对于私营公司的组织形式，《私营企业暂行条例》只规定了有限责任公司一种，未对股份有限公司作出规定。这主要是考虑到我国有关股票市场和股票转让买卖的法律制度还没有统一建立起来。随着我国股票法律制度的建立，股份有限公司这种形式将会大量出现。私营企业法对此也应当作出相应规定。

目前，有关部门正在制定有限责任公司和股份有限公司的法规。这方面我们先后发表过一些意见和建议，这里不作赘述。我们认为，关于私营企业法中有关公司的规定，应与公司立法统一起来。最好是制定一个全面完整的公司法，对公司类型作出规定，明确规定公司为法人，适用于各种经济成份，并对公司的组织和行为作出比较详尽的规定。私营企业法规中关于公司的规定则可以简略一些，以便统一和协调。

（作者单位：王峻岩　海南大学法学院
孙小平　武汉大学《法学评论》编辑部）

责任编辑：张广兴

合同责任与侵权责任竞合的比较研究

王利明　　董安生

在民法上，不法行为人实施的某一违法行为符合多种民事责任的构成要件，从而在法律上导致多种责任形式，此种现象被称为“责任竞合”。从权利人（受害人）的角度来看，因不法行为人的行为的多重性，使其具有因多种性质的违法行为而产生的多重请求权，此种现象称为请求权竞合。通常，一方行使请求权与另一方承担责任是不可分割地联系在一起的，但这毕竟是同一问题的两个方面。责任竞合现象涉及的问题很多，但主要是民法中的两种基本的责任形式即违约责任和侵权责任的竞合问题。

违约责任和侵权责任的分离是因合同法与侵权行为法的分离所产生的。而两法的分离在早期罗马法中已经表现出来，以后为盖尤斯的《法学阶梯》所明确肯定。从现代各国的立法实践来看，尽管两大法系在合同诉讼与侵权诉讼中存在一些明显的区别，但在法律上都接受了所谓“盖尤斯分类法”。根据这种分类，违约行为和侵权行为的区别主要体现在不法行为人与受害人之间是否存在着合同关系，不法行为人违反的是约定义务还是法定义务。侵害的是相对权（债权）还是绝对权（物权、人身权等）以及是否造成受害人的人身伤害等。法律将违约行为和侵权行为作出区别，使两种行为导致不同的法律责任的发生。然而，在现实生活中，上述的区别都只是相对的。同一违法行为可能符合合同法和侵权法中不同责任制度的构成要件，这样该行为既具有违约行为的性质，又具有侵权行为的性质。具体而言：（1）合同当事人的违约行为，同时侵犯了法律规定的强行性义务或其他法定不作为义务，也可能是一方当事人的违反法定义务的行为，同时违反了合同担保义务。（2）在某些情况下，侵权行为直接构成违约的原因，即所谓“侵权性的违约行为”；或者违约行为造成侵权的后果，

即所谓“违约性的侵权行为”。（3）不法行为人实施故意侵犯他人权利并造成对他人损害的侵权行为时，在加害人和受害人之间事先存在着一种合同关系，这种合同关系的存在，使加害人对受害人的损害行为，不仅可以作为侵权行为，也可以作为违反了当事人事先规定的义务的违约行为对待。（4）一种违法行为虽然只是符合一种责任要件，但是，法律从保护受害人的利益出发，要求合同当事人根据侵权行为制度提出请求和提起诉讼，或者将侵权行为责任纳入合同责任的适用范围。

由于合同责任和侵权责任制度在法律上存在着重大的差异，这样对两类责任的不同选择将极大地影响到当事人的权利和义务。换言之，依合同法提起合同之诉，还是依侵权法提起侵权之诉，将产生完全不同的法律后果。纵观各国的立法实践，两类责任的区别主要体现在如下几点：

1.归责原则。许多国家的法律规定，违约责任适用无过错责任原则或“客观责任原则”，也就是说，不论合同当事人是否具有故意或过失，只要未按约履行义务，就必须承担违约责任①。还有些国家的法律规定，合同当事人未按约履行时，应按过错推定原则承担违约责任②。侵权责任在各国法律中通常以过错责任为基本原则，而仅对某些特殊的侵权行为实行无过错责任原则。社会主义国家的法律大都认为，依合同法或侵权法，受害人自身的过错对违法行为人责任的影响不同。在侵权之诉中，只有在受害人具有重大过失时，侵权人的赔偿责任才可以减轻。而在合同之诉中，只要受害人具有轻微过失，违约当事人的赔偿责任就可以减轻③。

2.责任范围。根据多数国家的法律规定，违约当事人的责任范围要小于侵权行为人的责任范围。一些国家的法律规定，合同赔偿责任通常不超出标的物本身的价值，并且仅限于对“正常的可得利益损失负责”。而侵权责任的赔偿范围不仅包括直接损失，还应包括间接损失。同时，侵权责任中赔偿数额的计算方法也不同于合同责任中具体数额的确定方法④。根据某些国家的法律（如法国等），“如果送货人丢失了运送的货物，他一般按货物的表面价值负责赔偿；但如果构成侵权损害，他必须按高于货物表面价值的全部损失（包括对方业务损失）赔偿。”⑤

3.举证责任。大多数国家的民法规定：在合同之诉中，受害人不负举证责任，而违约方则必须证明其没有过错，否则，将推定他有过错。而在侵权之诉中，侵权行为人通常不负举证责任，受害人则必然就其主张举证。当然，在某些侵权行为中也实行“举证责任倒置”，但这毕竟只是例外现象。

4.义务内容。合同的义务内容往往是根据合同当事人的意志和利益关系确定的。根据大陆法系各国的规定，在无偿合同中，利益出让人只应承担极低的注意义务。在英美法中，虽然不存在无偿合同，但当事人的义务程度也与对价充分与否有关。但是，在侵权行为中不存在着法定的义务内容由当事人的利益关系决定的问题。所以某些形式上的双重违法行为，依

---

① 《法国民法典》第1142条，1147条；《英国上诉法院1947年判例》利德诉案，第156页。

② 《德国民法典》第282条。

③ 《苏俄民法典》第458条。

④ 《英国最高法院财政法院判例集》1954年第9辑，第341、156页。《瑞士民法典》第447条，《法国民事判例集》1913年12月29日。

⑤ 《国际比较法百科全书·侵权行为·多重责任》第10—11页。

据侵权法已经构成违法，但依据合同法却可能尚未达到违法的程度，如果当事人提起合同之诉，将不能依法受偿。

5.时效问题。绝大多数国家的民法典对合同之诉和侵权之诉规定了不同的时效期限。

有些国家（如联邦德国）规定，侵权之诉适用短期时效，合同之诉适用长期普通时效①。还有些国家（如法国、英国等）对合同之诉和侵权之诉规定了同样的时效期限，只是对某些特殊的案件规定了短期时效。

此外，两类责任还存在着其他区别。例如，根据英美法的原则，合同之诉必须以当事人之间有合同关系为前提，在合同当事人一方死亡时，其家属通常无权向对方提起合同之诉。

由于两类责任存在着上述区别，因此如何解决责任竞合问题，近百年来一直是国外民法学者争论的热点。这个问题的争论首先在于对竞合性质的不同看法。根据“法条竞合说”，双重违法行为本质上是同一事实行为，其所竞合的仅仅是法条而非行为，因此，对竞合现象的解决要通过确定法条运用的规则来解决。根据“请求权竞合说”，同一法律事实符合两种法律构成要件必然产生两个请求权，因此，责任竞合实际上是请求权竞合而不是法条竞合。如何解决受害人行使请求权问题是解决竞合的关键。从各国的法律规定来看，基本上对责任竞合问题采取了三种办法：

1.禁止竞合制度

这一制度以法国法为代表。法国法律认为，合同当事人不得将对方的违约行为视为侵权行为，只有在没有合同关系存在时才产生侵权责任。因此，两类责任是不相容的，不存在竞合问题。法国最高法院一再宣称，侵权行为法条款不适用于合同履行中的过错行为②。根据某些学者的看法，如果允许合同当事人提起侵权之诉，则法律就没有必要分为合同法和侵权法两部分，并且违背了合同当事人的意思自治原则，漠视了合同另一方当事人的意志。实际上，法国法采取禁止竞合制度的主要原因在于，法国民法典关于侵权行为法的规定比较笼统和概括，如果允许当事人可以选择请求权，则许多违约行为均可以作为侵权行为处理。但是，禁止竞合的后果并不理想。在法国，每一起双重违法诉案首先要确定是否与有效的合同有关，然后才能决定法律适用。这就使此类诉讼的程序复杂化。同时，为避免竞合，必须通过大量的特别法和判例来补充和解释合同法和侵权法，这又使得合同法与侵权法的字面含义与其实际适用范围发生矛盾。有的学者指出，在法国“如果赔偿责任法得到简化，则不幸的诉讼当事人就不必因法官错引法条而反复从头诉讼了”③。

2.允许竞合和选择请求权制度

这种方式以联邦德国法律为代表。合同法与侵权法不仅适用于典型的违约行为与侵权行为，而且共同适用于双重违法行为。其帝国法院在一个判例中指出：“判例法确认合同责任与侵权责任可以并存的观点……不侵犯他人人身的法定义务无人不负有、无处不存在，并不取决于受害人与被告之间是否存在合同关系。因此，合同当事人与陌生受害人一样受到民法第823条（注：关于侵权行为的规定）的保护。”④联邦德国认为受害人基于双重违法行

① 学者们认为，侵权的证明建立在人证、物证和受害人伤害状况的基础上，其证据作用因时间推移而变化，因此，对其无法适用长期时效，而违约行为的证明多建立在书证和物证的基础上，对其规定长期时效是适宜的。

② 《法国民事判例集》1922年1月2日。

③ 《法国民事判例注释》第433、434页。

④ 《德国普通法案例汇编》1953年10月，第200页。

为而产生两个请求权。他可以提起合同之诉，也可以提起侵权之诉。如果一项请求权因时效届满而被驳回时，还可以行使另一项请求权。但是，受害人的双重请求权因其中一项请求权的实现而消灭，无论如何不能使两项请求权实现。在双重请求权的法律适用上，联邦德国法基本上采取了独立适用各个法律的做法。例如根据联邦德国《铁路运输法》的规定，在铁路运输合同关系中，承运人依合同法对顾客未申报的贵重物品的损失不负赔偿责任。但如果物主能够证明承运人构成侵权行为，则不适用上述规定，物主可依侵权法要求全部赔偿。

3.有限制的选择诉讼制度

原则上，英国法承认责任竞合。根据英国法，如果原告属于双重违法行为的受害人，则他既可以获得侵权之诉的附属利益，也可以获得合同之诉的附属利益。拉德克利夫勋爵对此曾指出："我们法律中最基本的观点是，根据原告的选择，同一违法行为既可以成为合同之诉的诉因，也可以作为侵权之诉的诉因。尽管这两种诉讼形式所带来的后果可能并不完全一样。但如果认为这两种赔偿责任必然相互排斥则是错误的。"① 1844年的布朗诉案确立了这样一条规则，即"凡是在当事人间订有合同的情况下，如果被告方的雇员在合同履行中造成侵权损害，则原告既可以诉请侵权赔偿，也可以诉请违约赔偿"②。值得注意的是，依据英国法，原告如果提起选择之诉，将会得到种种便利。例如可以有较长的诉讼时效，可以要求破产调查或诉请破产赔偿等等。然而，英国法对责任竞合的处理原则实际上与联邦德国的竞合诉讼制度有着极大的差别。英国法认为，解决责任竞合的制度只是某种诉讼制度，它主要涉及诉讼形式的选择权，而不涉及实体法请求权的竞合问题。不仅如此，英国法对于上述选择之诉原则还规定了严格的适用限制：第一，选择之诉当事人必须存在有偿合同关系，无偿借用人不得向提供具有表面瑕庇的物品的出借人提起合同之诉。第二，英国普通法中不存在利害关系第三人问题，因此合同当事人以外的人，不能基于双重诉因提起选择之诉。第三，当事人的疏忽行为和非暴力行为在造成经济损失时，不构成一般侵权行为。例如，房主切断房客电源，雇主未按约向工人提供梯子造成其伤害，均可视为违约行为。第四，在英国和美国司法实践中还存在着另一项更实际的原则：只有在被告既违反合同又违反侵权法，并且后一行为即使在无合同关系的条件下也已构成侵权时，原告才具有双重诉因的诉权。但是由于法律并没有对这些原则进一步加以解释，从而造成司法实践中的困难。例如，如何区分间接暴力行为或非暴力行为与侵权行为就是很难解决的法律问题。

法国学者托尼·威尔曾将双重责任竞合的情况下，允许权利人诉请求偿比喻为"发放通行证"。他认为，各国对于责任竞合的三种解决办法的区别在于："法国法的回答是，原告只有一个通行证，并且通行的途径是既定的；联邦德国法的回答是，原告有两个可以自由选择的通行证，而英美法的回答是，原告可以有两个通行证，但在入口处必须交出一个，有时，法律还指令他必须交出哪一个。"③ 这种概括不无道理。但是，英国法和联邦德国法关于责任竞合的解决办法的区别不仅仅在于交出"通行证"的问题，而主要在于能否选择实体法上的请求权问题。英国法的有限制的竞合之诉制度有效地避免了"责任聚合"的现象④，却并

---

① 《英国上诉法院判例案集》李斯特诉案，第555页、587页。

② 《英国最高法院判例集》第8辑第1003、1018页。

③ 《国际比较法百科全书·侵权行为·多重责任》第25页。

④ 责任聚合是指不法行为人实施某一种违法行为，将依法承担多种责任，受害人亦将实现多项请求权。

没有解决好责任竞合的问题。一方面，由于缺乏解决竞合的明确、具体的标准，从而给当事人选择诉讼带来了困难；另一方面，在一种请求权因时效届满等原因而不能行使时，原告可能无法提起另一种诉讼。这并不利于保护受害人的利益和制裁不法行为人。

合同责任和侵权责任竞合是各国民法共同面临的问题，解决这一问题，首先要认识责任竞合是正常的还是反常的现象，是法律所鼓励的还是法律应着力消除的状况。毫无疑问，责任竞合涉及到一国的合同法与侵权法对于双重违法行为是同时有效还是相互排斥的问题，涉及到一国的合同法与侵权法在法律体系上如何保持和谐一致的问题。如果立法对责任竞合问题不予理睬，必然形成事实上的竞合诉讼甚至聚合诉讼。但是，如果象法国法律所采取的办法那样，认为允许竞合，特别是允许权利人选择请求权必然破坏法律体系的和谐，从而必须以法律严加禁止并着力消除，也未必是可取的。事实上，法律无论是通过限制合同法的适用范围，将双重违法行为纳入侵权法的适用范围，还是通过限制侵权法的适用范围，将双重违法行为纳入合同法的适用范围，抑或是将双重违法行为进一步分类，而各自纳入到两个法的适用范围，均不能消除竞合现象，也不能合理解决竞合现象。不仅如此，通过限制合同法或侵权法的适用范围而解决双重违法行为问题还必然产生如下后果：一方面，法律必须对原有的合同或侵权法按违法行为的种类逐条作限制性规定，使特定的违法行为只能适用其中某一法律，而不适用另一法律，由此造成法律条文字面含义与其实际适用范围的矛盾。另一方面，还必然形成某种独立于合同法和侵权法的特殊责任制度，导致特别法规的恶性发展，从而会引起法律体系内部的不和谐。

应该承认，责任竞合现象是伴随着合同法和侵权法的独立就已经产生的现象。它的存在，既体现了违法行为的复杂性和多重性，又反映了合同法与侵权法既相互独立、又相互渗透的状况。因此责任竞合现象是法律无法消除的。禁止竞合虽有助于合同责任和侵权责任的体系完整，但是却无法消除竞合现象，并且必然以牺牲受害人的利益为代价，这又不符合立法的宗旨。例如，对于医疗事故，依法国法只能提起合同之诉，而依美国法只能提起侵权之诉。但是，在法国如果受害人体内的伤害在三年以后才发现，则因时效届满而无法诉请求偿，如果因人身伤害造成死亡，则难以提起诉讼，因此法国最高法院要求在造成死亡的情况下，受害人家属必须依侵权行为提起诉讼。这样一来，又与禁止竞合制度本身是矛盾的。在美国根据合同默示条款制度，医生应负有“不使病人病情加重的注意义务”，但“由于医生治疗失当致人伤害应属于侵权行为”，受害人仍可能无法请求赔偿。① 如果允许受害人就请求权问题作出选择，则可以大大减少受害人在提出请求和提起诉讼，实现请求的内容上的许多麻烦。

把责任竞合视为一种正常的现象，在立法上予以承认，不管是在立法技术上还是在实现立法旨宗上，都是可行的。承认责任竞合，必然要允许受害人就请求权问题作出选择，甚至在某些情况下，需要通过立法扩大竞合的范围和受害人选择请求权的范围。从各国关于责任竞合的立法和理论来看，允许受害人选择请求权，在理论上产生了一系列复杂的问题，如权利人在竞合之诉中是具有两个请求权，还是一个请求权？如果是两个请求权，为什么其中一个请求权实现以后，另一个请求权发生消灭？如果是一个请求权，又为什么存在竞合问题？由此，曾引起了“请求权竞合说”和“请求权规范竞合说”等学说的产生和各种不同的解释。在我们看来，不法行为人违法行为的双重性必然导致双重请求权的存在。如果不承认

① 《国际比较法百科全书·侵权行为·多重责任》第38页。

这一点，则无所谓竞合和请求权的选择。而承认双重请求权的存在，必须承认受害人享有的两项请求权可以选择行使，一项请求权因行使受到障碍，可以行使另一项请求权。如果受害人只能依法行使一项请求权而不能自由选择请求权，这意味着禁止竞合而不是允许竞合。但是，受害人选择请求权，却不能在法律上同时实现两项请求权。

各国法律不管是采取禁止竞合还是允许竞合制度，实际上都排斥了“请求权竞合说”关于受害人可以实现两项请求权的主张，均认为受害人只能实现一项请求权。加害人不能负双重民事责任。实现两项请求权意味着获得双重赔偿，这对于不法行为人来说将使其负有双重责任，显然是有失公平。而对于受害人来说，则因为其获得双重赔偿而形成不当得利。所以这一结果又与立法政策和宗旨相悖。

允许受害人选择请求权，是否使民法关于责任的规定完全变成了任意性规范？或者允许合同当事人提起侵权之诉，只是基于一方的要求解决合同问题，从而不符合双方的意愿呢？这个问题直接涉及到应否允许受害人选择请求权的问题。从允许竞合制度的经验来看，虽然允许受害人选择请求权，强调并保护了一方的意愿，但并没有造成不利的结果。一方面，尽管民法关于责任的规定，特别是侵权行为责任的规定大都是强行性规范，是不允许当事人排斥适用的。但是，不管受害人如何选择请求权，都不会免除加害人所应负的法律责任。另一方面，允许合同当事人提起侵权之诉，是因为不法行为人所实施的违约行为具有加损害于他人的故意和损害后果，因此，应借助于侵权责任，对其予以制裁。显然，这是符合民法保护主体权利和制裁不法行为人的目的的。法律责任作为制裁措施，本身并不是违法行为人企求的。在责任竞合的情况下，加害人可以承担这一种或另一种责任，如果由受害人选择请求权，选择对其更有利而对加害人不利的方式提起诉讼和请求，从而充分尊重了受害人的意愿和权利。同时可能加重不法行为人的责任，而这种责任也是不法行为人依法应承担的。

允许受害人选择请求权，并不是意味着在具有多重性质的违法行为发生以后，法律完全放任当事人选择请求权而不作任何限制。事实上，在采纳允许竞合和选择请求权的国家，法律和司法实践对此也是有一些限制的。比如对于能够作为侵权行为处理的违约行为，除法律有明确规定的情况以外（如产品的销售者出售有瑕疵的产品致购买者损害），通常必须是一方合同当事人故意违反法定义务，而致合同另一方当事人以损害，而且这种损害往往是比较严重的。如果把任何合同当事人既侵犯了债权又侵犯了所有权的违约行为，都视为侵权行为，则在移转财产占有和所有权的合同中，一旦发生违约行为，都将面临着责任竞合和请求权的选择问题。这样一来，必然造成合同法和侵权行为法的内在体系的紊乱，而且不利于合同法和侵权行为法的适用。所以，多重违法行为在何种情况下才发生责任竞合问题，是需要通过法律和判例予以明确规定的。严格地说来，这种限定并不是对受害人选择请求权的限制，而是对违法行为在何种情况下产生责任竞合的限定。

但是，在特殊情况下，法律又必须扩大责任竞合的范围，通过给受害人以选择请求权的自由以保护受害人的利益。从许多国家的立法情况来看，这种倾向主要体现在产品责任领域，法律摒弃了“合同相对性”规则的限制，允许因产品瑕疵遭受损害的合同当事人和第三人向加害人（无论与其有无合同关系）提起侵权之诉，或者提起违约之诉。例如，根据德国法上的“附保护第三人作用契约”和美国统一商法典关于“利益第三人担保责任”的规定，合同当事人以外的第三人在产品瑕疵遭受损害以后，也能够主张合同的权利，受合同法

（下转第74页）

行复核，这无论在理论上还是在实践上都是说得通的。而且，这种看法也决不意味着降低死刑复核程序的重要地位。因为我国刑诉法关于死刑案件审判权和复核权的限制规定，已经对我国死刑案件的正确判处做了实体上的重要保障；死刑复核程序作为刑事诉讼特别程序的重要内容，只在于保障这种死刑案件的审判权和复核权牢牢掌握在业务水平、政策水平更高一级的法院，而不至于使之在中级人民法院判决后，便生效执行。程序是在于保障实体内容的正确执行。

那么，根据我国刑诉法和最高人民法院授权通知的规定，在哪几种情况下，死刑复核程序会被免除呢？

（一）最高人民法院一审判处的死刑和死缓案件，一审终审，无需再行复核程序；

（二）最高人民法院二审裁定或判处的死刑和死缓案件，二审终审，无需再行复核程序；

（三）高级人民法院一审判处死刑或死缓的，且属于最高人民法院授权其复核的案件，被告人未上诉或检察机关未抗诉的，一审终审，无需再行复核程序；

（四）高级人民法院二审裁定或判处的死刑或死缓的，且属于最高人民法院授权其复核的案件，二审终审，无须再行复核程序。

（作者单位：最高人民法院）

责任编辑：苏尚智

（上接第28页）

保护。这种立法措施对于保护受害人利益在效果上是明显的，但不宜在许多领域中运用，否则，也会造成合同法和侵权行为法体系的紊乱。

允许责任竞合和选择请求权是保护受害人利益和制裁不法行为人的一种有效的方法，并且值得我国立法和司法实践所借鉴。从我国司法实践的情况来看，在多重违法行为产生以后，受害人只能按照既定的方式提起诉讼和请求，人民法院在审理民事案件中，对于“侵权性的违约行为”和“违约性的侵权行为”，一般都是按违约行为处理的，而对于一些已经发生责任竞合的案件（如交通事故和医疗事故以及产品责任案件等）都是按侵权行为处理的。可见我国司法实践实际上采取的是禁止责任竞合的制度。这种措施的优点在于减少了法院在援引法律、确立责任等方面的麻烦，但由于严格限制了当事人选择请求权的自由，因此在许多情况下并不利于保护受害人利益。例如违约行为造成另一方当事人的人身伤害，在此情况下，如果完全按违约行为处理，则因为合同责任主要限于保护当事人的财产利益而难以保护受害人的人身利益，使受害人的人身伤害难以得到补偿。再如某些医疗事故，如果完全按侵权行为处理，必然使受害人面临举证的困难。如果按违约行为处理，举证责任由加害人承担，则对受害人将更为有利。因此，允许竞合和选择请求权，是值得考虑的方法。

（作者单位：中国人民大学法律系）

责任编辑：张　涵