

侵权司法对策

主编/杨立新

关于侵权行为一般化和类型化的问题

——杨立新

恶意诉讼之侵权责任

——陈 璐

在游泳池游泳溺水死亡谁应当承担赔偿责任

——杨立新

二奶·权利·法治

——杜红波

魁北克民法典民事损害赔偿赔偿责任章译评

——袁雪石等

第 2 集

2003

2003 年 第一辑·总第二辑

侵权司法对策

主编 杨立新

吉林人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

侵权司法对策. 第2辑/杨立新主编. —长春:吉林人民出版社, 2003. 8
ISBN 7-206-04299-6

I. 侵… II. 杨… 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(2003)第 076131 号

侵权司法对策(第2辑)

主 编:杨立新

责任编辑:刘树炎

封面设计:翁立涛

责任校对:晓 君

吉林人民出版社出版 发行(中国·长春市人民大街 4646 号 邮政编码:130021)

网址:www.jlpph.com 电话:0431-5649710

全国新华书店经销

发行热线:0431-5638605 010-63475245

印 刷:长春市第九印刷厂

开 本:787mm×1092mm 1/16

印 张:13 字数:222 千字

标准书号:ISBN 7-206-04299-6/D·1061

版 次:2003 年 9 月第 1 版 版 次:2003 年 9 月第 1 次印刷

印 数:1-3 000 册 定 价:20.00 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

目 录

立法研究

- 关于侵权行为一般化和类型化的问题 杨立新 (1)

专题讨论

“侵权行为法沙龙”系列论坛讨论纪要——第一次讨论“恶意诉讼”

- 专题 刘宗胜 (59)
- 试论恶意诉讼之概念 陶维群 (69)
- 恶意诉讼之侵权责任 陈 璐 (81)
- 论恶意诉讼的构成要件 蔡颖雯 (104)
- 浅析恶意诉讼 王丽霞 (111)
- 恶意诉讼初探 王卫权 (117)
- 恶意诉讼探讨 闫 安 (124)

判解研究

- 在游泳池游泳溺水死亡谁应当承担责任 杨立新 (131)
- 侵权补充责任与一事不再理原则 杨立新 (138)
- 应当建立完善的损害赔偿专家证人制度 杨立新 (143)
- 关于商品房买卖中的惩罚性赔偿金问题 杨立新 (148)
- 二奶·权利·法治——漫谈全国首例“第三者遗赠案” 杜红波 (152)
- 名人与精神损害赔偿及精神损害赔偿数额确定初探 杨 丽 (160)

理论研究

- 产品召回制度之民事理论基础初探 李克歆 (169)
论网上个人信息资料的法律保护 高志明 (182)

外法译评

- 魁北克民法典“民事损害赔偿责任”章译评
..... 袁雪石、陈 怡、黄 琳 (194)

关于侵权行为一般化和类型化的问题^①

在制订《中国民法典》的过程中，关于制订一部什么样的侵权行为法问题的讨论，产生了很大的争论。其中一个焦点问题，就是究竟是借鉴大陆法系侵权法的立法方法和特点来制定中国的民法侵权行为法，还是借鉴英美法系的侵权法特点来制定中国的侵权行为法。

这个问题的实质在于，在制订的中国侵权行为法的模式上，是坚持大陆法系侵权行为法侵权行为一般化的立法方式，还是借鉴英美法系侵权行为法侵权行为类型化的立法方式。本文针对这个问题，提出中国侵权行为法的立法采取融合大陆法系和英美法系的两种做法的方式，制订中国的侵权行为法，既坚持侵权行为的一般化，也实现侵权行为的类型化。从一般的理解上，这应该是一个令人很难理解的题目，但是作为一种立法模式的探索，确实值得研究，应该也有其可行的道理。

下面，我就展开对这个问题的论述，说明我的意见。

一、侵权行为一般条款和侵权行为一般化

（一）侵权行为一般条款和一般侵权行为

在成文法国家的民事立法中，对侵权行为的规定，也就是制订侵权行为法，采用的是一般化的方法进行的。立法在规定侵权行为的法律中，也就是多数在民法典的债法当中，专门规定侵权行为法的内容。而在侵权行为法的内容中，首先就要规定侵权行为的一般条款，通过侵权行为一般条款来确定一般侵权行为。

这些立法中的侵权行为一般条款典型表现如：

^① 本文是作者于2002年7月9日在吉林省高级人民法院主管民事审判的中级人民法院副院长和民事审判庭庭长民法培训班上的讲课提纲，以后又在很多高级、中级人民法院和省、地人民检察院的民法培训班上讲授过。在这里发表，作者在讲稿的基础上又作了详细的修改。

《法国民法典》第1382条规定：“任何行为使他人受到损害时，因自己的过失行为而致行为发生之人对该他人负赔偿的责任。”^①

《德国民法典》第823条：“（1）因故意或者过失不法侵害他人生命、身体、健康、自由、所有权或者其他权利者，对他人因此而产生的损害负赔偿义务。（2）违反以保护他人为目的的法律者，负相同的义务。如果根据法律的内容并无过失也可能违反此种法律的，仅在有过失的情况下，始负赔偿义务。”

《意大利民法典》第2043条规定：“任何故意或者过失给他人造成不法损害的行为，行为实施者要承担损害赔偿的责任。”

《日本民法典》第709条：“因故意或者过失侵害他人权利时，负因此而产生损害的赔偿责任。”

我国台湾地区民法典第184条：“因故意或过失，不法侵害他人权利者，负损害赔偿责任。故意以背于善良风俗之方法，加损害于他人者，亦同。”“违反保护他人之法律，致生损害于他人，负赔偿责任。但能证明其行为无过失者，不在此限。”

什么叫做侵权行为的一般条款？学者有不同的理解。

例如，按照有的学者的解释，侵权行为的一般条款就是在成文法中居于核心地位，成为一切侵权行为请求权之基础的法律规范。所有的基于侵权行为的请求权都要符合这一条文，也就是说，一个国家民法典调整的侵权行为的全部请求权的请求基础。在这个条文之外，不存在另外任何侵权行为请求权的基础，这个条文一统天下。^②在大陆法系的侵权行为法中，基本上都存在着这样的侵权行为的一般条款。

另一种意见认为，将侵权行为一般条款理解为所有侵权行为的全面概括，是将侵权行为一般条款做了过大的解释。侵权行为一般条款就是规定一般侵权行为的条款。

这两种意见的分歧在于，前者认为侵权行为一般条款规定的是全部的侵权行为、一切侵权行为，“侵权行为一般条款 = 全部侵权行为”；而后者认为，侵权行为一般条款不过是规定了一般侵权行为，是百分之九十以上的侵权行为，而另外的不到百分之十的侵权行为则由特殊侵权行为来补充，“一

^① 该引文引自商务印书馆1983年翻译出版的《拿破仑法典》，第189页。

^② 参见张新宝：《侵权行为法的一般条款》，中国人民大学民商法律科学研究中心民商法前沿系列讲座的22讲。引自中国民商法律网。

般侵权行为 + 特殊侵权行为 = 全部侵权行为”。

一般说来，前一种主张是有道理的。可以作为证明的，例如《欧洲统一侵权行为法典》的草案，就是采用这种意见来规定侵权行为一般条款。其第1条规定的就是基本规则（一般条款）：“（1）任何人遭受具有法律相关性的损害，有权依据本法之规定请求故意造成损害的人、因违反义务而造成损害的人或者对损害依法负有责任的其他人赔偿。（2）损害的发生处于紧急情势时，将遭受损害的人享有本法赋予的防止损害发生的权利。（3）为了本法的目的：具有法律相关性的损害指的是本法第二章所规定的具有法律相关性的损害；故意和违反义务的判定以本法第三章第一节；以及第四章所规定的特殊情形下所造成的具有法律相关性的损害为依据。（4）本条所指权利由本法其它条款予以规定。”还可以证明的，是《埃塞俄比亚民法典》第2027条规定：“（1）任何人应对因过犯给他人造成的损害承担责任，而不论他为自己设定的责任如何。（2）在法律有规定的情形，一个人应对因其从事的活动或所占有的物给他人造成的损害承担责任。（3）如果某人根据法律应对第三人负责，他应对该第三人因过犯或依法律规定发生的责任负责。”这两种规定，显然是采纳的规定全部侵权行为请求权的主张。

但是，在现行成文法国家的侵权行为立法中，规定的侵权行为一般条款主要是后一种主张。例如，提出侵权行为一般条款是概括全部侵权行为请求权的依据之一，就是法国侵权行为法规定侵权行为的三个条文。这就是第1382条、第1383条和第1384条。将这三个条文都作为侵权行为的一般条款，就是对侵权行为一般条款的扩大化。实际上，《法国民法典》关于侵权行为的一般条款就是指的1382条，1383条是对1382条的补充，而第1384条则是对准侵权行为即特殊侵权行为的概括性规定，统管以下的第1385条和第1386条。如果说《法国民法典》的这三个条文是侵权行为的一般条款，那就等于说《法国民法典》的全部侵权行为的规定，即5个条文，就都是规定的侵权行为一般条款，这显然是说不通的。因此，《法国民法典》的基本结构，就是前两条规定的是一般侵权行为，后三条规定的是准侵权行为。将这两个部分放在一起，都称为侵权行为的一般条款，并不准确。

最典型的、具有极大说服力的，是我国台湾民法的规定。我国台湾民法的第184条开宗明义，就将其称为“一般侵权行为之责任”，确切表明这一条文仅仅是规定一般侵权行为的条文，而不是规定所有的侵权行为的条文。从其内容上说，本条文的法律来源，就是《德国民法典》的第823条和第826条。这里规定的也就是一般侵权行为的三种形式，其一，是故意或者过

失，其二，违反保护他人的法律，其三，是故意违背善良风俗。在德国法，前两个内容是第 823 条规定的，后一个内容是第 826 条规定，其中没有概括进来无过失责任，因而说这一条文概括的是全部侵权行为请求权的基础，还不准确，因为还没有规定无过失责任的侵权行为。我国台湾民法将这三种形式都规定为一般侵权行为，足以证明在德国法，侵权行为一般条款就是规定的一般侵权行为。因此可以说，将侵权行为一般条款理解为规定的是一般侵权行为的民法条款，是较为准确的理解。

还可以作为佐证的，是我国《大清民律草案》和《民国民律草案》关于侵权行为一般条款的规定。在《大清民律草案》中，关于侵权行为一般条款的上述内容，规定在第 945 条至 947 条三个条文中，基本内容与德国法和我国台湾民法的内容都是一样的。即：第 945 条规定：“因故意或过失侵他人之权利而不法者，于因加侵害而生之损害，负赔偿之责任。前项规定，于失火事件不适用之。”第 946 条规定：“因故意或过失违反保护他人之法律者，视为前条之加害人。”第 947 条规定：“以背于善良风俗之方法，故意加损害于他人者，视为第 945 条之加害人。”至《民国民律草案》，则规定了两个条文，即将《大清民律草案》的前两个条文合并为一个条文。第 246 条规定：“因故意或过失不法侵害他人之权利者，负损害赔偿责任。故意以有伤风化方法侵害他人权利者，亦同。”第 247 条规定：“因故意或过失违背保护他人之法律者，视为前条之侵权行为人。”从《大清民律草案》到《民国民律草案》，一直到台湾民法即前民国民法关于侵权行为一般条款的上述变化，也证明了《大清民律草案》的这三个条文到最后民国民法典的一个条文，才是真正的侵权行为的一般条款，即关于侵权行为的一般条款。^①

因此，可以说，对侵权行为一般条款的理解，是有两种含义的。一种是理解为侵权行为一般条款就是规定的全部侵权行为，另一种是理解为侵权行为一般条款就是规定一般侵权行为，而不是规定全部侵权行为。但是现行立法中，各国多采用后一种理解作为立法的方法。

从多数大陆法系国家侵权行为立法观察，在一般意义上说，侵权行为的一般条款并不是关于概括所有的侵权行为请求权的条款，而只是关于一般侵权行为的概括性条款。其含义是，侵权行为法的一般条款，是指概括一般侵权行为的特点和构成要件的侵权行为法条款，它将一般侵权行为的基本构成

^① 以上法律草案的引文，见杨立新点校：《大清民律草案·民国民律草案》，吉林人民出版社 2002 年版，第 123、234 页。

要件和基本特征进行概括,作为一般侵权行为请求权的基础的条款。因此,侵权行为一般条款实际上是关于一般侵权行为的条款,多数不是概括所有的侵权行为及其请求权的条款。

(二) 大陆法系侵权行为一般化的发展过程

大陆法系侵权行为法采用一般化的模式,经历了一个渐进的发展过程,这个过程几乎贯穿大陆法系侵权行为法发展的整个过程。经过分析,这个过程大致分为五个阶段。

1. 古代法时期

在历史上,无论是两河流域的立法还是其他国家古老的立法,凡是关于侵权行为法律规定,都是具体规定,并没有对侵权行为做出一个概括的、一般化的条文。在4000多年以前的乌尔第三王朝的《乌尔纳姆法典》中,以及在《苏美尔法典》中,关于侵权行为的规定都是极为具体的规定,例如“殴打自由民之女,致堕其身内之物者,应赔偿银三分之一明那”。^①

在中国,同样是这种情况。在中国古代立法中,关于侵权行为的立法散见于古代律令的各个篇章,就不同的侵权行为做出不同的规定,直到《唐律·杂律》的规定中,有过侵害财产权的较为概括的条文,即“诸弃毁亡失及误毁官私器物者,各备偿(赔偿)”。这一条文就具有较高的概括性,表明了我国古代侵权行为法发展的先进程度。^②但是,这一条文并不是侵权行为的一般条款,而仅仅是关于侵害财产权的具有一定概括性的条文。

2. 罗马法时期

应当认为,古代罗马法尤其是后期的罗马法,对侵权行为的一般化进程起到了巨大的推动作用,开启了大陆法系侵权行为法一般化的历史进程。这就是罗马法关于私犯和准私犯的规定。

早期罗马法对侵权行为并没有做出私犯和准私犯的划分,采用的也是规定具体侵权行为的做法。查士丁尼制订罗马法典,将侵权行为分为私犯和准私犯,其中私犯就是后来被概括为一般侵权行为的侵权行为,按照查士丁尼《法学总论》的规定,私犯包括四种类型,即:①盗窃;②抢劫;③财产上的损害;④人身伤害。由于罗马法对私犯的规定属于刑民不分,所以,罗马法上的私犯既是侵权行为,也是犯罪行为,因而盗窃和抢劫也在其中。不

① 参见杨立新:《侵权法论》,吉林人民出版社2000年版,第113页。

② 关于中国古代侵权行为法的概括性的说明,请参见杨立新:《疑难民事纠纷司法对策》,吉林人民出版社1991年版,第207页。

过，按照一般的理解，罗马法上的私犯即一般侵权行为，就是对人私犯和物私犯。这些私犯，都是行为人自己实施的侵权行为，具有一般侵权行为的基本特征，因而与准私犯不同。尽管罗马法在区分私犯和准私犯的界限上没有严格的区别，只是以后有新的违法行为产生，称之为准私犯，^①但是凑巧的是，这种私犯和准私犯的划分，恰好反映了私犯调整的是现代意义上的一般侵权行为、准私犯调整的是特殊侵权行为的基本分野。

正是由于罗马法对侵权行为采取了这样的划分，才开始了侵权行为法的侵权行为一般化的历史进程，私犯就被以后的立法概括为一般侵权行为，出现了大陆法系中的侵权行为一般条款。看来，历史的发展就是由某些看起来属于偶然，实际上蕴涵了历史发展必然的事件所构成的，这就是历史发展的规律性。侵权行为法的发展同样如此。

3. 法国法

直至1804年《法国民法典》的诞生，人类社会才真正完成了侵权行为一般化的侵权行为法立法进程。这就是，将侵权行为的基本内容进行了最为概括的、最为一般化的规定，在第1382条和第1383条两个关于一般侵权行为（只排除少数的准侵权行为）的条文中，概括了几乎90%以上的侵权行为，任何行为侵害了他人的权利造成损害，只要符合这个侵权行为一般条款规定的要求，就可以请求损害赔偿，以救济自己的损害，不必再去寻找具体的侵权行为的法律规定，改变了只有按照这样的具体条文规定，才能请求损害赔偿的习惯做法。因此，《法国民法典》第1382条和第1383条才是真正的侵权行为的一般条款，这就是将侵权行为做了最大限度概括的一般化条文。^②对此，《法国民法典》在规定侵权行为一章的章名的时候，就做了这样的区别，即“侵权行为和准侵权行为”，其中侵权行为，就是一般侵权行为，就是第1382条和第1383条规定的侵权行为，而准侵权行为则是第1384条以及第1385条和第1386条规定的内容。

《法国民法典》关于侵权行为一般化的规定模式，开启了大陆法系侵权

^① 参见周枬：《罗马法原论》，商务印书馆1994年版，第785页。

^② 关于《法国民法典》第1382条和第1383条的关系，在国内翻译的文本上，总是有不足，这就是将第1382条翻译为“过错”或者“过失”，而将第1383条翻译为“懈怠”和“疏忽”。这样，这两条条文的内容就发生重合，无法确认这两个条文的区别。因此，我认为前者指的是“故意”，后者指的是“过失”。德国学者克雷斯蒂安·冯·巴尔在他的《欧洲比较侵权行为法》一书中是这样解释的：在法国民法典的1383条中，其所宣称的法律内容是，一个人不仅对故意行为（民法典第1382条）承担责任，而且对于他或她的过失或疏忽注意造成的损害承担责任。可见，第1382条规定的是故意侵权，第1383条规定的是过失侵权。参见该书第18页。

行为一般化立法的先河。从此，成文法国家制订民法典，规定侵权行为法律规范，都是按照《法国民法典》对侵权行为做一般化规定的做法，一直沿袭下来。各国民法尽管在具体的写法上有所不同，但是基本做法并没有离开这个立法模式。

4. 德国法

德国制订民法典同样走的是侵权行为法一般化的道路，所不同的是，《德国民法典》在规定了侵权行为一般条款的同时，对特殊侵权行为做了较为具体的规定。《德国民法典》第 823 条规定：“（1）因故意或者过失不法侵害他人生命、身体、健康、自由、所有权或者其他权利者，对他人因此而产生的损害负赔偿义务。（2）违反以保护他人为目的的法律者，负相同的义务。如果根据法律的内容并无过失也可能违反此种法律的，仅在有过失的情况下，始负赔偿义务。”第 826 条规定：“以违背善良风俗方式故意对他人施加损害的人，对他人负有损害赔偿义务。”这种采用将各种诉因类型化的方法，将侵权行为概括为对权利的侵犯、违反保护性规定和违反善良风俗的一般条款，同样规定的是一般侵权行为。^①除此之外，《德国民法典》还规定了其他特殊侵权行为，与这三种诉因的一般侵权行为一起，构建了德国民法对所有侵权行为的法律规范。

德国侵权行为法的基本特点，仍然是坚持侵权行为一般化的立法模式，但对一般侵权行为的诉因类型做出了规定，而不是像《法国民法典》那样，仅仅规定了故意或者过失。

5. 埃塞俄比亚法和欧洲统一侵权行为法典草案的做法

在当代，大陆法系侵权行为法的立法在向进一步的概括化发展，使侵权行为一般条款不仅仅涵盖一般侵权行为，而且向着概括全部侵权行为的方向发展。

例如，1960 年制订的《埃塞俄比亚民法典》第 2027 条规定：“（1）任何人应对因过犯给他人造成的损害承担责任，而不论他为自己设定的责任如何。（2）在法律有规定的情形，一个人应对因其从事的活动或所占有的物给他人造成的损害承担责任。（3）如果某人根据法律应对第三人负责，他应对该第三人因过犯或依法律规定发生的责任负责。”这样的条文，显然概括的是全部侵权行为。

^①（德）克雷斯蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》，张新宝译：法律出版社 2001 年版，第 21 页。

正在起草的《欧洲统一侵权行为法典》的草案，也是采用这种方式规定侵权行为一般条款。其第1条规定的就是基本规则（一般条款）：“（1）任何人遭受具有法律相关性的损害，有权依据本法之规定请求故意造成损害的人、因违反义务而造成损害的人或者对损害依法负有责任的其他人赔偿。（2）损害的发生处于紧急情势时，将遭受损害的人享有本法赋予的防止损害发生的权利。（3）为了本法的目的：具有法律相关性的损害指的是本法第二章所规定的‘具有法律相关性的损害’；故意和违反义务的判定以本法第三章第一节；以及第四章所规定的特殊情形下所造成的具有法律相关性的损害为依据。（4）本条所指权利由本法其它条款予以规定。”这一规定，显然是采纳侵权行为一般条款概括全部侵权行为请求权的主张。

应当说，这种对侵权行为一般条款的规定，就是侵权行为一般条款发展的第四个阶段，即规定侵权行为一般条款，也规定侵权行为的类型。而这种侵权行为的立法模式，却正是将侵权行为一般化和类型化结合起来的新的尝试。我国侵权行为法立法正是要走这样的道路。

（三）大陆法系侵权行为法规定侵权行为一般条款的意义

规定侵权行为一般条款的基本意义在于：第一，就在于简化立法，尽量地用最简单的条文规定最丰富、最大量的侵权行为的含量，而不再在一两千个条文的民法典中建立一个复杂的侵权行为法的篇章。第二，将侵权行为的一般条款高度浓缩，使之成为一个弹性极大的、与时俱进的法律，能够包容任何符合这一条款要求的侵权行为，使这一条文成为一般侵权行为的高度概括，对具体的侵权行为不再一一做出具体规定；第三，赋予法官概括的裁判准则，使法官在这一条文面前，享有高度的自由裁量权，依据这一侵权行为一般条款，对所有的一般侵权行为做出准确的判决。因此，大陆法系的侵权行为法与其民法典的其他部分规定的内容，如物权、合同、继承、亲属等，是完全不一样的，它没有详细的规则，只有基本的规则作为裁判的准则。法官在这样的条文下，可以充分的发挥自己的司法创造性，对任何新型的案件，做出符合侵权行为一般条款的判决。

对此，我国民法的立法实践也采纳了这种方法。《民法通则》在规定侵权民事责任的时候，在第106条第2款规定了侵权行为一般条款，这就是：“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。”在这一个条款中，概括了绝大部分的、占90%以上的侵权行为。法官在这个一般条款面前，可以创造性地发挥主观能动性，对任何具备这样的构成要件的民事违法行为认定为侵权行为，对行为人予以侵权

损害赔偿的制裁,对受害人受到损害的权利和利益进行救济。对此,我国的法官必须有明确的认识和准确的理解,敢于依照侵权行为一般条款的规定依法裁判,而不能在符合《民法通则》第106条第2款规定的新型侵权案件面前缩手缩脚,不敢判决,不敢作为。

(四) 立法只规定侵权行为一般条款和一般侵权行为的不完善性

在纷繁复杂的社会生活面前,任何立法都不能穷尽一切生活现象,侵权行为的一般条款同样如此。即使是侵权行为的一般条款具有了最为巨大的含量,将全部侵权行为都概括进去,但总还需要做出特别规定的侵权行为,需要立法加以特别规定。因此,《法国民法典》在创造了侵权行为一般条款的同时,还制订了准侵权行为的条款。这就是该法的第1384条。

《法国民法典》第1384条究竟规定的是什麼内容,是值得研究的。刚才已经说过,这不是规定侵权行为的一般条款,而是规定侵权行为的特别形式,这就是《法国民法典》规定本节的题目所说的“准侵权行为”。

准侵权行为,来源于罗马法的准私犯制度。罗马法在規定私犯的同时,对于不属于对自己的行为负责的侵害他人权利的行为,另外规定准私犯,即准私犯所产生的债务。^①《法国民法典》继承罗马法的传统,在创造了侵权行为一般条款的同时,将准私犯制度加以发挥,规定了准侵权行为制度,以补充侵权行为一般条款的不足。至此,开创了成文法国家规定侵权行为的基本体例,即在規定侵权行为一般条款的同时,将不属于侵权行为一般条款调整的那些侵权行为,作为特殊侵权行为做出特别规定,补充侵权行为一般条款的不足。我国《民法通则》也是采用这种做法,在第106条第2款规定了侵权行为一般条款之后,在第121条至127条和第133条规定了特殊侵权行为。

应当说明的是,侵权行为法规定特殊侵权行为或者准侵权行为的立足点是什麼的问题。在法国法,规定准侵权行为的目的,在于规定推定过错责任。^②在19世纪刚刚开始的时候,无过错责任作为侵权行为的归责原则还没有产生,作为过错责任原则的一种特殊形式,过错推定是不同于侵权行为一般条款的。因此,《法国民法典》在规定了侵权行为一般条款之后,规定准侵权行为适用过错推定的情形。同时,准侵权行为的基本责任形式不同于

① 参见(罗马)查士丁尼:《法学总论——法学阶梯》,商务印书馆1983年版,第204页。

② 对此,新版《法国民法典》(罗结珍译,中国法制出版社1999年版,第330页)关于侵权行为和准侵权行为的注释不够准确。译者注:故意过错是侵权行为的发生根据,非故意过错是准侵权行为的发生根据,与条文的意思完全不同。应当是适用一般的过错责任原则的是侵权行为,即一般侵权行为,适用推定过错责任原则的侵权行为是准侵权行为。

一般侵权行为，不是对自己的行为负责，而是对他人的行为负责，以及对自己管领下的物件的损害负责。因此，这种准侵权行为又是替代责任形式。而实际上，罗马法在规定私犯和准私犯的时候，就是基于责任形式不同这个特点做出的规定，因为那时候，过错责任原则还没有成为侵权行为法的一般归责原则，私犯和准私犯的基本区分不在于归责原则的不同，而在于责任形式的不同。直到《德国民法典》及其以后，才确立了无过错责任原则作为侵权行为的归责原则，特殊侵权行为适用无过错责任原则和过错推定原则进行调整，这也形成了法国法准侵权行为和德国法特殊侵权行为的不同之处。

由此可见，侵权行为法仅仅规定侵权行为的一般条款还是不完备的，还必须对特殊侵权行为做出补充性的规定，使侵权行为法在规定侵权行为一般条款的基础上，进一步完善，能够概括所有的侵权行为。现代侵权行为法关于侵权行为规定为一般侵权行为和特殊侵权行为的基本格局，就是这样形成的。其职责就是：侵权行为一般条款调整所有的一般侵权行为，不再对一般侵权行为做出具体的规定；对特殊侵权行为，立法做出具体的规定，适用过错推定原则和无过错责任原则调整。

值得注意的是，法国法对准侵权行为做出了一个概括性的条文，即第1384条，而在以后的成文法立法中，不再规定特殊侵权行为的一般条款，而是仅仅规定特殊侵权行为的具体内容。这样规定的目的，在于对无过错责任原则和过错推定原则适用的限制，只能在法律有明文规定的情况下，才能够适用这两个归责原则，而不能依据一般规定由法官决定这两个归责原则的适用。这样做是完全正确的。

二、侵权行为类型化的基本方法和主要内容

正因为侵权行为一般化的做法，即规定一般条款规范一般侵权行为的做法存在一定的局限性，因而，对侵权行为的类型化研究和在立法上的类型化的规定，就有着重要的意义。其实，在罗马法和大陆法系侵权行为法上，也不是完全不讲侵权行为类型化的问题，而仅仅是类型化的程度不够而已。

我们下面要研究的，就是侵权行为法对侵权行为类型化的基本做法，其中包括罗马法的侵权行为类型化、大陆法系的侵权行为类型化和英美法系侵权行为类型化，以及我国《民法通则》对侵权行为类型化的做法。从以下的列举中，试图对前三种侵权行为类型化的做法做出比较。

（一）罗马法对侵权行为的类型化及其主要内容

罗马法对侵权行为类型化的做法，就是将侵权行为做出两大类的规定，

一个是私犯，一个是准私犯。在历史上，这是第一次对侵权行为做出这种完全的类型化划分。在私犯和准私犯中，各包括不同种类的侵权行为。

1. 私犯

私犯是罗马法上的侵权行为，是相当于一般侵权行为的侵权行为。但是罗马法没有关于一般侵权行为的一般条款，都是对私犯做出具体的规定，因此，罗马法上的一般侵权行为是具体规定的侵权行为，而不是一般意义上的一般侵权行为。按照查士丁尼《法学总论》的规定，私犯包括四种类型，即：①盗窃；②抢劫；③财产上的损害；④人身伤害。

2. 准私犯

准私犯是相对于私犯而言的侵权行为，是特别的侵权行为。

在罗马法上，准私犯包括：一是承审官故意或过失而为不当判决或违背诉讼程序，致使诉讼当事人的利益遭受损害的行为；二是从房屋内向公共道路倾泼流体或投掷固体物致害他人，责任人为房屋的居住人；三是在公共通道上放置或悬挂物品致害他人的，物主承担责任；四是畜类反其本性而加害于人，其饲养人承担责任；五是奴隶加损害于他人的，家主承担责任；六是旅馆主人、马厰主人、船主对于因其雇用的人给旅客、顾客造成的损害，负其责任。

在这些准私犯行为中，都与今天的特殊侵权行为有着密切的关系，是特殊侵权行为的渊源。例如，在承审官故意或者过失而为不当判决的准私犯行为，其实就是今天国家公务员赔偿责任的最早起源，但是在很长历史时期里，西方国家的法律奉行“国家无责任”的原则，因而并不存在现代意义上的国家赔偿制度。直到近代，国家赔偿制度才建立起来。在建筑物内向外倾泼、投掷物品，建筑物的悬挂物、搁置物的损害赔偿，也是今天物件致害特殊侵权行为的历史源头。在畜类造成损害的准私犯，则是今天动物致人损害特殊侵权责任的历史渊源。在马厰、旅店、船主的赔偿责任中，就是今天的雇用人替代赔偿责任的渊源。

因此，在研究特殊侵权行为及其责任的时候，必须追根溯源，从罗马法的准私犯开始着手研究，才能真正发现它的本来含义。而这些问题在研究侵权行为类型化的时候，是不能不提到的。

（二）大陆法系的侵权行为的类型化

大陆法系侵权行为法关于侵权行为类型的划分，就是在承认侵权行为法的一般条款，确认一般侵权行为的基础上，将不属于一般侵权行为的特殊侵权行为作为另一种类型，从而将侵权行为分为两种基本的类型。这是对罗马

法私犯和准私犯划分传统的继承。其次,大陆法系侵权行为法还以侵权行为人的数量作为标准,将侵权行为划分为单独侵权行为和共同侵权行为。

1. 一般侵权行为和特殊侵权行为

一般侵权行为和特殊侵权行为的划分,是大陆法系侵权行为法对侵权行为的基本划分。其基本的分类标准,就是侵权行为一般条款规定的侵权行为,还是特别条文规定的侵权行为。目前,成文法各国立法基本上都做这样的分类。

这种侵权行为类型化的划分,主要的是适用法律的不同,即适用侵权行为一般条款还是适用侵权行为特别规定。同时,一般侵权行为是为自己的行为负责,因此是直接责任,特殊侵权行为是为他人的行为负责,或者为自己管领下的物件的损害负责,因此是间接责任或者叫做替代责任。

2. 单独侵权行为与共同侵权行为

这种类型划分,主要是解决责任的形式问题。单独的侵权行为由侵权行为人自己承担独立的责任,而共同侵权行为的共同加害人则对受害人承担连带责任,以更有利于保护受害人损害赔偿请求权的实现。

(三) 英国法的侵权行为类型化

英美法的侵权行为法的基本特点,就是类型化,英国法是其中之一。

英国的侵权行为法规定的侵权行为基本类型,是7种基本类型的侵权行为,约70多种具体的侵权行为,以及一种无名侵权行为,即弹性的侵权行为。^①其基本类型是:^②

1. 非法侵入

这种侵权行为是最古老的侵权行为,被称为“舰队中的旗舰”,可见其重要性。这种侵权行为包括:①对人的干预,其一是胁迫,其二是攻击,其三是非法拘禁;②对物品的侵入;③对土地的侵入。^③

2. 恶意告发

这种侵权行为更侧重于对个人的好名声的保护,而不是对行动自由的保障,所以它的最为核心的方面,就是告发者的主要动因或者其所希冀实施的

^① 参见张新宝:《侵权行为法的一般条款》,中国人民大学民商事法律科学研究中心民商法前沿系列讲座的22讲。引自中国民商法律网。

^② 以上根据《欧洲比较侵权行为法》:克雷蒂安·冯·巴尔,张新宝译,法律出版社2002年版,第337页以下。

^③ (德)克雷蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》,张新宝译,法律出版社2002年版,第338-340页。