

第一章 侵权行为及侵权行为一般条款

本章要点

本章以《侵权责任法》第2条和第6条第1款为依据,从介绍各国学者不同观点开始,阐释侵权行为的概念和特征,阐释侵权行为一般条款及其作用,说明了侵权行为与其他违法行为的联系与区别,并介绍了侵权行为的各种不同形态。

第一节 侵权行为的概念

一、侵权行为概念的内涵

(一) 大陆法系、英美法系对侵权行为概念的界定

1. 大陆法系

在大陆法系,把侵权行为作为债的发生根据,在学说上有颇为深入的研究,对侵权行为概念的揭示,具有成文法体系学说的特点,即从成文立法的规定出发,阐释侵权行为的概念。

在德国,学者认为侵权行为实际上就是“在一定的条件下,一方当事人如果没有对对方的权利和利益予以必要的尊重,无论是故意的还是过失的,他将要承担责任”^①。在法国,大多数学者根据《法国民法典》第1382条规定,认为侵权行为就是一种损害赔偿的责任^②。日本学说认为:“由其行为引起对他人的损害,以至发生赔偿责任的场合,称其行为谓不法行为。”^③

在我国台湾地区,史尚宽先生认为:“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,加损害于他人之行为也。简言之,为侵害他人权利或利益之违法行为。”^④刘清波先生对侵权行为所下的定义最为简洁,即“侵权行为者,因故意或过失侵害他人之权利,应负损害赔偿责任之谓也。”^⑤

2. 英美法系

在英美法系,侵权责任法是一个独立的法律部门,学者对侵权行为概念的研究颇为深入、独到。英国学者约翰·福莱明认为:“侵权行为是一种民事过错,而不是违反合同,对这种过错,法院将在一种损害赔偿的诉讼形式中提供补救。”^⑥英国的另一位学者P·H·温菲尔德认为:“侵权行为的责任系由违反法律事先规定的义务引起,此种义务针对一般公民而言,违反此种义务的

① [德] 克雷蒂安·冯·巴尔著:《欧洲比较侵权责任法》上册,张新宝译,法律出版社2001年版,第6页。

② 《国际比较法百科全书·侵权行为》,纽约海洋出版公司1974年版,第77页。

③ [日]《新版新法律学辞典》,中国政法大学出版社1991年中文版,第841页。

④ 史尚宽:《债法总论》,台湾荣泰印书馆1978年版,第101页。

⑤ 刘清波:《民法概论》,台湾开明印书馆1979年版,第225页。

⑥ [英] 约翰·福莱明:《侵权责任法》,牛津大学出版社1971年英文第4版,第1页。



补救方法,就是对未清偿的损害赔偿的诉讼。”^①美国学者莫里斯指出:“如果简单地概括侵权行为,可以说它是私法上的过错。”^②《牛津法律大辞典》认为,该术语表示可以引起民事诉讼的伤害或不法行为,侵权行为规则要求不得加害于他人的义务,以及加害了他人,则应对之进行补救或赔偿的义务,不是由当事人的协议而设定的,而是根据一般法律的实施产生的,与当事人的协议无关^③。

上述诸多对侵权行为的定义,归纳起来,分为四种不同的典型学说。一是“过错说”,强调侵权行为是一种过错行为,如福莱明、莫里斯的定义。二是“违反法定义务说”,将侵权行为与违约行为相区别,确认侵权行为是违反法律事先规定的义务的行为,如温菲尔德的主张。三是“责任说”,认为侵权行为就是应负损害赔偿责任的行为,如日本、法国学者的意见。四是“致人损害说”,认为侵权行为是加损害于他人权利的行为,如台湾学者的主张。

(二) 国内学者对侵权行为概念的界定

在国内侵权法理论中,对侵权行为概念的研究不断深入。学者对于侵权行为的定义主要有:一是认为,侵权行为是一种侵犯社会公共财产、侵犯他人财产和人身权利的不法行为,是指因作为或不作为而不法侵害他人财产权利和人身权利的行为^④;二是认为,侵权行为是指行为人由于过错侵害他人的财产、人身,依法应承担民事责任的行为,以及法律特别规定应对受害人承担民事责任的其他致害行为^⑤;三是认为,侵权行为就是指行为人由于过错侵害他人的财产和人身,依法应承担民事责任的行为,以及依法律特别规定应当承担民事责任的其他损害行为^⑥;或者认为,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,依法应当承担民事责任的行为^⑦。

国内民法学者对于侵权行为概念的研究是相当深入的,比较准确地揭示了它的内涵,但仍有不尽如人意之处。一是有些定义过于简单,对于侵权行为的完整内涵没有揭示出来;二是将侵害财产权列于侵害人身权之前,因而有重财产权保护而轻人身权保护的嫌疑^⑧;三是由于《民法通则》将侵权行为的法律后果规定为民事责任,《侵权责任法》明确规定侵权责任,因而有的定义强调侵权行为以损害赔偿为主的法律后果不够;四是对于无过错责任原则的表述不够准确。

(三) 侵权行为的概念和特征

侵权行为是指行为人由于过错,或者在法律特别规定的场合不问过错,违反法律规定的义务,以作为或不作为的方式,侵害他人人身权利和财产权利及利益,依法应当承担损害赔偿等法律后果的违法行为。

侵权行为有如下四个特征。

1. 侵权行为是一种违法行为

违法性是侵权行为的基本性质,其依据有两个。一是德国法系各国对侵权行为的称谓,均含不法的含义。德国法的侵权行为直译应为不许行为,日本法则直接称为不法行为,瑞士法的德文标题直译为不许行为,法文标题则为不法行为。二是用过错、损害赔偿和作为与不作为等均难以

① [英] 温菲尔德、约瑟威茨:《侵权法》,伦敦史威特和马克思威尔出版公司 1991 年版,第 7 页。

② [美] 莫里斯:《论侵权行为》,布鲁克林出版公司 1953 年版,第 1 页。

③ 《牛津法律大辞典》,光明日报出版社 1988 年中文版,第 886 页。

④ 杨立新:《侵权损害赔偿》,吉林人民出版社 1990 年版,第 3 页。

⑤ 佟柔主编:《中国民法》,法律出版社 1990 年版,第 557 页。

⑥ 王利明等:《民法·侵权责任法》,中国人民大学出版社 1993 年版,第 12 页。

⑦ 王利明:《侵权行为概念之研究》,《法学家》2003 年第 3 期,第 63 页。

⑧ 王泽鉴:《中共民法通则侵权责任的基本问题》,台湾《法学丛刊》第 131 期。



涵盖侵权行为的全部内容,只有以违法行为才能为之。如过错不能涵盖无过错责任原则调整的侵权行为,损害赔偿不能涵括侵权行为的全部民事责任,作为与不作为更不能确定侵权行为的法律性质。

从违法行为这一性质出发考察:首先,侵权行为不是合法行为,而是一种违反法律规定的行为,侵权行为这一概念的本身,就体现了法律的谴责;其次,侵权行为违反的法律是国家关于保护民事主体民事权利的保护性法律规范和禁止侵害民事主体民事权利的禁止性法律规范;再次,侵权行为违法的方式是违反法律事先规定的义务,包括作为的义务和不作为的义务。

2. 侵权行为是一种有过错的行为

侵权行为是具有过错的行为,只在法律有特别规定的情况下,才不要求侵权行为的构成须具备主观过错的要件。正如美国学者莫里斯所说的,如果简单地概括侵权行为,可以说它是民法上的过错。除在法律特别规定的产品责任、环境污染责任、高度危险责任、饲养动物损害责任等特殊场合下的特殊侵权行为可以不具备过错这一主观要件以外,侵权行为都是含有行为人故意或过失的违法行为。

3. 侵权行为是包括作为和不作为两种方式的行为

侵权行为首先必须是一种客观的行为,而不能是思想活动。其次,这种客观的行为,可以是作为的方式,也可以是不作为的方式,其具体方式的形成根源,在于法律赋予行为人法定义务的形式。除了作为和不作为的方式之外,侵权行为没有其他表现方式。

4. 侵权行为是承担以损害赔偿为主要责任方式的行为

侵权行为是应当承担损害赔偿责任的行为,同时也包括其他形式的民事责任的行为。侵权行为造成损害,必然引起损害赔偿法律关系,行为人承担的主要法律后果,就是损害赔偿。按照我国《侵权责任法》,侵权行为的法律后果还包括恢复原状、返还财产、停止侵害、消除影响、恢复名誉和赔礼道歉的法律责任,但这些民事责任形式都不能代替损害赔偿在侵权行为中的法律地位和作用。

二、侵权行为的外延

法律概念的外延,是指一个法律概念所确指的对象的范围。侵权行为的外延,是指侵权行为这一法律概念所涵盖的范围。

在罗马法上,完整的私犯的外延包括私犯和准私犯。在法国法上,侵权行为被高度概括,完整的外延包括侵权行为和准侵权行为,前者是为自己的行为负责的侵权行为,后者是为他人的行为负责的行为或者为自己管领下的物件造成的损害负责的侵权行为。自德国法以来,对于准私犯、准侵权行为这些概念所包含的内容,统称为特殊侵权行为。更重要的是,德国侵权法从违法性的角度,将侵权行为界定为违反法定义务的侵权行为,违反保护他人的法律的侵权行为以及故意违背善良风俗致人损害的侵权行为。在英美法,则不从这些方面区分侵权行为的外延,而是采取界定侵权行为种类的方法界定侵权行为的范围。德国法区别受保护的利益,而异其主观的构成要件;英美法上的侵权行为依其所侵害的利益,而有不同的构成要件、救济方法和抗辩^①,均据此确定了侵权行为的外延。

我国《侵权责任法》第16条、第19条和第22条对我国侵权行为概念的外延作了规定,即我国侵权行为包括下述三种:(1)第16条规定的侵害生命权、健康权和身体权的侵权行为;(2)第19条规定的侵害财产权益的侵权行为,包括侵害物权、债权、知识产权的侵权行为;(3)第22条

^① 王泽鉴:《中共民法通则侵权责任的基本问题》,台湾《法学丛刊》第131期。

规定的侵害其他人身权益的侵权行为,包括侵害姓名权(名称权)、肖像权、名誉权、隐私权、荣誉权以及身份权等的侵权行为。

第二节 侵权行为一般条款

一、侵权行为一般条款和一般侵权行为

在成文法国家的民事立法中,对侵权行为的规定采用的是一般化的方法进行的。立法在规定侵权行为的法律中,也就是多数在民法典的债法编中专门规定侵权责任法的内容。而在侵权责任法的内容中,首先就要规定侵权行为一般条款,通过侵权行为一般条款来确定一般侵权行为。

这些立法中侵权行为一般条款的典型表现,如《法国民法典》第1382条规定:“任何行为使他人受到损害时,因自己的过失行为而致行为发生之人对该他人负赔偿的责任。”^①《德国民法典》第823条规定:“(1)因故意或者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,始负赔偿义务。”《意大利民法典》第2043条规定:“任何故意或者过失给他人造成不法损害的行为,行为实施者要承担损害赔偿的责任。”

侵权行为一般条款,有的学者认为就是在成文法中居于核心地位的,作为一切侵权请求权之基础的法律规范^②。所有的基于侵权行为的请求权都要符合这一条文,也就是一个国家民法典调整的侵权行为的全部请求权的请求基础。在这个条文之外,不存在另外任何侵权行为请求权的基础,这个条文一统天下^③。在大陆法系的侵权法中,基本上都存在着这样的侵权行为一般条款。也有的学者认为,将侵权行为一般条款理解为所有侵权行为的全面概括,是将侵权行为一般条款做了过大的解释,侵权行为一般条款就是规定一般侵权行为的条款^④。

这两种意见的分歧在于,前者认为侵权行为一般条款规定的是全部的侵权行为、一切侵权行为,其公式为:

$$\text{侵权行为一般条款} = \text{全部侵权行为}$$

而后者认为,侵权行为一般条款不过是规定了一般侵权行为,概括的是大部分侵权行为,而另外的侵权行为则由特殊侵权行为的特别规范来补充,其公式为:

$$\text{一般侵权行为} + \text{特殊侵权行为} = \text{全部侵权行为}$$

一般说来,前一种主张是有道理的。可以作为证明的,例如《欧洲统一侵权行为法典》草案,就是采用这种意见来规定侵权行为一般条款。其第1条规定的就是基本规则(一般条款):“(1)任何人遭受具有法律相关性的损害,有权依据本法之规定请求故意造成损害的人、因违反

① 该引文引自商务印书馆1983年翻译出版的《拿破仑法典》,第189页。

② 张新宝:《侵权责任法的一般条款》,《法学研究》2001年第4期,第42页。

③ 参见张新宝:《侵权责任法的一般条款》,中国人民大学民商事法律科学研究中心民法法前沿系列讲座的第22讲。引自中国民商法律网。

④ 杨立新:《论侵权行为一般化和类型化及其我国侵权责任立法模式的选择》,《河南政法管理干部学院学报》2003年第1期,第3页。



义务而造成损害的人或者对损害依法负有责任的其他人赔偿。(2) 损害的发生处于紧急情势时,将遭受损害的人享有本法赋予的防止损害发生的权利。(3) 为了本法的目的:具有法律相关性的损害指的是本法第二章所规定的具有法律相关性的损害;故意和违反义务的判定以本法第三章第一节,以及第四章所规定的特殊情形下所造成的具有法律相关性的损害为依据。(4) 本条所指权利由本法其他条款予以规定。”还可以证明的,是前文所引述的《埃塞俄比亚民法典》第2027条规定。这两种规定,显然是采纳的规定全部侵权行为请求权的主张。但是,绝大多数成文法国家侵权法采用的是后一种立法例。

事实上,各国侵权法对侵权行为一般条款的规定有两种:一种是规定侵权行为一般条款只调整一般侵权行为,这是大陆法系通常的做法,例如法国等立法;另一种规定侵权行为一般条款是调整全部侵权行为,而不是仅仅规定一般侵权行为,这就是《埃塞俄比亚民法典》以及《欧洲统一侵权行为法典》草案的做法。

二、大陆法系侵权行为一般化的发展过程

大陆法系侵权责任法采用一般化的立法模式,经历了一个不断的发展过程,这个过程几乎贯穿大陆法系侵权责任法发展的整个过程。这个过程大致分为五个阶段。

(一) 古代法时期

在历史上,无论是两河流域的立法,还是其他国家古老的立法,凡是关于侵权责任法律规定,都是具体规定,并没有对侵权行为作出一个概括的、一般化的条文。在4000多年以前的乌尔第三王朝的《乌尔纳姆法典》中,以及在《苏美尔法典》中,关于侵权行为的规定都是极为具体的规定,例如“殴打自由民之女,致堕其身内之物者,应赔偿银三分之一明那”^①。

中国同样是这种情况。在中国的古代立法中,关于侵权行为的立法散见于古代律令的各个篇章,就不同的侵权行为作出不同的规定,直到《唐律·杂律》的规定中,有过侵害财产权的较为概括的条文,即“诸弃毁亡失及误毁官私器物者,各备偿(赔偿)”。这一条文就具有较高的概括性,表明了我国古代侵权责任法发展的先进程度^②。但这一条文并不是侵权行为一般条款,而仅仅是关于侵害财产权的侵权行为具有一定概括性的条文。

(二) 罗马法时期

古代罗马法尤其是后期的罗马法,对侵权行为的一般化进程起到了巨大的推动作用,开启了大陆法系侵权责任法一般化的历史进程。这就是罗马法关于私犯和准私犯的规定。

早期罗马法对侵权行为并没有作出私犯和准私犯的划分,采用的也是规定具体侵权行为的做法。查士丁尼制定罗马法典,将侵权行为分为私犯和准私犯,其中私犯就是后来被概括为一般侵权行为的侵权行为。尽管罗马法在区分私犯和准私犯的界限上没有严格的区别,只是以后有新的违法行为产生,称之为准私犯^③,但是凑巧的是,这种私犯和准私犯的划分,恰好反映了私犯所涵盖的是现代意义上的一般侵权行为、准私犯所涵盖的是特殊侵权行为,以及这两种侵权行为类型的基本分野,因而,罗马法为近代侵权责任法的一般化立法奠定了坚实的基础。

(三) 法国法时期

直至1804年《法国民法典》的诞生,人类社会才真正完成了侵权行为一般化的侵权责任法立法进程。这就是,将侵权行为的基本内容进行了最为概括的、最为一般化的规定,在第1382条和

① 参见杨立新:《侵权法论》,吉林人民出版社2000年版,第113页。

② 关于中国古代侵权责任法的概括性的说明,请参见杨立新:《疑难民事纠纷司法对策》,吉林人民出版社1991年版,第207页。

③ 参见周枏:《罗马法原论》,商务印书馆1994年版,第785页。

第1383条两个关于一般侵权行为(只排除少数的准侵权行为)的条文中,概括了大部分侵权行为,任何行为侵害了他人的权利造成损害,只要符合这个侵权行为一般条款规定的要求,就可以请求损害赔偿,以救济自己的损害,不必再去找具体的侵权行为的法律规定,改变了只有按照这样的具体条文规定,才能请求损害赔偿的习惯做法。因此,《法国民法典》第1382条和第1383条才是真正的侵权行为一般条款,这就是将侵权行为做了最大限度概括的一般化条文^①。《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立法的先河。从此,成文法国家制定民法典规定侵权行为法律规范,都是按照《法国民法典》对侵权行为做一般化规定的做法,一直沿袭下来。各国民法尽管在具体的写法上有所不同,但是基本做法并没有离开这个立法模式。

(四) 德国法时期

德国制定民法典同样走的是侵权法一般化的道路,所不同的是,《德国民法典》在规定了侵权行为一般条款的同时,对特殊侵权行为作了较为具体的规定。《德国民法典》第823条规定:“(1)因故意或者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,始负赔偿义务。”第826条规定:“以违背善良风俗方式故意对他人施加损害的人,对他人负有损害赔偿义务。”这种采用将各种诉因类型化的方法,将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的一般条款,同样规定的是一般侵权行为^②。此外,《德国民法典》规定了特殊侵权行为,与这三种诉因的一般侵权行为一起,构建了德国民法对所有侵权行为的法律规范。德国侵权法的基本特点,仍然是坚持侵权行为一般化的立法模式,但对一般侵权行为的诉因类型作出了规定,这就是侵权行为违法性的三种基本类型,而不是像《法国民法典》那样仅仅规定了故意或者过失^③。

(五) 当代法时期

所谓的当代法时期,就是指埃塞俄比亚法和欧洲统一侵权法典草案规定侵权行为一般条款的做法。1960年制定的《埃塞俄比亚民法典》第2027条规定:第一,任何人应对因过犯给他人造成的损害承担责任,而不论他为自己设定的责任如何;第二,在法律有规定的情形,一个人应对因其从事的活动或所占有的物给他人造成的损害承担责任;第三,如果某人根据法律应对第三人负责,他应对该第三人因过犯或依法律规定发生的责任负责。尤其值得注意的是,该法典条文排列的顺序,是把这一个条文放在侵权法最为显著的地位,是在全部侵权行为五章规定之前,而不是放在这五章中的任何一章之中。这样的一般条款概括的显然是全部侵权行为。正在起草的《欧洲统一侵权责任法典》草案也是采用这种方式规定侵权行为一般条款。

应当说,这种对侵权行为一般条款的规定,就是侵权行为一般条款的最新发展,同时,侵权法既规定侵权行为一般条款,也规定侵权行为的类型。

① 关于《法国民法典》第1382条和第1383条的关系,国内翻译的文本有不足,这就是将第1382条翻译为“过错”或者“过失”,而将第1383条翻译为“懈怠”和“疏忽”。这样,这两条条文的內容就发生重合,无法确认这两个条文的区别。因此,我认为前者指的是“故意”,后者指的是“过失”。德国学者克雷斯蒂安·冯·巴尔在他的《欧洲比较侵权责任法》一书中是这样解释的:在《法国民法典》第1383条中,其所宣称的法律内容是,一个人不仅对故意行为(《民法典》第1382条)承担责任,而且对由于他或她的过失或疏忽于注意造成的损害承担责任。可见,第1382条规定的是故意侵权,第1383条规定的是过失侵权。参见该书第18页。

② [德]克雷斯蒂安·冯·巴尔著:《欧洲比较侵权责任法》上册,张新宝译,法律出版社2001年版,第21页。

③ 有的学者认为,在德国侵权责任法中不存在侵权行为一般条款。我们注意到了这种意见。



三、大陆法系侵权责任法规定侵权行为一般条款的意义

大陆法系成文民法典的基本立法方式是具体化,对各种民事权利及其行使制定具体的规则,因而民法典才有了几千个条文的庞大规模。但是,其中只有侵权责任法却采用一般化的立法方法。在成文法的民法典立法中规定侵权行为一般条款的意义在于:

(1) 简化立法。即尽量用最简单的条文规定最丰富、大量的侵权责任的含量,而不在几千个条文的民法典中再构建一个复杂的侵权责任法,使民法典更为庞大、复杂。

(2) 将侵权行为一般条款高度浓缩,使之成为一个弹性极大的、与时俱进的法律,能够包容任何符合这一条款要求的侵权行为,使这一条文成为一般侵权行为的高度概括,对具体的侵权行为为不再一一作出具体规定。

(3) 赋予法官概括的裁判准则,使法官在这一条文面前享有高度的自由裁量权,依据这一侵权行为一般条款,对所有的一般侵权行为作出判决。法官在这样的条文下,可以充分发挥自己的司法创造性,对任何新型的案件作出符合侵权行为一般条款的判决。

四、在司法实践中正确适用侵权行为一般条款

(一) 我国《侵权责任法》规定侵权行为一般条款的方式

世界各国和地区侵权法对侵权责任一般条款的规定,有两种典型模式:一是法国、德国式;二是埃塞俄比亚式。前者为小的侵权行为一般条款,后者为大的侵权行为一般条款。

我国《侵权责任法》侵权行为一般条款采用的是大小搭配的双重模式,既有第2条规定的大的一般侵权行为一般条款,又有第6条第1款规定的小的一般侵权行为一般条款,分别起到不同的作用。

《侵权责任法》第2条作为侵权行为一般条款,借鉴的是埃塞俄比亚侵权法的侵权行为一般条款立法模式,是极为有利的。它的作用是将所有的侵权行为都概括在一起,无论进行何种程度的侵权行为类型规定,即使随着社会的发展出现新型的侵权行为,都能够概括在这个条文之中,因此,《侵权责任法》对具体侵权行为类型的规定,写多写少并没有特别严重的问题。如果采取“小”的侵权行为一般条款模式,则仅仅能够覆盖一般侵权行为,而对于特殊侵权行为就必须进行完全、完整的规定,出现新的特殊侵权行为时必须补充立法,因此并不是一个理想的选择。《侵权责任法》第2条选择的是最新的侵权行为一般条款立法模式。应当看到的是,我国《侵权责任法》不只是一部侵权赔偿法,除了损害赔偿之外,还包括第15条规定的其他7种侵权责任方式,而这些并不是第6条和第7条所能够概括的,因此,更需要第2条来作出调整。因此,《侵权责任法》设立第2条是非常重要的。

《侵权责任法》第6条第1款规定的过错责任则是小的侵权行为一般条款,对于一般侵权行为,我国《侵权责任法》并没有作出类型化的规定,仍然必须依照过错责任的一般规定适用法律,确定一般侵权责任的请求权基础仍然是第6条第1款。

两个一般条款相互搭配,各自起到不同的作用,构成了我国《侵权责任法》的一个鲜明特点,有别于其他任何国家的侵权法关于侵权行为一般条款的规定。

(二) 大的侵权行为一般条款的含义

《侵权责任法》第2条第1款规定“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任”的真实含义,包括以下三点。

(1) 该条文强调的是“侵权责任”,而不是赔偿责任。与此相对应的,就是《侵权责任法》中第15条规定的8种侵权责任方式,即停止侵害,排除妨害,消除危险,返还财产,恢复原状,赔偿损失,赔礼道歉,消除影响、恢复名誉。这是全部的侵权责任方式。第2条规定“承担侵权责任”的意图,就是要把这8种责任方式完全概括进来;而第6条和第7条规定的侵权责任则是对狭义损



害的救济,它只是第2条规定内容的一大部分,而不是全部。

(2)立法者规定本条是要以违法性来确定侵权责任的范围。《侵权责任法》第2条规定“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任”,等于规定了违法性要件^①。我国侵权法理论通说及司法实践都肯定违法性是侵权责任的构成要件,对此不应当有所怀疑。凡是侵害民事权益,具有违法性的行为,都是侵权责任的范围。

(3)《侵权责任法》第2条与第6条和第7条相对应,即第6条和第7条都概括在第2条之中。《侵权责任法》第6条分成两部分,第1款规定的是过错责任,第2款规定的是过错推定责任;第7条规定的是无过错责任。就一般情况而言,这两个条文的内容似乎已经概括了全部侵权责任。应当看到的是,第6条和第7条规定的侵权责任构成要件中须具备损害要件,而具备损害要件的侵权行为对应的责任方式应当是损害赔偿,因此,这两个条文所概括的应当是承担损害赔偿责任的侵权行为,至于承担其他责任方式,不需具备损害要件的,应当由第2条调整。

这是一个具有中国特色的侵权行为一般条款,不仅可以概括第6条和第7条规定的内容,还可以概括第15条以及其他不适用第6条和第7条调整的其他侵权责任,构成我国《侵权责任法》侵权行为一般条款与归责原则以及其他侵权责任的特殊结构。尽管这样的一般条款在侵权法立法中是罕见的,但其在逻辑上是成立的。

(三) 小的侵权行为一般条款的适用方法

《侵权责任法》第6条第1款作为小的侵权行为一般条款,仍然起着调整一般侵权责任的作用,统领一般侵权责任。法官在小的一般条款面前,可以创造性地发挥主观能动性,对任何具备这样的构成要件的民事违法行为认定为侵权行为,对行为人予以侵权损害赔偿的制裁,对受害人受到损害的权利和利益进行救济。

(1)法官对此必须有明确的认识和准确的理解。小的侵权行为一般条款的基本含义,是将全部一般侵权责任概括在一起,使其具有高度概括性,具有极大的容量,把所有的一般侵权责任都概括在其中。因此,法官在办理侵权案件时,必须准确把握小的侵权行为一般条款的概念,充分发挥它的“与时俱进”和创造性功能,掌握一般侵权责任的基本规则,做到准确适用。

(2)法官应当掌握一般侵权责任的基本规则,也就是小的侵权行为一般条款的基本规则。这就是适用一般的过错责任原则,它的责任构成要件是违法行为、损害事实、因果关系和主观过错。只要是一个行为具备这些要求,就认定为一般侵权责任,适用小的侵权行为一般条款作出判决。

(3)法官应当敢于依照小的侵权行为一般条款裁判,而不能遇到不熟悉或者以前没有遇到的新的侵权行为,就要找法律的明文规定,没有明文规定就不敢办。法官一定要明确,凡是具备小的侵权行为一般条款的要求的侵权行为,就用小的侵权行为一般条款来调整,依其确定侵权责任。

案例 1-1

某镇治疗性病的医院骗财,影响很坏,某报社记者前去调查,采写文章曝光,其中写了一个患者,使用了化名,并予以注明。另一个镇与该化名的人也患此病,认为侵害了名誉权,向法院起诉,并与记者协商,让记者妥协,许诺予以适当的经济利益。一审法院判决原告胜诉。二审法院判决驳回原告的诉讼请求。记者和报社起诉该原告恶意诉讼,追究其侵权责任。法院依据《民法通则》第106条第2款规定,支持其诉讼请求。

^① 2009年1月4日在中国人民大学召开的“侵权责任立法建议研讨会”上,有些学者提出了这样的建议。

第三节 侵权行为与其他违法行为的联系与区别

在法律上,违法行为在性质上各不相同,既有刑事违法行为,也有民事违法行为和行政违法行为。侵权行为的性质是民事违法行为,但它并不是民事违法行为的全部,民事违法行为还包括违约行为等其他民事违法行为。

一、侵权行为与犯罪行为

(一) 侵权行为与犯罪行为关系的发展

在历史上,侵权行为和犯罪行为是有密切联系的两种行为。在法律发展的最早时期,侵权行为与犯罪行为是不加区分的,一般的国家都把这两种违法行为规定在一起。在法律的逐步发展过程中,这两种行为才逐渐地区分开来。从我国的情况看,就是这样的发展过程。我国最早的古代律令,就把刑事犯罪和民事违法行为规定在一起。这从现存的古代典籍中就可以看出来。在国外,无论是《乌尔纳姆法典》,还是两河流域地区的法典,也都是将侵权行为和犯罪行为规定在一起的。到罗马法时期,开始将犯罪行为和侵权行为作初步的区别,但是,即使是罗马法中的私犯和准私犯,里边也都包括有犯罪行为,并不都是侵权行为。国外在将法律区分为公法和私法之后,开始严格区分侵权行为和犯罪行为;在我国,则在清末变法时期,才开始区分公法和私法性质的不同,将侵权行为与犯罪行为严格区分开来。

在当代,侵权行为是民事违法行为,犯罪行为是刑事违法行为,分别由民法和刑法这两种不同的基本法来调整,无论在性质上还是在构成上,都是有严格区别的。这就是在法律适用上通常所说的“罪与非罪”的界限。

(二) 侵权行为与犯罪行为的区别

侵权行为与犯罪行为有以下五项明显的区别。

1. 法律依据不同

犯罪行为是依照《刑法》的规定,应受刑法处罚的行为。只有那些触犯刑律具备了刑法规定的犯罪构成的行为,才能认定为犯罪行为,离开《刑法》的规定,就没有犯罪行为可言。侵权行为是《侵权责任法》规定的违法行为,所违反的法律是民事法律,令侵权人承担民事责任的依据就是民法,而不是其他法律。

2. 侵害客体不同

犯罪行为侵害的客体,既包括主体的人身权利和财产权利,还包括受我国法律保护的一定的社会关系,如政治的、军事的、经济的、文化的等,保护的客体极其广泛。侵权行为所侵害的客体,主要就是两大类,一是人身权利,二是财产权利,其他的社会关系不能成为侵权行为的客体。这样看来,犯罪行为的客体更为广泛,而侵权行为的客体相对而言,则比较狭窄。

3. 社会危害程度不同

就法律的要求而言,犯罪行为必须是具有社会危害性的行为,即必须达到具有社会危害性的程度才能成为犯罪行为,不具有社会危害性的行为不能成为犯罪行为。侵权行为不必具有社会危害性,只要具备损害他人权利的违法性,就可以构成。例如,《刑法》第 275 条规定的是侵害他人公私财物罪,《侵权责任法》第 19 条规定的是侵害财产的侵权行为。这两种违法行为之间的最大区别,就是社会危害程度的不同。侵害公私财物,达到具有一定的社会危害性的程度,就是刑事犯罪,依照《刑法》第 275 条治罪;造成一定的损害但还没有达到具有一定社会危害性的程度



的,就只能作为侵权行为来处理。

4. 行为人的主观恶性不同

刑法和民法对犯罪行为和侵权行为的行为人的主观恶性要求是不一样的。刑法要求犯罪行为的行为人的主观恶性必须达到一定的程度,即主观恶性较大的危害社会的行为才能认为是犯罪,没有达到这样的程度就不能认为是犯罪行为。因此,刑事犯罪主要的是故意犯罪,行为人对其行为仅具有过失者,只有在法律有明文规定的情况下,才能认定为犯罪,否则不能作为犯罪处理。侵权行为绝大部分是过失行为,如果是故意,则须不具备较为严重的社会危害性。仍以侵害公私财物为例。故意侵害公私财物,构成《刑法》第275条规定的侵害公私财物罪;而过失侵害公私财物,则不能构成犯罪,只能构成侵权行为,依照《侵权责任法》第19条追究侵权责任。故意侵害他人的身体健康,造成轻伤害,构成伤害罪;过失致人轻伤害则不能构成犯罪,只能构成侵权行为。

5. 法律对其行为的形态的要求不同

犯罪行为无论是既遂、未遂还是预备,都可能构成,既遂当然构成犯罪,未遂在多数情况下也构成犯罪,在法律有规定的情况下,犯罪预备也作为犯罪处理。而侵权行为只能是既遂的行为,即造成损害结果的才能构成,无论是未遂还是预备,也无论情节多么严重,只要是没有造成损害结果,就不能认其为构成侵权行为。

(三) 侵权行为与犯罪行为的联系

虽然侵权行为与犯罪行为有如此的区别,但它们还是有一定的联系的。

首先,这两种行为都是违法行为,在违法性这一点上,是完全一致的。只不过犯罪行为违反的法律是刑事法律,而侵权行为违反的是民事法律。

其次,这两种行为都是应当受到法律制裁的行为,虽然制裁的责任方式不一样,一种是民事制裁,一种是刑事制裁,但在应当接受法律制裁这一点上,是一样的。

再次,在侵害人身权利和财产权利这一点上,侵权行为与犯罪行为是一样的,犯罪行为中有侵害人身权利的和侵害财产权利的,侵权行为则完全是侵害人身权利和财产权利,虽然在损害的后果和主观状态上,侵权行为与犯罪行为有区别,但是又有重合问题,即侵害人身权利和财产权利的行为在构成犯罪的时候,无疑也是构成了侵权行为。这就形成了侵权责任与刑事责任的竞合问题。按照《刑法》第36条和《侵权责任法》第4条第1款的规定,既应当追究行为人的刑事责任,也应当追究行为人的民事责任。这是民事责任与刑事责任的目的不同使然。因为民事责任的目的在于对受害人的损害的救济,而刑事责任的目的在于惩罚和预防。

案例 1-2

北京市某医院著名眼科医生有两位病患急待角膜移植,但是苦于眼库没有库存角膜。一天,有一位患者病逝,存放在太平间。该医生为了能使两位病患恢复健康,重见光明,潜入太平间,将死者两只角膜摘下,立即为两名病患进行角膜移植,获得成功。死者近亲属第二天送殡,发现死者眼角膜丢失,报警。经过侦查,该医生供述为自己所为。公安机关报捕,检察机关批捕,将该医生进行逮捕。这个行为是侵权行为,而不是犯罪行为。消息见报后,引起社会强烈反响,在舆论干预下,对该医生无罪释放。

二、侵权行为与行政法的违法行为的联系与区别

侵权行为与行政法上的违法行为也是既有联系又相互区别的两大类违法行为。在研究侵权责任法的著作和文章中,人们比较注意的是犯罪行为与侵权行为、违约行为与侵权行为的区别,

不特别注意研究侵权行为与行政法上的违法行为的联系与区别。实际上,这两种违法行为也是应当严格区分的。

行政法上的违法行为,按照通说,是指行政法律关系当事人违反行政法律规范,侵害法律保护的行政关系而尚未构成犯罪的行为^①。行政违法行为包括两种,一是行政违法行为,二是违法行政行为。前者是指行政相对一方的自然人、法人或者其他组织违反行政法律、法规规定的行政管理秩序,依法应当承担行政法律责任的行为;后者是行政主体或者公务员违法行使行政权力,依法应当承担行政法律责任的行为。这两种行政法上的违法行为,都与侵权行为有密切的联系,又有重大的区别。

(一) 侵权行为与行政违法行为的联系与区别

自然人、法人或者其他组织违反行政法律、法规规定的行政管理秩序的行为,属于行政法调整的违法行为。行政管理主体对于违法行为人,可以依法予以行政制裁,分别不同的具体行为予以不同的行政处罚。在这一点上来说,行政违法行为与侵权行为是不同的。但是,行政违法行为的行为人在实施行政违法行为的时候,如果侵害了其他自然人、法人或者其他组织的民事权利,造成损害,这种行为就同时又构成了侵权行为。因此,侵权行为与行政违法行为的区别是:(1)侵权行为是民事法律规定的违法行为,行政违法行为是行政法律规定的违法行为;(2)侵权行为是应当承担民事法律责任的违法行为,行政违法行为是应当承担行政法律责任的违法行为;(3)侵权行为的法律后果主要是损害赔偿,行政违法行为的法律后果主要是行政法律处罚;(4)侵权行为的行为人所承担的法律后果,是向受害人承担的责任,即向受害人给付损害赔偿,行政违法行为的行为人所承担的法律后果,主要是向国家承担的责任。侵权行为与行政违法行为的联系是,在既违反行政管理秩序,又侵害了其他自然人、法人或者其他组织的民事权利的行政违法行为中,这种违法行为既违反了行政法律,又违反了民事法律,既应当向国家承担行政处罚的责任,又应当向受害人承担损害赔偿的责任。在这种情况下,构成民事法律和行政法律的法规竞合,行为人应当同时接受民事法律和行政法律的制裁,构成行政附带民事损害赔偿责任。

(二) 侵权行为与违法行政行为的联系与区别

行政机关是行政管理的权利主体,有权对行政相对方实施行政管理行为。如果行政管理行为违反法律,则构成违法行政行为。从这个意义上说,违法行政行为与侵权行为是不同的。

这两种违法行为的区别有如下三个方面。

(1) 违法行政行为发生在行政管理领域之中,受行政法律调整;侵权行为发生在几乎整个社会领域,是民法所调整的违法行为。

(2) 违法行政行为的行为主体只能是行政主管机关,不可能由其他主体所构成;侵权行为的主体不受任何限制,几乎所有的公民、法人和其他组织都可以成为侵权行为的行为人。

(3) 违法行政行为所承担的法律后果是行政责任,主要形式是自行纠正、撤销、返还权益、恢复原状、责令履行职责;侵权行为的法律后果则主要是损害赔偿,并没有违法行政行为的行政责任中的那些责任形式。

行政违法行为和侵权行为又有密切的联系。当违法行政行为侵害了行政相对方的民事权利的时候,就构成行政侵权行为,成为侵权行为中的一种具体的特殊侵权行为,即《民法通则》第121条所规定的特殊侵权行为。因此,当违法行政行为构成行政侵权行为的时候,违法的行政机关既要承担违法行政行为的行政责任,又要对受害人承担损害赔偿的侵权责任。这就又构成行政附带民事损害赔偿的责任的一种具体形式。

^① 罗豪才主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1996年版,第319页。

三、侵权行为与违约行为的联系与区别

违约行为是指合同之债的一方当事人由于过错不履行或者不完全履行合同义务的违法行为。侵权人不履行合同,就是违背自己在合同中承诺的合同义务,根本没有实施履行合同的的行为;不完全履行也称为不适当履行,是侵权人虽然有履行合同义务的行为,但是这种履行合同的行为不符合或者不完全符合合同和法律的要求。违约行为虽然违反的是自己与对方当事人约定的义务,但是这种约定义务是依照法律设定的,法律对这种合同法律关系予以保护,因而法律所保护的合同权利和义务是具有一定的强制性的。一方当事人违反合同义务,构成违约行为,也就是构成民事违法行为。在民法中,侵权行为与违约行为是两种最典型的民事违法行为,在它们之间既有相互联系的一面,也有相互区别的一面。

(一) 侵权行为与违约行为的联系

侵权行为与违约行为的联系有以下三个方面。

1. 侵权行为与违约行为都是民事违法行为

这两种行为都是违法行为,违反的都是民事法律。在这一点上,侵权行为与犯罪行为和行政违法行为是完全不同的。侵权行为与后两种违法行为是不同部门法中的违法行为,违反的是民法、刑法和行政法,分别属于民法、刑法和行政法的调整范围。侵权行为与违约行为都是违反民法的行为,都属于民法调整的范围。因此,侵权行为与违约行为在构成上有一致之处,例如,这两种民事违法行为的构成都需要具备过错、行为和因果关系的要件,其中行为的要件都必须违反民法的规定。这些都是一致的。在有些情况下,违约行为和侵权行为就是一个行为,发生民事责任的竞合问题。例如,购买商品,在使用中因商品的缺陷而致消费者或者其他人以损害。这一行为,出卖人既违反了买卖标的物的瑕疵担保责任,构成违约行为;同时,出卖人也违反了保护他人的人身权利和财产权利的法定义务,构成侵权行为。在这种情况下,在历史上,原本是将其作为违约行为来处理的,但是,后来发现按照违约行为来处理,对于保护受害人的合法权益不利,因而将这种行为就规定为侵权行为,责令出卖商品的销售者或者商品的制造人承担侵权的民事责任,使受害人的合法权益能够得到更好的保护。这也证明了这两种民事违法行为之间的密切的联系。

2. 侵权行为与违约行为都是要承担民事责任的违法行为

侵权行为与违约行为既然都是民事违法行为,那么,其必然的法律后果就是承担民事责任,法律强制侵权人或者违法行为人承担法定的民事责任,既制裁违法行为人的违法行为,同时,也对违法行为的受害人进行救济。在这一点上,侵权行为与违约行为是一致的,不同于犯罪行为和行政违法行为。后两种违法行为的行为人所承担的刑事责任和行政责任着眼的是制裁和惩罚,对于受害人的救济几乎不加考虑。而侵权行为和违约行为都是民事违法行为,民事责任的基本着眼点在于救济受害人的损害,保障受害人的权利的实现。

3. 侵权行为与违约行为所承担的主要民事责任形式是一样的

侵权行为的民事责任的主要形式是损害赔偿,辅助形式有返还财产、恢复原状等;违约行为的民事责任的主要形式是继续履行和损害赔偿,如果只是合同不履行或者不完全履行,其民事责任形式应当是继续履行;如果违约行为造成了对方当事人的财产损失,则违约人应当承担损害赔偿的责任。在侵权行为和违约行为都造成了受害人的损失的情况下,这两种民事违法行为的法律后果都是损害赔偿。就赔偿的一般原则和具体内容而言,也是基本一致的。

(二) 侵权行为与违约行为的区别

侵权行为与违约行为毕竟不是一种民事违法行为,因而它们之间确实存在明显的区别。这些区别体现在以下五个方面。



1. 行为产生的前提不同

违约行为产生的前提是,当事人之间必须存在特定的权利义务关系,这种权利义务关系的性质还必须是有有效的合同法律关系,是相对权,对人权。不存在这种特定的合同法律关系,就不存在违约行为。侵权行为产生的前提,并没有这种特定法律关系的要求,也不必存在这种特定的法律关系。在侵权行为产生之前,加害人和受害人之间,不具有特定的法律关系,只是存在不特定的人身权法律关系和财产权法律关系,其性质属于对世权和绝对权,而不是相对权。

2. 行为所违反的义务的性质不同

侵权行为违反的义务是法定的义务,其性质是不作为的义务,即法律保护民事主体的人身权利和财产权利,任何人都负有不得侵犯的不作为的义务,行为人的行为侵害了民事主体的上述权利,就构成了作为的违法行为。因此,侵权行为的违法性表现为违反法定义务。违约行为所违反的义务,主要是约定的义务,这种义务的产生,不是基于法律的规定,而是基于当事人之间的约定,是基于当事人之间的一致意思表示而成立的义务。违约行为的违法性也包括违反法定义务,例如法律所规定的缔约当事人之间的相互通知、相互保护的义务,法律规定的合同消灭之后的附随义务都是法定义务,违反者也构成违约行为,但是违约行为的违法性主要表现在违反约定义务方面,违反约定的或者法定的义务的行为,就构成违约行为。

3. 行为的主体不同

侵权行为的主体是不特定的,不要求侵权人必须具备何种必要的条件,任何民事主体都可以成为侵权人。换言之,一切绝对权的法律关系中的不特定的义务人,都可以成为侵权人,不管他是完全民事行为能力人,还是限制民事行为能力人、无民事行为能力人^①。违约行为的主体必须是特定的,即违约行为的行为人必须是合同关系中的当事人,不是合同当事人,就没有资格成为违约行为人。由于合同当事人必须是完全民事行为能力人,因而违约行为人也必须是完全民事行为能力人。

4. 行为侵害的对象不同

侵权行为侵害的对象必须是绝对权,即人身权利和财产权利,违约行为所侵害的对象不是人身权和财产权这样的绝对权,而是合同债权,是相对权,且只包括合同一种债权。因此,侵权行为的侵害对象的范围比违约行为的侵害对象的范围要宽泛得多。

5. 承担的法律形式的形式有所不同

侵权行为与违约行为的主要的民事责任形式虽然都是损害赔偿,但是在其他方面,民事责任的具体形式毕竟是不一样的。例如,侵权行为的行为人可以承担精神损害赔偿赔偿责任,但违约行为的行为人则不能承担精神损害赔偿赔偿责任。侵权行为民事责任中有赔礼道歉、恢复名誉、消除影响的形式,对违约行为则不能适用这些民事责任形式。在侵权行为中较为广泛适用的返还财产、恢复原状这些民事责任形式,在违约行为中也不能适用。在侵权行为与违约行为都可以适用的损害赔偿形式,在具体内容上也有所不同。违约行为的损害赔偿都是赔偿的因合同义务不履行而造成的财产损害,不包括人身损害和精神损害;而侵权行为的损害赔偿既包括财产损害,也包括人身损害和精神损害。

案例 1-3

某甲购买商品,在使用中因商品的缺陷而致人身损害,请求赔偿。这一行为,出卖人既违反了买卖标的物的瑕疵担保责任,构成违约行为;同时,出卖人也违反了保护他人的人身权利

^① 在这一点上,各国的立法例各不相同,应当注意区别。对此,请参见本书关于监护人的侵权责任的论述。

和财产权利的法定义务,构成侵权行为。在这种情况下,历史上原本是将其作为违约行为来处理的,但是,后来发现按照违约行为来处理,对于保护受害人的合法权益不利,因而将这种行为规定为侵权行为,责令出卖商品的销售者或者商品的制造人承担侵权的民事责任,使受害人的合法权益能够得到更好的保护。

第四节 侵权行为形态

一、侵权行为形态的概念和特征

(一) 侵权行为形态的概念

侵权行为形态,是指侵权行为的不同表现形式,是对各类具体侵权行为的抽象和概括。区分各类侵权行为形态,无论是在理论上还是在实践上,对于确定各种侵权行为所应适用的归责原则、责任构成要件、赔偿形式、赔偿范围和免责条件等,都具有重要意义。

侵权行为是一种非常复杂的民事违法行为,有多种多样的表现形式。这些纷繁复杂的侵权行为有一定的规律可循。侵权责任法学正是通过深入研究,寻找这样的规律,按照这样的规律,遵循一定的标准,将它们概括为不同的类型,找出各类侵权行为形态的规律和规则,提出各类侵权行为形态的解决办法。

研究侵权行为形态的意义,在于揭示某一类侵权行为与其他不同类型的侵权行为形态的不同特性,揭示这一类侵权行为形态自己的共性,因而使对侵权行为的研究不断深化,使侵权责任法的研究不断地接近侵权行为的本质。对侵权行为形态的研究与对侵权行为的宏观研究不同,对侵权行为的宏观研究解决的是侵权行为的整体、共性、全部;与对具体侵权行为的研究也不同,具体侵权行为研究的是侵权行为的微观,是对具体侵权行为的揭示。对侵权行为形态的研究是一种中观的研究,在侵权责任法学研究中具有承上启下的重要作用。

(二) 侵权行为形态的特征

侵权行为形态具有法定性、客观性和交叉性的法律特征^①。侵权行为形态的三个法律特征如下。

1. 侵权行为形态的客观性

侵权行为形态是侵权行为本质的客观表现,就是说侵权行为形态是客观存在的,是不同的侵权行为外在的表现形式。这种客观的存在,不是以人的意志为转移的,既不是人们对侵权行为的主观臆想、随意所为,更不是学者的任意推断,而是侵权行为实实在在的客观存在。人们对它们的概括,只是对侵权行为形态客观形式的揭示。

侵权行为形态的客观存在,并不是说它是无法推知、无法掌握的。恰恰相反,只要人们掌握了侵权行为形态客观存在的规律,就可以用准确的语言描述它。侵权责任法学就是研究、揭示侵权行为的内在规律,包括侵权行为形态的规律性,并运用这些规律创建侵权责任法,制裁侵权行为,达到保护自然人、法人合法权益,维护安定、公平的社会秩序的目的。

侵权行为形态的客观性,要求对侵权行为的研究必须实事求是,尊重侵权行为的客观规律,对侵权行为形态的确认必须以客观的经济社会条件为根据,脱离一定社会的经济生活条件,随意

^① 参见王利明主编:《民法·侵权责任法》,中国人民大学出版社1993年版,第238—240页。

把某种行为确认为侵权行为或者不承认该种侵权行为,都会失去客观的物质和精神基础,违背社会公平、正义的要求,不能发挥侵权责任法的功能^①。

2. 侵权行为形态的法定性

侵权行为形态的法定性,是指侵权行为形态是由法律规定的,是进一步强调侵权行为形态的固定化程度。人们对侵权行为经过几千年的研究,已经基本掌握了侵权行为形态的客观存在,因而通过法律的形式,将各种侵权行为形态固定下来。用法律固定下来的侵权行为形态,已经不是侵权行为自然的客观形式,而是体现了人的意志,其中最重要的,就是赋予它法律的强制性。人们不论对于侵权行为形态认识还是不认识,都必须遵守它,不能根据自己的主观臆想“创设”侵权行为的形态。

3. 侵权行为形态的交叉性

侵权行为的各种形态并不是绝对的,而是相对的,是依据不同的标准而作出的不同的分类。因而,侵权行为的各种形态之间没有绝对严格的界限,没有不可逾越的可能。在各种侵权行为形态中,是互相交叉的。例如,一个积极的侵权行为,可能同时是共同侵权行为,又是特殊侵权行为,还可能是与有过失的形态。这种侵权行为形态的交叉,说明了侵权行为形态的复杂性,那就是从不同的角度出发,一个侵权行为就有不同的表现形态,而不能因此证明侵权行为形态是不确定的。

二、一般侵权行为和特殊侵权行为

确定一般侵权行为和特殊侵权行为两种形态的标准,可以有不同的标志,如归责原则、责任构成要件等。事实上,这样两种侵权行为形态最主要的区分标准,是适用侵权责任归责原则的不同:一般侵权行为形态的侵权责任形式适用过错责任原则,侵权责任形态主要是自己责任,即自己对自己的行为所造成的损害承担责任;而特殊侵权责任则适用过错推定原则或者无过错责任原则,责任形态基本上是替代责任,即对他人行为所造成的损害结果或者对自己管领下的物件所造成的损害承担责任。

(一) 一般侵权行为

一般侵权行为,是指侵权行为一般条款规定的侵权行为,即行为人基于自己的过错而实施的、适用过错责任原则和侵权责任的一般构成要件的侵权行为,它的侵权责任方式是自己责任。所以,一般侵权行为的责任主体也就是行为主体。一般侵权行为的行为人必须是具有民事行为能力的人,即能够辨认自己的行为目的、性质及其后果的能力和支配、控制自己行为的能力的自然人。一般侵权行为适用过错责任原则,不仅应以过错为责任的构成要件,而且应以过错为责任的最终构成要件。一般侵权行为适用统一的责任构成要件,这就是所有的一般侵权行为都必须具备违法行为、损害事实、因果关系和主观过错这四个要件,没有任何例外。在适用法律上,按照统一的规定,一律适用统一的赔偿标准。在免责事由上,也都按照法律的统一规定进行。

(二) 特殊侵权行为

特殊侵权行为是相对于一般侵权责任而言的,是指欠缺侵权责任的一般构成要件,并适用过错推定原则和无过错责任原则归责的侵权行为,其侵权责任承担的方式,是间接责任。

案例 1-4

1996年,孙某被车辆撞倒受伤,诱发“癔症型”精神病,经常发作。2001年7月,孙某因为宅基地问题与人争执,再次发病,被家人关在家中。7月23日,孙某趁其丈夫外出,拿了一把菜

^① 参见王利明主编:《民法·侵权责任法》,中国人民大学出版社1993年版,第239页。

刀,藏匿在身后窜出家门,发现对门正在玩耍的李某母子两人,便两眼发直,走上前去,挥刀向李某母子砍去,致3岁的儿子被砍6刀,母亲也被砍3刀。孙某砍伤李某母子后,又砍伤5人,然后将自己砍伤。法院判决孙某的丈夫承担赔偿责任28148.10元。

特殊侵权行为有四个特点。一是归责原则适用的特殊性。一般侵权责任适用过错责任原则,而特殊侵权行为则依《民法通则》和有关民事法规的规定,适用过错推定原则和无过错责任原则,以保护受害人的合法权益。二是责任构成要件的特殊性。特殊侵权行为的成立不能按一般侵权行为的责任构成要件确定,它由法律根据具体情况规定。这些特殊要件不具有普遍性,每一种特殊侵权行为所要求的特别条件各有不同,不具备该特别条件就不能构成该特殊侵权责任。三是举证责任的特殊性。由于特殊侵权责任适用过错推定责任原则和无过错责任原则归责,所以,实行举证责任倒置,其倒置证明的范围并不是全部侵权责任要件,而只是过错证明。损害事实、因果关系的要件,仍应由赔偿权利人证明;在适用过错推定原则推定过错时,加害人予以否认的,应举证证明自己无过错;在适用无过错责任原则时,加害人主张损害是由受害人或第三人的过错所致时,应当负责举证。加害人证明自己的主张成立的,才可以免责或者减轻责任。四是间接责任是其主要形式,即侵权行为的替代责任。

三、单独侵权行为和共同侵权行为

根据侵权行为的行为主体数量的不同,可以将侵权行为分为单独侵权行为与共同侵权行为两种形态。

(一) 单独侵权行为

单独侵权行为是指单独的一个人实施的侵权行为。单独侵权行为是相对于共同侵权行为而言,一个人,包括一个自然人或者一个法人实施的侵权行为,就是单独侵权行为。

(二) 共同侵权行为

共同侵权行为,是指两个或两个以上的行为人,基于共同故意或者客观的关连共同,侵害他人合法民事权益,应当承担连带责任的侵权行为。

共同侵权行为的主体须为多个人,即共同侵权人须由两人或两人以上构成。共同侵权人可以是自然人,也可以是法人。共同侵权行为的行为人之间,在主观上具有共同过错,即有共同致人损害的故意,或者具有客观的关连共同,基于此,而使数个行为人的行为连结为共同行为。

在单独侵权行为中,由于加害人只有一个人,因此过错和责任的认定相对简单。在共同侵权行为中,由于加害人是多数人,对共同过错的认定就比较复杂,需要从行为、结果、因果关系等多方面进行综合考察。在单独侵权行为中,只存在一种法律关系,即加害人与受害人之间的关系,而在共同侵权行为中,实际上存在两种法律关系,即加害人与受害人之间的关系、共同加害人之间的关系。

四、积极侵权行为和消极侵权行为

根据侵权行为的行为方式不同,可以将侵权行为分为作为的侵权行为和不作为的侵权行为两种侵权行为形态,也称作积极侵权行为和消极侵权行为。

(一) 积极侵权行为

积极侵权行为,是指以作为的方式实施的侵权行为。行为人违反法律规定的不作为义务而实施作为的行为,造成受害人的人身、财产以及精神损害的,构成积极的侵权行为。

在社会共同生活中,人们都处在民事法律关系之中,每一个自然人和法人都是人身权利和财产权利的主体,在自己是自己所享有的权利的权利人的同时,又都是其他权利人的义务人。对于

自己所享有的权利,可以自由行使和处分。作为其他权利人的义务人,又都负有不可侵犯的义务。这种义务是法定义务,任何人都不得违反。在这种法定义务中,绝大多数内容,是法律规定的不作为的义务,即作为义务人,必须履行不得侵害权利人的权利的不作为义务。违反这种义务,就构成作为的积极侵权行为。

积极侵权行为的特点,是行为人主动实施违法行为,侵害对方当事人的人身权和财产权。在侵害财产权的侵权行为中,侵占、毁坏他人的财产,阻碍财产所有权人依法行使权利,等等,都是积极侵权行为。在侵害人身权侵权行为中,殴打他人、剥夺他人生命、伤害他人健康、侮辱他人名誉、非法限制他人的人身自由等,都是积极侵权行为。

(二) 消极侵权行为

消极侵权行为,是指以不作为的方式实施的侵权行为。行为人违反法律规定的作为义务而不作为,致使受害人受到损害的,应当承担侵权责任。

确定消极侵权行为的前提,是行为人负有特定的作为义务,这种特定的作为义务,不是一般的道德义务,而是法律所要求的具体义务。特定的法定作为义务的来源:(1)来自法律的直接规定,如《婚姻法》规定,父母有管教未成年子女的义务、母亲对于哺乳期子女有抚养义务、亲属之间负有扶养义务等。(2)来自业务上或职务上的要求,如修建地下工作物应负预防危险的作为义务、游泳场救护员负有抢救落水者的作为义务等。违反上述职务上或业务上的作为义务而不作为者,为不作为的侵权行为。(3)来自行为人先前的行为,行为人先前的行为给他人带来某种危险,对此,必须承担避免危险的作为义务。

本章小结

本章对侵权行为进行了全面论述。首先阐述了侵权行为的概念。侵权行为是指行为人由于过错,或者在法律特别规定的场合不问过错,违反法律规定的义务,以作为或不作为的方式,侵害他人人身权利和财产权利及其利益,依法应当承担损害赔偿等法律后果的行为。其次介绍了侵权行为的法律特征。本章重点介绍侵权行为一般条款的概念和作用,特别介绍了我国《侵权责任法》规定的大小搭配的双重一般条款的立法模式,说明其调整功能和适用方法。比较了侵权行为与其他违法行为。侵权行为的性质是民事违法行为,与犯罪行为、行政法上的违法行为和违约行为等其他违法行为既有联系又有区别。最后介绍了侵权行为形态,即侵权行为的各种不同的表现形态,研究它对于确定各种侵权行为所应适用的归责原则、责任构成要件、赔偿形式、赔偿范围和免责条件等都具有极为重要的意义。侵权行为形态可分为一般侵权行为和特殊侵权行为、单独侵权行为和共同侵权行为、作为的侵权行为和不作为的侵权行为。

【关键术语】

侵权行为 侵权行为一般条款 其他违法行为 侵权行为形态

【思考题】

1. 怎样正确理解侵权行为的概念?
2. 侵权行为一般条款应当如何理解?我国侵权责任法规定侵权行为一般条款的特点是什么?
3. 侵权行为有哪些特征?
4. 侵权行为与违约行为有哪些区别和联系?
5. 侵权行为有哪些形态?研究侵权行为形态的意义是什么?

