

王利明：侵权行为的概念 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__E7_8E_8B_E5_88_A9_E6_98_8E_EF_c122_485498.htm 在我们的审判实践里面，按照我个人的看法，民事案件主要是两大类：一类是违约，第二类是侵权的问题。所以侵权在审判实践里面，应该说是经常遇到的一些案件。这也是我们在立法里面现在争议最大的一个问题，或者也是我们审判实践里面的一些问题，就是究竟什么是侵权行为？什么是侵权行为？我们可以对这个侵权行为首先下一个定义，这就是：侵权行为就是指行为人由于过错侵害他人的人身和财产并造成损害，违反法定义务，依法应承担民事责任的行为。1，侵权行为是行为人侵害他人人身和财产的行为。侵权行为，它是侵害他人财产、人身以及知识产权等绝对权的行为。侵权顾名思义就是侵害权利，但是，侵害什么样的权利呢？侵权行为是给他人的合法权益造成损害的行为，但并不是说造成他人损害的行为都是侵权行为。任何一种侵权行为在发生以后，受害人要主张侵权损害赔偿，则必须要举证证明行为人侵害了其某种权利或利益，而这种权利和利益应是受到侵权法保护的。侵权行为和违约行为的主要区别就在于侵权行为侵害的是一种绝对权，而违约行为侵害的是一种相对权。所谓绝对权，就是指权利人人他的权利主体，就是这个法律关系的权利主体，它是特定的，但是这个义务主体都是不特定的，而权利人的权利可以对抗一切不特定的人。但是相对权，它只是在特定的当事人之间发生，也就是不仅权利人是特定的，而且义务主体也是特定的，权利人的权利只能对抗特定的义务人。所以，

侵权行为的对象主要是绝对权。因此我们说，侵权行为法和合同法的一个重要区别，就表现在：侵权法保护的对象主要是绝对权，而合同法保护的对象主要就是相对权，也就是合同债权。传统的侵权法，保障的对象主要是物权，但是现代侵权法的发展已经突破了 this 范围，就是说侵权的对象不限于物权这个范畴。因为随着多年来科技的发展等等，知识产权领域发展非常快，而且知识产权的内容也发展得非常快，这样知识产权作为侵权的对象，已经越来越普遍。特别是从上个世纪第二次世界大战以后，随着人格权这个概念的产生和发展，侵权的对象又扩大到人格权的领域。所以下面我想谈一下，就是在这个侵权的对象方面或者说侵权法的保障的范围方面，侵权法的总的发展趋势。这里面存这么几个趋势我觉得是比较明显的：第一个趋势，就是随着人格权的扩张，当人格权和物权的保护形成了一种权利冲突的时候，侵权法的一个明显的价值取向就是应当向对人格权的保护倾斜。这一点，在两大法系我认为都表现得非常明显。我可以举一个很简单、很重要、很典型的一个美国案例，就是反映了这个侵权法在这个领域发展的趋势。这个案件就是美国伊那伐州的一个高级法院的一个案件，在这个案件里面，简单的案情就是这样，这个原告他是一个无家可归的流浪汉，他有一次到这个被告的已经长期没有使用的小棚子，一个小屋吧，他想到里面去找一些水喝，结果等他刚刚把这个门推开进入这个屋子里面，被告就是这个屋子的所有人，正好在这个屋子里面收拾东西，那么当他发现原告闯进来以后，没有做任何的警告，马上就拿起枪把原告的腿打断了。那么开枪打断以后，被告的理由就是说他为了捍卫自己的物业，捍卫自

己的财产不受他人的侵害，他有权自卫。但是原告在法院提起诉讼，要求赔偿。这个案件引起了很广泛的争论。那么，这个争论的问题在哪里？就是一种观点认为，按照英美法古老的法律有一个规则，就是叫做禁止非法闯入。按照这个规则，就是说，任何人不得非法地侵入他人的物业，否则，所有人有权自卫。有一句古老的谚语叫做，对私人的物业而言呢，“风可以进，雨可以进，但是这个国王不可进”，这是一句古老的谚语，表达了对私人物业神圣不可侵害。那么，在个人物业受到侵害的情况下，所有人可以采取一切防卫，包括开枪。这些都是合法的。另一观点认为，尽管原告已经构成了非法侵入，但是，当他进入到这个房间以后，他并没有对被告的生命构成任何威胁。被告在没有做任何警示的情况下开枪打伤原告，实际上是以伤害对方的生命健康权来捍卫自己的物业，保护自己的财产。按这种观点认为，当两种“法意”现在发生了冲突，一种是原告的生命健康要求受到保护，另一种是被告的私人财产要求受到保护，当这两种权利受到保护的时候，侵权法应该优先保护的是生命健康。所以这个观点后来被这个法官采纳，他在这个判决里面表述了一段话，后来这段话为美国“侵权法重述”把它这个记载下来，而且直接规定到美国“侵权法重述”里面。他在这个判决里面他说，个人财产它必竟是私有的，是属于个人的，但是人的生命和健康是属于整个社会的，人的生命的价值高于土地占有者的一切利益。所以最后判决被告败诉，赔偿造成对原告的伤害的一切损失。这个案件就是体现了现代侵权法的价值取向，这个叫做“以人为本”的这样一种价值取向，这是人格尊严、人身价值和人格的完整，他应当并可以说

它应当置于财产权更为重要的位置。法律里面最高的“法义”，这是侵权法发展的第一个趋向。第二个趋向，就是随着保护的权力的范围的扩张，责任形式随之而多样化，民事责任形式或者说侵权责任形式越来越丰富。传统上，侵权法的主要责任形式就是损害赔偿。这种损害赔偿我们通常把它称为叫一般的损害赔偿。它主要是一种财产的损害赔偿，是基于一种等价交换的原则而确定的这样一种赔偿，当你造成了我多少损害那么就应以同等的财产来补偿，来弥补你给我造成的损害，这样的话，实际上就形成了一种交易。所以损害赔偿它是保护财产的最有效的方法，原因就是在于它是一种体现了公平交易的一种补救方式，但是它这种方式的主要适用的对象是财产权，是物权。当侵权法的保护对象向人格权，向知识产权等权利扩张以后，那么这个责任形式就完全多样化了，不仅仅是损害赔偿，那么还包括比如说对名誉权的损害里面的恢复名誉、停止损害、赔礼道歉、精神损害赔偿等。甚至在某一种情况下，我们说赔礼道歉这种形式可能比损害赔偿更为有效，对受害人的补偿更为有效。受害人可能并不要求你做出多少赔偿，而只是希望你向他作出一个道歉，弥补心理上的一种抚慰，一种安慰。特别是，我想介绍在英美法特别在美国最近这几十年，在侵权法领域出现了比较广泛的，也比较多地运用的惩罚性赔偿。这个惩罚性赔偿，它和我们刚才讲的一般的赔偿的区别，就是表现在：这种赔偿它主要是由法官做出的高于一般的财产损失的赔偿数额的赔偿。那么这种赔偿它针对的是故意的或者说恶意的侵害他人的人身的这种行为，某些情况下它也包括侵害财产，但是主要适用的是故意或者恶意地侵害他人人身这种行为。在

很多案例里面法官说，被告毫不顾及他人的生命、财产，所以应当判罚为惩罚性赔偿。这个惩罚性赔偿出现有很多人也不理解，说为什么这样觉得不可思议。这主要是因为一般损害赔偿存在一些缺陷。一般损害赔偿完全体现了形式正义的要求，在某些情况下也能体现实质正义的要求。一般的损害赔偿是对受害人的损害进行补救的最公正的手段。因为一般损害赔偿是反映交易关系的产物，其充分体现了民法的公平和等价有偿原则。这就是说，行为人实施一定的不法行为致他人损害，应当根据其造成的实际损失予以赔偿。造成多少损害赔偿多少损失，从经济上看实际上就是行为人通过赔偿的支出购买其给受害人造成的损害。从这一点上来看，一般的损害赔偿实际上一种等价交换的转换形式，它充分反映了交易中的价值法则。所以，在一般情况下，一般的损害赔偿是对受害人进行保护的最公正的方法和最有效的途经。然而，一般的损害赔偿毕竟不能够公正地解决各种民事违反行为所造成的损害纠纷。但毕竟此种规则考虑的只是损害事实的判断，而没有考虑到在赔偿能力方面因为社会贫富差距所造成的差别。这就使它不能完全兼顾到个别情况下的实质正义。由于在许多情况下，实际损害以金钱价值计算的困难性，法律上对损害赔偿的限制以及因贫富的巨大差距导致加害人对其支付的赔偿毫不在意，这些都决定了一般的损害赔偿在许多情况下不足以弥补受害人的损失，同时也不能完全体现社会的公平和正义。所以，美国的惩罚性赔偿制度应运而生，它作为一种弥补一般损害的缺陷、实现实质正义的一种方式、方法，无疑是十分有效的。惩罚性赔偿运用得特别多就是像打架，打人这种行为。我曾经写过一篇文章，就是讨论

这种案件，比如说打了一拳，受害人到法院去告，法官说就是打了一拳嘛，是吧，好像也没什么大不了的，不必要到法院来起诉，觉得这好像都不值得。有的出现了，到法院以后，你说你把医药费拿出来！医药费证明拿出来，那么医药费就是50块钱，挂号费，打的费，最后就赔偿50块钱。所以被告说如果我早知道就是赔50块钱的话，我还不如真多打几耳光。一般的损害赔偿的弊病就在这个地方。所以，我们说，一般的损害赔偿是公平的，但是在特殊的情况下对一些特殊的案件，可能，它不一定是公平的。这就是民事的现象非常复杂，就在这个地方。所以在例外情况下适用惩罚性赔偿这是有它深刻的原因的。而且我觉得这是有它一定的合理性。我也曾经呼吁，就是说我们在一些特殊的案件里面，考虑是可以应该适用惩罚性赔偿。那么，随着责任形式的多样后，这样，又产生了对侵权法的一个冲击。这个冲击是什么呢？就是传统的侵权法责任形式就是损害赔偿。因此，我们把侵权行为，侵权行为法在民法上又称为叫侵权损害赔偿之债，或者，就叫侵权损害赔偿。为什么大陆法系要把侵权法放在债法里面，原因就在于它产生的就是一种损害赔偿之债。受害人是债权人，加害人是债务人，受害人有权请求债务人赔偿损失。因此，它要适用债法的一般规则，但是，因为责任形式多样化以后，侵权行为产生的不仅仅是一种损害赔偿之债，还包括多种责任。这样，就决定了传统的民法典，整个大陆法系民法典在侵权法的构建，体系的构建上，现在出现了重大的缺陷。就是说，还是用传统的债法来包容侵权法，这个已经是不适应侵权法发展的趋势了。所以，我们正在制定的民法典，绝大多数人的意见认为，我们在这点上一定要突破

大陆法的体系，使侵权法从债法里面独立出来，形成一个专门的领域，就是相对于合同法和知识产权法等法律平行的这样一部重要的法律，我们把它称为侵权行为法。这可以说是对大陆法体系的一个重大的变革。那么，其中的原因，就是因为责任形式多样化了。第三个发展趋势，就是这个侵权法保护的人格利益的范围，发展得非常快，而且扩张得也越来越宽泛。不仅仅是在法律上逐渐确认了有关象名誉、肖像、隐私等等这些人格具体的人格利益，而且现在又出现了所谓一般的人格利益。这个主要在德国法出现的一般人格权。一般人格权，我的理解，实际就是要解决具体人格权在列举具体的权利方面的不足，实际上要起到一个“底”条款的作用。因为，比如说我们的民法通则列举了各项人格权，但是遗漏了很多重要的人格权。比如说最重要的，现代社会最重要一种人格权，非常重要的，这个隐私权，在我们的民法通则里面就遗漏了。这就是具体人格权的例举方法必然造成的弊病。那怎么解决这个问题，法律上就是要通过一般人格权这个概念来形成一种底条款，我们建议我们的侵权法和人格权法应当采用人格尊严、人身自由和身体完整，这三句话作为我们一般人格权的定义。任何新的人格利益出现以后，即使他没有在法律上确认为一种人格权，但是可以用人身自由、人格尊严和身体完整这样的一般人格权来概括。所以，也为法官对这些人格利益提供保护，进行保护也提供了依据。这里，我想也特别要强调一下这个隐私权的发展也非常快的。这不仅仅是因为现代科技的发展，使得侵害隐私的工具和手段也越来越先进而且也变得越来越容易。比如说这个高倍望远镜，什么针孔摄像机，那么这个什么透视的照像机，都

对个人的身体的隐私等等构成了严重的威胁。特别是网络技术的发展造成了通过计算机，通过网格来收集个人的信息，也越来越容易，同时对个人这种隐私的信息的传播，也会带来更为严重的后果，因为一旦这个在网上发布个人的隐私以后，它是向全世界传播，而且可以无数次地下载，这个侵害后果是非常严重的。因此，世界上绝大多数西方国家大多都在制定有关电子商务以及制定有关计算机的这些法律的同时，专门颁布有关法律保护个人的隐私。有人说这个计算机的保护，对网络信息这些法律保护，另一方面或者说他的重要方面就必须包括对个人隐私的保护，这是不可分割的。有些学者说隐私权可以说是现代社会最重要的一种权利。如果我们说，对政府现在是越来越要求他公开透明，但是对个人，我们是要求越来越保护个人的隐私。这可以说这是现代社会的法律的一个重要的职责。总之，这个侵权法保护的权力范围尽管扩张了，但是我们都可以说用这个把它和违约行为相区别，仍然我们把它限定在绝对权的范围。所以我们说侵权行为，首先，我们认为一个定义就是它是侵害财产、人身、知识产权等绝对权的行为。我们要给侵权行为下得第一个定义是：侵权行为是侵害他人财产权和人身权等绝对权利的行为。需要指出的是，近几十年来，一些国家的法律确认了引诱违约、第三人侵害债权等制度，开始将第三人对债权的侵害作为侵权行为对待，这是侵权法发展的一个新的趋向。侵权法对债权的保护主要原因在于，就对外效力来说，债权与其他民事权利一样都具有不可侵害性，如果第三人基于故意和恶意侵害该权利之后，债权人有权获得法律上的救济。在第三人故意侵害债权的情况下，第三人与债权人之间已经

形成为一种侵权损害赔偿关系，因此不能用合同相对性的规则来否定债权人对第三人所享有的侵权法上的权利。然而，债权毕竟主要受合同法的保护，侵权法只是在例外情况下对其进行保护，因此在法律上不能以例外保护的存在而否认侵权法对绝对权的特别保护。我们要给侵权法下的第二个定义，就是侵权行为也是一种因故意和重大过失侵害他人的合法利益的行为。现代侵权法为了强化对公民的保护，那么，这也是现代法制的基础，这就是保护公民的权利那么，这个保障的范围越来越宽泛，它还不仅仅限于对绝对权的保护，还包括了对一些尽管没有形成为权利、法律上正式确认它是为一种权利，而只要可以在侵权法上能够提供救济的各种利益？所以现在两大法系在我看基本上在这点上总的趋势完全一致，就是任何一种新的案件出现以后，只要法官认为这种利益是在这种权利尽管或者是利益只要它能够在民事上，在民法上提供一种补救，或者换句话说能够找到一种补救措施，那么，就有可能把它作为侵权对待，把它作为侵权的对象，并且对他进行提供对受害人的这种利益进行保护。除非是不能提供一种救济，这个就像我们讨论报纸上前一段出现的很多案件，实际上，我觉得法官都判决要求赔偿，这个实际上我认为是符合了这个趋势。比如说一家里的父亲去世以后，骨灰盒拿回来了，拿回来以后的话哩，正在开追悼会，全家召集了亲朋好友开追悼会，而且也哭得非常的伤心，突然，殡仪馆的找来了。说这个骨灰盒拿错了，什么原因拿错，是他们把它拿错了。那么，全家就非常地气愤，就说这个我们在一起开追悼会啊，非常伤心，哭了这么半天，谁也不知道究竟哭的是谁。后来，在法院起诉，要求赔偿，但是，这个究

竟侵害了什么权利，说不清楚。实际上是一种合法利益的侵害。再比如像上海出现的那个案件，小两口刚刚分得一套房子，装修，请这个装修公司装修。那么，一个装修工人，不知道什么原因想不开，在那个装修的房子里面上吊自杀了，后来，小两口就告了装修公司，要求赔偿，原因说自从他上吊自杀后我们就再也不敢进到这个房间去了。造成了损失。但是，究竟侵害了什么权利啊？侵害了财产权利？他这个房子也没受到任何损害。侵了人格权啊？健康权啊？好象都没有受到影响。但是，最后法官还是按侵权做出了赔偿。侵权法保护的合法权益主要包括以下几类：第一，一般人格利益。人格权是一个开放的、发展的体系，我国民法通则确认了各项具体的人格权，但这些具体人格权并不能概括各种新的人格利益，为了强化对公民人身利益的保护，侵权法需要扩大对一般人格利益的保护。在法律没有确认这些一般人格利益为人格权的情况下，它们都是属于法律保护的利益之外的利益。关于公民一般人格利益的内涵，我认为包括如下三项：一是人格平等。有学者主张将平等权作为具体人格权，我们认为，平等更应当是整个民法乃至整个民法所贯彻的一种价值。人格权法保护的平等是指人格不受歧视的一种平等，它是一种精神利益和权利的平等，而不是一种财产上、物质上的平等。二是人格尊严。人格尊严是指公民基于自己所处的社会环境、地位、声望、工作环境、家庭关系等各种客观条件而对自己和他人的人格价值和社会价值的认识和尊重。人格尊严很大程度上是名誉权等具体人格权不能保护的权益。三是人身自由。许多学者认为自由权应该作为具体人格权，但实际上自由的概念非常广泛，即包括财产自由、也包括

人身自由、经济自由、竞争自由等。但人格权法保护的自由主要限于人身自由。第二，死者人格利益。人格权作为一种民事权利只能由活着的人才能享有，死者的名誉、姓名、肖像等不再体现为一种权利。但是，民事权利以利益为内容，这种利益是社会利益和个人利益的结合，一个人死亡后，他已不可能再享有实际权利中包含的个人利益，由于权利中包含了社会利益的因素，因此在公民死亡后，法律仍需要对这种利益进行保护。在此情况下，只能说与该死者生前有关的某些社会利益应当受法律保护，不能说该死者的某些具体民事权利应当受到法律保护。第三，纯粹经济损失。所谓“经济上的损失”，在英语中称为“economic loss”或“pecuniary loss”，此种经济上的损失有三种类型：第一种为间接致损。就是说侵害人侵害了受害人，但间接对第三人造成的经济上的损害。例如，甲不慎破坏了电力公司的电线，因此导致各个用电户、工厂的损失。第二种为失去使用价值的损失。例如，某个港口边的一家公司的厂房发生倒塌的危险，为了防止倒塌用柱子支撑，由于此种支撑而导致港口部分无法使用，使某人的港口中的船只无法使用而失去使用价值，从而造成的损害。第三种不实表示造成的损害。例如，某个商业银行的雇员因为提供了一份部分不真实的一个公司的财务情况报告，银行因此贷款给此公司，后来此公司无力清偿贷款，银行因此所受的损害。我国司法实践中并没有采用纯粹经济损失的概念，许多学者认为，纯粹经济损失所解决的问题，实际上是因果关系解决的问题，可以由法官从因果关系的角度加以判断解决。第四，其它某些特殊的经济利益。主要包括如下几种：违反法定的或者约定的竞业禁止义务，造成他

人损害的，行为人应当承担民事责任；盗用他人姓名、帐号、密码、执照等进行交易，造成他人损害的，行为人应当承担民事责任；对交易安全负有义务的人，应当承担补充赔偿责任，但是能够证明自己没有过错的除外；故意以违反善良风俗的方式欺诈他人，致受害人损害，受害人不能通过合同法获得补救的，有权依据侵权行为法要求侵权人赔偿损失；妨害他人正常经营活动造成损害的，受害人有权请求行为人停止侵害、赔偿损失。侵权行为法对合法权益保护的扩张，使得其作用的范围进一步扩大，同时侵权行为法的功能也在发生变化，因为传统上侵权行为法主要以保护权利，即对权利受侵害时的补救，为其主要功能，但由于侵权行为法通过保护合法权益，在对合法权益保护的过程中，侵权法也产生了权利生成功能。这就是说，由于司法判例对某种权益的长时期的保护，使立法者觉得此种权益有上升为权利的的必要，因此，此种权益就为法律所确认，从而上升为权利。由于保护合法权益的发展，侵权的概念也发生了变化，即侵权行为不仅仅是侵害了他人的合法权利，还包括对他人合法权益的侵害，所以在对侵权行为的概念进行表述时，应当将侵害的对象不仅仅限于财产权和人身权，而应当用财产和人身的概念来表述侵权行为侵害的对象。我国《民法通则》第106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。”尽管此处将个人的财产与国家和集体的财产截然分开，且在他人中不包括国家和集体，似乎不妥。但在该条中，将侵害的对象规定为财产、人身，而回避了财产权、人身权，这是十分必要的。民法通则的规定，也给我们在定义侵权行为时，扩大侵

权法对利益保护也提供了法律上的依据。由于侵权法保护的
对象不限于权利，所以受害人在遭受损害以后，只需要遭受
了实际损害，但并不需要证明其何种权利遭受了侵害。需要
指出的是，扩大侵权法对合法利益的保护，将会形成一个问
题：即如何协调对合法利益的保护与对个人行为自由的维护
。要对这个合法的利益提供补救，提供保护，但是是不是对
所有的合法利益都要提供保护，是不是对这种合法利益的保
护，就毫无限制地、漫无边际地进行保护？如果是这样的话，
那么又形成了另外一个问题，那就是：尽管这种全面的对利
益的保护有利于对公民权利的保护，但是它将会对个人的行
为自由形成一种重大的限制和妨碍。对于尚没有形成权利的
利益，在法律上缺乏一种可预见性，因为人们不知道何种行
为会导致对他人利益的侵害，以及造成的损害会产生什么样
的后果。所以只有在故意侵害合法利益的情况下才应当承担
责任。这与对权利的侵害是不同的，在法定的权利类型化以
后，本身可以起到一种公示的效果，人们在实施某种行为时
，应当可以合理预见到其某些行为会损害他人的利益，所以
即使基于过失造成对他人权利的损害，也仍然要承担责任。
当侵权法保障的范围从权利扩大到合法的利益以后，如何既
要保护人们的合法权益又协调人们的行为自由，这确实是侵
权法要解决的一个重要课题。我们建议，可以从主观状态上
对其限制。只有在行为人基于故意对他人合法利益造成侵害
的情况下，才能承担侵权责任。毕竟合法利益，它并没有确
认为权利，当它没有被确认为权利的时候，它没有一种公示
的制度。人们并不知道你是不是享有，你享有什么利益，这
个利益本身最终还取决于法官的价值判断，是不是应该受到

保护的利益。但是事先我根本不知道，这样的话，我在从事这样一种行为的时候，我并不知道我这种行为将会侵害你的利益，所以我也不知道我应不应该从事这种行为。但是，当我从事这种行为，我根本不知道侵害你的利益的时候，最后，我还要承担责任。这个必然带来一个严重的后果，就是说人们不敢放心大胆地去做一些事情，去从事一些行为。人们的行为自由，将会受到损害。所以民法上，实际上我们的侵权法它既要承担对公民法人合法权益的保护的功能，另一方面，又要有维护人们的行为自由的功能。这两者是不可偏废的。那么，如何才能使这两者兼顾起来，我们的意见就是说，对合法利益的侵害应当进行限制。对这种合法利益的保护在法律上也要进行限制，怎么限制呢？我们建议是从主观标准，从过错程度上进行限制。那就是只有在行为人从事这种对他的合法利益的侵害的时候，他主观上是故意的，或重大过失的，因为他们的故意，恶意或重大过失，造成了他人合法利益的侵害。那么他才应该对这种行为的后果承担责任。’ 否则，我们认为不能作为侵权对待，应当作出这种限制。比如，我们举个非常简单的国际上非常流行的侵权行为，就是所谓的“性骚扰”。那么这个性骚扰，我们说是不是稍微轻微的过失，稍微碰一下女同志就构成了侵权，这个我恐怕觉得不行。一定要是故意的，和重大过失的。因为它侵害的是一种合法的利益，现在还不能确定，是不是一种权利。它是一种合法利益的侵害，应当故意和重大过失来限定，才能构成这种侵权。所以记得刚才我们讲上海那个案件，我个人认为不能作为侵权对待。这原因是：这个工人上吊自杀很难说这个装修公司对它有故意和重大过失。对这种合法利益的侵

害，当然他可能有一般的过失，轻微的过失，但是没有故意和重大过失，所以我个人更倾向于我认为这不是一个侵权的问题。这个案件，可能是一个违约的问题。这是一个承揽合同里面，是不是提供了一个完好的工作成果的问题，这是一个违约的问题，但是，用侵权的话不合适。这就是，我们对合法利益的保护一定要在法律上进行限制。这样才能既保护公民权利的同时又兼顾了对个人行为自由的维护。这是我们建议给侵权行为下的第二个定义。第三个定义就是侵权行为是一种因过错而侵害他人合法权益的行为。因过错而侵害他人合法权益的行为。要强调侵权的归责原则，仍然应当坚持过错责任。对这个问题，一直存在激烈的争论。有很多人，不赞成把过错仍然作为一般的归责原则。我认为，过错责任仍然应当成为一般侵权行为的归责原则。要求行为人具有过错的原因在于：首先，人类社会发展的终极目标在于使人获得更大自由的，从必然王国进入自由王国，过错责任原则极大的扩大了人的自由空间，将人们从结果责任的桎梏下加以解放。这也是符合马克思主义原则的。其次，从人的自由意志的角度来说，一个人行为通常是在其意志支配下从事行动的，因此，人们只有在他有过错的情形下，要求他承担侵权责任，也是符合人的自由意志的，可以避免人们在社会生活中动辄得咎。第三，从预防损害的角度来看，既然行为人对损害的发生存在过错，也就意味着其可以合理预见而且避免该损害的发生。侵权法要求人们对其过错承担责任，就能够促使其更加积极主动的尽其注意义务，努力避免损害的发生。因此，过错责任有利于预防损害的发生。但是，自工业革命以来，工业事故大量增加，社会矛盾日益突出，传统的过

过错责任原则在化解纠纷方面变得不敷应用。为了强化对受害人的保护，严格责任，危险责任因应而生。这就涉及到一个问题，在对侵权行为概念进行表述的时候是否仍然固守过错这一核心语词？在我们国家，还得要坚持过错是侵权法的一般的基础的原则。因为过错责任本身它是法律文明长期演发的一个文明的结晶，它是在这个结果责任基础上所形成的一种法律文明的进化的这样一个产物。但必须要看到，过错责任现在确实发生了很多的变化。我想谈几点认识：第一点就是这个过错的概念本身，或过错的判断标准发生了很大的变化。这就是传统上的过错主要是采用刑法的‘‘罪过’’这个概念，强调的是主观的过失。但是现代在侵权法里面，在绝大多数情况下，除了刚才我们讲的像对合法利益的侵害，过错实际是一个客观的概念。对过错的评价标准，是采用客观标准来评价。这个客观标准有很多。可以有五六种。但是，我们主要的有这么几种，就是通常采用这个在两大法系上完全一致，法官大都采用的是，叫做合理人的标准，这就是，当你从事这种行为以后，你是不是有过错，法官常常要用一个合理人行为来对你这种行为进行评价。比如说你放鞭炮，然后放完了以后，你就马上走了，结果小孩子把这个鞭炮捡起来，把手炸伤了，那么法官是不是要考虑你那个主观上是故意或重大过失？不要求这么考虑，而是这么考虑，就是说，一个合理的，一个谨慎的小心的人，当他在这里放鞭炮的时候，他是不是首先把鞭炮放完了以后，要停下来。假如他看到周围有小孩的话，他是不是应该停下来，等到这个鞭炮放完了，安静了一会，并且要看一看，然后再离开。如果一个合理的谨慎的小心的人是这么做的的话，而被告没有这

么做，那么他就是有过错的。这就是用个合理人标准来和被告进行比较。其次呢，就是用各种技术的标准，质量的标准，等等，这些客观标准来评价被告的行为。比如说，我们有时候经常讲话，有很多人说这个产品责任，就是一个无过错责任。不是这样，产品责任还是属于过错责任的范畴。这是因为，现代社会这个产品越来越技术化了，还有很详细，很具体的技术评价标准。所以某种产品不符合这个技术标准，不合格造成他的损害，这就是一种过失。就是一种过失，违反了一种行为标准。现代特别流行的就是所谓的用经济效益的分析方法，解释过错。在美国很多的判例里面都广泛来采用。所谓的经济效益的分析方法，有一个美国著名的法官叫汉德，汉德提出了一个汉德公式，对很多的判决产生的重大影响，他的基本的思路就是，考察很多的案件被告是不是有过错，要考虑他做这件事情，如果做这件事情，防止损害，应当是值得的有效率的，而他没有这样做，他就是有过错的。从一个案件里面，他得出一个汉德公式，就是这个自来水管公司埋的这个水管局，因为埋得不深，到冬天爆裂了，最后水渗出来把原告的房间里的很多财产淋湿了，造成了原告的损失。原告在法院提出起诉讼。汉德就提出来考察像这个案例里面被告是不是有过错，主要是要考察三个因素。第一个因素就是要看这个水管，究竟挖多深它才不致于爆裂。而现在挖这样深的程度，爆裂程度可能性爆裂的可能性究竟多大；其次的话哩，要考虑爆裂以后造成的损害后果究竟有多大。第三个就考虑，我们预防这个爆裂，究竟要付出多大的成本。他的基本思路就是说前面两项因素加起来，就是说这个爆裂的可能性并不大，同时爆裂以后，造成的损害后果并

不大，而把它再往下埋深将要付出巨大的代价，他认为被告不值得这么做，他是没有过失的。但是如果爆裂的可能性很大，同时爆裂后造成损害后果也很大，而被告没有把它埋深，他是有过错的，这个公式，就成为著名的汉德公式。在很多案件，都被直接引用，作为判决的依据。这是从效率这个角度来解释过失。所以，我们说现在这个过错标准本身可以说已经客观化了，这就成为叫做过失的客观化趋势，也称为过错的客观化趋势。第二点就是在共同侵权这个概念上发生了很大的变化。过去，共同侵权的理论，特别强调的是行为人之间意思联络，这就是强调主观的共同，为什么强调行为人之间必须有共同的意思联系。他们才应当承担共同的侵权责任。原因就是共同侵权行为人他要承担连带责任。那么这个连带的基础在哪里呢，这个连带的基础就在于主观的共同性，就是说，你们主观上都是有共同意思联络。所以在发生损害以后，你们都应当对受害人负连带责任。但是这种主观的共同，给受害人形成了极大的举证负担。因为受害人可能能够证明行为人可能具有共同的目的，行为的共同的行为指向，要证明他们意思上有共同的联络，这个几乎是不太可能，是非常困难的。所以，表面上连带责任保护了受害人，但实际上这个共同的意思联络，加重了受害人沉重的举证负担。使得这个连带责任的请求，在很多情况下非常的困难。那么，为了强化对受害的保护，所以现在并不要求这种共同侵权必须是共同的意思联络。只要行为人具有共同的目的，就是他在从事行为的时候有共同的目的，行为的指向是共同的，不管他们事先有没有联络。这个，都可以构成共同侵权。甚至现在，越来越多地扩大了共同过失这个概念。比如说，

这个设计者设计了图纸，有严重的错误，承包商拿去建造。建造了房屋，最后房屋倒塌。这个设计者和建造商之间并没有共同的故意，可能是一种共同的过失，但是也构成共同侵权，要负连带责任。现在，欧洲一些国家，它出现了所谓在共同侵权行为基础上发展了“团伙责任”这个概念。团伙责任，包括一些像黑社会这种性质当然这个黑社会更多的是犯罪了，在一些不构成刑事犯罪的这些团伙。如果团伙的某一个成员只要他是按照这个团伙的章程从事了某种行为，而其他的人并不知道他从事了这种行为，其他的团伙成员也仍然应当对这个团伙的这个成员实施的行为承担连带责任。理论上依据的就是这个人按照团伙的意志从事了某种行为。因此，团伙的成员都要对这种行为负连带责任。这是共同侵权行为的发展。第三点要强调一点就是关于共同危险行为，这个概念也在发展。共同危险行为实际上是有两种。一种就是数个人共同实施某种危险行为造成了对受害人的损害，但结果上看只有一个人的行为是损害发生的原因，但不知道这个人是谁，就只有一个人的行为是损害发生的原因。比较典型的的就是，几个人开枪打伤了受害人。但是，只有一个子弹打伤了受害人，不知道这是谁开了这一枪。共同危险的第二种状态，就是数个人共同实施危险行为，造成了对受害人的损害。共同的行为都可能是损害发生的结果，但不知道究竟是一个人或者是数个人的行为造成的。不知道是谁的行为造成的就是这些行为都可能是损害发生的结果。但不知道具体的究竟是谁的行为造成的。比如说在房间里面抽烟。几个人在房间抽烟，扔下烟头，最后着火了，肯定是这个烟头把房间点着了。但是，是谁的烟头点着了是一个还是几个都不清楚

。几个人共同的烤火或者是烤烧，不小心把旁边的屋子烧着了，也不知道是谁的行为造成的。对于这两种共同危险行为。过去历来强调对受害人要进行特别保护，怎么保护呢？就是实行举证责任倒置。这种方式，也就是受害人只需要证明，他遭受了损害，被告实施了危险行为造成了损害。但是，被告是不是有过错以及行为是不是和损害结果之间有因果关系，不需要受害人证明，采取取证责任倒置的方法，由加害人或由共同危险行为人来反证。通过这种举证责任倒置，实际上是加重了共同危险行为人的责任。过去这样一种反证，已经强调了对受害人的保护，但是，我们却忽略了一个问题，那就是如果仅仅只是要求行为人反证证明他没有过错或者他不是真正的行为人，那么，这对受害人的保护仍然是不足的。因为，假如每一个行为人，都可以证明自己，比如说这一枪不是我打的，这个烟头不是我扔的，那么每一个行为人都反证自己不是真正的行为或者他没有过错以后，他们都可能被排斥出这个承担责任范围。最后可能就把受害人撂到那里，使无辜的受害人找不到应由谁来承担责任。所以，为了进一步强化对受害人的保护，在共同危险行为这个理论上，现在的发展趋势是更近一步地限制共同危险行为人负担反证的内容。这就是，每一个共同行为人，不仅仅你要证明你没有过错，要证明你不是真正的行为人，仅仅证明这一点还不能被免责，必须要证明谁是真正的行为人，才能够被免除责任。所以，最高人民法院的证据规则，包括以前的民诉法解释对这个共同危险行为都是采纳了过去这个理论。就是只要证明没有过错或证明它没有因果关系就可以被免责。实际上我一直认为，这个理论现在其实是已经过时了。为什么现在

对共同危险行为的举证要产生这种变化，这有几个原因的。第一个原因，首先就是强化受害人的保护，不能说张三你证明你没有过错，你被免责了，李四你证明没有过错，你被免责，最后把受害人一个人留在那个地方，得不到任何赔偿，绝对不允许这样。他的第一个依据就是保护受害人。第二点为什么要求必须还要指出具体的谁是真正的行为人，原因就在于当共同危险行为人共同从事某种危险行为以后，实际上已经把受害人置于一个危险的状态之中，这种行为，已经使受害人的财产、人身已经被置于一种不合理的状态之中。从这点上看，每一个共同行为人，当你从事这个共同行为的时候，不管你是不是造成了直接损害后，当你从事这个行为本身你就是有过错的。你就是有过错的在不能找到真正行为人的情况下，就应当由你们承担责任。那谁让你们来共同从事这种共同危险行为？这不是法律所允许的一种合法的行为。这理论依据主要是这两点。现代侵权法的确出现了这样一个逐渐的发展趋势就是过渡地强调制裁过错行为到强化这个补偿的功能，就是强化对受害人的保护。这也是一个明显的发展趋向。这里面就出现了很多的学说，解释。特别是比较流行的就是所谓叫“损失分担理论”。这个损失分担理论就是说在某一种损害事故造成的损害发生以后，立法者或者法官，他不能过度地考虑、关注这个行为人的主观过错问题，他应该过多地关注不幸的受害人，怎么对他进行补救的行为。按照这个“损失分担理论”，这就是当某种损害发生以后，法官不应当过多地注重在这个过错上，而应当考虑现在我们不考虑你是不是过错的问题，而应当考虑和行为人和受害人两者之间哪一个来分担这个损失更为合理。就是我们把受害人

和行为人两者之间来进行比较的话，我们看他来分担这个损失更为合理、更为公平。这就是损失分担理论基本的思想出发点是在这里。那么，这个理论现在的影响是非常大的，所以我们讨论这个侵权法，我们有很多规则都涉及到这个问题。这里特别想介绍一下，就是关于所谓叫“抛掷物的责任”，或者就是说这个从房顶上掉下东西或者抛出东西把人砸伤，究竟应当由谁来承担责任的问题。这个也是一个争论很大的问题，但是我个人的建议就是对抛掷物的责任是不是可以考虑借鉴损失分担这个理论。我在很多地方调查时候发现这一方面出现了不少案例，但是判决结果完全是两样，甚至是截然相反。比如在深圳，我听他们介绍一个案例：以楼上扔出一个建筑材料，把人砸伤了，这个人被砸成了植物人。现在去查，拥有这种建筑材料装修的有六家，但是谁也不承认是他抛出来的，究竟应当由谁来承担责任。法官认为我们不能冤枉好人，现在查不清楚究竟是谁的建筑材料掉下来的，没办法让谁承担责任，砸伤了，砸成植物人了，也没办法。还有一个地方我去调查时候，也是出现这个一楼上的花盆掉下来把人砸成了重伤，但是搞不清楚这个花盆是谁家的，谁都不承认，没办法证明是谁家的。刚才的案子还能查清有六家，这个六家都找不到。现在，整个楼道都不知道是谁的，最后说没办法赔。但是有的案件呢，在有的地方，出现类似的案件，是判整个楼道赔了。我个人的建议，应当在出现了这种抛掷物造成了损害以后，如果能够找到它的所有人和管理人，当然应该由所有人和管理人承担责任；如果不能确定所有人和管理人，应当由凡是拥有这种抛掷物的任何所有人以及整个楼里面的全体业主都承担责任。我想我们建议确立

这一个规则，这个道理或理论在什么地方，我想谈几点理由，第一个理由就是说刚才我们讲的理论依据就是“损失分担”这个理论。为什么让六家拥有这个建筑材料的人承担责任。可能这里面至少有五个人不是损害发生的原因，是这个行为人。但是现在我们已经找不到谁是真正的行为人了，那么，我们现在就应当把无辜的受害人和你们六家包括在找不到六家的情况下，整个楼道的业主，住户，把你们和受害人来比较，我们来考虑应当由哪一个来承担这个不幸的损害更为合理。受害人是一个单个的个人，你现在要让他来承担这种无辜的损害，和你们作为一个整体来分担这种损失，哪怕是适当的分担。那么，也比完全由一个无辜的受害人自己来承担损失更好，我们在这里没有考虑过错，我们在这里也没有考虑谁应当受到惩罚，我们不是这样考虑的，我们考虑的是谁分担更为合理。显然，让大家来分担比让一个人来承担这种不幸的损害应该是更合理。这是第一个理由。第二个理由就是这个侵权法上出现了这个所谓“公共安全理论”。按照这个理论，侵权法也附属有一种保护公共安全的功能，具体像这种抛掷物的责任来说，当我们每一个人在这种楼道前面行走、楼下行走的时候，我们应当有一种合理的期待，就是这个楼上是不会抛出东西来把我们砸伤的。这种正常的期待就是公共安全的一个组成部分，假如说我们从楼下行走，如果楼上抛出来东西都把我们砸伤以后，没有人任何人对它负责，我们每个人的这种期待都不存在了，在楼下行走的时候，必然要变得非常紧张，要随时看一看楼上是不是会掉下东西来把我砸伤。这种正常的公共安全就不存在了。所以，侵权法保障这种安全的利益，实际上就是保护一种社会利益，

为了强化对社会利益的保护，我们需要适当地牺牲某一些人的利益，因为这种社会利益，这种公共安全更为重要。我们需要适当地牺牲某一些利益要让他们分担，可能是冤枉的。但这个对我们公共安全的形成是非常必要的。如果没有任何人对它负责，我们就没有什么公共安全感了。第三点，以预防和控制损害这个角度来说，受害人他并不知道这个东西是怎么抛弃的，他不可能接近我们说的叫“损害源”，这个损害的来源他是没办法接近的。所以，让受害人负担损失以后，仍然不可能来消除那个损害的根源，不可能起到对不幸的损害来起到预防的作用。你怎么让他承担损失也不可能起到一种预防的效果。但是，这个楼道的所有人是接近这个损害的来源的，如果让他们承担损失，加重他们的负担，也会督促他们去尽可能地去谨慎、小心避免类似的损害再次发生。但是假如说整个楼道的人都不负任何责任的话，人们变得更不小心，花盆放得不放好掉下去也无所谓，反正我到时候不承认就行了。这样的话，就不可能起来一种预防这个损害发生的这样一种效果。所以，我个人是建议我们的侵权法，应当将抛掷物的责任能不能这样确定。在这里我们强调的是没有过错，但依法也应当承担责任的，这个强调必须依法。因为，在没有过错的情况下承担责任实际上是过错责任的例外。对过错责任的例外必须要侵权法明确地规定、明确地列举。这个问题原则上，我们说最好不要由完全由法官自由裁量，过去我们的民法通则第一百三十二条确定了公平责任，这个的确有利于法官在特殊案例里，运用公平原则，不考虑过错来保护受害人利益。但是，这个条款写得过于宽泛。所以，因为过于宽泛造成了许多案件都可以把它放到第一百三十二条里

面，所以一百三十二条成了一个箩筐，什么案件都可以往里面装，这样一来，对过错责任造成严重的冲击，过错责任可能就有许许多多的例外，可以随便就不适用不考虑了。我们认为是很不合适的。所以，对于这个过错责任的例外应该在侵权法上作具体的例举，而不应该是做一种抽象的概括式的规定。比如说像刚才讲的抛掷物的责任，是过错的例外，那么应当把它明确规定下来。还有像这个无行为能力人致人损害，如果无行为能力人有财产，尽管他没有过错，但是，为了保护无辜的受害人，他也应当承担赔偿责任。这些例外就是应该在法律上明确规定下来，但是必须对没有过错的情况要具体地由侵权法来做出例举。最后，我认为，侵权行为可以从第四方面进行理解，即侵权行为都是一种违反法定义务的行为。包括违反保护他人的义务，违反保护他人的义务，而造成他人损害的，依法应当承担侵权责任。比如到银行去存钱，突然有人从后面一把把钱抓跑了，后追出来找不到这个抢劫的人，然后到法院起诉，要求银行赔偿。上海发生了一个客人在旅馆住宿被人杀害了，家属告了这个旅馆，要求赔偿。四川曾经有一个寄宿学校的女生，夜晚被一个犯罪分子强暴了，然后，家属要求学校赔偿。类似这些案件，我想将来也会越来越多。这些案件，都涉及到被告不是真正的行为人，但是他应不应当对这个造成的损害后果负责的问题。这就涉及到，在侵权法上是不是应当确立一个保护义务的问题。民法有三大原则，其中在侵权的领域有一项重要的原则叫做“为自己的行为负责”的原则。也就是说，行为人他只是对自己的行为、对自己的物件，对因自己的过错而造成的损害负责，对他人的行为不负责。是侵权行为和违约行为

的一个重要的区别。因为我们说违约行为，如果这个标的物还没有交付，现在第三人对标的物造成毁损灭失，那么债务人仍然应当向债权人负责，承担违约责任，债权人不能找第三人要求他承担责任。但是在侵权法上，因为合同法强调合同的相对性，但是侵权法它强调的责任自负这个原则。就是只是对自己的行为负责。谁造成的行为引发的后果，谁来承担责任。在传统上，是不承认要对别人的行为来承担责任。类似这些案例，现在是不是应当要银行、要旅馆、要学校负责，这个有很大的争议。这旅馆提出我们很冤枉，我们不是杀人犯、又不是抢劫犯、也不是强奸犯，怎么要我来赔偿呢。这就是说，我们是不是应当设立一个为他人负责的例外。这个例外，这就是今天我们要谈的是不是应当设置违反保护义务的这个规则。我们认为这个规则是必要的。首先当然是从对受害人的保护出发，真正的行为人如果能找到，毫无疑问应该真正行为人负责。但是现在问题是真正的行为人找不到。如果没有任何人对受害人承担责任，那么将完全是受害人自己来蒙受了损失，这是很不公平的。其次，违反保护义务的行为人必竟有一定程度的过错，所以他应当承担责任。我们应当确立，对自己行为负责的例外，但是这个例外不能过于宽泛。这就是仅仅只是把它限定在那些负有保护义务的人违反了义务造成的责任。现在所要讨论的关键的问题是，这个保护义务的范围究竟有多大，它要从哪里产生，原因是什么。如果在法律上仅仅地作一般例举，确实是太过于宽泛，所以需要保护义务有一个具体的界定。安全保护义务首先需要解决的是义务的来源，我认为主要来源于两个方面：其一，因行为人实施了某种在先行为而对特定的他人产生的

安全保护义务，例如某工头拖延工人的工资，工人要以跳楼抗议，当该工人在楼上说如果工头在不给工资他就跳楼，工头说那你就跳吧，结果工人跳楼摔成重伤。我认为在这个案件中由于工头拖欠工人工资这个在先行为引发了工人跳楼，那么当工人要跳楼之际工头就负有保护的义务，应当主动采取行动防止工人跳楼，而不能漠然置之，因此工头对工人所受损害应当承担赔偿责任；其二，旅馆、饭店、银行等从事特殊经营活动的经营者，在经营的场地对于顾客的财产和人身安全负有必要的保护义务。受害人在旅馆、饭店、银行等从事特殊经营活动的场地受到损害后，应当由加害人承担民事责任。无法确认加害人或者加害人没有能力承担赔偿责任的，由对其负有安全保护义务的经营者承担补充责任，但是负有安全保障义务的责任人证明自己没有过错的除外。从事对公众开放的营业或者职业的经营经营者，对相关公众的安全负有相应的注意义务。如旅馆、饭店的经营者未尽必要的保护义务，致顾客人身、财产损害的，应当承担民事责任。在车站、机场、码头、商场、剧院等公众场所进行装饰、修缮等致人损害的，由施工人承担民事责任；施工人不能承担全部民事责任的，由公众场所的经营人或者使用人承担适当的民事责任。违反安全保护义务的行为在本质上仍然是一种过错责任，也就是说考察行为人是否违反了安全保护义务主要在于行为人是否采取了合理的措施尽到了必要的注意义务，例如，某个饭店中顾客与一个小流氓发生了口角，宣称要殴打顾客，后来流氓带人来打顾客，饭店及时报警了，流氓不仅将该顾客打伤而且还打伤了其他顾客，这里饭店是否要承担赔偿责任在于它是否尽到了安全保护义务。我认为饭店已经

尽到了该义务，因为此时饭店只能报警而无法采取别的保护措施。从行为人是否采取了合理的措施这个意义上说违反安全保护义务的人具有过错，但违反安全保护义务的行为又不同于一般过错行为，因为一般的过错行为都是行为直接造成了损害，两者具有直接的因果关系，而在违反安全保护义务的情形下，行为人的行为并没有直接造成损害，真正造成损害的人是其他的不法行为人，而非违反安全保护义务的人。保护义务概念的产生极大地丰富了侵权行为的形态，同时也使侵权行为所违反的法定义务的内涵发生变化。因为侵权行为不仅包括行为人违反了侵权行为法所设定的任何人不得侵害他人财产和人身的普遍性的义务，违反了侵权法和侵权法之外的其他法律、法规所设定的作为或不作为的强行性义务，还包括行为人违反了因其在先行为所产生的，以及依法律的特别规定而产生的对特定的受害人的安全保护义务。违反这种义务而使受害人因他人的行为遭受损害，违反义务的人也应当承担赔偿责任。由于在违反保护义务的责任中，违反保护义务的人并没有直接针对受害人实施某种侵害行为，所以此种责任也可以视为为自己行为负责的例外。我认为从上述几个方面，可以把侵权行为做一个完整的概念表述，这一概念基本上涵盖了各种侵权行为的类型。 文章出处：中国民商法律网 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