

侵权构成的非限定性 与限定性及其价值

姜战军*

内容提要:法国民法典不限制侵权法保护利益的范围,是非限定性的侵权构成。其价值在于体现理性主义下的自己责任和为个人自由划定必要的限度,具有赋予法官对侵权构成认定广泛自由裁量权和开放性的特点,能很好地适应社会发展的需要。德国民法典将侵权法保护的范围明确限定,是典型的限定性侵权构成。其价值在于划定范围更加确定的自己责任和实现法律的体系化、科学化,具有完善的逻辑自足性和严格划分立法与司法权力的特点。近代法以来,乐观的理性主义遭到了失败,随着实证主义哲学和社会法学思想的发展,对具体个人进行救济的侵权法损害救济的理念得到发展。通过一般注意义务的引入和发展,侵权构成发生了向非限定性回归的趋势。

关键词:侵权构成 非限定性 限定性 价值

从人类开始共同生存起,就存在对他人人身和财产的伤害,即使在权利观念尚未发展的古代社会,对他人支配之物及人身的侵害即已不可避免,相应地,也就必然存在对受害人进行救济的规则或制度。首先是复仇,然后逐渐代之以刑法特点的结果责任的公力救济。“罗马法以前的古代侵权行为法都采取结果责任主义,实行‘事实裁判个人’的规则”,^[1]而罗马法在阿奎利亚法以前的很长时期也是结果责任的制度,即使在阿奎利亚法以后采用过错侵权责任,但其侵权责任并未从刑事责任中完全独立出来,故其有关规则并不具有典型的说明意义。及至近代民法,法国民法典历史性地确定了过错作为侵权责任的基本原则,并简洁地规范了侵权行为的构成,采用了后世所称的“非限定性原则”。之后,经过近百年的发展,德国民法典以完全不同的面目确立了被称为“限定性原则”的侵权构成。从此以后,“限定性原则”下过错、违法性、因果关系、损害四要件成为大陆法系国家侵权构成的支配性观点。然而,再经过一百年的发展,人们发现,科学、合理的德国法侵权构成理论不仅不断被大陆法系新的立法所扬弃,甚至在德国本身也经历了重大的变革和修正。逻辑自足和完美的德国侵权构成大厦,在现实的风浪冲洗下已经千疮百孔,回到“非限定性原则”似乎成为侵权构成新的趋势。在我国制定民法典时,如何合理、科学地确定侵权的构成是侵权法制定的一个重大课题。在立法对这个课题做出回答的时候就一定要把握、理解和反映侵权法的发展趋势,否则,如果仅仅停留在近代民法侵权认识的基础上确定侵权构成的规则,不仅先天地落后于世界法律发展的潮流,而且不能发挥侵权法应有的

* 西北政法学院副教授,中国社会科学院法学所研究人员。

[1] 王利明:《侵权行为法归责原则研究》,中国政法大学出版社,2004年版,第54页。

功能,适当地解决现实中已经出现的问题。

一、法国民法典侵权构成的非限定性原则及其价值

(一)法国民法典侵权构成的“非限定性原则”

法国民法典第 1382 条规定:“人的任何行为致他人受到损害时,因其过错致该行为发生之人应当赔偿损害。”〔2〕此为法国民法典侵权构成的核心条款。

第 1382 条的规定,确定了法国法侵权构成的基本规则:过错、损害、因果关系,符合这三个要件,就有侵权责任的产生。在这里,“过错”系基于人们主观上故意或过失的认定,强调的是加害人行为道德上的可非难性;而使其承担侵权责任,则是法律对道德上可非难性行为的否定性评价。依据第 1382 条,过错行为造成他人受损即可发生侵权责任,无论过错行为造成的损害是否侵害法律保护的权利或利益。“法国民法典关注的重点是致损事件,而不是原告所享有的特定权利的性质和范围。也就是说,任何人,只要是因为他人的过错造成的损害,原告都享有法定的赔偿权利。”〔3〕因此,法民法侵权构成强调的是行为人道德上的非正当性,而非该行为客观上对已经存在的权利或受法律保护利益的侵犯。法国侵权法在很长时期以来并不将它本身看作是对某种法定权利和合法利益的保护手段。〔4〕从侵权构成上看,法国民法的这种观念表现为只关注客观上是否有过错、损害和因果关系,并不限制受侵权法保护利益的范围。因此,法国民法典的此种侵权构成被称为“非限定性原则”下的侵权构成。

法国民法典的上述规定,反映了其对查士丁尼法“不得损害他人利益原则”的继承。“为了同查士丁尼法典所宣示的不得损害他人利益的原则保持一致,法国立法者在规定侵权责任的原则时采取了创设一般性过错责任原则的方法,不对其保护的利益范围和法律关系做出具体规定……其优越性在于它的适用范围极其广泛,包括了引起他人损害的任何行为,其缺点在于,此种原则可以做广泛性的解释,在适用中会遭遇困难……尽管如此,人们仍然乐于对过错责任原则做更广大意义的解释。”〔5〕虽然此种非限定性侵权构成的立法在 19 世纪受到了挑战,但“到了 20 世纪……一般性侵权责任的理论再一次抬头,并重新成为支配侵权法的理论。在新出版的民事责任的教科书中,过错侵权责任的构成要件不再要求对主观性绝对权利的违反,而仅要求有行为的过错、损害的发生以及行为与损害的因果关系这三个要件。”〔6〕

(二)非限定性侵权构成的道德基础

1. 自然法典的永恒真理

法国民法典第 1382 条的规定,被评价为只关心对永恒真理的描述,而不关心具体侵权构成的认定。〔7〕因为既然任何人因其过错而致人受到损害,那么他当然应负相应的责任,此种规则与理性主义洗涤后的人的观念是再符合不过的了。法国民法典是法国大革命的产物,在革命的激情中,在自然法学的强烈影响下,法国民法典是一部典型的自然法法典。〔8〕法典的许多规则体现了自然法的理

〔2〕《法国民法典》,罗结珍译,法律出版社 2005 年版,第 1073 页。

〔3〕Efastathios K. Banakas, *Tender is the Night: Economic Loss - the Issues, Civil Liability For Pure Economic Loss*, Efastathios K. Banakas edited, Kluwer Law International, p. 16. 转引自张民安:《现代法国侵权责任制度研究》,法律出版社 2003 年版,第 57 页。

〔4〕参见前引〔3〕,张民安书,第 57,60 页。

〔5〕张民安:《过错侵权责任制度研究》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 71 页。

〔6〕C. B. M. Toullier, *Le Droit Civil Francais Suivant L'ordre du Code 1811*, 6th ed, pp. 1846 - 1848. 转引自上书,第 72 页。

〔7〕参见〔德〕克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》上册,张新宝译,法律出版社 2004 年版,第 18 页。

〔8〕参见〔日〕大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社 1999 年版,第 177 页;〔德〕H·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社 1992 年版,第 136 页。

念,侵权行为法亦不例外:使人对自己不当行为造成的损害负责,是一条千古不变的真理,是几千年沿袭的基本信条。^[9]法国民法典第1382条只是对这种信条的一个表述。

2. 理性主义下的“自己责任”

理性主义极大地推动了欧洲社会从中世纪信仰时代解放出来,“先信仰,后理解”的宗教学信条被“能够理解的,才是存在的”、“能够为理性认识和解释的才是合理的”等观念所代替。理性主义的宗师笛卡尔“我思,故我在”和“怀疑一切”的主张成为理性主义思想的核心。^[10]其结果是对神的信仰为对理性的信仰所代替,对神的迷信被对理性的迷信所取代。而进行理性思考的是个人,是每一个现实存在的独立的个人,于是,在拨去笼罩在欧洲社会上空重重神的迷雾之后,人们发现了个人——理性的个人。这个理性的个人,成为民事立法中基本的人的假定。理性的个人有能力进行思考,有能力预见行为可能产生的影响,有能力认识事物及其规律,有能力合理约束自己的行为,总之理性人有能力进行合理判断和自主做出选择。理性人既然能够自主选择决定自己的事务,追求自己价值的实现,其自然的逻辑结果便是“自己责任”,自己对自己不当选择造成的后果承担责任,从而“自主选择、自己责任”便成为理性主义的信条。法国民法典第1382条的规定“对过错行为造成的他人损失负责”反映的无疑正是这种规则。

3. 个人主义下自由的必要限度

作为近代民法基础的理性主义是个人主义的理性主义,是强调个人自主、自由的理性主义。法律的目的是保障个人自由最大限度地实现,保障独立自主的个人通过自由竞争去实现个人的最大价值。近代法律描绘的是这样的一幅理想图画:“自足的个人处在经济上自足的近邻关系中并且在以自由竞争式的占有为基础的经济秩序中同他的邻人自由地进行着竞争”。^[11]但是,在一个现实的社会里,不可能存在不受限制的自由,“自由仅仅是:一个人能够做他应该做的事情,而不是被强迫去做它不应该做的事情……自由是做法律所许可的一切事情的权利;如果一个公民能够做法律所禁止的事情,它就不再有自由了,因为其他的人也同样会有这个权利。”^[12]侵权法就是要为这种自由划出必要的界限:此界限既要最大限度地满足个人自由,又要维护必要的社会秩序和社会公平。法国民法非限定性的过错责任充分满足了此一要求。因为使自己承担过错责任的另一面是:我有过错即承担责任,我没有过错即不承担责任。正如黑格尔所说,“行动只有作为意志的过错才能归责于我”,“我只是与我的自由相关,而我的意志仅以我知道自己所做的事为限,才对所为负责”。^[13]因此,过错侵权责任最大限度地满足了个人自由,而非限定性又合理地维护了社会秩序和社会公平。这样,法国民法典的侵权法就为个人自由设置了合理的边界:在边界范围之内,人是完全自由的,可以不受限制地追求自己的利益和自我价值的实现;在构成侵权的地方,自由就停止。也就是说,法国民法典从构建自由必要限制的视角上确立了侵权行为的构成,其重点在于在最大限度地保障个人自由的前提下给个人自由以必要的限制,而不在于保护已经法律肯定的权利或需要保护的利益。

(三)法国法非限定性侵权构成的特点

1. 法官对侵权构成认定广泛的自由裁量权

非限定性侵权构成的立法模式从实质上是赋予法官广泛的自由裁量权。对过错造成他人损害承担赔偿责任反映的是不得损害他人利益的道德价值,但显然不是所有的故意或者过失致人损害均符合此一价值目标,例如正常行使权利造成他人损害就不具有道德上的可非难性,显然不应认定构成侵

[9] 参见王泽鉴:《侵权行为法》第1册,中国政法大学出版社2001年版,第13页。

[10] 参见陈宜良:《理性主义》,四川人民出版社1988年版,第61页。

[11] [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制——法律的任务》,沈宗灵等译,商务印书馆1984年版,第8页。

[12] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》上册,张雁深译,商务印书馆1997年版,第154页。

[13] [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1982年版,第119页。

权。虽然法国学者通过“行使权利不是非法”原则来限制第 1382 条在文义上的过份广泛性,^[14]但权利的行使也可能构成权利滥用从而应被认定构成侵权。因此,法国法非限定性侵权构成之下,赋予了法官对认定是否构成侵权非常广泛的自由裁量权。实践中,法官根据一定的社会历史条件和个案情况,通过不同的案例形成了一系列关于是否存在过错、是否构成侵权的判决,具体地实现着第 1382 条的规定,也具体地行使着其自由裁量权。

这种广泛的自由裁量权在主张严格规则主义的近代法是不寻常的。近代理性主义认为人类理性可以发现一切规则,因此应详加规定,法官只是适用法律的机器,作为理性主义产物的法国民法典却在侵权法中留给了法官如此广泛的自由裁量权,允许了规则主义严重的例外,应该是希望通过法官对侵权构成与否的认定来及时、妥适地调整利益变动,以最大限度地契合侵权法与社会发展的需要。

2. 侵权构成的开放性

非限定性就意味着对侵权法保护范围没有明确的限制。此种模式先天地不排斥任何利益,具有开放性特点,通过法官的裁判就可以很方便地将需要保护的内容纳入侵权法保护的范畴。正是由于法国民法侵权构成的此一特点,在实践中它很容易地实现了侵权法对侵害债权的保护、对各种新型人格利益的保护以及对德国法所谓“纯粹经济损失”的救济,而无需面对任何理论难题。事实上,在法国法,由于存在广义财产理论,所有的财产权利和利益均属于广义财产,第 1382 条的规定更可解释为对广义财产的侵犯,从而将所有财产利益纳入到侵权法的调整之中,成为一个可以无所不包的、极具弹性的侵权法。^[15]

(四)对法国法非限定性侵权构成的评价

1. 对社会发展极强的适应性

非限定性侵权构成的开放性,在适应社会发展的需要并保持法律的适当稳定性方面具有非常突出的意义。近代立法以来,尤其是受概念法学强烈影响的德国民法理论备受推崇以来,立法醉心于构建封闭性的逻辑体系。这种努力虽然在法律的科学化方面取得了长足的进展,但不能适应社会现实需要的问题一直困扰着人们。尤其在 20 世纪中后期以来,社会发展日新月异,新的社会关系、新型财产权利、人身权利不断出现,理性主义乐观之下的近代民法典无一能够有适当之预见。德国模式立法在面对新型人格利益和财产权利需要保护的时候困难重重,实践中多通过判例为必需之保护寻得一定之途径,但难以自洽地为其民法典侵权法所接纳。法国民法的开放性最大限度地避免了这一问题,较好地解决了社会发展所提出的问题,把对各种人格利益的保护,财产利益方面如纯粹经济损失等的保护纳入侵权法的保护范围之中,体现出对社会发展极强的适应性。^[16]

2. 非“侵权”的侵权法

法国民法典虽然从法律制度的意义上建立了侵权法体系,但从法技术层面看,它并不存在“侵权”法。因为今天意义的侵权法是指侵害他人权利,主要是侵害绝对权的法,是对侵害他人权利的行为进行制裁的法,所以被名之为“侵权”法。而法国民法典第 1382 条规定的不是对特定权利被侵害予以救济的法,而是对特定行为过错致他人损害予以制裁的法,其关注的是损害他人利益的行为在道德上的可非难性和对受害人损害的赔偿,而不是受害人主观权利受到侵害的救济。在一定意义上,法国法的侵权法应该被称为“过错责任法”,而非“侵权”法,典型意义的“侵权”法则要到德国民法典才真正建立。因此,法国民法典规定之下的侵权法是“非‘侵权’的侵权法”。

3. 法技术的粗糙和法逻辑体系的不能自足

法国民法典制定时由于法技术未充分发展和未受到概念法学理论的熏陶,普遍存在着法技术粗

[14] 参见前引[5],张民安书,第 72 页。

[15] 参见前引[3],张民安书,第 53 页以下。

[16] 同上书,第 58 页以下。

糙问题。这一点在第1382条的立法上表现得非常明显。第1382条的文义所能告诉他人的只是“做错事就应该负责”的普遍真理,而不具备法条应有的明确、准确甚至精确的特点。行为人从该法条中只能得到道德教条的教诲,而无法知道具体的行为准则。从而第1382条无法为当事人合理确定行为规则的指引,也无法准确地告知当事人可能构成侵权的具体情形,具有法技术上明显的粗糙性。另外,第1382条立法的用词不具有精确性,只是把社会生活中的语言直接引入法条,这样必然导致在法条适用和解释中无法准确读出法条原意的问题,也反映出立法技术的粗糙。

与立法技术的粗糙相关联,第1382条的立法存在逻辑体系上的不能自足的问题。逻辑体系上的自足要求法条本身能够确定行为模式和法律后果,或者借助于参引其他法条提供行为模式和法律后果的确定,而无需借助于法条之外的其他因素。第1382条只是规定了当事人的过错、造成损害和因果关系三个方面,从中无法确定何种范围内利益受到侵害产生侵权责任。虽然从字面上可以解释为造成任何损害只要同时有过错和因果关系两个条件均应承担侵权责任,但如此解释将明显造成不合理的后果,因为任何法律都不可能对一切因他人过错受损害的利益提供救济,法国的司法实践更是没有依此解释去进行具体的法律适用,而是利用司法权力做出必要的解释后再确定是否构成侵权。这样,第1382条就需要依赖法院解释的介入才能完成是否构成侵权的逻辑判断,而法院的解释往往会考虑到具体时代的要求、具体案件的情况等各种具体因素。于是第1382条就无法逻辑自足进而通过法条自身决定何种行为构成侵权责任。

4. 过错与违法性区别认识不足

法国民法典第1382条以过错作为核心来构建侵权法。然而,过错造成他人损害并不必然产生侵权责任。首先,权利的行使即使造成他人损失,一般不产生侵权责任。其次,如果法律允许某种侵害他人的行为,如正当防卫或紧急避险造成侵害人人身或财产的损失,也不构成侵权责任。还有,公权力机关依法执行职务对他人人身权利或财产权利造成损害,亦不构成侵权责任。因此“故意或过失本身并不具有非法性或非道德性,它只有和法律上所否定的行为结合在一起,才产生了法律上的可责性”。^[17]因此第1382条的规定未充分认识到法律上侵权责任的构成本质上根源于违法性,根源于对法律保护范围内利益的侵害,而不在于侵害人是否有过错。事实上,行为人主观上的过错是否构成侵权责任,关键在于法律是否认为这种过错具有法律上的可惩罚性,如果法律不认为某种过错是法律上应该考虑并据以确定民事责任的过错,则此种过错在法律上不具有任何意义。从而法国法以过错代替违法性作为侵权构成的要件体现了法国法对侵权和违法性的关系与区别的认识不足。^[18]

二、德国民法典侵权构成的限定性原则及其价值

(一) 德国民法典的规定及其侵权构成的限定性原则

在侵权法的发展上,德国民法典的颁布是一个重要的里程碑。德国民法典以其第823条及第826条确立了一个全新的侵权构成立法模式。^[19]德国民法典第823条规定:“因故意或过失不法侵害他人生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利者,对他人因此而产生的损害负赔偿义务;违反以保护他人为目的的法律者,负相同的义务……”其第826条规定:“以违反善良风俗的方式对他人施加损害的人,对他人负有损害赔偿义务”。^[20]

根据第823条第1款的规定,构成侵权除以故意或过失作为要件外,还需要行为的不法,而更加

[17] 胡小红:《再论违法性与侵权责任构成》,《当代法学》2001年第1期。

[18] 参见程啸:《侵权法中“违法性”概念的产生原因》,《法律科学》2004年第1期。

[19] 参见前引[7],克雷蒂安·冯·巴尔书,第21页。

[20] 《德国民法典》,郑冲、贾红梅译,法律出版社1999年版。

重要的是,侵害的对象必须是“他人生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利”,也就是说侵权法保护的客体被明确地限定,而不再是法国法上的不做限定。这样,德国民法典规定的侵权构成就包括了四个要件:过错、侵权(违法性)、因果关系和损害。在这里,法国法的过错被分解为过错和侵权(违法性),明确了侵害权利对侵权构成的决定性作用。根据上述规定,侵权共有三种类型:侵害第 823 条第 1 款列举的权利,违反保护他人为目的的法律和违反善良风俗。

这种侵权构成的变化,蕴含着侵权法的重要变革:在法国民法典,侵权法是过错责任法,其要给予否定性评价的是行为人主观上的过错,在德国民法典,侵权法是真正的侵权法,是对侵害“权利”的过错行为的制裁;在法国民法典,从对过错的制裁出发,原则上对过错行为造成的他人损害均予以救济,是不限制侵害范围的非限定性侵权法,在德国民法典,只对受到损害的法律明确保护的绝对权利,违反保护他人法律造成他人损失或者违反善良风俗造成他人损失的情况认定侵权责任存在,对上述范围之外的利益受到的损失,即使系因行为人故意或过失所造成,也不构成侵权责任。

上述德国民法典的规定,“设立了一个包括对受到法律保护之利益完全列举的基本的侵权行为法条文”,^[21]明确限定了受侵权法保护的客体。此种立法下的侵权构成,被称为限定性原则之下的侵权构成。

(二)德国法限定性侵权构成的道德基础

1. 范围确定的自己责任

近代民法以确立和保护人的自由为核心,但自由必须有一定的界限,而划定此界限的便是侵权法对侵权构成的认定。近代民法通过只认定理性人过错行为致人损害才构成侵权,最大限度地赋予了理性人自由的空间,过错责任也因此成为自由的标志。法国民法典正是基于自由主义的理念,确立了第 1382 条的过错侵权责任,但由于法学理论的不发达和立法技术的不成熟,该条更多地是抽象理念的直接表述,缺乏侵权构成的逻辑自足性,其在实践上的体现就是侵权构成的范围不够明确、不够确定,当事人行为的时候无法对自己行为的法律后果做出准确的判断,只能不断地提高自己的注意,避免行为被认定为有过错。法国民法典的这种状况无法充分满足自由主义需要的确定的、最大限度的自由,要求侵权法为自由划出明确的界限以使行为的后果具有最大限度的可预见性。至德国民法典制定的时期,德国的工业化取得了长足的进展,^[22]经济自由主义支配着德国并且反映到民法典之中,也很大程度上决定了德国民法典的自由主义特征。^[23]其侵权法通过规定保护范围确定的侵权法体系,通过限定性的侵权构成,为自由主义划定了明确的范围:在这个范围内,行为人对其过错致人的损害承担赔偿责任,在此范围之外,行为人无需承担任何责任。

2. 对法律体系化的不懈追求

“为一种科学原理而打拼并非法国人的民族天性,但却是吾人之天性。”^[24]19 世纪德国著名法学家萨维尼的这句话,充分表明了德国人对法律科学化、体系化的执着追求。萨维尼坚决反对在法学理论不成熟的情况下匆忙制定法典,他讽刺法国民法典的制定说:“法国民法典的编纂者和国民会议的议员们,乃是一帮浅薄的半吊子,在那里说呀写呀。”^[25]他认为,如果不能真正理解法学理论、不能真正了解社会的需要而匆忙编纂法典,其结果是“司法表面上似由法典规定,而实际则由法典之外、充任真正的绝对权威的其他什么所调控”,将导致“最具灾难性的后果”。^[26]

萨维尼的时代是概念法学迅速发展的时代。概念法学推崇法律的科学化、体系化,希望制定一部

[21] 前引[7],克雷斯特安·冯·巴尔书,第 22 页。

[22] 参见[美]科佩尔·S·平森:《德国近现代史——它的历史和文化》上册,范德一译,商务印书馆 1987 年版,第 301 页以下。

[23] 参见[德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社 1997 年版,第 65 页。

[24] [德]冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社 2001 年版,第 109 页。

[25] 同上书,第 55 页。

[26] 同上书,第 18 页。

逻辑严密,能够为所有社会问题提供解决方案的法典,德国许多著名的法学家均为之做出了不懈的努力,其成果便是体系严密、逻辑严谨、概念精确的德国民法典。其中作为民法典的重要组成部分,尤其是考虑到侵权法对划定自由范围的重要意义,侵权法的规定从一般的过错侵权到违反以保护他人为目的的法律构成侵权,再到违反善良风俗构成侵权,构成了完善的、自足的逻辑体系,这一逻辑体系的形成,无疑正是德国法学对法律体系化追求的成果之一。

(三)德国民法典限定性侵权构成的特点

1. 立法与司法权力的严格划分

德国法侵权构成体现出的一个特点是立法与司法权力的严格划分。近代以来三权分立理论之下,法院的权力被限定为执行法律而不是创设法律,概念法学更期望法官成为输出判决的机器,对法官的自由裁量权持敌视的态度,萨维尼说,“在任何具体个案中,如若法律让位于不可预测的……自由裁量,则司法运作必堕落至可以想见到的最为恶劣的状况。”^[27]受概念法学熏陶的德国民法典充分实现了上述目标,通过上述侵犯绝对权利、违反保护他人法律和违反善良风俗三个侵权构成层次的严密规定实现了立法权力与司法权力的严格划分:民法典已经清楚地规定了构成侵权责任的各种情形,法官的任务只是就一定的案件事实进行必要的抽象和归纳,去判断案件事实是否符合法条规定的行为模式,分别给出是否构成侵权责任的判决。在这里,法官的权力被严格地限定,除了适用法律之外,几乎没有发挥主观能动性的空间,这样就实现了近代法追求的立法权力与司法权力严格划分的目标。

2. 完善的逻辑自足性

由于德国侵权法采用限定性的侵权构成原则,对可能构成侵权责任的范围做出了明确、具体的规定,因此德国侵权法提供了认定侵权构成的完善、自足的逻辑体系。首先,根据第823条第1款,判断特定侵害行为是否侵犯了生命、身体、健康、自由在内的绝对权利,如果是过错侵害了绝对权利,则直接构成侵权责任;其次,如果损害的产生不是因为侵害行为侵犯了绝对权,则就要考虑是否违反了法律,且被违反的法律又是以保护他人为目的的,如果是违反了以保护他人为目的的法律,则可以按照第823条第2款的规定认定构成侵权责任;如果不符合上述两种情形,再进一步考虑致人损害的行为是否违反了善良风俗,如果是违反了善良风俗的行为,则可依第826条认定构成侵权责任;如果不属于上述三种情形中的一种,则有关行为即使有过错致人损害,亦不构成侵权责任。

由上可见,德国法构建了侵权构成的严密逻辑体系,判断特定行为是否构成侵权,只要依照第823条和第826条的规定及逻辑适用顺序就可获致完美解决,无需借助于法条之外因素的介入。另外,上述三个层次对应纳入侵权法调整的致人损害行为做出了完善的归纳和规定,完整、系统地规范了应由侵权法调整的范围,既包括了普通的侵害他人权利行为,又包括了违反以保护他人为目的之法律的行为,最后又以违反善良风俗作为概括性条款进行兜底,从而形成了完善的、具有逻辑自足性的侵权法体系。此逻辑体系既具有体系的完整性,又为侵权法的发展保留了弹性:新的需要侵权法调整的行为可以藉由纳入其他权利或者纳入违反善良风俗进行必要的调整,事实上后来德国侵权法的发展,许多就是以解释为“其他权利”或者解释为“违反善良风俗”的方式来实现的。^[28]

(四)对德国法限定性侵权构成的评价

1. 真正的侵权行为法

德国民法典通过对侵权构成的规定,建立了真正的侵权行为法。根据上述第823条和第826条的规定,德国民法典界定了三个可能构成侵权的层次:(1)侵害他人生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利。此处的其他权利,仅指绝对权,对债权等相对权的侵害,原则上不构成侵权。(2)违反以保护他人为目的的法律。此种情形是指虽然未侵害绝对权利,但行为违反了保护他人的法律,对过失造

[27] 前引[24],萨维尼书,第60页。

[28] 参见前引[7],克雷斯蒂安·冯·巴尔书,第47页以下。

成的他人损害负赔偿义务。在德国法上,此处被违反的法律必须是以保护他人为目的者,否则,即使有关法律涉及对他人的保护,但如出于行政管理等目的,仍不能构成侵权。(3)违反善良风俗。善良风俗是一定社会最基本的道德准则,违反善良风俗将冲撞社会道德的底线,不加以制裁将危及社会基本道德秩序的维持。因此,各国法律多以概括性抽象条款使行为人承担一定的法律责任。通过上述对侵权构成的严格界定,德国民法典以对绝对权的侵犯为核心构建了其侵权法体系,以违反保护他人法律和违反善良风俗为对侵犯绝对权的补充。在德国民法典,构成侵权责任的核心要素是侵犯了绝对权,或者说是“侵权”。这样,德国民法典就建立了真正的侵权行为法,不“侵权”的行为不产生侵权责任。

2. 法学理论的进步、立法技术的成熟与理想的自由资本主义侵权法

德国民法典通过四要件侵权构成的科学规定,明确区分了违法性和过错对侵权构成的不同意义。其对违法性要件的肯定,表明了法学理论认识的进步:使人承担侵权责任的本质原因不在于其主观上有过错并造成了他人的损害,而在于这种损害的造成为法律所不允许,是法律要给予否定性评价的,从而使得立法对侵权构成的规定从法国民法典对永恒真理的简单反映上升到逻辑严密的法学理论规则。同时,德国民法典侵权构成的规定构建了逻辑严密的侵权法体系,反映了在侵权法领域立法技术的成熟,实现了概念法学对逻辑严密的法律体系的不懈追求,进而也极大地推动了大陆法系侵权法理论和法技术的发展,并实现了近代法严格区分立法权力和司法权力的目标。

通过上述对侵权构成的科学规定,德国民法典为近代法追求的“自己责任”划定了更为确定的范围,从而能够更大限度地实现个人的自由,实现自由而理性的个人通过自由竞争去追求利益的最大化、追求个人价值实现的最大化。因此可以说,为自由竞争资本主义设计最合理规则的近代法律追求,在德国民法典得到了完全实现,德国民法典的侵权法是理想的自由资本主义侵权法。

3. 封闭性与面对社会发展需要的不适应

德国侵权法体系是概念法学的杰作,是乐观的理性主义的产物。乐观的理性主义相信人能够充分认识世界,能够理解社会的各种需要并制定出妥当之规制规则,因此一部逻辑严密的法律体系便可为万世之用。然而,世界是复杂的,人的认识能力是有限的,同时社会又是发展的,所有这一切决定了不可能制定出一成不变而适用于万世的法律,也不可能存在能够适应社会发展需要的不变体系。德国法侵权构成构建的是一个逻辑自足的体系,期望用法条明确规范所有应该被认定为构成侵权的情况,从而完全排斥法官在法律适用中根据具体案情,基于公平正义等的考量决定是否构成侵权的权力。但是,由于其逻辑自足性导致法律体系的封闭性,其无法适应社会生活发展的需要。尤其是20世纪后社会生活发生了巨大的变化,在面对需要把更多的人格权利和财产权利(利益)纳入到侵权法的保护中来的时候,德国侵权法的局限性暴露无遗。当随着社会发展、文明进步对名誉、隐私、肖像、甚至信用等人格利益的保护显得非常迫切的时候,当人们发现近代法对抽象自由的保护制造了一个个孤立无助的受害人而转向救济具体受害人角度的时候,德国民法典侵权构成的封闭体系成为法律适应社会需要的一个障碍。于是,德国法院不得不在民法典之外,通过判例的方式创制法律,创制侵权构成新的规则,于是有了“一般人格权”、“营业权”、“纯粹经济利益”的保护等众多通过判例保护一定人格利益或财产利益的判决。^[29]其结果是,德国民法典制定者所苦心追求的通过立法确立严密的逻辑体系,实现制定法本身逻辑的自足性,从而隔离立法权力与司法权力的目标在实质上和形式上同时归于破灭,在迟迟不能适当修正民法典规定的背景下,德国侵权法走上了通过判例发展的道路。

事实上,“私法上利益之保护,殊无区分为权利或利益之必要,利益之保护,亦不必限于有特别之保护法规或故意背于善良风俗之损害”。^[30]一个保持一定开放性的侵权法体系正日益成为各国的共

[29] 参见张新宝:《侵权行为法的一般条款》,《法学研究》2001年第4期。

[30] 邱聪智:《民法研究》第1册,中国人民大学出版社2002年版,第58页。

同选择。

三、理念变化与侵权构成的发展趋势

(一)侵权法理念的变化

1. 乐观的理性主义的失败

近代侵权法虽然客观上也体现出对一定侵害行为的制裁和道德否定,但其基本理念还是最大限度地维护自由,为理性人的活动创造最大的自由空间。此种理念在促进人的自由的实现方面无疑具有道德正当性,但其建立的基础是抽象的理性人假设和对抽象理性人的保护,而忽视了受害人利益的合理保护。当一个损害发生时,必定有受害人存在,而是否构成侵权责任却以加害人是否有过错和加害行为是否侵害特定权利为基础,^[31]从而会出现许多存在受害人但不构成侵权责任,受害人得不到必要保护的情形。这些情形中部分可能是由于受害人自己的过错,部分则可能是由于意外事件或其它行为人均无过错的原因,而在近代法的理念和规则之下,对此“加害人并无损害赔偿责任,则其结果,损害无异由受害人承担,形成‘加害人逍遥法外,受害人忍气吞声’……之现象”,^[32]从而受害人可能处于孤立无援的悲惨状态,尤其是在其受到人身伤害的场合。在现代社会,包括工业灾害、汽车事故、公害和商品瑕疵等在内的意外灾害非常严重,而且其活动多为合法且必要,事故发生频繁,事故的发生也多为高度工业技术缺陷的结果,难以防范,加害人是否具有过失,被害人难以证明,且灾害后果严重,轻者影响个人生计,重者使全家限于不幸。^[33]近代侵权法在这些情况下几乎正当性尽失!而实质上,近代法虽然崇尚自由主义,但其不仅是强者自由的乐园,而且是在乐观的理性主义之下的充满人文关怀的每个人的乐园。在这个乐园里,“自私的个人将与他人分享一切改良的成果”,“在肉体的舒适和心灵的平静上,所有不同阶层的人几乎处于同一水平,一个在大路旁晒太阳的乞丐也享有国王们正在为之战斗的那种安全”。^[34]因此,当现实证明社会的发展在很大程度上背离了近代法的这一期望的情况下,当人们发现近代法乐观的理性主义在现实中无法实现时,法律理念的变更便是自然的事情。人们终于发现,通过对人的抽象关怀无法实现人文主义追求,要实现人文主义关心人、尊重人、把人作为目的的目标,就必须去关心每一个具体的人,结合具体人的具体情形给予具体的关怀。而具体的情形和具体人的情形无疑无法完全提前预知,从而以抽象理性人为立法基础的近代理性法必然要随之发生改变。

2. 实证主义哲学的发展与法学思想的变化

进入19世纪后,社会学理论开始发展,学者观察社会,把社会作为一种对象进行研究。社会学的研究发展了实证的方法,社会学的实证主义精神渐渐代替了启蒙哲学中的形而上学,对个人自由意志的重视逐渐为对社会现实需要的重视所取代。至19世纪末20世纪初,法国社会学家涂尔干开创了社会学研究的新局面,提出必须把社会事实当作“事物”来看待,通过经验的研究才能发现社会规律。由此,涂尔干创造了一种“整体论”,认为社会是一个有机的整体,它对个人是外在的、普遍的和有约束力的。涂尔干批评自霍布斯和卢梭以来的个人主义,认为个人主义只把个人当作唯一的实体,看不到社会对人的约束作用,但社会不是简单的个人相加,而是由人们结合而成的体系,社会现象的原因在

[31] 这是指在德国法和借鉴德国法的国家中。由于德国法颁布后,其限定性的侵权构成成为支配性的理论,因此以其作为分析的基础是妥当的。

[32] 前引[30],邱聪智书,第93页。

[33] 参见王泽鉴:《侵权行为法之危机及其发展趋势》,载王泽鉴著:《民法学说与判例研究》第2册,中国政法大学出版社1998年版,第142页以下。

[34] [英]亚当·斯密:《道德情操论》,蒋自强等译,商务印书馆1997年版,第229页。

于社会本身,而不能在个人身上寻找。^[35]他还提出了社会连带的观点,认为现代社会基于劳动分工,既分化又团结,如同器官一样各司其职,但又组成一个有机的整体。^[36]

在实证主义思潮的影响下,法学思想发生了显著的变化,个人主义的法学思想在很大程度上被社会法学的思想所修正,“放弃对理性之肯定与强调,转而客观观察从众人实际生活情况上之需要或利益,并从其彼此间之相互关连,建立特定社会在特定时间之相对的妥当原理……不再强调个人理性之优越性,而以社会上众人之利益为思考之出发点……是19世纪后半叶法律思潮的一个转折点。”^[37]社会法学思想中最具代表性的是狄骥和庞德的法学思想。狄骥提出了社会职务的理论,认为“权利不过是一种社会职务”,“近代民族的法律制度趋于以迫令个人与团体担负的社会职务之事实证明为根据而制立。”^[38]而庞德认为19世纪以来法学思想发生了如下重大变化:(1)坚持职能而不坚持内容,即只问法律如何发生作用和他们能否被用来取得正义的结果,而不问它们的抽象内容是否是正义的那种倾向。(2)把重点放在需求上而不放在意志上,把寻求最大限度地满足需要作为重点,而不是寻求最大限度的意志自由。(3)强调具体人的具体要求,而不是强调抽象个人的抽象意志。^[39]对于法学思想的未来发展,庞德指出,虽然人们还不能确定将怎样对20世纪各种相互竞争和重叠的利益去进行评价,“但是今后法学思想的道路的某些部分已经是清楚了。它似乎是一条通向合作理想而不是通向相互竞争的自我主张理想的道路。”^[40]

对法学思想的变化,我国台湾学者韩忠谟指出,“现代法律哲学愈趋于现实化,根据社会生活中各人休戚相关的事实,而大大修正了个人本位见解”,^[41]并提出,“法学家的目光应集中于生动的社会现象,而不为形式的法规所拘束,当社会事实发生法律适用问题时,应以法之目的,斟酌实际需要……在相当范围内,司法者应有创造法律的法能,然后法律才能不断有生命活力”。^[42]而美国学者P·诺内特、P·塞尔兹尼克则进一步提出建立开放性的法律体系,建立“超越形式上的规则性和程序上的公平而迈向实质正义的法律体系”,在这种体系之下,“规则的权威被削弱;自由裁量权得以扩大;工具主义的观点逐渐损毁了‘人为理性’这种形式主义”。^[43]

因此,尽管法学思想的变化还在不断进行之中,但其发展方向总体上已经清楚了:那就是,修正个人本位的立法,强调社会法的思想,修正近代法对个人意志的尊崇,强调满足具体人的具体需要。同时,与法学思想的这种变化趋势相适应,应突破近代法的严格规则主义,提倡并依赖司法的能动性,赋予司法广泛的自由裁量权。

3. 损害救济理念的发展与民法理论对人的假设的变化

在新的法学思想的影响下,在实践中近代侵权法对其道德正当性自我否定的冲击下,侵权法抽象的个人主义基础受到强烈的质疑,并开始被新的对具体个人关怀的理念所代替。这种对具体个人关怀的理念在侵权法中的体现就是损害救济理念的发展,即确定是否构成侵权责任的核心因素不再是侵害人是否有过错和是否侵权,而是受害人应否得到救济,如果衡诸受害人方面有进行法律救济的必要,则往往就会通过各种途径去认定侵权责任的存在。如此,法律关注的重心不再是加害人的道德上可非难性,也不是个人的主观权利受到侵害,而是对受害人进行必要的填补,使其得以在物质和精神

[35] 参见[法]涂尔干:《社会学方法的准则》,狄玉明译,商务印书馆1999年版,第119、134页。

[36] 参见[法]涂尔干:《社会分工论》,渠东译,三联书店2000年版,第33页以下。

[37] 前引[30],邱聪智书,第69页。

[38] 狄骥:《拿破仑法典》以来私法的普通变迁,徐砥平译,中国政法大学出版社2003年版,第7页。

[39] 参见前引[11],罗斯科·庞德书,第65页。

[40] 同上书,第67页。

[41] 韩忠谟:《法学绪论》,中国政法大学出版社2002年版,第305页。

[42] 同上书,第265页。

[43] 参见[美]P·诺内特、P·塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年版,第122、131页。

上获得必要的满足,以维护其人格的完整,维持基本正常的生活。〔44〕

上述转换在民法理论上的基础是民法上对人的假设的变化。近代民法的理性人是一个个独立的人,是彼此冷漠的人,是自私的经济人,每个人充分利用自己的智慧和与他人进行着冷漠的自由竞争。但新的法学思想揭示的社会现实是:人在社会中处于不同的分工,彼此要共存才能存在。因此在一定意义上每个人的存在都以他人的存在为前提。于是,人与人之间不再是完全独立的,人对人也不能再是冷漠的。既然大家相依而存,就要求不仅把对方视为一个竞争者,还要把对方视为一个与自己合作的人,适度关心对方的利益,认识到对方也是一个追求利益的个体并尊重对方利益的实现。从而在民法理论上,就要求侵权法不仅要为行为人的自由设定尽可能大的空间,更要考虑受害人生存可能受到的不利影响,通过尽可能的侵权法救济,使其能够维持正常的生活状态。人们在讨论法律责任的时候,不应从加害人行为的角度的去探询,而应站在受害人的立场上去考虑法律责任的根据,正是由于他所遭受的权利损害使法律对他的损害予以赔偿成为正当,也使法律对其加以保护成为正当。〔45〕

(二)回到非限定性——侵权构成的发展趋势

1. 法定义务的不断扩张——一般注意义务的引入和发展

侵权法的发展体现为从受害人角度考虑侵权责任的构成,从损害救济的理念确定是否存在侵权责任。此发展和理念在侵权构成上的一个重要体现就是法定义务的不断扩张——一般注意义务的引入和发展。

在立法上,首先引入一般注意义务的是希腊民法。20世纪30年代起草的希腊民法典第914条规定:“一个人因过错以违法方式对他人造成损害的,应承担赔偿责任”。经过司法实践的发展,第914条在司法实务中成为一个一般条款,法院基于其创设了一个完整的一般的“法定”禁止对他人造成损害的规则,即使违反法律制度的精神,也被认定构成侵权,从而创设了一般的“法定义务”,并将其扩展适用到无过失造成他人损失的情形。这样,在侵权构成上,希腊民法典虽然接受了德国民法典侵权性与过错的区分,但并没有接受德国法“侵害绝对权”、“违反保护他人法律”和“违反善良风俗”的封闭性侵权构成体系,而是发展成为一种弹性的、以“一般法定义务”为特点的非限定性侵权构成。

意大利民法关于侵权构成的发展是体现这种发展趋势的另外一个范例。根据意大利民法典第2043条,任何人“对故意或过失行为给他人造成侵权损害的”应予以赔偿,从而明确了“并非受到的所有损害都要给予赔偿,只有侵权或违反法律造成的损害才能得到赔偿”。在较长时期内,侵权损害被解释为“对绝对权之损害”。但经过后来的发展,“不法损害”被解读为“受到违法的损害”。尤其是在1983年的一个判决中,最高法院的法官声明:他们毫不怀疑侵犯他人对其财产权利的完整性可以是一个诉因。这样一来,第2043条这一本来被作为确定何谓“侵权损害”的“补充性的确认规范”,终于成为了可以独立作为判决依据的“基本规范”。通过上述发展,“在百年延误之后,意大利法律终于发生了类似于法国法律在19世纪发生的变化。‘非限定性原则’取得了优势地位。根据这一原则,认定民事责任既无需限于违反法律条文所列举的法定义务,也无需限于法律条文所列举的绝对权利”。〔46〕

1992年的荷兰民法典是侵权构成非限定性发展趋势的最新也是最成熟的体现。旧荷兰民法典和司法实践强调,“一个行为只有在侵犯了绝对权利或者违反法定义务时候才能被认定为侵权”,是一种典型的限定性侵权构成。但经过荷兰最高法院1919年1月31日的判决,把“违反与社会日常生活相关的对他人人身和财物必要的注意”纳入了侵权法调整的范围,1992年1月1日施行的新荷兰民法典明确肯定了侵权构成的非限定性发展趋势。该法典第6:162条I规定:“一个人对他人实施可归

〔44〕 德国侵权法在改革中,曾经提出“扬弃传统的‘侵权行为’概念,而改称‘损害赔偿法’,以表明其强调‘损害分担’之精神”的法律草案。参见前引〔30〕,邱聪智书,第94页。

〔45〕 参见前引〔3〕,张民安书,第12页。

〔46〕 参见前引〔7〕,克雷蒂安·冯·巴尔书,第27页以下。

责于他的侵权行为,必须对该行为给他人造成的后果予以赔偿。”第6:162条II规定:“除非有理由证明其为正当的,否则下列行为被认定为侵权:侵犯权利,或者以作为或不作为方式违反法定义务,或者违反关于适当社会生活的不成文规则。”冯·巴尔对此高度评价说:“我们必须做出这样的结论:荷兰民法典第6:162条反映了近200年欧洲侵权行为法的发展成果。这一规定不仅远比法国民法典中的相关规定精密,而且也改进了意大利民法典中的相关规定。”〔47〕荷兰民法典第6:162条明确将“违反关于适当社会生活的不成文规则”作为侵权法调整的范围,实质上是将一种不确定的义务引入了侵权法,体现了侵权构成的非限定性发展趋势,并且不同于希腊和意大利法通过司法实践肯定非限定性侵权构成的做法,它直接以立法的形式明确地将一般注意义务引入了侵权法。

从理论上讲,一般注意义务是指不确定的、作为社会善良公民对他人人身和财产的注意义务,荷兰民法典的表述“其他社会一般规则认为应当尊重的义务”是对其内涵较为妥当的揭示,其实质是基于一般社会道德、在适当关心他人的道德观念之下对他人人身财产安全注意的义务,体现的是人与人之间适当关怀的新理念。通过一般注意义务的引入,人与人之间互相关心的要求被转化成法律上的要求,成为一种法定义务。这样,一般注意义务的产生来源于法律的直接规定,对其违反构成对法定义务的违反,构成侵权责任,同时,一般注意义务又是抽象的、不确定的义务,突破了近代侵权法规范下的个别式法定义务,它把一种不能预先确定的注意义务在特定案件中引入,以实现个案中对具体受害人的合理救济,实现个案的妥当性。事实上,一般注意义务体现了法律技术上的有意不确定性,相当于一个法定义务的一般条款,如果具体的法定义务无法提供救济,则可以考虑通过其获得救济。而正因为其有个案考量的特殊作用,因而其不仅不能明确化,而且也有意不加明确化,否则就失去了在个案中的弹性,无法实现其引入目的。这样,在损害救济的侵权法理念之下,通过“一般注意义务”的引入,侵权构成的发展表现出清晰的非限定性发展方向,回到非限定性成为侵权构成的发展趋势。

2. 基于注意义务违反而非“侵权”的侵权法对侵权法逻辑自足性的超越

德国法通过以绝对权为基础构建封闭的侵权构成体系,典型意义上的侵权法得以形成。但是德国法之后,经过又一个百年的发展,侵权法展现出完全不同于德国法的发展趋势:那就是侵权法逐渐成为基于注意义务的侵权法,而非基于“侵权”的侵权法。现代侵权法展现的趋势是,基于损害救济的理念和人与人之间关系新的假设,侵权的构成越来越以注意义务的违反为判断标准。虽然对绝对权的侵犯仍然是构成侵权的重要类型,但除此之外,大量的因违反保护他人法律之下的法定义务,以及正在不断成长的违反一般注意义务构成的侵权,在侵权构成中居于越来越重要的地位,于是侵权构成体现为主要基于对注意义务的违反,而非基于对绝对权的侵犯。

与此相伴随,德国法苦心孤诣地追求的侵权法的逻辑自足性也不复存在。侵权法发展中出现了大量基于注意义务违反认定构成侵权的情形,此类认定必须考虑不同时期社会道德观念对关心他人人身、财产利益的不同期待,甚至必须考虑个案中对行为人的应有期待,从而在很大程度上无法借助于自足的逻辑推演去确定是否构成侵权。在一定意义上说,这种向非限定性发展的侵权法仿佛又回归了法国法的立法状况。

这种表面上向法国法的趋势并不是简单的回归,而是一种经过否定之否定发展历程的对德国法的超越。现代侵权法的实质内容远不同于法国法:首先,法国法是以个人应对其过错造成损失负责的朴素理性为基础形成的“过错责任法”,其本身并没有意识到理性之外对法定义务的违反才是侵权构成之真谛的道理,而现代侵权法明了保护对象的区分,在保护绝对权之外再次通过扩张法定义务,为法定义务设定弹性范围来实现了侵权构成的非限定性;其次,法国侵权法未能构建逻辑自足性的体系很大程度上是因为法学理论的不发达和立法技术的不发达,尚没有能力通过立法确定自足性的逻辑体系,而现代侵权法则是,因应侵权法理念的发展和现实的需要,在认识到逻辑体系不足的基础上有

〔47〕前引〔7〕,巴尔书,第36页。

意做出的不符合逻辑自足性的体系,是对逻辑自足性的超越。其反映的是在经过概念法学百年的禁锢之后,法学理论和立法勇敢地超越概念法学,超越法的确定性去追求法律调节社会生活需要的妥当性。

四、中国侵权构成立法的解读及建议

(一)民法通则侵权构成规定的解读

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。”此规定是我国现行法对侵权构成的基本规则。从文义上看,上述规定并未强调被侵害对象的性质是权利,更没有将其限定为绝对权,而是笼统地表述为“人身”、“财产”,但在对民法通则上述规定的解释中,学者几乎一致地将其解释为人身权和财产权中的绝对权,包括物权、知识产权等。此点可从我国主要教材和著作对侵权构成要件的分析得到充分的印证。^[48]也就是说,长期以来,我国侵权法保护的只是绝对权等权利,其限定的范围比在绝对权之外包括“违反保护他人法律”和“违反善良风俗”的德国法范围更为狭窄。

(二)目前民法典立法主要草案有关侵权构成的规定及解读

我国目前的民法典立法中形成了几个主要的草案,其大都适应世界侵权法发展和我国社会现实发展的需要,对侵权法构成的基本规则做出了不同于民法通则的规定。

1. 全国人大审议草案

2002年12月提交全国人大常委会审议的《中华人民共和国民法(草案)》第8编“侵权责任法”第1条第1款规定:“由于过错侵害他人人身、财产的,应当承担侵权责任。”上述规定完全是民法通则规定的改版,没有任何新意,因此人大审议草案关于侵权构成的一般规定不具有任何进步性,不具有适应侵权法发展完善侵权法的任何价值。

2. 人民大学草案

中国人民大学民商事法律科学研究中心起草的《中国民法典(侵权行为编)草案建议稿》第1条规定:“自然人、法人和其他组织由于过错侵害他人的人身、财产的,应当承担侵权责任;违反保护他人的法律,侵害他人的人身、财产的,应当承担侵权责任。但能够证明其行为没有过错的,不在此限;故意以违背社会公共道德的方式侵害他人的民事权利或者合法权益的,应当承担侵权责任;没有过错,但法律规定应当承担侵权责任的,应当承担侵权责任。”

上述条文的规定,实际上是德国民法典规定的翻版,只不过德国民法典将有关内容规定在不同的条文中,人民大学草案合并做出了规定。此规定相对于原民法通则的规定无疑有着巨大的进步,但正如前文已经指出的一样,德国民法典一百多年前的规定已经不足以适应现实社会的需要,德国已经通过司法实践对其做出了重大的修正。我国21世纪的民法典却仍照搬德国的规定,其不妥之处自然十分明显。因此,人民大学草案的规定虽然有很大进步,但仍嫌落后,不能反映侵权法发展的趋势,也无法适应社会生活发展的需要。

3. 法学所草案

中国社会科学院法学所“中国民法典立法研究课题组”在受立法机关委托起草民法典总则编、物权编、债权总则编和合同编的基础上,自行起草了侵权行为编、亲属编和继承编,奉献了一部完整的民法典草案。其中第1542条规定:“民事主体的人身或财产受到损害的,有权依据本编的规定请求可归责的加害人或者对损害负有赔偿或其他义务的人承担民事责任”,第1543条规定:“……因未达到法

[48] 参见杨立新:《侵权法论》,人民法院出版社2005年版,第14页;魏振瀛:《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第675页;前引[1],王利明书,第472页以下。

律规定或社会生活的一般原则所要求的注意程度而加害他人的,为过失侵权行为……”

从上述条文的规定可以看出,法学所草案仍然沿用了“人身或财产”作为侵权法保护的主体。对此,作为侵权编主要起草人的张新宝教授指出,“这是考虑到‘人身’可以做更广义的解释,使其内涵包括人身权和人格利益;同样,也可以对‘财产’做更广义解释,使其内涵包括财产所有权等绝对权利以及受到法律保护的财产利益”,^[49]其范围包括权利和利益,其中权利包括债权,在个别情况下侵犯债权也认为是侵权。沿用民法通则“人身或财产”的用语,虽然可以经由解释赋予其完全不同的意义,但是在既有语汇影响深远的情况下,对其恐怕还是有理解上的障碍。更重要的是,在立法技术上,本来可以更明确地用确切的词语加以明确的问题,为何还要使用语义含糊的词语而经由解释阐明其意义呢?因此,法学所草案的表述并不可取。其次,其第2条规定“未达到……社会生活的一般原则所要求的注意程度而加害他人的,为过失侵权”,肯定了即使没有违反法律规定的注意义务,只要违反了一般社会观念下的注意义务,亦可认定义务的违反并进而认定构成侵权。此规定似是为了将一般注意义务引入侵权法,认定违反一般注意义务的即构成侵权。此种立法思想无疑是先进的,因为侵权法构成向非限定性发展的一个主要体现就是一般注意义务的引入。但问题是,此种重要的发展为什么只能躲在角落里呢?为什么不可以单列一款以强调这类特殊义务要求的重要性呢?

(三)对我国民法典侵权构成立法的建议

民法典立法是我国21世纪的一项重大工程。作为法律继受国家,在考虑本国国情的基础上,立法应该充分反映法律发展的趋势,以避免法律还没有颁布就已经过时的尴尬。在侵权构成立法上,我们继受的不应是一百年前或者二百年前的法律,而应是经过发展的现代侵权法。在这个意义上,笔者认为,荷兰民法典的立法在继承德国法传统的基础上,充分反映了侵权构成向非限定性发展的趋势,在侵权法保护范围上扩大到权利之外的利益。而在立法技术上,则通过一般注意义务的引入,适应损害救济理念的要求,扩大应遵守的义务的范围,将对具体人的关怀合理地纳入制定法,从而确立了更加人性化、调整范围更灵活的侵权法。因此,我国立法应借鉴其规定,充分反映侵权构成的非限定性发展趋势,以最大限度地适应不断发展的社会生活的需要。在具体的立法技术上也可以参考荷兰民法典的规定,明确引入一般注意义务,并通过规定此义务,使侵权法的保护范围超越“权利”的限制,保留司法适用的弹性空间。

Abstract: There is no restriction on the range of interests that protected by tort law in the France Civil Code, which is known as an unrestricted tortious composing. It's value is to embodiment "self liability" of rationalism and to draw a necessary boundary to person's freedom. With characteristics of its opening and to endue judges extensive power to cognize whether a tort be composed, the unrestricted tortious composing adapt to a developing society easily. The German Civii Code strictly restrict the range of interests that protected by tort law, which is a typical restricted tortious composing. With characteristics of its perfect self - sufficiency in logic and to partition the power of legislation and jurisdiction strictly, the restricted tortious composing shows its special value to give a more certain self - liability and to realize a systematic and scientific law. Following with the failure of rationalism and the developing of the positivism and the law thoughts priority to social interests, a damage redress idea is developed. By introducing a general caution duty, the tortious composing indicates a trend to an unrestricted one.

Key words: tortious composing, unrestriction, restriction, value

[49] 参见前引[29],张新宝文。