

侵权法一般条款的保护范围

王利明

摘要 侵权法一般条款的立法模式及其保护范围是侵权立法中的重要问题。从比较法上看,德国法之规定与法国法之规定各有其优劣,但德国法更具借鉴意义。我国侵权立法,应认真总结以往立法及司法的成功经验,坚持已有的成熟做法,确立符合我国国情的立法模式。我国侵权责任法应通过一般条款列举具体的权利及利益保护范围,同时规定兜底条款,而不应从规定损害概念的角度界定侵权法的保护范围。

关键词 侵权法 一般条款 保护范围 权利 利益

作者王利明,中国人民大学法学院教授。

侵权法的一般条款,是指对侵权法的保护范围、归责原则、责任构成要件等某一类型或多个类型侵权的内容进行抽象规定,以作为相关类型侵权法具体规定展开基础的条款。^①在民法中,一般条款是未规定具体的适用条件和固定的法律效果,而将其交由法官根据具体情况予以确定的规范。^②其通常具有“宽泛”、“抽象”和“一般性”等特征,一般条款的开放性和延展性使得民事法律可以适应

变动中的社会生活。^③侵权法中的一般条款也具有同样功能。从比较法上看虽然侵权法的一般条款在规制模式上存在比较大差异,所界定的内容也不尽相同,但这些条款在功能上大致相当,都是为某一类或多类侵权提供规范基础。在我国侵权法立法中,围绕着是否采取一般条款立法模式,采用何种一般条款模式存在激烈的争议。本文拟对此谈几点看法。

一、比较法上侵权法的一般条款

在比较法上,侵权法的一般条款具有确立侵权法保护范围、归责事由以及基本构成要件的功能。一般条款的立法模式与大陆法系法典化运动密切相关。尽管大陆法系民法来源于罗马法,但罗马法并未确立一般条款的立法模式,而主要采取决疑式的方式,对侵权行为进行具体列举。英美法也采取了与罗马法类相似的模式,就各种具体形态的侵权进

行列举(如欺诈、诽谤等),^④但现在其通过过失侵权责任(negligence)制度,也逐步向一般条款的方向发展。^⑤在大陆法国家的民法典中,就权益保护范围而言,有的分散于各具体条款之中,有的在一般条款中作列举性规定。关于侵权法一般条款所保护的权益范围,在比较法上大致有两种模式:一是

* 本文系教育部哲学社会科学重大课题攻关项目“中国侵权责任法立法疑难问题研究”(项目编号:08JZD0008)的阶段性成果。

① 参见张新宝:《侵权立法模式:全面的一般条款+全面列举》,载《法学家》2003年第4期。

② 石佳友:《民法典与法官裁量权》,载《法学家》2007年第6期。

③ 参见石佳友:《比较法视野下的侵权法一般条款》,载《审判研究》(第二辑),法律出版社2008年版,第51页。

④ Frederick Pollock and William Maitland, *History of English Law before the Time of Edward I* (vol II), (2nd ed.), 1968, p.558.

⑤ David Howarth, “Is there a Future for the Intentional Torts?”, in Peter Birks (ed.) *The Classification of obligations*, 1997, 233 ff.

在侵权法的各部分分别规定权益的侵害及其责任，而不用统一条款作具体规定，该模式以法国民法典为代表；二是在侵权法一般条款中统一规定权益保护范围，具体制度再对此予以分别确认，该模式以德国民法典为代表。

（一）法国法

在侵权法中设置一般条款由《法国民法典》首创，该法典第1382条开创了侵权法上设立一般条款的先河。它是立法者对法国习惯法总结而产生的，^⑥也是自然法上“不得伤害他人”（*alterum non laedere*）^⑦原则的法定化。^⑧该法典将整个侵权法的基本原则及其构成要件浓缩在一个条文中，成为指导整个侵权法的基础条款，试图用此种一般条款来概括各类纷繁复杂的侵权行为。《法国民法典》第1382条对损害作了概要性规定，以具有高度概括性和包容性的“损害”来指称侵权法的保护对象，但并未具体列举受损利益。该条的最大特点不在于确立了一般的过错归责原则，而在于对侵权法保护对象所做的开放性规定。正如法典的起草者 Tarrible 所言，“这是一个非常宽泛的条款”，“包含了各种类型的损害，同时对这些损害提供统一的赔偿”。^⑨这一规定赋予了法官根据丰富的实际情况确定“损害”形态和内涵的发挥余地，这也是该条款具有旺盛生命力的主要原则。后来的实践也证明，法官根据社会现实的发展，不断纳入了一些新型的损害模式，如法国法院很早就承认精神损害和所谓纯经济损失的概念，法国学者自认为此点比德国法进步得多。晚近以来，法国法院又承认了所谓“生态损害”，这一新概念的最大特点在于承认损害的集体性、潜在性，突破了以往所强调的损害的个别相关性和现实性。这些都充分证明了法国模式的开

放演进性。^⑩

虽然《法国民法典》所采取的一般条款具有一定的科学性，但该一般条款过于抽象，一方面，该法典第1382条只规定了故意侵权，需要通过第1383条的配合才能共同构成关于侵权责任法的一般条款。^⑪另一方面，该条款仅确立了法律适用中的指导性原则，而不能作为法律适用中的具体规则。^⑫该条款所保护的权益与所包含的侵权类型过于宽泛，正如 Tarrible 所指出的，“该条款包含的范围是所有应予救济的损害，从杀人到轻微的伤害，从烧毁高楼大厦到推翻一个鸡窝，同样的规则适用于所有的情况，所有的损害都被认为是可计算的并给与救济的”。^⑬正是因为《法国民法典》对于侵权法一般条款的规定过于抽象，所以，必然使得大量的新类型侵权需借助判例的方式予以解决。在司法实践中，法国法院依据该条款进一步发展了各种具体的侵权法规则。但这也是法国模式的优势所在。可由于一般条款过于抽象，容易导致法官在司法裁判中不积极深入分析个案中的具体情况是否真正符合责任构成要件，引起了法官逃避个案论证义务转而简单适用一般条款的弊端。^⑭从而也会影响法的统一性和稳定性。正是因为法国民法典的模式存在上述问题，尤其是该条款将立法中应当解决的问题转而交给了法官，赋予了法官空白授权，所以，德国法在采纳一般条款的同时，作出了必要的限制。^⑮

（二）德国法

在《德国民法典》起草过程中，曾经提出了两种思路：一种思路是采用古代侵权法中的决疑式模式，将各种具体侵权行为作拼凑式列举，另一种思路则是要求制定贯穿整个侵权法的一般条款。但立

⑥ Henri and Léon Mazeaud and André Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile* (vol I, 6th ed., 1965), no. 36.

⑦ 也有德国学者认为德国侵权法的基础也在于“不得伤害他人”这一原则。Picker, *JZ* 1987, 1041, S. 1047 ff. 相关介绍见 Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, Clarendon Press, 1996, pp. 1040—1041.

⑧ 参见周友军：《论我国过错侵权的一般条款》，载《法学》2007年第1期。

⑨ J. Limpens, *International Encyclopedia of Comparative Law, Torts, Liability For One's Own Act*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1974. p.5.

⑩ Catherine Thibierge, “Libres propos sur la fonction de la responsabilité civile”, in *RTD civ.*, 1999, p.561.

⑪ 尽管第1382条使用的是“过错”，但就其与第1383条的关系来看，应当是指“故意”。参见 Jacques Flour, Jean-Luc Albert, and éric Savaux, *Les Obligations*, vol II-Le fait juridique (10e éd.), 2003, p.110.

⑫ Gerhard Wagner, “Comparative Tort Law”, in Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann (ed.), *The Oxford handbook of comparative law*, London: Oxford University Press, 2006, p.1007.

⑬ J. Limpens, *International Encyclopedia of Comparative Law, Torts, Liability For One's Own Act*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1974. p.6.

⑭ J. W. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln*, Eine Gefahr fuer Recht und Staat, 1933.

⑮ 参见 [德]冯·巴尔：《欧洲侵权法原则》（上册），张新宝译，法律出版社2004年版，第21页。

法者最终选择了一种折衷路线。^⑮ 由于《德国民法典》起草委员会担忧法国式一般条款可能带来的不确定性，因此，起草者力图通过详细列举侵权法的保护范围来克服此种不确定性，为法官提供一套相对客观的裁判标准。^⑯ 该法典力求对法院创制“独立的法官制定的侵权法”的权力进行限制。^⑰ 而且该法典“注重法律的确性和预先为法官判决定下调子，所以就更多地利用已确定的事实情况而把法官的裁量范围缩小到最小限度。”^⑱ 这种折衷路线的最终结果表现为将一个大的一般条款改为三个小的一般条款，由 823 条第 1 款、第 2 款和第 826 条等三个“小一般条款”构成一组规范。^⑲ 即在第 823 条第 1 款规定故意或者过失侵害他人绝对权和其他权利的情况下，应承担赔偿责任；在第 823 条第 2 款和第 826 条分别规定，在违反保护他人的法律和故意违反善良风俗损害他人的情况下，也需承担侵权责任。正如 Canaris 所言，“出于对法律政策的考虑，使得德国建立了一个基于一般条款的更具有可预测性的侵权行为制度。”^⑳ 显然，德国侵权法在个人行为自由与他人利益保护之间的平衡上，更倾向于保护个人行为自由，因为法国侵权法中的一般条款容易引起过度保护的弊端。首先，在保护范围上，将法国侵权法中的“损害”缩减为“五种绝对权”，为了弥补此种规定过于狭窄的弊端，以通过违反保护他人法律以及以违反善良风俗故意侵害他人为归责事由，将保护范围扩张到其他法益。

虽然德国侵权法也采取了一般条款模式，但在形式上看，其与法国侵权法的一般条款存在如下差异：第一，与法国民法典相比较，德国民法典侵权法明晰了保护范围，即通过对绝对权的列举，明确侵权法的保护范围。在法国法上，原则上一切权利和利益均可获得救济。而在德国民法典中，侵权法的权利保护范围主要限于绝对权。其他权益仅在侵

权人故意违背善良风俗的情况下才受保护。第二，其保护的权益范围兼具开放性的特点。一方面，在第 823 条第 1 款明确列举了其保护范围包括：生命、身体、健康、自由和所有权，且保留了“其他权利”的用语，从而形成了兜底条款。另一方面，第 823 条第 2 款及第 826 条，实际上已将保护范围扩张至其他法益。^㉑ 第三，德国侵权法将抽象化和类型化进行了一定程度的结合。德国侵权法既注重了保持抽象性，又在抽象性的基础上进一步具体化，规定了三个小的一般条款。例如，将“违反保护他人目的的法律”设计成独立的归责基础，以此弥补第 823 条第 1 款保护范围过于狭窄的不足。在一般条款之下，德国侵权法针对各种特殊侵权行为做了较为详细的规定，包括雇佣人侵权、未成年人侵权、国家公务员侵权、动物侵权、建筑物侵权等。^㉒ 较之于法国侵权法，其对各种特殊侵权类型的规定更为丰富。第四，德国侵权法严格限制权利之外的法益保护，如第 826 条的适用以故意为前提，以防止法官享有过大的自由裁量权。^㉓ 较之于法国侵权法，德国侵权法克服了过度抽象的不足，采取了有限抽象、有限列举的方式。其为法官提供了更多可操作的规范基础，在一定程度上有利于防止出现裁判不统一、随意的后果。但是，《德国民法典》并没有完全限制法官的自由裁量。其一般条款的缺陷在于，它严格限制了侵权法的保护对象（第 823 条第 1 款，第 2 款）或保护条件（第 826 条），为法官根据具体情况来扩张责任作出了过多的限制，所以，它必须借助合同法上的若干制度予以弥补，比如，缔约过失责任、附保护第三人作用的合同等制度。再如，根据《德国民法典》第 823 条第 1 项和第 826 条，可以认为因过失而造成一般财产损害（纯经济损失）不发生侵权责任，这也不利于保护各种纯粹财产利益的损失。^㉔ 所以，可以

^⑮ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (vol II, 1896), 724.

^⑯ Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs (vol II, 1898), S.571.

^⑰ 同注^⑮，第 22 页。

^⑱ [德] K·茨威格特、H·克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社 1992 年版，第 313 页。

^⑲ See note ^⑮, p.1008.

^㉑ 载 FS Larenz, 1983, 第 27、35 页。

^㉒ 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 101 页。

^㉓ 同注^⑲，第 45 页。

^㉔ 同注^⑮，第 22 页。

^㉕ 同注^⑲，第 101 页。

认为,《德国民法典》在一般条款和类型化结合方面,仍然有需要完善之处。^⑥

通过对法国、德国侵权法一般条款历史发展的考察,可看出其共性:一方面,一般条款的制定并不是单纯的学术思想和立法构想的反映,相反,其需要反映社会生活实践中成熟的经验和做法。《德国民法典》首创了侵权法一般条款模式,而其一般条款主要还是来源于习惯法,反映了社会生活中成熟的经验和做法。^⑦ 同样,在我国侵权责任法立法中,一般条款也要对当前已经具有较高共识度的一些经验和做法予以总结,尤其是哪些权利应当保护等基本问题,一般条款应当予以反映。另一方面,两种模式一般条款呈现出共同的发展趋势,我国侵权法一般条款也应体现和反映这些趋势。从表面上看,法国模式和德国模式在保护范围上呈现出了巨大差异,但无论是法国模式,还是德国模式,个人生命、身体和财产利益均为侵权法的重点保护范围。尤其在利益的保护上,两种模式具有共同特

点,即都保持了侵权法的开放性。

应当看到,两种模式在制度的设计上仍存在重大差异。如前所述,德国民法典的模式充分考虑到德国民法典中侵权法模式的不足,在此基础上做了一定的调整,虽然该模式仍存在一定的不足,但在确定侵权法的保护范围上,限定法官的自由裁量、防止法官通过适用过于抽象的一般条款而将合法或者轻微的损害也当作侵权损害而加以救济等方面,德国民法典中侵权法模式的确具有一定的优点。因此,我们认为,在一般条款的设计上,德国模式具有更大的借鉴意义,在一般条款中规定受保护权利的具体类型,并主要将其限制在绝对权的范围内,这比仅仅规定“损害”的概念更为合理;立法上需要对权利及权利之外的法益采取开放式的态度,但对于已基本确定的侵权类型,可明确规定,而不必如德国民法典第823条第2款,确立“违反保护他人法律”的一般性规范。

二、我国侵权责任法是否需要通过一般条款列举具体的权利保护范围

探讨侵权法一般条款中的权益保护范围,是制定侵权法的首要的、基础性的问题。在我国侵权法制定过程中,围绕着是否通过一般条款确立权益保护范围,存在很大争议。对此需厘清两个问题。一是是否需要在侵权法中规定一般条款。我国绝大多数学者都认为,完全采取列举的方式制定侵权法,与我国传统法典化立法模式相违背,并且也不可能将现实中的全部侵权形态详细列举。因此,采取一般条款模式是必要的。对侵权法规定一般条款并无太大争议。二是是否需要通过一般条款列举具体的权利保护范围。对此,学界存在两种不同的观点。

持否定观点的学者认为,由侵权法一般条款列举具体保护范围,不仅不可行,且不必要。其理由在于:一是侵权法所保护的权益类型繁多,无法完全列举。二是侵权法保护的权益范围应为权利法所规定。而如果采用具体列举的方式,则变为对侵权

行为的列举,而非对侵权责任的列举。否定说认为,侵权法中有必要规定一般条款,但一般条款中不必如德国法那样采取具体列举的方式,而可以效仿法国的模式规定一个宽泛的损害的概念来完成。

不可否认,否定说不无道理。目前学界一致认为应设立一般条款,但应当设置何种模式的一般条款则存在分歧。前文关于德国模式与法国模式的比较已经讨论了这两类一般条款的内容及其优劣。我们认为反对说忽视了侵权法与民事权利法的联系与区别。一方面,侵权法虽然不是权利法,但它应与作为权利法的其他民事部门法相衔接,通过设定明确的侵权法保护对象,保证侵权法承担起保护各种民事权利的功能。侵权法列举保护范围,并不是像民事权利法那样详细地规定各种权利的形态、性质等内容,而主要确定侵权法应当保护的权益范围,具体各种权利的内容由其他民事权利法调整。另一

^⑥ 参见许德风:《对第三人具有保护效力的合同与信赖责任》,载易继明主编:《私法》(第8卷),北京大学出版社2004年版,第253页。

^⑦ 同注⑥。

方面，侵权法所列举的权利也不是无穷尽的，其所保障的仅为民事权利，且即使在该范围内，也并非所有的权利都应受到保护。由于合同法已对合同债权进行了周全的保护，因此无须将其再纳入侵权法的保护范围。侵权法所列举的权利保护范围不可能是无所不包的。此外，在侵权法上，列举权利也不等同于对侵权行为的列举，它实际上也是对侵权责任的规定，权利侵害是作为侵权责任的前提加以规定的。

我认为，一般条款中是否应当列举其所保护的权益的范围，还应认真总结我国已有的立法经验。《民法通则》第106条第2款仅仅规定，“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”。这实际上明确规定了“他人财产、人身”是我国侵权法的保护对象。“财产、人身”的外延比较广泛，包括了各种绝对权以及绝对权之外的各种利益，即财产和人身利益。虽然我国《民法通则》没有详细列举侵权法所保护的具体权益范围，但也没有像法国法那样单纯从损害的角度界定侵权法的保护对象，这在一定程度上避免了法国侵权法的过度抽象性。可以说，《民法通则》实际上确立了以一般条款确定侵权法保护范围的模式。经过二十多年的实践，《民法通则》的立法模式是可行的，应当继续坚持列举权益保护范围的做法。

通过一般条款来列举侵权法的保护对象，在我国正在制定的侵权法草案中，也得到了体现。例如，2008年12月全国人大常委会第二次审议的侵权责任法草案第2条规定：“侵害民事权益，应当承担侵权责任。”不少学者认为，该条属于宣示性的条款，并无实际意义，我们认为，此种看法值得商榷。虽然该条过于抽象、原则，但该条并不仅仅具有宣示性意义，而是在总结我国现行《民法通则》第106条第2款和第3款的基础上，对侵权法保障的权益范围的明确界定。一方面，该条款通过规定“侵害民事权益，应当承担侵权责任”，从而将侵权法的保护对象限于民事权益的范围。任何法律都要确定其调整范围，侵权法只能通过在一一般条款中明确保护的权益范围，来界定其调整的范围。

与民法的其他法律相比较，侵权法保障的范围是很宽泛的。侵权法不是对社会关系进行直接的调整。而是在社会关系受到侵犯时进行第二次调整。因此，较之于其他法律而言，首先是建立在其他民事法律基础上的，与合同法相比较，后者所规范的内容具有单一性（合同债权），且其内容可以通过合同详尽约定。由于侵权法所保护的权益则较为宽泛，而且具体内容也缺乏明确的规则，因此，侵权法更有必要明确其调整的权益范围。另一方面，该条通过将侵权法的保护对象限于民事权益，原则上不保护公法上的各种权力或权益，这也是明确侵权法与公法调整范围的需要。在司法实践中，出现了以侵权责任法保护宪法上的权利甚至政府公权力的现象。这种非正常现象的出现，与侵权法缺乏对权利的具体列举有一定关系。事实上，侵权责任法所保护的权益范围，应当限于私法上的权利，而不能包括公法上的权利。如果公法上的权利遭受侵害，应当依据公法制度获得救济，例如，行政法上的知情权受到侵害，应当通过行政复议、行政诉讼等途径解决，而不能诉诸于侵权责任法。至于宪法上的基本权利受到侵害，其是否可以通过侵权责任法获得救济，在各国法律制度中，不无争议。依据我国通说，公法上的权利受到侵害，并不能直接获得侵权责任的救济。^②

草案的规定将侵权法的保障对象限于民事权益，这是沟通侵权责任法与民事权利法的需要。我国已经制定和颁布了物权法、知识产权等法律，《民法通则》也确立了人格权制度。制定中的侵权责任法与这些制度的关系如何，有必要通过权利列举的方式加以明确。通过列举侵权法所保护的权益，可以实现权利法和侵权法的有效衔接，理顺救济性的侵权法与宣示性的权利法之间的关系，补充权利法在权利保护规则上的不足。还要看到，该条款将侵权法的调整对象限于民事权益范围，这不仅表明侵权法要保护各种绝对权，同时可以针对侵害绝对权的各种形式规定相应的责任形式。我国侵权法之所以可以适应侵权法的发展趋势，采用多种责任形式对受害人提供救济，并通过停止侵害等责任形式发挥侵权法的预防功能，关键在于侵权法保障

^② 同注^①，第97页。

范围不限于物权，还包括人格权、知识产权等绝对权，因而其对权利遭受侵害的受害人的救济是多样化的。例如，侵害名誉权可以采取停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉等形式，从而突破了单一损害赔偿的责任形式的限制。

该条将侵权法的保障对象限于民事权益，有利于法官正确处理侵权纠纷。由于现行立法对侵权法的保障对象规定并不十分明确，因此审判实践对同类侵权所致损害利益的定性存在重大差异，例如，因产品使用说明不详，致使消费者不当使用而遭受损害，许多案例以侵犯消费者“知情权”为由判令被告承担责任，而另外一些同类案件以侵犯消费者“人身权”为由判令被告承担责任。由于对所侵害利益存在不同的判断，判决的结果可能存在重大差异，对当事人有重大的利益影响，即便两种方式的处理结果可能是一致的，但在法律适用上也存在重大分歧。在实践中，因此而出现的由法官创设的新型权利层出不穷，例如，休息权、吊唁权、生育权、亲吻权等众多概念。这些概念难以在民事法律中找到合法依据。我们认为，确定侵权法的保护范

围，首先应当从民事基本权利的角度出发，来确定权利的名称。对法官来说，其不能随意创设超出民事权利类型框架之外的新型称谓和类型。例如，《消费者权益保护法》所创设的“知情权”等所谓消费者权利不属于传统民事权利类型，不能作为民事侵权判决的依据。

需要指出的是，虽然侵权责任法草案第2条关于“侵害民事权益，应当承担侵权责任”的规定较为简洁，且保持了一定的开放性，但“民事权益”的概念范围仍然十分宽泛。例如，合同债权属于民事权益的范围，但原则上不属于侵权法的保护范围。尤其是民事权利与民事利益在民法中享有不同的地位，较之于对民事权利的保护，对民事利益的保护应受到严格的限制，通常只有在行为人具有主观恶意等情况下，才有必要对受害人遭受的利益提供侵权法上的救济。如果对保护利益的范围过于宽泛，容易限制人的行为自由，引发诉讼泛滥，这也不符合侵权法立法的基本目的。因此，我国侵权法关于侵权法的保护范围应当作更为详细的列举。

三、不应当从规定损害概念的角度界定侵权法的保护范围

如前所述，法国侵权法的模式是从抽象的“损害”概念确定侵权法的保护对象。《法国民法典》中，仅规定了损害的概念，而没有规定明确的保护范围。该法典将损害概念的解释权交给法官，法官将损害区分为各种类型，如物质损害、精神损害等，这实际上是通过“损害”的概念来确定侵权法的保护范围。^②此种模式有利有弊，且对后世立法产生了重大影响。例如，1942年的意大利民法典第2043条将侵权损害规定为赔偿请求的先决条件。《欧洲侵权法基本原则》在一般条款中也采用了“损害”的概念确定侵权法的保护对象，这一点与法国侵权法一致。但与法国侵权法不同的是，该原则在第二章中就损害的具体类型做了更为详细的规

定，实际上对损害的类型进行了进一步的类型化划分，填补了“损害”概念过于抽象的弊端。《欧洲侵权法基本原则》第二条规定：“（1）某一利益受保护的范 围取决于该利益的性质；其价值越高，定义越精确，利益越明显，对该利益的保护范围越广泛。（2）生命、人身或精神上的完整性，人格尊严和人身自由享受最广泛的保护。（3）财产权，包括无形资产享受广泛的保护。”该条就“受保护的利益范围”采取了权利价值比较与具体列举的方式，^③实际上针对保护范围采取了开放式的立法模式。其特点还在于，起草者采取了所谓“动态系统论”，对民事权利和利益做了进一步的区分，如将纯经济损失和合同债权也在一定程度上纳入到侵权

^② Yvonne Lambert-Faivre, “Léthique de la responsabilité”, in *RTD civ.*, 1998, p.1.

^③ Koziol, *European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Vienna: Springer, 2005, p.191.

法的保护范围。^①

我们认为，从规定损害概念的角度界定侵权法的保护范围，虽然从大的方面来看，确定了所保护的范 围，因为第 1382 条所讲的损害都是“可以救济的损害”，^②突出地将损害作为侵权责任的基本特征。将损害作为首要的构成要件，是因为侵权法主要是救济法，有损害才有救济。侵权责任的“重要机能在于填补损害及预防损害。”^③《欧洲侵权法原则》采取“三阶段”的方法来认定责任，其中，第一步就是要判断，受害人所遭受的损害，是否为法律保护的利益。^④所以，在考虑是否要求行为人承担责任时，首先必须要求受害人证明损害的发生。这也是侵权责任与绝对权请求权（如物权请求权）制度的重要之一，也是其与合同责任的分野所在。而且该损害的概念是不断发展的，开放性较强，可以包容社会经济的新发展。^⑤法国法正是通过扩张损害的概念，从而使侵权责任法展现出创设和生成权利的功能，例如，法国法正是得益于损害范畴的扩张，才实现了对人格权的保护。^⑥

应当看到，在侵权法中通过一般条款来明确损害的概念，确有助于在一定程度上界定侵权法的保护范围。这主要是因为：现代侵权法虽然是救济法，但并非意味着它能够 为各种损害都提供救济，侵权法中所说的能够救济的损害，通常是能够确定的、可补救的、应当为法律所保护的损害。在学理上，法规目的说认为某种损害是否在法律所保护的 范围之内，成为判断该损害是否应当救济的标准。^⑦按照起草者的解释，首先规定损害的原因是，任何侵权责任都必须以可补救性的损害为前提。这一观点不无道理。侵权法不是保险法，不能

对所有损害都提供救济，只能在符合侵权法构成要件及侵权法功能的前提下，作出以损害赔偿为中心的救济。在例外情况下，具有发生损害可能的，可以适用排除妨碍、消除危险的救济方式。因此，通过规定损害，并将损害类型化，能够达到明确可补救性以及赔偿范围的目的。正是基于这样原因，欧洲侵权法原则起草者认为，理解法益（legally protected interests）对于理解整个侵权法原则具有重要意义。而明确损害的范围，也就明确了法益的范围。^⑧还要看到，对损害的救济在现代采取了多种措施，因此确定损害的概念也有助将侵权法与保险法、社会保障法等同样具有救济功能的法律区别开来。^⑨

但我们认为，在一般条款中，从规定损害概念的角度界定侵权法的保护范围，是值得商榷的。因为这一条款过于笼统抽象。虽然欧洲侵权法原则中的一般条款是对法国侵权法第 1382 条的进一步发展，但将损害范围、类型的界定完全交给法官，容易导致判例不统一等不良后果。抽象的损害的概念也无法区别侵权与合同这两个完全不同的规则体系，因而未对侵权法的保护范围作出真正有意义的界定。Weir 认为，法国民法典第 1382 条原则上可以适用于任何一人对他人造成损害的情形，也就是说，合同责任也可以被纳入到该条的调整范围之内。^⑩实践中，法国法上不得不通过禁止竞合条款（non-cumul des responsabilités）强行规定合同法在此情形下位特别法（lex specialis），虽然违约责任同样满足第 1382 条的构成要件，但合同法优先适用。^⑪虽然按照法国学者的理解，当事人合同约定

^① “动态系统论”由奥地利的 Walter Wilburg 首创，其基本观点是：调整特定领域法律关系的法律规范包含诸多构成要素，但具体到不同的法律关系中，相应规范所需要素的数量和要素的强度有所不同，也就是说，调整各个具体关系的规范要素是一个动态的系统。参见 [日] 山本敬三：《民法中的动态系统论——有关法评价及方法的结论性考察》，解亘译，载《民商法论丛》（第 23 卷），法律出版社 2002 年版，第 177 页。

^② See note ①, p.6.

^③ 同注②，第 34 页。

^④ See note ③, p.24.

^⑤ Rémy Cabrillac:《论损害》，载《2008 年苏州侵权法改革国际论坛论文集》，中国人民大学法学院 2008 年（未刊稿），第 21 页。

^⑥ 同注⑤，第 21 页。

^⑦ 参见刘勇：《侵权法上之损害》，载《南京大学法律评论》2005 年春季号，第 106 页。

^⑧ See note ⑦, p.24.

^⑨ 参见 [美] 约翰·G·弗莱米：《关于侵权行为法发展的思考：侵权行为法有未来吗？》，吕琳等译，载吴汉东主编：《私法研究》（第 3 卷），中国政法大学出版社 2003 年版，第 142—144 页。

^⑩ Weir, in Zweigert et al., *An Introduction to Comparative Law*, Vol. II, 1977, p.283.

^⑪ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, Clarendon Press, 1996, p.906.

后可以排除侵权法的适用,^④但法官在实践操作中仍然可能扩大侵权与违约竞合的适用范围,从而可能在侵权中适用合同规范,在合同关系中适用侵权规范,导致规则选择、构成要件与法律后果的不确定性。^⑤随着侵权法的发展,出现了许多新的概念,例如纯粹经济损失等概念,它们是一个合同和侵权的交叉的地带,这些概念的出现,本身就体现了区分侵权与违约的必要,从而避免无限度地扩张侵权法的范围,否则有可能导致“合同法被淹没在侵权法的大海中”。而做出这种区分的重要前提是明确侵权法所保护的范 围,从而为法官裁判提供充分的依据。

诚然,现代侵权法本质上主要是救济法,着眼于对不幸的受害人提供补救而不注重制裁加害人,侵权法因此必须详细规定损害的类型及其范围,为救济提供前提。但损害概念的界定并不等于就明确了权益保护的范 围。首先我们需要讨论的是,损害与法益的区别与联系。毫无疑问,侵害法益绝大多数情况下会造成损害,二者可能是一个问题的两个方面。尤其是现代侵权法是救济法,应当从损害的角度出发,规定如何填补损害的规则,从而充分地保护各种法益。但是,我们不能将这两个概念完全等同。因为,一方面,法益是损害的前提,从积极的方面界定民事权利和利益,体现民法作为权利法的特征。只有首先规定各种法益之后,才能够进一步规定侵害法益的后果,即损害。另一方面,侵害法益损害本身也可能并不必然构成实际的损害,而只是形成一种危险,或者虽然形成了现实的损害,但损害极为轻微,并不必然导致法定的侵权责任,否则将会妨碍人们的正常行为、影响人们的正常的社会交往。尤其应当看到,现代侵权法扩大了救济范围,从现实损害向可能发生的损害,即损害预防发展,体现在传统的损害赔偿救济之外,发展到消除危险、排除妨碍请求权。侵权法的责任方式突破了损害赔偿法的范围,不仅仅以损害界定侵权法的保护范围。

以“损害”的概念来替代侵权法的保护范围,因没有区分对财产权的保护和对人身权的保护,因而并不合理。从表面上看,无论侵害的是人身权还是财产权,侵害民事权利的结果都转化为各种形式的损害,但事实上,侵权法对人身权和财产权提供的保护虽然存在共同的规则,但仍然是有区别的。因为,一方面,二者的保护方式不同,人身权很可能引起受害者精神上的损害,进而引起精神损害赔偿问题,而财产权的侵害通常不产生精神损害赔偿的后果。另一方面,在企业法人造成他人人身受到伤害情况下,为保护无调节能力债权人的利益,人身伤害应当得到优先于对财产权的保护,尤其在企业资产不足以清偿全部债务时,人身损害赔偿请求权在清偿顺位上要优先于其它财产性债权,以更全面保护人身伤害受害人的利益,限制企业从事侵权危险过高的经营行为,限制银行等担保债权人无选择地资助负面影响过高的生产经营项目。^⑥从今后的发展趋势来看,应当强化对人身权,尤其是对生命健康权的保护,而不能将人身权和财产权作为完全相同的保护对象来处理。从这个意义上讲,《法国民法典》1382条中单纯的“损害”概念难以体现这一发展趋势。

我们不赞成在一般条款中,通过规定损害的概念来界定侵权法的保护范围,除了上述理由之外,还具有如下原因:

第一,从立法技术层面来看,虽然在一般条款中可以规定损害,但它主要适用于以损害赔偿为中心的这种模式中,而我国侵权法就是从全面保护受害人的角度,将各种责任形态都引入侵权法,包括传统物权请求权类型。在行使排除妨害等属于物权请求权的情况下,有时并不必然产生传统侵权法意义上的“损害”,单以损害的概念加以限定,会使这类请求权失去一般条款的基础。而且,在一般条款中,如果只是单纯规定损害,而没有规定造成损害的各种前提——权利和利益,可能与责任形式的

^④ Henri and Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, and François Chabas, *Leçons de droit civil*, vol II/1: Obligations, Théorie générale (9th ed., 1998), no. 404.

^⑤ H. Koziol edited, *Unification of Tort Law: Wrongfulness* (Kluwer, 1998), p.25. 转引自 [意] 毛罗·布萨尼等主编:《欧洲法中的纯粹经济损失》,张小义等译,法律出版社 2005 年版,第 13 页。

^⑥ 许德风:《论法人侵权——以企业法为中心》,载《清华法学》(第十辑),清华大学出版社 2007 年版,第 144—170 页;《论担保物权的经济意义及我国破产法的缺失》,载《清华法学》2007 年第 3 期。

多样化发生矛盾。这不符合侵权法以多种形式保护法益的基本任务。

第二，从体系构建的角度来看，损害是对权利侵害所产生的后果，首先应当规定权利的类型，然后才能具体界定损害的范围。在这个意义上，有关损害的类型化不宜在总则中出现，应当规定在责任救济中，通常应当规定在损害赔偿一章中。因为，侵权法首先应规定如何成立责任，包括各种特殊侵权形态，在救济上具有共通性，在此之后通常统一规定有关损害以及损害赔偿的内容。所以，从体系的角度出发，欧洲侵权法原则具有可以商榷之处。

第三，随着侵权法的发展，出现了一些重要的补偿类型，如征收拆迁、高空抛物致人损害、见义勇为、紧急避险等，并不是损害赔偿，而是补偿救济问题。这些特殊的侵权或特殊的损害，显然不是“损害”的概念所能够概括的。

第四，关于损害类型的抽象规定，不能涵盖所有损害类型。例如，精神损害赔偿不同于一般的损害赔偿，精神损害具有不可计算性和实际的不确定性，尤其是其具有抚慰和惩罚的功能，因此在确定损害时，应当考虑加害人侵权方式以及侵权时的主观状态，这显然与物质损害存在很大差异。实际上，诸如非财产损害（*préjudices extra-patrimoniaux*）等类型，法国民法上也是通过判例制度逐渐确立

的，民法典本身并未提供直接的依据。^④此外，在我国有关单行法中出现的惩罚性赔偿，其中所说的损害赔偿显然不同于一般的损害赔偿。

所以，在我国侵权法制定过程中，我们应当确立一般条款，但不宜以损害概念为中心加以展开。在此，有必要讨论我国《民法通则》第106条第2款，该条规定，“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。”许多学者认为，该条实际上是借鉴了法国的模式，对侵权法的保护范围进行规定。应当说该条与法国法的规定是有相同点的，如都采取了一般条款的模式，也都是高度抽象的。但是，该条没有完全采取法国法的模式，该条所采用的表述是“侵害他人财产、人身”，重点还在权利保护的對象上，而并非将重心放在“损害”上，与法国法的模式并不完全相同。明确受保护的權利範圍較之損害的概念使法官的裁判更有可操作性。我国长期司法实践的基本特点，包括在制定涉及侵权责任的司法解释时，也大都按照《民法通则》规定，注重对权利保护范围的界定。《民法通则》颁布后的多年实践也显示了这种安排的生命力和合理性。在我国侵权法立法中，应当继续保持此种立法模式的科学性，在此基础上，进一步明确各种民事权利的类型以及法益的范围。

四、侵权法一般条款中应当列举的权利范围

虽然《民法通则》第106条第2款从侵害对象上确立了侵权责任法的保护范围，但该条表述是“侵害他人财产、人身”，如何正确解读“财产”、“人身”的内涵，是长期困扰学界与司法实务界的难题。在民法通则制定时，鉴于侵权案件的类型尚不复杂，民事权利制度也有所欠缺，并未确立物权这一概念，使用“财产”这一概念主要是着眼于未来法律发展的一种合理选择。可以说，为了对将来可能出现的民事权利类型进行保护，当时选择这一简化规定以保持一定的开放性是必要的。在经过近30年的发展之后，我国民事权利体系日趋完善，

尤其是随着我国司法实践经验日益丰富，侵权法的保护范围也逐渐明晰。在这样的背景下，完全照搬上述规定也便不合时宜。所以，在当前的侵权法中，有必要继续保留一般条款的模式，但应当在民法通则的基础上，将受保护权利的范围具体化、类型化。

如前所述，我国侵权法保护范围应当限于民事权利，而不能扩张到各种公权利。^⑤虽然侵权法的保障范围不断扩大，但侵权法仍然是民法中的一个部门法，其主要功能在于保护民事权利，有关公权利的保护应当通过宪法、行政法、刑法等法律提供

^④ 参见石佳友：《法国法上的非财产损害赔偿》，同注③，第186页。

^⑤ 参见杨立新主编：《侵权法热点问题法律应用》，人民法院出版社2000年版，第448页。

救济。例如，妨碍政府执行公务，侵害了政府机关享有的公权利，应当严格通过行政法、刑法界定其后果与法律责任。

我们认为，侵权责任法的一般条款首先应当考虑对各种绝对权的列举。一方面，侵权责任法所保护的權利主要限于绝对权。所谓绝对权，是指无需通过义务人实施一定的行为即可以实现并能对抗不特定人的权利。^{④⑦} 绝对权主要包括所有权、人身权、知识产权。绝对权也就是绝对法律关系中的权利，在此种关系中，权利人是特定的，但义务人是不特定的，除权利人之外的一切人都负有不得侵害其权利和妨害其行使权利的義務，因此绝对权可以受侵权法的保护。另一方面，由于合同债权在性质上不是绝对权，故一般不应当受到侵权责任法的保护。在特定的合同关系中所产生的合同利益被侵害时，应当主要通过违约之诉来解决。^{④⑧} 例如，河北省某法院曾将张晓杰诉辛克伟一案中的合同纠纷定性为“侵害监护权”，依侵权案件管辖，并适用《民法通则》的有关侵权的规定。对此，最高人民法院在（1991）民他字第53号函复中明确给予了否定：“张晓杰与辛克伟在离婚时自愿达成的扶养子女协议并不违反法律，双方在履行该协议中发生争执，仍属于扶养子女纠纷，对此，张晓杰以‘侵害监护权’为由起诉，原一、二审人民法院以‘侵权’案件受理、审判，均属不当。”因为债权属于相对权，不具有社会公开性，第三人又无从知悉，且同一债务人的债权人有时很多，如果适用侵权责任，加害人的责任将无限的扩大，不符合社会生活中损害合理分配的原则，同时也会妨碍自由的市场竞争。^{④⑨} 由于作为相对权的合同债权已经受到合同法的保护，因此对于此种侵害相对权的行为，存在着特殊的救济途径，没有必要通过侵权法予以保护。^{⑤①} 否则就会混淆违约责任与侵权责任的界限。如果将侵权法适用于合同法等契约法律关系，还可能使当事人达成的协议或者合同法中违约责任规则

确立的风险分配机制遭到破坏。^{⑤②} 当然，尽管侵权责任法对侵害合同债权不予救济，但是在特殊情况下，因第三人故意违背善良风俗而侵害债权时，侵权责任法也可以提供救济。^{⑤③}

正是因为侵权责任法对各种绝对权利都要加以保护，因此，其责任形式不能仅仅限于损害赔偿，因为损害赔偿主要是对财产权受到侵害之后的补救措施，但在侵害人格权的情况下，其责任形式就不限于损害赔偿，还应包括赔礼道歉、恢复名誉等责任形式。应当将这些责任形式归入侵权责任的范畴，而不应将这些具体的责任形态分散规定于各个不同的编，使其游离于侵权责任法之外；否则就在实际上否认了侵权责任法的独立性。

需要指出的是，在列举绝对权的时候，是否要将各种绝对权类型作更为细化的规定，在法律上值得探讨。绝对权本身也是比较抽象的规定，每种权利往往自身就能够形成特定的权利体系。例如，人格权就是由一般人格权和具体人格权构成的，具体人格权又分为物质性、精神性等人格权类型。由此就涉及到是否应更进一步地对这类权利进行规定。我们认为，这样做法是没有必要的。一方面，侵权法并不同于权利法，后者主要着眼于对权利类型进行宣示性的规定，侵权法只是在此基础上确立保护的规则。另一方面，即使进行规定也难免疏漏，并可能导致受保护范围的列举欠缺。例如，每一种权利项下可能又派生或包含子权利，这也是侵权法无法准确界定的。在侵权责任法一般条款之中，非常详尽地列举各种权利（如建设用地使用权、隐私权等），就会导致不必要的重复。尤其重要的是，侵权责任法中列举各种权利类型，只是要明确其保护的權利范围，进一步作细分化的规定，对于实现这一立法目标没有意义。

需要讨论的是，身份权是否应当作为侵权法的保护对象？身份权是民事主体基于特定的身份而依

④⑦ 洪逊欣：《中国民法总则》，台北，自版，1992年版，第61页。

④⑧ 王文钦：《论第三人侵害债权的侵权行为》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第6卷），法律出版社1999年版，第780页；朱晓哲：《债之相对性的突破——以第三人侵害债权为中心》，载《华东政法学院学报》1995年第3期。

④⑨ 王泽鉴：《侵权责任法：基本理论·一般侵权行为》，台北，自版，1998年版，第198页。

⑤① 参见张新宝：《侵权责任法原理》，中国人民大学出版社2005年版，第12页。

⑤② See note ④⑧, p.1016.

⑤③ 同注④⑧。

法享有的民事权利,^③从狭义上讲,是指既非人格权又非财产权的一种民事权利,例如婚姻撤销权、非婚生子女认领权、扶养请求权、同居请求权等等;从广义上讲,还包括财产继承权、财产照顾权等财产性权利。^④笔者认为,虽然这些身份权也是民事绝对权利,但是,不能笼统的认为,身份权都应当受侵权法保护。我个人历来主张身份权主要应由侵权法之外的其他法律进行保护。因为一方面,身份权以身份关系为基础,其主要发生在家庭关系领域,而家庭关系更多地应当通过道德等其他规范来调整,而不应当过多引入诉讼机制,也不适合通过侵权法来调整。另一方面,我国婚姻家庭法已经就有关侵害身份权的内容作出详细的规定,且这些规范的价值理念与一般侵权法的理念还存在一些差异,所产生的法律效果与侵权法不完全相同,如果侵权法也对此予以规定,则可能会出现侵权法与家庭法等法律部门的不协调甚至发生冲突,影响到民法整个体系的科学性。此外,就对家庭暴力等侵犯

身份权行为的惩罚和预防而言,我国刑法已经规定了虐待罪和伤害罪等制度,已经能够更好的完成惩戒和预防功能。没有必要由侵权法来承担该领域的制裁或预防功能。当然,如果侵害纯粹身份权的行为同时导致了人格权和财产权的损害,则这些损害应当由侵权法来调整。

最后需要指出的是,尽管在我国侵权法中有必要通过一般条款列举各种绝对权,但这种列举应当是开放的而不是封闭的。侵权法的保护范围是随着社会的进步而不断发展的,虽然绝对权的类型相对固定,但不可能完全固定。实践中,一些新型案件中受损害的权利究竟属于哪一类权利,也难于准确判断,必要的开放性规定有助于降低法官操作的难度,德国法上营业权的创设就是重要例证。^⑤为此,在列举各种受保护的权利的同时,也应当设立兜底性规则,从而满足民法时刻跟进社会生活变化的需要。^⑥

五、侵权法的保护范围应当包括合法利益

侵权法一般条款除了应当保护各种权利外列举的权利范围以外,还应当保护各种合法利益。在现代社会中,侵权责任法的保护范围呈扩张趋势,但并非所有的权利或利益都应当受到侵权责任法的保护。根据《民法通则》的规定,我国侵权责任法所保护的权益范围具体包括权利和利益两方面的内容。我国侵权责任法所保护的主体首先是指各种民事权利,主要是绝对权,但侵权责任法保护的主体并不仅仅限于法定权利,还包括了合法利益。《民法通则》第5条确定了“公民、法人的合法的民事权益受法律保护的原则。”根据《民法通则》第106条的规定,侵权行为所侵害的对象是“财产”或“人身”,“财产”和“人身”并非仅限于财产权和人身权,还包括未形成权利的财产利益和人身利益。^⑦我国司法实践对侵害合法利益的侵权行为

也予以了制裁。例如,在最高人民法院公报1990年第3期公布的“莒县酒厂诉文登酿酒厂不正当竞争纠纷案”中,法院认为,被告文登酿酒厂违背诚信原则,以仿制瓶贴装璜及压价手段竞争,属不正当竞争行为,因此应停止侵害,赔偿损失。本案中,瓶贴装璜虽未形成权利,但原告的瓶贴装璜代表了原告的白酒信誉,并能给原告带来一定的经济利益,因此应受到侵权责任法的保护。

侵权法一般条款明确保护合法利益的原因在于:这是保持一般条款本身开放性的需要。应当看到,在法律上,合法利益的概念已经对利益作出了限制,即要求利益必须具有合法性,也就是说,并不是所有的利益都具有合法性,只有在符合法律保护目的和规范要求的前提下,才能够对特定的利益

^③ 参见余延满:《亲属法原论》,法律出版社2007年版,第114页。

^④ 同注^③,第120页。

^⑤ See note ⑫, p.1007.

^⑥ 同注^②。

^⑦ 1986年2月《民法通则》(草案)(修订稿)第104条第2款曾规定:“公民、法人由于过错侵害社会公共财产,侵害他人财产、人身权利的,应当承担民事责任。”但正式颁布的《民法通则》删去了“权利”二字。

予以保护。合法性的要求是一个较为宽泛的概念，不仅仅包括了现行法所明确规定的各种利益（如死者人格利益），还包括符合法律基本目的、公序良俗原则等要求的其他一些利益类型（如纯粹经济损失）。某种利益如果无法达到上述要求，可能并不受到侵权法的保护（如在公共场所占座后离开被他人占有，此种先占的利益不受侵权法的保护）。但利益的范围非常宽泛，而且随着社会的发展也在不断发展，并且随着时间的变化有上升为权利的可能。这一特点尤其在人格权法领域十分突出：由于时代发展，人权观念的普及，对人的全面发展的认识不断深化，大量的新型人格利益不断经由学说所推动、由判例所确认，最后被法律上升为权利。从这个意义上讲，将合法利益纳入侵权法的保护范围，才符合保护未来新生利益的需要。^⑤因此，将合法利益通过一般条款加以确认，也保持了侵权法中对利益保护的开放性。

侵权法一般条款所要保护的利益主要有如下几种：一是死者人格利益。人格权作为一种民事权利只能由活着的人才能享有，死者的名誉、姓名、肖像等不再体现为一种权利。但是，民事权利以利益为内容，这种利益是社会利益和个人利益的结合，一个人死亡后，其已不可能再享有实际权利中包含的个人利益，但由于权利中包含了社会利益的因素，因此，在公民死亡后，法律仍需要对这种利益进行保护。同时，侵害死者的人格利益还将导致死者的近亲属遭受财产与精神上的损害，因此，对死者人格利益的保护并非对死者的保护，而是对社会利益或个人利益的保护。最高人民法院《精神损害赔偿解释》第3条正是基于这一考虑而明确规定，对死者的姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私和其它相关的人格利益作出延伸性保护，允许死者的近亲属请求精神损害赔偿。二是纯经济损失。纯经济损失的救济是侵权法上的重要问题。事实上，纯经济损失的保护本质上是对一般财产的保护。^⑥所谓“纯经济上的损失”，在英语中称为“pure economic

loss”或“pure pecuniary loss”，在德语中称为纯粹经济损失（blosse Vermögensschäden 或者 reine Vermögensschäden）。它是指行为人的行为虽未直接侵害受害人的权利，但给受害人造成了人身伤害和有形财产损失之外的经济上损失。^⑦例如，某注册会计师就公司的资产出具了虚假的验资报告，股民因相信该报告而购买该公司的股票后，股票价值大幅下跌，此时该注册会计师就造成了股民的纯经济损失。再如，某人因驾驶不当，与前车相撞，致使道路堵塞，后面的车主因为不能及时驾车出席演唱会，造成财产损失。由于纯经济损失常常表现为一种费用的损失，所以，纯经济损失也被认为是因对原告的人身和有形财产造成的实质损害而产生的费用损失。^⑧从比较法的角度来看，各国对纯经济损失的保护程度和保护方式仍然存在差异。三是占有。在现实生活中，许多占有的状态尽管尚未形成权利，但从维护社会秩序和人对物的关系出发，法律需要对这些占有状态给予保护。如拾得遗失物和漂流物、发现埋藏物，依据法律规定，占有人应及时返还失主或上交国家，而不能据为己有，占有人也不能因其占有而获得占有权。但这是否意味着占有人的占有不受法律保护呢？显然不是。假如对上述占有人不予保护，任何人都可以凭借暴力从占有人手中侵夺其占有物，则社会经济秩序和财产秩序将遭到严重破坏，法律秩序也将荡然无存。因此，为保护占有、维护秩序，需使未形成权利的占有也可获得法律的保护。四是其它合法利益。侵权法所保护的其它合法利益在法律上难以一一列举，正是因为侵权法保护的向各种合法利益开放，因此这种侵权法立法模式具有相当程度的开放性，能够适应现代社会发展的需要。例如，对股权、信托权、成员权等权利的救济，实际上是通过合法利益的保护实现的。再如，在知识产权领域出现的各种利益，可以表现为“知名商品特有的名称、包装、装潢”、“商业秘密”、“域名权”等。

在侵权法中，试图做一个一劳永逸的列举是不

^⑤ 同注^④，第13页。

^⑥ 参见李昊：《论侵权法对一般财产利益的保护》，载《民商法论丛》（第42卷），法律出版社2009年版。

^⑦ Robbey Bernstein认为，“纯经济损失，就是指除了因对人身的损害和对财产的有形损害而造成的损失以外的其他经济上的损失”。该定义被认为是比较经典的定义。See Robbey Bernstein, *Economic Loss*, London: Sweet & Maxwell Limited, 1998, p.2.

^⑧ 参见D.W. Robertson：《义务的新领域·纯粹经济损失》，刘慧译，载《侵权法评论》2003年第1期。

可能的,但是,侵权法一般条款可以就上述的典型合法利益予以列举。此外,这种列举在具体类型上也不宜过多。在司法实践中,对于侵权法所保护的利益,要由法官根据现实的发展需要予以确定。但由于合法利益并未被明确规定为一种权利从而受到一般的保护,如果对合法利益保护范围过宽,将会对社会交往中的行为人的行为自由作出过度的限制,不利于保障人们基本的行为自由和正常的交往,因此对合法利益保护的应当给予必要的限制,从而保障人们的行为自由和安全。这种限制主要应当体现在两个方面:一是主观要件上的限制,即对合法利益的侵害必须是基于故意且违背善良风俗,单纯的过失不应当获得补救。因为合法利益与法律已经类型化的权利不同,法定权利类型化本身可以起到一种公示的效果,人们在实施某种行为时,应当可以合理预见到其行为会损害他人的利益,所以即使基于过失造成对他人权利的损害,也仍然要承担责任。但是,对于尚没有形成权利的合法利益,常常是在发生纠纷以后,由法官事后来判断的,因此,如果对这种侵害合法利益的行为没有限制,那么,人们就不知道其实施某种行为是否会侵害他人的合法利益,这就必然会妨碍人们的行为自

由。所以,只有在故意侵害合法利益的情况下才应当承担责任。^② 二是有必要在类型化的侵权行为中对侵害合法利益的责任构成要件予以明确。尽管在法律上对于因果关系的产生很难作出明确界定,但对于各种侵害合法权益的特殊行为的构成要件以及免责条件予以规定,仍然是必要的,这将会使人们明确在何种情况下应承担责任,在何种情况下无须负责。因为将利益上升为权利,将会导致一系列的连锁反应,尤其是会增加社会一般人的义务负担。比如,确认居民享有环境利益,并使这种利益受到侵权责任法的保护,就需要明确义务人所承担的义务是什么,谁负有保护环境的义务,在违反义务的情况下应当承担什么责任?这些问题不明确,而盲目扩张利益保护的,就会扩大相对人的负担。例如,在日本,判例中出现了防止烟雾打扰权,许多学者认为,确认这种权利之后,原来的道德以及自发形成的社会规范等解决方法,就要离开当事人的自治领域,只能通过法院来对这些权利义务进行判断。^③ 这就可能会不合理地加重义务人的义务。因此,我们认为,在一般条款的规定中,我国侵权法关于合法利益的保护可以以“故意或违背善良风俗”的规定加以限制。

总 结

侵权责任法是一部重要的私权保障法,其发展代表了未来民法发展的方向。但最大限度发挥其私权保障功能,需要首先明确界定其保护的。在我国制定侵权责任法的过程中,首先需要规定侵权责任法的一般条款的保护范围。综上所述,我们认

为,侵权法的一般条款可以表述为:“行为人侵害他人的人格权、物权、知识产权等民事权利的,应当承担民事责任。”“行为人因故意或违背善良风俗侵害他人的合法利益的,也应当承担民事责任。”

(责任编辑:朱 岩)

^② 《德国民法典》第 826 条与第 823 条第 1 款的区别正是在于主观上要求加害人必须故意 (intention) 且悖于善良风俗 (contra bonos mores)。详细论述参见 B.S. markesinis, *German Law of Torts: A Comparative Treatise*, Oxford: Hart Publishing, 2003, p.43.

^③ [日] 松尾弘:《民法的体系》(第四版),应庆义塾大学出版社 2005 年版,第 24 页。

ABSTRACTS

Rebuilding the Law of Damages : European Experiences and Tendency

Helmut Koziol · 1 ·

In recent years , more and more reforms on the law of damages have emerged in European countries . The Tendencies lie in following aspects : proportional liability instead of the whole or no liability , general clause as the basic rule for the whole law , enumeration of the legally protected interests , special problem about causation , standard of fault , position of wrongfulness , liability of omission , vicarious liability , enterprise liability and expanding significance of strict liability , limit measures of liability .

Keywords Damage ; Fault ; Wrongfulness ; Causation ; Flexible System ; Vicarious Liability ; Enterprise Liability ; Limit of Liability

Helmut Koziol , Law Professor , Director of the European Centre of Tort and Insurance Law in Vienna , Member of the European Group on Tort Law .

The Scope of Protection by General Provision in Tort Law

WANG Liming · 19 ·

The legislative model and the scope of protection of general provision in tort law are very important in the course of making tort law . From the perspective of comparative law , both of the regulations of German law and French law have their advantages and disadvantages , but the German law is more useful . In the course of making tort law , we should summarize the successful experiences of legislation and judicature in the past , insist the mature approach , and establish the proper legislative model for our country . The tort law should list the concrete rights and interests in the general provision , meanwhile , regulate the miscellaneous clause . It shouldn ' t define the protection scope of tort law by regulating the concept of damage .

Keywords Tort Law ; General Provision ; Scope of Protection ; Rights ; Interests

Wang Liming , Professor of Renmin University of China Law School .

Defects of Collegiate Bench System and Its Improvement : Analysis Based on Theory of Decision-making

ZHANG Xuechun · 32 ·

Collegiate bench system means several persons make judgments and decision within the framework of norm of law , abiding by the basic rule of the group decision behavior . The performance of group decision is affected by the objects of decision , the size of a group , the group consciousness , the decision-making ability , the decision-making time , the interactive mode , the aggregation regulation , external environment , etc . According to above standards , collegiate bench system of China is flawed in many ways , which need to be target-oriented reformed based on the corresponding conclusions from theory of group decision-making .

Keywords Theory of Decision-making ; Group Decision-making ; Collegiate Bench System

Zhang Xuechun , Ph. D . , Post-doctoral Staff of Zhou Enlai School of Government in Nankai University . .

The Fusion under the Separation : An Interpretation of the Relationship between the Constitution and the Criminal Procedure Law in China

LI Xunhu · 43 ·

The current times see a relationship that the Constitution is aloof or above the Criminal Procedure Law while the Criminal Procedure Law drifts away from the Constitution . At the same time , despite the separation , the Constitution and