

過失作為心裡（不認知）狀態之經濟分析

簡資修 *

壹、前言

貳、過失或不法

參、嚴格責任無過失？

肆、財產法的資訊結構

伍、結論

* 中央研究院法律學研究所副研究員、台灣大學法律學系合聘副教授

壹、前言

侵權法的經濟分析往往將過失物化了，作為未預見之心裡狀態之過失因此被漠視了。其將過失定義為，可因該行為而減少的預期損害大於該行為的負擔而不為。但其實此客觀成本效益計算僅是侵權責任成立條件之一，不法性是也。與故意同，過失作為未預見，是一種（不）認知狀態，其評價因此與不法性不同。不區分過失與不法的結果，往往令不法的計算錯誤了。例如誤將心智或技術能力等同於避免因之損害的能力，從而也看不出危險責任係「無關於過失」而非「無過失」此一特質。

探討過失責任的本質，必須回到財產權的交易成本理論。當行為造成他人損害而不負損害賠償責任，寇斯說，這是因為行為人與受害人的交易成本太高，法律一步到位直接將財產權歸於行為人，可增加社會產值。損害發生係一種強制交易，若可預見而不預見，意味了行為人可在事前市場交易但卻過失不為之，因此應負損害賠償責任；若不可預見而不預見，意味了行為人根本無從知悉交易何在，從而也無在事前市場交易之可能，則當行為人的使用價值較高時，其為無過失，法律直接將財產權歸屬行為人，因此其不負損害賠償之責。

嚴格責任往往被稱為無過失責任，但這是不對的。按嚴格責任係指只要行為造成損害，即須負損害賠償責任，是補償法則之一種。其雖因事前市場交易成本高，以致於財產法則不適用，但其強制交易仍須是對交易雙方都有利的，從而是可預見的，則不可預見之損害，必然不是交易（補償）的內容。預期損害愈大，愈是可預見，此所以（極端）危險責任，是嚴格責任。侵權責任一定是過失責任的。

過失作為（不）認知狀態，是整體民事財產法資訊結構的一環。在水平連結上，物權效力在公示與善意保護下發生了，債權因此受損，這與過失責任有同樣

的資訊結構。在垂直連貫上，絕對權以結果不法方式保護，也是因應於物權的公示資訊。

本文以下首先探討過失與不法區分之必要，並以開車能力不同者為例，說明其不法與過失之認定不同。接著一節將以圖示說明即使經由嚴格責任，行為人仍僅是負過失責任。再來之一節則說明過失責任並非特例，而是整體民事財產法資訊結構的一環。最後是結論。

貳、 過失或不法

民法第 184 條第 1 項前段規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」故意、過失與不法顯然是分離的，雖然過失客觀化或甚至不法即過失的說法，不時出現。在英美普通法，故意侵權（intentional torts）與過失侵權（negligence）則是並列獨立的侵權類型¹，因此過失作為未預見的心理狀態，或甚至故意作為預見的心理狀態，在法律推理上，並不必然要去考慮，如果波斯納所言法律效果才是唯一重要之點是真的話²。但這不可能是對的，因為在適用法律時，系爭行為還是要先被歸類為故意或過失，然後再去檢驗行為人是否應負賠償責任，否則法律何在呢？或者即便法官不受法律約束，在個案皆自為成本效益分析，但為何事後判決彙編居然有故意與過失之分類呢？難道不是事物之本質嗎？

美國漢德法官提出以下著名程式： $B < PL$ ——當行為人所生負擔小於因之可以減少的預期損害而不為時，是為過失。在英美普通法背景下，此是說行為人應負「過失侵權」此一類型的損害賠償責任，但過失與不法分離的架構中，其則是不法而非過失。過失與不法之分離，即便在立法上未明文表現出來，其在法律推

¹ See Richard A. Epstein, Torts 1-134 (1999).

² Richard A. Posner, The Problems of Jurisprudence 169-70 (1990); Hans-Bernd Schafer and Claus Ott, The Economic Analysis of Civil Law 140-143 (2004)..

理或經濟分析，卻意義非凡，因為行為人之未預見心理狀態之評價是不同於其活動之評價，而且往往其變動程度是不一致的，甚至是不同方向的變動。換言之，愈是不法可能，並不意味其愈是過失可能；愈是過失可能，也不意味其愈是不法可能。若不明乎此，損害賠償責任的認定，會被扭曲。

在侵權法中，行為人不會因其在損害即將發生時已經盡其所能而免除損害賠償責任，例如青少年或老年人等能力較差的開車人在事故發生時已經盡其最佳的反應能力，仍須負損害賠償責任，因此有人稱此非過失責任而係嚴格責任³。此不法性的計算，並非如波斯納等人所言，依照漢德程式，這些開車能力較差者的負擔（B）較重，從而 $B < PL$ 不易成立，此即賠償責任不易成立，但基於法院因此增加了核實費用或容許了太多無益活動，則法律不應容許此賠償責任之認定與正常能力開車者有所差別⁴。未區分過失與不法，使得波斯納等人的不法計算，錯了。法律對於開車能力不同者不為區別待遇，是在其過失階段而非不法階段——開車能力雖有不同，但其預見損害發生的能力是相同的。相反於波斯納等人所言，開車能力較差者的負擔（B）並沒有比較重，因為其決定於開車活動的價值（減少開車活動所失之利益），而一般此與開車能力無關，倒是開車能力較差者可因之減少的預期損害（PL）是比較多的，因為其一旦不開車或減速慢行，損害的發生機率必然降低比較多（否則也無開車能力高低的問題），則 $B < PL$ 即易成立，從而開車能力較差者其「合法」活動範圍是比較小的。不法者，不「量能而為」也。開車人的開車能力或有不同，但「量能而為」一般是知道的，此之所以開車能力較差者，不會因之無過失而免除損害賠償責任⁵。

³ 「在若干情形，此種客觀化的過失標準事實上將導致某種危險責任，如天生弱視而駕駛者，必須就其視力不足而負責，此為採過失責任所要付出的代價。」王澤鑑，侵權行為法（一）：基本理論；一般侵權行為，頁 296，1998 年 9 月。

⁴ See William M. Landes and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law* 123-31 (1987); Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law* 73-7 (1987).

⁵ 參見簡資修，不法行為的決定時點——預防科技的不足或安全活動的逾越？收於氏著，經濟推理與法律，頁 203-216，2006 年（增訂版）；命令管制非侵權責任之本質——回應〈過失責任標準經濟分析之再省思〉，收於同書，頁 217-230。

參、嚴格責任無過失？

過失與不法的分離，也有助於嚴格責任特質之顯現。在法律適用層面上說，嚴格責任是指一旦從事某特定活動，對於因此造成的損害，即負填補責任。其往往也被稱為無過失責任。但邏輯上，此不必然，因為特定活動之選取，可能已經是過失的具體化了。換言之，嚴格責任僅是過失責任制下的不法類型——此可使法官無須在每一個案為漢德程式的個別成本效益計算。例如上述開車能力較差者，其活動的合法範圍比較窄，動輒得咎（不法），當其不法範圍極大時，則在以無為有之錯誤（false positive）發生機率不高下，不妨課予嚴格責任或舉證責任之轉換，此為危險責任，例如民法第 191 條之 3⁶。此也是為何著名法經濟學家波斯納在 *Indiana Harbor Belt* 案中，以從頭來起的過失（不法）責任分析，得出與適用嚴格責任相同的結果⁷。危險責任是一個法律操作技術，一如法律對於侵害絕對權之規定。當絕對權受到侵害時，法律先是推定不法，然後再由行為人去主張證明其有阻卻不法事由，例如正當防衛或被害人自願承擔危險等。絕對權侵害之所以受到此不法推定，相對於債權等財產利益，即是來自於其公示效果——眾人皆知其物之疆界何在，從而一旦疆界被跨越，可合理推論其不法了。當然疆界跨越並非不法唯一要素，在不法因素越來越多元或複雜，則此一推定的重要性即降低了。

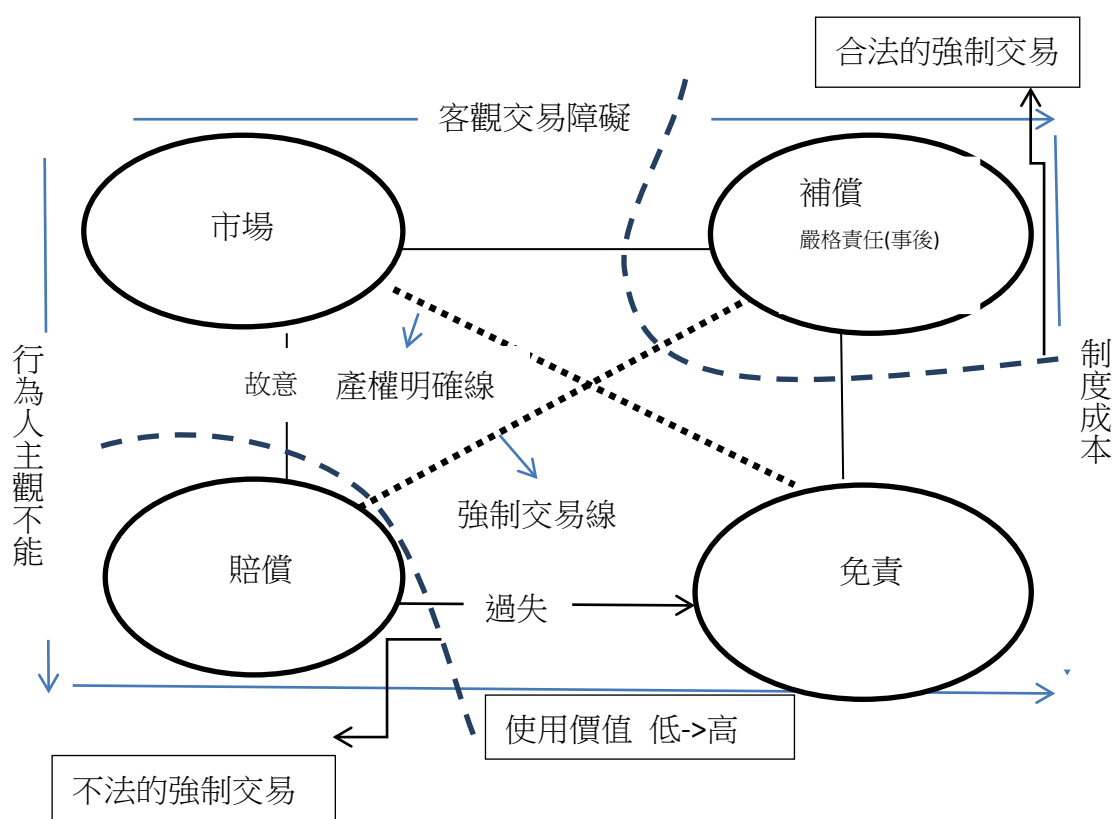
嚴格責任也可從另一個面向來看，其是一種補償法則（liability rule）——法律不對受害人的財產以禁制令等手段為事前保護（此為財產法則property rule），而是一旦有損害發生，行為人即應負補償責任⁸。權利之所以不以財產法則而以補償法則保護，是因為當事人雖欲交易但其事前透過市場交易的成本太高，乃由

⁶ 民法第 191 條之 3 規定：「經營一定事業或從事其他工作或活動之人，其工作或活動之性質或其使用之工具或方法有生損害於他人之危險者，對他人之損害應負損害賠償責任。但損害非由於其工作或活動或其使用之工具所致，或於防止損害之發生已盡相當之注意者，不在此限。」

⁷ 參見簡資修，*科斯經濟學的法學意義*，中外法學，2012 年第 1 期，頁 202-3。

⁸ Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089, 1108-9 (1972).

第三者訂出強制的交易價格。在此，嚴格責任也不能代替過失責任，因為未預見損害發生的行為人，根本無交易的認識，交易動機無從說起，當然也就無市場交易之需求，則強制手段也無替代的對象了。



基於損害的相互性，寇斯認為財產權明確了，不管是經由市場交易或是法律直接定奪，資源會流向使用價值最高者，這是圖中的市場／免責軸線⁹。當市場交易成本低時，市場自願交易可以達到此損害最適分配，此為眾人熟知的寇斯定理；當市場交易成本高時，寇斯主張將損害歸由受害人承受——若是其損害額度較小的話——而行為人不負損害賠償責任，換言之，受害人自始即未受此財產權的分配。但此市場／免責的財產權明確，並非唯一的軸

⁹ R. H. Coase, The Firm, the market and the Law 95-185 (1988).

線，另一是強制交易軸線。Calabresi & Melamed提出財產法則與補償法則之區分¹⁰。財產權明確（此即歸屬）並未決定其救濟方式，當財產權的移轉，一定要經過其所有者的同意，否則其所有者可以訴諸國家強制禁止（刑罰或懲罰性賠償等）是為財產法則；當他人可以不經財產權所有者的同意，僅需支付由第三人決定的損害補償金額，即可強制取得此財產權，此為補償法則。之所以有補償法則，是因為市場交易成本過高，以致於若堅守財產法則，社會產值無法最大。Calabresi & Melamed在寇斯產權明確的全有全無損害責任外，微調出補償法則，將交易成本理論更往前推進了。嚴格責任之所以補償法則視之，是因為訟爭的損害，性屬強制交易，而嚴格責任意味了行為人一旦從事系爭活動只要造成他人損害，就必須以金錢補償之，不歸補償法則，何歸？嚴格責任不是過失責任的補遺！

依照寇斯比較制度的看法，補償法則也非終局。補償法則也有其「制度」成本¹¹，若其額度過高，損害責任制度應轉向免責，此即又回歸寇斯的財產權明確軸線。在此的嚴格責任制度成本，並非指嚴格責任的直接執行成本——相對於過失責任，其值甚小——而是其機會成本¹²，此即，若侵害人相對於受害人並非損害防免成本較小者（cheapest cost avoider）¹³，則因之減少的社會產值，即甚高。逆選擇或道德危險等，都是嚴格責任若非加以範圍的限制可能產生的副作用¹⁴。

相對於補償責任是合法的，賠償責任是不合法的強制交易，此來自行為人的主觀不願或不能，此即故意與過失。按市場交易定義上一定是雙方性的，

¹⁰ Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972).

¹¹ See e.g., Steven N. S. Cheung, *Will China Go Capitalist?* In *Selected Papers of Steven N. S. Cheung: Economic Explanation* (張五常英語論文選) 609-667 (2005).

¹² James M. Buchanan, *Opportunity Costs and Legal Institutions*, in *The Collected Works of James M. Buchanan* v. 12: *Economic Inquiry and Its Logic* 285-297 (2000).

¹³ See Guido Calabresi and Jon T. Hirschoff, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, 81 Yale L. J. 1055 (1972).

¹⁴ 例如簡資修，醫師的賠償責任與說明義務——經濟分析與其法院的實踐，月旦民商法雜誌第22期，2008年12月，頁38-52。

則行為人一方的不願或不能，意味了市場交易不可能發生，換言之，交易成本很高，但損害發生了，是為強制交易。行為人可在市場交易卻強制交易，是為故意侵權，破壞了私法自治最基本的原則，因此是不法的，而且其責任必須是懲罰性的（刑罰或懲罰性賠償等），否則市場交易蕩然無存矣¹⁵。過失相對於故意是來自於行為人未預見損害之發生，當然也不可能去從事市場交易，因此交易成本甚高，而其之所以是不法，是由於其活動價值低於因之造成的損害，若是活動價值高於因之造成的損害，即是免責，從而又回歸寇斯財產權明確的軸線。

肆、 財產法的資訊結構

以過失為損害賠償責任發生之要件，並非侵權法的特例，而是財產法資訊結構的一環。大法官釋字 349 號解釋的理由書說：「民法上之法律行為，有債權行為與物權行為，除法律有特別約定外，前者與特定人間發生法律上之效力，後者於以公示方法使第三人得知悉之狀態下，對任何第三人均發生法律上之效力。故動產以交付為公示方法，不動產以登記為公示方法，而以之作為權利取得、喪失、變更之要件，以保護善意第三人。」公示方法使得第三人得以知悉權利狀態，從而保護了善意第三人。此保護在積極面，有助於交易之達成，因為不會有物上負擔之突襲，在消極面，此也避免了侵權，尤其是在物理疆界之跨越（例如越界建築）。但公示制度僅能表彰以「物」為中心的靜態權利分配，對於尚未實現的可能動態侵權行為，是無能為力的。過失責任的功能，一如公示制度，在於確認行為人若無法知悉其行為之不法（結果），其為善意，從而應受法律之保護。

物權之創設，其追及效力必然使得債權受到侵害了。鄭建才大法官在大法官釋字 349 號解釋的不同意見書說：

¹⁵ 參見簡資修，故意侵權法的經濟分析——兼評 Landes & Posner 模型，中研院法學期刊，第 1 期，2007 年 9 月，頁 191-212。

所有權之受讓人，如可不受租賃契約之拘束，無異使讓與人（即出租人）片面享有租賃契約之終止權，亦無異聽由受讓人與讓與人共同侵害承租人之債權（在第三人言債權得為侵害行為之客體），於財產秩序之破壞不謂不深。¹⁶

但這言過其實了。誠如寇斯指出的，財產秩序之維持，不在於有損害即不法而應賠償¹⁷。搭配公示制度的物權創設，使得互蒙其利的交易增加了，即便債權減少了，而前者的利益是高於後者之損失¹⁸。同樣地，過失責任使得善意活動增加了，而他人權益受損了，但衡量後，前者還是高於後者的。

物權之具有公示作用，其侵害適用民法第 184 條第 1 項前段，因此以結果不法處理之，但畢竟這只是委託的（proxy）最後還是要從行為整體衡量。阻卻不法，例如正當防衛，即是其一。另外，現代是一個互動頻繁的社會，資源使用衝突大增，以物理疆界侵犯為基礎的結果不法，已失去其推定意義，某程度的行為不法，是必然的。不過，法院在探討行為是否不法時，不可能在每一個案皆自為漢德程式之操作，既無必要，也易犯錯。違反保護他人之法律，是可參考之點，但在我國實務操作上，卻被濫用了¹⁹。

過失責任甚至是法治之要求。大法官釋字第 275 號解釋說：「人民違反法律上之義務而應受行政罰之行為，法律無特別規定時，雖不以出於故意為必要，仍須以過失為其責任條件。」²⁰

¹⁶ 參見司法院大法官解釋續編（八），139 頁（1997）。

¹⁷ 參見簡資修，寇斯的法律經濟學，第 191 期，頁 80-5，2012 年。

¹⁸ 參見簡資修，物權外部性問題，中研院法學期刊，第 8 期，頁 227-57，2011 年。

¹⁹ 參見簡資修，違反保護他人法律之過失推定——經濟功效與司法仙丹，政大法學評論，第 75 期，頁 79-121，2003 年，收於氏著，經濟推理與法律，頁 147-184，2006 年（增訂版）；蘇永欽，再論一般侵權行為的類型——從體系功能的角度看修正後的違法侵權類型，政大法學評論，第 69 期，頁 167-201，2002 年。

²⁰ 目前行政罰法第 7 條第 1 項規定：「違反行政法上義務之行為，非出於故意或過失者，不予處罰。」

伍、 結論

侵權法的經濟分析過份集中於形式上的漢德程式，此即客觀的成本效益比較，使得侵權法係民事財產法體系一部份的特質消失了。故意與過失等認知狀態，因為與客觀的成本效益比較無關，從而被認為無意義。但此二概念，正是侵權法連接整體民事財產法之所在。故意過失之所以可能，是因為財產權明確了，而財產權明確又決定於公示制度。不嚴肅看待故意過失，即否認了整體民事財產制度。未將認知區分於客觀成本效益之計算，使得損害賠償責任標準的認定剛好相反了——愈是應受高標準約束者，其法定標準反而低了，而愈是應受低標準約束者，其法定標準反而高了。嚴格責任因此被提出作為矯正措施，但過失責任推到盡的危險責任不就是如此了嗎？嚴格責任作為補償法則，其必須對於交易雙方都是有利的，則其必然為過失責任，因為未預見的損害是不可能成為交易內容。當市場交易成本低時，只要財產權確定，市場交易會使得社會產值最大；當市場交易成本高時，過失責任將財產權直接歸給無過失的行為人，社會產值才能最大。

Negligence as a State of Mind

Tze-Shiou Chien

In the economic analysis of torts, negligence usually refers to an act which does not meet a due care. In the law, however, negligence is a state of mind in which the actor should have foreseen the damage occurred but he did not. Due care, as Hand formula shows, is determined by calculation of costs and benefits. A state of mind is an amount of information at a given time. A negligence principle in tort law means that the determination of due care should not be beyond the reasonable expectations of the actors. Usually, the personal traits of the actor would influence the calculation of due care but not reasonable expectations. For example, the less capable driver, such as the weak-sighted, will be held liable when he drives at a speed at which for ordinary drivers is a safe one. The weak-sightedness, however, would not reduce the driver's amount of information concerning the causal relation between weak-sightedness and driving speed.

This separation of information and capacity would much better explain the reasonable man standard. In the Hand formula ($B < PL$), most legal economists say less capable actors would have lower due care because they would incur heavier burden (B). As the reasonable man standard shows, this is not law. To correct this deviation from law, they sneak in process costs and so on. They are *ad hoc*. It is more appropriate that the uniformity of reasonable man standard refers to the same amount of information for all actors regardless of their capacities to drive.

The nature of strict liability would also be revealed by this separation thesis. As mentioned above, some say that some kind of strict liability is needed to deter those less capable actors who would enjoy lower due care and engage in those activities in which they should not do. Contrary is true. In the calculation of due care, those less capable actors would have higher rather than lower due care. Once they reduce their activities, by definition, they would reduce more amount of expected damage. In Hand formula, this means PL is larger and the actor is more likely to be liable. No need for inventing strict liability to deter. Strict liability, however, might be a good legal technique for saving legal information costs. This can be done with designating those activities in which the actors always liable for damages as dangerous and making actors engaging in those activities strictly liable for the damages. In this way, strict liability becomes a form of liability rule.

The negligence principle is a part of a coherent information structure of civil property law. The creation of rights *in rem* which have priority over rights *in personam* has the same information structure as the negligence principle. This is so because the law only recognizes those forms of rights *in rem* which have the backup of information structure through which general people would reasonably know the existence of those rights. As a legal technique, law might even presume that once damage occurred to rights *in rem*, the act is *prima facie* wrongful. Negligence as a state of mind is too important in the law to be ignored in the economic analysis of law.