

第三人侵害合同的侵权责任

张瀚

摘要：第三人侵害合同，既是侵权客体具有特殊性的特殊侵权类型，又是对第三人获取他人订立合同中蕴含的市场机会的法律经济分析之重要主题。《民法典》第593条在承认合同外第三人的法定责任时，并未明确其具体的请求权基础。第三人侵害合同的侵权责任突破了侵权客体绝对性理论的桎梏，需要在解释论上明确《民法典》第1165条作为侵权客体的民事权益之外延，并在此基础上落实第1175条中第三人侵权责任的内涵。从应然角度出发分析，不仅要结合侵权构成要件理论进行司法认定，而且要在制度设计上对行为人的商业目的、竞争动机进行必要的司法审视，以兼顾法律适用对市场当事人成本与收益的客观经济影响。商业言论自由和市场主体交易自主权，蕴含了民法与商法共享的自由法律价值，可以为第三人侵害合同的特殊抗辩规则提供正当性法理基础。民法典的法律适用需完善和发展第三人侵害合同的理论，并在《民法典》第1165条第1款的过错归责和民事权益开放性侵权客体的立法语境下，兼顾司法过程中的特别法因素和裁判结果的社会经济影响。

关键词：第三人侵害合同；侵权行为；市场机会；民事权益；法律经济学

一、问题的提出

合同外第三人侵害合同的行为是否需要承担侵权责任？这既是传统的民事侵权理论问题，又是商业市场中获取合同机会的行为正当性界限问题。市场中合同外的第三人获取他人合同机会行为之正当性界限在哪里？如果被违约方向合同的相对人请求违约责任救济，是否就意味着被违约方不能根据《民法典》第593条的“合同外第三人法定责任”条款向第三人请求其承担侵害合同的责任？在法律经济学研究中，理查德·波斯纳认为，合同的违约责任不影响合同外第三人侵害合同责任的承担，“如果一个人引诱他人违约，他就应对违约的受害人承担赔偿责任，即使受害人可以只是就违约起诉契约的另一方当事人。”^①但克里斯蒂安·冯·巴尔等侵权法学者则采取较为折中之立场，强调既不能让第三人侵害合同的行为“与第三人毫不相干”而不承担侵权责任，又不能要求第三人在“任何情况下”都要承担侵权责任，其研究表明这种侵权责任的承担在欧洲大多数国家“具有不确定性”。^②王泽鉴教授对第三人侵害合同之债的救济持部分否定立场，认为合同之债作为侵权客体“不具所谓典型的社

作者简介：张瀚，华南理工大学法学院副教授。感谢加州大学伯克利分校罗伯特·库特（Robert Cooter）教授、中山大学周林彬教授在法律经济学研究方法上对本文作者的启发。

基金项目：本文系国家社科基金青年项目“法治经济背景下商事侵权法经济学研究”（17CFX070）的后续成果。

① [美]理查德·波斯纳：《法律的经济分析》（第7版），蒋兆康译，法律出版社2012年版，第59页。

② 参见[德]克里斯蒂安·冯·巴尔、乌尔·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2007年版，第189页。

会公开性，第三人难以知悉”，但可以通过认定违反民法的公序良俗原则要求行为人承担侵权责任。^①杨立新教授从解释论出发，认为债权属于《民法典》第1164条关于侵权责任编调整范围之规定中的“民事权益”范畴，因此侵害合同之债自然应由侵权制度进行调整。^②这些学者之观点加深了我们对该问题的理解，也表明了第三人侵害合同系大陆法和英美法中共同之难题，合同作为一种特殊之侵权客体也存在较大的理论争议。

我国民法典侵权责任编并未对第三人侵害合同进行类型化规定^③，但却在《民法典》第1165条的侵权一般条款中延续了“民事权益”的开放性客体保护思路，民法典的这种立法思路在法解释学上赋予了法官对第三人侵害合同之侵权责任的自由裁量权力，“向一般条款逃逸”的道路渐行渐远。在我国司法实践中，法官在裁判中往往结合侵权一般条款和学理进行说理，形成了迥异的司法裁判立场和法律适用思路：

1. 作为财产性期待权进行保护的司法裁判思路。最高人民法院认为第三人侵害合同之债的“损失赔偿请求”与“继续履行协议”存在矛盾，但在将相关损失作为“投资收益”的财产期待性权益进行定性，并分析了侵害合同行为与损害之间的法律上之因果关系。^④北京市高级人民法院认为合同之债“作为一种基本财产期待权利，其本身就具有不可侵犯性，债权关系以外的第三人对明知的、合法的、确定的债权都负有不可侵犯的法定不作为义务。”其判决进一步认为，侵权制度中“民事权益”在解释论上“并未将债权权益排除在其保护范围之外”。^⑤

2. 作为对非列举性权益进行侵权法保护的司法裁判立场。江西省高级人民法院判决书中，原审法院认为我国侵权制度虽然“没有把‘债权’列举为‘权益’，但……不排除‘债权’的适用。如果恶意侵害他人债权，可以构成侵权。”江西省高级人民法院在二审意见中，不仅认同解释论上的“民事权益的范围系列列举开放式立法”，且认为合同之债也属于“民事主体其他合法权益受法律保护”之范畴，因而“第三人侵害债权，当然应当承担侵权责任。”^⑥《民法典》第3条延续了“合法权益受法律保护”的规定，江西省高级人民法院的说理在“后民法典时代”仍然具有参考价值，代表了将民法典总则规定直接适用于侵权案件的裁判思路。

3. 对侵权责任否定与限制的司法裁判立场。最高人民法院在部分案件中默认了一审和二审法院限制第三人侵害债权之立场，对再审申请人通过赋予其较高之举证责任，来实现对第三人侵害合同责任适用之回避。^⑦湖北省高级人民法院则支持了一审法院秉持的合同之债系属相对权，因而不能作为侵权客体之观点，“侵权责任法所指被侵害的权益原则上以绝对权为限，债权不属于侵权行为的客体”，并论证如果要把合同等债权作为侵权客体，“为避免对民事主体行为自由造成不合理的限制，对于第三人侵害债权的侵权责任构成要件也应当从严掌握，即要求第三人主观上具有恶意，加害人具有明确

^① 参见王泽鉴：《侵权行为法：基本理论·一般侵权行为》，中国政法大学出版社2001年版，第174-175页。

^② 杨立新教授除了在解释论上认为《民法典》第1164条已确认侵权之调整范围包括债权，甚至在立法论上明确表示我国不应违背各国通例：“债权作为侵权责任保护客体，不当有那么多不同看法，因为第三人侵害债权的侵权责任是各国侵权法的通例，而非罕见的立法之策。”参见杨立新：《民法典对侵权责任保护范围的准确界定——对〈民法典〉第1164条含义理解的进一步厘清》，《兰州大学学报》2021年第1期。

^③ 在立法史上我国曾尝试把第三人侵害债权专门设立条文进行调整，全国人大《合同法》第三次审议稿第122条曾规定，“第三人明知当事人之间的债权债务关系，采用不正当手段，故意妨碍债务人履行义务，侵害债权人权利的，应当向债权人承担损害赔偿赔偿责任。”后以在未来的侵权立法中再进行规定作为理由，在正式的立法文本中没有纳入此条规定。参见杨立新、李怡雯：《侵权责任认定中的知悉规则与过错要件——（2017）最高法民终181号民事判决书释评》，《法律适用》2018年第19期。

^④ 王平男与上海韦尔商务咨询有限公司等侵权责任再审审查案，（2021）最高法民申7105号民事裁定书。

^⑤ 澳莱朵企业有限公司与鄂尔多斯市中北煤化工有限公司等侵权责任纠纷案，北京市高级人民法院（2016）京民初字第47号民事判决书。

^⑥ 万荣县农村信用合作联社与江西润泽药业有限公司侵权责任纠纷案，江西省高级人民法院（2017）赣民终531号民事判决书。

^⑦ 杨海文与武汉地产开发投资集团有限公司侵权责任再审审查案，（2019）最高法民申447号民事裁定书。

的直接侵害受害人债权的意图并且追求此种损害结果的发生。”^①江西省高级人民法院则强调合同等债权系相对权，“不具有公示性和对抗第三人的效力”，进而认为需要对侵害合同之侵权责任的认定进行限制，强调“为均衡保护债的关系之外的第三人利益，除非第三人明知债权存在且恶意积极侵害债权，否则不得主张第三人承担侵权责任。”^②

4. 对侵害营业进行自由裁量的司法裁判立场。有判决认为，即使商主体的投资人因决策造成了损失，也不应承担第三人侵害合同之侵权责任。在海南省高级人民法院判决书中，一审法院因公司以股东未同意合同交易造成损失为由认定“作为第三人侵害债权没有法律依据”，二审法院海南省高级人民法院也支持此观点并维持了原判。^③也有司法观点认为侵害合同需要结合对营业之影响进行判断，如果行为人“并无直接侵害债权的恶意”，则“经营权利的侵权损害赔偿责任不成立。”^④

上述各高级法院一审和二审裁判文书具有一定的代表性，对于第三人侵害合同的行为是否应承担侵权责任之立场并不统一，甚至存在不同法院在类似案件中援引相同法律渊源对“法律利益”作为侵权客体进行解释时，司法裁判立场却迥然相悖之情形。对于传统民事侵权裁判中的商事因素，不同法院的处理和切入点存在差异。

民商法学存在“独有的抽象概念及类型混合并存的情形”^⑤，第三人侵害合同处在民法和商法的交叉地带，兼受传统民事侵权理论和现代商事审判理念之影响，一方面其是典型的需要结合传统民法侵权理论之抽象概念，运用具体侵权类型学理规则进行裁判的领域；另一方面，市场中发生的第三人侵害合同行为，往往是一种引诱违约进而夺取合同机会的行为，其法律适用除了需要遵循传统民事侵权理论，亦不可避免地在侵权责任认定^⑥和侵权类型化^⑦问题上，需要充分兼顾侵权法律适用中的商事因素。^⑧在民法典侵权责任编延续开放性“民事权益”客体保护思路的大趋势下，研究还将通过结合解释论的侵权类型化思路，以减少侵权司法裁判结果中的不确定性^⑨，实现法学对裁判结果预测“更准确”并构成“整体联系之体系（Thoroughly Connected System）”的一般性法律目标。^⑩

研究将从第三人侵害合同的侵权责任制度之特有价值，以及其特殊的构成要件理论、特殊抗辩规则和特有救济理论等方面展开论述，并对这一遵循传统民事侵权理论且兼具商事因素的制度进行分析。在民法典解释论下，第三人侵害合同之侵权责任，也是第三人夺取他人合同确定的市场机会行为之正当性界限问题。研究将综合民法典侵权责任编的法律适用，对这类案件侵权救济可能产生的裁判效果进行分析。

二、合同违约责任阴影下的第三人侵权责任及其制度价值

合同相对人的违约责任是否可以在制度功能上完全替代第三人侵害合同的侵权责任？法律适用是否应彻底遵循侵权客体的“绝对权”理论传统，而回避评价第三人有过错情形下的侵权责任？我们认为，从裁判的社会经济效果出发，仅局限于传统侵权绝对性客体理论的历史桎梏仅代表形式主义的胜利。获取他人以合同形式固定下来的法律利益，本质上是一种市场经济竞争。“经济竞争是一个过程，它诱导争胜的（Rival）销售者（以及争胜的购买者）耗费成本寻找和试验新知识。”^⑪这些新知

① 杨海文与武汉地产开发投资集团有限公司侵权责任纠纷案，湖北省高级人民法院（2017）鄂民终2324号民事判决书。

② 万荣县农村信用合作联社与江西润泽药业有限公司侵权责任纠纷案，江西省高级人民法院（2017）赣民终531号民事判决书。

③ 海南天邑物业管理有限公司与海南天邑国际大厦有限公司、中国长城资产管理公司上海办事处物业服务合同纠纷案，海南省高级人民法院（2016）琼民终72号民事判决书。

④ 杨海文与武汉地产开发投资集团有限公司侵权责任纠纷案，湖北省高级人民法院（2017）鄂民终2324号民事判决书。

⑤ [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第347页。

⑥ 参见刘道远：《商事侵权责任对侵权责任法的挑战及其对策》，《法商研究》2010年第1期。

⑦ 参见张光宏、徐力英：《公司侵权行为及类型化研究——以民事侵权为视角》，《法律适用》2013年第6期。

⑧ 参见张瀚、楚清：《商事侵权与商事审判理念》，《云南大学学报》2012年第4期。

⑨ 参见张瀚：《侵权不确定性与贝叶斯法则——一种法经济学的视角》，《法学评论》2012年第5期。

⑩ See Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, 10 Harvard Law Review 457 (1897).

⑪ [德]柯武刚、史漫飞：《制度经济学：社会秩序与公共政策》，韩朝华译，商务印书馆2000年版，第267页。

识和新信息的运用包括对商业机会会有成本地获取。当市场机会被合同确定下来,合同外的第三人是否可以基于对信息和资源之掌握,对合同的一方施加影响导致其不履行原合同,仅仅从合同制度考虑此问题之视野显然过于狭隘。缔约不仅仅是合同双方的互动,其必然涉及到参与市场的合同双方之外的第三方。在违约制度无法评价合同外第三人行为的时候,运用侵权制度去评价第三人行为的可归责性,是一种不局限于合同制度的救济思路。《民法典》第1165条第1款采用“民事权益”之立法表述。对于合同之债是否可以作为侵权客体,有赖于民法典侵权责任编中条文基于解释论之裁判规则的完善。

第三人侵害合同侵权责任的存在,有利于原告基于商业考虑,在合同相对人违约之诉与第三人侵害合同债权之诉的诉由之间,根据市场和法律进行抉择。第三人侵害合同的侵权救济为原告的法律救济提供了更多元的选择,能够让原告选择适当的被告获得救济,避免把未来长期商业合作的合同相对方作为唯一的救济请求对象。起诉合同的相对方固然易于举证,却可能和原告的长期商业利益相抵触。从公平原则出发,完全忽视对恶意导致相对人违约的第三人之过错进行必要的法律评价,也并非一种具有正当性的请求权体系安排。当事人在遭受经济损失后,是选择作为合同相对人的违约方,还是选择具有过错的第三人作为起诉对象,是基于法律与商业的综合判断。原告可能会谨慎地避免把长期商业合作的伙伴作为违约之诉的被告,转而选择请求具有过错的第三人承担侵权责任。现实中,为避免司法救济消极地影响长期商业合作,当事人不可能单纯从违约之诉的胜诉概率和举证简易度来考虑问题。从比较法角度出发,英美法中妨害合同侵权(Tort of Inference with Contract)的制度缘起于受损方基于商业判断,不起诉合同相对方,转而起诉诱使合同相对方违约的竞争对手之侵权责任。其中经典判例系第三人侵害合同案件Lumley v. Gye^①,该案中歌剧院的经营者不愿意直接起诉与其缔约的著名女歌唱家,而选择起诉诱使该歌唱家违约的另一歌剧院经营者,正是基于商业目的之考虑,而非单纯考虑举证之难易。歌剧院经营者为了将来能与该著名女歌唱家维持长期的商业合作关系,选择起诉第三人侵害合同的,则司法程序不宜越俎代庖,代替当事人进行商业上的判断,法律制度应在一定程度上保护原告基于商业考虑的诉权选择权。前述Lumley v. Gye案中原告的诉讼策略最终也证明了其商业决策是成功的,原告后来再次成功邀请了未被起诉的著名女歌唱家举办演出,并取得了巨大成功和商业效果。

如果把侵权客体局限于绝对权,不仅忽视了债权可能具有的财产属性,而且过度限制了当事人的诉权自由。在传统的大陆法法律适用思路中,第三人侵害合同侵权被认为是对侵权客体绝对权理论的挑战。第三人侵害债权制度是对传统的突破,因为对于侵权客体,第三人侵害债权制度实质上突破了侵权客体的绝对权理论,把侵害合同的责任扩展到了合同之外的第三人。^② 债权与物权同样具有不可被侵犯的权利属性,债权也具有财产性。^③ 例如应收账款作为一种债权可以实现质押,也在一定程度上说明绝对权与相对权的区分并非系绝对化之教条。第三人侵害合同的研究是在突破侵权绝对性客体理论之背景下展开的,其具有第三人侵害债权的理论基础,这种理论基础是对仅仅把绝对权看作侵权客体的超越。如果当事人基于商业上的判断或其他缘由,不选择胜诉率较高或易于举证的违约之诉,而选择提起合同外第三人侵害合同之诉,应该允许当事人根据自身掌握的信息和商业市场目的进行一定程度的自治,尊重当事人的诉权选择自由。因为无论诉讼策略还是对当事人商业合作之影响,均应由当事人在决策过程中综合自身获得的信息和请求权基础进行成本与收益的权衡,而不应由限制请求权的制度代替当事人进行法律和商业上的综合判断。基于违约责任之存在而全盘否定第三人侵害合同

^① Lumley v. Gye, 118 E.R. 749 (1853).

^② 对于绝对性、法定性等传统民法理论的突破绝不限于包括妨害合同在内的第三人侵害债权,在物权的传统领域,哪些利益应该进行法定化进行对世性的保护同样存在效率性的争议。可参考苏永钦在“物权法定主义的再思考——从民事财产法的发展和经

济观点分析”一章中的论述。参见苏永钦:《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版,第84-120页。

^③ 参考张淑隽:《第三人侵害债权制度理论问题初探》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2009年第2期。

之适用空间，系对当事人诉权选择能力之不信任。诉权自由包含了诉讼类型和诉讼方式的选择自由，允许当事人对违约责任和第三人的侵权责任的救济进行选择，可以充分发挥市场主体当事人自身信息优势，避免司法机关裁判中信息获取不完全之弊端。

实践中存在合同相对人不承担违约责任，但第三人存在过错需要承担侵权责任的客观制度需求。第三人侵害合同中也可能存在原告无法请求相对人承担违约责任之情形。早在罗马法中，就已存在合同“不得向债务（人）请求给付”之特殊情形，罗马法认为倘若基于合同“对债务人作出不利的判决是不公平的”，就不应继续追责。^①在现代法律实践中，基于双方的约定，合同的一方具有在满足特定条件情况下解除合同并免责的权利，法律也规定了合同不继续履行而不承担违约责任之法定情形。但是合同相对人不承担违约责任，不代表第三人行为没有过错，也不等于第三人行为在侵权法上不具有可归责性。《民法典》第1165条第1款规定“因过错侵害他人民事权益造成损害的”要承担侵权责任，其作为侵权法一般条款，在“民事权益”文义解释意义上也为被侵权人追究第三人侵害合同权益之侵权行为的过错归责提供了请求权基础，允许当事人基于侵权之诉请求救济。

第三人侵害合同制度，体现了交易自由与侵权所保护的市场机会之间的平衡，并为基于解释论界定获取市场机会的行为界限提供了可能性。第三人通过订立合同获取市场机会的自由，和第三人恶意侵害的合同法益之间，存在价值冲突，需要在法律适用中平衡代表交易自由和代表缔约秩序的法律价值，并界定相应的行为界限。《民法典》第5条规定的自愿原则，《民法典》第133条具体规定的民事主体意思表示之自由，都是对市场主体基于意思自治进行自由交易的肯定。这种对交易自由的肯定，是市场经济得以正常运行之前提，也是法律经济学中主体之间能够通过自愿交易增进社会福利之保障。但是，这种交易自由也存在一定的界限，如果第三人明知他人之间已订立有效合同，仍然以意思自治的名义恶意夺取市场机会，导致他人的合同目的无法实现，则可能落入侵权法之调整范畴。

最高人民法院主张，对于民法典侵权制度的适用，作为行为人的第三人在明知债权存在的情况下，侵害合同之债，造成损害后果，需要承担第三人侵害债权之责任。^②最高人民法院在对民法典侵权责任编的上述理解与适用中，考虑到民法典侵权责任编并未对第三人侵害债权进行专门条款规定和类型化规定，其适用的依据应为《民法典》第1164条和1165条第1款的一般性规定。第三人侵害合同的损失一般是纯粹经济损失，在行为人基于恶意破坏合同履行的情形下，尤其是市场处于旺季等供给没有额外产能空间之时，法律经济分析表明第三人侵害合同造成纯粹经济损失，可能直接增加社会成本，侵权法律适用出于社会经济的政策目标，应进行适当救济。^③

另外，根据《民法典》第593条的规定，当事人与合同外第三人的纠纷“依照法律规定或者按照约定处理”。因此如果当事人存在与第三人之间的约定，则可以按照《民法典》第577条“继续履行、采取补救措施或者赔偿损失”之违约责任承担规定进行救济。但如果在纠纷的事前或事后与第三人都没有约定之情形下（此亦为实务中常见之情形），对前述“依照法律规定”承担责任之规定，既可解释为依据特别法之专门规定，作适用范围之严格限缩解释，又可将该法律关系解释为《民法典》第1164条侵权责任调整范围中“侵害民事权益产生的民事关系”，把“依照法律规定”承担的责任解

^① 参见[罗马]查士丁尼：《法学总论——法学阶梯》，张企泰译，商务印书馆1989年版，第228页。

^② 最高人民法院认为第三人侵害债权的构成要件有四项，一是所侵害之债权合法，二是行为人明知债权的存在，三是行为人实施了侵害债权之行为，四是行为导致债权部分乃至全部无法实现之后果。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18页。

^③ 因为第三人恶意侵害合同之债造成纯粹经济损失，可能导致供给曲线的非市场性移动。参见张瀚：《纯粹经济损失的法经济学分析》，《政法论坛》2020年第3期。

释为包含法律规定的侵权责任。^①笔者认为,后一种解释方式更符合关于“民事权益”侵权保护客体之文义解释,《民法典》第577条的“法律规定”也不宜绝对地排除民法典侵权责任编对权利与法律利益都进行保护之立法立场。

三、民事侵权认定中的商事因素

(一) 引发侵害合同行为的可归责性

历史地看,前述 Lumley v. Gye 案实质上是把侵权责任扩张到了诱使他人违约,而诱使他人的行为本身不必然构成侵权,^②引发他人违约的行为本身未必具有可归责性,因为第三人的“引诱”行为本身可能仅仅是通过给出更优的交易条件,其行为自身不具有违法性和可归责性。给出更优交易条件进而侵害他人之间的合同,与传统的侵害雇员人身造成雇主经济损失也存在差异,^③在给雇员造成人身损害导致侵害雇员与雇主之间的合同履行的情形下,对雇员的人身权侵害本身就具有违法性。Lumley v. Gye 案中作为第三人的行为人引起他人违约行为本身并不必然构成侵权,但该行为导致违约和损失的则可能导致构成侵权。学理上,对于他人的交易第三人有不干涉义务,不能故意妨害他人合理交易中蕴含的商业预期。^④在我国以大陆法为背景的法典化实践中,引发侵害合同行为自身的可归责性在何种程度上会影响侵害合同这一侵权行为的整体认定,是民法典时代理论和实务中的重点和难点。

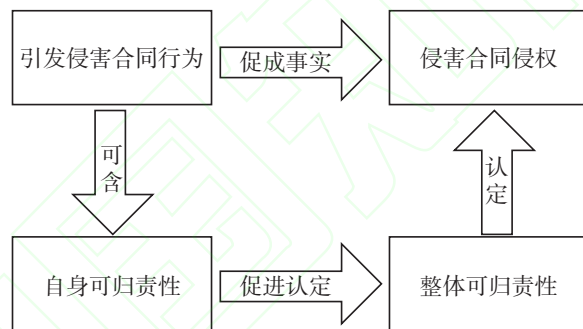


图1 引发侵害合同行为自身可归责性与侵害合同侵权认定关系图

第三人侵害合同侵权认定中的重要前置问题,在于引发他人违约或解除合同的行为本身是否具有可归责性,侵害合同的手段或方式本身是否构成侵权或违反强行法。如果对第三人侵害合同侵权进行制度构建,可以前置性地考虑导致合同债权被侵害的行为本身是否违反了侵权法。如果侵害合同的行为本身存在违法性和可归责性,除了考虑行为本身是否具有可归责性外,还应考虑侵权行为整体上是否构成第三人侵害合同。

(二) 营利目的与特殊动机

根据《民法典》第1165条,第三人侵害合同同样应以故意作为其过错的主观状态,第三人可能基于商业目的和经济动机对合同进行妨害,包含放任之故意情形。故意在学理上包括两种情况,在不同法系中都存在一定共性:一是行为人希望通过其行为造成特定结果,二是行为人明知其行为会造成

^① 传统债法理论以合同制度为核心进行构建,仅仅依靠合同制度无法有效解决实质属于侵权之诉的法律适用问题,也抑制了侵权制度的发展,第三人侵害合同之债制度是对绝对化的债之相对性原则的一种有益的理论变革。参见张素华:《有关债法总则存废的几个基本理论问题》,《法学评论》2015年第2期。

^② See Restatement 2d of Torts § 766.

^③ 在制度演进的早期,第三人侵害合同侵权的模式包括主人与仆人之间契约关系遭到第三方侵害的情况,主人雇佣仆人,结果仆人遭到第三人伤害,致使无法履行契约进行工作。早期法律规范具有一定的人身依附和封建法色彩,但其第三人侵害合同的逻辑结构已经初步形成。See Dan B. Dobbs & Ellen M. Bublick, *Cases and Materials on Advanced Torts: Economic and Dignitary Torts, Business, Commercial and Intangible Harms*, New York: Thomson West Press, 2006, p.371.

^④ See Restatement 2d of Torts § 766.

结果，或者很可能必然造成结果，仍进行侵害的行为。^①这在我国大陆法之语境中更接近于直接故意与间接故意。《民法典》第1165条调整此两种情况，运用到第三人侵害合同就存在两种对应的形态，其一是行为人抱有妨害合同履行和引致其中一方违约的目的而对合同进行干涉。其二是行为人明知自己的行为很可能造成影响合同履行乃至导致违约的后果，仍坚持实行侵害合同之行为。因此，在第三人侵害合同中，故意的主观状态既包含了直接故意，也包括了放任损害结果发生的故意。放任损害发生的故意同样可成为有利于侵权认定的主观状态，在比较法上，如果认为责任的成立只存在直接妨害合同一种情形是不全面的。^②

侵害合同存在两种可能直接或间接涉及商业目标的情况：一是行为人把妨害合同的履行作为其主要目的；二是行为人既想妨害合同的履行，又有其他包括但不限于经济考量之目的。^③若出于打击竞争对手的目的，行为人可能仅仅为了破坏竞争对手的营业而妨害竞争对手已经订立的合同；行为人本身也可能具有营利性之动机，因为妨害了受害方与他人之间的合同，就意味着行为人可以夺取该合同蕴含的市场机会，实现自身的营利。^④这里所分析的商业机会和竞争法意义上的商业机会存在一定差异^⑤，侵害合同之客体须已然通过缔结合同的方式确定下来，而非广义之违反竞争法一般条款扩张市场占有率的行为。行为人通过虚假信息让受害方的合同相对方做出错误判断，导致受害方的合同相对方与行为人订立新合同，不履行与受害方的合同。这种侵权行为本质上是为了实现行为人自身的营利，同时也剥夺了受害方的市场机会。

通过行为外观推定动机和目的是《民法典》第1165条第1款认定过错主观状态之方式，对第三人侵害合同侵权的目的解释可适用于类比放任故意^⑥的主观状态。如果行为人虽然并非为了侵害合同而进行妨害，但明知其行为很可能造成受害方合同损失之损害后果，也可以被认定为侵害合同的侵权行为。^⑦如果侵害他人的合同不是行为人的直接目的，但行为人明知其在追求自身营利目的而做出行为时会附带产生侵害合同的效果的，根据间接故意理论，并不妨碍将其认定为《民法典》第1165条之过错的情形。行为人的主观目的并非妨害合同，受害方营利的损害后果是附带性的，但是只要对于损害处于明知的状态，仍可认定侵权责任。

我国民法典在解释论上，对第三人侵害合同没有必要刻意引入蓄意的法律概念，但出于不正当动机蓄意妨害合同是国内外皆存在之客观现象，因此需要在法解释学和裁判规则设计中留有必要的空间。在我国大陆法侵权理论的框架下，基于破坏性动机妨害合同造成他人违约，可以成为过错归责的裁量要素。如果行为人具有不正当目的，则有利于司法实践判断其故意的主观状态并进行过错归责，把《民法典》第1165条作为请求权基础。

（三）侵权客体理论的重构

第三人侵害合同之侵权制度起源并非完全缘起于商业模式运营的现实需要，而在一定程度上源于对封建性质人身依附关系的保护。历史上，早期案件的判决很大程度上还是依据“侵害仆人造成主人伤害”这类具有封建色彩的模式。但与传统侵害仆人造成主仆之间合同无法履行之差异在于，前述 *Lumley v. Gye* 案并没有针对被雇佣歌手的直接侵权行为。之后的案件在该判例的基础上发展为裁判

^① See Restatement 2d of Torts § 8.

^② See *Korea Supply Co. v. Lockheed Martin Corp.*, 29 Cal 4th 1134, 63 P.3d 937, 131 Cal.Rptr.2d 29 (2003).

^③ See Restatement 2d of Torts § 766. Comment j.

^④ 即使行为人以与他人缔结合同进行意思表示为目的导致受害方合同无法履行，仍然不妨碍这种侵权行为的整体作为事实行为被法律所评价。参见常鹏翱：《事实行为的基础规范》，《法学研究》2010年第1期。

^⑤ 参见王磊：《商业机会获得反不正当竞争法保护的要件》，《人民司法》2015年第6期。

^⑥ See Bryan A. Garner eds., *Black's Law Dictionary*, 8th ed., New York: Thomson West Press, 2004, p.3982.

^⑦ See Restatement 2d of Torts § 8A.

规则,侵权保护的主体已不限于服务类合同,甚至延展至对于侵害尚未缔结契约的商业关系的保护。^①虽然权利救济不应被看成侵权制度唯一之价值追求^②,但传统侵权理论认为,侵权所保护的是具有对世性的绝对权。^③侵害已经订立的契约是否构成侵权,需要探讨客体的对世性的问题。德国比较法学者格哈特·瓦格纳提出的重要命题——“是否任何利益都值得由侵权法提供保护”^④是此问题的另一侧面。侵权制度是否仅仅保护绝对权,还是可对一定范围内作为公共信息的合同进行保护。德国法倾向于在侵权法的救济中区分绝对权和相对权,由于这类经济性质的损失并非传统的绝对权,因此难以在侵权制度中进行救济。^⑤美国法虽无绝对权客体的所谓“制度历史包袱”,但在侵权类型化过程中,仍细节化地对与传统财产侵权不同的合同侵权保护设置了类型化的裁判规则,将第三人侵害合同作为特殊侵权类型进行救济。对于无法通过合同法律关系保护的经济利润损失,传统侵权制度也倾向于对其救济采审慎态度。^⑥在英美法律实践中,经济侵权理论要求对经营利润的赔偿要关联于某种直接的具有绝对性的物质损失,否则不予赔偿。与过失造成合同利益损失相比,侵权法更倾向于认定故意性质的侵害,在一系列著名的侵害合同案例中逐渐发展出了特有的归责方式。^⑦我们认为在结合比较法之基础上,对于一般以支付为公示方式之动产,并不比为在一定范围内具有公示性的合同在社会经验中更具公示公信之效果。在法解释学上不应因侵权客体之绝对权传统,而忽视了社会实践中侵权客体保护之制度需求。

我国的侵权理论语境下,对于第三人侵害合同的客体,显然应置于第三人侵害债权利类型和下位概念的视角进行解读,将合同看作被侵害的债权中的一种。在符合侵权一般理论的前提下,进一步从具体的类型化裁判规则入手,以完善其侵权客体的认定规则,把具有相对性的特殊客体有条件地纳入侵权救济的范畴。《民法典》第1165条第1款“民事权益”的开放式规定,允许法官通过自由裁量把非权利的法律利益纳入侵权法的客体保护范畴。我国的司法实践中,在特定行业中与合同相关的经营损失可以通过侵权救济,在前民法典时代就已然通过最高人民法院的司法解释在裁判中予以确认。^⑧这种侵权行为造成的经营损失,很大程度上是因合同被侵害导致无法履行进而造成的可得利益损失。第三人侵害合同救济制度所保护的客体比原本以合同形式固定的纯粹经济损失更为确定,因为可以合理预期的经济利益已经通过合同形式进行一定程度之确认。我国对该问题的民法典法律适用中,应注意救济不局限于特定的行业,其侵权类型化规则的设置应该在行业上遵循无差别的统一标准,避免因司法解释的原因导致救济仅局限于某些特定行业。^⑨

四、特殊抗辩规则:自由法律价值的权衡

类型化侵权裁判规则的制度需求体现在特殊的抗辩规则上。因为对商业市场中的第三人侵害债权在学理上存在特殊的抗辩规则,如果完全用民法典侵权责任编的侵权一般条款进行直接调整,会导致

^① See Restatement 2d of Torts § 766.

^② 参见龙卫球:《〈侵权责任法〉的基础构建与主要发展》,《中国社会科学》2012年第12期。

^③ 对这种理论的运用也涉及到对物权与债权区分的理解,参见温世扬、武亦文:《物权债权区分理论的再证成》,《法学家》2010年第6期。

^④ [德]格哈特·瓦格纳:《当代侵权法比较研究》,高圣平、熊丙万译,《法学家》2010年第2期。

^⑤ See Francesco Parisi, Vernon Valentine Palmer & Mauro Bussani, *The Comparative Law and Economics of Pure Economic Loss*, 27 *International Review of Law and Economics* 1(2007).

^⑥ *Robins Dry Dock & Repair Co. v. Flint*, 275 U. S. 303 (1927).

^⑦ 代表性判例有 *Imperial Ice Co. v. Rossier*, 112 P.2d 631 (Cal. 1941). *Hannigan v. Sears Roebuck & Co.*, 410 F.2d 285 (1969). *Windsor Securities, Inc. v. Hartford Life Ins. Co.*, 986 F.2d 655 (3d Cir. 1993).

^⑧ 《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第12条第3项规定了可获得救济的损失包括:“依法从事货物运输、旅客运输等经营性活动的车辆,因无法从事相应经营活动所产生的合理停运损失。”

^⑨ 笔者认为,民法典生效前的司法解释不能一刀切地在民法典后失去效力。有的司法解释是对特定主题进行司法解释,其相关的法律也不必属于民法典生效后废止之范畴。如《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第15条关于营业损失的解释,由于相关道路交通安全法并未废止,该解释仍然符合这一主题,在民法典生效后不能绝对化地否认其有效性。

过大的司法裁量空间，难以避免同类案件抗辩规则适用的不统一。特殊抗辩规则的解释论学理研究能为第三人侵害合同类型化奠定抗辩制度的理论基础，为民法典相关司法解释提供裁判规则思路。

（一）商业言论表达自由的侵权抗辩

行为人向受害方的合同相对人提供更好的交易条件可成为侵害合同的手段和方式。第三人侵害合同的行为限制与行为人在正常交易中的行为自由可能存在冲突，并关系到行为人选择缔结合同对象和拒绝交易的自由。为交易对象提供更优交易条件系行为人发出合同要约和寻求交易对象的自由，也属于正当商业言论范畴，甚至可以理解为我国宪法权利的一种延伸和表现形式。^① 行为人有权通过市场中惯常方式进行商业推广以寻求缔约机会，其对商品进行广告宣传、颂扬商品的品质、对商品进行合理降价和推销商品的行为，不应该过度地受到被侵权人与他人之间存在合同事实的限制。即使行为人知道被侵权人与他人之间存在合同，行为人仍可正常地发送广告和通过正常方式请求获得缔约机会。这样的正常市场行为不应被认定为侵害合同的侵权行为，^② 但这种抗辩也存在适用的限制，如果行为人商业宣传和寻求缔约机会的行为本身就违反强行法，这种抗辩就应该被认定为无效。

我们通过举例说明这种抗辩的限制。行为人甲向乙表示：“我知道你根据合同在向丙购买产品。我方向你提供低于成本的进货价格，如果你同意我方要约，你就可以违反和丙的合同，付给丙费用后仍然盈利”，由于该表示存在直接唆使乙对丙违约的内容，则行为人甲应承担侵权责任。^③ 此例中，行为人虽然进行了商业言论的表达，但其行为也可能包含了低于成本倾销的违法性因素，因此不能适用商业言论抗辩。虽然行为人引诱他人违约是否造成了效率违约有待进一步考察，但其行为本身可能违反强行法，超越了正常商业言论的界限。商业言论自由和合同稳固性秩序价值之间的冲突，本质上是法律价值之间的冲突，也是这种特殊抗辩方式在分析时极具理论张力的根源。在法律适用中，既需要结合个案的特殊背景和商业言论表达的具体场景进行综合考虑，又需要考虑法律适用结果可能对未来类似行为产生的影响。商业言论抗辩作为类型化侵权的特殊抗辩规则，在司法实践中还需要结合广告法、竞争法^④ 和反垄断法等影响商业言论违法认定的法律渊源来进行解释，其法律适用并不局限于民法典的侵权责任编。

（二）市场中拒绝交易自主性的侵权抗辩

拒绝交易是一种商业活动中的常见行为，主体可基于自由商业市场判断选择进行交易，或拒绝交易，这种权利的正当行使可构成对侵害合同侵权之抗辩。^⑤ 在第三人侵害合同侵权中，若行为人采取的是拒绝与被侵权人的合同相对方交易的方式进行的，则需要考虑行为人作为第三人是否系在行使其自身固有的拒绝与他人交易的权利。如果行为人确实在行使拒绝交易的权利和拒绝缔约的自由，则可构成对第三人侵害债权的有效抗辩。

拒绝交易抗辩的实质是对交易自由的认可，即主体可以正当地选择或拒绝交易对象，拒绝交易行为自身不构成侵权。拒绝交易自由作为意思自治与从商自由的推论，具有民法理论和商法理论上的正当性逻辑基础。民法中的意思自治意味着民事主体可以自由地选择为或不为法律行为，可基于真实意思开展或拒绝交易。拒绝交易的自由同样是商法中从商自由的自然延伸，主体可选择是否成为商主体，

^① 商业言论是否属于宪法言论的下位概念，如何在整个法律体系和“民法典+商事单行法”的立法模式中进行调整，需结合我国宪法和民商事法律制度进行跨法律部门研究。我国《宪法》第35条规定：“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”商业言论与其他一般言论有什么法律性质的区别，商主体的营利性对这种自由的法律适用有什么影响，商业言论自由与合同市场秩序之间如何实现法律价值的冲突与平衡，其研究意义超越了民法法范畴，但对于民法典时代的法律适用有着重要意义。

^② See Restatement 2d of Torts § 766.

^③ 来源见 Restatement 2d of Torts § 766. 问题的关键在于商业言论作为抗辩，商业言论的表达方式和内容本身不应具有违法性，如果商业言论自由的行使本身违反了强行法，则其作为第三人侵害合同的抗辩会缺乏正当性基础。

^④ 参见蔡祖国、郑友德：《不正当竞争规制与商业言论自由》，《法律科学》2011年第2期。

^⑤ See Restatement 2d of Torts § 766. Comment 1.

可选择是否进行商事交易，当然也可基于自身对商业的判断拒绝进行交易。

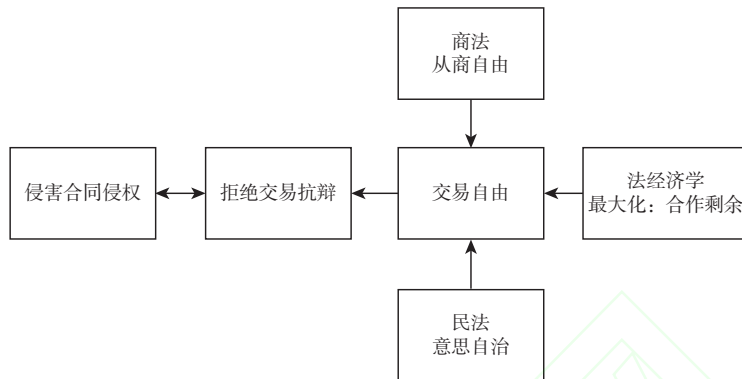


图2 交易自由、拒绝交易与侵害合同侵权关系示意图

拒绝交易的抗辩还具有法律经济学效率意义上的制度正当性，因为要实现市场经济的合作剩余，就必须允许市场主体基于价格机制选择交易对象，以实现最大化的合作剩余，让“供给侧”和“需求侧”通过交易实现社会经济福利增量总和的最大化。拒绝交易和订立合同，都是市场经济的重要制度。在市场活动中，合同谈判的市场主体希望获得可得利益等预期利益，但是可得利益往往具有现实和法律上的不确定性。^①在正常的市场竞争中，允许当事人基于交易信息选择可能带来更多预期利益的交易对象，减少不确定性和市场风险，是一种符合市场规律的制度设计。而这个机制要发挥作用，市场主体需要有拒绝与他人交易的权利。

若承认拒绝交易的自由，且行为人仅在行使该自由，则无需承担侵害合同的侵权责任，可以构成对第三人侵害合同的特殊抗辩。如果行为人运用拒绝交易本身或拒绝交易的威胁作为手段，去促使第三方拒绝和受害方进行交易，则行为人不能成立有效抗辩，要承担侵权责任。^②在实践中，两者之间的界限并非那么绝对，行为人行使拒绝交易权的主观状态很难察觉，需要通过客观的外在表现去判断是否构成正当的抗辩。

第三人侵害合同中的拒绝交易权抗辩，要充分结合行为外观对拒绝交易的目的和动机进行认定。法院应实质审查是否有证据表明行为人拒绝交易的目的是为了破坏他人合同交易。若缺乏证据证明行为人侵害合同的目的，仅有行为人拒绝与受害方的合同相对人交易和受害方与其合同相对人间合同无法履行的两个事实，被告仍然可行使拒绝交易权抗辩，不承担侵权责任。拒绝交易抗辩应在第三人侵害合同的类型化制度完善中作为特殊抗辩明确固定下来，其体现了在民事侵权类型化中的特殊抗辩制度框架下，兼顾商事审判思维对市场经济运行的维护，因为拒绝交易体现了民法意思自治和商法从商自由等法律原则蕴含的法律价值。我国民法典的司法解释也可以考虑把这种特殊救济规则，作为不认定侵权之裁量因素。

五、侵权救济与损害赔偿的定量计算标准

第三人侵害合同造成损害的性质一般不同于传统的物质损失，损害的范围和数额的计算可能存在特殊之处，如何准确和客观地认定损害并进行救济，是侵权认定后需要分析的重要问题。

（一）纯粹经济损失：可得利益损失与重复救济

第三人侵害合同侵权责任的救济中，被侵害合同可得利益的经济损失是责任承担的重要方面。^③

^① 参见吴行政：《合同法上可得利益赔偿规则的反思与重构——从〈中华人民共和国合同法〉第113条适用的实证考察出发》，《法商研究》2012年第2期。

^② See Restatement 2d of Torts § 766.

^③ See American Bar Association, *Business Torts and Unfair Competition Handbook*, 2nd ed., Chicago: American Bar Association Press, 2006, p.147.

这种损失实质是合同获益的经济损失。^①对于第三人侵害合同侵权，主要的纯粹经济损失是合同的“获益损失”，此概念与我国《民法典》第584条中的可得利益损失既有重要关联又有区别，体现了对预期利益而非已获得利益的保护。^②

第三人侵害合同涉及三方法律关系，行为人妨害合同的行为会导致受害方的合同相对人的违约行为，受害方既可能主张行为人承担侵权责任，又可能主张违约方承担违约责任，这就存在司法上重复救济的风险。有观点认为，受害方的相对方承担违约责任并不影响侵权责任的成立，但应在客观上减少实际的赔偿。^③当行为人妨害他人的合同履行，导致他人无法对受害方履行合同时，受害方可请求合同的利润损失赔偿。^④一种激进的观点则认为，受害方拥有对违约方的违约诉权，既不影响其向行为人请求赔偿，也不减少损害赔偿的数额，行为人和违约方都是可归责方，都对造成的损失负有责任。^⑤

第三人侵害合同侵权应避免出现重复赔偿或救济的情况。具体可从两个角度着手进行制度设计：一方面，限制原告可获得赔偿的总额，无论原告先进行违约之诉，还是第三人侵害合同之诉，后诉的赔偿请求之裁判应当充分考虑之前诉讼的判决情况，只能对行为人做出侵权行为时可预见的可得利益部分进行补充性赔偿。救济的先后顺序不应影响在存在请求权基础的前提下，两个被告之间的相互追偿。另一方面，在程序法设计上可考虑在符合法定条件的前提下，将两个诉讼合并审理，或通过追加第三人的方式将可能的赔偿主体追加进来，从程序上避免重复计算赔偿。

从比较法的视角看，这种思路和美国侵权法重述中的思路都是为了避免不必要的重复赔偿。在具体操作层面上，受害方可同时具有违约和侵权的请求权。即使判决已经让合同的相对方承担了违约责任，也不影响受害方另行提起第三人侵害合同之诉。但是，若他人已经承担了违约责任，会在一定程度上减少妨害合同导致违约的责任，减少侵权之诉可获得的赔偿。^⑥不得重复获得救济的价值取向显然不是判例法的“专利”，在我国的民法传统中，侵权法的基础性功能就是填平损害，在缺乏法律明文规定的情况下，不能进行惩罚性赔偿或重复救济。第三人侵害合同在我国的裁判规则语境中，应当以填平损害作为基本立场。笔者认为，在我国民法典第三人侵害合同之侵权责任，与民法典违约责任竞合的法律适用问题中，应当采取填平损害的思路，避免因法律竞合而使受害方获得重复赔偿，同时需要符合程序法上“诉的利益”理论。

（二）侵害合同中营利损失救济的确定性

损害的确定性问题 and 损害的预见性问题密切相关。在对经济损失救济的分析中，预见性问题的讨论是重要的主题。^⑦在第三人侵害合同侵权之认定中重视损害的预见性问题，以及在救济范畴下重视对损失范围的认定问题，涉及预见性理论在侵权认定与责任范围中的应用。损失的确定性理论要求在第三人侵害合同的案件中，受害方主张的损失具有确定性，受害方要通过证据把损失的范围和程度确定下来，较为清晰地证明是由于被告的侵权行为造成了损失。受害方有权获得损害赔偿，但受害方须举证证明损失的范围，并且证明损失和侵权行为的相称性以及特定环境背景下可能的具有确定性的

^① See Restatement 2d of Torts § 774A.

^② 在我国民法典的法律适用中如何协调好合同编和侵权编的可得利益损失，需要进行系统的解释论上的考虑。合同中可得利益损失与侵害合同侵权造成的获益损失都强调未来合同履行时的预期利益。但是，第三人侵害合同侵权损失救济中的获益损失本质上是一种侵权损害赔偿，负有赔偿责任的行为人并非《民法典》第584条可得利益损失中的合同相对人，行为人未必如合同相对人一样对合同细节有全面把握，在司法实践中对合同预期利益损失范围预见的认定应该采取严格于合同法可得利益的标准。

^③ See American Bar Association, *Business Torts and Unfair Competition Handbook*, 2nd ed., Chicago: American Bar Association Press, 2006, p.148.

^④ See Restatement 2d of Torts § 774A, Comment b.

^⑤ See Restatement 2d of Torts § 774A, Comment e.

^⑥ See Restatement 2d of Torts § 766. Comment v.

^⑦ See Mauro Bussani, Vernon Valentine Palmer & Francesco Parisi, *Liability for Pure Financial Loss in Europe: An Economic Restatement*, 51 *The American Journal of Comparative Law* 133(2003).

经济赔偿金额。^①

笔者认为, 营利损害的确定性救济理论, 本质是要求受害方除了在构成要件中证明行为人的行为符合侵权构成要件, 还要求其在救济赔偿的请求中证明和“损害程度”以及侵权的“环境背景”相符的经济赔偿。与一般侵权相比, 由于第三人侵害合同侵权一般都涉及纯粹经济损失, 在此类案件中对损失进行认定的难度相对较高, 原因在于侵害合同造成的纯粹经济损失往往体现为营利预期的落空, 证明难度较高。

由于市场活动中第三人侵害合同侵权往往没有直接的物质损失, 所以受害方须证明被侵害的法益存在营利价值和收益可能性, 在我国民法典的语境下即意味着损害是否可以被解释为第1165条之“民事权益”。证明的重点在于, 被妨害的合同交易本身具有获利的可能性, 而现在这种合理的可能性丧失了。受害方需要证明: 如果没有侵权行为, 存在营利的可能; 侵权行为导致营利发生变化, 造成了获利的减少乃至消失。^② 这种侵权行为造成前后损失数额的变化要能如实、确定地反映侵害的本质, 才能作为救济的依据。我国民法典的救济思路主要围绕财产物质性损失的惯有思路立法, 其明文规定的计算标准是市场价格标准, 获益损失的救济是否可参照适用, 还是适用其他计算方式的兜底条款, 还需进一步的法律解释。^③ 在类型化过程中可进一步把经济损失计算标准细化, 在一定程度上为营利预期落空的纯粹经济损失之计算标准提供依据。营利损失的救济具有很强的纯粹经济损失属性^④, 在司法实践中应当把确定的可证明的经济损失作为标准, 让请求损害赔偿的受害方承担证明其所受营利损失存在确定性的举证责任。^⑤ 此种基于解释论的法律适用思路可以对《民法典》第1184条的“其他合理方式计算”进行解释, 对其它非绝对权作为侵权客体之损害赔偿亦有一定参考价值。

(三) 市场环境变化对赔偿金额的影响

交易环境和交易背景的变化同样会影响第三人侵害合同侵权的救济。妨害合同行为本身未必是造成损失的唯一原因, 交易环境和交易背景的变化也可能会影响到损害的范围和大小。这里存在一个重要的程序性问题, 即对于交易环境等影响救济数额的因素, 应由哪一方承担举证责任。美国有司法实践把对环境因素的举证责任赋予给行为人, 认为如果没有相反的证据证明其他环境因素的介入促进了对合同的影响, 则推定该因素不存在, 进而认定侵权前后其他因素并无大的影响。^⑥ 这种观点有一定的参考价值, 因为环境因素的介入, 如市场不景气、商业淡季和侵权行为都造成了受害方的经济损失, 其本质上是一种对侵权责任减少的证明, 在受害方已举证证明构成侵权的前提下, 应该由行为人承担减轻责任条件存在的举证责任。

在司法裁判中参照适用《民法典》第1184条规定的“市场价格”计算损失, 需要考虑受害方的损失可能会随着商业环境等其他因素的影响而发生变化。对这类侵权进行救济, 在司法裁判中要考虑淡季等其他因素导致经济收益减少的情况。具体而言, 应当考虑将以下因素作为司法救济中损害赔偿金额计算的参考: 第一, 商业环境变化等因素介入的强度, 主要用于评估侵权行为之外影响市场价格因素的强度; 第二, 商业环境变化等因素的持续时间, 主要用于评估介入非行为人因素在持续时间上的广度; 第三, 商业环境变化等因素对合同履行的实质影响, 比如是否对损害程度有实质性的贡献;

^① See Restatement 2d of Torts § 912.

^② See Restatement 2d of Torts § 912, Comment d.

^③ 与美国侵权法重述观点相比, 我国民法典侵权制度具有很大的解释空间, 这在一定程度上是缺乏类型化具体规则造成的。《民法典》第1184条规定: “侵害他人财产的, 财产损失按照损失发生时的市场价格或者其他合理方式计算。”这实际涉及三个层面的问题: (1) 第三人侵害合同侵权造成的获益损失是否是一种财产损失; (2) “市场价格”的文义应该指向的是传统的静态财产, 但在计算获益损失时能否作为参照的基准和因素(比如能否认为获益损失等于产品市场价减去产品成本市场价格); (3) 如果“市场价格”的计算标准无法直接适用, “其他合理方式计算”是否可以解释为接受会计意义上的利润损失计算标准。

^④ 参见张新宝、李倩: 《纯粹经济损失赔偿规则: 理论、实践及立法选择》, 《法学论坛》2009年第1期。

^⑤ 参见张瀚: 《纯粹经济损失的法经济学分析》, 《政法论坛》2020年第3期。

^⑥ See Restatement 2d of Torts § 912, Comment d.

第四，商业环境变化等因素对营业的影响，主要评价对造成以合同形式所维系的营业状态和营利目的实现的影响。上述因素会在司法救济中影响损害赔偿的计算，非行为人造成的商业环境变化越多，意味着救济赔偿金额的减少，因为参照《民法典》第 1184 条以“市场价格”计算之损失，并非完全由行为人之侵权行为所造成。

结 语

第三人侵害合同作为一种特殊的侵权类型，其特殊构成要件和类型化裁判规则是民法典侵权责任编的一般条款所难以替代的。这种特殊侵权制度一方面满足了现代商业社会对于契约的不局限于合同制度救济的社会现实需求，符合《民法典》第 593 条“合同外第三人法定责任”条款的目的解释；另一方面又遵循侵权理论的语境和传统，其裁判规则展现了商业市场现实制度需求与法律理论传统之间的张力。第三人侵害合同这种特殊的侵权类型能让受害方基于商业判断把合同相对人之外的第三人作为救济的请求对象，并为营业保护语境下的第三人侵害合同之债的制度探索提供一定的空间，也是《民法典》第 1165 条第 1 款“民事权益”司法解释需要进一步明确之内容。第三人侵害合同在侵权认定规则、抗辩规则和救济制度方面存在特殊性，侵权制度一般条款难以对这种特殊侵权类型进行精细化的调整，因此需要对第三人侵害合同进行类型化的制度研究和裁判规则的完善，以实现传统民事侵权理论与商事审判理念的统一。

Tort Liability of Interference with Contract by the Third Party

Zhang Han

Abstracts: The inference with contract by the third party is not only a special type of tort, but also an important topic of legal and economic research on whether the third party needs to be held liable for obtaining market opportunities in the contract that others have entered into. Article 593 of the Civil Code does not specify the specific basis of claim rights when recognizing the statutory liability of third parties of contracts. The tort liability of a third party for inference with contract breaks through the shackles of the absoluteness of the object in torts. It is necessary to clarify the extension of the civil rights and interests of Article 1165 of the Civil Code, and on this basis, implement the connotation of third party tort liability of Article 1175. It is necessary not only to carry out judicial determination in combination with the theory of the elements of infringement, but also to conduct necessary judicial review of the actor's commercial purpose and competition motive in the system design, so as to take into account the cost and benefit of the application of the law to the parties in the market. The freedom of commercial speech and the trading autonomy of market players contain the free legal value shared by civil law and commercial law, and can provide a legitimate legal basis for the special defense rules for third-party inference with contract. The legal application of the Civil Code needs to improve and develop the theory of the inference with contract by the third party, and take into account the special law factors in the judicial process and the economic impact of the adjudication results in the legislative context of the attribution of fault and the open tort object of civil rights and interests in Article 1165(1) of the Civil Code.

Keywords: The Third Party Interference with Contract; Tort; Market Opportunity; Civil Right and Interest; Law and Economics

(责任编辑 寇 丽)