

侵权责任法 的理论与实践

Qinquan Zerenfa De Lilun Yu Shijian

主 编 周林彬
执行主编 陈年冰 于海涌

华南理工大学出版社

侵权责任法 的理论与实践

Qinquan Zerenfa De Lilun Yu Shijian

主 编 周林彬
执行主编 陈年冰 于海涌

华南理工大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

侵权责任法的理论与实践/周林彬主编. —广州: 华南理工大学出版社, 2010. 12
ISBN 978-7-5623-3381-4

I. ①侵… II. ①周… III. ①侵权行为 - 民法 - 中国 - 学术会议 - 文集
IV. ①D923. 04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 249645 号

总 发 行: 华南理工大学出版社

(广州五山华南理工大学 17 号楼, ** 邮编 510640)

营销部电话: 020-87113487 87110964 87111048 (传真)

E-mail: scutc13@scut.edu.cn <http://www.scutpress.com.cn>

责任编辑: 谢茉莉

印 刷 者: 广州市穗彩彩印厂

开 本: 787mm × 960mm 1/16 印张: 19.75 字数: 409 千

版 次: 2010 年 12 月第 1 版 2010 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 元

版权所有 盗版必究

序

2009年深秋，“侵权责任法的理论与实践暨广东法学会民商法学研究会2009年年会”在华南理工大学举行。会议由广东省法学会民商法学研究会主办，华南理工大学法学院承办，广东省律师协会协办，会议获得了圆满成功。时值我国正在制定侵权责任法，会议“高朋满座，胜友如云”，有来自各高校、研究机构的学者，有来自法院、检察院的法官、检察官，有各地市的资深律师代表，还有很多博士生、硕士生也参加了本次年会。

会议围绕着侵权法的征求意见稿，对民事权利的保护、公共安全事件中的侵权责任、侵权责任法函涉亲属身份权的立法政策、中小企业侵权责任对有限责任的排除、侵权责任立法的价值选择、新闻侵权制度的立法完善、污染损害的法律責任、高空抛物问题、雇主承担第三人造成雇员人身损害赔偿責任等重大的具有实践意义和理论价值的问题进行了广泛而深入的讨论。“谈笑有鸿儒，往来无白丁”，大家在观点交锋与争鸣中把广东的民商法研究推上了新的高度，为侵权责任法征求意见稿的修改提供了大量宝贵的建议。

2009年12月26日《中华人民共和国侵权责任法》获得通过。举办会议时，收到了不少具有一定理论深度和现实意义的学术论文，但这些论文都是针对侵权责任法征求意见稿所进行的研究。侵权责任法制定出台以后，广东省法学会民商法学研究会和广东省律师协会在合作编写过程中，结合过去一年的理论动态和立法实践发展作了进一步的修改和完善。纵览书稿之后，欣喜之余又感到无比的自豪和激动，因为在论文中，无论是学者的理论分析和构建，还是实践部门专家锐意探索的创新，都蕴含着独到而深刻的见解。这些研究虽然算不上鸿篇巨制，但确实凝聚着作者对侵权责任法理论与实践研究的点点心血，反映了作者求真务实、不懈追求、奋进创新的精神。

诚所谓“文以载道”，广东省法学会民商法学研究会2009年度学术年会论文集承载着作者们对我国侵权制度改进和完善的深深思考。

论文集是一尊思想的熔炉，陶冶出对侵权责任法研究的成熟；论文集是异彩纷呈的学术思想碰撞，迸发出学术理论结合司法实践的光芒；论文集让我们感受到了广东法学界和实务界对于法学研究的自信、深沉、睿智和热情。

感动之余，还需感谢。这次会议的成功和论文集的出版得益于各方的真诚相助。在此，感谢广东省律师协会的大力支持和帮助。在会议举办以前，广东省律师协会给予大力的资助；会议举办的过程中，广东省律师协会组织律师积极参与会议，向会议提交不少高质量的论文；会议举办以后，广东省律师协会共同完成了本书的合作编写，贡献了学术智慧。在此，对广东省律师协会会长欧永良先生、副会长朱征夫先生、秘书长叶港先生、秘书长助理刘玲女士表示诚挚的感谢。此外，对辛勤操办这次会议的华南理工大学法学院院长葛洪义教授，对本书编辑出版作出重要贡献的陈年冰教授、张民安教授、于海涌教授、官欣荣副教授、黄慧老师，以及硕士生马彪、熊学敏、姚昭杰、林晓安、柯劲恒和博士生张翰，一并表示衷心的感谢。

是为序。

广东省法学会民商法研究会会长、
中山大学法学院教授、博士生导师
周林彬

2010年8月于广州

目 录

第一部分 侵权法的基础理论与一般问题

侵权的不确定性与侵权法功能的实现

- 基于法经济学的视角 张 翰 周林彬 (3)
- 中华人民共和国侵权法对民事权利的保护 张民安 (10)
- 论侵权法的保护对象 龙著华 (29)
- 论侵权责任法适用中价值考量的规则 李 莉 (41)
- 侵权责任法中一般条款的设置
- 从人格权保护的角度 李正华 李 昱 (52)
- 论我国法人侵权责任制度的立法完善 何广材 石小兵 (59)
- 英国神经损害责任制度及其借鉴意义 唐 姗 (65)
- 公共安全事件中的侵权责任研究
- 从“7·21”重大安全事故善后理赔实践谈起 梁淑军 (72)
- 论惩罚性赔偿的适用 柯劲恒 (76)
- 浅议死亡赔偿金
- 以侵权责任法立法价值为视角 范淑贤 林淑君 (82)
- 从生命权平等看死亡赔偿金 成尉冰 (87)
- 论美国法上市场份额责任理论及其在我国的应用 鲁晓明 (96)
- 侵害占有之请求权基础及赔偿范围 姚昭杰 (110)
- 论不当得利与侵权行为的竞合与救济 吴体实 海源涌 (115)

第二部分 特殊民事侵权

- 个人代言虚假广告的民事责任 范利平 林玉珊 (125)
- 名誉权救济的财产性逻辑及其理论证成 杨 彪 (133)
- 论医疗损害责任
- 医疗机构侵犯患者的知情同意权 李春辉 (144)

人肉搜索所涉隐私侵权责任之分析	石文韬 (150)
试论非隐私个人信息公开	陈智豪 (156)
试析网络服务商侵害网络隐私权的行为及责任	喻 磊 (166)
论媒体侵权的真实性抗辩原则	方斯远 (175)
雇主承担第三人造成雇员人身损害赔偿适用要件探析	李 瑞 (184)
工伤保险与民事侵权赔偿适用关系立法模式选择	吕惠琴 (191)
个人劳务关系中侵权责任承担的法律浅析	梁玉芳 熊学敏 (199)
论安全保障义务的法理基础与基本理论	刘 拓 苏莉敏 (205)
论环境侵权之人身损害赔偿责任的范围	刘长兴 (211)
论我国机动车交通事故责任的归责原则	徐素萍 (217)
侵权责任法不应成为一部纯粹的财产保护法	
——论侵权责任法涵摄亲属身份权的立法政策考量	张继承 (224)
浅议好意施惠及其引发的民事责任	陈 莉 杨 波 (233)
试论情谊侵权行为	唐先明 (242)
著作权精神损害赔偿额的考量因素研究	姚淑姬 尚 慧 (248)
网络购物平台提供商侵犯知识产权行为的法律规制	吴晓璐 (253)

第三部分 商事侵权

商事侵权理论构建之初探	周林彬 官欣荣 (269)
在非破产清算程序中清算义务人未依法履行清算义务的侵权责任	
.....	张树升 (280)
试论中小企业中侵权责任对有限责任的排除	袁碧华 (290)
证券市场虚假陈述侵权行为的认定及规制	汤 丽 (297)
浅谈侵权法规范注意义务的基础	方 艳 (304)

第一部分

侵权法的基础理论 与一般问题

侵权的不确定性与侵权法功能的实现^①

——基于法经济学的视角

张 瀚 周林彬*

侵权法的功能是重要的理论问题，它既能为侵权行为法立法提供功能定位的指引，又能在司法过程中对法官的最终判断发挥指导性的作用。我国学者关于侵权行为法功能的基础性观点认为侵权法的功能在于“填补损害”与“预防损害”，^②有论者则在上述补偿功能与预防功能的基础上，增加了“惩罚功能”，强调侵权行为“具有一定的社会危害性，因此应受到法律制裁”。^③也有表述更为复杂的混合型观点，认为侵权法的功能在于补偿受害人、利益平衡、警戒侵权人和公众、维护社会道德，^④其中“补偿受害人”就是补偿功能，“警戒侵权人和公众”实质和预防功能异曲同工。考察上述文献中的侵权法功能，我们发现形成共识的侵权法功能是“预防功能”和“补偿功能”，^⑤但是关于侵权法功能的分析和论述更多是通过围绕预防功能和补偿功能的概念本身进行分析论述的，而忽视了侵权法功能实现是一种通过司法程序运作的结果，这直接导致了侵权法功能理论与现实司法实践呈现出“两张皮”的状态。因为对侵权法功能的已有分析中，常常把侵权法的“预防功能”和“补偿功能”进行分别独立的论述，强调它们在实现过程中的不同效果。但从制度运作层面看，侵权法的“预防功能”和“补偿功能”是在侵权法运作过程中一体实现的。在英美法中，侵权法的功能实现被视为一以贯之的整体过程：补偿受害人——应当承担责任人承担补偿成本——预防未来的损害，^⑥这样的思路似乎更为合乎微观制度运行的逻辑。

* 周林彬，中山大学法学院教授，博士生导师，中山大学法律经济学研究中心主任；张瀚，中山大学法学院硕博连读，中山大学法律经济学研究中心研究人员。研究方向：民商法、法律经济学。

① 本文系周林彬教授主持的中山大学 985 二期科研课题“法律经济学研究”的中期研究成果。

② 参见王泽鉴：《侵权行为法·基本理论，一般侵权行为》，中国政法大学出版社，2001 年，第 7～11 页；王卫国：《过错责任原则：第三次勃兴》，中国法制出版社，2000 年，第 233 页；尹志强：《侵权行为法的社会功能》，载《政法论坛》2007 年第 5 期。

③ 参见杨立新：《侵权行为法》，中国法制出版社，2005 年，第 6～7 页。

④ 参见张新宝：《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社，1995 年，第 14～18 页。

⑤ 本文没有把讨论重心放在惩罚功能，而是主要结合预防功能和补偿功能进行分析。这样做的主要原因一方面是因为惩罚功能是否应该作为侵权法的功能还是一个有争议的问题，另一方面是因为，无论怎么从概念、历史和语义学等角度分析惩罚功能，其在实现过程中也只是为侵害的预防提供一种激励，名义上的目的从功能实现的角度看是无关宏旨的。

⑥ Edward J Kionka, Torts, Law Press, 1999, p5.

侵权法功能的实现，与加害人和被害人的行为选择密切相关。潜在的加害人是否付出预防事故的成本，或者在故意侵权中是否选择做出加害行为，取决于其对自身行为是否构成侵权的认知，以及侵权法预防功能实现过程中把损害内化于加害人的威慑。受害人是否付出预防成本，同样取决于其对该行为是否构成侵权的认知，以及对侵权法实现事后补偿功能的预期。因此，潜在加害人和潜在受害人在事前对是否构成侵权的准确判断，是实现侵权法功能的前置性问题。本文试图从动态的司法程序和当事人认知的视角出发，揭示侵权法在信息层面上微观运作模式，对侵权法功能中的预防功能和补偿功能进行分析，以达到制度改进的效果。

一、侵权的不确定性问题

侵权的不确定性是指当事人对法院最终是否认定侵权的事前不确定性，它会影响当事人的行为选择。现实中要实现科斯对于侵权互动中权益的界定，不是一个瞬间就能完成的、清晰明了的过程，对于一些具体的侵权个案，不经过完整的司法程序，是很难给出确定性的权益界定的。侵权法的预防功能要求当事人在没有经过司法过程确定行为性质之前，就要对行为性质作出判断，这样的判断也决定着潜在被侵害方对侵权法补偿功能是否发挥作用的预期，从而深刻地影响着双方在博弈中的策略选择与互动。这种作用在司法判决对之后案件没有拘束力的大陆法系国家更为明显，由于在先的判决没有拘束力，不同的法官可能作出不同甚至相反的认定，当事人只能在事前揣摩潜在法官可能作出的是否构成侵权的认定，然后选择自己的行为。

我们进一步通过贝叶斯法则来考察当事人对于可能侵犯他人权益行为法律性质的理解。贝叶斯法则引入侵权法分析的法经济学意义在于，改变了传统对侵权法功能研究的静态描述，并把侵权法功能的实现过程看做是一个现实的动态过程。

这是因为，对于侵权法功能的传统法律分析，往往忽视了隐含着的一个前提，即对某一行为是否构成侵权在事前看来是不明晰、不确定的。侵权法让加害方内在化侵权损害的成本，会改变当事人的预期，这种预期既包括潜在加害者承担损害成本的预期，也包括潜在受害者获得事后赔偿的预期，这些都深刻地影响着在侵权法律关系中处在加害者和受害者地位的当事人的行为选择。由于某一行为在事前是否属于侵权是不明确的，行为人在事前也就难以准确地判断自己是否是法律意义上的加害人或者受害人。而贝叶斯法则的运用，可以结合影响判断的相关因素，对这种事前不确定性进行准确的分析。进言之，通过贝叶斯法则分析当事人事前对某一行为是否构成侵权的判断不仅关涉到侵权立法条文本身，也

关涉到法官基于相关法律对某行为的侵权性质的判定过程。这样分析的优势在于避免现行讨论中仅仅是就法条论法条的缺陷，而能把司法过程也纳入考察。

我们关注的是，如果当事人把某一行为理解为侵权行为（ X ），这个行为被法院认定的实际法律性质属于侵权行为（ A ）的可能性 $\text{Prob}(A|X)$ 是怎样的。经过推导，我们得出 $\text{Prob}(A|X)$ 的表达式^①

$$\text{Prob}(A|X) = \frac{pa}{pa + (1-p)b}$$

同理，我们也可以推导出 $\text{Prob}(B|Y)$ 的表达式^②

$$\text{Prob}(B|Y) = 1 - \frac{p(1-a)}{(1-p)(1-b)}$$

$\text{Prob}(A|X)$ 是在表征当事人认为某行为构成侵权的准确度，就是说当事人认定某行为侵权，法院也认定侵权的概率； $\text{Prob}(B|Y)$ 表征的是当事人认为某行为不构成侵权的准确度，即当事人认定某行为不构成侵权时法院也认定不构成侵权的概率。我们可以基于推导结果作进一步的讨论。

当 p 趋近 1 时，我们发现 $\text{Prob}(A|X) = 1$ 。这其实是一种理想状态，但它包含了如下思想，当法院在适用法律对某行为进行侵权判断时，法律越是明晰，法官越是确信该行为属于侵权行为，则即使当事人对法官的意图揣摩得不是那么清楚，仍然能较为准确地对行为的性质进行判断。类似的当 p 趋近于 0，我们发现 $\text{Prob}(B|Y) = 1$ 。这种理想状态能说明，当侵权法对某行为的构成要件规定得越清楚，法官在司法过程中判断其不构成侵权的把握越大，则即使当事人不具备良好的法律素质，依然能够对行为的侵权性质作出正确的判定。上述两种情况表明，侵权行为法如果能作出明晰的规定，让法官在适用法律时比较稳定地作出非此即彼的明确判断，则当事人花费成本揣摩猜测法官对法律和行为侵权性质的理解变得不那么重要。

如果 p 既不趋近于 1 又不趋近于 0，比如 0.5 时，就意味着法院判断某行为是否构成侵权时较不稳定，判定为侵权和不判定为侵权的可能性各占一半。此时，当事人在判断某行为是否构成侵权的准确率降低，只能通过改进自身对侵权法等相关法律的理解，揣摩法官的意图来改进自己的判断准确率。当 a 增

① 表达式的推导过程如下：

因为 $\text{Prob}(AX) = \text{Prob}(X) \times \text{Prob}(A|X)$ ，把概率代入推导出 $pa = [pa + (1-p)b] \times \text{Prob}(A|X)$ ，所以有 $\text{Prob}(A|X) = \frac{pa}{pa + (1-p)b}$ 。

② 表达式的推导过程如下：

因为 $\text{Prob}(BY) = \text{Prob}(Y) \times \text{Prob}(B|Y)$ ，把概率代入推导 $(1-p)(1-b) = p(1-a) + (1-p)(1-b) \times \text{Prob}(B|Y)$ ，所以有 $\text{Prob}(B|Y) = 1 - \frac{p(1-a)}{(1-p)(1-b)}$ 。

加, $\text{Prob}(A|X)$ 和 $\text{Prob}(B|Y)$ 增加; 当 b 减少, $\text{Prob}(A|X)$ 和 $\text{Prob}(B|Y)$ 增加。当事人为了增加 a 和减少 b 就只能付出成本去学习导致法院认定或不认定侵权行为的种种因素, 这种因素可能是侵权行为法的具体构成要件, 也可能是霍姆斯所指出的法官的偏见。^①

根据贝叶斯法则的分析, 我们认为: ①法院对同一行为认定为侵权的稳定性, 可以有效地减少当事人事前对是否构成侵权判断的不确定性。^② ②当事人判断法院可能作出是否认定侵权的准确度越高, 对事前判断侵权的不确定性就越小。^③ 因此, 虽然当事人判断某一行为是否构成侵权在司法过程结束前具有不确定性, 但是可以通过改善侵权法去减少不确定性。法院对于同一行为是否构成侵权判断的稳定性, 是在适用共同的侵权法渊源的基础上进行的, 侵权法规定的明晰性和可操作性对判决稳定性的实现至关重要。当事人预测可能的判决, 也是基于侵权法规定本身进行的。从侵权法完善的角度看, 侵权法要对某一行为是否构成侵权给予尽量明确的指引, 而不仅仅是规定抽象宏大的概括性条款。

二、侵权不确定性对侵权法功能的影响

(一) 对侵权法功能实现的整体性考察

已有侵权法著述在论及侵权法功能时, 常常把侵权法的补偿功能和预防功能进行单独的论述, 甚至要分析确认某种功能的基础性地位。^④ 这种立论角度有助于从不同的维度去分析侵权法所产生的调整效果, 但也容易让人忽视侵权法作为一个整体的运作。因为侵权法功能往往是在其运作的过程中一体实现的, 过分强调某一功能的基础地位, 并不利于从整体把握侵权法功能的运作, 也无助于分析不确定性问题对侵权法功能所造成的影响。

按照法经济学的逻辑, 侵权法发挥的功能无外乎把损害内化于加害人, 也就是把损害从受害人向加害人进行转移 (lost shifting)。在这个经典的法经济学模

① See Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Project Gutenberg, 2000, p9.

② 即 p 趋近于 0 或 1, 意味着案件去到不同法官那里的判断都基本一致, 断案结果趋于稳定统一的结果。

③ 即 a 趋近于 1, b 趋近于 0, 意味着当事人能准确地判断法官是否认定侵权。

④ 在侵权法功能中有学者特别强调补偿功能的基础性作用, 是“基本机能”(王泽鉴:《侵权行为法 基本理论, 一般侵权行为》, 中国政法大学出版社, 2001 年, 第 7 页); 有学者认为“填补损害的功能才是侵权责任法最基本的功能”甚至是一种共识(张新宝:《侵权责任法立法: 功能定位》, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=44518>); 还有学者认为填补损害作为基本功能, 预防功能不过是填补损害的“反射作用”, 不过是一种“副产品”(尹志强:《侵权行为法的社会功能》, 载《政法论坛》2007 年第 5 期)。

式当中, 损害的转移常常是通过事后的财富的反向转移而实现的 (财富转移方向相反于抽象的损害转移的方向), 侵权法在这个事后的财富转移过程中就发挥了补偿功能, 让受害人得到了救济。同时, 由于潜在的加害人可以预见到自己要承担将要造成的损害, 这就为其避免或预防损害给出了激励, 从而实现了预防功能。随着社会发展, 简单的损害转移已经无法满足社会生活的需求, 损害分散 (lost spreading) 的思路日渐为侵权法的一种新的思考方式, 其思路是由危险的制造者内化损害成本, 再通过价格机能或者保险制度把成本由多数人承担, 这种方式的优势在于使被害人救济获得经济保障, 并使加害人不至于陷入困难或破产。^① 这种思路无疑有利于保障侵权法补偿功能的实现, 却可能减损侵权法的预防功能, 因为在传统侵权法理论中侵权法预防功能的实现是和补偿功能中损害转移于加害人而提供预防激励是分不开的。因此在损害分散的思路下, 对侵害方造成损害的预防和避免运用的是一种间接的方式。如保险公司可能向实际加害人进行追偿, 也可能通过保险市场对有不良保险记录者进行加价, 甚至拒绝与之交易来间接地实现对侵害的预防。

因此, 在“损害转移”的思路下, 补偿功能实现的过程, 就是一种对潜在侵权者的直接威慑, 从而直接实现预防功能; 在“损害分散”的思路下, 补偿功能的实现虽然不能实现对潜在侵害者的直接威慑, 却通过保险市场等间接的方式实现了预防功能。^② 强调补偿功能事后救济受害人的思路容易让人们忽视其事前激励预防的事实, 从这个角度看, 补偿功能实现的过程本身就具有事前性。

侵权法的预防功能作为一种事前的防范, 更强调对侵害发生的避免和损害程度的减少。比如对于涉及事故的侵权, 在卡拉布雷西看来, 首要的事故成本避免 (the primary cost avoidance) 要优于次要事故成本避免 (the secondary cost avoidance) 的原因在于, 前者关注预防减少事故本身, 而后者更多的是一种事后的补救。^③ 侵权法的预防功能和法经济学分析范式的前瞻性是难以分离的, 法律除了对社会秩序进行调整, 更是对社会秩序的建构。前瞻性要求侵权法立法着眼于未来向前看, 在侵权法的立法中有必要通过法经济学的进路使其具有一定的前瞻性。对事故进行预防, 强调侵权法预防功能的稳健实现, 而不是仅仅考虑填补过去的损害就是一种前瞻性的思路。^④ 事实上, 把补偿功能实现的成本直接或间接

① 参见王泽鉴:《侵权行为法:基本理论,一般侵权行为》,中国政法大学出版社,2001年,第8页。

② 这种通过保险市场等间接方式的预防是一种改变当事人长期预期的过程,从博弈论的视角看,只要一个人还要进行长期的多次的博弈,就不可能不考虑当前策略选择对将来博弈的影响,比如保险公司策略集中的“增加保险费”和“拒绝交易”策略都会影响当前当事人的策略选择。

③ 参见[美]盖多·卡拉布雷西:《事故的成本:法律与经济的分析》,毕竞悦等译,北京大学出版社,2008年,第18-19页。

④ 参见周林彬,毛杰:《论侵权法的经济分析》,载《法制与社会发展》2006年第1期。

地加诸侵害者的过程，就是一种实现预防功能的前瞻性思路，把事后的补偿也纳入了事前威慑的范畴。

（二）不确定性对侵权法功能的消解

由于侵权法预防功能是一种前瞻性的视角，补偿功能的实现过程也直接或者间接地威慑潜在的侵害者，改变着潜在侵害者的预期，同样也具有事前的意义。而这些功能的实现有赖于一个重要的前提：当事人事前对于行为是否构成侵权作出正确的判断。由于不存在抽象的独立于现实运作机制的法律，某项行为的侵权性质的最终判定权在法院，因此当事人是否能够作出与法官一致的判断就成为问题的关键。

由于侵权法的补偿和预防功能虽然是从不同的角度描述侵权法的不同机能，但却是在一种制度当中，有时甚至是相互实现的，因此不确定性问题在影响侵权制度运作的过程中必然会对这两种功能都造成影响。侵权法的补偿功能实现的意义绝不仅仅在于一种事后的救济，而是在于其创设了一种预期，潜在加害人知道自己可能因此要承担补偿的责任或者间接地受到保险公司的威慑，潜在被害人可以预期自己可以得到相应的赔偿，这种预期又进而改变双方的行为选择，在互动中实现侵权法的预防功能。^①

不确定性问题的实质是事前信息不明确的状态，由于当事人无法对“行动中的法”或者“法官的法”对行为性质进行准确判断，这就导致了其预期的不稳定，进而可能造成其行为偏离于法律制定者所鼓励的轨道。在经典的汉德公式中，过错的认定是基于预防成本是否有充分的付出，汉德法官假设 B 是预防成本（cost of precaution）， P 是发生损害的概率（probability of injury）， L 是损害造成的成本（cost of injury），当 $B < PL$ 时就存在责任，当 $B \geq PL$ 就不存在责任。^② 这种模式未必能为所有法官所接受，但是在司法过程中每个法官心中都会在侵权法律框架下对某一行为的性质进行权衡，而汉德公式就是把这种权衡明晰化的做法，能使当事人在事前更好地判断侵权与非侵权的界限。由于传统法学更多从法律内部的要件体系去尝试对侵权进行认定，这就使得当事人在揣测法官可能对行为性质认定的不确定性尤为凸显，因为这种认定是基于远离民众的学究式的构成要件探讨，而不是基于包括经济合理性在内的普通人理解的合理性。

进一步分析，法律适用中的“法律漏洞”问题增强了侵权的不确定性对侵

① 在一些情况下，侵权的损害是双边（bilateral）的，这导致当事人的互动和应该选取的法律制度都区别于单边（unilateral）的情况，把双方互动的视角纳入侵权分析能更好地实现侵权法的功能（参见 Tim Friehe, Sequential Torts and Bilateral Harm International Review of Law and Economics, 29 (2009), p161 - 168）。

② See United States v Carroll Towing Co 159 F 2d 169 (2d Cir 1947)。

权法功能消解的效果。由于我国不是判例法国家，侵权法制度更多的是根植于大陆法的法条法中，既不可能通过判例法的方法来实现同一性质案件判决的稳定性，也不能通过创设像汉德公式一类较为明晰量化的判断标准来让当事人预测法官可能作出的对侵权的判断。成文法本身在法律调整过程中的抽象性和存在“法律漏洞”又强化了侵权的事前不确定性对侵权法功能的消解作用。填补法律漏洞的权限在法官，无论是法律内的法的续造，还是超越法律的法的续造，都可能在法律适用过程中出现。^①这两种续造都会促进不确定性对侵权法功能的消解，只是后者增益不确定性促进功能消解的效果往往更为明显，因为超越法律的法的续造超越了立法者原本的计划和目的，对于当事人而言，对于侵权的认定结果变得更为不可预测，这将使得侵权法的预防功能难以实现，补偿功能难以预期。这种不确定性问题在侵权法运作过程中必然会导致付出不必要的社会成本。对于潜在受害人而言，这种不确定性意味着不稳定的补偿预期，对于潜在加害人而言，这种不确定性意味着不稳定的损害成本内化于其自身，由于预期的不稳定，当事人付出预防成本的激励可能被削减，从而导致了预防功能的效果减损，而被害人则更倾向于在事后机会主义的尝试通过侵权法实现补偿，而这种损害完全可能通过事前付出较小的成本进行避免。这种状况的缺陷在于用“次要事故成本避免”代替“首要事故成本避免”，而事后的救济和避免损害本身发生相比，其成本往往更为高昂。^②

① 参见〔德〕卡尔·拉伦茨《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆，2005年，第246页。

② 参见〔美〕盖多·卡拉布雷西·《事故的成本 法律与经济的分析》，毕竞悦等译，北京大学出版社，2008年，第18-19页。

中华人民共和国侵权法对民事权利的保护

张民安*

一、我国侵权法保护的民事权利范围

（一）民法的私法性质

民法作为私法，因调整的是私人之间的社会生活关系，因此以平等和等价有偿为原则。换言之，民法调整的社会关系属于市民社会中的关系，具有非权力性；而其调整方法也为对等补偿性，有别于公法的惩戒性和威慑性。《中华人民共和国民法通则》第2条对民法的性质作出了明确规定，该条规定：民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。

（二）民法是民事权利的确认法，对民事主体的各种权利作出了明确、肯定和清楚的规定，构成一种权利宣言

民法的私法性质决定了民法必然是权利法，即以确认和维护公民的民事权利为己任。作为私法的民法调整的是以平等为特征的市民生活关系，其立法目的即在于通过对私权的维护调动市民（自然人、法人和非法人组织）从事生产经营活动和生活性民事活动的积极性和主动性，从而促进国民经济的发展和市民社会的繁荣。

在规范体系上，民法分为总则和分则两部分。其中，总则以权利的产生为中心，规定了民事权利的主体（自然人和法人），民事权利发生、变更、消灭的根据（民事法律事实，主要是民事法律行为和代理）、法院保护民事权利的期限（诉讼时效）；分则以各种具体的权利为基本点，规定了物权、债权、知识产权、人身权等各种具体的民事权利。

将民法界定为一种权利法，其意义有三：

第一，确保人民的民主和自由权利的实现，确保法治国家不随意侵犯人民的权利。民法的基础在于市民社会，而市民社会有别于政治社会。市民社会日渐发展壮大，则官僚政治社会的影响会逐渐减少，真正的民主政治制度才能得到

* 张民安，中山大学法学院教授、博士生导师。