

Ius Romanum et Ius Commune

罗马法与共同法文库·文丛

主编 / 徐涤宇

# 合同法与侵权法中间领域 调整模式研究

——以制度互动的实证分析为中心

Research on Modes of Regulation in the Overlapping Field Between Contract Law and Tort Law

张家勇 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS



合同法与侵权法边界模糊的“灰色地带”，构成两法的中间领域。只有在权益救济领域，它们才发生关联。功能叠合是中间领域形成的制度原因，“模糊领域”与“交叉领域”是其基本形态，事实交错与原理交错则是其规范形式。通过对前合同阶段、合同履行阶段以及情谊关系等典型中间领域的实证考察，可以发现，合同法与侵权法中间领域以权益救济为目标，据此在规范属性上，与权益创设规范形成明确区分。民事责任作为权益救济的规范形式，要求与一般债法分离而构建统一的民事责任规范。在责任形式多元化的情况下，统一民事责任法应以功能性责任类型为基础的“后果模式”构建。这不仅有助于恢复被异化的责任基础的功能设置，消解中间领域，实现不同责任基础的效果融合或责任统一，而且，对于未来中国民法典民事责任制度的建构而言，依“后果模式”配置责任制度，也是开发《民法通则》“民事责任”设置积极价值的可行之道。



“燕大元照法律图书”  
微信公众号



“北京大学出版社”  
微信公众号

ISBN 978-7-301-27305-0



9 787301 273050 >

定价：88.00元

Ius Romanum et Ius Commune  
罗马法与共同法文库·文丛

主编 / 徐涤宇

1568568

# 合同法与侵权法中间领域 调整模式研究

——以制度互动的实证分析为中心

Research on Modes of Regulation in the Overlapping Field Between Contract Law and Tort Law

张家勇 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

合同法与侵权法中间领域调整模式研究：以制度互动的实证分析为中心/张家勇著. —北京：北京大学出版社，2016.9

(罗马法与共同法文库·文丛)

ISBN 978-7-301-27305-0

I. ①合… II. ①张… III. ①合同法—民事责任—研究 ②侵权行为—民法—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 173164 号

- 书 名** 合同法与侵权法中间领域调整模式研究  
——以制度互动的实证分析为中心  
Hetongfa yu Qinquanfa Zhongjian Lingyu Tiaozheng Moshi Yanjiu  
——Yi Zhidu Hudong de Shizheng Fenxi wei Zhongxin
- 著作责任者** 张家勇 著
- 责任编辑** 苏燕英
- 标准书号** ISBN 978-7-301-27305-0
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱** [yandayuanzhao@163.com](mailto:yandayuanzhao@163.com)
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
- 印 刷 者** 三河市北燕印装有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 36 印张 547 千字  
2016 年 9 月第 1 版 2016 年 9 月第 1 次印刷
- 定 价** 88.00 元

---

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有，侵权必究

举报电话：010-62752024 电子信箱：[fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

图书如有印装质量问题，请与出版部联系，电话：010-62756370

导论 主题的界定与问题的提出/1

- 一、问题的提出/1
- 二、理论研究现状/3
- 三、研究方法/8
- 四、基本结构/10

第一章 合同法与侵权法中间领域的形成/11

第一节 合同与侵权的区分/11

- 一、约定义务 vs 法定义务/12
- 二、绝对权 vs 相对权或权利 vs 利益/29
- 三、期待利益 vs 固有利益/44
- 四、小结/54

第二节 合同法与侵权法的扩张/54

- 一、功能预设与规范结构/55
- 二、合同法的扩张/58
- 三、侵权法的扩张/69
- 四、小结/87

第三节 合同法与侵权法中间领域的类型构成/88

- 一、中间领域的形成原因/88

二、中间领域的基本形态/92

三、小结/95

第四节 本章小结/96

## 第二章 前合同阶段的法律调整/98

第一节 前合同关系与前合同责任/99

一、前合同关系/99

二、先合同义务/104

三、前合同责任/122

四、小结/124

第二节 前合同责任的归责标准/126

一、一般故意责任? /126

二、无过失缔约责任? /140

三、小结/149

第三节 前合同责任的承担/151

一、责任形式/151

二、一般损害赔偿/152

三、基于得利的损害赔偿/165

四、小结/170

第四节 前合同责任与民事责任体系/172

一、前合同责任与违约责任/172

二、前合同责任与侵权责任/181

三、前合同责任与不当得利返还  
责任/186

四、小结/191

第五节 本章小结/193

## 第三章 合同履行阶段中间领域的法律 调整/197

第一节 合同履行阶段的保护义务/198

一、合同保护义务的内涵与类型/198

二、合同保护义务的体系定位/213

三、合同保护义务的确定/238	
四、违反保护义务的法律后果/248	
五、小结/291	
第二节 违约责任与侵权责任的竞合/293	
一、违约责任与侵权责任竞合的规范意义/294	
二、中国法语境下违约责任与侵权责任的区分/299	
三、责任竞合在我国法制实践中的展开/309	
四、请求权竞合模式的反思/322	
五、小结/330	
第三节 与合同履行相关的第三人问题/332	
一、合同对第三人的保护作用/333	
二、第三人侵害合同债权/357	
三、小结/381	
第四节 本章小结/382	
第四章 情谊关系的法律调整/386	
第一节 情谊行为与法律行为的区分/387	
一、情谊行为的界定/387	
二、“受法律约束的意思”的判定/397	
三、情谊行为与无偿合同的界分/402	
四、小结/411	
第二节 情谊关系的法律构造/412	
一、情谊关系的性质/413	
二、情谊关系的内容/417	
三、因情谊给付所生损害的赔偿责任/420	
四、情谊行为理论与中国的司法实践：以好意同乘为例/434	
五、小结/443	

第三节 本章小结/444

第五章 合同法与侵权法中间领域法律调整的  
体系化/447

第一节 中间领域法律调整的规范

目标/448

一、权益创设与权益救济的区分/448

二、中间领域的权益救济特点/459

三、小结/463

第二节 中间领域法律调整体系化的理论  
尝试/464

一、“第三条道路”的提出及其  
批判/464

二、规范統合的尝试及其意义  
扩展/479

三、中间领域体系化的路径选择/490

四、小结/501

第三节 中间领域调整模式的体系  
效应/502

一、责任融合的比较法经验/502

二、责任融合的“后果模式”/511

三、责任融合视野下的立法选择/527

四、小结/542

第四节 本章小结/543

结论/547

一、合同法与侵权法中间领域的成因与特征/547

二、中间领域的规范目标与调整模式/548

三、中间领域调整模式的体系效应/549

参考文献/551



# 导论 主题的界定与问题的提出

当我们持续偏离合同与侵权的经典理论时,在何时我们仍然可以认为自己所提出的理论是有关“合同”或“侵权”的理论呢?

——作者题记

## 一、问题的提出

合同法与侵权法是传统债法的两个核心领域。一般认为,合同保护期待利益,而侵权保护固有利益。但是,在具体的合同实践中,几乎所有类型的合同都可能同时发生期待利益与固有利益的保护问题,从而引发合同与侵权的关联。随着合同意志理论正当性基础的削弱,合同被客观化或“社会化”了,合同法不仅以维护自由意志设定的义务实现为己任,而且肩负信赖保护的职责,合同保护义务的扩张则使合同扩及于原本属于侵权法的保护范围。与之相反,侵权法不仅在确立注意义务方面将合同关系作为背景事实纳入规范视野,并将保护范围扩及于纯粹经济利益这一传统合同法的“专属领域”,合同关系本身所产生的利益,即合同债权也成为侵权法保护的对象(第三人侵害债权),侵权责任可以事先通过约定加以限制或免除,侵权发生后的和解则具有以合同替代侵权的意义。正是这种交错状况的存在,导致了所谓合同法与侵权法边界模糊的“灰色地带”<sup>①</sup>,本文称其为“中间领域”。

合同法与侵权法的中间领域,可以区分为两种表现形态:

一种是模糊领域,另一种是交叉领域。模糊领域涉及待调整对象

---

<sup>①</sup> See Oliver Moréteau, *Revisiting the grey zone between contract and tort: the role of estoppel and reliance in mapping out the law of obligation*, in Helmut Koziol, Barbara C. Steininger ed., *Tort and insurance law yearbook: European tort law 2004*, Springer Wien New York(2005), p. 61.

的性质界定问题,其典型是所谓缔约接触关系与情谊关系。对这类关系的不同界定,会影响到相关法律规则的构造或法律适用,将其纳入合同法还是侵权法中加以处理,涉及的不仅仅是法律形式逻辑的贯彻问题,更重要的是调整效果的妥当与否问题。

与之不同,交叉领域与拟调整领域的法律定性没有直接关系,因为,即使采取最为严格的标准,按照两种规范的构造逻辑,它都同时属于这两种规范体的调整范围,其典型形式是所谓合同保护义务及违约与侵权的责任竞合问题。虽然基于特定的功能预设而确定某种划界是可能的,但其精确性与妥当性却不会因此不再成为问题。事实上,合同与侵权的边界确定始终是各国立法、司法与法学理论面临的共同难题。

合同法与侵权法中间领域在法律理论上提出了两个需要加以解决的核心问题:一是如何看待合同法与侵权法两个法律领域之间的互补关系;二是当一个行为同时满足两个领域的规范构成要件时,如何对待其可能存在的不同法律后果。<sup>①</sup>譬如,当合同法将调整范围延伸到合同关系成立前或债务履行完结后,就会发生“无合同的合同效果”问题,这时就需要协调其与“合同外责任”之代表的侵权责任的关系。另外,合同法与侵权法作为不同法律领域,不等于两种规范体整体上的对立,事实上可能存在一种规范体的具体规则对他种规范体产生影响的情况。比如,有关人身损害赔偿项目的规定尽管只存在于侵权法中,但在合同责任涉及人身损害赔偿问题时,显然也应同样适用;反之,人身损害免责约定无效的规定虽然只规定于合同法中,但也应当适用于侵权责任。有关债之效果的一般规定,通常是由合同法与侵权法具体规范中抽离其共同规范的立法技术产物,但这不意味着,抽离之后余下的规则体就因其归属特定领域的原因而彼此对立,在法律适用时仍须作进一步的分析考察。

从某种意义上讲,前述两个问题本身可能只是从不同角度观察同一个问题而已。比如,当发生合同法与侵权法的交叉时,法律规范的适用是采取并存(请求权竞合或请求权规范竞合论)还是排斥(法条竞合论)的立场,法律效果的选择在司法裁判的意义上就必须考虑到

---

<sup>①</sup> 参见〔德〕克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上卷),张新宝译,法律出版社2001年版,第505页。

对第一个问题的回答。如果我们赞同权益救济的实质目标在特定条件下应当优先于规范形式的观点,具体法律适用可能会对两种法律领域各自独立的效果差异进行不同的评价,这正是超越传统责任竞合理论的请求权规范竞合论甚至全规范统合论提出的基本构想,而法律实践也部分导向这样的方向。例如,按照请求权规范竞合论所要求的结果,责任竞合的效果应当是权利人依据不同请求权规范所能够获得的最大利益(这和请求权竞合论依所选择的规范整体确定救济效果有别),而司法实践则在单一的诉讼形式中扩张其通常的保护范围,如在违约诉讼中保护精神损害,在侵权诉讼中导入履行利益损害。但是,由于这种扩张往往以受害人保护这种现代法律目标为基本考虑,传统以规范性质为中心的立法则以加害行为为基本考虑,基点的变化必然引起合同与侵权在责任规范上出现更多共同点,从而使中间领域的范围扩大,并导致合同与侵权界限进一步模糊化。如果说交叉领域还只是从合同法与侵权法自身逻辑构造的角度提出了制度反思的要求,模糊领域则超越二者的界域提出了新的制度构造问题:合同法与侵权法中间领域具有怎样的特征,对合同法与侵权法的制度构造产生了怎样的影响,需要如何评估侵权与合同区分的意义与限度,中间领域的法律调整模式可能作出怎样的安排?

如果不对合同法与侵权法领域所发生的前述变化及其相关后果作出反思或评估,我国未来民法典的体系性及其内含的利益权衡就难免陷入混乱。只有在考虑特定规范方式变化引发的制度联动效果情况下,才能对这种变化作出恰当的评估。正是由于这个原因,如何认识合同法与侵权法之间的互动,从理论上认真审视合同与侵权区分的标准和不同法律规则设计的实际效果和价值区分,总结司法实务的经验,对于科学制定我国民法典,充分发挥民法典后出国家的“后发优势”,这样的工作就将是不无裨益的。

## 二、理论研究现状

认识合同与侵权制度应当从其功能定位着手。<sup>①</sup> 总体而言,国外学者在这个问题上所涉及的范围以及采用的方法较为丰富。美国学

---

<sup>①</sup> 依规范性质制定的法律必有其功能预设,功能不同则调整方式有别;功能差异越大,其区分越有意义,反之则否。

者希尔曼详细介绍并评述了当代合同理论,在他看来,合同法由规范不同种类合同的特殊规则构成,同时包含许多例外与相反原则,是一个矛盾与差异的混合体,尽管它们合理反映了社会的规范选择,但一个高度抽象的核心合同理论不能说明合同法的全部主题,因而理论与规范都应具有丰富性。<sup>①</sup> 英国学者阿狄亚简要分析了合同法具有的履行允诺与期待利益维护、防止不当得利以及防止某些类型损害等三种目的,并言及合同与侵权可能的关联。<sup>②</sup> 加拿大学者本森主编的《合同法理论》一书,更反映了英美学者在这方面的新思考,可以说延续和扩展了希尔曼所开辟的话题。<sup>③</sup> 美国学者格瑞尔德·J.波斯马特编辑的《哲学与侵权行为法》一书则全面反映了英美学者在侵权法的哲理思考,伦理的、经济的、哲理的以及法实证分析等多种研究方法在这里交织辉映。<sup>④</sup> 值得注意的是,加拿大学者欧内斯特·温里布基本上是从侵权法的角度推论出亚里士多德矫正正义论与康德权利论的私法基础,并尝试从私法内部对私法制度作出解释<sup>⑤</sup>,而美国学者詹姆斯·戈德雷教授则运用多法域私法制度的素材论证说,亚里士多德哲学基本理论(尤其是有关分配正义和交换正义的思想)是包括合同与侵权在内的现代私法的基础。<sup>⑥</sup> 二者虽然重点不同,但都注重哲理思考与制度构造之间的嫁接。

对于合同与侵权关系的讨论,国外特别是美国在20世纪70年代进入了一个高潮,其肇因是吉尔默极具煽动性的演说——“契约的死亡”。由于吉尔默在该文中认为现代合同理论被重新吸收进入传统的侵权法潮流之中,因此,究竟如何看待当代合同与侵权的关系问题,就

---

① See Robert A. Hillman, *The richness of contract law: An analysis and critique of contemporary theories of contract law*, 12 ed., 1997.

② 参见[英]阿狄亚:《合同法导论》,赵旭东、何帅领、邓晓霞译,法律出版社2002年版,第34—35页。

③ 参见[加拿大]本森编:《合同法理论》,易继明译,北京大学出版社2004年版。

④ 参见[美]波斯特马编:《哲学与侵权行为法》,陈敏、云建芳译,北京大学出版社2005年版。

⑤ 参见[加拿大]欧内斯特·温里布:《私法的理念》,徐爱国译,法律出版社2007年版。

⑥ 参见[美]詹姆斯·戈德雷:《私法的基础:财产、侵权、合同和不当得利》,张家勇译,法律出版社2007年版。

引起了不小争论。与之相似,大约是在同样的年代,德国学者卡纳里斯出版了他具有重大影响的《德国私法中的信赖责任》一书<sup>①</sup>,从信赖保护的角度确立了信赖责任的独立地位,并由此引发了合同与侵权解决思路外“第三条道路”之可行性的讨论。

与国外这种状况不同,国内学者对合同法和侵权法的功能问题一般关注不多。李永军教授讨论了合同制度在保护交易以促进私法目标的实现、最大限度增加了经济价值和实现资源有效利用等方面的作用,但并没分析这些不同作用之间的相容性。<sup>②</sup> 王利明教授持有侵权法多重功能的看法,分别讨论了侵权法的补偿、保护和创造权利、维护行为自由、制裁与教育、预防和遏制等功能,但同样没有分析这些功能之间的相容关系。<sup>③</sup> 同时,前述学者对于合同法和侵权法这些功能与具体规则设计间的联结关系也没有论及,特别是对于合同法与侵权法功能区分与衔接关系罕有讨论。<sup>④</sup> 由于这种整体功能关照的缺失或不够深刻,国内学界在合同法与侵权法的功能认识上还没能展开体系化的思考,基本上仍停留在单纯的制度引介或阐释阶段。

尽管合同法与侵权法的区分是两大法系的共有传统,但是作为其基础的合同与侵权这种类型区分,在现代发生了不同于20世纪之前的变化。也就是说,合同法与侵权法所调整的对象只是在核心部分存在明显的区别,在这个核心之外,则是广泛存在的中间领域。基于受害人正当利益保护的需要,理论界和实务界试图运用缔约过失、加害给付、第三人侵害债权(诱使违约)、保护义务、信息责任等相关理论或规范设计尝试对合同法与侵权法的边界作出重新划分。在立法上,缔约过失、加害给付、第三人侵害债权等制度在《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国反不正当竞争法》《中华人民共和国劳动合同法》等法律中已得到确立。在理论上,一些学者在讨论合同责任扩张

<sup>①</sup> Siehe Claus-Wilhelm Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München 1971.

<sup>②</sup> 参见李永军:《合同法》(第2版),法律出版社2005年版。

<sup>③</sup> 参见王利明:《侵权行为法研究》(上卷),中国人民大学出版社2004年版,第85页以下。

<sup>④</sup> 最近已有学者开始从整体上关注合同法与侵权法两个领域的界分问题,参见王利明:《侵权责任法与合同法的界分:以侵权责任法的扩张为视野》,载《中国法学》2011年第3期。

的过程中,以安全注意义务为中心,对侵权和违约边界模糊化现象及其效果也进行了研究<sup>①</sup>;另一些学者在讨论合同附随义务问题时则涉及了合同法与侵权法在保护、保密、告知等方面的关系。<sup>②</sup>但是,既有的法律制度和理论仍主要将视角集中在合同与侵权的核心领域,还没有将这些问题纳入中间领域调整的整体视角之下,缔约过失与违约或侵权责任的关系较少得到关注就是证明(即使一些专门研究缔约过失的论文也是如此)。而且,多数学者在讨论前述问题时,几乎都不自觉地普遍“回归”侵权与违约竞合的“一般问题”上去,难以跳出既定的框架对中间领域进行反思性的观察。实际上,这种中间领域所涉及的问题与典型合同与侵权是不同的,将其简化为合同与侵权的问题极易引致误解,若将其“独立化”(如独立的缔约过失责任),又往往遮蔽了其与合同法和侵权法的关系。并且,由于讨论在理论层面的抽象化,现有研究都有意无意将合同法和侵权法的调整当做一个单一逻辑下的调整技术,没有注意由于其内部差异性(正如希尔曼所言的理论和规范的丰富性问题)所引发的相关问题。整体上关注中间领域所引发的法律调整问题,须首先明确这个中间领域范围究竟多大,其特征如何,这是现有理论所没有涉及的问题。欧洲学者[如奥地利著名学者考茨欧(Koziol)教授]在讨论欧洲统一法的制定时,已经明显开始关注这方面的问题。<sup>③</sup>

对于中间领域的调整模式,国内学者的认识主要集中在有关合同与侵权竞合方面,已有的研究梳理了合同责任与侵权责任竞合的历史、区别、样态、理论学说,使之成为一个清晰的问题。学者们对于两种责任在违反义务的性质、保护对象、侵害后果、归责原则、责任方式、赔偿范围、举证责任、时效期间等方面的差异及竞合条件进行了较为详尽的讨论。学界普遍认为,《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第122条已确立了违约与侵权自由竞合的调整模式,但一

---

① 参见熊进光:《侵权行为法上的安全注意义务研究》,法律出版社2007年版。

② 参见侯国跃:《契约附随义务》,法律出版社2007年版。

③ 参见[奥]H.考茨欧编:《欧洲侵权法的统一:违法性》,张家勇译,法律出版社2009年版。更为详细的讨论,参见 Helmut Koziol, *Basic questions of tort law: from a comparative perspective*, translated by Fiona Salter Townshend, Jan Sramek Verlag 2012, pp. 93-107.

些学者认为其存在不足,应对责任竞合作出适当的限制。<sup>①</sup> 总体而言,现有关于责任竞合的理论仍有以下不足:

首先,国内学者在讨论时,大都没有对所讨论的概念作过精确的定义,结果导致多数学者将违约责任作为合同法上唯一的责任类型,极少注意到缔约过失、合同解除所生责任与违约责任的差异,因而将违约责任与侵权责任的差异有意无意当做合同法上的责任与侵权责任的差异,使有关竞合的论说产生不周延的情况。

其次,研究的内容重复,即使对于《合同法》第 122 条的解释也基本维持了 20 世纪 90 年代初期的状态,几乎没有在前人的基础上提出更有实践力与解释力的新视角、新理论,并且,现行研究基本都停留在理论层面,甚至有关案例分析也基本将既有的理论当做教条,缺乏对司法实践的案例素材给予足够关照,国内没有任何从案例归纳的角度对竞合问题加以研究的论文,就是这种状况的表现。在现代,由于合同法和侵权法的规则存在“离散”的状况[例如,合同法既保护期待利益也保护信赖利益(现存利益)以及返还利益,侵权法也保护合同利益或者纯粹经济损害,这导致了合同法与侵权法都不再能够立基于单一的理论前设],因此,有关合同责任与侵权责任竞合问题的讨论就无法离开具体的事物“场景”展开。只有在“具体场景”之下,实证研究才可能具有反思现有理论主张和实践做法的价值。

除了合同责任与侵权责任的竞合问题之外,国内学者总体上对合同与侵权的二分没有提出过重大质疑。虽然一些学者对于保持《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)确立的“民事责任”制度设置提出过肯定意见(如魏振瀛),但没有引起足够的重视,对于这种见解可能产生的效果也没有引起过认真的评估。新近有个别学者借鉴德国相关理论提出重构我国民事责任体系,建立合同责任、侵权责任与保护责任三元体系的构想<sup>②</sup>,尚没有获得理论和实务的支持。在国外,一些学者早已注意到由于合同法和侵权法在责任规则上相互接近所引发的责任统一现象。<sup>③</sup> 这种关注也已经在一些国家的立法中

<sup>①</sup> 参见王利明:《违约责任与侵权责任的区分标准》,载《法学》2002 年第 5 期;汪世虎:《合同责任与侵权责任竞合问题研究》,载《现代法学》2002 年第 4 期。

<sup>②</sup> 参见邱雪梅:《民事责任体系重构》,法律出版社 2009 年版。

<sup>③</sup> See Saul Litvinoff, *Contract, delict, morals, and law*, 45 *Loyola Law Review* (1999), p. 48.

得到了体现,比如《荷兰民法典》《阿根廷民法典》就设置了合同与侵权统一的损害赔偿规则,在一定程度上克服了竞合规则可能引致的问题。但是,这种共同规则究竟应当如何设置方属妥当,尚需进一步深入讨论。

正如前文业已提到的那样,我国学者已经指出,由于需要兼顾自治与管制的双重目标,现代民事立法表现出“以事物领域为中心”的特点。从责任法的角度看,这种立法方式的确会缩减或淡化合同与侵权区分的意义。然而,这种缩减或淡化对合同法与侵权法这种以规范性质为中心的立法以及法律实践将产生怎样的影响呢?对此问题,应当引起学界的注意。

法律实践表明,合同法与侵权法之间广泛的中间领域只有少数产生了新的责任形式(如缔约过失责任的确立),更大部分则仍然被以改变的形式纳入合同法与侵权法的传统调整模式中(如合同法中的保护义务与侵权法上的安全保障义务之确立)。这种做法以静态的调整模式为其基本关注点,虽然在一定程度上保持了法律调整的稳定性,但同时也承继了传统调整模式所固有的缺陷,在维持稳定和克服缺陷之间,各国存在不同的解决方式。民法典晚出国家在对待这个问题时,至少需要解决以下三个问题:如何评估合同与侵权中间领域的范围和需要解决的法律问题;如何评估既有调整模式的实际效果;如何构建中间领域法律调整的理论与规则。现有理论虽然已经“个别地”展开了不乏深刻的分析,并能够成为本课题研究的坚实基础,但整体研究和充分评估这些研究的意义仍属必要。

### 三、研究方法

本书在研究方法上将重点体现两个方面:一是法律比较研究方法;二是案例实证的研究方法。

如果说所有国家在相似的背景之下都可能面临相似的问题,当我们面对相似的问题时,就可以看看在先者是如何处理这类问题的,他们的做法(无论是成功的还是失败的)可能给我们解决自己现在面临的问题提供启示,避免我们在茫然无助的状态中探索并作无谓之付出。因此,在今天这个被称为“全球化”的时代中,这种方法的利用价值已被提升到很高的程度。历史上欧洲的立法与理论曾经影响过英美的法律,今天欧盟统一立法参酌美国的做法也早已不是什么新鲜事



了。可以说,现在没有哪个国家或地区在其立法活动中能够置身于这个潮流之外,对其他国家或地区的法律规定或做法不管不顾。因此,比较研究的方法在本研究中将发挥重要作用。

就实证研究来讲,理论上有不同的认识。本书运用的实证研究方法主要是指司法案例的实证研究,即通过分析、整理法院的司法案例以把握法律在实践中的运用情况,具体分为个案研究、类案研究和案例统计研究等三种形式。个案研究是通过具有典型意义的个案进行讨论,以明确具体规则在个案中的适用情况。其中,同案同判或同案不同判的案例对比,在这种案例研究中具有凸显争议或重点问题的意义。类案研究是对多个同类案例的整体研究,通过辨别案例之间的不同以确立类型区分,促成抽象规则的具体化,如医疗服务合同纠纷的基本案型、缔约过失的基本案型等研究。类案研究可以看做是个案研究的扩展形式,个案研究是以个案的典型性反映问题,而类案研究是以多个典型案例之间的对比对抽象规则加以类型化处理。案例统计研究是对达到一定统计量的案例各变量进行统计,依据样本总体特点解释或说明相关法律现象或问题,辨明特定规则的适用情况。案例统计的重点在于样本选择的合理性,而不像前两种研究方法那样关注样本中单个案例是否具有典型性。在具体进行案例研究的时候,这三种方法可根据主题的需要而配合适用。

在案例的选择上,不同案例研究方法对于案例的选择可能提出不同的要求。除了如前所述的案例典型性之外,在进行个案研究或多案例对比研究的过程中,案例的典型性不仅以其特定的事实类型以及法院的判决说理表现出来,还需要具备一定的权威性。也就是说,某种具有典型性的案例,不仅因其本身具有典型特点,而且这种特点最后由一定权威性加以支撑方具有更强的说服力。这是因为,对于典型性的理解,可能取决于案例使用者对于特定问题的强调与把握,如果案例本身欠缺权威性,这种典型性就可能大打折扣,并可能在法律或者法理上面临质疑,甚至可能被更高级别的其他判决所修改甚至否定。在典型性和权威性之间,我们更多强调前者,因为典型性即使面临权威性的质疑,如果从法解释论角度能够借助与既存法源或者法理的吻合程度而强化其说服力,这类案例自然可以指示类似案例在今后的可能裁判倾向。不过,基于前述理由,在本书使用个案或者对案例对比研究时,在案例选择上将遵循相同或类似案例,审判级别越高者越被

优先选择这个标准。相反,在统计案例分析时,我们更多强调案例选择的时间、地域范围与样本涵盖面(案例数量)。从中国现行司法案例的公开并不充分的现实情况来看,尽量利用已经公开的司法案例将是减少样本误差的较好途径,但是基于案例类型的总体数量以及本研究面临的约束条件来看,我们将有意识地限制这个样本的数量不至于太大,通过案例范围与审判级别两个角度对案例进行筛选,以减小案例数量方面的压力。

#### 四、基本结构

本研究的目标旨在结合中国法的具体背景讨论合同法与侵权法中间领域的法律调整,借此审视合同法与侵权法的体系定位,并评估统一民事责任立法的可能性。为此,本书将首先从合同与侵权区分的一般理论视角考察二者的关系,再从合同法与侵权法的扩张角度观察区分逻辑的扰乱,据此揭示中间领域的形成原因及基本特征(见第一章)。由于有效合同具有较为确定的标准,因此,按照相关领域与有效合同的关联形式,选取前合同阶段、合同履行阶段及情谊关系等三种典型形态讨论中间领域的法律调整问题将是便捷可行的(见第二至第四章)。通过这种具体考察,我们发现,中间领域需要处理的核心问题是权益救济或民事责任问题,中间领域应被限定在合同责任与侵权责任而非合同与侵权的一般关系层面,这为中间领域调整模式的讨论提供了更加明确的指示。同时,中间领域涉及的权益救济并不取决于待决事实的规范定性,而是取决于受保护权益与应当担责的行为的结构关系,因此,中间领域的法律调整就要求打破区分逻辑的限制,统一民事责任的制度构造,此即中间领域法律调整的体系效应(见第五章)。最后是本书研究结论的简要概括。

# 第一章 合同法与侵权法中间领域的形成

合同与侵权的区分总是与特定法律传统及制度背景相关,比较法上并没有一个可以确证的明确边界。<sup>①</sup> 从而,合同法与侵权法的中间领域也必然依赖特定的实证法结构,同样缺乏可以抽象确定的一般范围。尽管如此,从一般理论层面考察二者边界不明的具体表现及其成因,仍然有助于对中间领域的法律调整寻求解决之道。

## 第一节 合同与侵权的区分

就合同与侵权的区分来讲,是否存在有效合同关系,是一个基本的前提。有关违约责任与侵权责任区分的各种理论概括,都可以看做是在这样的前提之下展开的。相反,如果取消这个前提,我们就会发现合同与侵权的区分从一开始就具有技术和政策决定的意味,将某些法律现象处理为合同法的调整对象,不仅限制了相关侵权法规则的适用,而且会改变合同法自身逻辑的一贯性。出于分析简便的考虑,我们首先从存在有效合同关系这种典型情况入手,然后修正这个前提而展开进一步的分析。

如果以是否存在有效合同关系为前提,合同和侵权在规范功能方面的差异就大体上可以看做是有关期待利益的实现与意外损害的分担两个目标之间的差异。与之相应,法律义务的性质(约定义务还是

---

<sup>①</sup> 参见[德]克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上卷),张新宝译,法律出版社2001年版,第529页。

法定义务)、受保护权益的类型(是否绝对权<sup>①</sup>)以及损害结果(期待利益损害与固有或完整利益损害)等,就可以看做是前述功能区分的展开。也即,合同对应的是约定义务、相对权与期待利益(经济损害),而侵权对应的是法定义务、绝对权与固有利益(特别是人身损害)。<sup>②</sup> 这个大致的标准为认识合同与侵权的区分提供一个粗略而非精确的指引。

## 一、约定义务 vs 法定义务

在法律传统上,义务被区分为自我设定的义务和外部施加的义务两种基本类型。<sup>③</sup> 从宽泛的意义上讲,合同是自我设定的义务,与侵权人所承担的法定义务有别。合同义务作为自我设定的义务满足了私法自治的要求,是两个独立的私人通过自由和自愿的交易对未来事项作出安排,合同的后果取决于缔约当事人事先的意愿。相反,侵权法上的义务则是两个陌生人之间因损害而发生的法定约束关系,尽管在侵权行为中也存在意思(或意志)问题,并可能作为判定侵权责任的考虑因素(过错要件),但是,侵权责任的内容却不取决于该等意思,从而与合同内容取决于缔约当事人意思的情形有别。换句话说,合同义务是当事人意志的结果,而侵权义务则源自法律的规定。

### (一) 协议作为合同的基本要素

合同的标的或内容是多数人之间的意思合致(即合意)的观念,在古日耳曼法、古罗马法以及教会法上就已经存在。<sup>④</sup> 在罗马法上,“‘协议’一词是一个一般性用语,指为取得一致或达成和解而在缔约双方间商定的一切事项。就像我们说‘汇合’(convenire)是指那些来

---

<sup>①</sup> 在德国理论上区分所谓绝对权和绝对法益,绝对权是以物权为典型代表的权利,而绝对法益是以生命、健康、身体、自由为基本表现的人格利益。其他则为法益和利益。我国大陆法学理论则将绝对权和绝对法益都统称为绝对权,并无绝对法益的称谓,

<sup>②</sup> 参见王利明:《违约责任与侵权责任的区分标准》,载《法学》2002年第5期。

<sup>③</sup> 参见[英]阿蒂亚:《合同法导论》,赵旭东、何帅领、邓晓霞译,法律出版社2002年版,第1—3页。

<sup>④</sup> Siehe Hans Hattenhauer, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts: Historisch-dogmatische Einführung*, München 1982, S. 64.

自不同地方的人向同一地点聚集一样,‘汇合’在另外一个意义上也是指不同的意向变为相同的意向,即达成一致。……所有契约,无论是以口头方式设立还是以要物方式设立的,都必须包含一项协议,否则不产生任何契约关系或债的关系”。<sup>①</sup>“单纯的合意就足以产生债的关系,即使不是用语言表达的。”<sup>②</sup>尽管在法律上合意本身可以成为债务的基础,但它仍非债务发生的充分条件,要是没有满足法定合同形式<sup>③</sup>的要求,或者合同标的物已经被交付的情况,单纯的约定并不能发生约束效果。<sup>④</sup>在法定合同形式外,当事人缔结的其他合同被归入“无名合同”(innominate contract)之下。这种合同在最初是不可强制执行的,但后来形成的规则是,已经履行的一方可以迫使对方履行,或者要求返还已经完成的履行;要是双方都没有履行,其作为“裸约”(naked pact)是不能被执行的。<sup>⑤</sup>这表明,虽然罗马法律人对一方已履行的无名契约的承认的确突破了类型化契约制度的限制<sup>⑥</sup>,但他们还是否定单纯基于合意提起诉讼。这种做法在中世纪仍然得到维持,尽管普通法和大陆法上都逐步开始承认那些无须履行特定程序而订立的,且双方都未履行的待执行合同(informal executory contract)。<sup>⑦</sup>

将合同的效力或者合同权利义务的基础完全建立在当事人的意思之上,则需要等到19世纪伴随合同意志理论出现之后才能实现。

① 乌尔比安:《论告示》第四编,D. 2,14,1,3。〔意〕斯奇巴尼编:《债契约之债》,丁玫译,中国政法大学出版社1992年版,第9页。

② 莫德斯汀:《论规则》第二编,D. 44,7,52,10。〔意〕斯奇巴尼编:《债契约之债》,丁玫译,中国政法大学出版社1992年版,第7页。

③ 四种实物契约(消费借贷、使用借贷、寄托和质押)、四种合意契约(买卖、租赁、合伙与委托)以及口头契约(要式口约和誓约)和文字契约是《法学阶梯》对契约种类的全部列举。参见〔英〕巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2000年版,第199页。

④ 参见〔美〕詹姆斯·戈德雷:《私法的基础:财产、侵权、合同和不当得利》,张家勇译,法律出版社2007年版,第478页。

⑤ 同上注。

⑥ 参见〔英〕巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2000年版,第201页。

⑦ See James Gordley, Contract, property, and the will: the civil law and common law tradition, in Harry N. Scheiber ed., *The state and freedom of contract*, Stanford University Press 1998, p. 68.

对于 19 世纪的法学家们来说,意志或意思(will)成了他们最为中意的唯一概念,并由此建构了使合同保持一贯性的意思理论。<sup>①</sup> 在他们看来,合同之所以具有约束力,只是因为它是当事人自愿选择的结果。当事人期望他们的义务是什么就是什么<sup>②</sup>,这可以被看做是意志理论最为简要的表达。

很显然,没有哪个时代的实证法会执行当事人无论什么样的意思或允诺,而总是会对这种意思或允诺施加某种限制,即使是在意志论盛行之时也是如此。于是,问题就随之产生了:为什么有的允诺具有约束力而有的则没有?单纯以实证法有如此这般的规定为由显然不行,而需要加以特别的论证。有关于此的论证即使到今天也仍然不断被提出来<sup>③</sup>,要对此作出概观几乎是不可能的,我们这里也只能有所选择地加以简要说明。

对于允诺为何具有约束力的问题,中世纪的法学家们存在不同的看法。一些人认为,允诺之所以有约束力,是因为受约人已经因信赖允诺而改变了地位,并因此境况变糟;另一些人则认为,允诺的作出不仅使允诺人对受约人负有义务,并因此授予后者提出要求的权利。<sup>④</sup> 不过,信赖说并不能够解释为何你的信赖使我的允诺产生了效力这个问题,而且,即使你的信赖有这种效果,也不意味着需要按照我允诺的内容保护你的利益,你因允诺所受的全部损失也不过是既有利益的损失而已。这个看法正是后来影响深远的富勒和帕杜的看法:“经由对处境改变的赔偿而致对期待丧失的赔偿,再次引用亚里士多德的话讲,我们是经由矫正正义(corrective justice)而至分配正义(distributive justice)。法律不再仅仅寻求对扰乱了的事物现状的恢复原状,还要缔造新的情形,它不再是防御性或恢复性的作为,而是充当了一个更为

---

① 参见[美]詹姆斯·戈德雷:《现代合同理论的哲学起源》,张家勇译,法律出版社 2006 年版,第 202 页。

② 同上书,第 249 页。

③ 参见 T. M. Scanlon:《许诺与合同》,载[加拿大]Peter Benson 编:《合同法理论》,易继明译,北京大学出版社 2004 年版,第 98 页以下。

④ 参见[美]詹姆斯·戈德雷:《私法的基础》,张家勇译,法律出版社 2007 年版,第 482—483 页。

积极的角色。”<sup>①</sup>与此相对,后一种观点则赋予受约人一种权利,其内容就是允诺所授予的利益,也即,一旦作出允诺,允诺中所包含的利益就因为受约人的接受而由允诺人转给了受约人,尽管这种利益尚未实际转移,但利益归属早已因约定而改变了。这种合同中的允诺产生如同利益实际转移效果的认识,正是后来违约救济财产权说的变形,也即,一旦合同生效,合同权利人基于合同享有的权利就是一种财产权,如果义务人不履行,他就侵害了合同债权人的财产权。<sup>②</sup>不过,说允诺使受约人取得了要求履行的权利,不过是说允诺人因允诺而承担履行义务的同义反复而已,要是不为这种权利找到一个理由,这样的结论就只能是臆断。<sup>③</sup>后世的学者试图就此作出解释。

约瑟夫·拉兹尽管承认允诺并没有给予受约人以要求履行的权利,但还是认为,法律为了防止“侵蚀或贬损自愿承担债务的习俗”所生的“制度性损害”(institutional harm),要求允诺人应当履行其允诺。<sup>④</sup>这是一种从交易相对人外寻求论证的方式,和当代著名的意志理论家查理斯·弗里德(Richard Fried)的看法相似。在弗里德看来,允诺约束力处于每个俗成结构(conventional structure)——游戏(games)、制度、惯例(practices)以及最为重要的语言——的背后。<sup>⑤</sup>进行允诺(promising)是一种非常一般性的社会习俗,我们可以通过它实现各种具体目的。为了尽可能的自由,并让我的意志在最大可能的限度内和其他人类似的意志保持一致,有必要存在一种我可以让自己承担义务的方式。这种自我施责的中心考虑,在于相互促进自我目标

---

① [美]L. L. 富勒、小威廉 R. 帕杜:《合同损害赔偿中的信赖利益》,韩世远译,中国法制出版社2004年版,第10页。

② See Notes, *Tortious interference with contractual relations in the nineteenth century: transformation of property, contract, and tort*, 93 *Harvard Law Review* (1980), p. 1511.

③ See Richard Craswell, *Against Fuller and Perdue*, *U. Chicago Law Review* 67 (2000), pp. 123-124; Smith, *Theory of contract*, p. 126. 转引自[美]詹姆斯·戈德雷:《私法的基础》,张家勇译,法律出版社2007年版,第484页。

④ See Joseph Raz, *promises in morality and law*, *Harvard Law Review* 95 (1982), p. 934. 转引自[美]詹姆斯·戈德雷:《私法的基础》,张家勇译,法律出版社2007年版,第485页。

⑤ See Charles Fried, *Contract as promise* (1981), p. 12.

的实现,以及互惠性的获得。<sup>①</sup> 法律上的守约义务依赖于道德上的守约义务,即尊重个人自治和确保信任。他的比喻性说法是:“毫无疑问,为我自己现在获得某物而允诺将来为你做某事,我就为了现在的自我利益而押上了将来的自我利益。”<sup>②</sup> 这种将社会习俗与主体自身目的联系起来的做法,被后来者所仿效。例如,史密斯就认为,自愿承担债务的习俗具有“内在价值”,如果认为允诺有时候可以被违反,它就不会被创造出来。<sup>③</sup> 然而,这样的论证并没有为论证增加什么新的东西,最多不过是重申了遵守允诺是有价值的这个观点而已。

在意志理论的哲学先驱康德看来,意志源自主体的理性,由其渴望能力所构成。<sup>④</sup> 因此,这种意志就可以同时包括有意的选择行为和单纯愿望的行动。那种由纯粹理性决定的选择行为,构成自由意志的行为。<sup>⑤</sup> 追问“我为什么应该遵守我的诺言?”是徒劳的,因为遵守允诺是一个“纯粹理性的公设”。<sup>⑥</sup> 由于通过契约的获得不过是他人积极意志的结果,因此获得的不是他人允诺之物,而只是达到获得该物的意志的行动,即允诺本身。“通过取得一种主动的责任,我能够对另一个人的自由和能力施加压力,……我的这种权利只不过是一种对人权,它的效力只能影响到他意志的因果关系,于是,他必须为我做一些事……”<sup>⑦</sup> 这个观点——允诺是自由意志的行动,通过对方接受而具有约束力——具有双重意义:一方面,它提供了古典合同模式下有关合同债务正当性的根据;合同本质上是一种自我施予的责任。<sup>⑧</sup> 同时,

---

① See Charles Fried, *Contract as promise* (1981), p. 13.

② Ibid., p. 14.

③ See Smith, *Theory of contract*, p. 127-8. 转引自[美]詹姆斯·戈德雷:《私法的基础》,张家勇译,法律出版社2007年版,第485页。

④ 参见[德]康德:《法的形而上学原理:权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第16页。

⑤ 同上书,第17页。

⑥ 同上书,第90页。

⑦ 同上注。着重号为引者所加。

⑧ See Catherine Mitchell, Searching for the principles behind privity reform, in Peter Kincaid ed., *Privity: Private justice or public regulation* (2001), p. 109.



它表现为合同效力的合意主义：相互同意使合同生效。<sup>①</sup>

不追问为何应当遵守允诺，而仅仅是将其作为“纯粹理性的公设”，成为19世纪的法学家们的一般做法。他们虽然像他们的先辈一样使用意志、协议或合意之类的概念界定合同，但并没有说明法律为什么要执行合同或者为什么要尊重当事人所表达的意思。恰如法国学者 Valérie Ranouil 言及法国的意志理论时所说的那般，他们将其视为理所当然，根本无须证明，“合同之所以有约束力，仅仅是因其为合同的缘故”。<sup>②</sup>正是在这种不追问允诺为何有约束之观念下，意志理论家们就可以将所有的合同问题简化为意志问题，即使是需要确定当事人在合同中没有明确约定的事项，他们也都以当事人的意志为唯一根源；一些人甚至含糊地表示，意志是当事人债务的全部根源。<sup>③</sup>这种认识或许就是将合同义务等同于自我设定义务的做法的思想根源。

## （二）非基于意愿的合同义务

合同以协议或合意为要素，不仅表明合同义务应决定于当事人的意志，该种具有约束力的意志还必须是被接受的一致意思，因而，更为准确的说法不是合同义务源自当事人的意志，而是合同义务源自双方当事人共同的意志。在这个意义上，合同与允诺的区分仍然是有必要的。在大陆法上，取决于单方意思的行为与取决于双方意思的行为，是作为不同行为类型加以对待的，但在英美法上，合同与允诺之间的区分并没有被严格坚持，允诺本身可以被作为合同对待。<sup>④</sup>

在合同中，不论是单方的意思还是双方共同的意思，作为具有约束力的意思，依其本性应当是当事人内心真实的意思。因此，探求当事人的真意是合同解释的一般规则。但是，如果合同作为一项社会事

① 在康德看来，合同是两个人联合意志的行为。它包含意志的四个法律行为：两个是准备行为，即提供和接受；两个是构成行为，即允诺和接受。对于后者而言，尽管在经验上它们在时间上有先后，但作为纯粹是理性的法律关系，这种时间上的先后则是不存在的，“契约的开始”产生于一个公共意志，因此可以用“与此同时”或“一齐发生”等词语来表达。参见〔德〕康德：《法的形而上学原理：权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆1991年版，第88—89页。

② James Gordley, *Contract, property, and the will: the civil law and common law tradition*, in Harry N. Scheiber ed., *The state and freedom of contract*, Stanford University Press 1998, p. 72.

③ See James Gordley, *ibid.*, p. 73.

④ See H. G. Beale ed., *Chitty on contracts*, p. 3.

实需要第三者能够加以确定,调查当事人内心真实的意愿就几乎是不可能或者是有极高成本的。使合同成立的协议从来就不表现为当事人心理学意义上的意思合致,而应是外在客观的可被理解的意志。这就是所谓客观合同解释的理论。“协议不是一种精神状态,而是一种行为,并且,作为一种行为,它是由行为推导出来的东西。对当事人的评判不是依据他们所想为何,而是依据他们所言、所写或所做为何。”<sup>①</sup>由于合同解释是从当事人的外在表示行为并结合行为相关场景而确认其意思,所以这种意思就有发生与当事人真意背离的可能性。由于表示行为的意义是可以归责于表示人的,因此,即使其使用的表达方式与其内心真意相违,他也必须依相对人实际理解的意义承担责任。尽管法律也可能对此给予特别的救济之策(如错误撤销),但其作为意思表示而承担责任的一般效果仍然没有改变。<sup>②</sup>在这个意义上,与其说是当事人内心真意具有约束力而发挥作用,不如说经由外在客观表示所确认的当事人的意思才具有约束力。

一旦可以从客观表示的角度确定当事人的意思,那就意味着纯粹的行为表现可以取代当事人真实的意思而成为意思表示或者合同的中心,事实合同理论由此被提出来。德国学者豪普特(Günter Haupt)在其著名论文《论事实合同关系》中写道:

在现代人类共同生活的组织中,个人强烈地依赖于如下方式:他要么不能选择他应为给付或者接受履行的合同对方当事人,要么不得与对方个别协商确定合同的内容……在发生这种变迁的情况下,当事人之间的意思合致就丧失了其法律构成的意义,即丧失了我国民事立法所赋予的制度意义。……为了避免过多的人为概念造成混乱,我想把上述这种事实构成描述为“事实合同关系”。这就清楚地表明,这种合同关系不是通过合同的缔结,而是经由事实过程而形成。它与其他民法上的合同的区别仅

---

<sup>①</sup> Cheshire, Fifoot and Furmston's *law of contract*, 13th ed., Butherworths 1996, p. 29.

<sup>②</sup> 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔、邵建东等译,法律出版社2003年版,第455—456页。

在于成立过程的差异,但它们都同样引起合同关系的产生。<sup>①</sup>

事实合同理论在一定程度上如果不是敲响了以意志论为基础的自由主义合同理论的丧钟,也已经对其造成了强烈的冲击,因为它事实上动摇了意思在决定行为效果方面的决定意义。尽管该理论的产生有其特殊的历史背景,但是,至少在今天我们仍然可以发现其身影不时晃动于某些法律制度之间,如事实合伙、事实婚姻等概念类型就是其例。

如果说客观解释以及事实合同理论还只是使当事人的内心真意被转换为被确认的规范意思,尚未使二者发生完全背离,对当事人沉默意思的效果确定,甚至对当事人根本未作任何约定的事项进行“漏洞填补”,就更可能使前述问题复杂化。对于沉默之意思表示来说,其本身为无内容的“空白表示”,要对此种表示赋予法律效果,非依特定标准“填补”其内容不可。一般而言,基于私法自治的考虑,沉默不得赋予行为人不利的效果。这样,沉默行为通常就被赋予消极的效果。比如,我国《合同法》第47条第2款规定:(相对人就限制行为能力人订立的合同向法定代理人催告后)“法定代理人未作表示的,视为拒绝追认”。《合同法》第48条第2款就无权代理人所订立合同有类似规定:“被代理人未作表示的,视为拒绝追认。”但是,法律在特定情形下还是有可能赋予行为人积极为意思表示的作为义务,如果行为人沉默而不为表示,该种沉默行为则会被赋予对其不利的“同意”效果。我国《民法通则》第66条第1款第3句规定:“本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的,视为同意。”该规定就是这方面的著例。

相应的,就合同漏洞补充来说,其标准有二:一是依补充的合同解释补充合同;二是依任意法规补充合同。<sup>②</sup>从表面来看,以任意法规补充合同与当事人的意愿产生背离的风险更大,而通过补充的合同解释填补合同漏洞则因其顾及合同约定的个别性特点,更可能与当事人意思吻合。但是,补充的合同解释作为从当事人已有表示推知其未有之意思,实际上是一种“拟制的当事人意思”,这种拟制的意思与当事人

<sup>①</sup> Hans Hattenhauer, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts: Historisch-dogmatische Einführung*, München 1982, S. 71.

<sup>②</sup> 参见《合同法》第61、62条。

真实意思之间的关系,就如同合同客观解释之结果与当事人真意之间的关系一样。所以,补充的合同解释所确定的解释结论就取决于裁判者的特定认识,在这个意义上,其确定性就不如依任意法规进行补充的方法。尽管如此,两种补充方式并不完全决定于当事人实际具有的真实意思,在这一点上则是相同的。

不论是客观解释还是漏洞补充,合同都在一定程度上受制于当事人的内心意思。也就是说,尽管无法确保解释的结果与当事人的真意相符,但只要能够确定当事人真实意思,且这种意思也不违反法律的强制规定,这种意思不论是对当事人自己还是对于裁判者都是有约束力的。这种约束力源自合同自由原则这个宪法性的私法原则,表明了私法自治的特点。但是,随着社会经济、政治关系的发展,将私法关系完全交由当事人自决的立场不断遭遇挑战,从而出现了所谓合同自由衰落的现象。<sup>①</sup> 我们可以发现,国家立法已经不再以消极设限的方式隐蔽自己干预合同的权力,而是开始直接介入合同内容的确定。由此,合同中开始出现大量的法定义务。

### 1. 合同当事人要承担其并未约定的“默示条款”或诚信义务的约束

在经典的合同自由原则之下,当事人有决定合同内容的完全自由,当事人没有约定的内容按照这个原则的反面解释,被认为不构成合同的内容。但是,合同自由原则实际上并没有按照这种形式加以贯彻。比如,法院可能认为某些合同条款对于合同是必要的,从而构成合同的当然组成部分。这种条款之被纳入合同之中,在英美法上是通过所谓“默示条款”的方式,即认为其是当事人在订立合同之时就以默认为的方式同意纳入合同的条款,而大陆法系的做法则是认为这种条款是根据合同性质或者诚实信用原则而成为合同组成部分的。<sup>②</sup> 不过,这种法系区分的意义已经很弱了,诚实信用原则已经逐步成为两大法系合同法所公认的产生合同义务的根据。比如,《美国第二次合同法重述》第 203 条规定:“在所有合同中,每一方当事人都负有依诚实信

---

<sup>①</sup> See P. S. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract* (Clarendon Press, Oxford, 1979). 有关合同自由原则的最近发展,请参见 F. H. Buckley ed., *The fall and rise of freedom of contract* (Duke University Press, 1999)。

<sup>②</sup> See H. G. Beale ed., *Chitty on contracts* (28th ed., 1999), p. 9.

用和公平交易原则履行和执行合同的义务。”这种诚信义务所强调的是,当事人应受已经达成的共同目的约束,并与他方当事人的正当期待保持一致。<sup>①</sup> 国际统一私法协会制定的《国际商事合同通则》第 1.7 条也规定:“每一方当事人在国际贸易交易中应依据诚实信用和公平交易的原则行事。”“当事人各方不得排除或限制此项义务。”依照该条的官方注释,“诚实信用和公平交易”是通则的一项基本原则,其基本特征在于当事人不得通过合同对其加以限制或排除,而只能设定遵守更为严格的行为标准的义务。<sup>②</sup> 这表明,诚信义务成为某种“最低限度的合同义务”,只能被加强而不能减弱。不过,这种抽象的合同义务虽然可以由法律直接确定,但通常来说,需要由当事人和裁判者根据行为时的具体情况加以确定,而非自始即肯定明确。

## 2. 当事人要受法定义务约束

由于依诚信原则确定义务的抽象性,甚至因其“最低限度”的特点,所以并不适用于所有当事人未有约定或纵有约定但不尽合理时的法律调整。这样,基于直接的法律规定确定当事人在合同中的义务,就能够很好地满足这种目标。这种义务主要存在于如下情况:

(1) 格式条款之规制。格式条款虽然可以极大地节约交易成本并便捷交易,也可能成为格式条款提供者用以压制相对人的手段。大量使用格式条款的交易多是属于日常生活中反复出现的必需性的交易行为,如果贯彻完全的合同自由,让相对人“要么接受,要么走开”,无异于法律对滥用自由的行为不管不顾。因此,出于公平或合同正义的考虑,法律往往要求格式条款提供者不仅应当在制定格式条款时依循公平原则确定双方的权利义务,而且要求其在实际使用格式条款订立合同时尽到必要的提示说明义务。<sup>③</sup>

(2) 在一些合同中直接规定某种法定义务并禁止当事人依协议加以排除。这方面比较典型的是在消费性买卖合同、借贷合同、租赁合同以及劳动或雇佣合同等情形。例如,《中华人民共和国消费者权益保护法》(以下简称《消费者权益保护法》)第 18 条规定:“经营者应

<sup>①</sup> See *Restatement of contract (second)*, § 203 comment a.

<sup>②</sup> 参见国际统一私法协会:《国际商事合同通则》,对外贸易经济合作部条约法律司编译,法律出版社 1996 年版,第 10 页。

<sup>③</sup> 参见《合同法》第 39 条第 1 款。

当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。对可能危及人身、财产安全的商品和服务,应当向消费者作出真实的说明和明确的警示,并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。”<sup>①</sup>再如,《合同法》第301条规定:“承运人在运输过程中,应当尽力救助患有急病、分娩、遇险的旅客。”第412条规定:“因委托人死亡、丧失民事行为能力或者破产,致使委托合同终止将损害委托人利益的,在委托人的继承人、法定代理人或者清算组织承受委托事务之前,受托人应当继续处理委托事务。”由此可见,法定义务的规范目的,或者在于确保合同当事人预期目的的实现,或者在于保障当事人的固有利益不因一方不当行为而遭受损害;既可以是作为义务,也可以是不作为义务。它们产生于合同履行过程中,并与完全实现合同预期目的具有或密或疏的关系。

### (三) 侵权法上的注意义务

侵权法作为权益侵害救济法或者责任限制法,与之相关的义务通常名为“注意义务”。<sup>②</sup>所谓注意义务,乃指行为人所需遵循的行为准则,其仅适用于一般侵权的过错(或者严格说是过失)责任领域。<sup>③</sup>尽管在不同法域中这个概念所发挥的作用并不相同,但国内侵权法理论通常将其作为判定违法性及过错(主要是后者)的标准。<sup>④</sup>按照欧洲侵权法小组就《欧洲侵权法原则》中对“过错”概念的评注:“‘过错’……的意义是纯粹客观的,即被理解为对‘必需的行为标准’的背离或违反,无论是有意的(故意违反这种标准),还是没有尽到‘合理’的必要注意和谨慎(过失违反行为标准)。”<sup>⑤</sup>在这里,“必需的行为标准”实际就是确定注意义务的标准,违反这种标准就是有“过错”的。就

<sup>①</sup> 《消费者权益保护法》第18条第1款。

<sup>②</sup> 参见[德]克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下卷),焦美华译,法律出版社2005年版,第296页以下;张新宝:《侵权责任构成要件研究》,法律出版社2007年版,第452页以下;廖焕国:《注意义务与大陆法系侵权法的嬗变》,载《法学》2006年第6期。

<sup>③</sup> 参见欧洲侵权法小组:《欧洲侵权法原则:文本与评注》,于敏、谢鸿飞译,法律出版社2009年版,第109—110页。

<sup>④</sup> 参见张新宝:《侵权责任构成要件研究》,法律出版社2007年版,第460页。

<sup>⑤</sup> 欧洲侵权法小组:《欧洲侵权法原则:文本与评注》,于敏、谢鸿飞译,法律出版社2009年版,第110页。

此,注意义务之成立与注意义务之违反,就成为判定过失的两个阶段。<sup>①</sup>一旦完成前一阶段的思考,后者之判断就属于纯粹事实的认定。因此,在法学理论上需要对其作特别关注,即注意义务来源为何及如何确定。

由于侵权行为发生前,加害人与受害人之间通常并无接触,他们就相互关系中的行为标准没有形成一致意见。因此,与注意义务相关的行为标准通常都由法律加以确定。法律在确定行为标准时有两种方式:法律可以通过强制或禁止规定直接规定行为标准,即要求行为人在特定情况下应为或不为某种行为。例如,生产者不得生产有危及人身、财产安全的不合理危险的产品,销售者应当保证其所销售的商品符合保障人身、财产安全的要求等。<sup>②</sup>不过要注意的是,并不是所有强制或禁止规定都能够发生侵权法上确定注意义务的效果,只有那些的确具有保护私人权益效果的强制或禁止规定(多为公法规定),才具有设定侵权法上的注意义务的效果。<sup>③</sup>此外,法律无法就所有场合下的行为要求一一列明,试图将所有具体场合下的行为标准都交由立法者加以确定的想法,“无异于以违反人权的方式认可法律漏洞的存在”,因此还需要通过侵权法创设义务与规范,确定一般注意义务标准。<sup>④</sup>一般注意义务的具体表述,在不同国家或地区有“善良家父”“合理人”或“一般谨慎之人”等不同形式。一般注意义务有两个问题需要明确:

---

① 参见《美国侵权法第二次重述》第328B条就法官在过失诉讼中的功能规定如下:“就过失诉讼,法院决定:(1)就形成争议的事实之证据,陪审团是否可以合理发现其存在或不存在;(2)该等事实是否可以产生被告的法律义务;(3)依据其法律义务,被告应遵循的行为标准;(4)就陪审团不致不合理地得出不同结论的情形,被告是否已遵守该虚伪标准;(5)决定被告行为是否原告所受损害之法律上的原因的法律规则的可适用性;以及(6)原告所称其遭受的损害是否依法得请求赔偿。”有这个规则,我们即可合理地分析出判定过失的两个阶段来。

② 参见《中华人民共和国产品质量法》(以下简称《产品质量法》)第26条、《消费者权益保护法》第18条。

③ 这可以不正当竞争侵权为例。尽管《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)有关禁止不正当竞争的规定类型较多,但是,只有那些被禁止的造成其他经营者利益损害的横向竞争行为——主要是禁止仿冒、禁止虚假宣传、禁止侵犯商业秘密和禁止商业诽谤等四种形式——才可能引发不正当竞争侵权责任。

④ 参见[德]克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下卷),张新宝译,法律出版社2001年版,第296—297页。

首先,一般注意义务因其内涵的不确定性,需要裁判者结合具体情况加以判定。因此,侵权法上有关一般注意义务的规定就具有授权法官根据具体情况确定注意义务的功能。

其次,立法者需要为法官裁判提供有益指示。在多数情况下,立法者往往只以“过错”“合理谨慎”等之类的抽象概念表明一般注意义务的存在,对其具体化则完全委诸法学理论以及司法实践去完成,传统民法典一般采取这种做法,《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)亦属之。<sup>①</sup>这种做法有其合理性,因为行为标准必须与具体情况相结合方有其价值,事先划一的规定注定难以适应侵权裁判实践的需要。不过,划一规定的不可行,并不意味着立法者不可以为裁判者提供更具有操作性的指示,规定裁断时应予考量的因素,不仅使裁判者在裁判时有所依循,更可以为裁判结果的妥当性提供具体的评定标准。这方面,《欧洲侵权法原则》提供了有益的范例。其第4:102条规定:“(1)必需的行为标准是指理性人在具体情景应遵守的标准。它尤其取决于行为所涉及的受保护利益的性质和价值,活动的危险性,行为人可被期待的专业知识,损害的可预见性,关系人之间的亲密性或特殊的信赖关系以及预防措施或其他替代方法的可获得性及其费用。(2)因行为人年龄、精神或身体的障碍,或因特殊情况无法期待行为人遵守时,上述标准可作调整。(3)确定必需的行为标准时,必须考虑限制或禁止某些行为的规则。”<sup>②</sup>该规定较好地平衡了立法指引与司法裁量之间的关系,其第3款的规定,大致与前文所说直接的强制或禁止规定的形式相当。所以,其第1款作为行为标准的基本规定所列举的考虑因素殊值注意。其中,有些因素并不决定于当事人之间关系的具体情况,如受保护利益的属性、活动的危险性、行为人专业知识等;另一些因素虽然需要着眼于当事人之间关系的具体特点(密切关系或信赖关系以及预防措施或替代方法的可获得性及其费用),但其判断仍然具有将这种关系作一般化处理的特点,即采取客观判断的方法。<sup>③</sup>这种客观化判断不仅需要取向于多因素的综合权衡,

<sup>①</sup> 参见《侵权责任法》第6条第1款。

<sup>②</sup> 欧洲侵权法小组:《欧洲侵权法原则:文本与评注》,于敏、谢鸿飞译,法律出版社2009年版,第117页。

<sup>③</sup> 同上书,第120—121页。



而且需要根据具体情况作相应调整。

在侵权法上,不当行为(或加害行为)通常被区分为作为和不作为两种形式。其意义体现在归责基础的区分上,即作为是侵权行为人制造了受害人权益受损的危险,而不作为则是未排除本可被排除的危险,也即“‘作为’是制造危险,使人受害,‘不作为’仅系不介入他人事务而使其受益”。<sup>①</sup> 尽管作为与不作为归类并不能就作为归责的最终依据,而应取决于特定情形下的原则——例外关系<sup>②</sup>,但是,它们的确可能反映了法律对当事人行为的两种不同要求,从而成为各国法律通常采纳的分类形式。作为侵权所违反的义务乃不作为义务,而不作为侵权违反的是作为义务。通过作为义务与不作为义务的区分,我们可以看到两种类型在规范形式上的可能差异。

在注意义务表现为不作为义务的要求时,其内容仅在于要求行为人尊重既有的权益归属边界,只要其不妨害他人权益的正常实现,其义务就已获得履行。在这个意义上,不作为义务的设定不过是要求每个行为人尊重经由法律秩序整体所确认的利益分配结构,该义务是这种利益归属结果的间接效果,这正是在界定注意义务时必须考虑侵权法所保护客体的性质的意义所在。对于私法关系而言,私法自治是在特定利益结构之下作出的安排。所以,尊重他人的利益归属与私法自治就无所违背。反之,当注意义务表现为作为义务时,法律不再是仅仅要求行为人不妨害他人利益的实现,而是要求行为人实施积极的行为以防免他人权益的不当损害。就二者之区分,学者认为,“法律须禁止因积极行为而侵害他人,但原则上不能强迫应帮助他人,而使危难相济的善行成为法律上的义务”。<sup>③</sup> 除了道德与法律区分的理由之外,因果关系的确定、公平及程序方面的考虑以及合同责任和侵权责任的区分等,也都为限制作为义务之规定提供了支持理由。<sup>④</sup> 因此,作为义务在侵权法上始终只能作为例外存在,而不能与不作为义务具有同等地位。由于这种原则——例外的关系,在规范形式上,法律可以概括规定一般性的不作为义务,但对于作为义务则通常需要进行明确

① 王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第90页。

② 同上书,第261—262页。

③ 同上书,第90页。

④ 参见张民安:《侵权法上的作为义务》,法律出版社2010年版,第14页以下。

列举。例如,在英美法上,由于不承认“为他人利益而作为的义务”,或者“防止他人行为造成对原告损害的义务”,无论是制定法还是判例法上,都只有有限的作为义务要求。<sup>①</sup>《美国侵权法第三次重述》第37条明确规定:如果行为人的行为不具有造成他人损害的危险时,便不对他人承担注意义务,除非法院确定在第39条到第45条所规定的作为义务可获适用。<sup>②</sup>在大陆法上,尽管在具体范围上有所不同,但不作为侵权始终作为例外而存在,仍然是立法和判例所奉行的一般原则。<sup>③</sup>

至此,我们看到,侵权法上的注意义务既可以由法律规定一般的消极不作为义务,也可以由立法或判例确定特殊情况下的积极作为义务。不作为义务,由于依据利益归属的法制秩序,所以不依赖当事人的意思而得以确立;作为义务,由于基于特殊的政策考量,也同样可以由法律和判例确定。就此,我们需要关注的是,合同关系的存在对注意义务的判定是否有影响,如果有,以怎样的方式发生影响。

一些学者认为,侵权法上的注意义务可以是约定义务。<sup>④</sup>不过,就约定义务为何或如何能够成立侵权法上的义务,学者往往语焉不详。有观点认为,合同是当事人之间高度信赖的产物,为了强化此种信赖,应当允许当事人在合同责任之外仍可主张侵权责任,从而将侵权责任作为合同规定的作为义务得以执行的保障。<sup>⑤</sup>这种观点并没有说明,

---

<sup>①</sup> 除了制定法上基于对某些特殊人群免受特定危险损害而规定的作为义务之外,判例法上的作为义务主要限于当事人之间存在特殊关系、被告已经开始作为或其在先危险行为引发作为义务等少数情形才成立不作为侵权责任。参见杨垠红:《侵权法上作为义务:安全保障义务之研究》,法律出版社2008年版,第130页以下。

<sup>②</sup> 转引自张民安:《侵权法上的作为义务》,法律出版社2010年版,第15页。“重述”在规定的几种作为义务分别是:因制定法的规定而承担作为义务(第39条)、因为先前行为承担的作为义务(第40条)、因为特殊关系承担的作为义务(第41条)、基于与危险制造人之间的特殊关系而对第三人承担的作为义务(第42条)、因为职责自愿承担的作为义务(第43、44条)以及因自愿照管他人产生的作为义务(第45条)。同前注,第25页以下。

<sup>③</sup> 参见张民安:《侵权法上的作为义务》,法律出版社2010年版,第28页以下。

<sup>④</sup> 参见张新宝:《侵权责任构成要件研究》,法律出版社2007年版,第458页;张民安:《侵权法上的作为义务》,法律出版社2010年版,第32—33页。

<sup>⑤</sup> 参见张民安:《侵权法上的作为义务》,法律出版社2010年版,第33页。

为何在合同责任之外还需要有侵权责任成立的必要性。如果说不作为义务是法律对当事人之间关系的最低限度的要求,在需要强化当事人利益的保护效果时,法律当然有必要设定作为义务以实现目标。但是,在当事人之间已经存在合同关系时,在合同责任之外叠床架屋般地再辅之以侵权责任,显然就没有必要。<sup>①</sup> 在这里,问题其实不在于强化信赖,而在于合同关系的存在对侵权法上的注意义务产生影响的方式。也就是说,合同约定的作为义务如果是法律本身的要求,这种作为义务的约定不过是重申了法律所要求的义务而已,并没有改变作为义务的法定性质。反之,如果合同约定的作为义务不是法律所要求的作为义务,或者义务强度要高于法定义务,这种强化的作为义务是否能够在判定侵权时成为注意义务的标准就特别值得注意。

合同约定不能当然发生设定侵权法注意义务的效果,否则,合同与侵权的区分就将完全失去意义。在前述情形下,合同关系的存在不是因其本身的效果,而是因为特殊关系的存在而能够对侵权义务产生影响。就此只需简单提及前文有关侵权法一般注意义务所要求的行为标准的判定因素就可以了:当事人之间关系的密切性以及特殊的信赖关系。合同作为信赖关系的特殊表现形式,不是因为合同关系本身的内容,而是因为合同关系的存在导致一方会向另一方开启其权利领域,从而使自己利益的保护更易受到对方行为的影响。关系越密切,信赖越强烈,前述影响也就会越明显。所以,当合同当事人之间在合同中约定有法律上没有要求的作为义务时,其侵权法上的效果不可能是这种义务源自合同,而是因为这种约定的存在强化了当事人之间的注意义务。因此,依这种关系而被法律或法院确认的注意义务,看上去就和合同约定的义务没有明显差异。<sup>②</sup> 但是,要是缺乏这种信赖基

<sup>①</sup> 也有学者认为,合同中约定的作为义务(不论是主给付义务还是附随义务)如果侵害了合同当事人或特定第三人的固有利益,应当承认侵权责任成立。参见周友军:《我国侵权法上作为义务扩张》,载《法学》2008年第2期,第94页。这种观点似以损害的利益形态区分作为合同与侵权区分的基准,正如我们后文分析将会表明的那样,这个基准尽管的确获得了司法实践的认可,但并没有合乎逻辑的正确性。

<sup>②</sup> 例如,张新宝教授虽然认为注意义务可以包括“约定的注意义务”,但主要是认为合同约定的义务与法定义务或理性人的注意义务之间难以区分,似乎就干脆将约定义务直接作为侵权法上的注意义务了。参见张新宝:《侵权责任构成要件研究》,法律出版社2007年版,第458页。

基础上的注意义务发生机制,比如合同约定保护第三人,只要第三人并没有因为信赖而向义务人开启其权利领域,他就没有基于侵权而向负有保护义务的合同当事人主张赔偿的权利。也就是说,合同关系只是为强化侵权法注意义务提供了基础,但其本身仍非确定注意义务的标准。

#### (四) 小结

合同与侵权都是与义务有关的制度根据,因此,二者的区分也首先表现在与之相关的法律义务方面。合同因其意在创设在行为前尚不存在的利益,义务的自我设定意义被肯定。相反,侵权则制造或维持了本不该发生的损害危险,故其更多与行为发生前的利益状况相一致,其所涉义务就不需要取决于偶然结合的侵权关系当事人在行为发生时是否存在合意,义务的法定性由此而定。不过,通过比较我们还是发现,这种从特定的出发点进行纯粹逻辑推导得出的看法,和合同与侵权的立法或司法实践并不完全相符。就合同而言,虽然的确可能是基于当事人的合意而发生,但是,这种合意的内容确定可能并不总是决定于当事人内心真实的意愿。合同效果的确定不仅需要顾及到私法自治,而且还需要照顾合同正义、交易安全、经济效率或效益等自治之外的其他价值目标。合同效果在多重价值冲突权衡中就必然呈现多样性,由此在合同义务的确定上就表现出义务来源的多重性:合同义务既可能是约定的,也可能是基于法律原则而由裁判者确定的,甚至可能是由法律以强制性规定直接加以规定的。这种义务的目标也具有多重性,有些义务的确是为了保护“期待利益”的实现,但有的利益则是为了防止在实现期待利益过程中造成当事人固有利益的损失。这种目标区分与该种义务是约定的还是法定的归类没有对应关系,从而无法将义务类型与实现预定的制度目标相关联。对于侵权法上的注意义务来说,也存在类似的情况。侵权法上的注意义务因其性质,适于并的确由法律或法院加以确定。但是,这种义务的确定也并非与当事人在事故发生前的法律接触,特别是合同中的约定没有关系。合同中的约定对于侵权责任的认定即使不能产生直接的影响,也可能会通过侵权注意义务的途径而进入侵权判断之中。

不过,在有关义务来源的讨论中,我们实际已经看到,合同与侵权的区分也可以从其所保护的客体角度进行观察,而这正是我国部分学

者通常采纳的做法。<sup>①</sup> 问题是,这个区分标准是否有效呢?

## 二、绝对权 vs 相对权或权利 vs 利益

从保护客体的角度来看,部分观点认为,合同保护的客体是相对权(合同债权),而侵权保护的客体为债权之外的绝对权。<sup>②</sup> 其理由在于,合同债权主要基于当事人之间的约定发生,不具有社会公开性,难以为合同当事人之外的第三人所了解,如果在第三人行为导致这种利益受损时令其承担侵权责任,将妨碍人们的行为自由;此外,因为合同法已经为合同债权提供了完备的保护,也没有再额外给予保护的必要,否则,将不利于民法体系的维持。<sup>③</sup> 与之相似的另一种看法则认为,合同责任的保护客体为“利益”,而侵权保护的客体为“权利”。<sup>④</sup> 详言之,违约责任所保护的是当事人基于合同所生的利益(履行利益或给付利益),违约行为所损害者即此种依合同所享有的“利益”;反之,侵权所侵害者,则是法律体系所承认的任何人基于社会生活关系所享有的“权利”。<sup>⑤</sup>

如果上述基于保护范围或客体的标准能够作为区分合同与侵权的有效标准,合同与侵权的界限都将极为清晰。事实上,依据保护客体区分合同与侵权的思路,尽管从比较法的角度看,的确与某些法律制度在某些时期的做法一致<sup>⑥</sup>,但并不足以确立为一般性的结论,对于合同与侵权的功能理解也存在偏差(尽管有其可以理解的合理性)。

### (一) 合同与侵权保护客体的比较

绝对权与相对权的区分是以权利效力所及的范围为标准进行的

<sup>①</sup> 参见王利明:《违约责任与侵权责任的区分标准》,载《法学》2002年第2期;王利明:《侵权责任法与合同法的界分:以侵权责任法的扩张为视野》,载《中国法学》2011年第3期,第112页。

<sup>②</sup> 参见王利明:《侵权责任法与合同法的界分》,载《中国法学》2011年第3期,第112页。

<sup>③</sup> 同上注。

<sup>④</sup> 参见陈忠武:《论契约责任与侵权责任的保护客体:“权利”与“利益”区别正当性的再反省》,载《台大法学论丛》2007年第36卷第3期,第63页。

<sup>⑤</sup> 同上注。

<sup>⑥</sup> 参见〔德〕克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上卷),张新宝译,法律出版社2001年版,第20页以下。

权利分类,绝对权是指得对一切人主张的权利,而相对权是指仅得对特定人主张的权利。<sup>①</sup> 在理论上,将侵权的保护客体限于绝对权,或者赋予侵权保护客体以“排他性”的特征<sup>②</sup>,能够与侵权行为发生前当事人之间并无合同关系的状况一致。也有学者认为,出于侵权法权益保护和维护自由之价值平衡的考虑,侵权责任的施予必须满足行为人的“期待可能性”要件,只有权利尤其是绝对权才可以担当此任。因为,绝对权是公开的、公示的,它能对权利人之外的一切人确立一种不得侵害他人权利的义务,从而能够起到行为规则的作用。<sup>③</sup> “不论侵权、悖俗或违法,要让行为人对其行为负起民事上的责任,都须以该行为涉及某种对世规范的违反为前提,其目的就在于建立此一制度最起码的期待可能性,以保留合理的行为空间。”<sup>④</sup>

就“排他性”来看,其效果仅在于确定权利人之外的其他人的法律义务,要将其与特定权利类型结合起来,只能依赖于论者的特定立场选择。这是因为,按照主观权利理论,一项权利归属于某人(而非其他人)的规范事实具有双重意义:它指的是权利“属于”某人(权利的特征),该人是权利的享有人,该权利是“他的”权利(人的特征)。权利向主体的这种归列,应被理解为是排他的,并在这个意义上是绝对的。<sup>⑤</sup> 由此,所有被称为“权利”的归属关系都具有“排他性”。对于合同债权来说,与之相关的义务包括不妨碍或侵害他人权利的一般义务(一般注意义务)和依合同履行的义务(给付义务),它们是不同的义务类型。从而,绝对权——具有对抗任何人的效力的规范——也是债权的组成部分。<sup>⑥</sup> 所谓债权受相对保护仅仅指出了它的内容特征,因为它忽略了其作为权利,也受绝对保护的性质,所以并没有完整地反

① 参见梁慧星:《民法总论》(第4版),法律出版社2011年版,第76页。

② 参见王利明:《违约责任和侵权责任的区分标准》,载《法学》2002年第5期,第49页。

③ 参见曹险峰:《在权利与法益之间:对侵权行为客体的解读》,载《当代法学》2005年第4期,第86页。

④ 苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第306页。

⑤ Siehe Felix Zulliger, *Eingriffe Dritter in Forderungsrechte: Zu ein Beitrag zur Lehre von subjektiven Recht* (Zurich, 1988), S. 74.

⑥ Siehe Dörner, *Dynamische Relativität: Der bergang vertraglicher Rechte und Pflichten* (München, 1985), S. 52.

映债权的全部效力。债权的实现需要以债务人履行为条件,任何侵犯债权的行为,也必然同时阻碍债务人的履行。于是,针对第三人的干扰行为(Störung),立法者不只是诉诸规定一般的保护规范,而是代之以或同时通过施予特定债务人的(“相对的”)债务不履行责任以实现债权的保护。债权也受绝对保护的结论说明,排他性标准不足以将合同债权从侵权保护客体中予以排除。

从价值平衡的角度对保护客体区分标准的说明有所不同。这种角度的说明至少存在两个方面的基础:一是权利或绝对权具有公开性或公示性;二是有关权利或绝对权的规范属于对世规范。这两个方面的理由都同样指向侵权行为的“期待可能性”这个问题。

“期待可能性”的概念源自德国刑法理论,其基本含义是指“在行为当时的具体情况下,能期待行为人做出合法行为的可能性”<sup>①</sup>,在功能上则存在不同定位的可能性。<sup>②</sup>在侵权法理论中引入这个概念,其目的在于说明:“只有对加害于人的结果有预见可能者要求其防免,而对未防免者科以责任,才有意义。”<sup>③</sup>准此以言,这个概念与一般侵权规则上的过错判定标准有关,涉及侵权行为规范评价问题。对于侵权责任的构成而言,论者以绝对权具有公示性或公开性为基础,以确立行为人在行为时得认识其行为之后果并予以避免的可能性(意志因素)。如果受保护利益本身不易为人所辨识,势将产生过度施责的风险,危及侵权法所追求的价值平衡。不过,将绝对权与公开性或公示性联系起来,则会面临以下问题:

绝对权的公示性是指权利之存在或内容具有可为外界所识别的标志。这种标志一般通过登记、占有或权利客体之实体表现出来。例如,不动产物权之登记、动产物权之占有、专利权之登记、商标之使用、物质性人格权之实体(生命、身体、健康、行动自由)。但是,由于绝对

① 陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版,第52页。

② 按照张明楷教授的梳理,刑法上的期待可能性概念存在多重含义,有作为责任基础的心理强制可能性、作为责任要素期待可能性、作为义务强制可能性以及作为过失犯成立条件的期待可能性等四种不完全相同的用法。参见张明楷:《期待可能性理论的梳理》,载《法学研究》2009年第1期,第62—67页。

③ 苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第304页。

权的范围较为广泛,包括“物权、人格权、知识产权”等<sup>①</sup>,这些权利并非都具有前述公示标志。就物权而言,未经登记之不动产物权(如我国法上初始取得之土地承包经营权、宅基地使用权、地役权、非因法律行为所取得的不动产物权等)、不以占有为公示方式的动产物权(如动产抵押权、依指示交付或占有改定方式取得的所有权),都不具备物权之公示性,但仍不改其绝对权之属性。就知识产权而言,著作权无需公开<sup>②</sup>,商业秘密亦同;就人格权而言,精神性人格权(如名誉权、隐私权、人格尊严等)也都不具有通常意义上的公开性。这些例外虽然并不能否定绝对权与相对权划分之价值<sup>③</sup>,但已足以动摇绝对权之公示性对于侵权构成的意义。

实际上,在侵权判断上如果要强调行为之“期待可能性”,判断的重点就不在于被侵害客体抽象的法律特性,而应当更多关注在行为当时行为人的认识可能性。也就是说,即使受害权利(或利益)不具有公开性,但其归属与内容已经或能够为行为人所辨识,就不影响行为之期待可能性。比如,债权虽无一般意义上的公开性,但如其存在与内容已为加害人所明知,则仍满足期待可能性的要求。这样,权利的客观状态与行为人的主观认识就都可以对行为人的期待可能性产生影响。纵然在侵权责任构成上坚持违法性与过错(或归责性)在技术上实行区分,对侵害权益事实的认识可能性也具有违法性效果的构成意义,而这正是《德国民法典》第826条将故意悖俗作为替代第823条第1款之权利侵害之违法性的原因所在。在这个意义上,公开性与权益侵害之认识可能性就同时构成违法性与归责的独立理由,公开性并非侵权构成的基础因素。

同样,将侵权责任构成系于所谓对世规范,不过是以法定性取代公开性而发挥归责要素的作用而已。问题是,如果说绝对权的“公开性”能够满足“期待可能性”的需要,乃是因其可以被行为人在行为时所识别,某些绝对权本身因无外界可识别的客观特征,以其已获法律承认就认为满足“期待可能性”的要求,就明显违背“期待可能性”之

<sup>①</sup> 参见梁慧星:《民法总论》(第4版),法律出版社2011年版,第76页。

<sup>②</sup> 参见《中华人民共和国著作权法》第2条。

<sup>③</sup> 参见金可可:《论绝对权与相对权:以德国民法学为中心》,载《山东社会科学》2008年第11期,第138页。



立论本意。不然,所有权利,无论其是否为绝对权,就都可以满足“期待可能性”之需要,何需强行限于绝对权?

所以,即使将侵权保护客体限于绝对权并以之构建侵权规范,也不能不对绝对权的范围有所限定,否则,前述限制就可能背离规范设计的初衷。这个道理,从《德国民法典》第823条第1款之规定亦可窥其要旨。该款除“其他权利”这个“开口”外,受保护客体被全部明确列举,其公示性的确可见,不过要将这些权利等同于绝对权就大谬不然了。相反,由于“其他权利”这个“开口”,结果导致在一般人格权和营业权这两个被确认的“其他权利”的保护,在侵权判断上无法与其所归列之规范的其他权利类型相同。<sup>①</sup>对此,王泽鉴先生说得极为明白:“侵害权利之所以被认为不法,系以权利的内容具有明确范围为前提,例如生命、身体、健康、自由、所有权等是。若权利的内容过于广泛不具明确保护范围时,例如名誉、隐私、信用等人格法益,多涉及言论自由,其违法性,应依利益衡量及价值判断加以认定。”<sup>②</sup>

以权利和利益的区分作为合同与侵权的区分基准,也将面临同样的问题。学者有谓,权利与利益的差别关键在于内容方面的具体特定性不同。权利在实质上虽然亦属“利益”,但其主体、内容或范围等具体特定,经由既存法律体系确认而成一独立类型,并被赋予一定名称,从而具有“社会公开性”,一般人很容易从外界知悉和预见;反之,利益则因其具体特定性不足而仍维持“单纯利益”的地位,欠缺前述“社会公开性”。<sup>③</sup>

不过,“社会公开性”或明显可辨性并不总是能够成为区分权利和利益的有效标准。非公开性是“债权”的典型特点,仍不妨碍其债“权”之名。“营业权”或“企业权”亦复如此。<sup>④</sup>此等权利的保护在侵

<sup>①</sup> 参见薛军:《揭开一般人格权的面纱:兼论比较法研究中的体系意识》,载《比较法研究》2008年第5期,第29—30页。

<sup>②</sup> 王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第220页。

<sup>③</sup> 参见陈忠五:《契约责任与侵权责任的保护客体:“权利”与“利益”区别正当性的再反省》,北京大学出版社2013年版,第118页。

<sup>④</sup> 德国法有关已设立且运行的营业利益的保护是借“营业权”之名实现的,但其从发生学上看却是为了实现对企业纯粹经济利益在既有法律框架下保护不足的目的,所以,其保护的并非权利而系纯粹经济利益(See B. S. Markesenis, *The Law of Torts: Comparative Introduction*, Clarendon Press. Oxford, 1997, pp. 61-62.)。

权构成上虽以权利之名,但实际上更接近于利益的保护。恰如学者所见,德国法上的“一般人格权”作为“框架性权利”,不过是出于保护目标的需要而被创造出来,是一个有权利之名而无权利之实的“权利”概念,其所保护的恰恰是“非权利化”的人格利益。它一方面被作为“其他权利”能够获得《德国民法典》第 823 条保护的资格,另一方面又得解决效果区分问题,由法官根据个案的利益衡量决定具体案件中人格法益的保护可以达到的范围和程度,结果导致构成要件的不确定性。<sup>①</sup>即使为了避免外延模糊的框架性权利所生弊端而采狭义权利概念<sup>②</sup>,概念区分的难题仍然无法解决,德国司法实践基于所有权侵权解决“后续损害”与“功能损害”等问题时面临的困境,可以作为质疑前述认识的比较法上的例证。<sup>③</sup>

据此,权利特别是绝对权虽适于作为侵权的客体,但是,将权利与利益、绝对权与相对权的对立关系作为确定合同与侵权在保护客体上的对立关系的基础,则是成问题的。除了前述已经阐明的理由外,我们也可以转而观察合同保护客体的情况。

合同设定债权,而债权的基本属性在于确定可期待的信用。在这个意义上,称合同债权为一种期待利益可资赞同。但是,我们不能将这个“期待利益”意义上的“利益”与“权利与利益”区分意义上的“利益”概念加以等同。因为,按照界定权利的“利益说”或者“法力说”,权利必然包含特定利益。<sup>④</sup>所以,通过保护权利而保护权利背后的“利益”,这个说法中的“利益”更多具有叙事意味,也即将“利益”看做是对行为人有利的事实,“期待利益”所称之“利益”,即为此种意义(但“期待”作为对该等利益之限定则具有规范性)。反之,在权利和利益区分的意义上,“利益”则具有规范性,是指除其保护强度已臻一定程度而由法律赋以权利之名的规范利益外,应受法律保护的利益,

---

<sup>①</sup> 参见薛军:《揭开一般人格权的面纱:兼论比较法研究中的体系意识》,载《比较法研究》2008年第5期,第29—30页。

<sup>②</sup> 参见龙俊:《权益侵害之要件化》,载《法学研究》2010年第4期,第38页。

<sup>③</sup> 参见〔德〕福克斯:《侵权行为法》,齐晓坤译,法律出版社2006年版,第22页以下。

<sup>④</sup> 参见梁慧星:《民法总论》(第4版),北京大学出版社2011年版,第70—71页。

即权利外的法益。<sup>①</sup> 所以,期待利益在保护功能上就可以涵盖权利甚至绝对权等法益。从比较法角度加以观察,通过合同保护一般人格权虽非常见,但绝非无例可循。<sup>②</sup>

我国《合同法》第122条规定:“因当事人一方的违约行为,侵害对方人身、财产权益的,受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任……”该条所称“对方人身、财产权益”,乃指合同履行利益之外的固有利益,主要是人身或财产等权利或绝对权。例如,因食用不合格食品而中毒的消费者,得依合同就其健康所受损害要求赔偿,此时合同所保护的利益为健康权。再如,因购买之鸡有鸡瘟而传染养殖场其他鸡而受有财产损失,受害人同样得依合同就其所受损失要求赔偿,该等损害则为所有权侵害之结果。因而,该条规定实际上确立了合同法保护固有利益或者绝对权之一般立场。在《合同法》分则中,更有对该种权利保护予以具体化的若干规定。如《合同法》第191条第2款关于赠与人赔偿责任的规定,第224条第1款关于承租人对转租中租赁物的损失承担赔偿责任的规定,第247条关于融资租赁合同承租人应负妥善保管租赁物之义务的规定,第265条关于承揽人保管不善的赔偿责任规定,第266条关于承揽人保密义务的规定,第282条关于建设工程承包人质量保证责任的规定,第290条关于承运人安全运输责任的规定,第303条关于承运人对旅客自带行李毁损、灭失的赔偿责任规定,第311条关于货物承运人责任的规定,第352条关于受让人违约责任的规定,第369、372、374条关于保管合同之保管人保管义务与责任的规定,第394条关于仓储合同保管人违约责任的规定,第406条关于委托合同受托人赔偿责任以及第416条关于行纪合同受托人保管义务的规定等,都与财产权的保护相关。其中,第191条第2款、第282条、第290条以及第302条等则与人身权利的保护相关。除有名合同之外,在无名合同中也存在保护人身、财产权利的情况。例如,在保安服务合同、医疗服务合同等服务合同中,合同保

<sup>①</sup> 在德国法理论上权利(Recht)、法益(Rechtgut)和利益(Gut)之区分。“Gut”概念纯粹具有事实描述意义,而法益和权利作为受保护的利益形态,则具有规范意义。我国法律上只有权利和利益的划分,其中的利益是指受法律保护单位成为权利的利益,相当于德国法上的法益。

<sup>②</sup> 参见[德]克雷斯蒂安·冯·巴尔、乌里希·德罗布尼希主编:《欧洲合同法与侵权法及财产法的互动》,吴越、王洪等译,法律出版社2007年版,第27页。

护的客体都主要是相对人的人身、财产等固有益益。可以预见,随着合同附随义务的扩张,合同中保护权利或绝对权益的范围会不断扩大。

综上,合同既保护相对权(合同债权)也保护绝对权(固有益益),侵权法既保护权利(包括绝对权与相对权)也保护利益,从而,就抽象的保护范围来讲,合同与侵权具有一致性。

## (二) 保护客体之规范功能的分析

在理论上关注保护客体,有其特殊的考虑。就侵权法而言,在承认违法性为侵权归责要件的立法之下,保护客体的差异具有分别情况确定违法性认定标准的意义,即使不认可违法性要素,保护客体仍然可以发挥区分保护级别的作用;在很多法律制度下,保护客体还具有限制侵权责任的意义。反之,在合同中,保护客体则不具备这种区别保护的功能。

### 1. 保护客体与权益区别保护的问题

在要求违法性为侵权责任构成要件的法律制度中,保护客体可能会影响到违法性认定标准的确定。兹再以德国法为例说明之。《德国民法典》第823条第1款规定,因故意或过失侵害所列举之权利的,应负侵权责任;第2款规定,因过错违反保护他人之法律者亦同;第826条规定,故意有悖善良风俗加损害于他人者也负侵权责任。理论上将这三种规定称为过错侵权的三个小的一般条款,即侵权型、违法型和悖俗型。其中,第823条第1款所保护客体为权利(法定权利),第823条第2款及第826条的保护客体则兼有权利及利益。在保护范围上,第823条第1款要窄于第2款及第826条,但在侵权责任构成要件上则更为宽松,第823条第2款增加了“保护他人法律”的要件,而第826条则增加了故意和悖俗两个要件,所以,凡满足后两种侵权类型的侵权行为也可以同时满足第一种(侵权型)类型,故可认为后两种类型具有“补强”民事侵权规范的效果。<sup>①</sup> 在判定违法性时,第823条第1款采结果不法说,第2款及第826条则采行为不法说。<sup>②</sup> 因第823条两款规定之违法性判定标准都极为明确,事实上不发生疑问,所以,有关违法性标准争论的意义(即究竟应采结果不法还是行为不法)主要限于第826条故意悖俗侵权。就第826条所增加之两项限制条件来看,

<sup>①</sup> 参见苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第311页。

<sup>②</sup> 参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第217页。