

侵权责任法相关规定的理解与适用(下)

中国社会科学院学部委员 法学所研究员 梁慧星

侵权责任法与其他法律的关系

侵权责任法是我国侵权责任的基本法，这是侵权责任法的定位。

(一) 侵权责任法和民法通则的关系

侵权责任法是在民法通则关于侵权责任的规定(第六章第一节、第三节和第四节)的基础上，重新立法，重新制定条文，因而该法一经生效，民法通则关于侵权责任的规定就全部作废。因为民法通则上述规定已经被侵权责任法取代，这在理论上叫新法废止旧法，在解释方法上叫历史解释。侵权责任法第五条所谓“其他法律对侵权责任另有规定”，不包括民法通则关于侵权责任的规定。审理侵权责任案件，可以适用民法通则关于诉讼时效的规定，但不能适用民法通则关于侵权责任的规定；适用民法通则关于侵权责任的规定，将构成法律适用错误。

(二) 侵权责任法与“其他法律”的关系

侵权责任法第五条规定了特别法优先适用原则，以处理侵权责任法和其他特别法的关系。我国现有40多部单行法对相关侵权责任有特别规定，诸如物权法，农村土地承包法，知识产权三法，婚姻法，继承法，公司、海商、票据、保险、证券等商事法，道交法，铁路法，民用航空法，产品质量法，消费者权益保护法，药品管理法，食品安全法，环境保护各法，等等。这40多部单行法关于侵权责任的特别规定，应优先于侵权责任法适用；如果其他法律另有规定，法院仍适用侵权责任法，也将构成法律适用错误。

关于国家赔偿法是否属于侵权责任法的特别法，学术界存在分歧，主要是民法学界之外的一些学者不赞成将国家赔偿法视为侵权责任法的特别法。立法机关对此亦未明确表态。但最高人民法院副院长奚晓明主编的《侵权责任法条文理解与适用》一书，在介绍了国外关于国家赔偿法与民法关系的三种立法例之后特别指出：国家赔偿在很多方面与侵权责任具有相似性，如保护法益、责任构成要件、归责原则、损害赔偿的计算、责任承担方式、免责事由、时效等，试图将国家赔偿法与民法完全分离，是很难做到的。这样的认识足以代表最高人民法院的立场。应当肯定，侵权责任法第五条所谓“其他法律”当然包括国家赔偿法，人民法院审理国家机关及其工作人员的职务侵权案件，凡国家赔偿法有规定的，应优先适用国家赔偿法的规定；国家赔偿法没有规定的，仍然要适用侵权责任法的规定。

(三) 侵权责任法与行政法规的关系

按照立法法的相关规定，侵权责任属于民事基本制度，只能由全国人大制定法律予以规定。但该法却又规定，全国人大及其常委会可以授权国务院对本属于全国人大立法权的部分事项，先行制定行政法规(第九条)。

这里需重点说明侵权责任法与国务院2002年颁布的《医疗事故处理条例》(以下简称《条例》)的关系。

《条例》第五章关于医疗事故损害赔偿的规则，属于前述授权立法。但是，侵权责任法第七章规定的医疗损害责任已经否定、废止了《条例》关于医疗事故损害赔偿的规定。

侵权责任法第一个草案未规定医疗侵权问题，第二个草案增加了第七章医疗损害责任，规定了裁判医疗损害侵权案件的详细规则，其立法目的是要缓和医患关系的紧张。一段时间以来，我国社会生活中医患关系十分紧张，其中一个原因就是2002年以来，我们抛弃了依据民法、侵权法裁判医疗损害侵权案件的成功经验，改为按照行政法规来处理医疗损害赔偿案件。医疗损害责

任本属于典型的民事侵权责任，我们把它从民法中抽离出来，用行政法规加以规范，依据行政法规进行裁判，结果导致医患关系紧张。所以立法机关及时地在侵权责任法规定第七章医疗损害责任，使医疗损害责任重新回归于民法，这是针对中国的国情，针对现实问题作出的重大立法变更。并且应当看到，侵权责任法第七章的规定从理念到具体规则也是很先进的。

值得注意的是，有些法院、法官直到现在还在讨论《条例》该不该适用、是否需要委托医疗事故鉴定委员会作医疗事故鉴定，有的则在讨论所谓医疗过错鉴定问题。这些观点源于没有理解一个重要问题、重要事实：《条例》关于医疗事故赔偿的规定，已经因侵权责任法的生效而被废止了。人民法院审理医疗损害侵权责任案件，应当适用第七章关于医疗损害责任的规定及侵权责任法总则的规定，不得再适用《条例》的规定，不得再使用“医疗事故”概念，不得再进行医疗事故鉴定。

在侵权责任法第五条关于特别法优先适用原则的法律条文中，将所谓“特别法”限定为全国人大及其常委会制定的“其他法律”，而不包括国务院制定的“行政法规”，不是立法机关的“疏忽”，而是为了贯彻立法目的，同时借此宣示：侵权责任属于民事基本制度，不得由行政法规加以规定。

（四）侵权责任法与最高人民法院解释的关系

侵权责任法多数制度、条文来自最高人民法院解释规则，经立法程序将最高人民法院的解释规则升华为法律条文。将法律条文与原有解释规则对照，可以看到，有的差别不大，有的差别很大，也还有一些解释规则没有上升为法律条文。因此要特别注意如何处理侵权责任法与原有解释规则的关系这个问题。

以《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）为例，我们一定要注意，哪些解释规则已经被上升为法律条文，凡是已经上升为法律条文的，无论与原有解释规则是否有差异，都要适用法律条文，不得再适用已经被替代的解释规则。例如《解释》第十七条关于人身损害赔偿项目的解释规则，已经被侵权责任法第十六条所取代；不能因为侵权责任法第十六条未规定“被抚养人生活费”，就再根据前述司法解释第十七条判给“被抚养人生活费”。侵权责任法否定“被抚养人生活费”的理由是：侵权责任法规定的残疾赔偿金和死亡赔偿金，虽然定性为精神损害赔偿，却因采用了发达国家和地区法院计算“遗失利益赔偿”的方法，而具有精神损害赔偿和遗失利益赔偿的双重功能。另外，侵权责任法第十六条未规定“营养费”，是因为“康复支出的合理费用”一项已经包含了“营养费”。

当然，也有一些解释规则没有上升为法律条文，例如《解释》第十条关于承揽人责任（国外称为“定作人责任”）的解释规则，侵权责任法未作规定，不等于否定这个解释规则，因此还有适用的余地。《解释》还有一些技术性的规则，例如残疾赔偿金和死亡赔偿金的计算方法，不可能上升为法律条文，当然还要适用。

期待最高人民法院尽快发布针对侵权责任法的新解释文件，并废止侵权责任法之前的解释文件。

严格区分立法论与解释论

法学论文根据内容和写作目的分为两类：立法论和解释论。立法论讨论法律的“应然”，解释论讨论法律的“实然”。有的论文，批评侵权责任法某个制度，建议修改某个制度，建议创设新的制度，甚至建议制定某项新的法律，属于“立法论”；有的论文结合实有的或假设的案件，讨论应当根据侵权责任法某个条文进行裁判，讨论某个条文的适用范围、构成要件、法律效果，以及某个概念、用语的含义，是否存在不当和漏洞及弥补漏洞的方法和依据，属于“解释论”。侵权责任法制定之前和制定过程中，有大量的文章讨论应当制定什么样的侵权法，应采用何种结构体例，应当规定哪些制度、哪些内容，乃至讨论具体条文的行文用词语法表达等，均属于立法论。

撰写属于立法论的文章，可以不受任何条条框框的局限，不受现行法的局限，各尽其智、畅

所欲言，可以旁征博引、评古论今。评判属于立法论的文章的优劣，不是看文章的见解、建议是否符合现行法，是否可能为立法机关所接受，而是看文章的见解、立论是否有理有据，是否符合法理，是否符合我国国情和法律发展的趋势。

撰写解释论的文章就不能这样，必须尊重现行法，受现行法的约束，致力于对现行法具体法律条文、制度的准确理解、解释和正确适用，即使经过研究发现某个具体条文、制度存在不足、不当乃至失误，也只能是在不违反侵权责任法立法政策的前提下，运用种种解释方法，对该具体条文、制度予以弥补、补救以实现其规范目的，而不是进行批判或进行修改。

特别要说明，除撰写论文（法条评释、判解研究等）属于解释论之外，法官履行职责，包括会见双方当事人、主持庭审、合议案件、撰写结案报告、撰写判决书和裁定书，以及向上级汇报案件乃至参加审判委员会审议案件，都是在从事解释论。可见，解释论是法官的本职、本行，法官素质和水平高低，主要体现在从事解释论的能力和水准。

侵权责任法成功与不足

我认为侵权责任法内容是进步的，立法技术上是先进的。除前述侵权责任法逻辑结构体系的重大创新外，侵权责任法对传统侵权法和侵权法理论的重大发展和制度创新还有：1.侵权责任法将“保护民事主体的合法权益”作为第一项立法目的，且明定侵权责任法有“预防和制裁侵权行为”的功能（第一条），相应增设关于“停止侵害、排除妨害、消除危险”请求权（第二十一条）；2.采用“民事权益”概念，将“合法利益”纳入侵权法的保护范围（第二条）；3.对多数人侵权行为制度作体系化改造，将共同侵权行为区分为“主观共同侵权”（第八条）与“客观共同侵权”（第十一条），单独规定“教唆与帮助”（第九条）和“共同危险行为”（第十条），并创设“原因竞合”侵权责任（第十二条）；4.关于侵害人身权益致财产损失案件，规定可按侵权人所获得的利益赔偿（第二十条）；5.将雇用人责任改称使用人责任并由过错推定责任改为无过错责任（第三十四条、第三十五条）；6.创设作为特别侵权类型的“安全保障义务”制度（第三十七条），并注意“未尽到安全保障义务”要件之判断，既不要求原告举证予以证明，亦不允许被告举证予以推翻，系采用英美法所谓“事实自证”规则；7.在产品责任中明文规定“惩罚性赔偿”制度（第四十七条）；8.关于医疗损害责任，采“过错客观化”方法（第五十五条、第五十七条、第五十八条），并且充分贯彻对“患者自己决定权”的尊重（第五十五条、第五十六条），为所谓“消极安乐死”留下可能性；9.改造建筑物责任制度，分为管理瑕疵致损的推定过错责任（第八十五条），因建筑缺陷倒塌致损的无过错责任（第八十六条第一款），建筑缺陷外原因倒塌致损的无过错责任（第八十六条第二款），及“从建筑物中抛掷物品”致损的补偿制度（第八十七条）；10.将残疾赔偿金、死亡赔偿金定性为精神损害赔偿，却采取域外法院计算“遗失利益赔偿”的方法，使之兼有精神损害赔偿和“遗失利益赔偿”的功能。

无论如何进步的立法都不可能完美无缺，侵权责任法也是如此。侵权责任法的不足表现在，一是某些概念欠准确，例如用“侵权人、被侵权人”概念取代“加害人、受害人”概念嫌轻率；第三十七条将“宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等”称为“公共场所”不妥当；第十一章规定的“建筑物、构筑物”、“林木”等均不能称为“物件”。二是第十三条规定含义模糊，法律规定承担连带责任，如受害人仅起诉个别连带责任人，法院似不可判决被告承担连带责任。三是第四十七条规定惩罚性赔偿，却不限定惩罚性赔偿金的倍数，而将应由立法规定事项委托给人民法院规定，理由不充分。这几点属于侵权责任法的不足，并不构成错误。

侵权责任法有两项错误规定：

一是侵权责任法第十九条规定“财产损失按照损失发生时的市场价格”计算，违背损害赔偿制度的目的，且不符合市场经济客观规律。例如汽车毁损案件，假设损失发生时的市场价格是20万元，到法院判决时同型号新车的市场价格已降至15万元，法院坚持判赔20万元是否公正？再如房屋毁损案件，假设损失发生时的房价每平方米2000元，法院判决时已经涨到每平方米8000元，法院仍按每平方米2000元计算赔偿金公正不公正？现在讲“案结事了”，能不能了？

二是侵权责任法第三十五条最后一句规定，在个人的劳务关系中，提供劳务一方自身受到损害的，根据双方各自的过错分担责任。这是非常错误的。因为雇员在执行职务中自身遭受损害，属于劳动保险、工伤保险问题，属于合同法问题。受伤雇员要求雇主承担医药费、治疗费等，不是基于侵权责任请求权，不能适用过错相抵规则。如个体餐馆的大师傅切菜把手指头切掉了，当然谈不到雇主有什么过错，因此让受伤雇员自己承担全部“责任”，不仅违情悖理，且违反劳动法和社会保险法。现行劳动法（1994）第七十三条规定，劳动者在劳动中“负伤”、“因工伤残”，应“依法享受社会保险待遇”。1988年天津市塘沽区（现在叫滨海新区）法院审理过一个案件，雇主承包拆除旧厂房，雇员在施工中遭受人身伤害，雇主以合同约定“工伤概不负责”为由拒绝赔偿，经请示，最高人民法院（【88】民他字第1号）批复如下：“对劳动者实行劳动保护，在我国宪法中已有明文规定，这是劳动者所享有的权利，受国家法律保护，任何个人和组织都不得任意侵犯。”可见，侵权责任法此规定不仅违法（违反劳动法、社会保险法），而且违宪（违反现行宪法）。

对这两项错误规定，建议人民法院采用如下解释方法予以补救：关于第十九条规定，将按照损失发生时的市场价格计算和采用其他方式计算，解释为供法院选择的两种计算方法，以达成公平合理的判决。关于第三十五条末句规定，可将劳动法和社会保险法有关工伤保险的规定，解释为其他法律“另有规定”，依据侵权责任法第五条特别法优先适用规则，直接适用劳动法、社会保险法的规定，而不适用第三十五条末句规定。