

梁慧星 / 主编

民商法 论丛

CIVIL AND COMMERCIAL LAW REVIEW

金桥文化出版(香港)有限公司



2002年第4号

总第25卷

VOL · 25

梁慧星 / 主编

民商法论丛

2002 年第 4 号 / 总第 25 卷
金桥文化出版(香港)有限公司

民商法论丛 (总第25卷)

主编 梁慧星

责任编辑 王 玲

封面设计 石 磨

出版·发行 金桥文化出版(香港)有限公司
香港中环干诺道中 68 号华懋广场二期
六字楼 A 室

北京办事处 电话(010)68028094

深圳办事处 电话(0755)5517258

中国内地进口总代理 中国出版对外贸易总公司

中国内地发行总代理 现代书店有限公司

印刷 永恒印刷

版次 2002 年 12 月第 1 版第 1 次印刷

书号 ISBN 962-86389-2-0

出版声明 版权所有 侵权必究

卷首语

本卷是第 25 卷(2002 年第 4 号)。

【专题研究】栏选刊七篇论文。第一篇是张民安的《因侵犯他人纯经济损失而承担的过失侵权责任》。所谓纯经济损失,是指不与人身损害和有形财产损害相联系的经济损失。例如建筑施工挖断电缆,供电公司遭受有形的财产损害,而工厂因供电中断而遭受的经济损失就属于纯经济损失。受害的工厂可否向施工人要求侵权损害赔偿,就是本文所研究的课题。第二篇是程啸的《违约与非财产损害赔偿》。此所谓非财产损害,亦即精神损害。因违约所导致的非财产损害,应予赔偿?各国立法和判例是何态度,给予赔偿或者不予赔偿,其理由何在?是本文所着重探讨的课题。第三篇是常鹏翱的《论顺位》。不动产物权上的顺位问题,其重要性是不言而喻的,但教科书上一笔带过,并未深论。本文恐怕是专门研究顺位问题的第一篇论文。第四篇是黄力华的《国际航空货物运输中空运单记载事项欠缺及错误与承运人责任限额制度研究》。作者近年来着重研究国际航空运输法律问题,本刊第 20 卷曾刊载作者的《国际航空旅客运输中承运人的责任》一文。第五篇是郭树理的《区际私法反致问题刍议》。作者参考国际私法关于反致的理论和经验,研究了中国区际私法上的反致问题。第六篇是邱冬梅的《论我国在〈联合国国际货物销售合同公约〉中的保留条款及对法律适用的影响》。我国在参加该公约时,根据公约第 95 条规定,对公约第 1 条第(1)款(b)项的规定作了保留声明。作者着重研究了保留条款的效力及因保留所引发的法律适用问题。

【民法哲学】栏刊载肖厚国的《我们凭什么取得物权？——洛克的劳动财产哲学解读》。我们凭什么取得物权？我们可以不假思索地回答：根据法律规定的物权取得方式。但法律规定的依据何在？当民法规定“生产”和“加工”为取得物权的根据时，指的就是“劳动”。值得我们进一步思考的是，“劳动”何以成为取得权利的依据？因此，作者对洛克的劳动财产哲学进行了解读。

【程序问题】栏刊载两篇论文。一是杨峰的《证券侵权群体诉讼制度研究》。证券交易中的侵权纠纷的特殊性要求采用群体诉讼制度。我国现行民事诉讼法规定的代表人诉讼，即属于群体诉讼制度。本文结合美、英、德、日的群体诉讼制度，研究了我国证券群体诉讼的制度缺陷，并提出了具体的完善方案。二是张艳的《TRIPS 协议禁止程序滥用制度及其在我国民事诉讼中的确立》。按照 TRIPS 协议的要求，我国通过修改专利法、商标法等法律，已经建立“诉前停止侵权”等一系列保护权利人的措施，可以说在保障当事人有效地行使程序权利方面，相关法律制度已经比较完善，但在如何有效地限制当事人滥用程序及滥用程序造成对方损失时如何给予救济方面，我国民事诉讼法尚有待完善。TRIPS 协议关于滥用程序的赔偿制度的规定，为解决这一问题提供了契机。

【民法典编纂】栏编入两篇文章。一是编者的《中国对外国民法的继受》。是编者今年 9 月 13 日在韩国法制研究院召开的“东亚法律继受与法律术语研讨会”上的报告稿。中国之继受外国民法，始于 20 世纪初的清代末期，迄今已有百余年。因继受外国民法，在中国创立了一个崭新的民法体系和一个民法学科，使中国的法律制度可能与国际接轨。改革开放以来的民事立法，正是这一继受过程的延续。回顾百年继受外国法的曲折进程，对于现今正在进行的中国民法典编纂，当有

深刻的教训和启示。讨论会上韩国学者和日本学者的报告稿译文,预计在下卷刊登。二是胡元琼、江梅、何艳真、于明磊的《赠与合同若干问题研究——兼作立法建议》。赠与合同有其悠久的历史和独特的价值,故新合同法特设明文规定。本文从探讨赠与合同基本理论入手,通过比较各国立法例,对赠与合同制度作了全面、系统的研究,并提出进一步完善的立法建议。

【域外法】栏选刊三篇文章:徐伟功的《美国不方便法院原则问题研究》,杜涛的《德国国际私法立法的历史发展》,邓杰的《英国海事仲裁中的财产保全制度》,是中国学者研究外国法的新成果,对于中国完善法律体系当有重要参考价值。【仲裁问题】刊登方建华、杨静的《仲裁当事人制度若干法律问题研究》。为了重塑法律的权威,实现社会正义,许多国家掀起司法改革的浪潮,而纠纷解决程序出现“私化”的趋势,仲裁在解决纠纷中的地位和作用日益受到重视。因此,本刊从第22卷起开设专栏,发表研究仲裁制度的论文,希望促进我国仲裁制度的完善和发展。本文着重研究仲裁当事人制度,是研究仲裁制度的新成果。【硕士学位论文】栏刊登《商业秘密法基本问题研究》一文,作者彭学龙是中南财经政法大学2002届民商法硕士。

9月16日至25日法制工作委员会在北京召开民法典草案专家讨论会,讨论该委员会民法室在民法学者专家受委托分别起草的民法典各编草案基础上经过4个月的时间整理、删改于9月初完成的《中国民法典草案(室内稿)》。该草案分为总则、人格权、物权、知识产权、合同、侵权行为、婚姻家庭、继承和涉外民事关系的法律适用九编。会上关于人格权单独设编、侵权行为单独设编及是否保留债法总则,争论颇激烈。从会上的发言看,争论的焦点是:应否坚持一定的逻辑体系。

主张人格权单独设编、侵权行为单独设编和取消债法总则的学者专家,并没有为自己的主张提出有说服力的论据。为了追求所谓“通俗化”,所谓“松散式”,而抛弃债权概念,取消债法总则编,是否值得?! 一部没有逻辑的、体系混乱的民法典,能否保障裁判的公正和统一?! 能否成为人民群众学习法律知识特别是培养具有高尚人格和高素质的法官、律师、检察官和法律顾问等“法律人”的教科书?! 能否为中国在 21 世纪实现民主、人权、法治国和建成现代化的社会主义市场经济提供坚实的法制基础?!

编者于 2002 年 9 月 26 日

《民商法论丛》的宗旨是，从我国改革开放和发展现代化市场经济的实际出发，广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说，研究民商法的基本理论和重大法律问题，为我国民商事立法的现代化和审判实务的科学化提供科学的法理基础，提升我国民商法理论水准，培养民商法理论人才。按照编辑方针，本丛书将每年出版4卷，每卷50万字。内容包括：一、法学方法论；二、专题研究，包括民法、商事法、域外法；三、判例研究；四、硕士学位论文；五、博士学位论文；六、域外著名学者精典论著；七、重要立法资料。

金桥（近期出版）书目

《民商法论丛》第16卷	定价：60元
《民商法论丛》第17卷	定价：56元
《民商法论丛》第18卷	定价：52元
《民商法论丛》第19卷	定价：52元
《民商法论丛》第20卷	定价：55元
《民商法论丛》第21卷	定价：58元
《民商法论丛》第22卷	定价：50元
《民商法论丛》第23卷	定价：50元
《民商法论丛》第24卷	定价：56元
《越南社会主义共和国民法典》	定价：25元
《蒙古国民法典》（新编本）	定价：20元
《阿尔及利亚民法典》	定价：23元
《埃塞俄比亚民法典》	定价：65元
《智利共和国民法典》	定价：33元
《物权法研究》	定价：56元
《物权法原理》	定价：45元
《从近代民法到现代民法》	定价：24元
《为权利而斗争》	定价：36元
《自由心证与自由裁量》	定价：12元
《迎接WTO》第一辑	定价：21元
《迎接WTO》第二辑	定价：38.50元
《迎接WTO》第三辑	定价：27元

联系地址：北京市西城区南礼士路21号617室
邮政编码：100045
联系电话：010-68028094

目 录

卷首语

专题研究

- | | |
|------------------------------------|---------|
| 因侵犯他人纯经济损失而承担的过失侵权责任 | 张民安/ 1 |
| 违约与非财产损害赔偿 | 程 啸/ 70 |
| 论顺位 | 常鹏翱/117 |
| 国际航空货物运输中空运单记载事项欠缺及错误与承运人责任限额制度研究 | 黄力华/155 |
| 区际私法反致问题刍议 | 郭树理/183 |
| 论我国在《联合国国际货物销售合同公约》中的保留条款及对法律适用的影响 | 邱冬梅/205 |

民法哲学

- | | |
|-----------------------------|---------|
| 我们凭什么取得物权？
——洛克的劳动财产哲学解读 | 肖厚国/237 |
|-----------------------------|---------|

程序问题

- 证券侵权群体诉讼制度研究 杨 峰/266
- TRIPS 协议禁止程序滥用制度及其
在我国民事诉讼中的确立 张 艳/308

民法典编纂

- 中国对外国民法的继受 梁慧星/361
- 赠与合同若干问题研究
——兼作立法建议
胡元琼 江 梅 何艳真 于明磊/380

域外法

- 美国不方便法院原则问题研究 徐伟功/421
- 德国国际私法立法的历史发展 杜 涛/473
- 英国海事仲裁中的财产保全制度
——兼论我国海事仲裁财产保全制度
的完善 邓 杰/523

仲裁问题

- 仲裁当事人制度若干法律问题研究
方建华 杨 静/553

硕士学位论文

- 商业秘密法基本问题研究 彭学龙/630

专题研究

因侵犯他人纯经济损失而承担的 过失侵权责任

张民安

目 次

- 一、纯经济损失在现代过失侵权法律中的地位
- 二、专业人士对其委托人所承担的过失侵权责任
- 三、行为人就其过失陈述对第三人所承担的侵权责任
- 四、因建筑物或产品瑕疵而导致的纯经济损失的赔偿
- 五、因侵犯他人的相关经济损失而承担的过失侵权责任

一、纯经济损失在现代过失 侵权法律中的地位

(一) 纯经济损失的过失侵权损害 赔偿的排除性规则

20 世纪 60 年代以来,侵权行为法领域出现了一种新的损害形态即纯经济损失(pure economic loss)。所谓纯经济损

失是指受害人因为他人的侵害行为而遭受的经济上的损害,但是此种损害不是因为受害人所遭受的有形的人身损害或有形的财产损害而产生的经济损失。现代两大法系国家均区分这两种意义上的经济损失并赋予它们以截然不同的法律效力:如果原告因为自己的有形人身损害或有形财产损害而遭受经济上的损失,原告可以要求侵害人对自己的经济损失承担损害赔偿 responsibility;如果原告因为自己的有形人身损害或有形财产损害以外的纯经济利益遭受损害,则原告不能请求侵害人对自己的经济损失承担损害赔偿 responsibility。这就是现代两大法系国家侵权法所实行的纯经济损失的过失侵权损害赔偿的“排除性规则”。两大法系国家之所以对纯经济损失的过失侵权损害赔偿采取排除性的原则,其原因多种多样,主要包括:契约和侵权保护方法的适当区分与维持,诉讼泛滥的担忧,经济利益与财产性利益的传统区别的影响,被告行为的可责难性与其责任范围的不对称性,法律确定性的需要以及保险因素的影响等。

1. 契约、侵权与纯经济损失的保护

纯经济损失的排除性规则的重要根据在于,人们宁愿以契约的方法而不愿以侵权的方法对受害人的经济利益提供保护。人们认为,原告应当通过与潜在的侵权人直接订立契约的方式寻求其经济损失的赔偿,通过与他人订立契约的方式来分配可能存在的经济利益遭受损害的风险,他们可以规定义务人履行契约时的特定标准,可以排除或限制义务人承担的损害赔偿的范围。如果原告不能通过契约的方式对自己可能要遭受的经济损失加以保护,则他应当对其风险予以保险,通过责任保险方式使自己的经济损失得到保护,“如果当事人之间已经订立了契约,确定了义务履行条款和损害赔偿的排除或限制条款,那么,法律再规定不同的义务履行标准和通过

一般性的注意义务而实行不同的法律责任规则,是没有理由的。如果当事人没有订立此种契约,则人们认为受害人应当自己承担其所遭受的经济损失的责任。”^[1]现代法律之所以要求原告以契约性分析方法对其经济利益加以保护,主要是基于最基本的社会权利的考虑:任何人均不享有要求免受他人过失干预的道德性权利,相反,他们负有通过契约的方式购买此种保护的义务,负有通过契约方式对其经济损失予以保险或自己承担他人过失侵权所导致的后果的道德义务,因此,契约法是保护原告免受他人过失干预行为影响的适当法律机制,因为契约法倡导经济利益和经济活动的自我决定和自我控制,反对经济利益和经济活动的国家干预和公共控制。如果允许原告对被告的过失行为提起侵权诉讼,要求被告对原告所遭受的纯经济损失承担法律责任,则违反了经济活动的一般性原则,干预了经济活动领域中的自我决定的自由,“经济活动的自我控制被认为具有高度的可行性,此种可行性不仅建立在功利主义的原则基础上,而且也建立在个人道德的基础上,它是经济活动领域所践行的自我决定原则的必要条件之一。”^[2]

2. 诉讼泛滥的担心

两大法系国家的法律不对纯经济损失提供法律保护的重要理由是担心一旦允许受害人对侵害人提起侵权诉讼,要求侵害人对自己的纯经济损失承担法律责任,则该种规则会开启诉讼泛滥的大门,导致纯经济损失的侵权诉讼大量发生,使被告有可能要对大量的不确定的原告承担大量的不确定的损害赔偿赔偿责任,而在侵害他人有形人格或有形财产的场合,被告所承担的侵权责任是有限的,他们不会对大量的不确定的人承担大量的不确定的侵权损害赔偿赔偿责任。“在对人身或财产造成的有形损失的情况下,确定被告侵权责任限制的任务因

为有形损害法的作用而得到减缓,虽然并没有排除……有形侵权造成的损害赔偿数额……可以通过其本身对此加以限制……有形损害法对经济损失并没有规定同样的限制。经济关系是十分紧密地联系在一起的,其中一种关系的破坏将会产生非常广泛的后果。更有甚者,一个人对另一个人所施加的经济损害,在没有其他力量干预的情况下也会引起连锁反应。法院在处理纯经济损失的案件时会面临被告所承担的潜在法律责任极其巨大的问题……。”^[3]

3. 法律确定性的需要

现代法律对纯经济损失采取排除性规则的一个重要理由是法律确定性的需要,因为,仅仅通过法律的确定性,法律实务者才能对他们的当事人提出有效的司法建议,^[4]如果法律就纯经济损失的过失侵权保护无确定性的原则,则法律实务者就会面临无法提供准确的法律意见的问题。再则,法律的确定性也是被告预先安排其生活和事务的需要,因为被告在纯经济损失的侵权案中可能会对不确定类型的群体承担不确定数量的赔偿,这就使被告无法预先确定其侵权损害赔偿的范围,因此也无法安排其事务。而如果被告的责任具有确定性,则他可以事先知悉其可能承担的责任范围,并因此而安排好自己的事务;并且如果他愿意,他亦可以对其责任加以保险,“法律责任愈是不确定,则责任保险愈是困难和代价高。”^[5]法律确定性的需要使纯经济损失的赔偿适用了排除性的规则,“如果人们允许在某一特定的情况下对他人的纯经济损失采取予以赔偿的偏离原则,那么,此种偏离规则可能会使人们试图在其他的情况下也对纯经济损失采取予以赔偿的规则,则目前所适用的一般规则的确定性就会受到严重的毁坏。”^[6]

4. 经济利益和财产利益

在两大法系国家,人们都将财产利益和经济利益看作两

种性质不同的法律利益。在绝大多数人的价值观念中,经济利益的价值要比财产利益的价值低,因此,法律更愿意对他人遭受的财产利益加以保护而不愿意对他人遭受的经济损失予以保护,这也是现代两大法系国家的法律对纯经济损失采取排除性规则的重要原因。无论是古代侵权法还是现代侵权法,法律都区分两种意义上的财产即有形财产和无形财产并对两者提供不同程度的法律保护。就他人有形财产而言,无论是古代法律还是现代法律,它们都仅将干预他人有形财产的行为看作是侵害人承担责任的根据,至于侵害人的主观意志状态如何,法律在所不问,无论是故意干预他人有形财产还是过失干预他人有形财产,均构成侵害他人财产利益的侵权行为,均足以使侵害人对受害人的损害承担侵权责任。就他人的无形财产而言,无论是古代法律还是现代法律,它们都不愿意将损害他人无形财产的行为看作过错侵权责任的基础;即便在现代社会,法律在例外的情况下对他人的无形财产加以保护的时候,法律也对此种保护规定了严格的条件,不仅要求有干预他人无形经济利益的行为,而且还要具备主观上的要件,即主观上的故意:一般情况下,经济侵权责任须以行为人主观上的蓄意或故意为条件,过失不能构成此种责任的根据。

5. 被告行为的可责难性与其法律责任范围的不成比例性

此种观点是由美国学者 Rabin 教授提出来的。Rabin 教授认为,如果允许原告就其所遭受的经济损失提起一般性损害赔偿请求权,则此种一般性请求权将会使被告的责任范围与被告的过失的范围不成比例性。Rabin 教授认为,正是由于此种不成比例性才使英美判例法一直以来对纯经济损失采取排除性规则,不允许原告提起过失侵权诉讼,要求被告就其

行为所致的纯经济损失承担侵权责任。^[7] Rabin 教授的此种观点得到某些学者的赞同,也遭到某些学者的反对。赞成此种不成比例性理论的学者认为,如果被告对其过失所致的纯经济损失所承担的侵权责任仅仅取决于该种类型损失的合理预见性,那么,被告所面对的侵权请求权将要与他的过失行为不成比例性。^[8]而反对的学者认为,Rabin 教授的此种观点是不能令人满意的,它无法解释产品责任案件中的经济损失原理,在这些案件中,产品购买人通常是唯一可能对经济损失提起诉讼的当事人,因此,此种案件不会涉及到被告行为的过错与其责任的范围不成比例的问题。^[9]

(二)纯经济损失在现代两大法系 国家中的地位

在英国,契约法与侵权法的分离是 19 世纪的事,在这一时期,契约法和侵权法均得到快速的发展,其中,在契约领域,法律确立了契约相对性规则,在侵权法领域,出现了过失侵权责任制度。到了 19 世纪中后期,法院就面临这样的问题:受害人所遭受的损失类似于契约债权人因为他人违约而遭受的损失,由于受害人同侵害人之间无契约关系,因此,他无法对侵害人提起违约损害赔偿诉讼,在此种情况下,侵权法能否对受害人所遭受的此种纯经济损失提供法律保护。对此问题,英国法律采取的方法是区分故意侵权和过失侵权,认为,在行为人故意侵害他人纯经济利益并导致他人遭受纯经济利益的损失时,行为人应当对他人所遭受的纯经济损失承担法律责任,原告可以向法庭提起侵权诉讼,要求被告对自己所遭受的纯经济损失承担法律责任,而在行为人过失侵害他人的经济利益并导致他人遭受纯经济损失时,行为人不应对他人所遭受的纯经济损失承担法律责任,原告不得提起侵权诉讼,要求被