

§ 民法典编纂系列专题: 侵权责任编 §

民法典中的违法阻却事由立法研究

周友军

摘要: 在侵权法上,“违法阻却事由”的概念是以认可独立违法性要件为前提的。《民法总则》第181条和第182条分别规定了正当防卫和紧急避险,明确了其属于违法阻却事由,但相关的规则仍然可以进一步完善。民法上一般认可的违法阻却事由还包括自助行为、受害人同意、依法执行职务、正当行使权利。但是,在我国民法典侵权责任编之中仅应当就自助行为和受害人同意作出规定。

关键词: 违法阻却事由; 正当防卫; 紧急避险; 自助行为; 受害人同意

中图分类号: D923.7 文献标志码: A 文章编号: 1006-0766(2018)05-0066-08

一、导言: 违法阻却事由概念的再探讨

在侵权法上,“违法阻却事由”的概念是以认可独立违法性要件为前提的。违法性是指法秩序对特定行为所作的无价值判断。^①从逻辑上说,违法性与违法阻却事由的关系是原则与例外的关系。违法阻却事由是对暂时认定的违法性的反驳,或者说,是法律所认可的、针对假定违法行为的特殊例外。^②

在比较法上,违法性要件是否独立有不同的做法。在德国法上,过错和违法性是不同的侵权责任构成要件;而在法国法上,其仅认可过错(faute)要件,其过错包含了客观因素和主观因素,两者可以大致对应于德国法上的违法性和过错。^③或许正是因为比较法上存在不同的立法例,我国理论界对于违法性要件是否独立长期存在争议。^④笔者赞成违法性要件独立的观点,^⑤因此,也认可“违法阻却事由”这一概念。

不过,即使在未来的民法典侵权责任编之中并没有明确表述“违法”或“不法”,也不影响本文的研究。一方面,即便如此,也可以通过解释,得出我国承认独立的违法性要件的结论。正如胡长清教授所言,“凡属权利,均有不可侵性,侵害权利,即属违法,法律纵不明定违法为侵权行为之要件,解释上盖属当然。”^⑥另一方面,即便立法者认为过错可以吸收违法性,各种具体的“违法阻却事由”在立法之中也仍然要存在(如正当防卫、紧急避险),因为它是立法无法绕过去的制度。只不

作者简介: 周友军,北京航空航天大学法学院教授(北京 100191)

基金项目: 北京市社会科学基金研究基地项目“共享单车运营中的法律问题”(17JDFXB006)、教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“中国侵权责任法改革研究”(16JJD820015)

^① H. C. Nipperdey, Rechtswidrigkeit und Schuld im Zivilrecht, in: Karlsruhe Forum 1959, S. 3. 1867年德国法学家耶林(Rudolf von Jhering)发表了《罗马私法中的责任要素》一书,在本书中,他将罗马法上的injuria(违法)概念一分为二,并提出了主观的不法与客观的不法的观念。客观的不法就是违法性,即违反法律规范且无法律认可的事由,而主观的不法就是过错,即行为人故意或过失致人损害的态度。耶林的违法与过错区分理论,被德国立法、理论和实务所接受,直到今天还居于通说地位。参见Ernst von Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, in: Caemmerer/Friesenhahn/Lange, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Bd II, Karlsruhe 1960, S. 127.

^② 多伊奇·阿伦斯《德国侵权法》,叶名怡、温大军译,北京:中国人民大学出版社,2016年,第44页。

^③ Gotthard, Landesbericht Frankreich, in: von Bar (Hg.), Deliktsrecht in Europa, Köln 1993, S. 17.

^④ 赞成违法性要件独立的观点,可参见叶金强《侵权构成中违法性要件的定位》,《法律科学》2007年第1期,第96页以下;反对违法性要件独立的观点,可参见王利明《我国〈侵权责任法〉采纳了违法性要件吗》,《中外法学》2012年第1期,第5页以下。

^⑤ 详细的理由可参见周友军《侵权法学》,北京:中国人民大学出版社,2011年,第150-151页。

^⑥ 胡长清《中国民法债编总论》,北京:商务印书馆,1946年,第142页。

过，它们会以“免责事由”“抗辩事由”或者“责任阻却事由”的名义出现而已。^①

二、民法典中既有违法阻却事由规则的完善

2017年3月颁行的《民法总则》第181条和第182条分别规定了正当防卫和紧急避险，而且与《侵权责任法》第30条和第31条的规定基本相同。因为《民法总则》就是我国民法典的总则，因此，正当防卫和紧急避险属于民法典已经确立的违法阻却事由。

（一）正当防卫规则的完善

正当防卫是指为使自己或者他人免于遭受现实的不法侵害而进行的必要的防卫行为。在比较法上，很多国家和地区都认可正当防卫是违法阻却事由。^②《民法总则》第181条的规定与比较法上的做法是一致的。考虑到《民法总则》中已经对正当防卫作出了规定，因此，2017年出台的《中华人民共和国民法侵权责任编（草案）》（民法室室内稿）（以下简称“《民法侵权责任编草案（室内稿）》”）和2018年3月出台的《中华人民共和国民法侵权责任编（草案）》（征求意见稿）（以下简称“《民法侵权责任编草案（征求意见稿）》”）都没有对此作出规定。这个位置安排在当前的立法背景下是现实的选择。

正当防卫是自卫行为的重要类型之一。所谓自卫行为，就是指权利人在事出非常之际，无法请求国家干涉，法律允许其在必要的范围内进行的自力救济。自卫行为包括两种：一是正当防卫；二是紧急避险。^③在很多国家，自卫行为都是被普遍认可的违法阻却事由。不过，其法理依据如何，存在如下两种不同的观点：

其一，主观说。此种观点认为，在紧急之际，当事人没有思考时间，其所实施的行为并不是自由意思支配下的行为，所以，能够阻却违法。

其二，客观说。客观说又有两个不同的学说：一是权利行为说。此种观点认为，自卫行为是为了保护自己的权利而实施的行为，它是权利的行使，不能认定为违法。二是非常行为说，也称放任行为说。此种观点认为，在非常之际，民众无法请求国家干涉，所以，只能放任他们实施自卫行为。^④

笔者赞成客观说中的非常行为说。正如法谚所云，“紧急时无法律”，此时国家不得不放任当事人实施自力救济行为。另外，我国《刑法》第20条规定了正当防卫，考虑到法秩序的统一，《民法总则》第181条规定正当防卫也具有积极意义。如果刑法中正当防卫是违法阻却事由，而民法中却无规定，人们就会质疑法秩序整体的合理与妥当。

《民法总则》第181条第1款规定“因正当防卫造成损害的，不承担民事责任。”这一规定类似于《瑞士债务法》第52条的做法，没有对“正当防卫”这一概念本身作出界定。虽然如此规定可以保持法的开放性和灵活性，但是，考虑到正当防卫制度应当对社会公众发挥“行为指引”的功能，笔者认为，立法中应当借鉴德国、日本和我国台湾地区的立法例，明确“正当防卫”的内涵。

就防卫的对象，《德国民法典》第227条采取“现时违法的攻击”的表述，我国台湾地区“民法”第149条采取“现时不法之侵害”的表述。但是，在解释上，一般都认为，防卫的对象包括即将发生的侵害和正在进行的侵害。^⑤从实践来看，对于即将发生的侵害，尤其需要鼓励民众实施正当防卫行为，以暴制暴，在法律上予以明确，具有积极意义。

另外，《日本民法典》第720条第1款和我国台湾地区“民法”第149条都强调，正当防卫必须

^① 日本学者吉村良一认为，从否定违法性的立场来看，这些事由不是违法阻却事由，而仅仅是正当化事由或者称之为侵权行为责任阻却事由。参见吉村良一：《日本侵权行为法》，张挺译，北京：中国人民大学出版社，2013年，第42页。

^② 参见《德国民法典》第227条、《日本民法典》第720条第1款、《瑞士债务法典》第52条第1款、《意大利民法典》第2044条、《俄罗斯民法典》第1066条、我国台湾地区“民法”第149条。

^③ 胡长清：《中国民法总论》，北京：中国政法大学出版社，1998年，第387页。

^④ 郑玉波：《民法总则》，北京：中国政法大学出版社，2003年，第555页。

^⑤ 多伊奇·阿伦斯：《德国侵权法》，第46页。

是为了保护自己或他人的“权利”。如果过分强调必须是为了保护“权利”，则难免过于狭窄。而且，即使不是为了防卫权利，而是为了防卫法律上所保护的利益，也应当可以成立正当防卫。^①因此，笔者建议，在立法时明确，正当防卫必须是“为了保护自己或他人的民事权益”。

综上，笔者认为，我国可以在《民法总则》第181条增设第2款，明确规定“前款规定的‘正当防卫’，是指为了防卫自己或他人的民事权益，对于即将发生或正在进行的不法侵害所实施的必要行为。”

(二) 紧急避险规则的完善

紧急避险是为了避免自己或他人的急迫危险而采取的必要的、不得已的行为。比较法上几乎都认可这一制度。^②紧急避险是自卫行为的另一种重要类型。我国《刑法》第21条规定了作为违法阻却事由的紧急避险，因此，《民法总则》第182条的规定也有助于实现法秩序的统一。考虑到《民法总则》已经规定了紧急避险，《民法侵权责任编草案》(室内稿)和《民法侵权责任编草案(征求意见稿)》都没有对此作出规定。当然，《民法总则》的规定是对紧急避险的一般性规定，《海商法》第十章还规定了共同海损的规则，这应当理解为就攻击性紧急避险所作的特别规定。^③

在比较法上，不少国家(如德国、意大利和瑞士)都同时规定了防御性紧急避险和攻击性紧急避险。^④以德国为例，《德国民法典》第228条规定了防御性紧急避险。在此情形下，避险人损坏或损毁的对象是属于他人的、将要产生危险的物(如打退一条咬人的狗)。该法第904条规定了攻击性紧急避险。在此情形下，避险人为了消除某种危险侵害了无辜第三人的权益。例如，为了救援落入冰窟窿的人，拆下他人篱笆上的木条做木梯。^⑤与防御性紧急避险相比，攻击性紧急避险的适用条件更为严格。因为在攻击性紧急避险的情形，无辜的第三人(受害人)为了他人的利益而遭受了特别的牺牲。因此，法律要求，要避免的损害相对于要损害的利益(即无辜第三人的利益)，应当是“不成比例的巨大”。^⑥而我国《民法总则》第182条就紧急避险的适用条件，并没有区分防御性紧急避险和攻击性紧急避险，尤其是没有就攻击性紧急避险设定比较严格的条件，这不能不说是一个缺憾。

另外，依据《民法总则》第182条的规定，避险人承担责任的前提是“危险是由自然原因引起的”，如果第三人引起险情发生，则由“引起险情发生的人承担责任”，避险人不必对受害人承担责任。这是就攻击性紧急避险中如何赔偿无辜受害人所作的规定，因为对于防御性紧急避险并不存在要赔偿的问题。但笔者认为，《民法总则》第182条的规定并不妥当，应当不考虑险情发生原因，一概地对无辜受害人给予完全的赔偿，理由主要在于：其一，在第三人引起险情发生的情形，受害人也同样因避险人的行为而无辜受害，这与自然原因引起危险发生时的利益状态相同，不必做不同的处理。其二，受害人以自己的牺牲保全了更大的利益，反而要承受第三人清偿不能的风险，对受害人很不公平。

另外，在紧急避险的情形，尤其是在攻击性紧急避险的场合，何人对受害人承担责任？对此，理论上存在三种不同的看法：一种观点认为，应当由避险人承担责任。^⑦另一种观点认为，应当由受益人承担责任。^⑧还有一种观点认为，应当由避险人和受益人承担连带责任。^⑨《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156条曾规定，受益人是责任主体，

① 吉村良一：《日本侵权行为法》，第43页。

② 参见《德国民法典》第228条和第904条、《瑞士债务法》第52条第2款、《日本民法典》第720条第2款、《俄罗斯民法典》第1067条、我国台湾地区“民法”第150条。

③ Konzen, Aufopferung im Zivilrecht, Berlin 1969, S. 118.

④ 史尚宽《民法总论》，北京：中国政法大学出版社，2000年，第747页。

⑤ 梅迪库斯《德国民法总论》，邵建东译，北京：法律出版社，2001年，第130页。

⑥ Schwab/Prütting, Sachenrecht, 32. Aufl., München 2006, S. 117.

⑦ Jauernig/Jauernig (2009), § 904, Rn. 5.

⑧ Staudinger/Seiler (2001), § 904, Rn. 34ff.

⑨ Pawlowski, AT, Rn 859; M. Wolf, Sachenrecht, 18 Aufl., Rn 334; Larenz/Wolf, AT, § 19 Rn38. 转引自张谷《论〈侵权责任法〉上的非真正侵权责任》，《暨南学报》2010年第3期，第46页，注4。

而《民法总则》第182条则将其规定为避险人。从便利受害人救济的角度考虑,《民法总则》的规定也并非没有道理,受害人要求避险人承担责任,则不必调查谁是受益人。^①不过,笔者认为,由受益人承担责任更为妥当。因为避险人承担了责任之后,还要依据无因管理制度,向受益人追偿,增加了交易成本。另外,避险人为了他人利益而实施避险行为,这本属于社会鼓励的互助行为,法律上却要求其承担类似“先行赔付”的责任,会产生不良的社会导向。

三、民法典中新增违法阻却事由的探讨

除了上述正当防卫和紧急避险以外,民法上一般认可的违法阻却事由还包括自助行为、受害人同意、依法执行职务、正当行使权利。但是,在我国民法典之中是否都要做出规定,值得探讨。

(一) 自助行为应作为新的违法阻却事由

自助行为,简称自助,是指因急迫情形来不及请求公力救济,为了保护自己的权利,而实施的拘束他人人身自由、扣留或毁损他人财产等必要行为。在现代社会,原则上禁止自助。从维持社会秩序的角度来看,禁止自助是必要的。“如果认可私人随意通过自己的力量行使权利的话,实力强的人就会胜出,这样社会的秩序就会变得难以维持了。”^②

在比较法上,自助是被广泛认可的违法阻却事由。^③虽然我国立法长期以来都没有认可自助,但是,不少学者都认为,在民法典编纂中应当增加自助作为违法阻却事由。^④笔者赞成这一观点,毕竟在特殊情况下,公权力的救济可能缓不济急,法律必须例外地容许权利人的自力救济。^⑤

需要注意的是,在物权法上,占有人的自力取回权规则属于民法上自助行为制度的特别规定。法律关于自助行为的一般规范是对权利实现所作出的规定,而占有本身并非权利,所以其私力救济方式必须作出特别规定。^⑥

一般认为,自助必须满足如下要件:

第一,自助人是为了保护自己的请求权。自助人实际上是代替国家强制执行机关而行为,所以,其要保护的必须是“司法上可实现的私法请求权”,^⑦或者说可以申请强制执行的请求权(包括债权请求权和物权请求权等)。民事主体不得申请强制执行的请求权(如夫妻同居请求权),或已超过诉讼时效的请求权,都不得通过自助的方式来保护。^⑧另外,自助人可以是权利人本人,也可以是视同权利人本人的人,如法定代理人、失踪人的财产管理人、遗产管理人、破产管理人、遗嘱执行人等。^⑨这与正当防卫和紧急避险可以保护他人的权益是不同的。

第二,因时间紧迫来不及请求公力救济。与正当防卫、紧急避险相同,自助抗辩也受“没有人可以自己执行法律”这一普遍规则的限制。^⑩它只是例外情况下允许权利人自己保护自己的权利。所谓例外情况,就是因时间紧迫来不及请求公力救济,若不实施自助行为,请求权就无法实现,或者实现的难度显著增加。^⑪例如,甲欠乙钱若干,甲目前要出国,因为这会使乙的债权实现难度显著增

① 不同的观点,参见张新宝、宋志红《论〈侵权责任法〉中的补偿》,《暨南学报》2010年第3期,第38页。

② 吉村良一:《日本侵权行为法》,第44页。

③ 参见《德国民法典》第229条和第230条、《瑞士债务法》第52条第3款、《泰国民法典》第194条、我国台湾地区“民法典”第151条。

④ 杨立新《民法分则侵权责任编修订的主要问题及对策》,《现代法学》2017年第1期,第51页;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61页;王竹《〈民法典·侵权责任编〉编纂背景与结构调整》,《国家检察官学院学报》2017年第4期,第49页。

⑤ 王泽鉴《民法总则》,北京:中国政法大学出版社,2001年,第562页。

⑥ 刘家安《物权法论》第二版,北京:中国政法大学出版社,2015年,第201页。

⑦ 多伊奇·阿伦斯《德国侵权法》,第47页。

⑧ 王泽鉴《民法总则》,第568页。

⑨ 史尚宽《民法总论》,第757页。

⑩ 欧洲侵权法小组《欧洲侵权法原则:文本与评注》,于敏、谢鸿飞译,北京:法律出版社,2009年,第178页。

⑪ 胡长清《中国民法总论》,第395页。

加,所以,乙可以实施自助行为。

第三,自助人实施了必要的自助行为。所谓必要的自助行为,是为了保全请求权而需要的行为。在德国和我国台湾地区,自助行为的具体形态是法律明确列举的,限于拘束他人人身自由或扣留、毁损他人财产的行为。^①而在瑞士,法律并没有限定自助行为的具体形态,而使用了“实施保护行为”的概括表述。^②笔者认为,瑞士法的做法更具有适应性,值得借鉴。另外,只要是以自助为目的而实施的、客观上具备自助要件的行为,就可以认定为自助,不需要自助人具有行为能力或责任能力。^③

第四,自助人及时请求有关国家机关处理。禁止私力救济是现代法治的精神,因为自力救济只是权宜之计,最终必须请求公权力的救济。^④所以,自助人要及时请求有关国家机关处理。例如,将扣押的财产或拘束的人送往法院或公安机关,请求适当的处理。

如果符合了上述自助的要件,自助人所实施的行为就阻却违法,他不必承担侵权责任。也就是说,自助人实施的侵害他人权益的行为(如侵害他人所有权、人身自由权的行为)是合法行为。从诉讼的角度来看,自助人要举证证明其行为符合自助的要件。但是,在如下三种情况下,自助人也要承担侵权责任:一是自助过当。如果自助人采取的自助措施超出保全其请求权的必要,就可以类推适用防卫过当和避险过当的规则,要求自助人承担适当的责任。二是迟延请求有关国家机关处理。自助人因过错而迟延请求有关国家机关处理,因此导致损害的,自助人也要承担与自助过当类似的责任。三是申请有关国家机关处理而被驳回。如果自助人申请有关国家机关处理,而因法律上的原因其主张被驳回的,自助人要对过错承担责任。

我国《侵权责任法》没有就自助作出规定,《民法总则》中也没有相关的规制。《民法侵权责任编草案》(室内稿)第23条曾规定了自助制度,^⑤遗憾的是,《民法侵权责任编草案》(征求意见稿)之中又删除了这一规定。笔者认为,在我国民法典侵权责任编中应当增设这一制度,这不仅有助于完善我国侵权法上的违法阻却事由制度,而且对于民众保护自己的权利具有重要意义。借鉴比较法上的经验,并结合我国实际,该条可以表述为:

“在权利人不能及时得到国家机关的帮助,并且不及时处理就无法实现其请求权或严重妨碍其请求权实现的情况下,其有权实施限制他人人身自由、扣留财产、毁损财产等必要行为。

在实施前款规定的行为后,权利人应当及时向有关国家机关申请处理。该申请被驳回、申请迟延或者采取前款规定的措施超过必要限度的,权利人应承担侵权责任。”

(二) 受害人同意应作为新的违法阻却事由

受害人同意有广义和狭义之分。在广义上,它是指损害事故发生前,预先的免责约定或表示。在狭义上,它是指损害事故发生前,受害人单方的免责声明。^⑥本文采狭义的观点。法谚有云,“同意阻却违法”(volenti non fit injuria)。而且,权利人原则上可以自行处分其权利,容许他人侵害自无不可。^⑦所以,域外的判例学说一般都认可这一违法阻却事由。^⑧

我国现行法没有一般地规定受害人同意,只是在《侵权责任法》第56、57条就医疗领域患者的知情同意作出了规定。遗憾的是,《民法侵权责任编草案(室内稿)》和《民法侵权责任编草案(征求意见稿)》也都没有就受害人同意的一般规则作出规定。笔者认为,在我国民法典侵权责任编之中

① 参见《德国民法典》第229条、我国台湾地区“民法”第151条。

② 参见《瑞士债务法》第52条第3款。

③ 史尚宽《民法总论》,第757页。

④ 胡长清《中国民法总论》,第394页。

⑤ 该条第1款规定“为维护自己的合法权益,在情况紧迫且不能及时获得国家机关保护时,可以在必要的范围内扣留义务人的财物或者限制义务人的人身自由。前述行为超过必要限度的,行为人应当承担相应的责任。”第2款规定“行为人实施前款行为后,应立即请求有关国家机关处理。”

⑥ 曾世雄《损害赔偿法原理》,北京:中国政法大学出版社,2001年,第88页。

⑦ 郑玉波《民法债编总论》,北京:中国政法大学出版社,2003年,第126页。

⑧ 关于受害人同意制度的历史演变和比较法考察,可参见李超《侵权责任法中的受害人同意研究》,北京:中国政法大学出版社,2017年,第1页以下。

最好明确这一规则。“在私法自治规则支配下的当今社会，对于自己的利益如何处置，原则上是私人的自由，作为利益的持有者的受害人本身如果认可这种侵害的话，再去因为违法性追问侵权行为责任是没有必要的。”^①另外，在我国社会生活和司法实践中，涉及受害人同意的事件也比较多，确立这一规则不仅有助于为当事人提供有效的行为指引，而且有助于为司法实践提供明确的裁判依据。

在此需要探讨的是，自甘冒险与受害人同意的关系如何。自甘冒险是指受害人原本可以预见到损害的发生而又自愿冒损害发生的危险，而损害果然不幸发生。^②例如，受害人明知打篮球可能被撞伤，仍然参加篮球比赛，后来在比赛中因他人的合理冲撞而受伤。自甘冒险如何处理，理论上有不同的看法。有学者认为，其属于默示的受害人同意；也有学者认为，其应当是过失相抵制度的内容，受害人就损害的发生或扩大具有过错。^③在德国法上，其早期采默示免责的立场，其后改采受害人对侵害的默示同意的立场，目前则认为应当适用过失相抵规则。^④笔者认为，我国应当借鉴德国法目前的立场，自甘冒险应当通过过失相抵规则来解决，不宜纳入受害人同意制度之中，理由主要在于：其一，过失相抵制度比较灵活，它的法律后果可以是责任的免除、减轻甚至是不影响责任的承担，从而可以满足不同案情的需要。而受害人同意制度的法律后果只能是一概导致责任的不成立，比较僵化。其二，自甘冒险与受害人同意的内在差异性，也使得其难以被纳入到受害人同意之中。受害人同意以明确知道可能的伤害，并因此而能有计划地针对被告采取行动为条件。而自甘冒险的特征却是，原告使自己介入了不确定的风险，且和被告一样希望危险不要实现。^⑤

受害人同意的认定要满足如下要件：

第一，受害人具有识别能力。受害人应当是通过单方意思表示的方式表示同意。此时的受害人同意不需要法效意思，属于准法律行为。^⑥确切而言，其属于观念通知。在受害人作出同意的表示时，其不必具有完全的行为能力，只须具有识别能力，即受害人可以认识到将发生的权益侵害的意义。^⑦如果受害人没有识别能力，同意必须由法定代理人作出。

第二，受害人享有处分权限。受害人同意实质上是受害人对自己权利的处分，所以，他必须具有处分权限。^⑧例如，受害人同意他人打碎自己的玻璃瓶，他必须是该玻璃瓶的所有人或其他处分权人。

第三，受害人作出同意的表示。受害人的同意可以针对故意行为，也可以针对过失行为。^⑨受害人的同意可以是明示的，也可以是默示的。明示的同意，是指受害人明确地通过语言或文字同意他人针对自己实施特定的侵权行为或承受特定损害后果。默示的同意，是指基于受害人的特定行为而推断出其对于他人针对其所实施的特定侵权行为或承受损害后果的同意。^⑩受害人通过单方意思表示的方式表示同意，该表示属于有相对人的意思表示，原则上因到达加害人而发生效力。^⑪

第四，受害人的同意是自愿的、真实的。受害人的同意不应当是因欺诈、胁迫等原因而作出的。例如，已婚男子欺骗女子自己未婚，该女子同意与其同居，就是因欺诈而作出的同意。另外，法律就特定情形，还规定了知情同意制度，即加害人必须尽到其告知义务，否则，受害人的同意就被认为非自愿的、非真实的。例如，依据我国《侵权责任法》第55条的规定，患者作出有效的同意，就必须

① 吉村良一：《日本侵权行为法》，第45页。

② 曾世雄：《损害赔偿法原理》，第89页。

③ 冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》下卷，焦美华译，北京：法律出版社，2001年，第637-638页。

④ 王泽鉴：《损害赔偿》，北京：北京大学出版社，2017年，第320页。

⑤ 冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》下卷，第638页。

⑥ 孙森焱：《民法债编总论》上册，北京：法律出版社，2006年，第179页。

⑦ 姚志明：《侵权行为法》，台北：元照出版有限公司，2005年，第43页。

⑧ 史尚宽：《债法总论》，北京：中国政法大学出版社，2000年，第127页。

⑨ 有学者认为，受害人同意实际上无法发生在过失责任中，因为对未知的将来事件是很难谈得上同意的。参见冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》下卷，焦美华译，北京：法律出版社，2001年，第631页。

⑩ 程啸：《侵权行为法总论》，北京：中国人民大学出版社，2007年，第323页。

⑪ 史尚宽：《债法总论》，北京：中国政法大学出版社，2000年，第127页。当然，如果受害人通过免责约定的方式表示同意，只要双方意思表示一致，其同意就生效。

以医务人员尽到了告知义务为前提。^①

第五,受害人的同意是具体明确的。受害人的同意必须针对特定的行为或特定的损害后果。受害人同意不能是概括的同意。例如,因为侵害人和受害人之间存在特殊关系,受害人同意侵害人在任何时间、任何地点随意侵害自己的民事权益,此种同意是无效的。因为从本质上说,受害人的同意是受害人对自己的人身与财产行使自由处分权利的表现,而受害人在行使此种处分权时,处分权的客体必须明确具体,否则就无法产生处分的法律效果。^②

第六,受害人的同意不得违反法律、行政法规的强制性规定和公序良俗。无论受害人同意采取法律行为的方式,还是采取准法律行为的方式,其都要接受合法性控制。这就是说,它不能违反法律、行政法规的强制性规定和公序良俗。例如,依据我国现行法,受害人同意他人对自己实施“安乐死”,就是违反《刑法》上的强制性规定的同意,不发生阻却违法的效力。不过,受害人的动机原则上不应当作为违法性判断的对象。例如,为了骗取保险金而同意他人撞伤自己,该同意也是合法的。

如果满足了受害人同意的上述要件,侵权行为就不具有违法性,责任也就不成立。反之,如果受害人的同意没有满足前述要件,则无法发生阻却违法的效力。

综上,笔者建议,我国民法典侵权责任编应当就受害人同意的一般规则作出规定,其条文可以拟定如下:

“受害人就特定的侵权行为事先表示同意的,该侵权行为不具有违法性。

前款中的同意,以受害人具有识别能力和处分权限为前提,且不得违反法律、行政法规的强制性规定或公序良俗。”

(三) 依法执行职务不必在民法典之中作出规定

依法执行职务,是指依法行使公法上的权力。在执行这些职务行为的场合,因为符合正当行使职权的要件,所以也阻却了违法性。^③

依法执行职务是否可以作为侵权法上的违法阻却事由,取决于国家赔偿法与侵权法的关系。如果认为国家赔偿法是独立于侵权法的法律部门,依法执行职务就属于国家赔偿法的范畴,在侵权法之中没有适用的余地。但是,笔者认为,国家赔偿法是侵权法的特别法。国家赔偿与民事侵权赔偿的区别仅仅在于侵权的原因不同,国家赔偿是国家机关的工作人员在行使公权力过程中侵权的结果。虽然在公权力的行使时,双方是权力与服从的关系,但在国家赔偿之时,双方已经转化为平等主体之间的关系。^④另外,因为国家赔偿法本质上属于侵权法,如果两者割裂,就会导致国家赔偿法理论成为独立于侵权法的理论,这通常会导致不必要的叠床架屋,或者会导致错误的理论创新(如国家赔偿归责原则中的违法归责原则)。因此,依法执行职务仍然是侵权法上的违法阻却事由。

不过,考虑到依法执行职务仅适用于国家赔偿领域,而不能适用于侵权法的其他领域,所以,在民法典之中并无必要对此作出规定。

(四) 正当行使权利不必在民法典之中作出规定

权利的行使,是指权利人在其享有权利的范围内所实施的行为。此时权利人的行为即使加害于他人,仍然属于合法行为。^⑤罗马法上有一个原则,“行使自己的权利,无论对于何人,都不构成违法(Qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam)。”近代以来,私权的保护受到空前的重视,所有权绝对等思想产生,罗马法的上述原则被继受。但是,随着社会的发展,如果过分强调权利人的保护,则可能导致权利的滥用,所以,权利的行使应当限于“正当”行使,即权利人基于诚信原则行使其民事

^① 详细的论述,参见王竹《解释论视野下的侵害患者知情同意权侵权责任》,《法学》2011年第11期,第95-97页。

^② 程啸《侵权行为法总论》,第324页。

^③ 吉村良一:《日本侵权行为法》,第44页。

^④ 马怀德《国家赔偿法的理论与实务》,北京:中国法制出版社,1994年,第59页。

^⑤ 姚志明《侵权行为法》,第37页。

权利。

如果构成权利的滥用，该行为则被认定为违法，^① 权利人仍然应当承担侵权责任。我国《民法总则》第132条规定“民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益。”这就确立了禁止权利滥用的规则。

在比较法上，几乎没有立法例明确规定，正当行使权利属于违法阻却事由。其原因大概是，正当行使权利作为违法阻却事由是自然之理，法律上没有专门予以规定的必要。另外，在我国《民法总则》已经对权利滥用作出规定的情况下，通过反面解释也可以得出这一结论，所以也不必再从正面作出规定。

A Study on Grounds of Justification in the Future Civil Code of China

Zhou Youjun

Abstract: In tort law, the recognition of wrongfulness is the precondition to grounds of justification. Article 181 and Article 182 of the General Principles of Civil Law of the People's Republic of China respectively stipulate self-defense and necessity, which can be explained as grounds of justification. But relevant rules can still be further improved. Other commonly-accepted grounds of justification in civil law include self-help behavior, consent of the victim, performance of legal duties, and proper exercise of civil rights. However, only self-help behavior and consent of the victim should be stipulated in future Chinese Civil Code.

Key words: grounds of justification, self-defense, necessity, self-help behavior, consent of the victim

(责任编辑: 魏 萍)

^① 郑玉波 《民法总则》，第573页。