

第一章 歐陸一般侵權責任之 歷史發展

一 前言

不法行為受刑事制裁（*indictum publicum*）者，為犯罪行為（*crimen; criminal wrong*），受民事制裁（*indictum privatum*）者，為民事不法（*delictum* 或 *maleficium*；*civil wrong*）。*delict* 為歐陸國家所慣用，*tort* 則為英美法之術語，前者，來自 *delinquere*，指偏離法律的道路，後者源於拉丁文 *tortus*（扭曲或彎曲），指稱行為不當，而以損害賠償為法律效果之制度¹。1754年自然法學家 Christian Wolff（1679-1754）以德文撰寫的著作，稱 *Delikte* 為 *unerlaubte Handlung*，直譯為「不容許行為」²，不容許行為乃近代對 *delictum* 之翻譯。1794年普魯士一般邦法侵權責任即名為「因不容許行為而生之權利及義務」，德國民法及瑞士債務法承襲普魯士一般邦法，亦以此為名，日本民法則稱「不法行為」。

我國民法第 184 條第 1 項前段、第 185 條第 1 項、第 187 條第 1 項、第 188 條第 1 項、第 189 條等規定，均以不法侵害他人

¹ Zimmermann, *The Law of Obligations*, Oxford 1996, p. 908.

² Schieman, in: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band III, *Schuldrecht: Besonderer Teil*, 2. Teilband, Tübingen 2013, §§ 823-830, 840, 842-853, Rn. 15.

之權利為損害賠償之要件，立法者著眼於權利侵害，民法債編通則第 1 章、第 5 節以規範契約外損害賠償責任為職志的法律規範群，遂命名為「侵權行為」³。「侵權行為」，望文生義，行為須侵害一定權利，實則不然。雖非權利之侵害，而為單純財產上損害，若符合民法第 184 條第 1 項後段及第 2 項之要件，亦得請求損害賠償。民法第 184 條以下之規範對象，古往今來，少名為「侵權行為」，成文法典國家多強調行為之不法或不被容許，但有鑑於「侵權行為」為我國民法立法者之選擇，根深蒂固，使用「不法行為」，不無標新立異之嫌，本文基本上仍使用「侵權行為」或「侵權責任」。

現代侵權法為漫長歷史發展之結果，發展的脈絡軌跡亦已大致釐清，相關外國文獻，汗牛充棟。民法侵權行為之規定，數量上雖與契約法無法相提並論，但向來為我國民法研究的熱門領域。1999 年債編修正，除民法第 195 條加強人格權與身分法益保護之修正外，民法第 191 條之 1 商品製造人責任、第 191 條之 2 動力車輛駕駛人責任、第 191 條之 3 危險行為之增訂，更牽動民法侵權法體系再構成者，無不屬於立法政策上具有實質意義之重大修正⁴。增訂新的侵權類型，其歸責原則為何？立法者是否有意顛覆傳統的過失責任，而導入以危險源控制為責任基礎之侵權類型？該等新侵權類型與民法第 184 條基本侵權類型關係如何？

³ 中國大陸民法典，侵權責任獨立成編，第 1165 條第 1 款開宗明義規定：「行為人因過錯侵害他人民事權益造成損害的，應承擔侵權責任。」與我國民法第 184 條第 1 項前段侵權行為一般規定，不盡相同。

⁴ 陳自強，臺灣民法與日本債權法之現代化，2011 年，頁 3。

均有待檢討，關於民法第 191 條之 3 危險行為之規定，如何解釋適用，更成為債編修正後的議論焦點⁵。

民法債編修正後，過失責任主義在侵權法是否仍獨霸天下，唯我獨尊，或已經被軟化，甚至實質上被其他歸責原因所取代，攸關民法侵權責任體系之定位。民法第 184 條以下各該侵權行為類型法律性質如何，涉及侵權法基本理論中過失責任、中間責任、衡平責任、無過失責任、危險責任、危險行為責任等概念之理解，過失尤為重中之重。現代科技產品大量運用，意外事故之發生，不僅無日無之，層出不窮，侵害行為之態樣更是千變萬化，19 世紀確立的過失責任原則成為意外事故損害賠償主要的歸責原因，過失侵權行為因而為理論上及實務上最重要的侵權行為態樣。過失概念之理解為習法者基本功，學說及實務見解多所闡發，本無待本文喋喋，然過失概念內涵本身並非一成不變，乃受侵權法歷史洪流經年累月沖刷而有今日面貌，過失概念之歷史發展縱然不是侵權法演變過程的全部，但也是最重要的一部。本章擬以過失侵權之歷史發展為主軸，鳥瞰侵權法之生成演變，希望有助於釐清過失概念，並提供侵權責任歸責原因體系構成之理論基礎。

⁵ 民法研究會在 2000 年 3 月 11 日舉辦研討會，以民法第 191 條之 3 為主題，蘇惠卿以「自危險責任之生成與發展論民法第一九一條之三」發表論文，對該條提出三點疑慮：第一點，乃立法政策上的疑慮，認為危險責任之一般立法，台灣社會之發展是否足以承擔，猶待討論；第二點，認為此危險責任之一般立法，應有強制保險或限制責任等配套措施，以利分散風險；第三點，危險活動之界定有困難，與個別危險責任間的關係難以釐清。

二 羅馬法不法行為

歐洲侵權法之發展始於羅馬法，現代犯罪及不法行為之區別亦來自羅馬法 *crimen* 及 *delictum* 之對立，然二者界限，並不相同。羅馬法，民事不法（*delictum* 或 *maleficium*），相當於我國民法所謂侵權行為，指侵害人、物、人格，足以使犯錯者負有對被害人支付罰金或賠償損害之義務之不法行為，犯罪（*crimen*）則指對國家或社會整體之不法行為。十二表法時代及共和時期（約西元前第 5 世紀到第 1 世紀）早期，除嚴重的犯行，如叛亂、宗教犯行外，一般的不法行為不認為有公的刑事追訴之必要。人身傷害、竊盜、偽證、過失致死在共和時期仍為私人事務，此等不法行為之制裁，由私人以提起侵權之訴之方式進行，侵權法實際上為由個人實現對不法行為追訴之手段。從侵權法所具有的平復不法功能，侵權法可謂私的刑法（*Privatstrafrecht*）⁶，民事不法行為因而有「私犯」（*delictum privatum*）之稱⁷。

A 十二表法

羅馬法並無如我國民法侵權責任概括條款（民法第 184 條參照），侵權之訴乃依侵害型態及保護法益，隨社會發展及保護的必要性而次第發展出來，不同之損害，各有不同之侵權之訴，被

⁶ Zimmermann, *The Law of Obligations*, Oxford 1996, p. 918; Mousourakis, *Fundamentals of Roman Private Law*, Berlin 2012, p. 251.

⁷ 鄭玉波，*羅馬法要義*，漢林，4 版，1977 年，頁 57；「私犯」亦為中國大陸羅馬法研究者對 *delictum* 之翻譯，參見，Gaius 著，黃風譯，*蓋尤斯法學階梯*，中國政法大學，2008 年，頁 192；徐國棟，*優士丁尼法學階梯評註*，北京大學出版社，2019 年，頁 493。

害人得請求支付一定金額。羅馬法並無統一的損害賠償請求權，侵權類型不同，法律效果不同。

羅馬法侵權法之源頭，渾沌不明⁸。相傳制定於西元前 450 年的十二表法，為迄今留傳下來最古老的成文法，制定後不可勝數的法律，均以該法為根源⁹。十二表法內容涵蓋訴訟及強制執行（第 1 到第 3 表）；親屬及繼承（第 4、第 5 表）；契約、時效取得及相鄰關係（第 6、第 7 表）；私的不法行為（第 8 表）；刑事（第 9 表）；宗教法（第 10 表）；附錄（第 11、第 12 表）¹⁰。在私的不法行為方面，該法針對若干侵害類型個別規定法律效果，最主要的是罰金，一方面處罰，同時慰撫被害人，取代以前的報仇權。

原始社會對侵害的反應就是報仇，被害人取得如質權般扣押不法行為者人身之權利。報仇方式原本無限制，最初，得殺害之，之後，進化到同害復仇同類主義，即「以牙還牙，以眼還眼」（反坐法；同害法；*lex talionis*）。被害人同害權，為私的報仇權之法制化，以此方式確保法律平和。被害人同害權為古代羅馬侵權法對不法行為救濟之基本型態，居核心地位。十二表法公布之前，常見由加害人支付和解金使被害人同害權消滅。此復仇權可以由加害人或其親屬交付一定之物，最初為牲畜（*pecus*），後為金錢（*pecunia*）。私的殺害及同害復仇作為報復手段何時消聲匿跡，無可稽考¹¹。十二表法保留原始社會報仇思

⁸ Jansen, *Die Struktur des Haftungsrechts*, Tübingen 2003, S. 189.

⁹ 關於該法之制定，鄭玉波，*羅馬法要義*，漢林，4 版，1977 年，頁 146-148。

¹⁰ Wesel, *Geschichte des Rechts*, München 1997, S. 160.

¹¹ Schieman, in: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band III, *Schuldrecht: Besonderer Teil*, 2. Teilband, Tübingen 2013, §§ 823-830, 840, 842-853, Rn. 32.

想，如人身傷害，依情節輕重，表定一定數額之罰金。若為重傷，如斷四肢，當事人就罰金無法合意時，允許被害人以反坐方式，自行復仇，再如第 3 表第 6 條規定債務人若有數債權人，債務人不履行債務，「第三個市場日（約一個月後），債權人應殺分其屍，分屍過多或過少，此應為債權人之損害」¹²。手或以棍棒傷自由人一骨者，罰 300As（當時的貨幣單位）；傷奴隸者，罰 150As，其他傷害，罰 25As¹³。

十二表法明文規定加害人應支付之金額，加害人願意支付時，被害人不得拒絕和解，若拒絕，不得實施同害權，此金額稱為 *poena*。共和時期，*poena* 具有罰金之意義，而為侵權之法律效果，原始意義為贖金，即報仇請求權經濟上之替代物，因而，以 *poena* 取代同害，侵權法並未因而成為刑法，僅為不法個人報仇之工具，目的並不在滿足實體上賠償利益，而僅為適當之罪贖¹⁴。毀損他人之物，尚未成為獨立之侵權類型，僅針對個別侵害態樣規定罰金¹⁵。非故意行為，僅有罰金¹⁶。

¹² Wesel, *Geschichte des Rechts*, München 1997, S. 162.

¹³ Honsell, *Römisches Recht*, 7. Aufl., 2010, S. 173.

¹⁴ Jansen, *Die Struktur des Haftungsrechts*, Tübingen 2003, S. 195.

¹⁵ Wagner, *Deliktsrecht*, 14. Aufl., 2021, 2. Kapitel, Rn. 3; Honsell, *Römisches Recht*, 7. Aufl., 2010, S. 166; 王澤鑑，*侵權行為法*，增訂新版，2015 年，頁 44。

¹⁶ Erwin Deutsch, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, 2. Aufl., Heymann 1995, S. 10.

B 市民法及法務官法之訴

在羅馬法古典時期之前，罰金不再為阻止報仇的手段，而為透過民事訴訟之處罰，此類型訴訟乃所謂處罰之訴（*actiones poenales*），均為對不法行為人（侵權行為人）之民事制裁。

羅馬法侵權之訴，可大別為市民法上及法務官法上侵權之訴。前者，依 *Gaius* 法學階梯，有竊盜（*furtum*）、強盜（*rapina*）、不法侵害他人之物（*damnum iniuria datum*）及人格侵害（*iniuria*）之訴。竊盜訴權（侵奪他人之物、侵占、質物取回、故意受領非債清償）具處罰目的。竊盜訴權並非保護所有權，而為財產，受保護者不限於所有人，包括因侵奪而受不利益者，如負有保管義務之借用人。一般情形，竊盜訴權可請求被侵奪物雙倍之價值。此訴權在帝政開始時被公法的刑罰取代¹⁷。古典時期，人身傷害（*Realiniurien*）及污辱（*Verbaliniurien*）均屬於人格侵害之訴，賠償金額由法官依衡平公平裁量，此訴權及債務均不得繼承。西元前第 3 世紀制定的阿奎利亞法規定不法侵害他人之物之救濟，對現代侵權法之形成，均起承轉合關鍵地位，將詳於後。

法務官法上之侵權之訴，有惡意之訴、脅迫之訴及債權毀損之訴等¹⁸。共和政末期 *Aquilius Gallus* 於西元前 66 年制定惡意訴訟，乃以惡意所加之損害，於被害人無其他救濟時，所用之補充訴訟（*si alia actio non erit*），對於敗訴人得附以破廉恥之污點（*infamierend*）。要件為故意詐欺行為，除詐欺外，其他

¹⁷ Harke, *Römisches Recht*, München 2016, § 12, Rn. 1.

¹⁸ 簡要說明，鄭玉波，羅馬法要義，漢林，4 版，1997 年，頁 59-64。

種類違反誠信之加害，亦足當之。現代，故意違背善良風俗加損害於他人損害賠償責任之規定，濫觴於羅馬法惡意之訴¹⁹。被害人除得以訴訟主張惡意行為外，法務官亦允許「惡意抗辯」，得以惡意為由，發布回復原狀命令以撤銷之。惡意抗辯適用範圍至廣，為最重要的抗辯，其後，發展出權利濫用抗辯等。債權毀損之訴，為詐害行為撤銷之訴之源起²⁰。

C 侵權之訴之性質

1 訴之目的

在羅馬法，依訴之目的，被害人對加害人得提起之訴訟，其目的不外賠償及處罰。

a 賠償或返還

以回復原狀為目的之訴（*actiones ad rem persequendam*，直譯：物之返還之訴），如請求返還所有物（*rei vindicatio*）、竊盜返還訴權（*condictio ex causa furtiva*）²¹，以請求返還標的物為內容，不具處罰性格。在古典時期羅馬法無法請求原物返還，法院僅能判決給付一定金額，此金額在填補損害，而非處罰。契約之訴，亦無不同，如承租人毀損租賃物，賠償金額取決於原告實際損害²²。

¹⁹ Honsell, *Römisches Recht*, 7. Aufl., 2010, S. 173-174.

²⁰ 鄭玉波，*羅馬法要義*，漢林，4版，1977年，頁63。

²¹ 竊盜返還訴權在羅馬法大全列為返還訴權之一種，關此，參見，陳自強，*契約法中的給付不當得利—契約法之現代化 VII*，2022年，頁11。

²² Zimmermann, *The Law of Obligations*, Oxford 1996, p. 919.

b 處罰

羅馬法侵權之訴中，有僅具處罰功能者，竊盜訴權為其典型。竊盜訴權基本上係十二表法之進化，與前述竊盜返還訴權以返還標的物僅具有回復原狀功能，大異其趣。羅馬法竊盜之觀念，與現代法不同，竊盜訴權之適用範圍，除刑法竊盜外，尚包括侵奪他人之物、侵占、質物取回、故意受領非債清償之物等情形，竊盜訴權並非保護所有權，而為財產，受保護者不限於所有人，包括因侵奪而受不利益者，如負有保管義務之借用人。十二表法關於竊盜之規定，於今觀之，相當原始，該法區別現行犯及非現行犯，現行犯交官署，鞭打後，再交被害人，竊賊為未成年人者，須受鞭刑。夜間偷竊並使用武器防衛，格殺勿論，但須有鄰居證明。古典時期，竊盜現行犯之被害人僅能請求 4 倍。非現行犯 (*actio furti nec manifesti*)，處罰標的物價值的 2 倍。此訴權在帝政開始時被公法的刑罰取代²³。

c 混合之訴

暴力奪取他人之物，古典時期羅馬法列為竊盜之加重情形（強盜之訴），共和時期結束後，強盜後 1 年內得請求標的物 4 倍，此 4 倍之金額古典時期理解為處罰，優帝認為 4 倍中 3 倍為處罰，1 倍為補償，認為該訴為混合之訴²⁴。

²³ Harke, *Römisches Recht*, München 2016, § 12, Rn. 1; Honsell, *Römisches Recht*, 7. Aufl., 2010, S. 163-164; Jansen, *Die Struktur des Haftungsrechts*, Tübingen 2003, S. 196.

²⁴ Honsell, *Römisches Recht*, 7. Aufl., 2010, S. 166; Zimmermann, *The Law of Obligations*, Oxford 1996, p. 920.