



法研教科书



# 侵权责任法

## Tort Law

杨立新 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS



法研教科书



# 侵权责任法

Tort Law

杨立新 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

侵权责任法/杨立新著. —北京:北京大学出版社,2014.5

(法研教科书)

ISBN 978-7-301-23853-0

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第019494号

书 名: 侵权责任法

著作责任者: 杨立新 著

责任编辑: 王琳琳

标准书号: ISBN 978-7-301-23853-0/D·3515

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](mailto:law@pup.pku.edu.cn)

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

出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×1020毫米 16开本 23.75印张 484千字

2014年5月第1版 2014年5月第1次印刷

定 价: 45.00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](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

# 前 言

一年前,我在欧洲考察,接到北大出版社刘雪编辑发给我的邮件。她说希望我能够给民商法学专业硕士研究生写一本侵权责任法的参考教材。我犹豫很久,不敢答应,原因是已经出版的侵权法教材较多,不敢再写了。回到北京之后,跟刘雪商量能不能不写,也说明了我的想法。刘雪跟我说,法学硕士研究生参考教材跟一般教科书不同,可以把侵权责任法的前沿问题研究成果按照专题整理出来,适当加工,适合民商法学硕士研究生进一步深入研究侵权责任法理论即可。这样的设想我比较赞同,因为我们在给研究生上课的时候,也是按照专题讲授,使用的也是这些研究成果。因此,我就答应下来,签了合同,并且开始履约。

《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)公布实施的前后,即在该法的立法过程以及通过实施之后的研究中,我写作了二十余篇相关的文章,都是研究侵权责任法理论和实践的前沿问题,比之以前的研究,提出了较多的新看法。把这些文章搜集起来,进行整理,自认为不错,因此信心大增,遂集中精力进行整理,终至编成本书。

编入本书的基本内容,是最近五年间发表的侵权责任法研究的论文,题目比较广泛,涵盖了侵权责任法的基本内容。这些题目和研究成果,对于进一步理解和研究《侵权责任法》具有较好的参考价值。例如,关于大小搭配的侵权责任一般条款、法规竞合与侵权损害赔偿请求权的优先权保障、大规模侵权行为、多数人侵权行为与责任、竞合侵权行为、不真正连带责任、第三人侵权行为及责任、媒体侵权的通知与反通知、医疗损害责任一般条款的理解与适用等,都有创新观点,是研究侵权责任法的创新之作,具有参考意义。另外,为了体系的完整,也编进了几篇较早的作品,以供参考。

本书在每章之后,都结合该章的内容,选择一两个典型案例,提出可以深入讨论的问题,供教师和同学们使用本书时参考。这些案例多数是真实的,部分根据某些案例提供的素材进行过整理,有的内容直至目前并没有实际案例发生诉讼,所以选择了相近的案例进行讨论。

《侵权责任法》给侵权责任法理论研究提供了广阔的研究前景,侵权法理论的深入研究又会给《侵权责任法》发挥更广泛的法律调整作用提供巨大支持。民商法学以及其他法学专业的硕士研究生,应当认真深入研究侵权责任法理论,掌握好这一更好

地为保护民事主体民事权益服务的武器。本教材如果能够对深入研究侵权责任法理论提供借鉴和参考,作者将十分欣慰。

任何学者的理论研究都有自己的特点,也都可能存在自己的偏见。特别是作为一个既做理论研究,又做实务研究,同时又追求与众不同、学说创新的学者,理论观点和具体意见难免存在偏颇甚至谬误之处。不当之处,敬请法学院的教师 and 同学们以及各位读者指正。

中国人民大学民商事法律科学研究中心 杨立新

2014年3月18日·中国人民大学明德楼

# 目录

## CONTENTS

### 上编 侵权责任法总则研究

#### 第一章 侵权责任法对国外立法经验的成功借鉴

- 003 一、《侵权责任法》在立法形式上对大陆法系和英美法系侵权法的借鉴
- 004 二、《侵权责任法》在立法模式上对大陆法系和英美法系侵权法的借鉴
- 009 三、《侵权责任法》在立法结构上对大陆法系和英美法系的借鉴
- 010 四、《侵权责任法》在立法内容上对大陆法系和英美法系的借鉴

#### 第二章 大小搭配的双重侵权责任一般条款

- 016 一、各国成文侵权法规定侵权责任一般条款的两种立法模式
- 018 二、中国《侵权责任法》应当采纳哪种侵权责任一般条款
- 019 三、大小搭配的双重侵权责任一般条款的形成
- 024 四、两个侵权责任一般条款的不同功能

#### 第三章 侵权责任法保护民事利益范围的实务判断

- 027 一、保护民事利益的典型案例
- 028 二、对《侵权责任法》保护的民事利益范围的基本理论分析
- 033 三、本案争议的商品条码属于《侵权责任法》保护的民事利益范围

#### 第四章 侵权请求权的优先权保障

- 037 一、侵权请求权优先权的产生基础和理由
- 039 二、优先权的一般概念和性质
- 041 三、侵权请求权优先权的概念、特征和类型
- 042 四、侵权请求权优先权的成立要件和效力

#### 第五章 侵权损害赔偿责任的归责原则

- 047 一、归责原则及其体系
- 051 二、过错责任原则
- 054 三、过错推定原则
- 056 四、无过错责任原则

#### 第六章 《侵权责任法》应对大规模侵权的举措

- 061 一、《侵权责任法》第2条第1款规定的侵权责任范围包含大规模侵权
- 064 二、《侵权责任法》规定侵权责任归责原则考虑了大规模侵权对归责基础的要求
- 066 三、《侵权责任法》规定侵权责任构成包含了大规模侵权构成要件的要求
- 070 四、《侵权责任法》规定侵权责任类型包含了大规模侵权的类型要求
- 071 五、《侵权责任法》的立法目的和具体责任体现了对大规模侵权的救济、预防和惩罚要求

#### 第七章 侵权责任形态及其基本类型

- 075 一、构建侵权责任形态体系的基本设想
- 082 二、关于侵权责任形态的基础理论问题
- 085 三、侵权责任形态的基本形式及其相互关系

#### 第八章 多数人侵权行为及责任的新发展

- 088 一、多数人侵权行为理论和规则发展的背景

- 091 二、多数人侵权行为概念界定的新发展
- 093 三、多数人侵权行为类型的新发展
- 095 四、多数人侵权行为的责任承担规则的新发展

## 第九章 共同侵权行为与连带责任

- 103 一、共同侵权行为的概念和本质
- 107 二、共同侵权行为的类型
- 115 三、共同侵权的连带责任

## 第十章 教唆人、帮助人责任与监护人责任

- 121 一、《侵权责任法》第9条第2款规定的法律背景
- 123 二、《侵权责任法》第9条第2款解决这一问题的基本思路
- 125 三、《侵权责任法》第9条第2款规定的是何种侵权责任形态
- 128 四、教唆人、帮助人与监护人的单向连带责任及规则
- 130 五、《侵权责任法》第9条第2款与第32条之间的协调

## 第十一章 竞合侵权行为及类型

- 135 一、竞合侵权行为概念的提出及意义
- 140 二、竞合侵权行为的概念界定与类型
- 146 三、竞合侵权行为的法律规则
- 150 四、多数人侵权行为形态与侵权责任形态的对接

## 第十二章 不真正连带责任类型体系及规则

- 153 一、不真正连带责任概述
- 158 二、典型的不真正连带责任
- 160 三、先付责任
- 163 四、补充责任



### 第十三章 第三人侵权行为与责任承担

- 168 一、《侵权责任法》有关第三人的规定
- 171 二、第三人侵权行为的历史发展
- 176 三、第三人侵权行为的概念、性质和地位
- 181 四、第三人侵权行为的法律适用规则

## 下编 侵权责任法分则研究

### 第十四章 监护人责任

- 191 一、监护人责任概述
- 197 二、监护人责任的归责原则
- 199 三、监护人责任的构成要件
- 202 四、监护人责任的法律关系与当事人
- 205 五、监护人的赔偿责任及承担

### 第十五章 个人劳务责任的两种类型

- 207 一、个人劳务致他人损害责任的基本规则
- 212 二、个人劳务致自己损害责任的规则及缺陷

### 第十六章 网络侵权行为及其连带责任

- 216 一、对《侵权责任法》第36条规定的网络侵权责任基本规则的理解
- 222 二、网络侵权责任中的通知及效果
- 231 三、网络侵权责任中的反通知及效果

### 第十七章 违反安全保障义务的侵权责任

- 245 一、违反安全保障义务的侵权行为概念和特征
- 246 二、违反安全保障义务侵权责任的主体及安全保障义务来源
- 248 三、违反安全保障义务侵权责任的归责原则和构成要件

- 253 四、违反安全保障义务侵权责任类型  
255 五、违反安全保障义务侵权责任的责任形态

## 第十八章 教育机构的责任

- 258 一、教育机构的责任概述  
260 二、教育机构承担赔偿责任的归责原则  
262 三、教育机构责任的构成要件  
264 四、教育机构责任的主要类型  
266 五、教育机构的损害赔偿責任

## 第十九章 产品代言连带责任及法律适用规则

- 269 一、对《食品安全法》第55条规定食品代言连带责任的不同意见  
270 二、产品代言连带责任的法理基础  
273 三、法律规定产品代言的侵权责任形态为连带责任的正确性  
275 四、产品代言连带责任的归责原则与责任构成  
279 五、产品代言连带责任的具体承担

## 第二十章 处理机动车交通事故责任的基本规则

- 283 一、《道路交通安全法》第76条规定的机动车交通事故责任一般性规则  
286 二、《侵权责任法》第六章规定的机动车交通事故责任的特殊规则  
289 三、司法解释补充的处理机动车交通事故责任的具体规则

## 第二十一章 医疗损害责任改革与医疗损害责任一般条款

- 299 一、医疗损害责任改革的背景和基本方向  
316 二、医疗损害责任一般条款的理解与适用

## 第二十二章 环境污染责任中的因果关系推定

- 328 一、在环境污染责任案件中实行因果关系推定的必要性  
330 二、四种主要的因果关系推定学说和规则

### 第二十三章 高度危险责任限额赔偿的理解与适用

- 336 一、无过错责任中加害人有无过错对于确定赔偿责任范围的关系重大
- 338 二、我国司法实践不区分无过错责任的限额赔偿与全部赔偿的例证与问题
- 339 三、我国现行法律法规中规定的限额赔偿及法律适用关系
- 343 四、司法实践适用限额赔偿规则应当注意的问题

### 第二十四章 饲养动物损害责任

- 346 一、饲养动物损害责任概述
- 349 二、饲养动物损害责任的归责原则与责任构成
- 353 三、饲养动物损害责任的承担
- 356 四、动物饲养人的法定义务
- 357 五、饲养动物损害责任的类型

### 第二十五章 建筑物等倒塌损害责任的法理基础

- 362 一、《侵权责任法》缘何特别单独规定建筑物、构筑物或者其他设施倒塌损害责任
- 364 二、建筑物、构筑物或者其他设施倒塌损害责任的归责原则和构成要件
- 368 三、建筑物、构筑物或者其他设施倒塌损害责任的承担
- 371 四、地震中建筑物、构筑物或者其他设施倒塌损害责任的确定

# 上 编

## 侵权责任法总则研究

### 【体系导读】

《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)虽然没有标明总则和分则的区别,但实际上是存在总则性规定和分则性规定的:第一章至第三章,是有关侵权责任的一般性规定,属于总则性质的规定;第四章至第十一章,是有关侵权责任类型的具体规定,属于不完整的分则性质的规定。围绕《侵权责任法》的全部内容,本书设计了二十五章,总则部分十三章,分则部分十二章,分布比较均匀。

《侵权责任法》总则性规定,分为一般规定(包括立法目的、保护范围、侵权请求权、责任竞合、特别法效力)和归责原则、构成要件、责任形态、责任方式、损害赔偿、免责事由等基本内容。在大陆法系,侵权法主要规定的就是这些内容;在英美法系,侵权法不解决这些问题,没有总则性的规定,而是规定具体侵权行为类型及其规则,属于分则的内容。

学习和研究《侵权责任法》的总则部分,应当围绕上述内容,深入理解和掌握。本书上编围绕这些内容,主要研究的问题在总则体系中的地位和作用是:

#### 一、研究我国《侵权责任法》对外国立法经验的借鉴

本编的第一部分内容即第一章,专门研究我国《侵权责任法》对外国经验的成功借鉴。我国《侵权责任法》在世界侵权法之林中独树一帜,既有大陆法系侵权法的传统,又有英美法系侵权法的经验借鉴,融合了大陆法系和英美法系侵权法的优势,又具有中国特色。研究这一部分,对于掌握《侵权责任法》的立法背景和体系源流有重要意义。

#### 二、研究《侵权责任法》一般规定中的几个问题

针对《侵权责任法》第一章的一般规定,这一部分选择了几个问题进行研究:一是第二章关于侵权责任一般条款的研究。我国《侵权责任法》规定一般条款的模式比较特殊,是大小搭配的双重侵权责任一般条款,重点研究其作用和调整范围。二是第三章对争议较大的《侵权责任法》保护的民事利益的范围进行研究。我特别结合实际案例,说明《侵权责任法》保护的民事利益包括五个方面,比较具体。三是第四章,针对《侵权责任法》第4条,专门研究《侵权责任法》与其他法律构成的法规竞合以及侵权

损害赔偿请求权的优先权保障问题,这个问题受到很多外国专家的重视。

### 三、研究《侵权责任法》的归责原则体系和大规模侵权行为

《侵权责任法》的归责原则体系和大规模侵权行为属于侵权责任法理论核心部分的内容,但这一部分的大多数问题都有法学专著和教科书的说明,没有必要重复。我在这一部分仅对这两个问题进行研究。第五章全面研究归责原则体系,对此学界有很大的争论,在实践中更具有重要意义。第六章研究大规模侵权行为及责任。最近几年,大规模侵权行为越来越受到各国以及各界人士的重视,《侵权责任法》从应对大规模侵权行为的对策出发,给出了肯定性的答案,对于保护众多受害人的权益有重大意义。

### 四、研究侵权责任形态和多数人侵权责任

对侵权责任形态进行研究,是我最近十多年重点研究的问题,属于创新性研究。在第七章揭示侵权责任形态理论的一般性内容及不同的侵权责任形态类型之后,特别对多数人侵权行为及其责任进行了深入研究,这也是最近几年各国侵权法理论研究的重点问题。第八章介绍了多数人侵权行为和责任理论的新进展,对其进行概括的说明,做出研究结论。之后,分别阐释对多数人侵权行为的具体研究成果。第九章是关于共同侵权行为的研究,学者对《侵权责任法》第8条规定的理解不同,争论很大,我提出了自己的观点。第十章是关于单向连带责任的研究,教唆、帮助无民事行为能力人或者限制民事行为能力人实施侵权行为的,本应当承担连带责任,但《侵权责任法》第9条第2款规定又有新的规则,如何理解和适用,我提出了自己的看法。第十一章研究的是竞合侵权行为,在侵权责任法理论中,长期以来对不真正连带责任究竟对应何种侵权行为形态,没有一个结论,我提出了竞合侵权行为的概念,证明其法律后果就是不真正连带责任。第十二章对不真正连带责任的具体规则进行了详细说明,与第十一章研究的竞合侵权行为相衔接。第十三章研究的是第三人侵权行为及责任,针对的是《侵权责任法》大量使用“第三人”概念的情况,将一般的第三人与免责事由中的第三人的概念进行区分,说明第三人侵权行为也是一种多数人侵权行为的类型,其责任后果,是免除实际加害人的责任,由第三人承担侵权责任。

# 第一章 侵权责任法对国外立法经验的成功借鉴

《侵权责任法》在借鉴国外侵权法立法经验上,特别体现了“大陆法系为体,英美法系为用”的立法指导思想<sup>①</sup>,成功地借鉴了大陆法系和英美法系侵权法的立法经验,融合两大法系侵权法的立法优势,把大陆法系和英美法系的立法经验结合在一起,创设了很多好的侵权责任法规则。本章对此进行探讨,认为《侵权责任法》在借鉴大陆法系和英美法系立法经验方面的成果主要表现在以下四个方面。

## 一、《侵权责任法》在立法形式上对大陆法系和英美法系侵权法的借鉴

侵权责任法在立法形式上,既有大陆法系侵权法的成文法特点,又有英美法系侵权法相对独立性的特点,是一个具有相对独立性的成文侵权法。

首先,《侵权责任法》是成文法,这是保持大陆法系侵权法的传统。它用 92 个条文规定了侵权法的全部内容,其条文数量和容量仅次于《埃塞俄比亚民法典》的侵权法部分。《埃塞俄比亚民法典》侵权法部分有 135 个条文,其他国家的侵权法一般都是三四十个条文,甚至是十几个条文,原来的《法国民法典》侵权法部分只有 5 个条文。相比之下,《侵权责任法》是篇幅、容量都很大的成文法侵权法。

其次,《侵权责任法》是作为一个独立的法律规定的,这是借鉴英美侵权法的立法特点。大陆法系民法典的侵权法都是债法的组成部分,最典型的是我国台湾地区民法,仅仅把侵权行为法作为债的发生原因之一进行规定<sup>②</sup>,与合同之债、代理权授予之债、无因管理之债和不当得利之债并列,并不占有很大的立法空间。英美侵权法却不是这样,英美法系的侵权法与财产法、合同法等处于同等地位,具有相当的独立性,地位非常显要。我国《侵权责任法》借鉴了英美侵权法的这个立法特点,单独作为一部法律规定,使之成为民法典的一个相对独立的组成部分,这完全像英美侵权法的立法形式。

再次,《侵权责任法》保持了《民法通则》的传统。实际上,确定侵权责任法在民

<sup>①</sup> 笔者把我国侵权责任的立法指导思想归纳为“大陆法系为体,英美法系为用,广泛吸纳我国司法经验”。参见杨立新:《侵权法论》,人民法院出版社 2005 年版,第 309 页。

<sup>②</sup> 参见我国台湾地区“民法”第二编“债”第一章“通则”第一节“债之发生”中有关“侵权行为”的规定。

法中的相对独立地位这一点,并不是从《侵权责任法》开始的。《民法通则》就把民事责任单独作为一章规定,其中规定了侵权责任。《民法通则》在规定了主体、民事法律行为、民事权利等之后,单独规定“民事责任”。1986年《民法通则》通过之后,各界曾经特别赞赏这种做法,认为这是一个民法立法的创举。<sup>①</sup> 经过二十多年的实践检验,这样的做法并不正确,因为在民法典中,各种民事责任通常都要跟随相应的部分直接规定,例如,违反合同的责任要规定在《合同法》中,即使在《合同法》中规定,也不能把不同的合同责任规定在一起,须分别规定在合同成立、合同生效以及违约责任等相关部分。<sup>②</sup> 尽管如此,《民法通则》把侵权法与债法相分离,在民事责任部分单独做出规定,则是完全正确的,经过实践证明是成功的。这就是借鉴了英美侵权法的立法经验,让侵权法单独作为民法的相对独立部分,就能够使它占有更大的立法空间,发挥更广泛的法律调整作用。

正是有了《民法通则》民事责任单独规定的立法经验,所以在起草民法典草案时,立法机关和法律专家一致认为,应当继续保持《民法通则》的传统,借鉴英美侵权法的立法经验,把《侵权责任法》先作为单独立法形式通过,在编纂民法典时再将其作为民法典的单独一编。这样就打破了大陆法系民法规定侵权法的一般做法,使《侵权责任法》别具一格。在这一点上,《侵权责任法》完全是在借鉴英美侵权法立法形式的优势基础上,与《民法通则》的传统相结合,形成了鲜明的中国特色,成为在世界范围内第一部以侵权法命名的成文法。<sup>③</sup> 其意义在于最大限度地扩展《侵权责任法》的容量,使其能够更大地发挥法律调整作用,作为民事权利保护法,更好地保护民事主体的合法民事权益,制裁民事违法,保障民事主体的行为自由。

## 二、《侵权责任法》在立法模式上对大陆法系和英美法系侵权法的借鉴

《侵权责任法》在立法模式上对大陆法系和英美法系侵权法立法经验的借鉴也是成功的,既借鉴了大陆法系侵权法的一般化立法模式,又给侵权行为类型化留下了巨大的空间,借鉴了英美侵权法的类型化立法经验。

### (一) 大陆法系侵权法与英美侵权法的不同立法模式

大陆法系侵权法的立法模式是一般化方法。侵权法一般化立法模式的基本特点,就是首先确立一个侵权行为一般条款,这个一般条款或者概括大部分侵权行为即一般侵权行为,例如《法国民法典》第1382条和《德国民法典》第823条;或者概括全

<sup>①</sup> 魏振瀛等:《民事责任之立法模式》,北大法律信息网, <http://www.dylawyer.com/news/2007-7-19/2007719212227-1.htm>, 2012年1月1日访问。

<sup>②</sup> 以上观点,参见杨立新:《合同法》,高等教育出版社2006年版,第289—291页。

<sup>③</sup> 至于侵权责任法的这种独立法律形式是否会保持下去,要看将来的民法典是何种形式。如果采取统一的民法典的形式,则侵权责任法将归入民法典体系,成为其中一编;如果采取松散民法典的方式,则侵权责任法单独立法的形式就会保留下来。不过,后一种其实更有意义。

部侵权行为,例如《埃塞俄比亚民法典》第207条。侵权法规定了侵权行为一般条款,就会使侵权法的内容特别简明,具有高度的概括性,可以充分发挥法官适用法律的创造性。

如上所述,大陆法系侵权法的侵权行为一般条款有两种方式。第一种是德国、法国式的一般条款,只概括一般侵权行为,而不是概括全部侵权行为。我国《民法通则》第106条第2款也是这样,概括的是一般侵权行为而不包括特殊侵权行为,特殊侵权行为另做具体规定。这种方式在习惯上叫作小的一般条款。第二种是埃塞俄比亚式的一般条款,《埃塞俄比亚民法典》第207条尽管也是在债法中规定的,但它概括的不是一般侵权行为,而是全部侵权行为,包括过错责任的侵权行为、无过错责任的侵权行为以及替代责任的侵权行为,在这三个分类的下面,再对每一个具体侵权行为做出具体规定。<sup>①</sup>《埃塞俄比亚民法典》的这种方法既有大陆法系的特点,也有英美法系的特点,是把大陆法系和英美法系侵权法的立法模式结合到一起的做法。这种侵权行为一般条款通常叫作大的一般条款,是能够概括全部侵权行为的一般条款。

英美侵权法的立法模式是类型化方法。英美侵权法对侵权行为实行类型化,没有抽象规定,更没有一般化的规定。《美国侵权法重述·第二次》把侵权行为分为13类侵权行为:故意侵权行为、过失侵权行为、严格责任、虚假陈述、诽谤、侵害的虚伪不实、侵害隐私权、无正当理由的诉讼、干扰家庭关系、对优越经济关系的干扰、侵犯土地利益、干扰不同的保护利益和产品责任。<sup>②</sup>英国侵权法将侵权行为分为8类:非法侵入、恶意告发、欺诈加害性欺骗和冒充、其他经济侵权、私人侵扰、公共侵扰、对名誉和各种人格权的侵害和无名侵权。<sup>③</sup>这些都是对侵权行为类型进行的具体规定,立法模式是完全类型化,根本没有一般性规定。

制定我国《侵权责任法》,专家的设想是要把两大法系侵权法的立法模式结合起来,既要有一般性规定即侵权行为一般条款的规定,还要有具体规定即侵权行为类型化的规定,融汇大陆法系和英美法系立法模式的特点,形成一部新型的侵权法。<sup>④</sup>《埃塞俄比亚民法典》规定的侵权行为法就是这种融合的典范,是专家起草《侵权责任法》建议稿所仿效的立法蓝本。

## (二) 实现大陆法系和英美法系侵权法立法模式融合的关键

在大陆法系侵权法一般化立法模式的框架下,怎样才能融合英美法系侵权法的类型化内容呢?依我所见,在小的侵权行为一般条款的立法模式下,侵权法无法完成这个任务。因为在小的侵权行为一般条款之下,侵权法对侵权行为采取了一般侵权

① 参见徐国栋主编:《埃塞俄比亚民法典》,薛军译,中国法制出版社2002年版,第370页以下。

② 参见美国法学会:《美国法律整编·侵权行为法》,刘兴善译,台湾司法周刊杂志社1986年版。

③ 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2002年版,第337—335页。

④ 参见杨立新主编:《中华人民共和国侵权责任法建议稿及说明》,法律出版社2007年版,第5页。



行为和特殊侵权行为的类型切割,形成对立的两个部分,前者不用特别规定,后者才需要特别规定,因此,对侵权行为的类型化只能局限在特殊侵权行为的范围,无法对一般侵权行为进行类型化规定,不存在进行侵权行为全面类型化的空间。

埃塞俄比亚侵权法的立法经验告诉我们,只有在侵权法中规定一个大的侵权行为一般条款,即规定一个能够概括全部侵权行为的侵权行为一般条款,才有可能对侵权行为进行类型化预留出充分的空间,创造侵权行为类型化的必要条件,才能够对侵权行为实行全面类型化。

因此,我国《侵权责任法》实现大陆法系与英美法系侵权法立法模式的融合,关键之处是要确立一个能够展开侵权行为类型化的大的侵权行为一般条款。有了这样的一个侵权行为一般条款,才能够在侵权行为一般条款的规制下,实现侵权行为类型化。而实现大陆法系和英美法系侵权法立法模式融合的基本目的,正是要使《侵权责任法》既有一般化的规定,又有类型化的规定,因而使《侵权责任法》具有更大的弹性和包容性,具有更好的可操作性,使之成为既便于法官操作,也便于人民群众理解和掌握的一部亲民的法律。<sup>①</sup>

### (三)《侵权责任法》规定侵权行为一般条款的做法值得肯定

《侵权责任法》在立法模式上已经基本上实现了上述设想,采纳了大的侵权行为一般条款的模式,为实现侵权行为类型化奠定了基础,现在的问题仅仅是在类型化方面做得还不够而已。

#### 1. 《侵权责任法》第2条规定是大的侵权行为一般条款

《侵权责任法》的哪一条规定是侵权行为一般条款,学界理解并不一致,很多人认为现在的第2条并不是一般条款,第6条才是侵权行为一般条款。我持相反态度,认为第2条规定的就是侵权行为一般条款,并且是大的一般条款。对此做出正确理解的基础,就在于正确理解《侵权责任法》第2条与第6条、第7条以及第15条的关系。

大陆法系侵权法规定侵权行为一般条款多数采用小的一般条款,也就是对过错责任的一般性规定。《侵权责任法》第6条第1款规定的是过错侵害他人人身、财产,造成损害的,应当承担侵权责任,这一条文是《民法通则》第106条第2款的传承和发展。如果《侵权责任法》没有其他更加概括性的规定,那么将这个条文作为侵权行为一般条款,概括的仍然是一般侵权行为,是完全没有问题的。另外,在第6条第1款以后,第2款规定了过错推定责任,第7条又规定了无过错责任,如果把这两个条文当成一个大的一般条款,大概也说得通。

不过,《侵权责任法》第2条明确规定:“侵害民事权益,应当承担侵权责任。”这一条文显然是一个对全部侵权行为具有最高程度的概括性的条款,相当于甚至超过《埃塞俄比亚民法典》第2027条大的侵权行为一般条款的概括范围。之所以说“超过”,

<sup>①</sup> 参见杨立新主编:《类型侵权行为法研究》,人民法院出版社2006年版,第26—28页。