

中美侵权法国际研讨会文集

Qinquan

ZHONGMEI QINQUANFA GUOJI YANTAOHUI WENJI

Xingweifa Yanjiu

主编 江平

副主编 崔建远 张默

侵权行为法 研究



中国民主法制出版社

中美侵权法国际研讨会文集

侵权行为法研究

主 编 江 平

副主编 崔建远 张 默

中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

侵权行为法研究/江平主编. —北京:中国民主法制出版社,2004.4

ISBN 7-80078-875-X

I. 侵... II. 江... III. 侵权行为-民法-研究-中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 023924 号

书名/侵权行为法研究

QINQUANXINGWEIFAYANJIU

作者/江平 主编

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里7号(100054)

电话/63292534 63056983(发行部)

传真/63056975 63056983

经销/新华书店

开本/32开 850毫米×1168毫米

印张/20 字数 519千字

版本/2004年5月第1版 2004年5月第1次印刷

印刷/三河市文昌印刷装订厂

书号/ISBN 7-80078-875-x D·764

定价/32.00元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序

清华大学、中国政法大学、中国法学会比较法研究会与美国天普大学,继2002年6月相互协作,成功地举办了“中美物权法国际研讨会”,且出版了会议论文集《中美物权法的现状与发展》之后,于2003年又合作举办了“中美侵权行为法国际研讨会”,报告透彻,提问和回应到位,相互间的交流踊跃,结出了硕果。现在将会议的成果之一《侵权行为法研究》论文集编辑出版。

按照全国人民代表大会常务委员会确定的五年立法规划,今明两年着手研究并将出台《中华人民共和国物权法》,并开始《中华人民共和国侵权责任法》的草拟和研讨工作。为此,侵权行为法的研究也将越发显得重要和迫切。

在物权法领域,中美两国在制度及理论上存在诸多差异,而在侵权行为法领域的相同或相似之处则非常之多。这为中国在侵权行为法的立法工作中更多地借鉴美国法及其理论提供了前提和可能。中美侵权行为法国际研讨会的过程和结果已经证明了这一点。

正如江平教授在为《中美物权法的现状与发展》一书所作序言中指出的那样,中美有关民

法典立法共同讨论会仅仅是开始,今后会继续发展,中美法学交流会步入一个更新、更高的层次和领域。

我们再次祝愿中美法律和法学交流取得更大成就!

编 者

2004年2月26日

2003 年中美侵权法国际研讨会的召开以及本书的编辑出版得到清华大学法学院、天普大学比斯利法学院 (Temple University Beasley School of Law) 和美国国际开发署 (US Agency for International Development) 的大力支持, 在此谨表谢意。

目 录

序 (1)

侵权行为法的性质与归属..... 崔建远(1)

侵权行为法结构的逻辑分析 麻昌华(22)

侵权法因果关系理论的演化 刘 锐(52)

侵权行为法中过错与违法性关系

 的比较法考察 程 啸(59)

论侵权责任方式的二元体系..... 任 清 李 恺(116)

违法性之于侵权责任的构成..... 郑永宽(134)

侵权过失标准之具体构造..... 叶金强(147)

高危险民事责任与民法典关系论纲..... 赵家仪 金海统(181)

危险责任——过错责任原则之超越..... 尚晨光(203)

英美侵权法中的纯经济上损失赔偿问题研究..... 李 昊(218)

对我国保护隐私权制度

 若干问题的探讨..... 马俊驹 蓝 蓝(256)

原权、救济权与公权力辨析论纲 秦国辉(278)

试论物上请求权的性质与归属..... 秦佩华(284)

机动车肇事责任与高度危险责任的合与分·····	尹腊梅(301)
论工伤损害赔偿的民事责任·····	朱泉鹰(319)
论不动产登记机关的赔偿责任·····	高润恒(330)
论服务责任中的违约责任与侵权 责任及其竞合·····	毕经纬 杨 飞(349)
因侵犯他人生命权而承担的过错侵权责任·····	张民安(371)
浅议精神损害赔偿的涵义与责任划分·····	王晓滨(402)
对死者遗存的精神利益的民法保护·····	黄福宁(411)
浅谈医生的告知义务和患者的同意·····	林其敏(422)
医疗侵权诉讼中举证责任·····	王正志(431)
英特网上的名誉毁损行为 和网络服务商的责任·····	新美育文(444)
网络侵权的类型化研究·····	王 成(450)
中国产品责任法上的当事人·····	韩世远(500)
论“缺一赔十”的惩罚性赔偿思想·····	何 山(511)
Economic Torts: The Current United States Controversy over the Tort of Interference with Contract·····	William J. Woodward, Jr(518)
United States Common Law Trespass To Chattels Claims For Hard Drives Fed Up With Internet Cookies: Suggestions and Observations·····	Marla Weston(529)
Recovery for Emotional Distress as a Distinct Tort Claim: Is the U. S. Approach Suitable for China?·····	Frank M. McClellan(583)
Product Liability: U. S. Experiences and Othter Responses to Product Defects·····	Phoebe Haddon(611)

侵权行为法的性质与归属

崔建远*

在制定中国民法典的过程中,出现了一种观点,即侵权行为产生责任而不是债;侵权行为法独立成编,便脱离了债法体系。笔者将其概括为否定论。其支撑的理由主要是:1. 债是财产关系,债权必须具有财产性,而侵权行为引发的赔礼道歉、消除影响、恢复名誉恰恰不具有财产性,所以侵权行为法不属于债法;2. 债的同一性理论是债与责任合一的理论根据,侵权行为引发的赔礼道歉、消除影响、恢复名誉,恰恰不符合债的同一性的要求;3. 责任不应是债的担保,侵权责任不应是债的范畴;4. 将侵权行为看作债,从法律关系上说混淆了义务与责任的区别;5. 传统债法通则已经远远不能适用于侵权责任。

事实果真如此吗?本文作如下分析和评论。

一、债的关系并非一律为财产法律关系

债果真均为财产法律关系吗?无论是从债的本质及界定来看,还是在民法发展史上,抑或是在近现代民法的立法例上,答案都是否定的。

* 清华大学法学院教授。

首先,从债的本质及界定看,债无必须是财产法律关系的要求。在古典时代的罗马法中,人们并不重视债的财产性,而是关注债抽象的潜在约束的观念。^① 在原始社会中财产是不当什么的,被重视的只有债务;^② 债是应负担履行义务的法锁;债是法律用以把人或集体的人结合在一起的“束缚”或“锁链”,作为某种自愿行为的后果。^③ 这种法锁,既可以束缚住当事人之间的非财产关系,也可以束缚住其财产关系。《法学阶梯》就把债界定为“一种迫使我们必须根据我们城邦的法律制度履行某种给付义务的法律约束。”^④ 在现代,通常把债表述为,特定当事人之间得请求一定给付的法律关系。^⑤

既然未把债特别地界定为财产法律关系,那么,如何解释债在如今大多具有财产性的现实呢?笔者认为,债系法锁,具有法律的拘束力,其内容为债权债务。这些都决定了它天然地具有债权人可以请求债务人交付一定物、支付一定金钱等效力,它适宜成为财产流转的法律形式,从而使它具有财产性。在商品经济乃至现代市场经济的条件下,债基本上表现为财产法律关系。同时,债也天然地成为某些非财产关系的法律形式。其一,许多因约定以不作为作为标的而形成的关系,属于非财产性债的关系。例如,一位自药厂离职的药师,基于约定负有不以其在该厂所获知识自营企业或提供给竞争者的义务。^⑥ 再如,根据约定,甲在 0:00 至 6:30 不弹钢琴,不跳迪斯科。这种约定很有意义,也不违反公序良俗,法律上应该予以承认。它可以避免甲的

① [意]朱赛佩·格罗索:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社,1994年4月版,第115页。

② [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆,1959年2月版,第181页。

③ [英]梅因:《古代法》,第182-183页。

④ 转引自[意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社,1992年9月版,第284页。

⑤ 王泽鉴:《民法债编总论》第1册,三民书局,1993年11月第8版,第3页。

⑥ 黄立:《民法债编总论》,中国政法大学出版社,2002年4月版,第2页。

午夜琴声是否违反一般禁令的争执,在举证责任的分配上也有益处。^①其二,若干无偿委托关系,也属于非财产性债的关系。例如,按照约定,教师甲将无偿地为其硕士生乙介绍工作,甲若有重大过失致使乙错过就业机会,即负民事责任。其三,某些无偿管理、服务类关系,同样属于非财产性关系。例如,按照约定,甲每天前往乙的住宅无偿地为其浇花;依据约定,一方无偿地帮助另一方看护孩童;出租车驾驶员甲应一发烧乘客的请求而免费地将其送往医院;等等。如果非得要求债具有财产性,这些关系就因无财产内容而不属于债的关系。而在现代法制上,除了债的制度,尚无其他法律制度及规则使得它们具有法律拘束力。如此一来,这些至少是一部分人必需的社会生活关系,因无相应的法律制度保障而效力减弱,以至于它们得不到遵循,其后果极为严重。

在这里,至少面临着两个不易回答的问题:一是如何界定财产性,二是如何区分施惠与债的关系。例如,对于按照约定甲厂为乙厂无偿培训技术人员的关系,是定位在财产性关系还是非财产性关系?一种意见认为,尽管无偿,此类关系同样可以用货币衡量计算,市场会形成此类培训的价格,故它们仍属于财产性关系。这确有道理。但考虑到财产关系、非财产关系在法律责任的配置上有轻重之别,把诸如依据约定甲工程师无偿辅导同一工厂的乙工程师有关技术之类的关系界定为财产性关系,会加重甲工程师的负担,不合一般观念,笔者还是倾向于把它们类型化,有的界定为财产关系,有的则为非财产性关系。前述甲厂为乙厂无偿培训技术人员的关系,可以认定为财产关系。而甲工程师依约定无偿辅导同一工厂的乙工程师有关技术之类的关系、甲教师依约定屡次无偿地回答乙教师的法律问题的关系,宜被认定为非财产性关系。

这又产生了好意施惠关系与债的关系之间的区别问题,比如,甲

^① 黄立:《民法债编总论》,第2—3页。

教师依约定屡次回答乙教师的法律问题的关系,究竟是债的关系还是好意施惠关系?这确实需要研究。其一,应从效果意思的方面甄别。如果当事人具有发生债法效果的意思,并且达成合意,应该把它认定为债的关系;反之,则把它归为好意施惠关系。如果甲乙之间无发生债的效果意思,则回答法律问题的关系属于好意施惠关系;如果乙教师为防止甲教师胡编乱造而约定,甲故意或重大过失地错答问题时须支付违约金,那么,他们之间的关系属于债的关系。再如,甲公司办理公司周年酒会,邀请函上载明“敬备薄酒点心”,乙欣然应邀出席,虽然准时与会,但鸡尾酒与点心却已被一扫而空。^①因双方均无发生债权债务的效果意思,故不生违约问题,也不产生不完全给付,不可能有所谓故意或过失的行为,这种情形通常也不构成侵权行为,^②乙不得追究甲公司的民事责任。其二,在好意施惠场合,客观上存在着债的关系、单纯的好意施惠关系、好意施惠关系伴有法律行为的附属义务的区别。如何判断、区分?应依据一般解释规则,即解释意思表示应探求当事人之真意,不得拘泥于所用之辞句,具体到这里的问题,就是应探求关系人是否愿意将其行为置于债法规范的调整范围。^③若是,则为债的关系;若否,则为好意施惠关系。不过可能是单纯的好意施惠关系。也可能依关系人的意思,虽然无请求权产生,但仍可有类似合同上的忠诚义务、保护义务、谨慎义务等。例如上例甲公司办理公司周年酒会而形成的关系中,如果乙在入口处将其外衣交给为赚取小费而自愿看管衣帽的来宾丙,因丙粗心大意致使乙的外衣被窃,便属于违反了保护义务。^④

社会生活丰富多彩,允诺的乃至法定的关系的内容也随之千差万别,财产关系不能替代一切。在人们越发重视精神感受和满足的今

① 黄立:《民法债编总论》,第17页。

② 黄立:《民法债编总论》,第17页。

③ 黄立:《民法债编总论》,第18页。

④ 黄立:《民法债编总论》,第17页。

天,尤其如此。当相对人之间的社会生活关系在某些领域无财产性,却又需要受到法律的强制力拘束和保护时,债显然是其理想的法律形式之一。如果我们把债仅仅局限于财产法律关系,就是无视社会生活对于法律的需求和决定作用,作茧自缚,降低了债的功能,缩小了它的适用范围。

上述事实 and 理论反证出下述道理:债的法锁拘束力及其债权债务的表现形式,使得债适宜成为财产关系的法律形式,而非因债为财产关系的法律形式才使得它具有法锁拘束力,并由债权债务构成。如同人具有抽象思维的能力,使得人能够进行民法分析,而不是因为人进行民法分析才使得人拥有抽象思维的能力一样。如果颠倒前因后果,就会得出这样荒谬的结论:所有权关系为财产关系的法律形式,也应当具有法锁的拘束力,并以债权债务为内容。恐怕没有一个法律人会有此观点。这表明,债必为财产法律关系之说,有本末倒置之嫌。

其次,从债的早期形态考察,债无必须为财产法律关系的本质要求,甚至并非财产法律关系。罗马的债所保留的特点使人联想到涉及人身依从关系的原始观念。扣押人质是表现原始债特点的形式。人身为债的履行承受着实际的责任约束。债保留着为履行给付责任而设置抽象的潜在约束的观念,其逻辑结果就是对债务人躯体的执行(在《十二铜表法》中可以见到这种执行的残酷性),这是对多少有所反抗的债务人躯体的执行。^① 在人类文化史发展的初期,债权纯粹体现为债权人与债务人之间的人身关系,一般经济关系的性质甚微。^② 债的标的,在其起源时期,也可以说是债务人的人身,因为债务人必须为债权人实施行为。^③ 在不履行债务时,债务人经常将其整个人身(全人格)置于债权人的权力之下。最初,债权人简单地杀戮债务人以满足

① [意]朱塞佩·格罗索:《罗马法史》,第115页。

② [日]我妻荣:《债权在近代法中的优越地位》,王书江、张雷、谢怀斌译,中国大百科全书出版社,1999年9月版,第20—21页。

③ 丘汉平:《罗马法》下册,上海会文堂新记书局发行,第285页。

复仇感情,以后进步到幽禁、强制债务人作为奴隶而劳动,或干脆将债务人作为奴隶出卖以达到经济目的。尽管有这种进步,但从整体看来,仍未脱离人身责任的范围。^①只有当法律规定首先应当支付“罚金”或“债款(pocunia)”,仅于债务人的财产不能给付或清偿时,权利享有人方可通过执行方式对其人身采取行动的时候,债才第一次获得了新的意义,即财产性意义。从此,诉讼(actio)和清偿(solutio)的标的变成了罚金或钱款,而不再是人(corpus),陷入受役状态变成一种次要的执行程序。债向这种财产性罚金形式转变的顶峰时期(即现代债的产生时期),我们认为其标志是《博埃得里亚法》(lex poetelia)的颁布;至于执行程序,只是从共和国末期,随着财产拍卖(bonorum venditio)的引入才开始具有财产形式。^②

第三,在近现代的民法上,无财产性的债仍有其存在的价值。近代法律不仅没有必要将债权的标限定于金钱价值,而且尚有将债权的标的范围扩大到所有领域的要求。日本民法明文规定,从立法上解决这个问题……一方面不能否认社交礼仪中赠送往来的金钱价值,另一方面也不允许拒不承认无法用金钱估算的无形利益,尤其是以人格利益为标的的债权的成立(例如,终身定期金债权,道歉公告债务)。^③虽然近代法律扩大债权的范围,但另一方面也产生财产性质淡薄的债权。随之而来,使法律关系与道德关系难以截然分开,双方有重复交错的关系。^④《法国民法典》规定,除另有约定外,委托无报酬(第1986条)。《德国民法典》直接把委托规定为受托人为委托人无偿处理事务的关系(第662条)。和解有时即为无财产性的关系(参见第779条)。有些无名合同,如某些广告使用他人肖像或姓名的合同,双方约定为

① [日]我妻荣:《债权在近代法中的优越地位》,第20—21页。

② [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社,1992年9月版,第284—285页。

③ [日]於保不二雄:《日本民法债权总论》,庄胜荣校订,五南图书出版有限公司1998年2月版,第19页。

④ [日]於保不二雄:《日本民法债权总论》,第20页。

无偿,所引发的债亦无财产性。德国著名债法权威学者卡尔·拉伦茨和曼弗雷德·沃尔夫教授指出:“债权一般被归属于具有金钱价值的财产权,它要么是直接以金钱的支付为标的,要么是将要履行的给付具有能够以金钱相衡量的价值。当然,非财产权性的债权也是可能的,如不得变卖祖产的义务或者不得行使特定权利的义务等。”^①显然,他们承认有非财产性的债权类型。

二、债的同一性并非侵权行为法归属于债法的障碍

否定论者指出,债的同一性理论,正是对债与责任不加区分的理论根据所在,也是债的关系法体系构成的理论根据所在。侵权行为引起赔礼道歉、恢复名誉、消除影响等侵权责任,不再仅仅限于损害赔偿,于是它不具有债的同一性,所以,侵权行为法不应归属于债法。

对此,笔者持有不同意见。债的同一性理论的含义为,在债发生变更、移转等情形时,例如,房屋买卖合同关系因出卖人违约而转变成损害赔偿关系时,债的关系不失其同一性,其法律效力依旧不变,不仅其原有利益及各种抗辩不因此而受影响,就是其从属权利(如担保)原则上亦仍继续存在。^②显然,该理论是在揭示债在变化过程中,处于不同阶段的、表现形式不同的债相互之间的关系,并且是在肯定它们之间具有质的同一性,只是其表现形式不同而已。该理论是否适用于侵权行为场合呢?需要进行类型化的分析。

在侵权行为人不法侵害物权、人身权、知识产权的情况下,侵权行为实施前的法律关系为绝对权关系,其后的法律关系为侵权责任关系。它们为绝对权关系与侵权责任关系之间的联系,并非债的关系与侵权责任关系的关系,不具有质的同一性,不存在适用债的同一性原理的余地。在这里,以债的同一性理论来否认侵权行为法的

^① Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Buergerlichen Rechts, 8. Aufl., Verlag C. H. Beck, S. 298—299.

^② 郑玉波:《民法债编总论》,三民书局,1996年11月第15版,第461页。

债法属性,文不对题。

在侵权行为人不法侵害债权的情况下,侵权行为实施前后的法律关系,分别为由原给付义务构成的债的关系、由次给付义务组成的侵权责任关系。在绝大多数情况下,此类侵权责任关系以损害赔偿为内容,法律未配置精神损害赔偿、赔礼道歉、恢复名誉和消除影响的救济方式。迄今为止,尚未见有人否认这两种关系的同一性,而是认为损害赔偿关系为前一类债的转化形态。此其一。其二,在医疗、旅游、骨灰保管等合同关系中,因债务人的侵权行为(当然可以说是违约行为)给债权人造成损失。例如,使患者的身体遭受侵害或者婴儿遗失,使游客丧失了精神方面的享受,使死者的近亲属遭受到精神伤害等。于此场合,转换而来的损害赔偿(包括财产损害赔偿和精神损害赔偿)与医疗合同关系或者旅游合同关系或者骨灰保管合同关系等,是否具有同一性?目前尚找不到坚强有力的理由作出否定的答案。其三,进一步,如果在上述场合债务人不但须承担损害赔偿责任,还要赔礼道歉,此类侵权责任关系(当然也是违约责任关系)与医疗合同关系或者旅游合同关系或者骨灰保管合同关系等,是否依然具有同一性?依据侵权行为法独立成编就否定其债法性理论的逻辑,答案似乎是否定的。但笔者则持肯定论,因为以损害赔偿和赔礼道歉为内容的侵权责任(当然也是违约责任)关系,仍然是医疗合同关系或者旅游合同关系或者骨灰保管合同关系等的转化形态,债权债务依然有效,它们是产生侵权责任(违约责任)的根据之一;原有的利益及各种抗辩不因此而受影响。所有这些,都符合债的同一性要求。那种认为只有合同关系仅仅转化为损害赔偿的形态才算具有同一性的观点,实际上仍未脱离以眼还眼、以牙还牙的同态复仇的窠臼。退一步讲,即使按照同态复仇的标准衡量,医疗、旅游、骨灰保管等合同关系转化为损害赔偿、赔礼道歉关系,两者之间也有同一性。因为前一类关系含有债权人的精神因素,精神损害赔偿和赔礼道歉正是平

复债权人的精神创伤的手段。

必须指出,否定论者欲证成侵权行为法属于债法不符合债的同一性理论的观点,其应做的工作,不在于检视侵权责任关系与被侵害的法律关系(如物权关系、人身权关系、知识产权关系、债的关系)之间是否具有同一性,而在于必须阐明侵权责任关系本身不符合债的关系的标准,即,证成把侵权责任关系表述为“受害人享有请求侵权行为人承担侵权责任的^①权利,侵权行为人负有满足此类请求而实际承担侵权责任的义务”,是不正确的。换言之,否定论者须证成侵权责任关系与“受害人享有请求侵权行为人承担侵权责任的^①权利,侵权行为人负有满足此类请求而实际承担侵权责任的义务”这种关系无同一性。^①若证明成功,就可以说把侵权责任关系定位为债的关系违反债的同一性理论,进而,侵权行为法不应归属于债法。

笔者认为,侵权责任成立,不论其所含救济方式仅为损害赔偿,还是包括赔礼道歉、恢复名誉、消除影响,它们都被涵摄入债的关系中,均为侵权之债的内容,一点也未遗漏。二者不过是站在不同角度观察事物而出现的不同命名,是不同层面的分别描述。侵权责任制度凸现着义务违反之结果、国家强制力乃至否定性评价等属性,侵权之债制度则对这些属性忽略不计,看重的是侵权责任关系中权利义务的因素。如同一部《红楼梦》,不同人群看到的不一样。简言之,侵权责任关系与侵权之债之间具有质的同一性。它们之间正好遵循了债的同一性原理。由此可见,侵权责任关系属于债的关系的通说没有违反债的同一性理论。

^① 通说把侵权行为引发的关系称为债,把侵权行为法划归为债法,就是基于侵权责任关系为债的关系这个事实。从时间顺序方面讲,侵权行为引发侵权责任;该责任的成立,立即或曰同时在侵权行为人和受害人之间形成一种权利义务关系,即受害人有权请求侵权行为人向其承担侵权责任,或者说向其履行损害赔偿等义务,侵权行为人有义务满足此类请求,履行赔偿受害人损失等义务。这种关系通说叫作债。那种所谓侵权行为首先引发债,然后才有侵权责任的观点,不合法理。