



中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

“十一五”国家重点图书

权利与利益区分保护的 侵权法体系之研究

于 飞 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

C

中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

本书受教育部“新世纪优秀人才支持计划”资助
项目编号NCET-11-0743

权利与利益区分保护的 侵权法体系之研究

于 飞 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

权利与利益区分保护的侵权法体系之研究 / 于飞著.
—北京:法律出版社,2012.7
(中国民商法专题研究丛书)
ISBN 978-7-5118-3811-7

I. ①权… II. ①于… III. ①侵权行为—研究—中国
IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 172750 号

中国民商法 专题研究丛书	权利与利益区分保护的 侵权法体系之研究	于 飞 著	责任编辑 刘文科 装帧设计 乔智炜
-----------------	------------------------	-------	----------------------

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 9.125 字数 238 千

印次 2012 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-3811-7

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

权利与利益区分保护的 侵权法体系之研究

《中国民商法专题研究丛书》总序

我于 1988 年起担任中国社会科学院法学研究所民法研究室主任,开始考虑学术发展和人才培养问题。时值 20 世纪 90 年代初,中国内地遭遇学术著作出版难,尤其未成名的年轻学者的学术著作出版更难。遂仿照王泽鉴先生担任台湾大学法律学系主任时编辑出版《台大法学丛书》的办法,编辑出版《中国民商法专题研究丛书》。预计用二十年时间,出版 100 部民商法专题研究著作。

其编辑宗旨是,从中国改革开放和发展现代化的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,深入研究民商法的基本理论和实践中的重大法律问题,为中国民商事立法的现代化和民商事审判实务的科学化提供科学的法理基础,提升民商法理论水平,推出民商法理论研究人才,使中国民商法理论研究尽快赶上发达国家和地区的水平。

著作之入选丛书,不论作者职称、地位、亲疏,以学术性为唯一考量。不约稿、不组稿、不需推荐,

概由作者自荐。欢迎自荐博士学位论文。丛书虽以“民商法专题研究”为名,其入选著作并不以民商法学为限。涵盖民法、商法、民事诉讼法、仲裁法、经济法、环境法、国际私法、国际经济法、民商事国际公约惯例等领域,而与广义之“私法学”概念相若。

自 1994 年推出第一部著作始,迄今已有十余年了,已出版著作 50 部。出版社方面注意到本套丛书在国内外已产生良好影响和社会效益,决定自第 51 部著作始,重新设计、增大开本、改变装帧,更加精编精印。特补述丛书编辑缘起及宗旨,作为总序。

梁慧星

于北京城南清芷园

2005 年 12 月 8 日

谨以此书
献给我亲爱的父亲母亲

目 录

绪论 / 1

第一章 侵权法中权益区分的正当性 / 11

第一节 立法、理论与实践现状:讨论基础与 问题所在 / 11

一、立法基础 / 11

二、现有的理论讨论 / 14

三、实践中的问题与困惑 / 21

第二节 权利与利益区分的正当性探析 / 27

一、权利受侵害——侵权法第一个最基础的类型化 / 27

二、建立一套由立法控制的利益遴选和排除机制 / 31

三、过错之所及上的差异——权益适用同样保护规则之 不适宜性的进一步论证 / 35

四、限制侵权责任 / 37

五、保护行为自由 / 40

六、合同法角度的观察 / 43

七、经济角度的观察 / 45

八、附论:关于权利与利益不同的保护强度的反思 / 47

第二章 侵权法中权益区分的可能性 / 52

第一节 德国侵权法上的权益区分理论 / 54

一、德国学者权益区分理论之梳理 / 55

二、归属效能 / 57

三、排除效能 / 60

四、社会典型公开性 / 61

第二节 权益区分理论的应用 / 64

一、“重庆电缆案” / 65

二、“齐玉苓受教育权案” / 66

第三节 法政策角度对权益区分理论解释力的

补充 / 68

一、权益区分理论解释力的限度 / 68

二、权益区分的法政策视角 / 73

第三章 权利的保护:过错不法侵害他人权利 / 79

第一节 比较法上的示范分析:以《德国民法典》

第 823 条第 1 款为中心 / 80

一、《德国民法典》第 823 条第 1 款的发生史 / 80

二、权利“列举”导致保护限制?——“其他权利”的
发展与功能 / 87

三、如何评价中国《侵权责任法》第 2 条第 2 款上的
权利列举 / 90

第二节 若干权利的边界界定 / 94

一、身体权 / 94

二、人身自由权 / 99

三、“一般人格权”概念之否定 / 106

第三节 “法益”——权利与利益之外的独立保护
对象? / 116

一、讨论现状及问题意识 / 116

二、“法益”是什么——当代德国学者的观点 / 120

三、“法益”的初始含义、功能与实践 / 123

四、“法益”含义、功能与实践的发展 / 126

五、我国是否有必要设立与“权利”、“利益”并列的

“法益”概念 / 130

第四章 利益的保护之一:过错违反保护他人的
法律 / 134第一节 “过错违反保护他人的法律”的沿革与
比较 / 136

一、《德国民法典》之前“过错违反保护他人的法律”
的历史沿革 / 136

二、《德国民法典》第 823 条第 2 款的发生史 / 137

三、英美法上“过错违反保护他人的法律”制度 / 140

四、我国台湾地区侵权法上“过错违反保护他人的
法律”制度 / 142

第二节 “过错违反保护他人的法律”的功能 / 143

一、合理扩张侵权法的保护范围 / 143

二、统合公法与私法的价值 / 144

三、使公法与私法相互支援 / 146

四、增强侵权法的确定性 / 147

第三节 “以保护他人为目的的法律”的认定 / 148

一、“保护他人的法律”的范围 / 148

二、“保护他人的法律”的认定标准 / 153

三、“过错违反保护他人的法律”的构成要件 / 156

第五章 利益的保护之二:违背善良风俗故意
致损 / 163

第一节 “背俗故意致损”的功能变迁 / 166

一、《德国民法典》立法者设置第 826 条的初衷 / 166

二、学说对第 826 条功能的阐发 / 170

三、瓦格纳对第 826 条功能的新定位——纯粹经济损失
保护 / 175

第二节 “背俗故意致损”中的“故意”要件 / 179

一、“故意”要件的发生 / 179

二、“故意”要件并非必要? / 180

三、“故意”要件的法解释论构成 / 182

四、轻率=故意?“背俗故意致损”的再定位 / 184

第三节 “背俗故意致损”中的“背俗”要件 / 191

一、背俗的判断标准不在法外,而在法内 / 191

二、“背俗”判断标准位于法内何处?——宪法、法律

一般价值抑或判例? / 194

三、判例类型如何形成?——动态系统理论 / 196

第四节 “故意背俗致损”与我国纯粹经济损失

保护体系的建立 / 200

一、纯粹经济损失的非统一性 / 200

二、我国纯粹经济损失保护立法上的三层保护体系 / 202

三、最后的隐忧——新型过失纯粹经济损失类型的

请求权基础问题 / 204

第六章 过错推定责任、无过错责任、公平分担损失 及补偿规则的保护范围 / 206

第一节 我国过错推定责任侵权规范的保护 范围 / 208

一、教育机构对无民事行为能力人人身损害的

赔偿责任(《侵权责任法》第38条) / 208

二、物件损害责任(《侵权责任法》第十一章) / 210

第二节 我国无过错责任侵权规范的保护范围 / 213

一、产品生产者责任(《侵权责任法》第五章) / 213

二、饲养动物损害责任(《侵权责任法》第十章) / 217

三、环境污染责任(《侵权责任法》第八章) / 220

四、监护人责任(《侵权责任法》第32条)、雇主责任

(《侵权责任法》第34、35条) / 222

第三节 公平分担损失及侵权法上补偿规则的 保护范围 / 222

一、公平分担损失侵权规范的保护范围(《侵权

责任法》第 24 条) / 222

二、其他补偿制度的保护范围(《侵权责任法》

第 23 条、第 31 条后段、第 87 条) / 228

第七章 我国权益区分保护的侵权法体系的建立:

以解释论为中心 / 231

第一节 比较法上利用解释论由权益不区分

转化为权益区分的立法例 / 233

一、《奥地利民法典》/ 233

二、《日本民法典》/ 235

三、直接参照比较法上的方法进行解释的可能性 / 237

第二节 我国学说中的既有讨论 / 239

一、葛云松教授的“目的性限缩”方法 / 239

二、进一步增强说服力的可能与方向 / 240

第三节 笔者的解释方案 / 245

一、《侵权责任法》第 6 条第 1 款的“法律目的” / 245

二、对《侵权责任法》第 6 条第 1 款的限缩解释 / 248

三、开放性漏洞与目的性扩张 / 252

四、“目的性扩张”的制度基础——“违法性”要件
的确立 / 253

五、依据“违法性”要件的继续类型化 / 254

结语:“无自由的正义不值得考虑” / 258

参考文献 / 261

后记 / 272

绪 论

一、研究目的与研究意义

任何一个侵权规范都应当有一个明确的保护范围(Schutzbereich),以求能够开宗明义地说明该规范的目的是对谁的何种利益提供法律保护,从而为规范的构成要件和法律效果界定发生作用的范围。保护范围不明确,会损伤法律适用的确定性;保护范围界定不当,会造成“保护过度”或“保护不足”。各个侵权规范保护范围的合理确定,对于侵权法的科学适用具有重要意义。

我国《侵权责任法》中,立法所规定的诸侵权规范的保护范围为何?以下做一个简单的不完全统计:第6条第1款过错责任的保护范围是“民事权益”,第6条第2款过错推定责任也是“民事权益”,^[1]第7条无过错责任是“民事权益”,第24条

[1] 《侵权责任法》第6条第2款显然系承接第1款,为求语言简洁而省略了对加害人行为的表述,即省略了“行为人侵害他人民事权益”。

公平分担损失是“损害”,第五章以下几乎全部特殊侵权行为具体规范的保护范围都是“损害”。〔2〕《侵权责任法》上的一些补偿性规定,即第23条、第31条第2句、第33条第1款后段和第87条,保护范围也都是“损害”。

“民事权益”的含义依《侵权责任法》第2条第2款为全体“人身、财产权益”,也即在保护范围上没有任何限制。“损害”一词在前述相关法条中也未受到任何限制,文义上对一切“民事权益”的损害均应属之,故以“损害”表述保护范围基本等同于以“民事权益”为保护范围。〔3〕

一个侵权法的过错责任、过错推定责任、无过错责任、公平分担损失及补偿性规定,几乎所有规范的保护范围都一样,〔4〕都是不加区分的全体民事权利和利益,这在理论上是否妥当,在实践中又是否可能?比如(1)过失责任中,过失侵害所有权与过失侵害债权是否受过失责任的同等保护?(2)无过失责任中,如工厂排泄废油污染某海域,对他人的健康损害或所有权损害(如养殖的鱼虾死亡)当然承担无过错责任,但因污染导致的渔夫不能出海、海鲜餐厅歇业、旅馆住客率大降、出租车生意锐减,以上纯粹经济损失(利益的典型形态)是否应与权利等同,并无差别地受无过错责任保护?〔5〕(3)过失推定责任中,如某楼房的窗户脱落砸伤行人,推定加害人有过错固无疑问,但若因此导致警察赶来处理,路人围观,致使旁边某商店的营业额减少,该纯粹经济损失是否应与人身伤

〔2〕 典型请参见《侵权责任法》各章的基本规定,即第41、48、54、65、69、78、85条。

〔3〕 当然,“民事权益”与“损害”两种表述之间还是有差异的,以“民事权益”为保护范围而不提“损害”时,可以为物权请求权性质的救济方式,如“消除危险”,留下适用余地。但两种表述在保护范围上均指向全体“民事权益”,这一点确定无疑。

〔4〕 《侵权责任法》中仅存个别例外,如第38、39、40条的保护范围是“人身损害”。这一例外出现的原因恐怕并非立法者的特别设计,而是因为以上条文的前身《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第7条本来的保护范围就是当然也只能是“人身损害”。也即,例外出现的原因恐怕是立法惯性。

〔5〕 该设例参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第96页。

害等同,并无差别地受过错推定责任保护〔6〕 再进一步,若是不知从楼上哪个窗户中飞出一只烟灰缸,砸伤行人,这属于《侵权责任法》第87条规定的侵权人不明的建筑物抛掷物、坠落物致损,应由可能加害的建筑物使用人补偿;但若同样因此导致警察前来、路人围观,致使旁边商店营业额减少,该纯粹经济损失是否应与人身损害等同,并无差别地受第87条的补偿制度保护?

权益不区分保护,不仅会带来以上实践困惑,也会带来理论难题。权利与利益差异迥然,利益当中又存在众多类型,把以上千差万别的保护对象一视同仁地平等保护,这样的保护规则一定是极其概括抽象的,否则不足以涵盖众多不同的保护对象及它们“其实”不同的保护需求。这就必然会造成一个结果——法律适用的确定性不足。概括的规则、笼统的要件其实只能给法官以宏观价值上的指引,其具体适用要充分(过分)依赖于法官的能动性,才能在宽广的规则空间中个别地发现正义。给法官宽广的空间,等于宽泛地容忍法官的错误,因为法官只要在这个空间内裁判都不为错,而正义的空间可没那么大。一个典型例子是比较法上的热门案例——“电缆案”,对于挖断甲的电缆造成的乙企业的停工损失,从法律政策上分析不应当赔偿。〔7〕 但在权益不区分地同等保护的法国侵权法背景下,法国学者对此案的回答是受害人“似乎原则上可以就停工损失获得赔偿”。〔8〕 这一“似乎原则上可以赔偿”的措辞首先告诉我们的是,答案并不是确定的;其次告诉我们的是,获得赔偿的可能性还要更高一些。然而我们知道,对于这种加害人不可预见的过失导致的纯粹经济损失,赔偿是远离正义的。

权益不区分保护造成的另一弊端是对行为自由的过度限制。利益

〔6〕 该设例参见葛云松:“《侵权责任法》保护的民事权益”,载《中国法学》2010年第3期。

〔7〕 参见王泽鉴:“挖断电缆的民事责任:经济上损失的赔偿”,载王泽鉴:《民法学说与判例研究(七)》,中国政法大学出版社2003年版,第104~120页。

〔8〕 [意]毛罗·布萨尼、[美]弗农·瓦伦丁·帕尔默主编:《欧洲法中的纯粹经济损失》,张小义、钟洪明译,林嘉审校,法律出版社2005年版,第143页。

往往不具有社会典型公开性,纯粹经济损失尤其如是。在过失导致的利益损失中,无论对加害人如何惩罚,他通常都无法在将来通过加强注意避免类似损害再次发生。行为人只能通过减少行为来降低赔偿的概率,这就导致了对行为自由的过度限制。

权益不区分保护的主要理由,在于在这种模式下侵权法具有宽广的保护范围,没有保护遗漏。问题在于,如果侵权法保护范围内的确是一片混沌,在事实上是无法说清的,确定化的立法控制不可能实现,因此立法者只能给出最概括的原则指导,然后期望司法者能在原则指导下个案地实现正义,那么权益不区分也有合理性——更确切地说,也才有合理性。但这一前提其实不存在,侵权法中不同保护对象的差异性质、不同的保护需求及各自妥当的保护规则,当今已经在相当程度上能够说清了。当我们能够说清、能够在同样提供充分保护的前提下获得更高的确定性时,为什么还要继续留在一片灰色之幕中呢?至少,对于这种合理的确定性,我们为什么不试一试呢?

本书就是这样一个想要“试一试”的作品。具体尝试的方法是,在侵权法上区分权利和利益,以及区分利益内部诸种不同的类型,然后对它们设置不同的保护规则,以“适当”地满足它们不同的保护需求。以上方法有以下三点优势:第一,更高的确定性。类型化必然会带来更高的确定性,无视差异地概括调整就没有确定性可言。第二,协调行为自由价值。侵权法的保护并非范围越广越好,程度越高越好,一往不复往往会导致偏颇,过度的保护反而是剥夺。“适当”的保护,才能在不可或缺的诸价值中找到平衡。第三,保护的充分性。权益区分会导致遗漏和保护不足,这一点其实并未在侵权法的具体研究中得到验证,而只是我们的一句说词,它的作用只是阻碍我们进一步思考下去。法律科学在不断发展,《法国民法典》做不到的,《德国民法典》能做到;《德国民法典》立法时做不到的,德国债法现代化时能做到;何况还没有立民法典的我们?随着思考和探究的深入,我们会发现在权益区分保护这条路上持续地走下去,许多问题其实都已经有了答案。权益区分的道路一样能达到保护

的充分性。

寻求一个建立在权益区分基础上的侵权法体系的建构(解释)方法,这就是本书的研究目的。

二、研究现状及本书的努力

我国大陆直接论述侵权法上权益区分问题的著作笔者尚不掌握,文章亦不多见。但葛云松教授的论文“《侵权责任法》保护的民事权益”,明确指出我国《侵权责任法》上的过错责任、无过错责任、推定过错责任、“公平分担损失”和“适当补偿”的各个具体规范,都不能理解为保护范围包括所有民事权益;并提出以“目的性限缩”方法对《侵权责任法》第6条第1款进行改造,在实质上依照德国模式确定其构成要件,给人很大启发。^[9]

与本书问题直接相关的第一个研究领域是侵权法过错责任一般条款。该问题的研究必须要回答究竟是以过错责任统一保护权利和利益,还是把两者区别开来分别设立一般条款。在该问题上有相当一些学者持权益应当区分保护或近似观点,并做出了比较有力的论证。^[10]

第二个相关的研究领域是纯粹经济损失。对该问题的研究越深入,人们就越会发现纯粹经济利益与绝对人身权、财产权是两个完全不同的领域或保护对象,应当有分别的保护规则。于是自然会造成以过错责任统一保护权益这一概括规则的分裂。葛云松教授的“纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为条款”一文,比较深入地阐述了对纯粹经济损失原则不赔偿的法律政策,尤其在结合我国案例分析的基础上,指出我国法院实际持绝对权与纯粹经济利益相区分的立场,《民法通则》第106条第2

[9] 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。

[10] 参见王利明:“侵权法一般条款的保护范围”,载《法学家》2009年第3期。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。王成:“侵权之‘权’的认定与民事主体利益的规范途径——兼论《侵权责任法》的一般条款”,载《清华法学》2011年第2期。夏梅英:“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。