

民法总则规定民事责任的必要性及内容调整

杨立新

(中国人民大学民商事法律科学研究中心 北京 100872)

摘要:《民法总则(草案)》第八章规定“民事责任”是必要的,并非由于《民法通则》统一规定民事责任规则不成功而否定民法总则规定民事责任的必要性,而是对于民法分则各编均须规定各自的民事责任而抽象规定民事责任的一般规则,且为民事法律关系内容“权利-义务-责任”逻辑关系的必然体现。草案规定民事责任的11个条文基本上好的,逻辑关系清楚,多数条文的设计适当,但也存在较多问题,需要进一步进行内容上的调整。

关键词:民法总则;民事责任;一般性规则;内容调整

中图分类号:D913.1 文献标志码:A 文章编号:1009-8003(2017)01-0011-09

《中华人民共和国民法总则(草案)》第一次审议稿第八章规定“民事责任”,用11个条文规定了民事责任的一般性规则;第二次审议稿仍然维持11个条文的篇幅,基本内容不变,内容稍有变化。^①在专家讨论和征求意见中,意见多不一致,笔者持赞同观点,支持《民法总则(草案)》的这一做法,并在本文中论述《民法总则》规定民事责任一般规则的必要性,提出对其内容继续进行调整的具体意见。

一、对《民法总则》规定民事责任的不同意见与必要性分析

(一)《民法总则(草案)》规定民事责任的前后变化

立法机关开始编纂民法典后,迄今为止,《民法总则(草案)》共有五个版本:一是2015年8月28日室内稿,二是2016年4月征求意见稿,三是2016年5月27日修改稿,四是2016年6月27日第一次审议稿,五是2016年10月30日十二届全国人大常委会第二十四次会议审议的第二次审议稿。室内稿没有规定“民事责任”一章,在第七章“民事权利的行使和保护”中,用第138-141条共4个条文规定了民事责任的规则。征求意见稿第八章规定的仍然是“民事权利的行使和保护”,民事责任的一般性规则规定在第135-139条。修改稿有了改变,第八章规定“民事责任”,第154-160条的内容增加了承担责任的形式、不可抗力对见义勇为者的保护以及责任竞合。第一次审议稿第八章第156-166条规定“民事责任”,与修改稿相比,增加了按份责任和连带责任的规则,以及正当防卫和紧急避险。第二次审议稿与第一次审议稿相比,有以下改动:第一,条文变更为第171条至第180条,删除了一个条文,即“二人以上不履行或者不完全履行民事义务的,应当依法分担责任或者承担连带责任”(第一次审议稿的第157条)的规定,这个删除是有道理的;第二,删除了承担民事责任方式中的“修复生态环境”的方式,增加了

收稿日期:2016-11-15

基金项目:本文是教育部人文社会科学重点研究基地重大科研课题“编纂我国民法典的重大问题研究”(15JJD820009)的阶段性研究成果。

撰写本文,作者借鉴了魏振瀛教授的大量学说。在本文写作期间,魏振瀛教授因病逝世,作者不胜悲痛,在此谨向学富五车、德高望重,为中国民法事业鞠躬尽瘁、死而后已的恩师表达深深的感激和怀念。

作者简介:杨立新(1952-),男,山东蓬莱人,中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员、博士生导师,中国民法学研究会副会长,主要研究方向:民商法学。

①以下称《民法总则(草案)》或者“草案”,未加特别注明者,均指其第二次审议稿。

“法律规定惩罚性赔偿的,依照其规定”的内容,肯定了消费者权益保护法规定的惩罚性赔偿责任制度,删除了该条第3款关于民事责任方式可以单独适用也可以合并适用的规定(第174条);第三,将正当防卫、紧急避险和见义勇为条文中的承担责任,改为承担民事责任(第176-178条);第四,在“承担行政责任或者刑事责任不影响依法承担民事责任”中的“依法”二字删除(第180条)。其他内容不变。

从以上五个版本的内容看,一是从进展上分为两个阶段,即前两个版本不明确规定民事责任,后三个版本专门规定民事责任;二是即使前两个版本没有明确规定民事责任,但在具体内容上也规定了民事责任的一般性规则;三是五个版本规定民事责任的条文逐渐增多,室内稿4个条文,征求意见稿5个条文,修改稿7个条文,第一次审议稿为11个条文,第二次审议稿为10个条文;四是规定的民事责任一般性规则逐渐完备,以第二次审议稿的规则为最详尽。

(二) 专家集中讨论《民法总则(草案)》时的主要意见

自2015年8月以来,民法专家集中进行对《民法总则(草案)》的讨论共有四次,一是2015年9月14-16日,二是2016年4月14-15日,三是2016年5月30日,四是2016年9月18日。在这四次讨论中,对于《民法总则》是否规定民事责任的意见,都有赞成的意见和反对的意见。

赞成《民法总则》规定民事责任的意见,是认为《民法总则》规定的是民法的一般性规则,而民法的基本问题是权利,因而顺着“权利-义务-责任”的逻辑思路,必然要规定民事责任,因而《民法总则》规定民事责任是顺理成章、必须规定的。

反对的意见认为,《民法通则》规定“民事责任”一章就是一个败笔,在《民法通则》以后的民事立法中,立法者不得不将民事责任各归其位,合同责任放在《合同法》中规定,^①对侵权责任单独规定了《侵权责任法》,有关物权的责任放在《物权法》中,^②有关亲属关系的责任也规定在《婚姻法》中,^③等等,因而《民法总则》完全没有必要再规定“民事责任”一章,继续规定民事责任是画蛇添足,多此一举。

(三) 《民法总则》规定民事责任的必要性

《民法总则》究竟要不要规定民事责任,是否因为《民法通则》规定民事责任不成功而放弃在《民法总则》中规定民事责任的做法,是特别值得研究的。其根本问题,就在于《民法总则》规定民事责任是否有必要性。我认为,《民法总则》应当规定民事责任,《民法通则》规定民事责任不成功并不是《民法总则》不规定民事责任一般性规则的理由。

第一,《民法通则》规定“民事责任”一章,将所有的民事责任都规定在一起,确实存在缺陷,这是客观存在的问题。在《民法通则》完成立法之初,很多学者都认为《民法通则》单独规定民事责任,“从世界各国的民事立法来看,是一个大胆的创新,具有十分重大的意义”,“从体系、内容和结构来看,乃是当今世界上最系统、最完备的民事责任立法”。^④提出这种意见的根据是,各国民法的民事责任都分别规定在民法分则各编中,民法总则没有关于民事责任的一般性规定;我国《民法通则》打破这种范式,将所有的民事责任规定在一起,形成统一的民事责任制度,是从未有过的做法。在今天看来,这样的评述确属言过其实。这是因为,经过长达30年的理论研究和司法实践证明,《民法通则》专门规定民事责任的做法是不成功的,没有遵从民事立法的客观规律。民法分则各编都有各自的民事责任规则,统一规定民事责任制度无法概括全部的民事责任规则。况且制定《民法通则》时的民法理论准备不足,尚无统一的《合同法》和《物权法》,将合同责任与侵权责任规定在一起确有因应急需的必要。随着我国民事立法的陆续展开,《合同法》规定了合同责任,《侵权责任法》也完成了立法,《物权法》中也有民事责任的规定,使《民法通则》关于民事责任的规定几乎形同虚设。但是,这并不是否定《民法总则》规定民事责任的依据,况且这种作法也开启了我国民事责任与债法分离的先河,具有重要价值,故民事责任制度是“中国

^①我国《合同法》不仅规定了缔约过失责任、合同无效责任,而且专门规定了“违约责任”一章,规定了预期违约责任、加害给付责任、实际违约责任和后契约责任。参见杨立新《中国合同责任研究(上)、(下)》,载《河南政法管理干部学院学报》2000年第1、2期。

^②例如违反相邻关系造成损害的赔偿责任,就规定在《物权法》“相邻关系”一章。

^③例如《婚姻法》第46条规定的离婚过错、实施家庭暴力、虐待遗弃家庭成员的损害赔偿赔偿责任。

^④黄名述《民事责任的一般原理》,载西南政法学院法律系、民革重庆市委员会编《民法通则讲座》,1986年内部资料,第324页。

元素”的民事法律制度之一。^①

第二,正因为民法分则各编都有关于各自民事责任的规定,因而《民法总则》应当对所有的民事责任共通使用的规则做出一般性规定。这完全符合《民法总则》用“抽取公因式”的方法规定民法一般性规则的要求。^② 正所谓“现行民法的法条构造主要系采抽象、一般化的风格,借着精确界定的概念形成法律的构成要件及法律效果”,“此项立法技术及概念体系形成的法学之上,而此实为继受德国法的结果”。^③ 《民法总则》对民事责任的一般性规则作出规定,不仅可以统领民法分则各编规定的民事责任规则,而且民法分则各编对于民事责任的一般性规则都可以不再予以规定,直接适用《民法总则》关于民事责任的规则。“总则是对分则中的共通事项的规定。换言之,只要为分则各部分共通的事项就应当在民法中规定。”^④ 例如,将不可抗力规定在《民法总则》中,在合同法编和侵权责任法编等则不必再规定这一规则,无论是合同中的不可抗力还是侵权责任中的不可抗力,都直接适用这一规则。《民法总则》规定了正当防卫和紧急避险,侵权责任法编也就没有必要继续规定这两个制度。如此,能够大大精简民法典的条文,符合立法经济的原则。

第三,《民法总则》规定民事法律关系规则存在“权利-义务-责任”的逻辑关系,故其规定民事责任的一般性规则,为民法总则逻辑关系的不可或缺。民法就是权利法,以权利为中心,体现的是权利本位观念;有权利就必然有义务,义务为实现权利而设置;而义务不履行的后果,就必然是责任。有学者认为:“按照现代大陆法系民法思想,民事责任为民事法律关系之构成要素。民事法律关系是由民事权利、民事义务和民事责任三者结合而成。权利、义务为法律关系之内容,责任则是权利、义务实现的法律保障。民事权利、民事义务唯有与民事责任结合,民事权利才受到责任关系的保护。”^⑤ 还有学者认为:“通说认为,法律关系的内容包括权利与义务两方面,这种认识是以不区分义务与责任为前提的。在区分义务与责任的前提下,民事法律关系的内容还应当包括责任”。^⑥ 《民法总则》的基本规则体系,仍然是民事法律关系学说规则的体现,即沿着“主体-客体-内容”三要素设置民事法律关系内容的。《民法总则》既然须规定民事权利和义务,那么义务不履行的后果就一定是责任,因而将民事法律关系的内容理解为“权利-义务-责任”三位一体的逻辑结构,确有理论根据,是更准确的理论概括。正因为如此,如果《民法总则》对民事责任未加规定,则在其逻辑体系中就缺少了重要一环,造成《民法总则》逻辑体系的缺失。故《民法总则》不规定民事责任是不行的。

第四,如何看待各国(地区)民法总则多不规定民事责任的现象。法国法系民法典不设置总则编,故不存在总则规定民事责任问题。在德国法系,查阅的10部民法典都设置总则,尽管都没有直接规定“民事责任”一章,但在具体内容设置上则有两种情形:一是完全不规定民事责任规则的,如《德国民法典》《日本民法典》《韩国民法典》《蒙古国民法典》以及我国台湾地区“民法”,共5部。二是在民事权利保护的内容中规定民事责任内容,有4部,如《俄罗斯联邦民法典》在第二章“民事权利和义务的产生,民事权利的实现与保护”中,规定了民事权利保护的方式、民事权利的自我保护、赔偿损失等;《葡萄牙民法典》总则第四分编“权利之行使及保护”,规定了自助行为、正当防卫、紧急避险和受害人之同意,相当于对免责事由作了一般性规定;《越南社会主义共和国民法典》规定民事责任的一般性规则即“承担民事责任的原则”:“当事人各方必须严格履行自己的民事义务,并自行承担不履行或不正确履行民事义务的责任。若不自愿履行,可依法强制履行”。《土库曼斯坦民法典》与《俄罗斯联邦民法典》规定民事责任的内容基本相同,前者仅增加了对人身非财产权和其他非物质利益的保护,名誉、尊严和商业信誉的保护、肖像权的保护以及保护私生活秘密的权利。我国《澳门民法典》对此的规定与《葡萄牙民法典》基本相同,规定在民法总则的第四分编“权利之行使及保护”中,主要规定的是免责事由,诸如自助行为(第328

①参见魏振瀛《民事责任与债分离研究》,北京大学出版社2016年版,第24页。

②参见李建华等《论民法典“提取公因式”的立法技术》,载《河南社会科学》2015年第9期。

③王泽鉴《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第16-17页。

④郭明瑞《民法总则规定民事责任的正当性》,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2014年第4期。

⑤梁慧星《民法总论》,法律出版社2008年第3版,第85页。

⑥同④。

条)、正当防卫(第329条)、对自助行为或正当防卫之前提具有之错误(第330条)、紧急避险(第331条)和受害人之同意(第332条)。从上述情况看,德国法系的民法总则也并非完全不规定民事责任。即使像《德国民法典》总则那样完全不规定民事责任规则,也不能说民法总则就不能规定民事责任,规定了民事责任就违反了潘得克吞民法体系。“以德国民法为代表的民法典体系传统上采五编制,不仅违约责任规定于债编中,并且有关侵权责任的内容也规定于债编之中,从而民事责任就仅是债法中的制度。”^①《民法通则》专章规定民事责任尽管有背离德国民法传统、过于理想化而不切实际的问题,但是这样的规定却实现了“民事责任与债的分离”的目的,因为权利、义务和责任是法律的基本概念,同理,民事权利、民事义务和民事责任是民法的基本概念,民事责任与民事义务的性质不同,功能不同,拘束力不同。^②经过30年的实践,在《民法总则》中规定民事责任的一般性规则是能够被接受,亦有立法例可以遵循,并且具有我国立法特色的做法。因此,外国民法总则不规定民事责任,并不是我国《民法总则》不能规定民事责任的依据,况且在《俄罗斯联邦民法典》等国家的民法总则中也是规定了民事责任一般规则的。

综上,我国《民法总则》规定“民事责任”一章并没有什么不好,而恰好是我国民法的特色,应当继续坚持下去。学者认为,有中国特色的民法,形成《合同法》规定违约责任,《侵权责任法》独立立法的体系,《合同法》《侵权责任法》经编纂将形成民法典合同编、侵权责任编,不设债法总则,因此,民法总则必须对民事责任的共同规则作出规定。^③这种看法是有道理的。

二、《民法总则》规定民事责任的比较法分析与应然逻辑结构

(一)对《民法总则》规定民事责任的比较研究

1.《民法总则(草案)》规定民事责任的主要内容。《民法总则(草案)》第八章规定“民事责任”,主要包括6个部分:一是第171条对民事责任的定义性规定;二是第172和173条规定了多数人民事责任中的按份责任和连带责任规则;三是第174条规定了民事责任方式;四是第175-177条规定免责事由,分别规定了不可抗力、正当防卫和紧急避险;五是第178条规定对见义勇为者的保护规则;六是规定责任竞合,其中第179条规定的是冲突性民事责任竞合规则,主要规定了违约责任与侵权责任竞合的规则,第180条规定的是民事、行政、刑事责任的非冲突性责任竞合,以及民事责任的优先权保障规则。

2.我国民法总则学者建议稿规定民事责任的内容。在已经公布的《民法总则》的学者建议稿中,多数规定了民事责任的一般规则。

王利明教授主持的《中国民法典草案建议稿》在民法总则第十章,规定了“民事权利的行使和保护”,其中在第二节关于“民事权利的保护”中主要规定的就是民事责任一般规则,其中第285条规定民事责任的发生,第286条规定民事责任方式,第287条规定责任竞合,第288条规定民事赔偿责任优先,第289-290条规定自助行为。^④

笔者主持的《中华人民共和国民法·总则编建议稿》第八章规定“民事责任”,其中第176条规定民事责任定义,第177条规定民事责任聚合及优先权,第178条规定责任竞合,第179条规定民事责任方式,第180条规定禁令。^⑤

中国民法学研究会《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿》第九章规定“民事权利的行使和保护”,涉及民事责任的条文是:第204条规定自助行为,第207条规定民事义务的履行与民事责任的承担,第208条规定一般免责事由,第209条规定承担民事责任的方式,第210条规定承担民事责任的顺序,即民事责任优先于刑事责任和行政责任。^⑥

①郭明瑞《民法总则规定民事责任的正当性》载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2014年第4期。

②参见魏振瀛《民事责任与债分离研究》,北京大学出版社2016年版,第27页。

③参见刘士国《论民法总则之民事责任规定》,载《法学家》2016年第5期。

④参见王利明主编《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版,第38-39页。

⑤参见杨立新《中华人民共和国民法·总则编建议稿》,载《河南财经政法大学学报》2015年第2期。

⑥参见何勤华主编《民法典编纂论》(第三卷),商务印书馆2016年版,第382-384页。

就《民法总则(草案)》第八章规定民事责任的内容看,不论是从条文的数量还是涉及的层次上,都要比学者建议稿的规定要多,也更加详细。可见,立法机关对于民事责任部分的规定还是很下功夫的。

3.外国民法典总则编规定民事责任的主要内容。《俄罗斯联邦民法典》总则编规定“民事权利和义务的产生,民事权利的实现与保护”,其中第11条规定民事权利的司法保护,主要规定程序性救济方法;第12条规定民事权利保护方式,列举了具体的责任方式;第14条规定民事权利的自我保护,即自助行为;第15条和第16条规定赔偿损失和国家机关的赔偿责任。

《葡萄牙民法典》总则编第四分编规定的是“权利之行使及保护”,第336条规定自助行为,第337条规定正当防卫,第338条规定对自助行为或正当防卫之前提具有之错误,第339条规定紧急避险,第340条规定受害人之同意。规定的主要内容都是免责事由。

《越南社会主义共和国民法典》总则编如前所述,只规定了承担民事责任的原则。

《土库曼斯坦民法典》总则编规定“民事权利和义务的产生;民事权利的行使与保护”一节,第10条规定民事权利的司法保护,第11条规定民事权利的保护方式,第13条规定民事权利的自我救济,第15条规定赔偿损失,第16-18条规定人身非财产权和其他非物质利益的保护、名誉尊严和商业信誉的保护、肖像权的保护和保护私生活秘密的权利。

(二)《民法总则》规定民事责任的主要内容及应然逻辑

1.对民法总则规定民事责任的比较结论。经过以上国际和国内民法总则(包括建议稿)规定民事责任规定的主要内容进行比较分析,可以得出以下结论:

第一,民法总则规定民事责任,内容无须过于繁杂,条文不必太多。在上述进行比较的民法总则及学者建议稿中,条文一般不超过10条,我国《民法总则(草案)》规定了10个条文,数量较多,不仅比其他4个国家的民法总则规定的条文要多,而且与学者建议稿相比较也是最多的。

第二,民法总则规定民事责任的主要内容,应当是民事责任的一般性规定,具有高度的抽象性,且须符合民法总则设置条文的一般要求。民法典之总则就是“汇聚”以抽象方式提取各编之“公因式”,其必须对总则以下各编具有“普适性”,是各编中共同的且重要的东西。这就要求必须精心设计总则的内容,使其能够作为整个民法典的灵魂而统领整个民法典。^①从上述规定民事责任的内容进行比较,通常规定的是民事责任的产生,民事责任方式,免责事由。基本上没有对民事责任的归责原则作出规定的,规定其他内容的也比较少见。

第三,在规定民事责任的章(节)名上,既有规定为“民事责任”的,也有规定为“民事权利保护”的。比较起来,后者更多,而前者较少。在我国学者的民法总则建议稿中,使用民事责任章名作出规定和使用民事权利保护章名规定的,都有存在。不过在我国,由于有《民法通则》规定民事责任的基础,规定为民事责任更容易被接受。从《民法总则(草案)》各个版本的变化来看,也是这样的。

第四,凡是具有具体规则性质的民事责任内容,通常并不规定在民法总则之中。例如《土库曼斯坦民法典》第16-18条规定的是人身非财产权和其他非物质利益的保护、名誉尊严和商业信誉的保护、肖像权的保护和保护私生活秘密的权利,其实都是对具体民事权利的保护,其他各国民法总则并未规定这些内容,我国的学者建议稿也未作类似规定。这是由于该国民法典没有规定人格权的空间所致,因而不得将其放在民法总则中规定。将来我国民法典有关人格权的规定如果放在《侵权责任法》中规定,以及将无因管理和不当得利之债因不设债法总则而不得不将其规定在民法总则之中,也都是一样的效果。^②

2.《民法总则(草案)》第八章规定民事责任的应然逻辑结构。通过以上比较研究,目前我国《民法总则(草案)》第八章规定民事责任是正确的,不仅在逻辑关系上体现了民法总则的逻辑体系和规则体系,同时也并不铺张,只规定了民事责任的一般性规则,而不使其与分则各编规定的民事责任规则相冲突、相重复。例如第180条规定的民事责任非冲突性竞合的规则和民事责任优先于刑事责任和行政责

^①参见李永军《民法典总则的立法技术及由此决定的内容思考》,载《比较法研究》2015年第3期。

^②我国《民法总则(草案)》第五章“民事权利”,第106条规定无因管理之债,第107条规定不当得利之债。

任的规则,都是非常有价值且具有引领性的民事责任规范,也是分则各编都不必再分别规定而应统一适用的规则,特别值得赞赏。

综合以上分析,《民法总则》规定民事责任应当符合以下逻辑结构:

第一,仍然采用“民事责任”的称谓而不采用“民事权利的保护”的称谓。从规定民事责任的章节(节)名使用上述不同称谓的传统看,使用“民事责任”是我国《民法通则》的传统,使用“民事权利的保护”则是《俄罗斯联邦民法典》的做法。相比较,我国《民法通则》实施了30年,已经被社会和公众所接受,体现了“民事权利、民事义务和民事责任是民法规范结构的基石”^①的理念,因而使用民事责任的称谓更为妥帖,体现了传承性。

第二,规定“民事责任是民事义务不履行的法律后果”的概念界定。这样规定民事责任,不仅仅是对民事责任作出一般的定义性规定,更重要的是体现民事法律关系内容的“权利-义务-责任”的逻辑关系,使这种逻辑关系公开化、外在化,使之更容易被接受。

第三,规定民事责任形态和方式。就目前的立法比较观察,民法总则规定民事责任方式是比较普遍的,但是对民事责任形态(例如规定民事责任的连带责任和按份责任)则通常不在民法总则中规定,而是放在债法中规定多数人之债。在我国《民法通则》确立“民事责任与债法分离”的传统后,将民事责任的形态也在《民法总则》中规定,确有必要,同时也可以减少合同法编与侵权责任法编中再规定责任形态规则的条文。

第四,规定民事责任的免责事由。通过立法比较研究,凡是规定民事责任的民法总则,差不多都规定免责事由,例如对自助行为、不可抗力等的规定。不过,对于只有在违约责任或者侵权责任编中单独存在的免责事由,则不宜在民法总则的民事责任中规定。例如,正当防卫和紧急避险,即使有的国家民法总则作了规定,但因其主要是产生对侵权责任抗辩权的免责事由,在违约责任中基本不会适用,因此不宜在《民法总则》中规定。

第五,规定民事责任竞合的规则。国外民法总则几乎没有规定责任竞合规则的。但在我国的民法总则建议稿中,多有责任竞合的规定。依我所见,责任竞合规则是从具体民事责任中抽象出来的一般性规则,是应用于所有民事责任的一般规则,因此应当在民法总则的民事责任中作出规定。特别是我国对于民事、刑事、行政责任竞合及其竞合中的优先权保障规则,都具有重要价值,应当坚持规定。

三、我国《民法总则》规定民事责任的具体内容调整

依照前述分析论证,《民法总则(草案)》第八章关于民事责任的规定也还存在一些缺陷。例如:一是,民事责任形态只规定连带责任和按份责任规则,没有规定不真正连带责任规则,因而使多数人责任形态体系不完整;二是规定了11项民事责任方式,缺少具体的针对性,且并非均可合并适用;三是规定了不可抗力、正当防卫和紧急避险,但是没有规定自助行为等免责的一般性规则,而正当防卫、紧急避险和对见义勇为者的保护则完全是侵权责任法的规则,不宜规定在《民法总则》中;四是在规定责任竞合规则中,只规定违约责任与侵权责任竞合的规则,而不是规定民事责任竞合的一般性规则,无法概括其他民事责任与违约责任、侵权责任竞合的情形,因此缺少概括性。对此,应当进一步进行修改,进行必要的内容调整,使《民法总则》规定的民事责任规则更加完善。

(一) 关于对民事责任定义性规定的调整

《民法总则(草案)》第170条关于民事责任的定义性规定,没有大问题。现在的写法是分为两款,实际上放在一起规定效果会更好。建议修改为“民事主体应当依照法律规定或者当事人约定履行民事义务;不履行或者不完全履行民事义务的,应当依法承担民事责任。”这样的写法会使语义更加连贯,突出对民事责任概念的强调。

(二) 关于对民事责任形态和民事责任方式的调整

1. 关于对民事责任形态的调整。《民法总则(草案)》第172条至第173条,分别规定的是多数人责

^①魏振瀛《制定侵权责任法的学理分析——侵权行为之债立法模式的借鉴与变革》,载《法学家》2009年第1期。

任的按份责任规则和连带责任规则。这样规定存在的问题是:第一,民事责任形态并非只有多数人民事责任,还有单独民事责任,只规定多数人民事责任显然不完整。在逻辑上,似乎可以认为,第170条第2款规定的“民事主体不履行或者不完全履行民事义务的,应当依法承担民事责任”,与第171和172条规定的“二人以上”承担按份责任或者连带责任的规定,相互对应和衔接,前者就是单独的民事责任,后者就是多数人的民事责任。但是这样的理解是不正确的,因为第170条第2款规定的是一般性规则,并非说其为一个人违反民事义务而应当承担单独的民事责任。第二,第一次审议稿的第157条规定多数人民事责任,“应当依法分担责任或者承担连带责任”中的“分担责任”和“连带责任”,并非相互对应的同一层次的概念,连带责任是包含在分担责任概念之中的下属概念。分担责任的概念最早为英美法系侵权法所使用,表达的是多数人侵权行为的侵权责任分别由不同的数个责任人承担的形态,^①包括替代责任、共同过失、连带责任和单独责任。^②该条文把这两个概念并列规定,逻辑关系不妥。第二次审议稿将其删除,是正确的。第三,在多数人责任中,并非只是存在连带责任和按份责任,还存在不真正连带责任,例如《侵权责任法》规定的产品责任规则(第43条)、环境污染责任中的第三人过错规则(第68条),以及饲养动物损害责任中的第三人过错规则(第83条)等。在合同之债中,连带责任保证和一般保证分别是不真正连带责任和补充责任,这些都属于不真正连带责任规则。

因此,对于这部分的规定可以采取两个方案进行调整:

第一方案,是维持现状略加修改的方案。首先,规定民事责任形态的一般规则,即“民事主体之一人未履行或者不完全履行民事义务的,应当由自己承担民事责任,法律规定为替代责任的除外。”“二人以上不履行或者不完全履行民事义务的,应当依法分担责任。”在这一条文中,并非要规定具体的多数人责任形态,而是全面规定责任形态的单独责任和分担责任的体系。

其次,全面规定多数人责任的形态体系,不仅要规定按份责任和连带责任,还要补充不真正连带责任,使三个多数人责任形态构成完整的体系。

再次,应当补充规定不真正连带责任规则。在《合同法》和《侵权责任法》中,都没有规定不真正连带责任的一般性规则,而对按份责任和连带责任都有规定,这样将会使多数人责任的形态体系出现漏洞,应当予以补充。应当规定“二人以上依法应当承担不真正连带责任的,每一个责任人都应当向权利人承担全部民事责任。不真正连带责任的最终责任人为一人,其他责任人承担了赔偿责任的,有权向最终责任人进行全额追偿。”

第二方案,是将连带责任和按份责任的规定完全删除,交由合同法编和侵权责任法编规定。学者认为,此三条(是指第一次审议稿第157-159条——作者注)规定除考虑到方便法律适用应作相应删改外,总体上有必要规定于总则。^③对此,我持不同意见。

2.关于民事责任方式。《民法总则(草案)》规定10种民事责任方式,始于《民法通则》第134条,迭经《合同法》和《侵权责任法》的应用,已经定型化。因而对第174条作此规定不再提出异议。第一次审议稿增加的“修复生态环境”的责任方式,是针对生态和环境受到损害的救济而增加的新的责任方式,虽然值得肯定,但是毕竟比较突兀,第二次审议稿将其删掉,未必不是好事。

第一次审议稿第160条第2款关于“前款规定的承担民事责任方式,可以单独适用,也可以合并适用”的规定,也是直接援引《民法通则》第134条第2款规定的内容。这个规定有一个问题,就是10种民事责任方式,单独适用是可以的,但并不是每一种方式都可以合并适用。例如就财产的侵占而言,返还财产后就不能再赔偿损失;可以适用于合同责任的方式与适用于侵权责任的方式当然也不可能合并适用。第二次审议稿的第174条将其删除,是正确的。

(三) 关于对民事责任免责事由的调整

1.应当规定的免责事由。《民法总则(草案)》第172条规定不可抗力是必要的,因为不可抗力不仅

^①参见《美国侵权法重述(第三次)》“责任分担”部分。

^②在英美侵权法中,共同过失与我国侵权责任法中的过失相抵概念相对应,单独责任与我国侵权法中的按份责任概念相对应。

^③参见刘士国《论民法总则之民事责任规定》载《法学家》2016年第5期。

是侵权法的免责事由,也是合同法的免责事由,并且其他分则的部分也可以适用,属于民事责任中的共同免责事由。

还应当增加关于自助行为的规定。不论是在何种情形下的权利被侵害,都有自助行为规则适用的可能性,因而其不仅适用于侵权法,而且适用于合同法以及其他法律,对此有较多的立法例予以支持。《葡萄牙民法典》第336条规定:“一、为实现或确保自身权利而使用武力,且因不及采用正常之强制方法以避免权利不能实现而有必要采用上述自助行为时,只要行为人之行为不超越避免损失之必要限度,则为法律所容许。二、为消除对行使权利之不当抵抗,自助行为得为将物押收、毁灭或毁损之行为或其他类似之行为。三、如所牺牲之利益大于行为人欲实现或确保之利益,则自助行为不法。”这样的规定特别值得借鉴。在制定《侵权责任法》过程中,学者曾建议规定自助行为,立法者以自助行为人人皆知其合法因而可以不予规定为由,而没有采纳。^①对此具有“普适性”^②的免责事由,应当予以规定。可以设置一个条文,明确规定“权利人为实现或者确保其权利,可以在情事紧急且不能及时获得国家机关救助时,在必要范围内扣押义务人的财产,或者适当限制其人身。当权利得到实现或者确保,或者获得了国家机关救助时,应当立即停止该行为。”

2.不宜规定的免责事由。《民法总则(草案)》第162、163条规定了正当防卫和紧急避险的免责事由,这是援引了《民法通则》的规定。但是问题在于,正当防卫和紧急避险应当限制在侵权责任法编适用,且《民法通则》也是规定在“侵权的民事责任”一节中的,在合同法编以及民法的其他领域不会适用,因而不属于一般免责事由,不宜规定在《民法总则》的民事责任之中,而应当放在侵权责任法编中规定。有学者赞同我的这个意见。^③

3.不宜规定对见义勇为者的保护规则。同样,《民法总则(草案)》第164条规定的对见义勇为者的保护规则,也不属于民法分则各编通用的规则,仅适用于侵权责任法编,也不宜规定在《民法总则》中。

(四) 关于对民事责任竞合规则的适当调整

《民法总则(草案)》规定了有关责任竞合的两个条文,一是第179条规定了民事责任之间的冲突性竞合规则,二是第180条规定了民事、刑事和行政责任的非冲突性竞合规则。

1.民事、刑事、行政责任的非冲突性竞合规则的重要性。应当特别肯定第180条规定的民事、刑事、行政责任竞合及民事责任优先规则。该条文的前段源于《民法通则》第110条规定,后来经过《侵权责任法》的规定,不仅确认了民事责任与刑事、行政责任的非冲突性竞合规则,而且确立了民事责任优先的规则,形成了目前这样的基本内容,修订后的《消费者权益保护法》和《食品安全法》都规定了这样的规则,在世界民法学界得到充分肯定。对此,特别应当指出,民事、刑事责任的竞合属于非冲突性竞合,从《民法通则》《侵权责任法》直至《民法总则(草案)》都予以承认,但是都受到最高人民法院司法解释的对抗,无法得到落实。^④对此,《民法总则》应当继续坚持,且应保证其切实落实。

2.民事责任竞合规则过于狭窄应予扩充。《民法总则(草案)》第179条规定了民事责任竞合规则,是一个好的做法,使民事责任的规定具有了新意,但是这个条文只是照搬《合同法》第122条关于违约责任与侵权责任竞合规定,并未涵盖其他类型的民事责任竞合,不是处理民事责任竞合的一般性规则,因而不符合民法总则作为民事法律关系“一般规定”或“一般构造”的制度定位,也就难以实现其在我国民法典中提纲挈领的立法目的和作用,因而使其理论意义和实践价值大大地打了折扣,不足以应对所有的民事责任竞合法律适用的需求。

因此,建议《民法总则(草案)》第179条在此基础上进行修改,规定能够适用于所有的民事责任竞

^①参见杨立新《侵权责任法条文背后的故事与难题》,法律出版社2011年版,第93页。

^②李永军《民法典总则的立法技术及由此决定的内容思考》,载《比较法研究》2015年第3期。

^③参见刘士国《论民法总则之民事责任规定》,载《法学家》2016年第5期。

^④《最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》明确规定“对于被害人因犯罪行为遭受精神损失而提起附带民事诉讼的,人民法院不予受理。”《最高人民法院关于人民法院是否受理刑事案件被害人提起精神损害赔偿民事诉讼问题的批复》明确指出“对于刑事案件被害人由于被告人的犯罪行为而遭受精神损失提起的附带民事诉讼,或者在该刑事案件审结以后,被害人另行提起精神损害赔偿民事诉讼的,人民法院不予受理。”这样的规定违反民事、刑事责任非冲突性竞合的法律适用规则。

合,包括违约责任与侵权责任竞合、不当得利与侵权责任竞合、违反无因管理和单方允诺之债的损害赔偿
责任与侵权责任竞合等,提供一个“普适”的法律适用规则。这样,不仅将使《民法总则》能够真正成为
统领民法分则各编的总纲,而且具有新世纪民法典的亮点和新意。故建议第 179 条的内容改为“因
当事人一方的违约行为或者其他违反债的行为或者违法行为,损害对方人身、财产权益的,受损害方有
权选择要求其承担侵权责任、违约责任或者其他民事责任。”其中,将原条文中的“违约行为”改为“违约
行为或者其他违反债的行为或者违法行为”,使其包括违约行为和不当得利行为以及违反无因管理、单
方允诺之债行为以及其他违法行为;相应地,将原条文中的“要求其承担违约责任或者侵权责任”改为
“要求其承担侵权责任、违约责任或者其他民事责任”,使其能够解释为如下情况:一是为侵权责任与违
约责任竞合时,承担侵权责任或者违约责任;二是为侵权责任与返还不当得利责任以及违反其他债的行
为竞合时,承担侵权责任或者返还不当得利、违反债的损害赔偿;三是其他违法行为产生的民事责
任与侵权责任竞合,承担其他民事责任或者侵权责任。

四、结论

《民法总则(草案)》第八章规定“民事责任”的一般性规则,经过修改,第二次审议稿已经比第一次
审议稿有了很大的改进,体现了规定民事责任的一般规则是我国民事立法的传统,同时也有他国(或地
区)民法典立法例的支持,是完全必要的。就目前第二次审议稿规定的内容观察,“民事责任”一章的总
体逻辑是成立的,但是存在规范设计和部分内容等不当之处,应当进一步进行调整,使我国《民法总则》
有关民事责任的规定都能够像目前的第 180 条那样,具有 21 世纪民法典的风范,对各国民法典的立法
起到引领作用。

Subject: The Necessity and Adjustment of Provisions of Civil Liability in General Principles of Civil Law

Author & unit: YANG Lixin(Center for CiViL and Commercial Law Studies ,China Renmin University , Beijing 100872 ,China)

Abstract: Chapter 8 of the General Principles of Civil Law (Draft) has provided civil liability , it is necessary. Its necessity should not be denied because the uniform rules of civil liability which are stipulated by General Principles of Civil Law of P.R. China are unsuccessful. Its necessity lies in the followings: there are separate rules of civil liability in every part of the civil code , therefore , there should be general and abstract provisions of civil liability in the General Principles of Civil Law. Besides , this is the necessary reflection of the logical relations of " rights—obligations—liability" in civil law. The 11 provisions for civil liability of the Draft are basically reasonable and logically clear , and most of the provisions are appropriately designed. But there are still some insufficiency which needs further adjustment to its content.

Key words: general principles of civil Law; civil liability; necessity; insufficiency; adjustment to the content

[责任编辑: 满洪杰]