

《民法典》侵权责任编体系化的 成就与完善方向

窦海阳

【摘要】《民法典》从既有民事规范中涤除杂乱，提炼出体现民事法律关系特质的规范，以科学立法的要求实现了民事规范的体系化。在侵权责任编中，立法者针对四个方面的关系做出了体系化处理：在基本价值方面，处理自由与救济的关系，立法者以行为自由为底线，减少了对救济性规则的过度依赖；在责任结构方面，处理稳固与扩张的关系，立法者维护了侵权构成的基本体系，同时为应对社会需求的发展提供了可行且有限的扩张路径；在类型边界方面，处理《民法典》与单行法的关系，立法者以整合等方式促进了法典规范的一般性及私法性；在条款设置方面，处理体系与实用的关系，立法者在语言表述、规范内容等方面做出了修正。《民法典》出台后的规则发展也应当遵循上述四个方面的体系化框架。

【关键词】《民法典》 侵权责任编 体系化

【作者简介】窦海阳，法学博士，中国社会科学院法学研究所副研究员。

【中图分类号】D923.2 **【文献标识码】**A

【文章编号】2097 - 1125 (2023) 07 - 0024 - 16

一、问题的提出

科学的体系是法典的生命力。法典之所以为法典，就是因为其具有的体系性。2016年，全国人大常委会法制工作委员会主任作关于《中华人民共和国民法总则（草案）》的说明时曾明确表示，编纂《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）的任务是对民事法律规范进行系统、全面

整合，编纂一部内容协调一致、结构严谨科学的法典。^①由此可见，对民事规范进行体系化是《民法典》编纂者的初衷。就《民法典》侵权责任编而言，是将体现私法侵权特质的法律规范抽取出来，并按照一定的逻辑结构进行编排，使其达到“科学立法”的要求，从而实现侵权法规范的体系化。^②

在现代法律体系中，侵权法规范因其具有的显著实用性而急剧扩张，基于实践的复杂性以及时代发展的不确定性等原因，这一规范系统体现的价值存在模糊甚至对立之处。这在我国法中体现得尤为明显并具有特殊性。我国民法原本就夹杂了诸多公法规范，在侵权法扩张的大背景下，《中华人民共和国侵权责任法》（以下简称《侵权责任法》）的私法属性更不明晰，过度展现了多元功能，试图成为“兜底救济法”。在形式上，以总结立法经验为由，各种可能相关的规范都被纳入其中，价值融合问题则有欠仔细斟酌，体系的逻辑性要求也没有被全面考虑，从而导致了规范的重合和形式的繁冗。这些问题已经屡次被学者们指出。^③

尽管现代《民法典》面临着多元化扩展的趋势，但是若一概把各种不同目标的价值取向不分层次地完全收容在一起，那么它的规范内涵将会非常混乱，在体系化方面也就难以有所作为。^④侵权法规范仍应保有其本质，即在不同目标的价值取向中秉持其原初的主要目的，据以建立起具有稳定性的基础结构，然后再保持开放、扩展的可能，以适应现代社会调整复杂侵权问题的需求，最终在总体上满足实质内容的有机关联与形式表达的融贯。

从《民法典》编纂过程来看，立法者在《侵权责任法》等法律和司法解释上对侵权法规范进行不断地体系化。在此过程中，立法者对四组关系进行了体系化处理：一是在基本价值方面，处理“自由”与“救济”的关系；二是在责任结构方面，处理“稳固”与“扩张”的关系；三是在类型边界方面，处理《民法典》与“单行法”的关系；四是在条款设置方面，处理“体系”与“实用”的关系。本文试图从上述四个方面结合《民法典》相关

① 参见扈纪华编：《民法总则起草历程》，法律出版社2017年版，第134页。

② “科学立法”不仅体现在《中华人民共和国立法法》第7条中，而且多次为中央政策文件提出。参见全国人大常委会办公厅、中共中央文献研究室编：《人民代表大会制度重要文献选编》，中国民主法制出版社2015年版，第1408页。

③ 参见孙宪忠：《我国民法立法的体系化与科学化问题》，《清华法学》2012年第6期，第46～60页；谢鸿飞：《民法典的外部体系效益及其扩张》，《环球法律评论》2018年第2期，第28～50页。

④ 参见茅少伟：《寻找新民法典：“三思”而后行 民法典的价值、格局与体系再思考》，《中外法学》2013年第6期，第1137～1155页。

法条论述侵权责任编的体系化。不可否认,基于立法技术的成熟度以及时间等原因的限制,侵权责任编的体系化并没有达到完善的地步。因此,在《民法典》颁行后,规范的体系化仍有很大的发展空间,立法者与司法者仍需面对上述四组关系的处理。

二、基本价值的坚守与多元化发展

对侵权法规范基本价值的讨论,主要是处理维护行为自由与救济受害人之间的紧张关系。侵权法具有多重功能,这是学界的共识。^①这在《侵权责任法》、多部《民法典》草案以及《民法典》中都得以体现。但是,无论侵权法规范要承载多少功能,都应追求清晰且独立的价值定位。这关系到侵权法的地位,否则侵权法将会与其他部门法混同。

在传统意义上,侵权法规范是以维护行为自由为目标的损害赔偿制度。对此,制度设计要求只有在行为人有过错的情况下才会承担侵权责任,从而达到尽可能维护行为自由的效果。这种条款源远流长,可追溯至《阿奎利亚法》。^②到了近代民法典之后,该条款在价值层面得到质的提升,成为统领侵权法规范的总规则,是真正的一般性条款。^③这在《德国民法典》和《法国民法典》中都得以体现,在我国《民法典》及其草案和之前的法律中也得到了典型体现。《民法典》第1165条(《侵权责任法》第6条)规定行为人因过错才承担侵权责任。除此之外,在一些具体情况下也体现了对行为自由的特别维护。比如,为避免对医务人员和医疗机构的过度苛责而导致丧失医疗活动的自主性,《民法典》第1218条(《侵权责任法》第54条)规定了医疗机构及其医务人员只有在过错的情况下才承担侵权责任。

在现代社会中,各种复杂侵权事件产生了影响深远的社会问题,侵权法的结构不再倚重于行为,而是逐渐加强了对损害结果的对待。于是,在过错一般条款之外,通过扩展特殊责任类型,比如用人单位责任、产品责任、高度危险责任等,确立了过错责任与无过错责任并立的体系。考虑到完全贯彻

① 参见尹志强:《侵权行为法的社会功能》,《政法论坛》2007年第5期,第153~161页;王利明:《我国侵权责任的体系构建——以救济法为中心的思考》,《中国法学》2008年第4期,第3~15页;张新宝:《侵权责任法立法:功能定位、利益平衡与制度构建》,《中国人民大学学报》2009年第3期,第2~8页。

② 参见Sandro Schipani, *Contributi Romanistici al Sistema della Responsabilità Extracontrattuale*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2009, pp. 135~136。

③ 参见窦海阳:《对他人行为之侵权责任》,中国政法大学出版社2012年版,第204页。

过错标准会导致救济的困难，最终产生严重的社会不公，因此这些无过错责任类型不再以过错为要件，而是以损害结果为主要判断基准确定责任。这类特殊责任类型的数量大幅扩张，出现了一般性条款，比如《民法典》第1166条（《侵权责任法》第7条），这体现了侵权法在价值层面的多元化发展。

但是，这类一般性条款不可与过错一般原则同日而语，因为它们只有在“法律规定”的情况下才予以适用，从性质上属于“引致”条款，并非如过错一般原则那样真正的一般性条款。^① 需指出的是，即使是无过错责任规则，对行为自由也有极大的影响，可以起到不同程度的调控效果。比如对各种无过错责任设置不同的构成要件以及在不同情况下的免责规定，即可达到行为调控的效果。由此可见，《民法典》延续了《侵权责任法》的做法，无论是在传统结构上，还是在应对现代社会的发展中，整个体系自始至终贯彻了对行为自由的维护。

但就《侵权责任法》而言，对受害人救济目的的强调也十分突显。有观点认为应从权利救济角度解读其价值，将该法定位为“救济法”，其基本制度是适应“以被侵权人的保护为中心”建立起来的。^② 在此宗旨下，《侵权责任法》明显强化了救济的价值取向，表现为诸多过度偏向救济目的的规则的设置。其中，最为典型的是公平分担损失规则，即在行为人与受害人对损害均无过错的情况下，双方分担损失，主要体现在《侵权责任法》第24条。有观点认为该规则的设置是为了强化对受害人的保护，应作为归责原则对待。^③ 也有论者看到它对侵权法体系造成的冲击，主张通过确定具体类型的方式来规定，高空抛物、为他人或共同的利益受损、见义勇为受损、紧急避险受损、被监护人致害等责令补偿的条款被视为具体类型。^④ 其中，以高

① 参见房绍坤、张玉东：《论〈民法典〉中侵权责任规范的新发展》，《法制与社会发展》2020年第4期，第144~161页。

② 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编著：《中华人民共和国侵权责任法解读》，中国法制出版社2010年版，第3页。

③ 参见王成：《侵权法归责原则的理念及配置》，《政治与法律》2009年第1期，第78~89页；全国人大常委会法制工作委员会民法室编著：《中华人民共和国侵权责任法解读》，中国法制出版社2010年版，第104~108页；广东省深圳市宝安区人民法院（2013）深宝法少民初字第131号民事判决书；广西壮族自治区南宁市中级人民法院（2011）南市民一终字第1379号民事判决书；广西壮族自治区南宁市西乡塘区人民法院（2010）西民一初字第2031号民事判决书。

④ 参见王利明：《我国侵权责任的体系构建——以救济法为中心的思考》，《中国法学》2008年第4期，第3~15页。

空抛物的规定最具特色,也最具争议。^①

实际上,这种加强救济的倾向是“父爱主义”渗入侵权法的表现。^②它通过倾斜性配置对受害方的利益加强保护,但这种保护并不是以公共救助的方式完成的,而是以个体间转嫁责任的方式完成的。这使得行为与承担的后果并不相当,个体责任的边界模糊。这种倾斜于个体局部损害的补救,却往往伤害整体正义,尤其是对行为自由的过度干预,悖逆了《民法典》秉持的“自由”根基。侵权法对行为自由有着极大的影响,不论是过错行为还是无过错行为都可以调控。如果调控方式过度偏向救济,不合理地扩大救济力度,会对行为人产生消极影响。在某些极端情况下,如高空抛物的责任后果会促使每个住户负担寻找真正加害人的义务,造成住户之间的紧张关系,还会扰乱社会秩序。^③在实践中,这些规则在很多情况下已沦为法官“和稀泥”的工具。^④为了缓和受苛责人的对抗情绪,这些规则在很多情况下使用了“补偿”而非“赔偿”。但普通民众仍认为这是强制性责任,对其接受程度并不如立法者想象的那么高。因此,这类法条在执行上困难重重。^⑤正如学者指出的,若不对此倾向严加限制,任由有资力的一方当事人承担社会保障制度的任务,当事人对自己的行为完全丧失可预期性,最终会软化侵权法归责原则的体系构成。^⑥

立法者认识到此倾向与侵权法整体价值的偏差,并且社会效果不好,^⑦对相关条款做了矫正。比如在公平分担损失方面,《民法典》一审稿和二审稿第962条规定“可以依照法律的规定”,而三审稿第1186条删除“可以”,意为只能“依照法律的规定”。《民法典》第1186条最终明确仅“依

① 参见韩强:《论抛掷物、坠落物致损责任的限制适用——〈侵权责任法〉第87条的困境及其破解》,《法律科学(西北政法学报)》2014年第2期,第136~143页;尹志强:《侵权法的地位及与民法典各编关系的协调》,《华东政法大学学报》2019年第2期,第25~40页。

② 参见吴元元:《法律父爱主义与侵权法之失》,《华东政法大学学报》2010年第3期,第133~147页。

③ 如多起住户安装探头监控高空抛物事件。参见《楼下安装摄像头监控高空抛物 楼上住户抗议:你侵犯我隐私》,《重庆晨报》2015年7月29日;《楼下住户安装探头监控高空抛物 楼上邻居觉得侵犯隐私寝食难安》,《楚天都市报》2018年5月17日。

④ 参见窦海阳:《侵权法中公平分担损失规则的司法适用》,《法商研究》2016年第5期,第125~136页。

⑤ 参见张新宝:《民法分则侵权责任编立法研究》,《中国法学》2017年第3期,第49~70页。

⑥ 参见程啸:《中国民法典侵权责任编的创新与发展》,《中国法律评论》2020年第3期,第46~61页。

⑦ 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室:《新时代应运而生的民法典各分编草案》,http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/2018-08/29/content_2059972.htm,2023年3月1日。

照法律的规定”，目的就是要对公平责任的适用作出严格限定，仅限在法律明确规定的情形。^①依学者解释，此处的“法律”仅为狭义，不包含行政法规及其他规范。^②同时，在该条适用上应当审慎，比如无过错系双方均无过错，既不符合无过错规定，也不应适用过错推定，否则不能适用该条。如果损害由第三人过错导致，也不能适用该条。该条的损害仅指财产性损害，不包括非财产性损害。这些限缩在实务中有利于避免当事人滥诉缠访，给民事主体正确的行为指引，更有利于在体系上对行为自由的维护以及过度救济的矫正。当然，也有学者指出这一修改也许是压垮所谓“公平责任原则”理论的“最后一根稻草”。^③从我国实际情况来看，该条的限制的确可能在少数情况下导致法官无法可依，不利于纠纷的解决。因此，在未来的司法适用中，立法者需要根据现实情况及时跟进该条留下的引致空间。

对被学理与实务诟病较多的高空抛物规定，从历次草案修改说明来看，尤其是2018年12月23日《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈民法典侵权责任编（草案）〉修改情况的汇报》和2019年12月22日《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈民法典各分编（草案）〉修改情况和〈中华人民共和国民法典（草案）〉编纂情况的汇报》，从中可以看出该规定在争议中被不断地限缩其适用。在《民法典》二审稿第1254条中，突出表现为增加了对可能加害的建筑物使用人适用补偿要求的限制以及物业管理人的安保要求等。《民法典》最终采纳了附有诸多限制的高空抛物条款。首先以禁止性规定表明立法者的态度，然后明确公安机关查明行为人的职责。对确属无法查明的情况，才按照公平责任承担补偿责任。^④由此可见，立法者尽可能地消减了《侵权责任法》对“救济”过度偏好而产生的弊端。当然，该条蕴含的意义已经超出单纯私法上自由与救济的权衡，而是根据现实问题与实务考虑，运用了“综合治理创新模式”，强调法律条文的行为规范作用与裁判功能并重，力求在查清事实的基础上实现个案的公平正义。^⑤因此，

① 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》，中国法制出版社2020年版，第89页。

② 参见王利明主编：《中国民法典评注——侵权责任编》，人民法院出版社2021年版，第85~87页；程啸：《中国民法典侵权责任编的创新与发展》，《中国法律评论》2020年第3期，第46~61页。

③ 参见张新宝：《侵权责任编：在承继中完善和创新》，《中国法学》2020年第4期，第109~129页。

④ 参见王利明主编：《中国民法典评注——侵权责任编》，人民法院出版社2021年版，第309~314页。

⑤ 参见张新宝、张馨天：《从〈侵权责任法〉第87条到〈民法典〉第1254条：“高空抛（坠）物”致人损害责任规则的进步》，《比较法研究》2020年第6期，第91~104页。

在处理“不能确定侵权人”类高空抛物案件时，如果将物业服务企业没有安装相关监控设备的事实视为其没有尽到安全保障义务，那么可能又会陷入另一种对民事主体行为自由的过度限制。这需要在实务中审慎对待。

在多人侵权规则的设置上，《侵权责任法》在一定程度上体现了对救济的强化，最为典型的表现为连带责任明显增多。过度依赖连带责任加大对受害人的救济力度，会在社会层面阻碍行为人独立、积极地实施行动。现代民法中行为人只有在具有整体性关系的情况下才须承担连带责任。《民法典》虽然未作出明显调整，但在以后的规则适用和修正中可以参考《民法典》对相关类型设置的考量因素，对多人侵权连带责任情况应按照整体性原则对其扩展持谨慎态度。一是相关主体有控制能力。比如《民法典》第1195条规定网络服务提供者与侵权网络用户对损害扩大部分承担连带责任。网络服务提供者因其具有技术控制能力，可以在了解侵害事件之后及时遏制损害后果继续蔓延，因此责令他与侵权网络用户承担连带责任可以促使其积极发挥管控能力，遏制侵害事件。同时，连带责任也仅限于扩大部分，这一范围的确定也是妥当的。《民法典》第1241条规定的高度危险物所有人、管理人、非法占有人的连带责任，也是基于高度危险物所有人对危险物在交付管理、防止非法占有等方面具有控制力。二是相关主体有一体关系。比如《民法典》新增的第1211条机动车挂靠人与被挂靠人的连带责任。尽管机动车交通事故责任原则上是由机动车使用人（在此情况下是挂靠人）承担，但因两者对外表现为一体关系，且被挂靠人从挂靠关系中获益，所以由两者承担连带责任并无不当。三是相关主体的恶行在先。相关主体实施了违反刑法、行政法的严重社会危害行为，比如《民法典》第1214条的买卖拼装、报废车辆，第1215条的盗窃、抢劫、抢夺车辆，与之后发生的交通事故具有关联，在民法上责令其承担连带责任对此类恶行也有遏制意义。

对受害人的救济是侵权法的必要功能，但不能成为侵权法过度倚重的方向，否则会影响其真正的价值定位。实际上，以过错责任为基础的经典侵权救济制度与解决风险社会中损害问题的现代侵权救济制度，一同构成了当前侵权法的总体。对待现代侵权法的价值转型，既要秉持一贯的矫正正义理念，也要考虑整体性利益平衡，应坚持多元价值融合的立场。那么，侵权法如何在多元价值融合中体现其特质？现代民法典要在多元化目标中保持其本质，秉持原初目的，即保障民事主体的自由。^①即使自由在现代社会中多被约束，但只有它才能保障《民法典》规则的协调与体系的一致。因此，从

^① 参见〔德〕施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社2006年版，第57页。

私法属性出发，尽管侵权法制度要考虑现代社会背景下的某些平衡，但仍应坚守“行为自由优先”的底线。^①立法者不能将解决现代社会各种损害问题的希望都寄于侵权法，通过所谓的“社会化”改造，使侵权法兜底所有的损害救济，成为包治百病的灵丹妙药。对现代社会的损害救济，侵权法的作用是有限的，它不应成为解决损害问题的唯一机制。无法完全在侵权法体系内解决的社会问题，如产品致害、环境污染、交通事故等，需要与具有社会政策性因素的法律共同调整。总之，不管有多少追求不同价值目标的救济制度要共存于一部法典之中，都不能湮灭侵权法规范秉持的私法自身不可缺失的制度功能。这是《民法典》之后侵权法规则修改应保持的基本立场。

三、责任结构的稳固与扩张限度

侵权责任结构主要体现为以损害的“差额”概念、“完全赔偿”的基本原则与“损害赔偿”的救济方式为基础建构起来的侵权损害救济体系。^②基于损害的“差额”概念与“完全赔偿”的基本原则，侵权损害救济制度主要在于实现对受害人损害的填补，而所谓的预防、惩罚等功能则不能与其等同视之，更不能越俎代庖。^③这也就使实际的损害才符合侵权损害救济制度的调整要求。正因如此，救济方式才对应于恢复原状和金钱赔偿。^④可见，侵权损害救济制度是一个环环相扣的紧密系统，在此系统下，规则之间具有

① 参见龙卫球：《〈侵权责任法〉的基础构建与主要发展》，《中国社会科学》2012年第12期，第103～122页。

② 损害的“差额”，即以损害事件为基准对受害人的利益状况进行比较而得出的差额。尽管后来的学说与实践对该说的接受有或多或少的不同，但其核心内容即不利益的差额对比并未改变。完全赔偿原则，即有多大损害就承担多少赔偿，不能多赔，也不能少赔。参见李承亮：《损害赔偿与民事责任》，《法学研究》2009年第3期，第135～149页；叶金强：《论侵权损害赔偿范围的确定》，《中外法学》2012年第1期，第155～172页。

③ 参见尹志强：《侵权行为法的社会功能》，《政法论坛》2007年第5期，第153～161页；张新宝：《侵权责任立法法：功能定位、利益平衡与制度构建》，《中国人民大学学报》2009年第3期，第2～8页。

④ 就我国民法而言，由于恢复原状被狭义化，仅意指“所有权人的财产在被他人非法侵害而遭到损坏时，如果能够修理，则所有权人有权要求加害人通过修理，恢复财产原有的状态”。见王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社2012年版，第508页。而金钱赔偿的范围不仅能涵盖德国法的价值赔偿，而且还将支付恢复原状费用作为赔偿纳入其中。于是，金钱赔偿弥补受害人的“差额”损失被通说视为最主要的侵权责任方式。参见程啸、王丹：《损害赔偿的方法》，《法学研究》2013年第3期，第54～71页。

价值相同性与逻辑一致性。因此,需要谨慎对待侵权责任结构的扩张。即使要做出现代化应对,但因牵一发而动全身,只有经过全盘考虑方能确定是否对责任结构做出改变。

强调预防功能被视为现代侵权法理论的重要发展。《侵权责任法》对预防功能也作了强调,而且走得更远。《侵权责任法》将实际损害与侵害危险合并起来,采取了“大损害说”,也就是把原来的“实际损害”范畴作了重大扩展,将那些非实际损害的现实危险也囊括其中。^①因此,在该法第6条等一般条款中未提及“损害”,仅规定了“侵害”。有学者指出,该学说对我国民法理论体系和实践经验造成了很大的冲击,其结果就是民法损害救济体系的混乱。^②

无论是在构成要件还是在责任形态上,预防性救济与损害赔偿都根本无法做一体规定。如前所述,对损害的认识是建立在“差额说”或其修正理论基础上的。“差额说”决定了只有实际损害才属于损害的范畴。基于完全赔偿原则,填补损害是主要功能,预防则是次要的。^③将两者强行纳为一体,无法实现体系的融合。另外,尽管侵权法在抽象意义上具有一定的预防效果,但也仅是因为损害赔偿责任可以对行为人自己在后来的民事活动中产生趋利避害的附带性预防,在社会关系中也可以对其他潜在的行为人产生警示效果,这种预防的现实效果是很微弱的。相比来看,刑法直接对违法行为进行惩戒,行政法设置各种标准和门槛,它们起到的预防效果比侵权法规范要强得多。因此,强调法律的预防作用并不必须对侵权法付于过多的期望,反而坚持侵权损害救济的主要功能再兼顾预防功能,这更能符合体系化的要求。

《民法典》回归了传统侵权法的损害救济结构,妥当地解决了上述问题。侵权责任编区别了“损害”和“侵害”的构成要件,从而使侵权损害赔偿请求权不再与绝对权请求权混同,也避免了绝对权请求权究竟是否适用过错原则抑或无过错原则的无谓争论,而是明确了两者都只是针对损害赔偿的归责。^④第1165条和第1166条构建了以“损害”为核心的损害赔偿一般性条款。第1167条又专门确立了“停止侵害”“消除危险”“排除妨碍”等

① 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编著:《中华人民共和国侵权责任法解读》,中国法制出版社2010年版,第27~28页。

② 参见崔建远:《论归责原则与侵权责任方式的关系》,《中国法学》2010年第2期,第40~50页。

③ 参见张新宝:《侵权责任法立法:功能定位、利益平衡与制度构建》,《中国人民大学学报》2009年第3期,第2~8页。

④ 参见程啸:《中国民法典侵权责任编的创新与发展》,《中国法律评论》2020年第3期,第46~61页。

预防手段，作为预防损害的一般性条款。另外，还单独确立“损害赔偿”一章。笔者认为，较之《侵权责任法》的“大跃进”，《民法典》既维护了损害赔偿的核心地位，也顾及了现代社会对预防性救济的重视，是较为稳妥的修正。这里的修正明确了“损害”与侵权责任的紧密关联，在立法上肯定了侵权损害赔偿的性质。正如有学者所说，在民法体系上，这也实现了侵权责任向“债”的性质回归，即侵权损害赔偿之债。^①

除此之外，较之《侵权责任法》，《民法典》在侵权损害及救济方式上的显著扩张体现在第1234条和第1235条规定的生态环境损害概念及修复责任。通说认为，侵权救济应当限于民事主体权益的损害，生态利益无法归类到个人权利范畴，因此无法在传统民法体系中加以妥当保护，而是要通过公法加以保护。^②但主流观点也认为，针对目前的生态环境问题，民法应当有所作为，需要对相关问题做出回应。^③我国《民法典》第1234条规定了生态环境损害，对该规定有力的学理解释是它借鉴了比较法例——欧洲议会和欧盟理事会联合发布的《关于预防和补救环境损害的环境责任指令》（第6条第2款c项、第3款和第8条）和《欧洲示范民法典草案》（第6~2:209条），该比较法例在立法技术上属于拟制，即通过将政府或有关主管机关因生态损害而负担的不利益拟制视为侵权责任法中的损害。^④据此，虽然生态

① 参见杨立新：《〈民法典〉对侵权责任规则的修改与完善》，《国家检察官学院学报》2020年第4期，第33~49页。

② 参见王利明：《侵权责任法研究》下卷，中国人民大学出版社2016年版，第437~443页；李昊：《对民法典侵权责任编的审视与建言》，《法治研究》2018年第5期，第64~76页；张新宝：《侵权责任编起草的主要问题探讨》，《中国法律评论》2019年第1期，第133~144页；尹志强：《侵权法的地位及与民法典各编关系的协调》，《华东政法大学学报》2019年第2期，第25~40页。

③ 参见马俊驹、舒广：《环境问题对民法的冲击与21世纪民法的回应》，北京大学第22届研究生会编：《中国民法百年回顾与前瞻——学术研讨会文集》，法律出版社2003年版，第232~251页；王利明：《民法典的时代特征和编纂步骤》，《清华法学》2014年第6期，第6~16页；张新宝、庄超：《扩张与强化：环境侵权责任的综合适用》，《中国社会科学》2014年第3期，第125~141页；吕忠梅：《环境法新视野》，中国政法大学出版社2000年版，第1页；曹明德、徐以祥：《中国民法法典化与生态保护》，《现代法学》2003年第4期，第17~23页。

④ 参见李昊：《对民法典侵权责任编的审视与建言》，《法治研究》2018年第5期，第64~76页。即使在《欧洲示范民法典草案》采纳的观点中，也认为纯粹的环境损害就其性质而言不是纯粹公法问题，也并非纯粹私法问题。生态环境损害是一种对不特定公众的损害，而非对单个人造成的损害。参见[英]克莱夫、[德]巴尔主编：《欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案》第5~7卷，王文胜、唐超、李昊译，法律出版社2014年版，第411~418页。

环境损害难以完全容纳到民事损害概念中,^①但是由于民法损害赔偿救济制度较为成熟,在损害判断、恢复原状等方面的规则较为完善,因此对生态环境损害及其救济的规定可以类推适用民法损害救济理论。尽管如此,仍需注意损害的确认与恢复的适用在整体的生态环境中与物权中普通物的差别。前者在一定程度上具有整体性,并由此在规则设置中包括公众参与原则等理念,而后者并不具有这种特征。

需要关注的是,《民法典》虽然规定了生态环境损害及其救济,但在现代社会出现的严重环境损害事件,因其复杂的特质已经脱离原有领域和体系,传统侵权损害救济制度发挥作用的场合在不断衰减。因此,既需要通过适度扩张民法损害救济体系的范围,将成熟的救济制度类推适用到生态环境损害及修复责任中,又不能过度扩张而破坏民事损害救济制度的根本。^②

四、特殊责任边界的厘清与法典出台后的关系

《民法典》提供了一般性私法规则的体系,用于避免部门民法之间在价值与技术等方面的冲突,从而解决各自为政的问题。对此,侵权责任编协调了部门立法中的侵权法规范,把可以普遍适用于各种侵权关系的规范整合纳入《民法典》。同时,在一定程度上涤除了一些不必要的规范,把一些特殊规则留给特别法规定。当然,在《民法典》中也留有端口,使法典与特别法在未来的适用中可以有效地衔接。

在《侵权责任法》中,除总则一般规定之外,还有对特定的社会关系作出的类型化规定,包括了现代社会中典型社会关系产生的侵权责任类型,如环境污染责任、机动车交通事故责任、医疗损害责任、产品责任等。但是,《侵权责任法》第5~11章关于特殊侵权责任的规定,很多从《中华人民共和国产品质量法》(以下简称《产品质量法》)、《中华人民共和国

① 从《民法典》的编纂过程来看,在2018年12月23日全国人大宪法和法律委员会的修改说明中,明确要区分“民事主体人身、财产损失”与“生态环境本身的损害”这两类损害。由此,认为生态环境损害与传统损害重叠或者将生态环境损害纳入民法损害的观点也不符合该条的解释。参见2018年12月23日《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈民法典侵权责任编(草案)〉修改情况的汇报》。

② 对此,学者从不同角度论述了公法与私法在生态环境损害救济方面的协同。参见吕忠梅、窦海阳:《民法典“绿色化”与环境法典的调适》,《中外法学》2018年第4期,第862~882页;冯洁语:《公私法协同视野下生态环境损害赔偿的理论构成》,《法学研究》2020年第2期,第169~189页;刘静:《论生态损害救济的模式选择》,《中国法学》2019年第5期,第267~284页。

道路交通安全法》（以下简称《道路交通安全法》）、《中华人民共和国环境保护法》、《中华人民共和国民用航空法》（以下简称《民用航空法》）和《中华人民共和国核安全法》等法律中照搬而来。原本这些单行法有其自身的立法目的以及与之相应的调整手段，《侵权责任法》将其中的相关法条照搬过来，并未考虑价值、调整手段等方面的一致性，以致公、私法混杂，侵权规范的基本法与其他特别法存在较为严重的融合问题。正如学者指出的：“《侵权责任法》既不能代替原有的零散立法，也不能将它们有效地整合起来。”^①当然，立法者在《侵权责任法》立法当初，仅考虑将其作为民事单行法制定而无法典化意图。

侵权责任编采取了“总一分”结构，非常直观清楚地体现了侵权规范体系。同时，有学者还指出，这种体系框架的实用性更在于能够容纳更多的扩展内容。正如《民法典》在侵权责任编展现的，立法者根据社会实践的发展在该编分则中增加了很多侵权责任的新类型以及更为细致具体的规则，大大地提高了我国侵权责任的类型化程度。^②这大多是通过将单行法以及司法解释中具有一般意义的规则纳入其中，针对具体条款在一定程度上完成了技术上的整合，以此来妥当协调法典中侵权法规范与特别法中的侵权法规范。^③

当然，鉴于当前法律体系稳定性等因素的考虑，《民法典》对单行法具有一般意义的规则的纳入并未完成，在很多情况下是需要作出进一步完善

① 孙宪忠：《防止立法碎片化、尽快出台民法典》，《中国政法大学学报》2013年第1期，第80页。

② 参见杨立新：《〈民法典〉对侵权责任规则的修改与完善》，《国家检察官学院学报》2020年第4期，第33~49页。

③ 比如在第三章“责任主体的特殊规定”中，第1189条增设了受托监护人的责任，这一规定吸收了《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第22条的经验。第1192条增加了因第三人行为造成提供劳务一方损害时的责任，吸收了2003年《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11条第1款的做法。第1193条增设了定作人责任，吸收了2003年《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条的做法。第1194条至第1196条完善了网络侵权的规则，借鉴了《最高人民法院关于审理利用信息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》的经验。再比如在第五章“机动车交通事故责任”中，吸收了《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》，增加了第1211条挂靠时的机动车交通事故责任、第1212条未经允许驾驶他人机动车的交通事故责任。另外，第1217条吸收了很多省高级人民法院的意见，增加了好意同乘时减轻或免除责任的规定。在第十章“建筑物和物件损害责任”中完善了第1255条堆放物致害责任、第1257条林木致害责任，这是总结了2003年《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16条的经验。

的。比如在产品责任中,《产品质量法》第2条与第46条分别对产品和缺陷作了界定。立法者可能考虑到该法已有规定,没有必要在《民法典》中重复。但是,什么是产品和产品缺陷,对作为无过错责任的产品责任来说非常重要,它们属于前提性、基础性的规定,应当在民事基本法中体现。更何况单行法的规定也存在诸多不足,如《产品质量法》第46条的规定^①前半段是妥当的,但后半段则不合理,因为国家标准、行业标准对产品的要求与前段“不合理的危险”并不匹配,前者往往属于较低的标准,况且其制定和修改相对滞后,无法满足保障人体健康和人身、财产安全的要求。除产品以及缺陷之外,《产品质量法》第41条规定了三项免责事项,这是产品责任构成的必备条款。同时,较之一般规定中的免责条款,具有类型的特殊性,应当纳入《民法典》。再比如在机动车交通事故责任中,《民法典》第1208条将机动车交通事故责任的归责原则引致到《道路交通安全法》的有关规定,主要是第76条。该条主要是关于机动车对机动车、机动车对非机动车驾驶人或行人两类不同的归责方式的规定。关于责任的归责,属于侵权责任的构成要件,应当在《民法典》中做出一般性规定,不能让《民法典》这种基本法为了一般性规则去引用行政性单行法的规定,这违背了《民法典》与单行法最基本的处理规则。因此,应当将关于该责任的归责原则的规定纳入《民法典》侵权责任编。还有在高度危险责任中,《民法典》第1238条规定民用航空器致人损害的免责事由只有“受害人故意”,而这种免责条件实际上已经体现在一般规定中,并无必要在特殊类型中再做强调。相反,《民用航空法》中的特别免责事项却没有体现在《民法典》中。在《民用航空法》中,除了在第161条中规定了损害完全或者部分是由受害人过错造成的,侵权人免责或减责之外,还在第160条规定了“损害是武装冲突或者骚乱的直接后果”。这是民用航空器致害这种责任类型具有的特别免责事项,是该类型责任构成的必备要件。因此,应当将《民用航空法》中规定的免责事项纳入《民法典》,否则在作免责规范的解释时,容易产生重复或者错漏。^②对这些应当纳入的一般性规则,可以在《民法典》未来的适用以及修改中,结合其他单行法的修订,逐步做出系统性完善。

在纳入一般性规范的基础上,为了《民法典》尽可能保持私法性质的规范,需要在一定程度上涤除公法规范。在《侵权责任法》和《民法典》

① 《产品质量法》第46条规定:“本法所称缺陷,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。”

② 参见许凌洁:《民用航空器损害责任研究》,《社会科学研究》2016年第2期,第91~96页。

中，多次出现的是行政型特别民法。^① 这类规范通过预先设定管制框架，将行政法规定的具有门槛、预防功能的各项数据、标准，作为判断责任成立以及承担范围的主要依据。比如前面讨论过的机动车交通事故责任的归责原则，就引致到《道路交通安全法》这种行政性法律的相关规定。还有医疗损害责任中，以违反法律法规以及规章等来确定过错。适用这类在《民法典》中的规范必须从侵权法的基本价值出发，防止这类特别法不当约束私权、随意限制民事主体的行为自由。

应引起立法者注意的是，使用“应当”“不得”等表述的强行性或禁止性行政型规范引导或威慑相关管制对象，强令其予以遵守，督促其增进公共福祉，此类规范确立的并非民事义务，如若相关主体违反这类规定，不是对受害人承担民事侵权责任，而是向国家承担相关责任。它们多属经验型规范或应急型规范，形成了一些倡导性条款，希冀形成良好的社会秩序，却会导致规范呈现出强烈的行为引导色彩，可能会背离民法作为权利法的属性。比如在医疗损害责任中，《民法典》第1228条的规定，^② 是为了回应社会中频发的“医闹”现象。但如果行为符合条文中的规定，其后果不仅有一般的过错侵权责任，而且还有行政责任甚至刑事责任，因此在《民法典》中规定这类条文并不具有适用价值，而仅具有宣示价值。在饲养动物损害责任中，比如《民法典》第1251条的规定，^③ 立法者规定这类条文，意图在社会中起到良好的宣传倡导效果。该条属于道德性倡议，在法律适用上并无实际意义。当然，《民法典》并非纯粹的、完全隔绝的，还应当通过转介或引致条款间接地引入特别法规范，用以回应现代社会的不断发展。需强调的是，《民法典》不宜简单采用转引类条款，因为私法自治和公法管制存在价值冲突，频繁使用“法律另有规定”的但书，可能会促使立法者怠于权衡私法是否容忍公法以及何种程度的容忍而滥用这类条款。否则，这类条款“减损了法典化的价值和功用，使得法典化在相当程度上蜕变为某种形式的汇编”。^④ 对这些编纂后留下的问题，给《民法典》的修订留下了较大的空间。

① 有学者认为此类型为特别民法，即通过行政管理的方式调整私人关系，以实现维护社会安全等特定管制目的。参见谢鸿飞：《民法典与特别民法关系的建构》，《中国社会科学》2013年第2期，第98~116页。

② 《民法典》第1228条规定：“医疗机构及其医务人员的合法权益受法律保护。干扰医疗秩序，妨碍医务人员工作、生活，侵害医务人员合法权益的，应当依法承担法律责任。”

③ 《民法典》第1251条规定：“饲养动物应当遵守法律法规，尊重社会公德，不得妨碍他人生活。”

④ 参见石佳友：《民法典的立法技术：关于〈民法总则〉的批判性解读》，《比较法研究》2017年第4期，第122~138页。

五、条款技术的贯彻与进一步完善的空间

条款的实用性是《侵权责任法》立法者青睐的指导思想。应对某类社会事件，立法者常常在法律中加入一个法条，甚至在法条中进行具体描述，来直接规制此类事实现象。这种“实用”的法条的确可以直接解决一些问题，而且为司法判决引用法条提供了相当大的便利。但是这种所谓的“实用”却造成了更多的问题：在规范表述上琐碎零乱、概念使用上含糊不清，在内容上经常做不必要的重复，在结构层次上逻辑失当。此外，更大的问题还在于使法律失去抽象性、普适性，难以覆盖广泛的社会关系，沦为“一事一议”，导致法律失去安定性。

单独考虑某个具体法条的实际作用并无不当，一旦这个法条被置入《民法典》中，就不能仅考虑其实用性，更应考虑其体系性要求。《民法典》是由数量众多的条文组成的规范体系，其结构是由一般规定的总则与特别规定的分则组成的。如果彼此之间没有逻辑关联，不能产生法律意义上的有机联系，那么再多的条文也只是混杂地摆放在一起而无法形成体系。《民法典》的体系化要求贯彻规则的设置技术，遵循形式逻辑的要求，消除内在矛盾，通过抽象性和具体性的结合最大限度覆盖社会生活，实现法律广泛的拘束力和稳固的安定性。从总体上看，《民法典》侵权责任编在编纂相关规范时与总则编等其他篇章的条款相协调，在表述、内容、逻辑等方面都做了很大程度的完善。

法条表达应当精简，在法典中尤需如此，但是《侵权责任法》频繁表现了规范表达的琐碎，在法条中不厌其烦地以列举等方式表达规范，甚至直接对应具体的社会事实，仅关注具体情境中法律和伦理规则的适用，就事论事提供解决方案。尽管这种规范表述便利了司法适用，尤其是在我国基层法官的法律适用能力不高的情况下，可以防止其错用。需注意的是，这种琐碎在概念术语使用上往往表现为用语通俗，但缺失精准，导致其内涵与外延暧昧不清。尽管有利于普通人靠直觉与情感理解，却不利于对司法适用者的约束。立法者试图通过这种决疑式立法技术，^①将某类典型事实纳入调整范围，保障司法适用的安定性。但是，这种立法技术过于僵化，有失抽象性和灵活性，会导致类似案件无法可依，或者出现类案不类判的结果。现在法典化不再将其作为主要的立法方式，而仅仅作为辅助的方式。比如《侵权责任法》第2条第2款详细列举了多达18个权利概念。在第1款一般条款之后，

^① 参见舒国滢：《决疑术：方法、渊源与盛衰》，《中国政法大学学报》2012年第2期，第5~21页。

通过过分详尽但不必要的列举，试图对法官的裁判进行引导。但是，即便其第2款作如此繁琐的列举，也难以明确侵权责任的要件。因此，对法官的引导难见成效。另外，立法者做这种详细列举也希望起到限制自由裁量权的作用，但在列举之后加上“等”字以兜底，也难以达成约束裁量的效果。由此可见，这种琐碎列举毫无意义。《民法典》第1164条基于此考虑以及与总则编的协调而删除了该款，这是较为妥当的技术性处理。^① 这种概括式的方法，规定侵权责任的保护范围是所有的民事权益，实现了对民事权益的全面保护。^② 虽然未能如同德国法区分绝对权与其他权益而在侵权责任要件上做出不同的规定，在条款设置上丧失了两者在不法性等方面的准确界分，但是学界与实务中都已经认识到对各种保护对象给予差异保护的必要性。法典中的法条应当避免重复，尤其是在“总一分”结构下。在法典中，有的规则并非一般条款，但却具有一定的共同性，因此可以作为“公因式”提取到总则中，作为统领分则的共同规则。总则中的规定对分则中的规定起到统领性作用，因此在通常情况下无须重复。对此，需要在法典体系下甄别单纯的重复与必要的特殊强调。前者是将总则中的规定照搬到分则中，或者在不同章节中重复表达。还有可以通过逻辑推理、体系解释推断出的内容，也属于单纯重复的情况。在法典中，应当减少和避免前者的出现。比如《侵权责任法》第49条与第50条在规制相关侵权责任规则的同时，对机动车强制保险责任优先承保都作了规定。由于《道路交通安全法》第76条第1款已经对交强险公司的赔付义务有所规定，故上述规定属重复规定，每条都予以同义反复。因此，《民法典》第1213条将交强险、第三者责任商业保险与侵权责任规则的对接关系一体表达出来，并将《民法典》第1209条、第1210条纯化为侵权责任规则，这也是妥当的技术性处理。而后者是由于总则一般规定无法直接准确适用，要在具体场合下进行必要的清晰化确定。比如《民法典》第1205条规定了产品缺陷产生的消除危险等责任。虽然第1167条有关于排除妨碍、消除危险的一般性规定，但该条所指“侵权行为”无法直接准确适用于“产品缺陷”的情况，因此有必要重复排除妨碍、消除危险的责任形式。当然，在条款表达技术方面，仍然存在可完善之处，有待以后在《民法典》的修订中不断进行完善。

（责任编辑：方 军）

① 参见房绍坤、张玉东：《论〈民法典〉中侵权责任规范的新发展》，《法制与社会发展》2020年第4期，第144~161页。

② 参见杨立新：《〈民法典〉对侵权责任规则的修改与完善》，《国家检察官学院学报》2020年第4期，第33~49页。