

QINQUANFA
RUOGAN JIAODIAN WENTI YANJIU

侵权法

若干焦点问题研究

齐喜三 著



郑州大学出版社

QINQUANFA
RUOGAN JIAODIAN WENTI YANJIU

侵权法 若干焦点问题研究

齐喜三 著



郑州大学出版社

郑 州

图书在版编目(CIP)数据

侵权法若干焦点问题研究/齐喜三著. —郑州:郑州
大学出版社,2014.9
ISBN 978-7-5645-1871-4

I. ①侵… II. ①齐… 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 (2014) 第 113316 号



郑州大学出版社出版发行

郑州市大学路 40 号

出版人:王 锋

全国新华书店经销

河南地质彩色印刷厂印制

开本:710 mm×1 010 mm 1/16

印张:18

字数:322 千字

版次:2014 年 9 月第 1 版

邮政编码:450052

发行部电话:0371-66966070

印次:2014 年 9 月第 1 次印刷

书号:ISBN 978-7-5645-1871-4 定价:35.00 元

本书如有印装质量问题,由本社负责调换

我国《侵权责任法》已经实施四年了,最高人民法院至今没有出台相应的司法解释,其中最主要的原因在于有许多问题争议较大,甚至个别问题要超越《侵权责任法》本身。我国的《侵权责任法》不仅有别于他国的《侵权行为法》,同时也面临着不断出现的新情况的挑战,要对实践中的具体问题加以全面规制确实不是一件容易的事。《侵权责任法》无论对国家而言,还是对公民个人而言,都已经达到了被高度重视的最好时机。因此,完善《侵权责任法》也是整个社会人心所向。作为一个民法学者,在长期的学习、工作和实践过程中,把一些感悟、体会和研究成果加以梳理,以期对《侵权责任法》的讨论、研究和完善起到抛砖引玉的作用,这便是本书写作的初衷和归宿。

本书在以下方面做了一些尝试和创新:第一,从实践实务的角度去发现问题、研究问题和解决问题,力求学以致用,追求现实针对性。第二,遵循科学的研究方法,既确定问题的基本概念和本质特征,又注重可行性、必要性分析,同时也会考虑国外立法例或者地方性规范,尽量使其制度设计和提出的建议具有现实可行性。第三,本书的体例结构是根据问题的难易程度编排的,有长有短,不受形式限制。同时把作者认为比较重要的几个焦点问题单列出来进行专题研究,而没有采取面面俱到的方式把所有焦点问题全面罗列。

本书的付梓出版得益于郑州大学出版社王卫疆主任的大力支持和帮助,我的家人对本书的写作也给予了支持和资助,在此一并表示感谢。

本书可以作为高等学校学生和司法实务部门工作人员学习与研究《侵权责任法》的参考资料,

对于有志于深入研究侵权法的学者也有较大的帮助。

由于本人学识浅薄,本书定会有许多疏漏和谬误之处,敬请学界给予批评和指正。

作者

2014年3月

目 录

第一章 侵权法的保护范围	1
第一节 侵权法的调整对象	1
第二节 《侵权责任法》第2条的得与失	9
第三节 《侵权责任法》第2条之修造	12
第二章 《侵权责任法》与相关法律法规的关系	19
第一节 《侵权责任法》在我国民法中的地位	19
第二节 侵权责任法与主要部门法的关系	31
第三章 侵权责任形态	46
第一节 侵权责任形态的几个基本问题	46
第二节 我国侵权责任形态的立法现状	49
第三节 侵权责任形态的不足及其完善	56
第四章 侵权责任的赔偿范围	63
第一节 财产损失	63
第二节 纯粹经济损失	66
第三节 侵害人身权益造成的财产损失	73
第四节 精神损害赔偿	80
第五章 惩罚性赔偿制度	93
第一节 惩罚性赔偿的基本问题	93
第二节 国外比较法研究	104

第三节 我国惩罚性赔偿制度的缺陷与完善	120
第六章 网络侵权责任	125
第一节 网络侵权的基本问题	125
第二节 网络侵权的现状	134
第三节 完善网络侵权的建议	142
第七章 校园人身损害赔偿	151
第一节 校园人身损害赔偿的基本问题	152
第二节 校园人身损害赔偿	154
第三节 解决校园伤害事故的对策	159
第八章 道路交通事故损害赔偿	169
第一节 道路交通事故的责任主体	169
第二节 司法实践中的几个问题	179
第三节 地方性规范问题	187
第四节 道路交通事故损害赔偿案件的执行问题	197
第九章 医疗损害赔偿	213
第一节 医疗损害责任改革的新内容	213
第二节 医疗损害责任改革的成功与不足	217
第三节 完善医疗损害责任制度的构想	226
第十章 大规模侵权问题研究	235
第一节 大规模侵权的基本问题	235
第二节 大规模侵权的多元化救济途径	242
第十一章 专家责任	255
第一节 专家责任的基本问题	256
第二节 专家责任的构成要件与责任分担	266
第三节 专家责任的立法模式	271
参考文献	276

清华大学法学院教授王利明教授主编，是侵权责任法领域的一部重要著作。本书在编写过程中，参考了国内外许多优秀的学术成果，力求做到观点正确、论证充分、文字简洁、条理清晰。本书可作为法学专业及相关专业的教材，也可供从事法律工作的实务人员参考。

本书在编写过程中，得到了许多同仁的帮助，在此一并致谢。

本书在编写过程中，得到了许多同仁的帮助，在此一并致谢。

第一章

侵权法的保护范围

侵权法作为民事法律不可或缺的重要组成部分，在预防民事主体的合法权益免受侵害以及对受损的权益提供救济方面发挥了其他民事法律无可替代的作用。2009年12月26日颁布的《中华人民共和国侵权责任法》（以下简称《侵权责任法》）标志着我国没有独立侵权法法典的历史到此结束。这部匠心独具的法律在中国民法立法史上树立了不可磨灭的丰碑，被多数中外学者称之为具有典型的中国特色——“不仅独立制定、独立成编，而且在立法精神、体系设计、制度安排等诸多方面带有中国烙印和实质创新”^①，特别是其第2条的规定被赋予了更多的中国元素。然而，正是这一创新也引起了不少法学家的强烈质疑，甚至对我国侵权法的保护对象究竟包含哪些内容提出了质疑，部分专家和学者强烈要求删除此条。鉴于此，笔者以侵权法的本质属性为起点，逐步分析我国侵权责任法具体保护哪些民事权益，以期对我国即将进入侵权法解释论时代有所裨益。

第一节 侵权法的调整对象

任何一部法律都有自己的调整对象和范围，例如我国《物权法》和《合同

^① 王利明：《侵权责任法的中国特色》，《法学家》2010年第2期，第86页。

法》均在第2条明确了各自的调整对象,我国的《侵权责任法》全部条文中没有出现类似明确的表述,那么这部法律是不是没有具体的调整对象或者保护范围呢?答案是否定的。

一、侵权法的本质属性决定其保护范围的特殊性

世界上没有一部侵权法能囊括所有的民事侵权内容,无论大陆法系还是英美法系的国家和地区,均结合自身的基本情况规定了独特的保护范围。尽管这些保护范围差异极大,但它们都遵循着侵权法的基本属性,即救济性、私法性、保护对象的绝对性。

(一) 救济性

侵权法是民事法律的重要组成部分,但它与物权法等民事法律的属性截然不同。其他民事法律调整的是直接的人与人或人与物之间的社会关系,可以称为调整的是第一层次的民事法律关系,而侵权法调整的是第二层次的民事法律关系,即是对第一层次的民事法律关系的再调整。由于侵权法毕竟是对社会关系的第二次调整,侵权法的保护对象必须依赖于其他法律对权利的规定。^①因此在这个意义上讲,侵权法是对第一层次民事法律关系保护的权益受到侵害时的再保护,因而它就很自然地被称为民事权利的救济法。

(二) 私法性

基于侵权法是对第一层次民事法律关系的再调整、再保护的基本原理,它保护的内容只能是平等主体之间的民事权利和民事利益。这些权益只能是纯私法领域的权益,公法领域的权益不在保护之列,除非宪法上的权益已经在私法上予以具体化了,例如宪法保护的人身自由权、人格尊严权已经在民法中具体化为各种民事权益。那些纯粹的公法上的权益如受教育权、劳动权等则难以直接获得侵权法的保护和救济。^②

① 王利明:《侵权责任法草案(二次审议稿)若干重大疑难问题》(中国法学会民法学研究会2009年会主题报告),访问路径:<http://www.civillaw.com.cn/qf/weizhang.asp?id=44882>,2011年3月10日访问。

② 高圣平、管洪彦:《侵权责任法典型判解研究》,中国法制出版社2010年版,第5页。

(三) 保护对象的绝对性

通说认为侵权法所保护的权利仅限于人格权、物权、身份权、知识产权等绝对权。^① 这种绝对权是指权利主体以外的不特定义务主体都在法律上负有不侵犯权利人权利的义务,一旦违反此种义务,造成了损害即构成侵权。^② 近代以来,世界侵权法发展史上已经把没有上升到民事权利的民事利益也纳入到侵权法的保护范围,甚至突破了绝对权的范畴,扩大到部分债权。尽管如此,这些突破并不影响保护对象的绝对性这一特性。

二、侵权法所调整的权益

侵权法调整的权益即侵权法保护的范畴是民事权利和利益。这里的民事权利是被民事法律所认可,公开宣示并以国家强制力保障实施的绝对性权利。这里的利益是指人们受客观规律制约的,为了满足自己生存和发展而产生的,对于一定对象的各种需求。^③

民事权利之外的“合法利益”,应包括人格利益(如死者人格利益和胎儿人格利益)和财产利益(如纯经济损失)。

(一) 关于侵权法调整的权益的主要观点

关于侵权法的保护对象始终是中外法学界争论不休的问题,主要有以下观点。“广义说”认为,侵权法保护的范畴既包括权利,也包括利益。其中,“广义说”又可细分为两种观点:一种观点可称为“超广义说”。该说主张权利应做广义的解释,即只要是既存的法律体系明确承认的权利都属于侵权法保护的范畴,规范社会生活的公序良俗及保护个人法益的法规所包括的一切法益都是侵权法所保护的利益。^④ 另一种观点可称为“一般广义说”。该说认为侵权法保护的范畴与利益都应有一定的边界,但在具体边界的界定上,该说内部又存在争议。^⑤ 有学者主张以类型化的方式来界定利益的边界,有学者则认为类型化意义不大,因为完全类型化是不可能的。“狭义说”认为,侵权法只应保护权利,利益在目前情况下不适合做侵权法的保护对

① 王泽鉴:《侵权行为法:基本理论——一般侵权行为》,中国政法大学出版社2001年版,第97页。

② 马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社1998年版,第986页。

③ 付子堂:《对利益问题的法律解释》,《法学家》2001年第2期,第29页。

④ 孙森森:《民法债编总论》(上册),台湾元照出版公司1979年版,第210页。

⑤ 王利明:《侵权行为法研究》(上卷),中国人民大学出版社2004年版,第75页。

象。甚至有学者进一步认为,侵权法所保护的权利仅限于人格权、物权、身份权、知识产权等绝对权。笔者认为,“超广义说”将“既存的法律体系所明确承认的权利”以及“公序良俗及保护个人法益的法规所包括的一切法益”都纳入侵权法的保护范围,混淆了公法与私法的区别,显然失之过宽。“狭义说”将侵权法的保护范围限定为权利,而将民事主体赖以生存所必需的资源(利益)排除在外,甚至将侵权法的保护范围限定为私权中的绝对权,又未免失之褊狭。因为在现代各国,法律规定的权利只是为法律确认的、民事主体应当享有的一部分生活资源,它还不能满足民事主体生存、发展的全部需要。也就是说,应然的权利状态与实然的权利状态之间存在一定差距,这种差距最终需要通过立法的修补来弥合。但在法律修改之前,应然的权利就以法益的形式在人们观念中存在。因此,“一般广义说”的思路是基本合理的,值得借鉴。其理由如下:首先,作为权利救济之法,侵权法毫无疑问应保护权利。其次,法律虽然没有对利益做出直接规定,但它是民事主体“人成其为人”所应该享有的一种生活资源,侵权法也不应当将其拒绝在自己的保护范围之外。再次,无论是权利还是利益都是一个随同社会经济发展、法律进步而不断变化的开放体系,我们的侵权法能提供保护的只能是其中的一部分。最后,作为成文法国家,我们的侵权法应当对受保护的权利或利益的范围进行界定。在界定该范围时,应根据权利、利益的不同特性采用不同的界定方法。具体而言,对权利范围的界定,应以权利的性质为标准;对利益范围而言,应借助“一般条款+类型化”的技术手段确定受侵权法保护的利益边界。

(二) 民事权利与利益的联系和区别

侵权法救济的前提是权利受到损害,权利受到损害的后果是利益损失,救济则是通过填补损失的利益来达到恢复损害的权利。因此,利益与权利关系密切,主要表现在:①利益是权利的基础,权利是法律所承认和保障的利益。②利益是权利的实质内容和目的。③权利是法律赋予权利主体享有或维护利益的一种武器。

二者的区别在于:①权利是一种积极主动的诉求,通常由权利人积极的行动才能实现,而利益除了利益主体积极地争取以外,也可以被动消极地获得。②权利只是为利益的获得提供一种可能性,并非必然带来利益。③不是所有的利益都受法律保护,都能转化为权利。法律只保护合法利益,不保护非法利益,反而禁止或限制非法利益。区分权利和利益的意义在于构成要件和保护程度不同。侵害权利只要符合过错责任的一般要件(无过错责

任和推定过错责任是过错责任的例外情况)即可,其保护程度较高。侵害利益则在主观要件方面要求更为严格,其保护程度相对较低。因为权利都是公开公示的,行为人在实施某种行为时可以明知其行为是否构成对他人权利的侵害,因此权利是人们之间行为范围的界定。而利益则不是由法律预先规定,而是事后由法官根据案件的具体情况来裁判是否需要给予保护。所以行为人在实施某种行为的时候,并不能够预见其行为是否侵犯他人利益,只有故意侵害他人利益者才能构成侵权。行为人主观上处于过失或者没有任何过错的状态时,不应当承担侵权责任。

多数国家的民法未明确区分权利与利益,其对利益进行保护的一个比较普遍的方法就是扩大解释“权利”的概念和侵害权利“行为”之内涵,并运用判例将某些法益“包装”成新的权利。德国法院就曾经通过上述方法实现了对财产利益的保护。例如,对第三人过失造成河道阻塞,导致船舶无法正常航行的行为,德国法院认为是第三人对船主之船舶所有权的侵害。^①又如,1904年德国帝国法院在一则判决中将“企业之营业不受他人以非法手段妨碍的利益”概括为“营业权”。^②日本就是通过把《日本民法典》第709条规定的“权利侵害”根据其宗旨解读为利益侵害行为的“违法性”,从而使侵权法保护的范围扩大到权利以外的利益。^③对于纯经济损失等利益的保护,各国法律基于立法政策上的考量,均采适度限制加害人赔偿责任的态度。英国勋爵丹宁法官在20世纪60年代审理的“电缆”案件的判决中指出,电力、瓦斯、自来水等企业是法定的供应者,因过失致不能提供电力、瓦斯、自来水时,英国立法上一向认为无须向消费者所受经济上的损失赔偿,因此,只应该对那些较易查证的、人身或所有权遭受的损害予以赔偿。^④

随着社会经济的发展以及伦理道德观念的变迁,各国侵权法保护的权益的范围也在不断扩大。传统的侵权法主要以物权为保护对象,现代侵权法的保护范围则有了极大的发展与扩张。侵权法不仅扩大到对人身权、知识产权等绝对权的保护,还在特定条件下保护债权等相对权;不仅保护私权

① 王泽鉴:《侵权行为法:基本理论 一般侵权行为》,中国政法大学出版社2001年版,第162页。

② 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第7册),中国政法大学出版社1997年版,第84页。

③ 于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社2006年版,第35页。

④ 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第7册),中国政法大学出版社1997年版,第89-90页。

利,还在一定条件下保护公共利益。当然,基于立法政策上的考量,侵权法并非对一切权益提供同样的保护,而是有所侧重:“人”的保护最为优先,“所有权”的保护次之,“财富”(经济上的利益)又次之,仅在严格条件下才受保护。^①

我国《民法通则》第106条将侵权行为的侵害客体确定为“财产”“人身”,而未指明是权利还是利益;因此,可以解释为包括财产、人身利益。但是,该规定仍存在以下问题:①将侵害财产权列于侵害人身权之前,有重财产权保护而轻人身权保护的嫌疑;②关于人格利益的保护采列举主义,仅承认身体和生命权外的姓名权、肖像权、名誉权和荣誉权,而自由权不包括在内,也不承认一般人格权,对于贞操权、隐私权亦未加保护;③身份上的权利未被列入受保护的利益的范畴;④对第三人侵害债权的侵权行为,未作规定。^②

(三) 我国侵权法保护的利益范围的具体边界

“法益者,法律上主体得享有经法律消极承认之特定生活资源。”^③换言之,法益是指民事主体“人成其为人”所应该享有,但法律本身没有直接规定而只是“消极承认”的一种生活资源。日本学者也认为:“法益是法所保护的利益,所有的法益都是生活利益,是个人的或者共同社会的利益;产生这种利益的不是法秩序,而是生活;但法的保护使生活利益上升为法益。”^④将利益纳入保护范围,这是现代侵权法发展的成果之一。但是,利益与法律已经类型化的权利不同,“法定权利类型化本身可以起到一种公示的效果,人们在实施某种行为时,应当合理预见到其行为会损害他人的利益,所以,即使基于过失造成对他人权利的损害,也仍然要承担责任”^⑤。因此,必须借助一定的法律技术手段以界定侵权法所保护的利益范围。技术手段主要有二:一是一般条款,二是类型化。

就一般条款而言,德国民法的做法值得借鉴。《德国民法典》第826条规定,故意以悖于善良风俗的方法加害于他人时,加害人应负损害赔偿责

① 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第7册),中国政法大学出版社1997年版,第88页。

② 杨立新:《侵权法论》(第2版),人民法院出版社2004年版,第11-13页。

③ 曾世雄:《民法总则之现在与未来》,中国政法大学出版社2001年版,第62页。

④ [日]大冢仁:《刑法概说》(总论),有斐阁1992年版,第83页。

⑤ 王利明:《侵权行为法研究》(上卷),中国人民大学出版社2004年版,第89页。

任。对此,有学者认为:“其以故意悖于善良风俗为要件,不在于惩罚,而是鉴于加害人明知而为之,责任范围可得预见,自不应免于赔偿责任。”笔者亦深以为然,建议在我国侵权法中做类似的制度安排。

就类型化来说,在目前社会经济发展及伦理道德观念框架下,我国侵权法已经保护的法益包括以下内容:

(1)一般人格权。在民事权利体系中,人格权是民事主体享有的基础性权利。我国《民法通则》虽然确认了姓名权、生命权、健康权等具体的人格权,但这些具体人格权并不能涵盖所有的人格利益。为了强化对民事主体人格利益的保护,侵权法还应当保护具体人格权之外的一般人格权。一般认为,一般人格权的范畴很广,它本身是一个动态的、与时俱进的法益体系。学理上通常将一般人格权的内容概括为人格独立、人格自由、人格平等和人格尊严几个方面。《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》(以下简称《精神损害赔偿解释》)第1条关于自然人人格尊严权、人身自由权、隐私和其他人格利益的规定为侵权法对一般人格利益的保护奠定了法律基础。

(2)胎儿的人格利益。自然人的民事权利能力始于出生,胎儿既未出生,当然不具有民事权利能力。然而,生命法益具有与所有权等权利不同的特质。对于所有权,法律设定了明确的产生、变更和消灭的界限,因此所有权在产生之前不可能有受侵害问题。但是,“生命法益系先于法律而存在,系人性之表现与自然创造的一部。任何人对生命法益均享有权利,任何对人类自然成长之妨碍或剥夺,皆构成对生命法益之侵害……健康法益本身既系来自创造,为自然所赋予,则当法律加以规定并赋予一定效果时,自应承认此种自然的效力”。因此,对胎儿人格利益的民法保护,应自母体成功受孕胎儿形成时起。

(3)死者的人格利益。自然人的民事权利能力始于出生,终于死亡。但自从1989年“天津荷花女”案^①以来,有关法律和司法解释上对死者生前人格利益的法律保护问题已经多有涉及。学术界虽然对自然人死亡后能否继续享有人身权存在争议,但诸多学说在法律政策上都一致认为对于死者的某些人格利益,必须予以保护。《精神损害赔偿解释》第3条正是基于这一

^① 《陈秀琴诉魏锡林、〈今晚报〉社侵害已故女儿名誉权纠纷案》,参见最高人民法院中国应用法学研究所编《人民法院案例选编》(第3辑),人民法院出版社1993年版,第97页。

考虑,要求各级人民法院对死者的姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私、遗体、遗骨和其他相关的人格利益进行保护。

三、侵权法不保护的范围

(一) 非法权益不受侵权法保护

侵权法保护的权益必须具有合法性,没有被法律认可的“民事权益”,不能受到侵权法保护。虽然侵权法保护的对象具有极大的开放性,但不允许当事人和法官任意创设民事权利,例如悼念权、亲吻权等道德性权利。^①究竟哪些道德权利应该而且能够转化为法定权利则是一个漫长的价值选择过程,与实践的发展要求是分不开的。就我国目前的情况而言,有的道德权利已经被既有法定权利所包容,因此该类道德权利便没有转化成法定权利的必要性;有的道德权利因不具有公开性和对抗第三人的效力,因而不具有转化为侵权法所保护的权利的可能性,因为“私人间追究责任势须从‘期待可能性’着眼,只有对加害于人的结果有预见可能者要求其防免,而对未防免者课以责任,才有意义”^②。法定权利的存在虽以道德、利益、义务等各种观念为基础,但并非所有得到称许的道德方面的要求都能被认定为法定权利,并非每种利益都得到法定权利的保护,也并非每一义务都有特定的法定权利与其相对应。

(二) 没有被民事法律具体化的宪法权利不受侵权法保护

宪法规定的人身自由权、人格尊严权和相应的财产权利是公民享有的最基本人权,这些母法上享有的人权只有在民事子法中得到具体化,才有具体保障的现实性和强制保护的可能性,这时的民事救济才有实质的现实意义,否则这种宣示性的人权缺乏相应保护措施和途径,只能起到水中望月的效果。同时,法律的不明确性使得法官裁判时无从下手,缺乏裁决的客观标准和操作尺度,这样的救济和保护还有什么意义呢?

(三) 行政侵权责任不受侵权法保护

行政侵权责任是指行政主体及其公务人员在行政职权或履行职责的过

① 所谓道德权利,又称“天赋人权”,是指人生而就具有的权利。同时也是每个人在作为人的意义上都享有的某些权利。这些权利与生俱来、不可转让、不可剥夺,其根据是所谓自然法,诸如“悼念权”“亲吻权”等皆属于此类权利。参见江平、王家福主编《民法学大辞书》,南京大学出版社1998年版,第1004页。

② 苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第304页。

程中,行为违法(包括部分行为不当)侵犯行政相对人的合法权益而依法应承担的法律责任。国家赔偿责任是行政侵权责任中最主要的责任。学界和实务界通说认为国家赔偿责任是公法违法责任,国家赔偿与民事赔偿的本质区别在于它是基于公权力的行使而产生的赔偿责任。国家赔偿法非属于民法,实属国家法。二者的区别在于:①归责原则不同。国家赔偿法采用的“违法原则”而非民事赔偿的“过错原则”。②赔偿的范围不同。国家赔偿法采用的是国家“法定原则”,即法律具体规定了哪些侵权行为属于国家应赔偿的,没有规定的则不适用国家赔偿法由国家承担责任。非采用“有损害即应赔偿”的民法原则。③赔偿水平不同。国家赔偿法确定了“赔偿应与国家财力和人民平均生活水平相适应”的原则。目前,我国赔偿水平以维持受害人生存与生活之必需为限,并规定了法定标准。而非采用民法的“赔偿与损失相当”的原则。此外,时效制度也有所不同。

(四)不保护违约责任和缔约过失责任

违约责任和缔约过失责任均是当事人基于合同履行或订立合同而产生的法律责任。这些内容应由合同法来调整,属于典型的债权范畴。因其不具有绝对权性质,故不在侵权法调整之列。

第二节 《侵权责任法》第2条的得与失

我国《侵权责任法》在立法指导思想上体现了“大陆法系为体,英美法系为用”的精神,在借鉴国外侵权法立法经验的基础之上,适当融合了两大法系的立法优势,形成了比较适合中国国情的侵权责任规则。^①我国《侵权责任法》第二条采用一般条款与全面列举相结合的方法把侵权法保护的调整对象一览无遗,这种具有中国特色的立法方式应当倍加肯定和赞扬。

一、成功经验

(一)体例和结构创新

我国《侵权责任法》第2条的规定既不同于大陆法系国家采用的一般化立法模式,也不同于英美法系国家采用的类型化立法模式,甚至超过了素有

^① 杨立新:《我国侵权责任法草案对国外立法经验的借鉴》,《中国法学》2009年第5期,第128页。

大陆法系和英美法系侵权法完美结合经典之称的《埃塞俄比亚民法典》第2027条。这种“概括加列举”方式解决了所有的侵权责任问题,这是中国独创,也是中国对世界侵权立法史做出的重要贡献。正如台湾地区著名学者曾世雄先生指出的,“大陆法系侵权行为法的精髓就在于一般条款。只要侵权行为法的一般条款写好了,那么这个侵权行为法就有了灵魂了”。《法国民法典》第1382条和《德国民法典》第823条概括的是一般侵权行为,《埃塞俄比亚民法典》第2027条概括的是全部侵权行为,《美国侵权法重述》把侵权行为具体分成13类,而英国侵权法则把侵权行为分为8大类。除了我国《侵权责任法》外,世界上没有一部侵权法把所有侵权责任囊括其中。

(二) 内容创新

目前在整个世界的侵权法中,各国法律主要规定了什么是侵权行为或者侵权行为的类型,所承担的责任主要是损害赔偿。而我国侵权法已经超越传统损害赔偿的范围,把没有造成损害或者即将造成损害的行为,纳入侵权法加以救济。我国侵权法使用的“侵害民事权益”远远大于“损害民事权益”的范围,与该法第15条规定的承担侵权责任的方式“停止侵害、排除妨碍、消除危险、赔礼道歉”一脉相承,前呼后应,极大丰富了侵害行为的状态和救济力度。

(三) 鲜明的开放性

著名学者杨立新教授曾经主张侵权行为要类型化,并初步归纳为270余种;同时据他统计,截至2009年^①如果再加上最高人民法院有关侵权责任的司法解释的话,我国法律法规关于侵权责任的规定就不计其数。如此庞杂的问题,渴望一部侵权法加以全面列举几乎是件不可能的事情。此外,随着现代文明的发展和社会的进步,需要保护的权利和利益日益凸显,我国侵权法适时地使用“等权益”兜底性的立法技巧,为今后留下可发展的余地和补充空间,体现了立法者难能可贵的开放精神和包容心态。

二、疏漏之处

在侵权责任法起草讨论时,杨立新教授在充分肯定立法成就的同时,也清楚地注意到专家们担心这种规定的弊端有可能在以下两个方面特别明显:“一是这个一般条款太大,可能会被法官滥用;二是对于‘权益’中的利益

^① 杨立新:《从〈民法通则〉到〈侵权责任法〉》,《国际商报》2009年12月8日。