

论侵权行为法的独立成编

王利明

侵权行为法是有关对侵权行为的制裁以及对侵权损害后果予以补救的民事法律规范的总称。在当前我国民法典的制定过程中，对于侵权法在民法典中的地位，以及如何构建民法典的体系等，引起学者极大的争论。目前主要有赞成侵权行为法独立成编与反对侵权行为法独立成编的两种观点。从大陆法系的传统来看，一直将侵权行为法作为债法的一部分而将其归属于债法之中。此种模式的合理性极少受到学者的怀疑并一直被赋予其高度评价^①。但我认为，现代社会发展及民主法制建设的需要，已使侵权行为法所保障的权益范围不断拓展，其在传统债法体系中所负载的功能显然已不足以适应时代的需求。因此，侵权行为法应当从债法体系中分离出来而成为民法体系中独立的一支。侵权行为法的独立成编是完善我国民法体系的重要步骤，也是侵权行为法得以不断完善发展的重要条件。鉴于侵权行为法独立成编涉及到民法典如何编纂、体系如何构建等诸多民法理论与实践问题，本文拟对该问题谈几点看法。

王泽鉴教授在评价债法体系时，认为“在大陆法系，尤其是在素重体系化及抽象化之德国法，历经长期的发展，终于获致此项私法上之基本概念。实为法学之高度成就。”载王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第四册），中国政法大学出版社1998年版，第87页。

一、侵权法独立成编的理由之一 —— 大陆法的债法体系虽然注重了各种债的关系的共性，但忽略了各种债的关系的个性

传统民法中的债法体系是基于债的各种发生原因（合同、侵权行为、不当得利、无因管理）建立起来的，债法规范的对象为债之关系（Schuldverhältnis）。由于上述各种债的发生原因都在形式上产生相同的法律效果，即一方当事人可以向另一方当事人为特定的行为，此种特定人之间可以请求特定行为的法律关系，就是债的关系。^① 王泽鉴先生指出：“债之关系为现代社会最复杂之关系；民法债编设有严密之规定，为债之关系之一般原则，适用于任何债之关系，具有模式性（modelcharakter）。”^②

基于债的发生原因建立债法体系，按照许多学者的理解，其最突出的优点表现在此种模式为各种债确立了适用的一般规则，如民法关于债的担保可以适用于侵权损害赔偿之债。杨立新指出：“把侵权行为仅仅规定为民事责任，立法者的意图是强调国家强制力的保障，加重民事责任的强制意义，但是，实际的后果却使侵权行为丧失了其他的债权保证形式，削弱了对侵权受害人债权的法律保护，这可以说是在立法之初所始料不及的。”^③ 这些观点都旨在强调侵权损害赔偿之债等债的关系对债的一般规则的依存性。这一体系因其是高度抽象化的产物，因此也为长于三段式的思想模式的大陆法系民法学家所青睐。^④

然而，债的发生原因是纷纭复杂的，产生债的法律事实，“或源于人之行为，或源于与人之行为无关之自然事件。人之行为得为债之关系者，或为法律行为，或为违法行为，或为事实行为”。^⑤ 在大陆法所列举的庞杂的债的关系中，尚未包括大量的法律尚未规定的无名合同和无名债。各种债的关系几乎囊括绝大多数民事关系，从而使债的体系表面上看富有逻辑性，实际上是极为杂乱的，正如邱聪智所指出的：“民法债编所涉事项既然繁多、类

① 参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第四册），中国政法大学出版社 1998 年版，第 85 页。

② 参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第四册），中国政法大学出版社 1998 年版，第 127 页。

杨立新：《侵权特别法通论》，吉林人民出版社 1992 年版，第 21 页。

④ 参见张新宝：《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社 1995 年版，第 5 页。

⑤ 邱聪智：《债各之构成及定位》载《辅仁法学》第 11 期，第 105 页。

型亦杂，则不同事项、类型之间，难免常有同异互呈之情形。”^①在这样的体系中，“侵权行为法都未被视为一个独立的法学领域，而几乎总是被作为债权法论著或课程的一部分，这一点颇让普通法律师感到惊奇。”^②从法律上看，这一体系是不无缺陷的。

大陆法的债法体系虽然注重了各种债的关系的共性，但忽略了各种债的关系的个性。严格地说，各种债的共性主要体现在各种债都是发生在特定人之间的请求关系这一共性上。王泽鉴先生曾将其称为“形式的共同性”。但由于各种债或基于法定或基于约定产生，或基于违法行为产生，在很多方面表现出来的个性往往大于其共性。就侵权损害赔偿之债与合同之债相比较，两者存在着明显的区别：因为合同行为是商品交易的法律形式，是法律所鼓励的合法行为，只有促进合法的交易行为充分发展，才能促进市场经济的繁荣和社会财富的增长。由此决定了合同法的目的在于保障交易关系，鼓励交易行为，保护交易当事人的合法权益。尤其是合同法应当充分贯彻合同自由原则，赋予交易当事人在合同的订立、履行、变更、转让、补救方式的选择等方面的广泛的行为自由，从而充分尊重当事人的意志，只要合同内容不违反法律禁止规定及所谓“公序良俗”，法律便承认合同的效力^③。而侵权行为则是侵害他人财产、人身的行为，是法律所禁止的行为，侵权行为虽可产生债的关系，但此种债务与合同当事人自愿设立之债关系是完全不同的。在侵权行为发生之后，行为人负有对受害人作出赔偿的义务，但损害赔偿也是行为人对国家所负有的责任，行为人是否愿承担责任和在多大范围内承担此种责任，不以行为人的意志为转移。因此，侵权法体现了强行性的特点。尤其应当看到，由于侵权责任关系由侵权法调整，而合同法调整的乃是交易关系，从而决定了两法在责任的归责方式、构成要件、责任主体、举证责任、责任方式、诉讼时效、免责条件等方面的规定上是各不相同的。因此，当某一种民事违法行为发生以后，行为人依据合同法承担违约责任，或依据侵权法承担侵权责任，在责任后果上是不同的。由此可见，侵权行为“与合同在性质、特点和适用法律上个性大于共性，同‘债’概括在一起，并没有严格的科学性”。^④

① 邱聪智：《债各之构成及定位》，载《辅仁法学》第11期，第105页。

② 罗伯特·霍恩等著：《德国商法导论》，第161页。

③ 参见王家福等：《合同法》中国社会科学出版社1986年版，第14页。

④ 王作堂等：《民法教程》北京大学出版社1983年版，第14页。

传统的债法体系主要是以合同法为中心建立起来的，一部债法主要就是合同法，侵权的规范寥寥无几。债法中，侵权法的规范与合同法的规范极不成比例，内容本来极为丰富的侵权法完全被大量的甚至以上千个条文表现出的合同法规范所淹没。因此，学者在表述债法的特点时，实际上都是在表述合同法而非侵权法的特性。例如，郑玉波认为，债法为财产法、任意法、交易法。^①而邱聪智则认为，“债法为直接规范财产创造活动之法律规范”。^②这些表述都不无道理，但都是对合同法特点的概括，它们不能反映侵权法的特性。相反，侵权法的特性与此完全不同。一方面，侵权法并不是规范交易关系的法律，也不是创造财富的法律，而是规范侵权责任关系，保护财产的法律，侵权法正是通过为财产受到损害的受害人提供补救，从而使其所受损害尽快得到恢复。所以，法国学者 Tony Weir 指出，侵权之债的规则主要起到保护财富的作用，合同之债的规则应具有创造财富的功能。^③我国学者沈达明也认为，侵权行为法旨在保护财产，并不创造财产，而合同法给与债权人的保护将成为财产，因此合同法所处理的是财富的创造。^④另一方面，侵权法并不是任意法，由于侵权法所规定的责任并非不法行为人自愿承受的，而是法律规定的侵害人必须对国家所负有的责任，所以侵权法的规定是强行性规范，同时，侵权行为法规定了各种债权行为，只有符合法律的规定，才可以提起侵权之诉。如果完全将侵权法当作任意法不仅不符合侵权法的性质，而且忽视国家对侵权责任关系的干预而使侵权法迷失发展方向，侵权纠纷在实践中也难以得到正确处理。^⑤由此可见，完全以合同法的属性来解释债法的规则恰恰表明了侵权法在债法体系中并未找到适当的位置。将各种不同性质的债的关系都置于债法的调整范围之内，至少存在如下缺陷：债的内容过于杂乱，不能使债法找到明确的、特定的规范对象。如前所述，债法体系设计的根据在于各种债的关系应置于债法的调整之中。此种理论注重了形式的共同性却忽略了实质的共同性，因而各种债的关系作为社会关系的法律表现形式，因社会关系的复杂性使债之关系也呈现出纷纭复杂的状态。

债的一般规则主要适用于合同之债，并不能完全适用于侵权及其他债的

① 参见郑玉波：《民法债编总论》，台湾地区三民书局 1993年版，第 125页。

② 邱聪智：《债各之构成及定位》载《辅仁法学》第 11期，第 105页。

③ International Encyclopedia of Comparative Law III, Chapter 1. p1-2. III Chapter 12 p6.

④ 沈达明：《英美合同法引论》对外贸易教育出版社 1993 年版，第 88 页。

⑤ 王家福等：《合同法》中国社会科学出版社 1995 年版，第 15 页。

形式。毫无疑问，债的某些一般规则是可以适用于侵权之债的，如有关连带之债，按份之债的规定可以适用于侵权责任，担保之债也可以适用于侵权损害赔偿之债。^①当然，这并不是说要否定债的概念，只是说由债法囊括各种债的关系并不具有充分的合理性。尤其是由于债法内容只注重反映了合同法的规则，而忽略了侵权法完整性，并使侵权行为法的发展状况难以得到反映。例如，德国在民法典之外制定了大量的有关侵权行为责任的单行法规，许多重要规则难以包括在债法之中，从立法技术上看并不妥当^②。从性质上分析，合同行为是合法行为，侵权行为是违法行为。从立法目的来看，由于合同是合法的行为，所以合同法的目的在于鼓励这种合法行为，加速社会财富的流转；由于侵权行为是违法行为，侵权法主要是预防、制裁这种违法行为，保护人身和财产权益。概而言之，合同法的目的是鼓励交易、增加财富，侵权法的目的是保护权利、稳定财产关系。事实上，债的一般规则主要适用于合同之债，并不能完全适用于侵权及其他债的形式。毫无疑问，债的某些一般规则是可以适用于侵权之债的，如有关连带之债、按份之债的规定可以适用于侵权责任，担保之债也可以适用于侵权损害赔偿之债。然而，大量的债的一般规则，是针对交易关系设定的，不能直接适用于侵权责任关系。具体表现在：

(1) 侵权法归入债法的一个重要原因是侵权行为产生侵权损害赔偿之债，可以适用债的一般规则，但是这种做法却忽视了侵权责任与合同法中违约责任的不同。违约责任允许缔约方自行约定，侵权责任则禁止当事人自行约定。从性质上看，一般债务关系主要具有补偿性，一般不具有惩罚性。对于侵权损害赔偿而言，因其不仅包括财产损害赔偿和人身伤害的赔偿，而且在受害人因他人侵害人格权而蒙受精神损害的情况下，可以通过侵权之诉来获得救济，所以，侵权损害赔偿不仅具有补偿性，而且具有制裁性。

(2) 违约责任赔偿范围由法律规定的可预见标准进行限制，违约方在缔结合同时可以预见或应当预见违约造成损失的范围内进行赔偿。这样规定的原因在于合同本质是交易关系的反映，允许缔约方自行约定违约责任，可以使缔约方对风险与责任进行合理预测，尽量降低风险，鼓励交易。对于侵权损害赔偿来说，则没有赔偿范围的明确限定，只要因侵权行为造成受害人的财产损失、人身伤亡、精神损害，都应由侵权行为人负责赔偿。因此，“契

① 参见杨立新：《侵权特别法通论》，吉林人民出版社 1992 年版，第 20 页。

② 格·霍洛赫：《德国债法改革的现状及评析》载《中德经济法研究年刊》，1993 年。

约法上的赔偿有别于侵权法上的赔偿。法律不要求违反契约者对其违约行为的所有后果负责，而侵权者都必须对其行为的一切后果承担责任”。^①

(3) 一般的债务可以抵销，侵权责任则不能抵销，如果允许抵销侵权之债，就意味着法律确认了债务人所实施的侵害他人财产和人身的行为具有合法性，这显然与侵权行为的违法性质是根本不符的。

(4) 违约责任可以代位行使和转让，这有利于鼓励流通，刺激财富增长；因侵权行为所生的债权是否可以转让和代位行使，应作具体分析。对于因侵害财产权所生的债权来说，此种责任的转让并不违反法律和公序良俗，所以有一些国家的法律对此作出了肯定^②。而对于侵害人格的损害赔偿，特别是精神损害赔偿，法律应禁止其代位行使和转让。

(5) 关于免责条款的设定。对合同债务而言，当事人可以在合同中约定免责条款以限制或免除未来的合同责任，这是其合同自由的组成部分。然而对侵权责任来说，当事人不得随意设立免责条款而免除其故意或重大过失造成人身伤害的责任。合同法第 53 条第 1 款规定，造成对方人身伤害的，免责条款无效。本条立法的一个重要理由就是更有利于保护消费者，体现民法对社会弱者的关爱。

(6) 关于经济利益对责任的影响。由于合同关系乃是交易关系，因此合同义务的确定和违约责任的认定要考虑到当事人之间的利益关系。例如，无偿保管人的注意义务显然要轻于有偿保管人的注意义务；如因保管人的过失导致委托人财产遭受损害，确定责任要考虑利益关系。而对于侵权责任的认定和赔偿范围的确定来说，不能考虑各种利益关系。

有学者认为，侵权责任本质上仍然是债的关系，将债的关系放入责任领域。例如，损害赔偿是典型的债的关系，也是债的表现形式，其他责任形式在实践中适用的并不太多，最常适用的仍然是损害赔偿，在市场经济条件下，能够给受害人提供最充分补救的也是损害赔偿。因为责任是一种国家干预，这样就强化了国家对民事领域的干预，不能充分体现私法自治。笔者认

① [美] 格兰特·吉尔莫：《契约的死亡》，载《民商法论丛》（第 3 卷）。法律出版社 1997 年版，第 207 页。

② 各国民法大都规定，因故意、重大过失的侵权行为所产生的债务不得抵销。如德国民法典第 393 条规定：“因故意侵权行为而产生的债权不得抵销。”

③ 德国 1926 年 1 月 9 日的《帝国保险条例》第 1542 条第 1 项规定了财产损害赔偿的法定移转。参见上海社会科学院所译：《德意志联邦共和国民法典》第 218 页。

为，首先，民事责任本质上不同于刑事责任和行政责任，在追究民事责任的全过程中，当事人有处分权，是否提起民事诉讼，变更或放弃诉讼请求，是否要求强制执行都是由受害人决定的，因此，这种责任形式实质上只不过是国家权力对当事人意思的辅助和保护，它与我们通常所言的国家通过强制性手段进行的干预完全是两回事。

二、侵权法独立成编的理由之二——侵权损害赔偿责任不足以 为各种侵权行为的受害人提供充分的救济

在传统的大陆法系国家民法中，基于债的发生原因而将因侵权行为而产生的损害赔偿责任认定为损害赔偿之债，从而纳入债法的调整范围。此种体系之优点在于：因侵权行为而生之损害赔偿责任关系确实在很大程度上可以适用债法的规则，通过运用债——这一将特定人之间请求给付的法律关系——的概念涵盖因合同、无因管理、不当得利以及侵权行为四种法律事实产生的法律关系，可以在最大程度上做到对法律关系的类型化与抽象化思考，从而保证了逻辑的严密与条文的简约。

应当看到，侵权行为重要的责任方式乃是损害赔偿。侵权行为法就是通过损害赔偿的方式，而形成了对公民、法人的财产权利及相应的人身权利的充分保障。财产损害赔偿制度谋求当事人之间的利益平衡，反对对他人劳动的侵占和无偿占有，因此，它巩固了以价值为基础的交流关系。对人格权侵害的赔偿，尤其是精神损害的赔偿，不仅对受害人的精神利益提供了补救，对受害人的精神痛苦提供了抚慰，同时也对加害人形成有力的制裁。由于损害赔偿请求权是市场经济条件下对民事权利因遭受侵害而提供补救的最佳方式，因而“现代债权法之主要重点，可说在于规范损害赔偿，同时，债权关系除因给付结果发生而消灭外，其最后解决途径，不外强制执行与损害赔偿。”^①将侵权行为法置于债法之中，在一定意义上亦可突出损害赔偿补救方式的重要性。

我们并不否认损害赔偿作为侵权责任形式的极端重要性。然而，传统民法理论大多将损害赔偿作为侵权行为的惟一责任形式，首先是基于这样一种考虑，即侵权行为法的主要目的在于补偿受害人遭受的损失。“侵权行为法所论及的是有关一方由于他方非法的或危险的行为引起的损害、防止或赔偿

① 林诚二：《论债之本质与责任》，载郑玉波主编《民法债编论文选（上）》第39页。

问题。”^① 侵权行为的受害人之所以提起诉讼，乃是为了获得赔偿，因为“若被告遭受惩罚但原告并未获得任何赔偿金，那原告的报复目的是否能够满足？人们没有理由支持这种类型的侵权法体系。满足坐看被告受到惩罚而不能对损害进行任何可能的补偿，获得这样一睹为快的机会与提起诉讼而耗费的时间及金钱相比，实在太不相称了。”^② 损害赔偿可以最大限度地保护受害人利益，并可以有效地遏制不法的或反社会的行为。^③ 尤其是在市场经济条件下，损害赔偿作为侵权损害补救方式的功能更为突出，法国社会学家杜尔克姆曾认为“机械形态社会”（即农业社会）的法律主要是刑法或强制法，而“有机形态社会”（即商品经济社会）的法律主要是赔偿法或合同法；赔偿法的着眼点是用赔偿或归还等方式处理当事人之间的利益冲突^④。

然而，在侵权法领域，损害赔偿作为责任形式并不是万能的，德国著名民法学家耶林在《为权利而斗争》中就曾猛烈地抨击了罗马法中广泛采用赔偿制度所存在的不合理性，他说：“罗马法官使用的金钱判决制度（Geld-*condemnation*）是正确评价权利侵害的理念上利益的充分手段。这一制度给我们的近代证据理论带来灾难，变成司法为防止不法而曾使用过的手段之中尤为绝望的一个。”^⑤ 耶林的上述观点充分地表明了损害赔偿并不是对侵权行为的受害人提供保护的惟一方法。应当看到，损害赔偿责任是针对侵害财产权而产生的责任形式，然而现代民法的权利体系已经非常宏大，不仅包括各种财产权，还包括了形式多样的人格权以及人格权与财产权的结合形态——知识产权。而侵权行为法的保障范围也相应地发展：从主要保护财产权向对人格权、知识产权等不断扩张发展。传统上主要适用于对财产权侵害而提供补救的损害赔偿责任，已不能完全适应侵权法对多种民事权利保护的需要。这就在客观上需要突破单一的侵权损害赔偿之债的责任方式，多种侵权责任方式的采用，既实现了侵权行为法本身应当具有的补偿受害人的损失，制裁不法行为等多方面的功能，同时，也对遭受损害的受害人提供了充分的补救。责任形式的多样性是侵权行为法发展的必要结果，也是现代侵权行为

① 上海社会科学院法学研究所编译：《民法》，知识出版社 1981 年版，第 224 页。

② 「美」迈克尔·D·贝勒斯：《法律的原则》，中国大百科全书出版社 1994 年版，第 256 页。

③ 参见王家福主编：《民法债权》，第 414 页。

④ 罗杰·科特威尔：《法律社会学导论》，华夏出版社 1989 年版，第 85 页。

⑤ 耶林：《为权利而斗争》载《民商法论丛》（第 2 卷），法律出版社 1994 年版，第 53 页。

法的一个重要特征。

损害赔偿作用的有限性最典型地表现在对人格权的侵害提供保护的场合。19 世纪末期,大陆法系许多学者曾认为:由于人格权为非财产权,因此应采取排除妨害的补救方法作为对人格权的民法保护方法。《德国民法典》在制定的过程中就有不少学者对以金钱赔偿非财产损害的观点持反对态度,如德国法学泰斗萨维尼就对此种观点持否定意见。“二战”以后,德国仍然有不少学者对金钱赔偿持反对态度,其主要根据在于金钱赔偿使被害人的人格沦为了可交易的财产,因而是道德的。人格利益是无价的,不是用金钱可以交易的,所以德国民法对侵害人格权的责任采取了恢复原状主义。所谓恢复原状,就是恢复损害事件发生以前的状态,在侵害名誉权的情况下,就是要使受害人受到损害的名誉恢复到原来的状态^②。德国法主要采用恢复原状而不是损害赔偿的办法,确有利于保护受害人,因为按照这一模式,“基于权利而产生的排除妨碍请求权是以客观上存在侵害权利的违法行为为其成立要件的。如果把恢复名誉的请求作为一种损害赔偿请求来考虑,就不需要加害人的故意、过失这种必要的责任要件。……这种要件的缓和对受害人的过敏反应也轻而易举地予以了保护。”^③而损害赔偿的责任作为侵权责任的一般责任形式,应以加害人的故意或过失作为构成要件,这无疑增加了受害人的举证负担。日本流行的判例和学说曾经认为,金钱赔偿的方法可以充分保护受害人的利益,它不仅具有补偿的功能,而且具有制裁功能,金钱赔偿的方法在很大程度上可取代恢复名誉的责任^④。受害人选择金钱赔偿还是恢复原状,实际上只是损害赔偿的方法问题。但是,最近日本的判例学说认为,精神损害赔偿的请求与恢复原状的请求在机能上是有区别的,应该对原状恢复请求权的独立性进行再认识。例如,四宫教授在谈到恢复措施的机能时说:“基于名誉侵害发生的损害,如果不消除其损害源,至少这种侵害还会持续一段时间,所以仅用金钱赔偿填补并不恰当。对被毁损的社会评价

① 参见 Chartier, Yves, *La Reparation du Prejudice*, 1983,第 154 页以下。

② 《德国民法典》第 253 条规定:“非财产上之损害,以法律有规定者为限,得请求金钱赔偿。”而由于法典中对非财产赔偿的情况列举得不多,因此对人格权侵害的金钱赔偿适用范围极为有限。

[日]和田真一:《民法第 723 条关于名誉恢复请求权的考察》,载《立命馆法学》1991 年第 4 号第 472 页。

④ [日]和田真一:《民法第 723 条关于名誉恢复请求权的考察》,载《立命馆法学》1991 年第 4 号,第 471 页。

进行现实性的恢复很有必要。”也就是说，金钱赔偿并没有消除损害源，并没有对被毁损的社会评价进行现实恢复的功能。如果是这样的话，名誉恢复请求权当然应该有其独立的要件。日本甚至有一些学者如齐藤等人主张，在名誉侵害的场合首先应该考虑适用恢复名誉的请求权，而不是损害赔偿的请求权^①。

笔者认为，在侵害人格权的情况下，即使强调损害赔偿的作用，此种方法也不能替代侵害人格权的其他的责任形式。具体而言：

第一，损害赔偿不能代替恢复名誉的补救方式。在名誉权遭受侵害的情况下，受害人说遭受到直接损失是名誉受到毁损，受害人的社会评价降低。因名誉受损可能使受害人遭受精神损害或附带的财产损害，从而产生损害赔偿责任。但由于受害人遭受到直接损害是社会评价的降低而非财产上的损害，因此采用损害赔偿责任并不能对受害人的直接损害予以补救，只有通过采用恢复名誉这一补救方式才能使受害人遭受的直接损害得以恢复，进而消除名誉受到毁损的“损害源”。

第二，损害赔偿不能代替停止侵害的责任形式。在人格权遭受侵害的情况下，受害人可能希望行为人及时停止侵害，而并不一定要求加害人赔偿多少损失，或者受害人认为其无法证明实际遭受了多少损害，而不愿意采取损害赔偿的责任方式。因此请求停止侵害也可以实现其补救的目的。例如，某技术监督机构误将某假冒伪劣产品作为某一公司的产品，并对外召开记者招待会，宣布该公司生产并销售假冒伪劣产品，致使该公司的名誉权遭受损害，但该公司很难证明其究竟遭受了多少财产损失，在此情况下，其最有效的补救是请求法院作出停止侵害的裁判。

第三，损害赔偿不能代替赔礼道歉的责任形式。赔礼道歉不仅是一种道义上的责任，更是一种法律上的责任。从我国审判实践来看，大量的侵害名誉权的纠纷中受害人不要损害赔偿，而是要求加害人赔礼道歉，这表明了这一责任形式在我国司法实践中的重要性，此种责任非常符合我国素来重礼轻利的传统。尽管在某些案件中，法院作出责令加害人赔礼道歉的判决后，一些加害人拒绝赔礼道歉，这并不意味着赔礼道歉就不能执行，通过法院判决的公开实际上已经在某种程度上起相应的效果，即对通过加害人进行公开的谴责和否定性评价，已经能够在一定程度上达到受害人所希望的法律补救

① [日] 和田真一：《民法第 723 条关于名誉恢复请求权的考察》，载《立命馆法学》1991 年第 4 号，第 472 页。

的目的。我国司法实践已经找到了一些执行的手段。例如，先要求行为人实现写出赔礼道歉的内容，然后作出判决，判决后再予以公开。

第四，在侵害名誉权的情况下，财产损失或精神损害并非必然的结果，或者即使存在前述损害的情况下，受害人也可能不请求加害人承担侵权损害赔偿，而只是要求采取恢复名誉、赔礼道歉等补救方式。对于人格权的侵害，不是简单地采用损害赔偿就能够提供救济的，损害赔偿只是其中的一种方式，不能代替其他的方式。依据我国民法通则第 120 条：“公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的，有权要求停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。”可见我国法律对人格权的侵害采取了多种责任形式。在司法实践中，注重了恢复名誉和损害赔偿的结合运用，从而有效地、充分地发挥了这些责任形式对受害人的保护和对加害人的制裁作用。

应当看到，赔礼道歉或恢复名誉的判决作出以后，可能要求加害人通过支付一定的金钱来在报刊上作出声明，予以赔礼道歉或恢复名誉，但是这是不是如某些学者所说的那样，这两种责任形式已经被转换成了损害赔偿呢？有些学者认为，即使承认停止侵害、赔礼道歉等具有不同于损害赔偿的特点，但将侵权责任置于债法体系中，旨在建立一个以损害赔偿为中心的责任制度，因为在现代市场经济社会，损害赔偿才是最有效的权利补救方式。其他方式有的并不能得到强制执行，如赔礼道歉，有的并不适合于商业社会的特点，如恢复名誉等。即便是赔礼道歉最后可能还是需要通过损害赔偿的方法予以解决，例如被告拒绝登报道歉，于是只能由法院代为登报道歉，只不过此时应当向被告要求支付登报的费用。笔者认为，这些看法是不妥当的。因为要求加害人支付一定的金钱的目的并非是通过这些钱来补救受害人的损害，而是在现代文明社会中法院强制执行判决的方法。在侵害名誉权的情况下，真正对名誉权进行救济的方式，不一定是经济赔偿，停止侵害、恢复名誉、赔礼道歉等责任形式是从名誉权的本质方面消除损害后果的最有效方式，至少其作用是损害赔偿方式所不可替代的。

损害赔偿作用的有限性也表现在对知识产权的侵害提供保护的场合。随着知识产权的发展，对知识产权的侵权责任不完全是损害赔偿所能够包括的。一方面，知识产权本身具有一种绝对权的性质，对知识产权的侵害采用有关对绝对权的保护方法，如停止侵害、排除妨害等；另一方面，在知识产权遭受侵害的情况下，由于对损害的证明常常比较困难，因此在许多案件中由法院颁布一项禁令，禁止加害人使用某项知识产权或禁止销售某种侵权产

品，这对受害人利益的保护更为有利。为加强对知识产权的保护，侵权法也广泛采用了损害赔偿以外的其他责任方式，我国民法通则第 118 条规定：“公民、法人的著作权（版权）、专利权、商标专用权、发现权、发明权和其他科技成果权受到剽窃、篡改、假冒等侵害的，有权要求停止侵害、消除影响、赔偿损失。”我国新修改的有关知识产权的法律，根据 TRIPS 协议的有关规定，采纳了“诉前禁令”的制度，允许受害人在其知识产权受到侵害以后可以在法院正式起诉以前，要求法院对侵害人颁布停止侵害的禁令。可见，对知识产权并非采取单一的损害赔偿的方式进行保护的。即使就侵害所有权和其他物权的责任形式而言，也不应该单纯采用损害赔偿的方法。

即使是对于财产权的侵害也不能单纯适用损害赔偿的补救方式，将损害赔偿作为侵权行为的惟一责任形式，也忽略了侵权损害和妨害的多样性。侵权行为必然造成损害，但损害并不一定都是能够通过金钱加以准确计算的财产损失。反之，侵权行为可能仅仅造成财产损失，但不一定造成对权利的侵害（这便是所谓的“经济损失”）。^①侵权行为既可能是对他人财产的实际占有，也可能是对他人财产的侵害；既可能表现为正在持续进行的损害行为，也可能表现为尚未实际发生的、将有可能出现的妨害。针对各种不同的侵权行为，应该采取不同的责任形式，例如，对正在进行的损害，采取停止侵害、排除妨害的方式，对未来可能发生的损害，亦应用排除妨碍的方式。

由于侵权责任的多样化，必然对民法体系也提出了挑战。换言之，尽管侵权行为常常产生侵权损害赔偿之债，但也可产生多种责任形式，而损害赔偿之外的责任形式并不是债的关系。债法并不能涵盖这些责任形式，因此债法对侵权行为法的调整便受到了限制。有人认为恢复名誉、停止侵害、赔礼道歉等责任形式主要发生在特定的当事人之间，且仍然以请求为一定行为或不作为一定行为为内容，因此本质上仍然是债的关系。笔者认为，将恢复名誉、停止侵害、赔礼道歉等责任形式完全等同于债的关系是不妥当的。债权首先是一种请求权，但又不能等同于请求权，因为债权的内容不限于请求权，还包括其他权利。反过来，特定人之间的请求关系，也不一定是债的关系，如物权请求权就不能等同于债权。就恢复名誉、停止侵害、赔礼道歉等形式来说，尽管也是发生在特定人之间的请求关系，但是，并非债的关系。主要原因在于债本质上不仅仅是一种请求关系，而在于其是以财产给付

① 参见王泽鉴：《产品责任现况之检讨及其发展趋势》，（台湾）台大法学丛书，第 181 页。

为内容的请求关系。因为债权本质上是反映交易的法律形式，它要以财产给付为内容，非财产给付的请求不应包括在债的范畴里。由于恢复名誉、停止侵害、赔礼道歉等责任形式在本质上不是以财产给付为内容的，所以不属于债的关系。这就有必要通过独立成编的侵权责任制度来规定各种责任形式，而不应当将其完全纳入债法的体系当中。当侵权行为法越来越注重对各种人格利益提供补救，越来越注重适用多种责任形式对受害人的财产利益提供保护时，侵权行为法摆脱债法而独立的必要性也日益加强。从这种意义上说，侵权责任形式的多样性，是侵权行为法相对独立的重要根据^①。

侵权行为法独立成编，就是要采用多种责任形式。实际上也就是要建立一套完整的责任体系，尽管民法是以民事权利为核心构建的，但是没有责任保障的权利本身就不是真正的权利，没有完整健全的责任体系也就没有完整健全的权利体系。权利应当成为一个完整的体系，那么对权利的补救即责任也应当成为一个完整的体系。侵权法独立成编的最大好处在于将侵害各种权利的责任形态集中加以规定，使受害人一旦遭受侵害之后可能明确其在法律上享有的各种补救手段，甚至可以在各种救济手段之间进行理性的选择。受害人虽然不能任意选择，但是他们可以从对自己最为有利的方式作出选择。这些都要求我们必须突破单一的损害赔偿责任的思维模式，从内容丰富的责任形式来考虑问题。同时，各种责任形式集中明确地规定也为法官正确适用法律、保障司法的统一性发挥了重要的作用。而采用多种的责任形式在我国具有现实的基础，也是我国多年来立法与司法的优秀经验的总结。我国民法通则第 134 条就列举了十种民事责任，其中绝大多数可以适用于侵权行为。从审判实践来看，民法通则的规定具有极大的合理性并且也是行之有效的。对实践中已经成熟的立法与司法经验已经构成了我国社会主义法治建设的宝贵财富，在没有非常充分的正当的理由之前不能仅以外国立法例为由而加以否定。

还应当看到，侵权行为法独立成编是符合民法发展的趋势的。例如，1994 年的《蒙古民法典》就是单设了合同责任和合同外责任作为两编单独规定，其中合同外责任就是规定的侵权责任。再如，《越南民法典》在第三编“民事义务和民事合同”中，单独规定合同外的损害赔偿，这样，未来所存在的必然是大侵权法而不是大债法。侵权法独立也不一定打乱民法典

有一些学者认为，侵权责任的多样性也是我国民法通则单设民事责任制度的原因。

参见佟柔主编：《中国民法》，第 562 页。

的体系。有些学者认为，侵权法独立与依法律关系理论建立民法体系是矛盾的。我认为，民法典应当根据主体、行为、权利、责任这四部分来构成。行为是权利变动的原因；权利是法律关系的内容；责任则是权利受侵害或义务不履行的后果。“到了 20 世纪，特别是在欧洲，人们的观点转向支持私法的更新和国际化。这是由于不断增长的在起草新的法律条文时考虑吸收外国成果的意向所造成的。此外，在私法的许多领域，法律的统一以及协调已经开始（值得注意的是，同一发生于协调的前面）。”^①

有人认为，侵权行为法独立成编会导致分则体系的构造不符合逻辑，因为如果总则以人、客体、行为建构，分则应当列举各种民事权利，从而使总则、分则构成一个完整的法律关系。但是，一旦侵权责任独立成编以后，分则就不是按权利排列，而是按照权利、责任来排列，这种做法不仅破坏了体系的完整性，而且也不具有一种形式美。对此我们也不赞成。我认为，民事法律关系主要应当由主体、客体、内容构成，法律行为是变动民事法律关系的主要原因，法律关系的内容主要以民事权利表现出来，而基于对民事权利保护的需要，也应当设立民事责任制度构成。所以，完整的法律关系的内涵，应当由主体、客体、引起法律关系变动法律行为、权利内容以及对权利保护的规则即责任制度。而整个民法典的体系应当围绕这一法律关系的内涵而展开。总则中应当重点就主体、客体、法律行为以及民事责任的一般规定来规定，而分则应当以权利以及具体的责任制度展开。因此，我们建议我国民法总则应当以主体、客体、行为、权利保护四个方面来构架，而将侵权法置于分则的最后一编。

三、侵权法独立成编的理由之三——侵权法的一般条款不能取代大量的对具体侵权行为形态及责任的规定

反对侵权法独立成编的一个主要理由是，侵权法关于过错规定的一般条款涵盖了侵权法的大部分内容，法官运用一般条款完全可以处理大部分侵权损害赔偿案件，所以侵权法的规则应当十分抽象简练。在一般条款对侵权行为已经作出描述的情况下，无须对各种具体的侵权类型分别加以规定^②。据此，一些学者认为，既然侵权法条款较为简单，因此没有必要在民法典中单

① 冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（上卷），张新宝译，法律出版社 2001 年版，第 451 页。

一些学者甚至认为，侵权法应当成为 Tort Law，而不是 The Law of Torts。

独成编，只需将其包括在债法当中即可。

所谓一般条款，是指在成文法中居于核心地位的，成为一切侵权请求权之基础的法律规范。^①从各大陆法系各国民法典对侵权行为的规定来看，一般条款主要是对过错归责原则的一般规定，德国著名民法学家耶林教授曾言：“使人负担损害赔偿的，不是因为有损害，而是因为有过失，其道理就如同化学上之原则，是蜡烛燃烧的，不是光，而是氧，一般的浅显明白。”^②作为 19 世纪三大民法原则之一的过错责任原则，在法典中被确认是民法长期发展的结果，也是人类法律文明的产物。依据关于过错责任的一般规定，法官对许多侵权纠纷通过查找过错来判定行为人是否应当负责，尤其是随着近几十年来过失概念的客观化、过失认定标准的多样化等新发展，对过错认定的一般条款更加具有弹性与包容性。其适用的范围更为广泛，由于从过错归责的一般规定中可以直接引申有关一般侵权行为的三项构成要件，即过错、因果关系和损害，因此法官也可以直接依据侵权责任构成要件认定一般侵权行为中行为人的责任。

诚然，依据一般条款确实可以解决许多普通的侵权纠纷，法官甚至可以通过扩大解释一般条款的规则，采取过失客观化、违法推定过失、举证责任倒置等方法，使许多本应由无过错原则等特殊规则解决侵权纠纷被纳入到一般条款中。但是，试图采用一般条款来解决现代社会中的各种侵权纠纷是不现实的，也是完全不可能的。任何一般条款都不能适应变动不居的社会发展。

从侵权法的发展历史来看，总体趋势是从一般条款到一般条款与具体列举并重的方向发展，这正是社会经济文化发展的必然产物。一般条款最早出现于《法国民法典》中，该法典第 1384 条规定：“任何行为使他人受损害时，因自己的过失而致行为发生之人，对该他人负赔偿责任。”这一规定便形成了侵权损害赔偿的一般条款，也是对过错责任的经典性规定。正如《法国民法典》起草人塔里伯所指出的：“这一条款广泛包括了所有类型的损害，并要求对损害作出赔偿。……损害如果产生要求赔偿的权利，那么此种损害

① 张新宝：《侵权行为法的一般条款》载《法学研究》2001 年第 4 期。

② 转引自王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第二册），中国政法大学出版社 1998 年版，第 150 页。

定是过错和谨慎的结果。”^① 法国法仅承认侵权行为的单一标准。就是说，人们可能在不同的社会条件下因他人的过错而受到损害，但是只要存在过错、损害和因果关系，它们就只能产生一种同样的结果。^② 《法国民法典》的起草者认为不需要另外的规定调整个人不当行为的责任。《法国民法典》给予法院的指导原则没有超出第 1382 条和第 1383 条（民法典第 489——2 条为例外）所规定的三个构成要件。这三个构成要件是过错、因果关系和损害。正是因为《法国民法典》中一般条款的规则，因此民法典关于侵权法采取了高度抽象的概括性规定，整个民法典洋洋数千条，但是关于侵权行为的规定仅为五条（第 1382 条到第 1386 条），这样的立法架构下，侵权法显然没有独立成编的必要性。

我们必须看到，《法国民法典》采用一般条款构建侵权法的结构，是当时社会经济文化发展程度下的产物。制定《法国民法典》的时代还是一个“风车水磨土路”的资本主义早期时代，社会生产力并不发达，各种生产、交通、通讯工具都十分落后，这种情况下侵权行为主要是发生在个人与个人之间的单一加害与被害形态，而且各种事故损害很小。然而，到了近一百年后，制定《德国民法典》的时候情况就发生了变化，此时社会生产力水平出现了突飞猛进的发展，火车等现代交通工具早已出现，各种事故的损害日益频繁，此外由于各类社会组织的大量存在，侵权行为样态也不仅仅是个人与个人之间单一加害关系，而逐渐出现了个人与组织之间人数众多复杂侵害形态，为了适应社会发展的需要，因此在《德国民法典》中必须有相当数量的特殊规定。1900 年的《德国民法典》也采纳了过失责任原则，该法第 823 条第 1 款规定：“因故意和过失不法侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利者，负向他人赔偿因此所生损害的义务。”这一规定类似于一般条款，但又并没完全仿照《法国民法典》采取单一的过错责任原则，而采取了“有限多重原则”。《德国民法典》除规定了对绝对权利的不法侵害责任以外，还规定了违反保护他人的法律（第 823 条第 2 款）、违背善良风俗加害于他人（第 826 条），以补充过失责任的不足。德国采用列举模式，将侵害五种绝对权利作为侵权行为。此种模式实际上为具体列举各类侵权行为提供了基础与框架，所以《德国民法典》中侵权行为的规定采取的是一般

① 《国际比较法百科全书·侵权行为·为自己行为之责任》，1979 年版，第 45 页。按照学者的看法，一般条款最初是由法国学者多玛在 17 世纪时创立的。

② 《国际比较法百科全书·侵权行为·为自己行为之责任》，1979 年版，第 44 页。

条款与具体列举相结合的思路。当然，由于在《德国民法典》中具体列举的模式仍然深受潘德克顿学派的影响，因此关于具体侵权行为的列举仍然十分简略。但是，总体上来说，从法国民法到德国民法是存在着一个从单一的一般条款到一般条款与具体列举并重的发展趋势的。

《法国民法典》第 1384 条规定对于许多国家的民法产生了影响。^①但是，在现代社会由于社会经济日趋复杂，单一的过错责任不能包括各种类型的侵权行为与损害事故的责任问题，过分依赖于一般条款导致侵权法越来越僵化，很难适应经济生活发展的需要，甚至无法处理某些新型的侵权纠纷。因为 20 世纪以来，社会经济生活发生了巨大的变化。英国侵权法学家 John Fleming 描述道：“今日工业的种种经营，交通的方式及其他所谓的‘现代生活’方式的活动，迫使人类付出了生命、肉体及资产的代价，且已达到骇人的程度。事故引起的经济损失不断消耗社会的人力和物质，而且有增无减。”^②现代化加重了人类对物的依赖性，核辐射、环境污染和生态的破坏，以及现代文明所带来的各种副产品，各种自然力的灾难和人为的危害，都使得生存与毁灭问题严重地摆在人类面前，对人身和财产损害的赔偿问题成为社会所普遍关注的问题，这就需要以侵权行为法来对付业已发生的种种损害，为无辜的受害人提供补偿。同时，现代社会已成为风险社会。在人类生活中，无形的、不可预测的风险无处不在，随时可能造成严重灾害。^③因而需要借助侵权行为法遏制不法或疏忽的行为，防止各种事故的发生。现代社会还是一个信息化社会，科学技术的广泛运用和计算机的普及，在为人类生活带来更大便利的同时，也提出了对技术、智力成果、软件等的侵权法上保护的问题。可以说，现代社会生活的需求扩张了侵权行为法的内容和范围，使其正在成为一个社会正常运转所需的不可或缺的法律体系。一方面，社会的发展造成了侵权行为的复杂化，多样化，立法者不可能采取一个简单的一般条款来涵盖丰富复杂的侵权行为的类型；另一方面，由于侵权行为类型的多样化，也导致了单一的过错原则不能适应有效补救受害人的需要，必须采

① 如瑞典《赔偿法》第 2 款第 1 条：“任何人发生人身上的伤害或财产上的损失，不论是否故意的。还是过失的。只要不存在与本法相反的规定。就必须对损害予以救济。”芬兰《赔偿法》：“不论任何对他人造成损害不论是故意的还是过失的。只要不存在与本法相反的规定就必须对损害予以救济。”

② John Fleming, *An Introduction to the Law of Torts*, Oxford University.

③ [日] 北川善太郎：“关于最近之未来的法律模型”，载《民商法论丛》（第六卷）。法律出版社 1998 年版，第 306 页。