



西北民商法学术文库
Northwest Academic Library of Civil and Commercial Law

侵权法功能研究

孙玉红* 著

* An Inquiry into the Functions of Tort Law *

NW



西北民商法学术文库

Northwest Academic Library of Civil and Commercial Law

侵权法功能研究

· An Inquiry into the Functions of Tort Law ·

孙玉红* 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

侵权法功能研究/孙玉红著. —北京:法律出版社,2010

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1599 - 6

I. ①侵… II. ①孙… III. ①侵权行为—民法—研究—中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 251626 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/孙 杨

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/固安华明印刷厂

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/9.25 字数/261 千

版本/2010 年 12 月第 1 版

印次/2010 年 12 月第 1 次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1599 - 6

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

西北民商法学术文库编辑委员会

编委会主任:李少伟

编委会副主任:高在敏 赵旭东

编委会执行主任:张 翔

编委会委员(以姓氏笔画为序):

车 辉 李少伟 张 伟 张 翔
赵旭东 赵林青 高在敏 韩 松
董少谋

“西北民商法学术文库”总序

“西北民商法学术文库”是西北政法大学民商法学院从本院教师的学术研究成果中遴选、编辑,由法律出版社出版的学术丛书。

西北政法大学民商法学院是以从事民法学、商法学、民事诉讼法学教学和科研为主要任务的二级学院,是我国民商事法律研究和教学中规模较大、学科门类齐全、民商事实体法学和程序法学相结合的专门学院。

学院目前设有一个法学(民商法学方向)本科专业,民商法学、民事诉讼法学两个硕士学位点,现有在校学生近 2000 名。学院师资力量雄厚,50 名专任教师中三分之二以上具有高级职称,具有博士学位和在读博士的教师 20 多名,有 13 名教师分别在中国法学会各专门研究会担任副会长、常务理事、理事等学术职务。

学院所辖的民商法学科和民事诉讼法学科都是陕西省重点学科,并设有两个省级重点学科建设和陕西省妇女/性别研究与培训基地。学院设有民法学、商法学、民事诉讼法学、亲属法学等教学研究机构,设有私法文化与法典化研究所、物权与土地制度研究所、侵权法研究所、商事治理法律机制研究所、妇女与家事法律研究所、民商事判例研究所、民事权利救济机制研究所、民事司法改革研究所、公司纠纷法律对策研究所和律师制度与执业规则研究中心、仲裁制度与实务研究咨询中心等学术研究机构。

经过多年建设和发展,民商法学科在民法基础理论、商法基础理论、物权法理论、债权法理论、公司与证券法理论和婚姻家庭法理论方面,民事诉讼法学科在民事诉讼法理论、仲裁法学、公证律师法学、多元纠纷解决机制以及民事强制执行制度等方面的研究取得了丰硕的学术成果,初步形成了私法文化与法典化、物权法与土地制度、商法基础理论与公司制度、婚姻家庭事制度、侵权法律制度、多元纠纷解决机制、民事司法制度改革等领域的研究特色,在学术界具有一定影响。

目前学院承担国家社科基金研究项目 9 项,项目内容涉及集体所有权

2 侵权法功能研究

法律机制、民法价值、民法文化与民法法典化、婚姻家庭新问题、商法价值与商事制度构建、侵权责任法危险责任体系、商行为制度、侵权救济、保险制度等研究领域。学院还承担有省、部级研究项目 30 余项。

学院今后将以国家和省部级科研项目为支撑、以专门研究机构为平台、以培育和打造科研特色为目标,进一步推进学科建设和科学研究工作,为法学学术发展和国家法治建设作出积极贡献。

“西北民商法学术文库”是近期及今后一段时期我院以专著形式形成的科研成果的系列展示,内容涉及民商事实体法和程序法的理论研究和实务研究成果。所选取的成果,或为省部级及其他科研项目的结项成果,或为我院学科建设科研规划项目成果,或为我们认为具有学术价值且富有特色的研究成果。本文库编辑、出版的目的在于强化学术交流,为繁荣法学学术研究,进而推进我国民商事法律制度和法律实践的进步做出虽然绵薄但却应有的努力。

本文库的出版受到“陕西省重点学科建设专项资金”的资助,受到法律出版社的大力襄助,在此谨致谢忱!

“西北民商法学术文库”编辑委员会
2010 年 9 月

目 录

导论	1
第一章 理论前见:法律功能	19
第一节 法律功能的释义	20
第二节 法律功能的基本内容	31
第二章 实然分析:侵权法历史沿革中的功能样态	40
第一节 分析工具的构建	40
第二节 古代法时期:有形的规范与无形的功能	45
第三节 近代法时期:现实地位形成与功能彰显	54
第四节 现代法时期:侵权法的发展与功能的变化	81
第三章 侵权法功能应然论证	97
第一节 体系视角下的功能总论	98
第二节 基本功能定位下的功能个论	113
第三节 相关概念之功能范畴辩论	125
第四章 侵权法功能实现的理论探讨	137
第一节 侵权法功能实现的意义	137
第二节 侵权法功能实现的途径	144
第三节 侵权法功能实现的主要影响因素	152
第五章 基本功能定位下的若干制度考证	162

2 侵权法功能研究

第一节	对归责原则的考证·····	162
第二节	对责任构成要件的考证·····	173
第三节	对赔偿范围的考证:以纯粹经济损失赔偿为例·····	198
第四节	对赔偿范围的考证:以惩罚性赔偿为例·····	205
第六章	侵权法功能发展下我国立法的完善·····	211
第一节	现行侵权法的功能及发展·····	211
第二节	未来侵权法方案设计之检讨·····	219
第三节	我国《侵权责任法》的完善:以总则为对象·····	247
结论 ·····		273
参考文献 ·····		277
后记 ·····		288

导 论

简单地讲,“功能”是一个表示事物之间相互关系的抽象概念,“法律功能”是一个体现法律与社会关系的范畴。如此,对于“侵权法的功能”,无论是概念的界定、特征的归纳还是理论的构架,都不可避免地、先验地留下抽象、枯燥、空洞的印象,或许这正是造成侵权法功能研究弱势的原因之一。即便如此,当我们面对“什么是侵权法的功能”,“侵权法的功能是什么”,“侵权法的功能如何影响侵权法的定位”,“我国应制定什么样的侵权法,是否规定立法宗旨、惩罚性赔偿、纯粹经济损失等制度”,“侵权法功能的理论研究能否系统化”等一系列问题时,我们没有理由认为寻找这些问题的答案是毫无意义的。相反,正如当有些人还陷入“我们走路是因为我们有双脚还是为了走路我们必须长出双脚”的困惑中时,已经有人创造出帮助人们认识研究对象和指导实践的简洁、连贯和有解释力的认识模型——功能理论。对于侵权法的功能研究,与其整天担心它的研究实效,不如尝试去做系统性研究的努力。至少,这对侵权法基础理论的完善和丰富有实意。当然,侵权法功能的研究不应仅限于对它的基本理论包括侵权法功能的概念、种类和内容等的构建,重要的是还要谋求侵权法的功能如何得到更好的实现,使民法的价值理想通过功能的有效实现成为社会的现实。因此,侵权法的制定和实施都应当充分考虑功能实现的需要。

一、问题的缘起

成熟的学术理论研究是有一些明显的标识的,这些标识至少包括:有重要的代表性人物,有专门的且有影响的论著群,有系统的且能自洽的学术理论体系。如果是相当成熟的学术理论研究,还应有颇具特色

2 侵权法功能研究

的学术理论流派。^{〔1〕}然而,关于侵权法的功能研究至今没有这些标识。相反,尽管是侵权法基础性和前提性的问题,侵权法功能的研究却是非常的薄弱,因此,围绕侵权法功能产生的一些问题始终没有中断。

(一)侵权法功能研究弱势的现实

法学理论的研究既要反映立法和司法的现实状况,又要为立法和司法的发展提供理论基础。在民法领域,民法典的起草无疑是一件盛事。然而,从20世纪50年代开始的我国民法典的起草工作,直至21世纪初的暂时中止,其进程并不顺利。所幸的是它为物权法与侵权法的理论研究及立法、司法提供了契机。其中物权法草案的起草,从1998年始历经罕见的7次审议至2007年终成正果。推测,我国侵权法将借中国民法法典化的机遇实现自己立法的完善和现代化。回顾我国侵权立法和司法及其理论的发展轨迹,我们不难发现:在立法方面,自新中国成立到《民法通则》直至《侵权责任法》的实施,侵权法无论于民法中的地位、自身体系还是在具体内容方面都有很大的发展。比如,它在中国民法典中的相对独立地位逐渐得到确认,其立法体系更为清晰、完整,内容也更加明确、具体;在司法方面,最高人民法院制订了一系列司法解释,如最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》、最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》、最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》、最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解释》等,极大地完善和发展了侵权法;在理论方面,侵权法上的理论争鸣已经形成气候,可以说中国侵权法学界对于侵权法的几乎所有重要问题都有不同程度的争论和研究,包括对侵权行为法演进趋势进行整体把握,^{〔2〕}结合侵权行为法在民法典中的地位重点研

〔1〕 周旺生:“重新研究法的渊源”,载《比较法研究》2005年第4期,第1页。

〔2〕 例如,王利明:《侵权行为法研究》(上卷),中国人民大学出版社2004年版。

究侵权行为法与债法、民事责任法的关系,^[1]对侵权法的归责原则、责任构成、体系完善及具体侵权责任制度进行的深入研究等。^[2]其中,对侵权法理论的深入研究既有整体性或者宏观性的又有具体性的,^[3]既有多角度研究侵权法又有专门对侵权行为类型化进行研究的,^[4]可谓研究范围越来越广,角度越来越多,内容越来越深。然而,这种气象万千的景色几乎没有波及侵权法研究领域诸如侵权法的性质、目的、价值、功能等一些前提性问题,尤其是侵权法的功能问题的探讨和研究一直停留在简单的描述层面上,目前我国尚未有一部专门从侵权法功能层面探讨侵权责任制度的专著或博士论文。^[5]如此看来,侵权法功能的研究仍是一个弱势主题。

(二)侵权法功能研究弱势的原因

1. 法律功能研究的弱势。周旺生教授在其“法的功能和法的作用辨析”一文中指出:国外,不少较为系统的法理学著作没有专门论述法

-
- [1] 例如,麻昌华:《侵权行为法地位研究》,中国政法大学出版社2004年版。王利明:“论侵权行为的独立成编”,载张新宝主编:《侵权法评论》,人民法院出版社2003年第1辑。崔建远:“侵权行为法的性质与归属”,载江平主编:《侵权行为法研究》,中国民主法制出版社2004年版。
 - [2] 例如,张民安:《过错侵权责任制度研究》,中国政法大学出版社2002年版。邱聪智:《从侵权行为归责原理之变动论危险责任之构成》,中国人民大学出版社2006年版。王军:《侵权法上严格责任的原理和实践》,法律出版社2006年版。
 - [3] 整体性研究的博士论文主要有:“侵权法的独立与独立的侵权法”、“论现代侵权法对应然私权的确认”、“侵权行为法与保险制度的法理学比较法研究”等,专著中仅以侵权法为题的就有数十篇;具体性研究的博士论文主要有:“过错侵权责任制度研究”、“侵权法上的严格责任研究”、“‘过错’的死亡”等,专著有《侵权法上注意义务比较研究》及若干特殊侵权责任研究的著作。
 - [4] 前者主要有:《侵权法经济结构》、《民事侵权法实证分析》、《哲学与侵权行为法》等专著;后者主要有:《质量侵权责任研究》、《雇用责任研究》、《新闻侵权法律制度研究》等著作。
 - [5] 截至2008年年底,通过对相关数据库的检索,可以检索到的相关论文主要有,李琳:“侵权法的功能分析——兼论机动车交通事故损害赔偿责任”,西南政法大学2006年硕士学位论文;尹志强:“侵权行为法的社会功能”,载《政法论坛》2007年第9期;肖青山:“侵权损害赔偿的功能探析”,载《法制与社会》2008年第3期。

4 侵权法功能研究

的功能和法的作用,一些法理学著作将不属于法的功能和法的作用的内容也列入此类主题的研究之中。不仅如此,有的著作还回避法的功能和作用的概念,而以其他概念代替,甚至不少法学著述混同法的功能和法的作用,或是对法的功能和法的作用不作区分;国内,事实上,至今没有一本专论法的作用和法的功能的著作,主流法理学教科书迄今没有专门阐述法的功能的章节或主题。法学著述中既有的关于法的作用的阐述和偶尔对法的功能的涉及,诚然也包含某些真知和合乎生活事实的成分,但就整体而言,要么政治色彩和历史痕迹过甚,匮乏理论和科学意蕴,要么人云亦云鲜有创建;要么混同法的作用和法的功能的界限,将它们视为同一概念或视为可以通用的概念,使形同而质别的事物混杂于一体,既不能在理论上走向彻底,亦难以阐述两者自身。^{〔1〕}笔者重新检索相关论文和专著,发现国内外就此专门的著述的确寥寥无几,有代表性的如张勇飞的《论法律的职能和功能》和付子堂的《法律功能论》。^{〔2〕}也有学者有共同的认识,“当前对于法的作用与价值论述较多,并已成共识。而对于法的功能论及较少,这或许是因法的功能在样态上直接依附于法的本体而存在,易使人忽视其独立地位。其实,法的功能与法的作用、价值一样,都是法的不同层面的要素,也是实现法的价值的活动中不可缺少的环节。”^{〔3〕}

2. 侵权立法的局限。传统的大陆法系主要国家,其侵权责任的规范不是民法的一个相对独立的法律部门,仅为民法债编的一个组成部分。与此不同,我国《民法通则》首创将侵权责任规范从债权规定中分离,迈出了侵权法在我国民事法律中相对独立的第一步。但是,囿于其在《民法通则》之“民事责任”中的地位,该法在实施后的一段时间内我国侵权法的理论研究实际上是侵权责任制度的研究,许多专著很大程

〔1〕 参见周旺生:“法的功能和法的作用辨异”,载《政法论坛》(中国政法大学学报)2006年第9期,第110~112页。

〔2〕 付子堂:《法律功能论》,中国政法大学出版社1999年版。

〔3〕 李军:“法的功能、作用和价值比较研究”,载《山东医科大学学报》(社会科学版)1998年第1期,第29页。

度上还是围绕着侵权民事责任或侵权行为之债基本制度进行的。以高等院校的民法教材为例,有的将侵权责任在民事责任一编中阐释,有的将侵权行为之债于债权编中阐述,无论是否突出侵权责任的独立性特点,它们所表现出的共同缺陷,即侵权责任理论之概述部分内容简单,作为民法的一个具体的制度,侵权责任几乎只是涉及了它的概念和特征,鲜有性质的问津,何谈其功能。自2002年法工委的《侵权责任法(草案)》的起草,侵权法在中国民法典中的相对独立地位逐渐得到认同。与此同时,以侵权法为核心的研究成果逐渐增多,但是完善的侵权法理论体系尚未建立,侵权法的功能、目的、价值等基本理论几乎无人研究。尽管在少数著作中尚有侵权法功能的阐述,但大多是将重点集中在侵权法到底有哪些功能上,很少有人认真思考决定侵权法功能的要素是什么?侵权法的功能是否就是侵权责任的功能?侵权法功能的外延又几何?相比侵权法的那些更具有功利效果的问题研究,侵权法的功能理论研究没有吸引更多注意。遥望日本关于侵权法目的与功能研究之活跃景象,^[1]我国可谓对其经营惨淡。英美法系由于没有民法典,所以其财产法、合同法、侵权行为法、信托法等一系列的单行法组成了民法的内容,因而侵权行为法具有完整的立法形式和独特的理论体系。

3. 对侵权法功能的研究欠缺重视。正如有的学者所言,或许有些问题已被认为是想当然不必多言一样,侵权法的功能普遍被认为是补偿、遏制、教育或其他,无论何者,司法实践似乎并未因此受到多大的影响,所以留给人们的印象是,它可能不是一个问题或者至少不是一个需要花大力气去研究的问题,因此造成理论界没有形成对它的重视。只是近年来有学者著文呼吁我国应建立惩罚性赔偿制度,有专家和学者在不同的学术场合重申侵权法功能的重要性,才使得学界重新审视或

[1] 参见于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社1998年版,第34页以下。

者争议侵权法的功能问题。^{〔1〕}

（三）产生的问题

1. 什么是侵权法的功能鲜有人回答。尽管法律的功能是法理学研究的基本范畴,但是何谓法律功能目前并未有统一的概念。尽管侵权法的功能对侵权法的定位至关重要,但是何谓侵权法的功能几乎鲜有人回答。令人不解的是,多数学者将侵权法的功能完全认为是侵权法对社会主体或者社会关系产生的影响,且将什么是侵权法的功能与侵权法有什么功能的问题混为一谈。其结果,正如“当何谓侵权责任的归责原则尚未清楚的情况下,对侵权责任有哪些归责原则的争论肯定不会有一致的结论”一样,学者尚未对侵权法的功能内涵有比较清楚的认识,势必对侵权法具有何种功能产生认识上的混乱。

2. 侵权法具有何种功能认识不尽一致。二元论主张者认为,侵权法的功能即损害填补和预防损害,^{〔2〕}或者保护公民的合法权利、保护公民的行为自由;^{〔3〕}三元论主张者认为,侵权法具有填补损害(补偿)、预防损害(遏制)以及抚慰的功能,^{〔4〕}或者修复、惩罚与预防的功能;^{〔5〕}多元功能主张者,其将侵权法的功能总结为填补、预防、抑制、分散和权利确认,^{〔6〕}或者补偿、制裁、教育、预防及保护民事权利,^{〔7〕}或

〔1〕 例如,王利明教授在其“我国侵权责任的体系构建—以救济法为中心的思考”一文中指出,“侵权责任立法是我国民法典制定工作的重要内容。在讨论立法的具体方案之前,首先需要明确侵权责任法的功能定位……对侵权法功能的不同认识,直接关系到侵权责任法的价值取向、体系构建、归责原则与构成要件、赔偿制度等多方面制度的设计。”载《中国法学》2008年第4期,第3页。

〔2〕 谢哲胜:“高层建筑坠落物致人损害的责任”,载《月旦民商法杂志》2005年第9期,第170页。

〔3〕 王利明教授在北京市律师协会上所做题为“侵权行为法的发展趋势”(上)的演讲,载中国民商法律网 <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=27378>,最后访问时间2008年11月1日。

〔4〕 王泽鉴:《侵权行为法》(第一册),中国政法大学出版社2001年版,第7~10页。

〔5〕 增世雄:《损害赔偿原理》,中国政法大学出版社2001年版,第8页。

〔6〕 高富平主编:《民法学》,法律出版社2005年版,第668页。

〔7〕 王利明、杨立新:《侵权行为法》,法律出版社1996年版,第23~26页。

者对受害人权益的补偿、对社会利益的平衡、对侵权行为人的警戒、对公众的警戒以及对社会道德的维护;〔1〕王泽鉴先生以为侵权法的机能在其历史发展中迭经变迁,如赎罪、惩罚、威吓、教育、填补损害及预防损害等,应时而异,因国而不同,反映当时社会经济状态和伦理道德观念。〔2〕不仅如此,在侵权法的功能中,何者具有重要或者基础地位,学者的认识也不尽一致。杨立新教授认为侵权法具有补偿、惩罚与预防的功能,补偿是基本功能、主要功能;王泽鉴先生却认为预防胜于损害赔偿,通过责任威吓侵害行为;谢哲胜先生称侵权行为法的功能有二:损害填补和预防损害,前者在侵权法上一直扮演着重要角色,相比较,后者甚至是最重要的功能;〔3〕Raiser 教授在 2006 年中德侵权法国际研讨会上做题为“侵权法在法律政策上的原因、本质和目的”的报告中指出,预防性保护只是侵权法的间接目的,而不是首要的直接目的,侵权造成的后果应当是损害赔偿而不是惩罚。〔4〕

3. 如何定位侵权法受到影响。对侵权法功能的研究,目的之一便是准确定位侵权法。因为不同定位下的侵权法其体系结构以及具体制度的设计是不同的。正如王利明教授所言,如果将侵权责任法定位于救济法,则势必要以损害赔偿为中心,继而要创设具体可行的损害赔偿方式、标准等具体制度;反之,如果将侵权责任法定位于惩罚法,那么为了凸显该特征,则要更多的设计惩戒、处罚加害人制度,甚至要将惩罚性赔偿作为侵权责任法的主要责任形式。〔5〕可见,对侵权法的功能如果缺乏较深入和系统的研究或者缺乏令人信服的论证,则侵权法的定

〔1〕 张新宝:《中国侵权行为法》,中国社会科学出版社 1995 年版,第 14~17 页。

〔2〕 王泽鉴:《侵权行为法》(第一册),中国政法大学出版社 2001 年版,第 7 页。

〔3〕 谢哲胜:“高层建筑坠落物致人损害的责任”,载《月旦民商法杂志》2005 年第 9 期,第 170 页。

〔4〕 该会议于 2006 年在广东东莞举行,会议的报道见“中国民商法律网”之“中国侵权责任法立法研究论坛”,<http://www.civillaw.com.cn/qf/weizhang.asp?id=29355>,最后访问时间 2010 年 1 月 2 日。

〔5〕 参见王利明:“我国侵权责任法的体系构建——以救济法为中心的思考”,载《中国法学》2008 年第 4 期,第 3 页。

位及其制度设计准确及合理与否必将遭受质疑。

4. 侵权法功能的构成与侵权法功能的实现,其间的差别以及区分意义无法引起重视。侵权法功能的构成,指立法者期望侵权法对社会主体和社会产生何种影响的意志在侵权法的原则和规则上的具体表现。而侵权法功能的实现,指侵权法的功能通过侵权法的实施,社会主体的权利行使和义务履行或者司法部门的裁判,由抽象的理论和愿望变成具体的现实过程。前者是静态的,后者是动态的。区分两者的重要意义在于,功能的构成通常表现为一种实然状态,它一般与应然状态的功能一致,例如,如果立法者期望一定时期的侵权法能够承担制裁或者惩罚的功能,通常就会在立法时规定具有且利于其实现的制度。但是,特殊情形下并不排除这种功能因侵权法自身的限定因素^[1]而在立法时没有得到期望中的体现,针对这种例外,合理的决策应该是将来有的放矢地完善或者补充相应的规定。而功能的实现,可能就会存在这样的情况。例如,侵权法为了能使受害人的损失得到充分的补偿,于是在该法中规定了较为充分的救济制度,然而,在实施的过程中,因为存在一些机会因素^[2]举证难或者举证成本高等因素,该补偿功能并没有得到充分的实现。如此,在救济功能的定位下,将来可能就不是单纯地完善立法或者补充相应的救济制度,相反,消除影响功能实现的障碍可能更是解决问题的关键。因此,区分功能的构成和实现不仅能够明晰侵权法功能的理论层次,更能为侵权法在立法和司法上的完善提供准确的分析路径。遗憾的是,这种区分意义因侵权法功能认识上的混乱而被淹没。

5. 我国《侵权责任法》的“制裁”立法目的争议不断。大陆法系主要国家的侵权法都没有明确规定侵权法的立法宗旨或者立法目的,主要是各国的侵权法都不是以单行法的形式编纂,例如,《法国民法典》

[1] 这些限定因素的产生有些源于侵权法对利益的平衡或者政策的考虑,有些是立法技术缺陷所致,有些是侵权法的性质使然等。

[2] 例如,受害人对损害的不知晓或者知晓后的消极反映,受害人不知或者疏忽了诉讼时效,一些人的诉讼主体不被认可,法官的公共政策考虑等。

将侵权行为法以“侵权行为与准侵权行为”为题规定于民法典第三卷(取得财产的各种方法)第四编(非因合意而发生的义务)第二章;《德国民法典》以“侵权行为”为题,将侵权行为法规定在民法典第二编(债的法律关系)第七章(各种债的法律关系)第二十五节中;《意大利民法典》将侵权行为法以“不法行为”为题规定在第四编第九章中;《埃塞俄比亚民法典》以“非契约责任”为题将侵权行为法规定在民法典第四编第十三题第一章中。但是在我国,由于立法学的基本原理的指导,立法者通常会将包含法的目的或者功能的立法宗旨在该法第一条中规定,例如《物权法》〔1〕《合同法》〔2〕《继承法》〔3〕《婚姻法》〔4〕。从已经公布提请人大审议的中华人民共和国民法草案来看,该草案几乎是上述已经实施的单行法组合在了一起。然而考察几份侵权行为法建议稿,包括中国社会科学院法学研究所建议稿、中国人民大学民商事法律科学研究中心建议稿、徐国栋教授主持的“绿色民法典”侵权行为法大纲和麻昌华先生提出的侵权行为法建议稿以及法工委《中华人民共和国民法(草案)》中的侵权责任法编,不难发现这些建议稿都没有对侵权法的指导思想加以规定。如果说上述建议稿是将侵权法作为民法典的一编进行编撰,这种现象则可以理解。但是,倘若是将侵权法单独立法,再无视侵权法的立法宗旨似有不妥。尽管我国现行侵权责任法弥补了该缺陷,规定了立法宗旨,但是“制裁侵权行为”的立法目的是否违背了侵权法的功能成为争议焦点之一。

6. 对“惩罚”是否是侵权法的功能没有较深入的研究和有说服力的论证,因此我国侵权法应否规定惩罚性赔偿制度备受质疑。惩罚性赔偿是英美法系中普通法上的一项重要法律制度,目前主要适用于侵

〔1〕《物权法》第1条:“为了维护国家基本经济制度,维护社会主义市场经济秩序,明确物的归属,发挥物的效用,保护权利人的物权,根据宪法,制定本法。”

〔2〕《合同法》第1条:“为了保护合同当事人的合法权益,维护经济秩序,促进社会主义现代化建设,制定本法。”

〔3〕《继承法》第1条:“根据《中华人民共和国宪法》规定,为了保护公民的私有财产的继承权,制定本法。”

〔4〕《婚姻法》第1条:“本法是婚姻家庭关系的基本准则。”