

民法典侵权责任编的体系 结构及总则部分的完善

On the System and Perfection of General Rules of Tort Law of China Civil Code

程 啸

CHENG Xiao

【摘要】 民法典侵权责任编在编纂时,应当致力于解决既有的问题,应对新出现的问题。侵权责任编的体系结构应当予以完善,将替代责任、网络侵权责任单独成章,并新增证券市场侵权责任,然后将特殊的侵权责任按照科学的标准予以排列。侵权责任编中应当区分侵害和损害,明确归责原则是损害赔偿的归责原则,对于公平责任的适用范围做出严格的限制。应当区分侵权法保护的客体分别规定不同的构成要件,从而更好地协调权益保护与行为自由的关系。现行法中的多数人侵权责任、减责与免责事由以及侵权责任承担方式尤其是损害赔偿责任中,还有一些规则制度应当予以完善或进行补充规定。

【关键词】 民法典 侵权责任编 侵权法 总则

【中图分类号】 DF526 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2018)06-0005-18

Abstract: During legislation on tort law of China Civil Code, the legislature should solve the existing problems and respond to the emerging problems. The system of tort law should be improved. The alternative responsibility and tort liability on the network should be separately stipulated, and tort liability of stock market should be regulated, and then the special tort liability should be arranged according to reasonable standards. Tort liability should distinguish between infringement and damage in order to make it clear that the principle of imputation is only applicable to imputation of damages. Furthermore, the scope of application of fair liability should be restricted. In order to coordinate the relationship between the protection of rights and the freedom of action, it is necessary to distinguish the object of the protection of tort law which stipulates different constitutive elements. The joint tort liability, reduction and exemption reasons of tort liability and damages liability should be improved or supplemented.

Key words: Civil code Tort liability Tort law General rules

【收稿日期】 2018-09-20

【作者简介】 程啸,男,1976年4月生,清华大学法学院教授,研究方向为民法。

【基金项目】 国家社科基金重点项目“网络环境下民事权利的侵权法保护研究”(项目编号:18AFX016)。

引言

我国民法典分为总则编与分则编,民法典编纂工作采取的是所谓“两步走”的思路,即第一步是编纂民法典的总则编,即制定《民法总则》,第二步就是编纂民法典分则各编。^{〔1〕}《民法总则》颁布后,最高立法机关正在抓紧编纂包括物权编、人格权编、合同编、婚姻家庭编、继承编和侵权责任编在内的民法典分则编。民法典的编纂不是另起炉灶、推倒重来,制定完全不同的一部新的民事法律,而是要对分别规定的现行民事法律规范进行科学整理,消除现有法律规定的矛盾冲突,去除其中重复繁琐的内容,对那些不适应现实情况的规定加以修改完善,就社会经济生活中新情况、新问题作出有针对性的新规定。^{〔2〕}因此,民法典分编将在现有法律法规和司法解释的基础上相应地修改完善而成。其中,侵权责任编主要就是以现行的《侵权责任法》为基础进行相应的修改完善而成。自民法典编纂工作启动以来,正式公开的侵权责任编草案有两个:^{〔3〕}第一个是2018年3月15日全国人大常委会法制工作委员会面向有关机关单位公开征求意见的《中华人民共和国民法典各分编(草案)》(征求意见稿)中的“民法典侵权责任编草案”(以下简称为《征求意见稿》);第二个是2018年8月27日首次提交第十三届全国人民代表大会常务委员会第五次会议审议的《民法典各分编(草案)》中的“第六编 侵权责任”(以下简称为《一审稿》)。

从上述两个草案来看,总体结构与绝大部分内容与《侵权责任法》是一致的,只是对个别规则和制度进行了修改和完善。例如,《一审稿》明确修改的内容就是公平责任规则、精神损害赔偿制度、网络侵权责任制度、机动车交通事故责任规则以及生态环境损害责任等。^{〔4〕}应当说,《侵权责任法》的规定总体上是符合我国国情的,施行至今八年来,该法在保护民事主体合法权益,预防和制裁侵权行为方面发挥了积极的作用。民法典侵权责任编当然不应当推翻《侵权责任法》的规定,另起炉灶,从头再来。然而,必须看到的是,《侵权责任法》对于一些立法时已经存在的问题采取了回避的态度,没有规定,而对于有些问题的规定又不科学,这些都迫切需要通过此次民法典编纂予以解决。同时,随着社会经济与科学技术的发展,各类新问题、新的侵权案件不断涌现,民法典侵权责任编编纂应当直面这些问题,回应司法实践的客观需求。民法典编纂虽然不是重新立法,但也绝不是一次简单的小修小补。对于确实存在的问题、应当解决的问题,立法机关应当有勇气去解决。只有这样,民法典侵权责任编的编纂方可谓科学立法、民主立法。

〔1〕 参见全国人民代表大会常务委员会副委员长李建国于2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上所作的《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明》。

〔2〕 同上注。

〔3〕 全国人大常委会法制工作委员会民法室还印发过小范围征求意见的《中华人民共和国民法典侵权责任编(草案)》(2017年10月31日民法室室内稿),因该材料上明确注明“内部材料请勿公开”,故本文不讨论该草案。

〔4〕 参见全国人大常委会法制工作委员会主任沈春耀于2018年8月27日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第五次会议上所作的《关于〈民法典各分编(草案)〉说明》。

限于篇幅,本文将主要结合《征求意见稿》和《一审稿》的有关规定,就我国民法典侵权责任编的体系结构问题以及侵权责任编的总则部分中存在的问题加以研究,^{〔5〕}以期为我国民法典侵权责任编的起草工作提供相应的参考。

一、侵权责任编的体系结构

我国《侵权责任法》对侵权行为的规范采取了“一般条款+具体列举”的模式,也就是说,对于适用过错责任的侵权行为,即一般侵权行为,通过规定过错责任的条文即一般条款(第6条第1款)予以规范;对于特殊的侵权行为,即适用无过错责任、过错推定责任以及公平责任的侵权行为,甚至一些既非无过错责任也非过错推定责任但社会关注度高的侵权行为如医疗损害责任,则逐一列举,详细规定。这样一来,在体系结构安排上,《侵权责任法》就必须采取所谓“总则+分则”的传统立法结构,其中,第1~3章为总则,第4~12章为分则。总则部分主要是对侵权责任的共通性内容予以规定,而分则部分是对特殊的侵权行为或者社会关注的侵权行为予以规定。

《侵权责任法》的这种总分结构符合我国民事立法的传统,也便于司法适用。故此,无论《征求意见稿》,还是《一审稿》都延续了这一结构。以《一审稿》为例,总则就是第1章至第2章,其中,第1章为“一般规定”,第2章为“责任承担”。至于《侵权责任法》第3章“不承担责任和减轻责任的情形”中的内容,由于《民法总则》已有相应的规定,故此,《一审稿》中不再规定。《一审稿》的第3章至第10章为分则,这一部分基本上和《侵权责任法》第4章至第11章保持了一致,绝大部分章的章名也一模一样。有变化的只是《一审稿》将《侵权责任法》第8章“环境污染责任”修改为第7章“生态环境损害责任”,将《侵权责任法》第11章“物件损害责任”改为第10章“建筑物和物件损害责任”。对此,笔者难以苟同。在笔者看来,民法典侵权责任编继续采取总分结构,以“一般条款+具体列举”的模式来规范侵权行为本身是没有问题的,然而,侵权责任编分则部分如果继续维持《侵权责任法》分则的体系结构,完全不予补充完善,则显然是不科学的。理由阐述如下:

1. 未遵循科学的依据排列所规范的特殊侵权行为。《侵权责任法》第4章至第11章对具体侵权行为的排列方式毫无科学性,让人不知道这种排列方法的标准究竟是什么。有学者认为,《侵权责任法》所确立的特殊侵权的分则体系是按照责任主体的特殊性与归责原则的特殊性双重标准加以构建的。^{〔6〕}然而,这种按照双重标准来构建特殊侵权责任的体系的做法却并不科学。一方面,《侵权责任法》第4章“关于责任主体的特殊规定”内容极为庞杂:既包括了适用无过错责任、过错推定责任的侵权行为,也包括了适用过错责任的侵权行为;既包括了自已责任的侵权行为(其中,又分为承担全部责任、相应的责任以及相应的补充责任),也包括了替代责任的侵权行为,如监护人责任、用人者责任。仅仅用“关于责任主体的特殊规定”,并不能科学准确地概括如此丰富的内容。另一方面,《侵权责任法》第5章到第11章对侵权行为的排列,也并非遵循

〔5〕 民法典侵权责任编的分则部分即特殊侵权部分应当研究的问题甚多,笔者将在其他论文中予以相应的研究分析。

〔6〕 参见王利明:“论我国侵权责任法分则的体系及其完善”,《清华法学》2016年第1期,第112页。

“将归责原则相同的侵权行为规定在一起”的标准,而是随意为之。例如,第5章“产品责任”属于无过错责任,而第6章“机动车交通事故责任”中既有过错责任也有无过错责任,到了第7章“医疗损害责任”又成了过错责任。倘若说立法者当初是考虑到各类侵权行为的社会危害性或者人民群众的关注度来排列的,那么,这种排列的标准在立法当时或许是正确的,但随着社会的发展变化,焉知所谓的危害性和社会关注度本身不会发生变化?

2. 将内容差别较大的侵权行为糅杂地规定在同一章内,既不利于法律适用,也不利于更好地规范这些侵权行为。如前所述,《侵权责任法》第4章“关于责任主体的特殊规定”本身就是一个大杂烩,包括了监护人责任(第32条)、完全民事行为能力人暂时没有意识或者失去控制造成他人损害的责任(第33条)、用人者责任(第34、35条)、网络侵权责任(第36条)、安全保障义务(第37条)以及校园事故责任(第38~40条)。尽管这些侵权行为中都存在一些承担侵权责任的主体较为特殊的情形,但是,它们在归责原则上存在本质的区别,总的来说,是差异大于共性。如果在民法典侵权责任编编纂的时候,不去完善之,仍然强行将这些侵权行为规定在一起,就很不妥当了。例如,随着现代信息网络科技的发展,网络侵权责任尤其是网络服务提供者的侵权责任成为越来越重要的一类侵权行为,几乎在一切侵权行为中都会涉及,单纯的一条(《侵权责任法》第36条)显然不足以应对,非常有必要单独成章对之予以规范。此次《一审稿》修订的一个重要内容就是网络侵权责任,令人高兴的是,立法机关注意到了网络侵权责任的重要性,《一审稿》中规范网络侵权的条文数量也增加到3条(即第970条至第972条)。但是,即便是三条也显得非常单薄,因此,非常有必要将网络侵权单独成章,加以详细规定。毕竟网络侵权中侵害的对象不同,适用的法律规则也不同,而网络服务提供者的侵权责任与直接做出侵权行为的网络用户的侵权责任,在构成要件、法律后果上也有差别。这一点从《电子商务法》起草时立法者对电子商务平台注意义务和侵权责任采取了诸多条文予以规定也可以得知。再如,在用人者责任中涉及的问题就更多了,不仅有用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害时,用人单位的侵权责任及其对工作人员的追偿权问题,还有用人者责任与定作人指示过失责任的区分,更涉及用人者责任与工伤保险、工伤保险与第三人侵权等十分复杂的问题。司法实践迫切需要解决这些问题,立法者应当考虑司法实践的客观需要,做出较为详细明确的规范,故此,用人者责任应当单独成章,至少要与同为替代责任的监护人责任一起规定在“替代责任”一章中,而非维持现有的立法模式。

3. 一些实践中常见的、疑难的侵权行为应当纳入民法典侵权责任编的规范。侵权责任编对特殊侵权行为的具体列举性规定必然要随着社会的发展而变化,不可能一成不变。从《征求意见稿》和《一审稿》来看,对于所规范的特殊侵权行为的类型没有变动,只是将原来的环境污染损害责任升级为生态环境损害责任,笔者认为,这显然是不够的。从目前的实践来看,至少还需要增加对证券市场侵权行为、虚假诉讼侵权行为等的规定。所谓证券市场侵权行为主要是指虚假陈述、内幕交易和操纵市场这三类侵权行为。这三种证券市场侵权行为不仅破坏了证券市场的公平与公正,损害资本市场的健康发展,更严重损害了广大中小投资者的合法权益,是包括我国在内的世界各国法律所积极预防和严厉制裁的违法行为。然而,近年来,我国证券市场中这三类侵权行为却屡

屡发生,有愈演愈烈之势。^{〔7〕} 尽管我国的《证券法》等法律法规对上述三种证券侵权行为做出了一些规定,如内幕信息的界定、内幕信息的知情人员的范围、操纵行为的类型等,但是,却没有法律对这三类行为的侵权赔偿责任要件(尤其是因果关系)以及损害赔偿的范围、计算方法等侵权责任的内容做出详细规定。由此,给司法实践带来了极大的困扰,也极为不利于受害投资者通过民事诉讼维护合法权益。^{〔8〕} 因此,笔者认为,非常有必要在民法典侵权责任编中单章对证券市场侵权行为做出详细科学合理的规定,从而维护广大投资者合法权益,保障证券市场的健康发展。由于我国采取的是民商合一的立法体制,民法典是整个私法的基本法律,而证券发行与交易等商业活动中侵权行为显然也应适用民法典。在民法典侵权责任编中对证券市场侵权行为的规定完全符合民商合一的立法体例。再如,虚假诉讼的行为目前在实践中也屡屡发生,不法行为人恶意串通,虚构民事权利关系以及民事纠纷,向法院提起民事诉讼,以达到损害他人合法权益的非法目的。为了遏制虚假诉讼违法犯罪行为,2015年8月29日第十二届全国人大常委会第十六次会议通过的《刑法修正案九》在《刑法》中增加了第307条之1“虚假诉讼罪”。2018年9月26日,最高人民法院与最高人民检察院更是联合发布了《关于办理虚假诉讼刑事案件适用法律若干问题的解释》。该司法解释对于如何认定虚假诉讼等定罪量刑的问题作出了较为详细的规定。我国民法典侵权责任编对于虚假诉讼侵权行为不应采取回避的态度,也应当做出相应的规定,从而更好地发挥侵权法的补偿功能,以维护遭受虚假诉讼侵害的广大民事主体的合法权益。

综上所述,笔者认为,民法典侵权责任编编纂中,立法机关不应当简单地维持《侵权责任法》分则对特殊侵权责任的规定,而应当结合新情况和新问题,做出更加科学合理的规定。至少应当在以下几方面进行修改完善:首先,单独设立“替代责任”一章,将监护人责任、用人者责任、定作人责任等内容规定进去。其次,单独设立“证券侵权责任”一章,对虚假陈述、内幕交易、操纵市场这三类典型的证券市场侵权责任予以规定。再次,完善网络侵权责任的规定,将之单独成章名为“网络侵权责任”。第四,将虚假诉讼侵权责任、安全保障义务、校园事故责任单独作为一章,名为“特殊的过错责任”。将完全民事行为能力人丧失意识造成损害的规定,即《侵权责任法》第33条的规定放到总则对过错责任的规定之后,因为该条涉及过错能力的问题,与过错责任密切相关。最后,调整特殊侵权行为的排列顺序。在排列方法上参考两个因素:其一,从一般到特殊,更一般的、适用面更广的在前,反之在后。例如,替代责任只是在加害人与侵权人之间进行责任分离,其不仅可以适用于一般侵权行为,也可以适用于特殊侵权行为,故此应当放在特殊侵权的最前面。其二,从特殊的过错责任到过错推定责任,再到

〔7〕 根据中国证监会公布的数据,2017年,虚假陈述、操纵市场、内幕交易三大类传统违法案件合计立案203件,占全部立案案件的65%;启动违规披露案件立案调查64件,较去年增长33%,财务造假(占40%)与重大事项不披露(占26%)是主要类型;内幕交易平均案值超过3000万元,7%的案件涉案金额突破亿元,超过70%的内幕交易获利,最高收益4000余万元;操纵市场立案38件,同比下降17%。但是操纵市场这一违法行为的团伙化、职业化特征明显,“短线坐庄”情况突出。参见“证监会2017年度案件办理情况通报”,载http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/jcj/gzdt/201801/t20180122_333012.html,最后访问时间:2018年9月20日。

〔8〕 目前,只有最高人民法院2003年颁布的《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》对虚假陈述侵权行为的构成要件和赔偿范围等做出了较为详细的规定。对于内幕交易和操纵市场这两类证券侵权行为的民事责任,目前尚无法律和司法解释做出细致的规定。

无过错责任。据此,笔者认为,未来我国民法典侵权责任编分则各章的顺序如下:即第3章“替代责任”、第4章“特殊的过错责任”、第5章“网络侵权责任”、第6章“证券侵权责任”、第7章“医疗损害责任”、第8章“建筑物和物件损害责任”、第9章“产品责任”、第10章“机动车交通事故责任”、第11章“饲养动物损害责任”、第12章“生态环境损害责任”。

二、侵权法的归责原则

(一) 归责原则是损害赔偿的归责原则

自《民法通则》以来,我国侵权法就不将侵权行为仅仅作为损害赔偿之债的发生原因,而侵权行为的法律后果也不限于损害赔偿。《民法通则》第134条与《侵权责任法》第15条列举了八种侵权责任的承担方式,分别是停止侵害,排除妨碍,消除危险,返还财产,恢复原状,赔偿损失,赔礼道歉以及消除影响、恢复名誉。其中,恢复原状和赔偿损失是损害赔偿的两种方法,性质上属于损害赔偿请求权,而停止侵害、排除妨碍、消除危险与返还财产则属于绝对权保护请求权。这两类请求权的性质和适用要件有所不同。所谓的归责原则,无论是过错责任原则,还是无过错责任抑或公平责任,都只是损害赔偿的归责原则。也就是说,损害是归责的前提,“无损害、无归责”。因此,无论适用何种归责原则,侵权赔偿责任都以存在损害为基本要件,没有损害,就没有赔偿,自然也不存在归责的问题。但是,绝对权请求权不以损害为要件,只要对权益构成了侵害即可要求停止侵害、排除妨碍;即便没有侵害,只是存在侵害的危险,也可以要求消除危险。

然而,我国一些学者对归责、归责事由进行了扩张性的理解,在他们看来,归责并非单纯的对损害赔偿责任的归责,所谓“责”当然包括损害赔偿责任之外的其他的侵权责任承担方式,如消除危险、返还原物、赔礼道歉、消除影响等。例如,有的学者认为:“所谓归责,即确认和追究侵权行为人的民事责任。归责原则,是指以何种根据确认和追究侵权行为人的民事责任,它所解决的是侵权的民事责任之基础问题。”〔9〕有的学者认为,“传统的侵权行为的归责原则以损害事实的发生为前提,其归责原则也就是损害赔偿的归责原则”,但是,“在采用多种侵权责任方式的情况下,责任方式与归责原则的关系随之发生了变化。不同性质的问题需要用不同的方法解决,从法律整体上说,不同性质的违法行为需要承担不同类型的法律责任,包括民事责任、行政责任、刑事责任和违宪责任。从民法上说,不同类型的违反民事义务的行为需要承担不同的民事责任,不同的侵权责任方式反映违反民事义务的行为的性质有所不同。例如,造成了财产损失和存在危险状态的性质不同,责任方式就不同,适用的归责原则也不同。”“赔偿损失一般适用过错责任,法律有特别规定的,适用过错推定责任或者无过错责任。恢复原状是赔偿损失的特殊方法,其适用的归责原则与赔偿损失适用的归责原则没有区别。停止侵害、排除妨碍、消除危险与返还财产适用无过错责任(不问侵权人有无过错)。赔礼道歉、消除影响与恢复名誉适用过错责任。”〔10〕

〔9〕 张新宝:《中国侵权行为法》,中国社会科学出版社1998年版,第42页。

〔10〕 魏振瀛:“侵权责任方式与归责事由、归责原则的关系”,《中国法学》2011年第2期,第27页。

或许正是受到这种观点的影响,《侵权责任法》第6条第1款在规定过错责任原则这一侵权法最基本的归责原则时,采取的是“行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任”的表述。这种规定就存在很严重的问题了。因为,“侵害”他人民事权益不等于“损害”他人民事权益,侵害可能造成损害,也可能没有造成损害。在造成损害的情形下,对于损害赔偿适用过错责任原则显然是没有问题的。在没有造成损害,而只是侵害了民事权益的时候,如果适用过错责任,那么就与停止侵害、排除妨碍与消除危险这些侵权责任承担方式的绝对权请求权的性质完全不符合了。此外,令人感到奇怪的是,《侵权责任法》第7条在规定无过错责任时,却又使用了“行为人损害他人民事权益”的表述,这似乎又表明了立法者明确认可了无过错责任仅仅是损害赔偿的一种特殊的归责原则而已。

有鉴于此,未来我国民法典侵权责任编应当对此加以修改:一方面,明确归责原则仅仅是损害赔偿的归责原则,必须以损害的存在为基本前提;另一方面,要在适用要件上对损害赔偿请求权与绝对权保护请求权做出区分。^{〔11〕}令人欣喜的是,立法机关已经注意到了上述问题,进行了一些完善,例如,《征求意见稿》第2条第1款、《一审稿》第944条第1款就都分别将《侵权责任法》第6条第1款中的“侵害”修改为了“损害”;同时,《征求意见稿》和《一审稿》也将原先位置被放在《侵权责任法》第21条的停止侵害、排除妨碍和消除危险的规定,提前放在对无过错责任的规定之后(《征求意见稿》第4条、《一审稿》第946条)。这样就可以使法官在适用时明白这三类侵权责任承担方式不同于侵权赔偿责任。然而,令人遗憾的是,对于停止侵害、排除妨碍和消除危险的规定,无论是《征求意见稿》还是《一审稿》都没有能够进一步地,更详细地规定停止侵害、排除妨碍和消除危险的适用条件,从而导致司法实践中这三类侵权责任承担方式未能发挥应有的预防功能。

(二) 公平责任的适用范围

在《侵权责任法》中,凡是使用“补偿”一词表述的均为公平责任,明确适用公平责任的情形为:1. 见义勇为行为的受益者对被侵权人的补偿(第23条);2. 完全民事行为能力人非因过错而对自己的行为暂时没有意识或失去控制造成他人损害时的补偿(第33条第1款)。3. 高空抛物造成他人损害时,可能加害的建筑物使用人的补偿(第87条)。然而,由于《侵权责任法》第24条还一般性地规定了,如果受害人和行为人对损害的发生都没有过错的,可以根据实际情况,由双方分担损失。这样一来,公平责任的适用就不限于上述情形。也就是说,《侵权责任法》第24条实际上为公平责任的适用确立了一个一般条款,这样一来,就会导致严重的问题。首先,我国侵权法应当确立的是以过错责任为基本归责原则,而以无过错责任、公平责任为例外的归责体系。既然是例外,那么就应当由法律明确规定适用的情形。这一点上,无过错责任已经被明确了,即《侵权责任法》第7条明确规定,只有当法律规定没有过错也要承担责任时,加害人才需要在没有过错时承担侵权责任。然而,公平责任却没有这种限制,以至于司法实践中出现滥用公平责任,破坏整个侵权法归责体系,损害侵权法补偿和预防功能的情形,这一点自《民法通则》颁行以来就一直受到批评(《侵权责任法》第24条就来自于

〔11〕 2017年12月16日至17日,由中国法学会民法学研究会主办、中央财经大学法学院与中国人民大学法学院承办、怀柔区人民法院协办的“民法典侵权责任编立法研讨会”对该问题进行了讨论,学者们基本上达成了共识,认为应当将《侵权责任法》第6条第1款中的“侵害”修改为“损害”。

《民法通则》第132条)。其次,既然《侵权责任法》已经将需要适用公平责任的情形逐一列举了,那么就没有必要再一般性地规定公平责任的适用情形了,而是应当将公平责任的适用作为法律保留事项予以限制。在《侵权责任法》起草的时候,就有学者提出应当删除第24条的规定,但是,该意见并未被接受。令人高兴的是,立法机关已经注意到该问题,《征求意见稿》和《一审稿》都明确规定“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的,可以依照法律的规定,由双方分担损失。”^[12]对此,笔者完全赞同。有学者认为,既然将公平责任的适用限制在法律规定的情形,那么《征求意见稿》的这种规定就只具有宣示意义,不如删掉。对此,笔者不能苟同。因为该规定的意义并非单纯的宣示意义,而是在于:首先,该规定意味着公平责任的适用属于法律保留事项,除了法律,行政法规、司法解释等都不能随意规定;其次,该规定为未来其他法律规定公平责任的适用留下了余地,可以使今后其他的法律根据社会生活的实际需要确立相应的新的公平责任的适用情形。

三、侵权法的保护范围与一般条款

(一) 侵权法保护范围的列举性规定

我国侵权法保护的范围一直以来是比较广的。《民法通则》第106条第2款规定:“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。”该款中的财产和人身就不限于财产权、人身权。《侵权责任法》第2条第1款规定:“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任。”第2款规定:“本法所称民事权益,包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”这就更加清楚地表明了侵权法所保护的客体既包括人身权利、财产权利,也包括人身利益和财产利益。在侵权责任编的编纂过程中,就是否需要保留《侵权责任法》第2条第2款对侵权法保护范围的列举性规定,存在争议。反对者认为,民法典侵权责任编中没有必要再规定侵权法的保护范围,因为:一则这种列举并不全面,不仅遗漏了应当保护的事项(如身体权、自由权、名称权等),也将一些无须侵权法保护的事项放进来了(如股权、继承权);二则这种列举性的规定也会抑制司法实践中法官的主观能动性,不利于更好地保护民事权益。

《征求意见稿》第1条依然对侵权法的保护范围做了列举,但这种列举是非常抽象的,即仅从民事权利的大类上列举了“人格权、身份权、物权、知识产权、股权、继承权等人身、财产权益”。《一审稿》则索性放弃了对侵权法保护范围的任何列举性规定,其第943条规定:“本编调整侵害民事权益产生的民事法律关系。”笔者认为,未来民法典侵权责任编中既无须逐一列举侵权法的保护范围,也没有必要去对侵权责任编调整的对象作出规定。首先,《民法总则》第2条已经明确了民法的调整对象,而今后《民法总则》成为民法典的总则编后,其规定当然也可以适用于各分编。在民法典总则编已经明确了民法的调整对象后,如果包括侵权责任编在内的分编又逐一规定本编的调整对

[12] 立法机关做的《一审稿》的说明中指出:实践中,该规定因裁判标准不明导致适用范围过宽,社会效果不是很好。为进一步明确该规则的适用范围,统一裁判尺度,草案将侵权责任法规定中的“根据实际情况”修改为“依照法律的规定”。参见前注[4]。

象,则既无必要,也容易产生遗漏。其次,对于民事权益,《民法总则》第5章已经做出了非常详细的规定,该章对分散于民法典各分则编和各民商事特别法的各种民事权利做出了总括性列举规定,并且增加了关于权利保护、权利行使及其限制的基本规则,构成了整个私法领域的“民事权利总则”。^[13]既然如此,民法典侵权责任编再列举侵权法的保护对象就没有必要了。最后,民法典侵权责任编是侵权责任领域的基本法,亦即保护民事权益的基本法,具有非常重要的地位。但是,并非所有的法律予以保护的民事权益被侵害后,都需要适用民法典侵权责任编的规定,可能适用民法典其他各编(如物权编对物权的保护规定或人格权编对人格权保护请求权的规定),也可能适用民事特别法的相关规定(如公司法上对股权的保护性规定)。因此,尽管侵权责任编是放在民法典的最后一篇,但也并非意味着所有的民事权益都只是受到侵权责任编的保护,或者说在这些权益被侵害了之后都必须适用民法典侵权责任编的规定。

(二) 过错责任的一般条款的重构

在笔者看来,在我国侵权法保护范围非常广泛的情况下,民法典侵权责任编真正应当做的事情是区分保护的對象,即绝对权、相对权、合法利益,而设置不同的要件给予不同程度的保护,而非如同现在的《侵权责任法》第6条第1款那样简单地规定只是因为过错侵害他人民事权益,就应当承担侵权责任。事实上,在《侵权责任法》起草的时候,就有不少学者主张采取德国以及我国台湾地区的立法模式,在区分权利与利益的基础上使用不同的条款规定不同的侵权责任构成要件。^[14]但是,立法机关没有接受这种观点,《侵权责任法》第6条第1款仍大体上延续《民法通则》第106条第2款的规定。立法机关这样做的理由在于:他们认为,权利和利益的界限较为模糊,很难清楚地加以划分,而且权利和利益本身是可以相互转换的。^[15]笔者认为,这种观点是难以成立的。首先,侵权法的首要保护对象就是绝对权。绝对权就是物权、人格权、知识产权,而绝对权采取的都是法定主义,故此,判断哪些权利是绝对权对理论界与实务界来说都不困难。其次,受保护的利益当然会逐渐上升为权利。但是,从某种利益的出现到其受法律保护,直至最终被确认为权利,绝非一蹴而就,而是有一个发展演变的过程。申言之,社会的发展会使人们产生许多新的需求,出现新的需要保护的利益。法官在司法实践中根据社会生活的需要,可能先为这些利益提供若干保护手段,如确认为法律所保护的利益,免受某些侵害。然后,随着这些利益的定型化与普遍化以及保护需求的加强,其最终也许会被法律确认为一种权利甚至是绝对权而给与更高密度的保护。这一点从隐私在我国法上受保护的过程可以明显看出。故此,人们无须担心利益会转成权利的问题。再次,从我国现行立法来看,也是承认民事权利和民事利益受到法律不同程度的保护的。例如,商业秘密乃是一种受到法律保护的财产利益,^[16]但是,商业秘密不同于著作权、专利权等知识产权,法律上没有将之上升为绝对权而加以保护。因此,侵犯

[13] 梁慧星:《民法总则讲义》,法律出版社2018年版,第4~5页。

[14] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《侵权责任法立法背景与观点全集》,法律出版社2010年版,第112页。

[15] 参见王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法解读》,中国法制出版社2010年版,第10页。

[16] 商业秘密是指,不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息(《反不正当竞争法》第9条第3款)。

商业秘密的行为只有在符合法律规定的情形下才构成侵权责任,如侵害人须以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密(《反不正当竞争法》第9条第1款第1项)。最后,司法实践也迫切需要区分权利和利益而给与不同的保护。一方面,现实中之所以出现“权利泛化”、“权利大跃进”,一些人随便给自己的利益安上权利的名称就要求获得法律的保护,根本原因就在于,无论是当事人还是法官,都知道并非所有的利益都受到法律的保护,而法官把一项利益认定为权利,就可以避免出现保护了不该保护的利益的情形,以防出现错案。^[17]另一方面,为了防止法官的“任性”,避免滥用自由裁量权,出现法律适用上的不确定性,也有必要区分权利和利益。

综上所述,未来我国民法典侵权责任编应当借鉴德国以及我国台湾地区“民法”的规定,对绝对权与其他权利与利益做出区分保护,而非简单地作出一视同仁性的规定。

四、多数人侵权责任

我国《侵权责任法》构建的多数人侵权责任是由共同侵权行为(第8条至第10条)与无意思联络数人侵权(第11条至第12条)两大部分构成的。其中,共同侵权行为分为共同加害行为(第8条)、教唆帮助行为(第9条)以及共同危险行为(第10条);无意思联络数人侵权,则依据各个侵权人实施的侵权行为与损害之间的因果关系不同分为两类,即承担连带责任的无意思联络数人侵权(第11条)与承担按份责任的无意思联络数人侵权(第12条)。总体上来说,《侵权责任法》建立的多数人侵权责任体系在实践中和理论上都没有太大的问题,但是,在民法典侵权责任编中,对于多数人侵权责任制度尚有以下需要改进和完善的地方。

首先,为了能够更加明确地区分共同侵权与无意思联络数人侵权,解决理论界与实务界就《侵权责任法》第8条中的“共同”究竟是指共同故意还是共同过错,抑或客观共同的争议,侵权责任编中应当明确规定,共同加害行为是指二人以上共同故意实施侵权行为,造成他人损害的情形。^[18]也就是说,应当明确共同加害行为必须以加害人具有共同故意即意思联络作为主观要件,而不应当再将共同故意、共同过失的多数人侵权作为共同加害行为。

其次,对于共同危险行为规则应当加以完善。一方面,共同危险行为本身就是适用加害人不明的情形的,如果能够确定具体的侵权人,当然就不适用了。故此,《侵权责任法》第10条中的“能够确定具体侵权人的,由侵权人承担责任”这一段话应当删除。另一方面,应当明确规定共同危险行为的免责事由,即如果行为人能够证明自己的行为与损害结果之间不存在因果关系,就可以被排除在连带责任之外。因为,共同危险行为本质上就是侵权法上肇因原则的立法,是一种因果关系的推定,故此应当明确行为人可以通过举证推翻这种推定来免除责任。正如过错推定必须由法律加以规定一样,因果关系推定也应当由法律明确规定(如《侵权责任法》第66条对因果关系推定的规定)。共同危险行为中明确行为人可以举证证明自己的行为与损害之间没有因果关系而免责,就

^[17] 参见于飞:“侵权法上权利与利益的区分保护”,载《为民法而斗争——梁慧星先生七秩华诞祝寿文集》,法律出版社2014年版,第328页。

^[18] 相关讨论,参进程啸:“论《侵权责任法》第八条中‘共同实施’的涵义”,《清华法学》2010年第2期,第45~55页。

等于是法律对因果关系推定的规定,故此立法上必须加以明确,而不应交由司法解释或者理论。目前,由于我国《侵权责任法》第10条缺乏关于共同危险行为免责事由的规定,司法实践中人民法院只能适用《人身损害赔偿解释》第4条的规定。共同危险行为的上述两个缺陷在学界举行的多次民法典侵权责任编立法研讨会中都被提及,《征求意见稿》第7条曾接受了学者意见,做出了以下合理的规定:“二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为,其中一人或者数人的行为造成他人损害,不能确定具体侵权人的,行为人承担连带责任,但行为人能够证明自己的行为与损害结果之间不存在因果关系的除外。”然而,不知何故,《一审稿》第949条又完全恢复和《侵权责任法》第10条一模一样的规定,令人遗憾!

五、免责与减责事由

(一) 免责事由与减责事由的立法模式

《侵权责任法》对于免责和减责事由的规定,采取了“一般+特殊”的模式。一方面在第3章“不承担责任和减轻责任的情形”(第26~31条)中对免责和减责事由作了一般性的规定。由于该规定是在总则部分,所以原则上适用于所有的侵权行为。另一方面又在一些特殊的侵权行为中就免责和减责问题作出了特别规定。如第60条对医疗机构免责事由的规定,第68条就第三人过错不能免除污染者的侵权责任的规定,第70条至第73条分别对民用核事故、民用航空事故责任、高度危险物致害责任、高度危险活动致害责任的免责事由与减责事由的规定等。

由于不可抗力、正当防卫、紧急避险已经被规定到《民法总则》当中(第180~182条),《侵权责任法》第3章只剩下3条,显然难以独立成章,故此《征求意见稿》《一审稿》都将减责与免责事由的条文放到了第1章“一般规定”,分别有四个条文,《征求意见稿》第10~13条、《一审稿》第952~955条。

值得肯定的是《征求意见稿》第13条和《一审稿》第955条。这两条都明确规定了“本法和其他法律对不承担责任或者减轻责任的情形另有规定的,依照其规定”。所以说,这两条值得肯定,是正确的,原因在于:如果继续维持《侵权责任法》对减责免责事由采取的“一般+特殊”的立法模式,就必须有上述规定,否则会带来解释适用上的困难。申言之,在特殊侵权行为中如果没有明确列举某一免责事由,但是在《侵权责任法》第3章中有规定,此时该免责事由还能否适用于这一侵权行为,就成为问题。例如,《侵权责任法》第70条和第71条关于民用核事故责任、航空事故责任的规定中并未规定不可抗力是免责事由的,行为人可否援引《侵权责任法》第3章或者《民法总则》中对不可抗力的规定来主张免责呢?如果认可《侵权责任法》第3章关于免责事由的规定在法律没有例外规定的时候,可以适用于任何侵权行为,那么在特殊侵权行为中立法者只需要根据价值判断明确列出不适用的例外情形即可,没有必要去规定哪些情形下才能免责。而现在的立法模式是,在一些特殊的侵权行为如上述民用核事故责任和航空事故责任中,立法者又规定了单独的免责事由,这样实际上就意味着这种单独的对免责事由的规定排除了《侵权责任法》第3章关于免责事由的一般性规定。由此可见,只有在民法典侵权责任编中明确规定“本法和其他法律对不承担责任或者减轻责任的情形另有规定的,依照其规定”,才能避免法律适用上的困境。

(二) 免责事由的完善

1. 目前的《民法总则》关于不可抗力的规定应当修改。立法者将不可抗力规定到《民法总则》第 8 章“民事责任”中, 故此民法典侵权责任编中无须再做规定。但是, 需要注意的是, 目前的《民法总则》第 180 条关于不可抗力的规定显然只是注意到不可抗力对于合同责任的适用, 没有考虑到免除侵权责任的问题。因为该条第 1 款第 1 句的表述为“因不可抗力不能履行民事义务的, 不承担民事责任”。这样的表述显然不能适用于侵权责任。故此, 民法典颁行时应当将《民法总则》这一规定调整为“因不可抗力不能履行民事义务或者造成他人损害的, 不承担民事责任”。

2. 第三人行为作为免责事由的情形应当予以具体明确。《侵权责任法》规定的免责事由中, 第三人行为实际上无法规定为一类免责事由。因为第三人行为能否免责需要区分不同的情形: 当第三人行为中断了被告的加害行为与损害后果之间的因果关系时, 则被告可以免除责任; 如果第三人的行为与被告行为共同造成损害, 则属于多数人侵权责任, 应当依据具体情形, 分别适用《侵权责任法》第 8~12 条的规定。^[19] 《侵权责任法》第 28 条的规定在理论上和实践中除了提示作用外, 没有太大的价值。与其如此, 不如对之加以修改, 例如将之明确为中断被告的加害行为与损害后果时的免责事由。

3. 应当对自助行为做出规定。自助行为 (Selbsthilfe), 是指权利人为了保护自己的权利, 对于他人的自由或财产施以拘束、扣留或毁损的行为。^[20] 我国《侵权责任法》以及其他的法律都没有对自助行为加以规定,^[21] 这种现状不利于人民以自己的力量维护权利, 从根本上来说也不利于社会的稳定。因为人民不可能在任何时候任何地点都能够获得国家公权力的保护, 此时如果不允许他们采取自力救济, 实施自助行为, 等于鼓励违法犯罪行为, 也容易导致人们对公权力机关失去信任。故此, 那些认为规定了自助行为就会天下大乱的观点是错误的。事实上, 即便法律不规定, 自助行为的情形也常常发生, 而由于缺乏法律的规定, 不仅当事人不知道应当如何进行合法的自助行为, 法院在裁决此类纠纷时也只能依据法理为之。

4. 民法典侵权责任编应当对自甘冒险做出规定。自甘冒险 (assumption of risk/Handeln auf eigene Gefahr), 是指某人明知且自愿地 (bewusst und ohne zwingenden Grund) 进入使自己权益遭受危险的境地。^[22] 比较法上对自甘冒险有不同的认识与处理方法。例如, 德国联邦法院的判例认为, 自甘冒险应当依据《德国民法典》第 254 条即过失相抵的规则处理。^[23] 美国法上的传统规则认为, 受害人自甘冒险时不能要求被告赔偿。法院传统上裁定承担了被告过失风险的原告不能获得损害赔偿, 儿童和成年人都可以自担风险, 而且如果他们确实自担了风险, 他们的诉讼请求将会被禁止。^[24] 不过现在的法院已经不再将自甘冒险作为一个单独的抗辩了, 被告也不能仅仅以原告自甘冒

[19] 详细分析参进程啸: “论侵权法上的第三人行为”, 《法学评论》2015 年第 3 期, 第 48~60 页。

[20] 参见郑玉波: 《民法总则》, 台湾三民书局 1982 年版, 第 411 页。

[21] 全国人大常委会法制工作委员会民法室的《民法侵权责任编草案(室内稿)》曾经对自助行为做出了规定, 后来《征求意见稿》《一审稿》又都删除了。

[22] Oliver Brand, Schadensersatzrecht, C. H. Beck, 2010, S. 115.

[23] Oliver Brand, Schadensersatzrecht, S. 115.

[24] 参见〔美〕丹·B·多布斯: 《侵权法》(上册), 马静、李昊、李妍、刘成杰译, 中国政法大学出版社 2014 年版, 第 466 页。

险为由而免责。现在法院对自甘冒险的案件通过以下手段加以解决:其一,适用比较过错规则;其二,裁定被告没有注意义务;其三,裁定被告没有违反义务。具体适用哪一种方法需要根据案件的具体情况确定。^[25]

我国现行法没有对自甘冒险做出规定,司法实践中法院处理的自甘冒险的案件较多。从相关案例来看,法院对于原告自甘冒险的处理方法也是区分不同的情况予以判断。有些案件中,原告自甘冒险只是意味着其对损害的发生存在过错,故可以适用过失相抵的规则,相应地减轻赔偿义务人的赔偿责任。^[26]而在有些案件中,原告的自甘冒险意味着被告因对原告的损害没有过错,故此不承担赔偿责任,受害人应当自担损害。例如,在体育比赛中,尤其是那些对抗性激烈,具有一定危险性的比赛,如足球、篮球、拳击等。参与者同意参加比赛,就意味着自愿承担了特定的风险。与原告一同比赛的被告只要不是因故意或重大过失违反比赛规则而给原告造成损害的,就不需要负责。再如,在一些具有一定危险性的活动中,被告尽到了相应的注意义务后,原告的自甘冒险行为使其需自担损害而无权要求被告承担赔偿责任。

5. 明确规定受害人同意作为免责事由。受害人同意(Einwilligung),也称“受害人允诺”或“受害人承诺”,是指受害人就他人特定行为的发生或者他人对自己权益造成的特定损害后果予以同意并表现于外部的意愿。^[27]受害人的同意既可以是明示的(expressly),也可以是默示的(implied)。所谓明示的同意,是指受害人明确地通过言语或文字同意他人针对自己的特定行为或特定损害后果。例如,某明星接受记者的专访并自己将与某政客发生过两性关系的隐私爆料给该记者;再如,明确告诉他人可以烧毁自己不希望保留的信件。默示的同意,是指基于受害人特定的行为而推断出其对他人针对其所实施的特定行为或损害后果的同意。例如,伸出手臂让护士抽血。此外,受害人的同意既可以是作为,也可以是不作为或者单纯的沉默。^[28]例如,一个女孩对他人发出的谈恋爱的建议保持沉默,此后不能起诉对方进行了恐吓(assault)。

《侵权责任法》起草时,就有学者主张对受害人同意的法律效力问题作出明确规定。但立法机关认为,国外对此种免责事由作出规定的成文法不多,目前只有《葡萄牙民法典》第340条有规定,因此我国《侵权责任法》也暂不规定,将该问题留待司法实践具体解决。^[29]尽管《侵权责任法》没有将受害人同意一般性地规定为免责事由,但该法第55条对医务人员告知说明后取得患者或其近亲属书面同意的规定也清楚地表明,我国法上认可受害人同意是一种免责事由。笔者认为,医疗机构在诊疗活动中就手术、特殊检查、特殊治疗告知受害人并取得其同意当然是受害人同意的一种,但不是全部的情形。受害人同意还可以针对其他的人身权益或者财产权益做出。例如,《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第12条规定,经过自然人书面同意且在约定范围内公开的“自然人基因信息、病历资料、健康

[25] 同上,第466页。

[26] 参见“孙永青与胡有磊等人身损害赔偿纠纷上诉案”,载最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》(总第66辑),人民法院出版社2009年版,第84页以下。

[27] 详细讨论,参见程啸:“论侵权行为法中受害人的同意”,《中国人民大学学报》2004年第4期,第110~116页。

[28] See John G. Fleming, *The Law of Torts*, The Law Book Company Limited, 1992, pp. 79~80.

[29] 参见前注[15],王胜明书,第120页。

检查资料、犯罪记录、家庭住址、私人活动等个人隐私和其他个人信息”，不构成对隐私权的侵害。这里面的“自然人书面同意”就是受害人同意。故此，在民法典中对于受害人同意的构成要件和法律效果做出统一的规定，是非常有必要的。

六、侵权责任的承担方式

(一) 侵权赔偿责任制度的完善

从目前的情况来看，我国民法典很可能不会设立债法总则编，因此，在传统大陆法系国家被放在债法总则编中的损害赔偿法的一般规则，就只能分别在侵权责任编与合同编的相关部分中加以规定。事实上，目前我国的侵权损害赔偿与违约损害赔偿就分别规定于《侵权责任法》、《合同法》中。如果是这样的话，那么在未来我国民法典侵权责任编中应当关注损害赔偿法相关规定的完善。具体来说，应当补充完善以下损害赔偿法的重要原则与规则：

1. 明确规定完全赔偿原则。完全赔偿原则 (Prinzip der Totalreparation)，也称“要么全赔，要么不赔的原则” (Alles oder nichts-Prinzip)，^[30] 是指在任何产生损害赔偿请求权的场合，不管损害的类型如何、加害人的过错程度如何，均应先确定受害人所遭受的损害，然后由赔偿义务人通过相应的赔偿方法为赔偿权利人提供一定的利益，以求全部填补损害，使受害人回复到倘若未遭受侵害时应处之状态。完全赔偿原则是损害赔偿法以“补偿”为其核心目标这一私法基本观念的逻辑产物。它意味着：首先，损害赔偿不仅使受害人遭受的固有利益的损害得到填补，还要使其遭受的可得利益的损害得到赔偿。也就是说，损害赔偿的范围不仅包括所受损害，还包括所失利益。只有这样，方能通过损害赔偿责任的承担使受害人处于倘若未发生加害事件时其本应处的状态。其次，完全赔偿原则旨在通过损害赔偿使受害人回复到损害事件假设没有发生时其应处的状态，因此无论受害人因损害事件遭受的是财产状况上的不利益，还是非财产状况上的不利益，均应透过损害赔偿得以回复原状。再次，损害赔偿责任仅与受害人的损害有关。“损害多少，赔偿多少”。至于损害赔偿义务人主观上的可非难程度如何，故意还是过失，以及其有无赔偿能力，并不影响赔偿的范围与数额。换言之，即便加害人仅具有最轻微的过失，但造成了严重的损害，他也要就该损害承担全部的赔偿责任。“在法律上，不能考虑所谓损害之大出乎预料之类的答辩，因为这对于所有错误行为无不如此。”^[31] 反之，虽然加害人从事的是最卑鄙的行为，但仅造成了轻微的损害，也不能就此加重其赔偿责任。即便赔偿义务人没有赔偿能力，原则上也不能因此免除其承担损害赔偿的责任。至于赔偿责任的成立与否，更不受加害人动机的影响。行为人“不能以良好的动机为不法行为做辩解，而恶意或不良的动机也不能使得本来是合法的行为变成侵权行为”。^[32]

大陆法系国家或地区的民法典多对完全赔偿原则有清晰的规定，如《德国民法典》第 249 条第 1 款、《葡萄牙民法典》第 562 条、我国台湾地区“民法”第 213 条第 1 款

[30] Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 18. Aufl., 2008, Rn. 624.

[31] [新西兰] 瓦莱里·安·彭林顿：《香港的法律》，毛华等译，上海翻译公司 1985 年版，第 164 页。

[32] 同上，第 164 页。

等。由学者起草的《欧洲示范民法典草案》第六卷“造成他人损害的非合同责任”的第六章“救济”也明确了损害赔偿法中的完全赔偿原则,该章第6:101条第1款规定:“损害赔偿旨在使遭受了具有法律相关性的损害的人恢复到假若损害未发生其本应处于的状态。”我国民法学界都承认完全赔偿原则是损害赔偿法的基本原则。^[33]司法实践中,法院也多认可完全赔偿原则。^[34]然而,令人遗憾的是,现行法中却没有任何法律规范就该原则做出较为明确的规定。这不仅使得我国现行法在规范各类加害行为的损害赔偿范围时缺乏一个明确的指导原则,而且导致了法院裁判的不统一,以至于实践中,经常出现对受害人的损害赔偿不足的情形,从而不利于保护受害人的合法权益,实现私法的补偿的功能。鉴于我国民法典不设债法总则,对于侵权损害赔偿责任与违约损害赔偿将分别在侵权责任编与合同编中加以规定,故此,笔者认为,我国民法典侵权责任编应当对完全赔偿原则做出规定。

2. 规定损益相抵。损益相抵(Vorteilsausgleichung),也称“损益同销”,是指当赔偿请求权人因同一赔偿原因事实而受有利益时,赔偿义务人有权要求将该利益加以扣除,从而确定损害赔偿之范围的制度。损益相抵制度的理论基础在于损害赔偿法中的“禁止获利”(Bereicherungsverbot)原则。损害赔偿具有补偿功能,赔偿义务人向赔偿权利人承担赔偿责任后,应使后者处于损害事故如未发生时应处的地位,但赔偿权利人不能因该损害之赔偿而处于较损害发生前更为有利的地位,这就是禁止获利原则的基本思想。对于损益相抵,各国民法或法院判例均明确加以承认。最高人民法院只是在《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第31条对买卖合同违约损害赔偿中的损益相抵做出了规定,而对于侵权损害赔偿中损益相抵规则的适用,无论《侵权责任法》还是相关司法解释均无规定。《征求意见稿》第24条曾对损益相抵做出了规定,即“被侵权人因同一侵权行为受到损害又获得利益的,计算损害赔偿额应当扣除所获利益,但根据该利益的性质或者依照法律的规定不得扣除的除外”。然而,《一审稿》不知何故将该规定删除。笔者认为,民法典侵权责任编还是应当对损益相抵这种确定损害赔偿范围的重要规则作出规定。

3. 侵害财产的损失赔偿的计算方法。《侵权责任法》第19条规定,侵害他人财产的,财产损失按照损失发生时的市场价格或者其他方式计算。所谓损失发生时即侵权行为发生时,当然有时也会有差别。《侵权责任法》这一规定的不合理之处就在于不符合完全赔偿原则,无法通过损害赔偿使得受害人处于倘若侵权行为没有发生时本应处的境地。在确定损害赔偿数额时,需要将侵权行为或者损害发生后的变动情况考虑进去,如受害人的房屋被毁损后,房地产价格的上涨。故此,建议我国民法典侵权责任编明确规定,侵害他人财产的,财产损失按照损失发生时或者起诉时的市场价格或者其他合理方式计算。这样就可以赋予受害人相应的选择权。不仅可以在损失发生时或起诉时的市场

[33] 参见王利明主编:《民法·侵权行为法》,中国人民大学出版社1993年版,第561页以下;刘士国:《现代侵权损害赔偿研究》,法律出版社1998年版,第105页以下;张新宝:《中国侵权行为法》,中国人民大学出版社2005年版,第468页以下;杨立新:《侵权损害赔偿》,法律出版社2010年版,第233页以下;周友军:《侵权法学》,中国人民大学出版社2011年版,第61页以下。

[34] 例如,在“张春英与中国工商银行股份有限公司昌吉回族自治州分行、新疆证券有限责任公司、杨桃、张伟民财产损害赔偿纠纷案”中,最高人民法院就明确指出:“侵权责任中关于侵害他人财产的赔偿原则是以填补损害为主旨,也即根据损害的大小确定赔偿的范围。”本案载《最高人民法院公报》2013年第2期。

价格中进行选择,如果受害人能够证明存在特定的事实使得被侵害的财产的价格比损失发生时或起诉时的市场价格还要高的,那么也可以以此种方式进行计算。

4. 精神损害赔偿制度的完善。《侵权责任法》对精神损害赔偿的适用采取了严格限制的态度,该法第22条规定:“侵害他人人身权益,造成他人严重精神损害的,被侵权人可以请求精神损害赔偿。”由于法律上的“他人”不仅包括自然人,也包括法人、非法人组织等其他民事主体,况且人身权益也并非仅仅自然人享有,于是法人的名誉权、名称权等遭受侵害的,能否要求精神损害赔偿,就成了问题。此外,《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》第4条规定:“具有人格象征意义的特定纪念物品,因侵权行为而永久性灭失或者毁损,物品所有人以侵权为由,向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理。”那么,在《侵权责任法》颁布之后,当此种具有人格象征意义的特定纪念物品被侵害时,受害人是否有权请求精神损害赔偿,也成了一个问题。民法典侵权责任编的起草针对上述两个问题对《侵权责任法》第22条进行了修改。其中,《征求意见稿》第19条规定:“侵害自然人的人身权益或者具有人格象征意义的特定物品造成严重精神损害的,被侵权人可以请求精神损害赔偿。”《一审稿》第960条则分为两款,第1款规定:“侵害自然人人身权益造成严重精神损害的,被侵权人有权请求精神损害赔偿。”第2款规定:“故意侵害自然人具有人身意义的特定物品造成严重精神损害的,被侵权人有权请求精神损害赔偿。”笔者认为,《一审稿》的规定更加合理,这是因为,原则上侵害物品造成的就是财产损失,这是一般社会公众都具有的合理认识,因此,所谓自然人具有人身意义的特定物品除了那些众所周知的被认为具有人身意义的物品——如遗体、遗骨——之外,绝大多数的这类特定物品的“人身意义”是不具备社会典型公开性的。也就是说,他人除了知道这是一个物品之外,不会知道该物品竟然还是具有特殊意义的特定物品。因此,为了避免给人们的合理行为自由造成不合理的限制,还有必要从主观上加以限制。也就是说,只有当加害人知道被侵害的物品是他人的具有人身意义的特定物品并且加以侵害,由此造成受害人严重精神损害的,被侵权人才能要求精神损害赔偿。

5. 规定损害赔偿请求权的转让。如果除了加害人需要向受害人负赔偿损害的责任外,还有第三人须依法律或合同应当向受害人赔偿全部损害且该第三人为责任的终局承担者时(此即学理上所称的“不真正连带债务”),受害人显然不得就同一损害而获得双重赔偿,否则就违背了禁止得利原则。例如,甲将汽车停放在乙经营的停车场中,因乙的疏忽,盗贼丙偷走该车并在驾驶中撞坏该车使之报废,损失15万元。甲要求乙承担违约赔偿责任,乙在承担15万元的赔偿责任后,倘若甲还可以要求丙赔偿15万元,则其就获得了30万元的赔偿。为了避免受害人就同一损害获得双重赔偿,同时为了保护赔偿义务人的权利,德国等大陆法系国家或地区的民法中确立了损害赔偿请求权的让与制度。《德国民法典》第255条规定:“应当为一个物,或者一项权利的丧失而给付损害赔偿者,仅在赔偿权利人让与基于对该物的所有权或者基于该权利而对第三人享有的请求权时,始负有赔偿的义务。”我国台湾地区“民法”第218条之一规定:“关于物或权利之丧失或损害,负赔偿责任之人,得向损害赔偿请求权人,请求让与基于其物之所有权或基于其权利对于第三人之请求权。第二百六十四条之规定,于前项情形准用之。”依据赔偿请求权让与制度,在前述例子中,甲在要求乙承担赔偿责任后,应当将其针对丙的侵权赔偿请求权让与乙。乙可以要求丙承担15万元的赔偿责任,当然这个请求权

很可能无法实现或无法全部实现,这个风险必须归属于乙。

我国现行法没有规定赔偿请求权的让与制度,故往往由法律或司法解释逐一规定,赔偿义务人在承担赔偿责任后对第三人享有追偿权。例如,《侵权责任法》第83条规定:“因第三人的过错致使动物造成他人损害的,被侵权人可以向动物饲养人或者管理人请求赔偿,也可以向第三人请求赔偿。动物饲养人或者管理人赔偿后,有权向第三人追偿。”《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第11条第1款第2、3句规定:“雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的,赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任,也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后,可以向第三人追偿。”但是,实践中不真正连带债务的情形非常多,当法律或司法解释不可能逐一规定这些情形时,哪些赔偿义务人向哪些第三人享有追偿权。因此,侵权责任编中有必要规定损害赔偿请求权的让与规则,否则在没有法律明文规定的情形下,实践中就会出现问題。

6. 规定损害赔偿金的酌减规则。在损害赔偿法中,如果一味遵循要么全赔要么不赔的原则,显然过于僵化。例如,在有些情况下,虽然没有受害人过失之类的减轻赔偿责任的事由,但是如果要求赔偿义务人承担全部的赔偿责任,对自然人而言势必影响其基本的生存,而对法人来说,可能使其破产,进而引发失业等连锁反应,显非妥当。故此,一些国家或地区的民法典授权法官在确定赔偿责任时需要在一定程度上考虑赔偿义务人的赔偿能力、赔偿责任对其生计的影响等,从而酌情减轻赔偿义务人的赔偿数额,此即损害赔偿的酌减规则。首创该制度的是《瑞士债务法》,该法第44条第2项规定:“因赔偿而使赔偿义务人陷入经济上之困境时,法官可以适当减少赔偿数额,但行为人故意或重大过失造成损害的除外。”此后,陆续一些国家或地区的民法典也采取酌减规则。如《俄罗斯民法典》第1083条规定,在确定损害赔偿数额时要斟酌受害人的过错和致害人的财产状况。依据该条第3款,“法院可斟酌致害公民的财产状况,减少其赔偿损失的金额,但损害由其故意行为所致时除外。”再如,我国台湾地区“民法”第218条规定:“损害非因故意或重大过失所致者,如其赔偿致赔偿义务人之生计有重大影响时,法院得减轻其赔偿金额。”

在我国司法实践中,法官在确定赔偿数额时实际一般都会考虑赔偿义务人的经济状况,从而相应地酌减赔偿金额。但是,如果没有明确的法律依据和严格的要件加以规范,对于那些故意或重大过失造成他人损害者,也减轻损害赔偿数额的话,损害赔偿金的酌减势必被滥用,从而损害赔偿权利人的利益。王利明教授主持起草的《民法典学者建议稿》曾规定了损害赔偿金的酌减规则,该建议稿第2015条规定:“侵权人在承担赔偿责任时,应当保留维持其最低生活保障或者履行法定扶养义务所必需的费用。”故此,建议侵权责任编对此作出相应的规定。

(二) 其他的侵权责任承担方式

我国法上侵权责任方式是九种,除了作为损害赔偿方法的恢复原状、赔偿损失之外,还有停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产、赔礼道歉以及消除影响、恢复名誉。如前所述,停止侵害、排除妨碍、消除危险和返还财产,性质上属于绝对权保护请求权,不以过错和损害为要件。至于赔礼道歉与消除影响、恢复名誉这两类侵权责任承担方式,性质上也应当属于损害赔偿的范畴。赔礼道歉,是指侵权人当庭以口头方式或者在报刊上以书面方式向被侵权人承认错误、表示歉意。虽然是一种侵权责任承担方

式, 但并非所有的侵权纠纷中都可以适用赔礼道歉。赔礼道歉仅适用于那些给被侵权人造成精神损害(无论严重与否)的侵权行为, 如侵害名誉权、肖像权、隐私权等人格权, 侵害死者的肖像、隐私、名誉等人格利益以及侵害其他一些包含明显的精神利益的权利如著作权。至于财产权如物权、商标专用权和以财产利益为主的一些权利如专利权等被侵害, 不适用赔礼道歉。^[35]

消除影响、恢复名誉是一种侵权责任的承担方式, 其中, 消除影响是指侵权人在其因侵权行为给被侵权人造成的不良影响所及之范围内, 消除对被侵权人不利后果的民事责任。恢复名誉是指加害人在其侵害后果所及范围内使受害人的名誉权恢复到未曾遭受损害的状态。消除影响与恢复名誉主要适用于侵害名誉权的情形。司法实践中, 消除影响与恢复名誉主要适用于以下类型的案件, 即侵害姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、人身自由权、人格尊严权、隐私权以及侵害死者的姓名、肖像、名誉、荣誉或者披露死者的隐私等。但是, 笔者认为, 消除影响与恢复名誉并非独立的侵权责任的承担方式。因为它们只是通过其他相应的侵权责任承担方式所要实现的目标。将目标作为独立的侵权责任承担方式, 显然难以实行。例如, 当法院判令侵权人停止侵害(如禁止发行刊登侵害名誉权文章的报纸或杂志)、赔礼道歉(如在报纸上刊登致歉声明)后, 被告承担了该侵权责任, 就完全可以起到消除不良影响, 恢复被侵权人名誉的功能。也正因如此, 司法实践中没有办法单独适用消除影响、恢复名誉这一侵权责任承担方式, 必须将它们与赔礼道歉等侵权责任承担方式结合起来适用。^[36]实践中也存在“消除影响、恢复名誉”与“赔礼道歉”的混同, 致使大量“致歉声明”的内容包含了“消除影响、恢复名誉”内容, 使得“消除影响、恢复名誉”存在的独立性丧失。^[37]

参考文献

- [1] 程啸. 论侵权法上的第三人行为[J]. 法学评论, 2015(3).
[2] 王利明. 论我国侵权责任法分则的体系及其完善[J]. 清华法学, 2016(1).

(责任编辑: 朱晓峰 赵建蕊)

[35] 参见蒋志培: “在全国法院专利审判工作座谈会上的总结讲话”, 载最高人民法院民三庭: 《知识产权审判指导与参考》(第7卷), 法律出版社2004年版, 第17页。

[36] 参见北京市第一中级人民法院民事责任课题组: “论消除影响、恢复名誉、赔礼道歉侵权民事责任形式”, 载最高人民法院民事审判第一庭编: 《民事审判指导与参考》(总第44集), 法律出版社2011年版, 第136~137页。

[37] 参见北京市第一中级人民法院课题组: “关于民法总则民事责任部分法律适用的调研报告”, 载 https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzA3MTc3NjI2MQ==&mid=2651802126&idx=1&sn=266e6a3750e6b0cc6604059aba02fe54&chksm=84d38b64b3a4027257de93dd8ca6c58af363575b257bd33ccf6d34e099417772d8325f14b48d&mpshare=1&scene=1&srcid=0831X1nxZTmIHd1Ysju3ulvx#rd, 最后访问时间: 2018年9月20日。