

民法分则侵权责任编立法研究

张新宝^{*}

内容提要 民法分则侵权责任编的制定,应当在《侵权责任法》的基础上,对于《民法总则》规定的新原则与新的一般性规则予以细化,对于原先不合理的一些规定予以修改,对于实践中的新问题予以规定。应当结合侵权责任方式规定不同的归责事由。修改共同危险行为与无意思联络的分别侵权行为的责任承担规则。构建更为系统的损害赔偿体系,尤其是完善精神损害赔偿与惩罚性赔偿的规定。增加规定受害人同意与自愿承担风险、自助行为以及法律授权行为作为抗辩事由。完善各项具体侵权责任制度,构建更为公平合理的侵权责任制度体系。

关键词 民法典编纂 侵权责任编 归责事由 数人侵权责任 损害赔偿体系

2009年通过的《侵权责任法》总体上是科学的、合理的,未来的民法分则侵权责任编对于其基本框架以及基本规定应当予以保留。但是,《侵权责任法》颁布以来,客观情形发生了变化,一些新的法律陆续出台,为了使法律体系内部的衔接更为顺畅,侵权责任编应当予以回应。随着理论与法治实践的进一步展开,原有规定的一些缺陷也逐步显现,对于这些规定应当予以修正。此外,随着社会生活的蓬勃发展,新兴的行为类型不断涌现,如何规范由此引发的侵权责任,也应当在侵权责任编中得以明确。

在《民法总则》获得通过之后,民法典编纂工作已经进入了“后总则时代”,接下来的主要任务是如何在总则的基础上继续制定好民法典分则各编。目前,学者们对于民法分则侵权责任编的立法问题已经展开了一定程度的研究。^① 本文尝试对民法分则侵权责任编的若干关键问题进行研讨,并提出系统的建议,以期为立法建言献策,提供有益的参考。

^{*} 中国人民大学法学院教授,本刊总编辑。本文系中国法学会民法典编纂项目的阶段性成果。民法分则侵权责任编课程组成员贡献了辛勤的劳动和宝贵的意见,在此一并致谢。

^① 例如王利明:《论我国侵权责任法分则的体系及其完善》,载《清华法学》2016年第1期;杨立新:《民法分则侵权责任编修订的主要问题及对策》,载《现代法学》2017年第1期。

一、民法分则侵权责任编制定的背景

第一,《民法总则》的通过。《民法总则》作为未来民法典的总则编,将对民法分则侵权责任编的编纂产生重要影响。

首先,“民法总则是民法典的开篇之作,在民法典中起统领性作用。民法总则规定民事活动必须遵循的基本原则和一般性规则,统领民法典各分编;各分编将在总则的基础上对各项民事制度作出具体规定”^②。此次《民法总则》在《民法通则》的基础上进行了较大幅度的修改,确立了一些新的民事原则,规定了一些新的民事一般性规则。作为民法典分则的侵权责任编应当对《民法总则》所确定的新制度予以积极反映。例如,《民法总则》第9条规定了“绿色原则”,作为一项“倡导性原则规定”,绿色原则为民法分则侵权责任编提供了价值和方向上的指导,侵权责任编在具体制度的设计上,尤其是在环境、生态侵权责任领域的制度设计上应当贯彻这一原则。^③

其次,由于现行《侵权责任法》表现为单行法的形式,而将来的侵权责任编将作为民法典分则的一编,许多当时出于法律完整性考量而在《侵权责任法》中所作的规定将不宜在侵权责任编中继续予以规定,例如《侵权责任法》第1条关于立法目的的规定,第4条关于侵权责任优先偿付的规定,第5条关于特别法优先适用的规定等。这些内容很多都被《民法总则》吸收,侵权责任编无需再对此作出规定。

最后,不同于其他国家的民法典,我国未来的民法典没有单独设置债法总则的章节,一些债法总则的内容在《民法总则》第五章“民事权利”和第八章“民事责任”中进行了类似规定。^④因此,侵权责任编对这些内容不宜再作规定。例如,《侵权责任法》第13条、第14条关于连带责任的规定,第15条关于责任方式的规定等。此外,在《民法总则》“民事责任”一章中,还以多个条文对于某些侵权责任进行了框架性的规定,例如第184条关于“好人法”的规定,第185条关于侵害英雄烈士等的人格权益侵权责任的规定等。对于这些规定,侵权责任编有必要予以适当细化。

第二,《环境保护法》的修订。2014年修订之后的《环境保护法》增加了破坏生态这一侵权行为类型,并且在该法第64条明确规定,“因污染环境和破坏生态造成损害的,应当依照《中华人民共和国侵权责任法》的有关规定承担侵权责任”。这一引致性条文要求在制定侵权责任编时必须考虑如何处理破坏生态侵权责任的问题。

第三,理论研究与司法实践的新发展。在制定《侵权责任法》时,就存在一些争议较大且没有达成共识的问题。虽然《侵权责任法》最终作出了规定,但是随着理论研究的

② 李建国:《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明——2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上》,载《人民日报》2017年3月9日第5版。

③ 参见张新宝:《〈中华人民共和国民法总则〉释义》,中国人民大学出版社2017年版,第17-18页。

④ 参见前引③,张新宝书,第383页。

进一步展开,有些规定的不合理之处逐渐显现。同时,随着侵权案件司法实践经验的积累,有些规定在具体适用中的困境也逐渐凸显。侵权责任编应当反映理论与司法实践的最新成果,修改不合理的规定,力图构建更为完善的侵权责任制度。

二、结合侵权责任方式规定不同的归责事由

(一) 目前规定存在的缺陷

《侵权责任法》第6条、第7条没有区分不同的侵权责任方式规定具体的责任构成条件(归责事由),而是将“侵权责任”作为一个整体进行了规定。这存在以下两个方面的缺陷:

第一,第6条、第7条的规定难以适用于所有的侵权责任方式。根据第6条、第7条的规定,通常认为,在我国侵权法中,除法律另有规定之外,“过错”是行为人承担侵权责任的基础。对一般侵权而言,侵权责任的承担以具有“过错”为构成要件。但是,依据通说,行为人承担“停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产”的侵权责任却并不以行为人具有过错为要件。对这些侵权责任方式而言,其在一般侵权与特殊侵权中都适用无过错责任原则。^⑤因此,笼统地规定“侵权责任”的承担依据过错责任原则,是不妥当的。

第二,第6条的规定无法作为完整的请求权基础规范。《侵权责任法》第6条一般被认为是过错侵权责任的一般条款,受害人都可以依据该条规定请求行为人承担侵权责任。但是,第6条在严格意义上却并不具有请求权基础规范的性质。第6条第1款规定,“行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任”。从中可知,承担侵权责任需要具备以下三个要件:行为人具有过错;存在民事权益被侵害的事实;二者之间存在因果关系。但是,仅仅满足这三个要件却可能不足以请求行为人承担任何侵权责任。因为赔偿损失与恢复原状尚需满足造成可赔偿的“损害”这一要件,赔礼道歉、消除影响、恢复名誉尚需造成精神损害这一要件。换言之,在不存在侵权行为正在进行、民事权益遭到或者可能遭到妨碍、民事权益面临现实危险、无权占有的情况下,且未造成上述的损害,即使“行为人因过错侵害了他人民事权益”,其也无须承担任何侵权责任。由此可见,第6条并不是一条严格的请求权基础规范。在这一意义上,《侵权责任法》第6条的规定将与《民法总则》第120条的规定相同,都成为一条宣示性的条款。

(二) 应当区分不同性质的侵权责任方式规定不同的归责事由

第一,赔偿损失与恢复原状的适用以造成“损害”为要件。侵权法中的“损害”有两层含义:在较广的含义上,只要侵害他人民事权益,就已构成损害;在较窄的含义^⑥上,损

^⑤ 参见魏振瀛:《侵权责任方式与归责事由、归责原则的关系》,载《中国法学》2011年第2期;崔建远:《论归责原则与侵权责任方式的关系》,载《中国法学》2010年第2期。

^⑥ 在瑞士侵权法中,“损害”的概念严格限定在“财产损害”上,非物质性损害则被称为“非物质性的(精神)痛苦”。参见[瑞]海因茨·雷伊:《瑞士侵权责任法》(第4版),贺栩栩译,中国政法大学出版社2015年版,第48页、第121页。

害是指因侵害他人民事权益而造成的人身、财产或精神上的实际损害。^⑦ 承担赔偿责任或恢复原状的侵权责任所要求的“损害”显然是指后一种意义上的损害。在这一意义上,不能认为可以从“侵害他人民事权益”直接推导出“可赔偿的损害(实际损害)”的存在。因此,笔者建议赔偿损失、恢复原状的适用应该在“侵害他人民事权益”之外再明确规定“造成损害”这一要件。

第二,停止侵害、排除妨碍、消除危险的适用不要求行为人具有过错。这三种侵权责任方式一般被认为是具有预防性质的侵权责任方式。在世界范围内,损害的预防已经引起越来越多的关注。《欧洲示范民法典草案》与《欧洲侵权法原则》这两个较具影响力的比较法文件都以明确的条文规定了损害预防的问题。^⑧ 《侵权责任法》第21条对此也作了规定。“停止侵害、排除妨碍、消除危险”这三种侵权责任方式,关注的是一种“不法的状态”,而非“侵权行为”。只要存在“危及他人人身、财产安全”的情形,即可要求责任方改变、消除这一不法状态的存在。因此,笔者赞同,停止侵害、排除妨碍、消除危险的适用不以行为人具有过错为构成要件。

第三,赔礼道歉、消除影响、恢复名誉的适用应该限于侵害他人人身权益造成精神损害的情形。一方面,侵害他人财产权益造成损害,不应也无须适用赔礼道歉、消除影响、恢复名誉的侵权责任方式。另一方面,在轻微的侵害他人人身权益的案件中,如果并未造成受害人精神损害,亦无须赔礼道歉、消除影响、恢复名誉。这主要是为了保护行为人的的人格权益,如果动辄须向他人赔礼道歉,于行为人自无人格尊严可言。不过需要注意的是,此处造成的精神损害并不要求达到严重程度,只要事实上造成了精神上的损害即可,此点可参见下文关于精神损害赔偿制度部分的讨论。

三、完善数人的侵权责任承担制度

《侵权责任法》第8-12条规定了数人的侵权责任承担规则。这些规定总体上是合理的,但是其中第10条与第12条的规定存在一定的缺陷,需要予以改进。^⑨

(一) 对于共同危险行为责任承担规则的完善

《侵权责任法》第10条规定了共同危险行为中的责任承担规则,^⑩“二人以上实施

^⑦ 正是在这种区分之上,我们才能顺畅地讨论这一经典案例——如果行为人非法进入他人的土地,即使未造成实际损害,也须承担侵权责任。参见[美]丹·B.多布斯:《侵权法》,马静等译,中国政法大学出版社2014年版,第85-86页。

^⑧ 《欧洲示范民法典草案》第6卷第1:102条;《欧洲侵权法原则》第2:104条。分别参见欧洲民法典研究组、欧洲现行私法研究组编著:《欧洲示范民法典草案:欧洲私法的原则、定义和示范规则》,高圣平译,中国人民大学出版社2012年版,第312页;欧洲侵权法小组编著:《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4页。

^⑨ 《侵权责任法》第9条第2款的规定也不尽合理,应当予以修改。具体讨论参见下文监护人责任部分的论述。

^⑩ 我国《民法通则》并未就共同危险行为进行规定,但是司法实务界对于危险行为理论在20世纪90年代初即有所采用。参见杨立新:《侵权责任法》,法律出版社2010年版,第104页。

危及他人人身、财产安全的行为,其中一人或者数人的行为造成他人损害,能够确定具体侵权人的,由侵权人承担责任;不能确定具体侵权人的,行为人承担连带责任”。通说认为,依据此规定,已经证明自己不是侵权人的“共同危险行为人”只有在具体侵权人得以确定的情况下才可以免责。因此,《侵权责任法》第10条的规定改变了《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》(法释[2003]20号,以下简称《人身损害赔偿司法解释》)第4条的规定,后者规定“共同危险行为人能够证明损害后果不是由其行为造成的”,即可不承担赔偿责任。笔者认为,《人身损害赔偿司法解释》的规定更具合理性,侵权责任编应当回归这一规定。

1. 《侵权责任法》第10条的三个矛盾

(1) 概念矛盾——无因果关系的行为人不属于共同危险行为人。在受害者举证证明某人属于共同危险行为人时,其必须证明该人的行为与损害的产生可能具有因果关系。否则,共同危险行为人的范围可能无限扩大。而当一个所谓的“共同危险行为人”已经证明其行为与损害结果之间不具有因果关系时,他就已经不再是“共同危险行为人”了。试举一例,以兹说明。五人在街边燃放烟花,其中一人燃放的二踢脚造成附近一家仓库着火。有证据证明,五人中有三人都在燃放二踢脚,而另外两人燃放的是其他种类的烟花。^①在此例中,如果我们承认由于其中两人燃放的是其他种类的烟花而非二踢脚,其燃放行为与损害结果之间的因果关系确定地不成立,因此,这两个行为人也就不属于本案中的共同危险行为人。那么如果这三个燃放二踢脚的人中的一人甲能够证明损害与其行为同样不存在因果关系,例如引燃仓库的二踢脚是A品牌,而甲当时燃放的是B品牌的二踢脚,此时法律就没有任何理由将甲与已经免责的两个燃放其他种类烟花的行为人区别对待,换言之,法律应当允许甲免责。在甲已经证明其行为与损害后果之间不存在因果关系的情况下,甲自然已经不再属于共同危险行为人,此属显然。

(2) 规则矛盾——《侵权责任法》第10条内部的法律逻辑矛盾。依据《侵权责任法》第10条的规定,共同危险行为中,如果具体的侵权人能够确定,则由该具体侵权人承担责任,其他行为人可以免责。在这里,非实际侵权人的其他行为人之所以能够免责,就是因为其行为与损害结果之间不存在因果关系。由此可见,在因果关系不存在的情况下,侵权责任法并不“惩罚”单纯的“过失”。在具体侵权人不能确定,但是部分行为人已经证明其行为与损害之间不存在因果关系的情形下,这一规则为何却不能适用呢?此时,侵权人在一定程度上也是确定的,即那些尚不能够证明因果关系不成立的行为人。将这些行为人作为一个整体,就是确定的具体侵权“人”。

(3) 体系矛盾——《侵权责任法》第10条与第12条之间的体系矛盾。这一体系矛盾是指,不允许无因果关系行为人的免责会产生情节轻重与责任轻重不相适应的矛盾。根据《侵权责任法》第12条的规定,无意思联络的分别侵权行为造成同一损害的,能够确定责任大小的,各自承担相应的责任。其中,如果一个行为人证明了其行为与损害后

^① 案例的选取与分析,参见王利明:《侵权责任法研究》(第2版),中国人民大学出版社2016年版,第559页。

果之间不存在因果关系,自然就无须再承担任何侵权责任。相较而言,共同危险行为中的行为人主观状态仅表现为过失,而分别侵权中的行为人主观状态很有可能为故意,但是前者却要承担较后者更为严苛的责任,此体系矛盾已十分明显。

2. 允许无因果关系行为人免责不会导致对于受害人无救济的情形

法律之所以将共同危险行为规定为各危险行为人之间承担连带责任,这是因为不作此种连带责任的规则设置,受害人可能根本就无法获得任何赔偿,因为明确的因果关系难以证明。但是,承认无因果关系的行为人免责,并不会导致受害人无法获得任何救济的结果,因为仍然存在其他的行为人对损害结果承担连带责任。所有的行为人都证明自己的行为与损害后果之间不存在因果关系,这种情形在共同危险行为中并不会发生。因此,允许无因果关系行为人免责并不会引发导致受害人无救济的担忧。

(二) 对于无意思联络的分别侵权责任承担规则的完善

《侵权责任法》第12条规定了无意思联络的分别侵权行为的责任承担,根据该条规定,“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害,能够确定责任大小的,各自承担相应的责任;难以确定责任大小的,平均承担赔偿责任”。笔者认为,该条前半段的规定是合理的,即各侵权行为人根据各自行为与损害结果的原因力大小来确定各自应当承担的责任。但是,该条后半段的规定,则是不合理的,应当予以删除。

1. 第12条后段的批评之一——因果关系的考量

第12条前段的情形与后段的情形在性质上具有相当大的差异。对于第12条后段所适用的情形而言,“难以确定责任大小”主要是指各行为人各自的行为与损害后果之间的原因力大小难以得到确定地划分。但是,这数个侵权行为作为一个整体,与损害后果之间是确定地成立因果关系的。没有其中的任何一个行为,都不会有最终的损害发生。这种情形下的因果关系主要体现为叠加因果关系,行为人原则上应当承担连带责任。^⑫这也是比较法上多数国家的做法。例如,在德国就将此情形称为“间接共同侵权”,各侵权人承担连带责任。^⑬

需要注意的是,第12条后段适用的情形,在性质上不同于因果关系不明的情形。所谓因果关系不明,是指在侵权行为是否与损害后果之间成立因果关系并不明确,例如共同危险行为就是典型的因果关系不明的情形。但是,第12条后段所说的“难以确定责任大小”,并不是指各分别侵权行为与损害后果之间是否成立因果关系尚未得到证明,而是仅指各分别侵权行为与损害后果之间的原因力的大小、比例难以确定。在因果关系不明时,应当通过证据法的规则,或推定为因果关系成立,或由负有举证责任的一方承担举证不能的不利后果。法律只需明确,在整个第12条适用的情形中,其前提都是各分别侵权行为与损害后果之间存在一定的因果联系。

^⑫ 对于叠加因果关系下各行为主体应当对损害后果承担连带责任的理论分析,参见张新宝、汪榆森:《污染环境与破坏生态侵权责任的再法典化思考》,载《比较法研究》2016年第5期。

^⑬ 参见前引^⑧,欧洲侵权法小组编著书,第200-202页。

2. 第12条后段的批评之二——对于受害人的保护过于薄弱

第12条后段径直规定为按份责任的做法,使得对于受害人的保护过于薄弱。连带责任与按份责任之间的区别就在于当存在部分责任人丧失承担责任的能力时,该部分责任无法偿付的风险由谁承担。在按份责任,部分责任人无法偿付的风险由受害人承担;在连带责任,这一风险则由其他的责任人承担。在第12条后段的情形,我们可以比较两个主体:一个是没有实施任何侵权行为,却遭受到损害亟需损害赔偿的受害人;另一个是实施了侵权行为,并且该侵权行为对于最终的整体损害后果具有必要的因果关系的侵权人,如果没有他的这一侵权行为,作为整体的损害就不会发生。对于这两个主体,第12条后段现在的规定无疑选择了宁可保护侵权人,也不保护受害人的做法。这一规定对于以救济受害人并制裁侵权人为价值取向的侵权责任法而言,实在难谓妥当。

还需注意到,《民法总则》在第177条、第178条分别规定了按份责任与连带责任项下各责任人的责任承担。其中,第177条明确规定,只有在承担按份责任的前提下,难以确定责任大小的,才平均承担责任。但是,《侵权责任法》第12条后段显然并不满足“各侵权人承担按份责任”这一论证前提。

但是,笔者同时认为,作为侵权责任编中具有总则意义的条文,也不宜直接规定在难以确定责任大小时,各行为人对损害后果承担连带责任。这是因为考虑到“在大规模侵权诉讼或者某个侵权人对侵权的促进作用很小的情况下”,如果“让一个过失和对损害的推动都很微小的侵权人来承担全部的损失”,可能会过于残酷。^⑭ 因此,更好的做法是,对于责任难以确定的情形暂不做规定,留待法院在具体案件中依据以连带责任为原则、按份责任为例外的精神灵活处理。但是,可以肯定的是,第12条后段径直规定为按份责任显然是不合理的。

四、构建系统的损害赔偿体系

我国现行《侵权责任法》将损害划分为人身损害、财产损害以及精神损害,并分别在第16-20条、第22条做出了规定。这些规定总体上来看是合理的,但是规定得过于简单。在侵权责任编的编纂中,应该进一步完善相关制度,以期构建起一个更为系统的侵权责任损害赔偿体系。此外,《民法总则》第179条第2款规定了惩罚性赔偿,侵权责任编也应当予以细化。

(一) 完善人身损害赔偿制度

《侵权责任法》第16条规定了人身损害赔偿的一般规则。该条第二句和第三句分别规定了残疾赔偿金和死亡赔偿金。然而,对于如何具体确定残疾赔偿金与死亡赔偿金的数额,却并未作出具体规定。《人身损害赔偿司法解释》对于残疾赔偿金与死亡赔偿金的计算方法做了详细规定。这一司法解释的相关规定总体上来看是正确的。笔者

^⑭ [荷]J. 施皮尔主编:《侵权法的统一:因果关系》,易继明等译,法律出版社2009年版,第209页。

认为,侵权责任编可以适当予以吸收,对确定残疾赔偿金和死亡赔偿金的重要考量因素作出框架性规定,主要包括受害人的年龄以及受害前的收入状况。

对于死亡赔偿金与残疾赔偿金的性质,有不同的学说与观点。^⑮ 笔者认为,不论是死亡赔偿金还是残疾赔偿金,其赔偿的目的都应当与侵权责任法损害填补的总目的相一致,即通过支付损害赔偿金尽量使得受害人回复到侵权行为发生前的状态。对于死亡赔偿金而言,其不是对于死者生命的赔偿,因为生命是无价的,而是对于因侵权行为导致受害者死亡所引起的近亲属的各种利益损失的赔偿,其目的是为了维持死者近亲属未来的生活水平。^⑯ 对于残疾赔偿金而言,其目的是为了维持受害人未来的生活水平。在确定死亡赔偿金和残疾赔偿金数额时,“回复原状”的原则应当得以贯彻。

基于这样的考虑,笔者认为,不论是死亡赔偿金还是残疾赔偿金,在确定其数额时都需要着重考虑以下两个因素:一是被侵权人受害时(死亡时)的年龄,二是被侵权人受害前(死亡前)的收入状况。当然,在具体个案中,法官应当根据具体情形,同时考虑其他因素来确定赔偿金的数额。

(二) 完善财产损害赔偿制度

《侵权责任法》中关于财产损害赔偿的规定有两个条文,分别规定了财产损失以市场价格计算的原则(第19条)以及侵害他人人身权益造成财产损失时赔偿数额的确定规则(第20条)。笔者认为,在财产损害赔偿部分,应当增加规定财产损害赔偿的一般原则以及损益相抵的规则。

1. 增加规定财产损害赔偿的一般原则

所谓财产损害赔偿的一般原则,是指“侵害他人财产造成损失的,侵权人应完全赔偿直接损失,并赔偿合理的间接损失”,即直接损失完全赔偿、间接损失合理赔偿。我国侵权责任理论通说认为,直接损失是指已得利益的丧失,间接损失是指虽然在受害时尚不存在,但是受害人如果不受侵害通常必然会得到的利益。^⑰

对于直接损失需要完全赔偿,这是由侵权责任法损害填补的制度目的所决定的。对于财产损失支付损害赔偿金,其首要目标就是填补损害,即“通过支付金钱,在金钱可能的范围内,使受害人回复到其没有受到侵害的状态”。^⑱ 对于间接损失只能合理赔偿,这是由间接损失较高的不确定性决定的:一方面,如果没有受到侵害,当事人是否能获得这些“间接损失”是不确定的;另一方面,由此导致哪些损失项目应该属于可获赔偿的间接损失也是不确定的。因此,面对各种不同的案件类型,法律不宜一刀切式地规定可获赔偿的间接损失的范围。而规定间接损失合理赔偿,其本质是赋予法官在具体个案

^⑮ 关于死亡赔偿金性质的不同观点的详细讨论,可以参见张新宝:《〈侵权责任法〉死亡赔偿制度解读》,载《中国法学》2010年第3期。关于残疾赔偿金不同学说的介绍,可以参见张新宝:《侵权责任法》(第4版),中国人民大学出版社2016年版,第107页。

^⑯ 前引⑮,张新宝文。

^⑰ 参见张新宝:《中国侵权行为法》,中国社会科学出版社1995年版,第36页。

^⑱ 前引⑧,欧洲侵权法小组编著书,第208页。

中一定的自由裁量权。但是需要注意,能够获得赔偿的间接损失,应当是在受害人如果不受到侵害时必然或者极有可能获得的。^{①9}

2. 增加规定损益相抵的规则

损益相抵是一条侵权法理论中较无争议的规则,即“被侵权人因遭受侵害同时也获得财产利益的,财产损失的赔偿应减扣其所受利益部分”。这一规则的出发点是任何人不应从他人的过错中获利这一法律理念。但在实际操作中,损益相抵规则的具体应用要比初看上去复杂得多。

第一,受害人所得的财产利益必须与侵害行为具有因果关系。即如果没有该侵害行为,受害人就不会获得该财产利益。这种因果关系如果越紧密,就越有可能适用损益相抵规则;这种因果关系如果越松散,则越不可能适用损益相抵规则。^{②0}

第二,在该情形下适用损益相抵规则的后果是公平合理的。在考虑是否公平合理时,应当加以权衡的因素包括损害的类型、造成损害的人所负责的性质,以及在第三人授予利益的情形下其授予该利益的目的等。^{②1}

需要注意,对于损益相抵规则究竟在哪些情形下可以适用,在哪些情形下不宜适用,同样难以作一刀切式的划分,^{②2}而应当交由法官在具体案件中进行个案衡量。

(三) 完善精神损害赔偿制度

1. 将可获赔偿的精神损害范围由严重精神损害扩展到一般程度的精神损害

《侵权责任法》仅在第22条以一个条文规定了精神损害赔偿,根据该条规定,精神损害只有达到严重的程度才能请求精神损害赔偿。笔者认为,侵权责任法中的精神损害赔偿的范围可以适当地扩大,将一般程度的精神损害也纳入可获赔偿的范围。在对精神损害作一般程度的精神损害与严重精神损害划分的基础上,对于前者予以适当的赔偿,对于后者予以较高数额的赔偿。

(1) 对精神损害赔偿应持较为开放的态度

精神损害,在比较法上有时也表述为“无形损失”、^{②3}“精神痛苦”^{②4}。一般是指因侵权行为造成的受害人的“痛苦、精神损害、焦虑、享受的减损、自主权的丧失以及类似的无形损害”“只要无形损害真实,其确切形式就无关紧要。所有这些损害都可以被称为痛苦(distress)或精神损害(emotional harm)”。^{②5}在比较法上,还有一个概念是“非财产

^{①9} 参见前引^{①5},张新宝书,第29页。

^{②0} 参见[德]克里斯蒂安·冯·巴尔、[英]埃里克·克莱夫主编:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案(全译本)》(第5-7卷),王文胜等译,法律出版社2014年版,第731页。

^{②1} 参见前引^{②0},[德]克里斯蒂安·冯·巴尔、[英]埃里克·克莱夫主编书,第731-733页。

^{②2} 参见[德]U. 马格努斯主编:《侵权法的统一:损害与损害赔偿》,谢鸿飞译,法律出版社2009年版,第294-295页。

^{②3} 参见[澳]彼得·凯恩:《阿蒂亚论事故、赔偿及法律》(第6版),王仰光等译,中国人民大学出版社2008年版,第171页。

^{②4} 参见[德]克里斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法(下卷)》,焦美华译,张新宝审校,法律出版社2001年版,第83页以下。

^{②5} 前引^⑦,[美]丹·B. 多布斯书,第709页。

损害”,非财产损失包括精神损害与人身伤害。^{②6}对于精神损害赔偿,各国侵权责任法主要有两种态度倾向:一种是较为开放的态度,倾向于对精神损害予以赔偿,这主要存在于受拿破仑法典影响的国家;另一种则是较为保守的态度,即对于精神损害赔偿设置许多限制性条件,例如必须达到较为严重的程度方能获得赔偿,大陆法系的德国等国与英美法系的英国传统上都倾向于这一保守态度。^{②7}笔者认为,侵权责任编对于精神损害赔偿的制度构建应该持开放的态度。

第一,两种不同类型的精神损害情形。在原则上,仅仅侵害财产权益不会导致可获赔偿的精神损害,精神损害赔偿仅发生在侵害人身权益的情形。对于人身权益,尤其是人格权益,可以依其性质划分为两种类型,一种是物质性的,另一种则是非物质性的。对于物质性人身权益的损害,当事人所受到的精神痛苦并不是唯一的损害。但是,对于非物质性人身权益的损害,当事人所受到的精神痛苦很有可能就是唯一的损害。例如,在侵害名誉权时,当事人所受的精神损害就处于核心地位。^{②8}

如果说在侵害物质性人格权益这一类型的侵权案件中较为审慎地对待精神损害赔偿还有一些道理的话,那么对于侵害非物质性人身权益的侵权案件而言,仍然对于精神损害赔偿持相当保守的态度就只能是说是在一定程度上助长侵权人进行侵权的动力了。因为这类案件中唯一的损害就是受害人的精神痛苦,在保守的侵权责任法下,受害人可能得不到任何的损害赔偿,侵权人也可能不用承担任何实在的侵权责任。

第二,承认一般程度的精神损害亦可获赔偿,不会引起“水闸效应”的担忧。对于精神损害赔偿持较为保守态度的一个重要理由,即如果不对精神损害赔偿设置较为严格的限制条件的话,“会导致这种赔偿请求如同洪水一样涌向法院,从而阻碍法院的正常运转”,并导致社会资源的浪费。^{②9}但是,这一担忧是建立在一个前提之上的,即受害者会因精神损害赔偿的诉讼获得较为可观的精神损害赔偿金。正是赔偿金数额上的可观,才会对原告产生积极诉讼的有效激励。如果赔偿金的数额并不大,仅仅具有一定的名义上的价值,那么就只有那些真的感受到精神痛苦的受害人才会坚持诉讼,因为他们而言,重要的不是赔偿金的数额,而是“有”或“没有”获得这笔赔偿金。而对于存在滥诉风险的原告而言,如果可以期许的赔偿金数额并不是可观的,那他们就会丧失诉讼的激励。基于这一分析,在承认一般程度的精神损害并仅给予并不可观的、但是合理的(往往是名义性的)赔偿金时,就没有太大必要担心所谓的“水闸效应”。

第三,可获赔偿的精神损害的范围逐步扩大是历史趋势。精神损害赔偿制度具有一定的复杂性,不太可能总结出放之四海皆准的标准模式。但是,应当注意到,随着人类文明的发展,作为民事主体的人必然越来越重视精神层面的权益,侵权责任法也必然越来越重视对于精神权益的保护。从实证层面观察,可获赔偿的精神损害的范围正在

^{②6} 参见前引⑧,欧洲侵权法小组编著书,第234-235页。

^{②7} 参见前引②④,[德]克雷蒂安·冯·巴尔书,第87-97页;前引②③,[澳]彼得·凯恩书,第88-89页。

^{②8} 有美国学者也发表了同样的看法。参见前引⑦,[美]丹·B.多布斯书,第709页。

^{②9} 参见前引②③,[澳]彼得·凯恩书,第89页。

逐步扩大。例如,德国在 21 世纪初就取消了以往在严格责任中适用精神损害赔偿救济的限制,而这被评论家普遍认为是具有重要意义的。^⑩从逻辑上看,同样是受害人遭受精神上的痛苦,对于人身伤害案件中的精神损害赔偿请求,各国法院往往都予以支持,^⑪没有充分的理由在侵害非物质性人身权益的案件中拒绝受害人的精神损害赔偿请求。^⑫

(2) 严重的精神损害与一般程度的精神损害的判断标准

《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》(法释[2001]7号,以下简称《精神损害赔偿司法解释》)对于精神损害赔偿的具体情形进行了规定。这一规定大体上是合理的。笔者认为,可以对于这一司法解释的规定予以吸收。严重精神损害以造成严重的后果为要件,例如严重的精神痛苦、亲属关系的严重损害等。严重精神损害以外的其他精神损害都是一般程度的精神损害。

(3) 确定精神损害赔偿数额的参考因素

《精神损害赔偿司法解释》第 10 条规定了在确定精神损害赔偿数额时应当参考的因素。这一规定总体上是合理的,笔者认为可以对此适当予以吸收。惟应注意,对于其中第(五)项规定的“侵权人承担的经济能力”,笔者认为应当予以剔除,不应作为考量因素。因为需要赔多少钱是一回事,能不能赔得起则完全是另一回事。这就好比“有关入室盗窃的法律不仅保护一般人免于因此导致财政崩溃,也保护那些把一千块钱看得比孩子眼中的一分钱还不如的百万富翁”。^⑬法律既不会因为受害人的富有而减少赔偿的数额,也不会因为加害人的富有而加重赔偿的数额。

2. 细化规定侵害人格权益情形下的精神损害赔偿

在民法典的编纂过程中,就是否专设人格权编的问题曾引起很大的争论。立法部门最后并未采纳专设人格权编的建议,而是在《民法总则》的“民事权利”一章对于一般人格权与具体人格权作了一些框架性规定,同时在“民事责任”一章也作了零星的规定,例如第 185 条关于侵害英雄烈士人格权益侵权责任的规定。然而,不论立法体例采何种模式,加强人格权保护注定是历史的必然趋势。为了更好地保障民事主体的人格权益,有必要对于《民法总则》中的这些规定进行细化。在目前的立法体例下,这些规定应当主要细化于侵权责任编中。

《侵权责任法》对于侵害物质性人格权益的侵权责任作了较为完整的规定,但是对于侵害非物质性人格权益的侵权责任则规定的较少。从比较法上看,各国在前者也具有较多的共识,而在后者则不论在理论还是在实务上都表现为一个“游离不定的五彩世

^⑩ 参见 J. Fedtke, Germany, in H. Koziol, B. Steininger (eds.), *European Tort Law* 2001 (2002) 232 et seq. 转引自前引^⑧, 欧洲侵权法小组编著书, 第 235 页。

^⑪ 参见[奥]伯恩哈德·A. 科赫、[奥]赫尔穆特·考茨欧主编:《比较法视野下的人身损害赔偿》,陈永强、徐同远等译,中国法制出版社 2012 年版,第 475 页。

^⑫ 正如一位欧洲评论家所评述的,“对人格权的保护必须包括那些不能从生理意义上‘损坏’(如身体完整性),而只能从精神上加以损害的人格利益”。前引^⑩,[德]克雷蒂安·冯·巴尔书,第 102 页。

^⑬ [美]乔尔·范伯格:《刑法的道德界限(第一卷):对他人的损害》,方泉译,商务印书馆 2013 年版,第 66 页。

界”。^{③④}因此,作为一部面向未来的民法典的分则,侵权责任编应当更加重视侵害非物质性人格权益的侵权责任的规定。侵害非物质性人格权所造成的损害在性质上主要是精神损害,这些损害需要得到赔偿。这也是上文所述将精神损害赔偿扩大到一般程度的精神损害的原因之一。因此,笔者认为,侵权责任编在对于侵害人格权益侵权责任进行细化规定时,尤其要重视具体化其中的精神损害赔偿规定。

(四) 完善惩罚性赔偿制度

惩罚性赔偿一直是侵权责任法中具有较大争议的问题。《民法总则》第179条第2款规定,“法律规定惩罚性赔偿的,依照其规定”。这既包括民法典之外的其他法律对于惩罚性赔偿的规定,也包括民法典内部的法律条文对于惩罚性赔偿的规定。后者主要存在于侵权责任编部分,因此侵权责任编对于惩罚性赔偿问题有必要进行一定程度的细化规定。目前,《侵权责任法》中关于惩罚性赔偿仅在“产品责任”一章中规定了一个条文(第47条)。笔者认为,侵权责任编可以适当扩大惩罚性赔偿的适用范围。

惩罚性赔偿通常是指超过受害人所遭受的实际损失数额的赔偿金。由于惩罚性赔偿乍看上去会引发人们关于对行为人科以过重的义务以及使受害人获得过多的利益的忧虑,所以“原则上,大陆民法体系不赞成惩罚性赔偿金”,体现出表面上对惩罚性赔偿金“根本的拒绝”的态度。^{③⑤}但是,实际情形并非初看起来这样简单。

惩罚性赔偿金实际上存在于两种不同的情形。在第一种情形,实际损害的数额是可以确定的,但是行为人需要支付给被害人更多数额的赔偿金。这是惩罚性赔偿的典型表现形式,例如《消费者权益保护法》第55条、《食品安全法》第148条规定的惩罚性赔偿金。但是,惩罚性赔偿还存在第二种情形,即实际损害的数额本身就是不确定的,而最终的赔偿金数额则有赖于法官在个案中的判断。正是因为实际损害数额的难以确定,所以在某些观察者看来完全是正常的补偿性赔偿金的部分,在另外一些观察者看来却已经属于惩罚性赔偿的部分了。^{③⑥}这两种情形的惩罚性赔偿在性质上是具有较大差异的,对于前者而言,确实会引发上述担忧,而应当严格地限制其适用范围。但是对于后者而言,虽名为“惩罚性”赔偿,其主要的功能仍然是对于原告的补偿以及对于原告私权的维护,^{③⑦}因而可以具有较宽松的适用余地。实际上,对于后一种惩罚性赔偿,不仅在美国法上大量存在,即使是在欧洲大陆法系的法律实践中,也早已“隐秘的接受”了。^{③⑧}

基于上述分析,笔者认为,侵权责任编可以适当扩大惩罚性赔偿的适用范围,例如在环境生态侵权、严重侵害人格权益等情形中,适当规定惩罚性赔偿金的适用。当然,

^{③④} 参见前引②,〔德〕克雷蒂安·冯·巴尔书,第70页、第106-109页。

^{③⑤} 参见〔奥〕赫尔穆特·考茨欧、〔奥〕瓦内萨·威尔科克斯主编:《惩罚性赔偿金:普通法与大陆法的视角》,窦海阳译,中国法制出版社2012年版,第355-358页。

^{③⑥} 比较法上“加重赔偿金”与“惩罚性赔偿金”的关系问题就是一个十分典型的例子。在英国法中,惩罚性赔偿与加重性赔偿是两个不同的概念。但是在美国法中,惩罚性赔偿与加重性赔偿则几乎可以替换使用。参见前引③,〔奥〕赫尔穆特·考茨欧、〔奥〕瓦内萨·威尔科克斯主编书,第323页以下。

^{③⑦} 参见前引③,〔奥〕赫尔穆特·考茨欧、〔奥〕瓦内萨·威尔科克斯主编书,第349-350页。

^{③⑧} 参见前引③,〔奥〕赫尔穆特·考茨欧、〔奥〕瓦内萨·威尔科克斯主编书,第358-362页。

基于惩罚性赔偿的特殊性质,其适用仍然应当受法律较为严格的限制。

五、完善侵权责任抗辩事由的规定

《侵权责任法》第三章“不承担责任和减轻责任的情形”规定了过错相抵、受害人故意、第三人原因、不可抗力、正当防卫、紧急避险等六种抗辩事由。其中不可抗力、正当防卫与紧急避险在《民法总则》第180-182条已经作了规定,侵权责任编无须再作规定。此外,笔者认为应当增加受害人同意与自愿承担风险、自助行为以及法律授权行为作为不承担侵权责任的抗辩事由。

第一,增加规定受害人同意与自愿承担风险作为抗辩事由。受害人同意与自愿承担风险是各国侵权法普遍承认的抗辩事由。作为一项抗辩事由,“受害人同意”要求受害人作出的必须是有效的同意,因此受害人在作出同意的表示时必须具有健全的意志。而且,受害人在表示同意时应当是知情的,即被害人在作出同意时是“已经认识到或者可以合理地被期待认识到”其将要同意的行为所可能产生的后果以及该“同意”将产生的后果。^{③⑨}此外,如果受害人的同意“违反了法律或与法律制度的基本伦理价值不相符”,这一同意也可能是无效的。^{④⑩}受害人自愿承担风险可以作为一项抗辩事由体现的也是“对正义的一般考虑。如果一个人自愿暴露于危险,意味着他对损害发生的风险的接受,那么他就不能抱怨这种损害”。^{④⑪}在具体案例中,受害人自愿承担风险能否作为一项抗辩事由,关键在于,针对具体个案中的情形,一个中立的旁观者是否可以认为受害人确实是接受了这种风险。因此,这一抗辩事由的适用在很大程度上取决于个案的考察。^{④⑫}

第二,增加规定自助行为作为抗辩事由。广义上的合法自助行为包括了正当防卫与紧急避险。^{④⑬}但是,相较于正当防卫与紧急避险,狭义上的自助行为所针对的不法状态并非如此紧急以至于必须由当事人自己来“执行法律”。因此,从各国的规定看,自助行为适用的范围是十分有限的。^{④⑭}笔者认为仍然有必要将自助行为规定为一项抗辩事由。因为在以下两种情形下自助行为仍有适用余地:一是无法及时获得国家力量的帮助。例如典型的“某人被盗后,碰巧发现有人拿着他的东西走在路上”这一例子。^{④⑮}二是由于情节轻微,实际上并没有寻求国家力量帮助的必要。^{④⑯}例如,私人车位被他人的车辆占用,在无法与车主取得联系的情况下,车位所有权人以私力锁扣该车。

^{③⑨} 参见前引②⑩, [德]克里斯蒂安·冯·巴尔、[英]埃里克·克莱夫主编书,第619页。

^{④⑩} 前引②⑩, [德]克里斯蒂安·冯·巴尔、[英]埃里克·克莱夫主编书,第619页。

^{④⑪} 前引②⑩, [德]克里斯蒂安·冯·巴尔、[英]埃里克·克莱夫主编书,第620页。

^{④⑫} 参见前引②⑩, [德]克里斯蒂安·冯·巴尔、[英]埃里克·克莱夫主编书,第620-621页。

^{④⑬} [德]克雷蒂安·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610页。

^{④⑭} 参见前引⑧,欧洲侵权法小组编著书,第178页;前引④③, [德]克雷蒂安·冯·巴尔书,第611-612页。

^{④⑮} 前引⑧,欧洲侵权法小组编著书,第178页。

^{④⑯} 前引④③, [德]克雷蒂安·冯·巴尔书,第610页。

第三,增加规定法律授权行为作为抗辩事由。如果行为人的行为是基于法律的授权或者许可作出的,那么在该行为给他人造成了损害时,其可以进行抗辩,除非行为人的行为超出了法定权限或者以违法的方式作出。^{④7} 传统上认为这一抗辩事由的典型例子是警察行使逮捕权。但是对于一般民事主体而言,同样可以予以适用。在这一意义上,法律授权行为与自助行为存在重合的部分。因此,有观点认为法律授权行为提供的抗辩是“一种残余的抗辩”,其目的是帮助抗辩事由一章“恰当地融入整个法律体系”。^{④8} 这一观点是正确的。在具体适用上,法律的授权既包括明确的授予,也包括默示的允许。在本质上,本条抗辩事由的法理依据在于排除了行为人行为的违法性。

六、完善责任主体的特殊规定

《侵权责任法》第四章规定了关于责任主体的特殊规定。但是该章的内容规定比较简单,侵权责任编需要予以细化和完善。

(一) 完善监护人责任的规定

《侵权责任法》中关于监护人责任的规定只有第32条一个条文,规定得较为简单。笔者认为可以作如下完善:

第一,进一步明确监护人责任的构成要件。通常认为,监护人责任是一种经过一定调和的无过错责任:一方面,这里的“无过错”是指监护人是否具有过错在所不问,而不是指被监护人是否具有过错也在所不问。如果从一般理性人的标准来看,被监护人的行为也不具有过错而不应承担侵权责任,那么监护人自然也就无需承担任何侵权责任。因此,笔者认为应当增加规定“在当时情形,即使是具有完全民事行为能力的人也不对损害承担侵权责任的,监护人不承担侵权责任”,对此予以明确。另一方面,为了避免监护人承担过重的责任,第32条通过规定“监护人尽到监护责任的,可以减轻其侵权责任”来予以调和。但是目前“尽到监护责任”的措辞使得监护人对此很难举证证明,因此也难以达到平衡各方利益的立法目的。因此,笔者建议修改为“监护人已经合理履行监护责任的,可以减轻其侵权责任”。

第二,将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者的责任修改为连带责任。《侵权责任法》第9条第2款规定由教唆、帮助者承担侵权责任。对于教唆的情形而言,这一规定是妥当的,因为教唆一个无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为,起主要作用的是教唆者,其应当承担侵权责任。但是,对于帮助的情形而言,在实施侵权行为的过程中,起主要作用的仍然是该“无民事行为能力人、限制民事行为能力人”,这是“帮助”的应有之意。因此,如果要求帮助者承担侵权责任,而监护人仅在未尽到监护责任时承担相应的责任,一方面会使得帮助者承担过重的责任,

^{④7} 前引⑧,欧洲侵权法小组编著书,第179页。

^{④8} 参见前引⑩,[德]克里斯蒂安·冯·巴尔、[英]埃里克·克莱夫主编书,第659-660页。

另一方面也不利于激励监护人积极履行监护职责。因此,笔者建议在帮助的情形下,修改为“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,与该无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人承担连带责任”。

第三,增加规定委托监护时的责任承担规则。在实践中,监护人将监护职责委托给他人的情形时有发生。但是,监护职责是监护人的一项法定职责,监护人即使通过意定的方式将其委托给他人代为行使,仍然不能免除其依法应当承担的监护职责以及基于此产生的侵权责任。除非被委托人确有过错的,则应负连带责任。

(二) 完善用工者责任的规定

《侵权责任法》第34条、第35条分别规定了用工单位和用工个人的侵权责任承担规则。笔者认为,可以对此进行合并,统一规定为“用工者责任”。对于用工者责任,笔者建议作以下完善:

第一,明确“执行工作任务”的判断标准。《侵权责任法》第34条并没有规定“执行工作任务”的判断标准,《人身损害赔偿司法解释》第9条第2款对于“从事雇佣活动”的判断标准作出了规定。这一规定在实践中适用效果良好,可以予以借鉴。

第二,将用工个人责任修改为过错推定责任。根据《侵权责任法》第35条的规定,个人之间形成劳务关系的,用工个人也承担无过错责任。但是,随着社会的发展,各种用工形式不断丰富,个人用工的情形大量增加。应当注意到,用工个人与用工单位存在着明显的不同。相比较于被用工人,用工单位可能明显地处于优势地位,因此法律规定由其承担被用工人因执行工作任务所造成的侵权责任,以期对被害人提供更为周全的保护。但是,对于用工个人而言,其很可能并不比被用工人具有明显的优势地位。为了平衡各方利益,避免对于用工个人科以过于严苛的责任,笔者建议将用工个人的侵权责任修改为过错推定责任,即“用工个人在选任、监督、管理被用工人的过程中,能够证明自己已尽到必要的注意义务,或者即使尽到必要的注意而仍无法避免对他人造成损害的,不承担侵权责任”。在受害人因此不足以受偿时,“用工个人可以适当补偿”。

第三,增加规定被用工人故意、重大过失情形下的连带责任以及用工者在此情形下的追偿权。现行《侵权责任法》中对于被用工人的过错及其责任并没有进行规定,这可能导致一个严重的道德风险,即被用工人完全没有尽到合理注意义务的有效激励——因为不论如何,被用工人无须负担任何侵权责任。这显然与侵权法预防损害的制度目的背道而驰。用工者责任的目的在于“保护受害人的利益,而非使过错的雇员免于承担其个人责任”。^{④⑨} 因此,笔者认为,在被用工人因故意或者重大过失造成他人损害的情形下,其应当与用工者承担连带责任。而且在此情形,用工者承担赔偿责任后,应当赋予其请求被用工人承担相应责任的追偿权。至于该“相应的责任”范围的确定,应当综合考量被用工人的过错、其行为与损害的原因力等因素综合判断。

^{④⑨} [荷]J. 施皮尔主编:《侵权法的统一:对他人造成的损害的责任》,梅夏英、高圣平译,法律出版社2009年版,第403页。

(三) 完善网络侵权责任的规定

《侵权责任法》中仅以第36条一个条文规定了网络侵权责任,这难以适应当前互联网蓬勃发展的现实需要。《最高人民法院关于审理利用网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》(法释[2014]11号)则进行了十分详细的补充规定。其中有许多规定都是合理的,侵权责任编可以予以借鉴吸收。例如,该司法解释的第4条、第8条、第11条、第12条、第13条和第15条等。

(四) 完善违反安全保障义务的规定

《侵权责任法》第37条规定了安全保障义务。笔者认为,应当进一步规定安全保障义务的具体范围以及第三人侵权情形下安全保障义务人的追偿权。

第一,增加规定安全保障义务合理限度范围的判断标准。安全保障义务需要划定一定的合理限度范围,否则会对安全保障义务人科以过于严苛的责任。综合考量安全保障义务的法理依据,笔者认为可以依据以下因素确定:安全保障义务人是否有收益;风险或损害行为的来源及其强度;安全保障义务人控制、防范风险或损害的能力;受害人参加经营活动或者社会活动的具体情形。

第二,增加规定第三人侵权情形下安全保障义务人的追偿权。《侵权责任法》第37条第2款仅规定了第三人侵权时第三人的侵权责任以及安全保障义务人的补充责任,并没有规定安全保障义务人承担补充责任之后对于第三人的追偿权。笔者认为应当对此予以规定。在第三人侵权的情形,该第三人的侵权行为是损害发生的主要、直接的原因,安全保障义务人未尽到安全保障义务不应成为该侵权人对部分侵权责任(安全保障义务人补充责任范围内的责任)免责的理由。此外,赋予安全保障义务人以追偿权也有利于对侵权人产生更大的威慑效果。

(五) 完善教育机构侵权责任的规定

《侵权责任法》第38-40条规定的教育机构侵权责任总体上是合理的。但是,教育机构侵权责任是一种因未尽到教育、管理职责所导致的责任,本质上是一种过错责任(含过错推定责任)。因此,为了更好地指导实践,笔者建议增加规定教育机构责任的特殊免责事由,即“在学校的管理职责范围外发生的,以及由于学生自己的过失,或者由于其监护人没有尽到监护责任而造成学生人身损害后果的事故,学校行为并无不当的,不承担侵权责任”。

七、完善各项具体侵权责任制度

(一) 完善产品责任制度

第一,明确规定该章所称“产品”的范围。《侵权责任法》并没有规定产品责任中“产品”的具体范围,但是产品责任又适用无过错责任,因此如何确定“产品”的具体范围就显得十分重要。《产品质量法》第2条对于“产品”以抽象概念描述与否定排除相结合的方式进行了界定。笔者认为,该条规定可以予以吸收,在此基础上,应当对于一

些实践中容易产生争议的客体进行正面列举,将其纳入“产品”的范围,具体包括:导线输送的电能、利用管道输送的油品、燃气、热能、水等物;计算机软件、地图、海图、技术类书籍等应用性智力产品;药品、消毒药剂、医疗器械;初级农产品。

第二,增加规定缺陷的定义,明确缺陷的判断标准。产品责任的成立前提是因产品存在缺陷造成他人损害,但是《侵权责任法》中并没有规定“缺陷”的判断标准。《产品质量法》第46条则规定该法“所称缺陷,是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险;产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的,是指不符合该标准”。该条的前半段规定是科学的,但是该条后半段的规定则不尽合理。笔者认为,在存在国家标准、行业标准的情况下,也不宜认为是否符合该标准是判断是否存在不合理危险(缺陷)的唯一标准。因为国家标准与行业标准可能存在滞后或者遗漏,如果将其作为判断是否构成缺陷的唯一标准,不利于保护受害者。因此,笔者建议侵权责任编应当借鉴《产品质量法》第46条的规定同时删去该条后半句,明确规定,“缺陷是指产品存在危及他人人身、财产安全的不合理危险”。

第三,增加规定生产者与销售者的免责事由。《侵权责任法》第五章“产品责任”并未对生产者和销售者的免责事由作出规定。笔者建议在侵权责任编“产品责任”一章中对于生产者与销售者的免责事由作出明确规定。《产品质量法》第41条关于生产者免责事由的规定已经比较成熟,在实践中效果也较好,侵权责任编应当予以借鉴。但是《产品质量法》第41条的规定仅针对生产者,并未涉及销售者。笔者认为,基于相同的立法旨趣,还应增加规定销售者的免责事由,即“销售者能够证明生产者将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在的,不承担赔偿责任”。

(二) 完善机动车交通事故责任制度

第一,完善机动车交通事故责任的一般规定。《侵权责任法》并没有规定机动车交通事故责任的一般规定,而是在第48条以引致性条款的形式规定“依照道路交通安全法的有关规定承担赔偿责任”。侵权责任编不宜再采用这一立法模式:一方面,《民法总则》第11条已经规定,“其他法律对民事关系有特别规定的,依照其规定”。侵权责任编机动车交通事故责任一章中无须再作出类似规定。另一方面,引致性条文与侵权责任编的整体风格也不尽协调。第48条所指的“有关规定”主要是指《道路交通安全法》第76条。但是《道路交通安全法》第76条并没有就“机动车未依法投保责任强制保险”的情形作出规定。因此,笔者建议侵权责任编应当在《道路交通安全法》第76条的基础上,再增加规定“机动车未依法投保责任强制保险的,承担了赔偿责任的责任人有权在责任强制保险限额范围内向投保义务人追偿;投保义务人和侵权人不是同一人的,有权向投保义务人和侵权人追偿”,以此作为机动车道路交通事故责任的一般规定。

第二,增加规定挂靠、套牌、试乘、试驾、驾驶培训、代驾情形下机动车交通事故责任主体的确定规则。在机动车交通事故责任中,当机动车所有人与驾驶人不一致时,如何确定机动车一方的责任主体是一个重要的问题。《侵权责任法》已经就租赁、借用、转让并交付但未登记、盗窃、抢劫、抢夺等情形下的责任主体确定规则作了规定。但是实践

中还存在着许多其他情形,需要予以规范。《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3条、第5条、第7条、第8条分别规定了挂靠、套牌、试乘、机动车驾驶培训等情形下机动车一方责任主体的确定规则。这些规定可以吸纳到侵权责任编中来。此外,机动车试驾过程中引发交通事故、代驾机动车发生交通事故等情形在实践中也比较常见,因此,笔者建议侵权责任编也应对此作出规定:“机动车试驾过程中发生交通事故造成损害的,由驾驶人承担赔偿责任;提供试驾服务者有过错的,承担相应的赔偿责任。”“代驾的机动车发生交通事故致人损害的,由代驾人承担赔偿责任,代驾人为自然人的除外。”

第三,增加规定违法赛车、好意同乘情形下责任主体的确定规则。违法赛车和好意同乘都是实践中经常发生的现象,但是这两种行为存在一定的特殊性,因此,在确定侵权责任主体上应当作出特殊规定。违法赛车在性质上属于一种共同危险行为,但是具有一定的特殊性。在违法赛车情形中,不论具体的直接侵权人是否可以得到确定,所有的违法赛车参与者“参与违法赛车”的这一行为都与损害后果之间存在因果关系。因为导致损害后果的“危险(如超速等)驾驶行为”与所有参与违法赛车者的“违法赛车行为”之间存在因果关系。其他参与者的“违法赛车行为”引起、维持或强化了具体的直接侵权人的“危险驾驶行为”。这在性质上与教唆的情形有所相似。因此,对于违法赛车导致参与赛车之外的第三人遭受损害的情形而言,不论具体的直接侵权人是否得到了确定,所有参与赛车者的行为都与损害后果之间存在因果关系,应当承担连带责任。这也有利于对违法赛车行为产生较强的威慑作用。

“好意同乘”针对的是免费搭乘机动车发生交通事故造成搭乘人损害,被搭乘人是否需要承担侵权责任的问题。这与一般的机动车交通事故责任存在显著的不同。首先,好意同乘中被搭乘人不应承担无过错责任。机动车交通事故责任之所以适用无过错责任原则,是因为立法者首先明确机动车一方相较于行人一方处于优势地位。但是在好意同乘中,免费搭乘人与被搭乘人之间并不存在这一想象的不对等地位。其次,好意同乘特指免费搭乘的情形,被搭乘人仅负担义务而不享有权利,因此法律有必要对此进行利益的再平衡。笔者建议,被搭乘方仅在存在重大过失的情况下才应当承担赔偿责任。否则,会极大地激励被搭乘方选择拒绝免费搭乘。这既不利于增进社会和谐人际关系的建立,也不利于贯彻《民法总则》第9条规定的绿色原则。

第四,赋予道路交通事故社会救助基金管理机构(以下简称管理机构)以死亡赔偿金请求权。目前,对于因道路交通事故死亡的受害者如果没有近亲属或者近亲属不明时,管理机构是否有权要求侵权人给付死亡赔偿金这一问题,在司法实践中有不同做法。笔者认为,应当赋予该管理机构这一请求权:其一,赋予管理机构这一请求权,不会加重侵权人的负担,因为管理机构仅在受害者没有近亲属或者近亲属不明的情形下才代为行使这一请求权。其二,这也有利于充实基金的账户,促进基金良好运转。《侵权责任法》第53条规定了管理机构在垫付抢救、丧葬等费用之后向交通事故责任人的追偿权。但是考虑到并非每一次事故都能最终追偿成功,如果不将其他资金来源纳入该

基金,则该基金势必面临不能自给运作的境地。其三,道路交通事故社会救助基金是一项具有社会公益性质的基金,根据《侵权责任法》第53条的规定,其在特定情形下须履行“垫付相关费用”的义务,而且不同于一般个人的垫付行为,该基金的这一义务是法定义务因而必须履行。基于此,赋予管理机构以上述请求权也有利于实现该基金的权利和义务之间的平衡。

(三) 完善医疗损害责任制度

第一,完善《侵权责任法》第58条的规定。《侵权责任法》第58条使用“推定医疗机构有过错”的表述方式,容易引发误解。第58条的立法旨趣在于,只要满足该条规定的三种情况之一的,即在法律上认定医疗机构具有过错,需要承担医疗损害责任,而不能再以其他证据来证明医疗机构没有过错。因此,笔者建议将该条文的表述修改为“患者有损害,因下列情形之一的,医疗机构一方应承担过错责任”。

此外,对于该条列举的三种情形中的“违反其他诊疗规范的规定”是否可以直接认定医疗机构的过错,值得讨论。笔者认为,诊疗规范是一种经验规则,会随着医学的进步而不断变化,如果在诊疗规范之外有更好的处理方法,则此时违反该诊疗规范而依据更优的规范进行医疗处理,就不宜径行认定医疗机构具有过错。因此,笔者建议删去第58条第(一)项中对于“其他有关诊疗规范”的列举。

第二,增加患者个人信息控制权的规定。《侵权责任法》第62条规定了对于患者隐私及其病历资料的保护。但是隐私权与个人信息之间仍存在一定的差别。^⑩ 1995年9月,世界医师会总会通过《关于患者权利修正的里斯本宣言》,在“自己决定权”原则中增加了“患者有权拒绝参加医学研究或医学教育的权利”。这表明个人权利优越于社会或科学利益。医学研究自由与患者的个人信息控制权两个基本人权发生冲突时,原则上患者的个人信息控制权优先。^⑪ 因此,侵权责任编有必要明确规定患者的个人信息控制权。

第三,增加规定远程医疗责任。远程医疗已经在全球范围内展开了广泛的应用。^⑫ 在远程医疗中,包括作为邀请方的医疗机构、作为受邀请方的医疗机构以及患者三方主体。在远程医疗中,具体实施诊疗活动的仍然是作为邀请方的医疗机构。因此,远程医疗也不同于医疗机构之间的共同医疗行为。参考国际上的经验,笔者建议侵权责任编规定,“远程医疗服务中,作为邀请方的医疗机构,对远程医疗活动产生的患者损害承担赔偿责任,受邀请方的医疗机构仅提供诊疗咨询意见的,不承担赔偿责任。但属于共同医疗行为的除外。”

(四) 完善污染环境与破坏生态侵权责任制度

第一,应当增加规定破坏生态侵权责任。2014年修订的《环境保护法》增加了破坏

^⑩ 参见张新宝:《从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排》,载《中国法学》2015年第3期。

^⑪ 参见刘士国:《患者隐私权:自己决定权与个人信息控制权》,载《社会科学》2011年第6期。

^⑫ 对于远程医疗概念的详细讨论,可参见赵杰等:《远程医疗的发展现状与未来趋势》,载《中国卫生事业管理》2014年第10期。

生态侵权,并在该法第64条规定应当依照《侵权责任法》的有关规定承担侵权责任。但是目前《侵权责任法》中并没有破坏生态侵权的特别规定,笔者认为应当增加规定破坏生态侵权责任。破坏生态与污染环境都是生态环境侵权的具体侵权行为类型,二者在性质上具有一定的相似性。污染环境侵权责任适用无过错责任以及因果关系举证责任倒置规则的理由在破坏生态侵权责任中都可以得到满足。因此,二者可以适用同一套侵权责任规则。^{⑤③}

第二,在数人环境、生态侵权中扩大连带责任的适用。《侵权责任法》“环境污染责任”一章中仅以第67条一个条文规定了数人环境侵权的按份责任。笔者认为,环境、生态侵权适用无过错责任与因果关系举证责任倒置规则,使得第67条所规定的按份责任实际上只能在“严格比例因果关系”下方可适用。除此情形以外的其他数人环境、生态侵权,数个侵权人应当承担连带责任。^{⑤④}因此,笔者建议侵权责任编明确规定在数人环境、生态侵权中,如果无法确定各侵权人的侵权行为对损害后果所起作用的大小或者任何一个侵权人的侵权行为都足以导致损害后果的发生的,所有侵权人承担连带责任。

第三,增加规定企业法人等环境、生态侵权中相关个人的责任。实践中,法人实施环境、生态侵权的情形时有发生。原则上,根据法人独立人格的理论,该侵权责任应当由法人自身承担而与法人背后的相关个人无关。但是,“揭开公司面纱”理论也启示我们在特定情形下可以否认法人的独立人格,追究其背后相关个人的责任。这在环境、生态侵权领域中尤其具有积极意义。^{⑤⑤}因此,笔者建议在侵权责任编中增加规定,“企业法人等污染环境、破坏生态造成损害的,负责做出和实施该决定的法定代表人、实际控制人、直接受益人有过错的,承担连带责任。”

第四,增加环境、生态侵权责任较环境侵权公益诉讼责任优先受偿的规定。《民事诉讼法》第55条规定了环境民事公益诉讼。2015年发布的《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(法释[2015]1号)就环境民事公益诉讼进行了具体规定。环境民事公益诉讼制度与环境、生态侵权制度是不同的两个制度,由此分别产生的环境民事公益诉讼责任与环境、生态侵权责任也是两个不同性质的责任。侵权责任编没有必要就环境民事公益诉讼制度及责任作出规定,但是应当规定环境、生态侵权责任较其优先受偿。^{⑤⑥}这也符合《民法总则》第187条的立法精神。

(五)完善高度危险侵权责任制度

第一,完善高度危险责任的一般规定。作为高度危险责任的一般规定,《侵权责任法》第69条将高度危险仅规定为“从事高度危险作业”。这一规定难以将“占有、使用高度危险物”的情形涵盖在内,而“占有、使用高度危险物”显然也应当适用高度危险责任的相关规则。因此,第69条应作相应修改。

^{⑤③} 参见前引⑫,张新宝、汪榆森文。

^{⑤④} 参见前引⑫,张新宝、汪榆森文。

^{⑤⑤} 参见前引⑫,张新宝、汪榆森文。

^{⑤⑥} 参见前引⑫,张新宝、汪榆森文。

第二,适当扩大民用航空器致人损害免责事由的范围。《侵权责任法》第71条规定民用航空器致人损害的免责事由只有“受害人故意”一项,这一规定不尽合理:一方面,从规范体系的内在逻辑来看,第70条规定的危险性更高的民用核设施致人损害的情形,除受害人故意外,尚有“战争等情形”作为免责事由。如果认为危险性相对较低的民用航空器致人损害反而适用更严格的免责事由,在逻辑上并不自洽。^{⑤7} 另一方面,2016年修正的《民用航空法》第160条、第161条仍然分别规定“损害是武装冲突或者骚乱的直接后果”,以及损害完全或者部分是由于受害人过错造成的,侵权人可以不承担或者减轻赔偿责任。^{⑤8} 笔者认为,虽然是否应当一般性地规定不可抗力作为民用航空器致人损害的免责事由尚有进一步讨论的必要,但是适当扩大民用航空器致人损害免责事由的范围应当是《侵权责任法》第71条修改的方向。

(六) 完善物件损害责任与施工人责任制度

第一,将物件脱落、坠落与物件坍塌统一规定为过错推定责任。《侵权责任法》第85条、第86条将脱落、坠落与倒塌的情形作了区别,分别规定了不同的责任主体与归责原则,这不仅在理论上难以具有较强的说服力,也引起了实践中的混乱。笔者认为应当将物件脱落、坠落、坍塌等致害形式进行统一规定,“所有人、管理人或者使用人不能证明自己没有过错的,应当承担侵权责任”。此外,在设计、施工、监理等有过失的情形下,还应当赋予已经承担赔偿责任的所有人、管理人或者使用人对过错方的追偿权。^{⑤9}

第二,将“从建筑物中抛掷物品”的情形排除出物件损害责任。《侵权责任法》第87条将“从建筑物中抛掷物品”与“从建筑物上坠落的物品”致人损害的情形规定在一个条文中,并且适用统一的责任承担规则。这一规定是不合理的:其一,“从建筑物中抛掷物品”致人损害是典型的侵权行为致人损害,在学理上不属于物件损害责任。其二,第87条关于“从建筑物中抛掷物品”致人损害责任承担的规定难以彰显公平正义的制度价值,而且也正是因为这一公正性的丧失,使得其在司法实践中极难被有效执行。^{⑥0} 其三,随着社会的发展,监控设备大量增加,“难以确定具体侵权人”的情形大量减少,这也使得第87条关于“从建筑物中抛掷物品”的规定继续存在的价值大大降低。因此,笔者建议,将第87条中“从建筑物中抛掷物品”的规定删去,仅保留“从建筑物上坠落的物品造成他人损害”的情形,在这一情形下,“难以确定具体侵权人的,由所有人、管理人承担责任”。

第三,完善施工人责任。《侵权责任法》仅在第91条第1款规定了施工人责任。笔

^{⑤7} 参见前引⑮,张新宝书,第290页。

^{⑤8} 有学者认为,《民用航空法》关于民用航空器致第三人损害免责事由的所有规定都不应再予以适用,而应当统一地适用《侵权责任法》第71条的规定。参见周友军:《论侵权法上的民用航空器损害责任》,载《北京航空航天大学学报》(社会科学版)2010年第5期。笔者认为,这一观点尚值得商榷。

^{⑤9} 参见张新宝、吴婷芳:《物件致人损害责任的再法典化思考》,载《现代法学》2017年第2期。

^{⑥0} 根据一份调研报告的材料来观察,某市2011年1-6月的类似案件中,92%的被告选择了上诉,总体执行标的到位率不到2.8%,35.6%的当事人不服判决上访信访。参见重庆市第三中级人民法院课题组:《权衡与博弈:高空抛物致害责任的路径抉择——兼评〈侵权责任法〉第87条》,载《法律适用》2012年第12期。

者认为应当从以下三方面完善施工人责任:其一,应当明确施工人责任同样适用过错责任中的过错推定责任。因此,应当将第91条第1款中的表述修改为“不能证明设置了明显标志和采取安全措施的,施工人应当承担侵权责任”。其二,应当规定实践中经常出现的在建建筑物坍塌致人损害的责任承担规则。在建建筑物坍塌致人损害与物件致人损害存在性质上的区别,前者应当纳入施工人责任的范畴。笔者认为,在此情形下应当由建设单位与施工单位承担连带责任;如果有其他责任人的,则建设单位、施工单位赔偿后有权向其他责任人追偿。其三,应当明确建筑工程承包、转包、分包时各方的责任承担规则。笔者建议,建筑工程在施工过程中对第三人造成损害,应当由实际的施工人承担侵权责任;发包人、转包人、分包人仅在对发包、转包、分包或者指示与选任有过失时,才须承担相应的赔偿责任。这也是侵权责任法中承揽人独立承担侵权责任这一基本规则在建筑工程施工中的具体体现。^①

八、结语

此次民法典编纂工作的思路是“既不推倒重来,也不照单全收”。本文尝试探讨了民法分则侵权责任编各部分如何在《侵权责任法》的基础上进一步改进和完善的方案。侵权责任法是平衡的艺术,如何在受害人权益保护与行为人行为自由的维护之间取得平衡,是实现侵权责任法正义性的关键。此次民法典编纂为我们提供了一个宝贵的机会,我们应当竭尽全力,贡献才智与力量,使得侵权责任编向公平正义的方向更迈进一步,进而为制定一部具有中国特色的先进民法典奠定坚实的基础。

Abstract: On the basis of the Tort Liability Law, the compilation of the tort liability part of the Civil Code shall further detail new principles and general provisions contained in the General Provisions of the Civil Law, amend certain unreasonable provisions, and stipulate new issues in practice. Moreover, it is necessary to stipulate the imputation principle by combining with the methods of assuming liability, amend the rules of assuming liability for the joint dangerous behavior and separate infringement without joint faults, further establish the compensation system, especially the compensation for mental damage and punitive damage, amend the defenses by adding the consent of victims, voluntary assumption of risk, self-help and legal authorization, improve various specific tort liability systems, and further establish a reasonable and fair institutional system of tort liability.

(责任编辑:王莉萍)

^① 参见前引^⑤,张新宝、吴婷芳文。