

21世纪法学研究生参考书系列

侵权责任法疑难问题专题研究

(第二版)

王 竹◎著

中国人民大学出版社

非外借

王 竹◎著

侵权责任法疑难问题专题研究

(第二版)

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

侵权责任法疑难问题专题研究 / 王竹著. —2 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2018. 4
21 世纪法学研究生参考书系列
ISBN 978-7-300-25443-2

I. ①侵… II. ①王… III. ①侵权行为-民法-研究-中国-研究生-教材 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 011382 号

21 世纪法学研究生参考书系列

侵权责任法疑难问题专题研究 (第二版)

王竹著

Qinquan Zerenfa Yinan Wenti Zhuanti Yanjiu

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京密兴印刷有限公司

版 次 2012 年 5 月第 1 版

规 格 170mm×250mm 16 开本

2018 年 4 月第 2 版

印 张 25 插页 3

印 次 2018 年 4 月第 1 次印刷

字 数 513 000

定 价 59.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

作者简介

王竹，男，1981年生，四川大学法学院教授、博士生导师，兼任中国人民大学民商事法律科学研究中心侵权法研究所副所长、世界侵权法学会执委会秘书长。1999—2009年相继在中国人民大学获得管理学学士、民商法学硕士和博士学位，先后赴我国台湾地区东吴大学、美国康奈尔大学和耶鲁大学求学，英国牛津大学法学部访学。在《法学研究》、*Chicago-Kent Law Review* 等杂志发表论文140余篇，其中多篇被《新华文摘》、人大复印报刊资料转载。主持国家社科基金青年项目1项、教育部人文社会科学重点研究基地重大项目1项、司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目2项，独著《侵权责任分担论》《编纂民法典的合宪性思考》《侵权责任法疑难问题专题研究》，合译《美国侵权法：实体与程序》。

第二版修订说明

本书第一版自 2012 年出版至今快六年了。从我自己和同仁在教学中使用的情况和读者来信反馈来看，本书选取的专题都是理论和实务的热点和难点问题，非常适合作为硕士研究生“侵权法”课程的教材和参考书，也有不少读者是有志于学术研究的高年级本科生和考研学子。除此之外，作者在选题时还特意避免选择那些因为过于深奥而不适宜这一读者群的专题，例如权利与利益的区分保护、违法性与过错、因果关系等。通过阅读本书，读者不但能够就相关问题与作者对话，还能够初步掌握学术论文选题、谋篇、布局、成文各个阶段的写作技巧，逐渐体会宏观、中观、微观三个不同层次的论证方式，达到既“授之以鱼”又“授之以渔”的目的。第一版能够得到读者的认可，也让作者萌生了将这本书定位于侵权法领域专题性研究生教材和高年级本科生参考书，长期跟踪司法实务和理论热点，及时持续修订下去的念头，并得到了郭虹编辑的大力支持。

相比于本教材第一版，第二版作出如下调整：

第一，根据 2017 年 3 月 15 日通过的《民法总则》，结合“编纂民法典”的最新进展，新增了“《民法典·侵权责任编》的编纂背景与结构调整”专题，并对导论部分的“《侵权责任法》立法程序合宪性与‘民法典’起草过程中的宪法意识研究”和“实质意义上侵权法的效力判断方法与立法展望研究”两个专题进行了修正。

第二，根据司法实务中对使用人责任理论体系的需求，增加“我国侵权法上使用人替代责任的谱系化建构研究”和“劳务派遣工作人员的侵权责任研究”两个专题。

第三，鉴于 2013 年 1 月 1 日起施行的《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》和 2014 年 10 月 10 日起施行的《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》部分采纳了本书第一版专题三“网络侵权责任若干疑难问题研究”的理论学说，该专题已经没有必要作为疑难问题纳入本书，因此删除该专题。

第四，鉴于2012年12月21日起施行的《最高人民法院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》部分采纳了本书第一版专题五“机动车交通事故责任基本规则研究”的理论学说，该专题已经没有必要作为疑难问题纳入本书，因此删除该专题。

第五，鉴于2013年10月25日修正的《消费者权益保护法》部分采纳了本书第一版专题四“缺陷产品预防性责任研究”的理论学说，该专题已经没有必要作为疑难问题纳入本书，因此删除该专题。

第六，根据《世界侵权法学会报告（I）：产品责任》（人民法院出版社2015年版）的比较法研究，为了展示我国产品责任具有的原发性和中国特色，新增了“我国产品责任制度发展阶段研究”专题。

第七，鉴于2014年3月15日起施行的《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》缺乏体系化整理，增加“缺陷产品营销参与者责任研究”专题。

第八，根据司法实务中医疗产品责任的难点，增加“产品责任对医疗机构和输入不合格血液致害的准用研究”专题。

第九，根据司法实务和理论热点，增加“赔礼道歉民事责任方式的源流、承担与执行研究”专题。

第十，根据最新理论进展，增加“数人侵权责任分担原则研究”专题。

第十一，根据司法实务的最新进展，本书第一版专题十七“建筑物抛掷物、坠落物致害道义补偿责任研究”扩充为第二版专题二十二“来源不明抛掷、坠落物品致害建筑物区分使用人道义补偿责任研究”。

第十二，针对近年来发生的“北京八达岭野生动物园老虎伤人事件”和“宁波雅戈尔动物园老虎伤人事件”等动物园饲养动物损害热点事件，新增了“动物园饲养动物损害责任的类型化研究”专题。考虑到参观者在动物园隔离区之外被动物侵害的情形，动物园应当承担未管理职责的无过错责任，动物园尽到管理职责是类似监护人责任的法定减责事由，与《侵权责任法》第32条规定的监护人公平责任类似，因而这一专题被纳入“侵权公平责任论”。

本教材第一版合计17个专题，上述调整共计删除3个专题，新增9个专题，充实1个专题，其余专题也根据立法、司法和理论的最新进展进行了一定的微调，第二版合计23个专题。本书原设“侵权责任公平论”，根据最新的研究进展，笔者认为“侵权公平责任论”的称谓更为准确。本书第二版按照导论、侵权责任构成论、侵权责任分担论和侵权公平责任论的“1+3”四编的体例展开。这样的专题设置能够较好地适应各高校研究生“侵权法”课程教学需要，并可以使本书作为本科生“侵权法”课程的参考书。

本书第二版的专题一“《侵权责任法》立法程序合宪性与‘民法典’起草过程中的宪法意识研究”、专题二“实质意义上侵权法的效力判断方法与立法展望研

究”、专题十一“赔礼道歉民事责任方式的源流、承担与执行研究”和专题十二“数人侵权责任分担原则研究”已经制作完成慕课《侵权责任法总论：“侵权责任法专题讲座系列”第一辑》，读者可以在“中国大学 MOOC”平台免费参与学习^①，本书其余专题将逐步作为“侵权责任法专题讲座系列”慕课推出。如果读者有兴趣体系化地学习侵权法，可以学习我主讲的《侵权责任法》（国家精品在线开放课程）。^②

本书各章节的中英文版本先后分别在英国牛津大学、布里斯托大学、中国人民大学、清华大学、南京大学、厦门大学、我国台湾地区东吴大学、辅仁大学以及澳门大学等法学院作过学术讲座，并在美国维克森林大学、欧洲侵权法研究中心（维也纳）、澳大利亚悉尼大学、北京大学、浙江大学、武汉大学、吉林大学、山东大学、复旦大学、北京航空航天大学、苏州大学、西南政法大学、烟台大学等机构主办的学术会议上进行了数十次专题报告和讨论，使得本书第一版保留内容和第二版新增的部分在论文发表后能够不断地更新和完善并结集出版。特别感谢恩师杨立新教授、Koziol 教授、Green 教授、Nolan 教授、Oliphant 教授、McDonald 教授和每次讲座点评嘉宾、会议与会嘉宾、同学们提出的宝贵意见和建议！

本书的出版，得到了教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“中国侵权责任法改革研究”（16JJD820015）和四川大学学术学位研究生教材建设项目《侵权责任法疑难问题专题研究（第二版）》（2016KCJS031）的资助，特此致谢！

王竹 博士

四川大学法学院教授、博士生导师、法律大数据实验室主任
中国人民大学民商事法律科学研究中心侵权法研究所副所长

世界侵权法学会执委会秘书长

电子邮件：wangzhu@scu.edu.cn

个人博客：www.prof.wang.com

2017年8月1日 初稿于日本京都

2018年2月2日 定稿于海南博鳌

① 课程地址：<http://www.icourse163.org/course/SCU-1001955003>。

② 课程地址：<http://www.icourse163.org/course/SCU-46013>，可以直接访问：www.tortliability-law.com。

导 论

专题一 《侵权责任法》立法程序合宪性与“民法典”起草过程中的宪法意识研究 /3

一、“民法典”分编起草模式是产生过程性违宪风险的背景性原因 /3

二、《侵权责任法》的“非基本法律”地位与立法程序的合宪性 /5

三、中国式“民法典”的确立与立法结构的合宪性 /7

四、应该加强“民法典”分编起草过程中的宪法意识 /8

专题二 实质意义上侵权法的效力判断方法与立法展望研究 /13

一、《侵权责任法》对实质意义上侵权法的体系影响 /13

二、我国现行法律体系中特别法与一般法的基本类型 /14

三、实质意义上侵权一般法的内容确定 /17

四、侵权特别法的效力判断规则 /23

五、《民法总则》对实质意义上侵权法的影响 /29

六、未来实质意义上侵权法的立法展望 /32

专题三 《民法典·侵权责任编》的编纂背景与结构调整 /35

一、《民法典·侵权责任编》的编纂背景 /35

二、建议“侵权损害赔偿”独立成章 /38

三、建议确立“责任构成与责任分担”章 /40

四、建议删除“不承担责任和减轻责任的情形”章 /42

五、建议新设“侵害人格权益的侵权责任”章 /43

六、建议“使用人责任”独立成章 /46

七、《民法典·侵权责任编》的相应结构调整建议 /49

侵权责任构成论

专题四 我国侵权法上使用人替代责任的谱系化建构研究 /53

一、我国侵权法上使用人替代责任的体系变迁效应与主要问题 /53

- 二、我国侵权法上使用人替代责任的理论基础 /60
- 三、我国侵权法上使用人关系的谱系化建构方式 /62
- 四、我国侵权法上典型使用人替代责任的谱系化建构 /63
- 五、我国侵权法上非典型使用人替代责任的法律适用 /66
- 专题五 劳务派遣工作人员的侵权责任研究 /70**
 - 一、劳务派遣中用工单位对外承担替代责任的法理基础 /70
 - 二、劳务派遣中用人单位与用工单位对内最终责任的
分担规则 /72
 - 三、劳务派遣中用人单位与用工单位对外责任的分担规则 /73
 - 四、“不真正补充责任”在侵权法上的确立与扩展适用 /76
- 专题六 我国产品责任制度发展阶段研究 /81**
 - 一、“趋同进化”阶段：1986年《民法通则》原发性的
“产品质量责任” /81
 - 二、“杂交育种”阶段：1993年《产品质量法》改造后的
“缺陷产品责任” /85
 - 三、“基因遗传”阶段：2009年《侵权责任法》对“产品
质量责任”的延续与发展 /90
- 专题七 缺陷产品营销参与者责任研究 /99**
 - 一、缺陷产品营销参与者责任体系概述 /99
 - 二、产品质量担保者责任 /100
 - 三、虚假广告责任 /103
 - 四、交易平台提供者责任 /105
 - 五、《食品药品纠纷司法解释》相关规定的主要问题与
适用建议 /109
- 专题八 侵害患者知情同意权侵权责任研究 /113**
 - 一、侵害患者知情同意权侵权责任在体系上的独立性 /113
 - 二、医疗机构说明义务的类型与履行方式 /116
 - 三、侵害患者知情同意权侵权责任的构成 /121
 - 四、作为知情同意原则例外的医疗机构紧急专断治疗 /125
- 专题九 产品责任对医疗机构和输入不合格血液致害的
准用研究 /130**
 - 一、医疗产品责任在《侵权责任法》上的确立与体系结构 /130
 - 二、医疗产品责任的一般规则 /134
 - 三、医疗机构就缺陷医疗产品致害准用产品销售者责任规则 /136
 - 四、输入不合格血液致害准用缺陷产品责任规则 /137

- 专题十 不动产设施设置缺陷责任研究 /141**
- 一、问题的提出 /141
 - 二、《侵权责任法》第 86 条第 1 款的适用范围 /142
 - 三、《侵权责任法》第 86 条第 1 款的立法遗漏与立法扩展 /147
 - 四、《侵权责任法》第 86 条第 1 款涉及的责任人及其适用的归责原则 /148
 - 五、《侵权责任法》第 86 条第 1 款中的侵权责任分担规则 /152
- 专题十一 赔礼道歉民事责任方式的源流、承担与执行研究 /157**
- 一、赔礼道歉作为法律责任方式的源头是 1957 年社会主义爱国公约运动 /157
 - 二、赔礼道歉作为民事责任方式在《民法通则》上的确立过程 /160
 - 三、未来民法典应该坚持将赔礼道歉作为民事责任方式进行规定 /171
 - 四、赔礼道歉民事责任的承担 /176
 - 五、赔礼道歉民事责任的执行 /180

侵权责任分担论

- 专题十二 数人侵权责任分担原则研究 /187**
- 一、《侵权责任法》上的“相应的”数人侵权责任分担规则类型化 /187
 - 二、《侵权责任法》上适用规则不清晰的数人侵权责任分担规则 /191
 - 三、数人侵权责任分担规则对分配正义的实现方式 /192
 - 四、构建三元化的数人侵权责任分担原则体系 /196
 - 五、对《侵权责任法》上适用规则不清晰的数人侵权责任分担规则的理解 /198
 - 六、侵权责任分担原则与侵权责任分担形态的对应关系 /204
- 专题十三 受害人过错制度研究 /206**
- 一、《侵权责任法》受害人过错制度的立法体例与术语体系 /206
 - 二、《侵权责任法》上受害人过错制度的一般规则 /207
 - 三、《侵权责任法》上受害人过错制度的特殊规则 /211
 - 四、损害扩大阶段受害人过错制度的适用 /221
- 专题十四 教唆行为与帮助行为研究 /224**
- 一、教唆行为与帮助行为的概念 /224
 - 二、教唆行为与帮助行为在侵权法上的定位与规定方式 /226
 - 三、《侵权责任法》第 9 条理解与适用的疑难点 /230

专题十五 共同危险行为研究 /233

- 一、客观关联共同侵权行为理论对共同危险行为体系定位的影响 /233
- 二、客观关联共同说下的共同危险行为侵权责任构成的因果关系结构 /236
- 三、共同危险行为的数人侵权责任分担形态选择与最终责任分担 /240
- 四、共同危险行为人免责事由的“补充说” /244

专题十六 数人侵权责任分担中最终责任份额的确定方式研究 /247

- 一、最终责任分担的基本原理 /247
- 二、最终责任份额的确定程序 /250
- 三、最终责任份额的确定方法 /251
- 四、最终责任比例分担论——对“相应的”责任的理解与适用 /253
- 五、最终责任平均分担论——对“平均承担赔偿责任”的理解与适用 /257

专题十七 连带责任分摊请求权研究 /259

- 一、分摊请求权与追偿请求权的区分 /259
- 二、大陆法系分摊请求权的发展过程 /261
- 三、英美法上分摊请求权的发展过程 /263
- 四、我国侵权法上的分摊请求权制度及其主要缺陷 /269
- 五、分摊请求权的理论基础与求偿范围 /270
- 六、对不具有分摊能力连带责任人份额的再分配方案 /274

专题十八 补充责任研究 /277

- 一、补充责任形态的概念与特点 /277
- 二、《侵权责任法》上补充责任形态的发展和确立过程 /278
- 三、我国侵权法上安全保障义务的设定与补充责任形态的制度优势 /283
- 四、第三人侵权预防义务的设定与适用补充责任形态的制度优势 /285
- 五、我国侵权法上补充责任的适用范围 /287
- 六、补充责任的追偿权 /291

专题十九 不真正连带责任研究 /293

- 一、客观关联共同侵权行为学说对不真正连带责任适用范围的影响 /293
- 二、不真正连带责任的法定性特点和特殊制度价值 /296
- 三、我国《侵权责任法》第41~44条的不真正连带责任结构 /298
- 四、不真正连带责任在严格责任领域的扩展适用 /299

- 五、《侵权责任法》上的不真正连带责任形态 /300
六、《侵权责任法》上补充责任被加重为不真正连带责任的情形 /304

侵权公平责任论

专题二十 我国侵权法上公平责任一般条款的体系定位研究 /308

- 一、公平责任的源流与类型 /308
二、比较法上公平责任一般条款的立法尝试 /310
三、《民法通则》第131~133条内容和体例上的疑点 /311
四、《民法通则》之前民法典起草中的相关条文考察 /312
五、《民法通则》起草时的文献考察 /315
六、对《民法通则》第132条公平责任考察的结论 /318
七、《侵权责任法》第24条公平责任一般条款的体系定位 /318

专题二十一 我国侵权法上公平责任的类型化研究 /321

- 一、公平责任的理论争议回顾与类型化研究思路 /321
二、“公平责任”适用效果的类型化分析 /324
三、我国侵权法上公平责任的二分法思路 /330
四、对受益人补偿类公平责任的完善 /330

专题二十二 来源不明抛掷、坠落物品致害建筑物区分使用人 人道义补偿责任研究 /332

- 一、第87条中的“建筑物”是三层以上区分所有的高层建筑物 /333
二、第87条的适用范围是来源不明的建筑物抛掷、坠落物品致害 /335
三、“可能加害的建筑物使用人”的确定 /337
四、道德义务的违反与补充性道义补偿责任的承担 /339
五、建筑物区分使用人道义补偿责任的分担规则与社会保险救济 /342
六、特殊情形来源不明抛掷、坠落物品致害的责任承担 /343

专题二十三 动物园饲养动物损害责任的类型化研究 /348

- 一、动物园饲养动物损害责任的类型化思路 /348
二、设计动物园饲养动物损害责任的考量因素 /353
三、动物园未尽管理职责侵权责任的规则设计 /355
四、动物园未尽防止进入隔离区义务侵权责任的规则设计 /358

参考文献 /363

土鳖而立, To Be Early /378

导论

21世纪法学研究生参考书系列

本书的导论部分，设三个专题，实际上是两个部分。第一部分先探讨《侵权责任法》立法程序合宪性和实质意义上侵权法效力的判断方法问题。这是两个宏观性和基础性的话题。《侵权责任法》的立法程序合宪性问题源于该法是由全国人大常委会而非全国人民代表大会通过的，这与《宪法》规定的立法权限可能存在正面冲突，并牵涉到“民法典”的其他部分的合宪性问题。在经过了《物权法》“合宪性风波”之后，这一问题显得尤其敏感。笔者认为，在“民法典”起草过程中应该加强宪法意识，正视“合宪性争议”，从“合宪性推定”的角度，对《侵权责任法》立法程序的合宪性作出正面论证，并未雨绸缪地对未来“民法典”起草过程中可能会遇到的“合宪性争议”作出预警。在探讨合宪性问题的过程中，笔者发现了两个被忽略的问题：第一，《民法通则》作为宪法意义上的民事基本法，并不涉及婚姻法、继承法和收养法，即在内容上只包括民法总则、财产法和侵权法；第二，《消费者权益保护法》等法律被定位为绝对意义上的特别法，在一定领域排除其他法律适用。结合这两点，笔者提出了绝对一般法、相对一般法、绝对特别法和相对特别法的四分法框架，旨在对实质意义上的侵权法效力进行判断。事实上，这种方式也同样适用于实质意义上物权法和合同法的效力判断。在此基础上，笔者还提出了实质意义上侵权法的立法展望问题。这两个专题看似一个“形而上”，谈宪法问题；一个“形而下”，讲实质效力，实际上两个专题互为姊妹篇，都是以第三次“民法典”起草以来的“批发改零售”的民事立法模式为背景，纵至宪法，横扩诸法，对我国现行法律体系中的侵权法进行了整体性的效力研究，这也是本书后续专题的理论基础和逻辑起点。

导论部分的第三个专题，是对《民法典·侵权责任编》的编纂背景与结构调整进行的讨论。2017年3月15日，十二届人大五次会议通过了《民法总则》，迈出了编纂民法典“两步走”方案的第一步。作为这一方案第二步的重要内容之一，《民法典·侵权责任编》的编纂，也在《民法通则》《侵权责任法》和侵权法领域相关法律、司法解释的基础上，增加了《民法总则》作为编纂背景。设置本专题的核心目的在于评估《民法总则》对《民法典·侵权责任编》立法结构可能的影响。

《侵权责任法》立法程序合宪性与“民法典”起草过程中的宪法意识研究

我国《侵权责任法》于2009年12月26日由第十一届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议通过。由于该法一直被认为是与《物权法》《合同法》并列的民事基本法律，因而其未能提交全国人民代表大会审议通过，在社会上和学界引起了较大的争议。对此质疑，全国人大常委会法制工作委员会王胜明副主任在当天的全国人大常委会办公厅新闻发布会上作出的解释是：“全国人大法律委员会和全国人大常委会法制工作委员会反复研究认为，《侵权责任法》从实际内容看是在《民法通则》等法律的基础上制定的。《民法通则》是1986年制定的，在此之后还制定了一些相关的法律。《侵权责任法》是对《民法通则》等法律的细化、补充和完善。根据《宪法》和《立法法》的规定，常委会可以通过《侵权责任法》。”^①王胜明主任的解释，只能说明全国人大常委会法制工作委员会确信《侵权责任法》由全国人大常委会通过的程序符合《宪法》和《立法法》的规定，但未正面回应《侵权责任法》到底是不是宪法意义上的“基本法律”。而从徐显明教授在全国人大常委会分组审议《侵权责任法（草案）》时，建议《侵权责任法（草案）》提交全国人民代表大会审议的意见和理由来看^②，该问题仍然具有需要详细说明的必要。

一、“民法典”分编起草模式是产生过程性违宪风险的背景性原因

（一）重新审视“批发”改“零售”的民法典分编起草模式

20世纪80年代初，我国开始第三次民法典的起草工作。从《中华人民共和国民法草案（征求意见稿）》（1980年8月15日）（以下简称“民法三次一稿”）、《中

^① “全国人大常委会办公厅12月26日新闻发布会”，见 http://www.npc.gov.cn/npc/zhibo/zzyb8/node_5851.html，最后访问时间：2017-08-31。

^② 参见“徐显明建议侵权责任法草案提交全国人民代表大会审议”，见 http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/tpbd/cwhhy/2009-12/23/content_1531743.html，最后访问时间：2017-08-31。

华人民共和国民法草案（征求意见稿二稿）》（1981年4月10日）（以下简称“民法三次二稿”）、《中华人民共和国民法草案（第三稿）》（1981年7月31日）（以下简称“民法三次三稿”）到《中华人民共和国民法草案（第四稿）》（1982年5月1日）（以下简称“民法三次四稿”），当时的全国人大常委会法制工作委员会民法起草小组一直是按照整体起草“民法典”的模式在进行。在即将提交通过的时候，全国人大常委会委员长彭真的讲话改变了进程。据江平教授回忆，该次讲话的主要内容包括：农村的改革我们大体已经知道了走什么方向，但是城市里面究竟怎么搞，国有企业走什么路，经济将来到底是计划还是市场，都没有一个最后的定论，或者说明确的方向。在城市改革还没有明确方向的情况下，搞一套完整的、系统的、无所不包的“民法典”，符合不符合实际？在这种情况下，如果我们搞一部无所不包的“民法典”，可能是不切合实际的，甚至是束缚改革的。^①随后，立法计划发生变化，立法机关决定改采先分别制定民事单行法，待条件具备再制定民法典的立法方针^②，也就是学者们常说的“批发”改“零售”的民法典分编起草模式。可以设想，如果“民法三次四稿”能够在随后的全国人民代表大会上得到“批发”通过，就和1979年《刑法》一样，也就不会存在“零售”通过可能存在的过程性违宪风险。

（二）过程性违宪风险包括内容与程序两个方面

笔者所谓的过程性违宪风险，是指“民法典”在分编起草过程中可能产生违宪性瑕疵的立法风险，包括内容和程序两个方面。在内容方面，因为各编通过的时间不同，可能存在立法依据、条文表述方面的差异。而我国《宪法》自1982年通过以来，已经经历了1988年、1993年、1999年和2004年四次修改，不同时期的“民法典”各编起草所依据的宪法文本也可能略有不同。尤其是关于基本经济制度方面表述的改变，对于“民法典”各编的起草影响较大。2005年“物权法（草案）”“违宪风波”涉及的就是这种违宪风险。在程序方面，由于“民法典”并未能一次性通过，或者像“中华民国民法”各编一样，在较短时间内连续通过^③，这就存在立法机构未按照《宪法》规定的立法程序对“民法典”各编进行审议的程序风险。

（三）过程性合宪是民法典分编起草模式的必然要求

在立法机关决定不再追求整体性通过“民法典”之后，就应该认识到这种民法典分编起草模式可能产生过程性违宪风险。那么，对于民法典分编起草的合宪性要求，就应该不低于甚至应该是高于整体起草模式的要求。要确保“民法典”能够按照基本法律的立法程序起草，从理论上可以设计两种立法路径。

① 参见江平：《从法律实用主义到法律理念主义——中国30年法治进程再思考》，2008年5月10日中国政法大学讲座记录；江平：《中国法治三十年》，见 http://hn.rednet.cn/c/2008/05/29/1519093_1.html，最后访问时间：2017-08-31。

② 参见梁慧星：《制定民法典的设想》，载《现代法学》，2001（2）。

③ 关于“中华民国民法”各编起草过程，参见谢振民编著：《中华民国立法史》（下册），张知本校订，753~801页，北京，中国政法大学出版社，2000。

第一条路径是“基本法律法典化模式”，即分编按照“基本法律”的立法程序通过，最终通过法典化的方式形成“民法典”，这种模式的过程性违宪风险主要在于内容方面。第二条路径是“非基本法律法典化模式”，即分编按照“非基本法律”的立法程序通过，最后按照“基本法律”的立法程序法典化形成“民法典”，这种模式的过程性违宪风险存在于内容和程序两方面。遗憾的是，立法程序的合宪性问题一直未能成为民法学界重点关注的对象。从“民法典”各编的通过程序来看，也不能明确地看出立法机关对此问题有计划性的安排。《侵权责任法》立法程序的争议，不过是这种欠计划性的体现之一而已。

二、《侵权责任法》的“非基本法律”地位与立法程序的合宪性

（一）“合宪性推定”是《侵权责任法》立法程序合宪性解释的基本取向

所谓合宪性推定，是指作为一种宪法方法，旨在进行合宪性控制的过程中，对制定法首先在逻辑上推定其合乎宪法，除非有证据可以有力地证明该行为明显超越了合理的限度而违反了宪法。^①对于《侵权责任法》立法程序的“合宪性推定”，是《侵权责任法》立法程序合宪性解释的基本取向。对于《侵权责任法》由全国人大常委会通过这一立法程序，我们需要对“《侵权责任法》是否是宪法意义上的‘基本法律’”这一问题作出回答。从合宪性推定的基本取向出发，我们首先要试图论证《侵权责任法》不是宪法意义上的“基本法律”。只有没有任何符合宪法规定的论证方式能够得出这样的结论，我们才会考虑《侵权责任法》是宪法意义上的“基本法律”。

（二）《民法通则》是宪法意义上的民事“基本法律”

所谓宪法意义上的“基本法律”，是指由全国人民代表大会制定和修改的，规定或调整国家社会生活中在某一方面具有根本性和全面性关系的法律，其效力仅次于宪法而高于其他法律。我国《民法通则》不但具有独特的名称和体例安排，而且具有特殊的历史地位，对其“基本法律”地位需要作出进一步分析和确认。

在决定对“民法典”采用分编起草模式后，首先通过的是“民法三次四稿”中独立成编起草、较为完善的《继承法》^②，之后开始考虑起草“民法总则”。1985年6月，全国人大法工委召开了一系列“民法总则”座谈会，1985年7月10日全国人大法制工作委员会起草了正式的《中华人民共和国民法总则（讨论稿）》。^③随后，经过商议，将“民法总则”改称“民法通则”。可见，《民法通则》这个名称不

① 关于合宪性推定的介绍，参见王书成：《宪法方法论之觉醒——由合宪性推定说开》，载《浙江学刊》，2009，（1）。

② 参见刘素萍主编：《继承法》，87页，北京，中国人民大学出版社，1988。

③ 参见何勤华、李秀清、陈颐编：《新中国民法典草案总览》（下册），623~624页，北京，法律出版社，2003。