

您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

 使用大字体察看本文  
阅读次数: 485

## 侵权法中“违法性”概念的产生原因

程啸 清华大学讲师, 法学博士

### 一、引言

依据《法国民法典》第1382条与第1383条, 在过错责任原则下, 侵权责任的构成要件为包括: 行为、过错 (faute) [1]、因果关系 (lien de causalité)、损害 (dommage ou préjudice)。而在德国, 依据民法典第823条第1款, 过错侵权责任的构成要件除行为、过错 (Verschulden)、因果关系、损害之外, 还包括违法性 (Rechtswidrigkeit) [2]。这两种不同的立法例分别对不同的国家侵权法产生了重大影响, 从而使得违法性是否应当与过错相区分而成为侵权责任的独立构成要件, 一直成为大陆法系侵权行为法理论中聚讼纷纭的问题。此种争论进而影响了我国侵权行为法学界, 并获得了较为热烈的讨论。肯定说与否定说各执一辞。以王利明教授为代表的学者坚决否认违法性有独立于过错而存在的必要性, [3]张新宝教授与杨立新教授等学者却认为肯定违法性的独立要件地位具有极为重要的作用。[4]

笔者认为, 如果我们承认法律制度无可避免的受到社会政治、经济、文化等多种因素的影响的话, 那么无论是将违法性融入过错的《法国民法典》, 还是明确肯定违法性独立价值的《德国民法典》, 它们都只能是历史的产物, 都是两国民法典制订之时特有的政治、经济、文化等多重因素相互作用的结果。因此, 倘不了解违法性这一概念产生的原因, 而单纯的争论违法性是否应作为侵权责任独立构成要件的问题, 很难得出肯定或者否定的结论, 更不能武断的认定孰优孰劣。考虑到我国目前正在制定民法典, 且将侵权行为法独立成编, 所以立法中必然面临如何处理违法性与过错之间的关系这一重大问题。有鉴于此因此, 笔者不揣鄙陋, 特撰本文, 旨在分析阐明法国侵权法与德国侵权法于区分过错与违法性问题上存在的差异及产生差异的原因。

### 二、法国侵权法中的过错 (Faute)

17世纪, 法国的让·多马 (Domat) 在其《自然秩序中的民法》一书中写到: “如果损害是作为一个无害行为的出乎意料的结果而发生, 那么鉴于没有任何过错可以过咎于行为人, 他就不应当对这一结果承担责任。” [5]到了18世纪, 著名法学家波蒂埃 (Pothier) 对过错作为民事责任的基本要件做了进一步的肯定与发挥。从此, 行为人主观上具有过错才能承担民事责任的思想获得了法国民法学界的公认。在法国法理论中, 过错 (fault) 被广泛的界定为: “违反了一般规则: 交换正义 (commutative justice) 或矫正正义 (corrective justice)”, 这一规则也被表述为“不得损害他人 (nemi nem laedere / not harming others)”的原则。[6]受到这种思潮的影响, 《法国民法典》的起草者只有兴趣规定“对任何人的损害”一类的原则, 而对具体问题寻找解决方案不是立法者所关注的问题。因此, 民法典制订者选择了规定过错的一般原则, 而不愿划分利益与免受过失干扰的关系之间的界限。[7]

1804年的《法国民法典》关于侵权行为的规定仅有五条 (第1382条至1386条), 非常简洁明了。其中第1382条与第1383条规定的是自己行为责任, 第1384至1386条规定的是非自己行为责任 (即就他人行为负责及物的责任)。诚如冯·巴尔教授所言, 就侵权行为的规定而言, 在所有的欧洲民法典中, 《法国民法典》给法院的指示最少, 《法国民法典》的制订者给予法院的指导原则没有超出第1382条与1383条所规定的构成要件, 即faute (英文为fault)、causation (因果关系)、damage (损害)。除此之外, 他们认为不需要另外规定调整个人不当行为的责任的法律条文。[8]《法国民法典》第1382条规定: “任何行为使他人受损害时, 因自己的过错 (faute) 而致损害发生之人对该他人负损害赔偿的责任。”第1383条规定: “任何人不仅对于因自己故意行为所生的损害负赔偿责任, 而且还对因自己的懈怠

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十年  
周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

(négligence) 或者疏忽 (imprudence) 造成的损害, 承担赔偿责任。”由此可知, 法国民法的侵权行为建立在概括、抽象的一般原则基础之上, 宣示了过错责任原则。尽管学者们称颂第1382条所确立的过错责任原则是法制史上一项空前伟大的成就, [9]但是正如19世纪德国潘得克顿学者所言, 过错责任的一般原则将导致实际运用中面临含糊不清的危险, 因为每一个案件之间的情形大相径庭, 而过错的一般原则又留下了过分广阔的可能解释空间。可以说, 《法国民法典》第1382条在给司法创造性留出巨大空间的同时, 也将如何限制过分宽泛的过错责任原则的边界这一重负强加到了法院与法学家的肩上。[10]由于第1382条确定的成立侵权行为的构成要件中, 因果关系与损害都不存在太大的问题, 于是限定第1382条适用范围的问题主要就集中到如何理解“faute”这一非常抽象的词汇之上。人们的问题是: 是否所有造成损害的行为都构成“faute”?

大致来说, 在法国侵权法发展史中, 对“faute”的理解经历了以下几个阶段:

#### (一) Zacharia的受保护利益理论

《法国民法典》颁布后不久, Karl Solomon Zacharia教授在其《法国民法》一书中就指出, 德国的受保护利益框架是解释《法国民法典》第1382条与1383条中一般条款的正确方法。他认为, 民法典的这两个条文包含了与侵犯受害人被保护的利益之间的某种关联。[11]Zacharia教授采用德国的受保护的利益的方法来解释第1382条与1383条的原因在于: 作为为德国海德堡大学的法国法教授, Zacharia深受德国潘得克顿学派的影响。德国潘得克顿学者对《法国民法典》第1382条确立的过错责任的一般原则所产生的问题给予了大力的批判, 他们几乎一致采用了所谓受保护的利益的方法来对过错的一般原则加以限定。Zacharia教授的理论一经提出就受到了与其同时代的其他法国著名学者的赞同, 斯特拉斯堡大学的Aury教授与Rau教授在他们著名的民法教科书——《法国民法教程》(第四版)中, 赞同采用Zacharia教授从德国引入的受保护利益的方法来处理民事违法行为(civil wrongs)。由此在法国民法教科书中, 侵害主观的绝对权(a subjective absolute right)成为过错责任的进一步要求。

#### (二) Toullier的欠缺权利理论

18世纪初叶, 撰写第一本法国民法典注释书的Toullier教授开始运用古罗马法中“凡行使权利者, 无论对何人, 皆非不法”原则来限制过错责任的一般原则。按照Toullier教授的观点, 对民法典第1382条正确的理解应当是, “任何欠缺权利而行为以致损害他人者, 应当就因其过错而产生的损害承担赔偿责任。”[12]易言之, 在Toullier教授看来, 如果某人没有相应的权利却从事某种行为, 以致给他人造成了损害, 那么他就是有过错(faute)的, 应当承担损害赔偿责任。19世纪的其他一些法国学者也赞同Toullier的观点, 他们认为是否属于行使权利的标准可以最恰当的用来区分应予补救的损害

(compensable injuries)和不应予以补救的损害(non-compensable injuries)。在Demante教授的民法典注释书中, 他明确指出: “过错意味着侵犯他人权利的作为或者不作为。因此并非所有造成损害的行为都具有过错。”然而, 由于作为《法国民法典》第1382条基本理念的“不得损害他人”原则与“凡行使权利者, 无论对何人, 皆非不法”的原则并非完全和谐, 因此Toullier教授等人的欠缺权利理论不仅没有真正解决问题, 反而制造了两个极端的情形: 一个极端是, 依据“不得损害他人”的原则, 行为人对他人的任何损害都可能要承担责任; 另一个极端是, 依据“凡行使权利者, 无论对何人, 皆非不法”的原则, 几乎所有的人类行为都可能打着行使权利的旗号而不承担责任。在这两个极端之间还存在大量交错的可选择的情形。[13]事实上, 在实际生活中行使权利的过程可能会产生大量的损害事故: 汽车的主人开车是在行使自己对汽车的所有权, 但会造成交通事故致人伤亡; 工厂企业进行生产是在行使自由商业活动的权利, 但可能会造成严重的环境污染, 类似的例子不胜枚举。Toullier等人提出的权利欠缺理论对于这样的问题显得非常无力。即便在19世纪的晚期, 法国法学界发展出的滥用权利理论也仍然没有解决上述问题。对于Toullier等学者在19世纪发展出来权利欠缺理论, Mehren教授与 Gordley教授在其《民法法系》一书中的评价是: “他们并没有发展出任何系统的理论来解释违法行为的意思, 或将行为是否违法的问题与是否具有过失(negligent)或恶意(malicious)的问题相联系。”[14]

#### (三) Planiol与Savatier的违法性(unlawfulness)与可非难性(culpability)理论

到了20世纪初, 学者Planiol首先提出了行为的违法性这一概念, 他认为“faute”应包含违反先前存在的义务的违法性(unlawfulness)因素。[15]Planiol认为, 法院确定行为人是否具有“faute”时, 逻辑上应当分为两步: 首先依据案件的情形是否会产生责任, 然后决定被告的行为是否符合可以接受的标准。依据Planiol的此种划分, 则其产生的结果必然就是: 要么开列一份穷尽无遗的会导致侵权责任的行为的清单, 要么将“不得损害他人”作为一个法律原则而同时明确其例外的情形。[16]Planiol采用了第一种方法, 即开列清单。最早在对法国最高法院(Cour de Cassation)的一份判决的评论中, Planiol提出应将责任限于违反保护他人免受损害的义务而造成损害的行为。[17]如果违反义务的行为与损害之间没有因果联系则没有责任。Planiol认为: “因此我们必须找到另一个可以准确界定可非难行为责任必要范围的规则, 并且该规则能够使我们清晰的发现一项可非难的行为与其造成的损害后果之间的因果关系。事实就是, 由于可非难的行为是对义务的违反这一规则限制了作为损害手段的可非难行为的范围, 因此在这种意义上, 所有可非难的行为都是与损害相关的。因没有履行义务而具有过错。有权起诉的只能是那些能够强迫被告履行义务的人, 并且只有他们才能要求相关的损害赔偿, 所谓相关的损害是指对法律给予保护的利益的损害. . . . , 由于违法被看作是事故的原因, 因此法律的命令与禁止必定是用来保护人们免受已被确定的风险。”[18]

赞同Planiol见解的Savatier则采用的是第二种方法——明确那些不构成侵权责任的例外情形。

Savatier坚持将“不得侵害他人”作为一项基本的原则，同时努力对不构成侵权责任的例外情形加以类型化。他认为，不构成侵权责任的例外情形主要可以分为五大类：不作为（除非存在先前的作为义务）；各种人身或利益的合法抗辩；商业竞争（合法竞争）；社会中因人们不得不毗邻居住而产生的轻微不适或损害；某人通常享有的针对原告——在限度之内——自由行使的权利。[19]

Planiol对关于行为违法性的见解提出后就获得了法国民法学界以及法院的回应，行为的违法性应被认为包含在faute当中受到广泛赞同。目前，在法国民法学界占据主导地位的学说认为，民法典第1382条中的“faute”既包含主观上的可非难性（imputable），还包括行为人为的违法性（illicite），“faute”具有“二元性”（duality）的特征。也就是说，“faute”包含主观因素与客观因素，客观因素就是所谓客观的违法性（objective unlawfulness），也包括主观的心理状态——可非难性（imputable）。[20]

进入二十世纪中后期，以Mazeaud教授为首的一些著名民法学者对长期占据统治地位的过错（faute）具有“二元性”（duality）特征的理论进行了猛烈的批评。首先，他们非常反对Planiol提出的过错包含违法性的观点。在他们看来，违反什么样的先前存在的义务才算是违法是很难回答的，因此违法的概念无法加以清楚的界定，将其作为过错的一个内涵并没有实际意义。此外，行为不违反任何义务并不表示就当然没有责任，如果立法者基于某种考虑认为对这种行为有科以责任的必要时，不排除科以责任的可能性，因此把违法性纳入过错当中难免产生误导，使人误认为不违反义务就当然不承担责任。[21]其次，对于过错中的主观因素——内心的可非难性，Mazeaud教授等人也持反对观点，他们认为，所谓内心的可非难性无论来自于行为人的歉疚还是他人的非难，都只是道德或心理层面的事项，属于行为人主观的感受，但是随着现代社会中兴起的危险责任以及法人的责任都与道德、心理及行为人主观感受没有关联，何况法官也是人，由一个人判断另一个人在道德、心理及主观感受，只能推测不能准确判断。[22]

尽管存在上述反对意见，但是目前法国民法理论以及法院的司法实践大都仍坚持认为，过错由违法性与可非难性两个因素构成，因此尽管违法性是一个经常挂在法官与法学家嘴边的词汇，但是在法国侵权行为法中违法性并非一项独立存在的侵权责任构成要件。

### 三、德国侵权法中的“违法性”

在德国侵权法中，将过错（Verschulden）与违法性（Rechtswidrigkeit）被分离为两个不同的要件，前者被理解作为一种态度（attitude，故意或者过失侵害他人者的态度），而后者仅简单表明缺乏法定事由而违反某项法律规范（a legal norm）。[23]关于德国侵权法理论中何时开始区分违法性与过错的问题，比较法学者Jean Limpens教授认为，违法性与过错的区分可以追溯到著名的德国民法学家耶林（Jhering）。耶林在1867年出版的《罗马私法中的责任要素》（Das Schuldmoment im römischen Privatrecht）一书中使用了“客观的违法性与主观的违法性（objektives und subjektives Unrecht）”的概念。[24]为说明这一概念，耶林举了这样一个例子：善意（bona fide）占有他人之物者处于客观的违法状态，然而如果占有者是恶意（mala fide）的，例如窃贼，则属于主观的违法，即具有可非难性（culpability）。[25]虽然耶林的例子受到von Caemmerer教授的批评，但是德国法学家们以及法官还是采用了区分违法性与过错的理论。该理论进而影响了《德国民法典》，被规定在民法典的第823条第1款：“因故意或过失不法侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利者，对被害人负损害赔偿的义务。”依据该款，受到侵权法保护的权利仅限于绝对的主观权利（absolute subjective rights），例如财产、生命、身体、健康与自由等，侵权法并不保护相对的主观权利（relative subjective rights）诸如债务，[26]这些权利被认为受到合同法的保护。因此，在德国侵权行为法中，思考侵权责任构成要件的逻辑顺序可以分为两步：首先，考虑被告的行为是否符合违法性的要求。所谓违法性主要是指被告的行为是否侵害了《德国民法典》第823条所列举的权利与法益以及被告是否具有违法阻却事由，即法定的抗辩事由（Rechtfertigungsgrund）。如果被告侵害了受到民法典第823条所保护的的权利或法益，那么违法性因素就满足了，学说上称之为“因符合构成要件而征引违法性

（Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit）”。[27]实际上就是通过构成要件（加害行为、损害后果及因果关系）的满足而推定（Vermutung）加害行为具有违法性，唯一能够去除违法性的就是具有违法阻却事由。[28]依据《德国民法典》第227条采取的防卫对自己或他人人身侵害的行为就是这样一种抗辩事由。同样，依据《德国民法典》第228条毁损他人财产也是一种法定抗辩事由，只要该行为与所产生的危险程度相当。符合法定范围的各种自助行为（self-help）也能除去被告行为的违法性（例如，《德国民法典》第228条允许人们破坏作为危险源的物件；《德国民法典》第904条允许人们——在一定程度上——毁损并非危险源的物件）。另一个合法的抗辩事由规定在《德国刑法典》第34条（紧急避险）。在行为具有违法性之后，原告要继续证明被告的过错，被告是故意还是过失属于第二阶段考虑的问题。

尽管《德国民法典》明确区分了违法性与过错，但是正如英国著名侵权法学者Markesinis教授所言，象德国人这样一个偏好法学理论的民族，对于任何一个理论都会不可避免地产生有如潮水般的法学文献来接受、批判或者修正，关于违法性的理论也不例外。在德国，违法性理论中争议最大的问题就是，如何判断加害行为的违法性。迄今为止，得到包括德国联邦最高法院在内的各级法院大力支持的传统理论认为，只要《德国民法典》第823条第1款所列举的权利与法益受到侵害，违法性因素就自动满足。例如，从原告身体压过去或者毁损他的财产就是一种产生法秩序否定性评价的行为。换言之，加害行为的违法性取决于危害后果，即通过绝对权等法益受侵害的结果而推定行为具有违法性，此种学说被称为“结果违法

“Erfolgsgesetz”)”说。但是,结果违法说这一传统理论受到了Nipperdey、von Caemmerer、Esser、Larenz等大量杰出学者的挑战。这些学者提出了一种新的理论,即所谓“行为违法

(Handlungsunrecht)”说。他们认为,不能仅仅因一项行为造成了他人绝对权等法益受侵害的消极后果而直接推定该行为具有违法性,判断违法性要件满足与否时,还必须积极的考察该行为是否违反了社会生活上的一般注意义务(die allgemeine, im Verkehr geforderte Sorgfaltspflicht)。如果行为并不违反此等义务,那么即便它侵害了绝对权也因其具有社会效用而属于合法行为。就故意侵害他人绝对权等法益的行为而言,由于法律本来就禁止故意侵害他人绝对权等法益的行为,因此赋予了任何原则上都不得故意侵害他人绝对权的行为义务,除非存在违法阻却事由,因此在故意侵害他人绝对权的案件中,依然可以从损害后果中直接推定行为的违法性;如果加害人主观上并非故意实施加害行为的话,仅仅侵害《德国民法典》第823条第1款所列举的利益并未满足违法性,还必须要证明被告的行为是否达到适用于案件的某项特定命令性规范所确立的行为标准,或者证明被告是否违反了任何人都负有的不得侵害他人的一般性义务。[29]这种注意义务在每一个文明的社会都是需要的,一般注意义务的范围与内容应当从《德国民法典》第276条推理出来,该条要求人们负有运用与处理自己日常事务时相同的注意义务。因此被告的行为应用客观的方法加以判定。此外,在决定行为标准时,也应当考虑行为的社会效用(Sozialadäquanz)。支持行为违法说的学者们公开宣称,社会考量应当决定上述注意义务有无以及范围。[30]

理论上,结果违法与行为违法这两种观点有着很大的区别:

首先,它们体现了不同的侵权行为体系与思考方法。[31]在结果违法理论中,由于违法性与过错被分离,因此原则上必须先肯定行为的违法性之后才进一步认定行为人是否具有过错。然而,依据行为违法理论考虑行为是否具有违法性时,应当直接就个案考察行为人是否违反了其应负有的注意义务而定。持行为违法观点的学者将缺少合理的注意作为违法性概念的组成部分,对于过错则更多的是在可非难性

(imputability / Vorwerfbarkeit)的意义上加以理解。德国民法学说中争论最激烈的案件就是:某人制造的汽车、电器等物品流入市场,购买人在使用该物品时受到了伤害或者侵害他人的权利时,如何认定制造者行为的违法性?显然,就制造人生产产品并使之进入市场流通的行为本身而言,是不具备任何违法性的,但是对于结果违法理论来说,其理由如何构成则存在困难。Markesini教授在《德国债法》(第2卷)一书中曾举了一个例子来说明这一困难。他说,如果采用统计学的方法可以计算出某个特定货物的生产及流通必定会造成他人死亡或者伤害及造成他人财产损失的结果,那么这样一种行为是否可以肯定地认为具有违法性?例如,在德国每年大约15000人死于交通事故。通过考察汽车市场份额,理论上是可以计算出与每一个汽车生产商所生产的汽车相关的死伤情况。由于我们正在探讨的是侵犯受保护权益的积极的作为(生产汽车),违法性的因素因而满足且对我们这个问题的答案也是肯定的:此种行为具有违法性。显然此种结论是荒谬的,并且为了避免进一步给生产商施加责任,人们被迫否认过错,甚至否认相当因果关系。通过否定因果关系来免除责任方法很明显是虚假的,因为结果(死或伤)既不是生产汽车这一活动的非典型的结果,也不是不可能的结果,所以此处必定具有相当因果关系。[32]Larenz与Canaris教授也指出,在这种时候,鉴于制造人的行为既然属于法律所允许的行为,如果仅仅因其没有直接关联的时候权利侵害的单纯可能性就溯及地认为该行为属于违法行为显然是违背事理的。[33]因此,此类案件中判断违法性的有无问题,只能从为法秩序所非难的,对他人法益具有侵害性的,并作为损害发生原因的“具有危险性”的行为中导出。[34]也就是说,制造人的行为之所以具备违法性是因为其违反了社会生活上防范危险的注意义务,从而当制造人生产的有缺陷的产品在流入市场造成他人损害时,因违反此种交易安全注意义务(Verkehrspflichten)而具有违法性。申言之,使制造人对损害后果负责的并非该后果与其行为是否具有足够的关联,而是它违反了法律施加给人们们在类似情形下的某种交易安全注意义务

(Verkehrspflichten)。只要违反了这些义务,制造人就应当向原告承担责任。

其次,运用行为违法的理论来决定被告行为违法性的标准更加适用于两种德国民法中产生的新型权利——营业权与隐私权。Markesini教授认为,由于营业权与隐私权这两种权利都非常模糊,并且在判断他们是否被侵犯之前必须谨慎地进行利益平衡。因此,在这些案件中,如果运用结果违法理论则只能在确认被告是否具有过错的阶段进行相冲突利益之间的考量,而在这样的阶段进行利益的考量是没有什么意义的,因为如果没有这样的考量,对所谓营业权与隐私权的侵犯行为一开始就不能被确认为不法。所以,结果违法这一传统理论只能适合于《德国民法典》第823条第1款所明确的界定并清晰加以表述的权利与法益,但是它并不适合德国联邦最高法院在司法实践中创造的新型权利。

尽管结果违法与行为违法存在上述学理中的重大差别,但是于实践层面上,这两种理论在绝大多数案件中都是产生相同的结果,因为《德国民法典》第823条第1款规定的责任是因缺乏违法性而不能成立还是没有过错而不能成立,这两者之间没有什么差别。正如著名学者海因·科茨教授所言:“人们几乎无法想象相互对立的新旧理论会以不同的方法来解决同一案件”。[35]

三、“违法性”概念产生的原因

正如德国法学家Unger所言:“损害赔偿法,在特别程度上,乃是某一特定文化时代中,伦理信念、社会生活与经济关系之产品和沉淀物。”[36]法国侵权法与德国侵权法在违法性问题上差异的答案必须到它们的思想、政治、经济、文化、习俗背景中寻找。尽管系统深入的探索不仅是本文所无法容纳的而且是笔者力所不及的,但是以粗线条勾勒出违法性概念产生的某些深层次原因仍可以做到。笔者认为,违法性概念产生的深层次原因在于:

(一) 哲学观念的差异

深受亚里士多德道德哲学影响的自然法观念是《法国民法典》关于侵权行为规定的哲学基础。亚里士多德认为，正义是一种涉及人与人之间关系的社会美德。“正义本身乃是‘他人的利益’，因为它所为的恰是有益于他人的事情”。亚里士多德将正义分为：分配正义（commutative justice）与矫正正义（corrective justice），而分配正义又被进一步区分为自愿的分配正义（voluntary commutative justice）与非自愿的分配正义（involuntary commutative justice）。在自愿的分配正义中，双方之间的交换是公平的；而在非自愿的分配正义之时，一方不合法的剥夺了另一方的东西，因此他必须给被剥夺方以对等的补偿从而实现公平。因此，对他人的侵害行为是非正义的。亚里士多德认为，人是有理性的动物，因此人们不能为自己并非自愿而造成的损害负责，例如当损害是因为不可抗力对其身体的推动而造成之时。[37]只有当对他人造成损害的行为出于自愿的时候，该行为才属于非正义的行为，应从道德上对其进行否定性评价。显然，在亚里士多德看来，过错不过是道德上对行为人行为的非正义性的一种评价，属于道德哲学的范畴。托马斯·阿奎那继承了亚里士多德的思想，并将自愿的交换正义与非自愿的交换正义这两个观念结合起来，他认为，作为分配正义的手段，因过错而损害他人的一方当事人应当承担赔偿责任。人们只能为其有过错的行为承担责任，如果该方当事人没有过错，则他不应当承担赔偿责任，因为损害并非他造成的。[38]源自于亚里士多德，经过阿奎那发展的道德哲学范畴中的过错观念，深深的影响了17世纪的自然法学者如格老秀斯、普芬道夫、多马、波蒂埃等，这些人将亚里士多德道德哲学范畴内的过错概念发展为侵权责任的基础。自然法学者几乎都认为，过错是规范侵权责任的最基本的原则。[39]多马在其《自然秩序中的民法》一书中更是明确写到：“如果损害是作为一个无害行为的出乎意料的结果而发生，那么鉴于没有任何过错可以过咎于行为人，他就不应当对这一结果承担责任。”[40]到了18世纪，著名法学家波蒂埃（Pothier）则对过错作为民事责任的基本要件做了进一步的肯定与发挥。从此，行为人主观上具有过错才能承担民事责任的思想获得了法国民法学界的公认。正是因为受到亚里士多德道德哲学观念的影响，在法国法理论中，过错（faul t）才被非常宽泛的界定为“违反了一般规则：分配正义（commutative justice）或矫正正义（corrective justice）”，这一规则也被表述为“不得损害他人”（neminem laedere / not harming others）的原则。[41]

作为一部在创新与历史的继承性方面有机结合的法律，《法国民法典》第1382条对过错责任一般原则的规定无可避免的受到了上述观念的极大影响。法国学者Massetto就曾指出：“连同过错原则在内，Domat与Pothier将整个民事责任的概念结构传给了后世，法国民法典的起草工作足以表明这一点。”[42]茨威格特与海因·克茨教授在《比较法导论》一书中也明确写道：“这部民法典若不是在整体上有来自于自然法而又发展了的法典编撰思想，那么它在思想史上是不可想象的。也就是说《法国民法典》也是以自然法构想为基础的，即存在着独立于宗教信条的个人自治的自然原则，由此而派生出法律规范制度，如果这些规范被有目的地以一种条理清楚的形式加以制定，那么一个伦理与理智的社会秩序的基础由此而得奠定。”[43]

以作为道德哲学范畴的过错概念为基础建立起来的《法国民法典》中的侵权行为一般条款所导致的必然结果就是，行为人承担侵权责任的基础是因为其行为违反了社会的一般规则：分配正义或矫正正义，从而被社会予以否定性的评价，即主观心理状态上的可非难性或者说非正义性。正因如此，在审议法国民法典草案时立法者明确指出：“成为赔偿对象之损害，乃以出于行为者一方之过失或懈怠为要件，若夫不可归责于此等事由之损害，则系命运，应各自承受其不幸。”[44]既然行为人承担侵权责任的深层根源在于主观上的可非难性，仅仅作为表象的行为的违法性自然不具有独立的地位，而只能融入到过错这样一个大的范畴当中。

然而，19世纪末期《德国民法典》的制订者却深受康德哲学的影响。在德国法学家看来，17、18世纪已日趋衰微的亚里士多德哲学与托马斯哲学完全没有将民事责任的标准与哲学或者道德相区别。[45]费尔巴哈甚至认为自然法无法为日益发展的法律科学提供坚实的基础。[46]德国的法学家们将目光从亚里士多德交换正义的传统转向了康德的自由观念。对自由的论述是康德道德与法律哲学的主要内容。康德认为，道德的命令是内在的、自觉的，而法是外在的、强制的；道德涉及内在动机，法只管外在行动，而不问内在意图如何。道德是肯定的，推动人们的行为；法是否定的，限制人们的行为，但法的这种限制与强迫，又正是扩充理性的自由。强制与自由在这里是完全意志的，因为人自愿放弃其不受任何约束的自由，以服从具有集体意志和权力的法（法不是由君主或任何个人所任意规定的），这样个人也才获得真正的自由，而不被别人侵犯，也就是人各自由而不侵犯别人的自由。[47]受到康德自由观念影响的德国民法典起草者深刻的感到，《法国民法典》第1382条所确立的过错责任的一般原则将导致实际运用中面临含糊不清的危险，因为每一个案件之间的情形大相径庭，而过错的一般原则又留下了过分广阔的可能解释空间。在德国潘得克顿学者看来，《法国民法典》的“不得损害他人这一类义务几乎就是一个长期以来且现在依然在使法学家产生幻想的虚构的幽灵”。[48]《德国民法典》的制订者认为，如果要有有效的保障个人的自由就不能仅仅以一个利益或者行为标准被违反就认定构成侵权行为，这样会使侵权责任的范围变得漫无边际。还需要具备的是，受到的损害或侵害的利益是属于行为标准的保护范围之内的，而且这样的行为标准必须是由成文法加以明确规定的。事实上，并不存在一般性的行为义务，只有违反成文法明确确立的行为义务的加害行为，才属于具有违法性的行为，方能成立侵权责任，除非存在法定的抗辩事由

（Rechtfertigungsgrund）去除了该行为的违法性。至于行为义务，必须从法规范的本身求得，法规范在形成其行为义务时，势必以一定的利益作为出发点，然而在人类相互之间的关系上，法规范如果专注的保护一方的利益，相对地就会在某种程度上限制另一方的利益。申言之，法规范确立的行为义务固然是着重

保护一定的利益，但另一方面主要是在于限制行为人的行为自由（Handlungsfreiheit），因此，法规范在形成行为义务时的关键在于如何协调受害人法益的保护与行为人的行为自由之间的冲突。而确立怎样的侵权责任构成要件就反映了法规范在一般人类相互间关系上对于违法性的认识与规划。[49]所以，《德国民法典》拒绝采纳《法国民法典》的侵权行为一般条款的立法例，而是确立了违法性的概念，并采用列举加概括的方式对违法性的各种特征进行区分，进而将侵权行为划分为三个基本类型，即：1、《德国民法典》第823条第一款规定：“因故意或过失不法侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利者，对被害人负损害赔偿的义务。”2、同条第二款规定：“违反以保护他人目的的法律者，负相同的义务。依其法律之内容，虽无过失亦可能违反此种法律者，仅在有过失时，始负赔偿损害的义务。”3、第826条规定：“以违反善良风俗的方法对他人故意施加损害的人，对受害人负有赔偿损害的义务。”此外，《德国民法典》又分别在第227条、第228条、第904条等条文中规定相应的除去违法性的违法阻却事由，如正当防卫、自助行为、紧急避险等。

## （二）罪法定主义原则等刑法理论的影响

侵权行为法与刑法历史上的同源性（刑法是从侵权法中分离出来的）以及现实中的同一性（某一加害行为常常既是侵权行为也是犯罪行为），使得各国侵权行为法都不可避免地要或多或少的受到刑法理论的影响。

在《法国民法典》制订的时候，由于下列原因造成了刑法理论中的罪法定原则并没有影响对侵权行为的规定：即法国侵权行为一般条款立法模式是以“不得损害他人（neminem laedere / not harming others）”为原则建立起来的。“不得损害他人”实际上排除了罪法定主义的原理。因为，即使加害人的行为符合具体规则也并不当然使其免除于民法典第1382条与第1383条的责任。“要求某人遵循‘适当行事的规则’比法律或法规之规定的要求更高。善良家父甚至在法律不要求其在当时条件下如此作为的情况下如此作为。”[50]

然而，到了19世纪，由于法律实证主义获得了极大的发展。法律实证主义要求在刑法中严格确立罪法定原则，即“法无明文规定不为罪、法无明文不为罚”。行为只有具有违法性才符合犯罪的成立要件。在大陆法系刑法理论中，把违法性作为犯罪成立的要件之一，并且独立加以论述始于十九世纪后半期。在此以前，违法性的实质是作为犯罪的本质加以论述的。在罗马法时代，排斥行为违法性的事由是就各具体情形分别认定的，例如正当防卫、紧急避难、杀害夜间侵入住宅的盗窃犯、杀害通奸的现行犯等。但是，当时并不是把这些情形视为欠缺违法性而是视为欠缺可罚性。进入中世纪后期以后，已将紧急避难、杀害夜间侵入住宅的盗窃犯与杀害通奸的现行犯扩张到正当防卫的范围。在费尔巴哈时代（启蒙时期），犯罪的本质被认为是“侵害权利”。19世纪，由于法律实证主义的发展，“侵害法益”被视为犯罪的本质。当时，黑格尔曾发表“无犯意的违法”的言论，主张客观的违法概念，从而使客观的违法性说成为通行观点。此后，刑法学者Adolf Merkel于1876年发表了题为《关于可罚的不法与民事的不法之关系》一文，主张主观的违法性说。同年，Jhering在《罗马私法中的责任要素》一书中，提出客观的违法性说的见解。[51]

罪法定原则以及古典犯罪论极大的影响了《德国民法典》中侵权行为的规定，主要体现在：

首先，在法律实证主义者看来，罪法定原则不仅适用于刑法领域，而且至少就民事违法行为和民事制裁而论，在民法领域中也是通行的。[52]因此，侵权行为必须是违反法律明确规定的行为，即侵犯法定权利或法益的行为，行为人才应当承担民事责任。

其次，依据德国刑法学者冯·李斯特（Franz von Liszt）与贝林（Ernst Beling）提出的古典犯罪理论，犯罪的判断应分别从客观与主观两方面进行，即把构成犯罪的要件区分为客观要件与主观要件：行为、构成要件该当性与违法性系行为人内心主观以外的客观事实，故属于客观要件；罪责属于行为人内心的主观心态，故属于主观要件。“构成要件并非价值判断的问题，行为是否该当构成要件，仅就行为客观上显现之现象而为判断，即为已足，而无须从事主观之价值判断。违法性是指客观发生的事实与法律规范在形式上的矛盾。罪责概念则以行为人内心的意思与行为的关系而做判断，责任能力乃罪责要件

（Schuld voraussetzung），故意与过失乃两种不同的罪责方式（Schuldarten）。”[53]判断某种行为是否构成犯罪应分三步依次进行，即构成要件的该当性（Tatbestandsmäßigkeit）、违法性

（Rechtswidrigkeit）与罪责（Schuld）。因此，所谓“犯罪结构论上所谓之犯罪乃指一个构成要件该当，而违法且有责之行为（eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaft Handlung）。”[54]

《德国民法典》关于侵权行为的规定吸收了古典犯罪理论对犯罪构成要件的二元划分，也将侵权责任的构成要件区分为客观要件与主观要件，其中违法性作为行为人内心主观以外的客观事实，因此属于客观要件；而过错属于行为人内心的主观状态，故属于主观要件。德国民法学说认为，在认定侵权行为责任时也应分为按照构成要件的该当性（Tatbestandsmäßigkeit）、违法性

（Rechtswidrigkeit）与罪责（Schuld）等三步依次进行，学说上将此称为“侵权行为的三层结构（Dreistufigkeit der Deliktsaufbau）”，具体来说分别是：1、构成要件的该当性

（Tatbestandsmäßigkeit），即有故意或者过失、积极的加害行为（如果是消极的加害行为则仅限于契约约定、法律规定或先行行为义务之时）、侵害他人的绝对权、有损害发生、有因果关系。这里的过失依据von Caemmerer教授的见解是指客观回避结果发生的义务，即依行为者的具体状况和个人能力，能够认识或者预见法律所要求的客观注意义务，但没有预见以致造成损害的情形。2、违法性

（Rechtswidrigkeit），即行为人违反社会对一般人所科加客观注意义务，在客观上行为具有违法性且没

有违法阻却事由；3、有责性，即行为人在主观上具有违反法律规定而为一定行为的意思决定的故意或过失的可归责性（Verschulden），并且没有违法阻却事由。我国台湾地区著名民法学者王泽鉴教授更是明确指出，侵权责任的成立要件“在体系结构上可归纳为构成要件（Tatbestand）、违法性（Rechtswidrigkeit）、及故意或过失（Schuld），是为侵权行为的三层结构。此项理论源自刑法。”

[55]

### （三）不同的法典编纂思路

《法国民法典》确立过错责任的一般原则而不区分违法性与过错，是与其法典编撰思路有着密切联系的。首先，拿破仑对民法典的文字提出了应当简洁清晰明了以便使得如他那样的非法律家也能读懂的要求，因此民法典的起草者无法采用精密严谨而繁复的逻辑结构规定侵权行为的基本规则。只有采用确立过错责任的一般原则这样简单明了的大白话式语句才能最符合拿破仑的要求。其次，民法典的起草者只有兴趣规定“对任何人的损害”一类的原则，对具体问题寻找解决方案不是立法者所关注的问题。因此，民法典制订者选择了规定过错的一般原则而不愿划分利益与免受过失干扰的关系之间的界限。[56]《法国民法典》第1382条给司法创造性留出了巨大空间的同时，民法典的制订者认为如何限制过分宽泛的过错责任原则是法院的任务，他们无须劳神。

深受学说汇纂影响的德国潘德克顿学者在起草民法典时的思路与法国民法典的起草者们截然不同。首先，他们极力要做到的是保证法典概念的严谨精密，法律规定的准确性、清晰性以及完整性，《德国民法典》绝非语言艺术作品而是“优良的法律计算机”。[57]其次，《德国民法典》的起草者认为《法国民法典》的起点都是不可接受的。“将解决应当由立法解决的问题之职能交给法院，既不符合草案的本意，而且从德国人民对法官的职能之一般观点来看，也是不能接受的。”[58]因此，侵权法面对的两个主要问题——要保护哪些利益与实施哪种行为会导致对受害人的赔偿义务——都必须由民法典加以明确具体的规定。为此，《德国民法典》第823条第一款才不厌其烦的将受到侵权法保护的法定权利，如生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利等。对法定权利的列举必然在侵权行为法的思考方法中引发违法性的观念，因为既然这些权利是法律明确加以规定的，对此等权利的侵犯行为首先体现的就是行为的违法性，而非作为行为人主观心理状态的过错。此外，考虑到社会生活的发展会产生新的需要法律保护的利益，因此为了给新的法益与权利留下足够的空间，民法典又分别规定了第823条第2款与第826条这样的两个概括性条款。

### 四、小结

从上文的简单分析可以看出，《法国民法典》与《德国民法典》在是否区分过错与违法性问题上的差异是由于思想、文化、政治、经济、习俗等多重因素作用而成，具有某种历史的必然性与无法回避的偶然性。《法国民法典》近200年的历史以及《德国民法典》百年来的实践给我们的都并非是孰优孰劣的简单答案，这种差异也没有导致两国在侵权纠纷案件处理结果上的迥然不同。《法国民法典》确立的过错责任一般原则经过法院的判例与法学家理论的解释之后，并未如出现人们所忧虑的侵权责任漫无边际的后果。

《德国民法典》的三个侵权行为基本类型在德国法院解决侵权纠纷案件中的运用也未见得比《法国民法典》的规定更加繁琐麻烦。法国学者Francesco Parisi教授对此曾精辟的指出，表面上“法国法与德国法在很多方面显得完全不同；但是通过研究具体的法律规则及其运作效果，人们可以发现它们具有惊人的相似性。这一相似性被掩藏在法学家们使用的类型、定义以及规则之中。”[59]

本文原载《法律科学》2004年第1期。

\* 清华大学法学院讲师、中国人民大学民商事法律科学研究中心研究人员。

在撰写本文的过程中，笔者得到了王利明教授、张新宝教授的悉心指点，与中国人民大学法学院尹飞博士的激烈讨论也使笔者受益匪浅，在此谨致谢忱！

[1] 本文之所以在这里列入法文词“faute”，是因为这个词非常难以翻译。目前，在我国现有的三个《法国民法典》译本中，李浩培先生与马育民先生都将第1382条中的“faute”一词翻译为“过失”，而罗结珍教授则译为“过错”。尽管作为法国侵权行为法理论的核心概念，“faute”与因果关系、损害共同组成侵权责任的构成要件。但是，民法典中却并没有关于“faute”的明确定义，因此争议非常大。法国民法学界一般认为，“faute”一词是指过失，同时也包括故意在内，因此我们可以将其翻译为“过错”。但要注意的是，法国民法中的“过错”（faute）与德国民法中的“过错”（Verschulden）并不完全相同。事实上，在现代法国民法学者看来“faute”一词既包含了“违法性”（法文illicite，德文Rechtswidrigkeit）与“可非难性”（法文imputable，英文culpability）。正因如此，我国台湾地区著名学者王泽鉴教授将“faute”翻译为“过咎”，参见王泽鉴：《侵权行为法》（第一册），台北作者自版1998年，第45页。

[2] 对于“Rechtswidrigkeit”一词，我国大陆学者基本上翻译成“违法性”，参见王利明：《侵权行为法归责原则研究》，中国政法大学出版社1992年版，第406页；杨立新：《侵权法论》（上册），吉林人民出版社2000年版，第172页；但也有人翻译为“不法性”，参见，王卫国：《过错责任原则：第三次勃兴》，中国法制出版社2000年版，第253页。我国台湾地区学者多译为“不法性”，参见王泽鉴：《侵权行为法》（第一册），第260页。还有的翻译成“违法”，参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第111页；曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社2001年版，第85页。

[3] 详见王利明：《侵权行为法归责原则研究》，第4章“过错与违法行为”。

[4] 详见张新宝：《中国侵权行为法》（第二版），中国社会科学出版社1998年版，第四章“加害行为的违法性”；杨立新：《侵权法论》，吉林人民出版社1998年版，第177页以下；黄海峰：《违法性、过错与侵权责任的成立》，载《民商法论丛》（总第17卷），金桥文化出版（香港）有限公司2000年版。

[5] 转引自王卫国：《过错责任原则：第三次勃兴》，第66页。

[6] Francesco Parisi, *Liability for Negligence and Judicial Discretion*, 2nd.ed. University of California at Berkeley, 1992., at 158-159.

[7] *Ibid*, at 159.

[8] [德]克里斯蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（上册），张新宝译，法律出版社2002年版，第18页。

[9] 王泽鉴：《侵权行为法》（第一册），第45页。

[10] Francesco Parisi, *Liability for Negligence and Judicial Discretion*, at 160.

[11] *Ibid*, at 161.

[12] *Ibid*, at 166.

[13] *Ibid*, at 167.

[14] A.T. von Mehren & J.R. Gordley, *The Civil Law System*, cit., at 577,转引自Francesco Parisi, *Liability for Negligence and Judicial Discretion*, at 168.

[15] 曾世雄：《损害赔偿法原理》，第74页。

[16] F.H. Lawson & B.S. Markesinis, *Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and the Civil Law*, Cambridge University Press, 1980., at 98.

[17] Francesco Parisi, *Liability for Negligence and Judicial Discretion*, at 171.

[18] *Ibid*, at 171.

[19] F.H. Lawson & B.S. Markesinis, *Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and the Civil Law*, at 98.

[20] Jean Limpens, *International Encyclopedia of Comparative Law · Torts Vol. XI Chapter 2 “Liability for One’s Act”*, at 43.

[21] 曾世雄：《损害赔偿法原理》，第74页。

[22] 曾世雄：《损害赔偿法原理》，第74-75页。

[23] B.S. Markesinis, *The German Law of Obligations Volume II The Law of Torts: A Comparative Introduction*, 3rd. ed., Clarendon Press Oxford, 1997., at 68.

[24] Jean Limpens, *International Encyclopedia of Comparative Law · Torts Vol. XI Chapter 2 Liability for One’s Act*, at 15.

[25] *Ibid*, at 15.

[26] Francesco Parisi, *Liability for Negligence and Judicial Discretion*, at 190.

[27] 王泽鉴：《侵权行为法》（第一册），第261页。

[28] B.S. Markesinis & Hannes Unberath, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise*, 4th.ed., Hart Publishing, 2002., at 80.

[29] *Ibid*, at 10. 另参见，王千维：《民事损害赔偿责任法上“违法性”问题初探》（上），载《政大法学评论》第66期，页11-18。

[30] *Ibid*, at 69.

[31] 王泽鉴：《侵权行为法》（第一册），第262页。

[32] B.S. Markesinis, *The German Law of Obligations Volume II The Law of Torts: A Comparative Introduction*, at 70.

[33] Larenz / Canaris, *Schuldrecht II/ 2*, S. 365, 转引自王泽鉴：《侵权行为法》（第一册），第263页。另参见，Dieter Medicus, *Bürgerliches Recht*, 18., Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln, 1999, S. 440-441.

[34] Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II, § 72 I d. München 1977.

[35] Kötz, *Deliktsrecht*, at 99, 转引自B.S. Markesinis *The German Law of Obligations Volume II The Law of Torts: A Comparative Introduction*, at 70.

[36] 转引自王泽鉴：《侵权行为法之危机及其发展趋势》，载《民法学说与判例研究》（第2册），中国政法大学出版社1998年版，第142页。

[37] James Gordley, *Myths of the French Civil Code*, *The American Journal of Comparative Law*, [Vol. 42, 1994], at 479.

[38] *Ibid*, at 479.

[39] *Ibid*, at 479.

[40] 转引自王卫国:《过错责任原则:第三次勃兴》,第66页。

[41] Francesco Parisi, *Liability for Negligence and Judicial Discretion*, at 158-159.

法国著名比较法学家勒内·达维教授就曾明确的指出:“法国有关作为侵权责任基础的过错观念,同其道德理念和情感密切相关。当某人行为违反法律规定,我们便认为他犯有过错;但典型的过错是由那些以公认的道德和礼仪标准衡量应予职责的行为所构成。”参见[法]勒内·达维:《英国法与法国法——一种实质性比较》,潘华仿、高鸿均、贺卫方译,清华大学出版社2002年版,第186页。

[42] Massetto, *Responsabilità Extracontrattuale*, *cit.*, at 1166-7, 转引自Francesco Parisi, *Liability for Negligence and Judicial Discretion*, at 153.

[43] [德]K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典、贺卫方、高鸿均译,贵州人民出版社1992年版,第164页。

[44] 邱聪智:《法国无生物责任法则之发展》,载邱聪智:《民法研究(一)》(增订版),台湾五南图书出版公司2000年版,第193页。

[45] Francesco Parisi, *Liability for Negligence and Judicial Discretion*, at 184.

[46] *Ibid*, at 186.

[47] 李泽厚:《李泽厚哲学文存》(上编:批判哲学的批判),安徽文艺出版社1999年版,第343-344页。

[48] F. Carnelutti, *Sulla Distinzione tra Colpa Contrattuale e Colpa Extracontrattuale*, *cit.*, P.744, 转引自, Francesco Parisi, *Liability for Negligence and Judicial Discretion*, at 161.

[49] Fikentscher, *Schuldrecht*, S.664 f., 667. 转引自, 王千维:《民事损害赔偿责任法上“违法性”问题初探》(上),第29页。

[50] [德]克里斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上卷),第40页。

[51] 洪福增:《刑法理论之基础》,台北三民书局1977年版,第3页。

[52] 凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第57页。

[53] 林山田:《刑法通论》(上),台北作者自版1998年,第93页以下。

[54] 林山田:《刑法通论》(上),第91页以下。

[55] 王泽鉴:《侵权行为法》(第一册),第97页。

[56] Francesco Parisi, *Liability for Negligence and Judicial Discretion*, at 159.

[57] [德]K·茨威格特、H·克茨:《比较法导论》,第268页。

[58] [德]克里斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上卷),第20页。

[59] Francesco Parisi, *Liability for Negligence and Judicial Discretion*, at 175.

来源:中国民商法律网

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址:北京市东城区沙滩北街15号 邮编:100720

[RSS](#)