

民法典侵权责任编的内在与外在体系

李永军

摘要:我国2021年民法典作为世界上法典化国家最新的一部民法典,有其独特的结构。其中,侵权责任独立成编并规定在民法典的最后一编,便是特色之一。加之,我国民法典没有“债法总则”,因此,必须找出侵权责任编在民法典中的坐标定位。另外,侵权责任编之外在体系、内在体系是什么?其外在体系属于逻辑体系,它是由不同内涵的概念通过涵摄技术构成的体系。从民法典的视角看,是否任何损失都能够得到赔偿?答案是否定的。“损害自负”是基本原则,只有例外的情形才能获得赔偿——这种例外就是符合一定要件。作为一般侵权责任来说,以“过错(暂且认为过错包含不法)”为核心。因此,“过错+损害”就是侵权责任编最基本的逻辑起点和核心。其内在体系属于价值体系,侵权责任编主要反映了矫正正义的基本思想——对于以过错为归责原则的侵权行为最正当的说明理论。但是,由于包括我国民法典在内的许多国家的民法典之侵权行为部分,都规定了很多“不问过错责任原则”为归责原则的侵权救济,因此,分配正义在这些非以过错为要件的侵权责任中,占有主导地位。

关键词:侵权责任编;过错;严格责任;内在体系;外在体系

DOI: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2021.04.010

一、对问题的说明

我国民法典的体例结构不同于任何大陆法系国家或者受到大陆法系民法传统影响的亚洲各国民法典,其编排体例有特殊之处。我们暂且不说其“七编制”的独特结构,仅仅就与侵权责任编有关的民法典编排结构方面而言,有三点就非常独特:(1)没有债法总则;(2)侵权责任独立成编;(3)侵权责任编编排在民法典的最后一编。

这种独特的结构形式本身就颇耐人寻味:这究竟是立法者独自发现的一种新的法典编纂思路,还是因为编纂民法典的时候“时间紧任务重”,不得已采取的一种“简易的汇编方法”?因为,在民法典编纂之前就已经有作为单行法的侵权责任法、物权法、合同法、婚姻法、收养法、继承法、民法总则。在此基础上,再制定出“人格权编”,对既有的这些法律进行简单的整理和修订,民法典就算是编纂完毕了。当然,从我的认识看,显然是后面一种。这样,整个民法典的内在与外在体系就存在问题了。单就既存的民法典来看,就上述三个特点,如何正确解读侵权责任编的结构,对于法律适用来说,就显得十分重要。主要有三个问题要解释清楚:(1)侵权责任编与民法典其他各编,尤其是总则编是什么关系?也就是说,侵权责任编在民法典中的体系坐标是什么?(2)侵权责任编自身的外在体系结构是什么?也就是说,侵权责任编的逻辑结构如何?从规范的视角看,侵权责任编建立在什么样的核心概念之上?(3)侵权责任编的内在体系——价值体系是什么?此一问题不仅与侵权责任编的功能有关系,而

基金项目:国家社科基金重大项目“民法典编纂的内部与外部体系研究”(18ZDA 141)。

作者简介:李永军,中国政法大学民商经济法学院教授,博士生导师。1982-1989年在山东大学法律系学习并留校任教,在此期间考取了乔伟教授的研究生,方向是“民法史”。1989年从山东大学公派出国学习,回国后在中国政法大学江平教授指导下作博士后研究并同时在中国政法大学任教至今(北京 100088; zfyongjunl@163.net)。

且与制度背后的理念有关。特别是在我国民法典之侵权责任编中,过错责任之外的无过错责任(包括危险责任)的比例很大,类型化侵权丰富^①的情况下,究竟是在体现一种什么样的正义观——矫正正义还是分配正义?

无论如何,在民法典时代,必须用体系化的视角来理解和适用法律,不能再用单行法的视角来理解侵权责任法。对于以上问题,我国学者关注者甚少,但其对于侵权责任法的体系化理解和适用,具有重要的意义。

二、侵权责任编在民法典中的体系坐标

从整个民法典的体系看,要确定侵权责任编的体系坐标,必须找出其与民法典总则编中的“公因式”的相互联系。因为,民法典总则编是规定整个民法典各编的公因式,而各编仅仅是这种公因式的“细化”。例如,合同是民法典总则编中“法律行为”的具体体现,合同编规定自己的具体规则,法律行为的规则在合同编没有规定的情况下,可以适用于合同编,这是外在的体系坐标。那么,其内在的体系坐标呢?总则编中的“意思自治”“公平”“地位平等”“公序良俗”等都是合同编的上位概念,合同中的“契约自由”仅仅是意思自治的具体体现。而公平、公序良俗和地位平等可以直接适用于合同编。那么,侵权责任编内在与外在体系与民法典总则编的关联是什么呢?

(一)侵权责任编与总则编的外在体系关联

从外在体系的视角看,我国民法典中的侵权责任编与总则编的体系关联主要体现在两个大的维度:一是总则编的第五章“民事权利”,二是第八章的“民事责任”。尽管笔者一直主张,我国民法典对“公因式”的提取存在“懒惰”,没有真正地提取出公因式,其中民法典总则编的第五章“民事权利”与第八章“民事责任”就是典型的表现;由于民法典不同于作为单行法的民法总则和侵权行为法,当各编已经明确规定了各种权利、责任及其构成要件的情况下,再罗列这些权利和责任意义何在^②?但是,法典已经颁布,我们只能从法典的既存事实来分析。

从民法典第五章来看,可以说,有七个条文将侵权责任涵摄在自己的体系之内:(1)第118条:民事主体依法享有债权。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。(2)第120条: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。(3)第109条:自然人的人身自由、人格尊严受法律保护。(4)第111条:自然人的个人信息受法律保护。任何组织或者个人需要获取他人个人信息的,应当依法取得并确保信息安全,不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息,不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。(4)第112条:自然人因婚姻家庭关系等产生的人身权利受法律保护。(5)第113条:民事主体的财产权利受法律平等保护。(6)第131条:民事主体行使权利时,应当履行法律规定的和当事人约定的义务。(7)第132条:民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益。

在这些条文中,可以分为两类:一类是具有规范意义的条文,另一类则是具有功能意义的条文。其中,第118条、第120条、第131条和第132条属于规范意义的条文,其他的条文则属于功能意义的条文。

我们先来分析具有规范意义的条文。所谓具有规范意义的条文,是指对于法律的适用具有直接作用的条文,这些条文要么直接就是规范,要么属于规范的一部分。具体来说:(1)第118条之规范意义在于:它把侵权责任直接归入“债”的范畴,指出了侵权行为直接产生债。债的规则可以适用于侵权

^① 我国的侵权责任编的条文,比德国民法典+法国民法典+日本民法典+瑞士民法典关于侵权责任的法条加起来还多23条。德国民法典关于侵权责任的法条共30条、法国民法典共5条、日本民法典共16条,瑞士民法典共21条——已经扣除了废止的条文。四国加起来共72条。我国民法典的侵权责任编共95条。

^② 李永军:《对我国〈民法典〉上“民事责任”的体系化考察》,《当代法学》2020年第5期。

责任。如果没有这一条,在我国民法典这种体例下,侵权责任真的可能被认为是债之外的责任。因为我国民法典没有规定债法总则,如果没有这一条,债的一般规则是否适用于侵权责任就会成为疑问。甚至在2009年起草《侵权责任法》的时候,侵权责任是不是债都有疑问。因此,这一条的规范意义非常重要,解决了侵权责任在体系中的位置和坐标。(2)第120条规定的“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”,按照立法机关的解释,该条实际上是规定了被侵权人的一项请求权^①,这无疑是正确的。但我觉得最重要的是,它指出了侵权责任编保护的主体和范围:权利和利益,与第1164条前后呼应和对接。当然,侵权责任编对于利益的保护到什么程度,是一个有争议的问题,我想在下面“外在体系”的时候再具体阐述。当然,第132条也是对侵权责任调整对象的一种规定。(3)第131条的规范意义在于:它实际上为侵权责任构成中的“注意义务”签订了基础。因为,一个人在行使自己的权利和自由时,必须尽到对他人的注意义务,而这种注意义务是法定的^②。

我们再来看功能意义的条文。这些条文在总则编第五章中主要是指第109条、第111-113条。这些条文规定了受到法律保护的绝对权,其实就是为侵权法的保护提供空间的。因为,在民法典上,不仅第109-113条规定的人身自由、人格尊严、个人信息、因婚姻家庭产生的人身关系、财产权利受到法律保护,其他民事权益都受到保护。但是,并非所有的权利和利益都一定属于侵权法保护的范畴。例如,违约问题就不是靠侵权法来保护和救济的。另外,如果从侵权责任编所在的位置看,是放在民法典的最后一编,是作为对所有民事权利的保护措施来对待的。因此,对于民事权益的保护恰恰非常符合侵权责任编所在的位置。

但是,作为债的一种发生原因与其作为民事权益的保护措施,是否会发生矛盾呢?如果从科学的视角看,民法典的所有各编其实都负担有保护民事权益的使命和功能:物权编因保护物权之功能——排除妨害、物权返还请求权、消除危险;合同编通过违约责任来保护当事人的期待利益;继承编保护继承利益等。侵权责任法当然有其保护权益功能,而且这种功能具有广泛性的特点,实际上是在各编之外通过产生债权债务的方式来保护受害人的权益。因此,侵权行为作为债的发生于原因是规范性的,而作为保护权益的功能是其客观、实际的功能。

从民法典的第八章内容来看,如果认为侵权责任属于一种民事责任的话,那么似乎应当认为,民事责任是侵权责任的上位概念——民事责任包括侵权责任。尤其是从民法典第179条的规定看,这十一种责任方式显然包括了侵权责任方式。更为显著的是,在该章中的所有规定,似乎都与侵权责任编有关联。

应该感谢这两章,否则,侵权责任编就真的脱离了民法典债的内在与外在体系,在民法典体系中找不到坐标和安身之处了。

当然,如果说侵权责任编与作为民法典“公因式”的总则编的关联还体现在“权利能力”与“行为能力”、诉讼时效的规定之关系。首先作为权利能力来说关系到被告或者原告的资格问题,如果一个团体没有权利能力,既不能作为侵权诉讼的原告,也不能作为被告;其次侵权行为发生以后,从私法的视角看,实际上是在加害人与受害人之间发生了一种债的关系(《民法典》第118条)。这种债的请求权受到诉讼时效期间的限制和影响;最后侵权责任承担涉及“责任能力”问题,但我国民法典上显然没有规定责任能力。那么,行为能力是否就等于责任能力呢?对此问题,我国在起草2009年侵权责任法的时候就有过争议,现在仍然存在争议^③。关于这一问题的详细讨论,我们将在下面展开。

① 黄薇主编:《中华人民共和国民法典总则编释义》,北京:法律出版社,2020年,第313-314页。

② 当然,合同也可以约定,但是,一旦约定就属于合同义务,承担违约责任。因此,侵权法上的注意义务应当是法定的。

③ 席志国:《论未成年人侵权责任能力的类型构造》,《浙江工商大学学报》2020年第3期;朱广新:《论未成年人致人损害的赔偿责任》,《法商研究》2020年第1期;郑晓剑:《侵权责任能力判断标准之辨析》,《现代法学》2015年第6期。

(二)侵权责任编之内在体系与总则编的关联

内在体系其实就是价值体系,当然,关于价值体系如何构成以及各种价值之间的关系问题,有诸多不同观点,在此不讨论这一问题。这里仅仅阐释侵权责任编在内在体系方面与总则编的体系关联性。

作为民法典中枢的总则编中,规定了统掣民法典整体的基本原则,可以视为民法典的核心价值,对于民法典的各编应该都具有统领和指导作用。《民法典》第3条规定了“合法权益受保护原则”,第4条规定了“主体地位平等原则”,第5条规定了“意思自治原则”,第6条规定了“公平原则”,第7条规定了“诚信原则”,第8条规定了“公序良俗原则”,第9条规定了“绿色环保原则”。那么,这些民法的基本价值是否都能够适用于侵权责任编?或者说,是否与侵权责任编的内在价值体系相互衔接?

1.合法权益受保护原则。“合法权益受保护原则”尽管看起来是对民事主体权益保护的宣示,但从我国侵权责任编之排列位置来看,的确有“保护功能主义”的强烈色彩,这其实也是侵权责任编的直接使命。因此,可以说,这一基本原则与侵权责任编具有直接的联系,也是侵权责任编内在价值体系中的一部分。

2.主体地位平等原则。“主体地位平等原则”看起来似乎是合同编的原则,但在侵权责任编中也具有重要的意义。首先,侵权责任编的直接目的是对受害人进行补救,而且以“损害”为限。这就是由主体平等原则所导致的,惩罚性赔偿只能作为例外,只有在极其特殊的情况下才适用惩罚性赔偿。《民法典》第1207条规定:“明知产品存在缺陷仍然生产、销售,或者没有依据前条规定采取有效补救措施,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。”“主体平等”也是侵权责任法从刑法分离出来且区别于刑法的重要标志。除此之外,这种平等原则还体现在诉讼程序中,必须对于原告与被告的程序权利给予平等对待。另外,侵权法无论是体现矫正正义还是分配正义,按照罗尔斯的观点,所有社会价值——自由和机会、收入和财富、自尊的基础——都要平等地分配,除非对其中的一种价值或所有价值的不平等分配合乎每一个人的利益。这样,不正义就仅是那种不能使所有人得益的不平等了^①。因此,该原则也是侵权责任编内在价值体系的组成部分。

3.意思自治原则。“意思自治原则”当然属于合同编、婚姻编和继承编的基本价值,从表面看起来似乎与侵权责任编无关,但实际上却有着千丝万缕的联系。因为,侵权责任以过错为基本归责原则,而过错恰恰就是“意志的不良状态”,过错责任是指行为人在选择自己的行为时,违反了法律课定的对他人利益及财产所应当负有的注意义务而造成他人损害时,负担消极责任。这正是自由的界限,也是意思自治的界限。也就是说,侵权责任实际上为意思自治划定了界限——任何人或者组织在进行自治的时候,必须尽到“合理注意义务”,在追求自己利益的同时,合理注意他人利益,否则就被认为具有“过错”,从而其行为受到谴责,也就要被课定责任。另外,侵权责任与意思自治具有一个共同的基础——自治的能力。无论是从事意思自治还是承担过错责任,行为人首先是一个限制行为能力人或者完全行为能力人,无行为能力人原则上对于自己的行为不仅在合同法上不承担后果,而且在侵权上也无法按照过错归责^②。因此,合同、婚姻和遗嘱等法律行为属于“意志的正态”,而侵权行为则是“意志的负态”。因此,意思自治原则与侵权责任编的内在价值有关联性。

4.公平原则。“公平原则”实际上是侵权责任编最重要的原则,也是侵权责任编与总则编具有最直接联系的内在价值之一。民法的基本原则当然应该是公平,因为它直接涉及到交易或者填补损害。因此,对于被害人(原告)进行救济的时候,必须以公平为基本理念。刑法更注重正义,但是,由于侵权责任是从刑事责任中分离出来的,因此,传统哲学中的“正义观”始终在起作用。当然了,公平也是正

^① 约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,北京:中国社会科学出版社,1988年,第58页。

^② 当然,无过错责任和替代责任属于例外。

义的一部分。因此,罗尔斯将公平作为正义的表现形式^①。他进而指出:正义是社会制度的首要价值,正像真理是思想体系的首要价值一样。一种理论,无论它多么精致和简洁,只要它不真实,就必须加以拒绝或修正;同样,某些法律和制度,不管它们如何有效率和有条理,只要它们不正义,就必须加以改造或废除。每个人都拥有一种基于正义的不可侵犯性,这种不可侵犯性即使以社会整体利益之名也不能逾越。因此,正义否认为了一些人分享更大利益而剥夺另一些人的自由是正当的,不承认许多人享受的较大利益能绰绰有余地补偿强加于少数人的牺牲。所以,在一个正义的社会里,平等的公民自由是确定不移的,由正义所保障的权利决不受制于政治的交易或社会利益的权衡。允许我们默认一种有错误的理论的唯一前提是尚无一种较好的理论,同样,使我们忍受一种不正义只能是在需要用它来避免另一种更大的不正义的情况下才有可能。作为人类活动的首要价值,真理和正义是决不妥协的^②。当然,罗尔斯的正义观也充满了争议,而且,侵权责任法所体现的正义究竟是矫正正义还是分配正义,这是一个与其功能和目的相关的问题,在历史和现代一直存在争议,需要认真思考和分析,也是本文关注的重点问题,下面详细阐述。

5.诚信原则。诚实信用原则,与侵权责任编的关联度较低,尤其是缔约过失责任独立于侵权法之外以后,诚实信用原则就是在合同编发挥作用。因此,德国民法典和法国民法典等,都将其作为给付义务的原则^③。因为,诚信的要求与侵权责任中“注意义务”的要求标准是不同的:一个诚信的人也有可能因为疏忽而违反注意义务,从而构成侵权责任。因此,就侵权责任构成的内在体系结构而言,诚实信用与侵权没有直接关联。但是,如果说将侵权责任作为债的一部分,诚实信用原则与侵权行为之债有着莫大的联系。因此,可以正确地表述为:就侵权责任编本身来说,其自身的内在体系与诚实信用原则没有直接的关联,但是,就民法典体系整体来看,因侵权行为发生之后的效果来说,与诚实信用关系巨大——债的履行的基本原则。

6.公序良俗原则。“公序良俗原则”在侵权责任法上具有重要的作用和意义——是界定权利之外的利益能否得到侵权法救济的要件之一。尽管我国《民法典》第120条、第1164条、第1165条、第1166条都将“权益”作为侵权法保护的客体,但是,有些权利(例如相对权——债权)或者利益(例如可得利益)作为纯粹经济损失,能否毫无例外、不加限制地得到侵权法救济,是很有疑问的,几乎没有国家毫无条件地对之进行侵权法上的保护。一般来说,必须以加害人故意或者违背善良风俗作为要件。例如,《德国民法典》第826条就规定:“以违背善良风俗的方式故意加害于他人的人,有义务向该他人赔偿损害。”我国民法典虽然没有做出如此明确的规定,但是,如果不对上述关于“权益”中的“益”在保护方面做出限缩,将无限扩大侵权法的领域,甚至会动摇侵权与违约的基本界限,打破合同与侵权的基础。另外,从侵权责任法的伦理基础出发,违反公序良俗的行为,同时也是应该受到谴责的行为,也是侵权责任法应该针对的行为。因此,公序良俗原则不仅在合同编对于合同效力具有直接的否定作用,对于侵权责任编来说,也具有核心的价值——对于划定保护范围具有基石性作用。

7.绿色环保原则。我国《民法典》第9条规定的绿色环保原则,该原则在当代社会被认为是一个重要的原则,尽管其在民法上的规范意义远远小于其倡导意义,但是对于侵权责任编来说,对于加强对环境的侵权保护具有指导意义。我国民法典在侵权责任编中关于环境保护的条文确实也比2009年侵权责任法多了不少,但更重要的是,当发生争议的时候,绿色环保原则可以指导司法实践的具体裁判。因此,也可以说,这一原则也是侵权责任编中基本理念的组成部分。

必须清楚的是,尽管这些民法典规定的原则与基本价值同侵权责任编有重大关联,甚至大部分也能适用于侵权责任编。但侵权责任由于最初是从刑法中分离出来的,它与刑法在很多方面有天然的

① 约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,第11页。

② 约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,第1-2页。

③ 《德国民法典》第242条、《法国民法典》第1112条等。

联系。民法典的其他各编更多地反映的是“公平原则”,侵权责任法除了公平之外,更多的则是关注正义原则。因此,侵权责任编在内在体系上有自己的独特之处。

三、侵权责任编自身的外在体系

“外在体系”是法律形式上的构造,是对(以法律概念为基础)法律材料的划分^①。用拉伦茨的话来说,外部体系是指依形式逻辑的规则构建的抽象的一般概念式的体系。此种体系是许多法律,特别是民法典的体系基础。此种体系的形式有赖于:由作为规范客体的构成事实中分离出若干要素,并将此等要素“一般化”,由此等要素可形成“类别概念”,而借着增减若干规定类别的要素,形成不同抽象程度的概念,并因此构成体系;借着将抽象程度较低的概念涵摄于程度较高的概念之下,最后可以将大量的法律素材归结到少数“最高”概念上。此种体系不仅可以保障最大可能的概观性,同时亦可保障法的安定性,因为假设这种体系是完整的,则于体系范围内,法律问题仅借逻辑的思考即可解决。它可以保障由之推演出来的所有结论,其彼此之间不相矛盾^②。也就是说,民法典的外在体系实际上是一个逻辑体系,借着逻辑的技术方法——内涵与外延的方法,形成不同内涵与外延的类别概念,将外延较小(内涵较大)的概念涵摄于外延较大(内涵较小)的概念之下,由此形成规则的递进而构成的体系。这种体系对于法律解释和适用的好处是:体系内的推演结论在逻辑上达到一致,从而避免结论矛盾及防止法官适用法律的任意性^③。那么侵权责任编的外在体系是如何构建的呢?

侵权责任作为民事责任的一种、作为权利产生的一环,效力民法典的权利义务体系中的确具有重要的地位。但是,一个人的不幸原则上是应该由自己承担,为什么会产生对他人的请求权呢?这就是侵权责任法的最重要的问题:自己的损失何以归咎于他人?要让他人对此承担损失,必须有充分的归责事由。就如有学者指出的,损害原则上由受害人自行承担,仅在存在特殊理由的例外情形下,始得向加害人请求损害赔偿。法律允许“损失自担”原则的例外是基于“任何人不得以不合法的方式造成他人损害”[“勿害他人”(“neminem laedere”)],以及“任何人无须容忍因不合法方式对其造成的损害”的思想。侵权责任法处理和规定的正是“损害转移”(Schadensabwälzung)问题,即“损失自担”原则的例外^④。有学者更直接地指出,任何国家的侵权行为法皆面临一个基本问题:因权益受侵害而生的损害究应由被害人承担,抑或使加害人负损害赔偿责任?关于此点,各国法律多采相同原则,即被害人须自己承担所生的损害,仅于有特殊理由时,始得向加害人请求损害赔偿。诚如美国著名法学家Holmes所云:“良好的政策应让损失停留于其所发生之处,除非有特别干预的理由存在。”^⑤所谓特殊理由指应将损害归由加害人承担,使其负赔偿责任的事由,学说上称之为损害归责事由或归责原则。此乃侵权行为法的核心问题^⑥。“归责事由”(Zurechnungskriterien)关注的是受害人的损害归由加害人承担的内在合理性问题^⑦,在侵权法中提出“为何依据过错责任或无过错责任行为人需承担侵权法上的损害赔偿”这一问题,事实上追问的是受害人的损失转移的内在合理性。传统的理解认为此种内在合理性在于对某一类型的责任所适用的统一责任原则——“责任原则”或称“责任基础”(“Haftungsprinzip”或称“Haftungsgrund”)。(责任)原则太过抽象,适用时需要在原则之下划分出责任构

① 恩特斯·A.克莱默:《法律方法论》,周万里译,北京:法律出版社,2019年,第59页。

② 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,北京:商务印书馆,2016年,第317页。

③ 李永军:《民法典物权编的外在体系评析》,《比较法研究》2020年第4期。

④ 海因茨·雷伊:《瑞士侵权责任法》,贺栩栩译,北京:中国政法大学出版社,2015年,第8-9页。

⑤ Oliver Wendell Holmes, *Common Law*, Boston Little, Brown and Company, 1881, Forty-fifth Printing, p.50.

⑥ 王泽鉴:《侵权行为》,北京:北京大学出版社,2009年,第12页。

⑦ 海因茨·雷伊:《瑞士侵权责任法》,贺栩栩译,第10页。

成体系将一般原则具体化。从这个意义上讲,侵权责任法又可被称为“规定例外之法律”^①。

因此,含有“矫正正义”基本思想的“过错+损害赔偿”是侵权责任法外在体系构造的基础概念。但是,为了限制潜在的加害人的责任,必须对这种赔偿责任进行准确的限制。一个一般侵权行为的具体构成,除了过错和损害之外,还必须有“适当的因果关系”和“不法性”。因此,某人的损失归咎于他人的事由大概有三:过错、损害与不法。这也是侵权责任构成的核心要件。

上述这些构成要件之每一个究竟是什么含义,理论和实务界观点不同。在此仅仅想说明“过错”与“不法性”的关系。在不法与过错的关系问题上,无论从传统民法的理论还是立法例上,均存在两种不同的观点:过错吸收不法,过错与不法的区分。前者可以称为一元论,后者可以称为二元论。

一元论认为,违法性不能作为侵权责任成立的独立要件,过错吸收不法。作为责任要件的违法性,并不具有特定的并与过错的概念相区别的内涵,因此,违法性不宜作为独立的责任构成要件。民事过错不是单纯指主观状态上的过错,而同时意味着行为人的行为违反了法律和道德,并造成对他人的损害,过错体现了法律和道德对行为人的行为的否定评价。违法行为是严重的过错行为,但过错又不限于违法行为,还包括大量的违反道德规范和社会规范的不正当行为。因此,过错的概念要比违法行为的概念在内涵和外延上更为宽泛^②。

二元论主张过错与不法性应该作为侵权责任构成的两个独立的要素,在侵权责任的构成要件中必须严格区分违法性与过错,违法性是客观因素而过错是主观因素,前者的判断对象是行为人行为的外形,而后者的判断对象则是行为人的主观心理状态。其理由是:首先,区分违法性与过错的重要目的在于,违法性的概念能够使民事活动的主体明白可以做什么、不可以做什么。作为市民社会生活的成员,每一个人都应当知道并且也有权知道其应当遵循的行为标准。作为主观心理状态的过错由于高度的主观性以及与道德、心理问题的密切联系性,容易造成人们在社会生活中没有一个清晰明确的行为标准。而违法性的概念恰恰可以使得这样的行为规则变得更加客观、更加精确。只有在客观地分析了行为的标准后才考虑主观因素。其次,如果在侵权责任的构成要件中缺乏违法性,而单纯以是否具有过错作为判断标准,将导致侵权责任范围漫无边际,过于宽泛。在自由竞争的市场经济社会中,如果对通常的交易竞争中的竞争对手所蒙受的所有损害都予以赔偿,侵权责任就会被过分扩大。

① 海因茨·雷伊:《瑞士侵权责任法》,贺栩栩译,第16页。

② 参见王利明:《侵权责任法研究》上卷,北京:中国人民大学出版社,2018年,第369-371页。当然,还有的一元论主张者有另外的理由:首先,认为在侵权责任中区分违法性与过错能够使民事活动的主体明白可以做什么,不可以做什么,这实际上是一种不切实际的幻想。违法性的概念是否确实能够使我们明确行为的清晰与精确的标准依然是一个问题。之所以如此,原因在于:其一,在法律上权利义务是确定行为标准的依据,人们只有在法定的权利义务范围内才有权从事某种作为或不作为,超越法定权利的范围才是违法的,因此真正确定人们行为标准的应当是法定的权利而非作为侵害法定权利后果的行为的违法性;其二,民事行为纷繁复杂,法律没有必要也没有可能对行为人在从事各种行为时都规定具体的行为标准,因此在侵权行为法领域中用以协调人们行为的标准还只能是过错,过错责任的价值正是在于它确定了某种行为的标准。其次,当今社会侵权行为法中的“过失”虽然是主观性要件,但并不单纯解释为加害者的心理状态而是通常人的能力为标准,违反应该注意避免的有预见可能性的损害的客观性注意义务才是认定过失的标准。另外,虽然“违法性”作为客观要件与故意、过失有所不同,但实际上被考虑到的是加害行为的态样和行为人的故意、过失等主观性要素。在这两方面的作用下,产生了违法性与过失在内容上、功能上相互交错的现象,因此,违法性没有独立存在的价值而应当被已经客观化的过失取而代之。再次,所谓区分违法性与过错可以做到法律的正确适用和责任的正确认定的观点也没有说服力。因为,行为人对合法行为不负责任实际上是一个免责问题,对免责事由的确定并非通过确定违法行为的概念才能解决。在没有把违法性作为侵权责任构成要件的情况下,法律也可以规定免责事由。此外,所谓违法阻却事由实际上阻却的并非违法性而是过错,各种免责事由涉及的都是过错问题,是因为行为人没有过错而免责的,而非行为不具备违法性而免责。最后,将违法性融入过错当中可以做到简化责任构成要件的作用。在过错中包括行为的违法性可以将过错责任的构成要件从四要件简化为三要件,而简化的结果就是:一方面,审判人员在认定侵权责任时不需要在难以判断行为的违法性时牵强附会地作出结论;另一方面,如果行为人的行为违反了现行法律的规定,可以直接认定行为人具有过错,如此可以迅速解决侵权纠纷,为受害人及时提供补救。见程啸:《侵权责任法》,北京:法律出版社,2021年,第287页。

侵权行为法是保护已经存在的权利的法律,而不是由此创设新的权利。社会生活中损害涉及他人的情况是时有发生,如果没有违法性要件的限定,则得以认定的侵权责任的范围就会没有边际。因此,如果拆除违法性与过错之间的隔断,单纯从合法权益损害的事实状态中认定行为的违法性,极有可能会使违法行为与损害事实的概念相互混淆,导致不适当地给行为人强加责任的结果。再次,就法律与伦理的关系而言,过错的评价应以违法性评价作为前提,如果以过错吸收违法性,直接对行为人主观心理进行道德上的评价,显然是一种泛道德主义的做法。过错吸收违法性理论,即以道德判断代替了规范判断,为侵权行为法的泛道德解释与执行大开方便之门。实践中可能出现把多种行为(包括合法的与违法的)纳入责任判断对象,且因过错富有弹性,极可能导致强加行为人法律责任的结果。因此,正如刑法上不能处罚思想犯那样,民法上过错的评价也应以违法性评价为前提。最后,区分违法性与过错,不仅涉及侵权行为法理论体系构造,而且关系到法律的正确适用和责任的正确认定。违法性与过错的区分要求法官在认定一般侵权行为场合,必须分别判定是否存在违法性和过错:首先确认行为是否具有违法性,是否具备正当化事由而阻却违法性。若无违法性,则不再考虑责任的有无问题;若存在违法性,再通过过错的判断确定责任的有无与轻重。因此,区分违法性与过错为法官在认定责任时提供了清晰而严谨的思考方法。司法实践中,不少法院赞同区分违法性与过错^①。

对于两种观点来说,都有自己的道理,也确实都看到了问题的某些方面和要害之处。但我更倾向于“二元论的区分说”。尽管从历史和立法例上看,存在法国式与德国式的不同表达。1804年的《法国民法典》第1382条的确这样规定:“任何行为使他人受损害时,因自己的过失而致损害发生之人,对该他人负赔偿责任。”从该条规定看,好像没有明确规定“不法”的要件,因此,似乎成为反对区分说的重要立法例。在今天的法国法中,“过错”是从纯客观的角度予以定义的,即指“有缺陷的行为”(comportement defectueux),并且它与人的识别能力无关(即无识别能力的人也可能被认定为有过错)。“过错”这种“有缺陷的行为”不仅包括那些违反了强制性规范的行为(这种违反客观法的行为必然构成过错),而且包括在个案中被法官认定为有违理性人(善良家父)行为标准的所有行为或疏忽^②。1900年的《德国民法典》第823条规定:“(1)故意或有过失地不法侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利的人,有义务向该他人赔偿因此而发生的损害。(2)违反以保护他人为目的的法律的人,担负同样的义务。依法律的内容,无过错也可能违反法律的,仅在有过错的情形下,才发生赔偿义务。”由于该条明确规定了“过失”与“不法侵害”,因此被认为是二元论区分说的代表。德国法及学理自不必说,即使那些受到德国法影响的国家的立法例和学理也都持有与之相同的观点,例如,奥地利学者指出,根据奥地利的权威观点,在不法性与过错之间可以作出非常明确的区分:在判定不法性方面,只有客观因素是决定性的^③。意大利法律制度中的违法性问题见于其1942年《民法典》有关侵权行为一般规范的第2043条。该条规定,“任何故意或过失对他人造成不法损害的行为,不法行为人必须予以赔偿”。对“违法性”“不法损害”(ingiustizia-del danno)等术语的使用是1865年《民法典》第1151条的创新之举。这部法典逐字照译了《拿破仑法典》第1382条。在立足于法国模式的规范和立足于德国模式对该规范的解释之间发生了分歧。这种解释认为,第1151条是由其他规范具体调整的制裁性侵权规范[制裁性的典型规范(sanctioning and typifying norm)]。1942年法典对违法性问题的引入最初强化了德国模式的影响,因为,尽管违法性的概念与损害类型在文字上并列一处,但它是与不法行为联系在一起。于是,尽管《民法典》第2043条被改写为具有制裁目的并伴有损害赔偿救济手段的辅助规定,但是,通过法律制度中的其他规范,侵权行为具有明确的违法性特征。尽管《民法

① 程啸:《侵权责任法》,第286页。

② G.瓦伊尼:《法国法中的违法性问题》,载H.考茨欧主编:《侵权法的统一:违法性》,张家勇译,北京:法律出版社,2009年,第74页。

③ H.考茨欧:《奥地利法中的违法性问题》,载H.考茨欧主编:《侵权法的统一:违法性》,张家勇译,第20页。

典》第 2043 条的措辞与德国《民法典》第 823 条存在差别,而且立法者的最初意图本来是想在法国法的一般条款和德国法的僵硬类型之间创立一种中间模式。但是,源于德国法的制裁民事违法行为的观念还是被加强了。在民法典颁行 20 年后,违法性范畴的创新意义才为人们所认识,因为违法性概念指向的是损害而非行为。同时,补偿作为损害赔偿而非制裁的功能性概念也得到了接受。第 2043 条更具弹性的解释通过这种新的方式得以推行。这个规范有时被看作是一般的非典型条款,有时则被看作是一般规则。无论如何,它被置于一种中间位置,一端将承认受害方主张的任何利益的无限权力给予法官,另一端则将类型化受损利益或侵权行为的全部权力(仅仅)授予立法者。法官可以认可要求赔偿受损利益的赔偿请求权,只要这种利益是法律所认可的利益并因而值得给以赔偿。就此而言,借助于其内容表现为在法国模式(以及最近的荷兰模式)与德国概念之间达成某种协调平衡的基本规范(primary norm),有可能在民事责任领域获得一种渐进而可控的扩张^①。

从某种意义上说,“违法性”问题在英国侵权法中发挥着重要作用,实际上构成其基础。毕竟,侵权法就是有关“民事违法行为”(civil wrongs)的法律。但是,换个角度来看,这个概念又几乎没有什么意义,因为,“违法行为”或“违法性”可以被视为仅仅是施予侵权责任的各种情形的简称^②。

笔者认为,如果没有“不法”要件,那么,至少在我国侵权责任法上两点就难以自圆其说:(1)没有责任能力或者说没有任何行为能力的人侵权他人权利,为什么要承担责任就难以解释。因为他们没有过错,不可能承担过错责任。那么,我国《民法典》第 1188 条的规定如何解释?该条规定:“(A)无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护职责的,可以减轻其侵权责任。(B)有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,从本人财产中支付赔偿费用;不足部分,由监护人赔偿。”如果在(A)的情况下,粗略解释的话——监护人承担的是替代责任,也就是无过错责任。但是,在第二种情况(B)的情形下,就难以解释了:既没有过错,也不以不法作为要件,其责何来?其实,在(A)的情况下,如果仔细分析,也会发现问题:所谓替代责任,首先是被替代者构成了责任,才由监护人承担替代责任,即使监护人没有过错。但是,如果没有“不法”,被监护人构成侵权吗?没有责任,“替代”何来?(2)如果没有“不法”作为要件,那么,纯粹经济利益损失将毫无限制地进入侵权法的保护范畴,合同与侵权的区别将不复存在。我国《民法典》第 120 条、第 1164-1166 条规定的“权益”之中的“益”将没有边界的蔓延。因此,只有“不法”要件才能有效阻却。违法性要件的主要功能就是界定侵权法的保护范围,需要指出的是,尽管在立法上没有规定违法性,但是,由于我国侵权法所保护的非常广泛,既包括物权、人格权、知识产权等绝对权,也包括债权等相对权和人格利益、财产利益,法律上对于这些人身权益和财产权益实际上并非给予同等程度的保护,故此,违法性要件所具有的“对法律的评价功能”,非常有意义^③。

因此,即使我国《民法典》第 1165 条规定的词语适用上,很类似《法国民法典》的第 1382 条,但在解释和使用上,大概离不开“不法性”要件。在理解我国《民法典》第 1165 条中构成要件的时候,不仅不能忘记“不法性”的因素,还要清楚,我国民法典上的“不法”,包括“结果不法”和“行为不法”——在侵犯有明确“公示方式”的权利(主要是绝对权)时,只需要认定侵犯了受到法律保护的权利就可以了,但是,在认定绝对权利之外的相对权或者利益受到侵犯时的责任,必须有不法性。可以说,是否承认区分的二元论和吸收说的一元论,对于法律实务来说,几乎是没有什么意义的。是否需要“不法”要件,要看具体案件是什么。这与客观说或者主观说没有必然关系,并非说客观说不需要“不法”要件,也不能减轻举证责任。因此,一元论与二元论的主要差别仅仅是在于形式上的三要件实质上的四要件,还是

① F.D.布斯奈利,C.科芒达:《意大利法律制度中的违法性问题》,载 H.考茨欧主编:《侵权法的统一:违法性》,张家勇译,第 88-89 页。

② W.V.H.罗杰斯:《英国侵权法中的违法性问题》,载 H.考茨欧主编:《侵权法的统一:违法性》,张家勇译,第 49 页。

③ 程啸:《侵权责任法》,第 289 页。

形式上的四要件问题。

四、侵权责任编自身的内在体系

什么是法律的内部体系?德国卡纳里斯认为,内部体系是指由一般法律原则所构成的体系^①。法律的内在体系是法的内部构造,是一致的价值判断体系^②。德国学者认为,民法典的内在体系是由不同位阶的诸原则所构成的价值体系。内部体系实质上由表达“法律思想”的诸原则所构成的体系^③。内在体系实际上就是民法典的“思想体系和原则体系”,是民法典的灵魂,是对外部体系的评价体系。上述已经提到,民法典总则编中规定的绝大部分基本原则都与侵权责任编息息相关,也可以说,民法典的基本理念也当然是侵权责任编的基本原则和理念。但是,除了这些一般的价值和理念之外,侵权责任编也有自己独特的价值和理念,这些价值和理念就是侵权责任编的内在体系。

如果从宏观的视角看,民法与刑法的主要区别在于:民法更多地体现公平,而刑法更注重的则是正义。但是,由于侵权责任编与刑法的特殊关系,侵权责任编的内在价值却更倾向于正义。只不过,正义区分为矫正正义与分配正义,侵权责任编究竟体现哪一种正义,需要仔细分析。这恐怕与侵权责任编的功能定位有直接关系——仅仅是补偿功能,还是也兼具惩罚与预防功能?在我国民法典把侵权责任编安排在最后一编,兼具保护功能的时候,是否价值定位也发生了变化?

(一)正义的概念

与一般的民事法律制度不同,侵权责任法除了公平之外,更多地则是以正义为内在价值,这一点充分体现出侵权责任法与刑法的天然联系。而无论是民法典中关于侵权责任的过错责任与不问过错责任(无过错责任或者严格责任),不过是这种正义观的体现。

关于什么是正义,就像问什么是公平一样,尽管每个人心中都有一个关于公平或者正义的“想法”,但表达出来却千差万别。就如美国学者博登海默所言,正义有着一张普洛透斯似的脸(a Protean face),变幻无常,随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌。当我们仔细查看这张脸并试图解开隐藏其表面背后的秘密时,往往会深感迷惑。从哲学的理论高度上来看,思想家与法学家在许多世纪中业已提出了各种各样的不尽一致的“真正”的正义观,而这种种观点往往都声称自己是绝对有效的^④。古往今来的哲学家和法律思想家不过是提出了种种令人颇感混乱的正义理论。当我们从那些论者的蓝图与思辨转向政治行动和社会行动的历史舞台时,那种混乱状况的强度也不可能有所减小。对不同国家、不同时期的社会建构曾产生过影响的种种正义观念,也具有令人迷惑的多相性^⑤。因此,如果仅仅对正义的概念进行定义,恐怕是徒劳的。关于正义,有几点大家是有共识的,首先就是:关于正义的完整思想和概念是由亚里士多德最先提出来的。但是,亚里士多德究竟对正义分为几种?始终存在争议。

例如,国外有学者认为,亚里士多德把具体的正义分成了分配的正义、矫正的正义、交换的正义和公平四类。也有国外学者指出,亚里士多德将具体的正义分为分配的正义和交换的正义两类,而对亚氏的抽象正义却鲜有论及^⑥。我国学者对亚里士多德的正义分类也同样莫衷一是。例如,吕世伦教授认为,亚里士多德将正义分为普遍的正义和特殊的正义,而特殊的正义又称为政治正义、法律正义,它包括分配正义和矫正正义两种。有人指出,亚里士多德将正义分为自然的政治正义和习惯的政治

① 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,第355页。

② 恩特斯·A.克莱默:《法律方法论》,周万里译,第59页。

③ 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,第348-350页。

④ E.博登海默:《法理学、法哲学与法律方法》,邓正来译,北京:中国政法大学出版社,1999年,第252页。

⑤ E.博登海默:《法理学、法哲学与法律方法》,邓正来译,第257页。

⑥ 孙文凯:《亚里士多德正义分类的理论与现实基础》,《河南师范大学学报(哲学社会科学版)》2009年第4期。

正义、普遍正义和个别正义两大类；其中个别正义又包括分配的正义和矫正的正义，而矫正的正义在某些情况下又被称为交换的正义——这是一种将矫正的正义等同于交换的正义的观点。还有人主张，亚里士多德将正义分为立法正义与司法正义、分配正义与矫正正义两大类，而矫正的正义与司法正义相近，等等。关于亚氏正义分类的观点之多，不胜枚举^①。

有学者对于亚里士多德关于正义的分类进行了理论基础和现实基础分析之后，认为，亚里士多德将正义划分为抽象的正义和具体的正义，不仅与亚里士多德二因的自然哲学基础相关而且也与古希腊人“同自然和谐地生活”的观念保持了一致。质料因和形式因的自然哲学基础，构成了亚里士多德将正义分成抽象正义和具体正义的理论前提。在区分抽象正义和具体正义的前提下，亚里士多德进一步将前者分为自然的正义和习惯的正义、将后者分为分配的正义和矫正的正义^②。

上述学者的这种分析路径及结果颇具可信度。这种将正义区分为一般正义（抽象正义）与具体正义（特殊正义）的分类方式也是学者基本的共识^③。因此，在共识的基础上，有学者非常清楚地总结道：亚里士多德在《尼各马可伦理学》中详细地论述了正义概念的内涵及其种类。在总体上，他把正义分为一般正义和具体正义。一般正义是相对于公民与整个城邦和社会的关系而言的，它要求公民的言行举止必须合乎法律；具体正义是相对于社会成员个人之间的关系而言的，它要求在公民之间实现公平。他把具体正义分为分配正义和矫正正义。分配正义涉及的是钱物、财富、荣誉，还包括权力等可分配之物在社会成员之间的分配，强调比例平等；矫正正义旨在维护人们经济交易中的公平和根据法律纠正人与人之间的相互伤害，强调人与人的平等^④。但是，必须指出的是，尽管亚里士多德强调平等是正义的尺度，但是他却愿意容忍社会结构中广泛存在的不平等现象。他接受真正优越的人的统治，如果人们能够发现这样的人来治理国家。他甚至还为奴隶制度辩护，尽管这种辩护带有某些担忧和限制条件。他认为，在家庭组织中，男人支配女人是自然的和必要的。因此，他关于比例平等的观念同其社会分层和承认特权的观点是颇为一致的^⑤。将具体正义区分为矫正正义与分配正义的作法，基本上概括了由两个不同的归责原则——过错责任原则与严格责任原则（不问过错责任原则）所构造的侵权责任法的内在体系。

（二）矫正正义与分配正义同侵权责任法内在体系的关系

有学者这样指出，对侵权行为法最好的解释应当能够表明它与矫正正义和分配正义的主要制度之间的联系，并能以此加深我们对它们的理解，尤其是侵权行为法的制度和分配正义通过共同地合理解决生活中的不幸事故所带来的损失而具体说明了公平的要求。在早期理论中因人的行为和非因人的行为而造成的不幸事件具有根本的区别，而矫正正义和分配正义之间的区别反映了各种不幸事件之间的区别。矫正正义阐明了因人的行为所造成的不幸事件中正义的要求；分配正义则阐明了其他不幸事件中正义的要求。实际上，侵权行为法和矫正正义所面临的许多“问题”，分配正义也同样面临。由于分配正义的范围包含了不应由个人负责的这类不幸事件，但矫正正义包含的是应当由人的行为负责的一类不幸事件，因此，个人责任概念在其中所处的不同地位反映了公平的不同要求。矫正正义认为，在因个人行为所造成的不幸事件中，公平观念要求应该对损失负责的人对其侵害行为造成的可赔偿损失承担赔偿责任。适当地说，损失归因于某人的应负责行为，即由于你受到的损失是我的行

① 孙文凯：《亚里士多德正义分类的理论与现实基础》，《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2009年第4期。

② 孙文凯：《亚里士多德正义分类的理论与现实基础》，《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2009年第4期。

③ 罗伯特·所罗门：《大问题——简明哲学导论》，张卜天译，桂林：广西师范大学出版社，2004年，第311页；孙文凯：《亚里士多德正义分类的理论与现实基础》，《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2009年第4期；叶金强：《论侵权法的基本定位》，《现代法学》2015年第5期；颜景高：《分配正义：平等主义话语的构建与批判》，《南通大学学报（社会科学版）》2020年第5期；邓肖潇、龚天平：《论亚里士多德关于正义的分类思想》，《湖北文理学院学报》2015年第1期。

④ 邓肖潇、龚天平：《论亚里士多德关于正义的分配思想》，《湖北文理学院学报》2015年第1期。

⑤ E.博登海默：《法理学、法哲学与法律方法》，邓正来译，第254页。

为结果,因此矫正正义要求我对你遭受的损失承担赔偿责任。相反,一个人对他人实施帮助的义务范围则并不限于减轻因其行为导致的损失,许多分配正义的义务往往要求人们对与其行为没有因果关系或者其不应负责的损失承担帮助义务。矫正正义则是一种与之截然不同的正义观,它所施加的义务以“对结果承担责任”关系为基础。并非所有主张分配正义的学者都认为正义的要求超出了结果责任关系的范围,如自由论者便是其一。自由论者认为结果责任的概念既决定了矫正正义也决定了分配正义。当然,不同的自由论者对此有不同的陈述。意志和因果关系将其与单纯的意外事故(即因其他事故引起的行为)区别开来^①。

显然,学者的上述论述非常清楚:凡是以过错责任为归责原则的侵权行为,其基本理念所表达的就是矫正正义,而以无过错责任原则为归责原则的侵权在行为表达的当然就是分配正义。

对于侵权责任法的内在价值体系是否反映了矫正正义与分配正义,学者之间看法不同。有人认为,只有矫正正义才是侵权责任法的内在价值,例如,美国学者克里曼提倡从矫正正义出发来解释侵权行为,认为侵权行为实践与矫正正义在概念上是相辅相成的。他认为矫正正义从两个方面说明了侵权行为实践。第一,抽象的矫正正义原则与侵权行为所体现出来的每个特定的显著包括法律推理的规范概念相联系。应对侵害损失负责的当事人有义务赔偿损失——这个基本原则使侵害、损失、责任、义务及赔偿等概念有序化并说明了彼此之间的依赖关系,也使侵权行为实践中的几个核心要素成为一个有机体,并为侵权实践参与者的推理或判断提供了一个清晰的结构。第二,矫正正义的核心概念——公平原则,将该原则和其形成的制度与其他基本政治原则和相应的制度实践紧密相连;反过来,由公平原则构建并确认为合理的所有政治制度又为公平理念确定了轮廓,其结果是使我们根据该原则赋予矫正正义的内涵来理解其他的政治上的公平原则。通过这两条途径,矫正正义使侵权行为实践理性化并为之提供清晰稳定的结构,将其与其他相似的政治目的联系起来,并使之对更多的政治关注和价值负起责任^②。

相反的观点则是侵权法的基本价值在于分配正义,而这种分配正义最直接的表达就是法律的经济分析学派。例如,有一学派接受了霍姆斯创立的经济理论模式,认为,社会生活中有关注意和行为的公共准则,其目的在于体现公平,而不在于追求利益或福利的最大化,他们把研究的基本法律问题更多地放在侵权行为法所包含的政治正义尤其是分配正义上,而不去过多地研究在可责罚性判决中所体现出来的个人道德责任^③。

也有人反对将单一价值作为侵权法的内在价值,指出,无论是赔偿正义、分配正义还是矫正正义,在一些重要问题上仍显得力不从心。例如,矫正正义理论将当事人之间的因果关系作为他们对经济分析理论的批判和对侵权体系论述的核心,但这很难适应现代社会产品责任的不断发展。总的说来,侵权行为实践过于庞杂,很难将它归属于代表某种单一价值的解释理论,侵权行为的很多部分已经突破了我们的解释学框架而凸现出来^④。

笔者认为,无论是矫正正义还是分配正义,是用一元化的内在价值来统领侵权法的全部制度规范。因此,我赞成侵权责任法之多元化的内在价值论。就如前面提到的歌瑞尔德先生所说的,矫正正义已经很难解决产品责任等问题了。因此,分配正义与矫正正义二元化价值来统领侵权责任法是最

① 朱里斯·克里曼:《侵权行为法和侵权行为理论》,载格瑞尔德·J.波斯特马主编:《哲学与侵权行为法》,陈敏、云建芳译,北京:北京大学出版社,2005年,第247-248页。

② 格瑞尔德·J.波斯特马:《侵权行为法解释的理论研究》,载格瑞尔德·J.波斯特马主编:《哲学与侵权行为法》,陈敏、云建芳译,第15页。

③ 格瑞尔德·J.波斯特马:《侵权行为法解释的理论研究》,载格瑞尔德·J.波斯特马主编:《哲学与侵权行为法》,陈敏、云建芳译,第7页。

④ 格瑞尔德·J.波斯特马:《侵权行为法解释的理论研究》,载格瑞尔德·J.波斯特马主编:《哲学与侵权行为法》,陈敏、云建芳译,第18-19页。

合适的了。就如美国学者所言,分配正义(distributive justice)所主要关注的是在社会成员或群体成员之间进行权利、权力、义务和责任配置的问题。当一条分配正义的规范被一个社会成员违反时,矫正正义(corrective justice)便开始发挥作用,因为在这种情况下,要求对过失作出赔偿或剥夺一方当事人的不当得利,就成为势在必行了。矫正正义通常是由法院或其他被赋予了司法或准司法权力的机关执行的,它的主要适用范围乃是合同、侵权和刑事犯罪等领域。一种违约行为将通过一个规定支付损害赔偿费的判决而得到矫正,除非规定了某种其他救济手段(诸如强制照约履行方式)。在侵权行为人使他人遭受故意或过失损害的案件中,判以恰当补偿也是法官或陪审团的义务。在刑法领域中,矫正正义问题则表现在下述方面,即确定给予罪犯以何种刑罚的方面^①。尤其是在我国,侵权责任编至少由三种不同的归责原则所构成:过错责任(包括过错推定)、严格责任和公平责任。甚至可以说,在我国侵权责任编中,严格责任所占的比例越来越多,如产品责任(第1202-1207条)、机动车交通事故责任(第1208-1217条)、环境污染和生态破坏责任(第1229-1235条)、高度危险责任(第1236-1244条)、饲养动物损害责任(第1245-1251条)、建筑物和物件损害责任(第1252-1258条)、监护人与用人单位的替代责任(第1188条与第1191条),共47条,占据了侵权责任法50%的条文。但这些规范难以用矫正正义来加以说明。另外,像公平责任其实也是分配正义主导的规范。因此,侵权责任法用矫正正义与分配正义的二元制之内在价值来统领是比较恰当的。

五、结论

民法典是一个体系化的规范建构,不仅有外在体系,而且有内在体系。特别是像我国民法典这样“总则编”的民法典模式,总则与各编之间具有有机和密切的联系,否则就难以称为“典”,只能是“法律汇编”。我国民法典尽管在“典化”上完成度并不高,但是,“总则编”与其他各编也建立了某种联系。大陆法系国家或者受到大陆法系国家民法典传统影响的国家或者地区,很少有将侵权行为独立成编的,从比较法的经验看,我国侵权责任编这种独立成编的立法例很难找到“同类型”借鉴。由于我国民法典是在以前存在的单行民事立法的基础上“编纂”而来,因此,似乎合同编与侵权行为编独立成编有其“历史基础”。但在传统的民法上,侵权行为是债发生的根据,属于债的发生原因之一,因此,它们基本上在物债二分的基础上都能够得到妥善的解决。尤其是在法国民法典最近的修改之后(2016年10月1日完成),侵权和合同都已经属于债的范畴了^②,体系化得到了大幅度提升。它们似乎不需要寻找侵权责任与民法典“总则编”的内在与外在关系。我国民法典则不同,侵权责任编作为最后一编,又加之我国民法典没有“债法总则”,有关债的“一般规则”实际上分散在“总则编”与“合同编”中。这样一来,就必须找出我国民法典第七编——侵权责任编与总则编的关联,否则,侵权责任编就会脱离法典体系。好在我国民法典第五章“民事权利”中规定了“债的一般概念”,其中规定侵权行为属于债发生的原因,这样就把侵权责任作为债的一种进行了定性;另外,在第八章“民事责任”中,民事责任包括了“侵权责任方式”(第179条)。这样一来,民法总则中的许多规定就可以适用于侵权责任编了。

除此之外,民法典中的各编都有其成编的理由和基础——成编的理由就是它自身有相对独立的外在与内在体系,可以作为请求权基础来适用。民法典编纂的时候,人格权是否能够独立成编之所以存在争议,原因就在于它是否可以作为请求权基础从而作为独立的一编。侵权责任作为请求权基础当然毫无问题,但是,其外在和内在的体系如何?我国学者很少关注这一问题。笔者认为,侵权责任的外在体系主要就是逻辑体系,即建立在基础概念之上的逻辑体系。侵权责任编的基础概念是什么?在笔者看来,就是“损害赔偿”。但是,一个人的损害为什么让他人来赔偿?必然有其理由,否则就缺

^① E.博登海默:《法理学、法哲学与法律方法》,邓正来译,第265-267页。

^② 参照2016年修改后的《法国民法典》第三卷的第三编和第四编。

乏合理性。这种合理性事由,我们就称之为“规则事由”。总体上说,对于让他人承担责任必须加以合理的限制,否则就没有合理性。因此,像因果关系、不法性、过错、损害就是限制赔偿责任的具体条件。“纯粹经济利益损失”要获得赔偿,有其更严格的条件限制,否则侵权责任将漫无边际,最终将损害民法典的体系化。民法典的内在体系如何呢?尽管民法典只管反映出来的是过错归责或者无过错归责,但其真正的内在价值却是矫正正义和分配正义。矫正正义主要统辖以过错为归责原则的侵权行为,而分配正义统辖包括危险责任的严格责任领域。至于说影响较大的“效率”(法律的经济分析的核心思想),只不过就是分配正义的一种表现形式而已。

当然,侵权责任编的内在与外在体系不是割裂的而是有机统一的,内在体系作为外在体系的评价和制约工具,任何一个外在体系中的概念,实际上都包含了内在价值判断。例如,侵权责任构成中的“过错”和“不法性”概念,实际上就包含了“矫正正义”的思想。高度危险致人损害的责任就包含了分配正义的基本思想——航空人人需要但有一定风险,这种风险一旦发生谁来承担损失最合适?显然只有危险源的拥有者或者控制者才有能力控制或者减少这种风险带来的损失。因此,让其承担这种损失是公平的。

The Internal and External System of Tort Liability in Civil Code

Li Yongjun

(School of Civil and Commercial Economic Law, China University of Political Science and Law,
Beijing 100088, P.R.China)

Abstract: As the latest Civil Code of codified countries in the world, the 2021 Civil Code of China has its unique structure. One of the characteristics is that tort liability is compiled independently and stipulated in the last part of the Civil Code. Also, there is no “general provisions of obligation law” in the 2021 Civil Code of China. As a result, we must find out the coordinate position of tort liability in it. In addition, what is the external system and internal system of tort liability? The external system belongs to the logical system, which is a system composed of concepts with different connotations through the technology of inclusion. From the perspective of civil code, can any loss be compensated? The answer is No. It is the basic principle that only exceptional cases can be compensated. This exception is in line with certain requirements. In a general tort liability, the core is “fault” (for the time being, fault includes illegality). Therefore, “fault plus damage” is the most basic logical starting point and core of intrusion liability. The internal system belongs to the value system, and the tort liability part mainly reflects the basic idea of correction justice, which is the most proper explanation theory for tort with fault as the imputation principle. However, the tort law of many countries, including the Civil Code of China, stipulates a lot of tort remedies with “no fault liability principle” as the imputation principle. Therefore, distributive justice plays a leading role in these tort liabilities which are not based on fault.

Keywords: Tort liability; Fault; Strict liability; Internal system; External system

[责任编辑:林 舒]