

# 侵权法中权利与利益的区分方法

于 飞 \*

**内容提要：**我国理论和实务界虽有不少在侵权法中建立权益区分保护体系的建议，但缺少对如何区分侵权法上的权利和利益的深入研究。德国民法学对侵权法上的权益区分提出了“归属效能”、“排除效能”和“社会典型公开性”三个教义学标准。归属效能的核心在于将确定的利益内容归属于特定主体；排除效能的核心在于主体得排除他人的一切非法干涉；社会典型公开性的核心在于使社会一般主体有识别利益客体的可能性，从而兼顾潜在加害人的行为自由。同时符合这三个标准的，为侵权法上的权利；反之即为利益。在受害人权益保护成为侵权法优先价值的背景下，以上法教义学标准遇到了理论与实践上的障碍，应从法政策视角弥补法教义学解释力之不足。

**关键词：**侵权法 权利 利益 法教义学 法政策

## 一、问题的提出

是否将权利与利益予以区分并给予不同程度的保护，这是侵权法一般侵权行为条款〔1〕问题上德国模式与法国模式的根本区别。法国模式对权利与利益不加以区分，以过错责任概括保护二者。德国模式则区分权利与利益，对权利采原则上给予保护的态度，德国民法典第823条第1款的过错责任原则为其提供全面的保护；对利益则采取例外保护的态度，仅在违反“保护性法规”（第823条第2款）或“故意违反善良风俗”（第826条）的条件下，才提供保护。〔2〕

\* 中国政法大学副教授。

本文系教育部人文社会科学青年项目“侵权法上故意违反善良风俗的加害行为研究”（项目号：09YJC820116）的阶段性成果。本文受德国洪堡基金会“德国总理奖学金”（Bundeskanzler-Stipendium）项目资助。

〔1〕 与本文主旨相关的，仅系一般侵权行为的一般条款或过错责任的一般条款，故本文采用“一般侵权行为条款”的表述方式。相同的表述及理由，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。

〔2〕 拉伦茨、卡纳里斯对德国侵权法三个小概括条款保护程度上的差异有如下评价：第823条第1款是一种“全面保护”，第823条第2款因依赖于具体立法而为一种“随机”保护，第826条系针对特定有伤风化行为的“点状”保护。Vgl. Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts Band II: Besonderer Teil, Halbband 2, 13. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 1994, S. 375f.

在制定我国侵权责任法的过程中，理论界在一般侵权行为条款问题上一直存在争议。<sup>〔3〕</sup>即便最后通过的侵权责任法第6条第1款已经采纳了法国模式，仍有学者力主对该条款予以目的性限缩，实质上依照德国模式确定其构成要件，从而将其保护范围限定于绝对权，并认为否则将导致理论上的灾难和现实的困境。<sup>〔4〕</sup>亦有法官认为，“通过司法解释的类型化补充，中国特色的侵权法历史地走向了类似于德国民法典的体系构成模式”，进而主张对侵权责任法的一般侵权行为条款“以类型化的体系构成予以具体化、明确化，使有限一般条款的违法性判断更具有可操作性”，<sup>〔5〕</sup>即在侵权责任法法国式的一般侵权行为条款基础上发展德国式的法解释。之所以要区分权利与利益，王泽鉴教授认为“系鉴于一般财产损害范围广泛，难以预估，为避免责任泛滥，特严格其构成要件，期能兼顾个人的行为自由”。<sup>〔6〕</sup>大陆亦有学者从避免加害人承担过重的责任、维护人们的基本行动自由、将纯粹经济损失视为一种不幸并不违反普遍的正义观念、经济分析的负外部性等视角进行观察，<sup>〔7〕</sup>相当详尽地阐述了对纯粹经济损失（利益）不予保护的法政策理由。

然而，以上论述只是对权益区分的必要性的阐述。而对如何区分侵权法中的权利和利益，即区分的可能性问题，真正深入的研究并未展开。必要性（可欲性）论证不能代替可能性论证。仅仅声称需要区分权利与利益，而无法提供一个可靠的区分方法，权益区分的侵权法结构便失去了现实化的根基，这一想法也就无法被立法者所采纳。

全国人大法工委王胜明副主任曾表示，“我一直努力学习如何将权利和利益划分清楚，但我还没有看到一本教科书清楚划分什么是权利、什么是利益。”他认为，若从内容划分，由于权利的落脚点还是利益，很难划清楚。若从形式划分，即认为法律写明某某权的可以称为权利，没有写明又需要保护的，就属于法律保护的利益，也不妥当。如未明确冠以“权利”称谓的，可能实际上享有权利地位，如我国法上的“婚姻自由”、曾经的“隐私”及从未在立法上出现过的“身体权”；且权利与利益也是不断转变的，如德国法上的一般人格权、营业权、名誉权。“因为有这么多的疑问，我不敢大胆接受在侵权责任法中规定侵害的对象一类是权利，一类是利益”，“我采取更多人都能接受的办法，那就是写‘侵害民事权益’”。<sup>〔8〕</sup>可见，促使我国最终选择不区分权益的法国模式的决定性因素之一，就是权利与利益区分的困难。

上述顾虑是可以理解的。因为即使建立了权益区分的保护体系，若不能区分权利与利益，则意味着实质上仍然不能确定权利、利益保护条款各自的保护范围。这种体系最终意味着由法官在个案中决定何者是权利，何者是利益，再决定适用哪个条文及何种要件进行保护。这种体系既有可能“保护过度”（利益被法官认定为权利），也有可能“保护不足”（权利被法官认定为利益），而且德国模式本有的立法者尽量作事先判断、给予司法者尽量明确的指示、限制法官自由裁量权等优势也都不复存在了，实在是未见高明。

〔3〕 张新宝教授主张法国模式（参见张新宝：《侵权行为法的一般条款》，《法学研究》2001年第4期），杨立新教授主张埃塞俄比亚模式（参见杨立新：《论埃塞俄比亚侵权行为法对中国侵权行为法的借鉴意义》，《扬州大学学报（人文社会科学版）》2005年第9期）。王利明教授初以更有助于受害人的救济而倾向于法国模式（参见王利明：《我国侵权责任法的体系建构》，《中国法学》2008年第4期），而后又因德国模式在确定侵权法保护范围和限定法官自由裁量权上的优点，认为“德国模式具有更大的借鉴意义”（参见王利明：《侵权法一般条款的保护范围》，《法学家》2009年第3期）。

〔4〕 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。

〔5〕 陈现杰：《〈侵权责任法〉一般条款中的违法性判断要件》，《法律适用》2010年第7期。

〔6〕 王泽鉴：《侵权行为法（1）基本理论·一般侵权行为》，中国政法大学出版社2003年版，第89页。

〔7〕 参见前引〔1〕，葛云松文。

〔8〕 王胜明：《侵权责任法的立法思考（一）》，载中国民商法律网 <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=47193>，2011年5月22日最后访问。

当然,既有研究中并非没有关于权益区分可能性的研究,前人的研究正是本文进一步探讨的基础。比如,能否认为凡法律已经规定的权利即权利,法律未规定为权利又需要保护者为利益?如上所述,这种观点已经在有些无权利之名者有权利之实及利益可以向权利转化两方面受到批驳。<sup>[9]</sup>在此批驳的基础上,本文同时认为有权利之名者也未必有侵权法上的权利之实,一个很明显的例子是债权。后文还将论述到,那些并非相对权且被冠以“权利”之名者,许多也不具有侵权法上权利的教义学特征。

还有一种相当普遍的观念,认为侵权法上的权利指绝对权,绝对权之外者属于侵权法上的利益。<sup>[10]</sup>这种认识是向正确的方向迈进的重要一步,但距终点还有相当的距离。因为在确定侵权法上的权利的范围时,绝对权这一概念只能简单地排除相对权。然而,在相对权以外,仍然只有一部分能够成为侵权法上的权利,另外一部分虽非相对权,但却仅能作为利益对待。如纯粹财产损失,它们绝非相对权,而是具有某种“绝对性”,但却仍因某种原因或未达到某种标准,只能成为侵权法上的利益。因此,问题不是要区分绝对权和相对权,而是要区分相对权以外的“绝对权利”和“绝对利益”。绝对权这个概念仍然没有指明如何区分侵权法上的权利与利益。

还有一些学者对权益区分的方法问题进行了有益的讨论。学者们从不同角度论及,权利有确定的内容和边界,利益则无;权利可以积极行使和主张,利益只能消极受保护等。<sup>[11]</sup>以上论述真正涉及权利与利益的事先区分方法,而非区分的目的(即给予强弱不同的保护)或区分的必要性(如潜在加害人的预期可能性),逼近了问题的实质。但本文认为,权益区分保护及与之相应的“三个小概括条款”的立法模式是在德国法上才最终确立的,<sup>[12]</sup>也在德国法理论及判例上表现得最为成熟。因此,要寻求一种侵权法上权利、利益的区分方法理论,最佳方式莫过于到德国法中去寻求,看看在这个问题的发源地人们如何讨论和试图解决这个问题,而这一点恰恰是目前国内在这个问题的研究上所缺乏的。

本文的目的并非评价一般侵权行为条款上法国模式与德国模式的优劣,也并非对侵权责任法或中国未来民法典中的一般侵权行为条款作出评论或展望。相反,笔者发现,认为侵权法上的权益无法或难以区分,似乎已经成了一个认识上的障碍,使我们对诸多相关问题难以继续深入讨论下去。本文试图说明,权益的区分方法问题并非是说不清楚甚至是无法讨论的,而是存在一套法教义学上的区分理论和方法。

## 二、德国侵权法上的权益区分理论

“权利”与“利益”的区分是我国学者常用的表述方式,但在德国侵权法理论中并不这样表达。首先,较之权利一词,德国侵权法解释上更常采用“法益”(Rechtsgut)概念。“法益”是德国民法典第823条第1款下受过错责任保护的权利的统称,它天然地将相对权排除在外,该概

[9] 参见前引[8],王胜明文。

[10] 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129页;前引[4],葛云松文。在2009年民法学年会上,“与会学者一致认为”,“侵权法中,债权和利益与绝对权相比,在保护的程序和构成的要件都是不同的”。中国法学会民法学研究会秘书处:《关于〈侵权责任法草案·二次审议稿〉的若干建议》,载中国民商法律网<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=45683>,2011年5月22日最后访问。

[11] 参见熊谓龙:《权利,抑或法益?——一般人格权本质的再探讨》,《比较法研究》2005年第2期;关永红、陈磊甲:《论民法法益本体及其制度化应用》,《山西师大学报(社会科学版)》2009年第4期;曹险峰:《在权利与利益之间——对侵权行为客体的解读》,《当代法学》2005年第4期;李岩:《民事法益的界定》,《当代法学》2008年第3期。

[12] 从法国式的“一个大概括条款”到德国式的“三个小概括条款”立法发展的一般介绍,参见[德]冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》上册,张新宝译,法律出版社2001年版,第18页以下。

念大体相当于我们所谓的“侵权法上的权利”。<sup>[13]</sup>“利益”(Interesse)一词在德国侵权法上用得更少,通常使用的类似概念是“纯粹财产”(reines Vermögen)。因此,我们所谓的“权益区分”,在德国法解释上的表述为“法益与纯粹财产的区分”。更确切地说,在德国民法典第823条第1款所列举的法益“生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利”之中,前五项法益的内涵是确定的,原则上已不再需要与纯粹财产相区分。德国民法教义学上真正有意义且被讨论的问题,是“其他权利”与纯粹财产之间如何区分。该问题对德国司法实践的意义表现在,对于一个从未出现过的利益形态,法官如何判断它是属于第823条第1款意义上的“其他权利”,从而适用过错责任加以保护,还是属于一项纯粹财产,故而需要为其寻找一项“保护性法规”或探求案情中的“故意违反善良风俗”因素。德国学者一般也正是在探讨何为第823条第1款上的“其他权利”,“其他权利”具有什么特征,“其他权利”与纯粹财产之间如何区分这些问题时,展现出我们所关心的权益区分理论。

#### (一) 德国学者权益区分理论之梳理

拉伦茨和卡纳里斯认为,第823条第1款上的权利,必定在法律性质上与所有权更具有亲近性。“依据(德国民法典)第903条,物之所有权人原则上得对其物‘任意处分并排除他人的任何干涉’。故所有权的两个主要特征是:第903条规定的第一项功能——归属效能(Zuweisungsgehalt)及该条明确规定的第二项功能——排除效能(Ausschlussfunktion)”,“归属效能和排除效能是侵权保护的最好基础。当权利或利益的主体基于法律规定可以对这些权利和利益进行任意处分时,就意味着法秩序为他提供了一个固定而明确的保护范围,并在该范围内保护他不受第三人之侵害;并且,当他能够‘排除他人的任何干涉’时,他人原则上应对其(法律)地位给予尊重,也就不言而自明了”。以上权利和利益适宜于纳入侵权保护的第三个原因,“在于社会典型公开性(sozialtypische Offenkundigkeit)也是其特征之一;社会典型公开性使得从相关客体的可感知性推导有关权利——或曰有关法益——的保护成为可能,并由此发展出对潜在侵权人的警告功能,借以关照对潜在侵权人行为自由之尊重”。<sup>[14]</sup>可见,拉伦茨与卡纳里斯为侵权法上的权利建立的三个特征分别是归属效能、排除效能和社会典型公开性。

瓦尔特延将“其他权利”的特征列举为“积极的归属效能”与“消极的防御效能”。<sup>[15]</sup>福克斯认为,能够归入“其他权利”者“必须如同所有权一样具备积极的归属效能和消极的排除效能”。<sup>[16]</sup>《慕尼黑民法典评注》认为,能归入“其他权利”者须具有“排除效能”与“社会典型公开性”。<sup>[17]</sup>《诺莫斯民法典评注》认为,“其他权利”“仅包括具有归属效能和排除效能之特征的权利”。<sup>[18]</sup>《埃尔曼民法典评注》论述“其他权利”的范围时称,“当今通说要求权利的类所有权性,或者要求与权益侵害型不当得利中的权益归属说相联系的排除效能和社会典型公开性”。<sup>[19]</sup>

综上所述,可作以下三点分析:

[13] 德国民法典立法时,“法益”仅指“生命、身体、健康、自由”,从而与“权利”(包括所有权、其他权利)对立。目的是使“其他权利”的弹性扩张功能仅在“权利”领域中发挥作用,而不能及于人格利益,从而实现对人格利益限定保护的立法目的。但随着“一般人格权”概念的出现并进入“其他权利”,原立法目的被打破,“法益”与“权利”合流,“法益”概念成为侵权法上或者说受德国民法典第823条第1款保护的权利的统称。Vgl. Erwin Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München 1996, S. 42ff.

[14] 前引[2], Larenz/Canaris书,第373页以下。

[15] Coester-Waltjen, Rechtsgüter und Rechte i. S. d. § 823 I BGB, Jura 1992, S. 210.

[16] Maximilian Fuchs, Deliktsrecht, 7. Aufl., Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg 2009, S. 30.

[17] München Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schulrecht • Besonderer Teil III, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2009, S. 1805.

[18] Nomos Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2005, S. 1005.

[19] Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage, Aschendorff Rechtsverlag, Köln 2004, S. 3052.

第一,以所有权为突破口,寻找第823条第1款上权利的特征,是德国学者的普遍思维方式。此与第823条第1款的表述有关。当该款表述为“所有权或其他权利”时,人们依逻辑便会想到,这里的“其他权利”虽在名称上与所有权不同,但一定在性质上与所有权有根本相似之处,所以才能与所有权并列,同受第823条第1款过错责任之保护。<sup>[20]</sup>

第二,从所有权的特征出发并以德国民法典第903条为依据,在侵权法上的权利应具有归属效能和排除效能两点上,德国学者基本没有争议。虽然在概念表述上有所区别,但其来源一致,内涵亦一致;为求汉语上的易理解性,本文统一采取“归属效能”<sup>[21]</sup>和“排除效能”概念。

第三,归属效能与排除效能仅系从受害人角度着眼,分析侵权法上权利应具有的特征。而我们设立侵权法上的规则时,必须考虑受害人损害填补与加害人行为自由之间的平衡。从加害人角度着眼,侵权法上的权利应具有社会典型公开性,该特征对于维护加害人的合理预期及保障其行为自由,具有重要意义。

## (二) 归属效能

“归属效能”作为一个法律概念,并非源于侵权法,而是源于不当得利制度。德国学者用这个概念来回答在“权益侵害型不当得利”中何时发生不当得利返还请求权。<sup>[22]</sup>此即所谓“权益归属说”,即凡权益皆有一定明确的利益内容,专属于权利人,归其享有。违反法秩序所定权益归属而取得利益的,系欠缺法律上原因,应成立不当得利。<sup>[23]</sup>

主观权利的根本功能即在于将某项确定的利益内容归属于特定主体,这一点已经达到了权利理论的根本,无法再继续引申和解释。拉伦茨、沃尔夫指出:“某人拥有一项主观权利,意味着他依法应当享有什么或依法被归属了什么。某人依法应享有什么,是规范领域中一种不能再继续引申的基础类型。”<sup>[24]</sup>在德国民法典第823条第1款“权利侵害”这种侵权类型中,正是由于法律已经通过主观权利的方式将一项确定的利益归属于特定主体,当其他主体侵害此已被归属的利益内容时,法秩序即被破坏,由此产生了违法性。此即所谓权利侵害直接“征引”出违法性的理论。<sup>[25]</sup>这与不当得利制度的“权益归属说”中基于侵害他人权益归属范围而使自己得利,因而受益无法律上原因的机理相同。

归属效能的核心要义,在于归属内容的确定性。“一项主观权利的归属内容必须客体确定而且界线清晰。凡法律未为禁止者皆得为之,这固然是符合实际的表述,但由于缺少了客体的确定性,因此从这种表述中无法产生主观权利。只有当一个确定的物的主体能够排除他人对此物的利用,进而能够对该物支配使用时,或者能够从一个确定的债务人请求一项确定的履行时,一项确

[20] 将“其他权利”与所有权相类比,也与德国学者的思维惯性有关。如前注〔13〕所述,德国民法典原本是将第823条第1款意义上的受保护客体分为法益、权利两个不同领域的。因此,“其他权利”只能与同领域的所有权相类比,而不能与法益领域的人格利益相类比。虽然后来发生了法益与权利的合流,但这种思维方式却保留了下来。

[21] 翻译上两点说明:其一,较之“归属效能”(Zuweisungsfunktion),事实上德国学者使用“归属内容”(Zuweisungsgehalt)这一表述更为频繁。但从汉语语感来说,比之“归属内容”,“归属效能”更易被理解为一个区分标准,故本文采用“归属效能”的表述。其二,有学者将“Zuweisungsfunktion”译为“分配效能”(参见〔德〕马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2006年版,第40页)。这涉及“Zuweisung”这个构词成分的译法。王泽鉴先生将其译为“归属”(参见王泽鉴:《债法原理—不当得利》,中国政法大学出版社2003年版,第171页)。本文认为,从词义上说,“Zuweisung”译为“分配”或“归属”均无不可。但从汉语语感来说,“分配”一词的重心之一在于“谁在分配”,即分配的主体;而“归属”一词的重心则在“归属了什么”,即归属的客体。“Zuweisungsfunktion”的核心在于将何种明确的利益归属于特定人,其重点在于归属的客体而非主体,故本文认为“归属效能”的译法较利于汉语读者捕捉该概念的重心,因而采之。

[22] Vgl. Nils Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2003, S. 476.

[23] 参见前引〔21〕,王泽鉴书,第171页。

[24] Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2004, S. 243.

[25] Vgl. Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 11. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2010, S. 49ff.

定的主观权利才被个别地归入一个确定的主体。”〔26〕主观权利是不能反向定义的。未禁止者皆得为之，然而法未禁止的领域是无穷尽的，这里没有确定的内容，因此不是一项主观权利。可以想象，这种“皆得为之”的权利，实则为一切他人设定了不干涉的义务，即无确定内容的权利必然产生不确定、无边界的义务，这显然不可接受。如果要构成一项主观权利，就必须从正面毫不含糊地说明究竟把什么利益内容归属于特定主体。物权制度中强调“客体特定原则”，原因即在于为物权确定明确的客体与利益归属内容，否则物权的支配效力范围就难以确定，第三人的义务范围亦难以确定。在法律行为和合同制度中强调标的“确定”，其原因同样在于明确债权的利益归属内容。归属效能实则为绝对权与相对权的共通属性。

事实上，我们在未对权利进行分类之前，理念上是先利用归属效能这一标准将权利与利益区分开来。能够将一定的确定的利益内容归属于特定主体的，属于权利；达不到这一标准的，属于权利外的利益，如概括财产或一般人身自由。然后依绝对性之有无、客体的差异、权利的效力等对权利作进一步分类。我们对归属效能的利用，观念上尚在权利的内部体系形成之前。

我们可以从德国侵权法的结构对归属效能的必要性作进一步的理解。德国民法典立法者基于对法国民法典侵权立法模式——即一个大的概括条款并放任法官自由裁量——的不满，意图尽量对法官施加事先约束。于是立法者将那些内容确定、边界清晰的绝对权放在第 823 条第 1 款中，利用过错责任给予原则上的保护；而对于内容不确定的利益，则放在第 823 条第 2 款和第 826 条给予例外保护。第 826 条中存在“故意违反善良风俗”这样的开放性标准，法官在认定违法性上有自由裁量权。因此，其实第 823 条第 1 款是有清晰的事实构成要件的完全法条，而第 826 条才是个一般条款。问题在于，如果第 823 条第 1 款中的权利丧失了归属效能，内容不确定，需要法官在个案中进行具体的利益衡量决定行为是否具有违法性，那么第 823 条第 1 款也会变成一般条款。如此一来，利益可以通过这些内容不确定的权利形式或者说一般条款进入第 823 条第 1 款，从而使德国的侵权法模式丧失其个性。正如拉伦茨指出的：“如果人们将具体构成要件扩张成了一般条款，或者在下判决时，具体案情中的要件构成始终取决于一个一般条款，那么该体系（指德国式的侵权法结构，笔者注）就失去了意义。”〔27〕

### （三）排除效能

排除效能源于德国民法典第 903 条“排除他人的任何干涉”，这本是对于所有权的一项权能的规定。但德国学者普遍认为第 823 条第 1 款上的权利在性质上应当与所有权相接近，因此排除效能也被列为侵权法上权利的特征之一。排除效能的根本涵义便是排除其他主体的任何不法干涉，这是绝对权的根本特征。

虽然归属效能与排除效能是两个不同的特征，但二者却有紧密关系。只有当法律将一项确定的、边界清晰的利益内容归属于某主体时，该主体与潜在侵权人之间才有一条清晰的界线。当侵权人越过该界线时，权利主体可以请求排除该非法干涉，法官此时则应当予以保护，这才谈得上排除效能。反之，如果利益内容不确定、边界不确定，则何时、到达何种地步构成非法干涉，侵害者不甚明了，权利人也不甚明了。此时，是否构成侵害，利益主体能否请求排除，只能由法官在个案中权衡受害人利益与加害人行为自由何者更值得保护之后，再作决定。由于不具有排除效能，所以这种法律地位〔28〕也就不具备成为侵权法上权利资格，只能是一种利益。

〔26〕 前引〔24〕，Larenz/Wolf 书，第 243 页以下。

〔27〕 Karl Larenz, Das “Allgemeine Persönlichkeitsrecht” im Recht der Unerlaubten Handlungen, NJW, 1955, S. 523.

〔28〕 在德国侵权法上，“法律地位”（Rechtsposition）是一切可保护对象的统称，包括权利与利益在内。当德国学者不需或试图避免说明所保护的对象是权利还是利益时，便使用此概念。参见前引〔2〕，Larenz/Canaris 书，第 392 页；Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., S. 766f.

正是基于归属效能对排除效能的奠基性作用,拉伦茨认为,对于受到第823条第1款保护的法益而言,归属效能是比排除效能更重要的特征。<sup>[29]</sup>长期担任德国联邦最高法院民事责任委员会主席的施蒂芬(Steffen)法官也认为,排除效能是建立在归属效能基础上的。<sup>[30]</sup>

当然,归属效能与排除效能仍有功能上的差异。归属效能只为排除效能提供了必要条件,尚非充分条件,否则二者不足以成为两项不同的权利特征。我们首先利用归属效能将概括财产、一般人身自由等不具有确定归属内容的利益排除出去;但从排除一切他人之干涉的角度看,相对权显然又不具备排除效能,因此也不属于侵权法上的权利。

因缺乏排除效能而不属于侵权法上权利的,当然不只债权一种。在对德国民法典第823条第1款的“其他权利”的讨论中,具有巨大争议的问题之一就是“对工作职位的权利”(Recht am Arbeitsplatz)是否属于绝对权。反对意见认为,“所谓‘对工作职位的权利’只是一束雇主与雇员间的债权关系,它并不具有对抗合同外第三人的排除效能”。<sup>[31]</sup>

#### (四) 社会典型公开性

法布里丘斯(Fabricius)发表于1961年德国《民法实务档案》上的《论民法典第823条第1款上的“其他权利”的法教义学》一文,是研究“社会典型公开性”的基础文献。该文以“社会典型公开性”为核心特征,为“其他权利”建立了统一的法教义学基础。该文论述道:“法益的可识别性源于我们的社会与文化认识,因而是不言而喻的;它通过简单的、主要建立在习惯与经验基础上的、源自一般感官即可感知的客体的观念反射,建立在了法益的存在之上。有了建立在客体上的、作为主体受法律保护的利益之法益的社会典型公开性,这种法益的可识别性才能被理解。”“具有决定意义的并非主观的、对损害——即加害人对权利的侵害——的可预见性,而是因建立在权利人的通常状态之上而具备了客观性的、社会典型的法益公开性。”“(社会典型公开性)并非取决于具体个案,即并非取决于具体个案中的法益是否可辨别,而是仅取决于一项法益是否典型、规律、公开。因此,一方面,社会典型公开性原则上须与民法典第823条第1款框架下的相当因果关系区分开来,因为后者要求检验该具体行为通常情况下是否导致该损害;另一方面,也须与过错区分开来,后者系从权利人的通常状态出发进行观察,并建立在具体法益侵害的可预见性上。”<sup>[32]</sup>

以上阐述对于我们理解“社会典型公开性”极有助益,以下分三点言之:

##### 1. 社会典型公开性为法益的可识别性的基础,二者为一体两面。

侵权法须于加害人与受害人之间寻求平衡。从加害人角度考虑,为避免其动辄得咎,受侵权法保护的法益须有社会一般意义上的可识别性,而非为潜在侵权人所不可感知。法益的可识别性何以可能?这一点必须建立在法益的社会典型公开性的基础上。法益的社会典型公开性与可识别性之间,前者较侧重从社会效果方面描述,后者较侧重从法益本身描述,然而二者实为同一事物的不同侧面,法布里丘斯本人也无意于二者发挥不同的解释功能。

##### 2. 社会典型公开性源于社会与文化的共通认识,并建立在可感知的客体上。

社会典型公开性并非基于个体于个案中的认识或预见,而是基于人们共通的社会、文化的认识和经验。法布里丘斯在尼伯代观点的影响之下提出,社会典型公开性并非“现实的、自然科学意义上的”,而是“精神的、社会意义上的”。<sup>[33]</sup>这种法益的可识别性须建立在可感知的客体上,

[29] 前引[28],Larenz/Canaris书,第396页以下。

[30] Reichsgerichtsräte-Kommentar-Steffen, § 823, Rn. 6. 转引自前引[22],Nils Jansen书,第477页。

[31] 前引[17],München Kommentar,第1822页。

[32] Fritz Fabricius, Zur Dogmatik des “sonstigen Rechts” gemäß § 823 Abs. I BGB, ACP 160, S. 291f.

[33] 同上文,第294页。

但“并不以具体体现为一个物为必要”。<sup>〔34〕</sup>所有权固然具有典型的社会典型公开性，各类人格权也有它们在社会文化中的公开性基础，法布里丘斯还利用社会典型公开性对各类限制物权、先占权、债权、对工作职位的权利、“婚姻生活共同体不受干扰地持续的权利”进行了讨论。<sup>〔35〕</sup>

### 3. 社会典型公开性不同于可预见性、违法性和过错。

社会典型公开性与可预见性不同。前者是一般意义、社会意义上的，后者是具体意义、个案意义上的；前者针对的是法律地位，后者针对的是损害。前者要求从人们的社会文化的普遍认识与经验中寻求受保护对象一般意义上的可感知性；而后者只能在个案中，针对具体行为人能否预见具体损害进行探讨。在一个具体案件中，某法律地位有社会典型公开性，但可能加害人并不能够预见；也可能该法律地位没有社会典型公开性，但加害人出于特殊原因却能够明确地预见。

同为一般意义的判断，社会典型公开性与违法性也有显著区别，即二者的判断对象不同。社会典型公开性是对法律地位进行判断，即法律地位是否在一般意义上可识别；违法性是对行为进行判断，即行为是否在一般意义上不当。例如，在德国一般侵权行为条款模式下，如果一个法律地位不具有社会典型公开性，就并非权利，而是一种利益（如纯粹财产），此时社会典型公开性的功能发挥完毕。接下来是寻找违法性，由于该法律地位是利益，因此不能基于“过错致损”来确认违法性，而必须通过“违反保护性法规”或“故意违反善良风俗”来确认违法性。可见，社会典型公开性的功能是确定法律地位的性质，而违法性的功能是确定责任。

社会典型公开性与过错的区别更明显，过错是个案中对行为的判断，社会典型公开性是一般的对法律地位的判断，在此不再赘述。

### （五）权益区分理论的应用

德国学者以权益区分理论为分析工具的论述非常多，如拉伦茨、卡纳里斯认为，所谓“营业权”缺乏归属效能、排除效能和社会典型公开性，因此并非权利。<sup>〔36〕</sup>法布里丘斯基于缺乏社会典型公开性，认为债权并非第 823 条第 1 款上的“其他权利”，只能通过第 823 条第 2 款或第 826 条寻求救济；但若债权发生了物权化，如租赁权，则具有了社会典型公开性，可受第 823 条第 1 款之保护。<sup>〔37〕</sup>《慕尼黑民法典评注》基于缺乏排除效能，认为所谓“对工作职位的权利”并不成立。<sup>〔38〕</sup>在此不可能一一列举。

可能我们更感兴趣的是，德国的这一套权益区分理论对中国案例是否有解释力？特别是用它来分析中国的一些有名案例时，能否为我们从渐成定式的思维中破出一条新路，带来新的启发？

#### 1. 重庆电缆案

某建筑公司施工中不慎损坏某供电公司的电缆，导致供电中断，造成某医院停电 26 小时，医院起诉要求建筑公司赔偿营业损失。

二审法院判决称：“在电缆线毁损而导致电力供应中断时，用户所遭受的多属纯粹经济上损失，以不能营业之损失最为常见”；“经济损失一般又称‘纯粹经济上损失’，……除加害人系故意以悖于善良风俗之方法致用户受损害的特殊情形外，不在赔偿之列”；“被害人对于此等意外事故，若皆得请求经济上损失的赔偿，则其请求权将漫无边际，严重地加重了加害人的赔偿义务，有违公平正义，也不利于整个社会经济的发展”；“本案民族医院要求赔付停电期间的营业损失，

〔34〕 前引〔32〕，Fritz Fabricius 文，第 292 页。

〔35〕 同上文，第 290 页以下。

〔36〕 前引〔2〕，Larenz/Canaris 书，第 544 页以下，第 560 页以下。

〔37〕 参见前引〔32〕，Fritz Fabricius 文，第 302 页以下。

〔38〕 前引〔17〕，München Kommentar，第 1822 页。



性质属于纯粹经济上损失，故其诉讼请求本院碍难支持”。〔39〕

本案终审于2006年，我国当时的侵权制度仍以民法通则为主导，在一般侵权行为条款上采法国模式。法国模式便于法官说“是”，但不便于法官说“不”。本案中法官面对的是一种必须排除于侵权法保护范围之外的利益，法国模式的弱点——缺乏宜保护利益的遴选机制——充分暴露出来，于是法官便完全倒向了德国模式的判决依据和推理过程，〔40〕并得到了学者的好评。〔41〕

然而，在此有一个前提不应被忽略，即法官如何认定这种损失是纯粹经济损失而非权利侵害？此为这种区分保护模式的起点和基础，不能依靠直觉。若依前述权益区分理论，这种“正常营业的利益”首先不具备明确的利益归属内容，也不具备清晰的边界，缺乏归属效能；此种利益何时受到侵害，潜在侵权人不甚明了，利益主体也不甚明了，也就无从谈及排除效能；此种利益既不具有可感知的实体，也无法律上的技术手段以助公示，社会一般主体无从识别，故不具有社会典型公开性，因此只能归于一种侵权法上的利益，受到较弱的例外保护。以上分析，可望加强法官内心的确定性。

## 2. 齐玉苓受教育权案

此案更为有名，案情于此不赘。〔42〕笔者在他文中论及，齐玉苓被侵害的不是宪法上的受教育权，也即相关国家机关并未违反其宪法义务将受教育机会在公民间作不公平分配；受侵害的是齐玉苓获得受教育机会后，得以不受任何人干涉地接受教育的自由。这种自由与国家公权力无关，其本质是一种未立法化、权利化的民事利益。〔43〕这里的问题在于，这种社会中新生发的法律地位在性质上究竟是权利还是利益？

显然，“立法规定为权利者即为权利，未规定为权利者即为利益”这种纯形式化的判断标准是行不通的。有权利之名者未必是侵权法上的权利，社会中新生成的、无权利之名者却完全可能具有权利的特征。

依前述权益区分理论来检验。首先可以认为该案中得到保护的所谓“受教育权”具有归属效能，这里被归属于受害人的利益内容非常清晰明确，即一种得到受教育机会后，得以不受任何人干涉地利用这种机会的自由。比如，“受教育权”人可以自主决定是今年即赴录取院校上学，还是等来年继续参加高考，以求更好的受教育机会。确定的内容、清晰的边界使得一旦有人越过利益边界，利益主体便可立即行使不作为请求权，以求排除他人之干涉（当然，在知道的前提下），从而使“受教育权”具有了排除效能。

问题在于社会典型公开性。我们发现，这种“受教育权”并无任何事实上或法律上从外部识别的可能。它既不像一些物权或人格权那样有可感知的实体，也不像知识产权那样依靠法律之力明确划定边界并公示。这种“受教育权”其实一直处于隐藏状态，缺乏可普遍感知的“客体”，在我们社会文化生活的一般经验中，也找不到这种“受教育机会”的社会典型公开的共同体认（或许“张榜公布”可以提供一种外部识别的可能，但本案中齐玉苓的录取通知书刚到藤州市八中就被被告截留了，没有公布的机会）。当然，本案被告对原告的受教育机会知情并有侵害之故意；但正如前文所述，这是个案中具体行为人的可预见性问题，而非脱离个案、针对类型法律地位的社会典型公开性问题。在法律地位缺乏社会典型公开性的情况下，具体行为人完全可以基于

〔39〕 重庆市高级人民法院编：《重庆审判案例精选》第2集，法律出版社2007年版，第191页以下。

〔40〕 德国著名的同类型案件参见BGHZ, 29, 65, der Stromkabelfall（电缆案）。

〔41〕 参见王泽鉴：《比较法、判例研究和实例研习——民商法前沿论坛第341期》，<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=47617>，2011年5月22日最后访问。

〔42〕 参见《中华人民共和国最高人民法院公报》2001年第5期。

〔43〕 参见于飞：《基本权利与民事权利的区分及宪法对民法的影响》，《法学研究》2008年第5期。

个别案情对行为致损具有明确的预见性，两者并不矛盾。

由于本案中的“受教育权”缺乏社会典型公开性，因此并非一种侵权法上的权利，而应属一种利益。因此，在“三个小概括条款”的结构下，该“受教育权”不应受“侵害权利”类型的保护。但这并不意味着这种新型法律地位得不到保护。事实上，由于本案加害人具有故意，且有欺骗受害人及伪造各种材料的行为，构成了拉伦茨、卡纳里斯所谓“特殊的、尤其是有伤风化的行为方式，如欺骗、不忠实、以不当方式诱使违约等”，<sup>[44]</sup>因此本案实际上属于典型的“故意以违反善良风俗的方法加损害于他人”的类型。

不具社会典型公开性的利益，必须在具有“故意”和“违反善良风俗”要件的前提下，才能受到保护，以避免责任泛滥；若加害人仅有过失，则不须承担责任。可以想象，如果是邮局误投邮件，或学校收发室不慎丢失信件，导致某当事人未能正常入学，由于这种受教育机会并不具有社会典型公开性，加害人对行为后果及损失大小无从预见，一概令其赔偿对加害人过苛，因此这种情况应当视为一种社会风险，不予赔偿。在“故意”条件下，即使受害人的利益缺乏社会典型公开性，加害人仍有明确的预见可能，故不能免于赔偿。质言之，“故意违反善良风俗”类型中的故意，其要义在于当某法律地位缺乏社会典型公开性时，仍能维持加害人的预期。

若不借助这种权益区分理论并配合“三个小概括条款”的分析架构，在“齐玉苓受教育权案”出现之后，我们就会遇到一个理论难题，即再出现过失侵害他人受教育机会的案件时，法律是否保护？若不保护，又如何解释这种法律上的厚此薄彼？在此，权益区分理论配合“三个小概括条款”的侵权法模式展现了它的力量，即它可以将社会中适宜受保护的利益形态遴选出来并予以归类，再以适当的方式分别保护之。<sup>[45]</sup>

### 三、权益区分理论解释力的限度

以上分析似乎表明，归属效能、排除效能、社会典型公开性这些法教义学标准可以完美地解决权益区分问题，但实际上，这些标准在理论和实践中都有解释力受阻之处。

#### （一）权益区分理论解释力的限度在理论领域的表现

该表现主要集中在德国民法典第 823 条第 1 款那个著名的“其他权利”上。德国通说认为，“其他权利”所包含的内容中有一般人格权与营业权两项。<sup>[46]</sup>但是，一般人格权与营业权并不具有侵权法上权利的教义学特征。

一般人格权堪称一个虽有权利之名，却无法说清其归属的利益内容的典型。“一般人格权的保护范围中收容了什么生活条件，不仅无法用一个统一的公式来表达，甚至连设立一个可供归纳之用的公式都不可能。”<sup>[47]</sup>由于内容不确定、边界不清晰，加害人和受害人都无法判定何时发生了“越界”，何时侵害了一般人格权。这意味着一般人格权并没有课以他人确定的法律义务，并没有对抗一切他人的功能，也就不具有排除效能。同时，“一般人格权缺乏所有权及其他绝对权

[44] 前引 [2]，Larenz/Canaris 书，第 376 页。

[45] 2008 年 12 月 18 日公布的《最高人民法院关于废止 2007 年底以前发布的有关司法解释（第七批）的决定》已经明文将关于齐玉苓案的批复废止。当然这并不意味着齐玉苓案中受侵害的民事利益不值得保护，而仅仅是意味着最高法院认为不宜以宪法权利为手段来进行保护。至于原因，导致受保护客体范围不适当扩大恐怕应为其中之一。对于此类案件今后的处理，本文论述的权益区分理论配合“三个小概括条款”的推导方式，可以作为一个较合理的、在私法范围内解决私法问题的选择。

[46] 参见前引 [2]，Larenz/Canaris 书，第 489 页以下；前引 [25]，Kötz/Wagner 书，第 77 页以下。

[47] 前引 [16]，Maximilian Fuchs 书，第 39 页。

在长期历史传统中形成的‘社会典型公开性’的固定轮廓”。〔48〕故“如下观点并不令人感到惊奇：‘一般人格权’虽有权利之名，但并无权利之实，它只不过是归属于特定人权利范围的‘一束受保护的地位’”。〔49〕

由于在“一般人格权”概念下，被归属的利益内容不确定，何时可以排除他人妨害不确定，所以立法者无法在事先为此类纠纷设立一般处理模式，无法为侵害一般人格权设定确定的构成要件。立法者所能做的，只是提醒法官注意尊重“人格尊严”、“人格的自由发展”这些价值，至于何时何种情况下应对一般人格权提供具体保护，则只能由法官在个案中进行利益衡量，综合一切情事而定。不是立法者不想控制法官，而是他们不能。

营业权作为一项“其他权利”，也受到诸多批判。如拉伦茨、卡纳里斯认为，“事实上营业权不仅缺乏社会典型公开性，而且缺乏归属效能和排除效能”，因此它并非权利，其实质为“以纯粹财产保护为目的、未立法化的行为规范的源头”。结合实践中的案例类型，拉伦茨、卡纳里斯认为没有必要再设立一项“营业权”，而是应当回到民法典确立的模式，即通过第826条实现对这些利益的保护。〔50〕

问题就产生了。一般人格权与营业权都有权利之名，并在体系上属于第823条第1款上的“其他权利”，看起来似乎是权利。但它们却没有归属效能、排除效能和社会典型公开性这三个特征；而没有这三个特征的，只能是利益。于是一般人格权与营业权有着权利的名称和利益的实质，那么它们究竟是什么？进而言之，德国侵权法上的权利和利益究竟还有什么区别？如果没有权利特征的利益形态也可以作为权利对待，那么一般侵权行为条款上的德国模式与法国模式还有什么区别？德国民法学一方面创立了一套权益区分理论，另一方面又在亲手破坏它，为什么？

## （二）权益区分理论解释力的限度在实践领域的表现

权益区分理论在实践领域也有解释不尽如意之处。兹在所有权侵害与纯粹财产损失区分领域重新讨论几个著名的案例。

### 1. 孵化场案

原告系一个孵化场经营者，由于被告过失损坏了电缆，原告企业停电，导致孵化器停工，孵出的小鸡全部畸形。〔51〕

德国联邦最高法院在此肯定被告对原告造成了所有权侵害。该案中受损害的对象具备了一定实体，从而与前述“电缆案”仅造成“不能营业的损失”有所不同。但若换个角度思考，对于加害人来说，该案与“电缆案”又有何不同呢？该案中的利益形态具备社会典型公开性吗？社会一般人能够以何种方式、有何种可能性识别孵化器里的鸡蛋呢？当然，我们可以基于原告具有所有权，坚持认为一切所有权都具有一般意义上的社会典型公开性，但仍不得不承认这里的社会典型公开性对加害人而言是不起作用的。加害人无法预见电缆会通向一个一般企业或是一个孵化场，也无法预见自己的行为会给谁、造成何种以及多大的损失。前文已述，有社会典型公开性不意味着加害人有可预见性。被告无论为何种谨慎而有经验的善良管理人，也无论尽到何种注意义务，都无法预见和防范孵化场的损害。加害人责任过重、破坏行为人预期、约束行为人的自由，所有这些“电缆案”中理论上的负面效果，“孵化场案”中一样都不少。为什么看起来一样的营业损失，在“电缆案”中就是纯粹财产损失，在“孵化场案”中就是所有权侵害呢？

〔48〕 Esser/Weyers, Schuldrecht, Band 2, Besonderer Teil, Teilband 2, 8. Aufl., C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2000, S. 157.

〔49〕 Josef Esser, Schuldrecht, Band 2, Besonderer Teil, 3. Aufl., Verlag C. F. Müller, Karlsruhe 1969, S. 401.

〔50〕 前引〔2〕, Larenz/Canaris书, 第544页以下, 第560页以下。

〔51〕 BGHZ, 41, 123ff.

## 2. 内河水道案

被告过错导致运河堤墙倒塌，致使运河在近一年的时间内无法通行。原告船运商一直向河道旁的一家面粉加工厂运货，堤墙倒塌致使其一艘电动船被困在闭塞河道中，同时原告的三艘专为面粉厂运货的驳船也无法到达面粉厂。

德国联邦最高法院把被困的电动船和其他三艘驳船予以区别对待。被困的电动船上构成侵害所有权：“对物之所有权的侵害不仅可以通过损害物的实体发生，也可以通过其他针对所有权人对物支配的实际侵害而发生……它（被困的电动船）事实上已不能作为交通工具使用，其目的用途已经丧失。对该船的‘禁锢’构成了一个针对所有权人对该交通工具的支配的实际侵害，这正是—种所有权侵害。”相反，对其他三艘驳船并不构成所有权侵害：“就被告而言在此并未构成侵害所有权，因为在水道阻塞时驳船作为交通工具的性质并未受到影响，其目的用途也未丧失。”〔52〕

上述分析固然具有合理性，但人们仍得从另一个角度观察。对电动船构成所有权侵害的原因在于其目的用途丧失；而驳船的特定目的即专门向面粉厂运货，原告并未打算将驳船用于其他用途，驳船事实上也并未被用于其他用途。当航道阻塞导致驳船无法到达特定目的地时，其目的用途其实也丧失了。为什么电动船的目的用途丧失可以构成所有权侵害，而驳船的目的用途丧失仅能构成一种纯粹财产损失？

对此，德国联邦最高法院进一步要求“（对物）使用必须至少暂时地被完全排除，而非仅仅是受到限制”。〔53〕然而，在此究竟是只考虑纯粹客观上的可能性，还是须考虑经济上的可能性？从客观上说，驳船未被封闭即可行驶利用，但当其原来的目的用途不能实现时，再另设新的目的用途在事实上是否可能，并能够收益大于成本（即经济上的可能性）？如果不能另设新的目的用途，则客观上的可能性是无意义的，没有人会仅因为客观上的可能性去损害自己。

## 3. 贮油库案

因被告之过错引发火灾，导致贮油库有爆炸的危险。原告系与被告相邻的企业，于两小时内不得不撤离所有人员。随后因警用车辆和消防车辆造成的交通堵塞，使原告企业三小时内无法正常营业，其运货车辆无法抵达或驶离。

德国联邦最高法院肯定了前两小时人员撤离期间构成对原告不动产的所有权侵害，但否定后三小时道路堵塞构成所有权侵害。法院认为，将短时间的交通堵塞视为对原告不动产的单独侵害是不适当的，与内河水道案中船只被困数月相比，本案有明显的区别。〔54〕但如果我们调整观察的角度，则可能有不同认识。原告的运货车辆在火灾之后的三个小时中唯有一个目的：抵达或驶离原告所在地。当该目的不能达到时，原告无法为这些车辆临时设立一个合理目的并期待同样的利益。在这三个小时中，这些运货车辆所能做的唯有等待，再无其他。换言之，这三个小时中这些车辆的目的用途已经丧失。即使从使用的可能性上考虑，该案中的车辆没有被“禁锢”，但其客观上的使用可能性也已经毫无意义了。那么，可否基于这些车辆所有权的使用权能被妨害，而认定构成所有权侵害？

如果说上述案例中物的“使用可能性”还不能完全排除，那么在前述“电缆案”中，“使用可能性”这一标准几乎陷入绝境。正如福克斯所评论的，“或许人们也可以说，这里工厂机器的目的用途同样丧失了。”〔55〕梅迪库斯、劳伦茨也质疑道，“在此几乎无可争辩的是，灯泡等没有

〔52〕 BGHZ, 55, 153ff.

〔53〕 Medicus/Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 15. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2010, S. 442.

〔54〕 BGH NJW, 1977, 2264ff.

〔55〕 前引〔16〕, Maximilian Fuchs书, 第27页。

电是根本无法使用的。”<sup>〔56〕</sup>“目的用途丧失”及“完全排除使用可能性”在此都丧失了解释力。

法教义学有自己的力量，但并不能解释一切。有时必须借助法政策来支撑我们的解释体系。逻辑无法尽释生活，因为生活并非基于逻辑而生成。

#### 四、权益区分的法政策视角

众所周知，侵权法中存在着受害人利益保护与加害人行为自由这一基本冲突。德国民法典制定之时，经济自由主义盛行，当时的侵权行为制度也正是与经济自由主义相适应的。对权利提供原则保护、对利益提供例外保护的 legal 体系，体现了如下价值观：“当维护法律地位与行为自由这两种利益发生冲突时，行为自由居于优先地位”。<sup>〔57〕</sup>

然而世易时移，客观情况已然发生了巨变。人们对个体安全的要求和对建立整个社会安全机制的需求日益强烈，侵权法重心从行为自由调整到了利益保护上。这一系列变迁“在一定意义上改变了不幸事件和不法行为的界线，也即损害越来越少地被视为不幸而加以忍受，而是常常被视为应当得到补偿，方法之一，就是将损害视为应负赔偿义务的不法行为的后果”。<sup>〔58〕</sup>

那么，一种不幸如何能够成为一种不法，从而催生出更多的侵权赔偿的请求权基础？这里有许多路径可走，如扩张危险责任、举证责任倒置、交往安全义务的设立以及所谓“法益内容的扩张”。<sup>〔59〕</sup>最后一种路径与本文主旨相关。所谓“法益内容的扩张”，指的是一些原本作为利益对待或应当作为利益对待的法律地位，现在被视为德国民法典第 823 条第 1 款上的权利，从而使更多利益可以放松保护要件，得到过错原则的完备保护。循此线索，以下对前文论及的法教义学解释力受阻之处展开新的讨论。

##### （一）理论领域解释难题的再解释

科茨、瓦格纳认为，德国民法典区分了法益和其他利益，其他利益又可分为两部分，即一般人格利益及纯粹财产利益；过错责任在保护这些利益时受到严格限制。即这些其他利益只能在第 823 条第 2 款、第 826 条的强要件下寻找保护依据。但以上民法典制定时的设计思路，现在受到了补充和修订。“人格保护领域的重要修订在于，通过二战后众多的判决，一般人格权已被承认并被提升为第 823 条第 1 款中的法益。”在纯粹财产利益问题上，“法院判决实际上已经跨越了竞争领域，把过失责任对与企业经营相联系的那些概括财产利益损失的适用一般化了，由此裁判上就承认了‘营业权’为第 823 条第 1 款范围内的法益”。<sup>〔60〕</sup>

这就清晰描绘了一般人格权与营业权的发展轨迹。在德国民法典的设计框架下，其他利益的两个组成部分（一般人格利益与纯粹财产利益）均非法益，只能在第 823 条第 1 款之外寻求保护。然而，在利益保护优先的观念和扩张法益内容的手法的影响之下，一般人格利益中的一些非物质性人格利益以及纯粹财产利益中与企业经营直接相关的部分，披上了一件“其他权利”的外衣，擢升为“一般人格权”和“营业权”，成为第 823 条第 1 款意义上的法益，从而得到了过错责任的“无隙”保护。

然而，名称的变换并不能带来本质的改变，一般人格权与营业权依然没有归属效能、排除效能和社会典型公开性，“权利”的宽大外衣下包裹的仍然是“利益”的瘦小躯干。一般人格权、

〔56〕 前引〔53〕，Medicus/Lorenz 书，第 442 页。

〔57〕 Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln 2009, S. 3.

〔58〕 Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 19. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2010, S. 297.

〔59〕 参见前引〔16〕，Maximilian Fuchs 书，第 4 页以下。

〔60〕 前引〔25〕，Kötz/Wagner 书，第 46 页以下。

营业权与生命、身体、健康、身体的活动自由、所有权这些权利相比，仍有着重大差别。后者作为经典权利，内容明确、边界清晰，且位阶较高，当这些权利与其他利益发生冲突时，法官原则上不可以作利益衡量，而是必须保护权利。<sup>〔61〕</sup>“相反，若给予纯粹财产和一般行为自由类似这种最高标准的全面保护，则是非常可疑的，在实践中也根本无法实施，因为这种保护总是与加害人同位阶的（！）财产和自由利益相冲突。”<sup>〔62〕</sup>如名誉、隐私（它们在德国法上属于一般人格权的范畴）的保护总是与他人的言论自由、新闻自由、出版自由、艺术创作自由相冲突，营业权的保护总是与自由竞争相冲突等。由于一般人格权、营业权缺乏明确的内容、清晰的边界，立法者无法事先设置一般行为模式对这些冲突给予类型化调整，只能放手让法官在个案中利益衡量，这一点不会因其有权利之名而有所改变。为了保留这一点与“传统”权利的核心区别，德国学者提出了一个重要概念：框架权。

框架权最重要的特点，便是在违法性的确定上与“传统”权利不同。对于生命、身体、健康、身体活动的自由及所有权这些传统权利，“满足构成要件即引征出违法性”，人们所需要做的仅仅是从反面排除立法者事先类型化设定的违法性阻却事由。“然而这种违法性引征机制对那些从审判实践中新产生的‘框架权’却几乎完全不能适用；因为在一般人格权中，人们常常需要利用个案利益衡量的方法来确认违法性，而对营业权来说，则更是从来如此。”<sup>〔63〕</sup>“那些所谓的权利，在要件构成上不具有权利所要求的清晰性和确定性，因此这些所谓权利受侵害时的违法性判断，就与那些‘传统’权利有别，即必须依靠权益衡量的方法才能积极地确定之。”<sup>〔64〕</sup>

于是，德国法学家一方面赋予一般人格权、营业权以“权利”之名分，另一方面又保留了其“利益”本质所决定的、经利益衡量才能受保护的特征。

在损害填补取得优先地位的大背景下，先将一些利益包裹上“一般人格权”、“营业权”的权利外衣，再通过“其他权利”这一不确定概念的孔道进入第 823 条第 1 款，可以放松这些利益保护的要件，再通过“框架权”概念为之提供理论依据。于是，更多法律地位获得了过错责任的周密保护，而“三个小概括条款”的体系也没有被冲破，既有权利体系和理论也保持了形式上的稳定。在德国民法典没有修订之前，除此可能也没有更好的办法。

## （二）实践领域解释难题的再解释

对于前述案例，可以看出，它们也是在侵权法重心转换的背景下，“法益内容扩张”这一手段的具体表现。这些案例中受保护的 legal 地位原本都属于利益（纯粹财产损失）的范畴，但现在被作为所有权对待了。

问题在于，为什么人们可以把这种利益损失（如孵化场案中原告的损失、内河水道案中被封闭的船只的损失、贮油库案中原告前两小时无法利用不动产的损失）作为权利侵害对待，而另一种利益损失（如电缆案中原告的损失、内河水道案中未被封闭的船只的损失、贮油库案中原告后三小时无法利用车辆的损失）却不可以？这里一定还隐藏着法政策上的原因。

如前引重庆“电缆案”判决理由认为，“被害人对于此等意外事故，若皆得请求经济上损失的赔偿，则其请求权将漫无边际，严重地加重了加害人的赔偿义务，有违公平正义，也不利于整个

〔61〕 由于这些权利内容明确、边界清晰，所以对其的限制可由立法者事先设立类型化模式予以处理。因此这些权利只受立法限制，如所有权受相邻关系、征收的限制。法官原则上不可以超出立法限制之外再对这些权利作利益衡量，否则构成对立法权的侵害。

〔62〕 前引〔2〕，Larenz/Canaris 书，第 375 页。

〔63〕 同上书，第 363 页。

〔64〕 同上书，第 359 页。

社会经济的发展。”<sup>〔65〕</sup>福克斯认为在“电缆案”中法院判决不予赔偿的动机是“阻止损害赔偿请求权的过度适用”。<sup>〔66〕</sup>纯粹财产损失的重要特点，即如美国卡多佐法官的名言，系“对于不确定的人，于不确定的期间，负不确定数额的责任”。<sup>〔67〕</sup>如果纯粹财产损失一概可以赔偿，被告便要面对不确定范围的多数主体的赔偿请求，比如挖断电缆导致一个城区停电；此时，一个案件便能导致被告破产。而且，即使被告破产了，在有大量原告的情况下，原告们能够获得的实际赔偿也可能小得可以忽略不计。于是，被告破产了，而原告却未得到有意义的赔偿；社会经济支付了代价，而现代侵权法上损害填补这个第一要义却并未实现。实现了的，仅系对加害人的惩罚。事实上，由于大多数情况下被告对于如此大范围的损害缺乏预见能力，因此即使惩罚了被告，类似的潜在侵权人以后仍然无法防范此种损害，惩罚也就丧失了意义。这样的侵权制度在现代背景下是完全失败的。

“电缆案”与“孵化场案”其实存在一个重要区别。“电缆案”中，原告的损失为不能正常营业的损失，也即为预期利益损失，即可得增加的利益未能增加；而“孵化场案”中，原告的损失为原材料（鸡蛋）被浪费的损失，这是一个固有利益损失，即现有财产发生了减少。后一种情形其实是此类电缆案件中的少数。可以想象，多数情况下，一旦停电，工厂只是生产陷于停顿，而原材料并未被浪费，恢复供电之后，工厂仍能生产出无瑕疵的产品，即多数主体在电缆被挖断导致停电后，只产生预期利益损失，发生固有利益损失的仅系少数。当法官发现“孵化场案”中的损失其实具有特殊性，此类请求权主体是少数的、确定的，在加强对受害人利益保护的社会需求下，法官便选中了这一类型的损失，宣布其为所有权侵害，并对其提供保护。

“内河水道案”也可以印证这样的判断。该案中只有一条船被封闭在坍塌的水道中，数量极少且极其确定。虽然拉伦茨、卡纳里斯一再强调，“使用目的的妨害迥异于实体损害，而极其接近于纯粹财产损失”，<sup>〔68〕</sup>但法官仍然果断地宣称这里发生的是一种所有权损害。虽然以向面粉厂运货为特定目的的驳船实际上也丧失了目的用途，但因水道阻塞而无法利用水道驶达面粉厂的船只太多了，因此只是一种纯粹经济损失，不能获得赔偿。

“贮油库案”亦是如此。在前两小时中原告无法使用其不动产构成一种对所有权的功能的损害，是因为邻居数量有限，因火灾而撤离遭受损失的主体很少。虽然在后三小时中原告的车辆也丧失了目的用途，但只是一种纯粹财产损失，因为火灾之后因交通阻塞而无法利用道路的人很多。

侵权法重心由行为自由向利益保护的转换，客观上要求法官扩大对利益的保护范围。于是法官在原本难以受到保护的纯粹财产损失领域进行观察，当发现某种情况下或借助某种手段可以将请求权人限制在较少、较合理的确定范围内时，就倾向于对这种利益提供保护。这样既能满足社会扩大利益保护的需求，又不会招致严重的负面后果。这样做的形式化理由，便是宣称这里发生的已经不再是一种纯粹财产损失，而是一种权利侵害。这就是前述案件中隐藏的法政策。<sup>〔69〕</sup>

## 结 语

如何区分侵权法上的权利与利益，既有讨论的可能性，也有讨论的价值。同时具备归属效能、排除效能和社会典型公开性的，为一种侵权法上的权利，反之则只能归于一种利益。不是权

〔65〕 类似表述参见王泽鉴：《挖断电缆的民事责任：经济上损失的赔偿》，载《民法学说与判例研究（7）》，中国政法大学出版社2003年版，第118页。该判决在表述上借鉴王泽鉴先生论文之处甚多。

〔66〕 前引〔16〕，Maximilian Fuchs书，第27页。

〔67〕 *Ultramares Corp. v. Touche*, 255 N. Y. 170, 174.

〔68〕 前引〔2〕，Larenz/Canaris书，第389页。

〔69〕 当然，权益区分现象中的法政策并不只有这一种，但将请求权人限制在合理确定的范围内应当是其重要内容之一。

利的，即使被赋予权利之名，也无法改变其利益的内在特征及事实上对利益保护规则的遵从。究竟是否为权利，是一个技术问题，而非仅由重要性决定，更非一种价值宣示。对权益区分方法的讨论，使权益区分的侵权保护体系的建立具有了可能性。

这套权益区分的方法服务于对侵权法的保护范围——尤其是其中的“利益”部分——进行可操作的适当限制。德国侵权法由立法者进行这种限制，法国侵权法则由法官进行这种限制。区分权利与利益并规定不同的保护强度和保护要件，是一种通常而有效地适当限制侵权法保护范围的手段；这一手段既可以体现在立法上，也可以体现在解释上。因此，本文讨论的权益区分的方法，其效果不依赖于特定的立法模式。

法教义学与法政策既是互补关系，又是紧张关系。法教义学由立法者和学者建立，它代表着逻辑、体系和法律实现的确定性；法政策主要由法官代言，它代表着生活、实践和法律实现的具体妥当性。法官总是会遇到必须保护但又缺乏裁判依据的情形，此时法官常常基于一定的法政策变通法教义学，以实现判决的具体妥当，如在可将请求权人限制在合理范围的前提下，将一些不具教义学特征的利益解释为权利，从而实现对受害人的扩大保护。于是，法政策一方面违反了教义学，另一方面又弥补了教义学的不足。

虽然法政策现实存在并动态地发展着法律规则，但法教义学是可控制、可检验的，而法政策则通常无法控制和难以检验。随着一些法政策的典型与成熟化，可以期待能够容纳这些法政策的新的教义学体系的出现，这正是学者不可推卸的责任。

---

**Abstract:** Chinese legal theorists and practitioners have some suggestions for the establishment of a system that distinguishes between the protection of rights and the protection of interests, but the Chinese legal field still lacks in-depth research on how to distinguish between rights and interests in the tort law. The existing discussion only argues for the necessity of such distinction, but there has been few discussion of how such distinction could be feasibly implemented, so the current theories have little power.

The German civil law offers three legal criteria for the distinction between rights and interests. Rights in the tort law should have the “allocation function”, the “exclusion function” and the “typical social obviousness”. The core of the “allocation function” is to assign a certain interest to a certain subject, while the center of the “exclusion function” is to exclude all the unlawful interference from others. Moreover, the “typical social obviousness” is to make general subjects have the general possibility of identifying the objects of interest, thus takes into account the freedom to act of the potential infringers. Those which satisfy the three criteria concurrently are rights in tort law, otherwise they are interests.

With tort law weighted towards protecting the rights and interests of the victim, the judges begin to tend to interpret some interests (pure economical interests) as rights, where the claimants are few in number and clearly defined, so as to produce more and convenient bases for claims. This has blurred in some instances the three doctrinal criteria discussed above. At this point, we should apply the perspective of legal policy to remedy and bolster the explanatory power of legal doctrine.

**Key Words:** tort law, right, interest, legal doctrine, legal policy

---