

中国民法年刊

CHINESE YEARBOOK OF CIVIL LAW

中国法学会民法学研究会 主办

王利明 主编

2008



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

上海市重点学科（复旦大学民商法学）建设项目经费资助出版
项目编号：B102

中国民法年刊

2008

中国法学会民法学研究会主办

主 编 王利明
顾 问 王家福
副主编（按姓氏笔画）

王卫国	王学政	王胜明	尹 田
孙宪忠	吴汉东	张新宝	杨立新
赵万一	郭明瑞	崔建远	黄松有

本卷执行主编 张新宝 朱岩



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国民法年刊. 2008/王利明主编. —北京:法律出版社,2009.5

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9512 - 4

I. 中... II. 王... III. 民法—中国—2008—年刊 IV. D923 - 54

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 063259 号

中国民法年刊 2008

王利明主编
中国法学会民法学研究会主办

责任编辑 刘彦津
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2009 年 5 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 25.75 字数 426 千

印次 2009 年 5 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 - 5036 - 9512 - 4

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)

代 序

与改革开放同步发展和繁荣的民法学

王利明

在改革开放初期,经历了“文化大革命”的民法学园地可谓一片荒芜,甚至可以说,在相当长的一段时间内,许多人不知民法是何物。正是在这样的背景下,在20世纪70年代末期和80年代初期,理论界发生了民法和经济法的大论战,目的不仅在于澄清经济法的概念,而且涉及民法的基本定位,即它是调整公民之间关系的法律,还是广泛调整平等民事主体之间关系的法律。这场论战一直持续到1986年《民法通则》的颁布,该法第2条明确了民法的调整对象,从而明确划分了民法和经济法的界限,为这场论战画上了句号,也为我国民法学研究的发展繁荣奠定了坚实基础。

改革开放的春风一扫计划经济时代民法的阴霾,市场经济的不断繁荣和发展为我国民商法学者提供了广阔的历史舞台。回顾改革开放30年的民法学发展历程,我国民法学是一门与我国社会主义市场经济建设同呼吸、共命运的重要社会科学,也是发展社会主义民主、健全社会主义法制所迫切要求繁荣和发展的学科。经由数代民法学者的不懈努力,我国民法学在过去30年内已经取得了令人瞩目的成就,为我国经济发展、政治文明、法治发展和法学繁荣作出了重大的理论贡献。

第一,民法学为我国民事立法和司法提供了重要的理论支持。民法是一门经经济用的应用法律部门,其发展不仅应体现国家的经济建设和社会发展政策,而且应关注民事主体的切身利益。民法学研究也秉承其旨,既关注理论架构上的完满和自足,更关注在我国具体时势背景下具体问题的妥当解决方案,从而为国家在民事法治方面的良好发展提供了智力支持。无论从《民法通则》、《合同法》、《物权法》等基本民事法律的制定,还是从最高司法机关的各种司法解释的

出台,都凝聚了我国民法学者的长期的心血。迄今为止,我国民法学界已经推出了丰硕的、优质的学术研究成果,既包括负责起草了民法典的各编条文草案的学者建议稿及立法理由书,也包括对已经颁布的法律(如合同法)进行注释、学理的研究。

第二,已经建立了基本完善的民法学体系。在总则、物权、合同、侵权责任、人格权、知识产权、婚姻继承等民事基本制度方面,我国学者都确立了完备的理论构架。民法学界注重基础理论研究,成果丰硕,例如对于意思表示、物权行为、侵权行为的归责原则等都有专门的研究著作;对合同法、物权法、侵权法的系统研究也都呈现出欣欣向荣的局面。许多研究既有开放的理论视野,又能立足于中国的实际情况。学者的努力为我国民法学体系的形成奠定了基础。

第三,进行了深入的专题性研究。学界不仅主张民法各部分的体系构建,而且深入进行了各种专题性研究。就所研究的专题来看,其涉及的领域不断拓展。过去,学者多关注基础性的专题,如违约责任、侵权行为归责原则、人格权、担保物权等。现在,学者将其视野投向了法学研究中的新问题、新情况,如互联网的侵权问题、一般人格权、动产担保、纯粹经济损失、安全保障义务等。民法方法论、案例研究方法等也成为学者们重点研究的课题。这些专题性研究不仅丰富了民法学理论,而且指导了司法实践。

第四,开展了广泛的比较民法学研究。比较民法学对于开拓研究视野、广泛借鉴国外的学术成果、构建我国民法学理论体系等都具有十分重要的意义。我国学界一直重视比较民法学的研究。随着国内学者外语水平的提高和留学人员加入我国研究队伍,我国比较民法学的研究空前繁荣,既关注发达国家的立法、判例和学说,又介绍了发展中国家民法学的成功经验;既翻译了大量外文原版著作和法典,又撰写了大量以比较法为研究对象的著述。

改革开放的30年,是经济快速发展的30年,是社会健康发展的30年,更是以调整商品经济关系为主要对象的民法进步的30年,也是民法学迅猛发展的30年。民法学已经成为我国社会科学中的一门“显学”,这主要表现在,民法理论和实务日益受到社会的关注,民法学界各种有分量的研究成果层出不穷……尤其是有志于投身民法事业的青年才俊众多,新一代的青年民法学者如雨后春笋般涌现出来,他们既有扎实的民法功底,缜密的学术思维、良好的问题意识,又有较高的外语水平,思维之严谨、研究之深入、掌握的信息之宽,都令人耳目一新。从他们身上,我们看到了民法学未来的希望。

在看到我国民法学在过去几十年所取得的辉煌成就的同时,我们也必须清

醒地认识到不足与缺陷。虽然近年来民法学研究成果不断涌现,数量众多,但是其中高质量的学术精品仍然很少,普遍存在原创性不足的缺陷。主编的作品较多,独著的成果较少;编译的作品较多,翻译的精品较少;粗放性的研究较多,深入实证性的研究较少。某些领域的研究发展过于缓慢,例如,以罗马法的研究为例,20世纪30年代陈朝璧先生的《罗马法原理》一书至今依旧是该领域的代表性作品。从数量上来看,尽管有关司法考试、案例汇编等方面的著述以及教科书不少,但其数量与我国现有法学研究人员的数量相比,仍然显得单薄,尤其是对专门领域进行系统、深入研究的专著更为缺乏。以民法总论为例,目前该领域的专著和教材全国加起来不过十来本,而我国台湾地区民法总论著作至少不下50部。此外,我国学界的学风也亟待改进。一方面,研究上浮躁、冒进现象严重,低水平的重复依然存在;另一方面,个别学者宽容精神不够,存在着自我封闭的现象,也有个别学者持“饭碗法学”的观点,对自己研究的领域不容其他学者染指等等。这些现象都会影响我国民法学乃至整个法学事业的发展。

21世纪是市场经济更加繁荣和发展的时代,是走向权利的时代。我们深信,随着我国社会主义市场经济体制的确立、完善以及社会主义民主法制的不断健全,中国民法学的明天将会更加辉煌。因此,我国民法学工作者更应当感到责任重大,进一步结合我国社会主义法制建设和市场经济发展的需要,有目的、有针对性地开展研究,尤其是要对那些我国立法与司法实践中的重大理论问题进行更为深入、细致、扎实的研究。学者应当淡泊名利,潜心研究,推出一大批具有原创性的作品。我们民法学的很多领域在国际上已经处在领先地位,特别在中国特色问题研究上,未来中国民法学应走向世界,在国际舞台上争夺话语权。此外,在研究方法上,我们应当注重方法上的创新,实现方法上的多元化,尤其应当注重借鉴经济学、社会学、统计学等其他社会科学的研究方法。我们有理由相信,经过我国学者的共同努力和不懈奋斗,我国的民法学将迎来快速发展、持续繁荣的局面!

目 录

代序/王利明	1
2008年中国民法学论文	1
侵权法专题讨论	
我国侵权责任法的体系构建/王利明	3
我国道路交通事故责任归责原则研究/杨立新	24
“新闻(媒体)侵权”否认说/张新宝	38
制定侵权责任法的方法论思考/刘士国	50
论故意侵权/丁海俊	62
论民事侵权行为推定的类型化/鲁晓明	76
群体组织名誉侵权责任制度研究/张民安	92
论政府机关名誉权的存与废/于海涌 吴焕斌	155
为他人行为责任一般条款之建构/尹 飞	195
论侵权法中的旁观者容易救助义务/蔡 唱	222
医疗损害赔偿纠纷的冲突与解决/何 志	246
论危险责任的一般条款立法模式/朱 岩	260
损害赔偿与民事责任/李承亮	296
总 则 篇	
范式转换:现代私法价值与方法的变迁/叶金强	320

物权篇

善意取得基础理论的内在逻辑证成 / 彭诚信	349
民法上相邻关系的界定 / 韩光明	379
附录·第三届中国法学会民法学研究会组织机构人员名单	400

▶ | 2008 年

中国民法学论文

我国侵权责任法的体系构建

——以救济法为中心的思考

王利明*

侵权责任立法是我国民法典制定工作的重要内容。在讨论立法的具体方案之前,首先需要明确侵权责任法的功能定位:侵权责任法在本质上到底应该发挥什么功能?对侵权法功能的不同认识,直接关系到侵权责任法的价值取向、体系构建、规则原则与构成要件、赔偿制度等多方面制度的设计。我认为,侵权法的主要功能是救济法,全部侵权法基本架构和体系应当以此为中心来进行构建。从西方法律发展史上看,侵权法中强调以救济为核心的观念,是经过千余年发展逐渐确立的。我国目前处于侵权法的编纂与制定阶段,将救济确立为侵权法的核心理念,是立足于中国的实际情况、吸取西方侵权法发展史的经验而做出的必要选择。本文以下的论述表明,以救济为核心的理念将有助于制定体系完备,内容适当的侵权法,也有助于透彻理解侵权法的体系与制度。

一、侵权责任法的基本定位是救济法

侵权责任法对侵权行为当事人之间的关系调整,大致可从两个角度进行,一是保护受害人,弥补受害人的实际损害;二是惩罚加害人,惩戒加害人的不当行为。从整体上看,侵权责任法基本上融合了保护受害人和惩罚加害人这两个主要功能,两者缺乏其一,均难言完整。不过,这样的功能划分,着眼于侵权责任法实施后的基本法律功效,是一种对侵权责任法实施效果的评价。但问题在于,在

* 中国人民大学法学院教授、博士生导师。

制定侵权责任法时,应从何种角度切入,这将直接导致侵权责任法具有不同的规范构造。

具体而言,不同的法律定位会影响到整体制度的功能和法律规范构建,如果将侵权责任法定位于救济法,则势必要以损害赔偿为中心,而非以惩罚加害人为中心,这样一来,侵权责任的归责原则和构成要件将会产生本质上的差异,进而影响到对受害人的保护程度。不仅如此,在不同的定位下,侵权责任的类型化规定也有相当大的区别。最明显的是如果将侵权责任法定位为惩罚法,那么,为了凸显该特性,侵权责任法肯定要坚持“自己责任”,以此为主线来设计各种具体制度;如果将侵权责任法定位于救济法,则其保护就应坚持“有损害必有救济”,从而将在很大程度上扩大侵权责任的适用对象和范围,具体的制度设计也因此而改变。此外,尤其应当看到,从侵权责任法的基本制度设计来看,如果将侵权责任法定位于救济法,就必须强化损害赔偿的观念,并创设具体可行的损害赔偿方式、标准等制度;反之,如果将侵权责任法定位于惩罚法,则损害赔偿并不能处于中心地位,而是要更多地设计惩戒、处罚加害人制度,甚至要将惩罚性赔偿作为侵权责任法的主要责任形式。

我认为,在构建我国侵权责任法时,应以救济法为基点进行探讨和思考,这就是说,将侵权责任法基本定位为救济法,让该法通盘体现救济损害的基本特点和核心。正如王泽鉴先生所指出的,“侵权行为法的重要机能在于填补损害及预防损害”。^①之所以如此,主要是因为:

第一,侵权责任法作为民法体系的有机部分,在基本理念上与以惩罚为基点的刑法不同。尽管从历史上看,在学科并未有明细区分之时,侵权责任法和刑法往往纠合在一起,在法律形式上难以区分,侵害他人人身或财产的犯罪行为在本质上均属侵权行为,但随着社会发展,侵权责任法和刑法有了相当明晰的区分,侵权责任法尽管还有一定的惩罚功能,但主要是救济受害人,以弥合因侵权行为而破裂的社会关系,在此意义上,侵权责任法实际上已经成为社会补偿体系的一个重要机制。在许多国家中,因犯罪行为导致他人人身或财产损害的,在追究犯罪人的刑事责任后,还允许受害人通过刑事附带民事诉讼或单独提起民事诉讼的方式请求损害赔偿,而其基础即在于侵权责任的补偿性,由此可以看出,侵权责任法和刑法在功能上有了相当明确的分工,前者旨在救济受害人,后者则意

^① 王泽鉴:《侵权行为法》(第一册),中国政法大学出版社 2001 年版,第 34 页。

在惩罚加害人。^①

第二,在民法体系中,从侵权责任法和其他民法部分的分工来看,一方面,人格权法、物权法等民法部分是权利法,以规范权利类型、行使等为主要内容,而侵权责任法是救济法,是在权利和法益受到侵害的情况下提供救济的法,它是通过提供救济的方法来保障私权的。它调整在权利被侵害后形成的扭曲的社会关系,对受损的权利人提供补救。其解决的核心问题是:哪些权利或者利益应当受到侵权责任法的保护?如何对私权提供有效保护?侵权责任法只有在损害后果发生之后才能发挥调整社会关系的功能。立法者应当着重考虑的是,如何加强侵权法对人格权的保护力度和扩大保护的范。② 很多学者据此认为,侵权责任法是一种事后的法律,是对社会关系的第二次调整。侵权责任法本身作为救济法不能主动介入到某种社会关系中,换句话说,侵权责任法是权益遭受到侵害之后所形成社会关系,它的核心是解决在权利受到侵害的情况下应该怎么救济的问题。另一方面,从责任的角度来看,侵权责任以损害为前提,而违约责任中的违约金责任则没有这样的要求,这也表明侵权责任法具有更强的补偿性。

第三,从侵权责任法的发展趋势来看,其补偿功能日益突出,从而应当将侵权责任法定位为救济法。可以说,侵权法的补偿功能是侵权法的主要功能。一方面,由于严格责任的兴起、保险制度的发展等,补偿受害人的损害成为侵权法的首要功能。在近代社会,侵权责任法坚持过错责任原则,强调对于行为人过错的追究和道德谴责。而随着工业社会的发展,过错责任原则的地位受到削弱,各国普遍强调二元制的归责原则,即过错责任和严格责任并存。而在严格责任制度中,行为人是否具有过错、是否应受道德谴责已经不再重要,法律关注的是对受害人的补偿。正如德国学者埃塞(Esser)所言,过错责任是对不法行为承担的责任,而危险责任是对不幸损害的适当分配。^③ 另一方面,现代社会的复杂性日益增加,科学技术的发展日新月异,导致了风险来源的大量增加和多元化。西方一些侵权法学者提出了损失分担理论,认为现代社会出现了大量的、人为制造出来的不确定性,如对生态的破坏、工业危险,因此,需要通过侵权责任制度来实现损失的分担,由最能够承受损失、分散损失或投保的人来承受损失。“意外的损

① 杨佳元:《侵权行为损害赔偿研究》,元照出版公司2007年版,第10页。

② 尹田:“评侵权责任的独立成编与侵权行为的类型化”,载《清华法学》2008年第4期。

③ Esser, Grundlagen und Entwicklung der Gefaedungshaftung, 2Aul., 1969, S. 69f.

失都要通过损失分担制度得以弥补,藉此实现社会的公平正义。”^①这种说法有一定的道理,现代社会是一个风险社会,在许多工业生产和危险作业引起损害时,很难证实致害行为本身的过错或者不法性,也很难断定行为的可谴责性,因果关系的判断也越来越困难。但是,无辜的受害人如果得不到有效补救,将严重影响受害人的正常生活,也有违法律的基本价值和侵权责任法的立法目的。正因如此,通过严格责任的规定,以及借助于过错推定、客观过失、因果关系推定、违法推定过失、违法性要件的取消等法律技术,使得责任认定变得更为容易,同时也在一定程度上强化了对受害人的保护。^②

第四,将侵权责任法基本定位为救济法,有助于强化对受害人的保护。一方面,随着对人权保护的加强,现代侵权法充分体现了人本主义的精神,其基本的制度和规则都是适应“以保护受害人为中心”建立起来的,最大限度地体现了对人的终极关怀。尤其是在侵权法的各种功能(如补偿和制裁)发生冲突的时候,侵权法的首要价值取向仍然是补偿,而不是制裁。另一方面,现代侵权法以追求实质正义和法律的社会妥当性为目标,这就需要从维护受害人的利益考虑,尽可能地对受害人提供充分的补救。^③如果无辜的受害人的损失不能得到补救,则社会正义就无从谈起。以高楼抛掷物致人损害为例,在高楼抛掷物致人损害之后,因为无法查找到行为人,究竟应当由业主负责,还是由受害人自己承受该损失,目前的判决极不一致。我认为,从发挥侵权法的救济功能出发,不应当由受害人自己承受全部损失。因为毕竟全体业主与受害人相比较,业主的损失分担能力更强,由其分担损害后果更能实现对受害人的保护。

因此,我国正在制定的侵权责任法应当以补偿为其主要功能,并从强化对受害人补偿出发,来构建整个制度和规则。

但是,认识到侵权责任法在补偿损害方面的重要功能,并不意味着要完全依赖侵权责任法来对所有的损害加以补救,侵权责任法在补偿损害方面也存在一些固有的缺陷,如成本高、效率低,受害人能否得到补偿取决于加害人是否具有赔偿能力。如果完全依赖于侵权法,受害人很可能历经了长期的诉讼而仍然不能获得赔偿。另外,侵权法除具有补偿功能之外,还具有预防损害发生的功能,即通过责令行为人承担侵权责任,有效教育不法行为人,引导人们正确行为、

^① André Tunc, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 6., Torts, Introduction, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tubingen, 1974. p. 181.

^② 王泽鉴:《侵权行为法》(第一册),中国政法大学出版社 2001 年版,第 4 页。

^③ 尹志强:“侵权行为法的社会功能”,载《政法论坛》2007 年第 5 期。

预防和遏制各种损害的发生。当然,补偿功能是侵权法的主要功能,而预防功能是一种辅助功能。

二、救济法定位下的侵权责任法的归责原则和侵权类型化

(一)救济法定位下的侵权责任法的归责原则

将侵权责任法基本定位为救济法,有助于构建侵权责任法的归责原则体系。古代法律制度具有民刑不分的特点,侵权法和刑法具有密切的关联,也没有严格的区分,所以谈不上独立的侵权法。从功能上看,侵权法更侧重于对违法行为的惩罚,以期维护统治秩序。在19世纪,以法国民法为起点,侵权责任法从古老的“结果责任”逐渐演变为“过错责任”。过错责任的基本功能表现为对过错行为的惩罚和对行为人的教育,过错责任原则不仅成为侵权行为法中唯一的归责原则,更成为近代民法的三大基本原则之一。但随着20世纪以来社会经济生活的变化,在侵权责任法为救济法的背景下,归责原则也发生了一定的变化。这主要表现在侵权法从单一的归责原则向多元的归责原则转化,归责原则也出现多样化发展趋势。

侵权责任法主要是救济法,这直接关系到侵权责任法归责原则的体系构建。侵权责任法以侵权责任为规范对象,而归责原则又是确认责任构成的核心问题,因此侵权责任法的全部规范都奠基于归责原则之上。归责原则既决定着侵权行为的分类,也决定着责任构成要件、举证责任的负担、免责事由、损害赔偿的原则和方法、减轻责任的根据等。确定合理的归责原则、建立统一的归责原则体系,有助于构建整个侵权责任法的内容和体系。问题在于,在我国侵权责任法的制定过程中,究竟应当如何确定归责原则体系?我认为,侵权责任法的不同定位,就决定了相应的归责原则体系。如果将侵权责任法定位为惩罚法,那么,就应采用单一过错责任原则,强调加害人责任自负。因为过错责任的突出功能就是对过错行为的制裁和惩罚,以达到教育的目的。毫无疑问,在当代侵权法中,过错责任仍然是一项重要的归责原则,但将该归责原则单一化,不能充分救济受害人。从受害人救济考虑,我国侵权责任法有必要对适用严格责任的特殊侵权行为加以明确规定,并有必要承认公平责任。这些责任本质上都是为了对损失进行合理分配和救济。因此,该法中应采取多元的归责原则,即过错责任与严格责任作为两项基本的归责原则相并列,而以公平责任原则为补充,以绝对的无过错责任原则为例外。无过错责任原则只是在例外情况下适用,而不应当成为独立的归责原则。

(二)救济法定位下的侵权责任法一般条款和侵权行为类型化

按照我国学界的共识,侵权责任法应当采用一般条款和类型化相结合的方式来构建,但它们各自的适用对象和范围究竟是什么,对此并未形成共识。我认为,从侵权责任的救济法定位出发,可以考虑将过错责任作为一般条款,将严格责任、公平责任原则进行类型化解。类型化的目的是为了归责,凡是一般条款可以解决的,就不必类型化,因此,类型化的前提是一般条款难以适用的,或者能够有助于法官准确掌握特殊的归责条件。从大陆法系各国的立法经验来看,大多是将过错责任作为一般条款来规定,这一经验值得我们借鉴。正如耶林所言,“使人负损害赔偿责任的不是因为有害,而是因为有过失”。但是,即使就过错责任设置一般条款,德国模式和法国模式是存在差异的。《法国民法典》第1382条采取了比较宽泛的“权益侵害”的模式,而没有像《德国民法典》第823条和第826条采取区分权益位阶并进行有限列举的方式。所以,在比较法上,常常将法国法称为单一过错条款(the single rule),而将德国法称为有限多元条款(the restricted pluralism)。^① 比较而言,我们认为,法国模式更有助于受害人的救济:一方面,它没有对要保护的权益进行救济,可以将各种权益的侵害,都纳入保护的范围之内。另一方面,它没有对权利的类型进行限制。而在《德国民法典》第823条第1款之中,列举了受一般条款保护的绝对权类型,从而使侵权法所保护的對象受到了限制。

对过错责任之外的其他责任,之所以要进行类型化,从根本上来讲,还是救济受害人的需要。严格责任能够更好地震慑和督促经营者积极采取事故防范措施,从而更好地预防和减少损害地发生。^② 如前所述,严格责任的基本功能在于,为受害人提供救济,严格责任的类型化也是救济法定位下的必然要求。其主要原因在于:一方面,是因为严格责任本质上是一种加重责任,但只有在法律明确规定的前提下,才能将该加重责任正当化,“尽管责任的确定在名义上仍然是根据传统的过失概念,然而越来越多地涉及的是,被告本身并无真正的过失。特别是,火车和汽车驾驶员承担责任并不是因为他们在行车过程中有特定的过失,而是他们的活动所固有的危险性质,会产生不可避免的后果”。^③ 在严格责任中,为了强化对受害人的救济,加重了行为人的举证责任,而减轻了受害人的举证负

^① J. Limpens, *International Encyclopedia of Comparative Law, Torts, Liability For One's Own Act*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tubingen, 1974. pp. 5 - 10.

^② 胡雪梅:《英国侵权法》,中国政法大学出版社2008年版,第261页。

^③ [美]伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,中国政法大学出版社1990年版,第218页。

担,如核事故责任中因果关系采取推定的方式。另一方面,通过类型化的规定,受害人才明确自己享有的权利,并明确责任的构成要件和免责事由,受害人也可以基于类型化的规定来主张相应的赔偿。此外,严格责任作为过错责任的例外,加重了行为人的责任,因此,必须通过法律明确规定,不能由法官自由裁量。从既有的法律经验来看,严格责任主要包括高度危险责任、环境污染责任、产品责任、物件致害责任、动物致害责任、监护人责任、雇主责任等。我国侵权责任法应当将各类严格责任的类型、责任构成要件、免责事由、赔偿范围等作详尽规定。

公平责任,又称衡平责任(Billigkeitshaftung),是指在当事人双方对造成损害均无过错,但是按照法律的规定又不能适用无过错责任的情况下,由人民法院根据公平的观念,在考虑受害人的损害、双方当事人的财产状况及其他相关情况的基础上,判令加害人对受害人的财产损失予以适当补偿。《民法通则》第132条是我国现行立法对公平责任原则的基本规定。自《民法通则》颁布以后,人民法院在审判实践中大量援引该条来救济当事人,因此,其在实务中已经发展成为一项归责原则。在我国侵权责任立法中,我认为,为强化对受害人的救济,仍然有必要继续确认公平责任是一项归责原则。因为无论是过错责任,还是严格责任,都无法替代公平责任原则的功能。而且,我国立法实践证明,该原则具有强化对受害人保护的独特功能,符合侵权责任的救济法特性,因而作为归责原则被确定下来是必要的。但我认为,《民法通则》第132条采取一般条款的方式来规定公平责任,这与前述一般条款构建的思路存在冲突。尤其应当看到,公平责任的一般条款模式在实践中产生了诸多的问题,一方面,《民法通则》第132条确立的公平责任的一般条款过于笼统含糊,且在该条之下也未具体列举应当适用本条的具体类型,因此不利于其在实践中的正确运用;在实务上,难免造成法院不审慎认定加害人是否具有过失,从事的作业是否具有高度危险性,而基于方便、人情或其他因素从宽适用此项公平责任条款,致使过失责任和无过失责任不能发挥其应有的规范功能,软化侵权行为归责原则的体系构成。^①另一方面,“公平”本身是一个抽象的概念,当公平责任作为一般条款出现时,法官就可以将任何案件置于该项归责原则之下,从而给予了法官极大的自由裁量权,使本来应当适用过错责任或者严格责任的情形,却适用公平责任,甚至法官可以不需要当事人就过错来举证,就直接依据公平责任来确定损害赔偿,容易导致侵权责任法的诸多规则难以得到适用,“向一般条款逃逸”的问题表现得非常突出,从而一定程度上

^① 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(6),中国政法大学出版社1998年版,第302页。