

古罗马侵权法律制度 与现代沿革

L'evoluzione della responsabilità
extracontrattuale dal diritto romano ai nostri giorni

李 钧/著



中国政法大学出版社

古罗马侵权法律制度 与现代沿革

L'evoluzione della responsabilità
extracontrattuale dal diritto romano ai nostri giorni

李 钧/著



中国政法大学出版社

- 声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目 (C I P) 数据

古罗马侵权法律制度与现代沿革/李钧著. —北京: 中国政法大学出版社,
2015. 11

ISBN 978-7-5620-6267-7

I. ①古… II. ①李… III. ①罗马法—侵权行为—民法—研究
IV. ①D904. 1

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第257365号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908289 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm × 1230mm 1/32
印 张 9.25
字 数 225 千字
版 次 2015 年 11 月第 1 版
印 次 2015 年 11 月第 1 次印刷
定 价 36.00 元

自序

罗马法是全人类法制史上的一块瑰宝，时至今日，它仍然以某种形式存在着。就像一个出身高贵的元老，其血脉在大陆法系各个国家的民事立法或民法理论中千古流传。中国自清末变法开始加入罗马法系这个大家族，开启了中华法系传统、礼教文化习俗与罗马私法制度理论的融合过程。清末及民国时期的罗马法研究蔚然成风。无论执政者还是法律学人都深知研究罗马法是促使中国真正融入大陆法系、实现民法现代化和变法图强的有效途径。从保留下来的珍贵资料看，当时的学者研究范围之广，对制度理论剖析之深，都令今日之人为之赞叹！然而这一进程最终因时局动荡和政治因素半途而废。新中国摸索着用一堆“姓资的”遗留的或“姓社的”给予的一砖半瓦搭建自己的民法国。等到学界再次承认和重视罗马私法制度学说，并认为其能完善我国民法制度建设、为学说传承正本清源之时已是20世纪80年代。

新兴起来的罗马法研究慢慢从法制史向部门法领域发散，不仅涉及民事法律制度，也出现了对罗马公法的研究。但是，我们的整体研究水平和研究成果与西方国家相比仍有差距。我们至今甚至没有一部完整且权威的《国法大全》中译本，

每每思及，无不令人为之遗憾；此外，对具体制度的研究也显得零散，完全由研究者根据个人的研究方向决定；成果以论文居多，少有专题著作。以侵权法领域为例，虽然有关过错的研究不少，但是鲜少见到以罗马侵权法律制度为研究对象的完整的、体系化的成果。这令我等罗马法学人在深感遗憾的同时也颇受激励！

2005年我进入人大法学院，在恩师杨立新教授的影响下开始接触侵权法，硕士毕业后有幸获得意大利政府全额奖学金支持前往意大利罗马第二大学（Tor Vergata）攻读罗马法博士学位。由于学习意大利语的时间不长，拉丁语更是从未接触过，初到罗马，突然面对一堆拉丁字母拼写成的文献、书籍，真是头疼不已。这时硕士学习期间积累的侵权法知识使我不由自主地对这部分罗马法内容感到亲切，阅读起来也更加容易理解。加之我亲爱的导师斯奇巴尼教授又恰恰以罗马侵权法领域的研究著称。这使得我从事此方面的研究成了一种必然。

本书是对我以往研究的一个整理和小结。它以现代侵权法的框架为架构去探索并展现古罗马法中有关侵权的法律制度，梳理其发展沿革并与我国现代法的理论和实际相结合。内容上分为两个部分：一部分是对一般侵权责任和过错原则的探讨，主要涉及一般侵权责任的构成要件、过错标准的客观化，等等；另一部分则是关于特殊侵权责任的，介绍了几种罗马法上极具代表性的准私犯制度。希望能对那些有兴趣了解古罗马侵权法律制度和思想及其在现代法上的传承的读者有所帮助！

在完成本书的过程中，让我感受颇多的是古罗马法学家们在解析不法损害的过错要件和设定一种特殊侵权责任时所做的慎重周全的思考。它们往往超越侵权法的层次，更加趋近并体现法的公平、正义精神。在现代社会中，由于经济与科技的飞速发展，加之信息获取的不对称、财富分配的不均衡、社会保障体系的不健全，放宽责任构成要件、增加特殊归责原则的适用和加大损害赔偿力度的处理随处可见，且司法实践中，在“现成的”原被告之间分摊损失从而消除纠纷的做法也常有耳闻。然而这些做法真的有充分的理论支持吗？在逻辑上可以自圆其说吗？侵权法确以弥补损害为首要任务，但它终究不是社会保障法，它的原则和特性又该不该维护和如何维护呢？特别是在我国《物权法》明确保障私有财产权益后，侵权法又该如何协调保障私人权利行使自由、无害他人原则以及维护社会整体利益三者之间的平衡呢？这还要从古罗马的侵权法律制度说起……

李 钧

2015年3月23日

目 录

自 序	1
-----------	---

第一章

从罗马法到现代侵权法	1
一、古罗马法中的侵权法律思想	1
二、古罗马法中有关侵权责任的代表性立法	4
三、古罗马侵权法理论对现代侵权法的贡献	12

第二章

阿奎利亚法之诉与一般侵权行为构成要件	36
一、罗马法中有关不法损害的构成要件	36
二、现代法上有关一般侵权责任构成要件的规定与 理论	58
三、中国侵权法对一般侵权责任构成要件的规定及 发展	65

第三章

善良家父之勤谨注意标准与一般注意义务	78
一、罗马法中的勤谨注意义务标准	78
二、现代法中的注意义务理论	87
三、中国侵权法中的一般注意义务问题之探讨	91

第四章

体育运动损害与“自甘风险”理论的适用	97
一、罗马法中的体育运动损害	97
二、现代法中的体育运动损害责任	105
三、中国侵权法中的体育运动损害问题之探讨	112

第五章

动物损害之诉与动物损害责任	122
一、罗马法中的动物损害之诉	122
二、现代侵权法中的动物损害问题	138
三、中国侵权法中的动物损害责任问题之探讨	148

第六章

抛掷、泼洒之诉与高空抛坠物损害	152
一、罗马法中的抛掷、泼洒之诉	152
二、现代法中对抛掷、泼洒之诉的取舍	170
三、中国侵权法中的高空抛坠物损害问题之探讨	179

第七章

他权人损害之诉与家长的替代责任	192
一、罗马法中的他权人损害之诉	192
二、现代法上的家长（监护人）责任	210
三、中国侵权法中的家长替代责任问题之探讨	216

第八章

针对船舶、旅店、马厩主人的诉讼与经营者安全保障义务 ...	225
一、罗马法中针对船舶、旅店、马厩主人的诉讼	225
二、现代法上的安全保障义务	237
三、中国侵权法中的安全保障义务问题之探讨	241

第九章

侮辱之诉与人格权保护	249
一、罗马法中的侮辱之诉	249
二、现代法中的人格权保护	270
三、中国侵权法中的人格权问题之探讨	275

参考文献	285
------------	-----

第一章

从罗马法到现代侵权法

一、古罗马法中的侵权法律思想

法律的产生是人类社会化的重要标志。所谓“国无法则不立”，古今中外皆同。提图斯·李维（Titus Livius）在《自建城以来》中写道，罗马城的创建者罗慕路斯（Romulus）在建立城池、确立王权之后的第一件事就是颁行法律，以“使人民聚合为一个人民整体”^{〔1〕}。在这些古老的法律中，有关侵权的习惯法必不可少。调整侵权的法律是人类最古老的法律之一，“与人类法制文明的发生、发展始终相伴而行”^{〔2〕}。古罗马自部落法时期就有了针对侵害他人生命、健康等行为的法律规范，这些习惯法随着罗马社会与法律的发展而逐渐进化成后世大陆法系侵权法的理论基石，为后世正确认识罗马法，梳理、挖掘侵权法的理论源流提供了重要的历史和文本资料。

〔1〕〔古罗马〕提图斯·李维：《自建城以来》，王焕生译，中国政法大学出版社2009年版，第15页。

〔2〕叶秋华、刘海鸥：“论古代罗马侵权行为法的发展演变”，载《法学家》2006年第6期。

与现代侵权法不同，古罗马时代的侵权法有着特定的时代烙印。

第一，当代大陆法系国家大多基于部门法理论将其制定法按照六法的分类进行立法。^{〔1〕}侵权法属于民事法律部门的一项，采用民法典的国家通常将其作为债法中的一部分进行规定。^{〔2〕}与现代人不同，古罗马时代尚不存在部门法的概念和分类。从罗慕路斯创建罗马城到东罗马帝国皇帝优士丁尼（Justinianus）编纂法典为止，在古罗马纷繁庞杂的立法中，并不存在一个现代人眼中独立的、完整的和体系化的侵权法。这些有关侵权的法律或者表现为针对某一具体问题的单独立法，它们既可以是民法，也可以是刑法或行政法，如关于不法损害的《阿奎利亚法》（Lex Aquilia）、《关于侵辱罪的科尔内利亚法》（Lex Cornelia de Iniuriis）等；或者存在于一部涉及世俗生活方方面面（包括民事、刑事、行政以及诉讼各部分）的综合性立法，如《十二表法》（Lex XII Tabularum）等。对于侵权理论的整合必须从不同的立法中剥离出那些分散在各处的、调整对人的或对物的损害的规范。

第二，顾名思义，现代侵权法是以“侵权”为核心的法，是调整所有侵害私主体人身权益和财产权益的行为并给予私法救济的法。这种立法功能的明确与18世纪雨果·多诺（Hugues Doneau）将实体权利区分为人对自己的权利和对财产的权利两

〔1〕 参见徐国栋：《民法哲学》，中国法制出版社2009年版，第11～16页。

〔2〕 如《法国民法典》将侵权行为（及准侵权行为）作为“非因合意发生的债”与准契约合归一处；《德国民法典》将侵权行为放置在“第二编‘债务关系法’的第八章‘各种债务关系’的第27节”中；《意大利民法典》则直接把“不法行为”作为债法编的一章（第9章），与债的总论、契约总论、各类契约等平行安置。

种类型有着重要的联系。^{〔1〕}然而，在古罗马法中，实体权利的概念和体系并不完整，人们对于私权利的认识主要以对物的权利，即财产权利为核心。^{〔2〕}相反，对人身权的认识不仅缺乏体系性，而且始终受到奴隶制度和家父制度的严重干扰。在针对奴隶和家子实施的侵权损害中，奴隶和家子（家子相对于奴隶的法律地位略好一些）不是作为被侵害的权利主体而是作为家父的财产，即被侵害的对象来处理的。例如，某人折断了他人所有的奴隶的一只手臂，那么侵权人需要给付奴隶主人该奴隶在一年内最高的市场售价作为赔偿。^{〔3〕}这种将一部分自然人物化的法律技术的处理导致古罗马的侵权法不可能等同于现代意义上完整的、体系化的、以保护人的合法权益为主旨的法律。

第三，古罗马的侵权法始终混杂着一丝刑事特性。最早的部落习惯法通过血亲复仇、同态复仇的方式惩戒侵害他人生命、健康的不法行为。这些表面上涉及侵权的法律实际上是为了维护部落的整体利益，通过授予受害人行刑权，借助暴力的报复性手段，以同比减损的方式消除侵害一方所在部落因侵害行为而产生的相对于受害人所在部落的力量优势。^{〔4〕}作为部落成员

〔1〕 Hugonis Donelli, *Opera Omnia, Tomus Primus I*, 1828, p. 229, 转引自徐国栋：“人格权制度历史沿革考”，载《法制与社会发展》2008年第1期。

〔2〕 参见徐国栋：《民法哲学》，中国法制出版社2009年版，第27～32页。

〔3〕 D. 9. 2. 2pr., 其中D. 表示 *Digesta*, 《学说汇纂》；9 表示卷标；2 表示第2章；2pr. 表示第2片断主片断。（其后数字1 表示卷标，数字2 表示章节号，数字3 表示主片断号，数字4 表示主片断中的分节号）。参见《学说汇纂（第9卷）私犯、准私犯与不法行为之诉》，米健、李钧译，中国政法大学出版社2012年版。后文中如无特别指出，所有《学说汇纂》第9卷的中文译本全部引自此书。

〔4〕 古罗马《弩马法律》（*Numa*）中就曾允许死者的家人杀死故意行凶者。该刑罚要在民众大会上执行。参见〔意〕朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社2009年版，第97页。

的受害人或其家属只是公共刑罚的实施者，他们自身所遭受的损害并不会因报复而获得更多具有实质意义的弥补。因此，19世纪英国著名的法律史学家梅因（H. J. S. Maine）曾评价说古代的侵权法隐蔽在一件“公法”的外衣下，^{〔1〕}直到个体取得相对于群体的独立性以及修补损害为目的的财产性赔偿金的出现，古代的侵权法才开始具有一定的“民事”特性。即便如此，逐步成熟的罗马侵权法也始终没能严格划分它与刑事立法的管辖界限和方式。例如，盗窃、抢劫等在现代法中明显属于刑事犯罪的内容却自始至终被罗马人视为“私犯”，由当事人自行提起告诉；^{〔2〕}又例如《关于侵辱罪的科尔内利亚法》对一些看似没有严重损害城邦安全或公共利益的侵辱行为适用公共刑法，等等。因此说古罗马时代的侵权法在去刑罚化的进程中还未进化完备。

虽然古罗马的侵权法律制度中不乏那些体现着早期法律粗糙、落后的东西，但是正是这些特点的存在才为我们充分展现了侵权法在人类社会早期的渐进历程，也正是这些特点的存在才使我们能够通过古今对比来发现侵权法理论的卓越进步。因此，正视并客观地评价这些时代特点也是我们研究古罗马侵权法律制度的必然要求。

二、古罗马法中有关侵权责任的代表性立法

（一）《十二表法》

《十二表法》作为现存最古老的罗马成文法，曾被誉为“人

〔1〕 [英] 参见梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版，第209页。

〔2〕 参见《学说汇纂（第48卷）罗马刑事法》，薛军译，中国政法大学出版社2005年版，导言。

类走向文明的界碑”之一，^{〔1〕}它也是首个明确惩治侵权行为的综合性立法。

从记录罗马城邦建立的文字可以看出，虽然这一政治群体中也存在“王”（*res*）作为统治核心，但是罗马的政治体制并不是君主专政的集权统治。相反，民众通过契约的形式赋予国家组织、治理和保护民众的职权与职责。民众不是城邦的附属品而是国家的组成部分，他们有着独立于国家的个体利益与地位。^{〔2〕}在这样的政体形式上，随着经济的逐步发展和财富的积累，原本被划分为平民的那一部分民众不满贵族与平民基于政治身份的差异而在政治权利和经济权利上的不平等，与贵族之间展开了以土地分配为主要形式的权利斗争，并最终取得胜利。^{〔3〕}其显著成果之一就是颁布了以维护私有财产权利为核心的《十二表法》，它的颁布奠定了后期侵权法得以产生并独立的内在要件，即民众作为个体具有独立于其所属群体的私法上的权利。

有关侵权的内容集中在《十二表法》第8表的27个条款以及第12表的一些条款上，内容涉及侮辱他人名誉、伤害他人身体、饲养家畜致他人财产损害、毁损庄稼、盗伐树木等不法行为。虽然各个条款之间缺乏严密的体系性联系，但是在内容上

〔1〕 引自江平主编：《十二铜表法》，法律出版社2000年版，序言。

〔2〕 参见徐国栋：《民法哲学》，中国法制出版社2009年版，第2~3页。
〔意〕朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社2009年版，第8~20页。

〔3〕 参见〔意〕朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社2009年版，第52~57页。

却涵盖了侵害他人财产权^[1]、人身权^[2]、人格权^[3]，动物损害^[4]等主要侵权责任类型，范围全面，十分难得。此外，在该法第8表第4条中还首次出现了“*iniuria*”一词^[5]，这个术语或被译为针对财产的“不法损害”或被译为针对人身的“侮辱”，^[6]它是古罗马侵权法的核心术语，此后罗马法对一般侵权行为以及侵权类型的划分都是围绕着“*iniuria*”展开的。^[7]针对这些侵权行为，《十二表法》规定了三种承担责任的方式：一为肉体上的惩罚，或是受害人一方实施的同态复仇，或是来自于公权力代表施以的刑罚^[8]；二为支付一定数额的罚金，或为固定数额，或为损害估值的一定倍数；三为“损害投偿”，它只适用于动物或奴隶造成他人损害的特殊情形。虽然表面上也表现为投偿物主人丧失了一定的财产，但本质上它是物的所有权人通过抛弃所有权而摆脱责任，投偿物的价值与损害之间也不存在对等关系。被认为具有里程碑意义的改变在于该法第2条^[9]，针对侵害他人身体健康或完整性的侵权行为，罗马人不再固守古老的同态复仇方式^[10]，而是允许并提倡当事人之间就

[1] 参见徐国栋、阿尔多·贝特鲁奇、纪蔚民：“《十二表法》新译本”，载《河北法学》2005年第11期。第八表第10~12等条，后文中如无特别指出，所有《十二表法》的条款均引自此译本。

[2] T. 8. 2 - 4.

[3] T. 8. 1.

[4] T. 8. 6.

[5] T. 8. 4.

[6] D. 47. 10. 1. 1.

[7] D. 47. 10. 1 pr. ; G. 3. 220; I. 4. 4. pr.

[8] 主要为死刑（吊死、烧死或推下岩石摔死）或鞭笞。

[9] T. 8. 2.

[10] 西塞罗仍然肯定同态复仇是《十二表法》规定的8种处罚方式之一。但在整个《十二表法》中，同态复仇仅出现在第八表第2条中。

损害的赔偿达成“简约”(paetum)^[1]，以减少复仇行为给罗马人整体造成的二次伤害。它开启了从同态复仇向金钱赔偿的过渡，^[2]也标志着以弥补损害为主要目的的民事赔偿责任的产生，使得侵权责任开始显现出逐渐脱离刑罚的框架、具备独立的私法特性的势态。

(二)《阿奎利亚法》

第二部重要的法律是公元前 287 年由平民保民官阿奎利乌斯(Aquilius)颁布的《阿奎利亚法》，该法取代了之前所有涉及不法损害的法律。^[3]它把侵害他人私有财产的责任完全引入经济赔偿的轨道，且赔偿数额为该物品在一段期间内的最高市场价值。例如，同样针对不法砍伐他人树木造成损害的行为，《十二表法》科处固定数值每株 25 阿斯(aes)^[4]的罚金(poenā)^[5]，而《阿奎利亚法》则规定不法者需赔偿所有权人该树木在过去 30 日内的价值。^[6]比起前者浓重的处罚和惩戒色彩，后者已然开始表现出侵权法弥补损害的功能，不仅在赔偿数额的计算上更为合理，在效果上也更趋近法的公平本质。

长久以来，《阿奎利亚法》都被视做侵权行为法之源，实际上，《阿奎利亚法》只规定对作为财产的奴隶和牲畜等其他私有财物的损害赔偿，责任，《十二表法》中曾经有所涉及的人身权和

[1] 简约是采用法定契约形式以外的方式达成的协议，其要件与一般契约相似，因此归入契约类。

[2] 参见[英]巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，黄风译，法律出版社 2000 年版，第 218 页。

[3] D. 9. 2. 1.

[4] 古罗马时代早期，不以金银而是以铜为货币，称 aes。

[5] T. 8. 11.

[6] D. 9. 2. 27. 5; D. 9. 2. 27. 26.

人格权侵害则未作规定。因此，比照现代侵权法理论体系，《阿奎利亚法》仅仅是有关财产损害的侵权法，这与整个罗马私法注重财产性权利的特点不无关系。但是，作为大陆法系侵权法的起源，《阿奎利亚法》的作用确实举足轻重，其主要贡献在于：

第一，该法规定不法杀害他人奴隶或牲畜的，应进行损害赔偿。^{〔1〕}“不法”（*iniuria*）一词表明该法并非随意地调整全部损害行为，而只是针对那些法律做出否定性评价的侵权行为。这种否定性评价的标准就是现代侵权法奉为基础原则的过错原则，有过错即产生责任，这正是《阿奎利亚法》所创造的。

第二，继《十二表法》之后，《阿奎利亚法》进一步明确规定以受损财产的市场价值作为确定赔偿金额的标准。这个规定完成了侵权法独立的外在要件，即完善以弥补损害为主要目的和功能的损害赔偿责任，使侵权法更符合现代民法的特性，它和刑事法律之间的界限也愈发鲜明起来。

（三）《国法大全》

东罗马帝国皇帝优士丁尼敕令编纂的《国法大全》（*Corpus Juris Civilis*）是罗马法的一部收官之作。这部由《法典》（*Codex*）、《学说汇纂》（*Digesta*）、《法学阶梯》（*Institutiones*）和《新律》（*Novellae Constitutiones*）四部分集合而成的法律汇编，因为皇帝的敕令而具有法律效力，因此，它们当中有关侵权行为的内容，不论是皇帝的敕令还是学者的论述，都可以视为古罗马侵权法的重要组成部分。其中，《学说汇纂》和《法学阶梯》两部尤为重要。

〔1〕 D. 9. 2. 2pr.