

对侵权法中“违法性”独立地位的探讨 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_AF_B9_E4_BE_B5_E6_9D_83_E6_c122_485040.htm 关键词: 侵权行为/

构成要件/违法性/过错 内容提要: 对于侵权行为须具备几个构成要件的问题历来争论颇多, 其中分歧较大的则是违法性之于侵权责任的构成问题, 即违法性是否为侵权行为的独立构成要件。理清这个问题的关键是明确过错与违法性的各自内涵, 进而分析二者之间的关系。应以违法性与过错并列说作为立法选择, 而非选择违法性吸收说(过错一元论) 的原因之所在。

侵权行为, 系侵害他人权利或利益的违法行为。侵权行为是否成立应视其构成要件是否充分, 在对这个问题的认识中, 违法性是否应该与过错相区别而作为构成要件一部分的争论已经延续了数个世纪。考虑到我国民法典制定在即, 且将侵权行为法独立成编, 对于立法中如何处理违法性与过错之间的关系这一重大问题就变得尤为重要。所以笔者特对此作出梳理, 以期使二者的关系得到明晰。

一、关于“过错”与“违法性”关系问题的学说

在罗马法中, 过失(Culpa) 包括了违法行为(Injuria), 违法行为意味着过失, 而过失的含义比违法行为更为广泛。但是后来大陆法系国家的民法学者对于罗马法中的过失和违法行为两个概念作了不同的理解, 从而影响了各国关于侵权责任构成要件的规定和学说。法国以及深受法国法影响的其他国家的立法沿袭了罗马法的规定, 认为过错不仅包括行为人主观上的应受非难性(imputability) 也包括客观行为的非法性(unlawful)。即采纳了过错吸收违法性的立法方式, 认为违法性不应作为独立的责任构成要件。《法国民法典》

第1382条更被认为是“违法性吸收说”在现代立法上的代表。而德国以及深受德国法影响的国家,虽然采纳了罗马法的过错责任原则,但并没有沿袭罗马法的过错概念,而认为过错和违法性是两个不同的概念,均为侵权责任的构成要件,过错是侵权责任的主观要件,而违法是侵权责任的客观要件。《德国民法典》第827和第828条关于无行为能力人致人损害不负赔偿责任的规定被许多学者视为是区分违法性与过错的立法代表。前苏联民法理论与德国相同,强调过错为一种心理状态。过错与违法行为都是侵权行为的构成要件。日本通说也认为,侵权责任的构成要件为侵权行为的违法性、损害事实、因果关系和过错。但是,日本民法典第709条根本没有出现“违法性”“、违法”这样的术语,与“故意和过失”要件相并列的只有侵害他人的“权利”的构成要件。日本民法学者受德国法学的影响,在解释论上提倡将权利侵害看作违法。进而将“权利侵害”这一要件视为“违法性”,并尽可能宽泛地认定侵权行为责任。这种学说成为关于违法性问题的通说,但这种通说也遭到了违法性概念不要说的批判。受前苏联的影响,我国民法理论多年来一直将“违法性”与“过错”作为侵权责任的两个独立的构成要件,四要件说仍为我国关于侵权责任构成要件的通说,民法通则第106条第2款的规定“: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。”有的学者认为该规定包含了侵权责任的四个要件,也有学者认为该条作出三要件说的解释更为合理,那么未来民法典应如何规定才能消除这种语义上的分歧,从而为我国侵权责任构成要件理论指明方向,是我们不得不解决的问题。二、“过错”与“违法性”的内涵及判断标准之

比较 (一) 过错的含义及判断标准。学术界对过错的含义有三种观点, 分别为主观过错说、客观过错说和主客观结合说。笔者认为主观过错说更能正确地反映出过错概念的本质。“客观过错”是指过错并非在于行为人的主观心理状态具有应受非难性, 而在于行为具有应受非难性, 行为人的行为如果不符合某种标准即为过错。所以“过错是一个社会的概念。”该种学说认为过错是违反社会准则的意志状态。它并不是特别关注行为人主观上的状态, 而是将着眼点放在行为人外在的客观的行为举止上面。认为行为人应当像善良的管理人一样尽到注意之义务, 并秉此注意行事。客观过错说, 事先为行为人设置了一定程度上的行为标准, 它们或者强调结果或者强调过程和手段, 但只要行为人没有按照这样的标准行事或未达到此标准的要求, 那就意味着行为是有过错的。这种观点将主观过错说客观化了, 它通过行为人外在行为上的欠缺推知其主观上的恶意与懈怠, 从而让行为人为其过错承担责任。客观过错说将评价的对象与评价的标准混同了。主客观结合说认为, 过错是一个主观和客观要素相结合的概念, 它是支配行为人从事在法律和道德上应受非难的行为的状态, 换言之, 是指行为人通过违背法律和道德的行为表现出来的主观状态。尽管支持这一观点的学者认为, 他们把过错概念中的意识与行动结合起来, 符合哲学上主观见之于客观的理论, 但事实上, 他们又陷入了一个无法克服的逻辑错误中, 即违反了不矛盾律。不矛盾律要求, 在对任何一个特定对象的论断过程中, 不能对其同一方面既肯定什么又否定什么, 否则这两个判断不能同真, 其中必有一假。主客观相统一的过错说, 一方面认为“过错是一种主观状态”, 另一方面认为“过错是受行为人主观意志

支配的外在行为”，这实际上就等于否定了过错是一种主观状态，从而违背了不矛盾律。主观说认为过错是一种可责难性的心理状态，主观过错说中的过错直接来源于刑法上的过错概念。刑法上的过错概念分为故意与过失，故意是指行为人明知会发生危害社会的后果而希望或放任该危险后果发生的主观态度，过失则是指行为人应当预见其行为会发生危害社会的后果而疏忽大意未能预见或轻信能避免其发生的主观态度。如黑格尔所说：“行动只有作为意志的过错才能归责于我。”过错就是指行为人在心理上本应注意而不注意，以至于在伦理上道德上具有可受非难性，所以，主观过错亦可被称为“人格过失(personal fault)”或“道德过失(moral fault)”。主观过错作为人的自由意志在侵权行为方面的表现，只有在具有自由意志的人即达到一定的年龄而且精神状态正常的人身上才能体现。与过错概念上的主、客观说相对应，在过错判断标准上也有主、客观说的争论。应该说，关于判断标准之争，才是过错理论主、客观说的真正分野。主观说认为，过错是一种“不依赖法院的感觉而存在的心理过程”，“法院的任务根本到底就在于，借助一切可以获得的证据，千真万确地查明这种心理过程，并把它如实地反映在自己的判决之中”。这其实是将刑法中判断过错的方法直接应用于侵权行为法。客观说则建立了一种以“注意义务”为标准的过失检验方法。也就是使过错的认定经历了从预见能力向一般人注意标准转变的过程。侵权法所以要求行为人负过错责任，有所期待者，本侧重于损害的防止和回避，并非其有无预见损害发生的可能性。法律的价值判断自应侧重于有无防止损害之发生。因此过错的判断乃逐渐从预见可能走向防止损害的发生，亦即以行为人是否

尽了善良管理人所应防止损害之发生的标准判断过错是否成立。“过错是指一个谨慎之人置身于加害人造成损害时的客观情况所不会犯的行为差错。即法院在认定过错时会问：一个谨慎、明智的人在本案中会作为这样的行为或不作为这样的行为。如果会，则没有过错，如果不会，则有过错。”比较主观标准而言，客观标准更具现实性和可操作性，因为采用主观标准需要对每个行为人的预见能力作准确的判断，这势必会给民事归责带来一定的困难，同时也对受害人举证不利。而且主观标准的适用虽不会扩大责任，却会不适当地开脱行为人的责任。

(二) 违法性的内涵及判断标准。违法性问题，在理论上影响着对侵权行为法的价值功能、责任原则的理解和把握，在实务上关系到侵权民事责任的正确认定，是一个不可回避的问题。笔者通过对传统民法理论上围绕违法性本质的讨论的分析人手，对于违法性内涵进行了深层次理解。针对违法性的本质，形式违法性与实质违法性的对应与对立关系是理论界十分关注的问题。形式违法性是指行为与明文法规相抵触，即违反法律的禁止性规定。将违法性解释为违反实定法律，易于解释也没有错误，却受到诸多批评。由于民事活动纷繁复杂，侵权纠纷种类繁多，因此，民法上不可能对各种不法侵害他人权利的行为种类和方式，像刑法那样采取法定主义。哪些行为是违法行为，民法不必也不可能作出集中性的列举规定。这样一来，就给具体确定违法行为的独立内涵，并依据明确的标准判断各种具体的违法行为造成了困难。这一标准是不充分的，因为存在许多未经特别规定、调整、禁止或惩罚却能导致赔偿义务的加害行为。而“一部将‘不当’行为的认定完全交给立法者并以法不禁止即许可为理念的侵权行为法将无异于以违反

人权的方式认可法律漏洞的存在。” [可以说,若采形式违法说,似乎意味着开列各种名目的责任清单,而责任的普遍性却又使得开列清单成为不可能。对于实质违法说的内涵,学术上亦有各种表述.主流观点有以下两种:一是法益侵害说,另一种观点是实质规范违反说。现在一般说法是把违法的内容解释为对生活利益的侵害(或危险)。一切法律都是为了人类而存在的,然而人类却不是为了法律而存在的。在侵权行为法中,被当作违法行为对象的被害人利益,是搞清楚违法的实质的关键。法律上所保护的利益就是法益,带有法律所考虑的标准利益的意思,法益就是法律保护的客体,根据法益侵害是否存在的事实判断违法的质,根据法益侵害的严重度判断违法的量,二者的统一即为违法性的实质。因此,法益侵害说应该是我们对实质违法性理论的最好选择。对于违法性的判断标准问题。我们说实质违法性以形式违法性为前提,是我们把握、明确和解释形式违法性内容的指导原则。由于法规范具有抽象性,具体的事实是否与抽象的法规范相符合,有时未必明显,而通过实质的违法性对形式违法性的内容予以具体化、明确化,就可以补充形式违法性的内容。它们之间密不可分的关系要求我们在判断行为是否违法时,不能仅仅根据形式的违法性下结论,而必须结合实质的违法性进行考察。只有既在形式上违反了法规范,又在实质上造成了对法益的侵害或威胁的,才能断定行为是违法的。但是,当二者相矛盾时,即侵害行为的做出,并无形式上的违法,但有实质上的违法,此时,笔者认为应优先考虑实质的违法性,这与刑法的违法性不同。同时,在理解形式违法性的判断标准时,还要注意是否存在违法性阻却事由,即该行为是否具备正当化事由。在法秩序中,除了禁止

规范,还存在允许规范。从法益侵害观点来分析,则可分为两个方面:一是法秩序禁止何种权益侵害,二是在法益冲突时,法秩序允许何种法益优先。当某一行为人为一权益而侵害了另一权益,同时法秩序允许前者优先,则在即使行为人违背了禁止规范的情况下,仍不必为其行为承担责任。可见,允许性规范在一定情况下会取消禁止性的规范,而作为某些禁止性规范的对立面发挥作用。因此,形式违法性的判断应该有两个:一要看行为是否产生损害结果,二要看该行为是否具备正当化事由。

三、过错与违法性关系的分析

通过上文的分析,我们有必要在过错一元论(主张以三要件确定侵权行为,以过错为核心整合侵权行为体系)与坚持过错与违法性二元并立的格局(传统四要件说)之间做出选择,才能使问题的探讨不仅仅停留在理论层面上,而是在实践中产生指导意义。笔者同意四要件说,主张违法性应当作为侵权责任的一个独立的构成要件。在三要件说中“ ,过错 ”被视为主客观因素的综合“ ,违法性 ”是被“ 过错 ”概念所包含的.但是这种包含并不表示在一般侵权的构成要件中不考虑行为的违法性,恰恰相反“ ,过错 ”的认定就是不断地在行为人的客观因素与主观因素之间反复考量,相互映证,最终确认出行为人的过错??既有主观的,又有客观的。如此看来,用“ 过错 ”概念去包含“ 违法性 ”概念也只是形式上的变化,而非实质性地对“ 违法性 ”因素的取消“ ,违法性 ”的概念被回避了,但原先它所涵盖或者依托的客观行为特征仍然是不可能被回避的,正如法国学者丹克所指出的:“ 对这两个概念进行区分的实际重要性是很有限的,就对自己行为负责而言,法律要求既要有违法行为,又要有过失,因为可以去掉这两个概念之间的界限,而不会改变最终的

结果。”虽然用“过错”概念去包含“违法性概念的结果与两者分立的结果基本不变,而且用统一的“过错”概念也容易给人们指明评判的方向,但是从实际的操作角度来看,两者的合并并不比两者分立更加方便、科学。[10]所以,笔者主张在立法实践中将其分开对待,具体理由如下:第一、违法是指客观的行为或结果,包括主观违法与客观违法。侵权责任构成要件中就行为的违法性应仅指客观违法,而过失是一个主观因素,它体现的是行为人主观上应受非难的状态,尽管过错要依据客观标准来衡量,但过错并不是指行为本身。二者有区别,不可相互替代、吸收。正如德国学者耶林指出的,违法有“主观违法与客观违法”之分。在主观违法的情况下,违法即有过错,如恶意占有人。但在客观违法的情况下,存在违法行为,却并无过错存在,如善意占有人。第二、承认违法性为侵权责任的独立构成要件有助于侵权责任判定的准确性。采纳违法行为的概念,有助于揭示在具有如正当防卫、紧急避险等阻却违法的事由存在的情况下,行为人虽实施了致人损害的行为,但因为行为人的行为是合乎法律规定的行为,因此行为人不负赔偿责任。第三、承认违法性为侵权责任的独立构成要件有助于增强侵权责任判定的客观性。由于过错是一个主观因素,对其进行认定不可避免的带有主观色彩,因而过错具有不确定性。而违法性是一个客观因素,可通过法律的否定性评价直接予以判定。将违法性作为侵权责任的独立构成要件,并与客观存在的事实因果关系相结合,将有助于增强侵权责任判定的客观性。在现代民法中,最普遍采用的是以过错归责为主、无过错归责为辅的方式。尽管过错责任原则以故意或过失为侵权行为的归责事由,但故意与过失并非侵权行为概念所必要,

因为现代民法上相当多的侵权行为的成立并不以故意或过失为要件,而是在于观察侵害他人权益的违法性。违法性是侵害人应负民事责任的前提要件,过错则是侵害人应负民事责任的最终要件,二者犹如民事责任的“出入证”,凭证入内,若致人损害的行为不具有违法性,则其将因“证件不完备”而被拒之门外,考虑加害人责任的问题也无从谈起。凭证久留,若凭“违法性”这一证件进入后,却发现行为人少了过错,证件而被免责,行为人仍将被驱逐出去。可见,只有违法性与过错二证齐备,侵权行为人才得以承担民事赔偿责任。对无过错归责而言,违法性是侵害人应负民事责任的唯一归责事由,只要拿到违法性这一个证件,行为人进入后,就无法回头,必须承担民事责任,不能以过错作为挡箭牌。若以过错吸收违法性,一方面,过错责任的入口少了把关,大量行为纳入民事责任考虑范畴,不利于保护人们行动的自由。另一方面,更使无过错责任成为无门之堡,纵使法律再想保护受害人权益,却因违法性的缺失成为空谈。总之,违法性是现代侵权行为法体系的支柱,失此支柱则侵权行为法的体系无从建立。因此,从侵权行为的本质系违法性的观点而言,应使违法性具有独立的地位。其实,司法实践中对于违法性的独立地位这一问题已做出了选择。虽然最高法院并没有一般地指出一般侵权行为的构成要件,但在一项专门解释??《关于审理名誉案件若干问题的解答》之七中指出:认定名誉权应当考虑 受害人确有名誉被损害的事实, 行为人的行为违法, 违法行为与损害之间有因果关系, 行为人主观有过错。这表明,最高法院也认为行为的违法性应单独考虑,而不应被过错所吸收。当然,民法典的起草者将做何选择,民法典的出台是否能解决侵权行为法领域中这一争

论已久的问题,我们拭目以待。 注释:[1]王利明.侵权行为法归责原则研究[M].北京:中国政法大学出版社,1997.395. [2]参见于敏.日本侵权行为法[M].北京:法律出版社,1998.138-146. [3]王利明.侵权行为法归责原则研究[M].北京:中国政法大学出版社,1997.213. [4]黄颖.论侵权行为法违法性与过错之比较[J].安徽广播电视大学学报.2004,(3):23. [5]黑格尔.法哲学原理[M].范扬,张企泰译.北京:商务印书馆,1995.19. [6]王卫国.过错责任原则:第三次勃兴[M].北京:中国法制出版社,2000.258. [7]蔡文力等.过错与违法性的关系研究报告[DB/OL]
<http://www.1488.com/china/Intolaws/LawPoint/22/2002-8/22445.shtml>. [8]克雷斯蒂安·冯·巴尔.欧洲比较侵权行为法(下卷)[M].焦美华译,张新宝校.北京:法律出版社,2001,296-297. [9][日]泷川幸辰.犯罪论序说(上)[A].王泰,高铭暄,赵秉志.刑法论丛(第3卷)[C].北京:法律出版社,1999,204. [10]马特.从历史与社会的角度看过错和违法性的融合[DB/OL].<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id/8249>. 100Test 下载频道开通,各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com