

# 侵權法與公平交易

講座：中央研究院法律研究所簡副研究員

資修

日期：103年3月4日

場次：10303-269



## 壹、前言

公平交易法與民事財產法之間的關

係為何？法律與經濟分析的關係又為何？20幾年來，本人在以經濟分析法律的過程中看到許多問題。法律經濟分析領域中，有所謂的經濟學帝國主義，所有分析法律的問題，皆自經濟分析角度下手，法律被經濟分析學家作為工具與誘因，認為經濟分析必須視人的行為而有所選擇；至於法律，則是由建構模型者完全從政策立法，或由政府觀點分析；若有管制或給予誘因的必要時，法律能祭出懲罰，或提供誘因與獎勵等方式，來引導人類的行為。

本人是法律學者，頗受法理學與法學方法論的影響。法理學中何謂法律？奧斯汀認為法律是主權者的命令，哈特則認為法律有初級規則與次級規則，單純的命令不是法律。法學方法論則強調法律適用的穩定性與一致性，但於經濟分析的法律中，法律則是置於立法者或主權者的口袋裡面，毫無穩定性可言。進行法律經濟分析時，會發現多數僅有經濟分析，法律幾乎不見蹤影，因為它不符合「法律應該是穩定性適用」與「法律應該不是主權者的命令」的標準。

若將侵權法與公平交易法合併觀察，會發現法律與經濟分析根本互不相干。原本若將法律與經濟分析置於一處，則二者應同時併行；但依經濟學帝國主義，經濟分析反而將法律吃掉。事實上，較理想的的方式，應為經濟分析與法律彼此對等，因此，於經濟性相當強的公平交易中，公平委員會必須一半來自法律領域，另一半則來自經濟或

財經領域。

經濟分析仍有許多漏洞，經濟理論亦非如此完滿，最後亦可能因公平會或政府的立場，而於某種程度上政治考量較法律考量為多。另一方面，看似缺乏經濟性的侵權法，若屬於私法自治，則無人會自公平交易法的觀點分析；但講義上所述「過失責任作為私法自治之原則」，基本上即自公平交易法的觀點加以分析。私法自治本身應為公平交易法相當重要的部分，但此方面的經濟分析，如Posner的common law經濟分析，多數皆為錯誤的，因為他對私法、民事財產法、契約法與侵權法，皆以法律作為工具。初始切入觀點錯誤，則後續亦將全盤皆錯。因此，看似欠缺經濟性的侵權法中，其實涉及了公平交易法的領域。

目前法律經濟分析是種流行。多數進行法律經濟分析的人，皆會認為應以經濟分析為準，法律僅為教條或事例，不必然正確。但其實，許多法律經濟分析，並未了解法律的本質。所謂法律本質，並非強調所有法律皆有經濟性，如行政法的行政管制、憲法與民法等皆有所不同。但無論如何，皆不得以法律作為單純的工具與誘因，因為法律必定有其規範性。

今天所要說明的，係過失責任作為強制交易的規範。大家對公平交易法較熟，但對侵權法中過失責任與公平交易的關聯，則可能未仔細想過。必須強調者係，經濟分析與法學方法是難以分離的，體系的強調很重要。若無體系，則法律的適用將永遠無法穩定；體系一旦混亂，則適用法律的成本即相當高。

「過失責任作為強制交易的規範」，雖有「強制」一詞，但其功能並非在於嚇阻。現今過失責任的經濟分析，多數皆自嚇阻下手，認為之所以課予過失責任，在於當事人製造了外部性，所以必須加以處罰或嚇阻。但過失侵權之賠償責任應較接近民法債務不履行之想法，債務不履行係強調不履行後的補償，一般不會以處罰或嚇阻觀點加以解釋。若將侵權行為法提升至債務不履行的層次觀察，即可避開嚇阻的論述。

過失責任中「看不見的手」，依亞當斯密的論述，係強調人類

所想要與所獲得的結果不同。亞當史密斯之所以採用市場交易觀點，即在於大家皆出於自利心理，而此一自利的結果，反而對全體成員皆有益，這其實是違反眾人直覺的。「看得見的手」，是由人類有意識推動；但「看不見的手」，則是眾人並未意識到要使用這隻手，但這隻手卻自動出現，並能主動將市場推向好的方向。

過失責任中，所謂「應預見、能預見而不預見」，看似有過失時，為何僅要求賠償而非課予懲罰，應有其市場的意義；亦即，這隻「看不見的手」能帶領整個社會往好的方向發展。前兩任美國聯準會主席 Alan Greenspan 的著作，即在說明金融風暴中，過失責任係人類本性，並無法透過法律加以壓抑，就像市場上自利亦為人類本性一般。但若制度適當，例如市場上有穩定的財產權，即可引導至好的方向。反之，若將過失責任往罪責或刑事處罰方向推移，則法律制度將過於嚴苛。

今天演講內容可分為五個部分：一、公平交易及其經濟理由；二、侵權法中與交易有關者；三、過失之重新理解；四、過失責任中看不見的手；五、法律與經濟分析之關係。

## 貳、公平交易及其經濟理由

公平交易基本上分為三個部分：一、限制競爭；二、不公平競爭；三、消費者保護。

### 一、限制競爭

限制競爭經濟理論，係採用獨占理論與完全競爭。惟本人認為，獨占理論並非理想的限制競爭理論。限制競爭的重點，應在於排他手段，而非最後結果。雖然目前公平交易法執行獨占訂價時，並不會處罰單純獨占，但卻會處罰獨占訂價，因為獨占的經濟理論認為，獨占訂價會產生無謂損失 (dead weight loss)。若採用差別取價，則不會產生無謂損失，但競爭法主管機關卻又不容許差別取價。獨占似乎任何行為皆被禁止。與財產權相較，智慧財產權係強力以法律保障智慧財產權的獨占，若有廠商或產品，以新的組織、規模或技術等取得獨占地位，只要合法，即是被容許的。

另外，完全競爭並非真實世界的狀態。採用寇斯的理論，完全競爭是種「黑板經濟學」，僅為理論而已。獨占理論或完全競爭理論於實務的限制競爭上，是無法適用的。例如，美國政府勞心勞力與 IBM、Microsoft 等大公司打訴訟，IBM 請了 200 位律師打官司，但最後將之打垮的並非政府的反托拉斯法，而是 Google。因此，從限制競爭的經濟理論中，其實並無法看出太大的意義。

### 二、不公平競爭

不公平競爭主要在討論智慧財產權中，怎樣的情況稱為不公平競爭，本人認為，目前並未有好的經濟理論能論述這件事情。

### 三、消費者保護

公平會似乎消耗相當多資源於消費者保護上，例如廣告與定型化契約。本人對定型化契約係採取市場化的看法，定型化契約本身並非契約，故不應認定其為單方契約而需特別管制。基本上，定型化契約應視為一個產品的規格，此時法律應如何處理，即可能有不同的想像。

## 參、侵權法中與交易相關者

### 一、競爭利益

若對市場或交易欠缺較好的想像，則於法律理論不足時，要操作法律即會相當困難，例如競爭利益。依經濟學觀點，新的競爭者進入市場後，原有業者的在場利益即會下降。依法律觀點，若有損害則需賠償，至於如何說明競爭利益的損害不需賠償，對法律人而言仍是一個大問題。

民法第 184 條並未考慮民法第 148 條「行使權利不以損害他人為主要目的」之情況，第 148 條的反面解釋為，只要行使權利，必定有人受到損害，此即寇斯所言「損害相互性」於民法中的體現。民法第 148 條係誠信原則之基本條款，行使權利只要不以損害他人為主要目的，即是合法的。

民法第 184 條第 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。」若依德國法，該權利必須為絕對權，不包含債權利益，而競爭利益並非絕對權，因此這裡並無太大問題。但現今多數學者皆爭執民法第 184 條第 1 項前段的「權利」，認為不應將其鎖死於絕對權，只要需為利益即可；亦即，競爭利益亦可依民法第 184 條第 1 項前段操作。但法律人多數傾向於「只要有損害，必有賠償」，此時，若未將「權利」限縮於絕對權，而競爭利益受到損害時，則必須用到同條項後段「故意且以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同」，以討論競爭利益有無受損。因此，民法考慮這些因素時，若對競爭利益並無「競爭必定會有人受到損害」的想像，則操作時將可能發生問題。

## 二、一物二賣

一物二賣其實與公平交易法有關。一物二賣於交易上是有問題的，但法律上要如何處理，若以純粹物權與債權區分，則應視買受人中誰先受讓該物之移轉，這裡並無太大問題。然而，於一物二賣之情況下，物權與債權之所以有如此的區分，在於後買受人並不知有一物二賣之情事，而係單純相信物權公示，並不知事前已有前手買賣。於法律純粹操作上，依債權與物權之區分，本人不認為可擴張至如此強的地步。本人曾於 2004、2011 年分別寫過關於一物二賣的文章，債權與物權之區分，主要係為避免善意第三人受到不測損害，因此受限於公示制度；若後買受人並非善意，明知前手與他人已簽訂買賣契約卻仍買入該物，則並無保護善意第三人之必要。

另一種經濟分析的說法，稱為「有效率的不履約」或「債權之侵害」。所謂「有效率的不履約」，係指出賣人之所以要一物二賣，係因為後買受人的出價較高，出賣人方將該物移轉予後買受人。但另一派說法將之稱為「債權的侵害」。究竟哪一派說法較正確？需強調者係，若後買受人並非善意，則應為「債權的侵害」，而非「有效率的不履約」。理由在於，若將訴訟成本算入，則因為前買受人的訴訟成本較高，並不會對出賣人提告，因此出賣人便可利用此種訴訟進行操作。如此僅對出賣人有利，但第一買受人的獲利多少卻始終不明。

若依「有效率的不履約」觀點，則會將買受人利益限制於一塊小範圍內，但該假設是過於強烈的。以法律進行處理時，究竟何種假設較符合真實？一屋二賣到底要採用「有效率的不履約」抑或「債權的侵害」理論？其實，重點在於應視何者較符合所謂一屋二賣之情形。本人認為應採用「債權之侵害」理論，納入公平交易法的概念，有強制履行的適用，而與「有效率的不履約」係完全採用金錢賠償有所不同，方較符合法律之規定。

## 三、過失責任

究竟「過失責任」的功能係為懲罰抑或填補過失？現今經濟分析皆認為，「過失責任」係一種懲罰，並採取嚇阻（deterrence）觀點，因為負「過失責任」的人需付一筆金額，而經濟分析學者認為，該筆金額係類似行政管制的罰鍰或刑法的罰金。但法律上則有不同見解，本人目前所做的研究，即為「為什麼過失責任不受刑事上的處罰？」刑法中，不但無「過失的財產犯罪」，就連單純故意的財產犯罪，亦不構成財產犯罪，尚需有「意圖不法之所有」之要件。刑事處罰針對故意行為為可能有懲罰性賠償，台灣懲罰性賠償雖不多，但只要懲罰即有賠償，美國亦僅於有故意或重大過失時，方有懲罰性賠償。

## 肆、過失之重新理解

### 一、過失客觀化，什麼客觀化

過失之重新理解需自「過失客觀化」開始論述，但這卻是所有錯誤的源頭。在王澤鑑老師的《侵權行為法》中，以弱視駕駛為例，要弱視駕駛負法律上的責任，該責任有點類似危險責任。但若針對單純原來的過失，則弱視者本身並無過失，根本不需負責任。然而，王老師又認為弱視者應負責任，因此只好將之稱為「過失客觀化」，此處即對「過失」發生了錯誤的理解。

例如，弱視者與正常人開車，若同樣以 50km/hr 前進，其他條件皆相同，則若發生車禍事故時，何人可能需負較多的責任？多數人會說：「弱視者需負責」，但理由為何？討論為何弱視者需負責時，應於

此處落實「過失」的概念。王老師之所以將過失客觀化，就在於他認為，弱視者開車途中，若突然看到人或物時，其反應將較緩慢，甚至可能來不及踩剎車。若於此時判斷弱視者有無過失，則會認為：因為弱視，所以來不及反應，但他已盡其所能試圖及時反應，因此並無過失。但弱視者又需負責，我國又無所謂嚴格責任或其他責任理論，因此最後只好說該弱視者仍需負責。然而，該過失又與「想像過失」不同，弱視者已盡其所能，其本身並無過失，因此只好將過失客觀化。然「過失客觀化」為何？其代表的是僅有弱視者需負責，但卻不知其過失為何。

## 二、應注意、能注意而不注意：預見可能性

刑法第 14 條「應注意、能注意而不注意」方稱為過失。前例中，若弱勢者於距離目標物 10 公尺時，才看到該處有人而來不及踩剎車，則此時能說他不注意嗎？其實，在此一時點上，該弱視者本身已無法注意，當然毫無過失可言。因此，過失應來自弱視者能注意時，亦即開始從事危險行為時，其時點為弱視者決定開車或加速的時候。

依照漢德公式， $B < PL$ ，亦即，行為人若不從事該行為可減少之預期損害（PL），大於不從事該行為之成本（B），其即應負損害賠償責任。PL 係指，若不從事該行為可減少之損害發生機率（P），乘以實際發生損害（L）之積，稱為預期損害。此處需區分為二：認知能力與損害防制能力。損害防制能力愈差者，愈會從事危險行為，因此防制能力愈差者，其過失標準愈高。若正常人開車時速 50km/hr 屬於安全範圍，則弱視者開車 50km/hr 即屬於從事危險活動，因此弱視者必須自 50km/hr 降至例如 20km/hr。

決定「過失責任」的時點，即在於決定從事危險行為的時點。若已達到從事危險行為的階段，則弱視者即已無法注意。弱視者開車時速 50km/hr，已來不及反應，縱使他盡其所能，此時與法律已無任何關係。因此，重點在於決定從事危險行為的時點。若將弱視駕駛與酒駕合併觀察，二者其實相同：若酒駕者僅喝一瓶啤酒，開車時速 20km/hr，酒駕者自稱無過失，大家或許會接受；但若開車 100km/hr，

酒駕者仍自稱無過失，大家即可能無法接受了。同樣地，若弱視者與正常人一樣開 100km/hr，並聲稱：「我當時已盡我所能地注意」，則一般人應該是無法接受的。

回歸主題，若抓對過失認定時點，即不會有「過失客觀化」問題。若將過失時點前推，則損害防制能力愈低者，其過失標準絕對較高。亦即，若正常人開車時速 50km/hr，則弱視者頂多僅能開 20km/hr；若弱視者亦開 50km/hr，即為超速。過失標準高，即容易負責任；過失標準低，即不容易負責任。此時，即無「過失客觀化」之問題。「過失客觀化」有嚇阻意味，當弱視者已盡其所能，卻仍要其負責，則其實已將之罪責化。經濟學家即明顯表態，目的就在於嚇阻，但此種論調係已誤解「過失」的概念，才會主張應提高標準處罰，即意味著懲罰，而往刑罰方向傾斜。不過，一旦解決「過失客觀化」問題，經濟分析的錯誤與法律標準則操作即可立即顯現，使經濟分析無法將「過失」推往刑事方向。

## 三、法律之治（rule of law）

若以預見能力觀點分析「過失」，則於私法自治下，rule of law 的原型即呈現。法律絕不會使個人為其無法預見的行為或責任而負責，此即 rule of law 最基本的標準：預見可能性。若無法預見規範為何，即不可稱為「法律」。至於法律為何要求「過失」？就在於行為人必須對該規範具預見可能性，否則即非 rule of law。必須強調，私法自治為法律之治的原型，因為法律自治的規範基礎，即行為人須能預見其規範為何。

若非以過失責任觀點，而是以嚇阻觀點視之，則行為人其實是被嚇阻，而非來自於一個原來自所同意的規範。在嚇阻觀點中，人與法律的關係是單方面的，它並無合法性，而僅被法律趕著走。但法律之所以是法律，就在於人與法律的關係是雙向的，法律規範的形成，必定有個人的某些因素於其中，例如，因為有我的同意，法律才有強制性。然而，法律經濟分析僅看到單面性與強制性，卻未看到更上層之所以會形成法律的緣由，這是非常重要的。

#### 四、內建的改進損害防制能力誘因

若考慮社會後果，而不採取嚇阻方式，則行為人有無改進損害防制能力之誘因？依據嚇阻觀點，若不處罰行為人，則該行為人將無誘因改進損害防制能力，行為人所造成的各種損害似乎將由他人承擔。但於過失的架構下，行為人若要降低自己所從事行為的危險性，則較不易負過失損害賠償責任，即行為人須加強自己的損害防制能力。例如，弱視駕駛者透過做雷射治療或戴眼鏡，自過失責任的內建機制中，採取有用的誘因以改進自己的損害防制能力。因此，當過失責任即危險責任時，內建機制即有改進損害防制能力的誘因存在，根本不需以嚇阻方式論述「過失責任」。

#### 五、最佳利用個人之資訊（相對於事前管制）

「過失責任」屬於事後損害侵權責任。侵權法並非行政管制，但若將侵權法作為一個嚇阻模型，則往往會將其與行政管制混淆，而想要事前的管制損害防制能力。例如，若完全禁止弱視的人開車，或僅能開 20km/hr，本來這些管制某種程度上是有用的，但不得將這些管制絕對化，因為過失責任並非事前的行政管制，而是通常於損害已發生時，方回頭追究責任。此法的好處是能最佳利用個人資訊，因為事前管制並未考慮到個別差異的問題。舉例而言，若弱視者身邊，剛好只有該弱視者能開車送病患去醫院，此時該弱視者即必須做這件事，但若此時仍管制弱視者不得開車，則該病患即可能因此喪命。

況且，現在尚未考慮行政管制於實際上或事前預測的誤差多寡為何。一般而言，其誤差皆很大，且若事前管制基於所謂公共選擇理論，則行政管制僅愈來愈密，而密的重點不在於對受管制者有利，而在於對管制者是有利的。這能合法化其存在的基礎，並能增加其預算等，所以一旦將之行政管制化，則會產生一堆問題。

「過失責任」本即會有「圖利」的存在，無論管制計算得多好，事實一旦發生時，即會產生「圖利」的存在。定義上，即未來不可能於事前將之全數計算完畢，所以此時會有最佳利用個人資訊。至於「相對於事前管制」，在於嚇阻模型中，將事前管制與侵權行為混淆，因

此才會特別提出最佳利用個人資訊的問題，這是海耶克的說法。

#### 伍、過失責任的看不見之手

這部分是令人相當困惑且無法解決的，必須說明過失責任的看不見之手，為何無法懲罰，而僅得補償或填補損害。民法中將債務不履行與過失責任一同論述，這是說得通的。除了前述所提海耶克最佳利用個人資訊外，Daniel Kahneman (2002 年諾貝爾經濟學獎得主) 2012 年出版的著作《Thinking, Fast and Slow》(快思慢想) 也可說明。該書將人的行為分為二個部分：system 1 與 system 2。第一部分 Thinking Fast，係未經思考就去做行為，多數情況是如此；第二部分 Thinking Slow，即指慢想。必須強調，此處的過失不含故意，因為若為故意則當然能處罰，故此處的過失定義上屬於 Thinking Fast，而非 Thinking Slow，否則即表示係故意。

人之所以能生存，多數是因為直覺，亦即大多事情皆需直接反應，若想法太多，則幾乎沒有事情做得成。此處「過失」定義上屬於 Thinking Fast，亦即，這屬於人內建的一部分。自演化觀點視之，人腦之所以有如此的機制與構造，使人類多數未經有意識的思考，亦即 Thinking Fast，有它演化上的意義，無法以法律懲罰它。Kahneman 並未做規範性的評斷，但他是從人類演化觀點來分析，海耶克的 The Sensory Order (1952) 理論亦同，將市場經濟與腦的運作合併觀察，腦的運作並非每次皆需經過意識下達命令，而是與市場一樣直接反應，不需經過所謂的中樞才能開始運作。於此種情形下，不應因 Thinking Fast 即課予處罰，因為這是不可避免的。「過失責任的看不見之手」，說明 Thinking Fast 是有意義的，這是人性一部分，亦為人類能生存下來的原因。

又根據凱因斯的 Animal Spirits (動物本能) 理論，認為一般人做決策時，PL 實際上無法精確計算，而其實是以直覺做這件事。凱因斯將 Animal Spirits 置於總體經濟學，說明政府於景氣蕭條時，需利用它促進市場活絡。Greenspan 則認為必須正視這件事，因為他從總體預測觀點來看待此事，可將 Animal Spirits 置入總體模型中，讓模

型更完善。Akerlof and Shiller 亦強調 Animal Spirits，但認為它是非理性的，因此要求政府做非常多的事情。此處，本人較強調過失的 Animal Spirits，至少必須是持平的，必須正視這件事，而非去改變它，因為這是人的本質，法律應僅能因勢利導。

本人認為，企業家精神的意義，就在於過失責任。基本假設相同的情況下，奧地利學派學者 Kirzner 認為套利與智慧財產權相同，企業家精神是在創造，這些資訊若非由企業家去利用，則根本不會存在。企業家之所以能成為企業家，在於其思維與一般人不同，且不必屬於 Thinking Slow。

過失責任的評價上亦應如此。「應注意、能注意而不注意」，但為何無法注意呢？其背後有非常多的想像，大部分至少是中立或甚至好的。所謂中立，如前述的預見能力中，損害防制能力愈弱者，愈能需負責任。例如，若加入教育程度的因素，一個可能發生過失的人，其教育程度可能較差，故此處不應認其需受刑事處罰，畢竟他之所以不注意到，這些教育背景可能並非其所能控制。危險性會有某種客觀因素，而不得將教育程度作為預見能力較弱的因素之一，這其實有點類似刑法第 57 條，該些量刑因素雖不構成罪刑與否，但量刑時即需考慮這些因素。因此，過失責任的「過失」，其背後有些因素（想像）是好的，如企業家精神；而若為方才提及之中立因素，並非當事人能控制，即不應以懲罰方式處理。

## 陸、法律與經濟分析關係

### 一、亞當史密斯 (Adam Smith)

Lectures on Jurisprudence 分為四部分：第一部分 Justice，關於民法部分，古典 Justice 主要是私法自治，現今的 Justice 則為國家分配資源下的 Justice。第二部分 Police，當時主要在處理管制國際貿易與商業行為。經濟學認為，運用市場力量，不需政府管制，反而能獲得更大效果；然而，現在談及公平交易時，反而有市場失靈的情況，所以需要政府管制。因為二個社會現實剛好顛倒，因此所用理論，亦與

18 世紀的想法剛好顛倒。第三部分 Revenue，討論政府為何要處理收稅與預算問題。第四部分 Arms，則係國防與國際法。

1776 年的《國富論》(The Wealth of Nations)，即在論述第二部分 Police。1759 年的《道德情操論》(The Theory of Moral Sentiments)，則是關於心理分析。亞當史密斯對人的本性相當了解，人有道德，社會必須要有制度，但不可能以道德完成制度，而應立基於人性。因此他強調，架構絕對必須於 Law and Institution 底下論述。

## 二、寇斯定理

寇斯定理係指在無交易成本之下，若財產權確定，則最後交易必定是最好的，且最後結果必定相同，亦最有效率。寇斯認為，財產權確定是市場交易的前提要件，沒有財產權即沒有交易。此處必須將財產權拉至法學方法論的觀點視之。法律必須一致，寇斯財產權上的確定，即法律意義上法律安定性的確定。若閱讀寇斯〈The Problem of Social Cost〉本文後半段，在不影響法律安定性，且交易成本高的前提下，方由政府直接分配資源。但多數人皆漏掉「法律安定性」的前提，因為「法律安定性」對經濟學家而言毫無意義。

寇斯於倫敦經濟學院 (London School of Economics) 念書時，取得的是商學士學位，但他有 1/3 課程屬於法律課程，因此對 common rule 很熟悉，了解法律需具備安定性，才會加入「法律安定性」的前提。然而，世界上所有東西皆有交易成本，因此重點是 institution 應如何設計；而財產權之所以會發生，即來自於要減少交易成本。若無交易成本，則根本無財產權的需要。

現今法律經濟學很大的問題是，使用經濟分析時，通常只要有外部效應，即認定具外部性，並立即導出政府多數採用課稅方式，因為最容易計算，但寇斯對外部性的說法相當反感。寇斯定理原本已將皮古的外部性理論打垮，但眾人看到寇斯定理後，又反推說：若有交易成本，則需政府介入，而因為現在到處都有交易成本，所以到處都要政府介入。政府介入多數採用課稅，而過失責任亦被作此認知，以嚇阻為目的。

若單獨個案發生時無法做交易，並不表示政府必須立即處罰，從而導出有外部性。因為自交易成本觀念視之，多數人皆無法交易。例如，開車時，駕駛人並不知道可能的受害人在何處。吾人皆知，有人可能會從事一些危險活動，而我們無法事先做交易。因此必須拉高一個層次論述：依據 Buchanan 的憲政經濟學，人們會事前同意一個過失責任的侵權法，來分配損害的責任；標準講法為關於過失責任，並非指政府需立即檢驗、處罰或課予責任，此時並非針對個案做交易，而是需針對相同事情給予一個規範，故此處法律與憲法連接，過失責任於私法自治下，已達到法律原則此一抽象的法律規範，來分配意外損害事故的責任。故為何侵權法之所以稱為「法」，就在於法律本即很抽象，並非針對個案；若針對個案判斷，即所謂所羅門王式的裁決，這些皆非法律。

法學方法要求法律安定性，其實寇斯定理背後，本身即預設一個非常強的法學方法論，只是 common rule 並未提及法學方法論。我國屬於大陸法系，尤其於德國法中，高明的法律釋義學一定包括了法律經濟分析，亦即若要做好法學方法，則必需包括經濟分析。

至於法理學，主要需強調哈特的內部性觀點。經濟分析皆只看單線，並未看上層的人如何形成法律而使之有拘束力，即所謂的規範性。若未自此一面向考慮，則經濟分析同樣並非法律。哈特認為，若非自內部性觀點視之即非法律。因此，法學方法與法理學對經濟分析而言相當重要。

## 柒、結論

過失為私法賠償之核心，其認定往往被客觀化，但含意不清。之所以有客觀化之說，在於其預設了過失原本是主觀心理罪責，而其實踐並不符合侵權法的價值。客觀說係以行為人能力作為過失標準，但卻無法解答為何能力是過失認定的標準，且課予低能力者高能力的過失標準，令私法強人所難。

過失的理解，應回歸行為人是否能預見損害發生，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。而損害預見與否，端繫於行為人的預見能力與行為危險性，一般情況中，行為人的預見能力相同，但行為危險性則不同，愈危險的行為愈可預見，行為人因此愈易有過失，而需負損害賠償責任。

過失責任本質上是種危險責任。當行為極端危險，則過失八九不離十，即可課予嚴格責任。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。行為危險性不僅來自行為本身，亦來自損害對象。在不使善意第三人（無過失行為人）受不測損害之虞之條件下，物權被創設；但一旦物權被侵害，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，將令過失客觀化或不法化，使過失失去預見可能性的本質。

不法係過失標準之逾越，立基在行為人預見可能性而計算出，並非過失本身。違反強制法令的行為若直接被視為過失，即與預見可能性脫勾了。過失責任基礎，不管是懲罰或非難，或許能解釋無過失者無須負擔損害賠償責任，但皆無法解釋過失責任並非懲罰而僅為填補。過失作為可預見與否的訊息結構，承認了行為訊息的個人性，過失行為人因此於其訊息取得的決定上是自主的——此市民社會法制也！

（中正大國經所陳世憲記錄整理並經講座審訂）