



法学原论系列

Tort Law

By Zhu Yan

侵权责任法通论

总论

上册 责任成立法

朱岩 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书为国家社科基金项目“现代侵权责任法体系重构研究”
(批准号10BFX064)的中期研究成果



法学原论系列

Tort Law

By Zhu Yan

侵权责任法通论

总论

上册 责任成立法

朱岩 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

侵权责任法通论·总论 / 朱岩著. —北京:法律出版社, 2011. 6
(法学原论系列)
ISBN 978-7-5118-2138-6

I. ①侵… II. ①朱… III. ①侵权行为—民法—研究
IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 089285 号

侵权责任法通论·总论

朱岩著

责任编辑 刘彦洋
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720×960 毫米 1/16

版本 2011 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 33.25 字数 623 千

印次 2011 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2138-6

定价:52.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一章 侵权责任法概述:基本概念、历史发展与基本结构 1

Chapter 1 Introduction to Tort Law: Basic Definitions, Historical Development and Basic Structure

第二章 我国侵权责任法的基本状况、适用及其体系 52

Chapter 2 Introduction to Chinese Tort Law, Application of Legal Resources and Its Structure

第三章 侵权责任法的目的与功能 85

Chapter 3 Aims and Functions of Tort Law

第四章 侵权责任成立共同必要要件之一

——对民事权益的侵害 122

Chapter 4 Liability Requirement I: Infringement of the Legal Protected Rights and Interests

第五章 侵权责任成立共同必要要件之二

——责任成立法中的因果关系 182

Chapter 5 Liability Requirements II: Causation in the Liability Establishment

第六章 归责事由之一:过错责任概论 229

Chapter 6 Liability Bases I: Fault Liability

第七章 过错归责特殊问题之一:侵权责任能力作为过错归责前提 304

Chapter 7 Specific Issues about Fault Liability I: Culpability as the Precondition of Fault Liability

第八章 过错归责特殊问题之二:安全保障义务与不作为侵权 332

Chapter 8 Specific Issues about Fault Liability II: Security Duty of Care and Liability for Omission

第九章 过错归责特殊问题之三:违反保护他人法律的过错责任 360

Chapter 9 Specific Issues about Fault Liability III: Liability for Breach of Statutory Duty

第十章 归责事由之二:无过错责任之危险责任 386

Chapter 10 Liability Bases II: Risk Liability as Liability without Fault

第十一章 归责事由之三:无过错责任之为他人承担责任

—— 替代责任与组织责任 431

Chapter 11 Liability Bases III: Vicarious Liability as Liability without Fault

第十二章 责任成立的抗辩事由 479

Chapter 12 Defenses of Liability Establishment

目 录

第一章 侵权责任法概述:基本概念、历史发展与基本结构 1

- 第一节 侵权责任法的基本概念 1
- 第二节 侵权行为与违约行为以及犯罪行为的区别 7
- 第三节 比较法上侵权责任法的简要发展历史 12
- 第四节 风险社会与现代侵权责任法的基本结构 25

第二章 我国侵权责任法的基本状况、适用及其体系 52

- 第一节 我国侵权责任法的发展与侵权责任法的立法 52
- 第二节 侵权责任法在民法中的地位及其适用 71
- 第三节 我国侵权责任法中的责任成立法体系 76

第三章 侵权责任法的目的与功能 85

- 第一节 侵权责任法的目的 85
- 第二节 侵权责任法的功能 95

第四章 侵权责任成立共同必要要件之一

——对民事权益的侵害 122

- 第一节 确立侵权责任法的权益保护范围的意义及其方法 123
- 第二节 我国侵权责任法的保护范围概述 129
- 第三节 侵权责任法的保护范围之一——人格权 132
- 第四节 侵权责任法的保护范围之二——身份权 151
- 第五节 侵权责任法的保护范围之三——物权 155
- 第六节 侵权责任法的保护范围之四——其他财产性权利 157

第七节 侵权责任法保护范围之五——“等人身、财产权益” 161

第八节 侵害:损害与损害之现实危险 170

第五章 侵权责任成立共同必要要件之二

——责任成立法中的因果关系 182

第一节 因果关系的概念、特殊性及其类型 182

第二节 因果关系判断的基本理论 189

第三节 共同侵权与特殊因果关系 203

第四节 复杂因果关系 207

第五节 因果关系的中断 224

第六章 归责事由之一:过错责任概论 229

第一节 归责理论概述 229

第二节 过错概论 236

第三节 过错归责三阶层体系 243

第四节 违法性是否为过错责任归责要件体系中的独立要件? 248

第五节 故意侵权 273

第六节 过失作为现代过错责任的核心 281

第七章 过错归责特殊问题之一:侵权责任能力作为过错归责前提 304

第一节 侵权责任能力概述 305

第二节 侵权责任能力的立法模式构造 311

第三节 我国侵权责任法中的相关规定与解释论对立法瑕疵的弥补 322

第八章 过错归责特殊问题之二:安全保障义务与不作为侵权 332

第一节 违反社会安全保障义务的侵权责任 332

第二节 不作为侵权 346

第九章 过错归责特殊问题之三:违反保护他人法律的过错责任 360

第一节 比较法上的发展与我国侵权责任法历史上的体现 361

第二节 违反保护他人法律的侵权责任的构造 367

第三节 违反保护他人法律的侵权责任在我国侵权责任法中的定位 382

第十章 归责事由之二:无过错责任之危险责任 386

- 第一节 我国侵权责任法中的无过错责任概述 386
- 第二节 危险责任的概念及其正当性基础 390
- 第三节 危险责任的立法模式 402
- 第四节 危险责任的一般条款中的事实构成要件 417
- 第五节 危险责任一般条款的从属规则 424
- 第六节 危险责任的具体类型划分 428

第十一章 归责事由之三:无过错责任之为他人承担责任

——替代责任与组织责任 431

- 第一节 为他人承担责任在整个归责体系中的地位 431
- 第二节 为他人承担责任的基本结构 441
- 第三节 雇主责任 447
- 第四节 企业组织责任 463

第十二章 责任成立的抗辩事由 479

- 第一节 抗辩事由概述 479
- 第二节 正当防卫 482
- 第三节 紧急避险 488
- 第四节 私力救济 495
- 第五节 受害人同意与风险自担 497
- 第六节 其他抗辩事由 504

参考文献 509

第一章 侵权责任法概述：基本概念、历史发展与基本结构

第一节 侵权责任法的基本概念

一、侵权概念的起源

侵权概念起源于罗马法中的私犯“*delicta privata*”，即侵害他人的人身、家庭或者财产的行为，有别于公共犯罪行为的概念“*crimina publica*”。依据罗马法，犯罪专指那些危害社会公共利益的行为，如叛国、谋杀、暴力行为等，通过严格的国家程序，由市政官（*magistrate*）针对行为人实施公共处罚；在认定刑事责任中，受害人的主观痛苦程度是判定行为人承担刑事责任的重要参照标准。与之相对应，在民事程序中，针对私犯可以提起罚金赔偿之诉，此种私法上的惩罚之诉实际上承担了以“私法”实现刑罚的目的。由于私犯限于自然人的不法行为，因此，私犯又被称为“不法行为”。

罗马法中兼有违反公共秩序的犯罪和侵害私人法益二重意义的侵权“*delictus*”概念，对欧洲大陆侵权责任法影响极为深远。由于该概念直接指向“自然人的不法行为”，导致在欧洲大陆，传统侵权责任法实际上就是“自然人不法行为法”，如德国法中的“*unerlaubte Handlung*”、法国法中的“*acte illicite/délit (civil)*”。此种概念经日本学者努力，被翻译为“不法

行为”,^①逐步在东亚社会因继受欧陆民法而得到广泛传播。此外,因为该概念历史起源中亦包含了犯罪行为,导致目前在德国刑法中,“delictus”的概念仍然特指犯罪行为。

在英美侵权责任法词源上,“tort”(侵权)最早来源于拉丁文“tortus”,意味着扭曲或者弯曲的意思,实际上反映了侵权责任法的本质问题在于如何处理“违法致害”的问题。^②在早期法国法中,“tortum”或者“tort”的意思就是违法。^③诺曼底征服(Norman Conquest)英伦三岛之后,法律英语中开始出现大量的法语法律语言。在英美法中,侵权行为“tort”来源于“twist”,意思是“扭曲”,表明其行为违反了社会交往中对主体行为的正当要求。^④在英国法中,侵权行为也被视为是“民事不法行为(civil wrongs)”,与违约行为并列为发生债的关系的基础事由。例如,英国学者伯克(Birk)认为,所谓民事不法行为就是“违反法定义务而侵害了他人的利益,达到了足以以自己的名义而不是以代表整个社会的名义主张救济。”^⑤英美法中的“tort”概念在大陆法系并没有直接的对应,传统大陆法系通常采取“delict”的概念。但随着比较法研究的深入,二者逐渐趋同,但因各国整体法律框架、历史传统等因素的影响,两大法系在诸多方面上仍然存在较大差别。

此外,还有大量的学者从责任的角度定义侵权。英美侵权责任的权威学者温菲尔德(Winfield)认为,“侵权责任源于违反主要由法律所定义务而生的责任,此种义务指向一般不特定的人并且违反此种义务将被赋予要求支付损害赔偿之诉。”^⑥而海尔穆特·库奇奥(Helmut Kozid)教授负责起草的《欧洲侵权责任法原则(PETL)》在第

① “日本民法中使用‘不法行为’这一术语的由来如下,原来规定该内容的旧民法第1章第3节的标题是‘不正的损害即犯罪及准犯罪’,而第1章的标题是‘义务的原因’,在起草现行日本民法时,立法者认为由义务的结果产生‘不正的损害’是不恰当的,这样的标题各国立法例均无先例(《民法修正案理由书》)。因此,参考德国法系的立法例,采用了‘不法行为’这一术语。这里所谓的‘不法’在日常用语上,给人一种道德上不能允许,应该受到责难的行为的印象。”于敏:《日本侵权责任法》(第2版),法律出版社2006年版,第2~3页。

② See André Tunc, *Torts*; Int. Enc. Comp. L. XI Torts (193) ch. 1, p. 7.

③ Ourliac adn de Malafosse, *Droit romain et ancien droit. Les obligations* (Paris 1957) 290. cited from André Tunc, *Torts*; Int. Enc. Comp. L. XI Torts (193) ch. 1, p. 7.

④ 可见,从侵权责任法的语源上就表明,侵权责任法始终离不开如何判断“违法性”的问题,有关违法性的责任成立要件论述参见本书第六章的详细分析。

⑤ “breach of a legal duty which affects the interests of an individual to a degree which the law regards as sufficient to allow that individual to complain on his or her own account rather than as a representative of society as a whole.” See Clerk & Lindsell on Torts, 19ed. 2006, p. 2.

⑥ “Tortious liability arises from the breach of a duty primarily fixed by the law; such duty is towards persons generally and its breach is redressible by an action for unliquidated damages.” See W. V. H. Rogers, Winfield & Jolowicz, *Tort*, Sweet & Maxwell, 18th ed. 2010, p. 6.

1:101 条中规定:“行为是指具有过错并引发损害”^①的人的行为、高度危险活动以及附属关系,这显然是从归责事由角度规定广义“侵权行为”的具体形态。冯·巴尔(V. Bar)教授负责起草的《欧洲民法典草案》即《共同参考框架(DCFR)》^②第六稿则采用了“合同外的责任”(extra-contractual liability)的概念。当然,合同外的责任不仅包括侵权责任,还包括无因管理和不当得利等。

我国学者对有关侵权概念的定义主要来源于比较法上的借鉴。例如,王利明教授认为:侵权行为“是指一种侵害他人权益的行为以及造成损害后果的状态。”^③杨立新教授认为:“侵权行为是指行为人由于过错,或者在法律特别规定的场合不问过错,违反法律规定的义务,以作为或者不作为的方式,侵害他人人身权利和财产权利或其利益,依法应当承担损害赔偿等法律后果的行为。”^④而张新宝教授认为:“必须对侵权行为做扩张解释:侵害的‘权’不仅包括民事权利,而且包括受到法律保护的利益;‘行为’不仅包括加害人的行为(作为或不作为),也包括‘准行为’(他人的行为、动物致人损害等)。”^⑤我国有关侵权行为的概念逐步从自然人的不法加害行为扩张到各种加害来源,与外国学者论述本质一致,深刻反映了“侵权行为”所涵盖的对象具有普适性,而本土元素退居其次,且更多体现为形式和路径差异。

笔者认为,从侵权概念的历史发展以及比较法上的体现来看,“侵权”概念具有如下两个核心特征:首先,所有国家和地区的“侵权”都滥觞于侵害生命、身体、健康、所有权等绝对权的自然人违法加害行为;工业革命之后,加害来源开始从自然人的不法行为向各种风险与社会分工下的组织活动蔓延,后者成为广义上的新型“侵权行为”,但与自然人的身体行为并无直接关系。其次,侵权概念最初是建立在直接侵权基础上,以自然人的不法行为为基准;只是随着社会交往的日趋紧密,“侵权”形态才逐步从直接侵权向间接侵权扩张,保护范围亦从“绝对权”扩张到各种法益。在上述两个基本特征的背后,“侵权行为”概念建立在对法定义务的违反的基础上,而如何确定此种义务就成为下文所要讨论的侵权责任的核心,并且此种“义务违反”与归责事由、保护范围处在紧密的动态系统中。

① Art. 1:101. Basic norm.

(1) A person to whom damage to another is legally attributed is liable to compensate that damage.

(2) Damage may be attributed in particular to the person a) whose conduct constituting fault has caused it; or b) whose abnormally dangerous activity has caused it; or c) whose auxiliary has caused it within the scope of his functions.

② Chr. v. Bar, DCFR (Draft of Common Frame of Reference), 2009, Book IV “Noncontractual Liability”.

③ 王利明:《侵权责任法研究》(上卷),中国人民大学出版社2010年版,第4页。

④ 杨立新:《侵权责任法论》(第3版),人民法院出版社2005年版,第13页。

⑤ 张新宝:“侵权行为法的一般条款”,载《法学研究》2001年第4期。

我国传统法中“法”的概念与“刑法”等同,如《尔雅·释诂》:“刑,常也,法也”;《易》:“井(刑),法也。”从上古先秦直至清末,我国传统法制形成了“诸法合一、民刑不分”的法律特征。^①不可否认,在任何社会中都必然出现因侵害人身、财产所导致的损害赔偿问题,如我国历史上曾经就出现过多达十七种的广义民事责任承担方式。^②但我国法一直没有出现诸如罗马法中“公犯”和“私犯”的区分,因此,以违法过错为基础的类似于《阿奎利亚法》的过错责任一直阙如。在一个缺乏公权力和私权利的区分、人格不平等、商品经济不发达的社会中,是无法出现以保护市民社会中平等的人的行为自由、人身财产安全为核心任务的民事侵权责任法的。

二、什么是侵权责任法?

(一)侵权法的四种模型

任何人(并不限于自然人,还包括各种组织体)处在社会中,随时都可能遭受损害,侵权法的目的就在于如何处理社会交往中人的行为、组织给他人造成损害所导致的风险和成本。然而,损害发生之后,就如何处理损害却存在不同的法律处理模式,就此可以划分为如下四种基本模型:

首先,任何人遭受损害,均由其本人承担此种损害,即遵循“所有权人自吞苦果(casum sentit dominus/absolute property rule)”。这体现了美国法学家霍姆斯所言,“损害止于发生之处”。^③其次,本人所遭受的损害全部由与损害具有因果联系的第三人承担责任,即采取绝对的结果责任。再次,在具有因果联系的加害人和受害人之间,基于特定的“法律正当性”而要求加害人承担以损害赔偿为中心的责任。最后,虽然在加害人和受害人之间发生了损害因果联系,但此种损害转而是由当事人之外的第三方风险承担者负担此种损害赔偿的风险,如国家、商业保险公司、同业协会等。

显然,第一种模型极端地保护行为自由,每个人针对损害只能成本内化(cost internalization),使得每个处在社会交往中的行为人都随时面临被侵害的风险,而且无论加害人主观上是故意、过失还是完全无过错,都由本人“自吞苦果”。此种模型根本无法在一个“和平共处”的社会中获得实现,否则人人自危,将会重新回到霍布斯所描述的“丛林法则”时代。第二种模型真实存在于人类社会的早期。在初民社会,人类尚未启

① 张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》,法律出版社2009年版,第247页以下。

② 关于备偿、偿所减价、倍备等中国传统赔偿制度参见李志敏:《中国古代民法》,法律出版社1988年版,第186页以下;叶孝信:《中国民法史》,上海人民出版社1993年版,第210页;孔庆明:《中国民法史》,吉林人民出版社1996年版,第569页以下;杨立新:《侵权法论》(第3版),人民法院出版社2005年版,第77页以下。

③ “Let the loss lie where it falls.” See O. W. Holmes, Common Law, 1881, p. 76.

蒙,仍然凭借朴素原始的报应观念(talion)对待其本人或者其部落成员所遭受的损害,同态复仇成为典型的结果责任。然而,人类终究走出了蒙昧的黑暗,归责正当性就成为侵权责任法的核心任务。换言之,侵权责任法的基本结构就体现为第三种模型,即在一方当事人(加害人)致使另外一方当事人(受害人)遭受损害之时(满足法益遭受侵害、因果联系的共同前提),只有在满足某种归责事由时,加害人方承担损害赔偿赔偿责任。诚如霍姆斯所言,“除非存在一个特殊的理由,否则良好的政策针对侵害应当采取损害止于发生之处。”^①侵权责任法的历史发展轨迹,如同其他社会科学所研究得出的结论一样,都毫无例外地经历了从结果责任、报应主义逐步向启蒙发展的过程,而启蒙运动理性主义照耀下的过错归责事由就成为侵权责任法发展的里程碑。^②第四种模型集中反映了工业革命之后,仅凭双方当事人之间发生的成本外化(cost externalisation)已经无法很好应对风险社会中无处不在的众多“事故”。在福利国家社会保险兴起之前,加害人投保商业保险,尤其是责任保险首先体现了第四种模型。以德国19世纪末第二帝国首相俾斯麦所建立的社会保险(Sozialversicherung)(主要包括工伤事故保险、健康保险和养老保险)为代表,集中体现了以社会福利为原则所建立的第三人——社会保险公司承担第一顺位的损害赔偿机制,体现了以所有共同体范围的成员集体连带负担事故的成本外化模式。^③第四种模型在不同国家的实践,直接引发了“侵权责任法危机”乃至“侵权责任法死亡”的忧虑。^④

(二)从侵权行为法到侵权责任法

如上所述,我国侵权责任法的概念在词源上来源于日文,起初被称为“不法行为法”,在20世纪末的学术研究中一直将侵权责任法称为“侵权行为法”,^⑤凸显了我国侵权责任法理论深受比较法的影响,与传统法制并无本质联系,完全是法律继受的后果。侵权行为法具有三大基本特征:第一,侵权责任法始终围绕着何为“违法”或者“不法”展开,即侵害他人缺乏正当性。如果在具有正当性的前提下侵害他人(如正当防卫、紧急避险等),则无损害赔偿等责任后果。因此,探求此种违法性的法律属性,成为侵权责任法发展的一根主线。第二,加害来源集中于自然人的不法行为。第三,更为重要

① “Sound policy lets losses lie where they fall except where a special reason can be shown for interference.” See Holmes, Common Law, p. 50.

② 有关侵权责任法的发展历史,参见本章下文第二节的详细论述。

③ 有关侵权责任法与社会保险以及商业保险的关系,参见下文第四章的详细论述。

④ P. S. Atiyah, *American Tort Law in Crisis*, in: *Journal of Legal Study* 1987 Vol. 7, No. 2, p. 279; Richard B. Stewart, *Crisis in Tort Law? The Institutional Perspective*, in 54 U. Chi. Rev. 184 (1987) etc.

⑤ 从一些早期重要的著作的名称中即可体现这一点,如王卫国:《过错责任的第三次勃兴》,浙江人民出版社1987年版(中国法制出版社2001年再版);王利明著:《侵权行为法归责原则体系研究》,中国政法大学出版社1992年版(2004年已修订版)。

的是,“不法行为法”之所以称为“侵权行为法”,是因为侵权责任法的保护对象在历史中始终以绝对权为中心,所以,“侵权行为法”也可称为“侵害绝对权法律”。而从罗马法以降,绝对权主要被限定在人身(生命、身体、健康)和所有权。

由于在工业革命之前,自然人非理性行为是侵权责任法体系构建的出发点,所以,侵权责任法亦可被称为“自然人不法行为法”。此种表述在欧洲大陆民法法系国家尤为典型。例如,在德国,《德国民法典》中所规定的以过错责任为中心的自然人侵权责任法被称为“*Deliktsrecht*”,而随着工业革命的发展,因新技术、工伤事故、道路交通事故所产生的新型侵权形态,被称为危险责任(*Gefährdungshaftung*)。

随着工业革命的来临,人类社会交往中加害来源发生了本质性的变化:从早期的故意侵权直接加害行为,发展到以过失为中心的各种“事故”;“不仅如此,侵权‘人’的范围也从自然人扩张到各种私营与公有企业”。^① 不法行为法以“行为不法”为前提,而随着风险社会的来临,几乎每个人都随时处在难以预见并难以避免的特殊风险中,并且行为人多处在一个特定的社会组织,导致现代侵权责任法已经从事实层面上的行为归责向价值裁判层面上的风险归责转化,甚至风险是否具有可保险性也成为归责考量的一个因素。日本学者就此也有着清醒地认识:“自罗马法以来,历史上这种概念构成不法行为(侵权行为)原型 *delictum* 的核心,但是,现代侵权行为的大部分,已不是这种意义上的‘不法’行为,而是从那些由于其有用性、便捷性,社会不得不允许存在的行为(例如,医疗行为、交通工具的运营)中统计出来的不可避免地要发生的权利侵害行为,这种社会上的有用性或便捷性与由此发生的损害的填补或受害人的救济之间如何进行调整,是现代侵权行为法的重要课题。”^②

随着科学技术的革命,众多新型技术投入到日常生活中。我们很难想象:禁止汽车行驶、不得建设大型水利工程、禁止从事核电站建设、不得从事基因工程研究。虽然这些活动在道德伦理上存在争议,但所有这些都是在法律所许可,不存在“不法”问题。然而,其又始终与人类不可完全控制的意外风险密切相连,即使是最权威的科学家,也无法绝对地保障:高科技可确保避免机动车事故、大型水利工程不会出现各种不利后果(如生态破坏、地质状态潜在威胁、工程瑕疵等)、核泄漏(如前苏联契尔诺贝利核泄漏以及日本福岛核泄漏)与基因突变(如美国的转基因种子对全球粮食安全的影响)。正是此种法律许可与不可避免的潜在风险,导致侵权责任法调整对象由不法行为演变到调整各种人类不可完全控制和避免的风险。不仅如此,科学技术的发展,导致“活动

^① “it has been designed to govern individuals and it now mainly applies to private and public enterprises.” See André Tunc, *Torts*; Int. Enc. Comp. L. XI Torts (193) ch. 1, p. 6.

^② [日]平井宜雄:《债权各论Ⅱ侵权行为》,弘文堂1993年版,第2页注1。转引自于敏:《日本侵权责任法》,第3页。

主导者恒为活动主导者,非活动主导者恒为非活动主导者,亦即‘加害人恒为加害人,被害人恒为被害人’之现象,日益显著。”^①

在保护范围上,现代侵权责任法已经突破了以绝对权为保护中心的保护模式,将保护范围逐步从绝对权扩张到各种利益,侵权形态也从直接侵权向间接侵权扩张。在一个高度分工的商品经济社会,很难想象,当代侵权责任法只能够保护绝对权,而不保护各种新型人格利益、商业秘密、自由竞争秩序、纯粹经济利益等重要的法益。

从损害赔偿的方式来看,在不法行为法中,加害人致使受害人遭受损害,其本人从自己个人所有的概括财产中承担赔偿责任是损害赔偿的基本模式,因此,不法行为与个人之间的损害赔偿构成侵权责任法的基本框架。然而,在工业事故社会中,损害无处不在,而且往往远远超出加害人个人所能承受的范围。即使是针对一个具有巨额资本的现代企业,一旦发生“大规模侵权”,^②如产品责任、环境污染等,其也将立即陷入破产的境地。因此,如何填补损害就成为现代侵权责任法所必须解决的问题。在现代风险社会中,通过社会保险、商业保险、责任保险等成本外化承担方式,侵权责任法的损害填补功能得到了飞跃式的提升,使得侵权责任法从早期侧重两个自然人之间的损害填补向社会化的损害分担(loss distribution)转移。因此,侵权责任法的名称从“不法行为法”或者“侵权行为法”演变为“侵权责任法”,凸显了现代侵权责任法的内在体系的变化,即从关注不法行为及加害人对受害人的损害赔偿转向对各种风险事故的公平分配及其损害后果的各种转移。目前,我国学者亦开始从责任后果角度定义侵权责任。^③

第二节 侵权行为与违约行为 以及犯罪行为的区别

一、侵权行为与违约行为的区别

早在罗马债法中,就出现了合同之债和侵权之债的基本划分,在此基础上形成了

① [日]石本亚男:“不法行为責任の研究”,载《阪大法学》第1期,1961年,第3页以下;转引自邱聪智:“科技发展与危险责任之法制”,载氏著:《民法研究(一)》(增订版),台湾五南图书出版公司2000年版,第297页,注7。

② 朱岩:“从大规模侵权看侵权责任的体系变迁”,载《中国人民大学学报》2009年第3期,第9~14页。

③ 如张新宝教授认为:“侵权民事责任简称为侵权责任,是指侵权人一方对自己的加害行为或者准侵权行为造成的损害等后果一方所应当承担的各种民事责任。”参见张新宝:《侵权责任法》(第2版),中国人民大学出版社2010年版,第7页。

准合同之债和准侵权之债。传统大陆法系严格区分合同法与侵权责任法的调整边界,将侵权责任习惯于称为“合同外责任”(extra-contractual liability)或“非合同民事责任”(non-contractual civil liability)。然而,债的发生类型化的划分同时也带来请求权基础竞合的问题。由于我国分别在合同法和侵权责任法中采取了有所差异的损害赔偿制度,导致请求权竞合下的请求权选择对当事人利益影响更为突出。

(一)侵权行为与违约行为的差别

侵权行为与违约行为及其二者所生责任的差别具体体现在如下几个方面^①:

1. 侵权发生的义务具有法定性,即直接由法律规定;而合同义务以当事人约定为发生基础,当然也包含了一些重要的法定附随义务。^②从义务的角度出发,可以了解侵权责任法与合同法调整范围的差异。民事行为规则可以分为第一顺位的规则(primary rules)和第二顺位的规则(secondary rules)。第一顺位的规则通过确定各种行为规范而设定了各种义务,同时与之相对应也产生了各种权利。而第二顺位的规则建立在对第一顺位规则违反的基础上,体现了对违法行为的惩罚,即以损害赔偿为中心的民事责任。因此,侵权责任被称为法定之债,而合同责任被称之为意定之债。合同责任以双方当事人约定的合同义务为核心,随着合同责任的完善,在约定义务之外产生了大量以实现合同全面及时履行为目的法定义务群,如告知、协助、容忍等。尤其是随着消费者保护运动的发展,在消费者保护法中,针对买卖、服务等典型合同,规定了大量的法定义务。

2. 侵权责任以抽象意义上的不作为法定义务为原则,即绝对权之外的第三人负担消极不侵害他人人身和财产权利的义务,体现了绝对权所确立的社会秩序为人类社会和平共存的基本要求。因此,侵权责任法上的义务是指向一般意义上不确定的第三人,具有对世性(in rem);仅在特殊情况下方规定积极作为义务。但是,侵权责任法意义上的不得加损害于他人的义务并非都是针对所有不特定的相对人,例如,在过失责任下,注意义务往往针对特殊个人或者人群,而不是针对不特定的第三人。^③而合同义务多为积极作为义务,例外情况下为不作为义务。此外,合同义务拘束确定的当事人(in personam),即使在合同涉及第三人的情况下,第三人的范围也是确

^① 有关违约责任与侵权责任竞合的论述参见韩世远:《合同法总论》(第2版),法律出版社2008年版,第638页以下。

^② 英美法学者对此同样有清晰的认识,例如 Clerk & Lindell 认为“people are automatically subject to tortious duties while no one is automatically subject to a contract without his consent”, See Clerk & Lindell on Torts, 15th ed. 1982 at para. 1-05。

^③ “That duty may be owed only to a specific individual or group, and not to persons generally.” See Caparo Industries plc v. Dickman [1990] cited from Clerk & Lindell, 19th ed. 2006, p. 2.

定的。

3. 传统侵权责任系于自然人的行为 (conduct), 体现为不法行为的责任后果; 但是随着工业社会的来临, 危险责任系于特殊的危险活动或者组织活动 (activity), 即某种事件或者活动。当然此种活动最终体现为人在社会交往中的一种状态, 但此种活动的概念已经超越了单个行为人实施行为的范畴。而合同责任以不履行约定的义务为前提。

4. 在归责原则上, 合同责任采取严格责任, 而侵权责任依据广义双轨制的归责事由, 包括过错责任和无过错责任, 在过错责任中还存在过错推定责任。

5. 在救济方式上, 合同责任的救济方式旨在保障合同当事人的履行利益, 如实际履行或者解除合同, 尤其是实际履行 (specific performance) 旨在实现合同当事人之间事先达成的协议。而侵权责任方式以金钱损害赔偿受害人的固有利益为原则, 以物理性的恢复原状 (restitutio in integrum) 为例外。

6. 在责任范围上, 合同责任旨在保护履行利益, 或者称为积极利益 (performance interest/Erfüllungsinteresse/Positive Interesse/positief belang), 因此, 在救济方式上, 违约责任中包括强制履行。而侵权责任旨在保护现存利益, 或者称为消极利益 (status quo interest/Vertrauensinteresse/Negatives Interesse/negatief belang)。换言之, 合同责任的功能体现为通过交易扩大当事人之间的收益, 而侵权责任法则是维护民事主体的现存利益。^①

7. 在功能上, 侵权责任构成对责任人行为自由的限制, 认定责任时, 需要平衡行为自由、法益保护以及宏观层面促进社会福祉等考量因素。而合同责任系于当事人主观积极的约定, 不存在对行为人自由限定的负担。此外, 在英美法中, 侵权责任还具有惩罚性要素, 而合同责任通常不具有惩罚性赔偿。

此外, 在诉讼时效期间、与有过失等方面, 特别是程序法上, 侵权责任与违约责任还存在较大的区别。^②

(二) 合同义务对侵权责任的影响

虽然基于侵权行为与违约行为所产生的侵权责任与违约责任在理论上具有较为明显的区别, 但二者之间仍然具有关联性。尤其在违约请求权与侵权请求权发生竞合

^① "Human good, for which the law exists, depends on the maintenance and development of human goods-life, health, property and wealth, *inter alia*. To ensure their maintenance we have the law of tort, and to promote their development we have the law of contract. Contract is productive, tort law protective. In other words, tortfeasors are typically liable for making things worse, contractors for not making them better." See T. Weir, "Complex Liabilities" in *International Encycloedia of Comparative Law* - Vol. XII 12: Torts at 5, para. 6.

^② 王利明:《侵权责任法研究》(上册), 中国人民大学出版社2010年版, 第10页以下。