

特殊领域侵权行为专题研究

TESHULINGYU QINQUANXINGWEI
ZHUANTITANJIU

唐先锋 王洪宇 赵春兰 著
郑 侠 鲁勇睿 候 帆

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

特殊领域侵权行为专题研究

TESHULINGYU QINQUANXINGWEI
ZHUANTITANJIU



唐先锋 王洪宇 赵春兰

郑侠 鲁勇睿 侯帆

著


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

特殊领域侵权行为专题研究/唐先锋等著. —北京:法律出版社, 2008. 10

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8843 - 0

I. 特… II. 唐… III. 侵权行为—民法—研究—中国
IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 150193 号

©法律出版社·中国

责任编辑/彭雨 李娟华

装帧设计/贾丹丹

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/10 字数/286 千

版本/2008 年 11 月第 1 版

印次/2008 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8843 - 0 定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



前 言

随着相关立法工作的开展,侵权行为法已成为当前国内民商法学界热点研究方向之一,浙江万里学院法学院民商法重点学科建设中亦将侵权行为法纳入其学科建设内容之中,并将其作为一重要研究方向。现以“特殊领域侵权行为专题研究”为名,选取体育侵权行为、无意思联络数人环境侵权行为、国家机关及其工作人员侵权行为、网络侵权行为、知识产权侵权行为、侵权行为之责任风险移转——责任保险等国内侵权行为法理论研究、立法及司法实务中的热点问题展开一些专门研究,以期为国内侵权行为法之立法研究,同时也为推动我院民商法重点学科建设做出一些努力。

在选取书名时,初始曾考虑用“特殊侵权行为专题研究”,经讨论后改用现书名,此变动主要基于以下考虑:第一,一般侵权行为与特殊侵权行为的划分,本为大陆法系侵权行为法对侵权行为的基本划分,但随时代发展,二者概念区分已难能适应现实需要,同时特殊侵权行为内涵的不确定性亦阻碍了理论界对其进行进一步研究之可能,且实践中对特殊侵权行为概念之运用还一定程度上造成了侵权法理论体系之混乱,因此,当下国内有关侵权法立法研究与理论探讨多数已逐步摒弃此两者之概念区分,而尝试以更加科学的侵权行为类型化技术取而代之。如王利明教授主持的中国民法典学者建议稿侵权行为编即采在侵权行为法中既规定一般条款,又规定侵权行为类型这一一般化与类型化结合的基本做法,并将国内侵权行为归纳为“自己责任”、“替代责任”、“危险责任”、“物件责任”、“事故责任”、“商业侵权”六种基本类型;梁慧星教授主持的中国民法典草案建议稿亦在侵权行为一般规定基础

上,具体分为“自己的侵权行为”、“关于对他人侵权之责任”与“准侵权行为:无过错责任”。第二,依一般侵权行为与特殊侵权行为划分之原理,本书所选专题所涉内容,均可能既涉及一般侵权行为,亦涉及特殊侵权行为。以体育侵权行为为例,体育运动领域发生的侵权行为中,运动员在体育竞技过程中,因故意致其他运动员伤害的侵权行为即可归入一般侵权行为,而体育活动组织者因未尽注意义务致运动员、观众损害的侵权行为则可归入特殊侵权行为;网络侵权行为、知识产权侵权行为亦涉及此问题,侵权行为责任保险虽主要发生在一些特殊侵权行为责任领域,但并未排斥将其适用于一般侵权行为领域。若采“特殊侵权行为”为本专题研究之书名,则与上述专题之具体内容难以逻辑自恰。第三,改采“特殊领域侵权行为专题研究”为书名后,“特殊领域”之称既能避免书名与具体内容之间的涵摄难题,亦能强调所选专题在侵权行为法研究中的特殊性。

本书有关特殊领域侵权行为的各专题基本上按如下思路展开论述。首先从概念界定、特征分析及性质探讨等不同层面分析该专题所涉某类侵权行为或侵权行为责任特殊制度之基本含义,以此为后面的全面分析明确基本范畴或概念基础;接着运用类型侵权行为研究方法,对所选特殊领域侵权行为,依不同原则与标准展开类型化分析,以期深入了解该类侵权行为,从而有助于结合这些侵权行为自身特殊性,来确立该侵权行为不同具体类型的归责原则、赔偿规则与方法等,进而建立起合理、合法的该类侵权行为制度,为国内此类侵权行为相关立法提供相应参考依据;再接着即对该类行为的归责原则与构成要件展开详细分析,以为此类侵权行为的认定、归责与救济提供具体思路,然后对此类侵权行为的责任承担、免责事由、责任风险移转等进行分析讨论,从而进一步明确为此类侵权行为的具体责任承担主体、承担方式、承担责任之抗辩及责任风险的外部承担机制等;最后,在归纳总结该类侵权行为为立法现状基础上,结合前述分析,尝试提出对国内该类侵权行为相关立法的完善思路。

本书各专题写作,均是在充分参考借鉴国内外相关研究者已有研究成果基础上得以完成的,在此谨向他们表示由衷谢意,当然,各位作者对其撰写专题之内容仍各负其责。因著者学识、时间与占有资料有



限,欢迎各位学界前辈、同仁及读者对本书存在的诸多缺陷与疏漏批评与指正。在今后继续研究中,我们将进一步发现与修正书中的缺陷与疏漏。

唐先锋

2008年7月22日

于宁波浙江万里学院法学院



目 录

专题一 体育侵权行为研究	1
引 言	1
一、体育侵权行为之含义	2
二、体育侵权行为之类型	15
三、体育侵权行为之归责原则与构成要件	32
四、体育侵权行为之责任承担、免责事由与责任风险移转	57
五、国内体育侵权行为立法现状及完善思路	83
结 语	91
专题二 无意思联络数人环境侵权行为研究	93
引 言	93
一、无意思联络数人环境侵权行为之含义	93
二、无意思联络数人环境侵权行为之类型	101
三、无意思联络数人环境侵权行为之归责原则与构成要件	106
四、无意思联络数人环境侵权行为之责任承担、免责事由与责任风险移转	113
五、国内无意思联络数人环境侵权行为立法现状及完善思路	128
结 语	130
专题三 国家机关及其工作人员侵权行为研究	132
引 言	132
一、国家机关及其工作人员侵权行为之含义	133
二、国家机关及其工作人员侵权行为之类型	142
三、国家机关及其工作人员侵权行为之归责原则与构成要件	146
四、国家机关及其工作人员侵权行为之责任承担、免责事由与责任风险移转	157



五、国内国家机关及其工作人员侵权立法现状及完善思路	171
结 语	176
专题四 网络侵权行为研究	177
引 言	177
一、网络侵权行为之含义	177
二、网络侵权行为之类型及其表现	185
三、网络侵权行为之归责原则与构成要件	196
四、网络侵权行为之责任承担、免责事由与责任风险移转	203
五、国内网络侵权行为立法现状及完善思路	212
结 语	218
专题五 知识产权侵权行为研究	219
引 言	219
一、知识产权侵权行为之含义	220
二、知识产权侵权行为之类型	226
三、知识产权侵权责任之归责原则与构成要件	234
四、侵犯知识产权民事责任之承担	246
五、国内知识产权侵权行为立法现状及完善思路	254
结 语	265
专题六 侵权行为之责任风险移转——责任保险研究	266
引 言	266
一、责任保险之含义	267
二、责任保险与民事侵权责任的关系	273
三、责任保险存在的必要性与可行性	279
四、侵权行为责任保险之类型	284
五、国内责任保险的发展思路	299
结 语	307
后 记	308

专题一

体育侵权行为研究

引 言

早期体育脱胎于古代战争,古人将其视为合格兵源之强力培养手段,而不断从事各项体育运动,但敌对情绪较为显著。随后此情绪逐渐衍化为追求“更高、更快、更强”与“团结、友谊、公平”之现代竞技理念。快速发展的现代体育在社会生活各方面影响与作用日益增大,伴随2008年北京奥运会的举办,体育早已成为国内社会热门话题之一,民众参与体育运动热情日渐高涨,各类体育活动亦呈上升态势。体育运动因不断挑战体能与技能极限及剧烈身体对抗而具有很多风险,同时,因近年来功利及价值因素融入其中,体育运动呈现世人的不再仅是精彩刺激之比赛,更有愈演愈烈之赛场暴力等各种违反体育道德、公平竞争理念之体育侵权行为。虽不能否认引发体育侵权行为之个人原因,但其实为一社会现象,^[1]当社会尊严、权威、神圣逐渐削弱或丧失时,社会连带性、结合性随之崩溃,此社会状况即是体育侵权行为之母体,因此,个人、自然与社会原因等不同层面,尤其体育领域内经济状况、社会教育、舆论、习惯等社会原因,共同谋就体育侵权行为之发生。^[2]而作为维护公平正义之利器,法律与体育具有共同的追求与价值目标,面对

[1] 正如法国社会学家 E. 迪尔凯姆所言,体育侵权及犯罪是正常、必然之现象,并非社会病理现象,因为社会自身已失去控制力。

[2] 罗嘉司:《竞技体育犯罪研究》,吉林大学出版社2006年版,第23~39页。

愈演愈烈之体育侵权行为,世人需重新审视二者关系。诸如“司法不应介入体育竞赛纠纷”之观点^[1]已难适应今日职业化与市场化体育运动。各类体育资本谋求产出效益已成其本质倾向,往昔纯洁、无功利价值之体育运动已难寻觅,体育运动唯有通过法律规范才能存在。^[2]体育侵权行为与以促进良好秩序与健康体魄为目的之体育运动实为矛盾,^[3]涉及运动参加者、观众、管理者、裁判者、运动场地与器械所有人或管理者等体育运动各方之权益,已成各方热切关注之问题。然而,对当下体育运动中频现之体育侵权行为,因国内相关立法不尽完善甚或缺位,加之较为缺乏对此问题相对深入之研究,造成实践中对相关问题概念认识不清、性质定位模糊,以至发生体育侵权纠纷时,缺乏正确指导,盲目采用“内部规约”或“行业惯例”私下调解、协商,其处理结果缺乏公信力与强制执行力,难获各方认可,亦难保障受害人合法权益。有鉴于此,本专题将从不同角度对“体育侵权行为”含义做一解读,以为进一步分析体育侵权制度夯实基础;接着对其展开类型化分析,以期深入了解该侵权行为;然后具体分析该侵权行为归责原则、构成要件、责任承担、免责事由、责任风险移转等内容;最后对国内体育侵权相关立法现状归纳总结,并尝试提出对国内体育侵权行为立法的初步完善思路。

一、体育侵权行为之含义

(一) 体育侵权行为概念界定

1. 体育侵权法视野之“体育”

研究体育侵权行为概念前提之一是明确“体育”之义,但国内从法

[1] 如1969年2月9日《世界新闻》弗兰克·巴特勒专栏中标题为“被告席后的明星,这简直是荒唐的”之文,以“我已经读了一些荒唐的体育噱头,但最愚蠢的建议是来自于一位律师,他让警察有权逮捕严重犯规的足球运动员”为其开头,以“警察代替裁判员的那一天也就是体育运动灭亡的时候”为其结语。

[2] [英]爱德华·格雷森:“体育与法律的历史发展”,魏静译,载梁慧星:《民商法论丛》(第34卷),法律出版社2006年版,第347页。

[3] 马宏俊:“体育侵权中的民事法律责任研究”,载《体育科学》2005年第6期。

律视野界定“体育”之成果较为稀少。^[1] 国内外体育学界对“体育”概念亦众说纷纭,^[2] 无论一些涉及“体育”概念之工具书、专著,还是学术论文,对其理解均难一致。^[3] 体育学者在界定体育概念时多强调其为身体锻炼或教育,将体育运动作为一教育手段,从语源角度分析认为体育主要是身体教育(physical education, PE),而较少强调竞技体育(competitive sport)与大众体育(sport for all),并反对将 Sport 包含 PE,尤其代替 PE。^[4] 实际上,尽管从语源分析 Sport 与 PE 含义不同, Sport 多指竞技、游戏、娱乐,而 PE 则指身体教育。但随社会发展, Sport 在国内已被人为添加更多含义且为多数人接受,^[5] 国外体育法学类书籍名称中一般亦用 Sport 指称“体育”,^[6] 因而有必要不仅在日常生活且在严肃学术讨论中,均可接受体育即 Sport 之观点,且可对其做广义理解,即体育

- [1] 目前已检索到的国内相关研究资料主要有:吕予锋:“什么是体育——一个适合进行法律分析的体育行为定义”,载《天津体育学院学报》2005 年第 3 期;韩丹:“论当代世界对‘体育’的法学界定”,载《体育与科学》2001 年第 2 期;周青山:“体育法的概念与范围”,湘潭大学 2007 年学位论文。
- [2] 如韩丹在《论体育的本原和发展》中指出:“为建立我们新的体育科学理论,我看,必须对现在通行的体育基本概念和基本命题进行一番正本清源、拨乱反正的工作。”(载《体育与科学》2005 年第 6 期,第 2 页)此论断反映国内有关“体育”概念仍是一争论不清之问题。
- [3] 中国大百科全书编写组:《中国大百科全书·体育》,中国大百科全书出版社 1992 年版,第 350 页;现代汉语词典编写组:《现代汉语词典》,商务印书馆 2005 年版,第 1342 页;陈安槐:《体育大辞典》,上海辞书出版社 2000 年版,第 1 页;叶加实、苏连勇:《体育概论》,北京体育大学出版社 2005 年版,第 67 页;韩丹:“论体育的本原和发展”,载《体育与科学》2005 年第 6 期;吕予锋:“什么是体育——一个适合进行法律分析的体育行为定义”,载《天津体育学院学报》2005 年第 3 期。
- [4] 韩丹:“关于斯波特(Sport)语源和早期词义的探讨”,载《体育与科学》2006 年第 1 期。
- [5] 首先,在国内普通大众心中,体育不仅包含身体教育,还更多指向竞技体育、大众体育;传媒亦将大众心中之体育概念与印象导向了竞技、比赛,各媒体日常体育新闻报道、体育节目内容绝大多数为竞技体育;即使官方机构,如我国国家体育总局,亦将名称中“体育”一词译成 Sport;我国体育科学权威刊物《体育科学》,英文名亦为 Sport Science。
- [6] 如 Michael J. Beloff, Tim Kerr and Marie Demetriou, *Sports Law*, Hart Publishing, 1999; Simon Gardiner, Mark James, John O Llearu, Roger Welch, Ian Backhaw, Smon Byes, Andrew Cige, *Sports Law*(2006)3rd, Cavendish Publishing; John Barnes, *Sports and the Law in Canada*. 3rd, Butterworths, 1996.

(Sport)不仅包括身体教育,还包括竞技体育、大众体育。^[1]

欲讨论体育侵权法视野下“体育”之概念,首先可考察一些国家体育立法对“体育”之界定。其中,俄罗斯、白俄罗斯、乌克兰等国无涵盖一切、高度概括之体育概念,仅对体育两组成部分“体育”与“运动”分别界定,认为其各有自身之活动对象、方式与目标,但体育为主,竞技运动属第二位;美、法、西等西方国家立法亦未对体育概念做准确定义,如1990年《西班牙体育法》仅规定体育是一种自由、自愿的活动,作为一教育及人的全面发展的基本因素,其所构成之文化现象应受国家公权力机关保护与鼓励;阿根廷、秘鲁、古巴等拉美国家,亦未在法律上界定“体育”概念,而仅以不同表述阐明其功能,认为体育活动内涵包括健身、竞技与娱乐;其他一些国家在立法上亦对体育做一定描述,但基本上未下统一定义。可见,世界范围体育立法对体育概念并未达成共识。^[2]而我国现行《体育法》亦未对体育做严格定义,但从其结构可见该法所指体育至少包括社会体育、学校体育与竞技体育,尽管有学者对此严厉批评并提出不同的分类体系。^[3]因此,尽管体育学视角对“体育”概念所起争论难得一公认结论,但从法律视角分析,能进入体育法视野之“体育”不可能涵括与现实体育相关的所有法律问题及与所有体育相关之法律问题,某些体育活动无须法律进入,诚如一希腊学者指出体育法研究在体育活动中出现之问题,而这些体育活动要受制于一特殊法律制度、结构—组织、行动及人类行为之约束,不属上述意义上法律调整范围内的体育行为不受体育法约束。^[4]

因而体育侵权法视角关注特殊体育行为所生特殊法律问题,就此而言,不宜对“体育”一词下一呆板定义,但可得出—初步结论,即在接

[1] 周青山:“体育法的概念与范围”,湘潭大学2007年硕士学位论文,第5~7页。

[2] 韩丹:“论当代世界对‘体育’的法学界定”,载《体育与科学》2001年第2期。

[3] 认为体育应包含学校体育、职团体育、社区体育这三大体育群域,它们词性相同,并称无碍,其逻辑关系较为严整,也更符合我国体育群域条块划分的实情,《体育法》应以此为条文分类的模型。参见张洪潭:“体育法的理论基础探讨”,载《体育与科学》2005年第3期,第13~16页。

[4] [希腊]dimitros panagiotopoulos:“体育法:一门专业性的科学分支”,许晓鑫译,载梁慧星:《民商法论丛》(第34卷),法律出版社2006年版,第36页。

受广义体育概念前提下,仔细而具体思考特定体育行为所生特定法律问题,即只有部分体育行为才能进入体育侵权法视野,部分体育行为应由其他法律部门调整,还有大量体育行为仅受体育规则本身调整。如体育场内两名观众间所生争斗一般仅为普通侵权法问题,并非体育侵权法问题,而球迷闹事中所生侵权行为一般为具有体育特殊性问题,应进入体育侵权法规范之视野。因而,体育侵权法视野下“体育”外延应小于广义体育概念之外延。

2. 对体育运动行为之理解

多数情形下,体育侵权行为一般是在体育运动中,由运动参与者不当实施体育运动行为所引发的。尽管体育运动项目繁多,但大体可分为技巧性与对抗性项目。技巧性项目一般较少运动员相互间之身体接触,少有伤害侵权行为,如乒乓球、羽毛球、体操、游泳等比赛中很少出现因运动员竞技行为致害他人之情况;对抗性项目则相反,高强度频繁的身体对抗与接触本是此类运动之一部,在拳击、橄榄球等比赛中运动员重伤、死亡等情况屡见不鲜,如美国重量级拳手里克曼即在比赛中头部遭对手多次重击倒地昏迷,经抢救无效后身亡。^[1]

为更好界定体育侵权行为,有必要对体育运动行为之特征予以分析理解,作为一社会行为,其有如下特点:其一,竞争性。多数体育运动行为为竞技行为,而体育“竞技”行为之“竞”乃比赛与竞争,“技”为运动技艺,运动员参加比赛之能力即竞技能力。体育运动由此可简单理解为是比较竞技水平高低之体育活动,竞争性就成为多数体育运动的显著特征。其二,规范性。高度技艺性是多数体育运动赖以生存之基础,而高度的技艺是以对技术、战术和各种训练的规范性要求为基础建立起来。该规范性还表现在各体育项目竞赛规则、竞赛规程等制约机制的规范性与体育运动项目管理的规范性等方面。其三,公平性。体育运动比赛应合情合理,不偏袒任何参赛者。无公平竞争,体育运动便无法正常进行。为保证公正、公平进行竞争,体育运动组织者对比赛项目、时间、地点、场地器材及运动员参赛资格须做明确规定;对运动员参赛行为及比赛组织与裁判工作制定严格行为规范。其四,公开性。体

[1] 张瑛:“美国一拳手殒命拳台”,载《中国体育报》2004年4月1日第4版。

育运动往往具有比一般社会活动更为明显的公开与外相性特点。现代通信系统的发展,使重大体育比赛活动能成为吸引全球数亿人关注的社会活动。在运动训练方面,新运动技术与训练方法,经由运动员比赛,很快成为大家共享财富,同时也会被对手利用而成为战胜自己的武器。因此,体育运动公开性在很大程度上促进其不断创新与发展。其五,危险性。这主要针对对抗性体育运动。尽管体育运动比赛都制定了严格比赛规则,并采科学防范措施保护参赛运动员,可因比赛性质原因,比赛中参赛选手受到伤害之危险仍在所难免。^[1]

3. 对“侵权行为”之理解

明确“侵权行为”之含义,亦是界定体育侵权行为概念之基础。“侵权行为”是侵权行为法基本范畴之一,就受害人而言,侵权行为法是为使其所受伤害获得补偿;就侵权人而言,则为保护其行动自由;就社会而言,则为减少或防止伤害产生,从而将不当与正当行为加以区分。^[2]对侵权行为概念则有不同说法,如认为侵权行为是一种责任,^[3]或是一种过错,^[4]或是一种债务,^[5]或是一种行为,^[6]可见争议较大。其实,从词义学与逻辑学分析,据属种定义要求,“侵权行为”显属一种行为,而非责任、过错或债务,但究属何种行为仍须探讨。依侵权法发展趋势,为最大限度实现对民事权益之保护,侵权行为概念之外延正在不断扩大;同时,侵权行为概念之核心应为“侵权”。因此,凡非法侵害他

[1] 楚晋:“体育竞技伤害行为正当化的依据及限界研究”,吉林大学2007年硕士学位论文,第2~3页。

[2] 徐爱国:《英美侵权行为法》,法律出版社1999年版,前言部分第1页。

[3] 如将侵权行为表述为:“在一定条件下,一方当事人如果没有对对方的权利和利益予以尊重,无论是故意的还是过失的,他将要承担责任。”参见[德]克雷蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上卷),张新宝译,法律出版社2001年版,第6页。

[4] 王利明:“侵权行为概念之研究”,载 <http://www.baidax.net/Article/ShowArticle.asp?ArticleID=7997&Page=1>,2008年7月10日访问。

[5] 如认为:“侵权行为是一种侵犯他人权利与利益的违法行为,只要加害行为具有违反法规的表征,侵权行为即为成立。”参见邓曾甲:《日本民法概论》,法律出版社1995年版,第91页。

[6] 如认为:“侵权行为者,因故意或过失不法侵害他人之权利或故意以背于善良风俗之方法,加害于他人的行为。”参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第105页。

人合法权益之行为,无论是否造成实然损害,还是仅有名义损害,抑或暂时尚无损害,均可视为侵权行为。属英美侵权法理论中抽象侵权行为法学派代表的温斐尔德即认为除非存在法律认可之理由,对他人一切伤害都构成侵权行为;^[1]但反对观点则认为仅有行为而无损害,不构成侵权行为。^[2]该反对观点虽有一定道理,但随人们权利意识增强,法律对权利保护亦日趋周密,除将已致实际损失之行为定为侵权行为外,各国法律对可能致他人损害之行为,亦应以侵权行为论处,从而才能充分有效保护民事主体之合法权益。可见,当下侵权行为理论发展趋势是倾向认为凡侵害他人合法民事权益之行为皆属侵权行为法调整之范围。故可认为侵权行为是违反法定义务,侵害他人人身或财产权益之一切不法或有悖善良风俗之行为。^[3]若体育运动赛场上出现为获冠军不择手段,不顾他人安全及违反基本注意义务之行为,当属侵权行为。就本质而言,侵权行为当是一种具有可责难与不法性^[4]之行为,一般都具有否定性评价的内容。而合法行为均属受法律保护之行为,是法律赋予人们自由活动之法定空间,即使致害,亦仅负相应补偿责任,而非侵权责任。故行为违法性不仅是一般侵权行为必备要素,亦为体育侵权行为必备。为进一步研究体育侵权行为。尚需辨明“侵权行为”与“侵权责任”概念之关系。传统理论不少观点认为二者几乎等同,亦常依侵权责任构成要件来界定、表述侵权行为。其实,两者存有一定区别,不仅从上述侵权行为定义可明确其区别;从因果关系分析,侵权行为是侵权责任发生之原因与根据,侵权责任则是侵权行为所生

[1] 徐爱国:《英美侵权行为法》,法律出版社1999年版,第3页。

[2] 如认为:“侵权行为者,因故意或过失不法侵害他人之权利或故意以背于善良风俗之方法,加害于他人的行为。”参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第105页。

[3] 田土城:“侵权行为的一般条款研究”,载《河南省政法管理干部学院学报》2006年第8期。

[4] “侵权行为”一词在英美法中为“Tort”,源自拉丁语“Tortum”,意指“扭曲”、“弯曲”,喻示侵权行为的不正当性和反常性。大陆法中,侵权行为常以“Delict”表达。与此对应,法文为“délit”,德文为“unerlaubte handlung”,均源自拉丁语“Delictum”,意指“过错”、“罪过”等,喻示侵权行为的可责难性和不可原有性。因此,不法性当是侵权行为应有之义。

法律后果。故不能将二者随意互换,这对下文理解体育侵权行为之含义极有助益。

4. 体育侵权行为之概念

欲明确何为体育侵权行为,可先从明确合法、规范的体育行为入手,只有排除了合法、合乎规范的体育行为,才可断定何为违法与应负责任的体育侵权行为。同其他人类活动一样,体育竞赛与非竞赛运动受各种不同类型、不同形态准则与标准之规范。首先是合法性问题,用法律标准来调整体育运动中主体之间法律关系,这些法律包括基本法律如民法与刑法及专门的《体育法》,此乃对参与体育活动之各类主体须遵守有关规定之最低要求;其次是合乎规范性问题,即要符合体育运动之特定规则,这些规则带有行业标准性质,内容具体,比较具有可操作性,遵守这些规则不但是专业行为之内在要求,对运动员及非运动员之人身安全亦有一定保障作用,使运动员自身免受运动伤害亦可防止其给他人造成伤害;最后是符合特定体育职业道德与伦理规范之约束,此乃原则性规定,表现较为抽象,虽欠缺具体操作细则,对体育运动各类参与主体之理解能力亦有一定要求,但其在制止体育违法行为扩张,提高体育运动各类参与主体素养方面具有实际意义。给体育行为合法性加以定性之目的在于限制对体育违法性行为及体育侵权行为的盲目扩张。体育运动及竞赛须保持一定程度刺激性,这要求参与者在体育运动及竞赛中须奋力拼搏、勇于挑战,若因总是顾虑比赛行为侵权与否、违法与否,则势必加大体育参与者心理负担,致使其在体育运动中畏首畏尾,放不开手脚,从而影响体育运动及竞赛之进行与精彩。当然,若因体育运动及竞赛之外的因素,如私怨或私愤而造成某种侵权,应严格追究其责任,其标准绝不能放低。^[1]

探究体育侵权行为时,还有必要将其与体育犯罪行为区分,体育犯罪行为指在体育运动过程中,体育运动参与者实施的刑法规定的犯罪行为 and 具有严重社会危害性的越轨行为。^[2] 体育侵权行为与体育犯罪行为从法律依据、社会危害程度、侵害客体、行为人主观恶性及责任

[1] 李婉:“体育伤害侵权行为的法律探析”,湘潭大学2007年硕士学位论文,第10页。

[2] 罗嘉司:“竞技体育犯罪研究”,吉林大学2006年博士学位论文,第13页。

目的等方面均有很大差异,^[1]对这两种行为之界定在体育运动某些场合表现出相当复杂的一面,并非每一引起伤害之行为都会成为体育侵权行为,即有些不当行为虽发生实际损失但无违法责任,英美侵权法中“*Injury without legal redress*(无法律补偿的伤害原则)”即可概括此点,该类行为即体育运动中的正当业务行为,^[2]此行为“须是正规体育运动”、“须是适当的”、“须出于体育运动目的”。一些具有身体对抗运动非常激烈的体育比赛项目不可避免存在竞赛伤害行为,如拳击运动,其真正目的即是“伤害”对手,且每一参赛者都被视为已同意接受该项目自身固有的、一定程度的伤害;参赛双方不但主观上有致伤对手之意识,客观上往往也会造成对手不同程度身体损伤,甚至重伤或死亡;在非体育运动比赛场合这显属严重侵犯他人人身安全行为,应负刑事责任,而在体育比赛中,则被看做排除了社会危害性的正当业务行为;若对这些行为一概以违法或犯罪行为对待,将抑制运动员竞技表现,不利提高运动水平及发展体育竞技事业;对此种正当业务行为所致伤害,双方在比赛之前已有愿意承受该伤害之表示,若确因此而生伤害,则受害者不得主张所受损害之赔偿;须强调的是,在体育竞技场上,不论是基于正当业务行为还是被害人同意之侵害,均须在合理范围内,同是拳击比赛,若一方咬对方耳朵^[3]则无论如何谈不上是正当业务行为,该行为所生伤害亦绝非参赛者愿意承受之伤害,此行为既不为该项比赛规则与目的所允,亦不符合基本职业道德与伦理规范要求,要防止对该类运动中恶性伤害行为的纵容,就应在刑法上体现相应罚则,恶性程度不如刑事犯罪的人身伤害或财产损害侵权行为则应在民法或体育法中予以规范。因此,唯将二者区别,才能正确认定此两种行为,划分责任,维护公平正义。当然,二者在侵害他人人身或财产权益上可能存在一定重合,仅危害程度不同而已。在体育运动中,同样是侵犯他人人身安全与健康之加害行为,若达到一定社会危害程度,就可能构成体育犯罪行为

[1] 王利明:《侵权行为法研究》,中国人民大学出版社2004年版,第15页。

[2] 石泉:“竞技体育活动中恶意伤害行为的刑法评价”,载《吉林省经济管理干部学院学报》2004年第4期。

[3] 指麦克·泰森(Mike Tyson)咬艾文德·霍利菲尔德(Evander Holyfield)的耳朵事件。