

與有過失之概念分析——評最高法院 112年度台上字第1459號民事裁定

蔡麗雯*

近期最高法院有個值得省思的民事大法庭提案，該案的事實為本件一名年約3歲之未成年人在系爭社區中庭玩耍時，攀爬天井，因覆蓋該天井之採光罩已脆化而破裂，致未成年人墜落至地下1樓，受有傷害。如經認定意外的發生係管委會對天井之設置或保管有欠缺，而在場陪伴未成年人的成年人（未成年人之法定代理人所託付之人）未及時阻止未成年人攀爬天井，各有50%之責任，法院得否依民法第217條第3項規定，減輕或免除管委會之賠償金額？

此一案件於一審時，認為原告於本件事故發生時，其年齡僅3歲又207日，其之法定代理人依前揭兒童及少年福利與權益保障法第51條規定，即不得使其獨處或由不適當之人代為照顧，惟原告之法定代理人竟委由原告之祖母代為照顧，而原告祖母復任原告獨自於被告社區之中庭獨自玩耍，以致原告攀爬系爭天井上端而踩破系爭採光罩致跌落地地下停車場，而受有上開傷害及損害。如有其法定代理人陪伴，縱使系爭天井及採光罩有上開設置之欠缺及被告管理之過失，亦本件事務當不致發生；則原告之法定代理人就本件事務及損害之發生，顯然與有過失，而原告

之法定代理人之過失，可視同損害原告之過失，故認定原告及被告各應負85%及15%之過失責任。二審亦認為未成年人於系爭事故發生之際，應由其法定代理人與實際照顧之人陪伴照顧，並注意未成年人遊樂玩耍攀爬之安全性，以避免環境潛藏之危險，然二人未善盡照顧未成年人之義務，其二人就系爭事故損害之發生，具有過失責任，雖然未成年人為不具識別能力之人，惟就法定代理人與實際照顧之人二人之疏失行為，亦有過失相抵法則之適用。只是將過失比例調整為70%與30%。嗣最高法院認為對於雙方的過失程度仍待研求而發回臺灣高等法院臺中分院，更一審法院仍認為法定代理人與實際照顧之人與損害之發生有過失，只是這次認為雙方過失責任程度難分軒輊，應各負擔百分之50的過失責任。本件從先前歷審判決理由中，似未見未成年人一方抗辯其不應承擔法定代理人的過失，是最高法院決定提案大法庭，也挺令人感到奇特。

本法律問題來自於民法上與有過失原則的規定。民法第217條第1項規定：「損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之。」其立法目的在於平

* 本文作者係執業律師

衡被害人與加害人之賠償責任，及誠實信用原則，即於被害人對於損害之發生或擴大與有過失時，由法院斟酌情形，減輕或免除加害人之賠償金額，以免失諸過酷。法條上所稱「被害人與有過失」屬對自己之過失，然而被害人是否需有識別能力，學說實務見解有肯否兩說見解，否定說認為與有過失之原則在於公平分配責任，任何人均須承擔自己行為所生之不利益，故不以有識別能力為必要，如臺灣雲林地方法院93年度虎簡字第34號民事判決：「民法上『過失』的概念，有二種意義，一種為真正意義的過失，是以義務之違反為前提，並需就所生損害負賠償責任。另一種則為非真正意義之過失，並不以違反義務為前提，而是指行為人對自己利益之維護照顧有所鬆懈，民法第二百零七條之『與有過失』，即為此類。而此項與有過失之成立，是否須以被害人有識別能力為前提？學說上有不同見解，贊成者即是將民法第一百八十七條侵權行為的概念適用於過失相抵上；而否定者乃是基於公平觀點，無視識別能力人固然無需對於自己造成他人之損害負責；但是對於無識別能力而造成自己之損害，卻不能反過來要求他人負責，因為與有過失之原則在於公平分配責任，任何人應承擔自己行為所生之不利益，是否具有識別能力在所不問。本判決贊同後者（否定說），無識別能力者仍須對於自己之過失行為，適用『過失相抵原則』，減免對方之損害賠償責任。本院審酌被告無照駕駛，且在機車於地面上殘留之煞車痕長達四公尺，顯見速度頗快，被告過失並非輕微。而原告方面，本身搶越通過馬路，對於本件車禍之發

生，亦有過失。審酌上述過失行為，本院認本件車禍之發生，原告應負擔百分之五十五責任，被告應負擔百分之四十五責任。」。

但多數學說實務見解認為被害人須有識別能力，始足成立與有過失。例如臺灣南投地方法院90年度訴字第368號民事判決提到：「又按『民法第二百零七條第一項規定：損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之。所謂被害人與有過失，係指被害人苟能盡其善良管理人之注意，即得避免其損害之發生擴大，竟不注意之意。被害人若無識別能力（即責任能力）…應認無識別能力之被害人，並無民法第二百零七條第一項與有過失之適用，是被告主張原告與有過失等語，即無可取，復此敘明。」

然而這將導致一個奇特現象，無識別能力之未成年人在馬路上橫衝直撞，一旦發生意外，其他用路人必須負起全責，可能為損害發生主因的未成年人卻絲毫不用負任何責任。如此解釋，似乎又與民法第217條第1項的立法意旨有違，故過往學說實務見解認為此時負責監督未成年人的法定代理人如父母，容任未成年人在馬路上橫衝直撞具有疏失，而可於過失相抵之情形，類推適用民法第224條規定：「債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任。但當事人另有訂定者，不在此限。」，即認為無識別能力的被害人之法定代理人之過失，可視同該被害人之過失，適用過失相抵之法則，如最高法院84年度台上字第2690號民事判決即認：「惟按民法第二百二十四條所謂之代理

人，應包括法定代理人在內，該條可類推適用於同法第二百十七條被害人與有過失之規定，亦即在適用民法第二百十七條時，損害賠償權利人之法定代理人之過失，可視同損害賠償權利人之過失，適用過失相抵之法則。」此一見解並被認為於88年民法債編修正時，增訂第3項規定：「於被害人之代理人或使用人與有過失者，準用之。」予以明文化，例如：

一、臺灣高等法院臺中分院95年度上字第297號民事判決

「按『父母對於未成年子女，有保護及教養之權利義務。』、『父母、監護人或其他實際照顧兒童之人不得使兒童獨處於易發生危險或傷害之環境，對於六歲以下兒童或需要特別看護之兒童及少年，不得使其獨處或由不適當之人代為照顧。』民法第1084條第2項、兒童及少年福利法第32條分別定有明文。本件被上訴人丑○○（89年11月4日生）、乙○○（87年9月8日生），於事發當時未滿六歲，被上訴人寅○○（85年8月10日生）甫滿7歲，其父母皆負有不得使彼等獨處於易發生危險或傷害之環境之保護教養義務。況上訴人之員工巳○○於接待導覽時亦已提醒兒童之家長需注意兒童之安全，不可擅自脫隊等情，如前揭六（二）所述，而被上訴人等三人擅自脫離導覽隊伍，其等之法定代理人亦未查覺或看護，是被上訴人之法定代理人癸○○、庚○○、丁○○、子○○等四人未善盡保護教養被上訴人等三人之義務，致被上訴人等三人未遵守導覽解說員所宣導之安全注意事項，擅自脫隊嬉戲於空調

風管間隙上之鍍鋅鐵板間，致墜落一樓受傷，被上訴人等之法定代理人就上開損害之發生顯與有過失。（二）次按損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之。重大之損害原因，為債務人所不及知者，而被害人不預促其注意或怠於避免或減少損害者，為與有過失。前二項之規定，於被害人之代理人或使用人與有過失者，準用之。」民法第217條定有明文。此仍依據衡平觀念及誠實信用原則，於被害人與加害人雙方行為共同成立同一損害，不許被害人行為所致之損害轉嫁與賠償義務人。而被害人應負過失相抵責任，並不以其違反注意義務為要件，即不以責任能力為必要，而只須具備避免危險發生之注意能力，即可過失相抵，即被害人自須具有識別能力。蓋過失相抵之本質既在謀求加害人與被害人負擔損失之公平，則應解為被害人具有避免發生危險之識別能力或注意能力即可過失相抵。惟在被害人無過失相抵能力之案件，雖不得斟酌被害人客觀上之過失，但得斟酌被害人法定代理人或使用人之過失。」

二、臺灣高等法院93年度再易字第114號民事判決

「再審被告係八十六年一月二十三日生，已如前述，迄本件事發發生時之九十一年八月二十五日，年滿五歲餘，尚未滿七歲。依民法第百三十三條第一項…、第一百八十七條第一項…之規定，應認未滿七歲之未成年人，原則上無識別能力，亦無責任能力，再審原告復未舉證證明再審被告係屬有識別能力、責任能力之人，則再審被告

於本件事故發生時，縱有『坐在石板所拉起的鐵鍊上造成石柱倒塌』之情形…，亦無過失可言，則再審原告主張再審被告與有過失，應免除或減輕再審原告賠償金額云云，即無足採。…本件再審被告之母林○玲於警局訊問時自承…，足證本件事故發生時，再審被告之母林○玲於宜蘭縣羅東鎮○○○路農民對面空地隔壁購物，未協同再審被告至該空地，任由再審被告自行至空地上坐在石板所拉起的鐵鍊上造成石柱倒塌被壓傷，堪認再審被告之父母對未滿七歲之再審被告未盡保護、教養之義務，亦未盡保育之責任。按再審被告之父母應注意能注意對再審被告應盡保護、教養之義務，及盡保育之責任，按其情節又非不能注意，乃疏未注意，未對再審被告盡保護、教養之義務，亦未盡保育之責任，任由再審被告至上開空地，坐在石板所拉起的鐵鍊上造成石柱倒塌被壓傷，致生本件事務，應認再審被告之父母就本件事務之發生有過失。（四）八十九年五月五日施行之民法債編第二百十七條增列第三項「前二項之規定，於被害人之代理人或使用人與有過失者，準用之。」，…而本件事故發生於九十一年八月二十五日，自有修正民法第二百十七條第三項之適用，即本件再審被告之法定代理人之過失，視同再審被告之過失，仍有過失相抵之適用，有如前述。則再審原告主張本件有過失相抵之適用，即屬有據。」

三、臺灣臺北地方法院113年度簡上字第161號民事判決

「按損害之發生或擴大，被害人與有過失

者，法院得減輕賠償金額或免除之；前2項之規定，於被害人之代理人或使用人與有過失者，準用之，民法第217條第1、3項分別定有明文。次按，所謂被害人與有過失，係指被害人苟能盡其善良管理人之注意，即得避免其損害之發生或擴大，竟不注意之意（參見最高法院83年度台上字第1701號判決），且依目前通說及實務見解，被害人就其本人之與有過失，必須具有識別能力。參諸民法第217條於88年4月21日增訂第3項之修正理由…可見最高法院決議向來將被害人之代理人（包含意定代理、法定代理）或使用人之過失，視同被害人之過失，且依前開民法第217條第3項修正理由，立法者顯係將前開實務見解明文化，故本院自應尊重立法者所為之價值判斷。2.況與有過失之概念，不單涉及主觀可歸責性與責任分配之公平，從損害賠償範圍之角度觀之，尚涉及各原因事實是否為損害發生之原因力及損害之比例分配（即責任成立因果關係、責任範圍因果關係之判斷，並進一步影響比例因果關係之適用）。當被害人所受損害之原因力有數項時，如其中一項原因力因與被害人具有一定身分關係（例如法定代理人與未成年人間之法定代理關係），反而使被害人無庸承擔與有過失責任，實質上形同免除與被害人具有身分關係者之賠償責任，將賠償責任全部轉嫁於他項原因力，使他項原因力必須承擔非其所能控制之風險，致責任分配失衡，如此顯悖於侵權行為法之歸責原理，且未能促使未成年人法定代理人忠實盡其保護教養義務，無助於保護未成年人。另可預期未來在極端不合理之個案（例如未成年人法定代理人之歸責程

度為99%)，為避免適用結果所生不合理之情形，法院反而將在前階段嚴格限制加害人之責任成立(包含是否構成過失、是否具有責任成立因果關係等)，如此全有或全無之適用結果，反而更不利於未成年人權益之保護(林誠二教授亦認為法定代理人之過失如由其他加害人承擔【不得主張與有過失】，無疑使法定代理人無資力之風險全部轉嫁於其他加害人承擔，縱然法定代理人具有資力，亦造成反覆求償之困擾，參林誠二，故意侵權行為下之與有過失原則適用—最高法院110年度台上字第2394號民事判決評釋，月旦裁判時報，137期，頁26，112年11月)。是以，本院認為民法第217條第3項之「代理人」，應包含法定代理人，未成年人就其法定代理人之過失，亦應適用過失相抵原則。」

但此一見解因而又引發了本件爭議。本裁定提到的肯定見解即為上述肯認害賠償權利人之法定代理人之過失，可視同損害賠償權利人之過失，適用過失相抵之法則。然而否定見解卻認為，法定代理人，如父母本應是對未成年人負有保護教養義務之人，本係為保護未成年人的利益而設，如今倘又因法定代理人的過錯而導致未成年人的權益受到影響，對於未成年人並不公平，並舉另案即最高法院112年度台上字第1927號之案件為否定說的代表。

另案即最高法院112年度台上字第1927號的事實為未成年之限制行為能力人甲，無照騎乘父親乙的機車駕駛在公所丙養護的道路上，該道路因正由丙發包予丁進行工程。丁於施工時未安裝警示燈及將路面完善處理，

丙亦未妥善管理該路段道路及路燈，致路面有高低落差及路燈故障而未有正常照明，造成甲人車倒地，受有傷害。甲因而請求因此所支出之必要費用、勞動能力損失和非財產上之損害。甲的父母亦請求非財產上之損害，丙另請求機車修理費之損害。該二審認為事故的發生甲負60%過失責任，丙丁負責30%，甲的父母任令甲無照駕駛應各負5%，故甲依民法第217條第1、3項只能就其所受損害請求丙丁負責30%。三審認為甲不須吸收其父母的合計10%責任，故將案件發回臺灣高等法院高雄分院，最後調解成立。但該另案是未成年人已有識別能力的情形，另案二審認為未成年人就自身過失應負60%責任，並應承擔父母的過失，即只能就其所受損害向他方請求30%的賠償，與本案提案至大法庭的案例事實為未成年人無識別能力略有不同，且從另案二審認定父母的過失在於任令甲隨意取得機車鑰匙後於晚間無照駕駛，其本質究竟與甲本身無照駕駛的過失有何差異？亦有存疑。

回歸本件案件事實，因本件被害人並無識別能力，故不會發生被害人除須負擔自身過失外，是否亦須承擔父母過失的問題。倘認為與有過失原則的適用，須以被害人有識別能力為前提，且基於保護無識別能力的被害人，其無需承擔原本應保護伊之法定代理人的過失，將造成客觀上並非事故發生全部原因的「加害人」，卻須負責賠償實際上客觀造成事故發生主要原因的「被害人」損害。如此，固然保護了無識別能力的「被害人」，但卻導致「加害人」須負完全賠償責任，亦不公平，完全背離與有過失的原則在

衡平。而事實上，無識別能力的「被害人」往往與其法定代理人係屬同財共居禍福與共的關係，無識別能力的「被害人」所主張的損害若已實際發生金錢支出，可能亦係由法定代理人支付；若無法全額向「加害人」求償，在法定代理人有資力的情形下，將來的醫療費用等亦會係由法定代理人填補空缺，故是否有必要完全立於保護無識別能力的

「被害人」的立場，認為其無需承擔法定代理人的過失？或者重新思考，與有過失的運用，是否要因被害人是否有識別能力而異，如直接肯認無識別能力人既為客觀造成事件發生的原因（具有客觀上可歸責性）而亦認有與有過失之適用，是否更能解決此法益衡量的衝突矛盾？此涉及法益的權衡與取捨，期待大法庭對此所為之決定。