

# 近代中国侵权行为用语考略

王亚敏\*

## 目次

一、无恰当对译词的早期译文	三、《大清民律草案》易“不法”为“侵权”
(一) 孤立语境中的词典译文	四、“侵权行为”成为通称
(二) 《法国律例》：以“罪”为中心语词的比附译文	五、“侵权行为”之名称与制度的适恰
(三) 交涉译述：与契约相比较的描述性翻译	(一) 名称与规范的不同移植取向
(三) 交涉译述：与契约相比较的描述性翻译	(二) 民国学者对“侵权行为”的批评及理论应对
二、“不法行为”的引入与传播	六、结语

**摘要** 侵权行为用语在近代中国的引入与确立历经以下阶段：19世纪在华外国人水平和方式不一的少量译述，展现了关于侵权行为的早期汉语表达，但未能形成恰当对译词并产生影响；20世纪初，移植于日本的“不法行为”成为清末表述侵权行为的一般用语；《大清民律草案》首次采用“侵权行为”一词，该词在民国得到沿用，并于民国北京政府时期成为通称。近代中国采用“侵权行为”这一名称，缘于继承了日本学者依其本国规范形成的侵权行为概念，但侵权行为规范主要取法德国，因此法律名称的自身意义与制度意义不能契合，“侵权行为”一词的合理性也受到一些民国学者质疑。尽管如此，近代中国采用“侵权行为”仍属相对合理的选择。

**关键词** 早期译文 不法行为 侵权行为 权利

“侵权行为”是我国民法领域的重要词汇。我国传统法律中没有近现代意义上的侵权行为法，“侵权行为”也非固有词汇，该词是近代中国移植西法的产物，最早见于《大清民律草案》。然而，在《大清民律草案》之前，西方侵权行为法和相关学说已随着西法东渐之潮传入我国，其时侵权行为之表述如何，又何以促成“侵权行为”一语的产生，值得探索；在此之后，“侵权行为”一语被接受之程度如何，又被如何解释和评价，亦应观察。考察这一过程，不仅能明晰近代中国侵权行为用语形成与变迁的历史轨迹，亦能获得近代中国引入与确立侵权行为法的若干信息。

就学界已有的研究而言，有关近代中国侵权行为法的研究成果整体上不够丰富，其中从法学语词角度展开的研究主要集中于“侵权行为”一词，表现为对其意涵及相关民国学说的简

\* 中国社会科学院法学研究所博士后研究人员、助理研究员，法学博士。

单介绍。<sup>〔1〕</sup> 现有研究已揭示了近代中国侵权行为名称产生与发展的一些重要内容,但也呈现出以下不足:一是在研究时段上未能及于整个中国近代,二是未能深入解析语词变迁的理路,三是从实践与学说角度对“侵权行为”一词的考察不够充分。本文旨在考察和梳理近代中国从最早出现侵权行为的汉语表述到“侵权行为”一词确立、发展的基本阶段及变迁理路,希望对以上不足做出补充。需说明的是,由于本文的考察是在近代语境下进行的,因此,行文在指向所议行为或法律时均采用“侵权行为”或“侵权行为法”的表述。

## 一、无恰当对译词的早期译文

### (一) 孤立语境中的词典译文

我国自 19 世纪上半叶以来,国门渐至大开,与西方的交流增多,西方法也开始输入中国。不过,民法的输入在 19 世纪还很有限,也相对滞后,<sup>〔2〕</sup>沿此途径输入的民法学语词亦相应受限。相比之下,中外词典的编纂展开较早,其中收录的法学语词可为研究此一时期的民法用语提供更早的视角。就侵权行为用语而言,在侵权行为法进入中国之前,英汉词典中已经出现了相关语词的汉译。

“tort”和“trespass”为英语中表述侵权行为的主要词汇。19 世纪的英汉词典中,卫三畏(Samuel Wells Williams)于 1844 年出版的《英华韵府历阶》最早收录了“trespass”一词,将其译为“小过,愆尤”。<sup>〔3〕</sup> 从此译文中,还看不出与侵权直接相关的意义。此后,麦都思(Walter Henry Medhurst)于 1847—1848 年出版的《英汉词典》将“trespass”的名词意义译为“过失,罪过,过犯”,动词意义译为“犯罪,得罪,待错人家,犯法”。<sup>〔4〕</sup> 这些译文也使人难以将其与侵权直接联系起来。

罗布存德(W. Lobscheid)于 1866—1869 年出版的《英华字典》最早同时收录了“tort”和“trespass”。“tort”译为“冤枉,非义,害”。其中,“害”已接近侵权所含的致人损害之意。“trespass”动词意义译为“逾人之界,越人之境,犯,犯罪,得罪,行罪”,名词意义译为“罪过,罪,过失,过犯,逾法,干法,犯法,错过,害,伤”。<sup>〔5〕</sup> “trespass”本身有多重含义,既指侵权行为意义上的侵犯他人财产、土地等行为,还指道德或宗教意义上的罪过和过失。<sup>〔6〕</sup> 译文中的“逾人之界,越人之境”“害,伤”已比较准确地译出了“trespass”一词中主要的侵权意义,从语义理解的角度看已达到了较高的水平。但是,在当时的中国缺乏相应制度的背景下,以上译文或表现为日常语言,或宽泛地表达伤害之意,还未能形成更具专业意味、更加准确的法律语词。

### (二) 《法国律例》:以“罪”为中心语词的比附译文

最早完整地将西方侵权行为法译介到中国的,应推《法国律例》一书。《法国律例》系清朝同文馆化学教习毕利干口译、宛平时雨化笔述,由同文馆光绪六年(1880 年)刊行。该书共包括 6 部法国法典,即《刑律》《刑名定范》《贸易定律》《园林则律》《民律》《民律指掌》。《法国律例》是“完整保

〔1〕 在近代中国侵权行为法的相关研究中,从法学语词角度展开的较少。目前,涉及这一研究的成果主要有蔡晓荣:《中国近代侵权行为法研究——文本、判解及学说》,社会科学文献出版社 2013 年版,第 191—193 页;韩冰:《近代中国民法原则研究》,中国政法大学 2007 年博士学位论文,第 123 页。

〔2〕 参见俞江:《近代中国民法学中的私权理论》,北京大学出版社 2003 年版,第 34—38 页。

〔3〕 Samuel Wells Williams, *Ying Hwa Yun-fu Lih-kiai (An English and Chinese Vocabulary, in the Court Dialect)*, The Office of the Chinese Repository, 1844, p.301.

〔4〕 Walter H. Medhurst, *English and Chinese Dictionary*, Mission Press, 1847 - 1848, p.1318.

〔5〕 William Lobscheid, *English and Chinese Dictionary: With the Punti and Mandarin Pronunciation (Part III)*, Daily Press Office, 1866 - 1869, p.1806 - 1823.

〔6〕 参见《元照英美法词典》,北京大学出版社 2017 年版,第 1356 页;Noah Webster, *An American Dictionary of the English Language*, Harper & Brothers Press, 1848, p.1048.

存至今的最早输入中国的西方法典文本”。〔7〕其中,根据1804年《法国民法典》翻译的《民律》是19世纪唯一一部完整译入中国的西方民法典。〔8〕《法国律例》中对法语“侵权行为”对应词的翻译,应是中国关于侵权行为最早的法典译文。

法国侵权行为法位于《法国民法典》“非因合意而发生的债”一章之中。该节标题法文原文为“des délits et des quasi-délits”,《法国律例》将其译为“论所行事致有干于罪者并类似近于罪者”。〔9〕从译文结构上分析,应是以“所行事致有干于罪者”和所行事“类似近于罪者”分别对译“délits”(今译“侵权行为”)和“quasi-délits”(今译“准侵权行为”)。从形式上看,该译文并非词语,而是围绕“罪”这一中心词加以说明,最后呈现为类似句子的形式;从内容上看,是以“罪”界定侵权行为的性质。〔10〕那么,这一译文与本源语在含义上的接近程度如何?

从现代法学的角度分析,“罪”字显然系刑法词汇,以“罪”为中心语词表述侵权行为这一民法概念,无疑不妥。但以现代法学语词评判近代法学现象并不恰当。译者翻译《法国律例》之时,中国还处于固有法阶段,固有法中并无与现代法律相当的民、刑分类,因此不能断然认定“罪”为刑法词汇。此外,将法国侵权行为与“罪”相联系的译法不止这一例。日本旧民法(1890年公布)采法国立法例,侵权行为一节的标题为“不正的损害即犯罪及准犯罪”。〔11〕孟森所译日本法学家梅谦次郎的《日本民法要义》也将法文的侵权行为和准侵权行为译为“犯罪或准犯罪”。〔12〕后来在学者对侵权行为与犯罪的区别已有清晰认识的情况下,仍可见此种译法。比如,史尚宽在其《债法总论》中写道:侵权行为“在法民称为犯罪及准犯罪”。〔13〕因此,对《法国律例》中侵权行为的译文,客观的判断方法是,从译者当时所处的语境出发,考察法文本源语的含义及“罪”字在中国固有法中的含义,两相对照,再判断译文与本源语的接近程度。

首先看法文“délits”的含义。“délits”的基本意思是违法行为或不法行为。但在刑法、民法上使用,含义有所区别。在刑法方面,表示“轻罪”;在民法方面,即指“侵权行为”。〔14〕1804年《法国民法典》第1382条和第1383条是法国侵权行为法的一般条款,〔15〕从中可以提取出“délits”所示行为的两个基本特征:一是对他人构成损害,二是引起的法律后果为赔偿。

再看“罪”字在中国固有法中的含义。在古代汉语中,“罪”有多种含义。就其作为名词而言,“罪”在中国固有法上的含义主要包括两种:〔16〕其一,指触犯法律的行为。据《说文解字》,“罪”,秦以为“辜”字,而“辜”,“犯法也”。段玉裁注曰:“始皇以辜字似皇。乃改为罪。”又据《玉篇》,也将“罪”解释为“犯法也”。在中国古代法典中,以《大清律例》为例,可以发现,中国固有法上的“罪”涵

〔7〕 王健:《沟通两个世界的法律意义》,中国政法大学出版社2001年版,第188页。

〔8〕 参见李贵连:《晚清的法典翻译:〈法国民法典〉三个中文译本比较研究》,载李贵连:《近代中国法制与法学》,北京大学出版社2002年版,第49—68页;田涛、李祝环:《清末翻译外国法学书籍译评》,载《中外法学》2000年第3期,第355—371页;陈颐:《清末民国时期法典翻译序说》,载《法学》2013年第8期,第68—86页。

〔9〕 《法国律例》(第30册),[法]毕利干口译,时雨化笔述,同文馆光绪六年(1880年)聚珍版,第6页。

〔10〕 关于《法国律例》中译文的表现形式,参见前注〔7〕,王健书,第205—206页。

〔11〕 参见于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社2006年版,第3页。

〔12〕 [日]梅谦次郎:《日本民法要义(债权编)》,孟森译述,商务印书馆1913年版,第516页。

〔13〕 史尚宽:《债法总论》,1954年自版发行,第101页。

〔14〕 参见罗结珍:《〈法国民法典〉规定的准侵权行为辨析》,载《法学杂志》2012年第1期,第64—66页。

〔15〕 第1382条规定:“人的任何行为给他人造成损害时,因其过错致该行为发生之人有义务赔偿损害。”第1383条规定:“任何人不仅对其行为造成的损害负赔偿责任,而且对其懈怠或疏忽大意造成的损害负赔偿责任。”参见《法国民法典》,罗结珍译,北京大学出版社2010年版,第351页。

〔16〕 “罪”在古汉语中的其他含义,可参见《汉语大词典》,上海辞书出版社2012年版,第1915页。

盖各种类型的犯法行为,其中包括从杀伤人到擅食田园瓜果等诸多致人损害的行为。<sup>[17]</sup>其二,“罪”指法律的制裁方式,与“法”共同构成中国古代刑罚和其他制裁/处理方式的总称。<sup>[18]</sup>《大清律例·名例》“二罪俱发,以重论”条下,有“其应入官、赔偿、刺字、罢职,罪止者各尽本法”。此处“罪”“法”均指向法律责任的承担,但各有所指。清人王明德在《读律佩觿》中解释道:“律例中又各分罪、法两途。盖笞、杖、徒、流、斩、绞、凌迟、拘役、迁徙、安置,以及充军、调卫、永远、边外、边远之类,凡五刑所被,身为困苦而惨烈者,皆曰罪。而若追赃、若刺字、若枷号、若入官、若充赏、若断付、若给主、若赔偿、若埋葬,以及离异、归宗、归夫之类,乃夺其所本有,正其所本无,以及暴白其罪状,使毋得自匿焉者,则皆法也。”<sup>[19]</sup>可见,中国古代虽无刑民等法律分类,但违法责任的承担方式亦是多元的,其中“罪”所表示的类似今日的刑罚。

根据上述“罪”字的第一种解释,中国固有法中“罪”的含义与法语“délits”相似,均有“违法”或“不法”之义。就指向的行为类型而言,中国固有法上的“罪”也可指向致人损害的行为。因此,就“罪”字这一层面的含义而言,二者对译尚属恰当。再对照“罪”字的第二种解释。从行为所引起的法律责任来看,法国民法中“délits”所引起的法律后果为损害赔偿,与中国固有法中“法”所指向的责任形式之一相吻合,与“罪”所指向的责任形式则有区别。与行为都可指向致人损害相比,责任方式的不同才是区别侵权法与犯罪法的一项重要标准。因此,以“罪”为中心语词对译法文的“délits”并不恰当。

从《法国律例》中对侵权行为的中文释义也可看出,译者还不能用中文准确表达法国侵权行为的内涵。在译文“论所行事致有干于罪者并类似近于罪者”之后,有这样一段解释:“按法例,凡人所行之事,倘于理有未相合之处,如系有意为此者,则即可以致罪者论;至所谓类似于罪者,系其所行之事有害于人而实非有意而为者,故可谓为似乎罪。”<sup>[20]</sup>译者以“所行之事有害于人”解释“类似于罪者”,尚接近致人损害的含义,但以“倘于理有未相合之处”解释“致有干于罪者”,则相差较远。并且,法国“侵权行为”与“准侵权行为”的根本区别在于“引起责任的主观因素”有所不同,<sup>[21]</sup>因此,将“所行事致有干于罪者”和所行事“类似近于罪者”以“有意”“非有意”予以区分,即已足够,但译文对两种行为的性质也分别作了不同解释,显然不够准确。

综上,《法国律例》的译者尚不能在中文语境中准确地理解与表述侵权行为法律制度。就侵权行为用语而言,形式上未能形成语词,内容上以“罪”为中心语词来对译也并不恰当。这与中国当时尚处于侵权法与犯罪法不分的阶段有关。至于为何在中国已建构起近代法律制度的情况下仍有学者以“犯罪”来对译法国“侵权行为”,则不能不考虑到本源语的含义,即法文“délits”有犯罪之义或许是以“罪”与之对译的另一原因。<sup>[22]</sup>

### (三) 交涉译述:与契约相比较的描述性翻译

《法国律例》问世后,未能引起大的反响。20世纪之前,从其他途径传入中国的西方民法知识也很有限,关于民法分支内容的专门介绍更是如此。<sup>[23]</sup>黄遵宪在《日本国志》中提到:“私诉以赔偿损害,归还赃物为主。为照依民法听被害者自便”,“有公、私俱害者,若斗杀伤、

[17] 参见《大清律例·刑律·人命》《大清律例·户律·田宅》等。更多的例证,可参见明辉:《传统中国侵权行为法律对待——以清代法律为背景》,中国政法大学2007年博士学位论文,第155—162页。

[18] 参见陈新宇:《从比附援引到罪刑法定——以规则的分析与案例的论证为中心》,北京大学出版社2007年版,第41页。

[19] (清)王明德:《读律佩觿》,何勤华等点校,法律出版社1999年版,第98页。

[20] 见前注[9],《法国律例》。

[21] 参见前注[14],罗结珍文,第64—66页。

[22] 个中原因,还有待进一步的研究。比如,法国侵权行为法受到罗马法的影响,而罗马法中的“私犯”“准私犯”在近代曾被译为“犯罪”“准犯罪”,那么关于法国侵权行为法的翻译是否受到此译文的影响?

[23] 参见前注[2],俞江书,第34—37页。

强窃盗是已”。<sup>[24]</sup> 以上叙述,虽从赔偿、归还等责任方式以及与犯罪的交叉等内容中,已可见侵权因素,但仍属关于私诉的笼统说明。

不过,实践层面上处理中外交涉案件的需要催生了与之相关的译述,从中可见关于侵权行为的零星介绍。1892年,英国来华传教士李提摩太将在华英国人哲美森的《华英谳案定章考》译成中文刊行。该文论及英国在华治外法权的依据、英官衙门对案件的分类及处理讼案的规则等。其中提到英官衙门将案件分为“刑律”与“民律”两类。民律案件,除“犯约”案件外,“又有本无约而致损者,水路则如戊船碰己船、陆路则如庚车碰辛车之类,既已受损,亦可控告到官,以求伸理”。<sup>[25]</sup> 这里的“犯约”即违约,结合其所举例子,“本无约而致损者”显然是指侵权案件。19世纪末,由英国人傅兰雅翻译的清末第一本国际私法译著《各国交涉便法论》出版。该书第968款称:“人因受伤而得权者,控告有二意:一,责其赔偿。如要赔偿,只须用民律告法。罗马律所谓责成不由合约而起也。二,以遵律罚人以惩众,此条要用刑律告法。国之刑律,半属于公律,半属于私律。”<sup>[26]</sup> 此处借“责成不由合约而起”和“赔偿”两个要素,勾勒出罗马法上的“私犯之债”。依当时的西方法律,实指“侵权之债”。以上两处译文,将侵权行为归入“民律”,并以非因合约而引起的损害及赔偿界定侵权行为及其责任。与契约相比较是西方私法界定侵权行为的重要方式,也有国家以“非契约责任”指称侵权行为。<sup>[27]</sup> 这与《法国律例》的译文不同。与原文直接采用“délits”和“quasi-délits”的术语一致,《法国律例》的译文试图直接界定侵权行为,难度较之比较的方式显然更大。或许与此有关,也或许是因为中西交流的逐步深入,以上两例译文较之《法国律例》中的译文有明显进步,对侵权行为的定位和性质都有明晰的认识和表述。不过,遗憾的是,从形式上看,这两例译文属于描述性的短语,而不是抽象的语词。

综上,20世纪之前,国人对侵权行为用语和知识尚无清晰的认识和表述,但借助在华外国人的相关译述,可以看到侵权行为早期汉译从讹误、语义宽泛、比附到准确的不同表现。《法国律例》译文和交涉译述中的“本无约而致损者”“责成不由合约而起”,还分别涉及西方对侵权行为的两种不同指称方式。不过,总的来说,这一时期还未能产生恰当指称侵权行为的法律语词。

## 二、“不法行为”的引入与传播

20世纪初,通过日本学习西法之潮盛行,大量的日本法学语词涌入中国。彼时,日本已经形成一套比较系统的法学词汇,且这些词汇多有相应的汉字表示,因此,在将其译介入中国时,许多都是原样照搬。“不法行为”即是一例。

就侵权行为用语而言,日本旧民法(1890年公布)采法国立法例,将侵权行为表述为“不正的损害即犯罪及准犯罪”,其现行民法(1898年施行)则参考了德国民法。德国民法中侵权行为的表述为“unerlaubte Handlungen”,意为“不许行为”或“不法行为”。<sup>[28]</sup> 日本民法参考德国民法此点,并以汉语表述为“不法行为”。

日译语词“不法行为”由“不法”和“行为”构成。“不法”在古代汉语中早已存在,该词的一个主

[24] 黄遵宪:《日本国志》(卷二十七·刑法志一),光绪十六年(1890年)羊城富文斋刻本。

[25] [英] 哲美森:《华英谳案定章考》,[英] 李提摩太译,载王健编:《西法东渐:外国人与中国法的近代变革》,译林出版社2020年版,第586—587页。

[26] [英] 费利摩罗巴德:《各国交涉公法论》(第6卷),[英] 傅兰雅译,钱国祥校,江南制造局刻本,具体出版年不详。参见李贵连、俞江:《简论中国近代法学的翻译与移植——以我国第一部国际私法译著为例》,载汪汉卿等主编:《继承与创新》(《法律史论丛》第8辑),法律出版社2001年版,第779—780页。

[27] [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2004年版,第1—4页。

[28] 参见前注[13],史尚宽书,第101页;前注[12],梅谦次郎书,第516页。

要义项是“不合法度”。<sup>[29]</sup> 据俞江考证,从罗布存德的《英华字典》看来,“不法”“行为”作为中国固有词汇,至少在 19 世纪末已获得了现代法学的意义。<sup>[30]</sup> 事实上,早在 19 世纪上半叶,“不法”“行为”已作为西方相应语词的对译词出现。如马礼逊(Robert Morrison)1822 年出版的《华英字典》的第 3 册中,将“illegal”译为“不合法的”“不合例的”,“very unjust and illegal”译为“有甚不公不法”,“lawless banditti”译为“不法之徒”。<sup>[31]</sup> 从语义上看,中国在 19 世纪于近代法学意义上使用的“不法”和日本“不法行为”中的“不法”,都沿用了该词“不合法度”的固有意义。只是,中国未能将“不法”和“行为”结合起来,自主生成近代法学意义上的“不法行为”一词。

清末,“不法行为”一词被从日本译介到中国。最早将民事侵权意义上的“不法行为”引入中国的,应是 1901 年刊登在留日学生创办的《译书汇编》杂志上的《现行法制大意》一文。该文系统介绍了日本的法律体系。其中,在民法债权部分,将“不法行为”列为债权发生原因之一。<sup>[32]</sup> 此后,1907 年商务印书馆出版的《新译日本法规大全》,以及当时传播较广、由法政学生根据日本教师授课内容整理印行的讲义《京师法律学堂笔记》《法政丛编》等,皆使用了“不法行为”一词。<sup>[33]</sup>

清末,虽也着手译介欧美法律,但其进入中国,终不如日本法律声势浩大、途径广泛。就法学语词而言,西文与中文迥异,不若日文中有大量汉字表述,可直接援用。因此,日本法学名词盛行于清末。“不法行为”一词经引入中国后,得到广泛传播,渐成清末表述侵权行为的一般用语。最具代表性的例子是这一表述曾受到清朝官方认可,影响甚至及于官方的立法活动。在清末组织的民事习惯调查中,设有侵权行为的调查问题,该章以“不法行为”为标题,所设问题中也使用了“不法行为”的表述。<sup>[34]</sup> 《大清民律草案》“侵权行为”一章的立法理由中,将“侵权行为”解释为“即不法行为”。在总则编第二章“人”之“责任能力”一节的立法理由中,将侵权行为引起的责任表述为“由不法行为而负损害赔偿责任”。此外,草案立法理由多次在侵权行为意义上使用“不法行为”。<sup>[35]</sup> 《大清民律草案》虽未采用“不法行为”一词,但在立法理由中直接以之解释或指代“侵权行为”,恰从反面证明“不法行为”系当时中国法律界关于侵权行为的一般表述。

### 三、《大清民律草案》易“不法”为“侵权”

光绪三十二年(1906 年),清政府颁布《宣示预备立宪先行厘定官制谕》,要求“将各项法律详慎

[29] “不法”可解释为“不合法度”的例子,如《左传·庄公二三年》:“君举必书。书而不法,后嗣何观?”《史记·韩信卢绾列传》:“上令人覆案,稀客居代者财物诸不法事,多连引稀。”参见前注[16],第 58 页。

[30] 比如,罗布存德的《英华字典》中,将“act”译为“行为、事为、所为”,“illegal”译为“不合法、犯法的、犯例、不法、违法”。参见俞江:《近代中国法学语词的生成与发展》,载俞江:《近代中国的法律与学术》,北京大学出版社 2008 年版,第 9、28、30 页。

[31] Robert Morrison, *A Dictionary of the Chinese Language (Part III)*, East Indian Company's Press, 1822, p.220, 249.

[32] 参见[日]樋山广业:《现行法制大意》,载《译书汇编》1901 年第 7 期,第 5—8 页。

[33] 参见《新译日本法规大全》(第 1 卷),南洋公学译书院初译,商务印书馆编译所补译校订,何佳馨点校,商务印书馆 2007 年版,第 357 页;熊元楷、熊元襄编:《京师法律学堂笔记·民法债权(总论各论)》,安徽法学社 1914 年版,第 162 页;《法政丛编·民法(债权、担保)》,法政编辑社光绪三十二年(1906 年)版,第 378 页。关于《京师法律学堂笔记》《法政丛编》的介绍,可参见何勤华:《中国法学史》(第 3 卷),法律出版社 2006 年版,第 65 页;俞江:《清末民法学的输入与传播》,载《法学研究》2000 年第 6 期,第 140—149 页。

[34] 参见《安徽宪政调查局编呈民事习惯及答案》,俞江、尹华蓉整理,载李贵连主编:《近代法研究》(第 1 辑),北京大学出版社 2007 年版,第 224—227 页;睦鸿明:《清末民初民事习惯调查之研究》,法律出版社 2005 年版,第 41 页。

[35] 参见《法律草案汇编》,修订法律馆司法公报处 1926 年版。

厘定”。<sup>[36]</sup>次年,民政部以此为据,上奏《请速定民律折》,请求“厘定民律”,<sup>[37]</sup>后清政府下旨由修律大臣和民政部共同起草民律。1911年8月,《大清民律草案》完成,共分五编:总则、债权、物权、亲属、继承。“侵权行为”作为债的发生原因之一,位于第三编“债权”之中。

清末中国受日本影响,关于侵权行为的一般用语是“不法行为”,《大清民律草案》采用的却是“侵权行为”一词。对于立法者为何放弃已经广泛使用的“不法行为”而改采“侵权行为”,立法理由中没有直接说明。但通过其他资料,亦可梳理出相关线索。

首先,“不法行为”本身含义过于宽泛。由日本引入的“不法行为”一词,延续了“不法”所固有的“不合法度”这一义项,使得“不法行为”不仅用于表述侵权行为,也在更宽泛的一般意义上使用。对此,《京师法律学堂笔记》中有一段完整的论述:“不法行为者,就广义而言,为法律上所不得为之行为;就狭义言,为侵害他人权利之行为;就最狭义言,为因故意或过失侵害他人权利且加损害之行为。日本民法第709条所规定,乃最狭义之不法行为。”<sup>[38]</sup>正如该书所言,“不法行为”就其最广义而言,泛指法律上不得为之行为。行为所涉法律可能是民事的,但也可能是刑事的、行政的。就行为的内容而言,亦不限于侵害权利。因此,用该词表示侵权行为,就有可能与其他不法行为混淆。那么,《大清民律草案》的制订者是否出于这一原因而摒弃了“不法行为”的表述?民国时期出版的《中华大学讲义》中有一段话直接论及此点。该讲义指出:“侵权行为者,在罗马法谓犯罪、准犯罪。近来学者变其名称曰不法行为,准不法行为,我草案则名为侵权行为,以不法行为有混于刑法上之名称也。”<sup>[39]</sup>根据“近来学者变其名称曰不法行为……我草案则名为侵权行为”等语,可知其所指草案应为《大清民律草案》,且该讲义问世时间应距清末不远,讲述者关于“不法行为”的认识与《大清民律草案》制订者或亦相近。其中对“不法行为”的认识,从后文所论民国时期趋向于从广义上使用“不法行为”的情形中也可得到印证。因此,《大清民律草案》立法理由中虽未直接说明采用“侵权行为”的理由,但据以上内容推测,应与“不法行为”一词含义宽泛有关。由上述内容亦可知,《大清民律草案》虽舍弃“不法行为”而采用“侵权行为”,但“侵权行为”实是脱胎于“不法行为”,是狭义的不法行为之表述。

其次,近代权利观念的引入与“侵权”一词的生成,以及清末对侵权行为内涵的认识,为“侵权行为”一词的创设提供了前提。“权利”本为汉语固有词汇,在我国古籍中多有出现,<sup>[40]</sup>但意指“权势及货财”。<sup>[41]</sup>清末,近代西方权利观念传入,“权利”一词逐渐被赋予新的意义。在对译西语“right”或表述近代的权利意义时,除了“权利”一词本身外,“权”字也是使用较多的一个词。<sup>[42]</sup>如光绪三年(1877年)刊行的《公法便览》一书中的“权”字,“不独指有司所操之权,亦指凡人理所应得之分,有时增一利字,如谓庶人本有之权利云云”。<sup>[43]</sup>“权”字蕴涵的“权利”之义,对衍生与权利相关的构词影响深远,如“财产权”“所有权”等特定的权利均是通过其他语词与“权”字的组合来表述的,而在《大清民律

[36] 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,中华书局1979年版,第44页。

[37] 朱寿朋编:《光绪朝东华录》(第5册),中华书局1958年版,第5664页。

[38] 参见前注[33],熊元楷等书,第162页。

[39] 《中华大学讲义·民律债权篇各论》,编纂者与出版信息不详,中国政法大学图书馆藏。

[40] 比如:《荀子·劝学》,“是故权利不能倾也,群众不能移也,天下不能荡也”;《荀子·君道》,“接之于声色、权利、忿怒、患险,而观其能无离守也”;《史记》(卷一〇七·魏其武安侯·附灌夫),“家累数千金,食客日数十百人,陂池田园,宗族宾客为权利,横于颍川”。

[41] 《辞源》,商务印书馆1998年版,第891页。

[42] 关于近代“权利”和“权”的研究,可参见李贵连:《话说“权利”》,载《北大法律评论》第1卷第1辑,法律出版社1998年版,第115—129页;金观涛、刘青峰:《近代中国权利观念的起源与演变》,载金观涛、刘青峰:《观念史研究》,法律出版社2009年版,第103—150页。

[43] [美]吴尔玺:《公法便览·凡例》,[美]丁韪良等译,同文馆光绪三年(1877年)聚珍版。

草案》采用“侵权行为”之前，“侵权”一词已作为“侵犯权利”“侵害权利”的简称出现。<sup>〔44〕</sup>“权利”“侵权”等语，最初多在国家层面上被谈及。20世纪初，个人意义上的权利逐渐受到重视。<sup>〔45〕</sup>当时对侵权行为内涵的认识即其在法律上的反映之一。依据《大清民律草案》制订时的一般认识，侵权行为是“侵害权利”的行为，官方制订的《大清民律草案》将之定义为“侵害他人权利且有责违法之行为”<sup>〔46〕</sup>。这些都为《大清民律草案》采用“侵权行为”的表述奠定了基础。基于对侵权行为内涵的这一认识，在“不法行为”的表述受到质疑，立法需要用高度凝练的语言重新表述该行为，而“侵权”已作为“侵害权利”的简称出现的情况下，立法者易“不法行为”之“不法”为“侵权”，也可谓顺理成章。

在近代中国民法学语词的形成过程中，《大清民律草案》是一个重要的节点。该草案形成一套简明统一的民法学语词，直到今天，这些语词都基本保留着。这套法学语词的形成已经体现出一定的自主性，易生歧义的日译法学语词极少在该草案中出现。<sup>〔47〕</sup>今日仍在使用的“侵权行为”就属于经过筛选后确立的新词。不过，《大清民律草案》未获颁布实施，包括“侵权行为”在内的诸多法律词汇在民国时期才获得真正的生命力。

#### 四、“侵权行为”成为通称

在成文法国家，一个法律语词成为通称往往需满足以下条件：立法上的采纳、司法与学说上的普遍使用。就具体过程而言，新的通称的形成意味着对旧的用语的取代。在《大清民律草案》采用“侵权行为”之前，“不法行为”是侵权行为的一般用语，因此，“侵权行为”成为通称必然涉及与“不法行为”的竞争。

从立法上看，“不法行为”虽在清末被广泛接受，但未能真正进入立法。《大清民律草案》采用的是“侵权行为”一词。该草案未及颁布施行，清王朝即告灭亡。民国政府继续开展民事立法工作，北京政府于1925年完成《民国民律草案》，但也未能正式颁布实施。南京政府关于民法典采取分编起草和通过的方式，于1929年公布《中华民国民法》“债编”。这三部法案中，前两部虽未获颁布实施，但均对后来的立法产生重要影响。民国的两部法案相继沿用了《大清民律草案》中“侵权行为”的表述，在“债编”的“债之发生”一节中将“侵权行为”列为债的发生原因之一。

在法律语词成为通称的过程中，作为司法适用依据和学说研究对象的立法所起的作用无疑是根本性的。关于“侵权行为”之成为通称，民国学者陈瑾昆总结道：“旧民律草案及修正案系称侵权行为，在我国民法上已成通称，故民法亦沿用之。”<sup>〔48〕</sup>该说着眼于立法，勾勒出“侵权行为”成为通称的过程。根据此说，应是《大清民律草案》开其端，经民国北京政府时期《民国民律草案》沿用，“侵权行为”成为通称的过程已可谓完成。但是，《大清民律草案》与《民国民律草案》均未正式颁布，二者作为“立法”得到适用，很大程度上有赖于被大理院引为审判所依据的法源之一。<sup>〔49〕</sup>“侵权行为”成为通称，也离不开大理院的推动。

大理院是民国北京政府时期的最高司法机关。在当时法制不完备的情况下，大理院发布的判决

〔44〕 以1872年创刊的《申报》为例。经检索可知，自1879年至1911年《大清民律草案》完成期间，《申报》报道中多次出现“侵权”一词，有的指“侵犯权限”，有的指“侵犯权利”。其中，表示“侵犯权利”的情形，如《四续刘张两制军遵旨谨拟采用西法第三折》（1901年9月3日）一文中，“近数年来，各国纷纷集股来华，知我于此等事尚未定章，外国情形未能尽悉，乘机愚我，攘利侵权……”，又如，《葡人强占海界之影响》（1908年1月20日）一文中，“侵权占界，有伤利权”。

〔45〕 参见前注〔42〕，金观涛等文，第103—150页。

〔46〕 见前注〔35〕，《法律草案汇编》，第179页。

〔47〕 参见前注〔30〕，俞江文，第23页。

〔48〕 陈瑾昆：《民法通义债编总论》，朝阳大学1930年版，第81页。

〔49〕 参见黄源盛：《大理院司法档案的典藏整理与研究》，载黄源盛：《民初法律变迁与裁判（1912—1928）》，台北政治大学2000年版，第110页。

例和解释例成为重要的民事法源。比较而言,解释例数量较判决例为少,发挥作用的领域也相对有限。大理院的判决例颇受当时法律界的重视,但由于全文难以地方司法机关和社会人士尽知,因此真正起到规范指引作用的其实是判决例要旨。<sup>[50]</sup>“大理院曾先后就历年判决刊为《判例要旨汇览》正编3卷,续编2卷,承法之士无不人手一编,每遇讼争,则律师与审判官皆不约而同,而以‘查大理院某年某字某号判决如何如何’为讼争定讞之根据。”<sup>[51]</sup>判决例要旨是从判决书中抽取出的判决所依据的主要法律规则,以民国学者郭卫编辑的《大理院判决例全书》收录最为全面。对比该书中侵权行为部分的判决例要旨与相应的判决书原文,发现二者对“侵权行为”和“不法行为”的使用不尽一致。

大理院关于侵权行为的判决例要旨大多采用“侵权行为”的表述,出现“不法行为”的只有2例。但对照相应的判决书全文可以发现,采用“不法行为”表述的判决书至少有4例。在这4例判决中,有2例在提取判决例要旨时,将“不法行为”改为了“侵权行为”。这4则案例情况分别如下:<sup>[52]</sup>

表 1

案号	案情提要	(提取为要旨的)判决书原文	判决例要旨
五年上字第1012号	安合轮船公司之小轮撞沉龙彩忠平板船只,事故导致第三方金记转运公司蒙受货物损失。安合轮船公司对二审法院判决其向第三方金记转运公司赔偿的标准不服,向大理院提起上告。	凡以不法行为为原因请求之损害赔偿,如被害人亦有过失时,审判衙门得斟酌其过失之程度,核减赔偿之数额。	改“不法行为”为“侵权行为”
八年私诉上字第69号	孙鳌团丁涉嫌杀害黄传启及伤害黄花子。地方审判机构判决孙鳌承担埋葬费、医伤费。孙鳌对相关判决不服,上告大理院。后查明杀伤实系因军队自卫开枪所致,与孙鳌团丁无关。	因不法行为之损害,必须实施或教唆行为之人,始负赔偿之责。	改“不法行为”为“侵权行为”
七年私诉上字第29号	张仲谦将王氏兄弟三人逮捕拘禁,诈取钱财。二审法院判决张仲谦将诈取的钱财如数返还给受害人,张仲谦不服,向大理院上告。	凡因不法行为使人给付财物于己者,应负返还之义务。	改“不法行为”为“不法之行为”
八年上字第1205号	丁士杰涉嫌伤害丁可意之母丁氏,因此与丁可意缔约,给其庄地若干,作为丁氏养伤费用。	触犯刑法之行为所负刑罚之责任,固不因和解而免除,若因不法行为加损害于他人,本加害人被害人双方一致之意思,订立一种赔偿契约,其契约决非无效。	保留“不法行为”的表述

由表1可知,在判决例要旨改“不法行为”为“侵权行为”的两个案例中,五年上字第1012号所涉纠纷属于单纯的民事纠纷,八年私诉上字第69号所控行为虽属刑事,但控告不能成立,其判决例要旨所说行为是就一般情形而言,并非针对该案行为。因此,这两例判决例要旨所指的实质上都只是民事意义上的行为。在判决例要旨保留“不法行为”用语或将其改为“不法之行为”的两个案例中,所涉行为不仅构成民事侵权,同时构成刑事犯罪,仅以“侵权行为”称之,不能覆盖其内涵。

从大理院的上述案例可以看出:至少在民国八年(1919年)的时候,“不法行为”作为侵权行为名称仍在被使用。其中,值得玩味的是,七年私诉上字第29号将“不法行为”改为“不法之行为”,

[50] 见前注[49],黄源盛文,第71页;张生:《中国近代民法法典化研究》,中国政法大学出版社2004年版,第129—134页。

[51] 胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第35—36页。

[52] 判决例要旨引自郭卫编:《大理院判决例全书》,会文堂新记书局1932年版。黄源盛参照郭卫此书纂辑判决书全文,但有少量全文佚失。参见《大理院民事判例辑存:1912—1928(债权编)》(四),黄源盛整理,犁斋社2012年版,第2227—2403页。

若是有意为之,或是唯恐受众将“不法行为”理解为民事侵权,则说明“不法行为”作为侵权行为用语在当时仍有一定影响力。但总体看来,大理院已将“侵权行为”作为表示民事侵权的主要用语。从判决例要旨中“不法行为”和“侵权行为”的使用情形可以看出,大理院是将“不法行为”界定为一般意义上的违法行为,包括“侵权行为”在内。在提取有规范指引作用的判决例要旨时,将民事侵权意义上的“不法行为”更改为“侵权行为”,更进一步说明大理院采用《大清民律草案》的表述,以“侵权行为”为正式用语,并有意识地向地方审判机关和社会人士示范此点。

学说上,民国北京政府时期对“不法行为”的含义及其与“侵权行为”的关系有两种表述。有的从广义上解释“不法行为”,如1923年《申报》上刊登的《不法行为之种类》一文认为:“不法行为”即违背法律之行为。大体上可分为公法上之不法行为及私法上之不法行为。具体而言,有宪法、行政法、民法、刑法、商法上的不法行为。<sup>[53]</sup>依照这一解释,“侵权行为”属于民法上的不法行为。也有学者仍从狭义(即侵权行为的意义)上解释“不法行为”。如1924年唐慎坊编《司法法令辞典》将“不法行为”解释为:“违背法之命令或禁令,侵害他人权利之行为。(行为或不行为)以致发生损害者,谓之不法行为。”<sup>[54]</sup>

当时学界虽仍从广义和狭义两个层面理解“不法行为”,但从使用趋势看,狭义(即民事侵权意义)上的“不法行为”逐渐为“侵权行为”所取代。清末,中国民法以译述外国法律为主,本国民法未能真正建立。民国初年,虽然仍未能正式颁布民法典,但《大清民律草案》、《民国民律草案》、大理院的判决例等,为构建中国民法学提供了立论依据和研究对象,法学语词的选用也纷纷以此为取向。比如,清末法政学堂多采用日本学者讲义,使用“不法行为”一词,进入民国后,从朝阳大学等学校的法学讲义看来,已转向使用“侵权行为”。<sup>[55]</sup>辞典往往集中反映了一个时期语词的使用情况。以北京政府后期出版的两部法律辞典为例:唐慎坊于1924年出版的《司法法令辞典》同时收录了“不法行为”和“侵权行为”。该辞典虽然仍在民事侵权意义上解释“不法行为”,但指出,“现行判例,从民律草案,易称侵权行为”,并且在解释“侵权行为”时也只说“日本谓之不法行为”,似已不将“不法行为”视为中国当时的侵权行为用语。<sup>[56]</sup>李祖荫于1927年出版的《法律辞典》是民国北京政府时期具有代表性的法律辞典,编纂宗旨系“以中国法律为本,间辅以外国学说”。<sup>[57]</sup>该辞典中只收录了“侵权行为”,并未收录“不法行为”,且将“侵权行为”解释为“民法上之不法行为”,即从广义上理解“不法行为”。<sup>[58]</sup>这说明至少从中国法的角度看,“侵权行为”已成为当时主要的侵权行为用语。

不仅如此,即使是译述外国法律的场合,侵权行为用语也发生了变化。“不法行为”本为德日侵权行为用语。民国时期,在译述德日侵权行为的场合,虽仍可见使用“不法行为”的情形,但以“侵权行为”概称德日侵权行为的情形开始出现。比如,1913年出版的《德国六法》侵权行为部分的标题还被译为“不法行为”,1921年出版的《德意志民法》已将其译作“侵权行为”。<sup>[59]</sup>又如,民国时期影响较大的法学期刊《法律评论》,曾在1924—1926年间刊登涉及侵权行为用语的外国侵权判例约13例,其中12例为日本判例介绍,另有1例同时涉及德、日两国侵权行为。除“官吏滥用职权

[53] 《不法行为之种类》,载《申报》1923年9月20日,第19版。

[54] 唐慎坊编:《司法法令辞典》,世界书局1924年版,第12页。

[55] 例如,朝阳大学编:《债权通则》,朝阳大学1920年版,第10页。又如,柯凌汉:《中国债权法总论》,自刊1924年版,第10页。后者据著者在福建私立法政专门学校讲课时的讲义编辑而成。

[56] 参见前注[54],唐慎坊书,第12、168页。

[57] 李祖荫编:《法律辞典》,朝阳大学1927年版,“例言”。对该辞典地位的评价,可参见李祖荫编:《法律辞典》,解锟点校,上海人民出版社2013年版,“点校前言”。

[58] 同上注,李祖荫书(1927年版),第280页。

[59] 参见《德国六法》,商务印书馆编译所编译、校订,商务印书馆1913年版,第131页;《德意志民法》,朱德明译,司法部参事厅1921年版,第135页。

与“不法行为”这一可能涉及公法行为的判例外,其余判例均使用“侵权行为”,而非“不法行为”。<sup>[60]</sup>

综合以上情形,并与陈瑾昆关于“侵权行为”成为通称的描述相印证,基本可以断定,由《大清民律草案》开其端,经大理院的实际推动和民法学界的回应,以及《民国民律草案》的再次采纳,在民国北京政府时期,侵权行为用语实现了从“不法行为”向“侵权行为”的过渡,“侵权行为”逐渐成为通称。当然,“侵权行为”成为通称并不意味着其是唯一的侵权行为用语。在“侵权行为”成为通称后,“不法行为”仍被视为侵权行为用语之一,并且还出现了“有责行为”这一新的用语。如陈瑾昆称:“侵权行为,又可称曰不法行为或有责行为。”<sup>[61]</sup>汪翰章主编的《法律大辞典》“侵权行为”条中也有相同解释。<sup>[62]</sup>不过,无论是“不法行为”还是“有责行为”,通常都只是在学说上作为“侵权行为”的同义语存在,均非当时侵权行为的主要用语。<sup>[63]</sup>

## 五、“侵权行为”之名称与制度的适恰

“侵权行为”成为通称,并不意味着完全具备合理性并真正获得认可。法律名称作为语词有其自身意义,该意义基于语词本身或其组成部分的日常或专门含义形成,相对独立于名称所指称的法律规范赋予该名称的意义。法律名称是否具有合理性,在于能否全面或准确地传达出其所指称的法律规范的意义,关键之处就在于其自身意义与法律规范的意义是否契合。“侵权行为”一词作为近代中国指称相应规范的名称,也要接受这一检验。事实上,随着民法学说在民国南京政府时期的发展,对“侵权行为”名称合理性的质疑也开始出现。之所以会出现这些质疑,究其根源,与自清末的侵权行为立法选择有根本关系。

### (一) 名称与规范的不同移植取向

侵权行为的规范模式不尽相同。近代中国侵权行为法设有一般条款,从此点看来,显然不同于英美法所采取的个别侵权行为类型的规范模式,而以大陆法系为取法对象。不过,大陆法系内部也存在不同的侵权行为规范模式,使得近代中国构建侵权行为法时面临不同的移植选择。

从法国民法第1382条与第1383条看来,其侵权行为法采用概括模式。<sup>[64]</sup>法国侵权行为法对侵害客体并不区分权利和利益。同时,也未明显区别“违法性”与“过失”,二者兼含于“过失”(faute)概念之中。<sup>[65]</sup>

德国民法制定时,第一草案参照法国法采用概括模式,后正式民法由于认为这一模式过于概括,改采三个侵权行为类型的规范模式。<sup>[66]</sup>德国民法第823条第1款规定:“因故意或过失,而不法侵害他人之生命、身体、健康、自由、所有权或其他之权利者,他人因此所生之损害,应对之负赔偿义务。”该条第2款规定:“违反以保护他人之目的之法律者,亦负同一之义务。从于法律之内

[60] 参见《法律评论》1924年第56、78期,1925年第87、106、114期,1926年第141、148、149、155、161、165、173、178期。

[61] 见前注[48],陈瑾昆书,第81页。

[62] 参见汪翰章主编:《法律大辞典》,大东书局1934年版,第906页。

[63] 司法实践方面,以南京国民政府时期最高法院的判例要旨为例,皆使用“侵权行为”。参见《最高法院判例要旨》,最高法院书记厅1934年版,第12—18页;《最高法院判例要旨(一)》,大东书局1946年版,第21—25页。学说方面,以《民国时期总书目》收录的南京国民政府时期有关侵权行为的著述为例,除极少数译述外国法的情形外,均使用“侵权行为”一词。参见北京图书馆编:《民国时期总书目(1911—1949)》,书目文献出版社1990年版,第189—196页。

[64] 条文内容参见前注[15]。

[65] 参见王泽鉴:《侵权行为法》(第1册),中国政法大学出版社2001年版,第41、68页。

[66] 同上注,第68、69页。

容,虽无过失,然亦得违反之者,则赔偿之义务,惟于有过失之场合负之。”第 826 条规定:“以反于善良风俗之方法,故意加损害于他人者,应对于他人,负赔偿损害之义务。”〔67〕德国民法将侵权行为的侵害客体区分为权利和利益,对二者设立了不同的侵权行为构成条件。此外,德国民法第 823 条第 1 款将故意或过失与“不法”相区别,采用了违法性的概念。〔68〕这些都与法国民法不同。

日本侵权行为法的一般条款只有一条概括性规定。日本民法第 709 条规定:“因故意或过失,而侵害他人之权利者,任赔偿因此而生之损害之责。”〔69〕日本侵权行为法上的“权利”概念,应是取法德国,但有两点不同:一是德国民法第 823 条第 1 款将保护客体规定为“生命、身体、健康、自由、所有权或其他之权利”,日本则将侵害客体概括化,以“权利”统称;二是德国侵权行为法的侵害客体不限于权利,日本民法第 709 条则将侵害客体限定为“权利”。此外,日本侵权行为法名称借鉴德国,采用“不法行为”一词,但法条的具体规定中并未提及“不法”。

《大清民律草案》关于侵权行为的一般条款有三条。第 945 条第 1 款规定:“因故意或过失侵他人之权利而不法者,于因加侵害而生之损害,负赔偿之义务。”第 946 条规定:“因故意或过失违保护他人之法律者,视为前条之加害人。”第 947 条规定:“以背于善良风俗之方法,故意加损害于他人者,视为第九百四十五条之加害人。”《国民律草案》将《大清民律草案》关于一般侵权行为的三个条文精简为两条。〔70〕《中华民国民法》进一步将两个条文内容纳入一个条文,于第 184 条第 1 款规定:“因故意或过失,不法侵害他人之权利者,负损害赔偿责任。故意以背于善良风俗之方法,加损害于他人者亦同。”该条第 2 款规定:“违反保护他人之法律者,推定其有过失。”

从以上条文可以看出,近代中国侵权行为法参考德国民法,规定了三种侵权行为类型。〔71〕以《中华民国民法》为例,其第 184 条第 1 款前段规定的第一种侵权行为类型将侵害客体明确为权利,该条第 1 款后段和第 2 款规定的另两种侵权行为类型则未明确指向权利。德国侵权行为法上的“不法”概念也为近代中国所继承。不同的是,对于第一种侵权行为类型,近代中国侵权行为法没有采纳德国民法列举法益的方式,而是仿照日本民法,将此类侵权行为的侵害客体概括为“权利”。〔72〕总体上看,近代中国侵权行为法的规范主要借鉴了德国法。

与规范主要借鉴德国不同,近代中国侵权行为法的名称则是直接受到日本的影响。日本侵权行为法采取概括的规范模式,并将侵害客体限定为“权利”。如前所述,与其立法规定相一致,日本民法学说上曾将侵权行为解释为“侵害他人权利且加损害之行为”。这一以“侵害权利”为核心的定义为清末中国所接受。清末民法草案将侵权行为解释为“侵害他人权利且有责违法之行为”,并在此理解的基础上创设了“侵权行为”一词。因此,近代中国侵权行为名称(即“侵权行为”一词)的意义实际上来自日本侵权行为规范的意义。

综上,近代中国侵权行为法的名称和规范分别取法日本和德国,而两国的侵权行为规范在侵权行为类型、侵害客体、违法性的表达等诸方面均不一致。这样一来,近代中国侵权行为名称的意义和其所指称的规范意义也不尽一致,造成了名与实的分离,也引起民国学者对“侵权行为”一词的质疑。

〔67〕 见前注〔59〕,《德国六法》,第 131 页。

〔68〕 参见前注〔65〕,王泽鉴书,第 229 页。

〔69〕 见前注〔33〕,《新译日本法规大全》,第 357 页。

〔70〕 该草案第 246 条规定:“因故意或过失不法侵害他人之权利者,负损害赔偿责任。故意以有伤风化方法侵害他人之权利者,亦同。”第 247 条规定:“因故意或过失违背保护他人之法律者,视为前条之侵权行为人。”参见《大清民律草案、国民律草案》,杨立新点校,吉林人民出版社 2002 年版,第 234 页。

〔71〕 对于违反他人之法律的行为是否一种独立的侵权行为类型,曾有不同见解。本文认为其属于独立的侵权行为类型。参见前注〔65〕,王泽鉴书,第 300 页。

〔72〕 参见前注〔65〕,王泽鉴书,第 70 页。

## (二) 民国学者对“侵权行为”的批评及理论应对

### 1. “侵害权利”之能否表明违法性

有学者认为“侵权行为”一词未能表明行为的不法性。如陈瑾昆认为：“侵权行为，又可称曰不法行为或有责行为，旧民律草案及修正案系称侵权行为，在我国民法上已成通称，故民法亦沿用之。日本民法称不法行为，则系沿德国民法用语，实则不法行为及侵权行为二语，均仅足以表明此行为性质之一面。盖此行为乃以违反法律与侵害权利二者为要素，虽违反法律而未侵害权利，固不成有责行为，虽侵害权利而非不法行为，亦不成有责行为也。”<sup>〔73〕</sup>此说认为“不法行为”与“侵权行为”均有片面之嫌，不能囊括侵权行为全部要素，似乎认为“有责行为”更为恰当。

陈瑾昆批评“侵权行为”一词的思路是，该词从词义上看是指侵害权利的行为，但侵害权利不一定构成不法，因此该词不能表明违法性这一侵权行为构成要件。此处关键在于权利侵害与违法性认定之间的关系。侵权行为中的违法性概念源自德国民法，<sup>〔74〕</sup>而权利侵害从一开始即与违法性的认定相关。德国侵权行为法上“权利侵害之观念，固亦根据于违法之观念而来，特其以之与保护法规之违反及善良风俗之违反并列，同为决定加害行为违法性之标准”。<sup>〔75〕</sup>德国对侵权行为的违法性认定最初采取结果不法说。依据此说，“加害行为之所以被法律非难而具违法性，乃因其肇致对权利侵害的‘结果’。惟违法性在例外情形得因某种事由而阻却之(违法阻却事由)”。<sup>〔76〕</sup>也就是说，除非存在违法阻却事由，权利侵害本身即可表示不法。民国时期的中国民法学者也多持此说。当时，“依一般学者解释，凡侵害他人之权利，而无违反阻却之事由，均属不法之侵害”。<sup>〔77〕</sup>陈瑾昆一方面批评“侵权行为”“虽侵害权利而非不法行为”，另一方面也指出，“凡属权利，即有不可侵性。侵害权利，即属违反权利特性之不可侵义务，而为不法行为”。<sup>〔78〕</sup>戴修瓚进一步认为，由于侵害权利常属违法，“则侵权行为，毋庸特举违法，以为要件，仅以阻却违法事由不存在，为其消极的要件而已足”。<sup>〔79〕</sup>胡长清也持同样观点，并认为第184条之所以明定侵权行为之成立以违法为必要，“盖所以期醒豁也”。<sup>〔80〕</sup>

综上，认为侵害权利和违反法律分属不同要件，并据此认为，“侵权行为”一语因不能体现违法性而不够全面的观点，表面上看虽能成立，实际上却为“结果不法说”所消解，又兼“结果不法说”为民国学者的一般见解，因此，认为“侵权行为”不能体现违法性这一点，在当时并未构成对该词的真正质疑。

### 2. “侵害权利”之是否侵权行为绝对要件

有学者认为侵权行为的构成不以侵害权利为必要，因此“侵权行为”一词也不可谓恰当。如日本学者我妻荣指出，“侵权行为”之名称，“虽系立法技术上之便宜问题，但本法(即《中华民国民法》，笔者注)既不以侵害权利为要件(参照第184条)，则不得谓此名称为适当”。<sup>〔81〕</sup>梅仲协也指出：“按侵权行为之构成，并不以侵害权利为必要，此观诸民法第184条第1项下段，及同条第2项规定，自属无疑。……愚以为各该条内‘之权利’三字，应予删去，而第五款之标题‘侵权行为’一语，亦宜改为‘侵害行为’，庶不背乎立法之本旨也。”<sup>〔82〕</sup>

针对“侵权行为”用语提出的这一质疑，源自更深层次的侵权行为构成要件问题。从理论渊源

〔73〕 见前注〔48〕，陈瑾昆书，第81页。

〔74〕 参见前注〔65〕，王泽鉴书，第229页。

〔75〕 曾志时：《关于侵权行为本质论之一考究》，载《朝大季刊》1931年第2期，第11页。

〔76〕 见前注〔65〕，王泽鉴书，第229页。

〔77〕 蔡天锡麟：《民法债编总论》，上海法政学社1932年版，第92页。

〔78〕 见前注〔48〕，陈瑾昆书，第98页。

〔79〕 戴修瓚：《民法债编总论》(上册)，上海法学编译社1948年版，第158页。

〔80〕 胡长清：《中国民法债编总论》(上册)，商务印书馆1948年版，第142页。

〔81〕 [日]我妻荣：《中国民法债编总论》，洪锡恒译，曲阳勘校，中国政法大学出版社2003年版，第51页。

〔82〕 梅仲协：《民法要义》(第1册)，上海昌明书屋1947年版，第236页。

上看,问题的产生可追溯至德国民法。“自德民以权利侵害,列为其不法行为之第一要件以来,学者关于侵权行为本质之议论,遂益纠纷。”争议的焦点之一为侵权行为的本质能否归结为权利之侵害,即“权利”能否涵盖侵权行为的侵害客体。<sup>〔83〕</sup>日本民法上亦存在这一问题——其第709条规定侵权行为侵害的客体以权利为限。但日本学者认为这样的范围未免太狭,主张“权利之侵害”不过为违法性之代表的表示方法,法律所保护的利益,亦为侵害之客体,而违背公序良俗之加害,亦具有违法性。<sup>〔84〕</sup>只是,该问题在德、日两国只表现为侵权行为的构成要件问题,近代中国以“侵权行为”为名,使之同时成为关于法律名称的问题。

从立法规范上看,上述质疑源于《中华民国民法》第184条第1款前段将侵害客体明确规定为权利,但该条第1款后段和第2款规定的故意以背于善良风俗之方法加损害于他人及违反保护他人之法律的行为,并未将侵害客体明定为权利。基于第184条第1款前段对侵害权利的规定及该规定的重要性,很多民国学者将“侵害权利”列为一般侵权行为的构成要件。当然也有如梅仲协者持否定意见。但无论肯定意见还是否定意见,都只有对第184条第1款后段和第2款的规定与权利之间的关系做出判断,才能完全证成。民国学者对此有诸多解读,其主要观点如下:

第184条第1款后段规定了故意违背善良风俗的损害行为。对于该行为与权利的关系,民国学者主要有两种基于不同角度的解释:(1)多数意见认为,违背善良风俗的侵害客体不能归结为权利。如洪文澜、戴修瓚均认为,以违背善良风俗等行为,加损害于他人者,虽不侵害权利,亦成立侵权行为。戴修瓚更进一步认为,该规定为第184条另两处规定之补充。若他人所受损害,既非他人权利,又非保护他人法律所认之利益,则侵害权利及违反保护他人之法律等规定,均不足以包括,须更行规定,方可救济其损害。<sup>〔85〕</sup>(2)胡长清认为,洪文澜、戴修瓚上述见解系对权利作广义理解的表现之一,而他本人则持不同意见。他指出,违背善良风俗乃不法意义之扩张,固无与于权利之意义。胡氏此说颇有些费解。结合他对侵权行为违法要件的认识,可明确其意。他认为,第184条第1款前段所谓“不法”为形式的违法,违背善良风俗则为实质的违法。<sup>〔86〕</sup>那么,其说应是指,第184条第1款后段旨在将“不法”从形式违法扩张到实质违法,而非就权利做出规定。胡长清对洪文澜、戴修瓚二人的观点或有误解,因为其所持违背善良风俗虽不侵害权利,仍成立侵权行为的观点,是根据规范意义确定侵权行为的范围,并非对权利意义的扩张。胡长清将对侵权行为中的“权利”作广义理解的观点持异议,并认为不能将故意违背善良风俗的行为与权利直接联系起来,说明他也不认为违背善良风俗的侵害客体可以被归结为权利。

关于第184条第2款规定的违反保护他人之法律的行为,主要有三种解释:(1)将违反保护他人之法律视为一种独立的侵权行为类型,并将其侵害客体视为广义上的权利。这一解释的前提是对权利作广义理解。如陈瑾昆认为:“关于权利之意义,学者中有二说:1.谓仍应如一般权利,作狭义解释,即须实有权利之内容者始可。2.谓无须如一般权利,可广义解释,仅为法律所保护之利益者亦可。”他对此持广义观点,认为第184条第2款规定的行为属于侵害权利。<sup>〔87〕</sup>戴修瓚、蔡天锡麟等学者也持相同观点。<sup>〔88〕</sup>(2)将违反保护他人之法律视为一种独立的侵权行为类型,但不认

〔83〕 见前注〔75〕,曾志时文,第12、13页。

〔84〕 参见前注〔13〕,史尚宽书,第108页。

〔85〕 参见前注〔79〕,戴修瓚书,第154页;洪文澜:《民法债编通则释义》,上海法学编译社1948年版,第39页。其他如蔡天锡麟、梅仲协、戚维新等学者,其观点虽不尽一致,但基本观点都是认为违背善良风俗的侵害客体不能被归结为权利。参见前注〔77〕,蔡天锡麟书,第87页;前注〔82〕,梅仲协书,第236页;戚维新:《侵权行为责任论》,商务印书馆1936年版,第45页。

〔86〕 参见前注〔80〕,胡长清书,第126、142页。

〔87〕 见前注〔48〕,陈瑾昆书,第90、91页。

〔88〕 参见前注〔79〕,戴修瓚书,第153页;前注〔77〕,蔡天锡麟书,第84页。

为其侵害客体可以归结为权利。如梅仲协认为,权利与法律所保护之法益并不等同。他将违反保护他人之法律作为一种侵权行为类型与侵害他人权利的类型并列,并指出,“在被害人之法益或财产受侵害时,不能依据民法第184条第1项规定,请求损害赔偿者,始得适用该条第2项之规定”。<sup>[89]</sup> (3) 不将违反保护他人之法律视为一种独立的侵权行为类型。如胡长清认为:“所谓违反保护他人之法律,亦属举证责任之问题,而与权利之意义无关。”<sup>[90]</sup> 以上三种解释中,(1)(3)两种均不妨碍侵害权利为侵权行为构成要件之论断成立。而根据解释(2),此论断则不能成立。

综上,对第184条第2款规定的违反保护他人之法律的行为,尚有学者将其侵害客体视为广义上的权利,但对第184条第1款后段规定的违背善良风俗之行为,则通常不认为其侵害客体可归结为权利。整体看来,正如戴修瓚所言,侵权行为虽多以侵害权利为其成立要件,但侵害权利非侵权行为的绝对要件。<sup>[91]</sup> 因此,“侵权行为”一词的自身意义,即侵害权利的行为,与其规范意义不能契合,“侵权行为”之名称也难称恰当。

关于“侵权行为”名称合理性之不足,从民国学者的学说中可见两种解决思路。思路之一是提出其他更具合理性的语词。比如,梅仲协认为可以将之改为“侵害行为”。但在“侵权行为”已为官方确立并成为通称的情况下,这种思路并不可行。思路之二是根据法律规范的内容调整法律名称的释义。“侵权行为”的自身含义为“侵害权利的行为”,近代学者在解释作为法律制度名称的“侵权行为”时多以此为中心,将其视为解释对象的共同特征,对该名称的质疑也都围绕此点展开。新的释义则不再以此为所有对象的共同特征。比如,梅仲协将“侵权行为”定义为:“因行为不合法,致加损害于他人,依法律之规定,应负损害赔偿责任者,谓之侵权行为。”<sup>[92]</sup> 屠景山认为,侵权行为是“因故意或过失不法侵害他人的权利,或者故意以背于善良风俗的方法加损害于他人”的行为。<sup>[93]</sup> 新的定义立足于规范意义,解决了原定义过于片面的问题,但与“侵权行为”一词的本义则有所偏离。因此,民国时期,“侵权行为”一词名实不符的问题未能真正得到解决。

但是,民国学者的相关讨论绝非无益。正是在民国学者对“侵权行为”一词提出质疑并充分讨论的基础上,后来学者才进一步将侵权行为的侵害客体总结为包括“权利”和“利益”的“权益”,并将“侵权行为”释为“侵害权益的行为”。<sup>[94]</sup> 由于“权”可解释为“权益”,因此“侵权行为”的自身意义解释为“侵害权益的行为”也完全成立,从而使“侵权行为”一词的自身意义与规范意义趋于契合。

## 六、结 语

近代中国侵权行为用语是在继受西法的基础上产生的,但西方用以表述侵权行为的术语并不统一。经以上梳理可知,在19世纪中国和西方的直接交流中,在华外国人关于侵权行为用语的译述曾涉及法国和英国两种不同的侵权行为指称方式,但无论准确与否,都未能产生大的影响。

[89] 见前注[82],梅仲协书,第241、244页。

[90] 见前注[80],胡长清书,第125、126页。

[91] 参见前注[79],戴修瓚书,第156页。

[92] 见前注[82],梅仲协书,第236页。

[93] 屠景山编著:《民法债编原论》(上册),世界书局1931年版,第34页。

[94] 比如,南京国民政府主持制定的《中华民国民法》1949年后在我国台湾地区继续适用,史尚宽在其1954年初版的《债法总论》中将侵权行为的侵害客体总结为“权利”和“利益”:“侵权行为者,……,简言之,为侵害他人权利或利益之违法行为。……我民法称为侵权行为,其实不独权利,即其它利益,亦为侵害之对象(‘民法’第184条1项后段)。言侵权行为者,不过举要以概其余之意耳。”后来学者将“权利”和“利益”进一步简化为“权益”。比如,王泽鉴认为:“侵权行为,指因不法侵害他人的权益,依法律规定,应对所生损害负赔偿责任的行为。”见前注[13],史尚宽书,第101页;前注[65],王泽鉴书,第59页。

20世纪初成为清末侵权行为一般用语的“不法行为”以及在其基础上产生的正式用语“侵权行为”，则是近取日本、远宗德国的产物。

法律语词的形成、定义与评价是语词与制度、学说共同参与的过程。关于近代中国确立的“侵权行为”一词，可作两点说明：其一，“侵权行为”之“权”最初意指“权利”，这表明清末继承了从德国到日本将权利规定为侵权行为侵害客体的立法思路。但是，德日关于权利与侵害客体的规定不尽一致，清末立法者未能明确意识到其中差异，分别参考德日民法确定侵权行为的制度和名称，使得二者意义不能完全契合。其二，尽管名称与制度的意义有所分离，但不能因此完全否定“侵权行为”一词的价值。纵向地看，近代学者对“侵权行为”的主要批评是权利不能涵盖侵权行为的侵害客体，但后来借助语词本身的开放性和学说的发展，侵权之“权”的意义由“权利”转变为“权益”，这一缺陷已经补足。横向地看，近代中国并不存在完美的侵权行为用语。比如，在近代中国曾采用或提议过的其他侵权行为用语中，“不法行为”含义过于宽泛，“有责行为”和“侵害行为”显然存在同样的问题。“侵权行为”一词沿用至今。我国现在虽以“侵权责任法”为法律名称，但从《侵权责任法》制定过程中针对法律名称的争论看来，所提议名称均各有可取与不足之处。<sup>[95]</sup>若将考察视野进一步扩展，可发现西方一些国家围绕侵权行为名称亦存在争议。<sup>[96]</sup>因此，侵权行为名称之选择，所追求的或许只是通过比较而得出一个相对合理的选项。从这个意义上来说，近代中国采取“侵权行为”来指称相应的领域，虽有不足，但亦属相对合理的选择。

---

**Abstract** The introduction and the establishment of tort terms in modern China went through the following stages. In the 19th century, there were a few translations with different levels and ways by foreigners in China, which showed the early expressions of tort in Chinese, but they failed to find proper equivalents and exert an influence. At the beginning of the 20th century, the “unlawful act” transplanted from Japan became the general term to express tort in the late Qing Dynasty. The term “tort” was first used in *The Draft of Qing Civil Code*, which was inherited by the Republic of China and became a general term during the Period of the Beijing Government of the Republic of China. The adoption of “tort” as a legal term in modern China was affected by the Japanese scholar’s view of tort formed on the basis of the Japanese tort legislation, whereas the tort provisions were referred mainly to Germany. Therefore, the legal term and the legal system are different in their meanings, and the rationality of the term “tort” was also questioned by some scholars of the Republic of China. In spite of this, it is still a relatively reasonable choice for modern China to adopt the term “tort”.

**Keywords** Early Translations, Unlawful Act, Tort, Right

---

（责任编辑：赖骏楠）

---

[95] 《侵权责任法》制定过程中，围绕法律名称的采用曾出现了“侵权责任法”和“侵权行为法”两种主要主张。分歧源于对“侵权行为”的本质、“侵权行为法”的本质及其在民法体系中的定位有不同认识。此外，另有一些学者建议参照英美法的模式采用“侵权法”这一名称。具体讨论可参见孙宪忠、汪志刚、袁震：《侵权行为法立法学术报告会议述评》，载《法学研究》2007年第2期，第149页；王利明：《侵权责任法制定中的若干问题》，载《当代法学》2008年第5期，第8页；梁慧星：《中国侵权责任法的制定》，载中国法学网，[http://iolaw.ccssn.cn/zxzp/200907/t20090721\\_4603119.shtml](http://iolaw.ccssn.cn/zxzp/200907/t20090721_4603119.shtml)，2021年4月22日访问。

[96] 参见前注[27]，巴尔书，第1—11页。