

A Propositional Version with Explanation for Tort Liability Law Draft of China

中华人民共和国侵权责任法 草案建议稿及说明

项目负责人
杨立新

中华人民共和国侵权责任法

草案建议稿及说明

王利明 主编

A Propositional Version with Explanation for Tort Liability Law Draft of China

中华人民共和国侵权责任法

草案建议稿及说明

项目负责人
杨立新

D923/97

2007

 法律出版社
LAW PRESS CHINA

课题成果主编 杨立新

副主编 袁雪石 王竹

课题组成员 杨立新 袁雪石 王竹

马辉 张莉 蔡颖雯

陈龙业



2006 年中国法学会部级法学研究课题

图书在版编目(CIP)数据

中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明/杨立新主编.

—北京:法律出版社,2007.7

ISBN 978-7-5036-7510-2

I. 中… II. 杨… III. 侵权行为—民法—草案—中国 IV. D923

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第096464号

© 法律出版社·中国

中华人民共和国侵权责任法
草案建议稿及说明

课题组负责人 杨立新

责任编辑 刘彦洋

装帧设计 乔智炜

开本 787×960毫米 1/16

版本 2007年7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 北京中科印刷有限公司

印张 30.25 字数 477千

印次 2007年7月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

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

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7510-2

定价:59.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

新版“侵权责任法草案建议稿” 的特色与进步

课题组负责人 杨立新*

“侵权责任法草案建议稿”是中国法学会 2006 年的科研课题。接受这个课题之后,我们的课题组就进行了深入的研究。课题的前期成果,是对侵权责任法立法中的几个重要问题的研究,本建议稿则是该课题的最终成果。

在我们之前,侵权责任法建议稿已经有了四个版本,这就是梁慧星教授主持的侵权行为法草案建议稿,王利明教授主持的侵权行为法建议稿,徐国栋教授主持的绿色民法典中的侵权行为法部分,还有麻昌华教授起草的侵权行为法建议稿。这些建议稿都有自己的特色,并且我自始至终参加了王利明教授主持的侵权行为法草案建议稿的起草工作。但是,这些都不能明确表达我对侵权责任法的理想。因此,我在申请中国法学会的这个课题的时候,我就有一个想法,要有一部自己满意的侵权责任法草案建议稿。

我们的这个侵权责任法草案建议稿是第五个版本的侵权责任法建议稿,是在总结前四个草案建议稿的基础上编制的,因此,我们的这个版本就有一个后发优势。正是因为这个原因,我首先要向起草前四部侵权责任法草案建议稿的专家们致谢,尽管其中有的也有我自己的部分功劳。

我们这个新版的侵权责任法草案建议稿全面地体现了我对侵权责任法的理想,体现了我对侵权责任法理论和实践的研究思想和研究成果。可以说,我的这个新版的侵权责任法草案建议稿的主要思想资源来源于我的《侵权法论》、《人身权法论》和《类型侵权行为法研究》这三部专著。

下面,我要介绍我的这部新版的侵权责任法草案建议稿的主要特色和进步之处。

* 杨立新,教育部人文社会科学重点研究基地中国人民大学民商事法律科学研究中心主任、中国人民大学法学院教授、中国法学会民法学研究会副会长。

一、关于侵权责任法立法的基本指导思想问题

2001年初,我和王利明教授接受侵权责任法草案建议稿起草任务的时候,我就想好了侵权责任法立法的基本指导思想,这个基本的指导思想就是“大陆法系为体,英美法系为用,广泛吸纳司法经验”。这个指导思想主要内容是:

(一)大陆法系为体

我国是大陆法系国家,因此,我们的侵权责任法一定是大陆法系的侵权责任法。坚持“大陆法系为体”,主要体现在三个方面:

第一个方面,就是坚持成文法。不可想象在一个大陆法系国家,可以制定一部判例法的侵权责任法。这个不是问题。

第二个方面,就是要坚持一般化的立法方法。我们一直在说,大陆法系与英美法系侵权责任法从立法方法上来看,大陆法系侵权行为法是一个一般化的立法方法,其侵权责任法都有一个一般条款。这个侵权行为一般条款制定得好坏,直接关系到侵权行为法的质量问题。而英美法系的侵权行为法是一个类型化的立法方法,他们的侵权行为法中,不存在一般侵权行为的概念,也没有关于侵权行为的一般规定,主要是规定类型化的具体侵权行为。相比较而言,我们作为大陆法系的国家,制定侵权责任法,当然应该采用一般化的立法方法。

第三个方面,我们应该坚持大陆法系侵权责任法的立法简明、逻辑性强的立法方法。大陆法系侵权行为法的典型特点就是简明,最简明的就是《法国民法典》只有五个条文,当然现在增加了一些;《德国民法典》只有二十几个条文;《日本民法典》只有十几个条文;最多的是《埃塞俄比亚民法典》有一百三十多个条文。而《美国侵权行为法重述》则有一千多个条文,都是具体规则,比较烦琐。如果侵权责任法要写一千多个条文,那我们的民法典就要写五千多个条文或许还不够。目前,全国人大法工委的侵权责任法草案只有68个条文。我们写侵权责任法,就是要适当的简明,并且要逻辑性强,而不是拉拉杂杂,写得太多。

(二)英美法系为用

英美法系为用,就是要把英美法系侵权行为法中的好的东西都拿过来,成为我们的侵权责任法的内容。坚持英美法系为用,主要也是体现在三个方面:

第一个方面,将侵权责任法在民法典中独立成编。英美法系的侵权行为法是独立的,不依附于其他的民法部分,不像大陆法系国家把侵权行为法放在债法当中,而是将侵权行为法与合同法作为两个并列的民事法律。我们现在也要把英美法系侵权责任法独立性的做法借鉴过来,在民法典中把侵权责任法规定为一个独

立的部分。这一点,现在大家也都接受了,立法机关也正在这样做。

第二个方面,借鉴英美法系侵权行为类型化的立法方法,更多地规定侵权行为类型。尽管我们的侵权责任法不实行全面的类型化,但在一般化立法的基础上,做好对侵权行为进行类型化的规定。我们知道,只有类型化才能够具体化,没有类型化,就没有具体化,就没有侵权责任法的可操作性。我们现在的侵权责任法草案与全国人大法工委的侵权责任法草案相比较,法工委的草案关于侵权行为类型化工作应该说做得非常不够,从第四章到第九章只规定了六种主要的侵权行为类型,第十章又规定了一些其他的侵权行为类型。这对侵权行为类型的列举真的是远远不够的。我们应当借鉴英美法侵权行为法的类型化做法,把侵权责任法的侵权行为类型化做得更好,做一个比较全面的类型化。

第三个方面,要吸收英美法的一些优秀侵权制度规定。英美法系为用,就是把他们一些好的东西借鉴过来,根据我们的实际情况加以研究吸收。例如,它们的产品侵权责任、隐私权保护等等,都是极为有价值的立法范例。我们的侵权责任法草案应当更多地借鉴这些成果,使我们的侵权责任法更具有可操作性,能够更好地保护民事主体的民事权利。

(三)广泛吸纳司法经验

立法必须借鉴司法经验。在这一点上,我与王利明教授有非常相同的看法。我们在写侵权责任法的时候,就是要把司法实践当中那些好的经验和做法吸收进来。应当看到的是,现在的《民法通则》中的那些法条,仅仅是我们现行的侵权责任法中的一个主要部分,而在司法实践当中积累起来的那些经验远远超出了《民法通则》所规定的内容。因此,我们应当更好地总结司法实践当中的经验,然后把它写进我们的侵权责任法当中来。这方面我觉得主要有两点:

其一,要对最高人民法院制定的关于侵权行为的司法解释进行整理,把好的东西纳入到侵权责任法当中来,这样我们的侵权责任法就更具有活力和更具有可操作性。

其二,总结那些活生生的司法判例,将它们的精华吸收到侵权责任法草案中。我们总结过最有影响力的侵权责任法的典型案例。对此,我们还要进一步总结,把这些最生动、最鲜活的司法经验写进法律当中。

应该说,侵权责任法的起草比物权法的起草要容易得多。尽管侵权责任法有无数具体的问题等着我们解决,但这些问题基本上都是技术性的,比如说立法机关一直比较困惑的“侵权责任法保护的利益需要规定多大的范围”,还有关于“机动

车的责任到底应该怎么来确定”等问题,其性质都是技术性的,这些问题不像物权法那样涉及政治和经济制度的考虑。我们都说对人民的权利要进行全面保护,这就是侵权责任法的立法宗旨。我不相信还会有什么样的教授再站起来说,人民权利不应该保护。侵权责任法就是一个权利保护法,一个民事主体所享有的各种民事权利最终都要体现到侵权责任法的保护上,我们用这样的指导思想来起草侵权责任法,应该说目的非常明确。因此,上述基本指导思想也就是十分必要的。

二、采用埃塞俄比亚的模式规定侵权行为一般条款

我们的侵权责任法草案建议稿是采取埃塞俄比亚侵权责任法一般条款的立法模式。这是一个重要的选择,而且我希望立法机关也能够考虑接受这样的意见,而不是坚持《民法通则》的做法,选择法国的一般条款模式。

大陆法系尽管都是采用侵权行为一般化的立法方法,但是也存在两种不同的一般化模式。

在法国和德国的侵权法当中,采用的一般化方法是,侵权行为一般条款仅仅概括一般侵权行为,而不是全部的侵权行为。正像张新宝教授说的那样,他们的做法是一般条款加上特别列举构成全部的侵权行为法。也就是说,侵权行为一般条款所概括的是一般侵权行为,特别列举的是特殊侵权行为,这是法国式立法的一般条款(第1382条)的立法方法。这样的侵权行为一般条款仅仅概括一部分侵权行为即一般侵权行为,特殊侵权行为要用特别规范来进行规定。

在20世纪60年代出现的新的侵权行为一般化的方法,是埃塞俄比亚的立法方法,这个立法使侵权行为一般条款能够概括全部的侵权行为,在概括全部侵权行为的一般条款下面,采用英美法的方法,对侵权行为进行类型化的规定。《埃塞俄比亚民法典》在侵权行为一般条款(第2027条)下面,具体规定三种侵权行为类型:过错的侵权行为、无过错的侵权行为以及替代责任的侵权行为。在作出了这三种类型化的划分以后,再对侵权行为作出具体的规定。这种方法与法国所采用的方法相比较而言,应该说《埃塞俄比亚民法典》所采用的一般化方法更先进、更合理、更具有可操作性。

《埃塞俄比亚民法典》关于侵权行为法的规定主要的优势在什么地方呢?我认为有以下几个方面:

第一,《埃塞俄比亚民法典》侵权行为一般条款的跨度特别宽,涵盖面特别广,因此它的弹性就特别强,能够把所有的侵权行为都概括到里面去。这样,这个一般

条款就具有与时俱进的优势,无论社会发生什么样的变化,出现什么样的新型的侵权行为,这个一般条款都能够适用,可以避免出现侵权行为类型化立法不足的缺陷,不用担心这个问题。

第二,《埃塞俄比亚民法典》在侵权行为一般条款下面,把所有的侵权行为做了一个类型化的划分,这样就有了一般条款的原则性规定和侵权行为类型的具体列举,既有了一般条款的概括性,又有了具体侵权行为类型的可操作性。这种高度概括和具体列举相结合的立法模式,使得侵权行为法更适合法官的操作,更适合人民群众理解法律和遵守法律并且运用法律保护自己。所以,我认为与时俱进的侵权行为法应该采用《埃塞俄比亚民法典》所采取的方法。因为其规定的一般条款弹性极大,概括了所有的侵权行为,不管具体侵权行为类型规定得如何,即使出现了新的侵权行为或者漏掉的侵权行为,一般条款都可以概括。法国、德国采取的立法方法在这方面可能要稍微差一些,因为一般条款仅仅概括一般侵权行为,出现新的侵权行为就必须由特殊侵权行为来补充。

正因为如此,我们才采用埃塞俄比亚侵权行为一般条款的立法方法。这也是我们为什么要大声疾呼的原因。

还有三个例证可以证明采用这种立法方法的好处:一是欧洲的《统一侵权法草案》采用了埃塞俄比亚侵权行为法所适用的方法;二是有很多学者说,如果法国今天愿意修改他们的民法典的时候,它的侵权行为法也会采用埃塞俄比亚侵权行为法的做法,因为《埃塞俄比亚民法典》是法国人写的;三是我们学者现在起草的侵权责任法草案建议稿差不多都是采用的这种方法。

但《民法通则》采用的不是这种方法,《民法通则》第106条第2款规定的是过错责任原则,大体上概括的是一般侵权行为。我们把它作为侵权行为一般条款,其后,把特殊侵权行为都规定在具体的规范当中,从《民法通则》第121条到第127条再加上第133条共八个条文,这些都是侵权法对特殊侵权行为的具体规定。把《民法通则》第106条第2款再加上这些特别的列举才等于全部的侵权行为法,这种方法完全是法国和德国式的,这样的方法就不如《埃塞俄比亚民法典》所采用的做法先进。一个是一般条款的弹性不够,二是特殊侵权行为类型规定不够丰满。

全国人大法工委起草的侵权责任法草案仍然没有离开《民法通则》的方法,它的第1条规定的是过错责任,这应该说是有一个一般条款,第2条规定是无过错责任,从第四章到第九章规定了一些特殊侵权行为的列举,都是对特殊侵权行为作出了特别规定,没有对全部侵权行为做出类型化的划分。因此,这种做法应该是与

《民法通则》一脉相承的,这一点倒是体现了立法的一贯性。这与我们学者的想法正好相反:立法机关坚持修法能不改的就不改,而学者认为能够进行创新的为什么不创新呢?我们现在的侵权责任法草案建议稿所采用的就是埃塞俄比亚侵权行为法的做法,我们在第1条规定了侵权行为一般条款,所规定的内容差不多相当于《埃塞俄比亚民法典》第2027条所规定的内容,这就是规定了一个全面列举的侵权行为一般条款,能够概括全部的侵权行为,使得它具有更大的弹性,能够覆盖所有的侵权行为。

2005年夏天,我们在扬州召开“海峡两岸民法研讨会”讨论侵权法的有关问题,台湾地区著名学者曾世雄先生给我们提了一个意见。他认为,大陆的侵权行为法没有必要写这么多条文,侵权行为法只要写好一个条文就够了!这一条就写一般条款,把一般条款概括得更好,其他什么内容都不要再写。曾先生的这一条下面其实有五款:过错责任、过错推定、无过错责任等等。可见,曾世雄先生是深刻地掌握了法国民法典侵权行为法的精髓,大陆法系侵权行为法的精髓就在于一般条款,只要侵权行为法的一般条款写好了,那么这个侵权行为法就有灵魂了。

所以,我认为,侵权责任法的侵权行为一般条款必须写好,而我们这个新的侵权责任法草案建议稿规定的侵权行为一般条款就体现了这个要求。

三、确立最为实用的侵权责任归责原则体系

我们的侵权责任法草案建议稿关于侵权责任归责原则的规定,采用了三元论的意见,规定了三个侵权责任归责原则,即过错责任原则、过错推定原则和无过错责任原则。

(一)关于侵权责任法归责原则体系的不同看法和我们采纳的意见

在理论上,侵权责任的归责原则体系到底是几个归责原则构成的,有不同的主张。归纳起来,主要有五种:

第一,一元论的主张,认为我国侵权行为法只有一个归责原则,就是过错责任原则。这是已故的政法大学张佩霖教授提出来的,他认为中国的侵权行为法就是一个过错归责原则,无过错责任不是归责原则。

第二,二元论的主张,认为我国侵权行为法的归责原则有两个,一个是过错责任原则,另一个是无过错责任原则。这是政法大学米健教授提出来的,张新宝教授也是这样的主张,认为过错责任原则和无过错责任原则是我国侵权责任的归责原则。

第三,三元论 A,认为过错责任原则、无过错责任原则、公平责任原则是我国侵

权行为法的归责原则,这曾经是侵权责任归责原则体系的通说,现在的司法实践大多还是坚持这个意见。

第四,三元论 B,这种观点是王利明教授提出来的,认为我国的侵权责任归责原则是过错责任原则、过错推定责任原则和公平责任原则,王利明教授不承认无过错责任是一个归责原则,它仅仅是一种责任形式。

第五,三元论 C,这种观点是我提出来的,我认为侵权行为法的归责原则是过错责任原则、过错推定责任原则和无过错责任原则,我认为公平责任不是一个归责原则。现在,我的这种观点逐渐被更多的学者所接受。

归责原则是侵权责任法的核心问题,也是侵权行为法理论的核心问题,更是侵权行为法司法实践的核心问题。在司法实践当中,对一个案件适用不同的归责原则,就要适用不同的具体规则,法官在审理具体的侵权案件的时候,他必须要确定这个案件要适用什么样的归责原则,只有确定了这个案件要适用什么样的归责原则,他才可以按照所选择的归责原则指向的具体法律适用规则办理案件。如果在对一个案件适用法律时,选择归责原则出现错误的话,那么这个案件就会出现根本性的错误。所以,归责原则是侵权责任法的一个核心问题,侵权责任法必须规定清楚。

我们的侵权责任法建议稿为什么要采用第五种主张呢?也就是说,过错原则、过错推定原则和无过错原则这三个归责原则构成的侵权责任归责原则体系是最好的体系呢?这主要是考虑到它们具有充分的实践性,我们的侵权责任法草案在划分侵权行为类型的时候,是按照侵权责任归责原则的不同作为标准,进行划分的。这样,法官就可以根据不同的侵权行为类型,确定这种侵权行为应当适用什么样的归责原则,然后根据不同的归责原则所确定的侵权责任具体规则来审理案件,适用法律。因此这是一个最为简洁、最为实用、最有可操作性的归责原则体系。

(二) 确立过错推定原则是一个独立的归责原则的基本理由

首先,应当说明过错推定原则是一个独立的归责原则。尽管它仍然是过错责任,但是它有自己的调整对象,有自己的规则,因此,把它作为一个独立的归责原则是有道理的。对此,我在《侵权法论》第三版中做了详细的说明,在这里不再赘述。

(三) 否定所谓的公平责任原则的基本理由

公平责任原则不是一个独立的归责原则。

我们为什么要否认公平责任呢?事实上,在起草《民法通则》之前,草案的稿子并没有对公平责任原则给予特别的重视。在《民法通则》过程中,有人翻译过来一

篇文章,这篇文章就是《南斯拉夫新债法的责任及其新制度》,这篇文章特别提到了南斯拉夫新债法当中关于侵权责任的公平责任原则,并且把它说得非常好。事实上,立法机关在《民法通则》中也没有认为第132条就是公平责任原则,而仅仅规定它是一种侵权责任的形式。但是,这篇文章影响到了很多民法研究的专家,在解释《民法通则》第132条的时候,就将其解释为侵权行为法的归责原则,就是所谓的公平责任原则。

事实上,这一条文并没有规定很宽的适用范围,也没有规定它具有普遍适用的效力。我们看看它所规定的位置就可以看出。《民法通则》关于侵权行为的归责原则都是规定在第106条,但是在“民事责任”部分倒数第二条规定了公平责任,能够说明立法机关是将其作为归责原则做的规定吗?这说明立法者并没有把它当成一个侵权责任的归责原则,仅仅把它当作一个侵权责任的特殊情况作出的规定。另外,把监护人责任的特殊侵权行为条款放到第133条,而它本来是应该放到第127条之后,就是动物致人损害条文的后面。我们知道,从第121条开始规定特殊侵权行为,到第127条就好像结束了,然后下面又开始规定正当防卫、紧急避险、共同侵权、过失相抵,最后在第132条的公平责任规定以后,又规定了一个监护人责任的特殊侵权行为。这种立法表明了一个思想,即第132条规定的公平责任的适用是有限制的,只是类型于第133条的情况,那就是无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害,监护人承担责任,监护人已经尽了监护责任的,也就是无过错,其结果不是免除责任,而是减轻责任。这一条恰好就是第132条公平责任的应用。所以,第133条就是对第132条的具体应用,因而才将第133条从第128条的位置放到了第133条。从这个排列顺序上我们就可以看出,它们两个之间的关系能够证明第132条并不是一个普遍适用的规则。

另外,在《最高人民法院关于贯彻〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》当中,提到了堆放物倒塌致害的公平责任,一个堆放物倒塌造成了他人的损害,双方都没有过错的,双方要分担责任。这个分担责任是作为一个特别规定,《民法通则》第133条也是作为一个特别规定。开始的时候一般认为只有明文规定的,才可以适用公平责任。后来,学界把《民法通则》第132条的作用进行了夸张的解释,把它变成与过错责任、无过错责任相并列的归责原则。实际上,国外学者对《民法通则》第132条持批评意见的人非常多。

还有一个需要说明的是,在现实生活当中,如果一个人的行为造成他人的损害,双方就损害的发生都没有过错的,适用公平责任往往是不公平的。我们的侵权

责任法草案建议稿当中也提到了一点。例如,体育意外应该是谁都不承担责任。如果对体育意外适用公平责任原则分担责任的话,即使是公平责任,它也是不公平的。例如,石景山区某个中学,中午几个男学生在一起踢球,进攻的学生带球到禁区抬脚就射门,守门员扑救时,球弹到胳膊上然后又弹到眼睛上,伤害了眼睛。受害人的家长要求学校赔偿,学校认为这不是学校举行的体育活动,不承担赔偿责任。受害人的家长就把踢球的这个学生起诉到法院,要求学生承担赔偿责任。民庭在讨论这个案件的时候有两种意见:一种意见认为,应该适用《民法通则》第132条所规定的公平责任;另一种意见认为,体育意外发生的损害,要让踢球的人承担责任是不公平的,所以认为不赔偿就更好。适用公平责任原则当然也不能说不对,它确实确实是《民法通则》第132条所规定的情况,但是不赔偿可能是更公平的。其参考的理由有两点:第一,美国侵权行为法上面所讲的自冒风险,受害人如果知道一项活动是有风险的,还自愿去参加,这种损害怎么能够让别人承担呢?第二,参考《埃塞俄比亚民法典》第2068条的规定。其规定:“在进行体育活动的过程中,对参加同一活动的人或者在场观众造成伤害的人,如果不存在任何欺骗行为或者对运动规则的重大违反,不承担任何责任。”其实,它的基本精神也是一个自甘风险的规则。因此,其实不承担责任是更为公平的。这也说明第132条规定的并不是一个普遍适用的一般规则,而仅仅是一种特殊情况。

还有一个案例也能够说明这个问题。现在网上流行一种“驴头、驴友”的风险自助游,“驴头”在网上发帖子说,我们要搞一个风险自助游,谁愿意参加谁就报名,其他来参加的人员就是所谓的“驴友”。2006年7月7日,被告梁某(俗称“驴头”)在南宁时空网发帖,召集网友报名到武鸣县两江镇赵江进行户外探险活动,费用AA制,周六8点整准时在安吉站集合。受害人骆某答应与陈某一同前往参与活动。7月8日上午,共有包括骆某及另外11名被告在内的12名成员在南宁市安吉客运站与梁某汇集,在每人交付给梁某60元的活动费用后,乘坐由梁某提供的车辆,前往武鸣县两江镇赵江进行户外探险活动。当晚,因活动区域的周围地势险峻,该团队就在赵江河谷裸露的较为平坦的石块上安扎帐篷露营休息,其中骆某与被告陈某同住一个帐篷。从晚上至7月9日凌晨,该团队露营地区连下了几场大暴雨。7月9日上午7时许山洪暴发,在河谷中安扎的帐篷被山洪冲走,骆某被冲走。12名被告在混乱中通过自救、互救基本脱离危险后,发现骆某已经失踪,遂打电话报警。镇政府组织搜救队在赵江下游找到遇难的骆某遗体。骆某父母向法院起诉,请求参与探险的其他12位人员承担赔偿责任。法院审理认为:户外探险活

动具有一定的危险性,所有参与人均是具有完全民事行为能力的自然人,均属自发参与活动,虽然彼此之间并无任何合同关系,但不能免除应当承担的责任。梁某是此次户外活动的发帖人,具备疏忽大意、疏于防范、未尽职责的重大过失;其余11名被告盲目跟随梁某前往,主观上亦有一定过错,对于骆某死亡的损害后果,仅需承担本案中最轻的责任;骆某在团队中既未完成自救的义务,也未完成救助他人的义务,故在本案中应承担比除梁某之外的11名被告更重的责任。因此,酌定骆某、梁某与其余11名被告按2.5:6:1.5的责任比例承担本案的民事赔偿责任。判定梁某赔偿原告各项经济损失16.354万元,其余11名被告连带赔偿原告各项经济损失4.838509万元。我认为,像这种风险自助游本来就有一定的危险性,大家心里面都可能会认识到这一点,结果发生危险了,是不是自己承担责任呢?让“驴头”承担60%的责任是没有道理的。什么情况下可以让“驴头”承担责任呢?一定是“驴头”有过错的时候,比如他选择露营的地方明显是选择错误的时候,这种情况可以承担责任。如果没有过错,让他承担责任对吗?对于这种情况,只要是自冒风险的活动,应该是大家都不承担责任。

四、全面规定侵权责任的四个构成要件

在以前的侵权责任法草案建议稿中,都没有全面规定侵权责任的构成要件。我们的这个侵权责任法草案建议稿全面规定了侵权责任构成的四个要件,即违法行为、损害事实、因果关系和主观过错。

建议稿首先在第1条规定侵权行为一般条款的时候,采用德国法的方法规定了行为的违法性要件。行为的违法性有三个判断标准:一是违反法定义务,二是违反保护他人的法律,三是故意违背善良风俗造成他人损害。在这个条文下面,草案用了三个条文规定了损害、过错和因果关系。

关于损害和过错,并没有值得特别指出的地方,但在因果关系方面,我觉得我们的草案建议稿是非常具有特色的。

关于因果关系的这个条文我们规定了三个层次:第一个层次,规定因果关系的一般规则,这一点坚持了比较低的标准,就是相当因果关系规则。第二个层次,规定了推定因果关系,法律有规定的,才能够适用推定因果关系。第三个层次,特别规定了原因力的问题,当一个损害结果的发生是由两个以上的原因构成的时候,每一个行为对损害的发生有着不同的原因力,特别强调了原因力对确定赔偿责任的重要性。

大陆法系的侵权行为法特别强调原因力,但是,任何一部侵权行为法都没有对侵权行为的原因力做出专门的研究。我们想,我们的侵权责任法是不是对此能够创一下新,在侵权责任法当中对原因力作出明确规定。我们应当看到,在司法实践中,法官对于原因力的运用是很普遍、很熟练的,这种熟练程度甚至令我们惊讶。比如说我到扬州中级法院去考察的时候,法官介绍医疗事故案件,他们就会分析到底承担多少责任才合适,比如说一个人本身就有病,然后医生在治疗的过程当中又有一定过失,最后造成病人死亡。他们一般不会对医院承担全部的赔偿责任,为什么呢?因为病人原来还有病,而医生的过失仅仅是没有把这个病治好,在这个基础上造成了损害后果,这个时候他们会把原因力区分得很清楚。

事实上,原因力问题早在1990年的时候我就提出来了,那个时候我还在最高人民法院民事审判庭,负责的是侵权案件的批复。最高人民法院1991年5月22日(1991)民他字第9号复函,就庞启林与庞永红损害赔偿案所作司法解释认为:“庞启林与庞永红住房前后相邻,庞启林在庞永红房屋近处挖井,违背了处理相邻关系的原则,1987年6月该地区发生特大洪水,水井大量泛水涌沙,庞启林又未能及时采取措施,损坏了庞永红的房屋,致该房成为危房,给庞永红造成了重大损失。依照《中华人民共和国民法通则》第83条的规定,庞启林应负赔偿责任。考虑该案具体情况,可以适当减轻庞启林的赔偿责任。”这一案件中的特大洪水,行为人以不可抗力主张免责,一些审判人员也予以认可。事实上,特大洪水是自然灾害,但其尚在人力所控制之下,不属于不可抗力。洪水的作用与行为人的水井在地下相连通,形成“管涌”,将地下的砂石冲出,致使地层下陷,是发生损害的共同原因,均具原因力。行为人庞启林应为自己的行为负责;洪水虽不是不可抗力,但属自然灾害,按照“不幸事件只能落在被击中者头上”的法谚,庞永红应当自己承担部分损失。前述司法解释最后称“考虑该案具体情况,可以适当减轻庞启林的赔偿责任”,就是指的原因力规则。由于领导担心过于学术化,不通俗,因此没有写进原因力的规则。后来在起草《触电人身损害赔偿司法解释》的时候,我和张新宝教授都极力主张写入原因力的问题,才第一次在司法解释中规定了原因力的问题。关于原因力的规则,我们在侵权责任法草案建议稿中是这样规定的(第4条第3款):“两个以上原因造成同一个损害结果的,行为人应当按照其原因力承担赔偿责任,或者分担相应的责任份额。”

如果在侵权责任法中把这些侵权责任的基本构成要件都作出规定后,就能够给法官提供更好的操作性规范,便于法官适用。

五、第一次规定侵权责任形态体系以及具体侵权责任规则

在大陆法系的侵权行为法中,没有学者研究过侵权责任形态这个问题。在各国侵权行为法的专著和教科书中,也没有过仔细的说明。但是,从罗马法开始,侵权行为法就有了替代责任和自己责任的萌芽,尽管当时区分的不是特别严格,但是这种区分是存在的。私犯是为自己的行为负责的侵权行为,准私犯中的主要部分,就是替代责任,只是里面包括一少部分不是替代责任的侵权行为。后来到《法国民法典》的时候,就把替代责任和自己的责任做了一个完全的划分,《法国民法典》第1382条是一般侵权行为,规定的是行为人为自己的行为负责的责任形态;第1384条规定的是特殊侵权行为,其责任形态的特点就是替代责任,包括对人的替代责任和对物的替代责任。我认为,这是大陆法系侵权行为法第一次明确提出了侵权责任形态的概念,也就是自己的责任和替代责任。到德国法,侵权行为法规定了共同侵权行为,共同侵权的责任形态就是连带责任。那么,连带责任和上面两种侵权责任形态是什么关系?没有学者进行系统研究。接下来又产生了产品侵权责任,产品侵权责任又是一个不真正连带责任。以后,又陆续出现了补充责任等责任形态,这样就把不同的责任形态都推到了侵权责任法的面前。

对于这样一些侵权责任形态,研究侵权法的学者没有对它进行过梳理,缺少必要的研究。我对这种现象进行了整体分析后,提出了侵权责任形态这个概念,并且归纳了侵权责任形态的体系。对此,我在《侵权法论》等侵权法的专著中进行了专门的表述,提出了相应的理论和规则。

现在的问题是,对于侵权责任形态的研究成果是不是可以写进侵权责任法中去?如果要写进来,应当怎样写呢?我们的意见是统一的,就是要把最基本的侵权责任形态写进侵权责任法。我们在建议稿中做了尝试,现在在网上公布的方案,已经受到了一些法官的赞扬,得到肯定,认为这样的规定对于如何确定侵权责任形态,采取什么样的规则,都具有可操作性,避免出现错误。

侵权责任形态究竟说的是什么?我认为,在侵权行为构成,侵权行为类型确定下来之后,侵权责任在不同的当事人之间分担的形态,就是侵权责任形态。侵权责任形态是一个完整的体系,我把它分为三个层次的形态体系:

(一)自己的责任和替代责任

第一个层次是自己的责任与替代责任。

自己的责任就是一般侵权行为的责任形态,替代责任就是特殊侵权行为的责

任形态,其中包括对人的替代责任和对物的替代责任。

对此,我们参照《法国民法典》第1382条和第1384条的表述,确定了我们的相应的条文。例如:自己的责任规定为:“本法在规定侵权责任时没有特别规定侵权责任形态的,为自己的责任,行为人应当对自己的行为造成的损害承担侵权责任。”替代责任规定为:“法律规定承担替代责任的,其责任人是对造成损害的行为人的行为负责的人,该责任人应当承担侵权责任。”“已经承担了替代责任的责任人,可以向有过错的行为人追偿,但法律另有规定的除外。”“对物件造成损害的替代责任人,是造成损害的物件的管领人,包括物件的管理人、所有人和占有人,应当承担责任。”

(二)单方责任和双方责任

第二个层次是单方责任与双方责任。

在单方责任当中,有的是被告责任,这是主要的单方侵权责任形态。但有的情况不同,比如受害人故意引起的损害,也有可能由原告自己承担责任。比如在闽西龙岩的一个游览胜地发生的一个案件。公园有一个湖心岛,岛上养了很多野生的猴子,游人游玩的时候可以到小岛上上面去喂猴子。受害人是一个小伙子,半夜一两点钟的时候,偷偷的进入公园,在湖旁解开一条小船,来到了湖心的小岛上惊扰了猴子,结果被一群猴子挠的满身是伤。受害人到医院住院治疗花了三千多元钱,出院以后就到法院起诉公园,让公园承担侵权责任。受害人认为,这是动物致人损害,是无过错责任,尽管公园没有过错,但是要承担侵权责任。一审法院判决受害人胜诉。公园觉得很委屈。大约过了一年左右的时间,正好我到这个地方考察,检察院的同志就对我说起这个案件,我认为这个案件判的是不对的,这是受害人自己故意引起的损害,受害人半夜三更潜入公园,还去骚扰猴子,猴子的进攻是符合常理的。在这种情况下,让公园承担赔偿责任没有任何道理。这个案件是原告自己起诉,最后却由自己承担责任了,是被告的责任。

双方责任主要有三种情况:第一种,过失相抵。一个损害构成侵权责任,对于损害的发生或者扩大,受害人一方也有过失的,这个时候要过失相抵,双方分担责任。第二种,所谓的公平责任。对于所谓的公平责任,这次我们在草案建议稿中用了另外一个词来代替,叫做分担责任,这种情况是,一个行为造成他人损害,双方都没有过错的,在法律有规定的情况下可以分担责任。第三种,是一个非常特殊的情况,即《道路交通安全法》第76条所规定的,损害完全是由非机动车驾驶人或者行人的责任引起的,而机动车驾驶人完全没有责任,损害完全是由受害人一方引起