

我国侵权责任构成中违法性要件新探

作者：广东工业大学文法学院 卢纬

[摘要] 侵权行为的构成要件有三要件说与四要件说之争。三要件说认为一般侵权行为的构成要件包括过错、损害结果以及过错与损害结果的因果关系；而四要件说则认为除上述三者外，一般侵权行为的构成要件还包括行为的违法性。作者认为，违法性要件之所以产生，是因为德国民法典将侵权行为的范围严格限制在侵犯法律规定的权利的范围之内。但是后来的发展证明这种对侵权行为的限定性列举严重限制了侵权行为法的发展。从国际侵权法的立法趋势、过错与违法性要件逐渐合二为一的事实等要求我们采用三要件说。

[关键词] 一般侵权行为；构成要件； 侵权行为一般条款

一、侵权行为构成要件之争

侵权行为构成要件或者说一般侵权行为的构成要件，是指各种侵权行为在通常情况下共同具有的因素，只有具备这些因素，才构成侵权行为。对于一般侵权行为而言，大陆法系各个国家的民法学理在其构成要件上有不同的主张，德国及既受德国侵权法的奥地利主张一般侵权行为有四个构成要件，即行为的违法性、损害事实、违法行为与损害后果的因果关系及行为人主观上有过错。法国及既受法国侵权法的国家主张三个构成要件，即过错、损害事实、违法行为与损害后果的因果关系，从某种意义上讲，英美法系的一般侵权行为“negligence”（过失侵权）也是采三要件说。受这种情况影响，我国的学者过去既有主张三要件的，也有主张四要件的。争议的焦点在于行为的违法性（或称不法性）是否构成独立的侵权行为构成要件。那么到底行为的违法性是否构成一般侵权行为的独立构成要件呢？我国正在制定《侵权行为法》，如果对于一般侵权行为的构成要件认识不清的话，会对立法工作和立法完成后的法律适用带来不必要的困扰。

所谓一般侵权行为，就是过错侵权行为。这种所谓过错侵权行为，涵盖 90% 以上的侵权行为，因此被称为一般侵权行为，而另外的不到 10% 的侵权行为由特殊侵权行为补充，以过错推定或无过错责任作为特征。列为公式，则为：一般侵权行为 + 特殊侵权行为 = 全部侵权行为。早在罗马法时期，私法调整的是现代意义上的一般侵权行为，准私法调整的是特殊侵权行为。1804 年《法国民法典》完成了侵权行为一般化的立法进程。这就是在第 1382 条和 1383 条两个关于一般侵权行为的条文中，概括了几乎 90% 以上的侵权行为。可以说《法国民法典》关于侵权行为一般化的规定模式，开启了大陆法系侵权行为一般化的先河。一般侵权行为构成要件是对《侵权行为法》中侵权行为的一般条款的解说，什么样一般条款，决定了采取什么样的解说。一般侵权行为的构成要件如何，与各国民法关于侵权行为的一般条款的规定不同密切相关。

二、大陆法系各国关于侵权行为一般条款的规定及其分析

《法国民法典》第 1382 条规定：“任何行为使他人受损害时，因自己的过失而致行为发生之人对该他人负赔偿的责任。”《德国民法典》第 823 条规定：“（1）因故意或过失不法侵害他人生命、身体、健康、自由、所有权或者其他权利者，对他人因此而产生的损害负赔偿义务。（2）违反以保护他人为目的的法律者，负相同的义务。如果根据法律的内容并无过失也可能违反此种法律的，仅在有过失的情况下，才发生赔偿义务。”其第 826 条规定：“以违反善良风俗的方式，故意地加损害于他人的人，负有向该他人赔偿损害的义务”。我国台湾地区民法典第 184 条规定：“故意以背于善良风俗之方法，加损害于他人者，亦

同。”“违反保护他人之法律，致损害于他人，负赔偿责任。但能证明其行为无过失者，不在此限。”

显然，《法国民法典》对一般侵权行为非常简单、清晰，把一般侵权行为的构成要件概括成三个。一个人在行为（含不作为）时使他人产生损害时，只要这种行为是有过失的，即应承担侵权责任。德国侵权行为法的基本特点，是坚持侵权行为一般化的立法模式的同时，对一般侵权行为的诉因类型做出了规定，目的是给法官更详细的指示。他们将过错侵权行为概括为对权利的侵犯、违反保护性规定和违反善良风俗三种类型。而最主要的侵权类型是第一种，对权利的侵犯。但是问题是：如果侵权行为仅限于侵犯权利的行为，那么那些侵犯了当事人的其他利益，而这种利益并没有为法律明文规定时，这种行为是不构成侵权的。这样的规定虽然保护行为人的行为自由，但是对于侵权行为的范围的规定失之过窄。因此，其第 823 条后段和第 826 条构成对这种侵权行为类型的补充。第 823 条后段是对于违反保护他人之法律的规定，实行过失推定责任。第 826 条规定违背善良风俗（背俗行为），主观要件是故意。因此德国侵权法理论中的四要件说是对第 823 条前段“对权利的侵犯”这一侵权行为类型的解说，而“违法性”的具体含义即指当事人行为的侵害结果构成“对权利的侵犯”。根据德国民法第 823 条前段规定，行为人的行为只有侵害了生命、身体、健康、自由、所有权这五种权利，其行为才看作非法。而其他权利根据德国司法判例的发展，包括：夫权、经营权和一般人格权。

德国民法将“违法性”作为一般侵权行为的构成要件，即将“对权利的侵犯”作为条件，必将造成侵权行为范围过窄，并且失去开放性，德国的立法者不得不在第 823 条后段和第 826 条规定了另外两种侵权行为类型作为补充，以保持侵权行为法的开放性。“违反保护性规定”实际上是将民法以外的法律迁入侵权行为法，使得不仅行为人的行为侵犯民法所规定的人格权和所有权时可能构成侵权，而且违法民法以外的法律规定的义务时也可能构成侵权。“违反善良风俗”更是将侵权行为的违犯对象从法律扩大到社会善良风俗，但是为了防止范围太大，立法者又将违反善良风俗的主观要件限定为故意。

关于第 823 条后段和第 826 条是起补充作用的，既受德国民法的我国台湾地区民法的有关学说可以作为佐证。1997 年台上字第 3760 号判决谓：“第 184 条第 1 项……前后两段为相异之侵权行为类型。关于保护之法益，前段为权利，后段为一般法益。”王泽鉴先生更是指出：“第 184 条第 1 项后段具有二种重要的规范功能：（1）补充功能。此系针对前段而言，旨在扩大受保护的客体及于权利之外的利益，……（2）法律发展的功能，即以善良风俗此项概括条款作为判断侵害行为的基准，使侵权行为法得以开放，而与社会道德连接，以适应社会价值的变迁。”[1]对于第 184 条第 2 项，形式的功能包括：（1）由“权利的侵害”移向“法律的违反”；（2）将其他领域的规范迁入侵权行为法，使侵权行为法得与整个法律规范体系相衔接，并具有使立法简化、合理化的作用。实质功能则包括推定加害人过失和将保护客体的范围由权利扩大到权利以外的利益。而不管是第 184 条第 1 项后段还是第 184 条第 2 项，都构成独立的侵权行为类型。

从表面上看，第 823 条后段和第 826 条使法律更加精密化了，但是这样的规定实际上是使法律更加复杂，而且并没有能够起到应有的补充作用。德国司法界不得不从一开始就对第 823 条作出各种扩张性的解释，以弥补侵权行为范围太窄的缺陷。例如，通过对德国民法典第 823 条（1）中“其他权利”进行解释来扩张侵权行为法的保护范围。“其他权利”究竟包括哪些权利，德国立法机关没有作出说明，司法判例认为，德国民法第 823 条（1）规定的其他权利包括三类即夫权、经营权和一般人格权。到了 20 世纪 50 年代，德国司法判例又逐步通过解释宪法的方式认可了一般人格权，对他人的隐私权、名誉权和人格尊严权等提供保护。

德国人为了弥补将一般侵权行为严格限定为“对权利的侵犯”的另一种努力是通过将结果不法说发展为行为不法说来扩张侵权行为法的保护范围。认为行为人的行为只有侵害了传

统民法中的某种绝对权时，其行为才构成非法，如果行为人的行为仅仅侵害民法没有规定的其他利益，其行为不被看作非法，这实际上就是结果非法说。这种学说的实质就是严格控制法官的自由裁量权，将侵权行为的侵害对象严格限制在法律规定的权利，只有当行为人的行为明确地违反了法律上关于绝对权的规定时，法官才能认定这种行为是侵权。到 20 世纪 50 年代和 60 年代，德国的众多知名学者纷纷批评结果非法理论，认为非法性不应取决于行为的结果是否侵害了他人享有的几种法定利益，而应取决于行为人实施的行为本身。作为侵权责任构成要件的非法，不仅是指行为人实施的行为造成了他人法定利益的侵犯，而且还包括行为人在造成他人合法利益损害的时候没有尽到一个有理性的人在同样或类似的情况下应当尽到的合理注意义务。[2]违反这种注意义务的表现包括侵犯权利、违反法定义务和违反不成文规则。

三、为什么违法性不构成侵权行为的构成要件

1、违法性要件的存在与我国侵权行为法一般条款的实际规定不相匹配

理论应该与法律规定保持内在平衡。我国的民法从传统上来讲，受德国的影响较多，但是从我国《民法通则》的关于侵权行为的一般规定来看，却是法国式一般条款。《民法通则》第 106（2）条规定：公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。这款规定显示，过错、损害事实、违法行为和损害结果的因果关系都是明文规定的过错侵权的构成要件，而违法性要件并不是。《民法通则》第 106（2）条仅仅规定保护他人的财产和人身，至于说财产的范围有哪些，人身的范围有哪些，民法通则没有作出规定。这说明《民法通则》并不要求违法行为侵害的结果造成对法定权利的侵害才构成侵权。

既然我国民法的侵权行为一般条款是法国式的，如果我们用德国的理论去解释法国式的法律规定，就会造成理论与实践的脱节，使理论无法对法律规定作出正确的诠释。在德国和我国台湾，学者认定违法性要件独立于过错，是因为此种解释符合德国和我国台湾民法的有关规定，与有关内在因素保持平衡。我国学者在解释我国民法通则的规定时也应该与民法典的内在结构保持一致。

2、违法性要件的存在不利于发挥法官的主观能动性

从德国民法典设计现行侵权行为一般条款的背景来看，当时是概念主义法学盛行的时期，概念主义法学主张把法律设置成一台精密的机器，法官只需要进行简单的操作就行了。实际上是高估了立法者和法学家的智慧，夸大了立法者的理性的预见能力，并试图尽量缩小法官的自由裁量权，把法官变成适用逻辑三段论的机器。但是实践证明，这种努力不仅未能阻止司法权的扩张，反而由于其规定不切实际，使法院很快就不得不对这种立法作出积极的补救。在 1902 和 1903 年的两个判决中，帝国法院提出了危险防范和避免的作为义务，后来又发展为“一般安全义务”。借助一般安全义务，以不法性为中心构建的赔偿模式发生根本性的动摇。

随着社会生活的日益丰富，侵权种类日益丰富，通过“违法性”要件将侵权行为强行限制在侵犯经典法益的情形，对于保护受害者是极其不利的。通过“一般安全义务”的概念赋予法官在个案中以自由裁量权是必要的不可避免的。德国民法典制定之时，企图通过立法者（实际上是法学家）的智慧预见到各种侵权行为的情形，事实证明是做不到的，成文法不可能对所有违法行为类型作出详细规定。

3、三要件说更加符合各国侵权行为法的发展趋势

实践已经证明试图对侵权行为法保护的法益进行完全的列举是不科学的。德国的将违法性要件区别于过错也是这样的规定的产物。由于德国式的列举式做法漏洞百出，也就逐渐被各国抛弃，法国式的对侵权对象不作限定，在一般条款中不作类型划分的方式取得优势地位。这种一般条款既然不将侵权限定为“侵犯权利”，也就没有必要在“侵犯权利”之外规定了两种

补充性的侵权类型：违反善良风俗和违反保护他人之法律。越来越多的国家采取法国式的一般条款，也有很多国家仍然保留了德国式的对过错侵权行为类型进行列举的方式，如“侵犯权利”、“违反法定义务”和“违反不成文规则”，但实际上是把这些作为过错的表现形式。（实际上不作这样的列举，而采取法国式的更简练的规定，也并无不可。）由于已不再将一般侵权行为的侵害对象限定为“权利”，只是将侵犯权利作为“过错”的表现形式之一，从而在事实上抛弃了四要件说。

日本关于一般侵权行为的条文是第 709 条。该条规定：“因故意或过失侵害他人权利者对因此产生的损害负赔偿责任。”该规定与法国式的一般条款类似，唯一的不同是将侵权行为的对象限定为“权利”，如果严格地解释这条规定，违法性是日本民法一般侵权行为的构成要件。不过由于条文简练，日本人十分方便地通过将“权利”解释为包括法律没有明文规定的利益，排除了“违法性”要件。

1992 年的《荷兰民法典》第 6: 162 条规定：“一个人对他人实施可归责于他的侵权行为，必须对该行为给他人造成的后果予以赔偿。”其第 6: 162 条 II 规定了侵权行为的定义：“除非有理由证明其为正当的，否则下列行为被认定是侵权的：侵犯权利，或者以作为或不作为方式违反法定义务，或者违反关于社会生活的不成文的规则。”如果因果关系被确认，侵权行为可归责于其实施者，“如果它是产生于他的过错或者产生于他负有责任的原因的话”（第 6: 162 条 III）。从表面上看，荷兰的新规定仍然包括了“侵犯权利”、“违反法定义务”和“违反不成文规则”这样的字眼，但实际上它们都是同一种侵权类型，统一于“过错”（或“义务之违反”）的含义之下。因为过错的实质就是违反义务，那么这种义务之违反当然就包括侵犯他人之法定权利，也包括违反行为人的法定义务和违反不成文规则上义务。这与德国法的不得不将“违反善良风俗”和“违反保护他人的法律”作为“对权利的侵犯”的补充全然不同。而在德国法之下，这三种类型构成各自独立的侵权类型。

4、从学理上讲，违法性概念和过错概念出现了相互融合，合二为一的现象

德国学者提出了行为不法说理论，源于学者们重新阐释不法性功能的努力。正是看到不法性实际已被过错掏空，学者们才转而思考不法性和过错的重新定位。依行为不法说，当行为触犯了法的命令、禁令或具体情形中应有之注意时，违法性即告成立。

在不法性理论由结果非法转向行为非法之时，过错理论经历了客观化的过程。客观过错说取代了主观过错说。主观过错说认为，人是自由的道德的力量，他能在善与恶之间作出选择，因此应该惩罚那些有过错心理的行为人，若对无意志自由的人实行惩罚或仅仅根据后果而归责，则此种惩罚就不能起到教育和惩罚的作用。但是怎么样证明行为人有过错心理呢？这必须借助其外在的表现，有人说是义务的违反，有人说是不符合理性人的行为标准的行为。也有人说是对权利的侵犯。一般认为，一个人应注意而未注意，这就是主观上有过错，而怎么样证明他应注意呢？就是别的有理性的人，都能注意到的，而你作为一个同样有理性的人却没有注意，你就没有尽到你的注意义务，而是处于疏忽的状态。客观过错说为证明行为人主观上有过错确立了标准。使过错变成了主观和客观的统一要件。

也就是说，不管是违法性要件，还是过错要件，对于它们的解说最后都落脚到“注意义务”上来。过错要件和违法性要件变成了同一个要件。这种过错与违法性要件合龙的趋势证明侵权行为的构成要件是三个而不是四个。有的学者把这种合龙解释为“过错的边缘化”，[3]但是不管这种两者合二为一的要件到底是叫“过错”还是叫“违法性”，并不影响两者实际上已经合二为一的事实。笔者更倾向于把这个要件叫做“过错”，而取消“违法性”要件，因为客观过错说只是对过错的认定方法的解说，是对过错说的自然延伸。而将违法性解释为违反一切注意义务，包括法律上的和道德上的，则完全已经将旧的违法性概念偷梁换柱。把法解释为既包括法律，也包括道德和一切不成文的规则，将法的外延最大化，极容易引起误解，因为法官大概还记得那个将违法等同于“对权利的侵犯”的违法。

而且值得指出的是，在法国和英美法系国家，“注意义务”始终是属于过错的范畴。即使在德国，按照德国民法典第 276 条第 2 款所下的定义，“未尽交往中必要的注意”是指过失、并非指违法性。这就意味着，不仅是为了防止在司法实践中引起误解，而且也是为了国际学术交流的方便，我们显然不能把“违反注意义务”称为“违法”，而更适宜称为“过错”。

四、对于未来我国《侵权行为法》制定的展望

我国从清末的法律改革到 20 世纪 80 年代制定民法通则，我们曾经有三次选择机会，前两次选择接近于德国模式，最后一次则采用了法国式的一般条款模式。采用法国式的一般条款的可以保障法律应有的包容性，避免像德国法院那样为了使法律规定符合现实需要而创设大量的复杂而不甚符合逻辑的概念，诸如“纯粹经济利益”“营业权”、“一般人格权”、“具有保护第三人利益的合同”等。用一个统一的检验标准（要件体系）对一切可能的侵权行为或者准侵权行为加以检验，可以有效避免司法实践中因适用不同标准而产生的自相矛盾的情况。民法通则关于侵权行为的一般条款是成功的，未来我国在制定《侵权行为法》时，不宜转而采用德国式的侵权行为一般条款，而宜立足于现有的法国式的侵权行为一般条款加以改进。

我们注意到我国的很多民法教科书仍然把“违法性”作为一般侵权行为的构成要件，甚至把违法性的含义界定为“对权利的侵犯”，这样的诠释既不符合我国《民法通则》的实际规定，也不符合对受害人加强保护的需要。而另外有的学者，主张保留四要件说，将违法性要件改造为以行为不法说为内涵的新的违法性要件，而将过错的定义限定在主观过错说的范畴，这样的处理方式固然相对于旧的四要件说更为合理，但是既容易引起误导（让人联想旧的违法性定义），也没有必要（中国关于一般侵权行为的法律规定从来就没有强调违法性），更不符合过错与违法性要件合二为一的趋势或既成事实，同时也和除德国的大陆法系国家和英美法系国家对于一般侵权行为的构成要件学说不相一致。基于上面已经阐述的理由，笔者十分赞成我国的民法学说应尽快采用三要件说，不再把违法性作为一般侵权行为的独立构成要件。

[参考文献]

- [1].魏振瀛主编.民法.北京大学出版社，高等教育出版社，2000.9.第 1 版，第 686 页.
- [2].王利明主编.民法•侵权行为法.中国人民大学出版社,1993 年版，第 160-161 页.
- [3].魏振瀛主编.民法.北京大学出版社，高等教育出版社，第 734 页.
- [4].杨立新.论侵权行为一般化和类型化及其我国侵权行为法立法模式选择.现代法学,2003..1.第 2 页.
- [5].王泽鉴著.侵权行为法.1.基本理论•一般侵权行为.中国政法大学出版社，2001.7.第 1 版，第 281 页.
- [6].刘文杰.论德国侵权法中的不法性.环球法律评论,2007,3., 第 88 页,
- [7].黄劲、马丽,过错的边缘化：误读还是趋势,湖南公安高等专科学校学报 m2004.4.3.8 页.
- [8].张新宝.侵权行为的一般条款.法学研究,2001.4.