

2009年第1期

总第6期

晟典律师评论

SD & Partners Law Review

晟典律师事务所主办

人民法院出版社



2009年第1期

总第6期

晟典律师评论

SD & Partners Law Review

主 编 余俊福

副主编 陈 东

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

晟典律师评论. 2009 年第 1 期: 总第 6 期/余俊福主编.
北京: 人民法院出版社, 2009. 8

ISBN 978-7-80217-789-5

I. 晟… II. 余… III. 律师业务—丛刊 IV. D916.5-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 114615 号

晟典律师评论 2009 年第 1 期 (总第 6 期)

晟典律师事务所主办

主编 余俊福

责任编辑 杜 澎
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 67550561 (责任编辑) 67550516 (出版部)
67550558 67550551 (发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷
经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16
字 数 278 千字
印 张 14.125
版 次 2009 年 8 月第 1 版 2009 年 8 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-80217-789-5
定 价 32.00 元

版权所有 侵权必究

《晟典律师评论》组织机构

顾问	韩德培	江平	徐静村	李昌麒
	赵秉志	张卫平		
编委会主任	余俊福			
编委会副主任	陈治民	陈东	祝理力	丁新朝
委员	余俊福	陈治民	陈东	祝理力
	丁新朝	朱敏雄	周海荣	黎伟
	胡宁可	张伟宜	周游	徐育康
	苏作文	尹宏	许汝俊	申凯
	张巍松	李立坤	赖灿辉	曹世文
	辛焕平	胡冰梅	何阳春	黄毅文
	王英辉	江波	黄华辉	华光
	钟刚强	胡子良	吴惠新	敖志和
	黄建强	赵彦武	郑强彬	陈小伟
	邓春花	李国然	秦家才	叶安民
	李卫	王萍		
主编	余俊福			
副主编	陈东			
编辑	张巍松	黎永绿	黄建强	付芳霞
	董会莲			
电子版编辑	罗政	林燕好		

编者按：

惊闻韩先生仙逝，我所及编辑部哀痛不已。韩先生学贯中西，为治学大家。但平易近人，并奖掖后学。先生非常关心《晟典律师评论》的成长，在创刊之际欣然担任《晟典律师评论》顾问，并在百忙之中拨冗赐教。虽我所大部分律师与先生并无师生之谊，但如沐长者之风。

先生之情山高水长。

晟典律师评论编委会
晟典律师评论编辑部
痛挽

目 录

mu lu

沉痛悼念韩德培教授…………… 韩德培治丧委员会供稿(1)

名家讲座

论侵权责任法草案二次审议稿的侵权

行为一般条款…………… 杨立新(6)

律师管理制度论文

律师事务所管理系统的建立和

发展初论

——兼谈晟典律师事务所的管理得失…………… 余俊福(21)

中等规模律师事务所分配

制度初探…………… 陈 东(31)

特殊的普通合伙律师事务所对中国律师事务所规模化、

专业化的意义…………… 李臣春(41)

对律师事务所规模化发展的实践

及思考…………… 王先东(55)

律师事务所人才培养模式创新及团队

建设之探析…………… 马 波 梁锦荣(60)

律师所以对律师执业行为的风险

防范浅析…………… 张其芳(67)

浅谈律师事务所的

薪酬设计…………… 丛伟华(73)

律师事务所对律师参与信访管理

之管见…………… 董会莲(82)

设立专职行政总监实现合伙制律师事务所

管理的专业化…………… 王国安 乔胜军(90)

宝安区律师事务所主任联席

会议规则…………… 林昌炽(97)

司法实务

关于婚前赠与财产案件的审判思考…………… 刘雁冰 黄 维(100)

“许霆案”罪与非罪辨析…………… 周 游(111)

境外担保法律效力的实例分析与

思考..... 李立坤 王晓飞(121)

深度观察

裁判中的利益衡量:技术、规则

与理念

——基于案例的实证分析..... 刘冰(128)

缺陷食品的产品责任与惩罚性赔偿

金制度

——从“三鹿”奶粉事件谈起..... 王丽莎(143)

瞭望角

用情感说话

——律师事务所营销之蹊径..... 吴乐佳(152)

办案手记

群体劳动争议案件典型模型的评析与应对

——以珠三角某人民法院 A 法庭

受理群体劳动争议

案件为视角..... 侯巍林(156)

专题研究

美国与我国公司注册制度比较

借鉴..... 王丽莎(170)

论破产管理人的独立性..... 董会莲(190)

新法实施下劳动争议面临的现状、成因及主要问题..... 薛瑞虹(204)

沉痛悼念韩德培教授

韩德培治丧委员会供稿

中国共产党优秀党员、中国人民政治协商会议第六届和第七届全国委员会委员、九三学社第七届中央委员会顾问，中国当代著名法学家、杰出教育家、社会活动家，中国国际法学一代宗师、中国环境法学开拓者和奠基人，武汉大学人文社会科学资深教授、博士生导师韩德培先生，因病医治无效，于2009年5月29日21时在武汉逝世，享年99岁。

韩德培教授1911年2月6日出生于江苏如皋。少年时代，他聪慧过人，年少志远，在家乡先读私塾，后入新学，先后就读京江小学、如皋师范学校和南通中学。1930年以第一名成绩从南通中学毕业后，以优异成绩考入浙江大学史政系，半年后转入南京中央大学学习。后改学法律，广泛涉猎中外法学名著，开始接触马克思主义。1934年从中央大学法律系毕业，获法学学士学位，并留中央大学工作，担任学校和校刊编辑，同时从事教学工作，升任讲师。

1939年，韩德培教授考取中英庚款留英公费生，因第二次世界大战爆发，他于1940年改赴加拿大多伦多大学留学，学习、研究国际私法和英美普通法，1942年获法学硕士学位，同年以特别研究生的身份转入美国哈佛大学法学院，研究国际私法、国际公法和法理学。

1946年，韩德培教授应我国著名国际法学家、时任武汉大学校长周鲠生先生之邀，回国到武汉大学担任法律系教授。1947年出任武汉大学法律系主任，并被推举为武汉大学教授会主席。

1949年新中国成立后，韩德培教授除继续担任法律系主任外，还

担任当时武汉大学的最高领导机构校务员委员会常委兼副秘书长，协助管理全校的日常工作。1951年转任副教务长，主管学校教学工作。1957年，被错划为“右派”，受到不公正待遇，1979年予以彻底平反。

1979年，武汉大学决定复办法学教育，韩德培教授负责重建武汉大学法律系。1980年和1981年先后创建武汉大学国际法研究所和武汉大学环境法研究所，担任过武汉大学法律系主任、法学院名誉院长、国际法研究所所长、环境法研究所所长，国务院学位委员会法学学科评议组第一届、第二届成员、第三届特约成员，国务院经济法规研究中心顾问，国家环境保护总局顾问，中国法学会顾问、学术委员会委员，中国国际法学会副会长、名誉会长，中国国际私法学会会长、名誉会长，中国法学会环境资源法学研究会会长、名誉会长，中国国际经济贸易仲裁委员会顾问等职，并在国外兼任国际自然和自然资源保护同盟理事、国际环境法研究中心理事、世界城市与区域规划学会理事等职。

韩德培教授是一位坚定的爱国主义者和忠诚的共产主义战士。他黑暗中坚守信念，向往光明；他挫折中坚贞不渝，崇仰真理。早在中央大学求学期间，他就阅读了英文版的《共产党宣言》。在中央大学工作期间，他参与组建“现实社”和“明志社”等进步组织，同孙晓村、王昆仑等一道从事抗日救亡活动。1945年在美国求学期间，写信给董必武同志求教新中国的法学教育问题，同董老建立了长期的友谊。1946年，韩德培教授婉言拒绝国外机构的聘请，毅然从美国哈佛大学回国，投身中国的法学教育和法治建设。他积极追求进步，不畏权势，在当时著名杂志《观察》上发表了《我们所需要的“法治”》、《人身自由的保障问题》等脍炙人口的文章。武汉解放前夕，他参加了地下党领导的“新民主主义教育协会”，积极投身武汉大学师生的保校护产活动。1957年，韩德培教授被错划为“右派”，尽管蒙冤受辱，历尽艰辛，但他始终满怀信心，在沙洋劳动期间坚持培训中学教师、翻译联合国文件，在回武大外文系教授英语期间，精心组织英语专业本科的“听说领先”教改实验。1980年，他率领中国法学代表团赴荷兰参加了第二届国际法律科学大会，用流利的英文发表了驳斥台湾地区代表有损中国主权的演讲，赢得了全场的掌声，维护了国家主权和尊严。1981年，我国决定终止几个重点工程项目，外国公司提出巨额赔偿的要求，韩德培教授应国务院有关部门的邀请赴北京进行咨询，提交了《关于终止若干合同所涉及

的一些法律问题》的咨询报告，依据《联合国国际货物销售合同公约》确定的原则、罗马法原理和德日两国民法典据理力争，为国家挽回了数亿美元的巨大损失。当时，国务院一位领导尊称韩德培教授为“国宝”。韩德培教授早在1956年就向党组织递交过入党申请书，尽管他之后遭受了20多年的不公正待遇，但他矢志不渝，始终没有放弃共产主义信仰。1984年，他光荣地加入了中国共产党，实现了多年的夙愿。韩德培教授曾经在日记中写道：“老牛明知夕阳短，不须扬鞭自奋蹄。”表现了他为党和人民奋发工作的信念。

韩德培教授是一位以学术为第一生命的学术大师，是中国国际法学一代宗师、中国环境法学开拓者和奠基人。1984年出版的《中国大百科全书·法学卷》（修订版）在“中国历代政治家、思想家、法学家”栏目仅列两位在世的法学家，其中一位也是韩德培教授。他不唯书，不唯上；实事求是，追求真理；严谨法学，崇尚创新。在国际私法、环境法、国际公法、法理学及法学教育等领域，他都取得了卓越成就。他著作等身，主编的《国际私法》是全国第一本国际私法统编教材，主编的《环境保护法教程》是全国第一本环境法统编教材，他参与撰写的《美国国际私法（冲突法）导刊》开创了国别国际私法研究的先河，他主编的《国际私法新论》建立了新的国际私法理论体系，他提出的有关国际私法范围的“一体两翼”论被广泛引用。他是《中国大百科全书·法学卷》（修订版）的顾问，并担任国际私法和环境法两个分支学科的主编。他还先后主编或撰写了《人权的理论与实践》、《现代国际法》、《中国冲突法研究》、《中国环境法的理论与实践》、《国际私法专论》、《国际私法学》等著作；他主编的全国统编教材《国际私法》1988年荣获国家级优秀教材奖，主编的《人权的理论与实践》1998年荣获国家教育部人文社会科学研究成果一等奖，主编的全国高校法学专业核心课程教授《国际私法》2002年荣获全国高校优秀教材一等奖。1993年，韩德培教授在中国国际私法学会牵头成立了《中华人民共和国国际私法示范法》起草小组。为保证质量，他不顾年事已高，对起草的《示范法》逐字逐句审阅。该《示范法》六易其稿，历时七年，2000年由法律出版社公开出版发行，开我国民间性专家立法之先河，其英文版和日文版相继在国外出版发行，在国际上产生了重要影响，被海牙国际私法会议秘书长范·鲁先生誉为：“中国国际私法学界对世界国际私法学的一大贡献”。



韩德培教授是一位具有深邃发展眼光和远见卓识的杰出教育家。上世纪 50 年代，韩德培教授不仅主持武汉大学的教学工作，而且参与了中南地区高等学校院系调整规划的制定，主持中南地区高等学校的统一招生工作。1979 年改革开放之后，韩德培教授就敏锐地意识到国际法将在中国对外开放中发挥重要作用，他在主持重建法律系的同时，于 1980 年组建了我国高校第一个专门从事国际法研究的学术机构——武汉大学国际法研究所。1981 年，在社会上还没有基本的环境保护意识的时候，韩德培教授就推动武汉大学与中国环境科学研究院，合作组建了中国同时也是亚洲第一个专门研究环境法的学术机构——武汉大学环境法研究所。在韩德培教授的不懈努力下，环境法成为我国法学学科中一个独立的二级学科。现在，韩德培教授创建的两个研究所都是教育部人文社会科学重点研究基地，其涵盖的学科都是国家级重点学科，在国外产生了广泛影响。1983 年，他主持创办了武汉大学《法学评论》杂志，该杂志是国内高校创办最早的法学类杂志之一。

韩德培教授从教 64 年，教书育人，诲人不倦，为我国培养了大量高级法律专业人士，桃李满天下。他言传身教，奖掖后学，先后培养了 200 多位法学硕士和法学博士研究生。他的不少学生已经在重要岗位上担任领导职位，有的在跨国机构担任要职，有的成长为知名教授、博士生导师。韩德培教育病重弥留之际，念念不忘的是学生，是学生的毕业论文，是学生的论文答辩。韩德培教授学为人师，行为世范，德高望重，他高尚的人格魅力和无私奉献的精神影响了一代又一代的法律学人。

韩德培教授是一名杰出的社会活动家，他十分关心国家的法治建设，积极建言献策。改革开放以来，他撰写了一系列关于依法治国、加强社会主义法治的文章，强调要充分发挥宪法在社会主义现代化建设中的作用，要运用法律手段管理经济，要把对外开放与加强法制建设结合起来，要营造对外开放的法制环境，环境建设与经济建设要统筹兼顾、协调发展等。他先后发起成立了中国国际私法学会和中国法学会环境资源法学研究会两个全国性学术团体，并任首任会长，领导和组织了中国国际私法和环境法学界的专家学者开展深入的学术交流，为我国社会主义法治的完善和发展做出了不可磨灭的贡献。1999 年，他荣获国家环境总局颁发的最高奖项“地球奖”。1980 年，他参加了九三学社，曾担

任九三学社第七届中央委员会顾问、第八届和第九届中央参议委员会委员。从1983年开始，他担任两届全国政协委员，积极参政议政，为国家的大政方针提出了很多有价值、有影响的建议。韩德培教授积极参加国际学术交流活动，先后赴美国、日本、加拿大、荷兰、乌拉圭等国讲学或参加国际会议。1982年，他以美国埃德加·斯诺基金会法学客座教授和富布赖特基金会亚洲住留学者的身份，前往美国密苏里大学等校讲学，所到之处，无不获得一片赞誉，并被密苏里州首府堪萨斯市市长授予“荣誉市民”称号。1983年，他主持与美国福特基金会的合作事项，促成该基金会在中国设立福特法学基金，为中美法学交流做出了重要贡献，为中国法学走向国际奠定了基础。如今，中国法学界许多知名的中青年法学家大多是这个项目的受益者。

韩德培教授一生献身武大，执教64载，奉献了毕生的心血，见证了武汉大学半个多世界的发展历程，也为武汉大学半个多世纪的发展做出了杰出的贡献。1946年海外归来，他是武汉大学最年轻的教授；2009年在他逝世之前，他已是武汉最年长的“资深教授”。曾经剑客归来，珞珈山麓展宏志；曾经执掌教务，于无声处听惊雷；曾经十年浩劫，乱云飞渡待明天；曾经春回大地，法律天平唱大风；曾经老骥伏枥，壮心不已启后生。1989年，韩德培教授在一首《无题有感》的诗中写道：“珞珈山上数十载，人间已见几沧桑。惟有山花年年开，不顾风雨吐幽香。”60余年的历程中，他的脚印布满珞珈的条条小径，人孤睿智遍撒校园的个个角落，他是珞珈山的“镇山之宝”。如今，斯人已逝，空余追思。珞珈之山，怎能不为之动容；东湖之水，怎能不为之悲泣！

韩德培教授的一生是不断进取、追求真理的一生，是为国家的法治事业和教育事业奋斗不息的一生，是光荣的一生、伟大的一生！韩德培教授的逝世，不仅是武汉大学的重大损失，而且是中国法学界、法律界和教育界的重大损失！我们将永远铭记韩德培教授对中国法治事业、教育事业和武汉大学的发展所做出的重要贡献！

韩德培精神千秋传颂！

韩德培教授永垂不朽！

论侵权责任法草案二次审议稿 的侵权行为一般条款

杨立新*

【摘要】《侵权责任法》如何规定侵权行为一般条款，是极为重要的问题。我国《侵权责任法草案》对此曾经作了不同的规定，至二次审议稿提出了一个较为独特的文本，即第2条：“侵害民事权益，应当承担侵权责任。”这个与众不同的侵权行为一般条款，实际上采纳的是最新的侵权行为一般条款的立法模式，但存在一些缺点。在作出改进后，可以作为具有中国特色的侵权责任法的核心条款，起到统帅全文的作用。

【关键词】 侵权责任法 侵权行为一般条款 立法模式 比较研究

Abstract: How to stipulate the general provision of torts in “the torts law” is a very important issue. Regarding this, our “torts law draft” has made different stipulations. The second consideration of this draft provides a special stipulation, which writes in Article 2: “the person who violates the civil rights should bear the liability for tort.” Except for some shortcomings, this unique general provision of torts in fact accepts the latest legislative model of general provision of torts. After making the improvements, it may take as the core provision of

* 中国人民大学商事法律科学研究中心研究员、法学院教授、博士生导师，中国法学会民法学研究会副会长。

the torts law with Chinese characteristics, and take the chief role in this law.

Key words: torts law; the general provision of torts; legislative model; comparative research

《侵权责任法草案》二次审议稿（以下简称“二次审议稿”）规定了一个新的条文，即第2条：“侵害民事权益，应当承担侵权责任。”这个条文规定的就是侵权行为一般条款吗？如果是侵权行为一般条款，那么该草案第7条第1款规定的过错责任原则条文又应当作何理解呢？第2条与第7条和第8条规定的过错责任原则、过错推定原则以及无过错责任原则究竟是何关系呢？这一系列问题在学界引起争论，各有不同看法。应当怎样认识这一条文的性质，这一条文与三个归责原则是何种关系，在第2条统帅下的《侵权责任法草案》的逻辑结构是何种情形，都是特别值得研究的问题。本文就此提出以下看法。

一、《侵权责任法草案》对侵权行为一般条款的四种不同写法

“二次审议稿”第2条的内容，在目前是在任何一个成文法国家的侵权法中都罕见其例的条文。之所以要对它进行深入研究，就因为它在《侵权责任法》中的位置太重要了。如果它写的就是侵权行为一般条款，那么如果写得不好，就会直接关系到我国《侵权责任法》立法的成败问题。在目前，据我所知，学者对这个条文大概有三种看法：一是怀疑它；二是认可它；三是想推翻它。^①在确定对这个条文的立场之前，应当首先对它进行深入研究，在此基础上，再决定应当采取的态度。

从2008年4月开始讨论《侵权责任法草案》以来，侵权行为一般条款已经有了四种不同的写法：

1. 2008年9月23日草案的写法。第2条：“因故意或者过失侵害他人生命、健康、人格尊严、人身自由、名誉、肖像、隐私、物权、知识产权以及其他权益的，应当承担侵权责任。”在9月末召开的专家研讨会上，与会专家对这个条文进行了深入讨论，认为这个写法不好，主

^① 这些意见都是近日来学术会议学者提出的意见。参见杨立新：《侵权责任法草案20大争论焦点》，《法制日报周末》2009年1月8日第6版。

要问题：一是侵权责任法保护客体的范围列举不全；二是没有规定“违法性”要件；三是没有规定“损害”要件。在分析比较各国侵权行为一般条款的写法之后，倾向于写出一个比较有特点的侵权行为一般条款。^①

2 2008年10月16日草案的写法。第2条：“因故意或者过失对他人下列民事权益造成损害的，应当承担侵权责任：（一）生命权、健康权、姓名权、名誉权、肖像权、隐私权等人格权；（二）监护权、被扶养权等身份权；（三）所有权、用益物权、担保物权等物权；（四）著作权、专利权、商标专用权等知识产权；（五）其他民事权益。”这个写法把《侵权责任法》所保护的民事权利和利益都列举殆尽，意图在于通过这个条款宣示《侵权责任法》所保护的范畴，让普通老百姓都能够理解和掌握，但是有些专家对此并不赞成。

3 2008年12月4日法律委员会审议稿的写法。第2条：“实施侵权行为，应当承担侵权责任。”对于这次草案突然出现这样一个规定，很多学者感到突兀，不知立法者的用意如何，是否就以这样的形式规定侵权行为一般条款呢？从内容上说，这个条文的内容极为概括，没有任何错误，但能够用这样的条文作为侵权行为一般条款吗？

4 2008年12月22日“二次审议稿”的写法。第2条：“侵害民事权益，应当承担侵权责任。”这个写法与“实施侵权行为，应当承担侵权责任”相比较，存在的问题更多，理由是，后者表述不存在缺陷，只是过于笼统而已；现在的这个写法好像并不是对侵权行为一般条款所要概括内容的完整表述。

这是《侵权责任法草案》第2条从9月到12月期间的变化情形。如果《侵权责任法》就是以这个条文作侵权行为一般条款，那还必须进行修改和完善，才能够成为一个独具特色的侵权行为一般条款。目前，距离《侵权责任法》正式通过立法程序还有一段时间，还有机会进行修改，有理由和条件把这个条文写得更好。

^① 杨立新：《侵权责任法草案应当重点研究的20个问题》，载《河北法学》2009年第2期。

二、各国和地区侵权法侵权行为一般条款的比较研究

（一）我国现行的侵权行为一般条款

在比较各国侵权行为法侵权行为一般条款之前，应当先对我国《民法通则》规定的侵权行为一般条款进行分析。《民法通则》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。”这个条文作为侵权行为一般条款，其特点是：第一，特别强调对财产损害的救济，将对人身的保护放在其后；第二，对侵权法保护的边界界定为“财产”、“人身”，既包括权利，也包括利益，较为宽泛；第三，没有规定“不法”或者“违法”要件，但理论通说认为违法性是侵权责任构成要件，^①在司法实务中也一直强调违法性是侵权责任构成要件；^②第四，其调整范围是适用过错责任原则的一般侵权责任，^③属于“小”的一般条款。尽管对侵权责任构成是否有违法性要件有不同理解，但这个一般条款还是与《法国民法典》第1382条规定的侵权行为一般条款最为相似。

（二）各国和地区的侵权行为一般条款

1. 法国侵权法的侵权行为一般条款

法国侵权法的侵权行为一般条款，是成文法国家侵权法中出现的第一个侵权行为一般条款，是大陆法系侵权法具有划时代意义的一个条文。这个条文就是第1382条：“人的任何行为给他人造成损害时，因其过错致该行为发生之人应当赔偿损害。”这个条文的结构是：“行为→损害+过错=侵权行为”。这个条文所调整的范围是一般侵权行为，不包

^① 从1958年开始，我国理论专著和教科书就认可违法性的要件，只有近年来有少数学者反对违法性作为侵权责任的构成要件。参见中央政法干校民法教研室：《中华人民共和国民法基本问题》，法律出版社1958年版，第324页；王利明等：《民法·侵权行为法》，中国人民大学出版社1993年版，第五章。

^② 最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》第7条：“是否构成侵害名誉权的责任，应当根据受害人确有名誉被损害的事实、行为人行为违法、违法行为与损害后果之间有因果关系、行为人主观上有过错来认定。”这个规定代表了最高人民法院和司法实务的见解。

^③ 事实上，这个条文规定的范围比过错责任原则稍宽，因为除了过错责任原则之外，还包括过错推定原则也包含在这个条文中。

括准侵权行为。准侵权行为规定在第 1384 条：“任何人不仅因其行为造成的损害负赔偿责任，而且对应由其负责之人的行为或由其照管之物造成的损害负赔偿责任。”该条调整的准侵权行为包括对人的替代责任和对物的替代责任。法国的侵权行为一般条款是第 1382 条，是侵权行为一般条款的经典表述，对后世影响极大。^①

2. 德国侵权法的侵权行为一般条款

《德国民法典》规定的侵权行为一般条款是第 823 条加上第 826 条，两个条文加到一起被认为是侵权行为一般条款，^②但在习惯上通常都只称第 823 条为侵权行为一般条款。第 823 条规定：“故意地或者有过失地以违法的方式侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或者其他权利的人，负有向他人赔偿由此发生的损害的义务。”“违反以保护他人为目的的法律的人，负有同样的义务。根据法律的内容，没有过错也可能违反法律的，只有在有过错的情况下，赔偿义务才发生。”第 826 条规定：“故意地以违反善良风俗的方式加损害于他人的人，负有向他人赔偿损害的义务。”这两个条文首先列举侵害的权利，是限定侵权法保护范围的规定，即保护生命权、身体权、健康权、自由权、所有权以及其他权利。其次，关于对其他利益的保护，则采取“违反以保护他人为目的的法律”和“故意的以违背善良风俗的方法侵害他人”的方法进行限定。这是《德国民法典》关于侵权行为一般条款的规定，是典型的违法性三段论的表述。在《侵权责任法草案》的讨论中，最高人民法院的法官特别赞赏德国法的这个条文，主张应该用违法性三段论的表述作为我国《侵权责任法》的侵权行为一般条款。^③

3. 我国台湾地区侵权法的侵权行为一般条款

我国台湾地区民法借鉴德国民法侵权行为一般条款的写法，其第 184 条规定是最为成功的。依我所见，这个条文写得比德国的一般条款

① 对于法国侵权法第 1382 条规定的是侵权行为一般条款，还是第 1382 条加上第 1384 条一起是侵权行为一般条款，有不同看法。张新宝教授的意见是后者，我的看法是前者。

② 对此，看法没有分歧，但对其调整范围的看法则认识分歧较大，张新宝教授认为，这两个条文加在一起构成的侵权行为一般条款调整所有的侵权行为，我认为，它所调整的仅仅是一般侵权行为。

③ 最高人民法院民事审判第一庭陈现杰法官持这种意见，在 9 月会议和以后召开的数次会议上，他的发言都坚持这个意见。我们在写《侵权责任法草案建议稿》的第 1 条时，采纳的也是这种意见。参见杨立新主编：《中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明》，法律出版社 2007 年版，第 3 页。