

论侵权法的基本定位

叶金强

(南京大学 法学院 南京 210093)

摘要: 侵权法是矫正正义的体现, 权利立法是分配正义的体现。侵权法以权利立法所确立的利益格局为出发点, 在既有权益被侵害时, 发挥矫正功能。侵权法以整个法秩序为背景, 旨在保障现有价值体系的实现。侵权法与合同法所面向的生活关系不同, 现代法上二者在价值层面逐渐交融, 但这并不影响侵权、合同二分法的存续, 合同所确立的权益也在侵权法保护范围之内。

关键词: 侵权法; 定位; 矫正正义; 合同法

中图分类号: DF526 文献标志码: A DOI: 10.3969/j.issn.1001-2397.2015.05.06

一、问题的提出

侵权法具有十分悠久的历史^[1]①, 在私法体系中占有非常重要的位置。大陆法系侵权法肇始于罗马法, 历经《十二铜表法》、《阿奎利亚法》、《民法大全》的发育, 于近代法典化时期渐趋成熟。英美法系侵权法起始于12世纪前后, 以令状(Writ)为基础, 发展出不同类别的侵权行为, 并于近代废除令状制度之后, 经由过失侵权(Negligence)而逐渐整合出相对统一的基础^[2]。我国实质意义上的侵权规范, 可追溯到西周, 在西周的金鼎铭文中即已记载了一些侵权损害赔偿的实践^[3]; 而近代的转型始于清末立法, 民国民法典则正式引入了大陆法系的侵权法体系, 新中国成立以来, 2009年《侵权责任法》的颁行, 侵权法进入了一个新的阶段^②。

现阶段, 我国侵权立法任务已阶段性地完成,

解释论上的展开成为学界努力之重心。于此, 关于侵权法的一些基础性思考, 仍然具有重大意义。迄今为止, 学界对侵权法基本定位问题关注不足, 过去十多年轰轰烈烈的侵权立法讨论, 以及现已开始的解释论转向, 多是就具体问题而展开, 涉及侵权法整体性思考的研究并不多见。这里, 笔者拟在现有研究的基础上, 就侵权法的基本定位问题作较为深入的探讨, 拟讨论侵权法与矫正正义的关系, 侵

① 这里, 名称之选择向有争议, “侵权行为法”、“侵权责任法”的差异何在等问题, 尚有讨论余地。比较法上, DCFR(Draft Common Frame of Reference, 欧盟民法典草案)为避免不同术语可能带来历史性残留或概念性的先入之见, 而放弃使用 tort 或 delict, 选择了描述性的“非合同责任”(Non-contractual Liability)之表达。本文不讨论汉语上的名称选择问题, 暂以“侵权法”来指代相应的领域。

② 我国现代民法制度移植于西方, 中华法系的传统已经失落, 如何将中华文明的价值体系与西方的概念体系妥适对接, 是民法学界面临的巨大挑战。过往的实践忽略了中西方文化的差异, 缺少价值上的反思与批判, 在引入西方概念框架的同时, 也将其价值理念也一并承接, 引发了理论、立法与社会生活之间的摩擦。也许, 西方的概念体系已无法摆脱, 但作为法律精神的价值体系只能是自己的。为此, 需要做细致的工作, 以发现价值面上的细微差异, 进行价值上的调整以及法技术上的修正。

收稿日期: 2014-12-28

作者简介: 叶金强(1967), 男, 安徽滁州人, 教授, 法学博士。

权立法与权利立法、侵权法实践与具体权利实践之关联、侵权与合同之界分等基本问题。这些问题的解决,可以较好地确立侵权法在整个体系中的地位,并可加深对侵权法的理解,为具体问题的解决提供新的视角,并为未来民法典的整合提供些许参考。

二、侵权法与矫正正义

分配正义与矫正正义之区分源于亚里士多德,在其《尼各马可伦理学》(Ethica Nicomachea)中,亚里士多德提出了分配正义(Distributive Justice)和矫正正义(Rectificatory Justice)之区分,前者涉及荣誉、钱或其他东西的分配,后者在交易中发挥矫正的作用,而交易包括自愿和非自愿的交易。这里的非自愿交易包括盗窃、抢劫、虐待、侮辱等,基本上与侵权行为相对应^[4]。不过,有学者分析认为,自愿的交易不属于矫正正义的范畴,亚里士多德的具体正义其实可包括分配、矫正,以及交易中的正义^[5]。

以亚里士多德正义理论为起点,托马斯·阿奎那及其追随者们在中世纪及近代早期发展了以矫正正义来解释侵权法的学说;有观点认为,这些学者为侵权法所提供的解释,比当代理论家所提供的更好^[6]。现代侵权法理论中,矫正正义与侵权法的关联,以Coleman和Weinrib等学者的理论为代表。Weinrib强调私法关系的连贯性、矫正正义的双极性,反对凯尔森关于亚里士多德正义理论过于空洞的批判,认为即便是空洞的,正义的各种形式都有着自已特有的空洞^{[4]56-68}。Weinrib还引入了康德权利哲学,认为康德对乌尔比安“正直生活、无害他人、各得其所”之格言的评论中,已将矫正正义与“无害他人”联系起来;^{[4]37}康德的权利通过满足相关性的要求而充实了矫正正义;康德权利范围内的相关性的具体形式,即是权利与义务之形式,享有权利隐含着他人负有不得侵犯的道德义务^{[4]122}。Weinrib指出,矫正正义为责任的公平性、连贯性提供了最为抽象的表达^[5]。

同样,Coleman主张,侵权法可由矫正正义而获

得最好的解释,将作为侵权法核心概念的损害、因果关系、赔偿、过错等结合在一起,正反映了矫正正义的原理^{[7]9,10};侵权法就是一个矫正正义的体系^{[6]9,10};唯有矫正正义能够反映侵权法的关系结构。^①就矫正正义本身而言,Coleman强调其核心包括三个方面,即人的行为(Human Agency)、矫正(rectification)以及相关关系(correlativity),矫正正义系针对人的行为引发的损失,而在具有规范重要性关系的相关当事人之间形成的补偿要求^[8]^②;矫正正义是个人有义务对其应负责的不当损失(Wrongful Losses)予以赔偿的原则;^③也即,在损失属不法,并且行为人对导致损失负有责任时,其依矫正正义负有赔偿受害人损失的义务^{[8]56}。由于仅不法的损失才落入矫正正义的领域,故矫正正义的概念中需要一个实质不法性的观念^{[7]305}。与此类似的观点还有Honoré也认为矫正正义是一个关系原则(Relational Principle),仅在致害者不当侵害受害者权利时存在^[9]。

对于上述矫正正义与侵权法的学说,笔者认为,亚里士多德正义类型理论,确实可以为侵权法提供一个妥适的解释途径,能够较好地确定侵权法的体系位置。矫正正义指向于分配格局被破坏时的关系处理,而这正是侵权法的特质之所在;侵权法正是在既有秩序被破坏时才发挥作用,旨在矫正被颠覆的平衡。不过,矫正正义也会被批评为仅是一个抽象的观念,其对私法内容的具体化几无助益^{[5]10}。对此,虽前述Coleman所建构的矫正正义框架,与侵权法的内在架构十分契合,其中的不法性、归责性等要素,也正是侵权构成的核心所在;但是,这些要素的精细展开,还是需要侵权法内部来完成。所以,矫正正义更多的仅是为侵权法的宏观把握提供支持,作为正义类型之一,本质上其只能是抽象的描述、方向性的指引,而不可能是具体化的

① 参见:Jules L. Coleman. Risks and Wrongs [M]. Oxford University Press, 1992: 381.

② 这里使用 human agency 之表达,应是意在强调损失系非因自然力(nature force)所致之特质。

③ Jules L. Coleman. The Practice of Corrective Justice [G]// David Owen. The Philosophical Foundations of Tort Law. Oxford: Oxford University Press, 1995: 72.

展开。

前述矫正正义与侵权法的关系,基本上是针对过错责任而言的,而对于无过错责任(危险责任、风险责任),通说认为其属于分配正义的范畴。Honoré认为,亚里士多德及其后发展了分配正义理论的哲学家们,显然没有提及风险原理,但实质上风险原理同样立足于分配正义,虽然此种正义形式通常关涉物品之分配,但其同样可覆盖损失和负担的分配^{[5]83}。具体而言,可将风险的公平分配,称为风险分配正义(Risk-Distributive Justice)^{[5]84}。这样的认识尽管也许还有检讨的余地,不过,其倒是可以为所谓无过错责任无需违法性要件之观点^[10]提供一个合理的解释:风险之分配是在个案中依分配正义的观念具体完成的,在这之前并没有形成既定的分配格局,行为人未破坏任何既有的分配格局,自无违法性可言。^①

三、侵权法、权利立法与分配正义

(一) 矫正正义与分配正义

前文已述,侵权法基本对应于矫正正义;那么,侵权法与分配正义的关系应基本相当于矫正正义与分配正义的关系。而就此两者关系而言,首先,矫正正义与分配正义的结构有所不同,Weinrib指出:分配正义是根据一定的标准来分配利益或负担,分配正义之运行由三个要素构成:被分配的利益或负担、接受分配之人、分配之标准。这样的结构与矫正正义之结构显有不同,因为矫正正义呈现的是一个双极性的关系结构。其次,与分配正义体现一种比率之平等不同,矫正正义体现的是数量的平等^{[4]62}。此外,分配正义和矫正正义在社会中的展现方式、实现途径也不相同,分配正义确定利益归属的方式,主要是通过立法划定利益格局,并由权利立法来设定利益空间,故其与政治程序、权力运行密不可分;矫正正义通常是经由法律解释,透过司法程序于个案中实现。

对于矫正正义与分配正义在价值基础上的关联,理论界有不同的观点。分配正义之中,分配标准背后必然有相应的价值取向的支持,这些价值取

向在矫正正义实现过程中是否仍应发挥作用呢?对此,Weinrib认为,矫正正义与分配正义之间的类别差异意味着,将分配考量引入矫正正义不仅模糊了各自的范畴,而且给“原告-被告”关系结构带来了不连贯性;此外,开放的分配考量与存在于当事人之间的双极关系并不相容^{[4]76}。当然,矫正正义预设了权利的存在,但不能因此认为分配正义为矫正正义提供了平等观;即便矫正正义在一个分配的背景下运作,其接受给定的分配,但并不将分配的正当理由置入自己的结构之中^{[4]80}。而在Weinrib的新作中,其更加明确地主张:并无任何分配之考量因素,可以充当一人对他人承担责任的正当理由,为了正当化责任的确定,矫正正义无需依赖于分配正义^{[5]19}。但是,Keating对此持有不同的观点,其认为矫正正义被嵌入在分配正义之中,一方面,过失责任仅当其于分配上公平(Distributively Fair)时,才能被充分地正当化;另一方面,当过失责任被恰当地设置时,合理注意规范可在自由和安全之间形成合理平衡^[11]。Benson同样持反对意见,认为一旦原初权利被立基于分配正义,那么就没有理由不从分配正义的立场来解释对权利的侵害以及相应的矫正^[12]。

笔者认为,Weinrib的观点过度强调了分配考量引入矫正正义之后对矫正正义内在结构的破坏性影响。其实,矫正正义的双极性结构更多的只是具有形式上的意义,实质价值层面的渗透不会因此形式化结构而受阻,也不会因此破坏矫正正义的结构。更为重要的是,矫正本身便是要恢复被破坏的分配格局,既有格局是否被破坏以及需要恢复到何种状态^②,均是以分配正义所展现的当下利益格局为参照的,矫正正义意在维护分配正义所型构

^① 过错责任与无过错责任分属于不同的正义之观点,可能会破坏侵权法的整体性。而从归责的角度可以获得侵权法的整体性:损害的分配根据不同的归责思想来进行,将其中最强大的归责思想——过错归责抽取出来,构成了过错侵权,余下的所有归责思想共同支撑起无过错侵权。那么,如何从归责的角度来协调侵权法与正义类型的关系,值得深思,在此领域也许存在着获得新理解的可能性。

^② 回复原状与损害赔偿均是以回到“原状”为指向的,与回复原状更多指向于物理状态不同,损害赔偿指向的是财产价值原有水平。

的格局;确立利益格局的基础,怎么会与维护利益格局的基础隔绝呢?!一定意义上可以说,分配正义的终点,正是矫正正义的起点,分配正义之中的价值需要通过矫正正义来实现。所以,分配正义与矫正正义必然共享着许多价值理念。

(二) 侵权法与权利立法

权利内含的是自由,是对特定利益的享有和控制的可能性。权利立法是实现分配正义的基本措施,分配正义理念通过立法程序塑造出一定的权利结构,进而透过权利实践实现于社会生活之中。权利之外,通过行为规制方式获得一定程度保护的利益体系,也是分配正义的一部分。利益获得法律保护的基本途径主要有权利模式和行为规制模式^①,前者通过权利之形式来为特定利益提供保护框架,后者则是通过对相关当事人特定行为的控制,来保障主体的特定利益。行为规制规则与权利规则一样,也具有利益分配的功能。在权利和利益的实现受到干扰时,肩负着矫正功能的侵权法便会挺身而出,以维护既有的利益格局。从实证法的角度而言,权利立法是侵权法的起点,侵权法正是要去实现权利法所确立的东西。权利法立法过程中,也需要和侵权法规则结合起来思考。

可见,侵权法与权利立法的关系基本对应于矫正正义与分配正义的关系。侵权法是以整个权利体系为背景的,其主要功能之一便是保障权利体系的实现。权利法本身可能抽象而无生气,而作为权利具体展开场域的侵权法实践,则饱满而又富有活力。侵权法的实践离不开对权利规范的解释,一方面,被侵害利益是否在法律保护范围之内,需要经由法解释来确定,抽象的权利规范需要面向个案来具体化,同时,侵权责任的类型和范围也直接与权利属性和强度密切相关;另一方面,在另一个方向上,既有权利也可以为行为人为行为提供不同程度的正当化支撑,其中,充分的正当化可阻却违法,使行为不构成侵权,而不足以阻却违法性的正当性,也会影响侵权责任的量度。由此看来,可以认为侵权法的实践也是权利法的实践。作为权利基础的法价值,在侵权案件中拥有充分展现力量的机会。

那么,侵权法之中有无权利法所没有的东西

呢?对此,笔者认为除了一些技术性的规则之外,侵权法所特有的主要是归责原理。这样,侵权法基本上是由构成整个法秩序的规范体系加上归责原理组成。侵权法实践中,由于权利规范的抽象性以及权利边缘的模糊性,有时候法院的判决是在实现一项既有的权利,还是创设一项新的权利,会存有疑问。此时,矫正正义与分配正义发生了融合,既可以认为争议利益在权利规范的辐射范围之内,行为人侵害了该利益,侵权法现身加以矫正;也可以认为个案中依分配正义的理念直接完成了利益的分配。所谓的侵权法发展权利的功能,正是针对此种情形而言的。有鉴于此,可认为侵权法在实现、展开既有的权利体系的同时,也在塑造、发展该权利体系。

(三) 人格权法问题

人格权法因其调整客体的特殊性,而表现出与众不同的特征。具体而言,权利立法在内容上,通常会包含一些不具有分配属性的安排。例如,物权法中物权类型的规定只是权利构造的安排,并不涉及具体物之利益的分配;知识产权中专利权、著作权、商标权等的权利类型、权能规定本身,也不涉及具体利益的分配,只是其中的权利取得规则直接体现分配正义理念^②。人格权法则比较特殊,人格权类型规定中往往即含有分配属性,分配与类型设定同时完成^③。之所以如此,原因主要有两个:一是人格平等的价值理念决定了人格权赋予的平等性,授予规则单一化了,由此,在没有差异化的授予标准之下,几乎所有人格权均一体授予了;二是人格利益具有精神属性,精神世界的空灵特征,使得人格权即使类型化了,类型描述也非常困难,更难以用规则建构出复杂、精细的结构,只能停留于类型名

^① 权利模式保护力度更大,行为规制模式通常是在全面保护之网中截取一小部分加以规定,保护的范围与力度均相对若一些。保护性法规是典型的行为规制规范。

^② 例如,《著作权法》第11条规定“著作权属于作者,本法另有规定的除外。创作作品的公民是作者。”该规定确立了著作权原则上归作者享有的分配规则。

^③ 例如,《民法通则》第100条规定“公民享有肖像权,未经本人同意,不得以营利为目的使用公民的肖像。”该规定同时完成了肖像权类型确定和赋予工作。

称的给定。这样,人格权法多表现为类似“公民享有肖像权”这样的表达,权利类型确定与权利授予同时完成,人格权法本身变得“简单”了,这也是德国法系直接将人格权规则和侵权法合一的原因之一。

人格权法的“简单”并不意味着相应的司法实践同样简单;相反,涉及人格权的案件往往更加复杂难解。背后的原因主要在于,对精神世界获得精确的认识、表达、交流已形成的认识,以及价值取向向上的相互妥协,均非常困难。这样,人格权的展开与发展,将更多地仰赖侵权法的实践,出现了所谓的人格权法为“判例法”的现象^[13]。不过,考虑到人格权法的现代发展以及人格利益保护之加强的趋势,人格权的类型与权能也已越来越复杂化^[14],从立法技术上而言,需要慎重考虑民法典中人格权制度的体例安排。但是,无论采取何种立法模式,人格权法的演进更多地立足于侵权法实践这一特征,并不会改变。

四、侵权法与合同法的分野

(一) 侵权与合同的传统界分

侵权与合同之界分、侵权法与合同法之界分,理论界向有争议;二者间关系的厘清,关涉各自位置的确定,也是妥当确立侵权法定位的关键之所在。有学者认为,亚里士多德关于非自愿和自愿的交换正义之区分,可能是我们侵权与合同之区分的始祖^[3]¹⁵⁸。罗马法学家盖尤斯认为,义务依合同、侵权而产生,或者类推合同和侵权而产生(准合同和准侵权);盖尤斯这里所提出的合同与侵权的区分,与哲学家们关于自愿和非自愿交换正义的区分非常相似,是从亚里士多德那里借鉴而来^[15]。另有德国学者指出:私法由个人的自主决定和自己责任这样的原理,发展出作为独立的私法领域的“合同”(Vertrag)和“侵权”(Delikt)之概念;将合同视为意定的交易和基本的自由行使理论,将侵权视为自由滥用理论^[16]。

传统民法中,合同与侵权的区别被置重于各自义务的来源,合同义务来自于当事人的意思,古典

合同理论的预设:合同义务产生于当事人的意图,而不是当事人的行动^[17];而侵权法上的义务则来自于法律的规定。此外,二者保护的利益不同,合同法保护期待利益,侵权法保护信赖利益,前者试图通过交换来最大化个人财富,后者旨在个人既存财富的保护^[18]。契约责任与侵权责任被认为是,分属二种不同的法律规范,各有其各自的指导原理、责任要件与法律效果,形成不同的责任体系,分别代表不同的责任法理^[19]¹²。

但是,在近现代的发展中,合同中的附随义务渐成气候,合同解释理论的变迁也使得经合同解释而导出的“客观化”的合同义务,常会背离当事人的意思;与此同时,侵权行为法中行为人的意思也日益重要;受害人同意、基于意思而进入特殊关系时意思对侵权构成的影响,均不可忽视。为此,侵权与合同的关系需要重新思考,这里拟先对相关领域的学说与实践进行适度梳理,以期寻得一些线索。

(二) 契约的死亡与侵权法的危机

在契约与侵权关系理论中,存在一个十分有趣的现象,即同时存在着契约正趋于死亡而被侵权所吞没,和侵权领域不断为契约所蚕食而身陷危机两种似乎截然对立的观点。“契约死亡论”系由 Gilmore 提出,他认为:正在发生的是,契约再次被吸入侵权这一主流之中^[20]⁹⁵;契约责任与侵权责任已无法区分,逐渐融为一体^[20]⁹⁶。因此,契约死亡了。对此,有学者指出:契约的死亡,与信赖理论有密切的关系;富勒在其有关信赖利益的伟大论文中,发现了契约法中“违背合理信赖的行为产生补偿由此招致的损害的责任”的规则,而该规则在美国法上相当于传统侵权法的规则^[21]⁹⁴。另有学者指出,信赖原理置入《契约法》重述第 90 条,凸显了契约法的自相矛盾的特性,第 90 条例证了古典契约原则和方法的崩溃^[22]。而 Gilmore 强调的正是契约法重述第 90 条、89 条对古典契约理论的打击^[20]⁹⁶⁻⁹⁹,其并指出古典契约模式是与自由放任主义经济理论密切相关的,契约理论和自由放任经济理论的衰落,可视为从 19 世纪的个人主义向福利国家转换的反映^[20]¹⁰⁴。

应如何解读所谓“契约死亡”论呢?阿蒂亚认

为 契约法并非以单一范例为核心的规则体系,而是原理各异的复数规则的集合,信赖成为其中重要的契约原理之一。这样契约上义务的根据超过了约定人意思和对方信赖的框子,要到社会中去寻找。在此契约所构成的社会联系将全部被纳入判断之中,这种结果所招致的是契约上原理独立性的丧失;于是,契约、不当得利、侵权行为无一例外地在以纵贯性的原理和政策为共同基盘的大民事责任的框架中加以融合,在此等待的便是“契约之死”^{[21]109}。内田贵认为,契约法的发展,冲破约定原理外壳的潮流,不可阻挡地超过当事人的关系,向社会广泛地扩散;其结果所达到的是契约法的解体,纵贯契约法与侵权法的各种各样原理政策之下的民事责任的重构;这看来是把从社会孤立出来的抽象化了的契约的范例,再次拉回到社会中的不可避免的归结^{[21]110}。由此,内田贵指出, Gilmore 宣告死亡的是美国古典契约概念,但与其说是作为社会现象的契约死亡,不如说是支持古典契约法的“契约法原理”的死亡^{[20]198}。

契约生死的讨论,源于契约法原理的变迁,古典契约法强调当事人意思的重要性,将契约抽离于社会,追求形式正义。而在社会发展的进程中,决定契约关系的复数的原理逐渐形成,责任法原理成为其中重要的一环,契约与侵权的关系也发生了重大变化;契约实践要求将更多的社会因素吸纳到法官的考虑范围之中,契约关系不再是单一的意思原理所可以解释。这样的过程,可以认为是一种实质化的进程,或者是卡拉里斯所言的具体化^[23]。

侵权法的危机是现代侵权法重要问题之一,过失责任的客观化及保险等制度形成的损害社会化分担,对传统侵权理论形成了冲击。而在侵权与契约关系领域,还存在着契约法侵吞侵权领地的现象。我国台湾学者指出:契约责任适用范围的不断扩大,可谓是民事责任法近几十年来立法、学说与实务演变上最重要的趋势;无论是所谓缔约过失责任条文的增订(245条之一)、不完全给付债务不履行型态的明文承认(227条)、附随义务种类与型态的不断增加、附保护第三人效力契约理论的提倡、所谓后契约责任存在可能性等,均使得契约责任的

规范功能大幅扩张,某种程度上,或是取代了侵权责任法的规范功能,或是与侵权责任法的规范功能相互重叠^{[19]17}。

我国台湾地区法律的上述趋势与德国法一脉相承,与其特有的侵权法立法模式密切相关,狭窄的侵权法将许多问题挤压到契约法领域。而这里的彼此相向之趋势,系分别基于不同的法系观察而得出的结论,其中,德国法系侵权立法模式引发的问题,并不具有一般性意义;而契约法的现代化、原理多元化进程,在大陆法系国家(地区)应同样存在,这将对侵权与契约的关系产生实质性的影响。

(三) 合同解释规则形成的冲击

合同是自治的工具,双方通过协商形成合意来实现一定的安排。但是,合意有无及合意的内容尚需经由解释来确定;并且,值得关注的是,在当事人事实上的合意不存在的情况下,并不当然意味着没有契约。“即使在当事人无任何真实合意的场合,合同责任同样可能存在。”^{[24]8}对此,意思主义、表示主义之下均是如此。意思主义之下,当受领人基于不同理解,形成了不同于表意人意思的内心意思时,其仍然要受表意人意思的约束;表示主义之下,表意人也要受到不同于自己内心意思的、受领人所理解之内容的约束。这样,契约自治名义之下,实际上仅有一方实现了自主选择,而另一方之约束实为自己责任的体现。自己责任的成立,得依从责任法的原理,与侵权损害赔偿规则取得了一致。可见,透过合同解释,责任法原理以自治之名进入了合同领域。

此种现象,即使在古典契约法阶段也存在。合同是通过相互沟通而达成的,沟通失败即可能出现图有合同形式而无事实上合意的状况,而绝对的无事实上合意即无合同之规则,在任何时代都不可能贯彻,并且在早期法中因其形式主义的风格^{[25]①},反而可能会容有更多的无事实上合意之合同约束。如此,即使在古典阶段,合同法之中即含有异质的东西,并非纯净的双方自主选择的实现,所谓的单

① 梅因指出:成熟的法律学着重于仔细分析提供一个特定的口头同意的心理条件,而在古代法中则着重于附着在仪式上的言语和动作。

一原理只能是理论上的描述。不过,鉴于主体间经努力通常可以沟通成功,从而双方的自主选择均能实现;故一定比例的沟通失败场合下的受非自己意思约束现象之存在,并不能一般性地改变合同自治工具之属性。

(四) 合同中的法定义务、当事人意思与侵权构成

与合同义务来源于当事人意思观念直接冲突的,便是合同法上的法定义务。《合同法》第60条第2款规定“当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”该款规定被视为合同履行阶段法定义务的规范基础,该法定义务可称为附随义务^①。解释论上其所确立之具体义务类型可包括:通知、协助、保密、告知、说明、保护等义务^[25]。附随义务之中,既有旨在维护履行利益的义务,也有旨在维护固有利益的义务;前者通常不涉及与侵权的关系,但二者均冲击着契约义务来源于当事人意思之理念;这里,法律已根据关系妥当性的需要,于当事人意思之外设定了义务,这些义务可视为法律精神与契约情境相结合的产物。

侵权法上的义务虽基本上为法定义务,但基于当事人意思也可发生新的义务、改变甚至消灭原有法定义务,进而直接影响侵权的构成。“侵权类义务可因不同种类的同意而发生,不论该同意是否在法律上于当事人间构成合同。”^[24]此种意思可以是非法律行为意义上的意思,并可能在积极和消极两个方向上发生影响。一方面,可处分利益之许可、受害人同意,可以阻却行为违法性;例如,肖像的使用许可、性行为的同意等,均使得相应行为不构成侵权;另一方面,作为义务的承担,可使行为人相应的不作为构成侵权;例如,数共同饮酒的数人中一人醉酒,路过的同村村民同意将醉酒之人护送回家但送后家后却弃置不管,则对因此发生的损害应承担侵权责任,此时,村民的义务并非来源于法律规定。此外,在合同指向于固有法益维护之场合,当事人间权利、义务的安排,作为法律行为意义上的意思表示,在通过效力评价之后,会进一步影响相应侵权的构成。

(五) 侵权法与合同法关系的再描述

侵权与合同的区分,源于基本生活事实类型上的差异,类型来自于不同关系的特质、物性与事物的本质;对此,法律只能顺应之而不能改变之^②。合同事件、侵权事件原初的差异,是二者关系的起点;即使两个领域基础价值发生深度融合,也改变不了由事物本质上差异所形成的基本格局。故侵权法与合同法作为两个独立的法域将长期存在,不会发生一方吞并另一方的情形。而法律上所要关注的应是,侵权法与合同法各自的发展方向,探究在不变的二分法之中,侵权法与合同法在各自领域发生了什么样的变迁,及其对二者关系会产生什么样的影响。

就二者的差异而言,合同面向的是合作,侵权面向的是损害;侵权是对现有财产的减损,违约则是阻止了可能的获取^[26]。侵权法与合同法的目标不同:侵权法的根本目标是保护生命和财产,合同法的目标在于促进个人利益的进一步发展;合同法是生产性的,侵权法是保护性的^[27]。合同法意在建立和维持市场^[28]、促进合作并实现私人的正当目的,侵权法意在预防和填补损害、恢复被破坏的平衡。这些基本点,在法律的变迁中不会发生根本性的改变,也恰是维持侵权、合同二分法的基础所在。当然,侵权法、合同法近现代的发展,在拓展了各自空间的同时,也在其相互关系上带来了新的变化。

合同法的主要发展是原理的多元化,以及保护义务之确立。合同原本是自主选择的体现,但自己责任原理渐以各种形式渗入合同领域,使得一些违约责任实质上已与侵权责任无异,并且常是以非常隐蔽的方式来完成,例如,合同解释。多元原理的形成,对合同关系产生了巨大的影响,附随义务中与履行利益相关的部分,通常也是相关原理发生作用的体现。合同关系中保护义务的确立,在德国法上系经判例累积、以法官法的形式完成,而最终在2002年债法修订中成文化,表现为《德国民法典》第

^① 附随义务语词界定上存在分歧,本文将其限定于合同履行阶段的法定义务。值得注意的是,第60条第2款中的“交易习惯”易引向当事人意思,从而与该条法定义务之定位发生龃龉。

^② 不过,法律与生活之间也存在一种相互塑造的关系。

241 条第 2 款“债务关系可依其内容使任何一方负担顾及另一方权利、法益和利益的义务。”我国法上对应的条文是《合同法》第 60 条第 2 款。对于违反该条的责任的体系归属，德国法上存有争议，“侵权说”、“违约说”之外，还存在主张“系侵权、违约之外的特有责任基础”的观点^[29]。保护义务实质上维护的是固有利益，系基于技术上的考虑而被纳入合同关系框架，但从侵权法的视角来观察，契约背景同样可提升侵权法义务之强度，故将其纳入侵权法也未尝不可。

侵权法的发展多并未直接影响其与合同法的关系。当事人意思在侵权构成中的影响，是私的自治的体现，与合同法中的自主选择一脉相承，这使得以自己责任为主线的侵权法多了一层色彩。所谓侵权法对合同领域的侵入，是由合同法内部原理的多元化引发，侵权法是被引入的；而合同侵蚀侵权领域，则是相应法系过于狭窄的侵权法挤压所致。也许，二者关系中最为特别的是，合同所建构的法益也在侵权法保护范围之内。侵权法是以整个法秩序为背景，该背景之中当然少不了合同关系。与身份关系、物权关系等所谓绝对性关系相同，合同关系在自我实现之外^①，若受到不当侵害，侵权法同样会挺身而出。纯粹经济上利益已纳入侵权法保护范围，合同利益内含的虽也主要是纯粹经济上的利益，但已被债权这样的权利所包裹，故其位阶已高于一般的纯粹经济上利益，侵权法的保护实属当然^[30]②。

最后，合同法、侵权法的发展，会导致二者更大范围的竞合。当两项制度在各自的逻辑延伸线上相交接时，竞合便发生了。竞合的处理，德国法系采用的是择一模式，我国法亦同。这不同于法国法系的态度：法国法中，损害赔偿请求权或者基于侵权法，或者基于合同法，但不能同时基于这两个责任基础；合同责任始终享有优先于侵权责任^[31]。就两种模式之比较而言，在侵权与违约的法律效果存在差异的前提下，竞合择一模式可缓解效果差异可能带来的冲击，同时，侵权、合同规则设计上的负担也会有所降低。此外，有学者已指出，承认请求权竞合，并未给德国法体系带来可感知的

危害^[18]^[37]。

值得注意的是，竞合时法官所面对的生活事实是相同的，那么，在现行法秩序之下给予的评价也应是相同的，故法律效果趋同才是正道，正所谓“相同事物相同对待”。具体生活关系的属性，不会被侵权、合同两分法切割开来，法价值上的妥当性判断也不会受影响，只是，在各自领域内价值实现的技术路径可能会存在差异。鉴于现行法上侵权与违约法律效果上存有差异之现实，为导向合理的法效果，有学者主张：竞合时既非侵权责任规则也非合同责任规则被孤立地加以适用，而应是两种规范的适度结合，即针对具体损害可适用的仅是复合的规范^[32]。对此，也许可换一个角度采行以下的方案：竞合择一模式之下，效果趋同的实现，可通过义务相互渗透的方式来完成。个案中，合同的因素在侵权构成中获得评价、侵权的因素在合同构成中同样获得评价，二者分别将个案应考量因素吸纳到自己的体系之中，并进一步影响法律效果的安排。这样，无论当事人选择何种请求权基础，最终的法律效果会趋向一致^③。

五、何谓侵权法的发展

（一）权利法之发展与侵权法之发展的区分

侵权法以整个法秩序为背景，旨在恢复被破坏的分配格局；那么，侵权法是否会消融于大背景之中，而找不到自己的存在？侵权法本身的发展，可表现在哪些方面？对此，权利法与侵权法之区分，

① 物权关系的自我实现表现为物权人对物的利用、处分等，身份关系的自我实现表现为亲属间相互的履行，合同关系的自我实现则是指当事人的履行。在关系的自我实现过程中，侵权法处于局外。

② 美国法中，合同当事人的背信违约也会被判予侵权赔偿，这最先发生在保险案件中，后被推向银行、雇佣、以及一般商业关系。

③ 竞合情况下，法律效果的差异无法得到正当化，生活事实相同、法律评价相同，而导出的法效果却不同，这必然是导出工具出现了问题；侵权法规则、合同法规则是这里的导出工具。可见，竞合场合下，现存差异还可为各自效果安排之检讨，提供契机。例如，违约责任对精神损害赔偿的排斥，在竞合场合下会更加显得不合时宜。

仍然是解决问题之关键所在。前文已述,权利法是分配正义的体现、侵权法是矫正正义的体现,权利法所确立的法律状态是侵权法的起点^①。识别侵权法的发展,是以划清侵权法与权利法的界限、识别出权利法的发展为前提的。例如,人格权法增设新型人格权类型,侵权法实践必然会跟进,但这仅是权利法的发展,而非侵权法的发展。

在具体权利的救济过程中,侵权法会被相应的权利笼罩着:具体权利的价值基础也是侵权法实践所要实现的东西;权利法决定着行为违法性的判断,具体行为违法性之有无是立于双方当事人背后之权利相互角力的结果;有些权利本身,甚至即含有对不同归责原理的呼唤;权利射程及对应义务的限度,与损害赔偿的范围也密切相关。此外,权利法的发展,还直接改变侵权法所要保护之客体的状况。可见,权利法的内容渗透到了侵权法实践的腹地,形成深度交融的态势。不过,二者仍然可以区分开来,虽然必然存在边缘的模糊性。而在区分与识别出权利法及其发展之内容后,侵权法实践中可以剥离出哪些侵权法独有的东西,还有待进一步讨论。

(二) 侵权法特有的发展

如何识别出侵权法特有的东西,在方向上可从侵权法基本问题及其解决途径角度来思考。侵权法面向的是损害,那么损害的分配与预防应是侵权法的核心。有学者指出,补偿(Kompensation)、预防(Prävention)和分散/保险(Streuung/Versicherung)这三个类型及其相互关系,在很大程度上决定着20世纪责任法的理论和实践^[33]。前文述及,归责原理应为侵权法所独有,故侵权法理论多将归责原理的变迁,视为侵权法近现代发展的主要方面^[34]②。归责原理涉及的便是损害分配的基本考量。此外,涉及损害预防的责任方式规则、高风险社会下损害分配的社会化、损害在数侵权人之间的分配规则、因果关系、损害类型及计算规则等,均是侵权法所固有的内容;这些方面的发展,构成实质意义上的侵权法的发展。

跨权利类型适用的规则,不能归入任一权利法之中,也会落入侵权法领地。例如,安全保障义务

的出现,反映社会价值的变迁以及新型社会交往形式下安全保障的制度性安排,成为作为义务的发生器,展示了侵权法的新近发展。德国学者在描述德国民法1900年后的发展时,也将“一般的预防不作为诉讼”的创设,视为侵权法在判例学说上的主要发展^[35]。又如,特殊主体的特殊责任构成问题,辐射复数权利的维护,成为侵权法特有的内容,无责任能力者侵权、法人侵权的特殊规则,都属于此类。而企业责任问题,反映的是风险社会损害分担的思想,企业可以通过保险和产品价格来分散风险,企业又从相关活动中获益,这使得企业成为一个非常合适的责任承担者,其责任被严格化。企业责任的扩展,也成为侵权法现代发展趋势的一部分^[36]。此外,依据法律之精神,侵权法实践在现有权益框架之外,发现并确认任何新型应保护权益,均可视为侵权法的新发展;法秩序中新法益的引入,尚不能归属于被引入者,彼时又不存在既有的权利规则,故只能附着于侵权法。

上述区分的意义何在?除了逻辑清晰之诉求以外,问题域的明晰,还是妥当解决问题的基础,将侵权法实践中不同问题恰当归入不同的领域,价值和技术路径方才可能作出合理的选择。

六、结论

一项制度在法律体系中的定位,是妥当理解与把握该制度的关键。侵权法在私法体系中扮演什么样的角色,具有什么样的功能,直接影响着侵权法的具体展开路径。亚里士多德关于正义类型的学说,仍然可以担当理论解说的工具。在其分配正义与矫正正义的二分法中,侵权法担当的实现矫正正义的功能。侵权法以既有法秩序为背景,从权利法设定的分配格局出发,为被侵害的权益提供救济,恢复被破坏的平衡。矫正正义可以确立侵权法

① 权利法所确立权利多有自我实现的渠道,在权利正常实现的过程中,并无侵权法涉足的空间,仅在权利受到他人侵害需要救济时,侵权法才介入。侵权不入之地还可能包括:绝对权请求权的实现,契约的履行,亲属间请求的实现等。

② 例如,王泽鉴教授列举的侵权行为法的“基本问题与发展趋势”之中,便含有“侵权行为归责原则之检讨”。

的目标,并提供把握其实践同一性的路径^[37]。

侵权法和合同法在现代历经变迁,在各自法域内吸纳着新的元素。合同法中原理的多元化及法定义务的引入,侵权法中对当事人选择的尊重等,使得二者在价值层面相互接近。这些变化,均可视为关系的妥当处理而做出的努力。在竞合择一模式之下,请求权基础的选择不应带来法律效果的显著差异,侵权法、合同法均应尝试将同一生活事实中的重要因素,吸纳到自己的体系之中,寻求法律效果的一致性。债权具有不可侵性,合同所建构起来的法益,也在侵权法保护范围之内,构成现有法秩序的一部分。**ML**

参考文献:

[1] Christian von Bar, Eric Clive. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) (Full Edition Volume 4) [M]. Sellier: European Law Publishers GmbH Munich, 2009: 3083.

[2] 王泽鉴. 侵权行为 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2009: 49.

[3] 浦坚. 中国法制通史(第一卷·夏商周) [M]. 北京: 法律出版社, 1998: 259.

[4] Aristotle. Nicomachean Ethics, Book V § 2 [M/OL]. translated by W. D. Ross. <http://www.virtuescience.com/ethics5.html>.

[5] 亚里士多德. 尼各马可伦理学 [M]. 廖申白, 译注. 北京: 商务印书馆, 2003: 140, 注释 1.

[6] James Gordley. Tort Law in the Aristotelian Tradition [G]// David Owen. The Philosophical Foundations of Tort Law. Oxford: Oxford University Press, 1995: 132.

[7] Jules L. Coleman. The Practice of Principle [M]. Oxford University Press, 2001.

[8] Jules L. Coleman. The Practice of Corrective Justice [G]// David Owen. The Philosophical Foundations of Tort Law. Oxford: Oxford University Press, 1995.

[9] Tony Honoré. The Morality of Tort Law [G]// David Owen. The Philosophical Foundations of Tort Law. Oxford: Oxford University Press, 1995: 80.

[10] Vgl. Kötz, Wagner, Deliktsrecht, München: Luchterland, 10. Aufl. 2006, S. 190.

[11] Gregory C. Keating. Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents [J]. Cal. L. Rev. 2000 (1): 193-201.

[12] Peter Benson. The Basis of Corrective Justice and its Relation to Distributive Justice [J]. Iowa L. Rev., 1992, 77: 515, 531.

[13] 王利明. 独立成编的人格权法与侵权责任法的关系 [J]. 社会科学战线, 2012(2): 196.

[14] 刘召成. 人格权主观权利地位的确立与立法选择 [J]. 法学, 2013(6): 26.

[15] James Gordley. The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine [M]. Oxford: Clarendon Press, 1991: 31.

[16] Josef Esser. Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung [M]. München und Berlin, 1941: 51.

[17] P. S. Atiyah. Essays on Contract [M]. Oxford: Oxford University Press, 1986: 13.

[18] Walter van Gerven, Jeremy Lever, Pierre Larouche. Tort Law [M]. Hart Publishing, 2000: 33.

[19] 陈忠五. 契约责任与侵权责任的保护客体 [M]. 台北: 台湾新学林出版股份有限公司, 2008: 12.

[20] Grant Gilmore. The Death of Contract [M]. Ohio State University Press Columbus, 1974.

[21] 内田贵. 契约的再生 [M]. 胡宝海, 译. 北京: 中国法制出版社, 2005: 94.

[22] Jay M. Feinman. Premissory Estoppel and Judicial Method [J]. Harv. L. Rev. 1984 97: 678-684.

[23] 卡纳里斯. 债务合同的变化: 债务合同法的具体化趋势 [M]. 张双根, 译. 北京: 中外法学, 2001(1): 36.

[24] W. V. H. Rogers. Winfield and Jolowicz on Tort [M]. 18th ed. [S. I.]: Thomson Reuters (Legal) Limited, 2010.

[25] 梅因. 古代法 [M]. 沈景一, 译. 北京: 商务印书馆, 1996: 177.

[26] Gerhard Kegel. Vertrag und Delikt [M]. Carl Heymanns Verlag KG, 2002: 119.

[27] B. S. Markesinis, S. F. Deakin. Tort Law [M]. 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1999: 9.

[28] Hanoeh Scheiman. Tort Law and Corrective Justice [J]. Law & Phil. 2003(1): 21, 27.

[29] Siehe Staudingers Kommentar zum BGB / Dirk Olzen, 2009, § 241 Rn. 92.

[30] Barry Perlestein. Crossing the Contract – tort Boundary: an Economic Argument for the Imposition of Extracompensatory Damages for Opportunistic Breach of Contract [J]. Brooklyn L. Rev. ,1992 58: 877 ,877.

[31] Martin Immenhauser. Das Dogma von Vertrag und Delikt [M]. Böhlau Verlag Köln Weimar Wien ,2006: 34.

[32] Helmut Koziol. Basic Questions of Tort Law: from a Germanic Perspective [M]. [S. 1.]: Jan Sramek Verlag , 2012: 103.

[33] Gert Brüggemeier. Prinzipien des Haftungsrechts

[M]. Nomos Verlagsgesellschaft Baden – Baden ,1999: 6.

[34]王泽鉴.民法学说与判例研究(2) [M].北京:中国政法大学出版社,1997: 169.

[35] Ernst von Caemmerer. Wandlungen des Deliktsrechts [M]. Verlag C. F. Müller ,1960: 49.

[36]海尔穆特·库奇奥.损害赔偿法的重新构建:欧洲经验与欧洲趋势 [J].朱岩,译.法学家 2009(3): 14.

[37] Martin Stone. The Significance of Doing and Suffering [G]// Gerald J. Postema. Philosophy and the Law of Torts. Cambridge University Press ,2001: 133.

On the Basic Definition of Tort Law

YE Jin-qiang

(Law School of Nanjing University , Nanjing 210093 , China)

Abstract: Tort Law is the embodiment of the corrective justice while rights legislation is a reflection of distributive justice. Starting with the interest pattern established by rights legislation ,Tort Law plays the corrective function when the existing rights and interests are infringed. Tort Law aims to ensure the realization of existing value system , with Rechtsordnung as its background. Tort Law and Contract Law gradually merged together in the aspect of value although they are faced with different life relations. However , this does not affect the dual structure of tort and contract. Meanwhile ,rights and interests established by Contract Law are also protected by Tort Law.

Key Words: tort law; location; corrective justice; contract law

本文责任编辑:林士平