

# 我国侵权责任法的侵权构成模式

——以“民事权益”的定位与功能分析为中心

曹险峰\*

---

**内容提要：**依国内学术界多数观点，由于侵权责任法没有对权益进行区分保护，所以我国侵权责任法的侵权构成模式属于法国法模式。但是否将民事权益作为侵权责任构成要件判断要素，才是法国法模式与德国法模式的本质区别。我国侵权责任法契合未来民法典的整体布局，明文以民事权益作为侵权责任成立的判断要素，在立法模式上属于德国法模式。但在适用层面，德国法模式未必是一个很好的选择。侵权责任法（尤其是第2条）的独特规定及特色不同于德国法，并缺少与德国民法典第823条第2款和第826条类似的法规范支撑。可依“欧洲侵权法原则”提出的“弹性制度”解释权益的区分保护问题。

**关键词：**侵权构成模式 侵权责任 民事权益 违法性

---

侵权构成模式，是指判断侵权责任是否成立以及如何成立这一运行机制的思考路径，是对采用何种构成要件进行侵权责任成立判断的抽象界定。<sup>〔1〕</sup>如何解释其规范模式，正是中国民法学界在侵权责任法颁布后面面临的一个艰巨任务。<sup>〔2〕</sup>在法规范层面上，侵权构成模

---

\* 吉林大学法学院副教授。

本文系国家社科基金一般项目“侵权责任法总则适用问题研究”（项目号11BFX031）、教育部人文社会科学重点研究基地项目“侵权责任法的若干疑难问题研究”（项目号12JJD820015）、吉林大学青年学术领袖培育计划“侵权责任法与民法其他法域的互动与融合”（项目号2012FRLX15）的阶段性成果。

〔1〕 本文使用的侵权构成模式，不同于我国学术界经常使用的“立法模式”一语。在目前的学术探讨中，“立法模式”一语常被用于以法国法为代表的一般条款模式和以德国法为代表的列举模式之间的模式之争，主要是立法技术角度的形式分析，而侵权构成模式则更加偏重于侵权责任成立要素的实质分析。

〔2〕 参见中外法学编辑部：《中国民法学科发展评价（2010-2011）——基于期刊论文的分析》，《中外法学》2013年第1期。

式的载体主要为侵权责任一般条款,<sup>[3]</sup>在我国法上,主要体现为侵权责任法第6条第1款之规定。依目前国内学术界多数观点,侵权责任法第6条第1款所代表的侵权责任一般条款,在立法层面上可归于法国法模式。<sup>[4]</sup>但在笔者看来,在立法层面上,我国侵权责任法的侵权构成模式属于德国法模式,而非法国法模式。与此相对应,侵权构成模式在司法层面上的适用也有进一步分析的必要。由于此问题涉及到侵权构成模式与侵权法的立法模式、侵权责任一般条款、侵权责任法的保护范围、侵权责任法第2条的功能定位、违法性要件是否应予承认等,关乎侵权责任法适用的根基性问题,故有深入研讨的必要。

## 一、侵权构成模式区分标准溯源

在大陆法系国家的传统立法中,关于侵权法的立法模式,大体存有两种:一是抽象概括式,以法国民法为典型,其法规范载体为法国民法典第1382条与第1383条。比利时、卢森堡、西班牙、希腊与意大利等国民法典可大体归入此类。<sup>[5]</sup>二是具体列举+相对概括式(以下简称相对列举式),以德国民法为典型,其法规范载体为德国民法典第823条与第826条。在列举受保护利益及基本条款规范范围较为狭窄这一角度上,葡萄牙、奥地利等国民法典也属于此类型。<sup>[6]</sup>与上述侵权法立法模式的区分类似,侵权构成模式也可大体分为两种:一种以法国法为代表,其侵权构成模式的特点在于违法性被过错要件吸收,体现为过错、损害及因果关系的三要件。另一种以德国法为代表,其在侵权构成模式上体现为四要件,即行为的违法性、损害、因果关系及过错。<sup>[7]</sup>该种侵权构成模式的主要特点在于违法性要件是独立要件,与过错相区分。

总结来说,从立法技术角度来看,法国法与德国法在立法模式上体现为“大的一般条

[3] 关于一般条款,理论界不仅对其内涵与外延有所争论,甚至对其命名也未见统一。存在侵权法的一般条款、侵权责任法的一般条款、侵权责任的一般条款、侵权行为的一般条款、一般侵权行为条款等多种命名。笔者认为,一般条款是判断侵权责任是否成立的核心依据,其功能在于确定请求权的规范基础,故以“侵权责任一般条款”命名,表明其是侵权责任成立的判断基础,是较为妥当的。至于其内涵与外延,由于侵权责任法第6条第1款规定的过错责任原则属于最为基石性的且无争议的“一般条款”,并鉴于探讨一般条款的内涵与本文主旨关联不大,故本文“武断”地用“侵权责任一般条款”指代侵权责任法第6条第1款的规定。

[4] 就笔者阅读范围而言,这种观点可谓通说。参见王利明、周友军、高圣平:《侵权责任法疑难问题研究》,中国法制出版社2012年版,第190页;张新宝:《侵权责任一般条款的理解与适用》,《法律适用》2012年第10期;葛云松:《〈侵权责任法〉保护的民事权益》,《中国法学》2010年第3期;梅夏英:《侵权法一般条款与纯粹经济损失的责任限制》,《中州学刊》2009年第4期;李承亮:《侵权行为违法性的判断标准》,《法学评论》2011年第2期;陈鑫:《侵权法的法益保护》,《华东政法大学学报》2010年第3期;于飞:《权利与利益区分保护的侵权法体系之研究》,法律出版社2012年版,第2页;方新军:《权益区分保护的合理性证明——〈侵权责任法〉第6条第1款的解释论前提》,《清华法学》2013年第1期;程啸:《侵权责任法》,法律出版社2011年版,第60页。

[5] 参见[德]克里斯蒂安·冯·巴尔、乌里希·德罗布尼希主编:《欧洲合同法与侵权法及财产法的互动》,吴越等译,法律出版社2007年版,第23页。

[6] 同上。

[7] 值得说明的是,“四要件说”主要是我国理论界对德国法侵权责任构成要件的学说概括及对我国侵权法上侵权责任构成要件的学说主张之一。而德国侵权法(尤其是德国民法典第823条第1款)在构成要件的学说探讨及司法适用上,更强调“法益侵害”这一要件。参见[德]马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2006年版,第11页以下。

款”与“三个小的一般条款”的区分，〔8〕即抽象概括式与相对列举式的区分。从侵权责任构成角度来看，法国法与德国法侵权构成模式的形式区别体现在违法性是否为独立要件。〔9〕但这种区分似乎也仅仅局限于形式意义上。这是因为，法国法并非不承认违法性，只是认为其应归属于过错要素判断之中而已。〔10〕因此，违法性要件之有无或独立与否，不能（至少是不能单独）支撑起区别法国法与德国法侵权构成模式这一重任。在我国侵权责任法是否采纳违法性要件独立说这一争论明确之前，则更无从此角度验证我国法上侵权构成模式的可能。

也许正是基于上述考虑，对于如何从更深层次上区分两国法侵权构成模式，我国学术界大致存有兩種认识。第一种观点认为，“法国模式和德国模式的差别并不在于保护范围有何区别，而在于对不同的利益的保护程度有所区别。”〔11〕按其核心观点，可将此说称为“区别保护说”。第二种观点认为，法国法“大一般条款模式”由于“损害”范围的广泛性，没有适用上的限制，而德国法则以三阶层结构，限制了侵权法的适用范围，故可从适用范围上区别两者。按其核心观点，可将此说称为“适用范围区别说”。〔12〕“适用范围区别说”体现了法国法与德国法形式上的区别，但相较之下，“区分保护说”似乎更趋向了两国法区别的根基。由于德国法对权利（绝对权益）与其他法益采纳了不同的构成要件要求，故其适用范围较窄，而法国法没有区分权利与法益，予以一体性保护，故其适用范围较宽。因此，本文将主要聚焦于反思“区分保护说”。

由此，问题被转换为：对权益的区别保护是法国法模式与德国法模式的本质区别吗？本文的答案是否定的。由于侵权构成模式是将立法规定转化为司法适用的动态过程，因此，从立法层面与司法层面分别进行分析，可能有助于问题的解决。

首先，从立法层面来看，是否对民事权益进行区别保护是法国法与德国法的重要区别之一。

法国民法典第1382条只对侵权行为的静态后果——损害——作出了规定，而对损害的对象未设明文。该条是容量极大且极富有弹性的高度抽象性条款。从法条文义来看，只要有过错、损害及因果关系，就须承担民事责任。法国民法典的起草人泰尔内伯（Tarrille）在向法国立法机关所作的说明中，明确承认法国民法典第1382条适用范围的普遍性：“此种规定包含的范围十分广泛，包括各种类型的损害，并且此种规定要求侵害人在所导致的损害范围内赔偿受害人的全部损害。从杀人到轻微的伤害，从建筑物发生大火到建筑物因为不牢固而倒塌，所有损害都纳入民法典第1382条所适用的范围之内”。〔13〕该条有意使用了宽泛的语言，没有将法律保护或侵权赔偿限于对法定权利的伤害，凡是法律保护的利益

〔8〕 参见王利明：《侵权法一般条款的保护范围》，《法学家》2009年第3期。

〔9〕 参见王利明：《侵权行为法研究》上卷，中国人民大学出版社2004年版，第347页。

〔10〕 参见前引〔4〕，张新宝文。

〔11〕 前引〔4〕，葛云松文。

〔12〕 此点也是我国学术界认为我国侵权构成模式属于法国法模式的通行理由。对此，代表性观点如，“‘民事权益’的含义依侵权责任法第2条第2款为全体‘人身、财产权益’，也即在保护范围上没有任何限制。‘损害’一词在前述相关法条中也未受到任何限制，文义上对一切‘民事权益’的损害均应属之，故以‘损害’表述保护范围基本等同于以‘民事权益’为保护范围”。前引〔4〕，于飞书，第2页。

〔13〕 Geneviève Viney, *Traité De Droit Civil*, 2e édition, L. G. D. J., pp. 17-18. 转引自张民安：《法国侵权责任根据研究》，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。

都在考虑之内。<sup>[14]</sup>因此,法国侵权法的适用范围是极为广泛的。与此不同,德国民法典对侵权行为采用了分层结构的规范方法,从多角度对侵权法的保护对象进行了限定,分为“对(绝对)权益的侵犯”(第823条第1款)、“违反保护性法律”(第823条第2款)和“故意违反善良风俗”(第826条)三个层次,区别民事权益的不同层次,给予不同程度的保护。

总体来看,在立法层面,法国法有意忽略了对不同侵权对象的考察,采取了一体式的保护方法,以民事权益受损后的“损害”作为立足点,表明其关注的重点是致损事件而不是原告所享有的特定权利的性质和范围。<sup>[15]</sup>“不仅仅是所有的权利,而且所有的法定利益均受法国侵权法的保护。”<sup>[16]</sup>也就是说,权利与法益在损害层面的考量上并未受到差别对待,进而在侵权责任成立与侵权责任承担方面也无甚差异。但是,立法层面的规定尚需司法层面的检验与修正。

从司法层面来看,法国法并非一味忽视对侵权对象的考察,其从“损害”层面也间接达致了权益区分的效果,只不过这种区分保护的度不甚明显而已。以纯粹经济损失为例,虽然法国民法典第1382条(及第1383条)被誉为可能是世界上最开放、最自由的侵权责任条款,<sup>[17]</sup>德国法上适用缔约过失责任、附保护第三人作用契约等制度才能获得赔偿的纯粹经济损失,在法国都是通过适用第1382条(及第1383条)而获得赔偿。但是,在法国,纯粹经济损失责任同样受到重大限制,纯粹经济损失不能与人身伤害和财产损害相提并论。<sup>[18]</sup>这种限制是通过间接的方式完成的,即不断变换“过错”概念,以及对“可赔偿的损害”概念予以限制,<sup>[19]</sup>因果关系也是一个重要的限制因素。<sup>[20]</sup>对于人身损害及有形的财产利益损害,可以逕行适用过错的一般判断标准,但对于纯粹经济上利益,过错的判断则会复杂与严格得多。<sup>[21]</sup>也就是说,对于纯粹经济损失,法国法并非如第1382条所表明的那样,采取“原则上赔,例外不赔”的态度,而是以不赔作为起点,通过若干抽象构成要件的把握与甄别,来达致例外赔偿的效果。纯粹经济损失与对绝对权的侵犯在保护程度上存在着极大区分,表明了保护的“区分性”。

总结来看,从立法规定角度看,“区别保护”应该是德国法与法国法不同的一个重要方面,但在司法实务层面,立法之漏洞或不足已由司法实践所(部分)弥补,其区别实质上并没有想象中的那么巨大。正如学者指出的,“事实上,一般条款模式和限制受保护利益的模式之间的差异远没有表象呈现出来的那么大,因为,各个法律制度的表象与实质内容之间存在相当大的差异。虽然那些实行限制性制度的国家(如德国、英国和美国)已经发展出各种制度去调整纯粹经济损失和人格尊严损害,但法国一般条款的解释活动也呈现出如

[14] 参见[日]星野英一:《私法中的人——以民法财产法为中心》,王闯译,载梁慧星主编:《民商法论丛》第8卷,法律出版社1997年版,第177页。

[15] 参见张民安:《现代法国侵权责任制度研究》,法律出版社2007年版,第55页。

[16] 同上书,第68页。

[17] 参见张民安:《过错侵权责任制度研究》,中国政法大学出版社2002年版,第623页。

[18] [德]格哈特·瓦格纳:《当代侵权法比较研究》,高圣平、熊丙万译,《法学家》2010年第2期。

[19] 参见张民安、林泰松:《我国〈侵权责任法〉对他人民事权益的保护》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2010年第3期。

[20] 参见葛云松:《纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为条款》,《中外法学》2009年第5期。

[21] 参见前引[18],瓦格纳文。

下特点：一方面，要反映人身伤害和财产损害之间的差异；另一方面，要反映经济损害和人格利益损害之间的差异。”〔22〕因侵害权益的不同而对损害进行区分并适用不同的规则，也部分地得到了法国学说与法国法院司法实践的支持。〔23〕可见，认为法国法完全不区分权益是不甚妥当的。从损害这一层面区分权益并予以不同程度的保护，与从权益本体角度区分保护，在做法上截然不同，但在结果上却殊途同归。〔24〕部分边缘类型案例处理结果的差异，只表明了两国立法规定与司法实务互动关系的不同处理模式而已，〔25〕不能代表两国法侵权构成模式的本质区别。

笔者以为，权益的区分保护与侵权构成模式之间并不存在直接关联，是否以“权益”〔26〕这一中介作为判断侵权责任成立的要素，也即是否将“民事权益”作为侵权责任构成要件判断的要素，才是法国法与德国法侵权构成模式的本质区别。在法国法中，行为直接指向了损害，侵权法适用范围的调控由“损害”这一要件完成。〔27〕而在德国法中，则为“行为—权益—损害”模式，侵权责任成立与侵权责任承担相对区分，侵权法适用范围的调控主要由“权益”要件来完成。〔28〕这种本质区别与其依托的民法典结构息息相关。

法国民法典采用“主体—客体”进路，以行为作为纽带，德国民法典采“主体—权利—客体”进路，以权利作为纽带。〔29〕这是两部民法典内在逻辑的重大区别。法国民法典采法学阶梯体系，唯将诉讼法排除在外，分为三编：第一编为人，第二编为财产及对所有权的各种限制，第三编为取得财产的各种方法，清晰地体现了“主体—行为—客体”的逻辑。可以看出，法国民法并不关注权利，“该法典并没有与主客体并列的权利概念”。〔30〕这种思路也深深地体现在侵权法中。在法国法中，“损害”承担着双重角色，既是侵权责任成立的必要条件之一，也是判断侵权责任承担范围的要素。在侵权责任成立层面，“加害人之‘故意或过失’才是侵权责任法上之核心概念，被害人受有‘损害’之要件在侵权责任法上仅居于从属或次要之地位，损害之发生充其量仅是法院开始介入民事责任判断之时机，或被害人请求损害赔偿时，逻辑上必然导出的要件而已”。〔31〕因此，法国法偏重从损害赔偿的范围角度探讨何种损害属于法律上可予赔偿的损害。〔32〕这种做法表现在侵权构成模式上，就体现为过错、损害及因果关系的三要件说。由于过错（行为）直接指向了（范围无限制的）损害，无须以（范围相对明确的）权益为中介，由此导致侵权法的适用范围过广，法

〔22〕 前引〔18〕，瓦格纳文。

〔23〕 同上文。

〔24〕 参见前引〔4〕，方新军文。

〔25〕 基于对待纯粹经济损失的不同态度，有学者将法国法模式概括为“立法开放、实务节制”，德国法模式则为“立法保守、实务扩大”。参见王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社2009年版，第302页。

〔26〕 德国法上将之称为“法益”，而非“权益”（参见前引〔4〕，于飞书，第54页以下）。此处按我国侵权责任法的规定及理论与实务界的通常用法而使用，以便为探讨我国侵权法侵权构成模式作铺垫。

〔27〕 王利明教授曾深刻指出，法国民法典是“从规定损害概念的角度界定侵权法的保护范围”。参见前引〔8〕，王利明文。

〔28〕 我国部分学者已经注意到了两者的这种区别，但都没有将这种区别与两国法侵权构成模式的区分联系起来。参见前引〔4〕，梅夏英文；前引〔4〕，李承亮文。

〔29〕 参见梅夏英：《从“权利”到“行为”》，《长江大学学报》（社会科学版）2005年第1期。

〔30〕 同上文。

〔31〕 陈忠五：《法国侵权责任法上损害之概念》，《台湾大学法学论丛》2001年第4期。

〔32〕 同上文。

法国法不得不采取“法条竞合说”以限制侵权责任与违约责任的竞合。在法国法上，可予赔偿的损害具有四个特征：法定保护利益的侵犯、损害的确定性、损害的个人性以及损害的直接性。<sup>[33]</sup>可见，法国法上可予赔偿的损害这一概念之所以重要，正是在于其意欲通过对损害的限定来限制侵权法的适用范围。

德国民法典则与此不同。德国民法典体系划分的主要依据是法律关系理论。民法典之总则为法律关系的共同要素（主体、客体、法律事实以及权利义务的共同准则），分则则是对四类法律关系的具体规定（债法、物权法、亲属法、继承法）。以德国民法典为蓝本制定的民法典及受潘德克吞法学影响而建立的民法理论及立法体系，都是以法律关系这一概念作为基础而编排的。“由于法律关系的概念在表现法律体系所适用的社会现实上被认为是合适的框架，因而其被用作整理法律及展示法律的技术工具。”<sup>[34]</sup>“法律关系最重要的要素是权利。”<sup>[35]</sup>德国民法典打破了法国民法典的社会关系直观系统观，从法律关系要素角度逐一对主体、权利、行为和客体进行了界定。在法典结构上，一个重要的变化是权利概念的出现，并且权利成为结构安排的线索。民事主体可表达为权利主体，民事客体可表达为权利客体，民事行为体现为取得或丧失民事权利的方式，权利成为民法典的一个核心概念。在传统的主客体结构中加入权利，形成“主体—权利—客体”结构。<sup>[36]</sup>这种模式不再将作为“取得财产的各种方法”之行为作为中心对象，而是以权利作为中心，将侵权行为看成是一种相对权的形成机制。此种相对权的产生，主要来源于对绝对权益的侵害，权益连接了主体与客体。此时行为只是权利的中转站，不再居于核心地位。如此情形下，德国侵权法将民事权益作为构成要件中的必备要素，就几乎是一个必然的选择。对于侵权法的适用范围，第823条第1款是以法益与权利的特定范围为中介进行的限定，第823条第2款是以保护他人法律的特定法益范围作为限定，而第826条则是以侵害法益的行为方式作为限制手段。可以看出，以权益作为判断侵权责任是否成立的中介要素，是德国法的特色。

法、德民法典的上述分野及在侵权法上的不同制度安排，与其各自的立法理念是密不可分。法国法秉承自然法思想，将“不得损害他人”作为侵权法制度安排的核心与出发点。正如有学者总结的，“基于根深蒂固之传统社会主义思想以及对正义之认知，法国法院在形成其侵权责任法则之演进过程中，似乎一直有‘左倾化’之现象，在思考方向或问题意识上，‘是否过度限制加害人之行动自由，不当加重应负责任者之责任’，往往不是实务上解决问题时之思考主轴，反而，‘被害人之损失是否确实地获得填补’，才是引导实务形成其法律见解之主轴”。<sup>[37]</sup>而德国侵权法则是以行动自由为首倡的。德国法所基于的价值观是：当利益的维护与行为自由发生冲突的时候，行为自由优先。<sup>[38]</sup>作为这种价值取向在侵权法中的制度性落实，德国法强调以权益为中介考量要素，区分责任成立（行为与权益侵害间具有因果关系）与责任承担（权益侵害与损害间具有因果关系）。<sup>[39]</sup>民事权益尤其

[33] 参见前引 [15]，张民安书，第130页。

[34] 尹田：《民事主体理论与立法研究》，法律出版社2003年版，第7页。

[35] [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》上册，王晓晔等译，法律出版社2003年版，第263页。

[36] 参见前引 [29]，梅夏英文。

[37] 前引 [31]，陈忠五文。

[38] 参见前引 [7]，福克斯书，第2页。

[39] 同上书，第12页；前引 [25]，王泽鉴书，第87页。

是第823条第1款明文列举的五项民事权益，以其权益的“绝对性”为核心特征，第823条第2款是以法律内容明定为公示性，而第826条则是以结果为当事人所知为公示性，这些规则都是以“期待可能性”为其构建基础。“不论侵权、背俗或违法，要让行为人对其行为负起民事上的责任，都须以该行为涉及某种对世规范的违反为前提，其目的就在于建立此一制度最起码的期待可能性，以保留合理的行为空间。”〔40〕民事权益范围的相对固定性，为受害人的权益维护设定了大致的范围，为行为人的行动自由指明了大致的界限。

同时，民事权益这一中介的存在，直接为违法性提供了存在合理性的证明。“违法性问题是—个宏大的主题，涉及法律整体层面上应保护哪些利益之选择。”〔41〕“违法性要件的侧重点是，基于民事权益的性质差异，为人们勾画自由的界线。处于自由界线之内的行为，即便引发了侵害结果，也不会导致侵权责任的成立。”〔42〕侵权法对权利与利益进行不同程度的保护，从而进行不同层次与不同方式的违法性认定，正是基于对行动自由与受害人权益保护两极利益均衡的考虑，是忽视具体案件情况，以民事权益的不同状态并结合其他要件而作出的划分。因此，违法性体现为一种对他人权益侵犯的法秩序否定评价。

## 二、我国侵权法之侵权构成模式：立法层面辨析

我国侵权责任法第2条第1款规定，“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任”；第2款规定：“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。”本条采取了“部分列举+兜底性条款”的方式，展现了侵权法保护客体的大致范围。同时，结合侵权责任法第6条与第7条的规定可以看出，侵权责任法抛弃了民法通则上“财产、人身”的模糊性提法，直接以“人身、财产权益”指明了侵权法的保护客体。那么，我国侵权责任法的侵权构成模式是法国法模式还是德国法模式？

目前较为通行的观点认为，第6条第1款的规定表明我国法采纳了法国法模式。如原全国人大法工委王胜明副主任认为，权利和利益根本区分不清楚，进而无从将二者区别开来赋予不同程度的保护。在他所主编的、代表法工委“立场”的著作中，更明确地表示侵权责任法没有采纳德国模式，对民事权利和民事利益在保护程度和侵权构成要件上不作区分。〔43〕另有观点认为，“从文义解释来看，第6条第1款是法国模式。……也就是说，该款并没有像德国法那样将绝对权和其他利益区分开来并给予不同程度的保护，而是同等保护。”〔44〕从这些论述可知，通行观点秉承这样一种思路：两国法模式的差别在于对不同利益的保护程度有所区别。上文已经对这种思路进行了批驳。笔者认为，在立法层面，我国侵权责任法的侵权责任构成模式属于德国法谱系。

〔40〕 苏永钦：《走入新世纪的私法自治》，中国政法大学出版社2002年版，第306页。

〔41〕 叶金强：《侵权构成中违法性要件的定位》，《法律科学》2007年第1期。

〔42〕 张金海：《论违法性要件的独立》，《清华法学》2007年第4期。

〔43〕 参见王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法解读》，中国法制出版社2010年版，第10页。

〔44〕 前引〔4〕，葛云松文。

首先,我国民法整体上是承继德国民法传统的。这可以通过如下例证得到证实:例一,我国民法典虽然没有成型,但从通行观点来看,以各种权利作为民法典分则的基础获得了较为一致的认可。《中国民法典(草案)》所采纳的九编制实质上是德国民法典五编制的翻版或变形。例二,无论是立法上总则与分则的区分,还是在司法实务与法学教学中,以法律关系分析问题已成为一个被经常运用的手段。可以说,我国民法整体上属于德国法谱系。作为其中一部分的侵权法必须考虑德国民法典的整个背景与理念,这是我们理解侵权构成模式的基础。从知识谱系的角度来看,我国民法自《大清民律草案》制定之时起,历经民国民法典到民法通则,无不属于大陆法系从罗马法到德国民法这一源远流长的知识系统。因此,中国民法多数概念的词源考察、理论解释与价值探寻等,都必须参照或重视这一理论脉络。具体到侵权法,侵权责任法第2条的规定再一次确证了我国民法的德国法传统。将民事权益尤其是绝对权作为侵权责任的客体,契合了德国民法典的逻辑安排。“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。”<sup>[45]</sup>侵权责任法第2条以及第6条与第7条的规定,从以民事权益作为侵权责任构成核心要素这一点来看,更似德国民法典第823条与第826条的综合体。

其次,从“民事权益”在我国侵权责任法上的定位来看,虽然侵权责任法第6条与第7条明文规定“民事权益”,其主要意旨并非在于强调“民事权益”在侵权构成模式中的地位与作用,<sup>[46]</sup>但经由立法的固定,其便获得了相对独立的解释空间。“不管法律的起草者是何意,立法一经颁布,法律的规定就构成客观解释的对象,尽管应考虑立法者的意思,但法律的客观含义已不完全受立法者意思的约束。”<sup>[47]</sup>侵权责任法第2条采取了“侵害民事权益—承担侵权责任”的立法模式,其基本逻辑是:侵害权益—造成损害—承担责任。<sup>[48]</sup>因此,对第6条与第7条的解释须结合第2条的规定,民事权益属于侵权责任的构成要件之一,由此民事权益与损害得以区分。该模式完全符合德国法上关于侵权责任成立与侵权责任承担的区分,而与法国法上损害的双重角色定位完全不同。侵权责任法的逻辑非常清晰,即(何种行为)侵害何种权益,造成何种损害,适用何种损害赔偿,权益已经成为侵权责任成立判断中不可或缺的重要一环。<sup>[49]</sup>

再次,将我国侵权责任法的侵权构成模式解读为德国法模式,具有许多法国法侵权构成模式所不能比拟的优势。

第一,法国法的抽象概括式以赋予法官自由裁量权为出发点,而德国法的相对列举式则以限制法官自由裁量权为出发点。法国民法典第1382条作为一般条款,其极度的抽象性增强了其适用的广泛性及与时俱进性。但利之所在实乃弊之所在。第1382条只能作为裁判规则而存在,根本无法发挥行为规范的作用。法官的自由裁量权深刻影响了第1382条的适

[45] 前引[8],王利明文。

[46] “立法者做出这样的规定,是想照顾侵权责任的多样性。由于停止侵害、排除妨害或消除危险是不需要有损害后果的,所以这条法律未对‘损害’加以规定。”前引[4],张新宝文。

[47] 刘士国:《〈侵权责任法〉第二条规定之解析》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2010年第3期。

[48] 温世扬:《略论侵权法保护的民事法益》,《河南省政法管理干部学院学报》2011年第1期。

[49] 侵权责任法第22条规定,“侵害他人人身权益,造成他人严重精神损害的,被侵权人可以请求精神损害赔偿。”这一规定就清晰地表明了这一逻辑。

用,在一定程度上造成了司法实践的不统一。“在所有的欧洲民法典中,法国民法典给法院的指示最少。……对具体问题,寻找解决方案不是立法者所关注的问题。”<sup>[50]</sup> 德国民法之所以从“民法典一草”的一般概括模式转向列举模式,其重要理由就在于对法官自由裁量权的不信任以及对一般抽象模式会造成实务上矛盾与凌乱的防范。<sup>[51]</sup> “民事权益”的范围相对确定,会使侵权法兼具行为规范与裁判规范的功能。正如有学者指出的,“从法律目的来看,德国模式的区别保护显然优于法国模式。因为,德国模式可以避免加害人承担过重的责任,维护人们的基本行动自由,符合一般伦理观念,并且符合经济学的原理。”<sup>[52]</sup>

第二,虽然法国法与德国法两种模式无绝对的孰优孰劣的问题,但从对法官素质的要求以及法适用的稳定性方面比较,德国法略胜一筹。“任何一个法律制度都需要一个过滤器,将可赔偿的损害与不可赔偿的损害区别开来。差别在于,法律是愿意满足于只向法院提供一个相对模糊的工具(如因果关系),并且相信司法部门能够借此工具合理地权衡当事人之间的利益冲突,还是希望提供一个更加精确的标准。”<sup>[53]</sup> 加害人为什么要对纯粹经济损失承担责任,“在如德国、希腊或葡萄牙等国取决于法院愿意将什么理解为‘权利’,而在法国和西班牙则要求损害的‘直接性’和‘确定性’”。<sup>[54]</sup> 在德国,区分所有权受损与纯粹经济损失的,并非在于其他构成要件的抽象判断,而主要在于法院如何认定“所有权”,所有权内涵的相对稳定性增强了结果的可预见性与司法裁判结果的可感知性。而在法国法中,虽然有向“权利侵害法律制度”靠拢的倾向,<sup>[55]</sup> 但总体上还是侧重于抽象构成要件层面的判断,归结为法官的个人理解。在中国目前的国情下,给予司法部门以相对精确的标准,可能是一个更好的选择。

第三,将“民事权益”理解为侵权责任构成的要素之一,为权利与法益的区分保护提供了可能性。从立法层面来看,我国侵权责任法没有对权利与法益予以区分保护,但鉴于法益不具有权利的归属效能、排除效能及社会典型公开性等特点,<sup>[56]</sup> 故有必要对权利与法益进行区分保护。如前所述,在法国法模式下,只能依靠对“损害”的限定来达致区分保护的意图,但这种做法并不适合于我国。其原因一方面在于,我国法上不存在对“损害”进行解释的土壤,另一方面则在于,通过对“民事权益”的区分就可以进行区分保护的解读,无须再舍本逐末、舍近求远。

第四,中国侵权法应理解为德国法传统的另外一点理由在于,我国法允许违约责任与侵权责任的竞合。对此,有学者正确地指出,不区分直接损失和纯粹经济损失的法国侵权法一般条款,必须通过侵权责任和合同责任的非竞合原则,来排除侵权诉讼的过分使用。如果认为我国民法通则第106条第2款没有排除对纯粹经济损失的赔偿,而又采取责任竞合

[50] [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2001年版,第18页。

[51] 参见前引[25],王泽鉴书,第45页。

[52] 前引[4],葛云松文。

[53] 前引[50],冯·巴尔书,第33页。

[54] [德] 克雷蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》下卷,焦美华译,法律出版社2001年版,第36页。

[55] 纯粹经济损失并非与所有权一并不加区分地包括在一般条款内。法国最高法院开始在一些财产权和人格权侵权案件中凭结果倾向性地认定“过错”的存在,并在认定过错时区分损害的发生和损害的范围,这就具备了德国法关注“权利侵害”法律制度的重要特征。同上书,第36页。

[56] 参见前引[4],于飞书,第55页以下。

的做法，这就意味着合同责任将被侵权责任所吸收，在此前提下，任何导致当事人纯粹经济损失的违约行为都将同时构成侵权，合同法的规范价值将被严重削弱。除此之外，我国合同法关于缔约过失责任和附保护第三人作用的契约的规定，正是德国法通过合同效力的延伸，扩大积极赔偿的典型做法。<sup>[57]</sup>可以看出，相对权主要由合同法所规范，绝对权则主要由侵权法所规范，正是德国法允许竞合的主要原因。大而广且毫无限制的侵权法是不适合我国法允许违约责任与侵权责任竞合的现状的。

最后，将我国侵权责任法的侵权构成模式强行解释为法国法模式，未见任何实益，只见体系悖反等诸多问题，不值赞同。

### 三、我国侵权法之侵权构成模式：解释论路径选择

虽然从整体谱系上讲，我国侵权法的侵权构成模式属于德国法模式，但不容忽视的是，我国法具有独特的规定及特点。德国民法典受限于时代背景，仅列举了有限的几种民事权益。而我国侵权责任法第2条第2款明文列举了18项民事权利，较为全面地涵盖了绝对权的各个方面，较为有效地避免了向框架性权利寻求救济的窘境。同时，不可否认的是，我国法虽然与德国法一样以“民事权益”作为侵权责任构成的判断要素，但与德国法对民事权益的限定性规定不同，侵权责任法第2条“等人身、财产权益”这种兜底式的表达，突显出我国侵权法（形式上的）适用范围的非限定性，体现了与法国侵权法大致相同的特点。<sup>[58]</sup>由此，明确了我国侵权构成模式属于德国法谱系，并不是问题的终点，还须建立或寻求一个基于此模式的合适的司法适用模式，才具有完整的理论意义与实践价值。

我国侵权构成模式既以民事权益为侵权责任构成的考量基点，在司法适用模式上，可能的选择亦是以此为根基，区分权利与法益的不同保护程度、方式与范围，以达到妥当确定侵权法适用范围、兼顾行动自由与权益保障的目的。鉴于权益应予区分并给予不同程度的保护已经成为我国理论界与实务界的共识，<sup>[59]</sup>本文不再探讨抽象意义下权益区分的必要性及可能性，而迳行探讨权益区分保护在我国侵权责任法既有格局下的解释论问题。

对此，较为详细的论证思路大体有两种。一种采取的是“目的性限缩解释”的路径。<sup>[60]</sup>该路径认为，如果依文义将第6条第1款解释为民事权利和利益获得同等保护，将导致法律政策上的重大问题，应目的性限缩为德国法模式的分层结构。另一种采取的则是“限缩解

[57] 参见前引[4]，梅夏英文。

[58] 甚至有学者认为，我国侵权法第2条的保护范围比法国法更为广泛，但在适用上，应按权利与利益区别保护原则进行解释。参见前引[19]，张民安等文。

[59] 该观点为实务界的通行做法（参见前引[20]，葛云松文），并为我国学术界通说（参见前引[4]，王利明等书，第190页；前引[4]，葛云松文；前引[4]，梅夏英文；张谷：《作为救济法的侵权法，也是自由保障法》，《暨南学报》（哲学社会科学版）2009年第2期；前引[41]，叶金强文；陈现杰：《〈侵权责任法〉一般条款中的违法性判断要件》，《法律适用》2010年第7期；奚晓明主编：《中华人民共和国侵权责任法条文理解与适用》，人民法院出版社2010年版，第20页以下；前引[4]，李承亮文；前引[4]，陈鑫文；前引[4]，于飞书，第2页；前引[4]，方新军文；前引[4]，程啸书，第60页；王成：《侵权之“权”的认定与民事主体利益的规范途径——兼论〈侵权责任法〉的一般条款》，《清华法学》2011年第2期）。

[60] 参见前引[4]，葛云松文。

释+目的性扩张”的路径。<sup>[61]</sup>该思路依第6条第1款的立法目的——协调损害填补与行为自由——将“民事权益”限缩解释为“绝对权及类似利益”，并利用德国法上成熟的违法性理论，进行目的性扩张，解释出“违反保护性法律”与“背俗故意致损”类型。

笔者认为，这两种路径不约而同地将我国侵权构成模式解释成为德国法模式，都具有极大的启发性和合理性。但笔者提供另外一种思考路径：在坚持将立法层面之我国侵权构成模式理解为德国法模式的基础上，不再以确定的要件（类如违反保护他人之法律、故意以背俗方法侵害他人）限制法益的保护，而转向于以“弹性制度”<sup>[62]</sup>处理权利与法益的区分保护问题。易言之，在坚持德国法模式以民事权益作为侵权责任成立判断要素、权益应区分保护的基础上，以更加灵活的、多角度利益衡量的视角去区分权利与法益的不同保护程度与方式，摒弃德国法对法益保护过于严格、以固定要件予以限制的做法。这是因为：

第一，从形式上看，我国侵权责任法第6条类似于德国民法典第823条第1款的规定，都是“过错+（以绝对权保护为中心的）权益”的结构，具有高度的相似性。但相对德国民法典第823条第2款与第826条而言，我国法则缺少可予解释的资源与规范基础。虽然民法通则第6条与第7条的规定似乎存在可予解释的余地，<sup>[63]</sup>但从侵权责任法第5条来看，其作为侵权法中唯一的总则性引致条款，<sup>[64]</sup>明确将“其他法律”的范围限定于“对侵权责任另有特别规定”的情形，即限定于特别规定了侵权责任成立或承担的“其他法律”。非指向特殊规定侵权责任的原则，根本无法通过侵权责任法第5条进入到体系之中。同时，作为可能的解释论例证的最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第1条第2款规定的“违反社会公共利益、社会公德”，又是由侵权责任法实施之前的、具有“立法功能”的司法解释规定的，无法承担在侵权责任法框架下解释侵权构成模式的重任。因此，从总体上看，我国侵权责任法缺少解释出“违反保护他人法律型”侵权与“故意背俗型”侵权的规范基础。

第二，德国民法典第823条与第826条的规定具有相当大的缺陷，不足以成为今日侵权法发展的方向指引，其固有的结构性缺陷也正日益显露出来。<sup>[65]</sup>其立法上的过于保守限制了侵权法的适用范围，无法有效应对社会现实需求。故在德国司法实务上，不得不扩张合同法的适用范围、将对所有权使用功能的妨害认定为对所有权的侵害、创设一般人格权与营业权等框架性权利等，立法规范的原有涵义不断被司法实务所突破。因此，一个已经被实践证明适用范围相对狭小的侵权构成模式，不是也不应该是我们努力解释的目标。

第三，在可能代表欧洲侵权法走向的选择上，德国法也没有成为样本。无论是由冯·巴尔教授主持的“欧洲侵权行为法草案”，还是由欧洲侵权法小组主持制定的“欧洲侵权法

[61] 参见前引[4]，于飞书，第245页以下。

[62] 参见欧洲侵权法小组编著：《欧洲侵权法原则：文本与评注》，于敏、谢鸿飞译，法律出版社2009年版，第2页。

[63] 参见前引[4]，于飞书，第254页以下。

[64] 侵权责任法尚包括一些分则性引致条款，其只指向某一类特殊规则，而不能作为整体上的侵权法与其他法律沟通的桥梁。例如侵权责任法第48条的规定。

[65] 参见前引[50]，冯·巴尔书，第22页。

原则”，在权益区分保护的基础上，<sup>[66]</sup>都没有进一步采用德国法限制法益保护的方法。正如考茨欧教授所指出的，“（欧洲侵权法原则）第2:102条同样未提善良风俗，除了这一概念在一些法律制度中意义甚微甚至根本没有意义外，还因为善良风俗本身并不能为解决问题提供任何指导，甚至对哪些是相关因素，都不能提供线索。因此，在确定一个行为是否违反善良风俗时，同样必须权衡有关当事人的全部利益。这样，它与确定保护利益范围的一般方法没有差别，所以没有特别规定的必要。”<sup>[67]</sup>同时，强行规范规定限制或禁止某些行为的规则也说明了法律制度的目的在于保护利益，其规范意图应该是清晰与精准的，因此也不用特意明确规定保护范围。<sup>[68]</sup>这种摒弃德国法侵权构成模式过于“限定化”的思路，在很大程度上代表着欧洲侵权法发展的最新走向，值得借鉴。

第四，以“弹性制度”处理权益区分保护问题，既具有灵活性，保持侵权责任法适用上的张力，也因其弹性的相对，不会过分扩张侵权责任法的适用范围，不至于偏离中国侵权法的价值理念与规范基石。我国司法实务界人士也充分认识到了这一点，认为应当对绝对权的保护和其他利益的保护区分其构成要件，对债权和利益的保护程度应弱于绝对权。侵权责任法所保护的权利主要是绝对权。第三人故意侵害债权才构成侵权。对于其他利益，并不能与权利同等保护，而是应考虑该利益是否被一些特别的保护性法规所保护，考虑侵权人的主观状态，考虑双方是否有紧密的关系，并避免过多限制行为自由。<sup>[69]</sup>这种对法益保护的综合考量，实际上契合了“弹性制度”的思路。

作为“弹性制度”的具体体现，“欧洲侵权法原则”整体上采取了权益区分保护思想。对于内涵与外延相对清晰（定义的精准性）、第三人存在合理认知（明显性）的绝对权（尤其是价值较高的人格权益），采取了最大程度的保护，一般说来，有过错要件的限定即可确定责任。而对于法益的保护，仅有过错要件的限制是远远不够的，还应更多地考虑其他因素：如权益的性质、行为人与受害人的密切关系、责任的性质（如故意或过失）等，同时应通盘考虑行为人的利益，尤其是行动自由和自由行使权利方面的利益，以及公共利益。

具体到我国侵权责任法，这种“弹性制度”的解释论落实，首要的任务就是要重新审视侵权责任法第2条（尤其是第2条第2款）的功能与定位。

从立法过程来看，侵权责任法第2条第一次出现在2008年12月的《侵权责任法（草案）》中，当时规定：“侵害民事权益，应当承担民事责任。”对此规定，学界持严厉批评态度，认为该条仅以有损害为侵权责任构成要件，是不可接受的。因此，本条属于毫无适用价值之有害条款。<sup>[70]</sup>为回应这种批评，2009年10月的《侵权责任法（草案）》将第2条修改为两款。2009年12月最终通过的侵权责任法第2条第1款与三审稿完全相同，第2款也基本相同，只是增加列举了荣誉权、婚姻自主权、发现权三种权利。第2条第1款增加了

[66] 例如，“欧洲侵权法原则”虽然没有在侵权构成角度单独提及权益，而是重点强调了损害，但实质上，“权益”成为判断损害是否“可予赔偿”的重要因素，权益应予区分保护在损害认定层面得以较为完整的贯彻。从这个角度而言，“欧洲侵权法原则”在形式上贴近于法国法模式，但在实质上则更贴近德国法模式。

[67] 前引〔62〕，欧洲侵权法小组编著书，第61页。

[68] 同上书，第60页。

[69] 参见前引〔59〕，奚晓明主编书，第20页以下。

[70] 梁慧星：《对侵权责任法草案（第二次审议稿）的修改意见》，<http://www.iolaw.org.cn/showarticle.asp?id=2403>，2013年3月9日访问。

“依照本法”之后，一定程度上平息了学术批评，但学者们普遍认为该款不具有规范意义：虽然如此措辞之下应不再会被理解为“结果责任原则”，不再“有害”，但仍然“毫无适用价值”。<sup>[71]</sup>但值得注意的是，第2条在确定侵权法的保护范围及体现权益区分保护方面具有重要作用。第2条的规定至少有两方面意义：一方面，第2条第2款对权益保障范围作了尽可能全面的规定，明文列举了18项最基本的民事权利（绝对权），起到了权利宣示的作用，有利于提高公民的权利意识。<sup>[72]</sup>另一方面，第2条第2款还可以为受到侵权法保护的民事权益初步划定界限。第2条所列举的18项民事权利，从性质上看，都属于绝对权，这给了人们较为清晰的指引，即侵权法的保护客体主要为绝对权。<sup>[73]</sup>同时，本条也体现了列举式的最大优点——是否违法具有高度的可预见性。<sup>[74]</sup>侵权法通过对绝对权的列举，再一次佐证了侵权法需要在行动自由与权益保护之间寻求均衡。故“等人身、财产权益”之兜底性条款所规范的范围亦应在行动自由与权益保护之间寻找均衡点。

以侵权责任法第2条规定为基石，在我国侵权责任法框架下，“弹性制度”应依如下规则解释：

第一，以权利本身是否具有公示性来限定侵权法的适用范围。通过权利自身的公示性特征，藉由侵权责任一般条款各构成要件（尤其是过错）的判断，就足以保障“期待可能性”，并能合理维护受害人利益，这主要是指绝对权。具体而言，就是第2条第2款明文列举的18种绝对权以及“等人身、财产权益”中的“其他绝对权”。一方面，就18种绝对权而言，它们都是较为典型的侵权法保护客体，原则上应该都可以作为侵权责任一般条款的规范范围。<sup>[75]</sup>侵权责任法将其明文进行列举，意味着立法者将其看成是侵权法最主要的保护对象。它们都具有定义的精确性及其明确性，且受保护利益的价值一般较高。另一方面，第2条第2款对于适合成为侵权责任法保护客体的绝对权的列举也并非封闭的，“等人身、财产权益”的表达，自应包含没有明确列举的其他绝对权，例如已经由司法实践所广泛认可的身体权，另如著作权、专利权、商标专用权之外的其他知识产权。权利内涵与外延的相对清晰化，代表着立法层面对行为自由与权益保护的界分。但值得注意的是，并非所有类型的绝对权都适合成为侵权行为的客体，此以亲属法内的身份权为典型。<sup>[76]</sup>同时，也并非只要属于定义精准的绝对权，一经被过错行为所侵害，就构成侵权责任。这是因为，确定保护范围需要衡量多种因素，如行动自由与权益保障的对立关系、行为人利益与公共利益的相互影响等。也就是说，虽然绝对权具有明确性与精准性，但在其边缘地带，

[71] 参见前引〔4〕，葛云松文。另可参见前引〔4〕，王利明等书，第65页；陈现杰主编：《中华人民共和国侵权责任法条文精义与案例解析》，中国法制出版社2010年版，第6页以下；张新宝：《〈侵权责任法〉的解释论》，<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=48577J>，2013年3月1日访问。

[72] 参见王利明：《论我国〈侵权责任法〉保护范围的特色》，《中国人民大学学报》2010年第4期。

[73] 参见前引〔59〕，奚晓明主编书，第22页。

[74] 参见苏永钦：《民事立法与公私法的接轨》，北京大学出版社2005年版，第40页。

[75] 对于继承权是否能成为侵权法保护的客体，在侵权责任法立法过程中，曾有过激烈争论（参见章正璋：《继承权法律保护的六个疑难问题探析》，《现代法学》2012年第4期）。从赋予受害人以更大选择权的立场看，承认继承权是侵权法保护的客体，体现侵权法保护范围的全面性，也是应予赞同的。参见前引〔72〕，王利明文。

[76] 参见前引〔4〕，葛云松文。

亦需要利益衡量。<sup>[77]</sup>因此，在绝对权场合，虽然“弹性制度”的考量因素相对较少，但仍有适用余地。另外，正如“欧洲侵权法原则”第2:102条所揭示的，相较于财产权，生命、身体和精神的完整性、人的尊严和自由受最全面的保护。侵权责任法第2条第2款将以生命权、健康权为首的人格权置于所有权等财产权之前，突出了人身权益的优越地位，<sup>[78]</sup>亦隐性表达了利益价值对于侵权法保护范围与程度的影响，实质上契合了“弹性制度”的思考立场。

第二，“等人身、财产权益”中的“人格利益（绝对性人格法益）”亦大体等同于绝对权的保护模式。人格权益是一个不断被“发现”的权益类型，在现代社会日益受到重视，其本身也在不断的发展变化过程中。既有人格权利的列举（人格权的法定化）不可能涵盖人格权益的方方面面。因此，人格尊严的维护需要侵权法给予人格利益一个开放的保护空间。就目前现状来看，人格利益可以分为内涵外延相对清晰与相对不清晰两类，前者以胎儿人格利益与死者人格利益为代表，后者以“一般人格权”为代表。就前者而言，该种人格利益与纯粹财产利益的不确定性不同，其具有较为典型的“绝对性”，能普遍为他人所预见，故其虽名为人格利益，但可类比绝对权予以处理。对于后者，在德国法上体现为第823条第1款“其他权利”中解释出来的“一般人格权”。一般人格权，名为权利，实为法益，无论其概念本身在中国法背景下是否有存在的必要，但就其功能——该概念至少表明了在具体列举的人格权之外，尚存在未被权利化的人格利益——而言，契合了人格权是一个不断被“发现”的权利这一论断。虽然需要利益衡量方能确定某一人格利益的内涵与外延以及违法性，但相对而言，基于人格尊严在权利位阶上的优位性，可以认为，通过侵权责任一般条款构成要件（尤其是过错）的判断与对该人格利益保护的利益衡量，完全可以均衡行动自由与权益保护，无须通过强化侵权标准（例如强调故意）予以调控。德国民法典第823条第1款的规定与司法实践也佐证了这一看法。<sup>[79]</sup>

第三，“其他财产利益”如何纳入侵权法的保护范围，正是各国法不同做法的典型区域。从损害角度来看，“其他财产利益”可以被转换为“纯粹经济损失”。一般说来，纯粹财产利益不应毫无限制地作为侵权法的保护客体，因为纯粹财产利益（损失）的特色在于“不确定性”，包括人的不确定性及责任范围的不确定性，<sup>[80]</sup>无法满足“期待可能性”的基本要求。故各国法上皆无全赔的立法例，学说上也未见仅以过错作为限定条件的主张，其尚须与其他要件相结合，方有获得保护的可能。反观我国侵权责任法，从立法规范来看，除过错要件之外，不存在对纯粹经济损失进行保护的其他限制，这种做法是极不妥当的。

从解释论路径来看，“其他财产利益”正是“弹性制度”适用的最主要场合。

就纯粹经济损失极为特殊的情形——故意造成他人纯粹经济损失——来看，“欧洲侵权法原则”第2:102条第5项的规定具有重要的参考价值。因为“所有体系都承认，如果造成损失的行为可予归责、不道德或者违反善良风俗，那么故意行为造成的纯粹经济损失都

[77] 例如，在隐私权、名誉权保护场合，就需要着重考量与言论自由的冲突与平衡问题。

[78] 参见前引[72]，王利明文。

[79] 参见曹险峰：《论一般人格权制度的适用——以德国法之做法为参考》，《河南省政法管理干部学院学报》2007年第6期。

[80] 参见前引[25]，王泽鉴书，第297页。

是可以赔偿的”。<sup>[81]</sup> 该理论在我国也获得了较为一致的肯定。对于故意造成纯粹经济损失的侵权法保护，第三人侵害债权无疑是一个很好的例证。债权作为一种相对权，不具有典型的社会公开性，第三人往往无从知悉，故侵权法原则上不予保护。但如果是故意侵害他人债权，结果在行为人可预期的范围之内，此时应予例外保护。其理由不仅是因为加害行为出于故意，更是其侵害的对象及范围得为预见。<sup>[82]</sup> 此时，“期待可能性”可以从两方面着眼：一方面，行为人知道债权的存在并积极追求或放任其受损，另一方面，行为人故意直接指向债权，以债权的受损为其行为目的。在这种条件限制下，行为人自不能以行为自由或自由竞争为理由而主张不予承担侵权责任。

但应注意的是，债权不是作为“民事权益”中的“权”而是作为其中的“益”获得侵权法保护的。债权原则上不能获得侵权法的保护，主要在于债不具有社会公开性的特性，而与相对权或绝对权概念的区别没有关系。<sup>[83]</sup> 从侵权责任法第2条第2款的明文列举可知，“民事权益”中的“权”是以绝对权为典型的，作为同类项的“等人身、财产权益”也应作大体相同的解释。第三人行为侵害的不是债权人对债务人的相对权，而是债权人依法所享有的债权利益，其实为纯粹经济损失。在德国法与我国台湾民法中，对于纯粹经济损失一般皆以“故意背俗致损”条款规范。但在我国侵权责任法背景下，无法解释出“违背善良风俗”的要件限制，因此，可以从故意的指向性（即强调行为人对他人债权予以损害的目的性）上予以限制，从而达到与“故意背俗致损”条款相同的规范目的。毕竟“故意背俗致损”不是规范故意导致他人纯粹经济损失的唯一路径，“从比较法的角度来看，有意义的是，要求具有更大程度的可归责性，是所有体系施加责任的充分依据”。<sup>[84]</sup>

相较于故意导致纯粹经济损失在各国法上一致肯定的做法，过失导致纯粹经济损失的处理结果及路径则大相径庭。对于这个非常宏大的问题，本文试图以如下分类作简单把握：一是以“电缆案件（停电）”为代表的具有鲜明不确定性特征的纯粹经济损失；二是以“糟糕的法律服务”为代表的具有相对确定性特征的纯粹经济损失。<sup>[85]</sup> 就前者而言，其特点在于人的不确定性与责任范围的不确定性，故依据“诉讼闸门”等理论，仅在极为特殊情况下予以保护。就后者而言，其特点在于受害人较为确定与有限，且受害人大多与行为人存在某种紧密的信赖关系，故各国法更多地是偏向于保护的立场。<sup>[86]</sup> 我国既往的司法实践也大抵印证了这一说法。在重庆电缆案中，法官基于纯粹经济损失的不确定性，否定了纯粹经济损失的赔偿。<sup>[87]</sup> 而在“王保富诉北京三信律师事务所见证遗嘱无效案”中，法院则以侵犯“关于继承的权利”这种模糊化纯粹经济损失的方式判决赔偿，<sup>[88]</sup> 保护了受害人的信赖。因此，简单来看，“欧洲侵权法原则”第2:102条的规定，在衡量过失导致纯粹经济损

[81] [意] 毛罗·布萨尼、[美] 弗农·瓦伦丁·帕尔默主编：《欧洲法中的纯粹经济损失》，张小义、钟洪明译，法律出版社2005年版，第398页。

[82] 参见前引[25]，王泽鉴书，第298页。

[83] Esser/Schmidt, Schuldrecht Bd. II, Besonderer Teil, S. 550. 转引自前引[25]，王泽鉴书，第313页。

[84] 前引[81]，布萨尼等主编书，第399页。

[85] 对此，《欧洲法中的纯粹经济损失》一书列举了代表纯粹经济损失主要情形的20个“标准”案例，可兹参照。同上书，第127页以下。

[86] 同上书，第398页以下。

[87] 案件详情参见重庆市高级人民法院编：《重庆审判案例精选》第2集，法律出版社2007年版，第191页以下。

[88] 案件详情参见《最高人民法院公报》2005年第10期。

失原则上赔与不赔时，较有意义。通过这一标准，可以大致确定具有不确定性特征的纯粹经济损失原则上不赔，而具有相对确定性特征的纯粹经济损失可进入“或赔”的行列。在“或赔”场合下，“欧洲侵权法原则”第2:102条第4项的规定可以作为进一步考量的大体标准。但值得警醒的是，想一劳永逸地通过立法解决过失造成纯粹经济损失的处理问题，是完全不现实的；想一蹴而就地通过解释论完全确定过失造成纯粹经济损失的处理问题，也是值得商榷的。纯粹经济损失的类型化处理与不断更新的解释论，方是可能的出路。正如学者无奈指出的那样，“结论是这样的，侵权法不断地展现其受解释的命运，即展现一种解释性的存在方式。正如我们所见，纯粹经济损失赔偿的问题也逃脱不出这种命运”。〔89〕

---

---

**Abstract:** According to the majority point of view in our domestic academia, the composing mode of torts in Chinese Tort Liability Law is the French mode characterized, because the applicative scope of our tort law is barely limited, at the same time, the law does not offer the differentiated protection to the civil rights and interests. But it is worthy asking whether the theory is correct or not. The essential difference between the French mode and the German one is whether to regard the civil rights and interests as one of the elements to establish the tort liability. It is also the key criterion to understand which mode our law shall belong to. In order to fit the overall layout of the future Civil Code, basing on the position of civil rights and interests protection, our Tort Liability Law makes it clear that the civil rights and interests are within the judging elements to establish the tort liability. Therefore, the composing mode of torts in our Tort Liability Law belongs to the German one.

However, the German mode may not be necessarily a good choice on the applicative level, because our Tort Liability Law (especially Article 2) is unique on the provisions and features compared with the German tort law, and that it lacks the similar support of legal norms as paragraph 2, Article 823 and Article 826 in German Civil Code. Thus a possible interpretative approach is to apply the “flexible system” proposed by the “Principles of European Tort Law” to solve the problem of the differentiated protection of civil rights and interests, that is, to differentiate the protection degree of absolute title, absolute legal interests and other property legal interests, and thus define reasonably the “edge” and “extent” of the tort law.

**Key Words:** composing mode of tort, tort liability, civil rights and interests, illegality

---

---

---

〔89〕 前引〔81〕，布萨尼等主编书，第409页。