违反保护他人法律的过错责任

朱　岩*

内容提要：违反保护他人法律的侵权责任通过精准界定抽象而模糊的过错概念、扩张或者细化侵权法的保护范围，使侵权法中僵化模糊的规则能够适应不断发展并充满风险的当代社会。保护性法律需符合法律渊源的要求，并且该法律的目的应在于保护私人利益并提供侵权法的救济。此种特殊过错责任的构成要件相比一般过错责任具有特殊性，并且其各要件处于相互动态关联中。我国侵权责任法仅在第6条规定了有关过错责任的一般条款，仍需通过此种特殊的过错责任，尤其需借助于以行政法所确立的行为标准为主的保护性法律法规来进一步界定抽象的过错。

关键词：侵权法　侵权责任　保护性法律　规范保护范围

引言：风险管制社会与过错的认定

在风险社会下的三元归责侵权法体系中，〔1〕过错责任的地位呈现明显的下降趋势，但仍不失为现代侵权法中的一个核心归责事由。不仅如此，过错作为一种非常抽象的判断标准，其认定依赖于具体社会活动的类型，并且从主观归责发展到客观归责。随着现代社会告别“风车磨房时代”，进入到风险管制社会，各种保护性法律〔2〕针对特定社会活动设定了纷繁复杂的行为标准。〔3〕此种管制型的行为标准对过错责任究竟有何影响，已成为当前包括我国在内的所有风险管制社会形态下有关过错一般条款立法模式中一个突出的问题。

从历史纵向的发展脉络以及比较法上的横向分析，都可以发现违反保护他人法律的侵权责任并不是德国法的“专利”；虽然在归责地位、适用范围以及具体责任成立要件上存在不同程度的差别，但在两大法系中都存在此种特殊的过错责任，其功能体现为具体界定过错（主要为过失）、扩展或者细化保护范围，并承担着现代侵权法回应风险管制社会的重要任务，成为现代过错责任

---

* 中国人民大学法学院副教授。

本文为国家社科基金项目“现代侵权责任法体系重构研究”（批准号10BFX064）的部分研究成果。

〔1〕 参见朱岩：《风险社会与现代侵权责任法体系》，《法学研究》2009年第5期。

〔2〕 保护性法律泛指侵权法之外保护民事主体权益的各种规范，尤其是行政法规范和刑事法规范。需要指出的是，本文系从广义的角度使用“保护他人法律”的概念，并非从法律渊源的角度出发。关于保护他人法律的范围，参见本文第三部分的论述。

〔3〕 “由于社会经济变迁，科技发展，危害事故层出不穷（例如公害、产品瑕疵、交通事故、工业灾害），保护他人之法律日益增加…… 其于规律社会活动，将逐渐担负重要任务，实可断言。”王泽鉴：《违反保护他人法律之责任》，载其《民法学说与判例研究》第2册，1969年台湾自版，第209页。

法沟通各种保护性法律的桥梁，在过错责任中具有特殊性及重要意义。透过详细分析保护性法律的范围以及此种特殊过错责任的构成要件，本文将尝试在解释论层面上论证此种特殊过错侵权责任在我国侵权法体系中应有的地位及其功能。本文在理论探讨的同时，结合相关重要案例作出必要的分析，希望以此完善我国侵权法中过错责任的理论及其适用。

一、历史发展与比较法上的体现

（一）大陆法系中的相关规定

虽然罗马法并没有明确体现违反保护他人法律的侵权责任归责事由，但仍可发现其早期形态，最典型的就是建筑物责任。建筑物责任在罗马法中采严格责任，任何违反敕令，在公共道路上抛洒、倾倒物品的行为都将引起侵权责任。[4] 此外，一些敕令还禁止携带动物进入到公共场所，违反该禁令，致使自由民遭受损害的人应当承担侵权责任。[5]

在大陆法系法典化运动中，1794年普鲁士普通邦法第1编第6章第26条最早确立了违反保护他人法律的侵权责任。依据该条，只要行为人违反警察法造成他人损害，就须承担侵权责任，但能够证明即使遵守该法律仍然不能避免损害发生的除外；在保护范围上，只有受到法律特殊保护的权益才构成损害赔偿的保护对象，以防止行为自由遭受过度的法律限制。[6]

由于1804年的法国民法典在第1382条规定了一个保护对象非常广泛但失之精准的一般条款，导致法国侵权法的归责体系具有简单性和平面性的特征，即以过错（fauté）为中心，辅之以损害与因果关系要件。在过错要件之下，行为人违反了法律规范的要求即被自动认定为具有过错。除了违反法国民法典的规定可直接被认定为具有过错外，法律规范的范围还包括实质意义上的法律，如法令（décrets）、条例（ordonnances）、规章（arrêtés）等，也包括形式法律上的法律（lois）。[7] 在法国侵权法中，违反法律规范所导致的侵权责任较为严苛，法官裁判时甚至根本不用考虑被违反的法律规范所保护的对象是否限于绝对权，就可直接认定违反法律的加害行为产生侵权法律后果。例如，雇主违反法律规定在夜间雇佣未成年人，后者针对前者享有损害赔偿请求权。[8] 但是，法国法院也区分规范保护对象的范围，如区分对公共利益与私人特定利益的保护。例如，在违反法律规定私自砍伐森林中树木的案件中，行为人侵害了国家的公共利益，而没有侵害特定当事人的利益，故不产生民法上的损害赔偿侵权后果。[9]

与法国民法典不同，1811年的奥地利民法典在第1311条中明确规定了违反保护他人法律的侵权责任。该条在归责事由方面的功能主要体现在如下三个方面：第一，违反法律规定可以认定存在违法性。奥地利侵权法坚持行为违法理论，违反法律、习惯法、通过解释所得出的法律禁令以及违反规范目的的行为都被认为具有违法性，因此违反第1311条第2句所称的旨在防止意外损害的法律，即可征引行为的违法性。[10] 第二，违反此种法律即可证成过错。但由于奥地利主

---

〔4〕 D. 9，3，1，1.

〔5〕 Inst. 4，91.

〔6〕 该条规定："损害是指给他人的状态造成恶化，包括身体、自由、名誉或者财产。"例如，法律禁止在人行道上堆放物品以避免妨碍通行。某人在人行道上骑马，马匹因他人在人行道上堆放的物品而受惊，骑马人摔伤。法院认为，该法律的目的在于保护行人而非骑马人，因此受害人无权获得赔偿。Andreas Spickhoff，Gesetzesverstoβ und Haftung，1998，S. 7，Fn. 19.

〔7〕 Vgl. v. Bar/Gotthardt，Deliktsrecht in Europa，Frankreich，1994，S. 18.

〔8〕 Cass. Dalloz 1896，1，81.

〔9〕 Cass J. C. P. 1959 II 10950.

〔10〕 Vgl. Helmut Koziol，Österreichisches Haftpflichtrecht，Bd. I，Allgemeiner Teil，3. Aufl.，Wien 1997，Rn. 4/20.

流观点采主观过错说，所以违反保护性法律仅具有参照功能。[11] 第三，由于一般条款所规定的责任要件弹性太大，在司法实践中需要通过法官的自由裁量才能适用，但自由裁量容易导致裁判不统一，甚至枉法裁判，因此，通过违反法律认定行为具有违法性，增加了认定侵权责任的稳定性。[12]

1863 年德国萨克森民法典也规定了违反保护他人法律的侵权责任，但并没有采用一般条款，而是参考刑法中的具体犯罪形态作出列举，如造成人身或者物质损害，要求行为人承当相应的侵权责任等。[13] 这种立法模式显然受到侵权法与刑法同源性的影响。

1896 年的德国民法典第 823 条第 2 款是违反保护他人法律的侵权责任最为典型的立法例。该款规定："违反以保护他人为目的的法律的人，负有同样的赔偿义务。根据法律的内容，没有过错亦可能违反该法律的，则只有在有过错时方发生赔偿义务。"德国侵权法体系包括三个小的一般条款，即德国民法典第 823 条第 1 款、第 2 款以及第 826 条。之所以形成此种立法模式，其根本原因就在于德国侵权法在立法政策上完全拒绝采纳法国民法典中大的一般条款模式，认为其保护对象过于宽泛，从而过度抑制了人的行为自由。[14] 因此，三个小的一般条款可以在保护范围上相互区分，形成一个类型化的救济途径：第 823 条第 1 款保护绝对权和其他权利；而第 823 条第 2 款成为填补该条第 1 款规定不足的重要过失责任类型，承担明确过失、扩大保护范围等重要任务；[15] 第 826 条则在例外情况下——以"违反善良风俗方式"侵害他人时，提供针对"一般财产损害"的救济。由于第 826 条对主观要件的要求极为严格，导致第 823 条第 2 款的地位更为突出。

值得关注的是，1992 年的荷兰民法典在第 6：162 条第 2 款也明确规定了违反保护他人法律的侵权责任。依据该款："除有正当理由外，下列行为视为侵权行为：侵犯权利，违反法定义务或有关正当社会行为的不成文规则的作为或者不作为。"[16] 因此，荷兰侵权法所规定的归责事由包括如下三种：侵害主观权利（以绝对权为中心）、以作为或者不作为违反法定义务、违反社会交往中非成文的各种规则。其中，侵害主观权利以过错为前提，而后两者的归责正当性体现为行为人的风险范围。荷兰侵权法中的违反保护他人法律的侵权责任来源于对德国侵权法的继受，[17] 但由于违反社会交往义务在荷兰侵权法中具有重要地位，因而在违反社会交往义务时，无需通过违反保护他人的法律这一归责途径认定侵权责任。

（二）英美法中的"违反成文法义务"责任

违反保护他人法律的侵权责任在英美法中也具有重要的地位，被称为"违反成文法义务"（"breach of statutory duty" or "violation of statute"）责任。[18]

---

〔11〕 See Meinhard Lukas, Delikts- und Verwaltungsrecht in Österreich, Rn. 3, in Willem H. van Boom/Meinhard Lukas/Christa Kissling (eds.), *Tort and Regulatory Law*, Springer, 2007, p. 34.

〔12〕 Martin Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, Wein/New York 1992, S. 94 ff.

〔13〕 前引〔6〕，Spickhoff 书，第 9 页。

〔14〕 依据德国法学家 Canaris 的观点，德国民法典中三个小的一般条款的侵权归责体系远远优于法国民法典中抽象的一般条款立法模式，前者在法律政策层面上妥善地平衡了行为自由与权益保护之间的利益冲突，具有极高的科学性。Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Schutzgesetz - Verkehrspflichten - Schutzpflichten, in: FS für Karl Larenz, Beck Verlag 1983, S. 35 ff.

〔15〕 Staudinger-Kommentar, § 823 Abs. 2 Rn. G1-G4; Hein Kötz/Gerhard Wagner, Deliktsrecht, Aufl. 11, Verlag Franz Vahlen 2010, S. 96, Rn. 223.

〔16〕 参见《荷兰民法典》，王卫国主译，中国政法大学出版社 2006 年版。

〔17〕 J. B. M. Vranken, Einführung in das neue Niederländische Schuldrecht, in AcP 191, S. 411, 417.

〔18〕 英美法上的相关理论与判例，参见陈聪富：《论违反保护他人法律之侵权责任》，载其《侵权归责原则与损害赔偿》，台湾元照出版公司 2004 年版，第 72 页以下。

在英国，违法成文法义务的侵权责任起源于19世纪。[19] 在Couch v. Steel案[20]中，船东没有依据《商事船运法案》（Merchant Shipping Act）为船员在船上提供充分的医疗救助，导致船员遭受人身伤害，法庭支持船员所提出的损害赔偿诉讼。在Atkinson v. The Newcastle & Gateshead Waterworks Company案[21]中，因失火导致某房屋被全部焚毁，房主起诉救火公司，认为该公司违反了1847年颁行的《水务条款法案》（Waterworks Clauses Act），未尽到给水龙头增加到特定水压的义务，导致不能及时灭火。但法庭就此作出相反判决，认为并非违反任何法定义务都将引起赔偿所有损害后果的责任。在该案中，被告违反法案的法律后果仅仅是10英镑，因为有关消防规定的法定义务的保护对象是所有大众的公共利益，而不是某个特定的受害人的利益。当然，如果法律规定的责任过低，也可能引发侵权责任。例如在Groves v. Lord Wimborne案[22]中，雇主违反法律规定，没有在机器上设定保护工人的特定安全装置，导致某个雇员的胳膊卷进了机器。虽然法律明确规定违法的直接后果为罚款100英镑，并且雇员可以获得该罚款，但法庭认为该法律后果太轻，因此认定存在违反成文法义务的侵权责任。

在英国，此种违反成文法义务的侵权责任具有独立性，[23] 但也有可能与普通法上违反注意义务的过失侵权发生重叠。[24] 在实践中，成文法所规定的义务与过失责任中的注意义务并非完全吻合，在无法构成违反成文法义务的侵权的情况下，原告可能转而依据一般过失责任继续寻求救济。但成文法已经明确规定尽到法定义务则不得再依过失责任继续要求行为人承担责任时，则排除要求被告承担此种责任的可能。

此外，立法中所规定的义务形态也具有重要意义。如果某部法律属于特别立法，其中已经规定了违反该特殊义务的特定法律后果，则排除一般过失责任的适用余地。反之，如果某部法律仅仅规定了特定的成文法义务，但没有直接规定法律后果，则可以适用一般的过失责任所确立的法律后果。值得注意的是，在英国加入欧盟之后，违反欧盟法律也构成新型的违反成文法义务的侵权责任。

与英国侵权法不同，违反成文法义务的侵权责任在美国侵权法中并不具有独立地位，而是被归入到一般性的过失责任中。在Haft v. Lone Palm Hotel案[25]中，一个汽车旅馆中有一个游泳池，但旅馆既没有设置救生员也没有张贴告示说明此点，两位贸然游泳的游客淹死。美国法院在违反义务与死亡后果之间采取因果关系推定，要求汽车旅馆承担侵权责任。但是，违反成文法义务并不具有普遍的举证责任倒置功能，只有在原告具有较大举证困难的情况下，法庭才会出于保护原告的目的采取因果关系推定。

在美国侵权法案件的审理中，通常由陪审团认定行为标准，但在违反成文法义务的案件中，由于法律已经规定了行为义务，陪审团无权再作更改，因此违反成文法义务被认为是无需证明的过失，即自证过失（negligence *per se*）。当然，也有美国学者从三权分立的合宪性角度，对违反成文法义务的侵权责任提出质疑，尤其在成文法并没有明确规定法律后果的情况下，法院不应当

---

〔19〕 See Keith M. Stanton, *Breach of Statutory Duty in Tort*, London, 1984, p. 2.

〔20〕 [1854] 3 E. & B. 402.

〔21〕 [1877] 2 Ex. D. 441 (Lord Cairns, L. C.).

〔22〕 [1898] 2 Q. B. 402.

〔23〕 这种独立性更多地归结为历史原因。因为英国传统普通法中的侵权法无法应对工业革命所带来的新型侵权类型，如在工伤事故中，雇主凭借受害人同意、与有过失以及其他免责事由可以轻松逃避其责任。而特别立法，如《工伤事故法案》以近似于无过错的方式规定了雇主责任，导致违反此种保护雇员的特别法的责任成为一种特殊侵权责任。See Mark Lunney/Ken Oliphant, *Tort Law, Text and Materials*, 3rd ed., Oxford, 2008, p. 606.

〔24〕 See W. V. H. Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 16th ed., London, Sweet & Maxwell, 2002, p. 263.

〔25〕 3 Cal. 3d 756, 478 P. 2d 465 (1970).

享有通过解释填补成文法规定不足的权力。[26]

在英美侵权法的“公害”（public nuisance）中也存在违反保护他人法律的侵权责任形态。公害法的保护对象是一般大众的公共利益，如禁止排放污染物、禁止在高速公路上设置障碍物等。因此，违反公害法的侵权在保护特定当事人的利益时以存在“特殊、直接和实质性的损害”为前提，以避免公害行为人承担无休止的损害赔偿责任。如在公路上设置障碍的情况下，如果行为人需要赔偿一切遭受影响的机动车驾驶人的纯粹经济损失，责任显然过于严苛；每个司机都会担惊受怕，因为发动机或者车轮的任何一个潜在缺陷都有可能引起“公害”。但是，如果在高速公路上随意停车，妨碍其后面的机动车正常行驶所发生的特定损害，[27]或者在高速公路叫卖冷饮，导致车辆受堵，[28]则可引发侵权责任。而违反核设施的相关规定，导致物的损害之外的其他损害，如土壤遭受污染等纯粹经济损失（土地经济价值贬损以及恢复土地原状所支出的费用），是否可要求赔偿，则存在争议。[29]

二、违反保护他人法律的侵权责任的理论意义

侵权法的出发点是“勿伤他人”原则，即康德所言的三个基本义务中的第二个义务。[30]可见，侵权法首先要保护的是定纷止争的绝对权，体现为对绝对民事法律关系的保护，其原因在于绝对权具有公示性，并且诸如生命、身体、健康、自由等“天赋”的固有权益以及所有权处在民事权利位阶的最顶层。然而，侵权法不可能只是保护这些类型化的绝对权，尤其在因工业革命所导致的现代风险社会中，频繁的社会交往也导致了权益保护范围的扩大。尤其在社会结构日趋复杂、技术革命日新月异、社会分工日益专业化的今天，权益的保护依赖于各种特殊的社会交往关系。现代特别立法尤其是道路交通、劳动保护、工业标准以及环境保护等保护性法律针对特殊社会关系提供纵向切割的保护，即针对社会交往的特殊层面中的各种风险，如道路上的机动车、机器运转中发生的事故、工业排放的危险等，以侵权法之外的成文法规定各种程度不同的保护义务，填补侵权法中“勿伤他人”的一般性义务。换言之，一般条款中设定了所有社会成员的一般性注意义务，而保护性法律则体现了针对特定的人、物、风险所设定的特定义务，形成了一般与特殊的关系。

虽然一般条款的立法模式逐步成为当今侵权法重要的立法模式选择，[31]但侵权法作为民法的一部分，无法直接吸收刑法、行政法及其他法律中涉及到行为规范的内容。因此，通过“保护性法律”这一概念，可以将在特定社会关系中保护特定民事主体的各种法律规范都纳入到认定侵权责任的规范群中，从而有效地界定乃至拓宽了侵权法的保护范围。例如，在德国民法典侵权法体系中，第 823 条第 2 款能够超越第 1 款划定的范围，在救济一般财产损失方面具有更大优势。

我国侵权责任法第 2 条所规定的保护范围极为宽泛，因此保护性法律的核心任务并不是扩大侵权法的保护范围，而是如何精准界定甚至限缩其保护范围。针对位阶较高、具有公示性的绝对

---

〔26〕 W. Page Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5th ed., West Publishing Co., 1984, p. 221.

〔27〕 Maitland v. Raisbeck [1944] 1 K. B. 689, 692.

〔28〕 Fabbri v. Morris [1947] 1 All E. R. 315.

〔29〕 Merlin v. British Nuclear Fuels plc [1990] 2 Q. B. 557; [1999] Ch. 289, CA.

〔30〕 受到罗马法学家乌尔比安的影响，康德将义务分为内在的义务、外在的义务和联合的义务。其中，外在义务是指“不侵犯任何人”，而第三种义务包含了第二种义务，即“进入这样一个状态吧，在那儿，每人对他的东西能够得到保证不受他人行为的侵犯”。这两种义务奠定了侵权法上最一般的义务范围，构成侵权法最重要的调整模式和保护范围。参见［德］康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆 1997 年版，第 48 页。

〔31〕 参见张新宝：《侵权责任法的一般条款》，《法学研究》2001 年第 4 期；朱岩：《民法典一般条款研究》，《月旦民商法杂志》第 7 期（2005 年 3 月）。

权以及位阶较低、缺乏公示性的权益显然需要采取不同的归责要件。以纯粹经济损失为例，虽然通过目的性扩张解释，可以将我国侵权责任法第2条中的“等人身财产权益”解释为包括纯粹经济利益，但是核心问题丝毫没有得到解决：保护纯粹经济利益的责任构成要件是什么？是否要求行为人主观上具有故意？过失可否引起此种责任？是限于特殊的商事活动，还是包括所有的民事活动？因果关系是否具有特殊性？〔32〕没有各种利益衡量的具体参照因素，根本无法就上述问题作出回答。可见，简单以过错责任保护纯粹经济利益，滋生一个保护此种不具有公示性的权益的一般行为义务，显然极为不当地遏制了行为自由。

然而，如果某些法律已经基于其所调整的特殊活动作出了保护纯粹经济利益的政策考量，显然有利于维护法律稳定，增加判决的统一性。例如，在我国反不正当竞争法和反垄断法中，对于违反竞争秩序所造成的纯粹经济损失，不法竞争者需要承担损害赔偿责任。更为典型的是证券法对证券发行和承销过程中“当事人”的纯粹经济损失责任作出了明确规定。该法第69条和第173条规定，保荐人、承销的证券公司和证券服务机构对虚假信息披露导致投资者在证券交易中发生的纯粹经济损失承担过失推定责任。

违反保护他人法律的侵权责任实际上起到了一个“转介条款”的功能，它通过扮演“外接管道”的角色，将各种特殊的侵权法律政策引入到一般侵权法中。虽然我国侵权责任法采取了一般条款的立法模式，但是差别保护的法理思想仍应在我国适用。因此，从防止随意过度保护的角度出发，违反保护性法律的侵权责任仍然具有重要意义。

不仅如此，保护性法律对于认定过错责任的构成要件具有重要意义。对于以一般条款方式确立的过错责任，究竟何为过错，完全系于个案下的具体认定。侵权法之外大量的其他法律法规针对各种特殊法律关系直接设定了行为命令或禁令，要求法律主体作为或者不作为，对保护的人群与权益范围作出细致考量，显然是一般抽象过错责任所不可或缺的支柱。因此，随着侵权法中规范保护理论的发展，违反保护他人法律的侵权责任逐渐成为一种重要的侵权责任类型，扮演了将大量公法尤其是道路交通法、企业法、劳动法以及环境法中的行为标准与侵权责任相连接的“转介”角色。通过“援引”其他法律所确定的行为规范，抽象的违反保护他人法律的侵权责任得以建立在相对具体的行为规范基础上，从而减少了认定过失的难度。当然，各种保护性法律的规定也存在很大差异，有些仅规定行为的抽象标准，从而仅间接增加了判断过失的参照因素；而有些直接设定注意义务的标准、免责事由等，从而对侵权法构成了直接、实质性的扩张或者限制。

此种特殊过错责任在不同国家的侵权法中地位有所差异。在抽象一般条款的立法模式下（如法国法），一般条款中已经涵盖了此种特殊过错侵权的类型，因此其地位并不突出。但在类型化的立法模式中，违反保护他人法律的侵权类型具有重要意义。典型的代表就是德国民法典第823条第2款，该类特殊过错责任与一般过错责任以及违反善良风俗责任构成德国侵权法中三个小的一般条款。奥地利民法典第1311条第2句以及荷兰民法典第6：162条第2款都明确将违反保护他人法律侵权责任规定为一般条款中的重要组成部分。实际上，此种保护他人的法律规定起到了确定行为人具体行为标准的功能，为认定过错责任提供了可以操作的前提。违反保护他人法律的侵权责任在英国法和美国法中略有不同，美国法将此种侵权责任视为一种特殊的过失责任，而英国法将此种责任视为过失责任之外的独立侵权责任。

违反保护他人法律的侵权责任易与其他归责事由尤其是违反社会交往义务的侵权责任发生叠合，因为各种保护性法律往往为特定的社会交往规定了明确的法律义务。在实践中，上述两种不

〔32〕 参见［奥］海尔姆特·库齐奥：《欧盟纯粹经济损失赔偿研究》，朱岩、张玉东译，《北京大学法律评论》第10卷·第1辑（2009），第241页以下。

同的归责事由对受害人没有太多本质影响，因为两者都采取过失推定。但需要注意的是，违反社会交往义务的客观过失责任属于法官主导下的“判例法”，而违反保护他人法律的侵权责任属于立法者主导下的“成文法”。[33]

可见，违反保护性法律的过失责任类型引发了过错侵权法从法官主导向立法者事先制定的过错认定转移。纵观各国和各地区侵权法的立法模式，无不徘徊在一般条款与具体列举之间，前者以法国民法典第1382条为代表，后者以英美侵权法的“鸽笼体系”（pigeon－hole）为代表，而德国民法典则尝试在一般条款和具体列举之间找到平衡。一般条款的立法模式体现了限制行为自由，扩大侵权法救济范围的立法政策考量，而具体列举模式则偏向于扩大行为自由，提供有限救济的立法政策考量。但无论哪种立法模式，都不能否定侵权法的本质为“判例法”。一般过错条款所概括确定的行为义务原则上依赖于法官在个案中的认定，即立法者通过抽象的“过错”授权给法官，使得法官在侵权法的“活法”中扮演了核心角色。而在违反保护性法律的侵权责任中，立法者的“命令”跃居前台，针对各种具体的风险防范与事故处理，不同程度地直接给出了过失的具体判断标准。两者显然反映了立法价值选择的差异，对司法控制的程度亦完全迥异。

我国民法通则第106条第2款、侵权责任法第6条采取了一般条款的立法模式，在责任认定中法官扮演了唯一重要角色。虽然侵权法因判例而发展，但法官享有完全的自由裁量权将不可避免导致案件判决的随意性，甚至出现错误判决。将保护他人的法律作为裁判责任的基础，将责任认定从法官自由裁量层面上升到立法层面，大大提高了责任认定的可预见性和稳定性。借助于违反保护他人法律的侵权责任，可以兼顾侵权责任的弹性、可预见性与统一性，避免司法判决矛盾丛生。

三、保护他人法律的范围

确认保护性法律的范围，需要从整个侵权法归责体系的角度出发。如上所述，保护性法律具有界定行为义务的重要功能，因此有必要扩大保护性法律的范围，同时透过侵权责任认定的价值分析予以必要的限制。

（一）公私法的交汇

滥觞于罗马法的公法与私法的划分，成为大陆法系对人类法治建设的重大贡献。然而法律对社会关系的调整却徘徊于自治与管制之间。[34] 私法对社会关系采取了水平方式的提取，起初设想在“国家为守夜人”的前提下，依靠市场这只“看不见的手”和程序正义，即可完美地调整私人之间的平等关系。然而，市场具有天然失灵的属性，管制与自治如影随形，在彼此具有不同价值取向的前提下，在交汇中相互支撑，共筑平等正义的基石。

在公私法交汇的前提下，其具体形态却又存在诸多差异：既可能以公法的价值判断控制私法上的行为效力（效力控制），如合同法第52条第1款第5项；也可能以公法的价值判断和具体标准作为私法上人的行为或者其他组织活动的行为标准（行为控制），如本文所讨论的违反保护性法律的侵权责任。现代风险社会生成出“行政管制社会”，大量的公法性管制规范以“提前预防”

---

〔33〕 Ch. v. Bar，Verkehrspflichten：richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutchen Deliktsrecht，Heymann Verlag 1980，S.157；前引〔15〕，Kötz/ Wagner书，第96页，边码225。

〔34〕 在民法中也存在大量公私法交汇问题。如婚姻关系的确立与解除需要行政机关的登记。而在最为彻底的私人自治领域——合同法中，在一些情况下同样需要行政机关的批准与登记。自治与管制不只是停留在价值判断层面，而且逐步功能化，彼此渗透，甚至彼此的价值与功能亦被相互借鉴，从而导致私法公法化和公法私法化。有关公私法的接轨，参见苏永钦：《从动态规范体系的角度看公私法的调和》，载其《民事立法与公私法的接轨》，北京大学出版社2005年版，第74页以下。

的纵向形式直接或者间接楔入私人之间的各种平等社会关系，为社会交往预设了特定行为义务，成为侵权责任认定的重要参照系。[35]

需要指出的是，我国侵权责任法第5条已经明确规定了实质意义侵权法的地位。此种对侵权责任另有规定的“其他法律”属于引致性法律，在其所调整的领域直接成为判断侵权责任是否成立、如何填补损害的规范基础。较之于侵权责任法，其构成特殊侵权法。而本文所讨论的保护性法律仅限于“转介条款”，即在论证侵权责任是否成立时可资参考的保护性规范。

（二）保护性法律的范围

关于保护性法律，两大法系具有非常类似的观点。在德国法中，通说认为，德国民法典第823条第2款中的保护性法律只能是“法的规范”（Rechtsnormen）。依据德国民法典施行法第2条，在法律渊源上，法的规范并不限于联邦议会所制定的成文法典规范（Gesetznormen），还包括下位的行政法规（Rechtsverordnungen）和规章（Satzung）中的规范，主要体现为刑法与各种行政法规范。但是，行政行为（Verwaltungsakte）并非抽象一般的规范，无法被视为保护性法律。同理，诸如民间机构所设定的行业“软法”[36]、经由法院判决所生成的社会交往义务更无法被视为保护性法律。[37]之所以将保护性法律的范围拓宽到成文法典之外，根本原因就在于现代社会为行政管制社会，从道路交通到食品安全，几乎每一种社会关系都直接或间接受到行政法的规制，将此种保护性规范纳入民事侵权责任的判断标准中，对于保护受害人无疑是极为重要的。荷兰法采取了与德国法几乎一致的观点，扩大保护性法律的范围，侧重于规范本身是否具有设定行为标准的内容。[38]在美国法中，保护性法律并不限于联邦各州和议会所制定的成文法，还包括条例（ordinances）、行政规章（administrative regulations）乃至宪法。这些保护性法律可以分为两种：其一，已经明确或者隐含着实质侵权法上的行为义务或者抗辩事由等；其二，虽未直接涉及到侵权法，但所设定的规范经由刑法或者行政法规加以执行。法官有权基于自由裁量决定是否将后者的行为标准纳入到侵权案件中。[39]在英国法中，保护性法律首先包括英国议会所制定的成文法（statute）。然而就议会授权各部委制定的法案（acts）是否属于保护性法律的范围，存在争议。通说认为，在违反该第二层次的立法时能否成立违反成文法义务的侵权，主要取决于议会是否明确授权部委在法案中为主张权利的个人创造民事权利。如果法案中又针对特定的被告规定了免除责任事由，则表明违反此种法案并不引发侵权责任。[40]

从上述比较法上的分析可以发现，保护性法律须同时具备规范性和确定性，前者为其形式要素，后者为其实质要素。因此，对保护性法律的法律渊源位阶虽无严格的要求，但非由国家立法机关制定的、纯粹的民间规范无法成为侵权法上具有拘束力的行为标准。更为重要的是，保护性法律必须直接或者间接设定社会交往中的行为标准。

确立我国保护性法律的范围也须分别考量形式要素和实质要素。

首先，从形式要素来看，保护性法律在我国应当包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、

---

〔35〕 前引〔15〕，Kötz/ Wagner书，第96页。

〔36〕 G. Brüggemeier，Haftungsrecht：Struktur，Prinzipien，Schutzbereich — Ein Beitrag zur Europaeisierung des Privatrecht，Springer 2006，S. 536.

〔37〕 Münchener Kommentar zum BGB，§ 823（Wagner）Rn. 332 ff，Aufl. 5，2009，CH. Becks Verlag；前引〔6〕，Spickhoff书，第77页以下。

〔38〕 See Jaap Spier，*Wrongfulness in the Dutch Context*，in H. Koziol（ed.），*Unification of Tort Law：Wrongfulness*，1998 Kluwer Law，International，p. 88.

〔39〕 See Dan B. Dobbs，*The Law of Torts*，West Group，2000，p. 311.

〔40〕 Anthony M. Dugdale/ Michael A. Jones，*Clerk & Lindsell on Torts*，London，Sweet & Maxwell，2006，9—44（M. A. Jones），p. 548.

自治条例和单行条例、规章等。宪法规范并非直接指向特定民事主体，而是直接为国家公权力机关划定权力边界，但宪法所确定的基本权利亦赋予单个主体针对国家公权力的防御权，基于宪法规范的第三效力，经由民法中一般条款的解释，宪法应可间接进入保护性法律的范围。[41] 此外，最高人民法院的司法解释、为国家法律所承认并上升为习惯法的习惯规范，亦可成为保护性法律。具有保护性内容的非法律渊源文件，如协会内部章程、俱乐部竞技规则等，不能成为保护性法律，但其仍可作为具体个案中判断是否存在过失的一个参照标准。[42]

其次，从实质要素来看，包含民事主体交往中行为标准、风险分配、保护民事权益等内容的法律规范方可成为保护性法律，具体可以参考如下判断标准：

第一，立法者的意图。保护他人的法律规范的目的应在于防止民事主体遭受各种损害，反映出立法者保护特定社会交往中民事主体的民事权益的意图，既可以直接体现为保护民事主体的权益，如刑法、医疗法；也可以是间接保护民事主体的利益，如行政法上各种有关技术要求的规定。但如果某些法律的规范目的完全在于保障国家机关的正常运转，即使该规范在反射层面上同样会发生保护民事主体的效果，也不能成为侵权法上保护他人的法律。

第二，救济方式。如果保护性法律的目的需通过侵权法上的损害赔偿救济来实现，则可以引证此种实质要素。反之，如果保护性法律明确规定了其他救济方式，如刑事责任或者行政责任，则初步表明立法者的目的在于以非民事责任的方式予以制裁；但如果法定的责任方式不足以向受害人提供充分的救济，则并不能排除受害人进一步获得民事侵权责任救济的可能。在公私法分立、各自肩负不同功能的前提下，私法上的责任与公法上的责任仍有可能并行不悖（如我国侵权责任法第 4 条第 1 款），不能以公法上的惩罚责任替代侵权损害填补功能。

第三，上位法与下位法冲突的实质审查。由于侵权责任法第 5 条已经将确定侵权责任的法律渊源限定为“法律”，因而在我国，确定保护性法律的范围还面临一个基于法律位阶考量所产生的实质审查。申言之，保护性法律在填补、充实过错判断标准时不能违反侵权法与其他法律所确定的上位规则。

（三）保护性法律的具体类型

保护他人的法律必须具有涉及到行为的禁止性规范或者命令性规范，即具有规范的确定性。纯粹倡导性或者宣誓性的规范无法成为保护他人的法律。在比较法上，对保护性法律存在不同的分类方法。[43] 笔者认为，以注意义务的有无以及程度为标准的分类，即抽象保护性规范与具体保护规范的区分，应具有最重要的意义。总体而言，保护性规范越是抽象，认定侵权责任面临的难度就越大，因为需要从保护范围、损害类型、因果关系等各个具体角度再作分析；而具体的保护性规范对侵权责任的认定具有直接意义，往往具有推定效力。

在我国，保护性法律主要体现为刑法、产品质量法、道路交通安全法、《工伤事故处理条例》等。在每个具体的保护性法律中都可能同时存在抽象的保护性规范和具体保护规范，需要具体分析。例如在食品安全法第 27 条有关“食品安全标准”的规定中，第 1 项的规定非常抽象，仅要求“具有与生产经营的食品品种、数量相适应的食品原料处理和食品加工、包装、贮存等场所，保持该场所环境整洁，并与有毒、有害场所以及其他污染源保持规定的距离”，因而违反该项保护性规范尚不能立即成立侵权。而其第 8 项则详尽地规定“食品生产经营人员应当保持个人卫

〔41〕 参见张翔：《基本权利双重性质》，《法学研究》2005 年第 3 期；于飞：《基本权利与民事权利的区分及宪法对民法的影响》，《法学研究》2008 年第 5 期。

〔42〕 《欧洲侵权法原则》即采取此种判断标准。See Comment to Art. 4:102 PETL “Required Standard of Conduct” no. 20, in European Group on Tort Law (ed.), *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Springer, 2005.

〔43〕 参见解亘：《论管制规范在侵权行为法上的意义》，《中国法学》2009 年第 2 期。

生，生产经营食品时，应当将手洗净，穿戴清洁的工作衣、帽；销售无包装的直接入口食品时，应当使用无毒、清洁的售货工具”。此种规范针对特定人员直接提出特定行为要求，已经为判断侵权责任提供了非常客观细致的标准。

四、违反保护他人法律侵权责任的构成要件

我国侵权责任构成理论略显简单，在整个立法表述中回避了是否需要违法性要件的争论。但在违反保护他人法律的侵权责任中，违反了法定义务的行为同时具有违法性和过错，并且被违反的法律规范的调整范围直接决定了损害赔偿的范围，因此，违反保护他人法律的侵权责任的构成要件可被简化为如下三项：违反保护性法律的过错行为、损害后果以及两者之间的因果关系。较之于一般过错侵权责任，每个要件都具有特殊性。

（一）过错

过错包括故意和过失。虽然刑法中所规定的保护性规定多涉及主观故意，但从整体而言，过失仍然是违反保护性法律侵权责任的主要过错形态。较之于一般侵权中的过失判断，其过失判断具有如下特殊性：

首先，在责任成立阶段，此种过失的判断完全系于对保护他人法律的违反，而不取决于是否存在具体的侵害后果，即并不要求行为人意识到其行为将会引发损害后果。〔44〕显然，此种过失认定缩短了认定过程，实际上“不法行为后果的归责不再系于过错，而是依据风险原则”。〔45〕在违反保护他人法律的侵权中，过失的判断只须行为人就可能发生某种损害具有抽象可预见性，至于是否真正能预见到特定损害后果则在所不问。立法者就此规定了一个极为抽象的行为义务，其目的在于针对特定易致使他人遭受损害的“危险行为”作出禁止性规定，从而提前保护此种权益，也提升了对此种权益保护的力度。〔46〕就违法性而言，这显然采取了最为彻底的行为不法理论，与行为所造成的损害结果无涉。

其次，此种过失是一种由立法者所确定的抽象客观过失。一般侵权中存在主观过失和客观过失的争论，并且须结合行为要求与侵害权益的后果等多种因素来判断行为是否具有过失。此外，不存在一个可以直接适用于各种案件的具体判断标准。相反，过失应当是具体的、个案的，通常系于法官所建立的“理性人”标准。而在违反保护他人法律的侵权责任中，根本不存在主观过失；而且对过失的判断由法官自由裁量转而交由立法者事先客观确定。申言之，只要行为人从事了保护他人法律中明确禁止的行为，即原则上表明行为人具有过失。因此，实践中更多的是直接从违反客观法定义务出发推定行为具有过失。例如，矿主非法雇佣矿工从事矿山开采活动，违反了相关许可和保护性规定，西班牙最高法院认为在此情况下采取过失举证责任倒置。当然，由于矿工死亡的全部事实最终无法查清，实际上此案针对因果关系也同时作出了推定。〔47〕

受到各个国家和地区司法实践不同的影响，此种过失推定也有不同的表现形式，即从过失的表面证据（*prima facie* negligence）、过失推定（negligence presumption）到过失自证（negligence

〔44〕 Münchener Kommentar zum BGB，§ 823（Wagner）Rn. 358.

〔45〕 参见前引〔14〕，Canaris 文，第33页。

〔46〕 同上文，第52页，第53页。

〔47〕 Repertorio de Jurisprudencia（RJ）248，cited from P. del Olmo，Spain，no. 98，载前引〔11〕，van Boom 等编书，第282页。

per se)；但此种差异的理论意义大于实践意义。[48] 总之，在违反保护他人法律的侵权中，采取了减轻受害人举证责任的规则，通说认为系就行为人的过错采取“过失推定”的举证责任分配方式。[49] 此种对受害人过失证明责任的减轻，当然还受到上述保护性法律规范类型划分的影响，即违反抽象的保护性规范的过失推定效力远远弱于违反具体的保护性规范。从这一点来看，过失推定在违反保护性法律的侵权中仍具有一定的弹性空间。《美国侵权法第二次重述》对此予以区分，其第 288B 条规定：“在法院将制定法的规定作为行为标准时，则违法本身即过失；在法院未将制定法的规定作为行为标准时，则违法行为构成过失的证据。”从这一点来看，我国侵权责任法第 6 条将过错推定的法律渊源位阶限于“法律”，过于僵化，应当通过规范目的性扩张解释，允许在违反保护性法律的情况下适用过错推定。

理论和实践中都非常重要的一个问题是，如果行为人达到了保护性法律所规定的行为标准，如企业排放虽符合环保行政标准但仍然造成损害、产品虽符合工业标准但仍然造成消费者人身伤害等，此时，行为人能否以行为合乎保护性法律为由主张不承担侵权责任？为此，需要从保护方式、保护客体等多个角度分析侵权法与保护性法律在价值目标与功能方面的差异。

侵权法与保护性法律的差异

	侵权法	保护性法律(以行政管制型法规为代表)
保护客体	民事权益	公共利益
保护方式	以事后损害赔偿为中心,辅之以预防性救济	以事前预防为主,通常设定了行政责任乃至刑事责任
价值目标	平衡具体行为人的行为自由与权益保护	以预防特定风险为直接目的,间接涉及到民事权益的保护

从上表可以发现，行为人即使达到了保护性法律所规定的行为标准，也并不必然能够尽到侵权法上所要求的注意义务。这是因为，侵权法的价值目标在于保护特定民事主体的权益，具有即时性；而保护性规范更多地从宏观角度对特定社会关系作出调控，难以充分考虑到社会的时刻变化，具有滞后性。当然，并不排除保护性法律所设定的行为标准直接影响侵权法中的注意义务，如有关劳动保护的规范大大拓展了工伤事故案件中的侵权责任，甚至可以说是保护性法律提前介入到侵权责任的认定。但总体而言，保护性规范所规定的行为标准之于侵权责任认定，仅仅起到初步辅助性的功能，不能简单以保护性规范所规定的行为标准替代侵权法上的注意义务。侵权法上的注意义务标准往往高于管制型法律中的行为标准，这也正是绝大多数国家并没有将违反保护性法律直接作为责任认定基础，而是从侵权法的价值目标、责任构成要件等各个方面对违反保护性法律的行为责任认定作出“侵权法上二次控制（包括过失推定、因果关系推定、保护范围的认定等)”的根本理由。例如，虽然在 1990 年之前，意大利有关烟草业的行政管制法律法规中并未要求烟草企业必须在香烟包装中明确向消费者提示“吸烟有害健康”，但在意大利罗马上诉法院 2005 年的判决中，仍然要求烟草企业向消费者承担未尽到风险提示的侵权责任。[50] 又如，有关环境污染的行政法规公布时期较早且没有及时更新，污染企业的排放标准虽然完全符合此种行政法规的要求，但受害人仍然可以从侵权法的角度获得救济。

〔48〕 前引〔39〕，Dobbs 书，第 315 页。意大利侵权法也认为，违反行政性管制法规构成“过失自证”。See A. Monti/F. A. Chiaves，Italy，no. 9，载前引〔11〕，van Boom 等编书，第 174 页。

〔49〕 在德国法中，有关过错的证明规则如同美国法一样徘徊在“表面证据规则”（Anscheins－beweis）和“过错推定”（Vermutung）证据规则之间。Vgl. Münchener Kommentar zum BGB，§ 823（Wagner）Rn. 364.

〔50〕 A. Monti/F. A. Chiaves，Italy，no. 36. Cf，载前引〔11〕，van Boom 等编书，第 182 页。

（二）损害

在一般侵权中，在责任成立阶段仅仅需要认定第一次损害——侵害权益，而损害赔偿的范围则属于责任承担阶段的任务，该范围通常系于行为人可预见的保护范围。而在违反保护他人法律的侵权责任中，侵权法的保护机制经由立法者的特殊目的而提前介入，责任成立的认定系于违反保护性规范中的行为标准，并无须考察权益侵害。进而在责任承担阶段，相当因果关系中的盖然性标准丧失了应有的功能，损害赔偿的范围取决于立法者在设定保护性规范时的保护范围意图，体现了立法者的特殊调整方式。例如，立法要求企业为雇员采取劳动保护措施的目的在于防止雇员遭受人身损害，并不及于财产损害。

保护性法律在现代管制社会中日趋“膨胀”，其调整范围、规范目的等方面都存在不同程度的差异，如果不加区分，尤其是不对其作出必要的限制，必然构成对侵权法的不当影响，可能导致过度扩张责任进而严重限制行为自由。因此，必须从保护性法律所适用的人的范围与权益保护范围出发，对其作出目的性限制：被害人须为保护性法律所欲保护的人，侵害方式与损害种类须为保护性法律所欲防范的对象。

首先是人的保护范围。就此需要区分是保护一般大众还是特定的单个主体，只有当一项保护公众的法律规范同时也保护具体的受害人时，才可被视为保护性法律。例如，德国某州《土地建筑条例》要求工人在施工期间对公共交通用地、水电供应等设施予以保护，必要时采取安全防护措施。某施工工人在私人土地上进行挖掘作业时损坏了供电电缆，导致某用电企业经济损失。此案例中，被违反的行政法规不能被视为保护性法规，因为此法规仅在一般意义上对公众予以保护，对用电人的个人保护不是该法规的主旨。〔51〕在美国法中亦存在类似的案例：某餐厅违反法律规定，在其厨房中靠近炉子的地方放置了老鼠药，该毒药爆炸造成原告人身伤害。美国俄克拉荷马州法院认为，法律禁止放置毒药的目的在于防止就餐人员中毒，而不是防止爆炸，所以不能简单援引此种法律规定而认定被告存在“过失自证”。〔52〕

其次，发生的损害还必须属于保护他人法律的“物”的保护范围。不同的保护性法律存在不同的保护范围，如果某种特定损害超出了保护性法律的保护范围，则无法认定存在此种侵权责任。例如，出于保护未成年人的目的，法律禁止向未成年人出售含有酒精的饮料。如果某人违反该规定向未成年人出售酒精饮料，该未成年人饮用后“情绪失控”打伤第三人，该第三人不能依据该规定要求出售酒精饮料的人承担赔偿责任。因为法律的目的在于保护未成年人本人，而非防止未成年人侵害第三人。又如，汽油站擅自向某人携带的一般容器中加油，后者携带该容器到第三人处纵火，致使数人死亡。虽然法律要求到汽油站加油的容器上必须具有汽油相关标示，但该规定的目的在于防止发生火灾，而非防止纵火行为，因此不得以此认定存在过失侵权责任。〔53〕

由于权益的保护范围仅仅从结果出发，有可能扩大法律所欲防范的风险来源，因此有必要从加害来源即风险的角度对适用此种特殊的侵权责任作出限制。例如，依据英国有关海上牲畜运输的成文法规定，应当将牲畜围入栏中，目的在于防范传染病传播致使牲畜死亡。由于风浪引发的牲畜死亡，虽然在权益保护范围上也体现为牲畜死亡，但其风险来源不属于该法案的抑制对象，所以此种损害无法构成该法的保护对象。〔54〕

（三）因果关系

侵权法中的因果关系一般分为责任成立阶段的因果关系与责任承担阶段的因果关系，其判断

〔51〕 BGHZ 66，388；［德］马克西米利安·福克斯：《侵权行为法》，齐晓琨译，法律出版社2006年版，第144页。

〔52〕 Larrimore v. American National Ins. Co.，184 Okl. 614，89 P. 2d 340 (1939).

〔53〕 Stafford v. Borden，252 Ill. App. 3d 254，192 Ill. Dec. 52，625 N. E. 2d 12 (1993).

〔54〕 Gorris v. Scott，1874 L. R. 9 Ex. 125.

方式包括条件说、相当因果关系说等。较之于一般过错侵权责任，违反保护他人法律侵权责任中的因果关系具有如下特殊性：

首先，规范目的保护理论成为违反保护他人法律侵权责任中因果关系的基本判断方式。与一般侵权责任的构成要件不同，规范目的保护范围不仅仅决定了违法行为与违反法律所设定的义务之间是否具有责任成立意义上的因果关系，而且还决定了在多大范围内成立损害赔偿责任，即责任承担意义上的法律因果关系。[55] 而在一般侵权责任中，责任成立以事实上因果的条件说为基础，责任承担阶段则进而适用作为法律上因果的相当因果关系。

规范保护理论最早由德国学者拉贝尔在其《买卖法》一书中系统提出。[56] 依据该理论，在规范性评价因果关系和认定成立损害赔偿责任时，归责必须与侵权人所违反的规范保护范围或者规范目的相吻合。该理论的特点在于：归责独立于相当因果关系学说，直接从法规的保护目的出发，衡量行为与损害之间是否具有因果关系，在一定程度上回避了相当因果关系的主观不确定性。[57] 实际上，该理论已经不再是一种严格的因果关系理论，而是关于保护性法律的一种目的性解释方法。[58] 规范目的保护理论同样为美国法所采纳，其从对“可预见性”的解释出发，判断相关的人员、风险种类以及损害后果是否属于保护性法律所保护的范围。[59]

其次，一般过错侵权中的因果关系遵循“谁主张、谁举证”的基本规则。而违反保护性法律意味着受害人遭受侵害的危险大大提高，从优先保护受害人的法律政策出发，可以推定在损害与违法行为之间具有因果关系，或者至少存在表面证据，从而减轻受害人的举证责任。例如，某游泳馆在深水区并未设置明显的隔离带和警告标识，某醉酒之人不慎落水淹死。德国联邦最高法院认为，虽然理论上存在因为受害人自身健康方面的原因落水后死亡的可能，但违反法律规定未设置隔离和警示标识在法律上构成造成受害人死亡的表面证据。[60]

此外，在违反保护他人法律的侵权责任中，因果关系与过错以及损害要件乃至违法性之间都形成紧密的动态关联。诚如上述，作为因果关系判断规则的规范保护目的不仅决定了损害的类型，而且进一步控制了损害赔偿的范围。在过错判定中，违反保护性法律的行为直接构成认定过错的外在参照，进而可推定过错。而违法性要件在此种特殊侵权形态中更是直接体现为违反保护性法律所设定的行为义务。

五、违反保护他人法律的侵权责任在我国侵权责任法中的定位

（一）我国侵权责任法中的相关规定

我国侵权责任法在第 6 条第 1 款规定了过错责任，而在该条第 2 款中专门规定了“法律规定”的过错推定。由于第 6 条的规定非常抽象，导致在立法层面上无法直接显示出有关行为自由与权益保护之间利益平衡的政策裁量方向，对于如何认定过错没有可资参考的标准。从对第 2 条、第 6 条和第 7 条的体系解释来看，我国侵权责任法在权益保护范围上一方面借鉴了德国民法典第 823 条第 1 款的列举模式（详细列举了 18 种权利），另一方面又保留了保护范围的动态开放性，承认“等人身、财产权益”；但同时在第 6 条又采用了法国民法典第 1382 条的立法模式，导

〔55〕 王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社 2009 年，第 211 页以下。

〔56〕 Ernst Rabel，Recht des Warenkaufs，Band I，1936，S. 496.

〔57〕 Vgl. v. Caemmerer，DAR 1970，288；Lange JZ 1976，200.

〔58〕 前引〔6〕，Spickhoff 书，第 260 页。

〔59〕 参见前引〔39〕，Dobbs 书，第 326 页。

〔60〕 BGH NJW 1954，1119 m. Abl. AnmWasermeyer.

致在归责事由与保护范围之间充满了张力：过错责任与无过错责任的保护范围是否都及于第2条所规定的所有民事权益，不同形态的过错责任的保护范围是否完全一致，都极不清晰。

我国侵权责任法虽然在总则部分并没有任何违反保护他人法律的侵权责任的内容，但在一些具体条款中仍然可以找到违反保护性法律的侵权责任的具体规定。例如，第58条："患者有损害，因下列情形之一的，推定医疗机构有过错：（一）违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定……"；第61条："医疗机构及其医务人员应当按照规定填写并妥善保管住院志、医嘱单、检验报告、手术及麻醉记录、病理资料、护理记录、医疗费用等病历资料"。

值得注意的是，在其他民事法律中，也存在一些"引致"条款，如物权法中有关相邻关系的规定。〔61〕此外，在商法中也存在大量的保护性规定。例如，依据企业破产法第129条，债务人违反该法第31条、第32条、第33条规定，损害债权人利益的，债务人的法定代表人和其他直接责任人员依法承担赔偿责任。此处规定的赔偿责任即违反保护他人法律的侵权责任。

（二）解释论上的定位

关于过错责任的一般条款的立法模式固然具有很强的涵摄能力和宣示功能，但对于法的可操作性和精准性却鲜有裨益。为了更好地协调立法与司法裁判权，需要进一步界定过错。而我国侵权责任法关于违反保护他人法律的侵权责任的规定非常欠缺与分散，缺乏统一的理论支持，有必要就此作出系统的解释论上的分析，以确保侵权法的适用。作者不揣浅陋，提出如下建议：

1. 现代风险管制型社会必然要求侵权法与其他各部门法相互协调，以完成风险防范、责任认定等重要任务，从而使得"侵权法因为其他部门法的内容而极大丰富和完整，而其他部门法也因为侵权法的参引而更富有实效，更有可执行性，更有尊严与活力"。〔62〕由于大量的管制规范与侵权法发生交叉，将违反保护他人法律的侵权责任定性为一种特殊的过错责任，可将其纳入到第6条的调整范围。因此，应扩大对第6条有关过错责任一般条款的解释，将违反保护他人法律的侵权责任解释为一种特殊的过错责任。虽然该条第2款规定了"过错推定"，但由于其严格要求"法律规定"，导致该立法模式过于僵化，所以应当允许法官结合保护性法律的立法目的认定是否存在过错。保护性法律起到了"界定过错的功能"，在保护性法律具体规定了行为标准乃至直接规定了注意义务时，此种具体行为标准即成为具体案件中认定过错的出发点，进而依据该具体行为标准的程度、立法目的与保护对象，妥善采取过错的表面证据、过错推定乃至过失自证。《欧洲侵权法原则》对此提供了良好的范例，其第4：102条规定，在判断过错时，"应考虑到各种要求从事某种行为或者禁止某种行为的规则"。与此同时，依其第7：101条，在"免除或者减轻责任事由"中，可以增加"合法性行为"的抗辩事由，但由于达到保护性法律的行为标准通常并不完全达到侵权法上的注意义务，因此，此种抗辩还需接受侵权法上价值判断的考量。

2. 我国侵权责任法虽然明确区分绝对权和非绝对权的利益，但就利益的保护范围仍然缺乏法律的明确规定。在侵权法之外的各种法律法规中，存在大量保护性法律规范，此种规范的保护目的可能就在于保护绝对权之外的利益，如证券法第69条、第173条对纯粹经济利益的保护。因此，在现有一般过错责任框架下引入违反保护他人法律的侵权责任具有重要意义。而就人格权、知识产权的保护而言，保护性法律就更显其重要意义。我国侵权责任法第2条第2款所列举的权利种类过于细致，尤其是没有考虑到人格权与知识产权正处于不断开放发展的过程中。以保护性法律的方式确认对新型权利的保护，显然是一般条款抽象立法模式不可或缺的补充。

就纯粹经济利益的保护而言，无法简单适用抽象的一般过错责任，否则行为自由将受到极大

〔61〕 第89条："建造建筑物，不得违反国家有关工程建设标准，妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照。"第90条："不动产权利人不得违反国家规定弃置固体废物，排放大气污染物、水污染物、噪声、光、电磁波辐射等有害物质。"

〔62〕 叶名怡：《论违法与过错认定——以德美两国法的比较为基础》，《环球法律评论》2009年第5期。

的不当限制。因此，如何在过错责任的一般条款之下，进一步限缩并细化侵害该种利益的责任构成要件，是理论和实务中都极为突出的问题。否则，侵权责任法第 2 条第 2 款针对权益保护范围所采取的列举式立法模式将前功尽弃，亦可能导致侵权法主要保护绝对权的基本理念完全落空。而特殊的保护性法律针对特定社会关系加以考量，设定特定的保护性义务，大大克服了第 6 条的随意性和模糊性，显然有助于司法裁量的统一。

3. 欲将保护性法律纳入到侵权法的责任认定范畴，必须确定哪些保护性法律可以成为侵权法的关联规则。由于我国侵权责任法中针对保护性法律采取了不同的表述方式，包括“法律”、“行政法规”、“规章”、“规定”、“管理规定”等，如果不加以目的性限缩解释，极有可能过度扩大管制性规定的适用，从而不当限制行为自由，进而打破侵权法所追求的行为自由与权益保护之间的平衡，甚至有可能导致类似“无过失责任”的后果。[63] 因此，需要从形式要素（各种保护性规范的法律渊源位阶）和实质要素（规范的保护目的尤其是人与权益的保护范围）出发，确定是否属于保护性法律以及是否符合违反保护他人法律的侵权责任的前提要件。这也要求立法者在制定保护性法律法规时，尽可能明确其保护目的，尽量回避简单的宣示条款。

4. 我国侵权责任法在诸多条款中简单使用了“损害”的概念，必须结合各个规范的目的对其作出进一步的界定。在违反保护他人法律的侵权责任中，此种规范的目的性解释更为重要。

Abstract: The tortuous liability of breach of statutory duty traces back to Roman private law and developed in different jurisdictions with quite similar functions. Nowadays it is world－widely regarded as a special form of fault liability not only in the legal family of codification but also in common law. The significance of this kind of fault liability lies in that it plays an important role in today's risk society by virtue of making the abstract and vague concept of fault precise, expanding or refining the scope of legally protected civil rights and interests, so that the relatively stiff and vague rules of tort law can adapt themselves to the modern society full of dynamics and risks. Although Chinese Tortuous Liability Law in 2009 adopts a general clause on the fault liability in Art. 6, there still exist strong needs to refine the abstract concept of fault, particularly by means of the conduct standards set up by other protective laws, regulations, etc.

Two standards should be taken into account in order to qualify a law as protective statute, namely the formal and substantial criteria. The former refers to the necessary requirement of legal resource, and the later, in contrast, refers to the intention and remedies of the statute concerned. As to the constitutive requirements of this kind of special fault liability, fault should be presumed basing on that the alleged tortfeasor breaches the statutory duty. Causation should also be presumed in order to protect victims in their favor. The scope of damage depends substantially on the *persona* and *res* requirements prescribed in the statute concerned. All of the above constitutive requirements are rather related with each other in a flexible system than isolated from each other.
Key Words: tort law, tortuous liability, protective law, protective scope of a norm

〔63〕 参见前引〔18〕，陈聪富文。