

理论前沿

welcome to li lun qian yan

返回首页

各期目录

各期文章

文章搜索

文章标题

搜索

制定《侵权责任法》应当着重解决的若干问题

双击自动滚屏

发布者：编辑部 发布时间：2007-9-28 阅读：120次

杨立新

【摘要】 制定《侵权责任法》应当着重解决以下几个问题：(1)贯彻“大陆法系为体，英美法系为用，广泛吸纳司法经验”的基本指导思想；(2)确立最为实用的侵权责任归责原则体系；(3)全面规定侵权责任的构成要件；(4)对侵权行为的规定争取最大化的类型化；(5)对新型侵权行为作出具体规定。

【关键词】 《侵权责任法》； 解决； 问题

【中图分类号】 D923 【文献标识码】 A 【文章编号】 1007-1962(2007)17-0011-05

《侵权责任法》的立法程序正在进行，已经进入到最后的阶段。对于这个保护人民民事权利的民事基本法律，究竟重点应当解决哪些问题，我提出以下几点看法。

一、制定《侵权责任法》应当贯彻的基本指导思想

2001年初，在接受侵权责任法草案建议稿起草任务的时候，我就提出了侵权责任法起草的指导思想，即“大陆法系为体，英美法系为用，广泛吸纳司法经验”。(参见杨立新：《侵权法论》，人民法院出版社2005年第3版，第309页)这个指导思想主要内容是：

(一)大陆法系为体。

我国是大陆法系国家，因此，我们的《侵权责任法》一定是大陆法系的侵权法。坚持“大陆法系为体”，主要体现在三个方面：第一，是坚持成文法。不可想象在一个大陆法系国家，可以制定一部判例法的侵权责任法。第二，是要坚持一般化的立法方法。大陆法系与英美法系侵权法从立法方法上来看，大陆法系侵权行为法是一般化立法方法，其侵权法都有一个一般条款。这个侵权行为一般条款制定得好坏，直接关系到侵权行为法的质量问题。而英美法系侵权法是类型化立法方法，不存在一般侵权行为的概念，而是规定具体侵权行为类型。我们作为大陆法系的国家，制定《侵权责任法》应该采用一般化的立法方法。第三，应该坚持大陆法系侵权责任法的立法简明、逻辑性强的立法方法。最简明的是《法国民法典》，当时只有5个条文，现在增加了一些；《德国民法典》只有20几个条文；《日本民法典》只有十几个条文；最多的是《埃塞俄比亚民法典》有130多个条文。而《美国侵权行为法重述》则有1000多个条文，都是具体规则，比较繁琐。我们的侵权责任法应当适当简明，逻辑性要强，不能写得太多。

(二)英美法系为用。

英美法系为用，是要把英美法系侵权法中的有价值的内容吸收进来，成为我国《侵权责任法》的内容。坚持英美法系为用体现在三个方面：第一，将《侵权责任法》在民法典中独立成编。英美法系的侵权行为法是独立的，不像大陆法系民法把侵权法放在债法当中。我们要借鉴英美法的做法，在民法典中把《侵权责任法》规定为一个独立的部分。目前正在起草的《侵权责任法》，是第一部独立规定的侵权法。第二，更多地借鉴英美法系侵权法的侵权行为类型化立法方法，更多、更详细地规定侵权行为类型，做好对侵权行为类型化的规定。我们知道，只有类型化才能够具体化，没有类型化，就没有具体化，就没有侵权责任法的可操作性。官方的《侵权责任法》草案关于侵权行为类型化工作做得不够，应当借鉴英美法侵权行为法的类型化做法，把侵权责任法的侵权行为类型化做得更好，做一个比较全面的类型化。第三，要广泛借鉴英美侵权法的一些好的侵权规定，根据我国的实际

情况加以研究予以吸收。例如，产品侵权责任、隐私权保护等，都是极为有价值的立法例。我们的侵权责任法草案应当更多地借鉴这些成果，使我们的侵权责任法更具有可操作性，能够更好地保护民事主体的民事权利。

(三)广泛吸纳司法经验。

立法必须借鉴司法经验。制定《侵权责任法》，必须把司法实践当中那些好的经验和做法吸收进来，使之上升为法律制度。这方面，主要有两点：其一，要对最高人民法院二十年来制定的侵权法司法解释进行整理，把好的东西纳入到侵权责任法当中来，使《侵权责任法》更具有活力和可操作性。其二，总结那些活生生的司法判例，将它们的精华吸收到《侵权责任法》草案中。

应该看到，起草《侵权责任法》比起草《物权法》要容易得多。尽管《侵权责任法》有很多具体问题需要解决，但这些问题基本上都是技术性的，而不像《物权法》那样涉及政治、经济制度的考虑。《侵权责任法》就是一个权利保护法，一个民事主体所享有的各种民事权利最终都要体现到《侵权责任法》的保护上，用这样的指导思想来起草《侵权责任法》，应该说目的非常明确。

二、《侵权责任法》应当确立最为实用的侵权责任归责原则体系

《侵权责任法》规定侵权责任规则原则，应当采纳“三元论”的意见，规定三个侵权责任归责原则，即过错责任原则、过错推定原则和无过错责任原则。

(一)对侵权责任法归责原则体系的不同看法和我的意见。

在理论上，侵权责任的归责原则体系到底是由几个归责原则构成的，有不同的主张。归纳起来，主要有五种：(1)一元论。认为我国侵权法只有一个归责原则，就是过错责任原则，无过错责任不是归责原则。(张佩霖：《也论侵权损害的归责原则》，《政法论坛》1990年第2期)(2)二元论。认为我国侵权法的归责原则有两个，一个是过错责任原则，另一个是无过错责任原则。(米键：《现代侵权行为法归责原则探索》，《法学研究》1985年第5期)(3)三元论A。认为过错责任原则、无过错责任原则、公平责任原则是我国侵权行为法的归责原则，这曾经是侵权责任归责原则体系的通说，现在的司法实践大多还是坚持这个意见。(刘淑珍：《试论侵权损害的归责原则》，《法学研究》1984年第4期)(4)三元论B。认为我国的侵权法的归责原则是过错责任原则、过错推定责任原则和公平责任原则。(王利明：《侵权行为法归责原则研究》，中国政法大学出版社1991年版，第30页)

(5)三元论C。认为侵权行为法的归责原则是过错责任原则、过错推定责任原则和无过错责任原则，公平责任不是一个归责原则。(杨立新：《简明类型侵权法讲座》，高等教育出版社2003年版，第95页)

归责原则是《侵权责任法》的核心问题，也是侵权行为法理论的核心问题，更是侵权行为法司法实践的核心问题。在司法实践当中，对一个案件适用不同的归责原则，就要适用不同的具体规则，法官在审理具体的侵权案件的时候，他必须要确定这个案件要适用什么样的归责原则，只有确定了这个案件要适用什么样的归责原则，他才可以按照所选择的归责原则指向的具体法律适用规则办理案件。如果在对一个案件适用法律时，选择归责原则出现错误的话，那么这个案件就会出现根本性的错误。所以，《侵权责任法》必须规定清楚。

前述第五种意见是我的意见。我为什么要采用这种主张呢？主要是考虑到它们具有充分的实践性：《侵权责任法》可以在划分侵权行为类型的时候，按照侵权责任归责原则的不同作为标准。这样，法官就可以根据不同的侵权行为类型，确定这种侵权行为应当适用什么样的归责原则，然后根据不同的归责原则所确定的具体规则来审理案件，适用法律。因此，由过错责任原则、过错推定原则和无过错责任原则构成的归责原则体系是一个最为简洁、最为实用、最具有可操作性的归责原则体系。

(二)确立过错推定原则是一个独立的归责原则的基本理由。

过错推定原则是一个独立的归责原则。尽管它仍然是过错责任原则，但是它有自己的调整对象，有自己的规则，因此，把它作为一个独立的归责原则是有道理的。

(三)否定所谓的公平责任原则的基本理由。

公平责任原则不是一个独立的归责原则。我为什么要否认公平责任呢？理由有三：第一，《民法通则》关于侵权行为归责原则都是规定在第106条，但是在侵权责任规定的倒数第二条（第132条）才规定了公平责任，不能说明立法机关是将其作为归责原则规定的。第二，第132条规定的公平责任的适用范围是有限的，而且其规定的对造成损害行为人没有过错受害人也没有过错的情形，并不是严格意义上的侵权行为，仅仅是根据具体情形分担民事责任的规则，不能成为侵权责任的归责原则。第三，现实中，如果一个人的行为造成他人的损害，双方就损害的发生都没有过错的，适用公平责任往往是不公平的。例如，体育意外应该谁都不承担责任的，但符合造成损害双方当事人都没有过错的要求，如果适用公平责任原则分担责任的话，就是不公平的。例如，某天中午，中学的几个男学生在一起踢球，射门时，守门员扑救时，球弹到胳膊上然后又弹到眼睛上，伤害了眼睛。受害人家长把踢球的学生起诉到法院，要求学生承担赔偿责任。如果这样的案件也要行为人承担侵权责任，就是不公平的，因此，石景山区法院判决不承担责任。这样判决是完全正确

的。

三、《侵权责任法》应当全面规定侵权责任的构成要件

制定《侵权责任法》应当全面规定侵权责任构成的四个要件，即违法行为、损害事实、因果关系和主观过错。

《侵权责任法》首先应当规定侵权责任构成中的违法行为要件。在规定侵权行为一般条款的时候，应当采用德国法的方法规定行为的违法性要件。行为的违法性有三个判断标准：一是违反法定义务，二是违反保护他人的法律，三是故意违背善良风俗造成他人损害。

《侵权责任法》也应当规定损害事实和过错的要件。但更重要的，是在因果关系方面应当特别加以规定。

我认为，关于因果关系的这个要件，应当规定三个层次：第一个，规定因果关系的一般规则，最低标准应当是相当因果关系规则。第二，规定推定因果关系规则，明确在法律有规定的情形下，才能够适用推定因果关系。第三，应当规定行为的原因力的规则，当一个损害结果的发生是由两个以上的原因构成的时候，每一个行为对损害的发生有着不同的原因力，应当根据原因力的不同，确定不同原因的行为的赔偿责任份额。

大陆法系侵权法都特别强调原因力，但是，目前的侵权行为法都没有对侵权行为的原因力做出专门的研究，而是将其作为学理问题考虑。我认为，我国《侵权责任法》对此应当有所创新，明文对原因力作出明确规定。尤其是，在我国的司法实践中，法官对于原因力的运用是很普遍、很熟练的。在这样的基础上，我国《侵权责任法》对这个规则应当作出更加明确的规定。

事实上，原因力问题我早在1990年的时候就提出来了，那个时候我还在最高人民法院民事审判庭，负责作侵权案件的批复。最高人民法院1991年5月22日（1991）民他字第9号复函就是我起草的，那个司法解释认为：“庞启林与庞永红住房前后相邻，庞启林在庞永红房屋近处挖井，违背了处理相邻关系的原则，1987年6月该地区发生特大洪水，水井大量泛水涌沙，庞启林又未能及时采取措施，损坏了庞永红的房屋，致该房成为危房，给庞永红造成了重大损失。依照《中华人民共和国民法通则》第83条的规定，庞启林应负赔偿责任。考虑该案具体情况，可以适当减轻庞启林的赔偿责任。”洪水的作用与行为人的水井在地下相通，形成“管涌”，将地下的砂石冲出，致使地层下陷，是发生损害的共同原因，均具原因力。行为人庞启林应为自己的行为负责；洪水虽不是不可抗力，但属自然灾害，按照“不幸事件只能落在被击中者头上”的法谚，庞永红应当自己承担部分损失。前述司法解释最后称“考虑该案具体情况，可以适当减轻庞启林的赔偿责任”，就是适用原因力的规则。由于当时的领导担心原因力的规则过于学术化，不够通俗，因此，在这个司法解释中没有写进原因力的规则。我国《侵权责任法》应当规定：“两个以上原因造成同一个损害结果的，行为人应当按照其行为的原因力承担赔偿责任，或者分担相应的责任份额。”

对于侵权责任构成的要件都能够这样规定，就能够给法官提供更好的具有可操作性的规范，更便于法官适用。

四、关于侵权行为类型化的问题

侵权行为一般化立法尽管具有立法简明和概括性强的优势，但也存在较明显的不足，这就是可操作性不强、过于概括和抽象以及对法官队伍素质有更高的要求。（参见杨立新：《侵权法论》，人民法院出版社2005年第3版，第280页）因此，侵权行为类型化对于增强《侵权责任法》的可操作性具有极为重要的意义。我认为，《侵权责任法》应当对侵权行为类型规定的程度更高一些，争取最大化的类型化。

在现行的《侵权责任法》草案稿中，官方的草案类型化程度最低，基本上没有脱离《民法通则》的程度。中等的是梁慧星教授主持、张新宝教授主笔的草案建议稿，列举了六七十种侵权行为类型。我负责起草的建议稿的类型化程度最高，包括了一百余种侵权行为类型，对侵权行为类型作了全面规定，把在实践当中能够遇到的情况差不多都写进去了。

我建议，《侵权责任法》应当以侵权责任归责原则作为标准，来划分侵权行为的基本类型，因此，应当有四种侵权行为的基本类型：（1）过错责任的侵权行为；（2）过错推定的侵权行为；（3）无过错的侵权行为；（4）事故责任的侵权行为。因为事故责任侵权行为的归责原则各不相同，不能简单地放到哪一种基本类型的侵权行为当中，比如交通事故责任，它本身就包含好几种归责原则，所以把事故责任作为一个综合的类型规定为第四种侵权行为类型，根据不同的情况适用不同的归责原则。

具体的侵权行为类型可以规定为：

过错责任的侵权行为规定了八种侵权行为类型：（1）侵害人身的侵权行为；（2）侵害其他人格权的侵权行为；（3）妨害婚姻家庭关系的侵权行为；（4）侵害物权的侵权行为；（5）侵害其他财产权的侵权行为；（6）商业侵权；（7）媒体侵权；（8）无正当理由的诉讼。

过错推定的侵权行为规定了六种侵权行为类型：（1）国家机关的侵权责任；（2）用人者的责任；（3）监护人的侵权责任；（4）违反安全保障义务的侵权行为；（5）专家责任；（6）物件致害责任。

无过错的侵权行为规定了四种侵权行为类型：（1）产品侵权责任；（2）危险活动和危险物的责任；（3）环境侵权责任；（4）动物致人损害责任。

事故责任规定了六种侵权行为类型：（1）道路交通事故责任；（2）铁路事故责任；（3）医疗事故责任；（4）工伤事故责任；（5）学生伤害事故责任；（6）火灾事故责任。

这样列举的侵权行为类型，就是四个基本类型、24个具体类型，具体列举的侵权行为大约100余种。如果《侵权责任法》对侵权行为类型化能够做到这一点，就是一个非常全面的类型化，覆盖了我们已经对有着比较深入研究的所有的侵权行为类型都有了规定。对于没有列举的侵权行为，则可以适用侵权行为一般条款作出判决。

五、《侵权责任法》应当对一些新型的侵权行为作出具体规定

近年来，司法实践出现了一些新型的侵权行为，也都创造了具体规则，法理也有深入的研究。对此，应当在《侵权责任法》中作出明确的规定，使《侵权责任法》能够做到制度创新，能够更好地保护人民的民事权利。

（一）关于侵害他人身体权的规定。

关于侵害身体权的侵权行为，《民法通则》规定得比较模糊。2001年1月10日，最高人民法院作出了《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》，明确规定了身体权可以作为侵权责任的客体，侵害身体权的行为人应该承担侵权责任。在实践中，尽管司法解释已经确认侵害身体权是一个侵权行为，但是在司法实践当中很少看到判决侵害身体权的案件，这也说明民事主体对侵害身体权的意识并不是很强烈，同时法官对于保护身体权的意识也不是很强烈。我到法院去考察，我就问法官，假如某甲被别人打了一个耳光，把脸给打肿了，某甲到法院来请求对方赔偿，你们会不会受理这样的案件？法官说，不会受理。我说为什么呢？这难道不是侵犯身体权的案件吗？法官就回答说，受害人没有伤啊，没伤就不能起诉请求赔偿。其实，这已经是非法触犯他人身体了，构成侵害身体权，应当承担适当的侵权责任。《侵权责任法》应当规定侵害身体的行为构成侵权责任，以保护每一个自然人的身体权，维护每个人的尊严。

（二）对于胎儿权利的保护。

我国现在的法律和司法解释都没有规定对胎儿的人格利益进行保护。对于自然人的人身权保护，应当向前和向后延伸保护。目前，法律对向后延伸对死者人格利益的保护已经比较完善了，有了较为完善的司法解释规定；但向前延伸保护胎儿的人格利益没有规定，因此，对胎儿的人格利益保护制度还没有建立起来。《侵权责任法》应当特别规定，胎儿在母亲身体里受到外力的伤害，待其出生后有权请求赔偿。

（三）性骚扰。

近年来，社会和学界对性骚扰案件的讨论非常热烈。我国立法对性骚扰的问题已经作出了原则性的规定，但是没有规定法律制裁的规则。我认为，制裁性骚扰行为的立法，根本性的问题就是究竟采取什么样的立场，怎样制裁性骚扰行为。

制裁性骚扰行为存在法律上的困难，最主要的问题是立法例不同：美国法在规规定性骚扰的时候采用的是职场保护主义，工厂的老板要保障员工的职场安全，包括性安全，假如工厂老板下属的部门领导对员工进行性骚扰，受害人可以直接起诉工厂的老板承担责任。还有一种立法例是权利保护主义，性骚扰侵害的是权利人的性自主权，制裁性骚扰就是保护权利人的性自主权。性自主权是一种自主支配自己性利益的人格权。这种制裁性骚扰的立场所追究的责任是侵权人的责任，而职场保护主义追究的是用人单位的责任。（参见杨立新：《人身权法论》，人民法院出版社2006年第三版，第715页）

这两种立法例，《侵权责任法》到底采取哪一种？我提出这样一种想法，就是以权利保护主义为主，职场保护主义为辅，采取最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第6条第2款规定的补充责任的方法，制裁性骚扰行为，受害人应当首先追究性骚扰行为人的侵权责任，当行为人无法承担侵权责任或者承担责任不足时，受害人还可以追究用人单位的责任。这样，就能够处理好这个关系，又带有我国侵权行为法的特色，是一个比较好的方法。

（四）妨害婚姻家庭关系。

我认为，《侵权责任法》应当特别关注保护身份权，保护好婚姻家庭关系。关于妨害婚姻家庭关系的侵权行为，建议规定妨害婚姻家庭关系的侵权行为的责任，实际上规定的就是侵害身份权的责任：“有下列情形之一，妨害婚姻家庭关系的，应当停止侵害、赔礼道歉、赔偿损失：（一）明知他人有配偶而与之重婚的；（二）以欺诈、威胁或者滥用从属关系等非法手段，诱使他人允诺同居，造成严重后果的；（三）采取引诱或者其他非法手段使未成年子女脱离监护的；（四）没有正当理由拒绝探望权人探望未成年子女的；

（五）其他妨害婚姻家庭关系的行为。”现在，我国关于身份权的保护较为薄弱，需要加强。

另外，对间接侵害婚姻关系的侵权行为也应当作出规定。我国第一起间接侵害婚姻关系的案件是南京法院审理的案件，受害人在工作当中造成了损害，由此丧失了性功能。直接受害人的妻子到法院请求对自己性利益的损害进行赔偿，法院支持了这个请求。这一种侵权

行为在美国就叫做间接妨害婚姻关系，《埃塞俄比亚民法典》第2115条对此也有明确的规定：“如果某人对他人妻子的身体造成伤害，只是她的性器官功能退化或与丈夫的性行为不协调，则法院可通过补救的途径，裁决该人向受害人的丈夫支付公平赔偿。”“丈夫以此为理由提出的诉讼可独立于妻子就其所受伤害提起的损害赔偿诉讼。”这是一个具有人文关怀的立法，我建议我国《侵权责任法》也应当根据我国的实践经验规定相应的条文。

（五）纯粹经济损失。

在欧洲，纯粹经济损失是较为新型的侵权行为类型。对此，我们也进行了深入的研究。我建议，在《侵权责任法》中规定：“以故意加害他人为目的，致使他人遭受不与身体伤害或者财产损害相关联的经济损失，应当承担相应的侵权责任。”

（六）特殊的监护责任。

我国民法现行的监护制度主要是集中在未成年人和精神病人两个方面，没有关于监护责任的其他内容，例如对老年人的监护制度。我认为，《侵权责任法》应当特别规定对老年人的监护责任问题：“对心智丧失的老年人负有监护义务的单位或者个人，因未尽监护职责致使被监护人损害他人或者造成被监护人损害的，应当承担侵权责任。在敬老院休养的老年人造成他人损害，没有财产或者财产不足以承担赔偿责任的，敬老院应当适当承担责任。”

（七）工伤事故。

关于工伤事故责任，除了工伤保险保护劳动者的权利之外，还应当充分发挥侵权责任法的保护功能。特别是对于以下两种新情况，应当特别规定：一是劳动派遣。劳动派遣造成损害的，应当根据具体情况，确定接受派遣的用人单位承担工伤保险责任；不能获得接受派遣单位的工伤保险赔偿的，派遣单位应当承担责任。二是实习生。实习生在实习的过程中要不要按照工伤来处理？对于实习生实习伤害，《工伤保险条例》没有明确规定，劳动部也不否认实习生的工伤保险待遇问题，但是没有具体规定。我们认为，实习生是学生这是一个事实，但是实习生在实习工作期间造成的损害，是在为实习单位工作的过程中造成的，应当比照工伤事故处理。

（本文作者：中国人民大学民商事法律科学研究中心主任、教授）

责任编辑 于朝霞

 打印本页 |  关闭窗口

联系邮箱: wil.liam@sina.com © 2004 电话: 62805370

Copyright © 2004 10.1.10.65. All rights reserved. Design by owen