

# 新过错一元论：侵权责任中违法性与过错区分的解构与整合

李可歆

澳门科技大学法学院，澳门

收稿日期：2025年4月18日；录用日期：2025年4月28日；发布日期：2025年5月26日

## 摘要

本文以侵权法中违法性与过错区分的理论重构为核心命题，围绕传统二分法理论在理论基础与规范逻辑上的困境展开体系化探讨。首先通过辨析“违法性”与“过错”在概念谱系中的差异化内涵，确立过错侵害与合法危险侵害的二元类型框架，揭示“合法危险”中风险容许性与行为违法性之间的规范张力。继而从侵权责任保护客体的本质特征切入，质疑区分保护权利与法益的正当性。通过比较法视野下的立法例考察、教义学范式转型，指出理论发展中传统违法性与过错要件统一判断的共同趋向。最终肯定新过错一元论的理论范式，在责任构成要件层面实现违法性判断向过错评价的体系性融合，证成该理论在规范基础、构成要件衔接及证明责任分配上的逻辑自洽性，主张以权利受害危险的创设与实现作为统合性判断标准，归类八种典型归责结果，推动侵权教义学从违法性与过错的形式二分向实质一元的过错教义转型。本文旨在构建契合现代风险分配机制的侵权责任认定体系，为侵权法基础理论的范式革新提供新的解释路径。

## 关键词

过错，过失，违法性，侵权行为，侵权责任，损害赔偿

# Neo-Monistic Theory of Fault: Deconstruction and Integration of the Distinction between Wrongfulness and Fault in Tort Liability

Kexin Li

Faculty of Law, Macau University of Science and Technology, Macau

Received: Apr. 18<sup>th</sup>, 2025; accepted: Apr. 28<sup>th</sup>, 2025; published: May 26<sup>th</sup>, 2025

文章引用：李可歆. 新过错一元论：侵权责任中违法性与过错区分的解构与整合[J]. 法学, 2025, 13(5): 1016-1022.  
DOI: 10.12677/ojls.2025.135144

## Abstract

This article centers on the theoretical reconstruction of the distinction between “wrongfulness” and “fault” in tort law, systematically addressing the doctrinal and normative dilemmas inherent in the traditional dichotomous framework. By first delineating the differentiated conceptual spectra of “wrongfulness” and “fault,” it establishes a dual typological framework of fault-based infringements and lawful hazardous infringements, thereby revealing the normative tension between risk permissibility and behavioral wrongfulness in “lawful hazardous activities.” Proceeding from the essential characteristics of the protected interests in tort liability, the article challenges the legitimacy of distinguishing between the protection of rights and legal interests. Through comparative analyses of legislative models and a paradigm shift in doctrinal methodology, it identifies a convergent trend toward unified adjudication of traditional wrongfulness and fault requirements in contemporary theoretical developments. Ultimately, the article affirms the theoretical paradigm of the Neo-Monistic Theory of Fault, advocating for the systemic integration of wrongfulness assessment into fault evaluation at the level of liability constitutive elements. It demonstrates the logical coherence of this theory in terms of normative foundations, doctrinal articulation, and allocation of evidentiary burdens, proposing the “creation and realization of risks to legal entitlements” as a unified adjudicative criterion. By classifying eight archetypal imputation outcomes, the article advances a transformative shift in tort doctrine—from the formal dichotomy of wrongfulness and fault to a substantive monistic framework of fault-based doctrinal reasoning. This study aims to construct a tort liability determination system aligned with modern risk allocation mechanisms, offering a novel interpretive pathway for the paradigmatic renewal of tort law’s foundational theories.

## Keywords

Fault, Negligence, Wrongfulness, Tortious Act, Tort Liability, Damages

Copyright © 2025 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

从我国现代法学发端至今，讨论侵权行为构成要件的文献不可谓不多，但而今学说之纷繁、理论冲突之激烈、实务应用之杂乱，却也不可不察。为方便后文讨论，暂定义基本概念如下：侵权行为，简称侵权，即创设权利不应有的危险，并使其不正当的现实化为权利受危害之行为。侵害行为，简称侵害，使权利受危害之行为，侵害行为包含侵权行为。危险，即权利实现受阻的可能；危害，即权利实现受阻的状态。侵权诉讼中的关键问题，为侵权行为是否可以归责于非受害方，若可则有侵权行为之成立，进而发生损害赔偿关系；若不可则仅遵循自己责任原则，无损害赔偿关系之发生。以下首先说明违法性与过错的区分仅对过错侵权方有意义，其次讨论侵权责任的保护客体，为违法性与过错的区分进行铺垫，再次从立法例、解释学以及具体案例的多维视角对相关理论进行考察，以尝试定分止争，为本话题开拓更多空间。

## 2. 讨论的基础

### 2.1. 过错侵害与合法危险侵害的区分

按照创设之危险是否具有违法性，侵权行为分为“过错侵害行为(下称过错侵害)”与“合法危险侵害

行为(下称合法危险侵害)”,分别适用过错归责原则与无过错归责原则。过错侵害,即创设应预见的、权利的“不合法”受害危险,并在应回避时,使危险现实化为对权利的危害,法律后果称过错侵权责任。合法危险侵害,即创设应预见的、权利的“合法”受害危险,并在应回避时,使危险现实化为对权利的危害,法律后果又称无过错责任、危险责任或严格责任。

“合法危险”的合法性首先来源于法律对特定风险的明确容许,如在法定豁免领域的高风险活动,同时也需要符合社会对风险的可接受性,如随着技术发展成熟,被视为合法危险的自动驾驶测试会因未及时升级系统而成为违法行为。而对于“合法危险”与“不合法危险”的区分,应考虑建立层级化的判断体系框架。判断的基石应为法定授权,进而结合社会容许性与动态风险控制进行综合判断,在判断了是否存在法律明确容许的情形后,考虑是否符合公共利益与技术伦理的要求,在通过了这两个层级的检验后,还需要结合个案中具体场景的风险预见性、回避可能性及损害严重性,来进行综合的判断。

所谓“无过错”,系因危险合法化而无论过错。究其原因,是过错侵权责任与严格责任的归责理论基础不同<sup>[1]</sup>,前者系“补偿正义”,后者为“分配正义”。既然无过错责任的归责不论过错(含故意与过失)与否,则违法性与过错的区分仅对过错侵权有意义。在传统的学说中,过错是导致欠缺必要注意之心理状态。<sup>1</sup>违法性系指行为人客观上违反法规范价值,即行为人之行为不符合社会之期待,可称之为行为之反价值。过失,即行为人欠缺“理性人之注意”,行为人违反了注意义务<sup>[2]</sup>。

有学者秉持结果不法说,指出结果不法说中无过错责任仅需客观不法存在即可归责,无需主观过错<sup>[3]</sup>。此观点仍以过错理论为基础,而从权利与法益的区分理论出发,可证得本文对无过错责任的观点,下文详述。

## 2.2. 合法危险侵害中的“合法”与违法性中“违法”的区分

仍有必要进一步讨论合法危险侵害中的“违法性”问题,方能进一步深化对“违法性”之理解。按前述定义,合法危险侵害中的“合法”系指“危险性”的合法,并非指该种侵害合法,与合法危险侵害本身的违法性质判断无关。若有行为人开展创设“不合法”危险的行为,应另行探究其中过错责任,而非直接适用严格责任规范<sup>2</sup>。此时应对危险合法性进行动态判断,若行为整体合法但存在局部违法(如合规饲养但未拴狗链),则拆分处理:合规部分对应合法危险,进而适用无过错责任(如动物固有风险);违规部分对应不合法危险,进而适用过错责任(如未拴狗链狗链的过失)。单一行为可能同时触发两类责任,但分类本身仍保持周延。基于此,有学者指出过错一元论的逻辑缺陷在于,若用过错吸收违法性,将导致合法行为(如正当防卫、行政执法)被追究责任,违背法治原则<sup>[4]</sup>。此观点系对违法性的误解所致,为本文所不采。

违法性并非行为评价结果,违法性的成立不需要行为本身“违法”。除因违反法律规定之义务而成立违法行为的情况,多数侵权行为原为合法行为。举例而言之,驾驶车辆的行为本身并非违法,只在伤及行人时方属违法,进而产生了应负之责的讨论。因此,若舍弃权利被侵害等其他要件,直言行为本身需属违法,显然触犯了范畴错误(混淆行为与评价的层级)与因果倒置(结果反推前提)的逻辑谬误。

欲对“违法性”进行进一步的解释,需明确“违法性”中所“违”之“法”在特定情况下可不适用,甚至于“免除”,如正当防卫与不可抗力;或所违背之法律有容忍特定情形的空间,如紧急避险与意外事件。是故,对于“违法性”之理解可为:法律认为该行为无正当理由违背准许权利内容之法律意志,违

<sup>1</sup>关于“过错”亦未有通说,此处以主张以过错吸收违法性的一元论观点代表。

<sup>2</sup>如《机动车交通事故责任强制保险条例(2019修订)》第22条:有下列情形之一的,保险公司在机动车交通事故责任强制保险责任限额范围内垫付抢救费用,并有权向致害人追偿:(一)驾驶人未取得驾驶资格或者醉酒的;(二)被保险机动车被盗窃期间肇事的;(三)被保险人故意制造道路交通事故的。有前款所列情形之一,发生道路交通事故的,造成受害人的财产损失,保险公司不承担赔偿责任。

反法律上之义务，违法是侵权的结果。

### 3. 侵权责任的保护客体与违法性的理论关联

违法性与过错区分的前置问题，实际为侵权责任的保护客体是否区分权利与法益。若进行区分，因权利具有法律明确保护范围，对权利侵害可直接推定违法性；而对法益侵害，则需额外证明该法益受法律保护。在这个基础上，可以通过结果不法筛选可赔偿损害，平衡行为自由与法益保护[3]。然这种观点是否合理，容下文商榷之。

#### 3.1. 侵权责任保护客体的性质澄清

权利仅作为过错侵权责任的保护客体，而非责任发生基础。法定权利无法涵盖所有受保护法益，德国法经验表明，权利范围的过度扩展会导致侵权责任的判断陷入僵局，日本法亦完成了从“权利侵害”到“违法性”的转变[2]。故而需要对权利、法益等概念进行明晰。

权利的定义虽有争议，但将权利作为侵权责任的保护客体却无争议[5]。而利益与法益，一如意志、正义等理论领域之最基本概念，本应无须再复解释。但因各家学者定义不一，乃至基于概念定义构建的体系亦相冲突，故有澄清的必要。虽有学者以民事主体享有的民事利益具有正当性，为民事法益应受法律保护的内在依据，以此定义民事法益[6]。但本文所称之法益或利益在学界从未有过通说性质的区分，是故本文亦不区分之，只作法益这一说。法益应受法律之保护，但其未能进行足够的类型化，只能于个案和规则间来回穿梭，从而得以在个案中确认。

值得说明的是，民事“法益”与刑事“法益”之间可以互通。正是基于此概念在二领域之间的联系，刑民交叉领域方得存在，亦为后文借用刑法结果回避可能性理论打下基础。

#### 3.2. 对差别保护的质疑

对权利和法益实施不同程度的侵权法保护，是各国侵权法的制度共识，但仍有缺陷。法益的价值位阶与社会典型公开性是差别保护的核心标准，具体而言，绝对权因价值位阶高且公示性强，受全面保护；其他法益则需结合个案综合权衡[7]。即便是作为大陆法系规范典型的德国，在法益和权利的差别保护上仍有法规范技术上的不足。《德国民法典》第 823 条<sup>3</sup>仅对法定绝对权提供强保护，其他法益则需通过“违反保护性法律”或“故意背俗”途径救济。这导致了一般人格权这种新型法益依赖司法实务创设框架权，可能引发权利泛化与解释矛盾；另外，“权利法定化”限制了司法自由裁量，但面对社会变迁时，最终仍需司法续造扩张权利内涵[8]。

除了体系延伸上的艰难，差别保护说的根本缺陷在于，基于相同的本质，权利与法益间存在相互流动的关系，因而难以严格区别[9]。实际上，不论权利还是“法益”，司法实务中均需综合权衡归责基础、损害性质、因果关系、公共利益等多元因素，避免全有全无的僵化判断。从概念拓展的视角，对“权利”概念的拓展亦可容纳所谓“法益”当中的内容，如“纯粹经济损失”本质是对取得财产之行为资格(能权)的侵害，仍属权利范畴[10]。故本文采李锡鹤、陈忠五之观点，否定差别保护权利与法益的正当性。

### 4. 违法性与过错区分的理论选择

基于对侵权责任的保护客体的不同的选择，各国立法及法教义学在违法性与过错区分选择上有所不同。但我国需选择何种理论，下讨论之。

<sup>3</sup> 《德国民法典》第 823 条：(1) 故意或有过失地不法侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利的人，有义务向该他人赔偿因此而发生的损害。(2) 违反以保护他人为目的的法律的人，担负同样的义务。依该法律的内容，无过错也可能违反该法律的，仅在有过错的情形下，始发生赔偿义务。



#### 4.1. 违法性、故意、过错、过失的概念关联澄清

中国大陆法学界中的“过错”继受自德国法上“Verschulden”，因此有学者将过错与违法性进行对比。“违法性与过错的区分”“违法性与过失的区分”两个讨论在学界时常并行，却未得通说。过错包含故意与过失，自无争议，需要加以区分的是故意与过失。

首先，故意具有道德非难性，而违法性乃至至于客观的过失都不具备该特性。其次，在判断标准上，如需判断行为人是否存在故意，必须从个案中行为人的具体行为出发，即故意只能是个案的、主观的。而在违法性与过失判断标准中，世界各国和地区普遍采取了理性人的客观标准，即过失通常是客观的。再次，故意侵权具有侵权行为上的确定性，而过失侵权更多地体现为一种风险<sup>[11]</sup>。当过失采取客观标准，方有客观过失与“客观”违法性发生重合的问题。

20 世纪初期有将“Verschulden”翻译为“咎失”<sup>[12]</sup>者，但在进一步的历史发展中，却没有出现上述两论并行的现象，可见术语翻译对概念流变的重要性。所以在新的违法性与过错的理论中，需要从更高维度同步考虑对“故意”的有责性判断，将主观故意违反义务与客观违反社会期待相互衔接。如此，便可解决违法性与过错、过失交错产生的法教义学问题。

#### 4.2. 立法例与法教义学考察

从立法例的视角，对违法性与过错进行分析的文献多矣。区分违法性与过错的立法例以德国为代表，其违法性理论通过区分结果不法与行为不法，构建了兼顾法益保护与行为自由的侵权责任体系。该理论的核心在于，违法性不仅是事实判断，更是规范评价，需结合行为样态，动态适用不同标准<sup>[13]</sup>。以过错吸收违法性的立法例则以法国为代表，自 1968 年法国民法典第 489-2 条确立精神病人责任以来，立法就从主观过错转向纯客观过错，过错等同于义务违反行为<sup>[14]</sup>。

而对过错一元论的批判，主要来自于法律实践中的矛盾和对社会认知基础的颠覆。我国现行法及司法解释中存在需独立证明违法性的情形，说明我国法学理论中违法性无法被过错完全涵盖。同时，违法性是公众对侵权行为的外观判断标准，抽离违法性可能颠覆法律秩序的价值导向<sup>[4]</sup>。

而事实上，对违法性与过错进行一体化判断，其实已然成为一种共通的趋势。欧洲的侵权法草案中尝试放弃违法性独立阶层，以“可归责性”统合行为标准(过错)与结果责任，仅保留主观过错在特定领域中的作用，如惩罚性赔偿。日本、德国及欧洲侵权法均呈现违法性与过错判断融合的趋势，通过行为标准违反或动态法益衡量实现责任认定，无需独立的违法性要件<sup>[13]</sup>。如此，新过错一元论对于过错与违法性的一体化判断有适用的可能性。

### 5. 新过错一元论的合理性证成

本文虽拟统一对过错与违法性的一体化判断，但具体的判断细节仍有待细化。本文拟从细化“行为标准”的视角，将作为侵权构成要件的“过错”改造如下。

#### 5.1. 本体论表达

基于危险现实化与回避可能性理论，改造后的过错及其相关概念如下：过错，即创设应预见的权利的“不合法”受害危险，并在应回避时使危险现实化为权利受危害的情况。故意，即创设应预见的权利受害危险，且回避危害结果的现实化。直接故意，即创设应预见的权利受害危险，且直接现实化相应危害结果。间接故意，即创设应预见的权利受害危险，预见而不回避危害结果的现实化。过失，即创设应预见的权利受害危险，预见且回避了危害结果的现实化。过于自信的过失，即创设应预见的权利受害危险，预见但未回避危害结果的现实化。疏忽大意的过失，即创设应预见的权利受害危险，未预见而产

生危害结果的现实化。

预见义务、回避义务构成过错前提, 预见能力、回避能力影响责任成立认定与责任范围限定。上述定义中, “应预见” 对应“预见义务”, 没有预见义务时行为人得主张不可抗力或非争议事件当事人; “预见时/没有预见” 对应“预见能力”, 没有预见能力时行为人得主张意外事件; “应回避” 对应“回避义务”, 没有回避义务时行为人得主张正当防卫; “不回避” 对应“回避能力”, 没有回避能力时行为人得主张紧急避险。

纵向完整性上, 故意与过失通过预见意愿实现互斥, 过失内部通过预见时点形成划分。横向排他性上, 过错与无过错的临界点通过双重否定检验: 非故意, 即不追求且不放任危害结果, 此时必然落入过失<sup>4</sup>或无过错; 非过失, 即无预见义务或无回避可能, 此时必然属于无过错。值得说明的是: 在合法危险侵害(对应严格责任)的成立中, 相应合法危险基于分配正义的理念, 均属于应当预见, 且当事人有能力预见的危险。因此, 在严格责任的损害赔偿诉讼中, 仅有正当防卫与紧急避险之抗辩, 不应有不可抗力与意外事件之抗辩。传统“过错” 包含主观过失与客观违法, 而本理论将“过错” 窄化为“危险不法性”, 剥离主观要素。

通过剥离“过错” 中的主观要素, 新过错一元论深化了补偿正义, 同时拓展了分配正义的边界。新理论通过“危险现实化理论” 重构归责基础, 将违法性判断内化为危险创设的“不法性” 评价, 同时强化了责任认定的客观性与一致性, 减少司法实践中因标准模糊而导致的补偿不足或过度, 从而更贴合补偿正义的个体平衡目标。而在分配正义方面, 新理论将合法危险侵害(严格责任)纳入统一框架, 以“权利受害危险的创设与实现” 为统合标准, 通过动态法益衡量, 将风险分配给风险创造者或受益者。这种机制不仅覆盖了传统的严格责任领域, 还通过结果回避可能性等工具, 在新型风险(如人工智能侵权)中拥有更灵活地实现社会风险的公平分配的可能性。

## 5.2. 与现有理论的契合

### 5.2.1. 刑民理论基础的契合

本文主张的过错与违法性一体判断的理论, 或可称为新过错一元论, 在理论上沟通了民刑理论。民事侵权责任与刑事责任均有相似功利性质和道义性质<sup>[12]</sup>, 是故二者理论在过错的话题上有高度的共同性<sup>[15]</sup>。在危险现实化理论中, 探讨结果回避可能性问题的做法, 也是日本刑法学界正在逐渐兴起的观点<sup>[16]</sup>。

### 5.2.2. 侵权责任内部构成要件的契合

违法性与过错更像是一体两面, 仅将主观过错保留在特定领域时, 二者于权利保护上都指向同一客体, 于行为不法的判断上都指向同一价值, 在实体法上的角色重合度很高, 只在讨论损害之可赔偿性与责任能力的方面有区分之价值。不过本文认为, 二者的区分更多是程序意义, 而非实体价值。

## 6. 结语

侵权行为构成要件中违法性与过错的关系之争, 本质上是法律评价体系中行为自由与法益保护的价值权衡争议。本文通过解构传统区分理论的逻辑困境与实践矛盾, 揭示出双重否定评价的冗余性本质——当违法性作为反价值判断的客观标准, 而过错作为注意义务违反的客观化标准时, 违法性与过错就注意义务违反中反价值判断上功能重叠已不可避免。比较法经验表明, 德国法教义学构建的结果不法与行为不法之辨, 实为概念法学时代的形式主义遗产, 在当代风险社会的责任分配需求下, 已难以承载实质

<sup>4</sup> 过失类型的穷尽性上, 则设过失为应预见与应回避, 则预见危险发生可能性存在时行为人属于过于自信过失, 预见危险可能性不存在时行为人属于疏忽过失。

正义追求的动态法益衡量。

新过错一元论的提出,并非对传统理论的简单否定,而是通过危险现实化理论,重构归责基础。该理论将违法性判断内化为危险创设的“不法性”评价,使过错要件统摄预见义务、回避可能性等动态要素,在维持责任认定客观标准的同时,为正当化事由提供体系化解释空间。这种理论转向不仅消解了权利与法益差别保护的逻辑悖论,更通过引入结果回避可能性等刑法理论工具,实现了侵权责任构成要件的实质整合。

未来研究仍需在多个维度深化探索:其一,在人工智能侵权、数据权益侵害等新兴领域检验新理论的解释力,构建更具弹性的归责框架;其二,通过实证研究考察司法实践中法官的归责思维模式,弥合学说建构与裁判逻辑的断层;其三,在民法典时代背景下,重新审视特别侵权规范与一般条款的体系协调,推动侵权责任法从要件分立走向功能统合。唯有打破传统教义学的概念桎梏,方能在法益救济与行为自由的永恒张力中,寻得符合时代精神的平衡支点。

## 参考文献

- [1] 朱虎. 过错侵权责任的发生基础[J]. 法学家, 2011(1): 71-85, 178.
- [2] 陈聪富. 侵权行为法原理(增订版) [M]. 台北: 元照出版公司, 2023: 298-299.
- [3] 方新军. 权益区分保护和违法性要件[J]. 南大法学, 2021(2): 1-23.
- [4] 柳经纬, 周宇. 侵权责任构成中违法性和过错的再认识[J]. 甘肃社会科学, 2021(2): 135-144.
- [5] 鲁道夫·冯·耶林. 为权利而斗争[M]. 刘权, 译. 北京: 法律出版社, 2019: 48-49.
- [6] 谢国才. 论民事法益的法律保护[D]: [硕士学位论文]. 湘潭: 湘潭大学, 2004.
- [7] 于飞. 侵权法中权利与利益的区分方法[J]. 法学研究, 2011, 33(4): 104-119.
- [8] 朱虎. 侵权法中的法益区分保护思想与技术[J]. 比较法研究, 2015(5): 44-59.
- [9] 陈忠五. 契约责任与侵权责任的保护客体——“权利”与“利益”区别正当性的再反省[M]. 北京: 北京大学出版社, 2013: 195-196.
- [10] 李锡鹤. 侵权行为究竟侵害了什么——权利外“法益”概念质疑[J]. 东方法学, 2011(2): 3-10.
- [11] 朱岩. 侵权责任法通论-总论-上册-责任成立法[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 242.
- [12] 戚维新. 侵权行为责任论[M]. 上海: 商务印书馆, 1936: 62.
- [13] 李昊. 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[C]//中德私法研究(第3卷). 北京: 北京大学出版社, 2007: 3-30.
- [14] 张民安. 作为过错侵权责任构成要件的非违法性与过错——我国过错侵权责任制度应当采取的规则[J]. 甘肃政法学院学报, 2007(4): 1-17.
- [15] 刘艳红. 违法性认识的体系性地位——刑民交叉视野下违法性认识要素的规范分配[J]. 扬州大学学报(人文社会科学版), 2015, 19(4): 16-21.
- [16] 杨绪峰. 过失犯的结果回避可能性研究[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2023: 172.