

侵权责任的私法性质

简资修*

The Private Law Nature of Tort Liability

Chien, Tze-Shiou

内容摘要:过失责任是私法自治的原则,过失侵权因此是不具有“惩罚”或“强取”等公法意涵的,但现行的实务与学说有不少是与之违背的。本文说明,确定过失的时点应是行为人增加了危险之时,而非行为人尽其所能仍无法避免损害之时,过失无须客观化。过失客观化之论将过失行为的确定时点推得太晚。行为能力愈弱,过失标准愈高。法律经济分析的能力标准之论将过失行为的确定时点拉得太早了。

关键词:汉德公式 过失 客观化 财产规则

一、前言

过失责任是私法自治的原则^[1],过失侵权因此是不具有“惩罚”或“强取”等公法意涵的,但现行的实务与学说有不少是与之违背的。过失客观化,是其

* 我国台湾地区“中研院”法律学研究所研究员;台湾大学法律学系合聘教授。感谢王必芳、邱文聪、王照宇、蒋佩学、车浩与申卫星等人的评论;《北大法律评论》编辑的意见,大大改善了本文的论证以及可读性。

[1] 参见简资修:“过失责任作为私法自治之原则”,载《北大法律评论》第 15 卷第 1 辑,北京大学出版社 2014 年版。

一;将侵权损害赔偿与行政不法或刑事不法同视为不法,是其二;将侵权法视为强取的补偿规则,是其三。不少经济分析在此也误导了。一方面,其将损害赔偿作为激励行为人提升损害防制能力的手段;另一方面,其将损害赔偿作为强取手段,社会化了损害。但这是经济分析的滥用:一者,过失侵权是针对不相容活动产生的冲突进行权利厘定,并非对不当行为之惩罚;二者,过失侵权作为事后的损害赔偿机制,并非将损害社会化的适当途径。

行为人对因其过失造成他人之损害,负损害赔偿责任,是侵权法的首阶原则。^[2] 过失侵权是说,行为人应认知到其行为之过度危险性,但却未认知到而行为,则一旦损害发生,其须负赔偿之责。依据现代认知心理学^[3],人的行为多是未经深思熟虑的,过失行为即是如此,否则就是故意了。这些未经深思熟虑的行为,既然是人之天性,不可避免,且其只有在意外损害事故发生时,才得以特定,因此可以认为,行为人与(潜在)受害人在特定事故发生之前,基于互蒙其利原则,达成了一般性的损害赔偿规范。^[4] 在此,过失责任可视为附停止条件的责任约款——损害若是由行为人之过失造成,其即负损害赔偿责任。

过失客观化论者,以行为人尽其所能之时,作为侵权行为发生之时,然后说此时不存在过失,但又要行为人负过失的损害赔偿,就说在此过失应客观化。如此过失便被扭曲了,有了非自治的外加或惩罚意涵。过失客观化之误,在于其未能正确理解侵权行为的意义。行为人尽其所能仍无法避免损害之时,其实并不存在侵权之行为,因为此时行为人根本无选择余地,也就谈不上过失责任。侵权之行为,发生在行为人增加了危险之时,这才是确定过失的时点。按照此理解,行为人本就应负侵权责任,根本无须将过失客观化。

在法律分类框架下,侵权行为几无例外地被归类为违法行为,与合法行为相对。这在民法有明文不法规定者,如中国台湾地区^[5],是如此;在民法无明文者,如中国大陆^[6],也是如此^[7]。如此分类,依照法律逻辑——合法行为,是法所容许者;而违法行为,是法所禁止者^[8]——意味着法应惩罚吓阻之。但

[2] 中国台湾地区“民法”第184条第1项前段规定:“因故意或过失,不法侵害他人之权利者,负损害赔偿责任。”而《中华人民共和国侵权责任法》第6条第1款规定:“行为人因过错侵害他人民事权益,应承担侵权责任。”

[3] See Daniel Kahneman, “Thinking, Fast and Slow”, 50(4) *Farrar, Straus and Giroux* 501 (2011).

[4] 参见简资修:“法律作为合约安排”,载《交大法学》2015年第3期。

[5] 参见中国台湾地区“民法”第184条第1项前段之规定。

[6] 参见《中华人民共和国侵权责任法》第6条第1项之规定。

[7] 参见王轶:“论民事法律事实的类型区分”,载《中国法学》2013年第1期。

[8] 参见常鹏翱:“合法行为与违法行为的区分及其意义——以民法学为考察领域”,载《法学家》2014年第5期;王昭武:“法秩序统一性视野下违法判断的相对性”,载《中外法学》2015年第1期。

实际上,侵权责任的目的是损害填补^[9],并非惩罚吓阻。在法律的经济分析中,也有同样的问题:损害之发生,被认为具有外部性,侵权行为因此应被吓阻,金钱赔偿即是对它的惩罚。按照此种逻辑,一方面,可被事前管制的力量取代过度危险的行为,成为了侵权责任的标准;另一方面,私法赔偿与行政或刑事处罚混同/混淆了。其结果是,法律无体系,权利不确定,社会整体利益消散了。^[10]

主流的法律经济分析论者^[11],以行为人物理的损害防制能力之良窳,作为社会损害大小的决定因素,因此以之为过失责任的标准。由此得出的结论是:物理的损害防制能力愈佳者,过失标准愈高;愈弱者,过失标准愈低。但此与法律不符,其乃提出讯息成本或获益不同等格外条件,以求自圆其说。主流经济分析论者之所以以物理的损害防制能力作为过失标准,应是认为此是唯一可以减少损害的选项。但其不知,行为才是损害发生与否的决定点。行为人如果量能而为,即使其损害防制能力较差,也是无过失;但如果未做到量能而为,即使其损害防制能力较强,也是有过失。不同于过失客观化论者将侵权行为推得太晚(此时行为人已经不能注意),这些经济分析论者,将侵权行为拉得太早了,因为行为人此时仍能以其活动强度调校损害防制能力之不足(即选择不从事超出其损害防制能力的危险行为)!更重要的是,过失责任其实还有引导行为人改善其损害防制能力的作用,因为损害防制能力较强的人,仅须负较低的过失责任,从而有较广的活动范围,何乐而不为?

卡拉布雷西与梅拉米德(Guido Calabresi and A. Douglas Melamed,以下简称卡梅二氏)在其名著《财产规则、责任规则与不可让渡性:“大教堂”的一幅景观》中^[12],将侵权赔偿归为具有强取性质的补偿规则(liability rules),也不是

[9] 中国台湾地区“民法”第213条第1项规定:“负损害赔偿责任者,除法律另有规定或契约另有订定外,应回复他方损害发生前之原状。”第2项规定:“因回复原状而应给付金钱者,自损害发生时起,加给利息。”

[10] 参见简资修:“科斯经济学的法学意义”,载《中外法学》2012年第1期;“法律作为合约安排”,同前注[4]。

[11] 例如,William M. Landes and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, 1987; Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, 1987; Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics* (4th ed.), Addison-Wesley, 2004, pp. 307—387.

[12] Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of Cathedral”, 95 *Harvard Law Review* 1089 (1972). 本文有关名词之翻译说明如下:将 entitlement 翻译为“应配份”,是类推继承法上的继承人之应继份而来。如果译为权益或财产利益,无法点出这是国家(法律)应该分配给我的,一如身为继承人理所当然可分配到部分遗产。另外,将 liability rules 翻译为“补偿规则”,中文学界常翻译为“责任规则”,颇不恰当,因为“责任”一词在中文里无法表现出金钱填补损害,而 liability 在英文是可表现此意义的,尤其与 injunction 进行上下文对照时更能凸显。又 inalienability 后之所以无 rules,作者可能有意要强调此财产本质上即是不可分离的,并非法律创造,但毕竟其在法律中仍是以规则显示的。“不可转让规则”或“禁易规则”又比“禁制规则”之翻译要好,因为前者明白显示禁止财产权之交易,而后者则是采取财产权人的相对人之视角,禁止与财产权人交易或为特定行为,此也可能包含了禁止侵犯他人财产,如此便与“财产规则”混淆了——injunction(禁制令)的基础,是财产规则;damages(金钱给付)是 liability。不同意见者,参见叶俊荣:“出卖环境权:从五轻设厂的十五亿回馈基金谈起”,载叶俊荣:《环境政策与法律》,台湾元照出版有限公司1993年版。

当的。此理论未认识到过失责任才是侵权损害赔偿的基础,因而将侵权法公法化了。诚然,风险分散(risk spreading)与风险分配(risk distribution),皆是法律的重要价值。不过,侵权法作为法院执行之私法,这些价值只能是次阶的,侵权法的首阶价值是风险分担(allocation of risks),即以过失责任为原则。在侵权法中,将风险分散或风险分配凌驾于风险分担之上,是本末倒置了。

过失侵权责任的私法属性,必然使其不同于刑事处罚。我国台湾地区的“刑法”并无财产犯罪的过失犯,即是一例。刑事证明标准较民事为高,又是一例。惩罚性赔偿应受限制,原因也是在此。此外,容许风险作为刑事违法阻却事由,须具实质理据,只有过失系私法自治者,始能符合此一要求。但这些都限于过失侵权,故意行为不但要负侵权责任,而且可能要受刑事处罚,否则权利就不确定了,这即是卡梅二氏的财产规则(property rules)。但这里有一个问题,卡梅二氏是从法院救济的事后视角区分财产规则与补偿规则的,诚如弗莱彻(George Fletcher)所指出的^[13],只有当法院裁判时,行为人才知晓其违反了财产规则,应受刑罚,但这违反了最基本的刑法原则。卡梅二氏的二阶式分析,因此应予放弃,转而一体实体法化。应配份(entitlement)之内容与其保护方式,是分不开的。财产规则、补偿规则及禁易规则(inalienability)之保护不是互斥的,而是分别对应不同的条件。例如A物的市场交易,是财产规则;A物的公共征收,是补偿规则;A物的禁止移转,是禁易规则。财产规则,因此应着重于权利清楚明白,才能有交易;补偿规则,因此应着重于程序公正与补偿公平,否则就是不当征收;而禁易规则,因此应着重于确实能保护财产利益人,否则就是滥用公权力。

本文以下将先说明过失无须客观化;然后厘清侵权行为与能力标准之关系,即能力愈弱者,其活动范围愈小,其过失标准因此愈高;再来探讨侵权赔偿为何不是补偿规则;最后分析过失为何不受刑罚,同时重构卡梅二氏的财产权利保护架构。

二、过失无须客观化

中国台湾地区“民法”第184条第1项前段规定:“因故意或过失,不法侵害他人之权利者,负损害赔偿责任。”此乃侵权法的一般条款,明文规定了“不法”是侵权责任的成立要件之一。不过,一者,“不法”一词,未能准确反映出其所继

[13] George P. Fletcher, “A Transaction Theory of Crime?”, 85 *Columbia Law Review* 921 (1985).

受的《德国民法典》第 823 条之精义^[14]；二者，过失才是侵权责任成立的关键，过失包括了不法。过失客观化之要求，即是此之反映——损害防制能力较差者，其须负损害赔偿之责任，为满足过失责任之要求，过失只能被客观化了。如此一来，过失责任即有了非难意涵。

在中国台湾地区“民法”第 184 条第 1 项前段条文中，过失与故意并列，故意既然作为行为人之认知状态，过失也应该如是，始符合法条文义。台湾地区“刑法”第 14 条也明文规定：“I 行为人虽非故意，但按其情节应注意，并能注意，而不注意者，为过失。II 行为人对于构成犯罪之事实，虽预见其能发生而确信其不发生者，以过失论。”条文中的“注意”与“确信”，明白表达了过失是行为人的认知状态。台湾地区“司法院”释字 275 号“大法官解释”说：“人民违反法律上之义务而应受行政处罚之行为，法律无特别规定时，虽不以出于故意为必要，仍须以过失为其责任条件。”^[15]这里的过失也是认知问题，而不是符合法律义务与否。

过失客观化是说，行为人的主观“行为能力”未达到一定的客观标准，若造成损害，即使当时其已尽了最大能力，仍为过失。王泽鉴教授说：

过失类型化含有客观责任的性质，与严格的个人责任未尽相符，在某种程度并具有担保的因素，旨在实践侵权行为法填补损害及预防损害的机能……在若干情形，此种客观化的过失标准事实上将导致某种危险责任，如天生弱视而驾驶者，必须就其视力不足而负责，此为采过失责任所要付出的代价。^[16]

在此弱视驾驶之例，过失客观说认为，在撞车之前某刹那，明眼驾驶人可以

[14] 从法律继受史来看，中国台湾地区“民法”第 184 条第 1 项规定中的“不法”，并非德文 *unerlauten Handlung* 之好翻译。参见申有哲：“欧洲法在东亚继受翻译中存在的问题”，沈建峰译，载《中德私法研究》第 9 卷，北京大学出版社 2013 年版。Mitsukuri Rinsho 在翻译民法时，将法文 *délit* 以及 *quais-délit* 理解为“犯罪”或者“准犯罪”的概念。1890 年《日本民法典》起草时之法国籍法学咨询家 Boissonade，也作了相近的翻译。1896 年《日本民法典》修订时，将 *Delikt* 视为“不法行为”，此处涉及直译《德国民法典》草案中的 *unerlaubten Handlung*。1958 年《韩国民法典》采用（接受）《日本民法典》所用的名称。文章接着说：相反地，1929—1930 年制定的《中华民国民法》，则使用“侵权”（*Rechtsverletzung*）作为突显侵犯权利的表达方式。此中文翻译最早出现在 1911 年的《大清民律草案》中。同样的词汇，也出现在 1986 年《中华人民共和国民法通则》以及 2009 年《中华人民共和国侵权责任法》中。在考虑侵权与民事法之下，由于其首先也最主要地涉及个人的权利，对个人而言，中文的翻译显得较正确且较佳。虽然，德文用语 *unerlaubten Handlung* 并非错误，但是，可能被误解，因为侵权的主要问题，并非该一行为在法秩序下的允许与否，而是该一行为是否侵犯他人权利，而需以个人财产对于产生的损害结果作担保。德国刑法释义学对民法侵权的影响，从个人观点而言，使得民法侵权与一般犯罪行为理论，特别是与单一的不法学说（*einheitliche Unrechtslehre*），产生了不必要的互相联结问题。

[15] 中国台湾地区“行政罚法”第 7 条已明文规定：“违反行政法上义务之行为，非出于故意或过失者，不予处罚。”

[16] 王泽鉴：《侵权行为法》，台湾自刊 2011 年版，第 310 页。

踩刹车避免之,而弱视驾驶人由于其弱视而反应不及,则弱视驾驶人若仍须负过失损害赔偿赔偿责任,侵权法即是将明眼驾驶人的反应能力,加诸于弱视驾驶人身上;换言之,此能注意之“能”,非弱视驾驶人之能,而是作为比较对象的明眼驾驶人之能,因此称为客观说。但笔者认为,过失的决定时点不在此啊!若正确决定了(主观)过失的判断时点,弱视驾驶人原就是要负过失责任的,而且比明眼驾驶人更应负责,无须过失客观化。

既然过失是应注意、能注意而不注意,那么此“能”一定要是行为人主观之能,否则此“能注意”之规定,就是可有可无了,过失将失其意义。弱视驾驶人在撞车之前反应不及的刹那,已是不能注意,依照过失定义,此不可能是过失的决定时点。这并非只适用于弱视驾驶人,而是普遍适用于所有的驾驶人。只要发生了撞车,驾驶人都是在撞车之前反应不及^[17],此时都已是不能注意。若依照客观说,弱视驾驶人还有明眼驾驶人可作为客观化标准,明眼驾驶人的客观化标准又在哪里?反应百分之百的全能驾驶人?此非神仙或上帝莫属了。如果明眼驾驶人的过失确定时点,不是在其撞车前反应不及的刹那,为何弱视驾驶人的过失确定时点却是在此了?明眼驾驶人过失的确定,在于其是否超速,而这取决于该速度在当时情境下危险与否,例如天雨路滑、行人众多、路面颠簸或熬夜疲累等。驾驶人的超速与否,才是过失的决定时点——这是行为人能注意的最后时点,其“能”选择不加速或减速,从而不增加危险或减少危险。^[18]弱视驾驶人天然危险驾驶人,其犹如明眼驾驶人熬夜疲累或酒驾,若发生撞车,其过失来自于超速,而非来自于其未如明眼驾驶人的反应能力。如果弱视驾驶人的责任可以减轻,并不是因为其享有比较低的过失标准,事实刚好相反,其是负比较高的过失标准的,责任减轻只能是因为弱视驾驶人认知(识别)什么是危险活动的的能力不如明眼驾驶人,对明眼驾驶人而言“能注意”,但对其而言,则是“不能注意”,因此无过失。但弱视即使(或正因为)是天生,只要并未使该弱视驾驶人无法认知到弱视驾驶是危险驾驶,其过失责任仍是成立的。^[19]

过失责任可以汉德公式($B < PL$)来说明。B表示行为人若不为此侵权行为的成本(负担),L表示实际损害额度,P表示行为人若不为此侵权行为可因

[17] 这里排除了行为人的故意。

[18] 中国台湾地区“最高法院”一判决说:“加害人于三十公尺即已发现有人躺在前方道路,竟未采取减速之措施,仍以五十公里时速而肇事,实难辞过失之责。”转引自王泽鉴:《侵权行为法》,同前注[16],第308页。

[19] 中国台湾地区“民法”第184条以下,虽称“侵权行为”(第二编第一章第一节第五款),但“行为”此一概念,并不如在刑法受到重视。这可能与侵权行为法仅评价已经造成损害之行为,而刑法的处罚包括未遂、危险犯以及科刑轻重,以至于行为由于无实际损害之过滤,变得更重要了。刑法学者黄荣坚即指出,行为如果被正确认识,所谓原因自由行为之说,即不需要了。参见黄荣坚:《基础刑法学(上)》,台湾元照出版有限公司2012年版,第159—166页。

之减少的损害发生概率,则当 $B < PL$ 时,行为人即有过失而应负损害赔偿赔偿责任。PL 因此代表了行为的危险性,其值愈大,危险性愈高。在上述弱视驾驶之例,弱视驾驶人相较于正常驾驶人,一旦停驶或减速,其因此可减少的损害发生概率 P,是比较大的,但其因之所生的成本 B,应无差异,因为社会通念并未给予弱视人较高的驾驶或时间价值,故 $B < PL$ 比较可能成立,弱视驾驶人的过失标准因此比较高,从而其也比较可能存在过失而须负损害赔偿赔偿责任。这里没有任何强人所难之处,弱视驾驶人是危险驾驶人,其过失标准原本就比较高,根本无须将过失客观化来刻意提高其过失标准!

过失之所以重要,除了使吾人可以正确掌握行为时点外,其更是侵权法之所以是私法的关键。如上所述,过失,是行为人主观的(不)认知,而过失标准是行为的客观危险,此即不法。过失与过失(行为)标准的关系是,行为愈是危险,行为人愈可能认知到,因为人类之所以可以存活至今,源于其有危险认知;换言之,侵权的损害赔偿赔偿责任,对于行为人而言,是期待可能的,此为能注意,非无缘无故外加的。不过,即使如此,侵权法仍非自治之法,因为过失在定义上就是行为人不注意,因此非故意,则其为何要负损害赔偿赔偿责任? 原因应是,认知心理学之第一认知系统,相对于深思熟虑的第二认知系统,意味着行为人有时不免不注意^[20],而除非人们完全不活动,这种能注意却不注意的情形是不可能完全去除的,又因为此时的行为人与受害人的身份互为流动^[21],因此最佳的选择即是汉德公式 $B < PL$ ——若不为此行为因之无法实现的利益(B),小于因之可以减少的预期损害(PL),行为人应负损害赔偿赔偿责任,应注意也。此即是过失责任,至此侵权法才是自治法。过失责任因此可以定性为附(过失之)停止条件的(损害赔偿)责任约款。

《中华人民共和国侵权责任法》并无明文规定“违法”要件,王利明教授认为“过错”足以容纳之,违法性因此无须引入。^[22] 但为了涵括违法性,其将过错更客观化了,私法自治尽失矣。王利明教授提出:“违反注意义务可以作为统一的标准来判断过错,注意义务的来源是多元的,可以是来自于法律和行政规章,也可以是技术规则等,还可以是法律的基本精神。凡是违反了注意义务,都可以认为存在过错。”^[23] 这意味着侵权法完全放弃了个人的主观认知是否可能之考虑,因此会产生如下吊诡:条文中的“过错”完全可以被“不法”或“违法”取代,而结果不会有任何不同! 王教授又说:“侵权法是救济法,为了强化救济,行为

[20] See Daniel Kahneman, “Thinking Fast and Slow”, *supra* note [3].

[21] 这种假想性的交易,仍在 Bruce Ackerman 分类的容许范围内。See Bruce A. Ackerman, “Foreword: Talking and Trading”, 85 *Columbia Law Review* 903 (1985).

[22] 王利明:“我国《侵权责任法》采纳了违法性要件吗?”,载《中外法学》2012年第1期。

[23] 同上注。

人主观上的可非难性已经在侵权法中被大大弱化。”^[24]然而,侵权法的救济功能是次阶的,其无法去定性首阶的过失(错)。更甚者,此说法是先将侵权法以救济法视之,然后发现过失(错)责任与此逻辑不符,因而应予废弃。至此,侵权法即失去了私法自治灵魂。

三、侵权行为或能力标准

法律的经济分析模型往往不区分事后损害赔偿与事前管制预防,因而直接将行政违法套用于损害赔偿。事后损害赔偿责任之认定,是以行为人的防制能力固定为基准,去评价其是否应行为,此即判断行为人是否量能而为^[25];但事前管制预防,则是要求行为人该有何种类型或何种程度的防制能力,单纯能力的考虑而已。^[26]再以前述弱视驾驶为例,事后赔偿责任之认定,并不针对弱视本身进行评价,而是评价行为人知其弱视而仍为驾驶行为,在弱视驾驶是危险驾驶之认知下,行为人可容许的安全活动范围是比较小的,例如应减速或停驶,这是行为人的过失标准;在事前管制模型中,视力本身即是认定赔偿责任成立与否的标准,则同样在弱视驾驶是危险驾驶之认知下,愈是弱视,愈可能违反标准,中国台湾地区“道路交通安全规则”第64条即是此逻辑的产物,其规定,视力未达一定标准不得考取驾驶执照。^[27]

法律经济分析名家兰德斯与波斯纳(William Landes and Richard Posner,以下简称蓝波二氏)^[28]以及萨维尔(Steven Shavell)^[29]等,在计算弱视驾驶人的过失标准时,混淆了事后赔偿与事前管制,从而得出了奇怪的结论。其从事后赔偿视角将弱视视为固定,却又从事前管制视角考察弱视驾驶人的损害防制

[24] 同上注。

[25] 在汉德公式最早出现的 *Carroll Towing* (159 F. 2d 169) 判决中,驳船所有人之有过失,并不单纯来自其让船无人看守,以至于该船被撞,无人可通知就近救助而免于沉没之损害,而是来自于案发当时,系战争高峰期而且日照短,港口船只出入频率必然增加,从而撞船发生概率也增加,则该船之无人看守,就有过失了。其计算是,PL增加了,但B不变,则 $B < PL$ 即成立。汉德法官并未计算若增加一人在船上留守,驳船所有人因之增加了多少成本,然后比较于其因之可以减少的预期损害,而得出驳船所有人过失与否;汉德法官将驳船上之无人看守(此即损害防制能力)当成固定,然后去判断其危险否,而船只出入频繁使PL变大了,则 $B < PL$ 即成立。损害防制能力愈差,其愈容易过失。

[26] 参见简资修:“不法行为的决定时点——预防科技的不足或安全活动的逾越?”,载《社会科学论丛》1992年第40辑;简资修:“命令管制非侵权责任之本质——回应‘过失责任标准经济分析之再省思’”,载《经济研究》2005年第2期。

[27] 该条第1项规定:“汽车驾驶人除身心障碍者及年满六十岁职业驾驶者外,其体格检查合格标准依下列规定:一、体格检查:(一)视力:两眼裸视力达0.6以上者,且每眼各达0.5以上者,或矫正后两眼视力达0.8以上,且每眼各达0.6以上者。……”

[28] William M. Landes and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, *supra* note [11].

[29] Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, *supra* note [11].

能力。其说,由于弱视驾驶人必须花比较多的心力,例如精神紧绷或频频看后视镜等,去避免一定损害之发生,因此其过失标准应比较低。若以汉德公式说明,此即 B 比较高,而 PL 不变,因此 $B < PL$ 比较不可能成立。但此责任标准,一方面,很难测量,另一方面,不涉及行为选择,不考虑行为人是否量力而为,因此根本不是事后赔偿的过失标准。所谓弱视驾驶人所花心力,何所指? 弱视驾驶人真的精神比较紧绷? 精神紧绷与减少损害发生概率的关系如何? 如果真有此关系,法律应该以此为过失标准的计算基础,而非给弱视驾驶人以特权,但法律显然不容许驾驶人以其熬夜很累为理由主张无过失。另外,此心力比较,是假设行为人就行为别无选择,只能开一定的速度,但其实他可以减速,以减少其心力负担,则 B 变低,汉德公式就成立了,可见其分析只关乎事前管制能力标准之遵守与否,而非事后实际损害之究责。英美法上的合理人标准(the reasonable man standard)显然也不认为防制能力比较差的人应享有比较低的过失责任标准,这些经济分析论者^[30],只好引入其他条件,试图自圆其说了。

例如蓝波二氏说,由于法院区分弱视驾驶人与正常驾驶人的讯息成本太高,一律以正常驾驶人的过失标准为标准,就可免掉此讯息成本。^[31] 但弱视与正常人之区辨太容易了,何来讯息成本高,更何况其原来的计算就是立基在弱视驾驶人与正常驾驶人的区辨之上,为何推论到此,反而说无法区辨了? 若说法院的区辨成本高,恐怕也是弱视驾驶人为了不负比较高的过失标准,而隐藏其弱视,蓝波二氏的说法,是因果颠倒了。萨维尔则说,弱视驾驶人的驾驶效益不高,因此自始不应驾驶,其主观过失标准也就不适用了。^[32] 但弱视驾驶人的驾驶效益为何低于正常驾驶人? 另外,不是所有的弱视驾驶效益都低至不应驾驶,则其过失标准仍是比较低的,而非法律上的合理人标准。^[33] 倘若能够区分(主观)过失与(客观)过失标准,不混淆事前管制能力标准与事后赔偿行为标准,这些强辩的说法就都不需要了。

不过,有一个针对事后赔偿行为标准的合理问题是:法律何不订立一个全面的能力标准?^[34] 例如上例中的禁止弱视人驾驶,则任何因弱视驾驶所生的

[30] 科斯说,经济模型的假设不但要可操作,而且要真实。See R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law*, University of Chicago Press, 1988, p. 33, 96—104.

[31] William M. Landes and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, *supra* note [11].

[32] Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, *supra* note [11].

[33] 许维尔至今的讨论,仍将过失责任系于行为标准(或科技水平)之违反,而非行为之逾越安全范围,以至于还在比较无可比性的侵权责任与行政管制何者为优。See Steven Shavell, "A Fundamental Enforcement Cost Advantage of the Negligence Rule over Regulation", 42 *Journal of Legal Studies* 275 (2013).

[34] Richard Epstein 探讨了哪些情况下可为如此管制。See Richard A. Epstein, "Why Restrain Alienation?", 85 *Columbia Law Review* 970 (1985).

损害就不会发生^[35],而侵权法(作为事后损害赔偿机制)也不需要了。答案可从弱视驾驶之例看出,全面禁止弱视驾驶,有两个问题:一、弱视驾驶虽是危险驾驶,但其危险性有程度之别。例如弱视驾驶的时速若是40公里,的确是危险性太高了,但其时速若是20公里,则其危险性可能等同于明眼驾驶人的时速40公里,若全面禁止弱视驾驶,弱视驾驶人即受到不平等的对待。二、弱视驾驶人因被禁止驾驶所生的损害,有可能过高。例如有人必须急送医,而弱视驾驶人是当时唯一能驾驶的人,其若被禁止驾驶,因此所生的损害即甚大。这是特定时空知识的问题,事前行为管制,即使是全面性的,必然也无法解决。^[36]哈耶克说,经济问题在于充分利用社会上各个人特定时空的知识。不同于科学知识(scientific knowledge)之可言传,此特定时空知识是当下经验,只可以个人行动传递出来。^[37]

库特(Robert Cooter)将法律诱因分为“价格”(prices)与“惩罚”(sanctions),将严格责任归为前者,过失责任归为后者^[38],也是错误的,因为此一分类同样仅能适用于事前能力标准设置,不能适用于侵权“行为”之事后究责。过失责任之认定,如本文上节所言,其问的是,如果无此(已经发生的)“特定”行为,因此无法实现的利益是否低于因此可以减少的预期损害,此即 $B < PL$ 是否成立的问题,这里是不会出现库特文中图一的“价格”平滑曲线的^[39],因而何来侵权法中“价格”与“惩罚”之区分?

事后的过失损害赔偿责任其实也有引导人们去改进其物理防制能力的作用。过失责任是危险责任,行为愈危险,过失责任愈高,行为人不负损害赔偿责任的范围即愈小。而物理防制能力愈低的人,其行为愈危险,因此行为人如果想要扩大其活动范围、实现更大的利益,必须减少其行为危险性,此非提高物理防制能力不可。若以过失责任不能减少危险来论证事前管制的必要性,此论证是有缺失的。

中国台湾地区“民法”第184条第2项规定:“违反保护他人之法律,致生损害于他人者,负损害赔偿责任。但能证明其行为无过失者,不在此限。”不少“法院”将事前管制规定,例如“交通法规”视为此条所说的“保护他人之法律”,违反

[35] 这里假定完全执法,不但有事前管制(例如发照或临检),对违反者,也可事后处以刑罚。

[36] 除此而外,事前管制行为能力,还会滋生道德与平等问题。See Alvin K. Klevorick, "Legal Theory and the Economic Analysis of Torts and Crimes", 85 *Columbia Law Review* 905 (1985).

[37] F. A. Hayek, "The Use of Knowledge in Society", 35 *American Economic Review* 519 (1945).

[38] Robert Cooter, "Prices and Sanctions", 84 *Columbia Law Review* 1523 (1984).

[39] *Id.*

者即被课予损害赔偿 responsibility, 可谓滥用了。^[40] 《中华人民共和国侵权责任法》, 如果依照王利明教授之见解, 行为人之过错是完全客观化的^[41], 则违反单纯防制能力的事前管制规定, 即可成立侵权责任。如此这般, 将不仅导致法律体系出现^[42]问题, 例如契约法将大幅萎缩, 或法院越俎代庖立法或行政权力, 等等, 而且道德危险(moral hazards)与逆向选择(adverse selection)^[43], 以及法院力不从心^[44]等实质减少社会整体利益之境况, 也会发生。

四、侵权赔偿不是补偿规则

卡梅二氏在其名著《财产规则、责任规则与不可让渡性: “大教堂”的一幅景观》^[45]中, 将国家初次分配给人民的应配份之次级法律保护, 分为财产规则、补偿规则与禁易规则。财产规则是指, 应配分之移转, 须经其享有人的同意; 补偿规则是指, 他人可以不经应配分享有人同意, 仅付出补偿费用即可取得之; 禁易规则是指, 应配分所有人即使同意, 也不可以转让。这种以交易之自愿、强制与禁止为基准所作的分类, 大大增进了吾人对产权法律之了解。不过, 卡梅二氏将意外事故的损害赔偿 responsibility 归为补偿规则^[46], 却是错误的。一方面, 其仅以高交易费用为理由, 即弃财产规则而取补偿规则, 滥用了经济分析。诚如科斯所言, 公司不会仅因市场交易费用高即存在, 还需要公司的管理交易费用低于市场交易费用才可以。^[47] 意外之所以是意外, 当然就是行为人与受害人无法于事故发生前为交易, 因此存在高交易费用, 但事故一旦发生, 就由法院决定一个损害赔偿额度, 并令行为人负此责任, 则是推论过快。事实上, 不是所有的行为人都负损害赔偿 responsibility! 另一方面, 卡拉布雷西主张, 补偿规则不是在“仿真”市场交易, 因此补偿价格不一定要“仿真”市价, 可以较低也可以较高, 这是集体决

[40] 参见简资修: “违反保护他人法律之过失推定——经济功效与私法仙丹”, 载《政大法律评论》2003年第75期。

[41] 王利明: “我国《侵权责任法》采纳了违法性要件吗?”, 同前注[22]。

[42] 其实法律体系不矛盾而融洽, 即意涵了权利确定, 从而减少租值消散, 社会整体利益即增加了。

[43] 参见简资修: “医师的赔偿责任与说明义务——经济分析与其法院实践”, 载《月旦民商法杂志》2008年第22期。

[44] See James M. Buchanan, “Good Economics—Bad Law”, in James M. Buchanan, *Federalism, Liberty, and the Law*, Liberty Fund, 2001, pp. 327—337; Neil K. Komisar, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, The University of Chicago Press, 1994.

[45] Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of Cathedral”, *supra* note [12].

[46] *Id.*

[47] R. H. Coase, “The Nature of the Firm”, in *The Firm, the Market and the Law*, *supra* note [30].

定的,其称之为社会民主价值(social democratic)^[48],但这是混淆了侵权赔偿与公共征收(eminent domain),私法无存在价值了。

卡拉布雷西曾说,其提出上述法益保护三类型的缘由之一,是经济学家贝克尔在其经典的刑罚经济分析论文《犯罪与惩罚》^[49]中,主张刑罚可转为非惩罚的金钱计算。^[50]但是如此一来,所有的财产规则都将沦为补偿规则,相当一部分法律(财产规则)即失其意义。但既然财产规则与补偿规则不分,其认为不妥,为何在此要将补偿规则推向禁易规则?因为补偿价格若是够高,或者称惩罚性赔偿,其即等于禁易规则了。^[51]

侵权赔偿,尤其是过失侵权,不应同于公共征收,将两者同归为补偿规则,然后将公共征收之特质套用于侵权赔偿,毋宁是分类或模型之滥用。补偿规则在卡梅二氏的三分架构下,其特征是强取,公共征收是其典型,毫无疑问,但侵权赔偿,如果是在侵权诉讼中,的确是由法院决定赔偿额度,但这不是强取。一者,多数损害之赔偿,在侵权法之背景下,是以和解收场的,其无强取;二者,侵权法不是结果责任法,过失责任是侵权法的首阶原则,衡平责任等无过失责任仅是次阶原则,是在首阶的过失原则无法适用时才能启动的。换言之,除非是故意侵权,法院在侵权案件中的裁判重心,不在赔偿额度之决定,而是在过失与否之认定,此决非强取。

意外事故的责任分配,有过失责任与结果责任之分。^[52]结果责任是指,一旦损害发生,行为人即应负损害赔偿赔偿责任,不考虑过失与否。^[53]这里必须区别于严格责任。严格责任是过失责任的一种特殊样态——若行为极端危险,其在汉德公式中的P值近于1,行为人几乎可确定须负损害赔偿赔偿责任,则侵权法明文令其负损害赔偿赔偿责任,可简化法律之适用。因此,结果责任是补偿规则,而过失责任(包括严格责任)则是财产规则。在结果责任下,行为人只要付出损害赔偿,即可强取受害人的财产,而受害人是无法经由过失与否来调校行为人的行为危险强度的。一方面,如果行为人付得起,其可重大过失甚或故意造成损害,因为其须负的边际损害赔偿并不因主观过失程度而有不同;另一方面,受害人

[48] Guido Calabresi, "A Broader View of the Cathedral: The Significance of the Liability Rule, Correcting a Misapprehension", 77 *Law and Contemporary Problems* 1 (2014).

[49] Gary Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach", 76 *Journal of Political Economy* 169 (1968).

[50] Guido Calabresi, "Remarks: The Simple Virtues of the Cathedral", 106 *Yale Law Journal* 2203 (1997).

[51] Guido Calabresi, "A Broader View of the Cathedral: The Significance of the Liability Rule, Correcting a Misapprehension", *supra* note [48].

[52] 或称无过失责任。

[53] 为了更凸显过失责任与结果责任的关键不同,这里仍要求(条件)因果关系,虽然在现实操作中,结果责任往往也令行为人就无因果关系的损害承担了赔偿责任。

也无须负与有过失责任,出于同样理由,其也大可为重大过失甚或故意行为。如此结果,显然不是行为人也不是受害人想要的。此所以侵权法,不采结果责任,而采过失责任。^[54]

又,将侵权法视为补偿规则,灌注所谓社会民主价值,可能会令人们负积极的救助义务,如此私法即非自治了。例如驾车路过发现一个受伤的人,驾驶人继续行驶不予以任何的协助,后来该伤者因无人救助而伤重致死,此在道德上也许有亏,但在过失责任下,驾驶人是不负赔偿责任的。其汉德公式的计算中P为0,因为此危险并非行为人造成,公式 $B < PL$ 因此很难成立,行为人不负损害赔偿赔偿责任。但强取的补偿规则将P视为很大,因为未得到行为人的救助,受害人死亡了,而且B很小,因为这是行为人的举手之劳, $B < PL$ 因此成立,行为人应负损害赔偿赔偿责任。这里的补偿规则太随意了,难免滥用。一般人皆有不忍人之心,为何见死不救?^[55]原因大体包括:(1)在过失责任下,危险是行为人之行为造成,因此其可认知到。而在此例中,危险非由行为人造成,其如何得知?行为人显然不当然会认知到非其行为所造成的客观危险。(2)行为人也许认为还有其他人可为救助,因此选择不救助。(3)行为人也许有很重要的事要办,其时间成本很高。(4)救助往往会引来麻烦。在此,汉德公式 $B < PL$ 的计算就为:(1)(2)使得P变得很小,而(3)(4)使得B变得很大, $B < PL$ 因此很难成立。补偿规则虽是强取,但其目的既然在保护财产利益,其若无法确保上述四条件不存在,即不应适用至此。^[56]

补偿规则既然作为“强取”的规则,其必然旨在减少租值消散,此即(强取)程序之公正以及补偿之公平。^[57]诚如卡梅二氏自己指出,规则四——受污染者可付出“公定”价格令污染者停止污染——之所以很少出现在法院实务中,是因为法院一般无能力征收众多受污染者的收买钱去补偿污染者;但在公法上,此规则用之甚多,因为政府有此能力。^[58]补偿规则因此不是只有金钱补偿此一特征,而且必然意味着此金钱补偿减少了制度(交易)费用,此即强取程序之

[54] 即使在那些所谓无过失的社会补偿机制下,侵权法的“过失责任”仍须受到尊重,否则即失之滥矣。See Michael J. Trebilcock, “Incentive Issues in the Design of No-Fault Compensation Systems”, 39 *The University of Toronto Law Journal* 19 (1989).

[55] 卡拉布雷西也主张利他或慈善之心本身就是目的,经济理论仅以手段视之,是缺陷了。Guido Calabresi, *The Future of Law and Economics*, Yale University Press, 2016, pp.90—116.

[56] 罗丝(Carol Rose)曾质疑卡梅二氏将补偿规则以财产利益之保护方式视之,Carol M. Rose, “The Shadow of the Cathedral”, 106 *Yale Law Journal* 2175 (1997)。如果补偿规则是强调其程序公平、公开与补偿之公正而非其强取,此一质疑即不成立了。

[57] See James M. Buchanan, “Good Economics—Bad Law”, *supra* note [44]; Neil K. Komesar, “Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy”, *supra* note [44].

[58] See A. Douglas Melamed, “Remarks: A Public Law Perspective”, 106 *Yale Law Journal* 2209 (1997).

公开与补偿之公正,以确保众人互蒙其利。^[59] 同理反推,单有金钱补偿,也不能就说是补偿规则,例如惩罚性赔偿,不管是刑事或民事,皆非补偿规则;又例如债务人不履行债务,尤其是在其可归责时,要求其支付金钱赔偿,亦不可归为补偿规则,因为这里没有强取的问题,仅仅是契约当事人订约时预见的事件发生了,债务人依照契约,支付金钱赔偿。

五、过失为何不受刑罚

(一) 故意侵权

侵权责任不同于契约责任,在于其未经个案契约交易而由法律默认了其危险分配,其中可进一步分为“能交易而不交易”与“不能交易而不交易”两种类型。能交易而不交易,是故意;不能交易而不交易,是过失。不能交易而不交易,法律以默认规定去界分责任,非常正当,但能交易而不交易,则除了法律默认规定外,还必须加以惩罚、吓阻。^[60] 侵权法基于民事赔偿(损害填补)目的,可不区分故意与过失的责任性质,但从整体法律系统来看,故意责任不同于过失责任,其应具惩罚性。

更申论之,过失侵权与故意侵权,皆为财产规则。前者之财产权移转,是当事人自愿交易的,当然不应课以刑罚;而后者,则是当事人被迫移转,必须课以刑罚,这是卡梅二氏提出财产规则的论旨。不过,弗莱彻(George Fletcher)质疑诉诸刑罚以确保自愿交易的正当性。^[61] 他说,刑罚具有公共性,是来自众人的一般恐惧,而财产规则仅是针对个别人财产的保护,因此不应诉诸刑罚。刑罚的公共性表现在,犯罪之侦办、审判与刑禁,是由国家支出费用执行的。他甚至说,即便穷人也可通过后付酬金(contingency fee)方式打得起民事损害赔偿诉讼,何须国家介入?^[62] 但此说法有误,因为对比于过失,故意的确具有公共性,即使其针对的法益仅是个人财产。过失侵权取决于个别行为人所面临的特定时空情状,但故意侵权几乎系于行为人的一念之间,并无特定情状之限制;过失是应预见、能预见而不预见,其一直是变动的,具有个别性、特例性,而故意则是预见到损害之发生,其是固定的,具有一般性;更关键的是,在过失侵权中,受害人既然是自愿交易承担风险——接受金钱赔偿,则就潜在受害人而言,这些风险是其意想之中的,从而无恐慌,但故意侵权正是未经受害人同意的非自愿交易,这些风险不在潜在受害人的意想之中,因而公众会有恐慌。弗莱彻自己

[59] See Richard A. Epstein, "A Clear View of the Cathedral: The Dominance of Property Rules", 106 *Yale Law Journal* 2091 (1997).

[60] 参见简资修:“故意侵权法的经济分析——兼评 Landes & Posner 模型”,载《“中研院”法学期刊》2007 年第 1 期。

[61] George P. Fletcher, "A Transaction Theory of Crime?", *supra* note [13].

[62] *Id.*

也承认,故意侵权引起的公众恐慌,绝对远远大于意外事故!^[63]

弗莱彻还提出了一个更根本的问题:财产规则若非事前即确定,而是作为法律裁判救济途径之一,刑罚即恣意了。他说,依照科斯定理或效率说法,在低交易费用情况下,财产权归属于这方或那方都无所谓,而在高交易费用情形中,财产权的归属应视其对哪一方的价值更高来决定,则所谓财产规则的刑罚规定即无所附丽了。^[64]此说直捣财产规则核心,必须认真对待。首先,科斯定理的核心论旨,不是财产权不论归属这方或那方,交易结果都是不变的且是最好的,而是财产权必须是系统的确定,而非个案的裁决;这不是只有在低交易费用时如此,在高交易费用的情形下,更是如此,否则就非科斯念兹在兹的(系统)制度比较。^[65]其次,卡梅二氏在分析财产利益之保护时,也的确未见此科斯定理精义,其将财产利益之归属视为给定,然后分析三种保护方式,此即财产规则、补偿规则与禁易规则。但诚如罗丝(Carol Rose)所说,卡梅二氏以及其后的论者,往往以财产法的例子偷渡契约法与侵权法的补偿规则,令普通法中的财产法、契约法与侵权法的各自分工、各有原则——财产法是财产规则而契约法或侵权法是补偿规则——模糊了。^[66]卡梅二氏虽说,普通法的教义(doctrines)仅是大教堂的一景,而其提出的“模型”(model building)则能串联贯通,但其也承认模型建构的缺失,令人有硬套的机会,即使事实与理论不相符。^[67]的确,若以法院事后救济裁量视角来看此一分类,实体法律(相对于程序法律)即不见了,则此一分类作为法律分析架构,其意义尽失矣。

将财产利益的归属与保护方式,决然划分,并不可行。先设定一个抽象的财产利益归属——可能是接近于“所有权”的概念,然后再视各种冲突状况,独立决定其保护方式,也没有什么道理。法律之所以是财产规则、补偿规则或禁易规则,完全与抽象财产利益归属无关。将财产利益视为“权利束”(a bundle of rights),可减少不必要的概念障碍。财产规则、补偿规则或禁易规则之选取,因此不只是财产利益之保护形式而已,而是财产权之实质内容。换言之,财产利益是由该三种规则共同保护的,而非法院于裁判时须择一以提供救济。财产规则之目的在于促进交易,其权利须界定清楚才能有交易;补偿规则之目的在于强取,因此除了应严格区分于财产规则之外,也要重视强取程序之公开与

[63] *Id.*

[64] 这是他所指的“配置理论”(allocation theory),他认为这会与“交易理论”(transaction theory)冲突。George P. Fletcher, “A Transaction Theory of Crime?”, *supra* note [13].

[65] 参见简资修:“科斯经济学的法学意义”,同前注[10]。

[66] Carol M. Rose, “The Shadow of the Cathedral”, *supra* note [56]. 不过,罗丝在此将侵权法归为补偿规则,是错误的。

[67] Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of Cathedral*, *supra* note [12].

公正以及补偿之公平,否则就是不当征收了;而禁易规则,因此应着重于其真能保护财产利益人,否则就是滥用公权力。

弗莱彻所举酒驾之例^[68],也是由财产规则或补偿规则不确定所造成的。他说,当路上只有一个酒驾者与一个不酒驾者时,法律会要求酒驾者向不酒驾者付钱,购买其安全,不酒驾者可拒绝或接受,财产规则也;他接着说,但当酒驾者人数变多,而不酒驾者仍是一人时,由于前者的集资(交易)费用很高,此时反而应由不酒驾者向酒驾者购买其安全。误解科斯定理,加上卡梅二氏不严谨的财产利益保护分类,竟令弗莱彻得出如此怪异的结论。本文前已论述,侵权责任是危险责任,酒驾者是危险行为人,其是否应负责任,不会随酒驾者或不酒驾者的人数多寡而不同。开车意外事故之高交易费用,不是在于人数,而是在于未来之(讯息)不确定,即不知哪些个案会实际发生,但行为愈是危险,行为人愈应负责此一抽象原则,应是大家同意的。此责任分配,是合情合理的,即便个案的交易费用很高。其实,个案的高(市场)交易费用,甚至才是(法律)交易成立的动力。^[69] 科斯说,权利确定是市场交易之前奏。其是说,权利不确定的市场交易费用甚高,若权利确定,即减少了市场交易费用,市场交易因此成为可能。换言之,之所以有确定权利的法律,是源自于甚高的市场交易费用,此财产规则也!

有一须注意者,故意责任必须区别于严格责任,虽然二者在形式上的汉德公式结构是一样的。极端危险行为,在汉德公式计算中的P值为1或近于1,除了故意责任外,还有严格责任——从事危险活动,一旦有损害发生,即应负损害赔偿赔偿责任。此两者之不同,在于故意责任是能交易而不交易,而严格责任则是不能交易而不交易,与过失并无不同,因而其无惩罚性。严格责任之不能交易,来自行为人虽知其危险,但其危险种类与受害人无法特定,而过失侵权正是行为人应知、能知其危险而不知,自然无从交易。严格责任也可说是一种契约责任——活动虽然极端危险,但活动的价值很高,因此行为人与(潜在)受害人订约,容许其从事此危险活动,条件是一旦有损害就赔偿,此是互蒙其利的。善良管理人注意是有偿契约的归责事由^[70],严格责任则意味着更高的事变责任,甚至可包括不可抗力事变。台湾地区的“药害救济法”第4条第1项规定:“因正当使用合法药物所生药害,得依本法规定请求救济。”台湾地区“核子损害赔偿法”第11条规定:“核子事故发生后,其经营者对于所造成之核子损害,应负

[68] George P. Fletcher, "A Transaction Theory of Crime?", *supra* note [13].

[69] 例如契约法之核心,不在契约自由,而在契约解释,因为如果契约当事人都约定非常清楚(此意味着低交易成本),根本无须法律(院)介入,只有在约定不清(此即高交易成本)时,才需法院适用契约法去解释之。

[70] 中国台湾地区“民法”第220条规定:“I 债务人就其故意与过失之行为,应负责任。II 过失之责任,依事件之特性而有轻重,如其事件非予债务人以利益者,应从轻酌定。”

赔偿责任。”这些都是行为者负严格责任而不负刑责之例。不过,严格责任由于只是危险种类与受害人无法特定,行为的整体危险还是确定的,因此若 $B < PL$,此即所有个别损害之和很高,而此为行为人所知,行为人即有不法,而转为故意责任,可惩罚之。例如损害是由未经临床试验的药物所造成者,生产者不但应负损害赔偿 responsibility,而且应负刑责。

(二) 过失侵权

过失侵权不是刑事不法,首先表现在刑法无财产过失犯罪之规定。中国台湾地区“刑法”第12条规定:“I 行为非出于故意或过失者,不罚。II 过失行为之处罚,以有特别规定者,为限。”台湾地区“刑法”中有关财产的犯罪,例如窃盗罪(第320条至第324条)、强夺强盗及海盗罪(第325条至第334条之一)、侵占罪(第335条至第338条)或诈欺背信及重利罪(第339条至第344条)等,不但没有处罚过失犯的规定,而且还要求行为人须具不法意图,才构成犯罪。这种将过失犯明文排除在外的规定方式,与侵权法明文规定严格责任,有异曲同工之妙。之所以明文规定严格责任,来自于行为极端危险,在过失责任制下,行为人几可确定须负损害赔偿 responsibility;不规定过失犯罪,也是来自于这些过失行为几可确定其非刑事不法,不规定之,可简化法律适用。非财产犯罪之所以有过失犯,是因为侵权之损害赔偿是回复原状之填补,而本质上无法填补之损害,例如生命自由等,无法由赔偿填补,刑罚乃有必要。

过失侵权不是刑事不法,其实更一般性地表现在其系容许风险,从而阻却了刑事不法。容许风险系不成文的刑事不法排除要件^[71],意味着行为人无须就其行为之所有风险负刑事责任,而仅须就不容许的风险负责。过失侵权既为行为人与受害人就意外事故达成的损害填补契约,其必然不能是刑事不法,因此其风险是刑事上容许的;续推之,刑事不法的不容许风险(即过失),必须高于民事责任的过失,而更趋向于故意。此一推论不但合于上述无财产过失犯的理由,而且也解释了为何刑事不法之认定,较诸民事不法,是更为严格的。

英美证据法明确指出,刑事证据之证明力是以“超越合理的怀疑”(beyond a reasonable doubt)为基准,而民事者,则是以较低的“证据的优越”(the preponderance of the evidence)为基准。台湾地区的法律理论认为,在民事案件中,证据证明力的标准是法官的确信,此即高度盖然性,几乎等于英美法刑事证据上的超越合理怀疑。^[72] 但此民刑不分,可能只是表象。首先,刑法上的疑罪

[71] 黄荣坚:《基础刑法学(上)》,同前注[19],第209—219页。

[72] 参见黄国昌:《民事诉讼理论之新开展》,台湾元照出版有限公司2005年版,第64—65页;黄翰义:《程序正义之理念(二)》,台湾元照出版有限公司2010年版,第103—105页。

从轻或无罪推定等刑罚谦抑原则^[73]，必然使得刑事的证明标准高于民事，否则这些原则即成为具文。其次，证明标准仅是形式，如果其所欲证明的事实不同，可得出不同的结果。例如依照本文主张，刑事上的过失应高于民事上的过失，则即使依照高度盖然性的同一标准，刑事上的过失还是更难成立，因为其本来就要求比较高的讯息量——P 值要很大，才能令人得出过失的结论。此外，这也说明了为何惩罚性赔偿要如此受到质疑^[74]——其以“赔偿”之较低证明标准规避了“惩罚”之较高的证明标准！

过失侵权作为财产规则，其不仅在形式上解释了刑法规定，也提供了阻却刑事不法的实质论据。例如针对不纯正不作为犯，诚如论者指出，其作为义务之违反，必须是刑法规范性的，不能只是描述性的，或是规范关系的反射结果。^[75] 所谓支配理论、信赖原则或行为期待，都是如此，因为系争危险皆为既有，而非因行为人之行为所增加者。此时汉德公式的计算，其 P 值为 0，而非这些描述性概念指向的近于 1，因此单纯的不作为不可能满足 $B < PL$ ，因此行为人不应当负损害赔偿之责，自然更无须负刑罚之责。若从过失责任即是危险责任之源出发，仍嫌不够，加入契约责任，就更清楚了——世上将无契约，众人皆负积极义务，个人自由尽失矣。

同样的，容许风险作为阻却刑事不法事由，其不能只是描述性或规范性的概念，而必须有实质论据，有论者提出风险承担。^[76] “至于实证刑法，并非创设相互承认关系，而只是将先于刑法存在的相互承认关系具体化，外部化。”^[77] 过失侵权作为财产规则，即是此先于刑法存在的关系。过失侵权之所以是财产规则而非补偿规则或禁易规则，即是受害人与行为人达成了交易——行为人为行为所增加的利益，不得低于受害人因之增加的预期损害；换言之，行为人若不为此行为，其无法实现的利益（此即成本 B），不得低于受害人因之可减少的预期损害（此即 PL），汉德公式也。受害人与行为之所以可能达成交易，在于受害人与行为人于事前（损害发生前）并未特定，其身份是互为流动的，因此 B 或 PL 对其而言，只是比较大小，汉德公式一定成立。

除此而外，过失作为容许风险，也化解了直觉与偏见（heuristics and bia-

[73] 参见林钰雄：《刑事诉讼法上册：总论编》，台湾元照出版有限公司 2007 年版，第 474 页。

[74] See John C. Coffee, "Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models—And What Can Be Done About It", 101 *Yale Law Journal* 1875 (1992).

[75] 参见周漾沂：“重新建构刑法上保证人地位的法理基础”，载《台大法学论丛》2014 年第 43 卷第 1 期。

[76] 参见周漾沂：“风险承担作为阻却不法事由——重构容许风险的实质理由”，载《中研院法学期刊》2014 年第 14 期。

[77] 同上注。

ses)^[78]研究所衍生出的批评。这些研究指出,人的认知判断与行为决定,从事后客观评价来看,往往是错误的,但其是人性一部分,无法去除,则法律对之课责,岂不师出无名?^[79]但事实是,过失侵权作为财产规则,意味着行为人与受害人在意外事故发生前达成交易——损害一旦发生,即以行为人之过失为赔偿条件;而之所以是过失,乃因认识到此应预见、能预见而不预见的状况就是会发生,无可避免,否则仅以故意责任或结果责任处理即可;在故意责任,可刑罚吓阻行为,在结果责任,可快速损害填补。可见,人的认知弱点,正是过失责任的基础!行为人与受害人立于无知之幕之后,不知道意外发生时,其会是行为人还是受害人,但其知道人性存在这些认知与决定弱点^[80],因此其合意过失侵权为损害填补责任,而不惩罚——不强人所难。过失要成为犯罪,加以惩罚,其程度必须高于侵权的过失而往故意方向移动,因为如此行为人才表现出“知法犯法”的可责性。

王泽鉴教授说:

刑法在于行使国家公权力,对犯罪者加以处罚,从而关于过失的认定,应采主观说(或折中说);民法(尤其是侵权行为法)则在合理分配损害,过失的认定应采客观的标准。准此以言,在刑法因无过失(主观)而不成立犯罪的,在民法上得因过失(客观)而构成侵权行为。^[81]

此说不正确。在刑法上不构成过失犯罪,但在民法上构成过失侵权,不是来自于过失标准的主观与客观之不同,而是来自于主观(个人)认知的客观(经验)认定程度之不同,此即行为危险性之一般认知,汉德公式中的P值也!

六、结论

侵权法是私法之一环,但一方面,其多以故意侵权为思考对象,以至于被赋予了非难性或惩罚性,将其与行政不法或刑事不法并列;另一方面,损害之社会化思潮也侵入其中,过失反而被忽略了,私法自治尽失矣。过失行为往往要么被推得太晚,此即过失客观化之论,要么被拉得太早,此即能力标准之论,如此皆令过失责任成为行为吓阻工具,但实际上,其应是停止条件实现时(即意外事

[78] See Daniel Kahneman, "Thinking, Fast and Slow", *supra* note [3].

[79] See Leora Dahan-Kaze, "The Implications of Heuristics and Biases Research on Moral and Legal Responsibility", in Nicole A. Vincent (ed.), *Neuroscience and Legal Responsibility*, Oxford University Press, 2013, pp. 135—161.

[80] 怜悯之心、刑事制度的不完美以及自己涉案的不确定等,都是影响刑法的因素。See James M. Buchanan, "The Punishment Dilemma", in *The Collected Works of James M. Buchanan*, Vol. 7, Liberty Fund, 2000.

[81] 王泽鉴:《侵权行为法》,同前注[16]。

故发生)的约定给付。将侵权法作为损害社会化之手段,一方面,不能喧宾夺主,完全漠视过失责任之存在;另一方面,其范围也须受法院制度能力之限制,不能是随意的。过失之此契约性的私法性质,而非外加的公法之惩罚或强取,才能说明侵权损害赔偿与刑事处罚的不同:为何刑法往往不处罚过失犯、为何刑事的证明标准比较高、为何疑罪从轻、何谓容许风险。最后,有对过失之正确理解,才能反衬出何谓故意,刑事处罚才有了基础。

(初审编辑 郑杰)