

民法典侵权责任编应处理好的三对关系

Three Relationships to be Dealt with in Tort Law of China Civil Code

张平华

ZHANG Pinghua

【摘要】 只有认真处理不同法律之间、传统性和现代化之间、一般化和具体化之间的三大关系,才能达到修改好《侵权责任法》、制定好民法典侵权责任编的目的。所谓不同法律之间的关系主要指《民法总则》和侵权责任编、未来侵权责任编与特别法的关系。修改法律应该起到厚植传统、阻滞跨越式立法的作用,也要回应现代化发展提出的要求、填补法律漏洞。应删除广义一般条款,通过归责原则体系化设立狭义一般条款。法律规范应尽量具体化,特别是在构成要件、免责事由、责任形态、责任方式、损害赔偿等方面。

【关键词】 民法典 法律之间的关系 侵权法的传统性和现代化 侵权法的一般化和具体化 一般条款

【中图分类号】 DF526 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2018)06-0023-15

Abstract: In order to modify Tort Liability Law and legislate on Chapter Tort in Civil Code of China, we should deal with three relationships carefully including the relationships between different laws, between traditionalizing and modernization, between generalization and materialization. It is very important to clarify the relationship between the General Principle of Civil Law in China and Chapter Tort in Civil Code of China, and the one between Chapter Tort and other special laws. The Modification could play the role on deepening the tradition and prevention from too fast legislation, filling the gaps of law to meet with the requirement of modern society. The general clause in broad sense should be cancelled, whereas the general clause in narrow sense should be set up by the way of systematism of criteria of liability. We should try our best to materialize the rules, especially on requirements of liability, exemptions, sorts of liability, damages, etc.

Key words: Civil code Relationship between different laws Traditionalizing and modernization of tort law Generalization and materialization of tort law General clause

【收稿日期】 2018-07-16

【作者简介】 张平华,男,1974年8月生,烟台大学法学院教授,研究方向为民商法学。

按照战略规划,中国将于2020年出台民法典,而其重要环节是修改问世不久的《侵权责任法》以形成民法典侵权责任编。制定中国民法典绝非先备蓝图,再从“挖基”到“封顶”按部就班式地施工,而应该是旷日持久的冲积运动:如果说学术是奔腾的河水,生活就是寂静的河床,立法表现为河水持久、往复地冲刷河床,最终层累形成辽阔坚实的平原(法典)。于此背景下,即便再“短平快”的修改,也是法典化进程中一次不可或缺的层累,值得认真对待。本文认为,只有认真处理不同法律之间、侵权法的传统性和现代化之间、侵权法的一般化和具体化之间三大关系,才能夯实民法基础、折射时代气象、提高规则的合理性、架通对接民法典的桥梁。

一、不同法律之间的关系

《侵权责任法》之修改并非孤立的工程,需要从法律体系的视野处理好两方面的关系。一是立足于民法典内部,处理好《民法总则》和侵权责任编的关系;二是着眼于民法典外部,处理好侵权责任编与特别法的关系。

(一) 关于《民法总则》和侵权责任编的关系

《民法总则》是统领未来民法各编的总公因式,构成侵权责任编的一般法。相应地,两者的关系体现在以下几方面:

1. 侵权责任编无须重复《民法总则》的内容

在价值层面上,侵权责任编应和《民法总则》功能一致、目的吻合。《侵权责任法》第1条规定了四项立法目的或功能,即“保护民事主体的合法权益”、“明确侵权责任”、“预防和制裁侵权行为”、“促进社会和谐稳定”。这种立法目的多元化改变了侵权法围绕损害赔偿打转的传统,体现了我国侵权立法坚持社会本位的明显优势。^{〔1〕}《民法总则》第1条设定民法的立法目的是“保护民事主体的合法权益”,“调整民事关系”,“维护社会和经济秩序”,“适应中国特色社会主义发展要求,弘扬社会主义核心价值观”。两相比较,《侵权责任法》的立法目的完全可以被《民法总则》所涵盖,未来侵权责任编无须保留立法目的。两部法律均以“保护民事主体的合法权益”为首要目的,侵权法中的“明确侵权责任”可纳入《民法总则》中的“调整民事关系”,“预防和制裁侵权行为”、“促进社会和谐稳定”可被“维护社会和经济秩序”、“适应中国特色社会主义发展要求,弘扬社会主义核心价值观”吸收。

在规范层面上,《民法总则》第五章民事权利中关于侵权请求权的规定、第八章关于民事责任的规定构成侵权责任的直接上位法,比《侵权责任法》条文表述更为合理、适用范围更广,应吸收《侵权责任法》的相关条文。

关于面向民法典的《民法总则》与《侵权责任法》的关系,请参考表1。

表1 面向民法典的《民法总则》与《侵权责任法》的关系

	《民法总则》	《侵权责任法》	未来民法典侵权责任编的处理结果
1	侵权请求权的一般规定(第120条)	第3条	《侵权责任法》第3条可以被《民法总则》吸收
2	民事责任的发生原因(第176条)	第2条	《侵权责任法》第2条可以被《民法总则》吸收

〔1〕 参见张平华:“作为《侵权责任法》立法目的的促进社会和谐稳定”,《政法论丛》2016年第2期,第52~58页。

续前表

	《民法总则》	《侵权责任法》	未来民法典侵权责任编的处理结果
3	按份责任的一般规定(第177条)	第12条	《侵权责任法》第12条的“分别实施,造成同一损害”未必构成按份责任,不适合作为按份责任一般条款,应予删除
4	连带责任的一般规定(第178条)	第13、14条	内容一致,应删除《侵权责任法》的相关规定
5	民事责任的方式(第179条)	第15条	应删除《侵权责任法》的相关规定,《民法总则》的规定更加全面:依其规定,“修理”可以成为侵权责任的方式;新增了惩罚性赔偿一般条款
6	不可抗力、正当防卫、紧急避险(第180~182条)	第29~31条	应删除《侵权责任法》的相关规定,《民法总则》的规定更加全面
7	见义勇为(第183条)	第23条	应删除《侵权责任法》的相关规定,《民法总则》进一步明确了“受益人的补偿责任”,是替代侵权法的新法
8	多种责任并存时财产优先承担民事责任(187)	第4条	基本一致,应删除《侵权责任法》的相关规定

2. 侵权责任编应具体落实《民法总则》的规定

其一,《民法总则》第五章“民事权利”确立了侵权保护对象,未来侵权责任编应回应总则规定,落实保护任务。《民法总则》仅确认了个人信息(第111条)、数据或网络虚拟财产(第127条)等权益,但缺乏相应的侵权救济制度,这一不足应由侵权责任编弥补。即便未来对这些权益会有特别立法,侵权责任编也不应缺失基础性规范。其二,《民法总则》第9条所规定的“绿色原则”为民法分则提供了价值指导,侵权责任编应当在环境、生态侵权责任领域贯彻这一原则,建立合理的规则体系。^{〔2〕}《民法总则》的禁止权利滥用原则(第132条)为侵权责任编规定滥用竞争权利、滥用诉权等具体类型提供了依据。其三,针对责任竞合,《民法总则》第186条进一步明确适用“择一行使请求权”原则,民法各编应予以贯彻落实。而现行《侵权责任法》第41条针对产品责任不区分履行利益和固有利益原则实行一揽子的救济,与“择一行使请求权”原则存在冲突,应予修正。其四,尽管侵权行为不属于《民法总则》的法律行为,但其侵权责任编中的受害人同意可以类推适用意思表示制度。^{〔3〕}

3. 侵权责任编可建立不同于《民法总则》的特别制度^{〔4〕}

基于特别法的地位,侵权责任编可以结合侵权的主观恶性或严重后果承认已被民法总则删除的民事制裁,建立更为严格的侵权责任类型或方式;承认侵权惩罚性赔偿的适用范围要广于违约责任,建立侵权惩罚性赔偿的基本原则(法定原则、主客观结合原则、司法衡量原则);针对环境侵权等涉及公共利益的特殊侵权,设立公益诉讼和私益诉讼相衔接的综合性救济体制;适应人格权优越保护的要求,承认人身安全保护令等公

〔2〕 参见张新宝:“民法分则侵权责任编立法研究”,《中国法学》2017年第3期,第49~70页。

〔3〕 参见〔日〕山本敬三:《民法讲义I:总则》,解亘译,北京大学出版社2012年版,第71~73页。

〔4〕 参见〔德〕本德·吕特斯阿斯特丽德·施塔德勒:《德国民法总论》,于馨森、张妹译,法律出版社2017年版,第6页。

民法兼容的责任方式;^[5]《民法总则》规定停止侵害、排除妨碍、消除危险等救济不适用诉讼时效,但未明确赔礼道歉、恢复名誉等救济是否适用诉讼时效的问题,考虑到这些责任无非是损害赔偿的替代方式,未来侵权责任编可明确对其适用三年诉讼时效。

4. 《民法总则》基于体系便利而内设的侵权制度不必调至侵权责任编

《民法总则》应着重规定适用于整个私法领域的一般制度,具体制度应交由分则规定。侵害英雄烈士的侵权责任与这一要求相差悬殊,未来应从总则(第185条)中调至侵权责任编。当然,这并不意味着所有的具体侵权责任都要调整至侵权责任编,为了总则微观体系的完整,也为了法条查找便利,与《民法总则》中的民事主体、民事法律行为制度等紧密相关的侵权制度没有必要调至侵权责任编。例如,《民法总则》第16条建立了“胎儿就其利益视为已出”原则,这一原则明确列举的适用情形是“遗产继承、接受赠与”,而通说承认该原则同样适用于对胎儿的侵权,对此,侵权责任编并无再予规定的必要。《民法总则》建立了完善的法人侵权制度,成为法人制度不可分割的组成部分。其中,“法定代表人”基于代表权因执行职务造成他人损害的,由法人承担侵权责任(第62条);其他工作人员基于职务代理实施民事法律行为造成他人损害的,由法人承担责任(第170条)。营利法人的出资人滥用出资人权利的,须对法人或者其他出资人承担侵权责任。出资人滥用法人独立地位和有限责任的,应“刺穿法人面纱”,由其对法人债务承担连带责任(第83条)。

(二) 关于侵权一般法和特别法的关系

未来侵权责任编将替代《侵权责任法》成为侵权领域一般法,其基本任务是规定侵权责任的一般原则、基本规则,建立完整的侵权请求权基础体系,而不应通过转引条款等将其固有任务推卸给特别法。为此,有必要删除《侵权责任法》第48条所规定的“机动车发生交通事故造成损害的,依照道路交通安全法的有关规定承担赔偿责任”,吸收已有立法和司法解释的合理做法,^[6]理顺机动车交通事故侵权损害赔偿与商业保险、交强险的关系,明确建立综合性救济体制。在侵权一般法和特别法的关系上,还应注意的是:

1. 关于侵权责任编和民法其他各编的关系

目前民法各编的修订采用“分兵作战”的体制,而未来必定“合兵一处”。为防止合兵之时的矛盾冲突,现在分编立法就要妥当分工、互通信息以形成和谐有序的整体。诚然,基于体系便利各编固有的侵权制度不必调至侵权责任编,但这并不意味着其可以摆脱侵权一般法的拘束,相反仍应遵守侵权法的基本原则或规则。例如,《物权法》可以保留登记错误侵权损害赔偿的规定,但应按照侵权一般法的基本原理明确对其适用过错责任原则,也要视不同情形由登记申请人和登记机构承担连带责任或补充责任。《婚姻法》可以保留离婚侵权损害赔偿的规定,但不应违反侵权一般法的基本原理限定只有受害人无过错时才能享有请求权,排除有轻过失一方的损害赔偿请求权,也不能将第三人排除在离婚损害赔偿责任人之外。^[7]

侵权责任编是民法典其他各编的兜底性救济制度,应规定侵害人格权、物权基本侵

[5] 参见张平华:“认真对待民事保护令——基本原理及其本土化问题探析”,《现代法学》2012年第3期,第178~193页。

[6] 《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(法释[2012]19号)第16条。

[7] 参见《物权法》第21条,《婚姻法》第46条,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(法释[2001]30号)第29条。

权责任,各编相关内容应作出删除、简化。其中,人格权编立法重点是确认人格权类型和内容,建立人格权行使规则,化解人格权冲突,而不是规定大量的侵权责任规范。物权编应删除作为物权保护特殊方式的损害赔偿请求权,^{〔8〕}使之原则上统归侵权责任编过错责任调整,避免目前将其规定于物权编可能导致的“物权请求权还是侵权损害赔偿请求权”“适用过错责任还是无过错责任”之争议。

2. 理顺侵权责任编(民事侵权)和商法(商事侵权)的关系

商事侵权主要发生在商事领域,经常与交易行为相伴而生,其的确与民事侵权存在一定的差异:一是商法重视保护商业利益,建立了多样化的纯经济损失侵权责任类型;二是商法加重商事主体的注意义务,广泛适用过错推定原则和连带责任。^{〔9〕}针对第一点,由于我国侵权法对利益保护采取一般条款式立法模式,即便侵权责任编不做特别规定,商业利益或纯粹经济损失也可获其保护。至于侵害期货交易利益、虚假陈述侵害投资者利益等侵权责任类型,可以在商事特别法中予以规定完善。针对第二点,由于过错推定和连带责任均须坚持法定原则,如果侵权责任编不针对商事活动予以特别承认,容易出现混淆民商事侵权的差别、过于绝对的立法。例如,按照《侵权责任法》第49条的规定,机动车使用人对机动车强制保险责任限额范围之外的部分承担第一位的赔偿责任;至于所有人,不论是否为商事主体一概承担与过错相应的(按份)责任。这就忽视了融资租赁公司、专业租赁公司作为所有人具有较高的获利能力、抵御风险能力,可以承担也有必要承担较重责任的现实。针对这一情形,未来修法时应承认对民事主体适用按份责任,对商事主体适用连带责任。

3. 理顺侵权责任编与经济管理法的关系

国家常有通过特别法干预私法、管理经济之必要,而这些特别法往往具有明显的公法色彩。为维持侵权一般法的私法性格,相关管理内容不可能被侵权法照单全收,仍有在一般法之外维系特别法体系的必要。这尤其体现在知识产权、交通事故、医疗事故、国家赔偿、产品质量法、消费者保护法等法律部门。这就经常产生依据经济管理法判断行为违法性的必要,在这一过程中应注意区分管理性规定(例如产品质量管理规则、环境噪声管理规则)和保护性规定,其中符合管理性规定的行为未必满足保护民事主体合法权益的要求;只要侵害合法权益违反保护性规定,无论是否符合管理性规定,均须承担侵权责任。此外,基于现代管理理念,一方面,侵权责任是经济管理的重要手段,另一方面,因管理行为造成损害的也须承担国家赔偿责任,基于管理需要也可能产生连带责任(例如环境影响评价机构、环境监测机构等与环境污染者的连带责任)。

二、传统性和现代化的关系

(一) 侵权法的传统性

法治现代化绝不意味着抛弃传统,相反,既要“回归起点”以厚植传统,又要结合现实对传统进行“深加工”。^{〔10〕}

〔8〕 参见《物权法》第37条、第242条。

〔9〕 参见张平华:“商事侵权与民事侵权的形似神异:以连带责任为中心”,《法学》2016年第11期,第125~135页。

〔10〕 参见〔法〕利奥塔:《后现代性与公正游戏——利奥塔访谈书信录》,谈瀛洲译,上海人民出版社1997年版,第36页。

1. 厚植侵权法传统

侵权法需要借鉴比较法经验, 依赖传统体系设计承载固有理念, 获得正当性、稳定性。现有《侵权责任法》建立了“一般侵权+特殊侵权”的结构, 基本满足了重建传统性的要求。第1~3章以一般侵权为中心, 规定了侵权归责原则、责任方式、免责事由, 明确了过错责任的中心地位, 体现了对行为自由的优越保护。一般侵权所采用的法律概念、法律规则抽象程度较高, 是具有开放性的一般法。第4~11章规定了被监护人致害、使用人致害、动物侵权、物件致害等两大法系普遍接受的传统特殊侵权, 基本满足了对生活现实的调整要求。特殊侵权是具有收缩性的特别法, 其未规定者, 可由一般侵权兜底补充。

应修正那些背离了比较法统, 明显不合理的做法。例如, 比较法上坚持责任能力不同于行为能力, 两者分别以识别能力、意思能力为标准。责任能力是过错的前提, 是过错责任的构成要件。未成年人或精神障碍者若无责任能力, 就不发生监护责任。共同侵权以每个行为单独都构成侵权为前提, 如果未成年人不具备责任能力的, 其行为不构成侵权, 也就不存在教唆者和未成年人的连带责任。^[11] 如果未成年人具备责任能力的, 则教唆帮助未成年人可以构成连带责任。《侵权责任法》第32条承袭《民法通则》第133条将行为能力和责任能力合二为一, 从而使无责任能力不构成侵权者亦须由监护人承担责任, 对监护人并不合理。第9条一概承认“教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为的, 应当承担侵权责任”忽略了无、限制行为能力人具备责任能力时应与教唆帮助人承担连带责任的情形。

当然, 厚植传统绝不意味着拘泥于比较法之巢窠裹足不前, 而必须勇于传承中国法独创的经验, 形成自己的传统。例如, 关于多数人侵权责任, 我国法于连带责任之外设立补充责任, 承认基于聚合因果关系的无意思联络数人侵权也导致连带责任。关于责任方式, 我国法承认禁令式责任和损害赔偿责任的并存; 关于医疗侵权, 我国法设立了一般医疗过错责任、过错推定责任、医疗产品责任、医疗隐私侵权责任等类型; 关于动物侵权, 设立饲养动物侵权、违反管理规定的动物侵权、禁止饲养的烈性犬等危险动物致害、动物园中动物致害、流浪动物致害等类型。

2. 阻滞跨越式立法

基于种种原因, 立法者总有创新的冲动, 以图摆脱传统束缚, 塑造新的治理现实。而厚植传统不仅提供了立法的样板, 也要求试图跨越式立法者进行充分论证, 经受传统的检验, 这一过程可以在一定程度上抑制“跨越式立法”。传统民法将履行利益、固有利益分置为违约和侵权的救济客体, 建立起一一对应的救济格式。而我国《侵权责任法》第41条却对履行利益和固有利益一并救济, 这种做法破坏了既有传统, 混淆了违约和侵权的界限, 难谓合理。在动物侵权整体适用无过错责任原则前提下, 对动物园动物侵权适用过错推定原则, 构成体系违反, 未来应予修正。^[12]

值得探讨的是, 在民法传统视野下, 《侵权责任法》第四章“关于责任主体的特殊规定”的法律地位问题。王利明教授认为, 《侵权责任法》第四章在归责原则这一中心轴之外, 以责任主体的特殊形式为另一个中心轴, 侧重于对责任主体分离情形下的侵权责任予以进一步类型化, 使侵权责任的体系化程度进一步提高, 也有利于司法实践中

[11] 参见〔日〕吉村良一:《日本侵权行为法》, 张挺译, 中国人民大学出版社2013年版, 第177~178页。

[12] 参见杨立新:“修订侵权责任编应对动物园动物损害责任归责原则进行调整”, 《河南财经政法大学学报》2018年第2期, 第1~10页。

准确认定侵权责任。这种体系安排既体现了中国特色,具有中国元素,也是比较法上的一个创举,对于世界上其他国家侵权责任法的发展也具有重要的借鉴意义。^[13]杨立新教授认为,《侵权责任法》第四章就是对第五章至第十一章规定的特殊侵权责任类型的补充,是对其他特殊侵权责任规则的规定,应当放在该法最后一章。^[14]韩强教授认为,《侵权责任法》第四章只有监护人责任(第32条)、用人者责任(第34条)属于传统民法上的准侵权。其他各条在责任主体问题上并无特殊之处,独立设置一章缺乏根据。^[15]本文认为,《侵权责任法》第四章的各种侵权类型的确在归责原则、归责事由、责任形态上存在一定的差别,并未形成统一的请求权基础。^[16]各种侵权类型的抽象程度也不同,体系地位存在差别。例如,用人单位责任抽象程度较高,可以适用于各类侵权,比较起来,网络侵权、教育机构侵权则十分具体。然而,本章基本上以替代责任以及与替代责任相关的责任为中心而展开,使之独立成章可从责任主体方面对其他各章形成有效补充。立法者也有必要集中明确相关责任的归责原则、责任形态,特别是责任人究竟承担无过错责任还是过错责任;责任形态上究竟是连带责任还是补充责任。基于此,未来侵权责任编应继续承认本章的独立地位。

(二) 侵权法的现代化

现代化的生产生活给我们带来了两类副产品:一是食品药品灾害、环境污染、交通矿难事故,且其频度和烈度远超以往;二是人工智能、大数据、基因工程等新兴科技带来了前所未有的新问题。新情况或新问题最终以法律纠纷的面目进入司法实践,而法律解释可以在沟通生活和法律中发挥重要的作用。以此为据,侵权法对现代化的回应可分为法律扩张解释式现代化与填补法律漏洞式现代化。

1. 法律扩张解释式现代化

法律扩张解释式的现代化指新事物对已有侵权制度的挑战程度较低,可以依托现行法律制度,采取法律扩张解释的方式解决新事物的法律适用。这些问题包括:

(1) 关于网约车、共享车致害责任。网约车、共享车致害责任的基本框架仍然是:机动车所有者和使用者分离,使用者的直接行为导致他人损害。其特殊之处无非是经营平台的介入使单纯所有者被“所有者+经营平台”所替代,相应地责任也需要在所有者、经营平台、使用者之间合理地分担。

(2) 关于大数据服务侵权。现有《侵权责任法》第36条区分了网络服务提供者和网络用户两类主体,建立了网络侵权基本规则,基本可以回答大数据(云计算)服务所导致的对个人信息、隐私等人格权益的侵害问题。所不同者有二:一是需要在厘清大数据服务者所提供的服务是技术底层服务还是信息存储服务的基础上,判断大数据(云计算)服务者是否属于网络服务提供者;二是大数据所侵害的往往是不特定多数人的合法权益,在救济程序上存在明显不同。

[13] 参见王利明:“论我国侵权责任法分则的体系及其完善”,《中国法学》2016年第1期,第112~126页。

[14] 参见杨立新:“民法分则侵权责任编修订的主要问题及对策”,《现代法学》2017年第2期,第41~55页。

[15] 参见韩强:“‘关于责任主体的特殊规定’特殊性辩驳——从‘教育机构侵权责任’展开”,《政治与法律》2014年第10期,第106~117页。

[16] 在起草《欧洲侵权法原则》时,专家也认为对此无法给出统一的规则。参见欧洲侵权法小组:《欧洲侵权法原则:文本与评注》,于敏、谢鸿飞译,法律出版社2009年版,第163页。

(3) 关于现代产品责任。现代生产的结构形式更加复杂多元, 其中产品生产者则包括产品终端组装者、主要构成部分生产者、原材料生产者等, 许多时候产品终端组装者对产品质量并不发挥主要作用。产品销售者包括零售商、批发商、进口商等, 买卖关系的链条被无限拉长。尽管如此, 这些生产者、销售者仍未突破产品责任的基本框架, 从保护消费者角度出发, 他们都可以成为责任主体。

可见, 法律扩张解释式现代化中法律调整对象的组合形式变得复杂, 但实质内容并无多大改变, 这些侵权法的“量变”通过“旧瓶装新酒”即可解决, 无须新增立法。

2. 填补法律漏洞式现代化

新出现的问题对已有侵权制度构成较高等度的挑战时, 无法通过法律解释的方式予以解决, 有必要通过立法增设新的法律制度。

(1) 突破性技术要求制度创新。如果说通过法律解释可以应对一般的技术创新, 则突破性技术就要求法律制度创新。依靠人工智能辅助驾驶的机动车致害责任仍然可以适用传统的机动车致害责任, 而完全摆脱人工控制的自动驾驶已经超出了机动车致害责任的限度, 需要在产品责任、机动车驾驶责任之间另辟新路。类似的, 完全依靠人工智能形成的新闻作品侵权超出了新闻侵权的限度, 需要新的法律明确其责任主体和责任形态。

(2) 社会复杂化带来的体系漏洞。在一定意义上, 法律习惯于对抽象复杂生活予以简单应对, 然而, 如果完全不考虑复杂的现实情形而仅按照简单情形加以规制, 就容易混淆复杂事物和简单事物的界限, 出现不应有的体系漏洞。例如, 我国《侵权责任法》未规定团伙侵权, 而团伙侵权不同于简单的共同侵权, 其对应于刑法上的有组织犯罪, 不要求对具体加害行为存在共同过错只要存在加入团伙的意思即可导致连带责任。我国《侵权责任法》未规定大规模侵权, 而大规模侵权是对“一对一”式简单侵权的质变, 可以不同于简单侵权适用独特的构成要件(例如因果关系推定), 建立基金制度进行定型化赔偿。^[17]值得探讨的还有, 未来侵权责任编是否有必要顺应现代社会生产流通进程的革新, 改变立足于有形动产的产品责任, 将产品范围扩及不动产、软件产品、农产品等? 是否有必要基于产品的市场信用主要依赖主要构成部分的生产者、主要原材料提供者的现实, 突破既有产品责任的框架, 让主要构成部分生产者、主要原材料提供者承担产品责任?

(3) 政策法律化。政策走在法律前头, 政策推进的制度改革需要法律加以确认、正式化, 否则容易使重大改革缺乏法律依据, 背离法治的要求。这尤其表现在建立面向未来的科学合理的环境侵权制度上。党的十九大报告指出, 要“加快生态文明体制改革, 建设美丽中国”。报告将“美丽”纳入国家现代化目标之中, 到本世纪中叶“把我国建成富强民主文明和谐美丽的社会主义现代化强国”, 呼应了“我国物质文明、政治文明、精神文明、社会文明、生态文明将全面提升”“五位一体”的总体布局。在修改《环境保护法》(2014年)时增加规定“保护环境是国家的基本国策”, 完善了环境监测制度、环境影响评价制度, “未依法进行环境影响评价的建设项目, 不得开工建设”, 明确排污许可管理制度, 突出强调政府监督管理, 被称为史上最严的环保法。这就要求我们未来立法将“环境污染损害赔偿”的章名改为“污染环境和侵害生态的责任”, 进一步区分环境污染责任和生态侵权责任, “建立市场化、多元化生态补偿机制”; 构建预防、补偿、惩罚相结合的综合性环境生态救济体系, “提高污染排放标准, 强化排污者责任”“健

[17] 参见张平华: “揭开集合侵权的面纱——从术语翻译到制度建构的追问”, 《法律科学》2013年第6期, 第106~118页。

全环保信用评价、信息强制性披露”“严惩重罚等制度”,承认环境侵权中的惩罚性赔偿;建立政府为主导、企业为主体、社会组织和公众共同参与的环境治理体系,明确严重污染中政府许可、治理中的责任,承认环境公益诉讼,使社会组织享有请求权、诉权。

三、一般化和具体化的关系

法律规范的一般化和具体化是最富特色的立法技术,将对法律适用产生直接影响,在修改《侵权责任法》时应予认真把握。

(一) 一般化

侵权法的一般化集中表现为侵权法如何规定一般条款,这方面的建议有二:一是删除广义一般条款,二是通过归责原则体系化设立狭义一般条款。

1. 删除广义一般条款

侵权责任一般条款存在狭义一般条款与广义一般条款之区别。所谓一般条款不限于一个法条。狭义的一般条款由《侵权责任法》第6~7条组成,确立了侵权责任的三项基本归责原则:过错责任、过错推定责任、无过错责任。广义的一般条款包含《侵权责任法》第2~3条:为使该一般条款以简洁的语言设定最具全面性、周延性的请求权基础,进而提纲挈领规划体系,第2条列举了18种权利,并以人身权益、财产权益兜底,力图全面确认或保护权利,而第3条则明确了被侵权人的请求权。然而,上述做法存在一些问题。

(1) 广义一般条款的权利列举不当。权利是市民社会最活跃的因素,关于权利体系学理上难以形成全面共识,但既然要列举就不应遗漏已经形成共识的权利。表面以观,第2条起码遗漏了诸如名称权、身体权、个人信息权、一般人格权等权利,也忽视了“占有”“商业秘密”“死者人格法益”“合伙权益”等实践中具有规范效力的法益。而把合法权益划分为人身、财产权益,也有意或无意地忽视了人身财产交叉型权益。该条将学理概念法律化,所列举的用益物权、担保物权只是法学方法论上的体系构造概念,而非可以成为裁判依据的规范性概念。即便作为体系构造概念,这些概念也未发挥应有的作用,接下来的立法除了对侵害人身、财产从法律效果上设有一般性规定外,明显缺失针对各种权利侵害的特殊规定。简单的列举给人造成侵权法对所有权利都提供无差别救济的表象,忽视了不同性质的权利救济规格上的差异,不利于建立具体而又精准的制度。^[18]如果说在没有民法典特别是没有制定人格权法时,侵权责任法尚存在从救济法的角度列举权利、宣示权利的必要,那么,考虑到未来民法典的第一使命就是建立全面的权利体系,通过侵权责任法列举权利之必要已不复存在。

[18] 究其实际,继承权是过渡性的权利,对其的侵害应限于继承开始后继承人对整体遗产所享有的总括性权利的侵害。继承活动结束后,继承权转化为财产权益,也就不会再发生侵害继承权的情况。担保物权以及用益物权中的地役权是从权利,对其侵害不同于对所有权的侵害,需要以担保标的物价值下降并危及债权实现为前提。在救济上需要理顺主权利救济权和从权利救济权的关系,明确从物权人享有的独立的救济权和从物权人代位行使的主物权救济权之不同。股权是财产权和人身权的综合,财产权表现为利润分配请求权和剩余财产请求权,均由公司(治理机构)或清算组织承担,这种权利不同于绝对权,不能成为侵权的客体。人身权则主要是管理公司的权利,包括知情权、表决权等,其被侵害后可以依靠章程或公司法解决。申言之,股权侵权不同于股权侵害,后者含义广泛,其救济渠道不限于判定构成侵权,其本身也未必构成侵权。例如,优先购买权是形成权,不能成为侵权的客体,侵害股权优先购买权的救济渠道主要是确认股权买卖无效或者撤销股权买卖,而不是判定构成侵权。小股东权益受侵害的,小股东可以提起撤销之诉,撤销股东会或者董事会决议。

(2) 与狭义一般条款的功能重叠。《侵权责任法》第2条在18种权利后还缀有一个“等”字,构成不完全列举;使用“权益”一词,以覆盖权利之外的法益。由此而论,一般条款可以因应社会的快速发展,起到填补漏洞的作用。但这一功能可以被狭义一般条款替代,因为《侵权责任法》第6条也采用了“民事权益”的说法,足以覆盖一切侵权法保护对象,且第6条明确了过错等构成要件,完全可以成为裁判依据,比广义一般条款更具实用价值。至于《侵权责任法》第3条,立法本意是明确被侵权人享有的救济方式是请求权,侵权责任是行使请求权的结果,但这一点学术意味远超规范价值,基本属于立法上的无害条款。

综上所述,广义一般条款的价值宣示意义大大超出了其规范价值,设而无用,不如舍弃。

2. 通过归责原则体系化建立狭义一般条款

归责原则是侵权法内部价值体系的体现,应以价值的重要性为取舍标准而不是适用频率。公平责任的适用频率虽然大大低于过错责任、无过错责任,但仍在价值上不可缺少。其理由是:准确地说,公平责任应称为衡平责任,其并非以公平为目标的责任,而是化解立法不足、实践社会目标的司法举措,^[19]须由法官结合现实因素依据自由裁量权进行归责。承认公平责任,才能建立衡平责任、非衡平责任(过错责任、无过错责任)二元体系,实现归责原则的完整。比较法上常于未成年人致害等场合设置衡平责任,在社会保险或救助体系还不能给无辜受害者提供完善救济时,衡平责任仍有不可替代的作用。尽管我国《侵权责任法》第24条已经明确所分担的是“损失”而非“责任”,试图明确降低公平责任的归责原则的地位。但这种性质之争系一种“语词之争”,对实务中当事人的利益或损失分配并无实质的影响。^[20]当然,为防止滥用自由裁量权,衡平责任须适用严格的法定原则,其类型须明确、严格地限定。

过错责任是一般性归责原则,采取一般条款式立法技术,该一般条款同时包含一般归责要件。过错推定、无过错责任是补充性归责原则,须适用法定主义立法技术。非依民事基本法律的明确规定,不得创设这两种归责原则的新类型,也不能再适用一般条款式立法技术。值得指出的是,通说认为,第69条属于危险责任的一般条款,因其没有出现“法律规定”四个字,在适用时并不需要援引侵权法的特别规定。^[21]然而,所谓的危险责任一般条款背离了法定原则,并未给高度危险责任设定明晰的标准,从文义上看法条中的“高度危险作业”一词也并未包含高度危险物质,概念模糊、适用范围过广。由于危险与社会发展相伴而生,关乎社会福祉,对危险前瞻性地规制不利于鼓励企业发展。基于此,高度危险致害责任不应该设置一般条款。

关于过错推定责任,侵权责任法存在多种表达方式,有的为“行为人不能证明自己

[19] 参见米健:“关于公平归责原则的思考”,《中外法学》1997年第1期,第4~10页。

[20] 参见余小伟:“公平责任是否公平——以二十世纪新侵权法理论为视角”,《政治与法律》2017年第12期,第107~122页。

[21] 关于《侵权责任法》第69条,王利明教授认为,该条已经设置了高度危险活动致人损害责任的一般条款,是十分成功的。未来编纂民法典时,在完善侵权责任法分则体系的问题上,仍应当继续保留这一立法和司法经验。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112~126页。

没有过错”,有的表达为“行为人证明自己尽了某种注意义务”。^[22]这两种表述各有利弊,其一,前一表述逻辑正当又贴近过错本质,要求主观上没有过错也就不得适用过错推定责任。后一表述将尽了合理注意义务等同于主观上没有过错,体现了过错客观化的发展趋势,但却在一定程度上背离了过错的主观本质。其二,从证明责任分配角度看,前者要求行为人对消极事实尽举证责任,背离了证明法的一般原理。后者要求证明行为人是否已尽到合理注意义务,证明对象是积极事实,符合了证明法的一般原理。从现实可操作性角度言,本文建议对过错推定采取后一种表述,并在侵权法乃至整个民法中予以统一。

过错推定可否存在程度差别?对此应采肯定说。尽管推定的思维进程大体一致,而推定的结果却可以存在差别。众所周知,《侵权责任法》第58条不同于一般意义的过错推定,属于不可推翻的(过错)推定或者拟制,为程度最高的过错推定,而与之相对的则是一般的过错推定。一般的过错推定还有举证责任倒置、大致的过错推定等之分。^[23]不可推翻的过错推定中也存在进一步的程度差别。第58条第一项属于“违法视为过失”,即违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定,是医疗机构存在过错的表面证据,医疗机构仍然可以提出反证证明自己没有过错。^[24]第二项和第三项属于基于“证明障碍”的过错推定。当医疗机构隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料和伪造、篡改或者销毁病历资料时,由于医疗机构的恶意行为导致患者无法举证,可直接认定医疗机构有过错。

按照法定主义的要求,除非法律另有规定,过错推定及其程度化现象不可被类推适用。此外,法条表述为行为人不能证明“特殊事由的”(例如动物侵权中行为人证明存在受害人故意的),应认定为附有免责事由的无过错责任,监护人尽了注意义务只能减轻责任而不能免除责任的,属于无过错责任而不是过错推定责任,否则容易混淆无过错责任和过错推定责任。

无过错责任、过错推定责任的价值判断相差不明显,且均属于法定责任。基于同一事实应该得出一种责任,而不应该得出两种结论、适用两种责任,否则构成体系矛盾或立法瑕疵。由于无过错责任、过错责任推定与过错责任的价值判断、立法技术相差明显,应承认法定责任和一般的过错责任发生竞合时,受害人可以行使选择权。

(二) 具体化

法律规范的具体化有利于实践法律价值,提供精准的裁判依据。修改法律时应尽量结合学理通说、总结实践经验,尽量实现法律规范的具体化。这可表现为构成要件、免责事由、责任形态、责任方式、损害赔偿等方面。

1. 明确一般构成要件

(1) 采纳广义损害概念、建立损害的区别性救济制度。侵权法在规范表达上强调以损害结果为要件,少数没有规定损害的条文不意味着损害之于相关侵权类型是可有可无的。相反,为避免滥用诉权,维护和谐稳定的社会秩序,满足责任多元化的要求,应在狭义一般条款中明确损害为一般要件,该损害含义广泛,包括了妨害、危险等,在不同

[22] 参见《侵权责任法》第6条第2款、第38条、第81条、第85条、第87条、第90条、第91条第2款。

[23] 参见前注[11],吉村良一书,第59页。

[24] 参见李浩:“直接证据真的不存在吗?——与纪格非教授商榷”,《中外法学》2017年第1期,第217页。

的请求权中损害的含义或要求不同, 须根据具体情形明确其类型, 加以解释适用, 其中禁令式责任不要求存在现实损害。在一般意义上应采用“损害”而不是“损失”, “赔偿损失”应改为“赔偿损害”(第 15 条), 以避免造成仅仅赔偿财产损失的误解。此外, “损害的规格不同, 其救济也不同”, 我国《侵权责任法》也承认“区别性损害救济”的法理, 未来修改法律时应明确承认下列情形: 其一, 为凸显人身权益的重要性、限制侵权责任, 有的情形下法律可以明确排除对财产损害的补救;^[25] 其二, 为了凸显损害严重性, 仅限于对严重人身损害或具备人格象征意义的物品的“永久性灭失或毁损”进行精神损害赔偿, 仅限于对“死亡或严重人身损害”适用惩罚性赔偿; 其三, 应描述不同损害之间的逻辑关联, 例如, 惩罚性赔偿不须以损害履行利益为前提, 共同侵权要求有同一整体性损害。^[26]

(2) 承认“行为违法性”之要件。关于行为违法性, 我国立法并不承认其为一般构成要件(第 6 条)。我国学理和比较法上对此则有两种截然不同的观点, 问题的要害是“行为违法性”是一个学理概念, 是对权益侵害、违反保护性法律、故意违反善良风俗等诸种侵权情形的理论归纳, 还是应成为一个立法概念, 为法条所接受成为构成要件? 本文建议: 在修改法律时承认“行为违法性”这一要件。理由有二: 一是“行为违法性”是侵权归责中现实存在的判断进程, 即便法国、意大利等国立法上未予承认, 学理上也广泛讨论并适用“行为的违法性”。^[27] 而承认“行为违法性”为一般构成要件有利于将法的因素纳入侵权归责, 特别是在特殊情形下确立一个法律空间以权衡相互冲突的法益, 确定哪些行为或者什么样的行为才是法律所真正容许的, 进而根据不同法律适用进行不同的判断。例如, 在认定环境污染侵权可以结果不法判定行为违法性, 同时兼采正当权利行使与社会利益衡量规则; 对于生态破坏侵权可以以行为不法判定违法性, 注重环境标准的行为判断功能。^[28] 二是按照三阶层归责理论, 承认行为违法性有利于实现从事实判断到价值判断的过渡, 进而顺理成章地建立阻却违法事由。一般地说, 侵权责任的构成可分为顺次递进的三个层次: 构成要件的该当性、违法性、有责性。构成要件的该当性即有加害行为、侵害他人的绝对权、有损害发生、有因果关系。违法性即行为在客观上违法且没有阻却事由。有责性即行为人在主观上具有故意或过失, 并涉及责任能力问题。具体构成要件可进一步区分为事实要件与法律要件, 其中损害、因果关

[25] 参见《侵权责任法》第 38~40 条。

[26] 参见《侵权责任法》第 11 条。第 8 条虽然未采用“同一”字样, 但也应该承认只有导致具备整体性的同一损害才能产生连带责任。

[27] 根据冯·巴尔的研究, 不列颠诸岛没有违法性要件, 所谓违法行为只是各类侵权之统称; 在西班牙, 一个行为只要违反了注意义务就是不法行为; 希腊最高法院的判决中区分过错和行为的违法性, 后者被界定为权益侵害、违反法律或善良风俗的统称; 意大利《民法》第 2043 条起初用与德国民法一致的解, 后来脱离了绝对权利的范畴, 用不法损害替代不法行为; 荷兰《民法典》第 6 编第 162 条给我们提供了一条明智而实用的归责思路, 即: 先认定行为的违法性, 再认定可归责性; 在法国、比利时尽管法条上规定只要存在过错就可以归责, 但在学理上却大范围探讨不法性问题, 在两国的最高法院中过错包含了主观和客观的成分, 客观上指对行为标准的违反(包括特定法律条款或一般注意义务), 主观上指可归责性; 在丹麦、瑞典, 不法性具有多种含义, 学者认为适用一般条款足以确定责任的界限而不必再做客观性考察, 但在依据一般条款归责时需要权衡相互矛盾的法益, 从而确定哪些是社会所需求的行为, 哪些是法律应当容许的行为。参见〔德〕冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下卷), 焦美华译, 法律出版社 2001 年版, 第 282 页。

[28] 参见刘超:“环境侵权行为违法性的证成与判定”,《法学评论》2015 年第 5 期, 第 179 页。

系、权利之侵害属于事实要件,行为之违法性属于法律要件。以上三个层次分别属于事实判断、法律判断、价值判断,体现了思维判断难度的逐步递进,预设了法律思维上的推定机制。构成要件一旦具备,通常即可推定行为具有违法性,故在违法性层次上所要检讨的是有无违法阻却事由存在,加害人对此应负举证责任。如认定存在违法性,则推定行为人存在过错。

(3) 明确因果关系、过错的判断标准。侵权责任法总则未明确因果关系、过错的判断标准,从而导致实务上一定程度的混乱,这一现象未来立法有必要予以纠正。对此,应承认因果关系在责任成立和责任范围上都会发挥作用。因果关系一般情形下须满足逻辑(若无则不)、经验(相当性)上的双重验证,特殊情形下则需要从逻辑(若无则不)、法律(法规目的)两个角度进行结合性判断。非经法律明确规定,不能适用因果关系推定。因果关系推定主要适用于加害人控制了证据事实、掌握了相关技术、举证成本过高等情形。法律也应结合多数人侵权明确多因一果和原因力问题。

对于过错,应明确一般注意义务和特殊注意义务,其中前者应满足社会一般人、理性人的标准,后者应满足特殊群体、行业的标准。此外立法上也要明确承认“重大过失视为故意”。

2. 扩充免责事由

第三章免责事由是从否定方面对一般构成要件的规定,应予以足够重视。现有第三章有必要扩充。

(1) 区分一般免责事由、特殊免责事由。侵权法总则部分只规定一般免责事由,各类侵权的具体免责事由则取决于第四章之后的具体规定或特别法。《民法总则》中已经承认的正当防卫、紧急避险、紧急救助行为,《侵权责任法》可以不再规定;未来民法总则如不予修正,则在侵权法中须增加自助行为、损益相抵、过失相抵等事由。

(2) 补充规定受害人同意、自甘风险。区分受害人同意和受害人故意,明确针对财产权益的受害人同意可以准用财产法律行为的规定。规定在过失侵权中可适用自甘风险,自甘风险在结果上导致过失相抵而不是完全免责。

(3) 补充规定意外事件。强调意外事件与过错互为否定,其不同于不可抗力,^[29]指“无法抗拒或无法预料造成的情形或事故”,关键是强调主观不可预见性。^[30]理顺意外事件和“基于特异体质发生损害”等的关系。

(4) 关于第三人原因。考虑到侵权关系不同于违约,普遍以陌生人之间的关系为前提,不存在原初的相对关系,从而不再承认第三人原因为免责事由。借鉴美国侵权法,集中规定介入因素,建立起以预见能力为基础的因果关系中断规则。

3. 完善侵权责任形态

(1) 明确补充责任的基础地位。建立法定补充责任的一般规则,形成以一般保证人责任为典型的意定补充责任,以安全保障义务人责任为典型的法定补充责任二元体系。

[29] 有关法规的明确区分意外事件和不可抗力,例如《医疗事故处理条例》第33条规定,有下列情形之一的,不属于医疗事故:(一)在紧急情况下为抢救垂危患者生命而采取紧急医学措施造成不良后果的;(二)在医疗活动中由于患者病情异常或者患者体质特殊而发生医疗意外的;(三)在现有医学科学技术条件下,发生无法预料或者不能防范的不良后果的;(四)无过错输血感染造成不良后果的;(五)因患方原因延误诊疗导致不良后果的;(六)因不可抗力造成不良后果的。

[30] 参见《民政部办公厅关于如何理解〈军人抚恤优待条例〉第九条第一款第(一)项中“意外事件”的复函》(民办函[2007]247号)。

侵权补充责任适用法定原则, 补充责任人享有先诉抗辩权。针对同一事实要件, 补充责任构成连带责任的特别法, 排斥适用连带责任。基于不同事实, 适用不同的构成要件, 可分别产生连带责任和补充责任。

(2) 慎用“相应的”责任。《侵权责任法》计有 13 处用“相应的”, 用语含义多样、功能不一, 有的指合理的, 有的指按份的, 有的完全是立法上的赘言, 应予以删除, 有的指补充责任, 以第 49 条为例, “相应的责任”应该明确为补充责任始能满足责任法定原则的要求。

(3) 关于共同侵权连带责任。结合中国立法和司法实践的要求, 在坚持第 8 条采主观说构造共同加害行为的前提下, 适度扩大共同侵权范围, 承认基于客观行为的直接结合所导致的连带责任。^[31]

(4) 关于共同危险行为, 建立共同危险行为因果关系举证责任倒置原则, 明确行为人的举证责任。^[32]

(5) 增设部分连带责任。两个以上行为人分别实施侵害造成同一损害, 部分行为人的行为足以造成全部损害, 部分行为人的行为只造成部分损害, 足以造成全部损害的行为人与其他行为人就共同造成的损害部分承担连带责任。^[33]

4. 完善侵权责任方式

《民法总则》第 179 条已经规定了民事责任的一般方式, 基本吸收了《侵权责任法》第 15 条, 未来侵权责任编立法无须列举责任方式, 但应努力完善下列几点:

(1) 关于修复生态责任。《环境保护法》已经提出“修复生态”为独立的责任方式, 但实务上仍有案件将修复生态列入恢复原状。^[34]《民法总则》起草论证阶段曾承认修复生态的责任, 这一做法值得坚持。为区别起见, 应增加“修复生态”责任, 并明确其与恢复原状、赔偿损害责任的关系。

(2) 关于各种责任方式的构成要件。各种责任方式对应于独立的请求权, 而各种请求权应存在独立互异的构成要件。尤其是, 要明确“停止侵害、排除妨害、消除危险”等禁令式责任不以过错、现实损害为要件。“赔礼道歉”以加害人存在故意为前提。理顺绝对权请求权和损害赔偿的关系, 承认多样化的关系: 先后适用、同时适用、附条件适用。该多样化的关系取决于当事人的主张和法官的裁量。从侵权矫正正义的角度看, 侵害人身权益应首先适用消除影响、恢复名誉的责任方式, 精神损害以造成严重后果为前提, 可以和消除影响、恢复名誉并用。

5. 建立完善的损害赔偿规则

考虑到未来民法典不设债法总则, 侵权责任编建立完善的损害赔偿规则, 可发挥损害赔偿一般法的作用。具体地说:

[31] 参见张平华: “侵权连带责任的现实类型”, 《法学论坛》2012 年第 2 期, 第 27 页。

[32] 张新宝教授建议回归到《人身损害赔偿解释》第 4 条的规定, 即“共同危险行为人能够证明损害后果不是由其行为造成的, 不承担赔偿责任”, 以免需要共同行为人举证证明确定的加害人始能免责。参见前注 [2], 张新宝文, 第 49~70 页。

[33] 参见《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释 [2015] 12 号) 第 3 条。

[34] 参见“江苏省常州市人民检察院诉许建惠、许玉仙民事公益诉讼案”, 《江苏省常州市中级人民法院民事判决书》, (2015) 常环公民初字第 1 号; “湖南省岳阳楼区人民检察院诉何建强等非法杀害珍贵、濒危野生动物罪、非法狩猎罪刑事附带民事诉讼案”, 《湖南省岳阳市岳阳楼区人民法院刑事附带民事判决书》, (2015) 楼刑一初字第 291 号。

(1) 损害赔偿以全面赔偿为原则。惩罚性赔偿是例外性制度,侵权责任编应建立惩罚性赔偿的一般规则。既然是全面赔偿,责任人应赔偿受害人的全部损害而原则上不必拘泥于法律对损害赔偿项目的规定。我国立法和实务中存在的损害赔偿项目法定化的趋向并不合理。例如,有的法院认为,车辆毁损损害赔偿“应以法律法规有规定者为限,而车辆贬值损失并非法定的赔偿项目”,因此不予赔偿。^[35]也有的法院指出,“根据最高人民法院《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第15条规定,财产损失范围已经明确,且该条文并没有兜底性条款,贬值损失不属于本案赔付范围,原告请求赔偿车辆贬值损失的部分缺乏法律依据。”^[36]

(2) 明确承认损害赔偿的推定、酌定规则。在当事人无法举证时法官可以结合周围因素酌定损害赔偿。当损害赔偿过高以至于使加害人陷于生活困顿时,法官可以视情形酌减损害赔偿。

(3) 关于财产损害赔偿。明确修理是财产损害赔偿或恢复原状的方式之一,当事人可以选择现实修复或赔偿修理费。建立全损、推定全损制度。区分所受损害和所失利益的损害计算标准时,前者以损害发生时市场价格为据,后者应以损害确定时的市场价格为准。

(4) 关于人身损害赔偿。其一,完善死亡或伤残赔偿制度,将被侵权人抚养人生活费纳入其中。其二,扩大精神损害赔偿的适用范围,明确对具备人格象征意义的财产的永久性毁损可适用精神损害赔偿;按照法律规定违约中受损害人也可以主张精神损害赔偿。其三,关于“同命同价”问题,《侵权责任法》第17条规定:“因同一侵权行为造成多人死亡的,可以以相同数额确定死亡赔偿金。”对此,有学者认为,本条所用字眼既然是“可以”而不是“必须”,则其应为任意性规范,法官有权不按相同数额确定死亡赔偿金,“相同数额”可以是较高标准也可以是较低标准。本文认为,如果构成大规模侵权,本条应为强行性规范,应采取同一标准并采取较高标准确定死亡赔偿金。此外,本条并未规定同一侵权行为造成人身伤害的也应适用同一赔偿标准,相反,按照《侵权责任法》第16条的规定,造成人身伤害的应按照收入差别计算损害赔偿。由此而论,本条既违反了人的尊严与平等原则,也在体系上与第17条冲突,不利于建立和谐统一的人身侵权救济制度。本文建议,应扩张第17条的适用范围,同一侵权行为造成多人严重人身损害的,按照相同数额确定人身损害赔偿金。

参考文献

[1] 刘超. 环境侵权行为违法性的证成与判定 [J]. 法学评论, 2015 (5).

(责任编辑: 武 腾 赵建蕊)

[35] 参见“代胜坤诉彭亦荣等财产损害赔偿纠纷案”,《上海铁路运输法院民事判决书》,(2008)沪铁民初字第228号。

[36] 参见“王欢欢与牛志锋机动车交通事故责任纠纷上诉案”,《河南省郑州市中级人民法院民事判决书》,(2014)郑民一终字第2135号。