

過失責任作為私法自治的原則

壹、前言

貳、過失與危險

參、過失與嚴格責任

肆、過失與故意

伍、過失與契約

陸、過失與物權

柒、過失與不法

捌、過失與私法自治

玖、結論

壹、前言

過失是私法賠償的核心，但其往往被罪責化或效益化，以致於失去其係行為人就危險認知之理解。按基於損害之相互性質¹，損害之所以要移轉（填補），其必須是行為人應可而且能夠預見，否則法律即徒生滋擾了²。在行為人應預見能預見的訊息條件下³，可得出一個行為標準，行為人若逾越之，即應負損害賠償責任。損害對於行為人是否可預見，決定於其行為的危險性——愈是危險行為，愈是可預見。換言之，行為的預期損害（因之增加的損害發生機率乘以實際損害之積）愈高，其愈是可預見，從而行為人愈是可能過失。傳統的心理罪責論與當今風行的享樂效益論，錯失了此關鍵，以致於其理論或空洞或繁複，解釋力甚微。傳統的心理罪責論說，行為人之天生材質非其自己可左右，則其行為危險，即非其錯，因此應無庸負責。但其也自知其不合理，而訴諸過失的客觀化。不過，如此只是規避問題，因為其未回答，一、為何客觀化？二、客觀化的標準何在？經濟分析的享樂效益論則說，危險既然來自行為人之天生材質，則要其減少危險，其所生痛苦必然較一般人為多，因此其責任要比較低，而非比較高。一如心理罪責論，此論也知道自己不合理，乃訴諸法院的高訊息成本或活動的低收益等理由，將這些人的過失標準拉高。但這是自圓其說的疊床架屋。

釐清了過失與危險後，一向被視為對峙的過失責任與嚴格責任即有了新解。極端危險行為是過失的極致，從而行為人即應負嚴格責任。又在行為人的預見與否，取決於外部的訊息回饋，則故意與過失作為心理狀態之預見或不預見，即不重要了，行為是否危險，才是關鍵。愈是危險行為，愈可推定為故意，依序為重大過失與過失。諸多嚴格責任的理論，因此並非無的放矢。此外，受害人的與有過失，令行為人預見到損害的可能性降低了，從而其負損害賠償責任的可能性也

¹ See R. H. Coase, *The Problem of Social Cost, in The Firm, the Market and the Law* 95-156 (1988)；參見簡資修（2012），寇斯的法律經濟學，台灣法學雜誌，191期，頁80-85。

² 參見民法第220條第1項與第225條第1項；詳細說明見本文第捌節。

³ 刑法第14條第1項規定：「行為人雖非故意，但按其情節應注意、並能注意，而不注意者，為過失。」

降低了。在救助行為，由於行為人的行為使得他人的危險降低了，而非增加，行為人即不易負損害賠償責任，從而合意減少危險之契約才有可能，而非由侵權責任法獨攬了。

損害是否可預見，受害權益的型態，甚為重要。債權一方面其本身往往無公示，另一方面債務人一般可承受多重債務而不破產，則其損害，即不易為人預見。反觀，物權必然伴隨公示，則其損害即易為人預見。但不同的公示制度，其有效性不同，也會影響是否過失之認定。公示效能愈強者，其善意保護即愈不必要。物權雖有強力的公示制度，但全面性的結果不法說，則是過度了。將過失分離於不法從而客觀化，此即侵權三階層說，令損害賠償責任的認定失焦了。一者，愈是危險的行為，反而被認定其愈不可能過失；二者，濫用管制行為的保護他人之法律，令過失責任有名無實了。

過失責任的法律價值判斷何在？常為人提起的理由，例如道德觀念、社會價值或人的尊嚴等，並不切中問題，因為其僅能說明無過失行為人為何不須負損害賠償責任，並不能說明過失行為人僅負填補而非懲罰責任。以嚇阻為論述主軸的法律經濟分析，就此是束手無策。在過失責任是立基於合理預設行為人的訊息量下，此是眾人互動均衡，而社會上個人訊息的必然多樣性，使得有些人過失了，其因此只負填補責任而非懲罰責任，此為過失責任作為私法自治原則之真義。基於資源的稀缺性，損害具相互性質，市民社會的自治私法，其目的因此不在嚇阻損害之發生，而是確保損害填補之必要。

本文以下將以開車肇事應如何認定過失開場。心理罪責論者與享樂效益論者，不約而同主張，開車能力較差者，其過失責任應較低，無疑是過失去訊息化的絕佳代表，對其剖析，有助往後理論之開展。本文第貳節將論證過失責任即是危險責任；第參節接之推導嚴格責任是過失責任的一個類型；第肆節說明過失與故意的客觀認定；第伍節則區分與融合侵權法與契約法的過失；第陸節將展示物權創設的過失責任本質；第柒節處理為何過失不能分離於不法；第捌節總結過失責任

作為私法自治之原則；第玖節是結論。

貳、 過失與危險

過失是危險之顯現，但心理罪責論者說：「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。⁴」依此說法，天生弱視之駕駛人本來負比較低的過失責任，但由於「過失客觀化」，使得其過失責任與一般人拉同了。但這有兩個問題。一、天生弱視之駕駛人為何本來負比較低的過失責任？二、「過失客觀化」的理由為何？

也許同情弱者，令人認定其應負比較低的責任，但若是如此，又為何要拉高其過失標準，使之與一般人同？行為人不就是因其違反了過失標準才負過失責任嗎？為何在此先虛擬了一個不知所謂的「主觀」標準，然後無原因又將其以「客觀」標準取代，最後得出其違反過失標準，從而應負過失的損害賠償責任？邏輯太過迂迴了，而且法律價值的判斷何在？

另一種說法，姑稱之享樂效益論。其說略謂：弱視駕駛人若要達到如明眼駕駛人的安全駕駛程度，由於其弱視，因此要比明眼人更「痛苦」才可以，則其減少危險的成本即比較高，從而弱視駕駛人應負比較低的過失責任⁵。此論的最大問題是，明眼駕駛人的過失也是以其「痛苦」決定的嗎？答案顯然不是。明眼駕駛人因超速而肇事，其過失標準的車速之決定，無人會懷疑其是來自於駕駛速度對應於危險，而非來自駕駛人的「痛苦」，後者之不可測量僅是其中最小理由。明眼駕駛人的過失標準既然不由其「痛苦」來決定，為何在弱視駕駛人過失標準

⁴ 王澤鑑（2011），*侵權行為法*，頁 310，台北：自刊。如果自動駕駛的發展完成了，此例在侵權法即失其意義。See Schumpeter: the driverless road ahead, *The Economist* (Oct. 20th, 2012), p.60.

⁵ See Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law* 73-77 (1987); William M. Landes and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law* 123-131 (1987)。他們也自知此推論不合理，Shavell 以行為人的活動利益不高為理由，Landes and Posner 以法院無法區分不同危險行為人為理由，皆將危險行為人的過失標準拉高了，但此豈不意味其享樂效益之預設，即與過失之認定無關了？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。

之決定，就不同了？

侵權責任法是事後的損害賠償機制——但其有事前的導引行為效果——因此其計算基礎的漢德公式，必須從(事後)真實行為衝突來理解⁶。漢德公式說⁷，行為人可因該行為而減少的預期損害(PL)，大於該行為之成本(B)，而不行為，即應負損害賠償責任，其數學式為 $B < PL$ 。PL值愈大或B值愈小，行為人愈應負責。PL值代表其危險性：愈是危險的行為，其減少，必然減少愈多的預期損害；B值代表減少危險行為的所失利益。

在上述開車之例，行為人單單的弱視，並無危險可言，僅在其開車了，才有危險可言。換言之，行為衝突發生於駕駛人開(快)車想儘快到達目的地或純粹追風而造成他人損害。開車的利益，會因弱視或明眼而有不同，顯然不是社會共通的價值，因此其減速或停駛所失利益之B值，應是一樣的；但是開車的危險，無人會質疑因弱視或明眼而有不同，弱視駕駛人一如酒醉駕駛人，是危險駕駛人，其一旦減低開車速度或甚至停止駕駛，必然減少較多的預期損害，因此其PL值比較高；則對於弱視駕駛人而言， $B < PL$ 即易成立，從而易負損害賠償責任。弱視駕駛人的弱視使其駕駛成為(相對的)危險，但此弱視並不減低其知曉弱視駕駛是危險駕駛，因此對弱視駕駛人課予較高的過失標準——其可容許危險的時速比明眼人低——並未強其所難，則心理罪責論與效益享樂論的過失責任失靈之說，從何說起？天生弱視而駕駛者，並非如論者所言「就其視力不足而負責」，而是「知其視力不足之危險而為之」才是其責任之源。法學大儒耶林即說：「使人負損害賠償的，不是因為有損害，而是因為有過失，其道理就如同化學上的原則，使蠟燭燃燒的，不是光，而是氧氣一般的淺顯明白。⁸」

⁶ 參見簡資修(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，41卷2期，頁191-206，收於簡資修(註5)，頁217-230。

⁷ See United States v. Carroll Towing Co., 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947); Learned Hand Rule, in Peter Newman ed., The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law (2) 514-6 (2002).

⁸ 引自王澤鑑(註4)，頁12。

參、過失與嚴格責任

嚴格責任往往被稱無過失責任，彷彿其責任之成立，不須過失⁹，但此應是誤解了。在上述弱視駕駛人之例，如果其弱視之程度達至一旦開車即有損害發生，其因此負損害賠償責任，此責任為何？過失責任或嚴格責任？從行為人一旦從事該活動，若損害發生，其即負損害賠償責任言，此是嚴格責任無疑。但其無過失耶？非也。因為該弱視駕駛人與一般明眼人一樣，是認知到其弱視駕駛與發生損害間的因果關係，因此其仍是有過失的。從事極端危險活動之人，被課予嚴格責任，毋寧是過失責任的延伸。但反過來，嚴格責任之課予也必須符合過失責任的功能，此即在漢德公式上， $B < PL$ 必須成立——極端危險活動的特徵是P值極大，往1趨近。受害人若與有過失，意味了行為人不易減少其行為的危險性，此即P值變小了，則行為人即非應嚴格負損害賠償責任。

民法第191條之3本文規定：「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。」此具嚴格責任意義，因此其P值須甚大，最好趨近於1，此即極端危險行為。本條但書規定：「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。」此含蓋了無因果關係或受害人與有過失，使得P值為0或由1偏離，以致於 $B < PL$ 不成立，從而行為人不負損害賠償責任。

漢德公式 $B < PL$ 若不是以危險責任理解，而是將過失責任與嚴格責任絕然對峙，其分析功能將盡失。因為一方面，若侵權係嚴格責任時，若 $B < PL$ ，行為人不會為此行為；若 $B > PL$ ，行為人會為此行為；兩者的社會財富都是較高的。另一方面，若侵權係過失責任時，若 $B < PL$ ，行為人由於承擔了PL的賠償責任，因此其不會為此行為；若 $B > PL$ ，行為人會為此行為，因為其不負損害賠償了；兩者的社會財富也都是較高的。可見侵權責任不管是嚴格責任或過失責任，行為人

⁹ 「無過失責任的用語消極地指明『無過失亦應負責』的原則，危險責任的概念較能積極凸顯無過失責任的規則原因，本書採之，為行文方便，與無過失責任互用。」王澤鑑（註4），頁12。

都會為最適的行為，則漢德公式何用？¹⁰有經濟分析論者說，法院的不同責任認定成本或受害人的與有過失與否，決定了應採嚴格責任還是過失責任¹¹。但若是如此，一者，法院的不同責任認定成本或受害人的與有過失與否，才是損害賠償責任的決定因素，則漢德公式以一個未知數X代之，也不會影響推論；二者，從漢德公式本身無法導出法院的責任認定成本為何；三者，受害人與有過失畢竟是少數，則漢德公式之用，極其有限了。

肆、過失與故意

過失責任的危險責任特性，也令過失與故意在心理狀態之區分，變得不重要了。在定義上，預見了損害，為故意，未預見損害，為過失，但在事後的損害賠償責任認定時，此已經過去的心理狀態，幾不可重現——技術上不可能，行為人的自白也不可靠。不只此也，現代腦科學¹²與認知心裡學¹³之研究顯示，行為往往不為行為人意識到，則即便行為人無意識到，也不表示其不預見。真實預見與否，因此不重要了，能否預見，成為關鍵。而能否預見，是連結於行為危險性的。行為的危險性愈高，其預見可能性愈高；行為的危險性愈低，其預見可能性愈低。當預見可能性趨近於百分之百，是為故意；隨著預見可能性的降低，依序是重大過失與過失。在漢德公式之計算，P值近於1——無此行為，即無損害——是故意，其訊息結構與嚴格責任同。

波斯納（Richard Posner）雖曾指出，心態難明，法律往往是以外部行為來反推的¹⁴，但其將過失定性為行為人就避免損害所投入的實體資源不夠，而故意

¹⁰ 此可比擬於寇斯定理。該定理說，當交易成本為零，不管法律損害賠償責任誰屬，社會總產值不但不變而且也是最大的。寇斯說，此反襯了法律是重要的，因為真實世界不可能無交易成本。

¹¹ See Landes and Posner, *supra* note 5, at 64-72.

¹² See Michael S. Gazzaniga, *Who's in Charge? Free Will and the Science of the Brain* (2011); 薛莫 (2012), 自由拒絕意志, 科學人, 127 期, 頁 118; Ferris Jabr (2012), 黃鈺敏譯, 腦海裡閃現的記憶, 科學人, 127 期, 頁 18-19。

¹³ Daniel Kahneman, *Thinking, Fast and Slow* (2011).

¹⁴ See Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* 167-171 (1990).

則是行為人投入實體資源去製造損害¹⁵，是享樂效益論的擴張¹⁶，不足取。行為之測量，不須以投入實體資源與否為之，在合理人認知能力預設下，其行為即凸顯其自身了。在波斯納所舉拿錯傘之例¹⁷，到底是故意還是過失？也許有人真會欲擒故縱去取得該傘，因此可推論為故意，但判斷故意與否的基礎，應該是在客觀上自己的傘與別人的傘是否相似。如果相似，故意推斷就比較不可能，但如果相差甚多，故意就可能了。傘的相似使得一般人可能拿錯傘，則拿錯傘即可能無過失，或即使逾越過失標準也不大，但傘若是不相似，一般人是不会拿錯傘，則拿錯傘即有過失，隨著不相似增加，行為人的重大過失或甚至故意，即可推定。

故意（侵權）責任的這種危險責任特質，使其可區分於學理上「補償規則」（liability rules）的損害填補¹⁸。同樣是有意侵害了他人的財產權，前者是行為人在低交易成本下，規避了自願交易而強取，因此應負損害的賠償責任，而後者則是在高交易成本下，法律強制了交易，因此行為人負損害的補償責任。

伍、過失與契約

不特此也，過失責任的危險責任本質，才能有效區分侵權責任與契約責任。在私法自治下，行為人並無見危救助的義務，否則契約即無用武之地了。但若是依照心理罪責論或享樂效益論，行為人是要負此義務的。心理罪責論不容許見危不救，毋庸再說。享樂效益論則會說，行為人不為救助的成本 B 甚低，而其可減少的預期損害 PL 甚高，則 $B < PL$ 甚易成立，因此行為人若見危不救，應負損害賠償責任。問題是，此危險非由行為人造成，行為人之（救助）行為——相對於

¹⁵ See William M. Landes and Richard A. Posner, *Intentional Torts and Damages*, *supra* note 5 in Ch.6.

¹⁶ 其批評，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。

¹⁷ See *supra* note 14, at 170.

¹⁸ See Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of Cathedral*, 95 Harv. L. Rev. 1089 (1972)。相關民法規定有：第 779 條第 2 項（高地所有人的過水權）、第 780 條（他人工作物的過水使用權）、第 783 條（使用鄰地餘水權）、第 785 條（堰之設置與利用）、第 786 條（管線安設權）、第 787 條（袋地所有人的通行權）、第 788 條（通行權人的開路權）、第 791 條（尋查取回物侵入之容許）、第 792 條（鄰地使用權）及第 796 條（越界建築）等。

侵害行為——是減少而非增加了危險，則漢德公式中的 P 值是負的， $B < PL$ 即不易成立，行為人不負損害賠償責任。按過失責任稱危險責任，其基礎在於行為人自己行為所造成的危險，因此其減少行為強度，必然產生利益，此即減少預期損害，在漢德公式中，P 為正值；在見危是否救助，雖然救助行為使得危險減少了，但此行為並非危險行為強度之減少，而是性質相反之他人的救助行為之增加，則其 P 應是負值，此才足以表彰其係他人的救助行為之增加而非危險行為自身之減少。

在無因管理，民法第 175 條規定：「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。」此規定只有在 P 為負值時，始能理解，因為在 P 為正值時，管理人的責任是加重而非減輕的。民法第 220 條第 2 項又規定：「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。」此規定的解說是，在侵權法，漢德公式中的 B 是減少危險行為所生的成本，因此是正值，當債務人反因行為或有利益，則 B 為負值，其即較易負損害賠償責任。

過失責任的這種以預見與否為基礎的「浮動」理解，可以解消侵權法與契約法有關歸責事由的衝突¹⁹。按所謂過失客觀化，過失標準是被固定於行為人的特定能力，其是分離於行為人的認知訊息，因此當然排除了契約當事人可合意擴大或縮小其應負損害賠償的事由，如此又令契約法必須另起歸責事由，複雜化了法律。以預見與否為過失計算基礎的理解，即無此困難——當事人的合意理所當然是決定行為人是否合理預見的基礎。

陸、 過失與物權

過失既然繫於損害之發生能否預見，則過失與否，即不是行為人的單方認知問題，而是損害之發生是否客觀上足以令行為人認知到，此所以物權創設受到限

¹⁹ 參見陳自強（2012），契約責任歸責事由之再構成——契約法之現代化 I，頁 55-101。

制，並且有善意保護的制度。按物權的特徵在於排他與追及，則對他人而言，其即可能侵權或債權無法實現，因此物權種類不可能無限制擴張，而受到公示效能的約束²⁰。公示制度，一方面，提供了損害對於他人是否可預見的判準，另一方面，其也決定了他人是否可合理期待其債權會被實現²¹，換言之，他人是否可預見其交易危險。公示制度與善意保護，是一體的兩面——無善意保護，公示制度的公信力，即無從發生，則制度崩解。²²

司法院釋字 349 號解釋說得好，物權之所以是物權，係來自於其不使善意第三人受不測之損害。該解釋說：

……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……。

但善意如何認定？公示也。該號解釋理由書說：

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。

公示效力愈強，他人愈不可能善意，物權愈能發揮其效力——釐清權利疆界，避免侵權與促進交易。首先，公示效力愈強，物權種類即可愈多。例如動產若僅以占有為公示方法，動產抵押權即無法承認，因為抵押的特徵即在擔保與占有分

²⁰ 參見蘇永欽（1991），物權法定主意的再思考——從民事財產法的發展與經濟觀點分析，經濟論文論叢，19 卷 2 期，頁 219-257，收於蘇永欽（1994），經濟法的挑戰，頁 1-58；簡資修（2011），物權外部性問題，中研院法學期刊，8 期，頁 227-57。

²¹ 參見簡資修（2004），讓與（買賣）不破租賃及其類推適用——長期投資保障觀點之分析，政大法學評論，第 78 期，頁 121-147，收於簡資修（註 5），頁 81-103。

²² 「從遵循公示原則而產生動產占有、不動產登記的外觀，到依照公信原則對善意第三人提供保護，並不是環環相扣的邏輯推論，也不是實驗的結論，而是法律經濟的考量。」劉宗榮（2010），論所有權安全的保護與交易安全的保護，月旦法學雜誌，187 期，頁 62。.

離²³，則善意第三人即有受不測損害之虞；動產擔保若可登記公示，其物權效力即可承認²⁴。又公示效力愈強，強制交易即愈少。在越界建築，有論者即主張，由於我國公示制度之完善，令越界建築者幾乎非故意即重大過失，很難僅是過失，則規定善意過失之越界建築人仍須拆屋還地，即無大礙²⁵。

民法第 948 條規定：「以動產所有權，或其他物權之移轉或設定為目的，而善意受讓該動產之占有者，縱其讓與人無讓與之權利，其占有仍受法律之保護。」此表明了動產乃以占有為公示方法。但占有物若是盜贓物或遺失物，此善意保護理由減弱了，民法第 949 條規定被害人或遺失人，自被盜或遺失之時起，二年內得向占有人，請求回復其物。不過，再考慮到市場交易秩序之確保，民法第 950 條規定：「盜贓或遺失物，如占有人由拍賣或公共市場，或由販賣與其物同種之物之商人，以善意買得者，非償還其支出之償金，不得回復其物。」民法第 951 條甚至規定：「盜贓或遺失物，如係金錢或無記名證券，不得向其善意占有人，請求回復。」通貨等交易媒介之可能，係法律絕對保障了善意第三人，否則通貨也不再是通貨了。

鄭建才大法官在上引司法院釋字 349 號解釋的不同意見書說：

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。²⁶

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²⁷。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

²³ 民法第 860 條規定：「稱普通抵押權者，謂債權人對於債務人或第三人不移轉其占有而供其債權擔保之不動產，得就該不動產賣得價金優先受償之權。」

²⁴ 動產擔保交易法第 5 條第 1 項規定：「動產擔保交易，應以書面訂立契約。非經登記，不得對抗善意第三人。」

²⁵ 張永健（2013），越界建築之經濟分析，中研院法學期刊，12 期，頁 153-201；Stewart E. Sterk, *Strict Liability and Negligence in Property Theory*, 160 U. Penn. L. Rev. 2129, 2143-7 (2012).

²⁶ 參見司法院大法官解釋續編（八），頁 139（1997）。

²⁷ 參見簡資修（註 1）。

了，而前者的利益是高於後者之損失。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。

在公示制度下，善意第三人不致有受害之虞，物權之創設，因此可能了，但此並不意味非物權的利益，即不受法律的保護。我國民法 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。」條文中的「權利」，是否僅限於如物權的絕對權，或是包括利益，頗有爭議。這不是過失責任的本質問題，預見可能性才是，因此非物權的利益之損害只要是預見可能，行為人並非即可不負損害賠償責任。如果如論者所言，民法 184 條第 1 項後段與同條第 2 項之規定，保護過窄，或者代替的契約責任，令損害賠償責任法律體系混亂了，則民法 184 條第 1 項前段是應適用至利益，而不僅是如物權的絕對權²⁸。

柒、 過失與不法

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。」通說以三層結構操作之²⁹：「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，其後再就其違法的行為認定其有無故意或過失。」但這將過失與不法不當截斷了³⁰，一方面，「過失」失去其作為合理訊息本質而物質化，另一方面，不法也可能失去其私法自治意義而公法化了。

首先，即使在形式上，三層結構說，也頗有問題。依理說，民法第 184 條第 1 項前段，既然將故意與過失並列，則其性質應一致，但三層結構說，將故意僅以認知（預見）視之，卻視過失為利益衡量或評價，條文邏輯甚不一致。三層結構說也許有其功能：若有損害行為，無須過失之認定，即可認定行為人應負損害賠償責任，如此可以減少法律操作成本——某種的嚴格責任。本文在上節指出，

²⁸ 參見陳忠五（2008），契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再反省，初版。

²⁹ 王澤鑑（註 4），頁 107。

³⁰ 在刑法對此三階層理論之批判，參見黃榮堅（2006），基礎刑法學（上），3 版，頁 188-216。

由於公示制度之存在，令物權之創設可能了，因為其保護了善意第三人，但若反推物權一旦受到侵害，第三人即非善意而有過失，則是錯了。三層結構說將民法第 184 條第 1 項前段中的「權利」，限定為物權等之絕對權，並且在其受到物理損害時，即推定行為不法，因此頗可減少訟爭成本。不過，一旦其推定不法無法確立，而進至過失與否之認定，訟爭成本是無法減少的，因為過失標準之計算認定，仍是不可免的。訟爭成本未減少，也就罷了，造成概念混亂，則傷很大——過失分離於不法。在三層結構中，過失只能是過失標準了，因為其必須填補原本應在不法階段中所作的利益衡量，過失作為過失標準計算基礎的合理人訊息，此即可預見之條件，隱而不見了。

在現今個人活動的多樣與多量下，物權公示之占有與登記僅能消極釋放出靜態訊息，並不能積極列出各式各樣行為可能對於該物造成的損害，則不法推定已失去其基礎了。此所以行為不法取代了結果不法³¹，交易往來安全義務說法也出現了³²。再以開車為為例，其肇事而應負損害賠償責任，是如何被認定？在目前交流頻繁的社會，單單開車而肇事，並不足以令開車人負損害賠償責任，多數情況超速與否是關鍵。三層結構操作，顯然沒有減省訟爭成本，當事人仍然須就是否超速證明或反證。

依照過失責任的漢德公式 $B < PL$ ，可以計算出一個標準，行為若逾越之，此時 $B < PL$ ，行為人應負損害賠償責任；行為若未逾越之，此時 $B \geq PL$ ，行為人不負損害賠償責任。本文上述過失責任即危險責任，僅是看了公式的右邊 PL 部分，完整的過失責任還要看公式的左邊 B 部分，以確保課責時 $B < PL$ 成立。此不僅是預見與否的問題，而是利益衡量的價值判斷，可稱不法。換言之，不法係過失標準之逾越；不法與否不能脫離可預見與否而獨立認定。過失責任既是危險責任——強調漢德公式的 PL 值很大；也是不法責任——強調漢德公式的 B 值很小，阻卻違法則指 B 值很大。

³¹ 王澤鑑（註 4），頁 331-339。

³² 王澤鑑（註 4），頁 278-281。

民法第 184 條第 2 項規定：「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」本條項作為獨立的侵權類型，以緩解第一項僅以侵害絕對權或背俗為責任要件者，無人疑義³³，但我國法院往往濫用之，令行為人幾乎負無過失責任，偏離了侵權法基本原則³⁴。本條項是轉介規定，一方面，其他法律若已經規定，違反該法律，應負損害賠償責任，即無本條項之適用，另一方面，非以事後損害填補為立法目的的強制法令，可有助於侵權責任之認定。此條項既為過失推定規定，其意味了違反保護他人之法律，令 $B < PL$ 極易成立，換言之，其行為即使不是極端危險也是相當危險。現代國家有甚多的管制福利法令，其特徵在於事前規制行為或重分配財富，其違反不必然是極端危險或相當危險——從事後發生損害看，其因果關係不高，或甚至是無。

幾個實務案例：醫師未經當事人的同意，即為之墮胎，根本不須訴諸醫師違反醫療法之保護他人之法律，即可認定其為故意侵權³⁵；後車撞了前車，其並不一定未保持安全距離，從而違反有關的交通安全法令，或甚至未保持安全距離，也未必是相當危險，更不用說極端危險了，遽而課以賠償責任，毋寧過度了³⁶；建物損及鄰地地基，不會因若無民法第 794 條之規定，就無須負損害賠償責任³⁷；受害人不戴安全帽，違反有關的交通安全法令，因此與有過失³⁸，此時的他人不是別人，而是受害人自己。

以過失為法律責任成立要件，甚至是憲法之要求。大法官釋字第 275 號解釋如下說道：

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。但應受行政罰之行為，

³³ 參見蘇永欽(2002)，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。

³⁴ 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，第 75 期，頁 79-121，收於簡資修（註 5），頁 147-184。

³⁵ 參見最高法院 86 年台上字 56 號判決。

³⁶ 參見最高法院 86 年台上字 833 號判決。

³⁷ 參見簡資修，保護他人之法律，所為何來？——最高法院 100 年台上字 1012 號民事判決評釋，裁判時報，18 期，頁 25-31（2012 年）。

³⁸ 參見最高法院 86 年台上字 3529 號判決；87 年台上字 1064 號判決；89 年台上字 1814 號判決。

僅須違反禁止規定或作為義務，而不以發生損害或危險為其要件者，推定為有過失，於行為人不能舉證證明自己無過失時，即應受處罰……其與上開意旨不符部分，與憲法保障人民權利之本旨牴觸，應不再援用。³⁹

雖然此解釋僅是針對行政罰而言，但其過失責任的法理是具普遍性的，此即對於行為人而言，法規範必須有其預見可能性。此解釋還特別強調了以發生損害或危險為處罰要件者，不得想當然爾推定行為人有過失⁴⁰。民法第一八四條第二項有關過失推定之規定，顯然過度了。

捌、 過失與私法自治

侵權法相對於契約法，其功能雖在於分配陌生人間互動所生之損害，但其作為分配損害之規範基礎，則是契約的。陌生人間互動滋生損害，不可能是無限擴大的，因為身在其中的人們，為了避免租值消散殆盡，其同意了互蒙其利的法律制度⁴¹。就（未來）意外損害之分配，其必然是以行為人能否預見該損害之發生為責任分界點，因為損害若不可能由行為人預見，將損害轉由行為人承擔，並無法減少（預期）損害，只增加了移轉成本而已。私法自治預設了行為人與受害人是平等的，因此單純何方承受損害是不相關的。此可驗證於契約法有關規定。民法第 220 條第 1 項即規定：「債務人就其故意或過失之行為，應負責任。」；民法第 225 條第 1 項也規定：「因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務。」過失責任的契約性質才能說明以下問題：過失行為人既然未預見損害之發生，雖然其是可預見的，為何仍要負損害賠償責任？在刑罰上，自由意志是其有責性基礎⁴²，但在不以懲罰為目的的民事侵權法⁴³，其有責性何在？

³⁹ 司法院大法官會議解釋續編（五），頁 235（1991 年）。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。」

⁴⁰ 楊建華大法官甚至認為，即使不涉及損害或危險者，亦不能逕為過失之推定。參見（註 31），頁 236。

⁴¹ 參見張五常（2007），經濟學的缺環，頁 101-150。

⁴² 參見黃榮堅（2006），基礎刑法學（下），3 版，頁 631-672。

⁴³ 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。」其中的「不法」字眼，易令人將責任與懲罰掛勾。但民法第 796 條 1 項規定：「土地所有人建築

經濟分析常扛的嚇阻功能大轟，在此不靈了。因為一者，之有過失行為就是嚇阻不了了；再者，過失行為人所負損害賠償責任是填補性而非懲罰性的⁴⁴。將世間存在諸多過失行為歸於執法不力，顯然是鴛鴦了，應有另外解釋。又依照享樂效益論，行為人的預見是可操縱的，則課以行為人懲罰性賠償而非僅是填補損害，行為人即會提高其預見⁴⁵，從而過失也就減少了，但侵權法為何不如此呢？

常為人提起的理由，例如道德觀念、社會價值或人的尊嚴等⁴⁶，並不切中問題。道德觀念或社會價值，僅能說明無過失行為人為何不須負損害賠償責任，並不能說明過失行為人僅負填補而非懲罰責任。至於人的尊嚴說法，其是聯繫於自由意志，則過失行為人所負責任應如刑事責任，是懲罰性而非填補性的，因此也不可取。

有人說，過失責任促進了經濟發展，但還是從將之歸諸結果責任之排除⁴⁷，則過失責任為何是填補性而非懲罰性，仍未說明，畢竟過失是可預見而不預見，而懲罰性賠償可以提高其預見啊。海耶克說，市場經濟相對於集體經濟之所以有優越性，是其充分利用了散佈在社會各處的個人化訊息⁴⁸。過失責任原則不就是了嗎？過失行為人雖是可預見損害之發生，但其真是未預見損害之發生，這是其個人化的訊息，不管其是來自無知⁴⁹或捷思（heuristic）⁵⁰。損害發生後，行為人發現其錯誤了，但在行動時，其是無法事前挑出何一行為會造成損害從而不作，因此除非行為人完全不為任何行動，此損害之發生是無法避免的。一個大家都不行動的社會是死的，市民社會或市場經濟，安在哉？但在過失責任下，行為人行動自由了，而受害人也受到了補償！在私法的無知之幕後，行為人與受害人並未

房屋非因故意或重大過失逾越地界者，鄰地所有人如知其越界而不即提出異議，不得請求移去或變更其房屋。但土地所有人對於鄰地因此所受損害，應支付償金。」行為人同樣因過失須負損害賠償責任，但即無懲罰意象。

⁴⁴ 參見王澤鑑（註4），頁7-8。

⁴⁵ Gary Becker 即是利用執法與懲罰程度來調校犯罪行為。Gary Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 *J. Political Econ.* 169-217 (1968), in *The Essence of Becker* 463-517 (1995).

⁴⁶ 參見王澤鑑（註4），頁13。

⁴⁷ 參見王澤鑑（註4），頁13。

⁴⁸ See Fredrick A. Hayek, *The Use of Knowledge In Society*, *Am. Econ. Rev.* (1945).

⁴⁹ See e.g. Gerald P. O'Driscoll, jr. and Mario J. Rizzo, *The Economics of Time and Ignorance* (1996).

⁵⁰ See Kahneman, *supra* note 13, at 98.

特定，賠償責任具填補性即可，因為懲罰性賠償會過度限制行為人的行動，對眾人並無好處。

法律經濟分析名家卡勒布列西（Guido Calabresi）曾說⁵¹：其之所以作〈大教堂〉⁵²一文，提出財產規則與補償規則之分，一個很重要因素是，名經濟學家貝克（Gary Becker）在其經典論文〈犯罪與懲罰：經濟分析進路〉⁵³中，將刑罰金錢化，使得私法上的「財產」失去了意義，此經濟分析必然錯了。的確，經濟分析在理性選擇模型（rational choice model）掛帥下，導致了分析方法與分析對象之分離，寇斯深為其憂⁵⁴。侵權法的本質——事後的損害填補責任——必然使得由上而下的嚇阻模型不適用了，因為一者，損害只限於填補，即剝奪了最具嚇阻力的懲罰性賠償之選項；二者，即使再完善的事前預防管制，基於人的有限性，損害還是會發生的⁵⁵，則責任之課予，豈非強人所難？可嘆的是，目前標準的過失經濟分析是生產函數式而非市場交易式⁵⁶，因此其必然是事前管制模型，此與侵權法不符了。上述將開車能力誤為過失標準，即是此模型之一表徵。在事前管制模型，不管侵害人或是被害人，都被預設了其完全知道其特定行為與對方特定行為的微調，如何可以減少特定的損害。換言之，這是一個完滿訊息的模型，但過失卻是行為人事實上不預見啊！

過失責任作為私法自治之原則，也有比較法上的意義。在英美普通法中，「過失」（negligence）僅是侵權的一類型，其是與「故意侵權」（intentional torts）或「嚴格責任」（strict liability）等並列⁵⁷，並非具法律價值所從出的私法自治原則。法律的經濟分析既由美國學者開始與發展，則其侵權法的經濟分析，將過失與嚴格責任視為互斥、僅可擇一，即頗為自然，但如此的定性，使得過失作為侵權責

⁵¹ Guido Calabresi, Remarks: The Simple Virtues of *The Cathedral*, 106 Yale L. J. 2203 (1997).

⁵² Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, *supra* note 18.

⁵³ Gary Becker, *supra* note 46.

⁵⁴ R. H. Coase, *supra* note 1, at 1-5.

⁵⁵ 此意味了社會上的損害數額，不管是絕對或相對，都非評價侵權法是否「有效」或「正當性」的標準。參見王澤鑑（註4），頁1-5。

⁵⁶ See e.g., Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics* 320-328 (4th ed., 2004).

⁵⁷ See Christian von Bar, *Principles of European Law: Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another* 230 (2009).

任計算的訊息基礎幾乎不可能了。在此架構下，「過失」一詞成為只能是漢德公式計算之結果，而不是其計算之變數——可預見與否——從而無法導出過失作為私法分配危險的一般原則。過失侵權與故意侵權的分離，可能也有同樣的效果。波斯納打破疆界將之合觀，但武斷地以是否投入實體資源去避免損害或製造損害，區分故意過失，則與事實不符了。寇斯說，經濟分析的假設，既要可操作，也要真實⁵⁸。我國侵權法的架構顯然不同於英美普通法，過失責任是我國私法的自治原則，侵權法或其他私法，是以之為價值之源而發展的。韓國申有哲教授即指出，中日韓在繼受西方私法時，其漢字翻譯若不精確，即無法彰顯私法自治精神，其例之一，即是「侵權」比「不法行為」好，因為後者可能意味了違反國家（強制）法律，則私法自治精神即不見了⁵⁹。

玖、 結論

過失是私法賠償之核心，其認定往往被稱以客觀化，但其含意不清。之所以有客觀化之說，是其預設了過失原本是主觀心理罪責，而其實踐不符合了侵權法的價值。客觀說不知所以以行為人的能力作為過失標準，即是失誤了。其無法解答為何能力是過失認定的標準，尚是小事，課予低能力者高能力的過失標準，令私法強人所難，才是大事。享樂效益論者直指核心，將能力效益化，去計算其成本效益，結果卻得出能力低者應該配低的過失標準！為了自圓其說，其加入其他變數去調整，其解釋力已大失矣。過失的理解，應回歸行為人是否能預見損害之發生，因為這是人間社會分配危險（未來損害）之原則。不可預見的損害，係不可抗力，非人可減少之，因此非交易障礙，則作為減少交易成本的侵權（損害補償）法，即不需要了。而損害預見與否，是繫於行為人的預見能力與行為的危險性。一般情況是，行為人的預見能力是相同的，但行為的危險性則是不同的，則

⁵⁸ R. H. Coase, *supra* note 1, at 33-34.

⁵⁹ Yu-Cheol Shin (申有哲), *Translationsprobleme bei der Rezeption Europaischer Rechte in Ostasien*, 2012/9/21 於中研院法律所報告書面稿。

愈是危險的行為，愈是可預見，行為人因此愈易過失而負損害賠償責任。過失責任本質上是一種危險責任。當行為係極端危險，過失八九不離十，可課予嚴格責任。又故意係行為人有意使損害發生，可說極端危險，因此其過失計算如同嚴格責任。為何見危不救不負侵權責任？因為此危險非行為人所造成，而且如此減少危險的契約才有成立的餘地。行為的危險性不僅是來自行為本身，而且來自損害對象。在不使善意第三人（無過失行為人）受不測損害之虞條件下，物權被創設了。但物權一旦被侵害，並不意味行為人即有過失而應負責，因為即便最先進的物權公示制度都無法含蓋所有行為態樣，有些損害行為人是無法預見的。過度強調物權損害的可預見性，以三層結構操作侵權法，令過失客觀化或不法化了，使過失失去了其預見可能性本質。不法是過失標準之逾越，其是立基在行為人預見可能性計算出來的，而非過失本身，但經此折騰，被混淆了。違反強制法令的行為因此被視為過失，無視行為人對此損害是否預見可能。過失的責任基礎，不管是懲罰或非難，或許能解釋無過失者無須負損害賠償責任，但都不能解釋過失責任不是懲罰而僅是填補。過失作為可預見與否的訊息結構，其承認了行為訊息的個人性，過失行為人因此在其訊息取得的決定上是自主的——此市民社會法制也！