

過失為何僅賠償不刑罰？

簡資修*

壹、前言

貳、過失客觀化，什麼客觀化？

參、過失責任作為市場規則

肆、過失行為與知識利用

伍、台灣的票據刑罰經驗

陸、結論

* 中央研究院法律學研究所、台灣大學法律學系合聘副教授；tschien@gate.sinica.edu.tw。感謝台大法研所碩士生蔣侃學的研究協助。

壹、前言

賠償與刑罰，若單從法律提供了嚇阻誘因看，其只是量而無質之不同。在開啟現代刑罰經濟分析的貝克（Gary Becker）模型中，刑罰是可以金錢計算的¹。但卡勒布列西（Guido Calabresi）說，這不可能是對的，因為如此一來，私法上財產權益的不同保護方式²——此即財產規則（property rules）、補償規則（liability rules）與不可轉讓性（inalienability）——即不可能存在了，因為原本以刑罰支撐的財產規則與不可轉讓性，最後都可轉換為補償規則³。不過，卡勒布列西與其後的法律經濟分析論者，將侵權賠償責任歸為補償規則，也是誤失了。結果責任也許是，但過失責任不是。一般法律經濟分析論者，將過失責任視為行為人違反一定的行為標準，從而被課予損害賠償責任作為懲罰，但這是不可轉讓性，因為在一定行為標準下，行為人是被懲罰的，加諸刑罰可也。侵權法作為事後的損害賠償機制，其責任之發生過失，必然是主觀認知的——應預見能預見而不預見損害之發生。行為人的主觀認知可能，確保了其行為後果可預測而其責任不是無妄之災。此是眾人互蒙其利的規則，私法自治之原則。過失責任因此比較是財產規則——受害人之接受賠償，並非來自行為人之如補償規則或不可轉讓性之強取，而是來自其與行為人的約款：過失責任停止條件成就了。私法的預設規定（default rules）不但有了合理基礎，其也劃清了民事賠償與刑事處罰之界線。

法律學說或實務上往往將過失客觀化，遮蔽了過失作為行為人主觀認知的原始意義。過失客觀化說法，預設了行為人原本的過失行為標準（因此主觀）比較低，而侵權法必須提高其標準（因此客觀）始可。但行為人的原本過失行為標準為何比較低？所謂提高標準的理由與標準又何在？過失客觀化混淆了過失與過失標準。所謂過失客觀化應是過失標準的客觀化，過失作為主觀認知不可能客觀化（行為）。過失標準決定於行為人所從事活動的客觀危險性，而此為行為人一

¹ Gary Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 78 J. Pol. Econ. 169-217 (1968).

² See Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of Cathedral*, 95 Harv. L. Rev. 1089 (1972).

³ Guido Calabresi, *Remarks: The Simple Virtues of the Cathedral*, 106 Yale L. J. 2203 (1997).

般主觀認知到的。愈是危險的活動，行為人愈是可能負損害賠償責任，此即其過失標準愈高，則過失客觀化的說法，即不能成立了一行為人自始（主觀認知到）就負比較高的（客觀）過失標準，何來客觀提高之說？

將過失還原為本來的認知面目，則過失責任作為法律原則，即最大利用了人間社會（市場）的分散知識。海耶克說，知識人人不同，每個人若皆充分利用其知識，經過交易，各自福利都增加了⁴。透過契約，一方獲得報酬減少了他方的危險；透過侵權（過失責任），行為人一方面充分利用其知識，另一方面受害人也受到補償。過失既非故意，行為人之不預見，即意味了此時此人的知識差異，充分利用此知識的結果，造成了他人損害。但若要避免損害之發生，行為人就不能充分利用其知識，不但各自福利都受損，社會進步也因嘗試錯誤受罰而停止了。

台灣過去雖有司法院釋字 275 號大法官解釋，要求科處行政罰，必須以過失為要件，但也有票據刑罰的失敗經驗。台灣過去票據刑罰的規定，其立法目的雖在加重支票發票人的責任，以維持支票信用，促進經濟發展，但由於其處罰對象多為過失犯，不但未遏阻犯罪，還消散了國家財力。

本文以下將先拆解過失客觀化的迷失，說明其根本無任何論理基礎；接著說明過失為何是主觀認知，而且其是市場運作的規則基礎；再來說明過失責任是如何促進了社會上知識之利用；台灣的票據刑罰經驗是失敗範本，值得介紹；最後是結論。

貳、 過失客觀化，什麼客觀化？

台灣民法第 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。」條文中過失與故意並列，既然故意作為行為人之認知狀態，過失也應該如是，始符合法條文義。台灣刑法第 14 條也明文規定：「行為

⁴ F. A. Hayek, *The Use of Knowledge in Society*, 35 Am. Econ. Rev. 519-530 (1945).

人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失。II行為人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生而確信其不發生者，以過失論。」條文中的「注意」與「確信」，明白表達了過失是行為人的認知狀態。台灣大法官解釋司法院釋字 275 號說：「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。⁵」這裡的過失也是認知問題而不是符合了法律上之義務與否，因為其必然已是違反了客觀上的法律義務。

目前甚為流行過失客觀化的說法。王澤鑑說：「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。⁶」此說法係將主觀過失等同於罪責⁷，以致於認為駕駛人若因弱視形成過失而負損害賠償責任，為強人所難，即非過失之適度原意。而事實是，過失責任是由主觀過失與客觀過失標準合成的，主觀過失是要確保行為人可能認知到此客觀過失標準從而引導其行為，否則法律即失去其規範意義。客觀過失標準是決定於行為人所從事活動的危險性——愈是危險的活動，過失標準愈高，行為人愈可能負損害賠償責任。又由於人之認知來自其活動之危險或得利引發，則愈是危險的活動，行為人愈是可能認知到。在上述弱視駕駛之例，弱視駕駛是危險駕駛，一如酒醉駕駛，其客觀過失標準甚高（例如即使在低速駕駛下也極易肇事），因此其主觀過失也甚可能，而且弱視此一行為人（主觀）特質，是不會影響行為人認知是否危險駕駛的能力。一旦釐清過失、過失標準以及過失責任之關係，過失客觀化此一極易誤導說法，即不必要了。

過失責任可以漢德公式（ $B < PL$ ）來說明。 B 表示行為人若不為此行為的成本（負擔）， L 表示實際損害額度， P 表示行為人若不為此行為可因之減少的損害發生機率，則當 $B < PL$ 時，行為人即有過失而應負損害賠償責任。 PL 代表行

⁵ 行政罰法第 7 條已明文規定：「違反行政法上義務之行為，非出於故意或過失者，不予處罰。」

⁶ 王澤鑑（2011），侵權行為法，頁 310。

⁷ 在刑法上，責任與不法是非常清楚的。即使所謂二階層理論與三階層理論之爭執，也不會將故意或過失歸入有責性與否之探討。參見黃榮堅（2012），基礎刑法學（上），頁 169-195。

為的危險性，其值愈大，其危險性愈高。在上述弱視駕駛之例，弱視駕駛人相較於正常駕駛人，一旦停駛或減速，其因此可減少的損害發生機率 P ，是比較大的，但其因之所生的成本 B ，應無差異，因為社會通念並未給予弱視人較高的駕駛或時間價值，則 $B < PL$ 比較可能成立，過失標準因此比較高。

過失客觀化其實很難想像，因為即便在所謂侵權法三層結構操作下，也得不出此結論。「三層結構在邏輯上具有一定次序的關連。須先有符合構成要件事實的行為，始判斷該當行為是否違法，其後再就具違法的行為認定其有無故意或過失。⁸」在弱視駕駛之例，其操作可能是：第一階段，弱視駕駛人開車肇事了；第二階段，其是否超速不法了；第三階段，其是否可免責而無過失。第一階段的弱視駕駛人開車肇事，在此不是問題，但第二階段之超速而不法，是有問題。單純超速與否，不能決定不法。弱視駕駛人是危險駕駛人，其可容許的安全時速，比正常駕駛人應為低，則若不將弱視此因素考量於不法，當弱視駕駛人未超速，其即無不法，從而也不進入第三階段為過失與否之認定。不過，一旦決定了弱視駕駛人是超速而不法，其弱視如何進入過失認定之考量？同情？法律顯然不同意。行為人之認知也！弱視駕駛人相對於正常駕駛人，其就弱視駕駛是危險駕駛之認知能力，並無不同，因此過失仍是主觀認知而非客觀（行為）標準。

結果不法說，也很難令過失客觀化。所謂結果不法說是指，系爭行為若符合第一階段，推定第二階段不法成立，除非行為人證明其非不法，不然直接進入第三階段為過失考量。依此說，在弱視駕駛之例，弱視駕駛人一旦開車肇事，法律推定其不法，然後認定其有無過失。弱視駕駛人可主張其無不法或無過失而免責。當其主張其為弱視而無不法，顯然對其是不利的，因為弱視駕駛是危險駕駛，其須負比較高的行為標準，但因此轉而主張其弱視從而其比較不可能過失，也是差矣。法律為何不承認之？因為法律還是認為過失是主觀認知，而弱視駕駛人的主觀認知能力是不遜於正常駕駛人，從而其不可能比較不可能過失。

⁸ 王澤鑑，前揭註 6，頁 107。

有些法律經濟分析論者，也宣稱過失應客觀化，但一方面，其分析模型是事前管制型，與侵權責任的事後賠償型不符，另一方面，其行為標準之計算，由於成本效益含糊不清，得出顛倒的結論⁹。

按事後責任之認定，是以行為人的防制能力固定為基準，去評價其是否應行為，此即是否量能而為了，但事前管制預防，則是要求於行為人該有何種或何程度的防制能力，單純能力的考量而已¹⁰。在弱視駕駛之例，事後賠償責任之認定，並不針對其弱視本身為評價，而是行為人知其弱視而為駕駛行為之評價，則在弱視駕駛是危險駕駛之認知下，行為人可容許的安全活動範圍是比較小的，例如應減速或停駛，這是行為人的過失標準；在事前管制模型，視力本身是認定賠償責任與否的標準，則同樣在弱視駕駛是危險駕駛之公知下，愈是弱視，愈可能違反標準，例如台灣的道路交通安全規則第 64 條即規定，視力未達一定標準不得考取駕駛執照¹¹。不管如何，這裡沒有「主觀」過失標準過低，而應以「客觀」過失標準將之拉高的問題。

藍帝斯與波斯納（William Landes and Richard Posner）以及史維爾（Steven Shavell）等，在計算弱視駕駛人的過失標準時，混雜了事後賠償與事前管制，得出奇怪的結果。其以事後賠償觀點將弱視視為固定，而以事前管制觀點看弱視駕駛人的損害防制能力。其說，由於弱視駕駛人必須花比較多的心力，例如精神緊繃或頻頻看後視鏡等，去避免一定損害之發生，因此其過失標準應比較低。若以漢德公式說明，此即B比較高，而PL不變，因此 $B < PL$ 比較不可能成立。但此責任標準，一方面，其很難測量，另一方面，其不涉及行為選擇，此即量能而為否，

⁹ 參見簡資修（1992），不法行為的決定時點——預防科技的不足或安全活動的逾越？社會科學論叢（台大法學院），40 輯，頁 217-230，收於簡資修（2006），經濟推理與法律，增訂版，頁 203-216；簡資修（2005），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〉，經濟研究（台北大學經濟系），41 卷 2 期，頁 191-206。

¹⁰ 許維爾至今的討論，仍將過失責任繫於行為標準（或科技水準）之違反，而非行為之逾越安全範圍，以致於還在比較無相比性的侵權責任與行政管制何者為優。See Steven Shavell, *A Fundamental Enforcement Cost Advantage of the Negligence Rule over Regulation*, 42 J. Legal Stud. 275-302 (2013).

¹¹ 該條第 1 項規定：汽車駕駛人除身心障礙者及年滿六十歲職業駕駛者外，其體格檢查合格標準依下列規定：一、體格檢查：（一）視力：兩眼裸視力達〇·六以上者，且每眼各達〇·五以上者，或矯正後兩眼視力達〇·八以上，且每眼各達〇·六以上者。

因此根本不是事後賠償的過失標準。所謂弱視駕駛人所花心力，何所指？弱視駕駛人真的精神比較緊繃？精神緊繃與減少損害發生機率的關係如何？如果其真有此關係，法律應該以此為過失標準的計算基礎，而非特別給弱視駕駛人特權，但法律顯然不容許駕駛人以其熬夜很累為理由主張無過失。另外，此心力比較，是假設行為人就行為別無選擇，駕駛人只能開一定速度，這是事前管制的事後懲罰，而非事後賠償之究責。英美法上的合理人標準（the reasonable man standard）顯然也不認為防制能力比較差的人應享有比較低的過失責任標準，這些經濟分析論者¹²，只好自圓其說，過失應「客觀化」，由其模型得出的比較低（主觀）過失標準應被拉高。

藍帝斯與波斯納說，由於法院去區分弱視與正常駕駛人的訊息成本太高，一律以正常駕駛人的過失標準為標準，就可免掉此訊息成本¹³。但弱視與正常人之區辨太容易了，何來訊息成本高，更何況其原來的計算就是立基在弱視駕駛人與正常駕駛人區辨之上，如何推論到此，就說無法區辨了。若說法院的區辨成本高，恐怕也是弱視駕駛人為了不要負比較高的過失標準，而隱藏其弱視，藍波二氏的說法，是因果顛倒了。史維爾則說，弱視駕駛人的駕駛效益不高，因此其自始不應駕駛，其主觀過失標準也就不適用了¹⁴。但弱視駕駛人的駕駛效益為何低於正常駕駛人？另外，不是所有的弱視駕駛的效益都低至不可駕駛，則其過失標準仍是低的，不是法律上的合理人標準。若能區分（主觀）過失與（客觀）過失標準，不混淆事前管制行為標準與事後賠償過失標準，這些強辯說法都不須要了。

參、 過失責任作為市場規則

將過失從客觀化解脫出來，恢復其主觀認知本質，財產法、契約法與侵權法等私法核心，即有了統一的理論基礎。本文上節言及，活動愈是危險，行為人愈

¹² 寇斯說，經濟模型的假設不但要可操作，而且要真實。See R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law* 33-34 (1988).

¹³ William M. Landes and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law* 123-131 (1987).

¹⁴ Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law* 73-77 (1987).

可能認知到此危險，從而客觀過失標準愈高，主觀過失也愈可能。在此客觀過失標準與主觀過失（認知）走向一致，是由於這裡的客觀過失標準是以行為人自己的行為危險性為基準，行為人自然認知到。其規範意義是，若客觀過失標準無法令行為人認知到，行為人是無過失而不負責任的——不僅是刑罰或行政罰如此而已¹⁵。以事前管制模型分析侵權責任，是一刺激反應的嚇阻機制，行為人主觀認知可能與否，非其關心，則法律即失其規範性了——不是由於法律是規範而遵守，而是由於害怕懲罰而遵守。此不但與私法自治不符¹⁶，而且可能流於權力濫用。

在契約法方面，非由行為人所引起的危險，由於不能為行為人認知到，則法律不應課予其減少損害的義務，此所以法律不課予陌生人積極義務。要人減少非其引起的危險，必須透過另一管道——契約獲利。對於行為人而言，未能獲利，是其機會成本，因此促成了其行動。減少危險愈多，因為損害賠償責任之存在，行為人必須獲利愈多，否則行為人不會行為的。其漢德公式計算是，當 $B < PL$ 時，行為人須負過失責任而賠償損害，則 PL 愈大時， B 應愈大，令 $B < PL$ 不致發生，否則行為人即不會為救助行為。 B 係行為人的不為此行為的負擔（成本），當其行為為無償時，其值為 0；當其行為為有償時，其值為因之無法實現的獲利；獲利愈高， B 值愈高。損害賠償減低了行為量，在危險行為，此甚佳，但在救助（契約）行為，此就不好，必須少動用之。此所以台灣民法第 220 條第 2 項規定：「過失之責任，依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定。」第 175 條無因管理也規定：「管理人為免除本人之生命、身體或財產上之急迫危險，而為事務之管理者，對於因其管理所生之損害，除有惡意或重大過失者外，不負損害賠償之責。」權責相符也！

物權與債權之區分，也是在於其權利是否足為第三人認知到，從而不侵害是

¹⁵ 台灣刑法第 12 條規定：「I 行為非出於故意或過失者，不罰。II 過失行為之處罰，以有特別規定者，為限。」行政罰法第 7 條規定：「違反行政法上義務之行為，非出於故意或過失者，不予處罰。」

¹⁶ See Stephen A. Smith, *The Normativity of Private Law*, 31 Oxford J. L. Stud. 215-242 (2011)。

可能的，否則就是無過失責任了¹⁷。台灣大法官解釋司法院釋字 349 號說：「……應有部分之受讓人若不知悉有分管契約，亦無可得而知之情形，受讓人仍受讓與人所訂分管契約之拘束，有使善意第三人受不測損害之虞，與憲法保障人民財產權之意旨有違……。」善意第三人受不測之損害，即是第三人無從得知其行為可能造成損害——令分管契約實際上而非法律上失效了——但其損害責任後果——法律承認分管契約的效力——令其受到損害了，而其無過失。權利公示與否，是善意（過失）與否的關鍵。同號解釋理由書說：「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。」

卡勒不列西與梅勒枚德（Guido Calabresi and A. Douglas Melamed）在其名著〈大教堂一景〉¹⁸，將侵權賠償歸為補償規則而非財產規則，則是偏了。誠如卡勒不列西說，刑罰不可以任意轉換為金錢賠償，否則補償規則將是唯一的法律規則；不過，也不是所有的金錢賠償都是補償規則，否則財產規則、補償規則與不可轉讓性之區分就流於表面，失去其分類之功能。將侵權賠償責任歸為補償規則，似乎非常自然——侵權人只要付出法院決定的損害賠償額度，就可以不經財產人的同意，強制取得其財產。但故意侵權之損害賠償即非補償規則啊。故意侵權的損害賠償，若是懲罰性賠償，其為財產規則而非補償規則無疑；即使是填補性的賠償，由於其必然有刑罰的支撐，其仍是財產規則（之一環）。財產規則與補償規則之區分，因此不在於其是否金錢賠償了，而是在第三人或他方不經財產人同意，獨立決定了強制交易價格。結果責任因此是補償規則，但侵權責任不是。結果責任無關於行為人的各種主觀（認知）或客觀因素（例如損害防制能力）¹⁹，

¹⁷ 參見簡資修（2011），物權外部性問題，中研院法學期刊，8 期，頁 227-257。

¹⁸ 前揭註 2。

¹⁹ 這裡的結果責任指的是，一旦有損害結果發生而與行為相關，行為人即負損害賠償責任，此須區別於行為人因為極端危險行為而負的嚴格（損害賠償）責任，其為過失責任的一個樣態。

因此案件重心即在法院程序及其損害賠償額度之決定，但侵權責任是過失責任，其重心在行為人的各種主觀（認知）或客觀因素（例如損害防制能力），法院作為第三人決定強制交易價格的性格，並不明顯，而是次階的。此所以補償規則，多出現在公法而非私法²⁰，將侵權責任歸為補償規則，失之過快了。

侵權責任若不是補償規則，但可能仍是具不可轉讓性，從而其非市場的規則。侵權責任若以事前管制視之，其的確是不可轉讓性。在此視角下的侵權責任，行為人的行為若是低於客觀的行為標準，其受懲罰，此可為金錢賠償或其他方式。在弱視駕駛之例，駕駛人若純粹因其弱視而無關於其車速而負損害賠償責任，其意味了法律不容許他人權益為弱視駕駛人侵害，雖然此有歧視弱視駕駛人之嫌，但他人權益之不可轉讓性，勝出了。換言之，在漢德公式中，無 **B** 與 **PL** 之衡量，只考量 **PL**。

將侵權責任回歸事後賠償的本質，其是財產規則，如果須三擇一的話。行為人之所以負損害賠償責任，不單單是其有危險行為，而是其過度危險了，此即在 **B**與**PL**之衡量下，**B**<**PL**了。受害人的財產利益與行為人的活動利益是可抵換的，因此不是不可轉讓性的規定。在過失責任下，受害人的財產利益損失不大於行為人的活動利益，則在眾人互為受害人與行為人的真實世界，此對眾人是最好的。眾人面對不確定的未來，知道意外損害在所難免，其必然選擇過失責任以最小預期損害，則過失責任應可視為眾人訂約，以過失為損害賠償責任發生的停止條件。眾人是財產權人，其訂約就未來事件處分其財產，財產規則也²¹。

侵權法往往被以強制規定視之，但這錯誤了。補償規則或不可轉讓性，才是強制規定，侵權法是財產規則，是預設規定（**default rules**）。侵權法之特徵，是其「非」契約，而非其「反」契約。過失責任是財產權人想要的契約內容，但由於其事前交易成本過高，無法事先約定，預設的法律規定，即可填補此契約漏洞。

²⁰ See A. Douglas Melamed, *Remarks: A Public Law Perspective*, 106 Yale L. J. 2209 (1997).

²¹ 或許另外再設一個類別「契約規則」會更恰當。參見 Benito Arrunada, *Institutional Foundations of Impersonal Exchange: Theory and Policy of Contractual Registries* (2012).

私法是裁判法而非行為法²²，此是一註腳。眾人無須經由法律指示，才知如何行為，反而法律是成文化了的民間規範，供裁判者大量解決紛爭之用。此所以違反法令之行為，並不當然負損害賠償責任，因為這些法令多是事前管制的行為法，非眾人所知的規範²³。

肆、 過失行為與知識利用

本文論述至今，主要在說明為何侵權責任是過失責任而非無過失責任，以下將說明過失相對於故意，為何其責任僅是賠償而不刑罰。本文前說，行為愈是危險，行為人愈可能過失而負賠償責任，此為漢德公式的計算，其中的P值若近於1，意味了行為人幾乎不可能不預見，此為故意——若不為此（故意）行為，即無此損害發生。此所以一般稱過失責任，包括了過失行為與故意行為。就故意行為將賠償責任加重為刑罰責任，並無不妥，但延伸至過失行為，則不可。故意行為為明知故犯，破壞了財產秩序，刑罰可也²⁴，但過失行為則是在利用行為人的特定時空知識，不但未破壞財產秩序而且增進之，自然不可刑罰。又由於故意與過失雖然在語意上可區分——行為人實際上預見損害發生與否——但在目前科技下，其是無法直接證明的。例如即便重建當時主觀視像可能，但過失的特徵正是在其視而不見或聽而不聞。故意與過失之區分，因此不是一個決然劃分清楚的，重大過失在此或可劃歸故意，而可刑罰。

市場經濟是知識經濟。一方面，當知識須要投資始能取得，此知識應受財產權的保障；另一方面，充分利用知識，不應受到懲罰。克朗曼（Anthony Kronman）說，在契約法上，訂約一方是否有義務向他方揭露其私知的訊息，決定於該訊息是須刻意取得，還僅是隨意聽來²⁵。當然如果一方利用其私知，達於行使詐術，

²² 參見蘇永欽（2008），尋找新民法，頁16。

²³ 參見簡資修（2003），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，75期，頁79-121。

²⁴ 參見簡資修（2007），故意侵權法的經濟分析——兼評Landes & Posner模型，中研院法學期刊，1期，頁191-212。

²⁵ Anthony T. Kronman, *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contract*, 7 J. Legal Stud. 1

則其不但不受財產權保護，尚須負刑責。

海耶克說，經濟問題在於充分利用社會上各個人特定時空的知識。不同於科學知識（scientific knowledge）之可言傳，此特定時空知識只可當下經驗，以個人行動傳遞出來²⁶。行為人之所以過失，是其雖然知道過失責任的法律規範（其非具體性可比擬於科學知識），但在特定時空下，其利用此個人知識而行動，造成了他人損害，但此非其主觀認知到；行為人若主觀認知到會發生損害，其就不會為此行動了；因此行為人如果就其主觀未認知到的損害而遭受懲罰，尤其是刑罰，即嚇阻了個人特定時空知識之利用，實非社會之福。在自由交易市場中，並不是每個人在每一筆交易都獲利，人的認知錯誤是必然的，但都是事後才發現的，事前不可能發現，否則也不會有此錯誤行為。過失責任之所以是市場規則，正是其容許了特定時空的錯誤（過失），不過，必須使其付出代價（損害賠償），一如投資失利承擔損失，嘗試錯誤（try and error）是經濟活動之必然。

伍、 台灣的票據刑罰經驗

台灣刑法第 12 條規定：「I 行為非出於故意或過失者，不罰。II 過失行為之處罰，以有特別規定者，為限。」刑法中有關財產的犯罪，例如竊盜罪（刑法第 320 條至第 324 條）、強奪強盜及海盜罪（刑法第 325 條至第 334 條之一）、侵占罪（刑法第 335 條至第 338 條）或許欺背信及重利罪（刑法第 339 條至第 344 條）等，皆無處罰過失犯的規定。但台灣曾有票據刑罰的規定，處罰了過失犯，得不償失，最後廢止了。

台灣的票據法在 1919 年公布實施，分別在 1960 年、1973 年及 1977 年三次修正有關刑罰的條文，最後在 1987 年廢止有關規定。1919 年的票據法對於空頭支票僅有「罰金刑」的處罰。1960 年修正時，增訂「得處一年以下有期徒刑或拘役」的規定。1973 年及 1977 年的修正，將最高刑期分別提高至二年與三年，

(1978).

²⁶ 前揭註 4。

並排除刑法第五十六條「連續犯」規定之適用，此即發票人若連續大量退票時，並不合併為一罪計算刑罰，而須按票計罪，也就是所謂「一票一罪」的制度。1987年基於成效不彰，票據刑罰廢止²⁷。

台灣舊票據法第 141 條規定票據犯罪行為，有三：一、發票人無存款餘額，又未經付款人允許墊借而簽發支票經執票人提示不獲支付；二、發票人簽發支票時，故意將金額超過其存數，或超過付款人允許墊借之金額，經執票人提示不獲支付；三、發票人於法定之支票提示期限內，故意提回其存款之全部或一部，或以其他不正當方法使支票不獲支付²⁸。此三類行為，除了第三類行為可說是故意外，第一類與第二類行為，應僅是過失，因為其在簽發支票之當時，仍是認為其最終還是能兌現支票的。

台灣 1960 年修正票據法增列自由刑的理由是：「我國對此僅規定課以不超過支票面額之罰金，處罰既輕，自難收防止之效，因之空頭支票，乃一發不可收拾。茲為遏止空頭支票之濫，爰將票據法內有關空頭支票之罰則予以修正，增加自由刑，並加重其罰金，以加重支票發票人之責任，維持支票之信用」。但事與願違，往後票據刑案不但未為之減少，反而逐年增多，不但顯現嚇阻失敗，而且滋生甚多副作用，從以下幾組統計數字，即可看出。

1959 年台灣地區各地方法院收受違反票據法之偵查案件，共 32,000 件，1960 年增列自由刑後增加為 34,947 件，增加率為 9%。1961 年為 31,707 件，1962 年為 35,328 件，1963 年更達 40,583 件²⁹。如下表一所示：

表一：增列 1959 年~1963 年違反票據法案件數及增減幅度（表格自製）

	違反票據法案件數	較 1959 年增減幅度
1959 年	32,000	-
1960 年(增列自由刑)	34,947	+9.2%

²⁷ 李永然(1986)，〈支票刑罰廢除後工商界因應之道〉，《實用稅務》，122 期，頁 4。

²⁸ 梁松雄(1987)，〈票據犯罪之比較研究〉，《東海大學法學研究》，3 期，頁 2。

²⁹ 司法行政部研究報告(1964)，違反票據法問題之研究，頁 38。

1961 年	31,708	-0.9%
1962 年	35,328	+10.4%
1963 年	40,583	+26.8%

另外，根據司法行政部 1979 年度專題研究報告「票據犯罪問題之研究」一書³⁰可發現，1974~1978 年間，每年票據刑罰佔違反刑事案件之比例每年節節上升，如下表二所示：

表二：1974 年~1978 年票據刑罰佔刑事案件比例（表格自製）

	刑事審判案件	違反票據法案件	票據刑罰佔刑事案件比例
1974 年	79,059	36,900	46.76%
1975 年	146,120	101,302	69.33%
1976 年	146,120	101,302	69.33%
1977 年	163,180	115,99	71.8%
1978 年	114,576	69,170	60.37%

違反票據法案件的人在全部犯罪人數的比例也頗為可觀。根據法務部犯罪問題研究中心 1985 年「犯罪狀況及其分析」發現，1976~1985 每年票據刑罰起訴人數佔全部刑事案件被起訴比率皆超過六成，參見如下表格三：

表格三：1976 年~1985 年票據刑罰與刑事起訴總人數之比例(表格自製)：

	刑事起訴總人數	票據法起訴總人數	票據法起訴所佔比例
1976 年	169,331	112,038	66.17%
1977 年	167,984	106,181	63.21%
1978 年	120,041	63,987	53.3%

³⁰ 轉引自：梁松雄(1987)，〈票據犯罪之比較研究〉，《東海大學法學研究》，3 期，頁 21。

1979 年	141,640	76,724	54.17%
1980 年	162,652	95,036	58.43%
1981 年	162,678	91,236	56.08%
1982 年	207,973	133,939	64.40%
1983 年	242,604	162,928	67.12%
1984 年	242,145	158,613	65.50%
1985 年	268,843	182,010	67.70%

從以上這些數字，不難看出台灣票據刑罰是如何的失敗，最終廢止是必然的。

陸、 結論

過失責任是市場規則之核心，其確保了個人不會負擔其不可能認知的法律責任。過失不應課予刑罰，否則社會上分散的個人知識，即無法利用了。過失客觀化是過失標準（行為）的客觀，而非主觀認知之放棄；行為能力較差之人，其客觀過失標準基於較高的行為危險性，原本就比較高，其主觀認知能力，一般並無差別，因此不須提高過失標準來調校之。台灣過去的票據刑法，迷信亂世用重典，以刑罰處罰了過失犯，結果流弊滋生，終以失敗收場。金錢賠償與刑事懲罰，不僅是量之不同，而且是質之不同。法律經濟分析若皆以阻嚇誘因視之，差之毫釐，失之千里矣！