

绝对权、绝对义务及其相对化

民事权利与法益保护的单一框架

李春晖*

摘要 法益保护不足与司法过度扩张同时存在。概念结构分析表明法益之本质即权利,如此,民事权利与法益是平等保护还是区分保护的问题便不再存在。即便在旧有概念下,民事权利和法益各自内部的区分保护是绝对的,平等保护是相对的。与绝对权保护以客体为核心相应,真正的法益(新法益概念)是以行为为核心的绝对义务规范所保护的,权利主体和客体暂不明确、但实际存在的权利的总体。在新的“权利—法益”概念下,传统理论中对权利义务的混沌认识可澄清为“绝对权—绝对义务”框架,其他情形是二者的混合或相对化。这一理论框架使得对民事权利和法益的侵权责任构成要件的分析具有平等的起点,使得权利义务法定的边界和实现途径更加清晰,从而解决前述问题,亦彰显公法与私法之关系及以私权为本的理念。

关键词 绝对权 绝对义务 相对化 民事法益 侵权责任构成要件

引言:法益保护的不足与过度扩张

虽有学者认为不存在权利以外的法益,^[1]主流观点仍区分二者,认为二者保护途径和强度不同。一是法益之类型化基础薄弱,虽受保护但未上升为权利;二是缺乏权利的公示性和确定性,所受保护较弱,具有消极性、间接性、模糊性等。较弱保护还体现于侵权责任构成要件:

* 天津大学法学院副教授。

[1] 参见李锡鹤:“侵权行为究竟侵害了什么?——权利外‘法益’概念质疑”,《东方法学》2011年第2期,第3—10页。

侵害权利往往就推定违法并推定过错,而侵害法益往往须单独证明违法性和加害人的故意。

法益常被视为对权利保护的兜底和维持法律保护之开放性的有力工具。但其上述特征可能导致本应得到法律保护之利益无法获得切实保障,也不利于法律之尊严与稳定。一方面,因法益弱于权利,当具体场景需更强保护特定法益时,则因法益定性的约束而难以实现,而其要转变为权利又存在种种困难或立法上的滞后,如精神性人格权益、纯粹精神利益和纯粹经济利益即难以得到强有力保护。另一方面,由于法益概念的模糊性,法院可将法律未明确规定的利益归为某类法益给予保护,路径通常是原则或一般性条款,这可能过度扩张司法权力,违背权利法定原则。愈演愈烈的从专门法向民法或反不正当竞争法(以下称“反法”)原则条款逃逸的现象就是其中的典型。如金庸诉江南案〔2〕通过适用反法相当于使得作者对小说人物形象获得排他权,疑似超越《著作权法》设定的法定权利。又如在“无人直播手机案”〔3〕中,被告向主播销售能实现无人直播的手机,主播以之为工具,违反其与直播平台的不得无人直播的合同约定,因而直播平台主张被告不正当竞争,获法院支持。此案判决越过了原告利益正当性、损害事实、行为不法性、因果关系等诸多环节,启人疑窦。

应对思路是将权利与法益纳入统一框架,这体现于原《侵权责任法》第6、7条及《民法典》第1165、1166条对民事权益设置的全面的一般条款。对此,法益平等保护理论认为对权利和法益的保护完全等同,〔4〕理由包括:①二者均为法律所保护之利益,均为广义权利概念所涵摄;〔5〕②二者界限模糊,可相互转换,无法采取区别保护政策;〔6〕③权利与法益不应简单二分,“应使侵权法回归其‘保护合同以外利益的一般法和普通法’的功能,让‘行为’‘损害’‘因果关系’‘过错’这些原本开放、可塑的传统侵权行为要件扮演其控制角色”。〔7〕

法益区分保护理论认为不同类型权益之保护程度并不相同,〔8〕理由包括:〔9〕①立法论上和解释论上德国模式均被广泛接受;②权利之本质不是利益,只是保护利益的工具,义务亦然,而义务与权利并不一一对应,违反法律规定的义务的主要意义在于证明行为不法性;③德国模式的区分保护论使得司法实务具有相对明确的可操作性,并在公法和私法、法律和道德之

〔2〕 金庸(查良镛)与江南(杨治)等著作权侵权及反不正当竞争案,广东省广州市天河区人民法院(2016)粤0106民初12068号民事判决书。

〔3〕 深圳市腾讯计算机系统有限公司等与陈光福不正当竞争纠纷案,天津自由贸易试验区人民法院(2021)津0319民初9934号民事判决书。

〔4〕 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。

〔5〕 参见邱聪智:《新订民法债编通则(上)》,中国人民大学出版社2003年版,第119—120页。

〔6〕 参见王胜明,见前注〔4〕,第10页。

〔7〕 贺栩栩:“侵权救济四要件理论的力量——权益层级保护方法论之检讨”,《华东政法大学学报》2016年第5期,第121页。

〔8〕 参见王利明、周友军、高圣平:《中国侵权责任法教程》,人民法院出版社2010年版,第77页;杨立新:《侵权责任法》,法律出版社2010年版,第19—20页;程啸:《侵权责任法》(第三版),法律出版社2021年版,第143—145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81—134页。

〔9〕 参见方新军:“权益区分保护的合理性证明——《侵权责任法》第6条第一款的解释论前提”,《清华法学》2013年第1期,第134—156页。

间架起了一座桥梁；④德国司法实践中的一般人格权和营业权有关问题可以克服，相反，德国实践表明权利、利益的保护并无轻重之分，二者的区分只是技术性的；⑤契约责任对权利和利益的保护无法外推至侵权责任，其本身在司法实务中也无法等同保护权利和利益；⑥“在侵权责任的具体判断过程中，通过对损害、违法性、过错和因果关系等责任构成要件的解释达到对权利和利益的等同保护的同样达不到，因为根据权利和利益的不同，对侵权责任构成要件的不同解释，其本身就说明了权利和利益应该进行区分保护”。

本文目标是证明法益之本质即权利，将其纳入与权利相同的保护框架，既强化法益的保护又避免司法过度扩张。该统一框架之维度有二，一是绝对权—绝对义务框架，二是在此基础上展开的侵权责任构成要件分析。

一、法益即权利

(一) 法益之权利本质

关于权利之本质主要有利益说、意志说、资格说，其他均可归入这三说或系其折衷，如梅克尔(Adolf Merkel)之法力说乃利益说之改进版。利益说植根于功利主义，“权利对于享有权利的人来说本身就是好处和利益”。^{〔10〕}耶林被庞德看作社会功利主义者，^{〔11〕}他认为权利“不过是法律所保护的利益”。^{〔12〕}按古典意志说，“权利是法律赋予主体的能力或者是意志的支配力”。^{〔13〕}萨维尼支持此说，认为主观权利是一种意志权力，属于个人意志可自由支配的领域。^{〔14〕}现代意志说的代表人物哈特(H. L. A. Hart)将这种自由发展为“选择”。^{〔15〕}资格说滥觞于格劳秀斯，“权利是个人所具有的一种道德品质，这使得他能够正当地拥有某物或者做某事”。^{〔16〕}资格说把注意力集中于权利之来源，“有资格享有某物……预示着有某些使资格得以成立的途径”。^{〔17〕}

西方学者根深蒂固的分析传统的缺陷是往往冀求以单一因素解释所有现象或架构整体理论。实际上以上三说并不矛盾，就利益而言，无论意志说或资格说，均存在意志支配或有资格

〔10〕 (英)边沁：《立法理论》，李贵方等译，中国人民公安大学出版社2004年版，第117页。

〔11〕 See Roscoe Pound, *Jurisprudence*, Vol. 1, Minnesota: West Publishing Company, 1959, p. 130.

〔12〕 See Rudolph von Jhering, *The Struggle for Law*, John J. Lalor (trans.), Chicago: Callaghan and Company, 1915, p. 58.

〔13〕 Bennardo Windscheid, *Diritto del Pandette*, Volume Primo, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1902, pp. 169-170.

〔14〕 参见(德)萨维尼：《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》，李双元等译，法律出版社1999年版，第5页。

〔15〕 参见(英)哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第89页。

〔16〕 See Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace: Book I*, New York: Oxford University Press, 2005, p. 138.

〔17〕 (英)A. J. M. 米尔恩：《人的权利与人的多样性——人权哲学》，夏勇等译，中国大百科全书出版社1995年版，第111页。

享有的对象,即承载了利益的客体。在笔者看来,意志说解释权利之本体,资格说解释权利之来源,利益说解释权利之具化。方新军类似地认为“自由意志是内在的核心要素,资格是内在形式要素,利益是外在要素”。〔18〕当然,单独的要素总有可能存在例外,故权利可能“不能通过抽象概念来定义,而只能通过类型概念进行描述”。〔19〕与其说利益说反映权利之本质,毋宁说利益所附着的客体是权利的外化,是权利类型化的依据。意志说是对权利的实质定义,而利益说是对权利的现象定义,前者是抽象权利或一般权利,后者是具体权利。

按利益说,利益与权利之别仅在于利益经法律之正当性评价而成为权利。〔20〕那么,如果说法益亦为受法律保护的利益,同样经法律之正当性评价,则法益即权利,二者无任何不同。这一结论并不受意志说或资格说的影响:法律的保护使得利益享有者获得其法律上的资格而成为权利人,其亦得以行使其意志支配力。

作为例证,《民法典》将权利、权益和受法律保护的利益用作同一层级的概念。比较法上,德国对权利、法益的保护并无本质区别,其之所以设立法益概念,乃因保护对象的分级:从一般利益到特殊法益再到绝对权利,典型性、成熟度逐次攀升。德国民法典立法时,人们普遍认为财产利益重要性大于人格利益,故仅列生命、身体、健康、自由为法益。〔21〕二战后德国基本法的修改,已致侵权法意义上的上述法益及一般人格法益转化为绝对权,包括一般人格权。惟德国债法在历史惯性下仍使用逐次递减的权利、法益、利益三概念,在保护效果上权利、法益实际并无区分。〔22〕国内也有观点认为权利、法益之分仅系名称问题,“权利仅仅限于指称名义上被称为权利者,属于广义法益的核心部分,其余民法上的法益均称为其他法益”。〔23〕

在此有必要回应以方新军为代表的学者对利益和权利的论述。他认为,“权利的本质不是利益,权利只是保护利益的工具之一”。〔24〕对此,须澄清两对概念:

第一,抽象权利与具体权利。上述观点显然出于对意志说的坚持。然如前所述,意志说解释作为权利本体的抽象、一般权利,并不妨碍以特定利益为载体的具体权利概念的存在,典型即如民事权利,其实质是对外在主体的禁止性义务设定,〔25〕以保护权利主体在权利客体上的利益。基于霍菲尔德基本法律概念发展出的“权利束”思想〔26〕可作为从抽象权利到具体权利的理论衔接:如财产权,其由一束各不相同的以行为为载体的权利(权能)所构成——权能是已

〔18〕 方新军:“为权利的意志说正名——一个类型化的视角”,《法制与社会发展》2010年第6期,第16页。

〔19〕 同上注,第15页。

〔20〕 参见彭诚信:《权利的法律本质与人的内在价值》,法律出版社2022年版,第216页。

〔21〕 参见于飞:“‘法益’概念再辨析——德国侵权法的视角”,《政法论坛》2012年第4期,第144—145页。

〔22〕 同上注,第147—148页。

〔23〕 龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2002年版,第121页。

〔24〕 方新军,见前注〔8〕,第88页。

〔25〕 参见张恒山:“论具体权利概念的结构”,《中国法学》2021年第6期,第99—119页。

〔26〕 See J. E. Penner, “The Bundle of Rights Picture of Property,” *UCLA Law Review*, Vol. 43, No. 3, 1995, pp. 711-820.

经与行为相结合、用于评价行为正当性的抽象权利,它们以客体为具体行为对象并以之为中心聚合起来形成具体财产权。因此,“抽象权利”确系保护利益的工具,但作为“具体权利”的民事权利是利益的法律体现,只是利益从不被法律保护到获得法律保护后所获得的新名称。简言之,法律通过抽象权利保护利益的结果,是产生了民事权利这个具体权利。

第二,利益与法益。方新军的论述中,一重要前提是权利的本质不是利益。然而,虽然方新军似乎在讨论利益的保护,实质上是在讨论法益。法益与利益的区别,就在于法益是法评价为正当而予以保护的利益,因此它已经不是利益本身。

(二)法益还原为权利的若干示例

1. 误以为主体不存在

死者人格利益和胎儿利益被认作法益之关键在于享有利益的主体已死亡(但人格利益与人格不可分离)^[27]或未出生,故非权利主体。^[28]该认识不合逻辑,“在法理上,利益只能归属于主体,享有法律确认的利益即为主体”。^[29]或曰,法律真正的目的不在权利这里,而在被授权者那里,故主体概念比权利概念更为基础,后者从价值上要归向确定的主体。这种归属性是法律价值上的归属性,所以被归属的主体是价值性的。^[30]因此,受保护的权益的存在,本身就意味着法律在价值上肯认了享有权益的有关实体的主体地位。

具体而言,按照解释死者人格利益的继承说和生者利益说,主体是存在的。按继承说,维护死者人格利益的权利主体是死者之继承人或其他利害关系人。如《著作权法》第21条规定自然人死亡后发表权依法转移,第22条规定署名权、修改权、保护作品完整权的无限期保护,均为继承。有学者为解决著作权之精神权利如署名权和保护作品完整权之永久性与精神权利只能归于作者之信条的冲突,提出作者之继承人系继承行使特权(prerogative)的权利(right)而非继承特权本身。^[31]这种解释犹如区分权利与“权利的所有权”,不过是文字游戏。

生者利益说认为死者名誉被侵害提供私法救济乃因与死者有关的生者名誉权等人格权益也一并受到侵害。但死者已逝,无任何感知和精神痛苦,生者主张权利的动机只是因其自身遭受冒犯或利益损失,说到底是其自身的权利,说“一并受到侵害”并不确切。^[32]

胎儿利益主体问题之症结在于民事权利主体资格中的权利能力要求。此亦伪问题。“法律主体概念和它所结构的法律一样,从未超脱于历史的立法政策的限制,它指称什么,取决于

[27] 参见程啸,见前注[8],第181—187页。

[28] 参见曹险峰:“在权利与法益之间——对侵权行为客体的解读”,《当代法学》2005年第5期,第88页。《德国民法典》第1条规定:“人之权利能力,始于出生之完成”,但于第844条第2款(加害人对扶养人被害时的胎儿的赔偿义务)、第1923条第2款(胎儿的继承)等条例外规定若干胎儿得享有的利益。

[29] 李锡鹤,见前注[1],第6页。

[30] 参见龙卫球:“法律主体概念的基础性分析(下)——兼论法律的主体预定理论”,《学术界》2000年第4期,第81页。

[31] See Cambra E. Stern, “A Matter of Life or Death: The Visual Artists Rights Act and the Problem of Postmortem Moral Rights,” *UCLA Law Review*, Vol. 51, No. 3, 2004, p. 877.

[32] 例如对死者遗体形象权的保护, Bigot Christophe, « La protection de l'image des personnes et les droits des héritiers », *LEGICOM*, n° 10, 1995, pp. 28-35.

立法意志。”^[33]实际上,《瑞士民法典》^[34]和《匈牙利民法典》等均承认胎儿权利能力。此一认识也符合意志说,因为可由监护人代为行使胎儿之意志。换个角度,胎儿权益是“提前保护出生后的个人”,^[35]那么主体亦可认作“出生后的个人”。

2. 不同程度的客体可支配性

法益无法具有权利形态的另一理由是客体不可支配。^[36]这种观点系以物权为尺度衡量其他所有权利。由于客体差别的绝对性,结果自然是除物之外皆不存在可支配的客体,尤以人格权为最。因为主体对自己人身的行为不同于对物的行为,只能表现为限制性的或使用许可性的债权意义上的支配,不能处分,主体对某些人格要素的支配只是例外。^[37]若以此为标准,即便物权内部的各种支配也各不相同,如动产、不动产、电力、流水的支配,但我们并未以不动产的支配为标准来否定所有其他客体的可支配性。

理解可支配性的另一角度是支配权能包括事实支配和法律支配,该二层面会随客体性质不同而有所浮动,不能因其中一个或两个稍弱就否认支配的存在。如人格权中,事实支配普遍存在,“时至今日,人格权不仅具有消极防御的属性,也日益具有积极利用的特征。这不仅体现在精神性人格权的积极使用上,也体现在物质性人格权的必要支配上”。^[38]法律支配涉及复杂的社会伦理判断,^[39]但一方面法律与伦理道德原则均会与时俱进,另一方面“我们不能够基于在某些场合下人的伦理价值的法律支配有悖于公序良俗原则,就否认人格权的支配性,如同我们不能够基于在某些场合下权利的行使会构成滥用,就否定权利的存在一样”。^[40]

3. 不完整的权利

我国《民法典》未将占有列为权利,但比较法上多将其视为权利,如《日本民法典》第180条、《韩国民法典》第192条。德国民法中,占有至少“提供了一种重要的法律地位,其意义好像一种暂时的权利”。^[41]美国财产法中,即使非法占有人也享有占有权。

占有(权)实为所有权之不完整的一部分,或谓准物上关系。^[42]基于“权利束”思想,物权是由一束各不相同的权利所构成,占有即为其一。其与用益物权、担保物权一样,均是完整所

[33] 龙卫球,同前注[30],第83页。

[34] 《瑞士民法典》第31条第2款明确规定:“胎儿,只要其出生时存活的,其出生前即享有民事权利。”

[35] 龙卫球,同前注[30],第92页。

[36] Vgl. Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II: Besonderer Teil, 13. Aufl., 1994, S. 374.

[37] 参见张素华:“人格权法独立成编必须正视的几个基本问题”,《东方法学》2018年第2期,第30页。

[38] 王利明:“人格权的属性:从消极防御到积极利用”,《中外法学》2018年第4期,第845页。

[39] 参见张素华,同前注[37],第24—30页。

[40] 马俊驹:《人格和人格权理论讲稿》,法律出版社2009年版,第162页。

[41] 孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第100页。

[42] 参见张永健:“霍菲尔德分析法对占有、信托概念的新界定”,《经贸法律评论》2021年第6期,第54—71页。

有权的一部分。^[43] 因为权利的不完整而否定其为权利,逻辑上并不成立。有人讨论的抗辩型法益,如作品的合理使用、专利及商标的在先使用等,^[44]其实质也是对知识产权客体的一种占有权,^[45]是对相应著作权、专利权和商标权的限制或分割。有学者承认无权占有人在具体法律关系中享有特定权利,但该权利不是终极性的,是“通过暂时保护无权占有人而终极保护真正权利人”。^[46] 这正好说明无权占有人的所谓“占有(权)”实为真正权利人之完整所有权的一部分,仅由无权占有人代为行使而已。

4. 已发展为权利的利益

某些法益实为应然权利,^[47]使用该概念意谓尽管法无明文,特定利益保护仍有正当性。但利益保护一旦由成文法或司法实践予以固定或承认,便已转化为权利。成文法自不待言,如反法对商业秘密的保护,不妨称其为商业秘密权。^[48] 数据(产)权的概念也已出现。^[49] 司法上形成的先例,意味着对特定利益已确定了其获得司法保护的条件、范围等,形同以同类客体和行为为内容的权利。学者早已总结,民法上有两种救济模式:利益经由明确的权利而获得救济,或利益通过救济而成为明确的权利。^[50] 区分保护论者认为,一方面“法官不能在裁判中创设民事法律中没有明确规定的权利”,另一方面又说这“并不代表权利之外的利益不受法律保护,只是法官在保护这种利益时必须进行充分的裁判证立”。^[51] 假如法律没有规定,“充分的裁判证立”难道不是创设权利? 假如裁判证立仍系以法律规定为依据,又怎能说法律没有规定? 或者说对侵害权利的裁判就不需要“充分的裁判证立”吗? 将已完成权利转化的利益仍称为法益,乃因仍将注意力聚集于权利化之前的利益。如未注册商标,若作为成文法提供保护之前的自然权利,实为应然权利而非法益;而一旦受法律保护,便落实为与著作权相同性质的权利。

5. 以权利为出发点的法律责任范围考量

纯粹经济利益和纯粹精神利益也是典型的法益,侵权法和债法上对应于纯粹经济损失和纯粹精神损害。这里以纯粹经济损失为例,通说认为其“系指被害人直接遭受财产上的不利

[43] 参见李春晖:《民事权利客体三元论——以民法全局视野下的知识产权边界及“入典”为重心》,北京大学2021年博士学位论文,第167页。

[44] 参见沈伟:“知识产权法益体系化保护路径之建构”,《科技与法律(中英文)》2021年第6期,第103—111页。

[45] 参见易继明、李春晖:“知识产权的边界——以客体可控性为线索”,《中国社会科学》2022年第4期,第130页。

[46] 彭诚信:“从利益到权利——以正义为中介与内核”,《法制与社会发展》2004年第5期,第86页。

[47] 参见刘芝祥:“法益概念辨析”,《政法论坛》2008年第4期,第102页。

[48] 参见徐朝贤:“商业秘密权初探”,《现代法学》2000年第6期,第107—110页。

[49] 参见齐爱民、盘佳:“数据权、数据主权的确立与大数据保护的基本原则”,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2015年第1期,第64—70页。

[50] 参见王涌:“私权的分析与建构——民法的分析法学基础”,载《中国人文社会科学博士硕士文库:续编法学卷》(上册),浙江教育出版社2005年版,第491页。

[51] 方新军:“权利保护的形式主义解释方法及其意义”,《中国法律评论》2020年第3期,第62页。

益,而非因人身或物被侵害而发生”,〔52〕其产生经历了较长链条,是违约、侵权或侵权所致违约所衍生,是间接的损害。〔53〕这种长链条和间接性导致权益之社会典型公开性、不法行为人过错之判定以及因果关系之确定的不同一般之处,导致纯粹经济损失是“对不确定的人,于不确定期间,而负不确定数额的责任”。〔54〕

这似乎凸显了纯粹经济损失与人身或物的独立性,但其实际上源自基础权利被侵害。弥补纯粹经济损失的本质是对违约或侵权行为之责任范围的权衡,〔55〕所保护者实为最接近的侵权或违约行为的对象,即相应绝对权或债权客体。立法和司法机关对此类利益是否纳入责任范围的踌躇,非仅因所涉利益的特别,亦因前述间接性所致的法律责任构成要件的特殊之处。是否赔偿某类纯粹经济损失的法律政策,首先要基于对物理因果链条的科学认知,然后才是在此基础上的利益衡量。伦理观念视角认为纯粹经济损失原则上只能被视为一种坏运气,实际上即体现了物理因果链条的脆弱。如挖断电缆问题,其物理因果关系链条是:①施工方破坏了电缆,是对电力公司的侵权行为;②电力公司停止向用户供电,是侵权行为导致的违约;③用户因停电而导致损失。可见,用户损失实系电力公司停电这一违约行为的责任范围问题,保护的是用户与电力公司之间的债权。但这一债权系被施工方所侵害,这就回归到第三人行行为侵害债权问题,由于是过失而非故意,故不承担责任(这是利益衡量和价值判断)。而此种情形下亦无法建立无可置疑的因果联系,例如,不停电情况下用户开足马力生产,反而可能导致亏损。

事实上,由于人类的社会、经济活动愈来愈复杂,看起来并非直接与某种绝对权或相对权相关的利益非常广泛。这些利益的存在实际上体现了各种层次的制度建构过程,总能似挖断电缆案一样抽丝剥茧到一个一个绝对权或相对权的链条,甚至链条中会夹杂公法下的权利/权力的角色。这种情况下,若需救济某种纯粹经济损失,非要基于绝对权和相对权来调整并非不可能,但过于复杂,直截了当的做法就是以行为规制法来调整——此即下文引入的绝对义务——但这并不是说所述利益所对应的权利或客体就不存在了。

(三) 权利保护的绝对多样性

相对权是绝对权主动(通过契约)或被动(通过侵权行为及其救济)运动起来的结果,〔56〕以实现绝对权的运用或救济。若在契约中处理某种利益,该契约能否得到保护,以及违约行为所致契约之外的损失甚或当事人之外的人的损失能否得到救济,均要回归到该利益或该损失所涉利益的判断。因此,下文的讨论进一步从“民事权利”缩减至“绝对权”。

〔52〕 王泽鉴:《民法学说与判例研究(重排合订本)》,北京大学出版社2015年版,第760页。

〔53〕 参见马俊驹、白飞鹏:“对财产上法益间接损害的民法救济:保护与限制”,《法学评论》2001年第2期,第36—43页。

〔54〕 See *Utramares Corporation v. Touche, Niven & Co.*, (1931) 255 N. Y. 170, 174 N. E. 411.

〔55〕 参见梅夏英:“侵权法一般条款与纯粹经济损失的责任限制”,《中州学刊》2009年第4期,第96—99页。

〔56〕 参见方新军:“权利客体的概念与层次”,《法学研究》2010年第2期,第42页。

如前文分析,法益具有权利的本质;其只是已有权利客体上的特殊利益情形。如死者人格利益、胎儿利益和纯粹精神利益仍属人格权范畴,非注册商标、商业秘密仍属知识产权范畴,占有仍属物权范畴。因保护程度或方式不同而归入法益者最终能归入权利,这本身就证明了权利保护的多样性。

即便在绝对权内部亦存在不同保护程度。如在物权和人格权各自内部,便存在过错责任、推定过错责任和无过错责任之分。物权、人格权和知识产权之间差异更大:对于物权与物质性人格权,通常有侵权即有损害;而对于精神性人格权、精神损害和知识产权,侵权和损害之间仍有一定距离,尤其在知识产权案件中——合理来源抗辩就是把侵权与损害两者分开,前者采过错推定责任,后者采过错责任。

这些绝对权也区别对待不同行为。如果说物权、人格权主要针对不同行为采用不同归责原则,知识产权则是针对不同行为采用有权一无权的复杂边界设计,如作品合理使用制度。

因此,无论传统绝对权,抑或包括法益在内的广义权利,本就具有保护方式的区分性,并非绝对均等保护。所谓平等保护,仅指在相同的法律原理和规则框架下考虑问题,给予各种权利相同的评价起点。

二、绝对义务的重新发现与法益的保护

(一)法益借由绝对义务保护:内生于利益的结构

由于现有法益具有权利的本质,寻找不同于权利的法益须从权利结构本身入手。权利,即法律关系的要素有主体、客体与内容。主体是前提,但权利之关键为客体及内容。权利内容系权利人或义务人对客体可为或不可为的行为,即权能,而权能所涉行为均依附于客体。如果说民事权利是以客体为中心聚合起来的一束权利,考虑行为之与客体相当的重要性,可设想以行为为核心聚合起来的一束权利,即为权利之外的法益。与行为相关联者即义务。

问题在于通常认为权利义务一一对应,故二者系一对“相关参数”而非“独立参数”。若要寻找能独立于权利而形成法益基础的义务,其应有别于与绝对权对应的消极义务及与相对权对应的积极义务,即与明确的绝对权或相对权无关。换言之,与明确的权利客体无关,此即绝对义务。关于权利义务的非对称性,有人将其解释为辩护或证成关系,而非相互等值关系。^[57] 本文与之类似:绝对义务是为了保障复数权益的实现,而非与之一一对应。

绝对权与绝对义务之分与法律的两种规范模式相对应。法律规范包括授权性、义务性和权义复合型规范。^[58] 授权性规范设置狭义权利,义务性规范设置义务。设定不作为义务的规范也称为禁止性规范。权义复合型规范大多是有关国家机关组织和活动的规则,^[59] 本文

[57] 参见陈景辉:“权利和义务是对应的吗?”,《法制与社会发展》2014年第3期,第33—53页。

[58] 参见张文显主编:《法理学》(第五版),高等教育出版社2018年版,第117—118页。

[59] 同上注,第118页。

不讨论,其在逻辑上可拆分为授权性与义务性规范两部分。

如表 1 所示,授权性和义务性法律规范均存在客体明确和不明确两种情形。当客体明确时,法律规范的调整目标即落实为特定客体上的利益,从而围绕客体来规范权利人和义务人行为,即权利人在客体上的权能和义务人在客体上的义务。由于存在客体这一利益载体,即存在权利与义务的明确对应关系,使得规定义务即规定权利。与具体客体有关的法律关系围绕客体聚合起来,便成为绝对权——其包括规定权利人之权利的授权性规范,以及规定第三人之消极义务的禁止性规范。绝对权主动(通过契约)或被动(通过侵权行为及其救济)运动起来即产生相对权,与之相应的是相对的积极义务。

另一方面,某些行为并不直接针对绝对权或其客体,但最终可导致某些个人权益、公共利益或社会利益受损,故需直接规定此类行为之违法性。此类法律规范对行为人施加的以行为为中心而与特定权利无关的义务,即为绝对义务,其非为直接保护特定绝对权,而是对义务人之行为模式的具有普遍意义的约束。但绝对义务规范的违反也可能损及与义务相对应的狭义权利(其总和构成了绝对义务规范所欲保护的公共利益或社会利益),惟在义务被违反之前,涉及何种主体的何种客体上的具体权益尚不确定。甚至在违反之时仍难以确定,因为可能难以确立因果关系等。正因此,损害真正发生时,权利人权益有时可得明确保护,有时未必。这是法益真正存在的空间。在此意义上,有学者指出了法益之消极保护的特性。^[60]当然,如表 1 所示,也存在纯以或主要以行为为中心、客体不明确的授权性规范(或为权义复合型规范之授权部分),但此类规范所涉权利或权力已超出民事权利范畴,如公法上的权利或权力,不赘。

表 1 法律关系中的客体与行为

客体视角		行为规范类型	授权性规范	义务性规范
客体明确	绝对权(基础客体上)		权能:客体上的积极行为	消极义务:客体上的消极行为
	相对权(衍生客体 ^[61] 上)		权能:表面上系与客体相关联的请求行为,实为对义务人积极行为的消极接受	相对的积极义务:客体上的积极行为
客体不明确			以行为为中心的权利(权力):本文不讨论	绝对义务:以行为为中心的义务,本文讨论的法益所在

相应地,对侵权行为或更准确而言不法行为的规制,即体现为权利(保障)法和行为(规制)法两种模式。前者关注具有明确客体的权利,如物权、知识产权、人格权的保护和救济条款;后者关注人们的行为规定明确的义务即行为模式,如反法、《反垄断法》及其他法律如《环境保护法》中的行为规制条款。

[60] 参见孙山:“寻找被遗忘的法益”,《法律科学》2011年第1期,第61页。

[61] 关于基础客体与衍生客体,参见李春晖,见前注[43],第120—121页。

因此,不妨平移法益概念,指代以行为为中心的绝对义务规范所保护的,权利主体和客体暂时不明确、但实际存在的权利的总体。存在明确客体的旧法益概念进入权利,权利与法益之间的边界从原来的绝对权附近平移至绝对义务附近。下文的展开循此概念。

奥斯丁即已提出绝对义务概念,其着眼点在于与相对义务相比的与权利的关系:相对义务归属于一方面而与另一方权利相关,绝对义务无对应权利,^[62]后者之目的是“促进政治社会整体的善,即使这些义务不能促进特定主体个人的具体利益”。^[63]这种“是否对应于权利”的标准并不可靠,因为一切法律规范均可追溯至群体或个体的某种权益。实际上,奥斯丁对绝对义务的阐释是在主权者命令学说框架下进行(因此在奥斯丁那里没有权利的位置,只有权力和哈特所评论的“大写的义务”):绝对义务所履行的对象分别包括①自己、②非特定的他人(如人类全体)、③非人和④主权者。^[64]显然,奥斯丁所论不限于私法范畴,第①和③类实源自道德义务,第④类则涉及主权者权力和命令。庞德的认识与此类似:法律所保护的利益可分为个人利益、公共利益和社会利益,对社会利益的保护首先通过没有相应法律权利的绝对义务来实现。^[65]哈特也将义务划分为相对义务和绝对义务。绝对义务是指所有人都负有的对其他一切人的义务,如不得杀人、不得伤害他人,均是人人都应遵守的,其目的在于保护社会中的所有人。在哈特看来,这种义务是类似于“壕沟”的防线。^[66]这一方面接近于道德义务,另一方面,当其具体化时,即为与绝对权一一对应的消极义务。

我国学者承继了奥斯丁和庞德的分类并有所发展:相对于相对义务(对人义务)之特定人对特定人,绝对义务(对世义务)不是对特定人的义务,从而与相对权、绝对权概念相对称。^[67]这接近本文概念,但未强调客体与行为在绝对权—绝对义务概念中的体系性作用,以及绝对义务与绝对权在完备对所有权益之保护意义上的互补,注意这种互补并非在绝对权法律关系中作为硬币之两面的互补,即并非把第三人的不作为义务(尊重义务)称为绝对义务。^[68]

还有其他一些用法,如指称严格责任原则下,违反会导致严格责任的“绝对义务”,^[69]以“绝对”强调其无条件性。还有人用“绝对义务”来强调某种责任或义务之履行的高度道德应然

[62] See John Austin and Robert Campbell, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5th ed, London: John Murray, 1885, p. 401.

[63] (英)约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社2002年版,第293页。

[64] See Austin, *supra* note 62, pp. 401-406.

[65] 参见(美)罗斯科·庞德:《法理学(第三卷)》,廖德宇译,法律出版社2007年版,第256页。

[66] See H. L. A. Hart, “Bentham on Legal Rights,” in A. W. B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence, Second Series*, Oxford: Clarendon Press, 1973, pp. 171-191; reprinted in H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1982, p. 162.

[67] 参见沈宗灵:“权利、义务、权力”,《法学研究》1998年第3期,第7页。

[68] 参见郭晓明:“论绝对权与相对权的划分——线索、思路与框架”,《中共四川省委省级机关党校学报》2014年第2期,第121页。

[69] 参见陶卫东:“论环境犯罪严格责任原则之有限适用”,《法学论坛》2009年第1期,第100页。

性和强制性，〔70〕包括政府责任。这也接近于伦理学上“绝对应当的义务”，〔71〕即“绝对真正的义务”。〔72〕国际法上，有学者认为普遍义务因具有不可克减性而为“绝对义务”。〔73〕

（二）从绝对权到绝对义务：三类行为规范

从主体、客体十分明确的权利（及相应的侵权行为）设定，到似乎权利主体、客体不甚明确的行为规范（即绝对义务）设定，其间存在各种过渡形态。如人格权、知识产权便是物权与绝对义务之间的过渡；客体不若物权客体那么明晰，亦不单纯以行为为核心，而是复杂的客体边界和复杂的行为边界的交织。在此意义上，各知识产权专门法和反法中与知识产权（及精神性人格权）有关的兜底保护，多数无本质区别——于是，有必要区分那些实际上具有明确权利客体的广义行为规范和真正设定绝对义务的狭义行为规范。前者又有两种情形：一是以行为规制条款的形式引入行为所针对的具体客体——其中的禁止行为可认作该客体上的权能，相当于设立了新的绝对权；二是针对已有权利客体设定新的行为规范，实系对已有绝对权的权能补充或限制，或其不过是特定情况下不同的归责原则，并未产生新的权利或法益。

越是尚未定型之新兴权益，越倾向于以专门法规制，越可能有更多行为规制条款，无论广义抑或狭义。随着权益保护的成熟，专门法逐渐被一般法吸纳，〔74〕同时法益逐渐转化为权利，设定绝对义务的行为规制条款即呈减少趋势。如1993年反法对注册商标的规定在后来的修法过程中被取消，一方面固然因其与《商标法》重复，另一方面也可视作行为规制法转化为或让位于权利法的例子。随着新兴利益分配需求的出现，反法又引入了企业简称、字号、社会组织名称、笔名、艺名、译名等客体，其是对人格权客体等的丰富或具体化，相当于引入了新的权利客体，或如传统观念将相关法益不视为权利的话，则系引入了新的法益，并将逐渐转化为权利，如被人格权吸收。反法第7、8、10条及第12条第3项可视为典型的设定绝对义务的行为规制条款，但更接近公法：是对贿赂、欺骗、误导等行为的规制。但这些行为除了在破坏国家、社会、经济管理秩序的意义上必定损害作为国家和社会之一员的个人利益外，也可在纯粹私法意义上损害民事权益，如具体交易机会丧失、被误导做出错误决策损失经济利益等，此时即可依据反法第17条予以私法救济。具有私法性质的绝对义务条款在反法中的例子，如有第6条兜底条款“其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为”，及第12条兜底条款“其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为”。

又如，《个人信息保护法》在《民法典》基础上，既从权利侧又从义务侧细化了个人信息权益，但由于该权益之新兴性，该法之行为法特点明显，有众多行为规制条款，无论狭义或广义。其中，部分条款系规定以个人信息为客体的权利之权能边界，例如，虽在“个人信息处理规则”

〔70〕 参见陈云良：“儒家伦理与法治精神”，《中国法学》2000年第5期，第28页。

〔71〕 Vgl Edmund Husserl, Vorlesungen über Ethik und Wertlehre(1908-1914), Ullrich Melle (Hrsg.), 1988, S. 419, 421 f.

〔72〕 参见曾云：“胡塞尔对伦理意志的反思——绝对应当和意志真理”，《道德与文明》2010年第3期，第40—46页。

〔73〕 参见王秀梅：“普遍义务论纲”，《西南政法大学学报》2007年第6期，第25—33页。

〔74〕 参见李春晖，见前注〔43〕，第391—396页。

章中,第13条第2到7项和第18条实系对权利边界的限制,第15条引入了第47条提及但未明确规定的“同意撤回权”,第25条系明确规定“处理”中的“公开”权能,第29条系加强“敏感个人信息”客体上的权能。另一些条款已非保护纯粹个人信息(或人格)权益,如第24条(基于个人信息的自动化决策)涉及个人平等与自由,第26条(公共场所个人信息采集)涉及不特定人的隐私与自由。狭义行为规制条款则既包括保障权益实现的制度性、程序性公法条款(如第二、三、五章),又包括至少具有部分私法性质的条款,如第5条第二句及第6、8—10、16条等。另一些条款以权利法面目出现,实为下文所述“绝对义务请求权”形式间接表现的行为规制条款,如第48条(解释说明个人信息处理规则)。

但是,凡提供了私法保护手段或旨在保护私权的法条,即便形似绝对义务条款,必定在不知不觉间已明确权利主体和客体,实质上接近权利保障法。如反法第6、12条中,或可将他人身份信息、他人网络产品或服务视为最终权利客体,惟“混淆行为”和“妨碍正常运行的行为”可能是各种措施和信息的综合结果,所直接侵害或违法使用的另有直接客体,且事前无法准确预计。故该两款仅具有一定的绝对义务条款基因。货真价实的绝对义务条款大多存于偏公法的行为规制法中,如反法第7、8、10条及第12条第3项。又如《个人信息保护法》实系公、私法的糅合,狭义行为规制条款多存于其公法部分,或兼具公、私法的属性。

私法中的真正绝对义务条款,多存于比诸如反法第6、12条兜底条款更“一般”的一般性条款中,这就涉及与基本原则条款的区分,以及向原则条款逃逸从而滥扩法益之情形,详见文末。

(三)违反绝对义务的公法制裁和侵权之债

之所以脱离绝对权来规定某些行为之违法性,一因其曲折复杂性致其与绝对权受损之因果关系不明显,直接规制行为更加方便有效;二因其具有普遍性,尤其是因果关系不明显会导致其更普遍发生,故其规制不仅是保护绝对权可能受损之权利人的需要,也是维护社会、经济秩序的需要——此即为何行为规制法往往接近或甚至就是公法性质,触发公法上的制裁,包括行政处罚和刑事责任。这与权利保障法恰恰相反。当然,广义上包括权利保障法在内的整个法律秩序都可理解为国家管理各种秩序如经济秩序的行为。即便是私法秩序,若遭严重破坏,国家亦可以公法手段予以救济,从而存在民事责任、行政处罚与刑事制裁的衔接,例如商业秘密制度即如此。因此,私法中的法益可通向公法,“刑法保护的法益与民法法益、行政法法益三者没有实质区别而是并列关系”。^[75]只不过在刑法领域,法益是更广义的概念——一是涵盖权利,二是扩展到社会和国家利益,^[76]但后两者从私法角度来看,实为个人利益的聚合。

对于仍留在私法范畴内的部分,或当违反公法条款亦损害特定私权益时,权利人具有侵权之债请求权,如反法第17条或《个人信息保护法》第69条。侵权之债成立的前提是存在实际损害。对绝对权如财产权的侵害,此点似不言而喻,因绝对权以客体为利益载体,侵权行为必侵害客体,从而损害利益。而对行为规制法,实际损害的存在并非理所当然——义务人的违法显然不会导致所有其他人的权利受损或受相同程度损害,故须鉴别到底谁的权益受到实际损

[75] 牛忠志:“德日‘法益说’适应中国的‘四维’改良”,《政治与法律》2022年第9期,第123页。

[76] 参见张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2003年版,第5页。

害或受损程度是否值得国家机器付出代价予以救济。当然,某人无法获得救济,可能因为违反义务行为并未对该人造成实际损害,也可能因为虽有损害但难以确立法律上的因果关系。

一般,只要有与违反义务行为有物理因果关系的实际损害,则受损害权益所属主体自然能够确定。但例如在反法中,对特定主体,除竞争关系外,实际上很难证明具体何种权益受何种特定损害,也难以确定无可质疑的因果关系,例如,某竞争者的经营失败,可能是各种原因包括经营者的不当决策造成的。在此情况下,考虑到违法行为往往令违法者获得相对于守法经营者的竞争优势,可认为某种程度上违法即有侵害,权利人所需证明者,不过是其与违法者构成竞争关系,即系主体特定化的过程。这就涉及绝对义务请求权。

(四)绝对义务请求权

现有立法往往缺乏违法行为发生之后、未有损害之前,有被侵权之虞之权利人的类似于绝对权请求权的请求权,^[77]可称绝对义务请求权。这是法益保障的欠缺。绝对义务一旦被违反,在产生触发侵权之债请求权的实际损害之前,已对法益构成威胁,从而令潜在受损的权利及其主体明晰化,该主体即应具有请求权。这相当于物权法中的排除妨碍请求权。

绝对义务请求权与绝对权请求权之不同在于,前者以行为具有违法性为标准(虽然行为可能也涉及相关客体),后者当然不可能不涉及行为,但行为指向明确的绝对权客体。显然,两种情况下客体和行为仍相互交织,或者说针对违法性行为的绝对义务请求权与绝对权请求权似会相互交织。不过,因为社会生活并非黑白分明,二者之区别和适用场景,在于社会生活的实际和利益衡量的复杂性,导致某些利益的界限主要在于客体而不在行为,某些利益的界限最终仍与客体有关但无法单纯以客体界分,故主要表现为行为之违法性而无论客体。

设立绝对义务请求权的意义在于,不仅公权力主体有权制止违法行为,私权利主体亦可基于自身利益行使请求权。此请求权的行使仍需权利人证明其权益受侵害之可能性(即通过受行为影响的客体而将权利义务相对化到具体权利人),但其证明的严格性稍低于传统绝对权。

相对而言,英美法较重视行为规制法下个体权利人的请求权。在我国,尽管已有学者的建议和呼吁,仍未引起足够重视。例如无论反法,还是《民法典》侵权责任编第七章(环境污染和生态破坏责任)及相应的《环境保护法》和《海洋环境保护法》,均未建立个体权利人的请求权制度。^[78]具体而言,例如反法第6条对混淆行为的规制及第9条下的商业秘密保护,均须造成权利人的损害,权利人才得诉讼(第17条),除此之外,规制重心在于监督检查部门的执法(第18、21条),而欠缺潜在权利人的绝对义务请求权。

[77] 杨明专门研究了知识产权范畴的不正当竞争侵权中权利人的请求权,参见杨明:《知识产权请求权研究——兼以反不正当竞争为考察对象》,北京大学出版社2005年版,第153页以下。本文所论,是更广泛的、对可能损害私权益的任何违法(违反绝对义务)行为的请求权,不限于不正当竞争行为。

[78] 《环境保护法》第58条的公益组织诉讼或可视为一种绝对义务请求权,其条文并不涉及具体的私权益损害。不过,其起诉主体并非个人,而是经过严格限制的社会公益组织。当然,英美法亦存在以社会公益组织为主体的请求权,see Patty Gerstenblith, "Identity and Cultural Property: The Protection of Cultural Property in the United States," *Boston University Law Review*, Vol. 75, No. 3, 1995, p. 687.

但在与英美法有紧密联系的行为规制法领域,已出现绝对义务请求权的实例。如垄断民事纠纷案件的原告,不仅包括因垄断行为受损失者,还包括因合同内容、行业协会的章程等违反反垄断法而发生争议的人,^[79]前者涉及侵权之债请求权,后者涉及绝对义务请求权。《个人信息保护法》第50条第2款规定“个人信息处理者拒绝个人行使权利的请求的,个人可以依法向人民法院提起诉讼”,虽系权利章节的规定,但该章某些条款实系以权利条款面目出现的行为规制条款(如第48条),故第50条可算是绝对义务请求权无意中迈出的一步。

三、民事权利与法益保护的单一框架

(一)绝对权、绝对义务及其相对化

表2 绝对权与绝对义务

	绝对权	绝对义务
权利主体	特定权利人	违反绝对义务所侵害的权益归属于不特定权利人
客体	明确的客体	违反绝对义务所损害的权益的客体不确定
权能	针对明确客体的积极行为	违反绝对义务所损害的权益之客体上的权能
义务	消极行为:义务人不得为侵害绝对权的行为	明确的积极或消极行为
义务主体	特定权利人之外的任何人	特定义务人

绝对义务与绝对权形成的对称体系如表2所示。从中可见,绝对权基于明确的客体,任何不特定人均负有尊重其绝对权的义务;绝对义务基于明确的行为,义务人遵守其义务即为尊重他人的任何可能因义务之违反而受损之权利。故二者是针对不同情形的互补制度。如下图所示,二者及其相对化形成完整谱系:绝对权(特定权利人对不特定义务人)→相对权(特定权利人对特定义务人)←绝对义务(不特定权利人对特定义务人)。正如绝对权中不特定义务人违反其义务时绝对权将相对化,若特定义务人违反其绝对义务而造成对不特定权利人权益的侵害或造成损害权益的危险,则该绝对义务同样相对化,故在两种情况下均产生特定权利人对特定义务人的相对权,惟在后一情况下,不特定权利人针对影响他的特定绝对义务违反者的权利具有被动性。因此,若从权利主体角度来看,绝对义务对应于作为消极权利的“普在权”:绝对权→相对权←普在权/消极权利,两端可向中间相对化;反之,若从义务主体角度来看,绝对权对应于作为消极义务的“普在义务”:^[80]普在义务/消极义务→相对义务←绝对义务。^[81] 权

[79] 最高人民法院《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》(法释[2020]19号)第1条。

[80] 亦有“普设义务”概念,参见张恒山,见前注[25],第118页。

[81] Hearn 讨论过绝对义务与一般义务及特定义务之分。See William Edward Hearn, *The Theory of Legal Duties and Rights; An Introduction to Analytical Jurisprudence*, Melbourne: J. Ferres, London: Trübner and Company, 1883, p. 37.

利的普在性,正是相关行为规制法往往具有公法性质的原因。

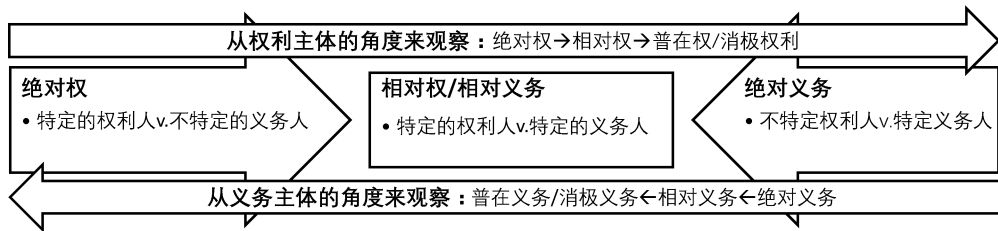


图1 绝对权、绝对义务及其相对化的连续光谱

惟在绝对权请求权中,明确具体的客体与侵权人之行为关联紧密,侵权行为往往基于法律的一般规定即可认定;而在绝对义务请求权中,受义务违反行为之损害或威胁的往往是权利人之权益总体,较难落实到具体客体,相应侵权行为往往并非针对具体客体,而是法律针对特定情形规定的具有违法性的行为。换言之,在绝对权—绝对义务框架下,绝对权因其对世性导致任何人皆负有义务,当有违反时即相对化,产生权利人对特定义务人的请求权,并在损害发生后转化为侵权之债;相应地,绝对义务因其对世性导致任何人皆享有权利,当有违反时同样相对化,产生义务人对特定权利人的特定义务(即特定权利人的请求权),并在损害发生后转化为侵权之债。二者之联系点在于客体。于前者,绝对权客体是明确的,权利相对化的条件在于特定行为侵犯该客体,因行为而明确特定义务人;于后者,客体并不明确,权利相对化的条件在于义务人的行为影响特定客体,因客体而明确特定权利人。简言之,无论是绝对权的相对化,还是绝对义务的相对化,均依靠客体及客体上的行为,惟前者是客体先在,后者是行为先在。不过,即便在绝对义务情形下,权利人之所以产生请求权,仍是因为“相对化”到了具体权利人受影响的具体绝对权(包括总体财产权益),故对权利人而言也就相当于绝对权请求权。

绝对权—绝对义务框架是对法律基础概念传统理论之“一元化”现象的进一步突破。按照一元论的两派观点,要么认为权利是法律体系中的最基本概念,即权利本位,^[82]这是大陆法系主流学术传统;要么认为义务才是,即义务本位,此以奥斯丁和凯尔森为代表。而在哈特的多元化概念理论中,“不同类型的法律有不同的最一般的法律概念,其中刑法以义务或制裁作为概念基础,但是私法却以权利或授权作为它的概念起点”。^[83] 本文之绝对权—绝对义务框架的含义是,绝对权和绝对义务同时存在且有自己独立的意义,并非如相对权中的权利义务那样只是硬币的两面,而是同时存在于每一种法律(包括公法和私法)中的两枚硬币,在不同的法律中只有多寡的区别,而并不各自专属于某一种法律。而且,这一框架使得绝对义务请求权成为可能——这在“行为违法性”理论框架下难以找到妥帖的根据和命名。

[82] Vgl. Gustav Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1929, S. 75.

[83] 龙卫球:“法律主体概念的基础性分析(上)——兼论法律的主体预定理论”,《学术界》2000年第3期,第64页。

(二) 基于“绝对权—绝对义务”单一框架的平等保护抑或区分保护

“绝对权、绝对义务及其相对化”理论框架完成了对权益保护机制的全覆盖。同时,权益保护的法律法规从绝对权到绝对义务形成连续分布的光谱:在绝对权与绝对义务之间,有大量的法律法规同时规定了曲折复杂的客体边界和行为边界,此以知识产权法最为典型。

如前文所论,权利保护具有绝对多样性,透过义务的权益保护同样如此——行为规制法横跨民事、行政和刑事三大部门法,就是保护多样性的一种反映。另一方面,若说从绝对权到绝对义务,要经过无数复杂客体边界和复杂行为边界所混合的权益形式,那么可以较确定地说,从绝对权到绝对义务的所有权益类型,其保护模式必然没有截然区分的界限,而是综合考虑所有可能的侵权责任构成要件的结果。换言之,从实际保护效果来看,无论权利内部、法益内部还是权利与法益之间均具有区分性、多样性,这是绝对的;但从权利到法益,它们均在同一保护规则框架下,具有平等的保护起点。

关于侵权责任构成要件有各种学说,我国通说与《法国民法典》一般侵权行为条款之基本要件一致,认为包括加害行为、损害(权益侵害)、因果关系及过错,但不包括《德国民法典》所明确的违法性或不法性。^[84] 或谓“权益侵害要件就是违法性要件的另外一种表述”,^[85] 或谓法国法中的过错包含了违法性,^[86] 或谓违法性可以是“合法行为造成损失与不法性造成损失应当承担赔偿责任的重要区分工具”。^[87] 我国《民法典》第1165条区分侵害与损害,“使得被统一规定为民事责任承担方式的侵权损害赔偿请求权与绝对权请求权的区分得以确立”。^[88] 但区分二者与否也是权益平等保护或区分保护的一个争点。^[89]

于此,因为民事、行政和刑事法益之互通,犯罪构成要件系有益参考。德国刑法学者之三阶层犯罪构成要件理论判断某种行为是否构成犯罪应分三步进行,即构成要件符合性、违法性和罪责。^[90] 德国民法学者引入此理论,形成侵权责任构成要件三阶层理论。^[91] 国内,李开对侵权责任提出了稍有差异的客观构成要件、主观归责依据和免责事由三阶层分析,其中,客观构成要件包括损害事实、因果关系和加害行为违法性,主观归责依据包括过错、作业或物件之潜在危险和当事人之利益平衡需要,免责事由包括外来原因和正当理由。外来原因实与作为客观构成条件的因果关系相关,其存在或者可中断被告行为与原告所受损害之因果关系,或者构成原告损害发生之另一原因,而正当理由实为传统理论在侵权行为违法性项下讨论的

[84] 参见方新军,见前注[8],第30—31页。

[85] 方新军,见前注[8],第125页。

[86] 参见程啸,见前注[8],第211页。

[87] 程啸,见前注[8],第213页。

[88] 程啸,见前注[8],第211页。

[89] 参见方新军,见前注[8],第129—134页。

[90] 参见(德)恩施特·贝林:《构成要件理论》,王安异译,中国人民公安大学出版社2006年版,第11—13页;(德)李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2006年版,第204—205页。

[91] 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”,载田士永等主编:《中德私法研究》(2007年第3卷),北京大学出版社2007年版,第15—18页。

违法阻却事由。^[92] 虽然以上分析之具体要件值得商榷,但三阶层理论很有价值。

鉴于绝对权—绝对义务框架下行为与客体具有同等重要且对称的位置、权利义务法定原则以及在法益还原为权利过程中所看到的权利、客体、权能(行为)等的多样性,须在侵权责任构成要件中详细考察权利(客体)、义务(行为)两侧之具体情形。

在权利(客体)一侧,考虑到知识产权以及越来越多新兴权益的加入,权利边界不再似物权那么明确和理所当然(即便物权本身亦然),而需加以确认,^[93]并考察行为人是否越过了权利边界(侵害权利, infringement),且跨越权利边界与造成损害是可分的两个阶段。因此,第一阶层客观构成要件在权利一侧有四:①存在有效的权利;②权利被侵害,即他人行为越过权利边界——由于权利皆为法定,行为越过边界本身即为违法,无需推定;③损害;④权利被侵害与损害的因果关系。^[94] 这里的权利是本文所论证的广义权利。

在义务(行为)一侧,可与权利(客体)对称考虑,从而第一阶层客观构成要件亦有四:⑤存在有约束力的义务(包括法定义务和法律通过一般性条款予以认可的公序良俗);⑥义务被违反,由于义务为法定,违反义务行为即具有违法性;^[95]⑦权益的侵害;⑧义务违反与权益侵害之因果关系。这里,⑤⑥⑦三要件可与普通法过失侵权(negligence)^[96]之三要件,注意义务、注意义务的违反和损害相对应。

以上两侧一般均应考虑,且以权益的侵害②=⑦为连接点,从而共七个构成要件。惟在从绝对权向绝对义务过渡时,①到⑧各因素会随光谱变化而此消彼长。出现争论之原因在于不同学者针对不同的离散或极端场景偏重不同因素,从而难以对话。法律规范偏于权利保障法时,如针对传统的绝对权,消极义务内含于绝对权结构中,⑤⑥⑧分别被①②④吸收。法律规范偏于行为规制法时,如针对典型绝对义务,则消极权利内含于绝对义务结构中,①②④分别被⑤⑥⑧吸收。正因不同场景下构成要件相互吸收,才出现行为违法性是否是侵权责任构成要件的争论——乃因未充分认识绝对义务一侧与绝对权一侧之异。实情是,两侧均有行为违法性,惟绝对权一侧隐含于“(法定)权利被侵害”之事实中(是“隐含”而非“推定”),如善意占有人之返还请求权,无需考察占有人之过错,而系源于权利被侵占本身(客观不法);而在(法定)绝对义务一侧,违反绝对义务更明确地体现为违法(主观不法)。方新军认为“侵权责任中构成要件中的违法性只能从结果部分进行判断,否则过错和违法性无法区分”,即因此类混淆,尽管

[92] 参见李开国:“侵权责任构成理论研究——一种新的分析框架和路径的提出”,《中国法学》2008年第2期,第38—50页。

[93] 民事权益应成为构成要件之一,参见曹险峰:“我国侵权责任法的侵权构成模式——以‘民事权益’的定位与功能分析为中心”,《法学研究》2013年第6期,第88—103页。

[94] 孙森焱主张的七要件说和王泽鉴主张的三层结构说,均包括“侵害权利”和“发生损害”。参见孙森焱:《民法债编总论》(修订八版),1988年自版发行,第155—179页;王泽鉴:《侵权行为》(第三版),北京大学出版社2009年版,第103—104页。

[95] 孙森焱主张的七要件说包括加害行为和行为不法。参见孙森焱,见前注[94],第155—179页。

[96] See Walter van Gerven, Jeremy Lever and Pierre Larouche, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 45.

其已认识到“刑法中偏重行为不法”，^[97]却忘记了他自己指出的从公法到私法的贯通。^[98]此外，即使对绝对权，也存在行为合法性和不法性问题，如紧急避险，即因行为之合法性而不必承担侵权责任（经典理论称免责事由或违法阻却事由）。

可注意到权利和义务两侧均出现了因果关系要件。义务一侧的因果关系^③系建立从违反义务到侵害权益之间的联系，这在被侵害客体明确，如绝对权情况下，尤其是违反义务行为直接作用于客体时不证自明。但在客体不明确，如绝对义务情况下，须经由因果链条证明违反义务行为侵害了谁的何种权益客体。行为与权益侵害之因果联系的证明有多种方式，但不限于客观证据。如《德国民法典》第826条之所以强调背俗之故意，深层原因是要将违法行为与他人特定权益（故意的指向）联系起来，与其说为了证明过错，不如说为了建立因果关系。

对应地，在权利一侧，在区分侵害权益与损害的情况下，其间的因果关系^④需要确立，在一般情形即所谓直接损失情况下，因果关系十分明了，如财物的损毁；但在复杂情况下，如知识产权侵权，则须证明损害几何。这也提示了所谓纯粹经济利益确为侵权责任或违约责任之范围问题，其起点仍是侵权或违约所涉权利或客体，惟物理因果链条^④更加遥远。也因此，对所谓纯粹经济损失的赔偿，应基于其基础原因，违约的归违约，侵权的归侵权，应通过违约责任予以实现的纯粹经济损失的赔偿不应绕道侵权责任予以实现，否则将架空违约责任。^[99]

在以上客观构成要件基础上（免责事由亦可吸收于此），主观归责依据三因素，过错、作业或物件之潜在危险和当事人之利益平衡需要，后者属价值判断范畴（包括法益的价值），而有关过错的判断涉及当事人对权益的可预见性，从而与权益之性质有关。例如，^①和^⑤的边界愈清晰，即权利和义务愈具有社会典型公开性，则愈倾向于推定过错原则，反之则愈倾向于过错原则。过错并不会与违法性相混淆。^[100]

最后，通常所谓侵权责任实指侵权赔偿责任，而非指绝对权请求权。^[101]对后者及对应的绝对义务请求权，构成要件仅需^{①②⑤⑥}即可，加上从行为^⑥到权益侵害^②的因果关系^⑧（对绝对义务请求权来说也就明确了可行使请求权的主体）。这些简化要件可用作例如德国知识产权诉讼第一阶段（侵权之诉，第二阶段是损害赔偿请求之诉）的侵权行为成立要件。

本文基于绝对义务的分析优于“违反保护他人的法律”（即违法性）思考方式。后者逻辑上不够周延，无论权利法抑或行为法，对行为人而言均系保护他人的法律，^[102]其中暗含某些法律究竟是保护权利还是保护法益的争议，一方面造成前文所论旧法益与权利的界限不清晰，另一方面导致侵权责任构成要件是否考察违法性的争议，或何时推定违法性、何时须寻找违法性的争议。本文提出的绝对义务概念更为精确和纯粹，能与绝对权形成完善理论框架，很好地代

[97] 参见方新军：“权益区分保护和违法性要件”，《南大法学》2021年第2期，第1页。

[98] 参见方新军，见前注[8]，第62—66、271—316页。

[99] 参见陈忠五：《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203页。

[100] 参见方新军，见前注[97]，第7页。

[101] 参见崔建远：“论归责原则与侵权责任方式的关系”，《中国法学》2010年第2期，第40—50页。

[102] 参见方新军，同前注[97]，第11页。

替权利—法益体系,从而把争议中的各侵权责任构成要件纳入单一框架。“保护他人的法律”概念无法做到这一点。

四、代结论:权利义务法定与政府管制

本文成果有三。首先,当下理论中所谓法益实为权利。基于权利法定原则,应小心审视以法益为名引入保护的合理性、合法性。如金庸诉江南案,对分配原则尚不明确的新兴利益(同人写作),在反法中寻求在有关法定权利之立法(如《著作权法》)中无法得到的保护,实为通过司法审判,达到实质性扩张法定权利的目的——但未经立法程序之利益衡量,是危险的。

成果之二,是更新法益内涵,即绝对义务规范所要保护的,以行为为核心聚合起来的,尚不明确的潜在权利人的尚不明确的权利之总和。绝对义务构成“利益通过救济而成为明确的权利”的必要条件。于此,实定法中是否存在构成绝对义务基础的条款,便是关键。在没有明确的绝对权而需决定是否提供救济时,不能将注意力放在利益损失上,而应注重行为是否违反法定义务,此即侵权责任构成要件所要求的行为违法性。因为,利益增减本为竞争性社会、经济生活中的正常现象,“竞争意味着交易者有权通过增加自己的利益而损害其他竞争者的利益”,^[103]在既无权利又无义务的情况下,不存在受法律保护的利益的损失。换言之,与权利法定相应,绝对义务也应法定,法无禁止即可为。

结合以上,权益保护和行动自由之平衡,要么权利法定(客体明确),要么义务法定(行为明确),而不允许在绝对权和绝对义务之外,仅以利益(法益)之名限制行动自由。

义务法定之重要前提之一是区分一般性条款(概括条款)与法律原则,前者才能产生法律规范作用,是立法者为解决其预见性不足的弹性规范设计,能作为裁判依据,而后者不能。^[104]即,前者而非后者构成绝对义务基础。如《民法典》第7、8条的诚实信用原则与公序良俗原则就只是基本原则的制定法化,^[105]反法第2条第1款亦是基本原则——第2款才是一般性条款,《个人信息保护法》第5条第一句、第二句与之类似。若在特定情形下有十足必要基于基本原则裁判,则法官有提出规则之义务^[106]——即司法中的法律续造或称法官造法——虽非绝对禁止,但比适用一般性条款宜更加谨慎。^[107]换言之,基于基本原则的裁判是要创制新的法律规则(行为规制条款),即创制新的绝对义务;而基于概括条款或一般性条款,即已有行为规制条款的裁判,则是个案中具体化绝对义务的过程,亦即本文中明确权利主体和客体的过程。2022年《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》第37条规定,依据第2条确需查处反法和

[103] See Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd., (1970) AC 1004.

[104] 参见于飞:“基本原则与概括条款的区分:我国诚实信用与公序良俗的解释论构造”,《中国法学》2021年第4期,第38页。

[105] 同上注,第35页。

[106] 参见于飞,见前注[104],第37页。

[107] 参见于飞,见前注[104],第39—40页。

有关法律法规未作明确规定的不正当竞争行为时,须由国务院市场监督管理部门认定,即为回应上述担忧,系对法律续造的谨慎。然而,这一法律续造途径存在于立法和司法之外,其合理性及认定层级是否足够高,仍须谨慎研究。

成果之三,是把权利与更新了内涵的法益保护纳入绝对权—绝对义务单一框架,并把侵权责任构成要件与之结合和对应,从而提供权益保护的统一分析框架,形成落实权利法定+义务法定的具体分析路径。

在此框架中,绝对义务与绝对权,行为与客体,获得同等重要性,使得侵权责任构成要件中,行为违法性与权益合法性(客体的明确)和损害事实同等重要。从而避免出现一方面针对绝对权的侵权判定简单地基于过错、推定过错、无过错这样少数几个原则来类型化,另一方面规范一些行为规制法如反法似毫无边界的情况。相反,对应于从绝对权到绝对义务的光谱变化,侵权责任的每一构成要件也连续变化,从而形成侵权责任的连续光谱。于是,司法实践中对权益的保护,无论从权利保护一侧,抑或从行为规制一侧,都不应以偏概全,而应全面考虑侵权责任之各构成要件。在反法实践中,之所以出现无限兜底的争议,即在于把并非行为规范的原则与并非权利的、分配尚不明确的利益混合起来,此使得裁判结果过于依赖司法机关的利益权衡和价值判断——从而非常容易寻租。例如在“无人直播手机案”中,有关权益的合法根据存疑(平台与主播不得无人直播的约定之正当性待定),又无违法或背俗行为(被告销售预装更改摄像头调用路径之软件的手机并不违法),法律上的因果关系存疑(违约行为中主播之主观因素为主导因素),故不正当竞争侵权很难成立,该案仍应在相对权(合同)框架下处理。

同时,绝对义务请求权的提出,有助于在理论上和宏观上,于偏公法的实定法中尽量发现私法和私权要素,提供救济手段,以尽量彰显私权的存在及其价值:公法和公权力最终是为私权服务。微观上,在义务人有违反其绝对义务之虞或已经违反时,利害关系人可行使此请求权而恢复对绝对义务的遵守、避免有关法益受损,而非坐等潜在受损权利人逐一浮出水面再寻求侵权救济,此可为公法救济的有益补充。此外,理论上所有权益皆可以行为法调整,亦可以权利法调整(无论难度如何)。但实定法中绝对权主要体现于私法,绝对义务主要体现于公法。即如科斯在《社会成本问题》一文中所区分的两类规则:庇古崇尚的政府管制规则,以及科斯强调的法院界权规则。^[108] 政府管制是在“宣告人民必须或者禁止所作之事并且必须得到遵守”^[109]——即,政府管制的外在表现,往往是直接以行为为调整对象的行为规制法和其中规定的绝对义务。本文在此不评判政府管制和法院界权的优劣,而且各种社会关系从其性质来看,一些更适合以权利法调整,另一些更适合以行为法调整,各有其合理性。然而,若过于强调

[108] 参见凌斌:“法律救济的规则选择:财产规则、责任规则与卡梅框架的法律经济学重构”,《中国法学》2012年第6期,第15页。

[109] See Ronald Coase, “The Problem of Social Cost,” *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 1960, p. 17.

管制,则可能将本可归私法调整的社会关系划于公法之下,反之亦然,皆非国家、社会、人民之福。此亦为何在绝对权—绝对义务框架中,居于二者之间的情形——客体边界和行为边界皆不整齐的情况,仍将其归于绝对权。

Abstract: Insufficient protection and excessive judicial expansion co-exist for legal interests. The structural analysis of concept shows that the essence of legal interests is rights. Thus, the question of whether civil rights and legal interests are equally or differentially protected no longer exists. Even under the old concept, respectively within the civil rights and legal interests, differentiated protection is absolute, and equal protection is relative. Corresponding to the fact that the protection of absolute rights takes the object as the core, the real legal interest (the new concept of legal interest) is the totality of rights protected by the absolute obligation norm with behavior as the core, and the subject and object of which are temporarily unclear but actually exist. Under the new concepts of right and legal interest, the chaotic understanding of rights/obligations in traditional theories can be clarified as an absolute right-absolute duty framework, and in other cases it is a mixture or relativization of the two. This theoretical framework makes the examination of the constituent elements of tort liability of civil rights and legal interests have an equal starting point, so that the principle of legal prescription of both rights and obligations has a clearer boundary and a clearer way to realize them, so as to solve the aforementioned problems, and also highlights the relationship between public law and private law and the idea of regarding private rights as the basis.

Key Words: Absolute Right; Absolute Duty; Relativization; Civil Legal Interests; Elements of Tort Liability

(责任编辑:贺 剑)