



論與有過失之適用

——從最高法院111年度台上字第373號判決出發

■王怡蘋 臺北大學法律學系教授

法律事實

被上訴人沈○鈴自民國（下同）95年11月1日起受僱於被上訴人日○銀行擔任理財顧問，負責銷售金融商品及客戶理財等業務。被上訴人沈○鈴在該行辦公室內，佯稱為上訴人購買基金、參加網路銀行轉帳優惠活動等事宜，慫恿上訴人申辦網路銀行，藉機獲知上訴人網路銀行帳號密碼，據以登入上訴人之網路銀行帳戶，擅自盜領存款或轉帳至他人帳戶，致上訴人受有新臺幣149萬4,300元之損害。上訴人因此主張，被上訴人日○銀行應依民法第184條第1項前段、第188條第1項前段規定負連帶賠償責任。若認被上訴人日○銀行不負民法第188條第1項所定僱用人之連帶責任，上訴人亦得以備位之訴，先依民法第224、227條規定，次依民法第603、478條後段規定，對被上訴人日○銀行請求同額之損害賠償。

判決理由

按民法第217條所謂損害之發生或

擴大，被害人與有過失者，係指被害人若能盡善良管理人之注意，即得避免其損害之發生或擴大，乃竟不注意，致有損害發生或擴大之情形而言。是否盡善良管理人之注意，應依一般社會上之觀念，認為具有相當知識及經驗之人對於一定事件所能注意者，客觀的決定其標準。查被上訴人沈○鈴對上訴人佯稱為其處理購買基金、參加網路銀行轉帳優惠活動，慫恿其申辦網路銀行帳戶以取得網路密碼，並於上訴人不知情之情況下，擅自於相關申請書上填載自己之電子郵件信箱、新增約定轉入帳戶，又假藉教導上訴人如何使用網路銀行為由，撕開網路銀行密碼函，藉機窺探並記下密碼，擅以利用該密碼登入上訴人之網路銀行帳戶；上訴人對其存摺有網路轉帳之記錄乙事，雖曾心生疑慮，但經被上訴人沈○鈴說明及見其帳戶轉入金額多於原先轉出金額，即未再進一步質疑，乃原審所認定。果爾，上訴人對被上訴人於沈○鈴在其申辦網路銀行帳戶申請書上填載自己之電子郵件信箱、約定轉帳至他人帳戶及密碼遭被上訴人沈

DOI：10.53106/207798362023080134002

關鍵詞：與有過失、過失相抵、善良管理人之注意義務、故意行為

○鈴窺探等情，既無所悉，何來任由沈○鈴操作網路轉帳至不明帳戶？又上訴人係經被上訴人沈○鈴之慫恿而申辦網路銀行帳號，並由被上訴人沈○鈴教導網號密碼之使用方式，於發現帳戶有異常交易，逕向被上訴人沈○鈴詢問後已獲相關說明，而被上訴人沈○鈴為日○銀行僱用之理財專員，若其說明足以取信一般金融消費者，則上訴人就上述疑義詢問被上訴人沈○鈴，是否不能認為已向被上訴人日○銀行為查證？能否認其與有過失，已非無疑；且縱認其有過失，惟依上述情節，其與被上訴人之過失程度是否相當？亦滋疑義。乃原審未遑細究，遽謂上訴人應負一半之過失責任云云，不免速斷。

評 析

壹、問題提出

觀察法院實務對於民法第217條規定之說明，如最高法院76年度台上字第1408號判決謂：「查民法第二百十七條規定所謂與有過失，係指被害人苟能盡善良管理人之注意，即得避免其損害之發生或擴大，乃竟不注意，致有損害發生或擴大之情形而言。是與侵權行為人應負過失責任，須以違反法律上注意義務為要件者，尚屬有間。」可見與本案之見解均認為「過失」係指善良管理人之注意，惟最高法院76年度台上字第1408號判決並進一步指出民法第217條

之與有過失責任與侵權行為人之過失責任並不相同，但此部分見解於後續判決多未再被提及，且後續法院判決多如本案判決，除認為受損害者應盡善良管理人之注意義務外，並認為受損害者只須違反其注意義務，即應有民法第217條之適用，如最高法院96年度台上字第2324號判決謂：「同法第二百十七條第一項規定，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，只須其行為為損害之共同原因，且其過失行為並有助成損害之發生或擴大者，即屬相當，不問賠償義務人應負故意、過失或無過失責任，均有該條項規定之適用，於過當防衛行為應負相當之賠償責任時，似無排除其適用之理由。」然若此，受損害者只須違反其注意，即應適用民法第217條與有過失之規定，則與有過失之責任是否如最高法院76年度台上字第1408號判決所言，與侵權行為人之過失責任並不相同？其差異何在？即有進一步探究之必要。

貳、德國

一、與有過失之精神

德國民法第254條亦為與有過失之規定，實務見解向來認為與有過失之規定為誠實信用原則之具體表現¹，並有判決進一步指出此係誠實信用原則中禁止自相矛盾行為原則（即禁反言原則）²，

¹ BGH WM 1965, 287, 288; BGH WM 1978, 946, 948; BGH NJW-RR 1988, 855, 856; BGH NJW 1997, 2234, 2235; BGH NJW 1998, 302, 305; BGH NJW-RR 1998, 1723, 1724; BGH NJW-RR 2015, 1180, 1181; BGH NJW 2020, 1795, 1797.

² BGH NJW 1991, 165, 166; BGH NJW 1997, 2234, 2235; BGH NJW-RR 1998, 1723, 1724; BGH

因此，此之「過失」並非指受損害者違反對他人之行為義務而應受非難，而是違反保護自己之不真正義務(Obliegenheit)³，亦即依據客觀情事，受損害者未盡到正直理性之人(ordentlicher und verständiger Mensch)所應有之注意，以避免自身受到損害⁴。

多數學說不贊同上述實務見解之論述，理由在於誠實信用原則為民事法規的基本原則，其與與有過失規定之關係並未比其與其他民事法規之關係更為密切，因此，誠實信用原則並無法適切說明與有過失規定之精神⁵。再者，誠實信用原則與禁反言原則皆以行為人之行為使對方產生信賴為前提，但適用與有過失規定之情形未必皆符合此項前提，亦即多數的情形是受損害者之行為並未引起對方的信賴，但仍因與有過失之規定而應扣減其得請求之損害賠償數額⁶。因此，多數學說認為與有過失之規定係基於為自己行為負責之責任原則(Verantwortungsprinzip)，亦即衡量雙方對於損害的

參與程度與過失程度(Verursachungs- und Verschuldensbeiträge)，使其對損害負擔責任⁷。

二、例外不適用與有過失之情形

(一)賠償義務人之故意行為

然而與有過失規定之適用並非毫無限制，若被告係故意造成損害，原則上不得以受損害者之過失為抗辯，主張適用與有過失之規定⁸。例如聯邦最高法院1980年之判決⁹，被告因身為電工而得以進入首要國家檔案館，並於檔案搬遷過程中，偷走尚未封箱中的142個檔案，原告因此請求損害賠償。被告則抗辯，因原告搬遷檔案致其得以輕易偷走檔案資料，而應適用與有過失規定酌減其損害賠償數額。對此法院認為，對於故意且以背於善良風俗之方法致他人受損害時，不得以受損害者未採取防護措施為由主張適用與有過失規定，更何況多數情形是受損害者因信賴被告始未採取防

NJW 1999, 3627, 3628; BGH NJW 2010, 927, 929.

³ BGH NJW 1972, 36, 38; BGH NJW 1997, 2234, 2235; BGH NJW 2001, 149, 150; BGH NJW 2004, 3328, 3330; BGH NJW-RR 2006, 965, 966; BGH NJW 2014, 2493, 2494; BGH NJW 2020, 1795, 1797.

⁴ BGH NJW-RR 1988, 855, 856; BGH NJW-RR 2006, 822, 822; BGH NJW 2006, 1426, 1427; BGH NJW-RR 2010, 848, 848, BGH NJW-RR2015, 1180, 1181.

⁵ Lange, in: Lange/Schiemann, Schadenersatz, 3. Aufl., (2003), S. 548.

⁶ Greger, Mitverschulden und Schadensminderungspflicht—Treu und Glauben im Haftungsrecht?, NJW 1985, 1132; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, 14. Aufl., (1987), S. 541; Lange, aaO., S. 549.

⁷ Larenz, aaO., S. 541; Lange, aaO. (Fn. 5), S. 549; Oetker, in: Münchener Kommentar, 9. Aufl., (2022), § 254 Rn. 2.

⁸ BGH NJW 1970, 1861, 1862; BGH NJW 1970, 2291, 2293; BGH NJW 1980, 1518, 1519; BGH NJW 1984, 921, 922; BGH NJW 2018, 1751, 1753; BGH NJW 2021, 3330, 3334.

⁹ BGH NJW 1980, 1518.

護措施，若適用與有過失規定實有欠公允¹⁰。

又如聯邦最高法院於1986年的判決¹¹，M為D資合公司之負責人，向原告申請貸款1,550,000元馬克，應原告的要求，由被告於1982年10月6日簽發自居為主債務人之保證，相關保證文件與通知書係由被告董事會成員B與前董事會成員A於同年3月16日簽署。惟事實上A自同年4月1日起已非董事會成員，且此項變更於同年5月10日登錄於合作社登記簿(Genossenschaftregister)，並於同年6月刊載於聯邦公報。N合作社協會(Genossenschaftverband)為被告的法定監察協會(Prüfungsverband)，於1983年3月9日通知原告，被告自1981年初起陸續為D資合公司與M提供保證，累計總額超過8億馬克，已明顯超過法定限制以及被告的經濟能力。原告因此立即中止對M之貸款，並要求M立即償還所有貸款，但M無力償還貸款，原告因此要求被告基於保證人之地位償還貸款，且因B的詐騙行為，原告主張被告應負損害賠償責任。由於A自1982年4月1日起非董事會成員一事已登錄於合作社登記簿，並公告於聯邦公報，因此，被告主張原告應適用與有過失之規定。對此法院表示，於計算損害賠償數額時，若法人機關係故意造成損害，則無須考量受損害者之過失行為，此為聯邦最高法院一直以來之見解，然此項見解不能成為受損害者輕率行為的免責通行證，因

此，應就個案之客觀情事判斷，法人因其機關之故意行為所負損害賠償責任，若不因受損害者對於損害之形成亦有過失而得減輕其責任，是否符合誠實信用原則¹²。此判決一方面延續過去聯邦最高法院之見解，但另一方面則對於該見解提出限制，即被告之故意行為不必然完全排除受損害者適用與有過失規定之可能性。

至於何時得以排除與有過失規定之適用，可見聯邦最高法院於2002年之判決¹³。案中被告與M為W城市一公寓建築案之土地所有人，為依法區分共有之所有權與取得房屋所有權，雙方於1994年6月16日公證其區分所有之合意，並於同年6月21日向土地登記處提出登記申請。被告於同年12月13日與19日再次公證其區分所有之合意，該公證內容與前述6月16日之公證內容不同。原告根據1994年12月13日與19日之公證內容，於同年12月19日向被告與M購買其中一間公寓，並完成買賣契約公證。嗣後，土地登記處於1995年6月核駁被告登錄1994年12月13日與19日公證內容之申請，並基於已登錄之1994年6月16日之公證內容核駁原告登錄買賣契約公證之申請，原告因此向被告請求損害賠償。然由於清償期尚未屆至，原告即於1994年12月29日向S建設股份有限公司支付約定價款，因此，被告主張應適用與有過失規定酌減其損害賠償數額。法院延續過往之法院見解，但進一步指出，於

¹⁰ BGH NJW 1980, 1518, 1519.

¹¹ BGH NJW 1986, 2941.

¹² BGH NJW 1986, 2941, 2943.

¹³ BGH NJW 2002, 1643.

個案利益衡量後，若存在特殊情事足以正當化損害分擔，仍可例外適用與有過失原則。以本案而言，原告在欠缺必要性，且並無義務確保履約之情形下，亦未要求任何擔保，即自願於清償期屆至前支付價款，且係向契約當事人以外之第三人支付價款，足以認定原告顯然未盡其處理自己事務所應盡之注意，因此，若被告僅係未必故意 (*bedingter Vorsatz*)，則原告仍應依與有過失之規定分擔損害¹⁴。

而於聯邦最高法院1992年之判決¹⁵中，原告由訴外人P代為向被告購買一輛二手車，該車為贓車一事為被告所知悉。嗣後該車文件為偽造一事被發現，導致該車遭沒收，原告因此向被告請求損害賠償，被告則抗辯訴外人P過於輕率而未發現該車為贓車，應適用與有過失之規定酌減其損害賠償數額。對此，法院表示，本案之賠償義務人係以直接故意造成原告之損害 (*direkter Schädigungsvorsatz*)，縱使受損害者具有重大過失，亦不適用民法第254條規定¹⁶。

(二) 信賴原則

若受損害者對於賠償義務人之信賴具有正當性而應受保護時，原則上亦不適用與有過失之規定，此多半發生於賠償義務人違反其說明義務¹⁷。以聯邦最

高法院於2015年關於投資建議一案判決¹⁸為例，案中原告基於與被告間的投資建議契約，而聽從被告之建議投資閉鎖型基金，卻因此蒙受損失。由於此項投資存在投資金額全部虧損的風險，與原告為儲存養老金之投資目的並不相符；再者，被告於說明時表示投資金額全部虧損的風險極低，且縱使投資金額全部虧損，尚可以透過稅務上的優惠獲得填補；此外，此項投資文宣與被告均未說明，原告每年自基金所獲取的金額於基金破產時尚有被追回的風險。原告嗣後要求被告賠償其因此項投資所受之損害時，被告抗辯，原告身為投資人，卻未詳細瞭解投資內容，亦未察覺投資所存在的風險與其投資目的不相符，因此對於自身所受損害與有過失，請求法院酌減賠償數額。對此法院認為，若受損害者未盡到應有之注意，以避免自身受到損害，固然得適用與有過失之規定，然若受損害者係基於專業事務而尋求諮詢時，對於由此而生之信賴即應特別受到保護。換言之，對於合法管道所取得之投資資訊，投資人通常係完全信賴該資訊之正確性與完整性，且此項信賴應具有正當性，因此，資訊提供者因故意或過失違反其說明義務或諮詢義務 (*Aufklärungs- und Beratungspflicht*) 而負損害賠償責任時，僅於特別例外情事下得主張適用與有過失規定，否則有違與

¹⁴ BGH NJW 2002, 1643, 1646; zusimmend NJOZ 2017, 1521, 1524.

¹⁵ BGH NJW 1992, 310.

¹⁶ BGH NJW 1992, 310, 311; zusimmend BGH NJOZ 2017, 1521, 1524; BGH NJW 2018, 1751, 1753.

¹⁷ BGH NJW 1998, 302, 305; BGH NJW-RR 2011, 347, 349; BGH NJW-RR 2015, 1180, 1181.

¹⁸ BGH NJW-RR 2015, 1180.

有過失規定所體現之誠實信用原則。至於所謂之特別例外情事，係指如受損害者已自第三方獲取相關專業資訊或補充資訊¹⁹。

參、本文見解

上述最高法院76年度台上字第1408號判決雖曾表示，與有過失責任與侵權行為人應負之過失責任不同，惟在後續的法院判決，如本案判決，均未再現此項見解，因此，法院實務如何定性民法第217條與有過失之規定，似有未明。相對於此，有學說見解稱此為不真正義務。所謂不真正義務，又稱為對己義務，相對人不得請求履行，而違反者不生損害賠償之責，僅發生不利益²⁰，而有別於主給付義務、從給付義務、附隨義務等對他義務。對於民法第217條與有過失之規定，學說認其為不真正義務者，係指受損害者對於維護自身利益免於受損有所疏懈，故應對於自身所受之損害負擔責任。具體而言，受損害者可能違反法律規範，如闖紅燈，致自己受損害，亦可能未違反法律規範，如明知汽車駕駛者喝酒，仍搭乘其駕駛的車，結果車禍受傷，無論何者均非違反對他義務，而是未善盡自我保護之注意義務，以避免自身發生損害或擴大損害²¹。

定性與有過失規定之重要性在於如何詮釋本條之「過失」。首先，若未將

與有過失之規定定性為不真正義務，使其有別於對他義務之違反，則與有過失之適用理應滿足兩項要件，其一是受損害者違反法律上之義務，其二是對於義務之違反具有故意或過失。準此，上述列舉的兩種情形之一，即未違反法律規範者，因未違反法律上之義務，而無法適用與有過失之規定，至於另一種情形，即違反法律規範者，由於論究的是受損害者之損害，而法律規範上受損害者本無不損害自己之義務²²，因此，受損害者亦未違反法律上之義務，而不應適用與有過失之規定。是故，惟有將與有過失之規定定性為不真正義務，方能合理解釋與適用本項規定。其次，在未能釐清與有過失之性質時，僅依一般對於過失之認定方式適用與有過失之規定，如本案法院認定方式，則只須受損害者違反善良管理人之注意義務，即應負擔與有過失之責，在性質上似將與有過失定性為對他義務之違反，若此，即無法再有衡量雙方利益之空間，然而如上述德國判決所呈現之例外情形觀之，完全不考慮雙方利益衡量似非妥適。

從為自己行為負責而言，受損害者未能盡到保護自己免於受損之注意義務，自應由受損害者承擔部分損害，不能因恰好有賠償義務人即轉嫁該部分損害予賠償義務人，方屬合理，故與有過失規定之基本精神應如上述德國學說見

¹⁹ BGH NJW-RR 2015, 1180, 1181.

²⁰ 鄭冠宇，民法債編總論，四版，2021年8月，22-23頁；王澤鑑，債法原理 I——債之發生，增訂版，1999年10月，51-52頁。

²¹ 王澤鑑，損害賠償，三版，2018年9月，353-354頁；陳聰富，過失相抵之法理基礎及其適用範圍，台灣本土法學雜誌，98期，2007年9月，71-73頁。

²² 王澤鑑，同前註，354頁。

解所提出之論述，係建立在為自己行為負責之責任原則。然而與有過失並非建立在受損害者違反對他義務，而是建立於不真正義務，即未盡到保護自己免於受損害之注意義務，因此，當賠償義務人或利用受損害者輕信他人之人性弱點，或利用環境時間之便利性，故意造成受損害者之損害時，是否仍能苛責受損害者未盡保護自己之注意義務，即有疑慮。職是，上述德國聯邦最高法院所發展出利益衡量之例外情形，即就賠償義務人而言，若其行為係基於直接故意，則原則上受損害者不應適用與有過失之規定；若其行為係基於未必故意，則尚須視受損害者之過失而定。詳言之，賠償義務人若明知其行為將造成受損害者之損害，且有使該損害發生之積極意圖，則不應因受損害者亦有過失，而得減輕其損害賠償責任。然若賠償義務人雖已預見因其行為有可能造成受損害者之損害，且縱使該損害確實發生，亦不違反其本意，但賠償義務人並無使該損害發生之積極意圖，相較於前者，此之賠償義務人因欠缺使損害發生之積極意圖，故行為之可非難性較低，且受損害者亦較可能防止損害發生或降低損害範圍，是故，為避免受損害者無須為自己之行為負擔任何責任之情形發生，仍應考量受損害者之過失程度，並於受損害者具有重大過失時，使其分擔損害之責。

自上述德國法院實務可見第二種例外情形，此係建立於信賴原則。若賠償義務人基於其專業事務而負有說明義務時，受損害者是否仍有查證該說明內容正確性之義務，即有疑問。詳言之，賠

償義務人基於其專業事務而負有說明義務時，受損害者自得信賴賠償義務人所提供之說明內容，因此可認為受損害者之信賴具有正當性，且既然認為受損害者之信賴具有正當性，自不應要求受損害者就該說明內容進行查證，是故，賠償義務人亦不得抗辯受損害者未查證說明內容正確與否，而應負與有過失之責任，除非受損害者已知或自他處獲知該說明內容不正確。

上述兩種例外情形顯示，縱使受損害者對於損害之發生或擴大亦有過失，但從利益衡量角度觀之，仍不應允許賠償義務人主張受損害者與有過失，從而酌減其賠償數額。由此顯見與有過失規定在性質上屬於不真正義務之重要性，並呼應最高法院76年度台上字第1408號判決之見解，即與有過失與侵權責任並不相同。在肯認與有過失屬於不真正義務之前提下，德國法院實務所發展之兩種例外情形即具有參考價值。準此，本案被上訴人沈○鈴係故意獲取上訴人之網路銀行帳號密碼，以登入其網路銀行帳號並盜領存款或轉帳至他人帳戶，即故意造成上訴人之損害，從利益衡量角度觀之，應不許其主張上訴人與有過失，是故，自無須再論究上訴人是否有未盡其注意義務之情事。

結 論

最高法院76年度台上字第1408號判決曾表示，與有過失之規定與侵權責任有別，惟本案判決呼應過去多數實務判決，未再提起此段說明，且只須受損害者未盡善良管理人之注意義務，即應適用民法第217條與有過失之規定，然此

種論究責任模式似與侵權責任並無不同。參考德國關於與有過失之理論闡述，可知與有過失責任係屬於違反保護自己之不真正義務，而有別於對他義務之違反。惟有釐清與有過失責任之性質，並將其定性為不真正義務，方能在責任認定上加入利益衡量之考量因素，並例外肯認受損害者不適用與有過失規定之情形。再參考德國法院實務所發展之例外情形，可歸納為兩種類型：

壹、賠償義務人係故意造成受損害者之損害

若賠償義務人明知其行為將造成受損害者之損害，且有使該損害發生之積極意圖，則不應因受損害者亦有過失，而得減輕其損害賠償責任。若賠償義務人雖已預見因其行為可能造成受損害者之損害，且縱使該損害確實發生，亦不違反其本意，但賠償義務人並無使該損害發生之積極意圖，則於受損害者具有重大過失時，始得適用與有過失之規定。

貳、基於信賴原則

若賠償義務人基於其專業事務而負有說明義務時，賠償義務人即不得抗辯受損害者未查證說明內容正確與否，而應負與有過失之責任，除非受損害者已知或自他處獲知該說明內容不正確。

準此，本案被上訴人沈○鈴係故意獲取上訴人之網路銀行帳號密碼，以登入其網路銀行帳號並盜領存款或轉帳至他人帳戶，即故意造成上訴人之損害，從利益衡量角度觀之，應不許其主張上訴人與有過失，故無須再論究上訴人是

否有未盡其注意義務之情事。♣

（本文已授權收錄於月旦知識庫www.lawdata.com.tw；更多裁判分析☛月旦法律分析庫lawwise.com.tw）