

故意侵權法的經濟分析

—兼評 Landes & Posner 模型*

簡資修**

目 次

- 壹、前言
- 貳、故意的三種理解：行為或（不法）責任
- 參、故意的經濟模型：故意或預謀
- 肆、故意、預見與交易
- 伍、故意與權利／利益之辨
- 陸、故意與懲罰性規定
- 柒、應從交易機制而非命令管制看侵權法：代結論

* 投稿日：2005 年 12 月 29 日；接受刊登日：2006 年 10 月 19 日。

** 中央研究院法律學研究所籌備處暨人文社會科學研究中心副研究員、台灣大學法律學系合聘副教授。作者要感謝中華經濟研究院溫麗祺研究員及匿名審稿人的意見。

摘 要

在侵權法的經濟分析中，相對於過失，故意侵權很少被納入研究。Landes & Posner作了此嘗試。不過，首先其認為故意作為一種行為在故意賠償責任的認定中不重要，行為後果才是重點，其結果是，故意侵權的最核心特徵被摒棄了；次之，其所設定的故意模型，其實是預謀模型，後者僅是前者的一個特殊類型，其分析就不完全；再者，其模型的有效性來自於模型外的交易成本假設，其模型內的參數變項，完全空洞無物，因此毫無解釋力。本文認為故意與過失的基本差別，一如法律規定的，在於行為人預見行為後果與否。預見了後果，即意味了交易之可能，未預見，交易即不可能。可自願交易而去強取，是為故意，必須以懲罰性措施處置；自願交易不能而損害發生，是為過失，由法院執行補償即可。侵權法係私法自治之一環，其經濟分析不得背離此一制度限制，以公法的命令管制分析之，是理論錯置了。

關鍵詞：故意、意欲、過失、經濟分析、懲罰性賠償、預謀、權利、利益、交易成本、正當防衛。

An Economic Analysis of Intentional Torts

A Critique of Landes & Posner Model

*Tze-Shiou Chien**

Abstract

In the literature of economic analysis of tort law, intentional torts, contrast to negligence, have rarely been analyzed. Landes & Posner gave the first try. However, they failed. Firstly, they downplayed the state of mind in the concept of intention and messed up legal doctrine and legal consequence. Secondly, they set up a premeditation model pretended as an intentional tort one. Thirdly, the relevance of the model wholly depended on the factor of transaction cost while it was exogenous to the model. This paper argues that the characteristic of foreseeing in the concept of intention should be taken seriously. Foreseeing is the first step to a voluntary transaction. Not foreseeing means that the injurer cannot initiate a voluntary transaction. Due to the problems of adverse selection and moral hazard arising from bypassing market, the intentional injurer should be punished while the negligent injurer is just responsible for compensation. Tort law is a part of private law. It is a mistake to analyze tort law based on a public law model of command and control.

Keywords: Intentional, Deliberate, Negligence, Economic Analysis of Law, Punitive Damages, Premeditation, Right, Interest, Transaction Cost, Self Defense.

* Associate Researcher Fellow, Institutum Iurisprudentiae (Preparatory Office), Academia Sinica and Joint Appointment Associate Professor of Law, National Taiwan University.

壹、前言

在侵權法律規定中，行為人或因故意或因過失而應負損害賠償責任，但在研究中，故意相較於過失，則是較少被處理的。過失不但有重大過失、抽象輕過失及具體輕過失之分，還有違法是否視為過失之論，甚至也涉及了與危險責任之爭，但故意似乎仍是故意，少見爭執。其中一大原因，也許是相對於過失之處於法律責任認定的「邊際」(marginal)地位，而故意則是不管在過失或無過失責任制下，行為人皆因之須負法律責任，故處於「超邊際」(infra-marginal)地位，因此基於均衡點由邊際效果決定之理，故意就為人忽視了。不過，一方面，誠如寇斯說道，邊際均衡誠重要，整體分析價更高¹！另一方面，在法律操作中，其實故意也不是完全由過失吸收了²。

例如，有些法律規定，行為人只有在故意時始負損害賠償責任，民法第一八四條第一項後段的違反善良風俗加損害於他人者，即是其例。有些法律則規定，行為人若是故意，其應負超過受害人損害額度的懲罰性損害賠償責任，例如消費者保護法第五十一條以及公平交易法第三十二條等。也有些法律規定，故意所生的損害賠償責任必須實質承擔，例如民法第二二二條的故意或重大過失責任不得預先免除，或者民法第三三九條的不得主張抵銷等。此外，在刑法的財產犯罪，例如刑法第三二〇條以下，也僅及於故意犯。故意與過失的法律效果，為何有這些歧異，著實也需要解釋。

1 參見 Ronald H. Coase, *The Marginal Cost Controversy*, in *THE FIRM, THE MARKET AND THE LAW*, 75-93 (1988)。另外，Richard A. Epstein 將 intentional torts 置於其教科書 *TORTS* (1999) 的第一章，也是此義。

2 參見王澤鑑，《侵權行為法（一）》，頁 288-289（1998 年）。

法律經濟分析名家 Landes & Posner 認為³，行為人防免損害發生的成本相對於因之可防免損害的額度的比值甚低或是負值時，為故意侵權 (intentional torts)；比值低於但接近於1，為一般的過失侵權 (negligence)；介於兩者之間，為重大過失侵權 (gross negligence 或 recklessness)。若以數學式表示，此即 B (損害防免成本) $< pL$ (可因之減少的預期損害) 時， pL 與 B 之值相差甚大時，為故意侵權，相差不大時，為一般過失侵權，差值介於此兩者之間，為重大過失。

Landes & Posner 首先指出，行為人不但要預見了損害，而且此損害是其意欲並且是不法的，才構成所謂的故意侵權。此說法原則上是正確的，但他們在說明時，將原本是不同層級的故意行為與故意侵權 (不法) 並列，且以曲解故意行為的經濟意涵，來強調不法性才是故意侵權的特徵，則是言過其實了。此外，在建立正式的經濟模型時，Landes & Posner 將故意行為設定為：行為人專門投入資源去侵害的行為。此定性，也是過窄了。此定性充其量只能是一個預謀模型，而非故意模型。在法律中，預謀行為只是故意行為的一部分而已。不過，此模型的最大缺陷是，其所得出的結論，是繫於模型外的交易成本之高低，而非其模型內所設定參數的可測量數值。換言之，此模型對於故意侵權並無任何的解釋力。

本文的見解則是，故意侵權責任是來自行為人可自由交易取得財產利益卻去強取，而過失侵權責任應是，行為人因高交易成本強制交易而由法院決定交易價格。按故意是指，行為人預見了損害因其行為而發生，過失則是指，行為人可預見損害卻未預見，因此故意與過失之主要區分在於其預見損害與否。而損害本質上是一種強制交易，則損害預見與否，即關係著交易成本的高低。這是因為故意行為人既然預見了損害，此即意味著其知其所欲交易的標的何

3 William M. Landes & Richard A. Posner, *Intentional Torts and Damages*, in THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW, Ch. 6 (1987).

在，而具備了低交易成本條件的第一步，反觀過失則是行為人未預見損害（雖然此是可預見的），因此行為人行為時是不知交易標的何在，自然無從交易起，從而也意味了高交易成本。

我國民法第一八四條之所以對權利與利益的保護異其程式，也可從此來看。在此的權利與利益之區分，不在於其是否具財產價值，而在於其具公示與否，因此具可預見性。例如物權具公示性，而債權則不具公示性，因此物權是此條文中的權利而債權僅是利益。對利益之損害是無過失可言，因為在行為人行為時其是不具預見性，必也在行為人針對特定人故意為侵害時，此預見性始浮現出來。

在法律體系中，故意相對於過失責任之所以常具懲罰性，也是交易成本不同所造成的。按故意的低交易成本，即意味了交易應由當事人自由為之。可自由交易而不自由交易卻去強取，若法律上的救濟措施只是填補實際的損害，而未科加例如刑罰、懲罰性賠償、不准抵銷等懲罰性措施，將不足以嚇阻行為人的逆向選擇以及道德風險。如此一來，自由交易市場即崩潰。此所以故意責任往往是懲罰性的。

在法律經濟分析文獻中，Calabresi & Melamed 曾提出財產法則 (Property rules) 與補償法則 (liability rules) 相對應的分析架構⁴。不過，誠如 Calabresi 自言，此一架構基本上僅指出了方向，仍有待適時適地補充⁵。本文基本上也可從此一角度來看。我國法律中的故意與過失，是以行為人的主觀預見與否來作區分的，本文論證了其交易成本意涵，從而得出故意侵權與過失侵權的對比，而此與財產法則與補償法則的對比，是不謀而合的。

Landes & Posner 以預謀行為權充故意行為，應是來自其未將民

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

5 Guido Calabresi, *Remarks: The Simple Virtues of the Cathedral*, 106 YALE L. J. 2201 (1997).

事法中的侵權法視為行為人與受害人兩個獨立個體間活動衝突的定分，而是將其視為防害（物理）科技的選擇。定分是市場機制，不涉及行為人或受害人各自內部的防害（物理）科技，後者性屬命令管制。侵權法是私法自治的一環，其分析應是在市場機制為之的，抽離了制度的資源配置分析是空的，即便其計算是精確的。

本文以下首先將評析 Landes & Posner 所說的故意三種理解，接著解剖其故意經濟模型的空泛性。再來立足於我國區分故意與過失的預見基礎，本文闡明其與交易成本的關係，然後進一步說明權利與利益的保護為何不同，以及故意侵權責任為何是懲罰性的，最後則以制度特徵說明侵權法應為何種的經濟分析。

貳、故意的三種理解：行為或（不法）責任

Landes & Posner 認為英美法 intentional torts 中的 intentional 有以下三種理解：一、以行為人是否預見了侵害為標準，預見了為故意；二、行為人不但要預見了侵害，而且要是其意欲的，才是故意；三、行為人除了預見侵害且是其意欲外，其意欲的還必須是不法的，始為故意。

若從損害發生機率的變化來看，Landes & Posner 認為：在第一種理解之下，未因之增加損害發生機率的侵害行為也被包括進來了，例如，一個廠商從統計得知，其一定數量產品會產生一定數量的損害，其是預見了損害，但其出售了造成（事後）損害產品此一特定行為，實質上並未增加損害的發生機率；在第二種理解下，侵害行為使得損害的發生機率變得非常高；第三種理解則是除了從損害發生機率來看外，社會成本還必須因之增加了，始是故意⁶。

按損害賠償責任成立的計算公式是：在損害的防制成本（以 B

6 Landes & Posner, *supra* note 3, at 149-151.

表示）若是低於其因之可以減少的預期損害（減少損害發生的機率（ p ）乘以實際發生的損害（ L ）），此即 $B < pL$ ，應令侵害人負損害賠償責任。因此第一種理解對於 Landes & Posner 而言意味著：由於損害發生機率未因之減少，所以 p 值為0，則 $B < pL$ 要成立的機會就不大。其第二種理解是，由於 p 值是趨近於1， $B < pL$ 的機會就增加了。至於其第三種理解，則是 $B < pL$ 的機會不只是增加而已，而是必然要成立，因此不能僅是 p 值趨近於1而已，還要確保防制成本（ B ）低於因之減少的預期損害（ pL ），始能稱為 intentional torts。

就上述數學公式內的抽象推論，Landes & Posner 的確是沒有錯的。不過，此一數學公式的運算，是與其故意的三種理解不合致的。Landes & Posner 的策略是，將第一種及第二種理解套上與其不相稱的損害發生機率及個例，顯示出其違反常人理解之處，然後基於排除法，第三種理解自然就是正解了！

Landes & Posner 認為大量生產所造成的損害，屬於第一種理解，而法律不應令其負損害賠償責任，因此第一種理解是不對的。其例略謂：一個藥廠推出新藥，從臨床試驗得知一定比例的副作用，假設其為百萬分之一，則若是對百萬人施打此藥，幾乎可確定有一人會因副作用而受害，因此藥廠可說是預見了此損害，但在施打此藥的每一個案中，其損害的發生機率卻都是一樣的——第一個案件、第五十萬個案件或第一百萬個案件的損害發生機率都是百萬分之一。若從每一個案件間的比較來看，實際發生損害那一個案件的損害發生機率，的確與未發生損害案件的發生機率是相同的。此與在因車速過快造成損害的情況不同，例如時速從50公里加速到150公里，後者的損害發生機率的確是高於前者，因此即使時速50公里無須負損害賠償責任，時速若飆到150公里，由於其損害發生機率增加了，恐怕就須負損害賠償責任。不過，此一不同，並不能解說新藥之例中的損害發生機率應為0，從而其不為故意。

例如，如果副作用的比例是百分之一或是十分之一而非百萬分

之一，還會有人認為藥廠無須負損害賠償嗎？即便每一個案件的損害發生機率都相同！可見每一個案件的損害發生機率相同，並非將之排除於故意之外的好理由。重點還是在其「整批」副作用的比例，而非在「零售」個案間的比較⁷。該新藥之使用，的確使得副作用損害發生機率增加了，因此 $p > 0$ 而非等於 0，不管其為百萬分之一還是百分之一。至於藥廠推出此新藥是否應負損害賠償責任，這的確也是要比較其若不推出新藥而生的社會成本 (B) 才能決定的。如果經過計算後，其明知不應上市而上市，即成立故意侵權⁸。當然如果其計算錯誤，將不應上市的藥上市了，則其即為過失，雖然其預見了損害。此有如誤想的正當防衛，行為人雖然預見了損害，而且其正當防衛也不成立，但卻是過失誤認的，則其為過失，但如果行為人刻意炮製出正當防衛外觀以侵害，則其仍是要負故意侵權的。質言之，雖然大量生產，並不必然使得行為人應負損害賠償責任，但反之，其亦未使得行為人必然無須負損害賠償責任，因此將大量生產等同於 $p = 0$ ，將過快排除應被歸為故意的故意於故意之外！

就第二種理解，Landes & Posner 是將其配上高損害發生機率，然後舉正當防衛以及橋上投石為例，說明第二種理解之不當。

首先，誠如 Landes & Posner 所言，正當防衛所造成的損害，在無正當防衛時，的確是不會發生的（此即因之減少的損害發生機率 (p) 趨近於 1），但因為若無此正當防衛，社會的損害 (B)——包括

7 當然這是侵權「行為」時點的認定問題，若以單一個別的具體銷售行為為系爭行為，例如將藥賣給了某特定人 A，因之增加的損害發生機率 (p) 的確為 0，但在損害賠償上有意義的「行為」，則是集合所有這些具體行為的「擬制」行為。法律上，既然法律主體有自然人與法人之分，則法律客體有「物理」行為與「集合」行為之分，並不意外。法律概念都是為法律目的服務的。另外，刑法理論有所謂原因行為，但誠如黃榮堅教授所言，如果行為時間點抓對了，此是無意義的，參見氏著，《基礎刑法學（上）》，頁 115-117（2003 年）。

8 美國加州法院就福特汽車公司產製的 Pinto 所生的懲罰性賠償之說明，可為參考。參見 *Grimshaw v. Ford Motor Company*, 119 Cal. App. 3d 757 (1981); 174 Cal. Rptr. 348 (1981)。

受害人以及第三人的損害——會很大，所以 $B < pL$ 此一條件還是不成立的，因此行使正當防衛的行為人是不應負損害賠償責任。這是普世的，在英美法以及大陸法都是如此。只是英美法將之放在 intentional torts 這個類型，因此擴張了 intentional 這個概念，但在大陸法，正當防衛是以阻卻不法的方式來操作的，此不影響行為人故意之成立，因為在大陸法中，故意並非應負損害賠償的同義詞。

不過，接下來的橋上投石之例，Landes & Posner 的論證就很牽強了。他們舉例說：站在橫跨公路上的橋上，對著橋下呼嘯而過的車流，投石想要擊中某車去傷害車內之人，雖然其成功率並不高，但一般人仍視其為故意，因此可見損害發生機率的高低，並非故意的認定標準。此例其實並非好例。在此例中，擊中特定車輛的機率也許很低，但擊中其他車輛或因此造成車禍的機率其實是很高的。由於擊中目標的機率低而造成目標外的損害機率高，因此這些已經發生的損害，應多是目標外的損害。基於無損害就無訴訟，實際請求損害賠償案件，也應多是這種目標外的損害，則實際案件中的損害發生機率是很高的而非很低的。

其實，此一說法最大問題是，為何故意的第二種理解僅指行為的事前損害發生機率很高？誠如 Landes & Posner 自己所言，此是不符合一般人對故意的認知的。則正常的推論應是，此高損害發生機率的對應是錯的，而不是因果顛倒，認為一般人認知的故意中的主要元素——意欲——是錯的。再從 Landes & Posner 整體論證結構來看，既然故意的第一種理解的問題是，將不增加損害發生機率的行為包括進來了，則第二種理解為何直接暴跳至高損害發生機率，而不是低或中損害發生機率？畢竟只要損害發生機率有所變化，在損害賠償責任的分析上都是相關的。

Landes & Posner 的上述論說之所以有偏差，應是來自於其弄攪了故意行為與故意侵權兩個不同層次的概念⁹。Landes & Posner 論

9 此一將行為區分於（不法）侵權，在責任的三階論述——構成要件該當、違法

述上將此三種故意並列，認為其是互斥的，但其第一種與第二種理解，應是屬於故意行為的範疇，而其第三種理解，則是屬於故意侵權的範疇。在法律上，故意的行為本來就不是全應負侵權責任，則刻意曲解第一種及第二種理解的有限性，因此排除了其分析上的獨立性以凸顯第三種理解的正確性，是削足適履的作法。此外，其第一種與第二種理解之間，其實也是無差異的（此將在後面論述之），將之配屬不同的損害發生機率，也是不當的。

參、故意的經濟模型：故意或預謀

在刻意凸顯了故意侵權的不法性後，Landes & Posner 正式建構了一個故意侵權的經濟分析模型。相對於先前其已建立的非故意侵權的模型：

$$L(x,y)=p(x,y)D+A(x)+B(y)$$

其設定了故意侵權模型如下：

$$L(x,y)=p(x,y)(D-G)+A(x)+B(y)$$

A 代表受害人， B 代表侵害人， x, y 分別代表受害人及侵害人投入的資源， D 為受害額度， G 為侵害人的獲益， p 為損害發生機率， L 為社會總損害。在此 Landes & Posner 假設了侵害人會專為侵害行為投下資源 (y) 去增加損害發生的機率，因此相對於過失分析時的 p 對 y 的一階導數為負值，在此則為正值。此外，其認為一

性與有責性三階——自然是沒問題的，即使在二階論述——僅有違法性與有責性二階——構成要件該當被視為違法性的一部分，以積極違法要件稱之，完整的違法性還要有無「消極」的違法要件存在，例如正當防衛，因此故意行為仍非故意不法——部分不等於全部。有關刑法上的二階論述，可參考黃榮堅，前揭（註7）書，頁128-134。

個理性的人只有在其受益 (G) 大於0時，始會去從事此故意行為，因此也不同于過失分析中的行為人不因其行為而獲利 ($G=0$)，不過，其也假設了受害人的受害額度是大於或等於侵害人的獲益，因此 $D-G \geq 0$ 。如此一來，最適的解就是 $x=0, y=0$ ，因為此時 $p=0$ ，而 $L=0$ ，也是其最小值之時¹⁰。換言之，當行為人不投入資源去侵害，而且受害人不投入資源去防免侵害時，即是社會整體損失最小之時。

首先，值得注意的是，在此模型中，Landes & Posner 還是先設定了一個獨立於「不法」的「故意行為」，然後再加入一些條件，始得出有些故意行為不是不法，因此不是英美法「intentional torts」要科予法律責任的對象。換言之，此一獨立於不法的「故意」，在經濟分析上，是有其獨立的分析價值的。此在 Landes & Posner 前述的故意的三種理解中，是看不出來的，其論述甚至是令人有不存在故意行為而只有故意侵權的印象。

次之，Landes & Posner 此模型中的故意行為，其實並非純粹的故意行為，其頂多僅是預謀行為而已。有些故意純粹是臨時起意，行為人並不會預為投下資源去造成損害，當然除了侵害行為本身以外，則此時 $B(y)=0$ 但 $p \neq 0$ 。例如一個開車人偶然發現仇人走在前面，不減速（因此客觀上其未花費任何時間的機會成本）故意開車撞死他，或者一個人為了趕路或飆車自娛，撞人也在所不惜（因此主觀上其未花費任何成本），則其即無專門投入資源去造成損害，但損害卻發生了。又例如在上述販賣新藥之例，其成本（在此包括了研發、製造以及行銷等費用）由於不是專為增加損害而發生，因此不應歸入 $B(y)$ ，則 $B(y)=0$ ，而此時又由於新藥之使用，使得損害發生了，因此 $p \neq 0$ 。

不過，此模型最大的問題是，受害人的受害為何是大於行為人的獲益，此即 $(D-G)$ 為何大於0或等於0？如果 $(D-G)$ 是小於0，

10 Landes & Posner, *supra* note 3, at 153-154.

則 p 對 y 的一階導數為正值即甚佳，意味此侵害行為應鼓勵而非禁止。Landes & Posner 將 $(D-G)$ 可能小於 0 之情形，分為四類：（一）在荒山野外因飢寒交迫，未經同意進入他人木屋取食；（二）覬覦鄰居的車，雖然此車對於其效益較高，但因為其較貧困無法出錢購買，乃偷之；（三）同樣想要鄰居的車，而且也有能力出錢購買，但仍然以偷代買；（四）在定義上，強迫移轉才是行為人想要的，市場無任何替代品，例如強姦¹¹。

雖然大部分人直覺上會認為（二）、（三）、（四）的行為人是不對的，因此是不法的，至於 $(D-G)$ 是否小於 0，則不是其相關的。在此，同樣的，Landes & Posner 最後還是要將價值繫於自由市場交易，而不是直接去比較到底是受害人損害大還是行為人獲益多。這些行為人之所以是不法的，是因為在交易成本不高時，居然捨自由交易市場而逕行單方強制移轉財產！至於在（一）的情況，一般人則是不會認為行為人是不對的，但也不致於認為受害人要白白受害，因此逕行取食也許不是不法，但行為人是應補償受害人的損害的¹²。回到交易成本來看，這是因為此時交易成本很高，容許逕行強制交易，毋寧是合理的。但容許並不意味拿了而無庸事後補償。強制交易僅指方式是強制的，其對象——交易（互通有無的交換）——仍是存在的，因此行為人還是要負損害的填補責任。

Landes & Posner 進一步的理論推展是，為了符合經濟學家一貫的所謂「連續性思考」，將故意與各種過失連結起來，做了光譜式分析，但其核心關鍵也是在捨棄了 $(D-G)$ 之測量，而完全以交易成本高低為判斷標準。Landes & Posner 提出，當行為人投入的資源 $B(y)$ 與造成損害 pD 的比值愈低時，是故意侵權，愈高時，是不可避免的損害，近於 1 時，即是一般過失侵權，介於故意與一般過失兩者之間，為重大過失¹³。此說法美則美矣，不過問題是，其只考

11 Landes & Posner, *supra* note 3, at 156-157.

12 在法律上，這雖不是侵權行為，但可以不當得利來處理。

13 Landes & Posner, *supra* note 3, at 158，尤其是表 6.2。

慮了受害人的損害 (pD) 而不考慮行為人的獲益 (pG)，但誠如上述其故意模型之所以異於過失模型，即在於 $p(x,y)(D-G)$ 而不僅是 $p(x,y)D$ 才是重點，則未將侵害人獲益 (G) 算進來的社會損害額自然是很高的，但其因此也就不是真正的社會損害值了。另外一個解套的方式是，將侵害人獲益 (G) 轉換為 $B(y)$ ，此即行為人若不為此行為，其獲益就無法實現，因此即為其成本，但如此一來， $B(y)$ 的值又變大了，比值也就降不下來，仍然無法符合他們設定的標準。最後只剩下一個可能的解釋，此即在低交易成本時，行為人居然捨自由交易而強取，因此法律評價上侵害人的獲益就不能算進來，而且要將其投入資源視為浪費，從而 $B(y)$ 為負值。若是如此，則交易成本的高低，而非 $B(y)$ 與 pD 本身，才是決定 $B(y)$ 與 pD 之比值的因素，從而交易成本高低而非 $B(y)$ 與 pD 本身，也才是此公式的靈魂。

總而言之，在 Landes & Posner 的此一模型中，受害人的損害大於侵害人的獲益 ($D-G>0$)，是行為人與受害人皆不應投入資源去侵害或防免侵害 ($x=0, y=0$) 的前提要件。只要此一條件成立，行為人與受害人皆不應投入資源去侵害或防免侵害，是數學計算上之必然。因此為何在故意，受害人的損害是大於侵害人的獲益 ($D-G>0$)，是要被測量計算出來的，而不是被假設的。但 Landes & Posner 在此並未作此計算，而是將之繫於行為人是否「惡意」——此即在低交易成本下——迴避了市場。如此不僅只是前提 ($D-G>0$) 被假設了，而是連其結論 ($x=0, y=0$) 也被假設進來了。因為不迴避市場，即意味了行為人不得強取，即其不得投入資源去侵害，得出： $y=0$ ；又既然不會有人強取，受害人就無庸投入資源去防免侵害，得出： $x=0$ 。由此可見，交易成本的高低才是此模型的關鍵，但 Landes & Posner 卻以專門投入侵害資源去定義故意行為，而末去論證其與交易成本的關係，使得其整個模型——空了。

肆、故意、預見與交易

私法是以自治為靈魂，因此財產利益之移轉，是以自由交易為原則，僅在交易成本甚高時，始可強制交易。而損害賠償本質上是一種強制交易，因此可分為交易成本低或高時兩種情狀，來探討其妥當性。交易成本低時，強制交易應被嚇阻，交易成本高時，強制交易則是被容許的。侵權法中的故意責任，應即是相應於低交易成本而強制交易而來，過失責任則是相應於高交易成本下的強制交易而來。此一對應，是來自故意與過失之區分是行為人預見損害與否。

我國刑法第十三條第一項規定：「行為人對於構成犯罪之事實，**明知**並有意使其發生者，為故意。」第二項規定：「行為人對於構成犯罪之事實，**預見**其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論。」第十四條第一項規定：「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。」可見故意與過失的區別，在於前者行為人在行為時預見了損害，而後者則未預見損害。

有論者也許會主張，將故意與過失的區別繫於行為人預見損害與否，是不當的，因為我國法律中有所謂的「有認識的過失」。我國刑法第十四條第二項的確規定：「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。」不過，誠如黃榮堅教授指出，這是錯誤的¹⁴。德國學者 Schmidhauser 解釋說：「預見其能發生」是指，一般抽象的判斷事實發生的可能性，而所謂「確信其不發生」是就具體個別情況所做的判斷¹⁵。此應是正確的，因此就系爭個案而言，過失行為人在**行為時**，仍是未預見其此

14 黃榮堅，前揭（註7）書，頁316-317。

15 引自黃榮堅，前揭（註7）書，頁318。

特定行為會產生此特定損害的。

在交易成本的計算上，行為人預見了損害之發生，雖然不一定意味了低交易成本，但其未預見損害之發生，百分之百是意味了高交易成本。按交易成本一般可分為搜尋成本、締約成本與監督成本¹⁶。在人海茫茫中，如何找到交易對象與標的，是一切交易的開始，因此搜尋成本的高低，成為交易成本高低的領先指標。既然故意是指，行為人預見了他人的權益將因其行為而受到損害，此即意味了交易標的或對象特定了，從而可有交易成本低的初步推定。反觀在非故意時，行為人**事實上**未預見損害之發生，雖然在過失時其是應預見的，而此即意味了其於**行為時**無意識到交易標的或對象何在，因此交易成本很高。此有如一個人昏倒路邊，旁人想要施予救助，但由於交易一方既已無意識，交易成本就很高。在交易成本高時，交易價格自然無法由契約自由決定，但此種交易顯然又是有利於雙方的，則由公正第三人——法院——決定交易價格，擬制其契約成立，毋寧是個好的想法。

預見與否在以損害發生後始決定賠償責任的損害發生機率計算上，也有其特殊意義。當 Landes & Posner 在上述橋上投石之例，說其造成損害的發生機率很低，因此其不為故意，其實是混淆了事後（損害）責任追究與事前行為管制中的損害發生機率。在橋上投石，的確在損害發生前，其損害發生機率也許不大，例如百人投石，才有一人造成損害，不過，一旦損害因之發生，例如某甲造成了某乙的損害，其因果關係是百分之百確定的¹⁷——只要某甲不為此行為，某乙的損害就一定不會發生，而且此不行為是百分之百可期待的，因為相較於過失的未預見因此訊息不足，故意行為人在定義上是完全訊息的。換言之，在橋上投石之例中，其侵權責任的數學計算式中，因之減少的損害發生機率 (p) 的值是1，並非如 Landes

16 參見 Carl J. Dahlman, *The Problem of Externality*, 12 J. L. & Econ. 141-162 (1979).

17 當然這是在證據完全沒有問題的條件下。

& Posner 所言，其值非常低。

最後，還必須澄清的一個問題是，只要行為人預見了損害而仍行為，即是故意，雖然此可能不是其積極意欲的。此一結論是從理性行為及法律平等適用的角度得出的。從理性行為言，行為人只要預見了損害而仍執意為之，雖不一定是其積極意欲，至少也是不違其意欲，否則其就不會為此行為了。從法律之前人人平等言，當行為人預見了損害仍執意為之，即使損害是其附帶目的，畢竟他人的損害還是發生了，他人權益之保護是不應因行為人主觀動機不同而異的。此所以我國刑法第十三條第二項規定：「行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論¹⁸。」

伍、故意與權利／利益之辨

我國民法第一八四條第一項後段規定，故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者，亦應負損害賠償責任。相較於同條項前段規定，在權利之侵害，過失亦應負損害賠償責任，此後段規定，行為人僅在故意時，始負損害賠償責任。之所以如此，是因為利益相對於權利，其損害之預見性很小，若不以故意為限制條件，損害賠償責任會無限擴大。債權非民法第一八四條第一項前段所言的權利，也是因此而來，雖然債「權」也冠上了權利之名目。物權以及人格權，例如生命、身體或健康等，才是民法第一八四條第一項前段所言的權利。這些權利的特徵是，其損害非常清楚明白，因此其損害就容易預期，而此正是損害賠償轉嫁機制的核心。

例如，當物被毀損時，這對行為人而言是很明確的——物就在那裡了，一個就是一個，兩個就是兩個——但當受害人是一物二賣

18 Posner 既然高度質疑心智 (mind) 在法律上的地位，但在此其將意欲獨立於（預見）行為，令人訝異。參見 Richard A. Posner, *Ontology, the Mind, and Behaviorism*, in THE PROBLEMS OF JURISPRUDENCE, Ch. 5 (1990).

中的前買受人，而後買受人是善意無過失且受物權之移轉，因此其物之交付請求權受到侵害時，對於後買受人而言，他只能知道這是一個物，而無法確知與該物有關的所有債權，今若要侵害人——此意味所有的買受人！——負損害賠償責任，即便排除了事後造假債權的執行問題，事前龐大的不確定性，就足以令買受人卻步，自由交易就不可能了。不過，後買受人若是惡意，則其已知前買受人何在，交易就可能了，後買受人不得強取¹⁹。

再看，受害人死亡或受傷了，對於行為人而言，受害人的身體也是就在那裡了，但是受害人身負的債權債務，對於行為人而言，則是無法探知的。在上述一物二賣（契約）之例，還可以預約登記來促使行為人預見，但在意外事件，行為人是無法事先預知的。而故意之要求，即意味了行為人是針對特定債權而有了可預見性²⁰，一如物或身體已特定了。

不過，當物或身體之損害，很高比例伴有其他的傷害，則這些損害也是可預見的。我國民法第一九四條規定：「不法侵害他人致死者，被害人之父、母、子、女及配偶，雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。」其預設是，這些人都會因受害人死亡而受損害（痛苦），因此侵害人就此是可預見的。從人之常情來看，的確也是如此。

19 參見簡資修，〈一物二賣：有效率之不履約或債權之侵害〉，《人文及社會科學集刊》，13卷1期，頁65-88（2001年）。

20 關於可特定化的侵害行為，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〉，《走入新世紀的私法自治》，頁343以下（2002年）。

陸、故意與懲罰性規定

相對於過失責任的損害填補，故意責任往往是具懲罰性的。受害人與有過失不免除故意侵權人的賠償責任、故意侵權人必須實質承擔賠償責任不得預先免除或事後抵銷、或者故意侵權人負擔懲罰性賠償額度等，都是其例。

首先來看受害人與有過失之例。Landes & Posner 之所以提出上述預謀模型²¹，一大原因應是，其認為如此可以「數字」說明行為人與受害人間的成本互動，不過，其模型之不當，已如上述。其實，在明瞭了故意與交易成本的關係後，此以簡單的損害賠償責任計算公式 ($B < pL$) 來說明即可。按故意既然是預見了損害而為之，即意味了即使先前受害人與有過失，故意行為人仍是損害最終發生與否的決定者，因此其如不為此行為，此損害是一定不發生的，因此 p 為1，從而在損害額度 (L) 大於因受害人過失所生成成本(B) 的正常假設下，行為人仍是要負損害賠償責任的。當然在因受害人過失所生成成本甚高時，例如受害人的與有過失已經達到不法侵害階段，則行為人可行使正當防衛，從而阻卻不法。反觀在行為人若是過失而非故意時， p 為1是不可期待的，因為行為人未預見損害，則受害人的與有過失定義上就是增加損害發生機率，必然使得 p 值變小了，則 $B < pL$ 要成立，就不容易，因此過失行為人即可能因為受害人的與有過失而免責。

懲罰性法律，例如刑法或公平交易法第三十二條²²與消費者保

21 Landes & Posner 之所以提起此問題，是因為英美法中的 contributory negligence 有完全免除受害人應負損害賠償責任的效果，此是不同於我國民法第二一七條的與有過失，其僅賦予法院得減輕或免除行為人的損害賠償責任。

22 條文為：「法院因前條被害人之請求，如為事業之故意行為，得依侵害情節，酌定損害額以上之賠償。但不得超過已證明損害額之三倍。」

護法第五十一條²³等懲罰性民事賠償責任，以故意為處罰原則或要件，也是來自於其規避了自由交易。法律之所以容許強制移轉財產，是這些自由交易的成本過高，妨礙了有效率交易之達成，但在低交易成本時，若容許先拿了後賠償的強制移轉，無異會使自由交易市場崩潰。此一方面是，由於強制移轉衍生了賠償金計算問題，法律執行成本增加了，另一方面，誘使那些不願支付市場價額者單方面強制移轉，因此愈是有價值者，愈無法在市場交易，此種逆向選擇，必然使得市場大幅萎縮或甚至崩盤。因此若在低交易成本時，容許強制移轉，而其賠償額只是受害人的實際損害額度，是無法阻遏此種無效率的強制移轉的。在一般民事賠償，只填補實際損害是其原則，因此就無阻遏的效力，必須由刑罰來填補此不足。

柒、應從交易機制而非命令管制看侵權法： 代結論

按侵權法在法律體系中，是私法的一環，因此自治是其原則。但 Landes & Posner 所設定的經濟分析模型，不管是過失或故意，卻是以命令管制為之。在故意模型，Landes & Posner 將侵害人的利益與受害人的損害置於同位階，因此可比較大小，但私法自治原則是，權利分配好了，其移轉應以契約為之，不應由法院來比較侵害人的利益與受害人損害的大小，所以刻意避開自由交易而強取，不管其對於強取人有多高的利益，都是不法的。法律的目的不在於製造效用妖怪 (utility monster)，因此即便強取人所獲得的利益在定義上就無法從自願交易取得，例如 Landes & Posner 上述所舉強姦之例，其強取仍是不法的。反觀過失侵權（此包括了有故意的行為但

23 條文為：「依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金。」

不符合故意侵權的類型，例如誤想的正當防衛）之所以不同於故意侵權，即在於交易成本過高，自由交易不可能，因此須由法院來決定交易（補償）價格。

Landes & Posner 在其模型中，將侵害人與受害人的損害防治成本，限定在有形的資源投入，而非不相容活動衝突所生的價值損失，也是命令管制思維的表現。當侵害人與受害人同聽從於一人，並且要各盡所能，否則要受懲罰，是其模型的特徵。其如此的設定，在數學計算上，必然意味了此有形的防治成本越高者，其應投入的資源越低，因此其越不容易被認定要負責任。但現實是，侵權法中的侵害人與受害人並不同聽於一人之指揮，因此其模型就指鹿為馬了。

最後，在法律經濟分析中有一個爭論是，如果課予過失侵權責任的目的，在於嚇阻非社會最適的行為，為何還有如此多的過失行為？執法無法百分之百是為人常提的理由，但比較好的理由，也許是本文所提出的高交易成本說法，因為這意味了人都是會發生錯誤的（未預見），法院之介入，因此是必要的。從市場釋放訊息的角度言，正確訊息之取得，總是要嘗試錯誤的，但容許錯誤並不意味不負責任，此如企業家如果判斷錯誤，是要付出營利減少或甚至破產的代價，過失侵權責任因此可以不是懲罰性的但必須是填補性的。

參考文獻

1. 中文部分

王澤鑑（1998），侵權行為法（一），台北：自版。

黃榮堅（2003），基礎刑法學（上），台北：元照出版。

簡資修（2001），一物二賣：有效率之不履約或債權之侵害，人文及社會科學集刊，13卷1期，頁65-88。

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規定，走入新世紀的私法自治，台北：元照出版。

2. 外文部分

Calabresi, Guido & A. Douglas Melamed (1972), Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: A View of the Cathedral, 85 Harv. L. Rev. 1089.

Calabresi, Guido (1997), Remarks: The Simple Virtues of the Cathedral, 106 Yale L. J. 2201.

Coase, Ronald H. (1988), The firm, the Market, and the Law, Chicago: Chicago University Press.

Dahlman, Carl J. (1979), The Problem of Externality, 12 J. L. & Econ. 141-162.

Landes, William & Richard A. Posner (1987), The Economic Structure of Tort Law, Cambridge: Harvard University Press.

Posner, Richard A. (1990), The Problems of Jurisprudence, Cambridge: Harvard University Press.