

侵权责任: 徘徊在债与责任之间的立法价值

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: 侵权责任在债与责任之间徘徊,是对《民法典》规定侵权责任法律属性的概括,即确认侵权责任既是侵权之债,又是民事责任,具有双重属性,因而在立法上,并未将侵权之债规定在合同编或者之后,而是作为第七编规定在《民法典》最后一编,作为民事权利保护法。立法者将侵权责任徘徊在债与责任之间体现了重要的立法价值,一是实现侵权损害赔偿回归债法传统的目的,二是科学建构民事权利保护方法的请求权体系,三是保持债法规则的整体性和通用性,四是确认侵权责任法的基本功能是民事权利保护法。其最基本的价值,就在于通过实现《民法典》的“总-分-总”结构,充分发挥侵权责任保护民事权利的职能作用,更好地保护好民事主体的民事权益。

关键词: 民法典; 侵权责任; 侵权之债; 民事责任; 立法价值

中图分类号: 文献标志码: A

DOI: 10.3969/j.issn.1001-2397.2021.04.02 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



《民法典》规定侵权法律关系存在一个特别的现象,即一方面确认其为侵权之债,另一方面却不把侵权责任规定在合同编之中或者之后,而是规定在第七编即最后一编,使侵权之债与合同之债、无因管理之债、不当得利之债以及法律规定的其他之债相分离,没有构成形式完整的债的类型体系,突出强调其民事责任的属性,使侵权责任在债与责任之间徘徊。这种立法现象体现的立法思想和立法价值,特别值得研究。对此,本文结合立法实践说明笔者的见解。

一、我国民事立法关于侵权责任属性的立法演变

在我国民事立法中,有关侵权责任属性的认识,前后发生过不同变化。在《民法通则》立法之

收稿日期: 2021-06-09

基金项目: 教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“中华人民共和国民法典评注”(18JJD820001)

作者简介: 杨立新(1952),男,吉林通化人,中国人民大学民商事法律科学研究中心学术委员会副主任、研究员,法学院教授,中国民法学研究会副会长。

前,一般都认为侵权的后果是侵权之债^①。《民法通则》将侵权后果确认为民事责任,使其告别了债的体系^②。在《民法典》编纂过程中,又把侵权后果的法律属性界定为侵权之债^③。这种立法的演变主要表现在以下方面。

(一)《民法通则》:规定侵权法律关系是民事责任

1986年制定《民法通则》,突出了一个重要特点,与其他国家民法典都不相同,就是规定了统一的民事责任制度,即《民法通则》第六章“民事责任”,分为“一般规定”“违反合同的民事责任”“侵权的民事责任”和“承担民事责任的方式”四节。而第五章“民事权利”第二节“债权”没有规定侵权之债,使侵权责任与债分离,成为民事责任的组成部分,确认侵权后果的民事责任性质。

《民法通则》对侵权责任性质采取这样一种立法方法,主要原因有三点。

1. 满足现实司法实践对侵权责任规范的急需

1949年以来,我国在较长时间里,除了有一部《婚姻法》是国家民事立法之外,对其他民事纠纷案件的审理,都在出具的判决书说明“依照国家法律和政策判决如下”,其实除了离婚等亲属纠纷案件外,并没有法律依据,处理侵权责任纠纷当然也是如此。

在最高人民法院的有关司法解释中,也没有特别明确的侵权责任纠纷案件的法律适用依据。在改革开放之前,最高人民法院只有一部综合性的司法解释,即1963年《关于贯彻执行民事政策几个问题的意见》,其中没有规定侵权损害赔偿纠纷案件的内容,对侵权民事纠纷案件的审理只能依据习惯判决,没有法律和司法解释的依据。依据笔者的亲身经验,当时法院审理的侵权责任纠纷案件,主要是因打架斗殴造成伤害的损害赔偿,其他侵权纠纷较少,都只能依据审判经验判决,急需法律和司法解释作为裁判依据。

改革开放之后,1979年《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律的意见》规定了“赔偿问题”,但是只规定了一般性原则,强调未成年子女因损害造成他人经济上的损失,其父母应负责赔偿。

立法机关开始系统制定各项法律,重新颁布了《婚姻法》之后,抓紧起草《继承法》《民法通则》等。在没有制定出新的民事法律规范之前,最高人民法院于1984年8月30日颁布了《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》,其中第九部分规定的是“损害赔偿问题”,依据侵权法理论和实践经验,规定了审理侵权损害赔偿纠纷案件的一般规则和具体规范共10条,虽然使审理侵权纠纷案件有了一定依循,却仍然缺少法律规范作为裁判依据。笔者当时作为民事法官,对此感触颇深,也为相关司法解释的制定提供了理论依据和具体意见,有些被采纳到司法解释中^④。

司法实践对审理侵权损害赔偿纠纷案件法律依据的急需,立法者显然十分清楚。在尚未确定将来民事立法具体内容时制定《民法通则》,为适应司法实践的急需,规定比较全面的侵权责任案件的法律规范,将给这种在司法实践中多发的民事纠纷提供法律依据,改变无法可依的状况。因此,《民法通则》不仅规定了大一统的民事责任制度,而且专门规定了“侵权的民事责任”一节,设置17

① 中央政法干部学校民法教研室《中华人民共和国民法基本问题》,法律出版社1958年版,第179页。

② 王利明、郭明瑞、方流芳《民法新论》,中国政法大学出版社1988年版,第511页。

③ 杨立新《侵权责任回归债法的可能及路径——对民法典侵权责任编草案二审稿修改要点的理论分析》,载《比较法研究》2019年第2期,第13-26页。

④ 杨立新、韩海东、王士琦《关于处理民事损害赔偿案件的几个问题》,载《法学研究》1981年第6期,第18-23页。

个专门的条文,再加上这一章其他可以适用于侵权责任纠纷的条文,将近有30个条文,其数量和内容与欧洲各民法典规定侵权责任的规范数量大体相当,甚至还多一些。《民法通则》规定的侵权责任规范比较丰满,正是为了适应司法实践的现实需要。

2. 侵权之债确实具有民事责任属性

把侵权后果称为侵权之债是传统民法的做法,在我国则源于西法东渐、变律为法的《大清民律草案》《民国民律草案》和1930年的《民国民法》的债法,规定债的发生原因为合同、侵权行为、无因管理和不当得利^①。1949年以来,虽然没有法律对侵权后果进行规范,但是在习惯上也将其称为侵权之债。不过,在确认侵权之债的基础上,也确认侵权后果是民事责任之一种,为侵权民事责任或者侵权损害赔偿。所以,侵权行为发生的权利义务关系确实具有两种不同的属性,一是侵权之债,二是民事责任,不过在立法和司法实践中更多看到的是它的民事责任属性。

在现实的司法实践基础上,《民法通则》把侵权法律关系直接规定为民事责任,故意模糊其债的性质,不把它规定在债权中,而是规定在“民事责任”一章,并非没有道理。

3. 实现《民法通则》建立大一统民事责任体系的立法思想

《民法通则》将侵权后果规定为侵权责任的更重要原因,是立法者建立大一统民事责任体系的立法思想。这就是,立法者想要仿造《刑法》的规范方法,寻找建立统一的民事责任立法的基础,在各种民事法律关系中,将民事责任的规范抽象出来,规定到统一的民事责任体系中,确定民事责任的归责原则、民事责任构成、民事责任承担方式以及民事责任类型等,创立不同于各国民事立法的新体系,形成我国民法不同于其他国家和地区民法的独特风格^②。

在这种立法思想的指导下,参与《民法通则》的立法专家、学者和官员,实现了在纷繁复杂的民事法律关系中,抽象出统一的民事责任规则,建立起统一的民事责任体系的理想,形成了《民法通则》的“民事责任”一章,完成了大一统民事责任体系的构建。侵权责任作为其中一种,成为我国民事责任的主要类型之一,使侵权之债告别了债法体系,走进民事责任的怀抱,导致中国民法长期将侵权法律关系称为“侵权责任”,而不称为侵权之债。

基于上述三个原因,《民法通则》把侵权责任规定在“民事责任”一章,成为统一民事责任体系的一环,确立了独特的立法体例。

(二)《民法总则》: 将侵权法律关系的属性定位为侵权之债

在《民法通则》把侵权后果的性质界定为侵权民事责任后,三十多年的司法实践和理论研究发现,无论怎样确认侵权法律关系的民事责任属性,都不能否认其侵权之债的属性,因实施侵权行为造成损害,侵权人与被侵权人之间形成债权债务关系^③,侵权法律关系就是债的一种类型,与合同之债、无因管理之债、不当得利之债以及单方允诺之债等一起,才能构成完整的债的类型体系。

2015年开始编纂《民法典》,显然注意到了这个问题,因而在其“两步走”立法的第一步制定《民法总则》时,确认侵权法律关系的属性是侵权之债。这表现在两点:第一,《民法总则》第118条规定“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

^① 杨立新主编《中国百年民法典汇编》,中国法制出版社2011年版,第106-154、243-250、404-410页。

^② 魏振瀛《制定侵权责任法的学理分析——侵权行为之债立法模式的借鉴与变革》,载《法学家》2009年第1期,第1-47页。

^③ 黄薇主编《中华人民共和国民法典总则编释义》,法律出版社2020年版,第311页。

定“权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利。”这一规定构建了完整的债权体系,特别是规定了债的类型体系,侵权责任是其中之一^①。第二,第120条规定“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。”这一条文规定了侵权请求权^②,将其理解为“是关于侵权责任一般条款的规定”^③,显然是不正确的。2017年颁布实施的《民法总则》通过这两个条文,就把侵权责任之债的属性做了根本改变,使《民法通则》认定侵权后果为民事责任的做法被推翻,确认了侵权责任的债的性质。

《民法总则》对侵权后果的法律性质作出这种根本性改变,原因也有三个。

1. 《民法通则》的后续立法已经掏空了民事责任体系

自1980年起,我国民事立法进入类法典化时期,陆续制定民法单行法。在《民法通则》之后制定的新的民法单行法,由于都需要制定权利保护制度,因而逐渐掏空了《民法通则》的统一民事责任体系。

首先,在1999年前制定的《经济合同法》《涉外经济合同法》《科技合同法》,没有建立起统一的合同责任制度,1999年《合同法》才制定了完整的合同责任体系,概括了缔约过失责任、合同无效责任、预期违约责任、加害给付责任、实际违约责任和后契约责任^④,形成了完整的合同责任制度,使《民法通则》关于“违反合同的民事责任”的内容全都丧失了适用价值,掏空了这一部分内容,使《民法通则》的民事责任制度出现了相当大的缺口。

其次,2007年《物权法》总则编第三章“物权的保护”规定了物权请求权,包括返还原物、排除妨害、消除危险、恢复原状、损害赔偿以及其他民事责任,使《民法通则》规定的民事责任制度中侵害财产的侵权责任也被掏空。

最后,2009年制定《侵权责任法》,把八种侵权责任方式全都写在《侵权责任法》第15条,规定了人身损害赔偿、财产损害赔偿、精神损害赔偿以及侵害他人人身权益造成财产损失的损害赔偿等救济方法,又把《民法通则》民事责任中的侵权责任规定全部掏空,只剩下一个空的民事责任框架。

所以,在2009年《侵权责任法》完成立法,我国类法典化民法基本完备时,《民法通则》大一统的民事责任制度已经完全分解到各部民法单行法中,由民法单行法的规范各自调整相关的民事责任,大一统的民事责任体系彻底瓦解,不复存在。

在这种情况下制定《民法典》,对侵权法律关系的法律属性须有一个新的界定。编纂《民法典》的重要任务之一,就是要采用新的立法思想和技术处理好这个问题。

2. 否定侵权法律关系的债的性质违反民事立法的传统

“合久必分”——把这句话用到我国民法对侵权责任性质的认定上,是十分准确的。在侵权责任与债法分离之后,经过三十多年的实践检验,发现割裂侵权责任与债法关系的做法,是我国民事立法的“一厢情愿”,背离了民法传统。编纂《民法典》终于使我国民法在对侵权责任属性的认识上

^① 黄薇主编《中华人民共和国民法典总则编释义》,法律出版社2020年版,第311页。

^② 黄薇主编《中华人民共和国民法典总则编释义》,法律出版社2020年版,第313页。

^③ 最高人民法院贯彻实施民法典工作领导小组主编《中华人民共和国民法典理解与适用·总则编》,人民法院出版社2020年版,第607页。

^④ 杨立新《中国合同责任研究(上)》,载《河南省政法管理干部学院学报》2000年第1期,第22-34页;杨立新《中国合同责任研究(下)》,载《河南省政法管理干部学院学报》2000年第2期,第16-29页。

有了回归传统的机会。立法者终于看到,因侵权行为,侵权人与被侵权人之间形成债权债务关系^①,完全符合债的属性,产生的是侵权之债。《民法通则》将其认定为民事责任,否定其侵权之债的做法,也不理性,只是对侵权责任的表象作出的判断,继而决定采取反传统的统一民事责任方法保护民事权利,忽略了侵权行为产生债的关系的实质,试图在复杂的具体民事法律关系之上,建立起一个跨界的、大一统的民事责任制度的立法设想,是不能实现的。

当然,侵权责任确实有两种法律属性,既有债的性质,也有民事责任的性质,两种属性结合在一起,构成了侵权之债与其他债的不同。这是民法很典型、很特殊的事例。通常的债的关系,例如合同之债、单方允诺之债,权利对应义务;然而,侵权之债的请求权,既对应义务,也对应责任,只看到侵权后果的权利对应责任,表达的就是其民事责任的性质;而从侵权后果权利对应义务的观察,看到的也就是其债的性质。只看到侵权后果的民事责任一面而否定侵权之债的另一面,就会产生错误认识。在编纂《民法典》的过程中,全面观察侵权后果的法律属性,既确定侵权之债的属性而使侵权之债回归债的体系,又确定其具有民事责任的属性,坚持其民事权利保护法的职能,是正确的选择。

3.《民法典》坚持理顺民事权利保护方法的体系

各国民事立法都不规定完整的民事责任制度,而是把保护民事权利的方法分配给民法典分则各编作具体规定,即物权有物权的保护方法,身份权有身份权的保护方法等,即使对债权也有二次请求权的保护方法。所以,各国民法典特别是德国法系的民法典,在总则编通常会有一个类似于民事权利保护的章节^②,对民事权利保护方法作出简要的规定。

按照欧陆民法典的立法传统,民事权利保护方法为请求权的方法。权利保护请求权包括以下两部分:

第一,固有请求权的保护方法。例如人格权请求权、身份权请求权、物权请求权、继承权回复请求权、债的二次请求权等,都是固有请求权^③。这些固有请求权,是在民事权利本身就包含的权利。以所有权为例:所有权包括两种权能,一是积极权能,表现为对所有物的占有、使用、收益、处分;二是消极权能,当所有权面对侵害时,权利人可以直接行使物权请求权(物上请求权),保护自己的所有权^④。同样,人格权、身份权、继承权也都有自己的保护方法,分别是人格权请求权^⑤、身份权请求权^⑥、继承回复请求权等^⑦,知识产权也包含知识产权请求权^⑧。这就是完整的固有请求权体系,是第一种保护民事权利的方法。

^① 黄薇主编《中华人民共和国民法典总则编释义》,法律出版社2020年版,第311页。

^② 例如《德国民法典》总则编第六章“行使权利、自卫行为、自助行为”,规定了民事权利保护的内容;《俄罗斯联邦民法典》总则编第二章“民事权利和义务的产生,民事权利的实现与保护”;《乌克兰民法典》总则卷第三章“民事权益的保护”;《越南民法典》总则编第二章“民事权利的确立、行使与保护”;《土库曼斯坦民法典》总则编第一章第二节“民事权利和义务的产生;民事权利的行使与保护”。

^③ 如果不包括债的二次请求权,这种请求权也称为“绝对权请求权”。参见黄薇主编《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》,法律出版社2020年版,第43页。

^④ 杨立新《物权法》(第七版),中国人民大学出版社2020年版,第29-31页。

^⑤ 杨立新、袁雪石《论人格权请求权》,载《法学研究》2003年第6期,第57-75页;马骏驹《民法上支配权与请求权的不同逻辑构成——兼论人格权请求权之独立性》,载《法学研究》2007年第3期,第36-44页。

^⑥ 杨立新、袁雪石《论身份权请求权》,载《法律科学》2006年第2期,第52-59页;赵敏《未来亲属法应当确认身份权请求权——基于〈物权法〉第34条、35条的思考》,载《南京社会科学》2008年第7期,第104-109页。

^⑦ 余延满、冉克平《继承回复请求权研究》,载《重庆大学学报》2003年第5期,第105-107页。

^⑧ 吴汉东《试论知识产权的“物上请求权”与侵权赔偿请求权——兼论〈知识产权协议〉第45条规定之实质精神》,载《法商研究》2001年第5期,第3-11页。

第二,侵权请求权的保护方法。当民事权利受到侵害造成损失后,权利人新产生一个权利,就是侵权请求权。权利人的侵权请求权对应侵权人的损害赔偿等义务/责任,可以请求损害赔偿、恢复原状、返还原物。行使侵权请求权,义务人承担了义务/责任,受到侵害的权利就得到了恢复。侵权请求权是新生的请求权,不是民事权利固有的请求权。

在保护民事权利时,上述两种方法结合在一起,构成全面保护民事权利的方法体系。在《民法通则》立法前后,我国还没有接受这样的民法思想,民法理论的准备也没有达到这个程度,因此,《民法通则》只规定民事责任,没有规定民事权利保护请求权,是可以理解的。

直到1990年代中后期开始,我国民法理论才全面接受请求权的概念,形成了比较完善的民事权利保护请求权理论,逐渐应用于立法和司法之中^①。由于我国长时间没有这样清晰、完整的民事权利保护请求权的理论,所以,即使在《民法通则》之后的民法单行法的立法中,也没有清楚地界分什么是固有请求权,什么是侵权请求权。具体表现,一是制定《合同法》,虽然规定了完整的合同责任体系,把合同责任从《民法通则》民事责任中分离出来,也并非自觉确认违反合同的债的二次请求权。二是制定《物权法》,虽然规定了物权请求权,却没有分清其与侵权请求权的关系,将物权请求权与侵权请求权混淆在一起,把侵权损害赔偿请求权、恢复原状请求权都作为物权请求权规定。三是制定《侵权责任法》,又把所有保护民事权利的方法,除了债权保护请求权外,都规定为侵权请求权的方式,第15条规定的八种侵权责任方式,就包括《物权法》规定的物权保护方法,形成了我国民事权利保护请求权的乱象。

编纂《民法典》,必须理顺民事权利保护方法的逻辑体系,分清固有请求权与侵权请求权之间的关系,改变请求权相互交叉、混杂的状况。方法之一,就是把侵权请求权的性质界定为侵权之债,为理顺民事权利保护方法体系的内部和谐打好基础。例如,民法典侵权责任编草案一审稿第二章的章名本为“责任承担”,有人提出,本章绝大部分条文解决的都是损害赔偿问题,且侵权责任方式也主要是损害赔偿,应当将侵权损害赔偿请求权与绝对权请求权相区分,绝对权请求权主要由物权编和人格权编作规定,侵权责任编主要规定侵权损害赔偿。立法者采纳这一建议,从民法典侵权责任编草案二审稿开始,该章的章名修改为“损害赔偿”^②。可以说,《民法典》实现了固有请求权与侵权请求权的分离,形成了两大请求权作为保护民事权利方法的类型结构。

(三)《民法典》:合同编与侵权责任编的分离

2017年《民法总则》第118条和第120条已经对侵权之债作出明确规定,然而在接下来民法典分则各编的编排上却出现了意想不到的排列顺序。

《民法典》总则编第五章“民事权利”确认七种基本民事权利,即人格权、身份权、物权、债权、知识产权、继承权、股权以及其他投资性权利,这种排列顺序是准确的、科学的,体现了《民法典》的人文主义立法思想。按照这样的规定,《民法典》分则各编排列的必然顺序,应当是人格权编、婚姻家庭编、物权编、合同(债)编、侵权责任编、继承编。既然确认侵权责任为侵权之债,就应该将其与合

^① 宋旭明《论请求权二元体系的法理根据》,载《北方法学》2013年第5期,第84-90页;段文波《民事裁判构造论:以请求权为核心展开》,载《现代法学》2012年第1期,第144-150页;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》,载《河南省政法管理干部学院学报》2005年第4期,第56-66页。

^② 黄薇主编《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》,法律出版社2020年版,第43页。

同之债等规定在一起,成为合同(债)编的组成部分,或者规定在合同编之后。这才是符合民法逻辑结构的做法。出人意料的是,《民法典》分则各编的排列顺序却是物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编、侵权责任编。这种排列顺序究竟是何道理,需要进行探讨。

1. 《民法典》合同编的本质是债编

依笔者所见,《民法典》合同编就是债编,主要有两个原因:一是,合同编第一分编“通则”并不是只规定了合同法的一般规则,其大部分内容是债法总则的一般规则,例如债的履行、债的保全、债的变更和转让、债的消灭等。二是,合同编第三分编“准合同”规定了无因管理之债和不当得利之债,这是债法的内容,虽然将其称为准合同,却不能否认它的债的性质,“准合同”不能变成合同。所以,我国《民法典》的合同编其实就是债编。

2. 侵权责任编规定的也是债法内容

侵权法律关系的属性是侵权之债,也是债法的组成部分。如果《民法典》把侵权责任的内容放到合同编中,合同编就是完整的债法;即使不把侵权之债放在合同编里,也应当把它放在合同编之后,尽管《民法典》仍有合同编和侵权责任编之分,但是,两编加在一起,刚好是《民法典》的债法。这样两种做法,都符合《民法典》分则各编逻辑结构的要求。

3. 《民法典》分则侵权责任编与合同编的分离

恰恰相反,《民法典》分则各编的编排没有把侵权责任规定在合同编之内或者之后,而是规定在第七编即最后一编,使债法“身首分离”,尽管侵权之债与合同之债、无因管理之债和不当得利之债是“亲兄弟”,却不得不“隔海相望”,使侵权责任徘徊在债与责任之间,形成立法逻辑上的错位。这种排列参照的是2002年全国人大常委会审议的《民法(草案)》分则各编的排列顺序^①。

《民法典》分则各编的这种排列顺序确实存在不合理的问题。一方面,《民法典》坚持人文主义立法思想,第2条规定“民法调整平等主体的自然人、法人、非法人组织之间的人身关系和财产关系。”首先是调整人身关系,其次才是调整财产关系,《民法典》“民事权利”一章排列民事权利的顺序正是按照这个思路进行的。但是,《民法典》分则各编却违反这样的逻辑顺序,把人格权、婚姻家庭构成的人法放到物权、债权和继承权构成的财产法之间的位置上,没有体现出人文主义立法思想。另一方面,《民法典》将债法分割成为合同编和侵权责任编,且在其中穿插人格权、婚姻家庭、继承权编,分裂了债法的形式体系,使侵权责任徘徊在债与责任之间。

《民法典》将侵权责任徘徊在债与责任之间的立法价值,是不是有更深刻的含义呢?笔者认为,这种立法状况虽然存在立法逻辑的错位,但是,却体现了立法者的另一种重要的立法思想,是具有重要立法价值的。

二、我国民法立法对侵权责任属性认定的理论基础

探讨我国《民法典》侵权责任徘徊在债与责任之间的立法价值,必须研究我国民事立法对侵权责任属性认定的理论基础。我国民事立法从1949年以来的发展一直是缓慢的,到2020年《民法

^① 何勤华、李秀清、陈颐编《新中国民法典草案总览》(增订本·下卷),北京大学出版社2017年版,第1483-1543页。

典》编纂完成,走过了70年的艰辛之路。在这70年中,经历了非法典化、类法典化和法典化三个时期^①,实现了民法的法典化,有了自己的《民法典》。在前两个时期,立法对侵权责任属性的理论基础不完善,导致立法不当。

(一) 把侵权责任单纯认定为民事责任的理论基础不当

立法机关制定《民法通则》的重要立法思想之一,就是要实现侵权责任与债法的分离,建立统一的民事责任制度^②。《民法通则》之前只有《婚姻法》和《继承法》两部民法单行法,条文较少,规定的身份权和继承权对民事责任保护的需求也不特别迫切,因而都强调不够。《民法通则》只有156个条文,需要解决的问题又非常多,不仅要把民法总则的一般规则写出来,还要着重解决司法实践急需的民事责任具体规则,因而,把精力集中在民事责任体系的构建上,没有把民事责任与民事权利之间的关系规定处理好,把物权、债权、人格权、身份权、继承权和侵害这些权利的民事责任作了分离,没有看到民事权利本身包含的固有请求权,只规定了统一民事责任制度,是不符合民事立法的传统的。

民法的内容非常复杂,因而《民法典》才被称为社会生活的百科全书。市民社会生活形成的各种民事法律关系的性质不同,各有不同的规则。规范不同的民事法律关系的规则,其保护方法也不同,因此才有了物权请求权、人格权请求权、身份权请求权、继承权请求权和债的二次请求权作为固有请求权,保护民事权利自己。同样,侵权请求权也是保护民事权利的方法,当民事权利受到侵害造成损失,行使侵权请求权主张损害赔偿,救济造成的损害。因此,民法形成了固有请求权和侵权请求权这两种不同的保护民事权利方法。

我国在制定《民法通则》时还没有这样的理论准备,只是一厢情愿地建立大一统的民事责任体系,因而确认侵权责任性质的理论基础不当,违反民事立法的传统,而立法当时却是满意的,给予很高的赞美^③。

(二) 《民法典》确认侵权责任为侵权之债却又与债法分离

编纂《民法典》采取“两步走”,第一步制定的《民法总则》把侵权责任认定为侵权之债,与合同之债、无因管理之债、不当得利之债以及法律规定的其他债是一个整体。在第二步编纂《民法典》分则各编时,却把侵权责任编规定在第七编,使债法在《民法典》中首尾不能相顾。其主要原因有以下几点:

第一,我国民法独立规定侵权责任已经形成立法惯性。改革开放后,我国的侵权责任立法和理论研究都有了极大扩张,使侵权责任法在中国的社会生活和司法实践中发挥了重大作用,因而都强调侵权责任应该是民法相对独立的组成部分^④,形成了侵权责任应该在《民法典》中单独成编的主张。笔者和其他学者一道,都是侵权责任相对独立主张的积极倡导者。在类法典化时期的立法过

^① 笔者的这一见解见杨立新《从民法通则到民法总则:中国当代民法的历史性跨越》,载《中国社会科学》2018年第2期,第72-97页。

^② 魏振瀛《债与民事责任的起源及其相互作用》,载《法学家》2013年第1期,第115-134页。

^③ 李由义主编《民法学》,北京大学出版社1987年版,第583-584页;王利明、郭明瑞、方流芳《民法新论(上)》,中国政法大学出版社1988年版,第455页。

^④ 王利明《当代侵权法的发展趋势》,载《王利明学术文集·侵权责任编》,北京大学出版社2020年版,第79页;王利明《侵权责任法的中国特色》,载《法学家》2010年第2期,第85-94页。

程中,完成了其他民事单行法立法后,2007年开始制定《侵权责任法》,2009年完成,出现了世界上第一部以“侵权责任法”命名的成文法。《侵权责任法》生效实施后,在中国的社会生活和司法实践中发挥的作用越来越大,调整的范围越来越宽,越来越被广大民众所熟知,将其作为保护自己权利的武器。侵权责任作为民法相对独立的组成部分已经形成了立法惯性。编纂《民法典》,这种立法惯性产生了巨大影响,所以,立法机关尽管把侵权责任确认为侵权之债,但却仍然把它作为单独一编。

第二,《民法典》突出侵权责任编的地位是为满足司法实践需要。《民法通则》实施后的侵权责任法发展迅速。在1980年代初,提起侵权行为、侵权责任的观念,绝大多数人茫然不知,多数法官也不能准确掌握,通常叫损害赔偿或者伤害赔偿。《民法通则》突出规定侵权责任,普及了侵权责任的观念,权利受到侵害后可以请求损害赔偿已经被广大民众所熟知。同样,司法机关审理侵权责任纠纷案件有了法律依据,最高人民法院对适用侵权责任规定了大量司法解释,不仅在1988年《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》中对适用侵权责任规定提出了具体意见^①,还对审理名誉权案件先后作出解答和解释^②,又制定了《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》;在《侵权责任法》实施后,对环境侵权、机动车交通事故、医疗损害责任案件的法律适用都作出了司法解释,形成了较为完整的司法解释体系。把《侵权责任法》和司法解释结合起来,使我国的侵权责任规范形成了制定法和法官法两大系统,特别丰满,适应了司法实践的需要,也表现了我国侵权责任法的发达程度。对此,编纂《民法典》是不能忽略的。这也是《民法典》出现侵权责任在债与责任之间徘徊的一个原因。

第三,《民法通则》关于侵权责任与债法分离的观念影响《民法典》分则各编的设计思路。《民法通则》实施以来,侵权责任与债法分离的观念不仅在实践中,而且在学理上被大多数人所接受,形成了比较普遍的观念,认为侵权责任与债是有区别的。如果把侵权责任规范强制加入债法,反倒不能适应。这也是《民法典》出现侵权责任在债与责任之间徘徊现象的原因之一。

(三) 侵权责任确实具有双重法律属性

侵权责任是侵权行为产生的法律后果,如果只认为其具有债的属性,不具有民事责任的属性,是不正确的,因为侵权责任确实具有债与民事责任的双重属性。只有看到这一点,才能真正认识侵权责任在债与责任之间徘徊的立法价值。

1. 侵权之债与其他债的区别

债包括合同之债、侵权之债、无因管理之债、不当得利之债以及单方允诺之债等。侵权之债与其他债相比较,确实是有区别的。

侵权之债与其他债的主要区别,主要在于合同之债通过约定产生,单方允诺之债通过单方意思表示产生,即使无因管理之债是通过行为产生的,却也有产生债的意志因素。侵权之债没有这样的属性,侵权人致伤他人,并非在主观意志上是为了产生损害赔偿之债。所以,侵权之债的产生基础是违法行为,并造成被侵权人损害,才在双方当事人间产生赔偿的债权债务关系,没有产生债的主

^① 该司法解释第五部分就是“民事责任”的解释,从第142条至162条都是对侵权责任的解释。

^② 1993年《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》和1998年《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释》。

观意志因素。因此,侵权之债与其他债相比,其特殊性突出表现在性质上的不同^①。

另外,在一般的债的法律关系中,权利一定对应义务,债务对应债权,只有在债务不履行时,债权人产生的二次请求权才对应责任。侵权之债却不是这样,侵权人造成对方损害,在双方之间产生的法律关系,权利所对应的既是义务又是责任,不能说只是义务而不是责任。依据一般的债的关系,似乎可以说,权利人产生的侵权请求权对应的是义务,权利人行使赔偿请求权,侵权人履行赔偿义务就消灭了侵权之债;侵权人不履行义务,被侵权人向法院起诉,侵权人承担的才是责任。但在实际上并不是这样:侵权之债与其他债的不同之处在于,请求权人可以直接向法院起诉请求侵权人承担责任,并非须先请求侵权人履行义务,在义务不履行时,义务才转化为责任。所以,侵权请求权对应的既是义务也是责任,是侵权之债与其他债的主要区别之一,也是侵权责任在债与责任之间徘徊的重要理论根据。

2. 权利对应义务与权利对应责任

在通常情况下,一般的债的法律关系,权利对应义务,而不是对应责任。而固有请求权对应的是责任,权利受到妨害,权利人行使人格权请求权、身份权请求权、物权请求权等,行为人承担的就是责任,而不是义务,因为责任具有了国家的强制力。

侵权请求权与固有请求权虽然都是权利保护请求权,但是,侵权请求权是新生的请求权,而不是权利中固有的请求权。固有请求权对应责任,而侵权请求权对应的既是义务也是责任。因此,侵权请求权与其他固有请求权也存在区别,即侵权请求权具有双重属性。正是因为侵权法律关系具有这种双重属性,才使我国《民法典》出现了侵权责任在债与责任之间徘徊的立法结果。

说到底,请求权的不同类型有不同的价值。作为权利类型的请求权,是债权,当然对应的就是义务。作为权利保护方法的请求权,是民法保护民事权利的方法,而不是基本权利类型,因而固有请求权对应的是责任。由于侵权责任具有两种属性,作为债的类型的请求权,对应的是义务;作为保护方法的请求权,就对应责任;因其具有债与责任两种属性,因此既对应义务,也对应责任。

(四) 编纂《民法典》对类法典化立法经验的抉择

编纂《民法典》面对的是经过三十多年建立起来的类法典化的民法体系。在这样的基础上建立起来的《民法典》,保留我国民法类法典化立法的某些痕迹是必然的。

《民法通则》建立起来的民事责任立法体系,使侵权责任与债法脱离,成为民事责任的一部分,进而又实现《侵权责任法》单独立法,形成了类法典化的民事立法体系。编纂《民法典》不得不面对并且吸取其经验。

将侵权责任脱离债法形成独立立法,虽然与大陆法系立法传统不同,但是,却给侵权责任法的发展创造了极大的空间,能更好地保护民事权利主体的权利。在这样的立法空间里,中国侵权责任法不断发展,不仅具有欧陆侵权法一般化立法的基本特点,更具有英美法系侵权法的类型化优势,无论是《侵权责任法》还是《民法典》侵权责任编,大量的篇幅并不是有关侵权责任的一般规定,而是对具体侵权责任类型的规范,这几乎就是类型化英美法系侵权法的表现。正是这种一般化与类型

^① 最高人民法院贯彻实施民法典工作领导小组主编《中华人民共和国民法典理解与适用·总则编》,人民法院出版社2020年版,第596页。

化结合的立法^①, 不仅给侵权责任法的发展提供了制度空间, 能够更好地扩展自己的内涵, 成为成功的立法方法, 而且也在实践中具有特别的优势, 既有一般规范, 又有具体类型, 使其具有特别的立体感和适用性, 使其在司法实践中的具体适用更加便捷和实用。编纂《民法典》面对这样的立法经验, 不能不考虑予以吸收和借鉴。

经历了三十多年的实践, 我国已经接受了这种侵权责任的立法方法。《民法典》如果改变了这种立法方法, 把侵权责任纳入合同编, 肯定会产生不适应, 甚至使民众产生怀疑。

基于上述理论基础, 我国侵权责任法理论不断积累、发展, 为我国《民法典》如何对待侵权责任的属性以及在分则各编的地位时, 就形成了这样一种看似矛盾但却有理论依据的做法, 使侵权责任徘徊在债与责任之间。

三、侵权责任在债与责任之间徘徊的独特立法价值

《民法典》规定侵权责任在债与责任之间徘徊, 看似矛盾, 却具有独特的立法价值。

(一) 实现侵权损害赔偿回归债法传统的目的

1. 侵权损害赔偿当然是债之一种

侵权损害赔偿当然是债的一种, 即损害赔偿之债。违约损害赔偿之债是债法必须规定的内容。侵权损害赔偿请求权虽然是新生权利, 但是, 由于侵权责任救济损害的最基本方法是损害赔偿, 在侵权人与被侵权人之间产生损害赔偿的债权债务, 符合《民法典》第118条第2款规定的“权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利”的债权特征, 因而当然是一种债。

2. 回归民事立法的传统和理性

自罗马法以来, 民法传统一直把侵权责任认定为债, 具有传统的合理性。罗马法把侵权损害赔偿规定为私犯, 在侵权人和被侵权人之间产生的私犯关系就是债之一种。后世的法国法和德国法等复兴罗马法的传统, 仍然采用这样的方法界定侵权责任的属性。即使英美法系也确定侵权行为的后果为债的关系, 只是因其没有统一债法, 而把合同法、侵权法作为独立的法律部门。这种立法传统是科学的、合理的。我国三十多年民事立法背离科学的传统, 《民法典》恢复这一传统, 把侵权责任确认为债, 完全符合民事立法的传统要求。

3. 实现《民法典》立法的科学性和合理性

将侵权责任徘徊于债与责任之间, 是《民法典》为了实现立法的科学性和合理性而采取的措施。《民法通则》对民事立法传统提出的挑战, 结果是不成功的。三十多年后终于看到民法传统的科学性和合理性, 不再继续坚持错误立法, 回归具有科学性和合理性的传统立法上来, 实现《民法典》的科学性和合理性, 是《民法典》纠正过去的立法失误, 回归科学的立法传统的正确选择。

(二) 科学构建民事权利保护方法的请求权体系

长期以来, 我国对固有请求权和侵权请求权两类民事权利保护方法体系是缺少认识的, 把眼光仅盯在民事责任上, 认为民事责任是保护民事权利的方法, 没有看到、也没有规定与民事责任所对

^① 杨立新《论侵权行为一般化和类型化及其我国侵权行为立法模式选择》, 载《河南省政法管理干部学院学报》2003年第1期, 第1-14页。

应的民事权利保护请求权。

民事权利保护的请求权理论是在19世纪提出来的,被称为民法的新发现,把民法实体权利与民事程序权利连接在一起,使实体法和程序法紧密结合,是民法方法的重大贡献^①。长期以来,我国的民法理论和立法、司法实践没有看到请求权在保护民事权利方面具有的重大作用,才形成了统一民事责任的立法。在借鉴了欧陆权利保护请求权的立法和理论之后,由于对其认识不足,在类法典化的民法立法中,把固有请求权与侵权请求权混淆起来,忽视人格权请求权、身份权请求权、物权请求权、债的二次请求权和继承权回复请求权,没有构建起完整的民事权利保护请求权体系。

三十多年来,我国对民事权利的请求权保护方法从无到有,从开始忽略、兴起到完善,是对民事权利保护方法的认识过程。编纂《民法典》不仅要把侵权请求权的性质确认下来,还要把固有请求权与侵权请求权分开界限,建立起民事权利保护请求权体系的完整结构。《民法典》在这一点上已经基本做到,物权编规定了物权请求权,人格权编规定了人格权请求权和身份权请求权,合同编规定了违反合同的二次请求权,建立起了固有请求权体系。在侵权责任编建立起完整的侵权请求权体系。同时,对固有请求权与侵权请求权作了明确界分,确定损害赔偿、恢复原状是侵权请求权,依据《民法典》第196条规定,不用登记的动产返还财产也是侵权请求权。除了这三种民事责任方式之外,《民法典》第179条规定的其他八种民事责任方式都是固有请求权的内容。

有了对固有请求权与侵权请求权的明确、具体规定,《民法典》就完成了对民事权利保护请求权体系的构建任务。侵权责任虽然在债与责任之间徘徊,但是这种做法的优势却是使民事权利保护请求权的体系得以完整地构建。

(三) 保持债法规则的整体性和通用性

侵权责任在债与责任之间徘徊具有另一个立法价值,就是构建完整的债法,保持债法规则的整体性,使债法规则具有通用性。

债虽然有不同类型的之分,但是,债权有共同的属性和特征,有统一、通用的规则。债法的共同规则,不论是合同之债、侵权之债、无因管理之债、不当得利之债还是单方允诺之债,都是共同适用的。这些债法的一般规则,规定在《民法典》合同编第一分编“通则”之中,既有合同法的一般规则,更有债法的一般规则。正因为这样,侵权责任在债与责任之间徘徊,就给侵权责任适用债的一般规则提供了重要的立法价值:当《民法典》规定的侵权责任规则不足时,可以直接适用合同编通则规定的债的一般规则。

例如,《民法典》第1167条规定了共同侵权行为的侵权人应该承担连带责任。确定共同侵权行为的连带责任,须直接适用《民法典》第178条规定。不过,《民法典》规定连带责任的规则比较简单,只规定了中间责任、最终责任和追偿权的三个规则,被侵权人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任,连带责任人的责任份额根据各自责任大小确定,难以确定责任大小的平均承担责任;实际承担责任超过自己责任份额的连带责任人,有权向其他连带责任人追偿^②。这只是规定了连带责任的初始分配,如四个人造成他人损害,被侵权人请求一个连带责任人承担赔偿责任的,在该连带责任人承担了全部赔偿责任后,可以向其他三个连带责任人追偿。可是,在三个没有承担连带责

^① 王泽鉴《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第92页。

^② 杨立新、李怡雯《中国民法的新规则要点(修订版)》,法律出版社2021年版,第166页。

任的连带责任人中,有一个没有承担责任的能力,如何再次分担责任却没有规定具体规则。《民法典》第519条第3款规定,被追偿的连带债务人不能履行其应分担份额的,其他连带债务人应当在相应范围内按比例分担。这一条文规定的连带之债的二次分担规则^①,就解决了这个问题,侵权连带责任完全可以适用。

如果仅把侵权责任的性质界定为民事责任,而不具有债的属性,对侵权责任纠纷案件就可能失去适用债法规则的可能。侵权责任在债与责任之间徘徊,使它既有债的属性又有民事责任的性质,对侵权责任编立法的不足,就可以直接适用合同编通则关于债法一般规则的规定。这正是侵权责任在债与责任之间徘徊的重要立法价值之一。

(四) 确认侵权责任法的基本功能是民事权利保护法

德国法系民法典的结构是总分结构。我国《民法典》也是总分结构,体现了我国民事立法对德国法系民法典立法经验的借鉴^②。总则规定民法的基本原则和一般规则,是具有引领性的规则^③,分则规定具体民事法律关系的具体规则。

侵权责任本来属于民法典分则规定的具体民事法律关系的规则,但是,侵权责任不仅具有债的属性,同时也是民事责任,其基本功能是对所有的民事权利提供保护方法。换言之,《民法典》分则各编除了侵权责任编之外,规定的物权、债权、人格权、身份权和继承权都是民事主体享有的民事权利,形成人法(人格权、身份权)和财产法(物权、债权、继承权)两大部分。侵权责任法既不属于人法,也不属于财产法,而是独立的、所有的民事权利受到侵害后,都能够提供保护的规则。这方面突出的是侵权责任的民事责任属性,因此使侵权责任法成为民事权利保护法。

对侵权责任坚持民事责任的属性,就是要把它作为民事权利保护法,规定在《民法典》的最后一编。这种立法方法的最大价值,就是相对地改变了《民法典》的“总-分”结构,而形成了“总-分-总”结构。《民法典》总则编是一个“总”,人法和财产法是两个“分”,作为民事权利保护法的侵权责任编是另一个“总”。

按照这样的思路,我国《民法典》就形成了由四个部分组成的框架式结构,即总则、人法、财产法和权利保护法构成的框架式民法结构。民法总则处于框架式结构的顶部,表现的是民法的一般性规则,是对民法全部内容的概括,是对民事法律关系的抽象概括,是民法典全部内容的抽象,是统领民法全部内容的总纲。在民法总则之下,是民法的两个基本构成部分,是框架式结构的人法和财产法,是民法的两大支柱,是民法的基本部分。第四部分是民事权利保护法即侵权责任法,是民法的最后部分,位于框架结构的底部,表明侵权责任法在民法中作为民事责任的权利保护法的地位。尽管《民法典》将侵权后果规定为债,却不能因此而否定侵权责任法权利保护法的地位和性质^④。

这样理解和解释《民法典》的结构,是完全说得通的。依此,如果把侵权责任编归并到合同编或者紧跟其后,虽然能够形成债法的形式完整,但是,侵权责任法作为民事权利保护法的功能将会大大削弱。反之,把侵权责任编放到第七编,就形成了民法总则、人法、财产法和民事权利保护法的完

^① 黄薇主编《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社2020年版,第129页。

^② 王利明《总分结构理论与我国民法典的编纂》,载《交大法学》2019年第3期,第43-55页。

^③ 王晨《关于〈中华人民共和国民法典(草案)〉的说明——2020年5月22日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上》,2020年5月22日。

^④ 杨立新《民法总则》,法律出版社2020年版,第56页。

整的四边形逻辑结构,成为“总-分-总”的《民法典》新格局。

所以,《民法典》既确认侵权责任的债的性质,又强调其民事责任属性,使侵权责任在债与责任之间徘徊,具有独特的立法价值,也是我国《民法典》的一个突出特色。

四、结论

《民法典》规定侵权责任,既确认其债的性质,又确认其民事责任的属性,使其具有债与责任的双重属性。因此,在分则各编的编排顺序上,采取了非同寻常的逻辑结构,从形式上分散了债法体系,却坚持了侵权责任对于保护民事权利的重要作用,成为民法典的民事权利保护法,突出了侵权责任法的地位,强调了侵权责任的职能作用,甚至形成了“总-分-总”的民法典结构。这对于充分发挥侵权责任保护民事权利的作用,具有更为重要的价值,应当予以充分肯定。应当坚持这样的立法思想,进一步发挥侵权责任保护民事权利的功能,更好地保护民事主体的民事权益。■

Tort Liability: Legislative Value Hovering between Debt and Liability

YANG Li-xin

(The Research Center of Civil and Commercial Juris Prudence of Renmin
University of China, Beijing 100872)

Abstract: Tort liability hovers between debt and liability, which is a summary of the legal attributes of tort liability under the *Civil Code*. That is, it confirms that tort liability has a dual attribute, being both a debt in tort and a civil liability. Thus, in the legislation, the tort liability is not provided in the *Civil Code*, either in or after the contract part, but in the last part of the *Civil Code*, i.e., Title VII, as the law protecting civil rights. The legislator hovering the tort liability between debt and liability reflects the important legislative value. The first is to realize the purpose of returning tort damages to the tradition of debt law, the second is to scientifically construct the claim system of civil rights protection methods, the third is to maintain the integrity and universality of the rules of debt law, and the fourth is to confirm the basic function of tort liability law as the law of civil rights protection. Its most basic value lies in the “general-division-general” structure of the *Civil Code*, giving full play to the function of tort liability to protect civil rights and better protect the civil rights and interests of civil subjects.

Key Words: *Civil Code*; tort liability; tort debt; civil liability; legislative value

本文责任编辑:林士平
青年学术编辑:孙莹