

商事侵权责任对侵权责任法的挑战及其对策

刘 道 远

(北京工商大学法学院副教授、中国社会科学院法学研究所博士后研究人员 北京 100048)

摘要:对商事侵权责任制度立法的重视,反映了市场经济的需要,也是现代多元风险社会利益平衡和利益保护的基本要求。寄生于传统侵权法母体中的现代侵权责任法体系,与传统侵权责任法具有共生关系。商事侵权责任制度在传统侵权责任制度的基础上发展起来,以应对现代社会中所涌现的各种新型商事侵权行为。商事侵权责任制度体系的核心是一般条款的构建,这要求我们既要认识到一般化与类型化两种立法技术的差异和相互借鉴的趋势,也要慎重考虑民法与商法的关系。由于新颁布的《中华人民共和国侵权责任法》并未对商事侵权责任作出专门规定,因此应通过修法或出台相关司法解释弥补这一缺憾。

关键词:商事侵权 侵权责任法 一般条款 民商分立

一、引言

第十一届全国人大常委会第十二次会议审议通过了《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)。《侵权责任法》作为中国民法典编纂进程中继《中华人民共和国物权法》之后颁布的另一部重要的法律,其在明确权利保护法定位的基础上,按照总则一分则的结构模式,分别规定了侵权责任主体、侵权责任请求权主体、侵权责任承担方式、侵权责任构成以及侵权责任的抗辩事由、侵权责任的范围。《侵权责任法》继承了《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)关于侵权民事责任规定的合理成分,借鉴了各国侵权责任法制的优秀成果,广泛吸收了我国司法实践的经验。所有这些都表明,《侵权责任法》在立法上是相对成熟的。

从理论上讲,中国侵权责任立法所处的国际、国内环境和时代要求《侵权责任法》应该是一部具有后发优势,既有吸收和借鉴,又有超越和创新的法律,但《侵权责任法》的规定与学术界的一些观点仍存在一些差距,其中较为关键的问题是没有充分考虑商事侵权责任制度的合理构建,而发展的社会实践却已经提出了强烈的制度需求。因此,《侵权责任法》在未来的修改、完善中必须在合理考虑民法与商法关系的基础上明确建立我国商事侵权责任制度,同时考虑传统侵权责任与商事侵权责任的不同构成以及与之相互适应的体系构造。这不仅是正确区分民商事法律关系、指导司法实践的需要,也是建立与现行社会主义市场经济体制相适应的侵权责任法体系的必然要求。从《侵权责任法》的规定来看,上述因素显然没有受到足够重视,这种状况亟待改变。

二、研究起点:以商事侵权责任的特殊性为中心

商事侵权责任是商事主体在商业经营活动中侵害他人合法权益而应该承担的法律 responsibility。商事侵权责

基金项目:教育部人文社会科学重点研究基地重大课题资助项目(07JJD820169)

任具有以下特殊性。

(一)商事侵权责任主体的特殊性

商事侵权责任主体的特殊性表现在两个方面:一是商事侵权责任主体是具有商事主体资格的侵权行为人;二是商事侵权责任主体一般具有法人资格,并以企业组织的形式存在。

商事侵权责任的主体是商事主体,这一方面是由现实中所发生的各种商事侵权行为所表征的,也是由商事侵权行为制度本身的宗旨和目的所决定的。在社会发展过程中,交易主体日益广泛化,商法对市场主体的交易活动给予了更多的关注,商事侵权主体制度规则直接产生于市场主体的利益需求和他们的利益主张。构建商事侵权责任制度的根本目的不是为了惩罚,而是通过划定主体的权利及其界限,明确主体的权利能力和行为能力,规定生产和交换的一般条件以及对违约和侵权等违法行为的补救措施,保护人们的合法权益,使人们可以无顾虑、有合理期待、尽其所能地创造财富。^①在现代经济条件下,商事主体制度表现出的不同于一般民事主体民法化的特征十分明显。商事主体经历了由传统意义上的“商人”到现代以公司为核心的现代企业的演变过程。在19世纪以前,商人是作为一种特殊阶层出现的,那时对商人的界定着重于其外部特征;在19世纪以后,商人的身份色彩逐渐消失,对商人的界定着重强调其实质性条件,并强调须为商事行为主体以及具有商事行为目的,因而商事主体是以自己的名义从事商事行为,独立享有商事权利并承担商事义务的主体,其必须持续地从事特定营利性活动或必须以此为职业。伊夫·居荣就指出:“今天,情况有所不同。我们有一种印象,即使普通个人可以直接运用商法的某些特有技术,但是,在广泛程度上属于‘商人之法’的商法正在得到恢复与重建”。^②如此一来,商事侵权主体的特殊性决定了不能将传统侵权责任法主体理论简单套用到商事侵权主体中来,否则就会造成体系紊乱的后果。另一方面,现代社会的生产经营是以企业为主体的活动,危险也主要是以企业组织活动所产生的危险为中心。近代侵权责任法建立在抽象“平等的人”进而主体资格可以“互换”的人像基础之上,^③这与现代侵权责任法的责任主体形成了鲜明的对照:现代侵权责任法的主体演化为两个特定的主体——企业和自然人。在现代工业社会中,企业已经成为经济活动的重要主体,大量的事故来源于企业经营活动。并且,随着社会的工业化和技术发展所带来的各种危险活动和事故的增多,以企业责任为中心的侵权责任体系必将侵蚀传统以个人责任为中心的侵权责任体系而占据重要地位;^④而在归责原则上也表现为以危险责任(或者称为无过错责任^⑤)替代了过错责任。从国际社会的理论研究来看,这一巨大转变受到了高度重视;从各国立法来看,通过对危险责任归责原则适用对象的特殊性加以区分而作出了相应调整。

德国学者马克思·吕梅林(Max Ruemelin)在1896年首次使用了危险责任的概念,^⑥此后该概念被理论和立法所接受。在德国法上,危险责任是指企业经营活动、具有特殊危险性的装置、物品、设备的所有人或持有人在一定条件下,不问其有无过失,对于因企业经营活动、物品、设备本身所具风险所引发的损害承担侵权责任。可见,危险责任从发生损害的事由——“特殊危险”——出发,定义此种新型的侵权责任。^⑦法国法在19世纪末引入了“风险理论”,^⑧同时,法国法律界还依据《法国民法典》第1384条的规定发展了具有一般条款性质的“物的责任”,^⑨其本质也是危险责任。进入20世纪后,法国更多的是根据单行法律的规定在特定类型的案件中适用无过错责任,如1899年劳工保险法规定的劳动灾害事故责任、1934年民用航空法规定的航空责任、1941年矿业法规定的矿害责任以及1965年核子损害赔偿救济法规定的核子损害赔偿赔偿责任等。另外,在《法国民法典》增补修订的过程中,特别新增“第四编(二)有缺陷的产品引起的责任”,将产品责任亦纳入无过错责任的调整范围。^⑩

英美法中的“极度危险活动”责任、“高度危险活动”责任或“异常危险活动”责任,与产品责任等一起构成了英美法中的严格责任(无过错责任)。从本质上说,这一发展历程与大陆法的上述发展过程并无太大的差异,相反却呈现出趋同性。

与过错责任不同,危险责任建立在现代工业社会各种法律许可的风险基础上,主要表现为企业责任。因此,危险责任实际上较为直接地体现了规制对象的特殊性,并与传统规制非理性自然人的不法行为为对象的归责原则明显不同。具体地说,工业化的推进和生产组织形式的变革对侵权责任法主体结构的变化

在以下两个方面产生了重要影响:(1)从传统社会中个人的非理性行为危险来源转向了“事故”危险来源。由于现代社会的企业生产经营活动蕴含着大量的风险,因此,企业事故责任成为现代侵权责任法需要加强规制的重点对象。(2)大量企业组织的存在导致市场主体呈两极分化结构,即产生了劳动者与企业以及消费者与经营者的社会结构。在这些对立性的结构中,对企业而言,存在着如何在企业生产过程中强化对劳动者保护问题;对经营者而言,则面临着如何在经营者所提供的产品服务中强化对消费者保护的问题。所有这些元素都促使我们考虑企业责任形式的构建,而与传统个人责任形态也就渐行渐远。

(二)商事侵权责任归责原则的特殊性

“在法律规范原理上,使遭受损害之权益,与促使损害发出之原因者结合,将损害因而转嫁由原因者承担之法律价值判断因素,即为‘归责’意义之核心。”^①归责原则的实质是确定侵权责任人承担责任的依据和基础。它既是构建侵权责任法内容和体系的支柱,又是司法人员处理侵权纠纷所应遵循的基本准则。确立合理的归责原则,建立协调的归责原则体系实际上是构建整个侵权责任法内容和体系的关键。^②近代各国侵权责任立法基本上都是以过错责任为基本归责原则的。^③但是,市场经济社会的发展所带来的各种危险活动和事故的增多,使得现代侵权责任法在归责原则上也产生了一些变化,这种变化特别表现在过错责任不断地被客观化、过错推定责任的发展和无过错责任逐渐取得强势地位等方面。不仅如此,归责原则的内容也逐渐发生变化。“现代社会权益损害现象之重心,业已由传统个人间之主观侵害,移转到危险活动之损害事故,其间亦确有许多传统之归责原理,未能加以合理说明,而且非诉诸足以配合新社会事实之法理,既不克发挥侵权责任法填补损害之社会功能,亦根本无从达成其所欲实现之正义观念者。”^④

值得肯定的是,《侵权责任法》已经认识到现代社会侵权责任归责原则呈现多元化发展的趋势,并进行了系统性整合。但是,这种整合仍然存在一些不足,既有体系失衡问题,又有对归责原则商法化认识不足的问题,并且亦未对无过错责任归责原则的一般化作出系统、全面的立法安排。

传统侵权责任法在体系上采取了回避的态度,即在单一的过错责任之外尝试利用特别立法方式对一些特殊侵权行为加以回应。这种特别立法模式的弊端十分明显:首先,特殊侵权并不特殊,反而已经是现代社会中较为普遍的侵权形态。其次,虽然《侵权责任法》承认二元责任主体制度体系,但以自然人侵权责任模式为基本思路去处理现代侵权责任的痕迹随处可见,如将判断自然人是否具有过失的标准直接适用于企业是否具有过失上,或者相反。此种模式从表面上看似乎解决了现代侵权责任法的体系问题,但在内在制度层面却忽视了现代侵权责任法的主要特征。再次,从侵权责任法的立法实践来看,面对现代侵权责任法所遇到的挑战,这种特别立法模式在整体上缺乏统一的立法指导思想,无法对现代侵权责任法的商法化现象进行系统性回应。最后,特别立法模式与法典化价值相违背,既使民法典中的侵权责任法失去核心地位,又给司法实践带来重重困难。

制度必须回应现代社会生活,而不能被神圣化甚至僵化。^⑤因此,在《侵权责任法》未来的修订和完善中,应像对待过错责任一样对企业危险责任进行一般化的法律技术处理。

(三)商事侵权裁判理念和规则的特殊性

从理论研究和司法实践来看,商事侵权裁判一直都表现出独立性、特殊性的特点,并逐渐形成了自己的独特理念。

1. 商事侵权责任具有实践性。商事侵权责任旨在规范市场主体(主要是企业组织)基于营业活动而产生的侵权责任法律关系,具有实践性。这表现在商事侵权时效规则的特别要求、赔偿替代规则备受青睐、裁判保密性和裁判经济的要求等方面。而且商法规范更关注实践的应用,是对某些事项的特别规定,表现出鲜明的实践性特色。

2. 商事侵权裁判具有专业性和国际性色彩。在现代社会,由于科学技术的发展,商业行为的技术含量越来越高,从而导致商业行为的司法裁判日益专业化。这使得作为当事人对决过程的诉讼,异化为法律专家——律师——在严格程序规则下展开激烈对抗的竞技。^⑥而经济发展的信息化、全球化,已经使得商业活动超越国界而具有整体性意义,这又决定了商事侵权裁判规则具有强烈的国际性特征。

3. 商事侵权裁判中双方的冲突有所缓和。商事侵权裁判过程充满妥协的精神。从历史的角度考察,商事法院及其商事审判机制本身即是一种独特的民主化审判机制;商事法院推行“参与裁判制”,审判组织的组成具有极强的民间性。而推行“参与裁判制”的商事法院本身就是商人“共同体自治”^⑩在纠纷解决形式上的表现。这种“共同体自治”形式使整个审判过程充满民主性。并且商事法院的审理程序也表现出极其宽容的一面。“商事法院的程序都具有迅速和非正式的特性……不仅专业法律家被排除于审理程序之外,而且专门的法律争论也引起反感……商事案件应该按照良心和公平原则去处理,在法律的细枝末节上争执是不适当的。这些程序上的特征使商法截然有别于城市法院和王室法院的形式主义程序,也使它截然不同在于普通案件中教会法的成文程序。”^⑪

4. 商事侵权裁判过程要凸显促进商业社会发展、提高财产效用的价值。商事交易是市场实现社会资源有效配置的基本手段,私法上的意思自治原则奠定了促进商业交易的法理基础。但是,只有这些条件还不够,我们还需要有不同于一般民事裁判的商事裁判程序为商业社会发展保驾护航。在这方面,法国的经验值得重视。在法国,商事法院进行商事裁判有专门的诉讼程序,并具有简易、迅捷、成本低廉、审理方式灵活等特点,如诉讼适用口头主义、^⑫证据规则宽松等。^⑬

我国尚在社会转型期,虽然以逐渐放松管制、让市场发挥资源配置作用为核心的制度变革正在发生,但国家权力在诸多领域并未从计划经济的思维定式中走出来,总有过度干预商业的冲动。例如,现有的证据制度强化了审判的对抗性,诸如举证责任、举证时限等诸多制度都在强化这种倾向,这无疑混淆了一般民事审判和商事审判的区别。这种人为构筑的对抗进一步破坏了商人之间已经受到伤害的交易关系,大大增加了“和谈息讼”的难度。^⑭

三、商事侵权责任对传统侵权责任法的挑战:从观念到制度

(一)传统侵权责任法的思想基础及其发展特征

传统侵权责任法建立在理性自然人的人文思想基础之上,并将对人的尊重和对人的人身、财产和行为自由的保障作为制度设计的根本原则。传统侵权责任法制基于的人文理念和根本立法宗旨具有如下几个方面的特征。

1. 以自然人为中心的侵权责任法主体制度设计。这种制度设计以自然法学为基础,强调个人权利和个人自由,其产生和发展具有基本的经济社会条件。16—17世纪,工业革命和地理大发现在商业领域引发了重大革命。“商业的突然扩大和新世界市场的形成,对旧的生产方式的衰落和资本主义生产方式的勃兴,产生过非常重大的影响。”^⑮“世界贸易和世界市场在16世纪揭开了资本的近代生活史。”^⑯以个人主义和自由主义为根本指导思想,近代的侵权责任制度产生了。“每一个人,在他不违反正义的法律时,都应听任其完全自由,让他采用自己的方法,追求自己的利益,以其劳动及资本和任何其他人或其他阶级相竞争。”^⑰因此,侵权责任法的体系构造也是以自然人为中心的,并形成了个人责任法律体系,要求理性的人能够依据自己的理性判断尊重别人;如果违反理性人的行为尺度,则要承担个人责任。^⑱

2. 以过错责任原则作为侵权责任法的基本归责原则。过错责任原则承认在一定范围内致人损害的可允许性,这充分体现了处于上升时期的资本主义在事业上生气勃勃的进取精神和竞争中优胜劣败的价值观念。黑格尔因此认为:“行动只有作为意志的过错才能归责于我……毕竟我只是与我的自由相关,而我的意志仅以我知道自己所作的事为限,才对所负责。”^⑲德国学者耶林对此更明确、精辟地指出:“使人负损害赔偿的,不是因为有害,而是因为有过失,其道理就如同化学上的原则,使蜡烛燃烧的,不是光,而是氧气一样的浅显明白”。^⑳因此,“侵权行为法的任务是确定一条界限,把应当对造成伤害承担责任的情况与不存在这种责任的情况区别开来。在19世纪末20世纪初,这种界限几乎完全是依据对过失的认识而确定的”。^㉑因为“过错包含这样一个可能产生各种各样后果的基本价值观:当维护法律地位和行为自由这两种利益发生冲突时,行为自由优先”。^㉒

3. 侵权行为法采用一般化条款立法范式。^㉓大陆法系国家多数是在民法典的债法编中专门规定侵权

行为法。而在侵权行为法的具体内容中,首先规定侵权行为一般条款,通过侵权行为一般条款来确定一般侵权行为。随着两大法系因相互借鉴逐步趋同化,英美法系国家的侵权责任立法也逐渐呈现一般化立法趋势。这是因为这种立法方式可以使法律内容更为简约,并能够实现概括性与包容性的统一、稳定性与发展性的统一、法律规定与司法裁判的统一。

4. 在侵权责任法的价值目标方面,传统侵权责任法以实现矫正正义为目标。“矫正性的公正,它生成在交往之中,或者是自愿的,或者是非自愿的。分配性的公正,是按照所说的比例关系对公物的分配。(这种分配永远是出于公共财物,按照各自提供物品所有的比例。)不公正则是这种公正的对立物,是比例的违背。在交往中的公正则是某种均等,而不公正是不均,不过不是按照那种几何比例,而是按照算术比例,不论是好人犯了通奸罪,还是坏人犯了通奸罪也无区别。法律均一视同仁,所注意的只是造成损害的大小。到底谁做了不公正的事,谁受到不公正的待遇,谁害了人,谁受了害,由于这类不公正是不均等,所以裁判者就尽量让它均等。”^④依据亚里士多德的观点,正义的本质就是平等。^⑤近代以来的传统侵权行为法基于矫正正义的考虑,平等对待加害人与受害人,通过其特有的功能对受到侵害的权利和利益加以保护。这种矫正过程实际上是一种利益平衡的过程:矫正正义的实现主要体现在对所得与损失之间的中庸维持:“一个人的所有多于自己所原有的,就称为所得,他所有的比开始时少了,就称为损失……公正就是在非自愿交往中的所得与损失的中庸,交往以前和交往以后所得相等”。^⑥因此,传统侵权责任法在损害赔偿上以实现矫正正义为目标。

总之,传统侵权责任法坚守理性主义原则,以人的自由和权利保护为目标。但是,整个 20 世纪尤其是 20 世纪末,传统侵权责任法体系逐渐瓦解,理论体系也开始式微。代之而起的是现代侵权责任法。遗憾的是,《侵权责任法》更像是对过去立法成果和司法实践经验的集成,而没有回应因侵权责任法的时代发展所带来的巨大挑战。

(二)商事侵权责任对传统侵权责任法的挑战

随着科技日新月异的进步,市场经济的快速发展和社会制度建设的不断完善,侵权责任法也在与时俱进。这一演进过程呈现出以下特点:(1)现代侵权责任法理论体系寄生于传统侵权责任法体系,同时超越了传统侵权责任法体系,并与之共同进化。(2)与现代市场经济发展水平相适应,社会已经完成从前工业社会向现代工业社会的转变,这一社会的典型特征为事故的多发性和危险的普遍性。(3)社会阶层分化更为明显化和多层次,企业与劳动者、企业与社会、产品制造者与消费者之间都呈现出分化对立的态势,并酿成诸多社会问题。为此,现代侵权责任法与社会保障法、保险法等的协调发展也日益密切。(4)现代侵权行为日益呈现群体性特征,这一特征既对传统的个人责任原则提出了挑战,也对传统的诉讼制度提出了变革要求。(5)侵权责任法的非难(规制)对象由个人非理性行为向个人非理性行为和企业组织非理性行为的转变。促成这一转变的主要原因不仅在于科学技术推动下的经济社会条件的飞速发展,而且还在于企业活动普遍存在的因素、现代工业社会的高风险性。同时,社会信息分享的不平等和不对称,也是催生侵权责任法变革的重要动因。正是上述法律制度的不断演进,促使人们反思传统侵权责任法的基本理念和制度,并积极探求重构传统侵权责任法制度。从理论上说,商事侵权责任制度对传统侵权责任法的挑战主要表现在以下几个方面:

1. 侵权责任法的社会基础和价值目标发生了变化。理性主义与私权本位主义发端于古代。“罗马人是独立自主的私有财产的惟理论者……最先制定了私有财产的权利、抽象权利、私人权利、抽象人格的权利……他们把私人权利看成国家权利的最高准则。”^⑦罗马法学家的过失责任理论,就是这种理性主义与私权本位主义相结合的产物。在近代侵权责任法的发展过程中,理性主义和个人权利本位思想在侵权责任法中得到了淋漓尽致的体现,并成为近代西方社会整个法律制度的价值基石。然而,进入 20 世纪尤其是第二次世界大战以后,随着经济社会的不断发展,传统社会理念和价值目标开始发生变化,其显著表现之一就是社会法的勃兴。^⑧在法律制度中,社会政策性考量因素在各国的立法和司法实践中愈显突出,社会性立法日趋活跃,出现了公法、私法之外的第三法域。法律科学自身必须关注社会关系以及规则背后的

社会目标,法律价值也转变为调和个人与群体关系并平衡个人与群体利益。社会本位强调法律的任务不仅仅在于保护个人权利,同时为了社会公共利益,法律可强加给人们特定义务,限制或剥夺某种权利。这一变革在侵权责任法领域表现为过失日益客观化、社会化,侵权行为的客体日渐复杂化、扩大化,侵权行为归责原则由过失责任原则向多元归责原则转变。这同时也改变着传统侵权责任法的一些观念与制度安排,如侵权责任法的利益协调、损害赔偿、预防功能的强化^⑤和事故成本的社会承担方式等。诸多对侵权责任法新型功能的诉求说明传统侵权责任法无法适应民事责任由个人责任向企业责任的、由个人责任向社会责任、由一般条款调整向特别法调整的变化。

这些变革对侵权责任法的传统价值提出了挑战:基于社会允许加害人进行危险活动,侵权责任法要解决的已不再是不法行为带来的损害以及对行为人进行道德上的非难,而是“危险行为带来不幸结果时应如何合理分配损害”的问题。矫正正义的道德论点不再成为侵权责任法的完整注脚,而必须从分配正义的角度为大量涌现的新型侵权责任寻找公平的基础。鉴于在矫正正义诉求之外追求分配正义之必要性,如何以公平合理的方式保护受害人就成为我国具有后发优势的侵权责任立法必须考量的因素。

2. 自然人、法人和社会保险企业等主体结构形成的多元侵权责任主体模式。以高科技为特征的工业化进程和以高风险为特征的事故社会的现实,使得传统侵权责任法的主体建构基础发生了根本变化。影响乃至损害人身、财产安全和其他权益的危险来源从个人的非理性行为转变为以企业经营活动为中心的各种活动,侵权行为也由以单个自然人之间的侵权为特征转变为与包括以企业活动为中心的侵权行为并存的状态,并且企业活动中的侵权行为所造成的损害由单一性向大规模、立体化方向发展。^⑥2008年9月爆发的“三鹿牌有毒奶粉事件”即为其适例。总之,社会现实和理论的发展都在促成以企业责任为中心的现代侵权责任法主体模式。

不仅如此,社会保障和社会保险的发展也使得个人和企业责任开始向社会责任制度融合。责任保险、社会保险、国家补偿和社会救助等各种补偿方式的发展和完善,强化了侵权责任的损害填补功能,使受害人寻求救济更为便利快捷,^⑦并推动了无过错责任制度的发展。对此,英国学者约洛维奇提出了侵权责任的危机,甚至有人断言侵权行为法正走向没落。^⑧笔者认为,此种观点值得商榷。侵权责任法并未处于一种危机状态,而是在传统侵权责任法的基础上向着具有更强生命力的现代侵权责任法发展。不仅因为社会的日益发展,侵权责任法对法治价值日益彰显,而且在现代社会的损害补偿体系中也逐渐发挥着核心作用。从社会保险制度本身来讲,其自身损害赔偿体系也存在着一些局限性。^⑨不可否认,保险制度的产生和发展确实一定程度上改变了侵权责任关系主体,使得侵权行为人的责任转由承保人负担,并由此转为由社会协力分担。因此,从未来侵权责任法的构建来说,如何使侵权责任制度、保险制度和社会保障制度三者发挥更好的社会治理效果,也是我们必须解决的问题。

3. 归责原则由单一的过错责任原则向多元归责原则体系变化。在这一变化过程中,各种归责原则没有主次区分,但有适用领域的差异:无过错责任原则一般只能适用于商事侵权规则中,而过错责任原则一般适用于一般民事侵权领域。我国传统民商法体系采用忽略商法的民商合一模式,对侵权行为归责原则体系构造产生了严重影响。侵权行为归责原则经历了结果责任—过错责任—过错推定责任—无过错责任的演进,不同的归责原则反映了不同的历史时期、不同国家的经济、文化、社会文明之要求,但却是共同发展,相得益彰。自《阿奎利亚法》到《国法大全》,过错责任原则以磅礴的气势迅速摧毁了以结果责任为中心的一整套古板、粗鲁的侵权责任规范,取得了侵权责任法归责原则的主导地位。^⑩到19世纪,随着欧洲大陆法典化进程的加速,过错责任原则江山日固。过错责任原则的普遍适用,彰显了民法充分尊重人的自由,适应了个人理性主义发展的需要,也与传统的农业社会和初期工业化社会相适应。

时代的发展总是推动着法律制度的变迁。人际交往的日益广泛、新技术的不断应用,使得过错责任原则在适用过程中日显局促。由于要证明加害人主观上存在过错实在困难和按照主观过失要求去证明一些专业人员的过失对受害人极不公平,因此,过错责任原则开始向客观化方向发展。不仅如此,近现代以来的城市化、商业化、市场化和现代化也对这一归责原则提出了巨大挑战,归责原则发生重大变化,最终形成

了以过错责任原则、无过错责任原则和公平责任原则三位一体的侵权责任归责体系。同时,现实中发生的大规模侵权案件不仅对归责原则提出了挑战,而且对传统的一般侵权行为和特殊侵权行为以及极尽纯化的归责原则标准也提出了挑战。这是因为,一方面现代商业领域所发生的大规模侵权案件主要是从案件当事人的特征和损害结果的层面出发而进行的类型化处理,而不是从侵权责任法的归责原则出发的建构;另一方面,商事侵权个案中的归责原则并非唯一,而可能混合适用。

面对这些挑战,如何将侵权责任法的归责原则构建成为一个符合市场经济发展要求、具有内在逻辑的归责原则体系,则是理论界和立法界在将来完善《侵权责任法》或者对之进行解释时必须考虑的重要问题。

4. 立法体例由一般条款向特别法、单行法方向发展。现代法治社会,既是个人有更大权利和自由享受高科技、财富充沛的社会,也是要求承担责任的社会。在科学技术的高度发达、社会发展的极度文明、资源配置日益市场化的同时,也伴随着各种各样不可预知的风险。这些风险导致对人的各种利益的侵害手段不断增多,从而出现难以预测的新型侵害行为、大范围的侵权现象,其影响面也大大扩张。并且,人类生产经营或者利用自然资源等活动所带来的潜在风险越来越多。^⑩尤其值得注意的是,市场经济的发展使得各类商事侵权行为,如不正当竞争侵权、证券侵权、服务侵权、环境侵权、知识产权侵权和劳动行为中的侵权等侵权行为大量产生并成为普遍现象,从而成为现代侵权责任法区别于传统侵权责任法的典型特征。毋庸置疑,随着未来社会生活关系的急剧变化,现代社会发展仍将不断地对成文法国家侵权责任法的既有体系提出挑战。如何突破传统侵权责任法的局限,使这些风险有承受的主体?

为此,大陆法系国家甚至英美法系国家制定了大量的单行法,以因应社会现实需要,应对各种挑战。现以美国为例加以说明。美国20世纪70年代末出现了大量的有毒废弃场地,给周围居民健康带来了威胁。随着保护环境的呼声日益高涨,1980年美国公布实施了《全面环境应对、补偿和责任法案》(CERCLA)。因此,在日益市场化、城市化、商业化和现代化的社会变迁中,现代以商事性质为特征的侵权责任法体系和传统侵权责任法体系具有同等重要的价值,侵权责任法一般条款和特别侵权责任法的地位也足以等量齐观。如何正确处理它们之间的关系也就开始变得举足轻重。

就新颁布的《侵权责任法》来说,其仍然固守传统侵权责任法体系、忽略现代侵权责任法发展的时代特征的做法,显然已经不合时宜。侵权责任法作为一个最具实践性的部门法,坚守传统的制度体系,根本不能应对现代社会所涌现的新型商事侵权行为。要脱离在自由主义市场经济和个人理性主义哲学支配下的侵权责任法立法理论基础之窠臼,就要正确处理一般条款与侵权行为类型化之间的关系,正确处理传统侵权行为与现代侵权行为的关系,正确处理传统侵权行为一般条款与现代侵权行为一般条款的关系。

必须明确的是,制度的正当性,其发生和存在的基础并非来自于形而上的政治哲学或者伦理哲学,而是来自于社会实践和制度竞争。就我国的侵权责任立法而言,立法成果对社会的完全适用性和生命永恒的期待只能是一种虚构。而国际社会在因应时代发展在传统侵权责任法体系之外形成的复杂的以单行法形式表征的现代侵权责任法体系,值得借鉴。因此,我国侵权责任立法同样面临着“再法典化”的问题,即需要通过法律整理的方式重新梳理和整合大量分散、既存的现行法中有关侵权责任的法律(其中主要是单行法),尝试通过有关以商事侵权为特征的现代侵权责任法的一般条款重新协调侵权责任法体系。我们应在这一过程中巩固和凸显那些因为国家干预和多元挑战而被弱化的人类价值,维护基本法律制度的稳定性以及由此带来的普遍性预期;确立反映时代精神的价值观念,奠定侵权责任法体系的共同伦理基础;建立法典与司法之间的互补性架构,为司法活动乃至经济活动中的制度创造提供足够大的空间。^⑪

5. 现代侵权责任法更加强调预防功能。强调侵权责任法的预防功能是自20世纪70年代以来世界诸多国家侵权责任法改革的主要特点。传统侵权责任法重视救济功能,是一个针对已经发生的侵权事宜、面对过去的侵权责任法。而现代侵权责任法不但强调救济功能,而且也开始重视并不断从制度设计上强化侵权责任法的预防功能。这种转变既有社会因素,因为现代侵权责任法“取向于普通人利益和公共利益的文化变迁”;^⑫也有经济上的考量,因为根据法律经济分析方法,侵权责任法的中心任务应当是实现与损害有关的社会成本的最小化。^⑬因此,一切侵权责任法改革方案的重要评估标准,就是看其是否能实现预

防功能的最优化。有学者进一步指出,侵权行为损害赔偿责任之预防功能并非限于使“个人”能避免为构成损害赔偿之行为,而是在于使“整体”人民皆能避免为构成损害赔偿责任之行为。^⑤法律经济学对侵权责任法的分析范式也体现了侵权责任法的预防功能,如“汉德公式(Hand Formula)”^⑥的制度基础即在于确定对损害的承担预见和防止义务的责任方。强调预防功能的现代侵权责任法,将会对侵权责任法传统范式带来深远影响。正如有的学者所言:“侵权责任法经常被一致认为是补偿已经发生的损害;但是,这一观念的确是太狭隘了……在损害没有实际发生的时候,法律都可能采取行动”;^⑦在当代,“损害”这一范畴已从传统的实际损害、现实损害的观念发展到涵盖了潜在和未来的损害。^⑧

综上所述,笔者认为,传统侵权责任法以其强大的生命力,在调整近代直至现代的社会关系上立下了丰功伟绩。而现代以来尤其是进入21世纪以来,世界已经是一个全球化时代,信息爆炸、科学技术高度发达,经济贸易的一体化,资源在全球范围内被配置;高度发达的网络使得生活在地球上的人与人之间的距离越来越小;交通和通讯技术特别是数字信息技术的发达,使得不同文明的融合与碰撞日益频繁。在这样一个大背景之下,人权、人本主义的精神与理念越来越得到不同文化背景下人们的共同认同。与此同时,对个体权利的尊重保护与尊重社会公共利益、强调诚实信用和公序良俗并行不悖也成为必然趋势。作为我国将来要统一纳入《中华人民共和国民法典》的《侵权责任法》,必须是符合现代社会和时代要求的侵权责任法,必须是面对未来可能发生的变化有能力去更新、更具包容性的侵权责任法,而不是恒久不变的侵权责任法,这也是社会发展提出的基本要求。

四、《侵权责任法》视野下的应对之策:商事侵权责任相对独立化

新颁布的《侵权责任法》无论是在体系结构方面还是在内容方面都有很大的创新,但正如上文所述及,其仍然存在一些不足。其中,《侵权责任法》的一个重大缺陷就是没有恰当地处理好民商合一模式下的商事侵权责任制度的合理构建问题。笔者认为,《侵权责任法》在未来进行修订和完善时,首先要解决的问题就是要明确规定商事侵权责任制度,并且规定本身的设置必须有宽厚的涵盖性、灵活性和可操作性,防止因过于抽象而不能给实务部门提供明确的依据,或因过于繁琐而束缚法官的手脚。以下拟结合学术界和立法界的观点,就我国商事侵权责任立法的完善问题谈谈自己的见解。

(一)我国商事侵权责任体系的理性取舍:一般化抑或类型化

在大陆法系国家的民事立法中,对侵权行为的规定采用的是一般化的立法模式,并且用一般条款来加以表达。这又分两种情况:一是区分一般侵权行为与特殊侵权行为,但只对一般侵权行为作出概括式规定,而对于特殊侵权行为或者作出类型列举,或者由特别法另外规定,如德国、日本等国采此模式,《民法通则》也采取了该种模式;二是区分一般侵权行为与特殊侵权行为,并分别进行概括式的规定,如《埃塞俄比亚民法典》和《欧洲统一侵权行为法(草案)》采此种模式。^⑨与大陆法系国家不同,英美法系国家的侵权责任立法始终沿着侵权行为类型化的方向发展,其侵权责任法与其他法律一样都由具体的判例组成,没有关于侵权责任的一般化规定。

《侵权责任法》第2条为侵权责任设置了一个一般条款,同时第5—11章对特殊侵权行为进行了专门规定,并就损害赔偿作了专章规定。从《侵权责任法》第2条的规定来看,最大的不足之处就是其第1款中“民事权益”的提法,这无论是在采用民商合一模式还是采用民商分立模式的国家都极为罕见。这明显排斥了商事权益损害时对该条的适用。但是,从《侵权责任法》关于过错责任、严格责任和损害赔偿方式的规定来看,却又好像显示出该条的调整范围包括了商事侵权行为。而这种状况无疑又造成了体系上的不协调,且不说在是否应对各种侵权行为特别是一般侵权行为的类型进行详尽列举以及如何构建侵权责任一般条款的问题上本来就存在明显的分歧。

从本质上说,一般化与类型化功能具有一致性。同时,我们也必须认识到,现在的一般条款与类型化方式之间的对立意义已经日益缩小,因为特殊侵权责任的大量涌现使一般条款的适用范围越来越小。并且一个十分有趣的现象是,尽管《法国民法典》和《德国民法典》关于侵权责任都设置了一般条款,但随着经

济社会的发展,这些一般条款的局限性日益明显。因此,这些一般条款并没有因为其概括性、抽象性和涵摄性而故步自封,而是不断得以完善,并实现了对现实世界各种新的侵权现象的抽象化、一般化。

从法的继承的角度看,我国侵权责任法未来对商事侵权责任的规范有两种可供选择的模式:一种是按照大陆法系国家的一般化立法方式,并根据我国的特点,在不考虑民商合一和民商分立的情况下,创设商事侵权行为的一般条款。在该一般条款的指引下,在未来的商事特别法中设计具体的侵权行为类型。另一种方式则采取英美法系国家的立法模式。英国规定了非法侵入,恶意告发,欺诈、加害性欺骗和冒充,其他经济侵权,私人侵扰,公共侵扰和对名义、各种人格权的保护等7种具体类型,另外规定了一种无名的侵权行为,即弹性侵权行为类型。^⑩美国同样采用的是类型化,但与英国有所不同的是它有整理出来的规范性文本——《美国侵权行为法重述》。其中规定的侵权行为基本类型有故意对他人的身体、土地及动产的伤害,过失,严格责任,虚假陈述,诽谤,侵害的虚伪不实,侵害隐私权,无正当理由的诉讼,干扰家庭关系,对优越的经济关系的干扰,以故意、过失以外的其他方式侵犯土地利益,干扰各种不同保护的利益、共同侵权和产品责任等13种。^⑪

我国应该采取对一般侵权与特殊侵权都实行一般规定的模式。学术界一致否认英美侵权责任法类型化模式,个中理由毋庸赘述。而就大陆法系国家一般化模式的两种情形来看,一种只对一般侵权行为作一般规定,另一种对特殊侵权行为也进行一般化处理。从表面上看,这只是一个立法技术问题,实则是一个如何对待特殊侵权行为的问题,即我们对特殊侵权行为是持开放的态度还是持封闭的态度?若是前者,那就采用一般条款将现在的以及将来可能会出现特殊侵权行为都涵摄进去;反之,那就应当采用列举式或由特别法另外规定。采取何种立法态度,归根结底取决于价值判断和目标取向。由于特殊侵权行为或者采取严格责任,或者实行过错推定,因此,无论采用何者,都会或者向受害人倾斜,或者偏重侵权责任法的社会属性。也就是说,如果对特殊侵权行为采取开放的态度,用一般条款加以规定,具有相当的开放性、延展性和灵活性,将会扩大特殊侵权行为范围,为法官自由裁量留有余地,有利于对新型权利和利益的保护,并会大大促进我国的市场经济建设和民主法治进程。因此,可行的思路是,在未来修订《侵权责任法》时对商事侵权责任作一般化规定。同时,我们也必须认识到,只凭借这个一般条款并不能完全适应新型侵权不断产生的社会实践,因此,还必须对商事侵权行为作类型化规定。由于这些特殊侵权是相对于普通侵权而言的,表现为对于侵权责任法一般条款的例外,构成对一般条款适用的豁免,因此,这些特殊侵权责任是为特定的立法政策而制定的,它针对特定的群体,具有明显的立法价值取向。就笔者目前的调查和研究而言,商事侵权责任的类型至少可以概括为以下几类:(1)产品责任;(2)环境责任;(3)不正当竞争责任;(4)商业服务侵权责任;(5)商业欺诈责任;(6)妨碍经营责任;(7)强制交易侵权责任;(8)盗用商业信息交易责任;(9)劳动关系中的侵权责任。

(二)民商分立体例下的商事侵权责任一般条款:现实抑或梦想

是民商合一还是民商分立,笔者在前面的讨论中都是存而不论。但是,现实社会中大量普通的商事案件所引发的立法解释上的困难和司法上的窘境已经引起了很多学者的反思——开始检讨目前流行的民商合一立法例的妥当性。而法律的正当性并不是法学家们论证出来的,也并非权威所认为的牢不可破,而是由现实经济社会条件所决定的。实际上,“普通人的推理所包含的真理要比读书人的推理所包含的多得多。普通人是对切身的事情进行推理,如果判断错了,他的结果马上就会来惩罚他;读书人是关在书房里对思辨的道理进行推理,思辨是不产生任何实效的,仅仅在他身上造成一种后果,就是思辨离常识越远,他由此产生的虚荣心也就越大,因为一定要花费比较多的心思,想出比较多的门道,才能设法把那些道理弄得像是真理”。^⑫学术精英们长期以来正是通过创造出一个与基于实际日常生活的理解相分离的知识领域来建构和维持自己的精英地位的。^⑬还有一种可怕的情形,那就是我们在探讨法律制度变迁时“存在一种危险,这就是把法律总是作为社会经济变化的一种结果,而不是这种变化的一个组成部分和在这种意义上的原因”。^⑭对此,我们一定要引以为戒,不可重蹈覆辙,在商事侵权责任制度的设计上始终应以满足市场经济条件下商业社会的基本要求为准则。如前所述,商事侵权行为具有以下特征:(1)企业是市场活动的

主体,大量的商事侵权行为发生在企业的经营活动中;(2)企业活动风险多元,具有可预见性,但却不能完全预防;(3)侵权责任的承担因受社会政策的影响而具有一定的不确定性。因此,我们对于商事侵权责任体系的构建,要更多地考虑经济因素和经济的判断标准,以经济理性的法理基础替代自然人侵权责任中的伦理基础。此外,企业可以通过风险测算和风险转移将企业风险成本转嫁给社会。事实上,危险责任对风险的合理分配恰恰在一定程度上体现了“分配的正义”,而有别于传统侵权责任法中的“矫正的正义”。

总之,商事侵权行为法律责任本身的复杂性有着深刻的社会生活背景和理论背景,《侵权责任法》对侵权行为的简单化构造不能发挥侵权责任法的应有功用。基于科学的态度,在民商分立的基础上,在未来修订《侵权责任法》时或在相关的司法解释中应该设计现代商事侵权责任的一般条款,以规范未来商业社会层出不穷的新型商事侵权行为。

侵权责任法一般条款具有高度的概括性和涵摄性,对于未来新型侵权行为的发生具有重要的规范价值。而法典的科学性依靠精确的概念、合理的结构和严密的逻辑;如果一部法典缺乏科学性,最终将影响法官能否准确地适用法律以及保持法律的稳定性和统一性。需要特别指出的是,商事侵权行为一般条款并不能代替对具体商事侵权行为形态和责任的规定,还需要进行一般条款向具体类型的转换。从法国法来看,这一转换是通过“对‘损害’范畴运用法解释学的方法进行演绎性解释而实现的。法国法律界从《法国民法典》第1382条的“损害”概念出发,根据其内核——对合法利益的侵害——建立了一套十分复杂、高度概念化的体系,^⑤包括物质损害与精神损害、人身伤害、直接损害与间接损害、个别损害与集体损害、损害特点(合法性、确定性等)。而这一复杂的体系实现了对法官自由裁量权的限制,达到了与《德国民法典》第823条类似的效果——防止侵权责任适用上的过分宽泛和自由主义倾向。我国关于《侵权责任法》的司法实践或将走相同的历程,因此,在未来的修法或司法解释中宜对商事侵权行为一般条款中的“损害”范畴进行“类型化”处理。

注释:

①参见张文显:《中国步入法治社会的必由之路》,《中国社会科学》1989年第2期。

②[法]伊夫·居荣:《法国商法》第1卷,罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第70页。

③参见梁慧星:《从近代民法到现代民法》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第7卷,法律出版社1997年版,第244—245页。

④⑫参见孙宪忠等:《侵权行为立法学术报告会议评述》,《法学研究》2007年第2期。

⑤⑦参见朱岩:《危险责任的一般条款立法模式研究》,《中国法学》2009年第3期。

⑥Vgl. Max Ruemelin, AcP88(1898)285,301.

⑧参见曾世雄:《损害赔偿法原理》,法律出版社2001年版,第6页。

⑨1885年,因为审理涉及马车在运输中所发生事故的案件,法国最高法院确立了动物致害的无过错责任原则,即只有在能够举证证明时才能免除责任。此后,又出现了锅炉爆炸、瑕疵产品导致劳动者受伤害案,并引发物的所有人是否应当承担责任的争论。当时,一些著名法学家持肯定态度,法国最高法院在1896年的锅炉爆炸案审理中也开始采取此种立场。See Guisseez, Cousin et Orolle v. Teffaine, Cass. civ., June 16, 1896, D.P.

⑩参见王泽鉴:《债法原理(三):侵权行为法(1)》,中国政法大学出版社2001年版,第44页。

⑪⑭邱聪智:《庞德民事归责理论之评介——以法理学与民法学结合之观点为中心》,《台大法学论丛》1982年第2期。

⑮参见王泽鉴:《侵权行为法:基本理论、一般侵权行为》第1册,台湾三民书局1998年版,第66页。

⑯参见[美]卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1999年版,第39页。

⑰参见[日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第29页。

⑱⑲⑳[美]哈罗德·伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第421页,第422—423页,第409页。

㉑参见陈锦川、郑爱青:《改革中的法国商业法院》,载赵海峰主编:《欧洲法通讯》,法律出版社2001年版,第178页。

㉒参见[英]施米托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社1993年版,第58页。

㉓参见蒋大兴:《审判何须对抗——商事审判“柔性”的一面》,《中国法学》2007年第4期。

㉔《马克思恩格斯全集》第25卷,人民出版社1974年版,第372页。

㉕马克思:《资本论》第2卷,人民出版社1975年版,第528页。

㉖[英]亚当·斯密:《国富论》下卷,郭大力、王亚南译,商务印书馆1974年版,第252页。

②近代侵权法,无论是在大陆法系国家还是在英美法系国家,在进入现代工业社会之前,都将自然人作为侵权责任法主体的核心加以规定,但作为民法上的“人”的内涵却是历史性和现实性的统一。在西方,因为受启蒙运动与自然法运动的影响,在私法体系中提出了“理性人”标准。依此标准,理性人应当能够依据自己的理性尊重他人的人身与财产,并在此基础上积极地参与社会的共同生活;如果违反了一般的理性人的行为要求,那么就其过错(故意和过失)所造成的损害承担损害赔偿赔偿责任。《法国民法典》第 1382 条、《德国民法典》第 823 条等,莫不受此影响。

③[德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆 1979 年版,第 119 页。

④转引自王泽鉴:《民法学说与判例研究》第 2 册,中国政法大学出版社 1998 年版,第 144 页。

⑤[美]伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,法律出版社 2007 年版,第 133—134 页。

⑥[德]马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社 2006 年版,第 2 页。

⑦关于何谓侵权行为一般条款,目前国内学术界主要有两种意见:一种意见是侵权行为的一般条款就是在成文法中居于核心地位的、作为一切侵权请求之基础的法律规范。参见张新宝:《侵权行为法的一般条款》,《法学研究》2001 年第 4 期。另一种意见是侵权行为的一般条款就是规定一般侵权行为的条款。参见杨立新:《论侵权行为一般化和类型化及其我国侵权行为立法模式的选择》,《河南政法管理干部学院学报》2003 年第 1 期。笔者认为,侵权行为一般条款系对侵权行为请求权的概括、体系规定,所有的基于侵权行为产生的请求权都要符合这一条文的要求。

⑧⑨[古希腊]亚里士多德:《尼各马可伦理学》,苗力田译,中国人民大学出版社 2003 年版,第 99—100 页,第 101 页。

⑩参见徐大同:《西方政治思想史》,天津人民出版社 1985 年版,第 49 页。

⑪《马克思恩格斯全集》第 1 卷,人民出版社 1956 年版,第 379—382 页。

⑫参见林嘉:《社会保障法的理念、实践与创新》,中国人民大学出版社 2002 年版,第 23 页。

⑬从《中华人民共和国侵权责任法》的既有条文来看,协调功能虽未从文字上得以表征,但在实质内容上却有所体现。例如,其第 1 条中“为保护民事主体的合法权益”的规定没有突出强调对受害人的保护,反映了该法对协调功能的追求;即便是对侵权者的权利,也应该给予保护。

⑭参见许明月:《普遍性侵权、机会主义与侵权现象的法律控制》,《法商研究》2005 年第 4 期。

⑮参见董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社 2002 年版,第 55 页。

⑯参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》第 2 册,中国政法大学出版社 1998 年版,第 144 页。

⑰英国学者萨尔蒙德指出,责任保险制度对侵权法原则的这一损伤是功能性的。因为侵权责任制度的目的不仅限于补偿受害人的损失,还在于通过使不法行为人根据损害赔偿的判决承担责任,法院力图遏制其他人犯类似的侵权过错。而责任保险削弱了损害赔偿的第二个目的。See J. W. Salmond, *Law of Torts*, 8th edition, Sweet & Maxwell, London, 1934, p. 24.

⑱参见王卫国:《过错责任原则:第三次勃兴》,中国法制出版社 2000 年版,第 42 页。

⑲参见王利明:《侵权责任法制定中的若干问题》,《当代法学》2008 年第 5 期。

⑳㉑参见王卫国主编:《荷兰经验与民法再法典化》,中国政法大学出版社 2007 年版,第 4 页,第 39 页。

㉒See Israel Gilead, *Tort law and internalization: The Gap Between Private Loss and Social Cost*, in *International Review of Law and Economics*, Volume 17, Issue 4, December 1997, pp. 597—599.

㉓参见杨佳元:《侵权行为损害赔偿研究》,台北 2007 年自版,第 9 页。

㉔See Patrick J. Kelley, *The Carroll Towing Company Case and the Teaching of Tort Law*, 45, *St. Louis University Law Journal*, 2001, p. 733.

㉕㉖Voir Muriel Fabre—Magnan, *Droit des obligations*, 2—Responsabilité civil et quasi—contrats, PUF, Thémis, 1ère éd. p. 41, p. 42. 转引自王利明:《侵权责任法制定中的若干问题》,《当代法学》2008 年第 5 期。

㉗参见杨立新主编:《中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明》,法律出版社 2007 年版,第 341 页。

㉘参见[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 2002 年版,第 337 页。

㉙参见杨立新:《论侵权行为一般化和类型化及其我国侵权行为立法模式的选择》,《河南政法管理干部学院学报》2003 年第 1 期。

㉚[法]笛卡尔:《谈谈方法》,王太庆译,商务印书馆 2000 年版,第 9 页。

㉛参见[英]彼得·狄肯斯:《社会达尔文主义——将进化思想和社会理论联系起来》,涂骏译,吉林人民出版社 2005 年版,第 78—79 页。

㉜Voir Jacques Flour, Jean—Luc Aubert, Eric Savaux, *Droit civil. Les Obligations*, 2. Le fait juridique, 10e éd., Armand Colin, 2003, p. 126.

责任编辑 耿 卓