

侵权法中的法益区分保护:思想与技术

朱 虎*

摘 要:侵权法中的法益区分保护具有思想和技术两个层面,分别对应着是否要区分保护以及如何区分保护这两个不同的问题。就是否要区分保护而言,法益区分保护思想是一种制度共识,具有体系理性和价值理性,仍值得肯定。就如何区分保护而言,以制定法实证主义为方法基础的德国法规范技术会带来保护不足等问题;我国侵权法并未采取此种规范技术,妥当的解释方案应以动态系统作为方法基础,以“具有法律相关性的损害”概念作为规范前提,认为规范中隐含了法益的区分标准是法益的价值和社会典型公开性,容纳了多元化的考量因素,并承认实质性的论证规则,授权司法者进行更为动态和弹性化的综合权衡。

关键词:侵权 保护对象 法益区分保护

一、问题的提出

我国《侵权责任法》第6条第1款规定:“行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任。”同时,该法第2条第2款明确规定了“民事权益”包括18种权利“等人身、财产权益”。由此《侵权责任法》的保护对象既包括权利也包括利益。但是,即便如此,解释上仍存在诸多疑问。第一个疑问是,《侵权责任法》对权利和利益的保护是否完全等同?一种解释方案是认为《侵权责任法》对权利和利益的保护完全等同,该方案可被称为“法益平等保护”理论;^[1]而另一种解释方案认为,虽然《侵权责任法》的保护对象包括权利和利益,但对不同类型的法益的保护程度并不相同,该方案可被称为“法益区分保护”理论。^[2]

即使在赞同采纳法益区分保护理论的论述中,对法益的区分标准和对不同法益的侵权法保护程度仍存在较大争论。这些争论围绕着德国法规范技术的合理性展开,即是否应仅依据法益是否是绝对权而进行不同程度的侵权法保护,对其他法益是否仅应在违反保护性法律和故意违反善良风俗这

* 中国人民大学民商事法律科学研究中心副研究员,中国人民大学法学院副教授,法学博士。本文系笔者承担的北京高等学校青年英才计划项目(Beijing Higher Education Young Elite Teacher Project)和教育部人文社会科学重点研究基地中国人民大学民商事法律科学研究中心自主项目的研究成果。

[1] 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。

[2] 参见王利明、周友军、高圣平:《中国侵权责任法教程》,人民法院出版社2010年版,第77页;王利明:《侵权责任法研究》(上),中国人民大学出版社2010年版,第99页;杨立新:《侵权责任法》,法律出版社2010年版,第19页以下;程啸:《侵权责任法》,法律出版社2011年版,第61页以下;张谷:“作为救济法的侵权法,也是自由保障法”,载《暨南学报》(哲学社会科学版)2009年第2期;方新军:“权益区分保护的合理性证明”,载《清华法学》2013年第1期。

两种情形下才予以侵权法保护。^[3]同时,对实现法益区分保护的解释技术也同样存在争论。有主张通过违法性要件的控制来实现区分保护;^[4]有主张以损害概念作为出发点,通过分析损害概念包含的“违法性”要件,推导出对法益的区分保护;^[5]还有主张设置“权益侵害”作为独立的构成要件。^[6]

所有这些争论都围绕着一个问题,即对《侵权责任法》第6条第1款的何种解释方案更为合理,这也构成了本文的中心议题。根据上述争论,该中心议题又可以被细分为三个问题:第一,是否要进行法益区分保护?第二,如何进行法益区分保护,即法益的区分标准和区分保护的程度为何?第三,在对前两个问题进行回答的基础上,妥当的解释技术为何?本文的结构即围绕这三个问题予以详细展开。

二、法益区分保护思想及其正当化理由

所谓法益区分保护,就是对不同类型和性质的法益进行不同程度的侵权法保护。此种法益区分保护思想是德国侵权法体系的基础,卡纳里斯(Canaris)教授就认为在《德国民法典》之中,过错责任法的三个基本要素之一就是法益区分保护思想,在他看来,《德国民法典》的重要特色之一就是并非所有的法益都得到相同程度的侵权法保护,而要区分保护。^[7]

具体而言,《德国民法典》第823条第1款所保护的主体包括了条文中明确列举的“生命、身体、健康、自由、所有权”和“其他权利”。所谓的“其他权利”以所有权作为原型,必须具有“归属功能”(Zuweisungsfunktion)和“排他功能”(Ausschlussfunktion)。^[8]在德国学者看来,“归属功能和排他功能是侵权保护的最好基础。如果权利或利益主体基于法律规定能够对这些权利和利益进行任意处分,这就意味着法秩序为他提供了一个固定和明确的保护范围,并在该范围内保护其免受第三人侵害;并且,如果他能够排除他人的任何干涉,则显而易见的是,他人一般应对其地位予以尊重”。^[9]由此,归属功能排除了一般财产利益等不具有确定归属内容的利益,而排他功能排除了相对权,这两者都并非绝对权,侵犯它们而产生的经济损失被称为“纯粹经济损失”,侵权法对包括纯粹经济损失在内的不具有归属和排他功能的法益的保护在责任构成上要求更为严格的要件,即“过错违反保护他人法律”(第823条第2款)或者“故意违反善良风俗”(第826条)。

由此,第823条第1款明确保护法律明确规定的所有权和其他物权,而在制定《德国民法典》时,存在生命、身体、健康、自由是否能够被法律规定为权利的争论,因此立法者没有明确从正面角度将之

[3] 葛云松教授主张按照德国法的规范技术解释《侵权责任法》第6条第1款的构成要件,并对此进行了极为深入的分析。参见葛云松:“《侵权责任法》保护的民事权益”,载《中国法学》2010年第3期;葛云松:“纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为条款”,载《中外法学》2009年第5期。对该观点最为全面系统地予以阐述的是,于飞:《侵权与利益区分保护的侵权法体系之研究》,法律出版社2012年版。

[4] 参见李承亮:“侵权责任的违法性要件及其类型化”,载《清华法学》2010年第5期;廖焕国:“侵权构成要件的不法性功能论”,载《现代法学》2010年第1期。

[5] 参见薛军:“损害的概念与中国侵权责任制度的体系化构建”,载《广东社会科学》2011年第1期。

[6] 参见龙俊:“权益侵害之要件化”,载《法学研究》2010年第4期。

[7] Canaris, Schutzgesetz – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, in: Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, 1983, S. 30 f.; 同样的观点,参见[德]齐默尔曼:《罗马法、当代法与欧洲法》,常鹏翱译,北京大学出版社2009年版,第60页。

[8] Vgl. MünchKomm/Wagner, 4. Aufl., 2001, § 823, Rn. 143.

[9] Vgl. Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II: Besonderer Teil, Halbband. 2, 13. Aufl., 1994, S. 373 ff.

规定为权利,但却从保护角度对之进行与所有权同等程度的侵权法保护。^[10]因此,第823条第1款所保护的主体原则上是法律明确规定的绝对权。虽然在司法中创设承认了一般人格权、营业权等作为第823条第1款所规定的“其他权利”,但是从立法原意上看,如果认为德国法中的法益区分就是区分法定绝对权和法定绝对权之外的其他法益,或者将前者称为权利,而将后者称为利益,对两者进行不同程度的侵权法保护,虽然并不十分准确,但却差之不远。无论如何,德国侵权法对不同性质和类型的法益进行了不同程度的保护,以法益区分保护思想作为立法和司法的基础,而具体的规范技术则是对不同性质的法益明确规定适用不同的责任构成要件。

德国法所体现的这种法益区分保护思想自从产生出来之后就产生了重大影响,许多国家和地区的侵权法立法和修改草案受到了德国法的法益区分保护立法模式的影响。^[11]这些国家和地区的制定法规定和草案具有不同的规范方式,但都共享一个思想,即对不同类型的法益进行不同程度的侵权法保护。

法国的侵权法立法模式与德国法完全不同,采取了大的一般条款模式,对于所保护的主体至少在文本上没有进行限制,而是完全开放,未强调法益区分保护。但是,瓦格纳(Wagner)教授对此认为,“我们并不能从《法国民法典》第1382条和第1383条的宽泛且富有激发力的简洁表述中得出以下结论:在法国,每个因过错行为导致的损失都将引起责任。……这两条指导性原则的适用并不是绝对的,因为,无论是在理论上,还是在实践中,与其相反的原则也是有可能被适用”。^[12]以最重要的对纯粹经济损失的保护而言,法国法同样认为,纯粹经济损失不能与人身伤害和财产损害相提并论,因而通过变化“过错”概念、限制“可赔偿损害”、合同责任和侵权责任的“非竞合原则”来实现保护。换言之,在法国侵权法中,对不同类型法益的保护程度同样并不相同,因而在实质上也是区分保护的,不过并非如德国法那样对不同类型的法益规定不同的构成要件,而是通过过错、损害以及因果关系等范畴,在个案中依不同的事实群组及政策需要,弹性地进行价值取舍,相对地决定对不同类型的法益是否或如何加以保护。^[13]意大利法中,则通过损害的不法性概念,同样实现了对不同类型的法益进行不同程度的侵权法保护。^[14]

在日本法中,自1925年“大学汤事件判决”以来,对《日本民法典》修正前的原第709条规定的解释改以侵害行为的违法性判断;而修正后的第709条明文将“侵害权利”改为“侵害他人之权利或法律上保护之利益”,导致权益侵害要件的重新主张。^[15]但如何判断违法性或法律上保护之利益?按照日本学者的主张,“被侵害利益是强固的场合下,是所谓绝对权侵害的案例,侵害行为的不法性较大的场合是指违反刑罚法规、违反保护法规、违反善良风俗”。^[16]由此,不同类型的法益对应不同判断基

[10] Larenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., 1989, S. 127.

[11] 立法上受到影响的,例如《荷兰民法典》第6:162条第2款;《瑞士债法典》第41条;《奥地利民法典》第1311条和第1295条;《葡萄牙民法典》第483条第1款和第334条;《埃塞俄比亚民法典》第2027、2030条第1款和2035条第1款;我国台湾地区“民法”第184条等。侵权法修改草案受到影响的,例如《奥地利损害赔偿法学者建议稿草案》第1295条第1款、《瑞士侵权法草案》第46条等。对此的系统梳理,参见方新军:同注2引文。

[12] [德]瓦格纳:“当代侵权法比较研究”,高圣平、熊丙万译,载《法学家》2010年第2期;石佳友:“《法国民法典》过错责任一般条款的历史演变”,载《比较法研究》2014年第6期。

[13] 陈忠五:《契约责任与侵权责任的保护对象》,北京大学出版社2013年版,第81页。

[14] 同注5引文。

[15] 同注6引文;修法前的学说,参见于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社2006年版,第144页以下。

[16] [日]圆谷峻:《判例形成的日本新侵权行为法》,赵莉译,法律出版社2008年版,第69页。

准的过错和违法性,实现了不同程度的侵权法保护,实质上仍是采纳了法益区分保护思想。

因此,不同国家和地区的侵权法都采纳了对不同类型的法益要进行不同程度的侵权法保护这种法益区分保护思想,虽然具体实现该思想的规范技术并不相同。瓦格纳教授通过对不同国家的侵权法的细致考察,得出结论:“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……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。”^[17]

实质性的法益区分保护思想在各国侵权法中都存在。在德国法族中,在立法上区分不同类型的法益保护直接规定了不同的构成要件,从而采纳了法益区分保护思想;而有些国家并未在立法上对不同类型的法益保护规定了不同的构成要件,但在具体司法实践中,仍然要区分不同类型的法益采取不同程度的侵权法保护,只不过是其他要件,例如损害的不法性、权益侵害等规范技术予以实现。换言之,对不同类型的法益进行不同程度的侵权法保护的这种法益区分保护思想是各国侵权法的制度共识,而与采取法国式的一般条款立法模式或者德国法式的类型化立法模式之间并无必然关系,因此采纳法益区分保护思想并不必然导致德国侵权法的立法模式,也不能推断出法益区分保护思想仅仅存在于德国侵权法的立法模式之中。^[18]

(二) 法益区分保护思想的正当化理由

1. 体系理性:违约责任和侵权责任的区分

如果法益区分保护思想是一种制度共识,那么为何会存在此种制度共识?其正当性理由为何?对此多从体系理由上予以说明。违约责任^[19]和侵权责任是民事责任法中最为重要的体系区分,两者的价值考量、义务来源、责任主体范围、构成要件和法律效果等均具有相当程度的差异,^[20]这种区分和差异也同样体现于保护对象的界定上。

具体而言,为了贯彻此体系区分,违约责任是对“履行利益”的赔偿,而侵权责任是对“固有利益”的赔偿。这种区别最为典型地体现在纯粹经济损失的赔偿上,如果该纯粹经济损失属于当事人的履行利益,那么原则上通过违约责任予以赔偿。原因在于,当事人能够通过合同中的特殊约定对这种损失进行特殊的风险分配安排,而在违约责任中势必要考虑当事人的此种特殊安排;但是,侵权责任的“概括性格”,使其在民事责任法上具有“普通法”地位,而有可能随时侵蚀违约责任适用范围,甚至有取代违约责任规范功能的倾向,如果任何一般财产上的损失都会产生侵权损害赔偿请求权,那么合同法中的风险分配和限制机制就会落空,为了避免这种可能性,并进一步损害到私法自治,对纯粹经济损失的赔偿一般应通过违约责任予以实现,而不应绕道通过侵权责任予以实现,架空违约责任。^[21]

[17] [德]瓦格纳:同注12引文。

[18] 需要特别说明的是,无过错责任以及不要求过错的法定补偿责任所保护的对象,除非存在特别规定(例如《侵权责任法》第41条规定),本来就不应包括非绝对权的利益在内,否则对行为自由的影响太过剧烈,故当然也就不发生所谓的法益区分保护问题。因此,侵权责任法中的法益区分保护问题,只有在过错责任下所产生的侵权责任才会发生。具体参见于飞:同注3引书,第六章。

[19] 之所以在此选择“违约责任”概念,而不用“合同责任”概念,是因为合同责任还可能包含了缔约过失责任,而缔约过失责任的定性却是含糊不清的。

[20] 参见王利明:“侵权责任法与合同法的界分”,载《中国法学》2011年第3期。

[21] 同注13引书,第203页。

侵权法区分不同类型的法益予以区别保护,有助于防止侵权责任的过分扩大化,进一步实现违约责任和侵权责任的体系区分。

但是,在特别法所规定的侵权责任中,似乎均不严格区分不同类型的法益而适用不同的构成要件,这些特别法中的侵权责任规范越来越多,甚至成为原则,“其特色在于跳脱传统契约责任与侵权责任‘绝对二分’的观点,依其特有的规范功能或规范目的,平等保护契约当事人及第三人,形塑其独自的责任要件与法律效果”。^[22]在违约责任中,加害给付也使得违约责任的保护对象大大扩充至履行利益之外的固有利益之上,附随义务中的保护义务的违反也会产生违约责任,从而涉及到对对方当事人之固有利益的维护,此种保护义务和侵权法中的安全保障义务难以区分;^[23]这导致违约责任的保护对象已经扩展到固有利益的保护上,而德国法之所以扩充给付障碍责任,其原因也恰恰在于其侵权法保护对象的极大限制所导致的侵权法保护不足。在产品责任中,按照立法者的解释,我国《侵权责任法》第41条中的“损害”指产品缺陷造成的各种损害,包含缺陷产品自身的损害这种纯粹经济损失在内,从而将侵权法的保护对象扩充至纯粹经济损失上。^[24]所有这些都使得违约责任和侵权责任的区分并非绝对化。即使如此,违约责任和侵权责任仍存在相当程度的差异,为了避免规范矛盾,区分仍然有必要,从而同一法律事实可能会构成请求权竞合,但请求权相互影响理论或请求权基础竞合理论就其实质而言,已经是对违约责任和侵权责任绝对区分的缓和方式。

当然,这些论述并非是反对违约责任和侵权责任的体系区分,也绝非主张“合同的死亡”,而是进一步追问,此种体系区分的正当性为何?即使该体系区分具有正当性,但是否有必要通过侵权法中的法益区分保护思想予以实现?这些问题必然会涉及到更为实质性的理由构建。

2. 价值理性:行为自由与法益保护的合理权衡

“任何侵权法秩序的基本问题在于法益保护和行为自由之间的紧张关系。”^[25]侵权法的主要任务就是平衡行为自由和法益保护这两个可能会产生冲突的利益,“以下问题可能是侵权法的原问题,即在双方自由空间之维护的前提下平衡受害人和侵害人之利益,所有明智的立法都要予以妥当的解决,不仅要在价值评价层面而且也要在事实构成层面为法发现和法续造作出相当清晰的规定”。^[26]

法益区分保护思想试图通过对不同类型的法益进行不同程度的侵权法保护来实现这种平衡。较之其他法益,绝对权具有较高的位阶,人格权对于保护人格自由和人格尊严具有不可替代的价值,而所有权以及其他权利具有一种对个人和整体经济的物质保障作用;^[27]更为重要的是,在侵权责任法扩张的背景下,遵循法益保护区分思想,有助于防止侵权责任法保护对象的过度膨胀,防止相对人承担过重的法律责任,遭受不必要的损害,从而危害到行为自由。

以纯粹经济损失为例,根据法益区分保护思想,在侵权法中,对纯粹经济损失原则上不予赔偿,其理由通常被认为是以下几点:“诉讼闸门”理论,如果一般意义上允许对纯粹经济损失的赔偿,那么就会引发无数诉讼,法院就会不堪重负;防止责任漫无边际,导致加害人承担过重的责任,从而不利于人

[22] 参见同注13引书,第54、117页。

[23] 参见李昊:《交易安全义务论》,北京大学出版社2008年版,第167页以下;张家勇:“合同保护义务的体系定位”,载《环球法律评论》2012年第6期。

[24] 参见同注1引书,第216页。

[25] *Larenz/Canaris* (Fn. 9), S. 360.

[26] *Canaris*, Grundstrukturen des deutschen Deliktsrechts, *VersR* (2005), S. 584.

[27] *Canaris* (Fn. 7), S. 31.

们的基本行为自由;防止合同法规被架空,避免使得合同法规淹没到侵权法的汪洋大海之中。^[28]但最为重要的理由事实上是第二个理由,因为行为自由涉及到人格发展、市场竞争机制和经济发展、营业自由问题,按照英国莱德(Reid)勋爵的观点,“竞争意味着交易者有权通过增加自己的利益而损害其他竞争者的利益”,^[29]从而“如果对纯粹财产和一般行为自由以类似于最高标准的全面保护,这是极为令人疑虑的,且在实践中也根本无法实施,因为这种保护总是与加害人同等位阶的财产和自由利益相冲突”。^[30]

因此,法益区分保护并非是单纯地维护侵权责任与违约责任体系区分的技术手段,而恰恰涉及到民法的实质价值判断。“加害人的一般财产和行为自由与受害人的一般财产和行为自由原则上是同等位阶,为何仅仅为了照顾一个人同样的利益,而要求另一个人承受行为自由上的限制或一般财产的损失?!……自由空间的开放和维护行为自由免受损害赔偿风险的过度干预,这毋宁描述了法秩序的一个基本任务,该任务的完成绝非仅仅是一个涉及‘技术性的’合目的性问题,也完全是一个涉及更高尊严的正义问题;因为自由保护也是一个正义目标,而无自由的正义最终根本不可想象。”^[31]法益区分保护思想的价值基础是试图构建行为自由和法益保护之间的合理关系。

3. 体系理性和价值理性的中介:社会典型公开性

如果法益区分保护的价值基础是行为自由和法益保护之间的平衡,那么为何德国法中以是否是绝对权作为法益的区分标准呢?最为实质性的理由恐怕还是绝对权和其他法益对潜在责任人而言的社会典型公开性(sozialtypische Offenkundigung)和由此所导致的预见可能性不同。绝对权具有社会典型的公开性,“其使得他人能够从相关客体的可感知性推导出对相关权利或法益的保护,并由此发展出对潜在侵权人的警告功能,由此考虑到对潜在侵权人的行为自由的尊重”,^[32]由此就可以使得潜在加害人更为容易地认识到侵害的可能性,采取合理的预防措施加以避免;而其他法益一般不具有社会典型公开性,从而不能合理地期待第三人去防范加害。^[33]因此,法益本身所蕴含的社会典型公开性有助于实现行为自由和法益保护之间的平衡,而上文所述的“归属功能”和“排他功能”不外是对社会典型公开性的一种描述而已。

通过社会典型公开性或预见可能性以及其所想要实现的行为自由和法益保护之间的平衡,违约责任和侵权责任的体系区分也同样能够得到说明。违约责任以存在有效的合同为基础,其所保护的履行利益的产生基础是合同当事人的自由约定,该利益是否存在、主体为何、内容如何、范围多大等,即使不是任何人都可事先加以预见,但对债务人而言仍然是相当具体、特定并能够加以预见;基于这种对履行利益是否存在、内容和范围的预见和期待,债务人或者在订立合同时就能够进行合理的约定

[28] Kötz/Wagner, Deliktrecht, 10. Aufl., 2006, S. 33; Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of Civilian Tradition* 1022 f. (Oxford University Press 2005); [意]布萨尼、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13页以下,第87页;王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第305页以下。还有许多学者对此进行了经济分析,参见葛云松:“纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为条款”,载《中外法学》2009年第5期。

[29] *Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd.*, AC 1004, 1027 (1970).

[30] *Larenz/Canaris* (Fn. 9), S. 375.

[31] *Larenz/Canaris* (Fn. 9), S. 375.

[32] Vgl. *Larenz/Canaris* (Fn. 9), S. 373 ff.; *Fabricius, Zur Dogmatik des „sonstigen Rechts“ gemäss § 823 Abs. I BGB*, AcP 160, S. 291 f.

[33] *Canaris* (Fn. 7), S. 31.; 苏永钦:“再论一般侵权行为的类型”,载《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。

进而分配风险,或者能够通过价格机能,反映在交易对价上,或者通过保险机制,分散转嫁风险。^[34]即使某些履行利益尤其是可得利益中的一部分,债务人在订立合同时无法预见和期待,按照我国《合同法》第113条的规定,对这部分可得利益无需进行违约赔偿。因此,即使违约责任对绝对权和绝对权之外的其他法益进行平等保护,通常亦在债务人可合理预见的范围内,其侵害所生的损害赔偿赔偿责任,亦不至于对债务人造成赔偿负担过重,赔偿范围巨大到无法承受的地步,反而是对行为自由的间接确认。^[35]同时,这也是违约责任原则上具有相对性的理由,因为对于这些履行利益,往往只有债务人才能预见,并通过自由约定予以分配和分散风险,而其他第三人则往往无法做到这一点,因此,违约责任原则上具有相对性,使得只有债权人才能够且仅能够向债务人请求违约责任,从而便利债务人能够进行核算和考虑风险分散机制,保障了其他第三人的行为自由,不至于使得责任过于泛滥,同样具有平衡行为自由和法益保护的价值。

反之,侵权责任则并非如此。与违约责任不同,侵权责任的当事人不存在事先协商的可能性,也无法建立事先的风险分配机制。物权等绝对权的权利主体、内容或范围一般可以具体特定,具有社会典型公开性,使得潜在责任人具有预见可能性,因此原则上无需对其所可能承担的侵权责任作出特别限制。但是,绝对权之外的其他法益的具体利益主体、内容和范围极为不确定,往往不具有社会典型公开性,甚至是否造成损害、被害人是谁以及人数有多少、损害范围和规模等也是极为不确定的,潜在责任人对此通常不具有预见可能性,此时如果不对侵犯这些法益的侵权责任作出特别限制,很容易发生责任的泛滥,进而影响到行为自由。^[36]由此,对不同类型的法益进行侵权法上的区分保护,就具有相当正当的理由。

三、法益区分保护思想实现的规范技术

对不同类型的法益进行不同程度的侵权法保护,这种法益区分保护思想具有正当理由,但是,是否要区分保护与如何区分保护是不同的问题,即使承认法益区分保护思想是正当的,但并不能反推实现法益区分保护思想的规范技术就一定是正当的。目前的讨论围绕德国法的规范技术的妥当性而展开,因此这里所可能涉及到的问题是,如果法益区分保护思想是正当的,那么德国法实现该法思想的规范技术是否妥当?如果对此的回答是否定的,那么何种规范技术更具有妥当性?

(一) 德国法规范技术的不足

德国法实现法益区分保护思想的规范技术就是区分法定绝对权和法定绝对权之外的其他法益,对两者进行不同程度的侵权法保护,划定不同的构成要件,并据此构建过错侵权的三种不同类型。区分标准至少包括三个层次,即是否是“法定”绝对权、法定“绝对”权和法定绝对“权”。这意味着对于法定绝对权进行较高程度的侵权法保护,而对非属于法定绝对权的其他法益——包括除法律具体规定之人格权之外的其他人格和身份利益、相对权和其他财产利益——等进行较低程度的侵权法保护,除非有违反保护性法律和故意违反善良风俗的情形,否则行为人对这些法益的侵犯不负侵权责任。

这对现代社会中越来越多值得保护的正当利益,显然保护不足,为了缓解此种状况,德国法创造

[34] 同注13引书,第50、51页。

[35] 同注13引书,第51、118页。

[36] 同样的观点,参见同注20引文。

出了许多润滑机制以更为适应现代社会的需求,概括而言主要有四种方式。第一,通过司法扩大侵权法所保护的“绝对权”的种类和范围,例如认为有权占有、一般人格权、营业权等属于第 823 条所规定的“其他权利”,对某些身份利益也予以权利化,同时扩张所有权的保护范围,例如在所有权侵害中运用所谓的“继续侵蚀性”概念,并将对物之使用的阻碍也认为是对所有权的侵害。第二,立法补充,通过立法直接创设新的权利;或者立法规定行为义务,从而使这些规范构成保护性法律,适用第 823 条第 2 款实现对其他法益的保护。第三,扩张适用第 826 条所规定的故意违反善良风俗侵权类型。第四,扩张合同责任,义务范围在时间上前后延伸,采纳广义债之关系的概念,合同义务内容增加以形成义务群,请求主体上也有所扩大,由此产生了缔约过失、后契约过失、积极侵害债权、附保护第三人契约、第三人损害清算等理论。^[37]

但是,即使存在这些润滑缓和机制,侵权法保护仍然有所不足,具体而言:第一,就立法和司法上对新型权利的承认和扩大既有权利的保护范围而言,该种承认和扩大能够部分解决保护不足的问题,但是姑且不论由此所产生的“权利爆炸”问题,其扩张作用仍然非常有限和令人疑虑。首先,对于立法所直接创设的新型权利而言,暂且不考虑立法的滞后性和质量问题,但必须注意到,这些立法的立法者往往没有考虑体系效应,因此对立法新创设的这些权利能否一概受到侵权法的保护仍要进行进一步甄别。^[38]其次,对新型权利的承认往往牵一发而动全身,例如,就侵权责任构成的不法性要件而言,对侵权法定绝对权采取“结果不法”理论,以结果征引不法;而对于这些新型权利,性质上无法与法定绝对权完全等同,因此被称为“框架权”,对此的侵犯无法采取结果不法理论,而需要“积极确定违法性”,由此产生诸多疑难和矛盾。再次,由于立法者和司法者的理性有限,所创设之新权利的主体、内容等仍非常空洞,对既有权利保护范围的扩张也往往欠缺具体特定,司法操作难度未减,无法实现权利的社会典型公开性。例如一般人格权,已经与利益难以区分,其“在受保护的范围内承载了什么内容,是无法用一个统一的公式,甚至是根本无法创立一个可以用于归入法的公式来表达的”。^[39]营业权也同样如此,这种权利缺乏其他绝对权的一切特征,仅仅取决于当事人的意愿给予保护的实施,还不能够使其成为一个主观性的权利。^[40]并且,即使承认营业权,对于非营业或企业的一般人民在经济生活领域上的利益仍无法提供完整的保障,因此为弥补该规范漏洞,有学者主张应将营业权予以一般化而创设所谓的“经济人格权”(das Wirtschaftliche Persönlichkeitsrecht),但如果真是这样,则德国法

[37] See *Markesinis & Unberath, The German Law of Torts* 51, 70 f., 74 f. (4th ed., Hart Publishing 2002). [德]齐默尔曼:同注 7 引书,第 63 页以下。

[38] 例如国家通过发放营业许可创设新的财产权(如出租车营运证、烟草专卖证等)以及在公共资源上创设不同于传统物权的新类型权利(如采矿权等“准物权”),自然可以成为侵权法的保护对象;但是国家针对特定的人群赋予特定的权利,例如残疾人补助金、失业救济金等,权利人只能向国家主张,第三人无侵犯的可能,没有成为侵权法保护对象的必要。参见方新军:“利益保护的解释论问题”,载《华东政法大学学报》2013 年第 6 期。

[39] [德]福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社 2006 年版,第 52 页。

[40] 参见[德]克默雷尔:“侵权行为法的变迁”(中),李静译,载《中德私法研究》第 4 卷,北京大学出版社 2008 年版,第 78 页。因此,在德国,虽然通说观点继续采纳营业权概念,但对营业权的反对声音一直不断, Larenz 和 Canaris 就认为营业权缺乏社会典型公开性、归属功能和排除功能,因此没有必要存在,而应通过《德国民法典》第 826 条实现保护。Vgl. Larenz/Canaris (Fn. 9), S. 560 ff. 这导致了对营业权进行了一些要件限制,例如受害人方面必须是已经设立且实施经营的企业、侵害行为必须是直接侵害、侵害客体是与企业经营具有直接性和内在关联性的营业利益而非可以分离的企业财产或其成员固有利益、违法性采取行为不法理论以及将之作为一种补助性方式故不与其他请求权基础竞合等等,避免适用范围过度扩张,参见林美惠:“侵权行为法上交易安全义务的保护对象”,载《政大法学评论》2002 年总第 70 期,第 66 页以下;中国大陆地区对营业权的反对意见,参见于飞:“论德国侵权法中的框架权”,载《比较法研究》2012 年第 2 期。

法益区分保护的规范架构将几乎丧失殆尽。^[41]

第二,就立法创设保护性法律而言,同样一方面存在立法滞后性的问题;另一方面也存在因立法理性有限所存在的立法质量和欠缺体系效应应考虑问题,就哪些规范构成保护性法律而言,判断较为困难,如果动辄任意将各种法律均纳入保护性法律范围,进而减轻过失和因果关系的举证责任,可能会破坏平衡行为自由和法益保护的侵权法价值机制。

第三,就故意违反善良风俗的侵权类型而言,也存在诸多不足。首先,必须要证明故意的存在,单纯的过失不足以构成,而证明故意较为困难。针对这些不足,德国学说越来越认为,“故意”要件已成为侵权法对正当利益保护的阻碍,因此主张进一步放宽《德国民法典》第826条的规定,将故意予以扩张解释至包含重大过失情形,这尤其体现在过失不当陈述的情形中。^[42]但这显然违反文义,“故意”要件就等同于被抛弃和架空。即使放弃“故意”要件,但是进一步的要求是,侵害行为仅仅不妥并不足够,必须严重到悖于善良风俗的程度,而善良风俗的内涵并不清晰,证明也的确不易。

第四,就扩张合同责任保护而言,这一方面导致了合同责任的肥大化,导致“侵权法淹没于合同法的汪洋大海中”,另一方面,即使如此扩张,仍然不足以完全解决对法益的保护问题。例如,缔约过失责任在适用范围和责任要件上,存在解释适用上的诸多疑义;^[43]附保护第三人契约理论则在要件上要求第三人与债务人的给付之间存在接近性(Leistungsnähe),即债务人可以合理预见“第三人利益的存在”和“第三人的范围”,这相当广泛且不确定,并且债务人基于合同关系对债权人可主张的各种抗辩,原则上似乎也可对该第三人主张。^[44]

(二) 规范技术和方法理性

1. 制定法实证主义的不足

可以看出,德国法实现法益区分保护思想的规范技术存在诸多缺陷,当然,这些规范技术的缺陷并不能导致作为基础的法益区分保护思想的无价值,这种存在缺陷的规范技术背后所蕴含的方法理性也仍然值得进一步省思。

德国法之所以区分法定绝对权和其他法益而进行不同程度的侵权法保护,是受到了制定法实证主义的影响,即所有的法都是由国家立法者所创造的制定法,制定法是完全客观的,并且非常完备,司法者完全不需要自己对制定法添加任何东西,他只能理解而不能进行创造性的法律续造。与制定法实证主义联系在一起的是权利的法定化,即权利是由制定法所明确规定的权利。^[45]制定法实证主义所意图实现的是一种分权体制,即立法和司法的分权,以立法来限制司法者的自由裁量,避免司法者的专权,实现法律的可预期性。

在侵权法的规范方式上,《德国民法典》第一草案制定时,第一委员会以《法国民法典》的概括性条款作为蓝本,而第二委员会认为,概括性条款未准确地提出损害赔偿请求权的条件,这只会遮蔽责

[41] 同注13引书,第166页,注174。

[42] Vgl. MünchKomm/Wagner (Fn. 8), § 826, Rn. 3.

[43] 例如,就我国法而言,缔约过失责任是否限于故意和合同未成立或未生效,关于该问题的论述,参见张家勇:“论前合同责任的归责标准”,载《法学家》2014年第1期。

[44] 参见王泽鉴:“契约关系对第三人保护效力”,载《民法学说与判例研究》(二),中国政法大学出版社1998年版。

[45] 关于制定法实证主义和权利法定化的论述,参见朱虎:“萨维尼法学方法论述评”,载《环球法律评论》2010年第1期;朱庆育:“权利的非伦理化:客观权利理论及其在中国的命运”,载《比较法研究》2001年第3期。

任确定中的困难并将此困难移交给法官,但扩大法官的职权非常令人疑虑。^[46] 由此,《德国民法典》最终形成了三个小的一般条款,为法官裁判案件提供一套客观的标准,意图实现概念清晰、要件明确、体系严谨,从而可以减轻法律解释时的思维负担,提高判决的预测可能性,实现法秩序的安定。

可以看出,对法定绝对权进行较高程度的侵权法保护,这体现了权利的法定化和制定法实证主义,此时虽然能够通过扩大法定权利的类型和保护范围实现侵权责任的扩大,但较之法国法,德国法中司法者裁量的空间要小得多。因此总体上来说,德国法中,制定法实证主义限制了司法者的裁量空间,试图划定立法权和司法权之间的合理界限。但是,此种方法理性虽然备极严肃,却却不免虚弱无力,而其意图本身也几乎是一个“不可能的任务”。这种规范技术首先会带来大量的疑问,例如何种权利是绝对性权利?绝对性权利的保护内容和范围为何?最为典型的就是对人格权的保护,人格权本身必然蕴含了一种非实证化倾向,对人格权的制定法实证化也只能是在一定限度上的。^[47] 这一方面是因为人格权无法完全被法定化,另一方面是因为即使被法定化的人格权的具体内容由于必须考虑到言论自由等其他公共价值,因此具体内容和范围仍无法完全确定。这导致对人格权的侵权法保护的司法实践极为困难,也必然存在司法者的裁量空间。同样需要进行具体分析才能够确定对之进行何种程度的侵权法保护的还包括监护权、继承权和基于配偶关系的身份利益,以及物权法方面的物权期待权和占有等等。股权也同样如此,有限责任公司中的股权被第三人无权处分、股权中所蕴含的财产减少或营利能力降低、公司不向股东派发股息红利是否全部构成对股权的侵害,从而给予侵权赔偿,并非都能够当然地作出肯定回答。^[48] 即使是侵犯所有权,剥夺占有和对物进行处分毫无疑问属于侵犯所有权,但对物之使用的妨碍是否构成所有权侵害,抑或仅仅是纯粹经济损失,仍然存在大量争议。^[49] 其他诸如妨碍或干扰他人精神活动自由是权利还是利益、欺诈和证券欺诈发行等是否侵犯了精神上的自由权利抑或利益、性自主是权利抑或利益,这些同样无可避免地需要倚仗司法者来予以判断。^[50]

因此,哪些法定权利属于绝对权,以及法定绝对权中的哪些内容应受到更高层次的侵权法保护,并非显而易见,也并非能够由立法者完全决定。此时,制定法实证主义所想要实现的法秩序安定性,可能必须因此打一大折扣。各国法律尤其是侵权法的实践已然表明,侵权法是案例法的天堂,必然使得法官在案例中运用裁量权实现法的发展,一个好的法治社会的构建也必然需要立法者和司法者的携手,司法者必然要在实质上做一个“立法之下的立法者”。德国法的前述发展也已摆脱了制定法实证主义,通过司法判例承认一般人格权、营业权等新型权利。当然,法官专权的可能性仍然需要避免,以实现法秩序安定性,但是,是否必须要通过制定法实证主义这种方式来实现就仍然值得进一步思考了。制定法实证主义和权利法定化当然有助于法秩序的安定性,但是对于法秩序的安定性而言,制定法实证主义和权利法定化既非充分条件,也非必要条件。之所以说并非充分条件,是因为还需要整体的司法制度予以保障;之所以说并非必要条件,是因为即使不采取制定法实证主义,仍可通过其他方式予以实现。

[46] Vgl. *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. 2, 1899, S. 1075.; [德]齐默尔曼:同注7引书,第59页以下。

[47] 参见龙卫球:“人格权立法面面观:走出理念主义与实证主义之争”,载《比较法研究》2011年第6期。

[48] Vgl. *MünchKomm/Wagner* (Fn. 8), § 823, Rn. 171.

[49] 相关的案例,参见德国法中的“孵化场案”(BGHZ 41, 123ff.)、“内河水道案”(BGHZ 55, 153ff.)。

[50] 同注13引书,第104页。

2. 动态系统方法和法益区分

德国法规范技术试图用划定固定要件的方式,限制司法者的裁量空间,实现分权体制,但侵权法甚至法律本身的特点使得立法者无法一劳永逸地通过制定法解决所有问题,司法者的裁量空间必不可少。德国法之后的发展就是针对该规范技术所带来的问题,但是如上文所述,这些发展对法益的侵权法保护仍有些捉襟见肘,并且这些发展中的相当部分在实践中仍然是有些晦暗不明和令人捉摸不定的。但是,如果承认司法者裁量的必要性,采取完全开放的概括条款思路,那么仍然会产生如何实现法秩序安定性的质疑。在此,我们要看到一个困境,一方面要承认司法者裁量的必要性,但另一方面必须要对司法者裁量进行合理限制,实现法秩序的安定性。

摆脱这种困境的具有说服力的方式是威尔伯格(Wilburg)所提出的动态系统理论。^[51] 其以日常生活和事实的多样性所导致的固定规则的不可能性作为出发点,主要方式是明示价值基础,划出寻求合理解决方案时的相关考量因素,在个案适用时则需要对各个考量因素进行综合考量,具体结果取决于各个考量因素相比较后的综合权衡。由此,动态系统理论承认了司法者的裁量,从而能够顾及到不同案件的不同情况,并适应社会发展;但又通过立法者对考量因素的划定实现对司法者裁量的限制,司法者要在立法者所划定的考量因素范围内进行思考、论证和判决理由的说明。这样,法秩序安定性由立法和司法携手,通过司法者在立法者所划定的考量因素基础上进行论证所取得的共识而予以实现。

此时,考量因素也迥异于固定要件,固定要件要求司法者在个案中逐个进行审查,是法律后果产生的充分且必要条件,其之所以充分,是因为只要满足了全部要件,法律后果必然产生,其之所以必要,是因为欠缺任何一个要件,法律后果即绝对不会产生,因此法律后果是全有或全无;而在动态系统理论中,根据价值基础可以划定多个考量因素,这些考量因素指导司法者在个案中进行权衡,司法者要综合权衡各个考量因素的不同影响,法律后果也摆脱了僵硬的全有或全无的思考模式,由此实现弹性而非固定,开放而非封闭的模式。

这种动态系统的方法反映在侵权法中,可能的推论之一就是侵权责任成立的各个要件在一些情形中也同样仅仅是考量因素而已,此时,个案中侵权责任是否成立,需要对各个具体要件进行综合权衡,这一方面导致各个具体要件的强度互补,例如,在替代因果关系情形中,因果关系仅需在有限的程度上具备即可,此时如果要使得侵权责任成立,则其他考量因素必须要在更大的程度上存在。^[52] 另一方面导致各个具体要件之间的互相参酌,例如,过错要件中的行为标准在个案中如何划定,同样需要考量受保护法益的性质和价值。^[53]

如果进一步将动态系统的方法具体到法益区分保护理论中,可以看到,不同类型的法益自然要受到不同程度的侵权法保护,但并非如同德国法那样在判断某个被侵犯的法益是否要受到侵权法保护时仅仅单纯地依据其是否是法定绝对权,而是要划定更多的考量因素,其中也要注意到过错等其他要件的强度互补和互相参酌。这意味着,被侵犯法益是否是法定绝对权,仅仅是判断该法益是否应受到侵权法保护的考量因素之一而非唯一、排他性要件,因此判断最终并非取决于是否是法定绝对权这种

[51] 对此的具体介绍,参见[日]山本敬三:“民法中的动态系统论”,载梁慧星主编:《民商法论丛》,第23卷,金桥文化出版(香港)有限公司2002年版;[奥]库齐奥:“动态系统论导论”,张玉东译,载《甘肃政法学院学报》2013年第4期。

[52] 参见[奥]库齐奥:“替代因果关系的解决路径”,朱岩、张玉东译,载《中外法学》2009年第5期。

[53] 参见《欧洲侵权法原则》第4:102条。

形式化区分,而是要对多种考量因素及其权重进行综合权衡和实质化论证。

这种方式已经被欧洲侵权法的一些草案所采纳。《欧洲侵权法原则》(PETL)第2:101条明确规定损害须是对法律保护的利益造成的物质损失或非物质损失,但何为受法律保护的利益呢?第2:102条基于动态系统理论,规定了更为动态和多元化的考量因素,此时,对利益进行侵权法保护并非仅仅取决于其性质,而是取决于多个因素以及这些因素的整体权衡以及相互之间的关联,每一个因素的分量会发生变化,因而,它们常常只能结合另一个非常重要的因素或者几个其他因素才能确定一个保护对象。^[54]《欧洲示范民法典草案》(DCFR)则明确规定了具有法律相关性的损害(legally relevant damage)的特别类型(第6-2:201条至2:211条),但除此之外,侵犯法律所赋予的权利以及值得法律保护的利益在救济措施是公平合理的情况下,也同样构成具有法律相关性的损害,在判断何为公平合理的情况下,第6-2:101条同样采用了动态系统理论,规定了多种考量因素,构成弹性和开放的条款以把握生活的多样性。^[55]

四、我国《侵权责任法》中法益区分保护的思想与技术

在法益区分保护这个问题上,我国《侵权责任法》第6条第1款可能会有三种解释方案:第一,未采纳法益区分思想,对所有的利益进行同等保护;第二,采纳了法益区分思想,且应对之进行德国法规范技术的解释;第三,采纳了法益区分思想,但不应对之进行德国法规范技术的解释,而应认为其采纳了动态系统的规范技术,且通过具体的例示隐含地提出了一些具体的考量因素,授权司法者进行综合权衡和评价。由于法益区分保护思想具有正当性,因此第一种解释方案不应被采纳。第二种和第三种解释方案都以法益区分保护思想为基础,但在实现该思想的规范技术上存在较大区别。概括而言,就是是否要区分法益进行保护形成了一种主流观点,对此作出肯定回答;但就如何区分保护这个问题仍未形成一致意见,而后面这个问题又包含了两个分问题,即区分的标准为何,以及如何对不同的法益进行侵权法保护,即保护的程度为何。最后还涉及到解释技术上的争论。

(一) 法益区分的标准

从理论上而言,结合PETL和DCFR的规定,对法益进行区分的标准可以认为至少有两个:受保护法益的价值和社会典型公开性。受保护的法益价值越高,所得到的侵权法保护越全面,生命、健康以及涉及到人的尊严和自由的人格权受最全面的保护。社会典型公开性指的是被侵害法益所具备的客观性的、典型性的公开性和可识别性,法律对被侵害法益的界定越精确和明显,该法益就越具有社会典型公开性,所得到的侵权法保护就越全面。例如物权由于物权法定和公示手段的存在,较之合同债权,其得到的侵权法保护就要更为全面和程度更强。法律可通过具体明确地规定一些法定损失(例如丧葬费、亲属误工费等)、一些法定绝对权的法定明确保护范围以及法定行为义务而使得一些法益具有较强的社会典型公开性。

通过这些区分标准,司法者可以首先区分开不同的法益,虽然司法者的裁量空间仍然存在。因

[54] [奥]考茨欧主编:《侵权法的统一:违法性》,张家勇译,法律出版社2009年版,第35、19页;欧洲侵权法小组:《欧洲侵权法原则》,于敏、谢鸿飞译,法律出版社2009年版,第64页。

[55] 参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编著:《欧洲私法的原则、定义和示范规则》(第五、六、七卷),王文胜等译,法律出版社2014年版,第227页以下。

此,法律所明确规定的人格权、物权和知识产权中被明确保护的法益得到的侵权法保护较强,法律所明确规定的行为义务所保护的法益以及法律所明确规定的一些法定损失得到的侵权法保护同样较强。《侵权责任法》第2条第2款列举了一些人格权以及物权和知识产权,而并未提及合同债权,但其隐含的法益区分标准并不应当是是否是绝对权,因为在第2条第2款中所同样列举的监护权、继承权、股权等无法简单地用绝对权予以界定,因此必然隐含了其他区分标准,即受保护法益的价值和社会典型公开性。社会典型公开性较强和价值较高的法益绝不限于“绝对”权和绝对“权”。同样,即使是绝对权,虽然其核心保护范围是明确的,但是一些边缘地带的法益在未被法律所明确规定的情况下,其社会典型公开性仍然较弱,最为典型的就被法律所明确规定的一些人格权的保护范围,例如身体健康权中是否包含决定是否生育的法益。^[56] 监护权、继承权、基于配偶关系的身份利益、物权期待权和占有、股权则同样需要根据这两个标准进行更为具体的分析,换言之,这些权利中所包含的价值较大以及社会典型公开性较强的法益得到的侵权法保护较强,而所包含的其他法益得到的侵权法保护要弱一些,由此实现行为自由和法益保护之间的价值平衡。至于第2条第2款中的“等人身、财产权益”自然也依据上述两个标准予以细致界定。

但必须要注意的是,该款所包含的“民事权益”内容极为宽泛,绝非仅仅包含价值较大和社会典型公开性较强的法益,还包括价值较低和社会典型公开性较弱的法益,简单而言就是所有法益。该条第1款规定了“侵害民事权益,应当依据本法承担侵权责任”,换言之,侵害“民事权益”仍然要“依据本法”承担侵权责任。因此,本文仅仅是认为该条第2款隐含了法益区分的标准,意味着要区分价值较高、社会典型公开性较强的法益以及其他法益,对这两种法益要进行区分保护而非同等程度的保护,但这两种法益都属于该条所规定的“民事权益”,至于是否要使得加害人最终承担侵权责任仍需要“依据本法”。但未解决的问题是,在区分开这两种法益的前提下,对这两种法益进行侵权法保护的程度为何,而所谓“依据本法”中的“本法”无疑就是《侵权责任法》,那么问题就转换成,《侵权责任法》对这两种法益所采取或应采取的区分保护的程度为何。

(二) 区分保护的程度

如前所述,即使辅之以各种润滑机制,德国法的规范技术也仍存在诸多缺陷。同样值得怀疑的是,德国法之后的实践发展以其既定的规范技术作为规范前提,这些发展的目的无外乎是为了解决德国法规范技术所带来的问题,这犹如下棋,前一手出现了漏洞,之后的每一手都是为了弥补前手的漏洞,在德国法语境中这并无问题,因为历史是既定的而非可选择的。但在中国法语境中,我们所下的这一步棋和德国法的下法并不相同,在明知德国法的这一步棋已经出现了诸多漏洞的情况下,并无理由要秉承德国法的规范技术选择。

以最具争议的纯粹经济损失为例,一个可能的共识就是纯粹经济损失的侵权法保护较之法定绝对权的侵权法保护而言要弱,但并非绝对不受侵权法的保护。在判断纯粹经济损失应受到何种程度的侵权法保护而言,有学者采纳德国法的规范技术,主张扩张所有权的保护范围,或者在违反保护性法律或者故意违反善良风俗的情形下予以保护,但是内在理由却并不十分清晰。同样在破坏电缆的情形中,孵化器停工导致孵化器中的小鸡畸形这种损失,与营业停止的损失,究竟有何不同,导致前者是所有权侵害,后者却是纯粹经济损失? 被告过错导致运河堵塞,使得原告的一艘船被困于河道中,

[56] 对此的论述,参见朱晓喆、徐刚:“民法上生育权的表象与本质”,载《法学研究》2010年第5期。

另外三艘船也无法到达原告处,为何前者构成了侵害所有权,而后者不构成侵害所有权?这些都会引起极大的争议。^[57] 即使认为背后隐藏了政策判断,即纯粹经济损失情形中,可能的受损者人数众多且损失不确定,但是,受损者人数有限、损失也能够确定的纯粹经济损失,例如商品自损、建筑物自身存在的缺陷,对此的赔偿为何仍迟疑甚至否定,而如核电厂泄露这样的大规模侵权,受损者人数众多且损失不确定,为何实践中仍然可能予以赔偿? 举个极端的例子,在挖断电缆的情形中,如果加害人是管线安装为业的职业人员,且其对于管线设施的正常运作背后所存在的诸多利益能够事先预见,对于挖断电缆所可能造成的损害,其也可以通过责任保险机制或价格机制予以分散转嫁,此时,加害人对其过失挖断电缆所造成的损失应否予以赔偿?^[58] 因此,有学者指出,绝对权的侵害与是否构成纯粹经济损失之间没有逻辑上的联系,“哪些财产属于纯粹经济损失,这体现的是一种可对赔偿范围的技术限定,与权利本身并没有本质的联系,权利此时体现的只是一种‘基准点’的作用。”^[59] 一些学者根据动态系统方法,提出了判断纯粹经济损失是否以及如何受到侵权法保护时的多项考量因素,并辅助以类型化,这种方法在美国的一些法院中也被采纳,而在《欧洲侵权法原则》和《欧洲示范民法典草案》中也采取了同样的方法。^[60]

因此,第三种解释方案,也即以动态系统作为方法基础的解释方案,是值得考虑的。简单来说,就是在区分价值较高、社会典型公开性较强的法益以及其他法益的前提下,对前者进行较强的侵权法保护,而对后者进行较弱的侵权法保护,但这种较弱的侵权法保护不限于德国法的“违反保护他人法律”和“故意违反善良风俗”两种保护途径,而是要综合权衡各种考量因素予以判断。^[61]

在此存在两个实质论证规则。实质论证规则之一就是,如果社会典型公开性较强、价值较高的法益,例如法律所明确规定的人格权、物权和知识产权中的被法律明确保护的法益以及法律所明确规定的行为义务所保护的法益受到侵害导致损失,以及法律所明确规定的一些法定损失发生,则这些损失一般应得到侵权法的保护,除非有其他公共政策的理由。毕竟加害人是否承担侵权损害赔偿赔偿责任仍要取决于过错、因果关系和公共利益等所有要素的整体权重,因此,具有社会典型公开性和较高价值的法益受到轻微侵害,也同样无法获得侵权法的保护,例如被传染普通的感冒。^[62]

实质论证规则之二就是,社会典型公开性较弱、价值较低的法益受到侵害所致的损失一般不予以侵权法保护,除非有充分且正当的理由。^[63] 因此,对这些法益并非完全不予以侵权法上的保护,在具有充分理由的情况下仍然要对之进行侵权法保护。在充分理由的构建过程中,按照动态系统的方法,需要考虑多种因素,包括归责基础、损害性质、因果关系和公共利益等,以及这些因素之间的相互补强和影响。具体而言,如果加害人是故意或重大过失、损害为人身损害、行为人与受害人关系紧密,以及

[57] *Larenz/Canaris* (Fn. 9), S. 389.

[58] 参见同注13引书,第141页。

[59] 梅夏英:“侵权法一般条款与纯粹经济损失的责任限制”,载《中州学刊》2009年第4期。

[60] 例如, Koziol 提出了十项考量因素,参见[奥]库齐奥:“欧盟纯粹经济损失赔偿研究”,朱岩、张玉东译,载《北大法律评论》2009年第1期;美国加州法院则提出了六项考量因素。See *J' Aire Corp. v. Gregory*, 24 Cal. App. 3d 799, 598 P.2d 60, 157 Cal. Rptr. 407 (1979); 我国学者也基于类似方法,提出了一些原则或考量因素,参见满洪杰:“论纯粹经济利益损失保护”,载《法学论坛》2011年第2期;杨雪飞:“反射型纯粹经济损失的赔偿问题”,载《云南民族大学学报》(哲学社会科学版)2010年第3期。

[61] 对于这种动态系统的解释方法,可能的主张者是朱岩教授。参见朱岩:《侵权责任法通论:总论》(上册),法律出版社2011年版,第131页以下,第161页以下。

[62] [奥]库齐奥:同注51引文。

[63] 关于该论证规则,参见张新宝、张小义:“论纯粹经济损失的几个基本问题”,载《法学杂志》2007年第4期。

言论自由、竞争自由等公共利益较为欠缺,则这些法益更有理由得到侵权法保护;反之,如果加害人仅具有一般过失甚至轻过失、损害为纯粹经济损失、行为人与受害人关系较为疏远以及公共利益较强,^[64]这些法益更有理由不受到侵权法保护。需要再次强调的是,所列举的这些因素都仅仅是考量因素而非要件,司法者要在个案中对这些考量因素进行综合权衡。^[65]

(三) 解释技术

即使承认法益区分保护思想以及上述的区分标准和区分保护程度是正当的,但如前文所述,在《侵权责任法》的规范前提下,如何为上述观点的实现寻找到妥当的规范基础,仍然存在争论。按照《侵权责任法》的规范逻辑,是否包含违法性要件是存在较大疑问的,^[66]同时,权益侵害要件和损害概念所包含的违法性要件在实质上并无不同。《侵权责任法》第6条第1款并非仅针对侵权损害赔偿赔偿责任,因此有意识地采纳了“侵害”这个表述,以与第15条规定的多种“承担侵权责任的方式”相对应。但是,在侵权损害赔偿赔偿责任中,固然应当包含损害概念;即使是在预防性侵权责任中,也同样能够包含损害概念,第21条规定的“侵权行为危及他人人身、财产安全的”,可以被解释为“侵权行为导致损害发生之危险的”。因此,在侵权责任的构成中,损害是一个重要的概念。在一般的意义上,损害是指受害人的人身和财产在社会事实层面上所遭受的一种不利影响,这种一般意义上的损害事实要转化为可以导致侵权救济的法律意义上的损害,必须接受法律上的筛选和评价,从而表现为一种“可赔偿的损害”(PETL第2:101条)或者“具有法律相关性的损害”(DCFR第6-2:101条)。^[67]在侵权损害赔偿赔偿责任的构成中,这毫无疑问,即使是在预防性侵权责任的构成中,也同样需要“具有法律相关性的损害”发生的危险或迫近。^[68]

因此,在文义上,《侵权责任法》第6条第1款似乎并未包含损害概念,但根据上述解释,该款应当包含了“具有法律相关性的损害”这个构成,而这个构成又取决于对侵权法保护之法益的判断,即并非所有损害都是具有法律相关性的损害,后者是侵犯侵权法保护之法益所导致的物质和非物质损失(PETL第2:101条),由此,在“具有法律相关性的损害”这个构成中能够容纳上文所述的区分标准、区分保护程度以及具体的考量因素。

五、结论

侵权法中的法益区分保护具有思想和技术两个层面,分别对应着是否要区分保护以及如何区分保护这两个不同的问题。作为一种思想的法益区分保护着眼于对不同类型的法益进行不同程度的侵

[64] 对于公共利益这种考量因素,举例而言,最为典型的就是一物二卖情形,后买人一般不成立侵权责任的原因是因为市场竞争这种公共利益。除此之外,还有言论自由等公共利益。

[65] 有学者主张,侵害人身利益的仍以过错为主观要件,侵犯财产利益的应以故意为要件,参见同注38引文。但是这种观点似乎仍然把考量因素当成了要件,由此仍然会带来诸多问题,例如,专家因过失导致第三人的纯粹经济损失如何处理,按照比较法,此时仅要求专家具有专家过失即可构成,而非必然要求专家的故意,参见周友军:《专家对第三人责任论》,经济管理出版社2014年版,第61页以下。

[66] 持否定态度的观点,参见王利明:“我国《侵权责任法》采纳了违法性要件吗?”,载《中外法学》2012年第1期;朱虎:“过错侵权责任的发生基础”,载《法学家》2011年第1期。

[67] 同注5引文。当然,他这里使用的概念是具有“不法性”的损害,含义大致相同。

[68] 同注55引书,第199页。必须承认的是,在侵权损害赔偿赔偿责任和预防性责任中,“具有法律相关性的损害”的具体界定可能有所不同,但其中的考量因素应当是相同的,参见《欧洲示范民法典》第6-2:101条。

权法保护,该思想是一种制度共识,有助于通过社会典型公开性妥当协调行为自由和法益保护的价值,具有体系理性和价值理性的正当基础。

但是,在承认法益区分保护思想的前提下,如何区分保护仍是需要进一步讨论的问题,其规范技术是多元化的。根据思想和技术或目的和手段的两分,采纳法益区分保护思想并不必然导致德国侵权法的规范技术,也不能推断出法益区分保护思想仅存在于德国侵权法的规范技术之中。德国法的规范技术以制定法实证主义为方法基础,目的在于限制司法者的裁量空间,实现分权体制,但侵权法本身的特点使得司法者的裁量空间必不可少,因此其意图的实际效果不佳,且会带来保护不足的问题。为了解决德国法规范技术所带来的上述问题,更为妥当的方式是以动态系统作为方法基础构建动态、弹性的法益区分保护规范技术。

《侵权责任法》第2条第2款隐含了法益区分的标准是法益的价值和社会典型公开性,但并非意味着价值较低、社会典型公开性较弱的法益完全不受侵权法保护,或者仅如同德国法那样以“违反保护性法律”和“故意违反善良风俗”作为保护途径。更为妥当的方式是,以《侵权责任法》第6条第1款所隐含的“具有法律相关性的损害”这个概念作为解释的规范基础,确定两个实质性的论证规则,即“社会典型公开性较强、价值较高的法益一般应受到侵权法保护,除非具有充分且正当的理由”和“社会典型公开性较弱和价值较低的法益一般不受到侵权法保护,除非具有充分且正当的理由”,而在充分且正当的理由构建过程中,划定多元化的考量因素,授权司法者进行更为动态和弹性化的综合权衡。

The Distinct Protection of Different Legal Interests in Tort Law: Thought and Technique

Zhu Hu

Abstract: The distinct protection of different legal interests in the tort law has two aspects, which are thought and technique, respectively corresponding to two different issues, i. e., whether to distinguish and how to distinguish. As to the first issue, this thought is a kind of institutional consensus, and is worthy of approval because it has the rationality of system and value. As to the second issue, the normative technique adopted by German law, which is based on the legal positivism, causes some disadvantages including insufficient protection. The Chinese tort law adopts a different technique, so the more appropriate interpretation scheme should base on the method of dynamic system, and take the concept of “legally relevant damage” as the premise of interpretation. In this scheme, the Chinese normative system implies that the legal criteria of distinguishing the legal interests are the value and social typical Obviousness, and contains multiple considerations. This scheme also recognizes two substantial rules in argument, and authorizes judges to undertake a more dynamic and flexible integrated balance.

Keywords: tort; object of protection; distinct protection of different legal interests

(责任编辑:丁洁琳)