

# 經濟分析作為法律科學

簡資修\*

- 一、 前言
- 二、 規範科學
  - (一) 數理計算
  - (二) 法律體系
  - (三) 法律機關
- 三、 合約法學
  - (一) 權利定分
  - (二) 諸法分合
- 四、 法學方法
  - (一) 體系一致
  - (二) 目的解釋
  - (三) 法教義學
- 五、 結論

---

\* 中央研究院法律學研究所研究員；台灣大學法律系合聘教授。

## 一、前言

在法律之科學研究，經濟分析可說是目前的主宰者，但以理查·波斯納為代表的主流法經濟分析<sup>1</sup>，卻在法律（規範）與（經驗）科學兩面向，都是有缺陷的。在前者，布坎南評說，這是「好經濟學、壞法律」<sup>2</sup>；麥斯特邁克也說，這是「無法律的法律理論」<sup>3</sup>。在後者，科斯說，這是「刑求資料」而求得的<sup>4</sup>；艾瑞克·波斯納也說，主流契約法經濟分析要不是簡單而錯誤，就是複雜而無用<sup>5</sup>。傳統演繹概念法學的確有不足之處，但因此將法律虛無化或工具化，以便於數理操作，而宣稱法律之科學研究，則又是另一極端了<sup>6</sup>。其實，法律經濟分析的先驅霍姆斯之拒卻概念演繹而主張「社會歸納」法（social inductivism）<sup>7</sup>，其仍是針對法律規範本身之提煉而言，並不是如後人之遁於司法行為或法律實效之外部研究。不特此也，現代法律經濟分析之毫無疑問共主科斯的主張是，「不知法律，無以知經濟」；即使在其法律作為廠商之理論，法律是被如實看待的，例如有法律安定性之要求與公私法之分，而非糊成一團的誘因機制。不過，科斯此一理論，仍是在解決單一問題之法律選擇<sup>8</sup>，而無法說明法律之規範系統性；幸運地，張五常一般化了公司理論，提出：制度作為減少租值消散之合約安排<sup>9</sup>，而法律作為人間制度之一種，其系統研究因此可能了；基於權利之定分止爭本質，法律往一致性與融貫性之系統演進，以確保最少之租值消散，

---

<sup>1</sup> 參見 Lewis Kornhauser, *The Economic Analysis of Law*, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Zalta ed., 2017), available at <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/legal-econanalysis>.

<sup>2</sup> James M. Buchanan, *Good Economics—Bad Law*, 60 VA. L. REV. 483 (1974).

<sup>3</sup> ERNST-JOACHIM MESTMACKER, A LEGAL THEORY WITHOUT LAW: POSNER V. HAYEK ON ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (2007).

<sup>4</sup> R. H. Coase, *How Should Economists Choose?*, in ESSAYS ON ECONOMICS AND ECONOMISTS 15-33 (1994).

<sup>5</sup> Eric A. Posner, *Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?*, 112 YALE L.J. 829, 865 (2003).

<sup>6</sup> 參見簡資修：《論法律經濟分析之科學性》，載《政治與社會哲學評論》2018 年第 66 期，第 1-41 頁。

<sup>7</sup> 參見 FREDERIC R. KELLOGG, OLIVER WENDELL HOLMES JR. AND LEGAL LOGIC (2018).

<sup>8</sup> 參見 James E. Krier & Stewart J. Schwab, *Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light*, 70 NYU L. REV. 440, 475-479 (1995).

<sup>9</sup> 參見簡資修：《《經濟解釋》：法律的經濟學教本》，載：《中國法律評論》2016 年第 3 期，第 191-202 頁。

此為合約法學；法學方法因此有了從詮釋<sup>10</sup>到科學之轉向。

本文以下首先將探討法律作為規範之科學研究之可能性。主流法律經濟分析將法律視為誘因工具，在趨利避害理性人假設下，以數理模型去設計達成政策目標或以統計分析去驗證政策成效，但這是套套邏輯而非科學。霍姆斯即認為，將雜亂無章的法律規定與裁判體系化，才是科學。另外，還有一種法律經濟分析，其認為法律規範可有可無，以誘因與程序組成的法律制度作為管制結構，才是法律系統之核心——此說將法律虛無化，失去法學靈魂了。

本文接著展開以科斯的公理理論與張五常的產權經濟學為基礎的合約法學。合約法學是從具體個案判決之權利定分開始的。定分與止爭是一體的兩面；定分減少了因競爭所生的無謂浪費。定分有消極面與積極面，前者是同案同判之一致性，後者是不同案不同判之融貫性，法律體系因此展開。私法自治、刑罰謙抑、公共行政、憲法統合以及訴訟實效，是互相關連的，是為權利定分成本之極小化也。

再接著本文指出，現行法學方法多為形式，由之是無法實質獲取法律的，但合約法學是可以的。本文以臺灣的玻璃娃娃案，展示演繹/涵攝之空洞，指出契約責任與侵權責任之實質釐清，才是重點；以臺灣的醫療事故責任是否適用消費者保護法的無過失責任為例，說明目的解釋之恣意性——如果法院無正確理解損害賠償法的話；以臺灣侵權法繼受德國法為例，說明法律實踐教義學當道，而法律科學教義學被漠視了。

最後，借用楊振寧就相對論之哲學、數學與物理學意義闡述，指出經濟分析若要成為法律科學，其是要有法律規範意義的，法律之工具化或虛無化，不與焉。

---

<sup>10</sup> 參見舒國滢、王夏昊、雷磊：《法學方法論》，中國政法大學出版社 2018 年版，第 12-13 頁。

## 二、 規範科學

### （一）數理計算

庫特與尤倫（Robert Cooter and Thomas Ulen）在其被廣為採用的法律與經濟學教科書如下說道：

對於經濟學家而言，懲罰有如價格。人們對於變貴的物品反應，是減少其消費，則人們對於法律懲罰變重的反應，也應推定其會減少從事違法的活動。經濟學有數學上精確的理論（價格理論與賽局理論）以及健全的經驗方法（統計與計量經濟），可以去分析法律作為隱含價格對於行為的影響<sup>11</sup>。

使用數學模型與統計分析，是主流法律經濟學號稱科學之原因。但數理運算，只是方法，不是（經驗）科學的本質。佛利曼（Milton Friedman）在其經濟學方法論大作說：

經濟理論若不只是要去描述行動的後果，而是要去預測，則其不能只是套套邏輯的結構，數學僅是偽裝罷了。套套邏輯的有效性最終是建立在實質假說的接受性上——其分類是可以歸整零碎的經驗現象。……經驗證據在兩個不同但相關的階段非常重要：假說之建構與假說之有效驗證。有關假說解釋對象的全面廣泛證據，除了明顯在提出新假說的作用外，是要確保該假說是要解釋其解釋的——假說的意涵不與現有的經驗衝突。<sup>12</sup>

主流法律經濟學家將法律化約為懲罰或獎勵之誘因，是與法律經驗不符的——法律是規範的。

例如在侵權法之經濟分析，損害賠償責任是被以嚇阻行為而達成社會成本極小化之目的視之的，而且有人計量分析之<sup>13</sup>。首先，按照過錯責任作為嚇阻誘

<sup>11</sup> ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW AND ECONOMICS* 3 (6 ED. 2012).

<sup>12</sup> Milton Friedman, *The methodology of positive economics*, in *ESSAYS IN POSITIVE ECONOMICS* 11-12 (1966).

<sup>13</sup> 參見 Gary T. Schwartz, *Reality in the Economic Analysis of Tort Law: Does Tort Law Really Deter?* 42 *UCLA L. REV.* 377 (1994). 王澤鑑：《侵權行為法》，自版 2015 年版，第 1-4 頁。

因之理論，世界上是不會有應負過錯責任之意外事故發生的，因為其被完全嚇阻了；所有事故，若非是故意，就是無過錯。事實上有過錯責任之意外事故發生，反而是證明了過錯責任作為嚇阻誘因之理論是錯誤的。次之，即使證明了過錯責任之創設，使得意外事故之數量或額度減少了，也不能驗證過錯責任作為嚇阻誘因之理論，因為此因果關係僅意味了過錯責任相對於原本的「無責任」的確減少意外事故損害，但很難說這是法律的「嚇阻」功能。一方面，意外事故損害之減少，並不表示整體社會福利增加了，因為其可能過度防制了，例如防衛醫療<sup>14</sup>；另一方面，此一效果是法律「正常化」（續造或立法）所致，而非法律之「（嚇阻）目的」。

科斯說：「如果對資料刑求夠的話，自然也會招供的。<sup>15</sup>」數字會說話，但是經過刑求，什麼話都可說出的！科斯又說，統計分析多僅是在測量給定理論的力度，而非在驗證理論的效度，因此預測精準，並非理論有效之驗證。科斯說：

但是理論不應像班機或巴士的時刻表，僅注重其準點否，而是要提供思考的基礎。理論可以使人思考有條理，知道世事如何發生。面對一個預測準確但無法說明系統如何運作的理論，與一個預測不準確但可以說明系統運作的理論，我會選擇後者。<sup>16</sup>

科斯因此說，理論假說的真實度比起預測精準度更重要：

可驗證的預測，並不是最重要的；假設之真實，才是使人理解為何系統如此運作之關鍵。假設之真實，迫使吾人面對真實而非虛構的世界。<sup>17</sup>

王鵬翔與張永健在「差異製造事實」分析下，偷渡形式的統計因果關係為實質的規範論證——其將法律實效性或制度性行為包裝成差異製造事實，然後

<sup>14</sup> 參見簡資修（2008），《醫師的賠償責任與說明義務——經濟分析與其法院實踐》，載《月旦民商法雜誌》2008 年第 22 期，第 38-52 頁。

<sup>15</sup> Ronald H. Coase, *How Should Economists Choose?*, in *ESSAYS ON ECONOMICS AND ECONOMISTS* 27 (1994).

<sup>16</sup> 前引 15，Coase 文，第 16-17 頁。

<sup>17</sup> 前引 15，Coase 文，第 18 頁。

作為實質的法律規範之理由<sup>18</sup>。差異製造事實作為規範理由，是一般抽象的形式分析，其落實至法律規範理由，是要放在法律作為規範的脈絡下，才有意義。過度偏重實證研究之後遺症，是實質的法律規範論證被避開了。例如為其一再引用的死刑是否有嚇阻力之實證研究，在死刑是否違憲或是否應該廢棄之法律問題中，是毫不重要的。又例如其批評的司法院釋字第 712 號解釋中，收養大陸地區人民會影響台灣地區人口失衡之推論是否正確，根本不重要，因為一者，該解釋明文說，即使此一推論正確，也不會影響其解釋，二者，大法官是在對法律行使司法審查而不是在自為制定法律，因此確保此一統計推論之精確，不是基於權力分立之憲法要求。

## （二）法律體系

相對於主流法經濟學以探討法律實效（legal effectiveness）與司法行為（judicial behavior），為其經驗科學之宣稱，可能是法經濟學之精神導師<sup>19</sup>的霍姆斯則認為：將雜亂無章的判決先例體系化，才是科學<sup>20</sup>。霍姆斯將判決先例稱為「法諭」（oracles of law），他因此說：

最重要而且可能也是法律思想可以稱為新之所在，是使這些法諭更精確，並將之一般體系化。<sup>21</sup>

他繼續說明道：

將過去判決先例提煉出一般命題，寫於教科書或制定成法律，則這些法諭就會易於記憶與理解。<sup>22</sup>

至此，法學作為法規範之體系化，已無可懷疑。他接著說明體系化的特徵：

---

<sup>18</sup> 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》，載《中研院法學期刊》2015 年第 17 期，第 205-294 頁。

<sup>19</sup> 霍姆斯說：「For the rational study of law, the black-letter man may be the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics.」See Oliver W. Holmes, *The path of the law*, 10 HARV. L. REV. 457, 469 (1897).

<sup>20</sup> 霍姆斯往往被誤解為法律現實主義者（此即法無定法，法官個人行為而已）或法律實證主義者（此即法律完全不涉及價值），參見前引 7，KELLOGG 書。

<sup>21</sup> 前引 19，Holmes 文，第 457-458 頁。

<sup>22</sup> 前引 19，Holmes 文，第 458 頁。

經過一般體系化的解論，其數目就不會很大。人們在合理時間內就可以掌握這些有限的法教義。<sup>23</sup>

霍姆斯的上述言說，當然是在案例普通法語境下為之的，但在成文大陸法中，同樣有適用之餘地，因為個別法條一如判決先例，無法僅就其自身去理解，而法典也不是完備的<sup>24</sup>，「解論」（prophecy）、「預測」（prediction）仍是必要的。霍姆斯這裡的解論、預測，不是如主流法經濟分析論者所主張的法律虛無論（從而著重在法律實效與司法行為等之「實然」或「經驗」。<sup>25</sup>）霍姆斯顯然認為：法律（作為規範）可以而且必須被科學研究——相對於道德、歷史與邏輯等而言。

霍姆斯這種解論或預測之說法，與現代實證經濟學之方法論，是一致的。佛利曼說：

實證科學最終的目的，是就那些尚未觀察到的現象，發展出可以為有效、有意義預測的理論或假說。<sup>26</sup>

在司法裁判，「待發現的現象」不是指裁判的勝負，而是指何一特定法律規定會被適用——這是理論或假說預測的對象。

霍姆斯說：「法律的生命，不是邏輯，而是經驗。<sup>27</sup>」他不是在反對邏輯本身，而是邏輯之誤用；他所謂的經驗，也不是如密爾所主張的單純從個案到個案的同時性單一主體歸納，而是歷時性的社會多人歸納（social induction）——社會利益之衝突，在初期紛爭之解決，法律規範並不明確，僅能個案解決之，但經過一段期間，法律規範是可提煉出來的<sup>28</sup>。

<sup>23</sup> 前引 19，Holmes 文，第 458 頁。

<sup>24</sup> 臺灣民法第 1 條即規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」即使在適用法律規定時，「法學方法論」也無所不在，更何況臺灣法院的判決都是上網公開的，而其之比附援引已是判決常態。

<sup>25</sup> 更何況一者，這裡法官心理或社經背景之預測，不一定準確；二者，這些預測主要是「總體預測」，對於具體特定案件之預測，其校度非常低。可比擬的例子是，某個產業形勢大好，並不表示在這個產業的廠商都是大好。

<sup>26</sup> 前引 12，Friedman 文，第 7 頁。

<sup>27</sup> OLIVER W. HOLMES, THE COMMON LAW 1 (1881).

<sup>28</sup> 參見前引 7，KELLOGG 書。

### (三) 法律機關

主流的法經濟學者孔郝舍 (Lewis Kornhauser) 主張:「法概念」(the concept of law) 的法理學討論無意義, 而法律系統係「管治結構」(governance structure) 之一種而無獨立性<sup>29</sup>。他主張以誘因結構與程序構成的「法律機關」(legal institutions) 研究, 才是社會科學, 所謂「規則(範)」(rule) 根本不存在, 對於法官或人民而言都是一樣的。但對於以哈特為首的法概念分析的批判, 是不能反證其法律虛無論是正確的。

科斯的廠商理論之提出, 也許可以給予評析孔郝舍此一主張之借鏡。傳統經濟學上的廠商 (firm) 是作為生產單位, 完全是投入產出之技術轉化機制, 換言之, 無人的自動化工廠, 而科斯提出了僱傭關係的廠商理論, 此即人與人間的合約安排, 才使得經濟制度之研究, 有了科學基礎。孔郝舍將法律窄化為管治結構, 有如將廠商僅視為生產單位, 必然忽視了廠商的合約本質。由法規(範)構成的法律體系, 獨立於法律機關, 是真實存在的。例如憲法之適用, 不是由憲法法院獨占; 行政法院也未必存在; 智財法院也是少見。更重要的是, 法院的法律適用, 不是簡單的涵攝, 而是經過體系化思考之結果。

孔郝舍以「政治經濟學派」(political economy school) 來主張法律虛無論, 有移花接木之嫌。其之分析, 應該比較接近「公共選擇理論」(public choice), 而不是近名的以布坎南為首的「憲政經濟學」(constitutional political economy)。憲政經濟學不同於公共選擇理論, 其是以法規則(範)為核心的, 法律是被以「公共資本」視之<sup>30</sup>, 其是要被時時投資維護的。法之規範性, 以博弈語言說, 就是「承諾」(commitment), 否則就淪為不合作博弈之悲劇。於是令人好奇, 為何孔郝舍主張, 單單法律機關的誘因機制, 在複雜社會中, 可

---

<sup>29</sup> Lewis A. Kornhauser, *Governance Structures, Legal Systems, and the Concept of Law*, 79 CHI-KENT. L. REV. 355 (2004); Lewis A. Kornhauser, *Doing Without the Concept of Law* (NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 15-33, 2015), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2640605](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2640605).

<sup>30</sup> 參見 JAMES M. BUCHANAN, *THE LIMITS OF LIBERTY: BETWEEN ANARCHY AND LEVIATHAN* 136-164 (1975).

以達到「法律均衡」。名經濟學家薩姆爾森（Paul Samuelson）曾批評科斯定理說：交易之雙邊獨占結構，使得交易不必然達成；科斯神回說：達不成交易的人，將無法生存<sup>31</sup>。顯然單純的誘因結構，無法決定交易達成否，是否有共識的「聚焦點」（focal point）才是重點<sup>32</sup>。在法律紛爭中，一致而融貫的法律論理是聚焦點，如此才可以令人民放棄競租而接受法律<sup>33</sup>！

### 三、 合約法學

#### （一）權利定分

科斯說：「權利之釐定是市場交易之前提要件。<sup>34</sup>」此才是科斯的法律經濟分析之要點，為世人熟知的科斯定理反而誤人甚深。艾爾欽（Armen Alchian）說：「權利之釐定，避免了人與人間的無謂競爭，減少了社會浪費。<sup>35</sup>」此損害之相互性也。臺灣民法第 148 條第 1 項即規定：「權利之行使，不得以損害他人為主要目的。」權利之本質，在於合法損害，定分也。各種權利組成了法律系統，因此法律系統可說是權利釐定成本之極小化。在定分程序，公正有效是其要求，否則政治力或經濟力等外力之引進是另一種社會浪費，另外，遲來的正義，也已非正義。在實體權利，一致融貫是其要求，因為不一致的矛盾，必然不定分，而融貫則是減少了立法、司法、執法與習法等成本。

這裡的融貫不是理查·波斯納（Richard Posner）如下說的：

法律被細分為很多領域，而各領域有其自身的複雜規則。傳統上，各領域之學習，是獨立分開的，而各領域的自身規則，又被視為封閉自主的。反之，數量不多的經濟概念——例如不確定性下的決策、交易成本、成本效益分析、避險與正或負的外部性——可以一再適用至非常不同的法領域，從而顯示出法律系統的樣貌，學生也會有比較融貫的法律系統認識——瞭

<sup>31</sup> RONALD H. COASE, THE FIRM, THE MARKET, AND THE LAW 161-162 (1988).

<sup>32</sup> 參見 THOMAS C. SCHELLING, THE STRATEGY OF CONFLICT 57 (1980).

<sup>33</sup> RICHARD H. MCADAMS, THE EXPRESSIVE POWERS OF LAW: THEORIES AND LIMITS (2015).

<sup>34</sup> Ronald H. Coase, *The Federal Communications Commission*, 2 J.L. & ECON. 1 (1959).

<sup>35</sup> 張五常：《經濟學的缺環》，花千樹出版社 2007 年版，第 87-150 頁。

解各法律間的關係與其統一性，因此當新問題出現時，可以有效地解決之。<sup>36</sup>

理查·波斯納是將法律化約為懲罰或獎勵之誘因工具，才使得其經濟分析有融貫之能，但其前提既然是錯的（違反經驗的），則其融貫也只能是自以為是之自欺罷了<sup>37</sup>。例如艾瑞克·波斯納（Eric Posner）即指出，主流的契約法經濟分析，其理論要不簡單而是錯的，就是過於複雜而無用，無解釋力一也<sup>38</sup>，而簡資修也證明了主流的侵權法經濟分析之套套邏輯，根本無解釋力<sup>39</sup>。

這裡的融貫也不是史密斯（Henry Smith）所言的原則/例外之概念經濟<sup>40</sup>。一個有那麼多例外（在侵權、相鄰關係或甚至物權種類等法律）的（物權為實體物）原則，並無「經濟性」可言<sup>41</sup>。所謂「概念法學」之由概念到概念，也是非常精準，但因為其非科學理論，融貫性就談不上了。

## （二）諸法分合

合約法學的融貫性來自私法自治、刑罰謙抑、行政合理、審判有效與憲法統合之功能分化與整合。權利之所以生，是其減少了人與人間的無謂競逐，換言之，其為社會眾人接受了。先從私法說起。私有產權、契約自由以及過錯責任，是私法自治三大支柱，但目前有些法律實踐，是與此衝突的。物權法定主義，是其一；契約責任與侵權責任之競合，是其二；無過錯責任，是其三。

物權（效力）之所以生，是因為這是社會眾人需要的——權利若無未來與第三人效力，就不是權利了；其必然使得第三人受到損害，例如與之衝突的債權人，但基於過錯責任，物權人由於其無過錯，是無庸對債權人負責任的；這

<sup>36</sup> RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW XXI-XXII* (2011).

<sup>37</sup> 這有如「地心說」相對於「日心說」，必須一再提出特殊理論，始能圓其說。參見陳瑞麟：《科學哲學：理論與歷史》，群學出版社 2010 年版，第 12-31 頁。

<sup>38</sup> Eric A. Posner, *Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure*, 112 *YALE L.J.* 829 (2003).

<sup>39</sup> 簡資修：《過失責任作為私法自治之原則》，載《北大法律評論》2014 年第 1 期；簡資修：《侵權責任的私法性質》，載《北大法律評論》2016 年第 1 期。

<sup>40</sup> Henry E. Smith, *On the Economy of Concepts in Property*, 160 *U. PA. L. REV.* 2097 (2012).

<sup>41</sup> 簡資修：《物權：（實體）物或權（定分）》，載《甘肅政法學院學報》2017 年第 3 期。

裡的過錯責任是基於公示制度的強度——公示制度愈強，物權種類可以愈多；

「物權法定、債權自由」之法諺，是不精確的，而且有誤導之嫌<sup>42</sup>。

又權利既然是在分配損害之歸屬，其決定自然以具體合同為優先，若無具體合同，才有侵權責任之適用；這裡的具體合同，就損害之分配，不須明示為之，默示才是通常（參見本文下述四（一））。

在無具體合同下，侵害人先依不當得利或無因管理等規定，最後才依侵權規定，決定是否要負損害賠償責任，但不管如何，這仍是要在自治原則下為之的——侵害人因為其應知能知而不知其從事了過度危險行為而負損害賠償責任，過錯責任也。侵害人違反法令，不當然負損害賠償責任。侵權之損害賠償的「目的」，不在於懲罰嚇阻，而在於確保私法自治而已。當侵害行為極度危險時，其過錯即非常明顯，從而應負損害賠償責任，此可稱嚴格責任或危險責任，但不能稱無過錯責任，因為無過錯責任意味了侵害人無須過錯也要負責，而實際是其過錯太明顯，無須再去認定，直接課予責任可也。換言之，法律若要侵害人負嚴格責任或危險責任，必須是侵害人犯了非常明顯之過錯，而不是基於非自治理由，排除了過錯責任之適用。

現在來看刑法。刑罰是對私法自治破壞者之懲罰，因此民事上負一般過失責任者，是不應受到刑罰，因為其係（默示合同）損害賠償責任約款之成就，是私法自治之一部份，而非其破壞者。此所以刑法無過失財產犯罪，而且在刑事證據上，其證明標準是比較高的，此即刑事的過失要達到民事的重大過失程度始可。又罪刑法定主義與其說是只有國會有權規定何行為是犯罪，不如說是防止法院過度認定犯罪，此即意味了刑名愈是模糊，行為人愈難認知其行為為犯罪，則其愈不可能是故意或重大過失，從而不應受到刑罰<sup>43</sup>。

行政法不同於私法，也不同於刑法。法院在私法的功能是執行私人間自治

<sup>42</sup> 參見蘇永欽：《物權法定主義的再思考--從民事財產法的發展與經濟觀點分析》，載《經濟論文叢刊》1991 年第 2 期；簡資修：《物權外部性問題》，載《中研院法學期刊》2011 年第 8 期。

<sup>43</sup> 參見簡資修：《侵權責任的私法性質》，載《北大法律評論》2016 年第 1 期。

的規範；在刑法則是避免刑罰之過度；在行政法，則是合理約束行政機關之管制與津貼的權力，因為管制與津貼雖是現代國家所必要，但正是如此，權力一定濫用，必須受到節制<sup>44</sup>——其界線為邊際權力濫用成本等於邊際權力不用成本之點<sup>45</sup>。

憲法的特徵在於法院可以基本權利為由，否決國會制定的法律。不過，基本權利仍是權利，其本質仍是在於兩害取其輕<sup>46</sup>，而做此利益衡量與價值判斷之最佳機關仍是民意匯集的國會，因此除非國會制定的法律有重大瑕疵，法院是不應貿然宣稱法律違憲。法院是否過度「賦權」，可以是否產生類似「防禦性醫療」之行為檢驗之（參見本文下述四（二））。

此外，法律系統既然是透過具體之權利定分起始與維護，則法官即須獨立而公正，因為若是政治力或經濟力能介入，即無減少租值消散之定分效果，而爭訟程序也必須迅速有效，否則法律也僅是劃餅而已，無助於權利定分。

#### 四、 法學方法

不同於孔郝舍貶斥法概念論而偷渡其「政治經濟」學派之法律經濟分析，王鵬翔與張永健則是借殼法學方法論而偷渡其「政策分析」學派之法律經濟分析——其將法律實效充作法學方法論上的目的解釋或結果解釋，而且此法律實效往往也是想當然耳，未經實證。例如其一再引用之「將鄰地通行權的主體展至袋地承租人與使用借貸人能夠達到發揮袋地經濟效益目的<sup>47</sup>」，根本是其不瞭解物權體系所致。袋地通行權是一種法定役權，屆時通行補償金額之紛爭，必然波及所有權人，而所有權人卻是此法定役權之局外人，此不是治絲益棼嗎？

<sup>44</sup> 卡梅二氏的財產規則與補償規則之分析的缺失，就是其忽視了強取權力之須受約束之法治要求。參見簡資修：《背光下的大教堂：找尋失落的交易規則》，載《南京大學法律評論》2018年春季卷，第3-13頁。

<sup>45</sup> 此可類比於科斯的公司理論——邊際市場交易成本等於邊際管理成本之點，為公司的範圍。張五常將「公司」更一般化為「合約」，引進多元合約的選擇，例如僱傭、租賃或分成等。行政法中的正當程序、信賴保護或比例原則等，都可以合約安排去檢視。

<sup>46</sup> 參見 Fred Schauer, *Rights, Constitutions, and the Perils of Panglossianism*, 38 OXFORD J. OF LEGAL STUD. 635 (2018).

<sup>47</sup> 前引 18，王鵬翔、張永健文，第 244 頁。

袋地承租人與使用借貸人可經由所有權人取得袋地通行權，何來阻礙袋地經濟效益目的之發揮？

誠如考夫曼指出，法律之適用，不僅是涵攝之演繹邏輯而已，歸納與設證往往是必須的，而且在裁判，個案與規範不可絕然劃分，而是詮釋循環，類比也；前理解在歸納與設證，不可或缺。考夫曼也知道僅指出裁判本質是類比而非僅是涵攝，是無法防止法官之恣意，其提出羅爾斯的差異原則比起阿列克西的理論更能作為優先規則（好的論證規則判準），因為這符合其「消極功利主義」之主張——「法律的任務不在於創設最大多數人的最大幸福，其毋寧致力於防止人類遭受不幸和痛苦。<sup>48</sup>」但此一訴諸倫理哲學，顯然過快了，因為本文上節提出的「法律作為合意減少租值消散的系統規範」之合約法學，才具有現實可操作性的。

#### （一）體系一致

權利定分之法律體系，必須遵守矛盾律之邏輯原則，此即行為不可既容許又禁止<sup>49</sup>。這裡常發生問題的是，民事不法、行政不法與刑事不法間的不一致是否違反了矛盾律，其答案應是否定的。按民事不法，不管是（具體）合同責任或侵權責任，都僅是損害填補，並非懲罰，因此不同於行政不法與刑事不法。臺灣民法第 184 條第 2 項雖然規定：「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。」但此條文並不令違反行政法或刑法者，當然負損害賠償責任，其仍是在過錯責任下負責的——作為行為人過失（可能）認識對象的因果關係或（無阻卻）不法性仍是必要的<sup>50</sup>。更有甚者，損害賠償僅在損害填補，其因此是卡拉布雷西與梅勒梅德

（Guido Calabresi & A. Douglas Melamed）分析架構下的財產規則，在有些權利

<sup>48</sup> 前引 18，王鵬翔、張永健文，第 204 頁。

<sup>49</sup> 參見黃茂榮：《法學方法與現代民法》，自版 2011 年版，第 621-627 頁。

<sup>50</sup> 參見簡資修：《違反保護他人之法律之過失推定：經濟功效與司法仙丹》，載《政大法學評論》2003 年第 75 期，第 79-121 頁。

由於過於寶貴，例如生命，是不容許在市場交易的，因此就無損害賠償之財產規則之適用，而其侵害直接以刑罰懲罰之，是為禁易規則<sup>51</sup>。這種「一詞多義」之演繹，是為「四詞謬誤」<sup>52</sup>。

臺灣的玻璃娃娃案是一個很好展示涵攝/演繹之空洞化的例子。此案的事實約略是：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。

此案第一審臺北地方法院判決說<sup>53</sup>：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。在此，台北地方法院顯然避重就輕，未實質認定行為人為何不構成民法第 184 條第 1 項前段規定之「過失」，因此不負損害賠償責任。

不意外，依照過失客觀化之通說，第二審臺灣高等法院即判決說：「（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

<sup>51</sup> 參見前引 44，簡資修文。

<sup>52</sup> 參見阿圖爾·考夫曼：《法律獲取的程序——一種理性分析》，雷磊譯，中國政法大學出版社 2015 年版，第 92 頁。

<sup>53</sup> 台北地方法院 91 年度重訴字第 2359 號民事判決。

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。<sup>54</sup>」

但此一判決結果顯然不符合臺灣的社會感情，在輿論譁然下，臺灣的最高法院因此廢棄此判決，發回更審<sup>55</sup>。臺灣高等法院在更審時，只好採取散彈打鳥式的律師策略，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<sup>56</sup>。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：「未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）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。」

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）。<sup>57</sup>」其接著論說：「被害人得向救助者主張應負侵權責任，〔被〕（應為

<sup>54</sup> 臺灣高等法院 93 年度上字第 433 號民事判決

<sup>55</sup> 最高法院 94 年度台上字第 2374 號民事判決。

<sup>56</sup> 臺灣高等法院 95 年度上更（一）字第 6 號判決。

<sup>57</sup> 前引 13，王澤鑑書，第 125 頁。

侵？）害人亦得主張成立無因管理……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）……<sup>58</sup>」。但此說法，值得商榷。首先，如果救助人符合無因管理之規定，直接適用無因管理之規定即可，為何還要類推適用於侵權行為責任？依照請求權基礎之排序，無因管理是排在侵權行為責任之前的！次之，本案之侵害人意圖上不是在「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」，因此不符合無因管理之規定，根本無類推適用之條件。

將此案定性為侵權（危險）行為，而非合同責任，是此案剪不斷、理還亂的原因<sup>59</sup>。第一審台北地方法院說：「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，因為美德不是如正當防衛、緊急避難或依法令之行為，可作為阻卻不法的事由。第二審臺灣高等法院的第一次判決，依法言法，根本就不認美德的帳，甚至更加碼說，侵害人知道受害人玻璃娃娃之脆弱性，因此應負更高的過失責任。但是從合同責任看，此有美德的同學，理所當然是負比較輕的過失責任。侵害人「為發揮同學間彼此照顧之美德」，是為無償；獲得受害人之同意抱其下樓，是為合同；侵害人在下樓過程中，並無與他人嬉笑怒罵等影響下樓安全之行為，已難謂有過失，更何況重大過失；因此依據臺灣民法第 220 條第 2 項：「過失責任之性質，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」之規定，侵害人是不應負損害賠償之責任。

此案簡單的事實，卻造成如此混亂的法律適用，是因為損害賠償責任作為私法自治之一環，未被正確理解。首先，損害之分配，一定是合同優先，而侵權責任在後，無所謂請求權之競合；而具體合同未就加害給付明文約定，乃人

<sup>58</sup> 前引 13，王澤鑑書，第 125 頁。

<sup>59</sup> 在德國民法中，無因管理是被編在各種之債的第 13 節，其前的第 12 節是委任，其後的第 14 節是寄託，侵權行為則是規定在最後的第 27 節。陳自強教授也主張以「契約違反」取代「債務不履行」，並以救濟觀點（請求履行、損害賠償與契約解消）取代給付不能、給付遲延與不完全給付之分類。陳自強：《契約違反與履行請求》，元照出版有限公司 2015 年版；陳自強：《違約責任與契約解消》，元照出版有限公司 2016 年版。

之常情，法院應解釋合同為之，而非即訴諸侵權責任。次之，侵權責任發生之原因，是行為人之過失，而非違反法律規定，因此其在填補損害而非懲罰行為；所謂過失客觀化或甚至不法化，都是理論不融貫所導致的歧出說法（ad hoc theories）；而嚴格責任是過失責任之極致而非無過失責任。

## （二）目的解釋

目的解釋是法律解釋準則中最具有擴展性者<sup>60</sup>，其雖有嚴格的形式邏輯要求<sup>61</sup>，但對於法律之實質獲取，卻是幫助甚微，甚至成為偷渡意識形態或恣意之飾詞而已。以下以臺灣的消費者保護法之「無過失責任」是否適用至醫療事故之賠償為例說明之。

1994 年臺灣制定消費者保護法，規定了企業經營者應對消費者之損害負「無過失責任」，但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任。由於該法適用對象不僅是商品提供者，而且包括服務提供者，引起了該法是否也適用於醫療事故之爭議。臺灣的法院，最後雖以無過失責任之適用會造成防禦性醫療為由，目的性限縮消費者保護法不適用至醫療事故責任。但為何防禦性醫療會發生，臺灣的上訴法院是未論證的，而勇敢為此的台北地方法院之（經濟分析）論證則又是錯誤的。

台北地方法院 87 年度訴字 1521 號民事判決（2001 年宣判）的理由一說：「在無過失責任制度下，與過失責任制度類似的是：潛在加害者在預防成本小於預期事故成本（即事故機率乘以平均事故賠償額）時，會採取預防措施以減少事故之發生；反之，若潛在加害者在預防成本大於預期事故成本時，即不會採取預防措施，因為採取預防措施並不符經濟效益。」但接著以下的推理，則是與之矛盾的：「因此雖然與過失責任制度相較，無過失責任制度之預期事故成本可能相對較高，故能提高部分潛在加害者之注意度」，不過，再接著的推

<sup>60</sup> 本文不區分法律解釋與法律續造，參見前引 52，考夫曼書。

<sup>61</sup> 參見前引 18，王鵬翔、張永健文，第 239-242 頁。

理，又是正確的：「但無論如何，在損害賠償額較事故避免成本低時，潛在加害者也不會因為無過失責任制度即採取任何預防措施。」再來的推理，也頗奇怪：「然而，若僅僅是為了提高潛在加害者之注意度，其實是可以透過其他機制來達成，而無須利用無過失責任制度，例如將舉證責任加以轉換，以降低受害者之訴訟成本即為適例。是以，自羅馬法時代即已發展出之無過失責任制度，在經濟分析的觀點裡，除了提高潛在加害者之部分注意度外，即應具有其他更為獨特之立法目的。」但既然無過失責任的效果，不必然使得潛在加害人提高其注意度，而且其也不會使得潛在加害者採取過度的「預防措施」，更何況其替代的舉證責任轉換之副作用也未經計算，怎能推論得出無過失責任不好？

判決理由二說：「就此，一般而言，減少事故發生的方法，除了提高注意度外，另一有效的方法是降低危險行為量，然由於何謂最佳行為量（相當於最佳注意度之概念，即預防成本等於預期事故成本之情形），經常涉及該行為之純粹經濟收益程度，法院通常難以判斷，是無法以最佳行為量為基準，適用罕德定律（Hand's Rule）以決定過失之有無。危險行為量應降低至如何之程度法院既無從判斷，是以在立法設計上，即可考慮交由潛在加害者自行依各種成本加以評估後決定之，並在其決定之後，不論有無行為上之過失（即不論預防成本與預期事故成本孰高孰低），均須對任何事故負起完全之賠償責任，此即為無過失責任制度。基於前揭說明，可知無過失責任制度之適用目的及結果，其實是著重於有效減低危險行為量，而非如過失責任制度下，僅著眼於提高潛在加害人之注意度。」若是如此，既然法院無法決定最適的行為量，而後者又是重要的，則無過失責任為何不好？

該判決（理由六）總結經濟分析說：「基於前揭之經濟分析，可知無過失責任制度具有促使潛在加害人降低危險行為量，及無法鼓勵潛在被害人提高注意度之特徵，並有經由市場機制使危險商品或服務減少、甚至完全退出市場之作

用，從而前揭無過失責任制度之特徵及作用，發生於醫療行為時，能否適切達成消費者保護法第一條所明定之立法目的，即成為在法的目的解釋下之最重要課題。」

其接著說：「經查：就特定之疾病，醫師原係以專業知識，就病患之病情及身體狀況等綜合考量，選擇最適宜之醫療方式進行醫療，且此所謂之最適宜醫療方式，並非以治療副作用之多寡及輕重為其惟一依據。然若將無過失責任適用於醫療行為，醫師為降低危險行為量，將可能專以副作用之多寡與輕重，作為其選擇醫療方式之惟一或最重要之因素（在我國消費者保護法下，醫師亦無從以善盡告知義務且經病患同意而免責，此由該法第七條之立法方式可以探知）。以冠狀動脈阻塞為例，現代醫學所可能採行之醫療行為，概為藥物控制、繞道手術、汽球擴張幾類，其中以繞道手術危險性最高，藥物控制危險性最低，但為治癒病患起見，有時醫師仍得選擇危險性較高之繞道手術，今設若對醫療行為科以無過失責任，醫師為降低危險行為量，將傾向選擇較不具危險之藥物控制，而捨棄對某些病患較為適宜之繞道手術此一情形自不能達成消費者保護法第一條第一項所稱「為保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質，特制定本法。」之目的甚明。」

其又說：「另相較於種類及特性可能無限之消費商品，現代醫療行為就特定疾病之可能治療方式，其實是相當有限的。以前揭冠狀動脈阻塞為例，若藥物控制方式所存在之危險性，經評估仍然高於醫師所能承受者，而醫師無從選擇其他醫療方式時；或改用較不適宜但危險較小之醫療行為可能被認為有過失時，醫師將不免選擇降低危險行為量至其所能承受之程度，換言之，醫師將選擇性的對某些病患以各種手段不予治療（在尚未締結醫療委任契約時即先過濾，例如以病房不夠為由拒收病患），且此選擇，勢將先行排除年紀較大、體力不佳、預後能力差之病患，而此類病患又恰為最須醫療保護者。此種選擇病患傾向之出現，與前揭採用危險最小卻非最適治療方式之情形，均即為「防禦

性醫療」中最重要之類型，同樣不能達成消費者保護法第一條第一項所明定之立法目的。」

首先，將醫療方法之選擇視為行為量，是錯誤的。行為量在「無過失責任」的意義是，同樣的醫療方法，若個別觀察是無「過失」的，但大量累積，其發生的損害量，不是最適的，因此令行為人無「過失」負損害賠償責任，如此行為人即有誘因去控制其行為量，而不只是其單一行為之無過失<sup>62</sup>。藥物控制、繞道手術或汽球擴張，是不同的醫療方法，其選擇不是行為量之選擇。更何況，無過失責任之行為量理論，極可能是無稽之談<sup>63</sup>。反觀之，依照損害賠償之行為究責模型（相對於主流經濟分析之能力管制模型），防禦性醫療是非常容易解釋的。此即，危險性較低的醫療方法或可能的話甚至不醫療，皆使得醫方之損害賠償責任變小，其何樂而不為？

該判決又說：「再者就病患之角度觀之，雖依常理而言，對自己身體健康之重視，會產生風險厭惡之效應，使得病患願以較高甚至不合理之注意成本降低不成比例之風險，但純就機率言，因無過失責任制度無法鼓勵潛在被害人提高注意度，過失責任制度則可，故兩者相較，在過失責任制度下之病患，有較高比例會提高注意度以配合醫療行為。由此益見無過失責任制度適用於醫療行為，對整體醫療品質之提昇，未必會有所幫助。」但現實世界無純粹的「無過失責任」，受害人的與有過失，不管是表現在因果關係或責任之免除或減輕（臺灣民法第 217 條）等，一定會被考慮的。臺灣消費者保護法第 7 條第 3 項但書也規定：「但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任。」

該判決最後說：「此外，無過失責任制度作用於消費性商品，有促進危險商品退出市場，加速商品安全性提昇之功能，已如前述。然現代醫療行為就特定之疾病，能選擇之醫療方式大多有限，替代性低，新型醫療方式之出現亦非

<sup>62</sup> 參見 Steven Shavell, *Strict Liability versus Negligence*, 9 J. LEGAL STUD. 1 (1980).

<sup>63</sup> 參見 Nuno Garoupa and Thomas S. Ulen, *The Economics of Activity Levels in Tort Liability and Regulation*, in RESEARCH HANDBOOK ON ECONOMIC MODELS OF LAW (Miceli & Baker eds., 2014).

一蹴可幾，則前揭將危險退出市場之作用，能否發生於醫療市場，即有疑問。若上揭市場機能無從發揮，則為免於無過失賠償責任，醫師之唯一選擇方式，恐即係採取前揭所示之防禦性醫療作為，如此反有害於病患之治療。又查在我國之全民健康保險制度之下，醫療行為之價格亦非市場得以決定，則亦難發生將危險訊息併入醫療行為價格供病患選擇之結果，是亦不可能發生藉由價格選擇排除危險之情形，如此，將醫療行為以無過失責任制度相繩，實無任何實益可言。」

此說法劃錯重點了。臺灣消費者保護法的「無過失責任」之功能，並非如該判決所言在「促進危險商品退出市場，加速商品安全性提昇」，而是保險——消費者以比較高的價格作為保費，分攤了商品造成損害之風險。而從保險來看，醫療服務市場是非常不同於一般商品市場。一般商品市場的保險對象，是商品之使用而造成的損害；但醫療服務市場的保險對象，多是既有危險而非由醫療服務所造成者，因此逆選擇（adverse selection）很嚴重，則課醫方負保險之「無過失責任」，即是其不可承受之重。在此（行為）漢德公式之計算即是<sup>64</sup>，PL 變得很大，因為既有危險將移轉給醫方，從而 B 與 PL 差距甚大，其即不從事此對社會有益但對其而言是「危險」的行為。

### （三）法教義學

法律之所以是法律，是其有規範效力——人們因為其是法律而遵守之，而非來自於其是好或善，此權利之定分，法之教義也<sup>65</sup>。而權利定分之必要，是來自於減少租值消散——人們若未合意出權利誰屬（此即誰可造成「損害」而無須負責），人們即會競逐租值，使租值消散了。權利之定分，因此要求同案同判、不同案不同判，而何謂同案或不同案，是要在具一致性與融貫性的法律體

<sup>64</sup> 漢德公式一般用來認定過錯與否，在此的漢德公式，是用來預測責任課予後之行為，因此以行為漢德公式稱之。

<sup>65</sup> 在德文，權利與法律為同一字。參見劉幸義：《法律概念與體系結構：法學方法論文集》，翰蘆圖書出版有限公司 2015 年版，第 13-14 頁。

系下才可以判斷的。不過，如今的法教義學，多僅在其法安定性被強調，是為「法律實踐教義學」，「法律科學教義學」被漠視了<sup>66</sup>。法律實踐教義學從事制定法之解釋與法院判決之分類，相對於原始制定法與判決之雜亂無章，的確有減少思維負擔之功能<sup>67</sup>。但這種體系化僅是知其然而不知其所以然，非科學也，因此無法減少立法與習法成本（思維負擔），而且未能更進一步減少司法成本，此即法律續造。法律繼受是一個最典型的法律實踐教義學，以下將以臺灣侵權法之繼受德國法說明之。

臺灣民法第 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。<sup>68</sup>」德國民法第 826 條規定：「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。<sup>69</sup>」從條文文義與結構來看，臺灣民法第 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。

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<sup>70</sup>：「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。」

<sup>66</sup> 參見托瑪斯·維滕貝格爾：《德國視角下的基礎研究與教義學》，查雲飛、張小丹譯，載：《北航法律評論》，2015 年第 1 輯，第 7 頁。

<sup>67</sup> 參見前引 49，黃茂榮書，第 67-158 頁。

<sup>68</sup> 國立臺灣大學法律學院、財團法人臺大法學基金會：《德國民法（上）：總則編、債編、物權編》，元照出版有限公司 2016 年版，第 801 頁。

<sup>69</sup> 前引 68，國立臺灣大學法律學院、財團法人臺大法學基金會書，第 803 頁。

<sup>70</sup> 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。

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。<sup>71</sup>」德國民法刻意不同於法國民法，除了民族自尊外，其實有法教義學之考量——避免因無明確規則，造成法院裁判之矛盾與混亂<sup>72</sup>。但此成效是否達到，暫時先不論，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<sup>73</sup>，令此規則不再明確了。

在法律實踐教義學下，臺灣的陳聰富教授因此主張，過失侵害他人純粹經濟上損失，在臺灣的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<sup>74</sup>。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，臺灣的法院實務未採之，二者，此有違債權相對性原則，因此不應繼受之<sup>75</sup>。但臺灣的法院實務未採之，不是不繼受的好理由。例如，臺灣法院的早期實務中，其民法第 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<sup>76</sup>。更何況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，則既然強

---

<sup>71</sup> 引自陳忠五：《契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再反省》，新學林出版股份有限公司 2008 年版，第 125 頁。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。」前引 13，王澤鑑書，第 46 頁。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。

<sup>72</sup> 參見前引 13，王澤鑑書，第 51 頁。

<sup>73</sup> 參見前引 13，王澤鑑書，第 52 頁；陳聰富：《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》，載《國立臺灣大學法學論叢》2017 年第 1 期，第 148-154 頁。

<sup>74</sup> 前引 73，陳聰富文。

<sup>75</sup> 前引 73，陳聰富文，第 165-166 頁。

<sup>76</sup> 前引 73，陳聰富文，第 144-146 頁。

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<sup>77</sup>。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**」<sup>78</sup>，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。

不過，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，乃法律思考方法及法律文化的問題。<sup>79</sup>」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，才為臺灣的法院接受，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合同法，其「擬制係權利受損害」之理論何在？其比之合同法之建構會更簡單嗎？

在如今工商社會與數位時代，因他人行為而受害的客體，係非實體物之利益增加，則侵權法對之不能再視而不見，此所以權利與利益區分之間題，又成為話題的原因<sup>80</sup>。實踐法律教義學對之顯然左支右絀，法律科學教義學必須進場

<sup>77</sup> 前引 73，陳聰富文，第 192-193 頁。

<sup>78</sup> 前引 73，陳聰富文，第 193 頁。

<sup>79</sup> 前引 13，王澤鑑書，第 451 頁。

<sup>80</sup> 例如葉啟洲：《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》，載《月旦法學雜誌》2015 年第 241 期；前引 733，陳聰富文；曾品傑：《我國民法一般侵權行為法之修正課題》，載《法令月刊》2017 年第 7 期；王千維：《違法性與生態損害——

了——追究損害賠償法之原點，此即私法自治。損害是權利定分之必然（臺灣民法第 148 條第 1 項），其分配因此首先以具體合同為之（科斯定理參照），在無具體合同下，始有侵權責任之適用，而且其必須是過錯責任——侵害人在應知能知而不知其行為係過度危險之情況下，始負損害賠償責任，如此才可謂自治。權利與利益之區分保護，不是本質的，而是一如嚴格責任是過錯責任之推定，其合理化，一方面是權利與利益本身之區分，非常明確，因此不會無謂滋生此多一分類之成本，另一方面在侵害權利之過錯認定成本（尤其是不法）甚低。此二條件，看起來都不成立，後者甚至造成過失客觀化問題，不但無法體系化侵權法，反而令侵權法更是支離破碎。

## 五、 結論

法律之研究，往往若不淪為「概念法學」，就轉為「正義法學」，法學因此失去其科學性了。主流法律經濟分析乘虛而入，以法律為誘因工具，在數學與統計之加持下，宣稱其「法律科學」，尾巴搖狗矣。法律是規範性的社會事實，科學之經驗性，一定不能排除此規範性事實，否則就不是科學了。法學是規範科學，不是行為科學！

著名物理學家楊振寧曾以相對論為例，說明其哲學、數學與物理等不同學科之不同意義：

洛倫茲懂了相對論的數學，可是沒有懂其中的物理學，龐加萊則是懂了相對論的哲學，但也沒有懂其中的物理學。

龐加萊是當時偉大的數學家，洛倫茲則是當時偉大的理論物理學家。可是這個革命性的、反直觀的發現，即「同時性」實際上是相對的，卻有待於二十六歲的瑞士專利局職員愛因斯坦來完成。這個發現導致了物理學的革命。<sup>81</sup>

---

評最高法院 102 年度台上字第 2218 號民事裁定》，載《月旦裁判時報》2018 年第 68 期。

<sup>81</sup> 楊振寧：《愛因斯坦對二十一世紀理論物理學的影響》，載《二十一世紀》2004 年第 83 期，第 102 頁。

法律經濟分析中的科斯定理與漢德公式，有類似的命運。史蒂格勒賦予科斯定理市場意義，理查·波斯納則賦予其福利或財富意義，但科斯本人其實是給予其權利定分之法律意義的。漢德公式的原始意義是在事後的侵權責任分配上，但主流法律經濟分析不但不分合同責任與侵權責任，而且不分事後損害賠償與事前能力管制，令其法律意義盡失了。

不過，傳統的法學方法論，是詮釋學的，對於法律之實質獲取，其實幫助不大。本文提出「法學為體，經濟為用」的合約法學，試圖在主流的法經濟分析與傳統的法學方法論之外，找出第三條路。誠如耶施泰特所說，實質獲取法律之理論，才是法律理論，一方面，其作為「邊防哨學科」，避免了非法學學科之入侵，另一方面，其作為「法律解剖學」，是超越了法學方法論<sup>82</sup>。合約法學作為法律理論，當之無愧吧。

---

<sup>82</sup> 參見馬蒂亞斯·耶施泰特：《法理論有什麼用？》，雷磊譯，中國政法大學出版社 2017 年版。