



新世纪法学系列教材
New Century Law Textbooks Series

The Law of Tort
侵权责任法学

方新军 / 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

013024828

D923.04

198

The Law of Tort



侵权责任法学

主 编 方新军

参 编 (按撰写章节先后为序)

方新军 杨垠红 宋旭明

娄爱华



北航

C1633132

D923.04
198



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

侵权责任法学/方新军主编. —北京:北京大学出版社,2013.3
(新世纪法学系列教材)

ISBN 978 - 7 - 301 - 22303 - 1

I. ①侵… II. ①方… III. ①侵权行为 - 民法 - 中国 - 高等学校 - 教材
IV. ①D923

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第051430号

书 名: 侵权责任法学

著作责任者: 方新军 主编

责任编辑: 尹璐 徐音 王业龙

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 22303 - 1/D · 3293

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

印 刷 者: 北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 20.25印张 387千字

2013年3月第1版 2013年3月第1次印刷

定 价: 38.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

目 录

第一章 侵权责任法的基本理论	(1)
第一节 侵权责任法的历史沿革	(1)
第二节 侵权责任法的功能	(12)
第三节 侵权责任法的保护范围	(15)
第四节 侵权责任法的发展趋势	(18)
第二章 侵权责任法的归责原则	(25)
第一节 概述	(25)
第二节 过错责任原则	(29)
第三节 过错责任原则的特殊表现——过错推定责任	(32)
第四节 无过错责任原则	(40)
第五节 归责原则的补充——公平分担损失	(48)
第三章 一般侵权责任的构成要件	(53)
第一节 概述	(53)
第二节 权利和利益的区分保护	(59)
第三节 民事权益的侵害	(68)
第四节 损害	(84)
第五节 加害行为	(95)
第六节 因果关系	(100)
第七节 过错	(112)
第四章 共同加害行为	(131)
第一节 概述	(131)
第二节 共同侵权行为	(142)
第三节 教唆帮助侵权行为	(150)
第五章 共同危险行为	(154)
第一节 概述	(154)
第二节 共同危险行为的构成要件	(162)
第三节 共同危险行为的责任承担	(166)
第六章 不承担责任和减轻责任的抗辩事由	(171)
第一节 抗辩事由的概念和分类	(171)
第二节 法定抗辩事由	(172)

第三节 非法定抗辩事由	(181)
第七章 侵权损害赔偿	(186)
第一节 概述	(186)
第二节 人身损害赔偿	(190)
第三节 财产损害赔偿	(197)
第四节 精神损害赔偿	(199)
第八章 雇主责任	(203)
第一节 雇主责任的概念和特征	(203)
第二节 雇主责任的归责原则	(204)
第三节 雇主责任的构成要件	(206)
第四节 雇主责任的承担	(209)
第九章 教育机构责任	(212)
第一节 概述	(212)
第二节 教育机构责任的性质	(214)
第三节 教育机构责任的分类	(216)
第四节 教育机构责任的归责原则	(217)
第五节 教育机构责任的构成要件	(218)
第六节 教育机构责任与相关责任的界分	(220)
第七节 教育机构责任的承担	(221)
第十章 产品责任	(223)
第一节 概述	(223)
第二节 产品责任的归责原则	(225)
第三节 产品责任的构成要件	(227)
第四节 产品责任的相关责任主体	(229)
第五节 产品责任的承担形式	(231)
第六节 免责事由与诉讼时效	(234)
第十一章 机动车交通事故责任	(237)
第一节 机动车交通事故的概念和特征	(237)
第二节 机动车交通事故责任的归责原则	(238)
第三节 机动车交通事故责任的构成要件	(242)
第四节 机动车交通事故责任的责任主体	(243)
第十二章 医疗损害责任	(248)
第一节 概述	(248)
第二节 医疗损害责任的构成要件	(250)
第三节 医疗损害责任中的特殊问题	(256)

第十三章 环境污染责任	(267)
第一节 概述	(267)
第二节 环境污染责任的构成要件	(270)
第三节 环境污染责任中的多数人侵权	(275)
第四节 环境污染责任的减免规则	(276)
第十四章 高度危险责任	(280)
第一节 概述	(280)
第二节 民用核设施致害责任	(283)
第三节 民用航空器致害责任	(286)
第四节 高度危险物致害责任	(290)
第五节 高度危险活动致害责任	(294)
第十五章 饲养动物致害责任	(300)
第一节 概述	(300)
第二节 饲养动物致害责任的一般规则	(301)
第三节 饲养动物致害责任的特殊问题	(306)
第十六章 物件致人损害责任	(312)
第一节 概述	(312)
第二节 各种物件致人损害责任	(313)

第一章 侵权责任法的基本理论

第一节 侵权责任法的历史沿革

一、侵权责任法的名称问题

侵权责任法,是指行为人基于过错侵害他人民事权利或合法利益,或者行为人没有过错,但是根据法律的规定应当承担损害赔偿责任的法律制度。

在中国《侵权责任法》的起草过程中,一直存在究竟是采纳“侵权行为法”的名称,还是采纳“侵权责任法”的名称的争论。这种争论的核心是,侵权行为的后果究竟是产生一个债,还是产生一个责任。作为这种争论进一步推演的结果,如果认为侵权行为产生债,那么侵权行为就是债的发生原因之一,在未来民法典的体系中,侵权行为应该规定在债编;如果认为侵权行为产生责任,那么侵权行为就不是债的发生原因之一,在未来民法典的体系中,侵权行为就应该从债编中独立出来成为单独的一编。上述争论具有鲜明的中国特色,因为在传统大陆法系国家中上述争论是不存在的。

首先,无论是“侵权行为法”,还是“侵权责任法”,这种以“侵权”作为核心词的表述,中国是独此一家。我们称为“侵权行为”或者“侵权责任”的,在大陆法的语言中不是“不法行为”,就是“不法事实”。这包括德语“*unerlaubte Handlungen*”、法语“*Des dèlits*”、意大利语“*Dei fatti illeciti*”、西班牙语“*De los actos ilícitos*”、葡萄牙语“*Factos ilícitos*”和荷兰语“*Onrechtmatige daad*”。日文的表述直接就是四个汉字“不法行为”,甚至都不用翻译。传统大陆法语言的表述更符合罗马法的传统,因为上述语词的源头是罗马法中的两个拉丁文“*iniuria*”和“*delictum*”。前者由否定性前缀“*in*”和名词法“*ius*”合成,直译就是不法的意思。“*delictum*”这个词派生于动词“*delinquere*”(偏离正确的道路),意思是一个违法、一个失误或一个错误。英语中的“*tort*”很可能是来自法语,而法语单词又来自于拉丁语“*tortus*”,具有拷打、折断、折磨的意思,在中世纪的法语中,“*tort*”就已经指的是违反法律的行为了。在现代英语中,“*tort*”除了指不法行为以外,没有其他含义。

传统大陆法语言的表述更加符合我们称为“侵权责任”这个事物的本质,根据《侵权责任法》第2条和第6条第1款的规定,该法不但保护权利,也保护利益,这就明显导致了名实不符的问题,因为《侵权责任法》的名称小,而保护的内容大。

中国的这种称谓早在 1911 年起草的《大清民律草案》中就已经出现了,其原因已无从考据,但是我们还是可以大致推断出问题的由来。《大清民律草案》的债编是由日本学者松冈义正负责起草的,而在此之前颁布的《日本民法典》尽管用的是“不法行为”的称谓,但是其第 709 条规定“因故意或过失侵害他人权利时,负因此而产生损害的赔偿责任。”松冈义正可能是认为,既然不法行为只有在侵犯权利时才存在,那还不如叫“侵权行为”更加准确和直观。但是松冈义正并没有原文照抄日本民法典的条文,他在起草了一个与《日本民法典》第 709 条几乎是一样的第 945 条以后,又加上了第 946 条和第 947 条,即故意或过失地违反保护他人法律的,视为加害人;故意以悖于善良风俗的方法加害于他人的,视为加害人。^① 明眼人一看就知道,后两个条文源自《德国民法典》第 823 条第 2 款和第 826 条。松冈义正很了不起,他可能是认识到《日本民法典》第 709 条作为一般条款过于原则和宽泛,在实务中不好操作,因此加上了后面两个条文作为补充。但是他似乎又没有意识到后面两个条文正是拓宽不法行为法的调整范围,从而将权利以外的利益纳入保护对象的两个通道,否则他就不会将不法行为的名称改为侵权行为了。松冈义正确定的名称在《民国民律草案》和《中华民国民法典》中保留下来并成为汉语的通用表述,他所起草的三个条文在后来的法典中,尽管在语言的表述和条文的顺序上有一些改动,但是没有实质性的变化,因此上述名实不符的状况也被保留下来。很早以前就有学者认识到上述名实不符的问题,我妻荣就指出,《中华民国民法典》第 184 条既不以侵害权利为要件,则不得谓侵权行为的名义为适当。^② 尽管随着《侵权责任法》的颁布,“侵权责任”的表述在中国已经被固定下来,但是其本质是一种“不法行为”,此点不可不明,在后面讨论“违法性”是否是侵权责任的构成要件时,我们还要回到这个问题上来。

其次,侵权行为在当事人之间产生一个债,只有在债务不履行的时候才产生一个责任。在汉语中,基于词义分析,债是人的责任,似乎债务和责任不存在区分,但是两者之间的区分是存在的。债务是必须为一定行为(包括不作为)的法律上的义务,而责任是强制实现此义务的手段,亦即此义务的担保。在民法中存在无责任的债务,如自然债务,也存在无债务的责任,如物上保证人的责任,但是在一般情况下,债务是产生责任的前提,责任是债务不履行的结果。^③ 在合同之债中,当事人基于自由的约定产生一个债,只有在当事人不履行约定的义务时,才会导致违约责任问题。试想一下中国每天会签订多少个合同,而最终通过法

① 参见《大清民律草案·民国民律草案》,杨立新点校,吉林人民出版社 2002 年版,第 123—124 页。

② 参见〔日〕我妻荣:《中国民法债编总论》,洪锡恒译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 51 页。

③ 参见〔日〕於保不二雄:《日本民法债权总论》,庄胜荣校订,五南图书出版公司 1999 年版,第 72—76 页。

院强制实现违约责任的毕竟是少数,绝大多数合同都由当事人自己履行债务实现了。在侵权行为之债中,一方当事人的不法行为在当事人之间产生一个债,大多数的侵权行为之债也是通过当事人自己履行的方式实现了,最终通过法院实现侵权责任的仍然是少数。早在近二百年前,萨维尼已经指出,我们不能总是从一个病态的角度来考虑法律问题,也即不能只是从强制性的视角来考虑,个人所拥有的权利遭到他人的侵害,从而需要外在的强制力量——国家予以保护并不是一种常态。^①

二、罗马法中的不法行为

罗马的契约法能够轻易地移植到现代的规范之中,但是罗马侵权法中却含有大量令我们的思想方式感到陌生的东西,甚至连盖尤斯时期或者优士丁尼时期的人对它们也难以理解。如果说不法行为法的历史就是从对侵害的报复性惩罚向损害赔偿过渡的运动,那么这一运动在罗马时期根本没有完成。^② 因为罗马法中的损害赔偿制度和罚金诉讼,尤其是累积的罚金之诉都体现出报复性惩罚原则。

罗马法的贡献在于:它使不法行为和契约成为平行的债的发生原因;罗马法中有关侵辱和非法损害的内容是后世民法理论建立不法行为一般理论的素材;罗马法中的准私犯是特殊侵权的类型基础;罗马法中有关公犯和私犯的区分是犯罪和不法行为区分的基础。

王政时期的罗马法已经将不法行为区分为公犯和私犯,这也是公法和私法区分的基础。如果用现在的术语来解释,就是犯罪和侵权的区分,但是罗马人的理解和现代人之间还是存在很大差异。在公犯中受到惩罚的是犯罪人,受益的是国家,在罗马法中公犯的范围是逐步扩大的。在王政时代和共和国初期,只有通敌或叛国的行为是公犯,杀人、放火是私犯;共和国中期,杀人、放火、背誓、伪证、纠众扰乱治安等作为公犯;共和国末期,原属私犯的侵犯住宅行为和伤人行为也被列入公犯。^③ 公犯范围的扩大,实际上说明了代表公权力的国家的控制范围的扩大。

在罗马法中私犯是指行为人使他人蒙受损害的行为。在盖尤斯的《法学阶梯》中,私犯的类型包括四种:盗窃、抢劫、不法损害、侵辱。在将近四百年后的优士丁尼的《法学阶梯》中,私犯的类型仍然包括上述四种,但是增加了准私犯的类型。准私犯的类型也包括四种:审判员误判致害;放置物或悬挂物致害;落

^① See Federico Carlo di Savigny, *Sistema del Diritto Romano Attuale*, Volume Primo, Traduzione di Vittorio Scialoja, Torino, 1886, p. 335.

^② 参见[英]巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2000年版,第217页。

^③ 参见周枏:《罗马法原论》(下册),商务印书馆1996年版,第782页。

下物或投掷物致害;产生于自己属员的盗窃或侵害行为的责任。准私犯是现代民法中特殊侵权责任的雏形。在随后的司法实践中,罗马法相继发展出其他的私犯类型:欺诈、胁迫、诬告、贿赂奴隶、侵犯陵墓、由家畜造成的损害、数个共同所有主的连带责任等。^①

在私犯的四种类型中,盗窃和抢劫被列为私犯仍然是侵权和犯罪区分不彻底的表现,真正对后世民法产生影响的是侵辱和不法损害。早在公元前450年左右制定的《十二表法》中已经有关于侵辱的规定。侵辱(iniuria)这个词由“ius”和否定性前缀“in”构成,直译就是不法,但是在罗马法中侵辱有其特定的含义。侵辱指在生理上或精神上对人造成损害的行为,其核心含义是任何对他人权利或者人格的轻蔑无视。^②在《十二表法》中,侵辱导致的损害主要通过同态复仇来恢复,为了缓解同态复仇的残酷性,罗马裁判官引入了“侵辱估价之诉”,但是惩罚性的特征没有根本的改变。罗马法中的侵辱是现代民法中侵害人身权益导致侵权责任的雏形。

如果说侵辱这种私犯的本质是侮辱,那么不法损害这种私犯的本质就是损害。不法损害是大致颁布于公元前3世纪末至公元前2世纪前期的《阿奎利亚法》确立的,^③不法损害的核心内容来自该法的第一章和第三章的规定。第一章规定:“如果某人不法杀死他人的男奴或他人的女奴或属于四足牲畜的动物,将判处他向所有人偿付相当于该物在过去1年内的最高价值。”第三章规定:“除了杀死奴隶和牲畜以外,如果某人不法焚烧、折断或毁损造成其他损害,将判处他向所有人偿付相当于该物在随后30天内的价值。”^④这两个条文看似非常简单,但是经过罗马法学家的不断扩展和研究,现代侵权行为法的一般原理已经完全显现出来。《阿奎利亚法》首先确立了这样一个原则:对造成业已存在的义务关系之外的不法损害,有过错就要被惩罚。这一原则构成了被称为契约外责任的一般原则,因此在大陆法系,侵权责任又被称为“阿奎利亚责任”。在优士丁尼《法学阶梯》中,侵权责任的成立一般要包括如下要件:行为、损害事实、侵犯别人的权利、缺乏正当理由、因果关系、故意或者过失。^⑤尽管上述结论是现代学者基于现代的法理学理论对罗马法的解释,古代的罗马法学家从来没有系统地

① 参见[意]彼得罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社2005年版,第311—312页。

② 参见[英]巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2000年版,第226页。[意]彼得罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社2005年版,第310页。

③ 参见[古罗马]盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社2008年版,第201页。

④ [意]桑德罗·斯奇巴尼选编:《债·私犯之债·阿奎利亚法》,米健译,中国政法大学出版社1992年版,第4、23页。

⑤ 参见[意]桑德罗·斯奇巴尼:《桑德罗·斯奇巴尼教授文集》,费安玲等译,中国政法大学出版社2010年版,第255、289页。

得出过上述结论,他们的兴趣不在于体系的建构,而在于对具体个案的解决,他们的思维方式从根本上来讲是决疑式的,但是无可否认《阿奎利亚法》是现代侵权行为法的真正源头,罗马法学家的分析是现代民法建构侵权行为法体系的原始素材。

关于准私犯的起源,学说理论一直存在争议。第一种观点认为,准私犯是类似私犯而没有被列入私犯的违法行为,是裁判官在市民法对私犯的规定已经定型之后,为了加强维护社会秩序对新发展的一些侵权行为继续加以制裁,所以规定在前的称私犯,规定在后的称准私犯。^①第二种观点认为,私犯是有意的不法行为,准私犯仅仅是粗心大意的不法行为。这种观点的不足在于,作为私犯的不法损害并不以有意为要件,单纯的过失即为已足。第三种观点认为,私犯是自己的责任,而准私犯是替代责任。这种观点只能解释产生于自己属员的责任,但对其他准私犯的类型无法说明。第四种观点认为,私犯是过错责任,而准私犯的本质是严格责任,即所谓的无过错责任。但是审判员误判致损的准私犯确实以过失的存在为前提。^②应该还是第一种观点具有说服力,这就类似于罗马法中关于要式物和略式物的区分,当要式物的范围在市民法上确定下来以后,后来出现的很多远比要式物重要得多的物,在罗马法上也只能是略式物,如大象和骆驼。正如盖尤斯所指出的,在罗马市民法确定某些物是要式物,某些物是略式物时,人们连这些动物的名字都不知道。^③尽管罗马人可能是基于巧合创设出了准私犯的类型,但是这些准私犯确实是现代民法特殊侵权类型的源头,我们只要看一下现代民法典中关于特殊侵权的规定,就不难发现罗马法留下的痕迹。

三、《法国民法典》中的不法行为

在西罗马帝国灭亡之后的五百多年时间里,整个西欧处于中世纪的黑暗时期,在这段时间里罗马法的研究也处于停滞状态。在公元11世纪左右,随着西欧的商业复兴,罗马法的研究也迎来了自己的第二春。在随后的将近八百年时间里,注释学派、评注学派、后期经院学派、人文主义学派、自然法学派和学说汇纂的现代应用学派的法学家们对不法行为的各个方面进行了深入的研究,最后的集大成者是1804年制定的《法国民法典》。

《法国民法典》关于侵权行为只有5个条文(第1382—1386条),法典的起草人之一波塔利斯在介绍法典的草案时对这种简洁的立法作出了说明:“我们同样要责令自己避免调整一切、预见一切的危险野心。……法律的作用是从宏

① 参见周栢:《罗马法原论》(下册),商务印书馆1996年版,第803页。

② 参见[英]巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2000年版,第235—236页。

③ 参见[古罗马]盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社2008年版,第59页。

观上规定法的最普遍的原则,建立一些可以引申出很多成果的原则,而不是深入到可能出现在每个领域之问题的细枝末节。”^①但是《法国民法典》创设了侵权行为为法的一般原则,这被认为是法制史上一项空前伟大的成就。

《法国民法典》第 1382 条和第 1383 条规定了自己行为的责任,这两个条文通过抽象和概括的方式,宣示了过失责任主义,确立了侵权行为的一般条款。第 1382 条规定:“人的任何行为给他人造成损害时,因其过错致该行为发生的人应当赔偿损害。”第 1383 条规定:“任何人不仅因其行为造成的损害负赔偿责任,而且还因其懈怠或疏忽大意造成的损害负赔偿责任。”一般认为,在法国法上自己行为的责任由三个要件构成:一是损害;二是过错;三是因果关系。《法国民法典》的上述两个条文被认为是参考了 18 世纪法国自然法学派的法学家罗贝尔·波蒂埃的观点,波蒂埃的观点来自于自然法学家格劳修斯,而格劳修斯的观点则又源自于后期经院学者,后期经院学者的观点则是在注释学派和评注学派的研究基础上,运用亚里士多德和阿奎那的哲学原则解释罗马法的结果。^②因此,任何学术观点的出现都不是空穴来风,它们都是点点滴滴的理论进步的结果,其中不知凝聚了多少优秀法学家的脑力。

《法国民法典》第 1384、1385、1386 条规定了非自己行为的责任,也就是对他人行为负责及物之责任。第 1384 条规定:“虽非自己行为发生的损害,但因自己应为其负责之他人行为或因其照管之物所生的损害,也负赔偿责任。父母,就其未成年同居子女行为所生的损害,负赔偿责任。主人与雇主,对其家庭佣人与受雇人在履行他们受雇的职责中造成的损害,负赔偿责任。小学教师与家庭教师及手艺人,对学生与学徒在受其监视的时间内造成的损害,负赔偿责任。”第 1385 条规定:“动物的所有人,或者使用人在使用牲畜的时间内,对动物或牲畜造成的损害负赔偿责任,不论该动物或牲畜在其管束之下,还是走失或逃逸。”第 1386 条规定:“建筑物的所有人,对建筑物因维修不善,或者因建筑缺陷、塌损造成的损害,负赔偿责任。”法国学界一般认为,上述三个条文采推定过失原则。

很长一段时间里,法国法并没有无过失责任的规定。学界一般认为,第 1384 条第 1 项后段关于“因其照管之物所生的损害,也负赔偿责任”是第 1385 条和第 1386 条的综合前提规定,其本身并不具有独立的规范地位,并非一个独立的请求权规范基础。但是在 1896 年发生的“锅炉爆炸案”中,因锅炉不符合第 1385 和 1386 条的要件,因此就应该适用第 1382 或者 1383 条的规定,从而原告应就加害人的过错负举证责任。法国最高法院为了保护受害人的利益,重新

^① 参见[法]阿·布瓦斯泰尔:《法国民法典与法哲学》,钟继军译,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》(第二卷),中国法制出版社 2001 年版,第 297 页。

^② 参见[美]詹姆斯·戈德雷:《私法的基础——财产、侵权、合同和不当得利》,张家勇译,法律出版社 2007 年版,第 252—258 页。

解释第 1384 条第 1 项后段,肯定其具有独立的规范功能,可以用来规范无生命物所致的损害,并且强调被告仅于证明该损害系出于不可归责的偶然事故、不可抗力或外在原因时,始得免责。这种解释被认为创立了无过失责任,是侵权行为法的革命。^①

《法国民法典》的影响很大,在侵权行为的内容方面,卢森堡、比利时(1830 年)、意大利(1865 年)、西班牙(1889 年)等国民法典的规定基本上与法国的规定一字不差,日本和拉丁美洲的许多国家在立法上也受到《法国民法典》的影响。

四、《德国民法典》中的不法行为

在《德国民法典》制定之前,德国继受罗马法形成了普通法,在侵权行为法领域仍然受到《阿奎利亚法》的影响,没有克服个别列举方式的缺点。在此之前,《法国民法典》和《奥地利民法典》均创设了一般概括性规定,因此有学者提出采纳法国的立法例。实际上德国一开始确实准备追随法国模式,其民法典第一草案的第 704 条就是以《法国民法典》第 1382 条为范式起草的,起草委员会的解释是:“在民法上,任何以不被认可的方式不法侵害他人权利的行为都是不被允许的。”^②但是最后《德国民法典》的起草者没有采纳这种意见。一是因为民族自尊心,以萨维尼为代表的历史法学派强调法律是民族精神的体现,照搬法国民法的规定无法解决德国的问题。尤其是萨维尼将《法国民法典》的编纂者们评价为一帮浅薄的半吊子,由于他们的疏忽无知,整部法典在技术上含混费时,德国人更不可能移植它;^③二是《德国民法典》的起草者甚至认为,《法国民法典》的起点是不可接受的:“将应当由立法解决的问题交给法院,既不符合草案的本意,而且从德国人对法官职能的一般观点来看也是不能接受的。”^④三是担心法国模式的一般条款会带来不确定性,正如《德国民法典》立法理由书所指出的,若无较为明确的规则,德国法院必将制造法国法院实务上所见的矛盾与零乱,这使得德国模式最终体现为三个小的一般条款,其目的是为法官裁判案件提供一套客观的标准。^⑤

① 参见邱聪智:《民法研究》(一),中国人民大学出版社 2002 年版,第 152—153 页。

② [美]詹姆斯·戈德雷:《私法的基础——财产、侵权、合同和不当得利》,张家勇译,法律出版社 2007 年版,第 448 页。

③ 参见[德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社 2001 年版,第 51—55 页。

④ [德]克雷蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上卷),张新宝译,法律出版社 2001 年版,第 21 页。

⑤ 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林等译,法律出版社 2007 年版,第 614 页。[德]格哈特·瓦格纳:《当代侵权法比较研究》,高圣平等译,载《法学家》2010 年第 2 期,第 106 页。

实际上,《德国民法典》在侵权行为法上并非没有一般概括条款,其抽象程度一点都不比《法国民法典》弱。区别在于,《德国民法典》将一般概括条款分为三个基本的侵权类型,同时对于应该保护的具体权利和特殊侵权类型进行了比较详细的规定和列举。《德国民法典》关于侵权行为的规定有31个条文。

《德国民法典》一般条款所创立的三个基本类型是:第一,第823条第1项规定:“故意地或者过失地以违法的方式侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或者其他权利的人,负有向他人赔偿由此发生的损害的义务。”第二,同条第2项规定:“违反以保护他人为目的的法律的人,负有同样的义务。根据法律的内容,没有过错也可能违反法律的,只有在有过错的情况下,赔偿义务才发生。”第三,第826条规定:“故意以违反善良风俗的方式加损害于他人的人,负有向他人赔偿损害义务。”学者将上述三个条文称为三个小的概括条款体系。

在其他条文中,《德国民法典》则规定了具体侵权的种类,如共同侵权行为中,雇佣人责任、监护人责任、动物饲养人和看管人的责任、土地占有人的责任、建筑物占有人的责任、公务员违反职务的责任等。

《德国民法典》的立法例有非常大的影响力,而且这种影响正在扩大。1931年生效的《中华民国民法典》是追随德国立法例的典范,该法典的第184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者,致生损害于他人者,负赔偿责任。但能证明其行为无过失者,不在此限。(1999年修改前的条文表述是:违反保护他人之法律者,推定其有过失。)”该条第1项前段采自《德国民法典》第823条第1项,只是将保护的权利予以概括化,没有对具体权利类别进行列举,该条第1项后段采自《德国民法典》第826条,该条第2项采自《德国民法典》第823条第2项。

其他追随德国立法例的国家包括:《埃塞俄比亚民法典》第2027条、第2030条第1款、第2035条第1款;《荷兰民法典》第6:162条第2款;《奥地利民法典》第1311条和1916年增补的第1295条;《瑞士债法典》第41条第2款;《阿根廷民法典》第1075条、第1066条规定和1968年民法典修订时特别增加的第1071条第2款;1966年的《葡萄牙新民法典》第483条第1款等。

五、英美法系的侵权行为法

尽管大陆法系的侵权行为法是在罗马法的基础上理论化和体系化的结果,但是在思维方式上英美人却和罗马人存在亲缘性。和罗马人一样,英美的侵权行为法中不存在关于侵权的一般条款,有的只是对具体侵权类型的列举。

一个来自大陆法系的人第一次看到以自己的方式表现的英格兰侵权行为法时,他可能想起本国的刑法。大陆法系的人习惯于从一般原则发展起来的观念

思考本国的侵权行为法,但是在刑法王国里没有一个可以与可适用于侵权法的一般条款相比较的一般条款,如一条保护人的生命的一般条款——无论任何人杀害他人,不管是故意的还是过失的,都被判处至少 10 年的监禁。刑法区别故意杀人、过失杀人、伤害致死、抢劫致死等不同情况,因此存在一大堆不同的具体罪名。^① 英国法学家萨蒙德指出,和刑法是由各种特殊犯罪行为所建构起来的规则体一样,侵权法也是由各种特殊侵害行为所建构起来的规则体,在英国侵权法中不存在关于侵权责任的一般原理。^② 与刑法一样,英国的侵权行为法也有所谓的“有名的侵权”,英国法学家对这些有名的侵权进行了归纳,总共有 72 种。在有名的侵权类型之外,还存在一些“小侵权”和“无名的侵权行为”。某种侵权行为是否获得固定名称,要看其发生频率,以及固定为惯例的历史偶然性。

正因为英国侵权法只是对具体侵权类型的列举,这也导致在英国学界关于侵权行为法的性质存在两种截然不同的看法。萨蒙德认为在英国并不存在所谓的侵权行为法,而是一群互不相关的不法侵害行为,这就如同一堆鸽巢,每个鸽巢都有自己的名字,不同的侵权行为被分门别类地放在这些鸽巢中。^③ 温菲尔德则持相反看法,他认为整个英国侵权行为可回归到统一的统一原则,所谓侵权责任是对法律预先确定义务的违反,这种义务是一般性地存在的,违反这种义务将导致对不确定损害的赔偿之诉。^④ 赞成前说的,其书名中的“torts”是复数,赞成后说的,其书名中的“tort”是单数。

导致英国侵权行为法只是个别类型侵权行为规范集合体的主要原因,是中世纪以来持续存在的诉讼方式,也即令状制度。弗莱明指出:“像其他早期的法律一样,普通法也是完全形式主义的:实体法被掩盖在程序的缝隙之中,而其中的令状制度在铸造我们今日的侵权法时起到了特别重要的作用。”^⑤

中世纪的英国存在两种法院,一种是国王法院,一种是地方法院,即郡法院。国王法院只受理两种类型的侵权行为,一种是暴力性的侵害,因为破坏和平、威胁国家安全;另一种是并非暴力侵害,但是涉及公共利益,如河岸土地所有人怠于修补堤岸导致他人遭受水灾损害。其他的侵权行为,一般称为非法侵害是由郡法院受理的。

侵权行为的诉讼取决于令状的记载形式,因该侵权行为属于上述两种类型

^① 参见〔德〕克雷蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上卷),张新宝译,法律出版社 2001 年版,第 337—338 页。

^② See Salmond and Heuston, *The Law of Torts*, Twentieth Edition, London, Sweet & Maxwell Ltd., 1992, p. 18.

^③ See Prosser and Keeton, *The Law of Torts*, Fifth Edition, West Group, 1984, p. 3.

^④ See W. V. H. Rogers, *Winfield & Jolowicz on Tort*, Eighteenth Edition, Sweet & Maxwell Ltd., 2010, p. 6.

^⑤ Jone G. Fleming, *The Law of Torts*, London, Sweet & Maxwell Ltd., 1998, p. 21.

的哪一种而不同。国王法院令状记载的诉讼原因一般是定型的,如“被告以暴力搅乱和平、伤害原告身体”,因此被称为“一般的非法损害”。而郡法院的令状因具体记载特定的诉讼原因,所以被称为“特定的非法侵害”,或者“基于具体主张的非法侵害”,简称“案件”。

上述区分到了14世纪实际上已经失去了原有的意义,由于地方法院审判权的衰退已由国王法院受理所有侵权行为诉讼。但是法官和律师仍然把这两者作为实体法上的两种完全不同的侵权行为,在两者的诉讼程序中发展出各自不同的实体法上的规范。非法侵害诉权和案件诉权的区别随着时代的演进而日益严格,诉讼时如果不采用适当的诉讼方式就要承担败诉的结果。区别两者的标志开始时是侵害行为的暴力性,到了18世纪,区别的标志进一步确定为侵害的直接性。例如,向公共道路抛投圆木伤害行人是直接的,因此是非法侵害诉权;而将圆木放置在公共道路上阻碍行人的侵害是间接的,因此成立案件诉权。1875年的法院法公布后,诉讼方式已被全部废除,然而在古老的诉讼方式下发展起来的各自不同的侵权行为实体法依然存在。正如梅特兰所指出的:“我们已经埋葬了诉讼形式,但它们依然从坟墓里统治着我们。”^①

19世纪过失责任主义的出现,成为摆脱古代诉讼方式为基础的诉权法体系的一个机会。现代欧洲大陆各国的侵权行为法正是在确认以过失原则为责任基础时,摆脱了古代罗马法的诉权法体系。但是英美法没有这样做,过错只是成为与原有侵权类型相并列的一种有名的侵权行为。原因是在古代诉权法体系下发展起来的实体法已具有相当的规模,此外英美法固有的从判例到判例的经验主义也阻碍了像大陆法系那样对于法律进行全面、系统的整理。在1932年的一则案例中,过失侵权才被确定为是有名侵权的一种。尽管出现得很晚,但是过失侵权已经成为现代英国侵权行为法中最重要的侵权类型,因为它已经变成了一个口袋,使得英国侵权行为法变成一个开放的体系。

到了当代,尤其是在美国,出现了摆脱传统的诉权法体系重新编制侵权行为法的倾向。美国独立以后,仍然继受英国法。纽约州于1848年废止令状制度,其他各州从之。在随后的发展中,美国的侵权行为法比英国法更有活力,像产品责任、隐私权、错误出生等理论均出现在美国,而且美国法学有更强的体系化倾向,这就表现在美国法学会组织起草的《侵权行为法重述》上。

尽管美国法学会先前组织起草的两次侵权行为法重述都已成为不朽的经典,但是两次重述都没有从根本上改变具体列举式的思考方式,以《第二次侵权行为法重述》为例,整部重述体系庞大,共包括951个条文,其中对故意侵权和

^① [英]梅特兰:《普通法的诉讼形式》,王云霞等译,商务印书馆2009年版,第34页。

过失侵权的具体类别仍然进行了详细的列举。^①

1986年,美国法学会开始组织起草《第三次侵权行为法重述》,其中的产品责任部分已经公布,其他部分仍然处于讨论阶段。加州大学伯克利分校的斯蒂芬·舒格曼教授认为,如果美国的《第三次侵权行为法重述》不改变英美法系构建、讨论和分析侵权法规则的方式,第三次重述的贡献仍将有限,第三次重述成功与否的关键是能否提出更简练、更有条理的基本原则,用来代替第二次重述中数量庞大的条文。他甚至提出了自己的《第四次侵权行为法重述》的设想。

舒格曼认为,美国的现行侵权行为法存在如下一些问题:首先,美国法存在太多的独立的侵权类型。不是从一个“不法行为”的基本原则出发,而是以滚雪球的方式发展了今天称为“侵权”的领域。庞杂的侵权类型导致不同的侵权类型各有其特殊用语,即使有些术语表示的是大致相同的意思。其次,导致一些相似的问题却以不同的方式解决,因为法官面对的是各种独立的侵权类型,而不是从整体上把握侵权法。最后,在面对新问题的時候,法官总是从狭窄的规则领域里,从先前的相似案件中进行推导,无法有一个整体的把握。因此,舒格曼设想的《第四次侵权行为法重述》分为四编:① 过错责任,这是侵权行为法的核心;② 严格责任,这是侵权行为法的例外;③ 抗辩事由;④ 救济。^②

英美法在寻求侵权行为法体系化方面确实是在走大陆法系的老路,但是在具体侵权行为的规则设计上,基于决疑化的思考方式,其复杂性和细致性均较大陆法系有过之而无不及。

六、中国的《侵权责任法》

新中国成立以后的很长一段时间里,中国并不存在关于侵权行为的一般立法规定。1986年4月12日第六届全国人民代表大会第四次会议通过,自1987年1月1日起施行的《民法通则》具有划时代的意义,其地位相当于传统大陆法系民法典的一个微缩版。《民法通则》第六章以“民事责任”为名对违约责任和侵权责任进行了整体规定,除了单纯涉及违约责任的6个条文以外(第111—116条),涉及侵权责任的有23个条文。在《民法通则》以外,中国有大约40部单行法涉及侵权责任的内容。

在《民法通则》施行后的司法实践中,最高人民法院相继通过了《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》(1988年)、《关于审理涉外海上人身伤亡案件损害赔偿的具体规定(试行)》(1991年)、《关于审理名誉权案件若干

^① 参见[美]肯尼斯·S.亚伯拉罕·阿尔伯特·C.泰特选编:《侵权法重述——纲要》,许传玺等译,法律出版社2006年版。

^② 参见[美]斯蒂芬·D.舒格曼:《侵权法的再思考:〈第四次侵权法重述〉构想》,高建学等译,载王军主编:《侵权行为法比较研究》,法律出版社2006年版,第797—808页。