

民法分则侵权责任编修订的主要 问题及对策

杨立新

(中国人民大学民商事法律科学研究中心, 北京 100872)

摘要:我国《侵权责任法》自实施以来,经过理论与司法实践检验,证明其立法宗旨、立法体例和具体内容等方面,都是比较成功的,具有很强的优势,但也存在明显的不足。在编纂民法典中,将其修订成民法分则侵权责任编,应当坚持该法的优势,正视其存在的问题,处理好侵权责任法作为独立法律与作为侵权责任编的区别,处理好侵权责任的民事责任与债的双重属性的关系,处理好侵权责任一般规则和特殊侵权责任具体规则的关系,处理好一般性规则和特殊侵权责任规则中欠缺的内容,处理好《民法总则》规定的人格权与具体侵害人格权损害责任的关系,调整现有的内容体系和逻辑结构,纠正立法不准确的规则,增加规定立法欠缺的规则,修订出一部好的民法分则侵权责任编。

关键词:编纂民法典;民法分则;侵权责任编;修订;主要问题;对策

中图分类号:DF526 文献标志码:A DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2017.01.04

《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)自2009年12月26日通过,2010年7月1日实施以来,已经适用了七年,在现实生活中对调整因侵权行为发生的法律关系,保护民事主体的民事权益,发挥了重要作用,受到了社会各界的重视。但是随着时间的推移和理论与实践的检验,也发现该法存在的不足,应当进行补充和完善。编纂民法典,《侵权责任法》已经被列为分则的“侵权责任编”^[1]这就给《侵权责任法》的修订提供了一

个良好的机会。借此,对《侵权责任法》现有的法律规范进行适当调整,对存在的问题予以纠正,对应当补充的问题加以规定,从而使民法分则侵权责任编在法律关系的调整中发挥更大的作用。本文对此进行分析和说明,提出作者的见解。

一、《侵权责任法》的立法优势与实施七年来发现的主要问题

我国《侵权责任法》通过之后,受到了包括国外专家在内的各方面的重视。日本国会债法修订立法考察团专门来中国考察我国《侵权责任法》的立法经验,跟我进行了充分的座谈。美国有三个侵权法的权威专家专门到中国人民大学对我进行访问,表达了对我国《侵权责任法》的欣赏。在参与世界侵权法学会和东亚侵权法学会的活动期间,其他国

收稿日期:2016-11-08

基金项目:教育部人文社会科学重点研究基地重大科研课题“编纂我国民法典的重大问题研究”(15JJD820009)

作者简介:杨立新(1952),男,山东蓬莱人,中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。

家与会的侵权法专家也都向我表达过他们对中国《侵权责任法》的良好印象。当然,《侵权责任法》也存在很多问题,需要继续改进和完善,对此完全不用讳言。不过,有的外国专家对我国《侵权责任法》也有不同的评价,甚至提出批评意见。《比较法研究》2012年第2期发表的三位德国专家撰写的文章《中国的新侵权责任法》^①,对我国《侵权责任法》提出了很多批评意见,其中有些意见是正确的,也有不对的看法。我并不认为对我国《侵权责任法》提出批评意见是坏事,也不是说这样的批评就否定了我国《侵权责任法》的优点,问题在于:第一,作者的多数批评意见所依据的有关我国《侵权责任法》的文献,主要是德国学者格特·布吕格迈耶尔教授和中国学者朱岩撰写的《中国侵权责任法学者建议稿及其立法理由》^[2],并没有更多地借鉴中国其他侵权责任法学者的著述,因此批评的基础资料不充分;第二,作者对于我国《侵权责任法》的立法背景掌握不多,不能准确理解中国《侵权责任法》条文的精神,对于很多条文的解释都不符合《侵权责任法》的立法原意。例如《侵权责任法》第51条规定的“拼装车”,是中国社会熟知的概念,而该文说“拼装的机动车”具体含义不清,让其转让人也承担连带责任不足以令人信服^[3]。这样的批评意见就没有根据。不过言之无罪,对于外国学者对我国法律的批评意见应当正确分析,凡是说得正确的意见,都应当接受,即使不正确的意见,也可以作为参考和借鉴。

我作为《侵权责任法》立法的主要专家,我对《侵权责任法》的立法优势和存在的问题,作以下中肯的分析。

(一) 我国《侵权责任法》的明显立法优势

《侵权责任法》实施七年,经过了司法实践和理论研究的检验,证明其总的立法效果是好的,受到了法官、学者以及社会的充分肯定。对此,我深表同意。尽管有人指责我诋毁《侵权责任法》那是没有根据的,对此我已经做了反驳^[4]。我认为,《侵权

责任法》的主要立法优势是:

第一,《侵权责任法》与债法相对分离,确立了自己的相对独立地位,有了更大的立法空间,能够容纳更多的具体侵权责任制度,更好地发挥法律调整功能。《侵权责任法》与债法的分离,是在1986年制定《民法通则》时开始的。《民法通则》在第五章“民事权利”第二节规定“债权”,规定“债是按照合同的约定或者依照法律的规定,在当事人之间产生的特定的权利和义务关系”,没有强调侵权行为是产生债的原因,只是特别规定了不当得利和无因管理之债^②。相反,侵权责任是在第六章“民事责任”中规定的,除了第一节“一般规定”中的大部分内容可以适用于侵权法之外,还特别在第三节规定了“侵权的民事责任”,从第117条到第133条比较全面地规定了侵权责任规范。这表明,我国的侵权责任在《民法通则》中是与债法相分离的。学者认为,现在的民法未将侵权行为规定为债的一种,这一民法体系有其历史渊源和理论根据,从民事责任制度理论上讲,侵权行为后果的实质是责任,而不是债。因而无论从学理上还是立法上,都有必要将责任从债中分离出来,并建立系统的民事责任制度^[5]。在2000年开始启动的前一次我国民法典编纂工作,继续沿用了侵权责任与债法分离的做法,2002年12月审议的《民法草案》规定侵权责任编作为第八编。在《物权法》制定完成后,开始制定《侵权责任法》,并于2009年底完成立法,从形式上建立了一部以《侵权责任法》命名的成文法,使侵权责任法脱离了债法。这种做法具有相当的意义,但是基于此,就说侵权行为不是债的发生根据,侵权责任就与债没有任何关系,也是过于绝对化。因为侵权行为所产生的侵权责任,在实际上与债具有千丝万缕的联系,用“藕断丝连”这一成语来形容,是比

① 德国的三位专家是:H·G·博威格,任职于德国联邦司法部;N·多考夫,德国慕尼黑高等法院首席法官;N·杨森,德国明斯特大学“罗马法与法律史及欧洲和德国私法”教习主持人。

② 《民法通则》第84、92、93条。

较恰如其分的。我研究侵权责任法从来不否定侵权责任的债的性质,认为其主要性质是民事责任^[6],并且主张侵权“损害赔偿责任人(《侵权责任法》)如果没有特别规定,应当适用债法总则关于损害赔偿之债的规定”^[7]。这样的做法,就使《侵权责任法》在形式上脱离了债法的束缚,有了自己独立的空间,因而能够在更大的范围上建立更丰富的侵权责任法规范,使其在社会调整中发挥更大的作用。事实证明,在世界各国民法中,除了《埃塞俄比亚民法典》的侵权法规范比我国《侵权责任法》的条文要多之外,其他各国民法典“债编”中的侵权法规范都没有我国《侵权责任法》条文多。因此,我国《侵权责任法》在独立成编、采用与债法相对分离的立法模式上,是有重要优势的。

第二,《侵权责任法》没有拘泥于大陆法系侵权法的立法传统,大量吸收借鉴英美法系侵权法的立法优势,使其既具有大陆法系侵权法的优势,又有英美法系侵权法的优点,在世界侵权法之林独树一帜,具有鲜明的中国特色。正如德国学者所说,新法中这一总、分则结构,使得一种并列模式得以产生:不仅包括了同样存在于欧洲法典中极其抽象的规范,也有特别专门的详细规定。这一并列模式是中国新的《侵权责任法》的一个显著特征,因而完全展示了一系列现代性的,或者说从欧洲角度而言具有前瞻性的结构特征^[3]。这样一个评价,完全符合我国《侵权责任法》的实际情况。在设计《侵权责任法》的体例和结构时,我们着意采用“以大陆法系为体,英美法系为用,充分吸纳我国司法实践经验”的立法指导思想^{[7]2-3}。在大陆法系成文法的基础之上,既确立《侵权责任法》的一般性立法特点,又注重借鉴英美法侵权责任具体化、类型化立法的经验,使中国的《侵权责任法》既有大陆法系侵权法的严谨体例,又有英美法系侵权法准确的具体责任规则^[8],同时吸收了大量的我国司法实践经验。在这样的基础上制定的《侵权责任法》,是英美法系与大陆法系侵权法优势相结合,国外立法经验与中国实

践相结合,理论与实践相结合的体现,因而形成了一个有优势的侵权法。即使在今天看来,我国《侵权责任法》的这种立法方法仍然是行之有效、具有特色的,在修订民法分则侵权责任编时,不能否定这样的体例,而应当继续坚持下去。

第三,《侵权责任法》的立法实行总分结构,既有总则性规定,又有具体分则性规定,结构合理,具有先进性。我国《侵权责任法》从第一章到第三章属于总则性规定,从第四章到第十一章属于分则性规定。这样的结构也得到了外国法学专家的肯定。他们认为,《侵权责任法》通过采取(当然并未公开说明的)总则和分则这一总分结构的形式,既囊括了抽象的一般性构成要件和归责原则,又对具体问题进行了详细的规定,从而满足了这两种反向的要求^{[8]136}。这样的评价是中肯的。这种总分结构的《侵权责任法》具有相当的优势,在将其修订为民法分则侵权责任编时,也应当继续坚持。

第四,《侵权责任法》对于特殊侵权责任规定的规则,多数具有细致、具体、体系化、可操作性强的特点,并且其中多有一般性条款作为概括性规则。例如在高度危险责任中,不仅在第69条规定了高度危险责任的一般条款,而且还对民用核设施损害责任、民用航空器损害责任、危险物损害责任、危险活动损害责任、遗失抛弃高度危险物损害责任、非法占有高度危险物损害责任以及未经许可进入高度危险活动区域损害责任(第70-76条),分层次地规定了不同的具体规则,细致入微,操作性强。在医疗损害责任中,不仅在第54条规定了医疗损害责任的一般条款,而且分别规定了医疗伦理损害责任、医疗技术损害责任、医疗产品损害责任(第55、57、59条),责任规范具体、清晰,具有明确的适用标准。对于这些立法优势,在编修民法分则侵权责任编时,应当继续保持下去。

(二)《侵权责任法》在司法实践和理论研究中发现的问题

不必讳言,在七年的司法实践和理论研究中,

发现《侵权责任法》确实存在较多的问题,其中主要问题是:

1. 《侵权责任法》在总体逻辑结构上存在的问题

《侵权责任法》的总则性规定和分则性规定含糊不清,主要表现在《侵权责任法》第四章的规定上。《侵权责任法》第四章的题目是“关于责任主体的特殊规定”,但在具体内容中却规定了六种不同的特殊侵权责任类型。这样就使对《侵权责任法》逻辑结构的认识发生分歧,即这一章的标题在性质上属于总则部分,但是具体内容却是分则性规定,因而引起误解。例如德国学者就认为,新法在形式上被划分为十二章,其中前四章规定一般性问题,第五章至第十一章才是分则问题,但第四章被冠以标题“关于责任主体的特殊规定”,在其之下却包含了五花八门极其迥异的各类规定^[3]。这种理解就是受了这种立法逻辑结构错误的误导。这一逻辑错误在立法中并非没有认识,也曾经提出过解决的方案,即在第四章只规定责任主体特殊的侵权责任一般性规则,但是最后没有采纳这种方案,而铸就错误^①。事实上,《侵权责任法》第四章就是对第五章至第十一章规定的特殊侵权责任类型的补充,是对其他特殊侵权责任规则的规定,应当放在该法最后一章。

2. 有关侵权责任一般规则(总则性规定)存在的问题

(1) 规定的多数人侵权责任形态不完整。《侵权责任法》第8-10条规定的是共同侵权行为,第11-12条规定的是分别侵权行为及责任承担规则,第13-14条规定的是连带责任规则。但是对另一种多数人侵权行为及责任即竞合侵权行为与不真正连带责任的规则,却完全没有规定。

(2) 规定的侵权责任构成要件与责任承担方式之间的关系不明确。该法第15条规定了八种侵权责任方式,但是第6条和第7条关于过错责任原则和无过错责任原则的规定,都仅仅针对的是赔偿损

失和恢复原状的责任方式,而停止侵害、排除妨害、消除危险等责任方式,适用上并不以侵权人存在过错为要件,也并不以对被侵权人造成现实损害为要件,因而无法对应这些侵权责任方式,形成逻辑上的误差^②。

(3) 对于侵权损害赔偿的规定,只规定了具体的赔偿方法,没有规定一般的赔偿原则,仅仅规定了一个过失相抵原则,还把它错误地放在免责事由的第三章中规定,对于赔偿原则的全部赔偿、财产赔偿、损益相抵等,都没有规定。

(4) 在第16条和第17条关于人身损害赔偿的规定中,具体规则不具体,特别是对于造成死亡的赔偿存在较大问题。例如,对于死亡赔偿金,没有规定具体的计算方法,只能按照最高人民法院的司法解释关于城市居民和农村居民实行不同标准的方法确定^③,导致了典型的死亡赔偿不平等的“同命不同价”现象,高收入的城市居民与低收入的农村居民相比,在死亡赔偿金上相差悬殊。在一个强调人人平等的国家,不能允许通过此种方式,使得城市居民的生命比农村居民的更加“值钱”。事实上,立法者并不想认同这样的结论,在立法过程中,曾经提出过一个平等的一揽子的死亡赔偿金的赔偿方案,但是没有通过,最终以第17条规定作为部分调整,即因同一侵权行为造成多人死亡的,用相同的标准确定死亡赔偿金^④。外国学者认为,这样的规定是不平等的,已经与评估失去生命的价值,或

① 其中的立法过程,参见:杨立新.侵权责任法条文背后的故事与难题[M].北京:法律出版社,2011:112.

② 出现这个问题的原因,在于《侵权责任法》第6条第1款规定侵权责任构成要件中,没有规定损害要件,因而出现这样的后果。(参见:杨立新.侵权责任法条文背后的故事与难题[M].北京:法律出版社,2011:42-43).

③ 《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第29条规定“死亡赔偿金按照受诉法院所在地一上年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准,按二十年计算。但六十周岁以上的,年龄每增加一岁减少一年;七十五周岁以上的,按五年计算。”

④ 这一立法经过,我有比较具体的描述,请参见:杨立新.侵权责任法条文背后的故事与难题[M].北京:法律出版社,2011:68-70.

者说补偿精神损失无关,而是要对当事人遭受的不同财产损害进行补偿性的矫正^[3]¹³⁴。死亡赔偿金的赔偿应当坚持人格平等、城乡平等,是我在侵权责任法研究中一直坚持的主张。目前第16条和第17条的规定,虽然使这个问题有所缓和,但是仍然存在歧视农民人格的内容。

(5)《侵权责任法》第19条确定的财产损害赔偿的基本方法,是“财产损失按照损害发生时的市场价格或者其他方式计算”,其中列举的主要方法是按照损害发生时的市场价格计算。而使用这种方法计算财产损害赔偿,是不公平的,因为物价指数的基本趋势是上升的,如此赔偿可能会对受害人补偿财产损失造成不利后果,尽管该条有“其他方式计算”的规定,但是对其没有作出具体规定,在实践中对于法官的操作有很大影响。

(6)《侵权责任法》第25条关于一次性赔偿和定期金赔偿的规定是不正确的。在侵权法领域,一次性赔偿或者定期金赔偿的主要适用范围,是对未来发生损失的赔偿,而不是对已经发生的损失的赔偿。第25条混淆了这两种赔偿的性质,并没有对未来损失的一次性赔偿或者定期金赔偿的计算方法作出规定,而是对现有损失赔偿采取一次性赔偿或者分期支付的规定,而这样的规定在实践中并没有特别大的价值。

(7)第三章规定的“不承担责任和减轻责任的情形”(即免责事由)主要存在三个问题:第一,错误地将过失相抵规定为减轻责任的事由,而它的性质是赔偿原则^①。第二,在已经规定的免责事由中,有些规定是不准确的,例如第27条关于“损害是因受害人故意造成的,行为人不承担责任”的规定,将受害人故意作为免责事由并非不当,但是应当规定的并不只是受害人故意,而是受害人的故意或者过失是损害发生的全部原因,这些都是免除责任的事由,仅仅规定受害人故意,其实是适用无过错责任原则时的免责事由。第三,规定的免责事由不足,有些特别应当规定、在司法实践中广泛适用的免责

事由,却没有规定,例如依法执行职务、自助行为、受害人承诺和自甘风险等,都需要进行规范^②。

3. 规定特殊侵权责任具体规则存在的问题

(1)在用人者责任中,最重要的问题是第35条后段,规定的内容是“提供劳务一方因劳务自己受到损害的,根据双方各自的过错承担相应的责任。”在个人劳务关系中,提供劳务一方因劳务使自己受到损害,性质属于工伤事故责任,应当适用无过错责任原则,但是第35条后段规定适用过错责任原则,其后果是提供劳务一方在提供劳务中因自己的过错受到的损害,就完全得不到赔偿,因双方的过错受到的损害,也只能得到一部分赔偿,只有是接受劳务一方的过错造成的,才能够得到全部赔偿。这样的结果与工伤事故是完全不同的,造成了提供个人劳务的劳动者的地位不平等:如果一个人是饭店的职工,因为过失将自己的手切伤,就可以得到全部工伤赔偿;而在个人提供劳务中因自己的过失将手切伤,则完全得不到赔偿。这不符合宪法保护劳动者的原则。对此,立法者认为提供劳务的一方受到损害,不能适用工伤保险条例,所以,提供劳务一方因劳务受到损害的,不宜采用无过错责任的原则,要求接受劳务的一方无条件承担赔偿责任^[9]。这样的认识有失偏颇,违反了劳动者的平等保护原则。对于这一错误的条文却认为这样的规定就是适用无过错责任,本条取代了人身损害司法解释第11条的规定^[10],也是同样是错误认识,不符合立法原意。

(2)《侵权责任法》第四章规定的网络侵权责任,针对的是网络媒介平台上发生的侵权行为,但是面对日益繁荣的网络,没有对网络交易平台、网络借贷平台、网络交友平台以及其他网络服务平台

^① 参见:王利明.中国侵权责任法教程[M].北京:人民法院出版社,2010:292.该书没有把过失相抵放在免责事由中说明,而是放在赔偿责任部分阐释,也认为其不是免责事由。

^② 《侵权责任法》第三章规定免责事由不足的原因,请参见:杨立新.侵权责任法条文背后的故事与难题[M].北京:法律出版社,2011:93.

怎样承担侵权责任作出规定,调整范围过窄。《消费者权益保护法》第44条规定了网络交易平台提供者的责任,《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》规定了网络借贷平台的责任,但是仍然还不够完整。

(3) 在规定违反安全保障义务损害责任的第37条中,将负有安全保障义务的责任人限定为“宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人,或者群众性活动的组织者”,限制了其他经营者在经营活动中对消费者应当尽到的安全保障义务,就使其他经营者逃脱了对他人进入自己经营场所的安全保障义务的约束。这一规定的适用范围太窄,不利于对消费者以及他人安全的保护。

(4) 在产品责任中存在的最大问题,就是将产品责任规则分别规定在《产品质量法》和《侵权责任法》两部法律之中,而《侵权责任法》仅仅规定了侵权责任确定及具体责任承担方法,至于什么是产品、什么是缺陷、产品责任的免责事由等,都没有规定,须到《产品质量法》去找有关规范。这样的做法,对于理解和适用产品责任的规则,都存在较大的障碍。对于那些对中国法律没有全面掌握的人,仅仅注重《侵权责任法》规定的,就会存在对法律理解的偏差。同样,第47条规定的明知产品存在缺陷仍然生产、销售,造成他人死亡或者健康严重损害的,被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿,虽然明确了恶意产品侵权可以承担惩罚性赔偿责任,但是并没有规定惩罚性赔偿究竟应当怎样计算,没有规定具体的赔偿方法。德国学者认为,被侵权人有权请求惩罚性赔偿,更多的细节尚未明确,尤其不清楚的是,与第43条规定的补偿性的损害赔偿相比,惩罚性赔偿应当怎样计算?法院也没有确定惩罚性赔偿的最上限^{[3]143}。这样的规定不具有可操作性,并不可取^①。这样的批评意见特别中肯。

(5) 第六章关于机动车交通事故责任中存在的问题主要是:第一,《道路交通安全法》将这种责任规定为“道路交通事故责任”,而《侵权责任法》第六

章规定的却是“机动车交通事故责任”,两个概念不统一。德国学者认为,法律仅规定机动车使用人或者所有人的侵权责任,这一做法并非没有问题,其忽视了与日俱增的,并且根据经验常常造成重大损害发生的,机动车与骑车人之间或者骑车人和行人之间的交通事故,从而使得这些情形仅能适用一般性的侵权法规定,这是绝对难以令人信服的^[3]。第二,第48条这个引致性条款,并没有说清楚根据《道路交通安全法》的哪一规定承担赔偿责任,尽管实际上主要是指第76条以及相关条文。第三,与产品责任的规定一样,对于道路交通事故责任,一部分写在《道路交通安全法》中,一部分写在《侵权责任法》中,形成了一个损害责任由两个不同法律规定的法律分割情况。这样的规定有很大问题。德国学者认为,从德国法角度出发,考虑到法律规则的明确性,第48条中“依照道路交通安全法的有关规定”的规定是失败的。这首先使得在道路交通领域究竟是适用过错责任原则,还是严格责任这一问题悬而未决^{[3]143}。同时,《道路交通安全法》把非机动车驾驶人和行为并列规定,负有同样的注意义务,也是不正确的。第三,《侵权责任法》第六章仅仅规定了机动车所有人和使用人相分离引发事故的责任,对于其他情形都没有规定,具体规则显然比较单薄,需要进行补充。第四,这一章尽管规定了机动车交通事故责任的强制保险,但是对于强制保险的内容和方法都没有明确规定,交强险在赔偿中是否应当区分人身损害和财产损害,实行分项分值原则是否正确,都没有规定。第五,由于对道路交通事故救助基金的适用范围是在《道路交通安全法》中规定的,因而亟待解决问题也是要将这些处理规则规定统一规定在侵权责任编中。

(6) 在第七章关于医疗损害责任的规定中,对于医疗伦理过失、医疗技术过失和医疗产品过失造

^① 对此参见:杨立新.侵权责任法条文背后的故事与难题[M].北京:法律出版社,2011:174.后来《消费者权益保护法》第55条第2款作了明确规定,才补充了这一立法的不足。

成的损害应承担的责任,规定比较明确,类型划分也比较准确,但是也还存在较多问题。第56条规定的是医疗机构抢救生命垂危患者的条件,但这实际上仅仅是一个授权性规定,对于违反了紧急救助义务造成损害的,是否应当承担侵权责任,并没有明确规定。第61条规定医疗机构及其医务人员应当保管病历资料,患者要求查阅、复制前款规定的病历资料的,医疗机构应当提供。但是,如果医疗机构没有保管好造成丢失,或者患者要求提供而没有予以提供,应当承担何种责任,立法也没有明确规定。第63条规定,医疗机构及其医务人员不得违反诊疗规范实施不必要的检查,如果医疗机构实施了不必要的检查或者过度医疗行为,对于医疗机构应当承担何种责任也没有规定。特别是第64条规定干扰医疗秩序,妨害医务人员工作、生活的,应当依法承担法律责任,而这种法律责任究竟是何种责任,则完全没有规定。

(7)第八章关于环境污染责任的规定虽然内容比较明确,但是条文较少、设计比较简单,仅仅规定了无过错责任原则、因果关系推定、市场份额规则和第三人过错责任这四个规则,缺少其他必要的规定。其中第66条规定污染者应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形承担举证责任,是完全没有必要的闲置条款,因为凡是主张免责事由的,都应当由主张免责事由的一方亦即被告承担举证责任,第66条何必多此一举呢?此外,学者认为这一章对于破坏生态损害责任缺少明确规定^①,也应当予以补充。

(8)很多人认为《侵权责任法》第九章关于高度危险责任的规定不是很好,但是我认为这部分的规定还是比较明确的。其中存在的主要问题是:第71条规定民用航空器损害责任的免责事由不完备,原因是《民用航空法》还规定了很多免责事由,在这里没有办法一一列举^②。第77条规定“承担高度危险责任,法律规定赔偿限额的,依照其规定。”这一规定存在很大问题。在欧洲成文法中,凡是适用

无过错责任原则原告没有证明过错要件的,实行限额赔偿;如果能够证明责任主体的过错要件,即使属于适用无过错责任的范围,也应当依照侵权责任一般条款承担全部赔偿责任^{[7]398}。但《侵权责任法》并没有体现这样的含义。

(9)在饲养动物损害责任中,最大的问题莫过于第81条的规定,动物园的动物造成他人损害的,动物园承担责任适用过错推定原则。这样的规定有人赞成^[11],有人反对。我认为这样的规定没有道理,连普通的家庭违反管理规定饲养动物,或者饲养烈性犬等危险动物造成损害的责任,都要适用严格的无过错责任原则,对于造成的损害都必须予以赔偿,为什么却对动物园饲养的动物造成的损害适用过错推定原则。这显然是不正确的。德国学者指出,与第78条规定相比,这一规定实际上导致了动物园被赋予了特权^[3]。

(10)存在问题的还有第十一章“物件损害责任”。第一,在第五章至第十章规定具体特殊侵权责任时,基本上都设有一个一般性条款,在具体侵权类型规定不足时,可以适用一般性条款作出的裁决。但是第十一章缺少这样一个一般条款,对于物件损害责任,如果在第85-91条没有列举的情况下,就不能认定是物件损害责任,因而不能适用过错推定原则认定侵权责任,转而要适用第6条第1款规定的过错责任原则,显然索赔更为困难。第二,在第85条和第86条关于不动产损害责任的规定,仅仅涵盖了不动产脱落、坠落以及倒塌造成他人损害的责任,对不动产其他缺陷造成的损害,就没有办法适用上述规定确定侵权责任,因为出现了不动产致害责任规范范围的欠缺,而须适用《侵权

^① 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[J].比较法研究,2016(5):141.对生态损害责任予以补充规定,我是赞成的,但是《侵权责任法》第65条立法之初,环境污染责任是确定包含生态损害责任的。(参见:王胜明.中华人民共和国侵权责任法释义[M].北京:法律出版社,2010:324.)

^② 其中的原因和过程,请参见:杨立新.侵权责任法条文背后的故事与难题[M].北京:法律出版社,2011:226.

责任法》第6条第1款规定适用过错责任原则,其与适用过错推定原则的后果显然是不一样的,不利于保护受害人的权益。

二、修订民法分则侵权责任编应当遵循的指导思想

在将《侵权责任法》修订为民法分则侵权责任编时,应当遵循以下原则:

(一) 处理好侵权责任法作为独立法律和作为侵权责任编的区别

应当特别看到,《侵权责任法》作为一部独立的法律和作为民法分则的一编,会有很大的不同。作为一部独立的法律,《侵权责任法》必须规定立法目的、侵权责任与刑事责任或者行政责任相重合时的处理规则、《侵权责任法》与特别法的关系,同时还要规定这部法律的施行时间以及溯及力等规则。如果不规定这些内容,一部独立的法律就不完整。但是把侵权责任法作为民法分则的一编,就不再是一部独立法律,而仅仅是民法典的组成部分之一,是民法典分则的一编。因此,把《侵权责任法》修订为民法分则侵权责任编时,凡是涉及《民法总则》规定的内容,侵权责任编都不必规定。例如,《民法总则》草案第一章第1条就规定了民法的立法目的,显然《侵权责任法》第1条关于立法目的就没有必要规定。关于民法与民法特别法的关系,《民法总则(草案)》第11条作了规定,就涵盖了《侵权责任法》第5条的内容。《民法总则(草案)》第180条规定了民事主体因同一行为应当承担民事责任、行政责任和刑事责任的,承担刑事责任和行政责任不影响承担民事责任;民事主体的财产不足以支付的,先承担民事责任的规则,《侵权责任法》第4条就应当删除。《民法总则(草案)》已经规定了不可抗力、正当防卫、紧急避险以及见义勇为,还规定了承担民事责任的十种方式,与《侵权责任法》第29条、第30条、第31条以及第15条的内容相重复,也都应当删除。对于上述民法总则已经规定的规则,民法

分则侵权责任编都不应当再作规定,防止出现重复。

(二) 处理好侵权责任的民事责任和债的双重属性的关系

在修订民法分则侵权责任编时,还有一个特别重要的理论问题,就是要研究侵权责任的属性究竟是民事责任还是债的问题。当把《侵权责任法》作为一部独立法律时,可以清晰地看到它就是一个民事责任法,并没有强调它的债的属性。2002年《民法(草案)》把侵权责任编放在第八编,也就是在物权编、合同法编、婚姻家庭法编和继承法编之后时,仍然也还是在突出其责任法的属性,没有强调它作为债的发生根据的性质。但是,按照现在的民法编纂计划以及现在《民法总则(草案)》关于侵权责任的规定,显然不是这样的认识。《民法总则(草案)》二审稿第五章“民事权利”第115条第1款和第117条关于“债权是因合同、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定,权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利”以及“民事权益受到侵害的,被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任”的规定,显然是把侵权责任作为侵权行为之债。不仅如此,在民法分则的立法计划中,不是把侵权责任编放到最后一编,而是放在了合同编之后^[1],形成了合同之债和侵权之债并列这样的格局,合同之债和侵权之债都是债法的组成部分。立法者既把侵权行为的后果规定为侵权责任,同时又把它作为侵权之债,似乎产生了比较明显的矛盾和冲突,那就是侵权责任到底是民事责任还是侵权之债。

应当特别强调的是,侵权行为的法律后果具有双重属性,既是民事责任,也是侵权行为之债。一方面,它是民事责任,具有民事责任的一切特点,另一方面,它又是侵权之债,具有债的属性。在这两种属性之中,侵权责任的属性是其主要性质,因而对应侵权责任的请求权,属于救济的请求权,并非是权利类型的请求权,不用像合同之债的请求权那样,存在第一次请求权和第二次请求权的区别,而

是侵权请求权直接针对侵权责任,不必在侵权人拒绝履行侵权债务之后,才可以向法院起诉,强制其承担侵权责任,而是直接就可以向法院起诉^[12]。在修订民法分则侵权责任编时,必须突出侵权责任的这一特点,突出它的责任属性;同时应当兼顾,侵权行为的后果也是侵权之债,因而一旦在侵权责任编中缺少必要的规则,就可以直接适用债的一般规则^①。

(三) 处理好侵权责任一般规则和特殊侵权责任具体规则的关系

修订民法分则侵权责任编,还必须处理好侵权责任一般性规则和特殊侵权责任具体规则之间的关系。这是由于《侵权责任法》实际存在的总则性规定和分则性规定分野的立法特点所决定的。外国学者对此都有清晰的认识。《侵权责任法》总则性的规定都具有抽象性、一般化的特点,可以适用于任何侵权责任案件,属于大陆法系侵权法的一般化规范。《侵权责任法》规定的具特殊侵权责任的具体规则,则只能适用于该种侵权责任类型,对于其他责任类型不能适用,这体现的是英美法系侵权法具体化立法的特点。《侵权责任法》对此也有处理不妥的内容,例如第四章的内容并不是总则性一般规定,而是具体侵权责任的规定。《侵权责任法》在第四章以后的内容中,规定了很多不真正连带责任适用的情形,但是第二章并没有规定不真正连带责任的一般性规则。对于这些问题,修订民法分则侵权责任编都应当解决,否则,仍然会存在一般性规定和具体性规定之间的边界不清晰的弊病。

(四) 处理好一般性规则和特殊侵权责任中没有规定应予补充的内容

现行《侵权责任法》的内容并非十分完备,仍然存在很多应当补充的内容,除了缺乏不真正连带责任的规则之外,第11条和第12条规定了叠加的和典型的分别侵权行为,但是在两种分别侵权行为之间,还存在着部分叠加的侵权行为,需要补充具体规则^②;在免责事由的规定中,还存在没有规定的

免责事由;对于具体的侵害个人信息权的侵权责任、破坏生态的侵权责任、专家责任和定作人指示过失责任,都没有规定,修订民法分则侵权责任编时都应当予以补充,以完善我国的侵权责任制度。

(五) 处理好民法总则规定人格权与具体侵害人格权侵权责任的关系

修订民法分则侵权责任编还要担负一个非常重要的职责,即按照目前的立法计划,民法分则不设“人格权编”,在《民法总则(草案)》的二审稿中,也没有规定比较详细的人格权的内容,仅仅对一般人格权和具体人格权作了列举性的规定^③。这样的立法不足以适应当代社会强调对人格尊严、人格权保护的時代要求。民法总则的这种立法模式,与有些学者认为人格权法单独成编就会引发“颜色革命,进而发生政治问题”^[13]的不正确论点不无关系,但也无可奈何。既然在民法分则中不设人格权编,那就一定要在民法分则部分规定人格权的内容。现在比较有倾向性的意见是,认为在民法分则侵权责任编的规定中,采用德国法的立法方法,规定人格权的保护,比较稳妥^④。这实在是一个无奈之举。在修订民法分则侵权责任编时,应当在侵权责任编中留出一个部分,专门规定人格权的侵权责任类型。当然,民法有关人格权的规定本来是一个赋权性的规定,而侵权责任法是权利保护法;在编纂民

① 参见杨立新主编的《建议稿》第151条规定。(参见:杨立新.《中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明[M]》.北京:法律出版社,2007:38.)

② 《最高人民法院关于审理环境侵权责任适用法律若干问题的解释》第3条第3款对此作了补充,内容是“两个以上污染者分别实施污染行为造成同一损害,部分污染者的污染行为足以造成全部损害,部分污染者的污染行为只造成部分损害,被侵权人根据《侵权责任法》第十一条规定请求足以造成全部损害的污染者与其他污染者就共同造成的损害部分承担连带责任,并对全部损害承担责任的,人民法院应予支持。”

③ 《民法总则(草案)》二次审议稿第107条至第109条,第107条规定了人身自由和人格尊严,第108条规定了生命权、健康权、身体权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权和婚姻自主权,第109条规定了个人信息权。

④ 这主要是孙宪忠教授的主张,他在几次制定《民法总则》的讨论会上,都持这种意见。

法典中人格权法无处存身的情况下,把人格权规定在民法分则侵权责任编,虽然是一个下策,但也是不得已而为之的办法。因此,应当在侵权责任编的特殊侵权责任部分,规定侵害人格权的侵权责任,并且尽量地把人格权的具体内容写进来,规定好侵害人格权的侵权责任规则。只有这样,才能够弥补人格权法不能在民法分则中作为一编规定,《民法总则》也没有具体规定的立法局限性,解决人格权法的具体问题。这是在编纂民法典中唯一一个能够解决人格权问题的方式。

三、修订民法分则侵权责任编解决主要问题的对策

通过上述分析,如何修订民法分则侵权责任编,就能够看得比较清楚了,因而在修订中应当着重解决以下问题。

(一) 调整侵权责任编的体系结构

侵权责任编仍然应当坚持内容上的总分结构,总则部分规定侵权责任的保护范围、侵权责任构成、免责事由和损害赔偿方法;分则部分规定特殊侵权责任类型的规则。

1. 侵权责任编总则性规定的结构调整

侵权责任编的总则性规定究竟要不要规定“一般规定”的内容,特别值得研究。在现行法这一部分的五个条文中,第1条关于立法理由的规定应当删除,第3条、第4条和第5条的内容已经分别被《民法总则(草案)》第二次审议稿第117条、第111条和第180条所代替,都应当删除^[14]。因而在现行法第一章中只能剩下第2条可以保留,即大的侵权责任一般条款和侵权责任保护的民事权益范围,完全可以与其他部分合并规定,不必专写一章。因此,侵权责任编的总则性规定的结构应当进行调整。我的意见是:第一章,规定侵权责任保护范围及侵权责任构成,其中包括现在的第2条以及第二章第6条到第14条规定的内容,再补充其他相应的规则;第二章,规定侵权责任方式,规定承担侵权责

任的具体方式,规定侵权损害赔偿的一般原则,规定侵权损害赔偿的具体方法;第三章,规定免责事由。

在作了这样的调整后,侵权责任编的总则性部分的内容就比较完备,也比较有体系化,符合侵权责任一般性规定的逻辑要求。

2. 侵权责任编分则的结构调整

调整侵权责任编的分则性规定的方法是:首先,将第四章“关于责任主体的特殊规定”全部移到特殊侵权责任的最后部分,形成将主要的特殊侵权责任规定在前,将其他规则不特别复杂的特殊侵权责任类型集中规定在后的逻辑关系,避免形成误读,可以叫做“其他侵权损害责任”。2002年《民法草案》本来就是这样安排的,只是正式立法时做出了更改。其次,增加“侵害人格权损害责任”一章,将侵害身体权、健康权、生命权、姓名权、肖像权、名称权、名誉权、荣誉权、隐私权、人身自由权、个人信息权等具体人格权的侵权责任,都规定在这一章中。再次,对于产品责任、机动车交通事故责任、医疗损害责任、环境污染责任、高度危险责任、饲养动物损害责任和物件损害责任,可以按照现在的顺序,仍然安排在第五章至第十一章,顺序不变,把破坏生态损害责任规定在“环境污染责任”一章中。最后,补充新的侵权责任类型,放在物件损害责任之后,主要应当增加的是专家责任和定作人指示过失责任,放在最后的“其他侵权损害责任”一章中。

3. 民法分则侵权责任编的总体结构

按照上述设想,侵权责任编的总体结构是:第一章规定“侵权责任保护范围和侵权责任构成”,第二章规定“侵权责任方式”,第三章规定“免责事由”,第四章规定“侵害人格权损害责任”,第五章规定“产品责任”,第六章规定“道路交通事故责任”,第七章规定“医疗损害责任”,第八章规定“环境污染和生态损害责任”,第九章规定“高度危险责任”,第十章规定“饲养动物损害责任”,第十一章规定“物件损害责任”,第十二章规定“其他侵权损害责

任”。前三章为侵权责任编的总则性规定,后九章为侵权责任编的分则性规定,这样的内容体系比较完备,逻辑结构比较清晰。

(二) 侵权责任编的总则性规定应当进行的内容调整

侵权责任编第一章“侵权责任保护范围和侵权责任构成”分为两节:第一节规定“侵权责任保护范围”将现在的第2条分成两条,第1条规定“侵害民事权益,应当依照法律承担侵权责任。”第2条规定保护范围,基本上还是第2条第2款的规定,但是在民事权益的列举上应当有所改进,可以作列举性规定,也可以作概括性规定,我倾向于作概括性规定,即“本法保护民事主体享有的民事权利;对于民事利益,法律有明确规定的,予以保护。”如果采纳列举式+概括式,列举时一定要规定债权是第三人侵害债权行为的客体^[15],因为现在还有很多人认为债权不能构成侵权行为的侵害客体。第二节规定侵权责任构成,现行法第6条至第14条应当继续规定。应当调整的是:第一,在第11条和第12条之间,增加半叠加的分别侵权行为,承担部分连带责任。第二,在第14条之后,增加规定按份责任和不真正连带责任规则。《民法总则(草案)》二次审议稿第172条和第173条规定了按份责任和连带责任规则,是否就能够代替侵权责任法按份责任和连带责任的规则,值得探讨;但是没有规定不真正连带责任的具体规则,应当予以补充规定。

第二章规定侵权责任方式,具体调整的内容是:首先,设置第一节,规定停止侵害、排除妨害、消除危险、返还财产、恢复原状、赔礼道歉、消除影响、恢复名誉这几种侵权责任方式的适用方法,而不是仅仅列举责任方式的名称;并将《侵权责任法》关于危及人身的侵权行为可以请求停止侵害、排除妨碍、消除危险的第21条规定移到这一节中。其次,设置第二节,规定侵权损害赔偿的一般性原则,具体规定全部赔偿原则、财产赔偿原则、过失相抵原则、损益相抵原则^①,以及现行法第24条规定的公

平分损失规则。现行法第26条规定的过失相抵应当规定到这一节中。再次,设置第三节,分别规定人身损害赔偿方法、侵害公开权的损害赔偿方法、侵犯财产损害赔偿方法以及精神损害赔偿方法,同时对于惩罚性赔偿作出一般性规定。对于未来发生的损害的赔偿方法,应当以定期金赔偿为主,一次性支付为辅,规定在这一部分中,替代现行法的第25条。

侵权责任编第三章规定免责事由,调整方法是:首先,将第27条不可抗力、第30条正当防卫、第31条紧急避险这三种免责事由,以及第23条规定的对见义勇为的补偿规则予以删除,因为这四条规定分别与《民法总则(草案)》第二次审议稿第175-178条相重复。直接规定受害人过错、第三人原因、职务授权行为、自助行为、受害人承诺、自甘风险和意外这七种免责事由^②。其次,对于目前规定的受害人故意的免责事由必须进行修改,改为“损害是因第三人故意或者过失为损害发生全部原因的,行为人不承担责任。”最后,对于新增加的职务授权行为、自助行为、受害人承诺、自甘风险和意外^③,都有学者建议稿提出的意见作为参考,在此不赘述^{[7]9-10}。

(三) 侵权责任编分则性规定应当进行的内容调整

1. 侵害人格权损害责任

这一章规定侵害人格权损害责任,本是不必规定的侵权责任类型,直接适用侵权责任一般条款或者依照特别规定就可以确定侵权责任,但是由于民法分则没有规定人格权编,因而必须增加这部分内容。这是不得已的做法。

① 关于损益相抵原则,参见:周友军. 侵权法学[M]. 北京:中国人民大学出版社,2011:72.《侵权责任法(草案)》曾经规定了损益相抵规则,但是后来删除了。

② 关于依法执行职务、受害人同意和自助的立法理由,参见:张新宝. 侵权责任法[M]. 北京:中国人民大学出版社,2010(2):75-76.

③ 关于自甘风险和意外,参见:王利明. 中国侵权责任法教程[M]. 北京:人民法院出版社,2010:265-270,282-283.

在这种侵权责任类型中,究竟是否规定侵害生命权、健康权、身体权的损害责任,特别值得斟酌。事实上,在所有的侵权行为类型中,都能解决对生命权、健康权和身体权保护的问题。但这些规定所救济的都是造成死亡、残疾劳动能力、一般伤害的情形,对于侵害身体完整性的损害责任,以及侵害身体权其他内容的损害责任,例如强行摘取他人器官、身体组织,干涉他人捐献器官、身体组织等,需要特别加以规定。因此,规定侵害人格权损害责任时,还是规定侵害物质性人格权损害责任的规则为好。

对于侵害精神性人格权损害责任,需要特别做出详细、具体的规定。按照《民法总则》关于民事权利的规定,对于侵害人格尊严、侵害人身自由权、侵害姓名权、侵害肖像权、侵害名誉权、侵害荣誉权、侵害隐私权、侵害个人信息权、侵害婚姻自主权的损害责任,都应当分别加以规定,因而这一章的内容比较丰富。只有这样去规定,才能够弥补民法分则没有规定人格权编的缺陷。

2. 产品责任

在“产品责任”一章,现行的规定都应当予以肯定,都不存在较大的缺陷。要解决的问题是:第一,将《产品质量法》中关于产品、缺陷以及产品责任的免责事由等与产品责任有关的规范,都转移到侵权责任编的“产品责任”一章中,并且进行适当修改,建立起一个完整的产品责任制度。第二,对现行法第47条规定的恶意产品侵权责任承担的惩罚性赔偿,应当明确规定计算方法、确定最高赔偿上限,可以参照《消费者权益保护法》第55条第2款和《食品安全法》第148条第2款的规定,设计具体的条文,并且分别不同情况作出相应的规定。第三,对于现行法第41条中规定的“他人损害”的含义,条文解释得并不明确,实际上是要包含产品自损的损害^{[9]226}。对此应当做出明确规定,并规定缺陷产品造成的固有利益损害,是侵权损害赔偿的内容,而产品自损的赔偿是违约责任的内容,虽然可以在一次

诉讼中解决赔偿问题,但是应当规定为属于诉的合并,而不是缺陷产品造成的损害就包括产品自身的损害。

3. 道路交通事故责任

对“机动车交通事故责任”这一章的修订内容是:第一,应当统一名称,称为“道路交通事故责任”,而不使用“机动车交通事故责任”的概念,以免使道路交通事故责任仅仅包括机动车造成的交通事故,不包括其他交通参与者造成的交通事故,将机动车造成交通事故损害之外的交通事故责任规则作出明确规定。第二,确定非机动车驾驶人造成交通事故的损害责任,非机动车驾驶人违章驾驶非机动车造成交通事故,致害行人甚至致害机动车驾驶员和乘员的,应当规定承担侵权责任。第三,改变现在第48条的写法,把《道路交通安全法》第76条的规定重新修改,写得更加明确,移转到侵权责任编中。第四,把《道路交通安全法》关于机动车、非机动车、行人、道路、事故等对界定道路交通事故责任要素的规定,也都进行修改后,转移到侵权责任编中来。第五,第49条至第52条可以稍作修改,全部保留。第六,把最高人民法院关于机动车交通事故责任司法解释的规定进行整理,将其最有实践价值的规则写进来。经过这样的修订,就能形成一个完整的道路交通事故责任的规则体系。

4. 医疗损害责任

对于医疗损害责任的规定,总体内容不应该有太大的改动。亟待解决的是,违反抢救生命垂危患者的义务造成患者损害应当承担的赔偿责任,医疗机构及其医务人员保管病历资料不当造成损害,或者对患者不提供查阅、复制病历资料的应当承担的责任,以及泄露患者隐私或者患者病历资料造成损害、进行不必要的检查或者过度医疗造成损害、干扰医疗秩序妨碍医务人员工作和生活应当承担的侵权责任等,都应当规定具体责任规则。对于医疗管理过失造成的患者损害,应当规定一种单独的医疗损害责任,即医疗管理损害责任^[16]。

5. 环境和生态损害责任

对第八章“环境污染责任”的修订,应当把标题改为“环境和生态损害责任”^[17],具体内容分为两节:第一节规定环境污染责任,第二节规定生态损害责任。对于环境污染责任,原来的规定并不复杂,原因是其他单行环境保护法都对环境污染责任作了具体规定,因而对这一部分不必规定得太复杂,但是应当把第66条免除或者减轻责任的证明责任的规定予以删除。第二节规定生态损害责任,但内容也不必太复杂,规定主要的规则即可。

6. 高度危险责任

在高度危险责任中,第69条规定的高度危险责任的一般规则不存在大的问题,在以下对各种具体的单项高度危险责任规定中,内容也基本可行。应当着重解决的问题是:第一,关于民用航空器的免责事由,仅仅规定受害人故意,列举不够,《民用航空法》规定的免责事由又太复杂,应当进行整理,作出明确的规定。第二,第73条对高度危险活动责任主体的规定,仅仅规定为经营者,过于简单,从事高空、高压、地下挖掘活动或者使用高速轨道运输工具经营的经营者,情况都比较复杂,只作这样高度概括性的规定,在实践中不易执行。例如高压电引起的触电损害赔偿是高度危险责任,仅规定“经营者”作为责任主体,缺少行业特点,因为电能是在发电、输电、供电、用电上,都是在一条“线”上完成,存在不同的经营者,界定高压电的责任主体,必须根据电力设备产权人的界限来区分,据此确定责任主体^[18]。对此,原《最高人民法院关于审理触电人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》曾作过明确规定,但是由于该司法解释已经被最高人民法院废止,而《侵权责任法》第73条又规定经营者为责任主体,因此在司法实践中引起了一定程度的混乱,亟待予以明确^①。修订侵权责任编,对此应当做出明确规定。第三,对于第77条规定的差额赔偿,应当加以改造,明确规定按照无过错责任原则请求承担赔偿责任的,应当实行限额赔偿,受害人

能够证明高度危险活动和高度危险物的责任人造成损害是有过错的,则应当实行全额赔偿,而不是限额赔偿。

7. 饲养动物损害责任

修订饲养动物损害责任的规定要解决的问题是:首先,也是最重要的,要把第81条规定的动物园饲养动物损害责任适用过错推定原则,改为无过错责任原则,取消动物园在饲养动物损害责任中的特权。2016年八达岭野生动物园发生的老虎伤人案件,再次暴露了《侵权责任法》第81条规定的差误所在,必须进行修改,使游客在动物园游览时能够处于更安全的法律环境之中。其次,第84条关于“饲养动物应当遵守法律,尊重社会公德,不得妨碍他人生活”的规定,不属于侵权责任法规范,或者取消这一规定,或者对其进行改造,规定违反上述规范应当承担的侵权责任。

8. 物件损害责任

修订物件损害责任,第一,应当规定物件损害责任一般条款,使其能够适用于这一章列举的物件损害责任类型之外的那些物件损害责任。例如,第85条和第86条仅规定了建筑物、构筑物或者其他设施脱落、坠落、倒塌造成他人损害的赔偿责任,对于不动产造成其他损害的情形,没有法律规定,无法适用这一规定确定侵权责任。如果设置一个一般条款,就能够将其概括在一般条款中,以该一般条款作为请求权的法律基础,解决实践中存在的问题。第二,对第87条规定的高空抛掷、坠落物品,加害人不明造成他人损害的补偿规则,在现实适用中的问题较大,即使判决了也不易执行。此外,对该规范的正当性、合理性也一直存在争议,赞同者有之,反对者也有之^②。我的意见是还可以保留。

^① 对此,最高人民法院(2015)民申字第1767号民事裁定书作出明确认定,按照电力设施的产权界限界定经营者,是正确的认定。

^② 张新宝在多次会议和讲座中,都不同意这个条文,在侵权责任立法中,对此也进行了激烈的辩论。(参见:杨立新.侵权责任法条文背后的故意与难题[M].北京:法律出版社,2011:266.)

9. 其他侵权损害责任

将第四章“关于责任主体的特殊规定”全部移到最后一章 标题改为“其他侵权损害责任”。

对于这一章的主要部分可以不作变动 集中解决的是下面几个问题:

第一 修改第 35 条后段 把“提供劳务一方因劳务使自己受到损害的 根据双方各自的过错承担相应责任”的规定 由过错责任改为无过错责任 明确规定提供劳务一方自己受到损害的 接受劳务一方应当承担赔偿责任 提供劳务一方有重大过失的 可以减轻接受劳务一方的责任 对于提供劳务一方因故意造成的损害 接受劳务一方不承担赔偿责任。

第二 对第 36 条规定的网络侵权责任 扩展为包容网络媒介平台、网络交易平台、网络借贷平台以及其他网络服务平台的侵权责任 网络用户或者消费者在平台上造成损害的 应当规定网络服务平台提供者承担责任的条件。目前,《消费者权益保护法》第 44 条规定了网络交易平台提供者的责任,对于其他服务平台提供者的责任都没有规定。对此 应当作出明确的规定。

第三 对于第 37 条规定的违反安全保障义务损害责任 最重要的是把负有安全保障义务责任主体的范围作扩大规定 规定所有的经营者都对消费者负有安全保障义务 以及凡是在自己享有利益的土地范围之内存在安全隐患 而对他人没有尽到安全保障义务造成损害的 也应当比照该规定承担侵权责任。对于第 37 条第 2 款 除了把责任主体由管理人或者组织者改为经营者外 其他内容可以维持现状。

第四 增加规定专家责任。关于条文内容 我在《中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明》中提出了具体的建议 内容是:第 1 条规定专家责任的一般原则:以专业知识或者专门技能向公众提供服务的专家违反法律法规、行业规范和操作规程 造成委托人或者第三人损害的 应当承担侵权

责任 但是能够证明自己没有过错的除外。第 2 条规定专家责任的共同侵权行为:二人或者二人以上共同签署法律文件 或者出具专家咨询意见作出专业决策错误 造成委托人或者第三人损害的共同侵权行为 应当承担连带责任。第 3 条规定专家责任的替代责任:专家受雇于专门的执业机构并以该执业机构的名义对外从事执业活动 在执业活动中给委托人或者第三人造成损失的 由该执业机构承担替代责任 法律另有规定的除外。第 4 条规定专家过失的判断:专家在执业活动中需尽高度注意义务、忠实义务和保密义务 维护委托人的合法权益,未能尽到高度注意义务、忠实义务和保密义务的,应当认定为专家过失。第 5 条规定不实信息与不当咨询意见的责任形式:负有信赖义务的专家 提供不实信息或者不当咨询意见使受害人遭受损害的 应当承担侵权责任 能够证明自己无过错的除外。在前款情形 有直接侵权人的 专家承担补充责任^{[7]23-24}。

第五 增加定作人指示过失责任 对此,《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 10 条规定了比较好的规则^① 在司法实践中适用情况良好 稍作修改 即可作为法律条文规定下来。■

参考文献:

[1]李适时.关于《中华人民共和国民法总则(草案)》的说明——2016年6月27日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议上[R].

[2]布吕格迈耶尔 朱岩.中国侵权责任法学者建议稿及其立法理由[M].北京:北京大学出版社 2009.

[3]H·G·博威格 N·多考夫 N·杨森.中国的新侵权责任法[J].比较法研究 2012(2):144.

^① 该条文的内容是“承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的 定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的 应当承担相应的赔偿责任。”

- [4]杨立新. 编纂民法典规定人格权法重大争议的性质思考[J]. 中国法律咨询 2016(1).
- [5]魏振瀛. 民事责任与债分离研究[M]. 北京: 北京大学出版社 2016: 32、35.
- [6]杨立新. 侵权损害赔偿[M]. 北京: 法律出版社, 2010: 12、19.
- [7]杨立新. 中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明[M]. 北京: 法律出版社 2007: 38.
- [8]杨立新. 我国侵权责任法草案对国外立法经验的借鉴[J]. 中国法学 2009(5).
- [9]王胜明. 中华人民共和国侵权责任法释义[M]. 北京: 法律出版社 2010: 177.
- [10]奚晓明. 中华人民共和国侵权责任法条文理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社 2010: 259.
- [11]王利明. 侵权责任法研究(下册)[M]. 北京: 中国人民大学出版社 2012: 646.
- [12]杨立新, 曹艳春. 论民事权利保护的请求权体系及其内部关系[J]. 河南省政法管理干部学院学报, 2005(4).
- [13]梁慧星. 中国民法典编纂中的最大争论和我的态度——在四川大学法学院的讲座[EB/OL]. [2015-11-27]. <http://www.chinalaw124.com/lilunyanjiu/20151024/12866.html>.
- [14]刘士国. 论民法总则之民事责任规定[J]. 法学家 2016(5): 147.
- [15]汪渊智. 侵权责任法学[M]. 北京: 法律出版社, 2008: 230.
- [16]杨立新. 医疗管理损害责任与法律适用[J]. 法学家 2012(3).
- [17]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[J]. 比较法研究 2016(5): 141.
- [18]程啸. 侵权责任法[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 493.

Main Problems and Countermeasures in the Revision of Tort Liability Part of Civil Code

YANG Li-xin

(The Resaerch Center of Civil and Commerical Jurisprudence of Renmin University of China, Beijing 100872, China)

Abstract: Since the implementation of Tort Liability Law, it has been proved by theory and judicial practice that its legislative purpose, legislative form and specific contents are successful and having strong advantages, but there are also obvious flaws. In the process of codification of Civil Law, the Tort Liability Law should be revised as the Tort Liability Part of Civil Code, in order to maintain its advantages and cope with existing problems as well. We also should deal with the following issues: the differences between an independent law and a part of Civil Code, the double attribute of tort liability and obligation, the relationship between general rules and specific rules of special torts, the deficiency of general rules and specific rules of tort liability, and the relationship between personality right in the General Principles Part of Civil Code and the liability of infringing on personality right. Besides, we should adjust its current content system and logical structure, correct its inaccurate rules, modify the deficient rules, thus to revise an excellent Tort Liability Part of Civil Code.

Key Words: codification of Civil Law; specific parts of Civil Law; the Tort Liability Part of Civil Code; revision; main problems; countermeasures

本文责任编辑: 林士平