

《中华人民共和国民法典》侵权责任编评析

[德] 沃夫冈·乌姆勒斯特* 著

李金镭** 译

摘要:本文借由2020年开春《中华人民共和国民法典》发布的契机,对中国侵权法法规进行比较研究。过去侵权责任是由一部单行法来予以调整,如今置于《中华人民共和国民法典》第七编中予以规定。此外,第四编中关于人格权的规定,从德国法的角度看,亦包含了侵权法所保护的权利。

本文从德国法和欧洲法的角度,对《中华人民共和国民法典》侵权责任编进行评价,用比较的方法分析该编的立法模式、体例结构,揭示了各侵权法规则应在其内在体系中自洽和协调;将该编的创新点和特色作为重点阐述对象,从规则出发、以问题为中心,强调新制度须结合立法目的和司法实践,妥善地被理解和适用;正面肯定该编相较于德国侵权法的进步外,又以动物损害责任为例,从立法技术角度指出该编尚存的缺陷及应改进的方向。

关键词:侵权法;侵权责任编;损害赔偿;责任规则

This article evaluates the rules of the Tort Liability Part in Civil Code of the People's Republic of China from the perspectives of German law and European law. Using a comparative method to analyze the legislative model and structure of this Part, and emphasizing that each rule must be self-consistent and coordinated within its internal system; focusing on the innovations and features of this Part, text-based and issue-focused, it emphasizes that the new rules must be properly under-

* 沃夫冈·乌姆勒斯特(Wolfgang Wurmnest):法学博士,奥格斯堡大学法学院教授,民法、经济法、国际私法与诉讼法及比较法研究所所长。作者感谢 Lena Franke 和 Benedikt Wösser 对德文文稿的校对工作和脚注生成的帮助。文章中所有的网址链接最后访问时间为2020年8月30日。

** 李金镭:法学博士,中南财经政法大学讲师。

stood and applied in combination with legislative purposes and judicial practice. The progress of this part compared to German tort law is positively affirmed, while the shortcomings of this Part and the directions for improvement are pointed out from a legislative technical perspective, taking animal tort liability as an example.

Key words: Tort Law; Title of Tort Liability; Compensation of Damages; Rules of Liability

一、导论

2020年5月28日中华人民共和国全国人民代表大会通过了《中华人民共和国民法典》(下文简称为《中国民法典》)。^{〔1〕}在2017年所发布的《民法总则》(现《中国民法典》第1至204条)^{〔2〕}基础上添加了其他六编:物权编(第二编,《中国民法典》第205至462条)、合同编(第三编,《中国民法典》第463条至988条)、有争议的^{〔3〕}人格权编(第四编,《中国民法典》第989条至1039条)、婚姻家庭编(第五编,《中国民法典》第1040条至1118条)、继承编(第六编,《中国民法典》第1119条至1163条)和侵权责任编(侵权行为)^{〔4〕}(第七编,《中国民法典》第1164条至1260条)。^{〔5〕}

对比于《德国民法典》,《中国民法典》有以下显著三个立法不同点。首先,《中国民法典》设立了独立的人格权编,而在《德国民法典》中,相关内容是通过各章中条文以及特别法来规定的(如《德国民法典》第12条和第823条第1款,以及《美术与摄影

〔1〕 因未学习中文,文章中所有相关的中国法律都是基于翻译文本。《民法典》英文译本参见: https://pkulaw.com/en_law/aa00daeb5a4fe4ebdfb.html。2009年12月26日颁布的《中华人民共和国侵权责任法》德文译本参见 *Binding*, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, 115 ff.《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》则是由 Matthias Göbel 翻译版本,发表于 ZChinR 2004, 287 ff.

〔2〕 具体条文内容参见: *Bu*, Chinese Civil Code-The General Part, 2019.

〔3〕 人格权独立成编的反对意见参见 *Liang Huixing*, Some Issues About the Codification of the Chinese Civil Code, *China Law Review* 1 (2005), 27, 39 ff. 支持观点有, *Wang Liming*, Highlights and Perfection of the Draft of Personality Rights Section of the Civil Code, *China Law* 1 (2019), 97.

〔4〕 “侵权行为”这一概念在此处应作宽泛理解且不仅包括过错责任还包括严格责任。

〔5〕 关于过去致力推动一部《民法典》的颁布参见 *Shi*, La codification du droit civil chinois au regard de l'expérience française, 2006, S. 55 ff.; ferner *H. Koziol/Zhu*, Background and Key Contents of the New Chinese Tort Liability Law, *JETL* 1 (2010), 328, 329 ff.; *Gao*, Five Attempts to Draft the Civil Code of New China and Its Latest Development, *China Legal Sci* 4 (2016), 143 ff.

作品著作权法》〔6〕第22条、23条、24条)。其次,侵权责任单独成编,完全脱离了其他债的类型,甚至被放在了婚姻家庭编和继承编后。但在《德国民法典》中,侵权行为一节是被放在债之关系一编中,即在《德国民法典》第二编的末尾。它被置于合同债务关系和不当得利规则之后,而家庭法和继承法则是《德国民法典》的最后两编。第三个区别是,关于各种债的条文相互之间的联系。在德国法上,这种联系是通过《德国民法典》第二编,即所谓的债法总则(《德国民法典》第241至432条)来实现的。在中国的《中国民法典》中,由于合同编和侵权责任编各自独立,所以缺少这样一个总则部分。

基于此背景,下文将对中国侵权法进行概述,并从德国法和欧洲法的角度进行评价。文章并不能称作完备,也未阐述所有创新,仅挑出个别问题。本文在简述《中国民法典》第七编框架后(见下文第二章),将对责任(见下文第三章)和损害赔偿(见下文第四章)的基本结构进行更为详尽的阐述,并以《中国民法典》侵权责任编中特殊责任规则中的动物侵权责任为例进行说明(见下文第五章),最后对侵权责任编编纂进行一定的法律比较论述(见下文第六章)。

二、《中国民法典》第七编之框架

中国立法者试图将所有关于侵权责任的重要规则都纳入《中国民法典》,使这部法典能够真正实现其示范功能。关于侵权责任的条文,相较于《德国民法典》三十多条,《法国民法典》传统的五个条文,在《中国民法典》中有九十六个条文,显然是更为详细。〔7〕

尽管之前有各种修正建议,第七编的条文顺序依然基本上沿用了之前适用的法律。〔8〕在《中国民法典》生效之前,侵权责任由2009年12月26日发布的《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称为《侵权责任法》)来调整,该法经过约4年讨论,较快地被通过了。〔9〕制定该法时亦借鉴了欧洲和德国的立法模式。〔10〕理论界将《侵权责

〔6〕 1907年1月9日发布的《美术与摄影作品著作权法》,载:<https://www.gesetze-im-internet.de/kunsturhg/BJNR000070907.html>。该法被1965年9月9日施行的《德国著作权法》所取代,只要案情涉及保护肖像以外的其他领域。

〔7〕 Wang, The Modernization of Chinese Civil Law over Four Decades, *Frontiers of Law in China* 14 (2019), 39, 55 (针对《侵权责任法》)。

〔8〕 详见 Bu, Neuerungen und unterbliebene Verbesserungen im Deliktsrecht: Muster der Entscheidungsfindung im Kodifikationsvorgang, in: dies., Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 213, 214 Fn. 3.

〔9〕 该部法律的立法史见 H. Koziol/Zhu, JETL 1 (2010), 328, 332 ff.; vgl. auch Bollweg/Doukoff/N. Jansen, Das neue chinesische Haftpflichtgesetz, ZChinR 2011, 91.

〔10〕 Bollweg/Doukoff/N. Jansen, ZChinR 2011, 91, 92.

任法》认定为——至少在基本结构上——一部具有中国特色的现代立法,是独立的侵权责任编的蓝本。^[11]况且,中国近几年制定的大部分单行法本应都被纳入《中国民法典》,其颁布也都旨在为之后编纂《中国民法典》所用^[12],再加上来自时间上的压力——政策决定起草《中国民法典》是2014年^[13],最后于2020年通过^[14],因此两法之间具有连续性也就不足为奇了。但是,为了将《侵权责任法》条文纳入《中国民法典》的新结构中,有必要进行个别调整。一些在《侵权责任法》中存在的技术缺陷,也必须被修正。

《侵权责任法》分为十二章,在一般规定(第一章)之后,分别是责任构成和责任方式(第二章),不承担责任和减轻责任的情形(第三章)和关于责任主体的特殊规定(第四章)。接下来是关于特殊侵权责任相关规则的各个章节(第五章产品责任、第六章机动车交通事故责任、第七章医疗损害责任、第八章环境污染责任、第九章高度危险责任、第十章饲养动物损害责任、第十一章物件损害责任)。最后一章规定了该法的生效时间(第十二章补充规定)。

该结构被精细后在《中国民法典》中被保留了下来。立法技术上的创新主要在前几章,与《中国民法典》总则部分相协调,结构更好。在该编的一般规定部分(第七编第一章第1164至1178条)规定了责任成立的基础后,立法者增加了损害赔偿这一章节(第七编第二章第1179条至1187条)。之后——如同《侵权责任法》——则是关于责任主体的特别规定(第七编第三章第1188条至1201条),这些条文也规定了独立的请求权(从立法技术角度来看是存在问题的),如法定代理人或监护人对未成年人造成损害担责。接下来的七章规定的特殊责任问题。^[15]它们分别是产品责任(第七编第四章第1202条至第1207条)、机动车交通事故责任(第七编第五章第1208条至1217条)、医疗损害责任(第七编第六章第1218条至1228条)、环境污染和生态破坏责任(第七编第七章第1229条至1235条)、高度危险责任(第七编第八章第1236条至1244条)、动物损害责任(第七编第九章第1245条至1251条)、建筑物和物件损害责任(第七编第十章第1252条至1258条)。

[11] So Wang, *Frontiers of Law in China* 14 (2019), 39, 55 und 58; vgl. auch X. Zhang, *Discussion on the Main Issues in Drafting the Tort Law Series, China Law* 1 (2019), 121 („It shall be said that this *Tort Liability Law* is generally rather good“-Hervorhebung im Original).

[12] 该观点见 Gao, *China Legal Science* 4 (2016), 143, 150 - 151; Bu, *Einführung in das Recht Chinas*, 2. Aufl. 2017, § 10 Rn. 6 ff.

[13] 此时已经对民法典编纂有了准备工作和建议稿。

[14] Bu, *Hintergrund, Bestandsaufnahme und Anmerkungen zum BT ZGB-mit dem Vertrags- und Erbrecht im Fokus*, in: dies., *Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation*, 2019, S. 3.

[15] 见《民法典》第1202条及以下。

相较于德国法,值得注意的是,中国立法者将德国在特别法中规定的责任条款,例如德国《产品缺陷责任法》^[16]第1条第1款(缺陷产品造成损害之严格责任)和《道路交通安全法》^[17]第7条、第18条(道路交通事故中车辆保有人的严格责任或车辆驾驶人的过错推定责任)^[18],纳入到了《中国民法典》中。在这一点上,中国立法者选择了一般条款和特殊责任规则列举式相结合的模式^[19],且特殊规则的延伸范围比《德国民法典》上的更广。然而,与学界建议相悖,某些与商业相关的事项并未被纳入《中国民法典》,如与证券相关的侵权责任问题(操纵市场、内幕交易等)。^[20]

此外还值得一提的是,中国的侵权法中单独设立了医疗损害责任章节。德国法上,医务工作者的责任问题还有着很强的合同责任性质。因此,《德国民法典》在合同债务关系中予以调整(《德国民法典》第630a至630h条)。但是,德国法上就相应的责任原则是在一般侵权规则的基础上通过判例法而形成的,如今通过法律续造,侵权责任也被列为医疗责任的核心内容。^[21]

三、侵权责任的一般规则(《中国民法典》第1164条至第1178条)

侵权责任的一般规则首先在《中国民法典》总则部分作出了相应规定,并由《中国民法典》第七编中的条款加以补充。中国立法者在一般条款中除规定了过错(推定)责任条款外,还规定了数人责任的规则和减免责任的规则。

[16] 1989年12月15日施行的《产品缺陷责任法》,见 <https://www.gesetze-im-internet.de/prodhaftg>。

[17] 2003年3月5日颁布的《道路交通安全法》文稿,见 <https://www.gesetze-im-internet.de/stvg/>。

[18] 核设施侵权责任在《巴黎协定》中被予以规范(参见 Wurmnest, Nuclear Liability, in: Basedow/Rühl/Ferrari/de Miguel Asensio (eds.), The European Encyclopedia of Private International Law, Bd. II, 2017, S. 1305 ff.)。此外,在 AtomG 中补充(和平使用核能且避免产生危险法案,于1985年7月15日公开,访问自 <https://www.gesetze-im-internet.de/atg/>)。

[19] Liming Wang, Frontiers of Law in China 14 (2019), 39, 58.

[20] 详见 Bu, Neuerungen und unterbliebene Verbesserungen im Deliktsrecht: Muster der Entscheidungsfindung im Kodifikationsvorgang, in: dies., Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, 213, 214.

[21] Vgl. nur Katzenmeier, in: Beck'scher Onlinekommentar zum BGB (BeckOK BGB), 55. Ed. 1. 8. 2020, § 630a Rn. 13; Voigt, in: NomosKommentar BGB (NK-BGB), 3. Aufl. 2016, § 630a Rn. 16.

(一) 责任的一般构成要件

1. 过错(推定)责任

不同于德国立法者将一般责任条款分别在三个条款中加以限定(《德国民法典》第823条第1款、第2款,以及第826条),中国立法者在《侵权责任法》中就已经将过错责任作为一般责任原则规定于一般责任条款章节。^[22]

根据《中国民法典》第1165条第1款的规定,行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的,应当承担侵权责任。依照该一般条款规定,侵权责任的构成要件包括:侵害他人民事权益、与侵害有关的过错(故意或过失)(根据《中国民法典》第1165条第2款,过错可被推定)、损害、民事权益受侵害和损害之间存在因果关系。

此种结构已经在《侵权责任法》中有所体现(第6条)。但与之前的规定相比,在经学术界^[23]的合理批评后,损害和因果关系这两个前提要件如今已被明确地规定在了法律条文中。对此,中国法与德国法一样,对责任成立(侵害一定的利益)和责任范围(损害内容、损害范围及其赔偿的确定)进行了区分。^[24]

《中国民法典》总则编和人格权编仅列举了几项受保护的(人身)利益(生命权、身体权、姓名权等)^[25],但并未形成定论。它也未区分绝对权和其他权利。由于立法者没有对受法律保护的利益设定统一标准,^[26]导致有时很难界定何为应保护的利益。因为受保护的利益——不同于《德国民法典》第823条第1款中的“其他权利”——不一定要求是可类比绝对权的利益。

和之前规定一致的是,条文中并未特别要求行为的违法性。因此,是将行为的不法内容归于过错要件,还是通过条文解释出违法性这一标准,在《侵权责任法》适用时期就已经存在争议^[27],在近些年的文献中倾向于放弃不法性这一要件。^[28]

[22] 在《侵权责任法》立法过程中,就已经试图避免,如同普通法系的侵权法一样,罗列大量的单个侵权行为,详见 Sun Xianzhong, Kritische Bemerkungen zur Erstellung eines Rechts der deliktischen Handlungen in China, ZChinR 2007, 140, 144 ff.

[23] Vgl. nur X. Zhang, China Law 1 (2019), 121, 123. 这些前提要件也已经在《侵权责任法》适用期间被认可了,参见 vgl. Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 70.

[24] Brüggemeier, Neues Gesetz über das Deliktsrecht der VR China, PHi 2010, 92, 93.

[25] 之前在《侵权责任法》第2条第2款中列举了。

[26] Bu, Neuerungen und unterbliebene Verbesserungen im Deliktsrecht: Muster der Entscheidungsfindung im Kodifikationsvorgang, in: dies., Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 213, 215.

[27] Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 39.

[28] Bu, Einführung in das Recht Chinas, 2. Aufl. 2017, § 13 Rn. 4.

2. 危险责任

过错责任或过错推定责任仅是责任构成形式的一种。《中国民法典》第 1166 条规定,无过错责任仅在法律有明确规定时才产生。因此,过错责任被视为一般规则,而严格责任——类似于大多数的欧洲立法——仅限于某些法律调整领域,因此被视为例外,尽管《中国民法典》中大量的责任规则中都规定了这种严格责任。^[29]中国立法者未规定危险责任的一般条款,取而代之设定了一些特别责任条款。

例如,缺陷产品的制造商无论有无过错都需要承担责任(《中国民法典》第 1202 条)。污染环境造成他人损害亦同(《中国民法典》第 1229 条)。《中国民法典》第 1236 条还对“高度危险活动”规定了严格的赔偿责任,除了源自核电站的损害赔偿责任外,还包括在之后的条款中所规定的针对民用航空器或特别危险材料(核材料、爆炸物等)的责任。

但是,《中国民法典》上所有的特殊责任规则并非都采用严格责任。例如,医院只对受雇的医务人员因医疗过错而造成的损害承担赔偿责任(《中国民法典》第 1218 条)。动物园经营者对园内动物造成的损害所承担的责任也未被设定为严格责任(《中国民法典》第 1248 条)。

3. 公平责任

关于公平责任的条款被列入了“损害赔偿”一章。如同之前《侵权责任法》第 24 条,《中国民法典》第 1186 条规定,倘若受害人和侵权人对损害的发生都无过错时,双方应当依据法律规定分担损失。该条并未作出更详细的限制。至今,公平责任原则仍被纳入,意图对被认为是公平的损害补偿进行规定,^[30]参与人本身的经济能力也可能发挥着一定的影响。^[31]

在《中国民法典》本条表述中,立法者明确规定,责任必须“依照法律的规定”来分配,该表述意味着,此类型责任,仅在法律明确要求时,才被认定。^[32]

[29] Brüggenmeier, PHi 2010, 92, 93; H. Koziol/Zhu, JETL 1 (2010), 328, 339. 但德国法上,在特别法中——如《道路交通安全法》——规定的严格责任,都限定了大量的特别构成要件, vgl. supra II.

[30] Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 72 (针对侵权责任法).

[31] Bu, Einführung in das Recht Chinas, 2. Aufl. 2017, § 18 Rn. 8.

[32] Bu, Neuerungen und unterbliebene Verbesserungen im Deliktsrecht: Muster der Entscheidungsfindung im Kodifikationsvorgang, in: dies., Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 213, 214 Fn. 3. 在《侵权责任法》适用期间,多数观点就认可,公平责任仅在法律明确规定下才能适用, vgl. Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 72, unter Verweis auf § 87 chin. HaftpflichtG, der Vorläuferregelung von Art. 1254 chin. ZGB.

从德国法的角度来看,设定介于过错责任和严格责任之间定义非常模糊的公平责任是不能令人信服的。^[33]虽然《德国民法典》同样规定了基于衡平事由之赔偿义务,但是仅限在未成年人或精神病人造成损害并根据《德国民法典》第827条、第828条无须承担责任,而受害人也不能从承担主要责任的监护人处获赔的相应案件中适用。因此,这种公平责任的形式应当仅仅是修正在某些案件中因未成年人和精神病人精神失常而造成的严重不公平。该公平责任的设计附属于监护人责任,且只针对一个有给付(偿付)能力的加害人,因为基于《德国民法典》第829条的衡平责任不能使赔偿人身无分文。^[34]《德国民法典》之衡平责任是对侵权能力概念的修正,且应当防止,在明显不公平案例中为了使监护人作出补偿,不得不过分地扩大监护人的注意义务。^[35]

除去这一特别条款外,《德国民法典》还适用这样的原则:若无(推定)过错或者危险责任构成要件之介入,则造成损害的一方不承担责任。适用公平责任作为庇护大衣(Deckmantel)来补偿其他亏损是存在风险的。中国法院在一例判决中认定某餐馆经营者应予以损害赔偿,因为一个由来店客人带过来的红酒瓶——其实是一个伪装的爆炸装置,是该客人所收到的礼物——在服务员打开时爆炸造成伤亡。^[36]餐馆的经营者并无过错(当爆炸装置不能由一般人识别时),仍应负责,可能是因为对受害人欠缺其他保障措施。

此外,从德国法角度,这一责任设置在法条中所处的位置也让人疑虑。倘若该条作为请求权基础,也应将其纳入一般规定一章中。^[37]

4. 妨害除去和不作为请求权

本法典第七编在一般规定一章中就已经规定了妨害除去和停止侵害请求权,在这一点上与《德国民法典》第1004条第1款相对应。根据《中国民法典》第1167条,因不法行为致使个人财产或安全受到侵害时,权利人可以请求妨害人停止侵害、排除妨碍。在之前的《侵权责任法》中,该内容是在第21条中规定的。因为这一请求权

[33] 支持限制适用该原则的观点见 H. Koziol/Zhu, JETL 1 (2010), 328, 341 (zum chin. HaftpflichtG).

[34] 关于《德国民法典》第829条的适用见 Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 13. Aufl. 2016, S. 140 ff.

[35] Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB (Münch Komm-BGB), 7. Aufl. 2017, § 829 Rn. 27.

[36] 案例引自 Bu, Neuerungen und unterbliebene Verbesserungen im Deliktsrecht: Muster der Entscheidungsfindung im Kodifikationsvorgang, in: dies., Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 213, 219.

[37] 此外,该条款在中国学术界亦被批评不断,因为它将与其他补偿规则产生冲突, vgl. X. Zhang, China Law 1 (2019), 121, 123, 文章中列举了如《中国民法典》第182条第2款。

的前提要求存在侵权行为,倘若并不存在符合适用危险责任之要件,则看起来仅在因过错产生一项将来的权利侵害时,这一请求权才能产生。这意味着,防御请求权(Abwehranspruch)——若防御请求权不能通过解释被修正——可能是不够的,因为当对权利的(未来)妨害并非源自侵权时,权利人亦应能够要求禁止。^[38]因此,这也是《德国民法典》第1004条第1款调整范围更广的充分理由。

(二) 数人责任

《中国民法典》第1168至1172条是对数人侵权责任之规定,并部分地涉及因果关系问题。这些条款较于之前的规定并无变化(《侵权责任法》第8至12条)。

1. 共同实施侵权行为之共同侵权

依据《中国民法典》第1168条,共同实施侵权行为应承担连带责任。德国法上关于共同侵权之责任构成要件与其法效果分别在两条规范中予以规定(第830、840条)。不同的是,中国立法者仅仅将责任的法效果表达出来,但未具体阐述责任构成要件,这些都留给判例和学说去阐明。《侵权责任法》第8条就已采用此立法技术,但可肯定的是,针对之前立法相关的学说与研究应同样适用于新的立法中。

中国法判例及主流学说认为,共同实施侵权适用《中国民法典》第1168条之前提在于,多数人之间存在共同故意或过失这一主观意思联络。^[39]这似乎比德国法上更易归责,因为德国法上要求参与侵权的各个行为人在共同计划的基础上有意识地 and 故意地共同合作,以便实施行为。^[40]但德国法主流观点对过失行为构成共同侵权持严厉批判的态度。^[41]

2. 教唆者和帮助者的责任,及其对未成年人之责任

对应《侵权责任法》第9条,《中国民法典》第1169条规定了侵权行为参与者之责任。教唆者与帮助者与主行为人承担连带责任。与调整共同侵权之条款相同,在参与者责任条款中也仅仅对法效果进行了规定,对参与者责任之构成要件留待判例与学说去阐明。《侵权责任法》施行时的主流观点认为,参与者责任必须以故意行为为

[38] Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 66.

[39] Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 58.结合理论学说予以佐证。

[40] 德国法上关于共同侵权参见 Förster, in: beck-online.Großkommentar zum BGB (Beck-OGK-BGB), 1. 7. 2020, § 830 Rn. 12; Wagner, in: Münch Komm-BGB, 7. Aufl. 2017, § 830 Rn. 16.

[41] Eberl-Borges, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 830 Rn. 16 ff.; Förster, in: BeckOGK-BGB, 1. 7. 2020, § 830 Rn. 28.

要件。倘若仅过失地教唆或帮助主行为人,无须担责。^[42]此外,根据旧法规定,参与行为本身必须是损害结果之原因并引起损害产生。^[43]由于中国法上,主行为必须是至少基于故意所实施的,参与者才能担责,在这点上与德国法相同。德国法主流观点认定,仅在主行为为故意时才考虑参与者之责任。^[44]

本条包括了一项参与无民事行为能力人或未成年人侵权之特别条款。为更好地理解本条文,必须联想到,从德国法角度来看,中国法上对未成年人的责任并未作出充分规定。一方面,对侵权能力并未区分等级,如《德国民法典》第828条之规定;另一方面,《中国民法典》第1188条(原《侵权责任法》第32条)规定,因未成年人所造成之损害,由其法定代理人承担责任(第1款第1句),代理人可使用未成年人自己的资产支付损害赔偿,只要加害人自身有资产(第2款)。根据该条第1款第2句,当代理人完全尽到了其义务,则可减轻责任(但同样不能免责)。但在实践中,未成年人之责任一般与法定代理人的责任联系在一起,因为就未成年人的过错行为法院会同时认定其法定代理人之责任,而不去特别检验后者是否违反了其监护义务。^[45]

在此背景下,第1169条第2款第1句关于参与未成年人侵权之规定在体系上有些不连贯。当教唆或帮助一名未成年人实施侵权行为,本身理应承担侵权责任。但未成年人在此情况下却无须担责。依据《中国民法典》第1169条第2款第2句,倘若法定代理人违反了对未成年人之监护义务——此时符合第1188条适用要件,但在实际案件中往往就是如此,则除参与者外代理人同样承担责任。但与第1188条第2款不同的是,法定代理人不能使用未成年人的财产来为过错(部分)补偿——从中国法的观点来看,此处是不连贯的。

相反,在德国法上严格划分了未成年人之责任与其法定代理人之责任。只有根据《德国民法典》第828条未成年人具有侵权能力时,他才担责。亦有可能,参与到一

[42] Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 59 (针对《侵权责任法》)。

[43] Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 59 (针对《侵权责任法》)。

[44] 对于帮助者和参与者担责要主行为出于故意参见 Wagner, in: Münch Komm-BGB, 7. Aufl. 2017, § 830 Rn. 41 ff. auch mit Nachweisen zur gegensätzlichen Auffassung; zum Kausalitätserfordernis Eberl-Borges, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 830 Rn. 25.

[45] Näher dazu Bu, Chinese Civil Code-The General Part, 2019, Chapter 4 Rn. 22 ff.; dies., Neuerungen und unterbliebene Verbesserungen im Deliktsrecht; Muster der Entscheidungsfindung im Kodifikationsvorgang, in: dies., Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 213, 219 f.

项无侵权能力人所实施的不法行为中,参与者并不知其不具有侵权能力。^[46]如果已知是无侵权能力人而将其作为工具使用,则并非参与者,应认定为间接正犯(mittelbare Täterschaft)之情形。^[47]当被监护人因不法行为客观要件之实现对第三人造成损害的,监护人承担过错责任。^[48]但德国法采取过错推定原则,因此监护人必须提供证据证明方可免责(《德国民法典》第 832 条第 1 款第 2 句)。

3. 择一侵权人之责任

《中国民法典》第 1170 条规定了一种特殊责任形式。此前,该规定已经出现在《侵权责任法》第 10 条。如果数人损害他人的身体或财产安全,造成损害,而无法确定准确的造成损害的人,则所有行为人承担连带责任(《中国民法典》第 1170 条第 2 句)。如果能够确定谁是真正的侵权人,情况就不同了。于此,则由确定的具体侵权人承担责任(《中国民法典》第 1170 条第 1 句)。在德国法上,这种形式的责任被归为择一侵权的一种类型。^[49]依据《德国民法典》第 830 条第 1 款第 2 句的规定,倘若无法确定数个参与人中哪一个(非共犯、教唆者或帮助者)因其行为造成损害发生,则每个参与人都应对损害负责。此旨在减轻责任成立因果关系之举证责任。^[50]

4. 无意思联络数人侵权之责任

紧接着便是《中国民法典》对无意思联络数人侵权之规定。多数行为人各自引起了同一损害。但因欠缺共同意思联络不属于共同侵权。根据《中国民法典》第 1171 条,当两个或以上的加害人单独实施行为导致同一损害,而单个行为足以造成全部损害,同样承担连带责任。德国法上,调整此类情形的条文为《德国民法典》第

[46] Eberl-Borges, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 830 Rn. 36; Staudinger, in: Handkommentar-BGB, § 830 Rn. 13; ohne Differenzierung nach der Kenntnis des Hintermanns Förster, in: BeckOGK-BGB, 1. 7. 2020, § 830 Rn. 17.

[47] Eberl-Borges, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 830 Rn. 36; Katzenmeier, in: NK-BGB, 3. Aufl. 2016, § 830 Rn. 8; Staudinger, in: Handkommentar-BGB, § 830 Rn. 13; wohl auch Wagner, in: Münch Komm-BGB, 7. Aufl. 2017, § 830 Rn. 13; 支持间接正犯的认定不取决于是否已知的观点参见 Teichmann, in: Jauernig, BGB, § 830 Rn. 6.

[48] 通常来说,被监管人的行为不必存在过错。只有当侵权行为的构成要件要求具备特定的主观要件时,如涉及《德国民法典》第 826 条规定的悖俗行为,则该主观要件必须具备, vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 12. 3. 2008, 4 U 58/07, NZV 2009, 191; Wellenhofer, in: BeckOGK-BGB, 1. 7. 2020, § 832 Rn. 35; Spindler, in: BeckOK BGB, 55. Ed. 1. 8. 2020, § 832 Rn. 35.

[49] Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 60 (zu § 10 chin. HaftpflichtG.). 关于择一因果关系,欧洲法律条文设计的讨论见 H. Koziol/Zhu, JETL 1 (2010), 328, 341.

[50] Spindler, in: BeckOK BGB, 55. Ed. 1. 8. 2020, § 830 Rn. 17.

840 条第 1 款。^[51]

第二种情形是多数行为因共同作用结合致使损害结果之发生,此情形在之前《侵权责任法》第 12 条就已予以规定。《中国民法典》第 1172 条第 1 句认定在此情形下,每个行为人根据其行为作用力大小来担责。如果其行为作用力大小很难认定,则所有行为人平均承担责任(《中国民法典》第 1172 条第 2 句)。这一“部分因果关系”之条款可追溯到中国法院之传统判例,但学界认为该条款同样存在问题。^[52]

(三) 责任排除和减轻之事由

一般规定的第三区块是对免责条款以及减轻责任事由的规定^[53],如《中国民法典》及其他法律无其他特别规定时,将适用这些规定(参见《中国民法典》第 1178 条)。^[54]之前,这类规定见于《侵权责任法》第 26 条至第 31 条中。在转移至《中国民法典》时,这些规定的大部分内容被置于第七编的“一般规定”中了。这也表示,该块内容应当属于一般规则条款。各个条款本身也做了一些修改或删减和增加,但却没有对相关问题进行全面展开,因为并没有提到(受害人)同意(Einwilligung),尽管这也是免除责任之原因,对此德国侵权法上也未作规定。

1. 与有过失与第三人行为

《中国民法典》第 1173 条对应《德国民法典》第 254 条,当受害人存在过错时可以减轻加害人的责任。依据《中国民法典》第 1174 条,倘若受害人故意致使损害发生,则加害人无须承担责任。此外,《中国民法典》第 1175 条还规定了一种情形,如果损害是由第三人引发的,则应由该第三人承担责任,这并无异议。

2. 参加体育和比赛的损害

相较于《侵权责任法》,《中国民法典》第 1176 条第 1 款属于一条新规定。根据该条款,自愿参加具有一定风险的文体活动,因其他参加者的行为受到损害的,除非损害是故意或因重大过失造成的,否则受害人不能要求赔偿。显然中国立法者此处的

[51] Vgl. *Wagner*, in: Münch Komm-BGB, 7. Aufl. 2017, § 840 Rn. 3; *Förster*, in: BeckOGK-BGB, 1. 7. 2020, § 840 Rn. 2.

[52] *Bu*, Neuerungen und unterbliebene Verbesserungen im Deliktsrecht; Muster der Entscheidungsfindung im Kodifikationsvorgang, in: dies., Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 213, 216 mit weiteren Nachweisen.

[53] *Bollweg/Doukoff/N.Jansen*, ZChinR 2011, 91, 92.

[54] 一些特别条款规定了特殊的构成要件,如《中国民法典》第 1237 条(对战争造成的核事故损害,不承担责任),以及第 1239 条(某些特殊高度危险材料致损责任会因不可抗力和受害人故意而排除,以及在受害人有重大过失时减轻责任)。具体见下文五、(六)。

重点是,对体育或文化活动中公认的风险可能产生之责任进行限制,因为这类活动中——人们总是仅想到在对抗运动中的身体受伤——不存在一项一般性义务,即无论如何都要避免参与者之间发生损害。这一思想在德国法上亦有所体现,不过责任限制并不像中国法上那样笼统地借助过错程度来实现,而是通过考量注意义务来具体衡定。这因运动项目而异,并考虑到比赛的公认规则及损害的情况。因此,就能在考虑到参与者之合理期待下,确定具体情况下的相应要求。^[55]但中国法上的规定并未完全勾勒出构成要件上的细微考量。比如在拳击比赛中,击打对方的脸部是被允许的,(行为人)也是故意作出行为的,因此在打斗过程中可能产生的任何擦伤,都不能要求损害赔偿。^[56]但无误的是,在德国法上,因重大过失严重违反规则或故意造成损害的,通常亦将导致责任的承担。^[57]

3. 自助权

新增加的还有一条关于自助行为的规定。类似于《德国民法典》第 229 条,《中国民法典》第 1177 条第 1 款规定,侵权行为的受害人如果不能及时得到国家机关的帮助,且立即采取措施将使其合法权益受到难以弥补的损害,那么受害人可以采取相应的措施保护自己的权益,例如:可扣押侵权人的财产,只要随后立即请求国家机关采取行动。如果受害人为了避免危险而采取了不恰当的行为,从而伤害了他人,则根据《中国民法典》第 1177 条第 2 句,必须对这一过激行为承担侵权责任。在之前《侵权责任法》中并无类似的规定。但是,过去关于自卫的条款是置于《侵权责任法》第 30 条)责任减轻事由章节,根据该条规定,因受害人为避免危险而采取适度行为造成加害人受到损害,不必赔偿。此外,危险状况的引发者必须赔偿因排除危险而产生的损害(《侵权责任法》第 31 条)。该内容并未出现在《中国民法典》第七编中,而是在总则编被予以规定,该编中也有关于不可抗力之规定。^[58]

(四) 小结

总体来看,中国立法者在一般规定部分基本沿袭了之前的立法规定。仅仅只是在条文安排上做了大量调整,使条文结构更加体系化。此外,还做了一些小调整,以填补空白或是将一些构成要件阐述清楚。但是,学界许多有益的改进建议并没有得到接纳(落实)。虽然本章条文相较于德国法有很大区别,但仍与之前一样,部分核

[55] 详见 *Wagner*, in: *Münch Komm-BGB*, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 691 ff.

[56] *Wagner*, in: *Münch Komm-BGB*, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 696.

[57] Vgl. nur BayObLG, Urt. v. 3. 8. 1961, RReg. 4 St 36/61, NJW 1961, 2072, 2703 (zum Fußball unter Verweis auf die Einwilligungslhre).

[58] 具体见不可抗力、正当防卫和紧急避险, *Bu*, *Chinese Civil Code-The General Part*, 2019, Chapter 19 Rn. 1 ff.

心的条款实际上规定得仍不明确。与德国法相比,在一般条款、“公平责任”以及未成年责任部分存在较大差异。

四、损害赔偿(《中国民法典》第1179条至1187条)

(一) 基本前提

第七编第二章是损害赔偿之规定(《中国民法典》第1179条至1187条),该章条文在沿袭原《侵权责任法》规定的基础上,加入了一些新规定,并对之前条文进行了补充。之所以在第七编只规定损害赔偿,是因为其他的赔偿方式(如排除妨碍、赔礼道歉等)都已经在《中国民法典》总则编作了规定。^[59]

不同于德国法对财产损害和非财产损害作了非常细致区分,且后者仅可于特殊情况下进行赔偿(见《德国民法典》第253条,第651n条第2款,第844条第3款),中国法并没有如此严格区分二者。而损害赔偿则分为三大类,即身体损害、经济损失和精神损害。^[60]立法者在第七编第二章中对以上不同类别设定了补偿的一般规则。

作为一般规则,赔偿必须尽可能使受到侵害的被侵权人恢复到未发生侵害事件时相同的状态。德国损害赔偿法编在第一条就已经规定了这一核心原则(《德国民法典》第249条第1款)。相比之下,中国立法者并没有明文规定完全赔偿原则(*restitutio in integrum*)。不过,该原则在中国已经得到了认可。^[61]在赔偿这一点上,受害人自身的情况是决定性因素,尽管在一些特定前提条件下,应考量加害人从侵权中所获利益。中国立法者通过《中国民法典》提高了惩罚性赔偿的地位。

(二) 人身损害

1. 身体和健康损害

损害赔偿章节是以人身损害赔偿规则开始的。如之前《侵权责任法》第16条第1句的规定,《中国民法典》第1179条第1句规定,当身体受到侵害时——法效果与

[59] 参见《中国民法典》第179条。

[60] M. Zhang, Tort Liabilities and Torts Law: The New Frontier of Chinese Legal Horizon, Rich. J. of Global L. & Bus. 10(2011), 415, 470 (<http://scholarship.richmond.edu/global/vol10/iss4/2>).

[61] 侵权责任一般规则参见 Li/Jin, Concise Chinese Tort Laws, 2014, S. 19; Yang, Tort Liability Law of China, 2018, S. 125 f.

德国法上类似^[62]——加害人必须赔偿受害人医治的相关费用(如医疗费、护理费、交通费、营养费、住院期间的伙食费和收入损失),但前提是费用必须“合理”。合理费用应被理解为治疗身体损害的费用或补偿损害后果,从医学角度看为必要的费用。各个损害类别的详细内容并未在《中国民法典》中具体阐明。适用《侵权责任法》期间,都参照《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》^[63]之相关规定。^[64]新的司法解释出台之前,为了法律上的确定性,应当适用旧的解释文本,因为该条款的内容在《中国民法典》中并未有改变。

《中国民法典》第1179条第2句规定,除医疗费以外,受害人还必须支付残疾人辅助器具的费用,以及残疾赔偿金。残疾赔偿金可以包括各种项目,也包括受害人增加的必要生活费。^[65]此规则的内容之前已见于《侵权责任法》第16条第2款,其更加确保了因不法行为受到侵害的人足以过上新生活。

2. 受害人死亡

依据《中国民法典》第1179条第3句规定,当侵权人造成受害人死亡时,侵权人必须支付丧葬费和死亡赔偿金。此外,根据《中国民法典》第1181条,受害人的近亲属还可以要求侵权人承担受害人的医疗费和丧葬费。近亲属是否也可就非财产性损害要求赔偿,尚无定论。

就这点来说,侵权人的保证义务(Einstandspflicht)是与德国法上一致的,根据《德国民法典》第844条第1款侵权人必须承担丧葬费用,根据第823条第1款承担直至死亡前的治疗费用。依据德国法,侵权人还须通过支付(抚养)定期金的方式(《德国民法典》第844条第2款)就受害人对第三人的抚养义务进行补偿,但这一点并未在《中国民法典》第1181条予以规定,在死亡结果下,赡养费是通过死亡赔偿金(《中国民法典》第1179条第3句)来进行补偿的。此外,根据《德国民法典》第844条第3款,受害人必须支付遗属抚慰金。^[66]但是,因为这一项非财产性损失应当仅以惊吓损失(亦健康损害)为赔限,这不同于中国法上的死亡赔偿金,后者的目的——

[62] 关于德国法上对人身损害的补偿参见 Oetker, in: Münch Komm-BGB, 8 Aufl. 2019, § 249 Rn. 407 ff.

[63] 2003年12月26日发布的《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》,德文译本发表于:ZChinR 2004, 287 ff.

[64] Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 49.

[65] Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 50 (针对《侵权责任法》)。

[66] 具体见 Wagner, Schadensersatz in Todesfällen-Das neue Hinterbliebenengeld, NJW 2017, 2641 ff.; Wurmnest/Gömann, Germany, in: Karner/Steininger, European Tort Law 2017, 2018, 207 ff.

至少主要——是为了弥补物质损害。^[67]

如果因侵权行为造成数人死亡,根据《中国民法典》第1180条应为所有受害人确定统一的死亡赔偿金。这条规定对应之前的《侵权责任法》第17条。依据本条,死亡的损害赔偿也根据平均净收入来确定,并考虑受害人的情况。倘若不同的人在交通事故中死亡,那么根据个别受害人生活条件的不同,将可能支付不同的赔偿金额。社会上不少人谴责这一做法,因为来自农村的贫困受害人家属得到的赔偿可能少于来自城市的受害人家属。^[68]因此,立法者已明确表示,在此种情况下,必须向所有受害人支付同样的赔偿。从德国法的角度来看——德国法上并无相似规定——这一规定并不合适,因为私法上受害人实际受到的损害通常必须得到充分赔偿,且一般意义上,受害人的生活条件不同会导致赔偿金额不同。^[69]

(三) 财产损失

1. 概述

第二类是损害赔偿章中的财产损失。该章在继承了原《侵权责任法》的基础上区分了侵犯人身权利(《中国民法典》第1182条,《侵权责任法》第20条)和侵犯财产利益(《中国民法典》第1184条,《侵权责任法》第19条)所造成的损失。虽然对人格权已经单独列编规定,但侵权情形的赔偿规则仍被规定在侵权责任编里。因此,顺序上并非紧临的两编必须一起查阅,否则将造成理解困难。相较于《侵权责任法》,《中国民法典》对于人身权利的保护规则要先于调整财产利益赔偿之规则,显然这是为了强调在人身权利和利益受到侵害时,赔偿请求权的重要性。

2. 人身权利或利益受损

根据《中国民法典》第1182条,侵害人身权利或利益所产生的财产损失有其特殊的计算方式。如同之前的法律适用(《侵权责任法》第20条),这不仅可通过预估受害人的损失来计算,还可根据侵权人从其行为中获得的利益来计算。倘若受害人根本不想将被侵犯的隐私商业化,那么此时并无经济损失,即便如此也仍应对该种利益进行赔偿。^[70]如果受害人所遭受的不利与侵权人的侵权获利难以计算,而行为人与受害人对适当的赔偿有不同的意见,受害人可以向人民法院提起诉讼,由法院根据

[67] H. Koziol/Zhu, JETL 1 (2010), 328, 344; a.A. Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 51 (都针对《侵权责任法》)。

[68] Vgl. dazu Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 51. 更进一步的阐述参见原文(针对《侵权责任法》)。

[69] Bollweg/Doukoff/N. Jansen, ZChinR 2011, 91 f. (针对《侵权责任法》)。

[70] Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 48 (针对《侵权责任法》)。

案件具体情况确定适当的赔偿(《中国民法典》第 1182 条第 2 句)。与适用前一款一样,过错程度、损害程度或受害人实施侵权的方式可能都是决定性因素。^[71]

中国法通过依据侵权人所获利益来确定损害这一调整性做法,是超越了德国立法的。虽然德国判例法上在一段时间里也以侵权人从其行为中获得的利益来确定侵犯商事人格权的赔偿数额^[72],但这并非真正意义上的获利剥夺,至少在中国法上它是被归于财产损失的。

3. 侵害财产权

因侵害财产权所造成的损失,如因受害人的财产被损坏或破毁而造成损失,原则上应按差额说进行赔偿,即将受害人的损失比照未发生该不法行为时的状况进行货币补偿。^[73]根据《中国民法典》第 1184 条,对于损害赔偿的计算,通常由损害发生时的市场价格来决定。但如果无法确定被侵害时权利或利益的市场价格,也可以采取其他计算标准。^[74]如在德国法上,损害发生的时点是决定性的,而非提起诉讼的时点,否则受害人将因诉讼的时长而处于不利地位。^[75]

(四) 精神(非财产性)损害

1. 概述

调整精神损害赔偿的条文,之前是《侵权责任法》第 22 条,在《中国民法典》中则由第 1183 条第 1 款对其作出相应规定。如果侵犯他人人身权益(如身体、健康、隐私)造成重大的精神损害时,受害人可以要求赔偿因此造成的非财产性损害。学界认为,精神损害是指自尊心的减低和身体或精神上的痛苦。如果这类损失超出纯粹的日常琐事案件范围,那么此时损失就是相当大的。^[76]然而立法者没有对损害赔偿计算进行细致规范,这致使法律的确定性被削弱。此外,2001 年 3 月 8 日最高人民

[71] Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 49 (针对《侵权责任法》)。

[72] 详见 A. Janssen, Präventive Gewinnabschöpfung, 2017, S. 478 ff.,他主张在侵犯绝对法律地位时实行预防性的获利剥夺(拟定法上),从而对非契约领域的违法行为有效补救,同前 S. 577 ff.

[73] Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 47 (针对《侵权责任法》)。

[74] Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 48 f. (针对《侵权责任法》)。

[75] Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 48 (针对《侵权责任法》)。

[76] Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 53 (针对《侵权责任法》)。

法院发布的《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》对之前《侵权责任法》作出的解释仍有借鉴意义,应仍可适用。^[77]

相较于德国法,值得注意的是,中国法上,对侵害一般人格权的行为进行合理的赔偿显然没有要求严重侵犯权利和“不可避免的需求”(unabwendbares Bedürfnis)。^[78]因此,相较于德国法,中国法上的规定更有利于受害人。

2. 对感情利益(Affektionsinteresses)的赔偿

《中国民法典》第1183条第2款是一条新的规定,因故意或重大过失侵害自然人的一项具有人身意义的特定物时应予以感情利益的赔偿,因此中国法与法国法等类似,给予精神损害赔偿的范围相当广。德国法上,被毁损物的纯感情价值,如信件所表现出的纪念价值,原则上是无法赔偿的。^[79]但《中国民法典》第1183条第2款并不适用于动物。^[80]这一点是令人惊讶的,因为宠物对于主人来说,往往会有更高的情感价值。

3. 损害赔偿请求权的可继承性?

对受害人因侵权行为而死亡时,精神损害赔偿请求是否可以继承的问题,第七编并未作出规定。然而,《中国民法典》第992条关于人格权受侵害的规则确定了,人身权利不可转让或继承。由于精神损害赔偿的诉求是基于对身体完整性与生命权的侵犯,而两者属于《中国民法典》第990条所指的广义人格权保护范围,那么问题在于《中国民法典》第1183条之精神损害赔偿请求权是否也应被纳入本条文的调整范围。这个问题的答案也取决于这两编相互之间的关系,但这对读者来说并不容易了解。一方面,我们可以认为,前编中关于人格权的规定是包含了一般性规则,如果广义上的人格权不可继承,那么因侵犯这种权利所产生的债权也不能继承。另一方面,侵权责任编中并未明确排除精神损害赔偿请求权的可继承性,因此,可以假定在第七编第1183条的立场是肯定精神损害赔偿请求权具有可继承性。这个问题的存在恰是表明了,有必要明确两编之间的相互关系,必要时应阐明条文规则。

笔者认为,笼统地排除精神损害赔偿请求权的可继承性是毫无道理的。在德国法上,倘若受害人遭受侵权随即死亡,此时因身体损害而产生的精神损害赔偿不能被继承。如果受害人在死亡前很长一段时间内因侵权行为而遭受严重痛苦,情况就

[77] 译者注:作者撰写本文时,于2021年1月1日起施生生效的《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》未颁布。

[78] 德国法上的责任构成要件参见 Brost/Hassel, Der Anspruch auf Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen, NJW 2020, 2214, 2215 ff.

[79] BGH, Urt. v. 10. 7. 1984, VI ZR 262/82, NJW 1984, 2284, 2285.

[80] 此处感谢李昊老师指点。

不同了。这种区别对待是有说服力的。^[81]例如,交通事故中的受害人受了重伤,在剧烈的疼痛中与病痛对抗了一段时间,最后还是没有斗争成功,那么为何要免除不法侵害人支付慰抚金的义务呢?但在德国法上,必须与此区分的问题是,在一般人格权受到侵害时,例如为了弥补受害人名誉受损而提出的损害赔偿请求,是否应该可由受害人的继承人继承的问题。德国判例法上排除了——显然中国法也排除了——这一可继承性,因为赔偿目的只是为了满足受害人,而受害人的满足性是不可以传递给继承人的。^[82]

(五) 惩罚性赔偿

虽然损害赔偿基本上是以受害人受有损失为前提来确定的,但这一原则在中国法上——以及德国法上——并非绝对的。在德国法上,受欧盟法的影响,关于此问题的传统学说新近得以延展,因此,在某些法律领域,也必须支付非严格意义上的惩罚性损害赔偿金。^[83]例如,媒体故意侵犯人格权将会导致损害赔偿金额提高,其理由也是考虑到,侵权人从侵权行为中获利。^[84]此外,因受到非法歧视而未被雇用的雇员可以要求赔偿最多3个月的工资,因为他们的人格权受到侵犯(《一般平等待遇法》第15条第2款)^[85]。即使由于传统学说的弱化,在特殊情况下要支付超额赔偿金,仍必须说明的是,德国和欧洲私法与美国式的惩罚性赔偿金相比,还有很大差

[81] *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht: Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz, Schmerzensgeld, 6. Aufl. 2014, Rn. 701; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 13. Aufl. 2016, S. 302. Aus der Rechtsprechung etwa BGH, Urt. v. 6. 12. 1994, VI ZR 80/94, NJW 1995, 783; BGH, Urt. v. 12. 5. 1998, VI ZR 182/97, NJW 1998, 2741, 2742.

[82] BGH, Urt. v. 29.4.2014, VI ZR 246/12, GRUR 2014, 702.

[83] Näher dazu *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, S. 106 ff.; *Wurmnest*, Towards a European Concept of Public Policy Regarding Punitive Damages?, in: *Bariatti/Crespi Reghizzi/Fumagalli*, Punitive Damages and European Private International Law, 2019, S. 253, 268 ff.

[84] 在奠基性的 BGH, Urt. v. 15. 11. 1994, VI ZR 56/94, NJW 1995, 861, 86-Caroline von Monaco I 一案中:“只有当赔偿金额与人格权受侵害而获利的事实形成相对应关系时,判决金钱损害赔偿才适于实现保护人格权所追求的预防功能。尽管这并不意味着在一股脑的人格权商业化的案件中去考虑所谓的‘获利剥夺’,但在确定金钱损害赔偿金额时,应当将侵害权利所获得的利益作为一个评估因素。因此,金钱补偿的数额必须对这类人格权的市场商业化产生实际的抑制作用。”

[85] 关于该条文规定的超补偿性质,见 *Thüsing*, in: *Münch Komm-BGB*, 8. Auflage 2018, § 15 AGG Rn. 4; *N. Jansen/Rademacher*, Punitive Damages in Germany, in: *H. Koziol/Wilcox*, Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, 2009, S. 75, 85.

距。这一区别符合教义学基础,因为超出补偿性的损害赔偿未被承认为损害赔偿法的一个独立类别,而是在某些法律领域通过扩展传统学说或规定一次性总赔偿或赔偿金额上限而被引入适用。^[86]

相反,中国立法者更进了一步。如果法律规定了惩罚性赔偿(《中国民法典》第179条),那么就应当支付惩罚性赔偿。因此,惩罚性赔偿在中国法上被确认为一个独立的赔偿类别。在《中国民法典》第七编中提到了三项可主张惩罚性赔偿之情形。^[87]

首先看侵权责任编的第1185条。本条文并不如所期待的那样,因其在侵权法中的位置而具有一般条款性质。相反,新增加的规定只适用于故意侵犯知识产权的情形,但前提要件是此种侵权行为造成的损害后果严重。其目的在于制裁因侵害权利带来巨大损害而应受到特别谴责的行为,以达到对权利保护的普遍预防效果。显然,将这一规则规定在损害赔偿章节,是因为《中国民法典》并未规定侵犯知识产权的特别责任制度,而从政治角度来说,倾向于对这一法律调整领域实施惩罚性赔偿制度。^[88]

在特别责任章节还规定了其他两项特别的请求权基础,可基于此主张惩罚性损害赔偿。第一项规则涉及产品责任。如明知产品缺陷仍生产或销售,造成他人死亡或严重损害的,必须支付惩罚性赔偿金(《中国民法典》第1207条),这一条之前已在《侵权责任法》^[89]中作出了规定。第二项规则见于《中国民法典》第1232条。这条新规定旨在加强环境责任的一般预防功能。因此,如果加害人违反国家的(行政法的)规定,造成环境污染或生态破坏,且损害后果严重的,必须支付惩罚性赔偿金。

与过去立法中已经存在的情况一样,《中国民法典》对于惩罚性赔偿的计算标准

[86] Wurmnest, Towards a European Concept of Public Policy Regarding Punitive Damages?, in: Bariatti/Crespi Reghizzi/Fumagalli, Punitive Damages and European Private International Law, 2019, S. 270; a.A. Pinto de Albuquerque/van Aaken, Punitive Damages in Strasbourg, University of St. Gallen Law School, Law and Economics Research Paper Series, Working Paper No 2016-05, 2016, 11 (<https://ssrn.com/abstract=2781397>) ("Punitive damages somehow sneaked in the concept of 'effective, proportionate and dissuasive' sanctions [of EU law]"; Vanleenhove, Punitive Damages in Private International Law, 2016, S. 165, 175 (欧盟法亦表现出承认惩罚性赔偿之迹象)。

[87] 对中国侵权法上的惩罚性赔偿提出的批评意见,见 H. Koziol/Zhu, JETL 1 (2010), 328, 336 f.; 351 f. (针对《侵权责任法》)。

[88] 事实也是,各种行政法规都指出应引入惩罚性赔偿制度,见 X. Zhang, China Law 1 (2019), 121, 127.

[89] 《侵权责任法》第47条。

并未作出具体规定,也未设定赔偿上限。^[90]因此,司法实践中如何确立该赔偿责任的要件以具体化损害的严重性,以及是否实际判处大额的惩罚性赔偿,还有待研究。而后,才可去评判惩罚性赔偿在中国私法上与美国法的学理上有多大的一致性。

(六) 金钱赔偿的形式

根据中国立法者的意志,在损害发生后,当事人应就采用何种金钱赔偿的支付方式进行协商(《中国民法典》第1187条第1句,原《侵权责任法》第25条第1句)。如果协商没有结果,则必须一次性支付赔偿金(《中国民法典》第1187条第2句,原《侵权责任法》第25条第2句)。然而,这一规定并非绝对的。如果一次性支付赔偿金对受害人来说存在不合理的困难,只要加害人提供足够的担保,就可以分期付款(《中国民法典》第1187条第2句,原《侵权责任法》第25条第3句)。^[91]这一规定在旧法下就已经因有悖于体系而受到批评,因为其对承担损害赔偿的类型进行了意定。新法却仍然保留了这一规定。不过,新法对于应重复支付的养老金并未作出规定,因为总金额始终必须确定。因此,在这一点上中国法规定落后于德国法。^[92]

(七) 结论

总的来说,中国立法者只是对过去的损害赔偿规则进行了微不足道的修改。除了在知识产权和环境侵权责任领域,为加强责任之预防功能进而增加了惩罚性赔偿规定以外,还强调了对客体感情利益的赔偿。在这些问题上,中国法与德国法有很大的不同,尽管近年来,德国法和欧洲法也相当重视责任之一般预防功能这一思想。

五、以动物侵权责任为例之特殊责任规则

(一) 基本情况

对于动物侵权责任,《中国民法典》用了七个条文作了相对详细之规定(《中国民法典》第1245—1251条,原《侵权责任法》第78—84条)。与旧法相比,只有细微变

[90] 批评观点见 Bu, Neuerungen und unterbliebene Verbesserungen im Deliktsrecht; Muster der Entscheidungsfindung im Kodifikationsvorgang, in: dies., Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 213, 218.

[91] Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 55.

[92] 批评观点见 Bu, Neuerungen und unterbliebene Verbesserungen im Deliktsrecht; Muster der Entscheidungsfindung im Kodifikationsvorgang, in: dies., Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 213, 218.

化。中国法仍然是规定了各种特殊责任形式,主要是根据造成损害的动物种类来区分。其责任性质都为危险责任(《中国民法典》第1245—1247条),仅仅对动物园动物侵权设定了过错推定责任(《中国民法典》第1248条)。此外,立法者还规范了理所当然的一般原则,即必须遵守法律和社会公德来饲养动物(《中国民法典》第1251条)。^[93]而德国法上对此问题作了两条规定,区分了动物保有人的责任(《德国民法典》第833条)和动物管理人的责任(《德国民法典》第834条),并规定了不同的责任标准。动物保有人要承担危险责任[农场动物造成的损害除外,下文五、(三)],而动物管理人则根据过错推定原则承担赔偿责任。

(二) 不同的责任构成要件与一般规则

根据《德国民法典》第833条第1句,危险责任基本涵盖了所有可归责于动物保有人的动物侵权,无论它们是被驯服的还是野生动物。^[94]《中国民法典》第1245条规定了动物饲养人和动物管理人的危险责任——与之前立法表述相同^[95],其明显严格限定了适用范围,因为该条仅适用于“饲养的动物”。学说上,将该类动物定义为那些被人喂养、照顾和管教的动物,即被驯服中或已被驯服的动物。^[96]因此,人类在笼子或围墙内保有的野生或未被驯服的动物,在中国法上不归入《中国民法典》第1245条的调整范围内。^[97]保护区的野生动物亦是如此。^[98]为了避免因《中国民法典》第1245条狭义的动物类型定性造成责任漏洞,中国立法者不得不增设了其他的责任构成要件。^[99]

根据《中国民法典》第1246条,动物饲养人与管理人未采取任何安全措施而违反了“管理规定的”,对其动物给第三人造成的损害应承担责任。该标准涵盖了所有动物,无论它们是被驯服、驯养还是未被驯服。^[100]当然,责任范围的认定取决于主管部

[93] 对该条文的批评见 *Bollweg/Doukoff/N. Jansen*, ZChinR 2011, 91, 103.

[94] *Spindler*, in: BeckOK BGB, 55. Ed. 1. 8. 2020, § 833 Rn. 5; *Spickhoff*, in: Beck-OGK-BGB, 1. 5. 2020, § 833 Rn. 43. 主流观点认为,只有细菌等低级动物才应被排除在外, *Eberl-Borges*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018, § 833 Rn. 11 ff. 中有进一步的说明。

[95] 参见《侵权责任法》第78条。

[96] *Feuerstein*, Grundlagen und Besonderheiten des Außervertraglichen Haftungsrechts der VR China, 2001, S. 213 (与1986年颁布的《民法通则》中的定义保持一致)。

[97] *Binding*, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 104 f. 文中以中国学术观点作为例证(针对《侵权责任法》)。a.A. *Bollweg/Doukoff/N. Jansen*, ZChinR 2011, 91, 92.

[98] *H. Koziol/Zhu*, JETL 1 (2010), 328, 359.

[99] *Binding*, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 105.

[100] *Binding*, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 105.

门或地方机构对动物饲养和看管所作出足够精确要求的行政法规范,而对于新类型的风险,则还无法判定。如果动物饲养人遵守了行政法规范,根据《中国民法典》第1246条规定,可以免除责任。

但是,如果涉案的是禁止饲养的有危险性的动物,根据《中国民法典》第1247条规定,动物饲养人和管理人对危险动物给第三人利益造成的损害承担无过错责任。该条将“烈性犬”作为危险动物之例。然而“危险动物”这个词本身概念模糊,未有详细界定何种情况下可将一种动物归为“危险”的。由于被称为“饲养动物”的驯服中的或被驯化的动物已经被《中国民法典》第1245条中所表述的“动物”所涵盖。危险动物似乎是指无法被控制的动物,比如狮子、熊或豺狼。^[101]私人饲养这类动物通常亦是被禁止的。^[102]

中国的立法者设立了三种不同的请求权基础——《中国民法典》第1245条关于饲养动物的责任,第1246条关于违反管理规定饲养或管理的动物,以及第1247条对未被驯服的禁止饲养的动物,都适用的是危险责任,显然这与中国法长期以来将“饲养动物”作为一项基本构成要件有关^[103](因此,将调整范围扩大至所有动物这一问题并未真正认真地被讨论过),而且各种责任类型也有不同减轻责任的事由(见下文第五章第6节)。

(三) 存在问题的责任优惠

德国和中国的立法者都在法律中规定了有问题的责任承担优惠。1908年,为了最大限度地降低农业中的责任风险,德国立法者增加了《德国民法典》第833条第2款,对农场动物规定了过错推定责任。商业畜牧业享有此特权,是出于担心小型农场企业欠缺责任保险保障。^[104]用益性动物(Nutztiere)一方面是指被驯养的宠物(如猫、马、牛、羊、山羊等),^[105]另一方面是为(某些)职业、出售或者赡养义务服务的动

^[101] 除非这些动物是饲养在动物园内,此时则适用《中国民法典》第1248条,见下文五、(五)。

^[102] 完整版参见 *Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung*, 2012, S. 105 (针对《侵权责任法》)。

^[103] 1986年颁布的《民法通则》已详细规定了动物侵权责任,见 *Feuerstein, Grundlagen und Besonderheiten des Außervertraglichen Haftungsrechts der VR China*, 2001, S. 212 ff.

^[104] 本条文的历史背景参见 *Eberl-Borges*, in: *Staudinger, BGB, Neubearbeitung* 2018, § 833 Rn. 1 ff.; *Spickhoff*, in: *BeckOGK-BGB*, 1. 5. 2020, § 833 Rn. 2 ff.; *Wagner*, in: *Münch Komm-BGB*, 7. Aufl. 2017, § 833 Rn. 1 ff.

^[105] 与《德国民法典》第960条中所规定的被驯服的动物相反,如孢子,被饲养在围栏内用来生产肉食,见 *Spindler*, in: *BeckOK BGB*, 55. Ed. 1. 8. 2020, § 833 Rn. 2.

物(警犬、林农的猎犬等)。^[106]如今,这种限制被很多声音认为在法政策上是错误的。^[107]另一方面,中国法上,《中国民法典》第1245条规定的危险责任也适用于宠物和农场的动物。中国法上对动物园饲养的动物有特殊的规定,根据《中国民法典》第1248条,动物园经营者仅在过错可推定时承担责任。这一被诟病的特权设立的原因^[108]在于,动物园被认为是公益性机构。^[109]

由于动物园的动物比农场的动物少得多,中国法上的责任优惠规定适用范围要比德国法上小得多。但从法政策上来看,这两个限制都应该被删除,因为严格责任的基础是因动物行为的不可预知性,而农场和动物园的动物同样如此,对此,由一群学者(欧洲侵权法工作组)在比较法基础上制定的《欧洲侵权法原则》(PETL)^[110]并未对动物饲养人责任作出限制,而是让动物饲养人根据危险责任一般条款就异常危险活动承担责任(《欧洲侵权法原则》第5:101条^[111])。作为一个于比较法和欧洲法基础上拟定财产法编纂的欧洲学术项目,欧洲《共同参考框架草案》(Draft Common Frame of Reference)中关于宠物饲养人责任的规定,并未设有责任优惠条款(DCFR第六编第3:203项),原因在于,限制严格责任适用的观念被认为已经过时。^[112]

(四) 现实的动物危险

在两国法律体系中,前提要件都是,受保护的权利是因动物而受到侵害。动物的存在与损害之间存在简单的因果关系是不够的。必须是因动物所引起的特定危

[106] Eberl-Borges, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018, § 833 Rn. 124; Wagner, in: Münch Komm-BGB, 7. Aufl. 2017, § 833 Rn. 5.

[107] V. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. 1, 1996, § 2 Rn. 211; Spickhoff, in: BeckOGK-BGB, 1. 5. 2020, § 833 Rn. 106 f.; Wagner, in: Münch Komm-BGB, 7. Aufl. 2017, § 833 Rn. 3. 更积极地表明态度的,参见 Hager, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018, § 833 Rn. 7 f.

[108] Bu, Neuerungen und unterbliebene Verbesserungen im Deliktsrecht: Muster der Entscheidungsfindung im Kodifikationsvorgang, in: dies., Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 213, 228. 该文中有进一步阐述。

[109] Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 105.

[110] 关于该小组的成果,参见 Spier/Haazen, The European Group on Tort Law (“Tilburg Group”) and the European Principles of Tort Law, ZEuP 1999, 469 ff.; H. Koziol, Die “Principles of European Tort Law” der “European Group on Tort Law”, ZEuP 2004, 234 ff.

[111] PETL 是指 “Principles of European Tort Law”。

[112] Comments zu Art. VI – 3:203, in v. Bar/Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (Full Edition), Bd. 4, 2009, S. 3494.

险已实现。在德国法上,判例中主要关注的是,是否因动物行为的不可预知性和由此引发危险造成权利受损,^[113]例如因典型的危险(马被打晕、狗跳到受害人身上等)。^[114]但是,由于动物的“正常”行为(排泄物造成的损害、舔舐传播疾病等)造成的损害也会引发责任。^[115]但倘若动物被人强制作工具所用,则排除此时的归责,这一点在中国法上是得到承认的。^[116]

在细节上,归责问题可能非常棘手。例如,在德国法上,由动物保有人发起的交配行为,该交配行为所造成的损害在多大程度上可归于特定动物危险所造成的结果是有争议的。但有人反对说,这种损害不是基于加害动物自身的任意行为,而是基于主人有意的行为,所以缺乏动物特有危险这一前提要件。^[117]然而,这种对归责的狭义解释与以下事实相矛盾,即即使在安排交配的情形下,也绝对不可能完全控制动物,在这一点上来说,安排交配必然承受较大的危险,因此也证明危险责任是正当的。^[118]另一方面,如果动物交配是在主人不知情和无意愿的情况下进行的,那么根据德国法规定,此时产生的损害无可争议地应被归因于特定的动物危险,因为它是基于动物本身不可预知的行为本能。^[119]此外,还比如,由于动物本能挣脱绳索造成损害。

(五) 责任的承担者

无论是德国法还是中国法都规定,动物侵权应当由动物饲养(保有)人和管理者

[113] BGH, Urt. v. 6. 7. 1976, VI ZR 177/75, NJW 1976, 2130, 2131; BGH, Urt. v. 6. 7. 1999, VI ZR 170/98, NJW 1999, 3119.

[114] 更多举例见 *Eberl-Borges*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018, § 833 Rn. 39; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 13. Aufl. 2016, S. 213; *Spickhoff*, in: BeckOGK-BGB, 1. 5. 2020, § 833 Rn. 70.

[115] *Eberl-Borges*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018, § 833 Rn. 60 ff.; *Spindler*, in: BeckOK BGB, 55. Edition, 1. 8. 2020, § 833 Rn. 8.

[116] *Binding*, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 106, 文章列举了中国学术文献以佐证。

[117] OLG Düsseldorf, Urt. v. 20. 9. 1974, 22 U 93/74, MDR 1975, 229.

[118] *Spindler*, in: BeckOK BGB, 55. Ed. 1. 8. 2020, § 833 Rn. 8. Der BGH, hat diese Frage offen gelassen vgl. BGH, Urt. v. 6. 7. 1976, VI ZR 177/75, NJW 1976, 2130, 2131.

[119] BGH, Urt. v. 6. 7. 1976, VI ZR 177/75, NJW 1976, 2130, 2131; vgl. auch OLG Hamm, Urt. v. 7. 2. 1990, 13 U 62/88, NJW-RR 1990, 1052; OLG Hamm, Urt. v. 8. 7. 1993, 6 U 44/93, NJW-RR 1994, 804; *Eberl-Borges*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018, § 833 Rn. 65.

承担责任,且原则上都主张,遗弃的或出逃的动物致损不能导致其责任免除。^[120]但学术文献中对二者作了明显区分。

首先,在责任标准上存在差异。中国法上,二者都需要承担危险责任。而德国法上则仅仅要求动物保有人承担危险责任(《德国民法典》第833条第1句),而且只限于损害并非用益性动物引起的案情(《德国民法典》第833条第2句)。而动物管理者只承担过错推定责任(《德国民法典》第834条)。

此外,两国法上对动物饲养(保有)人和动物管理人的区分也不完全一致。在中国法上,借鉴物权法上的评判标准,动物的所有人被认定为动物饲养人,而对动物直接的占有者是动物管理人。^[121]德国法上的区分就更为复杂了。动物保有人是指可以将动物纳入其生活或经济活动范围内的人。^[122]这种划分是基于对各种迹象的总体看法,一般来说,对动物的支配权和出于经济私利而承担费用支出是判定保有人身份的一个标志。^[123]由于在德国法上,动物的法律分类并不是唯一的一个决定性因素,比如较为复杂情况是,一个人形式上拥有某只动物,但该动物从经济角度是由另一个人所饲养,因此,德国法与中国法对所有权人身份的认定存在不同。

定义动物管理人亦是如此。在德国法上,动物管理人是指通过合同(可能是默示)的方式,替动物饲养人接管对动物的监管,因此必须确保动物不伤害第三人。^[124]与保有人不同的是,管理人是为他人利益作出行为,亦即为了他人的经济利益或精神利益。^[125]此外,他还必须能够独立采取措施控制动物危险性,例如,当马匹被租借者独自骑走,马主人不再有影响动物行为的可能。^[126]与此相反,依照德国法,一个马掌匠将马关押在工作间几个小时为其钉马蹄铁,不能将其认定为动物管理人,因为他通常不会在合同中承诺在动物保有人不在时接管对动物的监管。^[127]而依照中国

[120] 参见《中国民法典》第1249条。见 sowie BGH, Urt. v. 28. 9. 1965, VI ZR 94/64, NJW 1965, 2397. 然而,人们必须在出逃的动物致损案件中作出相应限定,必须要求出逃和损害事件之间在时间和空间上有足够的联系, so zu Recht v. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. 1, 1996, § 2 Rn. 215.

[121] Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 106. 该文中以中国的侵权法相关文献作为佐证。

[122] Spindler, in: BeckOK BGB, 55. Ed. 1. 8. 2020, § 833 Rn. 13; Wagner, in: Münch Komm-BGB, 7. Aufl. 2017, § 833 Rn. 23.

[123] Ebert-Borges, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018, § 833 Rn. 95 f.; Spindler, in: BeckOK BGB, 55. Ed. 1. 8. 2020, § 833 Rn. 13.

[124] BGH, Urt. v. 30. 9. 1986, VI ZR 161/85, NJW 1987, 949, 950.

[125] Spickhoff, in: BeckOGK-BGB, 1. 5. 2020, § 834 Rn. 6.

[126] BGH, Urt. v. 30. 9. 1986, VI ZR 161/85, NJW 1987, 949, 950.

[127] OLG Hamm, Urt. v. 22. 4. 2015, 14 U 19/14, NJW 2015, 1114, 1117.

法,独立骑马外出的租赁人和农夫为直接占有人,从而被视为动物管理人。

(六) 责任减轻和责任排除

除了在一般规定中,中国立法者在动物侵权责任一编也就责任减轻和责任排除作出了相应规定。

如同之前《侵权责任法》第78条的规定,依据《中国民法典》第1245条,当动物饲养人或管理人可以阐述和证明,损害是因受害人故意或重大过失所引起的,则可以不承担或者减轻责任。在动物饲养人责任的框架内,轻微的与有过失不会导致责任减轻,这是为了更有利于受害人,因为受害人通常不能像动物饲养人或管理人那样避免损害发生。^[128]

因为动物饲养人和动物管理人在受害人故意时仅仅只是减轻责任并非完全排除责任承担,所以《中国民法典》第1246条对于受害人的特殊保护可谓更强了。与之前的规定(《侵权责任法》第79条)相比,过去并未提及对饲养人和管理人作相应的责任限制,如今对责任在一定程度上作了相应的限制。但是,该条款的设定极大地激励了人们遵守该安全规定,因为即使受害人有重大过失,饲养人和管理人仍应承担全部责任。就算受害人故意,饲养人或管理人仍然应自身承担一部分责任。

对禁止饲养的危险动物(《中国民法典》第1247条)和动物园动物(《中国民法典》第1248条)造成损害的责任,并未设有特别规定,然则问题在于,此时究竟是适用与有过失的一般规定,还是立法者本不欲适用。在对于动物园动物侵权责任设有优惠条款的背景下,可认为,至少应当适用一般规定。

另一方面,德国法上,《德国民法典》第254条所规定的原则也适用于动物侵权责任。^[129]根据该一般规则,其合法权益被侵害的受害人必须对自己的过错负责。举例来说,一名马主的马匹将一位本身没有戴头盔的年轻骑手抛掷马下,导致其头部受伤,其责任被减至仅承担50%。^[130]如果是特别重大的过失,甚至可能完全排除马匹保有人或管理人的责任。例如,不来梅州高等法院认定,如果骑手违反与马主人的约定,将某种马垫放在马身上造成事故,虽然有人已经向她指出,动物对马垫不适应,反应敏感,则马主人对骑手在骑马事故中遭受的身体损害不承担责任。^[131]另根据石勒苏益格荷尔斯泰因州高等法院的判决,如果骑自己马的受害人没有与另一匹

[128] H. Koziol/Zhu, JETL 1 (2010), 328, 359.

[129] 详见 Eberl-Borges, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018, § 833 Rn. 197 ff. und § 834 Rn. 26; Spickhoff, in: BeckOGK-BGB, 1. 5. 2020, § 833 Rn. 139 ff. und § 834 Rn. 12.

[130] OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.11. 1982, 4 U 166/80, BeckRS 1982, 02511 (sub. II).

[131] OLG Bremen, Urt. v. 18. 4. 2012, 1 U 81/11, BeckRS 2013, 15770.

马保持足够的安全距离,被该马踢了一脚,也同样适用,因为如果没保持距离,动物之间的竞争感就会被唤醒,将可能导致防御或攻击反应。^[132]

(七) 结论

与德国法和欧洲法的立法模式不同,中国立法者在动物责任上仍实行的是设定一系列的单个构成要件立法模式,而要件之间的关系又尚未完全理清。总的来说,中国法上的动物侵权责任比德国法上更为严苛,因为仅对动物园动物实行过错责任原则,而动物管理人也要承担危险责任。

六、结束语

(一) 进化替代革新

新的中国侵权责任法注入了延续的精神。立法者的宗旨在于“进化替代革新”。侵权责任的基本结构承继于《侵权责任法》,只是作了谨慎的进一步发展。在一些具体的责任构成上,即在互联网服务经营者责任、环境损害责任和危险活动责任方面,可以看到一些重大变化。^[133]与旧法相比,最重要的改变无疑是将人格权独立成编。

(二) 致力于中国特色化

早期的立法较多受到国外立法影响,改革开放后,中国立法者致力于发展中国特色,在现代法上找到自己的地位,并试图产生辐射效应。^[134]

这种发展趋势在《侵权责任法》的起草过程中就已经显现出来了,且在《民法典》中得到进一步体现。一般条款着眼于保护个人权利和受法律保护的利益,而不侧重于(不法的)义务违反。^[135]这种做法也是欧洲侵权法原则所倡导的,中国法起草同样参照了欧洲侵权法原则。^[136]这种结构确实可谓是较为现代的。^[137]

[132] OLG Schleswig, Urt. v. 20. 11. 2003, 7 U 72/01, NJW-RR 2004, 382, 383.

[133] 关于民法典二次审议稿的一些重要新亮点,参见 Bu, Neuerungen und unterbliebene Verbesserungen im Deliktsrecht: Muster der Entscheidungsfindung im Kodifikationsvorgang, in: dies., Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, 2019, S. 213, 214 ff.

[134] 对该发展参见 Liming Wang, Frontiers of Law in China 14 (2019), 39, 55 ff.文中特别指出,“中国不应该仅仅是西方理论的被输入者,而应该是中国学术的创造者和国际学术的贡献者。中国民事立法的中国特色符合中国国情,有利于丰富世界民法文化”。

[135] Bollweg/Doukoff/N. Jansen, ZChinR 2011, 91, 93 (针对《侵权责任法》)。

[136] Bollweg/Doukoff/N. Jansen, ZChinR 2011, 91, 92.

[137] Bollweg/Doukoff/N. Jansen, ZChinR 2011, 91, 93.

另一个特点是《中国民法典》中特殊责任构成被广泛标准化,它与抽象的一般规则并存。在欧洲的法律体系中,关于特殊责任问题的规定往往出现在特别法上,当然也是因为技术发展使得规定成为必要,而法典已经在先制定,因此才有特别法。

值得强调的一点是,中国通过制定惩罚性赔偿规则,来增强法律在特定领域的一般预防功能。但法院如何让惩罚性赔偿制度充满生机,还有待观察。

人格权的升级,单独成编,必将产生一定的辐射作用,再加上侵权责任部分“降”到法典的最后一编,放弃了债法总则,也使得中国法获得了一个独特的结构。但是,放弃债法总则是否真的有利于法律的适用,还有待考察。此处存有疑问。

中国侵权责任法还有的另一特点是,它规定了因侵权行为导致不同人死亡时的统一的死亡赔偿金(《中国民法典》第1180条)。但这一规则是否能产生广泛的影响,值得商榷。如果对亲属所受的痛苦有一个统一的补偿,参照英国法上的“丧亲损害赔偿”,设定一定的固定金额来补偿悲痛,才是有意义的。^[138]在这一规范结构下,无论侵权行为造成一人还是多人死亡,都适用“所有人平等”的原则。但是,如果像中国法那样^[139],已经设定了根据每个个案中受害人净收入来确定每个个例下应得的赔偿,那么在不同的人因侵权行为而死亡时,对这一规则作出例外规定,我认为是相互矛盾的。

(三) 差异化作为平衡因素

中国法上对于不法行为的规范密度要比德国同类法律要大,甚至规范的内容也更为具体。当然,即使德国立法者如今要起草一部全新的侵权法,也会更准确地去界定一些规则,或者对其进行补充,比如将一些既定的规范编纂成法典形式。只要文字表述不是太宽泛,具体规则的编纂通常都可以使法律相关工作更为便捷。然而,要确定一套规则需要编纂到何种程度,始终是一个微妙的平衡过程,因为立法者也可能增加法律工作者的工作难度。

金科玉律当然应当是指一个法律领域下所有的基本原则都被规定下来。但在中国侵权法部分,仅部分如此,因为完全赔偿原则虽然作为核心原则,却并未形成成文的规则。另一方面,从德国法上的角度来看,有些规定似乎是可有可无的,如《中国民法典》第1174条(如果损害是由第三方造成的,则不承担责任)及第1251条(必须依法饲养动物)。

[138] Sect. 1A Fatal Accident Act 1976, 当前版本见: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/30/contents>。补偿的数额目前定为最高 15120 GBP [The Damages for Bereavement (Variation of Sum) (England and Wales) Order 2020].

[139] Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 51 (针对《侵权责任法》)。

制定特定性极强的法律文本通常会存在的一个问题是,除非明确说明该规范类目下的规则并非详尽无遗的,否则,即使只有几个规则作为示例,也会被当作已是详尽无疑地作出了相关规定。此外,如果不建立明确的结构,法律就有可能出现漏洞。例如,动物责任中的各个构成要件之间的相互作用被认为并不明确,立法者在制定规则时也未厘清。

如果考虑到中国只有一部分法官经历了传统的法学教育,相较于德国,《中国民法典》条文在适用时就会产生更大的差异化,因为,让适用抽象规范的适用成为可能的教义学训练在中国(目前仍)可能发展得还不够完善。

(四) 巨大时间压力下的编纂工作开展

中国的《侵权责任法》是基于三个草案经过几年的征求意见后通过的,即便如此,关于侵权法的组织安排的讨论结束得有些“意外”。^[140]民法典的编纂工作亦是在巨大时间压力下进行的,因此,编纂工作是在版本相对较少的草案基础上通过的。此种压力无疑也造成了许多核心规则并未得到明确规定。《侵权责任法》在通过后就已经收到了一系列存在“立法缺陷”的批评,即不准确或含糊不清。^[141]其中包括公平责任的范围不明确(《中国民法典》第1186条)^[142]、妨碍除去和不作为请求权的准确适用前提要件(《中国民法典》第1167条)^[143]以及未成年人责任设计上的理念缺陷。^[144]这些不足之处在从《侵权责任法》向《中国民法典》移转的过程中仍未被解决。

在这种背景下,中国的司法判例肩负很大的责任,要通过解释的方式以及可能还要通过法律续造的方式,尽可能地将规则连成网络,并进一步发展为一个协调的整体。此外,希望以后的修订能使法律规定更为精确,从而便于法律实施。中国立法者显然没有将其视为目前最为紧迫的任务。但是,人们不应放弃希望,根据中国的箴言——“智者顺势而变”,^[145]人大代表会认识到,准确的法律条文表述和对一些学界争议僵持不下的根本问题作出判定,亦为立法者之任务。

[140] Bollweg/Doukoff/N. Jansen, ZChinR 2011, 91.

[141] Vgl. nur Bollweg/Doukoff/N. Jansen, ZChinR 2011, 91, 93.

[142] 见上文三、(一)中第3。

[143] 见上文三、(一)中第4。

[144] 见上文三、(一)中第4。

[145] 引自 Wang, *Frontiers of Law in China* 14 (2019), 39, 71: “A wise man changes with time and circumstances.”