

# 侵权行为之概念研究

沈琥天

(扬州大学 法学院,江苏 扬州 225009)

**摘 要:**侵权行为迄今为止没有统一的概念。大陆法系界定侵权行为往往与侵权责任相关联,英美法系则侧重于与违约行为的区别。行为人实施侵权行为并不一定需要承担侵权责任。侵权行为成立的要件不同于侵权责任的构成要件,不能以过错、损害事实对侵权行为作出定义。侵权行为的本质要件就在于行为的违法性;违法性的认定以行为人是否违反法定义务为依据,使侵权行为与违约行为区分开来;而违法性的内容是行为人侵害他人受法律保护的人身和财产权益,又使侵权行为与犯罪行为区分开来。

**关键词:**侵权行为;侵权责任;违法性;法定义务

**中图分类号:**DF5;DF6

**文献标志码:**A

**文章编号:**1672-8580(2011)05-0039-07

侵权行为是侵权法一个重要的概念,侵权行为的界定是侵权法理论研究的出发点,因为“侵权行为的概念涉及到对侵权行为侵害对象的判断、侵权行为法所保障的权益范围的界定以及侵权责任的构成要件等多方面的问题”<sup>[1]</sup>。但是,对于这样一个重大的概念,迄今为止,无论在立法上,还是在学说上,都没有统一的、能为人们共同接受的定义。我国《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。本法所称民事权益,包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”不少学者据此认为,我国侵权法中的侵权行为就是指侵害民事权益依法应当承担侵权责任的行为。本文通过比较我国和其它主要国家在立法及理论层面上有关侵权行为的不同规定及定义,进而从侵权行为的构成要件和与相关行为的区分两个方面展开,对侵权行为作出笔者自己的界定。

## 一、侵权行为概念的比较考察

侵权行为的概念直接源于罗马法的私犯概念,但由于罗马法实行加害原则,对侵权行为采取的是列举的方式,尚未发展到抽象出侵权行为一般定义的程度。历史上首次使用侵权行为这个概念的是《法国民法典》,其通过第 1382 至 1386 的 5 个条款对侵权行为作出了规定。其中,第 1382 条规定:“任何使他人受到损

害时,因自己的过失使损害发生之人,应对他人负赔偿责任。”第 1383 条规定:“任何人不仅对因其行为所引起的损失,而且对因其过失或疏忽所造成的损失负赔偿责任。”可见,《法国民法典》是从赔偿责任的角度对侵权行为予以表述,同时突出侵权行为的本质在于过错。大多数法国学者就此认为侵权行为实际上是一种损害赔偿的责任。《德国民法典》重视理论抽象,希望通过最具概括性的规定涵盖所有的侵权行为。法典第 823 条第 1 款规定:“因故意或过失不法侵害他人生命、身体、健康、自由、所有权或其它权利者对所生损害应负赔偿之责”,第 2 款规定:“违反以保护他人为目的的法律者,负相同的义务”;第 826 条规定:“以违背善良风俗的方法故意加害他人,应负损害赔偿责任”。相较于《法国民法典》而言,《德国民法典》更强调侵权行为的不法性,但确切地说仍只是从违反义务的角度对侵权行为的责任作的规定。“德国学者对侵权行为下的定义也大多是以不同形式再现了法律条文”<sup>[2]</sup>。《日本民法典》主要参照德国 1888 年和 1890 年的民法典草案修正案,在有关侵权行为的表述上依然着重于与责任的关联,其第 709 条规定:“因故意或过失对他人权利造成损害,或因特殊侵权行为而造成他人损害时,加害人应负赔偿责任”。

不难发现,大陆法系主要国家的民法典似乎更倾向于界定侵权行为的责任,而非揭示侵权行为的含义。

收稿日期:2011-05-22

作者简介:沈琥天(1986-),男,江苏吴江人,主要研究方向为民商法学、刑法学。

网络出版时间:2011-7-26 网络出版地址:<http://www.cnki.net/kcms/detail/51.1676.C.20110726.1132.005.html>

学者们也主要围绕法典的规定来理解侵权行为。正如一位比较法学者指出的,“大陆法的法学家们并没有什么侵权行为的概念。他们在表述中宁可使用‘责任’这个字眼”<sup>[3]</sup>。不过,这里值得一提的是20世纪90年代制定的《荷兰民法典》。其第162条规定:“对他人实施了可归责的不法行为的人有义务对该不法行为对他人造成的损害进行赔偿;在认定一个不法行为时,它是对权利的侵犯和违反法律上或不成文法上的利益的作为或不作为,但是有合法正当理由的除外;加害人因自己的过错造成损害或者依据法律或社会共同观念其对损害负有责任时,加害人对侵权行为承担责任。”很明显,《荷兰民法典》将侵权行为与侵权责任相区别,并以不法性总括所有侵权行为,同时对不法行为的认定采用“侵害权利和法益以及依据法律或社会共同观念来确定是否负责两种标准”<sup>[4]</sup>。可见,从侵权行为的含义上来看,《荷兰民法典》相对于其它大陆法系国家法典的规定更具有启示意义。

在英美法系中,Tort(侵权)在外延上是一个非常广泛的概念,适用于各种对权利的侵犯,可以说只要利益受到侵害就可以提起侵权之诉。因此,从严格上来说,英美国家不存在抽象的侵权行为,只有各种具体的侵权行为,即“可依一定条件对之提起诉讼的作为或不作为”<sup>[5]</sup>。英美法关于侵权行为的定义大多是由学者从审判实践中归纳总结出来的。如英国著名学者温菲尔德认为:“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,违反此种义务的补救方法,就是对未清偿的损害赔偿的诉讼。”<sup>[6]</sup>而英国另一名学者约翰·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。”<sup>[7]</sup>美国学者莫里斯也指出:“如果简单地概括侵权行为,可以说它是私法上的过错。”<sup>[8]</sup>根据《牛津法律大辞典》的解释,“侵权行为表示可以引起民诉的伤害或不法行为,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,这种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”<sup>[9]</sup>。总之,由于判例法的传统,英美法对侵权行为的定义较少与侵权责任相联系,其更侧重于与违约行为的区别来说明,或者认定侵权行为是一种违反法定义务或普遍注意义务的行为,或者直接视侵权行为为私法上的过错。

我国《侵权责任法》于2010年7月1日起正式施行。杨立新先生指出,我国侵权法设置了大小搭配的双重侵权责任一般条款。其中第2条是作为大的侵权责

任一般条款,可以涵盖所有的侵权行为;第6条第1款是作为小的侵权行为一般条款,针对一般侵权行为<sup>①</sup>。因此,简单地说,侵权行为就是侵害民事权益需承担侵权责任的行为。而在《侵权责任法》之前,我国关于侵权行为的规定主要体现在《民法通则》第106条:“……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。没有过错,但法律规定应当承担民事责任的,应当承担民事责任。”王利明先生据此认为:“侵权行为是指行为人由于过错侵害他人的财产、人身,依法应当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它损害行为。”<sup>[10]</sup>张新宝先生也认为:“侵权行为是民事主体非法侵害他人法定的民事权利和利益,依民法规定应当承担民事责任的行为。”<sup>[11]</sup>由此可见,虽然我国学界已将侵权行为与侵权责任相区分,明确认定侵权行为是一种行为,但在定义时将责任作为侵权行为概念的一个要素。与此同时,学者们对侵权行为的具体构成也没有形成一致的意见。

通过考察主要国家关于侵权行为的定义,我们能够发现,要想对侵权行为作出准确的界定,必须弄清楚以下两个问题:其一,侵权行为与侵权责任的关系:侵权行为是否就可以视为侵权责任,或者界定侵权行为是否有必要考虑主体所应承担的侵权责任。其二,侵权行为的构成要件:在以上的比较分析中,侵权行为的定义往往包含过错、违法性、损害事实等因素,但所集中的这些因素是否又真正是侵权行为的要件。其中,第一个问题是解决第二个问题的前提。

## 二、侵权行为构成要件探讨

在探讨侵权行为构成要件之前,首先就需要理清侵权行为与侵权责任的关系。一方面,从概念属性上看,“侵权行为”是“行为”。法律意义上的行为依据是否具备意思表示的要素,一般可以将其分为法律行为和事实行为。“事实行为者,基于事实之状态或经过,法律因其所生之结果,特付以法律上效力之行为也。”<sup>[12]</sup>侵权行为就属于事实行为,法律并不考虑行为人在实施行为时其主观上是否具有意欲变动法律关系的意图以及该意图的内容,只要行为人的行为符合法律的规定,就能直接发生一定的法律效果。换言之,侵权行为是一种客观的,能对外界造成实际影响的行为。而“侵权责任”侧重于“责任”。由于侵权法将原本属于绝对权请求权的内容也归入侵权责任承担的方式,我国法上的侵权责任不仅仅是损害赔偿的责任,还包括停止侵害、排除妨碍、消除危险等责任。总之,侵权责任是指特定主体所承担的不利的法律后果。另一方面,从功能实现上

看,侵权行为只是一种外在表示,只要该行为侵害了他人的合法权益,对受害人而言就是侵权行为。但侵权责任主要是为了实现保护权利人行为自由和救济受害人民事权益间的平衡而在法律上设置的责任制度。在某种程度上,侵权责任本身起着限制责任人负担不利后果的作用。也就是说,特定主体实施侵权行为并不一定要承担侵权责任,还需符合其他的因素,如因果关系、过错等,另外,如果存在免责事由,主体也不需要承担责任。因此,侵权行为成立的要件不同于侵权责任的构成要件,定义侵权行为应独立于侵权责任,否则容易混淆两者的关系,也会无故缩小侵权行为的范围。

遵循着这一思路,下文就具体探究侵权行为的构成要件。通过分析过错、违法性、损害事实三个主要争议的要素来揭示侵权行为的含义。

### 1. 侵权行为与过错

过错在本质上是一种主观心理状态。根据我国学界的通说,过错可以分为故意和过失。“所谓故意,是指行为人明知自己的行为可能产生某种法律后果,而仍然进行此种行为,有意促成该违法后果的发生。所谓过失,是指行为人对自己的行为可能产生的违法后果应当预见、能够预见而竟未预见到,或者虽然预见到了却轻信其不会发生,以致造成违法后果。”<sup>[13]</sup>虽然有不少学者提出所谓的“客观过错说”,但该学说主要是从客观行为的角度来判定行为人主观过错的有无,即事先为行为人设置了一定程度上的行为标准,它们或者强调结果或者强调过程和手段,行为人的行为若不符合这种标准就表明行为人存有过错。可见,客观说只是过错判断标准的客观,其判断对象还是行为人的心理态度,并没有否定过错的主观性质。笔者认为,过错不应当是侵权行为的构成要件。

首先,侵权行为是一种事实行为,其成立并不考虑行为人实施侵权行为时的主观状态。一般而言,只要行为客观上存在侵害性,就能被认为是侵权行为。而过错作为行为人的心理态度主要是确定特定主体是否承担侵权责任以及责任大小的一个因素。过错责任是侵权法最为基本的归责原则。它的最大特点就是以过错作为责任人归责的基础。具体来说,尽管侵权人实施了侵权行为,但若其主观上不具有过错,侵权人仍不需要承担侵权责任。此外,如果受害人也有过错,就可以适当减轻甚至免除责任人的责任。不难看出,过错只可能是侵权责任的构成要件,其与行为本身的侵害性没有必然的联系。

其次,在现代社会,随着科学技术的广泛运用,意外事故频繁发生。很多场合,即使责任人已经尽到最大

程度的注意,其主观上不存在过错,仍然会给他人造成严重损害,而且相关经营活动往往是经依法许可的,活动本身对社会有益,很难认为责任人具有道德上的可谴责性。为此,各国侵权法的无过错责任原则得以建立并呈现扩大的趋势。无过错责任是指责任人承担责任不考虑过错,其中势必包含行为人实施行为没有过错但法律规定应承担侵权责任的情形。可见,过错已不再是侵权行为的“唯一”,过错侵权行为只是侵权行为的下位概念,以过错界定侵权行为并不能涵盖所有的侵权行为类型。正如王泽鉴先生所说的那样:“故意或过失非属侵权行为概念所必要,侵权行为的成立不以故意或过失为要件的亦属有之。”<sup>[14]</sup>

### 2. 侵权行为与违法性

违法性是法律对行为的否定性评价,当行为人的行为侵害了法律所保护的利益时,违法性通常便成为该行为的一种属性。而关于违法性的具体判断标准主要有结果违法说和行为违法说。结果违法说认为只要法律所列举的权利和利益受到侵害,违法性因素自动满足。但这一理论受到拉伦茨等一批学者的批判,他们认为不能仅因某一行为造成了他人绝对权等法益受侵害的消极后果而直接推定该行为具有违法性,还应积极考察该行为是否违反了社会生活上的一般注意义务,即行为违法说。其实在实践中,这两种学说就绝大多数案件而言产生的审判结果是同样的,因为两者的“违法”都直接体现为责任人对他人权益的不尊重,但是具体评判“行为”违法的时间维度有所不同<sup>②</sup>。笔者认为,侵权行为的界定离不开违法性。

首先,无论是从侵权行为的产生还是从现有的含义来讲,侵权行为一词本身就带有不法性的因素。英语中的“tort”源于拉丁文的“tortus”,原意为扭曲、扭坏或歪曲;在德国法中,人们常常用“unerlaubte handlung”(不许行为)或者“delikt”(不法行为)来表述,其含义是对他人利益的不法侵害;而在法国法中,侵权行为的法文称谓为“delit”,意即不法行为<sup>[15]</sup>。可见,不管是大陆法系还是英美法系,侵权行为一词都反映着一种对法律或某种社会公认的道德标准的偏离。与此同时,“违法性概念所内含的利益衡量因素也体现了社会一般的价值判断因素:认为某种行为因缺乏正当性而被赋予了‘侵害’的性质,故是侵权行为”<sup>[16]</sup>。由此可知,侵权行为的本质要件就是行为的违法性。

其次,从必要性上看,将违法性作为侵权行为的必要要件能够合理限制侵权行为的范围,使侵权行为能充分发挥其作为侵权责任一个要件的作用。虽然侵权

行为不同于侵权责任,但责任人承担侵权责任必然存在侵权行为。若将任何侵害或触动他人权益的行为均称为侵权行为,那么就会极大束缚行为人的自由。因为稍有不慎,行为人就能成为侵权人,当符合侵权责任的构成时,又要承担侵权责任。为了防止侵权,行为人只能小心翼翼,这无疑会阻碍社会的进步。而采纳违法性的本质时,若行为人侵害了不受法律保护的利益,或者存在其它的违法阻却事由,行为人尽管实施了侵扰行为但因为行为不具有违法性而不是侵权行为,行为人也就不需要负担不利后果。

因此,侵权行为应该具有违法性的要件,正如有学者指出的,“侵权行为的本质在于侵害他人权益的不法”<sup>[4]</sup>。现在的关键问题就在于如何认定违法性。在笔者看来,违反法律的禁止性规定当然是违法,但仅以此来认定违法性显得有些狭隘。当行为人违反依据法律原则确定的不得侵害他人权益的注意义务时,其行为也即具有不法性或否定性。只有这样理解,才能更好地维护受害人的利益。不过,从另一角度看,这两项内容实则可以认为是一项,即违法性是行为人对法定义务的违反。

### 3. 侵权行为与损害事实

从广义上来说,侵害他人权益本身就是对他人权益造成的损害,但法律上通常认可的损害在更严格意义上仅仅指受害人所遭受的特别的不利或现实损害,既包括物质的损害,也包括人身伤害、死亡和精神损害。很多学者将损害事实看作构成侵权行为的必不可少的要件。王利明先生就指出,“仅有行为而无损害,不构成侵权行为”,“各种侵权行为引起程度不同,所造成的后果也不完全相同,轻微的侵权行为,可能造成的损害后果微小,但无论如何,没有损害后果,并不构成侵权行为”<sup>[4]</sup>。一般情况下,侵权行为会造成损害事实,这是常态,但不能绝对到任何侵权行为都会使受害人受到实际损害。

在英美侵权法,有名义上的损害赔偿和实质上的损害赔偿之分。所谓名义上损害赔偿是指受害人虽有权利要求赔偿,但并没有造成现实损害后果时,用以确认所被侵害的权利而进行的损害补偿。与该赔偿相对应的就是“自身可诉性”侵权行为,即权利受侵害就构成诉因侵权行为,主要包括各种类型的非法侵入、文字诽谤、口头诽谤的部分形态和私侵扰的部分形态。在大陆法系,意大利等部分国家存在“生物学上的损害”的概念。该损害以宪法对人身权益的保护为依据,将身体或健康上的伤害本身看作是一种损害,不以财产损失和精神损害为前提。它所保护的利益是生理——心理的完整

性,其目的是通过改变损害的含义而提供给受害人不受受制于以现实损害为要件的侵权法上的“基本保障”<sup>[3]</sup>。另外,比利时最高法院在一份判决中也清楚地写道,“权利上遭受的不利并不必然导致损害”。德国联邦最高法院承认了对经营权的侵犯,但却否认了损失的存在<sup>[7]</sup>。在我国,根据《侵权责任法》第15条的规定,赔偿损失仅是侵权责任的一种方式。当物权等绝对权受到侵害或有侵害之虞时,权利人就有权要求侵权人停止侵害、排除妨碍、消除危险等。可见,没有损害结果的侵权行为是存在的,并非没有损害事实就构不成侵权行为。

其实,损害事实作为行为所造成的现实后果只是侵权赔偿责任的构成要件,正如过错只是侵权责任的构成要件。侵权行为强调的是侵害,“侵害”在本质上涉及的是利益的衡平和权利行使的正当性,并以违法判断为其实质;而损害事实强调的是对他人权益造成的消极结果,强调受害人受到的实际损失。从因果关系上看,侵权行为是因,损害事实是果。在犯罪学的理论中,有“犯罪预备”,也有“犯罪未遂”。这些行为即使未产生损害事实,但并不影响其行为的不正当性。因此,侵权行为的界定应当将损害事实排除在侵权行为的内涵之外,需从侵权人的行为对受害人实现自身权益所进行干预的角度作出定义。

通过分析,违法性是构成侵权行为必要的因素,过错、损害事实并不是侵权行为成立的要件。那么,是否就可以以“违法性”直接界定侵权行为?有一些学者便支持这样的观点,认为侵权行为是指行为人侵害法律所保护的他人合法权益的行为<sup>[4]</sup>。从概念本身来看,笔者认为有待商榷。

### 三、侵权行为概念的界定

按照逻辑学的要求,概念应当反映事物的本质属性。给一个概念下定义要遵循“种差+属”的规则进行。所谓“种差+属”的规则,是指定义某一概念时,应确定与其处于同一层面的其它概念和被定义的概念之间的区别,加上与它们最邻近的属概念。侵权行为的本质要件在于行为的“违法”,但是违约行为和犯罪行为在不同程度上也“侵害”了他人受法律保护的权利,故也可以认为具有非法性。因此,笔者认为,不能仅以“违法性”来界定侵权行为,还必须考虑侵权行为与其它相关行为的区别。

#### (一)与相关“不法行为”的区别

“侵害”即侵袭触犯的意思,体现行为人的主动违法。这里,笔者将侵权行为与违约行为及犯罪行为进行比较。

#### 1. 侵权行为与违约行为

违约行为通常是指合同当事人不履行或者不适当履行合同义务的行为。侵权行为与违约行为的区别其实是很明显的。比如侵权行为是侵权人直接侵害他人权益的行为,具有独立性;而违约行为是违约人违反合同约定的行为,以合同的有效存在为前提。侵权行为侵害的客体主要是绝对权,且损害对象不是单一的;而违约行为侵害的客体是因合同产生的债权,属相对权,违约人的损害对象则是单一的。侵权行为的主体是不特定的,不一定必须要求为完全行为能力的人;而违约行为的主体是特定的,仅限于合同当事人,只能是具有民事行为能力的人等。通过两者的比较,从定义侵权行为的角度来看,笔者认为,侵权行为与违约行为最根本的区别就在于两者违法性的认定有不同:侵权行为的违法是侵权人对法定义务的违反,但违约行为的违法是违约人对约定义务的违反。

侵权人的法定义务既来源于法律的禁止性规定,又包括依据法律原则确定的不得侵害他人人身和财产的义务,由此可知,侵权人承担的是广义上的法定义务。不过,这又引发另外一个疑问:这种广义的义务是不是侵权人对世人普遍承担的义务?英美学者定义侵权行为注重与违约行为的区别,不少人认为侵权行为违反的就是针对一般人的注意义务,而不是当事人间的特定义务。笔者以为回答这个问题需要将其与侵权行为的违法性要件联系起来。前面已经知道,违法性能够限制侵权行为的范围,不能认为任何侵害他人权益的行为都是侵权行为。既然如此,作为具体认定行为违法性的法定义务应当遵循违法性要件的限制性功能,该义务也就不能是过于宽泛的普遍性义务。正如张民安先生所指出的,“法律应当鼓励人们去积极创造,努力进取,并在社会经济活动中开展广泛的竞争,通过民事义务这一手段去限制行为人所承担的法律范围,防止行为人所承担的责任过重而影响公共利益实现”<sup>[8]</sup>。那么,究竟如何判断侵权人这种相对特定的法定义务呢?对于第一种类型,由于有法律的规定,可以直接予以适用;而第二种类型,笔者认为可以主要依据法律原则在“可预见性”理论下进行判断,即若行为人在实施行为时能够预见到他的行为可能会侵害他人的权益,行为人则应负有不得侵害他人的注意义务。至于违约人的约定义务,它就来源于合同当事人的特别约定。通过当事人的约定,有效成立的合同就在他们中发生法律效力,若当事人违反合同,其行为也即具有违法性。约定义务直接根据具体约定的内容予以认定,属于当事人意思自治的范畴。

有些学者不赞同以法定义务来界定侵权行为,一是因为法定义务的内涵较为抽象,不易把握;二是因为缔约过失属于法定义务的违反,但我国目前却将其归入合同法来解决。关于第一个疑问,上文已经分析,广义的法定义务有两项渊源,且可以依据相应的标准具体认定,其含义是能够理解的。至于第二个疑问,缔约过失要求从事契约缔结的人在缔约时必须尽必要的注意。法律不仅保护一个已经存在的契约关系,正在发生的契约关系也应包括在内。我国将其纳入合同法来处理主要还是因为参考了德国法的做法。由于德国采用最狭窄的侵权法,许多本应由侵权法规范的领域不得已被纳入合同法的“统治”之下<sup>⑤</sup>。而我国目前采取的是“大侵权法”的立法体例,侵权法涵盖的范围是比较广泛的。因此,我国应恢复缔约过失受侵权法调整的原貌,其注意义务可采取可预见性标准来进行判定。

## 2. 侵权行为与犯罪行为

由中外法的历史可知,在古代社会,侵权行为与犯罪行为实际上是不可分的。许多在现在看来属于民事侵权行为,在过去都被视为犯罪,后果就是受刑事性质的处罚。今天,从理论上说,侵权行为与犯罪行为的区别是较为清楚的,主要区别有:其一,侵权行为虽然也会危害社会,但在一般情况下,危害程度不大,确认侵权行为的主要目的在于给予受害人相应的救济;而犯罪行为更多地侵害了社会公共利益,是对社会秩序的破坏,犯罪行为的法律后果就是刑罚,其性质无救济可言。其二,侵权行为既存在有过错的侵权行为,又有没有过错的侵权行为;而犯罪行为只能是有过错的犯罪行为,行为人或者有故意或者有过失,且以故意多数,体现刑法注重惩罚行为人的主观恶性。其三,侵权行为的发生不以法律的规定为限,只要行为人违反了应有的注意义务而侵害他人合法权益,行为人的行为通常就能被认为是侵权行为;而犯罪行为必须有法律的明确规定,应严格遵守“罪刑法定”的原则。其四,侵权行为的主体除了自然人以外,法人甚至国家机关也可以成为行为的主体,同时自然人作为主体没有年龄等的限制,不需要具有完全的行为能力;而犯罪行为的主体一般只能是自然人,法人只有在个别情况下能成为犯罪主体,而且自然人作为主体必须达到法定年龄,并应有责任能力<sup>⑥</sup>。

笔者认为,从对侵权行为界定的角度看,侵权行为与犯罪行为的区别集中体现在两者违法性的内容有不同。虽然侵权行为与犯罪行为的违法都是行为人对法定义务的违反,但是侵权行为侵害的仅是他人的人身

和财产权益,而犯罪行为更主要是对社会利益或者说公共秩序的伤害。具体来说,侵权行为引起的纠纷是当事人双方的法律关系,属于私法的范畴。由于受害人的权益受到侵害,法律根据矫正正义的要求,需要平衡侵权人和受害人之间的利益,通过侵权人负担不利后果而使受害人获得救济。与侵权行为相比,犯罪行为是危害社会的行为,其引起的纠纷体现的是国家和个人的关系,属于公法的范畴。犯罪行为侵害社会公共利益,对社会稳定构成威胁,法律通过强制犯罪人承担刑事责任,实现对其予以惩罚的目的,同时警告潜在的行为人不能实施犯罪行为。部分学者不赞同以侵害他人人身和财产权益来定义侵权行为,认为犯罪行为也包括侵害他人权益的行为。诚然,一些犯罪行为是侵害了他人的人身和财产权益,但刑法对其作出规制还是因为它们的违法性质达到了危害社会的程度。这主要涉及到侵权行为与犯罪行为的竞合问题。比如故意伤害他人身体是一种侵权行为,若该行为性质恶劣,后果严重,给社会带来影响,则可能构成故意伤害罪,但这并不能改变它还是侵权行为的事实。另外,笔者不赞同以受害人提出救济来定义侵权行为。一方面,刑事自诉案件受害人也能自行起诉,另一方面,受害人能否提出救济很大程度上受到一个国家立法传统等因素的影响,不能反映出两者区别的实质。

## (二)侵权行为的定义

基于上述对侵权行为构成要件的探讨和与相关“不法行为”区别的分析,笔者将侵权行为定义为:行为人违反法定义务侵害他人受法律保护的人身和财产权益的行为。这一概念包含了有过错的侵权行为与无过错的侵权行为,有损害事实的侵权行为与无损害事实的侵权行为,纯粹的侵权行为与构成犯罪的侵权行为等下位概念。在概念的表述中,“侵害他人受法律保护的权益”表明侵权行为违法性的属性;“违反法定义务”指明认定侵权行为违法性的方式,同时也使其与违约行为相区别;“侵害他人人身和财产权益”说明侵权行为违法性的内容,同时也使其与犯罪行为或者说是与纯粹的犯罪行为相区别。下文就侵权行为的定义最后作几点总结性的说明。

首先,侵权行为的“行为”包括积极的作为和消极的不作为,而且并非仅指人的行为。侵权行为具体方式的形成根源在于行为人法定义务的形式。法定义务主要是不作为义务,但也存在一定的作为义务。所谓作为义务是指特定主体在合理限度内对他人的人身和财产权益负有安全保障的义务。换言之,在该义务下,行为

人若不采取适当的措施保障他人人身和财产的安全,行为人的不作为就是对他人权益的侵害,不作为即是侵权行为。另一方面,我们应该看到,以人的行为为侵害原因时,自可称之为侵权行为;因动物或工作物等非人的行为为媒介侵害他人权益的情况,在性质上应理解为“事件”。不过,当侵害他人的物与法律上的主体存在某种利益关系时(如所有关系、占有关系等),法律为了实现调整人与人之间利益关系的目的,必然将该物侵害他人的事件纳入法律调整的范围之内。正如杨立新先生所指出的,“物造成的损害,是物件管领人的间接行为,是管领物件不当的行为,不能说不是行为”<sup>[19]</sup>。因此,从对动物或者工作物负有义务的人方面考虑,仍可称其为侵权行为或准侵权行为。

其次,侵权行为是侵害他人受法律保护的人身权益和财产权益的行为。“权益”既包括权利也包括利益。就权利而言,对生命权、健康权、所有权等绝对权的侵害肯定是侵权行为,现在问题是债权是否是侵权行为侵害的客体?笔者认为,侵害债权是否是侵权行为应根据行为人的不同地位区别情况进行考虑。若是契约关系的当事人侵害另一方的债权,行为人主要是对约定义务的违反,其行为更应受合同法的调整。若是契约关系以外的第三人对他人的债权的侵害,根据笔者对侵权行为所作的定义,关键还是看行为人是否违反了所应有的法定义务。至于第三人侵害债权承担侵权责任的问题,笔者赞同应对其加以限制,只有第三人恶意侵害他人债权时,才应承担侵权责任。

与债权相类似,利益本质上也是一种生活资源,但由于还未上升到法定权利,利益本身具有不确定性,不易为外人察知。曾世雄先生就认为,“法益者,法律上主体得享有经法律消极承认之特定生活资源……谓消极承认,一方面肯定其合法性,他方面提供相对薄弱之保护……法益之生活资源虽然存在,法律上主体仅处于得享有之状态,实际上是否享有,视情况而不同”<sup>[20]</sup>。不难看出,受法律保护的利益理应成为侵权行为的客体。有学者指出,将利益作为客体会形成另外一个问题,即如何协调保护合法利益与维护个人行为自由之间的关系。笔者以为,这还是需要发挥侵权责任的作用。依据通说,只有在行为人基于故意对他人利益造成侵害的情况下,才承担侵权责任。

最后,侵权行为的主体不同于侵权责任的主体。一般情形下,行为主体与责任主体是重合的,但两者有时也会分离。侵权行为是一种事实行为,无论行为人是否具有完全的行为能力,只要其违反法定义务侵害他人

的合法权益,就能认为实施了侵权行为。但侵权责任是特定主体承担的不利后果,责任人必须具有完全的行为能力。比如对于没有财产的未成年人致人损害的案件,未成年人是行为主体,监护人则是责任主体。

#### 注释:

①具体的论述可以参见杨立新:《中国侵权责任法大小搭配的侵权责任一般条款》,载《甘肃政法学院学报》,2010年第1期。

②笔者认为,从时间维度上看,“结果不法说”侧重“结果发生时”的时间点,“行为不法说”侧重“行为发生时”的时间点。

③关于“自身可诉性”侵权行为和“生物学上的损害”的论述可参见[德]克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权法(下卷)》,焦美华译,法律出版社2004年版,第13-35页。

④持此观点的论述可参见赵许明:《侵权行为概念研究》,载《华侨大学学报(哲学社会科学版)》,2006年第3期;刘金瑞:《再论侵权行为概念》,载《北京政法职业学院学报》,2008年第3期等。

⑤如合同订立过程中的损害,合同履行中、履行后对合同相对方、特定范围内第三人造成的固有利益受损等等。在其它国家如法国这些情形通常就由侵权法予以调整。

⑥笔者认为,犯罪行为具有犯罪人应承担刑事责任的属性。换言之,行为人实施犯罪行为必须承受刑法上的不利后果。这不同于侵权行为与侵权责任的关系。

#### 参考文献:

- [1] 王利明.侵权行为概念之研究[J].法学家,2003,(3):62,69.
- [2] 李双元,温世扬.比较民法学[M].武汉:武汉大学出版社,1998:769.
- [3] 王卫国.过错责任原则:第三次勃兴[M].北京:中国法制出版社,2000:20.

- [4] 杜晓君,阳平.侵权行为法基本概念辨析[J].法律适用,2004,(6):38.
- [5] 尹志强.侵权行为概念分析[J].比较法研究,2005,(4):51.
- [6] Winfield and Jolwicz.On Torts[M].London:Sweet&Maxwell,1991:77.
- [7] Fleming.The Law of Torts(Fourth edition)[M].Oxford:Oxford University Press,1971:1.
- [8] Morris.On Torts[M].Brooklyn,1953:1.
- [9] 沃克.牛津法律大辞典[M].李双元,等译.北京:法律出版社,2003:886.
- [10] 王利明.侵权行为法研究:上卷[M].北京:中国人民大学出版社,2004:9.
- [11] 张新宝.侵权行为法[M].杭州:浙江大学出版社,2008:32.
- [12] 史尚宽.民法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000:303.
- [13] 杨立新.侵权损害赔偿[M].北京:法律出版社,2008:32.
- [14] 王泽鉴.侵权行为法基本原理:一般侵权行为[M].北京:中国政法大学出版社,2001:59.
- [15] 郑春华.侵权行为的界定[D].长春:吉林大学,2008:16.
- [16] 孙启河.侵权行为含义探讨[J].河南司法警官职业学院学报,2009,(9):86.
- [17] 克雷斯蒂安·冯·巴尔.欧洲比较侵权法:下卷[M].焦美华,译.北京:法律出版社,2004:8.
- [18] 张民安,龚赛红.法定义务在过错侵权责任中的地位[J].学术研究,2002,(2):69.
- [19] 杨立新,张新宝,姚辉.侵权法三人谈[M].北京:法律出版社,2007:101.
- [20] 曾世雄.民法总则之现在与未来[M].北京:中国政法大学出版社,2001:62.

责任编辑:陈于后

## A Research on the Conception of Tort

SHEN Xiao-tian

(School of Law, Yangzhou University, Yangzhou 225009, China)

**Abstract:** Tort is a concept without a uniform conclusion up to now. The concepts of tort and tortious liability are confusion in Continental Law System in mainland of China. Most scholars of Anglo-American Law System define the concept of tort based on the differences between tort and breach of contract. It is not always necessary for a tortfeasor to assume the tortious liability. The constitutive elements of tort are different from those of tortious liabilities. Therefore, tort cannot be defined from the aspects of fault and damages. The essential element of tort is the illegality of the act. To identify the illegality is based on whether the tortfeasor breaches the legal obligations or not, which is the key to distinguish tort from the breach of contract. The content of illegality is that a tortfeasor infringes others' personal rights and property rights, which is the key to distinguish tort from crime.

**Key words:** tort; tortious liability; illegality; legal obligation