

主办 / 北京航空航天大学法学院

北航法律评论

■ 主编 / 明辉 李昊

■ 2011年第1辑 (总第2辑)

BEIHANG LAW REVIEW

专题研究：侵权法的回顾与展望

侵权责任法若干问题 梁慧星

欧洲损害赔偿法的改革(上篇)立法模式与不法行为的归责要件

[奥]海尔姆特·库奇奥

朱岩(译)

欧洲危险责任的立法趋势 李昊

日本综合救济论的生成与展开 张挺

论文

德国民法上不真正连带债务理论的产生与衰亡 章正佳

对权利行使中民事法律关系分析方法的比较研究 窦海阳

译评

法学方法论背后的新康德主义科学观 [德]康特罗维茨、[美]帕特森

清灵(译)

法学教育

基于学术的法学硕士文献检索课刍议 范静怡

法律出版社

主办 / 北京航空航天大学法学院

北航法律评论

■ 主编 / 明辉 李昊

■ 2011年第1辑 (总第2辑)

BEIHANG LAW REVIEW

法律出版社



图书在版编目(CIP)数据

北航法律评论. 2011年. 第1辑:总第2辑 / 明辉,
李昊主编. —北京:法律出版社, 2011. 8

ISBN 978-7-5118-2591-9

I. ①北… II. ①明… ②李… III. ①法律—文集
IV. ①D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第201385号

北航法律评论
2011年第1辑(总第2辑)

明辉 李昊 主编

责任编辑 孙东育
装帧设计 胡欣

© 法律出版社·中国

开本 787毫米×1092毫米 1/16

版本 2011年8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 18.75 字数 340千

印次 2011年8月第1次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

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

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2591-9

定价:39.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

专题研究:侵权法的回顾与展望

1. 侵权责任法若干问题 梁慧星(3)
2. 欧洲损害赔偿法的改革(上篇)立法模式与不法行为的
归责要件 [奥]海尔姆特·库奇奥 朱岩译(43)
3. 日本侵权行为法学的最新动向
——保护法益的多样化与侵权行为法的基本要件
..... [日]吉村良一 张挺译(67)
4. 欧洲危险责任的立法趋势 李 昊(95)
5. 日本综合救济论的生成与展开 张 挺(113)
6. “生命存在本身可否构成损害”之价值迷思
——以“错误生命之诉”为中心的思考 汪志刚(135)
7. 徘徊于公平与平等之间
——从“9·11”受害者赔偿基金到《侵权责任法》第17条
..... 唐 超(145)
8. 论违反产品普遍性缺陷流通后补救义务的侵权责任
——以《侵权责任法》第46条为中心 王 竹 王毅纯(169)

论文

9. 德国民法上不真正连带债务理论的产生与衰亡 章正璋(185)
10. 对权利行使中民事法律关系分析方法的比较研究 窦海阳(209)
11. 新中国农村土地物权制度的演进与启示 袁 震(223)
12. 2002年ISDA主协议与1992年ISDA主协议的比较
研究 赵英敏(235)

译评

13. 法学方法论背后的新康德主义科学观
..... [德]康特罗维茨 [美]帕特森 清灵译(265)
14. 德国动产物权法与所有权保留
..... [德]汉斯·普律廷 庄加园译(273)

法学教育

15. 基于学术的法学硕士文献检索课刍议 范静怡(283)
- 《北航法律评论》征稿启事 (291)
- 引征体例 (293)

**专题研究：
侵权法的回顾与展望**

侵权责任法若干问题

梁慧星*

一、法律结构与立法模式

本法采“总则、分则”结构。“总则”3章:第1章一般规定(第1~5条);第2章责任构成和责任方式(第6~25条);第3章不承担责任和减轻责任的情形(第26~31条);“分则”8章:第4章关于责任主体的特殊规定(第32~40条);第5章产品责任(第41~47条);第6章机动车交通事故责任(第48~53条);第7章医疗损害责任(第54~64条);第8章环境污染责任(第65~68条);第9章高度危险责任(第69~77条);第10章饲养动物损害责任(第78~84条);第11章物件损害责任(第85~91条);第12章附则(第92条)。共12章,92个条文。

需说明的是,第4章实际是监护人责任、使用人责任、网络侵权责任、安全保障义务及未成年人受损害等内容的“杂烩”,虽以“关于责任主体的特别规定”为章名,但仍属于分则规定。法律草案之执笔人未必不知本章章名之不妥,问题是因本章内容之“杂”而难以确定一个适当的章名。这在我国古代立法亦不乏其例,如魏国《法经》第5篇“杂法”,汉《九章律》第5篇“杂律”,唐《永徽律》第10篇“杂律”,唐《开元令》第27篇“杂令”。可见,本章采用“关于责任主体的特别规定”这一章名,出于不得已而为之。

我国民法学界关于侵权责任法的制定,有两种立法模式。第一种立法模式,强调借鉴英美法的经验,制定“涵盖社会生活中的全部损害类型”的所谓“大侵权法”,主张“尽可能穷尽社会生活中的一切侵权行为类型”,亦即所谓“类型化”立法模式。杨立新教授起草的《侵权责任法草案(第2稿)》,规定了66种侵权行为类型,共182个条文;王利明教授起草的“侵权行为编草案”,共235个

* 中国社会科学院学部委员,法学研究所研究员。

条文,所规定的侵权行为类型更多。^[1]

第二种立法模式,即“一般条款+特别列举”模式,主张借鉴欧盟民法典侵权行为编的经验,设立一项一般条款作为统一的侵权责任请求权基础,然后列举规定社会生活中最主要、最常见的侵权行为类型和准侵权行为类型。这些列举性规定,不重复规定侵权责任请求权基础的共性问题,仅着重解决各类侵权行为或准侵权行为在归责原则、免责事由、损害赔偿或者责任承担等方面的特殊问题。我国社科院民法典立法研究课题组起草的我国民法典草案侵权行为编(共99个条文),即采取所谓“一般条款+特别列举”的立法模式。^[2]

本法并未涵盖社会生活中的全部损害类型,其第5章规定产品责任、第6章规定机动车交通事故责任、第7章规定医疗损害责任、第8章规定环境污染责任、第9章规定高度危险责任、第10章规定饲养动物损害责任、第11章规定物件损害责任,再加上第4章规定的监护人责任、使用人责任、网络侵权责任和违反安全保障义务的责任,总共是11种侵权行为类型,接近于前述第二种立法模式。

二、一般条款、保护客体

第2条规定:“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任。”

本法所称民事权益,包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

民法理论上所谓侵权法“一般条款”,或称“概括条款”,是指侵权责任法基础性的规定。“一般条款”,应当包含三项要素:保护客体、归责事由、责任形式。例如,《日本民法》第709条规定:“因故意或过失侵害他人权利或受法律保护的利益的人,对因此所发生的损害负赔偿责任。”^[3]其中,“权利或受法律保护的利益”是保护客体,“故意或过失”是归责事由,“赔偿责任”是责任形式。

本条第1款规定:“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任。”其中,“民事权益”为保护客体,并由本条第2款进一步对“民事权益”予以限定;“依照本法”,指依照本法关于侵权责任之归责事由的规定,及依照本法关于应承担侵权

[1] 参见王利明:《我国民法典学者建议稿及立法理由:侵权行为编》,法律出版社2005年版。

[2] 参见梁慧星主编:《我国民法典草案建议稿附理由:侵权行为编、继承编》,法律出版社2004年版。

[3] 这里引用的是经平成16年《民法现代语化法案》修改后的条文,称为新第709条,在原来条文(旧第709条)基础上,增加了“受法律保护的利益”一语。凡本文所引用《日本民法》条文,均引自渠涛编译:《最新日本民法》,法律出版社2006年版。

责任之责任形式的规定。^{〔4〕}

《日本民法》第709条规定：“因故意或过失侵害他人权利或受法律保护的利益的人，对因此所发生的损害负赔偿责任。”该条统一规定侵权责任请求权基础，属于日本侵权行为法一般条款。

我国台湾地区“民法”第184条规定：“1. 因故意或过失，不法侵害他人之权利者，负损害赔偿责任。故意以悖于善良风俗之方法，加损害于他人者亦同。2. 违反保护他人之法律，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。”本条规定了三个独立侵权行为类型，作为被害人得据以向加害人请求损害赔偿的规范基础（请求权基础），三者的成立要件不同。^{〔5〕}

可见，本法第2条为我国侵权责任法“一般条款”，相当于《日本民法》第709条的规定，而与我国台湾地区“民法”第184条规定三个独立的侵权行为类型、三个独立的请求权基础，显然不同。

现行《民法通则》第106条第2款规定“侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身”，并未限定于“财产权”、“人身权”。据此，民法理论和裁判实践，解释侵权法保护客体不以“民事权利”为限，包括“财产权”、“人身权”，及尚不构成权利的“财产利益”、“人身利益”。无论侵害民事权利，或者侵害民事权利之外的合法利益，均可成立侵权责任。

本条第1款，在《民法通则》第106条第2款规定的基础上，根据《民法通则》实施以来的民法理论和实践经验，用“民事权益”概念代替原文所谓“财产、人身”，作为侵权责任法保护客体。并且设立第2款，以列举方式规定“民事权益”定义。作为侵权法保护客体的“民事权益”，包括“民事权利”和尚不构成民事权利的“合法利益”。

从本条第2款所列举的18种民事权利可知，此“民事权利”，以“绝对权”为限。^{〔6〕}民事权利之外的“合法利益”，包括人身利益和财产利益。根据《民法通则》实施以来的裁判实践，受保护的人身利益，如死者名誉、死者肖像、家庭生活

〔4〕 本法第5条规定特别法优先适用原则。迄今“对侵权责任另有特别规定”的法律有：《产品质量法》（第41~46条）；《道路交通安全法》（第76条）；《环境保护法》（第41条）；《水污染防治法》（第85条）；《大气污染防治法》（第62条、第63条）；《固体废物污染环境防治法》（第85条、第86条）；《民用航空法》（第124条、第157条）；《放射性污染防治法》（第59条）；《电力法》（第60条）；《铁路法》（第58条）；《食品安全法》（第55条、第96条）等。此外，《行政诉讼法》（第67条、第68条）、《国家赔偿法》，亦与本法构成特别法与一般法的关系。

〔5〕 参见王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社2009年版，第75页。

〔6〕 本法未采纳学者关于规定“第三人侵害债权”的建议，坚持保护客体中的“民事权利”以绝对权为限，但本法保护客体尚包括不构成权利的财产利益和人身利益，在第三人以引诱、胁迫、欺诈等方式致使合同一方违约使对方遭受经济损失的情形，则合同对方仍有依据本法追究该第三人侵权责任之可能。

安宁等;受保护的财产利益,如财产的占有、可得利益(纯经济损失)、网络虚拟财产等。

侵权法旨在规定何种行为,就其侵害的何种权益,在何种要件下,应负侵权责任。法国民法第1382条规定,因过失伤害他人者,应负损害赔偿责任。侵权责任的构成要件是三个开放性的概念:损害(dommage)、因果关系(causalite)、过失(faute),其所保护的权益不受限制(即不区别权利或利益)。^[7]

德国民法是以“违法性”(Rechtswidrigkeit)为核心概念,建构了第823条、第826条所规定的三个小的概括条款侵权行为法架构,其特色在于以违法性对权利及利益作区别性的保护。^[8]我国台湾地区“民法”第184条是参照德国民法第823条、第826条而制定的,从而亦继受德国法上的违法性理论,以建构侵权行为的体系,“违法性”是区别于故意、过失之外的侵权行为构成要件。^[9]

按照我国民法理论和实践,关于侵权责任之成立,无所谓“违法性”要件,《民法通则》关于侵权责任的规定,亦仅规定“侵害”,而未规定“不法侵害”或者“违法侵害”。凡有侵害他人民事权益之“加害行为”,此加害行为给他人造成“损害后果”,加害行为与损害后果之间存在“因果关系”,即可成立侵权责任(但在过错侵权责任还须行为人有“过错”)。其中的“加害行为”,并不限定其行为必须属于“违法”。因此,本法第2条及以下条文均仅言“侵害”,而不论“侵害”之是否属于“不法”。此与法国民法相同,而与德国民法(第823条)及我国台湾地区“民法”(第184条)之法律条文明示“不法侵害”,学说判例以加害行为之具有“违法性”作为侵权责任之成立要件不同。

值得注意的是,《日本民法》条文(第709条)并无“违法”一语,但学说判例一直存在“违法性要件之要否”的争论,且“违法性要件肯定说”为多数说,“违法性要件否定说”为少数说。^[10]我国侵权责任法及学说判例不承认“违法性”要件,与日本的少数说一致。

三、归责事由

(一)本法采二元归责

我国民法学界关于侵权责任的归责原则一直存在分歧。有所谓“三原则说”、“二原则说”和“一原则说”。所谓“三原则说”,认为我国侵权责任法并存

[7] 参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第216页。

[8] 参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第216页。

[9] 参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第217页。

[10] 参见[日]园谷峻:《判例形成的日本新侵权行为法》,赵莉译,法律出版社2008年版,第72~73页;于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社1998年版,第148~150页。

过错责任、无过错责任和公平责任三项归责原则。所谓“二原则说”，认为只有过错责任和无过错责任两项归责原则。所谓“公平责任”，实质是在极特殊情形，法律规定由双方当事人分担意外事故所造成的损害，属于“特殊救济措施”，并非归责原则。所谓“一原则说”，认为侵权责任法仅有过错责任一项归责原则，法律规定不以过错为承担责任的要件，亦属于“例外规定”，不得称为归责原则。^[11]

在十一届全国人大常委会第六次会议上，法律委员会就《侵权责任法草案（第二次审议稿）》所作说明，明确指出“我国侵权责任制度实行过错责任和无过错责任相结合的原则”。^[12] 本法第6条是关于过错责任原则的规定；第7条是关于无过错责任原则的规定。可见本法采取“二原则说”，应无疑义。

此与《日本民法》和我国台湾地区“民法”不同。《日本民法》（第709~724条）和我国台湾地区“民法”（第184~198条），作为规定侵权责任的一般法，是采过失责任原则，无过失责任规定在特别法。^[13]

（二）过错责任原则

第6条规定：“行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。”

根据法律规定推定行为人有过错，行为人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。”

我国民法理论和实践，一般不区分“故意”和“过失”，而统称“过错”。因此也不区分“故意侵权行为”与“过失侵权行为”。^[14] 法律条文对故意、过失不加区分而统称“过错”，如第6条、第7条、第24条、第26条、第34条第2款、第35条、第43条第3款、第44条、第49条、第54条、第58条、第68条、第74条、第83条、第85条、第88条、第90条。一般情形，作为侵权责任构成要件，一般不区分故意、过失，与此相应，一般也不因属于故意或者过失，而区别责任之轻重。

但在特别情形下，实质上仅以故意为要件，如第9条教唆人、帮助人的责任，第36条网络服务提供者的责任，第47条惩罚性赔偿。此外，关于免责事由的规定常对故意、过失加以区别，如受害人故意，往往作为无过错侵权责任的免责事由，如第70条、第71条、第73条；有的以故意、重大过失为免责事由，如第

[11] 参见黄芬：“侵权责任法制定中的重大疑难问题”，载《河北法学》2009年第2期。

[12] 参见十一届全国人大常委会第六次会议文件（10）：《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国侵权责任法草案〉主要问题的汇报》（2008年12月22日），第3页。

[13] 参见[日]加藤雅信：《事务管理、不当利得、不法行为》，有斐阁2002年版，第139~141页；王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社2009年版，第15页。

[14] 《日本民法》，关于故意侵权行为与过失侵权行为之“区别否定说”为通说；“区别必要说”为少数说。参见[日]园谷峻：《判例形成的日本新侵权行为法》，赵莉译，法律出版社2008年版，第49~50页。

78条。

在适用过失相抵规则时,也对加害人和受害人双方之属于故意或者过失加以区别。按照最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》[2003]第2条的规定,在侵权人因故意或者重大过失致人损害的案件中,如果受害人或者其监护人仅属于一般过失,则不应适用过失相抵规则。^[15]

第6条第1款关于过错责任原则的规定,是以《民法通则》第106条第2款^[16]的规定为基础加以简化而成,但此款更加简明、准确,更符合过错责任原则的本意。因本法采“二元归责”,本条第1款亦可被视为过错侵权责任的一般条款。本条第2款,关于“过错推定”的规定,是新增的。从第2款的编排位置可知,起草人并未将“过错推定”作为一项单独的“归责原则”,而是作为本条第1款“过错责任原则”的特别规定。

按照本条规定,凡属于法律规定“推定过错”的案型,应适用第2款规定,举证责任及举证不能的后果由加害人负担;凡属于法律未规定“推定过错”(亦未规定为无过错责任)的案型,则应适用第1款规定,举证责任及举证不能的后果一般应由受害人负担。

本法规定“推定行为人有过错”的案型,主要是:第38条关于无行为能力人在幼儿园、学校受人身损害责任的规定,第81条关于动物园的动物致人损害责任的规定,第85条关于建筑物管理瑕疵损害责任的规定,第87条关于高楼抛物损害赔偿的规定,第88条关于堆放物倒塌损害责任的规定,第90条关于林木折断致人损害责任的规定,第91条第2款关于窨井等地下设施损害责任的规定。可见,本法关于推定过错的规定,除第38条外,都是“物(包括动物)”造成的损害,即传统民法所谓“准侵权”。

按照《日本民法》的规定,适用“推定过失责任”的侵权行为类型,包括:监护人责任(第714条)、使用人责任(第715条)、土地工作物占有人责任(第717条)、动物占有人责任(第718条)。其中,监护人责任、使用人责任、动物占有人责任,在本法为无过错责任,值得注意。

按照我国台湾地区“民法”的规定,适用“推定过失责任”的侵权行为类型,包括:监护人责任(第187条)、雇用人责任(第188条)、动物占有人责任(第190条第1项)、工作物所有人责任(第191条)、商品制造人责任(第191条之

[15] 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》[2003]第2条规定:“受害人对同一损害的发生或者扩大有故意、过失的,依照《民法通则》第131条的规定,可以减轻或者免除赔偿义务人的赔偿责任。但侵权人因故意或者重大过失致人损害,受害人只有一般过失的,不减轻赔偿义务人的赔偿责任。”

[16] 《民法通则》第106条第2款规定:“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。”

1)、动力车驾驶人责任(第191条之2)、危险制造人责任(第191条之3)。两相比较,推定过错(过失)责任之适用范围,大陆侵权法较窄,而我国台湾地区“侵权法”较宽,且我国台湾地区“侵权法”规定为推定过失责任的案型,在本法往往规定为无过错责任。

需特别说明,本法第7章医疗损害责任,也属于过错责任。^[17]但立法机关考虑到,因诊疗活动的特殊性,具体案件审理中往往难以判断医疗机构是否有过错,且举证不能的后果,无论归属于患者方面或者医疗机构方面,均有失公正。因此,参考借鉴发达国家和地区关于“客观过失论”的判例学说,^[18]专设若干条文明确规定判断过错的标准,以方便法庭正确判断过错。

这些判断标准是:第55条关于医务人员的说明义务和取得患者书面同意的规定;第57条关于一般注意义务判断标准的规定;第58条关于“推定过错”的规定;第60条关于医疗机构法定免责事由的规定。因此,人民法院审理医疗损害责任案件,不应适用第6条第1款过错责任原则关于过错举证的一般规则,被告医疗机构是否存在过错,应由法庭根据上述条文规定标准予以认定。

质言之,依法属于过错责任原则的案件审理中,法庭判断过错有三种方法:

其一,凡属于法律规定“推定过错”的案型,应按照本条第2款的规定,要求被告(加害人)负担证明自己没有过错的举证责任及举证不能的后果,不能举证或者举证不能证明自己没有过错的,法庭即应认定被告(加害人)有过错,并判决被告(加害人)承担侵权责任;

其二,凡属于法律未规定“推定过错”并且未规定为无过错责任的案型,则应适用本条第1款规定,要求原告(受害人)负担证明被告(加害人)有过错的举证责任及举证不能的后果,但医疗损害责任案件除外;

其三,医疗损害责任案件,采用“过错客观化”方法,原告(受害人)须就医务人员的诊疗行为符合过错认定的客观化标准(第55条、第57条、第59条)举证,被告(医疗机构)可就存在第60条规定的法定免责事由举证,而由法庭作出被告(医疗机构)是否有过错的判断。

(三)无过错责任原则

第7条规定:“行为人损害他人民事权益,不论行为人有无过错,法律规定应当承担侵权责任的,依照其规定。”

按照本法内部逻辑关系,第7条关于无过错责任原则的规定,其法律意义

[17] 第54条规定:“患者在诊疗活动中受到损害,医疗机构及其医务人员有过错的,由医疗机构承担赔偿责任。”

[18] 《日本民法》,传统上采“主观过失论”,现今多采“客观过失论”(行为义务违反论)。参见[日]加藤雅信:《事务管理、不当利得、不法行为》,有斐阁2002年版,第154页。

仅在排除第6条过错责任原则之适用。第7条关于无过错责任原则的规定本身,并不具有作为裁判根据的意义。要对某种侵权案件适用无过错责任原则,必须法律明确规定该类案型不以过错为承担责任的条件。

《日本民法》学者加藤雅信教授曾谈及“过失责任”与“无过失责任”在条文上的区别:凡条文明示“故意、过失”要件者,即属于“过失责任”;反之,条文未言及“故意、过失”要件者,即属于“无过失责任”。我国侵权责任法亦是如此,凡条文明示“过错”要件的,为“过错责任”;条文未言及“过错”要件的,为“无过错责任”。^[19] 凡本法或者其他法律未明确规定为无过错责任的案型,均应属于本法第6条过错责任原则的适用范围。

在此需特别注意第36条第1款关于网络侵权的规定,虽然条文未出现“过错”一语,但不能认定为无过错责任。理由是,本款不是关于某类侵权责任案型构成要件的规定,而是关于网络侵权责任主体的指示性规定,指示凡利用网络侵害他人民事权益的案件,由行为人(网络用户)和网络服务提供者承担侵权责任。至于利用网络侵害名誉权、侵害隐私权、侵害肖像权、侵害知识产权,因属于一般侵权行为而应适用第6条关于过错责任原则的规定,自不待言。

本法规定适用无过错责任原则的案型,包括:监护人责任(第32条);用人人责任(第34条、第35条);产品生产者责任(第41条);机动车交通事故责任(第48条、道交法第76条);^[20] 环境污染责任(第65条);高度危险作业损害责任(第69条);民用核损害责任(第70条);民用航空器损害责任(第71条);占有、使用高度危险物损害责任(第72条);从事高空、高压、地下挖掘或高速轨道运输工具损害责任(第73条);遗失、抛弃高度危险物损害责任(第74条);非法占有高度危险物损害责任(第75条);饲养的动物致人损害责任(第78条、第79条、第80条、第82条);建筑物倒塌致人损害责任(第86条);公共场所等挖坑损害责任(第91条)。

本法采二元归责,适用无过错责任原则的范围广、案型多,与本法第1条明定立法目的,着重于“保护民事主体的合法权益”,并且强调侵权责任法“预防和制裁侵权行为”的功能有关。但无过错责任原则的适用也并非漫无限制。本法对于具体案型适用无过错责任的理论基础,在于“危险责任理论”和“报偿责任

[19] [日]加藤雅信:《事务管理、不当利得、不法行为》,有斐阁2002年版,第140~141页。

[20] 《道路交通安全法》第76条规定:“机动车事故造成非机动车驾驶人、行人人身伤亡的,由保险公司在机动车第三者责任强制保险的责任限额范围内予以赔偿。超过责任限额的部分,受害人(非机动车驾驶人、行人)没有过错的,由机动车一方承担赔偿责任;受害人有过错的,根据过错程度适当减轻机动车一方的赔偿责任;机动车一方没有过错的,承担不超过百分之十的赔偿责任。交通事故损害由受害人故意造成的,机动车一方不承担责任。”机动车一方的责任,是否属于无过错责任,存有疑问。

理论”。

如高度危险活动和高度危险物损害责任,之所以规定为无过错责任,其理论基础主要是危险责任理论;使用人责任规定为无过错责任,其理论基础是报偿责任理论;交通事故损害的无过错责任,其理论基础是危险责任理论和报偿责任理论;建筑物倒塌致损责任,适用无过错责任,其理论基础是惩戒和预防的政策目的。此与传统侵权法仅以填补损害和保护行为自由为目的,(在民法)坚持过失责任原则一元归责,(在特别法)严格限制无过失责任适用,显然有别。

如日本侵权行为法,作为规律通常生活的民法,坚持过失责任主义。^[21] 其唯一例外,是第 717 条关于土地工作物所有人责任的规定,此所有人责任属于无过失责任。^[22] 《日本民法》起草人已指出,对于高速运输工具、矿业等高度危险活动,可通过制定特别法导入无过失责任主义。^[23] 迄今日本规定无过失侵权责任的特别法,有《矿业法》(第 109 条)、《原子力损害赔偿法》(第 3 条)、《大气污染防治法》(第 25 条)、《水污染防治法》(第 19 条)、《制造物责任法》(第 3 条)、《垄断禁止法》(第 25 条)、《机动车损害赔偿保障法》(第 3 条)等。

我国台湾地区“民法”,关于侵权行为,亦坚持过失责任原则,加害人不法侵害他人权益时,须有故意或过失始应承担侵权责任。无过失侵权责任,规定在若干特别法,主要是:汽车、电车运输业者责任(“公路法”第 64 条第 1 项);大众捷运系统业者责任(“大众捷运法”第 46 条第 1 项);民用航空器所有人责任(“民用航空法”第 89 条);核设施经营者责任(“核子损害赔偿法”第 18 条);产品责任及服务责任(“消费者保护法”第 7 条第 1 项)。上述特别法关于无过失责任的规定,均着眼于个别危险之物(设施)或者活动,并未采概括条款,在比较法上最具特色的是消费者保护法关于服务无过失责任的规定。^[24]

四、多数人的侵权行为

(一) 共同侵权行为

第 8 条规定:“二人以上共同实施侵权行为,造成他人损害的,应当承担连带责任。”

第 11 条规定:“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害,每个人的侵权行为都足以造成全部损害的,行为人承担连带责任。”

现行《民法通则》第 130 条规定:“二人以上共同侵权造成他人损害的,应当

[21] 参见[日]加藤雅信:《事务管理、不当利得、不法行为》,有斐阁 2002 年版,第 139 页。

[22] 参见[日]加藤雅信:《事务管理、不当利得、不法行为》,有斐阁 2002 年版,第 354 页。

[23] 参见[日]加藤雅信:《事务管理、不当利得、不法行为》,有斐阁 2002 年版,第 140 页。

[24] 参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社 2009 年版,第 540、541 页。

承担连带责任。”民法理论和实践,关于共同侵权行为之成立,是否以各行为人间存在“意思联络”为要件,存在分歧意见。^[25] 最高人民法院关于人身损害赔偿的解释,以《民法通则》第130条为根据,进一步将共同侵权行为区分为两种:一是“共同故意或者共同过失”的共同侵权;二是“侵害行为直接结合发生同一损害后果”的共同侵权。

本法肯定裁判实践的上述思路,将共同侵权行为,分设为两个条文,第8条规定“共同实施”的共同侵权行为,第11条规定“分别实施”的共同侵权行为。唯需注意,本法将共同侵权行为作为侵权责任法共同制度规定于“总则”,此与《日本民法》(第719条)和我国台湾地区“民法”(第185条)将共同侵权行为作为特殊侵权行为之一加以规定,^[26]稍有不同。

第8条所谓“共同实施”,指行为人就侵权行为之实施“有意思联络”。第11条所谓“分别实施”,指行为人之间“无意思联络”。故第8条所谓“共同实施”的共同侵权行为,相当于《日本民法》所谓“主观共同关系”的共同侵权行为,及我国台湾地区“民法”所谓“主观(意思联络)共同侵权行为”;第11条所谓“分别实施”的共同侵权行为,相当于《日本民法》所谓“客观共同关系”的共同侵权行为,及我国台湾地区“民法”所谓“客观(行为关联)共同侵权行为”。^[27]

(二)教唆和帮助

第9条规定:“教唆、帮助他人实施侵权行为的,应当与行为人承担连带责任。教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为的,应当承担侵权责任;该无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人未尽到监护职责的,应当承担相应的责任。”

本法在共同侵权行为(第8条、第11条)之外,将“教唆、帮助”规定为一种独立的侵权行为类型,并根据教唆、帮助的对象之属于成年人或者未成年人,分

[25] 主要有所谓“意思联络说”、“共同过错说”、“关联共同说”和“折中说”。参见王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2010年版,第55~56页。

[26] 《日本民法》第719条规定:“(1)数人因共同侵权给他人造成损害时,各自对其损害的赔偿负连带责任。在不能知晓共同行为人中由何人加害时,亦同。(2)教唆或帮助侵权行为的人视为共同行为人,适用前项规定。”我国台湾地区“民法”第185条规定:“1. 数人共同不法侵害他人之权利者,连带负损害赔偿责任。不能知其中孰为加害人者,亦同。2. 造意人及帮助人,视为共同行为人。”

[27] 《日本民法》共同侵权行为,分为“主观共同关系”的共同侵权行为与“客观共同关系”的共同侵权行为,参见[日]加藤雅信:《事务管理、不当利得、不法行为》,有斐阁2002年版,第384~386页;我国台湾“司法院”1977年例变字第1号,对“民法”第185条前段所称“共同不法侵害”采扩张解释方法,而创设两个共同侵权行为类型,其一为主观(意思联络)共同侵权行为,其二为客观(行为关联)共同侵权行为。参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第355页。