

法律繼受或法律自主：

民法第 184 條第 1 項前段「權利」之爭

簡資修*

摘要：

我國民法第 184 條之規定，從條文結構來看，無疑是德國民法第 823 條與第 826 條之繼受，但條文繼受後之發展，卻漂移了。一方面，民法第 184 條第 1 項前段之「權利」被堅持不能包括利益，另一方面，德國法之附保護第三人作用之契約，卻又不被繼受，如此繼受漂移造成了法律適用之混亂。一者，損害之為權利或利益之定性，成為爭執重點，無視損害之相互性本質（此即過失責任）才是重點，訴訟失焦，社會浪費也。二者，私法自治之契約優先原則，被棄置了，從而損害之分配不確定，也是社會浪費了。堅守民法第 184 條是繼受德國民法之三個獨立侵權類型，而無視於法國或日本民法的一般條款，其最大副作用是，阻礙了融貫的過失責任之發展。在經濟分析助力的融貫過失責任下，過失客觀化、過失責任與危險責任之二元論以及契約責任與侵權責任之請求權競合等「特殊理論」，都是不必要的。

關鍵詞：

法律繼受；權利；利益；經濟分析；過失責任；德國民法；一般侵權；特殊侵權

* 中央研究院法律學研究所研究員；台灣大學法律學系合聘教授。感謝高文琦、黃松茂的評論。

壹、前言

我國是法律繼受國，民法第 184 條有關侵權行為法之規定，毋庸置疑是繼受自德國民法第 823 條與第 826 條，但適用至今，民法第 184 條第 1 項前段條文中的「權利」，是否包括「利益」在內，仍是爭議不斷。主張應包括「利益」在內者¹，往往被歸為是法國法或日本法之援用²，從而被認為不應為我國法所採。這種以繼受母國之認定，從而作為法源，令法律與生活世界脫離了。雖然法律是體系的，基於路徑依賴，繼受母國的法律無疑是有影響的，但其不應具有法源之權威性³，而毋寧只是法律補充時，應審酌的對象。法律體系作為權利釐定成本之極小化，其要求無矛盾性與融貫性，此非單純援用繼受母國法律可解決者，因為一者，繼受母國的法律（其實是理論），可能未與時俱進；二者，非繼受母國的他國法律，也進入視野，競爭發生了⁴；三者，法律體系之必然本土化，否則其即不可能減少權利之釐定成本⁵。

在侵權法，以權利或利益作為保護客體之篩選標準，僅是技術性的，而非本質的，但其副作用是私法自治之遮蔽。在私法自治，具體契約是分配損害的首要機制。不過，由於訂約成本之存在，甚多的契約並無明文的損害分配約款，但這不使得其從契約責任變為侵權責任。權利與利益之差別保護說，令人僅著重權利與利益之形式辨異，而忽略了契約解釋與過失責任，才是分配損害的關鍵。我國民法第 184 條第 1 項前段之權利不包括利益之說，是與結果不法

¹ 例如陳忠五（2008），《契約責任與侵權責任的保護客體——「權利」與「利益」區別正當性的再反思》，台北：元照。

² 參見王澤鑑（2015），《侵權行為法》，頁 421-423，台北：自刊；陳聰富（2017），〈論過失侵害利益之侵權責任：區別權利侵害與利益侵害的困境與突破〉，《台大法學論叢》，46 卷 1 期，頁 135-200；葉啟洲（2015），〈純粹經濟上損失在臺灣侵權行為法上的保護——以最高法院相關裁判為中心〉，《月旦法學雜誌》，241 期，頁 5-34，收於《民事法制之新典範》，頁 3-45，台北：元照。

³ 蘇永欽教授甚至說：「對大陸法系國家而言，創造、發現不同於外部法律體例——那怕只一點點的偏離，而可更流暢操作的內在體系，是每個教科書作者不能迴避的挑戰……這也是我一直覺得遺憾也疑惑的地方，為什麼台灣教科書作者到今天都還只想沿用法典的體例去寫作，不嘗試建構更進步的體系？」蘇永欽（2014），《尋找新民法》，頁 529。

⁴ 參見 Ugo Mattei, *Comparative Law and Economics* 101-121 (1997).

⁵ 參見簡資修（2017），〈權利之經濟分析——定分或效率〉，《法令月刊》，即將出版。

說搭配的，過失即被客觀化了，從而導不出私法自治之過失責任原則——人們因為認知可能，才負損害賠償責任。另外，將我國民法第 184 條第 1 項前段、後段與第 2 項，稱一般侵權行為三獨立類型，則一方面，其上位的「真正侵權行為法一般條款何在？」之問題發生了；另一方面，其阻絕了與第 185 條以後「過失推定」與特別法之「無過失責任」之關連——將之稱為特殊或特別侵權規定（因此有別於一般侵權），只是分類，並無助於法律體系之完善。

本文以下將首先指出我國繼受德國民法的漂移現象。漂移是借用自病毒複製之抗原漂變（antigenic drift）與移型（antigenic shift），其使得防疫之疫苗製造困難⁶；法律繼受在最基本的文字（法條）翻譯，即有（小）漂變，進而至法律條文所組合的法律規定與法律（內部）體系，即是（大）移型，則法律繼受作為法律有效（validity）的主張，甚為可疑。本文接著將指出，由於分類產生的單純權利或利益之辨，將淪為無意義的貼標籤之爭，誠社會浪費也。接著又指出，權利與利益之爭，也遮蔽了損害賠償法係（自治）私法——風險分配是契約優先的——因此造成法律適用上之混亂。最後，本文立基於法律作為合約安排之理論，指出德國侵權法的獨立類型模式，造成了統一的損害賠償之歸責理論發展之限制，權利釐定成本因此居高不下，從而繼受必須被超越！

貳、繼受漂移

我國民法第 184 條規定：「（第 1 項）因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。（第 2 項）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。」德國民法第 823 條規定：「（第 1 項）因故意或過失，不法侵害他人之生命、身體、健康、自由、所有權或其他權利者，對於該

⁶ 參見科學 online：高瞻自然科學教學資源平台
<http://highscope.ch.ntu.edu.tw/wordpress/?p=42175>，2017 年 5 月 24 日訪問。

他人，負賠償因此所生損害之義務。（第 2 項）違反以保護他人為目的之法律者，負同一之義務。依法律之內容，無可歸責事由亦可能違反該法律者，僅於有可歸責事由之情形，始負賠償義務。⁷」德國民法第 826 規定：「故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者，對該他人損害賠償之義務。⁸」從條文文義與結構來看，我國民法第 184 條第 1 項前段，是德國民法第 823 條第 1 項之繼受；民法第 184 條第 1 項後段，是德國民法第 826 條；而民法第 184 條第 2 項，是德國民法第 823 條第 2 項，毋庸置疑。

德國民法此種規定不同於更早立法的法國民法。法國民法第 1382 條規定⁹：「任何造成他人損害之人之行為，具有過錯之該人應負賠償損害之義務。」第 1383 條規定：「任何人就其自己造成他人之損害而負責，不僅是因其行為本身而負責，而且是因其懈怠或疏忽而負責。¹⁰」德國民法刻意不同於法國民法，除了民族自尊外，其是要避免因無明確規則，造成法院裁判之矛盾與混亂¹¹。但此是否達到成效，在此先不論，德國法院已經先擴張解釋其民法第 823 條第 1 項之權利，使其涵蓋了一般人格權與營業權¹²。

我國民法第 184 條第 1 項前段之適用，如果是德國法之繼受，應是不及於利益的。陳聰富教授因此主張，過失侵害他人純粹經濟上損失，在我國損害賠償之規範上是有漏洞的，而其填補方法，是擴大適用民法第 184 條第 1 項後段之「故意以背於善良風俗之方法加損害於他人者」之損害賠償責任¹³。但這裡有一先決問題待解答：為何過失侵害他人純粹經濟上損失，行為人須負損害賠

⁷ 國立臺灣大學法律學院（德國民法編譯委員會）、財團法人台大法學基金會（2016），《德國民法（總則編、債編、物權編）》，頁 801，台北：元照。

⁸ 國立臺灣大學法律學院（德國民法編譯委員會）、財團法人台大法學基金會，前揭註 7，頁 803。

⁹ 在 2016 年 10 月 1 日生效的修訂法國民法，其條號為第 1240 條與 1241 條。

¹⁰ 引自陳忠五，前揭註 1，頁 125。有人翻譯為：「個人不僅對於因自己之故意行為所生之損害，即對於因自己之懈怠（negligence）或疏忽（imprudence），致損害於他人者，亦負賠償責任。」王澤鑑，前揭註 2，頁 46。此種譯法，強調前條為故意，而此條為過失，此不同於強調行為本身不是負責之原因，其懈怠或疏忽，才是。

¹¹ 參見王澤鑑，前揭註 2，頁 51。

¹² 參見王澤鑑，前揭註 2，頁 52；陳聰富，前揭註 2，頁 148-154。

¹³ 陳聰富，前揭註 2。

償責任？既然德國民法之所以不同於法國民法，就是要**明文**令過失侵害他人純粹經濟上損失之人不負侵權損害賠償責任，則在德國民法及其繼受，此何來規範上的漏洞？

另外，德國法院也以「附保護第三人作用之契約」來保障純粹經濟上損失，陳聰富教授則認為，一者，我國法院實務未採之，二者，此有違債權相對性原則，因此不應繼受之¹⁴。此說值得商榷。首先，我國法院實務未採之，不是不繼受的好理由。例如，我國法院早期實務中，民法第 184 條第 1 項前段之權利是包括利益的，但是在學界主張德國法繼受下，才轉為不包括利益¹⁵。再者，如果德國法院與學說，不認為附保護第三人作用之契約是違反債權相對性，則我國既然強調法律之繼受，為何在此就另為主張？

在排除了擴大權利內容以及附保護第三人作用之契約的可能後，陳聰富教授認為只有擴張民法第 184 條第 1 項後段之一途了¹⁶。但這裡的論證，仍是立基於過失侵害他人純粹經濟上損失須負**侵權**之損害賠償責任之前提假設，但德國法顯然不是如此，否則這在德國法也會是問題。則一方面，強調德國法的繼受，因此形式上不能擴張權利至利益，而另一方面，又不實質採取德國法的契約解決方式，是矛盾繼受啊！更何況，即使將民法第 184 條第 1 項後段之故意，如陳聰富教授主張的，擴張至「輕率、漫不經心等**重大過失**行為」¹⁷，仍不會達成其法律漏洞填補目的——令**過失**侵害他人純粹經濟上損失之人，負損害賠償責任。

王澤鑑教授就繼受之實質困難說：「具保護第三人作用契約的制度創設，涉及精緻契約責任的建構，非屬易事，若不採擴大契約法的方法，在某類結論上應值保護的純粹經濟損失，例外地擬制係權利受損害，較為簡便，不必去構造細緻的契約責任的理論，與德國法的發展加以比較，其所體現的，乃法律思考

¹⁴ 陳聰富，前揭註 2，頁 165 - 166。

¹⁵ 陳聰富，前揭註 2，頁 144 - 146。

¹⁶ 陳聰富，前揭註 2，頁 192 - 193。

¹⁷ 陳聰富，前揭註 2，頁 193。

方法及法律文化的問題。¹⁸」但如果民法第 184 條第 1 項前段的「權利」不包括利益之主張，都是經過數十年之學說奮鬥，才為我國法院接受，何以在「具保護第三人作用契約的制度創設」，就要如此輕易縮手？也許更重要的是，「結論上應值保護的純粹經濟損失」的理論基礎如果不在契約法，其「擬制係權利受損害」之理論何在？其比之契約法之建構會更簡單嗎？

參、分類之爭

我國損害賠償法之繼受德國法，在民法第 184 條第 1 項前段之權利是否應包括利益，其實在法律實效上，不會有太大不同¹⁹，因為經過侵權之過失責任檢定，侵權行為人對於純粹經濟上損失，多是無庸負損害賠償責任的。倒是若權利不包括利益，權利或利益之爭，即成為兵家必爭之地，而在權利與利益很難區別或其實互為流動之下²⁰，此爭誠無意義，社會浪費耳。

例如在漁船營業損失案（最高法院 103 年度台上字 845 號判決）²¹，如果民法第 184 條第 1 項之權利不排除利益，最高法院是無庸在民法第 216 條第 1 項之所失利益之認定時，畫蛇添足去強調其不同於純粹經濟上損失，因此仍可請求賠償。又例如在廠房失火案（臺灣高等法院 99 年度重上字 758 號判決）²²，被告主張原告所受損害租金損害僅為債權，非民法第 184 條第 1 項之權利，而臺灣高等法院判說：「（原告）廠房於系爭火災發生前均有出租他人，可見 A 公司（原告）確有計畫出租各該廠房，且可得預期之租金利益具有客觀之確定性，卻因系爭火災而無法收取租金，自屬該公司所失利益，且該利益係因所有權受侵害附隨而生之經濟上損失，並非純粹經濟上損失，自得請求 B 公司（被告）賠償」。這裡可合理推論，如果民法第 184 條第 1 項之權利包括了利

¹⁸ 王澤鑑，前揭註 2，頁 451。

¹⁹ 主張德國法之繼受者，也多同意此點，例如葉啟洲，前揭註 2，頁 42。

²⁰ 參見陳忠五，前揭註 1，頁 138-161。

²¹ 參見葉啟洲，前揭註 2，頁 8-10。

²² 參見葉啟洲，前揭註 2，頁 10-11。

益，被告是不會有此租金是純粹經濟上損失之主張，從而和解（訴訟前或中）可能了，因為權利之釐定愈清楚，其交易愈是可能²³。在價款回收案（最高法院 98 年度台上字 1843 號判決）²⁴，被告的員工出具不實證明，令原告付款而無法回收，其案件的關鍵點，應是在被告員工的詐騙行為是否為民法第 188 條的「受僱人因執行職務」，但由於民法第 184 條第 1 項前段之權利是否包括純粹經濟上損失之「亮點」，令訴訟失焦，給予最高法院發回更審的藉口，訴訟不當被延長了。

在蚵苗著床案²⁵，損害是否為純粹經濟上損失之無謂爭執，更是表現無疑。在此案，被告在海域抽沙，造成海水混濁，使得鄰近蚵苗無法著床或妨礙生長，養蚵業者因此提起民法第 191 條之 3 之損害賠償之訴。首先，最高法院在第二次上訴，以此損害是否為純粹經濟上損失為理由，發回更審，是不必要的延長訴訟；次之，此損害是否為純粹經濟上損失之爭，令本案是否應適用民法第 191 條之 3 之實質論據被忽略了。在最後的確定判決，臺灣高等法院說：「就本件公害而言，受害海域面積遼闊，被害蚵民眾多，果僅能依民法第一八四條之規定請求賠償損害，而上訴人又抗辯從事抽砂工作無不法性，且非故意以背於善良風俗之方法加損害於人，則被上訴人等人將無求償之道，其有背於法律所蘊含之公理與正義，而非事理之平，甚為顯然。上訴人辯稱純粹經濟上之損失，並無該條之適用，雖非無見，但就個案而言，為本院所不採。²⁶」此一推理，顯有瑕疵。只因為被害人眾多，而依法其無法受償，就應訴諸「公理與正義」使其受償，法治何在？按民法第 191 條之 3 之適用，仍必須是在普世的侵權責任下為之的（參見本文第五節）。本案的損害賠償性質，不是意外，比較是相鄰關係，民法第 793 條之氣響侵入有關規定，即可參照。該條但書規

²³ 這是寇斯定理的真義，參見簡資修（2015），〈寇斯定理與私法自治〉，《月旦民商法雜誌》，第 49 期，頁 78-88。

²⁴ 葉啟洲，前揭註 2，頁 20-22。

²⁵ 陳聰富，前揭註 2，頁 178-181；葉啟洲，前揭註 2，頁 11-16。

²⁶ 葉啟洲，前揭註 2，頁 13。

定：「其侵入輕微、或按土地形狀、地方習慣，認為相當者，不在此限。」被告的主張：「其基於政府機關之授權，於八十九年十月間在系爭新興區海域進行工程，被上訴人（原告）於系爭新興區附近之系爭海域並無漁業權」，因此應被認真看待²⁷，至於蚵苗未著床是為純粹經濟上損失或所有權損害，根本是劃錯重點。

同樣地，在凶宅交易價格減損案²⁸，是否純粹經濟上損失，也非損害賠償責任成立否的重點，違法性才是。但既然這是法律承認的損害賠償相關事由，原告總要爭執其非純粹經濟上損失，畢竟不主張白不主張（更何況還真有法院認為此係非純粹經濟上損失²⁹），如此一來，一者，法院即要說理一番，而此原無必要；二者，關鍵違法性之探求，即可能被敷衍了——在房屋租賃，其應是契約責任之探求，而不是故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人否。一般自殺不是針對房屋所有人而來，其當然不是「故意」以「背於善良風俗之方法」加損害於他人。

德國民法之所以不同於法國民法之一般侵權條款而採用三個「小概括條款」，一個原因是，其認為如此可以減低法律操作成本，但看起來是事與願違了。Henry Smith 提出「概念經濟」（economy of concepts）之看法，他認為實體化的物權概念，此即基準/例外的分類，可以減低法律系統的操作成本³⁰。但這只是幻象³¹。不採一般條款而採獨立類型分列，其可能發生的問題，與基準/例外架構是相同的——如果其分類界線本身不清楚，分類本身之爭執，即是額外增加的成本。當受保護對象是否為權利或利益，決定於其是否應受保護（不管其原因為何）而非「權利」或「利益」本身，則此一概念分類，不但不會減低

²⁷ 參見簡資修（2012），〈保護他人之法律，所為何來——最高法院一〇〇年度台上字一〇一二號民事判決評釋〉，《月旦裁判時報》，18期，頁25-31。

²⁸ 葉啟洲，前揭註2，頁25-31；陳聰富，前揭註2，頁181-184。

²⁹ 例如臺灣高等法院97年度上字486號判決，參見葉啟洲，前揭註2，頁30。

³⁰ Henry E. Smith (2012), On the Economy of Concepts in Property, University of Pennsylvania Law Review 160 (7), pp. 2097-2128

³¹ 參見簡資修（2017），〈物權——（實體）物或權（定分）〉，《甘肅政法學院學報》，2017年3期。

法律操作成本，反而是使其增加的。這是法律的外部體系與內部體系區分之所在——外部體系僅是描述，有助於概觀，但內部體系則是協調，其是不矛盾而融貫的，此才有助於法律之操作（立法、司法）成本。

肆、私法自治

將損害賠償法集中於權利與利益之爭，往往忽略了在私法自治中，損害之分配，首先是具體契約為之的，侵權責任僅是在無具體契約下的才有的。例如在團體保險之保險金損失案³²，由於僱用人的疏失，受僱人無法請求原本可以請求的保險給付，此損害之分配，原應即由（僱傭）契約決定，但法院卻要以未受保險金給付係純粹經濟上之損失，因此非民法第 184 條第 1 項前段之權利為由，來排除侵權責任之適用，誠無必要。在參展品被竊案（最高法院 98 年度台上字 1961 號判決）³³，也是如此。在此案，原告委託 A 公司辦理其儀器至美參展事宜，A 公司再委由 B 公司運送，而 B 公司再委由 C 航空運送，結果儀器在 C 航空的倉庫被竊，原告的參展因此落空，因此請求商譽與商機損失、人員旅費以及場地租金等之損害賠償；此案也應只是（委託與運送）契約問題，但在這些損害是否為純粹經濟上損失，因此是否適用民法第 184 條第 1 項前段之侵權責任，法院還是要行禮如儀一番，復誦何謂純粹經濟上損失，以及契約與侵權之不同法益保護等等。

近年發生的玻璃娃娃案³⁴，更顯示了契約責任被漠視的法律慌亂。在此案，受害人係一高中生，「患有先天性染色體異常、肢體重度殘障、全身骨骼鬆軟易碎、行動不便、無法行走（即俗稱玻璃娃娃）之病症」者；某日體育課，因為下雨改至地下室，侵害人係其同學熱心幫助，得其同意將其抱起走下樓

³² 葉啟洲，前揭註 2，頁 24-25。

³³ 葉啟洲，前揭註 2，頁 17-20。

³⁴ 台北地院 91 重訴 2359；台灣高院 93 年度上字第 433 號；最高法院 94 台上 2374；台灣高院 95 上更（一）6

梯，卻因樓梯濕滑而致兩人同時滑落，受害人其後送醫不治死亡。

臺北地方法院首先判決說：侵害人「係為發揮同學間彼此照顧之美德，其行為並無可非難性，亦無任何強迫行為或故意可言。」以及侵害人不是平日照顧受害人之同學，而「俗稱玻璃娃娃之症狀者，係近幾年始為傳播媒體所注意而予登載」，則侵害人「辯稱（於八十八年、八十九年間）對（受害人）患有先天性染色體異常之俗稱「玻璃娃娃」症狀之身體狀況並不知悉，無特別照顧義務等語，尚難認有何違反經驗或論理法則」，因此侵害人不負損害賠償責任³⁵。

不過，經上訴，臺灣高等法院則判決說：「（侵害人）雖係熱心好意抱負（受害人）從樓梯下地下室，惟當日天雨，一般常人均會注意樓梯溼滑，應小心行走，抱負他人時更應小心謹慎，尤其（侵害人）知悉（受害人）係成骨不全之玻璃娃娃，其身體遭受激烈碰撞可能導致死亡之結果，自應更為謹慎，以免滑落使（受害人）受創，（侵害人）當時已滿16歲，應有此認知及判斷能力，當時亦無不能注意之情事，詎其抱負（受害人）從樓梯下地下室時，應注意且能注意，而不注意樓梯地板溼滑，不慎跌倒，致（受害人）跌落頭部鈍創、顱骨破裂及四肢多處骨折，送醫不治死亡，自欠缺一般人之注意義務，而應負過失責任。³⁶」

在輿論譁然之下，最高法院廢棄此判決，發回更審³⁷。臺灣高等法院在更審時，「撿到籃子裡就是菜」，臚列所有可能有利於侵害人的理由，判決侵害人不負損害賠償責任³⁸。其理由一：「按侵權行為所以要求行為人應負善良管理人之注意義務者，蓋自被害人立場言，經法律承認之權益應受保障。侵權行為制度既以填補損害為目的，為維持社會的共同生活，自有必要要求行為人負擔抽象過失責任，方可保障一般人的權益不致任意受侵害。雖然如此，關於未成年人的過失責任，仍應以同年齡、具有相當智慧及經驗之未成年人所具注意能力

³⁵ 台北地院 91 重訴 2359

³⁶ 台灣高院 93 年度上字第 433 號

³⁷ 最高法院 94 台上 2374

³⁸ 台灣高院 95 上更（一）6

為標準。由此觀之，注意能力不及善良管理人之程度者，令其負抽象過失責任，已逾越加害人所能注意之能力範圍，與負無過失責任無異。」其理由二：「按過失之責任，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，民法第220條第2項定有明文。本件既屬無償協助，得參酌上開立法之精神，自應從輕酌定（侵害人）善良管理人之注意義務。」其理由三：「末按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，不負賠償之責，民法第175條定有明文。查被（侵害人）緊抱（受害人）樓，因學生所穿鞋子印濕樓梯，致樓梯溼滑，（侵害人）抱著（受害人）連同自己同時滑落至樓梯間，可見（侵害人）之行為，並無惡意或重大過失之情形，自不負賠償責任。」

王澤鑑教授評說：在此案，無因管理才是正確的法律適用，而民法第220條僅適用於「債務不履行」，不應適用於此意外事故³⁹。這不值得贊同，因為一者，侵害人不是「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」，並不符合無因管理之規定；二者，被害人是得受害人同意後，才抱其下樓，契約存在了，也不符合「無因」管理之規定。在此案，應直接適用民法第220條，才是比較正確，而不是僅如臺灣高等法院勉強所言的「得參酌上開立法之精神」。至於臺灣高等法院更審判決理由一：「注意能力不及善良管理人之程度者，令其負抽象過失責任，已逾越加害人所能注意之能力範圍，與負無過失責任無異。」是違反了我國法院實務之過失客觀化見解。鑑於過失客觀化之理由雖是錯的，但其結果（低行為能力者不能免責）是對的，本理由若成立，法治危矣。

將此案定性為侵權（危險）行為，而非契約責任，是此案剪不斷、理還亂的原因。「熱心」在侵權行為法，是沒有地位的。台北地方法院說：「為發揮同學間彼此照顧之美德，其行為並無可非難性」，但這不是法律論據，其不構

³⁹ 王澤鑑，前揭註2，頁125。

成民法第 184 條第 1 項的「不法」？「過失」？臺灣高等法院的第一次判決，則根本不認「熱心」的帳。「熱心」應是指無償，在契約，即為無償契約。就侵害人是否知道受害人作為玻璃娃娃的脆弱性，在侵權責任之認定上，是重要的，但在契約一旦成立後，其就不重要了——受害人接受了侵害人的給定認知。臺灣高等法院的第一次判決，認為侵害人知道此脆弱性，而且詳細描述滑落樓梯之經過，認其無不能注意情事，從而有過失，而應負侵權責任。但其實，下樓梯的過程，並非侵權「行為」的發生時點，因為侵害人在此時，已是竭盡所能（例如其無與他人嬉笑怒罵等影響下樓安全之行為），因此不是「能注意而不注意」；這有如開車肇事時，撞車前之剎那，開車人竭盡所能，因此非其侵權行為時點。詳細描述滑落樓梯之經過，僅是損害發生之事實描述，其根本無「不法」之認定（漢德公式之計算），至於是否過失，就更談不上了。

伍、超越繼受

堅守德國民法之繼受，將我國民法第 184 條視為三個獨立的侵權類型，其最大的缺失，是令（統一的）過失責任作為侵權法之原則，未能彰顯了。一者，過失被客觀化了；二者，民法第 184 條第 2 項以及民法第 185 條以後之侵權規定，甚至損害賠償的特別法，都被「去過失化」了；三者，契約責任與侵權責任之關係被隔絕了。

我國民法第 184 條第 1 項前段之權利，若如德國民法，僅能是絕對權利，則結果不法說，就發生了——只要損害一旦發生，行為人即被推定為不法，則如果行為人要負損害賠償責任，其就只能是過失了，這在損害防制能力比較差者之情形，造成了強人所難之「過失悖論」，只好以過失客觀化化解了。例如在開車之例，一旦發生車禍，開車者就被推定為不法，過失與否，因此成為責任發生之關鍵，則開車能力比較差者，例如弱視，可以抗辯，其在發現會撞車之時，已經竭盡所能，採下煞車，因此其無過失；但這顯然不合法律感情，只好

說過失客觀化——其開車能力未達一般人的客觀標準，仍是過失，因此仍應負損害賠償責任⁴⁰。但事實是，過失責任必須採取行為不法說，此即過失是作為客觀不法之主觀不認知，而其認知是可能的。在上述開車之例，一旦發生車禍，開車人不能立即被推定為不法，而是要去檢驗其行為（客觀）不法否；加速或不減速才是其相關的行為，而開車能力愈是差者，其行為愈是危險，此即開車能力愈是差者，其無庸負損害賠償的安全時速愈低⁴¹；如此一來，開車能力愈是差者，其愈是可能不法，則所謂其已經竭盡所能之說法，根本無關於其賠償責任；至於主觀過失，則是基於愈是危險愈是認知可能之人類天性，開車能力愈是差者之開車（危險），愈不可能主張無認知可能（從而無過失）。

我國民法第 184 條被稱侵權法的一般規定，民法第 185 條至第 191 條之 3 則被稱特殊規定，但一方面，如果民法第 184 條是三個獨立的侵權類型規定，因此將不再是那麼一般，則此區分將模糊；另一方面，民法第 184 條第 2 項的違反保護他人法律之侵權類型，其也是以「過失推定」方式規定的，並無不同於那些特殊侵權規定，則一者稱一般而另者稱特殊，理由不充分。其實，此一特殊 vs. 一般之分類的最大問題是，其破碎化了侵權之歸責原因。一者，「嚴格責任」⁴²其實是過失責任的一種態樣，其非二元；二者，民法第 184 條第 2 項的違反保護他人法律之侵權類型，被去過失化了。

如本文上段所述，行為愈是危險，其愈可能不法，因此也愈可能過失，而應負損害賠償責任。在漢德公式 $B < PL$ 之計算，此即 P 值很大，則當 P 值近於

⁴⁰ 王澤鑑教授說：「此依客觀標準而為的過失非難，係就個別的行為人加以認定，基本上，仍維持過失責任原則。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，前揭註 2，頁 335。

⁴¹ 在漢德公式 ($B < PL$) 之計算， B 是因減速或不加速，所無法實現的利益，此即時間成本，在一般案件，開車能力正常者與較差者的時間成本是一樣的，因此 B 並無不同； PL 是因減速或不加速，因此可以減少的預期損害，而開車能力比較差者，因為其是從事比較危險的活動，其一旦不為此活動（減速或不加速），可以減少比較多的預期損害 PL ，則 $B < PL$ 即比較可能成立，從而比較可能負損害賠償責任。

⁴² 這裡的嚴格責任包括過失推定與「無過失」責任。不管是過失推定責任或無過失責任，其都僅是立法技術——從事此種活動，多會（*prima facie*）造成他人損害，因此法律規定一有此活動而造成損害，行為人即應負損害賠償責任，因此稱嚴格責任。

1，此即行為人若不為此行為，損害即不會發生，換言之，此行為係極端危險的，則一旦有此行為，漢德公式 $B < PL$ 即成立，此為嚴格責任。我國民法第 187 條之法定代理人責任、第 188 條之雇用人責任、第 190 條之動物占有人責任、第 191 條之工作物所有人之責任、第 191 條之 1 之商品製造人責任、第 191 條之 2 之動力車輛駕駛人責任以及第 191 條之 3 之危險製造人責任等特別侵權責任，即是屬此。嚴格責任並不意味行為人無過失，而是行為人的過失太明顯了——行為太危險了——不須再去探求過失否。因此在適用這些「過失推定」規定，行為人之證明其（但書規定）無過失之重點，不在於行為人方，而是在於受害人是否「與有過失」⁴³，因為受害人與有過失愈高，行為人愈難以預防損害之發生，此即漢德公式之 P 值變小，其行為即愈不危險，從而行為人愈不可能過失，而不應負損害賠償責任。

相較於上述特殊侵權規定之（極端）危險責任性質，民法第 184 條第 2 項的違反保護他人法律，並不當然是危險，此所以條文中，要加上「致」生損害於他人者，要求具有因果關係，此即漢德公式之 P 值要高於 0，如此公式才能成立，行為人也才應負損害賠償責任。我國法院實務往往以「無」（不是）過失責任操作此條文，因此混亂不已⁴⁴。

以獨立的侵權類型表現侵權法的一般規定，其最大問題是，令過失責任作為侵權法之統一原則，隱而不顯，從而也令契約責任與侵權責任之關係，無法獲得釐清。損害作為（權利）定分，其分配首先是具體契約約定的，侵權責任是後補的⁴⁵。侵權責任的發生樞紐是危險行為之過度，此即過失責任，漢德公式 $B < PL$ 之成立。換言之，若無此行為，損害仍然發生，或若無契約，即無此行

⁴³ 本文這裡的與有過失，並不僅僅指民法第 217 條之過失相抵，而是包括無因果關係或自承危險等不生損害賠償責任之事由。

⁴⁴ 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；簡資修（2012），〈保護他人之法律，所為何來？〉，《月旦裁判時報》，18 期，頁 25-31；簡資修（2013），〈因果關係的前邊與後界〉，《月旦裁判時報》，24 期，頁 14-20。

⁴⁵ 契約責任與侵權責任間，還有無因管理、不當得利等之法律關係，在此不論。

為，此行為即非危險，不應適用侵權責任。在附保護第三人作用之契約，若無此契約，根本不會有第三人之損害，因此其不可直接適用侵權責任法。在契約無明文約定損害之分配，我國民法第 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利益者，應從輕濁定。」

甚多的損害賠償特別法，被歸為無過失責任之侵權責任法⁴⁶，但其實其是契約責任的——若無這些特別法就損害賠償責任之範圍加以確定（主要是限縮），行為人是不會為此行為的。例如若無鐵路法、公路法、大眾捷運法以及民用航空法等法律，限縮了大眾運輸業者的損害賠償範圍，大概不會有業者進入大眾運輸市場；若無核子損害賠償法，大概也不會有核子電廠之興建；若無藥害救濟法，大概也無新藥之開發。

在侵權法的法律規定技術上，嚴格責任與「利益保護」，是互為鏡像——過失責任下的危險與不危險之兩極端。在嚴格責任之適用，其行為人被推定有過失，其免責之無過失之證明，基於過失責任之損害相互性，其是在證明受害人「與有過失」（因此使其難以預防）。在「利益保護」，行為人是被推定為無過失，要使行為人負損害賠償責任，是受害人要去證明行為人有過失，競爭利益之損失，是其例。

陸、結論

我國民法第 184 條之規定，從條文結構來看，無疑是德國民法第 823 條與第 826 條之繼受，但條文繼受後之發展，卻漂移了。一方面，民法第 184 條第 1 項前段之「權利」被堅持不能包括利益，另一方面，德國法之附保護第三人作用之契約，卻又不被繼受，如此繼受漂移造成了法律適用之混亂。一者，損害之為權利或利益之定性，成為爭執重點，無視損害之相互性本質（此即過失責任）才是重點，訴訟失焦，社會浪費也。二者，私法自治之契約優先原則，

⁴⁶ 參見王澤鑑，前揭註 2，頁 697-747。

被棄置了，從而損害之分配不確定，也是社會浪費了。堅守民法第 184 條是繼受德國民法之三個獨立侵權類型，其最大副作用是，阻礙了融貫的過失責任之發展。在融貫的過失責任下，過失客觀化、過失責任與危險責任之二元論以及契約責任與侵權責任之請求權競合等「特殊理論」，都是不必要的。