

第二届中德侵权法研讨会现场实录（上）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E7_AC_AC_E4_BA_8C_E5_B1_8A_E4_c122_484996.htm 时间：2007年7

月23日 - 24日地点：中国人民大学明德法学楼601徐建国际报告厅

一、开幕式杨立新教授、尤翰林教授介绍双方代表尤翰林教授：

非常高兴今天有机会来人民大学，和人民大学共同合作举办我们的第二次中欧侵权法研讨会，这是我和人民大学共同举办的第二次研讨会，也是我和全国人大法工委共同举办的第三次这样的研讨会。所以，在这个地方，我们首先要非常衷心地感谢王利明教授和贾东明主任，感谢你们两位，感谢和你们的非常良好的合作。我也很高兴今天有机会能在这个地方介绍一下我们来自德方的三位专家。今天我们非常高兴，虽然大家知道我们德国技术合作公司是一家德国的机构，但是我们今天也请到了一位非德国的专家，这就是考茨欧教授，他是来自奥地利，来自维也纳，但是他对于现在许多国家的侵权法都有非常精到的研究，那么，我敢这么说，他至少是欧洲最好的侵权法专家之一。接下来我愿意给大家介绍布律哥麦耶教授，布律哥麦耶教授来自德国不来梅大学，也是侵权法领域一位知名专家，上次我们在东莞开的第一届中德侵权法研讨会他也参加了，他对于有关情况来说非常熟悉，就我个人来说，双方不同的观点在一起是一个很好的碰撞，也实在是一种享受。接下来呢，我很高兴为大家介绍杨森教授，杨森教授来自德国明斯特大学，也是侵权法领域的一位知名专家，出版了很多的著作，他曾经参加过我们和人大法工委举办的第一次侵权法国际研讨会，当然这

一次中国人民大学还没有参加进来。那次会上，双方主要是讨论我国有关立法方面的方案、思路的问题，很高兴今天他又来了，故人重来，我们可以继续我们对有关问题的研讨。最后，我要衷心地代表德国技术合作公司，也代表德国联邦经济合作部，祝愿我们在座的各位在接下来两天的两天当中有非常热烈而愉快的会议议程，也希望我们这两天的研讨能为我们立法工作中遇到的一些问题提供一点帮助，也许提供不了多少帮助，但至少可以提供一点借鉴。当然，我们也看到了这个立法工作是非常艰难的一项任务，但是我们仍然充满信心，大家都看到了我们的立法工作现在进展得非常顺利。

杨立新教授：谢谢尤翰林教授先生的介绍，我们与会各位都非常欢迎德国和奥地利的专家。我介绍一下中方的专家，我从这边按顺序介绍，人大法工委民法室副主任的贾东明先生。这位是中方的代表王利明教授，全国人大法律委员会的委员，是中国人民大学法学院的院长。孙宪忠教授是中国法学会民法学研究会常务副会长。我要指出王利明教授是我们民法学研究会的会长，这是非常重要的一点。我要特别介绍我们的费宗?教授，他是我们最高人民法院的前任法官，最资深的立法专家，包括民法差不多的立法都参加了。我们都叫他费庭长，他是我们最高人民法院审判委员会的委员，是我们民法学研究会的资深专家。接下来的是郭明瑞教授，他是烟台大学的校长，是我们民法学研究会的副会长。张新宝教授是我们中国人民大学法学院的教授，是民法学会的秘书长。姚辉教授是我们中国人民大学法学院民商法教研室的主任。于敏教授是中国社会科学院法学署的研究员，专门搞侵权行为法的。下面呢，朱岩副教授，是德国专家都非常熟悉的，在德国念的博士。王

军教授，对外经济贸易大学的法学院的教授。李永军教授也是中国政法大学的教授。刘凯湘教授是北京大学的知名教授。龙卫球教授，也是政法大学的教授。石佳友博士。我们还有两位，一位是郭锋教授，是中央财经大学的法学院院长；梅夏英教授是中国对外经济贸易大学的教授。这是我们的博士后。后排我就不介绍了，我们节约一些时间。那么我们正式开始进行研讨了，首先请王利明教授致开幕词。王利明教授：尊敬的各位来宾，各位专家，女士们，先生们，大家早上好。由中国法学会民法学研究会、德国技术合作公司，以及中国人民大学法学院和中国人民大学民商事法律科学研究中心共同举办的侵权法研讨会。作为会议的主席，首先请允许我代表民法学会，代表中国人民大学法学院，对德国技术合作公司的大力支持举办这次会议表示衷心的感谢。对尤翰林教授多年来一直积极地推动中国的法学教育和交流，一直积极地推动中国有关的法学交流，包括积极地支持这次会议的召开表示衷心的感谢。对来自德国，奥地利等国家的专家学者，对来自全国人大，最高人民法院，最高人民检察院，还有各个兄弟院校的专家学者，对大家百忙之中来参加这次会议表示热烈的欢迎和衷心的感谢。这次中德侵权法研讨会的第三次会议，也是我们学会和中国人民大学法学院，德国技术合作公司联合举办的第二次重要的侵权法立法研讨会。这两次会议应该说是都取得了非常圆满的成果，尤其是去年在东莞举行的侵权法研讨会，应当说取得了非常丰硕的成果，对我们的立法来说是起到了很好的帮助作用。这次研讨会，我个人觉得，是侵权法的一次盛会，来自中外专家学者都是著名的专家学者，对侵权法都具有非常深的领会

。各位都是侵权法的著名专家，所以大家的到来，也使我们这次会议可以说是具有最高水准的有关侵权法方面的研讨会，相信中外专家在一起，相互切磋，一定能够推出一些重要的思想，推出一些重要的成果，一定能对我们正在进行的侵权法立法起到积极的推动作用和有益的借鉴作用，最后衷心地祝愿这次会议圆满地成功，谢谢大家。

杨立新教授：谢谢王教授的致词，下面欢迎尤翰林教授致词。尤翰林教授：我刚才实际已经欢迎过了我们中方和来自欧洲的所有专家了，王利明教授的开幕词也把我的很多心里话说出来了，所以在这个地方我们就为大家节省时间，接下来，就直接开始关于专业问题的研讨吧。

杨立新教授：尤翰林教授非常务实呵，我们要争取时间，我们下面就开始正是进行研讨。第一个报告是开场演讲，请王利明教授作起草中的中国民法典侵权法编的主要疑难问题，欢迎。

二、开场讲演：起草中的中国民法典侵权法编的主要疑难问题

王利明教授：各位专家，各位来宾，我想就侵权法立法中的一点点体会向大家作一个简短的汇报吧。大家知道我们中国民法典的制定是采取分阶段、分步骤制订的方式。在物权法通过之后，摆在我们面前最重要的任务就是尽快制定并颁布一部侵权责任法。首先，这个名称具体是叫侵权责任法还是侵权行为法也是有不同的看法的，但是我更倾向于认为采用侵权责任法这个名称更好。因为强调侵权行为法更多地是强调为自己行为负责，但是随着侵权法的发展，现在为他人行为负责这样一种形态越来越多，所以，采用侵权行为法很难把很多为他人行为负责包括进去。其次，侵权行为法可能更多地是强调行为人的主观上的过错，但是随着侵权法的发展，公平责任，严格责任越来越

重要，所以许多责任形态不宜过多地强调行为人的过错，行为人仍然要承担责任。这样呢，用侵权责任法能够更好地代表这些责任形式。第一个问题是关于侵权法，侵权责任法和物权法，合同法等法律的关系，因为它们都是民法典分则的重要组成部分。我们国家侵权责任法和债法已经发生了分离而单独独立地制定，所以必须处理好与分则其他法律的相互关系。我个人认为在处理这些相互关系时，必须对侵权法有一个正确的定位，或者是要明确侵权法的功能，它到底是干什么的？有哪些特殊的作用？我认为侵权法在我们国家主要是一个救济法，也就是说，它是在权利遭受侵害的情况下，对受害人遭受的损失进行的时候的补救。它不是权利法，所以说涉及到有关权利的区别性问题，应当由物权法，债法，合同法等权利法来进行确定，而债法主要是对绝对权遭受侵害的事后救济，比如说对绝对权，人格权的确认应该由人格权法来规定；对物权的确定应该由物权法来规定了；对知识产权的确定是知识产权法的范畴，不应该在侵权责任法中做出规定。另一方面，就是要突出侵权法的损害赔偿这样一种救济手段和它的特点，也就是说，侵权法对权利的保护主要是通过损害赔偿这种方式??价值补偿的这样一种方式，对受害人遭受损失进行救济。这样使它与物权法等这些法律在保护方式上区别开来。第三个问题是侵权法作为一种救济法，也必须处理好与保险法，社会保障法的关系，这些法律也要对事故的损害提供救济，但是它们的救济与侵权法的救济是有区别的。考虑到中国的实际情况，因为据我们了解的德国的情况来看的话，可能在社会保障法等等这些提供救济之后，不需要侵权法再提供救济，但是在中国，因为我们的社会

保障法还不是太发达，太健全，保险制度也不是太完善，所以侵权法即使是在这些社会保险等等提供救济后，可能侵权法还是要在一定程度上提供救济。比如说，工伤事故的赔偿，在工伤保险做出来之后可能还常常不够，还需要通过侵权赔偿的方式全面地就受害人进行救济。所以在我们侵权法中要特别处理这两种请求权的关系。两种关系怎么协调好，两者之间的关系是我们迫切需要解决的重大问题。第四个问题是怎么样处理好一般规定和具体列举的相互关系。我们现在实际上采取的是一般条款，就像我们全国人大提出的草案，专家学者的草案都主张采用一般条款，特别是过错责任的一般条款。但是同时，大家也一致认为要进行一些具体的对侵权行为的列举。但是列举这些特殊的侵权形态，具体要列举多少，列举的侵权责任形态有什么标准，需要列举有什么标准，确实是我们需要考虑的一个重大问题。列举过多，类型化过多的话，我们的侵权责任法写上我想可能五百条或者一千条也不能列举穷尽。我个人建议，应当列举的这些特殊的侵权形态应当是在责任构成要件，举证责任或者损害赔偿方面具有特殊性的这类侵权，如果在这些方面没有特殊性的完全可以用一般条款来涵盖，来适用，不需要进行进一步的列举。有一个问题是涉及到侵权法于道路交通安全法，产品责任法，环境保护法以及国家赔偿法等等这些特别法的相互关系，怎么处理好这种相互关系也是我们需要解决的问题。我个人的看法就是凡是这些单行法律已经做出规定的，原则上在我们的侵权责任法上可以不再做出重复规定。但是对于这些特别法中里面规定本身是不完善甚至有漏洞的地方，我认为侵权责任法也有必要再作出规定。比如说像环境侵权在我们的

环境保护法中虽然也有规定，但规定很不完善，这是因为我们在很长一段时间对通过环境侵权损害赔偿来保护环境的重要性认识不够，不太重视用损害赔偿这样一种方式来强化对环境的保护，向受害人提供救济。比如说环境侵权的因果关系的认定，赔偿的范围，有关比如说对生态遭受了破坏，对恢复生态的这种补偿要不要计入损害赔偿？还有受害人能不能仅仅针对环境受到了侵害，他自身没有实际遭受损害而主张赔偿？这些问题都是一些重大的课题，都是需要我们侵权责任法制定中需要注意的问题。最后是关于损害赔偿的问题，损害赔偿，最近中国一直在对讨论“同命不同价”的问题，确确实实，这个问题需要我们侵权责任法应当高度地重视。这个问题我就不详细论述了。详细的问题在讨论损害赔偿我们重新讨论。这里还有一个小问题就是惩罚性赔偿要不要作为一种赔偿的方式在侵权责任法中规定？许多学者现在强烈地呼吁要引入惩罚性赔偿。我个人认为恐怕不能够把惩罚性赔偿作为一般性原则规定在内，但可以在一些特殊的侵权里，比如说故意伤害，恶意性骚扰等等这些案件中可以考虑规定惩罚性赔偿。由于时间的关系，我就先谈到这里，谢谢大家！

杨立新教授：谢谢王教授给我们这样一个非常精彩的，美妙的报告。那么下面开始研讨第一个问题，侵权责任法的目标以及与其他法律领域的关联。这个请考茨欧教授来作一个报告，考茨欧教授是奥地利国家科学院欧洲损害赔偿法研究所所长，是欧洲侵权法及保险法研究中心主任。还要补充一下，在去年东莞第一次侵权法研讨会上，考茨欧教授对侵权法的一些精辟的见解都令我们非常的钦佩。

三、23日研讨会（一）责任赔偿法的目标及其与其他法律领域的关联考

茨欧教授：首先我在此要非常衷心地感谢人民大学，感谢中方包括德国技术合作公司对我的邀请，邀请我来参加今年的侵权法研讨会，那么，如果让我来谈谈对侵权法的目标这个问题，我首先会认为侵权法的目的、目标所在首先是“衡平，补偿”。这个侵权法的目标在整个欧洲得到了普遍的认可，而且在欧洲的侵权法文献中也得到了确认。而且我们奥地利的立法也是这么看的，奥地利最新的立法建议稿也是确认这一原则。侵权法的目标主要是在于损害赔偿。当然，在这一个大前提和原则下，也存在许多争议的问题，比如说精神损害到底应当怎么看？怎么赔偿？比如说在德国，德国很多年当中主流看法、观点对于精神损害的主要功能和作用是安慰，但是最近一些年，对精神损害同样要予以精神损害赔偿，采取损害赔偿这样一种观点逐渐获得了接受，甚至越来越占上风。侵权法的第二大目标我认为是“预防”。这也为最近这些年比较新的经济方面的分析所证实了。因为对于侵权行为人来说，他知道自己的侵权行为肯定不是自动地给自己带来损害赔偿责任这样一种法律后果，那么这种责任的威胁自然会激励、促使他不要去实施侵权行为。现在，而且逐渐地大部分人也接受了这样一种观点，预防性目标不仅对过失责任非常重要，对危险责任也十分重要。在有些国家的法律体系当中，比如说在我们奥地利的法律体系中，这种预防性的思想得到了进一步的发展，发展成为一种叫做法律延续思想或者叫权利延续思想。这个思想的大体意思是说，如果一项受到侵害的法益，按照一般观念来说是具有价值的，侵害人应当对这项法益在价值方面的损失予以赔偿。那么具体到物来说，一个物因侵害行为而受损或灭失的话，这个损害行

为加害人必须对物的客观价值以及物在交易当中的所体现的价值都予以赔偿。同样的，刚才说的这样一种观念、思想可以相应地延伸到对人的损害案件中去。在这样的案件当中，人身受到损害自然就业能力会有所减少，比如说赚钱的能力也会相应减少，这样也应当相应地予以损害赔偿，至于说受害人在受到损害之后，工资是否会减少不再考虑在内，在所不计。这是一种相对来说显得更为主观、更加抽象的思路、思维方式，它对于我们刚才所说到的侵权法的预防功能提供了新的支持。侵权法还有第三项目标是制裁，“制裁”这样一个功能或目标在惩罚性损害赔偿问题上尤其重要。在大陆法系国家中，一般来说都不认可侵权法有惩罚这一功能，认为侵权法中不应该有惩罚性损害赔偿这样的责任，但是在普通法法系国家，情况正好与此相反。他们认为应该有惩罚性损害赔偿这一责任，在欧盟最近出台的“欧洲侵权法原则”文献中并没有接受之一观点。理由是什么呢？理由是这样的，如果某人没有受到相应的损害的话，那么出于惩罚的原因而让他得到相应的赔偿方面的利益是不应当的。接下来我想谈的是侵权法与其他法律领域的关系、关联问题。刚才王教授已经提到侵权法与保险法、社会保障法的关系问题，在这个关联问题上当然它可能主要涉及到对人的损害或者对人的加害的案件中，这其中也会涉及到保障人的生存的问题，你们在社会保障法当中，在这个地方的当然会关注这个经济的前提存在不利的状况。至于这个不利的状况是不是他人加害引起的是在所不问，是不关心的。在保险法或社会保障法当中，只要有损害发生就肯定要赔钱，但是如果这个损害时有负有损害赔偿责任的第三人或他人造成的话，情况就变得

比较复杂、困难了。在这种情况下，社会保险的经办机构首先应立即先行赔付，一般情况下，社会保险的经办机构也会获得针对加害人损害赔偿责任的追索权。也就是说，社会保障法的设置并不是为了减轻加害人的责任负担，而是使受损害的人在任何情况下都能很快地获得，马上得到补偿。接下来，我想谈一谈侵权法或叫损害赔偿法与商业保险法之间的关系。商业保险的意义在于覆盖本人受到侵害的危险，或者是覆盖本人可能会向他人承担责任的风险。如果是投保人最近受到了损害，就产生了如何协调本人基于保险合同得到的偿付请求权与针对侵权行为加害人的侵权损害赔偿请求权之间的关系的问题。在实践当中会有两种情形，第一种情况是除了侵权责任人所必须提供的损害赔偿的给付之外，保险公司还要再给受损害人一笔保险金的赔付。第二种情形是保险公司进行所有的赔付，然后对侵权责任人的侵权义务进行追偿。刚才说到商业保险当中的一种情况投保人本人遭受到侵害，另外还有强制性责任保险，强制性责任保险所覆盖的是本人可能对第三人承担责任的风险。这样一种强制性责任保险对侵权法会产生两方面的影响。第一方面的影响是可能会降低侵权法的预防功能。但是，另外一方面的影响它同时又会加强侵权行为中被侵权人获得赔偿的可能性。除此之外另外一种可能性，强制性责任险对侵权法的影响除刚才这两个影响之外还存在第三种可能性。也就是说，可保性问题在立法者进行侵权法立法的时候可能会是一种考虑的因素，要不要确立一种新的责任可能会使一种考量的要素。最后我还要提一个问题，这个问题对损害赔偿与其他法律之间的关联关系问题也是非常重要的。这个问题尤其是对于侵权行为中停

止侵害的请求权、消除妨碍的请求权、不当得利的请求权是非常重要的。感谢大家的耐心聆听。杨立新教授：感谢考茨欧教授的精彩发言，下面有半个小时是自由发言的时间，请各位专家自由发言。下面王军教授发言。王军教授：考茨欧教授，我实际上已经读了您参加主编的至少两本书，都是来自Unification of Tort Law，《统一侵权法》这套书。其中一本是关于Causation，因果关系；还有一本是关于Damages，损害。其他的书呢，我和我的一些同事在研究的时候也是把这一系列书作为主要的资料来源。我特别想介绍这本书，是因为这本书的编写方法有利于揭示问题。简单的说呢，首先是请十个国家的专家一起来讨论问题，第二是采用案例分析的方法，所以我非常希望呢，就是我们中国未来的侵权法是一个能够切实解决问题的法律而不是一个“权利宣言”，“权利宣言”是确认了很多权利但是不知道注明保护，实际上是很不务实的。今天由于很多学者都要提问题，我就提这一个问题而已，把时间留给别人。另外，刚才王利明教授在发言的时候提到我们将来的侵权法应该叫做责任法原因之一就是由于现在更强调责任，我的问题是能不能说今天的欧洲的侵权法与上个世纪，比如说二战以前侵权法相比，客观责任区别于主观责任、无过错责任在整体上来说有了实质性的增加。我举一个具体的例子，就是我读过德国的一个判例，实际上是很多年的一个判例，在超市里面被滑到了这样一个案例，在英美法系国家是根据过错责任，即滑到的顾客要证明超市有过失。但是在德国它用的是缔约过失的理论，就是把合同理论，通过缔约过失的方式扩大到对滑到的人的保护上。归纳一下最后一句话，在中国未来的侵权法发展过程中客

观责任应该占有一个什么样的比重呢？杨立新教授：请考茨欧教授回答。考茨欧教授：对于第一个问题，在欧洲侵权法当中，和过错无关的严格责任份量是否在增加这个问题，我可以回答是的，确实是这样。但是在这个地方，还要对在所有欧洲大陆国家法律体系中进一步作一个区分。对于大陆法国家当中，危险责任的理论确实在上升了。在瑞士、奥地利这两个国家比较新的法律草案中，还专门危险责任规定了概括性的条款。但是在英国法当中，严格责任的份量与此相反趋于消退。这也是欧盟的“欧洲侵权法原则”没有接受，没有向前走一步的原因。第二个问题你提到在超市中滑到这个案子当中，在德国法当中确实是采取了一种类似于合同的方式来解决这个问题，但是这个责任实际上还是以过错责任为基础，谢谢！布律哥麦耶教授：我还补充一句，为我的同事做一个补充。我想王军教授提到这个超市的案例是一个非常有趣的案例。为什么呢？因为刚才王利明教授在开幕词也提到了这个非常重要的问题??合同外责任与合同责任之间的关系。因为刚才这个案例总还同时涉及到另外一个很重要的概念，即所谓的“企业责任”。对于这样的问题，在德国法中倾向于用合同责任或者类合同责任来解决问题。根据合同法的思路往下走，负有责任的是企业而不是行为当中出现失误的企业员工。对于这个顾客来说实际上减轻了其举证责任，换句话说来说，这个地方蕴藏了这么一个意思，反过来是一个举证责任倒置，但是是针对过错引起的举证责任倒置，这个地方实际上涉及到侵权责任的基础，我们今天思路上的出发点是企业负有交易安全的保障责任。譬如说在超市里面，超市地面应保持一个比较良好的状况。地面上如果有问题的话

，如果地面上有洞，地面上有滑溜溜的东西，这个地方来一个举证责任倒置，说明的是认定存在过错性责任，但这个过错性责任是企业作为一个组织、一个机构应当承担的责任而不是员工个人应当承担的责任，谢谢大家！杨立新教授：下面请杨森教授发言。杨森教授：我想补充一句话，刚才提到超市或是商场案件是非常生动形象的能够说明在德国法中几十年当中“企业责任客观化”这样一种趋势。在今天的德国情况是这样的，如果一个企业主想避免自己惹上麻烦，避免承担这样的责任，就要派人每隔十分钟或是十五分钟把地面擦一遍或者看一看是否有问题。这样一个严格的义务，在二十世纪上半叶是不存在的，现在的德国去作这样一个规定的目的实际上在为过错责任与客观责任之间划定一个界限来开辟道路、创造条件。同时目的也是在于提供真正有效的责任性保护，这个案件在形式上看起来是过错责任，实际上是严格责任。杨立新教授：请孙宪忠教授发言。孙宪忠教授：我想刚才几个教授的发言给我一个很大的启发，就是我对中国的侵权法立法的理论基础问题，我想我们应该在这里强调一下。因为中国侵权法在目前中国的民法典体系下，首先要考虑和中国公法系统的关系，然后是和民法自身系统的关系，还要考虑与民法特别法或者说是附从法之间的关系。我们不能因为侵权法的制定而使其他法律之间产生不应该发生的碰撞或者说是摩擦，我想这样一个理论基础我们大家都已经找到了。刚才考茨欧教授，布律哥麦耶教授，杨森教授都已经谈到侵权法这个共同的理论基础就是损害赔偿请求权。那么既然是损害赔偿请求权，在大陆法系这个法律泾渭空间的定位是很清晰的。首先是一个民法立场或是私法立场上的救济

性质的权利，这是第一点。第二点就是它既然是损害赔偿请求权，它就和物权性质的物权请求权应该有清晰的区分，与物权请求权应该有所区分。在这样一个基础上产生的损害赔偿请求权当然在理论上是属于债权法上的请求权的基础之一。我再简单说两句，我看了一下杨立新教授编的这个法典、方案之后，我看了一下，大概前面第一条起的内容，我想是大体上是遵循了这个思路、这个规则，和德国民法典关于侵权法的基本思想是基本是一致的。这点我想是应该鼓励的。在我国，我想首先要产生一个就是对于公法上的权利损害，尤其是对公法上叫做民权这样一种权利的伤害，有时候也可能导致的是对民事权利的伤害，我们可不可以通过这么一个损害赔偿请求权把这样一种权利的救济纳入到民法系统，现在法学界还有一些争论，人大法工委也老在讨论这个民法上能保证的利益在物权上有多大，这是我的关于损害赔偿请求权方面的第一个问题。第二个方面问题就是在损害赔偿请求权的基础上，我希望还是再坚持一下，把物权法上的损害赔偿和侵权法上的损害赔偿进一步的区分开来，尽量不要把现在已经刚刚确立的物权法的体系给重新整乱了，这是我的一个小小的愿望。杨立新教授：我们尽快第一阶段就要结束了，谢谢各位专家的发言，请大家到二楼照个相，留个念。考茨欧教授：非常高兴今天有这么一个惊喜在等待着我们，我们在座的欧洲专家按照会议的议程，接下来我想我们就按照时间的进度来继续下面的讨论。按照议程的安排，我们一直工作到十二点半再进行午休，在这里，我先向大家告一个假，我一会儿中午不能和大家一块儿就餐了。因为我中午还有一个约会，这个约会是德国联邦议会预算委员会的一个检查

小组到北京来检查工作，因为是前期工作，我必须要去向他们做一个报告，报告什么呢？报告德国议会拨了钱在我们的这个项目，我们德国技术合作公司运用得有多么的好，争取这些政客在未来能够继续一如既往地支持我们的项目。在这之前，我想还有点时间可以来简单地回忆几个问题。孙宪忠教授的两个问题，一个是国家责任这个问题，第二个是侵权法与物权法之间的关系问题。在大多数欧洲国家中，都有关于国家责任这样一种责任形式，像这样特殊的责任形式。在这个国家责任问题中，民法的归责原则还是挺适用的。在有些国家法律制度中有这样一种倾向，把国家责任，有的叫做公务责任变成一种与过错无关的责任形态。关于提到第二个问题，关于物权性质请求权与侵权法上的请求权之间的关系，我非常同意你的观点。在这两者之间应把它截然分开，分得清清楚楚。比如说原物返还请求权，其目的是和侵权法上的请求权是不一样的，它应该放到其他法律中去。另外有两项权利，一个是抗辩的权利，以及消除妨碍的请求权，看起来与侵权法上的损害赔偿请求权是比较相近的。相对于刚才所说民法上的请求权，显然和侵权法还要靠得更近一些，但是实际上它和侵权法上的请求权的基础是不一样的，比如说是消除妨碍的请求权和侵权法上的损害赔偿请求权目的是不一样的，它的目的在于消除妨碍的来源，和侵权法上的损害赔偿法的目的是不一样的。从法律后果来说要更小一些，从前提、条件来说相对侵权法也要小一些

布律哥麦耶教授：刚才孙教授提到了一些非常基础性的问题，请允许我就提到的几个问题加几句。侵权法发展历史上的决定性的时候就是十九世纪发生工业革命，和今天中国实际上可能处在一个类似

的状况当中，所以我在这个地方想向中国提的一个建议是中国千万不要重复德国当年所犯下的错误。在十九世纪的德国当时发生这么一件事，就是把所谓的传统责任和现代化的责任区分开来，德国当时的做法是把工业社会发展所带来的一些新的挑战、新的问题用一系列特别法或类似的做法加以规范和处理，比如说，刚提到工伤事故当中的损害，德国当时是用社会保险体系、社会保险来替代侵权责任上的赔偿。而对于许多技术性危险，比如铁路、飞机等交通事业所带来的危险，十九世纪的德国也是用这个强制责任保险来替代危险责任，所有刚才提到的新的立法、新的做法都是在德国的立法框架之外来完成的。我们的德国民法典，大家知道的，是于1896年生效的，它延续了罗马法和自然法的伟大传统，在这样一个传统当中，责任的基础是过错，来自于个体行为的过错性，这样一来，在德国从立法上有两大块，一块是传统的德国民法典，延续了罗马法和自然法；另外一块是为数众多的特别法。怎么样把这两大块合二为一，协调成一块这个工作德国一直在做，但是一直到今天也没有成功，实际上它是走两条路。如果今天的中国要制定最近的侵权责任法，我建议要避免从一开始就犯德国这样的错误，从一开始就要争取把这两股道路拧成一股绳，把普遍性的侵权责任法与严格责任包括强制责任保险纳入到一个法律框架。最后允许我就国家责任再说两句，这个问题上，德国法还是存在两条道路上的问题，一方面在德国民法典中有相应的一些规定，除此之外，还有一部叫做“国家责任法”。这个地方有一个基本的思想在里面，当国家在执行主权任务时，对这样的公权力行为，主权性质的行为是由国家承担责任而不是国家工作人

员来承担。德国的法律在过错问题上有这么一个假设的前提，就是私人包括机构是有过错的，责任当然是以过错为前提。但是今天的欧洲各个国家本国立法发展在很大程度上受到欧洲法律统一进程的影响和左右，所以从整体上来说整个欧洲在国际责任问题上的发展倾向是与过错无关的严格责任。

杨森教授：其次我也就跟着布律哥麦耶教授后补充两句，我非常同意他的观点。就是如果我们制定侵权法的话应当以一个法来解决所有问题，把所有问题放在一个法里面。如果两条道同时走的话就容易把侵权法内各个问题的联结点搞混了或是丢掉了。另外就是布律哥麦耶教授也介绍了德国在十九世纪立法当中所犯下的错误。但是我认为他刚才所讲的情况还不够全面，实际上犯了两个错误，第一个错误是除了在民法典、侵权法外还搞了许多特别法出来；另外一个错误是到十九世纪中叶，德国人对责任的理解是责任必须以过错为前提，但是这样一种观点，我现在把它称之为危险责任这样一些情况没有过错好像就没法儿纳入原来的框架里，以原来的框架为基础来进行解释。我下面所说的可能不是一个问题，所谓“过错”也有轻重之分，可能存在一些比较轻的过错，包括像英美法里面的过错或过失。

（二）概括性条款和列举性条款的关系

尤翰林教授：刚才提出来需要解答的问题，我希望你们得到了解答。接下来我们或者就来讨论侵权法的第二个细的分题：概括性条款和列举性条款的关系。这个问题实际上刚才王利明教授在开场白已经提到了这个问题。接下来，就请允许我请杨森教授就此先谈一些。

杨森教授：一边是总则性规定，一边是列举性规定，这样一种结构、一种对应关系恰好反映了侵权法上的责任和它必须负责这样一种状

况之间的关系。侵权法上的总则性条款能够包含很多的构成要件，其中涉及到一些重要的问题，比如说损害、过失。与这种总则性条款相对应的是列举性的规定，从立法技术上来说是另外一种做法、方向，列举性规定更多是把特殊构成要件列举出来，讲述的是具体的行为构成要件，其中较少价值评判性的，更多的是一些经验性的内容在里面。比如说核电站的有关责任，或者是关于招工的有关责任，总则性的规定给法官在办案的时候留下了更大的余地，而这些规定把一些具体的构成要件来列出来。迄今为止，整个欧洲还没有哪个国家的立法能够做到把侵权法的所有构成要件都纳入，用一个总则性规定、概括性条款加以归纳、加以涵盖，相反，大部分国家都是和刚才王利明教授所提的建议、做法一样，都是有一个总则性条款另外列举了若干个危险责任的构成要件。值得一提的是，法国法发展出了一条有关危险责任总则性的条款、规定，不光是涵盖了所有危险责任，甚至涵盖了所有与物有关的责任，也就是说把过错责任和危险责任严格区分开来。但是无论是法国法的做法还是大多数欧洲国家立法的做法，基本上都是导致了今天这样的局面，把两者之间划上一条很清晰的分界线，这样的做法我个人认为并不是特别的理想，虽然各国的做法并不一样。有的是一条关于过错责任的涵盖性的条款加上若干条关于过错责任的另行规定。法国法是两个总则性规定，一个是关于过错责任，一个是关于危险责任，但是都是在两者之间划上一条很清晰的分界线。我个人认为这样并不是特别好，我个人觉得侵权法中最理想的情况是有一条涵盖性更强的总则性规定，能够涵盖所有的情况，而且这样一种总则性规定能够保证我们称之为危险

责任这样一些责任形态能够依据这样一个总则性的规定在它的度上可以做一个逐层次的区分和划分。这个刚才提到的是当前欧洲法在这个问题上发展的现状。在2005年的时候，大家都知道欧盟出了一本叫做《欧洲侵权法原则》这样一个文件，我们针对这个文件已经在2005年提出了这么一个建议，弄一条总则性的规定可以涵盖所有。刚才谈到了欧洲在这一方面立法的现状，接下来我再谈一下总则性规定与列举性规定之间的关系，在很多人的做法、观念中，大家不知不觉的、或多或少的、有意无意的把这两者对立起来，看作是一对矛盾。但是，我倒不这么认为，如果能够把两者结合起来的话益处更大。其实我们可以发展出一条总则性规定，另外开列出一些列举性规定，做一些若干条的列举规定，这些列举性规定可以对总则性规定、概括性条款形成很好的补充。那么甚至我们可以说这些列举性清单可以不是一个目的，可以是两个清单，这是指的什么呢？从立法者的愿意来说的话，可以针对他希望、促成的行为责任开出一张正面的清单，另外，按照立法者的立法意图，可以针对希望阻止或者预防的行为再开一张负面的清单。通过这样的方式，立法者一方面拿出了概括性非常强的这样一种规定，另外一方面可以通过这些列举性规定来清楚地说明立法者的立法意图，来说明其价值判断。关于这个问题我当然可以继续往下讲，往细节讲，但是恐怕一直讲到明天晚上研讨会结束可能还讲不完，涉及到的问题太多太细，所以我想呢，最好还是就此先打住，接下来我们进入讨论环节。尤翰林教授：非常感谢杨森教授刚才关于概括性条款和列举性条款之间关系及目前发展状况的发言，我想看一下在座的同事们对这一块有没有什么具体

的问题。张新宝教授：实际上从民法通则到法工委的官方草案，以及绝大部分学者建议稿对这些问题都采取了规定一般条款的态度。只有极个别的人有不同的看法，就是最高法院副院长黄松有先生，他认为还需要向德国法第886条，第823条第1款、第2款、第826条这样的规定，这是少数人的观点。如果说多数人的观点是要主张规定一般条款，但也有些分歧，这个一般条款是只针对过错责任还是包括所有的侵权的？如果像埃塞俄比亚民法典或者现在欧洲侵权法原则草案的话，那将是全面地一般条款，既包括过错责任也包括无过错责任，如果是采取这种方式，那么对后面的分则的影响就是不一样的，分则所谓的列举实质上不是对某一案由或者诉由的列举，而是对一般条款的进一步具体化，也可能是过错责任也可能是无过错责任，还可能是责任承担的这种联系方式，比如说共同责任，连带责任，按份责任这样的一些规定。因为它不可能列举全部种类的侵权责任，也就是否意味着在未来的司法实践中如果是一个在分则中列举了的侵权责任类型，那就适用分则的规定；如果是分则中没有列举的是否就适用刚才所说的一般条款的规定，如果是这样的话，谁有权利人决定要适用总则、一般条款的规定呢？我要问的问题就这么多了。杨森教授：我相信这是一个非常开放的问题，就是在一般条款与具体列举之间实际上是这样一种情况，具体列举必须在一般条款框架下，而在德国的侵权法当中出现的问题是，具体列举超出了823条一般条款规定的内容，这样就会产生适用上的问题。你们在总则性规定和分则性规定之间在适用的时候存在着两种可能：一种是适用条款在分则里面有明确的列举的特殊侵权行为，在这种情况下，首先是适用分

则中的特殊侵权行为规定，当然在具体列举时也同样还要适用一般条款所列举的侵权构成要件。但是如果说在生活中出现的一些特殊的侵权行为在分则中没有列举，这个时候是不是单纯地适用823条，只适用一般条款？我个人认为最好还要适用推定的方法，首先要看在已经列举的特殊侵权行为排出了哪些，比如说各种要件的判断价值，然后再单纯地适用一般条款。当然在适用过程中首先还是考虑由立法来加以明确，然后是判例。我想再谈一句关于一般条款的问题，到底一般条款应该有几个还是取决于我们对一般条款的看法。如果我们认为侵权法的中心是保护各种法益，那么我个人认为就这一点来说，不应当把一般条款搞成两个，一个一般条款调整过错责任，一个一般条款调整危险责任，应该讲它们合并起来，在合并的前提下，然后再就它们不同的构成作可能的区分。从广义的财产保护来说，可能还要添加一个小的一般条款。德国民法典第823条第2款违反保护他人法益的法律所产生的一种侵权形态，也就是说在更大范围内，把各种有可能侵害法益的情况都纳入一般条款。德国民法典第823条第2款是调整所谓的违反保护他人法益的一般条款，是一个兜底条款，各种侵权行为都受保护，但对于这种一般条款，它基本上是不考虑过错的，只有对于823条第1款才是真正考虑过错构成要件，另外是谈到如果说像一般条款是调整共同侵权和单独侵权的问题，像这样，实际上与归责原则一般条款没有什么必然的联系。张新宝教授：我们对于过错责任规定是有争议的，我们现在有些主流学者比较反对将无过错责任或者严格责任也纳入一般条款当中。疑问是，反正后面还要一一列举，这些构成要件都要加以驳回，这样你归入一般条

款除了满足逻辑上的完美以外还有什么实际意义呢？杨森教授：如果说我们要是规定两个一般条款，一个专门调整过错责任，一个调整危险责任。实质上始终面临一个问题，如何在特殊侵权下面区分它的归责原则，到底是哪一个一般条款？在欧洲，我们现在有一个明确的认识，实质上在侵权法上不可能有一个非常明细地区分过错责任和危险责任。实际上过错责任与危险责任始终存在着过渡状态，你很难区分。如果简单地规定两个一般条款，在适用是就会出现一个不公平的状态，实际上出现的大量侵权到底是归入过错责任还是危险责任？如果说非要作两个一般条款，一个过错责任的一般条款，一个危险责任的一般条款，存在两个解决的方法：一个是允许推定适用明确列举的特殊侵权当中的危险责任，法官可以推定适用危险责任；还有一个解决方法是德国，它不允许推定适用危险责任，但是规定一种严格的过错责任，其应当承担的义务非常高，这样能够起到一种规制的作用。

考茨欧教授：我完全同意杨森教授的观点，比如说过错责任与危险责任存在一个过渡地带，这个过渡是一个平滑的过渡，但是这两者之间很难划上一条清晰的界线，但有一点我的观点和他的不一样。我不认为我们有能力制定出一条足以囊括所有的过错责任和危险责任的概括性条款。我们奥地利的办法是，我们现在的法律是采取这样一种办法：搞两个概括性条款，一个就过错责任这个侵权法的核心做一个概括性条款来规定；就危险责任再做一条概括性规定，这就有两个概括性规定了，除此之外再加上一条概括性规定，主要针对两者之间的过渡状态，在这两个概括性条款中我们都纳入了一些相关的标准，另外在条文中也提到了对你们所说的程度上的

差别有所规定。最后，我们在有关过错责任概括性条款也做了这么一个规定就是要视当时情形，即危险性来决定当事人在当时状况下应当具备什么程度的谨慎或注意义务。这样在立法上我们通过这样一种结构在单纯的过错责任和纯粹的危险责任之间，把这两个都照顾的同时，在它们俩之间又能形成一个平滑的过渡这样一种状态。另外一点和刚才杨森教授所提的建议所不同的就是我们在奥地利的立法中并没有一方面关注法益的保护，另外一方面又着眼于行为，相反，我们做得更多的可能是在关注程度、在行为义务程度上做文章。法律上规定说每个人对他人的物都有一定程度的保护义务，然后根据这样一个基本的想法再往下规定这个人在具体情况下的行为构成义务是怎么样的，但是我们这么一套做法在框架之内对于刚才杨森教授所提的思路还是给予充分的考虑，还是充分考虑到。刚才杨森教授说的是很恰如其分。我们奥地利立法上也没有将总则性规定、概括性条款和列举性规定严格对立起来，相反是将它们相互补充的。我们有总则性规定、概括性条款，然后再在概括性条款之下有举了很多例子，除此之外有针对特殊的情况再行规定。杨森教授：考茨欧教授认为这个一般条款分为三个：过错责任、严格责任、为了弥补过错责任和严格责任划分可能留下的空白再作一个过渡的一般条款，使得分层次相对来说就没有遗漏。实际上和有一般条款下分为三个条款是异曲同工，只是语言表述上的问题，比如说在德国，它就是分了很多层次更小的一般条款。比如说过错责任有违反较高注意义务的过错责任，也有绝对的过错责任；包括在危险责任中也有较高的危险责任和绝对的危险责任这样一步一步地有过错责任向绝对的危险责

任过渡，问题是立法上是以保护法益为中心还是以侵权行为作为一般条款的中心。这里有一个问题就是关于信赖利益的保护问题，如何归入到一般条款当中，如果从法益保护来说，就是行为人本身的法益、信赖利益要受到保护；如果要以违反保护他人法律角度来看，每一个市民对国家的立法活动有信赖，比如说别人欺诈了，不是说法官如何推定适用现有侵权法中的各种特殊侵权行为而是我相信立法肯定会对这种特殊的侵权行为做出调整，而不需要法官进行推定。如果说没有违反保护他人法律的特殊侵权行为的一般条款，这时候法官来推定如何适用这个信赖利益的保护，到底这种信赖利益构不构成法律上所保护的法益。考茨欧教授：就杨森教授介绍情况再补充一点，刚才实际上谈到了保护性的法律和普遍意义上的法益保护之间的关系，主要是因为德国法上，像德国这种立法，德国法对法益的列举是完全有限的，就823条列举的生命、身体健康、自由等一些严格意义上的法益，所以导致它必须载上兜底性的违反保护他人法益的法律，使它保护的法益范围得到扩展。如果像奥地利的法律上所做到的那样，用一条总则性条款来涵盖所有的与过错责任有关的这样一些情况，那么相应的保护性的法律是不是可以用一些列举性的规定，比如在刑法、公平交易法、反垄断法这些都是保护一些特殊的法益，这样的法律的意义自然会相应下降。像其他保护性法律本身并不是目的所在，它的目的在于保护其他法益，所以说保护范围要有所扩张。孙宪忠教授：刚才大家提的问题都是从所谓责任归责这个角度来考虑立法条款的问题，我觉得这个当然是很有意义的，但是我觉得这还不够，好像没有怎么考虑到从法益这个角度来思考立法条款

的问题。在中国有一个很现实的问题，包括在座的很多年轻人找工作，比如说个子矮的人，女性在就业方面受到歧视，还有类似像这样的一些问题，当然，还有一个宪法诉讼来解决这个问题，但是如果当事人是对他自己个人权利、法益的侵害并不愿意代表所有个子矮的人，他就是代表他自己主张法益的损害，虽然说也是宪法上的权利，那么在这样一种情况下，这种法益能否转化为民法上的法益来进行保护的问题？在这个一般条款中是否要考虑法益这个角度来扩张我们的民法？马上时间就要到了，我先把这个问题提出来，我们下午再进行思考。

尤翰林教授：非常感谢孙教授的提问，但是遗憾的是，我们的时间到了，到午休的时间了，所以我就按会议的议程先打断大家，在午餐之后我们继续讨论。

（三）归责原则

孙宪忠教授：下午我们主要讨论归责原则问题，首先请来自美丽的不来梅的布律哥麦耶教授做一个简短的发言。

布律哥麦耶教授：在这里我先接这个机会衷心地感谢会议的主办方，感谢邀请我来到北京，这样我才有机会参加今天的研讨会，才有机会就侵权法的有关问题提供我的意见。下午我想在讲归责原则之前，我是不是先回答一下下午会议主席孙老师上午最后提到的大家找工作受到歧视这个的问题？我首先讲两句，孙老师上午在提到这个案例时也提到了我们德国的宪法，德国宪法第3条也讲到了人的平等，男女两性的平等。很遗憾，德国宪法上关于男女平等的这样一条规定在很长的实践当中没有发生什么直接、具体的效用，直到后来欧盟在这个层面上，在民法的层面上，大家才不得不解决这个问题。欧盟出台的第一个国际法，在国际法层面上做出一些推动。欧盟在七十年代就规定关于男女平等的第一个法律

方针，欧盟这个方针里不比较棘手的一个问题是如果企业或者雇主在用工方面有歧视的话，我们能采取什么样的制裁方法？比如说，被歧视的员工有没有可能就其被歧视的问题要求赔偿？德国法官倾向于把这个问题看成是缔约过失问题，在申请就工作岗位过程中没有取得成果，换句话说被拒绝的申请人可以要求赔偿其在这一过程的在通讯方面的费用、开支，像为联系申请工作，寄送个人履历的邮费等等。在这个判决之后又经过了好几个审级的诉讼，事情一直闹到位于卢森堡的欧洲人权法院，该法院判决德国应采取措施对在录用职工问题上男女不平等的歧视行为给予更严厉的制裁，在卢森堡欧洲人权法院做出判决之后，在求职当中遭到性别歧视的求职者最多可以要求相当于三倍工资的赔偿。刚才说的是欧洲的第一项有关男女平等的方针带来的发展。欧盟就男女平等问题在2000年初又出台了第二项方针，这个方针的直接结果在德国是也有了一般性的、普遍性的平权法。这个新的普遍性“平权法案”不仅仅针对用工环节上发生的性别歧视问题，而是针对对象包括所有在社会生活领域发生的男女性别歧视问题，比如说租房的问题上或其他可能领域。这个法案中包含了合同外的责任。在关于孙老师您上午提到的问题我在这里简单地回应这么一点情况，接下来我来讲一下下午的正题——归责原则的问题。既然讲到归责，在这里我们很自然提到，归责到底是什么东西？把什么东西归到谁的名下？归责这样一个问题，当然，有一个出发点其实上午我们实际上已经提到过了，就是有一项法律上受到保护的利益受到侵害了，这个地方所涉及到的侵害对象不仅仅包括权利，也包括法律上获得承认的利益、法益，只要是侵权法中获得承认的

法益都包括在内，侵害行为当然要算到加害人的名下，这个地方涉及到的第一个前提条件是大家都很熟悉的因果关系问题。对于承担责任的问题上来讨论因果关系并不是个很难的事情，我们大家基于日常生活的知识、基于日常生活中积累的理论，很容易找到事件的结果和原因之间建立起所谓的因果联系来。因果关系如果在不作为的情况下，如果说是重复的行为发生导致的结果，可以认定有因果关系。但是在特定情况下，因果关系可能会成为一个问题，从自然科学角度来证明有时候是非常困难的，比如说在化学物品致害的程中就是这样的。这样一来，出现这样一种现象，我们可以做这样一种处理：既然无法证明明晰的因果关系，可以采取一种按份的责任、按比例的责任这样一种责任形态。所谓“按比例责任”是根据因果关系可能存在的或然程度，如5%、15%、20%的比例让可能的肇事者承担责任。我们刚才既然说了因果关系问题是首要归责的原则，相应地，我们也能看得出来，在民法中的举证责任就变成了一个非常重要的问题，谁承担举证的责任，举证责任的规模、尺度都是需要考虑的问题。也就是说，在涉及到侵权责任诉讼中谁应当举证，举证责任实际上落在哪一方，负有举证责任的一方应证明到什么程度，这些问题是非常重要的。欧盟法律一体化过程中如对这个问题的不加以处理而悬而挂之的话，那么欧盟法律一体化也将会是不完善的。各国在这个问题上传统上的做法、规定得也不尽相同，在北欧国家和普通法国家在这个问题上采取的态度是证明程度要超过50%，也就是说要有绝大部分的可能性。与它们相反，欧洲大陆国家，比如说在德国，这个问题上对证明程度要求是非常高的，比普通法国家和北欧国家要高

得多。当然在个案当中可能多少有点不尽相同，但是原则上来说，证明程度要达到90%甚至更高。在具体个案进行归责的话，首先考虑问题是因果关系，其说明了一项行为和造成的损害之间的联系。在此之后，第二个重要的归责原则是责任的类型，在这个责任类型问题上，我恐怕和两外一位来自欧洲的同事有所不同，我个人倾向于分未三种责任类型：分别是故意责任、过失责任和危险责任。很显然，故意责任和过失责任之间有一个明晰的界线，两者的差别很大，故意责任有自己一套内在结构，故意责任的前提是存在着违法的故意，即加害人在明知且自愿的情况下实施了加害行为，故意责任还有第二项前提条件，加害人对自己加害行为的非法性质有所认识，明知自己的行为是非法的，但是如果存在所谓的禁止性错误的话，对这种行为的非法性认知就不存在了。也就是说，如果当事人对自己行为非法性质的认识上犯了错误，不知道自己行为的非法性，就不存在故意的问题，但是可能涉及到过失。错误可能存在各个环节上，刚才说到的是对行为的法律性质合法与否的认知可能发生错误。另外，在行为对象上也可能发生错误，比如说牙医给病人治牙时，可能错把好牙当坏牙给拔掉了；或者医生在做手术时把健康的器官切掉了。他们的行为肯定是故意的，但他本人对此是在无意识的情况下犯的错误的，如果他所犯的错误的本身是可以避免的话，在这样一个案件中就要认定他要承担的是过失责任。我认为故意责任是一种独立的责任类型，在故意责任当中，很多法律原本可能获得优待都会丧失掉，都不可能实现。比如说针对故意责任不可能有强制责任保险，国家或企业主也不可能就故意责任承担责任后再对员工进行追偿。关于故

意责任，还有一条就是它这个蓄意应当包括了法律上所受到保护的具体利益。总结一下就是在归责的问题，比如说在故意责任的归责问题上，应当注意的一个重要因素。相应对于过失责任，过失归责时应遵循或注意的一个归责原则。过失责任的“过失”，过失这个问题在欧洲大陆法系国家一直都是一个有争议的概念。根据我个人的看法，对于过失这个问题可以概括为以下三个方面：第一个方面就是能够确定存在着且能够为经验所证实的侵害行为。要认定行为有过失，接下来应当确定应当有标准的或必要的行为，说到这个地方我要指出一点就是要确定我刚才讲到的标准的、必要的或正确的行为。对这个问题的确定、认定是一个法律问题不是一个事实问题，从这个意义上来说，所谓过失是不能用证据来说明的，因为在这个地方变成法官或者法院的一项任务，法官或则法院必须针对具体的个案当时发生的具体情况来规定当事人在当时的具体情况下什么是标准的或是必要的。接下来第三个问题就是应用的问题，刚才所说的标准的、必要的或正确的行为套用到具体的案例中去，然后来看一看当事人在案件中表现出来的行为是否符合这样一个标准，如果他低于这个必要的标准他就有过失了。最后，就这个问题我再补充一句话，据我了解，世界各国的法律体系中都是这么规定的，而且我也认为这个规定是正确的、有道理的，他们都把刚才谈到的这种标准的、必要的或正确的行为的性质看成是客观性质而不是主观性质。在故意责任和过失责任之后的第三种责任类型，或者说是故意和过失之后的第三种归责标准、原则，就是危险责任当中的风险的实现。在很长一段时间当中，人们对于能不能给危险责任找出一个基本原则拿不准，

随着工业化的继续发展，人们倾向于这样一个观点，对于危险责任还是有一个作为基础的基本原则，这样一个基本原则是允许进行或实施某种危险活动，而这个活动本身又是不能够完全加以监控的，并且可能带来危险和危害的。原则上，危险责任应当和过错责任以及结果责任严格地区分开来。危险责任不同于过错责任、结果责任，危险责任不需要考虑主观上的故意过失，关键是考虑它的因果性，但它也不同于结果责任。危险责任之所以成为一种独立的归责原则，关键是在现代工业化社会有一些不可控制的危险，而这些危险又是不可避免的，这就是为何需要危险责任的存在。我来给大家举一个例子，假如一个主人带来一条名贵的、很好看的纯种狗去散步，遇到别人的一条混血杂种狗，然后名贵的母犬与杂种狗好上了，可以想象对方是斗牛犬和牧羊犬的杂种犬，长得很难看。这样纯种母犬的主人将杂种狗的主人告上了法庭要求损害赔偿。对于这样一种情况，德国民法典第833条第1款所谓的动物主人或者动物持有人的责任，从民法上来说，纯种的母犬在违背主人的意志的情况下与杂种的公犬发生交配，把这个情况往那一摆，事情就很清楚，如果发生损害的话，由谁负责呢？当然是公犬来负责任。因为存在一个因果关系，虽然这个因果关系很明显、很清楚，但是如果把这账算到公犬主人的身上，除了因果关系之外还需要这样一个原则或条件，所谓的和动物有关的特殊风险得到实现，这是第二个必要的原则、条件。这个地方来自动物的危险，在很长一段时间当中，大家认为动物的危险指的是动物的进攻性危险，遭到动物袭击的危险。因为狗总是张牙舞爪的，爱咬人。而合乎于动物天性的动物行为不是和动物相关的危险，

这两条狗只是按照狗的天性来实施这样的行为，根据德国联邦法院的判决，第一次把宠物之间的交配行为算作是动物可能带来的危险的实现形式。我希望我刚才所讲的一个小小例子能够说明危险责任在归责的时候除了因果联系之外还有另外一种附加的要素在里面。这样一种原则实际上也体现了立法者在法律规范当中所体现出来的价值判断。这样一种原则不仅适用于我刚才所说的宠物的危险，也同样适用于交通中的机动车的危险、飞机的危险以及铁路的危险。刚才讲到归责时所讲的第二项原则包括三个方面：故意责任的故意，过失责任的过失和危险责任当中对风险的实现。是第二块。还有一个很富有争议的问题，当事人是否投保强制责任险这样一个事实对个案当中的归责会产生什么样的影响。我曾经有一个奥地利的同时说过这样一句话：谁保了险谁就承担责任。在这个地方我不想说这个人是在考茨欧教授，他对这个问题肯定有他自己的看法，实际上法院在判案的时候，针对非财产性质的损害会把当事人是否投保作为断案的一个考虑的因素，这也是一个公开的秘密，大家都知道的。接下来请允许我讲讲另外一个问题，这个问题无论是在学理上还是实践当中都具有非常重大的意义。这就是英文中所谓的间接损害的问题。对于这个问题的讨论，将会说明除了我们刚才已经讨论过的几个问题：因果关系、过失或者危险责任当中的危险的实现。除了这些因素之外，还有一个非常重要的归责是必须要考虑到的因素，为了探讨这个问题请允许我举一个在全世界各国大家都非常熟悉，大量出现的现象，所谓惊吓带来的损害。在惊吓带来的事故当中，通常会有两个受害人，第一个当然是事故本身的受害人，比如说交通事故中的伤者、

死者是第一受害人，其所受到的侵害自然要算到肇事者头上，但在这个案子当中，除了加害人、受害人两个人之外还有第三个人存在，这就是受到惊吓的第三人，他可能是车祸现场的目击证人，其亲眼目睹了交通事故因而受到了惊吓；也可能是听说了这个交通事故受到了惊吓，这个被惊吓者受惊应有一个损害，那么这样一个损害和因果关系怎么算？是不是也应该算到事故的肇事者身上呢？对于这个问题，世界各国都是议论纷纷而且吵得非常厉害，毫无达成一致意见的迹象。对于这个问题怎么来解决它呢？是用因果关系来解决还是可预见性来解决，还是用过失这样一个因素来解决，或者是价值判断性质的规则来解决它？各国都是吵得很厉害，包括欧洲侵权法立法文件的起草小组对这个问题也没有达成一致的意见。最后他们是把这个问题放到附件里面，放在文件的后面。这个问题显然不是因果关系的问题，也不是过失的问题，更多地是带有价值判断性质的归责问题，在世界各国所有的法律议案都努力尝试过就这一种惊吓的损害案件发展成一套规则的标准。他们想通过这样的标准把第二种受害人所受到惊吓的损害算到第一起损害的肇事者身上去，但是都没有做到。在我看来，在这样的案件的判决当中更加重要的一点是，法院或者法官应就案件的归责问题做出价值判断性质的规则，这样的规则应当把所有的，应当考虑在内的因素都考虑到。一般来说，法院都是认为事故的肇事者、加害者对间接受害人负有一种注意义务，我们当然可以找出一些案例来研究这个问题，不管是把它叫做间接损害还是叫做注意义务，不管用什么样的名字来叫这个，这种案型都可以找出一些案子来。我个人认为最为形象的一个案例是纽约的一个

法院于1928年就卡多佐这个案子所做的判决，我的发言就先讲到这个地方，谢谢大家！（四）损害赔偿法王卫国教授：现在我们开会，根据会议的安排，今天下午还有考茨欧教授关于损害赔偿法的主题发言。考茨欧教授：我就先点几个点吧。我想这几个点对后面的讨论是比较有意义的。我们现在要讨论的是损害赔偿法，损害赔偿是对损害进行衡平，损害的概念就变成了一个非常重要的概念了，尽管损害概念在损害赔偿法重视一个核心概念，但在各国的法律条文中很少能够找到对损害概念的具体界定，唯一我现在知道的有两个例外，一个是奥地利，奥地利法律对损害下了一个定义，另外是欧盟在“欧洲侵权法原则”这个文件中也尝试着给损害这个概念做了一个界定。当然我们也可以大体给损害这个词解释一下，也许可以把它解释为受到法律保护的法益受损。损害包括两个方面：一方面是财产性质的损害；另一个是非物质性质的损害。如何区分当然有一个标准，标准就是因为损害而遭受的不利能否以金钱的方式体现出来。另外一种区分方式就是可以用金钱来衡量的损失和实际发生的损失。实物损失在恢复原状请求权这类问题上是非常重要的。许多国家的法律都是这样规定的。发生损害之后，有两种办法来予以赔偿，一种是用金钱方式来予以损害赔偿，或者是要求侵权行为加害人恢复原状，使受损利益恢复到侵害前的状态。通常情况下，法律规定由受损方自己选择愿意选取哪一种处理方式。对于财产损失这个问题，我只想探讨一个问题，所谓按照主观标准来进行估算还是按照客观标准的问题，一般情况下，财产方面的损失是按被损害方的看法来衡量损害的程度，所以由主观衡量的这样一个提法。但是如果按照权利延

续思想来说的话，财产方面的损害，除了主观方面来衡量的价值之外还有一个客观的在交易方面能够体现的价值。举一个交易价值减少的例子，比如说一辆机动车出过车祸，经过大修之后修得很好了，可能一切方面都看不出任何破绽了，但是这辆车的价值已经跌下去了，因为它属于出过事故受损车，每一个潜在的购买方都会担心这辆车有没有潜在的问题。大家都不愿意买出过了事故的车，这辆车虽然修好了，但是交易价值已经降低了，可是这个事情如果按照主观的角度来看，车的价值似乎没有减少，因为假设这辆车被撞了，车主将受损害的地方修好以后仍然自己使用并不出售，这种情况下，对车主来说，主观的使用价值没有任何改变，因为不出售价值的减少也没有体现出来。至于说交易价值的减少，减少幅度有多大跟时间有关系，比如说以刚才修过的机动车为例，如果车出过事故用过很多年后再出售，交易价值随着时间的延长减少幅度越来越小，因为时间过了很多年之后，大家都已经感觉不到这个事情，也就是说，永远都很难说主观方面的价值的损害时多大，除非我们把这辆车卖掉或将其弃之不用。这就是从主观的角度来衡量损害程度或受损价值多少这种方法的问题，相反从客观价值角度，一切都很清楚了，这辆车在出事之前的交易价值是多少，出事之后的交易价值又是多少，这中间的差额是很容易就能够确认的。无论是奥地利的立法或是欧洲的相关立法都接受了这样一种客观衡量的方式。接下来谈到精神损害的问题，世界各国法律在这个问题上都表现得比较谨慎，至于精神损害赔偿的幅度相对于物的损害来说也都没有那么大、那么宽泛。大家这样解释当然是有道理的，是因为，首先，对精神层面损害，在

事后检验、探查是很困难的一件事情；另外，精神方面的损害也很难量化成金钱。在这个精神损害的问题唯一能做到的事情是给受损害方钱，给其给付，但给付的目的是说其已经在精神层面受到不利的影响，给他钱也是让他在精神层面上得到利益。另外，在这个问题上还要考虑级别的问题，被损害的法益从层次、级别来说是比较高层次、高级别的一种法益还是相对来说比较低层次的，我们从实践中也可以看到各国的法制体系都是这样的，做法上表现出一些共同的特点，就是说在损害的情况下，如果受损的法益相对来说属于比较高层次的法益，从司法上认定赔付损害赔偿的意愿也会更强一些，对受害人遭受的身体伤害、缺憾也会带来精神层面的损害，这两者之间横向联系也比较容易查明，在这种情况下，从司法者的角度来说的话，他也是更愿意或更积极地认定在这种情况下存在精神损害赔偿责任。也就是出于这样一个原因，在基本上几乎所有的国家的法律当中，不约而同地都发展出了和人身伤害相关的精神赔偿金制度，但是对于其他的精神损害，比如说因为婚姻问题引起的伤害，就好像很少有精神赔偿金这样的规定，因为这种伤害很难在事后加以检验和查明的，包括在日常生活中出现的各种恼火的事情，或者是对于精神上的愉悦、舒适的剥夺，对于这种情况给予精神赔偿金在世界各国都是比较少的，因为很难把握。区分财产性质的利益和人身性质的利益，严格说一件很难的事情，所以相应地也需要一些标准。在德国对机动车的案子中，如果车出了事故，从商务层面上来看车的价值有所减少，但与此同时车被撞了固然有财产方面的损失，加害方也要把车给修了或赔偿或是怎么样，但在修理时间内，车的保有人仍然

每天要支付比如说车库的租金、养路费、车船费等等这些费用但是得不到相应的效用，这样，对他在精神上可能造成沮丧的一种状况，这就是一种精神损害。这个地方，他遭受的不是财产性质的损失，因为在这个礼拜当中，车库车位的租金、有关的税费开支不管车在不在他都是要付的，但问题在于这一个礼拜这个钱正常操作不了，他没法用这辆车了，这样才说是精神层面的损失了吧。包括奥地利的立法在类似情况下也会认定精神损害，当然它的具体标准和德国法有些出入，但奥地利法的特别规定开辟了新的司法赔偿的可能性。接下来我还想再简单提一下单纯的或纯粹的财产损害问题。在这个问题当中，所涉及并不是某个人或某一物受到了伤害。各国对单纯的财产损害情况规定也不一样。在德国法上，为了保护单纯的财产损害可以用合同法上的手段来加以保护，有很多本身属于侵权法性质的保护手段都被拉到合同法的项下了，比如说他会考虑用缔约过失责任这样的责任来加以保护，除了合同法上的手段之外，还通过像谨慎义务等其他的手段来拓展保护的可能性。奥地利的法律和德国法不一样，奥地利对纯粹受保护的利益、绝对权力给予这样的保护，但是相反，对单纯财产损害问题上表现得也是比较谨慎，但是德国法的立法也带了两个极端，在两个极端之间还是可以找到一种中庸之道的，可以通过大量的案子进行分析归类，整理出个各种各样的案型出来，针对案型开发出一套保护机制，同样能够实现损害赔偿的目的。因为单纯财产损害有可能发生在不确定的多数人身上，这样的话，也有可能对单纯财产损害提供的保护也要注意不能过于泛滥。在这个问题上虽然不是一个合同关系，但是存在一种很密切的亲近关系，

基于这种亲近关系我们也可以不必担心针对单纯财产损失的保护问题上过于泛滥。在很多国家法律体系中，针对单纯财产损失也有其他的保护机制，举个例子，发行股票之前的公告虽然还不是合同关系，但也会在双方之间造成一种特别的信赖关系。所以说，我认为对世界各国在单纯财产损失这个问题上的立法和司法的做法加以总结分析的话，完全有可能专门针对单纯财产损失这样一类情况开放出一套模式来，谢谢大家！

王卫国教授：下面我们还有一点时间，大家可以讨论，可以发表总结的看法或者是举一个问题和所有教授们探讨。

郭明瑞教授：我有几个问题想听听大家的意见，第一个问题是侵权行为和侵权法如何界定范围？是否应该采纳更广泛的侵权概念？因为我经常听到、所看到的更强调的是侵权法对于受保护法益受到侵害的有关救济。如果从这样一个角度来看，是不是我们就自动把侵权的属性看成是一个过错的问题，对侵权的态度是不是应该得出这样一个看法，也就是至少可以讲侵权是违反法定的义务，使他人合法权益受到损害。如果从这样来讲，侵权责任也不应当仅限于赔偿责任，这是我谈的第一个问题。

第二个问题是关于侵权责任的方式问题。因为考茨欧教授所谈到的侵权法的功能是对损失的补偿、预防与惩罚，这三个功能都是从损害赔偿这个制度上考虑的。而现在侵权法的发展，是否应该更强调预防功能？比如说停止侵害，排除妨害是否算重要的侵权责任方式？责任方式的多样化与过错的问题，损害的构成要件，在过错上，是否不一致？

我要谈的第三个问题是我们看一下是否给一个侵权法的一般规定、总则规定跟下面的分则规定、列举性规定的处理不能用同一个条文表述？现在的许多草案在内都

是从要件上，从过错上，从特殊要件上去区分，我觉得这只是一个方面，我看了杨立新教授起的这个草案是非常好的，但是在定义过错的基础、尺码上恐怕不是一个过错责任而是属于损害赔偿。侵害对象不同，责任方式不同以及涉及到赔偿范围的不同而不是一个过错、无过错的问题。我接下来述说对《民法通则》第117条至第121条这些规定的意见问题，从侵害生命健康权，它不但是一个过错责任，没有过错损害了也要承担责任，不是死死归到过错责任，应该用不同标准做不同分类。我想就先提这么一些问题。王卫国教授：下面请考茨欧教授给他一点意见。考茨欧教授：非常感谢您刚才提到的几个非常有意思的问题，我也试着简短地先做一个回应。关于您提的关于侵权行为与侵权法的界定，您觉得好像是缺乏一个很清晰的界定，并且侵权行为这个概念下可以包含很多、各种各样的方面，我是非常同意您的这种看法的。比如说一个违法的行为可以是侵权的行为，造成危险的行为也可以是侵权行为，除此之外侵权行为还可以是合同外的责任。当然，从侵权法最本能的发展来看，侵权行为主要指的还是过错行为，与我们后来称为危险行为责任相关的那一种行为还是有一些区别，因为危险责任关注的不是行为，其关注的是危险的产生和所造成的损害，正如我的同事杨森教授所提到的那样，在危险责任当中过错是在所不计的，它所关注的是风险的实现。关于您提到的第二个问题，您认为为了给受法律保护的法益提供更多的法律救济手段，除了损害赔偿法之外我们还可以采取其他手段，我也同意您的观点。就是说，像“不当得利法”也是可以拿来用的，刚才您也提到了停止侵害、消除妨碍、包括惩罚性损害赔偿这些都是可以

用来保护其他一些法益的手段。当然在承认有很多其他法律上的救济手段可用，并不意味着我们可以忽视或抹平不同救济机制之间的差别，相反，我们要更加关注他们之间的差别，并且相应地找出不同救济机制之间的过渡，除此之外，我们针对什么样情况采取什么样救济机制，设定什么样的责任，在这个问题上我们还要关注法律后果与法律前提、条件之间的关系问题。一项责任机制的法律后果越严重，相应地，认定这种责任的前提、条件应当越严格；同样，一项责任机制的法律后果不是那么严重，比较轻微的话，认定它的前提、门槛也应相应低一些。比如说在损害赔偿法当中要起到平衡作用，它所针对的是违法的行为或高度风险的行为，那么，从法律后果来说要求加害人本人从自己兜里掏出钱来用自己的财产来弥补损失。刚才讲的损害赔偿这样一种保护机制，接下来，我们看一下不当得利法也可以成为一种保护机制，不当得利法从法律机制上来说就没有那么严格，这个地方不要求当事人有过错，也不要求当事人违反必要的注意义务或谨慎义务，相应地它对当事人带来的法律后果也没有那么严重，并不需要他拿自己的财产去赔给人家，而是把其不当得到的利益叫出来就行，所以在不当得利法上表现出来的内在联系，从精神来说和我们刚才提到的损害赔偿法的内在精神是一致的。对您提到的第三个问题就是概括性条款与列举性条款规定之间的关系问题，我认为在这个问题上，首先还是应以概括性条款为主，为什么呢？因为在法律作列举性规定的时候总是怕有遗漏的情况，不可能穷尽所有的状况，另外，运用概括性条款也可以使同样的案情获得同样的判决。在这个地方我要说一点，刚才我们的同事杨森教授有一个观

点我非常赞同，他说的很好，总则性规定和列举性规定从立法技术上来说通常并不是截然对立、相互矛盾的，相反我们应该结合起来适用，谢谢大家！王卫国教授：下面请杨森教授在做一个简短发言。杨森教授：关于概括性规定和列举性规定这个问题我也想补充两句，这个问题如果我们向下探讨的话它就走到这样一个方向，在立法上做一个纲领性规定时，在内容上有没有可能性或者必要性对不同责任的事实构成做一个分级？我的答案当然是可以的，有必要的，但这种分级也没有那么重要，我们可以在立法上为过错责任，精神损害方面的责任和不可抗力情况下的责任情况，我们以这样的方式做一个分级别的的规定，但可以像早上提到过的那样，一边是过错责任，一边是危险责任，过错责任和危险责任之间再有一个过渡地带，也可以按照这个角度来分。我们今天讨论的很多问题都是具有重大基础性意义的问题，其中也涉及到很多概念，在这个地方，我发现有这么一个特点，我们讨论的很多概念，包括很多概念之间的区分问题在理论上都很清楚，但是拿到实践中情况就变得很复杂，比如说过错责任和危险责任的问题，理论上时分开来的，人人都搞得很清楚；但是难，难在哪？难在实践中，因为实践总是很复杂的，这种横向关联度是很高的，比如说教授提到的狗的主人带了一条名贵的纯种狗上街去，结果这只狗与一直杂种狗交配了，这样一种风险的存在，我们应把这种风险的程度看成是高还是低呢？在一般情况下，可能有人会觉得牵着狗上街不小心与人家的狗，而且不是什么名种狗配上了，也只能接受这样一种状况笑笑拉倒，当然在理想状况下，我们当然不愿意发生自家的狗和人家的狗在主人不同意的情况下就配上了

，在理想状况下我们可以加以阻止、加以控制的，但是在实施中是很难控制的。同时我们也要看到另外一个方面，家里养了一条狗，作为宠物狗是一种奢侈、奢华生活的组成部分，它是用来消遣的，与农村农民养狗，它可能是牧羊犬，是带来生产力的，这两种情况下，狗的作用是不一样的，在不同的情况下，对于名种狗和杂种狗配上了这样一种事实，它的危险程度，不同情况下的认定当然情况就不不一样，我们刚才提到的这个问题同样复杂、同样难以界定，还有物质损失和非物质损失的问题。我们举一个例子，人人都会遇到美貌的损失，它是一种物质损失还是一种非物质性质的损失？我举一个例子，美丽的脸上突然多了一个疤痕，那么怎么来理解这个事情？我们会认为美貌的损失就是我不好看了，可能就是非物质的，精神层面上的损失，但是对于女人来说，美貌非常重要，某种意义上它具有经济意义，为什么呢？一个长得漂亮的姑娘，她找工作就会比较容易，脸上多了一条疤肯定就不好找工作了，找老公也是一样，婚姻也是一样的。在某种意义上来说，脸上多了一条疤或少了一条疤就会带来经济效果上的差异，是一种经济上的损失。我举这两个例子没有别的意思，我只是想说我们在理论上进行争论也可以，而且在理论上好像都能搞得很清楚。其实，理论上如何是次要的，关键是能解决实际问题，关键是要以实际问题作为我们的出发点。王卫国教授：由于时间的关系，今天下午这个单元就到此结束，经过这段讨论我们大家都收获很大。在这里我提议我们大家对翻译先生辛苦的工作一掌声表示衷心的感谢。（未完待续）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com