

侵权防御性请求权扩张适用的法理证成与规则构造

刘媛媛

内容提要:《民法典》第 1167 条吸纳了物权请求权所持有的防御性元素,在不以过错为要件的前提下,将防御性效力辐射至绝对权之外的其他合法权益,实现了损害预防原理的本土演进。但依国内学术界多数观点,侵权法上存在绝对权侵害的防御性救济,而不存在独立于绝对权救济手段的一般性防御性请求权。对绝对权之外的其他权益采否定适用之态度,显然过度夸大了绝对权与其他权益的区别。防御性请求权并非绝对权专属,妨害与侵害有着共同的指向客体,除去绝对权,一切权益都有被妨害和侵害的可能。所以,侵权防御性请求权的保护范围应突破绝对权之范畴,扩张至其他权益,此举不仅是完善侵权救济体系的内在要求,其救济方式的多样性在保障实质正义的同时,较之损害赔偿更具效率优势。为防止该请求权侵入损害赔偿法领域,扩张适用的具体构造应更难满足绝对权救济的防御性请求,即在坚持行为违法性,对妨害作“直接性”限制的同时,还须特别注重妨害排除效果的衡量。

关键词:侵权防御性请求权 妨害排除 妨害防止 违法性 利益衡量

刘媛媛,浙江财经大学法学院讲师。

一 问题的提出

我国《民法典》第 1167 在延续《侵权责任法》第 21 条精神内核的基础上,围绕停止侵害、排除妨碍、消除危险扩张了物上请求权的适用范围,通过妨害排除请求权(或称除去请求权)与妨害防止请求权(或称不作为请求权)对侵权防御性请求权(预防性责任)予以全面确定,一定程度上实现了事前预防性救济与事后损害赔偿的互动与整合。防御性请求权在不以过错为要件的前提下,将防御性效力辐射至绝对权之外的其他合法权益,以权利人面临现时或即将来临的不法妨害、该妨害与妨害人的有意行为之间有因果关系为前提,并通过违法性要件之满足实现事前预防。

依国内学术界多数观点,我国侵权法上仅存在绝对权侵害的防御性救济,即《民法

典》第 1167 条的保护范围限定于绝对权,排除绝对权以外其他权益之适用。因防御性请求权的必要性和发动来自物权等绝对权回复圆满状态的内在要求及外化的效力,^[1]而物权请求权本就是物权的自我防御,即防止对权利的损害以及制止对权利的侵害。学者也认为第 1167 条是基于物权、人格权等绝对权而产生的保护性请求权,不需要过错和损害结果要件也是源于其由绝对权派生而来。^[2]实际上,域外大量的判例实践与法益不区分的保护容许态度表明,侵权法保护的绝对权利、权益或者其他法律上受保护的利益被侵害或有被侵害之虞,防御性请求权均得以适用。反观我国,立法论上虽已广泛认可该请求权,但其规则体系远未成形,其中保护范围尤为棘手。为充分发挥损害预防规范体系对社会现实的调整效益,侵权防御性请求权的保护范围应当突破绝对权之范畴,辐射至其他权益。

二 侵权防御性请求权扩张适用的必要性

(一) 完善侵权救济体系之必需

本文分别以“停止侵害”“排除妨碍”“消除危险”作为责任关键词,在中国裁判文书网与北大法宝检索 20 年间(2004 年 1 月至 2024 年 8 月)的裁判案例,共检索到案件 15606 起,进入二审的 3082 件样本案例中,主要集中在物权纠纷领域,共 1578 件,^[3]其中知识产权与竞争纠纷共 573 件;^[4]合同纠纷、合同纠纷共 362 件;^[5]侵权责任纠纷 357 件(其中环境污染侵权 59 件),^[6]人格权纠纷共 87 件。^[7]通过样本案例分析,如果被告确系存在妨害或侵权行为,法官通常会肯定原告依据物权、人格权、知识产权等绝对权受侵害提出的妨害排除和妨害防止的请求。但相较其他民事责任承担方式而言,样本案例并不丰富,法院对防御性请求权仍采取谨慎态度,且局限于绝对权领域,最终判决妨害排除和妨害防止的机会较少。

预防性责任与损害赔偿责任是侵权责任体系中的两种相互独立的责任承担方式,现代侵权法理论将预防性法律保护措施作为侵权行为法的组成部分,无疑是正确的。^[8]但防御性责任相对并未得到应有重视。^[9]在我国,预防性责任的长期缺位与传统侵权法偏爱损害填补功能和制裁功能不无关系。实际上,一个人所遭受的损失(damage 单数)和他从责任人那里获得的赔偿(damages)是两个截然不同的问题。现代侵权法不仅要注重损

[1] 参见崔建远:《论归责原则与侵权责任方式的关系》,《中国法学》2010 年第 2 期,第 47 页。

[2] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社 2020 年版,第 28 页;张新宝著:《中国民法典释评侵权责任编》,中国人民大学出版社 2020 年版,第 22 页。

[3] 参见吉林省长春市中级人民法院(2024)吉 01 民终 3748 号民事判决书等。

[4] 参见最高人民法院(2023)最高法知民终 1590 号民事判决书等。

[5] 参见浙江省杭州市中级人民法院(2024)浙 01 民终 4293 号民事判决书等。

[6] 参见甘肃省天水市中级人民法院(2024)甘 05 民终 101 号民事判决书等。

[7] 参见湖北省荆州市中级人民法院(2023)鄂 10 民终 3252 号民事判决书等。

[8] 参见魏振瀛:《制定侵权责任法的学理分析——侵权行为之债立法模式的借鉴与变革》,《法学家》2009 年第 1 期,第 34 页。

[9] 参见曾世雄著:《民法总论之现在与未来》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 235 页。

害的填补和救济,更应该在具体的侵权责任制度设计时注重损害预防功能的实现。而损害预防功能的实现,不仅要依靠侵权责任的惩戒性措施的警示威慑作用来实现,更要依赖诸如消除危险、停止侵害等积极的或具有事先性的救济措施来实现。^[10]

预防功能的回归顺应了侵权法的核心价值,相应地,也为现有条文无法解决实际难题的尴尬处境提供了新的方向。相较于损害赔偿而言,预防性责任具有如下优势。第一,救济的及时性。在损害源处中断损害,将救济时间提前,可为受害人提供更为及时的救济。第二,救济的经济高效。从法律经济学角度考察,实现预防功能的最优化是制度设计的重要评估标准,强调对损害发生或扩大的预防是侵权方和受害方都应负担的义务,也可激励受害人以最低边际成本避免损害来保护自己权益,最符合效率原则。^[11] 第三,救济的有效性。妨害排除不体现为金钱赔偿的形式,在降低加害人经济压力的同时,也提升了受害人权利主张获得实现的可能性。强化“停止侵害等”民事责任承担方式的法律强制力,也可以减少对私力的依赖。说到底,防御性请求权重在防患于未然,其在对某些权利和利益的保护方面有着补偿性民事责任形式无法比拟的优势,因为损害赔偿仅仅是在损害发生后的一种亡羊补牢的做法,防患于未然胜于亡羊补牢。^[12] 对于违法行为,救济法追求的实质目的是尽可能“抑止”侵害行为,保障受害人不蒙受损失,以及违法行为人不能从其侵害行为中获益。^[13] 所以,面向未来的预防救济应当和针对过去损害的损害赔偿救济具有同样的地位,对于绝对权或是绝对权以外的其他权益而言均是如此。

(二) 侵权防御性救济内容的多样性确保实质正义

从救济形成的视角来看,与金钱赔偿相比,侵权防御性请求隐藏着调解纷争当事人关系的多样性和较大的发展可能性,通过程序过程,依据具体个案情境创造出符合个案的救济方式,是当事人“自我创造救济”形成和实现的要求,而救济实现的成功与否很大程度上依赖于救济形成过程的存在方式。说到底,该救济方式是一种重建当事人间未来持续关系的救济方法。^[14] 究其本质,防御性请求权是以承认应被保护的价值自身之存在并给予其直接保护为目的的“本来的救济”,通常注重考虑个案具体情境,通过原告、被告或债权人、债务人以及法院之间的交涉,得出最适合案件的具体救济内容。金钱救济仅具有相对有限的具体救济内容,如金额及其支付方式等,而防御性请求权的救济内容极具多样性,当事者之间可就其进行讨论和选择,由此得出的方案有更大可能更好地满足双方当事人的需求。

权益受侵害即应救济是理所当然,排除侵害行为的机制相当重要。受损结果发生之后,法院依据原告具体请求肯认损害赔偿或者排除已发生的损害,有时并不是最恰当的保

[10] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第44页。

[11] 参见石佳友:《论侵权责任法的预防职能——兼评我国〈侵权责任法(草案)〉(二次审议稿)》,《中州学刊》2009年第7期,第100、102页。

[12] 参见丁海俊:《预防型民事责任》,《政法论坛》2005年第4期,第123页。

[13] See Charles A. Wright, *The Law of Remedies as a Social Institution*, 18 *University of Detroit Law Journal* 376, 381 (1955).

[14] 川嶋四郎『差止救济過程の近未来展望』(日本評論社,2006年)27頁参照。

护方法,不如在侵害还没发生之前,允许请求权人主张妨害防止以预防侵害的发生。不作为之诉即可达到这一目标,通过禁止行为人采取某种可能危及或损害他人财产所有权、姓名权或者占有地位的行为,警示行为人避免再次出现此类型侵害行为。不但不作为之诉,而且妨害排除之诉也具有同样的功能——使债务人负担消除已发生侵害的义务的同时,也发挥了预防之作用,因为随着侵害的消除,未来可能发生损害的源头也得以除去。^[15]一言以蔽之,妨害排除请求权的功能在于消除妨害状态以求获得其权利的正常使用或者利益的实现,其针对的必须是实际存在或者将来必然会出现的妨害,妨害防止请求权主要针对的是初次侵害危险之时的情况,对该请求具有决定性意义的是有“侵害之虞”,而不论是首次发生的侵害还是继续发生的侵害。^[16]所以,与两种请求权相对应的具体救济方式有些微不同。在绝对权面临不法妨害的情形下,受害人多通过物理性排除或者绝对禁止来实现防御性救济,而绝对权以外其他权益的防御性救济方式较为灵活,多采用行为调整、技术性改造、附条件许可等弹性化的救济方式。

伴随社会生活发展,需保护的权益也更为全面、多样。当受害人提出防御性救济之时,法院须综合评价以决定是否采取预防措施。而且,妨害防止请求权是为预防将来发生的侵害所准备的,可能受侵害者所面对的危险须处于迫在眉睫的程度。因此,将防御性请求权扩张适用,并非随意扩展该请求权的规范对象,亦非对受害人过分倾斜,权利或利益应均有“机会”为自己争取规范之地位。

(三) 更能兼顾效率价值

效率是法律追求的基本价值之一,私法中尤为明显。无论系基于物权、人格权的防御性请求权,抑或绝对权以外其他权益的防御性请求权,当存在现实发生之损害或具备高度盖然性之未来损害时,若否定该请求权之行使,则无法通过停止侵害实现法益恢复,致使被侵害利益难以复归原有状态。^[17]这实际上就内蕴着权利配置的效率价值。首先,妨害排除与妨害防止请求权的行使,在实现受害权益及时救济的同时,亦能通过制度性安排消解赔偿不能风险。一方面,防御性请求权扩大了请求权人的请求范围,丰富了请求权的形式,即请求权人可基于一种危险或危险的可能性提出具体请求而不必以加害行为已经发生为前提;另一方面,防御性请求权降低了妨害造成的损害程度,对当下的损害源进行控制及时止损,抑或避免将来更大损害的发生,进而可达到预防或减轻损害后果的目的。其次,对正在进行的损害或者即将到来的损害进行综合评价,以决定预防措施采取的与否,可将最终损害或最终影响降到最低。最后,如前所述,妨害防止请求权是为预防将来发生的侵害所准备的,当面临威胁之人感受到首次侵害的威胁时,该危险必须要发展到迫在眉睫的侵犯程度,而非停留在潜在准备阶段或外在表露的侵害意图。质言之,只有当超过侵害危险的阈值时,而不是仅存在(排除妨害请求权的)债权人的不安感时,才会触

[15] 参见[德]马克西米利安·福克斯著:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2004年版,第132页。

[16] 有侵害之虞指的是根据实际情况面临被侵扰的危险,且该侵扰不属于应当被容忍之列, vgl. Jauernig-Jauernig § 1004 Rn. 11; Bamberger/Roth-Fritzsche § 1004 Rn. 79. 转引自[德]马克西米利安·福克斯著:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2004年版,第134页。

[17] 潮見佳男『不法行為法』(信山社,1999年)489頁參照。

发该权利。^[18] 当前,新型侵害案件频发,事后救济方法缺乏救济的实效性,以事先制止侵害行为的形式进行预防具有更重要意义,其不仅有利于减少诉讼成本,也有利于减少实质性损害的发生,并最终确保实质正义之实现。^[19]

只要存在利益互动的情形就会有损害发生的可能性,从损害预防的角度来观察,此损害应该由谁承担,主要考虑的不是能否预见该损害,而是谁能更好地避免这一损害的发生。在对此进行判断时,应考虑采取防免措施一方的成本与收益之间的关系。^[20] 从最佳的资源配置结果来看,防御性请求权中的受侵害当事者是自身利益最好的评判者,在妨害之虞,其将根据具体的环境和损害可能性的大小采取防御措施以避免损害的真实发生。此种情形下,相较其他责任承担机制,既降低了救济成本,又可更好地维护相关主体的行动自由。

三 侵权防御性请求权扩张适用的正当性

大陆法系的大多数国家不同程度通过物上请求权预防保护制度的不断类推适用,广泛认可了对人格权以及在竞争法等领域适用侵权防御性救济,法学家更是通过不懈争辩将防御性请求权的适用范围扩张至排他性支配权以外的其他权益。当然也存在反对声音,其与支持观点相互碰撞,不仅丰富了防御性请求权的理论内涵,期间有益探讨也为我国侵权防御性请求权的扩张适用提供了重要学理支撑,特别是反对声音存在的适用逻辑障碍,为我国扩张路径提供了具体思路。

(一) 不作为请求权并非绝对权专属

在德国学者们提出反对理由中,首要关注是实体法说提出的不作为请求权与绝对权“共生”的观点。据该观点,如果从不作为是一种给付的角度出发,^[21] 不作为之诉实质上是将来给付之诉,重点关注对一定权利或法益的违法侵害的预防,以查明被请求人是否承担不作为义务这一实体法律状态为目的。其性质与基础权益不可分离,如失其权益,则亦失其不作为之诉权。不作为义务因履行而消灭,或因不履行变成赔偿义务。^[22] 因此,只要受害人面临紧迫危险,就可以将来的不作为义务为诉之目的向法院提起诉讼。在不作为请求诉讼中,原告是否能够达到从法律上解决预防对权利和利益侵害之目的,首要任务是须明确在实体法中具有可以要求不为该侵害的请求权。事实上,请求权不仅是实体

[18] 参见[德]埃尔温·多伊奇、汉斯-于尔根·阿伦斯著:《德国侵权法——侵权行为、损害赔偿及痛苦抚慰金》,叶名怡、温大军译,中国人民大学出版社2016年版,第249页。

[19] 参见魏振瀛:《制定侵权责任法的学理分析——侵权行为之债立法模式的借鉴与变革》,《法学家》2009年第1期,第27-28页。

[20] Vgl. Faust, Die Vorhersehbarkeit des Schadens gemäß Art. 74 Satz 2 Un-Kaufrecht, Tübingen 1996, S. 214. 转引自徐建刚:《规范保护目的理论下的统一损害赔偿》,《政法论坛》2019年第4期,第86页。

[21] 不作为是否可以被视为一种给付?雷曼认为,民法上的给付是要求债务人采取的行动(Verhalten),不需要直接具备财产性质,也没有必要符合“有意的财产增加”(bewußte Vermögensmehrung)的定义,其纯粹是形式上的中性概念,所以不作为也可以成为给付义务的对象。上村明廣「不作為請求權に関する一問題」窪田隼人編『末川先生追悼論集法と權利3』(有斐閣,1978年)54頁參照。

[22] 参见史尚宽著:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第208页。

法和诉讼结合的,亦是构成给付诉讼的诉讼标的要素,无论是作为请求权还是不作为请求权,均是由作为利益相关者的人及其内容具化而来。不作为请求权的成立是以不应侵害对方的义务为基础的事实关系已经存在为前提,法律地位的受侵亦可提出不作为诉讼。^[23] 简言之,不作为请求权成立的原因是“重复侵害的危险”或“侵害的危险”,并非与绝对权相伴而生。

日本民法中没有专门规定“差止请求权”,^[24] 仅在《民法》第 198 条和第 199 条规定了基于占有之诉的排除妨害请求权和预防妨害请求权。日本学界的权利说旗帜鲜明地认为防御性救济系为排他性支配权之效果,但除了物权请求权以外,还应该考虑具备防御性质的基础权利之本身。如按照权利法力说的观点,权利之本质乃享受特定利益之法律上之力,^[25] “特定利益”与“法力”组合构成了保护私领域特定利益的方法和手段,一项权利之所以被确立,正是因为它内蕴利益。所以,无论是绝对权,还是绝对权以外的其他利益,在受有侵害或者预防违法侵害的情形下,均可因要件充足成立防御性救济。另有部分学者认为,物权请求权的绝对性、排他性并非延伸自权利本质,其救济的核心理念与防御性请求权有共通之处,均可从法益之外的政策判断中寻找部分依据。^[26]

(二) 绝对权与其他权益并无实质区别

德国赞成折中说的学者们从侵害迫近的角度出发,仅肯定了绝对权侵害的不作为请求权,而对其他权益之侵害的不作为请求权采否定态度。新实体法说则认为,既然是依据侵害或危险等原因而成立不作为之请求,那么被保护的法益也应包括绝对权以外的其他权益,折中说的观点过分夸大了绝对权和其他权益的区别,在预防性保护方面,区分绝对权和其他权利、利益是没有根据的,也是没有必要的。^[27] 绝对权之外,单纯的法益或者法律上值得保护的利益,亦皆存在一预防性的不作为请求权。^[28] 详言之,预防性权利保护并非事后的禁令,而是服务于对将来行为的激励。预防性保护使相关行为人明确知道其行为的界限,避免其出于侵权顾虑而过度限制自己的行为。^[29] 其救济对象通常为仍在持续的受侵害或者有受侵害之虞的权益。

实际上,目前日本法中处于优势地位的二元构造说也是从侵害危险之迫近为出发点,提出侵害危险之迫近意味着发生侵害的概率非常大,只要存在对受法律保护的权利及其他法益迫近侵害之事实,就可以此为基础主张妨害防止。并在此基础上进一步提出绝对

[23] 上村明廣「不作為請求権に関する一問題」窪田隼人編『末川先生追悼論集法と權利 3』(有斐閣,1978 年)56 頁参照。

[24] 日本民法中,差止请求的内涵与外延大体上与妨害排除、妨害防止的内涵和外延相同。为行文便利,在论述日本法相关规范中使用差止请求的概念。在我国学者的著作和译作中,常将差止请求权译成“停止侵害请求权”。

[25] 参见郑玉波著:《民法总则》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 62-63 页。

[26] 藤岡康宏『法の国際化と民法』(信山社,2012 年)134 頁参照。

[27] 上村明廣「不作為請求権に関する一問題」窪田隼人編『末川先生追悼論集法と權利 3』(有斐閣,1978 年)第 54-56 頁参照。

[28] 参见陈石狮:《不作为请求之特定》,载民事诉讼法研究会编著《民事诉讼法之研讨(三)》,我国台湾地区三民书局有限公司 1991 年版,第 47 页。

[29] Vgl. Henckel, Vorbeugender Rechtsschutz in Zivilrecht, AcP 174 (1974), 113. 转引自王洪亮著:《物上请求权的功能与理论基础》,北京大学出版社 2011 年版,第 200 页。

的差止标准和相对的差止标准。^[30] 具体而言,在生命等绝对权受到侵害的场合,不允许利益衡量,一经侵害直接认可差止请求;对于未上升至权利地位(价值位阶较低)的利益在遭到侵害的情形,需要进行利益衡量,比如损害种类和程度、将来发生损害的危险性、预防措施设置的难易程度等,进而确定是否应当肯认请求权人的差止请求。大塚直从公害侵权案件的视野出发,将侵害样态分为“对权利以及权利核心部分的侵害”与“对未上升至权利的利益的侵害”,分别对应“第一种法益”“第二种法益”,前者采侵害权利的构成,后者采不法行为的构成,且要求第二种法益的违法性程度或者权利滥用程度高于第一种法益,否则将无法认可相应的请求权。^[31] 两种学说相互补充完成了平衡救济受害人、保障行动自由的任务。基于此,2009年民法改正委员会在民法修改之际,提出了在不法行为中规定差止请求的具体方案,最终将“对人格权的侵害和生活上利益的侵害”在不法行为中予以规范。^[32]

(三)我国扩张适用的可能性

作为预防性权利保护的一种手段,防御性请求权的法律构成会因不同法律秩序的给定性、传统以及经验等不同而有所差异,但德国和日本学者们对于扩张防御性请求权的保护内容和适用范围的思考出现了惊人的一致。在他们共同关注的侵害危险迫近的情境下,对侵害人发出警告,避免侵害结果的发生,说到底来源于权利和利益当然受保护之前提。不过,准确识别将来可能发生的侵害行为本身就是很困难的。因此,为了确保不作为请求权的实效性,需要全面地把握侵害行为,侵害了什么,又应当保护什么是必须考察的对象。假设紧迫性非常明显的非绝对权之妨害未被防止,请求权人无法通过妨害防止请求权获得救济,势必会面临更大风险。我国有学者分析了排除妨碍、停止侵害、消除危险扩张适用的可能性,提出排除妨碍适用于绝对权的妨碍行为,特别是物权;停止侵害针对的是一切绝对权,以及受法律所保障之利益的侵害行为;消除危险则适用一切可能带来法律上损害的危险行为。^[33] 但是,排除妨碍的目的就在于维持、复原面向现在或将来的法律秩序预定实现的法律利益分配状态,如果行为人实施的行为使他人无法行使人身、财产权益,受害人均可要求行为人排除妨碍权益实施的障碍,^[34] 此处不应区分绝对权与绝对权之外其他权益。事实上,我国学者始终认为《侵权责任法》第2条当中采用的“等”字就是为了赋予该法以最广泛的保护能力。而《民法典》第1164条的抽象概括式兼具开放性与包容性,将所有民事权益囊括在侵权责任编的保护范围之内,进一步弥补了《侵权责任法》第2条列举遗漏或语言繁琐的弊病。

不可否认,权利与利益存在差别。侵权法中的权利是内容和边界较清晰、具有较高社会公开性、法律对其作出相关规定(无论是否以“权利”之名)并得引发不特定人义务的较

[30] 沢井裕『公害差止の法理』(日本評論社,1976年)30頁参照。

[31] 大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察(8完)——物権的妨害排除請求と不法行為に基づく請求との交錯——」法学協会雑誌107巻4号(1990年)535頁参照。

[32] 大塚直「差止と損害賠償」民法改正研究会(代表加藤雅信)『民法改正と世界の民法典』(信山社,2009年)130頁参照。

[33] 参见叶名怡:《论侵权预防责任对传统侵权法的挑战》,《法律科学》2013年第2期,第130页。

[34] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第46页。

为重要之法益,“其他法益”是权利之外得引发不特定人义务之法益。^[35]虽然侵权责任编对权利和利益未作区分,但区分权利与法益的不同保护程度、方式与范围,以达到妥当确定侵权法适用范围、兼顾行动自由与权益保障的目的,已成为理论界与实务界共识。^[36]在实际操作中,对利益区分之保护,除了考虑受侵利益是否被特别保护性法规保护之外,还需要考虑侵权人的主观状态、利益与人身的牵连性等要因,以避免过多限制行动自由。这实际上与现代侵权法预防损害发生的功能不谋而合。既然权利与法益只是保护程度不同,而非法绝对保护与绝对不保护之区别,那么针对价值位阶较高的绝对权与价值位阶相对较低的其他法益分别设置不同的判定标准,着重于对绝对权之外的其他法益作“弹性化”处理,未尝不是站在“有侵害必有救济”立场的最优解。

实际上,第 1167 条是作为侵权防御性请求权的一般条款规制的,该条文与其他规范一起提供了防御性请求权扩张适用的可能性。一方面,该条文吸纳了物权请求权所持有的防御性元素,“危及”表明侵权行为正在进行和持续,排除不可能发生或已经结束等情形。^[37]另一方面,不要求有损害结果,在侵权行为的后果尚未出现时,赋予被侵权人一定请求权以发挥预防性的功能。^[38]此外,防御性请求与损害赔偿请求所要求的违法程度不同,^[39]即可请求损害赔偿时的违法性判断要求程度较低,而对于防御性请求权而言,违法性的判断要更为严格。^[40]概言之,权利绝对性的表现不在于对某一责任形式的垄断,而在于适用这种责任形式时所遵循的推理说明规则。在此逻辑前提下,妨害与侵害有着共同的指向客体,绝对权外的其他权利亦均有被妨害和侵害的可能。所不同者仅在于,受各自效力内容的决定,绝对权与其他权益在援引防御性请求保护之际,构成要件和规范目的,甚至责任关系的客体等方面应保持区别。^[41]

[35] 参见孙维飞:《侵权责任法中的权利与法益》,载王洪亮等主编《中德私法研究》(第 11 卷),北京大学出版社 2015 年版,第 326 页。

[36] 参见曹险峰:《我国侵权责任法的侵权构成模式——以“民事权益”的定位与功能分析为中心》,《法学研究》2013 年第 6 期,第 97、99 页。

[37] 参见李超:《侵权法上的防御性请求权研究》,我国台湾地区《法学新论》2012 年第 37 期,第 158、161 页。

[38] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》,法律出版社 2020 年版,第 13-14 页。

[39] 我国就违法性是否可作为侵权责任的构成要件未形成统一论,赞成者和反对者分别从独立价值、违法性阻却事由等多个角度给出己方理由。本文认为违法性应当成为侵权构成之独立要件,一来违法性之判断纯粹是客观层面的判断,是对存在法益受侵害状态的描述,可否将此种侵害归责于行为人,则属于有责性判断的问题,也可以说,过错评价是以违法性评价为前提的,法官在裁判过程中,先判断行为是否具有违法性,是否具备正当化事由而阻却违法性;若无违法性,则不再考虑责任的有无问题,若存在违法性,再通过过错的判断确定责任的有无与轻重。二来即使《民法典》第 1165 条第 1 款的文字表述中只有过错,而无“不法”或“违法”的表述,也不能直接得出过错吸收违法性要件的结论。实际上,在认定权益是否被侵害之际,不能直接从行为人主观故意或者过失出发得出侵害之事实,需要考察权益种类、侵害行为的样态等因素,尤其是涉及密度较低的权益,实践中法院也要考虑到对意思自由和经济自由的维护。参见叶金强:《侵权构成中违法性要件的定位》,《法律科学》2007 年第 1 期,第 98 页以下;王利明:《我国〈侵权责任法〉采纳了违法性要件吗?》,《中外法学》2012 年第 1 期,第 14-15 页;程啸著:《侵权责任法(第 3 版)》,法律出版社 2021 年版,286-289 页。

[40] 潮見佳男『不法行為法』(信山社,1999 年)494 頁;中山充「差止請求」中田裕康=潮見佳男=道垣内弘人『民法判例百選Ⅱ』(有斐閣,2009 年)201 頁參照。

[41] 专属于绝对权的是以回复权利主客体间的意思支配关系为目的、而属于绝对权自身效力内容的存续保障责任类型,而非物的返还、妨害除去或者妨害防止等责任形态。参见徐晓峰:《第三人侵害债权的妨害除去责任》,我国台湾地区《月旦法学杂志》2005 年第 117 期,第 120 页。

四 侵权防御性请求权扩张适用的具体构造

在《民法典》第 1167 条预防损害一般性条款的“指挥”下,展开扩张适用的具体构造是实现损害预防法与损害赔偿法的区分、互动,完成不同层次规范之间系统整合的重要步骤。其核心在于如何妥当设置分别保护路径,在此不妨参考为扩张适用提供权利源泉与具体路径的德国法与日本法。既然是讨论绝对权之外适用侵权防御性请求权,则需要回应绝对权以及绝对权之外其他权益分别适用该请求权有什么区别、为何有这种区别。下文将以具体的典型领域为例,试图从要件与效果出发进行讨论。

(一) 超越合理限度:行为违法性的坚持

1. 侵权防御性请求权中违法性要件的特殊性

在防御性请求权构成要件的认定中,当以存在继续侵害风险或侵害迫近作为妨害事实来追究行为人的预防性责任时,违法性要件的考察十分关键。只不过防御性请求权中的违法性与侵害已经发生的违法性认定及衡量有所区别,其不甚严格和具体,着重斟酌行为人侵害的权利或利益的种类、行为人是否知悉侵害他人权益、行为人与被害人权益之利益衡量等因素综合判断。^[42]

按照德国通说,妨害排除请求权上的妨害必须具有违法性,但此违法性是法律推定得出的,任何对所有权之妨害,均表明其违法性,除非妨害人有为妨害行为之允许。^[43]反对者则认为,违法性要件可被所有权人是否有容忍义务所代替。折中说以容忍义务为理论核心提出了防御性请求权违法性要件区分的观点,即违法性要件对于妨害防止请求有意义,容忍义务在妨害防止请求权情况下可以被具体化为违法性要件,因为负有容忍义务者不能要求停止相关行为。但对于妨害排除请求权,因为容忍义务涉及的是《德国民法典》第 1004 条第 1 款意义上的“妨害”——被妨害法益的现在状态,所以不存在违法性的问题。^[44]实际上,以上三种不同观点分别是结果违法性、行为违法性的不同体现。反对说和折中说关注行为本身是否违法,而肯定说考察的是行为之结果是否违法。行为不法说认为,行为人之不法应取决于行为人之行为违反法律强制或者禁止性规范。行为人欠缺法规上、社会上期待之注意义务,构成违法。如果行为并不违反此等义务,那么即便它侵害了绝对权也因其具有社会效用而属于合法行为。结果不法说则认为,只要行为人侵害法律上保护之利益,除非行为人之行为具有阻却违法事由,否则即视为不法。也就是说,结果不法说强调加害行为的违法性取决于危害后果。^[45]实际上,绝对权防御性救济坚持结果违法性的理由还在于,行为不法说提出的义务违反理论,将会导致违法性与过错

[42] 参见陈聪富:《论侵权行为法之违法性概念》,我国台湾地区《月旦法学杂志》2008 年第 155 期,第 179 页。

[43] 参见[德]鲍尔·施蒂尔纳著:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社 2004 年版,第 230 页。

[44] Vgl. Larenz/Canaris Schuldrecht, 1994, I/2, S. 692. 转引自王洪亮著:《物上请求权的功能与理论基础》,北京大学出版社 2011 年版,第 211-212 页。

[45] 参见陈聪富:《论侵权行为法之违法性概念》,我国台湾地区《月旦法学杂志》2008 年第 155 期,第 160 页;程啸:《侵权法中“违法性”概念的产生原因》,《法律科学》2004 年第 1 期,第 44 页。

判断的混合,错失违法性要件原本要解决的问题,进而扭曲违法性要件的功能。^[46]

2. 绝对权之外其他权益中的违法性考察

在绝对权之外讨论防御性请求权的适用情形,应更难满足一般性防御性请求权的违法性考量,回归至行为违法性与结果违法性的论争,应当坚持行为违法性。理由在于,在行为不法说理论下,行为人单纯侵害被害人之权益,未必具有违法性。必须行为人之行为未尽系争情况下,法律规范所期待之行为标准,而在客观上可予以非难时,始构成不法。换言之,被告行为必须违反任何人所应负担之一般性、避免他人发生损害之注意义务,始成立违法性。^[47] 如果侵害人已尽合理注意义务但仍发生妨害之结果,预防性责任将不成立。不妨将此处的违法性理解为超越合理限度,抑或容忍义务的具体化。行为人的行为在一般社会观念上,超出一般认为当地民众应当容忍程度的时候,将被认为违法。^[48] 以第三人侵害债权为例,债权不具有典型的社会公开性,虽为权利,但与“利益”甚为接近,为保护交易安全与自由竞争市场,在违法性判断上应从严认定,即必须在行为人明知他人之债权存在,而故意侵害之,始足当之。^[49] 此外,为了增加裁判的确定性,有必要进一步确定违法性的判断标准。债权的相对性限制了债权主客体关系,在第三人就同一给付与债权人发生竞争的情形下,债权人对债务人的给付接受权不能排除竞争,债权对第三人的效力仅限于第三人存在不正当或者恶意竞争的情形下。^[50]

在对是否超越合理限度进行利益权衡的过程中,面对无过失的加害人有时乃积极行为人的情形,如果受害人只能容忍,基于自由活动保障理念的考察未免不公。此时,可将行为违法性中的有责性评价纳入进来。如前所述,违法性与权利人是否具有容忍妨害的义务密切相关,妨害程度是否超过合理限度依照社会一般观念进行评价,而预防性责任的认定又需要以社会一般观念对行为人清除妨害源的成本效益比进行考察和评价。概言之,主观有责性的评价在一般性的侵权防御性请求体系中并不必须,但在绝对权之外适用的情形下,应将违法性与有责任对应起来,以契合合理限度。那么,支持法官认可请求权人的权益防御性救济的合理限度又要如何判断?不妨将互换性、防止措施作为考察目标。

互换性的考察可增加合理限度衡量的妥适性。简单而言,为了确保侵害人和受害人间的公平,对两者在权利或利益关系中的位置进行互换,行为人的活动如若逾越了合理行为界限致损,原则上视为违法。社会生活是人与人互动的过程,合理容忍义务构成妨害排除与妨害防止制度运行的基础要件。但互换性的边界是模糊的,往往难以进行类型化区分以明确其界限。鉴于此,对于不具备权益互换性的双方当事人,是否超越合理限度之利益衡量的判断应向受害者倾斜。^[51] 关于防止措施,须考察其必要性与可行性,必要性直

[46] 参见叶金强:《侵权构成中违法性要件的定位》,《法律科学》2007年第1期,第97页。

[47] 参见陈聪富:《论侵权行为法之违法性概念》,我国台湾地区《月旦法学杂志》2008年第155期,第160页。

[48] Vgl. Gaier, in: Münchener Kommentar BGB, 7. Aufl. 2017, § 906 Rn. 71 ff.

[49] 参见陈聪富著:《侵权违法性与损害赔偿》,北京大学出版社2012年版,第44页;邱聪智著:《新订民法债编通则(上)》,中国人民大学出版社2003年版,第102页。

[50] 参见徐晓峰:《第三人侵害债权的妨害除去责任》,我国台湾地区《月旦法学杂志》2005年第117期,第125页。

[51] 沢井裕「差止請求と利益較量」法律時報43卷8号(1971年)14頁,安次富哲雄「公害差止の法理」法学セミナー209号(1973年)103頁参照。

接关系着妨害人违法之有无,可行性反映出妨害人清除妨害源的成本效益比。以企业经营秩序为例,某物流公司的调度系统遭短暂网络攻击,造成部分包裹配送延误、订单取消等实际损失,但攻击流量已被自动防护系统阻断,法院可依妨害行为影响轻微认定排除妨害不具必要性,建议企业加强技术防护。如该物流公司的调度系统遭受24小时连续网络攻击,造成大量包裹配送延误、订单取消等损失,但因受技术溯源性限制,无法锁定具体行为人,该物流公司的妨害排除请求将因执行不能而被驳回。总之,防止措施的采取本身是为了预防将来的损害发生,以妨害行为是否属于正常经营风险、排除妨害的成本与效果是否匹配等因素判断合理限度,在一定程正当化了原告的诉请。此外,妨害防止请求权中的损害虽然没有发生,只是侵害发生的危险非常迫近,发生的可能性非常高,在衡量可能性、危险性迫近程度时,须将侵害人对违法性的认知考量进来。

(二) 妨害须具备直接性:避免过分限制他人的活动自由

1. 侵权防御性请求权中的妨害

防御性请求权以恢复权益完满状态为制度旨归,因此,对“权利的法之完整性”的妨害考察尤为重要。法律上相互限制的权利领域相互重叠,权利双方的实际支配领域可能发生冲突,此时权利人的法之能力受到限制。即支配领域边界的偏差缩小了权利人的支配领域,而受限领域事实上已经被介入该领域的另一方权利人利益所“侵占”。与“侵占”相对应的客观权利的重叠状态就是妨害,自己支配领域缩小的人是被妨害者,相反地,自己支配领域扩张的人是妨害者。^[52]需要注意的是,因侵权防御性请求权不以实际损害后果为要件,所以妨害必须是重大的,才能导致妨害排除请求权的成立。要判断什么是重大妨害又具有浓郁的利益衡量色彩。这种利益衡量通常采取客观标准,以一个“理性的”成员的感知为准绳,这已经十分接近侵权法上通过“理性人”“合理谨慎的注意义务”对过错进行判断的做法了。^[53]

有“妨害之虞”如何判断?以侵害一度现实发生且该侵害将来有再生侵害的可能为标准,而认定“妨害之虞”之有无,实际上是为了避免不当扩大妨害防止请求权的范围。^[54] 无论是否一度发生,这种妨害都是妨害者需要承担责任的持续影响,或者继续产生影响的原因,在某种程度上,由不恰当活动所生的副作用会一直持续,妨害状态亦会持续,甚至持续妨害状态会加重。可以理解为侵权防御性请求权因果关系要件的逻辑延伸——“预计妨害(侵害)发生有相当盖然性(概率)和具体性”,而“盖然性与具体性”在具体的判断过程中,可表征为“妨害(侵害)的直接性”。防御性请求权是在有可能发生不法损害的情况下被认定的,并非只要有危险就可以不管其发生的盖然性而予以排除或防止。否则将导致不应禁止行为被禁止,极大影响社会的有序运转,最终造成资源的浪费。所以,绝对权之外其他权益适用侵权防御性请求权,要对妨害进行限制,即被妨害人请求除去不法结果范围,应当仅限于权利(或权益)受侵“直接”导致的违法结果。

[52] 川角由和「ドイツにおける物権的妨害排除請求権論の到達点」中田邦博=潮見佳男=松岡久和=川角由和編『ヨーロッパ私法の現在と日本法の課題』(日本評論社,2011年)274頁参照。

[53] 参见杨彪:《非损害赔偿侵权责任方式的法理与实践》,《法制与社会发展》2011年第3期,第20页。

[54] 参见郑玉波著:《民法物权》,我国台湾地区三民书局股份有限公司2018年版,第84页。

2. “直接性”判断基准的优势

以“直接性”为判断基准具备以下三点优势。第一,可避免所有因权益受侵害而引起的不法结果(包含扩大化的结果)皆为防御性请求权所涵盖。以商业秘密妨害案件为例,如 A 企业经理陆续向掌握商业秘密的 B 企业人员提供财物诱使其提供 B 企业商业秘密,或多次以胁迫手段威胁该员工以获取 B 企业商业秘密,B 企业可以向法院诉求排除妨害,采取诸如禁止继续实施侵权行为、销毁或返还侵权载体等措施。第二,侵权防御性请求权是为了纠正侵害,使得固有的权益恢复至圆满状态,并没有课以加害者财产上的不利益。例如,加害者 C 违反权利人的意志,将不属于应该公开的内容进行了公开,受害企业 D 可向法院提出将公开内容销毁等请求。排除加害人负担积极的财产上的不利益在规范层面与妨害源引发的不法结果具有责任同构性,在防御性请求权框架下,由于无需对损害赔偿金额进行精细化核算,法院可能相对简化对核心要件的审查流程,这为法院提供了更具可操作性的审查路径。在事实清晰且妨害状态可验证的情形下,一定程度上缩短了诉讼时间。此外,行为阻却的即时性可能更有利于及时阻断损害扩散风险。第三,将请求范围限于直接造成不法结果,意味着间接引发的不法结果不能被防御性请求权救济,这在一定程度上印证了绝对权与绝对权之外其他权益适用防御性请求权的区别,即间接引发的绝对权之不法结果可被救济,如前例中 B 和 D 企业商誉与市场信用的损失、竞争优势的削弱等。

此外,对妨害作“直接性”的限制,更有利于保障现代侵权行为法所强调的“保障权利人的行动自由”。^[55] 当某种权利或利益受保护时,法律体系即要求其他人应尊重而不侵害该利益。从而,任何权利或权益之承认,均意味着对于其他人自由之限制。是以,法律在保护权利或利益时,应同时考虑其他人活动自由之利益。^[56] 更何况,防御性请求与损害赔偿不同,其在限制行为人行动自由的同时,还存在对正常社会经济秩序造成不当限制的风险,^[57] 因此,防御性请求中受忍限度的判断标准要高于金钱赔偿。^[58] 简言之,防御性请求权的主导思想更多在于当个体的行为触及其他法律主体的权利范围时,对前者的行动自由进行限制。对将来预想的侵害行为的“停止”,会对行为人的行动自由产生更大限制,如果仅以被害人的权益存有受到侵害的危险性而限制之,显然缺乏阻止将来行为的充分正当性。在被害者人权益和加害人的行动自由对立之际,将前者视为绝对之考量进而提供保护是不妥当的,必须要对两种权益加以衡量。相较于损害赔偿,在防御性救济的场合下,对行为人的行动自由施加的影响,通常应是最小限度。首先,就保护力度而言,权益应具有较强的可识别性,因为权益的可识别性越强,越容易被感知,对其给予保护就越合理,自然要对行为人施加较高级别的限制。其次,人身权益应具有更高的保护可能性,

[55] 虽然行动保障本就是侵权法着重考察的内容,但是从功能性而言,损害赔偿具有补偿、制裁的机能(针对已经发生的违法侵害),但是妨害排除和妨害防止具备预防、警告机能,告知行为者自由行为的界限更为必要。上村明広[差止訴訟の機能]新堂幸司編集代表『講座民事訴訟②訴訟の提起』(弘文堂,1984年)287頁参照。

[56] 参见陈聪富著:《侵权违法性与损害赔偿》,北京大学出版社2012年版,第23页。

[57] 比如技术措施过度干预市场运行,隐性竞争壁垒扰乱竞争秩序等情形。

[58] 潮見佳男『不法行為法 I (第 2 版)』(信山社,2011年)172頁参照。

在权益价值序列中,人身权益基于其不可逆性及人格尊严内核,相较于财产权益具有优位保护必要性。如果受到妨害或侵害的是人身利权益而非财产权益,那么,对行为人的行动自由限制程度就越强。最后,行为人与权益受到危及之人之间的关系或者接近性也应当被加以考虑,关系越紧密,越缺乏妨害的合理性,这种接近性在某种程度上表现为对危险源的控制。所以,须对开启危险源的行为人施加较高等度的限制。

不难发现,以上考虑是站在被妨害人的角度所得出的轮廓。诚然,在妨害的场合,关注的是权利或者权益的圆满状态受到影响,所以对妨害人的行为予以限制是理所当然。但防御性请求权中利益衡量的导入,在某种程度上说明保护对象的各个权益之种类和性质不尽相同,为了在最适合的要件下予以保护,需要平衡双方当事人之情事,避免过分地限制被请求权人的行动自由。鉴于此,相较于绝对权而言,在绝对权以外其他权益适用侵权防御性请求权的场合,应综合个案具体因素审慎裁量,避免对行动自由造成过度限制。^[59]

(三) 妨害排除效果的衡量:矫正正义的维系

矫正正义作为一种正义形式,其并非单纯追求赔偿或威慑之效果,而是通过损害之填补追寻正义,进而实现社会福利。在防御性请求权中,应通过利益衡量,消除不被允许的风险带来的行为后果来扭转不公正局面。需特别注意的是,防御性请求权中的利益衡量表现出与过错责任截然不同之特质,绝对权之外其他法益之适用更强调对权益受干扰的事实及其程度的考察。下文讨论如何把握这一利益衡量。

1. 加入被害的评价

在绝对权受侵案件中,被害评价较容易得出,加之妨害较容易排除和防止,所以只要采取了相应的制止措施便可满足对受害人受损权益之防御性救济。例如甲将 A 地设定抵押权于乙,后抵押权归于消灭,但乙不涂销抵押登记,该登记构成 A 地所有权之妨害,甲即得请求乙涂销该抵押登记。^[60]但在绝对权以外的其他权益受侵案件中,被害评价非常关键。以企业经营秩序为例,假设乙经实地考察后与甲就某小区门面房达成合意,签订了为期 5 年的房屋租赁合同,约定用于餐饮经营,双方依约履行了全部合同义务。乙与小区居民沟通后,完成了工商和卫生许可的办理,也通过了环保审批。餐馆经营至第 2 年,甲告知乙餐饮店的经营行为对邻人造成了妨害,要求其撤店并收回房屋,乙并未理睬。后甲与小区居民一行封堵该房屋,阻止顾客、员工或货物进出,给乙造成了重大经营损失,乙遂向法院提出妨害排除之诉。从乙的所失判断,封堵等行为妨害了其正常经营秩序,还涉及对乙餐馆财产权、经营权的侵害,给其造成了营业收入减少、顾客流失等损失。从甲与邻人的所得判断,相关行为消除了经营带来的生活妨害。此时,原告的所失与被告的所得判断会对诉讼请求带来较大影响,如果法院考察后发现乙餐馆经营给小区居民带来的生活便利明显大于经营行为造成的妨害,可支持乙的诉讼请求。当然,此处还涉及对甲与邻人容忍义务的考察。

[59] 根本尚德『差止請求権の理論』(有斐閣,2011年)108-109、111頁参照。

[60] 参见谢在全著:《民法物论(上)》,我国台湾地区新学林出版股份有限公司 2023 年版,第 132 页。

在纯粹个人间的直接利害关系中,利益衡量的构建往往存在客观局限。司法实践中,因持续性严重侵害行为提起妨害排除之诉的情形较为有限,原因可归结为两方面:其一,损害赔偿之诉中的恢复原状责任实质上已涵盖妨害排除之效果;其二,部分案件中的受害者倾向选择金钱赔偿这一救济路径,以适配其现实需求。但需要明确的是,适度的被害评价内蕴的公平价值不容忽视,尤其在涉及多元利益主体以及公共利益介入的妨害事件中,科学评估损害不仅关乎个案救济的实质正义,更应将可能触发的对社会的负外部性考虑在内。

2. 不高估妨害人行为引发的损失

在肯认了原告侵权防御性请求权的情况下,也不应高估加害者行为引发的损失。受害人利益的内容必须限于真正制止加害人的妨害或侵害行为造成损害结果所需的费用,而非计算防止对原告造成损害所需的所有费用。这是为了防止被告因不属于自己侵害引发的同类型结果买单。仍以商业秘密侵害事件为例,如果接触 A 公司商业秘密的研发部高层科研人员甲在离职并签订禁止竞业协议之后,前往同类型 B 公司就职,A 公司从其他途径了解到其商业秘密有被泄露危险时,发信函告知甲不得使用相关商业秘密以免引发严重后果,同时发函到甲新任职的 B 公司请求其配合。数月后,A 公司发现其研发的前端核心技术被多家同行公司使用,其中掌握了 A 公司前端核心技术的 2 家企业(B、C 公司)意欲抢先投入生产。为防止损害的进一步扩大,A 公司遂向法院提出了妨害排除与妨害防止之诉。如果 B 公司停止继续使用该技术能够排除或者防止 A 公司受到妨害,此时所需费用较容易计算。但 C 公司也掌握了该技术,而且极有可能是 B 公司泄露,此时 B 公司是否应当需要对因泄露给 C 企业造成的所有后果承担责任?如果答案是肯定的,那么 B 公司除了要为 A 公司支出妨害排除费用以外,还须支出因 A 公司核心技术被泄露带来的其他相关损失的妨害排除与妨害防止的费用,这将导致责任范围的不合理扩张。这笔庞大的费用与原告的个人损失相比较,是 B 公司不得已的“被迫支出”,因为不能完全排除 A 公司将该技术泄露给 C 公司的可能。毋庸置疑,这种利益衡量对被告一方而言非常不利,即使是根据原告的防御性请求而支出的费用,进而抑制继续侵害的请求本身是正当的。因此,如果不对被告因采取排除、防止措施而遭受的损失和利益进行平衡,显然失之偏颇。所以在个案裁量之际,法院应避免给予受害人过多考量,如果连他人(社会)的损失也认为是由加害人行为引发的,这很显然是对受害进行的双重评价。

3. 注重多方利益主体的衡量

防御性救济类型案件实质上关乎个体之间的利益、个体与社会之间的利益的判断。首先,个体之间的衡量。受害人与妨害人之间的利益对比是最直观的,如果妨害行为是持续性的,可直接通过双方利益对比得出妨害是否须加以防止。之所以立法政策上通过价值判断赋予权利人救济权,是因为在发生妨害的场合下,权利或者权益的圆满状态受到影响,只得通过救济对圆满状态进行回复。但需要注意的是,防御性请求权不需要过错要件,只要存在权利或利益正在遭受妨害抑或存在妨害之虞即可。表面上看,防御性请求权对受害人更为有利。试想,不存在过错的妨害人进行妨害排除或者采取预防措施,势必对

其造成损失,这种结果会对公平、正义造成一定冲击。因此,如果对受害人防御性救济的肯认已经或者大概率将引发妨害人“新的损害”,则可以否认该请求。此时,绝对权与绝对权以外其他权益场景下对个体间衡量的侧重,并无太大差异。

其次,个体利益与公共利益的衡量。从功利主义激励论的观点来看,权利人排他性救济的赋予是基于有利于社会发展的考虑而作出的政策判断。质言之,之所以容忍现阶段权利人对相关权益实施排他性控制,是为了长远的公共利益之考虑。如此看来,权利人的个体利益与公共利益的衡量在某种程度上与长远公共利益与现阶段公共利益之间的衡量画等号。在此,长远的公共利益应占有优势。例如,德国判例中经常会看到可以容许“对个人所有权之侵害”的论断,并强调“这样对所有权施加本质上的制约”依据的是公共利益。^[61]对其他法益而言,更应加强个体利益与公共利益的衡量。因相较于绝对权,其权利边界较为模糊,况且妨害防止请求指向未来不确定风险,如果现阶段公共利益损失极大,就应对原告请求做谨慎考量。实际上,《民法典》规范体系的内容并非纯私益之保护,还有“公法”元素的介入,其具体构成对私权保护及行使的限制,如第1036条规定,为维护公共利益或个人合法权益而处理个人信息时,处理者不承担民事责任等。^[62]法官在斟酌是否扩张适用防御性救济之际,可借助公共利益具体化完成价值补充。

此外,还须注意个体与个体衡量、个体与公共利益衡量之间衡量结果发生冲突的情形。从本质上来看,个体间利益的衡量以及个体利益与公共利益的衡量目标指向性不同,前者在于个案判断是否有违公平、正义,而后者旨在判断是否有违效率原则。法院在裁判之际,可结合案涉政策背景、经济利益状态以及个案现实情境综合判断。

五 结 语

防御性请求权旨在排除已存在的妨害,并防止将来妨害的发生。我国《民法典》第1167条对侵权法上防御性请求权予以确定,如若对侵权法上有独立于绝对权救济手段的一般性防御性请求权采取否定之立场,则受害人只能依赖于损害赔偿之请求。但如果法律保护在发生损害之时或之前即可介入,尽量避免所面临的法益损害,那么这种法律保护才是更为有效的,妨害排除与妨害防止之诉即可达到这一目标。通过事前预防性救济避免现时化、紧迫性危险的发生,需要适当地对侵权防御性请求权进行扩张适用,同时注意把握其适用的限度,注重多种利益的考察,唯有将侵权防御性请求权的制度张力嵌入权益区分保护的规范构造中,方能实现私法秩序事后修复向“前瞻性自由保障”的范式革新。

[本文为作者主持的2023年度国家社会科学基金一般项目“侵权防御性请求权的理论构造及实践路径研究”(23BFX066)的研究成果。]

[61] 川角由和『物權の妨害排除請求權の史的展開と到達点——ローマ法からドイツ民法へ』(日本評論社,2019年)206-207頁参照。

[62] 参见孙宗龙:《〈民法典〉中“公共利益”概念的理论阐释与实践运用》,《法制与社会发展》2024年第5期,第156-158页。

The Legal Justification and Rule Construction of the Expansion of Defensive Claims for Infringement

[**Abstract**] A defensive claim aims to eliminate existing obstacles and prevent future obstacles from occurring. It can be said that this request is essentially created to avoid a possible and urgent danger based on the concept of preventive rights protection and serves as a forward-looking request for future behavioral incentives. Article 1167 of the Civil Code establishes the defensive claim right in tort law to avoid the victim's reliance on legal remedies that only have a suppressive and confrontational effect in cases and realize, to a certain extent, the local evolution of the principle of damage prevention. However, according to the mainstream domestic academic opinion, there is a defensive relief for absolute right infringement in tort law, but no general defensive claim independent of the means of redress for absolute rights. This is obviously an overstatement of the difference between absolute rights and other legal interests. Defensive claim is not exclusive to absolute rights; obstruction and infringement have common objects, and all rights and interests except for absolute rights can be obstructed or infringed upon. Therefore, the scope of protection of tort defensive claims should not be limited to absolute rights but should be expanded to include other legal interests, which is necessary not merely for improving the tort relief system. In fact, the diversity of the content of the defensive relief, while ensuring the substantive justice, can better realize the value of efficiency than the right to claim compensation for damages. To give play to the preventive function of the right to claim, arrangements should be made for the specific construction of the expansive application different from that of the defensive relief for absolute rights. Firstly, the illegality of other rights and interests beyond absolute rights can essentially be regarded as exceeding reasonable limits, which can be comprehensively judged from the aspects of interchangeability, preventive measures, and the infringer's perception of illegality. Secondly, to avoid all illegal consequences (including amplified ones) caused by infringement on rights and interests being covered by defensive claims, the obstruction must be direct. After all, the "cessation" of expected future infringements will impose greater restrictions on the freedom of action of the perpetrator. Finally, emphasis should be placed on measuring the effectiveness of obstruction elimination, which requires the court to include victim evaluation in specific cases. While reasonably evaluating the losses caused by obstructive behavior, special attention should be paid to balancing the interests of multiple stakeholders and reversing the unjust situation by eliminating the consequences of unacceptable risks. Only under such rules can the probability of substantial damage be fundamentally reduced, the proportion of tortious liability borne by the perpetrator be increased, and ultimately, the realization of substantive justice be ensured.

(责任编辑:余佳楠)