

侵权行为法的一般条款

张新宝^x

内容提要: 在对法国、德国等大陆法系国家民法典及普通法、斯堪的纳维亚法有关侵权行为为一般性规定的模式进行比较分析后得出的结论是, 在民法典中规定侵权行为法一般条款的立法模式更为可取。作者试拟了我国未来民法典侵权行为法一般条款, 并对该草拟的条文进行了详细说明。

关键词: 侵权行为 一般条款 立法建议

引言

近年来我国学者对侵权行为法的基本理论多有研究, 但是涉及侵权行为法一般条款的论著鲜见。^{1 12} 是否需要在民法典侵权行为法部分规定一个一般条款, 以及如果答案是肯定的, 规定一个什么样的一般条款, 就成为起草民法典侵权行为法必须解决的首要问题。

本文所称的/ 侵权行为法一般条款0是指成文侵权行为法中居于核心地位的、作为一切侵权请求之基础的法律规范。这个一般条款具有两个方面的功能: (1) 作为一个国家民法典调整的侵权行为之全部侵权请求之基础, 在这个条文之外不存在任何民法典条文作为侵权的请求权之基础; 质言之, 任何受害人以民法典侵权行为法为依据提出请求, 其请求都必须符合这个一般条款的全部要件。(2) 它决定了民法典侵权行为法的框架和基本内容, 民法典中侵权行为法的各个部分实际上都是这个一般条款的符合逻辑的展开。此外, 在一部民法典的侵权行为法部分, 该条文通常居于首当其冲的位置, 如开宗明义的第一个条文。

x 中国社会科学院法学研究所编审。作者于 2000 年 9 月) 2001 年 3 月受欧盟) 中国高等教育交流项目资助, 在德国奥格斯纳布吕克大学私法与比较法国际研究所做访问研究。该研究所所长 Christian von Bar 教授现担任欧洲民法典起草项目主席并负责侵权行为法小组的工作。在德国访问研究期间, 作者得到了 von Bar 教授的多方帮助, 本文也参考了其巨著5欧洲比较侵权行为法6(即将由法律出版社出版中文简体版) 中的资料和他领导的侵权行为法小组的最新研究成果。

1 12 有些论著涉及到了侵权行为法的概念和特征(如王利明主编:5民法. 侵权行为法6, 中国人民大学出版社 1993 年版, 第 30 页以下)、侵权行为法的概念和体系1如张新宝:5中国侵权行为法6(第二版), 中国社会科学出版社 1998 年版, 第 21 页以下2, 这些虽然与侵权行为法的一般条款问题联系密切, 但都不是从立法的角度来探讨侵权行为法的一般条款即侵权行为法最基础的概括性规定。

一、比较法上的观察

(一) 普通侵权行为法与斯堪的纳维亚赔偿法

11 普通侵权行为法

从法律史的角度来看,英国并没有关于侵权责任的普遍性原则,但王国的法院对各种形式的非法侵害和直接伤害所造成的损害均有救济方法。一个救济方法便构成一种诉因(cause of action)。一种诉因调整一个侵权行为(tort)。这些/ tort⁰相加在一起便构成/ torts⁰,即英国法中的普通侵权行为法。英国侵权行为法并不是适用于许多案件的关于损害赔偿的一般原则,而是各种相对孤立的规则的聚合。^{1 22} 美国侵权行为法继承了英国侵权行为法的传统,采用完全列举的逻辑方法将侵权行为列举为非法侵害、过失、严格责任、不实说明、诽谤、加害性虚伪陈述、侵犯隐私权、不当控告、干扰家庭关系、干扰经营等具体的侵权形态。^{1 32}

需要指出的是,普通侵权行为法中的过失(negligence)不仅是作为绝大多数侵权行为构成要件的过错之一种,而且是一组无名侵权(non-nominal torts)的总称,也就是说/ 过失⁰在普通侵权行为法中是对一类侵权案件的某种共同的要件之抽象。这个共同的要件是什么呢? 英国 Brett 下议员对此作出过经典的说明:/ 对被指控缺乏此等注意的人对提出指控的人在争议的有关事项上有予以一般注意的采取措施的义务,可诉的过失存在于对原告负有实施留心注意和采取措施之义务的人疏于实施通常的注意或采取措施,由于这一疏忽,原告, , 在人身或者财产所有权方面受到损害。^{0 1 42}

普通侵权行为法的现状似乎表明,在众多的有名侵权(nominal torts)当中确实不存在一般条款,而在无名侵权的过失诉因的旗帜下却有某种共同的要件:/ 在英格兰法律中一定有过,而且还存在着某种有关规定注意义务的一般概念,见诸于教科书的特别案例只是这种注意义务的列举。^{0 1 52} 这个共同的要件就是/ 注意义务的一般概念⁰或者说一般注意义务。虽然我们不能就此得出普通侵权行为法中存在一个/ 部分性的一般条款⁰的结论,但是过错作为后来发展起来的并还在不断发展的诉因,我们或许可以看到普通侵权行为法在一定程度上受到了大陆法典化的侵权行为法/ 一般注意义务⁰或/ 一般条款⁰的影响。

21 斯堪的纳维亚赔偿法

斯堪的纳维亚 4 个国家从 20 世纪 60 年代到 80 年代分别制定了自己的赔偿法。^{1 62} 这些国家在其赔偿法中作出了一般性规定。如果不是从加害行为的视角而是从赔偿请求权的视角来看,这些一般性规定应当被认为是一般条款。芬兰赔偿法第 2 章第 1 条第 1 项是这么规定的:/ 无论任何人对他入造成损害,不管是故意的还是过失的,只要不存在与本法相反的规定,

^{1 22} 参见前引 112, 张新宝书, 第 7 页。

^{1 32} American Law Institute, Restatement of the Law, Second, Torts. 据统计,在英美侵权法中,除了过失之外的/ 有名侵权⁰多达 72 种,而过失又包括了许多种/ 无名侵权⁰。参见 v. Bar, The Common European Law of Torts, Vol. One, No. 254, footnote 116. Oxford, 1998.

^{1 42} Heaven v. Pender, Trading as West Indian Graving Dock Company(1883)11 QBD. 503.

^{1 52} 同上书, 第 580 页。

^{1 62} 挪威, 1969 年 6 月 13 日第 26 号法律; 瑞典, 1972 年 6 月 2 日的法律, 1975 年 5 月 25 日第 26 号法律进行修正; 芬兰, 1974 年 5 月 31 日的法律, 1978 年 11 月 7 日、1979 年 3 月 23 日的法律进行修正; 丹麦 1984 年 5 月 23 日的法律, 1989 年 3 月 28 日第 196 号法律进行修正。

就必须对损害予以救济。⁰瑞典赔偿法第2章第1条是这样规定的: / 无论任何人造成人身伤害或者财产上的损失, 不论是故意的还是过失的, 只要不存在与本法相反的规定, 就必须对损害予以救济。⁰

显然, 这样的规定既不是对侵权行为或者可得到赔偿的诉因之完全列举(如普通侵权行为法), 也不是对侵害的权利的概括性列举(如德国民法典第823条第1款), 而是抽象了所有侵权行为和准侵权行为(的共同特征))) 故意或过失(culpa)。因此, 它们属于一般条款: 任何侵权行为之构成或者任何侵权上的赔偿或救济请求权都必须无一例外地符合此等条款的规定。

(二) 法国民法典中的侵权行为法一般条款

罗马法区分了私犯和准私犯,^{1 72} 但是没有对侵权行为(私犯)或准侵权行为(准私犯)进行抽象和概括以提炼出包含一切侵权行为或准侵权行为基本要件的一般条款, 而是以列举的方式规定了诸多赔偿请求的诉权, 如窃盗、强盗、对财产的侵犯、对人身的侵犯等。^{1 82}

迄今为止, 法国民法典第1382条仍然被认为是对过失侵权的最经典规定: / 任何行为使他人受到损害时, 因自己的过失使损害发生之人, 对该他人负赔偿的责任。⁰民法典第1383条可以看作是对1382条的补充, 所针对的是疏忽(不作为): / 任何人不仅对因其行为所引起的损失, 而且对因其过失或疏忽所造成的损害, 负赔偿责任。⁰

由于法国民法典第4编第2章所使用的是/ 侵权行为与准侵权行为⁰的标题, 所以在规定了对自己过失行为之责任后, 该法典第1384条接着规定了对准侵权行为的责任: 其民法典第1384条第1款则是关于监管(管理)之严格责任(无过错责任)的规定: / 任何人不仅对其自己的行为所造成的损害, 而且对应由其负责的他人的行为或在其管理之下的物件所造成的损害, 均应负赔偿责任。⁰该条后面的几款分别是1922年以来追加的法律, 实质上是对各种具体监管责任(不动产保有者的责任、父母亲责任、雇主责任、教师等的责任)的列举。第1385条规定的动物所有者或使用者的责任以及第1386条规定的建筑物所有者的责任, 也可以认为是对1384条规定的监管责任的常见的和最重要情形之列举。

基于以上情况, 我们可以认为, 法国民法典以一般条款的方式对侵权和准侵权行为作出了高度概括的规定。尽管这个一般条款没有浓缩在一个法律条文之中, 但是民法典第1382条至第1384条第1款无疑符合一般条款的基本要求: 它们作为一个整体, 反映了所有侵权行为和准侵权行为的最重要的要件, 而且构成了一切侵权请求的基础: 在此之外不存在任何其他诉因。在这样的模式下, 无论是律师还是法官判断一个行为或者/ 准行为⁰是否构成侵权, 或者说受害人是否应当得到救济, 适用这个唯一的标准即可。

(三) 德国民法典中的侵权行为法列举式规定

在德国民法典的制定过程中存在一种严重的/ 反法国⁰倾向, 这就决定了其立法技术与法国民法典的重大差异。^{1 92} 所以德国民法典对侵权行为法的规定采取了概括列举的方法和递

^{1 72} 产生于公元前5世纪中叶的5十二表法没有对私犯和准私犯加以明确的区别, 但是其第8表既有关于私犯的诸多规定, 也有关于准私犯的规定(如第6条规定: / 牲畜使他人受损害的, 由其所有人负责赔偿, 或把该牲畜交与被害人⁰。显然, 这是一条关于准私犯的规定)。

^{1 82} 参见周 等: 5罗马法6, 群众出版社1983年版, 第253页以下。另参见[意]桑德罗#斯奇巴尼选编: 5债#私犯之债[0]和犯罪6, 徐国栋译, 中国政法大学出版社1998年版。

^{1 92} 德国民法典的起草人甚至认为法国民法典的起点都是不可接受的: / 将解决应当由立法机关解决的问题之职权交给法院, 既不符合草案的本意, 而且从德国人民对法官的职能之一般观点来看也是不能接受的。⁰参见Mrot. 0(1888), 第726页。

进补充的方法。

11 对受到侵害的权利进行列举。民法典第 823 条(损害赔偿义务) 第 1 款是其侵权行为法的最基本规定: / 因故意或过失不法侵害他人生命、身体、健康、自由、所有权或者其他权利者, 对被害人负损害赔偿的义务。0 这款规定列举了生命、身体、健康、自由和所有权等五种/ 绝对权利0, 并留下了/ 或者其他权利0 这一伏笔, 为其以后可能的发展留下余地。正是基于这一/ 其他权利0 的伏笔, 帝国最高法院和其继任者联邦最高法院以判例的形式确认了/ 判例法0 上的两种权利, 即/ 一般人格权0 和营业权。前者通常认为包括对名誉、隐私和人格尊严的保护。后者是对已经建立的企业正当经营之权利的确认。还需要说明的是该款规定使用了/ 不法0 对加害行为进行界定, 将过错(故意或过失) 与不法区别开来, 这与 1838 年旧荷兰民法典的有关规定相同。

21 违反保护性法律的补充。德国立法者认识到, 仅仅将侵害上述五种绝对权利的行为规定为侵权行为是不够的, 还需要进行一些补充, 第一个补充就是将/ 违反以保护他人为目的的法律0 之行为规定为侵权行为。这些/ 以保护他人为目的的法律0 并非漫无边际的, 而是有严格的界定, 通常是指以保护私人权利为目的的法律, 如刑法、道路交通事故法、狩猎法。基于这样的考虑, 民法典第 823 条第 2 款(1) 规定: / 违反以保护他人为目的的法律者, 负同样的义务0。

31 故意违反善良风俗的补充。德国民法典起草者还认识到, 仅仅以/ 违反以保护他人为目的的法律0 来补充第 823 条第 1 款规定的侵权行为还是不够的, 因此在第 826 条以/ 违反善良风俗的故意损害0 再次对民法典第 823 条第 1 款进行补充: / 以违反善良风俗的方式对他人故意施加损害的人, 对受害人负有赔偿损害的义务。0 这款规定实际上也是对罗马法/ 恶意诉讼0 的继承与发展。

此外, 民法典第 823 条第 2 款(2) 规定了无过错责任。其他条文都是对一些具体问题或者技术问题的规定。通过这样一个对受到侵害的权利之概括列举和两次递进补充, 德国民法典基本完成了对侵权行为的界定。但是这种界定方式不是一般条款的界定方式。在这样的模式下, 律师或者法官判断被告是否构成侵权或者原告是否应当得到救济, 首先使用第 823 条第 1 款规定的检验标准; 如果得到的答案是否定的, 则依次使用第 823 条第 2 款(1) 规定的检验标准和第 826 条规定的检验标准; 如果涉及无过错侵权, 还要适用第 823 条第 2 款(2) 规定的检验标准。

(四) 在法国模式与德国模式之间

一些较晚的民法典的起草者趋向于将较早的民法典作为它们那个时代的试验品, 其结果要通过比较研究的方法进行检验。¹¹⁰ 法国民法典和德国民法典是大陆法系民法典的两个楷模。自从其问世以来, 各国制定民法典无不对它们进行研究、参考, 或者接受法国模式或者接受德国模式, 或者在二者之间选择一种折衷和平衡。但是就侵权行为的立法模式选择或者说在一般条款与列举式做法之间的选择方面, 较晚的民法典几乎都选择了法国模式或者说一般条款模式, 而没有选择德国的列举式做法。

1830 年比利时民法典和 1865 年意大利民法典的有关规定与法国民法典的模式一字不差。1889 年西班牙民法典也是将法国民法典第 1382 条至第 1384 条的内容规定到自己的民法典第 1902 条之中。1838 年旧荷兰民法典虽然区别了/ 不法性0 (行为的客观方面) 与/ 可归责性0 (加

1102 前引142, v. Bar 书, 第13段。

害人的主观方面),¹¹¹²但是也同样采用了法国的一般条款模式。

在20世纪30年代希腊起草民法典时,德国民法典首次受到了严峻的考验。德国学者认为其民法典整体表现还不错,¹¹²²也就是说德国民法典的许多制度创新都被希腊民法典所接受,但是希腊民法典并没有接受德国民法典第823条I关于侵权行为一般性规定的列举式做法,其第914条与德国民法典第823条I相反,但与1911年3月30日瑞士债务法第41条¹¹³²相同:“一个人因过错以违法方式对他人造成损害的,应承担赔偿责任。”尽管这一条文看起来象个“白地条款”,其实施依赖于有关外部规定,但是这并没有妨碍希腊司法部门将其作为一个直接适用的一般条款。意大利1942年民法典第2043条可以被认为是一条关于过错侵权的一般条款,但是它不仅强调了故意和过失,而且强调了损害的不法性(而不是行为的不法性)。¹¹⁴²有意思的是,继承了德国法律重视理性的传统¹¹⁵²的日本民法¹¹⁵²,虽然在诸多制度上移植德国民法典的有关规定,但是在侵权行为立法模式上没有照搬德国的列举式做法,而是规定了一个一般条款。¹¹⁶²

(五) 荷兰民法典和俄罗斯民法典的最新发展

20世纪90年代问世了两部重要民法典,一部是1992年1月1日施行的荷兰民法典,另一部是1995年1月1日(第1部分)和1996年3月1日施行(第2部分)的俄罗斯联邦民法典。

11 荷兰民法典

荷兰民法典在关于侵权行为一般条款的规定方面,借鉴了自法国民法典以来将近两个世纪大陆法系国家的立法经验和审判经验,特别是总结了其本国自1838年以来的侵权行为立法和司法经验,对侵权行为法一般条款的规定作出了全新的尝试。该法典第6:162条规定:

(1) 对他人实施了可归责的侵权行为的人有义务对该侵权行为对他人造成的损害进行赔偿;

(2) 在认定一个侵权行为时,它是指对权利的侵犯和违反法律上的义务或不成文法上的利益的作为或不作为行为,但是有合法正当理由的除外;

(3) 加害人因自己过错造成损害或者依据法律或社会观点他对损害负有责任时,加害人对侵权行为承担责任。

荷兰民法典第6:162条反映了近200年欧洲侵权行为法的发展成果。这一规定不仅远比法国民法典中的相关规定严密,而且也改进了意大利民法典中容易产生歧义的做法(如关于

1112 区别不法性和可归责性就必然导致侵权行为的四要件构成理论:加害行为(不法性)、损害、过错(可规则性)和因果关系。由此看来,普遍认为是德国法学发明的侵权行为四要件构成理论原来发端于荷兰。

1122 前引142, v. Bar, 第19段。

1132 该条规定:“一个人无论故意或者过失对他人不法造成损害的,对此等损害负有赔偿义务。”

1142 意大利民法典第2043条(侵权行为的损害):“任何故意或者过失给他人造成不法损害的行为,行为实施者要承担损害赔偿的责任。”由于意大利立法者采用了一般条款的模式,所以意大利民法典关于侵权行为的条文也比较少,至少比德国民法典6的相关规定简略得多。

1152 王书江:《日本民法校后记》,载《日本民法》,法律出版社1986年版,第485页。

1162 日本民法第709条(不法行为的要件与效果):“因故意或过失侵害他人权利者,负因此而产生损害的赔偿责任。”这里没有对“权利”进行列举,因此不同于德国的列举式规定。但是“权利”的范围如何,则需要司法上作出确认。其司法判例涉及的权利包括:对生命权的损害、对财产所有权的损害、对人格权(名誉、信用、姓名、贞操等)的损害以及侵害债权等(1994年[日]三省堂:《模范六法全书》,日文版,第709页以下)。这似乎表明,日本民法在法律形式上采取了法国模式,而在司法实践中则倾向于德国式的解释方法。

/不法损害0的规定)。¹¹⁷² 荷兰民法典这条规定是一条较标准的一般条款:一切行为或/准行为0(即他人的行为)) 被监护人、雇员等的行为与物之危险的实现)是否构成对他人之侵权,都要接受这一条文的检验,在这一条文之外不存在任何其他提出侵权之赔偿请求的基础。从逻辑结构上看,第1款是基本规定,第2款是给第1款规定的/侵权行为0提出检验标准(即侵犯权利、违反法律义务或者不成文法上的利益);第3款则是对第1款规定的/可归责0事由的具体化(即过错、法律规定[的严格责任]和社会观念认为应当承担责任的情况)。同时,该条文还对抗辩(合法正当理由)作出了原则性规定。

21 俄罗斯联邦民法典

俄罗斯联邦民法典第1064条(负担损害责任的一般规定):

(1)造成公民人身或财产损害及法人财产损害,应由致害人赔偿全部损失。法律可以规定非法致人损害的损害赔偿 responsibility。

法律或合同可以规定致害人于赔偿损害之外向受害人给付补偿金的义务。

(2)致害人如能证明损害并非因其过错所致,免负赔偿责任。法律可以规定致害人虽无过错仍需负责的情况。

(3)合法行为致人损害,在法律规定的情形,方负责任。

损害如系应受害人的请求或者经其同意而致,致害人的行为又不违反社会道德准则,可以拒绝赔偿。

应当指出的是,自1922年苏俄民法典以来,尽管从总体上看更多受到了德国民法典立法技术的影响,但是前苏联和俄罗斯在民法典中一直采用一般条款的立法模式建立其侵权行为法体系。¹¹⁸² 无疑,俄罗斯联邦民法典第1064条是关于侵权行为一般条款的规定,或者说该条文中包含了一个有关侵权行为的一般条款:造成公民人身或财产损害或法人财产损害的,应当承担赔偿责任。这是一切侵权请求权之基础。质言之,认定任何人侵权责任,都必须接受该条的检验。¹¹⁹²

20世纪90年代的这两部民法典似乎向我们昭示:在经过了大陆法系一些国家在法国一般条款与德国列举式做法之间的长期探索之后,新时代的民法典再次确定地选择一般条款的立法模式。其实,这不能简单地归结为对某种法律文化的偏好,而应当认为这是对长期的法制实践的经验总结:在德国列举式做法模式之下,诸如/纯粹经济利益0的保护、/对第三人具有保

1172 前引142. v. Bar, 第25段。随着社会经济条件和侵权行为法理论的发展,无论是行为的/不法性0还是结果(损害)的/不法性0作为侵权行为之构成要件,都受到了挑战。参见后面第三部分(二)4的有关论述。

1182 1922年苏俄民法典第403条规定:/对于他人之人身或财产致以损害者,应负赔偿所生之义务。如能证明其不能防止,或由于授权行为,或损害之发生系由于受害人本人之故意或重大过失者,应免除其义务。01964年苏俄民法典第444条(致人损害的责任的一般依据)规定:/对公民的人身或财产造成的损害以及对组织造成的损害,都应当由造成损害的人全部赔偿。如果造成损害的人能够证明损害不是由于他的过错所致,则免除他的责任。由合法行为造成的损害,只在法律规定的情况下,才应当予以赔偿。0从这些规定中我们可以看到其对一般条款认识的不断深化。

1192 当然,作为关于一般条款的规定,第1064条恐有不够简明之嫌(如将/合同可以规定0置于这样的条文中)。需要指出的是,5俄罗斯联邦民法典6作为苏联解体后在新的政治、经济和社会制度之上建立的民法体系,其关于侵权行为法的规定有诸多突破,如以专门一节规定了/精神损害的补偿0(第59章第4节第1099条以下)。尽管在法典的逻辑结构上作出这样的安排不是没有争议的,但是其突破前苏联民法理论、承认对精神损害的金钱救济的做法是值得借鉴的。

护效力的合同⁰、对/一般人格权⁰¹²⁰²和/营业权⁰¹²¹²的司法解释确认、对/滥用权利⁰之界定、合同责任与侵权责任之竞合,这样一些复杂的问题必然产生,而对其解决或者需要借助最高法院无休止的司法解释,或者将本属于侵权行为法的问题让诸于合同法。尽管德意志民族与生俱来具有法学天才,还是被这些问题所困惑。法学家和法官尚且如此,何谈大众呢?

二、我国民事立法关于侵权行为法一般条款的规定之发展

(一) 大清民律草案和民国时期民法典

宣统三年(1911年)修订法律大臣俞廉三和刘若曾奉旨提交的大清民律草案第二编第八章是关于侵权行为的规定。该章有三个条文涉及侵权行为的一般性规定。

第945条 因故意或过失侵他人之权利而不法者,于因加害而生之损害负赔偿之义务。

第946条 因故意或过失违保护他人之法律者,视为前条之加害人。

第947条 以背善良风俗之方法故意加损害于他人者,视为第945条之加害人。

这三条规定表面上看起来与德国民法典第823条第1款、第2款以及第826条大致相同,但是其差别也是显而易见的:大清民律草案第945条没有对受到侵害的权利加以列举;从逻辑上看第946条和第947条都以补充第945条为己任(对第945条所规定的/加害人⁰之扩张性解释),似乎不是在第945条之外另外规定别的构成要件或者诉权基础。这就难以将这一体制完全归入德国的列举式做法。然而,这部民律草案还没有来得及颁布清王朝即告倒台。民国时期在20世纪20)30年代制定民法典时,对侵权行为法的一般性规定几乎完全继承了大清民律草案的有关条文。¹²²²

(二) 民法通则

1986年4月12日通过和颁布的《中华人民共和国民法通则》在我国民事立法历史上具有里程碑的意义。民法通则第106条第2条款和第3款是关于侵权的一般性规定。

第106条第2款 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。

第106条第3款 没有过错,但法律规定应当承担民事责任的,应当承担民事责任。

如果要将其与德国民法典第823条和第826条或法国民法典第1382)1384条进行比较的话,显然民法通则的这两款法律规定更接近于法国民法典的有关规定。从某种意义上来看,它属于一般条款:第106条第2款是关于过错侵权的一般条款之规定;第106条第3款是关于无过错侵权的一般条款之规定。这一立法模式的优点是显而易见的:它给一切侵权行为或者说一切侵权请求提供了统一的检验标准(要件);它摒弃了对权利的列举甚至不使用/权利⁰或/利

1202 原载《国际比较法百科全书》#侵权行为#为自己行为之责任,第44页以下,转引自中国人民大学法律系民法教研室编:《外国民法论文选6》,郑立群译:《特定的侵权行为》,1983年版(校内用书),第383页。

1212 德意志帝国最高法院声明:/一个已经建立的营业或者企业构成一种权利,这一权利本身可能受到侵犯。0参见其1904年2月27日的判决,在RGZ 58,第24、29页。我们通常将这种/权利⁰翻译为/营业权⁰。

1222 这部法典现在仍然在我国台湾地区施行。该法典第184条是分三款加以规定的:/因故意或过失不法侵害他人之权利者,负损害赔偿责任。/故意以违背善良风俗之方法,加害于他人者亦同。0/违反保护他人之法律者推定有过失。0看来这三款法律分别与大清民律草案第945条、第946条和第947条略同。需要指出的是,解放前和我国台湾地区的学者更乐于这条规定作与德国模式趋同的解释。这是由于全面继受德国法制和法律变化的原因所造成的。

益等术语而直接使用/财产和/人身,而使得法律保有最大的包容性。近十多年来我国司法部门适当地判决众多疑难侵权案件(如侵害死者遗体、名誉,对受害人的近亲属判决精神损害赔偿等¹²³²),恐怕都与这一法律规定的较高程度包容性不无关系。

但是由于当时的历史局限,民法通则的这两款规定也存在一些不足:(1)措辞不简练,/公民、法人可以合称为/民事主体;(2)用词不精确,/没有过错没有表明无过错责任的确切含义;(3)刻意突出/国家的、集体的没有必要。此外,这两款规定对准侵权行为之包容性也是不充分的。

(三) 结论意见

这是一个有趣的现象:我国民法文化中含有更多的德国法营养,从清末法律改革到20世纪80年代制定民法通则,我们曾有过三次选择机会:在德国列举式做法和法国一般条款模式之间就自己的侵权行为法基本模式进行选择。前两次选择表面上接近于德国模式但在逻辑结构上仍有别于德国模式。最后一次选择则完全采用了法国式的一般条款模式。作出这样的选择绝对不是历史的巧合或者立法者的任意。选择一般条款模式的最大优点在于保障法律应有的包容性以及尽可能避免诸如德国法院创设的/纯粹经济利益/营业权/一般人格权/具有保护第三人利益的合同等复杂而且不甚符合法律逻辑的现象。同时,用一个统一的检验标准(要件体系)对一切可能的侵权行为或者准侵权行为加以检验,可以有效地避免司法实践中因适用不同标准而产生的自相矛盾的情况。

民法通则第106条第2款和第3款关于侵权行为的一般规定基本上是成功的,在目前条件下完全有可能将其改造成一个面向21世纪的侵权行为法一般条款。

三、我国侵权行为法一般条款:试拟草案与说明

(一) 一般条款的条文设计

11 需要解决的两个前提问题

起草我国侵权行为法的一般条款,除了要解决各国在其起草民法典时需要解决的共同问题外,还有以下两个具有/中国特色/的特殊问题需要解决:(1)关于侵权行为的语义;(2)将侵权行为法安排在债法中的合理性。

如何用汉语表述 Tort/Torts/Delikt,本身就是一个棘手的问题。通常的做法是使用/侵权行为或者/不法行为(同日文),但是这样的表述又面临着显而易见的困难:首先,侵权行为法调整的不仅包括对权利之侵害,也包括对受到法律保护的利益之侵害;其次,侵权行为法不仅规范加害人的行为,而且在某些情况下被告即使没有实施任何行为也应当承担责任(如准侵权行为)。如果使用/损害赔偿/的表述方式,问题也并没有得到解决:在某些情况下即使损害没有发生,也产生民事责任;在一些案件中,除了适用赔偿的救济方式以外,还可能适用诸如赔礼道歉等救济方式。基于语词本身的局限性,我们决定仍然采用/侵权行为/作为最基本的概念,但是对其作扩张解释:侵害的/权/不仅包括民事权利,而且包括受到法律保护的利益;/行为/不

¹²³² 最高人民法院2001年3月8日的《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》肯定了十多年来我国司法实践中的这些做法,如第3条规定:“自然人死亡后,其近亲属因下列侵权行为遭受精神痛苦,向人民法院起诉请求精神损害赔偿的,人民法院应当依法予以受理。”

仅包括加害人的行为(作为或不作为),也包括/准行为(他人之行为、动物致人损害等)。

有的学者主张将侵权行为法从传统债法中分立出去,其主张不无道理。¹²⁴²但是在本次民法典起草研究项目中仍将让侵权行为法保留在债法中。这就要求我们起草的侵权行为法尤其是其一般条款具有更多的/债法属性。基于这一考虑,我们将从权利)))请求权的角度来设计侵权行为法的一般条款,这更符合债权的属性。当然,还有一个无法克服的困难:侵权行为法中有些规范尤其是调整人身侵害之民事责任的规范并非完全财产性质的,如赔礼道歉等似乎与以属于财产权性质的债权不相符。此外,侵害财产所有权尽管尚未造成实际损害但造成客观现实之危险时,侵权行为法也应规定排除妨害或停止侵害。这样的规范又与物权法上的物上请求权相竞合。这些问题从大陆法系各国的民法理论来看,都没有得到圆满解决。在目前阶段也只好/两害相权取其轻)了。¹²⁵²

21 笔者为我国侵权行为法一般条款设计的条文

民事主体的人身或财产受到损害的,有权依据本章(或本编)之规定,请求可归责的加害人或者对损害负有赔偿或其他义务的人承担相应的民事责任。¹²⁶²

(二)若干说明和理由

11 本条的地位与作用

本条是草拟的我国侵权行为法的一般条款,是民法典侵权行为法部分的第一个条文,也是最重要的条文。任何以侵权为由提出的诉讼和以侵权为基础的救济都必须符合本条所要求的全部要件(以及在具体案件中其他条文所要求的特殊要件)。本条之外,不存在任何一般侵权之诉的依据(特别法另有规定的除外,但是特别法的数量应当严加限制)。整个侵权行为法的规范体系将以这一个一般条款为基础展开。

21 本条的着重点和逻辑结构

本条的着重点是权利)))受害人的请求权,它使侵权行为法回归到民法作为权利本位的法。因此,它不是从传统的角度对侵权行为的构成要件进行定义或说明,而是从受害人的权利角度入手。其逻辑结构是:什么人享有权利(权利主体,即受害人)、在什么情况下享有权利(权利发生的条件,人身或财产受到损害)、对谁享有权利(义务主体,可归责的加害人以及对损害负有赔偿或其他义务的人)和享有什么样的权利(权利的内容,请求,,承担相应的民事责任)。

本条沿用了民法通则第106条第2款中的/人身)和/财产)概念,而没有使用/人身权)或

1242 王利明教授指出:两大法系的比较,英美侵权行为法独立的模式更具有合理性;传统债法体系的内在缺陷是侵权行为法独立的依据之一;侵权责任形式的多样性决定了债权法对侵权责任关系调整的有限性;侵权损害赔偿之债的特殊性为侵权行为法的相对独立提供了依据;侵权行为法的不断发展完善,需要突破传统债法体系。参见王利明:《5合久必分:侵权行为法与债法的关系》,载《法学前沿》第1辑,法律出版社1997年版。

1252 在梁慧星教授《关于民法典编纂的几个问题》的学术报告(2000年8月11日中国社会科学院法学研究所)上,笔者曾提出这一问题请教报告人,报告人给出了上述意见。

1262 这个草拟的一般条款参考了 v. Bar 教授主持的欧洲民法典侵权行为法草案的有关条文。该草案为一般条款准备了两个方案,一个是从传统的定义侵权行为的角度来规定一般条款,另一个是从请求权的角度来规定一般条款(Article 1: 101 1 12A person who suffers damage has a right to reparation under this Part against someone who caused the damage intentionally or through breach of duty, or who is otherwise accountable for the damage. 1 22, .1 32, .)。现在的基本意向是采取后一种方式。参见 v. Bar 教授 2000 年 12 月 12 日提供给欧洲民法典项目年会(奥地利萨尔茨堡)的关于侵权行为法草案的最终条文和说明。作者作为中国观察员列席了这次会议。

/ 财产权0的概念。¹²⁷² 这是考虑到/ 人身0可以作更广义的解释,使其内涵包括人身权和人格利益;同样,也可以对/ 财产0作更广义的解释,使其内涵包括财产所有权等绝对权利以及受到法律保护的财产利益。¹²⁸² 为了体现侵权行为法对人身权利和人格利益的保护,特意将/ 人身0置于/ 财产0之前,其实这也反映了当前民事司法实践的普遍状况:有关人身损害的侵权案件远多于财产损害的案件。草拟中的民法典侵权行为法的这种安排无疑也体现了民事法律对人、对人权的终极关怀。

31 关于准侵权行为

从字面上看,民法通则第106条第2款(对过错侵权行为的责任)和第3款(对无过错侵权的责任)并没有涉及准侵权行为的问题,但是民法通则的一些条文涉及到准侵权行为,如第122条(产品责任)、第126条(对建筑物致人损害的责任)、第127条(对饲养动物致人损害的责任)、第133条(对民事能力欠缺之人的责任)等。此外民法典通则第43条也应当被理解为对替代责任的规定,适用于侵权行为。¹²⁹² 从比较法的观点来看,近100多年来在侵权行为法领域发展最快的恰恰是准侵权行为规范。¹³⁰²

草拟的一般条款将直接包括准侵权行为的基本规范,这主要是通过规定准侵权行为的被告之立法技术完成的:原告不仅可以对实施侵权行为的可归责之人提出请求,也有权对准侵权行为的责任人(负有赔偿等义务的人,即未成年人的父母亲等监护人、建筑物或动物的保有人或所有人、产品的制造者、雇主等)提出请求,从而为设计有关雇主责任、产品责任、建筑物和动物保有者的责任等提供了依据。

41 关于/ 不法性0

受德国民法典第823条第1款/ 不法0的影响,过去大陆法德国法系国家的民事立法和理论均强调/ 不法性0(unlawfulness)。一般是以行为的不法性作为构成要件,¹³¹² 而意大利民法典则强调损害的不法性。¹³²²

随着社会关系的发展,加害行为的不法性或者损害的不法性要件受到挑战:一些合法行为或者不为法律所禁止的行为(如得到政府许可的排污行为、在/ 可忍受的限度0内的对相邻土地的妨害等)给他人造成损害,加害人是否应当承担赔偿责任呢?或许日本学者末川博士在1930年就认识到了这一问题。他认为日本民法调整一般侵权行为的条文是第709条,该条规定的是/ 因故意或过失侵害他人权利者对因此产生的损害负赔偿责任0,该条规定并没有特别提及违法性(不法性)。¹³³²

解决这一问题,有两个可供选择的方案:一是对不法性之/ 法0作最广义的解释;二是检讨

1272 显然,1922年5苏俄民法典第403条、1964年5苏俄民法典第444条和5俄罗斯联邦民法典第1064条(1)也是使用/ 人身0和/ 财产0的概念,避免了5德国民法典第823条第1款列举绝对权利的做法之僵化。

1282 前引132,张新宝书,第88页。

1292 前引132,张新宝书,第160页。

1302 如自1922年以来在5法国民法典第1384基础上发展起来的财产持有者的责任、监护责任、雇主责任等。产品责任、危险物品、高度危险作业致人损害的责任更是近几十年来侵权行为法的重点和热点问题。

1312 参见王泽鉴:5侵权行为法(第一册)基本理论:一般侵权行为6,1998年台湾版,第96页及第117页(附图)。需要指出的是,法国侵权行为理论是将行为的不法性与过错作为一个要件看待的。

1322 意大利民法典第2043条既没有对受到保护的各种利益进行完全列举也没有在该条中将/ 不法0一词适用于造成损害的行为,而是将其作为与损害本身直接相关的一个要素:/ 故意或过失行为给他人造成不法损害的0,行为实施者应当予以赔偿。

1332 参见于敏:5日本侵权行为法6,法律出版社1998年版,第142页。

不法性要件。虽然我们过去试图采用第一种方案,¹³⁴²但是其说服力不强,尤其是与大陆法系关于不法性的理论存在较大的差距。因此,我们在草拟的一般条款中借鉴法国民法典第1382条和日本民法典第709条的做法,不再将不法性作为一个一般的要素。

51 关于/可归责性0或/归可责事由0

传统上民法典规定侵权行为的一般条款或者列举对权利的侵害,总是直接指出可归责的事由(故意、过失、违反义务等)。关于可归责事由或归责原则,在我国理论界素有争议,有主张过错、无过错(严格责任)二元说的,¹³⁵²有主张过错责任一元说的,¹³⁶²也有主张过错推定作为归责原则的,还有主张公平责任的。¹³⁷²

鉴于学说上的分歧如此严重,我们认为不便在一般条款中解决这一问题,而用一种各方都比较能够接受的方式来处理这一问题:在一般条款中仅仅规定/可归责性0作为一个要件,而不对可归责性进行界定。在后面的相关条文中,我们对各种可归责的事由进行列举。

61 关于竞合规则

德国模式承认侵权责任与违约责任的竞合,法国模式则一般禁止两种责任或说两种请求权的竞合。在存在违约责任请求权的情况下,原则上不得提出侵权上的请求。依据民法通则的规定,我国也应采取原则上禁止竞合的规则,但是1999年新合同法却规定了允许竞合,这就造成了法律内部的矛盾。我们建议,在最后对民法典各部分进行/组装0时对新合同法的有关规定进行修改,一是确认原则上禁止竞合的规则(可规定在债法总则中),二是将本属于侵权行为法的内容(如缔约上的过失)/归还0给侵权行为法。但是,在履行合同(尤其是服务合同)过程中侵害受害人生命、身体、健康且合同又未对此作为明确约定的,应允许受害人(包括被害人的近亲属)既提出违约请求也提出侵权的请求。同时,可设计将两种请求的时效期限尽可能协调统一的制度。

(三) 一般条款的展开

11 一般条款的初步展开:侵权行为法/总则0

侵权行为法在民法典中作为一章还是一编尚未最后确定。无论是作为一章还是作为一编,我们都趋向于作出这样的安排:第一部分是关于侵权行为法的基本规定(类似于某种意义上的/总则0),后面的各部分是关于各种具体侵权行为(和准侵权行为)以及民事责任的规定(类似于某种意义上的/分则0)。这个基本规定就是一般条款的初步展开,它将包括这样一些条文:一般条款;关于各种可归责事由的规定;关于损害的规定;关于因果关系的规定;关于共同侵权的规定;关于抗辩的规定;关于一般侵权行为法与特别侵权行为法的规定;关于民事责任竞合(禁止或严格限制竞合)、民事责任与刑事责任或行政责任聚合的规定等。这些条文都是严格按照一般条文的要求展开的。

这里草拟了有关可归责事由的条文供讨论:

1342 前引112,张新宝书,第83页以下。

1352 同上书,第45页以下。

1362 参见王卫国:《过错责任原则》,第三次勃兴,浙江人民出版社1987年版。同参张沛霖:《也谈侵权行为的归责原则》,《法学论坛》1990年第2期。

1372 前引112,王利明主编书,第81页以下。

第N:1) 102条¹³⁸² 归责事由

第一款 过错

加害人追求对他人的损害之发生或者明知其行为会导致损害之发生仍实施加害行为的为故意侵权。加害人未达到法律规定或社会生活之一般原则所要求的注意程度,为过失侵权。故意或过失侵权应当承担相应的民事责任。

第二款 严格责任

(1)过错推定

法律推定加害人有过错的,受害人无须对加害人的过错举证。加害人得反证自己没有过错,但是法律规定不得反证的除外。

(2)对自己行为之无过错责任

法律有特别规定不要求加害人有过错的,加害人的行为造成他人人身或财产损害的,依法承担相应的民事责任。

第三款 对保有的物或他人行为之严格责任

有义务对所保有的物造成损害或者对他人之行为造成损害负责的,在该物或者该他人造成损害时应承担相应的民事责任。

受害人对此等义务之存在负有举证责任。

21 一般条款的全面展开:侵权行为法体系

如果仅仅从法律逻辑的要求来看,有了上面的一般条款之初步展开,再加上一两个关于民事责任的条文似乎就足够了。也许正是基于这样的原因,5法国民法典6关于侵权行为和准侵权行为的规定只有5个条文。但是考虑到我国现阶段的法制状况,作出更细密的规定对司法实践更为有利。基于这样的理由,我们认为应当在立法层面上对一般条款进行全面展开,构筑一个相对细密的一般侵权行为法立法体系。这个体系的一级展开类似于法国模式,而二级展开则是在法国模式之上增加了普通法的列举模式。

这个体系除了上面设计的/总则0外,还包括/各种侵权行为和准侵权行为0以及/侵权的民事责任0两部分内容。/各种侵权行为和准侵权行为0由/自己的侵权行为0、/特殊被告与对他人侵权之责任0、/严格责任0等构成。列举的各种侵权行为,或者是在构成要件上有特殊要求(首先必须符合一般条款的要件),或者是在责任之承担或者举证责任等方面有特殊要求。/侵权的民事责任0由/一般规定0、/赔偿责任0、/其他民事责任方式0等构成。在赔偿责任中将引入定期金赔偿制度,以适用于对伤害、残疾以及未来其他支出的赔偿,当然需要有严格的担保制度之配合。这个体系可以简单地表述为法国式一般条款模式+普通法侵权行为法的列举模式。

四、结 语

/德国侵权行为法的范围最窄。英国普通侵权行为法则恰好相反。其他国家的侵权行为法处在这两极之间的不同地方。这种描述不仅适用于侵权与合同的关系,而且也适用于侵权

¹³⁸² N表示所在的章或编。显然,关于一般条款的规定就是第N:1) 101条了。当然,这只是为了工作方便,最终的民法典草案将对条文进行重现编号,是否保留条文的题目也将会进一步斟酌。

与其他相邻领域特别是其与无因管理、不当得利的关系。¹³⁹² 在英国法中将无因管理和不当得利都内入侵权行为法,这显然与大陆法系的传统相去尚远。而由于德国侵权行为法列举式和递进补充式模式的局限性,在大量新的民事纠纷出现时,它难以扩张侵权行为法来解决这些纠纷,而是通过扩张合同法的做法来弥补其立法上的缺陷。这种做法的危害性除了表现在上面所提及的法律逻辑方面外,还表现为对合同法基本性质的动摇:合同法本来主要是调整交易关系的,交易主体依据合同法对其行为后果,应有确定的预期。而对合同法的扩张解释和适用,就必然使得交易主体在一些情况下无法对其行为后果作出确定的预期。这样做不仅削弱了侵权行为法的功能,也并不利于合同法的健康发展。因此,我们没有理由选择德国列举式和递进补充的模式,而应选择法国的一般条款模式以建构自己的侵权行为法体系。

由全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会委托、国家社会科学基金资助、梁慧星研究员领导的民法典起草研究课题,是我国民法学界当前的一项重要任务。合同法已经被通过并颁布实施,物权法草案建议稿已经公开出版并在进行紧锣密鼓的讨论,¹⁴⁰²剩下的民法典总则和侵权行为法当属于民法典起草最困难的部分。我们在此提出关于侵权行为法一般条款的一些设想,旨在抛砖引玉,希冀将学界和实务界的更多注意引向侵权行为法的研究。无论是对本文的任何批评和建议,还是对整个侵权行为法草案的建议,都是作者十分欢迎的。

Abstract: By comparing and analyzing the civil code and common law of France, Germany and other countries with the continental legal system, and the general provisions of Scandinavian law of tort, it is concluded that it is more appropriate to enact the general clause of tort in civil code. The author articulated with explicit explanation the general clause of tort in the coming civil law of China.

¹³⁹² 前引142, v. Bar 书, 第507段。

¹⁴⁰² 参见梁慧星等:《中国物权法草案建议稿》)) 条文、说明、理由与参考立法例6, 社会科学文献出版社2000年版。