

我国两岸侵权法一般条款制度演进比较研究

——一种法经济学的视角

张瀚

(中山大学法学院, 广东, 广州, 510275)

摘要:通过对《大清民律草案》、《民国民律草案》、我国台湾地区“民法典”和我国未来民法典组成部分的《侵权责任法》中侵权一般条款的立法技术比较研究发现,《大清民律草案》、《民国民律草案》、我国台湾地区“民法典”在侵权法一般条款上存在立法技术的承继关系,并没有因政府的更迭和政治变迁而抛弃“前朝”的民事侵权制度。如果以当事人对行为是否构成侵权事前判断准确性的概率作为法经济分析的判断标准,2009年《侵权责任法》我国“独创”的“列举式权利+法益兜底”模式在立法技术上未必比《民国民律草案》乃至《大清民律草案》更先进,更比不上我国台湾地区“民法典”的相关规定。因此,在今后制定《民法典》的过程中,对于清末民初的修律和我国台湾地区“民法”要进行充分的研究和借鉴,并提高侵权行为一般条款的明晰性。

关键词: 大清民律草案; 民国民律草案; 台湾地区“民法典”; 侵权责任法; 一般条款

中国分类号: D9 **文献标识码:** A

一、制度背景

在中国继受西方法律,尝试建立融合本土文化的现代民商事法律体系的过程中,无论是我国台湾地区的民事“立法”,还是我国现在正进行的如火如荼的民法典立法讨论和侵权行为研究,有两部法律草案是我们研究无法绕开的,它们是《大清民律草案》和《民国民律草案》。在我们进入侵权一般条款的立法技术比较研究前,我们先考察相关历史。

(一) 前现代民法时代

瞿同祖(2003)认为中国法律历史传统是围绕着“家族”和“阶级”展开的,它们都体现了儒家的思想,是中国传统社会之基础,中国古代法律传统是一贯维护此二核心价值的,法律历史研究可以围绕着家族、婚姻和社会阶级展开。但在中国的法律制度历史上,并非不存在民法,而只是没有现代意义上的民法典,因此杨立新(2002)把民法典意义上的民法看

作“舶来品”是一种极具代表性之观点。由于历史上中国的法律特点是“诸法合体，民刑不分”，因此与罗马法和以罗马法为渊源的现代大陆法体系相比，既没有独立的和具有现代意义的民法典，又没有形成逻辑自主和可以内部相互推导的完整法律体系，因此在法律实践中关于商品交易的法律关系较少而纯粹民事意义的诸如不动产交易等法律关系居多，因而孔庆明、胡留元等（1996）进一步把形成此种法律传统的原因进行归结，认为造成我国传统法律不发达之原因包括：（1）自然经济占决定性地位；（2）维护家族式的专制统治；（3）维护专制皇权，忽视个人产权；（4）存在具有封建色彩的垄断专营；（5）存在于国家法律平行的家族法律；（6）独尊儒术，对其他法律制度思想采取文化专制的态度。因此，我们可以简单总结，在中国的法律传统里并没有孕育出现代意义上的民法，更谈不上侵权法一般条款等现代意义的制度。

（二）从《大清民律草案》到《国民律草案》

1. 大清民律草案

鸦片战争的爆发让中国从传统自洽秩序的梦幻中猛醒，而被迫从经济、军事、外交乃至法律制度方面迎接国际社会的挑战。然而清政府面对挑战的策略无疑是悲剧性的，以至于史学家蒋廷黻（2004）在其研究中对于错过制度革新时机而扼腕。直到清政府垮台的十年前，其才觉醒而尝试进行制度改革，其中的努力就包含试图建立起现代民商法制度的尝试，其中除了《破产律》、《著作权律》等单行法律，还包括《大清民律草案》这样宏大的制度构建。由于我国长期民刑不分的法律传统，清政府本身并不具备直接制定一部现代民法的能力，因此从借鉴和移植先进的外国法律到聘请外国专家帮助实现民商法的现代化，就成为那个时代的不二选择。

在修订法律馆开始制定民律草案之前，开展了两件极有价值之工作，一方面由于清政府并不具备可以完整制定现代民法之人才，故聘请日本法学家松冈义正参与相关的立法工作；另一方面，派遣有关人士对立法涉及的问题、民俗习惯进行了全面细致的调研。张国福（1986）的研究佐证了上述调研等准备工作的完成。然而，除了通过调研等方式获得法治的本土资源外，该现代民法的订立还须参照当时各国较为先进的立法例。杨鸿烈（1990）认为，清末的《大清民律草案》，对资本主义发达国家当时较为先进的民法制度进行了借鉴，并在《德国民法典》中学习了先进的法律立法理论。值得指出的是，《大清民律草案》的总则、债权、物权由松冈义正起草，但亲属和继承两篇由于涉及教化等因素，因此由修订法律馆和礼学馆起草。《大清民律草案》由于清政府的灭亡而没有来得及正式实施，但其作为我国第一次法律现代化民法的代表之作，改变了传统中国法律缺乏民法典诸法合体的落后局面，并为我国

法律现代化以及与国际接轨提供了法律蓝本，其中也包含了现代意义上完整的侵权行为制度。

2. 民国民律草案

《民国民律草案》是北洋政府批判性继承《大清民律草案》的结果。根据张国福（1986）的考证，当时认为《大清民律草案》应该完善的地方包括几个方面：（1）由于《大清民律草案》深受德国和日本立法例的影响，强调个人本位，重视个人权益，北洋政府认为应强调社会本位而非个人本位；（2）《大清民律草案》更多的学习了外国法，可能忽视了本国固有的法律渊源和法律资源，这点对社会经济有重大影响，不可忽视；（3）其亲属和继承篇和真实的社会生活有距离，很难进行适用。上述是考虑修订新的民律草案的重要原因。

1914 年成立的法律编查会开始民律草案的修订，到 1918 年该会更名为修订法律馆。修订法律馆后为了能更好的进行民律的修订，和之前的修律一样，对于民商事习惯同样进行了大规模的调查，之后才从比较法的角度学习参考各国制度进行立法。

实际上，早在 1912 年，国外学说、法理和法律概念的引入，也为民商法的相关修订奠定了理论基础。根据李秀清（2001）对 1912 年版商务印书馆《英德法日政法名词表》的整理，可以证明下述民商法法学概念已被引入国内进行介绍，为那个时代民商事法律的制定和外国法的移植奠定了法律基础。

清末民初对外国民商法概念的引入

来源	民商法概念
德国	Handelsrecht; Formalvertrag; Naturperson; Juristische person; Civilrecht; Auftragsvertretung
日本	民法; 要式契约; 自然人; 法人; 商法; 委托代理
英国	Civil law; Formal contract; Natural person; Juridical person; Representation of mandate; Commercial law
法国	Droit civil; Droit commercial; Contrat formel; Personne naturelle; Personne morale; Representation de mandat

1925 年，民律草案的起草工作宣告完成，《民国民律草案》包括五篇共 1522 条。杨立新（2002）认为，民国民律草案的主要变化包括：（1）在总则的规定中减少个人主义，对私

权理念进行弱化，并在主体规定中对国外之法人进行规定，以实现通商的便捷；（2）“债权篇”修改为“债篇”，以体现债权人和债务人之间利益之衡平，而非仅强调债权人一方之权利；（3）加增中国特色之典权制度，去掉了学习德国的土地债务规定；（4）通过扩大家长权，加强封建婚姻，增加与宗族相关的继承制度，更多的回复到了封建传统的内容上。后文要比较研究的“侵权法一般条款制度”就和“债篇”的规定密切相关，是其不可分割的组成部分。

虽然《民国民律草案》和《大清民律草案》相比，更强调本国的历史传统，对他国法的借鉴更为审慎。但我们应当承认，作为我国历史上的第二部民法典草案，其没有因清朝的覆灭而开历史的倒车，反而是继承了《大清民律草案》尝试和国际接轨订立现代民法的理念，因此两部民法草案共同成为了两岸现行民法制度的历史渊源。其中侵权法一般条款的规定，也为我们的比较研究提供了具代表性的样本。

二、侵权事前判断的准确率与作为公共信息的法律

我们尝试用民法中的侵权制度作为一个范本进行比较研究，因为侵权法具有跨时代的共性，无论是清末的侵权行为、还是今天的侵权行为，都可以用侵权法的构成要件理论进行分析。类似地，同样的侵害行为，既可以用过去历史上的草案进行分析，也可以用两岸后来演进出来的侵权行为法律规范进行分析。对于究竟是我国大陆的《侵权责任法》提供的信息更为明晰，更有效率，还是与《大清民律草案》、《民国民律草案》侵权构成模式一脉相承的我国台湾地区“民法典”的侵权行为条款更有效率，我们尝试用法经济学的相关理论进行说明。

Brown（1973）的研究讨论了双方都可以采取措施去降低事故发生概率的情况，即无论是加害方还是被害方都可以采取措施。相对的，Diamond（1974）讨论了单方行为影响侵权发生概率的情况。Landes 和 Posner（1987）则从社会成本的角度，结合事故发生概率进行了分析，其假设事故涉及 A 和 B 两人， x 和 y 分别为 A 和 B 对事故预防的投入程度， D 代表事故造成的损失， $A(x)$ 和 $B(y)$ 为 A 和 B 付出的预防成本，因此社会成本为

$L(x, y) = p(x, y)D + A(x) + B(y)$ 。上述研究的缺陷在于没有从当事人获得的博弈信息和民法作为公共信息的角度去研究侵权行为法律规范运作的微观机制，而 Holt, Doris L. 和 Morrow, Paula（1992）以及 Zellner 和 Arnold（2007）的研究都涉及了贝叶斯法则和制度信息这一主题，相关研究具有应用型。因此我们将运用贝叶斯法则对相关涉及信息的问题进行分析。

我们假设对于某一“疑似侵权”行为,存在被法官“事后”基于侵权法等相关法律认定为“构成侵权”或者“不构成侵权”两种状态,分别用 A 和 B 表示,假设它们出现的概率分别为 p 和 $(1-p)$ 。当事人在“事前”对某行为的认识包括“构成侵权”和“不构成侵权”两种状态,我们用 X 和 Y 表示。当法院认定构成侵权(状态 A)时,当事人事前认为构成侵权(状态 X)的概率为 a ,当事人事前认为不构成侵权(状态 Y)的概率则为 $(1-a)$;当法院认定不构成侵权(状态 B)时,当事人事前认为构成侵权(状态 X)的概率为 b ,当事人事前认为不构成侵权(状态 Y)的概率则为 $(1-b)$ 。

因此,把法院事后的认定与当事人的事前判断组合起来,存四种情况。四种情况分别是:
(1) 法院认定属于侵权行为(状态 A),当事人理解为侵权行为(状态 X);(2) 法院认定属于侵权行为(状态 A),当事人理解为不属于侵权行为(状态 Y);(3) 法院认定不属于侵权行为(状态 B),当事人理解为侵权行为(状态 X);(4) 法院认定不属于侵权行为(状态 B),当事人理解为不属于侵权行为(状态 Y)。因此四种情况的开率分别是 pa 、 $p(1-a)$ 、 $(1-p)b$ 、 $(1-p)(1-b)$ 。

如果当事人“事前”把某一行为理解为侵权行为(状态 X),这个行为被法院“事后”认定为侵权行为(状态 A)的概率就是 $\text{Prob}(A|X) = \frac{pa}{pa+(1-p)b}$ 。这个概率是在表示当事人认为某行为构成侵权的准确度,即当事人认定某行为侵权,法院也认定侵权的概率。如果当事人“事前”把某一行为理解为不是侵权行为(状态 Y),这个行为被法院“事后”认定为不是侵权行为(状态 B)的概率就是 $\text{Prob}(B|Y) = 1 - \frac{p(1-a)}{(1-p)(1-b)}$ 。这个概率表示的是当事人认为某行为不构成侵权的准确度,即当事人认为某行为不构成侵权,法院也认定不构成侵权的概率。

当 p 趋近 100%时, $\text{Prob}(A|X)$ 接近 100%。当 p 趋近于 0%, $\text{Prob}(B|Y)$ 接近 100%。这表明由于法律对侵权行为的构成要件规定的十分明确,对于是否违法构成侵权,法律的规定十分清晰,导致法官能够准确而稳定的认定构成侵权和不构成侵权,使得当事人的对是否构成侵权的认知十分准确和稳定。

p 趋近 50%时,表示由于法律对于侵权构成要件规定的含混不清,认定为构成侵权和不构成侵权的可能性各占一半,当事人只有付出高昂的预测成本去改进 a 和 b 来实现事前对法院认定侵权的准确预测。

因此,通过让法官较为稳定的认定具体案件是否构成侵权能有效的提升当事人事前判断

的准确率，改进当事人预测法官判决结果的准确度也能提升当事人事前判断的准确率，这就要求作为“共同知识”和“公共信息”的法律制度具有明晰的、可操作性的侵权行为构成要件。

三、侵权认定比较：《大清民律草案》、《民国民律草案》与我国两岸现行侵权法

上述法经济分析表明，作为公共信息的侵权法一般条款明晰性的重要作用，其通过改进 p 、 a 和 b 来让 $Prob(A|X)$ 和 $Prob(B|Y)$ 趋近于 100%，以使当事人事前对某行为是否违法构成侵权做出准确判断。这就要求民法在关于侵权行为的规定中，运用明晰、精细的立法技术，对过错、违法性等构成要件做精细的规定，这也是衡量该法律是否进步的重要标准。

因此我们以前述的明晰性为主要标准，进一步分析侵权法不同构成要件的立法技术，以进一步做出比较。笔者在研读《大清民律草案》和《民国民律草案》过程中发现，即使和今天我国大陆民法乃至台湾地区民法典相比，其仍然有许多先进和值得借鉴的地方。而侵权法一般条款的规定则较为稳定，极少像一般的商法规定进行经常性之调整。张新宝（2001）提出，一般条款是在成文侵权行为法中居于核心地位，成为一切请求权基础的法律规范。因此笔者在此以较为稳定，具有跨时代比较价值的侵权行为一般条款进行分析讨论，重点考察了过错、违法性等侵权法一般条款的核心问题。在法学研究中，杨立新、张新宝、姚辉（2007）也专门探讨了把违法性分离出过错的问题，但其分析局限于概念法学的分析。我们的讨论，则以前文法经济分析的明晰性为主要标准，因为我们更重视法律作为“公共信息”对当事人事前判断准确率的提升作用，即改进 $Prob(A|X)$ 和 $Prob(B|Y)$ 。

比较项目	《大清民律草案》	《民国民律草案》	我国台湾地区“民法典”	2009 年《中华人民共和国侵权责任法》
过错归责原则一般规定	第 945 条前段：因故意或过失侵他人之权利而不法者，於因加侵害而生之	第 246 条前段：因故意或过失不法侵害他人之权利者，负损害赔偿责任。	第 184 条第一款前段：因故意或过失，不法侵害他人之权利者，负损害赔偿责任。	第六条第一款：行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。

		损害, 负赔偿义务。			
违 法 性 认 定 体 系	权 利 之 侵 害	第 945 条前段: 因故意或过失侵他人之权利而不法者, 於因加侵害而生之损害, 负赔偿义务。	第 246 条前段: 因故意或过失不法侵害他人之权利者, 负损害赔偿责任。	第 184 条第一款前段: 因故意或过失, 不法侵害他人之权利者, 负损害赔偿责任。	第二条第二款: 本法所称民事权益, 包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。
	违 反 保 护 他 人 法 律	第 946 条: 因故意或过失犯保护他人之法律者, 视为前条之加害人。	第 247 条: 因故意或过失违背保护他人之法律者, 视为前条之侵权行为人。	第 184 条第二款: 违反保护他人之法律, 致生损害于他人者, 负赔偿责任。但能证明其行为无过失者, 不在此限。	未规定
	违 反 法 律 原 则	第 947 条: 以背于善良风俗之方法, 故意加损害于他人者, 视为第 945 条之加害人。	第 246 条 …… 负损害赔偿责任。故意以有伤风化方法侵害他人之权利者, 亦同。	第 184 条第一款: …… 负损害赔偿责任。故意以背于善良风俗之方法, 加损害于他人者亦同。	未规定

(一) 过错归责之比较

具体而言,《大清民律草案》、《民国民律草案》、我国台湾地区“民法典”、《中华人民共和国侵权责任法》都把过错的归责原则作为基础性的归责方式。但是《大清民律草案》和《民国民律草案》明确列举了“故意或过失”作为过错的内涵,在立法技术上更为明晰,并且通过“不法者”、“不法侵害”的表述对侵害的不法性做了列举。后来的我国台湾地区“民法典”受其影响,其规定和《大清民律草案》和《民国民律草案》如出一辙。与之相比,《中华人民共和国侵权责任法》只是简单用“过错”来对归责进行定性,至于过错是指加害人故意或过失的主观状态,抑或是如法国民法典一样在过错概念中包含了违法性,侵权法第六条第一款语焉不详。直到法律适用者运用体系解释,看到第二款,才可能初步推测第一款是不包含违法性的。因此,在对于过错归责的规定上,《中华人民共和国侵权责任法》的规定和《大清民律草案》、《民国民律草案》、我国台湾地区“民法典”相比,过错概念含混不清,远不如后三者直接明确规定“故意或过失”来得明晰。

(二) 保护权利规定之比较

《大清民律草案》、《民国民律草案》以及深受二者影响的台湾地区“民法典”都明确通过规定了“侵他人之权利”、“侵害他人之权利者”把“权利”纳为民法典的首要保护类型。由于在民商法体系中,权利是内涵和外延都在长期法律实践乃至立法规定确立起来的平等主体之间的常态化的法益,因此把之明确列举为侵害的首要保护类型是极其必要的。反观《中华人民共和国侵权责任法》,其并没直接把权利侵害作为条款单独固定下来,而是笼统的规定“权益”作为保护范围,然后再不厌其烦的在第二款对常见的权利做大量的列举性规定。其立法技术远不如一个世纪前《大清民律草案》和《民国民律草案》言简意赅。立法技术要求立法者对于抽象的条款进行规定时能够实现言简意赅,节约立法资源。一百年后我们的立法却采用权利的列举来实现权利的保护,殊不知权利之概念随时代之变迁常有变动,昨日之可处分妻儿的“夫权”在历史上何其辉煌,而今日之“隐私权”在五十年前多数国人皆不知其为何物。一个世纪前《大清民律草案》、《民国民律草案》的权利规定如果作为一般条款,在现代化的今天依然可用,台湾地区“民法典”的类似条款也相当稳定。试想《中华人民共和国侵权责任法》的列举模式每隔数十年即要加入新的权利进行列举的窘境,不禁令今日之立法者汗颜。更重要的是,对于没有为《中华人民共和国侵权责任法》列举的法益,由于是否保护完全是不清晰的,因此可能导致 $\text{Prob}(A|X)$ 和 $\text{Prob}(B|Y)$ 变得很低,因为无论是当事人还是法官都难以依据作为公共信息的法律做出有把握的判断。

(三) 违反保护他人法律之比较

违反保护他人之法律的保护模式，是侵害权利保护的重要补充。侵权法对于权利之外的法益的保护面临两难的选择，一方面要防止把保护的法益局限于已然类型化的权利，另一方面又要对认定权利之外的法益给出一些参照标准，以避免法官滥用裁量权，也就是尽量把 $\text{Prob}(A|X)$ 和 $\text{Prob}(B|Y)$ 增大。和我国现行民法制度相比，《大清民律草案》、《民国民律草案》通过借鉴德国法，引入了“违反保护他人法律”的违法性要件认定模式，使得其判断标准更为明晰。具体而言，《大清民律草案》、《民国民律草案》规定只要故意或过失违反了保护他人之法律，都被“视为”构成侵权，是一种把这类行为拟制为侵权的立法技术。而继承了此法律传统的台湾地区“民法典”则干脆直接规定“违反保护他人之法律”且“致生损害于他人者”要负赔偿责任，并进一步发展了其抗辩事由，规定只要“能证明其行为无过失者”，则即使违反保护他人之法律也可以免责。我们实质上可以看出，从《大清民律草案》到《民国民律草案》再到台湾地区“民法典”在学习德日基础上，试图通过违反保护他人之法律的规定减少法官任意扩张保护法益范围的努力，其制度发展也经历了从粗糙到精细之过程，并以避免 p 趋近于 50% 为目标，减少不同的法官对同一案件做出相反判决的情况。相比之下，将来要成为我国《民法典》重要组成部分的《侵权责任法》在第二条列举了一系列权利后，却没有对侵害他人法益是否涉及保护他人之法律做出具体的规定，对于违反保护他人之法律是否能成就侵权的违法性要件，侵权认定和竞争法等法律中保护他人之法律规定是何种关系，《侵权责任法》对此只字未提，既不否认、也不肯定，远不如《大清民律草案》、《民国民律草案》和台湾地区“民法典”明晰。

（四）违反公序良俗（有伤风化）之比较

对于违反法律原则，但既没有侵害权利，又没有违反保护他人的法律的侵害行为，《大清民律草案》、《民国民律草案》在借鉴德国侵权一般条款的基础上，尝试把侵害法律原则的规定纳入侵权法的一般条款。和侵害权利和违反保护他人法律的侵权行为构成要件的不同之处在于，无论是《大清民律草案》、《民国民律草案》都要求加害人主观上只能是“故意”而不能是过失。特殊的是，《大清民律草案》的表述是“背于善良风俗之方法”，而《民国民律草案》的表述则是“以有伤风化方法”，似乎前者的表述更为趋近于法言法语，不致于产生歧义。因此我国台湾地区“民法典”继承了《大清民律草案》的表述，继续使用“背于善良风俗之方法”。与这些民事立法一脉相承的条款相比，我国未来《民法典》的组成部分《中华人民共和国侵权责任法》并没有把故意侵害公序良俗纳入侵权的违法性构成要件中，和《大清民律草案》、《民国民律草案》、台湾地区“民法典”相比，《中华人民共和国侵权责任法》

存在法律适用难题：（1）没有把违反公序良俗原则的加害人的主观状态（故意或过失）予以规定，导致了法官裁量的困难和公序良俗的适用口径过大；（2）由于没有对具体可以认定构成侵权的法律原则的构成要件进行必要之规定，导致了一切法律原则都可能被法官用来认定侵权，这可能会导致法律原则在认定侵权时的滥用。因此，我国未来《民法典》在这种对法律原则与侵权构成要件含混不清的模式下，会导致 $\text{Prob}(A|X)$ 和 $\text{Prob}(B|Y)$ 变小，因为法官对于用法律原则认定侵权的裁量空间可能很大，任何原则都可能被拿来适用，而当事人极难准确预测法官会运用什么法律原则来认定侵权。

（五）一个案例的考察

从上文一般条款立法技术的比较可知，无论是过错原则、侵害权利、还是侵害保护他人法律等相关规定，我国零九年《侵权责任法》创造的“权利列举+法益兜底”模式都未必比《民国民律草案》或是《大清民律草案》的立法技术更先进，更难以和继承了它们基本结构的我国台湾地区“民法典”相比。我们不妨进行案件法律适用的比较研究。

我们来看下述案例，类似案例在清朝到今天都可能存在，因此具有跨时代的比较意义：周某和李某在一条街上相邻开饮食店，周某经营有方，生意好。李某经营状况不好，后改为经营花圈店。李某把花圈放置于与周某相邻处，作为样品招揽顾客。周某为了避免生意受影响，用薄席拦在自己的一侧，以挡住李某的花圈样品。李某于是架高花圈，周某也进一步架高薄席。李某最后将花圈样品吊在屋檐上招揽顾客，周某因此无法挡住。周某生意变差，于是起诉李某恶意摆放花圈，影响其正常经营。李某称，自己摆放的花圈是在自己的经营领域中，并没有侵害他人的权利，拒绝承担责任。（杨立新，2005）

如果我们根据《大清民律草案》对该案进行法律适用，则适用的一般条款属于第二篇债权，第八章“侵权行为”的规定。《大清民律草案》945条、946条、947条规定了一个完整的侵权法一般条款的法律适用体系。根据适用顺序，法官的目光在事实和法律之间“逡巡”，其首先考虑945条“因故意或过失侵他人之权利而不法者”的构成要件。但是由于摆放花圈并没有侵害具体的权利类型，因此法官再次考察946条关于“故意或过失犯保护他人之法律者”的规定，由于该案中也不存在该种情况，因此法官最后可以用947条故意违反公序良俗来认定侵权。《民国民律草案》和我国台湾地区“民法典”都有类似的成体系化的法律适用效果，和相同稳定的法律适用结果，由于适用模式大同小异，判决结果也基本一致，因此不再赘述。但是，如果适用《中华人民共和国侵权责任法》判断是否构成侵权，我们会首先发现侵害的利益不属于第二条列举的权利类型，至于是否属于第二款“法益”的兜底保护范围

完全是法官自由裁量的权力，和《大清民律草案》、《民国民律草案》、台湾地区“民法典”相比，造成了法律适用的不确定性，如果从前面的法律经济学分析提出的明晰性标准看，其立法有待改进。

四、代结语：比较研究的制度启示

我们发现，和《大清民律草案》、《民国民律草案》、台湾地区“民法典”相比，我国民法关于侵权行为一般条款的规定并不十分明晰，其构成要件也给了法官过大的自由裁量空间。因此，从当事人事前对于侵权违法判断的准确性来看，2009年《侵权责任法》的一般条款规定未必先进于《民国民律草案》乃至《大清民律草案》的规定，更比不上我国台湾地区“民法典”的相关规定。

条文的比较研究揭示了《大清民律草案》、《民国民律草案》、我国台湾地区“民法典”在侵权法一般条款上存在继承关系，并没有因政府的更迭和政治变迁而中断了民事法律的传统。从《大清民律草案》、《民国民律草案》、台湾地区“民法典”和《侵权责任法》中关于一般条款规定的比较，我们不难从立法技术的细节上发现，民国虽然在政治上推翻了清朝，但对于民商事法律的制度传统，却给予了足够尊重。此延续百年之传统甚至体现在了台湾地区“民法典”的一般条款规定之上，在借鉴德日的大背景下，台湾地区“民法典”对《大清民律草案》、《民国民律草案》中侵权一般条款的核心内容进行了继承，并做了抗辩事由等细节性的改进。至少在笔者的考察范围内，台湾地区“民法典”的相关规定因继承历史的传统而能够向精细化之方向发展，避免了民商事制度的过大变动，减少了推倒重来的立法成本等社会成本。

另外，比较研究还告诉我们，要重新审视和借鉴“另类”的法治本土资源。和苏力关于“法治本土资源”理论不同，我们还应当注意从清末开始的法律移植过程，学习外国法并转化为我国现代法律的过程中形成了另一类特殊的法治本土资源，此类资源在今天仍有较大的借鉴价值，此点在不涉及太多政治因素的民商事法律领域尤为明显。比如本文涉及的《大清民律草案》、《民国民律草案》侵权条款对于未来我们制定《民法典》侵权行为部分仍然有重大的借鉴意义。《大清民律草案》的总则、债权、物权由外国法学家松冈义正起草，但亲属和继承两篇由于涉及教化等因素，由修订法律馆和礼学馆起草，这实际上就是一种经历了痛苦和付出了社会成本的学习过程，后来我国台湾地区“民法典”也充分借鉴了这些本土资源，但这种特殊的参考西方法律制度框架建立的“本土资源”却在内地的法学研究中被长期误解

和忽视。在我们的法律实践乃至未来制定《民法典》的过程中一味学习外国法（比如在民商法研究中，外国法受到高度重视，甚至连《埃塞尔比亚民法典》都进行了深入的研究，但对于清末修律民商法制度的比较和借鉴研究，则缺乏借鉴的勇气和氛围），而忽视《大清民律草案》、《民国民律草案》乃至台湾地区“民法典”等特殊的“本土资源”，将会把一个世纪以来中华民族法治化进程中付出的“沉淀成本”抛弃，这也许意味着将付出过高的制度学习成本。

参考文献

- [1]瞿同祖：《中国法律与中国社会》，北京：中华书局，2003年。
- [2]《大清民律草案·民国民律草案》，杨立新点校，长春：吉林人民出版社，2002年。
- [3]孔庆明、胡留元等：《中国民法史》，长春：吉林人民出版社，1996年。
- [4]蒋廷黻：《中国近代史》，上海：上海古籍出版社，2004年。
- [5]张国福：《中华民国法制简史》，北京：北京大学出版社，1986年。
- [6]杨鸿烈：《中国法律发达史》（下），上海：上海书店，1990年。
- [7]李秀清：《中国近代民商法的嚆矢——清末移植外国民商法述评》，《法商研究》2001年第6期。
- [8]Brown, J. 1973. Toward an economic theory of liability. *Journal of Legal Studies* 2, 323-49.
- [9]Diamond, P. 1974. Single activity accidents. *Journal of Legal Studies* 3, 107-64.
- [10]Landes, Posner. *The economic structure of tort law*. Harvard University Press, 1987.
- [11]Holt, Doris L. & Morrow, Paula C., Risk assessment judgments of auditors and bank lenders: A comparative analysis of conformance to Bayes' theorem, *Accounting, Organizations and Society*, Elsevier, vol. 17(6), 1992, pp.549-559.
- [12]Zellner, Arnold, Generalizing the standard product rule of probability theory and Bayes's Theorem, *Journal of Econometrics*, Elsevier, vol. 138(1), 2007, pp. 14-23.
- [13]张新宝：《侵权责任法的一般条款》，《法学研究》2001年第4期。
- [14]杨立新、张新宝、姚辉：《侵权法三人谈》，北京：法律出版社2007年版，第102页。
- [15]杨立新：《侵权行为法》，北京：中国法制出版社，2005年。

General Provision Comparative Study of Tort Law in China: An Approach in Law and Economics

Zhang Han

(School of Law, Sun Yat-sen University, Guangzhou, Guangdong, 510275)

Abstract: After taking a comparative research between Draft Civil Law of Qing Dynasty , Draft Civil Law of Republic of China, China Taiwan “Civil Code” and China Tort liability Law, the general provisions of Draft Civil Law of Qing Dynasty , Draft Civil Law of Republic of China, China Taiwan “Civil Code” have similar institution structure. Considering how precisely both parties can predict whether the action will violate tort law or not before trial, the latest China Tort Liability Law in 2009 is not better than other statutes that we have discussed in article. In conclusion, we should improve China Tort Liability Law for future China Civil Code by learning from the history civil drafts and China Taiwan “Civil Code”.

Keywords: Draft Civil Law of Qing Dynasty; Draft Civil Law of Republic of China; China Taiwan “Civil Code”; China Tort Liability Law; General Provisions

收稿日期：2011-09-05

作者简介：张瀚（1985- ），男，中山大学法学院博士研究生，加州大学伯克利分校法学院联合培养博士生（国家留学基金公派）、访问研究员。

【责任编辑：张光南】