

主 编◇王利明 周林彬
执行主编◇陈 斯



On Judicial Applications of the Civil and Commercial Laws:
Experiences and Theories

民商法 司法适用新论： 经验与学



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

On Judicial Applications of the Civil and Commercial Laws:
Experiences and Theories

民商法 司法适用新论： 经验与学术

主 编◇王利明 周林彬

执行主编◇陈 斯



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民商法司法适用新论:经验与学术 / 王利明,周林斌主编.
—北京:法律出版社,2011
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1703 - 7

I. ①民… II. ①王…②周… III. ①民法—法律适
用—中国—文集②商法—法律适用—中国—文集 IV.
①D923.05 - 53②D923.995 - 53

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第003469号

© 法律出版社·中国

责任编辑/潘洪兴

装帧设计/汪奇峰

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

编辑统筹/独立项目策划部
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/787×1092毫米 1/16
版本/2011年2月第1版

印张/19.5 字数/399千
印次/2011年2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

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

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 - 1703 - 7

定价:45.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

主编简介

王利明 男，1960年生，湖北仙桃人，法学博士，中国人民大学副校长兼党委副书记，法学院教授、博士生导师，十一届全国人大法律委员会委员，国务院学位委员会法学学科评议组成员兼召集人、教育部全国高等学校法学学科教学指导委员会副主任委员、中国法学会副会长、中国法学会民法学研究会会长。

周林彬 男，1959年生，湖北宣恩人，法学博士，中山大学法律经济学研究中心主任、法学院民商法研究所所长，法学院教授，博士生导师。中国商法学、经济法学研究会常务理事、广东省社科联常务理事、广东民商法学研究会会长、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员等。

陈 斯 男，1967年生，广东兴宁人，法学博士，东莞市第一人民法院党组书记、院长，广东省法学会诉讼法研究会副会长兼民商法研究会常务理事，东莞市法官协会副会长，东莞市社科联兼职副主席，中山大学，厦门大学、西南政法大学、华中科技大学、暨南大学、汕头大学等多所高校兼职教授。

前言

这本书是东莞市第一人民法院承办的“民商法的司法适用研讨会”暨2010年广东省民商法研究会学术年会论文的汇编,而本书能够顺利出版实在是依赖于本书的两位主编王利明教授和周林彬教授。

认识两位教授很多年了,这么久一直都保持着亦师亦友的关系,除了因为对彼此做人做事的认可而产生的浓厚情谊外,维系这种特殊关系的主要因由其实是基于从事学术研究这一对于学者不可或缺而对于法官又大有裨益的特殊活动。

东莞本来只是一个农业县,就从事学术研究的角度而言,缺少积淀和氛围确实是不言而喻的。但一场由改革开放而导致的巨大变革使得东莞这个曾经远离中心的地方成为世人瞩目的焦点,急剧的城市化和财富的大量积累使得东莞人迅速认识到仅仅埋头苦干并不能解决原来根本没有碰到过的新问题,而改革开放的前沿地带这一特殊的地位使得东莞面对很多问题基本没有先例可循。要解决问题,除了自发的探索,学者的参与也使得从未受过学术熏陶的东莞感受到了知识的力量,其中东莞法院一路走来的足迹尤其地清晰和完整。

实际上,作为一个地方法院,东莞法院真正意义上与学术结盟也只有大概10年的时间,但了解东莞法院发展历史的人都知道,10年时间虽然不长,而且事实上与那些大城市的法院如北京、上海法院相比在总体上仍然有差距,但这个10年确是东莞法院最为辉煌的10年,一如东莞这个城市。

有谁能够想到东莞这个地方在30年前只是农村,今天居然成为世界的工厂,全球80%的电脑配件在这里生产,50%的运动鞋在这里制造,全国近三成的出口家具从这里走向世界,近30年的年均增长率居然达到了惊人的22%。正是因为有了这个背景,东莞法院自然而然地顺应了这个变化和潮流。从提出“培养专家型法官、打造学习型法院”开始至今只有不到10年的时间,东莞法院居然从最初在学术研究和审判调研上的“蛮荒之地”变成了广东法院系统学习调研的先进单位,近年来学术调研成果一直稳居全省法院的前列。而于2009年成立并于原东莞市人民法院的基础上创建的东莞市第一人民法院更在成立1年后即成为最高法院的调研基地,2010年更加破天荒地以基层法院的身份承担了最高法院的重点课题,而中国法学界的多位重量级人物诸如江平、梁慧星、王利明、朱苏力、贺卫方、沈四宝等纷纷到东莞法院讲学,学术与经验的结合使得东莞法院成为司法学术研究和改革创新的摇篮。

如果说东莞是中国改革开放的试水者,那么东莞法院恐怕是开放式进行实务与学术交流的探路人,或者说,在司法审判研究的开放程度上,东莞法院已经走在了全国很多法院的前面。2006年,东莞法院与人大民商法研究中心共同承办了中欧侵权法研讨会,其后又连续举办了两届海峡两岸的司法审判实务研讨会,我国香港、台湾地

区及日本、韩国等众多学者纷纷到东莞法院进行学术交流,一时间,东莞法院俨然成为国际学术交流的平台。

在东莞法院借助学术界的力量打造“学习型法院”,从而走出“文化兴院、学术强院”的道路的同时,我感到有两个人的作用极为关键,他们就是本书的两位主编王利明教授和周林彬教授。一北一南两个著名学府法学界的领军人物一直以来对东莞法院的发展青睐有加,王利明教授在其初创并担任民商法研究中心主任的时候就在官方网站——中国民商法网大力推介东莞法官的学术研究成果,并不遗余力地推动人大法学院与东莞法院的学术联系,而周林彬教授则是东莞确定“培养专家型法官,打造学习型法院”的建院方针后来东莞法院讲学的首位学者。可以说,正是有了这两位学者以及众多学术界前辈的鼎力支持才成就了东莞法院今天在中国司法审判学术研究领域的地位,而本书的产生及出版即是这种紧密联系的见证之一。

在举办过众多学术研讨会后,作为东莞司法系统学术研究的代表——东莞第一人民法院承办了“民商法的司法适用研讨会”暨2010年广东省民商法研究会学术年会。尽管由于种种原因,会议仍有诸多不足之处,但令人欣慰的是,由于与会各方的努力,这次会议收集了一批堪称精品的民商法研究论文,而将这批论文汇编成书并交付出版是这次会议的后续工作之一,其目的是向司法界和学术界展示现今广东民商法学界的最新研究成果,而王利明教授、杨立新教授的加盟无疑使这本书的分量加重了不少。

把一个学术会议开好并不容易,而通过会议总结出有价值的理论成果并交与社会共享更是一件很为辛苦的事情,而作为中国法学界翘楚的中国人民大学民商法研究中心及华南地区法学领域最为重要且最有影响力的中山大学法学院的众多教授包括程啸、孟强、谢晓尧、于海涌、韩光明等为这次会议的成功召开及总结编辑会议成果付出了巨大的辛劳,法律出版社的潘洪兴高级编辑为此书的出版也作出了很大的努力,可以说正是实务界和学术界的共同协作和努力使得一次极为普通的学术会议开出了灿烂的成果,为广东甚至中国的民商法研究作出了贡献,而这点,正是我们的期盼,也是我们的理想。

陈斯于东江之滨
2010年12月8日

序

法治国家的建成和发展,依赖包括学者、法官、检察官、律师等在内的法律共同体之发展和发达。所有的法律共同体应在秉持法治、宪政、民主、权利等基本理念上建立共识,以法律推理和法律论证等技术进行专业而独立的法律作业,从而在实践中实现其共同的价值理念,达到“法治”之目标。这是包括中国在内任何一个力求实现“法治”的国家应该遵循的路径。而实现这一目标,最重要的前提条件便是理论与实践的融合。

问题来自实践,成于思,更重于行。法律科学终究是一门讲求实践精神的学科,再深刻的理论也不可能脱离社会实践而获得,更不可能偏离指导实践的目标。但长期以来,我国法律学界多注重抽象理论而忽视实证调查和实践经验,注重域外经验的引进而忽略本土实践经验的总结和提炼,使得我们在实务中大量“活的法”、“行动中的法”未能形成系统的理论,甚至在某些领域,出现了理论和实务“两张皮”的现象,理论脱离实践,理论界与实务界各说各话。法律本来是一门实践性极强的学科,但是这种现象的出现,导致法学理论未能发挥其应有的指导实践的作用。要改变这种状况,务必要求所有的法律人正视自身的社会责任,将焦点放在反思中国法治进程中所出现的问题,关注社会现实及司法状况,从理论和实践两方面双管齐下,以多部门、多行业的通力合作,共同应对飞速发展的社会中复杂多元的法律问题,才能最终实现以法律保障社会稳定运行的目标,使其真正成为民众权利保障的基石。

2010年8月6日,中国人民大学民商事法律科学研究中心与广东省法学会民商法学研究会共同在东莞举办的“民商法司法适用研讨会”便充分体现了这种理论与实践相结合的理念。本次会议围绕着民商法司法适用问题展开,涉及刚颁行不久的《侵权责任法》的理解和适用、传统的物权和合同理论的适用等多个领域,且所有提交的论文都有一个共同特点,即具有强烈的现实性或实践性。这样的论文因易反映实践问题而更具理论研究意义,故集结成册,以备研究。

是为序。

王利明

2010年11月16日

序

孟德斯鸠在其经典作品《论法的精神》中曾经动容地说道,“在民法慈母般的眼里,每一个个人都是整个国家”。这里的民法应该理解成为一般私法,即民商法。民商法之精神即在于对个人利益之全面维护和保障,是通往自由之路。这应该是每一个民商法学者的根本价值观念。

以广东为代表的岭南地区自近代以来即处于中西文化交流和碰撞的前沿。从法律文化的角度来看,清末时期以广州为主要发生地的法外治权问题,使中华文明真正地接触到了西方的法律制度和价值观念,尽管这其中充满了主权和民族独立的沉重情感。在与西人西制频繁接触的背景下,开始形成了独特的岭南文化和经济社会发展特点,即民间社会和商业精神的发达;同时,法治也有着与经济、社会和文化发展相应的发展:一方面是走向共和与法治的强烈社会欲望,另一方面则是经济交易法律规则的相对发达。这样的一种路径可以说一直延续到了现在,尽管历史辗转曲折,但是一些深层的社会因素总是能够以某种方式得以传承。改革开放以来,岭南地区经济的快速发展,正是由于小政府大社会模式释放出了巨大的社会能量。私法规范的最终渊源乃在于社会演化之中,其非属发明,而是一个发现的过程。如何从曲折的社会变迁和繁荣的生活实践中寻找私法规范,这应该是法律人的共同使命。

秉承信念,2008年广东省法学会决定成立民商法学研究会,以加强岭南私法研究和司法实践的发展。2008年3月10日由广东省法学会主办、中山大学法学院及广东省高级人民法院民一庭承办的广东省法学会民商法学研究会成立大会暨第一次学术研讨会召开。自此,岭南地区,包括学者、法官、检察官、律师以及其他司法工作者等,所有的民商法法律人建立起一个广泛而深度的私法研究和实践交流平台。2009年11月28日,在广东省律师协会的大力参与和协助下,华南理工大学法学院承办了广东省法学会民商法研究会2009学术年会,该次研究会上来自广东省各高校法学院的法学教授代表与来自广东省高级人民法院、广东省检察院、深圳市中级人民法院、珠海市中级人民法院、东莞市中级人民法院的法官、检察官代表及各地市的资深律师代表针对正在制定中的侵权责任法进行了深入的专题研讨。今年的学术年会,则联合了中国人民大学民商事法律科学研究中心共同召开了民商法司法适用研讨会。此次研讨会由东莞市第一人民法院承办,于2010年8月6日在东莞举行,此次研讨会除了来自岭南地区的理论界和实务界的代表外,更有如王利明、杨立新等来自中国人民大学、清华大学、北京航空航天大学等高校的著名法学学者的参与,使得研讨会的层次和影响范围得到了极大的提升。

广东省民商法学研究会自成立之初即注重理论界与实务界之间的良好沟通,每年将年会的优秀研究论文结集出版,着力建设理性的法律人共同体。在东莞市第一

2 民商法司法适用新论:经验与学术

人民法院的大力支持下,本次年会的研究成果《民商法司法适用新论:经验与学术》与大家见面了,这是岭南私法研究状况的一次展示,更是对法律共同体发展的一种推动。

爰缀数语,以为说明。

周林彬

2010年11月8日

目 录

前言 / 1

王利明 序 / 1

周林彬 序 / 1

《侵权责任法》的理解与适用

论高度危险责任一般条款的适用 王利明 / 3

建筑物、构筑物或其他设施倒塌损害责任的法理基础 杨立新 / 21

21 世纪侵权责任法的发展趋势 马栩生 / 31

论法官在处理侵权案件中的能动性 李 莉 / 38

假设因果关系与损害赔偿 廖焕国 / 47

损害赔偿侵权责任方式: 制度缘起与实践启示

——兼评《侵权责任法》的相关条文 杨 彪 / 57

《侵权责任法》中多数人侵权责任的规范目的与体系之建构 程 啸 / 77

公开权侵权责任制度研究 张民安 / 95

我国动物致害责任的解释论 周友军 / 100

《侵权责任法》第 52 条的理解与适用 翟 墨 / 109

论精神损害赔偿制度的适用与完善 肖少启 / 115

物权与合同

论实质审查与登记机关谨慎义务的边界

——以《房屋登记办法》为中心 于海涌 / 125

论信托财产的公示 孟 强 / 129

论不动产善意受让的规范基础及制度构成

——以《物权法》第 106 条的理解与适用为中心 侯 巍 / 136

对善意取得制度中善意的认定 王荣珍 / 147

论房贷新政对合同履行的影响

——兼论违约金的调整 钟明霞 / 154

论房屋租赁备案登记的困境及完善

——以广州市为视角 蔡镇顺 张志平 / 160

非金融机构企业之间借款合同的效力 龙著华 / 167

车辆保管合同的若干问题探析

——以消费场所提供停车服务为视角 肖 桦 / 176

商 事

论商事自治规范的司法适用 周林彬 董淳铎 / 185

“竞争关系”的逻辑与经验 谢晓尧 / 202

论商事判断准则的扩展适用及我国的应用 官欣荣 / 215

论高管“问题薪酬”的司法审查标准 朱羿锟 / 226

公司利润分配中的自治原则与司法干预 蔡元庆 周 游 / 234

浅谈台商隐名投资权益的保护 香玉芳 / 241

论特许经营中加盟店对外民事责任的独立性及扩张 邹国雄 / 247

其 他

家事审判专职化、专业化和专门化初探

——从离婚审判的视角出发 胡志超 / 259

离婚协议及法院调解书约定赠与他人财产的司法争议及解决 刘雁兵 / 269

浅析我国涉外离婚案件的管辖权 封敏清 / 275

劳动者的选择权及其合理限制

——析《劳动合同法》第48条之适用 彭书红 / 279

论民事诉讼中诉讼标的与诉讼请求之关系

——兼论法官对诉讼请求变更及诉讼标的释明权之行使 程春华 / 286

浅议我国人权保护中的食品安全法律适用问题 蔡淑琴 / 294

《侵权责任法》的理解与适用

论高度危险责任一般条款的适用

王利明*

所谓一般条款(*clausula generalis*),是指在成文法中居于重要地位的,能够概括法律关系共通属性的,具有普遍指导意义的条款。^①《侵权责任法》第69条规定:“从事高度危险作业造成他人损害的,应当承担侵权责任。”学者普遍认为,该条属于高度危险责任的一般条款,该一般条款的设立是侵权责任法的重要创新,是立法者面对现代风险社会可能出现的各种新的、不可预测同时会造成极大损害的风险而采取的重要举措。在比较法上,尚无危险责任一般条款实定法化的先例可循。尤其是,因该条款的高度抽象性、概括性和开放性而增加了其准确适用的难度。如果没有对该一般条款的适用范围作出界定,就可能会致使法官在适用该条款时自由裁量权过大,从而导致侵权责任的过于泛滥,极大地限制了人们的创新和探索活动。因此,有必要在理论上对该一般条款及其适用范围作进一步解释。

一、从高度危险责任一般条款的功能观察其适用范围

高度危险责任一般条款是现代侵权法发展的产物。正如德国社会法学家乌尔里希·贝克教授(Ulrich Beck)所言,现代社会是一个“风险社会”,风险无处不在,且难以预测,产生的损害也往往非常巨大。文明和危险如孪生兄弟,高度危险是现代科技发展的必然产物。例如核能给我们的社会带来了巨大的变化,促使了文明的发展,但其给人类带来的风险也是极其巨大的,“切尔诺贝利”的悲剧使人记忆犹新;各种高速运输工具技术发展迅速,飞机速度的不断提升,高速磁悬浮列车的迅猛发展,在与人便利的同时也会带来产生巨大损害的可能性;生化实验可能会带来细菌的传播蔓延;遗传基因工程也可能会带来基因变异等诸多问题。在这个意义上,恰如前述贝克教授所言,我们都是生活在“文明的火山”上,“文明的火山”一旦喷发,往往损害者众多,损害程度巨大。正如弗莱明指出,“今天工业的种种经营、交通方式及其他美其名曰现代生活方式的活动,逼人付出生命、肉体及资产的代价,已经达到骇人的程度。意外引起的经济损失不断消耗社会的人力和物资,而且有增无减。民事侵权法在规范这些损失的调节及其费用的最终分配的工作上占有重要的地位。”^②因此,法律必须对此状况作出回应,高度危险责任作为独立的侵权责任类型就是回应的方式之一。无论是特别法还是特别条款,都无法及时回应新的危险类型,并为法官裁判提供全面、充分的裁判依据,如果危险责任条款可以类推适用于特别立法所未规定的情形之上,可能会赋予法

* 王利明,中国人民大学法学院教授、中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。

① 参见张新宝:“侵权责任法的一般条款”,载《法学研究》2001年第4期。

② John G. Fleming:《民事侵权法概论》,何美欢译,香港中文大学出版社1992年版,第1页。

官过大的自由裁量权,从而导致危险责任过分泛滥的结果。所以克茨(Kötz)认为,存在一个欧洲共同的现象,即在严格责任范围内,立法者通常“逃遁入特别条款之中”(Flucht in den Spezialklauseln),而经常是法官面临裁判依据缺失的难题。^①

在此种背景之下,侵权法学者持续地探讨设立危险责任一般条款的可能性。“二战”之后,德国法学界对危险责任是否应当采取一般条款的形式争论巨大。一些德国学者,例如鲁梅林(Rümelin)等人认为危险责任应采取一种列举原则(Enumerationprinzip),即由立法者通过特别法明确规定危险责任的适用范围。同时明确此时类推适用原则上不被允许。^② 在他们看来,列举原则具有正当化理由:第一,法安全性的强烈需求,相关人知道严格的责任的危险并能够采取预防措施;第二,“危险”的标准极其模糊和不确定。^③ 而克茨、克尔默尔(Caemmerer)为代表的学者则认为现行的列举原则存在许多缺陷,而应采取更为一般条款化的规定方式。在他们看来,危险责任的现行规定模式会导致处理起源于新科技发展的事故时迟延的、不协调和复杂的体系,从而无法及时应对科技发展所带来的各种巨大风险,现行规定也没有做到合理化的同等情况同等对待。^④ 同时,针对德国现行的法律实践对危险责任规范的类推所持有的保留态度,建议明确强调通过类推适用或整体类推的方式解决现行法实践的上述缺陷。^⑤ 1967年《损害赔偿规定之修改和补充的参事官草案》(Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadenersatzrechtlicher Vorschriften),试图在一般条款和列举规定之间作出平衡,列举了危险责任的一些类型,大致包含高压设备责任类型、危险物设备责任类型和危险物占有责任类型。^⑥ 1980年《债法修改鉴定意见》第二卷[Gutachten und Vorschläge zur (a) bearbeitung des Schuldrechts, Band. 2]之中,克茨教授增加了危险责任的一般条款,第835条和第835A条,前者规定了交通工具持有人的危险责任,后者规定了危险物持有人的责任。^⑦ 但迄今为止,这些建议仍然停留在理论学说阶段,未被立法所采纳。

在其他国家,关于这个问题,也开始了学说理论的探讨。例如,在法国法中,法院通过第1384条第1款发展出无生物责任。有学者认为,该条款已经类似于危险责任的一般条款。^⑧ 在英国法中,Rylands v. Fletcher中所确立的规则本可以发展成为“特别危险源”的法官法一般条款,但这并未实现,而在美国法中却存在这样一种倾向,即

① Kötz - Wagner, Deliktsrecht, 10. Aufl., Luchterhand, 2006, S. 199.

② Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, 2. Halbband, 13. Aufl., Beck, München, 1994, S. 601.

③ Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, 2. Halbband, 13. Aufl., Beck, München, 1994, S. 602.

④ Markesinis/Unberath, The German Law of Torts: A Comparative Treatise, 4. ed., Hart Publishing, 2002, p. 723.

⑤ Koziol, Umfassende Gefährdungshaftung durch Analogie? in: Festschrift für Wilburg, 1975, S. 185f.

⑥ 邱聪智:《民法研究》(一),第107页以下,具体条文见该书第119页。

⑦ 李昊:《交往安全义务论》,北京大学出版社2008年版,第74页。

⑧ Kötz - Wagner, Deliktsrecht, 10. Aufl., Luchterhand, 2006, S. 198.

法院已逐步地将该规则发展为类似于一般条款的趋势,并适用于高度危险责任。^①当然,即便是在过错责任(主要是过失责任)占主导地位的英国侵权法上,皮尔逊委员会(Pearson Commission)等也积极呼吁扩大严格责任的适用范围。^②1994年的Cambridge Water Co. v. Eastern Countries Leather Plc. 也涉及这个问题的讨论,但本案的审理法官Goff明确认为,基于立法权和司法权的职能划分,危险责任应当由立法者予以发展,而不适合于由司法者承担此种职能。^③除此以外,也有一些示范法或学者建议草案试图对此作出尝试,但仍然未获得立法承认。例如,《欧洲侵权法原则》、《瑞士侵权法草案》、《法国债法改革侵权法草案》中,都针对危险责任采取了一般条款。^④但这些草案都只是示范法的规定,法国2005年侵权法草案第1362条中明确规定,企业应当就各种高度危险承担严格责任。依据该条第2款的规定,所谓高度危险活动,是指导致严重损害的风险,并可能引发大规模损害的各种活动。但该草案最终并未获得通过。

在我国《侵权责任法》的制定过程中,立法者已经注意到了高度危险责任一般条款的重要性以及通过立法方式解决该问题的必要性。《侵权责任法》第69条最终明确确立了高度危险责任的一般条款。从条文的表述来看,其属于完全法条,法官可以援引其作为裁判依据。因而可以作为一般条款适用。尤其是与《侵权责任法》第6条第2款(过错推定归责原则)、第7条(严格责任归责原则)相比较,第69条没有出现“法律规定”四个字,这不仅表明其在适用时并不需要援引侵权法的特别规定,从而使其具有一般条款的属性,同时也表明,其在适用范围上也具有一定程度的宽泛性,因而具有了类似于该法第6条第1款关于过错责任一般条款的特点。从立法者本意来看,是将第69条作为高度危险责任的一般条款来设计的。因为立法者认为,采用列举的方式,不可能将所有常见的高度危险作业列举穷尽,列举过多也使条文显得烦琐。而且,列举的方式过于狭窄,容易让人误解高度危险行为仅指列明的那几种。错误的列举可能导致行为人承担不合理的责任。所以,有必要采用“高度危险作业”的表述,通过开放性的列举确立一般条款。^⑤我国《侵权责任法》特别在第69条设置了高度危险责任的一般条款,从民事立法的角度来看,具有创新意义。

《侵权责任法》第69条关于高度危险责任的一般条款,是我国侵权责任法对世界民事法律文化的贡献。我国《侵权责任法》第69条设立高度危险责任的一般条款,其主要功能在于以下几点:

第一,兜底性功能。虽然我国《侵权责任法》第九章将高度危险责任类型化为特

① 参见[德]格哈特·瓦格纳:“当代侵权法比较研究”,高圣平、熊丙万译,载《法学家》2010年第2期。

② Peter Cane, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, 7th ed, Cambridge University Press 2006, p. 105.

③ Rylands v. Fletcher, (1869), L. R. 3 H. L. 330.; Cambridge Water Co. v. Eastern Countries Leather Plc. (1994) A. C. 264, 484.

④ 参见朱岩:“危险责任的一般条款立法模式研究”,载《中国法学》2009年第3期。

⑤ 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《侵权责任法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2010年版,第286页。

殊侵权,并规定了相应的责任,但是,例示性的规定仍然是有局限性的,无法满足风险社会的需要,因此,需要借助一般条款的兜底性功能,弥补该章规定的不足。作为一般条款,《侵权责任法》第69条体现了高度危险责任制度的一般原则和精神,采用了包容性较强的条款,弥补了具体的类型化规定的不足。当然,《侵权责任法》第69条虽然能够作为一般条款存在,但其适用范围仍然是有限的,即应当局限在第九章规定的高度危险责任的范围,不应将其扩张到其他领域。

第二,开放性功能。所谓开放性,是指一般条款的内涵与外延不是封闭的,可以应社会的发展而不断变化。高度危险责任的一般条款是顺应工业社会背景下风险增加的需要而产生的。正如拉伦茨(Karl Larenz)所指出的:“没有一种体系可以演绎式地支配全部问题;体系必须维持其开放性。它只是暂时的概括总结。”^①一般条款的最大优点是“能够立即适应新的情况,特别是应对社会、技术结构变化所引发的新型损失。此外,一般规则对人为法变化产生了有益影响,因为它开辟了一条道路,用以确认某些主观权利,实现对人的更好的保护”。^②随着社会的发展和科技的进步,将不断出现新的高度危险责任类型,法律上难以一一列举。而且,立法的滞后性决定了其往往不能及时就新的危险活动制定相应的法律规范。这就有必要通过一般条款来保持高度危险责任的开放性,以积极应对未来社会中随时可能出现的“新型高度危险”。我国法上设立高度危险责任的一般条款,就可以保持法的开放性,避免具体列举模式的弊端。例如,在我国法上,没有规定转基因食品导致损害的责任,如果将来因为转基因食品导致严重损害,具体列举的模式就难以对受害人提供救济。

第三,法律解释功能。高度危险责任一般条款可以第九章所涉及的高度危险活动提供解释依据。例如,从《侵权责任法》第69条与第73条的关系来看,笔者认为,其与第73条存在密切联系,由于第73条没有兜底性的规定,所以,在出现新型的高度危险活动致人损害的案件,第73条就无法适用,此时,就可以援引第69条进行解释。^③

第四,体系化功能。在比较法上,许多国家(如德国、奥地利等)都是通过具体列举的方式,来规范高度危险作业致害责任,此种立法模式的体系化程度较低。相比而言,我国通过设立高度危险责任一般条款的模式,就有助于整合高度危险责任,实现高度危险责任制度的高度体系化。此种体系化的最重要功能在于实现“同等情况同等对待”的正义要求。例如,如果地面施工同时涉及地下和地表,究竟是适用《侵权责任法》第73条还是第91条,应当根据挖掘的深度、面积大小、造成损害的可能性和严重性来具体判断。在这个意义上,以第69条为主导的第九章的设计也与我国民法典体系的构建保持了一致性。

根据上述我国高度危险责任一般条款的功能,可以看出,该条款的适用范围是开

① [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第49页。

② [法]热内维耶芙·维内:“一般条款和具体列举条款”,载《“侵权法改革”国际论坛论文集》,全国人大常委会2008年版,第1页。

③ 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《侵权责任法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2010年版,第286页。