

新時代法學叢書

侵權行爲責任論

戚維新著

新時代法學叢書

戚維新著

侵權行為責任論

商務印書館發行

中華民國二十五年十一月初版

徐

(32420.1)

新時代
法學叢書
侵權行為責任論 一冊

每冊實價國幣陸角

外埠酌加運費匯費

著者 戚維新

發行人 王雲五
上海河南路

印刷所 商務印書館
上海河南路

發行所 商務印書館
上海及各埠

版權所有
翻印必究

(本書校對者胡達聰)

吳序

侵權行爲責任之規定於民法者，纔十數條，非立法者，不之重視，特以侵權行爲法中，可以分條別緒作概括之規定者，止於此耳。惟其規定於明文者簡而略，適用上遂多疑難，而詮釋之書爲不可少矣。

時下法學著作雖多，而於侵權行爲法之詮釋尙乏專書，有之則均附麗於債編，限於篇幅，於侵權行爲法中之重要觀念，如故意不法因果關係等等，自難有妥當之處置。獨戚君此書，能以淺近流暢之筆，將侵權行爲責任之精微，詳爲闡發，利用最新法理，抉其奧比，引歐美判例見其用，更揭明審判之過程 (Judicial process) 以示法律之動態，非徒逐句就章註釋其字義而已。誠深得解釋之道者也。使法律而果爲揣測，則此書庶幾爲揣測之最近似者矣。讀之不獨可以瞭然於侵權行爲法之內容與運用，卽於法律之實相，法學之趨勢，亦可窺見一班也。

吳經熊作於上海二十五年五月十九日

弁言

民法一科，最稱繁博。侵權行爲，雖其一部，而旁涉頗多，著者不揣譾陋，妄爲註釋。雖執筆之際，亦嘗審慎從事，終爲學力所限，謬誤仍多。尙希海內閎達，不吝賜教，匡我不逮，則幸甚矣。

本書之作，吳德生先生鼓勵之力爲多。又蒙貸以羣籍，賜以鴻序，感莫大焉。此外師友間接或直接予以臂助者，亦頗不乏人，併此誌謝。

目次

第一章	緒論·····	一
-----	---------	---

第一節	侵權行為之觀念·····	一
-----	--------------	---

第二節	侵權行為責任與刑事責任·····	四
-----	------------------	---

第三節	侵權行為與不道德行為·····	五
-----	-----------------	---

第四節	侵權行為責任之沿革·····	九
-----	----------------	---

第五節	侵權行為之分類·····	一二
-----	--------------	----

第二章	侵權行為·····	一八
-----	-----------	----

第一節	概論——有咎責任·····	一八
-----	---------------	----

第二節	責任能力·····	二〇
第三節	侵權行為之構成要件·····	二四
第四節	因果關係·····	七一
第五節	共同侵權行為·····	八四
第六節	有咎責任之特則·····	八九
第三章	準侵權行為——無咎責任·····	一三四
第四章	侵權行為之救濟·····	一四五
第一節	排除侵害·····	一四五
第二節	損害賠償·····	一四七

侵權行爲責任論

第一章 緒論

第一節 侵權行爲之觀念

何謂侵權行爲？法律維持社會生活之工具也。爲使社會各份子實行互助生活，不致軋轢起見，要必使各人對其共同生活者，相互間負擔某種私法上之義務，避免與共同生活不相容之行爲。此種義務有時爲作爲，有時爲不作爲，有時爲盡相當注意，有時爲避免損害他人；若有違背此種義務，致生損害於他人者，除有妨害公衆利益之舉，當按刑法懲治外，須使其補償此項損害，一則使他人不致無端受損，二則亦寓儆戒之義也。所謂侵權行爲者，卽無正當理由而違背此項對於一般人

或特定之一類人法律上義務之作爲或不作爲也。茲更闡明之。

(一) 侵權行爲所違背之義務，係法律所規定之義務，與契約上之義務有別。契約上之義務，雖亦爲私法上之義務，其最後效力亦係法律所賦予，但係由當事人合意自願負擔者，當事人如無合意，法律無強其負擔之意。其義務之範圍，亦一以當事人之意思表示爲斷，法律能解釋或補充之，而不能取而代之。侵權行爲法上之義務，則爲法律明文或非明文所科定，不問行爲者之意思，強制執行者也。侵權行爲有同時爲違背契約上義務者，違背契約之行爲，有時亦足構成侵權行爲。前者如約定返還他人所有物而侵佔之；後者之例則爲：甲租用乙馬，因過失致馬死，一方固爲違背契約上之義務，一方亦爲侵權行爲也。

(二) 侵權行爲所違背之法律上義務，係一人對於一般人或特定之一類人負擔者。舉例明之，社會中每員均有不侵害他人身體之義務，不問對方之相識與否，均應遵守。是其相對之權利主體在一般人也。土地所有人經營工業，應注意避免損害鄰地，旅店主人應爲客人保管貴重物件，凡此均爲對於特定之一類人負擔之義務也。學者間有以侵權行爲爲對世權之侵害者，以爲對人權

僅能對於特定人主張之，其侵害不得以侵權行為視之，實屬謬誤。蓋多數侵權行為，雖屬對世權之侵害，然對人權之侵害，亦足構成侵權行為。舉例明之，英美法旅客投宿旅店，旅店不得無故拒絕，（註一）旅客投宿之權，非對世權，僅能對旅店營業者主張之，然而如有拒絕行為即不能不謂為侵權行為。又如客人以貴重物件託旅店保管，主人無故拒絕，致遭損失；代理本人出售貨物，而虛報貨價，以圖中飽；我大理院判例八年上字三一二號，為他人雇用人員而浮報薪水以便侵蝕者，係侵害委任人之權利：凡此均為侵權行為。但所違反者，為對人權，而非對世權。畢高氏（Piggot）（註二）有云：『對世權而外，法律更因某項關係之存在，科特定人以某項義務，此項義務雖為對於一般人而負擔，但一般人僅能對此特定人主張之，不能謂為對世權，但可以對世義務（Duty in rem.）名之。凡違背對世義務之行為，均為侵權行為。』蓋不無見地之論也。

（三）侵權行為不必限於作為，正如刑事犯罪不必限於作為。若有作為之義務，而不作為，其足構成侵權行為一也。英儒奧斯汀（註三）謂侵權行為，以作為為限者，蓋亦有所蔽也。大率作為義務，淵源不外下列四途：

(一) 由於法律明文規定者；

(二) 由於親屬關係者；

(三) 習慣對於某項職業或財產所科者；

(四) 法律科於某項法律關係者。

其他無作為義務存在者，不作為自不能構成侵權行為也。

第二節 侵權行為責任與刑事責任

侵權行為係違背人與人間之法定義務，而大部分之犯罪行為亦然。但二者設置之目的既異，其責任之內容亦殊。就目的論，刑事制裁着眼於保護社會之安寧，使社會之生存不致為犯罪行為所威脅；而侵權行為責任，係着眼於保護社會中之個人，使其因他人行為所受之損害有救濟之方。是以前者之制裁為刑罰，後者為損害賠償或回復原狀。白萊司東 (Blackstone) (註四) 有云：『民事損害為對於各個人個別之私權之侵犯，而犯罪係違背對於社會整個集合體之義務』可見二

者性質上迥不相同。犯罪行為非必侵權行為，侵權行為亦非必犯罪行為；同樣，犯罪行為處罰後，非必卸其賠償責任，賠償後亦非必不能處罰。一舉動同時負二種責任者，往往有之。斯蓋法律認為該項舉動非僅侵害私權而已，亦將違害社會之安寧，是以於責令賠償外，尚須施以刑事之制裁也。就責任之內容論，刑事責任原則上限于故意之行爲。過失之處罰以有特別規定者爲限。且非限于有損害之結果，有時且併未曾實施之行爲而罰之。至於民事責任則限于有實際之損失，否則縱其人罪大惡極，亦可不負責任。若有損害，則不因其由於故意或過失而異其責任，有時且責令毫無咎尤之人負賠償之責也。然二種責任，性質雖異，功用上卻有相成之處。民事責任雖云純爲補償他人損害而設，實則亦含有儆戒之意；而刑事責任之設置，私人亦蒙其保護，可見尚有息息相關之處也。

第三節 侵權行為與不道德行為

侵權行為爲違反法律所認為應盡義務之行爲，不道德行為係違反社會道德觀念所容可之

行爲。法律之標準爲客觀的，但問行爲人之行爲是否合乎準則；而道德之標準則進一步追究行爲人行爲之不合標準是否出於自主。二者截然不同。是以侵權行爲非必不道德，不道德行爲亦非必爲侵權行爲，其理甚明。茲再舉例以明之。例如 美例 *Mohr v. Williams* 95 Minn. 261 甲醫爲乙女視察左耳之病，得其同意，爲施手術，於麻醉狀態中，發現右耳之疾更深，實亦有施手術之必要，遂施之。乙女以侵犯其身體權起訴，甲醫雖好意，亦不能逃其責。又如甲行於鐵路旁，見一孩立軌道，而車頃刻即至，甲明知小孩不知趨避，若不拯之以手，必遭巨禍，然仍漠然不顧，孩因以死，甲雖爲不道德，而不構成侵權行爲。

然而法律所認定之義務非限於條文所規定者。反之，法律上義務，違反之足以構成侵權行爲者，大半均未見諸明文。無明文斯無固定之內容，是以道德觀念遂得隨時隨地以影響之矣。卽有明文規定之義務，立法之際，亦往往取之於社會道德觀念。足見道德觀念之於法律，抑猶原料之於工業品，法律之材料雖非完全取給於道德觀念，然而亦不能缺乏道德觀念之成分。（註五）至於侵權行爲法，受道德觀念之影響尤易，是以至今尙有甚多道德上用語遺留於侵權行爲法中，此爲過去

道德影響之證明，亦足爲將來道德勢力繼續侵入之導線也。

歐美有一時期，嘗因法律與道德分別過嚴，距離過遠，法律遂不免流於苛刻。例如自衛殺人亦負責任。(Statuti of Gloucester, 6 Ed 1, c. 9, 1278)至十五世紀後，始逐漸脫離『嚴格時期』(Strict law)愛姆斯(Ames)氏曰『六百年改良之精神，使我人之法律制度逐漸接近道德觀念，雖至今未至亦步亦趨之境』(註六)依薩克氏(Isaacs)(註七)亦曰『法律，行爲之規範也。以倫理觀念爲其努力之方向，然永無到達之期。』蓋社會道德之觀念(moral sense)爲法律內在的生命，法律若距離道德過遠，必不能有長時間之苟延(註八、九)其故有二：一則道德觀念與社會人士之關係較切，其潛在勢力較深，法律若與社會道德觀念背馳，則不易爲人民所遵守。二則法律爲社會之產物，若與道德觀念不符，必受其指摘，時間既久，零星之指摘，將漸形成改良運動也。是以時至今日，雖尙有不符合道德觀念之法律，然以傳統地位或公共政策故得苟延其生命，各國法典均有類乎道德之規定。(註一〇)茲舉二例以明之：

一、我民法總則第一四八條「權利之行使，不得以損害他人爲主要目的」此即著名之禁止

權利濫用之規定，採自德國民法者也。在昔個人主義時代，法律多以權利為中心觀念，以為權利之行使致生損害於他人，法律不得禁止。縱其行使之目的純為損害他人於己毫無利益者，但以法律不問動機故，仍免其責任。是以一人於其所有地汲涸井水，以絕鄰井之水源；或於己地造一高逾尋常之籬圍，以阻礙鄰屋窗前之視線，均認為行使權利之行爲，無法糾正。其違悖一般道德觀念為何如！至二十世紀初，德瑞士立法例始有明文取締，而英美之趨勢亦認此種行爲為侵權行爲矣。（註一）

（二）在我國既有本條之規定，則凡有此種行爲，自得依民法債篇侵權行爲規定提起回復原狀或損害賠償之訴。法律責任而繫於行爲者之動機，即法律與道德混同者一也。

二、民法債編第一百八十四條第一項下段規定「故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者，亦同。」（即負損害賠償責任）德國判例：有某產業組合決議會員不得雇用某甲為工人，各產業原無雇用某甲之義務，某甲亦無要求雇用之權利，此項決議並不違反法律上之義務。然而無端絕他人生計，亦有悖於道德觀念。既有此項之規定，法院可認此項決議為侵權行爲，而予救濟，此法律之漸進於道德之又一例也。（按採自 *Sebuster, The Principle of German Civil Law*

第四節 侵權行為責任之沿革

我國舊法民事與刑事責任不加區分，欲求侵權行為責任之起源不得不於西洋法制史中求之。侵權行為法之名稱，產生甚晚。即在英美，十九世紀中葉以前，僅有個別之侵權行為，而無侵權行為之總稱。然而侵權行為責任之發生實先於刑事責任。初民知有侵權行為責任，而不知有刑事責任，荷蘭氏（Holland）（註二）嘗云：『古者凡對於私人之侵害，縱危害於公共福利如殺人者，亦視為私人損害，可以賠償了結之。』足見昔人受侵權行為法規保護多而賴刑事法規之保護少也。初民文化簡陋，有爭必決之於武力，其生活唯一之規範，厥為迷信之信條耳。法院之組織自付缺如。一旦有彼此侵犯之事，則惟仗決鬪以定曲直，以為直者神祐之，必勝也。及後文化漸開，始稍稍有舍鬪爭而就調解人。理曲直者曲者納資於直者，以贖其愆。積有年歲寢成定例。有爭必就調解人評曲直，而臨場勸說之調解人亦漸成為固定之機關。理曲者除納資贖愆外，（民事責任）尚須納

款以爲調解人之酬勞，此則罰鍰之嚆矢也。（註一三）

侵權行為之訴訟既濫觴於私爭之調解，而所納之「損害賠償」又原爲贖罪之資，則其責任觀念純着眼於復仇，蓋已無疑。當時人士，素以復仇爲當然之天職，一旦受人侵害，自惟行為者是問，行為之爲故意過失，本不屑問。重以思想未開，迷信甚重，其責任觀念亦在在受其孵育。凡作惡之器若人，以爲必有作惡之鬼，附於其體，視爲不祥，名爲兇物，摒諸四嶽之外，墮磚傷人，則磚爲凶，磚之主人，應交出或拋棄之。若仍以之建屋，則被害人得並其屋而毀之。（註一四）其責任觀念非着眼在行為者之咎責，亦非損害人之賠償，蓋視無機物爲有生命，可以爲復仇之標的。此後，由復仇而贖罪，由贖罪而賠償，古時責任觀念之演進，此爲典型。無機物爲然，凡具有生命，而在古時認爲權利之客體者，更可依樣適用。家畜傷人，畜爲凶，主人僅須將畜交出或驅出，不再豢養，即可免責。驅逐之畜，人人可以擊之，（註一五）蓋亦復仇與迷信之觀念交織使然。推而至於人，子女奴婢本無獨立人格，若有侵犯他人之舉止，他人惟家長是問。家長對於此輩行動，須絕對負責，不問其管束爲何如。但家長能將侵權者交出，即可免責。此迷信與復仇之責任觀念適用之又一例也。由上所述，足見先時之責任觀