

论侵权责任一般条款基础上的类型化立法

○ 朱 振, 徐和平

(安徽广播电视大学 法律系, 安徽 合肥 230022)

[摘要]侵权责任的类型化既有利于侵权责任体系的构建,也有利于增进侵权责任法规范适用的精确度。侵权责任的类型化必须建立在全面、概括的侵权责任定义基础之上,然后按照一定的分类标准进行编排,形成各自不同但又协调统一的规范群。过错责任和无过错责任的分野应是侵权责任的首要层次类型,过错责任和无过错责任本身还可进一步类型化,形成小的层次类型。于此,建立在全面、概括的侵权责任定义基础之上的全部侵权责任形态都可划归于一定的责任类型,从而使得同类型的案件裁判有着基本相同的裁判结果,增强法律适用的可预期性。

[关键词]侵权责任;类型化;过错责任;无过错责任;危险责任

《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款对《侵权责任法》所保护的民事权益作了不完全的列举。至于该条在《侵权责任法》中的地位,即该条是否为侵权责任的一般条款,学者之间意见并不一致。一种观点认为,该条即是侵权责任的一般条款,能概括规定所有承担侵权责任的情况。^[1]但也有不同观点认为,“该项规定并无侵权共同要件的抽象概括,而是一个宣示性、指引性条款,尚不足以成为全面的一般条款”。^[2]

侵权责任的类型化,是建立在全面、概括的侵权责任基础之上,即将全部的侵权责任按照一定的类型化标准,采取“抽取公因式”的方式将侵权责任分类整理,目的既是为了构建合理的侵权责任体系,更是为了有关侵权责任的规定在个案中能得到妥当适用。

一、一般条款语境下的全面侵权责任

就侵权责任法而言,对于一般条款的理解,可以在两种含义上使用。一种是作为法律基本原则的一般条款。“一般条款是法律原则的一种表现形式或样态,各国的民商事立法中,规定了大量诸如‘善良风俗’‘诚实惯例’‘社会公德’‘诚实信用’等一般条款,其共同的特征是都使用(或隐含)了大致相同的规范性而非描述性的抽象规则,引入了伦理性的判断标准。”^[3]因此,侵权责任法的一般条款指的是侵权责任法的基本原则。另一种是作为侵权责任构成的一般条款,即一定程度上反映侵权责任的构成要件,是判断侵权责任是否成立的标准,因而又可称为侵权责任一般条款。侵权责任法的目的是要解决侵权责任的构成和承担问题,因此侵权责任一般条款意义上的研究对侵权责任法更具价值。

在侵权责任立法过程中,是采取全面的侵权责任一般条款,还是采取有限的侵权责任一般条款,学者之间争议较大。“全面一般条款是指在侵权行为法中居于核心地位、作为一切侵权责任请求权(诉因)之基础的法律规范。有限一般条款是指仅仅适用于自己加害行为责任(或一般侵权行为责任、过错侵权责任)的一般条款。”^[4]这些争议的实质在于,是否应将过错责任以外的其他侵权责任整合进统一的侵权责任一般条款,从而为侵权责任构成提供共同的判断标准。

因此,《侵权责任法》需要一个能包容全部侵权责任,能为一切侵权请求提供基础规范的一般条款。《侵权责任法》第2条以“保护民事权益”为落脚点,宣示了凡是侵害民事权益的,都应依法承担侵权责任的法的一般理念,突出了侵权责任法保护和救济权益的功能,在法的适用上具有广泛的指导作用,该第2条完全可以作为我国侵权责任法上的全面的侵权责任一般条款。主要理由如下:

首先,第2条的产生是克服立法局限性的客观要求。作为成文法系的立法者来讲,总是希望能将社会生活中的全部侵权责任形态以及未来一定时期内出现的侵权责任形态都纳入到侵权责任法当中,为人民守法、法官司法提供明确的规则指引,但囿于社会生活的复杂多变、未来的不可预期、立法者认识上的局限等多种原因,这种愿望终究难以实现。正如有学者精辟地分析道,“一般条款存在的必要,是因为人类在规范的设计上尚有力不从心之处。他们尚不能完全知道:哪些是应加规范的,以及对已认为应加规范者,应如何才能清楚地加以规范?于是乃乞灵于开放性的概念,期能弹性地、演变地对生活事实加以规范,而不至于挂一漏万”^[5]《侵权责任法》第2条抓住了侵权责任法保护民事权益的本质,并明确了侵害民事权益,就应依法承担侵权责任的核心理念和规范模式。

其次,第2条有指导司法,填补法律漏洞的功能。“一般条款在于使法院能够适应社会经济发展及伦理道德价值观念之变迁而适用法律,以使法律能够与时俱进,实践其规范功能。”^[6]《侵权责任法》以及其他法关于侵权责任的特别规范,为现实社会生活中出现的大多数侵权责任的承担都提供了明确的规则指引,这些规范的适用一般来说简便易行。但是,诸如“荷花女”案、装修工室内上吊

自杀案、“错误出生”案等新案型的不断出现,^[7]在现有的具体侵权责任法规范没有做出明确指引的情况下,法官就不得不诉诸一般条款。《侵权责任法》第2条具有适用上的包容性和开放性,它能为法官适用法律、裁判案件提供指引、明确方向,一方面给了法官自由裁量的余地,另一方面又对法官适用法律构成制约,以追求个案裁判的妥当性。

最后,第2条为侵权责任体系的构建及侵权责任的类型化提供了支点。整个侵权责任法都是围绕侵权责任的构成和承担而展开的,第2条点破了全部侵权责任在于保护民事权益的本质,因此在整个侵权责任法中起到“点睛”的作用,正如张新宝教授所言,“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。”^[8]从另一个角度看,侵权责任的类型化必须有一个支点或共同的起点,否则侵权责任的类型化就失去了根据和“统领”。第2条在内涵上抓住了侵权责任在于保护民事权益的本质,在外延上能包容全部的侵权责任形态,可以说,侵权责任法和其他特别法关于具体侵权责任的规定,都是第2条内容的逻辑展开。

第2条内涵上的概括和抽象,外延上的极大包容性,是其具有“统领”地位的客观要求,在侵权责任体系的构建上具有无可比拟的优点,但是法律规范的生命在于适用。我国是一个具有成文法传统的国家,从制度层面上来讲,法官没有创造性司法的余地,并且由于我国法官适用法律的素质参差不齐的现实困境,第2条虽有法律适用上的普遍指导作用,但仅有该条的适用无法满足法律适用的确定性和安定性的要求,正如有人指出的那样,“然而,人民法院应对处理侵权案件的审判实务表明,仅有抽象的一般条款是难以应对社会生活中纷繁复杂的侵权案件的。”^[9]另一方面,侵权责任法又不可能对现实社会生活中的全部侵权责任作事无巨细的列举性规定。因此,在侵权责任的抽象概括规定和全面列举规定之间走一条折中的道路,即以侵权责任的概括规定为基础,按照一定的标准将侵权责任类型化,应是明智的选择。

二、侵权责任的第一层次类型化适用——过错责任和无过错责任的分野

侵权责任的类型化,首先必须要有一个共同的“支点”。类型化就是要在这一共同的逻辑起点基础之上,按照一定的标准将全部的侵权责任分类整理,形成以该标准为中心的侵权责任群,因此其与侵权责任的全面列举有着本质的区别。“类型化不能等同于简单列举。一方面,类型化虽然要列举,但类型的构建,主要是找出某类侵权行为的共通因素,并加以总结表达,构成法律中的类型。类型化仍然是一种提炼、抽象和概括,是将具有相同特征的事物归纳为同一类别的过程。”^[10]这种类型化的目的,不只是为了构建一个完整的侵权责任体系,更在于将来一旦出现新型侵权责任,而法又无明文规定,可将这种新型侵权责任划入现有的类型,找到共通的因素,从而适用类似的裁判标准,在解决新型侵权责任承担的同时,又能保证法律适用的安定性和可预期性。由此可见,侵权责任类型化

的关键点是据以划入不同侵权责任群的标准,也即同一侵权责任群的共同因素。笔者认为,过错责任和无过错责任应是侵权责任类型化的首要标准。

(一) 无过错责任的兴起是确立这一标准的社会现实基础

“19世纪时期是过错责任原则的成熟时期,《法国民法典》第1382条的规定将这一原则的发展推向了顶峰。”^[11]直到现代社会,过错责任仍然是侵权责任的主要形态。过错责任之所以在侵权责任形态中长期占据着主导地位,在于其有着深厚的社会根基。正如王泽鉴先生所言,“任何法律必须调和‘个人自由’与‘社会安全’两个基本价值。过失责任被认为最能达成此项任务,因为个人若已尽其注意,即得免负侵权责任,则自由不受束缚,聪明才智可得发挥。人人尽其注意,一般损害亦可避免,社会安全亦足维护。”^[12]

随着社会经济的发展,尤其是科技进步推动下的机器作业的普遍化,蕴含在工业社会中的各种风险不同涌现,如各种工业灾害频发,假冒伪劣工业产品充斥市场,食品安全引发的恐慌,工伤事故、交通事故不断,环境污染损害日益严重和复杂,大规模侵权问题越发突出……的确,现代社会已经进入了高风险社会。在这种社会背景下,德国法儒耶林所谓的“产生责任的是过错,而不是损害”的论断,即要求受害人必须举证证明加害人有过错方能获得赔偿的主张,无论如何对于受害人来说极为不公。“20世纪以来,尤其是50年代之后,以过失责任为基础的侵权行为法机能深受检讨,进而发生重大变迁。危险责任的引进或增设促成侵权行为法体制内的改革。”^[13]这种改革的重心由注重加害人过错转向受害人损害的救济,由将被害人的损害转由加害人承担转向如何将受害人的损害进行社会化分散。由此,以危险责任为主体的无过错责任兴起,这种侧重损害救济和分散的责任形态日益扩大其“领地”,已然成为一种广泛使用的责任形态。

(二) 大陆法系侵权法发展的轨迹是这一标准的历史根据

罗马法是大陆法系的根源,在大陆法系发展的历史长河中,法国民法和德国民法又是这一历史长河中两颗耀眼的明珠。梳理罗马法、法国民法、德国民法关于侵权责任的规范模式,可以清晰地发现过错责任和无过错责任的分野,而这恰恰是划分侵权责任第一层次类型标准的历史根据。

罗马法上“私犯”和“准私犯”的划分是这一标准的源头。作为罗马法最古老的成文法《十二表法》,在其第八表共29个条文规定了“私犯”,而“私犯”涉及的内容,都是现代法律观念中的侵权行为。罗马法上的“私犯”的范围是不断变化的,到了罗马帝国时期,“私犯”已有比较固定的形式和条件。但此时,社会上出现了许多从后果上看与“私犯”相同,但在主观性方面却根本不同的行为,罗马法上就将其称为“准私犯”。^[14]优士丁尼《法学阶梯》中记载了四种“准私犯”行为:①放置物或悬挂物致害,②落下物或投掷物致害,③审判员误判致害,④产生于自己属员的盗窃或侵害行为的责任。^[15]这些“准私犯”可以概括为“对自己管领的物的责任”和“对自己应负责的人之行为”的责任。古罗马人可能不会有现代侵权法上过错和无过错的观念,但是将具有相同法律后果(如损害赔偿)的

行为划分为“私犯”和“准私犯”则孕育着过错责任和无过错责任区分的种子。

法国法上过错责任和“无生物责任原则”的两立是这一标准的形成期。《法国民法典》上关于侵权责任的条文仅有5条,即第1382-1386条,并将这些条文的内容划分为“侵权行为”和“准侵权行为”,在这5个条文的编排上,是按照“对自己行为负责”(第1382、1383条)、“对应负责之他人行为的责任”及“对自己管领的物的责任”(第1384-1386条)的规范模式展开。因此可见,法国民法关于侵权责任的编排继受了罗马法的模式。其中,第1382、1383条是对过失责任的经典概括。另外“法国法院重新诠释法国民法第1384条第1项后段(‘对自己管领的物的责任’),肯定其具有独立的规范功能,得以以规律所谓无生物(如锅炉、汽车等)所致的损害,创设了无过失责任,被认为系法国侵权行为法的革命。”^[16]这种“无生物责任原则”的创立,引入了无过失责任的因素,大大提高了无过错责任在侵权责任形态中的地位。

德国法实践中关于危险责任一般条款的尝试是这一标准的成熟期。《德国民法典》第823、826条是对过错责任的类型化规定,第831、832条的规定属于“对应负责之他人行为的责任”,第833-838条(第835条已废止)的规定属于“对自己管领的物的责任”,后两种责任都采过错推定责任形态。^[17]由此可见,《德国民法典》关于侵权责任的规定是围绕过失责任展开的。以危险责任为主体的无过错责任主要是通过特别立法的方式规定的,“在1900年德国民法施行前,既已有之,最早者如1838年普鲁士铁路法规定的铁路事故责任,最近的重要立法是1990年施行的商品责任法及环境责任法。在这长达150年期间曾制定各种法律,规范矿业、汽车、航空、水污染、核子损害、药物及商品责任等事故。”^[18]德国法上危险责任体系庞大且凌乱,并且还处在不断发展之中,为了构建危险责任的体系,并扩大危险责任的适用范围,“1940年德国一些学者曾提出损害赔偿法的修正案,大力阐扬‘危险责任一般条款’的思想,主张通过危险责任的一般条款来扩张其适用范围。”^[19]这种设立“危险责任一般条款”的努力,表明在德国法上,以危险责任为主体的无过错责任有与过错责任平分秋色的意味,过错责任和无过错责任的二元责任体系渐趋成形。

就我国《侵权责任法》而言,第6条是对过错责任的抽象概括,第7条是对无过错责任的抽象概括,可以看作无过错责任的一般条款。更引人注目的是,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。这是对危险责任的高度概括,应是危险责任的一般条款。从侵权责任的第一层次类型来看,第69条从属于第7条,第7条和第6条平分秋色,而第7条和第6条又是对第2条的类型化,以第2条为基础展开。由此可见,《侵权责任法》搭建起了侵权责任体系的框架,侵权责任类型化的思想得到体现。

三、侵权责任的第二层次类型化适用——过错责任和无过错责任的类型化

(一) 过错责任的类型化——“权利—利益区分保护”规范模式的建立

《侵权责任法》第6条是对过错责任的概括规定,又可称为过错责任的一般条款。过错责任是侵权责任的主要形态,在适用上具有广泛性。过错责任应当进一步类型化,而这种类型化的标准应是民事权利和民事利益的区分,可简称为“权利—利益区分保护”规范模式。

在侵权责任法立法的过程中,是否应区分民事权利及民事利益从而给予不同程度的保护,曾有不同的意见。全国人大法工委王胜明副主任认为,权利的内容就是利益,利益又可以权利化,权利和利益是不断转变的,因此权利和利益根本无法区分清楚,进而无从将二者区别开来赋予不同程度的保护。^[20]《侵权责任法》采纳了此种观点,没有将权利和利益区分开来,而是使用了“民事权益”的混合概念。固然,权利的内容是利益,权利、法律保护的利益、非受法律保护的利益同属利益的范畴,但是其在法律上的地位、法律保护的程度确有不同。正如台湾地区学者曾世雄先生所言,就“权利”而言,法律提供完整的保护,即以法律强制力介入担保其实现;就“法益”而言,法律提供的仅是局部的保护,即仅仅承认其具有合法性,是否强制介入担保其实现要视情形而定;就“非受法律保护的利益”而言,法律上不被承认具有合法性,这类利益自生自灭。^[21]

就《侵权责任法》保护的民事权利而言,第2条采取不完全列举的方式规定了人格权、身份权、物权、知识产权、股权、继承权等民事权利。这些民事权利的内容和边界是由其他民事法律规范来确定的,法律所提供的保护是完全的、充分的。就其权利性质而言,都属于支配权、绝对权,除权利主体之外的任何他人均负有非有正当理由不得干涉和妨碍的义务;就其损害后果而言,囊括在财产损失、人身损害、精神损害范畴之下;过错责任形态下,遵循侵害他人民事权利应依法承担侵权责任的同一机理。因此,过错责任形态下,《侵权责任法》对民事权利的保护没有必要再类型化,统一适用第6条过错责任的一般条款。

就《侵权责任法》保护的民事利益而言,仅在第2条有宣示性规定,并无具体的制度设计。民事利益可划分为法律保护的利益、非受法律保护的利益。所谓法律保护的利益,是指法律规范肯定了这种利益的合法性,但尚未上升为权利的那一部分利益。如《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》(法释[2001]7号)第1条第2款关于除人格权以外的人格利益的保护,第3条关于死者姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私、遗体、遗骨的保护,《物权法》第7章关于基于相邻关系所产生的利益的保护,第245条关于动产和不动产占有的保护,《工伤保险条例》第60条关于用人单位应参加而未参加工伤保险导致无法获取工伤保险待遇职工的保护,《反不正当竞争法》第5条第2项对知名商品的包装、装潢的保护,第10条关于商业秘密的保护等等,不一而足。对这些“法益”的保护,无疑也应是侵权责任法之功能所在,这样一来,保护“法益”的其他法律规范与《侵权责任法》第6条结合适用,使侵权责任法规范得与整个法律规范体系相连接,确保案件裁判的逻辑自足。

就非受法律保护的利益而言,是就法律现状作出的判断。随着经济的发展、

社会的变迁、权益观念的更新,一些非受法律保护的利益必然要进入法律视野,而在立法无法及时跟进的情况下,对这些利益的司法保护就显得尤为重要。当然,司法对这些利益的保护不应是无限制、无标准的,在对侵害这些利益的行为的违法性认定上,可综合考虑“侵害行为的态样,系违反刑罚法规、禁止规定或取缔规定,违反公序良俗、权利滥用”等因素来实现,^[22]其中,民法的公平原则、平等原则、诚实信用原则等在侵害行为违法性认定上也可提供正当性根据。这样一来,侵权责任法就具有了一定的灵活性和开放性,使得侵权责任法能与社会道德衔接,照顾到社会变迁。

(二) 无过错责任的类型化——以危险责任为主体的无过错责任体系的构建

《侵权责任法》第7条是关于无过错责任的概括规定,与第6条关于过错责任的概括规定显有不同,承担无过错责任的,必须以法律有明确规定为前提。据此有人认为,“法律对无过错责任的各个情况进行规定的封闭性条款清楚地表明了立法者的意愿,即除了法律明文规定的情况外,不允许再扩展无过错责任。”^[23]但是,社会生活的变迁及由此带来的繁复,一国立法不可能穷尽全部的无过错责任形态。因此,以一国立法的现状为基础,将无过错责任区分为不同的类型,找出这些类型中的共通因素,通过类推适用的方式,为社会生活中出现的应适用无过错责任但法又无明文规定的案件事实提供裁判依据,应是一条可选取的折中路径。

纵观《侵权责任法》及其他法律关于侵权责任的特别规定,在我国法上,无过错责任可以划分为如下类型:

对自己应负责之他人行为承担的无过错责任。《侵权责任法》第32条关于监护人责任的规定、第34条关于用人单位责任的规定、第35条关于接受劳务一方责任的规定,《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8条关于法人及其他组织责任的规定、第9条关于雇主责任的规定、第13条关于被帮工人责任的规定等都应属于这一类型。就对他人行为承担无过错责任而言,其根据在于,责任人对该他人负有选任、监督、控制的职责,或者该他人的行为是为了责任人的利益,责任人在享受所得利益的同时负担由此带来的风险和损失,也是正义的要求。

对自己管领的物的无过错责任。《侵权责任法》第41条关于生产者产品责任的规定、第65条关于污染者责任的规定、第78条关于动物饲养人或管理人责任的规定、第86条关于建筑物、构筑物等其他设施倒塌致人损害责任的规定等,都应属于这一责任类型。就对自己管领的物致人损害的责任而言,物的管领人对物有妥为管理的职责,并享受物之利益,在享受物之利益的同时承担由物带来的风险和损失,同样是基于正义的要求。

危险责任。“所谓危险责任,即持有或经营某特定具有危险的物品、设施或活动之人,于该物品、设施或活动所具危险的实现,致侵害他人权益时,应就所生损害负赔偿责任,赔偿义务人对该事故的发生是否具有故意或过失,在所不

问。”^[24] 危险责任分为基于危险物所产生的危险责任和基于危险活动所产生的危险责任,前者如《侵权责任法》第70条关于民用核设施经营者责任的规定、第71条关于民用航空器经营者责任的规定、第72条关于易燃、易爆、剧毒、放射性等高度危险物占有人或使用人责任的规定、第74条关于其他高度危险物所有人或管理人责任的规定,后者如《侵权责任法》第73条关于高空、高压、地下挖掘、使用高速轨道运输工具的经营者责任的规定,《道路交通安全法》第76条关于机动车一方承担的交通事故责任的规定等。危险物品和危险活动固有的高度危险性,无疑会大大增加损害发生的可能性,危险物品的管领人和危险活动的行为人既然开启或维持了这种危险源,并通过实际控制这些危险源从中获益,他们理应承担由此所带来的风险和损失。

惟应注意的是,危险物和危险活动的认定既是一个立法上的问题,也是一个司法上的问题。对于法定的危险物和危险活动引起的损害赔偿赔偿责任,固然应依据相关的法律规范进行裁判,但对于法无明文规定的危险物或危险活动,只要其符合“高度危险”“异常危险”“特殊危险”等的特征,也应根据《侵权责任法》第69条关于高度危险责任的一般规定而为裁判,自属当然之理。

注释:

- [1] 刘士国:《〈侵权责任法〉第二条规定之解析》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2010年第3期;杨立新:《中国侵权责任法大小搭配的侵权责任一般条款》,《法学杂志》2010年第3期。
- [2][7][9] 陈现杰:《〈侵权责任法〉一般条款中的违法性判断要件》,《法律适用》2010年第7期。
- [3] 谢晓尧、吴思罕:《论一般条款的确定性》,《法学评论》2004年第3期。
- [4] 张新宝:《侵权法立法模式:全面的一般条款+全面列举》,《法学家》2003年第4期。
- [5] 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社,2001年,第301页。
- [6] 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社,1995年,第298页。
- [8] 张新宝:《侵权行为法的一般条款》,《法学研究》2001年第4期。
- [10] 许中缘:《论体系化的民法与法学方法》,法律出版社,2007年,第106页。
- [11][14] 麻昌华:《侵权行为法地位研究》,中国政法大学出版社,2004年,第3、69页。
- [12][13][16][18][24] 王泽鉴:《侵权行为法》(第一册),中国政法大学出版社,2001年,第13-14、58、42-43、46、16页。
- [15][意] 彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社,1992年,第405-406页,转引自麻昌华:《侵权行为法地位研究》,中国政法大学出版社,2004年,第70页。
- [17] 《德国民法典》第823、826、831、832、833-838条,陈卫佐译注,法律出版社,2006年,第306-310页。
- [19] 王利明:《论侵权责任法中一般条款和类型化的关系》,《法学杂志》2009年第3期。
- [20] 王胜明:《侵权责任法的立法思考(一)》, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=47193>, 2009-12-7。
- [21] 曾世雄:《民法总则之现在与未来》,中国政法大学出版社,2001年,第60-61页。
- [22] 周友军:《论我国过错侵权的一般条款》,《法学》2007年第1期。
- [23] 克米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐琨晓译,法律出版社,2006年,第259页。

[责任编辑:禾平]