



侵权责任一般条款研究

郭明龙◎著

侵权责任一般条款之概述
侵权责任一般条款保护客体论
侵权责任一般条款之基石范畴：损害赔偿抑或民事责任
侵权责任一般条款之构成要件

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

侵权责任一般条款研究



中国法制出版社
官方微信

上架建议

法学学术

ISBN 978-7-5216-0536-5



9 787521 605365 >

定价: 79.00元

作者
简介



郭明龙

山东沂南人，法学博士，天津师范大学法学院副教授、硕士生导师，民商法教研室主任，入选天津市“131人才工程”第二层次。2014年12月至2015年12月美国艾奥瓦大学（The University of Iowa）法学院访问学者。

天津市法学会民法学分会副秘书长、天津市法学会应用法学分会常务理事，天津师范大学法律顾问、民商法应用研究中心研究员，天津市高级人民法院案例研究会研究员、天津法官学院兼职教授，天津市“七五”普法讲师团成员，天津市西青区人民政府法律顾问，天津仲裁委员会仲裁员等。曾任法官数年。

研究方向为民法学，侧重侵权责任法、物权法、个人信息和数据保护法等。

天津师范大学法学院专著出版基金资助

侵权责任一般条款研究

郭明龙◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

侵权责任一般条款研究 / 郭明龙著. —北京: 中国法制出版社, 2019.9

ISBN 978-7-5216-0536-5

I. ①侵… II. ①郭… III. ①侵权行为—民法—研究—中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第200784号

策划编辑: 潘孝莉

责任编辑: 潘孝莉 陆伶俐

封面设计: 李宁

侵权责任一般条款研究

QINQUAN ZEREN YIBAN TIAOKUAN YANJIU

著者 / 郭明龙

经销 / 新华书店

印刷 / 北京京华虎彩印刷有限公司

开本 / 640毫米×960毫米 16开

印张 / 19.75 字数 / 221千

版次 / 2019年9月第1版

2019年9月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5216-0536-5

定价: 79.00元

北京西单横二条2号 邮政编码100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-66070084

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010-66032926)



侵权责任一般条款是大陆法系抽象化和逻辑性思维的产物，是人类认识和概括能力不断提高的表现，彰显了制度文明。近代法上的侵权责任一般条款并不是概括所有侵权责任的条款，而只是关于一般侵权责任的概括性规定，其中包含着一般侵权责任的成立要素。法国民法侵权责任一般条款采取概括模式，德国民法典侵权责任一般条款采纳“列举递进”模式。尽管比较法上有将侵权责任一般条款设计针对全部侵权责任的立法例，但我国自《民法通则》开始，在侵权责任一般条款的设计上即延续法国模式，只是针对一般侵权责任，《侵权责任法》和民法典侵权责任编中的侵权责任一般条款也只是针对一般侵权责任进行概括规定。相比侵权责任法一般条款、侵权行为一般条款，侵权责任一般条款概念更为确切，但作为侵权责任基础的侵权行为应采纳广义界定，既包括加害行为，也包括准侵权行为。侵权责任一般条款的“一般性”在立法特征上体现为一定程度的不确定性或模糊性、统率性和效力根本性、层次性和补充适用性，由此负载侵权责任一般条款的目的价值和形式价值。侵权责任一般条款的目的价值包括守护行为自由与维护安全、通过程序公正实现实质公平、彰显效

益与正义价值，而形式价值则实现了侵权法的体系性和逻辑性，厘定了立法权与司法权，并且实现了私法与公法的沟通，具有灵活性和适应性的一般条款使侵权责任法历经发展仍永葆青春。

侵权责任一般条款的保护客体不仅包括权利，还应包括法益。在法哲学的权利观中，权利一词指代“正当的事务”，权利可以作为实现利益的手段，更多的指称民法学上所谓的广义法益，而民法学中的权利仅为法益中的核心部分，它经过立法明确类型化，是“有名法益”。侵权责任法对权利和法益在保护的方式和力度上存在差异，二者有区分之必要，按照公示性的强弱区分为权利、法益和其他利益。法益本身有着“权利化”的欲望，但不是任何法益都能成长为权利，应当在对法益的保护与对个人自由的维护之间寻求一种平衡，而侵权责任一般条款即是实现这种平衡的制度设计。尽管立法机构和学界观点存在权益不加区分的观点，但在各国司法实务中，权利与法益之区别保护仍被广为认同。纯粹经济损失作为解决“原则上不予赔偿”的理论工具，只有在立法有明确规定的情形下才能进入“法益”范畴得到保护。

侵权责任一般条款的基石范畴应归结为“民事责任”还是“赔偿责任”在理论界极有争议。权利可以区分为原权和救济权，救济权与责任相对应。以物权保护为例，对物权的侵害不仅产生侵权责任，还应产生预防性责任，但二者不宜由侵权责任法一体调整。物权请求权的建立及其与侵权责任请求权的分离不仅具有理论上的妥当性，而且符合程序法上诉讼标的理论的最新发展趋势。《中华人民共和国民法·侵权责任编（草案）》第944条第1款顺应了这种变化，将侵权责任一般条款的基石范畴确定为损害赔偿，这就要求我国相应地建立全面的绝对权请求权体系，当前

民法典编纂中人格权独立成编、侵权责任编只解决损害赔偿问题，这些最新变化说明，侵权责任一般条款的基石范畴重归“损害赔偿问题”。

侵权法的逻辑起点是人人自负其责，责任的承担必须以“特殊事由”即构成要件为前提。我国侵权责任一般条款采纳抽象概括规范模式，但在构成要件上则有法国和德国不同解释路径之分，主要对应侵权损害赔偿构成之“三要件说”与“四要件说”。多数案件中，“四要件”不过是将过错行为拆分为侵权行为与过错，司法实务中真正运行的还是“三要件说”。不过，无论是“三要件说”还是“四要件说”都属于平面型侵权责任构成理论，其主客观要件处于同一平面，导致侵权责任成立要件体系混乱，容易将对行为的事实判断、合法性与否的客观价值评价以及归责事由杂糅在一起，导致对各个独立的构成要件缺乏独立的科学分析。在德国、日本的犯罪成立或构成上所采纳的“三阶层体系”理论，被过错侵权责任法所继受。作为阶层结构的“三阶层体系”，因其层次分明、逻辑性强，值得提倡。应当区分责任成立与责任承担，侵权责任一般条款解决的是责任成立问题。

关键词：侵权责任；一般条款；损害赔偿；保护客体；构成要件



编纂民法典是十八届四中全会提出的重大立法任务，经党中央批准，全国人大常委会提出“两步走”的立法思路，第一步是编纂民法典总则编，第二步是编纂民法典各分编。《民法总则》于2017年10月1日开始施行，第一步任务已顺利完成，民法典各分编的编纂工作正在有序开展，预计2020年将由全国人民代表大会表决通过《中华人民共和国民法典》。完善成熟的立法，理论研究必须先期。在立法通过民法典之前，研究者必须在立法论争鸣中完成对各项制度的设计的理论论证；而即使立法通过也不意味着理论争鸣的终结，在法典的适用过程中仍需要在解释论上继续寻求共识。

本书通过侵权责任法的核心问题——侵权责任一般条款及构成要件问题切入研讨，展开对侵权责任的理论论证。“在侵权责任一般条款中，涵盖了侵权责任法保护客体（保护范围）、侵权责任的基石范畴（损害赔偿之法还是泛泛民事责任之法）、归责原则、责任构成要件等内容，可以作为相关侵权法具体规定展开的理论基础”。^①本

^① 参见张新宝：“侵权法立法模式：全面的一般条款+全面例举”，载《法学家》2003年第4期。

书研究的意义在于，从小处讲，侵权责任一般条款“决定了民法典侵权责任法的框架和基本内容，民法典中侵权责任法的各个部分实际上都是这个一般条款的符合逻辑的展开”，^①例如责任成立与责任范围的功能区分、承担责任方式、违法阻却事由与责任阻却事由的区分等，而从大处讲，它实际上影响着整个民法典基本立法体系的设计与具体制度的司法适用，如侵权责任法保护客体中权利与法益、纯粹经济损失的关系、侵权责任方式与物权请求权的关系、侵权责任与违约责任、不当得利和无因管理竞合的处理等问题。在前述“小处讲”和“大处讲”的关系中，“小处讲”主要讨论侵权责任法的制度构建和理论分析，“大处讲”则不仅会产生与私法中其他部分的“边缘”或“接合”问题，^②还可能跳出私法而与宪法、刑法等法律部门发生联系。^③在当前的理论研究中，侵权责任一般条款的研究并非热点，很多道理似乎已为公理而无须多言，但平静的表面可能仅仅是幻象。例如，在我国采纳法国概括模式的侵权责任一般条款中，权利与法益的区分到底是否有必要？尽管我国大陆地区学者似乎一边倒地认为确有必要，因为此种区分有利于在受害人权利保护与公众行为自由之间实现价值平衡，但在采纳德国“列举递进”式一般条款的我国台湾地区，却有学者推崇权益不分的法国模式，^④这是否有道理？再如，侵权

① 张新宝：“侵权行为法的一般条款”，载《法学研究》2001年第4期。

② 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》，吴越等译，法律出版社2004年版，第166-177、283-290页。

③ 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2004年版，第676页以下。

④ 参见陈忠五：《契约责任与侵权责任的保护客体》，北京大学出版社2013年版，第63页以下。

责任构成的“三要件说”还是“四要件说”的主要争议点在于违法性要件应否具有独立性，但“四要件说”在运行中却经常发现违法性要件与过错要件已经融为一体，应如何认识这种现象？这说明，对于侵权责任基础理论的研究深度仍有待加强，必须坚持立法论和解释论研究的相互结合。所以，本书所研究的问题结合立法论与解释论，既具有一定实践意义，又可以在一些基本理论问题上进一步深化认识，澄清一些模糊观念。



第一章

侵权责任一般条款之概述

第一节 侵权责任一般条款之外延与内涵	003
一、侵权责任一般条款之外延：纵横考察 / 005	
二、侵权责任一般条款之内涵 / 018	
第二节 侵权责任一般条款之立法特征与价值	027
一、侵权责任一般条款之立法特征 / 028	
二、侵权责任一般条款之目的价值 / 032	
三、侵权责任一般条款之形式价值 / 041	
第三节 小结	053

第二章

侵权责任一般条款保护客体论

第一节 一般条款保护之客体范围——权利与法益	059
------------------------------	-----

一、权利与利益之界定 / 060	
二、权利与法益区分之实益 / 072	
第二节 一般条款对客体保护之进路·····	081
一、权利 / 082	
二、应当权利化之法益 / 096	
三、不能权利化之法益 / 113	
第三节 小结·····	127

第三章

侵权责任一般条款之基石范畴：损害赔偿抑或民事责任

第一节 一般条款基石范畴之前提——民事责任、义务与债之 关系厘定·····	135
一、民事责任与民事义务 / 135	
二、民事责任与债 / 138	
第二节 一般条款基石范畴之证成——以侵权责任请求权与 物权请求权的功能比较为中心·····	146
一、侵权统一救济模式之批判 / 147	
二、侵权责任请求权与物权请求权竞合模式之批判 / 162	
三、侵权责任请求权与物权请求权并立模式之合理性 / 169	
第三节 一般条款基石范畴之制度配套——绝对权请求权·····	183
一、人格权请求权之建立 / 184	
二、知识产权请求权之建立 / 189	
三、其他绝对权请求权存在性之探讨 / 195	
第四节 小结·····	201

第四章**侵权责任一般条款之构成要件**

第一节 侵权责任一般条款构成要件理论	207
一、侵权责任一般条款构成要件之比较法考察 / 207	
二、我国侵权责任一般条款构成要件理论 / 212	
三、“三阶层体系”理论及其运用 / 217	
第二节 要件符合性	226
一、要件符合性及其判断之性质 / 226	
二、加害行为 / 228	
三、侵害权益 / 234	
四、责任成立之因果关系 / 240	
第三节 违法性	247
一、违法性要件之必要性分析 / 247	
二、违法性之分类 / 255	
三、违法性之认定：结果不法说与行为不法说 / 257	
四、违法性要件之实务态度与运用 / 267	
第四节 有责性	273
一、过错 / 273	
二、侵权责任能力 / 275	
第五节 小结	278
结 论	279
参考文献	283
后 记	303

第
一
章

• 侵权责任一般条款之概述

第一节 侵权责任一般条款之外延与内涵

《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)由第十一届全国人大常委会第十二次会议于2009年12月26日通过,2010年7月1日起施行。《侵权责任法》通过之前,我国学界在侵权责任一般条款的内涵与外延上存在两种不同的观点。作为国内侵权责任一般条款问题研究的先行者,张新宝教授认为,侵权责任一般条款居于侵权法的核心地位,而且应当是“作为一切侵权请求之基础的法律规范”。^①根据此种观点,侵权责任一般条款在一国民法典侵权责任规定中居请求权基础地位,但凡侵权责任的构成与承担都需要经过该一般条款的检验,由于一般条款乃相对于所有侵权责任,所以可能继续下分为过错侵权责任的一般条款、危险责任的一般条款等。另一种观点由杨立新教授主张,认为:“侵权行为一般条款就是规定一般侵权行为的条款”,^②过错推定责任和无过错责任并不由侵权行为一般条款解决,而是由法律特别列举规定。不过,在《侵权责任法》通过之后,二人的观点各有修正。由于《侵权责任法》第2条第1款规定:“侵害民事权益,

① 张新宝:《侵权责任法立法研究》,中国人民大学出版社2009年版,第136页;张新宝:“侵权行为法的一般条款”,载《法学研究》2001年第4期。

② 杨立新:“论侵权行为一般化和类型化及其我国侵权行为法立法模式的选择”,载《河南政法管理干部学院学报》2003年第1期。

应当依照本法承担侵权责任”，第2款对侵权责任法所保护的人身、财产权益进行了例示性列举；第6条第1款规定了过错侵权的一般条款。杨立新教授据此认为，《侵权责任法》设置的是“大小搭配的双重侵权行为一般条款”，第2条规定的侵权责任法保护范围可以适用于全部侵权责任，因此可以作为大的侵权行为一般条款，第6条第1款只适用于过错侵权责任，所以是小的侵权行为一般条款，第2条第1款除了统率第6条第1款之外，还有第6条第2款“法律规定”的过错推定和第7条“法律规定”的无过错责任。^①而张新宝教授则认为，“只有《侵权责任法》第6条第1款才是侵权责任一般条款，第2条第1款和第2款不过是一个宣示性规定，不是独立的请求权基础，不具有独立的裁判法的功能”。^②

以上观点分歧体现在两个方面：其一，侵权责任一般条款的外延问题，即侵权责任一般条款应当仅仅适用于过错侵权责任，还是应包括全部侵权责任；其二，侵权责任一般条款的内涵问题，对此学者使用了不同概念，应厘清“侵权责任一般条款”与“侵权行为一般条款”“侵权责任法一般条款”“侵权损害赔偿一般条款”为何种关系。对于第一个分歧，可以通过比较法考察予以澄清。而对于第二个分歧则需要揭示侵权行为、侵权责任，并需要对与侵权责任一般条款相类似的概念进行比较。

① 杨立新：《侵权法论》（第五版）（上），人民法院出版社2013年版，第121、124页。

② 参见张新宝：《走过侵权责任法》，法律出版社2011年版，第176-177页。

一、侵权责任一般条款之外延：纵横考察

（一）侵权责任一般条款之纵向考察

所谓纵向比较就是一种历史的考察，横向比较则主要是一种对当代国别立法的比较考察。通过纵向比较，我们可以明晰制度的源流与变化；而通过横向比较，我们可以揭示制度形成的社会、经济、文化等背景。

关于对制度的纵向或历史考察，英国著名法学家梅因说：“如果我们通过任何立法，断定法律要领的早期形式，这将对我们有无限的价值。”^①究其原因，梅因认为早期观念“可能含有法律在后来表现其自己的一切形式”。大陆法系的一般化立法并不是凭空产生的，从法制史看，法对人的行为的调整经历了从个别调整到规范调整，从具体规范调整到抽象规范调整的过程。侵权责任法采用一般化的立法模式，也应当符合以上规律，经历了一个渐进的发展过程，这个过程符合法律发展规律，也符合人类认识规律，它几乎贯穿了大陆法系侵权责任法从早期到现代的发展之路。对侵权责任一般条款的发展进行分期研究，符合从量变到质变的发展规律，杨立新教授将大陆法系侵权责任法一般化立法模式划分为古代法成文法时期、罗马法时期、法国法时期、德国法时期和埃塞俄比亚法时期。^②这一概括比较清晰地勾勒出了侵权责任一般

① [英]梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版，第2页。

② 参见杨立新：《侵权法论》（第五版）（上），人民法院出版社2013年版，第114-118页。

条款的历史演进，描绘了人类抽象能力不断提高的过程。但笔者认为，一般条款的发展脉络与民法的演进过程应当是一致的，无须进行过于烦琐的划分，况且近代民法中，法国侵权责任一般条款与德国侵权责任一般条款相比较，前者时间为1804年，后者为1896年，法国民法典侵权责任一般条款的时间在先，但抽象水平更高。与民法的历史演进相适应，侵权责任一般条款直接区分为古代、近代和现代三个阶段即可。

1. 古代法时期。从法律的发展来看，侵权责任一般条款主要是从具体侵权行为制度中抽象而来的，在一般条款取得侵权行为普遍规则形态之前，它更主要地表现为相互独立的具体侵权行为类型。欲溯侵权责任一般条款制度之本源，不能不考察各国早期的具体侵权立法。从这个意义上说，罗马法并不能作为一般条款制度研究的起点。

侵权责任法，最早可以追溯到原始社会的复仇习惯。原始社会中，氏族组织和氏族习惯构成了调整社会关系、建立社会秩序的两种基本力量。各民族均遵循类似路径，氏族内的纠纷绝大多数由当事人自行和解或依靠氏族首领的威望进行调解，部落公社末期，先是采取自由报复原则，即在本氏族成员被外族人杀害时，部落其他成员均有代其复仇的义务，“由于实行自由报复可能漫无节制，后演变成了‘同态复仇’”。^①整个原始社会的“侵权责任法”并不区分公私惩罚，野蛮的同态复仇遵循不成文的规则，属于团体对团体的复仇。

在早期的奴隶制法律中能够找到人们今天称为“侵权责任法”

① 周枏：《罗马法原论》（下册），商务印书馆2001年版，第843页。

的诸多先迹。最初的损害赔偿只是一种可以用财物赔偿代替私人复仇的变通做法，但它体现了文明和进步，受害方和加害方之间不再复仇，而是以“赎罪金”代之，由行为人向受害方给付一定的金钱作为补偿，但该制度仍属于一种习惯，尚不具有法律意义，甚至仍有同态复仇的痕迹。在习惯演变为习惯法再发展成为成文法的长期过程中，自力救济逐渐被公力救济所替代，也为公犯与私犯的划分准备了条件，著名的公私法区分即是在罗马法公犯与私犯区分的基础上产生的。^①当然，正如梅因所说，这只是“断定法律要领的早期形式”，罗马法列出了致害行为的受害人在具体情况下能够向责任人提出的各种诉权，“我们在习惯上认为专属于犯罪的罪行被完全认为是不法行为，并且不仅是盗窃，甚至凌辱和强盗，也被法学专家把它们和扰乱、文字诽谤及口头诽谤联系在一起，所有这一切都产生‘债’或是‘法锁’”。^②侵权损害赔偿作为一项法律制度，是人类社会进入成文法时期才得以确立的。在法律学的幼年时代，公民赖以保护使不受强暴或诈欺的，不是“犯罪法”而是“侵权行为法”，在古老国家的立法中，关于侵权行为的规定一开始都是具体的，缺乏现代侵权法上类似一般条款这样的概括性、一般性条文。罗马法在大陆法系的发展史上意义重大，其完善发达的程度令人惊异，其侵权责任法的有关理论也相当成熟，但即便如此，古罗马《十二表法》第8表的“私犯”专门对侵害他人人身和财产的法律责任作出规定，对侵权行为的

① 施玮、叶成朋：“大陆法侵权行为法之古代状态”，载《淮北煤炭师范学院学报（哲学社会科学版）》2002年第1期。

② [英]梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版，第208页。

损害赔偿仍采用个别列举的规范方式。个别调整方式和具体情况直接联系，针对性强但带有较大的不确定性和不可预见性。在罗马法的后期发展阶段，偶尔的个别行为演变为比较常见的行为，个别调整也逐步进化为经常的、反复适用的、针对同一类行为的规范调整。有学者认为，“后期罗马法对侵权行为的一般化进程起到了巨大的推动作用，开启了大陆法系侵权责任法一般化的历史进程，这就是罗马法关于私犯和准私犯的规定”。^①该学者认为，私犯与准私犯的划分基本对应现代侵权责任法中的一般侵权行为与特殊侵权行为。

笔者认为，规范调整的出现是法律最终形成过程中的关键一环，但从有关文献看，罗马法对于私犯与准私犯的划分，对于侵权责任一般条款仍仅具萌芽意义。优士丁尼时期将侵权行为划分为私犯和准私犯，首先，这种划分中的私犯与准私犯依然保留了浓厚的个别调整痕迹，以列举的方式规定了诸多赔偿请求的诉权，如窃盗、强盗、对财产的侵犯、对人身的侵犯等，^②尚不是针对经常的、反复适用的某类行为；其次，这种区分纯粹是由于历史原因造成的，并不是自觉完成的、践行制度的文明之举，因为罗马法“规定在前的称私犯，规定在后的称准私犯”^③，并没有对私犯或准私犯进行抽象和概括以提炼出包含一切侵权行为和准侵权行为为基本要件的一般条款。所以，私犯与准私犯的划分并不像有的学者

① 参见杨立新：《侵权法论》（第五版）（上），人民法院出版社2013年版，第115页。

② 参见[意]桑德罗·斯奇巴尼选编：《债·私犯之债（II）和犯罪》，徐国栋译，中国政法大学出版社1998年版。

③ 周枏：《罗马法原论》（下册），商务印书馆2001年版，第866页。

所断言的那样，决定了现代侵权责任法一般侵权行为与特殊侵权行为的分野，也不能构成侵权责任一般条款的依据。

罗马法中私犯与准私犯的划分，对人们行为的调整仍摆脱不了偶然性和任意性，它虽然对各类侵权行为及其造成的侵权责任都予以了详细规定，但并未给处于该类行为领域和社会关系中的人们提供明确的一般化行为模式，基本没有将侵权责任作为一个整体进行研究的先例。因此，有罗马法学者指出：“古罗马关于私犯的法，同它的契约法一样，没有什么一般原则。这种关于私犯的法设计的都是具体的错误。不过，有两种私犯形式以其概括性而引人注目，这就是侮辱和非法侵害。以此为基础，民法法系建立起关于民事侵权的一般理论。”^①正是在此种意义上，我们说罗马法中私犯与准私犯的划分对于侵权责任一般条款的产生具有萌芽意义，没有必要在古代时期进行前罗马法与后罗马法时期的再划分。侵权责任一般条款的形成是近代侵权责任法立法与理论发展的产物。

2. 近代法时期。近代民法，“是市民社会里规定私人相互之间关系的法”。^②也有学者将其时间段限定为“经过十七八世纪的发展，到达十九世纪”，范围包括“德、法、瑞、奥、日本及旧中国民法等大陆法系民法”，“也包括英美法系民法”，以上各国“因编纂民法典而获得定型化的一整套民法概念、原则、制度、理论和思想

① [英]巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》（第二版），黄风译，法律出版社2004年版，第241页。关于私犯与准私犯的划分为什么不能与一般侵权行为和特殊侵权行为的区分相等同，其讨论可以参看该书第240-241页。

② 谢怀斌：《外国民商法精要》（增补版），法律出版社2006年版，第4页。

的体系”。^①但对于侵权责任一般条款问题，因为英美法系主要采用了类型化的立法模式，本文不予涉及。在大陆法系近代民法中，侵权责任一般条款主要表现为两种不同的类型，即法国模式和德国模式，两者在时间上相差大约百年，但在抽象化程度、保护范围和立法技术、价值趋向上各有不同，并依然深刻影响着现代各国的民法典编纂和司法实务。

1804年《法国民法典》诞生，标志着侵权责任法真正转入一般条款阶段，它继承了罗马法对私犯与准私犯的划分，将私犯改造为加害行为，并在准私犯的基础上发展出准侵权行为。但是在对《法国民法典》侵权责任一般条款的理论识别上，学者得出了不同的结论。《法国民法典》关于侵权之债的规定主要有五个条文（后经修正后第1384条增加到多款），与一般条款识别有关的仅涉及其中三个条文，分别是：^②

第1382条：人的任何行为给他人造成损害时，因其过错致该行为发生之人应当赔偿损害。

第1383条：任何人不仅因其行为造成的损害负赔偿责任，而且还因其懈怠或疏忽大意造成的损害负赔偿责任。

第1384条第1款：任何人不仅因自己的行为造成的损害负赔偿责任，而且对应由其负责之人的行为或由其照管之物造成的损害负赔偿责任。

本文前述的对于一般条款识别上的差异在第1384条第1款

^① 梁慧星：“从近代民法到现代民法”，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第7卷），法律出版社1997年版。

^② 《法国民法典》（下册），罗结珍译，法律出版社2005年版，第1073、1096页。

上显现了出来。张新宝教授将以上三个条款均认定为一般条款，“它们作为一个整体，反映了所有侵权行为和准侵权行为的最重要的要件，而且构成了一切侵权请求的基础：在此之外不存在任何其他诉因”。^① 杨立新教授则将第 1384 条第 1 款排除在一般条款之外，“《法国民法典》第 1382 条和第 1383 条才是真正的侵权责任一般条款，这是将侵权行为作了最大限度概括的一般化条文”。^②

笔者认为，相比较而言，第二种观点可能更为可取，因为“一般条款，指称的就是概括一般侵权行为的条款，准侵权行为是列举在该条款之外的”。^③ 欧洲著名侵权法专家冯·巴尔教授的观点印证了这一认识，他认为第 1382 条和第 1383 条规定了过错、因果关系和损害三个构成要件，“基本规则变成了一个一般条款，并从那时起，法国法院就不得不从这一规定开始发展基于过错责任的民事责任法”。^④ 虽然第 1382 条和第 1383 条都是关于自己责任（过错责任）的规定，但前者涉及故意侵权责任，后者涉及过

① 张新宝：“侵权责任法的一般条款”，载氏著：《侵权责任立法研究》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 139 页。

② 杨立新：“论侵权行为一般化和类型化及其我国侵权行为法立法模式的选择”，载《河南政法管理干部学院学报》2003 年第 1 期。

③ 大陆法系的侵权行为概念在两种意义上使用，一种是狭义上的，如法国民法典侵权行为法的标题“侵权行为与准侵权行为”，侵权行为仅指称“一般侵权行为”，即过错侵权行为；一种是广义上的，它既包括侵权行为（过错侵权）也包括准侵权行为（替代责任与物件侵权行为）。杨立新教授从法国民法典的标题中推导出侵权责任一般条款应当是过错侵权的一般条款，实际上是在狭义上使用这一概念，这种推导方式并不恰当。

④ [德] 克雷蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（上卷），张新宝译，法律出版社 2004 年版，第 19 页。

失（疏忽）侵权责任，二者结合为一个完整的侵权责任的一般条款。^①

德国制定的民法典走的同样是侵权责任一般条款的道路。对于这一点有学者并不认同，论据是德国法系按照“类型”确定侵权责任构成，此非“一般”的条款。实际上，《德国民法典》对侵权责任的规定采取一般条款模式在比较法学界认识相对一致，所不同的是，德国模式不同于法国，兼采概括列举和递进补充来区分权利和法益。德国法侵权责任一般条款被浓缩于第823条、第826条中，分别被概括为“权利侵害”“违反保护性规定”和“故意违背善良风俗”，同样仅规范了一般侵权责任。这样，《德国民法典》就将“各种诉因类型化”，“而欧洲其他国家都是跟着《法国民法典》的模式将其糅合在一条统一的一般条款中”。^②

侵权责任的构成要件除了行为人的过失以及损害外，是否还需要另外一个表现客观要素的要件呢？比较法上对于此问题，有学者认为主要有两种路径，并作为法国和德国模式的区别：其一，只要行为人有过失，任何损害都将产生责任（“不害他人”原则）；其二，“禁止损害他人”的规则只适用于典型的和特定的情形（“不

① [德] 克雷蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（上卷），张新宝译，法律出版社2004年版，第18页：“在法国民法典第1383条中，其所宣称的法律内容是，一个人不仅对故意行为（民法典第1382条）承担责任，而且对由于他或她的过失或疏忽于注意造成的损害承担责任。”关于法国民法典规定的侵权责任依据问题，另可参见张民安：《法国侵权责任根据研究》，载吴汉东主编：《私法研究》（第3卷），中国政法大学出版社2003年版，第327页以下。

② [德] 克雷蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（上卷），张新宝译，法律出版社2004年版，第21页。

法的典型性”规则)。^①笔者认为,法国法由于对权利与法益不加区分,导致救济的闸门开得太大,而德国法区分权利和法益,类型化的救济模式导致有时闸门开得太小,两个国家理论界和司法实务界的任务就是吸收对方模式的合理因素,促进自己的发展。

3. 现代时期。进入20世纪,欧洲各国民事立法在侵权责任一般条款问题上,或侧重法国模式(如意大利),或侧重德国模式(如希腊、葡萄牙等),不过总体趋势是在两种模式之间吸收对方的合理因素寻求妥协,具有折中主义的色彩。“在法律适用上,一般条款经历了从普遍适用到限制适用再到重新获得重视的过程”。^②值得注意的是,大陆法系侵权责任立法有一种新的发展趋势,首先是在非洲新兴民族国家意识到法国模式和德国模式各自的优势和不足后,一般条款在向概括性加强的方向发展,不仅涵盖一般侵权责任,而且同时涵盖特殊侵权责任;其次,在20世纪末的欧洲一体化进程中,法律统一运动促使一批学者兼收两大法系(英国和法德)和大陆法系两大代表(法、德)制度中的各自优势,对侵权责任一般条款进行了新的探索,这种现象值得重视。^③

① [意] 罗道尔夫·萨科:《比较法导论》,费安玲、刘家安、贾婉婷译,商务印书馆2014年版,第122页。

② 意大利学者就意大利民法典中一般条款的适用和立法技术指出,一般条款在意大利经历了从普遍适用到限制适用再到重新获得重视的过程。欧洲统一法进程为一般条款重回历史舞台提供了机遇,法院在此过程中也发挥了重要作用。参见叶微娜、胡小倩:“‘民法法典化与反法典化国际研讨会’会议综述”,载《华东政法学院学报》2005年第4期。

③ 从《欧洲侵权法原则》、《瑞士侵权责任法草案》、《法国债法改革侵权责任法草案》、德国侵权责任法改革动议乃至我国台湾地区“侵权责任法”修订工作来看,特殊侵权(危险责任)一般条款模式受到重视。参见朱岩:《侵权责任法通论·总论》(上册 侵权成立法),法律出版社2011年版,第404-412页。

比较法上的典型例子，1960年制定的《埃塞俄比亚民法典》是“法国人的变革法典的被压抑的热情”与“埃塞俄比亚人的求新法于西方以实现国家现代化的愿望”两股改革热情碰撞的产物。^①其第2027条规定了三个一般条款，第1款针对的是加害行为：“任何人应对因过犯给他人造成的损害承担责任，而不论他为自己设定的责任如何”，从这一款规定中我们看到了《法国民法典》第1382条和第1383条的影子，第2款针对的是“物件致损”，“在法律有规定的情形，一个人应对因其从事的活动或所占有的物给他人造成的损害承担责任”，以上在《法国民法典》中属于准侵权行为；第3款则规定了“替代责任”，“如果某人根据法律应对第三人负责，他应对该第三人因过犯或依法律规定发生的责任负责”，在法国法中，替代责任也属于准侵权行为范畴。从大框架看，以上条文依然延续了《法国民法典》侵权行为与准侵权行为的区分并依此确立侵权责任立法的条文框架，而在内容上不仅涵盖了一般侵权责任（第1款），还涵盖了特殊侵权责任（物件致损与替代责任等准侵权行为所生责任），概括的是全部侵权行为而非仅限于过错侵权行为。

（二）侵权责任一般条款之横向考察

欲揭示侵权责任一般条款的内涵，我们还需要对其进行横向也即比较法考察，因为“在法学上，特别是如同在法哲学、法制史、法律社会学和比较法出现的情况一样，只有超越本国现实法

^① 参见徐国栋：“埃塞俄比亚民法典：两股改革热情碰撞的结晶”，载《法律科学（西北政法学院学报）》2002年第2期。

律规范之上的研究才能够称为科学”，^①也就是说，法学研究虽然应立足于本国，也应放眼于世界，如果缺乏比较法上的研究作为支持，其结论往往缺乏充分性或科学性。现代民法乃近代民法的继承与发展。近代《法国民法典》确立的侵权责任一般条款所采取的完全概括模式，虽然仅有的五条立法经过了现代修补，但一般条款的性质并未改变。《德国民法典》在一般条款立法上采纳的“列举递进”模式虽然存在一些问题，但仍沿用到现代，作为“一般人格权”和“营业权”的母体，该一般条款从某种意义上获得了新生。关于法国模式和德国模式的接受度，据冯·巴尔教授考察，“现代法下，《法国民法典》侵权责任一般条款可能更受各国推崇”，主要论据是：其一，“在19世纪只有荷兰、瑞士和葡萄牙民法典谨慎地与《法国民法典》侵权行为有所区别”，其实可以想象当时《德国民法典》尚未出台，德国的法学家也在犹豫是否继受《法国民法典》；其二，“20世纪30年代的《希腊民法典》虽借鉴《德国民法典》，但在必要之处并未照搬德国模式”；其三，“意大利立法者于1942年完成的民法典，其一般条款也是在德国和法国间寻求一种妥协，其在照抄《法国民法典》第1382条和第1383条后，有意识地靠近了《德国民法典》”。^②笔者认为，冯·巴尔教授的论据并不扎实，其实无论是侧重法国模式（如意大利），还是侧重德国模式（如希腊、葡萄牙等），均采取了“拿来主义”，将他人经验为我所用，同时对不适合本国国情之处加以舍弃，后续国家基本

① [德] K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社2003年版，第6页。

② 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2004年版，第24-35页。

都采取了折中立场。另外，即使表面继受某一模式，还要看其在司法实践中的理论构建和制度运行，不能仅仅从立法一个方面得出谁的一般条款更受各国推崇。

作为欧洲民法典文明的继受者，我国立法同样对侵权责任一般条款作出了规定。《大清民律草案》有三个条文即第 945 条至第 947 条涉及侵权行为的一般性规定，基本内容与德国法的内容一致，后为我国国民民法第 184 条所沿袭。新中国长期缺乏民法，1986 年颁布的《中华人民共和国民法通则》其实具有“小民法典”的地位，其第 106 条第 2 款是关于一般侵权责任的规定，如果将其与德国模式或法国模式进行对比的话，显然《民法通则》的规定更接近于法国的有关规定，其实这是由我国立法继受前苏联民法造成的对《法国民法典》的间接继受。无论是在 2009 年的《侵权责任法》第 6 条还是 2019 年 1 月的《民法典·侵权责任编（草案二次审议稿）》第 944 条中，该模式均得到了延续。

通过对侵权责任一般条款的纵横考察，在其外延上我们可以得出基本的判断。首先，侵权责任一般条款是人类认识和概括能力不断提高的表现，一般条款作为一种立法技术是制度文明的产物。法律制度的形成经历了从个别调整到一般调整的过程，在一般调整中，“一般条款”立法技术因其概括性强、行为模式明确、调整社会关系广泛等优点，有利于社会秩序的形成和巩固。其次，尽管侵权责任一般条款既可以被理解为涉及一般侵权责任的条款，也可以被理解为全部侵权责任的条款，但学者所谓“全部侵权责任的条款”的比较法立法例要么影响不大，要么仍停留在草案阶段，尚难谓“发展趋势”。最后，从现状来看，多数大陆法系国家既规定侵权责任一般条款，也规定具体侵权行为类型（主要是

准侵权责任或者危险责任),并将二者相结合,不过在以一般条款调整为基础的前提下,具体侵权类型列举只发挥着填补缝隙的作用。有学者提出危险责任一般条款化的主张,“确立过错责任和危险责任的二元归责体系”,“因为危险责任并不是‘特殊侵权’,而是现代社会最重要的‘一般’侵权责任形态”。^①笔者认为,侵权责任一般条款与类型化的结合是现代侵权责任法发展的方向,仅就一般条款观察,一般条款仅仅针对过错侵权责任(一般侵权责任)而并未扩及危险责任。危险责任的全面一般条款限制的是现代社会产业发展,危险责任作为人类不得不容忍、可控制的特别危险,对侵权责任的列举式的特别立法其实是在对受害人权益维护与业界长远发展、行为自由之间实现再平衡的手段,一般条款的概括性既是其优势,也会构成其不足,对于该种主张应当审慎。我国《侵权责任法》第2条的规定虽然具备抽象性、概括性的特征,“但并未提供一个确切的标准和模式来判断加害行为(过错侵权行为)是否构成侵权责任,以及行为人是否应该承担侵权责任,若认定其属于‘一般条款’则纯粹是摆设”。^②从最新立法进展上看,2019年1月4日由全国人大法制工作委员会公布征求意见的《民法典侵权责任编(草案二次审议稿)》中已经删除“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任”以及《侵权责任法》保护客体例举的相应规定。

^① 朱岩:《侵权责任法通论·总论》(上册 侵权成立法),法律出版社2011年版,第400、416页。

^② 参见张新宝:“侵权责任一般条款的理解与适用”,载《法律适用》2012年第10期,第28页;王利明:《侵权责任法研究》(上卷),中国人民大学出版社2010年版,第120-121页。

二、侵权责任一般条款之内涵

通过对侵权责任一般条款的源流考察及其当代呈现，我们明晰了其概念外延。欲揭示侵权责任一般条款的本质，需要进一步明确其内涵与特征。

（一）作为侵权责任产生原因的侵权行为

在研究侵权责任一般条款前，有必要对侵权行为作出界定。但同任何学科一样，对于本学科原命题（元概念）的界定往往困难极大，学界的很多争议其实都源于对元概念的界定分歧。为了科学界定侵权行为，法学家们同样殚精竭虑，目前大陆法系对于侵权行为的内涵，仅就侵权行为的属概念而言，至少有四种不同的看法：

1. “**责任说**”。该说从后果角度出发，主张侵权行为是一种应负损害赔偿责任的行为，“随着侵权责任归责原则严格化与责任原因事实多元化的发展趋势，在‘自己行为责任’之外，民法或特别法上不乏‘危险责任’或‘担保责任’的立法例，不必然非要以责任主体方面有一具体的‘侵权行为’为必要”。^①这种主张存在于大陆法系国家的日本、法国以及我国台湾地区。

2. “**致人损害说**”。该说从行为角度出发，认为侵权行为是加损害于他人之行为。如我国学者史尚宽先生认为：“为损害他人权

^① 参见陈忠五：《契约责任与侵权责任的保护客体》，北京大学出版社2013年版，第2页。