

侵權行為損害賠償請求權

陳棟杰律師

有無排除侵害行為之權能

——民法第一百八十四條第一項後段

、第二百十三條適用問題之探討

一、問題發生之背景

民事法上就侵權行為賦予被害人之救濟途徑，大略可分為損害賠償請求權、侵害排除請求權以及侵害防止請求權，民法第一百八十四條以下係侵權行為損害賠償請求權之一般規定，而同法第九百五十六條、商標法第六十一條、專利法第八十一條、著作權法第八十四條第一項、公平交易法

第三十一條等規定則為侵權行為損害賠償請求權之特別規定。惟有關侵權行為侵害排除請求權、侵害防止請求權，則另於民法第十八條、第十九條、第七百六十七條、第七百九十三條、第七百九十五條、第九百六十二條、商標法第六十一條、專利法第八十一條、著作權法第八十四條第一項、公平交易法第三十條等各項法律中分別設有

特別規定，在體系上，民法第一百八十四條是否爲侵權行爲侵害排除請求權、侵害防止請求權之一般規定，關係到法律未特別設有規定者得否請求排除、禁止，以及法律上應如何適用等問題，向來學說即有爭論，因實務上迄未正面釐清，值得探究。

二、學說爭議：

(一)認爲民法第一百八十四條規定得爲不作爲請求之法律依據者：

1. 「不作爲請求權，原在權利侵害之排除與預防，其性質非物權的及排他的，純爲對人的請求權」；「被害人之一的權利範圍之客觀的違法妨害，爲此請求權發生之原因，其根據在於法律禁止權利或所保護利益之妨害，初不應因其爲絕對權與否，而有許與或拒否之異」；「其他利益之加害，具備違法性之要件者，亦同受此保護」（請參史尚寬先生著債法總論第一九九頁以下）。

2. 「……因而對於債權之侵害，是否亦承認斯種請求權，說者不一。本書則認爲應屬肯定，蓋既曰權利，自應受此保護也」（請參鄭玉波先生著民法債編總論第十版第一九六

頁以下）。

(二)認爲民法第一百八十四條規定不能成爲不作爲請求之法律依據者：

「對於人格權或物權等支配權或絕對權之保護，既設有防止或排除侵害請求權，不以行爲人之故意或過失爲要件，即無另於侵權行爲制度承認有此權利之必要，是以否定說爲是。從而民法第一百八十四條規定因侵權行爲應賠償之損害，以已發生者爲限」（請參孫森焱先生著民法債編總論第九版第一三九頁及民事法律專題研究第一七四、一七五頁）。

(三)另外孫森焱先生在前開著作中就肯定說與否定說各有如下之評論：

1. 採肯定說者係自權利不可侵性立論，認爲人格權的除去侵害請求權以及物上請求權均係基於侵權行爲之理論而生。故債權雖屬相對權，仍應承認有此權利，以資保護。採否定說者則謂債權雖屬權利，依侵權行爲之內容言，並非當然發生防止或排除侵害請求權。

2. 否定說固言之成理，惟即使採否定說者，亦認爲企業之加害行爲如已威脅一般人的社會生活，仍不妨依人格權保護規定，請求除去

或防止侵害。反之如採肯定說，則行使防止或除去侵害請求權時，仍應具備侵權行為要件。尤其故意過失爲其必備要件，否則與物上請求權將無所區別。

三、實務見解：

(一)單純認爲民法第一百八十四條第一項後段規定，得做爲排除、防止侵害之請求權依據者：

1. 按著作權法在民國七十四年七月十日修正公布前，係採著作登記（註冊）主義，而非採創作主義，亦即當時著作人須以其著作向主管機關申請准予登記後始能取得著作權法上之權利。是以民國七十四年七月十二日以前，未經向主管機關辦理註冊登記者，即不能依當時著作權法規定請求保護。從而，最高法院七十二年台上字第一六五八號判決即據以認定：「依著作權法施行細則第二十三條之規定，遇有非著作人以其之製版或照相翻印者，著作人仍得依民法侵權行為之規定，訴請排除侵害。而所謂排除侵害，祇須有侵害行為存在，受害人即得請求排除，初不以有實際上之損害發生爲要件」。

2. 最高法院七十七年度台上字第二五七九號與

七十八年度台上字第六六二號民事判決，原告均係依據民法第一百八十四條規定請求禁止被告繼續侵害行為，就此最高法院僅分別從反面論證，指摘高等法院之原判決爲不當而發回更審，並非指明損害賠償請求權不得做爲排除侵害行為之依據，而依民事訴訟法第四百八十一條準用同法四百四十九條第二項規定駁回上訴，似已隱然肯認民法第一百八十四條規定得作爲請求排除或防止侵害之依據。

3. 臺灣高等法院八十年度上字第一六一二號民事判決，亦認爲被上訴人依民法第一百八十四條第一項後段之規定，請求上訴人停止製造、銷售、廣告之行爲，並將已製造銷售之產品收回銷毀，核屬正當，應予准許，而駁回上訴。

(二)認爲民法第一百八十四條規定之損害賠償請求權，得依同法第二百十三條回復原狀之方法請求排除侵害者：

最高法院八十一年度台上字第四二五號民事判決：「查侵權行為損害賠償責任之發生，固以被害人發生損害爲構成要件，第繼續加害之侵

權行為，損害既陸續發生，請求排除其侵害，仍不失為民法第二百十三條所定請求回復損害發生前之原狀。本件原判決認定被上訴人應負民法第一百八十四條第一項後段所定侵權行為責任，惟以依侵權行為類型，被害人尚無請求排除現在侵害之權能云云，為上訴人敗訴判決，其法律上見解不無可議」。

(三)認為民法第一百八十四條規定僅得請求損害賠償，並無排除或防止侵害之權能者：

臺灣高等法院台南分院八十年度上字第七十六號民事判決認為，侵權行為之損害賠償請求權之權能，僅能填補已經發生之損害，並無防止將來侵害或排除現在侵害之權能，且依吾國民法既已就其所承認得請求排除或防止侵害之權利設有明文之規定，則依「明示其一，排除其他」之原則，未經法律明文規定者，即不得請求排除或防止侵害。

四、相關問題之探討：

(一)因侵權行為而生之損害賠償請求權與侵害排除、防止請求權之成立要件應有不同：

1. 按排除侵害請求權及防止侵害請求權，或在阻止侵害行為之繼續與擴大，或在未生侵害

之前事先避免將來侵害事實之發生；而損害賠償請求權則係在損害已然發生之後，就已生之損害加以填補，彼此尚難相提並論。權利人對侵權行為人就其所受損害而主張「損害賠償請求權」以填補侵害所造成之損失，與對侵權行為人基於其權利本身之排他性權能而主張「排除侵害請求權」、「防止侵害請求權」以排除、防止侵害之狀態，二者在適用上應予區別。

2. 法律賦予損害賠償請求權乃在於填補損害，而賦予侵害防止、排除請求權則在遏止侵害事實之發生或繼續，前者係針對因侵害事實所生之損害結果，後者係針對可能導致損害之侵害原因。因此，主張損害賠償請求權者必須證明受有損害，而主張防止、排除侵害者不以受有損害為必要。

3. 又「損害賠償請求權」依我國現行法律規定，原則上係採過失主義，是以除法律另有規定外，行為人具有故意或過失時始負損害賠償責任；而「排除侵害請求權」、「防止侵害請求權」因係基於合法權益本然具足之排他性權能所發動，故祇須有不法侵害之狀態

或有受不法侵害之虞時，即得請求予以排除或防止，不問行為人主觀上有無故意、過失。

4. 參照我國現行法律有關侵害排除、防止請求權之規定，亦均不以行為人具備故意或過失及被害人受有損害為要件，祇須有不法侵害狀態存在，且其排除、防止為可能時，被害人即得請求排除或防止（民法第十八條第一項、第十九條、第七百六十七條、第七百九十三條、第九百六十二條，商標法第六十一條、專利法第八十一條、著作權法第八十四條第一項）。

5. 基於以上之認知，縱然採取擴張適用之見解，認為民法第一百八十四條第一項後段規定亦可作為侵害排除、防止請求權之法律依據，在適用上仍須考慮侵害排除、防止請求權性質之特異性，應不以行為人主觀上具有故意、過失及客觀上發生損害為必要。

(二) 就法律未設規定之侵害類型，應循立法途徑與時具進，如立法不及亦宜透過法律補充方式予以解決，似不宜逕以民法第一百八十四條第一項後段規定為排除侵害之法律依據：

民法第一百八十四條第一項後段既屬損害賠償之規定，應無排除侵害及防止侵害之權能，已如前述。至於實務見解承認上開條項後段得作為排除、防止侵害之依據，似係因侵害之排除、防止，法律就個別案型均另設規定，而有些法律無特別規定之侵害案型在公平正義要求下又有予以規範之必要性，在苦無法律依據下，遂予以擴張適用。惟嚴格言之，如有規範之必要，似宜經由立法途徑或透過法律漏洞補充原則予以規範較合。

(三) 請求排除侵害與請求回復損害發生前之原狀顯有不同，應不能以民法第一百八十四條第一項後段為依據，而透過民法第二百十三條回復原狀之規定請求排除侵害：

1. 按損害賠償以回復原狀為原則，故民法第二百十三條有關回復原狀之規定乃填補損害之方法，係用以填補損害於已然之後，屬於實際損害發生後之救濟；而侵害之排除或防止，則在於除去不法侵害之狀態或防止不法侵害之發生，以防範損害於未然之前，屬於損害發生前之救濟。因此，民事法上損害賠償請求權規定是針對已經發生的損害（即結果

），而侵害排除、防止請求權則是針對會導致損害的不法侵害狀態本身（即原因）。

2. 而且，侵害排除、防止請求權與損害賠償請求權之構成要件、法律效果均有不同，故就同一侵權事實，應可並行主張。例如，所有權人就他人無權占有其所有物之同一法律事實，一方面得依民法第一百八十四條第一項前段規定對無權占有人請求，賠償因過去之侵害所造成之損害（回復），另一方面亦得依同法第七百六十七條規定對無權占有者請求，排除現在繼續中或防止將來可能發生之侵害狀態。

3. 據此，民法第二百十三條回復原狀之規定，係為賠償損害而設，乃賠償方法之一種規定，祇能就過去侵害已然造成之損害予以回復，至於眼前繼續存在之侵害狀態或將來可能發生之侵害，實無回復原狀可言。是以，透過民法第二百十三條有關回復原狀之規定，來擴張同法第一百八十四條第一項後段損害賠償之法律效果於侵害之排除、防止，在法律適用上似有未妥。

