

再论侵权行为法的相对独立

王利明

(中国人民大学 法学院, 北京 100872)

摘要:侵权行为法应当从债法体系中分离出来而成为民法体系中独立的一支。大陆法的债法体系虽然注重了各种债的关系的共性,但忽略了各种债的关系的个性。侵权损害赔偿不足以为各种侵权行为的受害人提供充分的救济,侵权法的一般条款不能取代大量的对具体侵权行为形态及责任的规定。对具体侵权行为形态及责任的详细规定有助于保障法官正当行使自由裁量权,有利于确定安排侵害物权的责任体系并维护民法内在体系的和谐,通过在侵权法中集中规定侵害权利的类型及责任有助于完善民事责任的救济体系,顺应两大法系融和的世界趋势,吸收英美法中的合理经验。

关键词:侵权行为法 债法 相对独立

中图分类号: D9 **文献标识码:** A

侵权行为法是有关对侵权行为的制裁以及对侵权损害后果予以补救的民事法律规范的总称。在当前我国民法典的制定过程中,对于侵权法在民法典中的地位,以及如何构建民法典的体系等,引起学者极大的争论。目前主要有赞成侵权行为法独立成编与反对侵权行为法独立成编的两种观点。从大陆法系的传统来看,一直将侵权行为法作为债法的一部分而将其归属于债法之中。此种模式的合理性极少受到学者的怀疑并一直被赋予其高度评价^[1]。但我认为,现代社会发展及民主法制建设的需要,已使侵权行为法所保障的权益范围不断拓展;其在传统债法体系中所负载的功能显然已不足以适应时代的需求。因此,侵权行为法应当从债法体系中分离出来而成为民法体系中独立的一支。侵权行为法的独立成编是完善我国民法体系的重要步骤,也是侵权行为法得以不断完善发展的重要条件。

鉴于侵权行为法独立成编涉及到民法典如何编撰、体系如何构建等诸多民法理论与实践问题,本文拟对该问题谈几点看法。

一、侵权法独立成编的理由之一——大陆法的债法体系虽然注重了各种债的关系的共性,但忽略了各种债的关系的个性^[1]

传统民法中的债法体系是基于债的各种发生原因(合同、侵权行为、不当得利、无因管理)建立起来的,债法规范的对象为债之关系(Schuldverhältnis)。由于上述各种债的发生原因都在形式上产生相同的法律效果,即一方当事人可以向另一方当事人为特定的行为,此种特定人之间可以请求特定行为的法律关系,就是债的关系。王泽鉴先生指出:“债之关系为现代社会最复杂之关系;民法债编设有严密之规定,为债之关系之一般原则,适用于任何债之关系,具有模式性(Modelcharakter)”。^[1]

基于债的发生原因建立债法体系,按照许多学者的理解,其最突出的优点表现在此种模式为各种债确立了适用的一般规则,如民法关于债的担保可以适用于侵权损害赔偿之债。杨立新指出:“把侵权行为仅仅规定为民事责任,立法者的意图是强调国家强制力的保障,加重民事责任的强制意义,但是,实际的后果却使侵权行为丧失了其他的债权保证形式,削弱了对侵权受害人债权的法律保护,这可以说是在立法之初所始料不及的。”^[2]这些观点都旨在强调侵权损害赔偿之债等债的关系对债的一般规则的依存性。这一体系因其是高度抽象化的产物,因此也为长于三段式的思想模式的大陆法系民法学家所青睐。^[3]

然而,债的发生原因是纷坛复杂的,产生债的法律事实,“或源于人之行为,或源于与

人之行为无关之自然事件。人之行为得为债之关系者，或为法律行为，或为违法行为，或为事实行为。”^[4]在民法典所列举的庞杂的债的关系中，尚未包括大量的法律尚未规定的无名合同和无名债。各种债的关系几乎囊括绝大多数民事关系，从而使债的体系表面上看富有逻辑性，实际上是极为杂乱的，正如邱聪智所指出的：“民法债编所涉事项既然繁多、类型亦杂，则不同事项、类型之间，难免常有同异互呈之情形。”^[5]在这样的体系中，“侵权行为法都未被视为一个独立的法学领域，而几乎总是被作为债权法论著或课程的一部分，这一点颇让普通法律师感到惊奇。”^[6]从法律上看，这一体系是不无缺陷的。

大陆法的债法体系虽然注重了各种债的关系的共性，但忽略了各种债的关系的个性。严格地说，各种债的共性主要体现在各种债都是发生在特定人之间的请求关系这一共性上。王泽鉴先生曾将其称为“形式的共同性”。但由于各种债或基于法定或基于约定产生，或基于违法行为或基于非法行为产生，在很多方面表现出来的个性往往大于其共性。就侵权损害赔偿之债与合同之债相比较，两者存在着明显的区别：因为合同行为是商品交易的法律形式，是法律所鼓励的合法行为，只有促进合法的交易行为充分发展，才能促进市场经济的繁荣和社会财富的增长。由此决定了合同法的目的在于保障交易关系，鼓励交易行为，保护交易当事人的合法权益。尤其是合同法应当充分贯彻合同自由原则，赋予交易当事人在合同的订立、履行、变更、转让、补救方式的选择等方面的广泛的行为自由，从而充分尊重当事人的意志，只要合同内容不违反法律禁止规定及所谓“公序良俗”，法律便承认合同的效力。^[7]而侵权行为则是侵害他人财产、人身的行为，是法律所禁止的行为，侵权行为虽可产生债的关系，但此种债务与合同当事人自愿设立之债关系是完全不同的。在侵权行为发生之后，行为人负有对受害人作出赔偿的义务，但损害赔偿也是行为人对国家所负有的责任，行为人是否愿承担责任和在多大范围内承担此种责任，不以行为人的意志为转移，因此，侵权法体现了强行性的特点。尤其应当看到，由于侵权责任关系由侵权法调整，而合同法调整的乃是交易关系，从而决定了两法在责任的归责方式、构成要件、责任主体、举证责任、责任方式、诉讼时效、免责条件等方面的规定上是各不相同的。因此，当某一种民事违法行为发生以后，行为人依据合同法承担违约责任，或依据侵权法承担侵权责任，在责任后果上是不同的。由此可见，侵权行为“与合同在性质、特点和适用法律上个性大于共性，同‘债’概括在一起，并没有严格的科学性。”^[8]

传统的债法体系主要是以合同法为中心建立起来的，一部债法主要就是合同法，侵权的规范寥寥无几。债法中，侵权法的规范与合同法的规范极不成比例，内容本来极为丰富的侵权法完全被大量的甚至上千个条文表现出的合同法规范所淹没。因此，学者在表述债法的特点时，实际上都是在表述合同法而非侵权法的特性。例如，郑玉波认为，债法为财产法、任意法、交易法。^[9]而邱聪智则认为，“债法为直接规范财货创造活动之法律规范。”^[10]这些表述都不无道理，但都是对合同法特点的概括，它们不能反映侵权法的特性，相反，侵权法的特性与此完全不同。一方面，侵权法并不是规范交易关系的法律，也不是创造财富的法律，而是规范侵权责任关系，保护财产的法律，侵权法正是通过为财产受到损害的受害人提供补救，从而使其所受损害尽快得到恢复。所以，法国学者 Tony Weir 指出，侵权之债的规则主要起到保护财富的作用，合同之债的规则应具有创造财富的功能。^[11]我国学者沈达明也认为侵权行为法旨在保护财产，并不创造财产，而合同法给与债权人的保护将成为财产，因此合同法所处理的是财富的创造。^[12]另一方面，侵权法并不是任意法，由于侵权法所规定的责任并非不法行为人所自愿承受的，而是法律规定的侵害人必须对国家所负有的责任，所以侵权法的规定是强行性规范，同时，侵权行为法规定了各种债权行为，只有符合法律的规定，才可以提起侵权之诉。如果完全将侵权法当作任意法不仅不符合债权法的性质，而且忽视国家对侵权责任关系和干预而使侵权法迷失发展方向，侵权纠纷在实践中也难以得到正确处理。^[13]由此可见，完全以合同法的属性来解释债法的规则恰恰表明了侵权法在债法体系中并未找到适当的位置。将各种不同性质的债的关系都置于债法的调整范围之内，至少存在如下缺陷：第一，债的内容过于杂乱，不能使债法找到明确的、特定的规范对象。如前所述，

债法体系设计的根据在于各种债的关系应置于债法的调整之中。此种理论注重了形式的共同性却忽略了实质的共同性，因而各种债的关系作为社会关系的法律表现形式，因社会关系的复杂性使债之关系也呈现出纷坛复杂的状态。

债的一般规则主要适用于合同之债，并不能完全适用于侵权及其他债的形式。毫无疑问，债的某些一般规则是可以适用于侵权之债的，如有关连带之债，按份之债的规定可以适用于侵权责任，担保之债也可以适用于侵权损害赔偿之债。^[14]

当然，这并不是说要否定债的概念，只是说由债法囊括各种债的关系并不具有充分的合理性。尤其是由于债法内容只注重反映了合同法的规则，而忽略了侵权法完整性，并使侵权行为法的发展状况难以得到反映。例如，德国在民法典之外制订了大量的有关侵权行为责任的单行法规，许多重要规则难以包括在债法之中。从立法技术上看并不妥当。^[15]从性质上分析，合同行为是合法行为，侵权行为是违法行为。从立法目的来看，由于合同是合法的行为，所以合同法的目的在于鼓励这种合法行为，加速社会财富的流转；由于侵权行为是违法行为，侵权法主要是预防、制裁这种违法行为，保护人身和财产权益。概而言之，合同法的目的是鼓励交易、增加财富，侵权法的目的是保护权利、稳定财产关系。事实上，债的一般规则主要适用于合同之债，并不能完全适用于侵权及其他债的形式。毫无疑问，债的某些一般规则是可以适用于侵权之债的，如有关连带之债、按份之债的规定可以适用于侵权责任，担保之债也可以适用于侵权损害赔偿之债。然而，大量的债的一般规则，是针对交易关系设定的，不能直接适用于侵权责任关系。具体表现在：

（1）侵权法归入债法的一个重要原因是侵权行为产生侵权损害赔偿之债，可以适用债的一般规则，但是这种做法却忽视了侵权责任与合同法中违约责任的不同。违约责任允许缔约方自行约定，侵权责任则禁止当事人自行约定。从性质上看，一般债务关系主要具有补偿性，一般不具有惩罚性。对于侵权损害赔偿而言，因其不仅包括财产损害赔偿和人身伤害的赔偿，而且在受害人因他人侵害人格权而蒙受精神损害的情况下，可以通过侵权之诉来获得救济，所以，侵权损害赔偿不仅具有补偿性，而且具有制裁性。

（2）违约责任赔偿范围由法律规定的可预见标准进行限制，违约方在缔结合同时可以预见或应当预见违约造成损失的范围内进行赔偿。这样规定的原因在于合同本质是交易关系的反映，允许缔约方自行约定违约责任，可以使缔约方对风险与责任进行合理预测，尽量降低风险，鼓励交易。对于侵权损害赔偿来说，则没有赔偿范围的明确限定，只要因侵权行为造成受害人的财产损失、人身伤亡、精神损害，都应由侵权行为人负责赔偿。因此，“契约法上的赔偿有别于侵权法上的赔偿。法律不要求违反契约者对其违约行为的所有后果负责，而侵权者都必须对其行为的一切后果承担责任。”^[16]

（3）一般的债务可以抵销，侵权责任则不能抵销，²如果允许抵销侵权之债，就意味着法律确认了债务人所实施的侵害他人财产和人身行为具有合法性，这显然与侵权行为的违法性质是根本不符的。

（4）违约责任可以代位行使和转让，这有利于鼓励流通，刺激财富增长；因侵权行为所生的债权是否可以转让和代位行使，应作具体分析。对于因侵害财产权所生的债权来说，此种责任的转让并不违反法律和公序良俗，所以有一些国家的法律对此作出了肯定。³而对于侵害人格的损害赔偿，特别是精神损害赔偿，法律应禁止其代位行使和转让。

（5）关于免责条款的设定。对合同债务而言，当事人可以在合同中约定免责条款以限制或免除未来的合同责任，这是其合同自由的组成部分。然而对侵权责任来说，当事人不得随意设立免责条款而免除其故意或重大过失造成人身伤害的责任。合同法第53条1款规定，“造成对方人身伤害的”，免责条款无效。本条立法的一个重要理由就是更有利于保护消费者，体现民法对社会弱者的关爱。

（6）关于经济利益对责任的影响。由于合同关系乃是交易关系，因此合同义务的确定和违约责任的认定要考虑到当事人之间的利益关系。例如，无偿保管人的注意义务显然要轻于有偿保管人的注意义务；如因保管人的过失导致委托人财产遭受损害，确定责任要考

考虑利益关系。而对于侵权责任的认定和赔偿范围的确定来说，不能考虑各种利益关系。

有学者认为，侵权责任本质上仍然是债的关系，将债的关系放入责任领域，例如，损害赔偿是典型的债的关系，也是债的表现形式，其他责任形式在实践中适用的并不太多，最常适用的仍然是损害赔偿，在市场经济条件下，能够给受害人提供最充分补救的也是损害赔偿。因为责任是一种国家干预，这样就强化了国家对民事领域的干预，不能充分体现私法自治。我认为，首先，民事责任本质上不同于刑事责任和行政责任，在追究民事责任的全过程，当事人有处分权，是否提起民事诉讼，变更或放弃诉讼请求，是否要求强制执行都是由受害人决定的，因此，这种责任形式实质上只不过是国家权力对当事人意思的辅助和保护，它与我们通常所言的国家通过强行性手段进行的干预完全是两回事。

二、侵权法独立成编的理由之二——侵权损害赔偿不足以为各种侵权行为的受害人提供充分的救济

在传统的大陆法系国家民法中，基于债的发生原因而将因侵权行为而产生的损害赔偿赔偿责任认定为损害赔偿之债，从而纳入债法的调整范围。此种体系之优点在于：因侵权行为而生之损害赔偿关系确实很大程度上可以适用债法的规则，通过运用债——这一将特定人之间请求给付的法律关系——的概念涵盖因合同、无因管理、不当得利以及侵权行为四种法律事实产生的法律关系，可以在最大程度上做到对法律关系的类型化与抽象化思考，从而保证了逻辑的严密与条文的简约。

应当看到，侵权行为重要的责任方式乃是损害赔偿。侵权行为法就是通过损害赔偿的方式，而形成了对公民、法人的财产权利及相应的人身权利的充分保障。财产损害赔偿制度谋求当事人之间的利益平衡，反对对他人劳动的侵占和无偿占有，因此，它巩固了以价值为基础的交换关系。对人格权侵害的赔偿，尤其是精神损害的赔偿，不仅对受害人的精神利益提供了补救，对受害人的精神痛苦提供了抚慰，同时也对加害人形成有力的制裁。由于损害赔偿请求权是市场经济条件下对民事权利因遭受侵害而提供补救的最佳方式，因而“现代债权法之主要重点，可说在于规范损害赔偿，同时，债权关系除因给付结果发生而消灭外，其最后解决途径，不外强制执行与损害赔偿。”^[17]将侵权行为法置于债法之中，在一定意义上亦可突出损害赔偿补救方式的重要性。

我们并不否认损害赔偿作为侵权责任形式的极端重要性，然而，传统民法理论大多将损害赔偿作为侵权行为的唯一责任形式，首先是基于这样一种考虑，即侵权行为法的主要目的在于补偿受害人遭受的损失。“侵权行为法所论及的是有关一方由于他方非法的或危险的行为引起的损害、防止或赔偿问题。”^[18]侵权行为的受害人之所以提起诉讼，乃是为了获得赔偿，因为“若被告遭受惩罚但原告并未获得任何赔偿金，那原告的报复目的是否能够满足？人们没有理由支持这种类型的侵权法体系。满足坐看被告受到惩罚而不能对损害进行任何可能的补偿，获得这样一睹为快的机会与提起诉讼而耗费的时间及金钱相比，实在太不相称了。”^[19]损害赔偿可以最大限度地保护受害人利益，并可以有效地遏制不法的或反社会的行为。^[20]尤其是在市场经济条件下，损害赔偿作为侵权损害补救方式的功能更为突出，法国社会学家杜尔克姆曾认为“机械形态社会”(即农业社会)的法律主要是刑法或强制法，而“有机形态社会”(即商品经济社会)的法律主要是赔偿法或合同法；赔偿法的着眼点是用赔偿或归还等方式处理当事人之间的利益冲突。^[21]

然而，在侵权法领域，损害赔偿作为责任形式并不是万能的，德国著名民法学家耶林《为权利而斗争》中就曾猛烈的抨击了罗马法中广泛采用赔偿制度所存在的不合理性，他说：“罗马法官使用的金钱判决制度(Geldcondemnation)是正确评价权利侵害的理念上利益的充分手段。这一制度给我们的近代证据理论带来灾难，变成司法为防止不法而曾使用过的手段之中尤为绝望的一个。”^[22]耶林的上述观点充分地表明了损害赔偿并不是对侵权行为的受害人提供保护的唯一方法。应当看到，损害赔偿责任是针对侵害财产权而产生的责任形式，然而现

代民法的权利体系已经非常宏大，不仅包括各种财产权，还包括了形式多样的人格权以及人格权与财产权的结合形态——知识产权。而侵权行为法的保障范围也相应当在发展：从主要保护财产权向对人格权、知识产权等不断扩张发展。传统上主要适用于对财产权侵害而提供补救的损害赔偿之债的责任方式，已不能完全适应侵权法对多种民事权利保护的需要。这就在客观上需要突破单一的侵权损害赔偿之债的责任方式，多种侵权责任方式的采用，既实现了侵权行为法本身应当具有的补偿受害人的损失，制裁不法行为等多方面的功能，同时，也对遭受损害的受害人提供了充分的补救。责任形式的多样性是侵权行为法发展的必要结果，也是现代侵权行为法的一个重要特征。

损害赔偿作用的有限性最典型地表现在对人格权的侵害提供保护的场合。19 世纪末期，大陆法系许多学者曾认为：由于人格权为非财产权，因此应采取排除妨害的补救方法作为对人格权的民法保护方法。《德国民法典》在制定的过程中就有不少学者对以金钱赔偿非财产损害的观点持反对态度，如德国法学泰斗萨维尼就对此种观点持否定意见。“二战”以后，德国仍然有不少学者对金钱赔偿持反对态度，其主要根据在于金钱赔偿使被害人的人格沦为了可交易的财产，因而不道德的。人格利益是无价的，不是用金钱可以交易的，^[23]所以德国民法对侵害人格权的责任采取了恢复原状主义。所谓恢复原状，就是恢复损害事件发生以前的状态，在侵害名誉权的情况下，就是要使受害人受到损害的名誉恢复到原来的状态。^[24]德国法主要采用恢复原状而不是损害赔偿的办法，确有利于保护受害人，因为按照这一模式，“基于权利而产生的排除妨碍请求权是以客观上存在侵害权利的违法行为为其成立要件的。如果把恢复名誉的请求作为一种损害赔偿请求来考虑，就不需要加害人的故意、过失这种必要的责任要件。……这种要件的缓和对受害人的过敏反应也轻而易举地予以了保护。”^[25]而损害赔偿的责任作为侵权责任的一般责任形式，应以加害人的故意或过失作为构成要件，这无疑增加了受害人的举证负担。日本流行的判例和学说曾经认为，金钱赔偿的方法可以充分保护受害人的利益，它不仅具有补偿的功能，而且具有制裁功能，金钱赔偿的方法在很大程度上可取代恢复名誉的责任。^[26]受害人选择金钱赔偿还是恢复原状，实际上只是损害赔偿的方法问题。但是最近日本的判例学说认为，精神损害赔偿的请求与恢复原状的请求在机能上是有区别的，应该对原状恢复请求权的独立性进行再认识。例如，四宫教授在谈到恢复措施的机能时说：“基于名誉侵害发生的损害，如果不消除其损害源，至少这种侵害还会持续一段时间，所以仅用金钱赔偿填补并不恰当。对被毁损的社会评价进行现实性的恢复很有必要。”也就是说，金钱赔偿并没有消除损害源，并没有对被毁损的社会评价进行现实恢复的功能。如果是这样的话，名誉恢复请求权当然应该有其独立的要件。日本甚至有一些学者如齐藤等人主张，在名誉侵害的场合首先应该考虑适用恢复名誉的请求权，而不是损害赔偿的请求权。^[27]

我认为，在侵害人格权的情况下，即使强调损害赔偿的作用，此种方法也不能替代侵害人格权的其他的责任形式。具体来说：

第一，损害赔偿不能代替恢复名誉的补救方式。在名誉权遭受侵害的情况下，受害人说遭受到直接损失是名誉受到毁损，受害人的社会评价降低。因名誉受损可能使受害人遭受精神损害或附带的财产损害，从而产生损害赔偿之债。但由于受害人遭受到直接损害是社会评价的降低而非财产上的损害，因此采用损害赔偿之债并不能对受害人的直接损害予以补救，只有通过采用恢复名誉这一补救方式才能使受害人遭受的直接损害得以恢复，进而消除名誉受到毁损的“损害源”。

第二，损害赔偿不能代替停止侵害的责任形式。在人格权遭受侵害的情况下，受害人可能希望行为人及时停止侵害，而并不一定要求加害人赔偿多少损失，或者受害人认为其无法证明实际遭受了多少损害，而不愿意采取损害赔偿的责任方式。因此请求停止侵害也可以实现其补救的目的。例如，某技术监督机构误将某假冒伪劣产品作为某一公司的产品，并对外召开记者招待会，宣布该公司生产并销售假冒伪劣产品，致使该公司的名誉权遭受损害，但该公司很难证明其究竟遭受了多少财产损失，在此情况下，其最有效的补救是请求法院作出

停止侵害的裁判。

第三，损害赔偿不能代替赔礼道歉的责任形式。赔礼道歉不只是一种道义上的责任，更是一种法律上的责任。从我国审判实践来看，大量的侵害名誉权的纠纷中受害人不要损害赔偿，而是要求加害人赔礼道歉，这表明了这一责任形式在我国司法实践中的重要性，此种责任非常符合我国素来重礼轻利的国民感情。尽管在某些案件中，法院作出责令加害人赔礼道歉地判决后，一些加害人拒绝赔礼道歉，这并不意味着赔礼道歉就不能执行，通过法院判决的公开实际上已经起在某种程度上相应的效果，即对通过加害人进行公开的谴责和否定性评价，已经能够在一定程度上达到受害人所希望的法律补救的目的。实践来看，我国司法实践已经找到了一些执行的手段。例如，先要求行为人实现写出赔礼道歉的内容，然后作出判决，判决后再予以公开。

第四，在侵害名誉权的情况下，财产损失或精神损害并非必然的结果，或者即使存在前述损害的情况下，受害人也可能不请求加害人承担侵权损害赔偿，而只是要求采取恢复名誉、赔礼道歉等补救方式。对于人格权的侵害，不是简单的采用损害赔偿就能够提供救济的，损害赔偿只是其中的一种方式，不能代替其他的方式。依据我国《民法通则》第 120 条，“公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的，有权要求停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。”可见我国法律对人格权的侵害采取了多种责任形式。在司法实践中，注重了恢复名誉和损害赔偿的结合运用，从而有效地、充分地发挥了这些责任形式对受害人的保护和对加害人的制裁作用。

应当看到，赔礼道歉或恢复名誉的判决作出以后，可能要求加害人通过支付一定的金钱来在报刊上作出声明，予以赔礼道歉或恢复名誉，但是这是否如某些学者所说的那样，这两种责任形式已经被转换成了损害赔偿责任呢？有些学者认为，即使承认停止侵害、赔礼道歉等具有不同于损害赔偿责任的特点，但将侵权责任置于债法体系中，旨在建立一个以损害赔偿为中心的责任制度，因为在现代市场经济社会，损害赔偿才是最有效的权利补救方式。其他方式有的并不能得到强制执行，如赔礼道歉，有的并不适合于商业社会的特点，如恢复名誉等。即便是赔礼道歉最后可能还是需要通过损害赔偿的方法予以解决，例如被告拒绝登报道歉，于是只能由法院代为登报道歉，只不过此时应当向被告要求支付登报的费用。我认为，这些看法是不妥当的。因为要求加害人支付一定的金钱的目的并非是通过这些钱来补救受害人的损害，而是在现代文明社会中法院强制执行判决的方法。在侵害名誉权的情况下，真正对名誉权进行救济的方式，不一定是经济赔偿，停止侵害、恢复名誉、赔礼道歉等责任形式是从名誉权的本质方面消除损害后果的最有效方式。至少其作用是损害赔偿方式所不可替代的。

损害赔偿作用的有限性也表现在对知识产权的侵害提供保护的场合。随着知识产权的发展，对知识产权的侵权责任不完全是损害赔偿所能够包括的。一方面，知识产权本身具有一种绝对权的性质，对知识产权的侵害采用有关对绝对权的保护方法，如停止侵害、排除妨害等，另一方面，在知识产权遭受侵害的情况下，由于对损害的证明常常比较困难，因此在许多案件中由法院颁布一项禁令，禁止加害人使用某项知识产权或禁止销售某种侵权产品，这对受害人利益的保护更为有利。为加强对知识产权的保护，侵权法也广泛采用了损害赔偿以外的其他责任方式，我国民法通则第 118 条规定：“公民、法人的著作权(版权)、专利权、商标专用权、发现权、发明权和其他科技成果权受到剽窃、篡改、假冒等侵害的，有权要求停止侵害、消除影响、赔偿损失，”我国新修改的有关知识产权的法律，根据 **Trips** 的有关规定，采纳了“诉前禁令”的制度，允许受害人在其知识产权受到侵害以后可以在法院正式起诉以前，要求法院对侵害人颁布停止侵害的禁令。可见，对知识产权并非采取单一的损害赔偿的方式进行保护的。即使就侵害所有权和其他物权的责任形式而言，也不应该单纯采用损害赔偿的方法。

即使是对于财产权的侵害也不能单纯适用损害赔偿的补救方式，将损害赔偿作为侵权行为的唯一责任形式，也忽略了侵权损害和妨害的多样性。侵权行为必然造成损害，但损害并

不一定是能够通过金钱加以准确计算的财产损失。反之,侵权行为可能仅仅造成财产损失,但不一定造成对权利的侵害(这便是所谓的“经济损失”)。^[28]侵权行为既可能是对他人财产的实际占有,也可能是对他人财产的侵害。既可能表现为正在持续进行的损害行为,也可能表现为尚未实际发生的、将有可能出现的妨害。针对各种不同的侵权行为,应该采取不同的责任形式,例如对正在进行的损害,采取停止侵害、排除妨害的方式,对未来可能发生的损害,亦应用排除妨碍的方式。

由于侵权责任的多样化,必然对民法体系也提出了挑战,换言之,尽管侵权行为常常产生侵权损害赔偿之债,但也可产生多种责任形式,而损害赔偿之外的责任形式并不是债的关系。债法并不能涵盖这些责任形式,因此债法对侵权行为法的调整便受到了限制。有人认为恢复名誉、停止侵害、赔礼道歉等责任形式主要发生在特定的当事人之间,且仍然以请求为一定行为或不行为为内容,因此本质上仍然是债的关系。我认为,将恢复名誉、停止侵害、赔礼道歉等责任形式完全等同于债的关系是不妥当的。债权首先是一种请求权,但又不能等同于请求权,因为债权的内容不限于请求权,还包括其他权利,反过来,特定人之间的请求关系,也不一定是债的关系,如物权请求权就不能等同于债权。就恢复名誉、停止侵害、赔礼道歉等形式来说,尽管也是发生在特定人之间的请求关系,但是,并非债的关系。主要原因在于债本质上不仅仅是一种请求关系,而在于其是以财产给付为内容的请求关系。因为债权本质上是反映交易的法律形式,它要以财产给付为内容,非财产给付的请求不应包括在债的范畴里。由于恢复名誉、停止侵害、赔礼道歉等责任形式在本质上不是以财产给付为内容的,所以不属于债的关系。这就有必要通过独立成编的侵权责任制度来规定各种责任形式,而不应当将其完全纳入债法的体系当中。当侵权行为法越来越注重对各种人格利益提供补救,越来越注重适用多种责任形式对受害人的财产利益提供保护时,侵权行为法摆脱债法而独立的必要性也日益加强。从这种意义上说,侵权责任形式的多样性,是侵权行为法相对独立的重要根据。⁴

侵权行为法独立成编,就是要采用多种责任形式实际上也就是要建立一套完整的责任体系,尽管民法是以民事权利为核心构建的,但是没有责任保障的权利本身就不是真正的权利,没有完整健全的责任体系也就没有完整健全的权利体系。权利应当成为一个完整的体系,那么对权利的补救即责任也应当成为一个完整的体系。侵权法独立成编的最大好处在于将侵害各种权利的责任形态集中加以规定,使受害人一旦遭受侵害之后可能明确其在法律上享有的各种补救手段,甚至可以在各种救济手段之间进行理性的选择。受害人虽然不能任意选择,但是他们可以从对自己最为有利的方式作出选择。这些都要求我们必须突破单一的损害赔偿责任的思维模式,从内容丰富的责任形式来考虑问题。同时,各种责任形式集中明确的规定也为法官正确适用法律、保障司法的统一性发挥了重要的作用。而采用多种的责任形式在我国具有现实的基础,也是我国多年来立法与司法的优秀经验的总结。我国民法通则第 134 条就列举了十种民事责任,其中绝大多数可以适用于侵权行为。从审判实践来看,民法通则的规定具有极大的合理性并且也是行之有效的。对实践中已经成熟的立法与司法经验已经构成了我国社会主义法治建设的宝贵财富,在没有非常充分的正当的理由之前不能仅以外国立法例为由而加以否定。

还应当看到,侵权行为法独立成编是符合民法发展的趋势的。例如,1994 年的《蒙古民法典》就是单设了合同责任和违约责任作为两编单独规定,其中违约责任就是规定的侵权责任。再如,《越南民法典》在第三编“民事义务和民事合同”中,单独规定合同外的损害赔偿,这样,未来所存在的必然是大侵权法而不是大债法。侵权法独立也不一定打乱民法典的体系。有些学者认为,侵权法独立与依法律关系理论建立民法体系是矛盾的。我认为,民法典应当根据主体—行为—权利—责任这四部分来构成。行为是权利变动的原因。权利是法律关系的内容。责任则是权利受侵害或义务不履行的后果。“到了 20 世纪,特别是在欧洲,人们的观点转向支持私法的更新和国际化。这是由于不断增长的在起草新的法律条文时考虑吸收外国成果的意向所造成的。此外,在私法的许多领域,法律的同一以及协调

已经开始（值得注意的是：同一发生于协调的前面。）”^[29]

有人认为，侵权行为法独立成编会导致分则体系的构造不符合逻辑，因为如果总则以人一客体一行为建构，分则应当列举各种民事权利，从而使总则、分则构成一个完整的法律关系。但是，一旦侵权责任独立成编以后，分则就不是按权利排列，而是按照权利一责任来排列，这种做法不仅破坏了体系的完整性，而且也不具有一种形式美。对此我们也不赞成。我认为，民事法律关系主要应当由主体、客体、内容构成，法律行为是变动民事法律关系的主要原因，法律关系的内容主要以民事权利表现出来，而基于对民事权利保护的需要，也应当设立民事责任制度。所以，完整的法律关系的内涵，应当由主体、客体、引起法律关系变动法律行为、权利内容以及对权利保护的规则即责任制度。而整个民法典的体系应当围绕这一法律关系的内涵而展开。总则中应当重点就主体、客体、法律行为以及民事责任的一般规定来规定，而分则应当以权利以及具体的责任制度展开。因此，我们建议我国民法总则应当以主体一客体一行为一权利保护四个方面来构架，而将侵权法置于分则的最后一编。

三、侵权法独立成编的理由之三——侵权法的一般条款不能取代大量的对具体侵权行为形态及责任的规定

反对侵权法独立的一个主要理由，侵权法关于过错规定的一般条款涵盖了侵权法的大部分内容，法官运用一般条款完全可以处理大部分侵权损害赔偿案件，所以侵权法的规则应当十分抽象简练。在一般条款对侵权行为已经作出描述的情况下，无须对各种具体的侵权类型分别加以规定，⁵据此，一些学者认为，既然侵权法条款较为简单，因此没有必要在民法典中单独成编，只需将其包括在债法当中即可。

所谓一般条款，是指在成文法中居于核心地位的，成为一切侵权请求权之基础的法律规范。^[30]从各大陆法系各国民法典对侵权行为的规定来看，一般条款主要是对过错归责原则的一般规定，德国著名民法学家耶林教授曾言：“使人负担损害赔偿的，不是因为有损害，而是因为有过失，其道理就如同化学上之原则，是蜡烛燃烧的，不是光，而是氧，一般的浅显明白。”^[31]作为十九世纪三大民法原则之一过错责任原则，在法典中被确认是民法长期发展的结果，也是人类法律文明的产物。依据关于过错责任的一般规定，法官对许多侵权纠纷通过查找过错来判定行为人是否应当负责，尤其是随着近几十年来过失概念的客观化、过失认定标准的多样化等新发展，对过错认定的一般条款更加具有弹性与包容性。其适用的范围更为广泛，由于从过错归责的一般规定中可以直接引申有关一般侵权行为的三项构成要件，即过错、因果关系和损害，因此法官也可以直接依据侵权责任构成要件认定一般侵权行为中行为人的责任。

诚然，依据一般条款确实可以解决许多普通的侵权纠纷，法官甚至可以通过扩大解释一般条款的规则，采取过失客观化、违法推定过失、举证责任倒置等方法，使许多本应由无过错原则等特殊规则解决侵权纠纷被纳入到一般条款中。但是，试图采用一般条款来解决现代社会中的各种侵权纠纷是不现实的，也是完全不可能的。任何一般条款都不能适应变动不居的社会发展。

从侵权法的发展历史来看，总体趋势是从一般条款到一般条款与具体列举并重的方向发展，这正是社会经济文化发展的必然产物。一般条款最早出现于《法国民法典》中，该法典第1384条规定：“任何行为使他人受损害时，因自己的过失而致行为发生之人，对该他人负赔偿责任。”这一规定便形成了侵权损害赔偿的一般条款，也是对过错责任的经典性规定。正如民法典起草人塔里伯所指出的：“这一条款广泛包括了所有类型的损害，并要求对损害作出赔偿。”“损害如果产生要求赔偿的权利，那么此种损害定是过错和不谨慎的结果”。^[32]法国法仅承认侵权行为的单一标准。就是说，人们可能在不同的社会条件下因他人的过错而受到损害，但是只要存在过错、损害和因果关系，它们就只能产生一种同样的结果。^[33]法国民法典的起草者认为，不需要另外的规定调整个人不当行为的责任。《法国民法典》给予法

院的指导原则没有超出第 1382 条和第 1383 条（民法典第 489——2 条为例外）所规定的三个构成要件。这三个构成要件是过错、因果关系和损害。正是因为法国民法典中一般条款的规则，因此民法典关于侵权法采取了高度抽象的概括性规定，整个民法典洋洋数千条，但是关于侵权行为的规定仅为五条（1382 条到 1386 条），这样的立法架构下，侵权法显然没有独立成编的必要性。

我们必须看到，法国民法典采用一般条款构建侵权法的结构，是当时社会经济文化发展程度下的产物。制定法国民法典的时代还是一个“风车水磨土路”的资本主义早期时代，社会生产力并不发达，各种生产、交通、通讯工具都十分落后，这种情况下侵权行为主要是发生在个人与个人之间的单一加害与被害形态，而且各种事故损害很少。然而，到了近一百年后，制定德国民法典的时候情况就发生了变化，此时社会生产力水平出现了突飞猛进的发展，火车等现代交通工具早已出现，各种事故的损害日益频繁，此外由于各类社会组织的大量存在，侵权行为样态也不仅仅是个人与个人之间单一加害关系，而逐渐出现了个人与组织之间人数众多复杂侵害形态，为了适应社会发展的需要，因此在德国民法典中必须有相当数量的特殊规定。1900 年的《德国民法典》也采纳了过失责任原则，该法第 823 条第 1 款规定：“因故意和过失不法侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利者，负向他人赔偿因此所生损害的义务。”这一规定类似于一般条款，但又并没完全仿照《法国民法典》采取单一的过错责任原则，而采取了“有限多重原则”。《德国民法典》除规定了对绝对权利的不法侵害责任以外，还规定了违反保护他人的法律（第 823 条第 2 款）、违背善良风俗加害于他人（第 826 条），以补充过失责任的不足。德国采用列举模式，将侵害五种绝对权利作为侵权行为。此种模式实际上为具体列举各类侵权行为提供了基础与框架，所以德国民法典中侵权行为的规定采取的是一般条款与具体列举相结合的思路。当然，由于在德国民法典中具体列举的模式仍然深受潘德克顿学派的影响，因此关于具体侵权行为的列举仍然十分简略。但是，总体上来说，从法国民法到德国民法是存在着一个从单一的一般条款到一般条款与具体列举并重的发展趋势的。

《法国民法典》第 1384 条规定对于许多国家的民法产生了影响。⁶但是，在现代社会由于社会经济日趋复杂，单一的过错责任也不能包括各种类型的侵权行为与损害事故的责任问题，过分依赖于一般条款导致侵权法越来越僵化，很难适应经济生活发展的需要，甚至无法处理某些新型的侵权纠纷。因为本世纪以来，社会经济生活发生了巨大的变化。英国侵权法学家 John · Fleming 描述道：“今日工业的种种经营，交通的方式及其他所谓的‘现代生活’方式的活动，迫使人付出了生命、肉体及资产的代价，且已达到骇人的程度。事故引起的经济损失不断消耗社会的人力和物质，而且有增无减。”^[34]现代化加重了人类对物的依赖性，核辐射、环境污染和生态的破坏，以及现代文明所带来的各种副产品，各种自然力的灾难和人为的危害，都使得生存与毁灭问题严重地摆在人类面前，对人身和财产损害的赔偿问题成为社会所普遍关注的问题，这就需要用侵权行为法来对付业已发生的种种损害，为无辜的受害人提供补偿。同时，现代社会已成为风险社会。在人类生活中，无形的、不可预测的风险无处不在，随时可能造成严重灾害。^[35]因而需要借助侵权行为法遏制不法或疏忽的行为，防止各种事故的发生。现代社会还是一个信息化社会，科学技术的广泛运用和计算机的普及，在为人类生活带来更大便利的同时，也提出了对技术、智力成果、软件等的侵权法上保护的问题。可以说，现代社会生活的需求扩张了侵权行为法的内容和范围，使其正在成为一个社会正常运转所须里不可或缺的法律体系。一方面，社会的发展造成了侵权行为的复杂化，多样化，立法者不可能采取一个简单的一般条款来涵盖丰富复杂的侵权行为的类型。另一方面，由于侵权行为类型的多样化，也导致了单一的过错原则不能适应有效补救受害人的需要，必须采用多样化的归责原则，从而出现了无过错责任与公平责任原则，这些原则作为过错责任原则适用的例外，必须在法律上对其适用的范围与类型作出明确的规定，这样就不可避免的出现大量列举性规定。

为了适应侵权法的发展需要，大陆法系国家都采取了各种措施一般条款的不足。例如法

国逐渐制定了一系列单行的法规，对工业、交通等事故的赔偿作出了专门规定。尤其是法国法院在司法实践中被迫采取大量的判例来确定一系列侵权法的规则或扩大对一般条款的解释。近几十年来，法国法官对法国民法典第 1384 条的一般条款的规定作出了十分灵活的解释，使过失的内涵及过失责任的适用范围大大拓宽。也有学者认为法国的侵权行为法主要由法官的判例和解释所组成。正如台湾学者朱柏松所指出的，在大陆法系，因侵权行为法过于原则，因此“在法学方法论上，除非其已有特殊的立法予以规范，否则，自只能期待‘法官造法’予以完成，就此点而言，除可谓系侵权行为法学方法论上的一个转变外，亦可谓与英美法的判例法的法学方法论，渐趋融合的一种表现”。^[36]法国学者 Savatier 承认“法国民法典的某些部分已经不再是成文法，而已变成判例法了”^[37]由于过错概念的扩大，立法者即刻获得了某种权力：是立法者而不是法院在其每次的判决中决定哪种行为是侵权的。^[38]在德国，尽管德国法中包含了一些具体列举的规则，但是因为这些列举仍显简略，不能适应大量变化发展的侵权法的需要，所以自第二次世界大战以来，德国在侵权法领域加强了法官在创制法方面的作用，同时，法院的判例也逐渐成为法的渊源。^[39]如在危险责任方面，德国法在判例中创造了“社会安全义务的违反等同于过失”的规则，并通过对德国民法典第 823 条第 1 款作扩大解释使侵权法保障的对象大大拓宽。同时，在侵权法之外不得不制定大量单行法律法规以调整因侵权发生的法律关系。最典型的有铁路法、劳工法、事故赔偿法、环境保护法、原子能损害赔偿法、产品责任法等。出现这一问题不是因为民法典不适合于容纳这些法律制度或规范，而主要是由于这些问题都是在民法典公布以后而逐渐产生、发展成为需要法律调整的社会问题。由于在侵权法领域，大陆法一些国家通过大量的判例来弥补一般条款的不足，因此又形成了成文法传统在侵权法领域受阻，已经不能得到完全的贯彻。并在一定程度上导致了判例法与成文法的冲突。

二十世纪以来，一些新制定的民法典在侵权行为部分更加呈现出重视具体列举各种侵权行为的趋势。例如荷兰民法典，就将侵权行为法单独列为一编（第六编）。荷兰民法典第六编债法包含了一般规定，第二部分实际上是债务与补偿的问题，在该部分对各种侵权行为作出非常详尽的内容十分丰富的列举。经过社会变革之后的俄罗斯民法典，也对侵权行为作出了相对细密的规定。另外需要指出的是，目前正在起草的欧洲民法典，更是十分明确的将侵权行为法作为其中一编。这些都非常清楚地表明了大陆法对侵权行为法的认识是不断发展的，从一般条款到一般条款与具体列举并重再到作为将侵权行为独立成编，是一个动态发展的过程。

总之，在现代社会一般条款之所以不能代替各种具体侵权行为的规定，一般条款与大量有关的侵权行为的形态和责任的具体规定的结合，是侵权法的发展的必然趋势。既然一般条款的模式不能构建整个侵权法，而且必须大量列举各种具体的侵权行为类型，因此，侵权法的内容是非常丰富复杂的，在此基础上独立成编也是顺理成章的。如果我们不采用一般条款与具体列举相结合的方式，仅仅通过一般条款来代替大量的具体规定，必然会出现两方面的结果，一是，必须通过大量的单行法律、法规来弥补一般条款的不足，这并不一定有利于侵权法的完善。在我国，大量单行法都涉及侵权法的内容，而且不少都超越了立法权限，许多提法极不规范，例如对侵权责任采用责令赔偿，实际上已经转化为行政责任，关于不可抗力等的基本法律术语也进行了不同于基本法的表述。有一些特别法经过多年来的适用，已经形成了比较成熟的经验，有必要将之上升为民法典侵权法中的规定；有一些限制赔偿等带有明显部门、行业保护的规范，理应废止。因此我们应当通过民法典的制定，按照侵权法独立成编的模式将那些已经成熟的有关侵权法的规则上升为法典的内容，这对于我国侵权法是十分有必要的。二是，如果仅仅通过一般条款来代替大量的具体规定，这必然要借助于法院通过判例和司法解释来确立内容十分丰富和复杂的侵权法的规则。而在我国目前法官队伍整体素质仍然不高，迫切需要立法为侵权案件提供依据的情况下，这种方式显然是不适当的。

四、侵权法独立成编的理由之四——对具体侵权行为形态及责任的详细规定有助于保障法官正当行使自由裁量权

侵权法独立成编就意味着在侵权法中对各种具体的侵权行为作出十分详尽的列举式的规定,从侵权法领域来看,就必然会出现这样的情形:侵权法对各种侵权行为规定的越具体详尽,则司法过程中法官的自由裁量度就越小。侵权行为的列举式规定所具有的一个不容忽视的功能正是在于:通过详尽的规定侵权行为的责任主体、包括范围、举证责任倒置的内容、抗辩事由等问题,确实一定程度上限制了法官的自由裁量。相反,如果采用一般条款的规定必然会使法官在抽象的简单的一般条款掩盖之下享有巨大的自由裁量空间,对各种侵权纠纷进行自由裁量。正因为这一原因,一些学者认为,侵权责任规则不能规定得过于详尽,否则会不合理限制法官的自由裁量,因为尽管侵权案件千差万别,但是只要能确定行为人具有过错同时确定损害与因果关系就可以具备了使行为人承担责任的依据,至于如何确定过错、如何判定因果关系,如何计算损害等问题,都属于法官自由裁量范围内的事情。倘若对各种侵权行为规定过细,法官就成为了被动适用法律的机器,缺乏主动性,不利于对侵权纠纷的合理解决。所以,侵权法独立成编必然会导致对法官自由裁量权的不合理限制。

我认为,侵权法独立成编并不出现不合理限制法官自由裁量权的情况,相反它正是保障法官自由裁量权合理行使的必要途经。

(一)即便在一般条款的侵权行为立法模式下,也必须由法律明确规定适用中的重要问题。

这些问题主要包括:

第一,损害是否具有可以补救性。人们在社会生活中,每天可能会发生各种损害,但并非各种损害都能够获得法律的补救,损害是否具有可以补救,是一个法律的基本价值判断问题,近几十年来,随着人格权的发展,对损害的概念发生了很大的变化,即损害不仅是因为侵害权利所造成的后果,而且侵害权利本身就足以构成一种损害,即便没有财产上的损失。此类侵权行为被称为“自身可诉性”侵权行为(诉因侵权行为),采纳这种观点的原因是“因为任何侵害都必然包含了损害,损害并不只是财产损失,当一个人的权利(如投票权)受到阻碍时侵害本身就同时包含了损害”。^[40]奥地利民法典第 1293 条对损害作了定义,即损害是指一个人在其财产、权利和人身上遭受的一切不利。这一定义和欧洲其他一些国家法学界的观点相同。^[41]特别是在现在社会中的证券侵权行为、新闻侵权行为中,可以补救的损害是有一定的范围的限制,因为损害的可以补救性问题主要考虑立法者的政策目标,不能完全由法官判断。例如,因为证券欺诈行为造成股民的损害,在过去一直不能获得法律的补救,这个问题完全由法官来判断是不妥的。

第二,行为人所侵害的是否为侵权法所保护的权益。随着社会经济的发展以及法治的不完善,侵权法保护的从传统上对物权的保护扩张到对各种知识产权和各种商业利益、无形财产的保护。侵权法保护的对象,不仅限于财产和人身权利,而且包括法律尚未规定但应当由公民享有的权利(如隐私权等),以及各种尚未表现为权利的权益。例如,因他人的不正当竞争行为所遭受的损失、因他人滥用权利而造成的损失、合同成立以前要约人因他人的不正当行为所遭受的损失等,都可以依侵权法的规定而使加害人负赔偿责任。然而,侵权法并不是对于各种权利和利益都要予以保护。即使在侵权法保护的从不断扩张的情形之下,侵权法的保护对象也不是漫无边际的,否则将严重妨碍人们的行为自由。因此,有关侵权法保护对象的问题不能完全都由法官运用自由裁量权加以判断,它更多的是各种利益价值之间的取舍,此类重大问题应交由立法者慎重决定,而非法官自由裁量。

第三,关于请求主体和责任主体的问题。在许多侵权行为中行为主体或责任主体都是单一的,但是在某些侵权行为中这两类主体可能是分离的、多数的。例如,在转承责任的情形

之下，责任主体并非直接实施侵权行为的主体。而在交通工具致人损害的情况下，可能涉及的是该交通工具驾驶人、占有人与所有人等多类主体。究竟应当由其中的哪一主体来承担责任，也涉及到立法政策判断问题，不能完全由法官加以决定。

第四，关于抗辩事由与损害赔偿范围。即使是在一般侵权行为的情形之下，对抗辩事由内涵的界定、列举仍然十分必要，尤其是从损害赔偿的范围上来说，由于侵权法保护的权益范围的扩张导致了各种侵权行为的发展，各种侵权行为所造成的损害后果并不相同，例如侵害名誉权不仅造成精神损害还可能造成财产损害，即便是单纯的财产损害也可能包括直接损害与间接损害，这些复杂的问题都需要有法律在一定程度上比较明确的规定，否则法官也无法行使自由裁量权。

（二）对于现代社会中兴起的各种特殊侵权行为，更加需要明确详尽的规定。

现代社会，随着科学技术的广泛适用，社会生产与消费大规模化、利益关系空前复杂化，侵权行为也相应地日益复杂化。在很多情况下，适用作为一般条款要求受害人来证明加害人的过错极为不利，尤其是在医疗过错事件和公害、药害事件那样的通过高度科学性、技术性过程发生损害的场合，外行的受害者要证明加害人的过错十分困难。在这种场合下，现代侵权行为法中引入了严格责任等新的归责原则。在侵权法中，严格责任“虽然严格，但非绝对。在严格责任下，并非表示加害人就其行为所生之损害，在任何情况下均应免责，各国立法例多承认加害人得提出特定抗辩或免责事由”，^[42]严格责任表面上不考虑被告造成损害是出于故意或能否通过合理的注意而避免损害，就可以确定被告的责任，实际上在这里采取了一种举证责任倒置的办法，即受害人在遭受损害以后，就行为入是否有过错的事实不负举证责任，而应当将过错的证明负担倒置给行为入。行为入虽然可以通过证明自己没有过错而被免除侵权责任，但其并非可以通过证明自己尽到注意义务就能被免除责任。法律上对行为入证明自己没有过错的事由是有严格规定的，即行为入只有在证明损害是由于受害人的过失、第三人的过失和自然原因造成的才能被免除其责任。正是因为实现了举证责任倒置，且对倒置的事由在法律上有严格的限制，因此责任才是严格的。由于举证责任倒置关系到实体权利义务的享有和实现，且是落实严格责任的基本途径，因此举证责任倒置必须由法律明确规定，而不能由法官自由裁量，因为举证责任的分配是当事人实体权利义务的行使与承受，如果允许法官对举证责任倒置进行自由裁量，无疑允许法官未经审判就决定当事人一方胜诉或败诉。对各种责任的构成要件仍然应当明确规定，尽管在法律上对于因果关系的产生很难作出明确界定，但对于各种侵权行为尤其是特殊的侵权行为具体界定侵权行为的构成要件以及免责条件仍然是必要的，这将会使人们在何种情况下应承担责任，在何种情况下应当被免责。

（三）具体列举的方式有助于保障法官自由裁量权的正当行使

第一，保障法律的正确适用。随着我国社会主义市场经济建设的深入进行，各种新型的侵权纠纷不断涌向法院。例如侵害债权案件、纯粹经济损失案件、滥用权利、妨害邻居等，法院在面对这些新型侵权案件的时候出现了两种截然不同的做法：对于有些本不属于侵权行为的案件，如所谓的侵害生育权、哺乳权，一些法院也给予受理并作出判决，结果侵权法不断扩张，出现了一些学者所谓的“权利大跃进”的局面；而另一方面，对于某些本应予以解决新型侵权案件，一些法院以法律没有规定或者规定得不清楚为由拒绝受理，严重损害了当事人的合法权益。这两种情形都是与我国侵权法的规定极为简略、法官在适用法律的过程中常常缺乏依据有直接的关系。此外，如果民法典中不将侵权法单列成编，使大量的侵权法规规范游离于民法典之外，将会造成法官、律师都很难找到相应的规范。而且造成了一般规定与特别规定适用上的混乱。

第二，保障司法裁判统一性。多年来侵权行为法的实践表明如果对于具体问题不做具体

规定，由于我国法官培养渠道不统一、地域辽阔、各地习惯不同、经济发展水平各异，这都决定了对于同一类侵权的认识可能存在巨大的差异。如果对各种特殊的侵权行为不作具体规定而完全交由法官自由裁量，难免会出现同一类型的案件各地法院审理的结果大相径庭。例如，目前实践中各地法院对建筑物上抛掷某物致人损害的侵权责任，由于很难查找具体的行为人，结果在审判实践中形成了三种不同的处理结果：一是许多法院认为如果找不到具体的行为人，则应有受害人自行承担损失；二是一些法院认为，如果找不到具体的行为人则应当由建筑物内的全体业主承担责任；三是一些法院认为，如果找不到具体的行为人，则应当按照公平原则处理，由建筑物内的全体业主承担适当地补偿责任。我认为针对同一类型案件、不同法院处理的结果相互冲突矛盾的现象的出现，对于我国法制建设是不利的。法制社会的一个重要标准就是民事主体对其行为的结果能够产生一个稳定的合理的预期。必须要通过具体规定来维护司法裁判标准的统一性以及司法裁判的可预见性，这本身是法治的重要内容。

第三，有利于节约司法资源。完全由法院对侵权案件的裁判行使自由裁量权，其根本前提在于法院必须在大量的判例的基础上形成了一整套侵权法的规则，然后才能适用于个别案件。与其如此，不如将我国多年来司法实践中已经形成的侵权法规则上升为法律规范，直接规定到侵权法中，这将大大有助于节约司法资源。尤其应当看到，凡是法官在一般条款之下运用自由裁量权处理侵权案件的国家，都在相当程度上承认判例的拘束力。然而，我国并没有明确法院所处理的案件的拘束力，即便是对于最高人民法院所处理的案件也是如此，这样一来，很难通过判例的形式在一般条款之下发展侵权法的具体规则。此外，我国法院判例历来缺乏说理性也使得通过判例确立侵权法规则的方法在短期内是不现实的。

第四，符合我国法官素质的需要。尽管我国正在进行的司法改革取得了丰硕的成果，统一司法考试制度的确立已促进了各级人民法院法官的素质的提高，法律职业化的进程也正在日益加快，但是必须由于我国法官整体的业务素质还不够高，仍然不能适应严格执法与公正司法的要求。在此情况下，完全由法官在审理侵权案件中进行自由裁量，在实践中是很难保障裁判的质量。

从性质上来看，侵权法主要是裁判法，因此具体规定各种侵权的规则，为司法裁判提供依据本身就是侵权法应有的使命。从民法典的内在结构来看，民法典既然可以对任意性的合同法进行了详细规定，也有必要对于主要以强制性规范为主的侵权行为法进行细致规定，从而使行为人能够更明确的认识自己的行为后果，使权利人的权利界限更加清晰，从而真正保证人们的行为自由。

五、侵权法独立成编的理由之五——有利于正确安排侵害物权的责任体系并维护民法内在体系的和谐

侵权法独立成编必然要求在侵权中对各种侵害民事权利并构成侵权行为的形态及其责任都作出全面、具体的规定，从而在此基础上构建完整的侵权行为法体系。然而，构建这样一种完整的侵权行为法体系，必须处理好侵权法与物权法的关系。不赞成侵权法独立成编的另外一个理由在于，侵害物权将产生物权请求权，而物权请求权应当在物权法中作出规定，主要因为：第一，物权请求权是物权效力的体现，具有优先于债权的效力。例如，某人的财产被他人非法占有，在占有人破产的情况下，如果行使物权请求权，就可以行使取回权。第二，物权请求权在时效的适用上，原则上不适用诉讼时效，而侵权请求权需要适用诉讼时效。第三，物权请求权不需要就过错和实际损害举证，更为方便。此外，也有人认为，行使物权请求权的前提并不一定是构成侵权，如甲将乙的物置于第三人处，第三人不构成侵权，但仍然要承担返还责任。至于因侵害物权产生的损害赔偿问题，则规定在债法中。如果侵权行为法独立成编，则将造成了物权请求权与侵权行为法上请求权不协调、甚至会发生冲突、矛盾，由于物权请求权对受害人的保护更有利，如果将物权请求权规定在侵权中，对受害人保护不利。

应当承认,物权请求权与侵权的请求权是存在区别的。一方面,物权请求权与侵权请求权具有不同的功能和目的。物权请求权的方式主要是请求原物返还、请求侵害排除和请求侵害防止,其目的在于排除物权受侵害的事实或者可能,恢复或者保障物权的圆满状态;行使侵权请求权就是要求加害人履行损害赔偿之债,其目的是为了填补物权人无法通过行使物权请求权恢复的损失,即以货币方式恢复被损害物的价值状态。另一方面,物权请求权与侵权请求权要求相对人承担责任的要件不同。例如,一般侵权行为的受害人要行使侵权行为的请求权必须适用过错责任原则。也就是说,受害人要主张权利就必须举证证明加害人具有过错,如不能证明加害人具有过错,则加害人不负侵权责任。但是如果适用物权请求权,权利人要求侵害人返还财产、停止侵害、排除妨害和恢复原状,都不需要证明相对人是否具有过错。再如,从危害后果上来看,在物权的保护中,行使侵权请求权的前提是存在损害赔偿之债,没有损害赔偿之债,就失去了行使侵权请求权的基础。损害赔偿之债要求加害人造成了受害人财产的损失才应负赔偿责任,没有损失就没有赔偿。但是物权人行使物权请求权的前提是物权遭受到侵害或者有遭受侵害的可能,而不以造成财产损失为前提。还要看到,法律对两种请求权保护的期限不同。根据我国《民法通则》第 135、136 条的规定,侵权请求权适用普通诉讼时效期间是 2 年,对于身体受到伤害要求赔偿等侵权案件适用 1 年的诉讼时效期间。但是对于包括物权请求权则不能适用上述时效的规定。正是因为两种请求权现在明显的区别,所以我认为不能以一种请求权代替另一种请求权。侵权请求权和物权请求权分别具有不可相互代替的独立存在的价值,对物权的保护需要物权请求权,也需要侵权请求权,只存在一方面的保护是不全面的。由于单纯的侵权请求权不能满足物权保护的需要,往往还要在侵权请求权中或者以其他方式同时规定物权请求权的具体内容,这样一来不仅造成了理论体系上的混乱,也会导致适用上的困难,不利于全面、规范地保护物权。

但是,承认物权请求权的特殊性并不意味着侵权法不能对侵害物权等绝对权的侵权行为加以规定。相反,我认为,在物权法规定了物权请求权之后,侵权法中规定侵权物权的各种责任,更有利于正确安排侵害物权的责任体系维护民法内在体系的和谐,对受害人提供充分的救济。主要理由在于:

第一,物权法规定了物权请求权之后,侵权法中规定侵权物权的各种责任,就表明了侵害物权的时候会产生责任竞合的情况,责任竞合的本质是同一种行为导致多种责任形式的产生,但由于这些责任形式之间冲突,因此须由受害人对责任进行选择。在侵害物权的情况下,实行责任竞合较之于排斥竞合更有利于受害人。因为一方面,允许竞合实际上使受害人基于自己的意志与利益处罚选择对其最为有利的责任形式提出请求或提起诉讼;另一方面,物权请求权和侵权的请求权各种特点不能相互替代,仅仅排斥竞合实际上就否定了受害人基于不同考虑选择责任的可能性,这并不利于对受害人的充分保护。所以侵权法独立成编在侵权责任中对侵害物权的责任加以规定,有利于保护受害人,也有利于侵权法与物权法的协调。

应当看到,我国现行的民事法律规范并未建立独立的物权请求权制度,甚至没有采纳物权请求权的概念。与物权有关的民法规定主要体现在我国《民法通则》第五章第一节“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”中。尽管在该节的有关条文中涉及到了物权请求权的内容,例如《民法通则》第 83 条提到了权利人有权要求停止侵害、排除妨害、赔偿损失等,但就整个《民法通则》而言,没有单独规定物权的保护方法,并未明确、系统地规定物权请求权制度,甚至根本就没有物权的概念。《民法通则》第六章关于“侵权的民事责任”中,采纳的是广义的侵权概念,将各种侵害物权或妨害物权的行为都视为侵权,并适用侵权请求权,要求侵害人承担侵权责任,排斥了物权请求权的适用。例如《民法通则》第 117 条规定:“侵占国家的、集体的财产或者他人财产的,应当返还财产,不能返还财产的,应当折价赔偿。”这样,侵权的请求权就包括了作为传统物权请求权之一的返还原物。在关于侵权的民事责任形式的规定中,《民法通则》还规定了停止侵害、排除妨害、消除危险、返还财产、恢复原状等侵权的责任形式,这些责任形式显然也包含了物权请求权的内容。《民法通则》的上述规定建立了我国特有的请求权体系,即在请求权体系中不存在一种独立的物权请

求权，传统的物权请求权内容已为侵权的请求权所部分包容。我认为，由于物上请求权与侵权请求权存在着明显的区别，无法相互取代，因此在保留民法通则统一侵权责任体系的同时，也应当在物权法中对物权请求权做出规定，从而建立责任竞合制度。

第二，物权法规定了物权请求权之后，侵权法中规定侵权物权的各种责任并不会破坏民法内在体系的和谐。冯·巴尔指出，在大陆法系对于物权的侵害可能产生物上请求权，这主要是因为大陆法区分了绝对权和相对权，同时有关相邻关系的制度属于物权法的一部分，而不构成侵权法的内容。在普通法中凡是侵害他人的物权都构成侵权，因为普通法并没有采纳所谓绝对权的概念，因此不存在所谓所有物的返还请求权。^[43]这种观点有一定的道理。也就是说，物权请求权设立的主要依据在于对绝对权保护的需要，但是如果认为仅仅因为物权是绝对权就应当通过物权请求权给予特别的保护，那么各种其他的绝对权甚至在将来产生的各种新型绝对权是否都需要确立特别的保护方法。这些对人格权、知识产权等绝对权的侵害方法都需要设立特殊的保护方法并且都要从侵权责任体系中分离出来，不仅割裂了侵权责任体系而且造成整个民法体系内在失调，此外在民法的各个权利制度中分别规定责任形式也会造成立法的重复甚至相互矛盾的现象。

第三，物权法规定了物权请求权之后，在侵权法中规定侵权物权的各种责任，十分有利于对各种新型财产利益的侵害，侵权法保护的对象不仅仅限于物权，还包括各种尚未形成物权的财产利益。由于这些财产利益尚未上升为一种物权，因此很难受到物权请求权的保护，例如允许摆摊设点的权利、对于电话号码的享有的权利、域名权等这些权利或利益并不是完整的物权，也不适用物权请求权的保护方法，但在这些权利或利益受到侵害以后，由于侵权法保护的范围不仅有权利也有各种合法的利益，所以可以获得侵权法的保护。侵权法中规定各种侵权责任形式有助于形成保护各种新型利益的开发的体系，可以对各种利益受到侵害的受害人提供救济的根据。

有一种观点认为，在侵害物权的情况下，采用物权的请求权比侵权的请求权更为合理。一方面，对于诸如返还原物的请求权而言适用两年或一年的诉讼时效将不利于保护所有人的利益，或者说不利于保护所有权人的权利。另一方面，由于物权请求权与侵权请求权对物权保护的效力不同，所以采用物权请求权对受害人的保护更为有利。物权请求权来源于物权，是物权效力的内容；侵权请求权则源于债权，是债权的内容。由于物权的请求权的效力优先于债权请求权，因此物权请求权优先于侵权请求权。例如返还原物的请求权作为一种物权的请求权应当优先于不当得利返还请求权。在破产程序中，所有人基于返还原物的请求权而应当对其物享有取回权，此种取回权实际上是由所有物返还请求权派生的，因此这种取回权应优先于一般债权而受到保护。如果只允许所有人采用侵权请求权的方法保护自己的物权，就只能以一般破产债权人的身份按比例受偿，显然不如采用物权请求权，行使取回权的方式可以更好地保护物权。我认为，这种观点有一定的道理，但首先我们既然承认责任竞合，就已将选择权赋予了受害人，其可以自行选择。另一方面，有关时效的问题可以在民法总则的诉讼时效制度中对因侵害所有权而产生的诉讼时效作出特定的规定。法律可以对请求权竞合情况下的时效问题作出特殊的安排。这主要是因为选择侵权的请求权对受害人可能不利，所以从保护受害人利益的角度可以规定此时不受时效的限制。如果出现了侵权损害，都可以直接适用侵权法的规定，仅仅适用侵权行为法就可以全面解决这一纠纷。至于破产法中的取回权问题，严格的说该权利是基于权利人的而产生的，因此它与是否规定物权请求权的设立并没有直接到联系。例如我国现行民事立法并没有确认物权的请求权，但是破产法中仍然承认取回权制度。

六、侵权法独立成编的理由之六——通过在侵权法中集中规定侵害权利的类型及责任有助于完善民事责任的救济体系

将侵权行为法独立成编意味着要对侵害权益的各种形态集中规定，因此在侵权法中首先

需要通过明确侵权行为的侵害对象来界定侵权法的保护范围,并在此基础上建立侵权法内在的逻辑结构,即以类型化的侵权行为来构建一般侵权行为体系。然而,这一方法受到了一些学者的批评。按照这些学者的观点,侵权行为制度主要规定的是对侵害财产所造成的损害赔偿赔偿责任,至于对其他权利的侵害应当在民法典的其余各编分别规定,例如侵害人格权可以在民事主体制度中规定、侵害知识产权可以在知识产权法规定、侵害物权所产生的物上请求权可以在物权法规定;因此只有侵害财产所造成的损害赔偿赔偿责任才需要由侵权行为法加以规定,而此种由于产生的是侵权损害赔偿之债,因此可以在债法中作出规定,这就没有必要再将侵权行为法独立成编。如果按照这种思路,那么从权利的内容、权利的行使,到权利受到侵害后的救济都可以在一编中集中规定,这就可以形成各编的完整体系。而侵权法的独立将破坏这种体系。

我认为,这种观点有一定道理,它提供了一种可以借鉴的立法模式。在设计民法典分则体系实际上存在两种模式。第一种模式是从权利的内容、权利的行使,到权利受到侵害后的救济都可以在一编中集中规定。第二种模式就是民法典前面各编正面规定权利的取得、内容、行使等问题,而对权利侵害的救济则在可以在最后统一规定。我认为,尽管第一种模式理论上也是可行的,但是在立法技术上存在明显的缺陷:一方面,在各个权利制度中都规定对权利救济,尤其是规定侵权的一般规则,会造成大量条文重复。例如,关于损害赔偿的规则,侵权财产权、人格权都会产生损害赔偿的问题,如果每一编都规定大量这些技术性的规则,造成严重的重复现象。如果将权利的救济集中规定,就可以把大量的具有共性的规则采用一般的规定整合起来,有利于条文简洁,节省立法成本。另一方面,许多技术性的规则不适用于在民法典的各编分别规定,只有放在侵权法中规定是最为合理的,例如损害赔偿的范围、计算方法、各种侵权责任的承担方式等等,尤其是民法中有些权利的救济规则并没有成熟,如人格权和知识产权,各自为政,责任制度极其分散、凌乱。而且不清楚其是否适用侵权行为法的一般规则,如知识产权的侵害究竟适用过错责任、还是严格责任,这些一般规则在侵权法中很难集中规定。

我认为,比较两种模式而言,第二种模式更加合理。这一模式除了能够克服上述第一种模式的缺陷之外,还具有一些第一种模式所不具有的优点,主要表现在:

第一,有助于建立完整的体系化的侵权行为制度。在民法中,民事责任主要是两类基本责任,即违约责任和侵权责任,尽管民法分则体系中,每一项制度都可能涉及合同关系,例如人格权制度中存在肖像使用转让合同、名称转让合同等,物权法中也处在土地使用权出让合同、抵押合同、质押合同,知识产权法中存在专利许可合同、商标许可合同等,但有关违约责任的规定都是在合同法中集中规定的。各个分则部分并没有再对违约责任作分别的规定。既然违约责任都是统一的,侵权责任理所当然更应当是统一的,而不是分散的。尤其是,侵权责任与违约责任相比较,强制性的色彩更为浓厚,如果主要以强制性规范为主的侵权行为责任都不必进行详细的集中的规定,那么合同责任这种任意性规范占主导地位的制度更没有必要详细地集中地作出规定。

第二,此种模式不利于对受害人提供统一的救济、手段或方式,一旦建立统一的侵权法,就可以在民法框架中为人们提供统一的救济模式。应当承认,各种侵权即使在归责原则的适用上有特殊性,但不否认它们都是作为侵权要适用一些共同的规则。例如,有关抗辩事由可以不可抗力、意外事故、正当行使权利等作为免除或减轻责任的理由;损害赔偿方面要适用共同的规则;责任形式上也有不少是共同的。例如就侵害人格权而言,此种在性质上属于一般的侵权行为,它要适用侵权法的一般规则,如果在侵权行为法中规定了侵权行为的一般规则以后,人格权法中毫无必要对此作出规定。即使在人格权法对侵害人格权的各种责任形式和要件和损害赔偿都作出具体规定,也不如侵权法规定得十分完整充实,难免挂一漏万,从而不利于对受害人的保护。

第三,如果将侵害人格权、知识产权等分别纳入各编规定,会导致规则的大量重复。我国民法典所应当确立的权利体系包括:人格权、亲属权、继承权、物权、债权、知识产权,

这些权利已经为各国的立法、判例和学说所普遍承认，也为我国民事立法和实践所确认。由于它们是现代社会所普遍认可的一些基本的民事权利，是民事主体参与正常的社会生活和经济交往所必备的权利，而且其内涵都已经比较成熟，因此，有必要通过民法典而非一些单行法来确认。但是如果在各个权利制度中分别规定侵权的责任，将导致大量的重复，不符合民事立法应当尽可能的简约的要求。很难解决好权利规范和责任规范之间的相互协调关系。一方面，我国民法典既然是以权利来构建分则体系，就不应在权利制度中规定大量的责任问题，但是在权利制度中，不可能对责任制度作出过于详尽的规定。另一方面，即使作出规定，各编之间的有关责任的规定也可能是不协调的。还有看到，权利规则要侧重于权利主体享有的权利来规定，包括主体享有的各种权利的列举、内容、对他人妨害权利的禁止和排除等。而责任主要是从侵权行为人违反义务所导致的后果上作出的规定。各编之间的有关责任的规定很难与侵权责任的一般规定相互协调。

第四，集中规定的模式将使侵权行为法成为一个开放的体系。侵权法不仅仅具有对权利受侵害时的补救功能，还具有权利生成功能。社会生活的发展，导致一些利益首先受到侵权法的保护，而后逐渐上升为具体的民事权利，这一过程的实现需要侵权法保持一种开放的完整的体系。所以，侵权法只有独立成编才能为侵权法在未来的发展提供足够的空间。例如，许多民事权利的发展是先获得了侵权法的保护，然后才逐步上升为民事权利。我国司法实践中历来承认对合法利益的保护。《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》（2001年3月10日起施行），该解释将违反社会公共利益或者社会公德侵害他人人格利益作为一种独立的侵权类型，对这类合法利益提供直接的司法保护，这表明，至少在审判实践中，法院认可了“故意以背于善良风俗之方法加损害于他人”这一责任构成。尤其是随着市场经济的发展，对各种知识产权和各种商业利益、无形财产的保护也在不断加强。当某种利益尚未形成成为权利的时候，必然要通过侵权法对之保护，而不可能通过具体的权利制度作出规定。这就必须要采取集中规定侵权责任的模式，而不是分散规定的模式，否则将使大量的合法利益难以获得侵权法的救济。

即使是在民法分则已经上升为权利的制度内容也未必需要规定相应的责任，例如婚姻法规定了探视权，但并没有规定侵害探视权的相应责任，对此完全可以适用侵权法的一般规定。还应当看到，随着民法中各项新型权利的产生，如社员权等，在这些权利遭受侵害的情况下，损害赔偿救济不仅不能有效的救济受害人而且有时几乎无法适用，因此发展出多重的责任形式才能对受害人提供全面的救济。

事实上，即使是德国法采用将侵权法放入债法当中的方法，它也详细列举了对各种侵害权利的救济方式，例如第823条第1款规定：“因故意或者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，对他人因此而产生的损害负赔偿义务。”由此表明，德国法尽管认为侵权法是债法，但是也确认了侵害各种权利应当包括在侵权法当中，而不是仅仅将侵害物权的侵权行为包括在侵权法。当然，德国法并没有人格权制度，对于侵害人格权并没有在人格权法中统一规定。有人认为应当将人格权置于主体中规定，作为民法总则中的主体制度，应当既可适用于财产制度，也可以适用于人格制度，但这样做无疑就在主体制度中既有关于人格权的规定，甚至规定了对侵害人格权的排除而这些内容显然不能适用于整个民法典。

七，侵权法独立成编的理由之七——顺应两大法系融和的世界趋势，吸收英美法中的合理经验

英美法没有继受罗马法债法概念和体系，侵权行为责任也从未视为一种损害赔偿之债。尽管近几十年来，也有一些学者，如Fuller、Atiyah试图将大陆法债的概念引入英美合同法之中，^[44]但极少有学者主张将债的概念引入侵权法。由于不存在债和债法，因而侵权行为法不可能作为债法的组成部分存在。应当看到，英美侵权行为法作为独立的法律存在，是有

其历史原因的。在 13 世纪,英国法在侵权责任的适用方面主要采用“令状”制度,这就是萨尔蒙德所说的,“在五百年中,令状决定权利。”^[45]在这个时期,已出现了一种直接侵害诉讼(The action of trespass)的诉讼形式。现代的英国侵权行为法就是在直接诉讼的基础上产生的。1852 年《普通法诉讼程序条例》颁行后,废除了诉讼形式,但是在直接和间接的侵害诉讼基础上,产生了一系列新的侵权行为,如强暴、殴打、侵占、妨害、欺诈、诽谤、不正当竞争、干涉合同自由等等,其产生的经过是:如果某人的不法行为形成了某种损害,与直接和间接侵害类似,法院便可以发出一种令状。当事人根据这些令状在法院提起诉讼,如果法院确认这种令状表达了一个良好的诱因,就形成一种新的侵权行为,这就决定了普通法的侵权行为是一个“内容最为丰富的法律”,^[46]同时因采纳了“无限多重原则”,因而缺乏一般规则,在侵权行为的分类上也十分庞杂。当代许多英美法学者如 Winfield 以及 Lord, Atkin 等都希望提出一些侵权行为法的基本规则,但均不成功。^[47]由于侵权法的庞杂性、包含的内容的复杂性加上无债的一般规则都决定了英美侵权法必须成为一个独立的而不是依附于其他法律而存在的法律。

不赞成侵权法独立的主要理由之一是:独立的侵权行为法是英美法的体系,与大陆法的体系完全不协调。英美法侵权法只是对权利提供救济,采取无限制的归责原则,不像大陆法那样有抽象的归责原则。且英美法也没有债权制度,侵权制度不适用债法规则,如果完全照搬英美法的体系,将会和大陆法的制度发生冲突。

应当承认,英美侵权法中并没有采纳大陆法系一般条款的规定,也没有采纳单一的有限制的归责原则。普通法国家的侵权行为法实际上采取的是“无限多重原则”,侵权行为的分类也十分庞杂。根据许多英美法学者的观点,普通法中的侵权行为法可以分为如下几类:(1)对人身或财产的故意侵害;(2)对人身和财产的非故意侵害;(3)对人身、财物的侵害的严格责任;(4)破坏名誉、对个人隐私的侵害;(5)破坏家庭关系;(6)侵害合同关系或商务关系;(7)滥用法律程序。^[48]

英美法的做法有其优点,但也有过于繁杂,缺乏抽象概括性的规则的缺点。正因如此,我们主张在我国侵权法中首先应当采纳大陆法的一般条款,从而形成高度抽象概括的规则,以涵盖许多类型相同的侵权纠纷,对过错责任原则仍然应当规定抽象的归责原则,从而为法官处理许多侵权纠纷提供基本的规则。但是,在借鉴大陆法系经验的同时也应当注意英美侵权法的独特优点,其独到的经验值得我国借鉴。我认为,英美法模式至少在以下三个方面更具合理性:

第一,体系的开放性。^[49]所谓开放的模式,是指其可以容纳随着现代社会发展而产生的各种侵权行为和责任关系,不管这些侵权行为是否产生损害赔偿的关系,也无论赔偿是具有制裁还是补偿的功能,还是如 G·Willians 所称的仅是一种“道义上的补偿(ethical compensation)”,^[50]都可置于侵权法范畴之内。本世纪以来,特别是第二次世界大战以来,英美法中过失侵权行为的形成,产品责任、公害责任、经济侵权、新闻诽谤的产生或发展等等,都悉数被纳入侵权行为法调整。不像在大陆法系中因受到债法的限制以及债的关系的约束,而使许多新的侵权行为及其责任不能及时反映在成文法之中,反使侵权行为法本身的发展也受到严重制约。尤其是在英美法国家:“法官依据新的情况适时造法以将各种新出现的侵权行为纳入法律调整的范围之内,使受害人的权益得到公正的救济,这样便保持了侵权行为法应有的活力。”^[51]

第二,体系的完整性。侵权行为法是与合同法等相对应的独立体系,具有其自身的内在逻辑性。英美侵权行为法尽管内容庞杂、分类多样,但各种不同的侵权行为类型均在独立的侵权行为法中各得其所。而大陆法体系尽管凝练简洁,但也失之于过分抽象。例如,法国民法典共计 2281 条,有关合同法的规范约有 1000 多个条文,而侵权行为法规则只有 5 条。民法典的起草人泰尔内伯(Tarrible)曾在解释民法典第 1382 条时指出:“这一条款广泛地包括了所有类型的损害,并要求对损害作出赔偿,赔偿的数额要与受损害的程度相一致。从杀人到轻微伤人,从烧毁大厦到拆除一间价值甚微的板棚……对任何损害都适用同一标准。”

[52]事实上这一条款，显然不可能涵盖纷繁复杂的各种具体侵权类型。由于债法模式的限制，迫使法官不得不在侵权行为法中大量借助判例，其结果是在侵权行为法方面造成如法国学者所说的“判例法的恶性发展”。[53]与其这样任由判例法发展，还不如将其归纳在一起，自成体系，这样将更有利于侵权行为法的完善。

第三，体系的实用性。较之于大陆法的抽象模式，英美法模式更具有针对性。它不仅强调了侵权责任的补偿功能，而且也注重了补偿之外的其他功能。正如英国学者 B. A. Hepple 所指出的，功能多元化正是现代英美侵权行为法的重要特征。[54]英美侵权行为法在侵权行为分类标准上的多样化，也为法官处理各种侵权行为提供了具体适用的标准和规则。尤其应当看到，英美法将侵权行为及各种责任都置于侵权行为法中进行处理，从而将侵权行为责任与买卖等合同上的责任分开处理，从而更宜于为法官所掌握且简例易行。[55]这就避免了在大陆法系中“不管是在买卖抑或是在侵权两种情况下，特定的人却可向另外一人有所请求，以致这两种内容都属债权法而且至今在同一教学活动中予以处理。”[56]

在英美法中，侵权行为法在相对独立的同时，也与财产法、合同法等发生密切联系。B. A. Hepple 指出：英美侵权行为法已经被作为决定权利(determining rights)的工具”[57]。尤其是涉及到财产权的设定问题，因此和财产法发生了许多交叉。但这丝毫不否定两个法的独立存在。而大陆法因强调侵权损害赔偿之债与债法的联系，因此将侵权行为法置于债法之中，在强调其共性的同时，完全忽略了其自身的特殊规定性，且“侵权行为之债”或“侵权损害赔偿之债”的提法难免使人们对侵权民事责任的性质产生一种片面的理解，即认为它不过是私人间的一种财产流转关系或财产补偿关系。[58]比较而言，这一模式显然不如英美法模式更为合理。

借鉴英美侵权法的经验实际上意味着将大陆法和英美法的经验有机的结合起来，这是完全符合现代法治的需要的。现代社会法律发展的一个大趋势就是英美法系与大陆法系的不断融和，大陆法系逐渐注重判例的作用，而英美法系也制定了大量的成文法。我国历来的一些成功的立法也是在借鉴两大法系成功经验的基础上制定的，例如合同法。同样，我们制定民法典时也应广泛借鉴英美法系的合理经验。从近几十年来大陆法系一些成功的立法来看，也是在广泛借鉴英美法的优秀经验的基础上制定的，例如荷兰民法典关于侵权法的规定正是借鉴两大法系经验的基础上制定的，从而形成了独特点。我国民法历来有复合继受的传统，理应兼收并蓄二者合理的内容。

侵权法的独立并不意味着全盘接受英美法的体系，一方面，我们仍然要采用一般条款和对归责原则的列举性规定，另一方面，在构建侵权行为法的同时，也要保留债法体系，也就是说侵权损害赔偿之债仍然是债法的一部分，侵权损害赔偿之债的一些规则仍然适用债法的规定。例如，按份之债、连带之债仍然要适用债编。债权制度也使侵权法与民法的其他部分构成了完整的联系。

参考文献

- [1] 王泽鉴.民法学说与判例研究：第四册[C].北京：中国政法大学出版社，1998.127.
- [2] 杨立新.侵权特别法通论[M].长春：吉林人民出版社，1992.21.
- [3] 张新宝.中国侵权行为法[M].北京：中国社会科学出版社，1995.5.
- [4] 邱聪智.债各之构成及定位[J].辅仁法学，(11)：105.
- [5] 邱聪智.债各之构成及定位[J].辅仁法学，(11)：105.
- [6] 罗伯特·霍恩等.德国商法导论[M].北京：中国大百科全书出版社，1996.161.
- [7] 王家福.合同法[M].北京：中国社会科学出版社，1986.14.
- [8] 王作堂.民法教程[M].北京：北京大学出版社，1983.14.
- [9] 郑玉波.民法债编总论[M].台湾：三民书局，1993.125.
- [10] 邱聪智.债各之构成及定位[J].辅仁法学，(11)：105.
- [11] International Encyclopedia of Comparative Law III chapter 1. 1-2. III chapter. 12.6.

- [12] 沈达明.英美合同法引论[M].北京:对外贸易教育出版社, 1993.88.
- [13] 王家福.合同法[M].北京: 中国社会科学出版社, 1995.15.
- [14] 杨立新.侵权特别法通论[M].北京: 吉林人民出版社, 1992.20.
- [15] 格·霍洛赫.德国债法改革的现状及评析[A].中德经济法研究年刊[C], 1993.
- [16] 格兰特·吉尔莫.契约的死亡[A].梁慧星.民商法论丛: 第3卷[C].北京: 法律出版社, 1997.207.
- [17] 林诚二.论债之本质与责任[A].郑玉波.民法债编论文选(上)[C].台湾: 三民书局, 39.
- [18] 上海社会科学院法学研究所.民法[M].北京: 知识出版社, 1981.224.
- [19] 迈克尔·D·贝勒斯.法律的原则: 一个规范的分析[M].北京: 中国大百科全书出版社, 1998.256
- [20] 王家福.民法债权[M].北京: 法律出版社, 1999.414.
- [21] 罗杰·科特威尔.法律社会学导论[M].北京: 华夏出版社, 1985.85.
- [22] 耶林.为权利而斗争[A].梁慧星.民商法论丛: 第2卷, [C] 北京: 法律出版社, 1997.53.
- [23] Chartier, Yves, La reparation du prejudice, 1983.154
- [24] 《德国民法典》第253条规定:“非财产上之损害,以法律有规定者为限,得请求金钱赔偿”,而由于法典中对非财产赔偿的情况列举得不多,因此对人格权侵害的金钱赔偿适用范围极为有限.
- [25] 和田真一.民法第723条关于名誉恢复请求权的考察[J].立命馆法学, 1991(4): 472.
- [26] 和田真一.民法第723条关于名誉恢复请求权的考察[J].立命馆法学, 1991(4): 471.
- [27] 和田真一.民法第723条关于名誉恢复请求权的考察[J].立命馆法学, 1991(4): 472.
- [28] 王泽鉴.产品责任现况之检讨及其发展趋势[M].台大法学丛书, 181.
- [29] 冯·巴尔著,张新宝译.欧洲比较侵权行为法(上卷)[M],北京:法律出版社, 2001.451.
- [30] 张新宝.侵权行为法的一般条款[J].法学研究, 2001(4)
- [31] 王泽鉴.民法学说与判例研究: 第二册[C].北京: 中国政法大学出版社, 1998.150
- [32] 国际比较法百科全书·侵权行为·为自己行为之责任[Z], 1979.45.
- [33] 国际比较法百科全书·侵权行为·为自己行为之责任[Z], 1979.44.
- [34] John. Fledng. An Introduction to the Law of Torts[M], Oxford: Oxford University
- [35] 北川善太郎.关于最近之未来的法律模型[A].梁慧星: 民商法论丛: 第六卷[C].北京: 法律出版社, 1997.306.
- [36] 朱柏松.侵权行为理论发展之新趋势[J].法学丛刊, (153): 56.
- [37] 邓衍森.司法判例的规范理论[J].东吴法律学报, 1984, (2):
- [38] 冯·巴尔著,张新宝译.欧洲比较侵权行为法(上卷)[M].北京: 法律出版社, 2001.20
- [39] Arthur Taylor von Mehren: The Civil Law System[M], Little Brown and Company, 1957.1136.
- [40] 冯·巴尔著,焦美华译.欧洲比较侵权行为法(下卷)[M].北京: 法律出版社, 2001.12.
- [41] 冯·巴尔著,焦美华译.欧洲比较侵权行为法(下卷)[M].北京: 法律出版社, 2001.6.
- [42] 王泽鉴.民法学说与判例研究: [C].北京: 中国政法大学出版社, 1998.20
- [43] 冯·巴尔著,张新宝译.欧洲比较侵权行为法(上卷)[M].北京: 法律出版社, 2001.654.
- [44] 沈达明.英美合同法引论[M].北京: 对外经济贸易大学出版社, 1993.24
- [45] 国际比较法百科全书.侵权行为·为自己行为之责任: [M]. 1975. 45.
- [46] Epstein, Gregory Kalven.Cases and Materials on torts[M]. Little Brown and Company, 1984.
- [47] B. A. Helple, M. H. Matthew.Tort Cases and Materials[M].Butterworths, 1991.2.
- [48] 国际比较法百科全书-侵权行为-概述. [M]. 39.
- [49] 张新宝.中国侵权行为法[M].北京: 中国社会科学出版社, 1995.5.
- [50] G·Williams.The Aims of the Law of Tort[J]. 1951(4). 137.
- [51] 张新宝.中国侵权行为法[M].北京: 中国社会科学出版社, 1995.5.
- [52] 国际比较法百科全书·侵权行为·为自己行为之责任. [M].1975.13.
- [53] 国际比较法百科全书·侵权行为·多重责任. [M]. 1975..25.
- [54] B. A. Hepple.Tort, Cases and Materials[M].1
- [55] K·茨威格特.比较法总论[M].北京: 贵州人民出版社.269-270.

[56] K·茨威格特.比较法总论[M].北京: 贵州人民出版社.269-270.

[57] B. A. Hepple. Tort .Cases and Materials[M].1

[58] 佟柔.中国民法[M].北京: 法律出版社, 1990.562.

Re-discussion on the comparative independence of tort law

WANG Li-ming

(School of Law, Renmin University of China, Beijing, 100872)

Abstract: The tort law should be separated from the legal system of obligation and shall become an independent branch in the legal system of civil law. The continental law pays more attention to the commonness between all the kinds of obligations than the individuality between them. The liability of compensation for tort cannot provide abundant remedy for the different sufferer. The General Provision of tort law isn't able to replace the ones for a great number of specific torts and liability, which, if stipulated in detail, may do well to the judge's right of discretion and benefit for the inherent harmony of civil law system. The comparative independence of tort law also results from the trend of the harmonization between the continental law and the common law.

Key word: tort law; Law of Obligation; comparative independence

收稿日期: 2003-5-02

作者简介: 王利明(1960—), 湖北仙桃人, 中国人民大学法学院副院长, 教育部重点研究基地——中国人民大学民商事法律科学研究中心主任, 法学博士, 教授, 博导, 主要研究方向为民商法学。

¹ 王泽鉴教授在评价债法体系时, 认为“在大陆法系, 尤其是在素重体系化及抽象化之德国法, 历经长期的发展, 终于获致此项私法上之基本概念, 实为法学之高度成就”。载王泽鉴:《民法学说与判例研究》第四册, 第87页。

² 各国民法大都规定, 因故意、重大过失的侵权行为所产生的债务不得抵销。如德国民法典第393条规定, “因故意侵权行为而产生的债权, 不得抵销。”

³ 德国1926年1月9日的《帝国保险条例》第1542条第一项规定了财产损害赔偿的法定移转。参见上海社会科学院所译《德意志联邦共和国民法典》, 第218页。

⁴ 有一些学者认为, 侵权责任的多样性也是我国民法通则单设民事责任制度的原因, 参见佟柔主编《中国民法》, 第562页。

⁵ 一些学者甚至认为, 侵权法应当成为 tort law, 而不是 The law of torts。

⁶ 如瑞典《赔偿法》第二款第1条:“任何人发生人身上的伤害或财产上的损失, 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”。芬兰《赔偿法》, “不论任何对他人造成损害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”, 日本民法典

⁷ 从日本的法典看, 主要适用一般条款, 确实十分简洁, 但在司法解释时确实是按照德国的模式进行列举。实际上日本采用判例的方法来填补立法过分简略的问题。