

侵权法的希尔伯特问题

程 啸*

摘 要 侵权法的根本任务在于协调权益保护与行为自由之间的关系,由此产生了一些重大疑难问题。对这些问题的研究有助于正确地阐释与适用《民法典》侵权法律规范,构建中国侵权法的理论体系与话语体系。这些侵权法中的“希尔伯特问题”包括:民事权益的区分保护应当通过何种路径加以实现?是否有必要区分两个层次因果关系及各自的判断标准是什么?侵权法应当如何保护纯粹经济损失?违法性要件是否具有独立存在的必要?如何确定违反保护性规范产生的侵权责任?安全保障义务的适用范围能否扩张至网络空间?共同加害行为的主观要件如何及其与多数人侵权责任体系构建的关系为何?

关键词 民法典 侵权法 民事权益 因果关系 违法性

引 言

侵权法以贯彻自己责任,实现矫正正义的价值理念为鹄的。侵权法的全部规则都是建立在“双边性”之上的,是以“加害人与受害人”这样的一对一的模式为基础来组织个体之间的关系。故此,侵权法必然是“通过使特定作为(或不作为)方案的成本比其他方案更高的显著方式”,^[1]来限制加害人的自由,保护受害人的权益。申言之,在损害发生后,如果侵权责任成立,那么侵权法就责令加害人向受害人负担赔偿义务,从而实现损害从受害人处往加害人处的转移。如此一来,就增加了加害人的行为成本,使加害人及他人今后要避免从事该特定的行为。实现安全,保护权益当然是非常重要的价值追求。然而,行为自由对于人格的发展、自由竞争以及经济繁荣同样重要。侵权法绝不能因为保护受害人的权益而使人们战战兢兢、如履

* 清华大学法学院教授。本文系国家社科基金重点项目“网络环境下民事权利的侵权法保护研究”(项目编号:18AFX016)、清华大学自主科研计划项目“个人信息权益研究”(项目编号:2021THZWYY02)的成果。

[1] (澳)彼得·凯恩:《侵权法解剖》,汪志刚译,北京大学出版社2010年版,第16页。

薄冰,甚至出现“保持安静是公民的首要义务”的局面。^{〔2〕}这对个人与社会都是不利的。因此,侵权法要同时关注加害人与受害人的利益,致力于协调“法益保护”(Gueterschutz)与“行为自由”(Handlungsfreiheit)的关系。^{〔3〕}

改革开放至今已逾四十年,我国侵权立法、司法及理论研究中的疑难争议问题无不与权益保护和行为自由关系之协调相关。《民法典》的颁布虽使立法论层面的争议暂告终结,但仍有不少重大的理论问题需要继续深入研究。解决这些问题,不仅有助于正确地阐释适用我国侵权法律规范,对于构建我国侵权法的理论体系与话语体系也至关重要。笔者认为,以下七大问题是我国侵权法学界应持续关注并深入研究的重大理论问题,可谓之侵权法的“希尔伯特问题”。

一、权益区分保护的实现路径

随着科学技术与经济社会的不断发展,民事主体要求侵权法保护的民事权益范围也在不断扩大。从最初的姓名权等寥寥无几的具体人格权到包括物质性、精神性人格权以及一般人格权在内的丰富的人格权益体系的形成;从物权、债权等财产权到著作权、专利权、商业秘密等知识产权,再到虚拟财产与数据权利等新型权利的出现,这都表明了侵权法保护的民事权益范围的扩张。既然侵权法要协调权益保护与自由维护的关系,就绝不能简单地认为受到保护的民事权益越多越好,保护的力度越大越好。为了防止对于行为自由的不合理限制,侵权法必须决定哪些利益受到保护以及应当如何保护。这就产生了权益区分保护的思想。

(一)权益区分保护的正当性

人类的知识是有限的,我们并不了解所有的事情,也无法用可以获得的物质资源来满足人类的每一种需求。^{〔4〕}在资源稀缺的背景下,人们从事的活动都可能以各种方式影响到其他人的利益。在围绕经济利益开展的竞争中,人们总是以截断或破坏营利渠道的方式不断地相互加以“损害”。然而,仅仅是“损害”并不一定产生侵权赔偿责任。因为人们在社会生活中并不相互负有此种一般性义务,即“应当如此作出行为,以使他人之财产状况保持不变或得到最佳之发展”。^{〔5〕}这是任何建立在行为自由和竞争基础上的经济制度的基本设想。倘若任何一个对他人的行为或使人厌烦的举动,都会产生侵权责任,那么整个社会就没有自由可言,个人的自由生活将彻底终结,社会发展和进步的动力也荡然无存。对于围绕着社会资源展开的正当竞争,法律不仅不应限制或禁止,更要加以鼓励。惟其如此,才能激发人们的创造力,实现资源的最优配置。正当竞争中的失败者要么自认倒霉,甘于失败,要么锲而不舍,重头再来。

如此一来,确认重要性不同的权益而给予相应程度的保护,就非常必要。这就是民事权益

〔2〕 Max Rüemlin, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadensersatzpflicht, Freiburg und Leipzig, 1896, S. 14.

〔3〕 Vgl. Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd II, Teil 2, 13. Aufl., Beck, 1994, S. 350.

〔4〕 参见(澳)柯武刚、(德)史漫飞、(美)贝彼得:《制度经济学:财产、竞争、政策》(第二版)(修订版),柏克、韩朝华译,商务印书馆2018年版,第56页。

〔5〕 Dieter Schwab, Einführung in das Zivilrecht, 16. Aufl., Mueller, 2005, Rn. 255.

区分保护的思想。之所以民事权益的区分保护有利于协调权益保护与行为自由的关系,原因在于:首先,符合平等原则。民事主体的法律地位是平等的。民法的目的在于确保所有的人都能享有按照其个人自由意志进行活动的同等机会,而不会受到不必要的限制。民事权益的区分保护并不是考虑民事主体的差异,而只是从民事权益的重要程度出发,给予不同的保护。民事主体在社会生活中的角色具有互换性,今天的加害人可能就是明天的受害者,故此,加害人的行为自由与受害人的权益保护同等重要。其次,是法律多元价值冲突与排序的必然结果。重要的东西会获得人们的关注,人们关注的东西也会获得重要性。侵权法对于各类民事权益的保护必然会有基于价值共识而排列的顺序以及在发生冲突时的取舍,不可能完全一视同仁。比如,自然人的生命、身体、健康很重要,所以立法者更关注,给予更强的保护,与之相对应的就是对行为人的自由进行了更多的限制。再次,符合社会成员的认同与感知。随着社会的发展,侵权法的保护范围不断扩大,新型的人格权益、财产权益等不断出现,相对于已经存在的并且受到保护的权益,法律对新出现的权益总是会更加谨慎。因为那些已经被法律在很长时间内予以保护的民事权益,早已得到全体社会成员的普遍认同与深刻感知,具有典型的社会公开性。反之,新出现的民事权益则并不为人们所普遍感知与认同,缺乏典型的公开性。显然,对其保护强度必然要弱于既有的民事权益,否则就会对他人的行为自由构成不合理妨害。

(二) 实现权益区分保护的不同模式

从比较法上来看,权益区分保护的思想为各国侵权法所普遍接受。然而,由于历史传统等的差异,各国实现区分保护的方式有所不同。在普通法系,人们并不专门讨论侵权法保护的权益范围究竟是什么的问题。^{〔6〕} 因为,普通法上的每一种侵权行为最初都是由一种单独的令状加以确认,如殴打(battery)、恐吓(assault)、侮辱(libel)等。因此,每种侵权行为所保护的权益各不相同,而普通法对于受保护的利益加以限定的主要方式是注意义务(duty of care),只有被告对之负有注意义务的原告的权益才是需要法律保护的权益。^{〔7〕} 在大陆法系国家,权益区分保护的实现模式分为法国与德国两种模式。《法国民法典》第1382、1383条^{〔8〕}确立了一个适用范围非常广泛的过错责任的一般原则,属于所谓“大一般条款”模式。^{〔9〕} 虽然法国民法没有在法律条文中区分不同的权益而规定不同的保护方式,但是,司法实践和学说上通过对过错、损害以及因果关系等侵权责任的基本范畴的解释,以及在个案中依据不同的事实以及政策需要进行价值取舍,实际上也进行了权益的区分保护。^{〔10〕} 《德国民法典》第823条第1款、第2款与第826条则确立了三个“小一般条款”模式,更精准地实现了权益的区分保

〔6〕 See Cees Van Dam, *European Tort Law*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 167.

〔7〕 参见(德)马蒂亚斯·赖曼、(德)莱茵哈德·齐默尔曼编:《牛津比较法手册》,高鸿钧等译,北京大学出版社2020年版,第1002页。

〔8〕 《法国民法典》历经多次修改后,这两个条文序号变为现在的《法国民法典》第1240、1241条,但是内容没有发生变化。

〔9〕 参见(德)克里斯蒂安·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。

〔10〕 See Dam, *supra* note 6, p. 169; 陈忠五:《契约责任与侵权责任的保护对象》,北京大学出版社2013年版,第81页。

护。^[11]《德国民法典》第823条第1款保护的範圍最小,仅限于“生命、身体、健康和自由”及所有权(和其他绝对权),但其保护的力度最大,任何人只要因过错而不法地侵害这些权益造成损害的,就要承担赔偿责任。第823条第2款与第826条的保护范围就比较广泛,包括了权利和利益,但保护的力度较小。依据第823条第2款,只有当受害人属于保护性规范所保护的人的范围且事故及由此所生之损害处于保护性规范的保护范围时,被侵害的权益才能依据该款得到保护。^[12]依据第826条,只有当行为人是故意且以违背善良风俗之方式造成损害时,才需要承担赔偿责任。

我国法上最早规定过错责任的是《民法通则》,该法第106条第2款既没有列举侵权法保护的权的具体类型,也没有使用“权利”或“利益”的概念,而只是采取了“人身”与“财产”的表述。故此,通说认为,《民法通则》采取了大一般条款模式。^[13]起草《侵权责任法》时,一些学者主张引入德国的三个“小一般条款”模式,^[14]但该意见被立法机关以权利和利益难以区分且权利和利益本身也可相互转换等为由加以拒绝。^[15]《侵权责任法》第6条第1款总体上仍然延续了《民法通则》第106条第2款。编纂民法典时,虽仍有人主张借鉴德国民法的模式,但并未产生影响。基于路径依赖,我国《民法典》对过错责任的规定仍然采取了大一般条款模式,其第1165条第1款规定:“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的,应当承担侵权责任。”然而,这并不意味着我国就不承认民事权益区分保护的思想。一方面,学界通说都赞同应当区分不同类型、不同性质的民事权益,给予不同的保护。^[16]另一方面,司法实践也在审判中贯彻了民事权益区分保护的思想。例如,就第三人侵害债权的侵权责任,法院就明确认为,债权不应与绝对权受同等程度之法律保护。只有在行为人明知他人存在或有可能存在的债权而恶意加以侵害时,才产生第三人侵害债权的侵权责任。^[17]

(三) 民法典时代权益区分保护的实现路径

《民法典》颁行后,继续从立法论的角度主张我国应改采德国模式来实现权益的区分保护,显然不具有可行性。现在需要研究的是,在《民法典》继续采取大一般条款模式时,应当通过何种方法实现民事权益的区分保护?对此,有的学者认为,《民法典》已经明确区分了民事权利和民事利益(第126条),并且在一些规定中也体现了民事权利和民事利益的区分保护的思想,如《民法典》第998条、第1183条第2款等。故此,应当区分绝对权、相对权与其他民事权益给予

[11] 参见赖曼等,见前注[7],第58—70页。

[12] Vgl. Maximilian Fuchs/Werner Pauker/Alex Baumgärtner, Delikts- und Schadensersatzrecht, 9. Aufl., Springer, 2017, S. 157 ff.; Hein Kötz/Gerhard Wagner, Deliktsrecht, 13. Aufl., Vahlen, 2016, Rn. 231 ff.

[13] 参见张新宝:“侵权行为法的一般条款”,《法学研究》2001年第4期,第48—49页;王利明:“我国侵权责任的体系构建”,《中国法学》2008年第4期,第6页。

[14] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《侵权责任法立法背景与观点全集》,法律出版社2010年版,第112页。

[15] 参见王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法解读》,中国法制出版社2010年版,第10页。

[16] 参见王利明:“论民事权益位阶:以《民法典》为中心”,《中国法学》2022年第1期,第51—52页;程啸:《侵权责任法》(第三版),法律出版社2021年版,第140—145页;朱虎:“侵权法中的法益区分保护:思想与技术”,《比较法研究》2015年第5期,第47—50页。

[17] 参见“普鑫公司诉中银国际财产损害赔偿纠纷案”,《最高人民法院公报》2014年第10期。

不同程度的保护。对于绝对权的保护程度当然要高于相对权和其他民事权益。^{〔18〕}有的学者认为,应当通过文义解释以及目的限缩解释等法解释的方法,将《民法典》第 1165 条第 1 款改造为德国法的三个小一般条款,进而确立权利侵害型、背俗加害型及违反保护法律型三类侵权行为。^{〔19〕}还有学者认为,应当运用动态系统论的方法对不同法益的价值、社会典型公开性加以比较,对于价值高和社会典型公开性强的法益进行更强的侵权法保护,反之,则进行较弱的侵权法保护。^{〔20〕}具体而言,《民法典》分则围绕着总则编第五章“民事权利”已经构建了一个完整的且确定了民事权益高低位阶的体系,它们依次为:物质性人格权、精神性人格权、身份权、人格利益、财产权利、财产利益。^{〔21〕}

笔者认为,通过文义解释和目的限制解释将《民法典》第 1165 条第 1 款改造为德国法的小一般条款模式的观点,即使从客观解释的角度,也难以令人赞同。因为,无论是起草《侵权责任法》还是编纂《民法典》时,立法机关都明确地拒绝采纳小一般条款的模式。这种做法实际上就是彻底否认《民法典》的规定。^{〔22〕}况且,从我国《民法典》中能否解释出承认了过错与违法性的区分以及违背公序良俗致害侵权责任以故意为要件的结论,也是需要讨论的问题。^{〔23〕}至于通过动态系统论以及依据《民法典》的民事权益位阶体系来实现权益区分保护的观念,有一定的合理性。首先,《民法典》总则编第五章确实对于民事权益按照一定顺序进行列举,而且权利优先于利益,人格权益优先于财产权益,这一点还是体现较明显的。其次,《民法典》第 998 条也承认了动态系统论。然而,该观点未能解决的问题在于:《民法典》所列举民事权益的先后顺序就一定等于民事权益位阶的高低顺序吗?是否应当有一个比单纯的列举顺序价值更高、公开性更强的更实质性的标准来认定民事权益保护的强弱?如何确定《民法典》和其他法律中规定的民事权利属于绝对权?仅仅以有无“权”字作为标准是否合理?更重要的是,对于那些价值低以及公开性弱的权益给予何种较低程度的保护,究竟是从主观要件、侵害的行为类型抑或后果的严重程度加以限制?如果要进行此种选择,法律依据究竟是什么?尤其要看到的是,随着网络信息科技的发展,一些新型民事权益如虚拟财产、数据权益、个人信息权益等的保护问题已经越来越受到关注,怎样在《民法典》第 1165 条第 1 款的模式下实现对这些民事权益的妥当保护,愈发增加了民事权益区分保护实现路径研究的复杂性,^{〔24〕}有待理论界更深入的分析研究。

〔18〕 参见程啸,见前注〔16〕,第 143—146 页。

〔19〕 这是部分学者一直以来的观点。参见葛云松:“《侵权责任法》保护的民事权益”,《中国法学》2010 年第 3 期,第 44 页;于飞:《侵权与利益区分保护的侵权法体系之研究》,法律出版社 2012 年版,第 242—244 页;方新军:《侵权责任利益保护的解释论》,法律出版社 2021 年版,第 137—154 页。

〔20〕 参见朱虎,见前注〔16〕,第 57 页;叶金强:“《民法典》第 1165 条第 1 款的展开路径”,《法学》2020 年第 6 期,第 34—36 页。

〔21〕 参见王利明,见前注〔16〕,第 49—52 页。

〔22〕 日本的一些民法学者也曾以这样的方式来解释《日本民法典》第 709 条,最终归于失败。参见(日)吉村良一:《日本侵权行为法》,张挺译,中国人民大学出版社 2013 年版,第 22—25 页。

〔23〕 参见方新军,见前注〔19〕,第 154 页。

〔24〕 参见程啸:“论大数据时代的个人数据权利”,《中国社会科学》2018 年第 3 期,第 121 页;胡凌:“数字经济中的两种财产权”,《中外法学》2021 年第 6 期,第 1581—1598 页;常鹏翱:“物权法的‘希尔伯特问题’”,《中外法学》2022 年第 2 期,第 306 页。

二、两层次的因果关系及判断标准

因果关系是任何法律责任最基本的构成要件。无论适用过错责任、无过错责任抑或公平责任,缺少因果关系而让人承担侵权责任,都是不可想象的。侵权法的因果关系理论是一种责任理论,解决的是可归因的损害赔偿问题。因为,一个人对某一损害的责任只能建立在这个人与该损害之间存在联系的基础上。^[25] 基于自己责任原则产生的“肇因原则”(Verursachungsprinzip)要求,受害人的侵权赔偿请求权只能针对那些给其造成了损害的人提出。故此,受害人应证明究竟何人的行为给其造成了损害。总的来说,侵权法中的因果关系具有两大功能:一是,过滤无关原因,令行为人为且仅为自己的行为负责,从而贯彻自己责任原则;二是,合理截取因果关系链条,控制责任范围,维护行为自由。^[26] 要实现这两大功能,就需要将因果关系区分为两个层次加以考察。第一层次考察加害行为与损害后果是否存在事实上的联系。得出肯定结论后,才继续考察第二个层次的因果关系即确定行为人就其行为造成的哪些损害承担赔偿责任。

(一)比较法上两个层次因果关系的区分

各国侵权法理论界都区分了两个层次的因果关系。^[27] 在普通法系,当原告要求被告承担侵权赔偿责任时必须证明两点:首先,被告的行为事实上造成了原告的损害,该阶段建立的是被告行为与原告损害间的事实联系即“事实因果关系”(factual causation);其次,原告的损害在法律上不是被告行为对原告所造成的过于遥远的结果,以致于被告无须为此负责。^[28] 该阶段要判定损害是否过于遥远(remoteness),^[29] 即“法律因果关系”(legal causation)。判断事实因果关系的标准是“but for”规则即条件说,^[30] 判断法律因果关系的理论主要是合理预见说(reasonable foreseeability)。^[31] 德国法上的因果关系被分为责任成立的因果关系(haftungsbegründende Kausalität)与责任范围的因果关系(haftungsausfüllende Kausalität)。责任成立的因果关系是第一次层次的因果关系,是指加害行为与权益受侵害(Rechtsgutsverletzung)之间的关联,^[32] 它属于事实构成要件,解决的是侵权责任成立与否的问题。判断该层次因果关系的标准为条件说。责任范围的因果关系是权益受侵害与损害之间的因果关联,

[25] 参见(荷)J. 施皮尔主编:《侵权法的统一:因果关系》,易继明等译,法律出版社2009年版,第13页。

[26] 参见程啸,见前注[16],第234—235页。

[27] 对于欧洲主要国家以及美国侵权法上因果关系的比较法介绍,可参见施皮尔,见前注[25]。

[28] See W. V. H. Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 13th ed., London: Sweet & Maxwell, 1989, p. 131; Basil Markesinis and Simon Deakin (eds.), *Tort Law*, 4th ed., Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 174; Margaret R. Brazier (ed.), *Clerk & Lindsell on Torts*, 17th ed., London: Sweet & Maxwell, 1995, p. 39.

[29] See Brazier (ed.), *supra* note 28, p. 40.

[30] See Simon Deakin, August Johnston and Basil Markesinis, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 7th ed., Oxford: Clarendon Press, 2013, p. 241.

[31] See William L. Prosser, *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed., St. Paul: West Publishing Co., 1971, p. 252.

[32] Vgl. Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, 31. Aufl. 2006, § 30 Rn. 5.

属于第二层次因果关系,旨在确定损害赔偿的范围。故此,责任范围的因果关系未被纳入侵权行为构成要件的结构当中(即事实构成、违法性与过错这三个阶层的要件)。判断该层次因果关系的学说是相当性理论与法规目的说。

(二)《民法典》中两个层次因果关系的区分

在我国,由于法律和司法解释对一些侵权赔偿责任的范围和计算标准作出了具体规定,故此,两个层次因果关系的区分并不明显。《侵权责任法》第6条第1款只规定了作为侵权责任成立要件的因果关系,即行为人“因过错侵害他人民事权益”,要求加害行为与民事权益被侵害之间存在因果关系。至于侵权赔偿责任的范围的确定,则由《侵权责任法》第16—20条、第22条以及《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》等司法解释予以具体规定。

正是由于立法和司法解释对于一些侵权损害赔偿范围和计算方法的规定解决了实践中的一些争议,故此,我国理论界与实务界并未充分重视两个层次的因果关系的区分及由此产生的判断标准的问题。然而,法律和司法解释不可能对于所有的侵权行为的赔偿范围都逐一作出规定。况且,即便规定也只是一些抽象的规定,不可能作很细致的规定。因此,理论上仍要区分不同层次的因果关系并明确相应的判断标准。惟其如此,才能真正地实现前述因果关系的两大功能。在我国《民法典》颁行后,这一点则尤为重要。因为,《民法典》第1165条第1款的“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的”表述已经明确地区分了两个层次因果关系。^[33] 申言之,行为人侵害他人的民事权益这一层次的因果关系是侵权责任成立的因果关系,如果不具备的,则不可能产生侵权责任。由于我国法上的侵权责任的承担方式既包括了停止侵害、排除妨碍和消除危险等绝对权请求权,也包括赔偿损失、恢复原状等损害赔偿请求权,而侵害民事权益是所有的侵权责任的构成要件,即没有侵害他人民事权益的行为,就不会产生侵权责任,故此,侵害行为与民事权益被侵害这一层次的因果关系就属于所有的侵权责任的成立要件。此外,由于《民法典》第1165条第1款采取的是大一般条款模式,故此,该款中的“侵害他人的民事权益”是所有侵权责任的成立要件。同时,所谓“他人的民事权益”也绝不仅限于绝对权,而包括所有受到侵权法保护的人身权益与财产权益。^[34] 但是,侵害他人的民事权益,可能造成损害,也可能没有造成损害;可能造成大的损害,也可能造成小的损害。如何确定侵权赔偿责任的范围,除了法律和司法解释的规定,还需要借助于侵权责任范围的因果关系。

(三)因果关系的判断标准问题

在区分两个层次的因果关系的前提下,未来我国究竟应当采取何种因果关系的判断理论,非常值得研究。首先,在认定侵权责任成立要件的因果关系时,是否只需要运用条件说即可,而无需通过相当性理论加以限制? 德国民法学界就“相当性”(Adäquanztheorie)究竟只是责任范围因果关系的判断标准,抑或也可适用于责任成立因果关系,存在争论。有些学者认为,

[33] 值得研究的是,虽然《民法典》第1165条第1款中区分了“侵害”和“损害”,但在不少条文里仍使用的是“造成他人损害”的表述,如第1170—1175条。

[34] 德国法上的两个层次因果关系是以《德国民法典》第823条第1款的权利侵害型侵权行为作为模型建立的,故此,责任成立与责任范围因果关系的区分不适用于《德国民法典》第826条规定的侵权行为。Vgl. Dirk Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 31. Aufl., 2006, Rn. 893.

责任成立的因果关系也不是一个简单的事实判断,而是一种通过评价性观察来确定损失归责的标准,因此,不仅仅要适用条件说(Äquivalenztheorie),也要适用相当性、法规目的范围等客观归责理论,以排除那些与法益损害只是具有非常间接的关系的行为,从而将责任法意义上的致害原因合理地限制在重大原因上。^[35]另一些学者认为,责任成立的因果关系属于事实构成要件,并且其在规范性层面还要受到违法性和过错的限制,责任范围的因果关系与违法性和过错无关。故此,对于责任成立的因果关系,只需要依据自然科学规则建立的一般性原因关联加以判断即可,对于责任范围的因果关系才需要适用相关性理论,将相当性理论用于责任成立的因果关系既无必要,也不恰当。^[36]笔者认为,我国法上认定加害人的行为与民事权益被侵害的因果关系时,不是单纯的自然科学事实的判断,而是在借助自然科学知识基础上进行的规范性判断,不能仅仅适用条件说,必须同时适用相当性理论予以限制。

其次,在区分侵权责任成立要件的因果关系与侵权赔偿范围的因果关系之后,如何协调过错与这两个层次的因果关系之间的关系,尤其是作为侵权责任成立要件的因果关系与作为归责事由的过错,它们在损害的归责功能上究竟是什么关系?值得思考。同时,就侵权赔偿范围的因果关系的判断标准而言,除了相当因果关系说之外,还需要进一步考虑是否有必要引入法规目的说。

再次,特别需要分析的是包括第三人行为对于因果关系的影响。《民法典》第1175条规定:“损害是因第三人造成的,第三人应当承担侵权责任。”从表述来看,由于使用的“损害”一词,故此,可以认为该条规定的是第三人行为对侵权赔偿范围的因果关系的影响。但是,该条只是规定第三人应当承担侵权责任,却没有明确行为人的赔偿责任是否可以相应的减轻或者免除。^[37]另外,就第三人行为之外的其他因素,如市场风险、外部经营环境等对赔偿范围的因果关系的影响,理论上还缺乏深入的研究。

三、纯粹经济损失的赔偿

在侵权法中,纯粹经济损失能否得到赔偿以及如何赔偿是一直以来存在争论的复杂问题。^[38]纯粹经济损失(pure economic loss)是指那些不依赖于物的损坏或者身体及健康受损而发生的损失或损害。^[39]简言之,纯粹经济损失是因为纯粹的经济利益的丧失而产生损害。以我国《民法典》为例,其第1165条第1款规定“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的”,如果把侵害他人民事权益本身看作所谓的“初始侵害”(Erstverletzung),那么,因为民事权益

[35] Vgl. Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Besonderes Schuldrecht, 44. Aufl., Beck, 2020, S. 613 ff.; Fuchs (Fn. 12), S. 84.

[36] Vgl. Looschelders (Fn. 34), Rn. 900; (德)埃尔夫文·多伊奇、(德)汉斯-于尔根·阿伦斯:《德国侵权法——侵权行为、损害赔偿及痛苦抚慰金》(第5版),叶名怡、温大军译,中国人民大学出版社2016年版,第25页。

[37] 参见程啸:“论侵权法上的第三人行为”,《法学评论》2015年第3期,第48—60页。

[38] 参见(意)毛罗·布萨尼、(意)弗农·瓦伦丁·帕尔默主编:《欧洲法中的纯粹经济损失》,张小义、钟洪明译,法律出版社2005年版,第89—117页。

[39] 参见(德)克里斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下册),张新宝译,法律出版社2004年版,第32页。

被侵害进而继续造成的财产损害就属于“后续侵害”(Folgeverletzung),也称“附带的财产损失”(Vermögensfolgeschaden)。〔40〕例如,A把B的汽车砸烂,B的汽车所有权被A侵害,这是第一次的现实损害即初始侵害,但是,B因为汽车被砸支出的修车费以及无法使用该车的损失等就属于后续侵害,是附带的财产损害。对此,客观上无法观察到。然而,纯粹经济损失既不是因为侵害生命权、健康权、名誉权等人身权而附带产生的财产损失,也不是因为侵害物权、知识产权等财产权产生的财产损失,它是独立存在的。例如,A单位挖断B公司的电缆导致停电,从而使得C医院因停电而无法正常工作而遭受财产损失。〔41〕显然,C医院停电的损失并非是因为C医院的所有权或者其他财产权利被侵害而产生的,实际上是由于B公司的电缆所有权被侵害而由于因果关系的延伸所产生的。再如,被告律师事务所在为原告的父亲立遗嘱时存在过失,导致该遗嘱无效,原告因无法按照遗嘱继承而遭受了财产损失。显然,原告无法继承的那一部分财产损失不是因为原告的某种财产权利被侵害而直接或附带产生的。〔42〕

(一)侵权法对纯粹经济损失赔偿的限制

我国侵权法的保护范围非常广泛,既包括人身权益,也包括财产权益。纯粹经济损失属于财产利益,可以纳入侵权法的保护范围。现行法也明确规定了一些纯粹经济损失的赔偿责任。例如,《证券法》第85条对证券市场虚假陈述赔偿责任的规定,《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》第25条还明确了赔偿的范围,即“信息披露义务人在证券交易市场承担民事赔偿责任的范围,以原告因虚假陈述而实际发生的损失为限。原告实际损失包括投资差额损失、投资差额损失部分的佣金和印花税”。再如,就注册会计师、律师、公证员等专家因过错而给他人造成的纯粹经济损失的赔偿问题,〔43〕《注册会计师法》第42条、《律师法》第54条、《公证法》第43条第1款、《证券法》第163条等也有相应的规定。

随着科技的高速发展和人们社会生活联系的日益加深,社会中造成纯粹经济损失的情形越来越常见,尤其是网络平台的不正当竞争行为、垄断行为造成的纯粹经济损失应当如何赔偿更是新兴问题。总的来说,较之于侵权法,合同法为合同关系中遭受纯粹经济损失的当事人提供了全面的救济。因为:首先,合同是特定当事人间的法律关系,非违约方因违约方的违约行为而遭受损失时,受害人就是特定的合同当事人。所以,在合同责任中赔偿纯粹经济损失时不用担心赔偿范围难以限定的问题。〔44〕其次,合同当事人对于彼此的经济利益有清晰的认识且关系紧密,他们相互影响对方权益的可能性很大,故此,合同当事人对于彼此的民事权益负有更高层次的注意义务。〔45〕再次,当事人订立合同的目的往往就是追求经济利益,为纯粹经

〔40〕 Vgl. Larenz/Canaris (Fn. 3), S. 353.

〔41〕 黔江区民族医院与黔江区永安建筑有限责任公司等财产损害赔偿纠纷案,重庆市第四中级人民法院(2006)渝四中法民一终字第9号民事判决书。

〔42〕 “王保富诉三信律师事务所财产损害赔偿纠纷案”,《最高人民法院公报》2005年第10期。

〔43〕 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,第703—704页。

〔44〕 Ultramares Corp. v. Touche, Niven & Co., 255 N.Y. 170, 174 N.E. 441, 1931 N.Y. LEXIS 660, 74 A.L.R. 1139 (N.Y. 1931).

〔45〕 参见(奥地利)海尔姆特·库奇奥:《侵权责任法的基本问题》(第一卷),朱岩译,北京大学出版社2017年版,第95页。

济损失提供全面的保护乃是合同法的首要目标。

然而,就纯粹经济损失的保护,各国的侵权法都持非常谨慎的态度,这是因为:首先,纯粹经济损失的发生完全是由于因果关系的无限延伸所致。社会生活中人与人在经济利益上的联系是如此的紧密,相互交织在一起,以至于其中任何一个链条的断裂都可能产生深远的影响结果。纯粹经济损失的连锁反应可以在没有其他力量介入的情况下从一个人流向另一个人。因此,遭受纯粹经济损失的受害人的人数往往是众多的、不确定的,加害人对这样的损害的范围也往往是难以预见的。^[46] 为了避免责任的无限扩张和诉讼爆炸,法律上对于纯粹经济损失的赔偿必须加以限制。^[47] 其次,纯粹经济损失多是由于市场经济的竞争活动中发生的,而对一方纯粹经济损失的保护就是对另一方行为自由的限制。加之,纯粹经济损失不具有典型的社会公开性,为避免妨碍人们的行为自由并鼓励正当的竞争,法律对纯粹经济损失的保护当然要谨慎。再次,从价值位阶上来看,纯粹经济损失只是单纯的金钱上的损失,它既不是因为侵害生命权、健康权等人身权而产生的,也不是因为侵害物权等有形或无形的财产权而产生的。因此,在利益衡量上,纯粹经济损失不能与人身权、财产权被侵害而附带产生的损害等量齐观。

(二)侵权法中用于限制纯粹经济损失赔偿的方法

问题在于,我国侵权法究竟应当如何限制纯粹经济损失的赔偿呢?对此,有的学者认为,应当借鉴《德国民法典》第826条关于背俗加害型侵权行为的规定,明确只有在行为人故意以违背善良风俗的方式造成他人纯粹经济损失的,才需要承担赔偿责任。^[48] 有的学者认为,应当由法律特别加以规定只有故意导致的纯粹经济损失或者损失范围和受害主体都比较确定的纯粹经济损失才可以赔偿。^[49] 例如,就不正当竞争行为造成纯粹经济损失的纠纷中,法院已经引入了“商业道德”作为适用《反不正当竞争法》第2条这一认定不正当竞争行为的一般条款的重要标准,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》第3条对此作出了具体的规定。这就是说,即便经营者的行为没有被《反不正当竞争法》以及其他法律明定为不正当竞争行为,但只要行为人以违背商业道德的方式损害其他经营者或消费者合法权益造成损害的,也是不正当竞争行为,要承担赔偿责任。

笔者认为,上述观点均值得商榷。诚实信用与公序良俗当然是我国民法的基本原则,适用于所有的民事活动。然而,《民法典》并没有明确以这两项原则来限制纯粹经济损失的侵权赔偿责任。故此,直接以故意违背善良风俗作为纯粹经济损失侵权赔偿责任的一般性要件,似缺乏现行法依据。但是,要求法律或司法解释对所有的纯粹经济损失的赔偿问题都作出规定,显然也是不可能的。所以,笔者认为,在认定纯粹经济损失的侵权赔偿责任时,比较稳妥的方法

[46] See Basil Markesinis and Hannes Unberath, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise*, 4th ed., Oxford: Hart Publishing, 2002, p. 43.

[47] See Robertson, "An American Perspective on Negligence," in Basil Markesinis and Simon Deakin (eds.), *Tort Law*, 4th ed., Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 211.

[48] 参见朱广新:“论纯经济上损失的规范模式——我国侵权行为法对纯经济上损失的规范样式”,《当代法学》2006年第5期,第117页;于飞:“违背善良风俗故意致人损害与纯粹经济损失保护”,《法学研究》2012年第4期,第59—60页。

[49] 参见张新宝、张小义:“论纯粹经济损失的几个基本问题”,《法学杂志》2007年第4期,第19页;张新宝、李倩:“纯粹经济损失赔偿规则:理论、实践及立法选择”,《法学论坛》2009年第1期,第7页。

是根据案件的具体事实,运用动态系统论,综合考虑,结合各种因素逐一予以认定。^[50] 首先,要区分侵权人的主观是故意还是过失。行为人故意实施的侵权行为造成他人纯粹经济损失的,原则上应当比行为人过失侵权造成他人纯粹经济损失时,更加容易成立侵权责任,从而使被侵权人获得相应的赔偿。其次,考虑侵权人与被侵权人之间的关系紧密程度,尤其是在过失侵权的场合,更应当考虑原告和被告之间关系的紧密程度来限制纯粹经济损失的赔偿。只有当原告能够在自己 and 被告之间建立“特殊关系”时,纯粹经济损失才能得到赔偿。这种特殊关系不仅存在于被告已经作出陈述或提供了原告所依赖的建议的情况下,还存在于他承诺提供各种形式的专业服务的情况当中。^[51] 再次,考虑纯粹经济损失与人身伤害有无关联,如果纯粹经济损失与人身伤害具有一定联系的话,为了更好的维护人格尊严,应当认可此种纯粹经济损失的赔偿,因为它们对于受害人而言更为重要。最后,我国法承认侵权责任与违约责任的竞合,并采取了请求权竞合说,而鉴于合同法可以更好地保护纯粹经济损失,故此,在出现侵权责任与违约责任竞合的情形下,可以考虑将要求赔偿纯粹经济损失的请求权限定于违约赔偿请求权。类似的问题还出现在缔约过失责任与侵权赔偿责任的竞合。因为缔约过失中一方假借订立合同,恶意进行磋商,或者故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况等给对方造成的损失,主要就是为签订合同而合理支出的交通费、鉴定费、咨询费、利息等纯粹经济损失。^[52] 故此,缔约过失责任与侵权责任竞合时,应当将要求赔偿纯粹经济损失的请求权限定于缔约过失赔偿请求权。

四、违法性要件的意义

违法性的概念始于古罗马的《阿奎利亚法》,经由法学家耶林(Rudolph von Jhering)的创造性发展,最终为《德国民法典》采纳,^[53]成为德国法上一般侵权损害赔偿请求权的构成要件,违法性(Rechtswidrigkeit)属于客观要件,过错(Verschulden)是主观要件。申言之,违法性系违反客观性行为义务,是对加害人的行为进行评价,解决的是受害人为何以及在何种前提下受法律的保护;过错即有责性,属于主观性注意义务,包括故意和过失,是对作出侵害行为的加害人(的心理状态)进行评价,解决的是加害人为何以及在何种前提下负担损害赔偿赔偿责任。^[54] 依据《德国民法典》第 823 条与第 826 条,被评价为具有违法性的行为,既包括侵害所有权等绝对权的行为,也包括实施了法律禁止实施的行为,还可能包括故意实施了违背善良风俗而为法秩序所禁止的行为。^[55]

[50] 奥地利法学家库奇奥依据动态系统论,总结了认定纯粹经济损失的十条基本规则。参见库奇奥,见前注[45],第 199—201 页。

[51] See John Murphy and Christian Witting, *Street on Torts*, 13th ed., Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 93.

[52] 参见韩世远:《合同法总论》(第四版),法律出版社 2018 年版,第 185 页。

[53] 参见程啸:“侵权行为法中的过错与违法性问题之梳理”,《中外法学》2004 年第 2 期,第 197—224 页。

[54] Vgl. Larenz/Canaris (Fn. 3), S. 352; 王千维:“民事损害赔偿法上‘违法性’问题初探(上)”,《政大法学评论》2001 年第 66 期,第 3—7 页。

[55] 参见多伊奇,见前注[36],第 39—40 页。

(一)我国法对违法性要件的态度与学界争论

在比较法上,以德国、奥地利、瑞士等为代表的国家明确区分违法性和过错,并将违法性作为过错责任甚至整个侵权责任的构成要件,但是,法国、英国等国家并不区分过错与违法性。英国学者甚至认为,侵权法本身就是关于民事违法行为的法律,提出违法性这样的概念没有意义。^[56]我国《民法典》第1165条第1款中并未出现“违法”“不法”或“非法”的表述。不过,司法实践中有的法院却将违法性作为一般侵权的构成要件,甚至一些司法解释中还有明确的规定。例如,《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》第7条第1款规定:“是否构成侵害名誉权的责任,应当根据受害人确有名誉被损害的事实、行为人行为违法、违法行为与损害后果之间有因果关系、行为人主观上有过错来认定。”^[57]再如,《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》第2条规定:“非法使被监护人脱离监护,导致亲子关系或者近亲属间的亲属关系遭受严重损害,监护人向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理。”^[58]

我国民法学界对于是否有必要区分过错与违法性,并将违法性作为一项独立的侵权责任构成要件的问题,一直存在争议。肯定说认为,违法性作为侵权责任的独立构成要件具有重要的意义。首先,违法性是客观因素,解决了侵权法保护的权益范围问题,使行为人有明确的行为预期。^[59]违法性涉及的是客观层面上是否有法律所保护的利益受到侵害的问题,^[60]它具有“对法律的评价功能”,是合法行为造成损失与不法行为造成损失应当承担损害赔偿责任的区分工具。^[61]其次,违法性要件意味着,在认定民事权益是否被侵害时,需要考察被侵害的民事权益的种类和侵害行为的形态,从而协调自由与安全这两项价值,不能仅仅从行为人的主观是故意还是过失出发,就直接认定侵害了民事权益。^[62]这样做会不当限制人们的合理行为自由。再次,正当防卫等正当化理由(即违法阻却事由)的理论依据只能是违法性要件,只有将违法性明确为独立要件,何以正当化理由能够排除责任的成立才可以获得理论上的说明。^[63]最后,违法性要件不仅适用于过错责任,也适用危险责任。在危险责任中,由于不以过错作为侵权责任的构成要件,更需要将违法性作为独立的要件。^[64]

[56] 比较法上的详细介绍,参见(奥地利)考茨欧主编:《侵权法的统一:违法性》,张家勇译,法律出版社2009年版。

[57] 该司法解释已于2020年12月29日被废止。

[58] 2020年修订该解释时,其他条文中的“非法”一词被删除,但该条仍然原文保留。

[59] 参见张金海:“论违法性要件的独立”,《清华法学》2007年第6期,第84页。

[60] 参见叶金强:“侵权构成中违法性要件的定位”,《法律科学》2007年第1期,第99页。

[61] 参见(瑞)海因茨·雷伊:《瑞士侵权责任法》(第四版),贺栩栩译,中国政法大学出版社2015年版,第185页。

[62] 参见方新军,见前注[19],第97—105页。

[63] 参见廖焕国:“论我国侵权责任构成中违法性要件之取舍”,《求索》2006年第5期,第109页;李承亮:“侵权责任的违法性要件及其类型化”,《清华法学》2010年第5期,第90页。

[64] 德国法上的违法性仅适用过错责任,而瑞士法上的违法性适用于所有侵权责任。参见考茨欧,见前注[56],第170页。

否定说认为,在现代侵权法中违法性已经为过错的概念所吸收,毫无必要将违法性作为一项独立的要件。首先,权利义务是确定行为标准的依据,真正确定人们行为标准的应当是法定权利而非作为侵害法定权利后果的行为的违法性。其次,违法性与过失在内容上、功能上存在相互交错的现象,违法性应当被已经客观化的过失取而代之。尤其是就判断违法性的行为不法理论而言,违法性意义的注意义务与过失意义上的注意义务的内容是完全一致的,^[65]故此,完全可以将违法性与过错在同一阶层加以考虑,进行判断。^[66]再次,以违法性为要件,人为地使侵权责任构成要件复杂化,而将违法性融入过错当中可以做到简化责任构成要件的作用。^[67]最后,至于正当防卫、紧急避险等违法阻却事由完全可以作为免责事由看待,因为该等事由实际上也排除了过错。

(二) 民法典颁行后对违法性要件的再认识

由于我国《民法典》第 1165 条第 1 款没有出现“非法”或“违法”一词,因此,再争论形式意义上的违法性要件有无,确实意义不大。在笔者看来,重要的是考察违法性要件所具有的避免对于行为自由的不合理限制的功能,能否为其他侵权责任构成要件所取代。如果可以取代,使用违法性这个概念的意义就不大。显然,《民法典》第 1165 条第 1 款中的“侵害他人民事权益”这一客观要件可以起到取代违法性要件,实现民事权益区分保护和评价的功能。如前所述,侵权法的全部规则都是建立“行为人—受害人”双边性的基础之上的,对于违法性要件的认识也应当在该基础上进行,即行为人所实施的行为是否违反了受害人基于所享有的民事权益而施加给行为人的义务。从这个角度来说,违法性的认定具有两个模式:一是赋权规范模式,即法律赋予民事主体某项权利并且该权利是具有典型公开性的,权利人之外的任何人都知道应当履行的义务是什么,即主要是不得侵害的义务,例如法律对所有权、他物权的规定。二是行为规范模式,即并不规定民事主体享有哪些权利,但是明确规定行为人不得做什么的义务以及应当做什么的义务。例如《反不正当竞争法》第二章对于不正当竞争行为的规定。我国《民法典》中既有大量的赋权规范,也有大量的行为规范。前者如物权编对于所有权、用益物权、担保物权的规定,后者如人格权编中对行为人禁止实施的侵害生命权、身体权、健康权、隐私权、名誉权等人格权的行为的规定。故此,侵害他人民事权益这一要件就意味着,无论是受害人享有的民事权益是以赋权规范模式取得的,还是行为规范模式而产生的,行为人都负有相应的不作为义务(或少数情况下的作为义务)。任何民事权益被侵害都是与行为人的义务违反相联系,行为人违反义务其实就是行为具有了违法性,因此,民事权益被侵害与否当然包含了违法性的判断。也就是说,当我们认定行为人的行为侵害了民事权益的时候,本质上就是在发挥违法性要件的功能,而这正是侵权法的双边性的应有之义。在这种情形下,再专门将违法性要件独立出来,可能就没有太实质的意义了。

[65] 参见王千维:“民事损害赔偿法上‘违法性’问题初探(下)”,《政法法学评论》2001年第67期,第186页。

[66] 参见李昊:“德国侵权行为违法性理论的变迁——兼论我国侵权行为构成的应然结构”,田士永等主编:《中德私法研究》2007年第3卷,第29—30页。

[67] 参见王利明:“我国《侵权责任法》采纳了违法性要件吗?”,《中外法学》2012年第1期,第15页;王利明:《侵权行为法归责原则研究》,中国政法大学出版社1992年版,第400页以下。

五、保护性规范与侵权赔偿责任

现代社会生活极为复杂,除了尊重意思自治,听任民事主体按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系外,还有大量的强行性法律规范要求民事主体应当做什么或不得做什么。行为人违反这些规范将遭受相应的行政处罚甚至被追究刑事责任,此类规范就是所谓的规制性规范(也称管理性规范)。^[68] 规制性规范广泛地存在于调整社会生活各个领域的法律当中,如《道路交通安全法》设定的道路通行规则,《医师法》规定的诊疗规范,《证券法》规定的信息披露规则,《个人信息保护法》规定的个人信息处理规则等。在社会生活中,如果行为人任何违反规制性规范的行为都会产生侵权责任,那么侵权责任将漫无边际,对于人们的行为自由将构成严重的妨害。各国侵权法都认为,并非违反规制性规范的行为都会产生侵权责任,只有违反规制性规范中的“保护性规范”(也称“以保护他人为目的的法律”)才能产生侵权赔偿责任。

(一) 保护性规范的违反与侵权责任的连接

认定规制性规范是否属于保护性规范的标准包括主体标准与客体标准。在德国法上,《德国民法典》第 823 条第 2 款中的“以保护他人为目的的法律”(Schutzgesetz)既包括立法机关制定的法律(无论是公法、刑法还是私法的一部分),也包括政府的法令、地方的法规以及食品和药品方面的规章,习惯法也可以属于保护性法律。例如,刑法上禁止的危险驾驶、人身伤害、侵入他人住宅等危险行为等。^[69] 以保护他人为目的的法律首先必须符合人的保护范围(persönlicher Schutzbereich)的要求,即该法律必须是保护特定群体的法律且受害人属于法律保护的该群体;其次,必须符合物的保护范围(sachlicher Schutzbereich)的要求,亦即因违反该规范所造成的损害属于该法律规范意图保护的法益或者避免的损失。^[70] 在普通法中,被告违反成文法规定的注意义务而产生的侵权诉讼被称为“违反法定义务的侵权请求”,^[71] 但并非被告任何违反制定法规范的行为都可以被认定为过失,并产生侵权责任,制定法必须符合伤害种类规则与人群类别规则后,违反了该制定法才产生过失侵权责任。^[72]

我国民法学界充分注意到了保护性规范对于界定侵权法的保护范围、权益的区分保护以及过错的认定具有重要的作用。^[73] 只是由于《民法典》第 1165 条第 1 款采取的是大一般条款,故而并未就违反保护性规范的侵权责任作出专门规定。《民法典》只是在第 1222 条第 1 项就医疗损害责任中的违法推定过错作出了相应的规定,即“违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定”推定医疗机构具有过错。司法实践中,法院也主要是依据保护性规范来

[68] 参见朱虎:《规制法与侵权法》,中国人民大学出版社 2018 年版,第 23—25 页。

[69] See Markesinis, supra note 46, p. 885.

[70] Vgl. Fuchs (Fn. 12), S. 157 ff.

[71] See Vivienne Harpwood, *Modern Tort Law*, 7th ed., London: Routledge-Cavendish, 2009, p. 189.

[72] See The American Law Institute, *Restatement of the Law Second, Torts*, 2d., Vol. 2, 1965. p. 27; (美)丹·B. 多布斯:《侵权法》(上册),马静等译,中国政法大学出版社 2014 年版,第 286—288 页。

[73] 相关文献参见解亘:“论管制规范在侵权行为法上的意义”,《中国法学》2009 年第 2 期,第 57—68 页;朱虎,见前注[68];朱虎:“规制性规范、侵权法和转介条款”,《中共浙江省委党校学报》2014 年第 3 期,第 115—121 页。

认定侵权人的过错尤其是过失。^[74] 对于我国法应当如何建立违反保护性规范的侵权责任,有观点认为,可以将安全保障义务作为实现公法和私法相互工具化的管道性条款,即以安全保障义务来对接公法体系中的安全保障要求。^[75] 该观点有一定的道理,但是如下文所言,我国法上的安全保障义务已被《民法典》第 1198 条严加限制,故此,不应将安全保障义务作为建立违反保护性规范的侵权责任的管道。可以考虑的一个方法是,通过对《民法典》第 1165 条第 1 款中的“侵害他人民事权益”“因果关系”与“过错”这三个要件的解释,根据具体情形相应地建立保护性规范与侵权责任的连接。申言之,在有些情形下,保护性规范可以用来确定被保护的民事权益,即违反保护性规范的行为构成对“侵害他人民事权益”这个要件的满足;有些情形下,由于保护性规范确立了行为人的诸多行为义务(包括方式义务和结果义务),故此行为人违反行为义务的要求会发生违法推定过失、违法视为过失等后果;此外,违反保护性规范也可能会对因果关系的举证责任发生影响。^[76]

(二)我国法中连接公私法的转介条款

在我国,就违反规制性规范的民事责任问题,除了少数法律直接对于违反管制性规范的民事责任的构成要件和法律效果作出了明确规定,如《证券法》第 85 条、《个人信息保护法》第 69 条等,绝大多数法律采取的是规定所谓的转介条款或衔接性条文的做法。此类条文的表述大体相同,都是采取“违反本法规定,给他人造成损害的,依法承担民事责任”的表述。例如,《数据安全法》第 52 条、《网络安全法》第 74 条、《反不正当竞争法》第 17 条、《反垄断法》第 60 条第 1 款等。既然是衔接性条文,那么这些条文没有明确的构成要件和法律效果,不属于独立的请求权基础。违反这些法律规定的行为究竟应否承担民事责任及如何承担民事责任,不是由“本法”决定的,而是要“依法”判断。^[77] 这样一来,在适用这些转介条文时,就必须解决两个问题:首先,依法究竟依的是什么法? 其次,依法如何承担责任?

笔者认为,既然是承担民事责任,而民事责任主要就是侵权责任与合同责任,这些民事责任当然是由民法加以规定的。因此,转介条款中的“依法”是指依据民事法律规范。在我国,民事法律规范主要规定在民事基本法与民事特别法当中,前者是指《民法典》,后者包括《著作权法》《公司法》《消费者权益保护法》等民商事特别法律。^[78] 此外,一些规制性法律中也有对民事责任的专门规定,这些规定也属于“依法”中的“法”。“依法”首先意味着要遵循同一效力位阶的法律,特别法优于一般法的规则,即先适用民事特别法和规制性法律关于民事责任的专门规定,如果没有规定的,才适用《民法典》。至于如何承担责任,依据《民法典》第 1165 条第 2 款、第 1166 条以及第 1186 条的规定,过错推定责任、无过错责任以及公平责任均以法律明文

[74] 参见程啸,见前注[16],第 309 页。

[75] 参见万方:“公私法汇流的闸口:转介视角下的网络经营者安全保障义务”,《中外法学》2020 年第 2 期,第 360—367 页。

[76] 参见(荷)威廉·范博姆等主编:《侵权法与管制法》,徐静译,中国法制出版社 2012 年版,第 482—483 页。

[77] 《民法典》中也有不少以“依法”来实现规范衔接功能的情形,参见钟瑞栋、毛仙鹏:“《民法典》中‘依法’的规范功能”,《财经法学》2022 年第 4 期,第 133—136 页。

[78] 值得注意的是,《反电信网络诈骗法》第 46 条在规定民事责任时明确指出了依据的是“《中华人民共和国民法典》等法律的规定”。

规定为前提,同时,依据《民法典》第178条第3款,连带责任由法律规定或者当事人约定。所以,在法律没有规定适用特殊的归责原则以及承担连带责任时,侵权责任的归责原则只能是《民法典》第1165条第1款的过错责任原则,且多数当事人承担的责任原则上应当是按份责任,法律有规定时才承担连带责任。

六、安全保障义务的适用范围

我国法上的安全保障义务是指,宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等经营场所、公共场所的经营者、管理者或者群众性活动的组织者负有的保障他人之人身安全、财产安全的注意义务。义务人未尽到安全保障义务,侵害他人民事权益造成损害的,应承担侵权赔偿责任或相应的补充责任。显然,违反安全保障义务的侵权责任仍然是自己责任与过错责任。但是,在第三人实施侵权行为时,安全保障义务人未尽到安全保障义务的,只需要承担补充责任并且可以向第三人进行追偿,故此颇有为他人行为责任的样貌。正因如此,《民法典》第七编侵权责任将之规定在第三章“责任主体的特殊规定”当中(即第1198条)。

(一)安全保障义务的规范目的

在德国法上,交往安全义务(交易安全义务)的适用范围非常广泛,遍及于交通安全保障义务之外的私法交易安全甚至全社会生活范围的安全。^[79]之所以德国法上的交往安全义务的适用范围十分广泛,是因为该义务有两项重要功能:一是,能够扩大不作为侵权的范围。依据德国普通法的学说,不作为侵权责任所要求的作为义务仅限于三种情形,即法律明文规定、合同约定和行为人存在在先的危险行为。这就极大地限制了不作为责任的产生,交往安全义务可以突破这种限制。^[80]二是,有助于对间接侵害行为(mittelbaren Verletzungen)的违法性的认定。传统的德国法上对违法性采取的结果不法说存在不少弊端,尤其是不适合对间接侵害行为的认定,故此,理论界提出所谓的行为不法说,即通过交往安全义务来认定那些并未直接侵害他人绝对权的侵害行为即间接侵害行为的违法性。^[81]

在我国法,安全保障义务最初是由司法解释借鉴德国民法上“交往安全义务”(Verkehrspflicht)理论而作出的规定。^[82]司法解释确立安全保障义务的目的在于:一方面,处理实践中大量发生的不作为侵权案件,即社会公众在住宿、餐饮、娱乐等经营场所或社会活动中因为经营者或管理者的不作为而遭受损害的案件。另一方面,解决一些较特殊的第三人侵权案件中的赔偿责任的落实问题。^[83]在这些案件中,直接实施侵权行为的是第三人,但其往往没有赔

[79] Vgl. Josef Esser/Hans-Leo Weyers, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Teilband 2, 2000, S. 179.

[80] 参见李昊:《交易安全义务论——德国侵权行为法结构变迁的一种解读》,北京大学出版社2008年版,第78页。

[81] Vgl. Dirk Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 15. Aufl., 2020, S. 483 f.

[82] 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2004年版,第99页。

[83] 如“王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆赔偿纠纷案”,《最高人民法院公报》2001年第2期;“李萍、龚念诉五月花公司人身伤害赔偿纠纷案”,《最高人民法院公报》2002年第2期等。

偿能力甚或下落不明,因此,赔偿权利人转而要求相关的民事主体如宾馆、车站、银行、餐厅等公共场所的经营者或管理者承担一定的赔偿责任。《侵权责任法》第37条首次在法律上规定了违反安全保障义务的侵权责任。此后,《消费者权益保护法》第18条第2款、《电子商务法》第38条及《民法典》第1198条相继作出了规定。

(二)安全保障义务适用范围的扩张问题

《民法典》对于安全保障义务的规定有助于对作为义务的认定,也在很大程度上解决了第三人直接从事侵权行为时安全保障义务人的不作为与损害之间的因果关系判断问题。^[84]但是,我国法对于安全保障义务的适用范围有严格的限制。依据《民法典》第1198条,安全保障义务人限于“宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经营场所、公共场所的经营者、管理者或者群众性活动的组织者”。即便是《电子商务法》第38条第2款扩展了安全保障义务的适用范围,也很明确地限定于“关系消费者生命健康的商品或者服务”。

由于安全保障义务具有扩张作为义务来源的重要功能,也有利于解决所谓间接侵权责任的认定,因此,一些学者主张扩张安全保障义务的适用范围。例如,有的人认为,安全保障义务具有解决间接侵权行为的责任构成和认定问题的重要功能,可以适用于所有的间接侵权领域,而不作为侵权只是间接侵权的一类。^[85]有的人认为,安全保障义务不应限制于有形的、物理空间如公共场所或经营场所,还应当扩张适用于网络空间,因为网络空间也存在公共场所或群众性活动,也存在对于智力财产、人格的侵害危险。^[86]考虑到网络平台具备“开启、参与社会交往”及“给他人权益带来潜在危险”两项特征,而网络运营者作为危险源的开启与控制者应对正在发生的侵权负有排除义务,并对未来的妨害负有审查控制义务。故此,应当承认网络运营者或网络服务提供者的安全保障义务。^[87]司法实践中,法院也将安全保障义务的适用主体扩张至网络服务提供者。^[88]我国民法典编纂时,有人主张应当明确网络服务提供者的安全保障义务,^[89]但是,考虑到盲目扩张安全保障义务的范围会引发更多的社会纠纷等因素,立法机关没有接受该观点。^[90]

之所以就安全保障义务的适用范围存在上述争议,根源在于我国法律对安全保障义务作出了明文规定并将其限制在特定的侵权责任中。虽然这对于司法审判依据法律规范处理特定

[84] 参见冯珏:“安全保障义务与不作为侵权”,《法学研究》2009年第4期,第74—77页。

[85] 参见刘召成:“安全保障义务的扩展适用与违法性判断标准的发展”,《法学》2014年第5期,第72—73页。

[86] 参见刘文杰:“网络服务提供者的安全保障义务”,《中外法学》2012年第2期,第395—396页;张海燕:“论微信群主的民事责任承担”,《法学论坛》2020年第3期,第148—149页。

[87] 参见万方,见前注[75],第351—377页;王思源:“论网络运营者的安全保障义务”,《当代法学》2017年第1期,第27—37页。

[88] 何小飞诉北京密境和风科技有限公司网络侵权责任纠纷案,北京互联网法院(2018)京0491民初2386号民事判决书。

[89] 《民法典立法背景和观点全集》编写组编:《民法典立法背景和观点全集》,法律出版社2020年版,第796页。

[90] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社2020年版,第138页。

类型案件有益,但也极大地妨碍安全保障义务功能的发挥,^[91]更无法适用于网络虚拟空间的侵权纠纷中。在这种背景下,理论界有必要摆脱《民法典》第1198条对安全保障义务适用范围的限制,从理论上重新建立更具有一般意义的注意义务体系,然而,该义务的名称不必一定要叫作安全保障义务,以免与《民法典》第1198条的规定相混淆。这个更抽象层面上的注意义务能够建立前述的规制性规范与侵权责任的联系,并且能够适用于现实世界和虚拟空间,从而更全面系统地解决不作为侵权责任的认定问题。

七、共同加害行为的主观要件

现代社会的侵权行为尤其是网络侵权责任、机动车损害责任、产品责任、环境污染和生态破坏责任、高度危险责任等中的多数人侵权责任(Haftung mehrerer Personen),极为常见。多数人实施侵权行为时,因果关系形态往往表现为多因一果或多因多果,因此,受害人如何证明因果关系的存在、各个加害人怎样承担侵权责任等问题更加复杂。有鉴于此,我国《民法典》采用五个条文对多数人侵权责任作出了规定,将多数人侵权责任分为两类:一是共同侵权行为,包括共同加害行为(第1168条)、共同危险行为(第1170条)以及教唆帮助行为(第1169条);二是无意思联络的数人侵权,包括承担连带责任的无意思联络数人侵权(第1171条)、承担按份责任的无意思联络数人侵权(第1172条)。然而,如何正确地理解与适用上述法律规范却存在很大的争议,核心的争点就在于如何理解《民法典》第1168条中的“共同”的涵义。

(一)共同故意说抑或共同过错说

《民法典》第1168条规定的是共同加害行为(也称“狭义的共同侵权”),就如何理解该条中的“共同”一词的涵义,存在很大的争议,有共同故意说、共同过错说、共同行为说与折中说等四种观点。^[92]从最基本的法律解释出发可知,第1168条中的“共同”只能是指主观上的共同,不可能包括客观共同。因为,所谓客观共同就是指“造成同一损害后果”,而《民法典》第1171条与第1172条已经对单纯的客观共同的情形作出了专门的规范。换言之,在理论上,围绕着《民法典》第1168条中的“共同”,只需要讨论究竟限于共同故意还是共同过错。

主张共同故意说的学者认为,《民法典》第1168条中的共同仅指共谋,即共同故意。^[93]申言之,各个行为人之间必须具备意思联络,即他们有共同追求的目标并为实现该目标而互相协力。主张共同过错说的学者认为,《民法典》第1168条中的“共同”既包括共同故意,也包括

[91] 诚如学者所言,安全保障义务更适宜于反映在学说与判例而非立法之中。参见冯瑛,见前注[84],第78页。

[92] 参见孔祥俊:“试论共同侵权责任”,《法学研究》1991年第4期,第49—56页;程啸:“论意思联络作为共同侵权行为构成要件的意义”,《法学家》2003年第4期,第94—102页;杨立新:“共同侵权行为及其责任的侵权责任立法抉择”,《河南省政法管理干部学院学报》2006年第5期,第1—12页;曹险峰:“论‘多因一果’的侵权行为——兼论多数人侵权行为体系之建构”,《法律科学》2007年第5期,第155—163页;叶金强:“共同侵权的类型要素及法律效果”,《中国法学》2010年第1期,第63—77页;程啸:“论《侵权责任法》第八条中‘共同实施’的涵义”,《清华法学》2010年第2期,第45—55页;王竹:“论客观关联共同侵权行为理论在中国侵权法上的确立”,《南京大学法律评论》2010年第1期,第79—91页。

[93] 参见程啸,见前注[16],第384—385页。

共同过失,统称“共同过错”。〔94〕所谓共同过错是指“数个行为人对其行为或结果具有共同的认识或对某种结果的发生应该共同尽到合理的注意而没有注意”,其中,共同过失可以分为两种情形:一是各行为人对其行为所造成的共同损害后果应该预见或认识,而因为疏忽大意和不注意致使损害后果发生;二是数人共同实施某种行为造成他人的损害,不能确定行为人对损害结果的发生具有共同故意,但可根据案件的情况,认定行为人具有共同的过失。〔95〕

笔者认为,所谓共同过失的情形是不存在的,也是无意义的。在数人侵权中,无论是每个行为人都是故意的,或者每个行为人都是过失的,抑或有的是故意而有的过失,这些都无关紧要,重要的是他们之间是否存在意思的联络或沟通,以至于他们认识到自己的行为与他人的行为构成一个整体,从而实现共同的目标。只要他们不存在意思联络,则他们的行为就不可能在主观上具有共同性,他们属于分别实施侵权行为,此时,只有在客观上造成了同一损害后果才会被作为多数人侵权加以评价,即《民法典》第 1171 条和第 1172 条的无意思联络数人侵权。到目前为止,我国民法学界对究竟何为“共同过失”,尚无人能举出真正有意义的排他性例子加以说明。按照赞同共同过失亦可构成共同加害行为的学者的观点,所谓共同过失是指“数个加害人内容相同或者相似的过失”。〔96〕可是,如果这样界定共同过失的话,就会使得共同加害行为与共同危险行为无法被区分。因为在绝大部分的共同危险行为案件中,行为人都可以被评判为具有内容相同或相似的过失。在德国,虽然理论上不断有人主张,共同过失也可以构成共同加害行为。可是,迄今为止,判例都拒绝接受此种观点。〔97〕而且即便有所谓的共同过失,实际上也是完全可以通过其他多数人侵权责任类型加以处理,并非一定要纳入共同加害行为当中。

(二)共同故意与多数人侵权责任体系的构建

事实上,对《民法典》第 1168 条中的“共同”的理解,直接影响到了整个多数人侵权责任体系。这是因为:一方面,如果认为共同过失也构成第 1168 条的共同加害行为,就会导致该条与《民法典》第 1170 条规定的共同危险行为产生适用上的混乱。实践中共同危险行为人在主观上多属于所谓的共同过失或者有些人过失而有些人故意。例如,数人在河边比赛扔石头,看谁扔得远,结果一个石头砸中河里游泳的人,这些人可能都是过失,此时他们的行为就会被认为构成共同加害行为,而非共同危险行为。虽然结果都是连带责任,但共同危险行为中各行为人可以通过证明具体的侵权人或者证明自己的行为与损害没有因果关系而免责,但是,共同加害行为中各个行为人不得以此为由主张免责。另一方面,倘若认为共同过失构成共同加害行为,还会导致共同加害行为与无意思联络的数人侵权(《民法典》第 1171、1172 条)在适用上出现混乱。由于《民法典》第 1168 条并未要求数个共同实施侵权行为的人给受害人造成了同一损害后果,故此,无论二人以上共同实施侵权行为,给受害人造成了一个或多个损害后果,侵权人均应就全部损害后果承担连带赔偿责任。如果将《民法典》第 1168 条中的“共同”理解为共同故意,理论上就可以很容易地解释该条与第 1171、1172 条规定产生上述差别的原因。因为数个

〔94〕 参见黄薇,见前注〔90〕,第 22 页。

〔95〕 参见王利明:《侵权行为法归责原则研究》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 297—300 页。

〔96〕 参见张新宝:《中国侵权行为法》(第二版),中国社会科学出版社 1998 年版,第 167—168 页。

〔97〕 Albrecht Zeuner, in: Soergel BGB, 12. Aufl. 1987, § 830 Rn. 4; Gerald Spindler, in: Roth/Bamberg-er, Kommentar zum BGB, Bd. 2, 1. Aufl. 2003, § 830 Rn. 8.

侵权人基于共同故意而协力造成受害人的损害时,共同故意已将所有侵权人的行为进行了一体化评价。他们的行为被当作了一个侵权行为,所以无论受害人遭受的是一个还是多个损害,皆因该侵权行为所致。自然,全部的侵权人须就受害人的全部损害承担连带赔偿责任。然而,如果认为《民法典》第1168条的“共同”包括了共同过失,在多个侵权人基于共同过失给受害人造成了不同损害时,理论上无法回答这样一个问题:为何每个侵权人不仅要对自己过失行为造成的后果负责,还要对他人过失行为造成的损害后果负责?

综上所述,不能孤立地认为共同加害行为的主观构成要件就是共同过错,甚至认为还包括故意行为与过失行为的结合,而必须考虑共同加害行为、共同危险行为以及无意思联络数人侵权之间的关系,确保整个多数人侵权责任体系的内在协调,否则就会顾此失彼,出现体系和逻辑上的混乱。

八、结语

自由对于个人人格的发展、完善以及人和物的价值形成是不可或缺的。同样,基于自由行为而取得的物质利益与精神利益也迫切需要得到法律的尊重和保护。科技日新月异,社会生活变幻万千,人们会产生越来越多的对行为自由的需求,也希望法律对于自己得到的和可能得到的东西给予更多更强的保护。因此,权益保护与自由维护将是侵权法中永恒的矛盾。作为“特定文化阶段中的伦理道德观念以及社会、经济关系,在极其特殊的程度上的产物和反映”,^[98]不同时代和不同社会的侵权法对于权益保护与行为自由的关系都有不同的侧重,并无标准答案。因此,前文所讨论的问题也就会随着我国《民法典》的施行而不断地讨论和研究下去。

Abstract: The fundamental task of tort law is to keep balance between the protection of rights and interests and freedom of conduct. It has given rise to some major and difficult problems. The research of these problems is conducive to the correct interpretation and application of the tort legal norms of the China Civil Code, and the construction of the theoretical system and discourse system of China tort law. The Hilbert's Problems of China's tort law include: How to achieve the differentiated protection of civil rights and interests? Is it necessary to distinguish between the two levels of causation and what are their respective criteria for judging? How should tort law protect pure economic loss? Does the element of illegality have a free-standing existence? How to determine tort liability arising from violation of protective norms? Should the application of security obligations extend to cyberspace? What are the subjective elements of the joint harm act, and what is its relationship to the construction of the tort liability system for the majority?

Key Words: Civil Code; Tort Law; Civil Rights and Interests; Causation; Illegality

(责任编辑:贺 剑)

[98] Unger, Handeln auf eigene Gefahr, Ein Beitrag zur Lehre vom Schadensersatz, 3. Aufl. 1904, S. 1.