

私法論文集

黃越欽著

大學用書

世紀書局印行

私法論文集

楚越欽著

江苏工业学院图书馆
藏书章

自序

法律是生活規範，法典是強制力之依據，訴訟是解決紛爭的方法，凡此等等都是極現實的；法律思想則是學者對法制方面的理想，以及支配法律內容的根本原理，或是法律規範的存在與目的之探討，諸如其類，則又是很理論的，如何使此二者融合貫通，是法律學界努力的目標。

鑑於國內法學教科書內容多包羅萬象，教材標準劃一，不易深刻，習法之士鍛鍊思想，形成獨立批判能力之機會相對減少。因此作者研究方向偏重於理論之闡明，作者深知思想不能決定存在，但理論却是可以領導實踐的，吾國自繼受歐陸法系民法典以來，大量民事法律關係已經跨出民法，步入公私法不分之範疇，而民法典本身也因為社會思想強調團體利益的結果，使「私法自治」的基本精神大受影響。私法發展正有待理論之成長，以決定其何去何從。

本書各篇論文係作者基於以上信念對一些私法問題的研究，陸續發表，累積而成。刊印成書的唯一目的是供各界參考或批評之方便。

黃越欽

民國六十九年八月於政大

目 錄

一、關於羅馬法中過失責任原則之研究.....	1
二、權利濫用與惡意抗辯權.....	23
三、論附合契約.....	71
四、契約給付義務新論.....	185
五、債務不履行與給付期待不能.....	223
六、承攬契約之履行責任與瑕疵擔保責任.....	263
七、論勞動契約.....	345
八、從勞工法探討企業管理規章之性質.....	383
九、國家賠償責任之比較觀察.....	431
十、從消費者保護法探討商品製造人責任.....	499
十一、住宅分層所有權之比較法研究.....	569

關於羅馬法中過失責任原則之研究

—— 要 目 ——

- ①羅馬法中過失觀念之形成
- ②羅馬法中關於過失觀念之規定
- ③東羅馬法學者對故意過失觀念之歸納
- ④日耳曼法對故意過失觀念之影響
- ⑤羅馬法過失責任原則之特殊規定
- ⑥羅馬法中關於瑕疵擔保責任之規定

關於羅馬法中過失責任原則之研究

一、羅馬法中過失觀念之形成

現代民法對損害賠償責任之確定，以下列四者為要件：(1)需損害發生。(2)損害由於行為人之行為所引起—因果關係問題。(3)須行為人有責任—故意過失問題。(4)行為不法。關於損害發生，在羅馬法上採客觀主義，以實際上所發生損害之填補為原則。關於因果關係，在古代羅馬法學者認為乃犯罪構成要件之一，〔注1〕亞奎利亞法典 *lex Aquilia* 〔注2〕民刑事不分，因果關係有無，完全根據刑法原理判斷，同時在實務中因果關係之有無，完全採客觀主義：即需有顯著之身體

1. Ayiter, Ann. Ist. 15 (1960) 237ff.; Cohen. St. De Francisci I 303 ff.

2. Pernice. Zur Lehre V. D. Sachbesch "adigungen (1867): V. Tuhr. Zur Scha tzung des Schadens b. lex Aquilia (1892) Mommsen. Str R 809ff.; Karlowa II 793 ff. Lawson. Negligence in the Civil Law (1950) Iff.; Schipani 4 Iff. pass. Weit Lit. mit folg. und u. § 144.

動作或事實，始斷定其有因果關係，單純的不作為尚不足以構成責任。同時其行為需為直接行為，如果以間接方法引起損害，亦被認為欠缺因果關係，被害人無訴權，加害人不負責任。直到古典時代，才漸漸創設了若干「類推訴權」，以資救濟，因果關係論之內容始稍完整。

關於故意過失問題，乃損害賠償責任基礎之重心，在早期羅馬法中尚未致意及之，蓋羅馬早期法律與任何民族之早期法律一樣，嚴格地以顯著地外表徵象為要件（嚴格之客觀主義），行為人對結果負其絕對責任（結果主義）。因此不但過失未分等級，即故意與過失亦未加區別；故意侵害固不論，過失侵害亦負絕對責任。〔注3〕學者間以為當時社會結構單純，幾乎大部分之損害發生，均多少有損害之故意在內，〔注4〕所以這種結果責任之原則在事實上已能規範單純的法律關係。直到古典時期，社會結構漸漸複雜，法學家才慢慢注意到各種不同之損害發生事件中，其責任之有無不可一概而論，每一具體損害發生，均應就其行為人之主觀意思及心理狀態決定其應負之責任。

在這種發展下，首先將行為人主觀意思分為故意與非故意，努瑪皇帝 Numa Pompilina 時曾頒布法律規定〔注5〕：「凡明知並有意殺害自由人者為殺人罪，應償命」〔注6〕 Si qui hominem libe-

3. Alf D. 9. 2. 52pr.; Paul. eod. 28. I; 304; ulp. eod. 7. 5. Lit.; Arno. St. Aldertoni I 53 ff.; Ulp. D. 9. 2. II. 3. 15. I; Iul. eod. 51Pr.-2 Schindler SZ 74 (1957) 201ff.; Rohle SD 31 (1965) 305ff. Pugsley, TR 38 (1970) 163ff.

4. Ist. I 333 f.

5. Max Kaser. Römisches Privatrecht S. 140.

rum dolo sciens morti duit paricidas esto 乃羅馬法律條文之起首語。如「凡……者」hominem liberum 者自由人也，此地極值注意者爲 dolo. sciens 二字、前者爲明知後者爲有意），但手中武器如非投擲而係跌落者，則根據十二銅表法第八表第二四條一項之規定，只須向死者之直系血親尊親屬賠償一頭公羊」Si telum manu fugis quam iecit（按 telum manu 由手中、magis……quam 與其說……不如謂爲……fugit 跌落、iecit 投擲。）觀察此項規定可能發現故意與過失已有重大差別，蓋由於故意與過失行爲所負之賠償義務的範圍之差別已極爲懸殊。同時關於刑事責任在十二銅表法第八表第十條，對縱火罪之處罰也因其故意或非故意而異其處罰，其他犯罪行爲中如竊盜 furtum、侮辱 iniuria 等，雖未明白規定故意及過失之差別，但却明白規定以故意爲要件，〔注7〕過失行爲不罰。

由於對亞奎利亞法典之研究，學者慢慢也注意到過失問題〔注8〕，古典時代早期之學者開始把「過失」作爲研究對象，但也離不開客觀主義、結果主義之束縛，只有在殺害行爲 occidere 或是重傷害 urere frangere rumpere 時，才考慮到過失的輕重問題，至於間接侵害及以不作爲侵害時，因果關係與責任仍然混爲一談。

到了古典末期，故意過失觀念也隨著民刑法之分離，而從刑事責任要件變成民事責任判斷之標準〔注9〕，到了這時才擺脫了客觀主義

6. Arangio-Ruiz. Resp. 226f.; Wesel 148f.; Schipani 83ff.

7. Ulp. D. 9. 2. 44Pr.; Mayer-Maly, AcP 163 (1964) 114ff.;
Arangio-Ruiz 232f.

8. Arangio-Reiz, Resp. 226 f.; Wesel 48f.; anders Schipaini 83 ff. (mit der h. Mg.)

、結果主義之影響。

另一方面，由於亞奎利亞法典之規定「凡損害他人權利者，除法律上有正當理由外，皆為違法行為」。所以得主張(1)正當防衛〔註10〕*Vim vi repellere licet*，對暴力得以暴力反擊之。見 *Cassus-Ulpianus* D 43. (2)緊急避難〔註11〕*Lab Ulp* D 9.21.。(3)自力救濟〔註12〕，為阻却違法之理由而免責。

關於自力救濟在古代羅馬訴訟法中非常重要，債權人擁有極大之追訴及執行權力。西元二年奧里歐皇帝 *marc Aurel* 勒令〔註13〕禁止債權人對債務人之有責任或無責任財產加以扣押，違反者受到喪失債權之處罰，有時並可構成暴力犯 *crimen vis*〔註14〕。後古典時期的

9. *P. Muc.-lav. D. 24. 3. 66pr.*

10. *Ulp. D. 43. 16. I. 27 vim vi repellere licere Cassius scribit Palu. D. 9. 2. 45. 4; Cic. P. Mil. 4. 10f.; Pernice III 73ff. Aru, Apal. 15 (1936) 119ff.; Mayer-Maly, RE9 A. 315 ff. (Vis); G. Longo, Fg. V. L'ubtow 321 ff.; Kaser EB 39; Wieacker, Textst. 234 ff.)*

11. *Cels, Ulp. D. 9. 2. 49. I; 43. 24. 7. 4; Lab.-Ulp. D. 47, 9. 3. 7; Pirnice 66ff.; Aru 136ff.; Mayer-Maly 318; Schipani 153ff.; 206ff.; 310.; G. Longo 331 ff.*

12. *Lit.; Aru. Apal. 15 (1936) 113ff.; 151ff.; Luzzatto 107ff.; Jolowicz, Mel. A. B. Schwarz 36ff. Archi, RIDA34 (1957) 229ff.; Mayer-Maly, RE 9 A. 315ff. Wesever. FS Steinwenter. 100ff.*

13. *decretum divi Marci (Call. D. 48. 7. 7. Marc Aurel)*

14. *Call. D. 4. 2. 13 = 48, 7. 7. i f. ius crediti non habebit.*

皇帝爲鞏固國家公權力，更嚴格禁止自力救濟；對以實力強行占有債務人之財產者嚴加懲罰〔注15〕。債權人既不許用強力占有未經債務人提供擔保之物，縱然爲債務人所供擔保而處於債權人占有下之物（質物），債權人亦不得爲沒入（流質）之行爲〔注16〕，至於正當防衛與緊急避難之主張，也大受限制。總之，在此一期期，過失與責任，責任與賠償義務間之關係，在學理上之嚴密體系仍未建立。

二、羅馬法中關於過失觀念之規定

在自力救濟受到很大限制之後，訴權才發揮其真正應有之功能，羅馬法中，權利與訴權密切結合，無訴權即無權利，所以過失雖已成爲研究之對象〔注17〕，但詳細分類却是從訴權之分類演進出來，羅馬法中過失分等之起源，乃是由於下列三組訴權：〔注18〕

1. 得依誠信原則起訴者 *bona fide iudicia*：按羅馬法中之誠信原則，不但要求每一債務人清償債務，而且要求債務人爲一切行爲

15. id quod deberi sibi putat. non per iudicem reposcit. Call.

D. II. cc.; Mod. D. 48. 7. 8. Diocl. C. 9. 12. 5.

16. UP, D. 47. 2. 56; PS5. 26. 4; ET 124; (Pignoris capio)

17. Pomp. D. 12. 1. 5., cum quaeratur. an per te factum sit (scil. quominus id dares) animadverti debbit. nonsolum in potestate tua fuerit id ne cne aut doo malo faceris quominus esset vel fuerit necne, sed etiam si aliqua iusta causa sit propter quam intellegere deberes te dare oportere.

18. Paulus D. 44. 4. 8pr = 50. 17. 173. 3?

，使債權之目的達成，並不得爲任何與債權目的相悖之行爲。得提起誠信原則之訴的債之法律關係有合夥(societas)、委任(mandatum)、監護(tutela)、寄託(depositum)、信託(fiducia)，這些法律關係之債務人，在履行債務時對債權人發生損害者，僅就故意(dolus malus)負其責任，不過任何有意的不誠實行爲，均被廣義地解釋爲違反誠信原則（在刑事上可受到破廉恥 infamis 之罰）推論結果，故意(dolus malus)乙詞乃成爲誠信(bona fides)之相反詞。不過以故意爲限，負賠償責任，債務人責任太輕，所以到了共和時期，漸漸有將重大過失視爲故意，或將重大過失視爲故意之一種者(Cicero P. Roe. III calsun D. 16. 3.)到了古典時期，已將違反監護義務(actio tutelae)對債權人發生損害之責任，擴大至重大過失，此一組訴權中過失責任演變爲今日民法中所謂重大過失責任。

2 第二組訴權爲特定物之返還之訴，在特定法律關係中，債務人往往占有債權人之物而將來須返還其物者，此時之債務人負有保管責任，斯即所謂善良管理人之責任(Custodia)〔注19〕。此種責任人除能證明損害係由於不可抗力(Vis maior)而免責外，須對物之滅失或損害負賠償之責，而且縱然債務人並無過失而物被竊滅失者，借用人亦應負責(Caius Ulpianus, D. 13.6.5.5.)。因爲羅馬法學家認爲此種損害之發生統統由於債務人未盡保管之責所致，故債務人要盡極大之注意義務，始能保護債權人之權利不受損害，債務人只有在特定之不可抗力之情形下才能免責（即失火、沈船、水災、建築物倒塌、地震、暴亂、盜匪搶劫、被敵人搶掠，及奴隸家禽之自然死亡Gaius D. 44.7.14.12.6.18.）。須盡善良管理人之責的債務人〔注20〕，包括

19. 在優帝羅馬法會典之中 custodia 乙詞常被 diligentia 所代替。Gai.

D. 44. 7. 1. 4; 13. 6. 18pr., teilw. itp.

借用人、看管人(fullo)、裁縫匠(sarcinator)、加工者、牧羊人、旅店主人、廐舍主人、船主人(nauta)、店員(caupo)、穀倉出租人及貨品鑑定人(inspestor)未交付以前之貨物出賣人、承租人、合夥人、質權人。不過在債務人依契約需將物置於危險之地者不在此限，如依契約之內容為海上運送時其責任另有規定。〔注21〕總之此類債務人獲有利益並占有債權人之物，如不科以較重之責任，不足以保障債權人，所以除不可抗力外，對極輕之過失亦能獲咎，欲不獲咎唯有以最大誠意盡最大注意，戰戰兢兢為善良之管理（抽象標準）。今日民法中稱之為抽象輕過失。

3. 第三組訴權乃嚴格訴訟中契約之訴(actionis ex stipulatu)、遺囑之訴(actionis ex testamento)及不當得利之訴(Condictio)等，此等訴權法律關係中債務人如果缺乏處理其自己事務之注意者即應負責，(per eum stetit, quo minus daret.)，所以上述債務人如因欠缺與處理自己事務應盡之注意，而使給付成為不能，或遲延，致生損害於債權人者即應負損害賠償責任。茲將上述三者列表說明之：

訴權之權原	債 務 人	應盡注意義務—責任
誠 信 原則之訴	1. 合夥人 2. 受委任人	注意義務輕，只對故意負其責任，到共和末期擴及重大過失

20. Cic. P. Rosc. Am. 38. III in privatis rebus, si qui rem mandatam nen modo malitcosius gessisset sui quaestus aut commodi causa, verum etiam negligentius...dazu Mtlteis 325 f.; anders Watson, Mandate (u. §. 1342) 199ff.; Obl. 153ff.

21. Gai. D. 19. 2. 25. 7.

	3. 受寄託人 4. 受信託人 5. 監護人	。
返還之訴	1. 借用人 2. 看管人 3. 裁縫匠 4. 加工人 5. 牧羊人 6. 旅店主人 7. 廐舍主人 8. 穀倉出租人 9. 商品鑑定人 10. 交付前之貨物出賣人 11. 船主人 12. 店員 13. 承租人 14. 質權人 15. 合夥人	負善良管理人之責，除不可抗力外（包括事變在內）均負責任。
契約、遺囑、不當得利之訴	1. 契約相對人 2. 不當得利返還義務人 3. 遺囑執行人	應盡與處理自己事務同一之注意義務。

上表所列雖係依當時訴權之分類而區別其責任輕重，不過在古典時代責任之認定仍頗有彈性，所以到了後古典時期之初，學者開始將過失歸納成等級，而建立一般原則；即在法律關係中未獲利益之一方

當事人，只對故意負其責任，而獲利之一方則對過失負責任〔注22〕。例如在無償寄託（*depositum*）只有寄託人獲利益，故受寄人只對故意負責任，但在使用借貸（*comodatum*）中、借用人獲利益，則應負善良管理人之注意義務。惟此一原則在無償之經理，委任，婦女監護（*tutor*）及無因管理（*negotiorum gestor*）時不適用之，債務人雖然無償亦對過失負責任。

上述原則雖為現代民法「過失之責任，依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人當事人以利益者，從輕酌定」之淵源，但在當時仍極不完備，只有學者間在學理上加以整理。例如該優士（*Gaius*）在羅馬法會典第二六冊中，對第一二號勅書第一章、九段所加註釋有如下實例檢討：「今有人基於無償寄託關係，將十枚金幣寄存於受寄人處，言明受寄人得使用該項金幣。在受寄人尚未動用金幣之前，受寄人只是占有人，一旦使用該金幣，則已成為所有人，其危險亦轉移於受寄人」茲列表如后：

法律關係	債務人地位	利益所屬	債務人責任
無償寄託	占有人	寄託人	對故意及重大過失負責（具體輕過失）
借貸契約	所有人	借用人	對輕微過失（包括事變在內）亦負責，即善良管理人之注意（抽象輕過失）

22. Alf. D. 9. 2. 52. 4; Proc. Pomp. D. 3. 5. 10. Paul. D. 2. 13. 7 Pr.; Inst. 3. 14. 2.

上表中無償寄託關係中債務人之地位爲占有人，由於無償關係，獲利者爲寄託人，因此受寄託人只對故意及重大過失負責任，但當受託人使用該金幣，由受託人變爲借用人之時，已成爲所有人，不復爲占有人，此時之利益即屬借用人，責任即加重，不但故意過失需負責任，即事變亦須負責。

三、東羅馬法學者對故意過失觀念之歸納

在西羅馬帝國崩潰後法律退化，在羅馬帝國故址上建立之王國施行各原來之固有法，對責任之等級竟予廢棄，古典時期之法律文化喪失意義。不過在東羅馬帝國却另創責任理論，將原有之原則重爲整理，由優士丁尼皇帝集其大成。查當時羅馬帝國已深受希臘人文主義之影響〔注23〕，所以完全擺脫結果責任之思想，而確定過失責任原則，但關於過失之意義已與原來不同，所謂之過失包括在道德上有可責性之任何行爲在內，此一廣義解釋之結果，乃產生了現代民法以下之原則「……故意以背於善良風俗之方法加損害於他人者，負損害賠償責任」此一規定乃羅馬法與希臘文化，基督文化調合之結果〔注24〕，其中倫理意味頗重，不過由於此原則之「善良風俗」乙詞含意甚爲廣泛且不確定，故只以「故意」爲限負賠償責任，過失之情形不與焉。

過失觀念演進至此，遂不再依各別訴權定其責任，而是一套概括

23. Ge 2. 9. pr. omnes obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex aulap Archi 365f.

24. Coing (o. A. 3) 53, Mitteis 317. H. Kriiger-Kaser, SZ 63 (1943) 166f. Biondi II 78 f.

之原則，以爲各種具體法律關係判斷責任之標準。

東羅馬的責任理論繼續進步，對契約及準契約之責任的等級，作更詳盡之分析與整理，故學者間有稱之爲拜占庭式思想，其標準如下：

(一)最重之責任：這種責任於債務人有義務最大之注意時 (*exactissima diligentia*)〔註25〕負之。換言之，這時候債務人連最輕微地過失也要負責，可謂動輒獲咎。這種最重之責任所科的對象，主要是在古典時期，需負善良管理人之責任 (*custodia*)〔註26〕—抽象過失。

(二)在 *custodia* 責任之外只對故意及重過失負其責任，此時只需盡一般之注意義務爲已足 (*diligentia*)，即所謂盡職之家父所應有之注意 (*diligens pater familiss*)〔註27〕是也，這顯然受希臘哲學之理論影響而產生之制度—重過失。

(三)次輕的責任即不復要求債務人盡一種抽象的（因爲其要求最抽象的超平常人）責任而科以債務人一種具體的、處理其自身事務應有

25. *exactissima diligentia custodiendae rei* in Gai aur, D. 44, 7, 1, 4 (*exacta* in Inst, 3, 14, 2) *diligentissimus paterfamilias* in Inst. 3. 24. 5 D. 13. 6. 18pr. itp. Sonstige Steigerungen *culpa* oder *diligentia* in *custodia*-F" allen: D. 2. 13. 7 Pr.; 18. 6. 2. 1. 3 (U. A. 30); 12; S. ouch *omnis culpa (diligentia)* in D. 39. 2. 18. 9; 38pr.; D. 18. 1. 35. 4L *talis custodia... qualem bonus paterfamilias auis rebus adhibet.*

26. 見註（註二五）

27. 見註（註二五）