

復旦
版

原创学术著作

法学系列



Qinquan Zerenfa Zhong De Jiben Quanli Wenti
侵权责任法中的基本权利问题

刘志刚 著

张外借

 复旦大学出版社

本书是教育部2013年度人文社会科学研究规划基金项目
《侵权责任法中的基本权利问题》的结项成果，项目批准号：13YJA820030。

復
旦
版

原创学术著作

法学系列



Qinquan Zerenfa Zhong De Jiben Quanli Wenti
侵权责任法中的基本权利问题

刘志刚 著

图书在版编目(CIP)数据

侵权责任法中的基本权利问题/刘志刚著. —上海: 复旦大学出版社, 2018. 7
(复旦版原创学术著作·法学系列)
ISBN 978-7-309-13754-5

I. 侵… II. 刘… III. 侵权行为-民法-研究-中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 125019 号

侵权责任法中的基本权利问题

刘志刚 著

责任编辑/张 炼

复旦大学出版社有限公司出版发行

上海市国权路 579 号 邮编: 200433

网址: fupnet@fudanpress.com <http://www.fudanpress.com>

门市零售: 86-21-65642857 团体订购: 86-21-65118853

外埠邮购: 86-21-65109143 出版部电话: 86-21-65642845

当纳利(上海)信息技术有限公司

开本 787×960 1/16 印张 13.25 字数 203 千

2018 年 7 月第 1 版第 1 次印刷

ISBN 978-7-309-13754-5/D·935

定价: 48.00 元

如有印装质量问题, 请向复旦大学出版社有限公司出版部调换。

版权所有 侵权必究

前 言

自 1999 年开始攻读博士学位以来,一直致力于宪法学基础理论的研究,长期致力于宪法诉讼制度、宪法与民法的关系、侵权责任法中的基本权利、立法缺位状态下的基本权利、法律规范的冲突解决规则、部门法中的宪法问题、中国行政法的理论与实践等问题的研究。在长期的学习及科研工作中,我直观地感觉到宪法中的许多问题实际上都是围绕着基本权利而展开的,对基本权利的研究直接关涉对宪法学中其他一系列问题的理解性展开。2004 年宪法修改的时候,国家尊重和保障人权条款入宪,学界对此进行了深入的研究。当时,我也关注了这个问题,但是,对该问题的理解和诠释更多的是从宪法学原理的角度来分析和论证的,没有将视野进一步拓展到部门法领域,没有从宪法与部门法联结与互动的视角来研究和关注人权问题。2009 年我国侵权责任法颁布实施前后,国内民法学界围绕侵权责任法保护的民事权益范围、侵权法一般条款的模式设计等问题进行了深入的研究,由于此前一直关注宪法与民法的关系问题,我也持续关注该领域的相关研究成果。在学习的过程中,产生对侵权法中基本权利问题的研究兴趣,遂投入了比较多的精力来研究和关注该问题,并逐渐产生了一些零星的感悟。后来一次偶然的機會,到上海市委宣传部青年骨干培训班学习,报了一个理论研究选题,题目是:民事侵权责任视阈下的基本权利。围绕该选题,作了进一步的文献梳理,逐步厘清了对一些相关结点问题的思路。在此基础上,2011 年以前述主题为题申报并获得了上海市社科规划中青班专项课题资助。在后续研究的过程中,思路逐渐深入、拓展,有了新的感悟。基于此,对前述研究思路作了进一步的调整和梳理,拟以《侵权责任法中的基本权利问题研究》为题展开更为深入、系统的研究。在围绕该问题的研究逐步走向深入的基础上,2013 年申报并获得了教育部哲社项目。自此以后,我就开始进一步系统地整理归纳关涉该主题的文献资料,并将阶段性的思考撰写成文,经过几年断断续续的写作,最终完成了这本书稿。本书是前述理



论研究选题的思路总结,也是前述课题内容的系统展开。本书是我第一次尝试从宪法和民法联结互动的视角来研究侵权法中的民事权益保障问题。从世界范围来看,侵权责任立法所保护的民事权益范围主要有两种立法模式:其一,德国的“法益区分保护型”立法模式;其二,法国的“概括保护型”立法模式。在我国《侵权责任法》的制定过程中,围绕侵权责任法所保护法益范围的确定,学界产生了激烈的争论,争论的焦点与国外学者关于上述两种立法模式的争论内容基本相同。学界认为,“法益区分保护型”立法模式有利于法官的裁判,而且可以赋予行为人较多的行为自由。但是,其弊病在于:侵权法体系显得较为封闭、狭隘,对社会需求反应的灵敏度较低,不利于对民事主体权益的保护。与之相比,法国型概括保护模式有利于对受害人利益的保护,但是,由于入口过于宽泛,以致对社会公众行为自由的维护不足。为了克服上述立法模式中存在的缺陷和不足,近年来,德国、法国司法实践中逐步采取了一些校正措施。例如,德国创设了一些所谓的一般人格权、营业权等来校正其对民事权益保护过于封闭的局限;法国发展出一系列技术性工具来限制对法益的保护,以提升对社会公众行为自由的维护水准。如此一来,各国侵权行为法在司法实践中又表现出一些共性的发展态势:在立法对其所保护的相关民事权益作出原则性规定的前提下,通过司法裁判来谋求达致保护受害人利益、维护社会公众行为自由之间的较为妥当的平衡。达成这一动态平衡的一个非常重要的工具就是民法原则(如公序良俗)、公法性价值规范在民事司法审判中的适用,而对基本权利的合理诠释是塑造该种适用之正当性的重要方式。从书稿的总体内容来看,由于自身学术积累和学术视野方面的局限,总体上觉得还有许多不尽如人意的地方,与预期的目标还存在比较大的差距,有待进一步完善。但是,受时间和精力所限,一时间也难以进行更好的充实和提高。好在时日方多,关涉侵权法中基本权利问题的研究还有许多具体工作需要去做,只好暂且搁置这种遗憾的情怀,交付出版,留待日后进一步的提升和完善了。个中不妥之处,敬请学界同仁不吝指正。

刘志刚

2018年4月15日于上海佳龙花园寓所

目 录

第一章 侵权法保护的民事权益	1
一、其他国家侵权法保护的民事权益	1
二、我国侵权责任法框定民事权益保护范围的方式	5
三、我国侵权责任法保护的权益范围	8
四、我国侵权责任法对合法权益的保护	13
五、对我国侵权法保护民事权益模式的学理分析	18
第二章 侵权责任法保护的人格权	24
一、人格权的内涵、性质及其与身份权之间的区别	24
二、人格权法及其与侵权法之间的关系	31
三、人格权法的地位及其与侵权责任法、民法总则之间的关系	38
第三章 侵权责任法保护的纯粹经济损失	46
一、纯粹经济损失的涵义及类型	46
二、西方国家侵权法中纯粹经济损失赔偿问题的立法模式	53
三、我国民法对纯粹经济损失赔偿问题的立场	59
四、我国相关立法、司法解释中关于纯粹经济损失赔偿问题的 规定	65
五、我国司法实践中法院处置纯粹经济损失赔偿问题的做法	70
第四章 宪法上的人格尊严与民法中的一般人格权	83
一、人格尊严的宪法意义	83
二、德国和我国民法中一般人格权形成路径的比较分析	93



三、我国一般人格权制度的确立方式及其产生路径的应然性分析	99
第五章 基本权利与私法权利的界限	107
一、基本权利与私法权利在时间维度上的纵向回溯——权利概念生成的本来面向	107
二、权利存在的根据及基本权利作为私法权利存在根据的正当性	114
三、基本权利与包括私法权利在内的法律权利的区别	119
四、民事权利的功能与基本权利对民事行为的意义	125
第六章 人权的立法保障与立法缺位状态下基本权利的实现	133
一、人权的立法保障	133
二、立法缺位状态下的基本权利	143
第七章 基本权利影响侵权民事责任的路径	161
一、宪法权利的私法适用及其实现机制	161
二、基本权利是否属于侵权责任法所保护的法益	166
三、基本权利影响侵权民事责任的路径——纯粹经济损失	169
四、基本权利影响侵权民事责任的路径——一般人格权	173
五、基本权利在纯粹经济损失赔偿问题上的作用	178
第八章 公序良俗原则与基本权利在侵权法场域的适用	182
一、法国、德国、日本和我国台湾地区民法典关于公序良俗的规定	182
二、公序良俗与侵权责任法的一般条款	186
三、公序良俗原则与基本权利条款对民事法律行为的作用	189
四、公序良俗和基本权利对一般侵权行为的影响	194
五、公序良俗和基本权利在民事审判中的适用	198



第一章 侵权法保护的民事权益

侵权法的保护范围是侵权法中非常重要的问题,它直接决定侵权行为的构成。从比较法的角度来看,法国民法典与德国民法典所确立的民事权益保护模式各有利弊,但是,相比较而言,德国民法典所确立的民事权益保护模式更具有可操作性,较为符合我国的国情。从我国民事立法的实践来看,《民法通则》曾经在较大程度上参考借鉴了法国模式,但后来随着司法实践的发展,又移植借鉴了《德国民法典》所确立之权益保护模式中的一些特点。目前,我国《侵权责任法》确立的民事权益保护模式兼具法国法和德国法的色彩,但与它们均不完全相同。本部分拟对侵权法保护的民事权益范围进行关联性分析。

一、其他国家侵权法保护的民事权益

侵权法保护的民事权益在逻辑上往往和侵权法的一般条款关联在一起^①,从中可以窥察出侵权法所保护的民事权益的范围。从世界范围来看,有些国家的侵权法中并未设置一般条款,而是采取分散列举的方式,其保护的民事权益的范围往往无法直观地识别出来。例如,罗马法所采取的就是该种方式。它采取决疑的方式,将侵权行为具体罗列出来,并没有形成近代大陆法系国家民法典中的一般条款模式,其保护的民事权益较为混杂,无法归纳、集中、直观地表现。这种立法模式的形成在很大程度上是基于当时立法技术和理论研究水平的限制。近代民法典在发展初期仍然受这种立法模

^① 侵权法的一般条款是指在侵权行为法中居于核心地位、作为一切侵权责任请求权(诉因)之基础的法律规范。这个一般条款具有两方面的功能:(1)作为民法典调整的所有侵权责任请求权基础,在这个条文之外不存在任何民法典条文作为侵权责任的请求权基础。(2)它决定侵权行为法的框架和基本内容,侵权行为法的其他部分都是对这一般条款的解释、展开和关于其适用条款的规定,或者对这个一般条款所调整内容的列举性规定。参见张新宝:《侵权法的立法模式:全面的一般条款+全面列举》,载《法学家》2003年第4期。



式的影响,主要采取列举的方式框定各类侵权行为。例如,1794年《普鲁士邦普通邦法》关于各种具体侵权行为的列举名目繁多、形式各异。在英美法系国家,直至今天,其侵权法的立法模式依然主要采取列举式,这主要是基于其法律文化传统的影响,而不是受古罗马法影响的结果。从历史发展的角度来看,长期以来英国侵权法中并没有关于侵权责任的普遍性原则,但王国的法院对各种形式的非法侵害和直接伤害所造成的损害均有救济方法。一种救济方法便构成一种诉因(cause of action)。一种诉因调整一个侵权行为(tort)。这些“tort”加在一起便构成“torts”,即英国法中的普通侵权法。英国侵权行为法并不是适用于许多案件的关于损害赔偿的一般原则,而是各种相对孤立的规则的聚合。^① 美国侵权行为法继承了英国侵权行为法的传统,采用完全列举的方法将侵权行为列举为非法侵害、过失、严格责任、不实说明、诽谤、加害性虚伪陈述、侵犯隐私权、不当控告、干扰家庭关系、干扰经营等具体的侵权形态。^② 从英美法系国家侵权行为法的总体情况来看,在为数众多的有名侵权(nominal torts)中不存在能够涵盖和包容一切侵权行为的一般条款,从受侵害民事权益范围的角度很难进行周延的界定。与之相比,在无名侵权中,尽管存在共同的构成要件,即过失(negligence),但它所凸显的也仅仅是英美法系国家侵权行为法在一定程度上受到了大陆法系国家法典化的侵权行为法之“一般注意义务”或“一般条款”的影响,而不能就此得出其侵权行为法中存在一个“部分性的一般条款”的结论。加之,即便是该外观上形似大陆法系国家侵权法“一般条款”的共同构成要件,也是立足于侵权人的主观“过失”,而不是侵权行为所侵害到的“权益”的性质及范围。因此,该共同构成要件对厘定侵权法的保护范围参考价值不大。

在侵权法中设置一般条款并由其框定侵权法所保护的民事权益范围系《法国民法典》首创。该法第1382条规定:“任何行为使他人受到损害时,因自己的过失使损害发生之人,对该他人负赔偿的责任。”该法第1383条规定:“任何人不仅对因其行为所引起的损失,而且对因其过失或疏忽所造成的损害,负赔偿责任。”从直观上来看,前述《法国民法典》第1382条所针对的场景是侵权人存在“主观过失”,第1383条所针对的场景是侵权人主观上



① 张新宝:《中国侵权行为法》(第二版),中国社会科学出版社1998年版,第21页以下。

② 张新宝:《侵权行为法的一般条款》,载《法学研究》2001年第4期。

存在“过失或疏忽”,但是,对这两个条文作关联分析之后可以发现,《法国民法典》第1382条所针对的场景应当是侵权人存在“故意”,第1383条所针对的场景应当是侵权人存在“过失”,二者共同构成法国侵权法的一般条款。前述两个条文并未直接指明侵权行为所侵害的民事权益的范围,而是以一个具有高度概括性和包容性的“损害”来框定侵权法的保护对象,由此导致的结果必然是侵权法所保护的民事权益的范围较为开放。该规定使得法官有可能根据审判实践的需要酌情确定“损害”的性质及内容,从而确保该条款能够最大限度地适应和包容社会实践的需要。从法国的审判实践来看,法官依据该条款,根据社会现实的发展需要,不断纳入一些新型的损害类型,如“纯经济损失”等。近年来,法国法院在民事审判实践中又承认了所谓的“生态损害”,一改以往所强调的损害的个别相关性和现实性,将集体性、潜在性的损害也纳入侵权法的保护范围。如是这些,均集中凸显了法国侵权法一般条款模式的开放性及其优势。但是,由于《法国民法典》所确立的侵权法一般条款在保护民事权益方面的过于开放及其内涵的高度抽象性,确定相关民事权益是否属于侵权法的保护范围的责任就结构性地由立法者转移到法院那里。法官在民事审判实践中固然可以依据该条款确立各种具体的侵权法规则,从中挖掘出各种新类型的“损害”,但是,由于该条款所保护民事权益范围的高度抽象性以及由此衍生出的不确定性,法官往往会逃避自身的个案论证义务,简单机械地适用前述一般条款,武断地从中挖掘出其臆想出来的某种“损害”,通过司法判决的国家强制力量,让侵权人承担民事赔偿责任。这不仅有可能损及法律的统一性和稳定性,而且会过当地加重民众的注意责任,影响其意志自由的充分发挥。正是由于《法国民法典》所确立的侵权法一般条款存在的前述问题,尤其是该条款将原本应当由立法者加以解决的问题结构性地交给了法官,赋予法官过当地诠释该条款中所确定之“损害”内涵及外延的权力,因此,《德国民法典》在采纳《法国民法典》创立的一般条款时,作了必要的限制。

德国立法者深切地认识到:“将解决应当由立法解决的问题之职能交给法院,既不符合本草案的本意,而且从德国人民对法官的职能之一般观点来看也是不能接受的。”^①德国民法典起草委员会担心法国式一般条款有可能产生的不确定性,因此,力图通过详细列举侵权法的保护范围、为法官提供

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



一套相对客观的裁判准则来消除该种不确定性^①。与《法国民法典》所确立侵权法之一般条款相比,《德国民法典》“注重法律的确定性和预先为法官判决下调子,所以就更多地利用已确定的事实情况而把法官裁量范围缩小到最低限度。”^②基于前述指导思想,《德国民法典》将各类侵权诉因类型化,对侵害受到法律保护的各种权利的行为进行了列举。该法第 823 条第 1 款规定:“因故意或过失不法侵害他人生命、身体、健康、自由、所有权或者其他权利者,对被害人负损害赔偿的义务。”前述规定列举了生命权、身体权、健康权、自由权、所有权五种绝对权利,并以“其他权利”作为兜底性补充,赋予法官审慎地加以拓展的空间。在其后德国的司法审判实践中,德意志帝国最高法院和其继任者联邦最高法院以判例的形式从该条所规定的“其他权利”挖掘出一般人格权和营业权。前者通常被认为包括名誉权、隐私权和人格尊严权等民事权利,后者通常被认为是指已经建立的企业之正当经营的权利。为了弥补前述第 823 条第 1 款所保护的民事权益范围的不足,德国立法者又进而通过其他条款进行补充。《德国民法典》第 823 条第 2 款规定:“违反以保护他人为目的的法律者,负同样的义务。”第 1 款和第 2 款在构成要件方面存在明显的差异,表现在:前者所保护的权利为生命权、身体权、健康权、自由权以及所有权等绝对权利,而后者所保护的并非绝对权,而是以保护私人权利为目的的法律所规定的合法权益。《德国民法典》第 826 条规定:“以违反善良风俗的方式对他人故意施加损害的人,对受害人负有赔偿损害的义务。”与前述第 823 条第 2 款所规定的“违法侵权”相比,该条所规定的“背俗侵权”并不苛求该种场景下的“侵权行为”是否违法,但是,“侵权人”主观上必须出于故意,且必须以“违反善良风俗的方式”对他人施加损害。从前述第 823 条第 1 款、第 2 款以及第 826 条之间的关系来看,总体上呈现出一种列举递进的关系,由此在民事权益的保护方面呈现出一种由绝对权到合法权益、由合法权益到一般民事权益的逻辑递进关系。在前述一般条款之外,《德国民法典》又用了将近 30 个条文对各类侵权行为加以规范,由此确立了一种与《法国民法典》第 1382 条、第 1383 条所确立之侵权法一般条款迥然相异的侵权法立法模式,即“一般条款+类型化”模式。该模

① Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs (vol II, 1989), S.571.

② [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。



式代表了当代侵权法发展的新趋势。有学者认为,侵权法之所以出现“一般条款+类型化”的发展趋势,主要原因在于:第一,“主要依赖一般条款处理侵权纠纷将给法官过大的自由裁量权”;第二,“主要依赖一般条款处理侵权纠纷的方法不符合现代社会侵权类型复杂性的要求”;第三,“主要依赖一般条款处理侵权纠纷的方法将导致法官大量立法的现象,不符合成文法的特点”。^①

二、我国侵权责任法框定民事权益保护范围的方式

侵权责任法对其保护的民事权益范围的框定主要是通过一般条款完成的。我国侵权责任法制定过程中,围绕是否设置一般条款确立民事权益保护范围学界存在较大争议。多数学者认为,完全采取列举侵权行为的方式制定侵权责任法不可取,一则根本不可能通过穷尽性列举的方式将现实社会中各类侵权行为纳入侵权法中,二则也与我国传统的法典化立法模式相悖。较为妥当的方式应该是采取一般条款的方式框定侵权法保护的民事权益的范围,其原因在于:立法必须保持足够的抽象性。诚然,法律规范不能过于概括,但它作为法的性质决定了它必须保持足够的概括性。法律规范不可能像法官的判决那样,仅仅适用于某种特殊情况,它必须适用于一定类型的情况。^②但是,问题的症结在于,应当采取法国式的一般条款模式呢,还是应当采取德国式的一般条款模式?法国式一般条款模式的优点在于保护民事权益的高度抽象概括性,该种性质决定了它在保护民事权益方面的足够开放,可以最大限度地因应实践发展的需要,将需要保护的民事权益糅杂于该一般条款所规定的“损害”之中。在法国的审判实践中,法官在解释法律的时候往往扮演主动、积极的角色,通过对“损害”的创造性挖掘,确立判例并弥补法律之不足^③。但是,法国式一般条款模式的弊端也是比较明显的,如:要求对“违法性”进行进一步的、详细的阐明;在确定有权提出损害赔偿请求的主体范围方面存在困难;在根据需要限制责任方面存在困难等等^④。但是,法国式一般条款模式的最大弊端还不是前述这些,而是过当

① 王利明:《论侵权责任法中一般条款和类型化的关系》,载《法学杂志》2009年第3期。

② 参见[法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1983年版,第88页。

③ 参见邱聪智:《民法研究》(一),中国人民大学出版社2002年版,第132页。

④ 周友军:《论我国过错侵权的一般条款》,载《法学》2007年第1期。

赋予法官自由裁量权所导致的对民众行为自由的压制问题。由于民事立法者并未明确《法国民法典》第 1382 条中“损害”的确切涵义,实践中厘定其范围的责任就结构性地转由法官来行使,后者根据案情的具体情况进行动态的筛选和判断其是否属于该条所保护的“损害”之范围。由于缺乏像法律那样的整齐划一的标准,人们对自己的行为后果难以作出一个合乎逻辑的预期,由此它必然会压制民众充分地发挥意志的自由,进而在一定程度上影响私法自治的实现。与法国相比,德国式一般条款模式的优点在于,它能够法官识别判断相关民事权益是否属于侵权法保护的范围内提供一个原则性的标准,将法官的自由裁量纳入尽可能尊重立法者权威的轨道之内。通过对绝对权、合法权益、一般民事权益之轻重有别的递进式保护,德国式一般条款模式将尊重民众的行为自由和保护受害者的民事权益最大限度地关联起来,不仅保障了法律适用的公正、维护了法的安定性,而且有助于实现宪法与民法、民法与公法的联结与互动。但是,德国式一般条款模式的弊端也比较明显,其中最为突出的弊端就是其对民事权利的列举性规定所带来的封闭性。法官固然可以依据《德国民法典》第 823 条第 1 款所规定的“其他权利”,审慎地挖掘出内蕴于其中的其他绝对性民事权利,但是依然不可避免地使其挖掘具有较大程度的滞后性,难以像法国式一般条款那样最大限度地因应时代发展的需要。德国的民事立法者固然在其民法典的第 823 条第 2 款、第 826 条通过“违反保护他人的法律”“背俗侵权”等条款对第 823 条第 1 款所规定之民事权益范围进行补充,但是由于该种补充必然需要法官的协助,由此不可避免地会产生类同于法国式一般条款那样的法官造法的弊端。

统合前述,可以看出:法国式一般条款与德国式一般条款各有其优缺点。从我国先前《民法通则》中的相关规定来看,其界定侵权法保护范围的时候所采行的似乎是法国模式。该法第 106 条第 2 款规定: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。第 106 条第 3 款规定:没有过错,但法律规定应当承担民事责任的,应当承担民事责任。如果将前述规定与《德国民法典》第 823 条和第 826 条或者《法国民法典》第 1382—1384 条进行比较的话,前述规定在外观上显然更接近于《法国民法典》中的有关规定。国内许多学者认为,该条所借鉴的实际上就是法国式一般条款模式,高度概括性地对侵权法的保护范围进行规定。有学者指出:“我国民法文化中含有更多的德国法营养,从清末法律改



革到 20 世纪 80 年代制定民法通则,我们曾有过三次选择机会:在德国列举式做法和法国一般条款模式之间就自己的侵权行为法基本模式进行选择。前两次选择表面上接近于德国模式但在逻辑结构上仍有别于德国模式。最后一次选择则完全采用了法国式的一般条款模式。作出这样的选择绝对不是历史的巧合或者立法者的任意。选择一般条款模式的最大优点在于保障法律应有的包容性以及尽可能避免诸如德国法院创设的纯粹经济利益、营业权、一般人格权、具有保护第三人利益的合同等复杂而且不甚符合法律逻辑的现象。”^①但是,也有学者认为,该条并没有完全采取法国的模式,其理由是: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,这与法国法的模式并不完全相同^②。从我国的司法审判实践来看,我国法院并未将《民法通则》第 106 条第 2 款按照法国模式来理解,从最高人民法院到地方各级法院,从未明确认为该款中的“财产”包括所有的财产利益并且应与绝对权同等保护。因此,从司法审判实践的角度观察,我国《民法通则》第 106 条第 2 款之侵权行为一般条款并不是真正意义上的法国模式。^③ 王利明教授认为,我国侵权法通过一般条款规定损害的概念来界定侵权法保护范围的做法是值得商榷的。因为这一条款过于笼统抽象,将损害范围、类型的界定完全交给法官不仅容易导致判例不统一等不良后果,而且也无法区别侵权与合同这两个完全不同的规则体系。当然,除此之外,还有其他方面的一些原因^④。国内有学者明确指出,法国式一般条款与德国式一般条款相比各有利弊,但德国模式总体上更值得借鉴,其原因在于:其一,“德国模式更具有可操作性,可以有效指导司法实务”;其二,“法国模式会授予法官过大的自由裁量权,而我国的法官素质难以胜任这样的工作”;其三,“德国模式更侧重于行为自由的保障,从而可以满足我国当下的社会需要”;其四,“虽然法国模式的弊端在于难以限制责任,而德国模式的弊端在于不利于扩张责任,但德国模式下的责任扩张方式更容易借鉴”;其五,“我国法律已经引入了若干德国法上扩张侵权责任的方式,如一般人格权、缔约上过失责任、安全保障义务等”。^⑤

① 张新宝:《侵权行为法的一般条款》,载《法学研究》2001 年第 4 期。

② 王利明:《侵权法一般条款的保护范围》,载《法学家》2009 年第 3 期。

③ 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。

④ 王利明:《侵权法一般条款的保护范围》,载《法学家》2009 年第 3 期。

⑤ 周友军:《论我国过错侵权的一般条款》,载《法学》2007 年第 1 期。



2009 年底出台的《侵权责任法》第 2 条规定:“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任(第 1 款)。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。”依据前述规定,该条所保障的范围为“民事权益”,即“权利+利益”。但是,该条所指之民事权益,均以某某权加以某种权利加以列举,给人的直观感觉似乎是该条第 1 款所说之民事权益仅限于第 2 款所罗列之民事权利,并不包括此外的合法权益。由于在该条第 2 款列举性规定权利之末,又冠之以“人身、财产权益”的表述,因此前述理解似乎又不甚确切。相较于此前《民法通则》第 106 条第 2 款的规定来说,《侵权责任法》第 2 条显然发生了比较大的变化,其保护民事权益的方式已经不再是法国式一般条款模式了。但是,与《德国民法典》第 823 条、第 826 条相比,它所采取的似乎又不是完全意义上的德国式一般条款模式。民事权利与合法权益不甚相同,《德国民法典》对民事权利、合法权益、民事利益采取了不同的保护方式,彼此间的构成要件迥然相异。但是,我国《侵权责任法》却采取了一体化处理的方式,对民事权利与合法权益的构成要件并未作进一步的界分,这显然不甚符合司法审判实践的需要。因此,如何通过司法解释与法理学说来构建“权利侵权”“违法侵权”以及“背俗侵权”等侵权行为类型的不同构成要件,在我国当下的民事审判实践中显见得非常重要。

三、我国侵权责任法保护的权益范围

《侵权责任法》第 2 条规定:“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任。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、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”依据前述规定,《侵权责任法》保护的权益仅限于民事权利,不包括宪法权利等公法权利。其保护的民事权利可以具体分为四种类型:(1) 人格权。包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权等权利。(2) 身份权。包括监护权、继承权等权利。(3) 物权。包括所有权、用益物权、担保物权等权利。(4) 知识产权。包括著作权、商标专用权、发现权等权利。(5) 社员权,即股权。结合前述规定,本部分从以下几个方面进行学理分析。



（一）作为侵权责任法保护对象的身份权

身份权就其性质而言,既不属于人格权,又不属于财产权,它本质上属于亲属权的范畴,是指具有一定的亲属关系的人相互之间享有的权利。身份权以由亲属关系而得享有的利益为内容,以具有亲属关系的人为客体。^①监护权、配偶权、继承权等均属于身份权的范畴。对于身份权是否属于侵权责任法保护的范畴,学界的认识不甚一致。有学者认为:“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距,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。”^②依据前述《侵权责任法》第2条的规定,身份权也属于侵权法的保护范围。但是,从《侵权责任法》的文本规定来看,纳入其保护范围的仅限于监护权和继承权,配偶权等身份权并未被纳入其中。从我国的司法审判实践来看,侵害监护权的行为主要包括两种情况:其一,拐卖人口或者未经监护人同意擅自带走被监护人^③;其二,因医疗机构的过失,致使不同父母的婴儿被抱错或者导致婴儿被他人偷走^④。《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》^⑤第2条规定:“非法使被监护人脱离监护,导致亲子关系或者近亲属间的亲属关系遭受严重损害,监护人向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理。”配偶权就其性质而言,是指配偶之间因婚姻而成立的以相互忠诚为内容的权利^⑥。夫妻一方违背忠诚的义务而与第三人通奸或者同居的,构成对另一方配偶权的侵害。但是,对于遭受损害的配偶一方是否可以向第三人主张侵权赔偿

① 谢怀栻:《论民事权利体系》,载《法学研究》1996年第2期。

② 王利明:《侵权法一般条款的保护范围》,载《法学家》2009年第3期。

③ 如《唐爱华诉段凤娇未经同意带走其未成年女儿侵犯监护权案》,载最高人民法院中国应用法学研究所:《人民法院案例选》(总第19辑),人民法院出版社1997年版,第69页以下。

④ 如《孙华东、李爱野诉通化市人民医院侵犯身份权案》,载最高人民法院中国应用法学研究所:《人民法院案例选》(总第46辑),人民法院出版社2004年版,第93页以下。

⑤ 2001年2月26日最高人民法院审判委员会第1161次会议通过,自2001年3月10日起施行。法释[2001]7号。

⑥ 王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第149页。



责任,学界的认识不尽相同,不同国家或地区的做法也不甚一致。我国台湾地区法院对此秉持认可的立场,认为“通奸之足以破坏夫妻之共同生活,而非法治所许,此从公序良俗之观点可断言,不问所侵害者系何权利,对于配偶之他方应构成共同侵权行为。”^①但是,我国《侵权责任法》对此没有规定,《婚姻法》对此秉持的立场似乎也较为模糊。《婚姻法》第46条规定:“有下列情形之一的,导致离婚的,无过错方有权请求损害赔偿:(一)重婚的;(二)有配偶者与他人同居的;(三)实施家庭暴力的;(四)虐待、遗弃家庭成员的。”依据该规定,无过错一方请求侵权赔偿的条件包括:(1)对方存在重婚或者与他人同居侵犯其配偶权的行为;(2)双方离婚。但是,对于无过错一方是否可以向侵害其配偶权的第三人主张侵权赔偿责任,婚姻法中却并未作出规定。

(二) 债权是否属于侵权责任法保护的对象

《侵权责任法》所保护的民事权利除身份权外,均为绝对权。所谓绝对权,是指无须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^②。《侵权责任法》第2条所列举的人格权、物权、知识产权等均属于绝对权。该种权利的义务人是权利主体之外的任何不特定的人或者组织,他们负有消极不侵害权利人所拥有的绝对权的义务,因此,绝对权具有对世性,可以合乎逻辑地成为侵权法的保护对象。与之相比,债权则完全不同。债权属于相对权,不具有社会公开性,第三人无从知悉他人是否拥有债权,更无从了解该权利的确切内容。更加之,同一债务人的债权人往往很多,如果适用侵权责任法中损害合理分配的原则,将不可避免地自由的市场竞争造成妨碍^③。因此,《侵权责任法》并未将债权列为其保护的权益范围。目前,学界对第三人侵害债权的行为是否能够构成侵权的理解不甚一致。“德国民法通说认为,债权属于相对权,并未向外显露其属性,无法为他人所知悉。因此,债权不属于《德国民法典》第823条第1款中的‘其他权利’,不受侵权法保护。但是,德国也有一些民法学者认为,在某些情况下侵害债权也构成侵权行为。因为债权也是一种财产,其归属于债权人,这也是一种绝对的法律地位,应当受到侵权法的保护。”^④国内学界对该问题总体上有两

① 我国台湾地区“最高法院”1996年台上字第2053号判例。

② 洪逊欣:《中国民法总则》,中国台北:自版,1992年,第61页。

③ 王泽鉴:《侵权责任法:基本理论·一般侵权行为》,中国台北:自版,1998年,第198页。

④ 程啸:《侵权责任法》(第二版),法律出版社2015年版,第185页。

