

## 需要什么样的侵权责任法

孙宪忠 冯珏

我国立法机关正在制定“侵权责任法”，该法在民事权利保护、构建和谐社会方面发挥着重要的功能，因此它的制定已经引起了社会各界很大关注。我们认为，“侵权责任法”与人民群众的基本利益和社会公共秩序密切相关，它作为我国民法体系中的一个重要组成部分，立法者既需要充分考虑我国的传统和现实，又需要民法以及我国法律体系建设整体的科学性，以免法律体系内部出现的不协调的现象发生。与前次审议稿相比，目前提供社会各界讨论的《侵权责任法(草案)》在反映现实需要方面有较大的进步，但它在基础理论方面还是表现出了一些明显的缺陷或者问题。就此我们择其要者在这里提出来，供立法机关和社会各界参考。

不论是该法的名目还是法律内容的安排，都应该考虑到司法实践的操作和法律体系的和谐统一，而且我们也不能认为，凡是创造的就是好的。

### 损害赔偿请求权理论：“侵权责任法”与民法体系关联的基本逻辑

本次审议稿仍然采用“侵权责任法”这一名称，反映了立法机关在制定“侵权责任法”时的基本思路，是将该法作为追究加害人应承担的法律责任的法律，贯彻了“权利—义务—责任”这个法律思维逻辑，或者说“损害—责任”这个逻辑。从法律草案的内容看，这一立法逻辑会更加清楚。这一点和大陆法系传统是不完全一致的。也就是说，目前“侵权责任法”的立法思维，没有依据“侵权行为产生损害赔偿请求权”这个逻辑，而是采取了“追究责任”这个逻辑。对此，我们有不同的看法。绝不应认为，中国民法的发展一定要走传统民法的道路，更不应认为中国民法不能有自己的创造。我们只是认为，不论是该法的名目还是法律内容的安排，都应该考虑到司法实践的操作和法律体系的和谐统一，而且也不能认为，凡是创造的就是好的。不论是从司法实践的效果看，还是从法律体系的和谐统一的角度看，“追究责任”的逻辑，都不如“侵权行为产生损害赔偿请求权”的逻辑在法理上显得更为清晰、更具有科学性。

首先，采取“追究责任”这个逻辑，必然否定加害人主动赔偿受害人的法理基础，而排斥加害人主动履行损害赔偿责任，会压抑他们进行赔偿的主动性和积极性，不利于社会矛盾的及时化解，不利于社会的和谐稳定。

其次，应该看到侵权行为直接的法律效果，其实就是法律赋予受害人的损害赔偿请求权，而不是直接的损害赔偿责任。发生侵权的法律事实之后，法律当然应该保护受害人，但是法律能够给予受害人的，只能是损害赔偿请求权。至于受害人如何行使这一权利以及是否行使这一权利，那要由受害人自己决定，甚至加害人此时的行为也会对受害人的利益实现发挥决定性作用。加害人完全可以主动履行债务，满足受害人的请求。只有在加害人拒不履行债务时，才产生责任问题，所以侵权行为并不直接地发生损害赔偿责任。因此我们认为，发生侵权行为就必然发生侵权责任这种思维，有点将事情简单化了。

最后，这一立法逻辑和整个民法的权利体系不能协调地吻合。也就是说，如果我国民法要确立一种责任立法的体系，那么责任的法理前提是权利，因此还是应该从民事权利的前提来思考该法与民法整体的协调问题。

将“侵权责任法”和谐纳入传统民法典体系的基础，就在于侵权行为产生请求权法律关系这一基础理论。事实上，我国法律界以前也能够认识到，侵权法进入民法典不能成为与物权法、债法和合同法完全相并列的规范体系。立法机关 2002 年的“民法典草案”虽然未设置“债权总则编”，但却仍在“总则编”第 86 条将侵权行为规定为债的发生原因之一。这说明，法理逻辑的依据是

不可能被完全放弃的。对此，可以考虑像 2002 年的“民法典草案”那样，还是将侵权行为规定为债的法定原因之一。

只有思路清晰，合理安排“一般与特殊”和“一般与具体”两种思路，以“一般与特殊”的关系为总体架构，以“一般与具体”的关系为补充，“侵权责任法”的内部体系才能趋于合理，也才能适于审判实践的适用。

#### “一般与具体”与“一般与特殊”的立法逻辑差异

“侵权责任法”的内部规则体系问题，也必须予以足够的法理研究。在这一方面，目前的规则体系包括着“一般与具体”和“一般与特殊”两种不同的立法逻辑。其中，在“一般与具体”的立法逻辑中，一般性规则对于具体的侵权规则具有充分的适用性，立法学上表现为分则对于总则的适用性。而“一般与特殊”立法逻辑中，特殊是一般的例外，特殊的情形不适用一般规则。这两种逻辑在目前的“侵权责任法”中都有所反映，所以该法的草案显得条理不甚清晰。

在制定“侵权责任法”的过程中，学者们提出了安排侵权法内部体系的新模式，即已经基本达成共识的“一般条款+具体列举”模式，本次审议的《侵权责任法(草案)》也采纳了这种内部体系模式。草案区分为总则与分则，总则规定侵权责任的一般条款，分则规定各种不同类型侵权的具体构成与责任承担，是对总则的具体化。这实际上是“一般与具体”的关系。但是，在法律中，特殊侵权行为规则哪些是适用一般规则的，哪些是排除一般规则的，目前的立法方案没有给予足够的考虑，因此出现了内部体系的一些混乱。

从草案关于侵权责任一般条款的规定来看，一般侵权行为和特殊侵权行为的关系体现在草案第 2 章第 7 条和第 8 条。第 7 条第 1 款规定过错责任，第 7 条第 2 款规定过错推定，第 8 条规定无过错责任。第 7 条第 2 款和第 8 条并且表明，过错推定与无过错责任的承担以“法律规定”为限。按照传统民法理论，推定行为人有过错的，也属于特殊侵权行为，因而从理论上说，关于过错推定的规定置于第 8 条更为合适。

从侵权责任的具体类型来看，草案第 5 章至第 11 章的安排没有体现一般侵权行为和特殊侵权行为的区分，而是根据造成损害的不同原因进行分类，规定责任的具体构成和承担的问题。具体来看，产品责任、机动车交通事故责任和医疗损害责任中，既有过错责任的规定，也有无过错责任的规定；而环境污染责任、高度危险责任、动物致人损害责任及物件致人损害责任则为过错推定或无过错责任，属于特殊侵权行为。结果是，草案分则规定的侵权责任类型，是对过错责任这种一般侵权的具体列举，还是对过错推定或者无过错责任这种特殊侵权的具体列举，并不清楚。并且，没有具体的列举侵权类型应该如何处理，也不甚明了，这会引起裁判适用上的困惑和困难，危害很大。

这两种思路混杂的问题，从根本上说，还是应该如何安排“侵权责任法”的内部体系的问题。从域外立法例来看，也有融合这两种思路的成功经验。以“欧洲侵权法基本原则”为例，该原则首先从“一般与特殊”的角度，将侵权责任分为三个大块，即过错责任、无过错责任和为他人行为承担责任。从不以过错为要件这个角度来看，无过错责任是过错责任的例外；从由行为人以外的人承担侵权责任来看，为他人行为承担责任又是传统民法上自己责任原则的例外。过错责任、无过错责任和为他人行为承担责任这种划分，体现了“一般与特殊”的关系。一般侵权行为以过错责任、自己责任为原则，而无过错责任和为他人行为承担责任则属于上述原则的例外。在“一般与特殊”关系的基础上，“欧洲侵权法基本原则”在过错责任之下，具体列举了若干较为典型的侵权责任类型；在无过错责任和为他人行为承担责任之下，也分别列举了若干较为典型的侵权责任类型，体现了“一般与具体”的关系。

这种安排“侵权责任法”内部体系的方式，较好地结合了“一般与特殊”和“一般与具体”两种思路，条理清晰，便于司法实践的适用。以一般与特殊”为总体架构，可以清楚地表明特殊侵权在构成要件或责任主体上的特殊性，除此之外，应该按一般侵权的构成要件判断是否成立侵权以及由谁承担侵权责任。而“一般与具体”的关系在一般侵权行为和特殊侵权行为有不同的意

义。特殊侵权行为以法律明文规定为限，必须明确予以具体化。而一般侵权行为的具体化旨在表明某种典型侵权的构成要件如何具体判断，从而提高法律的可操作性。总之，只有思路清晰，合理安排“一般与特殊”和“一般与具体”两种思路，以“一般与特殊”的关系为总体架构，以“一般与具体”的关系为补充，“侵权责任法”的内部体系才能趋于合理，也才能适于审判实践的适用。

我国《侵权责任法(草案)》第7条和第8条将侵权的对象概括为“人身”和“财产”，并不能排除合同债权，这显然是不足。

#### 什么是“侵权责任法”保护的“权益”范围

我国《侵权责任法(草案)》第7条第1款规定的“因过错侵害他人人身、财产，造成损害的，应当承担侵权责任”的一般条款，基本沿袭了《民法通则》第106条第2款的规定，更接近于《法国民法典》第1382条。这种模式虽然极具概括性和抽象性，但也存在明显的弊端。因为它以“人身”和“财产”来概括侵权行为的对象，而人身和财产的含义都是十分不确定的，这就使得侵权法的保护范围有时候显得过于宽泛，有时候又显得过于狭窄。比如，在处理像“教育权”以及涉及善良风俗的权益侵害时，这些规定反而又是不够的。

一个正面的解决办法，就是“侵权责任法”就该法保护的范围再进一步予以明确，不要像现在这样只规定一个条文，而应该规定三个或者更多的条文。

对此可以参考的是《德国民法典》的规定。该法将可以纳入侵权行为侵害的对象，从侵权行为的角度区分为权利侵害类型(第823条第1款)、违反保护他人法律的侵权类型(第823条第2款)和故意违反善良风俗的侵权类型(第826条)三种，这种一般条款的构建模式在保持规定的概括性和包容性的同时，为法官裁判提供了一定可以遵循的规则，使立法更具操作性，从而克服了法国式一般条款的弊端。在中国社会科学院法学研究所课题组召开的立法研讨会上，最高人民法院的法官认为，《德国民法典》的这种处理侵权责任一般条款的模式可以为受害人提供清晰的请求权基础，裁判上最为适用，应当采纳。对此我们表示同意。

因为，这种概括归纳的方式，在法律上既明确肯定，又方便实用。这种归纳方式区分将合同债权排除在侵权法的保护范围之外，债权本质是请求权，不发生相对人的侵害问题。反过来看我国《侵权责任法(草案)》第7条和第8条将侵权的对象概括为“人身”和“财产”，并不能排除合同债权，这显然是不足。

德国模式通过将“违反保护他人法律”的侵权类型和“故意违反善良风俗”的侵权类型纳入法律，这就为其他法律和伦理道德保护的权利或者利益进入“侵权责任法”的保护范围提供了管道，能够进一步扩展“侵权责任法”的功能与价值。比如说，歧视本身不是民法上的问题，而是宪法上的问题，但是如果加害人违反了宪法上的反歧视条款并侵害了受害人的利益，如违反男女平等的宪法条款，在劳动用工上歧视女性，使女性的劳动权受害侵害，也可以通过这些条文来追究侵权责任，救济受害人。著名的“齐玉苓案”即为此方面的典型，如果按照现在的立法方案，这些权利或者利益就无法得到足够的保护。

《侵权责任法(草案)》保护“权益”的条文，主要的问题就是正面概括不足。这些问题条文包括第7条、第8条以及问题更为严重的第2条，都有作进一步修改的必要。

总之，“侵权责任法”的制定，是在新世纪中继《物权法》制定以来我国社会主义市场经济法律体系建设中的又一件大事，关系到广大人民的权益保护与行为自由，我们必须慎之又慎。我国的“侵权责任法”应该面向我国的文化、历史和社会实际，为实践中的具体问题提供符合我国国情的解决方案。与此同时，我国的“侵权责任法”更应该尊重科学法理，注重立法的科学性，从而展现我国改革开放三十年来法学和法治事业发展的成就，展现中华民族的聪明才智，力争成为世界范围内先进的侵权责任立法。

背景链接>>

最新的《侵权责任法(草案)》(以下称草案)被分为12章，共88条，详细规定了侵权的归责原

则、免责事由以及责任方式。

此外，共有 7 种特殊侵权被纳入草案，单独成章，分别是产品责任、机动车交通事故责任、医疗损害责任、环境污染责任、高度危险责任、动物致人损害责任以及物件致人损害责任。

2002 年，“侵权责任法”第一次出现在人们的视野中，当时它真正的名称是“民法典草案”中的“侵权责任法编”。2002 年提交全国人大审议的“民法典草案”昙花一现，便无下文，“侵权责任法”也随之淡出人们的视野，直至 2008 年 12 月再次提交全国人大常委会审议。