研究論文
《中研院法學期刊》第 39 期
頁 91-157（2026 年 9 月）

「咎由自取」（*de se queri debere*）*
—— 理髮師案（Ulpian D. 9, 2, 11 pr.）中的與有過失

李君韜**

摘 要

本文從著名的「理髮師案」文本出發，闡述羅馬法與有過失案例中加害人賠償責任「全有全無」規則的制度背景，並探討該文本在歐洲法學各發展階段中的不同解讀方式。理髮師案中的「咎由自取」意味著，在被害人與有過失之情形，加害人損害賠償責任應予免除。Zimmermann為此歸納出四種可能解釋：過失相抵、因果關係中斷、被害人有較重過失、自甘冒險。本文的討論顯示，這四種解釋分別可銜接於中世紀註釋法學、教會法學、近代人文主義法學與當代羅馬法研究，有著各自不同的思想背景。羅馬法傳統中損害賠償責任全有全無的模式，在當代民法典中雖被源自Wolff理性自然法學說的損害分配模式取代，但當代與有過失規範模式的另一項要素——衡量雙方對損害發生的與有原因力——卻可溯源至歐陸普通法學說，而可被認為是羅馬法在當代民法中留下的印記。

＊ 投稿日：2025年5月6日；接受刊登日：2025年12月31日。〔責任校對：林彧霈〕。
本文初稿發表於2023年10月6日中央研究院法律學研究所主辦之「馬漢寶教授紀念學術研討會」。感謝主辦人簡資修教授、與談人黃松茂教授及兩位匿名審查人惠賜寶貴意見，使本文經修正後有較為完整的結構與內容。廈門大學法學院徐國棟教授分享其即將出版之Gaius D. 9, 2, 2新譯，啟發作者重新審視並修改初稿中相關羅馬法原始文本之譯法；中原大學財經法律學系兼任講師陳旺聖先生協助蒐集文獻，謹併此致謝。本文文責概由作者自負。

＊＊ 國立中正大學法律學系副教授。

穩定網址：https://publication.iias.sinica.edu.tw/41605162.pdf。

關鍵詞：與有過失、過失相抵、因果關係中斷、較重過失、自甘冒險、侵權責任、阿奎利亞法。

目 次

壹、「理髮師案」的文本與主要問題
貳、理髮師案中過失侵權責任的「全有全無」
一、本段文獻之原始出處
二、阿奎利亞法侵權責任
三、過失侵權損害賠償責任之「全有全無」與程式訴訟
參、「咎由自取」的各種解釋方案
一、中世紀註釋法學派的過失相抵（*culpae compensatio*）學說
二、中世紀教會法學說的「近因／遠因」（*causa proxima/ causa remota*）區分
三、近代人文主義法學的較重過失（*culpa maior*）學說與修辭學之運用
四、「自甘冒險」——理髮師案的當代羅馬法學解讀
肆、理髮師案與當代民法之關聯
一、19世紀德國普通法文獻中的理髮師案與過失相抵
二、當代民法與有過失規則的確立
伍、結論

壹、「理髮師案」的文本與主要問題

在民法的歷史中，與有過失規則的發展過程是一個相當重要而有趣的議題。從羅馬法、中世紀以後的羅馬法繼受，一直到現行民法，各個時代的法學家針對被害人與有過失的問題提出過許多不同的規範方案。在這個前後長達兩千多年的歷程裡，最引人關注的議題就是從「損害賠償責任的全有或全無」規範模式向「損害分配」模式的轉變[1]。本文擬以著名的「理髮師案」為例，呈現羅馬法與

1 王澤鑑，損害賠償法，頁341-342，2017年（下稱：王澤鑑，損害賠償法）；王

有過失[2]的「全有全無」規範模式的歷史背景，闡述其如何在中世紀以降學說中歷經不同的解讀後，最終仍在現行民法「損害分配」的規範模式中留下了印記。

「理髮師案」的文本如下：

D. 9, 2, 11 pr. Ulpian，《告示註釋》第18卷
Mela同樣寫道：一些人進行球賽的時候，其中一人猛然擊球，打中理髮師的手，使之向下切落。理髮師手中持著刮鬍刀，正為一名奴隸刮鬍子，他因此切斷該名奴隸的咽喉。在所有牽涉其中的人裡，有過失的那人應依阿奎利亞法（*lex Aquilia*）承擔責任。Proculus認為，理髮師有過失。的確，若他在人們通常進行遊戲或者交通繁忙的地方

澤鑑，損害賠償法上的與有過失，法令月刊，67卷4期，頁1-2，2016年；向明恩，醫療過失案件中急重症患者與有過失之探討——最高法院105年度台上字第136號民事判決，月旦裁判時報，84期，頁13-14，2019年。

2 我國民法第217條之「與有過失」，係德國民法第254條Mitverschulden一詞之迻譯，在英美法的類似概念則為contributory negligence。由於英美法的contributory negligence在歷史發展上原有導致加害人無須負損害賠償責任之後果（即「全有全無」模式），直至20世紀才逐漸確立比例分配損害的原則（參見本文「參、四、(一)」之討論），我國文獻有將該用語譯為「共同過失」者（例如陳聰富，自甘冒險與運動傷害，臺北大學法學論叢，73期，頁144，2010年），以與我國民法的與有過失有所區隔。羅馬法原始文獻中並無直接對應於現行民法與有過失的用語，但本文對羅馬法原始文獻的分析將顯示出，羅馬法學家對相關問題進行了細緻的討論。基於行文上的方便，有必要借用「與有過失」一詞指稱羅馬法學家就相關問題提出之學說與見解。在此，與有過失指的是，被害人以某種（構成法律上充分原因的）方式促成了自身所受損害之發生（參閱EMANUEL VAN DONGEN, CONTRIBUTORY NEGLIGENCE: A HISTORICAL AND COMPARATIVE STUDY 7 (2014)）。應當注意的是，李建良教授認為，「與有過失」一詞中的「過失」（Verschulden），不可等同於「故意／過失（Fahrlässigkeit）」這組對立概念脈絡意義下的過失，允宜正名為「與有責任」（參閱李建良，「與有過失」與國家責任——法律用語、概念、原則的融貫思維與體系建構，收於：王必芳編，2019行政管制與行政爭訟——國家責任與保護義務，頁296-297，2023年）。在拉丁文羅馬法文獻中，*culpa*（本文譯為「過失」）一詞兼有Verschulden（廣義之*culpa*）與Fahrlässigkeit（狹義之*culpa*）之意（參閱Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht, 4. Aufl., 1987, S. 231），本文為儘可能減少用語上的分歧，暫沿用「與有過失」之譯名。

> 為人刮鬍子，那麼就存在可對他提出非難的事由。不過，當一些人主張下列見解的時候，他們也不是全無理由：若理髮師將其理髮座設置在危險的地方，某人卻仍然信賴理髮師，則他是咎由自取（*de se queri debere*，直譯：應對自己提出控訴）[3]。

本段文獻探討的案例事實是：理髮師（*tonsor*）在一個進行球賽的場所附近提供服務，為一名奴隸刮鬍子。羅馬各階層的民眾均有刮鬍之習慣，經濟條件較佳者會在高級的理髮廳接受此項服務，經濟條件較差者則多半選擇路邊設置的理髮座接受服務[4]。正當理髮師為奴隸刮鬍時，參與球賽的其中一人猛力擊球，球擊中了正在為奴隸刮鬍子的理髮師，理髮師失手切斷奴隸的咽喉，奴隸死亡。奴隸所有人對理髮師提起阿奎利亞法之訴（*actio legis Aquiliae*），依該法第一章訴請理髮師賠償損害。問題在於此項訴權之要件是否皆已具備。

針對此一案件，本段文獻提到三位法學家的見解。Fabius Mela僅提到應由有過失者承擔責任，卻未指明有過失的究竟是理髮師、球員，還是喪命的奴隸，但至少他指出了這個案件的主要爭點在於過失問題。Proculus與Domitius Ulpianus則有不同見解：Proculus認為理髮師應依阿奎利亞法（*lex Aquilia*）承擔責任，Ulpian對此似有所保留，認為奴隸可能才是有過失的一方，其過失應由提起訴訟的

---

3 D. 9, 2, 11 pr. Ulpianus libro 18 ad edictum: "*Item Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat, gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.*" 德譯文見Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis: Text und Übersetzung, Bd. II: Digesten 1-10, 1995, S. 739。

4 Fargnoli, Die durchschnittene Kehle, Fundamina 20 (1), 2014, 275 f.

原告（即奴隸所有人）承擔，其結果則是理髮師無須承擔責任。Ulpian在後半段討論的問題，相當於現行民法的與有過失，但其解決方案卻與現行民法迥然不同。在被害人與有過失之情形，現行民法採取在加害人與被害人間分配損害的規範模式，而理髮師案中，理髮師卻只可能承擔全部責任，或完全無責任，不存在第三選項。在歐洲私法史中，本段文獻是與有過失規範模式最重要的基礎文本之一，然而，原始文本中無論關於案件事實、法學家見解背後的論證理由，均有詳加闡述之必要。以下擬先說明本段文獻的原始出處、文中三位法學家的時代背景，概述本段文獻適用的阿奎利亞法，進而回顧歐洲法律史各個發展時期中關於本段文獻的不同解讀方式，最後闡述本段文獻反映的羅馬法與有過失規範模式與我國民法第217條之關聯。

貳、理髮師案中過失侵權責任的「全有全無」

一、本段文獻之原始出處

（一）Ulpian及其《告示註釋》（*ad edictum*）

本段文獻的原始出處為Ulpian的《告示註釋》第18卷。Ulpian（生卒年約為公元170–223年）為古典晚期法學家，著述豐富，其中最重要者為《告示註釋》共81卷[5]、《薩賓市民法註釋》共51卷。告示註釋係以法務官（*praetor*）告示為註釋文本。法務官一職設置於公元前367年[6]，被委以執掌司法之權（*iurisdictio*），任期一年。法

5 TONY HONORÉ, ULPIAN: PIONEER OF HUMAN RIGHTS 159 (2d ed. 2002). Honoré指出，以往的研究文獻雖認定該註釋共有83卷，但最後兩卷其實是《貴族市政官告示註釋》（*Ad edictum aedilium curulium*）。

6 *Praetor*一詞源自*prae-ire*（走在前面），有「軍隊統帥」之意。早期的法律曾以*praetor maximus*稱呼羅馬共和體制中的最高官員，後來才改用執政官（*consul*）稱呼之。公元前367年一系列共和憲政改革法案（稱為*leges Liciniae*

務官就任時會頒布告示（*edictum*），在塗抹石灰的白色木板（*album*）上載明任期內行使權限的各項原則與措施，其最主要的內容為原告得提起之各種訴權（*actiones*，其實體法上之意義相當於當代民法的請求權），以及被告得主張之各種抗辯（*exceptiones*）的程式範例[7]。自共和成熟期（約公元前3世紀）以降，法務官告示構成「職權法」（*ius honorarium*）的主要部分[8]，與市民法（*ius*

Sextiae）在兩名執政官之旁復設置*praetor*一職，該官職逐漸演變成專職司法（*iurisdictio*）的官職（參閱Kunkel/Schermaier, Römische Rechtsgeschichte, 14. Aufl., 2005, S. 20-22）。在中文文獻中，有將*praetor*譯為「裁判官」者（例如陳朝壁，羅馬法原理（上冊），頁15，1937年），有將其譯為「法務官」者（例如鄭玉波，羅馬法要義，4版，頁135，1977年；陳自強，契約錯誤法則之基本理論——契約法之現代化Ⅳ，頁87，2015年），本文從後者。

7 Bürge, Römisches Privatrecht: Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung. Eine Einführung, 1999, S. 17. 除了各種訴權與抗辯的程式範例之外，告示內容還包括法務官命訴訟當事人為損害賠償或擔保目的而訂立的「法務官問答契約」（*stipulationes praetoriae*）、為保護特定當事人而作成之回復原狀命令（*in integrum restitutio*），以及令狀（*interdicta*，其中最重要者係為占有人創設的各種即時救濟手段）。參閱Waldstein/Rainer, Römische Rechtsgeschichte. Ein Studienbuch, 12. Aufl., 2024, S. 155。

8 與當代國家法秩序不同，羅馬法具有數種不同層次（Schichten）的法源，蓋尤斯（Gai. 1, 2）提到：「羅馬民眾的法規範係由下列法源構成：制定法（*leges*）、平民會議決議（*plebiscita*）、元老院決議、皇帝諭令（*constitutiones principum*）、有告示頒布權（*ius edicendi*）者所頒布的告示，以及法學家的專家意見（*responsa prudentium*）」（原文與德譯文見Manthe (Hrsg.), Gaius Institutiones (Die Institutionen des Gaius), 2004, S. 36-37）。就私法而言，可依其效力來源基礎而將上述法源劃分為市民法（*ius civile*）與職權法（*ius honorarium*）兩大領域，制定法、平民會議決議、皇帝諭令可劃歸前者；執掌司法（*iurisdictio*）的法務官，與對市場交易法律爭訟具有管轄權的貴族市政官，為行使其職權而頒布的告示，則為職權法的主要內容。實際上，無論是司法官員行使其職權，或當事人進行訴訟時，均需要法學家提供專業意見，從而羅馬私法具有法學家法（Juristenrecht）的性質。參閱Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 22. Aufl., 2021, S. 21-25。關於*honorarium*一詞的來源，以及職權法與市民法之間的關係，Papinianus於D. 1, 1, 7, 1有簡短的說明：「法務官法，指法務官基於公共利益，為支持、補充或矯正市民法而引進的法。由於法務官職為榮譽職（*honor praetorum*），法務官法也可稱為職權法（*honorarium*）」（原文與德譯文見Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Fn. 3), S. 93-94）。原文中的*honor*、*honorarium*均源自*honos*，即象徵榮譽的羅馬神明。在羅馬人的觀念裡，「榮譽」（*Ehre*）是基於卓越貢獻而獲得的獎勵（參閱Eisenhut, Honos, in: Ziegler/Sontheimer (Hrsg.), Der Kleine Pauly. Lexikon der Antike, Bd. 2:

civile）並存。最早為法務官告示撰寫註釋的是公元前1世紀（前古典時期）法學家Servius Sulpicius Rufus與Aulus Ofilius，古典時期則有更多法學家為之撰寫註釋，公元3世紀的Ulpian與Paulus則為後世留下了最大規模的同類型文獻[9]。

Ulpian的告示註釋，係以公元2世紀法學家Sextus Pomponius的同名著作為主要基礎，對數個世紀流傳下來的相關文獻進行篩選、嘗試用更清晰、概觀的方式呈現之，並對爭議問題提出自己的權威見解[10]。該註釋書的第18卷為關於阿奎利亞法的討論[11]，其撰寫年代可能為皇帝Severus Antoninus Augustus (Caracalla)統治期間（公元211至217年）[12]。

（二）Mela與Proculus

在理髮師案的文本的開頭，Ulpian引述了前代法學家Mela與Proculus的見解。為了更清楚呈現不同時期羅馬法學家對與有過失問題的思考方式，在此需要簡述Mela與Proculus的時代背景。

Dicta Catonis - Iuno, 1979, Sp. 1213）。*Ius honorarium*原意為法務官基於榮譽官職（*honor*, Ehrenstelle）而創設的法，其德文的通用譯名為Amtsrecht，故本文將之譯為職權法（參閱Seckel, Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9. Aufl., 1926, S. 238）。公元130年，法學家Julian受皇帝Hadrian委託編纂城市法務官（*praetor urbanus*）告示，固定其內容，稱為《永久告示》（*edictum perpetuum*）。目前羅馬法學界使用的通行版本是1927年由Otto Lenel重構的第3版，參閱Waldstein/Rainer (Fn. 7), S. 156。

9 羅馬法學的發展，前後橫跨數百年，一般文獻將其概分為三個時期：前古典時期（自公元前3世紀至前1世紀）、古典時期（自奧古斯都建立帝政至公元235年）、後古典時期（自公元3世紀後半至優士丁尼完成法典編纂）。參閱Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 8), S. 4-9; Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht, 9. Aufl., 2001, S. 3。誠如Fritz Schulz所言，古典時期實為羅馬法發展的顛峰，任何關於羅馬法的研究，必以古典法為起點，最終也必回到這裡，參閱FRITZ SCHULZ, CLASSICAL ROMAN LAW 1-2 (1951)。

10 Schulz, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, 1961, S. 246-247.

11 Lenel, Palingenesia iuris civilis, volumen alterum, 1889, col. 523 f., pal. nr. 614.

12 HONORÉ, *supra* note 5, at 176.

關於Mela的確切生活年代，能夠使用的資料不多。Wolfgang Kunkel[13]與Tony Honoré[14]認為，Mela應為帝政初期的法學家，年代相當於Marcus Antistius Labeo（即公元前1世紀末至1世紀初）。Mela應非出身於義大利，而是來自西班牙或其他受凱爾特人影響的地方，尤其可能是山南高盧（*Gallia Cisalpina*）[15]。在Ulpian的著作中，引用Mela著作之處多達30次，這些引用可能來自原始文獻，但也很可能轉引自其他法學家，且轉引之出處難以確定[16]。

第二位被Ulpian提及的法學家Proculus，在羅馬法學發展史中具有關鍵地位。雖然考證其生平也存在許多困難，但大致可認定他的主要生活年代是公元1世紀前半。自古典時期法學開始，羅馬法學家形成了Sabinus與Proculus兩個學派[17]。一般雖認為後者可上溯至更早期的學者Labeo（公元前1世紀末至1世紀初），但該學派卻以Proculus命名，由此可見Proculus的重要地位[18]。Proculus的主要著

13 Kunkel, Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen, 2. Aufl., 1967, S. 116.

14 HONORÉ, *supra* note 5, at 147.

15 Kunkel (Fn. 13), S. 116.

16 HONORÉ, *supra* note 5, at 147-48.

17 Pomponius D. 1, 2, 2, 47-48：「在此之後，Ateius Capito（Ofilius的承繼者）與Antistius Labeo具有最高聲望，後者曾聽過前述所有法學家的授課，但其養成教育則來自Trebatius。……他們可說是最早創立兩個可稱為不同學派的人。質言之，Ateius Capito堅守那些被傳授給他的學說；相對之下，Labeo有卓越的悟性，相信自己所受的學術訓練（他也曾從事其他學術領域的研究），並在此基礎上提出了眾多的革新方案。接著，Massurius Sabinus承繼了Ateius Capito，Nerva承繼了Labeo，他們強化了兩學派的對立。」原文與德譯文見Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Fn. 3), S. 109-110。這兩個學派並非真正的教學機構，而是一種在具領袖地位的法學家與其門生之間形成的個人連結，法學家們在各自的學派內延續其學說傳統。兩個學派的見解對立，主要展現個別法律問題的討論上，至於兩者間是否在法學思想上具有根本差異，難有定論。參閱Waldstein/Rainer (Fn. 7), S. 249。

18 Pomponius D. 1, 2, 2, 52：「……Proculus承繼了Nerva。在同一時期，還有Nerva二世（Nerva Filius）與出身騎士階層的Longinus，他後來一路晉升到法務官職務。但Proculus有較高的權威，因為他影響力最大」。原文與德譯文見Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Fn. 3), S. 111。Kunkel認為，Pomponius所說的「最大影響力」，不僅來自其法學上的聲望，而是更進一步來自其政治生涯所帶

作為《書信集》（*Epistulae*，共8卷，另一說為11卷）。每一則書信都是以一個案件作為開頭，性質上屬於探討個別案件的專門著作，可用作實務指南，也可能是為了教學目的而撰寫[19]。

二、阿奎利亞法侵權責任

（一）阿奎利亞法第一章與第三章

「理髮師案」中侵權責任的成立依據為阿奎利亞法第一章。由於後面的其他羅馬法文獻會使用到第三章，在此一併闡述。

一般文獻認為阿奎利亞法係公元前286年由羅馬平民會議通過的決議（*plebiscitum*）。公元前287年的霍藤西亞法承認平民會議對全體羅馬公民有拘束力，因此，阿奎利亞法雖係平民會議決議，仍被賦予「制定法」（*lex*）之名稱。阿奎利亞法共分三章，但實際上一章就是一條條文，此外，第二章很早就已喪失規範功能[20]。該法第一章與第三章的規定如下：

D. 9, 2, 2 pr. Gaius，《行省告示註釋》第7卷
阿奎利亞法第一章規定：「不法殺害他人奴隸、女奴或他人

來的影響力。據考證，Proculus可能在公元1世紀中葉擔任過執政官一職。參閱 Kunkel (Fn. 13), S. 123-126。

19 Mayer-Maly, Proculus, in: Ziegler (Hrsg.), Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, Bd. 54, 1957, Sp. 1236-1237.

20 第二章的內容，見Gai. 3, 215-216：「針對那個作成已收取債款之問答契約，致生損害於問答契約主債權人的副問答契約債權人（*adstipulator*），第二章規定了一項可請求賠償該債權額的訴權。眾所周知，這條規定同樣引進了損害賠償訴權。然而，若暫不考慮在被告否認其自身責任時，原告得依此規定訴請賠償雙倍金額，那麼，此規定實無存在必要，因為委任之訴（*actio mandati*）即已能充分達成同樣的目的」。原文與德譯文見Manthe (Fn. 8), S. 310-313。據此，第二章涉及的情況主要是，問答契約的債權人委任他人收取債款，使受任人與債務人訂立相同內容的問答契約（即Gaius所說之副問答契約*adstipulatio*），受任人卻違背委任義務，與債務人訂立已收取債款的問答契約（*acceptilatio*），使原本問答契約的債權視為已受清償消滅，而實際上未收取債款。Gaius的說法顯示出，第二章規定之所以喪失實際作用，與侵權——契約責任之二分在羅馬法中獲得確立有關。

之四足群養牲畜者，有義務向所有人賠償該物在該年度中具有之最高價額[21]。」

D. 9, 2, 27, 5 Ulpian，《告示註釋》第18卷
阿奎利亞法第三章規定：「以殺害奴隸或四足群養牲畜以外之方式，不法焚燬（*urere*）、擊碎（*frangere*）、或撕裂（*rumpere*）他人之其他財物者，有義務向所有人賠償該事件在未來三十日內具有之價額[22]。」

---

21 Gaius libro septimo ad edictum provinciale: "*Lege Aquilia capite primo cavetur: 'ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto'*". 德譯文見Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Fn. 3), S. 733。應說明的是，拉丁文原文中"*quadrupedem vel pecudem*"的字面意思為「四足動物或群養牲畜（德譯Herdentier）」。以字面文義解讀本段文獻，會產生一個問題：只要被殺害的客體是他人所有的四足動物，即有可能成立阿奎利亞法第一章的侵權責任，而這樣的解讀似難與其他相關法源文獻相互融貫（例如註23引用之Gaius D. 9, 2, 2, 2；另請參照徐国栋，优士丁尼《法学阶梯》评注，页479，2011年）。根據學者考證，"*quadrupedem vel pecudem*"實應理解為"*quadrupedemve pecudem*"，即「或〔他人之〕四足群養牲畜」（參閱Seckel (Fn. 8), S. 615）。其次，拉丁文原文所稱之「章」（*caput*，德譯Kapitel），實際上是一條條文（參閱Iustinianus（徐国栋译／阿尔多・贝特鲁奇、纪慰民校），法学阶梯（第三版），页609，2021年）。此外，有學者依據羅馬制定法（*lex*）的命名規則（lex+提案人氏族名的陰性形式+de+法案內容描述），認為應以「關於損害的阿奎流斯法」（簡稱「阿奎流斯法」）之譯名取代「阿奎利亞法」，蓋本法之提案人係護民官Lucius Aquilius（參閱齐云，罗马的法律中译名的诸问题研究，收于：徐国栋编，罗马法与现代民法，第8卷，页75，2014年；齐云、徐国栋，罗马的法律和元老院决议大全，收于：徐国栋编，罗马法与现代民法，第8卷，页178，2014年）。

22 Ulpianus libro 18 ad edictum: "*Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: 'Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto'*". 德譯文見Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Fn. 3), S. 747。關於阿奎利亞法第三章的法律效果，Gai. 3, 218留下了與Ulpian不同的記載。在該處，阿奎利亞法第三章的法律效果為賠償「過去30日期間內具有的價額」（*quanti in diebus XXX proxumis ea res fuerit*），而非「未來30日內具有之價額」（*quanti ea res erit in diebus triginta proximis*）。一般文獻多以Ulpian流傳的版本為準，其理由與相關討論，參閱李君韜，阿奎利亞法過失侵權責任的歷史發展與經濟分析：以彭波尼D. 9, 2, 39「驅趕母馬案」為中心，歐美研究，54卷2期，頁190-191，2024年。

這兩章都涉及不法侵害他人所有權的情形，但兩章的侵害客體不同。第一章針對的是不法（*iniuria*）殺害（*occidere*）他人奴隸或四足群養牲畜[23]，第三章針對的是不法焚燬、擊碎、撕裂他人其他有體物之情形。阿奎利亞法使用這些具體的動詞指稱加害行為，且以加害人藉由積極作為直接對客體造成損害（*damnum corpore corpori datum*）為要件。在這種狹隘的語意與嚴格的要件下，阿奎利亞法最初的適用範圍相當有限。然而這樣的狀態無法長久持續，因此羅馬法學家很快就發展出擴張適用阿奎利亞法方案。關於第三章，前古典時期的法學家直接擴張解釋「撕裂」（*rumpere*）一詞，認為一切對物造成破壞（*corrumpere*）的情形都應包括在內[24]。

關於阿奎利亞法的法律效果，第一章與第三章規定有所不同。第一章的法律效果是賠償遭殺害之奴隸或牲畜在過去一年間的最高價額，明顯具有罰金性質，例如，若奴隸遭殺害之前的一年間，曾經受有重傷，大幅貶值，加害人仍須賠償該年度內的最高價值，其數額可能遠高於奴隸遭殺害時的實際價值[25]。第三章的法律效果則指向損害事件發生時起的未來三十天，其性質接近於今天所稱的損害賠償。不過，當法務官依阿奎利亞法賦予原告訴權時，無論涉及的是第一章或第三章的情形，若被告否認其加害行為，最後卻遭敗訴，則被告須支付第一章或第三章所規定金額的雙倍[26]。在這個意義下，阿奎利亞法之訴具有罰金訴訟（即懲罰被告）的性質，這在阿奎利亞法相關討論的開展過程中具有重要性。

---

23 根據Gaius D. 9, 2, 2, 2，四足群養牲畜（*quadrupedes pecudes*）主要指綿羊、山羊、牛、馬、騾、驢。原文與德譯文見Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Fn. 3), S. 733。

24 Ulpian D. 9, 2, 27, 13，原文與德譯文見Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Fn. 3), S. 748. 另請參閱陳自強，契約責任與侵權責任之歸責——以法律史及比較法為中心——契約法之現代化IX，頁18，2025年；李君韜，註22，頁189。

25 Liebs, Römisches Recht. Ein Studienbuch, 6. Aufl., 2004, S. 204.

26 REINHARD ZIMMERMANN, THE LAW OF OBLIGATIONS: ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION 974 (1996).

（二）過失（*culpa*）概念的形成

前面提及，在阿奎利亞法的發展過程中，原本規定的嚴格要件很快就顯得不足。羅馬法學家除了藉著將第三章的「撕裂」（*rumpere*）理解為「破壞」（*corrumpere*）而擴張第三章適用範圍，也針對間接損害（即不符合前述「加害人藉由積極作為而直接對客體造成損害」）之個案，承認法務官得賦予原告一項以阿奎利亞法為範例的「個案事實訴權」（*actio in factum*）[27]。從今天的角度來看，這其實就是阿奎利亞法訴權的類推適用，只不過羅馬人是在訴訟程序層面上進行這項操作[28]。

藉由為個案創設事實之訴而實質擴張阿奎利亞法的作法，為阿奎利亞法的發展帶來重大影響。在阿奎利亞法初始發展階段採用較嚴格的字面文義解釋的背景下，加害行為（殺害、焚燬、擊碎、撕裂）往往隱含了加害人的故意，於是，加害行為的發生其實同時意味著不法（*iniuria*）。然而，隨著阿奎利亞法適用範圍的擴張與個案事實之訴的創設，間接加害人即可能因被害人提起個案事實之訴而負損害賠償責任。為了讓間接加害情形中損害賠償責任之成立能被控制在一個合理範圍內，不至於過度擴張，羅馬法學家逐漸發展出了過失（*culpa*）概念，用以篩選出應歸責於加害人的行為，作為

---

27 例如Ulpian D. 9, 2, 9 pr.：「同樣，在一名助產士讓女奴服下藥物，女奴因此死亡之情形，Labeo提出了下列區分：若助產士親手餵女奴服下藥物，那麼她殺害了（*occidisse*）女奴。倘若助產士提供女奴藥物的方式是讓女奴自行取用，則應賦予一項針對個案事實創設的訴權。這項見解是正確的。因為助產士只是造成了死亡原因（*causam mortis praestitit*），而非殺害」。原文與德譯文見Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Fn. 3), S. 738。親手餵藥符合直接對客體施以損害的要件，從而奴隸所有人得直接依阿奎利亞法第一章訴請助產士賠償損害。相對於此，女奴自行服下了助產士放在某個地方的藥物，助產士係間接造成損害，法務官僅得針對個案事實賦予訴權。針對此類案件，有必要考量助產士於具體個案中是否違反注意義務，以判斷其是否最終應負損害賠償責任。從而，法務官針對間接損害情形創設的個案事實之訴，是過失概念形成與發展的重要制度上背景。

28 參閱Hausmaninger, Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia, 5. Aufl., 1996, S. 37-38。

成立損害賠償責任的要件。由於阿奎利亞法的原文中未有「過失」一詞，於是，羅馬法學家只能依靠著「不法」（*iniuria*）這個用語而開展出過失概念。具體而言，羅馬法學家先是認定，若損害之發生係基於偶然事變（*casus*），即不構成不法。藉此方式，他們將偶然事變與「過失」（*culpa*）區分開來。接著，他們不斷藉由個案的探討，充實過失概念的內涵，以至於後來羅馬法學家反而更常將阿奎利亞法的要件統稱為「過失致損害」（*damnum culpa datum*），取代早期的「不法致損害」（*damnum iniuria datum*）用語[29]。

（三）「理髮師案」中Mela與Proculus的決定理由

在D. 9, 2, 11 pr.這整段文獻中，過失（*culpa*）概念是三位法學家討論的核心問題，而他們各自針對此案件提出了不同的解決方案。

Mela認為，在此事件的所有參與者中，有過失的那人（*in quocumque eorum culpa sit*）應依阿奎利亞法負責。不過，那個人到底是誰，Mela沒有提出最終的說法。從前面關於阿奎利亞法的說明來看，可能應負責的人是將球打出界外的人[30]，也可能是理髮師，至於死亡的奴隸及其所有人則無從依阿奎利亞法承擔責任。值得注意的是，在本段文獻的後半，無論Proculus或Ulpian，都沒有探討擊球者承擔阿奎利亞法責任之可能性。從前面關於阿奎利亞法的討論中可以得知，就算羅馬法學家認為擊球者應承擔責任，其責任的依據也不會是阿奎利亞法的直接之訴（*actio directa*，即法務官直接依

29 參照Gai. 3, 211：「若某人基於故意或過失而殺害，即應被理解為不法殺害。在那些欠缺不法而發生損害的情形中，人們也不會因其他制定法而受到制裁。從而某人若因偶然事變（*casus*），而非因過失或故意造成損害，就不會受到制裁」（原文與德譯文見Manthe (Fn. 8), S. 310-311）。另請參閱李君韜，註22，頁202-205；陳自強，註24，頁18-19。

30 Corjo Jansen, *Mitverschulden: Einige Betrachtungen über D. 9, 2, 11 pr.*, *in* VIVA VOX IURIS ROMANI: ESSAYS IN HONOUR OF JOHANNES EMIL SPRUIT 103, 104 (L. de Ligt et al. eds., 2002). 即從原文中*vehementius*（猛然、劇烈地）一語推測，Mela可能認為應負責的人是擊球者。

阿奎利亞法賦予之訴權），而是會以個案事實之訴作為依據，畢竟，對於奴隸咽喉遭切斷一事而言，將球擊出界外最多僅有間接關聯，如此一來，若賦予原告對擊球者提起阿奎利亞法之訴的權利，將會與古典法學的通說相牴觸[31]。另一方面，擊球者的行為極可能被認定為合法行為，從而一開始就被排除於進一步的討論範圍外[32]。

相較於Mela，Proculus明確認定理髮師應依阿奎利亞法承擔責任。值得探討的是，原文中「的確，若他在人們通常進行遊戲或者交通繁忙的地方為人刮鬍子，那麼就存在可對他提出非難的事由」（*et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur*）這句話，究竟是Proculus的見解，抑或是Ulpian為Proculus見解提出之補充？關於這個問題，對照Proculus為另一個類似案件作成的決定，或許可以發現一些線索：

---

31 Lübtow, Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato, 1971, S. 107. Ulrich von Lübtow甚至認為這段文獻遭到竄改，植入了一段後古典法學家的註釋（Glosse），《學說匯纂》通行版本中流傳的Mela見解，其實沒有任何價值（wertlos）。

32 可對照Alfenus D. 9, 2, 52, 4：「好幾個人在玩球，其中一人試著接球的時候，撞到一名年幼的奴隸；奴隸跌倒，摔斷一隻腳。有人問，這名年幼奴隸的所有人可否依阿奎利亞法，對那位撞倒奴隸的人提起訴訟。我的鑑定是，他不可以提起訴訟，因為這個傷害顯然是基於偶然事變（*casus*），不是基於過失（*culpa*）而發生的」（原文與德譯文見Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Fn. 3), S. 768）。這段文獻應係以球員在通常可進行球賽的地點，依比賽規則進行球賽為預設。於此情形，若一名球員撞倒另一名參與球賽的奴隸，球員本身並無過失。P. Alfenus Varus為Servius Sulpicius Rufus之學生，於公元前39年任候補執政官（Suffektkonsul），他或者他的父親應為具有騎士等級身分的企業主，經營製鞋工廠。Alfenus的主要著作為《學說匯纂》（*Digesta*）共40卷。在羅馬法學文獻中，*digesta*是一種常見的文獻形式，用於收錄作者曾經作成的全部專家鑑定意見，可能還會加上進一步的討論，並且由於優士丁尼將其對古典法學文獻的彙編稱為*Digesta*而更加具有重要性。《學說匯纂》原則上依照法務官告示體例編排素材，但有時候也兼採《市民法》（*ius civile*）的體例。當Alfenus著作中以不知名的第三人稱表述見解時，該第三人應指其老師Servius。參閱Mayer-Maly, P. Alfenus Varus, in: Ziegler/Sontheimer (Hrsg.), Der Kleine Pauly. Lexikon der Antike, Bd. 1: Aachen-Dichalkon, 1979, Sp. 255; Kunkel (Fn. 13), S. 29; Waldstein/Rainer (Fn. 7), S. 244。

D. 9, 2, 7, 3 Ulpian，《告示註釋》第18卷
Proculus寫道，若某人因受另一人撞擊，造成損害，那麼，那個撞擊的人，由於並未殺害任何人，而那個被撞擊的人，由於並未不法造成損害，因此兩人均無須承擔責任。據此，針對那個撞擊的人，應當賦予為個案事實而創設之訴權[33]。

在這個案例中，A受B撞擊，進一步撞上C（奴隸），導致C死亡。Proculus認為，C的所有人不得對A提起阿奎利亞法之訴，因為A根本沒有實施任何加害行為。另一方面，B並未直接殺害（*occidere*）C，其撞擊係間接導致C死亡之原因（*causam mortis praestare*）從而C之所有人也無法直接對B提起阿奎利亞法之訴（簡稱「直接之訴」，*actio directa*），僅得對B提起個案事實之訴[34]。理髮師案中「在人們通常進行遊戲或者交通繁忙的地方……」這句話，可能是Proculus為了與這段文本所述的案例事實進行區辨而提出的。換言之，Proculus之所以認為理髮師應負阿奎利亞法責任，D. 9, 2, 7, 3中遭撞擊的人（即前述之A）則無阿奎利亞法第一章責任的理由在於，在球賽進行時，球員失誤而將球拋至界外的情形經常出現。理髮師在提供其專業服務時，對於使用剃刀的危險性應有所認知，對此應負特別的注意義務，卻仍選擇在這裡提供服務，從而他有過失[35]。而在D. 9, 2, 7, 3的情形中，Proculus並未期待被撞擊的

33 原文與德譯文見Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Fn. 3), S. 736。

34 在法務官決定賦予原告個案事實訴權時，會在訴訟程式（*formula*）中具體描述案件事實，並且以「（被告行為係）造成死亡之原因」（*causam mortis praebuisse*）取代阿奎利亞法原本的用語（例如「殺害」（*occidere*））。前面提到，阿奎利亞法之訴具有罰金訴訟（Pönalklage）之性質，敗訴的被告須支付高出實際損害額度的金額。Zimmermann認為，個案事實之訴則可能不具有此種懲罰的性質。換言之，個案事實訴訟本身是以賠償原告所受損害（*quanti ea res erit*）為法律效果，此外，否定自己責任且最後敗訴的被告，無須支付雙倍的賠償額。參閱ZIMMERMANN, *supra* note 26, at 993-94。

35 VAN DONGEN, *supra* note 2, at 89-90; Paschalis Paschalidis, *What Did* Iniuria *in the* Lex Aquilia *Actually Mean?*, 55 RIDA 321, 352-53 (2008). Paschalis Paschalidis進一

人要負特別的注意義務。在這樣的理解下，將D. 9, 2, 11 pr.中「的確……提出非難的事由」一句認定為Proculus的見解，應為合理[36]。

三、過失侵權損害賠償責任之「全有全無」與程式訴訟

D. 9, 2, 11 pr.的最後部分（從「不過，當一些人主張……」之後到結尾）是Ulpian針對Proculus而提出的補充意見，應無疑問[37]。將奴隸認定為「咎由自取」的後果是，理髮師的損害賠償責任全部不成立，此即所謂「全有全無」（all or nothing）的規範模式，而這需要從當時的通常訴訟程序——即程式訴訟（Formularprozess）[38]——加以說明。程式訴訟分成兩個階段進行，第一個階段由法務官審理（稱為*in iure*），法務官聽取雙方當事人之事實陳述後，參酌法

步認為，Proculus所持之立場近似於亞里斯多德，認為一個人不可能以不公正的方式對待自己，因此根本沒有考量死亡奴隸本身的與有過失。理髮師的營業本身雖為正當合法，卻由於在危險地點營業，而仍應被認為構成過失意義下的阿奎利亞「不法」（*iniuria*）。

36 參照Fargnoli (Fn. 4), 277；Wollschläger, Das eigene Verschulden des Verletzten im römischen Recht, ZRG RA 93 (1976), 132。VAN DONGEN, *supra* note 2, at 89認為Proculus原本的見解可能已經被6世紀《學說匯纂》的編纂者刪去，「的確……非難的事由」這句話應係出自Ulpian，但他並未針對此點提出進一步佐證。

37 這裡有兩點需要說明：第一，Ulpian自己究竟是否認為理髮師應依阿奎利亞法負責，其實並不明確。從「的確……存在可對他提出非難的事由」一語來看，Ulpian似乎原則上贊同Proculus，但同時指出這種見解可能存在例外。第二，Ulpian在結尾處提到，提起阿奎利亞法之訴的原告（奴隸所有人）是「咎由自取」，這裡其實預設了奴隸所有人應為奴隸的行為負同一責任。這項預設可藉由對照羅馬法侵權法的「損害轉承責任」（Noxalhaftung）規則獲得說明。舉例而言，若一名奴隸不法毀損他人之物，侵害其所有權，那麼，被害人應對奴隸的所有人，而非對實施加害行為的奴隸提起阿奎利亞法之訴。奴隸所有人可以選擇給付承審法官依阿奎利亞法而定之損害賠償（稱為*noxam sarcire*，即「填補損害」），或選擇將造成損害的奴隸委付於被害人（稱為*noxae deditio*，即「加害者委付」）。參閱Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 8), S. 361-363。在理髮師案的結尾處，Ulpian似乎基於相同的原則而預設了，在奴隸遇害的情形，奴隸所有人也應承擔奴隸自身行為的一切後果。

38 程式訴訟可能形成於共和早期，相較於古老的、源自十二表法時期的法定訴訟（*legis actiones*）而言，具有較大彈性，逐漸取代法定訴訟而成為通常訴訟程序，於古典法時期發展完備後又逐漸式微，最終在公元342年遭全面廢止。參見Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 8), S. 55-57。

務官告示中的訴訟程式範例，將雙方的各項爭點整理成訴訟綱要，並任命一名承審法官（*iudex*）審理後續的程序。以理髮師案涉及的阿奎利亞法第一章為例，法務官告示中的訴訟程式範例具有如下的基本形態：

> 茲任命Titius為承審法官。若能證明被告不法殺害系爭奴隸，從而應使被告向原告支付系爭奴隸在過去一年間具有之最高價額，那麼你，承審法官，應以判決命被告向原告支付該價額的兩倍；若無法證明，應宣示被告責任不成立[39]。

一旦雙方當事人聲明接受法務官擬定的訴訟綱要，法務官即藉由敕令（Dekret）宣告訟爭確立（*litis contestatio*，其意義相當於現行法的「訴訟繫屬」），並以書面載明訴訟綱要[40]。接著，案件就會送交具有私人（而非國家官員）身分的承審法官進行第二階段的審理（稱為*apud iudicem*）。法務官擬定的訴訟綱要，其實是對承審法官下達的審判指令[41]。承審法官僅能依據法務官擬定的綱要，逐一認定綱要中列舉的各項要素能否被當事人舉證證明。依據前述訴訟程式，承審法官只能認定被告有無不法，並且在不法的要件中，一併認定被告有無過失，也只能依照程式的指令，作成被告責任成立的判決，或諭知被告責任不成立。即使在原告與有過失的情形，承

---

39 Lenel, Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 3. Aufl., 1927, S. 201. Lenel重構的訴訟程式範例原文為：“*S. p. N^m N^m illum seruum iniuria occidisse, quam ob rem, quanti is seruus in eo anno plurimi fuit, tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o dare oportet, tantam pecuniam duplam iudex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a*”。根據Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 8), S. 71，訴訟程式的開頭會有任命承審法官的條款，故正文中加上「茲任命Titius為承審法官」（Titius *iudex esto*）的字樣。

40 Waldstein/Rainer (Fn. 7), S. 159.

41 Peter Stein認為，這種將程序劃分為兩個階段的作法，能夠使法務官行使職權的時間獲得有效運用。在兩階段的劃分中，第一階段確立爭訟的綱要，是最關鍵的階段，因此須由法務官審理，第二階段的事實認定則往往需要耗費大量時間。羅馬人認識到，在許多情形中，雙方當事人所爭執的並非法律的內容，而是案件事實。關於後者，一般公民具有判斷能力。參閱PETER STEIN, ROMAN LAW IN EUROPEAN HISTORY 8 (1999)。

審法官也只有認定被告責任成立或不成立的選項，無從基於原告之與有過失而減輕被告責任。從制度面來看，歐洲私法史中關於原告與有過失情形之「全有全無」規範模式，實係羅馬法程式訴訟制度的遺跡[42]。

進一步值得探究的是，Ulpian究竟基於何種標準與理由而認定理髮師責任成立與否？由於這段文獻本身沒有提供完整的決定理由，後世的法學家便從各種不同角度提出解釋。當代羅馬法學者Reinhard Zimmermann歸納出四種主要的解釋方案。第一種方案認為，原告與被告間發生「過失相抵」（balancing of fault），而且只要被害人有過失，無論其過失程度如何，都有可能抵銷加害人的過失。第二種方案則從因果關係角度出發而認為，若理髮師的顧客有避免損害發生的最後機會，即應認為理髮師的過失行為與被害人死亡之間的因果關係中斷。第三種方案是在衡量加害人與被害人各自的過失後，若認為被害人有較重的過失（preponderant negligence），即應認為加害人的過失被排除。最後一種方案——似乎也是Zimmermann較為贊同的解釋方案——則立基於「自甘冒險」而認為，本案中的被害人係自願接受理髮師的服務，使自己暴露於隨時可能發生的意外，應自行承擔由此導致的後果[43]。

本文將闡述，這四種解釋方案係形成於中世紀以降各時代法學家對羅馬法文獻的不同解讀方法。對這四種解釋方案的歷史形成背景進行較為深入的考察，將能呈現出同一段羅馬法原始文本在各時

---

42 ZIMMERMANN, *supra* note 26, at 1010-11. 這也說明了，為何在程式訴訟制度與阿奎利亞法訴訟的罰金性質均告消失後，當中世紀以降的法學家開始基於羅馬法文獻進一步探討與有過失的規範模式與理由構成時，他們往往感到困惑，進而提出各種分歧的解釋（參閱FREDERICK H. LAWSON, NEGLIGENCE IN THE CIVIL LAW 53-54 (1950)）。關於古典羅馬法程式訴訟的進一步說明，參見李君韜，註22，頁191-195，以及李君韜，「乳酪工坊案」（Ulpianus D. 8, 5, 8, 5）中的羅馬法相鄰關係規範模式及其當代影響，東海大學法學研究，67期，頁45-50，2024年。

43 ZIMMERMANN, *supra* note 26, at 1012-13.

期法學思想背景下折射出的不同面貌，且各種解釋彼此間既有相互傳承的關係，也在傳承的過程中被修正。最後，即使現行民法的與有過失規範已從「全有全無」模式改為損害分配模式，這些解釋方案仍與現行民法有所關聯。

參、「咎由自取」的各種解釋方案

一、中世紀註釋法學派的過失相抵（*culpae compensatio*）學說[44]

（一）對理髮師案的註釋

Zimmermann提到的第一種解釋方案，可上溯至中世紀註釋法學家（Glossatoren）的著作。13世紀的Accursius[45]在《標準註釋》（*Glossa ordinaria*）中，針對理髮師案的「咎由自取」一語有如下的解釋：

> Gl. queri debere ad D. 9, 2, 11 pr.
> 「咎由自取」，因為他自己知悉此事；若他並不知情，例如他是盲人或外邦人，就不應這麼認為。Ioannes Bassianus還

44 在我國文獻中，「過失相抵」與「與有過失」實為同義詞（參閱孫森焱，民法債編總論（上冊），109年4月修訂版，頁445，2020年）。本文於闡述中世紀至19世紀的*culpae compensatio*學說時，以「過失相抵」稱之，但其效果為損害賠償責任之全部免除（即「全有全無」），特此說明。

45 Accursius（生卒年約為1181/85–1259/63年）的《標準註釋》收錄了對《市民法大全》（包括《封建法書》（*Libri feudorum*））的註釋共96,940則，被認為是註釋法學派的總結，並且成為後來法學與實務解釋羅馬法的基礎，直至17世紀，《標準註釋》在歐洲許多地方決定了普通法（gemeines Recht）的範圍（所謂「法院不必斟酌標準註釋所不承認的原則」）。參閱Dorn, Accursius (1181/85–1259/63), in: Kleinheyer/Schröder (Hrsg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 2017, S. 13-14；戴東雄，中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法，2版，頁64，1999年。

> 提到，使自己處於危險的那個人應受責難（*imputatur*），如同「使用借貸」標題下最後一個片段〔筆者按：此處指D. 13, 6, 23〕所示[46]。

乍看之下，這段註釋對「咎由自取」一語的理解似乎具有「自甘冒險」的意味。不過，對照註釋中引用的D. 13, 6, 23即可看出，此處所說的「應受責難」，係指被害人自己有過失。D. 13, 6, 23之案件事實為：貸與人出借一匹馬於借用人，該馬於行程中受有損傷，而借用人對此並無過失。Pomponius認為在此情形中有過失的一方是貸與人，因為他應當知道該馬無法承受長途跋涉之重負[47]。再進一步對照《標準註釋》中關於D. 9, 2, 9, 4「拋擲標槍案」的解釋（在《學說匯纂》中，「理髮師案」係緊接於「拋擲標槍案」之後），可更明顯看出中世紀註釋法學家是以「過失相抵」作為被害人與有過失情形中加害人得以免責之理由。拋擲標槍案的原始文本如下：

> D. 9, 2, 9, 4 Ulpian，《告示註釋》第18卷
> 若奴隸因他人在比賽拋擲標槍時被刺死，應有阿奎利亞法的適用。但若運動家在運動場上拋擲標槍，而奴隸正好經過這個區域，即不應適用阿奎利亞法，因為他不應（*quia non debuit*）在不對的時間跨越原本預定為拋擲標槍之用的場地。然而，凡是故意將標槍擲向奴隸者，仍應依阿奎利亞法承擔責任（*tenebitur*）[48]；

---

46 Accursius/Contius/Gothofredus/Cuiacius/Brosseus, Corpus Iuris Civilis, Bd. 1, 1627, Sp. 1023.

47 Pomponius D. 13, 6, 23：「我借給你一匹馬，讓你騎著牠前往某地。若這匹馬在你騎行途中受有損傷，而此事之發生並非因為你有任何過失所致，那麼你無須依使用借貸之訴負責；我才應該是有過失的那一方，因為我竟然將一匹無法承受此種長途勞累的馬借給你使用」。原文與德譯文見Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis: Text und Übersetzung, Bd. III: Digesten 11-20, 1999, S. 176。

48 原文與德譯文見Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Fn. 3), S. 738-739。

關於這段法源文獻,《標準註釋》有下列兩則解釋:

Gl. quia non debuit ad D. 9, 2, 9, 4

「因為奴隸不應」。從而,**過失與過失可相互抵銷而消滅**,正如底下「論抵銷」標題下的"*Si ambo*"片段〔筆者按:此處指D. 16, 2, 10 pr.〕,以及「論婚姻解消後如何訴請返還嫁資」標題下的"*Viro*"片段〔筆者按:此處指D. 24, 3, 39〕。Ioannes Bassianus[49]。(粗體與底線為筆者所加)

Gl. tenebitur ad D. 9, 2, 9, 4

「應依阿奎利亞法承擔責任」。因為故意責任更為重大(Azo)。從而應注意,在本案中,唯有故意才有阿奎利亞法的適用,過失則無,如同本標題底下"*Si putator*"那一段〔筆者按:指D. 9, 2, 31〕以及後面「論取得對物所有權」標題"*Homo liber*"片段之下的"*Item*"分段〔筆者按:指D. 41, 1, 54, 1-2〕所示。如我所說,採此見解的理由是,**過失可使過失消滅(*abolet*),卻不能使故意消滅**,如同本標題後面"*Qui foveas*"片段底下的"*Haec tamen actio*"分段所示〔筆者按:指D. 9, 2, 28, 1〕。此處採Ioannes Bassianus見解[50]。(粗體與底線為筆者所加)

這兩段註釋提到了過失相抵的思考,並指出過失只能與過失相抵;若拋擲標槍者故意向穿越危險地點的奴隸拋擲標槍,刺中奴隸而導致其死亡,那麼,即使該奴隸自身與有過失,拋擲標槍者仍負阿奎利亞法第一章之侵權責任。進一步值得注意的是"*quia non debuit*"註釋中為過失相抵一說援引的法源文獻佐證:在D. 16, 2, 10 pr.中,兩名合夥人各自因其過失之義務違反行為致生損害於合夥財

49 Accursius/Contius/Gothofredus/Cuiacius/Brosseus (Fn. 46), Sp. 1022.
50 Accursius/Contius/Gothofredus/Cuiacius/Brosseus (Fn. 46), Sp. 1022.

產，於此情形應認為雙方的過失義務違反行為相互抵銷[51]；在D. 24, 3, 39當中，離婚的雙方配偶各有侮辱對方、或均有通姦等違反善良風俗之行為，雙方的不法行為因此相互抵銷[52]。援引這些文獻的作法似乎顯示出，中世紀註釋法學家認為過失相抵可以適用於阿奎利亞法訴權之外的其他損害賠償訴權。

在"*tenebitur*"一詞的註釋中援用的D. 9, 2, 31（「修剪樹木案」）[53]，則為我們提供了另一條理解過失相抵學說的線索。該段

51 Ulpian D. 16, 2, 10 pr.：「若我們二人作為合夥人，對合夥皆有相同程度的過失義務違反行為（*parem neglegentiam*，德譯in gleichem Maße eine Pflichtverletzung），那麼，應當認為，我們對對方都不再有任何義務，因為依照市民法，我們之間的過失義務違反已發生抵銷（*compensatione neglegentiae facta*）。下面這項見解也應獲得承認：若一方從合夥財產中取得了財產上利益，而另一方則有過失義務違反，依其重大程度足以認定該方應給付之損害賠償額相當於前述財產上利益，那麼，應當認為已發生抵銷，且雙方的義務均已依市民法獲得免除」。原文與德譯文見Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Fn. 47), S. 326-327。

52 Papinianus D. 24, 3, 39：「丈夫與妻子在法庭上相互指責對方違反善良風俗，法庭認定雙方在相同程度上造成了離婚的緣由。這應當理解為，他們雙方都違反了這個法律，從而他們當中沒有任何一方應依該法負罰金責任：因為相等的不法行為會相互抵銷而消滅（*paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur*）」。原文與德譯文見Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis: Text und Übersetzung, Bd. IV: Digesten 21-27, 2005, S. 293。

53 D. 9, 2, 31 Paulus《Sabinus市民法註釋》第10卷：「修剪樹木者扔下一根樹枝時，或者支架上的工人這麼做時，砸死了路過的奴隸。倘若樹枝掉落在公共道路上，那個人卻沒有事前大聲叫喊，以避免使奴隸喪生的意外事故發生，那麼他應當負責。但Mucius說，同樣的事情就算發生在私人土地上，也可能基於過失而提起此項訴訟。因為，只要沒有採取防範措施——雖然謹慎注意的人確實會這麼做——，或者，等到危險已無法避免時才發出警告，也可被認定為有過失。根據此項原則，道路究竟行經公共土地或私人土地，其實沒什麼差別，因為許多供公眾通行的道路會通過私人土地。倘若根本沒有任何道路，加害人僅須就故意負責，使他不至於看到有人走過的時候，就向那人丟擲物品。倘若他無法預見有人將會路過這個地方，人們就無法要求他為過失負責」。原文與德譯文見Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Fn. 3), S. 756。這段文獻涉及了Quintus Mucius（本段中間）、Sabinus（本段開頭）與Paulus（本段結尾）三位法學家的見解，橫跨了從公元前1世紀到公元3世紀中葉關於阿奎利亞法過失內涵的討論。Paulus是延續著Mucius關於修剪樹枝者謹慎注意義務的界定，進一步探討於封閉性私人土地修剪樹枝的特殊情形，並且提出損害發生之「可預見性」的判斷標準，並未以遭砸死的奴隸極可能已構成不法侵入他人私有土地為由，否

文獻的前半段指出，於公共或私人道路修剪樹木者，若未採取防範措施即拋下其修剪的樹枝，砸死路過的奴隸，即應被認定為有過失，依阿奎利亞法負責。在後半段的變化案例中，Paulus（公元3世紀法學家）認為，若修剪樹木的工作是在無任何對外道路的地點進行，則修剪樹木者僅於故意拋下樹木砸死奴隸的情形才會有阿奎利亞法的侵權責任。"*Tenebitur*"註釋中援引修剪樹木案的後半段作為法源依據，說明被害人過失僅能與加害人的過失相互抵銷。

（二）以Pomponius D. 50, 17, 203作為「過失相抵」之依據

另一方面，Accursius在為D. 50, 17, 203撰寫註釋時，再次引用了D. 9, 2, 31，如此一來，D. 50, 17, 203也成了解釋阿奎利亞法的相關法源的依據。作為註釋對象的法源文獻內容如下：

> D. 50, 17, 203 Pomponius，《Quintus Mucius市民法註釋》第8卷
> 因為某人（*Quod quis*）若係基於自己的過失受有損害，即不應被認為受有損害[54]。

定修剪樹木者的過失責任。參閱BRUCE FRIER, A CASEBOOK ON THE ROMAN LAW OF DELICT 32 (1989)。

54 原文見Mommsen/Krüger (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis, Bd. 1: Institutiones, Digesta, 15. Aufl., 1928, S. 926。Sextus Pomponius為公元2世紀的羅馬法學家，他流傳下來的著作橫跨Hadrian皇帝（公元117–138在位）至「封神兄弟」（*divi fratres*，即Mark Aurel與Lucius Verus兩位皇帝共治時期）統治時期（公元161–169年）。Quintus Mucius（生卒年約為公元前140–82年）所著《市民法》共有18卷，為共和時期法學最卓越的文獻。Schulz指出，在該著作中，Mucius首次有計畫地將辯證法運用於法學論述，為羅馬私法提供了體系架構（採用繼承法—人法—物權法—債法的體例），甚至可說也為歐洲法學奠定了基礎。公元2世紀的Gaius與Pomponius皆曾為Mucius《市民法》撰寫註釋，可見其深遠影響。Pomponius為Mucius《市民法》撰寫之註釋共有39卷，該註釋依循了Mucius原本的體系，以標註的方式（lemmatisch）註釋，即針對原典中需要解釋的地方，先逐字引述，接著提出Pomponius自己的註釋。自3世紀以降，Mucius《市民法》逐漸失傳，公元6世紀優士丁尼進行法律彙編時，編纂者顯然已經無從直接使用Mucius的原著。參閱Waldstein/Rainer (Fn. 7), S. 251; Schulz (Fn. 10), S. 111-113, 253-254。

Accursius用5個例子作為這段文獻的註釋，其中第2個例子就是「修剪樹木案」：

> Gl. Quod quis ad D. 50, 17, 203
> …… 2. 或者假設有人穿越一筆既非公共道路亦非私人道路的土地，而遭掉落的樹枝擊中：於此情形不得提起阿奎利亞法之訴，如同前面「論阿奎利亞法」標題下的"*Si putator*"片段所述〔筆者按：此處指D. 9, 2, 31〕……[55]。

經由中世紀法學家的註釋，理髮師案、投擲標槍案與其他散見於優士丁尼《市民法大全》的個別文本被串連在一起，使一段文本能夠藉由另一段文本獲得解釋，並且最後銜接於D. 50, 17, 203，總結過失相抵學說適用的各種案例類型。

（三）註釋法學家銜接個別羅馬法文本的方法

中世紀註釋法學家在《市民法大全》個別文本之間建立關聯，從中建立一種秩序，讓每個文本在這個秩序中獲得其適當位置。他們可能將使用同一術語的數個文本連結在一起[56]。有時候，數個文本的用語雖有差別（例如D. 16, 2, 10 pr.的「過失義務違反行為之抵銷」，*compensatio neglegentiae*，與D. 24, 3, 39的「相等的不法行為會相互抵銷而消滅」，*paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur*），註釋法學家仍可能認為它們具有相同含意而能交互參照。在另一些情況中，他們認為某段文本的用語是理解其他文本的關鍵[57]，例如運用D. 50, 17, 203中的規則解釋各種被認為「過失相抵」的案件類型。在銜接數個文本的時候，他們交互運用區分（*Divisio*）與綜合（Synthese）的方法，就不同文本的差異處進行對比，再透過探討正

55 Accursius/Contius/Gothofredus/Cuiacius/Brosseus, Corpus Iuris Civilis, Bd. 3, 1627, Sp. 1929。修剪樹木案參見前註53。
56 JAMES GORDLEY, THE JURISTS. A CRITICAL HISTORY 45-47 (2013).
57 *Id*. at 33.

反理由而尋求妥適解釋方案，以實現文本之間的協調[58]。例如在討論過失相抵之適用時，註釋法學家以故意明顯重於過失為由，為「拋擲標槍案」文本中故意加害之被告不得主張過失相抵之見解提供理由。

註釋法學家這種在個別文本之間建立秩序的方法，不僅迥異於近代法學藉助體系而構建秩序，使用抽象原則與概念來解釋法規則的方法，也是一種在羅馬法學家的時代還不存在的方法。註釋法學家運用此種方法得出的解釋，很有可能偏離羅馬法原始文獻的含意。例如，在註釋「拋擲標槍案」時，中世紀法學家認為，若奴隸是在穿越專門用於拋擲標槍競賽的場地時遭擊中，即屬於適用過失相抵之情形。然而，過失相抵應以拋擲標槍者有過失為前提，而在專門場地參與競賽的標槍選手，其行為並無不法，亦無過失[59]，從而無須以過失相抵作為否定其責任成立的理由。

---

58 這種方法與經院哲學（Scholastik）之方法具類似性。然而，註釋法學家究竟在什麼程度上受到經院哲學影響，難有定論。Hermann Lange認為，註釋法學家的文體形式與探討方法，與12世紀經院哲學的代表性文獻——Peter Abälard的《是與否》（*sic et non*）——具有類似之處，且許多註釋法學家在學校中學習過「三藝」（*Trivium*，即文法、修辭與邏輯學），熟悉此種思考與論證方法。但另一方面，註釋法學家探討的《市民法大全》本身也蘊含了類似的思考方法，若干個別的註釋法學家（例如Placentinus、Azo）甚至對文法與辯證法抱以輕蔑態度。從而在討論經院哲學與註釋法學之間的關係時，很難將全部註釋法學家視為一個統一的群體，但至少可以認定，註釋法學家清楚意識到法學是一門具有獨立性的學科。參閱Lange, Römisches Recht im Mittelalter, Bd. I: Die Glossatoren, 1997, S. 112-117；戴東雄，註45，頁66-68。

59 關於拋擲標槍案中，在運動場上拋擲標槍者不負阿奎利亞法責任的理由，當代羅馬法學者提出了許多不同解釋。Andreas Wacke指出，若某個場地被劃設為標槍投擲區，每個人都應當避開危險。仍執意冒險通過而受傷或遭擊斃者，應被認為具有主要的過失（predominant negligence）。他甚至借用中世紀教會法學家關於近因（*causa proxima*）與遠因（*causa remota*）的區分而認為，Ulpian在這裡探討的關鍵問題是「誰的過失具有決定性」（參閱Andreas Wacke, *Accidents in Sport and Games in Roman and Modern German Law*, 42 THRHR 273, 276 (1979)）。Christian Wollschläger則指出，Ulpian這段文獻中的第二種情況，與公元前5世紀希臘演說家Antiphon von Rhamnus留下來的投擲標槍案基本上相同。在Antiphon的版本中，一個男孩在不對的時間進入運動場收拾標槍，遭標槍刺中身亡。在當時的希臘，即便過失殺人者也面臨遭流放的命運。因此被告不僅

其次，註釋法學家在提及過失相抵一說時，以D. 16, 2, 10 pr.與D. 24, 3, 39中的類似用語（過失義務違反行為的相抵，或不法行為的相抵）作為「過失相抵」的佐證。然而在D. 16, 2, 10 pr.與D. 24, 3, 39所述的情形中，雙方均有義務違反或不法行為，各自造成了損害，抵銷的標的似乎是損害賠償債權，而非雙方之過失。拋擲標槍案與理髮師案涉及的情形則是只有一項損害，但加害人與被害人對損害的發生可能均有過失[60]。從而，D. 16, 2, 10 pr.與D. 24, 3, 39能否用於支持註釋法學家所說的過失相抵，實有疑問。

更大的疑問來自Accursius對D. 50, 17, 203的理解與運用。D. 50, 17之標題為「論古代法的各種規則」（*De diversis regulis iuris antiqui*），是整部50卷《學說匯纂》的最後一個標題，收錄節選自羅馬法學家著作的211則片段，優士丁尼似乎有意以之總結《學說匯纂》。這些片段大多措辭簡潔，有的甚至類似於法諺，內容涉及一般法律行為的規則、遺囑與文書的解釋，間或有些看似修辭學的通用解釋規則。然而實際上，它們多半是原作者在探討個案時提出的，原本僅有有限的適用範圍，並非一般性的規則。公元6世紀《學說匯纂》的編纂者（Kompilatoren）將它們抽離原本的脈絡而匯集於一處，可能使它們喪失原有意義，也未必真能擴大其適用範圍[61]。

要主張其不具過失，還要進一步證明自己根本不是加害人，以為辯護。為此，被告主張，向標靶投擲標槍無可非難，遭擊斃者才是造成自己死亡的推手，他自己的過失才是應受指責的。然而，遭擊斃者已為這項罪行付出了生命代價，因此沒有人需要再為此補贖。Wollschläger認為，Antiphon在這個案件中，藉由在被告與遭擊斃者之間尋找單獨過失，消除被告行為與男孩死亡之間的因果關係。他的這個案例很可能在希臘化時期（羅馬共和時期）傳入羅馬，以至於後來的Ulpian也用類似的方式探討這種情形（參閱Wollschläger (Fn. 36), 128-130）。然而實際上，Ulpian此處的案件事實可能類似於Alfenus D. 9, 2, 52, 4（參見本文「貳、二、(三)」註32），在該段文獻中，撞倒年幼奴隸的球賽參與者是在適當的場地，依規則進行比賽，其行為並無不法，參閱Hausmaninger, Das Mitverschulden des Verletzten und die Haftung aus der lex Aquilia, in: Ogris/Rechberger (Hrsg.), Gedächtnisschrift Herbert Hofmeister, 1996, S. 254-255; Hausmaninger (Fn. 28), S. 29。

60 VAN DONGEN, *supra* note 2, at 112.

61 Peter Stein, *The Digest Title, De diversis regulis iuris antiqui and the General*

根據Otto Lenel（1849-1935）的考證，D. 50, 17, 203可能源自Pomponius討論的一則遺贈案例[62]，其可能的案例情形是：被繼承人在遺囑中規定，受遺贈人應享有遺產的特定比例。繼承開始後、遺產分割前，繼承人在遺產的外部關係上是權利義務人。在內部關係上，受遺贈人有訴請繼承人執行遺囑之權利，但分割遺產時，繼承人與受遺贈人應就分割前繼承人為遺產而支出之費用，與這段期間內他基於遺產而獲得之收益進行結算，若支出之費用多於收益，繼承人得請求受遺贈人分擔損失[63]，D. 50, 17, 203的「損害」指的就是這種情形[64]。假設繼承人因缺席涉及遺產的訴訟，遭判決敗訴，須支付一筆實際上不存在的遺產債務[65]，依照Pomponius的見

Principles of Law, *in* ESSAYS IN JURISPRUDENCE IN HONOR OF ROSCOE POUND 1, 6-7 (Ralph A. Newman ed., 1962).

62 Lenel (Fn. 11), Sp. 66-68指出，Pomponius D. 50, 17, 203，原本出自Pomponius《Quintus Mucius市民法註釋》第8卷中的「論遺贈之6」標題下。

63 在此種「份額遺贈」（繼承人與受遺贈人各獲得遺產之特定比例）關係中，關於獲利與損失之結算，繼承人與受遺贈人會相互與對方作成「關於份額與替代份額的問答契約」（*stipulationes partis et pro parte*），繼承人承諾他會向受遺贈人給付其收取之獲利中的一部分，受遺贈人承諾他會向繼承人支付因遺產之負擔而產生之費用中的一部分。參閱Wollschläger (Fn. 36), 120-121。

64 Wollschläger指出，Gai. 2, 254提供了羅馬法學家遺贈關係中使用*damnum*（在此為「損失」之意）一詞的例證：「然而，由於遺囑所指定的繼承人經常被囑託交付全部或幾乎全部遺產，他往往會拒絕接受對他而言幾乎毫無獲利、或獲利極微的遺產，如此一來，遺產信託（*fideicommissum*）將失其效力；於是，元老院後來（在Pegasus與Pusio擔任執政官期間）決議，任何被請求交付遺產之人，得比照《法爾其第法》（*lex Falcidia*）中關於扣減遺贈的規定，就遺產的四分之一份額行使扣減權；對那些作為遺產信託標的的個別物，同樣也得主張此種扣減權。依照此項元老院決議，他〔筆者按：指繼承人〕自己應承擔遺產的一切負擔；相對於此，依遺產信託取得其餘遺產的人，則處於與份額遺贈之受遺贈人（即就遺產的一部分獲得遺贈的受遺贈人）相同之法律關係。此類遺贈之所以稱為『份額遺贈』，是因為受遺贈人可說是與繼承人『分受』遺產。如此一來，原本應由繼承人與份額遺贈之受遺贈人訂立的那些問答契約，在依遺產信託取得遺產之人與繼承人之間亦應訂立之。這意味著，由遺產所生之獲利與損失（*damnum*），將依各自的份額由雙方共同分擔」。原文與德譯文見Manthe (Fn. 8), S. 206-207。不同於遺贈（*legatum*，應具備法定形式），遺產信託是被繼承人在遺囑或遺囑附件中記載的無形式囑託，原本僅使繼承人負道德上的履行義務，到了奧古斯都時期才承認其具有法律上效力。參閱Wollschläger (Fn. 36), 119-120。

65 這個案例是Wollschläger參考Accursius註釋D. 50, 17, 203時提到的一則關於合夥

解，繼承人不得請求受遺贈人共同分擔因其敗訴而支付之金額，因為此項損失是基於繼承人的過失而發生。從這個角度解讀D. 50, 17, 203可以看出，這段文獻並未涉及與有過失的問題，也無法為過失相抵提供論理基礎。即使僅從字面文義來看，這段文獻也只提到受有損害（損失）一方之過失，沒有提到他方的過失。

Accursius引用D. 50, 17, 203來解釋Paulus在「修剪樹木案」（D. 9, 2, 31，前註53）結尾處所述的案例情形，同樣也偏離了羅馬法學家的原意。某人在沒有對外聯絡道路的封閉土地上修剪樹木，拋下樹枝，砸中路過的奴隸，奴隸死亡，而修剪樹木者並非故意向奴隸拋擲樹枝。於此情形，Paulus並未考量奴隸是否與有過失，而是以修剪樹木者對損害（奴隸死亡）之發生而言並無過失為由，否定其侵權責任之成立。

上述討論顯示出，註釋法學家的過失相抵學說，是一種基於特定文本解釋方法而得出的偏離羅馬法原始文本含意的見解。然而它卻成為後來各時代與有過失學說的出發點，具有持續性的影響。

二、中世紀教會法學說的「近因／遠因」（*causa proxima/causa remota*）區分

關於理髮師案，Zimmermann提到的第二種解釋方案，是從因果關係的角度來為法學家的決定提供理由。在歐洲法律史中，教會

的案例（出自Ulpian D. 17, 2, 52, 18）改編而成，該案的概略事實為：在一件涉及數合夥人的契約案件中，應到場應訴的合夥人A缺席，從而受敗訴判決，負損害賠償責任，而他若未缺席，原本可免受敗訴判決，那麼，A不得向其他合夥人求償。Accursius認為，這就好比某人因竊盜（*furtum*）或其他侵權行為受敗訴判決一樣。參閱Accursius/Contius/Gothofredus/Cuiacius/Brosseus (Fn. 46), Sp. 1929。Christian Wollschläger（1936-1998）曾任教Bielefeld大學，其專長領域除羅馬法、近代私法史與民法之外，對歷史民事司法統計學的開展有重大貢獻。他關於Pomponius D. 50, 17, 203文本脈絡的還原與案件事實的重構，獲得當代羅馬法學界的採納與高度評價，參閱Behrends, Nachruf Christian Wollschläger (19.10.1936–20.12.1998), ZRG RA 117 (2000), 824-825, 827。

法文獻就是從這個角度解讀理髮師案[66]，不過，教會法學家引用羅馬法文獻，是為了解決非因故意致人於死的神職人員應負何種教會法上責任的問題，而非在處理私人（世俗人士）之間侵權責任問題。底下的討論將顯示出，註釋法學家發展出來的過失相抵學說，在教會法罪責學說（Schuldlehre）的形成過程中有其影響，但教會法學家同時也為過失相抵學說加入了新的要素，為中世紀之後與有過失學說的發展提供了重要基礎。

（一）中世紀教會法對過失相抵學說的採納

前已述及，註釋法學家在建構其過失相抵學說時，援用了D. 50, 17, 203的規則作為法源依據。這項規則經過改寫後，被納入到中世紀教會法的法源文獻[67]中：

---

66 值得注意的是，關於從因果關係角度解釋與有過失的見解，Zimmermann使用的主要是英國的法律術語，並且引述該國學者的羅馬法研究和19世紀潘德克頓學說，參閱ZIMMERMANN, *supra* note 26, at 1012。關於英美法與有過失學說之概述，參見後述「參、四、(一)」。或許由於英國普通法傳統中本來就存在從因果關係角度理解與有過失之學說，該國學者似乎也傾向以此種方式解釋羅馬法的與有過失，參閱WILLIAM WARWICK BUCKLAND, ARNOLD D. MCNAIR & FREDERICK HENRY LAWSON, ROMAN LAW AND COMMON LAW: A COMPARISON IN OUTLINE 370-71 (2d ed., reprt. 1974) (1952)。

67 中世紀教會法法源文獻的完整、計畫性編纂工作，開始於1566年成立的「羅馬校訂委員會」（*Correctores Romani*，由樞機主教與教會法學家組成），完成於1582年《教會法大全》（*Corpus Iuris Canonici*）官方版本的出版，直到1917年才被《天主教法典》（*Codex Iuris Canonici*）取代。《教會法大全》共分五大部分。第一部分為《格拉提安教令》（*Decretum Gratiani*），最早成書於1140年前後，由「區分」（Distinctiones，共101則，涉及教會的人法與聖職法）、「案例」（*Causae*，共36則，涉及訴訟法、財產法、修會法、婚姻法）與「論聖禮」（*De consecratione*，又分為若干章節）構成。第二部分為《補編》（*Liber Extra*，收錄1187年至1226年間的教皇教令*Decretale*，共五編）。第三部分為《第六編》（*Liber Sextus*，收錄1234年至1298年間的教皇教令與教區決議）。第四部分為《克萊孟教令集》（*Constitutiones Clementines*，收錄教皇克萊孟五世之教令）。第五部分為《別編》（*Extravagantes*，收錄1261年至1484年間的其他教皇教令）。本文引用的教會法原始文獻分別出自《格拉提安教令》‧第50則區分及其下的第50節（D. 50, c. 50），以及《第六編》中的個別規則（VI, 5. 12. 86）。關於中世紀教會法法源文獻的簡介與引用方式，參閱Link, Kirchliche Rechtsgeschichte. Kirche, Staat und Recht in der europäischen Geschichte von den Anfängen bis ins 21. Jahrhundert. Ein Studienbuch, 2. Aufl., 2010, S. 37-42。

VI, 5. 12. 86
關於某項損害的發生，某個人自己有過失，則他必須歸咎於自己，而非他人[68]。

中世紀的教會法學家在註釋此項規則時提到了數種相關案例[69]，其中包括了《格拉提安教令》中收錄的一則公元868年的Worms教會會議決議：

D. 50, c. 50
經常發生的情形是：當某人正從事必要工作（*opus necessarium*）砍伐樹木時，另一人行經樹木下方，遭樹木壓死。若此事係因砍伐樹木者的故意或疏失（*negligentia*）所致，那麼他應被認為是殺人者（*homicida*）且全然有懺悔之義務。不過，若此事之發生並非基於他的意圖，而是因為他一時不留意（*incuria*），那麼上述說法不應適用於對他作成的判決。畢竟那人當時或許正忙於必要工事，未能預見另一人竟會出現於樹下並被樹壓死。果係如此，砍伐樹木者不應被認定為殺人者而承擔責任[70]。

這段文獻處理的案例事實，與Paulus D. 9, 2, 31「修剪樹木案」（原始文本見前註53）頗有類似之處。不過，教會會議關注的是伐木者是否應負殺人罪責的刑法問題。同時也需要指出，Gratian[71]收

68 Friedberg (Hrsg.), Corpus Iuris Canonici, Pars secunda: Decretalium Collectiones, 1959, Sp. 1124.
69 VAN DONGEN, *supra* note 2, at 176-77.
70 Friedberg (Fn. 68), Sp. 197.
71 Gratian（約11世紀末至1150年前後）被稱為「教會法之父」，其編纂的《格拉提安教令集》兼具法源彙編與教科書的性質，最初題名為《分歧教規之調和》（*Concordia discordantium canonum*），旨在藉由辯證論證的方法化解其中收錄的法源文獻間的矛盾，形成具有內在一致性的教會法論述。參閱Dorn, Gratian (Ende 11. Jh.-um 1150), in: Kleinheyer/Schröder (Hrsg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 2017, S. 172-173。

錄這段文獻，是用於解釋他在《格拉提安教令集》的第50則區分（*distinctio*）[72]，該區分涉及神職人員犯下罪行（*crimina*）的教會法上效果：革職（*depositio*）、懺悔（*penitencia*）與虧格（*irregularitas*，亦即使一個人受有阻礙而無法領受聖秩（神職）之事由）[73]。革職與懺悔在教會法上具有刑法層面上的懲罰性質，而虧格則屬於聖職法上的（weiherechtlich）法律效果[74]。

在中世紀教會法的形成階段中，罪惡（*peccata*）與罪行的區分標誌著教會刑法、乃至於整個教會法學的起點。罪惡泛指人在神面前應當負責的一切惡行，罪行則是在法律上應受懲罰之惡行，兩者均有其神學上的根源，其彼此間存在密切關聯。然而，為了在教會組織內使神職人員聖秩的得喪變更、神職人員與俗人承受絕罰（*excommunicatio*）[75]等事項能有明確的要件與效果，教會法學有必要在罪惡與罪行之間做出區分，使後者成為一個法律實務上可操作的概念[76]。一般而言，唯有已經進展到外在行為、且對教會帶來惡

72 D. 50（Gratian）:「第一部分。前述權威文獻已清楚證明，那些陷入各種罪行的人，不得接受祝聖成為神職人員。關於這樣的人，接下來需要進一步討論的問題是，在他們完成懺悔後，他們得否繼續留在自己原有的聖秩（*ordo*）職級，或者晉升更高聖秩？依據許多權威文獻，那些陷入各種罪行的人，其原有的聖秩應予革除，其晉升更高聖秩之路亦遭阻絕」。Friedberg (Hrsg.), Corpus Iuris Canonici, Pars prior: Decretum Magistri Gratiani, 1959, Sp. 178.

73 關於「虧格」制度，現行天主教法典（*Codex Iuris Canonici*，1983年公布施行）仍設有相關規定，參照該法典第1040條：「凡有阻礙的人，無論是永久的阻礙——此名為虧格——或是單純的阻礙，都被禁止領受聖秩。無以下法律條文所列之阻礙者，即不受限制」。第1041條：「對領受聖秩有虧格者為：……4.曾故意殺人，或曾策劃墮胎且既遂者，以及所有積極與之合作的人……」。譯文引自天主教臺灣地區主教團秘書處，天主教法典（拉丁文－中文），修正初版，頁413，2014年。依現行天主教法典，過失致人於死不構成領受聖秩之虧格事由，這點與中世紀教會法不同。

74 Kuttner, Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX: Systematisch auf Grund der handschriftlichen Quellen dargestellt, 1935, S. 227-228.

75 可參照現行天主教法典第1331條第1項：「受絕罰者，禁止：1.在感恩祭或其他一切敬禮中，擔任任何職務；2.舉行聖事或聖儀及領受聖事；3.擔任教會的職位或職務，或行使管理的權力」。譯文引自天主教臺灣地區主教團秘書處，註73，頁509。

76 Kuttner (Fn. 74), S. 3-4.

劣後果的重罪（*peccatum mortale*），才會構成應由教會法庭審判的罪行[77]。在各種罪行中，中世紀教會法對殺人罪（*homicidium*）的探討最為詳盡，相關文獻為殺人罪的罪責（Schuld）形式留下了豐富的討論素材。最早期的教會法僅認識到故意（*voluntas*）與偶然事變（*casus*）之區分，後者泛指一切非故意行為之情形。以天主教教義作為基礎的教會法學則認為，某個可稱為惡、且應由個人負責的事件，必係以個人的意志作為其源頭，也應以此作為歸責的前提。於是，教會法學家需要在偶然行為的領域中找出使個人承擔的罪責判斷標準[78]，並在此背景下逐漸發展出一套過失學說。

在教會法過失學說的建構過程中，因果關係的思考方式具有關鍵地位。於故意行為之情形，即使個案中的因果關係不無疑義，教會法學家也不認為這會影響罪責的成立。在偶然事變中，尤其是當行為與結果之間有其他中間原因介入的時候，由於不存在完全的意志罪責（Willensschuld），教會法學家遂訴諸因果關係作為判斷行為人罪責是否成立的標準[79]。在這類案件中，教會法學家區分導致結果發生之近因（*causa proxima*，又稱「法律上原因」，*iusta causa*）與遠因（*causa remota*，又稱「誘因」，*occasio*）。在涉及被害人與有過失的案件中，教會法學家同樣運用這項區分來決定加害人罪責是否成立[80]。

以前引D. 50, c. 50的砍伐樹木案為例，Worms教會會議的決議顯示出，在砍伐樹木砸死路人，且伐木者並非故意殺人之情形，需先認定砍伐樹木是否屬於「必要工作」。若為肯定，則進一步處理的問題就會是，關於被害人死亡之結果，伐木者的過失是否構成

77 Kuttner (Fn. 74), S. 19-22.
78 Kuttner (Fn. 74), S. 39-40.
79 Kuttner (Fn. 74), S. 189.
80 Kuttner (Fn. 74), S. 190; Luig, Überwiegendes Mitverschulden, Ius Commune 1969, 201.

「近因」。文本最後提到，若伐木者僅一時不留意（*incuria*），而其伐木工作係屬「必要工作」，即無須承擔殺人罪責及其法律後果。此處提到的「不留意」似乎意味著，伐木者僅有輕微的疏失，而路過的被害人本身有過失，且其過失才是導致死亡結果發生的「近因」。不過，本段文獻中「必要工作」、「不留意」等用語委實具有模糊性，其與過失責任之間的關聯也有待釐清。

（二）中世紀教會法文獻中的「理髮師案」

13世紀時，一位不知名作者在《「動物是實體」大全》（*Summa "Animal est substantia"*）[81]一書中，為D. 50, c. 50撰寫了較為詳細的註釋，並援引包括理髮師案在內的羅馬法文本作為論據，使我們得以清楚看到中世紀教會法學家對羅馬法文本的獨特理解方式：

> Summa "Animal est substantia" ad D. 50, c. 50
> 本節提及的是必要工作（*opus necessarium*），教皇Innocentius則稱之為「法所容許之事」（*res licita*，參照2 Comp. 5. 6. 3）。請注意，某個人在一些情形是基於工作本身（*ratione operis*）、在一些情形是基於行為方式（*ratione modi agendi*）、在一些情形是基於地點（*ratione loci*）、在一些情形是基於時間（*ratione temporis*）被認定為有過失

81 「動物是實體」之書名係源自該書開頭的第一句話："*Animal est substantia animata sensibilis*"（動物是有生命、有知覺的實體）。*Summa*（大全）與*Glossa*（註釋）是中世紀學者研究、詮釋《格拉提安教令》的兩種文獻形式。12世紀時的*Glossa*是寫在教令文本手稿的邊緣處，個別的註釋隨著不同手稿而呈現出多樣的層次，尚未形成體系性的相互連結。*Summa*則是獨立於教令集文本的論述形式，類似於註釋書。相較於同類型的著作，《「動物是實體」大全》在較大程度上援用羅馬法文獻來註釋教令（參閱Kuttner (Fn. 74), S. IX-X）。由於該書手稿首先在德國Bamberg的國家圖書館被發現，因此又稱*Summa Bambergensis*。本文引用的版本是比利時教會法史學者Emile Christian Coppens（1947–2015）耗費35年編輯，於網路提供公開下載的版本。隨著Coppens的逝世，該書的編輯工作亦告中斷，但該書關於《格拉提安教令》・「區分」部分的註釋是完整的。

(*in culpa*)。若某個人從事之活動為法所不許(*illicite*),那麼,只要其行為導致損害發生,那人就必因行為本身而被認定為有過失。例如,對神職人員而言,射箭(*sagittatio*)是一種基於身分(*ratione personae*)而為法所不許的行為[82]。因此,若一名神職人員射箭傷到一名孩童,導致其死亡,即使他是從距離很遠的地方射箭,仍應予革職(參照Liber Extra, De homicidio, Exposui)。《學說匯纂》的「論阿奎利亞法」(D. 9, 2)也提到相同見解。依D. 9, 2, 7, 4[83],法律上禁止奴隸間相互比賽摔角,也禁止任何人與奴隸比賽摔角,因此,若某個人在摔角過程中致他人奴隸死亡,即應對該奴隸的主人負損害賠償責任。同樣,Lamech也因為射箭傷及他人而有罪。由於他是盲人,這種行為對他而言非法之所許,參照C. 15, q. 1, c. 1,"*sed obloquitur de Lamech*"那一段。修剪樹木者未事先大聲示警之情形,則並非因行為本身,而是因行為方式有過失(參照D. 50, c. 69)。**理髮師在公共道路上設置理髮座並在那裡**

82 在其他教會法源文獻中,可以看到一些以神職人員參與危險遊戲即為法律所不容許之事的例子。例如X 5. 12. 8的一則教皇教令提到,一名神職人員在工作結束返回住處途中,與同行的一名俗人玩拋木棍遊戲,贏的一方可以將對方當馬騎乘,俗人贏了遊戲,突然跳上神職人員的背上,遭神職人員腰間配戴的鐮刀刺中受傷,8日後死亡,該神職人員應受革職之處罰。有一種解釋認為,神職人員參與此種遊戲就是法律所不容許之事,因為該遊戲不僅危險且有損神職人員形象。參閱Van Dongen, The Defence of Contributory Negligence in (Medieval) Canon Law and in Conflict Resolution in Italy in the Early Modern Period, ZRG KA 2014, 589-591。

83 Ulpian D. 9, 2, 7, 4:「某人在摔角、自由搏擊,或在他作為拳擊手與他人進行對練時殺死了對方。若他是在公開比賽中殺死對方,即無阿奎利亞法之適用,因為損害顯然是基於榮耀、證明自己的勇氣,並非基於不法而發生。此種說法不適用於奴隸,但可以適用於受傷的家子,因為通常只有生來自由的人才會進行此種比賽。然而,如果他在作為對手的家子已經放棄格鬥之後打傷了他,或者在比賽場合之外殺死了一名奴隸,則應有阿奎利亞法的適用,除非奴隸的所有人是為此種用途而提供其奴隸」。原文與德譯文見Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Fn. 3), S. 736-737。

> **為人刮鬍子，則屬於因地點（*ratione loci*）而有過失的情形。該理髮師之過失並非基於其所為之行為本身或其行為方式，而是基於其在不應從事此行為之地點為該行為（參照D. 9, 2, 11 pr.）**；最後，所謂因時間（*ratione temporis*）而有過失，例如砍伐樹木者雖事先呼叫示警，卻是在不適當時機這麼做的（參照D. 9, 2, 31）。請注意，**就損害而言，認為一個人的過失可被另一個人的過失抵銷的見解，在法律上是妥當的（參照D. 9, 2, 11 pr.）。然而，就聖秩的升遷（*promotio*）而言，我絕不會認為一個人的過失應被另一人的過失抵銷**。假設被殺害的那人在行為上有過失，致他於死的另一方也有過失，即便後者的過失程度可能較輕，他未來仍無法獲得晉升（參照X 5. 12. 8）[84]……。（粗體與底線為筆者所加；原文中引用羅馬法與教會法大全的方式改為現代引用方式）

關於偶然致人於死事件中的行為人在何種情形應承擔罪責的問題，教會法法源文獻累積了大量案例。部分教會法文獻在處理偶然事變的罪責問題時，採用兩個層次的判斷方式：首先判斷行為人之行為是否為法律所容許（*res licita*），若行為本身即為法所不許（*res illicita*，例如神職人員對其教導之學童施以過於嚴厲的管教，導致其受傷），那麼，即使被害人後來是因為其他因素介入（例如未獲得妥善醫治）而死亡，行為人仍負殺人罪責。此種情形中的責任認定實具有「結果責任」（Erfolgshaftung）的性質[85]。在行為本身為法所容許的情況下，才進一步探討行為人是否違反注意義務而有過失的問題。不同於此，本段註釋嘗試以過失概念作為這些案例的統一責任原理，並且對成立過失責任之理由（原因）進行了分類。在

84 Coppens (Hrsg.) (2015), Animal est Substantia, S. 888-890, in https://repository.ubn.ru.nl/handle/2066/197926（最後瀏覽日：2026/02/12）.

85 Kuttner (Fn. 74), S. 207.

開頭處，作者將D. 50, c. 50的「必要／非必要」工作之區分等同於「法所容許／法所不許」之事的區分並且指出，為法所不許之行為導致的偶然結果承擔罪責，係因行為人「基於行為本身」而有過失，或者說是一種「先行的過失」（*culpa praecedens*）。

接著，本段註釋的作者先後兩次引用理髮師案。他首先指出，該案中理髮師之過失是源自其選擇在不適當的地點執行業務。在稍後的論述中，他第二次援引該案作為「過失相抵」的案例，並且指出這樣的見解不能適用於聖秩升遷的問題，換言之，在過失致人於死的案件中，即使加害人的過失較被害人為輕，加害人仍不得晉升更高職位。乍看之下，他似乎不認為理髮師案中奴隸的與有過失會對理髮師過失的認定造成任何影響。然而，前已述及，依照教會法的法源文獻，犯下殺人罪的神職人員，將承受革職、懺悔與虧格三種法律效果。本段註釋所述之聖職升遷，僅涉及虧格之效果。虧格並非刑罰，而是聖職法上的（weiherechtlich）法律效果，是為維護教會的尊嚴而設之制度[86]。本段註釋的作者應係基於此種考量而在聖職升遷的虧格問題上採取嚴格的標準，否定過失相抵。換言之，在以刑事責任作為前提的革職問題上，註釋的作者並未否定過失相抵的可能。結合前述的近因／遠因區分，在加害人與被害人均有過失之情形，應進一步探究何者的過失是造成被害人死亡的近因。

這段註釋文獻清楚顯示出，教會法學家在探討過失致人於死案件的罪責問題時，援用了羅馬法文獻構建其過失學說，也受到同時期註釋法學的影響而採用了過失相抵的見解。不過，與註釋法學家不同，教會法學家結合了過失相抵學說與其固有的近因／遠因區分，據此，在加害人與被害人均有過失之情形，若被害人的過失被認定為導致被害人死亡的近因，則加害人之過失與被害人死亡之間的因果關係就被切斷，無須承擔殺人罪責。區分近因／遠因意味

86 Kuttner (Fn. 74), S. 187-188.

著，要在加害人與被害人過失之間進行衡量，以認定何人具有較重的過失[87]。換言之，相較於註釋法學家，中世紀教會法學家較為清楚地指出，加害人的過失不會僅因被害人的輕微與有過失就被抵銷。此種見解雖已明顯偏離羅馬法學家在探討阿奎利亞法過失侵權責任採用的思考方式[88]，卻對中世紀之後的與有過失學說發展具有深遠影響[89]。

三、近代人文主義法學的較重過失（*culpa maior*）學說與修辭學之運用

關於理髮師案中的「咎由自取」，Zimmermann提及的第三種解釋方案——以被害人是否有較重過失認定加害人是否應負損害賠償責任——可說是近代人文主義法學學說在中世紀學說基礎上的進一步形塑。從16世紀的法國人文主義到17世紀的荷蘭人文主義法學（又稱優雅法學），在「回歸古典」的訴求下，追求對古典羅馬法的完整重構，這個時期的法學家雖然經常對中世紀註釋法學家使用的文本與見解提出修正與反駁，但在更多地方也可以看到他們對中世紀學說的承繼與開展。

---

87 Luig (Fn. 80), 203.

88 對羅馬法學家而言，因果關係的問題在解釋阿奎利亞法第一章的「殺害」（*occidere*）、第三章的「焚燬、擊碎、撕裂」（*urere, frangere, rumpere*）、「破壞」（*corrumpere*），乃至於擴張阿奎利亞法適用範圍的「造成死亡原因」（*causam mortis praestare*）等（動詞）用語的時候，同時獲得了解決。在他們認定加害行為符合上述動詞的時候，就蘊含了加害行為與損害之間的因果關係。在這之後，才會進一步討論加害人是否有過失，乃至於被害人的與有過失應如何處理的問題。參閱Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 8), S. 266-267; ZIMMERMANN, *supra* note 26, at 991; Hausmaninger (Fn. 59), S. 249。據此，在理髮師案中，當三位法學家討論理髮師是否應負阿奎利亞法責任時，其實已經預設了理髮師進行刮鬍工作符合了「殺害」（*occidere*）的文義，且與奴隸的死亡之間存在因果關係。即使Ulpian最後可能得出理髮師不負損害賠償責任的結論，從他的行文用語看來，也無法認為他是從因果關係中斷或近因／遠因之區分來立論的。

89 不過有學者指出，在區分「近因／遠因」的基礎上處理與有過失問題，導致教會法文獻中原因（*causa*）與過失（*culpa*）的混用，而終究難使二者有清楚的界分。參閱 Jansen, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II, 1. Teilband, 2007, § 254 Rn. 17 mit Fn. 87。

（一）Gerard Noodt（1647–1725）[90]對理髮師案的解讀

17世紀荷蘭法學代表人物Noodt曾撰寫《論阿奎利亞法》（*Ad legem Aquiliam liber singularis*，1691年初版），其中討論了理髮師案以及與有過失相關問題。Noodt處理羅馬法法源文獻的方式，生動體現了近代法學在中世紀學說與19世紀德國潘德克頓學派之間具有的橋樑功能，值得進一步考察。他指出：

> 基於同一項過失（*eadem culpa*）造成的結果，若又與偶然事變（*casus*）相結合，則該結果應視為不法。Ulpian舉了一個優雅而罕見的例子：一名奴隸正接受刮鬍服務，突然有一顆球拋過來，當時，刮鬍刀正放在他的咽喉上，切斷了他的咽喉。在D. 9, 2, 11中可以清楚察覺到對這種「歧義」（*amphibolia*）的闡述。……於某人合法行事且持守於適當界線內，另一人卻在這時候基於偶然因素或無可避免之情事遭到殺害之情形，由於並不存在任何不法，故無適用阿奎利亞法之餘地。反之，若他雖合法行事卻逾越適當界線，或他有過失，而又有偶然事變隨之發生，應認為此種情形構成不法（*injuria*），而非合法或純屬偶然，也因此應適用阿奎利亞法。D. 9, 2, 11提供了例證。……關於這點，Ulpian的界定有些模糊，他首先引述Proculus的見解而指出，若理髮師將理髮座設置於一個通常有人進行遊戲或頻繁通行的地點，即應認為理髮師有過失。因為此種情形

90 Noodt先後任教於Nimwegen、Utrecht、Leiden等大學，其主要研究題材都涉及羅馬法，但他嘗試在著作中結合同時代的自然法思想，甚至主張自然法應當在大學中成為獨立的教學科目。Noodt於晚年提筆撰寫潘德克頓（學說匯纂）註釋書（Pandektenkommentar），致力探索未經變造的、主要經由法務官而創設的古典羅馬法。該書雖未能完成，但當中許多見解獲得後代羅馬法研究的確認，深具洞見。參閱Moosheimer, Gerard Noodt (1647–1725), in: Kleinheyer/Schröder (Hrsg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 2017, S. 331-333。

中確實存在可歸責於他的事由。至於那些在合法地點進行球類遊戲的玩球者，並無任何可歸責之事由。……他緊接著又補充道：「不過，當一些人主張下列見解的時候，他們也不是全無理由：若理髮師將其理髮座設置在危險的地方，某人卻仍然信賴理髮師，則他是咎由自取」。那麼，是否應認為，**雖然奴隸是咎由自取，理髮師卻仍應負過失責任？抑或應認為，理髮師確實某程度上有過失，但奴隸的過失更重（*maior*），因為他原應注意，卻未充分注意自身之安全？**這正是*quamvis*（不過、儘管）這個字的用法所允許的，它可用於對原本看似成立的說法進行修正或緩和。……這其實就是「歧義」。若你想問在此情況下應如何選擇，可以參考Quintilian的說法[91]。他在《演說術導論》（*Institutio Oratoria*）第7卷第9章提出下列說法：「每個歧義所涉及的問題不外乎就是，在一些情況中，需要判斷哪一種表述方式（*sermo*）較符合自然；但在所有情況中都需要考量哪一種表述方式更為衡平，以及寫下或說出這段話的人的真意是否如此」。以上是Quintilian的說法。如果你同意他的定義，那麼你的看法就會與我一致，亦即應當採取Ulpian的第一種見解，因為它更為實用（*utilior*），也更符合善良風俗。此外，*quamvis*一詞最為自然且妥當的用法，也支持這項見解[92]。……（粗體與底線為筆者所加）

---

91 M. Fabius Quintilianus（出生於西班牙，生卒年約為公元35-100年），早年於羅馬接受修辭學教育後返歸西班牙，公元68年再隨當年即位的皇帝Galba赴羅馬定居，教授修辭學，並擔任民刑事案件辯護人。《演說術導論》一書約完成於公元95/96年間，共分12卷，詳細闡述如何從幼年時起培養演說家、修辭學的發展史、演說的形式與演說家的五大職責：發現問題與各項論據、有效安排論據、選擇適切用語與風格、背誦演說內容並完整呈現之。在該書之前與之後，都沒有可與之比擬的、關於修辭學的完整考察。參閱Olga Tellegen-Couperus, *Introduction*, *in* QUINTILIAN AND THE LAW: THE ART OF PERSUASION IN LAW AND POLITICS 11, 17-20 (Olga Tellegen-Couperus ed., 2003)。

92 Noodt, Opera Omnia, 1713, S. 186-188.

Noodt對理髮師案以及該案中Ulpian見解的解讀，一方面延續了中世紀學說，另一方面也引進了新的觀點。延續中世紀學說之處表現在，他是以偶然事變（*casus*）與過失之間的關聯展開論述，「合法行事且持守於適當界線內」與「合法行事卻逾越適當界線」的區別，似可對應於前述教會法學文獻關於「法所容許／法所不許之事」的區分。關於理髮師的過失與奴隸的與有過失，Noodt雖然沒有提到近因／遠因的區分，但他提到了奴隸可能有較重過失的考量。如前所述，中世紀教會法使用的近因／遠因區分，實際上隱含了在加害人的過失與被害人的與有過失之間進行比較，而非在被害人僅有輕微與有過失之情形即排除加害人責任。在這些方面，Noodt的論述可說是中世紀學說的延續。

與中世紀學說不同之處在於，Noodt引用古典修辭學解釋Ulpian文本，並且認為Ulpian關於理髮師案的最終意見應該是，理髮師仍依阿奎利亞法第一章負侵權責任。這種文本解釋方法反映了從16世紀法國人文主義法學到17世紀以降荷蘭人文主義（優雅）法學的共通特徵。在人文主義思潮下，以羅馬為代表的古代文明在各個方面都被認為是應當遵循的典範[93]。人文主義法學家認為，為了正確理解羅馬法文本，應當瞭解該文本寫作時代的語言用法、文本中提及的事物與制度背景，以及古典時期的哲學思潮，他們用這種方式拓展了處理古典法律文本的科學方法[94]。Noodt主張，關於《市民法大全》的法律爭議問題（*controversiae*），應運用註釋法學家的方法進行調和，難解之處（*loca difficiliora*）則可運用文本批判、校訂、參酌詞彙與文法資料、歷史批判等文獻學方法（*philological methods*）予以釐清。在研究古典法文本時，也應同時

93 GOVAERT VAN DEN BERGH, THE LIFE AND WORK OF GERARD NOODT (1647–1725) 124-25 (1988).
94 *Id.* at 110-11.

關注從羅馬法到當代本國法（*jus patrium*）的制度發展[95]。從而，Noodt與人文主義法學絕非主張單純的復古，而是在解釋羅馬法文本時也同時注意到其實用層面的問題。

不過，Noodt雖然援引羅馬修辭學家Quintilian關於「歧義」處理方法的論點嘗試解釋Ulpian文本中的*quamvis*一詞，最終卻只運用Quintilian關於詞語的「自然」要素作為解釋依據，而並未使用他真正強調的「衡平」與「作者之真意」這兩項要素。根據Quintilian自己所述，這些要素的運用方法，應參照他關於「推測」（*coniectura*）與「性質」（*qualitas*）的解說[96]。在這個地方，我們需要簡短探討古典修辭學「爭論立場學說」（Statuslehre）在羅馬法文獻中的運用問題。以下將藉助當代羅馬法學者（同樣主要來自荷蘭）關於修辭學對羅馬法學之影響的研究成果，簡要探討修辭學在什麼程度上可能用來為羅馬法學家在阿奎利亞法相關個案（其中包括理髮師案）中的決定提供論據。

（二）修辭學與羅馬法學的可能連結——以Alfenus D. 9, 2, 52, 1「旅店主人案」為例

在阿奎利亞法原始文獻的相關案例中，「旅店主人案」或許最能為羅馬法與修辭學之間的關聯提供線索：

> D. 9, 2, 52, 1 Alfenus，《學說匯纂》第2卷
> 旅店主人夜間將燈籠放在走道上一個〔面向街道開放的〕石櫃。某個人經過，拿走了燈籠。旅店主人追趕他，要求返還燈籠，並且在他想脫逃時逮住了他。那人正好手中拿著帶刺的[97]鞭子，他用鞭子抽打旅店主人，以便掙脫。於

95 *Id.* at 133-35.

96 3 QUINTILIAN, THE ORATOR'S EDUCATION 288-89 (Donald A. Russell ed. & trans., 2002).

97 原文為"*in quo dolor inerat*"，直譯為「其中藏著（使人）痛苦（的東西）」。

> 是發生了激烈的打鬥，旅店主人將拿走燈籠之人的一隻眼睛打掉了（*effoderat*）。旅店主人問道，難道不應認為，他根本沒有不法造成損害，因為他才是先被鞭子抽打的那個人？我的鑑定如下：倘若他不是故意打掉另一人的眼睛，那麼，就不應認為，他是不法造成了損害；因為在這種情況中，過失應該存在於那個先用鞭子抽打別人的人身上。然而，若旅店主人不是先被抽打的那個人，而是為了要從別人那裡奪回燈籠而先動手的那個人，那麼在這種情況中旅店主人有過失[98]。

本段文獻處理的法律問題是，被打瞎眼睛的奴隸[99]，其所有人得否依阿奎利亞法第三章對旅店主人提起訴訟，請求賠償。針對此問題，Alfenus區分了三種可能情況：1. 旅店主人被取走燈籠的奴隸用武器攻擊，遂予以反擊，打瞎了奴隸的一隻眼睛；2. 旅店主人被取走燈籠的奴隸用武器攻擊，在反擊的過程中故意打瞎奴隸的眼睛；3. 旅店主人並未先被奴隸用武器攻擊，僅因為奴隸取走燈籠即猛烈攻擊他，不慎打瞎奴隸的眼睛[100]。只有在第一種情況中，旅店主人無須承擔阿奎利亞法責任，因為他遭到了奴隸的不法攻擊。Alfenus可能認為，對抗不法且有過失的（schuldhaft）攻擊而實施正當防衛，是法律上容許的行為，從而，旅店主人的行為不具備阿奎利亞法的「不法」要件。第一種情況極可能是向Alfenus諮詢法律意見的旅店主人主張的事實情況。然而，Alfenus自己另外假設了後面兩種涉及防衛過當（Notwehrexzess）的情況，在其中，他對雙方的過失競合問題進行了思考。

Bruce Frier將*dolor*一字改為*dolo*，似乎意指鞭子中暗藏詭計，並將其譯為spike（釘子），參閱FRIER, *supra* note 53, at 95。

98 原文與德譯文見Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Fn. 3), S. 766。中譯文方括號中的文字，係參考德譯文而添加，以助於理解原始文本含意。

99 眼睛被打瞎的人應為奴隸，因為阿奎利亞法處理的是侵害他人所有權的問題，而自由人不能作為所有權的客體。

100 Hausmaninger/Gamauf, Casebook zum römischen Vertragsrecht, 8. Aufl., 2021, S. 467.

雖然Alfenus在這段文獻中對案件情況提出了較為細緻的區分，其如何判斷到底哪一方應受非難的理由，卻有待釐清。在一些研究文獻中，有學者認為，羅馬法學家多半受過修辭學訓練，當他們面對個案事實而作成決定時，修辭學方法能幫助他們找到具有說服力的論據[101]。在修辭學理論中，最有可能與法學討論結合的就是爭論立場理論。「爭論立場」係用於指明源自「主張」（claim）與「辯護」之對立而衍生之問題（*quaestio*）的本質。當主張與辯護之間的衝突涉及的是個案中的事實問題時，爭論立場可歸納為四種（統稱「合理性的爭論立場」（*status rationales*））：第一種是推測的立場（*status coniecturalis*），例如個案中被告逕行否認原告的主張，這時候涉及的問題是「被告做了這件事嗎？」；第二種是界定的立場（*status definitivus*），例如原告指控被告劫掠寺廟，被告爭執其行為僅構成普通竊盜；第三種是性質的立場（*status qualitatis*），例如被告主張自身的行為合法；第四種立場稱為轉移（*translatio*），例如被告提出法院無管轄權之抗辯[102]。

Emanuel van Dongen指出，Alfenus在旅店主人案中的論證，涉及「性質的立場」，亦即他是針對「被告之行為是否構成不法」一事提出論證。同時，Alfenus開展其論證的方式，與Quintilian在《演說術導論》一書的V. 10. 71-72片段頗為類似，他在該處探討了「從開端上升到最高點的論證」（*argumentum ab initio incremento summa*）：一件事情可以分為開端（*initium*）、開展（*incrementum*）與最高點（*summa*），例如起先爭吵、繼而鬥毆，最後殺害。在這三個階段中可能找到支撐彼此的論點，使得人們可從其中一者往後

101 *See* Olga Tellegen-Couperus & Jan Willem Tellegen, *Artes Urbanae: Roman Law and Rhetoric*, *in* NEW FRONTIERS: LAW AND SOCIETY IN THE ROMAN WORLD 31, 31-36 (Paul J. du Plessis ed., 2013).

102 TESSA G. LEESEN, GAIUS MEETS CICERO: LAW AND RHETORIC IN THE SCHOOL CONTROVERSIES 87 (2010).

或往前論證[103]。Alfenus文本中關於案件的描述也是這樣展開的，他是從事件的開端向後論證：取走燈籠的奴隸最先發動攻擊，因此旅店主人的行為並非不法[104]。Van Dongen進一步指出，理髮師案中的法學家見解也可藉由此種思考方式獲得說明。在該案中，「過失」一語的功能表現於，法學家利用它而在因果關係模糊不明的情境中尋找精準界定的依據，三位法學家以個案中的具體情境為考量因素——理髮師將理髮座設置於危險地點、奴隸自己選擇在危險地點接受理髮的服務等——認定理髮師或球員是否有過失，而決定誰應依阿奎利亞法之訴，或依類推適用阿奎利亞法第一章賦予的個案事實之訴負責[105]。

從修辭學與論題學的角度嘗試為羅馬法學家的見解提供理由，雖然頗具吸引力，卻不無疑問。從「性質立場」或「從開端上升到最高點」的論證，究竟是用來支持關於因果關係、還是用來支持過失的存在與否，並不明確。如此一來，這樣的論證是否仍有助於釐清個別法律概念的運用，有待商榷。Franz Wieacker指出，修辭學家追求的主要是能在法庭上說動（überreden）他人作成某種決定，法學家追求的是讓自己的法律決定能合理說服（überzeugen）他的訴求對象或同儕，由於兩者追求的目標截然不同，使得修辭學在羅馬法學中的運用空間有限[106]。關於Noodt援用Quintilian為Ulpian見

103 Quintilian, Institutio Oratoria, V. 10. 71-72：「正如時間可分為三個階段，事件的順序也由三個階段組成：凡事皆有開頭、發展與最高點——爭吵、〈鬥毆、接著是〉殺害。此處也存在一個可提出相互支撐之論據的地方；可能從開端推論出最高點：『當我一看到布料如此劣質，我不可能期待做出鑲紫邊的長袍（*toga*）』；也可能反過來說：『蘇拉（Sulla）辭去獨裁官職位，足以證明他沒有為建立暴政而動用武力』；同理，無論在進行推測或探討衡平問題時，我們也可以從發展階段出發，往前或往後論證：最高點是否應上溯至開端，亦即，殺害是否應歸因於開始爭吵的那個人？」原文與英譯文見2 QUINTILIAN, THE ORATOR'S EDUCATION 400-03 (Donald A. Russell ed. & trans., 2001)。

104 VAN DONGEN, *supra* note 2, at 52-53.

105 VAN DONGEN, *supra* note 2, at 96-97, 103-04.

106 Wieacker, Römische Rechtsgeschichte: Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur, 1988, S. 669, 673-674.

解提供理由的嘗試，當代學者Klaus Luig認為，即使Noodt真的仔細探究所謂「推測」或「性質」的爭論立場，也未必能得出更多有幫助的論點[107]。雖然如此，在與有過失學說發展的過程中，Noodt強調的較重過失判斷標準，仍然具有開創性，也對當代民法的與有過失規範模式有著持續影響（參見後述「肆、二」）。

四、「自甘冒險」——理髮師案的當代羅馬法學解讀

（一）"*De se queri debere*"之當代解讀

關於Ulpian在理髮師案中的見解，Zimmermann提出「自甘冒險」作為第四種理解可能，而這體現了當代羅馬法研究的理解角度。為了更妥適地理解Ulpian思考與有過失問題的方法，應先釐清理髮師案結尾的「咎由自取」的含意。Ulrich von Lübtow認為，"*ipse de se queri debet*"（直譯：他應對自己提出控訴）是一句「天真的註釋」（naive Glosse），亦即可能出自後古典時期法學或《學說匯纂》編纂者的添加，因為一個已經死亡的人不可能對自己提出控訴[108]。Theo Mayer-Maly對此提出了不同看法。他認為，某個人是否就某事可歸責（zuschreiben），與其是否具權利能力或是否仍然生存無關，當代法亦承認，在意外事故中喪生者仍可能成立與有過失。在理髮師案中，若奴隸（而非其所有人）自甘冒險，則應由其所有人承擔不利，這樣的見解並非天真或荒謬，而且符合羅馬人在涉及奴隸行為案件中採用的一般歸責原則[109]。此外，在《學說匯纂》中，"*de se queri debet (debere)*"的用語一共出現過六次。Ulpian在理髮師案結尾的說法，很可能受到公元2世紀法學家Gaius的啟發[110]。

---

107 Luig, Juristische Methode zwischen Humanismus, Usus modernus und Naturrecht – Gerard Noodt (1647–1725) und die Lehre vom Mitverschulden, ZNR 1999, 111.

108 Lübtow (Fn. 31), S. 107, Fn. 104.

109 Mayer-Maly, De se queri debere, officia erga se und Verschulden gegen sich selbst, in: Medicus/Seiler (Hrsg.), Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, 1976, S. 247-248. 關於奴隸行為的歸責問題，參閱前註34。

110 例如Gaius D. 18, 6, 16：「桶裝的葡萄酒已被售出，而在買受人取貨之前因其易

Christian Wollschläger指出，這些文獻中的「咎由自取」用語，具有自甘冒險的意味（Handeln auf eigene Gefahr, assumption of risk），它是一種比喻性的說法，不能被等同於作為法倫理上非價判斷（rechtsethisches Unwerturteil）的、具有技術用語性質的（真正）過失概念。它僅具有中性的含意，用來表述某人應將其所受損害歸因於自己的行為。這一點可從理髮師案文本中「……若理髮師將其理髮座設置在危險的地方，某人卻仍然信賴理髮師」（*... si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit ...*）的說法獲得佐證[111]。Zimmermann也認為，自甘冒險應可用來為Ulpian法律見解提供理由：理髮師與死亡的奴隸都從事了一項具有冒險性的活動，因此他們需要各自承擔後果。從這個角度解釋其他相關羅馬法源文獻，似乎較為一貫。在此種理解下，若仍賦予理髮師案中的奴隸所有人阿奎利亞法訴權，並不合理[112]。

腐壞的性質而變酸，那麼，若出賣人對葡萄酒的良好品質給予保證，他應對買受人承擔責任；反之，若他未給予任何保證，則危險由買受人負擔，因為無論買受人是否根本沒有試飲過這酒，或者在試飲時誤以為它品質良好，他都只能對自己提出控訴（*de se queri debet*）。當然，若出賣人知道葡萄酒無法保存到應該被取走的那天，卻未告知買受人此事，那麼他應就買受人對『若獲告知此事通知』一事所享有之利益，承擔責任」。原文與德譯文見Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Fn. 47), S. 507。古典羅馬法買賣契約採取「危險由買受人負擔」（*periculum est emptoris*）的規則，買賣標的物的價金危險在買賣契約訂立完成時（*perfecta emptio*）即被移轉給買受人（與現行民法第373條以交付為危險移轉時間點之規定不同）。不過，在酒類買賣之情形，羅馬人進一步區分了瓶裝酒（*vinum amphoarium*）與桶裝酒（*vinum dolium*）這兩種不同的封裝方式，而針對桶裝酒的危險負擔移轉形成特別的規則。裝於酒桶的酒，係以陶蓋封裝，容易變質。羅馬法學家逐漸基於交易習慣而認為，桶裝酒的買賣雙方在訂約時默示約定，要等買受人試飲（*degustatio*）後，買賣契約才算訂立完成。參閱ZIMMERMANN, *supra* note 26, at 284-87. 本段文獻中的"*de se queri debet*"意味著，若買受人自己疏忽試飲，或已經試飲而未察覺異樣，也未要求出賣人保證酒的品質，那麼價金危險就已經移轉於買受人，應由其承擔酒變酸的損失。Mayer-Maly認為，本段中的"*de se queri debet*"雖不能等同於「與有過失」或「對己過失」（Verschulden gegen sich selbst）等現代民法概念，卻以一種口語化的方式表達了，在系爭案件的情形中，買受人應自行承擔不利益，不得主張應由出賣人承擔責任。參閱Mayer-Maly (Fn. 109), S. 238。

111 Wollschläger (Fn. 36), 132-135.

112 ZIMMERMANN, *supra* note 26, at 1013.

在Wollschläger與Zimmermann對理髮師案的詮釋中，頗為有趣的一點是，他們借用當代侵權法中的「自甘冒險」學說來解釋羅馬法與有過失的相關文獻，並同時比較了羅馬法與英美普通法與有過失學說的發展歷程。英美法大約在19世紀初確立過失侵權責任原則，與此同時，普通法實務承認被告得主張原告具有「共同過失」（contributory negligence），以完全排除原告的訴權[113]。換言之，當時的英美法形成了類似於阿奎利亞法的解決方案，即原告的共同過失會導致排除被告侵權責任的後果。不過，在共同過失規則的理由構成上，英美法學說主要是從因果關係中斷的角度進行論證，亦即，若被害人的疏忽可被認為是損害發生的最近原因（proximate cause），則加害人無須負損害賠償責任。在這點上，英美法的共同過失學說與羅馬法有所區別[114]。為了緩和共同過失規則可能導致原告完全無法獲得損害賠償的嚴格後果，英美法實務還基於因果關係的思考模式進一步形成「明顯的最後機會」（Last Clear Chance或Last Opportunity）規則，依照此一規則，若被告（加害人）的過失被認定為損害事件的「最有力、真正或最近原因」（effective, real or proximate cause），那麼，即使原告（被害人）有共同過失，其仍能主張全部的損害賠償[115]。後來的英美法學說，對此種基於「最近原因」思考模式而形成的規則提出越來越多的質疑，認為其僅僅是將雙方皆有失誤行為情形中的損害，從其中一方當事人移轉到他方當事人，無法達成合理分配損害的目標[116]。20世紀初以降的美國法，逐漸傾向放棄全有全無的規範模式，引進依照份額比例分配損害的模式，被害人的與有過失僅會導致損害賠償額度的減免。為了在術語上與傳統的「共同過失」有所區別，美國文獻將依比例分配損害

113 Looschelders, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, S. 93. 關於contributory negligence一詞的翻譯問題，參閱前註2。
114 參閱前述「參、二、（二）」（與註66）之討論。
115 Looschelders (Fn. 113), S. 94.
116 Looschelders (Fn. 113), S. 95.

的模式稱為「比較過失」（comparative negligence）[117]。在英國，1945年《法律改革（共同過失）法案》（Law Reform (Contributory Negligence) Act）改變了原本採「全有全無」賠償責任模式的共同過失，也廢止了「明顯最後機會」規則，採用依雙方各自應負的責任比例分配損害的規則[118]。

在英美普通法中，自甘冒險是另一種可完全排除原告損害賠償訴權的抗辯，其與共同過失、比較過失學說之間的界線不容易清楚劃定。從理論角度出發，自甘冒險指的是，被害人對加害人違反注意義務的行為給予同意，從而導致加害人責任被排除（即「對自願者，不成立不法侵害」；*volenti non fit iniuria*）[119]。在採用共同過失學說的時期，自甘冒險的判斷標準可歸納為：1. 不法侵害之發生，是源自被告活動固有且可預測的風險；2. 原告（被害人）自願參與系爭活動；3. 原告（被害人）有時間充分認知系爭活動的固有與可預測風險[120]。自比較過失制度獲得廣泛採納後，自甘冒險的內涵也有所改變，學說上區分基於當事人之間明示約定（express agreement）的自甘冒險，以及基於被害人的行為而推知其已對加害人創造的風險予以同意的「默示自甘冒險」（implied acceptance of risk）。默示自甘冒險以被害人自願暴露於風險，且知悉風險所涉及之範圍為前提[121]。

---

117 Looschelders (Fn. 113), S. 97-98.

118 Looschelders (Fn. 113), S. 95-96.

119 Looschelders (Fn. 113), S. 103.

120 KEITH HYLTON, TORT LAW: A MODERN PERSPECTIVE 159 (2016).

121 Looschelders (Fn. 113), S. 103-104。當代美國侵權法學說與實務進一步區分「主要」與「次要」的默示自甘冒險。主要的默示自甘冒險，指侵權損害賠償訴訟之被告對原告並無注意義務，或未違反注意義務，且原告自願參加被告隱含危險之行為或活動，從而導致其損害賠償請求權遭排除。次要的默示自甘冒險，指侵權損害賠償訴訟之被告雖有違反法律上注意義務之情事，但原告本身有意選擇面對該危險。於此情形應適用「比較過失」，法院得減輕被告之損害賠償責任。參見陳聰富，註2，頁149-154。

根據Hans Stoll的研究，自甘冒險的學說不僅出現在英美普通法傳統。在德國，1945年以前的帝國法院即已認為，若某人有意識使自己進入原可避免的特殊危險情境，且並非因為承擔法律上或道德上義務而這麼做，那麼他已經藉此表明願意承擔由此情境產生的可能損害。然而他同時指出，這樣的見解無法為損害賠償法帶來有意義的結論。畢竟，凡自願參與大城市交通的人，都可說是有意識地讓自己暴露於重大危險中[122]。在法國法的發展上，關於自甘冒險構成要件的法釋義學討論，也面臨類似的問題[123]。Stoll認為應區分「真正的」（echt）與「不真正的」（unecht）自甘冒險。真正的自甘冒險指的是，倘若在綜合考量具體案件的整體情事（例如危害之明顯性、潛在受害者認知到危害存在甚至予以同意等）後，可認為某一特定的危險行為是法律上允許的，那麼，應認為在造成危險者與被害人之間，該危險行為具有正當化事由，應由被害人承擔危險，亦即應認為造成危險者未違反其注意義務[124]。不真正的自甘冒險指的是，若造成損害的危險活動無法被認定為受法律允許，造成危險之人即有可能被認定為違反義務，這時候，若被害人自己也有為自身造成危險之情事，而可認為構成「對己過失」（Verschulden gegen sich selbst），那麼，應依照與有過失的規則減輕造成危險者的損害賠償責任，在造成危險者與被害人之間分配損害[125]。

---

122 Stoll, Das Handeln auf eigene Gefahr. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 1961, S. 4.

123 Stoll (Fn. 122), S. 6-8. 自甘冒險學說在法國法的發展，主要圍繞著1804年法國民法第1384條第1項「對自己保管之物所生之損害賠償責任（無生物責任）」的解釋問題而展開。該條規定，對自己保管之物所生之損害，保管人負無過失責任，但在不可抗力、第三人行為、與有過失之情形，保管人得減免責任。早期的學說在討論被害人之過失（faute de la victime）時，進一步區分了「被害人的同意」與「被害人之風險承擔」（相當於自甘冒險），認為加害人在這些情形皆不負侵權責任。然而，風險承擔在後來的法國學說中始終充滿爭議，晚近的法國實務與學說傾向限縮乃至於揚棄風險承擔之概念。參閱張韻琪，自甘冒險的法理與定位——以日法台之比較為中心，臺北大學法學論叢，129期，頁107-109、116-120，2024年。

124 Stoll (Fn. 122), S. 252-253.

125 Stoll (Fn. 122), S. 253-254. Stoll區分之「真正」與「不真正」自甘冒險，就其

Herbert Hausmaninger認為，Ulpian在理髮師案結尾提出的說法，不僅隱含了類似於Stoll藉由比較法與法釋義學的考察而提出之「真正自甘冒險」學說的思考方式，也拓展了前輩法學家（尤其是Proculus）流傳下來的考察視野。在Proculus的時代，羅馬法學家可能還沒有明確發展出可將被害人與有過失納入考量的方法，從而，Proculus也只能迂迴地從加害人過失的角度來考察相關案件[126]。藉由對照公元3世紀另一位法學家Paulus的「捕獵陷阱案」，將可更為清楚地界定Ulpian見解的時代脈絡。

（二）Ulpian見解的晚期古典（spätklassisch）[127]脈絡——與Paulus「捕獵陷阱案」之對照

同為古典晚期羅馬法學代表人物的Paulus的「捕獵陷阱案」，可以作為古典晚期法學家開展出類似於自甘冒險學說的佐證：

> D. 9, 2, 28 pr. - 1 Paulus，《薩賓市民法註釋》第10卷
> 為了捕捉熊與鹿而設置陷阱的人，若是在道路上挖設陷阱，結果某個東西掉進陷阱而有所損傷，那麼，他們應依阿奎利亞法承擔責任。若他們在通常會設置陷阱的其他地點設置之，那麼，他們無須承擔責任。（§ 1）然而，只能在特定情況中賦予這項訴權〔作為一個針對個案事實創設的訴權〕，也就是在既未針對危險提出警告，被害人也不知

實質內涵而言，可分別對應於美國法的「主要」與「次要」默示自甘冒險，參照前註121。

126 Hausmaninger (Fn. 59), S. 260-261.

127 指公元2世紀末（約193年）至3世紀前半（235年）這段期間的羅馬法學。這個時期的法學家階層，已完全被納入國家公職體系，在帝國的行政部門任職且享有作成有拘束力之法律見解的釋答權（*ius respondendi*）。此時期法學的主要成就在於彙整前代法學的大量素材，編寫大規模的註釋書。其創造性雖已不如前代，但無論就闡述法學素材的技巧或思考的精確性而言，仍處於法學的顛峰時期。參閱Kunkel/Schermaier (Fn. 6), S. 160；Waldstein/Rainer (Fn. 7), S. 253, 256。

> 道或無從預見此項危險之情形——但在這類案件中經常出現的情況是，原告原本能避開危險；若係如此，他〔提起訴訟的可能性〕就會遭到排除[128]。

本段文獻涉及的問題是，A在道路中間設置陷阱捕捉獵物，B的財物卻掉進陷阱而受有損害（例如其牲畜掉進陷阱而受傷），B得否依阿奎利亞法第三章對A提起訴訟，或者法務官應否賦予B一項以阿奎利亞法為範例（類推適用）的個案事實之訴（*actio in factum*）？

Paulus對此問題的回答是，只有在特定情況（*causa*）中才應賦予B一項個案事實之訴。在古典法學家看來，A挖設陷阱導致B的財物掉進陷阱，不符合阿奎利亞法關於「加害人的行為直接對被害客體造成損害」的要件，因此不能直接依阿奎利亞法賦予訴權（簡稱「直接之訴」，*actio directa*）[129]，只可能基於間接損害，賦予B個案事實之訴[130]。這相當於當代民法中的類推適用，而B在承審法官審理程序中可能負擔較重的舉證責任。如同在「修剪樹木案」（參閱前註53）中的作法，Paulus在此也對可能的事實情況進行了細分。他認為，無論A在公眾通行的道路或在通常用於捕獵地點設置陷阱，

---

128 原文與德譯文見Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Fn. 3), S. 752. 為便於理解，中譯文參照德文譯本添加了方括弧內的文字。Iulius Paulus與Ulpian同為公元3世紀前半的法學家，曾在古典晚期最偉大法學家Papinian任職禁衛軍長官（*praefectus praetorio*）期間擔任其參事（*assessor*），並為皇帝Septimius Severus顧問團成員。Paulus著述甚豐，最為重要者為《薩賓市民法註釋》（共16卷）與《告示註釋》（共80卷）。薩賓（Sabinus）為公元1世紀（古典早期）法學家，著有《市民法》共三卷。由於羅馬人自十二表法以後即未有大規模的法典制定，自公元2世紀起，陸續有法學家以薩賓《市民法》為基礎文本進行註釋。參閱Waldstein/Rainer (Fn. 7), S. 245, 248, 256; Schulz (Fn. 10), S. 262。

129 D. 9, 2, 28 pr.的文本認為法務官得賦予（阿奎利亞法）直接訴權，可能是因為這段文字出自古典早期的Sabinus，而Sabinus承繼了前古典法學家Quintus Mucius的見解。在前古典法學時期，個案事實之訴的機制尚未獲得廣泛運用，法學家對阿奎利亞法的要件採取較寬泛的解釋。參閱Möller, Die Rolle der Unterscheidung von via publica und via privata im römischen Deliktsrecht, in: Avenarius/Meyer-Pritzl/Möller (Hrsg.), Ars Iuris. Festschrift für Okko Behrends zum 70. Geburtstag, 2009, S. 441。

130 Hausmaninger (Fn. 28), S. 37-38.

都應採取防範措施，否則其行為就構成不法（*iniuria*，此處的「不法」蘊含了「過失」，參照前述「貳、二、（二）」）。在A已有不法的情況中，Paulus進一步考量：B是否已知或可得而知危險的存在，卻仍然行經設置陷阱的地點？若係如此，則A的不法會因B自己違反注意義務而被阻卻。這可說是一種相當於自甘冒險的思考方式。

Ulpian在理髮師案中似乎也設想了各種可能的個案事實情況。在該案中，理髮師知悉球賽的進行及其帶來的危險，卻將理髮座設置於危險地點而執行業務，應認為已合乎不法與過失的要件，一般而言也會成立阿奎利亞法的侵權責任。然而，若顧客（奴隸）也知悉理髮座設置地點隱含的危險，卻仍然選擇讓理髮師提供服務，那麼他可說是明示或默示地承擔了風險，而這會導致理髮師責任被排除[131]。在考察羅馬法學家的法發現（Rechtsfindung）方法時，Rolf Knütel指出，羅馬法學家在個案中經常是以特定原則作為出發點，接著會設想一系列的案例變化來測試這項原則的適用範圍。當他們來到作為該原則適用範圍極限的邊界案例時，他們往往會改採另一項原則[132]。藉由這種逐步檢驗的方式，他們能夠漸漸縮小搜尋到正確解決方案的範圍，同時也不會迷失於抽象化的思考中[133]。從理髮師案以及本文引用的其他羅馬法案例，我們可以看到這種方法的經典呈現。

肆、理髮師案與當代民法之關聯

本文以理髮師案為中心，呈現羅馬法學家如何在阿奎利亞法與

131 Hausmaninger (Fn. 59), S. 253-254.

132 Knütel, Betrachtungen zur Rechtsfindung der römischen Juristen, in: Altmeppen/Lohsse/Reichard/Schermaier (Hrsg.), Rolf Knütel. Ausgewählte Schriften, 2021, S. 544.

133 Knütel (Fn. 132), S. 568.

程式訴訟的制度條件下發展出與有過失的損害賠償責任「全有全無」模式，以及中世紀以降學說如何以不同方式解讀相關羅馬法文本而構築歐洲普通法的規範基礎。本文在最後一部分中擬探討的問題是，理髮師案與其他相關羅馬法與有過失案例，在歷經了各時期歐陸法學的重新詮釋後，是否在當代的民法中留下了遺跡？

關於與有過失的規範，德國民法第254條採用依比例份額分配損害之模式，迥異於羅馬法傳統的全有全無模式，後來被我國民法第217條繼受[134]。一般認為，依份額分配損害的模式源自18世紀Christian Wolff的理性自然法學說[135]。然而，負責設計德國民法各編預備草案與其後各次草案的學者與實務界人士，在學術背景上深受19世紀德國普通法[136]影響，而德國普通法仍沿用中世紀以降的過失相抵學說的損害賠償全有全無模式。德國民法的立法者在設計與有過失規則的時候是否真的全面揚棄了德國普通法的學說，改採理性自然法學說及相關立法例的規範模式，是一個值得探究的問題。以下擬從19世紀學說中關於理髮師案的探討出發，闡述當時德國普通法的過失相抵學說及其實務上的影響，再進一步探討該學說是否仍對德國民法第254條的立法有所影響，從而也與我國民法第217條存在間接的關聯。

---

134 王澤鑑，損害賠償法，註1，頁343；陳自強，違約責任與契約回復——民法講義Ⅳ，3版，頁115-116，2022年。

135 Jansen (Fn. 89), § 254 Rn. 20-22；陳自強，註134，頁116。

136 就19世紀仍然適用於德意志地區的羅馬法而言，普通法（Gemeines Recht）、潘德克頓法（Pandektenrecht）、當代羅馬法等用語基本上可被認為是同義語，但數個術語的交錯使用也衍生了一些疑問，參閱Luig, Gemeines Recht, in: http://www.HRGdigital.de/HRG.gemeines_recht（最後瀏覽日：2026/02/10）。1874年德國聯邦參議院設置的德國民法預備委員會（Vorkommission）建議，德國民法的制定以普通法作為基礎，調和各邦當時現行有效的私法規則，參閱Repgen, Bürgerliches Gesetzbuch, in http://www.HRGdigital.de/HRG.buergerliches_gesetzbuch（最後瀏覽日：2026/02/10）。

一、19世紀德國普通法文獻中的理髮師案與過失相抵

（一）理髮師案在潘德克頓體系中的位置

關於19世紀德國普通法文獻對理髮師案的理解及該案的體系位置，Erwin Grueber與Alfred Pernice提供了重要線索。Grueber指出，在D. 9, 2, 11 pr.最後一句的情形中，接受刮鬍服務者明知理髮師在危險地點提供服務，卻仍然接受該服務，其自身存在過失。此一事實雖不影響加害人本身也有過失的存在，但此處發生過失相抵，阿奎利亞法訴權之適用因之遭到排除[137]。

相較於Grueber，Pernice更明確以D. 50, 17, 203的「規則」作為理解理髮師案與最後一句與其他羅馬法與有過失相關文本的基礎，從而清楚呈現了19世紀德國學說與中世紀以降過失相抵、因果關係中斷學說之間的傳承關係。他指出，若被害人原有較安全的選項，卻捨此不為，做了對自己有所不利的選擇，那麼，被害人應被認為具有疏失（Negligenz），加害人的過失因此被抵銷[138]。然而，過失相抵之基礎並非在於被害人對加害人違法行為造成之結果給予自願同意，而是在於被害人的疏失使得「加害人的過失（*culpa*）」與「損害」之間的因果關聯遭到質疑[139]。基於D. 9, 2, 9, 4（「拋擲標槍案」，參見前述「參、一、（一）」），Pernice強調，過失相抵不適用

137 GRUEBER, THE ROMAN LAW OF DAMAGE TO PROPERTY 33 (1886). Erwin Grueber是19世紀後期的德國羅馬法學者，1875年於慕尼黑大學完成教授資格論文，1881年獲延攬至牛津大學擔任羅馬法教席，1893年回到慕尼黑大學任教（參閱Wikipedia, Erwin Grueber, in https://de.wikipedia.org/wiki/Erwin_Grueber（最後瀏覽日：2026/02/10））。

138 Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte, 1867, S. 59. 在這裡，使用「疏失」（Negligenz）一詞而不使用「過失」（*Culpa*）稱呼被害人的與有過失，似乎意味著Pernice認為被害人的與有「過失」並非法學技術（固有）意義上的過失（Verschulden），後者以違反法律義務為前提。在這點上，Pernice的見解與當代民法學說具有類似性。關於固有意義與非固有意義過失之區分，參閱王澤鑑，損害賠償法，註1，頁349。

139 Pernice (Fn. 138), S. 60.

於故意加害之情形，因為只有性質相同的事物才能相互抵銷，而故意與過失之性質不同[140]。

值得注意的是，在Grueber引用的Windscheid潘德克頓教科書第二卷（債法）中，過失相抵的相關羅馬法源文獻出現過兩次，第一次在第258節（標題為「損害賠償之債」）[141]，第二次在第455節（「侵權行為」標題下的「C. 毀損 - 1. 阿奎利亞法及其擴張適用」）[142]。本文前述的討論顯示出，羅馬法學家最初是在侵權法（阿奎利亞法）的個案討論中處理相當於現代民法與有過失的問題。中世紀的註釋法學家則將羅馬法的個案規則銜接於D. 50, 17, 203表述的規則，使之一般化，適用於侵權法之外的其他債之關係。Windscheid潘德克頓教科書不僅延續了中世紀以降的學說發展，也對德國民法典的體系設計具有重大影響[143]。對照德國民法與Windscheid潘德克頓教科書，往往可清楚看到個別羅馬法文本、規則與現代民法的銜接。

（二）「較重過失」學說的採納？

在前述討論中，一個有待釐清的問題是：被害人的過失程度是否應與加害人之過失相當或更為重大，才能適用過失相抵的規則？從中世紀以降的學說發展軌跡來看，註釋法學家沒有處理這個問題，教會法學家則基於近因與遠因之區分，間接地對雙方的過失程度進行衡量，17世紀的學說才較明確地發展出以被害人有較重過失作為過失相抵前提要件的見解。19世紀德國普通法學說在這個問題

---

140 Pernice (Fn. 138), S. 62.

141 Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 9. Aufl., 1906, S. 64-65 mit Fn. 17, 18.

142 Windscheid/Kipp (Fn. 141), S. 975-976 mit Fn. 12.

143 1888年德國民法第一草案公布後，著名的法官Otto Bähr認為該草案致力於反映普通法學說的當代現狀，可被稱為一部「小型的Windscheid（指Windscheid的潘德克頓法教科書）」。參見Haferkamp, Wege zur Rechtsgeschichte: Das BGB, 2022, S. 66。

上眾說紛紜。Bernhard Windscheid基於D. 50, 17, 203之規則而認為，若被害人盡其應有之注意原可避免損害發生，加害人即不負損害賠償責任[144]。據此，即使被害人的過失較加害人輕微，加害人仍可免責。Heinrich Dernburg則認為這樣的見解過為嚴苛。他從直接與間接損害的區分出發而認為，即使損害與加害行為之間僅存在間接因果關係，加害人原則上仍應負賠償責任。然而在個案中，若加害人的過失侵害行為僅構成損害的較遠的誘因（entfernte Veranlassung），加害人即無須負賠償責任。具體而言，若個案情事中明顯存在可採取的防範措施，且該等措施屬被害人能力所及範圍，而被害人卻未採取之，即應認為被害人的過失才是損害發生的主要原因，其不得向加害人請求賠償損害[145]。從與有過失學說發展史的角度來看，Dernburg的見解延續了中世紀教會法學說與17世紀的學說。

在19世紀德國普通法的實務中，同樣也存在見解的分歧。部分實務見解採取嚴格見解，認為被害人的任何過失均足以導致加害人損害賠償責任之排除，並否定在雙方過失程度之間進行衡量的解決方案，但也有部分實務見解認為被害人之輕微過失不具重要性，加害人不得據此主張過失相抵[146]。學說與實務見解在過失相抵問題上存在的持續分歧，終究需要經由德國民法的立法而謀求解決。

144 Windscheid/Kipp (Fn. 141), S. 64 mit Fn. 17.

145 Dernburg/Biermann, Pandekten, Bd. 2: Obligationenrecht, 7. Aufl., 1903, S. 126-128 mit Fn. 11. 除了D. 9, 2, 9, 4的拋擲標槍案以外，Dernburg認為其見解可從Alfenus D. 9, 2, 52 pr.獲得支持：「一名奴隸遭毆打受傷後死亡，若其死亡並非醫師欠缺專業或其所有人之疏失所致，那麼，認為〔所有人〕得以奴隸遭不法殺害而提起訴訟的見解應屬正確」（原文與德譯文見Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Fn. 3), S. 765-766）。

146 Looschelders (Fn. 113), S. 21-22.

二、當代民法與有過失規則的確立

（一）德國民法第254條之立法過程

現行德國民法第254條的立法資料，主要見諸1882年由Franz Philipp von Kübel負責起草之德國民法債編預備草案第一部分（債法通則）標題二（因契約、單方允諾與侵權行為而發生之債）第III章（侵權行為）第13條、1887年德國民法第一草案第222條、1895年德國民法第二草案第217條及歷次草案的理由書與委員會討論紀錄。

Kübel預備草案中的與有過失條文內容為：「因他人過失與被害人自己之疏失（Nachlässigkeit）共同造成損害者，被害人僅得於符合法院裁量的適當比例範圍內請求賠償」[147]。此一條文引進了依過失比例分配損害的規範模式，與羅馬法傳統的損害賠償責任全有全無模式分道揚鑣，在德國民法立法史上具有關鍵意義。在預備草案理由書中，Kübel比較了普通法學說與多部民法典或其草案的規範模式之後認為，1881年瑞士債法第51條的規範模式較為可採，該條規定，若損害之發生亦可歸咎於被害人的過失，法官得依具體情事減輕或完全免除賠償義務[148]。相對於此，德國普通法（1865年薩克森民法[149]沿用之）的規範模式最為不智，因為這種規範模式無法妥適考量具體個案中的特殊情形，這形同讓那些受到他人不法行為威脅的人，在面對加害人的時候竟然還要為損害的防免盡相當程度的

147 Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, 1980, S. 655.

148 1881年瑞士債法第51條：「損害賠償的種類與數額，由法院評估個案具體情事與過失程度決定之（第1項）。被害人亦有過失者，法院得依比例減輕或完全免除賠償義務（第2項）」。引自Aumann, Das mitwirkende Verschulden: in der neueren juristischen Dogmengeschichte, 1964, S. 165。

149 1865年薩克森民法第688條：「被害人若盡勤謹家父之注意，原可避免損害發生者，不得請求賠償。但損害係因他人之故意責任發生者，不在此限」。引自Looschelders (Fn. 113), S. 24。

注意義務。此外，加害人不法行為與損害之間的因果關係，不會因為被害人未採取一定行為或未盡一定注意就被切斷[150]。

1887年德國民法第一草案承繼了Kübel預備草案的立法原則，但將與有過失之規定改置於債編通則「債之關係標的」標題下的第222條：

> 因他人過失而發生之損害，係由被害人過失共同造成者，應由法院衡量個案情事後決定該他人是否，以及於何範圍內負損害賠償義務。被害人僅就損害之防免與有過失者，亦同。法院作成決定時尤應評估，他人之過失或被害人之過失是否、或在何範圍內較為重大[151]。

相較於Kübel預備草案條文，第一草案明確強調應依加害人（「他人」）與被害人過失程度之衡量，作為損害賠償範圍之認定依據。此外，第一草案首次在損害發生的與有過失之外，將損害防免的與有過失情形納入規範，擴張了與有過失的態樣[152]。關於草案條文的設計，草案理由書除提及1881年瑞士債法第51條外，進一步提及1811年奧地利普通民法第1304條作為參酌對象[153]，這暗示了草案條文在設計上可能受到奧地利普通民法背後的理性自然法學說影響。

在後續的立法過程中，德國民法第二委員會、帝國眾議院委員會分別對第一草案的條文用語進行了相當幅度的修改。第二草案的修正重心，主要展現在損害賠償範圍的量定標準上。相較於第一草

150 Schubert (Fn. 147), S. 714.

151 Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, 1899, S. IV.

152 Jansen將怠於避免損害而導致損害擴大之情形稱為「結果損害」（Folgeschäden）並且指出，在羅馬法原始文獻中，此類損害可能自始即被認為落在被害人的負責領域（Verantwortungsbereich），應由被害人承擔，故法學家於此類情形無須考量被害人與有過失的問題。參閱Jansen (Fn. 89), § 254 Rn. 6。

153 Mugdan (Fn. 151), S. 13.

案中以雙方過失程度為衡量標準的用語，第二草案第217條[154]改以損害主要由哪一方當事人引起（verursachen）為標準，凸顯了因果關係（Kausalverhältnis）的要素[155]。第二草案完成後的後續修正，主要在於將被害人怠於防免或減輕損害的與有過失獨立為第2項，並且納入準用債務人為法定代理人與履行輔助人之故意過失負同一責任之條款，最終形成1900年德國民法第254條的條文（2002年德國民法修正時加上「與有過失」之標題，未更動條文實質內容）：

> I 損害之發生，被害人與有過失者，賠償義務及賠償之範圍，應按具體情事而定，即如斟酌損害在何種程度係主要由一方或他方所引起者。
>
> II 1 被害人之過失縱僅為怠於預促債務人注意其所不知或不可得而知之非常高度損害之危險，或怠於避免或減輕損害者，亦同。2 第278條規定，準用之[156]。

現行德國民法條文的與有過失規範模式，初看之下揚棄了羅馬法與德國普通法傳統的損害賠償全有全無模式，改採受理性自然法影響而形成的損害分配模式。不過，進一步考察理性自然法相關學說，並與德國民法第254條相互對比之後將會發現，德國民法第254條中其實保留了19世紀德國普通法學說的部分要素。

（二）Wolff理性自然法學說之影響

作為現行德國民法與有過失規則參考立法例的奧地利普通民

---

154 1895年德國民法第二草案第217條：「損害之發生，係由被害人之過失（Verschulden）共同造成者，應依個案情事決定損害賠償義務之成立與應賠償損害之範圍，尤應考量損害主要由一方或他方所造成。被害人僅就防免或減少損害有過失者，亦同」。Mugdan (Fn. 151), S. IV.

155 Mugdan (Fn. 151), S. 519.

156 譯文引自國立臺灣大學法律學院、財團法人台大法學基金會，德國民法（上）——總則編、債編、物權編，2版，頁269，2016年。

法，在立法思想上深受17至18世紀Hugo Grotius、Samuel Pufendorf、Christian Thomasius與Wolff等理性自然法學家影響，但在具體的規範設計上，仍大幅沿用「現代法院實用」（*Usus modernus*）中的普通法學說，僅在若干細節上進行修改[157]。奧地利普通民法第1304條關於與有過失採損害分配的模式，就是一個以Wolff理性自然法學說[158]修改普通法學說的特例。

Wolff關於在雙方均有過失之情形中分配損害的討論，主要見諸《自然法：基於科學方法的探討》（*Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*）第二卷第三章 §§ 628-632。他提出下列命題作為結論：

> § 632 若你的損害（*damnum*）與他人的損害相互衝突（*collidere*），且你們雙方均非全無任何過失，那麼，應依過失比例（*in ratione culpae*）在你們之間分配損害。因為，若你的損害與他人的損害相互衝突，那麼，或者應由你承擔某些損害，或者由他人承擔某些損害；這正是此處預設的前提。實際上，依據假設，你們雙方均非全無任何過失。既然你們雙方各自的過失都可歸責於自己……，你們雙方也各依自身過失的比例被視為損害的自由原因（*causa libera damni*）……。因此，應依過失的比例在你們之間分配損害[159]。

---

157 Wesenberg/Wesener, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung, 4. Aufl., 1985, S. 165-167. 關於「現代法院實用」，參閱戴東雄，註45，頁243-244。

158 Paul Koschaker指出，在理性自然法學家中，Christian Wolff（1679-1754）是真正使自然法成為法典的人，他精通羅馬法，並經常加入自然法的解決方案，嘗試創設法律實務家也可以使用的法典。參閱Paul Koschaker（陳添輝譯），歐洲與羅馬法，頁207，2023年。關於自然法思想對歐陸法典之貢獻的整體評價，參閱馬漢寶，法律哲學與社會變遷之關係——以自然法思想與法律實證主義之消長為例，收於：西洋法律思想主流之發展，頁271-272，1999年。

159 Wolff, Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum: Pars Secunda, 1742, S. 475-476.

Wolff所說的「（兩者的）損害相互衝突」，並非指某個行為為雙方都造成財產上損失（兩項損害）。在§ 632之前的§ 628中，Wolff是以探討下列案例作為出發點：原告對無權占有的被告提起所有物返還之訴（*rei vindicatio*），但被告為善意占有人，已為標的物支出奢侈費用（*impensae voluptuariae*），主張原告應償還奢侈費用[160]。Wolff並未如同現行民法一般區分「損害」與「費用」，似乎有意讓兩者均適用相同的規則，而占有人支出這筆費用，只帶來一項「損害」。由此觀之，Wolff處理的問題應該是：涉及雙方財產利益的費用或損害，應如何分配？他認為，無論何種損害賠償，只要被害人自己的過失與損害之間存在因果關聯，即應適用此處的規則[161]。

應當注意的是，Wolff的與有過失學說是建立在他的義務理論基礎上的。他提出了一種完全以義務為取向的私法理論，嘗試為整個私法領域提供了公理式的體系（axiomatisches System）。根據此種理論，每個人理所當然地對自己承擔「保護自身法益」的義務（即所謂「對己義務」，*officia erga seipsum*），因此，每個會危及自身的行為，都應被評價為違法且有責。同時，每個人也有不得加損害於他人，並盡力防免損害降臨於他人的義務。對己義務與對他人義務，性質上其實是相同的[162]。在道德哲學的領域，Wolff提出一種漸進式的歸責學說（graduelle Zurechnungslehre），基於此學說，每個人負責的程度應取決於其意圖或過失而合乎比例地分配。於是，由這些學說進一步開展出依照份額分擔損害的思想，可說是一種邏輯上的推演[163]。

---

160 Wolff (Fn. 159), S. 472-473.

161 Aumann (Fn. 148), S. 43-44. 在《自然法》第四卷第三章§ 591，Wolff也提到依過失比例分配損害的說法：「若寄託人把需交付寄託之物，交給一位粗心大意的人，且寄託人知悉或可得而知這人粗心大意，而被寄託之物因為受託人的過失滅失或變壞，那麼，應在寄託人與受託人之間，依照各自過失的比例認定損害」，見Wolff, Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum: Pars Quarta, 1744, S. 403。

162 Looschelders (Fn. 113), S. 18-19.

163 Jansen (Fn. 89), § 254 Rn. 22-23; Looschelders (Fn. 113), S. 20.

（三）中世紀以降過失相抵學說在當代民法中的遺跡

以上述討論為基礎，回頭考察理性自然法學說與現行德國民法第254條（與我國民法第217條）之間的關聯，會發現一個特別的現象：我國與德國現行民法在「依比例分配損害」的規範模式上，可能經由奧地利普通民法而間接受Wolff學說影響，卻沒有採納Wolff學說的理論預設，即所謂「對己義務」的概念。

依我國民法第217條第1項與德國民法第254條第1項，關於「損害發生」的與有過失之要件為：1. 被害人有「對己過失」（Verschulden gegen sich selbst）[164]；2. 被害人之行為對損害之發生而言，為可歸責的與有原因（zurechenbare Mitverursachung）[165]；3. 被害人有識別能力[166]。現行民法學說的「對己過失」，與Wolff學說中的「對己義務」迥然不同。在Wolff的理論中，對己義務與對他人義務性質上相同，從而在與有過失之情形中，雙方都應受過失非難而依過失比例分配損害。有別於此，當代民法學說認為「對己過失」是一種不真正義務（Obliegenheit），因為被害人並無不損害自己權益之法律上義務[167]。換言之，從理論層面看來，現行民法的與有過失規範原理與Wolff的義務理論之間存在重要差異。

其次，從德國民法立法史的考察看來，現行民法與有過失規範中的「與有原因」要件，應與前述第二草案第217條用語重心的轉變有關，而第二草案備忘錄中記載的修正原因似乎更多地指向

---

164 王澤鑑，損害賠償法，註1，頁349；陳自強，註134，頁125-126；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，頁71-72，2007年；王怡蘋，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，月旦裁判時報，134期，頁18-19，2023年；Schellhammer, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen: samt BGB Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2021, Rn. 1360.

165 陳自強，註134，頁126-127；Schellhammer (Fn. 164), Rn. 1361-1362。

166 王澤鑑，損害賠償法，註1，頁350；陳自強，註134，頁127；Schellhammer (Fn. 164), Rn. 1365.

167 王澤鑑，損害賠償法，註1，頁349。

Dernburg對羅馬法法源的理解。不過，Dernburg關於近因與遠因的區分，是以損害賠償全有全無的規範模式作為預設。在現行民法改採依比例份額分配損害的規範模式後，已無藉助近因與遠因的區分判斷因果關係是否中斷之必要，這組區分遂轉化成雙方與有原因力的衡量標準[168]。在這個意義上可以說，現行民法的與有過失規範中，仍存留著中世紀以降羅馬法學說傳統的要素[169]。

伍、結論

本文以Ulpian D. 9, 2, 11 pr.「理髮師案」為中心，說明羅馬法學家如何在公元前286年制定的阿奎利亞法以及程式訴訟的程序框架下，處理相當於現行民法被害人與有過失的問題。從Mela、Proculus與Ulpian三位法學家的見解，可以看出不同時期的羅馬法學家如何逐步開展關於這個問題的解決方案。阿奎利亞法的訴訟程式，並未賦予承審法官（*iudex*）審查被害人與有過失的權限，且阿

168 Luig (Fn. 80), 237-238指出，當代德國民法的與有過失規範模式係由兩項主要原則構成：權衡（Abwägung）雙方促成損害發生的程度，以及整體損害的可分配性。就前者而言，經由近代法學對羅馬法文獻的重新詮釋，早在Wolff之前即已於歐洲普通法學說中形成，且具有主流地位。Wolff學說的主要影響展現在後者。此外，在德國民法制定與施行前，有若干判決藉由承認法官對損害賠償數額的自由裁量權限，達到了損害分配的效果。

169 本文於前述「參、四」指出，藉助當代民法學說「真正自甘冒險」來理解理髮師案中的「咎由自取」，可能較接近古典晚期羅馬法學家的思維方法，而這是20世紀的羅馬法研究文獻中才出現的解釋方式。值得注意的是，在現行民法確立依比例分配損害的與有過失規範模式後，「自甘冒險」在民法中究應如何定位、是否具有阻卻違法的效果、又應如何區隔於適用與有過失之案例，是一個棘手而頗具爭議的問題，且已超出本文的處理範圍。晚近研究指出，在我國法院運用「自甘冒險」概念的判決中，運動傷害案件構成一種獨特類型，法院僅在此類案件中認定運動構成一種固有風險，應由被害人承擔因固有風險之實現而造成的損害。在其他類型的案件中，法院並非在技術用語的意義下使用「自甘冒險」一詞並使之具有特定效果。就此而言，「自甘冒險」概念在我國實務見解中未有明確與一致的內涵，其獨立存在的必要性也有待釐清（張韻琪，註123，頁90-91、122-131）。

奎利亞法訴訟具有罰金性質，承審法官只能依法務官下達的指令作成被告責任成立的判決，或諭知被告責任不成立。理髮師案中引述的公元1世紀法學家Proculus只在論證被告過失責任是否成立的過程中，迂迴而間接地處理被害人與有過失的問題。Ulpian（古典晚期的法學家）則逐漸發展出類似於當代德國學者Stoll所說的「真正自甘冒險」（作為一種阻卻違法事由）。有別於現行民法第184條第1項前段，阿奎利亞法原本的用語與訴訟程式均只有「不法」一詞，過失是在羅馬法學家解釋「不法」一詞之內涵的過程中逐漸成形的概念。從「真正自甘冒險」的角度理解理髮師案中「咎由自取」一語以及被告責任「全有全無」的規範模式，較能對應於羅馬法學家在眾多個案中展現法發現方法。

羅馬法學家留下的相關討論，在中世紀以後與各時期的法學思想結合，成為歐洲普通法與有過失學說的起點。中世紀註釋法學家以其獨特的文本銜接方法解釋羅馬法源文獻，提出過失相抵學說，但這種方法卻不是羅馬法學家使用的方法。教會法學家在過失相抵學說的基礎上，結合教會法固有素材而提出「近因／遠因」的區分，這同樣不是羅馬法學家原本的見解，但對後來的與有過失學說發展卻有深遠影響。17世紀荷蘭人文主義學說承繼這個發展方向，藉助古典修辭學方法而提出較重過失學說，具有開創性，但修辭學的方法也與羅馬法學家的方法有別。在羅馬法傳統之旁，18世紀Wolff的理性自然法學說發展出依雙方過失比例分配損害的規則，對奧地利、瑞士與德國民法之規範模式產生影響。損害分配的模式雖然獲得了19世紀以降民法典的採納，但在現行民法與有過失規範中同樣具有根本重要性的權衡原則，卻早在理性自然法之前的歐洲普通法傳統中即已形成。

在梳理「理髮師案」文本及其在歐洲法學各個時期的不同解讀方式的過程中，我們清楚看到羅馬法學家如何在初始的制度框架下，於個案中開展精緻的法學技術，造就了一門可稱為科學的法

學，並以理性而穩健的方式為後來各時代的法學提供了豐富而具有開放性的規範素材。

"*De se queri debere*":

Contributory Negligence in the "Barber Case" (Ulpian D. 9, 2, 11 pr.)

*Chun-Tao Lee**

Abstract

This article explores the historical context surrounding the renowned "Barber Case" to elucidate the institutional background of the all-or-nothing rule governing liability of the tortfeasor in cases of contributory negligence under Roman law, while examining its various interpretations at different stages of European legal history. In the Barber Case, "*de se queri debere*" implies that where the victim has contributed to the occurrence of damage, the liability of the tortfeasor should be exonerated. Zimmermann identifies four possible explanations for this exoneration: balancing of fault, interruption of causation, preponderant negligence of the victim, and assumption of risk. The present study demonstrates that these four explanations can be linked respectively to medieval glossators, canon law doctrine, early modern humanist jurisprudence, and contemporary Roman law literature, each embedded in its own intellectual context. In modern civil codes, the all-or-nothing liability model of Roman law tradition has been replaced by the doctrine of proportional apportionment of damages inspired by Wolff's natural law theory. However, the other core element of the modern contributory negligence doctrine—the weighing of both parties' respective causal contributions to the damages—can be traced back to the *ius commune* tradition and may thus be regarded as a lasting imprint of Roman law within contemporary civil law.

---

* Associate Professor, Department of Law, National Chung Cheng University.

KEYWORDS: contributory negligence, *culpae compensatio*, interruption of causation, preponderant negligence, assumption of risk, tort liability, *Lex Aquilia*.