

违约责任与侵权责任竞合理论的再构成

谢鸿飞

内容提要:合同法与侵权法的双向扩张使违约责任与侵权责任的竞合渐成常态。既有的各种竞合理论不仅未充分满足民法学的体系要求,而且在实践中造成了实体与程序的双重法律适用困境。竞合理论应区分构成论与效果论两个层面。竞合分为违反给付义务与违反保护义务两种基本类型。竞合时的法律适用应采新法条竞合说,即不再依法律规范之间的逻辑关系而依规范目的为标准,决定适用合同法还是侵权法;同时依循《民法通则》中的统一民事责任制度,解决损害赔偿以外的其他责任方式的竞合问题。在立法上,减少竞合是值得追求的,然而只有全面剥夺合同法的保护功能才能实现这一目的。《合同法》第122条及相关司法解释赋予当事人选择权,不仅不能实现充分保障债权人的立法目的,还会架空法律对某些类型侵权责任的利益配置,因此在解释论上应予限缩,在立法论上应予废除。

关键词:违约责任 侵权责任 责任竞合 新法条竞合说 《合同法》第122条

谢鸿飞,中国社会科学院法学研究所研究员。

导言:责任竞合的理论与实践困境

违约责任与侵权责任的区隔与竞合一直是困扰民法学的难题。^[1]随着合同法与侵权法的双向扩张,违约责任对绝对权的保护与侵权责任对利益的保护渐趋普遍,两者的中间领域和竞合范围亦不断扩大。美国法甚至用“contort”这一专门术语统称“违约性侵权行为”或“侵权性违约行为”,^[2]其普遍性可见一斑。在责任竞合情形,同一损害被两种

[1] 如在英美法上,至少从14世纪开始,违约与侵权的边界就成为一个问题。Prosser, *The Borderland of Tort and Contract*, in *Selected Topics on the Law of Torts*, Ann Arbor, 1953, pp. 380-381. 吉尔默甚至建议将法学院第一学年的合同法与侵权法课程合并为“合同—侵权法”。Grant Gilmore, *The Death of Contract*, Ohio State University Press, 1974. p. 90.

[2] 《布莱克法律词典》收录了该词条,并将其定义为“合同法与侵权法的重叠领域中的特定民事违法行为(wrong)”。*Black's Law Dictionary*, 9th, Thomson/West Group, 2004, p. 365.

法律规范基于不同的规范目的评价,其法律效果多有不同。违约责任与侵权责任的核心差异在于:前者是法律强制执行当事人自我设定的义务,强迫当事人忠于自己的意志,其合法性在现代几乎不言自明,义务边界相对清晰;后者维护社会生活中的底线权益,强迫义务人忠于法律与社会共同体规范,义务边界因时循势而异。因此,两者在实体法上的责任成立与责任承担、程序法上的诉讼管辖与举证责任等方面都有差异。

责任竞合(从权利人角度即请求权竞合)的学说主要有法条竞合说、请求权竞合说(包括自由竞合说与相互影响说)、请求权规范竞合说及全规范统合说,迄今未见统一的可能。如德国司法实践认可请求权竞合说,但拉伦茨倡导的请求权规范竞合说也颇为盛行。更有代表性的是我国台湾学界,各种学说都不乏景从者。^[3]在我国大陆,除了请求权自由竞合说外,其他学说亦都有学术市场。^[4]此外,本领域还有一个奇特的学术景象:即使运用同一学说处理竞合的某些具体问题,各家见解也颇有出入。如对责任竞合时诉讼时效的适用,或认为应采最有利于被害人的原则,适用长期时效,^[5]或为维护法律的规范意旨,主张适用短期时效,^[6]或以时效针对的请求权不同为由,坚持依当事人的请求分别适用时效。^[7]

各国通常不以立法方式明确规定如何处理责任竞合,而是交由学说与判例解决。^[8]但我国最高法院早在上个世纪 80 年代就规定了诉因竞合(《全国沿海地区涉外、涉港澳台经济审判工作座谈会纪要》)。我国《合同法》第 122 条更进一步明示:“因当事人一方的违约行为,侵害对方人身、财产权益的,受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。”按照通说,第 122 条的立法宗旨是充分尊重受害人的意愿,强化请求权的效力。^[9]

然而,依据现行司法实践,在很多情形,无论当事人如何选择请求权,都难以获得周全的救济:选择违约之诉的,难以获得精神损害赔偿;选择侵权之诉的,又无法获得某些合同利益的赔偿。所以,在同一违约行为导致多个债权人受损时(如客运事故),债权人选择的诉由不同,其受救济程度就完全可能有别。颇为尴尬的是,即使法学家也不敢断言当事人应如何选择诉由,实现其利益最大化:“对债权人言,侵权责任或契约责任,抽象言之,

[3] 如郑玉波、王伯琦、何孝元、姚志明持法条竞合说,史尚宽与梅仲协持请求权自由竞合说,孙森焱与林诚二持相互影响说,王泽鉴持请求权规范竞合说。参见林大洋:《债务不履行与侵权行为竞合适用之基准——实务上相关见解之探索与辨正》,《法定月刊》2010 年第 3 期,第 90 页。

[4] 如对《合同法》第 122 条的理论基础,学界就见解不一,或认为系采“修正请求权自由竞合说”,参见韩世远:《合同法总论》(第 3 版),法律出版社 2011 年版,第 722 页;或“请求权自由竞合说”,参见傅鼎生:《赔偿责任竞合研究》,《政治与法律》2008 年第 11 期,第 70 页;或“请求权规范竞合说”,参见朱广新:《合同法总论》(第 2 版),中国人民大学 2012 年版,第 642 页。

[5] Eichler, Die Konkurrenz der vertraglichen and Deliktischen Haftung im Deutschen Recht, 162 AcP(1963).

[6] 参见[德]梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 版,第 70 页。

[7] Helmut Koziol, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Jan Sramek Verlag, 2010, S. 105.

[8] 参见王利明:《再论违约责任与侵权责任的竞合》(续),《中国对外贸易》2001 年第 4 期,第 33 页。笔者目力所限,明文规定竞合处理规则的立法仅见于《波兰民法典》第 443 条、《立陶宛民法典》第 6:245 条、《爱沙尼亚债法》第 1044 条、学者起草的《欧洲民法典草案》(DCFR)第 VI. 1:101 条。

[9] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室(编著):《〈中华人民共和国合同法〉立法资料选》,法律出版社 1999 年版,第 168 页。

各具利弊,实际利益状态如何,仅能就具体案件决定之。”^[10]那么,当事人焉有取舍的能力?选择权对其究竟是利益还是负担?另一方面,在程序法上,选择权意味着当事人在起诉之前,就必须判定加害行为同时符合违约与侵权的构成要件,进而选择诉由,而不能单以受到损害的事实起诉。这不仅使当事人被迫做出本应属于司法权的决断,而且还衍生了有关诉讼标的无休止的议论。更重要的是,若当事人判断和选择错误,可能一无所获。因为在我国司法实践中,当事人选择某种诉由未获得赔偿或赔偿不足时,不能再主张适用另一种请求权。^[11]

本文的基本思路与结构为:责任竞合理论应分为构成论与效果论两个层面。前者讨论在何种情形,一个不法行为同时构成违约行为和侵权行为,着眼于责任的成立;后者讨论竞合时相互竞合的法律规范的具体适用,着眼于责任的承担。鉴于效果论主要调整当事人的请求权,从当事人的角度也可称为行使论。之后,本文将以各种学说为基础,在我国现行法框架下,尝试提出以责任竞合效果论为主的理论构成新方案。

二 违约责任与侵权责任竞合的构成论

(一) 违约责任与侵权责任竞合的前提

责任竞合即一个不法行为同时满足两个责任规范的构成要件。^[12]违约责任与侵权责任的法定构成要件内容,直接决定了竞合范围的宽窄。两者最直观的区别标准是当事人的特定性及损害类型:违约调整特定当事人之间的关系,侵权调整“一切人对一切人”的关系;损害类型标准取决于法律对两者保护客体的设定。

违约责任以当事人约定的给付利益为核心,对固有利益的保护程度取决于合同法保护功能的范围与强度。侵权责任的保护客体在比较法上有法国法的 unlimited 主义(权利与利益平等保护)与德国法的严格限制主义(权利与利益差序保护)。在前者,所有的违约行为都因侵害了债权而构成侵权行为;后者将保护客体限于具有社会典型公开性的且具有公示手段的绝对权,它们都具有积极的分配效能和消极的排除功能;^[13]债权、纯粹经济损失等利益的保护门槛则很高,因为它们具有高度不确定性,可预见性极差,普遍保护将大大减缩行动自由。我国《侵权责任法》第2条虽然以“民事权益”为保护客体,看似采法国模式,但通说认为,它实质上采取了德国模式,即侵权责任的客体以绝对权为主。^[14]可见,逻辑上,在违约行为侵害固有利益或侵权责任保护合同约定的履行利益时,两者就会出现竞合。责任竞合的前提涉及如下两个需澄清的问题:

[10] 王泽鉴:《契约责任与侵权责任之竞合》,载《民法学说与判例研究》(第1册),中国政法大学出版社1998年版,第376页。

[11] 参见吴庆宝:《论侵权责任与违约责任竞合的限制》,《法律适用》2002年第8期,第36页。

[12] 王利明:《违约责任论》(修订版),中国政法大学出版社2003年版,第329页;韩世远:《合同法总论》(第3版),法律出版社2011年版,第715页。

[13] 参见于飞:《侵权法中权利与利益的区分方法》,《法学研究》2011年第4期,第104页。

[14] 参看葛云松:《〈侵权责任法〉保护的民事权益》,《中国法学》2010年第3期,第37页;王利明:《侵权责任法与合同法的界分——以侵权责任法的扩张为视野》,《中国法学》2011年第3期,第112页。

1. 违约行为同时侵害固有利益与履行利益,且两者范围不同时,是否构成竞合?

这是构成论中争议最大的问题。侵害固有利益的违约行为有三种类型:一是仅侵害固有利益,如违反附随义务;二是同时侵害固有利益与履行利益,且两者范围完全重叠,如保管人毁损保管物;三是同时侵害固有利益与履行利益,但两者范围不重叠,如所购买的设备爆炸导致买方的其他财产受损。通说认为上述情形均构成责任竞合,^[15]也有很多学者主张只有前两种情形构成责任竞合,第三种情形应构成责任聚合。^[16]其理由主要是:竞合的前提是两种请求权的目的相同,若各请求权涉及的责任方式不同(如违约损害赔偿和侵权责任中的赔礼道歉),或同一责任形式的内容不同时(如对预期利益的违约损害赔偿和对固有利益的侵权损害赔偿),因两种请求权的目的不同,应构成聚合。聚合说的另一优点是解决受害人无论选择何种请求权都无法获得足额赔偿的难题。

聚合说的可质疑之处是:首先,聚合说违反了竞合的定义。一个行为同时侵害固有利益与履行利益时,因其侵害了履行利益,构成违约行为,因其侵害了固有利益,又构成侵权行为,当然构成竞合。其次,聚合说违反了聚合的定义。聚合是同一原因事实产生两个以上内容不同的请求权,^[17]但该事实只符合一个构成要件,不过是产生了多个请求权,如受害人的人身被严重侵害时,可请求对方赔偿损害和赔礼道歉。聚合绝对不是将两个构成要件产生的不同法律效力进行叠加。此外,按聚合说的逻辑,在违约行为只是侵害人身权这种固有利益时,因为侵权赔偿请求权的客体包括财产损害与精神损害,违约责任不包括精神损害(按目前我国司法实践),此时也应构成责任聚合,但聚合说却承认此时构成竞合,逻辑显然未能一致。可见,竞合的中心在于责任成立,而聚合的中心是责任承担,聚合说未有效区分构成要件(责任成立)与法律效果(责任承担)。最后,聚合说否认了合同法的保护功能。聚合说的前提是违约责任不保护固有利益,不仅有违合同法发展潮流,也违反了我国现行法。

2. 法律对责任成立要件有特别规定或当事人有特约时,是否构成竞合?

责任竞合多发生在法律对两种责任的构成要件未作特别规定时,即适用合同法与侵权法的一般规定认定违约或侵权是否成立的场合。通说认为,若法律对违约或侵权的构成要件作了特别规定,应直接依据该特别规定处理,排除责任竞合。如《合同法》191条第2款规定,赠与人故意不告知或者保证赠与物无瑕疵的,造成受赠人损失的,应当承担损害赔偿责任。通说主张,此时依法律直接规定仅产生违约责任,应排除责任竞合。^[18]确切地说,赠与人不具备法定的主观要件时,根本不成立违约责任,自然谈不上竞合。本款规定的是违约责任与侵权责任的共同主观要件,赠与人的行为满足这一要件时,亦成立责

[15] 参见王利明:《合同法新问题研究》,中国社会科学出版社2003年版,第751页。

[16] 参见李永军:《合同法》(第3版),法律出版社2010年版,第722页;孙鹏:《合同法热点问题研究》,群众出版社2001年版,第386页;瑞士的类似观点,参见Peter Gauch/Schlupe, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, Schulthess, 2008, S. 156。在违约责任救济不足时,法国司法实践许可债权人根据《法国民法典》第1382条规定主张侵权赔偿,似乎也认可了这种观点。参见张民安:《现代法国侵权责任制度研究》,法律出版社2007年版,第31页。

[17] 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第75页。

[18] 参见崔建远:《合同法》,北京大学出版社2013年版,第350页;韩世远:《合同法总论》(第3版),法律出版社2011年版,第723页。

任竞合。同理,若合同存在免责条款,^[19]或约定了低于法定责任成立要件的标准时,侵权责任的成立通常也受影响。综上,在法律对责任成立要件有特别规定或当事人有特约时,竞合构成的条件被改变,但不能排除竞合的构成。目前的责任竞合学说均将这一问题纳入竞合效力,理论层次不甚清晰,故本文区分了竞合理论的构成论与效果论。

(二) 违约责任与侵权责任竞合的类型

1. 固有型

违约责任与侵权责任竞合的固有型,即违反合同约定的给付义务同时侵害固有利益的加害给付。其涉及的合同类型较多,既包括以维护或强化一方固有利益为目的的合同,如医疗合同和保管合同,也包括以取得财产利益为目的的合同,如买卖合同和承揽合同等,或介于两者之间的合同,如租赁合同等。违反的义务既可能是主给付义务,如保管人故意毁损保管物;也可能是从给付义务,如承租人过失造成租赁物毁损。

《合同法》诸多条文明确规定了与给付有关的保护义务,如涉及人身权保护的第 282 条、第 290 条、第 302 条等,涉及财产权保护的第 224 条第 1 款、第 247 条第 1 款、第 266 条、第 282 条等。这表明,合同法不只是促进财货交易和融通的“生产型”(productive)法律,也是兼顾当事人固有利益的“保护型”(protective)法律。

加害给付通常为积极作为(积极侵害债权即以其为规范中心),例外也可为不作为,如医疗机构违反告知义务导致患者人身损害。违约方以作为方式侵害债权并损害固有利益的,亦违反了侵权法上注意义务,不容置疑。^[20]但以不作为方式违约并侵害对方固有利益时,只有肯定它同时违反了侵权法上的注意义务,才具备竞合的逻辑前提。因此,固有型竞合的核心问题就是:合同约定一方以作为方式保护对方固有利益的,是否亦产生侵权法上的作为义务?

侵权法义务设定的基本规则之一是,行为人不承担保护他人权利的作为义务。其根由在于对行动自由的珍视:行为人承担不作为义务时,是自由的多少问题;承担作为义务时,是自由的有无问题。依私法自治原理,当事人当然可以约定作为义务,通说也肯定此时它同时构成侵权法上的义务,^[21]其主要理由为:合同当事人相互高度信赖,将约定的作为义务同时作为侵权法上的义务,可以运用侵权责任保障合同履行。^[22]否定说则认为,即使侵权法承认约定的作为义务,其正当性也并非源于合同约定,而是因为侵权法承认合同这种特定社会关系产生作为义务。^[23]两种观点均有合理性,但也都存在矛盾:就肯定说而言,该说淡化了合同法义务与侵权法义务的性质,甚至改变了侵权法义务“一切人对一切人”的基本属性。如果探究先前行为的当事人承担作为义务的原因,肯定说的实益更值得怀疑。在先前行为中,当事人之间没有合同关系,若不适用侵权责任,受害人将无

[19] 王利明:《侵权责任法与合同法的界分——以侵权责任法的扩张为视野》,《中国法学》2011年第3期,第112页; Dirk Looschelders, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, Carl Heymanns Verlag 2008, S. 7.

[20] Koziol, a. a. O., 2010, S. 100. 在英美法上,公共事业经营者(如运输、饭店业、仓储等)与相对人之间以及保管、雇佣、租赁等合同当事人之间存在积极注意义务。W. Page Keeton et al., *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5th ed., West Publishing, 1984, 662ff.

[21] 参见周友军:《我国侵权法上作为义务扩张》,《法学》2008年第2期,第92页。

[22] 参见张民安:《侵权法上的作为义务》,法律出版社2010年版,第33页。

[23] 参见蔡唱:《不作为侵权行为研究》,法律出版社2009年版,第151页。

法获得救济,所以有必要确认当事人之间存在作为义务。但当事人存在合同关系时,因为侵权责任的保护强度未必超过违约责任,承认其亦构成侵权法上的作为义务,意义并不突出。就否定说而言,该说难以解释在作为义务来源方面区分先前行为与合同的合理性。侵权法认可先前行为中的注意义务,即在某人开启了社会交往,造成或者保有某种危险源并且控制了权益侵害的常态因果流程时,应对可能受危险影响的人承担注意义务。既然在不具有合同关系的当事人之间都可以成立侵权法上的作为义务,何以在法律上关系更紧密的合同当事人不能约定?况且,对某些类型的合同,合同法规定了法定作为义务(亦构成侵权法上的义务)。两相权衡,肯定说更值赞同。

2. 违约责任扩张型

违约责任与侵权责任竞合的违约责任扩张型,即因合同法纳入法定保护义务而产生的责任竞合新形态。违反合同法上的法定保护义务,同时构成违约与侵权。它与固有型竞合的最大区别在于:前者违反的是合同法上的保护义务,既可能仅侵害了固有利益,也可能同时还侵害了履行利益;后者违反的是给付义务,履行利益与固有利益往往是重叠的。依《合同法》第122条,所有侵害人身、财产权益的违约行为均构成责任竞合,故违反独立保护义务的违约行为不具有任何竞合类型的意义。本文区分两者的目的,是为了类型化并展现合同法扩张后竞合的新类型。

合同法上的保护义务可能出现在缔约阶段、合同履行期间和合同终止后。在我国,违约责任以合同关系的存在为前提,《合同法》第122条仅涉及违约责任,而并没有涉及所有合同责任(如缔约过失责任),所以本文所称的保护义务系《合同法》第60条规定的义务类型之一。它实质上是侵权法上的注意义务向合同法的延伸,其客体为合同当事人的固有利益。就其界定,需要澄清的问题是给付义务和保护义务的区分。若将债的关系视为一个统一的、满足特定目的的有机体,给付义务与保护义务就无法区分,在固有型竞合中,两者甚至是重合的。本文的保护义务与给付义务的区分在于:它仅保护当事人的固有利益,与当事人的意思和给付义务无关,至少距离较为遥远。当然,这种区分是相对的,而且受合同类型的影响。如在客运合同中,保障旅客人身安全的义务应为给付义务,因为若乘客不能安全抵达,运送义务就毫无价值;在买卖合同中,出卖人违反保护义务的结果可能只是侵害了买方的人身权,标的物却可能完全符合合同约定。此外,竞合时的保护义务只能出现在合同履行期间,而且必须与合同履行有客观或主观关联。如卖主甲开车与买主乙一起回家取货,途中因甲的过错造成交通事故,则甲违反了保护义务;若甲乙同行的目的是在取货之前看歌剧,则并不违反合同法上的保护义务。此外,《合同法》第60条将保护义务与通知、协力义务等并列,作为附随义务的一种,使附随义务与从给付义务难以区分。因为它们都可能承担维护给付利益最大化的功能,其保护对象包括履行利益、纯粹经济损失(如没有通知航班晚点造成的损失)与固有利益。若将现行法上的附随义务一分为二,与固有利益无关的附随义务划入法定从给付义务,保护义务的客体限于固有利益,保护义务与附随义务的区分就非常明显。^[24]

[24] 德国法的区分,参见迟颖:《合同法上附随义务之正本清源——以德国法上的保护义务为参照》,《政治与法律》2011年第7期,第128页。

除保护义务这种合同义务的客观扩张之外,德国法还有主观扩张——“附保护第三人效力的合同”,^[25]其目的在于突破合同相对性,充分救济第三人。它最初仅保护第三人的人身权,其后逐渐纳入第三人的经济利益(尤其是专家责任案型)。第三人受损的原因可以是违反给付义务,如承租人的家人因出租屋瑕疵受到人身伤害,^[26]也可以是违反附随义务,如生产者违反说明义务,导致女工接触危险物而遭受人身损害。^[27]依此制度,在第三人固有利益受损时,可能成立责任竞合。我国现行法与司法实践均未承认这一制度。^[28]第三人固有利益受损时,可主张侵权责任;其他利益受损时,因我国法不认可法国的“链式合同”理论(即在连环买卖中,后手买主直接追诉最初出卖人的违约责任),也不存在法定债权移转制度,第三人只能请求主张代位权。

3. 侵权责任扩张型

违约责任与侵权责任竞合的侵权责任扩张型,即因侵权责任的客体纳入某些利益而产生的责任竞合新形态。侵权法扩张的核心原因是违约责任无法保护第三人的权益以及侵权法对预防与制裁功能的追求。侵权责任的扩张也可能产生新的责任竞合形态。兹举两例说明。

(1) 产品自伤损失

在私法中,产品质量损害赔偿被一分为二:标的物具有灭失或减少其价值、约定效用的瑕疵时,出卖人应承担违约责任;产品不具有通常可合理期待的安全性,具有缺陷而造成产品以外的财产或人身损害时,产品生产者或销售者应承担侵权责任。据此,产品自伤系不受侵权法调整的纯粹经济损失。但在这一领域,各国侵权法都有强烈的扩张冲动。如德国法院确立了“同质料性”标准,即标的物在风险负担移转时的瑕疵范围与损害范围是否一致,两者相同时,具有同质料性,不构成所有权侵害,反之则反。^[29]美国也有学者区分产品的“危险缺陷”和“品质缺陷”,前者造成产品自身损失时可获得侵权救济,后者则不能。^[30]

《侵权责任法》第41条不再将产品责任的范围限于“缺陷产品以外的其他财产损害”,权威解释似乎认为产品缺陷未造成人身或其他财产伤害而仅导致产品本身毁损灭失时,亦成立侵权责任。^[31]如此,受害人为买卖合同当事人时,产品自伤就构成责任竞合。承认产品自伤构成侵权责任,其实益在于保护受害人:一是受害人为合同当事人时,

[25] 缔约过失责任也扩大到对第三人的保护,如随同缔约人订约的人在缔约过程中受到人身伤害的情形。在德国著名的“蔬菜叶案”中,陪同母亲购物的未成年女儿在价金支付之前,因踩到蔬菜叶滑到受伤,法院判决商场赔偿其人身损害。BGHZ 66, 51. 我国法并没有将缔约过失责任扩大适用于保护第三人。

[26] RGZ 127, 218.

[27] BGH NJW 1959, 1676.

[28] 唯一有解释空间的是《合同法》第282条,即因承包人的原因致使建设工程在合理使用期限内造成人身和财产损害的,承包人应当承担损害赔偿责任。这里的受害人显然不限于买受人。

[29] 德国学者并没有认同这一标准,因为它弹性过大,甚至完全取决于法院的自由裁量。Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, BT, C. H. Beck, 2012, 16. Aufl., Rn. 282.

[30] W. Page Keeton et al., *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5th ed., West Publishing, 1984, p. 710.

[31] 参见全国人大法工委民法室:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文解释与立法背景》,人民法院出版社2010年版,第175页。

若销售者无履行能力的,尚可请求生产者承担侵权责任;二是受害人并非买卖合同当事人时,可请求生产者和销售者承担侵权责任;三是可适用产品责任的举证责任倒置规则。如在司法实践中,大多数汽车自燃案件都适用侵权责任。^[32]但其结果必然是扩大生产者的责任,这“固可藉由商品责任保险而分散风险,但势必使商品成本增加,让本来可经由商议来配置风险,使双方利益达到平衡,却转嫁由所有消费者共同负担,显失公平。”^[33]此外,销售者的责任也可能被不当扩大,即销售者在承担侵权责任时,无法用其与第一买受人之间的免责条款对抗后手买受人,这就势必破坏双方合同利益的均衡性。鉴于此,产品自伤问题应区分两个层次:其一,在责任成立上,产品自伤不构成侵权责任,只有在同时造成人身权或产品以外的其他人身损失时,才成立产品责任;其二,在责任范围上,产品责任可纳入产品自伤损失。

(2) 不实资讯致损

不实资讯致损导致的责任竞合可分为两种:其一,缔约之际一方欺诈对方,合同成立后受害方并未撤销合同,对方又违约的;其二,一方在合同履行时违反主给付义务或附随义务,提供不实资讯。

在前一种情形,通说均认为欺诈本身构成侵权,^[34]故此时成立责任竞合。传统理论认为,欺诈侵害的是“自由”,即意志自由。但这一特性过于宽泛,因为几乎所有侵权行为都侵害了受害人的自由意志。至少在竞合情形,欺诈侵权保护的客体是受害人因欺诈遭受的利益损失(如多支付的对价等)。^[35]

第二种情形是否成立竞合,取决于侵权责任是否普遍保护纯粹经济损失。比较法上热议的主要是受害人系第三人的情形,在合同当事人之间,是否构成侵权责任从而构成责任竞合,学界见解不一。赞成者认为,无论合同的性质与客体如何,在一方操纵了信息时,适用侵权赔偿可以强迫当事人如实提供资讯。^[36]反对者认为,此时适用侵权诉因会使合同当事人承担超出其意图的负担。^[37]我国没有必要承认这种情形的责任竞合,一是为了有效区隔违约与侵权,二是此时侵权责任的保护程度并未超过违约责任。

综上,责任竞合范围的大小取决于合同法与侵权法的保护范围。随着违约责任与侵权责任保护客体的扩张,竞合的类型也日趋复杂:在违约行为并未侵害固有利益时,也可能因为侵权责任的扩张而发生责任竞合,甚至依“附保护第三人效力的合同”制度,在不

[32] 如商丘市睢阳区法院(2010)民初字第160号、北京市第一中级人民法院(2006)一中民终字第25号民事判决书。后者发生在《侵权责任法》之前,法院认为:“汽车受损的价值往往远大于其他财产损失,应允许受害人根据自身的利益考虑,选择向生产者主张产品侵权责任,或是向销售者主张合同责任,法院不必加以干涉。”

[33] 王泽鉴:《商品制造者责任与纯粹经济上损失》,载《民法学说与判例研究》(第8册),中国政法大学出版社1998年版,第243页。

[34] 参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版2000年版,第424页。

[35] Braucher J. Deception, Economic Loss and Mass-Market Customers: Consumer Protection Statutes as Persuasive Authority in the Common Law of Fraud, 48 *Ariz. L. Rev.* 829 (2006).

[36] Barry Perlestei, Crossing The Contract-Tort Boundary: An Economic Argument for the Imposition of Extracompensatory Damages for Opportunistic Breach of Contract, 58 *Brooklyn L. Rev.* 877 (1992).

[37] Michael Dorff, Attaching Tort Claims to Contract Actions: An Economic Analysis of Contort, 28 *Seton Hall L. Rev.* 390 (1997).

具有合同关系的当事人之间都可能出现责任竞合！下表即展现了竞合的各种可能性：

	合同当事人	合同一方及与对方关系密切的第三人
法律保护的 范围	利益(合同约定的利益及纯粹经济损失) 权利(与合同缔结、给付有关)	权利(与合同给付相关) 利益(产品自伤等特殊情形)
可能的 责任形态	违约责任 侵权责任	侵权责任 违约责任(仅见于附保护第三人效力的合同)
责任竞合	较普遍存在	基本不存在

三 违约责任与侵权责任竞合的效果论

(一) 责任竞合效果学说与我国法的解释论

责任竞合效果论基本围绕两个核心问题展开：其一，究竟产生一个还是两个请求权？二是如何救济债权人？这两个问题高度关联，因为请求权的数量、性质与内容直接决定了债权人受保护的程度。

目前的五种竞合学说中，请求权竞合说(包括自由竞合说和相互影响说)主张竞合产生两个请求权，法条竞合说、请求权规范竞合说、全规范统合说均主张仅产生一个请求权，当事人自然也不享有选择权。法条竞合说主张适用违约请求权。请求权规范竞合说认为该请求权兼具违约请求权和侵权请求权的双重属性，具体内容到底是融合还是聚合两种请求权，未见明确，只是重视强化单一请求权的效力，除非依据法律规范的目的必须作相反解释。全规范统合说在确定单一请求权时，不再考虑责任规范之间的排除关系或补充关系，而试图融合两个请求权。请求权相互影响说虽然承认两个请求权彼此影响后还是两个请求权，但无论哪一个请求权都不可能为违约或侵权请求权涵摄，而且两个请求权既然相互影响，最终就必然趋同，甚至成为一个独立的请求权。唯有请求权竞合说主张产生两个完全独立的请求权。各种学说的具体差异可见下表：

学 说	请求权的数量	请求权之间的关系	当事人的选择权
法条竞合说	一个	—	无
请求权自由竞合说	两个	彼此独立	有
请求权相互影响说	两个	相互影响	有
请求权规范竞合说	一个	相互强化	无
全规范统合说	一个	融合	无

依据《合同法》第 122 条，在竞合情形，债权人“有权选择”适用违约责任或侵权责任。按照《合同法司法解释一》(法释[2009]5号)第 30 条，债权人可以在一审开庭之前最终确定其选择。可见，在现行法上，责任竞合产生两个请求权，但两个请求权之间是否可以

相互影响,法未明定。因此,现行法采纳请求权自由竞合说,但又有一定的修正,如在司法实践中,两个请求权不能分别转让亦不能同时主张;一个请求权未被满足时,不能再主张另一个请求权。

(二) 竞合情形违约责任与侵权责任的实质差异

在竞合情形,债权人选择违约责任与侵权责任的重大实益是赔偿数量不同(取决于赔偿范围与限制赔偿的方法),且对诉讼时效、诉讼管辖、抵销等亦有所差异。目前学说多流于两种责任差异的一般性议论,而未涉及竞合情形的具体分析,下文试图弥补这一缺陷。

1. 赔偿范围上的实质差异

违约责任与侵权责任的赔偿范围都包括所受损害与所失利益,但损害与利益并非纯粹事实意义上的,而是经法律评价过的、规范意义上的。基于责任机制的差异,合同法与侵权法对损益的评价各异:前者包括固有利益与履行利益,后者限于绝对权,特殊情形才纳入利益。可见,两者的赔偿范围复杂多样,任何抽象定论都值得怀疑。

(1) 履行利益

违约责任以合同约定的“给付义务”为中心,其目的是使债权人实现债务人如约履行时的利益状态,以激励当事人订立合同。从实际效果看,违约责任赋予债权人履行利益后,往往使其经济状态优于缔约前。所以,保护履行利益不仅是契约自由的逻辑结果,甚至还被视为合同法的专有功能。^[38] 侵权责任的目的是使受害人恢复到没有发生侵权行为时的状态,而不保护受害人利益的增进,这是由于侵权当事人之间通常不可能存在合意,故法律必须妥善权衡自由空间与法益保护。也正因为此,比较法上流行多年的观点认为,合同法是创造性的,它确认交易利益,改进了当事人的经济现状;侵权法则是保护性的,它通过保护当事人的现存利益,使其现状不至于更糟。^[39]

在竞合情形,侵权损害赔偿通常不包括可得利益,即履行利益。^[40] 英美法学界多认为,其原因是加害人通常不可能预见到受害人的履行利益,赔偿履行利益就相当于惩罚性赔偿。^[41] 在对权利与利益采取差序保护的侵权法中,侵权责任也不保护“约定利益”,即使行为人已经预见到该利益也如此。^[42] 如甲将其古董以高于市场价 10% 的价格出售于乙,在告知丙银行该情事后,委托其保管该古董至交货日,丙因过失导致该古董毁损。若适用侵权责任,10% 的溢价款难以获得赔偿;适用违约责任则可。此外,在欺诈情形,两者的差异也相当明显。如甲谎称其出售的车为新车,作价 10 万元出售于乙。新车市价 13 万元,同类旧车市价 10 万元。若乙不解约,请求甲承担违约责任,甲应赔偿乙 3 万元履行利益损失。但若乙以欺诈为由提起侵权之诉,则将因为并无损失而无法得到赔偿。可见,主张

[38] 参见[英]阿狄亚:《合同法导论》,赵旭东等译,法律出版社 2002 年版,第 49 页。

[39] T. Weir, Complex Liabilities, in *International Encyclopedia of Comparative Law* - Vol. XII 12: Torts, Mohr, 1975, p. 5.

[40] E. Allan Farnsworth, Legal Remedies for Breach of Contract, 70 *Colum. L. Rev.* 1145 (1970).

[41] Jill Wieber Lens, Honest Confusion: The Purpose of Compensatory Damages in Tort and Fraudulent Misrepresentation, 59 *Kan. L. Rev.* 231 (2010).

[42] 侵权责任只是在个别情形覆盖这种利益,即因违约侵害固有利益产生的附随损失。如甲出售的零部件存在缺陷导致买方乙的设备严重受损,乙不能使用设备期间的损失可依侵权获得赔偿。也有学者不区分附随损失与纯粹经济损失。

侵权责任的重大缺陷即在于无法获得可得利益的赔偿。

(2) 返还利益

违约责任中的返还利益是作为合同对价向对方交付的财产(美国《合同法第二次重述》第344条)。在对方违约破坏合同利益均衡关系时,应予返还。如美容手术失败时的手术费、产品责任中的价金等。

在竞合情形,主张侵权责任也无法请求返还合同对价,因为从侵权损害赔偿观察,这种损失系纯粹经济损失,仅在合同法无法保护时才可能由侵权法保护。在比较法上,受害人因侵权而“徒然支付的费用”通常也不能纳入侵权赔偿范围,如在汽车毁损时,受害人通常不能请求赔偿其车库租赁费用。^[43]或许正因为此,《侵权责任法》才将产品自身损失纳入产品责任,在一个侵权之诉中解决受害人的全部损害赔偿请求,以“有利于及时、便捷地保护用户、消费者的合法权益。”^[44]此外,它还解决了责任竞合中的时效冲突问题。依据《民法通则》第136条,因产品质量不合格提起的违约诉讼时效为1年;按照《产品质量法》第45条第1款,产品责任的诉讼时效期间为2年。若受害人在知道或应当知道其权益受害1年后提起侵权之诉的(我国时效起算点没有区分违约与侵权),就无法请求赔偿产品自伤损失。可见,尽管这一做法与法学逻辑和体系多有不合,^[45]但毕竟有实践理性与价值衡量的坚定支撑,难以否定其正当性。

(3) 归入利益

基于合同当事人之间的对价均衡,违约造成的损失与违约收益通常大致相等,但也有例外,如违约没有任何收益(如不慎损害保管物),或违约所得利益大于违约损失(如保管人擅自将保管物高于市价出售于善意的买方)。债权人主张违约责任的,通常不能请求违约方返还并非来自合同履行的、而系违约所获的利益,即美国法所称的“归入利益”,对应于受害人的归入权。如富勒认为,“原告不能请求剥夺被告从其违约行为中所得的收益,这是一般原则,虽然可能让人诧异。”^[46]而在侵权责任中,当事人有时可以请求侵权人返还侵权所得利益。如《美国侵权法第二次重述》指出,赔偿实际损失对原告救济不足时,大多数美国法院判决归入利益赔偿。^[47]我国的知识产权法(如《商标法》第63条)和《侵权责任法》第20条规定,在侵害知识产权与侵害人身的场合,受害人可以请求返还侵权获利。^[48]如甲违反专利权许可合同,将乙的专利权擅自许可丙使用,许可费远高于市价。若乙主张违约责任,依全部赔偿原则,只能获得相当于市价的许可费;若主张侵权责

[43] 参见[德]马格努斯(主编):《损害与损害赔偿》,谢鸿飞译,法律出版社2009年版,第316页。

[44] 全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《侵权责任法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2010版,第174页。

[45] 参见张新宝、任鸿雁:《我国产品责任制度:守成与创新》,《北方法学》2012年第3期,第17页;冉克平:《缺陷产品自身损失的救济路径》,《法学》2013年第4期,第92页。

[46] Lon L. Fuller & Robert Braucher, *Basic Contract Law*, West Publishing, 1964, p. 55; 另见 E. Allan Farnsworth, *Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract*, 94 *Yale L. J.* 1339. (1985)。多波斯甚至将受害人不能请求返还利益称为一项“规则”。历史上,普通法此时亦拟制违约方为守约方的代理人,从而令其返还所得利益。Dan B. Dobbs, *Law of Remedies: Damages—Equity—Restitution*, 2nd, West Group. 1993. p. 171.

[47] *Restatement (Second) of Torts*, § 549 cmt. g (1977).

[48] 《侵权责任法》第19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方式计算”。“其他方式”也可作理解为按侵权获利计算。

任,则可获得侵权收益。

但是,在行为人从事不法行为的获益大于损失的情形,受害人基于违约、侵权与不当得利请求权所获得的赔偿数额都只能是其所受损失,无法获得高于市价部分的收益。因此,是否普遍承认受害人的归入权,系立法政策问题。鉴于这种情形的违约通常系故意,为震慑与制裁恶意不法行为,促进合同履行与实现合同目的,完全可以将归入利益与期待利益、信赖利益与返还利益并列,作为违约损害赔偿的第四种利益类型。^[49]在侵权责任中,也可将其作为一种普遍的损害赔偿计算手段。但在返还收益时,应扣除违约方的合理支出并对收益中的个人贡献予以补偿,以期实质公正。

(4)精神损害

精神损害赔偿的核心原则是法定主义,法定赔偿限制包括特定受害权益(几乎为人身权)、特定主体(自然人)和侵害的严重性(限于严重侵害人格权伴随的精神损害,不赔偿独立的“精神损害”)。我国学界对违约损害赔偿是否包括精神损害赔偿,历来见解不一。^[50]司法实践基本持否定论,原因可能是受精神损害赔偿法定主义(我国法并未明确规定)影响,加之《合同法》并没有涉及精神损害赔偿。《关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》(法释[2010]13号)第21条明确否认旅游者在违约之诉中主张精神损害赔偿。其结果是,在违约侵害人身权益时,为获得精神损害赔偿,绝大多数案件(尤其是医疗纠纷、产品责任等)均被作为侵权诉讼处理。实际上,在竞合情形,违约精神损害赔偿中存在两个截然不同、但往往被混为一谈的问题:违约诉讼能否赔偿精神损害和因违约造成的精神损害能否得到赔偿?违约造成的精神损害应区分为如下两类:

第一类,《侵权责任法》第22条所规定的“精神损害”。即“侵害他人人身权益,造成他人严重精神损害”。即使依据法定主义,违约诉讼也应赔偿这种精神损害。首先,《合同法》第122条中的“人身权益”受损,既包括财产损失,也包括精神损害,《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》(法释[2012]19号)第14条就明确将机动车发生交通事故中的“人身伤亡”界定为包括生命权、健康权等人身权益损害和精神损害。其次,“法定”限制的对象是可以获得赔偿的精神损害类型,而非只能通过侵权诉讼赔偿。否定违约诉讼的精神损害赔偿,必然在司法实践产生悖论:一方面,违约诉讼可以依据侵权法赔偿人身伤害中的财产损失,另一方面又拒绝依据侵权法赔偿精神损害。综上,《合同法》既然已明确保护人身权益,伴随人身损害产生的精神利益当然在其保护范围内,两者在违约诉讼中应共进退,要么都赔偿,要么都不赔偿。《德国民法典》第253条、我国台湾“民法”第227条、《美国合同法第二次重述》第353条就都规定,因债务不履行造成人身伤害,符合精神损害赔偿法定条件的,违约诉讼中也可赔偿精神损害。我国司法实践的上述做法,是在责任竞合方面的最大错误。

第二类,因违约本身造成的独立“精神损害”。违约诉讼不包括精神损害赔偿的真义是:违约本身造成守约方的各种负面精神情绪,如愤懑、压抑等,系社会生活中必须容忍的

[49] Melvin A. Eisenberg, The Disgorgement Interest in Contract Law, *Michigan Law Review*, Vol. 105(596)(2006).

[50] 否定说,如王利明:《侵权责任法与合同法的界分——以侵权责任法的扩张为视野》,《中国法学》2011年第3期,第119页;肯定说,如崔建远:《精神损害赔偿绝非侵权法所独有》,《法学杂志》2012年第8期,第22页。

不利,不能获得赔偿。唯一存疑的是以增进精神利益为目的的合同,如婚庆合同、旅游合同等。在这类合同中,一方违约并没有给对方造成人身权益损害时,能否赔偿因违约损失的精神利益(如时间损失)?^[51] 这才是违约精神损害赔偿的重点问题。

这种精神利益既不同于合同约定的财产利益,也与侵害人身权的精神损害(“疼痛与痛苦”)不搭界。人身伤害时的精神损害是使受害人现存的精神利益减少,而这种精神损害则是未能使受害人的精神利益有所增加。现行法尚未承认这种精神损害赔偿,若承认,不啻为精神损害赔偿法制的革命。

(5) 惩罚性赔偿

滥觞于普通法的惩罚性赔偿模糊了私法责任与公法责任,突破了全部赔偿规则,是民法中的一个异数,故其适用范围取决于立法政策。它通常适用于故意侵权行为,偶尔亦适用于重大过失的侵权行为。违约责任通常不适用惩罚性赔偿。但是,至少在美国法上,若违约同时构成欺诈等侵权行为时,违约诉讼亦可适用惩罚性赔偿,^[52] 一些最著名的惩罚性赔偿案例就属于这种类型,如 *BMW of North America, Inc. V. Gore* 案。^[53]

我国在侵权与违约领域都存在惩罚性赔偿。前者如《侵权责任法》第 47 条、《食品安全法》第 96 条第 2 款、《关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》(法释[2013]28 号)第 15 条等;后者如《消费者权益保护法》第 55 条、《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释[2003]7 号)第 8、9 条及第 14 条第 2 款。但两者规范意旨不同,前者重在规制交易过程的欺诈行为,避免相对方合同预期利益的损失;后者重在防止缺陷产品对社会公众造成人身权损害,^[54] 故违约与侵权适用惩罚性赔偿的条件及惩罚幅度均有所差异。在责任竞合时,惩罚性赔偿金的适用情形为:

一是在产品造成重大人身伤亡或食品已经致损时,若销售者存在欺诈行为,此时成立责任竞合,在责任承担上也存在惩罚性赔偿规范的竞合。《侵权责任法》中的产品责任惩罚性赔偿以“造成他人死亡或者健康严重损害”为适用条件。《食品安全法》则未明确规定,实务界对此看法不同,^[55] 从法律文义解释,应采肯定说。此外,在食品领域,当事人有权选择适用《消费者权益保护法》或《食品生产安全法》,其实益是:前者将惩罚性赔偿的最低限额规定为 500 元,而很多食品价格的 10 倍未必超过 500 元。

二是在上述情形,销售者不存在欺诈行为的,不适用消费者权益保护法上的惩罚性赔偿。受害人提起违约之诉的,在司法实践中也难以获得侵权法上的惩罚性赔偿。但与前文分析违约精神损害赔偿的逻辑一样,在符合侵权法规定的惩罚性赔偿适用条件时,无论

[51] 参见谢鸿飞:《精神损害赔偿中的三个“关键词”》,《法商研究》2010 年第 6 期,第 13 页。

[52] Thomas C. Galligan Jr., *Contortions Along The Boundary Between Contracts And Torts*, 69 *Tul. L. Rev.* 457 (1994).

[53] 517 U. S. 559 (1996); 701 So. 2d 507 (Ala. 1997). 原告购买的新宝马车在运输途中,表面有所磨损,被告将其重新刷漆后按新车出售于原告。初审陪审团判决被告赔偿实际损失 4000 美元,惩罚性赔偿 400 万美元。二审法院将后者减少为 200 万美元。法院判决的理由主要是,多年来,宝马公司在北美都将修理费用占新车价值 3% 以内的瑕疵车辆,在修理后作为新车出售。

[54] 参看周江洪:《惩罚性赔偿责任的竞合与适用:〈侵权责任法〉第 47 条与〈食品安全法〉第 96 条第 2 款之适用关系》,《法学》2010 年第 4 期,第 109 页。

[55] 从“北大法宝”上的有限案例看,法院多认为需具备这一前提。如湖南益阳市赫山区人民法院(2013)赫法民一初字第 11 号;蚌埠市蚌山区人民法院(2012)蚌山民一初字第 00227 号。但《重庆市食品安全管理办法》第 67 条规定,销售不合格的食品但没有造成实际损害的,消费者可请求赔偿价款 5 倍价款的赔偿金。

以违约还是侵权为诉由,都可以适用法定的惩罚性赔偿。而且从经济分析角度看,惩罚性赔偿主要适用于加害人极有可能逃避责任的情形,^[56]可见,重要的不是区分惩罚性赔偿适用的诉由,而是适用的前提。

2. 其他区别

违约责任与侵权责任都存在限制赔偿的方法,如在责任承担环节,前者主要运用可预见规则,后者适用违法性、相当因果关系与危险归责等标准。在竞合情形,不同的限制手段对赔偿范围亦有影响,但这只能取决于个案情境判断,难以得出一般性结论。

诉讼时效也是各种责任竞合学说关注的重点,因为立法者基于某些证据的特性或其他政策考量规定了特殊时效。在我国法上,这类时效的数量不多,包括短期时效(如人身伤害、寄存财物被丢失或损毁的,为1年)和长期时效(如国际货物买卖合同,为4年)。^[57]故在竞合情形,时效适用也可能发生冲突,如基于国际货物买卖合同产生的产品责任,违约请求权的时效为4年,侵权请求权的时效为2年(财产权损害)或1年(人身权损害)。

综上,在我国法上,若改变司法实践中违约之诉不赔偿精神损害的错误做法,违约责任的赔偿范围就较侵权责任广。这也契合两种责任的功能预设:违约责任不仅使当事人恢复到缔约前的利益状态,而且还使其获得合同约定的利益。违约赔偿范围涵盖期待利益、信赖利益及返还利益,甚至在违约没有造成损失时,债权人也能获得赔偿。^[58]在约定惩罚性违约金时,赔偿额还可能超过实际损害。此外,在合同法承担保护功能后,违约责任不仅承担了传统的利益保护功能,还分担了侵权责任的权利保护功能。侵权责任则始终面临个人活动空间与他人权利保护的难题,其构成要件及赔偿范围都较违约责任严格。故有学者指出,责任竞合并没有实体法上的意义,依合同而非侵权处理对受害人并无不利,责任竞合与非竞合的区分仅在诉讼程序方面具有意义。^[59]当然,依现行法与司法实践,在精神损害赔偿与惩罚性赔偿方面,违约责任的保护程度不如侵权责任。

以上分析足可证明,侵权责任未必比违约责任的保护程度更强,侵权也未必比违约对社会造成的损害更大。斯密说:“违约是一切损害行为中最轻微的一种,因为我们倚靠我们自己所占有的东西,当然多于倚靠在别人手里的东西。一个被抢去五镑的人认为他所受到的损害比由于契约而失去五镑的损害大得多。”^[60]这更多诉诸权利被伤害时的个体情感经验,并无法理基础。此外,侵权法上的权利是社会共同生活中形成的、为社会共存的底限权利,且具有典型性与公开性,所以很容易认为,侵害权利比侵害利益对社会福利的减损更多,^[61]对公共秩序的影响更大。实际上,除故意侵权外,民事责任很难用社会危害性界定,违约与侵权的危害大小也难笼统定论。

[56] A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, Punitive Damages: An Economic Analysis, 111 *HARV. L. REV.* 869 (1998). 英美法支持惩罚性赔偿的另一理由为,民事诉讼对被告的保护不如刑事程序程度高。Robert D. Cooter, Punitive Damages, Social Norms and Economic Analysis, 60 *LAW & CONTEMP. PROBS.* 74 (1997).

[57] 在比较法上,竞合情形的特别时效多为违约短期时效。我国法对人身损害赔偿采短期时效,其合理性存疑。

[58] Melvin Aron Eisenberg, The Emergence of Dynamic Contract Law, 88 *Calif. L. Rev.* 1743 (2000).

[59] 参见张家勇:《论责任竞合的逻辑与经验》,载龙卫球、王文杰主编:《两岸民商法前沿》,中国法制出版社2013年版,第604页。

[60] [英]坎南编著:《亚当斯密关于法律警察岁入及军备的演讲》,陈福生、陈振骅译,商务印书馆1982年版,第149页。

[61] 参见简资修:《经济推理与法律》,北京大学出版社2006年版,第98页。

(三) 强化单一请求权的既有方案

在现行法框架下,主要受违约责任不能赔偿精神损害的影响,当事人无论选择何种诉由,都难以获得充分救济。为矫此弊,学界在实体法与程序法上都提出了解决方案。

实体法方案主要有两种:一是将竞合限于固有利益受损的情形,其不妥之处,前文已述。二是将两种责任的内容(不包括责任方式)合并或融合。请求权规范竞合说、全规范综合说的实质都是通过杂糅两种责任的赔偿项目、数量与限制赔偿的方法,将违约请求权与侵权请求权统合为一个请求权。

程序法方案解决的核心问题是诉讼标的与请求权的关系。最简单的方案是使当事人有权分别就不同的损害项目提起诉讼,但赔偿总额不得超过全部损害。^[62] 与责任竞合密切相关的新诉讼标的论中的“一分肢说”为实现一次性解决纠纷和统一诉讼标的的数量目的,以诉之声明为诉讼标的。但是它也无法解决违约与侵权请求权内容不同的难题。故学界或建议适用诉的客观合并制度,“基于对当事人处分权的尊重,基于切实保障当事人实体权利的需要”,加上对诉讼经济和矛盾裁判的权衡,应该认可甚至鼓励重叠合并。^[63] 或建议采取预备的诉的合并制度,或以事实或诉的声明为诉讼标的,将请求权降为当事人的攻防手段。^[64] 在比较法上,确实有一些国家采取类似方案,如西班牙司法实践允许受害人提起两项请求,或者选择一项请求权并将另一项请求权作为辅助请求权。未明确选择时,法院适用对其最有利的责任规范。^[65] 在我国司法实践中,若当事人未选择的或选择不明的,法院也通常从受害人利益最大化的角度,代受害人选择。^[66] 但法官代替当事人选择既违反了法院的中立地位,也有违辩论原则。

四 违约责任与侵权责任竞合理论的重构

(一) 竞合规则的价值权衡

两个责任规范可同时适用于同一不法行为时,逻辑上都应有评价资格。在竞合的各种学说中,只有法条竞合说与请求权自由竞合说几乎没有掺杂价值判断,其他各种竞合学说都依据特定价值选择决定两种责任规范群的适用。正如有学者指出,在债权人迟延时,受害人可以质疑:为何仅仅因为受害人的迟延就减轻加害人的侵权责任呢?^[67] 同样,加害人也可以质疑:同一侵权行为为何因为偶然构成违约行为就导致其责任可能被加重?显然,没有价值权衡是无法确定法条之间到底是排除关系还是补充关系的。

[62] 参见叶林:《违约责任及其比较研究》,中国人民大学出版社1997年版,第92页。

[63] 参见严仁群:《实体法:请慎入程序法之域——以民事责任竞合为例》,《法律科学》2010年第3期,第38页。

[64] 参见段厚省:《请求权竞合研究》,《法学评论》2005年第2期,第152页。

[65] Von Bar and Eric Clive(eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, 2009, p. 3123. 美国法的名案 *Alice Sullivan v. James H. O'Connor* (363 Mass. 579) 亦类似。

[66] 参见王利明:《侵权责任法与合同法的界分——以侵权责任法的扩张为视野》,《中国法学》2011年第3期,第66页。我国两个著名案例也肯定了这种做法,见《王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆赔偿纠纷案》(《最高人民法院公报》2001年第2期)和《李萍、龚念诉五月花公司人身伤害赔偿纠纷案》(《最高人民法院公报》2002年第2期)。

[67] Koziol, a. a. O. S. 106.

目前,主流竞合学说几乎都以保护债权人为依归,^[68]《合同法》第 122 条的立法意图亦如此。应该说,这与侵权法和合同法现代扩张的目的之一致,即强烈的受害人中心主义。在这些扩张中,立法者想象的潜在受害人其实是自然人,而且是自我保护能力差的、作为弱者的自然人。其结果是使合同法与侵权法都呈现了从“契约到身份”的特征,如消费者的反悔权与特定主体的安保义务,也使近代法假定的民事主体之间的角色互换性被动摇。从积极方面看,合同法确立保护义务与侵权法确立安保义务都是社会连带关系与共同体观念的要求,即不再把合同当事人或其他关系紧密的当事人视为对立的两极,而是被视为福祸攸关的利益共同体,且双方都是更高、更大的共同体(某行业、商界乃至整个社会)的一分子。

然而,古典合同法与侵权法最根本的价值都是“自由”。自 19 世纪以来,契约自由被视为开放、平等社会的最高准则,甚至还促进了“人类创造能力的释放”;^[69]侵权法则通过权利与利益的差序保护、过错、因果关系等责任成立要件和责任范围控制手段合理限缩责任,捍卫主体的行动自由和能动性,甚至因此被认为扶持和补贴了自由资本经济的发展。^[70]可见,两者都确认并巩固了现存财富和收入分配形式。

合同法中的交换正义与侵权法中的矫正正义,其践行结果可能都与社会达尔文主义如出一辙,偏离了特定社会、特定时期与特定文化观念对分配正义的底线要求。相反,合同法与侵权法如果在限制自由的道路上走得太远,也会产生同样的价值抉择难题。在古典与现代两种价值龃龉时,可以采纳的一个基本规则是:若法律没有明确将某种主体“角色化”(如消费者),双方就应视为抽象主体,利益配置不应偏向任何一方。因此,责任竞合价值衡量的核心有二:一是以利益均衡为原则,不能单方面强调救济受害人,使债权人在竞合时的地位优于债务人。准确地说,竞合理论的重点是如何使债权人获得其本应获得的损害赔偿,而非赋予债权人更多利益;加害人也不应因责任竞合而受双重不利评价。二是尊重具体责任规范体现的特殊利益考量,此时法律就可能偏向债权人或债务人。

(二) 竞合效力理论的新构成

基于上述价值分析,本文重构竞合效果论的基本思路是:其一,不再纠结于请求权的补强(保护债权人)或削弱(保护债务人),而是区分责任的一般规范与具体规范,辨析规范意旨以确定法律适用;其二,运行现行法资源,尽量消除两种请求权的差异甚至予以统合。

1. 新法条竞合说

依法条竞合说,一个行为符合多个法条的构成要件时,只有一个法条具有评价资格。法条竞合说源于法国,其基础是法国“大侵权,小合同”调整模式,即侵权法平等保护权利与利益。依此,合同法是侵权法的特别法,当事人之间存在合同关系时,即排除侵权法的适用。它与刑法竞合说的依据都是法条之间的逻辑关系,即只有当两个法条之间存在包

[68] 德国最高法院在 1976 年的一个判决典型体现了这一思路:对任何一个损害赔偿请求,受害人都享有选择以何种基础提起诉讼的自由。BGHZ 66 359.

[69] J. Willard Hurst, *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth-Century United States*, University of Wisconsin Press, 1956.

[70] 参见[美]霍维茨:《美国法律的变迁:1780-1860》,谢鸿飞译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 383 页;徐爱国:《解读侵权法的政治理论》,《中外法学》2009 年第 3 期,第 329 页。

容关系或交叉关系时,才可能存在竞合;为对立关系时,不存在竞合。^[71]

但是,在大多数大陆法系国家(包括我国),违约责任与侵权责任是对峙关系,并没有逻辑包含关系。本文提倡的新法条竞合说即依此为前提,它并非以法条之间的逻辑关系而是以法律的规范目的为基础,来决定法律规范的评价资格和适用关系。这是它与法国法条竞合说的关键区别。竞合问题的核心也就转化成了寻求契合比例原则(当事人利益均衡与公共利益)、合目的性(立法目的、合同目的、司法效率等)、关注交易形态与当事人关系的评价方式。从法律规范意旨出发,竞合时的法律适用分为适用合同法和适用侵权法两种情形,前者为原则,后者为例外。

(1) 适用合同法的情形

在竞合情形,原则上应首先适用且仅适用合同法规范,其根由在于私法自治:违约责任的内容取决于合同的效力和实质内容,最终都由当事人的合意认定。尽管违约责任很大程度上也依赖法定规则,但它们不过是对当事人意志的拟制,并无僭越当事人意志的目的。在当事人约定了违约金,或增强、减弱了侵权法上注意义务时,适用违约责任更能体现契约自由精神。故有学者警醒:合同之诉若由侵权之诉取代,可能消灭契约自由。^[72]

适用违约责任还可以顺畅解决竞合时合同特殊约款的法律适用难题。一是免责约款。合同存在免责约款时,是否亦影响侵权责任成立?二是约定管辖条款和仲裁条款。合同约定了管辖法院或仲裁条款时,一方选择侵权诉讼的,这些约款是否具有拘束力?适用违约责任自然就不存在任何争议。

适用违约责任还较好地平衡了双方利益。首先,它完全可以实现《合同法》第122条保障债权人的立法目的。除前述违约损害的赔偿范围有利于受害人之外,在我国法上,违约责任相对于侵权责任更容易成立,^[73]因为违约责任的成立主要以约定为准(故违约责任采何种归责原则意义不大);违约责任范围也相对容易举证,债权人可以通过信赖利益、返还利益等确定性利益,代替确定性相对较差的履行利益的赔偿。其次,债务人的负担并没有因此被加重,因为合同债务是其自愿承担的,况且其责任范围还受可预见规则的限制。^[74]

(2) 适用侵权法的情形

竞合时适用侵权责任的情形可归结为两种:

一是侵权法或特别法已明确将某种违约行为规定为侵权行为类型。主要见于医疗责任与产品责任,兹以医疗合同说明其合理性:其一,其内容几乎为法定,当事人甚少约定甚至往往不订立书面合同。此时,医疗侵权责任规范相当于设定了当事人权利义务关系。其二,法定内容是立法者对医患双方利益的平衡。在比较法上,法国法确立了医疗损害法定责任,抛弃了传统的合同责任,其出发点即医疗服务合同的特殊性,如医患关系具有相

[71] 参见马克昌主编:《刑法学》,高等教育出版社2007年版,第177页;张明楷:《法条竞合中特别关系的确定和处理》,《法学家》2011年第1期,第29页。

[72] Lon L. Fuller, Consideration and Form, 41 *Column. L. Rev.* 799 (1941); Thomas C. Galligan Jr., Contortions along the Boundary between Contracts and Torts, 69 *Tul. L. Rev.* 457 (1994).

[73] 参见崔建远主编:《合同法》(第5版),法律出版社2010年版,第308页。

[74] 期待利益和固有利益的赔偿均受可预见规则的限制。虽然固有利益既可能与对价有关(如具有保护目的的合同),也可能无关(如违反法定保护义务),但《合同法》并没有排除可预见规则对其适用。

当程度的伦理性、患者同意诊疗行为并非同意医疗合同、医疗合同涉及人类自身等。^[75]

二是侵权赔偿有法定最高限额的情形。对某些危险责任和运输过程中发生的损害,我国现行法规定了最高赔偿限额,为实现其规范目的,自然不能适用违约责任。《民用航空法》第131条甚至明确规定,因航空运输致损的诉讼,不论其根据如何,都应统一适用法定的责任成立要件与和赔偿责任限额。

适用侵权法规则时亦需关注当事人的合同约定。首先,当事人依据《合同法》第53条约定的免责条款不能适用于产品责任。因为允许合同免除一般过失造成的财产损害赔偿,无疑违反了产品责任法律规范的意旨。反之,若合同约定的责任成立要件低于法定条件,或责任范围大于法定范围的,通常应认定为有效。如合同排除了产品责任法定免责事由,或医疗合同约定保证实现某种疗效。这是因为:一方面,侵权责任是法定的底限责任标准,适用当事人约定的更高标准不会损害社会整体福利;另一方面,产品责任与医疗责任的归责基础虽然不同,但债务人均为商主体或医疗机构,其承担更高标准的保护义务是以获得更多对价为前提的,而且还可以通过保险等机制来分摊风险。

最后,在适用侵权法时,因侵权责任不包括返还利益,对债权人保护确实不周。可以考虑的方式是借鉴《侵权责任法》在产品责任中纳入产品自伤损失的做法,在侵权赔偿中普遍纳入手术费用等返还利益,以使受害人获得合理的救济,减少诉讼难题。

2. 统一的民事责任

按照新法条竞合说,唯一遗留的问题是除损害赔偿之外的其他责任方式是否也可发生竞合:在违约请求权中是否可主张恢复名誉(如经纪人为博眼球,捏造并扩散艺人的绯闻时)或停止侵害(如超出合同约定范围使用他人的知识产权)?在侵权请求权中是否可以主张退货这种责任方式(如新车因刹车缺陷致人身损害,汽车依然有价值)?

通说认为,责任竞合限于损害赔偿,其他责任形式不存在竞合,如停止侵害、恢复名誉等就是侵权责任特有的方式。^[76]但这种见解会造成一个难题:债权人选择违约请求权时,无法主张赔礼道歉等侵权责任方式;若主张,就必然再次提起诉讼,从而引发诉讼标的的确定与“一事不再理”的难题。

《民法通则》中的“民事责任”制度可以有效化解这一难题。它统一规定了10种责任方式,采取的是“权利——义务——责任”思路。^[77]它关注的是损害的性质与类型,而非损害发生的原因。在责任竞合情形,不法行为只有一个,受损法益也只有一个(即使同时造成了人身与财产损失,也是“一个法益”),因此,现行竞合规则历来最受诟病之处就是将同一损害纳入不同法律范畴进行法律评价,并得出不同法律后果。相反,依据民事责任制度,无论责任的基础是违约还是侵权,法律上的损害一旦构成,债权人就可以主张任何

[75] 参见叶名怡:《医疗合同责任理论的衰落:以法国法的演变为分析对象》,《甘肃政法学院学报》2012年第6期,第57页。但德国在修法后,医疗纠纷的重心从侵权行为法转向为契约法,可能是因为德国医疗责任法主要为法官法。参见黄立:《德国民法修正后医疗纠纷的现况分析》,《人大法律评论》2011年第1期,第193页。

[76] 参见张民、崔建远:《责任竞合的“收”与“放”:我国〈合同法〉第122条的理解与适用》,《国家检察官学院学报》2011年第5期,第147页。

[77] 参见魏振瀛:《〈民法通则〉规定的民事责任——从物权法到民法典的规定》,《现代法学》2006年第3期,第45页。然而,其后的民事立法并没有尊奉这一思路,引发了物权请求权与侵权请求权关系等难题。法国民法的改革方向反而是统一的民事责任制度,颇值深思。

适合弥补或预防损害的责任方式。所以,违约责任可以适用赔礼道歉,甚至主张停止侵害与排除妨碍等责任形式。侵权责任亦不妨包括退货方式。

统一民事责任制度还可以解决竞合时的特殊赔偿问题,如精神损害赔偿与惩罚性赔偿。在出现符合法律规定应予赔偿的精神损害或满足惩罚性赔偿的法定要件时,无论基于何种诉由,损害对应的救济都不应有任何差别。同理,特别时效针对的损害发生后,无论基于何种诉由,都应一体适用。

但是,统一民事责任制度只是在责任承担方面淡化了违约责任与侵权责任的差异,并不影响责任的成立。晚近以来,诸多学者建议,不仅在责任承担方面淡化违约责任与侵权责任(如诉讼时效、举证责任、精神损害赔偿),而且在责任成立方面也淡化两者的差异(如履行辅助人)。^[78] 甚或不再区分两者责任,而以责任是否源于自由意志为标准,改采“给付责任”与“损害赔偿责任”。^[79] 上述思路的合理性在于,合同义务中合意因素的淡化与信赖因素的加强使合同义务与侵权义务的界限日益模糊,民事义务的统一是大势所趋。^[80]

违约责任与侵权责任在构成要件上的核心差异是保护客体。但是,这一区分是历史形成的,并非逻辑的必然,法国法与德国法的差异就是明证。由于两者责任均以“勿害他人”为最高理念,^[81] 如果可以通过保护客体以外的控制机制使两种责任的范围合理,那么,消除两者保护客体的差异,尤其是将侵权责任的客体若扩大为包括所有利益,并非不可能。实际上,德国侵权法扩张的一个主要面向就是纳入对利益的保护。晚近以来,德国理论还充分发掘安保义务的利益保护功能,尤其是对不实资讯受害人的保护,^[82] 甚至将违反这类安保义务的侵权行为,上升为德国既有的三种侵权类型之外的新类型。^[83] 受法国法影响的学者更进一步主张,侵权责任法应发挥“保护契约外利益”的规范功能,同时使损害、过失、因果关系等具有开放性与可塑性的侵权行为成立要件,扮演其应有的控制角色。^[84]

然而,我国采纳这种观念无异于重塑合同法和侵权法的体系与根基。以缔约过失责任为例。如果侵权法平等保护权利与利益,那么缔约过失责任完全可以纳入侵权责任。^[85] 正是因为侵权责任无法保护耶林式缔约过失责任(契约不成立或存在效力瑕疵)中的利益损失,合同法才有专门规定缔约过失责任的必要。此外,在法官自由裁量权尚难有效控制时,它还可能使侵权责任失控,戕害行动自由。因为它使“损害”这一关键侵权成立要件完全丧失了判断资格,而主要通过极具弹性的“违法性”要件来控制侵权责任。

[78] V. Bar, Vertragliche Schadenersatzpflichten ohne Vertrag?, JuS 637 (1982).

[79] Picker, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo, AcP 183 (1983).

[80] 参见张民安:《过错侵权责任制度研究》,中国政法大学出版社2002年版,第162页。

[81] Picker, a. a. O.

[82] Von Bar, Verkehrspflichten; richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, Carl Heymanns Verlag KG 1980, 49ff.

[83] Merten, Culpa in contrahendo beim zustande gekommenen Kaufvertrag nach der Schuldrechtsreform, 203 AcP (2003).

[84] 参见陈忠五:《契约责任与侵权责任的保护客体:“权利”与“利益”区别正当性的再反思》,北京大学出版社2013年版,第190页、第200页。

[85] 缔约过失责任的固有功能之一就是为侵权法不予保护的利益提供保护机制。Brox, Allgemeines Schuldrecht, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 27 Aufl., 2000, S. 42.

合同与侵权作为民法学的基本范畴,自然应当是“我们的仆人,而不是主人”。^[86] 它们并不仅仅是观念范畴,也对应着人类社会行为的基本结构,其区分依然相对清晰。因此,统一的民事责任应仅限于责任方式上淡化或者取消违约与侵权的差异,而非根本统一违约与侵权。

(三) 消除责任竞合?

前文努力的方向是竞合的效果论。在构成论上,值得思考的问题是:竞合是否应当消除?是否可以消除?

竞合的根源在于立法者的有限理性与社会生活复杂性这一永远无法克服的冲突。民法规范以立法者提炼与抽象的典型生活事实为基础和原型,之后,现实生活中的各种复杂互动关系、具体情境被转化为“观念指导形象”或“构成要件”,并产生被褒扬、中立、拒斥或惩罚等不同的法律评价。在经过这一理性作业后,针对不同生活事实的法律规范本不应重合或交叉,而应呈现出井然有序的状态。因此,竞合的出现并非法律技术醇熟、理论高深精致的象征,相反,它意味着立法者运用纯粹理性剪裁实践理性的失败,是传统概念法学难以解释和容忍的。由于不同构成要件对应于不同的法律效力,竞合必然弱化法律的形式理性功能,冲淡其可预见性,遑论它引发的诸多法律适用难题。故,竞合并非值得追求,而是应予限制的法律现象。

排除责任竞合最简单的一种方案是,将违反合同法中的保护义务一分为二:造成财产损害的,适用违约责任;造成人身损害的,适用侵权责任。^[87] 但将违反保护义务的后果割裂为两种责任,显然不妥。与此类似的思路是将合同法中的保护义务移至侵权法,将其作为安保义务的一种。这也面临一些难题:一是割裂合同法上的保护义务。按这种思路,合同法依然要纳入与给付义务有关的保护义务,与给付无关的保护义务才纳入侵权法。而且,在合同法的保护功能已根深蒂固时,这种反向运动恐难被接受。二是无法规范违反保护义务的合同解除。违反保护义务导致受害人无法期待合同继续履行时,合同可被解除,^[88] 侵权法显然不适合规定这一问题。

值得注意的是卡纳里斯等人力倡的“第三条道路”,它以统一的法定保护义务为基础,涵盖了缔约过失责任、积极侵害债权及附保护第三人作用契约等制度。这种义务最大的特征是不以合同约定的给付义务为基础,而是“无原给付义务的债”(拉伦茨主张)或“没有合同关系的合同损害赔偿义务”(冯·巴尔主张)。其来源既非当事人之间的合同,亦非侵权法上的行为规范。若不简单地诉诸诚实信用原则衍生的“法定义务”或牵强附会的“拟制的当事人意思”,其合法性论证就必然成为理论焦点。现有理论均以合同当事人之间的“特别拘束关系”为出发点,具体路径又可分为客观说与主观说两种:前者将其归结于当事人之间的客观社会接触行为,后者将其归于信赖。但两者的共同点似乎在于都主张合同双方的注意义务强于侵权法上的注意义务。^[89]

[86] William Bishop, *The Contract-Tort Boundary and the Economics of Insurance*, 12 *J. LEGAL STUD.* 241 (1983).

[87] Saul Litvinoff, *Contract, Delict, Morals, and Law*, 45 *Loy. L. Rev.* 47 (1999).

[88] 参见刘毅强:《附随义务侵害与合同解除问题研究——以德国民法典第324条为参照》,《东方法学》2012年第3期,第87页。

[89] Loser, *Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht*, StSmpfli Verlag, 2006, 693ff.

但是,侵权法上的注意义务也源于当事人之间的接触和信赖。任何人在社会交往中都会相信自己主动或被动接触的人不会伤害自己,如司机信赖其他司机会遵守交通规则,不过这种信赖是对法律与制度的抽象信任,因合同而接触的当事人之间则存在对相对人的具体信任,甚至是对其人品与技能的信任(如委托合同等)。尽管基于合同的注意义务在很多场合都强于侵权注意义务,然而据此得出一般性结论可能也不尽周密。如行为制造和维持了高度危险或损害概率很高的危险,则其对“邻人”的侵权注意义务程度并不比合同当事人低。相反,缔约当事人之间保护义务是否产生及其强度,也取决于双方的接触频度与危险的强度。

事实上,保护义务更接近合同法上的义务。它源于当事人的自愿接触以及自愿向对方开放其权益领域,其首要功能是排除了自甘冒险规则的适用:当事人并非因其接触危险是自愿的,就导致其固有利益不受保护。其必要性则源于社会生活经验:当事人在缔约接触、合同履行及履行完成后的一定阶段,会随着交往强度与频度的增加逐渐向对方开启权利领域,如为缔结或履行买卖合同而进入相对人控制的区域、并购谈判时向对方提供公司商业秘密。在这些过程中,当事人不得不使自己的权益受对方的行为、对方控制的他人行为与危险物的支配,其自我保护的能力可能因信赖或因进入自己无法支配的领域而减弱,当事人自我保护能力平等的假设就被破坏。违约与侵权的本质差别在于当事人之间有无合意,^[90]而不在于当事人之间是否系陌生人,侵权法之所以通常不保护利益,就是因为侵权当事人之间的接触并非自愿。相反,合同法保护“耶林式”的缔约过失责任中的利益损失,其根由是当事人之间的自愿接触,相应地,当事人也可约定排除这种缔约过失责任,即非因故意或重大过失导致契约不成立或效力瑕疵造成的利益损失。综上,保护义务完全可纳入合同法,这既契合现代合同法义务扩张的潮流,也符合“若无必要,勿增实体”的法理学理论建构规则。

五 结 论

违约责任与侵权责任的竞合发生在违约行为侵害固有利益的场合,无论是否同时侵害履行利益,均构成竞合。合同法与侵权法的扩张也可能产生责任竞合的新形态,如侵权责任保护某些合同利益时,即使违约行为未侵害固有利益,也可能构成责任竞合。

责任竞合规则的设计不应偏向任何一方当事人,而是要依循责任规范的目的,使债权人获得其应当获得的赔偿,亦使债务人不受双重不利评价。为实现这一目的,我国完全可以采新法条竞合论,探寻责任规范的意旨,对同一行为进行充分法律评价,既不评价过剩,也不评价不足。竞合情形通常应采“合同优先”原则,适用合同法规规范群,这尊重了当事人对未来风险与利益的安排,符合私法自治的要求。侵权法或其他特别法规定了某类合同关系产生的侵权责任时,应适用侵权责任。除了损害赔偿以外,其他责任方式也可以发

[90] 当事人对财产移转不能达成合意时,就无法采取合同方式流转财产(财产规则),而只能通过侵权方式取得(责任规则)。责任规则适用的前提是法官可以准确对财产进行定价。Calabresi & Melamed, Property Rule, Liability Rule, and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 *Harv. L. Rev.* 1089 (1972).

生竞合。责任方式的适用不应依据责任成立的原因,而应依据损害的性质。既然《合同法》已规定了保护义务,人身损害与精神损害就都可以在违约之诉中获得赔偿,否则就否认了合同法的保护功能。司法实践中违约之诉不包括精神损害赔偿的错误亟需纠正。为保障债权人获得合理赔偿,竞合时的侵权赔偿也应纳入返还利益,《侵权责任法》纳入产品自伤损失不仅具有合理性,而且可予推广。《合同法》第 122 条及相关司法解释采请求权竞合说,不仅难以实现其最大程度保护受害人利益的立法目的,而且忽视了合同法与侵权法具体规范的意旨。在解释论上,可将该条中的“有权选择”理解为当事人可以不选择何种请求权,而只需提出损害事实即可。在立法论上,这些竞合规范应予废除。

刑法学上卷帙浩繁的法条竞合与想象竞合理论,民法学中同样乱花迷人的责任竞合学说,似乎都表明竞合理论是最令人沉迷的法学难题之一。但令人遗憾的是,竞合本身毋宁是立法者理性建构局限的证明,而非概念法学辉煌成就的象征。概念法学追求的或许恰好是这种学术气象,因为它试图通过繁复的理论构成来确保法律适用的安定性。这种手段一目的因果链条的达成,需要满足两个假设:一是既有的理论是公理,后续的复杂演绎才可能有同一根基;二是简单的理论或规则的弹性都极大。也许值得警醒的是,现代民法的发展似乎不断在提示我们——这些假设未必成立。

[**Abstract**] As a result of “contortion” of contract law and tort law, concurrence of claims arising from breach of contract and tort has gradually become a common legal phenomenon. Current theories of concurrence have not only failed to sufficiently meet the requirements of systematical approach of civil law, but also led to the predicament of dual application of both substantive and procedural law in practice. The theory of concurrence should be differentiated at the two levels of the doctrine of construction of liability and the doctrine of legal effects and, accordingly, concurrence can be divided into two basic patterns of breach of the duty of performance and breach of the duty of protection. The new non-cumul rule should be adopted for the application of laws governing concurrence, i. e. the question of whether to apply contract law or tort law should be determined not by the logical relationship between legal norms, but by the purpose of legal norms. Meanwhile, concurrence of liabilities than other compensation should be solved in accordance with the uniform system of civil liabilities provided in the General Provisions on Civil Law. While reduction of concurrence is a worthwhile objective of legislation, it can be realized only through total elimination of the protective function of contract law. The right of choice granted to the parties by Art. 122 of the Chinese Contract Law not only fails to fully realize the legislative purpose of sufficiently protecting creditors, but also renders unfeasible the legal allocation of interests for some types of tort liability. As such, it should be restricted in legal application, and revoked in the future amendment of the law.

(责任编辑:姚 佳)