schuldrecht, Band I: Allgemeiner Teil, Teilband II, 8. Aufl. 2000, § 31

v. Tuhr 最初係以類推適用消極利益損害賠償之規定(德國民法第 122 條與第 1298 條) 做為法律依據, 並於其 1907 年出版之著作中主張: 「費用在其所支出的目的無法實現後, 將轉變為損害」<sup>116</sup>, 其進一步解釋, 「費用支出目的喪失的過程確實可以理解為損害的形成, 比對消極利益做為損害計算的方法中, 最能清楚看出前述費用轉變為損害的過程, 按締約費用或運送費用等原先本是出賣人支出的費用, 一旦買受人撤銷其意思表示時, 費用即於事後轉變為損害」<sup>117</sup>, 質言之, 原來債權人自願支出的費用, 在債務人撤銷其意思表示後即喪失其支出的目的, 並因此同時喪失其價值, 其結果即在債權人身上發生財產上的損害<sup>118</sup>。

至於徒然白費理論在物之使用喪失的案例亦得適用, 被害人據此可請求賠償其支出的無益費用, 例如在毀損他人車輛的案件中, 被害人雖未另租代步車, 但其對受損車輛支出的保險費、牌照稅或貸款利息等即是<sup>119</sup>。惟此學說的缺點, 首先在於侵害行為與費用支出間的因果關係難以確認, 蓋無論是否發生車禍, 受損車輛的所有人皆會支出牌照稅等費用, 惟過去主張此說的學者, 例如 Karl Larenz 認為, 加害人之侵害行為與被害人之財產減損(即費用支出)間雖難以肯定其因果關係, 但被害人支出費用的結果仍能於事後在其財產上發生類似損害的效果, 故侵害行為和被害上財產上的價值喪失(Fortfall des Äquivalents)之間仍有因果關係<sup>120</sup>。再者, 就一般民法學上的定義而言, 費用(Aufwendung)乃

---

III S. 194.

<sup>116</sup> „Diese Aufwendungen verwandeln sich nachträglich, durch die Vereitelung ihres Zweckes, in Schaden.“ Siehe v. Tuhr, Der Schaden nach dem BGB, KritV 47 (1907), S. 63, 65.

<sup>117</sup> v Tuhr, aaO. (Fn. 116), KritV 47 (1907), S. 63, 65f.

<sup>118</sup> v. Tuhr, aaO. (Fn. 112 ), § 18 Fn. 33a; vgl. auch Löwe, aaO. (Fn. 114), NJW 1964, 701, 704; Esser/Schmidt, aaO. (Fn. 115), Schuldrecht I/2, § 31 III Fn. 110.

<sup>119</sup> Lange/Schiemann, aaO. (Fn. 62), § 6 VII 4 e S. 287; Dunz, Schadensersatz für entgangene Sachnutzung - Versuch eines rationalen Spruchkonzepts, JZ 1984, 1010, 1014; Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV Deliktsrecht und Schadenersatzrecht, 2011, Rn. 868; vgl. auch Larenz, aaO (Fn. 83) Schuldrecht I, § 29 II c S. 501.

<sup>120</sup> „Ein Kausalzusammenhang besteht hier zwar nicht zwischen dem die Ersatzpflicht

當事人自願所為的財產減損，與之相對，損害則係非自願的財產減損。若當事人的費用支出係為他人利益而為，則法律經常賦予其返還請求權，例如無因管理人或委任人為本人或受任人所支出的費用即是<sup>121</sup>。為解決損害與費用本質不同的問題，Larenz 認為，被害人支出費用的目的雖一開始是自願性質，惟該目的事後卻無法達成，故此所謂自願的性質即受動搖，蓋被害人係為達到目的而支出費用，惟其支出費用已失去意義，被害人等於被迫從事與其意思不符的事，因此，費用支出由事後的觀點而言，亦屬非自願性質，因而與損害相同也<sup>122</sup>。

惟事實上與侵害行為有因果關係者，並不在費用的支出本身，而是在費用支出因目的無法達成而徒然白費（Frustration）之狀態，因此，要求加害人賠償費用的支出實無正當性也<sup>123</sup>，故德國多數學說對徒然白費理論的批評亦多集中在因果關係的問題上<sup>124</sup>。再者，此說另一項理論的缺失在於，其適用的結果將使客觀的損害概念主觀化，因而使損害的範圍可能無限擴大<sup>125</sup>，例如損害他人在國外狩獵所得的標本頭像壁掛（Jagdtrophäe）時，被害人將可請求其出國的旅費與狩獵費用<sup>126</sup>，此結果實不合理，雖有支持徒然白費理論的學者主張將無益費用的賠償限制

---

begründenden Ereignis und der Vermögensminderung, d.h. der Aufwendung, wohl aber zwischen diesem Ereignis und dem Fortfall des Äquivalents, durch den die Vermögensaufwendung nachträglich den Charakter eines ‚Schadens‘ erhält.“, s. Larenz, Nutzlos gewordene Aufwendungen als ersatzpflichtige Schäden, in Festschrift für Oftinger, 1969, S. 151, 161.

<sup>121</sup> Vgl. nur Larenz, aaO. (Fn. 83) Schuldrecht I, § 13 I, S. 185.

<sup>122</sup> Larenz, aaO. (Fn. 113), VersR 1963, 312, 313.

<sup>123</sup> So Unholtz, Der Ersatz "frustrierter Aufwendungen" unter besonderer Berücksichtigung des § 284 BGB, 2004, S. 119.

<sup>124</sup> Rauscher, aaO. (Fn. 63) NJW 1986, 2011, 2012; Weber, Entschädigung für entgangenen Gebrauch eines Kraftfahrzeugs, VersR 1985, 112f.; Deutsch, aaO. (Fn. 83) Haftungsrecht, Rn. 826ff.; Stoll, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 15. 12.1970 - VI ZR 120/69, JZ 1971, 593, 594f.; Küppers, Zauberformel Frustrationslehre - Zugleich eine Anmerkung zu BGH v. 18. 9. 1975 VersR 76, 46 = NJW 75, 234, VersR 1976, 604, 606.

<sup>125</sup> Lange/Schiemann, aaO. (Fn. 62), § 6 VI S. 258; Küppers, aaO. (Fn.124 ) VersR 1976, 604, 606.

<sup>126</sup> OLG Köln OLGZ 1973, 7.

在市價的範圍內<sup>127</sup>，惟德國多數學說仍認為，至少在侵權行為的損害賠償上不應適用此理論<sup>128</sup>。甚至 Larenz 其後亦改變原來立場，並主張應限制此一學說的適用範圍<sup>129</sup>。

### 5. 以侵奪使用利益之不當得利為基礎的見解

對於物之抽象使用利益之財產價值，德國學者 Günther Jahr 以不當得利法上所謂權益侵害不當得利 (Eingriffskondition) 與侵權行為競合的情形加以說明，按依權益侵害不當得利的所謂權益歸屬說 (Zuweisungstheorie)，權利人擁有之權益有一定的利益內容，依法秩序的歸屬關係專屬於權利人享有，具排他性，若行為人侵害此權益歸屬內容 (Zuweisungsgehalt) 而獲利，即應返還此一利益<sup>130</sup>。因此，若加害人盜取被害人的自用車，並使用數日，則其應返還此一使用車輛的利益，蓋此使用利益係依法秩序的歸屬關係應由被害人享有的權益，無論該利益是否有商業化的可能，皆不應影響加害人返還利益的義務，再者，加害人由物之使用所獲取的利益，正可反應出該受侵奪之物對被害人而言在財產上的價值，亦即其損害，故被害人另可主張侵權行為之損害賠償，亦無問題<sup>131</sup>。Jahr 更進一步認為，物之使用利益不僅是損害產生的來源，其本身就是損害<sup>132</sup>，易言之，物之使用的利益並非基於物之毀損或其占有遭侵奪而生的間接損害，而是一種直接損害，亦即，在物之使用喪失的期間，物之所有權的一部份即隨之消失，被害人因此取得請求賠償無

<sup>127</sup> Esser/Schmidt, aaO. (Fn. 115) Schuldrecht I/2, § 31 III 2 a.

<sup>128</sup> Vgl. Staudinger/Schiemann (2017) BGB § 249 Rn. 125; Müko BGB/Oetker § 249 Rn. 47f.; Ackermann, Der Schutz des negativen Interesses, 2007, S. 265ff., 380ff.; Lange/Schiemann, aaO. (Fn. 62), § 6 VI S. 255ff.; Medicus/Petersen, aaO. (Fn. 53) Bürgerlicher Recht, Rn. 826.

<sup>129</sup> Larenz, aaO. (Fn. 83), Schuldrecht I, § 29 II c S. 486.

<sup>130</sup> 王澤鑑，同註 2，頁 158-161。

<sup>131</sup> Jahr, Schadensersatz wegen deliktischer Nutzungsentziehung - zu Grundlagen des Rechtsgüterschutzes und des Schadensersatzrecht, AcP 183(1983), 725, 733ff., 739; vgl. auch Jahr, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15. 11. 1983 - VI ZR 269/81, JZ 1984, 573.

<sup>132</sup> Jahr, aaO. (Fn. 131), AcP 183(1983), 725, 750.

法使用物的財產價值的權利<sup>133</sup>。

然而，與前述無權占有他人之物的案例類型不同者，乃物之毀損的類型，亦即若加害人毀損被害人的自用車，而於送修期間被害人並未另租代步車，由於加害人並未使用該車，故未取得可歸屬被害人的權益，由於其不須負不當得利返還之責，被害人是否仍有損害即有疑問。基於類似的想法，Jahr 學說的反對者即認為，在物之占有遭侵奪的情形，加害人的獲利與被害人的損害實屬二事，尤其二者分別適用不當得利法與損害賠償法所得的額度亦有不同也<sup>134</sup>。

針對物之毀損的案例，Jahr 認為，加害人無法律上原因所獲得對物之使用利益即是被害人所喪失的物之使用利益，此一結論與加害人是否使用該物無關，Jahr 以租賃契約為例，承租人縱然將租賃物長期置於屋頂儲藏室而未加使用，卻仍須支付租金，惟於當事人間並無契約的情形，若吾人因加害人並無使用物之可能（例如在物之毀損的案例）而否認受害人受有損害，則將使侵權行為人的地位高於承租人，並非合理。換言之，物之抽象使用利益之存在，與該物是否被使用無關也<sup>135</sup>。此外，Jahr 在實證法亦找到肯定物之抽象使用利益的實例，例如德國舊民法第 557 條<sup>136</sup>即規定，承租人於租賃契約終止後未即時返還租賃物，出租人得於未返還的期間請求約定的租金做為損害賠償<sup>137</sup>。

### （三）以物之未來具體使用利益為損害的學說

德國學者 Susanne Würthwein 於 2001 年所出版的大學任教資格論文（Habilitationsschrift）中，主張單純的物之使用喪失本身並非損害，蓋抽象的物之使用機會並非法律所承認並加以保護的獨立法益，此由各類回

<sup>133</sup> Näher s. Jahr, aaO. (Fn. 131), AcP 183(1983), 725, 751ff.

<sup>134</sup> Lange/Schiemann, aaO. (Fn. 62), § 6 VII 4 d) S. 286f.

<sup>135</sup> Jahr, aaO. (Fn. 131), AcP 183(1983), 725, 747.

<sup>136</sup> 本條規定於德國債法修正案中已移至第 571 條，且其內容亦有大幅修正。

<sup>137</sup> Jahr, aaO. (Fn. 131), AcP 183(1983), 725, 748f.; Jahr 另舉德國民法第 990 條第 1 項準用第 987 條第 2 項為例，亦即，惡意占有人縱未使用其物仍應對物之所有人負賠償之責。

復原狀的法規範，例如解除契約、不當得利或占有返還等規定中可見，權利人僅能請求返還物之具體使用利益，亦即已具體實現的利益，再者，就侵權行為而論，侵害單純的占有並不符合權利受侵害之要件<sup>138</sup>，職是，物之使用機會既非法益，物之使用喪失自亦非損害<sup>139</sup>。

其次，**Würthwein** 由物之使用喪失而被害人事實上支出代替物租金的類型出發，對此，德國通說多承認物之使用喪失因被害人支出租金而發生財產損害，故其可依德國民法第 249 條第 2 項第 1 句請求返還回復原狀的必要費用<sup>140</sup>，此見解背後的想法應在於，由於在物受侵害而受損後的送修期間中，被害人喪失使用其物的可能性，故其整體財產即有減損，此時被害人得向加害人請求賠償其支出的租金，其作用乃在填補其整體財產中所減損的物之使用利益的部份，故此請求權具有損害排除（*Schadensbeseitigung*）的功能<sup>141</sup>，此見解當以承認物之使用喪失具有損害性質為前提。反之，**Würthwein** 認為物受損而送修時，若被害人另租代替物，則其隨即可再使用該代替物而進行其日常生活，事實上被害人並無損害，故其賠償租金請求權的功能並不在損害排除，而在損害防止（*Schadensabwendung*）<sup>142</sup>，而其所防止的損害，並非物之使用喪失，而是其未來因無法使用其物本來具體可以得到的利益（*Gebrauchsvorteil*），例如使用車輛以實現其生活所需，或是出租或以之為營業以獲得利益等，而這些利益皆因侵害行為的無法實現，故為德國民法第 252 條（相當於我國民法第 216 條）規定的所失利益（*entgangener Gewinn*）<sup>143</sup>。依此見解，吾人便不需承認物之使用喪失本身有損害的性質，卻仍得請求

<sup>138</sup> Würthwein, aaO. (Fn. 22), S. 123ff., 194ff.

<sup>139</sup> Würthwein, aaO. (Fn. 22), S. 317.

<sup>140</sup> BGH NJW 2009, 58 Rn. 9; 2012, 2026 Rn. 8; HKK BGB/Jansen, §§ 249-253, 255 Rn. 86; BeckOK BGB/J. W. Flume BGB § 249 Rn. 136f.; Dauner-Lieb/Lange/Magnus, BGB Schuldrecht, § 249 Rn. 49, jeweils m.w.N; dagegen Staudinger/Schiemann (2017), § 251 Rn. 56; Jaeger, Nutzungsausfall für alle – zum Ausfallschaden gewerblich genutzter Kraftfahrzeuge, VersR 2020, 257, 258; Lange/Schiemann, aaO. (Fn. 62), Schadensersatz, § 6 VII 4a. S. 284ff.

<sup>141</sup> Larenz, aaO. (Fn. 83), § 29 II c.

<sup>142</sup> Würthwein, aaO. (Fn. 22), S. 12f.

<sup>143</sup> Würthwein, aaO. (Fn. 22), S. 289.

賠償。Würthwein 認為，若承認物之使用喪失本身即屬損害，則無論被害人是否有使用該物的需求，皆須獲得賠償，而通說卻建立主觀可感性的要件以限制之，並不合理<sup>144</sup>，反之，依 Würthwein 的見解，則被害人須舉證其確實有使用該物的具體需求方能獲得賠償，故此說方能適切地將主觀要件納入其中<sup>145</sup>。

Würthwein 的學說在德國學界並未引起熱烈討論，本文猜測或因德國學界注目的焦點已經轉移到對民事大法庭決議所提要件的評析，而不再熱衷於法理論的爭議，再者，此說僅將物之使用喪失的性質由所受損害移轉至所失利益，二者在完全賠償原則之下皆屬得請求賠償的損害，故其適用的結果與多數說似無重大差異。惟仍有學說指出，Würthwein 否認物之使用具有法益性質的主要論點之一，在於物之使用可能性並非侵權行為法所保護的客體，惟此理由並不正確，蓋阻礙他人為物之使用，實可理解為對所有權的侵害而受侵權行為法之規範<sup>146</sup>。

## 五、小結

綜合前述德國實務與學說的見解可知，承認物之抽象使用利益之賠償可能性已是德國法上的共識，其問題僅在此請求權的要件與效果為何，以及如何建構其法理論基礎。本文以為，此爭議問題的主要關鍵在於法理論與實務見解無法契合，此在物之使用係為營業目的之情形較無問題，蓋被害人因物之使用遭侵奪而承受的財產損害（即營業損失），依損害概念之差額說而言係顯而易見，但在物之使用係為私人目的之情形下，則適用差額說的結果經常將得出被害人無損害而無法主張賠償請求權的結論，若吾人仍欲使被害人獲得賠償，則須合理規範物之使用喪失賠償請求權的適用範圍，而德國法院實務所提出可感性的要件以及物之使用須在日常生活中具有核心意義等，皆是正當且可操作的方式，惟在

---

<sup>144</sup> Würthwein, aaO. (Fn. 22), S. 17, 22, 23, 26, 32, 51, 61, 63, 65, 69, 71, 73.

<sup>145</sup> Würthwein, aaO. (Fn. 22), S. 288ff., 306ff.

<sup>146</sup> HKK BGB/Jansen, §§ 249-253, 255 Rn. 130 (Fn. 886), Rn. 136 (Fn. 942).

法理論上卻有扞格之處，蓋如前文中 Würthwein 正確指出，若吾人承認物之抽象使用利益的侵害即屬財產損害，則無論採前述任何一種學說，皆須肯定被害人無法使用其物時即生損害，此與其是否有使用該物之意思或可能性（可感性的要件）或是該物是否為日常生活不可或缺者無關，易言之，由前述學說難以導出法院實務所提出的限制要件。其次，若以前述費用節省獎勵說或費用需求論等見解做為支持的論點，吾人或可認為對被害人無感或無支出費用需求的物之使用喪失，並無予以賠償的必要，藉此即可解釋法院實務提出的限制要件的原因，惟此類學說至多僅能在法律政策的面向說明而已，仍是無法解決法理論上困境。

## 參、德國最高法院民事大法庭決議後的實務與學說見解

### 一、德國民事大法庭決議的法理基礎

#### （一）對損害的自然的觀察方式以及賠償必要性的價值衡量—Flessner 的見解

對於物之使用機會喪失的爭議，德國學說雖百家爭鳴，但卻沒有任一種見解在德國學界成為通說，學者 Axel Flessner 即表示，在德國相關討論中只剩下絕望與自嘲的言論<sup>147</sup>，Flessner 甚至認為吾人應掙脫傳統損害概念的拘束，並主張一種自然而無偏見的損害概念（Ein natürlicher und unbefangener Schadensbegriff），其並以英國法為例說明之，例如船艦的使用具有財產價值在英國一直受法院肯定<sup>148</sup>，按維持船艦的運作需支出龐大的費用，例如維護費用與船員的薪資等，為此船東勢必投資巨大的資金，又船隻的修理期間通常甚長，以人類自然的觀點而言，吾人甚難想像船東無法使用其船艦時並無財產損害。再者，此一使用利益的財

<sup>147</sup> Flessner, Geldersatz für Gebrauchsentgang, JZ 1988, 271, 272.

<sup>148</sup> Flessner, aaO. (Fn. 147), JZ 1988, 271, 275.

產價值與其是否能商業化並無關係，例如戰艦的使用喪失是否為財產損害即是一例，按戰艦通常無法出租，自無獲利的可能，並非得以商業化的客體，但吾人卻不能宣稱戰艦之使用僅有精神上的利益，依英國法，戰艦之使用喪失的賠償與一般船艦並無不同，亦即，其損害係以其所有者所投資的資本價值（Kapitalwert）為基礎，以船隻無法使用之維修期間計算合理的利息做為損害額，此一以自然方式所理解的損害，在船艦如此，在車輛或住宅又有何異，蓋此利益與受侵害的客體大小無關也，不論物之使用是為營業目的或是私人目的，對其所有人而言皆無不同也，故物之使用機會的喪失當然是損害，更是財產損害<sup>149</sup>。

Flessner 因此認為物之使用喪失是否應以金錢賠償的決定性因素，並不在損害的定義，而是價值衡量的問題，亦即，物之使用喪失在法律評價上是否值得予以賠償（ersatzwürdig）<sup>150</sup>。為解決此問題，吾人可以透過價值類推的方式為之，若吾人肯定車損的被害人另租代步車而付出租金可以請求賠償，與之相較，若其未另租車的情形究竟有何不同，亦即，吾人能否藉由被害人不租代步車的決定而得認定其並無使用車輛的需求？其因此無支出回復原狀費用的必要？或者依事實狀況確實可以期待被害人應違反其意願而放棄租車？前述問題的答案應是否定的，蓋被害人不另租車的動機多元，可能無事實上的需求或經濟上不允許等，法律對不同個案的價值判斷應不相同，自不可混為一談<sup>151</sup>。在價值衡量上，被害人未另付出獲得代替物的費用之情形是否應予賠償，其關鍵因素與其有支出租金費用並無不同，亦即，在具體案例中，被害人是否得將另租代步車支出的費用轉由加害人承擔的考量因素在於，一個在經濟上理性思考的人，若處於被害人的地位，是否也會認為另租代步車是必要且合目的性<sup>152</sup>。就民法的規定而言，德國民法第 249 條第 2 項有關請求回復原狀費用必要性、第 251 條第 2 項有關金錢賠償的比例原則，以及第

<sup>149</sup> Flessner, aaO. (Fn. 147), JZ 1988, 271, 276.

<sup>150</sup> Flessner, aaO. (Fn. 147), JZ 1988, 271, 277.

<sup>151</sup> Flessner, aaO. (Fn. 147), JZ 1988, 271, 278.

<sup>152</sup> Flessner, aaO. (Fn. 147), JZ 1988, 271, 278.

254 條第 2 項有關被害人避免損害發生或擴大的期待可能性等，皆是判斷基準，而德國民事大法庭所提出的物之喪失需對被害人可感性之要件，以及該受損之物為被害人於日常生活中具有核心意義的要件，可謂是前述民法所要求必要性、符合比例原則以及期待可能性等標準的具體表現。因此，就結果而言，Flessner 極為贊成德國民事大法庭的見解<sup>153</sup>。

## （二）以法之續造為法理論基礎

前述 Flessner 的見解以價值衡量為出發點，解除僵化的損害概念之桎梏，因而避免在討論此議題時可能陷入概念法學之危險，確實有可參考之處，惟其想法卻欠缺足以將德國民事大法庭所提出的規則與法學理論銜接的論點，相當可惜。

事實上，德國民事大法庭做出決議之後，對於大法庭所提出的特別要件，德國學界除了少數反對的聲音外<sup>154</sup>，多數學說多持肯定的態度<sup>155</sup>，惟個別學者的批判主要在於德國法院實務見解適用的結果，將依物之使用喪失是否得請求賠償，而將物區分可賠償與不可賠償兩類，惟其區分標準不夠明確而難以適用<sup>156</sup>。尤其法院將所謂奢侈品之使用喪失排除在外更有疑問，蓋此區分在實證法中欠缺規範基礎也，而德國法院之所以採此立場，實包含一種社會倫理的要素（sozialethischen Komponente）<sup>157</sup>，惟損害賠償法卻非貫徹此思維方式的適當場域<sup>158</sup>。

由於德國民事大法庭所提出的要件並無法由德國民法第 249 條以下

<sup>153</sup> Flessner, aaO. (Fn. 147), JZ 1988, 271, 281f.

<sup>154</sup> Z.B. Würthwein, aaO. (Fn. 22), passim.; Bitter, aaO. (Fn. 99), AcP 205 (2005), 743 ff.

<sup>155</sup> Vgl. MüKo BGB/Oetker, § 249 Rn. 64.

<sup>156</sup> HKK/Jansen, §§ 249-253, 255 Rn. 136; BeckOK BGB/J. W. Flume, § 249 Rn. 159; Rauscher, aaO. (Fn. 63), NJW 1987, 53, 54.

<sup>157</sup> So Medicus, Das Luxusargument im Schadensersatzrecht, NJW 1989, 1889, 1891; Köndgen, aaO. (Fn. 96), AcP 177 (1977), 1, 4.

<sup>158</sup> Medicus, aaO. (Fn. 157) NJW 1989, 1889, 1891; s. auch Benecke/Pils, Der Ersatz des Nutzungsinteresses - Nutzungsersatz für eigenwirtschaftlich genutzte Gegenstände als Schwäche der Differenzmethode, JA 2007, 241, 243; Grunsky, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Schadensersatzrecht seit 1992-Teil 1, JZ 1997, 764, 769; Rauscher, aaO. (Fn. 63), NJW 1987, 53, 54

關於損害賠償的規定直接導出，故目前德國學說普遍以法律續造（*Rechtsfortbildung*）所完成的法官法（*Richterrecht*）為民事大法庭的見解解套<sup>159</sup>。對此，學者 Hartmut Oetker 有較深入的論述，Oetker 認為與物之所有權分離的單純使用機會喪失並不當然具有財產價值，蓋其並無由供需所形成的市場，按物之使用機會（*Nutzungsmöglichkeit*）與基於例如租賃權或其他權利而來的物之使用權並不相同，蓋承租人支付租金所換取的對價乃是對租賃物的實際使用（*die tatsächliche Nutzung*），並非單純的使用的機會而已，故物之使用權確有交易市場，使用可能性卻無<sup>160</sup>。又物之使用機會喪失並無市場，故被害人自無法單依德國民法第 252 條主張所失利益的賠償，蓋其並無交易取得利益的可能<sup>161</sup>。然而，無市場存在的利益仍有可能產生財產價值，亦即，若物之使用機會喪失在個案中因其類似性而能與財產損害相同處理，即可跨入財產利益的範疇內<sup>162</sup>。此處所謂的相同處理（*Gleichstellung*），亦即在法律上可為相同評價之案例類型應為相同處理的法理，在方法論上即為物之使用喪失開啟了損害賠償的入口，此乃德國民事大法庭決議所創設法之續造的關鍵<sup>163</sup>，而德國民事大法庭也自稱其見解為「法律之補充」（*Ergänzung des Gesetzes*）<sup>164</sup>。此外，甚至有學者稱此決議所形成的制度已經具有習慣法的效力<sup>165</sup>。

就法之續造如何做為法理基礎而言，首先 Oetker 認為，只有在現行法對特定案例類型並無可適用的規定時，法之續造方有其的必要性與正當性，在物之使用係為營業目的的情形，縱被害人未另支出取得代替物

<sup>159</sup> MüKo BGB/Oetker, § 249 Rn. 65; Staudinger/Schiemann, BGB 2017, § 251 Rn. 85; Palandt/Grüneberg, BGB § 249 Rn. 40; Erman/Ebert, BGB 12. Aufl. 2008, § 249 Rn. 52; Esser/Schmidt, aaO. (Fn. 115) Schulrecht AT II § 31 II 3 S. 194; ; a.A. BeckOK BGB/J. W. Flume, BGB § 249 Rn. 160, 164.

<sup>160</sup> MüKo BGB/Oetker, § 249 Rn. 51.

<sup>161</sup> MüKo BGB/Oetker, § 249 Rn. 65.

<sup>162</sup> MüKo BGB/Oetker, § 249 Rn. 50, 65.

<sup>163</sup> MüKo BGB/Oetker, § 249 Rn. 65.

<sup>164</sup> BGHZ 98, 212, 222.

<sup>165</sup> Dauner-Lieb/Lange/Magnus, Nomos Kommentar BGB Schuldrecht, Band 2/1, 3. Aufl. 2016, § 249 Rn. 55; OLG Naumburg NJW 2008, 2511, 2512.

的費用，基於營業目的所為的物之使用當以交易市場存在為前提，故被害人自得直接依德國民法第 252 條請求所失利益之賠償，此乃德國民事大法庭之見解<sup>166</sup>，又因實證法既有規定，自無適用法官法的必要<sup>167</sup>。因此，法之續造僅在為私人目的的物之使用方有必要，惟應注意，法之續造的結果並不能令私人使用之物之喪失產生一種超越德國民法第 252 條所定界限之一般性的賠償請求權，否則供私人目的之使用喪失將較供營業目的者享受更大的保護，此結果並不公平，是故，只有在供私人目的之使用與供營業用者在法律上得為相同評價的情形，方有請求賠償的合理性<sup>168</sup>。

基於前述公平性的要求，Oetker 接著主張供私人目的之使用應受下列三項限制，方得承認其財產損害的性質而可請求賠償，否則將違反德國民法第 253 條之規定，而使非財產上損害亦獲得金錢賠償<sup>169</sup>：其一，物之使用機會的喪失須符合感性的要件，亦即，被害人須有使用該物的意思以及假設的使用可能性<sup>170</sup>，其二，物之使用機會的喪失須因對物本身之侵害所生（Eingriff in den Gegenstand des Gebrauchs），亦即，若物之使用機會喪失係基於其他原因（例如因被害人人身之侵害）而無法使用其物，則不得請求賠償<sup>171</sup>；其三，若使用受侵奪之物本身並無交易市場，

<sup>166</sup> BGHZ 98, 212, 219; vgl. auch Köndgen, aaO. (Fn. 96), AcP 177 (1977), 1, 25 ff.; Hagen, Entgangene Gebrauchsvorteile als Vermögensschaden? JZ 1983, 833, 838.

<sup>167</sup> MüKo BGB/Oetker, § 249 Rn. 66;此外應補充說明，Oetker 主張為營業目的的物之使用喪失並非獨立的財產損害，而是附隨於所有權受侵害的間接損害，故德國法院過去曾經承認為營業目的的物之使用喪失亦屬獨立的財產損害，此類判決應已過時，s. MüKo BGB/Oetker, ebda; 然而，德國最高聯邦法院近年的判決對此問題仍持開放的態度，s. BGH r+s 2014, 153, Rn. 4; BGH NJW 2008, .913, Rn. 9 mwN.

<sup>168</sup> MüKo BGB/Oetker, § 249 Rn. 69; 德國聯邦最高法院於 2018 年的判決中亦有此想法，s. BGH NJW 2018, 1395 Rn. 5.

<sup>169</sup> MüKo BGB/Oetker, § 249 Rn. 69.

<sup>170</sup> 此為德國法院實務長期以來的見解，s. z.B. BGHZ 196, 101 Rn. 15, 19; BGHZ 200, 203 Rn. 17.

<sup>171</sup> 例如被害人因受傷而無法使用其賽車(BGH NJW 1971, 796; OLG Hamm NJW 1998, 2292, 2293)。

則不得請求賠償<sup>172</sup>，此限制主要目的在避免損害額之計算並無客觀的市價為基準，而僅能以被害人本身的狀況估算<sup>173</sup>，例如年份極高的二手車，並無相當數量的供給與需求形成的市場，若承認其使用喪失為損害，將形成以該車對被害人個人的經濟價值估算其損害，而非以市場的交易價值計算的不當現象<sup>174</sup>。

## 二、德國民事大法庭決議後之實務發展

德國法學界雖仍對德國民事大法庭決議的法理基礎爭議不斷，惟對於德國實務界而言，物之抽象使用利益的賠償的爭議卻已塵埃落定<sup>175</sup>。自德國民事大法庭決議至今三十餘年，德國法院實務又累積數量龐大的案例，惟其皆未背離德國法院實務所發展出來的諸般要件，以下分別論述德國法院實務近年的相關爭議問題：

### (一) 以物之使用具有日常生活核心意義做為限制要件

由於物之抽象使用利益之侵害結果在被害人的總體財產並無法產生差額，為使物之使用喪失的損害不致被歸類為非財產損害而無法請求賠償，故德國民事大法庭即提出在該受損之物須為被害人於日常生活中具有核心意義者，亦即被害人須持續依賴該物以維持其私人生活所需，此時，該物之使用喪失方取得財產損害的地位，已如前述。易言之，物之使用喪失須在被害人日常生活的物質基礎上產生重大的影響(sich auf die materiale Grundlage der Lebensführung signifikant auswirkt)方有主張賠償的餘地<sup>176</sup>，對此，德國聯邦最高法院在近年的判決中更主張應使用嚴格的標準(ein strenger Maßstab anzulegen)判斷之<sup>177</sup>。

<sup>172</sup> So auch Benecke/Pils, (aaO. Fn. ), JA 2007, 241, 243 f.

<sup>173</sup> BGHZ 98, 212, 223.

<sup>174</sup> Nachweise s. MüKo BGB/Oetker, § 249 Rn. 72 Fn. 346.

<sup>175</sup> Siehe Geigel/Katzenstein, Haftpflichtprozess, 28. Aufl. 2020, Kap. 3 Rn. 198; vgl. auch Lange/Schiemann, aaO. (Fn. 62), Schadensersatz, § 6 VII 4 f) S. 288.

<sup>176</sup> BGHZ 98, 212, 223 = NJW 1987, 50; BGH NJW 2018, 1393 Rn. 5.

<sup>177</sup> BGH NJW 2018, 1393 Rn. 6.

在德國民事大法庭決議之後，德國法院實務已經依其所創設的標準產出數量龐大的判決，其中數量最多者乃交通工具的損害案件，其中供私人使用的自小客車之損害案多已被肯定可以請求賠償<sup>178</sup>，此外，例如機車亦被承認具有日常生活核心意義，惟其須為被害人主要的交通工具，且不是僅為假日休閒所需者<sup>179</sup>。但露營車（Wohnmobil）則因多屬假日休閒所用而無日常生活的重要性<sup>180</sup>，惟亦有學者認為不應一概而論，若被害人除此之外並無其他交通工具，則其日常交通仍高度依賴露營車時，即不應否定其使用利益的財產價值<sup>181</sup>，其實在古董車（oldtimer）之損害，德國法院即以此標準判斷<sup>182</sup>，以同樣的標準而肯定使用利益有財產價值的交通工具另有自行車<sup>183</sup>，甚至是行動不便者的電動輪椅<sup>184</sup>。另外，導盲犬之使用亦受肯定具有日常生活上核心意義<sup>185</sup>，至於僅供假日騎乘的馬匹則否<sup>186</sup>。

除前述幫助人類移動的工具之外，各類居家生活所需之物亦屬大宗案例，例如供自住房屋的使用有日常生活的重要性<sup>187</sup>，廚房設備<sup>188</sup>、家具<sup>189</sup>、電腦<sup>190</sup>與電視<sup>191</sup>亦同，但是地下停車場卻遭否定<sup>192</sup>，其他無法

<sup>178</sup> BGHZ 98, 212, 224 = NJW 1987, 50; BGHZ 161, 151, 154 = NJW 2005, 277; BGH NJW 2008, 915; 2013, 1149 Rn. 27; 2018, 1393 Rn. 7; a.A. AG Ratzeburg BeckRS 2013, 03311.

<sup>179</sup> BGH NJW 2018, 1393 Rn. 9.

<sup>180</sup> BGH NJW-RR 2008, 1198 Rn. 10 ff.

<sup>181</sup> Filthaut, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 23.1.2018 – VI ZR 57/17, NJW 2018, 1395.

<sup>182</sup> OLG Karlsruhe NJW-RR 2012, 548, 549; OLG Celle DAR 2016, 465.

<sup>183</sup> KG NJW-RR 1993, 1438; 惟亦有否定學生的自行車具有日常生活的核心意義的判決，s. LG Hamburg NZV 1993, 3 f.

<sup>184</sup> LG Hildesheim NJW-RR 1991, 798f.

<sup>185</sup> AG Marburg NJW-RR 1989, 931.

<sup>186</sup> OLG Stuttgart NJW-RR 2012, 472, 473; LG Karlsruhe NJW-RR 1997, 468, 469.

<sup>187</sup> BGH NJW 1992, 1500; BGH NJW-RR 2014, 979 Rn. 19 ff.; BGH NJW 2014, 1374 Rn. 10 ff.

<sup>188</sup> LG Kiel NJW-RR 1996, 559; LG Osnabrück NJW-RR 1999, 349; LG Tübingen NJW 1989, 1613.

<sup>189</sup> LG Saarbrücken WoM 1995, 173.

<sup>190</sup> OLG München VersR 2010, 1229, 1230; a.A. AG Ulm NJW-RR 1997, 556.

<sup>191</sup> OLG München NJW-RR 2010, 1112, 1113; AG Darmstadt ZfS 1989, 160; AG Frankfurt a.M. NJW 1993, 137; a.A. LG Berlin VersR 1980, 830.

請求賠償使用利益者尚有供訪客暫時過夜的房屋<sup>193</sup>、樹木<sup>194</sup>、嗜好工作室 (Hobbyraum)<sup>195</sup>、地下室空間 (Kellerräume)<sup>196</sup>、陽台<sup>197</sup>、露台 (Terrasse)<sup>198</sup>與花園<sup>199</sup>，但度假用房屋卻受肯定<sup>200</sup>。

實務上請求法院判決者還有通訊設備，例如網際網路之使用利益已受肯定有日常生活的核心意義，室內電話一般而言亦有，惟若被害人另擁有行動電話則否，而傳真機的重要性則遭否定<sup>201</sup>。至於智慧手機的日常生活重要性則不應一概而論<sup>202</sup>，德國有法院認為，若被害人無法使用之智慧手機時仍能透過行動電話維持其遠距通話的能力，並有經由固網達到上網的目的，則智慧手機即非日常生活所不可或缺，最後該法院仍是否定智慧手機之使用係現代人日常生活上的所持續依賴者，因而並無財產價值<sup>203</sup>。

## (二) 被害人須事實上放棄另外取得代用物

對於供私人目的使用之物的喪失而言，德國實務一向認為被害人須於維修期間並未另取得替代物，方得主張賠償抽象的使用利益，或於全損而無法修復的情形，被害人於另行採購的期間，亦須放棄取得替代物<sup>204</sup>。此外，若被害人自行維修毀損之物，亦有相同的限制<sup>205</sup>。然而，

---

<sup>192</sup> BGH NJW 1993, 1793, 1794.

<sup>193</sup> BGH NJW 1992, 1500.

<sup>194</sup> BGH VersR 2006, 797, 799.

<sup>195</sup> OLG Düsseldorf MDR 2000, 389, 390.

<sup>196</sup> OLG Schleswig SchlHA 2002, 45.

<sup>197</sup> OLG Saarbrücken NJW-RR 2006, 1528, 1529.

<sup>198</sup> AG Nürnberg ZMR 2007, 1002.

<sup>199</sup> OLG Schleswig SchlHA 2002, 45; AG Nürnberg ZMR 2007, 1002.

<sup>200</sup> BGHZ NJW 1988, 251; a.A. OLG Frankfurt BeckRS 2010, 3009; LG Itzehoe NJW-RR 2013, 1111.

<sup>201</sup> BGH NJW 2013, 1072 Rn. 8ff., 15.

<sup>202</sup> MüKo BGB/Oetker, § 249 Rn. 76; a.A. Palandt/Grüneberg, BGB § 249 Rn. 49.

<sup>203</sup> LG Hagen NJW-RR 2017, 798, 799f.

<sup>204</sup> BGH NJW 1976, 1396, 1398; vgl. auch LG Kaiserslautern BeckRS 2013, 12277, I 2.4; Palandt/Grüneberg BGB, § 249 Rn. 41; Geigel/Katzenstein, Haftpflichtprozess, Kap. 3 Rn. 182.

若被害人因損害極輕微而放棄維修，或於全損後立即購入新品，則不得請求賠償系爭受損之物於假設性的維修期間有無法使用之損害，此外，若被害人將未修復的車輛轉售，雖仍得請求賠償車輛的維修費用與交易價值減損，但卻不得主張物之使用利益的賠償<sup>206</sup>。

### （三）可感性的要件

物之使用喪失對被害人須達可感的程度，亦即在其無法使用受損物的期間必須有使用該物的意思與假設性的使用可能性，此為德國聯邦最高法院長期一貫的見解<sup>207</sup>，若欠缺此要件，則物之使用喪失即非財產損害<sup>208</sup>，對此，被害人應負舉證責任<sup>209</sup>。

基於可感性的要件，若受損的機車僅能在適宜的天氣騎乘，則於氣候不允許外出的期間受損，即不得主張機車之使用喪失的損害，蓋被害人於此情形將無使用意思也<sup>210</sup>。反之，就算是通常只有玩樂性質的古董車，被害人就其損害亦能主張賠償維修期間的使用喪失，只要該車受允許可以開上公路，並被當做交通工具使用即可<sup>211</sup>。

德國實務上爭議較大者，乃在於被害人於事故發生後一段時間內，既未將受損車輛送修，亦未有另購新車的打算，於此情形，法院判決頗有差異，有認為被害人的行為足以推定其並無使用該車的意思，故原則

<sup>205</sup> BGH NJW 1992, 1618, 1620.

<sup>206</sup> Vgl. Weber, Entschädigung wegen Nutzungsausfalls auch ohne Ausfall der Nutzung? Zugleich Besprechung des Urteils des AG Köln VersR 82,353, VersR 1983, 405ff.; Geigel/Katzenstein, Haftpflichtprozess, Kap. 3 Rn. 182.

<sup>207</sup> 近年的判決可見 BGH NJW 2014, 1374 Rn. 17; NJW 2018, 1393 Rn. 8; NJW 2019, 1064 Rn. 11 mwN.

<sup>208</sup> BGH NJW 1968, 1778, 1780.

<sup>209</sup> Filthaut, aaO. (Fn. 181), NJW 2018, 1395; Geigel/Katzenstein, Haftpflichtprozess, Kap. 3 Rn. 183; Balke, Anmerkung zu OLG München, Beschluss vom 10.7.2017 – 10 U 304/17, SVR 2017, 427f.

<sup>210</sup> BGH NJW 2018, 1393 Rn. 10.

<sup>211</sup> OLG Celle DAR 2016, 465; OLG Düsseldorf VersR 1998, 911 ;vgl. auch Wenker, Die Rechtsprechung zur Nutzungsausfallentschädigung - Eine aktuelle Bestandsaufnahme -, VersR 2000, 1082, 1084.

上不符可感性要件者<sup>212</sup>，惟仍有法院允許被害人於此情形請求賠償<sup>213</sup>，此外亦有法院認為物之使用喪失的賠償請求權並不以被害人確有送修或購新車的事實為要件，蓋其未為此行為的理由甚為多元，故不可因此即斷然認定被害人無使用意思或無使用之可能性<sup>214</sup>，然而，德國聯邦最高法院認為，若被害人為等待損害之確定，或是為確認排除損害所必要的措施為何，因而暫時未將車輛送修，則不應僅因此而認定其無使用意思<sup>215</sup>。

再者，若車輛係因其他法律上的因素而無法使用，例如行車執照已經失效，則無主張物之使用喪失之賠償的可能，此外，因個人因素而無法使用車輛（例如被害人受傷無法開車或是早已預定將出國旅遊）亦同，或者受損之車輛是被害人繼承而來，惟其並無駕駛執照且本來即計畫將該車出售，則亦屬類似之情況<sup>216</sup>。然而，若被害人於該期間雖因個人因素無法使用，但通常其親人亦有使用該車的需求時，仍不應否定其有使用意思與可能性<sup>217</sup>。

此外，若第三人無償或以低於是市價甚多的對價提供被害人代步車，以致於被害人因此未感到無車可用的不便時，加害人是否得因此免除賠償責任亦有疑問，對此，德國學說有援引德國民法第 843 條第 4 項而以損益相抵之法理，亦即，凡第三人對被害人之給付，其本質或其給付目的非在使加害人免責者，皆不得與被害人之損害相抵<sup>218</sup>，進而主張

<sup>212</sup> OLG München SVR 2017, 4270; OLG Saarbrücken BeckRS 2017, 135524 Rn. 31f.; OLG Frankfurt SP 2013, 254; OLG Köln VersR 2004, 1332; MüKo BGB/Oetker, § 249 Rn. 70; Geigel/Katzenstein, Haftpflichtprozess, Kap. 3 Rn. 185; Balke, aaO. (Fn. 209), SVR 2017, 427f.

<sup>213</sup> OLG Stuttgart BeckRS 2008, 19040; LG Kaiserslautern BeckRS 2013, 12277 Gründe I 2.4.

<sup>214</sup> OLG Düsseldorf NZV 2003, 379, 380; LG Braunschweig NZV 2006, 41; Gutt, Anmerkung zu AG Berlin-Mitte, Urteil vom 14.08.2014 - 10 C 3110/13, jurisPR-VerkR 8/2015 Anm. 3.

<sup>215</sup> BGH NJW 2018, 1393 Rn. 12.

<sup>216</sup> vgl. BGH NJW 1964, 542, 544; NJW 1966, 589, 590; NJW 1968, 1778, 1780; OLG München BeckRS 2008, 19187 unter 3 der Gründe.

<sup>217</sup> BGH NJW 1974, 33f.; NJW 1975, 922, 923; OLG Koblenz r+s 2014, 46f. m.w.N.

<sup>218</sup> 有關德國民法第 843 條第 4 項於損益相抵之適用，請參考葉新民（2017），〈侵害

第三人無償或低價提供被害人代步車，不應使加害人免責<sup>219</sup>。然而，若第三人並非基於其與被害人間的特殊關係而提供其代步車，例如加害人或其保險公司為節省費用而提供被害人代步車的情形，此時被害人則不得再主張物之使用喪失之賠償<sup>220</sup>，又，若原廠或維修廠為維持客戶關係而無償或以低於市價的價格提供被害人代步車時，亦同<sup>221</sup>。再者，若被害人除受損的車輛之外另擁有第二輛車，而且要求其使用第二輛車有事實上的可能性與期待可能性時，此情形即不符可感性要件<sup>222</sup>；又，若受損之物為僅為休閒使用的機車，且被害人另有自小客車可用，則更是如此<sup>223</sup>。

又若被害人於無法使用車輛期間另租代步車，並已經得到租金的賠償，即不得再請求賠償物之使用利益<sup>224</sup>，德國法院更進一步認為，縱使於被害人已另行租車的情形，被害人亦得放棄請求賠償租金，而請求賠償物之使用利益的喪失，惟二者不得併同主張，而僅能擇一請求（*Alternativverhältnis*）<sup>225</sup>，亦即，無論此二請求權在訴訟上是否屬於不同的訴訟標的，被害人得於先位聲明與備位聲明中分別主張之<sup>226</sup>。據此，

---

生命法益的民事損害賠償—以德國法為中心》，《靜宜法學》，第6期，頁188-190。

<sup>219</sup> C. Huber, Pauschalierte Nutzungsschädigung bei Überlassung eines Kfz zum Freundschaftspreis? NJW 2008, 1785, 1787; a.A. Fielenbach, Fühlbarkeit und Schadenminderungspflicht bei der Nutzungsausfallentschädigung, NZV 2015, 272, 274; OLG Jena NZV 2009, 388f.

<sup>220</sup> Geigel/Katzenstein, Haftpflichtprozess, Kap. 3 Rn. 187.

<sup>221</sup> OLG Jena NZV 2009, 388, 389; BGH NJW 2008, 913 Rn. 10.

<sup>222</sup> BGH NJW 1976, 286; OLG Brandenburg SP 1998, 167; OLG Düsseldorf NJW-RR 2011, 898, 900; NZV 2012, 376, 377 ff.; KG DAR 2008, 520 Ls.; OLG München BeckRS 2017, 125913; LG München I VersR 1992, 888; Palandt/Grüneberg, BGB § 249 Rn. 42; MüKo BGB/Oetker, § 249 Rn. 76; Geigel/Katzenstein, Haftpflichtprozess, Kap. 3 Rn. 188; a.A. OLG Düsseldorf NJW 2008, 1964, 1965.

<sup>223</sup> BGH NZV 2012, 223 Rn. 6; BGH BeckRS 2012, 23243 Rn. 1f.; Filthaut, aaO. (Fn. 181), NJW 2018, 1395 m.w.N.; a.A. OLG Düsseldorf NJW 2008, 1964, 1965.

<sup>224</sup> BGH NJW 2008, 913 Rn. 10; OLG Jena NZV 2009, 388, 389.

<sup>225</sup> Vgl. Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, 26. Aufl. 2020, BGB § 249 Rn. 208b; Geigel/Katzenstein, Haftpflichtprozess, Kap. 3 Rn. 189.

<sup>226</sup> BGH NJW 2013, 1149 Rn. 20 ff.; OLG Koblenz r+s 2014, 46, 47; OLG Hamm BeckRS 2018, 1401 Rn. 26.

若被害人所支出的租金費用超越德國民法第 249 條第 2 項所定的必要性界限而無法請求，例如被害人租用高級的代用車而支出高額租金，則仍得請求物之使用喪失的損害賠償<sup>227</sup>。反之，若被害人另租等級較低的或車身較小的代步車，則不得另主張物之使用喪失的賠償以補足代用車與原車的差額<sup>228</sup>，因房屋受損而另租較小的住屋的情形亦同<sup>229</sup>。對此德國聯邦最高法院即表示，物之使用喪失之所以取得財產價值，係因其為被害人日常生活需求所依賴者，若此日常交通或居住的需求已經透過租用其他車輛或房屋而得到填補，則超過此需求以外者，皆屬非財產損害而不得請求賠償<sup>230</sup>。

#### （四）其他需求填補方式

若被害人對物之使用的需求得以其他較為經濟的方式填補，則其亦不得主張賠償，例如在德國實務上經常討論的問題乃被害人是否應於受損車輛的維修期間購買所謂暫時性代步車（*Interimsfahrzeug*）以減少損害的發生，按根據德國民法第 254 條第 2 項有關不作為之與有過失的規定，被害人負有損害減少的對己義務（*Schadenminderungsobliegenheit*），此不真正義務<sup>231</sup>要求被害人在期待可能的範圍（*im Rahmen des Zumutbaren*）內減少損害發生<sup>232</sup>，亦即，被害人應在吾人對一位理性且謹慎的人可以期待的範圍內，避免損害無必要的擴大<sup>233</sup>。據此，若被害人在日常生活上有大量使用自用車的需求，且以租車方式填補需求將造

<sup>227</sup> BGH NJW 2013, 1149 Rn. 23 ff.; OLG Hamm BeckRS 2018, 1401 Rn. 26.

<sup>228</sup> BGH NJW 1967, 552, 553; OLG Karlsruhe NZV 1989, 231; OLG Köln NZV 1995, 401, 402; OLG Koblenz r+s 2018, 503; OLG Koblenz BeckRS 2017, 150277 m.w.N.

<sup>229</sup> OLG Koblenz NJW 1989, 1808f.; BGH NJW-RR 2014, 979 Rn. 23; BGH NJW 2014, 1374 Rn. 18.

<sup>230</sup> BGH BeckRS 2012, 23243 Rn. 2.

<sup>231</sup> 因不作為所生之與有過失涉及警告義務、損害避免義務與損害減少義務，惟此為一種不真正義務（或稱對己義務），請參考王澤鑑，同註 9，頁 349-350。

<sup>232</sup> Looschelder, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2013, Rn. 1030; Staudinger/Schiemann (2017), BGB § 254 Rn. 90.

<sup>233</sup> MüKo BGB/Oetker, § 254 Rn. 76.

成不成比例的租車費用時，即應購入暫時性代步車以節省費用<sup>234</sup>。德國實務甚至認為，有大量使用車輛需求的駕駛人，只要維修期間在十至二十天者，即應考慮購入代步車，特別是有能力立即購入二手車，並在短時間後出售者，更應如此<sup>235</sup>。然而，被害人無須為加害人節省賠償額而選擇較原車等級低許多的代步車，亦無須為此向銀行融資<sup>236</sup>。

此外，在德國民法第 254 條第 2 項規定期待可能性的要求下，若系爭標的物僅有微不足道的損害（*Bagatellbeeinträchtigung*），被害人不得請求物之使用喪失的賠償，蓋其使用標的物的需求並未受影響；又，若被害人日常僅短時間使用車輛行駛極短的里程，則吾人應可期待其於車輛維修期間搭乘大眾交通工具或計程車以填補其需求，故其亦不得請求物之使用喪失的賠償<sup>237</sup>。

#### （五）物之使用喪失賠償的計算期間

物之使用喪失的賠償計算須以一定的期間為基礎，惟此一期間並不當然即是被害人全部無法使用其物的期間，而應以德國民法第 249 條第 2 項請求回復原狀費用之必要性原則為基準<sup>238</sup>，據此，德國實務即以受損物維修期間，或於無法維修時，則以另購替代物所需的時間，加上確認損害的期間，包括損害鑑定書製作的時間，另被害人合理的猶豫期間（*angemessene Überlegungszeit*）亦應計入<sup>239</sup>。又，前述期間係以系爭受

<sup>234</sup> MüKo BGB/Oetker, § 254 Rn. 90; Geigel/Katzenstein, *Haftpflichtprozess*, Kap. 3 Rn. 191; Wittschier, *Anmerkung zu BGH, Teilurteil vom 14. 4. 2010 - VIII ZR 145/09 (KG)*, NJW 2010, 2430; BGH NJW 2010, 2426, 2429.

<sup>235</sup> Geigel/Katzenstein, *Haftpflichtprozess*, Kap. 3 Rn. 127; Berz/Burmann/K. Schneider, *Handbuch des Straßenverkehrsrechts*, Werkstand: 40. EL Oktober 2019, BGB § 249 Rn. 56, 惟 K. Schneider 亦認為，此要求對車輛的外行人而言，似無期待可能性也。

<sup>236</sup> Geigel/Katzenstein, *Haftpflichtprozess*, Kap. 3 Rn. 126, 191.

<sup>237</sup> BGH NJW 1966, 1260, 1262; AG Oldenburg BeckRS 2009, 14376.

<sup>238</sup> BGH NJW 2008, 915; BGH NJW 2009, 1663; LG Saarbrücken NJW 2014, 2292, 2293; MüKo BGB/Oetker, § 249 Rn. 81; Berz/Burmann/K. Schneider, BGB § 249 Rn. 195.

<sup>239</sup> BGH NJW 2013, 1151 Rn. 22; BGH NJW 2017, 1310 Rn. 23; BGH NJW 2018, 1393 Rn. 12; OLG Saarbrücken NJW-RR 2017, 1374 Rn. 27 m.w.N.; MüKo BGB/Oetker, § 249 Rn. 81; Geigel/Katzenstein, *Haftpflichtprozess*, Kap. 3 Rn. 193; Berz/Burmann/K. Schneider, BGB § 249 Rn. 195.

損物事實上的維修期間，或另購替代物之期間為準，又損害發生日亦應計入<sup>240</sup>，惟若被害人主張以損害鑑定人所估計的虛擬損害計算為準，則不得再主張以事實上的維修或購車期間為準<sup>241</sup>。惟亦有論者主張維修期間應以客觀上必要的期間為準，事實上的維修期間並非決定性的因素，蓋由德國民法第 249 條第 2 項之必要性原則應導出此結論才是<sup>242</sup>。

#### (六) 物之使用喪失之賠償額的計算<sup>243</sup>

##### 1. 以供營業目的之物之使用喪失的賠償方法做為比較基礎

如前所述，單純的物之使用機會本身並無交易市場，故無法透過市價估算其客觀價值，因此，德國實務即參考營業用物之使用喪失的損害賠償方式，並發展出物之抽象使用利益的計算方法。例如營業用車之使用喪失，德國法院實務依不同的情形給予被害人不同的賠償請求方式，亦即，租金費用（Mietwagenkosten）、營業損失（所失利益）、所謂的事前準備費用（Vorhaltekosten）以及物之使用喪失的賠償，惟原告無法自行選擇主張，亦僅能視情況請求<sup>244</sup>。

對前述見解，吾人得想像以下情形：其一，若被害人於受損車輛送修期間既另租代用車而繼續營業，則其一方面既得使用代用車，自無物之使用喪失的損害，另一方面其亦能如常繼續營業而獲得利益，自亦無所失利益之損害，故其僅能請求賠償租金費用而已<sup>245</sup>。惟若其無法租得

<sup>240</sup> MüKo BGB/Oetker, § 249 Rn. 81; Geigel/Katzenstein, Haftpflichtprozess, Kap. 3 Rn. 193.

<sup>241</sup> LG Saarbrücken NJW 2015, 1437, 1438; Geigel/Katzenstein, Haftpflichtprozess, Kap. 3 Rn. 193.

<sup>242</sup> Berz/Burmann/K. Schneider, BGB § 249 Rn. 195.

<sup>243</sup> 有關物之使用喪失之賠償額的計算，本文作者已將以下部份內容先行發表，惟為維持本文結構的完整性，故仍於此再次論述，合先述明。請參考葉新民（2021），〈因物之使用可能性喪失而生賠償責任的法律效果—評最高法院 108 年度台上字第 2338 號民事判決〉，《月旦裁判時報》，第 105 期，頁 18-27。

<sup>244</sup> BGH NJW 1978, 812; BGH VersR2008, 369.

<sup>245</sup> BGH VersR 2008, 369.

種類相同的代用車，或許無法獲得與過去相同的營業利益，故有另請求所失利益之賠償的可能<sup>246</sup>。其二，若被害人平日已經另準備備用車而支出費用，則於受損車送修期間即得使用該備用車，自無物之使用喪失以及營業利益的損害，故僅能請求備用車的事前準備費用<sup>247</sup>。其三，若被害人既未另租代用車，亦未曾有備用車，則在其能舉證受有營業損害的情形下，仍得主張所失利益之賠償<sup>248</sup>。其四，在前述第三種情形，若被害人無法舉證其因無法使用受損物而受有營業損失時，此在受損物並非直接用於獲利者較有可能，則或許仍有請求物之抽象使用利益的賠償之可能<sup>249</sup>。以下僅就租金費用與事前準備費用之賠償簡要論述之，蓋此二者涉及物之使用喪失之賠償額的計算方式。

#### (1) 以租車費用為基礎的計算方式

被害人得請求租車費用之賠償的依據為德國民法第 249 條第 2 項第 1 句，亦即，基於人身或物之侵害所生的損害賠償，債權人得請求回復原狀的必要費用以代回復原狀<sup>250</sup>。至於租金費用額度的決定，德國法院實務並不以被害人實際支出的租金數額為賠償額，蓋德國民法第 249 條第 2 項所規定的回復原狀費用係以費用支出的必要性（Erforderlichkeit）為要件，亦即，應以一位在經濟上理性思考的人若處於被害人的地位所可能支出的租金為衡量標準，否則國產車遭毀損者得請求高級進口跑車的租金，實非合理。對此，德國司法實務係以德國租車業出租與該受損車同種類車輛的「普通費率」（Normaltarif）為準<sup>251</sup>，至於普通費率的計

<sup>246</sup> Jaeger, aaO. (Fn. 140), VersR 2020, 257, 259.

<sup>247</sup> BGH NJW 1978, 812, 813; BGH NJW 2019, 1064 Rn. 13 ff.; Geigel/Katzenstein, Haftpflichtprozess, Kap. 3 Rn. 179; Jaeger, aaO. (Fn. 140), VersR 2020, 257, 262.

<sup>248</sup> Jaeger, aaO. (Fn. 140), VersR 2020, 257, 261f.

<sup>249</sup> 此在德國法院實務尚有爭議（vgl. Jaeger, aaO. (Fn. 140), VersR 2020, 257, 262ff.），惟迄今仍懸而未決（s. BeckOK BGB/J. W. Flume BGB § 249 Rn. 163）。

<sup>250</sup> BGH VersR 1970, 832; BGH NJW 2005, 51; Greger, Rechtliche Grundlagen des Mietwagenkostensatzes, NZV 1994, 337ff.

<sup>251</sup> 對於意外事故發生後租用代用車的情形，德國租車業一向有所謂「意外事件代用車費率」（Unfallersatztariff），其租金額度通常為普通費率表的租金數倍之多，惟

算標準，德國法院亦採信德國具公信力的民間機構針對二手車殘值或租賃價格所製作價格表，其中最通行者為 Schwacke-Liste 或是 Fraunhofer-Mietpreisspiegel，德國法院多直接選擇援引二者之一所定的價額，甚或亦有取二者的算術中間值（das arithmetische Mittel）者，或以之為基礎增加或減少數額。德國聯邦最高法院以德國民事訴訟法第 287 條第 1 項（相當於我國民事訴訟法第 222 條第 2 項）之規定為依據，而認為前述計算方式皆屬事實審法官的裁量權範圍內<sup>252</sup>。

另外，於審酌租車費用做為物之使用喪失賠償額時，德國民法有關損害賠償的其他規定亦應一併考量，分述如下：

首先是基於與有過失而生的減少損害義務：德國實務上於發生車損事件且被害人欲租用代步車時，保險公司經常對其發出指示較低費率可能性的通知（Verweis auf günstigere Tarife），亦即，保險公司發現市場上有費率較佳的租車機會時，將對被害人發出此指示通知，若被害人置之不理而另租他車，則將可能違反前述德國民法第 254 條第 2 項第 1 句所規定的損害減少義務，亦即民法上有關與有過失規定中的對己義務，其結果，被害人可能須自己承擔超過保險公司所指示費率的租金費用<sup>253</sup>。

其次是金錢賠償的比例原則：若受損的車輛屬於特殊種類，例如附舉重機的車輛或是拖車頭等，又或是裝設特殊設施的車輛，例如救護車或消防車，此類車輛因其特殊性而僅有特別的交易市場，因此其租金將特別高昂，其結果，被害人承租代用車之租金費用將大幅超過使用該車通常所能獲得的營業利益，於此，德國法院實務認為，被害人所能請求的租金費用之界限，並不在於所失利益，亦即可能的營業利益，而是德

---

自 2004 年開始德國實務已改變立場，除有特殊情形外，皆改採「普通費率表」計算租金費用之損害額，dazu s. BGH NJW 2005, 51.

<sup>252</sup> BGH NJW-RR 2010, 1251 Rn. 4; BGH NJW-RR 2011, 823 Rn. 7f.; BGH NJW 2013, 1539 Rn. 10.

<sup>253</sup> BGH NJW 2012, 3421 Rn. 20f.

國民法第 251 條第 2 項所規定的金錢賠償比例原則<sup>254</sup>。德國聯邦最高法院認為，依比例原則並無法劃定特定的界限，例如超過營業利益之百分之一百或二百即無法請求等，而須依個案判斷<sup>255</sup>，事實審法官應以一位理性且符合經濟原則思考的人的觀點，斟酌被害人繼續經營其營業的經濟利益為判斷<sup>256</sup>，只要符合比例原則，縱然結果超過營業利益數倍亦無不可<sup>257</sup>。惟若租車費用不成比例地過高，則被害人則僅能請求以所失利益計算的賠償額<sup>258</sup>。

最後則有損益相抵規定的適用：由於營業用車通常較一般私人用車有更多耗損，例如機油、輪胎或機械零件等，故於被害人另租代用車時，將可節省原來其應自己支出的費用，此所謂自己費用節省（*ersparte Eigenkosten*）乃肇因於被害人租車而節省自己費用的事實，與其支出租車費用的損害有同一原因，故基於損益相抵之法理應由其損害額中扣除<sup>259</sup>，而德國法院通常由租金費用中扣除 20% 至 25% 的自己費用節省額<sup>260</sup>。惟若被害人租用等級較低的代用車，則其既已依國民法第 254 條第 2 項為損害減少的對己義務，自不宜再扣除自己費用節省使其遭受雙重損失，因此不需再扣除之<sup>261</sup>。

## (2) 備用車的事前準備費用

在擁有眾多車輛的大型公司，為防止其營業車隊中車輛因發生事故，或因檢視、保養或維修等原因一時無法使用，故可能於事前購置備用車輛以備不時之需，公司為此支出的費用即稱為事前準備費用

<sup>254</sup> BGH r+s 1985, 62; BGH NZV 1994, 21.

<sup>255</sup> BGH NZV 1994, 21.

<sup>256</sup> BGH r+s 1985, 62, 63f.; BGH NZV 1994, 21ff.

<sup>257</sup> 租金費用為營業利益的 300% 亦受允許，s. LG Saarbrücken NJW 2012, 2978.

<sup>258</sup> BGH NZV 1994, 21.

<sup>259</sup> BGH NJW 2013, 1870 Rn. 26; LG Nürnberg-Fürth NJW-RR 2015, 1373ff.; AG Hamburg-St.Georg NJW-RR 2018, 607 Rn. 18f.

<sup>260</sup> 扣除 20%: OLG Hamm, NZV 2001, 218; 扣除 25%: OLG Koblenz, NZV 1988, 224; LG Saarbrücken NJW 2012, 2978; AG Hamburg-St. Georg NJW-RR 2018, 607.

<sup>261</sup> Jaeger, aaO. (Fn. 140), VersR 2020, 257, 261f.

(Vorhaltekosten)，而此費用（包括備用車購置費用、融資之利息費用、維修費用與折舊費用等）<sup>262</sup>在會計上亦應予提列<sup>263</sup>。德國法院實務長期以來一向認為物之使用喪失的被害人得請求以事前準備費用—依無法使用的期間與全部預期能使用的期間的比例—計算其賠償額<sup>264</sup>。此涉及損害的抽象計算方式，惟其法理基礎頗有爭議，在損害賠償法上最困難的問題在於，被害人是在具體損害發生前即支出準備費用，故其與造成損害的侵害行為間並無因果關係，自難認定為損害<sup>265</sup>。對此，德國聯邦最高法院曾以德國民法第 254 條第 2 項第 1 句做為其法理基礎，按此規定係由與有過失規定所衍生出的被害人減少損害義務，已如前述，據此，德國聯邦最高法院認為，被害人雖係於損害發生前即已支出費用，惟其支出備用車準備費用的目的本就是在預防或減少其車輛發生無法使用的損害，故吾人即不應否定被害人請求賠償該項費用之請求權，只因為備用車的準備費用係在損害發生前所支出<sup>266</sup>。至於備用車準備費用之計算，亦非當然以被害人現實所支出的額度為準，法院依據德國民事訴訟法第 287 條規定可自為裁量並確定，惟德國實務亦通常會參酌由民間機構所製作的費率表，詳如下文。

然而，此損害計算的方式卻另有一實際問題，亦即，由於購置與維護備用車所費不貲，故在德國擁有營業車隊的企業為節省營運成本，除了公共交通事業或法律有明文規定必需事先準備的情形之外，事實上鮮少有購入備用車輛者<sup>267</sup>，因此，若吾人要求被害人須有事實上支出此費

<sup>262</sup> Vgl. OLG Bremen VersR 1981, 860, 861; Klimke, Grundzüge für die Berechnung von Vorhaltekosten – Zugleich Anmerkungen zu Danner/Echtler VersR 84, 820, VersR 1985, 720ff.; Danner/Echtler, Grundzüge für die Berechnung von Vorhaltekosten –Zugleich Erwiderung auf den Aufsatz von Klimke VersR 85,720, VersR 1986, 717ff.

<sup>263</sup> Geigel/Katzenstein, Haftpflichtprozess, Kap. 3 Rn. 176.

<sup>264</sup> BGH NJW 1960, 1339f; BGH NJW 1978, 812ff.; BGH NJW 1985, 2471f.

<sup>265</sup> Geigel/Katzenstein, Haftpflichtprozess, Kap. 3 Rn. 176.

<sup>266</sup> BGH NJW 1960, 1339f. ; vgl. auch MüKoBGB/Oetker, § 249 Rn. 201; Geigel/Katzenstein, Haftpflichtprozess, Kap. 3 Rn. 178.

<sup>267</sup> Jaeger, aaO. (Fn. 140), VersR 2020, 257, 262.

用方得以之計算物之使用喪失的賠償額<sup>268</sup>，將使此計算方法無用武之地，因此，有德國學說即主張，若運輸事業未事前支出備用車準備費用，則於事故發生而無法使用車輛時，若非加重車隊中其他車輛的負擔，即需承受減少營業收入的結果，此二者對企業而言皆屬經濟上的損失，本得藉由另租代用車而補償，若其未支出租車費用，其結果毋寧為加害人省下賠償費用，故應以虛擬的備用車準備費用的額度當做最低限度的損害賠償額，方能平衡當事人間之利益<sup>269</sup>。

## 2. 物之抽象使用利益的賠償額之計算方式

由於私人使用之物並無營業利益的問題，故其賠償的客體自然僅有物之使用本身的抽象利益，又物之使用本身亦無市場可言，已如前述，故縱吾人願承認其有獨立加以賠償的可能，其賠償額之計算亦非易事。首先，德國實務與學說多認為，以租金費用做為計算標準在法理論上並不正確，蓋物之使用本身並無回復原狀的可能，故其賠償的對象並非德國民法第 249 條第 2 項的完整利益，於此亦可稱為修復利益（Reparationsinteresse），而另租代用物在概念上即是以之取代原受損物之使用而回復原來可以使用的原狀，此賠償方式的價值即是租金的額度。因此，物之使用喪失之損害既然無法回復原狀，其賠償方式自應屬德國民法第 251 條所定的價值利益<sup>270</sup>。雖然租金費用本身並不能當做賠償的對象，但仍不失為一種計算上的出發點<sup>271</sup>，惟此所涉及者為私人使用之物，故德國法院實務即認為，在計算上應將租金費用中所包含的營業上使用之價值要素清除（bereinigen）<sup>272</sup>。至於如何清除前述價值因素，

<sup>268</sup> 此乃德國法院過去的見解，BGH NJW 1966, 589, 590f.

<sup>269</sup> Jaeger, aaO. (Fn. 140), VersR 2020, 257, 262.

<sup>270</sup> BGH NJW 2013, 1072 Rn. 22; MüKoBGB/Oetker, § 249 Rn. 78; Jaeger, aaO. (Fn. 140), VersR 2020, 257, 266.

<sup>271</sup> So auch Flessner, aaO. (Fn. 147), JZ 1987, 271, 279; Palandt/Grüneberg. BGB § 249 Rn. 52; MüKoBGB/Oetker, § 249 Rn. 79.

<sup>272</sup> BGH NJW 1987, 50, 53; BGH NJW 2005, 277f; BGH NJW 2013, 1072 Rn. 22.

德國實務與學說有主張直接將租金費用扣除百分之四十者<sup>273</sup>，亦有主張扣除百分之六十者<sup>274</sup>。再者，一如前述營業用物之喪失的賠償方法，亦有法院於此採用替代品的準備與維持費用（Vorhaltekosten）做為計算基礎者，惟與租金費用相反，此處應有適度的加價（massvoller Aufschlag）<sup>275</sup>，又德國學界有主張替代品之準備與維持費用至少應做為最低限度的賠償額者<sup>276</sup>。

另特別就車損的部份，德國實務多直接參考民間機構提供的費率表，其中最重要者為 Goerg Sanden 與 Max Danner 所製作的費率表（俗稱 Sanden/Danner-Tabelle）<sup>277</sup>，德國法院很早即承認此費率表為適當損害估算方法<sup>278</sup>，德國民事大法庭亦持相同見解<sup>279</sup>，甚至有學者稱此費率表為「平行有效的小法典」（kleines Para-Gesetzbuch）<sup>280</sup>。又，Sanden/Danner 費率表過去係以車輛的平均租金為計算基礎，惟因車輛租金一再下跌，以致於車輛使用喪失的賠償額亦顯著減少，因此，自 2009 年起 Sanden/Danner 費率表即改採備用品的購置與維持費用為計算標準，此後賠償額即大幅提升<sup>281</sup>。

<sup>273</sup> OLG München VersR 2010, 1229, 1230; Palandt/Grüneberg, BGB § 249 Rn. 52; MüKoBGB/Oetker, § 249 Rn. 79; BeckOK BGB/J. W. Flume, § 249 Rn. 168.

<sup>274</sup> LG Dessau-Roßlau NJW 2012, 1011, 1012.

<sup>275</sup> BGH NJW 1987, 50; OLG Karlsruhe VersR 1999, 1036; OLG Saarbrücken NJW-RR 2017, 1374, 1376f.; a.A. BGH NJW 1986, 2037, 2043.

<sup>276</sup> MüKoBGB/Oetker, § 249 Rn. 79.

<sup>277</sup> Sanden/Danner 費率表過去一直刊登於德國保險法專業期刊 Versicherungsrecht (VersR)，最初刊登於 VersR 1966, 297，其後不斷更新，可見於 VersR 1973, 97; 1975, 972; 1976, 513; 1978, 1092; 1980, 14; 1980, 1007; 1982, 527; 1982, 837; 1983, 806; 1985, 417; 自 1991 年起由 Gerhard Küppersbusch 接續，s. Sanden/Danner/Küppersbusch, VersR 1991, 19; 此費率表目前由(Eurotax) Schwacke GmbH 出版，並可以付費在網路上查詢（www.schwacke.de，最後瀏覽日：2021 年/12 月/5 日）。

<sup>278</sup> BGH VersR 1971, 720.

<sup>279</sup> BGHZ 98, 212, 226.

<sup>280</sup> So Flessner, aaO. (Fn. 147), JZ 1987, 271, 273.

<sup>281</sup> Vgl. Jaeger, aaO. (Fn. 140), VersR 2020, 257, 266.

## 肆、物之使用喪失的損害賠償在我國法之適用可能性

### 一、法律政策上的觀點

物之使用喪失在損害賠償法上是否可以脫離差額說限制而取得獨立的地位，吾人或可先由法律政策上的角度討論，若法律政策上並無承認其存在的必要，再多的法理論亦將失其意義。

由前文的論述中可見，在德國學說與實務肯定物之使用喪失之賠償請求權的法律政策理由中，有所謂費用節省獎勵的說法，亦即被害人放棄另租代替物而忍受無物可用的不便，法律應准其得請求賠償做為獎勵<sup>282</sup>。此觀點近期更有論者以更宏觀的角度主張，被害人放棄使用車輛實際上亦避免了環境與交通的問題，此亦不失為具有經濟意義的損害，故給予合理之補償實也符合現代社會的環保理念<sup>283</sup>。另一方面，被害人的自我犧牲亦不應令加害人免責而獲利，故基於衡平的理由，應給予被害人請求賠償的機會，此亦為學說與實務所主張<sup>284</sup>。

此外，德國學界亦有以法律經濟分析的觀點肯定物之使用喪失的賠償者，根據德國學者 Claus Ott 與 Hans-Bernd Schäfer 二人經常被援引的研究<sup>285</sup>，在福利經濟學（Wohlfahrtstheorie）的理論中，損害賠償的功能應由整體社會來觀察，亦即，損害賠償的目的應在於將潛在加害人為避免損害發生所付出的花費控制在對整體社會最佳的水準，據此損害賠償法的損害控制功能，吾人應透過適當的責任規範將特定的損害風險交由能付出最少花費控制損害者承擔，職是之故，只有當法律制度提供適當的誘因促使潛在加害人自己避免損害發生，而使避免損害的成本低於可能發生的損害賠償額時，損害賠償法才是在經濟分配上有效率的<sup>286</sup>。有

---

<sup>282</sup> 請參考前文註 53-56 處之論述。

<sup>283</sup> Jaeger, aaO. (Fn. 1406), VersR 2020, 257, 266.

<sup>284</sup> Vgl. BGH NJW 1986, 2037, 2040 m.w.N.

<sup>285</sup> Ott/Schäfer, Begründung und Bemessung des Schadensersatzes wegen entgangener Sachnutzung, ZIP 1986, 613ff.

<sup>286</sup> Ott/Schäfer, aaO. (Fn. 285), ZIP 1986, 613, 618.

鑑於此，原則上所有因損害所造成的費用支出皆應當做損害，並且可以請求賠償，前述的費用正包括物之損害所發生的物之使用喪失，蓋吾人花錢買來的不是貨物，而是物的使用<sup>287</sup>。於此最後的問題只在於物之使用如何評價的問題，而此必須客觀化才行，以免資源錯置並使損害的控制產生過高的花費，因此，最佳的評價方式應以受毀損或侵奪物的市場價值為準<sup>288</sup>。

前述的觀點皆在法律政策上肯定物之使用喪失的賠償，本文皆無異議，惟除此之外，依本文所信，被害人利益保護的價值衡量，方是法律政策上的重點，質言之，法律對營業用車的所有人於車輛維修期間使用喪失無論其是否租代步車皆給予賠償請求權，若對私人用車的所有人卻基於差額說而拒絕給予相同的權利，一如德國民事大法庭所言，對後者而言，此不啻一種損害法上不當的歧視(*unangemessene schadensrechtliche Benachteiligung*)<sup>289</sup>。再者，同屬私人用車的情形，法律承認另租代步車的被害人受有損害且得請求賠償，對未另租車的被害人卻否定其受有財產損害，此對因經濟因素無法租車者，或是基於環保理由而搭乘大眾交通工具者，亦難謂公平。綜上所述，就價值衡量而言，若被害人利益保護有其必要時，前述情形實應同等對待也。

最後，縱採傳統差額說的立場而將財產差額定義為損害，表面看似一種「價值中立」的概念，然而其本質上卻仍脫離不了規範性的評價<sup>290</sup>，亦即，被害人哪些財產應計入損害中，即需依賴對法規範目的的評價<sup>291</sup>。職是之故，由達成規範目的的需求而承認物之使用喪失的賠償責任，並未偏離法的正當性。

---

<sup>287</sup> Ott/Schäfer, aaO. (Fn. 285), ZIP 1986, 613, 621.

<sup>288</sup> Ott/Schäfer, aaO. (Fn. 285), ZIP 1986, 613, 619ff.

<sup>289</sup> BGHZ 98, 212, 221 = NJW 1987, 50, 52.

<sup>290</sup> Vgl. Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, 6. Aufl. 2014 Rn. 625; 我國學者王澤鑑教授雖贊成差額說，但也不否認損害的概念亦有規範性的元素，請參看王澤鑑，同註9，頁73-76。

<sup>291</sup> Rau, die dreifache Schadensberechnung, 2017, S. 235.

## 二、法理論的解決之道

### （一）以法官法突破傳統損害觀念

若吾人願意肯定物之使用喪失基於法律政策的考量應加以賠償，首先將面對者即是傳統損害概念之差額說的挑戰，基於無損害則無賠償的法理，縱侵害行為確已發生，惟若被害人未另租代替物而致其總財產並無差額，即無法請求賠償。在傳統理論仍不願放棄差額說的前提下，此困境僅能透過法之續造而突破，正如德國法的現況，已如前述。於本文初始所提及最高法院 107 年度台上字第 402 號的判決，其中法院所言：「如被毀損之房屋，原係被害人為滿足其本人及共同生活之人基本住房權之需求，且確為其生活上所依賴者，應認被害人就該房屋遭受毀損所受之使用利益損害，於合理且必要之範圍內，...得請求加害人賠償損害，以回復損害發生前之應有狀態。」此見解其實已經有法官造法的雛形，蓋法院實已突破原來以損害概念之差額說為基礎所建構的法規範之限制，並創造出新的法規範，只是法院或許並未意識到這點<sup>292</sup>。與之相較，前文所引臺灣高等法院 104 年上易字第 605 號民事判決，則已明確意識到其判決可能涉及創造法律的事實，按法院認為，若受損物「屬債權人一般生活中慣常性使用或吾人在一般生活中普遍經常使用之物」，則可「以超越可能文義之目的性擴張法律適用方式，認該等損害亦包括於民法第 213 條第 3 項『回復原狀所必要之費用』中」。當然，此見解究竟僅是損害概念的目的性擴張，或已經邁入法官造法的境地，容有爭議，然而，本文深信我國法院實務確有能力突破差額說的桎梏，而德國法迄今的豐富經驗，或可做為我國法院參考的素材。

然而，法之續造的形成需賴法院實務見解長期的累積，並非一蹴可及，此觀察德國法上物之使用喪失賠償問題的發展歷程即可得證，若無

<sup>292</sup> 請參考葉新民（2020），〈物之使用可能性喪失得定性為財產損害的要件—論最高法院 107 年度台上字第 402 號民事判決中所隱含的法之續造〉，《月旦裁判時報》，第 98 期，頁 29-39。

法期待法院短時間內自行創設新規則，則僅能從現行法中尋求解決的可能性，其中可能的方式即是修正損害的概念。

## (二) 損害概念的改弦易轍

### 1. 差額說所定義的損害

如前所述，Mommsen 的差額說所定義的損害，係指假設損害事故未發生被害人應有的財產狀態（應然狀態）與現實狀態（實然狀態）相減後的差額，此一差額 Mommsen 自己以「利益」（Interesse）<sup>293</sup>稱之，故學說亦有以「利益說」稱之者<sup>294</sup>。又差額的發生可能基於被害人原來財產的減損（所受損害），亦可能源自其本可獲得的利益，但因侵害行為而無法獲得（所失利益），而 Mommsen 的損害公式將此二者統合在一個損害的概念下，此為其最大的學術貢獻<sup>295</sup>。

惟於此應特別注意，「利益」此一中文用語在法律概念上有其多義性，首先為差額說用以定義損害的利益，此與不當得利法上用以指稱利益受領人的所獲得的利益（Bereicherung），亦即其取得的個別具體財產利益並不相同，前者為抽象的計算上之數額（abstrakte Rechengröße）<sup>296</sup>，後者則是利益受領人具體增加的財產利益<sup>297</sup>。再者，民法第 216 條所規定的所失利益（Entgangener Gewinn）之意義亦與前二者不同，該利益為被害人本應獲得，但肇因於損害事故而沒有獲得者，此乃被害人財產差額的一部份，亦即，此為定義差額的利益（即損害）的一部份。事實上，前述三種利益的概念在德國法係以不同的用語表達（Interesse, Bereicherung, Gewinn），在中文卻一概以利益稱之，故極易混淆。

其次，前述差額說用以定義損害之利益，並非在侵害行為發生後立

---

<sup>293</sup> Mommsen, aaO. (Fn. 5), S. 3.

<sup>294</sup> 曾世雄、詹森林，同註 12，頁 139-141。

<sup>295</sup> S. Keuk, aaO. (Fn. 5), S. 17.

<sup>296</sup> Keuk, aaO. (Fn. 5), S. 20.

<sup>297</sup> 請參考王澤鑑，同註 2，頁 61, 275。

即可以確定，亦即，前述被害人財產上的應然狀態，仍可能因時間的推演而發生變化，亦即，此抽象的虛擬數額將基於因果鍊的進行而持續變動。再者，就損害賠償制度設計而言，我國民法與德國民法相同，係以回復原狀為優先，金錢賠償為例外，惟金錢賠償仍有不同的意義，按損害賠償方式又可區分為「完整利益」(Integritätsinteresse)與「價值利益」(Wertinteresse)的賠償，例如甲因過失毀損乙之汽車，修理費用為五萬元，但乙之汽車在車禍前僅值三萬元。若乙主張回復原狀，則法律欲保護乙之權利的完整性，故乙可以主張回復原狀所必要之費用五萬元(民法第213條第3項)，反之，若不能回復原狀或回復原狀有重大困難時，乙僅能要求價值利益，則甲只須賠償三萬元也(民法第215條)<sup>298</sup>。前述完整利益與價值利益皆屬計算差額的利益，其差異係來自損害賠償法上所要求應回復之應然狀態不同。

綜上所述，差額說所謂的損害，並無其具體的意義，而僅是損害賠償的數額，甚至在同一侵害案件中竟可能有不同額度的損害。對此，我國學者曾世雄教授曾言：基於利益說(即差額說)，「損害之觀念與外在具體的破壞無關」，「具體之桌子被毀之觀念乃被吸收於二財產狀況的差額中而無其獨立的重要性」<sup>299</sup>。

## 2. 損害與損害賠償的區辨

由於差額說所定義之損害即是損害賠償法上應賠償的損害，因此我國實務與學說將損害的概念與損害賠償的賠償額混為一談，亦不令人意外。若吾人對物之使用喪失的案例事實適用差額說，則將有以下之推論：假設損害事故未發生，被害人不會支出租用代用車的租金，現在損害事故確實發生，而被害人事實上亦未支出租金費用，其差額為零，故無須回復原狀，自亦無損害也，既無損害，賠償責任亦無由發生。

對此，德國學者 Flessner 與 Kadner 即曾為文批評，由於德國過去多

<sup>298</sup> 王澤鑑，同註 6，頁 197。

<sup>299</sup> 曾世雄、詹森林，同註 12，頁 141。

數說一直將德國民法第 249 條以下有關之回復原狀的概念不當地混入侵權行為責任成立要件的損害要件中，方才會在特定案件中導出無損害則無賠償的結論<sup>300</sup>。質言之，若吾人將民法第 213 條的規定當做損害的定義，亦即，為回復原狀所需填補的財產差額即認定為損害，並以之為損害賠償的責任成立要件，此即是 Flessner 與 Kadner 所欲批評的觀念。

其實，損害與損害賠償在民法上應屬不同的概念，我國民法第 213 條第 1 項亦有為此區分，惟我國學界似不重視，按該條項規定：「負損害賠償責任者...，應回復他方損害發生前之原狀」，若吾人認為本條項的功能在於定義損害，亦即以被害人在「損害發生」前與「損害發生」後的總財產差額為損害，則將發生問題，蓋此損害定義的前提須先有損害發生，如此將產生以結論做為要件的循環定義的問題。最高法院過去即曾於其判決中表示：「損害賠償之目的在於填補所生之損害。其應回復者，並非原來狀態，而係應有狀態，即應將損害事故發生後之變動狀況考慮在內」<sup>301</sup>，或許最高法院亦已意識到此問題，故將其回復原狀的方法改為「損害事故」發生後的應然狀態，而非「損害」發生後，蓋損害為損害事故的結果，二者並不相同。

### 3. 與差額分離的獨立損害概念

我國民法一向深受 Mommsen 差額理論的制約，此事實在物之使用喪失賠償問題上即可顯見，雖然差額說的缺點早已不是民法學上新發現，惟學說上仍不願全然放棄<sup>302</sup>，對此本文本無異見，蓋差額說仍是損害計算上最為便利的公式。然而，差額說既係以對兩種財產狀態的估算結果為前提，若侵害行為的對象係無法估算價值者，則差額說將發生問題，例如對人格權之侵害即是如此，蓋生命、身體、健康或名譽等並無

<sup>300</sup> Flessner/Kadner, Neue Widersprüche zum Gebrauchsentgang - BGHZ 99, 182 und 101, 325, JZ 1989, 879, 881f.

<sup>301</sup> 最高法院 72 年第 3823 號判決，而此段文字已廣被學說與判決所引用，例如王澤鑑，同註 9，頁 130；陳聰富，同註 12（侵權行為法），頁 425，註 16。

<sup>302</sup> 請參考王澤鑑，同註 9，頁 71-74。

法估算其價值也<sup>303</sup>，由於差額說係建立在對特定財貨的擁有（*das Haben von Gütern*）的事實之上，惟若被侵害客體的財產價值是在侵害事實發生後才顯現出來，此時差額說即無能為力<sup>304</sup>，例如人格權侵害即有此性質，又，專利權亦是如此<sup>305</sup>。尤其，本文所探討的物之抽象使用利益的侵害亦同屬此類型，亦即，物之使用利益的財產價值，就差額說的觀點，在侵害發生前並未顯示在被害人的財產總額中，待侵害發生後，被害人方才因無法使用其物而依其實際需要支出費用以填補此需求，若其未支出此費用，則無法使用的損害即不見蹤跡，此與人身受侵害時，需當事人支出醫藥費用方才顯出財產差額相同。

有鑑於此，德國學界遂提出各類學說以解決之，前文已概略論述其中幾類學說，然專就智慧財產侵權案件，德國近年司法實務與學說逐漸傾向於將權益侵害本身即認定為損害<sup>306</sup>，而去除損害的方式則屬於損害賠償的範疇，亦即，德國民法第 249 條以下回復原狀規定乃損害賠償的規定，並非損害本身<sup>307</sup>。此所謂的「具體損害理論」（*Lehre vom konkreten Schaden*）係源自德國學者 Oertmann，並由 Neuner 發揚光大，已如前文所述<sup>308</sup>，易言之，被害人之物遭侵奪、毀損，或其身體受傷害，即為損害所在，對此 Oertmann 稱為「真實損害」（*realer Schaden*），Neuner 則以「直接損害」（*unmittelbarer Schaden*）名之，惟其本質並無重大差異。雖

<sup>303</sup> Gregor, *Das Bereicherungsverbot*, 2012, S. 106ff.

<sup>304</sup> Jansen, *Die Struktur des Haftungsrechts*, 2003, S. 510.

<sup>305</sup> 有關專利侵害的損害概念，請參考葉新民（2019），〈由專利侵害案件重新省思損害的概念—以智慧財產法院 106 年度民專訴字第 44 號民事判決為例〉，《月旦裁判時報》，第 87 期，頁 18-28；李素華（2021），〈再論智慧財產權侵害之「損害」概念—評最高法院 107 年度台上字第 2359 號民事判決〉，《月旦法學雜誌》，第 317 期，頁 169-180。

<sup>306</sup> Vgl. Raue, aaO. (Fn. 291), S. 271f.; Melullis, *Zur Ermittlung und zum Ausgleich des Schadens bei Patentverletzungen*, GRUR Int 2008, 679, 681ff.; BGH GRUR 2006, 421, 424 Rn. 45; BGH GRUR 2007, 877, 878 Rn. 22; BGH GRUR 2008, 93, 96 Rn. 16; a.A. Maute, *Dreifache Schadens(ersatz)berechnung*, 2016, S. 148ff.

<sup>307</sup> Gregor, aaO. (Fn. 303), S. 122 m.w.N.; Melullis, aaO. (Fn. 306), GRUR Int 2008, 679, 681.

<sup>308</sup> 請參考前文註 77-84 處之論述；具體損害說亦有學者以「組織說」稱之，請參見曾世雄、詹森林，同註 12，頁 145-150。

然學界對此理論亦有批評<sup>309</sup>，蓋具體損害說無法適當解釋消極損害（即所失利益），又，對於因債務不履行所生損害之解釋亦有相同問題<sup>310</sup>，故 Neuner 亦不得不將被害人總體財產之減損納入損害概念中，因而仍無法完全擺脫差額說的影響<sup>311</sup>。

雖然如此，惟依本文前述之想法，損害與損害賠償係屬二事，損害乃責任成立的要件，損害賠償額之確認卻是賠償責任法律效果層面的問題。職是，若吾人改採具體損害說，則於被害人權益受侵害時即可肯定損害之發生，同時賠償責任於符合其他責任構成要件時亦可肯定，至於被害人是否因損害事故而承受財產上的不利益（總財產的差額），則是損害賠償的問題<sup>312</sup>。據此，民法第 213 條第 1 項自可輕易解釋為損害賠償的方法，亦即，損害之填補應將被害人的財產回復至其權益受侵害（即損害）發生前的狀態，而此結果正符合回復原狀原有的意義，又無須變動法律的文字。綜上所述，民法第 213 條規定本身並非在定義損害的概念，而是損害賠償的方法<sup>313</sup>。據此，被害人權益受侵害時損害已發生，其並得依該條項規定請求以回復原狀的方式獲得賠償<sup>314</sup>。

<sup>309</sup> 請參考曾世雄、詹森林，同註 12，頁 150-152。

<sup>310</sup> 對基於法律行為而生的損害問題，尤其履行利益與信賴利益損害之概念，其實差額說更能適切加以說明，請參考葉新民（2018），債務不履行中無益費用支出之賠償—以德國法為中心，靜宜法學，第 7 期，頁 300-302。

<sup>311</sup> 請參照前註 80。

<sup>312</sup> 德國民法學說將損害賠償法區分為責任成立原因（Haftungsbegründung）與責任賠償內容（Haftungsausfüllung）雙層的損害賠償體系結構，德國學說分別以所謂責任法（Haftungsrecht）與損害法（Schadensrecht）稱之。其中損害法的功能在於規範損害賠償的方法與範圍，其一般性的原則即是我國民法第 213 條至第 218 條的規定，而責任法則規定損害賠償責任的成立要件，其法規範則散見在民法與特別法中有關侵權行為之過失責任或危險責任以及契約責任的相關條文中，請參考王澤鑑，同註 9，頁 22-23, 59-60。

<sup>313</sup> So auch Melullis, aaO. (Fn. 306), GRUR Int 2008, 679, 682.

<sup>314</sup> 我國學者亦有極力主張此學說者，如陳聰富（2006），〈人身侵害之損害概念〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 35 卷第 1 期，頁 62-63；陳聰富，同註 12（侵權行為法），頁 417；李素華（2019），〈專利侵權訴訟之不當得利請求權與合理權利金〉，《萬國法律》，第 224 期，86-87 頁；李素華，〈智慧財產侵害之「損害發生」與損害賠償法制建構—從智慧財產法院九十七年度民專訴字第四七號民事判決談起〉，《月旦

### （三）物之使用喪失的法律性質

對於物之喪失的法律性質，在德國學說中有二種不同的見解，其一，物之使用可能性是一種可以與所有權分離的獨立財產利益，因此，物之使用喪失當然是一種財產損害；其二，物之使用並非獨立的財產利益，而是所有權之物質價值（*Substanzwert*）的一部份，因此，物之使用喪失僅是「損害的發生的來源」（*Schadensquelle*）<sup>315</sup>，亦即損害發生的原因。前述第二種見解明顯採差額說的立場，其意義在於，被害人之物毀損送修以致其無法使用，若其租用代替物而支出租金，則其財產上即產生差額，此為其損害，故物之使用喪失僅是損害發生的原因而已，其本身並無獨立的財產價值。前述見解係以消極面觀察，亦即，物之使用喪失僅是被害人於其物遭侵奪或毀損時之狀態，惟吾人亦可以積極面的觀點思考，究竟物之使用的本質為何，亦即，物之使用利益在法律上有何意義。

#### 1. 物之使用利益做為差額說上的利益

就前述將物之使用喪失認定為損害發生之來源的見解而言，物之使用喪失本身並非損害，而僅是損害發生的原因之一，亦即，其為損害發生之因果鍊的一環。例如，侵害人之不法行為造成被害人之車輛毀損，因此被害人將其車送修而無法使用，其後為維持日常交通所需，故被害人承租代用車而支出租金費用，對此吾人可由侵權行為法的構造說明如下：不法行為造成物權之侵害結果，物權遭侵害造成物之使用的喪失的結果，物之使用喪失則發生支出租金的結果，並因此在被害人的財產上造成減損的效果，亦即差額。就此觀之，所謂「物之使用喪失」，僅是因不法行為導致最後被害人財產差額結果之整個因果鍊中的一環，其本身並無特定法律上的意義，而「物之使用利益」的概念，則僅在表達被害人

---

法學雜誌》，第 263 期，頁 182。

<sup>315</sup> Vgl. Flessner, aaO. (Fn. 147), JZ 1987, 271, 272.

因無法使用其物而生的財產減損，亦即，物之使用利益只是指稱支出費用所生總財產之差額而已。是故，若被害人未另租代用車，則物之使用喪失並未導致損害發生，基於前述差額說所謂利益即損害的公式，物之使用利益自然亦不存在。職是之故，物之使用利益本身並無獨立的財產法上之地位。據此，若被害人未支出租金費用，雖發生物之使用喪失的狀態，但無物之使用利益喪失的問題，亦未受有財產上的損害。

## 2. 將物之使用利益定性為受法律保護之法益的可能性

若吾人承認物之使用喪失本身亦屬損害，則被害人未支出租金費用時，損害亦仍存在，惟此時其財產卻無差額，故採差額說似無法得此結論。然而，若吾人改採前述的具體損害說，卻不當然可以之做為其法理依據，蓋此說僅認定物之侵奪或毀損之具體事實為損害而已，至於損害賠償的方法仍應回歸損害賠償法上回復原狀的制度，至於物之使用利益是否得認定為依法應為回復的應然狀態，則非絕對必然。

就專利侵權的問題而言，德國專利法於增設專利侵權三重損害賠償規定（德國專利法第 139 條第 2 項）時，其立法者在立法理由中即持具體損害說的見解<sup>316</sup>，使無實施專利之事實，亦無授權之意願的權利人，在其專利遭受侵害但無財產差額的情形下，亦得依專利法上的三重損害賠償方式主張其權利<sup>317</sup>。對此，我國有學者主張，專利權之本質雖僅是一種消極的排他權，專利侵權的損害內容卻可能是「抽象利益喪失」，而此所謂「抽象利益」為「事前同意侵害人能實施發明而可獲得之利益」<sup>318</sup>，據此，此抽象利益本身似屬獨立存在而受專利法保護的財產法益（Rechtsgut），故抽象利益之侵害即生損害，而此抽象利益的概念已經與差額說所稱的利益，亦即被害人的財產差額脫勾。其實，依據前文有關

<sup>316</sup> S. Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, BT-Dr 16/5048, S. 37.

<sup>317</sup> 關於此問題，請參考葉新民，同註 305，頁 18-28。

<sup>318</sup> 李素華，同註 310，頁 174, 176。

德國各相關學說的論述中所提及「以侵奪使用利益之不當得利為基礎」的見解，德國學者 Jahr 即主張物之使用利益之侵害本身即是損害，蓋物遭侵奪時，物之所有人得依不當得利之規定請求侵害人返還使用其物的利益，足見物之使用利益乃依法秩序的歸屬關係應由被害人享有的權益（Zuweisungsgehalt）<sup>319</sup>，因此，物之使用利益自得定性為受法律保護之法益，職是，將物之使用喪失，亦即侵害物之使用利益即認定為損害，亦不乏法理論上的基礎。

然而，將專利權與物之使用利益為類比並非完全適當，蓋專利權畢竟為法律所承認的絕對權，亦是民法第 184 條第 1 項前段所保護的權利，故若吾人將專利權之權利內容解釋為一種抽象利益，並不需要將此抽象利益認定為一種獨立存在的法益。與之相較，縱吾人願意承認物之使用利益具有與所有權脫勾的獨立財產法上地位，但其侵害在侵權行為法上至多僅能認定為純粹經濟上損失，似仍無法成為一種受保護的權利，故若將物之使用利益與所有權抽離，則其侵害將不符合民法第 184 條第 1 項前段的要件，除非有同條項後段或同條第 2 項的情形。

再者，如前文中德國學者 Würthwein 的批評，若承認物之使用利益為獨立的財產法益，且物之使用喪失本身即可認定為損害，則無論被害人是否有使用該物的需求，或系爭標的物是否為被害人日常生活上所依賴，皆須獲得賠償，而德國通說對物之使用喪失賠償責任的成立，卻要求主觀上可感性以及客觀上具有日常生活上的核心意義等要件，即非合理<sup>320</sup>，亦即，縱非日常所需的奢侈品，其使用利益的喪失亦應生財產上損害，並得請求賠償才是。當然，吾人或許可以對物之使用利益本身賦予額外的特徵，亦即此利益須在物之使用為被害人日常生活之必需時，且被害人亦有意願並有可能使用該物時方才存在，果如此，則僅假日兜風之用的跑車竟無獨立的使用利益，而日常通勤的自小客車卻有之，此結果頗難令人接受也。綜上，將物之使用利益定性為受法律保護之法益，

<sup>319</sup> 請參考前文中註 130-137 處之論述。

<sup>320</sup> 請參考前文中註 144 處之論述。

亦非適當。

### 3. 物之使用利益乃損害範圍上的所失利益

綜上所述，若吾人認為物之使用利益的賠償在法律政策上應受肯定，則將其定義為差額說之利益，則可能發生被害人無損害而致無法獲得賠償的結果，惟若吾人將物之使用利益的本質提升至獨立的財產法益，並於其受侵害時直接肯定損害之發生，則縱奢侈物之使用利益亦應予以賠償，此結果不僅不符德國通說對物之使用喪失得予賠償的要件，依本文所見，亦非社會通念所能認同。尤其，在前述 107 年度台上字第 402 號民事判決中，最高法院肯認在一定要件下物之使用喪失亦得請求賠償，於此最新實務見解變動的關鍵時刻，民法學說自應試圖將此新創的責任要件與物之使用利益的本質互為結合，而非如前述二說，僅是無條件否定或肯定賠償責任。

首先，依前文所採之具體損害說之見解，於物之所有權受侵害時，即應由此具體的事實肯定損害之存在，進而使損害賠償責任發生，至於賠償的法律效果，則應依民法第 213 條以下的規定決定損害賠償的方式，亦即，被害人之財產應回復至損害（即權利受侵害）發生前的應然狀態，而此應然狀態當包括民法第 216 條第 1 項的所失利益，此即學說上所謂的消極損害<sup>321</sup>。由於所失利益並未真實發生，僅能以事後觀點臆測，惟仍不得由被害人空泛提出主張，而應依民法第 216 條第 2 項所規定「依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益」定之，我國法院實務對民法第 216 條所失利益則以所謂「客觀確定性」做為判斷標準，但不以確實可以取得之利益為限<sup>322</sup>。據此，在供營業目的之物之使用喪失的情形，例如被害人擁有的計程車受損，縱其未另租代用車繼續營業，亦即其並沒有現實獲得營業收入，吾人亦能肯定其受有所失利益的消極損害，蓋營業用車預期能獲得營業收入的客觀確

<sup>321</sup> 請參考陳聰富，同註 12（侵權行為法），頁 419。

<sup>322</sup> 請參考陳聰富，同註 12（侵權行為法），頁 419-420。

定性通常難以否認。

至於供私人目的使用之物的情形，基於相同事物應為相同處理的法理，若私人用車的使用利益在個案中具有可以比擬營業用車之營業收入的財產價值，吾人即能承認物之使用利益之喪失與營業損失一般，具有財產上損害的性質。然而，物之使用利益在什麼要件下得以認定具有可以比擬營業用車之營業收入的財產價值，卻是最為關鍵的問題。依本文所見，最高法院前述判決中所提出的標準，亦即被毀損之物，「原係被害人為滿足其本人及共同生活之人基本住房權之需求，且確為其生活上所依賴者」，即是可行的要件之一，本文以為其意義應與德國民事大法庭決議所謂「於日常生活中具有核心意義者」相同，至於最高法院另提出基本住房權的概念做為論述依據<sup>323</sup>，惟本文認為不需將此問題提升至憲法的層次<sup>324</sup>，或可將基本住房權解釋為物之使用對被害人之日常生活具有核心意義即可，否則房屋以外之物之使用喪失，其賠償責任之建立又應以何種基本權為基礎？再者，此所謂日常生活上核心意義的展現，其實就是最高法院接下來所稱：該受損物須為被害人生活上所依賴者，而此亦為德國民事大法庭決議的見解。

綜上，若某特定物之使用為被害人日常生活所必要，則依一般人的生活經驗，其通常即需支出費用以維持其運作，縱其現實上並未支出費用，以致依差額說該使用利益並非具體可見，然而此為維持日常生活所必要之物的抽象使用利益，在法律評價上仍應屬民法第 216 條第 2 項所謂依通常情形可得預期之利益，蓋被害人確能預期獲得此具有財產價值

<sup>323</sup> 以憲法上適足住房權做為承認房屋之使用利益喪失之賠償責任的法律基礎，對此極為詳細的論述，請參見魏大曉（2020），〈適足住房權作為房屋使用利益喪失求償之規範依據—最高法院 105 年台上第 2293 號民事判決評析（上）〉，《司法周刊》，第 1992 期，頁 2-3；魏大曉（2020），〈適足住房權作為房屋使用利益喪失求償之規範依據—最高法院 105 年台上第 2293 號民事判決評析（中）〉，《司法周刊》，第 1993 期，頁 2-3；魏大曉（2020），〈適足住房權作為房屋使用利益喪失求償之規範依據—最高法院 105 年台上第 2293 號民事判決評析（下）〉，《司法周刊》，第 1994 期，頁 2-3。

<sup>324</sup> 同此說，向明恩，同註 14，頁 69。

的使用利益。與被害的計程車駕駛並未另租代用車繼續營業，卻仍能主張營業收入做為消極損害的情形相較，此類物之抽象使用利益實具有足夠的客觀確定性而可定性為所失利益<sup>325</sup>。

最後應注意，民法第 216 條第 2 項的規範目的係在減輕被害人之舉證責任，故條文中所稱之視為，解釋上應是推定，故被害人僅需舉證該條項所規定之情形之一，即可認定其受有所失利益之損害，惟加害人亦得舉反證證明所失利益將因一定情形無法發生<sup>326</sup>。將前述舉證責任適用在物之使用喪失的案例中，則被害人須證明受損物為其日常生活所依賴者，則可推定受有消極損害，惟加害人亦可舉反證證明被害人欠缺可感性的要件，亦即其並無使用該物之意願或可能性，即可免責也<sup>327</sup>。

## 伍、結論

由本文的研究可知，德國法院實務早已承認物之使用喪失的賠償責任，並由早期的可感性要件，演進至德國大法庭決議所提出的日常生活中具有核心意義之要件，而德國民法學說亦隨著實務見解亦步亦趨地發展各種理論以解決差額說的不足，惟最終似仍無任一種理論能夠得到學界普遍認同，故目前德國學說多以法之續造的觀點解釋前述大法庭的見解，此結果雖頗無奈，但終究已在德國法上形成某種共識。

上述德國法的演進經驗或亦值得我國借鏡，首先，我國傳統民法理論一向堅持差額說，因而否定物之使用喪失具有財產上損害的性質，不唯如此，民法學說更強認被害人因無法使用其物以致生活不便而受有精神上損害<sup>328</sup>，暫不論被害人放棄使用系爭受損之物是否真的受有精神上

<sup>325</sup> 此一見解，本文作者已於他文先行發表，合此述明，請參見葉新民，同註 292，頁 37-38。

<sup>326</sup> 王澤鑑，同註 9，頁 78, 81-82。

<sup>327</sup> 向明恩，同註 14，頁 68。

<sup>328</sup> 請參閱前註 9 所引文獻出處中王澤鑑教授的說法。

的痛苦<sup>329</sup>，惟於被害人另有他物可以滿足生活所需時，例如前述最高法院判決的案例中，原告於房屋維修期間另有房屋可供居住，或如德國大法庭決議的案例中，原告暫住於其露營車中，二人皆因此未另支出租金費用，此時，若任由加害人免負賠償之責，實非公平。

若吾人在法律政策上可以肯定物之使用喪失的賠償責任，則如何突破差額說的桎梏，即為法理論上最重要的議題。由本文研究的結果顯示，若吾人將物之使用利益認定為差額說之利益（*Interesse*），一旦被害人未支出取得代用物之費用時，其財產即無差額可言，無差額即無利益，無利益自無損害，此說對被害人的保護不周，似不應繼續堅持。其次，若吾人將物之使用利益認定為獨立的財產法益（*Rechtsgut*），則使用利益的喪失自然成為一種積極損害（即民法第 216 條第 1 項所謂的所受損害），縱依差額說亦難否認其財產損害的性質，惟採此說卻同時必須承認奢侈品之使用喪失亦應賠償，結果亦屬不當。因此，本文認為物之使用利益為民法第 216 條第 1 項所規定的所失利益（*Gewinn*），若物之使用為當事人日常生活所依賴者，則此一抽象的使用利益與營業用之物的營業收入一般，具有可預期的客觀確定性，且同為現實上並未發生的虛擬財產差額，又因其已經無法回復原狀，故應以事後觀點計算其價值利益，並予賠償。

然而，所失利益畢竟僅屬損害賠償層面的問題，賠償責任構成要件上所要求的損害要件仍待解決，本文以為有以下二種途徑：其一，若吾人仍堅持以差額說之損害定義賠償責任上構成要件中的損害，則前述最高法院判決或可認定為一種突破傳統差額說的法之續造，使被害人在特定條件下，縱無損害，亦得請求賠償物之抽象使用利益，亦即被害人的所失利益<sup>330</sup>。其二，吾人亦可由所謂的具體損害說出發，承認物之侵害事實本身即是損害，再輔以區分責任法與損害法的雙層責任結構，先在

---

<sup>329</sup> 假設車損之被害人於車輛送修期間搭乘大眾交通工具通勤，惟若其主觀上並未感到任何不便之處，何來精神上損害？

<sup>330</sup> 請參考葉新民，同註 292，頁 36-38。

責任法上肯認賠償責任的成立，次則於損害法上決定賠償方法，亦即，在受損物為被害人日常生活所依賴的要件下，亦得准其請求賠償所失利益之消極損害。

最後，前述最高法院判決仍有待補足之處，尤其德國實務長期適用的可感性要件亦應予以繼受，以合理限制賠償責任的成立。再者，就法律效果而言，無論以市場上的合理租金或被害人實際支出之租金計算賠償額，皆有過度賠償之嫌，因而違反損害賠償上禁止利得的原則，蓋此二類租金實包括出租人的營業利益在內，故已超出供私人目的使用之物之使用利益的應有價值<sup>331</sup>，而德國法亦發展二種不同計算方式，亦即，以租金費用為基礎再扣除營業利益的方式，或是以替代品的準備與維持費用為基礎，另再為適度的加價的方式，已如前文所詳述<sup>332</sup>，或可供我國實務參考。

---

<sup>331</sup> 類似的建議請參見向明恩，同註 14，頁 69-70。

<sup>332</sup> 請參考前文註 243-281 處之論述。

## 參考文獻

### 一、中文部份

- 王澤鑑（2005），〈回復原狀與金錢賠償—損害賠償方法的基本架構〉，《月旦法學雜誌》，第 127 期，頁 196-207。
- 王澤鑑（2012），《人格權法》，自版。
- 王澤鑑（2015），《不當得利》，自版，增定新版。
- 王澤鑑（2017），《損害賠償》，自版，第 2 版。
- 向明恩（2021），〈物使用利益喪失之賠償於最高法院 107 年度臺上字第 402 號民事判決之肯認—以德國司法實務之發展為指引〉，《月旦法學雜誌》，第 311 期，頁 45-70。
- 李素華（2017），〈智慧財產侵害之「損害發生」與損害賠償法制建構—從智慧財產法院九十七年度民專訴字第四七號民事判決談起〉，《月旦法學雜誌》，第 263 期，頁 167-191。
- 李素華（2019），〈專利侵權訴訟之不當得利請求權與合理權利金〉，《萬國法律》，第 224 期，頁 85-93。
- 李素華（2021），〈再論智慧財產權侵害之「損害」概念—評最高法院 107 年度台上字第 2359 號民事判決〉，《月旦法學雜誌》，第 317 期，頁 169-180。
- 郭冠甫（2019），〈以美國法觀點論物的使用利益損害之賠償問題〉，《靜宜法學》，第 8 期，頁 217-257。
- 陳聰富（2006），〈人身侵害之損害概念〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 35 卷第 1 期，頁 47-110。
- 陳聰富（2016），〈物之損害賠償〉，《月旦法學雜誌》，第 257 期，頁 617-78。
- 陳聰富（2017），《侵權行為法原理》，元照。
- 曾世雄、詹森林（1996），《損害賠償法原理》，學林，第三版。
- 楊佳元（2009），《侵權行為損害賠償責任研究—以過失責任為中心》，元照。
- 楊芳賢（2016），《民法債編總論（上）》，三民。

葉新民 (2009),〈論資本市場上因不實資訊而致投資人損害的賠償方法—以德國法為中心〉,《中原財經法學》,第 23 期,頁 107-178。

葉新民 (2017),〈侵害生命法益的民事損害賠償—以德國法為中心〉,《靜宜法學》,第 6 期,頁 171-210。

葉新民 (2018),〈債務不履行中無益費用支出之賠償—以德國法為中心〉,《靜宜法學》,第 7 卷,頁 295-360。

葉新民 (2019),〈由專利侵害案件重新省思損害的概念—以智慧財產法院 106 年度民專訴字第 44 號民事判決為例〉,《月旦裁判時報》,第 87 期,頁 18-28。

葉新民 (2020),〈物之使用可能性喪失得定性為財產損害的要件—論最高法院 107 年度台上字第 402 號民事判決中所隱含的法之續造〉,《月旦裁判時報》,第 98 期,頁 29-39。

葉新民 (2021),〈因物之使用可能性喪失而生賠償責任的法律效果—評最高法院 108 年度台上字第 2338 號民事判決〉,《月旦裁判時報》,第 105 期,頁 18-27。

詹森林 (1984),〈物之抽象使用利益的損害賠償〉,《國立臺灣大學法律學研究所碩士論文》。

魏大曉 (2020),〈適足住房權作為房屋使用利益喪失求償之規範依據—最高法院 105 年台上第 2293 號民事判決評析(上)(中)(下)〉,《司法周刊》,第 1992 期,頁 2-3;第 1993 期,頁 2-3;第 1994 期,頁 2-3。

## 二、德文部份

Ackermann, Thomas: Der Schutz des negativen Interesses, 2007.

Balke, Rüdiger: Anmerkung zu OLG München, Beschluss vom 10.7.2017 – 10 U 304/17, SVR 2017, 427f.

Beck'sche Online-Kommentare (BeckOK) BGB (Hrsg. von Bamberger, Heinz Goerg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman), 52. Edition Stand: 01.11.2019.

- Benecke, Martina/Pils, Michael Johannes: Der Ersatz des Nutzungsinteresses - Nutzungsersatz für eigenwirtschaftlich genutzte Gegenstände als Schwäche der Differenzmethode, JA 2007, 241ff.
- Berz, Ulrich/Burmann, Michael: Handbuch des Straßenverkehrsrechts, Werkstand: 40. EL Oktober 2019.
- Bitter, Georg: Wertverlust durch Nutzungsausfall, AcP 205(2005), 743ff.
- Bötticher, Eduard: Schadensersatz für entgangene Gebrauchsvorteile – Ein Rechtsgutachten, VersR 1966, 301ff.
- Burmann, Michael/Heß, Rainer/Hühnermann, Katrin/Jahnke, /Jahnke, Jürgen: Straßenverkehrsrecht, 26. Aufl. 2020.
- Danner, Max/Echtler, Hans: Grundzüge für die Berechnung von Vorhaltekosten –Zugleich Erwiderung auf den Aufsatz von Klimke VersR 85,720, VersR 1986, 717ff.
- Dauner-Lieb, Barbara/Lange, Werner, Nomos Kommentar BGB Schuldrecht, Band 2/1, 3. Aufl. 2016.
- Deutsch, Erwin/Ahrens, Hans-Jürgen: Deliktsrecht, 6. Aufl. 2014.
- Deutsch, Erwin: Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996.
- Dunz, Walter: Schadensersatz für entgangene Sachnutzung - Versuch eines rationalen Spruchkonzepts, JZ 1984, 1010ff.
- Erman, Walter: BGB-Handkommentar (Hrsg. Harm Peter Westermann), 12. Aufl. 2008.
- Esser Josef/Schmidt, Eike: Schuldrecht, Band I: Allgemeiner Teil, Teilband II, 8. Aufl. 2000.
- Fielenbach, Martin: Fühlbarkeit und Schadenminderungspflicht bei der Nutzungsausfallentschädigung, NZV 2015, 272.
- Filthaut, Werner: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 23.1.2018 – VI ZR 57/17, NJW 2018, 1395.
- Flessner, Axel/Kadner Graziano, Thomas Michael: Neue Widersprüche zum

- Gebrauchsentgang - BGHZ 99, 182 und 101, 325, JZ 1989, 879ff.
- Flessner, Axel: Geldersatz für Gebrauchsentgang, JZ 1988, 271ff.
- Geigel, Haftpflichtprozess, 28. Aufl. 2020.
- Gotthardt, Peter: Wandlungen schadensrechtlicher Wiedergutmachung, 1996.
- Greger, Reinhard: Rechtliche Grundlagen des Mietwagenkostenersatzes, NZV 1994, 337ff.
- Gregor, Stephan: Das Bereicherungsverbot, 2012.
- Grigoleit Hans Christoph/Riehm, Thomas: Schuldrecht IV Deliktsrecht und Schadenersatzrecht, 2011.
- Grunsky, Wolfgang: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Schadenersatzrecht seit 1992 - Teil 1, JZ 1997, 764ff.
- Gutt, Sebastian: Anmerkung zu AG Berlin-Mitte, Urteil vom 14.08.2014 - 10 C 3110/13, jurisPR-VerKR 8/2015 Anm. 3.
- Hagen, Horst: Entgangene Gebrauchsvorteile als Vermögensschaden? JZ 1983, 833ff.
- Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 1. Teilband, 2007.
- Honsell, Heinrich/Harrer, Friedrich: Entwicklungstendenzen im Schadenersatzrecht, JuS 1985, 161ff.
- Honsell, Heinrich/Harrer, Friedrich: Schaden und Schadensberechnung, JuS 1991, 441ff.
- Huber, Christian: Pauschalierte Nutzungsentschädigung bei Überlassung eines Kfz zum Freundschaftspreis? NJW 2008, 1785ff.
- Jaeger, Alexander: Nutzungsausfall für alle – zum Ausfallschaden gewerblich genutzter Kraftfahrzeuge, VersR 2020, 257ff.
- Jahr, Günter: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15. 11. 1983 - VI ZR 269/81, JZ 1984, 573.
- Jahr, Günter: Schadenersatz wegen deliktischer Nutzungsentziehung - zu

- Grundlagen des Rechtsgüterschutzes und des Schadensersatzrecht, AcP 183(1983), 725, 733ff.
- Jansen, Nils: Die Struktur des Haftungsrechts, 2003.
- Keuk, Brigitte: Vermögensschaden und Interesse, 1972.
- Klimke, Manfred: Grundzüge für die Berechnung von Vorhaltekosten – Zugleich Anmerkungen zu Danner/Echtler VersR 84, 820, VersR 1985, 720ff.
- Knobbe-Keuk, Brigitte: Möglichkeiten und Grenzen abstrakter Schadensberechnung, VersR 1976, 401.
- Köndgen, Johannes: Ökonomische Aspekte des Schadensproblems – Bemerkung zur Kommerzialisierungsmethode des Bundesgerichtshofs, AcP 177(1977), 1ff.
- Küppers, Karsten: Zauberformel Frustrationslehre - Zugleich eine Anmerkung zu BGH v. 18. 9. 1975 VersR 76, 46 = NJW 75, 234, VersR 1976, 604ff.
- Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried: Schadensersatz, 3. Aufl. 2003.
- Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 14 Aufl. 1987.
- Larenz, Karl: Nutzlos gewordene Aufwendungen als ersatzpflichtige Schäden, in Festschrift für Oftinger, 1969, S. 151ff.
- Larenz, Karl: Zur Abgrenzung des Vermögensschadens vom ideellen Schaden, VersR 1963, 312ff.
- Looschelder, Dirk: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2013.
- Löwe, Walter: Gebrauchsmöglichkeit einer Sache als selbständiger Vermögenswert? NJW 1964, 701ff.
- Löwe, Walter: Schadensersatz bei Nutzungsentgang von Kraftfahrzeugen? VersR 1963, 307ff.
- Maute, Lena: Dreifache Schadens(ersatz)berechnung, 2016.
- Medicus, Dieter/Petersen, Jens: Bürgerliches Recht, 25. Aufl. 2015.

- Medicus, Dieter: Das Luxusargument im Schadensersatzrecht, NJW 1989, 1889ff.
- Medicus, Dieter: Schadensersatz und Billigkeit, VersR 1981, 593ff.
- Melullis, Klaus-Jürgen: Zur Ermittlung und zum Ausgleich des Schadens bei Patentverletzungen, GRUR Int 2008, 679ff.
- Mertens, Hans-Joachim: Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967.
- Mommsen, Friedrich: Zur Lehre vom dem Interesse (Beiträge zum Obligationenrecht), 1855.
- Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, 3 Aufl. 1994.
- Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, 8 Aufl. 2019.
- Neuner, Robert: Interesse und Vermögensschaden, AcP 133(1931), 277, 306ff.
- Oertmann, Paul: Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, 1901.
- Oertmann, Paul: Recht der Schuldverhältnisse, 3. u. 4. umgearb. Aufl., Berlin.
- Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd: Begründung und Bemessung des Schadensersatzes wegen entgangener Sachnutzung, ZIP 1986, 613ff.
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Aufl. 2011.
- Rau, Benjamin: die dreifache Schadensberechnung, 2017.
- Rauscher, Thomas: Abschied vom Schadensersatz für Nutzungsausfall? NJW 1986, 2011ff.
- Rauscher, Thomas: Anmerkung zu BGH, Beschluß vom 09. 07. 1986 - GSZ 1/86, NJW 1987, 50f.
- Schmidt, Eike: Die verpatzte Jubiläumsfeier, in: Festschrift für Gernhuber, 1993, S. 423ff.
- Schulze, Reiner: Nutzungsausfallentschädigung - zu Funktion und Grenzen des § 253 BGB, NJW 1997, 3337ff.
- Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1993ff.

- Steffen, Erich: Der normative Verkehrsunfallsschaden, NJW 1995, 2057ff.
- Stoll, Hans: Anmerkung zu BGH, Urteil v. 15. 12.1970 - VI ZR 120/69, JZ 1971, 593f.
- Stoll, Has: Abstrakte Nutzungsentschädigung bei Beschädigung eines Kraftfahrzeugs, Jus 1968, 504ff.
- Unholtz, Jörg Sebastian: Der Ersatz "frustrierter Aufwendungen" unter besonderer Berücksichtigung des § 284 BGB, 2004.
- von Tuhr, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts.: Erster Band: Allgemeine Lehren und Personenrecht, 1907.
- von Tuhr, Andreas: Der Schaden nach dem BGB, KritV 47 (1907).
- Weber, Reinhold: Entschädigung für entgangenen Gebrauch eines Kraftfahrzeugs, VersR 1985, 112f.
- Weber, Reinhold: Entschädigung wegen Nutzungsausfalls auch ohne Ausfall der Nutzung? Zugleich Besprechung des Urteils des AG Köln VersR 82,353, VersR 1983, 405ff.
- Wenker, Rainer: Die Rechtsprechung zur Nutzungsausfallentschädigung - Eine aktuelle Bestandsaufnahme, VersR 2000, 1082ff.
- Werber, Manfred: Nutzungsausfall und persönliche Nutzungsbereitschaft, AcP 173(1973), 159ff.
- Wittschier, Johannes: Anmerkung zu BGH, Teilurteil vom 14. 4. 2010 - VIII ZR 145/09 (KG), NJW 2010, 2430.
- Würthwein, Susanne: Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? 2001.
- Zeuner, Abrecht: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 16. 9. 1987 - IVb ZR 27/86, JZ 1988, 200f.
- Zeuner, Abrecht: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 22. 11. 1985 - V ZR 237/84, JZ 1986, 395ff.
- Zeuner, Albrecht: Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, AcP

163 (1964), 380ff.

# **Compensation for Damages Caused by Loss of Use – Focused on German Law**

Hsin-min Yeh

## **Abstract**

According to the legal theory and practice the nature of loss of the use has not been considered a property damage. Unless the injured person pays certain expenses to obtain a substitute, it cannot be an independent compensation object. The reason is mainly the doctrine of hypothetical difference. Since the injured person has not paid any expenses, there is no property difference, and no damage either. In contrast, in German law it is a tradition to recognize that loss of use can be the object of compensation, and a complete normative system made by court practice has been constructed. Nevertheless this is still one of the most controversial issues in German law.

Recently the Supreme Court of Taiwan affirmed the compensation for damages caused by loss of use without paying any expenses for substitute in one case. The opinion behind this court decision might be influenced by German law. Therefore, the purpose of this article is to study the development of German law and its normative content. The conclusion could be a reference for the legal practice and doctrine in Taiwan.

**Keywords:** loss of use, abstract interest of use of things, damage, doctrine of hypothetical difference, compensation for damage, restitution

