

侵权责任法在维护人们的行为自由与保护（救济）民事主体的权益方面发挥着同等重要的功能。权衡侵权责任关系中的各种合理利益（自由），对受害人（或者将来的受害人）的民事权益和加害人（或者可能加害人）的行为自由予以均衡的保护（维护），在受害人获得的赔偿与加害人承担的责任之间建立起具有公正性的平衡机制，是侵权责任法的基本使命，也是侵权责任法立法程序参与者必须自觉遵守的准则。

侵权责任法立法研究

STUDY ON LEGISLATION
OF
TORT LIABILITY
LAW

|| 张新宝 著 ||

侵权责任法立法研究

|| 张新宝 著 ||

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

侵权责任法立法研究/张新宝著.
北京:中国人民大学出版社,2009
ISBN 978-7-300-11226-8

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 156316 号

侵权责任法立法研究

张新宝 著

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	涿州星河印刷有限公司		
规 格	170 mm×240 mm 16 开本	版 次	2009 年 9 月第 1 版
印 张	31.75 插页 2	印 次	2009 年 9 月第 1 次印刷
印 数	610 000	定 价	68.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

目 录

侵权责任法立法的利益衡量（代绪论）	(1)
引 言	(1)
一、利益衡量与立法上的利益衡量	(2)
二、侵权责任法立法中的一般利益衡量	(7)
三、侵权责任法立法中的特殊利益衡量	(18)
结 论	(22)

第一单元 侵权责任法草案修改意见与立法建议

第一篇 侵权责任法草案（二次审议稿）修改建议	(27)
一、侵权责任法草案（二次审议稿）的修改建议概要	(27)
二、侵权责任法草案（二次审议稿）条文与修改建议条文对照表	(43)
三、侵权责任法草案（二次审议稿）修改建议条文	(77)
第二篇 制定中国侵权责任法的若干建议	(93)
引 言	(93)
一、关于侵权责任法的一般规定	(94)
二、关于过错责任的规定	(105)
三、关于无过错责任的规定	(110)
四、关于特殊侵权责任关系	(113)
五、关于损害赔偿	(118)
六、关于抗辩事由及相关问题	(122)

第二单元 侵权责任法立法体系研究

第三篇 民法典制定的若干技术层面问题	(127)
--------------------------	-------

引言	(127)
一、条文标题	(127)
二、立法理由与官方讨论记录	(130)
三、民法典的语言和文风	(132)
结论	(135)
第四篇 侵权责任法的一般条款	(136)
引言	(136)
一、比较法上的观察	(137)
二、我国民事立法关于侵权行为法一般条款的规定之发展	(143)
三、我国侵权责任法一般条款：试拟草案与说明	(145)
结论	(151)
第五篇 侵权责任法立法模式：全面的一般条款+全面列举	(152)
引言	(152)
一、一般条款模式	(152)
二、列举模式	(153)
三、全面一般条款或有限一般条款	(154)
四、列举的分类标准：回到罗马法	(155)
五、侵权的民事责任方式：侵权责任法体系不可或缺的部分	(157)
结论	(158)
第六篇 侵权责任法立法体系研究	(159)
引言	(159)
一、若干立法体系的比较法观察	(160)
二、建议稿与民法草案关于侵权责任法体系的设计	(169)
三、我国侵权行为法体系结构的设想：全面一般条款下的全面列举	(180)
结论	(183)
第七篇 侵权责任法的法典化程度研究	(185)
引言	(185)
一、比较法上的观察	(186)
二、我国立法草案与学者建议稿的态度	(194)
三、我国现有侵权责任法规范盘点	(199)
四、我国侵权责任法法典化程度的若干对策性建议	(202)
结论	(209)

第三单元 制度构建

第八篇 侵权法上的原因力理论研究 ·····	(213)
引 言·····	(213)
一、原因力理论基本问题研究·····	(213)
二、有关司法解释中原因力理论相关规定之解读·····	(216)
三、比较原因力与比较过错·····	(218)
四、我国侵权行为法上原因力理论的具体适用·····	(222)
结 论·····	(230)
第九篇 共同侵权责任十论 ·····	(231)
引 言·····	(231)
一、共同侵权行为——连带责任的模式反思·····	(232)
二、各国（地区）法律对共同侵权责任的规定·····	(235)
三、共同侵权责任的经典形式：连带责任·····	(239)
四、共同侵权责任的多样性·····	(242)
五、有意思联络的共同侵权行为之责任·····	(244)
六、无意思联络的共同侵权行为之责任·····	(245)
七、共同危险行为人的连带责任·····	(247)
八、法定的共同侵权责任·····	(248)
九、新动向：团伙成员的连带责任·····	(252)
十、承担共同侵权责任的数个赔偿义务人之间的内部关系·····	(254)
结 论·····	(256)
第十篇 经营者对服务场所的安全保障义务 ·····	(258)
引 言·····	(258)
一、经营者对服务场所安全保障义务的概念及其法理依据·····	(259)
二、经营者对服务场所安全保障义务的法律性质·····	(261)
三、安全保障义务的主要内容探讨·····	(266)
四、经营者违反安全保障义务的责任类型·····	(269)
五、违反安全保障义务的侵权责任：过错责任与因果关系讨论·····	(271)
六、第三人的介入行为与经营者的责任·····	(276)
结 论·····	(279)
第十一篇 医疗过失举证责任研究 ·····	(280)
引 言·····	(280)
一、医疗过失与举证责任之一般理论·····	(281)

二、比较法的经验·····	(286)
三、医疗过失举证责任之立法展望·····	(297)
结 论·····	(300)
第十二篇 工伤保险赔偿请求权与普通人身损害赔偿请求权的关系 ·····	(302)
引 言·····	(302)
一、从法律发展历程看侵权责任法和工伤保险制度的功能替代·····	(303)
二、几种法律模式和立法建议检讨·····	(307)
三、对我国现行规定的实证分析·····	(311)
四、法律救济的原则与制度构建的设想·····	(317)
结 论·····	(320)
第十三篇 侵权责任请求权与物权请求权的关系 ·····	(322)
引 言·····	(322)
一、物权请求权的性质：预防性责任·····	(323)
二、侵权责任请求权与物权请求权关系：三种思路的比较·····	(326)
三、论证扩展：“侵权统一救济模式”适应性之证成·····	(347)
结 论·····	(351)
第十四篇 侵权责任请求权与不当得利返还请求权的关系 ·····	(353)
引 言·····	(353)
一、“债”的概念：二者关系研究的逻辑起点·····	(353)
二、二者关系的比较法考察·····	(355)
三、我国关于二者关系的理论、立法与实践·····	(359)
四、二者竞合的构成要件与发生情形·····	(364)
五、二者竞合与“请求权越界”·····	(370)
结 论·····	(373)
第十五篇 侵权死亡赔偿研究 ·····	(375)
引 言·····	(375)
一、我国的现行规定及评述·····	(376)
二、侵权死亡赔偿的若干法理讨论·····	(383)
三、对受害人一方相关财产损失的赔偿·····	(388)
四、对死者近亲属精神损害之赔偿（精神损害抚慰金）·····	(391)
五、被扶养人生活费与死亡赔偿金·····	(394)
结 论·····	(399)
第十六篇 论侵权死亡的精神损害赔偿 ·····	(401)
引 言·····	(401)
一、现行规定之检讨·····	(401)

二、比较法上的观察	(404)
三、我国侵权死亡案件中的受害人与请求权人	(407)
四、精神损害赔偿方式在侵权死亡案件中的适用范围	(410)
五、死者生前遭受的精神损害	(413)
六、侵权死亡精神损害赔偿的标准	(416)
结 论	(418)
第十七篇 纯粹经济损失及其赔偿规则	(420)
引 言	(420)
一、纯粹经济损失的概念与特征	(420)
二、纯粹经济损失的类型	(425)
三、纯粹经济损失不予赔偿原则的理论依据及其技术意义	(427)
四、域外法理论与制度流变	(429)
五、纯粹经济损失的例外救济	(433)
六、我国相关制度建设层面的问题	(434)
结 论	(437)
第十八篇 惩罚性赔偿的立法选择	(439)
引 言	(439)
一、惩罚性赔偿的基本理论与实践	(440)
二、惩罚性损害赔偿与精神损害赔偿	(449)
三、在激情与理性之间的选择	(454)
结 论	(459)
第十九篇 “机动车一方承担赔偿责任”：道路交通事故赔偿义务人 解析	(461)
引 言	(461)
一、赔偿义务人的认定标准	(461)
二、几种特殊情形下赔偿义务人的认定	(463)
三、商业性第三者责任保险人的赔偿义务问题	(469)
结 论	(471)

第四单元 争议问题

第二十篇 “新闻（媒体）侵权”否认说	(475)
引 言	(475)
一、侵权责任法学者建议稿：问题的提出	(476)
二、“新闻侵权”或“媒体侵权”的文义分析	(478)

三、比较法上的观察·····	(480)
四、从法律规定到司法解释：官方态度及其评论·····	(482)
结 论·····	(484)
第二十一篇 行政法规不宜规定具体侵权责任·····	(487)
引 言·····	(487)
一、宪法和法律、行政法规的相关规定及其理解·····	(488)
二、行政法规规定侵权责任的情况·····	(489)
三、问题的展开·····	(491)
四、原因探究·····	(493)
结 论·····	(495)
 后 记·····	 (498)

侵权责任法立法的利益衡量*

(代绪论)

引 言

我国侵权责任法的立法工作正在紧张进行。在法律草案的形成过程中，立法部门和学界对部分争议问题逐步形成共识，但是对一些疑难问题仍存在较大的分歧。笔者认为，立法过程就其本质而言，是各种利益（自由）诉求表达、争论、协调和平衡的过程，侵权责任法的立法过程同样如此：立法者通过对发生在侵权（或可能侵权）的双方当事人之间的各种利益（自由）进行表达、争论、协调和平衡，制定出更具有正义性的法律原则、制度和规范，以调整侵权案件当事人之间的财产和人身关系，同时实现人们的一般行为自由与受害人民事权益保护的宏观平衡，实现侵权个案中当事人之间微观的财产利益之平衡。其中，如何正确认识当事人之间的利益（自由）冲突及其一般表现形态，以及对特定的利益（自由）进行表达、争论、协调和平衡，是立法工作的重点和难点，也是解决诸多争议问题的关键之所在。这既牵涉到立法者对相关利益（自由）的价值判断，也牵涉到立法程序参与者发现、表达、协调和平衡相关利益（自由）诉求的技术水平。

本文试图从上述认识基础出发，对侵权责任法涉及的受害人（或者将来的受害人）权益保护与加害人（或者可能的加害人）行为自由维护之间的冲突——实际上它是侵权责任法所要解决的基本矛盾，这一基本矛盾决定着侵权责任法的所有原则、制度和规范的本质属性——进行分析，并对这一基本矛盾的一般表现形式和特殊表现形式进行描述，以揭示相对应的法律理念，为侵权责任法立法中的某些难点问题提供可能的解决方案。

* 原载《中国法学》，2009（4），此处略有改动。

一、利益衡量与立法上的利益衡量

(一) 利益衡量

利益与人的需要有关。人作为一种存在，既具有生物性，又具有社会性。为了维护人自身的生存与发展，每个人都会有需要。不过，法律上的利益并非需要本身，其在本质上更侧重于社会性方面，体现着人与人之间、人与社会之间的关系，并以此区别于生物单纯满足本能的需要。对利益范畴，不同的学科有着不同的解读。从18世纪利益法学兴起以来，“利益”便成为立法和法学家自觉关注的范畴。法学界一般认为，利益是指“主客体之间的一种关系，表现为社会发展规律作用于主体而产生的不同需要和满足这种需要的措施，反映着人与周围世界中对其发展有意义的各种事物和现象的积极关系，它使人与世界的关系具有了目的性，构成人们行为的内在动力”^①。利益表彰的是一个关系范畴，它既包括人与人之间的直接关系（如债的关系），也包括人通过对物的占有、使用、收益、处分等发生的与其他人之间的人际关系（如物权关系）。只有在这样的人际关系中，利益才有存在的意义。人的需求的多样性和人际关系的广泛性与复杂性，决定了利益的多元性和多样性。

法律上的利益，并不是社会生活中利益的全部，它是“从利益体系中剥离出来的、以法定形式存在的利益，也即通常所说的合法利益或权益”^②。有学者以“生活资源”称呼利益，并按资源受保护之程度，将其区分为权利资源、法益资源和自由资源。前者由法律所创设，在法律上有其名分，完整受到法律保护；中者虽非法律所创设，但为法律所承认，在某种程度上仍为法律所保护；后者与法律创设和承认无关，在法律上无其名分，亦不受法律之保护。^③这说明，亦非任何利益关系皆受法律调整或保护，亦非任何利益皆适于受法律保护。尽管立法可以相当完备，但总有部分“自由资源”或者“自由利益”不能进入法律调整之视野。

在各国制度设计上，侵权责任法所保护的利益主要是绝对权项下的财产利益与人身利益以及某些相关的“法益”（如某些信赖利益、“纯粹经济利益”），只有在极为有限的情形下相对权所体现的利益才能成为侵权责任法保护的客体，如第三人侵害“债权”制度的情形。需要说明的是，“自由”并非不是“资源”或者利益；相反，作为与权利相对应的自由，无疑是主体的重要利益，而且受到多种

^① 孙国华主编：《法理学教程》，83页以下，北京，中国人民大学出版社，1994。

^② 周旺生：《论法律利益》，载《法律科学》，2004（2）。

^③ 参见曾世雄：《民法总则之现在与未来》，10页，北京，中国政法大学出版社，2001。

法律的保护。所不同的是，侵权责任法中的“权益”范畴一般特指主体对对象物和自身物质实体和精神世界所享有的权利与利益，“自由”作为具体受害人的权益受到保护时应当是直接的和显性的。法律对自由的保护或维护既可以是直接的也可以是间接的，既可以是显性的也可以是隐性的。作为受害人权益保护的对立面，“行为自由”不仅表现为具体加害人的行为和言论自由，而且表现为加害人之外的不特定人的行为自由，前者是微观的，后者是宏观的，并且主要是指后者。在法理学界，也有学者注意到了不同语境中自由的多种规定性，认为作为法律价值的自由是宏观的、抽象的自由，即社会整体的自由状态，应当与作为表述权利本质属性的概念的自由、作为权利的自由加以区分。^④ 基于以上认识，“人们行为自由”范畴的内涵应具有特定性，主要是指不特定人的行为自由，侵权责任法中对人们行为自由的维护是间接的、隐性的。由此，受害人权益保护与人们行为自由的维护在侵权责任法上构成了一对基本矛盾。

现代社会，利益的多元化、独立化、多变化、冲突化，以及主体需要的多样性、无限性与利益资源有限性之间的矛盾，使得立法需要通过利益衡量这一核心装置在无限需求与有限资源之间找到利益平衡。^⑤ 立法作为利益冲突调整的最为重要的工具，必须被置于特定的社会关系或者法律关系的环境之中。为了协调个体的人与人之间、个体的人与社会（国家）之间的利益冲突，以实现社会秩序和自然秩序的和谐，习惯、伦理道德、法律等行为准则因之而生。法律是以国家的名义出现并要求全体社会成员普遍遵守的一种行为准则，它为人们追逐利益的行为提供了一系列的评价规范，努力为各种利益评价问题提供答案。正如博登海默所言：“如果没有某些具有规范性质的一般性标准，那么有组织的社会就会在作下述决定时因把握不住标准而出差错，比如说：什么样的利益应当被视为是值得保护的利益，对利益予以保障的范围和限度应当是什么以及对于各种主张和要求又应当赋予何种相应的等级和位序。”^⑥ 对相互对立的利益进行调整，以及对它们的先后顺序、上下位阶予以安排，往往是依靠立法手段来实现的，法律制度实质上就是最为稳定的一种利益平衡机制。侵权责任法也正是这样一种利益平衡机制：它对发生在平等主体之间的各种相关利益（自由）冲突进行调整，这种复杂的利益冲突既包括纵向的利益冲突，如个人利益与社会（国家）利益的冲突，又包括横向的利益冲突，如个体之间的利益冲突、特定群体（行业）利益与个体利益的冲突等。侵权责任法利用责任关系（是否构成责任以及承担何种责任）的设

^④ 参见杜承铭：《论作为法学范畴的自由》，载《法商研究》，2000（1）。

^⑤ 参见张斌：《现代立法中的利益衡量——以个体主义方法论为研究视角》，13～15页，吉林大学博士学位论文，2005。

^⑥ [美] E. 博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，413～414页，北京，中国政法大学出版社，2004。

定,对以上各种利益(自由)冲突加以协调和平衡,以实现对相关主体之间财产关系和人身关系的调整。

(二) 立法上的利益衡量与司法上的利益衡量

在成文法传统下,立法是一个利益衡量的过程,制定法是“定分止争”的主要依据。社会是一个利益的复杂体,存在于各种利益关系的对立统一之中。立法的目的在于通过相关利益主体的博弈而公平合理地分配资源与调节利益关系,以使各种利益主体能够各得其所、各安其位,从而实现整个社会的和谐发展与进步。

法律制度是理性构建的产物。在法治背景下,法律制度不是孤立存在的。表面观之,法律制度是立法者对社会上各种现存利益和将来可能产生的利益加以综合平衡的结果;但因为其经过了相关利益主体依特定程序的博弈,所以制度构建中包含着一定社会整体对公平和正义的具体理解和诉求。这种经过各方博弈达致平衡的利益关系凝固于具体的法律制度当中,通过法律的规范功能,即指引、预测、评价、强制等,排除了初民社会中的个别博弈的局限性,节省了交易成本,从而在整体上节省了社会总成本,因而是有效率的。“在最广泛的意义上讲,法律仅仅是反复出现的、个人和群体之间相互作用的模式,同时,这些个人和全体或多或少地明确承认这种模式产生了应当得到满足的相互的行为期待。”^⑦一旦凝固于具体法律制度之中,定型化的利益也就成为该法律制度一个不可分割的属性。

对于利益衡量,一些法学家在司法和法律解释学层面理解,将其完全等同于一种纯粹的司法方法加以运用。^⑧“利益衡量论”在日本被作为民法解释学所独有的一种法学方法论,是指“法官在阐释法律时,应摆脱逻辑的机械规则之束缚,而探求立法者制定法律时衡量各种利益所为之取舍……斯即利益衡量。换言之,利益衡量乃在发现立法者对各种问题或利害冲突,表现在法律秩序内,由法律秩序可观察而得之立法者的价值判断”^⑨。有学者于20世纪90年代在我国介绍引入该理论^⑩,在我国理论界和实务界产生了较大影响。对于利益衡量的适用领域,有学者指出,“根据利益法学派的看法,法律固在裁判利益的冲突或规范结合之

^⑦ [美] R. M. 昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,46页,南京,译林出版社,2001。

^⑧ 法学大家拉伦茨也是在法律解释、法官“造法”的语境下讨论“利益衡量”的。但是其所讨论的重点是最高法院和宪法法院的释法和裁判,而不是泛泛的“法官造法”。参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,279页以下,北京,商务印书馆,2005。

^⑨ 杨仁寿:《法学方法论》,175页以下,北京,中国政法大学出版社,1999。

^⑩ 参见梁慧星:《民法解释学》,316页以下,北京,中国政法大学出版社,1995。

利益或建构性之利益”^①，但对于立法过程中所进行的利益衡量，我国学者则研究较少。其实，我们所说的“利益衡量”不仅发生于司法领域，更发生于立法领域。虽然极端的概念法学强调立法对利益衡量的专属垄断已经被证明行不通，但立法权与司法权的分工仍被宪政国家奉为圭臬。现代法律虽然通过不确定概念、一般条款等授予司法者一定的裁量权，但不可否认对主要利益的衡量仍须通过立法来完成：对明确的利益关系，立法直接给出边界，通过法律规范来完成；对概括、模糊的利益关系，立法虽然不能划定明晰的界线，但给予了司法者方向和方法的指引，通过法律原则、不确定概念或者一般条款等来完成。司法上利益衡量的启动主要是出于法律存在漏洞或者法律的原则性、滞后性，而法官又必须对案件作出裁判，因此需要在立法者给定的范围内依照特定的方法确定利益归属，最终得出对案件中存在的利益冲突的解决方案。由此可见，利益衡量的最终落脚点仍然是在立法者那里。

如果仅仅强调司法利益衡量，则可能导致利益衡量被滥用。利益衡量被滥用可能发生于两种情形：其一，在缺乏明确依据、缺少法规范结构的情形下进行的利益衡量，这种情形在法律解释学上被称为法律的“价值补充”，认为可以修正现行法^②；其二，法律已有明确依据，司法者认为其欠缺实质妥当性而弃置不用，进行法外利益衡量，此经常被称为“情与法”的冲突。以上两种利益衡量的滥用实际上皆为司法者代行立法者的职权，属于司法僭越立法权。利益衡量的主要工作应当是立法者的使命，而不是司法者的任务，司法中的利益衡量应当建立在尊重法律规范的基础之上、在极小的范围内存在。侵权责任法的立法必须认识到这一点，须把握制度建设中的关键环节——平衡相关利益（自由），而不是把这样的价值判断留给司法解释或个案审判；相反，一些过于技术性的问题，则应留给法官去解决而不是在立法层面“斤斤计较”。此乃侵权责任法立法过程中所要坚持的法则。

（三）侵权责任法上利益衡量的主要路径

1. 侵权责任法之一般利益衡量与特殊利益衡量

就对利益的保护（或者维护）而言，学界通常会根据利益主体的不同，将利益分为个体利益、集体利益、国家利益和社会公共利益。个体利益是特定当事人之间形成的利益关系。集体利益或者称为群体利益，是指特定部分人的共同利益，该群体成员之间形成一个利益共同体。对社会公共利益，学界认识并不一

^① 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，462页，北京，中国政法大学出版社，2001。

^② 有学者指出：明知现行法律属于恶法，其适用结果将违背法律正义，却借口维护法律安定性而仍予适用，致当事人遭受不公正之效果，终难免有因噎废食之讥。参见梁慧星：《民法解释学》，312页，北京，中国政法大学出版社，1995。

致。社会公共利益虽然具有不确定性和历史发展性，但其最终能够被还原为不特定多数人的利益，尽管如此，也不能说第三人的所有利益均属于公共利益。由于公共利益的主张易被滥用，各国一般试图通过立法确认公共利益的外延。在学术界，就是否存在不同于社会公共利益的“国家利益”，也一向存有意见分歧。国家一方面代表了公共利益，另一方面也代表了当政者的利益，国家应当有独立于公共利益之特殊利益，当然更多情形下，国家利益作为对各种对立的群体利益和公共利益调和折中的产物，与一定的社会公共利益发生重合。当国家作为民事主体接受私法的调整，其利益相对于个体利益不应具有优越地位，其行为同样“不得违反社会公共利益”。因此有学者提出，应将国家利益从私法的概念表述中清除出去，公共利益这一概念足以替代也应该替代国家利益所具有的干预调控社会生活的功能，国家利益在私法上并不具有特别的意义。^⑬

在以上利益关系中，侵权责任法所调整的主要是个体之间的利益（自由）冲突。其中，一般个体利益关系因奠基于主体抽象平等判断之上，双方利益天平无须加以特别倾斜，所进行的是“一般利益衡量”；特殊群体之间的利益关系衡量以承认特定群体或特定领域中的特殊利益为前提，保护的天平应当有所倾斜但又不宜过于失衡，是为“特殊利益衡量”。两种利益关系的衡量，分别建构在学者所谓强势意义的平等对待和弱势意义的平等对待之上，其要求按照一定的标准对人群进行分类，被归入同一类别或范畴的人才应当得到平等的“份额”^⑭。强调对各种利益既要同等情况同等对待又要不同情况不同对待，后者的目的是通过“身份”分层来保障弱势利益主体的“利益差别”，追求实质的平等。

2. 侵权责任法律关系之内部利益衡量与外部利益衡量

侵权责任法的主要功能在于规范不法侵害他人民事权益所生损害的赔偿问题，但侵权责任法对社会行为的引导主要通过阻吓来实现，在确定赔偿范围和权益保护程度的同时，也为人们行为自由的边界划出了界限。因此，侵权责任法的调整涉及两种基本利益：一是受害人民事权益的保护，另一是他人行为自由的维护。二者的关系一直处于现实的和潜在的紧张状态：人们的行为自由多了（极端是“为所欲为”），获得赔偿（民事权益得到救济）的机会就少，赔偿的数额也可能变少；反之，赔偿的几率高了、数额多了，人们的行为自由也就少了（极端是“动辄得咎”）。

从微观的个案层面来看，侵权责任法主要调整个体之间的利益冲突，个案中具体受害人与具体加害人之间的关系构成侵权责任法律关系之内部关系，立法中

^⑬ 参见熊谓龙：《私法中的“社会公共利益”》，载王利明、郭明瑞、潘维大主编：《中国民法典基本理论问题研究》，105页，北京，人民法院出版社，2004。

^⑭ 王轶：《民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景》，载《中国社会科学》，2004（6）。

需要对内部关系中利益冲突进行调整以实现平衡。这种利益平衡包括了具体受害人利益与具体加害人利益之间的平衡、具体受害人权益保护与具体加害人行为自由维护之间的平衡。侵权责任法所要调整的利益冲突最终需要通过个案的解决来实现，它体现了孤立的个体之间的冲突与平衡。

侵权责任法在处理微观个案中具体受害人和具体加害人个体利益冲突的同时，还要处理好不特定的将来受害人与不特定的可能加害人之间的利益冲突，从而实现社会利益的平衡。马克思曾言：对于法律来说，除了我的行为之外，我是根本不存在的，我根本不是法律的对象。^⑮ 法律对人的行为的指引主要是一种规范指引，侵权责任法通过规定的各种侵权责任方式责令加害人补偿受害人的损害，对加害人行为给以否定评价，并告诫人们应当尽到以及如何尽到一定的注意义务，将影响或者决定行为人行为时的成本与收益的比较选择，实际上是对其行为自由划定了界限。这种对于不特定第三人利益（自由）的影响，属于公共利益范畴。侵权责任法在填补受害人损害和矫正加害人行为的同时，威慑社会上的不特定第三人，明晰其注意义务和行为自由的边界。经济分析法学的理论认为，以个人身份提起诉讼的受害人不仅仅是为了其自身利益，同时也是作为国家公权力的代理人而出现的，降低经济上的非效率的行为是国家所致力目标，但因国家资源有限不足以做这件事；通过对受害人的救济，其实是国家创造了一种依私力而推动政策目标实现的制度，也为人们行为自由划定了边界。^⑯ 这说明，权益保护与行为自由维护的平衡不仅需要在侵权责任法律关系内部实现，也需要在这种法律关系外部实现。将来的受害人与可能的加害人之间的利益冲突，需要进行侵权责任法律关系外部利益冲突的衡量，这是宏观的层面。内部利益衡量与外部利益衡量是侵权责任法利益衡量的两个角度，二者不可偏废。

二、侵权责任法立法中的一般利益衡量

侵权责任法上的一般利益衡量主要涉及个体之间的利益关系，同时也涉及个体利益与公共利益之间的关系。受害人（或者将来的受害人，下同）民事权益保护与加害人（或者可能的加害人，下同）行为自由维护之间的对立统一，既体现了个体之间的利益（自由）矛盾，也反映了个体利益与公共利益之间的矛盾。前者需要进行内部利益衡量，后者需要进行外部利益衡量。在个案中，具体受害人与具体加害人之间的利益冲突，尤其是财产利益冲突，是以上矛盾在侵权责任法律关系中的外显表现形式。

^⑮ 参见《马克思恩格斯全集》，第1卷，16~17页，北京，人民出版社，1956。

^⑯ See Jules Coleman, *Tort Law and Tort Theory: Preliminary Reflections on Method*, At Gerald J. Postema, *Philosophy and the Law of Torts*, London, Cambridge University Press, 2001, pp. 187-188.

（一）民事权益保护 v. 行为自由维护

受害人一方的权益（主要是绝对权性质的民事权利和利益，下同）与可能的加害人一方的行为自由（包括实施行为的自由与表达自由等）之间的矛盾，是侵权责任法所调整的一对基本矛盾。这一矛盾上升到法律层面，在宏观上表现为不特定的将来的受害人权益保护与不特定的潜在加害人行为自由维护之间的冲突，在微观上则表现为个案中的特定受害人权益保护与特定加害人行为自由维护之间的冲突。

侵权责任立法中的一般利益衡量，需要权衡权益保护与行为自由维护的价值，对受害人的民事权益与加害人的行为自由予以平衡的保护。之所以要对受害人的民事权益与加害人的行为自由予以平衡保护，主要有如下几方面的理由：（1）受害人与加害人角色的可互换性。侵权责任法所调整的，主要不是不同行业、不同阶层主体之间的利益关系，而是侵权案件受害人与侵权人之间的利益关系。在侵权责任法的一般利益衡量过程中，案件的双方主体身份大多具有平等性和可互换性。在多数侵权责任关系中，任何一个人并不被预先定位为受害人或者侵权人，换言之，一个侵权案件中的受害人也可能是另一侵权案件中的加害人，其作为加害者与受害者的机会也大体相当，因此其身份或角色具有平等性与互换性。受害人与加害人角色的可互换性告诉我们，原则上法律必须对二者的利益加以平衡保护，而不是向某一方倾斜。（2）侵权责任立法中的这种利益平衡，除了因为顾及双方当事人地位的平等性与可互换性之外，更重要的理由在于受害人一方的绝对权益与可能的加害人之行为自由在法价值上的同等重要性，二者不可偏废。尽管学者们对法律价值的理解各不相同，但是绝对权利项下的利益和人的行为自由作为法律基本价值并无争议。^①而且一般而言，法律无法对这两种利益（自由）的价值之高下大小作出判断，即这里的利益和自由对于法律主体来说都是至关重要的。

1. 民事权益与行为自由平衡保护的演进

（1）大陆法系侵权法对民事权益与行为自由的平衡保护

古代法律中没有犯罪与侵权的区分，体现着强烈的报复主义色彩，例如根据两河流域最有代表性的法典《汉穆拉比法典》的规定，“从根源上讲，赔偿在本质上是惩罚性的，其补偿性只具有从属意义。它是由一个家庭或亲属团体加置于另一个家庭或亲属团体的报复”^②。结果责任或者客观责任是最为重要的归责原则。

大陆法系的历史渊源主要是罗马法，罗马法对后世侵权责任法的发展也产生

^① 参见孙国华、朱景文：《法理学》，2版，61~64页，北京，中国人民大学出版社，2004。

^② [美]哈罗德·J·伯尔曼：《法律与革命：西方法律传统的形成》，贺卫方等译，63页，北京，中国大百科全书出版社，1993。