

# 违背善良风俗故意致人损害 与纯粹经济损失保护

于 飞<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**“背俗故意致损”，是在权利和利益区分的基础上进行侵权法思考必然会遭遇的一个问题。德国民法典立法者设立第 826 条时，并不具有利用该条将法律与道德、习惯等法外规范相连通的直接目的。第 826 条的功能在后世学说的解释中形成了形式功能与实质功能两大功能群。试图为“背俗”设置实质判断标准的实质功能越来越受到学者的批判，并且在学说上出现了将纯粹经济损失保护作为第 826 条核心功能的观点。故意要件的本质是在缺乏社会典型公开性的纯粹经济损失领域维持行为人的预见性。法解释对该要件有所软化，但不宜将故意降低为重大过失。背俗要件的判断标准存在于判例之中。应当借鉴动态系统理论，以本土判例为素材，建构我国的“背俗故意致损”判例类型。纯粹经济损失概念并不表达一个真正的类别，而是包含了千差万别的事物，该领域不存在一般保护规则。“背俗故意致损”只是纯粹经济损失保护中的“最小值”。应当建立特别规范、保护性法律和“背俗故意致损”三层纯粹经济损失的立法保护体系。

**关键词：**背俗 故意 纯粹经济损失

---

## 一、问题的提出

违背善良风俗故意致人损害，是德国侵权法关于过错责任的“三个小概括条款”之一（德国民法典第 826 条）。“三个小概括条款”系在权利与利益区分保护的基础上，将一般侵权行为划分为“过失侵害权利”、“违反保护性法律”和“背俗故意致损”三个基本类型。其中，“过失侵害权利”原则上保护绝对权，“背俗故意致损”虽在形式上可以同时保护权利和利益，但由于“过失侵害权利”在权利保护上的要件要求更低，故“背俗故意致损”实际上仅对利益保护有实践意义。

我国侵权责任法第 6 条第 1 款沿袭了民法通则第 106 条第 2 款，使我国的过错责任一般条款

---

\* 中国政法大学副教授。

本文系教育部人文社会科学青年项目“侵权法上故意违反善良风俗的加害行为研究”（项目号：09YJC820116）、国家社科基金青年项目“公序良俗原则的司法适用研究”（项目号：10CFX036）、教育部“新世纪优秀人才支持计划”（项目号：NCET-11-0743）及中国政法大学民法学青年教师学术创新团队项目的成果形式。

更接近于法国模式,即“一个大概括条款”。在该概括条款中,权利(绝对权)和利益形式上受到平等对待,同受过错责任之保护。因此,我国基本法律层面未出现专门保护利益的“背俗故意致损”的规定。

但是,《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》(2001年)第1条将人格权利与人格利益区分为两款,并为侵害人格利益的精神损害赔偿特设“违反社会公共利益、社会公德”的要件。参与起草该解释的最高人民法院法官称,“《解释》参考有关国家和地区立法将侵权行为类型化的方法,将侵害隐私纳入违反公序良俗致人损害的侵权类型中予以规定,同时涵盖了不能归入第1款‘权利侵害’类型中的侵害其他人格利益的案件类型。……鉴于我国法律没有‘公序良俗’的提法,《解释》根据民法通则第7条的规定,采取‘社会公共利益’或者‘社会公德’的提法,其规范功能与‘公序良俗’原则基本是一致的。”〔1〕依此观点,我国司法解释中已经存在了以违反公序良俗为标准保护权利外利益的规范。

确立“背俗故意致损”侵权类型的出发点是侵权法上权利与利益的区分保护。王利明教授明确表示,“民事权利与民事利益在民法中享有不同的地位,较之于对民事权利的保护,对民事利益的保护应受到严格的限制。”〔2〕2009年民法学年会上,“与会学者一致认为……侵权法中,债权和利益与绝对权相比,在保护的程度和构成的要件都是不同的”。〔3〕侵权法上权利与利益的区分保护已经在民法学界形成了一定共识。权利与利益区分的原因,在于保护程度与保护要件的差异。权利依过错责任全面保护当无疑义。问题在于,如何对利益进行妥当的、有别于权利且弱于权利的保护?此时,“背俗故意致损”这个前人实践已久、具有加强要件的保护方法就会跃入我们的眼帘。若对利益再作进一步深究,又可将其区分为权利之外的人格利益和财产利益。〔4〕人格利益由于其高位阶性,已被普遍认为应当受到类似权利的保护。通过转化为一般人格权(德国)或人格权(我国台湾),〔5〕人格利益已被纳入过错责任的保护范畴。当今真正被留在“背俗故意致损”侵权类型中受保护的,主要是各种非因侵害绝对权而导致的财产利益损失,也即纯粹经济损失。〔6〕于是,“背俗故意致损”对利益加以保护这一问题,就基本转化为“背俗故意致损”对纯粹经济损失加以保护的问题,“背俗故意致损”与纯粹经济损失也就直接勾连了起来。可以说,“背俗故意致损”是在对权利、利益设计不同保护条款以及讨论纯粹经济损失的保护方法时必然会遇到的一个问题。

侵权法上的权利与利益有区分的理由,也有区分的方法。〔7〕然而,若欠缺了对“背俗故意致损”这个问题的透彻说明,权益区分的侵权法保护体系便总是会在“如何保护利益”这个问题上遇阻,过错责任一般条款与纯粹经济损失这两大热点领域,内部始终会存在盲点或灰色区域。

〔1〕陈现杰:《人格权司法保护的重大进步和发展——〈最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释〉的理解与适用》,《人民法院报》2001年3月28日。

〔2〕王利明:《侵权法一般条款的保护范围》,《法学家》2009年第3期。

〔3〕中国法学会民法学研究会秘书处:《关于〈侵权责任法草案·二次审议稿〉的若干建议》,http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=45683,2012年4月26日最后访问。

〔4〕从逻辑上说,利益中除了人格利益和财产利益之外,似乎还应有身份利益。但有学者指出,受法律调整的身份地位应是确定的。除了法定的身份权之外,其他身份利益(如叔侄之间的利益)不受法律保护,也即理论上不应存在除身份权之外的其他身份利益。参见葛云松:《纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为条款》,《中外法学》2009年第5期,注9。笔者基本赞同该观点。

〔5〕我国台湾民法第18条系人格权的一般规定,在功能上与德国的一般人格权具有相当性。参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第99页以下。

〔6〕纯粹经济损失概念在比较法上广为使用,德国学者使用的是“纯粹财产损害”(reiner Vermögensschaden),可以认为两者是同义。本文为行文方便,也会互用之。

〔7〕侵权法上权利与利益的区分标准,详见于飞:《侵权法上权利与利益的区分方法》,《法学研究》2011年第4期。

本文意图追本溯源，以“背俗故意致损”条款的诞生地及发展最成熟的地域——德国的相关法解释为背景，探究该条款的机理和操作方法，尤其试图结合纯粹经济损失保护进行讨论。

## 二、“背俗故意致损”的功能变迁

从字义上看，“善良风俗”似乎具有明显的道德色彩，也多有学说认为“背俗故意致损”的功能是继受道德等法外规范。<sup>〔8〕</sup>若要将“背俗故意致损”的主要功能定位于纯粹经济损失保护，不能不有一个透彻的解说。“对于善良风俗诸概括条款，非历史的意义追寻是不恰当的，这些概括条款作为空白公式，具有纯粹的工具品格，只有在历史背景中才能明确其功能。”<sup>〔9〕</sup>下文将依历史顺序，展现“背俗故意致损”的功能变迁。

### （一）德国民法典立法者的初衷

德国民法典第一草案债法部分起草人库贝尔，于1882年向民法典第一草案委员会提交了一份包括20个简明条文的侵权法草案，并附有近80页说明，被称为“库贝尔草案”。<sup>〔10〕</sup>库贝尔草案第1条第1款规定：“以故意或过失的不法作为或不作为给他人造成损害的人，应向该他人负损害赔偿义务。”以后世眼光来看，这一过错责任的“统一条款”（Einheitsklausel）显然更接近于法国的过错责任一般条款模式。然而，德国民法典的立法者正是在认为这一“统一条款”对受害人保护不够全面的前提下，对该条款进行一系列补充和修正，最终却形成了实质保护范围更狭窄的“三个小概括条款”模式。

为了给受害人提供足够的保护，立法者增设了“背俗致损”条款。其思考的出发点是：原则上应当认为，凡行为未不法造成他人损害的，即属于一般行为自由领域。但立法者在这里又考虑，是否一般行为自由范围内的活动一概不产生责任。出于最大程度地救济受害人的目的，立法者遂认为，该范围内仍存在一个保护例外，此即加害人行为违反善良风俗。<sup>〔11〕</sup>最终立法者在第一草案中增设了“背俗致损”条款，即第705条：“即使是基于一般自由而被允许之行为，若该行为导致他人受损并且违背善良风俗，则一样具有违法性。”

第二草案对“背俗致损”条款又作了两点调整。其一，立法者将基于一般行为自由的行为与行使权利的行为区分开来。对于前者，行为人有可能因违背善良风俗而负赔偿义务，而后者则不会因此产生责任。其二，立法者将过失违背善良风俗的赔偿义务删除，仅保留了故意的情况。<sup>〔12〕</sup>立法者增设“背俗致损”条款，本意是扩大受害人的赔偿请求权，而这两点修改实际上限缩了赔偿的可能性。可能立法者觉得这一步跃得有点过大，因此又往回走了两小步。由此形成了第二草案的“背俗故意致损”条款即第749条：“其行为非为行使其享有的权利，而是以违反善良风俗的方式故意给他人造成损害的人，对该他人由此产生的损害负赔偿义务。”

在帝国议会委员会的讨论中，由于众议员格约伯（Gröber）的反对，一般行为自由与权利行

〔8〕 参见前引〔5〕，王泽鉴书，第270页；黄立：《民法债编总论》，中国政法大学出版社2002年版，第278页。

〔9〕 Gunther Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln — Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main 1971, S. 115. 在该书中，作者所指的“善良风俗诸概括条款”是指德国民法典第138条、第826条以及旧反不正当竞争法第1条。

〔10〕 Vgl. Hans-Peter Benöhr, Die Redaktion der Paragraphen 823 und 826 BGB, in: Zimmermann (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2000, S. 532.

〔11〕 同上文，第516页，第535页；Staudinger/Oechsler, Sellier-de Gruyter, Berlin 2009, § 826, Rn. 4.

〔12〕 参见前引〔10〕，Hans-Peter Benöhr文，第517页；前引〔11〕，Staudinger/Oechsler评注，第826条，边码4，边码8以下。

使这一区分被取消,<sup>[13]</sup>但故意要件被保留了下来。最终形成了德国民法典第826条:“以违背善良风俗的方式故意加损害于他人的,对该他人负损害赔偿义务。”

从以上可以看出,立法者只是在追求法典条文对已然调整领域的周延覆盖。“背俗故意致损”起源于立法者对原“统一条款”可能存在保护不足的担心,因此在一般行为自由范围中又划出一块可导致责任的领域,后又对该领域反复进行调整,最终形成第826条。与道德、社会相连通之类的功能并非立法者的直接目的。

那么立法者有无在“违背善良风俗”的判断上对法官设置实质性标准?德国民法典第一草案《立法理由书》中宣称,“在个案中检验,是确认过失违反善良风俗还是否认之,这正是法官的任务。”<sup>[14]</sup>德国民法典第二草案《议事录》中记载,“该原则射程甚远,其适用要求谨慎小心,然而人们似可相信,法官知道如何完成该原则赋予他们的任务。”<sup>[15]</sup>可见,立法者并未对何为违背善良风俗预设实质性标准,表现出对法官的充分信任。

## (二) 学说对第826条功能之整理

拉伦茨、卡纳里斯认为第826条有补充功能(Ergänzungsfunktion)、合法化功能(Legitimationsfunktion)与限制功能(Begrenzungsfunktion)。补充功能是指,第826条能够在德国民法典第823条无法适用的情况下,仍基于一定前提产生损害赔偿义务。合法化功能是指,第826条使判例能够灵活发展法律体系以适应价值观的变迁,故对法律续造有合法化功能。限制功能是指,第826条的强要件可以防止侵权责任的泛滥。<sup>[16]</sup>

多伊奇、阿伦兹认为第826条有克服功能(überwindungsfunktion)与发展功能(Entwicklungsfunktion)。克服功能是指,一个形式上的法律权限不可以以背俗的方式去滥用,典型如一个以背俗手段取得的判决不可以要求强制执行。依发展功能,背俗性是形成中的违法性,若某种行为尚未被立法者确定为违法,便可利用背俗性加以规制。<sup>[17]</sup>

《埃尔曼民法典评注》认为,第826条具有补充功能、克服功能、发展功能、合法化功能。其中发展功能又引用了托伊布纳(Teubner)的再分类,细分为继受功能(Rezeptionsfunktion)和转化功能(Transformationsfunktion)。<sup>[18]</sup>托伊布纳所著的《概括条款中的标准与指示——私法诸善良风俗条款具体化中经验社会研究的可能性与限度》一书,是研究善良风俗条款功能的重要著作。该书的主要内容即是详细阐述善良风俗条款的三个功能——继受功能、转化功能与授权功能(Delegationsfunktion)。继受功能是善良风俗条款的“最初功能”,系指通过善良风俗概括条款继受既有的、法外的“社会规范”。而若这种现成的社会秩序规则尚不存在,法官须在“集体价值观”中探索并进行规则的“编制”,以形成判决的基础,此即转化功能。从以上两功能中,授权功能也自然凸显出来,善良风俗条款据此将立法者的工作委托给了法官,从而使该条款成了一个纯粹的授权规范。<sup>[19]</sup>

为便于以下的分析,我们可以把前述功能分为两类。一类是形式上、体系上的功能,如对第823条进行补充(补充功能),用严格要件来限制侵权责任(限制功能),排除主体以背俗方式利

[13] 参见前引[11], Staudinger/Oechsler评注,第826条,边码4。

[14] Mot. II 727, 转引自前引[11], Staudinger/Oechsler评注,第826条,边码5。

[15] Prot. I 968, zitiert nach Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse III, Walter de Gruyter, Berlin 1983, S. 875. 德国民法典第二草案委员会的会议记录称“议事录”。

[16] Vgl. Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts Band II: Besonderer Teil, Halbband 2, 13. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 1994, S. 448f.

[17] Vgl. Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln 2009, Rn. 300f.

[18] Vgl. Erman/Schieman, Band II, 13. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2011, § 826, Rn. 1f.

[19] 参见前引[9], Gunther Teubner书,第61页以下。

用一项法律权限（克服功能），授权法官进行实质性立法活动（授权功能）。另一类是实质性功能，即试图建立违背善良风俗的实质性判断标准。实质性功能主要反映在发展功能及其两项子功能——继受功能和转化功能之上。在此，违背善良风俗须依据社会规范、集体价值观这些与习惯、道德密切相联的因素来判断。

必须强调，以上整合德国学者论述的努力，只是为了帮助认识。事实上，德国学者对以上功能群也存在诸多质疑，尤其表现在对实质性功能的批判上。道德与习惯是解释善良风俗的两条基本进路，<sup>[20]</sup>德国学者对这两条进路都进行了不留情面的指摘。

对于道德进路，学者从多元社会中支配性价值确认的困难性上提出质疑。拉伦茨、卡纳里斯称：“何种社会道德是决定性的，并不清楚；直接不批评地继受居优势地位的社会道德，恐怕也与法律秩序的任务及正义观念不符。”<sup>[21]</sup>《埃尔曼民法典评注》对善良风俗的传统解释——“一切公平合理思考者的正当感受”<sup>[22]</sup>及相关转义评论道，此类解释“至少部分地陷入以下错误：在一个多元社会中，常常不可能形成道德标准上的一致意见。此外，也不能把对行为的法律判断建立在法律共同体成员的感受之上。作为法官理性论证的基础，该标准过于不确定”。<sup>[23]</sup>

对于习惯进路，《埃尔曼民法典评注》在否定了经验确认的社会道德的作用之后，同样认为社会一般习惯的确认没有意义，甚至认为“拒绝真正的习惯，并且在有必要时把真正的习惯宣告为第 826 条意义上的背俗，恐怕这样的善良风俗标准在此才真的适宜”。<sup>[24]</sup>

与我们可能较易接受的、将家庭法作为善良风俗主要适用领域之一的观念<sup>[25]</sup>不同，德国学者通常不把家庭法列入第 826 条的判例类型。<sup>[26]</sup>司法实践中，“对于在家庭法领域适用第 826 条，联邦最高普通法院持最大的保留态度”。<sup>[27]</sup>真正适用“背俗故意致损”的主要是经济领域，而经济领域中，决定人们判断的主导因素显然是利益而不是道德。这又构成了对实质性功能进行批评的另一个主要来源。

埃塞尔（Esser）、威尔斯（Weyers）在讨论第 826 条的适用时说，“在抵押品转让与被延长的所有权保留的冲突中何者具有优先地位，同一债务人的某个债权人能在多大程度上损及他人并使自己获得保障，或是反之被他人优先？此处的判断标准并非通过道德解释，毋宁说是通过经济政策判断而确立的。”<sup>[28]</sup>更典型的例子是竞争法。德国旧反不正当竞争法第 1 条以“违背善良风俗”作为损害赔偿请求权的根本标准，正是在此善良风俗遭到了可能是最激烈的批评。施里克（Schricker）在引述鲍姆巴赫（Baumbach）的观点基础上作以下评论，“德国竞争法中的违背善良风俗‘扮演了可怕的、灾难性的角色’。反不正当竞争法第 1 条是一个‘招致不幸的规定’，是‘不确定性的不竭之源’，在此‘道德歇斯底里在放纵狂欢’。……不公正的判决会由此产生，此

[20] 参见前引 [9]，Gunther Teubner 书，第 53 页；前引 [17]，Deutsch/Ahrens 书，边码 302。

[21] 前引 [16]，Larenz/Canaris 书，第 449 页以下。

[22] RGZ, 48, 124.

[23] 前引 [18]，Erman/Schieman 评注，第 826 条，边码 3。

[24] 同上书，第 826 条，边码 6。

[25] 例如，王泽鉴先生将“婚姻及性之关系”作为其列举的善良风俗五种案件类型的第一类。参见前引 [5]，王泽鉴书，第 277 页。

[26] 参见前引 [16]，Larenz/Canaris 书，第 455 页以下；前引 [17]，Deutsch/Ahrens 书，边码 310 以下；[德]梅迪库斯：《德国债法分论》，杜景林、卢湛译，法律出版社 2007 年版，第 685 页以下。大型法典评注中才会提到第 826 条在家庭法中的适用，但亦为其次要部分。参见前引 [11]，Staudinger/Oechsler 评注，第 826 条，边码 440a 以下。

[27] Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 11. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2010, Rn. 263.

[28] Esser/Weyers, Schuldrecht, Band 2, Besonderer Teil, Teilband 2, 8. Aufl., C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2000, S. 203.

种判决将与道德无关的事物强制于美德的普洛克路斯忒斯之床上进行裁剪。”<sup>[29]</sup> 2004年修订的德国新反不正当竞争法已经将包含有“善良风俗”概念的第1条废止。

虽然托伊布纳把实质性功能（继受功能）看作第826条的“最初功能”，但他显然对于形式性功能（授权功能）更重视且评价更高。他从三方面总结了善良风俗的理论发展，“善良风俗诸概括条款在内容上从善良风俗发展到公共秩序，在具体化的方法上从继受技术发展利益衡量，在功能上从引致规范发展到授权规范，以上发展变化可以一言以蔽之：‘善良风俗’的标准变成了‘良好秩序’的指示。”<sup>[30]</sup> 以实现国家所意图的良好秩序为目的，以授权规范为手段，以利益衡量为具体措施，这些形式功能的注入实际上已经排挤了对社会道德规范的引致。但是，托伊布纳并不打算否定实质性功能，而是力图将其与形式性功能统合起来。旧事物受到了新事物的冲击，但至少托伊布纳看来，旧事物还未过时，新旧事物应当妥协共存。然而，托伊布纳的著作出版于1971年，40余年过去了，第826条的功能还在继续变迁并且已臻新境。

### （三）对第826条功能的新定位——纯粹经济损失保护

在2009年出版的《慕尼黑民法典评论》和2010年出版的《侵权法》（与科茨合作）教科书中，瓦格纳阐述了其对第826条功能的认识。

瓦格纳针对法院就善良风俗树立的诸如“一切公平合理思考者的正当感受”等实质性标准，作出如下批评：“事实上，在多元社会及复杂的经济法律关系中，查证‘市民’对正当行为所持的观念，一般是不可能的。甚至就算能够查明，此类观念恐怕也意义不大，因为恰恰无法以相关交往领域的某种特定行为的普遍性来排除背俗性判断，正如对一种‘陈规旧习’的接纳并不能阻碍将其评价为过失一样”。<sup>[31]</sup> 可以理解，以一般社会公众的普遍价值观来解释善良风俗，至少会遇到以下三个难解之处：其一，多元社会中，普遍价值观是否存在？其二，即使存在，是否可以查证？其三，即使可以查证，也不能因为一种观念或行为方式被普遍接受，而认为它一定合乎善良风俗，反之，这种被普遍接受的行为恰恰可能是背俗的。

对于继受功能，瓦格纳认为这种观点会“诱使谨慎的一般主体把道德观运用于纯粹财产利益之侵权保护中的困难领域”。<sup>[32]</sup> 纯粹经济损失保护领域的困难之处在于利益计算，而非道德判断。

于是，瓦格纳认为第826条的唯一功能即纯粹经济损失之保护。“第826条的功能在于，对那些不能受到一般侵权保护的、受歧视的纯粹财产利益，在它们未被承认处于保护性法律范围内的情况下，仍能获得一个可选择的侵权法上的财产保护。”<sup>[33]</sup> 或者换个角度，第826条的功能在于，“把纯粹财产损害选择性地纳入侵权法的保护范围，从而把合法的、不产生侵权责任后果的纯粹财产损害与应当避免的、由加害人承担后果的纯粹财产损害区分开来”。<sup>[34]</sup>

德国侵权法过错责任的“三个小概括条款”中，第823条第1款的过错责任原本只为法益（生命、身体、健康、自由，即我们所说的物质性人格权）和主观绝对权利（所有权与其他权利，后者仅指类似于所有权的财产权）提供保护。非物质性人格利益及纯粹财产利益，在缺乏保护性法律的情况下，就只能从第826条寻求救济。然而，二战后非物质性人格利益形成了“一般人格权”，成为第823条第1款“其他权利”之一种，脱离了第826条。于是，第826条只剩下纯粹

[29] Gerhard Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, C. H. Beck, München 1970, S. 203.

[30] 前引[9], Gunther Teubner书, 第116页。

[31] Münchener Kommentar/Wagner, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2009, § 826, Rn. 9.

[32] 前引[27], Kötz/Wagner书, 边码254。

[33] 前引[31], Münchener Kommentar/Wagner评注, 第826条, 边码4。

[34] 同上书, 第826条, 边码11。

财产利益这一项调整范围。接下来，与企业经营相关的纯粹财产利益又发展成为“营业权”，也成为“其他权利”；竞争领域中的纯粹财产利益则被德国反不正当竞争法独立出来予以特别规制。于是，第 826 条对纯粹财产利益的调整也被分裂。但无疑问的是，营业权要求一个“经营相关性侵害”要件，反不正当竞争法只调整竞争领域中的纯粹经济损失问题，当上述特别条件不能具备时，“第 826 条仍然扮演了一般的侵权法上概括财产保护的基础规范的重要角色”。〔35〕

以不引致任何法外判断标准的纯粹经济损失保护作为唯一功能，堪称第 826 条功能上的一个重大革新，因为在纯粹经济损失之保护上，不涉及道德性判断，只有经济上利害得失的考量。本来第 826 条的绝大部分适用领域就是经济领域，在经济领域中，就应当以经济的方式言说。决定性、主导性的标准就应当是“利”与“不利”，而不是道德上的“善”与“非善”。德国民法典立法者设立第 826 条的目的是为了立法周延，与社会、道德相连通并非其直接追求；纯粹经济损失之保护只是一个体系确定后附带产生的后果。而现在德国学者正是要把这一附带性后果作为目的，意图以此清除在法律解释长河中附着在第 826 条船体上的、不适宜的历史沉积物。

### 三、“背俗故意致损”中的故意要件

正确适用“背俗故意致损”，以求妥当实现其纯粹经济损失保护之功能，要求准确把握其两个核心要件——故意和背俗。这两个要件都充满了困惑和争议。故意要件中的典型问题可以列举如下：立法者为何要设立故意要件？当下第 826 条故意要件的妥当解释论又该如何构成？它是不是严重限制了第 826 条的适用范围及对纯粹经济损失的保护范围？实践中，显然有很多纯粹经济损失判例仅以过失为要件，这些判例又如何与第 826 条中的故意要件相协调？

#### （一）故意要件的发生

前文已述，“背俗致损”最初出现于德国民法典第一草案第 705 条，而该条文中是不包含故意要件的。在“帝国司法部预备委员会”草案第 705 条中，出现了故意要件，理由是“该要件符合‘理论与实践中的通说’”。〔36〕第二草案沿用之。

在第二草案的讨论中，普朗克（Plank）委员提议回到第一草案的方案，即将故意要件删除，使故意与过失的背俗致损都能产生侵权责任，但因未过半数而被否决。理由是过失背俗致损的情况很少发生，且与公共道德并非严重相悖。〔37〕然而，过失违背善良风俗致人损害是否很少发生，德国民法典立法之时的情况可能难以考证，但至少与当下情况明显不符。专业人员的“错误信息”责任常常是依过失发生的，这种情况并不少见，也一样被评价为违反善良风俗。

#### （二）故意要件的必要性

德国民法典第一草案第 705 条未设故意要件，这一史实总不免使后世学者产生“该要件并非必不可少”的遐想，尤其在判例屡屡突破故意要件时更是如此。瓦格纳即对第一草案第 705 条十分肯定：“该草案若能成为法律，德国法就能拥有一个既精确又有灵活性的侵权法了，而这样的侵权法能为一般财产保护和一般人格保护领域中的法律续造留下空间。”〔38〕缺乏故意要件的第 826 条还能否妥善完成对纯粹经济损失的选择性保护？瓦格纳认为：“第二委员会并未充分注意到，第 826 条——确切地说第一草案的第 705 条——中已经有了一个用以排除对纯粹财产的一般过失责任的过滤器，也即背俗要件，因此出于同一个避免责任泛滥的目的，根本不需要再去设置

〔35〕 前引〔31〕，Münchener Kommentar/Wagner 评注，第 826 条，边码 3。

〔36〕 前引〔15〕，Jakobs/Schubert 书，第 893 页。

〔37〕 同上书，第 896 页以下。

〔38〕 前引〔31〕，Münchener Kommentar/Wagner 评注，第 826 条，边码 1。

另一个补充性限制，即故意致损要件了。”〔39〕

本文认为，瓦格纳的观点可容商榷，故意要件对于第 826 条纯粹经济损失保护功能的妥当实现仍有重要意义。容分三点详述之：

#### 1. 对行为人合理预期的维护

纯粹财产利益为何不能如绝对权般受到过错责任的全面保护？重要原因之一在于，权利有社会典型公开性，而纯粹财产利益则无。〔40〕

所谓社会典型公开性，是指某类型侵权法保护对象对社会一般主体而言的可感知性或可识别性。〔41〕行为人在可识别某保护对象的基础上，才有可能预见自己行为的损害后果，也才能够要求其防范。对能防范而未防范者科以责任，才有意义。若令主体就无法预见的损害承担赔偿责任，人们就无法通过加强注意来避免这种损害再度发生，社会损害总量就不会因这种制度设计而减少；主体只能通过减少行为来降低赔偿机率，从而造成对行为自由的过度限制。

纯粹财产利益一般不具有社会典型公开性，故不宜概括地赋予侵权保护。然而，若加害人存在致损故意，则其无论如何都能预见到损害。如债权欠缺社会典型公开性，在侵权法中属于纯粹财产利益。但若加害人在个案中有损害债权的故意，自然仍能预见损害的发生，故不能免于损害赔偿。质言之，“背俗故意致损”中的故意，用意不在于惩罚主观恶性，而在于在缺乏社会典型公开性的纯粹财产利益领域，依靠加强主观要件来维持行为人的预期。

第 826 条若缺少了故意要件，理论上将导致人们在无法预见的情况下，大量承担纯粹财产利益领域中的侵权责任。在这个意义上，拉伦茨、卡纳里斯认为第 826 条有通过强要件来防止侵权责任泛滥的限制功能，诚有道理。

#### 2. 维持“三个小概括条款”的侵权法体系

德国民法典第 823 条第 1 款看似列举了一张权利清单，但却留有一个弹性阀门，即“其他权利”。二战以后，德国侵权法最重要的修正，就体现在一般人格权与营业权这些原本属于第 826 条保护的利益，披上了“权利”的外衣，成为“其他权利”的一员，受到过错责任的保护。

然而，一般人格权与营业权原本是不具有归属效能、排除效能和社会典型公开性这些权利特征的利益，披上权利的外衣并不能改变其内质。它们一方面不具备明确的内容和清晰的边界，另一方面“总是与加害人同位阶的财产利益和自由利益相冲突”，〔42〕如一般人格权总是与他人的言论自由、新闻自由、出版自由、艺术创作自由相冲突，营业权保护总是与自由竞争相冲突等。由于缺乏明确的内容和边界，立法者便无法事先对“何为侵害权利”进行明确规定；由于总是与其他同位阶利益发生千变万化的冲突，结果只能放手让法官在个案中利益衡量，去个别判断行为的违法性。于是，一般人格权与营业权侵害中的违法性，不是被引征的，而是被“积极确定”的；它们属于所谓“框架权”。〔43〕

一旦第 826 条中去除了故意要件，其核心要件就剩下“背俗性”。前文已述，背俗要件现在越来越远离道德等实质标准，呈现出纯粹的工具品格。褪去了实质性标准的背俗要件，与作为自由裁量工具的框架权中的违法性，已经没有实质区别。于是，框架权依“过失+积极确定的违法

〔39〕 前引〔31〕，Münchener Kommentar/Wagner 评注，第 826 条，边码 3。

〔40〕 参见前引〔16〕，Larenz/Canaris 书，第 374 页。拉伦茨、卡纳里斯认为第 823 条第 1 款上的权利具有归属效能、排除效能和社会典型公开性三项特征。

〔41〕 Vgl. Fritz Fabricius, Zur Dogmatik des “sonstigen Rechts” gemäß § 823 Abs. I BGB, ACP 160, S. 290f.

〔42〕 前引〔16〕，Larenz/Canaris 书，第 375 页。

〔43〕 Vgl. Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin 2006, Rn. 1571ff; 于飞：《论德国侵权法中的“框架权”》，《比较法研究》2012 年第 2 期。

性”来保护，纯粹财产利益依“过失+积极确定的背俗性”来保护，结果一切纯粹财产利益都变成了框架权，都在实质上成为“其他权利”，德国式“三个小概括条款”也就坍塌了。这样的第826条就沦为第823条第1款的一部分。

### 3. 法史原因

最后但并非最不重要的是，一些著述认为第826条的渊源是罗马法上的“恶意诉讼”（*actio doli*）。<sup>[44]</sup>而恶意诉讼中，故意显然是不可或缺的要件。除非能够有力地证明这一制度渊源关系不存在，否则否定第826条中的故意要件显然有困难。

#### （三）故意要件的法解释论

首先，间接故意即可满足该要件，在这一点上德国学者没有争议。

其次，故意针对的对象是什么？或者说，第826条要求对什么有故意？这里不要求行为人对背俗有故意，即不要求当事人明确认识到自己的行为违反善良风俗，而只要求对评价为违反善良风俗的事实有所认识。这实际已经突破了民法的故意理论。依通说，民法上的故意不仅包括事实因素，还包括违法性认识。<sup>[45]</sup>第826条的故意实际降低了该要件的严格性。可以想见，由于个人价值观念的差异，要求背俗认识等于许可加害人以个人内心评价为由而免责，并不合理。

第826条的故意针对的是损害的发生，这与第823条第1款有明显区别。在“行为—权利受侵害—损害发生”这一因果链条中，第823条第1款“侵害权利”中的过失只要求对行为侵害权利有所预见，而不要求对因权利侵害而导致的损害有所预见，也即不要求损害后果的可预见性与可避免性。反之，第826条中的故意则直接针对损害的发生，要求损害后果的可预见性。<sup>[46]</sup>第826条的小标题即“背俗故意致损”（*Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*），故意修饰的是“致损”，而非“背俗”，文义上非常明确。<sup>[47]</sup>

再次，“故意涵盖了损害的类型及方向即已为足，反之，对于损害范围、因果关系及受害人的确切认识，则不在要求之列。”<sup>[48]</sup>

以上法解释实质上都是软化故意要件的措施，以适当扩大第826条的适用范围。

#### （四）不宜将故意降低为重大过失

既然故意要件可以软化，那么能否软化为过失或重大过失（如职业行为中的轻率）？

将职业行为中的轻率等同于故意，是第826条适用于“错误信息”类型的一种典型情况。例如下述经典案例：被告医生根据其对原告妻子及亲属的询问，宣告原告是精神病人且须被禁治产。原告要求就该错误鉴定给自己造成的损失进行赔偿。帝国法院认为：“在特定案件中，对交往中必要注意的忽视，也包含着这样一种违反（指对善良风俗的违反——笔者注），而且行为人在此一样能够认识到发生概括财产损害的可能，就像在那些恶意行为案件中一样。因此适用第826条的要件恐怕也就满足了。”<sup>[49]</sup>在该案件中，显然被告医生并非明知该鉴定错误且会给原告

[44] 参见前引〔11〕，Staudinger/Oechsler评注，第826条，边码9；前引〔10〕，Hans-Peter Benöhr文，第515页；[德]冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》上册，张新宝译，法律出版社2001年版，第50页。

[45] Vgl. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, C. H. Beck, München 1987, S. 279f; 前引〔5〕，王泽鉴书，第240页。

[46] 参见前引〔27〕，Kötz/Wagner书，边码269。

[47] 我国台湾民法第184条第1款后段表述为：“故意以背于善良风俗之方法，加损害于他人者亦同。”这种表述可能使人误解故意系针对“背于善良风俗”，而非针对损害。当然，台湾学者在解释上与德国是一致的。参见前引〔5〕，王泽鉴书，第274页。为避免可能的误解，本文不采用“故意违背善良风俗加损害于他人”的表述，而是采用源于德国的“背俗故意致损”这一表述。

[48] 前引〔16〕，Larenz/Canaris书，第454页。

[49] RGZ 72, 176.

带来损害,同时追求或放任这种损害发生。被告只是轻信他人言词,疏于进一步验证而为判断,这是一种疏忽或轻率,对专业人员来说可称得上重大过失,但并非故意。

由以上判例出发,衍生出一种认识,即在专业人员提供错误信息致人纯粹经济损失的类型中,轻率等同于故意。“虽然行为人并未积极认识到是否发生了背俗,但他在明知状态下创造了一个危险来源,背俗有极大可能从中产生,如果他在此种情况下容忍了他人非自愿的概括财产损失发生,他就是故意行为。”<sup>[50]</sup>有学者直言,判例将轻率行为与故意行为“同等对待”的做法,是对间接故意与明知过失之间的灰色地带的一种利用,并进一步总结:“在明知状态下越过许可之风险者,即为故意行为”。<sup>[51]</sup>

但是,按传统故意理论,故意有“知”和“欲”两个层次。明知的内容绝非可以随意指定或变换。梅迪库斯明确指出:“众所周知,故意以法定事实要件中的决定性情事的知和欲为其内容。”<sup>[52]</sup>此处的“事实要件”并非指侵权责任的全部构成要件,而是就“事实要件、违法性、过错”这种侵权行为的三层结构中的“事实要件”而言。<sup>[53]</sup>一般的权利侵害即第823条第1款的情况下,事实要件为行为、侵害权利、责任成立的因果关系。此时损害不在事实要件当中,而是在三层结构之外的一个“附加的请求权构成要件”,<sup>[54]</sup>因此第823条第1款不要求加害人对损害发生有预见。相反,在第826条中,“导致损害在此就是事实要件”,<sup>[55]</sup>于是故意或者说当事人的预见就必须及于损害的发生。

前引所谓“明知状态下创造了一个危险来源”或“明知状态下越过许可之风险”,乍看似乎也具备故意当中“知”的要素,但此处是对“创造危险来源”的明知,是对“越过许可风险”的明知,而不是对损害发生的明知。例如,超速驾驶就是“在明知状态下创造了危险来源”或曰“在明知状态下越过了许可之风险”,那么发生车祸致人死亡是否构成故意杀人呢?显然,形成危险的故意与造成损害的故意完全不同。故意形成危险者(如超速驾驶者)对于损害的发生(致人死亡)仍可能是疏忽而未能预见或虽预见而自信能够避免的,因此行为人仍属过失。称在明知状态下“创造危险来源”或“越过许可风险”就构成故意,实际上无视第826条包含“损害”这一事实要件,违背了故意理论。

从前引帝国法院判决“在特定案件中,对交往中必要注意的忽视,也包含着这样一种违反”,可以看出,帝国法院的意思是过失也可以构成背俗,从而可以视为对立法史中出现过的、过失行为一般不构成违反善良风俗的一个反动,但帝国法院并非认为过失可以构成故意。事实上,那些认为轻率应当视同故意的学者,实有不得已的苦衷。

专家错误信息(如咨询答复、鉴定、证明)责任可以有诸多具体表现。比如鉴定人鉴定称一块土地适于建筑但事实上并非如此,出卖人利用鉴定将土地转让,最终导致买受人受损;评估师错误评估称一幢房子具有交易价值,所有权人因此从第三人处取得信用,最终却因其不能清偿而使第三人在强制程序中受损;税务顾问错误出具某公司具备资信能力的证明,使公司获得银行贷款,但却因其无法清偿使得银行受损;以及前引医生没有充分根据就宣称他人须被禁治产等。虽然可以说这些专业人士是疏忽大意、信口开河、缺乏责任心、对行为后果毫不顾及,但不能说他们明知损害发生。事实上,他们的一般心理是“少费点事也不会出问题”,如果真的预见到了损

[50] 前引 [11], Staudinger/Oechsler 评注,第 826 条,边码 86。

[51] 前引 [27], Kötz/Wagner 书,边码 268。

[52] Dieter Medicus, Schuldrecht I, allgemeiner Teil, 17. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2006, Rn. 306.

[53] 参见前引 [16], Larenz/Canaris 书,第 362 页以下;前引 [5], 王泽鉴书,第 86 页以下。

[54] 前引 [16], Larenz/Canaris 书,第 363 页。

[55] 前引 [17], Deutsch/Ahrens 书,边码 17。

害的发生，他们一般会改变行为。

可是，这些专业人员显然违反了交易中的必要注意义务，而他们的身份又特别容易引起他人信赖，无论从注意义务违反角度还是从信赖保护角度，由该行为造成的损害是应当获得赔偿的。但是，这些纯粹经济损失无法在第 823 条第 1 款中获得赔偿，在无特别法的情况下，只能以第 826 条为请求权基础。而第 826 条中明确的故意要件与此类案件中的过失案情发生了冲突。实践需求必须满足，如果还一定要用侵权法去满足，法学家们就只能去论证为什么这里的过失等同于故意。这样的论证付出了违反体系的代价，但结论仍相当勉强。

拉伦茨、卡纳里斯明确指出：“在这个问题上现行法毫无疑问地包含以下判断，从民法典的术语和体系而言，故意与重大过失根本就是两个不同的概念，因此在这点上，民法典第 826 条并未为合法的法律续造提供哪怕最小的可能。”<sup>〔56〕</sup>对该问题的解决，应当另找方法。

前已述及，第 826 条中的故意是为了在缺乏社会典型公开性的纯粹财产利益领域，维持潜在加害人的预见性要求。然而，连通预见性的道路并非只有故意一条。在一些特殊领域，加害人与受害人虽非直接的合同关系当事人，但也不再是侵权法中典型意义上的不相干的陌生人。他们通过法律行为或其他方式勾连起来，具有了“特殊关系”，处于一种介于紧密和非紧密关系之间的中间状态。在这种关系中，加害人已经不需要依赖于故意，就能对行为导致他人的损害有合理的预见，因此法律可以为这种关系中的纯粹经济损失提供进一步的甚至是类似合同法的保护。例如，前引禁治产案中，被告医生与原告家人之间有合同关系，原告本人并非合同当事人。但是，原告却通过这一合同进入被告合理预期的范围内。被告在过失状态下也能预见到自己缺乏依据的鉴定可能会给原告带来损失。“行为人在此一样能够认识到发生概括财产侵害的可能，就像恶意行为案件中的情形一样。”帝国法院早就道破了个中玄机。

因此，不应将第 826 条看作纯粹经济损失保护的一般规定或“基础规范”。在一些特殊社会关系领域的纯粹经济损失保护中，故意要件并非必须。若将第 826 条作为纯粹经济损失保护的一般规定，则所有这些关系——无论是否具有特殊性——都必须纳入第 826 条，塞入其刚性要件之中，难免出现削足适履的情况。更适宜的观点应当是，将第 826 条视为纯粹经济损失保护的“最小值”，也即一个最小保护范围或最低保护程度。若某类型案件中出现了特殊要件，如错误信息案件中的过失责任，则它们逸出第 826 条之外，在立法或解释上构成单独的一个类型。“最小值说”的优势在于，它不需要包括所有情况，只要保证在其自身范围内不出现保护例外即可。在“最小值说”中，第 826 条与其他纯粹经济损失保护类型不存在隶属关系，抑或可以说是并列的，只是在适用次序上，第 826 条须放在所有特殊类型之后来检验。如此可望真正保持纯粹经济损失保护上的开放性，并避免削足适履的法解释。

事实上，前述正是德国民法当下的发展方向。拉伦茨、卡纳里斯在讨论第 826 条的适用范围时称，“在此通常遇到的典型问题是，相关问题是否仍未能被缔约过失或附保护第三人作用的合同所解决。”<sup>〔57〕</sup>在讨论第 826 条在错误信息类型上的适用时称，“由于满足了基于保护义务违反的信赖责任之要件，导致第 826 条最终常常并未被适用。”<sup>〔58〕</sup>以上附保护第三人作用的合同、缔约过失、信赖责任，正是德国法在介于合同与侵权之间的“第三地带”妥当解决责任问题的手段。前述禁治产案即是一个典型的附保护第三人效力的合同问题，而其他关于鉴定人、评估师、税务顾问的设例，则可通过将缔约过失的责任主体扩及第三人来解决。第三人的缔约过失责任发端于判例中的“代理人责任”、“第三人的独立责任”类型，被整合入信赖责任。2002 年德国债

〔56〕 前引〔16〕，Larenz/Canaris 书，第 455 页。

〔57〕 同上书，第 448 页。

〔58〕 同上书，第 460 页。

法现代化,将判例中发展出来的以上诸制度以制定法形式固定下来。新增的第241条第2款将合同的保护效力明文化,从而为附保护第三人效力的合同建立了制定法上的解释基础。新增第311条第2款明文规定了缔约过失责任;新增第311条第3款统率了包括代理人责任、专家的第三人独立责任在内的信赖责任类型。<sup>[59]</sup>于是,具有特殊关系的当事人间的、贯彻过失责任的错误信息案件,即应归属于上述“第三地带”诸制度来调整,而典型侵权法上陌生人间的纯粹经济损失问题,才是第826条的适用范围。

德国侵权法中出现的一些将第826条的故意要件降为重大过失的判例和观点,应当认为是“第三地带”责任发展的历史过程中,从侵权法角度提出的一种解决尝试。但从当下立法与解释的发展看,这种尝试难称成功。

#### 四、“背俗故意致损”中的背俗要件

背俗要件对于第826条妥当发挥纯粹经济损失保护的功能不可或缺。例如商人为在竞争中取胜而向顾客提供优惠促销,造成其竞争对手的利润减少,这是故意造成的纯粹经济损失,但显然不能成立赔偿责任,因为欠缺可归责的理由。上述损失虽然是个人的损失,但并非社会的损失,反而是社会所期望的;从宏观角度看,此“损失”其实是一次有利于社会的再分配。<sup>[60]</sup>第826条要把社会期望的与社会不期望的纯粹经济损失区分开来,必须要有背俗这个归责性要件。

背俗要件带来的困惑决不比故意要件少,核心问题在于,如何判断违背善良风俗。

##### (一) 背俗的判断标准不在法外,而在法内

前已述及,当下德国学者一般不再强调判断背俗的标准存在于道德、习惯、社会价值观、民众的正当感受等,也即判断的标准并非存在于法律之外。相反,该标准存在于法律之内。

拉伦茨、卡纳里斯在事实与法律的层面上对比和区分了社会道德与善良风俗:“社会道德基本是个可依经验确定的事实,而善良风俗明显不是经验概念,而是个规范概念。”<sup>[61]</sup>埃塞尔、威尔斯称,善良风俗在财产法领域中的应用“在更广意义上是与‘漏洞补充’相联系,而不涉及将法外标准引入法律之内”。<sup>[62]</sup>《施陶丁格民法典评注》的论述堪称总结性质:“善良风俗的标准,既不涉及先于法律的伦理道德观念,也不涉及不成文的社会规范,它只是法律交往中互相行为的法律规则的形成基础;核心标准在于保护交往参加者的合理行为预期。”<sup>[63]</sup>

以上学者反复强调,善良风俗是一个法律概念,它不涉及将法外标准引入法内,这一点十分明确。但学者们为何要做此种强调?观察“善良风俗”一词,“善良”包含有明确的伦理道德色彩,“风俗”则意味着习惯与经验,把“善良风俗”与诸法外标准的关系斩断,不是明显有违“善良风俗”的文义么?

依笔者理解,以上学者如此云云,实质是想要明确善良风俗的判断主体是法官,判断标准是法官自己的独立意志,该意志不受外来标准的影响和支配。可以设想,如果背俗的判断标准是道德,则对判决不满的一方当事人可以宣称,道德不是法官一个人可以决定的,而是社会公众一般的正义观念决定的;我自己作为社会公众的一员,对这种正义观念的感受与法官不同,等等。如

[59] 参见许德风:《对第三人具有保护效力的合同与信赖责任——以咨询责任为中心》,载易继明主编:《私法》第4辑第2卷,北京大学出版社2004年版,第253页以下。

[60] 前引[27], Kötzt/Wagner书,边码258;前引[31], Münchener Kommentar/Wagner评注,第826条,边码13。

[61] 前引[16], Larenz/Canaris书,第450页。

[62] 前引[28], Esser/Weyers书,第203页。

[63] 前引[11], Staudinger/Oechsler评注,第826条,边码1。

果背俗的判断标准是习惯，当事人也可以说，习惯是社会公众公知公认的一种惯行，而法官认定的习惯并未达此标准（比如宣称自己及周围的人就不知晓或不认可）。以社会价值观念或民众共同感受为标准，同样有此类问题。尤其是，当一个案件有了舆论的参与，从而形成了一种“公共意见”的表象时，以公共意见为根基的道德、习惯、社会价值观、民众共同感受等，会对以善良风俗为裁判依据的案件发生怎样的影响？法官若无法举出支持自己内心确信的更强证据，是不是就必须屈从于所谓的公共意见？法官需要每每在与民众或公意的辩论中获胜才能下判决吗？若如此，则裁判权的中立和独立何在？

德国学者之所以反复强调善良风俗是个法律概念，背俗的判断标准不在法外而在法内，就是为了免使法官的独立裁判权受到其他主体的挑战，使法官可以自主地、不受干涉地形成确信，无论其他主体是否打着“社会公众”、“道德伦理”或“公共舆论”的名义。正如多伊奇、阿伦兹所说：“法官不必在想象中设置一个理想的人为标准，他只须扪心自问，他认为什么才是毫无疑问地合法正当。”〔64〕

继续往深处探究，便又涉及一个问题。法官值得如此信任吗？排除一切法外标准，等于排除一切来自外部的监督。对此，笔者的理解是，同一个社会中，在法治不成熟和成熟时期，人们对法官的观感与信任是不一样的，由此也引发了制度上或明或暗的变迁。在法治不成熟时期，人们可能普遍认为法官不值得完全信任，此时便容易产生在不确定概念中融入外来实质性判断的法解释，以求对法官进行一定限制。众所周知，善良风俗曾被德国帝国法院解释为“健康的国民感受”，“健康的国民感受”又被等同于“国家社会主义（纳粹）的世界观”，〔65〕从而使“善良风俗”一词几乎臭名昭著。可以想见，反省此事的人们不会认为法官已经不需要外来监督。二战后的相当一段时期，学说一般仍认为背俗的判断标准存在于法外领域，如道德、以自然法为基础的道德法、实质的价值伦理、一切公平合理思考者的正当感受、社会道德、社会规范等。〔66〕而当法治渐趋成熟时，人们可能普遍认为法官已经值得信任，法官已经能够恰到好处地把握个案中正义的平衡，此时再施加任何一个外力，这种平衡就会被打破，并在实质上侵蚀了司法独立、司法最终裁决这些法治基础。前文已述，上世纪70年代托伊布纳即试图将背俗条款的实质功能与形式功能结合起来。当下德国更早已成为成熟的法治社会，故在学者的讨论中，善良风俗的实质性判断标准进一步消退，其纯粹的工具品格进一步彰显，并出现了如瓦格纳那样摒弃一切实质判断标准的主张。学术观点的变迁并非纯粹理性的产物，而是在因应社会的发展，以上德国有关背俗标准的讨论也说明了这一点。

## （二）背俗的法内判断标准

法内领域依然广大，背俗的判断标准究竟源自法内何处？有观点认为源于宪法。〔67〕这一理论主张的最重要实践依据在于，第826条曾经是第823条第1款上“生命、身体、健康、自由”之外的一般人格利益的主要保护依据，此时善良风俗的具体涵义就是通过宪法基本权利形成的价值秩序来解释的。但时至当下，一般人格权在德国已经建构成型，并成为第823条第1款中“其他权利”的一种，脱离了第826条的范畴。再以宪法来解释善良风俗的涵义，已经丧失了实践和教义学的基础。正如拉伦茨、卡纳里斯所说：“在作为基本权利‘第三人效力’的基础这一问题

〔64〕 前引〔17〕，Deutsch/Ahrens书，边码302。

〔65〕 RGZ, 150, 1, 4. 参见〔德〕梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第513页。

〔66〕 参见前引〔9〕，Gunther Teubner书，第13页以下。

〔67〕 Vgl. Erwin Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München 1996, Rn. 66; 前引〔28〕，Esser/Weyers书，第203页。

上,民法典第826条已几乎没有意义。”〔68〕

也有学者将背俗的判断标准指向“法律价值”,或称之为“实定法外的法律秩序”。〔69〕但若将一种实质性标准稀释到一般法律精神的程度,这种标准已经几近于无。法官的哪种判断不能在抽象而全面的法律精神中找到点依据呢?一般法律精神的标准几乎是无标准。

再进一步,既然一般法律精神的标准实质上等同于无标准,不如痛快地承认善良风俗的纯粹工具品格。在背俗性问题上真正起作用的是法官自己的判断,这些判断凝结在判例之中,能给后人真正的指引。因此,判例才是研究善良风俗条款适用的真正要义所在。

主张“法律价值”、“实定法外法律秩序”标准的拉伦茨、卡纳里斯,在提出这一标准之后,立即指出这种主张的说服力须通过一种个案探讨方式——尤其是典型判例群的处理展现出来,〔70〕一般法律精神标准与判例标准也就相差一线。瓦格纳在批评将宪法及一般法律精神作为标准时称:“以上方法不在社会的、经验中既存的道德观念中寻求背俗具体化的标准,而是在法律体系内部自行测定之,在这个范围内是正确的。但前述观点却又半途而废,因为它们没有在侵权法内部,而是试图在宪法或一般法律原则上去寻求具有决定性的标准。而这两者对真正的任务——确定侵权法对纯粹财产损失的保护范围——意义甚微。”〔71〕就背俗的判断而言,这里“根本不存在一般公式”,〔72〕实质性的、有用的标准存在于判例之中,而这种标准是后发的。

### (三) 依动态系统理论形成判例类型

对于形成“背俗故意致损”的判例类型,广受推崇的是奥地利学者威尔勃格(Wilburg)著名的“动态系统”理论。拉伦茨、卡纳里斯在列举了种种背俗判断中须考量的因素之后称,“这里恐须涉及威尔勃格所称意义上的一个‘动态系统’,与该系统其他的适用情形相比,这里的动态系统可能更为宽松。”〔73〕《埃尔曼民法典评注》在讨论学说如何对背俗判例进行评价时称:“在当下的民法理论之中,把握这一必要的评价过程的最佳途径,是在威尔勃格1951年出版的《民法中动态系统的发展》一书的影响下形成的‘动态因素协同’理论。”〔74〕

动态系统理论的核心要义,在于打破传统大陆法系法律调整中的“要件—效果”这一刚性模式,而代之以由各要素构成的动态系统。在该动态系统中,各要素不再是缺一即不发生法律效果的关系。相反,即使有一个要素欠缺,如果其他要素满足度足够强,法律效果依然发生;也可能一个要素的满足度极高,此时即使其他要素满足度很低甚至有若干要素不满足,也不影响效果发生。换言之,各要素不再是效果的必要条件,人们应当将各要素的满足度提取出来凑整,然后整体地评价法律效果。承认要素间的可交换性或互补性,此即要素的“协同”。要素的组合以及要素满足度的总量不仅可以决定法律效果是否发生,而且可以决定法律效果发生的程度。由于要件、效果都不固定,就有了所谓“动态性”。动态系统理论可以看作是打破了概念法学的僵硬之后,又不甘心将法律适用归于自由法学的法感情的任意决定,从而寻觅的一条中间道路。它一方面正面承认了法解释中存在评价,另一方面又力图避免将这种评价归于法官的恣意,而是尽量在评价中贯彻一种法律方法,以保障这种评价的合理性和一定程度的确定性。〔75〕

〔68〕 前引〔16〕,Larenz/Canaris书,第452页。

〔69〕 同上书,第450页。

〔70〕 同上。

〔71〕 前引〔31〕,Münchener Kommentar/Wagner评注,第826条,边码10。

〔72〕 同上书,第826条,边码18。

〔73〕 前引〔16〕,Larenz/Canaris书,第453页。

〔74〕 前引〔18〕,Erman/Schieman评注,第826条,边码5。

〔75〕 参见〔日〕山本敬三:《民法中的动态系统论——有关法律评价及方法的绪论性考察》,解亘译,载梁慧星主编:《民商法论丛》第23卷,金桥文化出版(香港)有限公司2002年版,第172页以下。

迈尔-马利 (Mayer-Maly) 利用动态系统理论对善良风俗进行了具体化,<sup>[76]</sup> 海尔穆特·库齐奥在动态系统理论的思想影响下, 列举了纯粹经济损失责任的十大“戒律”(要素), 并在这些要素的协同中讨论人身领域与财产领域的纯粹经济损失赔偿。<sup>[77]</sup> 以上研究均值得参考。然而, 我们最需要的, 是在动态系统理论的指导下, 对本土的相关判例进行细致分析, 以及在此基础上进行类型化工作。“背俗故意致损”归根结底是一个弥补众多纯粹经济损失保护制度之间缝隙的制度, 各立法例中保护纯粹经济损失的具体制度不同, 制度之间的缝隙也就不同, 在缝隙中生长和被归纳出来的判例类型自然不同。只有本土判例才是我们的实践需要的最终证明。<sup>[78]</sup>

## 五、“背俗故意致损”与我国纯粹经济损失保护体系的建立

在明确了“背俗故意致损”的功能并把握了其核心要件的妥当解释方法之后, 可以进一步讨论在我国纯粹经济损失保护体系中, “背俗故意致损”能够发挥何种积极意义。

### (一) 纯粹经济损失的非统一性

为了逻辑周延, 人们常常会运用二分法, 根据有无某种性质, 进行“A”与“非 A”的分类。二分法最大的缺点, 在于其中的否定概念(非 A)常常并未揭示出其反映什么对象或属性。<sup>[79]</sup> “A”是一个真正的类别, 它有统一的积极的特征, 而“非 A”只是意味着这个范畴内的事物不具有“A”的特征。一个事物不是“A”无助于说明它是什么。在“非 A”范畴中继续寻找积极特征, 必然开启另一个类型化过程, 并导致“非 A”这个所谓类别的解构。

例如, 无过错责任就是以“没有过错”为标识的一组责任形态。但很明显, 无过错责任内部存在完全不同的类型, 譬如危险责任与替代责任, 它们的起源、机理、规则都完全不同, 根本不是同类事物。正如山本敬三所指出的, 在无过错责任中“探索唯一的、统一的原理的尝试, 都只能归于徒劳。因为无过失责任的各种规定, 仅仅是用过失的不存在这样一个消极的标记归纳在一起的, 不可能从中抽出统一的积极的基础”。<sup>[80]</sup> 再如, 非给付不当得利也是基于“不是由于给付产生”这个消极标识归纳在一起的, 揭开这层薄薄的表皮, 我们看到的是基于人的行为、法律规定、特别事件诸种不同原因引起的利益不当变动的大杂烩; 且这个体系本身还是开放的, 以备将来更多新类型的加入。

事实上, 纯粹经济损失也是这样一个以“无”来标识的范畴。纯粹经济损失是指, 非因绝对权受侵害而发生的财产上的损害。<sup>[81]</sup> 这里“侵害绝对权”就是逻辑上的“A”, 它有自己的特征和机理(如过错责任为基础、统一的构成要件等), 其保护规定在德国民法典上为第 823 条第 1 款。而“非侵害绝对权”就是逻辑上的“非 A”, 它除了不是侵害绝对权之外, 没有其他统一、积极的质的规定性。这就是纯粹经济损失, 其保护制度在德国法中表现为第 823 条第 2 款、

[76] Vgl. Theo Mayer-Maly, *Bewegliches System und Konkretisierung der guten Sitten*, in: Franz Bydlinski u. a. (Hrsg.), *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Springer-Verlag, Wien · New York 1986, S. 117ff.

[77] 参见 [奥] 海尔穆特·库齐奥:《欧盟纯粹经济损失赔偿研究》, 朱岩、张玉东译, 载《北大法律评论》(2009) 第 10 卷·第 1 辑, 第 241 页以下。

[78] 由于本文目的在于构筑“背俗故意致损”的理论与制度基础, 故判例类型化工作不拟在此进行讨论。

[79] 参见韦克难、邓光汉主编:《法律逻辑学》, 四川人民出版社 2002 年版, 第 54 页; 黄伟力:《法律逻辑学新论》, 上海交通大学出版社 2000 年版, 第 49 页。

[80] 前引 [75], 山本敬三文, 第 182 页。

[81] 参见前引 [4], 葛云松文。当然, 不同学者对纯粹经济损失的定义有差异。冯·巴尔认为基本定义方式有“非基于侵害物或身体”与“非基于侵害权利或受保护利益”两大流派。参见 [德] 冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》下册, 焦美华译, 法律出版社 2001 年版, 第 33 页。但即使采取其他的纯粹经济损失定义方法, 对本文的分析也没有实质影响。

第826条、缔约过失、附保护第三人作用的契约、信赖责任、营业权及众多特别法尤其是反不正当竞争法上的规定。

基于以上分析，可以归纳两点：第一，纯粹经济损失没有统一的规则，也不可能，因为这个概念并不表达一个真正的类别，它所包含的是千差万别的事物。第二，纯粹经济损失的保护只能类型化地讨论。只有在各种具备积极特征的类型中，才有望为其分别设立妥当的调整规则。

“背俗故意致损”在纯粹经济损失保护体系中扮演什么角色？它是调整纯粹经济损失全领域的一般规定吗？不可能，这样的规则不存在。该领域中凡号称是一般规则的，要么抽象得没有意义，要么实际是某个具体类型中的具体规则。“背俗故意致损”就属于后者，但其有特殊之处。“背俗故意致损”其实是依靠其强要件，在纯粹经济损失领域确保了一个最小保护范围或最低保护程度。“背俗故意致损”是用故意来维系可预见性，用背俗来保障可归责性，使公平归责、行为自由、行为人对损害的防免可能、侵权法的预防功能等能够在一个规范中达到相对平衡，从而在典型的侵权法假想的陌生人领域实现纯粹经济损失的适当保护，同时避免责任泛滥。但对该领域之外的纯粹经济损失（如“第三地带”），“背俗故意致损”不宜兼顾。因此，本文将“背俗故意致损”定位于纯粹经济损失保护中的“最小值”。

## （二）我国纯粹经济损失保护立法上的三层保护体系

葛云松教授在萨科教授论述的基础上，提出纯粹经济损失保护上的“加法模式”和“减法模式”，并认为应当采取“加法模式”。〔82〕本文基本赞同“加法模式”，认为原则上应当不承认纯粹经济损失的可赔偿性，然后对于例外，则依特别规定一一加入可赔偿的行列。主要理由在于：其一，绝大部分纯粹经济损失不能获得赔偿，故“减法模式”即“原则上承认纯粹经济损失可赔偿”不符合盖然性，“然后把不能赔偿的例外一一排除”在立法上不可能。其二，我国在尚未有明确的纯粹经济损失的问题意识之前，就已经把加法模式下将可赔偿类型一一加入的手段及配套学了十足。如违约与侵权的竞合、缔约过失、合同附随义务、后合同义务，以及众多涉及赔偿纯粹经济损失的特别法规定。故加法模式与现行法制更契合。

如何建构这一加法模式？笔者认为，首先，在过错责任一般条款中，应当确立“过错不法侵害绝对权”和“过错违反保护他人的法律”两个条款。前者是纯粹经济损失成为问题的前提，后者则可以在“无意间”解决许多纯粹经济损失的保护问题，减轻纯粹经济损失保护上的立法负担。结合前文对“背俗故意致损”的理解，本文提出对纯粹经济损失立法上的三层保护体系。

1. 保护纯粹经济损失的特别规范。此类规范需要针对某种纯粹经济损失，明确民法上的赔偿后果。从与“背俗故意致损”的关系角度观察，此特别规范又有两种情况。

### （1）逸出“背俗故意致损”机理之外的特别规范

如侵权致人死亡、受伤、残废时，对丧葬费、护理人员的费用、受害人扶养的人的生活费等赔偿。在我国法上至少包括：民法通则第119条及其解释第145、147条、产品质量法第44条、消费者权益保护法第42条、人身损害赔偿司法解释第17、21、22、23、27、28条。这里不存在无尽的原告，没有开启“水闸”之忧，因此赔偿根本不依赖于加害人对损害发生的故意，完全属于“背俗故意致损”之外的情况。

再如错误信息类型。在我国法上至少包括：公司法第208条第3款、注册会计师法第42条、产品质量法第57条第2款前段及第3款前段、第58条、农产品质量安全法第44条第2款前段、公证法第43条第1款前段等。以上错误信息致人损害的责任均可在过失情况下构成，已经逸出“背俗故意致损”的机理。

〔82〕 参见前引〔4〕，葛云松文。

(2) 属于“背俗故意致损”机理之内的特别规范

典型如竞争领域中的纯粹经济损失。我国法上主要表现为：反不正当竞争法第20条第1款、反垄断法第50条。以上条款规制的大多为故意行为。再如证券法上内幕交易行为（证券法第76条第3款）及操纵市场行为（证券法第77条第2款）。另外，有的错误信息责任也得以故意构成，如证券法第171条投资咨询机构及其从业人员提供、传播虚假或者误导投资者的信息的信息的责任，种子法第68条种子质量检验机构出具虚假检验证明的责任等。属于“背俗故意致损”机理之内的特别立法可以大大减少法官在不法性判断上的自由裁量权，增强了法律适用的确定性。

2. 保护他人的法律、法规。

此类规范不须自带赔偿的法律效果，多为公法性质的规范。

3. “背俗故意致损”，此为纯粹经济损失保护的“最小值”。

“背俗故意致损”不针对任何具体侵害行为类型，这是它与其他具体类型的显著区别。具体侵害行为在有必要与可能时，尽可脱离这一领域予以特别法化，追求更大的确定性。

发生纯粹经济损失后，应当首先检验第一层保护，即各种特别规范。这里包含了立法者直接和明确的纯粹经济损失保护目的，应当最优先实现。若不能通过，则检验第二层保护，即各种保护他人的法律。此类规范中依然可以解释出立法者对他人纯粹经济利益的保护目的，并通过“转介条款”实现之。再不能通过，则检验第三层保护，即“背俗故意致损”，这是纯粹经济损失的最低保护程度。仍不能通过，则宣布对该纯粹经济损失不予救济。

以上三层保护体系是立法上的保护体系，当然不排除解释上的类型体系。我们在解释上仍然可以参考诱使违约、妨害债权、错误信息、滥用诉权等类型进行分析。须注意的是，解释上同一类型中的各个具体侵害行为可能会分别处于以上立法的三层保护之中，这并不矛盾。如错误信息类型中，就有可能出现特别法规定了赔偿责任的情况（如我国公司法第208条第3款规定的验资机构出具不实验资证明给公司债权人造成损失的赔偿责任），也有可能出现强制性规范上的单纯禁止，当然也肯定会有法律未规定的留在“背俗故意致损”范围内的情况。比如有观众在“鉴宝”类电视节目上看到某文物专家称某“文物”为真品，于是联系所有人高价买入，事后证明为赝品。此时应当认为该专家仅在明知“文物”为赝品、放任损害发生时（间接故意）方对买受人承担责任，否则言论者风险过高。此即属于“背俗故意致损”的检验。

(三) 新型过失纯粹经济损失类型的请求权基础

如果社会中出现了一种新型的、应受保护的、由过失导致的纯粹经济损失，它在特别法上无依据，又不能满足故意要件，此时法官就会面临虽需要判决赔偿但缺乏请求权基础的难题。

对此问题，有学者寄希望于立法尤其是最高人民法院快速及时的司法解释，<sup>[83]</sup>有学者认为除法律明确规定的纯粹经济损失赔偿类型之外，还应当“赋予学说和判例进一步建构其他类型的空间”。<sup>[84]</sup>以上观点均有合理性。立法解决是一种最终解决。不过再及时的立法也有延迟，而且这种及时也未必总可期待。对于判例与学说确认新类型的权限，若不能加以妥当控制，等于回到保护纯粹经济损失的减法模式，而且这种判例所承认的类型依然缺乏制定法上的请求权基础。

对此，笔者结合前文所述，再作两点说明。

1. 纯粹经济损失领域中应赔偿的情形远少于不应赔偿的情形。因此，当较典型、较成熟的情形已被第一、二层次尽量特别法化后，实践中再出现新型由过失所致的纯粹经济损失的情形恐已非高概率事件（若仍是高概率事件就应考虑建立赔偿过失所致纯粹经济损失的一般条款）。因

[83] 参见前引[4]，葛云松文。

[84] 参见布吕格迈耶尔、朱岩：《中国侵权责任法学者建议稿及其立法理由》，北京大学出版社2009年版，第62页。

此,理论上这种新型情况固然一定会出现,但实践中带来的麻烦未必值得深忧。

2. 低频出现的事物也是客观存在,若真出现也须应对。但这种实践中出现制定法规定之外的情况,本就是法律适用中的常见情形,并未超出通常所谓法律续造的范畴,民法对此有足够的经验。本文的具体建议是,须保护的纯粹经济损失中当事人之间关系必定是一种较近距离的特殊关系,非此没有适用过失责任的合理性基础。由于特殊关系情况下的纯粹经济损失保护已被大量立法化,对这种新情况可以在严格把握相似性的基础上寻找最相类似的规范,进行类推适用。<sup>[85]</sup>此时,该类似规范就是新型案件的请求权基础,同时期待立法者及时的立法解决。

---

---

**Abstract:** “Intentional damage contrary to public policy” is an issue unavoidable when one investigates tort law on the base of the distinction between protection of rights and protection of interests. At the time it was established, Article 826 of the German Civil Code was not meant to connect law with extra-legal norms such as morals and customs. Later doctrinal interpretations attributed two categories of functions to Article 826, that is, the essential and the formal functions. Legal scholars became increasingly critical of the essential functions with “contrary to public policy” as the criteria for judgment, and the viewpoint that the protection of pure economic loss as the core function of Article 826 emerged in the scholarship.

The essence of the intention requirement is to maintain the foreseeability for the actor in the field of pure economic loss, which lacks of typical social obviousness. The intention requirement was diluted to some extent in legal interpretation, but it should not be reduced to gross negligence. The determination of whether action is “contrary to public policy” is not beyond the law, but also not within the constitution or the general legal spirit, but within case decisions. With reference to dynamic system theory, domestic cases should be used to build our case-types of what is “intentional damage contrary to public policy”. The concept of pure economic loss does not clearly delineate a category, but refers to a multitude of things, and for this there exists no general protective rule. “Intentional damage contrary to public policy” is just a minimum rule of the protection of pure economic loss. A protective system of three layers should be built up, comprising special statutes, protective statutes and “intentional damage contrary to public policy”.

**Key Words:** contrary to public policy, intention, pure economic loss

---

---

[85] 关于类推适用,参见[德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,258页以下;黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第393页以下。