



侵权责任法律制度 比较研究

主编 游劝荣

人民法院出版社



侵权责任法律制度 比较研究

主编 游劝荣

顾问单位：中国法学会

主办单位：福建省文化经济交流中心
厦门大学法学院
福建省律师协会
福建社会科学院法学所
台湾华冈法学基金会
福建师范大学法学院

福建省涉台法律研究中心
福建省法学会
福建江夏学院法学院
中国文化大学法学院
香港律师会
福州大学法学院

协办单位：福耀玻璃工业集团股份有限公司

媒体支持：中国经济导报社

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

侵权责任法律制度比较研究/游劝荣主编. —北京:人民法院出版社, 2010. 7

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0108 - 9

I. ①侵… II. ①游… III. ①侵权行为 - 民法 - 对比研究 - 中国、外国 - 文集
IV. ①D923. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 117549 号

侵权责任法律制度比较研究

主编 游劝荣

责任编辑 胡玉莹

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550565 (责任编辑) 67550516 (出版部)
67550558 67550559 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 610 千字

印 张 26.875

版 次 2010 年 7 月第 1 版 2010 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0108 - 9

定 价 67.50 元

版权所有 侵权必究

编委会名单

顾问 游德馨 袁锦贵 王建双
宋峻

编委会委员 (按姓氏笔画为序)

元义成 庄仲希 邹雄
屈广清 林旭霞 洪波
张琦 徐平 徐崇利
游劝荣

主编 游劝荣

副主编 (按姓氏笔画为序)

刘翥兰 张莉 陈明添
陈荣文 陈超平 宋跃岚
林丛 黄辉

编辑 黄勤文 王晓杰 郑凌燕
郑清贤 陈新雨

一年一度的海峡法学论坛在海峡西岸福州西湖之畔如约举行。本届论坛以“侵权责任法律制度比较研究”为主题，两岸四地众多物权法学界知名专家学者、实务界的人士、业界精英的踊跃参与，使论坛具有更高的学术品位和权威性。从2003年第一届论坛起，海峡法学论坛走过了七个寒暑，成功地举办了七届年会。回顾往昔，海峡法学论坛已经成功达成其最初的目的：凝聚两岸四地法学的精华，反映两岸法学的学术成就，以期把握两岸法学理论发展的时代脉搏。

从2008年开始，两岸关系发生了历史性巨变，化隔绝为三通，化敌对为亲情，化冷战为交流，化对立为融合。胡锦涛总书记提出的十六字纲领：“建立互信，搁置争议，求同存异，共创双赢”，奠定了两岸关系和平发展的基础。2008年底，胡锦涛总书记在纪念《告台湾同胞书》发表30周年座谈会上的讲话中，进一步确定了两岸关系和平发展的主题。2009年5月，他在会见中国国民党主席吴伯雄先生时意蕴深长地说：“欲穷千里目，更上一层楼。”并深刻地阐述了推动两岸关系和平发展的大方针、大政策：“推动两岸关系在新的起点上向前发展，需要我们站在全民族发展的高度，审视世界发展潮流，看清两岸关系发展趋势，牢牢把握两岸关系和平发展的主题，坚持正确方向，拓宽前进道路，不断开创两岸关系和平发展的新局面。”应当说，台海两岸的关系已经进入大交流、大合作、大发展的历史新时期。

就两岸关系而言，海峡西岸经济区在全国区域经济发展格局中处于特别重要的位置，福建与台湾有着密切的“五缘”关系，肩负着发展两

岸关系、做好“寄希望于台湾人民”工作的先锋重任。福建有必要、也有条件在两岸交流合作方面先走一步，打开新局面，创造新辉煌。国务院于2009年5月出台的《关于支持福建省加快建设海峡西岸经济区的若干意见》强调，要发挥福建独特的对台优势，努力构筑两岸交流合作的前沿平台。同时，明确赋予海西一系列对台先行先试的政策。这标志着海峡西岸经济区的战略从福建省的地方战略上升为国家战略，海峡西岸经济区建设必将在更高起点、更高标准、更高水平、更高层次上加快向前推进。加快建设一个法治海西，营造两岸“共同家园”，离不开两岸法学界、法律界的参与，也离不开像海峡法学论坛这样的交流平台，海峡法学论坛将有更大的作为空间，有更多的发展机会。

本届论坛成果丰硕。作为本届论坛学术成果的总结，这本论文集收录了本届论坛的部分优秀论文，主要围绕侵权法律制度与公民权益保护、侵权法律制度与环境保护、侵权赔偿规则研究、台港澳侵权责任立法研究与借鉴等议题。这些论文，一方面有关于侵权责任法基础理论方面的研究，如人身损害赔偿、惩罚性赔偿、精神损害赔偿、产品侵权责任、专利间接侵权等；另一方面，又有对于《中华人民共和国侵权责任法（草案）》（二次审议稿）条文修改的探讨，如对责任方式、产品责任、机动车交通事故责任、医疗损害责任、动物致人损害责任等条款提出了具体的修改意见，为我国侵权责任立法提供有益的参考。

《侵权责任法律制度比较研究》一书付梓出版之际，谨代表中国法学会，对论坛的各主办单位、所有作者以及编辑人员表示衷心的感谢。同时，我们也相信有两岸四地法学界、法律界的共同努力和积极参与，有社会各界的积极关注和热心投入，海峡法学论坛一定会越办越好，影响越来越大，为推动两岸四地法学界、法律界交流合作，为推进海峡西岸经济区的繁荣发展，为构建两岸关系发展的前沿平台做出积极的贡献。

中国法学会副会长 周成奎

2009年8月

目 录

我国侵权责任法草案对国外侵权法立法经验的成功借鉴	杨立新(1)
意大利的“生物学上之损害”及其对中国侵权行为法的启示	张礼洪(13)
海峡两岸侵权责任法律制度若干问题之比较	宋锡祥(24)
2008 年侵权责任法草案产品责任惩罚性赔偿规定之研究	
——比较法的观察与修正的建议	詹森林(36)
美国侵权诉讼之惩罚性损害赔偿	
——以烟害诉讼案件为例	姚思远(54)
略论我国侵权责任法引入惩罚性赔偿制度的必要性	闫卫军(66)
侵权责任法草案中惩罚性赔偿制度研究	徐 华(70)
惩罚性赔偿在侵权责任法中的适用	詹云燕(74)
浅谈在我国侵权法中设立惩罚性赔偿制度	陈丹艳(80)
证券市场信息不实之侵权责任	刘连煜(84)
浅论澳门商法中控权股东的责任	刘耀强(103)
抵押权涂销登记之侵害及保护	郑冠宇(112)
美国判例法下注册会计师对第三人的过失审计侵权责任	陈荣文(120)
产品侵权责任抗辩事由浅析	何曜琛 蔡立群(133)
澳大利亚审计师对第三人侵权责任研究	黄 征(151)
论物业管理公司的安全保障义务	王晓杰(158)
完善我国产品责任立法的若干思考	杨陈翔 郭晟(161)
预期违约制度比较研究	陈新雨(165)
人身保险中损失填补原则之适用探讨	周 勤(173)
公司监事民事赔偿责任制度新探	江钦辉 魏树发(178)
论侵害虚拟财产权的侵权责任构成要件	林旭霞(183)
虚拟财产的侵权责任及其实现研究	王 兰 陈慰星(190)

浅析网络侵权中网络服务提供者的责任	景亚南(195)
英国网络服务商在网络诽谤中的责任研究	郑仁荣(200)
关于医疗损害责任的几点意见	刘士国(206)
论医疗损害替代责任及其规则体系	杨彪(213)
试述医疗侵权的举证责任	陈崇锋(224)
医疗损害赔偿若干问题研究	刘诚(228)
我国精神损害赔偿立法之困境与突围	张云(233)
中国四区域侵犯著作权法律责任制度比较分析	杨德明(237)
专利间接侵害之探讨	李书孝 柯一嘉(249)
对知识产权侵权损害赔偿不适用无过错归责原则的理论探析	刘宁(257)
知识产权侵权归责适用的思考	林少东(263)
论环境侵权中因果关系的认定	邹雄(269)
气象预报侵权责任探析	朱泉膺 黄臻(281)
流浪犬只的侵权责任研究	官本仁(288)
动物致害责任归责原则比较研究	郑清贤(291)
简论大规模侵权责任的构成要件	张冬梅(295)
侵权损害赔偿社会化研究	郭碧娥(298)
侵权法律制度与公民权益保护	陈胜(303)
论现代侵权法中侵权、侵害与损害关系	贾丽萍(313)
论民事排除责任	刘清生(316)
侵权行为补充责任的法律性质分析	蔡军龙(325)
试论过失相抵原则在无过错责任中的适用	郑凌燕(329)
浅论产品制造者与销售者之跟踪观察义务	谢永志(332)
台湾侵权法“一般危险责任”条款借鉴浅析	彭思彬(344)
论安全保障义务法律规制的完善	余伟京(348)
第三人介入时安全保障义务人责任类型化之探索	杨垠红(356)
受教育权的权利属性及受侵害时民法保护	吴传凯(360)
职场性骚扰的雇主责任形态探究	曹艳春 刘秀芬(365)
胎儿的准人格地位及其人格利益保护	张莉(372)
好意同乘的性质浅析	吴国平(380)

车辆碰撞的民事责任

- 以澳门民法典之规定为中心 艾林芝(386)
- 互有过失船舶碰撞导致船员人身伤亡责任竞合问题研究 黄丽红(397)
- 两岸直航中的侵权纠纷与法律选择 程 蕊(401)
- 机动车交通事故损害赔偿主体责任刍议
- 《中华人民共和国侵权责任法(草案)》第6章之意见 陈业业(405)
- 海峡两岸互涉交通事故人身损害赔偿法律问题研究 林守霖(410)
- 在2009年“海峡法学论坛”闭幕式上的发言 游劝荣(418)
- 后记 (421)

我国侵权责任法草案对国外侵权法立法经验的成功借鉴

杨立新

●中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员、博士生导师

《中华人民共和国侵权责任法草案（二次审议稿）》（以下简称侵权责任法草案）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，^①成功地借鉴了大陆法系和英美法系侵权法的立法经验，并且适当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，形成了很多好的侵权责任法律规则。本文对此进行探讨，认为侵权责任法草案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、侵权责任法草案在立法形式上对大陆法系和英美法系侵权法的借鉴

侵权责任法草案在立法形式上，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，侵权责任法草案是成文法，这是保持大陆法系侵权法的传统。它用了88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。《埃塞俄比亚民法典》侵权法有135个条文，其他国家的侵权法一般都是三十几个、四十几个条文，甚至是十几个条文，原来的《法国民法典》侵权法才有5个条文。相比之下，侵权责任法草案是篇幅、容量都很大的成文法侵权法。

其次，侵权责任法草案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。在大陆法系民法典当中，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，^②与合同之债、代理权之授与之债、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。而在英美法系民法当中，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。因此，侵权法的地位非常显耀。我国侵权责任法草案借鉴了英美侵权

^① 我把我国侵权责任法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。

^② 台湾地区“民法”第二编“债”第一章“通则”第一节“债之发生”的第五款“侵权行为”的规定。

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,侵权责任法草案保持了《民法通则》的传统。实际上,在确定侵权责任法在民法中的相对独立地位这一点上,并不是从侵权责任法草案开始的。《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、民事法律行为等之后,单独规定一章“民事权利”,最后专章规定“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,^①经过实践证明是成功的。

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,并且应当借鉴英美侵权法的立法形式,对侵权责任法要先作为单独立法形式通过,在编纂民法典的时候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,使侵权责任法草案别具一格。在这一点上,侵权责任法草案完全是借鉴英美侵权法立法形式的优势,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。^②其意义在于最大限度地扩展侵权责任的容量,使其具有更大的发挥法律调整作用的空间,作为民事权利的保护法,能够更好地保护民事主体的合法民事权益,制裁民事违法,保护民事主体的行为自由。

二、侵权责任法草案在立法模式上对大陆法系和英美法系侵权法的借鉴

侵权责任法草案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上也是成功的,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,以便借鉴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;或者概括全部侵权行为,例如《埃塞俄比亚民法典》第2027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

^① 魏振瀛等:《民事责任之立法模式》,载《北大法律信息网》, <http://www.dyjlawyer.com/news/2007-7-19/2007719212227-1.htm>.

^② 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。

法律适用的创造性。

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,特殊侵权行为则另作具体规定,在习惯上把它叫做小的一般条款。第二种是埃塞俄比亚式的一般条款,《埃塞俄比亚民法典》第2027条尽管也是在债法中规定的,但是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,再对每一个具体的侵权行为作出具体规定。^①《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做大的一般条款,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。在英美侵权法中,对侵权行为的规定都是类型化的规定,没有抽象规定,更没有一般化的规定。《美国侵权法重述》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。^②英国侵权法分为8类侵权行为: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。^③这些都是对侵权行为类型进行具体规定,立法模式是完全的类型化,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。^④《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草案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,要融合英美法系侵权法的类型化内容,仅在小的侵权行为一般条款的立法模式下,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

① 《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 刘兴善译:《美国法律整编·侵权行为法》,台湾地区司法周刊杂志社1986年版。

③ 克雷斯蒂安·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 杨立新主编:《中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明》,法律出版社2007年版,第5页。

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为一般条款,规定一个能够概括全部侵权行为的侵权行为为一般条款,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,我国侵权责任法草案实行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为一般条款。有了这样的一个侵权行为为一般条款,才能够在侵权行为为一般条款的规制下,实现侵权行为为类型化。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。^①

(三) 侵权责任法草案规定侵权行为为一般条款的做法值得肯定

侵权责任法草案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为一般条款的模式,为实现侵权行为类型化奠定了基础,仅仅是在类型化方面做得还不够而已。

1. 侵权责任法草案第2条规定的是大的侵权行为为一般条款

侵权责任法草案的哪一条规定是侵权行为为一般条款,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7条才是侵权行为为一般条款。我持相反态度,认为第2条规定的就是侵权行为为一般条款,并且是大的一般条款。对此作出正确理解的基础,就在于正确理解侵权责任法草案第2条与第7条、第8条以及第17条的关系上。

大陆法系侵权法规定侵权行为为一般条款多采用小的一般条款,也就是对过错责任的一般性规定。侵权责任法草案第7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。如果侵权责任法草案没有其他更加概括性的规定,将这个条文作为侵权行为为一般条款,概括的仍然是一般侵权行为,是完全没有问题的。另外,在第7条第1款的规定以后,继续规定了过错推定责任,第8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,侵权责任法草案第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规定全部侵权行为的具有最高程度的概括性条款,相当于甚至超过《埃塞俄比亚民法典》第2027条那种大的侵权行为为一般条款的概括范围。之所以说“超过”,是因为《埃塞俄比亚民法典》第2027条规定的仅仅是承担赔偿责任的侵权行为为一般条款,并没有概括侵权责任法草案第17条规定的除了损害赔偿之外的其他7种责任方式。对此,我的理解和大多数学者的理解都不太一样。我认为,第2条是

^① 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。

非常好的规定，它就是我国侵权责任法草案的侵权行为一般条款。

侵权责任法草案第2条确实是确定侵权责任的一般规则。侵害民事权益应该承担侵权责任，就把所有的侵害民事权利和依法保护的利益的行为都认定为侵权行为，就把全部侵权行为都概括到这个条文里面来了。首先，它包括全部的承担损害赔偿责任的侵权行为，因为我国侵权责任法与其他国家侵权法都不一样，其他国家的侵权法都是侵权损害赔偿法，规定侵权责任就是损害赔偿责任，因此侵权产生的责任才是债，才在债法中规定侵权法，侵权法所规定的基本救济方法就是损害赔偿，诸如停止侵害、排除妨碍、恢复原状等、赔礼道歉、恢复名誉等民事责任方式都是物权保护请求权或者人格权保护请求权的内容。其次，侵权责任法草案把损害赔偿以及其他应当由物权法、人格权法等法律规定的物权请求权、人格权请求权，全部都规定在侵权责任法草案第17条中，都是侵权责任方式，体现的完全是《民法通则》第134条的立法传统。因此，把第2条和第17条结合起来就会看到，在第2条规定中，包含的不仅仅是应当承担损害赔偿责任的侵权行为，还包括承担其他民事责任方式的侵权行为，是所有的侵权行为。

2. 侵权责任法草案第7条和第8条规定的是侵权损害赔偿责任的归责原则

按照这样的考虑，侵权责任法草案第7条和第8条仅仅是规定侵权损害赔偿责任方式的归责原则。通常说，过错责任原则等归责原则是侵权责任的归责原则，^①但事实并不如此，侵权归责原则仅仅是侵权损害赔偿责任的归责原则。^②法官在民事审判实践中确定侵权责任，主要是在确定损害赔偿责任，并且在确定损害赔偿责任时才考虑加害人是否有过错或者在法律有特别规定情况下不论有无过错。讲过错责任，坚持加害人有过错才承担责任，其实是在确定侵权人要不要承担损害赔偿责任，确定侵权人要承担停止侵害、排除妨害、消除影响、恢复名誉等侵权责任方式根本无须考察行为人是否有过错，难道侵占了别人的物，侵占人没有过错就不要返还原物了吗？侵害他人名誉权，没有过错就不用赔礼道歉了吗？所以，侵权法的归责原则所解决的都是损害赔偿责任，归责原则是损害赔偿责任的归责原则，不是全部侵权责任方式的归责原则。侵权责任法草案第17条规定的除了损害赔偿责任之外的其他侵权责任方式，都不是上述归责原则所调整的范围，而是由第2条调整的范围。

3. 必须理顺第2条与第7条、第8条以及第17条之间的逻辑关系

没有理顺侵权责任法草案第2条与第7条、第8条以及第17条之间的逻辑联系，就没有办法厘清侵权责任法草案的基本逻辑关系，也就不能正确认识第2条规定的真实含义。这是理解侵权责任法草案的关键。

我认为，这个逻辑关系是：第2条所规定的侵权行为范围是全部侵权行为，包括第7条和第8条规定的所有的承担损害赔偿责任的侵权行为；也包括第17条规定的除了损害赔偿责任之外的其他侵权责任方式的侵权行为。在第2条规定的侵权行为为一般条款统一调整之下，确定损害赔偿责任的侵权行为适用第7条和第8条规定，

^① 程啸：《侵权行为法总论》，中国人民大学出版社2008年版，第102页。

^② 杨立新：《侵权损害赔偿》第2版，吉林人民出版社1990年版，第113页。

分为过错责任、过错推定责任和无过错责任；不承担损害赔偿责任而只适用其他侵权责任方式的侵权行为，则适用第 17 条。当然，所有的侵权行为都在第 2 条的统一调整之下。按照这样的思路观察，就可以发现，侵权责任法草案第 2 条规定的侵权行为一般条款采纳的是埃塞俄比亚模式，是概括全部侵权行为的一般条款，是大的侵权行为一般条款，它的最大特点就是把全部侵权行为都概括进来。在这样的立法模式下，侵权责任法关于具体侵权行为类型的规定，不管规定得是多是少，是全面还是不全面，都不存在立法不足的缺陷。那就是，侵权责任法已经规定的特殊侵权责任，就按照特殊侵权责任的规定去办；没有规定的，就按照侵权行为一般条款的规定去办，永远不会出现立法不足的问题。

这种逻辑关系可以用下表格表示：

第 2 条侵权行为一般条款的调整范围	第 7 条和第 8 条调整的侵权损害赔偿责任	过错责任原则（第 7 条第 1 款）	一般侵权责任（包括第四章特殊主体的规定）	
		特殊侵权责任（第五章至第十章）	极少数适用过错责任原则的侵权责任	
			适用过错推定原则的侵权责任	
			适用无过错责任原则的侵权责任	
	其他侵权责任	无需具备损害要件的侵权责任（第 17 条规定的排除妨害、消除危险等）		
		双方当事人均无过错分担的侵权责任（第 22 条）		
		其他应当适用第 2 条的侵权责任		

（四）不完善的侵权行为类型化

侵权责任法草案在规定了侵权行为一般条款之外，又借鉴英美侵权法的类型化立法模式，规定了很多具体的侵权责任类型，特别是规定了很多特殊侵权责任，从第 4 章到第 11 章全部都是在规定侵权责任类型。

尽管草案第 4 章的题目是“关于责任主体的特殊规定”，看起来是关于责任主体的规定，但实际上规定的是过错责任中需要特殊规定的侵权责任，是责任主体特殊的侵权责任。例如，第 31 条规定的是无行为能力人和限制行为能力人造成他人损害的责任，第 32 条规定的是完全行为能力人对自己暂时丧失意识或者控制时造成损害的责任，第 33 条规定用人单位的责任，概括的是法人侵权和雇主责任，第 34 条特别规定了网站的责任，第 35 条规定违反安全保障义务的侵权行为，第 36 条、第 37 条和第 38 条规定了学生伤害事故责任。这些侵权责任基本上都是过错责任，个别的是推定过错责任，这些侵权责任主体特殊，主要是替代责任，实际上是一般侵权行为的部分类型化规定。

从第 5 章开始，分别规定产品责任、机动车交通事故责任、医疗损害责任、环境污染责任、高度危险责任、动物致人损害责任、物件致人损害责任。

可以看到，侵权责任法草案尽管对侵权行为没有实现全部类型化，但类型化的

程度很高,内容非常丰富。侵权责任法草案采用的这种“一般条款+大部分类型化”的立法模式,融汇了大陆法系侵权法和英美法系侵权法的立法模式优势,形成了中国侵权法的鲜明特色。不过,侵权责任法草案确实存在类型化程度不够的问题,应当进行改进,尽可能增加侵权责任类型的规定,例如规定债权侵权责任、定作人指示过失责任以及帮工责任等。^①

三、侵权责任法草案在立法结构上对大陆法系和英美法系的借鉴

从立法结构上观察,大陆法系侵权法的条文并不多,一般有30个条文左右,最少的有5个条文,立法结构都比较简单,通常都是一般性规定,除了特殊侵权行为的规定之外,实际上是一个总则性的规定。从某种意义上说,大陆法系侵权法只有总则没有分则,而英美侵权法都是对侵权行为类型的具体规定,很少有抽象性规定。当然在《美国侵权法重述》和美国统一州法委员会的侵权行为法示范法中,也有关于赔偿、^②责任的分担^③等的一般性规定。因此,英美侵权法更像一个侵权法分则,基本内容属于分则性规定。也可以说,英美侵权法是一个只有分则没有总则的侵权法。

我国侵权责任法草案在结构体例上,对两大法系侵权法的立法结构都有借鉴,采用的是比较新型的方法,大体上为总则、分则的结构,总则采用大陆法系侵权法的一般性规定,分则采用英美侵权法的类型化规定。侵权责任法草案一共有12章,大体上分成两部分:第一部分为第1章到第3章,是侵权法的总则部分,规定了侵权责任的一般规定、责任构成、责任方式以及不承担责任和减轻责任的抗辩事由。从第4章开始属于分则规定,第4章关于责任主体的特殊规定中规定的是一般侵权行为中责任主体特殊的侵权行为类型;第5章到第11章规定的是特殊侵权责任类型,相当于一个不完善的侵权法分则。

草案的这种结构安排,既借鉴了大陆法系侵权法的立法结构,又借鉴了英美侵权法的立法结构,是两大法系侵权法立法结构的综合。侵权责任法通过之后,适用的规则是,一般侵权责任适用总则的规定,分则作出特殊规定的,适用分则的特殊规定;特殊侵权责任适用分则规定,同时适用总则的相应规定。这两个部分结合起来,就构成了侵权责任法的完整体系,用起来也非常明确,很容易掌握。

四、侵权责任法草案在立法内容上对大陆法系和英美法系的借鉴

侵权责任法草案的具体内容比较丰富,既有一般性的规定,也有具体的规定。

^① 《法制日报》开设的“侵权责任法立法疑难问题研究”专栏,参见该报2009年4月1日、8日第12版。

^② 例如《美国侵权法重述·第二次》的第十三编“救济”的规定,见《侵权法重述——纲要》,许传玺等译,法律出版社2006年版,第270页以下。

^③ 《侵权法重述——纲要》,许传玺等译,法律出版社2006年版,第321页以下。

在这些规定中,既有大陆法系侵权法的内容,又有英美法系侵权法的内容,结合得比较协调,具有鲜明特色。我举三个方面事例作出说明。

(一) 对大陆法系多数人之债规则和英美法系侵权责任分担规则的借鉴

关于侵权责任形态问题的研究,大陆法系侵权法是比较忽视的。我在总结侵权责任分担规则时,整理了全部侵权责任承担的不同形式,进行类型化研究,提出了侵权责任形态的自己责任与替代责任、单方责任与双方责任以及单独责任与共同责任三个不同的侵权责任形态体系,构成完整的侵权责任形态系统。^①表现的是侵权责任已经构成,侵权行为类型确定之后,解决的是侵权责任应该由哪些人来承担,是原告承担还是被告承担;原告和被告如果是多数人,他们之间应当如何承担的问题。

在大陆法系债法中,对侵权责任形态只有具体规定,没有抽象性的规定和总结。只有多数人之债有抽象性规定,可以适用于侵权法,例如连带之债、不真正连带之债、补充之债和按份之债等。这些债的形式表现在侵权法中,就是侵权责任形态,共同侵权行为和共同危险行为都要承担连带责任,没有过错联系的共同加害行为应当承担按份责任等。因此,大陆法系侵权法的侵权责任形态的特点是“散装”的,没有对于侵权责任形态做出完整概括,没有进行“打包”研究。在英美侵权法中,有“责任的分担”的抽象规则,对侵权责任的分担做了非常详细的研究,这一部分体现在《侵权法重述·第三次》中,^②统一州法委员会对此也做了专门的整理,使之系统化、科学化。^③大陆法系的多数人之债的规定,与美国法的责任分担规则相比较,美国的做法具有优势,更具有借鉴意义。

例如,产品责任的侵权责任形态是不真正连带责任,对此,大陆法系侵权法都是作具体规定,缺少概括性的规定,在理论上也缺少研究。在美国侵权法的“责任的分担”规定中,将产品责任的侵权责任形态分为两种,一种是风险责任,一种是最终责任。原告向法院起诉时,是起诉生产者还是销售者,由原告自己决定,这时承担的责任就是风险责任。承担风险责任,属于无过错责任,例如原告直接起诉销售者,则不管销售者对缺陷产品的产生是否有过错,只要确定产品有缺陷就应该承担赔偿责任。但是,销售者承担了这个责任以后,如果它对产品缺陷的产生没有过错,就可以向生产者追偿,请求其最终承担侵权责任,产品只要有缺陷,生产者就要承担责任,这时生产者承担的就是最终责任。反之,如果受害人请求的是生产者承担风险责任,在生产者承担了风险责任之后,有权向有过错的销售者请求追偿,由销售者承担最终责任。在连带责任和补充责任中,也都存在这样两个层次的责任,即

① 杨立新:《侵权责任形态研究》,载《中国人民大学报刊复印资料·民商法学》,2004年第2期。

② 美国法学会:《侵权法重述·第三次·责任分担》(条文部分中译本),王竹译,载中国民商法律科学研究中心编:《各国侵权行为法资料汇编》(内部刊物),第182页。

③ 美国统一州法委员会:《统一侵权责任分担法》(中英文对照参考译本),王竹译,中国民商法律网,<http://www.civillaw.com.cn/qqf/weizhang.asp?id=35852>。