

## 欧洲侵权法的统一何以可能？

### ——《欧洲侵权法的统一》总译序

谢鸿飞（中国社会科学院法学研究所）

#### 一

大陆法系的学者在提及民法典时，指向的不仅是一部法律，而且是一个伟大的传统；对法国民众而言，拿破仑民法典几乎就是民族史诗。这既因为民法典是所有法典中难度最大、最抽象的，也因为民法典是大陆法系法律文化的标志。尽管如此，千禧年前后，世界范围内的民法典还是有两个重要变化。其一是诸多重要民法典都做了修订或调整。其重要者，如1992年荷兰民法典的翻新；瑞士联邦司法部1999年提出的《修订与统一责任法的联邦立法草案》（Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts）；2001年11月德国民法的现代化改革及之前的家庭法改革；2004年日本民法典的修订；奥地利司法部2005年6月公布的学者草案《损害赔偿法修正草案》（Der Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts）等。其二是民法典的起草，其代表当然是我泱泱中华启动了民法典的浩大工程。在主权国家之外，最令人瞩目的当属欧盟的统一民法典项目。欧盟的诞生无疑既是政治、经济事件，也是观念事件。它对民族国家、公民身份、主权等观念及其实践都影响深远（看看哈贝马斯有关欧盟宪法的诸多文章吧）。欧洲议会分别于1989年和1994年通过两个关于制定《欧洲民法典》的决议，这再次印证了民法典与政治的高度相关性。历史上，《拿破仑法典》是法国革命的璀璨皇冠，《意大利民法典》、《奥地利民法典》出台的目的之一是促进民族国家统一；《德国民法典》和《希腊民法典》则多少都与民族认同有关。欧盟民法典项目的推进，当然是其一体化不断深入的后果之一。

20世纪以来，世界变化太快了：风险剧增、生态恶化、道德滑坡、消费盛行、管制蜂起……在这种背景下，民法典虽然不至于为历史洪流淹没，但也不免漂漂荡荡，任意东西，甚至还千疮百孔；此时，再眺望支离破碎的农业家园，最多也只是一种精神思乡而已。尽管各种反民法典的声音此起彼伏，如“去法典”（de-codification）、“反法典”（anti-codification），但民法典还是通过各种形式的翻新，隐隐实现了民法典的“再法典化（re-codification）”。在市场经济、世俗化的洪流裹挟下，还没有制定民法典的国家多少都“有些不好意思”，对已经是“金砖四国”的中国而言可能尤为如此。另一方面，欧盟经济、政治一体化的进程也必然要求法制的一体化，而民法典则是这一进程中的重要环节。这一切都表明，在大陆法系国家，民法典的地位不仅没有所动摇，反而凤凰涅槃，浴火重生。

#### 二

法学家起草法律，或许是实现其经世致用理想的最佳途径，也是其获得生前身后名的绝佳时机。法律由专业人士起草，是法学专业性被认可的标志之一。其深层的结果是，法学因此与国家权力产生了复杂的关联（所谓“知识就是权力，权力就是知识”）。在法典传统根植深厚，甚或大众都珍视民法典的欧洲，民法学者要获得修订民法典的机会都殊为不易，遑论从无到有起草民法典。因而，在欧洲虽然对是否制定统一的民法典有争议，但学者还是迅速展开了起草民法典的竞争。这种竞争虽然没有硝烟，但却有浓浓的烟火味。

早在1982年，丹麦教授兰多（Lando）就创立了欧洲合同法委员会（Commission on

European Contract Law, 简称 CECL), 可谓先知先觉。该委员会起草了《欧洲合同法通则》(*Principles of European contract law*, 简称 PECL), 煌煌三卷, 影响颇大。几乎同一时间, 意大利帕维亚大学教授甘多芬(Gandolfi)主持起草了《欧洲合同法典》(*Code Europeen des Contrats*), 2002年后陆续出版。《欧洲合同法通则》极大鼓舞了欧洲私法学者, 他们开始认识到起草欧洲民法典是何其重要。1998年, 德国奥斯纳布吕克大学教授冯·巴尔(Christian von Bar)创立了“欧洲民法典研究小组”(Study Group on a European Civil Code), 1999年正式运作, 可谓“欣逢其时”。该项目每年举行两次年会, 讨论各小组起草的民法典研究项目草案。

在侵权法的统一方面, 欧洲的两个小组做出了重要贡献。冯·巴尔的小组下设“契约外债务工作小组”(Working Team on Extra-Contractual Obligations), 数年劳作后, 2006年11月公布了《造成他人损害的契约外责任》(*Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, 以下简称《草案》)。1992年, 奥地利学者考茨欧(Koziol, 奥地利科学院欧洲侵权法研究所)成立了“欧洲侵权行为法小组”[European Group on Tort Law, 即蒂尔堡(Tilburg)小组], 现称为欧洲侵权行为法小组, 冯·巴尔也曾是该小组的成员之一。该小组成员主要来自欧盟各国, 鉴于美国侵权法对欧洲的影响与日俱增, 该小组也邀请了美国专家; 而南非则因为混合了英美法与大陆法, 故南非专家也在邀请之列。

考茨欧小组自2001年起, 即举办“欧洲侵权法年会”, 每年出版年报。其成果主要有二: 一是《欧洲侵权法的统一》(*Unification of Tort Law*)丛书。二是在比较研究和讨论的扎实基础上, 拟定了《欧洲侵权法原则》(*Principles of European Tort Law*, 以下简称《原则》), 2005年正式出版。本套译丛即为考茨欧小组的主要研究成果。

### 三

本套丛书可分为两部分, 一是《欧洲侵权法原则: 文本与评注》, 是《原则》的条文及其解释; 一是制定《原则》的基础, 即各国侵权法制专题比较研究丛书。

对如何起草欧洲侵权法, 考茨欧和冯·巴尔的小组在最关键的问题上达成了共识, 即欧洲未来统一的侵权法不可能是法律“重述”, 因为欧洲不存在“重述”的坚实基础, 而只能在国别比较的基础上, 尽量提取各国法律的“公因式”, 提交大多数成员认为最好的方案。但如何达成这一目的, 两个小组的做法却大不相同。

《原则》最重要的特色之一是采取了弹性制度(flexible system)。它其实是一种立法方法, 试图解决的是立法中一个永恒的矛盾: 抽象还是具体。如果立法者致力于网罗社会生活中的一切重要事实, 势必会选择一个“巨无霸”的法律数据库; 如果立法者希望法律能够适应社会生活的流变, 则会选择微言大义, 规定抽象的一般条款。英国著名法学家哈特把这两种情形分别称为“青蝇之眼”和“苍鹰之眼”, 可谓形神兼备; 德国法学家拉伦茨则分别称之为“决疑式”和抽象概括式立法风格。这两种方法都有致命缺陷。就前者而言, 历史上大名鼎鼎的《普鲁士邦法》洋洋洒洒19000千条, 可谓巨细靡遗。例如它对主物和从物的规定就有61个条文(第42条到第102条), 若干条款都有些滑稽, 如规定普通的鸡、鹅、鸭、鸽子和火鸡是农庄的从物, 但珍禽则不是。这种方法最大的问题在于, 法律条文看似整全, 但其边界过于明确, 虽然对法制统一颇有助益, 但面对现实生活难免捉襟见肘, 还可能漏洞百出。抽象概括式立法通过法官释法使法律适应社会生活, 其适用首先要求法官有极高的理论素养(这类法典往往类似于一部理论专著), 尤其熟悉法律类推、准用等司法技术, 但法

官较大的能动性却可能使民众难以放心，法律的安定性也可能不如人意。

为解决这一问题，《原则》采取了奥地利法学家瓦尔特·威尔伯格（*Walter Wilburg*）提出的弹性制度。其雄心当然是对前述两种立法模式兴利除弊，其要点则是明确规则的价值基础，规定法官在个案中应考虑的各种因素，但法官在个案中可以权衡各个因素的不同影响。实际上，它与拉伦茨提到的“指令准则式（*Richtlinienstil*）”立法模式类似。我们以《原则》第 2:102 条为例说明，该条规定的是侵权法保护的利益：

（1）受保护利益的范围取决于利益的性质；价值越高，界定越精确、越明显，其所受保护就越全面。

（2）生命、身体或精神的完整性，人的尊严和自由受最全面的保护。

（3）财产权包括无形财产权受广泛保护。

（4）纯经济利益和契约关系的保护可受更多限制。此时，尤其要充分注意行为人与遭受危险者之间的紧密性，或者行为人知道其利益肯定不如受害人的利益价值大，而其行为将造成损害的事实。

（5）保护范围也受责任性质的影响，在故意侵害利益时，对利益的保护程度更高。

（6）在确定保护范围时，应考虑行为人的利益尤其是其行动自由与行使权利的利益，以及公共利益。

本条是侵权法最重要的规定之一，其目的是在“权益保护”与“活动自由”这两种对立价值之间取得平衡。本条规定在衡量利益保护时，应考虑利益的价值、定义的精确性等要素，从而将利益的保护范围系于多个既定因素及诸因素的权衡和关联。但这些因素并不是都需要考虑，考虑的重点也取决于个案。

正是这一方法使考茨欧的《原则》与冯·巴尔的《草案》的风格迥异，这一差异的根本原因在于两者的目的完全不同。《草案》的目的是作为未来《欧洲民法典》的一部分，所以其条文具体，内容全面；《原则》旨在为欧洲侵权立法的协调提供一个共同的、基本的框架，所以条文的原则性较强。如对《原则》2:102 条规定的问题，《草案》第二章（“损害”）第二节列举了各种损害类型，如第 2:204 规定了虚假信息者的赔偿责任；第 2:205 条规定了违反保密义务的赔偿责任等等。它们涉及纯粹经济损失的处理，而《原则》仅仅做了指引性规定。其他方面如严格责任等，两者规定的内容也有很大差异。

就国内讨论得沸沸扬扬的侵权一般条款，《原则》第 1:101 条规定：“（1）致他人损害的，法律上被归责者应负赔偿责任。（2）损害尤其可归责于下列各方：a）其过错行为造成损害者；b）从事异常危险活动造成损害者；c）其辅助人在其职责范围内造成损害者。”这就把侵权责任的承担分为三种：过错责任、严格责任与传统意义上的替代责任，它纳入了所有的侵权行为类型，类似于埃塞俄比亚民法典的做法。

虽然《原则》的风格是指引式的，但并不意味着《原则》因此沦为完全的宣教，而毫无操作意义。相反，《原则》规定了侵权法一般不愿意着墨的“因果关系”、“过错”、“抗辩事由”等内容。《原则》的一般条款也强调“归责事由”的中心地位，这就使侵权法的技术功能得以彰显。此外，《原则》对侵权救济的规定也详略得体，集中关注侵权赔偿问题，全然不拘泥于“侵权行为的后果在于责任而非赔偿”的简单认识，而是综合规定了各种救济形式。

《原则》之所以采取弹性制度，还有一个重要的现实考虑，即欧洲侵权法制的一体化只能是在各国差异基础上的一体化，法概念、法方法既要具有欧洲共同传统的特色，又不能以任何一国的制度为背景。在各国侵权制度基础上的会通与统一，将产生两方面的效果：一是规定事项的一般性，越抽象的规定越容易获得共识。对特殊问题不仅难以达成共识，而且会增加协调成本，减缓一体化进程。所以，统一的只能是侵权法最一般的规则；二是规则必须



富于弹性，既要照顾到各国现行法规定的共同重要因素，又要避免解释空间过大。如因各国规定的严格责任种类差别较大，《原则》仅仅规定了一种严格责任：异常危险的活动。同时，它还授权国内法规定严格责任的种类。但对各国共同点较多的内容，《原则》也做了具体规定，如有关多数人侵权的责任等。

尽管如此，《原则》也有诸多让人耳目一新的规定，最典型的是第 4:103 条（“保护他人免受损害的责任”）：“具有下列情形之一的，产生保护他人免受损害的积极作为义务：法律有规定；行为人制造或控制了某种危险情势；当事人之间存在特殊关系；损害严重而避免损害容易时。”评注举了一个典型案例：甲掉入道路坑洞中，乙经过时听到甲的呼喊，但因赴约已迟到，急于赶路，故未施援手，致乙死亡。依据《原则》，甲应负赔偿责任。本条课与陌生人以救助义务（a duty to rescue），与英美法中的《好撒马利亚人法（Good Samaritan law）》立法理念近似，深具宗教情怀。此外，《原则》第 10:401 条对损害赔偿金的减缩也颇有创新意义。

现代民法的修订与制定都涉及一个极其棘手的问题：如何处理特别民法与普通民法的关系。如所周知，传统民法典通过抽象规定来处理全部私法事务，但这些中立的技术规范因现代生活的复杂化已经不敷适用，民事规范散落在特别法中。在这种法律背景下，民法典究竟应一如既往，提供市民社会问题的永恒解决之道，还是建立一个大而全的民事问题数据库？在侵权法方面，这一问题尤为突出，铁路、航空、核能、环境污染等纷纷花落别家，民法典是否要整合这些规范？就《原则》的背景而言，欧盟与侵权相关的条例和指令众多，深刻影响了各国的侵权法制度，把传统国内法搞得支离破碎、凌乱不堪。《原则》对“严格责任”只提供了一个共同框架，而没有实质性解决这一问题。相对而言，《草案》则列举了严格责任的具体类型，如动物、产品、机动车与危险物质造成的责任等，其第 3:206 条（危险物质或散发物造成的损害之责任承担）则统合了一些特别法规定的侵权责任，避免了对特殊侵权行为的琐碎列举。

欧盟民法典项目的启动，可以说是法律史上饶有意义的的一个轮回（当然是表面上的）。欧洲以罗马法为基础，长期存在普通法或共同法（*ius commune*），它并非成文法，而是靠口传心授传承。随着民族国家的形成，各国都有了自己的民法典，现代欧洲已不存在这种法律了。民法典项目的推进，多少是新形势下朝着共同法传统的回归。它是否能够通过、何时能够通过，最终当然是个政治问题。2004 年，欧盟宪法在各国公投时，BBC 的记者揶揄道：“欧盟宪法？拜托，我还是喝杯咖啡吧！”（A European Constitution? Do me a favour, All I wanted is a cup of coffee.）学者推动的民法典草案是否会遭遇到这样的命运呢？估计起草者自己都不知道。

#### 四

本译丛的专题涉及侵权责任的确和损害赔偿中的几个最重要因素，如违法性、因果关系、严格责任、损害和损害赔偿等。

专题丛书与考茨欧小组制定《原则》的程序有关。该小组将草案分为不同的主题。在讨论一个主题时，邀请一位成员担当报告人，并由其起草一份问卷。问卷由两个部份构成：一般问题和具体案例，很多案例借自不同国家的判例法。经会议讨论、修订后，再邀请成员根据问卷草拟一份该主题的国别报告。随后，报告人提交一份基于国别报告起草的比较报告。经全体会议详细讨论，就重要问题达成共识后，报告者草拟条文，全体会议讨论条文后最终定稿。

专题丛书都以问题为中心。各国作者针对问卷表的问题，结合本国的通说、立法和司法实践做出回答。主编在国别报告的基础上撰写比较报告，指出各国的异同，为草案相关主题

的拟定提供基础。

问卷表的设计别具匠心。以《损害与损害赔偿》专题为例，该书设计的问题包括两个部分：一般理论问题与案例分析。前者涉及损害赔偿的目的、损害赔偿法的一般原则、损害的各种类型、损害赔偿的评定等特别立法；案例分析既包括从各国提炼出来的典型案例，也包括充分体现该专题核心问题的假定案例。通过这些问题及其解答，我们基本上可以窥见各国侵权法的核心制度。

## 五

关于这套译丛，免不了还得谈谈其翻译理由，就是它对中国的意义。《文本与评注》一书的意义似乎不言自明，《原则》的条文无疑是我们可以参考、借鉴的对象，毕竟它是欧洲侵权法学者集体智慧的产物。而且本书在评注每个条文时，都分为起草的背景、欧洲侵权法概览、条文说明、与其他条文的关系、例证等方面。这有利于读者全面理解《原则》条文的内容及其适用。

专题丛书最大的优点有二：一是直观简明，二是重点突出。丛书以问卷为中心，国别报告的核心是解答这些问题。丛书并非高头讲章，也没有复杂的理论论证和逻辑推演，而是直接深入到了问题的内核。对有争议的问题，作者提供了通说和反对观点及其各自的理由。这样，丛书的信息就相当集中，而且省去了读者筛选有用信息的时间。如此，读者就可在较短时间获得更多的有用信息。

谈到丛书的中国意义，免不了还要对中国的侵权法制置喙一二。毋庸置疑，中国侵权法与国情有千丝万缕的微妙关系，如我们还在讨论“侵权责任与物权请求权的区分”、“赔礼道歉是否应为责任形式”、“加害人承担刑事或行政处罚责任是否影响其民事责任，以及财产性责任中民事责任是否应当优先”之类的问题。这也表明，中国侵权法的背景之一是要灌输私法性观念，如此一来，法制成熟国家的一些当然之理就堂而皇之地进入到中国法中。我国现行侵权法的诸多规定也与《原则》大相庭径，如最高法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（法释[2003]20号）第3条规定的“直接结合与间接结合”、第5条规定的连带责任的免除等；更为突出的是行政法规、部门规章对侵权法基本原理的僭越。“中国问题”的特殊性是否足以构成中国特殊规则的理由，欧洲同仁的工作成果也许会激发我们更多的思考。另外，对侵权法是否具有、有多少普适性规范，我们也可能会有更多的感知。

## 六

译事艰难。这或许是译者为自己开脱的最好理由，对所有认真的译者而言，事实也如此。本译丛的翻译还因两个因素而大大增加了难度：一是考茨欧小组的成员来自于众多国家，大多数成员的母语都并非英语，其表意能力当然不如使用母语。句子成分残缺、界定不明、词语错误的情况多有，译者已做了最大努力根据上下文做了调整。二是本书以英语介绍大陆法系侵权法制度，若干制度名称的转译就成了大问题。比如丛书使用“patrimony”来表示财产，这一术语虽然为很多欧陆民法典的英译本所采，普通法系的继承法也使用，但在侵权法领域，英美法并不使用这一术语。

有位翻译名家（好像是施康强先生）对翻译做了一个精彩的比喻：翻译如挑重担走路，负者走了一二百里，难免气喘吁吁，踉踉跄跄，姿态不雅。批评者如壮汉横空出世，夺过重担，只手高举，稳若泰山，姿态可观。借用这个比喻并非是为译者开脱，而是表明本译丛必然存在错误。我们欢迎出于理解的、真诚的批评，即使是尖刻的、吹毛求疵的。

译丛的面世必然是因缘际会的产物。本套译丛缘起于 2007 年中国社会科学院法学研究所于敏研究员的提议，经谢鸿飞与考茨欧教授联系后，时任法律出版社学术分社徐雨衡编辑大力推动本书的出版。徐雨衡为此协调了出版社诸同仁：郭亮先生为本书联系了版权，法律出版社社长黄闽先生惠允本丛书纳入出版计划。徐雨衡还多方联系译者，使本译丛得以顺利翻译。本译丛的最终面世，也仰赖于法律出版社学术·对外分社朱宁社长、刘文科编辑的各种帮助和扶持。法律出版社校对部张波主任及其他诸同仁，为本书的校勘付出了艰辛的劳动与耐心，统一了译丛的体例，减少了错讹，令我们非常感动。我们也感谢考茨欧教授拨冗写序和对译丛出版的关注。感谢缘分，感谢这些可爱的人们。