



RESEARCH

ON THE ILLEGALITY
IN TORT LAW

侵权法上的违法性研究

曹昌伟◎著



中国政法大学出版社



RESEARCH

ON THE ILLEGALITY
IN TORT LAW

侵权法上的违法性研究

曹昌伟◎著



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目 (C I P) 数据

侵权法上的违法性研究/曹昌伟著. —北京: 中国政法大学出版社, 2017. 10
ISBN 978-7-5620-7785-5

I. ①侵… II. ①曹… III. ①侵权行为—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第239274号

- | | |
|-------|---|
| 出 版 者 | 中国政法大学出版社 |
| 地 址 | 北京市海淀区西土城路 25 号 |
| 邮寄地址 | 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 |
| 网 址 | http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) |
| 电 话 | 010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部) |
| 编辑邮箱 | zhengfadch@126.com |
| 承 印 | 固安华明印业有限公司 |
| 开 本 | 880mm×1230mm 1/32 |
| 印 张 | 9 |
| 字 数 | 220 千字 |
| 版 次 | 2017 年 10 月第 1 版 |
| 印 次 | 2017 年 10 月第 1 次印刷 |
| 定 价 | 39.00 元 |

本书受铜陵学院著作出版基金资助

前 言

Preface

矛盾是事物发展的源泉和动力，侵权法亦然。在侵权法上，权益保护与行为自由是一对基本矛盾，两者始终处于一个相互牵制的动态系统之中。具体而言，如果侵权法规范偏向权益保护，则任何致人损害的行为都应承担责任最为有利，如此势必会严重制约行为自由；反之，如果侵权法规范偏向行为自由，这就要求对行为所带来的损害给予更多的容忍，但因此又会影晌权益保护。权益保护是被侵权人的核心利益，行为自由是侵权人的核心利益，正当、合理的侵权法规范和制度设计要在权益保护与行为自由之间寻求平衡。可以说，本书的写作过程就是对这一平衡的追问过程。

平衡要有一个切入点。权益保护与行为自由的平衡，必须借助侵权法上的概念及制度予以支撑，比如侵权行为、违法性、权益侵害、义务违反、过错、侵权责任归责、责任构成要件等。在这些概念及制度当中，哪一个概念或制度能担重任，扮演“切入点”的角色？笔者认为，违法性是侵权法上的核心概念，其不仅能将侵权行为、权益侵害、义务违反、过错等侵权法上的重要概念串联起来，揭示这些概念之间的内在联系，而且能集中体现权益保护与行为自由之间的平衡关系。

违法性是侵权行为的本质属性，在侵权行为违法性的认定上，应坚持权益侵害与义务违反的统一。保护民事权益是侵权

法的宗旨与目的，行为人无法律上的理由侵害他人受保护的民事权益，其行为具有违法性，权益侵害是违法性的重要内容；就义务违反而言，行为人无正当理由违反侵权法上应履行的义务，其行为也应具有违法性，义务违反亦是违法性所不可或缺。在此框架下，会衍生出一系列需要思考的问题，比如权益侵害与义务违反是否具有同质性？根据权益侵害认定违法性时应否考虑民事权益的属性、类型？何为侵权法上的义务？法官能否创设义务？从义务违反的角度认定违法性应否受到限制？等等，对这些问题的思考和回答构成本书的主要内容。

思考总想有个归宿。侵权责任归责是侵权法的灵魂，是侵权案件处理的落脚点，但就现有侵权责任归责理论而言，抽象有余、实用不足。一个想法应运而生，即能否通过侵权行为违法性认定来实现侵权责任归责？具体而言，在因侵权行为引起侵权责任的场合，紧扣权益侵害、义务违反这两条主线，综合考虑被侵害权益的属性、类型、价值、所违反义务的来源、根据等要素，采用灵活的违法性认定机制，即通过增加或减少违法性认定条件，提高或降低违法性认定标准，实现权益保护与行为自由的平衡，使得侵权责任归责具体化、正当化。对这个想法的论证，是本书的归宿，更是其价值所在。

本书是在我的博士学位论文基础之上修改、完善而成。值此付梓之际，三年的读博生活历历在目，恍如昨日，写作过程中的艰辛与愉悦，唯有自知。如今，将所思所想公之于众，更多的是欣喜。我也深知，因才疏学浅，书中难免有诸多疏漏之处，还望专家、同仁不吝指正。

目 录

Contents

前 言	(1)
导 论	(1)
一、选题的背景	(1)
二、问题的提出及研究价值	(2)
三、国内外研究动态及评析	(7)
四、本书的结构安排	(17)
第一章 违法性与侵权行为	(20)
第一节 侵权行为概念之厘定	(20)
一、侵权行为概念界定之必要性	(21)
二、侵权行为概念界定之现状	(25)
三、侵权行为概念之界定	(34)
第二节 对特殊侵权行为与准侵权行为的思考	(42)
一、特殊侵权行为、准侵权行为概念的提出	(42)
二、从侵权责任的承担看侵权行为的范围	(47)
三、特殊侵权行为、准侵权行为概念的废止	(57)

第三节 违法性是侵权行为的本质属性	(60)
一、侵权行为词义与违法性	(61)
二、侵权行为违法性的内涵	(64)
三、无过错责任情形下的违法性	(73)
第二章 违法性与权益侵害	(77)
第一节 权益侵害是违法性的应有内涵	(77)
一、权利、“法益”与非法律利益	(78)
二、权利侵害与违法性	(83)
三、“法益”侵害与违法性	(88)
第二节 侵权法上权益保护模式的比较与选择	(92)
一、法国侵权法上的权益一体保护模式	(93)
二、德国侵权法上的权益区分保护模式	(97)
三、我国侵权法上权益保护模式的选择	(103)
第三节 权益侵害与违法性的展开与限制	(108)
一、违法性是连接权益侵害与侵权责任的中介	(108)
二、违法性展开与限制的宗旨及手段	(111)
三、违法性展开与限制因素的运用	(117)
第三章 违法性与义务违反	(124)
第一节 义务违反与行为违法性认定	(125)
一、义务在侵权法上的功能	(126)
二、义务违反作为行为违法性内涵的合理性	(128)
三、义务违反与行为违法性的认定	(133)

第二节 制定法上的义务违反与违法性	(137)
一、制定法上的侵权法义务范围	(137)
二、制定法上的义务违反与违法性认定	(147)
第三节 非制定法上的义务违反与违法性	(152)
一、非制定法上义务的产生	(153)
二、一般注意义务违反与违法性认定	(157)
第四章 违法性与过错	(167)
第一节 违法性与过错关系之争	(168)
一、违法性与过错的“合”与“分”	(168)
二、主观过错下违法性与过错的关系	(172)
三、客观过错下违法性与过错的关系	(177)
第二节 故意与过失的区分	(183)
一、故意与过失区分的立法例考察	(183)
二、故意与过失的区分	(189)
三、故意与过失区分的意义	(195)
第三节 过错与违法性关系之定位	(196)
一、过错与违法性统一的基础	(197)
二、过错与违法性的互动关系	(201)
三、通过违法性认定过错的一般方法	(205)
第五章 违法性与侵权责任归责	(211)
第一节 归责与归责事由	(212)
一、损害填补与侵权责任归责	(213)
二、归责事由与归责原则	(215)

三、归责事由与归责原则关系的定位	(221)
第二节 多元化的归责事由及其体系	(225)
一、不同类型侵权责任发生的原因	(226)
二、不同类型侵权责任下的归责事由	(230)
三、归责事由的体系化	(237)
第三节 违法性在侵权责任归责中的地位	(240)
一、从违法性与过错的关系看违法性作为归责 事由的可能性	(241)
二、高度危险、特殊关系归责事由下违法性归责 事由的可能性	(246)
三、违法性在侵权责任归责中的地位	(249)
结 论：违法性对侵权责任法的启示	(253)
一、侵权责任法的应有理念：权益保护与行为 自由的平衡	(253)
二、在违法性的认定上应坚持义务违反与权益 侵害的统一	(256)
三、突出违法性在侵权责任认定中的作用	(260)
参考文献	(264)
后 记	(276)

一、选题的背景

侵权法是有关损害填补的法，侵权法填补损害的手段主要是侵权责任的认定和承担，侵权责任的认定和承担构成侵权法的核心内容，侵权法上的诸多制度和规范都是围绕侵权责任的认定和承担展开的，因此从这个意义上而言，侵权法又是有关侵权责任的法。然而，侵权责任的认定关系到侵权人、被侵权人的切身利益，在特定情形下还会影响到不特定第三人的利益、行业利益、公共利益等，甚至会对一国社会经济的发展、文化、价值观念、风俗习惯等产生重要影响。正当的、合理的侵权责任认定应建立在对各方利益进行认识、评价、判断、权衡的基础之上，以求得各方利益的协调与平衡。侵权责任认定的本质即直接对当事人利益进行调整，间接对社会一般人利益进行调整的有关利益平衡的作业。^{〔1〕}侵权人、被侵权人是侵权案件的基本当事人，侵权责任的认定和承担直接关系其切身利益。就侵权人而言，侵权责任的承担对其来说是一种负担，同时意味

〔1〕 胡雪梅：《“过错”的死亡——中英侵权法宏观比较研究及思考》，中国政法大学出版社2009年版，第23页。

着侵权法对其行为的否定,因此侵权责任的认定和承担实际上扮演着行为自由划定的角色;就被侵权人而言,侵权责任的承担在于填补其所受到的损害,同时意味着其遭受损害的权益为侵权法所保护。由此可见,权益保护、损害救济、行为自由构成侵权责任认定和承担的核心利益,侵权法是有关侵权责任的法,因此对这些核心利益的规范构成了侵权法的主要内容。

侵权法的“灵魂”是要在权益保护、损害救济与行为自由之间寻求平衡。权益保护与行为自由是一个相互牵制的动态系统,如果将侵权法比喻成一座钟,权益保护、行为自由就是钟摆的两极。如果侵权法规范偏重权益保护、损害救济,则任何致人损害的行为都应承担责任最为有利,如此势必会严重制约行为自由,造成动辄得咎的困境,不仅损害个体从事行为的积极性,而且在一定程度上会影响社会的自由竞争和社会经济发展的活力。反之,如果侵权法规范偏重行为自由、鼓励竞争、刺激经济发展,这就要求对行为所带来的风险和损害的救济给予更多的限制,如此势必会影响权益保护的程度。正当的、合理的侵权法规范要平衡侵权人、被侵权人的利益,并能平衡个体利益与社会利益、公共利益等,从根本上说要在权益保护、损害救济与行为自由之间找到平衡点。

二、问题的提出及研究价值

侵权法规范要达到权益保护与行为自由之间的平衡,必须借助侵权法上的概念及制度予以支撑,比如侵权行为、违法性、过错、侵权责任归责、责任构成要件等。违法性是侵权行为的本质属性,侵权行为的违法性表面上看是行为人违反了侵权法的强制性或者禁止性规定,但从实质意义上来看其表现为行为人无法律上的理由违反侵权法上应履行的义务而侵害他人受侵

权法保护的权益。就义务违反而言,侵权法规范的主要内容在于为行为人设置应履行的义务,行为人违反侵权法的强制性或者禁止性规定,即违反了侵权法所设置的义务。义务表现为行为人为一定行为或者不为一定行为的约束,其是行为自由的对立面,侵权法规范设置义务的过程即是一个行为自由划定的过程,行为人违反其应履行的义务实际上是对侵权法所划定的行为自由的侵害;就权益保护而言,其是侵权法的宗旨与目的,行为人侵害他人受侵权法保护的权益,违反了侵权法的宗旨,因而其行为一般具有违法性。由此,违法性概念能将权益的保护与行为自由联系起来。权益保护与行为自由是侵权责任认定的核心,对权益保护、行为自由的规范构成侵权法的主要内容,侵权责任的认定、侵权法规范的设计与适用都要在权益保护与行为自由之间寻求平衡。^{〔1〕}既然违法性概念能将权益保护与行为自由联系起来,违法性能否实现权益保护与行为自由之间的平衡,能否通过违法性建立起权益保护与行为自由的动态平衡机制,便成为一个具有研究价值的问题。

(一) 违法性能够在权益保护与行为自由之间起到调和的作用

侵权法是保护民事权益的法,侵害他人受侵权法保护的民事权益给他人造成损害的,一般即表明这种侵害行为具有违法性,有时甚至无须造成损害,只要行为对受保护权益的享有构成实质上的妨碍,这种行为即具有违法性。但从另一角度看,并非任何造成他人民事权益损害或对他人民事权益的享有构成实质妨碍的行为都是违法行为,比如因正当防卫、行使权利或职权、正当竞争等给他人造成损害的,虽然造成他人权益损害

〔1〕 侵权法是关于侵权责任的法,有关侵权责任认定和承担的规则构成侵权法规范的主要内容,侵权法规范适用的过程实际上就是侵权责任认定的过程。

的结果,但这些行为一般并不具有违法性。其实在判断行为的违法性时,除了要考察该行为是否侵害了他人的民事权益、是否造成损害等以外,还要判断该行为是否违反了与该权益保护密切相关的义务,只有违反应履行义务同时侵害他人权益的行为才具有违法性。从义务违反的角度来看,有些义务是侵权法规范明确规定了的,行为人违反这些应履行义务的,其行为一般具有违法性。但是在某些侵权案件中,是否存在侵权法上应履行的义务,侵权法规范没有作出明确规定,此时法官就要对行为人应履行的义务作出判断,然而法官在判断是否存在应履行的义务、存在什么样的义务、行为人是否违反此种义务等时,又受所保护权益的属性、价值、损害程度等因素的影响。

权益保护与义务违反在本质上是相通的,保护权益、救济损害是目的,违反应履行的义务承担侵权责任是手段。一般来说,有权益保护的地方往往存在着应履行的义务,规定义务履行的地方往往隐藏着对某种权益的保护。在侵权个案中,应该将通过权益保护找义务与通过义务违反找权益相结合,如此不仅能最大限度地实现对受害人权益的保护、对损害的救济,还能通过对应履行义务的审查和控制保证损害救济的正当性。违法性将权益保护与义务违反串联起来并游离期间,这为违法性平衡权益保护和行为自由之间的关系提供了可能。

(二) 违法性的认定不仅有利于侵权法的适用,而且会促进侵权法的发展

就民事权益侵害与违法性来看,民事权益包括民事权利、受法律保护的民事利益和现有立法未予明确规定和保护的一般利益。侵害民事权利中的绝对权的,在没有违法阻却事由存在的情况下,一般可直接认定其违法性;对于尚未上升为民事权利但现有立法予以保护的利益,侵害此种利益的,则先要探究

保护该种利益的法律的目的,判定受害人是否在该法律目的保护范围之内,受害人的损害是否该法律予以救济的范围,而对法律目的、法律保护范围的判断往往包含着价值判断和利益衡量。对于现有立法没有规定、没有明确予以保护的利益,要综合考虑该利益的价值、造成该利益损害的程度、对该利益的保护对其他人利益的限制、侵害人的行为是否公然违反法律的一般原则和精神、社会的公共利益、公序良俗、社会道德等因素来决定其是否违法,从而决定是否给予侵权法上的救济,这个过程更是一个价值判断和利益衡量的过程。就义务违反与违法性来看,对法律明确规定的义务的违反比较容易判断,但法律不可能对个体所应履行的义务作事无巨细的规定。就侵权个案而言,在法律未对义务作出明确规定的情况下,是否存在侵权人应履行的义务,侵权人是否违反了应履行的义务,往往要综合考虑行为的性质、样态、行为效益、对该行为限制的正当性、对相关行业发展的影响等因素来决定,因此需要进行价值上的判断和利益上的衡量。

侵权法的生命在于适用,英美侵权法内容的丰富和规则的灵活即是明证。同样地,在以法国、德国为代表的大陆法系国家,有关侵权法的判例对侵权法的发展起到了巨大的推动作用。而在我国,有关侵权法的适用往往紧随侵权法的成文法规则,侵权法适用的灵活性不足,侵权法的判例对侵权法的推动作用没有得到充分发挥。违法性认定过程中的这种价值上的判断和利益上的衡量,不仅会增加侵权法规范适用的灵活性和妥当性,价值判断和利益衡量的方法和应考虑的因素又能大大丰富侵权法的内容,促进侵权法的发展。

（三）通过违法性认定进行侵权责任归责有利于增进归责的可接受性

传统侵权法理论认为，责令侵权人承担侵权责任的根据是侵权人的过错或无过错。无过错表明侵权人在承担侵权责任时，无须考虑其有无过错，无过错不能真正揭示在这一类侵权样态中侵权人承担侵权责任的根据。对于什么是过错，各国立法往往都不作界定，各国有关侵权法适用的实践及学术对过错的理解又不一致。有人认为过错是侵权人从事侵权行为时的心理状态，有人认为过错是违反应履行义务侵害他人权益的违法行为。如果认为过错是违反应履行义务而侵害他人权益的违法行为，这与违法性的本质一致；如果认为过错是行为人从事侵权行为时的一种心理状态，在责令侵权人承担侵权责任时，则要探究侵权人实施侵权行为时的心理状态，对行为人此种真实的心理状态的探求，有时是非常困难甚至是不可能的。在侵权法适用实践中，侵权纠纷的裁判者在裁判文书中往往都不对侵权人的心理状态作过多的阐述，甚至只用“侵权人有过错”一笔带过，对过错的认定流于形式。

一般来说，行为都是在意识的支配、控制下进行的，意识是行为的内在驱动力，行为是意识的外在表现，通过对行为的考察可推知行为人的心理状态。就侵权行为而言，行为人实施违反应履行义务侵害他人权益的行为，表明侵权人有侵害他人权益的意图或者对自己的行为会侵害他人权益持一种冷漠或者不注意、不谨慎的态度。从违法性角度认定过错，即使认为过错是侵权人的心理状态，此种心理状态一般也可通过违反应履行义务侵害他人受保护权益的行为进行认定，此种认定方法既客观容易操作，又可通过权益筛选、义务控制等方法进行限制。因此，通过对权益侵害、义务违反的考察责令侵权人承担侵权责任，

与以过错作为根据追究其侵权责任相比,不仅在损害救济的效果上一致,而且能使侵权责任认定具体化,增强了侵权责任认定的可操作性,有利于提高侵权人对自己承担侵权责任的认可度。

三、国内外研究动态及评析

(一) 国内研究动态及评析

1. 违法性的内涵: 权益侵害抑或义务违反

侵权行为是违法行为,违法性是侵权行为的本质属性。^{〔1〕}换言之,只有当某个行为具备违法性属性时,该行为才有可能成为侵权行为。但是对于何为侵权行为的违法性,我国学界却有着不同的理解:一种观点认为,违法性是指侵害了他人权益。^{〔2〕}在此类观点当中,个人之间的看法又存在着差异,有人认为只要侵害了他人受法律保护的利益就构成了违法性;有人认为只有在侵害他人绝对权益的情况下才存在违法性;甚至有人认为只有在侵害他人绝对权利的情况下才构成违法性。就侵权法的保护对象而言,认为是民事权益,但对民事权益范围的认识并不一致:有人认为民事权益包括民事权利和法律所保护的民事利益;有人认为除此之外还应包括现有法律虽未明确予以保护,但依法律精神和一般规则应予保护的一般利益。就权益位阶而言,很多学者都没有具体论及民事权益的位阶,虽有学者提出权益的位阶,也只是将民事权利和民事法益区分开来,没有进

〔1〕 王泽鉴:《侵权行为法第一册:基本理论·一般侵权行为》,中国政法大学出版社2001年版,第59页;胡雪梅:《“过错”的死亡——中英侵权法宏观比较研究及思考》,中国政法大学出版社2009年版,第14页;王利明:“侵权行为概念之研究”,载《法学家》2003年第3期;尹志强:“侵权行为概念分析”,载《比较法研究》2005年第4期;等等。

〔2〕 叶金强:“侵权构成中违法性要件的定位”,载《法律科学》2007年第1期;张金海:“论违法性要件的独立”,载《清华法学》2007年第4期;等等。