

民事救济规范竞争关系的协调

李世刚*

内容提要 所谓“责任竞合”/“请求权竞合”议题的本质是民事救济规范竞争关系的协调问题,而非权利构造问题。由此以受害人请求权为中心视角的理论构造会陷入困境,应予检讨。而解决之道当从问题本源出发,由法律职业共同体成员各司其职、深度合作。就司法者而言,应按法定顺序适用具有竞争关系之规范;若无明确顺序规定,则应依法政策及规范意旨,通过目的解释与体系解释等方法确立规范之间的通用顺序。就立法者而言,规范竞争系难以避免之立法现象,除了排序,还可通过并轨甚至转向结果进路等方式消减竞争冲突。“法条竞合说”系在抽象层面上依据规范目的与功能协调规范竞争关系,对接法律规范竞争冲突问题的本源,具有合理性、可行性及普适性,应值重视并被充分运用到立法论与解释论之中。于典型之债法领域,已采用结果进路的统一责任规范最优先适用,合同规范优先适用于侵权责任规范,不当得利规范处于最后之备位。

关键词 法条竞合说 请求权竞合 请求权 民事责任 法律职业共同体

目次

- 一、引言
- 二、对“受害人请求权中心主义”视角的反思
- 三、向法律职业共同体职责视角的转换
- 四、新视角下“法条竞合说”的回归
- 五、“法条竞合说”的展开示例
- 六、结语

* 复旦大学法学院教授。本文系2021年度司法部国家法治与法学理论研究部级科研项目重点课题“平台经济竞争公平法治体系研究”(项目编号:21SFB1007)的阶段性成果。

一、引言

民法对民事权益救济的预设安排通常采“原因进路”：以利益圆满状态被破坏为起点，针对侵害类型之不同，设计不同的救济路径。每条民事救济路径对应一套自洽的救济规范。由此，在具体案件中，若某个利益圆满状态被破坏，恰巧又遇到不同的救济路径或曰救济规范均可适用之情形，应如何裁判以协调当事人之间的利益呢？这是任何一个法域都无法绕开的议题。显然，问题的实质是协调具有竞争关系的救济规范之间的冲突。

其中，违约救济规范与侵权救济规范的适用冲突问题最为典型。对此，我国学界重点围绕所谓的“责任竞合”/“请求权竞合”形成了诸多理论解决方案，归纳起来，思路主要有二：一是沿袭“原因进路”，尤其从《民法典》第186条（原《合同法》第122条）规定受损害方有权选择救济路径出发，在解释论方面寻求解决方案。在此方面理论众多，不过均隐含着在规范竞争关系协调领域中颇具普遍性的理念——“受害人请求权中心主义”，即以受害人保护作为立场，以请求权作为分析工具，裁判者在个案中确定具有竞争关系的法律规范的选择与适用。二是寻求“结果进路”的立法论，试图通过统一责任法来“消灭”不同路径之间的差异，但此类方案若仅在部分领域实践、不能完全消除“原因进路”，则前述“受害人请求权中心主义”仍有存在的空间。

笔者认为，“受害人请求权中心主义”并未切中问题本源，即救济规范（路径）之间的竞争冲突，从而导致了诸多理论困境。唯有转变立场与视角，从问题本源出发，依法律职业共同体职责分工寻解决之道。“法条竞合说”因直接对接问题本源而在走向回归。

二、对“受害人请求权中心主义”视角的反思

在规范竞争关系领域，违约救济规范与侵权救济规范的冲突协调是众多理论方案的试金石，笔者以此为例如对“受害人请求权中心主义”进行检讨。

（一）救济规范竞争关系协调的既有视角

就违约救济规范与侵权救济规范的竞争关系之协调，1999年《合同法》起草者采纳了两种请求权同时存在且“允许受害人单一选择请求权”的“多数意见”，于第122条明确确立了受害方选择救济路径的权利。^①此赋权模式也延续到了《民法典》第186条，该条规定：“因当事人一方的违约行为，损害对方人身权益、财产权益的，受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任”，再现了“两种请求权同时存在”的观点。^②与之相伴，相关理论研究可谓百花齐放。

^① 参见胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社1999年版，第190-191页。

^② 参见石宏主编：《〈中华人民共和国民法典总则〉条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2017年版，第441页；黄薇主编：《中华人民共和国民法典总则编解读》，中国法制出版社2020年版，第612页。

1. 实体法解释论

实体法解释论主要以请求权为切入视角,包括请求权竞合说(如请求权自由竞合说、请求权相互影响说)、请求权规范竞合说等主流观点。各观点或者被论证,或者被检讨,整体呈现出如下四个共同的特点:其一,初始目的具有一致性,即避免重复救济。不同学说的论证思路虽千差万别,但在最初的目标上具有一致性,即为了避免形式上复数的救济路径导致受害人因同一事件获得重复救济(或者说,导致对责任人同一行为的重复责难)。其二,价值分析均以保护受害人为立场和标准,形成受害人中心主义。在避免重复救济的初始目的下,理论构造还努力地追求给受害人周延的(或者说更有利的)保护,以致于此项追求逐渐演变为最主要的目标与价值标准,其地位超过甚至否定了“避免重复救济”之最初目的。其三,以请求权为概念分析工具,形成请求权中心主义。主流观点从权利构造角度切入,运用请求权这一概念作为分析工具,有的采复数请求权的构造,有的采单数请求权的构造。以请求权作为论证的核心概念和切入视角并体现在相关理论的命名上,成为主流学说鲜明的外在特征。其四,结果上殊途同归,即在事实上均承认合同法对于侵权责任法的特殊地位。主流观点在承认合同法与侵权责任法具有平等地位的同时,常通过各种例外承认合同对责任的特别约定具有优先适用的特殊地位,对此,立法机关在解释原《合同法》第122条时也有所印证。^③

综上,主流的实体法理论建构均旨在避免具有竞争关系的救济规范被重复适用,在最终结果上均是基于抽象层面安排规范的顺序——原则上合同法规范具有优先适用的地位是普遍的结论和现象;相关论证虽千姿百态,但其中请求权中心主义和受害人中心主义始终是两个重要且相互支撑的分析工具与视角。

2. 程序法理论

程序法相关理论的特点在于:均通过诉讼标的理论确保诉讼的推进符合程序法理念,尤其是要避免原告主张享有选择请求权及其基础的权利而导致重复诉讼的问题。

有程序法学者就此领域的实质问题进行了梳理:“关于请求权竞合,不仅仅是实体法的问题,而且直接关系到民事诉讼标的的确定与识别,涉及到诉的合并与变更、重复起诉以及判决既判力客观范围的确定等”诸多问题。^④鉴于既判力也是围绕着诉讼标的是否同一的问题,即也属于重复诉讼问题,这一梳理还可以进一步被概括为“请求权竞合的诉讼解决路径天然地与‘禁止重复起诉’制度,进而与诉讼标的理论捆绑在一起”^⑤。而所谓的“新诉讼标的理论的意义”便在于避免“当实体请求权竞合时,法院的二重判决”。^⑥

程序法理论给出的解决方案有两类:一是允许原告提出所有可能的法律依据(例如“诉之选择性合并”理论交由原告提出全部救济路径,由法官选定;“备位之诉”理论交由原告提出全部救济路径,由原告确定救济路径的考察顺序);二是免去原告提出法律

^③ 参见全国人大法制工作委员会民法室编著:《〈中华人民共和国合同法〉立法资料选》,法律出版社1999年版,第169页。

^④ 参见江伟、段厚省:《请求权竞合与诉讼标的理论之关系重述》,载《法学家》2003年第4期,第79页。

^⑤ 赵秀举:《论请求权竞合理论与诉讼标的理论的冲突与协调》,载《交大法学》2018年第1期,第32页。

^⑥ 参见张卫平:《论诉讼标的及识别标准》,载《法学研究》1997年第4期,第62页。

依据之义务（如二分肢说、一分肢说等便主张“诉讼标的”不含法律依据）。

可见，程序法学者努力用诉讼标的理论解决“请求权竞合”/“责任竞合”在诉讼启动与推进阶段所造成的重复起诉。然而，于最终裁判时，法官仍需回到实体法上寻找案件所涉法律规范适用冲突的解决方案；程序法理论无法在根本上解决规范发生竞争冲突时裁判所需实体法依据的确定问题。^⑦ 前述实体法解释论主流观点所展现的“受害人请求权中心主义”始终有发挥的空间。

（二）“受害人请求权中心主义”的困境

实体法解释论主流观点呈现的“受害人请求权中心主义”，可以分解为请求权中心主义和受害人中心主义两个彼此依托的面相。请求权体系以请求权为核心概念，使得请求权中心主义极易导向个案依据受害人利益保护来确定适用的规范。而以请求权中心主义、受害人中心主义视角切入的理论均面临着困境，应予以检讨。

1. 请求权中心主义的困境

建立在请求权基础上的相关学说不断产生理论上的不自洽。^⑧ 无论采单数说还是复数说，请求权中心主义均会导致与请求权概念相互矛盾的归谬结果。

（1）单数请求权理论的困境

典型的单数请求权构造理论是“请求权规范竞合说”，其必然引发“一对多”的理论难题，即单一请求权却存在复数法律基础。显然，这并不符合请求权与法律基础“一对一”的传统请求权理论。为自圆其说，只得修正传统请求权理论，以便在观念上允许“一对多”。但即便如此，仍然难以顺畅回答基本的逻辑问题：为什么单一请求权所对应的复数法律基础彼此在立法构造上差异巨大。例如，侵权责任与违约责任存在举证责任分配迥异、相关第三人在实体法与程序法上地位差异明显等立法构造。^⑨

而且，此种理论构造还需要给出协调同一请求权对应的复数法律基础彼此在诸多方面（如责任构成、赔偿范围、时效、举证责任、抵销等）存在差异的解决方案，而相关解决方案却在实质上转到了法条竞合说。这是因为，首先，持此理论者承认竞合理论属于“法条理论”范畴，指向数个法条（甚至规范群）在构成要件上发生重合并导致“同一案件事实会被若干法条涵盖的现象”，尤其通过“（目的或体系）解释”以寻求规范冲突的解决。^⑩ 他们也认为，“原告只需要提供支持他的起诉的事实，而无需提出说明他的请求为合法的那个特定的法律原因。对诉讼合法与否的判断是法院的工作”^⑪。其次，持此理论者具体协调冲突所遵循的两个原则（步骤）旨在对具有竞争关系的法律基础之适用进行抽象意义层面的排序（此与法条竞合说一致）；不过排序的方法因恪守请求权中心主

⑦ 正因如此，有学者在研究相关问题时强调：“坚持民事诉讼法与民法的有机衔接，坚持法理学与部门法之间的有效沟通与反馈”。任重：《论我国民事诉讼标的的与诉讼请求的关系》，载《中国法学》2021年第2期，第263页。

⑧ 相关讨论可参见朱广新：《合同法总则研究》（下册），中国人民大学出版社2018年版，第772-780页；韩世远：《合同法总则》（第4版），法律出版社2010年版，第888-893页。

⑨ 二者差异比较之概括，可参见马俊驹、余延满：《民法原论》（下），法律出版社1998年版，第1076-1078页。

⑩ 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》（全本·第6版），黄家镇译，商务印书馆2020年版，第338、340页。

⑪ 〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第353页。

义进而采用了“受害人保护”的单一价值标准。具体说来,正如有学者所观察到的:依第一个原则(步骤),“债权人只须就复数的法律理由的效果进行主张即可,而对当事人所提出的事项,法官必须对支持其主张的所有的法律依据进行审查,援引有利于债权人的规范进行判决”;依第二个原则(步骤),“虽然法官在判决时原则上采有利于债权人的原则,但是如果适用这一原则会破坏与所选择的规范相竞合的规范的立法目的时,则应优先适用相竞合的规范”。^⑫换言之,法官先按照在个案中有利于债权人原则选择法律,然后再回到抽象层面复核以确保所选择的法律不会破坏与之处于竞争关系的另一法律基础之立法目的,否则应选择后者。很显然,这两个原则(步骤)出现了自相矛盾的地方:同一请求权对应的复数法律基础本身就有竞争冲突的关系,无论哪个法律基础因在个案中有利于债权人/受害人而被采用,必然与其他具有竞争关系的法律基础之规范目的相冲突,进而又被否定。这也是采用受害人中心主义带来的违背逻辑的又一例证。

综上,所谓单一请求权的请求权规范竞合说,无法自洽解释“一对多”(一个请求权对应复数法律基础)的理论矛盾,此其一;其关于复数法律基础关系的协调方案最终转到了“与竞合的内涵相矛盾之处”^⑬(即转到了“法条竞合说”的方向上),此其二。

(2) 复数请求权理论的困境

复数请求权构造理论也被称为“请求权竞合说”,其下有不同分支,如请求权自由竞合说、修正的请求权自由竞合说、请求权相互影响说。此类学说自然不会引起前述所谓的“一对多”的理论冲突。但是,抽象规范层面上肯定、具体裁判层面上却否定复数请求权(自由择一或相互影响)的操作,也同样在请求权理论上产生了自相矛盾的现象。例如,“请求权自由竞合说”是最早、最典型的复数请求权构造理论,也最符合传统的、经典的请求权概念。对这个学说的批判几乎成为共识:其理论缺陷是将一个行为或事实基于不同的法律视角视为数个不同且相互无任何关联的行为或事实,并以此为推理的逻辑起点;其在实践上的缺陷是请求权人选择法律适用会架空规范目的,甚至使当事人之间的合同“成为具文,有悖私法自治”。^⑭该学说因此成为最先被放弃或者被修正的理论。而所谓的“请求权相互影响”,则以承认复数请求权为前提,经过理论构造调和彼此之差异,最终收于一个请求权。对此有学者指出,实体请求权的竞合实际是人们观念上的请求权竞合,作为实在的请求权其实只有一个。^⑮该学说被认为“既承认两个请求权得相互作用,则事实上已放弃二个请求权独立并存之概念”^⑯,形与实之间的矛盾非常明显;“其立足点上的错误,使它有着和请求权自由竞合理论一样的缺陷”^⑰。

^⑫ 参见段厚省:《请求权竞合研究》,载《法学评论》2005年第2期,第154页。

^⑬ 王利明:《违约责任论》(修订版),中国政法大学出版社2003年版,第345页。

^⑭ 参见傅鼎生:《赔偿责任竞合研究》,载《政治与法律》2008年第11期,第76页。

^⑮ 参见[日]奥田昌道:《请求权概念的生成和展开》,创文社1979年版,第313页,转引自前注⑥,张卫平文,第64页。

^⑯ 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第1册),中国政法大学出版社1998年版,第387页。

^⑰ 周清林:《理性的困惑:请求权竞合理论解构——兼评我国〈合同法〉第122条》,载《现代法学》2003年第1期,第43页。

（3）请求权中心主义的不同理论难以和谐共处

前述各种单数或复数请求权理论对最核心的分析工具（请求权概念）存在不同的阐释。由此，若多个理论同时运用到同一法律体系中，各理论又将彼此产生冲突。例如，德国法就呈现出“请求权的竞合和请求权基础的多元性”的特点。晚近以来出现的请求权规范竞合说并不主张彻底否定或完全取代此前的请求权竞合说，而是认为应当根据具体情况采用相应的理论，并且强调“我们不可能就所有的情况作出同一的回答”。^⑮因此，请求权规范竞合说、请求权竞合说等均是可供选择的选项，答案取决于“规范本身”。^⑯然而问题在于，用不同含义的同一概念（请求权）解释同一法律体系下规范关系的“多元性”，是无法实现体系自洽的，更会让人找不到根本的解决出路。

请求权中心主义不仅会形成理论上的矛盾，尤其还会导致另外一个可能架空立法目的、有违私法救济原理的结果——受害人中心主义。

2. 受害人中心主义的困境

所谓受害人中心主义，是指以有利于个案诉讼中的受害人利益保护为价值判断标准。它在解决具有竞争关系的法律规范的冲突时常会带来以下两个方面的问题。

（1）架空规范意旨

“违约责任与侵权责任之竞合的处理原则是一个蕴含了价值判断的法技术安排。”^⑰如果我们承认各种竞合理论解决的问题之实质是法律规范构造导致的冲突，那么我们也应注意到，决定法律规范构造的立法意旨其实从其制定、生效时就已经存在了。

调整当事人利益关系的规范设计必然蕴含多元价值，保护受害人/债权人固然是民事法律规范必须重视的价值，但是立法者也会基于公平等理念权衡诸方之利益——既兼顾加害人/债务人利益，同时也以维护公共利益、第三人利益为其使命。任何法律规范的诞生本身就是多种利益平衡之后的结果，司法实践则通过适用法律使得法政策所包含的多元价值得以在个案中体现。因此，单纯地比较竞争冲突的两个救济规范谁更能保护受害人/债权人，是对其他立法价值的忽略，也必然容易背离规范意旨。例如，就不同救济路径下的诉讼时效，立法者精心思考与利益衡量后会确立不同的标准。^⑱但是在请求权中心主义下，无论是请求权竞合理论还是请求权规范竞合理论，均要求在个案中从所谓有利于受害人的角度选定对其有利的时效，进而确立请求权或其基础。换言之，先将时效从规范群中剥离出来，运用到个案中推演是否有利于原告（受害人），再决定是否适用此规范群。如此，“先将时效与请求权割裂，再从有利于债权人的角度来选择决定请求权的时效，恐怕将违背立法者的初衷，因而也违背了规范的目的”^⑲。可见，受害人中心主

^⑮ 参见前注⑪，卡尔·拉伦茨书，第348-356页。

^⑯ 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第69-70页。

^⑰ 王利明：《侵权责任法与合同法的界分——以侵权责任法的扩张为视野》，载《中国法学》2011年第3期，第112页。

^⑱ 例如，最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（法释〔2008〕11号，经法释〔2020〕17号修改）就不同原因所生之债的诉讼时效期限计算的起算点有不同的规定。

^⑲ 段厚省：《请求权竞合要论——兼及对民法方法论的探讨》，中国法制出版社2013年版，第189页。

义可能会导致在个案中采用与立法逻辑背向而驰的思维,甚至会否定规范最初的意旨。

同理,如果承认“法律行为具有法律规范的品格”^{②③},那么合同这种典型的法律行为必然具有“个别规范的品格”^{②④}。但以保护受害人利益为名,绕开合同条款及合同法,适用侵权责任法,实际上背离了合同订立时当事人共同的意旨,否定了合同订立时的诚信基础。这就是为什么很多请求权中心的理论在遇到责任限制条款时也不得不承认优先适用合同法的原因。否则,岂不是合同当事人到了法院反而可以不讲诚信、不讲契约精神了?

(2) 不利于保护受害人

受害人中心主义的理论方案在实际上往往并不利于受害人,反而置受害人于两难的境地,亦陷法官于两难。一方面,受害人中心主义以受害人的立场为出发点,确立“谁是受害人”便成为了逻辑起点。然而在实践中,于裁判之前,谁是原告谁就会被推定为受害人,进而以其立场作为选择法律规范适用的依据,这显然具有偶然性。因为在民事诉讼领域,民事主体具有互换性。^{②⑤}典型的双务合同中,双方当事人可能均有违约行为,于此,应以谁的利益与立场为中心呢?此其一。被指责未尽注意义务的债务人(被告)可能反诉债权人在受领上有瑕疵,于此场景,又应以谁的利益与立场为中心呢?此其二。另一方面,受害人中心主义以“有利于受害人”为标准选择法律规范,此逻辑的展开基于如下假设:具有竞争关系的法律规范在受害人保护方面的优劣可以高下立判。然而这一假设过于简单、理想。实际情况往往是,救济路径虽多但均不够周延,任何一条路径均不能提供“完美”的救济。因为每一救济路径的构造均由多重因素构成,有对一方当事人有利之处,同时可能也有对其不利之处。换言之,无论选择哪一条路径都可能存在不利的一面。于此,法官也感慨:“何为对当事人有利欠缺具体的判断标准”^{②⑥}。

实际上,能否给当事人提供“完美”的救济,根本之法不在于法律规范适用的选择,而在于救济路径规则自身的设计是否周延。面对于受害人保护各有利弊的两个法律规范,以受害人保护为单一价值判断标准,必然会让有选择权的人左右为难,患上“选择障碍症”。“在此现实的情境之下,强制原告选择单一之诉,可能无异于迫其赌博。”^{②⑦}

综上,受害人中心主义单一价值标准无法回应法律规范意旨的价值多元性,也必然不能成为解决法律规范竞争冲突问题的钥匙。

三、向法律职业共同体职责视角的转换

笔者认为,“受害人请求权中心主义”的分析视角未切中问题本源;从本源出发,

^{②③} 张俊浩主编:《民法学原理》(修订第3版,上册),中国政法大学出版社2000年版,第227页。

^{②④} 朱庆育:《私法自治与民法规范——凯尔森规范理论的修正性运用》,载《中外法学》2012年第3期,第462页。

^{②⑤} 参见[日]加藤一郎:《民法的解释与利益衡量》,载梁慧星:《民法学说、判例与立法研究》(二),国家行政学院出版社1999年版,第275页。

^{②⑥} 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》(下),人民法院出版社2020年,第940页。

^{②⑦} 严仁群:《实体法:请慎入程序法之域——以民事责任竞合为例》,载《法律科学》2010年第3期,第32页。

应以法律职业共同体职责为视角,抽象地、综合地协调法律规范的冲突关系。

(一) 问题本源: 竞争规范的冲突协调

实际上,所谓“责任竞合”/“请求权竞合”拟解决的问题之本源是具有竞争关系的规范在适用上的冲突问题,^{②⑧}学界亦将其归为“规范竞合”问题^{②⑨}。在同一个法律体系中,不同的法律规范就同一事实各自作出法律效果上的安排,世所常见;于此,法律规范彼此关系如何,无非两种情形——互补共存抑或冲突存一,端视各自目的与功能而定。^{③⑩}

于第一种情形,法律规范之间的关系是不冲突的、互补的,即可合并适用(聚合)。如合同解除规范与违约损害赔偿规范、返还原物规范与损害赔偿规范,均属于此情形。

于第二种情形,法律规范之间的关系是冲突的、排斥的、有所取舍的,即具有竞争关系。理论上的解决方案有多种,如法定排序、当事人选择、法官酌定等。针对法律规范处于竞争关系这一现象,各法域运用不同手段进行调整,以使并存的规范得以最佳适用,例如,德国民法典在整体否定的前提下(《德国民法典》第253条第1款)额外承认了个别情况下的精神损害赔偿(《德国民法典》第253条第2款),^{③⑪}即采用了“法条竞合”或曰“规范排斥的竞合”(Normverdrängende Konkurrenz)。又如,在法国法上,守约方被允许在多种违约责任方式中进行选择,如要求违约方继续履行合同还是解除合同,由债权人来决定(《法国民法典》第1217条)。采取何种协调方案非概念法学或纯粹形式逻辑推演之结果,应按照法律规范的意旨来确定。具言之,在处理违约责任与侵权责任关系时,调整的手段应“取决于责任竞合的目的,而不是纯粹的逻辑推理”。^{③⑫}

可见,所谓“责任竞合”/“请求权竞合”议题的实质是规范冲突问题而非权利构造问题——既不是当事人权利的单复数问题,更不是如何发挥“请求权”机理的功能去解决权利构造的问题。事实上,作为一种思维方法,一方面,“请求权方法”的核心工作是“请求权基础的寻找”。^{③⑬}“请求权”在功能上是当事人主张权益的手段(而不是诉讼目的)以及作为法院裁判的找法依据,因此不应把“请求权”理解为当事人享有可以选择适用法律的权利。为此,有学者强调:“重新认识请求权的意义或干脆摒弃请求权的概念,才能正本清源,避免将手段(请求权)误为目的(特定利益)”^{③⑭}。另一方面,“请求权在以主观权利为核心的民法体系中占有非常重要的地位,但是在以权利义务关系为核心的我国民法体系中,对请求权的地位不宜估价过高”^{③⑮}。且如前所述,以请求权为切入点易使落

②⑧ “责任竞合”与“请求权竞合”均指向同一议题,只是两种称谓分别采用了不同的“承载”民事权益救济的概念,正如有学者所言:“民事权利的法律之力,我国学理上认为应由民事责任来承载,而德国民法中则是由作为主观权利之权能的请求权来体现”。冯珏:《我国民事责任体系定位与功能之理论反思》,载《政法论坛》2022年第4期,第78页。

②⑨ 参见前注①⑥,王泽鉴书,第371页。

③⑩ 或者说“取决于两规范各自的意义、目的及其背后的价值判断”。前注①⑩,卡尔·拉伦茨书,第341页。

③⑪ 参见曹志勋:《德国诉讼标的实体法说的发展》,载《交大法学》2018年第1期,第42页。

③⑫ 傅鼎生:《赔偿责任竞合研究》,载《政治与法律》2008年第11期,第70-71页。

③⑬ 参见王泽鉴:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第41-42页。

③⑭ 梅夏英、邹启钊:《请求权:概念结构及理论困境》,载《法学家》2009年第2期,第54-55页。

③⑮ 魏振瀛:《请求权在民法典中的地位——兼论我国民法的指导理念》,载《北方法学》2015年第2期,第18页。

脚点转向受害人中心主义,不仅会带来理论不自洽,更将与规范的多元价值维护及衡量的目的与功能相违背。直面问题本源,需要改变受害人请求权中心主义的立场与视角。

(二) 解决之道: 法律职业共同体的分工与合作

同一个事实被多个规范同时调整,或是立法者有意为之,于此应制定协调此类规范彼此关系的机制;抑或非出乎立法者本意因而各规范间没有事先的协调机制(此乃立法领域难以完全避免的现象),于此应当按照法政策进行解释、协调。需要特别指出的是,针对后者,不应简单地以当事人权利或受害人保护之名交由当事人或者法官来个案解决,而应由法律职业共同体共同担负此职责。立法者、法官、检察官、律师、学者、社会法律服务者等法律职业共同体成员之职业形式虽不同,但有着共同的使命,即“消除价值冲突的同时共守最核心、最基本的价值”。如此,才能有成熟的法治。^{③6}

针对两个或多个救济规范内容发生竞争冲突的情形,法律职业共同体要做两个方面的事情:一是对每种路径进行检讨,防止不同路径下的救济结果出现不必要的差异。如根据我国法律的规定,对于违约责任与侵权责任竞合的情形,“当事人可选择提起侵权之诉或者违约之诉,但无论提起何种诉讼他们可能获得的救济在量上应是相同的,否则就应重新检讨侵权规则或违约规则的合理性”^{③7}。在两种制度各自均不能提供周延保护的情况下,法律职业共同体应当反思的是:为什么每种路径均不能提供周延的保护、均有不足呢?这些不足可否被弥补?若可以弥补,则应尽可能在制度构建层面消减这种差异。

当然,在理论与实际上,没有哪个法律体系能够完全消除二者的差异(这种差异源于事实原因的复杂性以及救济法的原因进路)。在此情况下,法律职业共同体便“起着维系法律制度的目标、价值、观念的延续和演进的作用”,^{③8}其需要做的是:确立好顺序或确立排序的基本规则,允许法官通过法解释之方法确定规范之间的通用顺序,而非任由法官或者受害人依据个案选择适用。一方面,仅由一方当事人选择裁判依据并不符合私法自治理念,且有违“法官知法原则”——就私权救济而言,“法官并不受制于当事人提出的法律观点的拘束”,案件的法律适用“并非诉状的必要记载事项,而且即便当事人提出法律观点,也不会产生拘束法官的效力”。^{③9}另一方面,法官负责适用法律,但其选择和取舍法律并不是任意的。依据中立原则,法官应遵从法定顺序适用规则;若无明确规定,则须运用法解释学的方法(尤其是目的解释、体系解释)确立规范适用的一般顺序。正因如此,支持保留原《合同法》第122条立法模式的学者也强调,“不论采请求权竞合说抑或请求权规范竞合说,司法机关适用法律时都须体系性考量各项请求权规范基础,根据法律规范目的审慎判断各竞合之规范是否应当相互发生影响”。^{④0}实际上,此观点

^{③6} 参见徐显明:《对构建具有中国特色的法律职业共同体的思考》,载《中国法律评论》2014年第3期,第5、2页。

^{③7} 王佐盟:《违约损害赔偿可预见规则研究》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(总第27卷),金桥文化出版(香港)有限公司2003年版,第134页。

^{③8} 参见张文显、卢学英:《法律职业共同体引论》,载《法制与社会发展》2002年第6期,第21页。

^{③9} 参见段文波:《请求权竞合论:以诉之选择性合并为归宿》,载《现代法学》2010年第5期,第163页。

^{④0} 参见朱晓喆:《瑕疵担保、加害给付与请求权竞合——债法总则给付障碍中的固有利益损害赔偿》,载《中外法学》2015年第5期,第1149页。

所展示的最终出路即通过司法机关“解释”出规范之间的通用排序,而非个案选择适用。

当然,从法律职业共同体视角出发,不排除法政策允许某些情况下以个案受害人保护为依据确定具有竞争关系的法律规范的适用(即采用受害人中心主义),如允许守约方选择违约救济措施(实际履行还是解除合同)。但一方面此类情形必须基于具体且充分的法政策理由且限于特定之范围,毕竟只以一项价值作为解决规范冲突的唯一依据不应是常态;另一方面,此类解决方案也不需要借助所谓的“请求权”概念作为理论分析工具,毕竟议题的实质是规范冲突问题,而不是权利构造问题。

综上,法律职业共同体应确保通过不同救济路径实现的救济结果不出现大的偏差;在无法消灭差异的情况下,应就不同救济路径之间的关系给出顺序明确的适用安排。很显然,“法条竞合说”是契合法律职业共同体视角的理论学说。

四、新视角下“法条竞合说”的回归

“法条竞合说”(又曰“禁止竞合说”“规范排斥竞合说”等)强调规范之间在适用上具有排斥关系^④,当有两个规范(群)调整同一事实时,应按照规范(群)的属性予以适用,如特别法优先于一般法、新法优于旧法等。规范产生竞争冲突的原因可能是立法时间不一致或规范内容表述不一致,但实际上最根本的原因还是规范在目的与功能上发生了冲突。法条竞合说强调的正是法律职业共同体就彼此竞争的法律规范的适用关系在抽象层面上按照立法意旨直接且统一地作出协调安排,努力避免出现规范冲突而无明确适用顺序的现象。由于从规范目的与功能出发选定解决方案,该学说得以对接法律规范竞争冲突问题的本源,因而是符合常理的。如就违约责任与侵权责任之关系,法条竞合说充分展现了其合理性、可行性及普适性。

(一) 法条竞合说的合理性

法条竞合说的合理性可从如下几个方面展开:

第一,法条竞合说旨在确立规范之间的抽象关系,对接了问题的本源。该学说从规范关系之根本入手,对规范意旨进行体系把握,在抽象层面协调利益关系,践行法律的稳定性与可预见性,进而直接简明地解决对受害人重复救济的问题——既避免了请求权视角的“曲线”操作理论,也避免了陷入名为保护受害人实则架空规范意旨及置受害人、法官于两难选择的困境。这一做法减少了法院在援引法律、确立责任等方面的麻烦,有助于合同责任和侵权责任的体系完整。事实上,我国早期司法实践采纳法条竞合说的做法已印证了其合理之处。^④

第二,法条竞合说确立竞争规范间的顺序或排序规则,契合法律职业共同体的职责

^④ 因此,“法条竞合说”之称谓未能反映出此学说的核心内容,也易引起误会、混淆。参见朱庆育:《民法总论》(第2版),北京大学出版社2016年版,第567页。本文之所以采此称谓仅因遵循我国学界长期使用之惯例。

^④ 参见王利明、董安生:《合同责任与侵权责任竞合的比较研究》,载《法学研究》1989年第1期,第74、27页。

分工,符合常理和逻辑。其中,立法者在规范创制时应尽可能地考虑和体现相关规范的适用顺位;学者应就具体规范之间的适用顺序进行研究与论证;律师通过实践检验或发现规范适用冲突;法官按既定顺序或运用法解释学确定的顺序适用法律,保持裁判中立。

第三,法条竞合说是解决规范竞争冲突的“首选”。即便采用“请求权竞合说”的学者也承认,只有在法条竞合说不适用的情况下才会有所谓的“请求权竞合”存在与适用的空间。正如史尚宽先生(采请求权自由竞合说)所指出的:一个法律事实依两个以上法规认为成立请求权的原因,“其一方之法规对于他方之法规,不在于一般法与特别法之关系”,或者“虽有如此关系,而其社会现象非可全由特别法规包括之者,兹成立有同一目的二个以上之请求权,而生请求权之竞合”。^{④3}

在处理违约责任与侵权责任关系上,法条竞合说还深刻体现了合同系个别规范的法律品格。一方面,法条竞合说遵循了意思自治的安排——当事人在合意层面确立的权利义务关系本应具有特殊的地位,合同制度由此构成侵权责任制度的例外,其目的就是在应当出现的时候替代后者^{④4};另一方面,该学说禁止受害人自由选择法律规范,“使合同当事人对责任后果可有明确预期而不至于受到来自侵权责任法的突袭,符合合同法的经济效率原则”^{④5}。此外,法条竞合说也符合违约责任与侵权责任在责任构成上的关系:二者“除过失之程度方面可能有所不同外,其余并无多大差别”。倘使债务人之过失达到抽象过失之程度,即构成侵权行为。债权人已有违约责任可以主张,同时再使之处于被害人地位而向债务人主张之侵权责任,“毋乃有失主张并存选择之原意乎”^{④6}。

但是,在处理违约责任与侵权责任关系时,法条竞合说在中国民法上常处于被忽略的地位,主要的原因在于观念上的一些误区。

误区一:法条竞合“是一个刑法上的概念”。^{④7}但事实是,一方面,有刑法学者指出:“从整体上说,大陆法系刑法理论并没有建立起法条竞合的理论框架”^{④8}。另一方面,特别法优先于一般法是民法典体系建构的基本特征。如我国民法典中,合同编规范相较总则编法律行为规范为特别法;特别合同规范相较于合同编“通则”为特别法;侵权责任编之“一般规定”相较后续章节之规范为一般法,均为是例。

误区二:法条竞合说存在缺陷,“不符合现代民事法律的特点”。^{④9}一种普遍的观点认为,该学说存在两个方面的“缺陷”:一是违约责任与侵权责任之间差异明显,不具备特殊与一般之关系;二是合同法作为侵权法的特别法并不能给受害人提供更优、更周全

^{④3} 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第227页。

^{④4} J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations (3): Le rapport d'obligation*, 5^e éd., 2007, Dalloz, p.136.

^{④5} Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 3^e éd., 2007, Defrénois, p.557.

^{④6} 王伯琦:《契约责任与侵权责任之竞合》,载王伯琦:《近代法律思潮与中国固有文化》,清华大学出版社2005年版,第358、371页。此文最早发表于《大陆杂志》第11卷第4期。

^{④7} 参见前注^{④1},周清林文,第41页。

^{④8} 陈兴良、龚培华、李奇路:《法条竞合论》,复旦大学出版社1993年版,第87页。

^{④9} 参见汪世虎:《合同责任与侵权责任竞合问题研究》,载《现代法学》2002年第4期,第113页。

的保护。^{⑤①}其实,以上两点并非法条竞合说的缺陷——前者恰恰证明了特殊与一般的关系,违约责任与侵权责任的确存在种种差异,但不可否认的是它们在基本面上的一致性,只是人们更愿意选择性忽略这些共性;后者也不是法条竞合说作为解决不同救济路径冲突方法的缺陷,而是违约责任作为救济路径自身存在不足之处。

误区三:只有法国民法模式才具备采法条竞合说的土壤。此类观点被概括为:“法条竞合说源于法国”,中国法上的违约责任与侵权责任是“对峙关系,并没有逻辑包含关系”,不具有“法国‘大侵权,小合同’调整模式,即侵权法平等保护权利与利益”之基础,不具有采用该学说的基础。^{⑤②}但从比较法经验及我国实践来看,这似是一种误判。

(二) 法条竞合说的可行性

法条竞合说在中国法上既有历史基础也有现实基础,因此是可行的。

1. 法条竞合说曾是中国司法实践自发的选择,在中国法上具有历史基础。在1999年《合同法》出台之前,立法尚无明确规定,中国司法实践确立的便是合同法规范优先适用、排斥侵权法规范的“禁止竞合主义”,即“法条竞合说”:“人民法院对‘侵权性的违约行为’和‘违约性的侵权行为’,一般都是按违约行为处理的”^{⑤③}。“法律在具体操作时,不会允许对同一行为的检验适用两个甚至两个以上的标准。”^{⑤④}理论研究转向的关键节点是1989年6月12日最高人民法院《全国沿海地区涉外、涉港澳经济审判工作座谈会纪要》。该纪要在“案件受理问题”部分的第1条允许当事人通过选择一个诉因确定管辖法院。它常被解读为允许当事人有权自由选择法律的适用,并据此认为司法实践放弃了之前的法条竞合说。^{⑤⑤}但对此需要说明的是:(1)该条本是解决法院管辖问题而非法律适用问题(也因此并未被置于该纪要的“法律适用问题”部分)的规定;(2)尽管理论研究由此转向请求权的分析视角,“但是事实上,在采纳允许竞合和选择请求权时,司法实践对此选择请求权仍是有一定的限制的”^{⑤⑥}。

2. 法条竞合说在中国法上有现实基础。1987年《民法通则》“将民事责任分为‘违反合同的民事责任’和‘侵权的民事责任’两种独立、并列的民事责任,并分别规范”,这一立法形式曾被认为“表明违反合同的民事责任规范并非侵权的民事责任规范的特别规范,无特别法优于一般法的适用余地”。^{⑤⑦}但事实上,《民法通则》在“民事责任”一章开篇(第106条)即指出民事主体“违反合同或者不履行其他义务的,应当承担民事责任”。“其他”二字已清晰表明了合同不过是义务的一种来源而已。随着中国民事立法的发展,侵权责任法的一般法地位逐渐加强。尤其在《民法典》颁行之前,“《侵权责任法》第2条尽管划清了侵权责任法与合同法的关系,但该法仍然在不同程度上受到

^{⑤①} 参见蓝承烈:《民事责任竞合论》,载《中国法学》1992年第1期,第55-56页。

^{⑤②} 参见谢鸿飞:《违约责任与侵权责任竞合理论的再构成》,载《环球法律评论》2014年第6期,第20-21页。

^{⑤③} 前注③,全国人大法制工作委员会民法室编著书,第169页。

^{⑤④} 吴庆宝:《论侵权责任与违约责任竞合的限制》,载《法律适用》2002年第8期,第36页。

^{⑤⑤} 参见邵东华:《违约责任与侵权责任的竞合》,载《河南社会科学》2000年第6期,第70页。

^{⑤⑥} 张玲:《论违约责任和侵权责任的竞合》,载《政治与法律》2000年第4期,第71页。

^{⑤⑦} 参见前注⑭,傅鼎生文,第72页。

‘大侵权’思想的影响,因此,从适用的结果来看,《侵权责任法》的颁布并没有真正和合同法划清界限,相反,在许多制度上,进一步加剧了两部法律调整范围的重叠”^{⑤7}。以致于“宽泛的侵权法一般条款(原《侵权责任法》第6条)涵盖了一切‘民事权益’”,甚至“缔约过失责任完全可被侵权责任无死角覆盖”。^{⑤8}而《民法典》的侵权责任编延续了上述“大侵权”的思想。诚然,在“大侵权”模式下,侵权与合同之间的一般与特殊关系更容易被认可,但实际上,法条竞合说并不必然以“大侵权”立法思想为基础(如德国就曾普遍采用法条竞合说),而各种以请求权为视角的理论,在事实上均未忽略合同法对于侵权责任法的特殊地位。

(三) 法条竞合说的普适性

1. 比较法上的观察

就违约责任与侵权责任的关系,不管侵权责任法立法模式是靠近法国法还是德国法,均不构成选择法条竞合说的障碍。

据学者观察,苏联也采责任竞合之禁止学说且贯彻于审判实践。苏联最高法院全会在1963年10月23日《关于损害赔偿诉讼的审判实践》的决议中,要求各级法院在审判中注意区分合同责任和非合同责任,并有明确体现合同责任具有优先地位的规定。这种模式也影响到东欧诸国民法。^{⑤9}英国法传统方案与法国法一致,承认合同法优先并排除侵权责任法的适用。虽然后来有所缓和,承认合同法与侵权责任法为平行关系,发展起所谓的“同步责任的法理”,但实际上在发生冲突时仍然没有放弃合同条款优先的做法,因为,“如果原告以侵权起诉,法院或仲裁庭就必须看双方有关的合约中是否约定有与以侵权为诉因时法律地位不同的条文。如果有,就以双方约定的条文为准”^{⑥0}。在欧盟,由于合同责任与侵权责任之间存在差异,“各法律制度中必须确定是否一种方法优先于另一种方法适用”“若一种法律优先于另一种法律适用,迄今为止各成员国总是优先适用合同法”。^{⑥1}此外,德国学者曾经普遍采用法条竞合说,后来才转向关注请求权中心理论。^{⑥2}但事实上,德国法上目前仍保留着法条竞合说。有学者在分析请求权基础方法时特别指出,根据德国的经验,在运用此方法正式解题之前,还有一个常被人们忽略的阶段——“预选”,其重要任务之一就是依法条竞合说对规范按照法定顺序择优选取,“数项请求权规范相互排斥时,如存在新法优于旧法、上位法优于下位法、特别法优于普通法等因素时,仅效力占优的请求权规范纳入预选”。^{⑥3}不仅如此,诸多的请求权中心理论均在事实上尊重合同法相对侵权责任法的特殊地位。“德国通说认为,合同法规则对侵权

^{⑤7} 前注^{②0},王利明文,第120页。

^{⑤8} 参见叶名怡:《再谈违约与侵权的区分与竞合》,载《交大法学》2018年第1期,第19页。

^{⑤9} 参见王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第417页。

^{⑥0} 杨良宜:《损害赔偿与救济》,法律出版社2013年版,第485页。

^{⑥1} 参见〔德〕克里斯蒂安·冯·巴尔、乌里希·德罗布尼希:《欧洲合同法与侵权法及财产法的互动》,吴越等译,法律出版社2007年版,第170页。

^{⑥2} 参见前注^{①6},王泽鉴书,第377页。

^{⑥3} 参见吴香香:《请求权基础——方法、体系与实例》,北京大学出版社2021年版,第10页。

请求权会产生影响,因为若非如此,则关于注意义务标准、时效以及证明责任等合同性的特别规定实质上将变得毫无意义”^{⑥4}。在深受德国民法影响的日本和我国台湾地区也不乏支持法条竞合说的学者。例如,我国台湾地区的王伯琦先生便采法条竞合说。^{⑥5}王泽鉴先生评曰:“王伯琦先生曾发表‘契约责任与侵权责任之竞合’专文,分析精密、体系严谨,为少见之卓越论文,原则上系采法条竞合说。”^{⑥6}再如,在日本,于相关讨论长久持续却常难形成“定说”的背景下,^{⑥7}法条竞合说(也被称为“请求权非竞合说”)的“理论也非常有利地得到主张”,其理由在于,两种责任为着同一个填补损害的目的分担功能,其中合同法对债权人或债务人更为有利的特殊政策安排不应“由于当事人的选择而被无视”。^{⑥8}

其实,认定合同责任与侵权责任之间是排斥关系还是“或”的关系之基础在于如何回答“契约之上的个别保护义务是否得为侵权行为之不法要素(违法性)的认定基础”这一问题——否定回答者必得出二者不竞合(排斥关系),而肯定回答必得出二者可以竞合(“或”的关系)的结论。^{⑥9}可见,就此学说上争论已久的问题,其答案具有主观性。

2. 我国相关法学理论的新走向

事实上,我国诸多理论均承认合同法对于侵权责任法的特殊地位。比如,即使不采法条竞合说进行理论构造的学者也强调:我国现行法承认受损害方有权选择违约责任或侵权责任救济路径,“并不意味着完全放任当事人选择请求权而不作任何限制。如果法律直接规定,在特定情形下只能产生一种责任,排除责任竞合的发生,那么就应遵守法律的这种规定。即便法律没有明文,就其立法目的应予限制责任竞合的,亦应限制”。^{⑦0}

晚近以来,我国学界还出现了所谓的“新法条竞合说”。该理论基于“侵权法与合同法现代扩张的目的之一致”,主张“从法律规范意旨出发,竞合时的法律适用分为适用合同法和适用侵权法两种情形,前者为原则,后者为例外”。^{⑦1}该学说承认在发生竞争关系时优先适用合同法。但与法条竞合说相区别之处在于,它认为存在应优先适用侵权责任法的例外情形。不过,这些情形在笔者看来实质上是属于下文所述的民事责任统一立法的范畴,而非优先适用侵权责任法。此外,“新法条竞合说”认为,竞合问题的核心转化成了寻求契合比例原则(当事人利益均衡与公共利益)、合目的性(立法目的、合同目的、司法效率等)、关注交易形态与当事人关系的评价方式。但很显然,上述关系的确立应当是在抽象意义上的,而不是在具体个案中操作的,因此,就最终效果而言,该学说与传统

^{⑥4} 叶名怡:《〈合同法〉第122条(责任竞合)评注》,载《法学家》2019年第2期,第180页。

^{⑥5} 参见前注^{④6},王伯琦文,第357-374页。

^{⑥6} 前注^{④6},王泽鉴书,第383页。

^{⑥7} 参见[日]吉村良一:《日本侵权行为法》(原书第4版),张挺译,中国人民大学出版社2013年版,第219页。

^{⑥8} 参见于敏:《日本侵权行为法》(原书第3版),法律出版社2015年版,第34页。

^{⑥9} 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》(原书第5版),法律出版社2007年版,第219页。

^{⑦0} 参见崔建远:《民事责任三论》,载《吉林大学社会科学学报》1987年第4期,第18页;张民、崔建远:《责任竞合的“收”与“放”——我国〈合同法〉第122条规定的解释与适用》,载《国家检察官学院学报》2011年第5期,第149页。

^{⑦1} 参见前注^{⑤1},谢鸿飞文,第20、21页。

的法条竞合说几无实质差异。^{⑦②}

针对违约救济规范与侵权救济规范关系的种种理论,曾有德国学者作出反思:“与其在理论、特别是概念上过多执着,不如针对具体问题寻找最妥当的解决方案”。^{⑦③}实际上,我国《民法典》颁布以后,有学者在第一时间便指出“《民法典》自觉或不自觉地设置了存在竞合的规定,需要法律人去理解和阐发之”,并由此围绕多种规范冲突之协调提供解释论上的方案;在讨论违约责任与侵权责任关系时,该学者亦特别强调:“《民法典》第186条的规定应予限缩适用,有些情形在表面上似乎成立(责任)竞合,但依据法律的规范意旨则不允许竞合”^{⑦④}。这体现的正是回归问题本源的思路与方法。

概言之,请求权中心主义理论最终走向法条竞合说,方是回归问题本源的路径,也是回归我国早期司法实践的正确选择。重新认识法条竞合说的意义,有利于明晰民事法律规范的适用关系,进而有利于促进救济规范立法的协调甚至部分领域的统一。

五、“法条竞合说”的展开示例

如前所述,救济规范竞争关系产生于立法环节,源于抽象思维的有限性及文义的限制性,难以避免。解决之道在于法律职业共同体经由研判及实践之检验于抽象层面提出解决方案。以债法领域为例,方案无外乎两条进路:或转到结果进路上,放弃区分合同、侵权等原因,构建救济规范“大统一”,以从根本上消灭冲突;或维持原因路径,在个别共同事项上“并轨”,通过合并同类项来减小冲突范围,并对竞争规范进行“排序”。详述如下。

(一) 转向结果进路的“大统一”方案

1. 理论构想

严格意义上的消灭冲突(即真正意义上的责任统一)指的是彻底放弃传统区分债之原因的路径,改由结果路径进入。对此,理论上不乏设计方案。

我国有学者提出所谓的“大的统一模式”即属于此种类型。该模式从民事责任制度的“权益救济的功能定位”出发,建议将民事权利的保护手段/民事责任的基础规范统一集中规定,“受保护权益在权益救济制度中就居于中心地位”。^{⑦⑤}其核心思路便是放弃合同、侵权等原因进路,改采以权益为救济出发点的结果进路。如果说“建立统一的民事义务理论是时代的需要”^{⑦⑥},那么此理论构造最为彻底地呼应着这一研判。

在比较法上,也不乏此类理论设想。例如在法国债法改革的立法听证过程中,为了

^{⑦②} 参见前注^{⑥④},叶名怡文,第178页。

^{⑦③} 参见前注^{⑥①},曹志勋文,第43页。

^{⑦④} 崔建远:《中国民法典所设竞合规范论》,载《兰州大学学报(社会科学版)》2021年第1期,第10-11页。

^{⑦⑤} 参见张家勇:《论统一民事责任制度的建构——基于责任融合的“后果模式”》,载《中国社会科学》2015年第8期,第88页。

^{⑦⑥} 张民安:《过错侵权责任制度研究》,中国政法大学出版社2002年版,第173页。

给予人身伤害受害人完全、简便、高效的赔偿,有学者呼吁取消传统二元区分主义、重构责任体系。图卢兹大学的普马雷德(Matthieu Poumarède)教授建议“依据损害(而非致害原因)建立民事责任法体系”;波尔多第四大学的拉德(Christophe Radé)教授建议“或者以民事责任名义,或者以国家连带名义,赋予所有的人身伤害受害人以获得赔偿的权利”。^{⑦⑧}这些呼吁受到了广泛关注,但是这种新建体系的主张必定遇到困难——学界与立法者普遍采纳维持既有体系的观点;法国最高法院更明确表示,“责任制度的逻辑基础在于可致害的行为,而非要去补救的损害的性质;可导致人身伤害的情况多种多样,并不有利于建立一套替代原有体系的新方案”。^⑨

显然,结果进路的方案必然打破合同法与侵权责任法分立的基本体系,理念超前。就目前来看,“我们仍然应当承认合同法与侵权法的两分是稳定的、合理的架构”^⑩。从法律传统及稳定性着眼,此种理论构想若全面付诸实践必带来彻底的颠覆,尚不现实。

2. 立法实践

结果进路的方案所蕴含的理念不能说没有合理的因素,也不能说不可行。实际上,这种理想构造已经在某些领域被付诸实践。例如,我国《民用航空法》中的航空运输赔偿责任便是立法者明白直陈的例子。该法第131条明确地指出:有关航空运输中发生的损失,“不论其根据如何”,只能依照该法“规定的条件和赔偿责任限额”进行救济。

又如,从解释论看,《民法典》第1202条(原《侵权责任法》第41条)规定的产品责任也可视作统一民事责任立法的又一示例。该条规定:“因产品存在缺陷造成他人损害的,生产者应当承担侵权责任。”其中有两个重要且相互关联的问题:一是产品责任是否包括产品自损;二是产品责任如果包括自损,是否排斥违约责任的适用。针对第一个问题,有学说认为应当区分产品自损与他损,自损仅适用违约责任,他损才可追究产品责任。^⑪相反学说则不区分二者,认为均可以适用产品责任。^⑫而从起草者的角度看,不区分是立法本意:该条所涉及的“财产损害,既包括缺陷产品以外的其他财产的损害,也包括缺陷产品本身的损害,这样,有利于及时、便捷地保护用户、消费者的合法权益”。^⑬针对第二个问题,有认为可以择一竞合者,亦有认为应当适用产品责任者。笔者虽也认同适用产品责任规范,但更认同此时的产品责任不应被简单定性为“侵权责任”——责任基础不再关注当事人行为的性质(违约还是侵权),而仅关注损害及其来源是否为产品缺陷——此系典型的结果进路、典型的“统一责任”。比较法上,对全球产品缺陷责

^{⑦⑧} 参见李世刚:《法国侵权责任法改革——基调与方向》,人民日报出版社2017年版,第62页。

^⑨ Groupe de travail de la Cour de cassation, Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription.

^⑩ 王文胜:《论合同法和侵权法在固有利益保护上的分工与协作》,载《中国法学》2015年第4期,第216-217页。

^⑪ 参见李永军:《“产品自损”的侵权法救济质疑》,载《中国政法大学学报》2015年第3期,第90-98页。比较法上,如1985年7月25日欧共体产品责任指令通过其第9条在欧盟范围内确立了区分模式。参见[德]克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上卷),张新宝译,法律出版社2001年版,第473页。

^⑫ 参见王利明:《论产品责任中的损害概念》,载《法学》2011年第2期,第45-54页;前注⑩,张民、崔建远文,第151页。

^⑬ 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2010年版,第174页。

任产生重要影响的欧盟立法在“他损责任”上实际采用的正是这一理念。作为欧盟前身的欧共体曾在1985年7月25日推出有关产品责任的指令(Directive 85/374/CEE, 1999年5月10日经欧洲议会与欧盟理事会的1999/34/EC号指令修订),要求各成员国将指令中的强制适用规则转成国内法,其中一项就是以产品缺陷责任一体化为目标、不区分合同责任与侵权责任。起初,有的成员国注意到了指令第13条(“本指令不影响受害人依据本指令公布时已经存在的合同或者非合同责任或者其他特殊责任制度主张权利”),并据此误认为只需将此产品缺陷责任规定加入到既有的救济路径中,与其他原有规范共存,由受害人自由选择。例如,1998年法国将该指令转化到国内法,于其民法典中增加“产品缺陷责任的特别规定”一编,法国立法者及学者均认为这些特殊规定是对法国既有制度多样性的补充,可由当事人在它们之间自由选择适用。^{⑧3}但欧盟法院在2002年4月25日的判决中认定,指令第13条不得被解释为允许成员国可以维持一项与指令所确立的制度不同的有关产品缺陷责任的一般制度;空间仅留给不同“基础”的合同或非合同责任制度,例如隐藏瑕疵担保或者过错。^{⑧4}显然,这是赋予指令在其适用范围内的排他地位,以维系成员国之间在立法上的协调与一致、确保经营者之间的未被扭曲的竞争环境并避免在消费者保护水平上出现差异。^{⑧5}由此,《法国民法典》之“产品缺陷责任的特别规定”便应具有排他性,排除国内法上与之有相同“基础”的制度。根据欧盟法院的态度,2010年5月26日法国最高法院商事庭在判决中表明,“产品缺陷责任排除适用其他建立在产品缺陷之上的一般合同法或者一般侵权责任法,这里的产品缺陷是指不能提供人们可以合理期待的安全性”。^{⑧6}换言之,这些“产品缺陷责任的特别规定”的所谓“基础”系指产品缺陷,以此为基础的其他救济制度不能再适用了。

显然,在产品缺陷责任领域内统一民事责任的此类做法还可以向其他领域(如医疗责任、交通事故责任等)逐个推进。^{⑧7}

(二) 应对原因进路的协调方案

当然,原因进路仍是民法典规范民事救济的基本进路,如此,合同规范与侵权责任规范仍是典型的并存救济路径。于此情形,如何协调救济规范的竞争冲突?有两个举措可供法律职业共同体采用:一是就内容一致的事项在立法上合并同类项,通过并轨以减少差异;二是排定顺序或者给出排序规则。

1. 并轨

所谓“并轨”是就构成要件、救济方式与内容等方面的共同事项共设同一规范。如

^{⑧3} G. Viney, *L'introduction en droit français de la directive européen du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux*, D. 1998, p.291.

^{⑧4} CJCE, 25 avril 2002, D.2002, p.2458, note J. Calais-Auloy.

^{⑧5} J. Huet, *Le scandale de l'harmonisation totale*, RDC 2011, n° 3, p.1070.

^{⑧6} Com., 26 mai 2010, RTD civ.2010, p.790, obs.P. Jourdain.

^{⑧7} 事实上,对此类案件,“依据我国的实际情况看”,“法官大多倾向于适用侵权责任法,而不是合同法”。参见前注^{②0},王利明文,第108页。此即实际上主动地选择了“结果进路”。

对诉讼时效采统一规定,对精神损害赔偿方式的统一采纳^⑧等,均是已实践的例证。

需要特别说明的是,与前述结果进路“大统一”不同,“并轨”虽可减少差异,但由于不同路径存在基本的逻辑差异,并不会在实质结果上消灭竞争冲突。例如,即使诉讼时效期限长短一致,其起算点在违约、侵权、不当得利等领域也是有差异的;又如,就责任构成,不可抗力的概念在违约与侵权领域应是有所区分的;^⑨再如,虽然违约、侵权均可导致精神损害赔偿,但是合同法的可预见性规则会对最终责任产生限制。因此,不能奢望原因进路下所谓的并轨可以实现不同救济路径在结果上的完全一致。

原《民法通则》第六章“民事责任”是在原因进路上适时并轨的典型立法例——其第二节为“违反合同的民事责任”,第三节为“侵权的民事责任”;而在第四节“承担民事责任的方式”中以一个条文(第134条)规定了10种民事责任方式。据此,不论原因进路为何,“法律上的损害一旦构成,债权人就可以主张任何适合弥补或预防损害的责任(方式)”,“侵权责任亦不妨包括退货”。^⑩然而,仅对责任形式类型进行并轨,可以统一的事项及作用非常有限,并不当然带来实质责任结果的一致。于是,后来的立法思路与学术研究更集中在穿透这种形式上的统一,承认不同救济方式的差异构造与效力。^⑪

2. 排序

既然在原因进路下并轨并不会在实质结果上消灭差异,那么法律职业共同体对具有竞争关系的规范进行排序就显得意义重大。规范排序有两种可能:一种是规范之间有先后顺序(法条竞合说即如此)——此应为原则;另一种是规范之间为“或”之关系^⑫(如立法者基于特殊考量赋予一方当事人选择法律规范的权利,这是综合诸多价值标准的结果,而非仅仅依据受害人保护这一单一价值标准的结果),它必须基于特定、具体且充分的法政策理由——此应为例外。

需要说明的是,不能奢望借助立法来解决所有的救济路径的冲突问题。自罗马法以来,法律规范冲突协调的讨论未曾中断但鲜有立法例,即是明证。原因很简单:法律规范众多,冲突此起彼伏,且往往是在实践中展现出来的,远远超出立法者的预计,因此难以在立法层面确定具体冲突的全部解决办法,能就规范类群之间的关系作出规定已是难能可贵。这就是为什么笔者强调包括法官、学者在内的法律职业共同体应通过法律解释等工作参与进来,与立法者一起,协力确定不同救济路径及规范间适用顺序的原因。

基于以上的讨论,笔者认为,当我国法上包括合同规范与侵权责任规范在内的债法规范在发生竞争关系时,“排序”应遵循如下几项原则:

^⑧ 如《民法典》第996条规定:违约损害人格权并造成严重精神损害的,选择违约责任,不影响请求精神损害赔偿。

^⑨ 参见聂卫锋:《不可抗力免责规范构造逻辑的义务类型基础——〈民法典〉第180条第1款立法方法论之历史性检讨》,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第36卷),研究出版社2021年版,第291-315页。

^⑩ 参见前注^⑤,谢鸿飞文,第22-23页。

^⑪ 参见崔建远:《绝对权请求权抑或侵权责任方式》,载《法学》2002年第11期,第40-43页;王轶:《民法典如何保护物权》,载《中国法律评论》2019年第1期,第71-82页。

^⑫ 例如《民法典》第617条“具有创意地”确立了一般违约责任与物的瑕疵担保责任的竞合关系。参见前注^⑦,崔建远文,第11-12页。

原则一：法定排序最优先。如前述《民用航空法》第131条（航空运输赔偿责任）、《民法典》第1202条（产品责任）等已经采用结果进路的统一责任规范应优先适用。

原则二：在无法定排序时，合同规范优先于侵权责任规范。相应地，在法条竞合说下，针对《民法典》第186条规定的“受损害方有权选择”请求对方承担违约责任或者侵权责任，笔者认同如下观点：“在解释论上，可将该条中的‘有权选择’理解为当事人可以不选择何种请求权而只需提出损害事实即可。在立法论上这些竞合规范应予废除”^{⑨3}。当然，“排序”不仅限于合同法与侵权责任法之范围，还应适用在更广泛的领域。

原则三：不当得利规范在债法诸救济规范中应处于最后备位之位次。如此排序可有效防止不当得利返还责任的泛滥。^{⑨4}我国有学者很早便指出：不当得利制度化必然有其自身的功能与范畴，在制度完备功能界分合理的法律体系中，“民法上已有相关制度规定的事项，即不应再求诸于不当得利制度”。^{⑨5}在比较法上，这也是常见的做法。例如，法国法采用所谓的辅从性原则（或曰辅助性/备位性原则，Principe de subsidiarité）：只要有其他诉权，就排除不当得利制度的适用。即使该诉权因为法律上的原因（如已过诉讼时效、逾期失权、基于法院判决、诉讼中证据不足等）而不能达到救济受损人的最终目的，也不得利用不当得利制度予以替补。^{⑨6}此外，与法国法靠近的法域普遍承认此原则；^{⑨7}德国法上也不乏倡导者^{⑨8}。鉴于篇幅限制，在此不予展开。

原则四：无竞争关系的规范不参与排序。例如无因管理规范与合同规范、侵权责任规范无竞争关系：“盖以无因管理有违法之阻却性，与侵权行为不能两立，如其构成无因管理人之责任，即不能成为侵权责任，故根本不能发生竞合之问题”^{⑨9}；与合同也不能两立，盖因若有合同成立，则也不满足“无因”之构成要件。

六、结 语

协调救济规范竞争冲突最核心的任务是在抽象意义上综合衡量规范意旨。法律职业共同体应承担起民事救济规范竞争冲突协调的职责，从规范构造与司法实践中发现规范的竞争冲突。于立法层面，可以对大类的救济规范进行“排序”、作出整体安排（如合同法优先于侵权责任法；不当得利制度备位）；也可以进一步就不同救济路径规范在构成要件与法律效果方面的共同事项“并轨”，通过一体化立法减少不同救济路径规范的差异（如就诉讼时效共同内容合并规范）；甚至还可以在有些领域放弃区分原因进路的

^{⑨3} 前注^{⑤1}，谢鸿飞文，第26页。

^{⑨4} 参见刘言浩：《法国不当得利法的历史与变革》，载《东方法学》2011年第4期，第136页。

^{⑨5} 参见张广兴：《债法总论》，法律出版社1997年版，第88页。

^{⑨6} 参见李世刚：《法国新债法：债之渊源（准合同）》，人民日报出版社2017年版，第106-107页。

^{⑨7} 如《意大利民法典》（第2042条）、《葡萄牙民法典》（第474条）以及比利时、卢森堡等国法律。参见〔葡〕若昂·德·马图斯·安图内斯·瓦雷拉：《债法总论》（第1卷），唐晓晴译，社会科学文献出版社2021年版，第330页。

^{⑨8} 参见王泽鉴：《不当得利》，北京大学出版社2009年版，第209页。

^{⑨9} 前注^{④6}，王伯琦文，第359页。

传统模式,改采“大统一”的结果进路(如对产品责任、交通事故责任的救济不再区分损害是基于违约行为还是侵权行为造成的)。于司法层面,裁判者根据法定顺序裁判,或依据法解释学确立规范适用的一般顺序。显然,无论是在立法层面还是司法层面,均离不开法律职业共同体的分工与合作。于此视角下,“法条竞合说”展现了充分的合理性、可行性与普适性,它既不是某个部门法(如刑法)所独有的,也不是某个法域(如法国)所特有的。

Abstract: The essence of the so-called liability concurrence or claim concurrence issue is the coordination of the competition relations of civil remedy norms, rather than the construction of rights. Therefore, the theoretical construction centered on the victim's claim right will be in trouble and should be reconsidered. The solution should start from the origin of the issue, and let the legal professional community perform its own duties and cooperate in depth: For the judiciary, the competing norms shall be applied in the statutory order; If there is no clear provision, the general order between norms should be established through methods such as purposive interpretation and contextual interpretation. For the legislator, norm competition is an unavoidable legislative phenomenon. Besides sequencing, methods such as merging the tracks or turning to the result-orientated approach can be used to reduce competition conflicts. The 'concurrence theory of norms' refers to coordinating and regulating the competition relationship according to the purpose and function of the norm at the abstract level, combining with the origin of competition and conflict between legal norms, which is reasonable, feasible and universal. It should be paid attention to and fully applied to the legislation and legal interpretation. In obligation law, generally, the unified liability norm that has adopted the result-orientated approach takes precedence, the contract norm takes precedence over the tort liability norm, and the norm on unjust enrichment is in the final position.

(责任编辑:任彦)