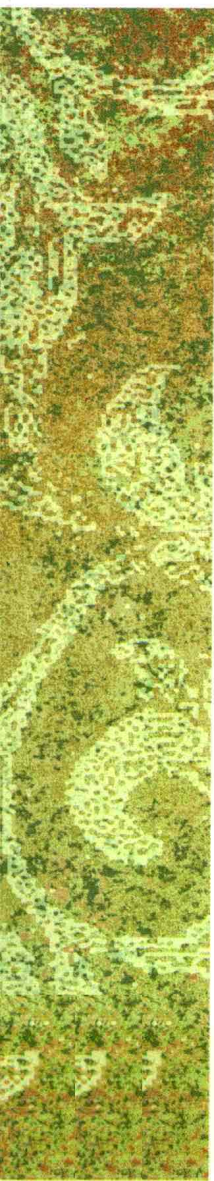


侵权行为违法性研究

张金海 著

西南民族大学法学院 学术文库



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书由西南民族大学法学院、西南民族大学法学硕士一级学科建设项目
(项目编号:2012XWD-S0301)资助出版

西南民族大学法学院学术文库

侵权行为违法性研究

张金海 著



法律出版社

www.lawpress.com.cn



法律门
Access To

www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

侵权行为违法性研究 / 张金海著. —北京:法律出版社, 2012. 8

(西南民族大学法学院学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3608 - 3

I. ①侵… II. ①张… III. ①侵权行为—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 127863 号

侵权行为违法性研究

张金海 著

责任编辑 周丽君
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10.75 字数 274 千

版本 2012 年 8 月第 1 版

印次 2012 年 8 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 永恒印刷有限公司

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3608 - 3

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

“法律体系的自治性”是一个问题吗？是一个什么样的问题？作为一个法理学的“票友”、法学史的门外汉，我对此原本没有发言权。所以当我的学生张浩博士以此为题撰写学位论文时，我其实是更愿意听从法学专家们的意见的。后来他的论文得到了认可，我也就从中大体理解了这个问题的性质。

可以从一个看似极为简单的问题开始：规范性法律文件为何一定要形成一个体系？也就是说，规范性法律文件相互之间一定要相互呼应、相互支撑吗？规范性法律文件之间，能否相互没有关联却能够并行不悖地用于有效调整社会关系？人类的历史实践似乎证明不成体系也是可以的。但张浩指出，这里必须注意到一个历史性的前提，即必须是在相当原始的、简单的群体中，也就是哈特所说的“前法律”社会中才会有效。而法律社会的实践则表明，一些规范性文件能够被称之为“法律”的话，那么它必须成为一个体系，哪怕这个体系很简单、并不完整。可见如果注意到概念的历史性，那么就会发现，在从前法律社会向法律社会转变的过程中，似乎就隐藏着法律体系诞生之谜。而作者想要说的道理，也就是从这里开始的。治学要有历史的视野，这似乎应该成为一个规范。

当然，做学术文章通常要从有关文献的介绍和分析开始。所以作者也从分析实证主义法学有关文献开始。这显然是因为，实证主义法学家们的相关研究比较集中而且深入；而法律体系

2 法律体系的自治性

自治性问题，实质也是实证主义法学家们一直念兹在兹的法律的规范性问题。但作者并没有将自己的思路局限在实证主义法学的观点和方法中，而是基于实践哲学提出分析和解决该问题的新思路，全书通篇的着力点就在这里，可以说是本书的独到之处，值得进一步研究和讨论。

我觉得，一本学术著作能够提出值得研究和讨论的问题，并且是一个有一定深度的问题，这本著作就成功了一大半；而能够进一步提出解释或回答问题的方向和思路，在同行中产生启发或激发的影响作用，那么这篇文章就算大体成功了。那么张浩的工作达到了怎样的境地呢？自然要在相关的理论研讨和实践发展中得到检验。

有鉴于此，我愿为之作序，以推动其面世，接受检验。

李德顺*

2012年10月

* 中国政法大学终身教授、博士生导师。《中国政法大学学报》主编，中国政法大学人文学院名誉院长，中国社会科学院兼职教授，中国辩证唯物主义研究会副会长、法人代表、文化研究中心常务理事。

序 言

法律的体系性和规范性问题研究在英美法理学界起步比较早，研究成果比较丰富。从奥斯丁开始，直至哈特、凯尔森、德沃金、拉兹、科尔曼、夏皮罗等人都围绕着这个问题进行过卓有成效的研究。从总体来看，这些研究所依据的智识资源大部分多为实证主义哲学、分析哲学、语言哲学、逻辑演绎方法等。因此表现为对一些法学核心概念的分析，以及对概念之间关系的推演。所以，问题的研究比较细致和技术化。当然，这种状况是与成熟而稳定的法治国家相匹配的。不过，这并不说明这些研究没有问题。相反，问题很多。一言以蔽之，这是一种极简化主义或曰科学主义。这种科学主义有其优越性，比如说推理的缜密和严谨、概念的清晰等。但是缺陷也是明显的，简单来说，其包容性有限。举例来说：基于其提出的分离命题，在法律与道德的问题上，该学说不可能走得太远，因此，也就不可能处理好这个问题，甚至于危及到自身理论成功与否。这一点突出反映在哈特在建构其自治性法律体系时遇到的困境中。如果坚持最低限度意义上的自然法理论的话，自治性的法律体系似乎难以完成。但是，放弃的话，和概念法学又有什么区别呢？所以，想要将法律体系建构问题更推进一步的话，就必须面对和解决这样一个问题：如何在坚持规范性前提下使得法律体系具有更大的包容性和解释力。使法律体系首先有自治性。亦如张浩博士所坚持的那样，自治性不是在要么是开放性体系、

要么是封闭性体系的意义上简单地进行选择，而是要在坚持规范性的、稳定的外部体系的同时，将内部体系所要求的实质性价值诉求整合进来。使得法律体系既不是任意性观点和意识形态的大杂烩，也不是普赫塔意义上的纯粹概念体系。在这种意义上，我们就可以说，法律体系必然的、也是必须具有自治性。

张浩意识到了这个问题，这个问题成为《法律体系的自治性》这本著作的核心命题。正如爱因斯坦所言，提出问题往往比解决问题更为重要。问题能否提出，以及能否提出一个真问题，已经能够看出对该问题的理解和把握程度，我相信，张浩提出的这个问题是有意义的。而至于他在书中提出的进一步的解决方法，在我看来，在规范性和包容性两方面均有其可取之处。

中国法理学理论研究通过不断译介西方理论，显然已经转向到如何对我们已经拥有的西方法理学基础理论做精细解读。的确，“大词法理学”远远不能满足法理学发展本身的需求。诚如我在给博士生和硕士生论文指导时一再强调的那样：经典解读必须是“问题解读”而不简单是“经典著作解读”和“经典人物解读”。同时，经典解读也是一项基础性工作，通过这样的基础性研究，还原那些大家们的问题以及问题意识，不至于使我们对大家的思想形成误读。不过，这种解读需要研究者各方面扎实的功力。而张浩博士的研究正是这种努力的结果。

法律体系的研究是基础工作，涉及到法学研究固有的坚硬内核和特定问题域。显然，这种基础性工作必须有一种挑战的眼光。毕竟在法学界，不知有多少学者早就已经触摸过这个话题，基本上形成了一些共识。也就是说，张浩博士的研究存在有一定的风险，这一风险在于必须对前人有所突破。不过，张浩博士并没有顾忌之前各路大家的定论，而是通过自己的眼睛、

用自己的方法，重新检省这一研究并由此提出自己鲜明的观点。亦即“不在 Legal System 的层面上来论述法律体系自治性问题的。而是追问一套制度体系在何种意义上能够被称之为法律体系？这个体系具有什么样的目的和功能？特征是什么？”所以，张浩博士所探讨的法律体系自治性问题，是在法律体系何以可能的意义和角度上进行的，而不是在法律体系是什么样，和什么样的法律体系的角度上探讨的。

张浩博士的问题意识也一目了然，那就是 1997 年 9 月，党的十五大提出，2010 年形成具有中国特色社会主义法律体系的立法工作目标。而 2011 年 3 月，全国人大常委会委员长吴邦国在十一届全国人大四次会议第二次全体会议上明确宣布中国特色社会主义法律体系已经在 2010 年形成了。这是对当下国内法学界关于中国特色社会主义法律体系问题的一个呼应。

非常有意思的是，张浩博士的博士论文完成时间与吴邦国委员长的讲话在同一个月。只是张浩博士通过纯形而上的研究，给了我们理解社会主义法律体系的维度。而这一维度是我们认识社会主义法律体系所必须拥有的理性。

正如张浩博士所说得那样，法律是一个复杂的、具有多面相的事物，作为一个社会中定纷止争的最终的、也是最具有权威性的事物，法律应当具有稳定性、普遍性和权威性。这就需要有一个相对形式化的外部体系来予以保证。法律作为一门实践性科学，必须不能脱离社会实践。因此，法律规范必须反映社会事实和社会关系。这是法律内部体系所要解决的了。至于外部体系和内部体系相互之间怎样结合，结合之后应该呈现出何种状态，这是一个比较复杂的问题。

当然，不同学者基于不同的智识资源和理论进路会对同一研究有不同评价，作为一个法理学的青年才俊，那种固有的坚

守和执着的理论追求，在十年前就已经显现出来。而展现在大家面前的这本专著，就是他长期、坚决的理论追求结果。我希望读者在阅读这本专著时，能分享到他对法律体系理论思考和形而上理解。

張永和*

壬辰年深秋于山城重庆宝圣大道坡上书屋

* 西南政法大学教授、法理学博士生导师。从事法理学教学与研究，《现代法学》、《西南政法大学学报》编辑。社会学术任职：中国法学会法理学研究会理事；中国法学会比较法研究会理事。英国剑桥大学、伦敦经济学院访问学者。

摘 要

法律体系问题是一个复杂而且重要的问题，不少法学家对此问题有过研究。从一些比较具有代表性的法学家的著作来看，这些研究在某些方面虽然已经取得了比较深入的研究结果，但是，还是在不同程度上存在着许多问题。具体体现在两个方面：一方面是将法律体系的研究技术化、琐碎化，将原本应该是前瞻性、基础理论性以及总体反思的法律体系研究变成了一个在现有立法体制之下的对于实证性法律体系的修修补补；另一方面的表现就是与此相反，将法律体系的研究在相当大程度上扩展到更大的范围中，从经济、社会、政治、文化等角度来观察和分析法律体系。这两种研究路径都有其合理性和科学性的一面，但是，缺陷也是明显存在的。第一种方法只见树木不见森林，抓不住法律体系问题核心。第二种方法没能注意到法律体系的规范性特征。基于此，法律体系的研究核心问题应该是其自治性问题。

对于法律体系自治性问题的研究比较深入和具有代表性的有奥斯丁、哈特、凯尔森、拉兹等人，所以，本书的第一章首先分析和解释哲学和逻辑学中的自治性何以可能，以及由此反观法律体系自治性何以可能；第二章分析了奥斯丁的法律体系自治性理论，指出其将体系的自治性建立在主权者理论上的缺陷和不足，由于这些不足之处的存在，体系的自治性是完不成的；第三章分析了哈特的法律体系的理论。哈特分析并提出初

级规则和次级规则，以这两类规则的有机结合来解释和描述法律的本质并实现法律体系的自治性。不过，由于承认规则性质的暧昧不明，从而体系的自治性也实现不了；第四章分析了凯尔森的体系理论。如果要保持法律的纯粹性特征的话，法律体系不可避免地要实现自治，否则伦理的、道德的因素总会自觉或不自觉地进入到法律体系中来。为了实现法律体系的自治性，凯尔森在运用了康德批判哲学中的论证方法，以基本规范的预设和论证方式来构建体系的自治性。但是，由于基本规范没有处理好事实层面问题，从而将复杂的法律体系建构问题简单化处理了，因此，也不能够成功实现体系自治性的要求。

在分析了前面几个具有代表性理论，并结合第一章所揭示的自治性的标准和要求基础上，在第五章本书提出了法律体系自治性所必然具备的特征同时也是必须具备的要求。首先，从行为理由的角度来看，体系中的规则必须作为排他性的理由。由此又可以推出另一个要求，即社会中权威性机构的存在；其次，体系中处于最高效力层次上的规范，如宪法性规范必须是构成性的。同样，由此也可以推出法律规范及其体系应该是实践性生成的；最后，作为例证，本书第六章运用前面所述的基本原理分析了国内关于法律体系问题的代表性观点并指出其得失。

目 录
CONTENTS

序 言/李德顺	(1)
序 言/张永和	(3)
摘 要	(7)
导 论	(1)
一、研究现状和研究意义	(1)
二、本书结构	(14)
第一章 法律如何实现自治性	(19)
一、法学作为科学的无价值性	(19)
二、作为科学的法学的不可或缺性	(26)
三、法律体系的逻辑构造	(32)
(一) 构造逻辑系统的必要性	(32)
(二) 构造逻辑系统的前提条件与程序	(34)
(三) 逻辑系统的优势	(36)

2 法律体系的自治性

(四) 哥德尔的挑战	(38)
(五) 哥德尔不完全性证明	(40)
四、逻辑构造之外的进路	(43)
(一) 公理体系之梦	(43)
(二) 非形式化的建构路径分析	(46)
五、法律的自治性	(56)
(一) 悖论与自我指涉	(56)
(二) 悖论的解决方案	(60)
第二章 作为主权者命令的法律体系	(78)
一、法律与主权者的命令	(78)
(一) 主权的意义	(78)
(二) 一些主要的主权理论的分析	(79)
(三) 奥斯丁的主权论	(82)
(四) 奥斯丁法律体系的建构中的主权悖论	(83)
(五) 巴力门主义与法律主治	(90)
二、主权者意志与法律体系的建构	(99)
(一) 主权者意志与法律体系的对应性	(99)
(二) 事实与规范之间的主权者意志	(101)
三、主权者意志之外的法律体系建构路径	(108)
(一) 法律完整性的认定标准	(108)
(二) 边沁的法律个别化理论	(111)
(三) 完整性法律的另一种建构路径	(113)
第三章 规则视角下的法律体系建构	(126)
一、法律体系自治性的社会背景	(126)
二、对奥斯丁的批评	(128)

(一) 主权者的意志和命令作为法律体系的 基础的不可能性	(128)
(二) 规则理论的提出	(132)
三、承认规则与法律体系的自我指涉	(137)
(一) 内在视角与外在视角的区分	(137)
(二) 承认规则的功能及形态	(139)
(三) 维特根斯坦规则理论视角下的承认规则	(141)
(四) 承认规则的不确定性	(145)
(五) 以最低限度的自然法内容补救承认规则	(149)
(六) 补救方案的失败证明	(153)
第四章 法律体系与基本规范	(162)
一、法律体系自治性的规范保障	(162)
(一) 纯粹性的意旨	(162)
(二) 基础规范的哲学背景	(163)
(三) 基础规范的地位与功能	(164)
二、基础规范的内在矛盾与法律体系自我指涉的 不可能	(167)
第五章 法律体系中的理由与构成	(171)
一、作为理由的规范	(171)
(一) 规范的特殊性与普遍性矛盾	(171)
(二) 行为理由关联的复杂性	(173)
(三) 规范作为排他性理由	(178)
(四) 规范的自主性	(180)
(五) 权威性要求	(183)
二、法律体系中的构成性规则	(184)

(一) 构成性规则的表现形式	(184)
(二) 构成性规则的自主性	(185)
第六章 中国特色社会主义法律体系的建构问题	(193)
一、外部决定型的法律体系建构	(193)
二、我国现行法律体系简介	(195)
三、国内研究状况的分析	(197)
四、法律内在价值分析的启示	(210)
五、再论从身份到契约	(214)
结 论	(218)
参考文献	(221)
后 记	(228)

- 三、违法性要件独立方能正当化事由提供理论依据/251
- 四、承认违法性有助于设计仅以违法性而不以过错为要件的规则/255
- 五、推动侵权责任阶层构造的建立/259
- 六、明确违法性要件可为侵权法的类型化规定提供理论支持/262
- 七、回应我国的司法实践/265
- 第五节 小结/266

第七章 违法性与我国侵权法/268

第一节 《民法通则》与《侵权责任法》的相关规定/268

- 一、《民法通则》的规定/268
- 二、《侵权责任法》的规定/269
- 三、评价/275

第二节 司法解释的立场与相关司法实践的考察/277

- 一、司法解释的立场/277
- 二、相关司法实践的考察/280

第三节 小结/296

第八章 结论/300

- 第一节 主要观点/300
- 第二节 主要创新点/304
- 第三节 局限与不足/306

参考文献/308

后记/324

第一章 引言

第一节 选题背景及其意义

在侵权责任成立方面,争议最大的问题是应否将违法性规定为独立的要件。从国外的情况来看,《法国民法典》仅规定了过错,《德国民法典》则以违法性为责任成立的前提,《日本民法典》第709条虽未提及违法性,^[1]但在解释论上,权利侵害要件被解读为违法性要件。在我国,清末修律时,因借鉴德国法的缘故,对违法性进行了规定,制定于1929~1930年间的“中华民国民法”^[2]从之。新中国成立后,受前苏联民法理论的影响,我国的第一本民法教科书《中华人民共和国民法基本问题》指出:“行为人不法侵害他人的财产权利或人身权利,并造成财产上的损失时,根据法律的规定,受害人有请求赔偿的

[1] 《日本民法典》第709条规定:“因故意或过失侵害他人权利时,负因此而产生损害的赔偿责任。”

[2] 现适用于我国台湾地区,经过多次修改。