



中德私法研究

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht

荣誉顾问 江平 王泽鉴
主 编 田士永 王洪亮 张双根



元照系列

本期主题

违法性与过错的关系

专题报告

德国侵权行为违法性理论的变迁 [李昊]
侵权损害赔偿中违法性概念的性质及其功用 [于敏]
违法性与过失判断的一元化是种共通的趋势 [李昊]
违法性理论变迁的评议及其再认识 [耿林]

制度历史

侵权行为法的变迁(上) [克默雷尔 著 李静 译]

专家专稿

侵权法的基本概念 [彼得·高赫 著 常鹏翱 译]

法律改革

物权堆叠的规范问题 [苏永钦]
德国法上所有权保留的未来 [施塔德勒 著 王洪亮 译]

立法数据

理事会关于控制企业合并的第139/2004号条例 [董一梁 杜晓晖 译]

典型判例

附条件让与所有权下的期待权转让 [庄加园]
欧洲单一市场中的公司形式与居住自由 [张学哲]

中德私法研究

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht

2007 年 · 第 3 卷

荣誉顾问

江 平 王泽鉴

学术顾问

(按姓氏笔画排序)

米 健 孙宪忠 苏永钦 邵建东 黄 立 黄茂荣

Rolf Stürner[德] Rolf Knütel[德] Thomas Raiser[德]

主 编

田士永 王洪亮 张双根

编辑委员

(按姓氏笔画排序)

王洪亮 田士永 申卫星 朱 岩 许 兰 许德风 李 昊 沈冠伶

陈卫佐 陈自强 陈聪富 杨 继 杨淑文 张双根 金可可 涂长风

黄 卉 常鹏翱 董一梁 詹森林 蔡明诚

Thomas Rübner[德] Sebastian Lohsse[德] Beate Gsell[德]



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中德私法研究 2007 年第 3 卷/田士永,王洪亮,张双根主编. —北京:北京大学出版社,2007.8

ISBN 978 - 7 - 301 - 12683 - 7

I. 中… II. ①田…②王…③张… III. ①私法—研究—中国②私法—研究—德国 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 133393 号

书 名: 中德私法研究 2007 年第 3 卷

著作责任者: 田士永 王洪亮 张双根 主编

责任编辑: 苏燕英

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 12683 - 7/D · 1854

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730mm×980mm 16 开本 14.5 印张 246 千字

2007 年 8 月第 1 版 2007 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

■专题报告

德国侵权行为违法性理论的变迁——兼论我国侵权行为构成的

应然结构[李 昊] 3

侵权损害赔偿中违法性概念的性质及其功用[于 敏] 31

违法性与过失判断的一元化是种共通的趋势——对于敏教授评论的

两点回应[李 昊] 44

违法性理论变迁的评议及其再认识[耿 林] 60

■制度历史

侵权行为法的变迁(上)[克默雷尔 著 李 静 译] 71

■专家专稿

侵权法的基本概念[彼得·高赫 著 常鹏翱 译] 101

■法律改革

物权堆叠的规范问题——建议修法明订以次序为轴心的堆叠原则[苏永钦] 127

德国法上所有权保留的未来[施塔德勒(A. Stadler) 著 王洪亮 译] 151

■立法数据

理事会关于控制企业合并的第 139/2004 号条例[董一梁 杜晓晖 译] 173

■典型判例

附条件让与所有权下的期待权转让——《联邦最高法院民事判例集》(BGHZ),
第 20 卷,第 88 页以下[庄加园] 205

欧洲单一市场中的公司形式与居住自由——欧洲法院 1999 年 3 月 9 日裁决,
法律事务第 C-212/1997 号(森特罗斯案)[张学哲] 215

Referate

专题报告

德国侵权行为违法性理论的变迁^{*} ——兼论我国侵权行为构成的应然结构

李 昊^{**}

导 言

违法性意味着和法律相违背,即人的行为违反了法律秩序(*der Rechtsordnung widerspricht*),包括违反法律的命令和禁令(*ein Rechtsgebot oder ein rechtliches Verbot verletzen*)。^[1]

对违法性的要求是以《德国民法典》为代表的侵权行为立法所特有的要件。^[2]由于《德国民法典》的起草者并不想像《法国民法典》所采用的一般条款那样赋予法官过分的自由裁量权,因此通过违法性要件的确立来限制法官的裁量权。“违法性”在积极

* 报告时间为2006年6月15日,评议人为于敏教授,参加人有张谷、丁强、薛军、耿林、迟颖、王洪亮、金锦萍、易军、陈鑫、杨继、张双根、田士永等诸位博士。

** 法学博士,现为中国社会科学院法学研究所博士后研究人员。

[1] Fikentscher, Schuldrecht, 9. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1997, S. 315.

[2] Siehe Deutsch/Ahren, Deliktsrecht, 4. völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 2002, S. 39.

面上系作为责任成立的前提要件,亦即一个与损害具有因果关系的行为,必须具备“违法性”之要件,始有成立民事损害赔偿责任的可能性;在消极面上尽管行为与损害间具有因果关系,但该行为若不具“违法性”,则责任仍然无法成立。^[3]根据第一委员会的意见,《德国民法典》的第一草案区分了三类违法性,即违反绝对的禁止性法律的行为、侵害他人的绝对权利以及违反善良风俗,^[4]这三类违法性经过司法部预备委员会和第二委员会的修订后就具体体现为《德国民法典》的三个小的基本条款,也就是说,《德国民法典》的三个小的基本条款代表了三种不同类型的违法性,它们分别建构了自己的违法性概念,即第823条第1款的结果关联的违法性(erfolgsbezogenen Unrecht)侵害他人的绝对权、第2款的违法保护他人的法律以及第826条的违反善良风俗。^[5]

这一违法性要求也为受德国民法学说影响的奥地利、瑞士、日本和我国台湾地区的民事立法和学说所采用,^[6]同时也影响到了新的《意大利民法典》(1942年,第2043条)和《荷兰民法典》(第6:162条)。^[7]可以说,德国的“法定(侵权)体系的钥匙存在于违法性的概念中”。^[8]或者说在德国法下,“不法行为的核心问题是对其违法性的确定”。^[9]这一理论是如何产生的,在《德国民法典》产生后这一百多年的历史中又是如何发展演变的,将是本文研究的重点内容。

一、侵权行为违法性理论的历史形成

(一)主观不法和客观不法的区分——耶林理论的提出

在耶林之前的德国法学中的违法性理论融合了客观不法(即权利侵害的外观)和

[3] 参见王千维:《民事损害赔偿法上“违法性”问题初探》(上),载《政大法学评论》第66期,第6页。

[4] Siehe Deutsch/Ahren, Deliktsrecht, S. 39.

[5] Brüggemeier, Deliktsrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1986, S. 85.

[6] 如KozioI教授所著的Österreiches Haftpflichtrecht(《奥地利责任法》)一书的第一卷Allgemeiner Teil(总论)的第四章就讨论了违法性(3. Aufl., Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1997), Oftinger/Stark所著的Schweizerisches Haftpflichtrecht(《奥地利责任法》)的第一卷Allgemeiner Teil(总论)(5. Aufl., Schulthess Poligraphischer Verlag, Zürich, 1995)的第四章也讨论了违法性。关于日本侵权法中的违法性理论可以参见于敏所著的《日本侵权行为法》(法律出版社1998年版)的第六章。对我国台湾地区的侵权行为违法性理论的详尽论述可以参见王千维:《民事损害赔偿法上“违法性”问题初探》(上、下),载《政大法学评论》第66—67期。

[7] 对旧《荷兰民法典》和《意大利民法典》中过错与违法性的区分可以参见程啸:《侵权法中的过错与违法性问题之梳理》,载《中外法学》2004年第2期,第209—210页。

[8] Hans Stoll, Richterliche Fortbildung und gesetzliche Überarbeitung des Deliktsrechts, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1984, S. 25.

[9] 9 Fikentscher, Schuldrecht, 1985, § 97 III, 2c. cf. Brüggemeier, Deliktsrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1986, S. 85.

主观不法(即对行为的非难),或可称之为“完全的违法性”。^[10]民法中的违法性评价阶层的发现者是 Rudolf von Jhering^[11]他在研究《学说汇纂》(die Digesten)中的过错情形(culpa-Fällen)时发现,这些情形应当属于两种根本不同的类型:culpa 或者意味着违反了客观的行为义务,或者意味着这些违反义务的行为对人身可责难性(die persönliche Vorwurfbarkeit)。^[12]在 1867 年发表的“Das Schuldmoment im römischen Privatrecht”(罗马私法中的过错要素)一文中他比较了所有权人和善意的不法占有者(Eigentümer und redlichen unrechtmäßigem Besitzers)以及所有权人和小偷(Eigentümer und Dieb)之间的关系。第一种情形涉及占有者本人的不合法的事实状况(einen unrechtmäßigen sachlichen Zustand in der Person des Besitzers),而第二种情形涉及有意识的通过偷窃而侵害权利的行为(eine bewußte Rechtsverletzung durch den Dieb)。因此,Jhering 区分了纯粹的客观不法(bloß objektivem Unrecht)和主观不法(subjektivem Unrecht),前者表明了所有权人和善意的不法占有者之间的关系,而后者存在于所有权人和小偷之间的关系中。客观不法在今天就被称为违法性(Rechtswidrigkeit),而主观不法则被称为过错(Schuld)。^[13]而违法性和过错也分别针对的是“客观归责”(objektive Zurechnung)和“主观归责”(subjektive Zurechnung)。^[14]

(二)德国刑法学说对 Jhering 理论的吸收和发展——犯罪的三阶层的责任构成要件理论的产生

Jhering 的这一发现由德国学者 Binding^[15]应用到了刑法中。他所阐明的犯罪构成要件(Strafbestände)包括了类型化的行为义务(typisierte Verhaltenspflichten)。而犯罪构成要件的实现(Verwirklichung)就意味着客观意义上的过错(culpa im objektiven Sinne),也就是对违法行为的推定(die Vermutung rechtswidrigen Verhaltens),不过这以存在正当事由(eine Rechtfertigung)为前提。^[16]在此基础上,德国刑法学者冯·李斯特(Franz von List)与贝林(Ernst Beling)提出了古典的犯罪理论,依该理论,犯罪的判断应分别从客观与主观两方面进行,即把构成犯罪的要件区分为客观要件与主观要件:行为、构成要件符合性与违法性系行为人内心主观以外的客观事实,故属于客观要件;罪

[10] Deutsch/Ahren, Deliktsrecht, S. 39; 林美惠:《侵权行为法上交易安全义务之研究》,第 126 页。

[11] Gerhard Wagner, Öffentlichrechtliche Genehmigung und zivilrechtliche Rechtswidrigkeit, Carl Heymanns Verlag KG, 1989, S. 52; Erwin Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Carl Heymanns Verlag KG 1996, S. 150; Jauernig/Teichmann, § 823, Rn. 47.

[12] Fikentscher, Schuldrecht, S. 288.

[13] Wagner, Öffentlichrechtliche Genehmigung und zivilrechtliche Rechtswidrigkeit, S. 52. Siehe auch Deutsch/Ahren, Deliktsrecht, S. 39.

[14] 参见王泽鉴:《侵权行为法》(第一册),中国政法大学出版社 2001 年版,第 229 页。

[15] Binding, Handbuch des Strafrechts, 1885.

[16] Fikentscher, Schuldrecht, S. 288.

责属于行为人内心的主观心态,故属于主观要件。“构成要件并非价值判断的问题,行为是否该当构成要件,仅就行为客观上显现之现象而为判断,即为已足,而无须从事主观之价值判断。违法性是指客观发生的事实与法律规范在形式上的矛盾。罪责概念则以行为人内心的意思与行为的关系而做判断,责任能力乃罪责要件(Schuld voraussetzung),故意与过失乃两种不同的罪责方式(Schuldarten)。”^[17]判断某种行为是否构成犯罪应分三步依次进行,即构成要件符合性(Tatbestandsmäßigkeit)、违法性(Rechtswidrigkeit)与罪责(Schuld)。因此,“所谓犯罪结构论上所谓之犯罪乃指一个构成要件该当,而违法且有责之行为(eine tatbestandsmäßige, Rechtswidrige und schuldhaft Handlung)。”^[18]由此诞生了三阶层的责任构成要件。这种阶层式的构造,对行为是否成立犯罪的判断,是由形式(外部)到实质(内部)、由抽象到具体(个别)、由定型到非定型、由客观到主观的逐层递进判断。构成要件符合性是形式的判断、一般的判断、定型的判断;违法性是实质的判断、具体的判断、非定型的判断、客观的判断;有责性是个别的判断、内部的判断、主观的判断。三阶层的顺序绝对不可以颠倒。^[19]

(三)德国侵权行为法三阶层结构的产生

德国刑法学说中的三阶层结构理论由 Otto Bähr 和其他学者于 19 世纪和 20 世纪之交纳入到民法中。^[20]根据现行德国侵权法的学说,侵权行为由构成要件、违法性和有责性三个层面构成。也就是说,在“过失责任主义”的原则下,一个损害赔偿责任的成立(不论是侵权行为损害赔偿抑或是不履行损害赔偿),基本上必须包含下列三阶层结构:亦即“构成要件符合性”、“违法性”以及“有责性”。^[21]这也被称为侵权行为的三阶层构造/结构(die Dreistufigkeit des Deliktsaufbaus^[22], ein dreischichtiger Aufbau^[23], der dreigliedrige Haftungsbestand^[24])。

[17] 参见林山田:《刑法通论》(上),作者自版,1998年,第83页。转引自程啸:《侵权法中“违法性”概念的产生原因》,载《法律科学》2004年第1期,第48页。

[18] 参见林山田:《刑法通论》(上),第91—93页。转引自程啸:《侵权法中“违法性”概念的产生原因》,载《法律科学》2004年第1期,第48页。

[19] 参见张明楷:《犯罪构成理论的课题》,载《环球法律评论》2003年秋季号,第263—264页。

[20] Fikentscher, Schuldrecht, S. 288.

[21] 参见王千维:《民事损害赔偿法上“违法性”问题初探》(上),第5—6页。“构成要件符合性”也常被称为“构成要件该当性”。这里的“构成要件该当性”中的构成要件采用的是狭义的概念,在我国民法理论中采用的“构成要件”是种广义的概念,它实际上将三个阶层都纳入其中。

[22] Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, Besonderer Teil, 14. Aufl., C. H. Beck, München, 1994, S. 362.

[23] BGB-RGRK/Steffen, § 823, Rn. 3.

[24] Fikentscher, Schuldrecht, S. 289.

侵权行为法的三阶层结构之间在逻辑上具有一定的次序关连,它们之间存在着比较清楚的顺序。须先由符合构成要件事实的行为,始判断该当行为是否违法,其后再就其违法性的行为认定其有无故意或过失。^[25]在构成要件阶段,要考察法律的保护范围;在违法性阶段,仅需证明存在违法阻却事由,因为存在一项原理:构成要件符合性征引违法性。对于违法性无需积极地去确立,只需消极地确定不存在排除理由(Ausschlußgrund)。^[26]在有责性阶段则先确定责任能力(Schuldfähigkeit),后判断过错形式,在无过错情况下,还要检验是否成立公平责任(Billigkeitshaftung)。^[27]

依Larenz/Canaris教授的观点,这一三阶层结构不仅适用于《德国民法典》第823条第1款,而且对第823条第2款、第824条和第831条以下各条也可适用,但对第826条不适用,因为违反善良风俗的行为很难将构成要件和违法性区分开来。^[28]

(四)违法性要求的意义

之所以产生违法性的要求,是因为单纯仅具故意或过失的行为并不足以作为责任成立的根据。Larenz/Canaris教授认为,过错的观念仅在法律制度不赞成所涉行为时才有意义。因而,过错自身并不足以成为责任的充分基础,这在故意诉讼中体现得非常清楚。例如,一家公司从其竞争者那里“偷走了”一份订单,因为它提出了更有利的要约,因而是在知悉并存在故意的情况下给该竞争者造成了损害,但是它并不应受到责难,除非它违反了《公平竞争法》,因为这样的行为并不是不法的(在市场经济中甚至是人们想要的)。这样,在过错之前就存在着违法性的要求,没有这一要求,不法行为法就无法以一贯的方式来构造。^[29]也就是说,“违法性”的问题必须在“有责性”之前加以讨论,若一行为经判断结果不具“违法性”,则毋庸再行讨论其有无“有责性”的问题。可以这么说,“违法性”的问题主要系针对被害人(或债权人)而言,亦即被害人(或债权人)为何以及在如何的前提条件下而受法律的保护,相反地,“有责性”的问题,主要系针对加害人(或债务人)而言,亦即加害人(或债务人)为何以及在如何的前提条件下必须负担损害赔偿責任。^[30]

von Caemmerer教授认为,客观不法判断具有三种意义:①由不法性判断,人们可以知道在一定的情形中哪些行为是应做的,哪些行为是允许的,哪些行为是被禁止的;

[25] 参见王泽鉴:《侵权行为》(第一册),第89页;Fikentscher, Schuldrecht, S. 728—729.

[26] Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, S. 362.

[27] Fikentscher, Schuldrecht, S. 728—729.

[28] Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, S. 362.

[29] Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, S. 351f.

[30] 王千维:《民事损害赔偿法上“违法性”问题初探》(上),第5页注7.

- ②对无过错的行为人,相关者可以澄清禁令并通过不作为请求权来预防迫近的重犯;
③对违法行为,受侵害人有权进行正当防卫,即时侵害人无过错。〔31〕

Deutsch 教授则认为违法性具有不独立的和独立的功能。它不独立的功能体现为它和过错一起构成损害赔偿义务的要件。它独立的功能则体现在第 831 条以下的特殊构成以及正当防卫和排除权(Abwehrbefugnisse)中。此时违法行为因为推定过错会引发责任并允许正当防卫和排除(妨害)。在这些情形中,违法性构成最后的以及法律后果产生的决定性的标志,因为这些情形不要求过错的存在。〔32〕他并称违法性具有预防、防卫和赔偿功能。〔33〕

类似地,Wagner 教授也认为违法性具有两项功能。一方面,违法性限制和确定了侵权行为的保护范围,避免一般的过失责任对纯粹财产利益和非人身的人格利益的保护。〔34〕如果损害被指称为“一般生活风险”,它就不是违法的。在事故处理时,为受害人所不知的痛苦/疾病被发现,就是一般的生活风险,不能让事故加害人承担。〔35〕另一方面,违法性的任务在于说明可通过向法院起诉(《德国民法典》第 1004 条中的“停止侵害之诉”)或借助私力而得以防卫的侵害人之行为的前提条件。〔36〕

二、德国侵权行为违法性理论的展开

——以《德国民法典》第 823 条第 1 款为中心展开

在《德国民法典》确立的三种违法类型中,违反保护他人的法律和违背善良风俗明显是行为导向的违法性,特别是第 823 条第 2 款将特别法上的行为义务作为保护性法律的客体,未尽到这一义务总是构成违法。〔37〕而对第 823 条第 1 款中的侵害他人法益的行为的违法性的判断问题,德国学术界出现了重大的理论争议,先后出现了两种不同的理论主张:结果不法说和行为不法说。这些理论主张和注意义务(Sorgfaltspflicht)

〔31〕 von Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrecht, FS für DJT, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1960, S. 129.

〔32〕 Erwin Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1996, S. 163. Siehe auch Jauernig/Teichmann, § 823, Rn. 47.

〔33〕 Erwin Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., S. 165.

〔34〕 MünchKomm/Wagner, § 823, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2004, Rn. 2; Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 10. Aufl., Luchterhand, 2005, S. 45.

〔35〕 Fikentscher, Schuldrecht, S. 296. 代表判例如 BGH NJW 1968, 2287 (Arteriosklerose, 涉及动脉硬化症), BGHZ 66, 398 (Schadensfreiheitsrabatt) 和 BGHZ 58, 162 (Gehweg)。

〔36〕 Kötz/Wagner, Deliktsrecht, S. 45.

〔37〕 Fikentscher, Schuldrecht, S. 298.

是归入有责性阶段 (Schuld) 还是违法性阶段 (Rechtswidrigkeit) 也密切相关,^[38] 从而直接影响了传统的侵权行为三阶层结构的构成。

(一) 第 823 条第 1 款中的违法性的传统判断原理——结果不法说 (Erfolgsunrecht)

1. 结果不法说的内涵

依据《德国民法典》的传统观念,第 823 条第 1 款中要求的违法性在侵害行为符合构成要件的要求后就得到了满足,即只要是导致该条款所规定之法益或权利遭到侵害结果之加害行为,原则上即推定其具有“违法性”。仅于存在违法阻却事由的例外情况下始不具“违法性”。^[39] 这一观念被称为“构成要件符合性征引违法性” (Tatbestandmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit), 也即所谓的“结果不法说”。^[40] 依此见解,加害行为之所以被法律非难而具有违法性,乃因其肇致对权利侵害的“后果”。^[41] 此时,原告仅须证明其权利受到侵害的事实,而加害人可以通过证明存在违法阻却事由 (Rechtfertigungsgrund) 来反驳推定的违法性。^[42] 在这样一种学说下,违法性层面仅仅进行一种消极的判断,违法阻却事由事实上扮演的也就是消极的过滤功能。^[43]

虽然违法性判断的标准是结果,但最终仍是归结到引起结果的行为上,^[44] “结果”只是作为判断有无“违法性”的媒介。^[45] 只是判断行为是否具有违法性的表征。也就是说,即使采结果不法说,其作为违法性评价的,仍是人的行为,而非侵害结果本身;侵害结果不是违法性判断的对象,而只是违法性判断的基础,“结果非价值”是该侵害行为被赋予违法性评价的理由。^[46] 否则,认为结果本身即具“违法性”的性格就和危险责任 (Gefährdungshaftung) 的理论相冲突,因为,危险责任并不以“违法性”和“有责性”作为责任成立的前提,只要有符合构成要件的行为或状态导致法益遭受侵害之现实损害,原则上就成立危险责任。因为危险责任的理论基础是:对于法律所允许的危險源的营运者 (其行为并不违法),因其自危險源的营运中获得利益,原则上就必须毫无保留地承担自该危險源所产生的所有损害风险。如果认为对绝对权等法益遭受侵

[38] Fikentscher, a. a. O., S. 297.

[39] 参见王千维:《民事损害赔偿法上“违法性”问题初探》(上),第 8—9 页。

[40] 参见王千维:同上,第 11 页;王泽鉴:《侵权行为法》(第一册),第 229 页。这里的“征引”有着表征、指示的含义。

[41] 参见王泽鉴:同上书,第 229 页。

[42] 参见王泽鉴:同上书,第 232 页。

[43] 参见林美惠:《侵权行为法上交易安全义务之研究》,第 136 页。

[44] 同上书,第 10 页、第 37 页。

[45] 同上书,第 37 页。

[46] Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, S. 365; 参见王泽鉴:《侵权行为法》(第一册),第 231—232 页;另参见王千维:《民事损害赔偿法上“违法性”问题初探》(上),第 19 页。

害的现实损害结果本身就赋予其“违法性”的性格,则要对危险责任成立的理论做必要的适度修正。^[47]不过,这种赋予结果本身以“违法性”的性格的学说为瑞士的学者所采用,因而在瑞士法中,危险责任也要求“违法性”的要件,而这一违法性仅从结果中推断出来。^[48]

2. 结果不法说的理论依据——因果行为论

结果不法说的主要理由为法规范既已透过实定法规律了绝对权等法益的归属,那么任何人原则上即负有不得侵害他人绝对权等法益的行为义务(例外若有违法阻却事由存在时,始不具该等行为义务),所以一旦发生绝对权等法益遭受侵害之消极结果,与此结果具有因果关系之行为,本于“因果行为论”(kausale Handlungslehre)即显露了违反法规范的性格。^[49]这一学说的理论基础是刑法行为理论中的“因果行为论”(kausale Handlungslehre),^[50]该理论是在受到自然科学实证主义的影响下由德国刑法学者 von List 提出的,其内容是,行为是人的意志所支配的改变外在世界的身体行动,是经由想象以及经由运动神经的内在作用所引致的肌肉的用力。^[51]它是一种外在的自然的过程,是“任意导致的或者没有阻止的对外部世界的改变”,其中的“任意”只是“导致肌肉紧张”或放松的“心理活动”^[52]。它将人在意识支配下实施行为造成结果(法益侵害)这一因果的事物现象视为行为^[53],从而认为行为与结果具有密不可分之关系,结果即可视为行为的一部分,判断是否具“违法性”之重点也就落在了绝对权等法益遭受侵害之消极结果——第一次现实损害结果——上。^[54]

3. 结果不法说下侵权行为的三阶层构造模式

在结果不法说下,违法性并不意味着过错。总体上将它的违法性概念导向结果(法益侵害),区分了客观违法和主观过错,并将可责难的违反注意义务的行为(vorwurfbare Sorgfaltspflichtverletzung)归入了有责性的阶段,而不是违法性阶段。^[55]

[47] 参见王千维:同上书,第19—20页,注68。

[48] Helmut Koziol, Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung, JBl 1998, 619, 620.

[49] 参见王千维:《民事损害赔偿法上“违法性”问题初探》(上),第9页。

[50] Jan Schapp, Grundlage des Bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., Verlag Franz Vahlen München (GmbH), 1996, S. 112. Siehe Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, S. 364.

[51] 参见许玉秀:《犯罪阶层体系方法论探源》,载《政大法学评论》第60期,第3—4页;林美惠:《侵权行为法上交易安全义务之研究》,第144页注48。

[52] 参见[德]冈特·施特拉腾维特/洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,2004年第5版,法律出版社2006年版,第69页。

[53] 参见张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2003年版,第166页。

[54] 参见王千维:《民事损害赔偿法上“违法性”问题初探》(上),第9—10页。

[55] Fikentscher, Schuldrecht, S. 297.

在结果不法说下侵权行为的阶层构造体系即体现为传统的三阶层构造,如下图所示:

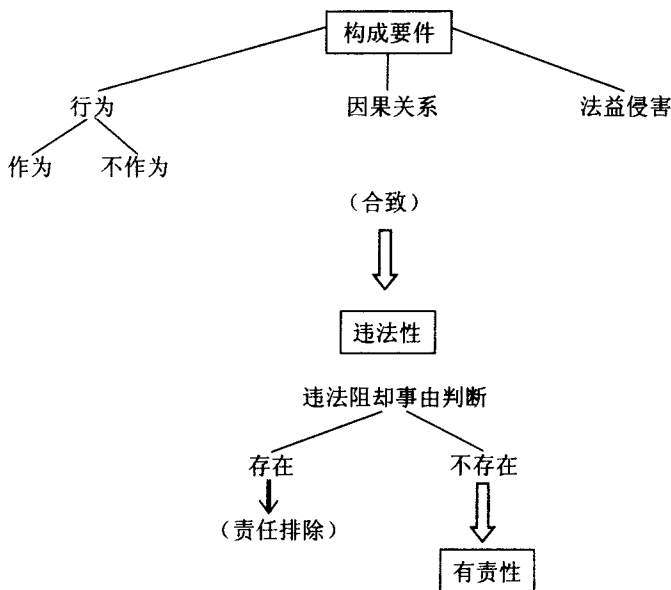


图1 结果不法说下的侵权行为阶层构造

4. 对结果不法说的评价

结果不法说对于被害人绝对权之保护固称周到,但是行为人之行为自由可以说未受到法规范适当的保障,甚至有碍人类社会的发展。^[56]特别是在面对间接法益侵害和不作为侵害的场合,它会不适当地扩大责任人的范围。违法阻却事由固然在某种程度上扮演着一定的过滤和筛选的角色,然而还是无法在法益侵害的框架内合理而周延地界定“违法性”的内涵。^[57]因而这一学说后来逐渐为行为不法说所代替。在 BGHZ 24,21 这一判例中德国联邦最高法院大合议庭所提出的“交通上正确的行为”(verkehrsrichtiges Verhalten)就鲜明地表明了这一趋势。^[58]这一判例的做出引发了德国学者

[56] 参见王千维:《民事损害赔偿法上“违法性”问题初探》(上),第36页。

[57] 参见王千维:同上,第36页;Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, S. 364.

[58] Siehe Larenz/Canaris, a. a. O., S. 364.

之间对违法性和有责性理论的大讨论^[59],不过,德国联邦最高法院及地方法院在其后做出的新判例中仍进一步确认了 BGHZ 24,21 中所采纳的观点。^[60]

不过,就开放的侵害行为的构成要件(offene Verletzungstatbestände)(营业权和一般人格权)而言,结果不法说也否认了结果可以征引违法性,判断其违法性要看,引起损害的行为是否违反了“社会照顾的要求(Gebote der gesellschaftlichen Rücksichtnahme)”(BGHZ 74,9,14 = NJW 1979,1351 = JuS 1979,743)。这些要求描述了在个案中得以具体化的行为义务,在这一领域中结果不法说和行为不法说两种学说不再存在区别。^[61]

(二)行为不法说的兴起和发展

1. 行为不法说(Verhaltensunrecht, Handlungsunrecht)的内涵

借助于 1957 年德国联邦最高法院作出的 BGHZ 24,21 这一判例,传统的结果不法说在 20 世纪 50 年代末 60 年代初遭到一些德国学者的激烈批评^[62],他们认为,单纯的法益侵害并不能得出行为违法的结论,在“违法性”的判断上,同时亦应估计导致此等结果之行为本身,始克周延^[63],即,要对违法性进行积极的判断,这可以通过证明被告的行为不符合适用于所涉情形的特殊的强制规则所施加的行为标准来达成。或者说,被告的行为在违反了施加给所有人的应采取注意不对他人造成损害的一般注意义务时才具有违法性。^[64]若行为并不违反而且完全符合社会活动上一般之注意义务,尽管该行为与绝对权等法益遭受侵害之消极结果具有因果关系,该行为即具有“社会相当性”之行为,便不能断然赋予其“违法性”之性格,而应肯认其为一合法之行

[59] 仅 1957 年到 1960 年间就出现了下述主要文献:K. A. Bettermann, Anmerkung, NJW 1957, 986ff.; W. Haase, Anmerkung, NJW 1957, 1315ff. (Verrichtungsgehilfe im Straßen- und Eisenbahnverkehr); Hans-Carl Nipperdey, Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957, 1777; Zipperlius, R., Erfolgsunrecht oder Handlungsunrecht, NJW 1957, 1707ff.; Erich May, Das verkehrsrichtige Verhalten als Rechtfertigungsgrund, NJW 1958, S. 1262ff.; R. Schmidt, Praktisch wichtige Auswirkungen der neuen Schuldtheorie im Zivilrecht, NJW 1958, 488ff.; Werner Wussow, Zur Lehre von der Sozialadäquanz, NJW 1958, 891ff.; W. Dunz, Das verkehrsrichtige Verhalten, NJW 1960, 507ff.

[60] Schlechtriem, Schuldrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, S. 366. 另参见林美惠:《侵权行为法上交易安全义务之研究》,第 154 页。

[61] Musielak, Grundkurs BGB, S. 401; Palandt/Sprau, § 823, Rn. 25.

[62] Brüggemeier, Deliktsrecht, S. 87. 重要文献参见 Nipperdey, Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957, 1777; Rudolf Wiethölter, Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, Verlag C. F. Müller Karlsruhe, 1960; Esser/Schmidt, Schuldrecht, § 25 IV; Staudinger/Löwisch, § 276. 德国刑法学者 Welzel 于 1961 年出版的 Fahrlässigkeit und Verhersdelikt 一书对这一讨论也有着重要影响。

[63] 参见王千维:《民事损害赔偿法上“违法性”问题初探》(上),第 12 页。

[64] Markesinis and Unberath, *The German Law of Torts*, 4th. ed., Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2002, p. 81.

为。^[65]也即在考虑行为标准时,也应当考虑所谓的社会相当性标准,而作为社会相当性判断之标准的一般的注意义务的范围和内容可以从《德国民法典》第276条中推断出来。总之,政策考量将最终决定这些义务的存在及其界限。^[66]这就是所谓的“行为不法说”(Handlungsunrecht)的基本观点。而这里的社会活动上的一般注意义务主要体现在所谓的“交易安全义务”(Verkehrspflichten)。^[67]

2. 行为不法说的表现形态

就行为不法说的适用范围,德国学者也存在着不同的认识,基本上可分为两大主张:

(1) 区分故意和非故意侵害行为的行为不法说

德国学者通常所称的行为不法说指的就是区分故意和非故意侵害行为的行为不法说。^[68]该学说的代表人物有 Nipperdey、Esser、Wiethölter、Münzberg 等。^[69]

① 区分故意和非故意侵害行为的行为不法说的理论根据——目的行为论

区分故意和非故意侵害行为的行为不法说最初是由 Nipperdey 教授在借鉴德国刑法行为理论中的“目的行为论”(finale Handlungslehre)的基础上而提出的。^[70]

“目的行为论”的提出者为德国刑法学家 Welzel。Welzel 教授认为,因果行为论将行为理解为外部的因果事实现象,把意识的具体内容从意识概念中抽出去,因而不能正确地把握行为的存在与构造。人的行为是实现一定目的的一种活动,它是一种目的事物现象,而不是单纯的因果事物现象。行为的目的性表现在,人以因果关系的认识为基础,在一定范围内预见自己的活动可能产生一定的结果,于是行为人为设立各种各样的目的,选择达到目的的手段,朝着这些目的有计划地进行活动。换

[65] 参见王千维:《民事损害赔偿法上“违法性”问题初探》(上),第12页。

[66] Markesinis and Unberath, *The German Law of Torts*, p. 81.

[67] Siehe Jan Schapp, *Grundlage des Bürgerlichen Rechts*, 2. Aufl., Verlag Franz Vahlen München (Gm-BH), 1996, S. 112.

[68] Hans-Joachim Musielak, *Grundkurs BGB*, 8. Aufl., C. H. Beck, München, 2003, S. 398; Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II/2, S. 365.

[69] Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II/2, S. 365, Fn. 37. (该书并认为持行为不法说的学者还有 Kötz、Brüggemeier 教授等,持类似观点的则有 Stathopoulos 教授,但这些学者的观点在细节问题上也存在区别。)对 von Caemmerer 教授的观点是否可划入这一学说的范畴,存在不同认识。Larenz 教授以及 Sprau 教授等持肯定的意见,不过 Larenz 教授认为 von Caemmerer 教授有着特殊的地位, siehe Larenz, *Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht*, in *Festschrift für Hans Dölle*, Band I, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1963, S. 171; Palandt/Sprau, § 823, Rn. 24. Rosenbach 博士则认为, von Caemmerer 教授实际上并未考虑 Welzel 教授提出“社会相当性”理论,并认为,他的学说也影响了 Larenz 教授,应划入折中说说的范畴中, siehe Armin Rosenbach, *Eigentumsverletzung durch Umweltveränderung*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, S. 28ff.

[70] Nipperdey, *Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht*, NJW 1957, 1777; Larenz, *Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht*, S. 176; 林美惠:《侵权行为法上交易安全义务之研究》,第156页。