

侵權法：私法自治或國家統制

Tort Law: Private Law or Public Law

簡資修*

Tze-Shiou Chien

摘要

非契約之事後損害賠償法，在臺灣稱「侵權行為法」，在大陸稱「侵權責任法」。侵權行為法意味了損害賠償責任是來自於責任人自己之行為，而侵權責任法則意味了損害賠償責任是來自於法律之分配。前者，私法自治之實現；後者，國家統制之展現。不過，在臺灣，過失被客觀化了，以致於過失責任之私法自治意涵被遮蔽了；在大陸，其過錯責任甚至在觀念上不區分主觀的過失與客觀的不法，而「無過錯責任」也出現了，則私法自治稀釋殆盡矣。

Abstract:

Tort law in Taiwan is conduct-based while in China is law-based. Negligence is a state of mind in private law whereas negligence is mingled with unlawfulness in public law. However, the objectification of negligence in practice of Taiwan's tort law also obscures the private law nature of tort law. A unified theory of tort law based on conduct and therefore on autonomy will be developed.

關鍵詞：侵權法、過錯責任、嚴格責任、私法自治、國家統制

Key words: tort law, negligence, strict liability, private law, public law

* 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。

一、前言

非契約之事後損害賠償法，在臺灣稱「侵權行為法」¹，在大陸稱「侵權責任法」²。這不僅是名詞之不同，也意味了不同的立法思維。侵權行為法意味了損害賠償責任是來自於責任人自己之行為，而侵權責任法則意味了損害賠償責任是來自於法律之分配。前者，私法自治之實現；後者，國家統制之展現³。侵權法是事後損害賠償之法，其為私法之部分，自治是其原則，國家統制非其功能。在侵權法中，轉介條款（例如臺灣民法第 184 條第 2 項）或可舒緩私法自治與國家統制之矛盾⁴，但不能為國家統制所主宰。

不管在臺灣或大陸，過錯責任都是侵權法的基礎原則⁵。不過，在臺灣，過失被客觀化了，以致於過失責任之私法自治意涵被遮蔽了；在大陸，其過錯責任甚至在觀念上不區分主觀的過失與客觀的不法，而「無過錯責任」也出現了，則私法自治稀釋殆盡矣。但事實上，這些相對於過錯責任的「嚴格責任」⁶，是過錯責任的特別態樣，而不是兩極對立的。有些行為類型初顯（*prima facie*）其行為人是比較可能是過錯而須負損害賠償責任，法律因此直接規定其行為人應負損害賠償責任，是為技術之考量，並非行為人無過錯也要負損害賠償責任，而是其過錯太明顯了，無須個案再去考量。「過錯推定責任」才是其真實。

侵權法之過失客觀化或過失不法化，都令私法自治殘缺不全，使得其與契約法或物權法等私法之關聯斷裂了，甚至與刑法之可能關聯也失去了。私法作為事後損害賠償之法律，其損害賠償首先一定是基於具體契約的，然後是無因

¹ 臺灣民法第二編：債，第一章：通則，第一節：債之發生，第五款：侵權行為。

² 大陸 2009 年制定侵權責任法，2010 年開始施行。

³ 這可能是來自前蘇聯民法之影響仍在。參見楊立新，編纂民法典必須肅清前蘇聯民法典的影響，法制與社會發展，128 期，2016 年 3 月，137-146 頁。

⁴ 參見蘇永欽，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規定，收錄於：走入新世紀的私法自治，元照，一版，2002 年 5 月，333-371 頁。

⁵ 在臺灣稱過失責任，在本文統以過錯責任稱之。理由一、「過失」保留給主觀的心理狀態；理由二、侵權責任之成立，一定是包括了主觀的過失與客觀的不法，「過錯」涵蓋了此二面向。

⁶ 在此不能等同於「結果責任」，結果責任是無倫理價值的無過錯責任。

管理、不當得利，最後才是侵權行為。法律邏輯要求，同一行為不能是契約責任，又是侵權責任。不管在臺灣或大陸，契約責任與侵權責任之請求權（規範）競合說是主流，令人遺憾。為何刑法原則上不處罰過失犯，這是與過失責任作為私法自治的原則有關的。人格權在民法上往往不受到侵權法之保護，並非民法之疏失，而是其太重要，法律不願其在市場交易，而以刑罰更有力地避免其侵害。

法典之編纂，不能僅是資料蒐集與分類並排，而是要體系化，不單形式邏輯要一致，其內容也要融貫，此即權利釐定成本要極小化⁷。這些成本表現在立法成本、司法成本與習法成本等方面。一個融貫的法律體系，可以：令立法者知道現行法律之不足何在，從而可以對症下藥，不會自大恣意立法；令司法者可以最小成本同案同判或不同案不同判之法律續造；令習法者不再只是背誦記憶，而是提綱挈領為最大範圍的學習。侵權法的核心在於私法自治的過錯責任，此概念一旦清楚，整個法律體系即豁然開朗，大有助益於開創立法、穩當司法與聰明習法。

二、 過錯責任

臺灣民法第 148 條第 1 項規定：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。」此條有深義焉。其意味了權利之行使，必然伴隨了他人之損害。法學大儒耶林即如是說：「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」臺灣民法第 184 條第 1 項規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。」同條第 2 項規定：「違反保護他之法律，至生損害於他人者，負損害賠償。但能證明其行為無過失者，不在此限。」行為人之主觀認知或可能——故

⁷ 參見簡資修，權利之經濟分析：定分或效率，法令月刊，68 卷 9 期，2017 年 9 月，24-46 頁。

⁸ 轉引自王澤鑑，侵權行為法，自版，增訂新版，2015 年 6 月，12 頁。

意或過失——是行為人負損害賠償責任之要件，是為過錯（失）責任。大陸侵權責任法第 2 條規定：「侵害民事權益，應當依照本法承擔侵權責任。」有人認為此條係其侵權法之一般條款⁹，但此條文是同義反覆，並無實質內容。稱一般條款，言過其實。其第 6 條第 1 款規定¹⁰：「行為人因過錯侵害他人民事權益，應當承擔侵權責任。」其第 2 款規定：「依據法律規定推定行為人有過錯，行為人不能證明自己沒有過錯的，應當承擔侵權責任。」表明其是採過錯責任。其第 7 條規定：「行為人損害他人民事權益，不論行為人有無過錯，法律規定應當承擔侵權責任的，依照其規定。」此條文不應被解讀為本質上相反於前條過錯責任之無過錯責任，而毋寧是行為人無法舉證其無過錯而免責之嚴格責任。首先，「不論行為人有無過錯」，文義上不表明行為人一定是無過錯的。次之，大陸侵權責任法標榜其是融合歐陸法與英美普通法而制定出來的¹¹，此條文因此應是仿自英美普通法的嚴格責任（*strict liability*），而在英美普通法中嚴格責任、過失侵權（*negligence*）與故意侵權（*intentional harms*）等是獨立的侵權類型，但這不意味負嚴格責任的行為人無主觀上的故意或過失——過失與故意作為侵權類型，是不同於過失或故意作為行為人之主觀認知或不認知，否則過失責任不但包括了過失侵權也包括了故意侵權，就無法理解。過錯責任，然後過錯推定責任，接著應是極端過錯的嚴格責任，才是符合邏輯，而不是突然 180 度轉彎的無過錯責任。

（一）過失客觀化

在實務上，過錯責任中的過失卻被客觀化或不法化了。在臺灣，結果不法說，導致了過失之客觀化。所謂結果不法說，指一旦有損害之發生，即推定行為不法，除非有不法阻卻事由，否則行為人即須負損害賠償責任¹²。而過失並非

⁹ 例如楊立新，侵權責任法，北京大學出版社，二版，2017 年 8 月，6-8 頁。

¹⁰ 臺灣與大陸在法律條文的「項」「款」之使用，剛好顛倒。

¹¹ 參見楊立新，同註 9，3-14 頁。

¹² 參見王澤鑑，同註 8，303-306 頁。

不法阻卻事由¹³，在行為人的防治能力比較差時，即產生如下問題：防治能力愈是差者，其愈無庸負損害賠償責任。為避免此悖論，過失客觀化之說法被提出了。以下以視力不佳開車人為例說明之。假設視力不佳之開車人以明眼開車人之速度開車而發生車禍，其先被推定為不法，接著考量其是否有過失，由於其在發現前有路人之時，即刻採下煞車，可謂盡其所能，則難謂有過失，但此顯然違反法律感情，乃稱過失應客觀化，此即視力不佳開車人的竭盡所能，雖然無法達到明眼開車人之程度，但仍要其依此較高的過失標準而負損害賠償責任¹⁴。但過失客觀化根本不可能。明眼開車人，除非是故意，否則其必然也是在竭盡所能去避免損害而損害仍然發生，但其仍應負過失的損害賠償責任，如果其車開得太快的話，而其可容許的開車時速應是高於弱視駕駛的。所謂客觀化，以明眼開車人之標準為標準，根本是無稽之談。

依照臺灣民法第 184 條第 1 項前段規定，故意或過失，是行為人的主觀認知，不法侵害他人之權利，是客觀事實。以下援用美國漢德法官（Learned Hand）提出的計算公式，加以說明之。漢德法官說，損害發生後，認定行為人是否應就此負賠償責任，應假設反問：若無此行為，因之無法實現的利益 B，是否小於因之可以減少的預期損害 PL；如果 $B < PL$ ，應負損害賠償責任；如果 $B > PL$ ，不負損害賠償責任。在此要強調的是，這是一個「行為」而不是「能力」的公式¹⁵。侵權法作為損害已經發生後之事後究責機制，行為是其差異製造事實，此相對於管制法作為減少損害發生之前管制機制，能力是其背景條件

¹³ 臺灣最高法院 72 年度台上字 1469 號民事判決：「因過失不法侵害他人之權利者，原則上皆成立侵權行為，侵權行為人之行為，除有阻卻違法之事由外，概屬不法……」引自王澤鑑，同註 8，304 頁。

¹⁴ 王澤鑑教授說：「過失類型化含有客觀責任的性質，與嚴格的個人責任未盡相符，在某種程度並具擔保的因素，乃在實踐侵權行為法填補損害及預防損害的機能。依此客觀標準而為的過失非難，係就個別的行為人加以認定，基本上仍能維持過失責任原則。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。」引自王澤鑑，同註 8，335 頁。

¹⁵ 在法律經濟分析，漢德公式往往被誤用為「能力」判斷之公式。參見簡資修，華文的法律經濟學道路，中國法律評論，15 期，2017 年 6 月，93-95 頁。

¹⁶。在上述開車之例，開車人是否應負損害賠償責任，因此是在其決定加速或未減速而造成危險之時，而不是在於其發現前有路人而採煞車之時，因為此時僅是身體自動反應，非行為也；如此一來，視力不佳開車人由於其減速可以減少比較多的預期損害 PL，在其時間成本（此即無法實現利益）B 與一般人無不同之假設下，其安全（免責）速度就比較低，換言之，其過失（責任）標準本來就比較高，完全無須所謂過失客觀化才能使其負損害賠償責任。

漢德公式是客觀的不法公式，其是行為人主觀認知的對象，但其也可推論出過失與否。漢德公式愈是可能成立，意味了行為愈是危險，則其愈是預見可能，從而行為人愈不可能抗辯其無過失。在上述開車之例，視力不佳開車人就視力不佳與開車危險之關係的認知，一般而言，應是不少於明眼開車人或甚至更可能認知到，因此在漢德公式成立下，其很難抗辯無預見可能性而無過失。在行為極端危險下，行為人甚至很難抗辯其未預見損害之發生，故意也！

大陸侵權責任法第 6 條不同於臺灣民法第 184 條第 1 項前段，並未明文區別主觀的過失與客觀的不法，而以過錯表示之。有論者說，此表示大陸立法者有意不為此區分，直將過失不法化了¹⁷。但一者，若是如此，侵權法即非私法，自治精神完全喪失了；二者，現代民法首發者的法國民法，也用了統稱的「過錯」，但其仍是區分了主觀的過失與客觀的不法¹⁸；三者，如果過失不法化了，則所謂過錯推定，根本就不需要了，此即其第 6 條第 2 款即成贅文了。

（二）過錯認定

實務上，過錯之認定，往往被「後見之明偏誤」（hindsight bias）¹⁹蒙蔽了。尤其在醫療過錯之認定，「不按時予以 X 光檢查，以明瞭病情，作為應否開刀

¹⁶ 參見王鵬翔，規則的規範性，收錄於：謝世民編，理由轉向——規範性之哲學研究，國立臺灣大學出版中心，2015 年 4 月，325-356 頁。

¹⁷ 例如王利明（2012），我國《侵權責任法》採納了違法性要件嗎？，中外法學，24 卷 1 期，2012 年 2 月，5-23 頁。

¹⁸ 參見陳忠五，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，新學林，2008 年 12 月，125 頁。

¹⁹ 參見 WARD FARNSWORTH, THE LEGAL ANALYST: A TOOLKIT FOR THINKING ABOUT THE LAW 218-223 (2007).

之決定，致未能為適時醫療」、「未將病人之骨折處接合，致成陳舊性骨折畸形不癒合且腫脹」、「應知注射葡萄糖液，引發熱性副作用致人於死，注射之初，未密切注意病人反應，對甫行手術之病人，注射 200cc，未審慎施用」、「未經試驗即注射盤尼西林針劑，致中毒發生過敏反應，引發心臟肥大等症」、「注射康必安未預作皮膚敏感測試，致人於死」等說詞²⁰，只是事後因果關係之描述，其未為過錯認定之價值判斷與利益衡量。在漢德公式 $B < PL$ 之計算，其 P 是事前觀點的，而在上述的說詞下，其值仍可能是近乎 0 的。

在交通事故案件，未保持安全距離或緊急煞車等，往往也被作為過失認定之依據，但這也僅是事實之描述或同義反覆（撞車若非故意，一定是未保持安全距離），其也是未作過錯之實質認定。臺灣最高法院 76 年度台上字 158 號民事判決說²¹：「（羅）於夜晚又未注意與前車保持安全距離，致追撞前車，此部分應由（羅）負過失責任。至（陳）疏未注意與前車保持安全距離，亦造成相繼追撞。」但在臺灣的高速公路上，駕駛人自主享有「安全距離」之可能，其實是值得懷疑的。臺灣最高法院 83 年度台上字 613 號民事判決說²²：「（鄭）既為大客車職業司機，緊急煞車將導致車身劇動，易發生車內乘客受害之危險，為其所明知，自應為相當注意，而疏於注意，此與緊急避難情形，亦屬有別。」緊急避難係阻卻不法之事由，而這裡的過失認定，就是過失認識對象之不法與否之認定，則緊急避難當然是其應考慮之因素。臺灣最高法院 80 年度台上字 173 號民事判決說²³：「上訴人以自用轎車載某女外出遊玩，途中因求歡而將汽車門窗關閉，但疏未注意調節車內空氣，致使原患有心臟擴大症該女頓感呼吸困難，產生噁心、嘔吐等現象，上訴人見狀，復疏未注意採取適當之安全措施，仍令汽車門窗關閉，馴致該女由於缺氧引起急性心肺循環衰竭而死亡。」也是後見之明偏誤了。

²⁰ 引自王澤鑑，同註 8，345-346 頁。

²¹ 引自王澤鑑，同註 8，341 頁。

²² 引自王澤鑑，同註 8，342 頁。

²³ 引自王澤鑑，同註 8，342 頁。

在「實用法學²⁴」與「經驗法學²⁵」當道下，不管是個別判決之研讀或大量判決之統計或預測分析，若無侵權法基本原理（此即過錯責任）之指引，其將從事實導出規範，此非法學也，另外，其也僅是事實解釋事實，此亦非科學也²⁶，則法律科學安在哉？

三、 過錯推定責任

侵權法雖是以過錯責任為原則，但基於立法技術，可針對一些侵權類型，為過錯推定之規定。臺灣民法第 184 條第 2 項以後至第 191 條之 3，可作如是觀。大陸侵權責任法第 6 條第 2 款，也是如此。大陸侵權責任法第 7 條，是所謂的無過錯責任；其後的一些特別侵權責任條文，也未就責任人之無過錯而免責為規定，因此也可歸為無過錯責任之類型。但不管是過錯推定或無過錯責任，其不是與過錯責任相對的責任類型，而是過錯責任的特殊態樣。過錯推定與無過錯責任之責任成立，仍然是與過錯責任同——來自於行為危險——只是其更加危險或極端危險罷了。「無過錯責任」一詞有誤導作用，應該棄置不用。「嚴格責任」(strict liability) 是普通法的用法，其與過失侵權 (negligence) 與故意侵權 (intentional harms) 雖是互相排斥的獨立侵權類型，但是單純語義上，其無「無過錯責任」之必然蘊涵，而且其操作上，也不是結果責任²⁷。

按過錯責任之認定，不是簡單的事實與規範間之法學三段論，而是涵攝演繹之價值判斷與利益衡量²⁸，此即漢德公式之計算與預見可能性之推論。如此一來，某態樣行為之漢德公式 $B < PL$ ，愈是可能成立，其愈是可認定其過錯責任成立。換言之，如果立法特別制定某些過錯推定責任或甚至所謂無過錯責任，其

²⁴ 王澤鑑教授說：「目前法律系學生多偏向法律抽象規範的記憶而忽略了細心、耐心研讀案例事實，及如何將具體事實涵攝，或具體化於抽象過失概念下。」王澤鑑，同註 8，341 頁。

²⁵ 參見王鵬翔、張永健，經驗面向的規範意義——論實證研究在法學中的角色，中研院法學期刊，17 期，2015 年 9 月，205-294 頁。

²⁶ 參見簡資修，論法律經濟分析之科學性，政治與社會哲學評論，66 期，2018 年 9 月，1-41 頁。

²⁷ 參見 Guido Calabresi and Jon T. Hirschoff, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, 81 YALE L.J. 1055, 1057-1085 (1972).

²⁸ 參見王鵬翔，論涵攝的邏輯結構——兼評 Larenz 的類型理論，成大法學，9 期，2005 年 6 月，1-45 頁。

意味了漢德公式比較容易成立——這是侵權法體系之要求！因此一者，行為與損害間，仍是要有因果關係，否則漢德公式中的 P 值為零，公式即不可能成立；二者，阻卻不法事由，例如緊急避難或依法令之行為，仍有適用，因為此時漢德公式的 B 值是大的，因此公式不成立；三者，受害人或第三人的「與有過失」，可以減輕或甚至免除行為人的損害賠償責任²⁹，因為「與有過失」使得漢德公式中的 P 值變小了（侵害行為就損害之發生機率減少了），公式即不容易成立，行為人自然不應負損害賠償責任。

（一）違反法律規定

臺灣民法第 184 條第 2 項與大陸侵權責任法第 6 條第 2 款，明文規定了違反法律者之損害賠償責任，但其不適於以獨立侵權類型視之，而是仍要回歸過錯責任之原則，否則治絲愈棼矣。臺灣最高法院的一則判決³⁰，很可說明此。

該案事實約略為：「上訴人由未成年的被上訴人騎機車附載，遭第一審共同被告超速駕車，且未保持安全間隔，自左後方撞擊，致上訴人頭部、臉部及四肢受傷。被上訴人係無照駕駛，上訴人在被上訴人告知無法提供其安全帽，仍然上車附載。」台灣最高法院以被上訴人的無照駕駛與附載未戴安全帽之乘客，與損害間，僅具條件關係或事實因果關係而無相當因果關係為由³¹，判決被上訴人無須就上訴人的損害負賠償責任。此一論證，複雜了因果關係，混淆了侵權責任的諸要件。一者，無照駕駛根本可直接以無因果關係處理，不須先訴諸條件關係，再來以無相當因果關係來排除；二者，附載未戴安全帽之乘

²⁹ 臺灣民法第 217 條之減少或免除賠償之規定，僅只是與有過失表現型態之一，受害人之自承危險可能被歸為阻卻不法或無因果關係。

³⁰ 此部分論述節自簡資修，因果關係的前邊與後界——最高法院一○一年度台上字第四四三號民事判決評釋，月旦裁判時報，24 期，2013 年 12 月，14-20 頁。

³¹ 其法律見解說：「按侵權行為之債，固以有侵權之行為及損害之發生，並二者間有相當因果關係為其成立要件（即「責任成立之相當因果關係」）。惟相當因果關係乃由「條件關係」及「相當性」所構成，必先肯定「條件關係」後，再判斷該條件之「相當性」，始得謂有相當因果關係，該「相當性」之審認，必以行為人之行為所造成之客觀存在事實，為觀察之基礎，並就此客觀存在事實，依吾人智識經驗判斷，通常均有發生同樣損害結果之可能者，始足稱之；若侵權之行為與損害之發生間，僅止於「條件關係」或「事實上因果關係」，而不具「相當性」者，仍難謂該行為有「責任成立之相當因果關係」，或為被害人所生損害之共同原因。」

客，與損害間是有因果關係，但乘客之自願承擔危險，阻卻不法了。

首先，在此個案，無照駕駛與損害間，根本無因果關係。肇事原因顯然是肇事者未保持安全間隔，自左後方撞擊，此與被上訴人有照或無照駕駛無關；換言之，被上訴人之不為此行為，不會改變損害發生之機率，此即 P 值為 0，何勞要先往前推其是條件關係，然後再說其無相當因果關係？更何況，深究之，無照駕駛也不是條件關係。按條件關係是說，「若無此行為，即無此損害發生」，既然無照都會去開車了，有照自然更會去開車，則無照駕駛怎能是此損害之條件關係呢？

次之，乘客頭部因肇事受傷，其若未戴安全帽，必然是有因果關係的，此即 P 值不是 0——其若戴安全帽，必然減少損害發生之機率。法院強調其無「相當」因果關係，顯然是不要令被上訴人負損害賠償責任，但這令因果關係承擔了過重的功能。因果關係是事實上的因果關係，此即關於 P 值，完整漢德公式是 $B < PL$ ，此包括了不法，乘客未戴安全帽，是其自願承擔了危險，因此阻卻了被上訴人的不法。

(二) 環境污染

大陸侵權責任法第 65 條至 68 條明文規定了環境污染者的損害賠償責任³²，臺灣民法第 191 條之 3 之危險活動責任規定³³，也被適用至此。但這些過錯推定責任或「無過錯責任」，往往也被濫用了。以下以蚵苗著床案說明之³⁴。

在本案，工程公司受經濟部工業局委託，在雲林縣台西鄉海域進行抽砂工

³² 大陸侵權責任法第 65 條規定：「因污染環境造成損害的，污染者應當承擔侵權責任。」第 66 條規定：「因污染環境發生糾紛，污染者應當就法律規定的不承擔責任或者減輕責任的情形及其行為與損害間不存在因果關係承擔舉證責任。」第 67 條規定：「兩個以上污染者污染環境，污染者承擔責任之大小，根據污染物的種類、排放量等因素確定。」第 68 條規定：「因第三人的過錯污染環境造成損害的，被侵權人可以向污染者請求賠償，也可以向第三人請求賠償。污染者賠償後，有權向第三人追償。」

³³ 臺灣民法第 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，對他人之損害應負賠償責任。但損害非由於其工作或活動或其使用之工具或方法所致，或於防止損害之發生已盡相當注意者，不在此限。」

³⁴ 臺灣最高法院 102 年度台上字 2218 號民事裁定；臺灣高等法院台南分院 101 年度公上更（三）字第 1 號民事判決。

程，造成海水混濁，以致於鄰近海域的蚵苗無法著床，養殖戶因此受有損害。訴訟爭點為蚵苗無法著床，是權利或利益受害，如果是前者，養殖戶可以請求損害賠償，若是後者，不可以請求損害賠償。但這完全是劃錯重點。受政府委託去執行公共事務，其所造成的損害，極可能有阻卻不法的事由；或者依據臺灣民法第 793 條但書之規定，如果其侵入輕微，或按土地形狀、地方習慣，認為相當者，污染者是不負損害賠償責任的³⁵。臺灣的法院似乎認為，臺灣民法第 191 條之 3 之適用，已推定其不法，而僅能以無因果關係免除其責。但這是尾巴搖狗矣。之所以有過失（錯）推定之法律規定，是其類型行為非常可能令漢德公式成立，所以其解釋、適用，須依此目的為之。將過失（錯）責任推定或「無過錯責任」與過失（錯）責任對立起來，而不是視其為過失（錯）責任的特殊態樣，是臺灣法院論理失誤之所在。

（三）僱用人責任

僱傭關係依其本質，僱用人對於受僱人有指揮監督之權³⁶，受僱人因此可以視為僱用人之工具，所以受僱人於執行職務，致他人受有損害，僱用人所負之損害賠償責任，其實是自己責任，而非他人責任。但如果受僱人利用受僱機會故意侵害他人，其已非僱用人之工具，從而僱用人也無須負損害賠償責任了。此在漢德公式之計算，即 P 值甚小，可能會是 0，因為受僱人之故意，意味了其甚難為僱用人防止，則 $B < PL$ 不成立。臺灣民法第 188 條第 1 項但書之規定：「但選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負損害賠償責任。」應是如此理解，才是正確。但在最近的媽媽嘴咖啡店殺人案³⁷，臺灣法院有所疏失了³⁸。

³⁵ 參見王千維（2018），違法性與生態損害——評最高法院 102 年度台上字第 2218 號民事裁定，月旦裁判時報，68 期，2018 年 2 月，78-94 頁。

³⁶ 這是寇斯所論的「公司」（firm），參見 RONALD H. COASE, THE FIRM, THE MARKET AND THE LAW 33-55 (1988).

³⁷ 臺灣高等法院 103 年度上字第 600 號民事判決。

³⁸ 參見謝哲勝，受僱人殺人並非執行職務的行為——高等法院一○三年度上訴字第 600 號民事判決評析，收錄於：謝哲勝、蔡晶瑩、王怡蘋、吳瑾瑜、王千維、姚志明、王澤鑑著，僱用人的侵權責任，元照，2017 年 11 月，1-17 頁。

在本案，受僱人之殺人行為是否在受僱的咖啡店，應非重點³⁹，但臺灣高等法院如下論道：「陳進福於一〇二年二月十六日偕同其妻張翠萍至媽媽嘴咖啡店消費時，謝依涵利用準備飲料之機會，將含有 Zolpidem 成分之短效型安眠藥加入陳進福夫妻點用之熱咖啡，交其飲用，俟其服用後藥效發作陷於意識不清、不能抗拒之狀態時，再將之扶至店外淡水河邊紅樹林處附近，以預藏之水果刀予以殺害；謝依涵將摻有安眠藥之飲料，交給陳進福夫妻飲用，係其著手實施殺人行為之一部分。一般顧客願在咖啡店消費，係相信可在安全無虞之環境消費始會前往，身任店長為顧客準備飲品本屬謝依涵之職務範圍，其將安眠藥摻入陳進福夫妻於該店所點選之飲品，該行為外觀上具有執行職務之形式，且該店亦為其執行職務之地點，客觀上可認謝依涵係在執行職務，不能以陳進福夫妻生命遭侵害之地點係在淡水河邊紅樹林，非在咖啡店內，即認為與謝依涵執行職務無關。」

在關鍵之點，此即「選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者」，臺灣高等法院說：「呂炳宏等人合資經營媽媽嘴咖啡店雖有員工教育手冊，惟該手冊並無關於顧客消費及場所安全之注意事項。店員於當晚七點半左右已發現陳進福神情昏沈，臉色難看，卻未予關心，提供協助，亦未通報當時在辦公室內之呂炳宏，甚至於晚間八點半再到客人用餐區，看到陳進福仍緊閉雙眼坐在座位上，仍未理會，致錯失兩次避免不幸事件發生之機會，足認呂炳宏等人經營之媽媽嘴咖啡店對於顧客在店內發生狀況，或身體不適時應如何處理，並無建制一套通報及處理流程，亦未對於店長及其他員工，有無適時處理顧客之身體異常狀況，建立監督之機制。其次，依照呂炳宏所陳述，謝依涵上班原穿短裙搭配內搭褲，當晚呂炳宏看到謝依涵更換運動長褲，詢其原因僅答稱學跳水，並未注意查詢謝依涵於工作中離開咖啡店在外落水之行為，顯見媽媽嘴咖啡店對於身為最資深者或店長之謝依

³⁹ 有人認為這是重要的，參見謝哲勝，同前註。

涵，於工作中離開咖啡店之行為，亦無管理監督之機制，致謝依涵得以從容將陷於意識不清、不能抗拒狀態之陳進福扶出店外殺害，呂炳宏等人合資經營之媽媽嘴咖啡店顯然對於謝依涵之監督未盡相當之注意義務，所以無法免除呂炳宏等人所應負之僱用人責任。」這裡除了有本文前節所述的「後見之明偏誤」外，也有因果顛倒，因為該店即使訂有監督機制，在受僱人故意情況下，其仍是無法防止的——縱加以相當之注意而仍不免發生損害！

四、權利與利益之區別保護

臺灣民法第 184 條仿自德國民法，明文區別權利與利益之不同保護，其利益僅在行為人故意以背於善良風俗之方法（臺灣民法第 184 條第 1 項後段）或違反保護他人之法律（第 184 條第 2 項）損害之時，才受保護。大陸的侵權責任法，則明文（第 2 條與第 6 條第 1 款）未為此區分，但學說爭執甚大⁴⁰。其實，如同過錯推定有範圍不一的明文規定，但其個案操作，仍是過錯原理之適用，侵權法對於權利與利益是否要有明文區別保護，也可有不同，但不管如何，其操作原理，仍是過錯責任的。

臺灣侵權法的繼受德國性格，在法律實務上造成了甚大麻煩。德國侵權法不同於法國侵權法之一般條款而採取三個小概括條款之立法方式，其原因應是要給法官具操作性的指導，避免其裁判之「矛盾與零亂」⁴¹。但弔詭的是，愈是想要精細分類，減少操作成本，其付出的代價，可能是責任原理之遮蔽，在此即是過錯責任之破碎化⁴²，一如本文上節所言的過錯推定規定被等同視之於「無過錯責任」或結果責任。更何況，即使在減少法律操作成本上，其恐怕也是成本高於利益，適得其反了。首先，由於權利與利益在其公示程度之差異，意味了權利侵害之預見可能性較高，而利益較低，因此依一般過錯責任去認定過錯

⁴⁰ 參見朱虎，侵權法中的法益區分保護：思想與技術，比較法研究，2015 年第 5 期，2015 年 9 月，44-59 頁。

⁴¹ 參見王澤鑑，同註 8，頁 51。

⁴² 參見簡資修，法律繼受之漂移與超越——民法第 184 條權利之解釋視野，未刊稿，2018 年。

與否，也不會有太大（避免出錯）成本，則將利益先排除於侵權法的保護客體之外，即獲利有限。再者，利益之保護，愈來愈重要，將之以門檻方式排除，社會因之付出的法律成本，就愈來愈高。三者，由於權利與利益之區分，並非絕對清楚，在個案爭訟中，系爭損害到底是權利或利益，反而成為爭點，無端增加了訴訟成本。

大陸的侵權責任法雖然未明文區別權利與利益之保護，但在解釋適用上，如何使得其各得其所，此即愈是權利，侵害人愈是要負損害賠償責任，愈是利益，侵害人愈不須負責任。在漢德公式 $B < PL$ 之計算，權益價值比較高者，其 L 比較大；權益公示比較高者，其 P 比較大，因為其預見可能性比較高；外溢效益比較高者（例如競爭所造成的消費者剩餘），其 B 比較大。大陸侵權責任法雖然未明文有獨立的「不法性」要件，但其過錯責任應是可含括此的，以「可賠償的損害」（PETL 第 2：101）或「具有法律相關性的損害」（DCFR 第 6-2：101）去作為權利與利益區別保護之規範基礎⁴³，並不恰當，因為這些損害如要有意義，仍然涉及了漢德公式之計算，否則仍是標籤而已。

五、 侵權責任與契約責任

（一）契約優先

侵權法若不是行為法，而是責任法，一般人是要負好撒馬利亞人責任的。此即在漢德公式之計算，侵害人可以很少的代價 B ，就可以減少很大的預期損害 PL ，因此其是要負損害賠償責任的。但從行為法言，則是即使無此救援行為，損害仍然會發生，因為此損害非由我行為發生的，此即 P 值為 0 ，因此漢德公式 $B < PL$ 不成立。這是私法自治之當然推論——若一般人皆負好撒馬利亞人之救援義務，意味了國家強制代替了個人契約，私法自治蕩然無存矣。其實，在他人有危難時，人性是趨向於幫助的，反而是如果法律以好撒馬利亞人標準責之，必然抑制了利他行為。侵權法之過錯責任，是行為人「不小心」（過失）

⁴³ 參見朱虎，同註 40，頁 58。

從事了過度危險（不法）之活動，其本質是附過錯停止條件之損害賠償責任約款，此即侵權行為本質上是（合約同意）「合法的」。不過，漢德公式在具體契約責任是等式 $B=PL$ ，在侵權責任則是不等式 $B<PL$ 。按如果人是完全理性的，不會有侵權行為發生，因為行為人所支出的損害賠償額度 PL 是高於其不為侵權行為所無法實現的利益 B ，但現實上仍有如此多的侵權行為發生，是人之行為，往往是不思快想之反應。在具體契約，契約之所以成立，漢德公式 B 要等於 PL ，此即行為人訂立契約所得利益要與其損害賠償責任程度搭配——愈是有償，其所負責任愈高，愈是無償，其所負責愈低⁴⁴。此所以救援之損害賠償責任，其程度是比較輕的⁴⁵。

大陸合同法第 122 條規定：「因當事人一方的違約行為，損害對方人身權益、財產權益的，受損害方有權選擇請求其承擔違約責任或者侵權責任。」此條文也為其最近制定的民法總則第 186 條所承襲。臺灣則是早期實務採取契約優先說，但後來也改採請求權競合說⁴⁶。此誠為不幸，因為自治係私法之原則，損害之分配，應以具體契約為優先，若無具體契約存在，才應依照侵權規定為之⁴⁷。請求權競合說混淆了契約與侵權，破壞了私法自治體系，令權利不確定，徒增社會浪費耳。

侵權法之所以是過錯責任，不是由於政策選擇或自然法（例如「損失歸所有人承擔」（casum sentit dominus）⁴⁸），而是來自於私法自治。損害之分配，如果不是私法之全部，也必然是其大部分。臺灣民法第 148 條第 1 項規定：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。」此意味了權利之行

⁴⁴ 臺灣民法第 220 條規定：「I 債務人就其故意或過失之行為，應負責任。II 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。」

⁴⁵ 臺灣民法第 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，不負賠償之責。」

⁴⁶ 參見王澤鑑，同註 8，頁 82-90。

⁴⁷ 其間還有無因管理與不當得利之請求權，在此忽略。

⁴⁸ 參見王千維，民事損害賠償責任成立要件上之因果關係、違法性與過失之內涵及其相互間之關係，中原財經法學，8 期，2002 年 6 月，7-64 頁。

使，必然伴隨了他人之損害，但不能以其為主要目的⁴⁹。換言之，（民事）權利之釐定，即是損害是否可受賠償之決定，則基於自治原則，損害之分配，即應以契約為優先，若無法訂立契約時，始有「法定」之責任。這裡「法定」的定性，應該是具「補充性質」的任意規定而不是具「否定性質」的強制規定。法律邏輯上，契約責任與侵權責任之競合，是不可能發生的！所謂法條競合說，不能存在，因為其根本無任何競合可言；至於請求權競合說，更是無稽了。

如本文上節所言，權利與利益之在侵權法有不同的保護，並不是在其適用不同的過錯標準，而是在其適用同樣的過錯標準，但經驗上有不同的結果——權利之侵害相較於利益之侵害，比較可能獲得賠償。但這種不同的經驗效果，不能反客為主，成為侵權法應該區分權利與利益而為不同的保護程式（構成要件），這是要視其副作用而定的——體系成本（將立法技術問題視為規範本質問題）以及執行成本（權利與利益分類之不清楚）。此一將經驗結果反客為主之法律適用，也發生在違約責任與侵權責任之競合上了。違約責任多以履行利益為賠償範圍，而侵權責任多以固有利益（主要是權利之侵害）為賠償範圍，但不能由此推導出利益損害之請求，僅能依違約責任規定為之，而權利損害之請求，僅能依侵權責任規定為之⁵⁰。所謂責任競合，係來自違約之賠償範圍，應該包括其固有利益，但此時必須訴諸侵權法，始能取得其規範基礎，如此違約責任與侵權責任都發生了，才有了競合問題。

實務上，契約責任與侵權責任間，還有一個非競合之誤判關係，此即契約責任被歸入了侵權責任。這有兩種態樣，一是，契約存在被視而不見，直接以一般侵權責任處理之；二是，法律規定（尤其是特別法）應是作為填補契約未為損害賠償約定之預設（任意）規定，也被以侵權責任視之⁵¹。

⁴⁹ 這是損害的經濟性質，也就是所謂的「損害相互性」，參見 COASE, *supra* note 36, at 96.

⁵⁰ 參見陳忠五，同註 18。

⁵¹ 侵權責任是無任何（具體）契約存在時之法定責任，這裡的法定責任，則是具體契約存在，但其無損害賠償約款時之法定責任。

具體契約之存在，並不都是明文的意思表示合致⁵²，更不用說，其就衍生的損害賠償有所約定，但不能因此就捨契約責任而就侵權責任，因為具體契約必然隱含了損害責任之分配。臺灣民法第 220 條規定：「(第 1 項)債務人就其故意或過失之行為，應負責任。(第 2 項)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。」在漢德公式之計算，此即無償時，債務人若無此契約行為時，其因之無法實現的利益 B 甚小或為 0，從而 $B < PL$ 成立，但不同於侵權行為之已經發生⁵³，此時法律不應課予債務人責任，因為債務人可以選擇不訂約，從而完全避開了損害賠償責任。

(二) 玻璃娃娃案⁵⁴

本案的受害人，係「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」的高中生，某日體育課時，因為下雨改到地下室上課，其同學徵其同意，將其抱起下樓，但因樓梯濕滑以致於摔倒滑落，受害人送醫後不治死亡。

在第一審，臺北地方法院判道：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⁵⁵。

⁵² 臺灣民法第 153 條規定：「I 當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。II 當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約為成立，關於該非必要之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質定之。」

⁵³ 如果人是完全理性的，不會有侵權行為發生，因為行為人所支出的損害賠償額度 PL 是高於其不為侵權行為所無法實現的利益 B ，但現實上仍有如此多的侵權行為發生，是人之行為，往往是不思快想之反應。

⁵⁴ 臺北地方法院 91 年度重訴字第 2359 號民事判決；台灣高等法院 93 年度上字第 433 號民事判決；最高法院 94 年度台上字第 2374 號民事判決；台灣高等法院 95 年度上更（一）字第 6 號民事判決。

⁵⁵ 臺北地方法院 91 年度重訴字第 2359 號民事判決。

在上訴審，臺灣高等法院則為不同判決說：「（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。⁵⁶」這又是法院之「事後之明偏誤」。

在輿論譁然之下，臺灣的最高法院廢棄此判決，發回更審⁵⁷。臺灣高等法院在更審時，有違法院作為法律闡釋者之角色，居然採取律師策略，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⁵⁸。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

⁵⁶ 臺灣高等法院 93 年度上字第 433 號民事判決

⁵⁷ 最高法院 94 年度台上字第 2374 號民事判決。

⁵⁸ 臺灣高等法院 95 年度上更（一）字第 6 號判決。

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）下樓，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。」

上述理由一，其是違反了臺灣實務與通說之過失客觀化見解⁵⁹；上述理由二，其僅認為臺灣民法第 220 條可「參酌」而非直接適用，其法律意義不明⁶⁰；上述理由三，幫助之同學根本不符合民法第 175 條之規定：「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」⁶¹，怎可僅就故意或重大過失負責？究其實，未能以契約優先，是臺灣法院裁判之剪不斷、理還亂的原因——本案應直接適用臺灣民法第 220 條之契約規定！

（三）大眾契約責任

個別的危險行為，由於其甚高的市場交易成本，但其仍具（正的）社會價值，所以侵權法出現，以過錯責任分配損害，填補了無具體契約之缺憾。還有一種危險行為是大眾型的。其中又分兩種：分散型與爆發型，前者，例如使用產品之損害，後者，例如核子災害。此時也有高市場交易成本問題，損害賠償法因此也有必要，而同樣地，此時的損害賠償責任也必須是互蒙其利的，不能排除了具（正的）社會價值之危險行為。換言之，其損害賠償責任之課予，不能使得有（正的）社會價值的危險行為消失了；此即漢德公式中的 PL（預期的損害賠償）不能太大，否則 $B < PL$ ，行為人就不行為了，因為行為人寧願選擇比較小的所失利益 B，也不願承擔比較大的損害賠償責任 PL。此所以這些「嚴格

⁵⁹ 王澤鑑教授說：「此種善良管理人之注意是一種客觀化的注意，不以個人注意的程度為斷，亦含有「危險」的因素，即行為人因其智能發展、身體狀態或專業訓練不足，未達善良管理人的注意時，雖無「主觀上過失」，仍應負損害賠償責任。（原文即加強）」參王澤鑑，同註 8，701 頁。

⁶⁰ 王澤鑑教授評說：「從輕酌定援助者的注意義務。此項認定與民法第 220 條第 2 項規定無涉，蓋其是針對債務不履行而言，不適用於侵權行為。（原文即加強）」參見王澤鑑，同註 8，125 頁。

⁶¹ 王澤鑑教授續論道：「受害人得向救助者主張應負侵權責任，被害人亦得主張成立無因管理……民法第 175 條規定……此項關於緊急管理的規定得類推適用於侵權行為。（原文即加強）」參見王澤鑑，同註 8，頁 125。

責任」或「無過錯責任」規定，其實並非（絕對的）結果責任，行為人仍有免責條款之適用的⁶²。

首先，事變或不可抗力，往往令行為人免責了。臺灣核子損害賠償法第 18 條即規定：「核子設施經營者，對於核子損害之發生或擴大，不論有無故意或過失，均應依本法之規定負賠償責任。但核子事故係直接由於國際武裝衝突、敵對行為、內亂或重大天然災害所造成者，不在此限。」臺灣公路法第 64 條第 1 項也規定：「汽車或電車運輸業遇有行車事故，致人、客傷害、死亡或財、物損毀、喪失時，應負損害賠償責任。但經證明其事故發生係因不可抗力或因託運人或受貨人之過失所致者，不負損害賠償責任。」臺灣消費者保護法第 7 條第 1 項之規定：「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。」也是事變或不可抗力之一種。事變或不可抗力，對於行為人而言，即是其甚難避免此損害之發生，其漢德公式 $B < PL$ 很難成立，換言之，行為人無過錯可言，但法律若課予其損害賠償責任，意味其漢德公式 $B < PL$ 成立，則行為人用腳投票了！

次之，受害人之與有過失，一直有適用之餘地⁶³。臺灣核子損害賠償法第 19 條即規定：「核子設施經營者，證明核子損害之發生或擴大，係因被害人之故意或過失所致者，法院得減輕或免除對該被害人之賠償金額。」臺灣消費者保護法第 7 條第 3 項但書規定：「但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任。」如同本文上述過錯推定責任之免責，行為人證明自己之無過

⁶² 性質上，此是保險契約，因此要避免道德危險與逆選擇之發生。臺灣保險法第 59 條即規定：「I 要保人對於保險契約內所載增加危險之情形應通知者，應於知悉後通知保險人。II 危險增加，由於要保人或被保險人之行為所致，其危險達於應增加保險費或終止契約之程度者，要保人或被保險人應先通知保險人。III 危險增加，不由於要保人或被保險人之行為所致者，要保人或被保險人應於知悉後十日內通知保險人。IV 危險減少時，被保險人得請求保險人重新核定保費。」

⁶³ 其實，相對於受害人之與有過失，事變或不可抗力，是他人之與有過失。

失，也多是經由證明受害人之與有過失而達成的。

又例如司法院釋字 767 號解釋如下說道：「查系爭規定將常見且可預期之藥物不良反應完全排除於得申請藥害救濟範圍之外，係基於藥害救濟基金之財務平衡、有限資源之有效運用、及避免藥商拒絕製造或輸入某些常見且可預期有嚴重不良反應，但確實具有療效藥品之考量（衛生福利部 104 年 3 月 26 日部授食字第 1041400607 號函參照），其目的洵屬正當。另因藥物之藥理機轉本身即具有一定之可預期風險，且如前所述，透過醫師之告知、藥袋上標示或藥物仿單上記載，病人及家屬可有合理程度之預見。基於風險分擔之考量，系爭規定將常見且可預期之藥物不良反應排除於藥害救濟範圍之外，有助於前開目的之達成，並無顯不合理之處，與比例原則無違。」「末查對常見且可預期之藥物不良反應，系爭規定不給予藥害救濟，係因考量病人及其家屬對藥物不良反應之發生機會，已有合理程度之預見可能，而做出承擔風險之自主決定。則系爭規定於解釋適用上，有關機關（構）亦應確認使用藥物時，病人及其家屬得經醫療專業人員充分告知或閱讀藥袋、仿單之記載後，於合理程度內有預見該藥物存有常見且可預期不良反應之藥害之可能，自屬當然。」這裡的受害人之自承危險（與有過失之一種），使得其損害無法受償，其理由是「避免藥商拒絕製造或輸入某些常見且可預期有嚴重不良反應，但確實具有療效藥品之考量」，此即漢德公式中的 B 小於 PL，行為人（藥商）不為社會有益的行為（不販賣或製造有副作用的良藥）了。

三者，就損害額度為限制，也有助於漢德公式中的 B 與 PL 之不失衡。例如臺灣核子損害賠償法第 24 條規定：「I 核子設施經營者對於每一核子事故，依本法所負之賠償責任，其最高限額為新台幣四十二億元。II 前項賠償限額，不包括利息及訴訟費用在內。」臺灣公路法第 64 條第 2 項規定：「前項貨物損毀、滅失之損害賠償，除貨物之性質、價值於裝載前經託運人聲明，並註明於運送契約外，其賠償金額，以每件不超過新台幣三千元為限。」

基於上述，這些所謂「嚴格責任」或「無過錯責任」，其實是契約責任，因此相對於侵權責任（不管是過錯責任或過錯推定責任），其是要優先適用的，無所謂競合問題⁶⁴。臺灣最高法院 92 年度台上字 1710 號民事判決說：「公路法第六十四條第一項、第五十四條固有關於汽車或電車運輸業者行車事故損害賠償及一年短期消滅時效之規定，惟此與汽車運輸業者之受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利，被害人得依民法第一百八十四條、第一百八十八條第一項規定，請求汽車運輸業者與其受僱人賠償損害，兩者之損害賠償構成要件、賠償金額、舉證方法及消滅時效期間，均不相同。原審認公路法第六十四條第一項、第五十四條規定，不能排除該一般侵權行為損害賠償時效之適用，系爭事故發生在八十年二月二十日，被上訴人於八十一年八月十日提起本件訴訟，請求權未罹於二年之時效，亦無不合。上訴人仍爭執被上訴人之請求權罹於時效而消滅，指摘原判決不當，容有誤會。」本判決之論理，並不恰當。

公路法第 54 條第 1 項規定：「左列請求權，因一年間不行使而消滅：一、運送物喪失、毀損或遲交之損害賠償。二、運費、雜費之補收及退還。三、運送物之交付。四、代收貨價之支付。」其所要處理的關係，顯然僅是運送人與託運人間之關係，自然不及於運送人與受其侵害之他人之關係，以所謂競合關係視之，並不恰當。誠如本文上述，民法第 188 條之僱用人責任，是僱用人之自己責任而非他人責任，其規定並不在創造出新的損害賠償責任類型，但公路法之損害賠償責任是針對特定行業而來，而且該行業顯然多不是個體戶，其損害賠償責任多是經由受僱人之活動而來，其有關責任之成立、範圍以及消滅，若有特別規定，當然要優先適用，根本無競合問題。

(四) 醫療契約

醫療責任大概是未能以契約而以侵權處理損害分配之最重災區，因為這不只涉及因為醫療行為所增加之危險，而且包括了病人已有危險之移轉。此即在

⁶⁴ 不同意見，參見王澤鑑，同註 8，頁 699。

漢德公式之計算，PL 很大，而 B（醫療收費）不夠大，從而醫療者若被課予非契約等價的損害賠償責任，其即可不為或者歧視醫療，防衛醫療也。這裡非契約等價的損害賠償責任包括刑事處罰之威脅、無過錯責任之規定、醫療責任之高標準要求與消滅時效之不確定等。

在臺灣，1994 年消費者保護法頒佈後，曾引起醫療事故是否應適用其「無過失責任」之爭議。臺灣法院曾經以「經濟分析」為理由，「目的性限縮」消費者保護法的適用範圍，認為其不適用至醫療事故。2004 年臺灣的修訂醫療法第 82 條規定：「I 醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。II 醫事人員因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。」明文表明醫療責任不是「無過失責任」⁶⁵。但民事實體法之過失責任確定，並未實質影響民事訴訟與刑事追訴，2018 年臺灣醫療法第 82 條再度修訂為：「I 醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。II 醫事人員因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限，負損害賠償責任。III 醫事人員執行醫療業務因過失致病人死傷，以違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限，負刑事責任。IV 前二項注意義務之違反及臨床專業裁量之範圍，應以該醫療領域當時當地之醫療常規、醫療水準、醫療設施、工作條件及緊急迫切等客觀情況為斷。V 醫療機構因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。」這些法律規定其實是不必要的，如果臺灣法院自始以契約責任而非侵權責任去分配醫療事故之損害。或者說，這些規定所能產生的效果也可能不大，如果臺灣的法院仍視醫療責任是侵權責任而不是契約責任。

六、 過錯責任與債物兩分

過錯責任作為事後損害賠償法之原則，是貫穿於財產私法的。所謂物權效

⁶⁵ 參見簡資修，醫師的賠償責任與說明義務——經濟分析與其法院實踐，月旦民商法雜誌，22 期，2008 年 12 月，38-52 頁。

力高於債權效力，其實，也是過錯責任之展現。債權人因他人對債務人有物權之存在，因此無法獲得完全給付，例如一物二賣中的前買受人或一般債權人對於抵押物，可謂有損害，但其不能對該他人主張損害賠償，從損害賠償法來看，就是該他人無過錯，因此無須負賠償責任；甚至因為債權之發生，多來自債權人之行為，如其債權受有損害，而未能求償，是因為其有過錯，所以必須承擔損害⁶⁶！

物權效力之所以高於債權效力，是來自前者有公示，而後者沒有。臺灣司法院釋字 349 號大法官解釋之理由書，如下說道：「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。如其事實為第三人明知或可得而知，縱為債權契約，其契約內容仍非不得對第三人發生法律上之效力。」

公示意味了眾人皆易知，不公示意味了眾人甚難知，因此以漢德公式計算物權人是否有過錯，其 P 值甚低，因為物權人很難知道是否有與其衝突之債權存在，尤其債務人可能在事後偽造成立在先之債權，更是難以預防，所以漢德公式 $B < PL$ 難以成立，物權人是無過錯的。反之，以漢德公式計算債權人是否有過錯，則是其 P 值甚高，因為債權人很容易知道與其衝突之物權存在，尤其債務人與債權人聯手在事後偽造成立在先之債權，更是如此，所以漢德公式 $B < PL$ 即成立，債權人是有過錯的。

臺灣民法第 757 條⁶⁷與大陸物權法第 5 條⁶⁸，採取物權法定主義，因此遮蔽了物權與債權區分之基本原理⁶⁹，若再以之為政策工具，也就不足為奇。以承

⁶⁶ 原始之漢德公式，即在計算受害人之與有過失否，參見簡資修，同註 15，93-95 頁。

⁶⁷ 2009 年修訂前的條文為：「物權，除本法或其他法律有規定外，不得創設。」現行條文為：「物權除依法律或習慣外，不得創設。」

⁶⁸ 其條文為：「物權的種類和內容，由法律規定。」

⁶⁹ 參見簡資修，物權外部性問題，中研院法學期刊，8 期，2011 年 3 月，227-257 頁；簡資修，物權：（實體）物或權（定分），甘肅政法學院學報，2017 年第 3 期，2017 年 6 月，10-22

租人為弱勢，加強其保護為理由，臺灣民法第 425 條規定：「出租人於租賃物交付後，承租人占有中，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人仍繼續存在。」此所謂買賣不破租賃，違反了法律體系，滋生甚多社會浪費⁷⁰。

七、侵權責任與刑事處罰

王澤鑑教授說：「惟就方法論言，民法上過失的功能及其認定標準，應有別於刑法，因為二者的規範目的不同。申言之，即刑法在於行使國家公權力，對犯罪者加以處罰，從而關於過失的認定，應採主觀說（或折衷說）；民法（尤其是侵權行為法）則在合理分配損害，過失的認定應採客觀的標準。準此以言，在刑法因無過失（主觀）而不成立犯罪的，在民法上得因過失（客觀）而構成侵權行為。⁷¹」此說應不確。理由一，在侵權法上，將過失客觀化始能令防制能力比較差者，負損害賠償責任之說法，如本文第二節所述，是錯的；理由二，刑法以處罰故意為原則，過失為例外，而在故意之認定，也是由外界客觀證據來推導之，而非直接讀腦，因為至今仍無此科技⁷²。

在刑法上不構成犯罪，但在侵權法上負損害賠償責任，係刑法在於懲罰明知故犯，而侵權法在於履行合約賠償。如本文上述，契約責任是優先於侵權責任，因為後者是行為人與受害人間存在著高市場交易成本，無法具體訂約，乃演化出雙方互蒙其利之過錯責任法律，補充契約之預設法律也。反觀之，刑法以處罰故意為原則，過失為例外，意味了行為人與受害人間的交易成本甚低，行為人可訂約而不訂約，因此必須懲罰之，否則自由交易秩序將崩潰。在過失侵權，其漢德公式 $B < PL$ 雖然仍成立，但 B 與 PL 之差距並不大，而此是人性之快思判斷所須付出的代價；在故意侵權，行為人之故意，令漢德公式中的 P 很大，可能接近於 1，因此 B 與 PL 之差距即很大，並且這裡也無快思判斷之人性

頁。

⁷⁰ 參見蘇永欽，關於租賃權物權效力的幾個問題，收錄於：走入新世紀的私法自治，元照，一版，2002 年 5 月，373-394 頁。

⁷¹ 王澤鑑，同註 8，333 頁。

⁷² 若是魔法世界，可直接讀心，例如哈利波特小說中的儲思盆。

弱點問題，因此必須加以懲罰嚇阻之。

臺灣刑事實務，尤其是在交通事故案件，往往無視於行為人之過失程度，甚至其低於百分之五十，也被課予刑責，應也是過失在民事與刑事分離之結果。刑法雖然也有處罰過失，但此過失程度必須是高於民事之過失，因為民事過失行為仍是對社會有利的，不應被懲罰嚇阻，而刑事過失是對社會不利的，是要被懲罰嚇阻的。在民事侵權，行為人的過失程度，是搭配其損害賠償的，因為受害人之與有過失，可使損害賠償責任減輕或甚至免除；但在刑事處罰，其是有或無的問題，如果受害人之與有過失高於行為人之過失，還要行為人承擔刑罰，是刑罰錯置了。在漢德公式之計算， P 愈大，其愈是可能故意，而必須受到懲罰，受害人之與有過失，減低了 P ，行為人愈不應受到懲罰，因此刑事上的過失，應是介於故意與民事過失之間，重大過失也⁷³。此所以英美法之刑事證明標準是「超越合理懷疑」(beyond a reasonable doubt)，此即高於百分之七十五之可能性，而民事證明標準是「證據之優越」(preponderance of evidence)，此即高於百分之五十之可能性⁷⁴。

另外，民事侵權之損害賠償，其僅在損害填補而非懲罰嚇阻⁷⁵，因此有些損害本質上即無法填補，例如生命、身體、自由或健康等，侵權法是愛莫能助的。臺灣民法第 18 條規定：「I 人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害；有受侵害之虞時，得請求防止之。II 前項情形，以法律有特別規定者為限，得請求損害賠償或慰撫金。」就人格權之侵害，限制慰撫金之請求，也是因為侵權法之過錯責任，其本質是「財產規則」(property rules)。此即人格權之侵害，若有慰撫金之請求，其意味了人格權被商品化了，但此非吾人所欲。人格權是被

⁷³ 如果再考慮執法失誤對於行為之影響，此即損害賠償僅是金錢填補，而刑事處罰是人身懲罰，其 PL 與 B 之差距，更會拉大，行為會被過度嚇阻。

⁷⁴ 參見黃國昌，民事訴訟理論之新開展，元照，一版，2005 年 10 月，79-121 頁。

⁷⁵ 臺灣民法第 213 條規定，損害賠償僅是回復原狀；大陸侵權責任法第 15 條規定，承擔侵權責任的方式有：停止侵害、排除妨礙、消除危險、返還財產、恢復原狀、賠償損失、賠理道歉與消除影響或恢復名譽等，也無懲罰性規定。

以「禁易規則」(inalienability)保護的,此即其侵害是以刑罰嚇阻的⁷⁶。

八、 結論

在大陸,侵權法以責任法為名,注定了其私法自治之偏離;在臺灣,侵權法雖名為行為法,但多年的操作,也顯現其私法自治之偏離。臺灣民法第 184 條之三個類型侵權行為規定、學說上的三階層構造說以及過度注重實務與比較法⁷⁷,是造成此偏離之原因。在侵權法,權利與利益之區分,並非規範本質的,而是操作技術的,但在臺灣之操作,其不但無法緩解法院裁判之矛盾與零亂,還滋生了不必要的訴訟成本。學說上的三階層構造分析,此即行為、不法與責任分離於三階段處理,使得過失客觀化從而也與刑法分離了。但侵權法是過錯責任的,其行為是不能與不法分開的,而過失是主觀的不法。換言之,漢德公式 $B < PL$,是以行為(而非能力)為基準的不法計算公式,而此要為行為人認知可能,否則不教而誅,非自治也;而一般而言,行為愈是(客觀)不法,其也愈是認知可能,從而侵權責任也愈可能成立。基於立法技術,將比較可能成立侵權責任者,分離於侵權責任之一般過錯責任條款,可稱過錯推定責任條款,但不宜稱「無過錯責任」,因為其意味了行為人沒有過錯也要負責,而實際是,行為人過錯太明顯了,法律直接要其負損害賠償責任。但這裡有問題的是,這些過錯推定責任,既然是不同於一般條款之特別類型,例如違反法律規定或僱用人責任,其特別往往令人忘了其是過錯責任之一種樣態,而非其例外,以致於忽略了或錯誤適用來自過錯責任之免責條款,並以「舉證之所在,敗訴之所在」卸責了。侵權法是契約外的損害之分配規則,所謂契約責任與侵權責任之競合,是不應存在的。侵權法之過錯責任,其過失(作為認知可能)之要求,是來自契約之模擬——(無知之幕後)行為人與受害人之互蒙其利也。在實證上,此也意味了侵權責任之課予,若是偏離了過錯責任,行為人或受害人就不

⁷⁶ 參見 Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).

⁷⁷ 參見王澤鑑,同註 8,頁 1-10。

會從事對社會有益的活動了。在涉及大眾之損害，法律可因保險之促成，而課予損害賠償責任，但道德風險與逆選擇之保險弊端，也要避免，否則機制就失靈了。在刑法上，故意與重大過失行為，應受到處罰嚇阻，但一般過失行為，則不應該，因為這是市場交易的。在法典化國家，法院判決不是法源，其研讀不應是個案中心，而必須是體系為之，尤其在損害賠償案件，其過錯認定是事後追究責任的，即要小心提防事後之明偏誤。所謂比較法或法釋義學，仍是要在私法自治的理論導引下為之，否則僅是資料的堆砌或分類，甚至反而可能有害於侵權法之體系化理解。