

中国法上侵权请求权基础的规范体系

吴香香

摘要：《民法典》之后必然迎来解释论的时代，以请求权基础为线索的规范梳理，为规范解读提供了新的视角，而侵权责任编最能体现请求权基础的救济属性。《民法典》中侵权请求权基础规范体系的解释性重述，以侵权请求权基础的甄别为前提，以各类侵权请求权基础的检视程式为框架。侵权责任编区分消极防御性的绝对权请求权与侵权损害赔偿请求权。责任成立与责任范围分阶的架构下，过错侵权、过错推定、不问过错、公平责任、数人侵权等类型撑起侵权请求权基础的规范序列。

关键词：民法典；侵权责任编；请求权基础；规范体系

导言

《民法典》出台后，民法学的研究重心必然转向解释论，但解释论也有不同视角。民法典作为体系化的纠纷解决方案，其首要功能系为法官提供裁判依据，而民事法官找法作业的根本，则在探寻请求权基础。

《民法典》最能体现请求权基础救济属性与请求权方法适用架构的是侵权责任编。总分编制下的民法典编纂，以“提取公因式”为技术追求，侵权责任编在形式上也体现了从一般到特别的总分结构，第一章一般规定与第二章损害赔偿相当于侵权责任编的“小总则”，其后各章则相当于“侵权分则”。不过，法律适用的规范检视方向与法典编纂相反，是从特别到一般的逆向过程。就此而言，可直接与围绕诉讼请求而展开的法律适用相对接的规范体系，并非法典的总分体系，而是“公因式展开”后的请求权基础规范体系。本文即旨在运用请求权基础方法，呈现侵权请求权基础规范体系的展开逻辑。

正文分为三节，依如下论证脉络展开：首先，侵权请求权基础的体系梳理，以主要规范的识别为第一步骤，因而，本文第一节先从规范类别与主体两个视角甄别侵权请求权基础。第二节在区分责任成立与责任范围两个阶段的框架下，厘清各类侵权请求权基础的检视程式。第三节进而对侵权编的请求权基础规范序列作细化整理，以归责原则与侵权人的单复数为标准，依过错侵权、过错推定、不问过错、公平责任与数人侵权之序渐次展开。

一、侵权请求权基础的规范甄别

据以支持原告之请求权主张的规范为请求权基础，据以支持被告抗辩的规范为防御规范，^①进一步具体化请求权基础之构成要件或法律效果的则为辅助规范。在与辅助规范、防御规范相对的意义上，请求权基础规范又称主要规范。同时，辅助规范可能有其次级辅助规范或防御规范，防御规范也可能有其辅助规范或防御规范。如此层层叠叠，围绕主要规范形成规范之网。可见，“请求权基础”并非孤立概念，背后嵌套的是体系化的法律适用方案，贯穿该体系的核心线索即是请求权基础规范。

作者简介：吴香香，法学博士，中国政法大学民商经济法学院副教授。

基金项目：本文系国家社科基金一般项目“民法典编纂中请求权基础的体系构建研究（项目编号：18BFX110）”、中国政法大学钱端升杰出学者支持计划资助项目（项目编号：DSJCXZ180409）的阶段性成果。

^① 防御规范与作为其防御对象的规范之间常体现为例外与原则的关系。关于原则与例外关系的探讨，参见易军：“原则/例外关系的民法阐释”，载《中国社会科学》2019年第9期。

（一）规范类别视角请求权基础的甄别

当事人的请求权主张（如赔偿损失）体现在规范的法律效果部分，因而，请求权基础的识别应从法律效果切入。但法律效果含有请求权的规范，也可能是“伪装的请求权基础”。最易混淆的，是各类看似具有请求权基础外观的参引规范，如第1165条第2款（依照法律规定推定行为人有过错，行为人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任）。更隐蔽的参引规范甚至不显示“依照法律”“依法”等指示词，如第1177条第2款的自助过当参引过错侵权一般规则。

（二）主体视角侵权请求权基础的甄别

侵权请求权基础通常以直接受害人为请求权人、行为人自身为相对人。但在例外情形，请求权人也可能为间接受害人或其他主体，相对人也可能涉及行为人之外的他人，某些情况下，该“行为人之外的他人”甚至需要法益衡量才能作出判断。

以间接受害人为请求权人者，如被侵权人死亡时，其近亲属的请求权，以及支付医疗费、丧葬费等合理费用者的费用赔偿请求权（第1181条）。在新增的生态环境损害情形，因已超出私法范畴，请求权人还可能是公法主体或准公法主体（新增第1234、1235条）。

相对人涉及及行为人之外的他人者，如监护人责任、使用人责任、机动车交通事故的保险赔付等。因相对人界定模糊须借助法益衡量予以判断者，如饲养动物致害的“饲养人或者管理人”、建筑物致害的“所有人、管理人或者使用人”、林木致害的“所有人或者管理人”等。

二、侵权请求权基础的检视程式

（一）责任成立与责任范围的区分

侵权请求权基础的检视可区分责任成立与责任范围两个阶段：首先，确认侵权责任是否成立，此亦回答侵权请求权是否成立。其次，若侵权责任成立，再确定侵权责任的具体内容，此回答侵权请求权的范围。各类侵权请求权的检视程式通常仅在责任成立部分有差别，责任范围的检视则大致相同。

立法的新变化也暗合了责任成立与责任范围的分阶。侵权责任编的重大变化之一，是强调侵权责任以“损害赔偿”为原则，表现在：其一，与原《侵权责任法》第6、7条相比，第1165、1166条在“侵害”之外增加了“损害”要件，突出了侵害与损害的区分^[1]。其二，第二章章名由原《侵权责任法》的“责任构成和责任方式”改为“损害赔偿”。最终的体系呈现是，第一章一般规定对应责任成立，第二章损害赔偿对应责任范围。

（二）责任成立阶段的检视

各类侵权请求权因归责原则不同而各有不同的检视程式。此外，数人侵权另须处理侵权主体之间的责任成立与分配，检视程式须作独立观察。

1. 过错侵权责任成立阶段的检视

过错侵权责任成立的典型检视程式是：首先在客观层面确认存在应予负责的加害行为，再考量行为人在主观层面是否具有过错。

客观层面又分事实构成与不法性二阶。满足事实构成的前提，是侵权法所保护的绝对权受到侵害（非因侵害绝对权所致的纯粹经济损失有特定的检视程式）、存在加害行为，且二者间存在因果关系（责任成立因果关系）。不法性是可推翻的推定，满足事实构成即推定加害行为具有不法性，推翻的方式是证明存在不法性阻却事由。

主观层面的过错以责任能力为前提^[2]，无责任能力者谈不上过错^[3]。但责任能力同样为推定，由主张责任能力欠缺者举证。《民法典》未直接规定责任能力，但蕴含在法条中。过错侵权一般条款（第1165条第1款）的责任主体是“行为人”，并未局限为完全行为能力人，可认为因过错而实施侵害之人未必是完全行为能力人。无行为能力者不能成为责任主体，但有不法识别能力的限制行为能力人则不妨作为“行为人”承担过错责任。承担过错责任的能力即“责任能力”。

归纳而言，过错侵权请求权责任成立的检视步骤为：事实构成（绝对权受侵害+加害行为+责任成立因果关系）→不法性（不法性阻却抗辩）→可归责性（责任能力抗辩+过错）。

2. 过错侵权责任成立阶段的特殊检视程式：框架权利侵害、不作为侵权

过错侵权责任成立的典型检视程式无法简单套用到框架权利侵害与不作为过错侵权。

框架权利因内容与边界模糊,是否存在加害行为须在个案中借助法益衡量判断,不法性也无从推定^{[4](P.36)},而须借助加害行为的认定予以积极认定^[5]。换言之,加害行为与不法性的认定同一,均须借助法益衡量^{[6](P.10)},这一过程也同时合并过错的认定。

以框架性人格权为例,第998条与第999、1020、1025、1026、1027、1036条分别提示了生命权、身体权和健康权之外的人格权侵害的法益衡量因素,以及姓名、名称、肖像、名誉、个人信息的合理使用(实为与新闻报道、舆论监督、文艺创作、科学研究、言论表达等的法益衡量)。而且,第998条显示,生命权、身体权和健康权之外的人格权即使因被列举而有名化,也并非严格意义上的具体人格权,而仍属类型化的框架性人格权,需要借助法益衡量确认是否存在加害行为与不法性。

据此,框架权利侵权请求权责任成立的检视程式为:框架权利受侵害(法益衡量,与加害行为、不法性、过错判断合一)→责任成立因果关系→责任能力抗辩。

在不作为侵权,加害行为、责任成立因果关系、不法性与过错的判断同一,均通过“有作为义务而不作为”认定。具体而言:第一,不作为加害以作为义务为前提,违反作为义务即存在加害行为。第二,不作为与作为不同,并不存在一个因果链条,而是“若无此不作为则结果发生的可能性大为降低”。责任成立因果关系由作为义务的违反推定,除非行为人可证明即使尽到作为义务侵害也无法避免。因而,不作为侵权所考量的并非真实的、而是被设想的因果关系^{[7](P.351)}。第三,不作为侵害通常系间接侵害,不法性无法直接推定,而须借助作为义务的违反积极确认^{[8](P.169)}。第四,作为义务之违反本身即“疏于尽在交往中必要的注意”,与过错的判断合一。第五,作为义务由请求权人积极证明,不作为则不必由请求权人证明,“绝对权受侵害+作为义务”即可推定行为人违反作为义务(不作为),除非行为人可证明自己尽到作为义务。

因而,不作为侵权请求权责任成立的检视程式为:绝对权受侵害→作为义务(推定行为人不作为、责任成立因果关系存在、具有不法性与过错)→尽到作为义务抗辩(同时排除加害行为、责任成立因果关系、不法性与过错)→无避免可能性抗辩(排除责任成立因果关系的条件性)→责任能力抗辩。

3. 过错推定责任成立阶段的检视

甄别过错推定侵权时,困难的不是与作为的过错侵权相区分,而是与不作为过错侵权。过错推定侵权常与违反交往安全义务类不作为侵权外观相似。甚至可以说,过错推定侵权是从不作为过错侵权中择出的法定类型,择出的标准是举证责任分配。

不作为过错侵权的“过错”要件本就是由“有作为义务而不作为”所推定的,因而,过错推定侵权与不作为侵权的区别,并不在于过错要件是否为推定,而在于:不作为侵权情形,作为义务需要请求权人积极证明;过错推定侵权情形,请求权人则不必举证“作为义务”的存在,作为义务或者由法律条文体化(如第1256条第2句“不能证明已经尽到清理、防护、警示等义务的”),或者由给定情形下的“致害事实”即可推定存在“作为义务+作为义务的违反”(如第1255条堆放物致害)。换言之,就过错推定侵权,请求权人证明给定情形下的“绝对权受侵害”要件,即可推定“作为义务的违反”;就不作为侵权,请求权人则需证明“绝对权受侵害+作为义务”两项要件。

据此,过错推定侵权请求权责任成立的检视程式为:给定情形的绝对权受侵害→(推定存在作为义务且作为义务被违反、责任成立因果关系、不法性与过错)→尽到作为义务抗辩(同时排除加害行为、责任成立因果关系、不法性与过错)→无避免可能性抗辩(排除责任成立因果关系的条件性)→责任能力抗辩。

4. 不问过错责任成立阶段的检视

不问过错侵权的常见表达是“无过错侵权”,但侵权人未必真的没有过错,而是责任成立与否不以过错为前提,因而本文采“不问过错”的表述。

不问过错侵权以危险责任为典型。危险责任实质是风险分配,因而,以危险实现代替加害行为要件,不以不法性与过错为责任成立前提^{[9](P.156)};责任成立因果关系仅须检视条件性,相当性则被危险实现所取代^{[10](P.258)},但受规范目的限制^{[10](P.260)}。特定类型的不问过错侵权责任成立因果关系为抗辩而非要件(如第1230条环境生态侵权)。不问过错侵权的成立是否以责任能力为要,则容有争议。本文认为,责任能力不适用于营运责任(如

第1237条核事故），但适用于行为责任与占有责任（如第1239条占有或使用高度危险物），后者以责任主体有能力意识到危险为前提。

归纳而言，不问过错的危险责任成立的检视程式为：绝对权受侵害→危险实现（代替加害行为）→责任成立因果关系（危险实现代替相当性判断）→责任能力抗辩（区分类型检视）。

5. 公平责任成立阶段的检视

性质上，公平责任与其说是“责任”，不如说是特定情形下的牺牲补偿。公平责任使行为自由受到无法事先防控的限制，适用时需慎之又慎，即使过错责任机制失灵并且不问过错责任机制也无能为力，也不意味着作为结果责任的公平责任当然适用。

《民法典》第1186条的公平责任条款以“依照法律的规定”，代替了原《侵权责任法》第24条的“可以根据实际情况”，否定了该条款为独立的请求权基础规范。据此，公平责任适用须以法有明文为限，典型情形如第1188条第2款有财产的被监护人致害时被监护人与监护人的公平责任，第1190条第1款行为人无过错失去意识或控制致害的公平责任。各类公平责任请求权基础有其各自不同的检视程式。

6. 数人侵权责任成立阶段的检视

数人侵权，有共同加害型（第1168条）、因果关系竞合型（第1171条）、因果关系聚合型（第1172条）、共同危险行为（第1170条）等不同类型。各类数人侵权请求权基础在检视程式上的差别主要体现于责任成立因果关系要件：共同加害型、因果关系聚合型数人侵权，检视的是各加害人行为作为整体与绝对权受侵害之间是否具有责任成立因果关系，而非就每个侵害人的行为单独检视；因果关系竞合型数人侵权，以每个加害人的行为与绝对权受侵害之间均具备因果关系为要件；共同危险，则不以责任成立因果关系为前提，或者说该因果关系为法律所推定^[1]。

（三）责任范围阶段的检视

1. 责任范围阶段各类侵权共用的检视程式

各类侵权请求权基础在责任成立阶段的检视虽各不相同，但在责任范围阶段原则上并无差异，均须具备“损害+责任范围因果关系”。责任范围因果关系不同于责任成立因果关系：后者探讨的是“绝对权受侵害”与“加害行为”之间的因果关系，前者探讨的则是“损害”与“绝对权受侵害”之间的因果关系。惩罚性赔偿与精神损害赔偿还应满足各自的特别要件。

2. 例外情形下责任成立与责任范围的合并检视

责任成立与责任范围的区分，很大程度上是基于责任成立因果关系与责任范围因果关系的区分，在“最终损害”与“加害行为”的因果关系判断中，加入了“绝对权受侵害”这一“过滤器”，避免一般性地保护纯粹经济损失。纯粹经济损失仅在满足特定前提时，如违反保护性法律或故意违反善良风俗时，才受侵权保护。因纯粹经济损失与“最终损害”常同一，多不必区分责任成立与责任范围，谓之“因果关系的缩短”。

（四）小结：责任成立与责任范围的区分意义

责任成立与责任范围的区分，使侵权请求权基础的检视更精准：其一，因果关系判断区分两个阶段，让绝对权发挥过滤作用，避免为纯粹经济损失提供一般保护，避免过份限制行为自由。其二，不同类型的侵权，差别主要在责任成立，责任范围则大致相同。例如，典型过错侵权的责任成立因果关系须积极证明，而不作为侵权、过错推定侵权的责任成立因果关系则为推定，不问过错侵权的责任成立因果关系相当性被危险实现所替代。但无论何种侵权，责任范围因果关系均须积极证明。其三，过错在责任成立而非责任范围阶段检视，^①指向加害行为而非最终的损害结果。

三、侵权请求权基础的规范序列

侵权责任编第二章的标题“损害赔偿”，明确了侵权请求权以损害赔偿为核心权利内容。与侵权损害赔偿

^① Vgl. Kötz/Wagner, *Deliktsrecht*, 13. Aufl., München: Verlag Franz Vahlen, 2016, S.59.

请求权相区别的,是第1167条的“停止侵害、排除妨碍、消除危险等”消极防御性绝对权请求权。^①此类请求权虽不以过错为前提,但须具备不法性,系绝对权内在效力的必然推衍,^②从属于其所保护的绝对权^[1]。

侵权请求权基础的规范序列由过错侵权、过错推定、不问过错、公平责任与数人侵权的请求权基础构成。

(一) 过错侵权请求权基础规范序列

侵权责任以过错责任为原则,凡无特别规定之处,均以过错侵权一般条款(第1165条第1款)为其请求权基础。但被法律列举的侵权类型未必即属特殊侵权,例如,医疗损害责任就是过错侵权在医疗损害领域的具体化,归责原则并无特殊之处。

1. 绝对权过错侵权的请求权基础

侵权规则须衡平受害人保护与行为人自由,基于防免的期待可能性,^[12]过错侵权以绝对权为典型保护对象。绝对权在外观上具有可识别性,使他人可以得知权利的存在,从而可期待他人防免加害。防免加害是消极不作为义务,因而,所谓“他人可以得知权利的存在”,不必具体到确知权利内容与权利人,仅须得知此处存在一项非属自身的权利即可。但作为相对权的债权与之不同,即使债权已经存在,第三人也无从察知其存在,从而不能期待第三人防免加害。

由此推论,如果债权可以识别,从而可期待他人防免加害,就没有理由拒绝为其提供侵权保护。例如,以占有为权能的债权(如租赁权)因占有而得以外显,占有虽无法显示债权的具体内容,却足以排除他人侵害,从而此类债权类绝对权,也受过错侵权保护。^③据此,绝对权与因占有而“绝对化”的债权之过错侵害的请求权基础均为第1165条第1款。过错侵权保护的重心不仅在于权利,更在于该权利的对世性,据此建立最起码的期待可能性,以保留合理的行为空间^[12]。就过错侵权的保护客体,较之权利与利益的区分,也许更有意义的是绝对权与其他权益的区分^[13]。

2. 纯粹经济损失过错侵权的请求权基础

纯粹经济损失(非因绝对权侵害产生的财产损害^[14])原则上无法纳入侵权保护,除非满足防免可能性的要求。纯粹经济损失本身不具有对世性,但保护性法律(多为刑法或行政法规^[15])或善良风俗作为对世规范,若与纯粹经济损失相结合,同样可产生防免义务^[12]。换言之,因保护性法律与善良风俗本身有对世效力,过错违反保护性法律或故意违反善良风俗致纯粹经济损失的,无法识别的抗辩即不再成立。

但问题在于,《民法典》并未设置违反保护性法律侵权与故意悖俗侵权的相应条款,这两类侵权请求权的规范基础何在?本文赞同以类型化过错侵权一般条款的解释方式为其提供请求权基础^[13]。详言之,结合第8条(民事主体从事民事活动,不得违反法律,不得违背公序良俗)将第1165条第1款之“过错侵害他人民事权益”解释为三种具体类型:其一,过错侵害他人绝对权(与类绝对权),绝对权本身具有对世性;其二,过错违反保护性法律致他人纯粹经济损失,保护性法律为对世规范;其三,故意违反善良风俗致他人纯粹经济损失,善良风俗为对世规范。^④

(二) 过错推定侵权请求权基础规范序列

首先可以明确的是,第1165条第2款(依照法律规定推定行为人有过错,其不能证明自己没有过错的,应当承担侵权责任)并非过错推定侵权的请求权基础,意义仅在说明过错推定以法之明文为前提。

^① 第995条的“消除影响、恢复名誉、赔礼道歉”并非消极防御性的人格权请求权,而属于广义的“恢复原状”,参见尹志强:“侵权法的地位及与民法典各编关系的协调”,载《华东政法大学学报》2019年第2期。

^② 就绝对权请求权与侵权请求权的关系,有不同观点。其一,绝对权请求权与侵权请求权相互独立,参见杨立新:“侵权责任法回归债法的可能及路径——对民法典侵权责任编草案二审稿修改要点的理论分析”,载《比较法研究》2019年第2期;崔建远:“绝对权请求权抑或侵权责任方式”,载《法学》2002年第11期。其二,绝对权请求权应纳入侵权请求权,参见魏振瀛:“《民法通则》规定的民事责任”,载《现代法学》2006年第3期。其三,绝对权请求权可作为不同于损害赔偿的其他侵权请求权,参见朱虎:“物权请求权的独立与合并——以返还原物请求权为中心”,载《环球法律评论》2013年第6期。其四,绝对权请求权与侵权请求权可竞合,参见王洪亮:“妨害排除与损害赔偿”,载《法学研究》2009年第2期。

^③ Vgl. Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, B. II/2, 13. Aufl., München: C.H.Beck, 1994, S.396.

^④ 主张通过类推已被立法化的纯粹经济损失保护条款找寻请求权基础者,参见于飞:“违背善良风俗故意致人损害与纯粹经济损失保护”,载《法学研究》2012年第4期。对将第1165条第1款限缩解释为三个小一般条款的方案提出质疑者,参见叶金强:“《民法典》第1165条第1款的展开路径”,载《法学》2020年第9期。

1. 过错推定侵权的指示性语词

过错推定侵权之过错由致害事实推定，不必由请求权人举证，行为人举证自己没有过错方可排除责任。在举证分配视角下，过错推定侵权的指示性语词大致有三类：其一，“不能证明没有过错的”（如第1253条第1句）；其二，“不能证明已经尽到……义务的”及其类似表述（如第1256条第2句）；其三，“（能够证明）尽到……职责的”（如第1199条）。

有疑问的是，“未尽……义务（职责）”的表述是否同样指示了过错推定侵权，典型者如第1198条之“未尽到安全保障义务”。于此涉及过错推定与不作为过错侵权的区分。如前文所述，过错推定侵权是从不作为侵权中择选的法定类型，但不作为侵权之作为义务的存在需要请求权人积极证明，而过错推定的作为义务或为法律所明定或由致害事实推定。就此而言，“安全保障义务”由法律所明定，似乎应为过错推定。但该论断未必经得起推敲，原因在于，“安全保障义务”内容非常宽泛，不同情形有不同表现，个案中侵权人违反了何种安全保障义务，仍须由受害人举证，而无法直接由致害事实推定。或者更明确地说，安全保障义务在个案中的具体化举证仍被分配于受害人，更接近不作为过错侵权。同理，第1200条“未尽到教育、管理职责的”、新增的第1254条第2款“未采取必要的安全保障措施的”，也因内容宽泛须待具体化，而可解释为不作为过错侵权。

但在第1195条第2款、第1197条、第1206条、第1207条，虽然同样采用了“未（及时）采取……措施”的表述，但因在其所涉及的投入流通后发现的产品缺陷、网络侵权情形，生产者、销售者、网络服务提供者的作为义务不仅为法律条文所明定且内容具体，受害人不必证明作为义务的存在，从而更接近过错推定侵权。

2. 过错推定侵权请求权基础的两大类型

过错推定侵权请求权基础，可大致区分为人之监督义务人责任与物之管理义务人责任两大类型，两类义务均属于广义的交往安全义务。

人之监督人的过错推定以监护人责任最为典型。就第1188条第1款第2句的文义而言，即“监护人尽到监护职责的，可以减轻其侵权责任”，存在不同的解释可能，有附减责事由的不问过错责任^[16]、混合责任^[17]、过错推定责任等观点。^①本文认为，监护人尽到监护职责的，应允许其责任减轻至“零”。尤其是，若被监护人行为符合成年责任能力者的注意义务标准，则监护人也应因尽到监护职责而不必承担任何责任。

体系解释也可为此论断提供支持：依第1169条第2款第2分句，他人教唆、帮助被监护人侵权情形，监护人未尽到监护职责的，应当承担“相应的责任”。于此，一方面，“相应的责任”当系与过错相应的责任；另一方面，依反面解释，监护人尽到监护职责的，即不必承担责任。

就无行为能力人致害，教育机构作为其监督义务人，也承担过错推定责任（第1199条）。网络服务提供者对网络用户的监督义务也可产生过错推定责任。

物之管理义务人的过错推定责任，则涉及投入流通后发现的产品缺陷责任（第1206条第1款）、动物园动物致害（第1248条）、建筑物致害（第1253条第1句）、堆放物致害（第1255条）、公共道路障碍物致害（第1256条）、林木致害（第1257条）、施工致害（第1258条第1款）、窨井致害（第1258条第2款）等情形。

（三）不问过错侵权请求权基础规范序列

风险分配的一般原则是“自担风险、自吞苦果”，不问过错侵权则令他人代受害人承受风险，因而需要特别的正当化理由：该他人制造了危险来源并从中得利，且仅该他人有可能控制或分散危险^{[18](P.15)}。不问过错侵权在法有明文时方可适用，第1166条并非不问过错侵权请求权基础，而系参引性规范。侵权责任编中的此类不问过错侵权请求权基础大致涉及三种情形：其一，为被使用人负责；其二，为产品缺陷负责；其三，为特殊危险负责。

1. 为被使用人负责的不问过错侵权请求权基础

使用人责任为“代负责任”，即将被使用人行为视同使用人自身的行为，从而以被使用人行为满足所有侵权要件（包括过错）为前提。而定作人对承揽人的定作、指示或选任有过错时，为承揽人的致害负责（第1193

^① 争议梳理参见高圣平主编：《中华人民共和国侵权责任立法争点、立法例及经典案例》，北京大学出版社2010年版，第395-397页。

条但书), 实质仍是定作人为自己的过错行为负责, 系过错侵权的具体化, 适用前提是承揽人行为满足侵权事实构成(绝对权受侵害+加害行为+责任成立因果关系), 不法性与过错的考量对象则是定作人。

2. 为产品缺陷负责的不问过错侵权请求权基础

对外关系上, 生产者、销售者为产品缺陷负责系不问过错责任。例外规则是第1206条产品投入流通后发现的缺陷, 适用过错推定。此外, 医疗产品缺陷(第1223条)、建筑物质量缺陷(第1252条第1款第1句)系特殊的产品缺陷, 应可适用产品责任规范; 不同的只是, 建筑物质量缺陷的举证分配倒置, 建筑物致害推定存在产品缺陷, 除非建设单位、施工单位能够反证推翻(新增第1252条第1款第1句但书)。

3. 为特殊危险负责的不问过错侵权请求权基础

为特殊危险负责的不问过错侵权责任, 大致有三类: 其一, 行为致害(机动车交通事故责任、环境污染和生态环境破坏责任), 其中, 机动车若并未被用作交通工作, 其特殊危险即没有实现, 不能适用危险责任^{[10](P.269)}。其二, 饲养动物致害(但第1248条动物园责任为过错推定), 也可视为广义的行为致害。其三, 高度危险物致害, 又可分为营运类(第1237、1238、1240条)与占有类(第1239、1241条)。

第1236条(从事高度危险作业造成他人损害的, 应当承担侵权责任), 并非独立的请求权基础, 并非高度危险责任的一般条款, 否则通过解释“高度危险作业”即可突破不问过错以法律明文为前提的限制, 危及过错归责的一般原则。

(四) 公平责任侵权请求权基础规范序列

公平责任虽然也不问过错, 但与不问过错责任的规范目的并不相同。不问过错的本质是风险分配, 而公平责任的本质是牺牲补偿, 兹以有财产的被监护人致害的公平责任(第1188条第2款前半分句)与行为人无过错失去意识或控制致害的公平责任(第1190条第1款后半分句)予以说明。

行为人失去意识或控制且无过错的, 受害人本无从主张损害赔偿。但侵权之债不同于合同之债, 债权人无从选择自己的债务人, 被谁侵害是随机事件。在外观上完全相同的侵害行为, 若为一般人所为, 因过错判断客观化的“所属群体标准”, 原则上不考虑侵害人的个体状态, 受害人通常可得救济。但在行为人失去意识或控制情形, 却将个体特征纳入考量, 从而导致受害人无从受偿。于此, 行为人受到责任能力优待, 受害人则为此作出“牺牲”, 其地位较之被一般人侵害为劣。因而, 在行为人的经济状况允许且综合考量其他因素, 在不影响行为人保护的限度内, 可依公平原则令其适当补偿受害人。

同理, 有财产的被监护人致害所生的公平责任实质也是牺牲补偿。被监护人侵害他人且具有责任能力与过错的, 可依过错侵权的一般条款(第1165条第1款)使其承担侵权责任。监护人则在未尽监护职责的范围内承担过错推定责任。若受害人已获得赔偿, 则不必适用公平责任。但若被监护人过错责任不成立(如不具有责任能力或无过错)、监护人过错推定责任也不成立, 或者虽然侵权请求权成立但义务人不具备给付能力, 受害人即处于牺牲而未受补偿的状态。于此, 受害人的牺牲体现为, 被监护人责任能力受限, 且不必遵循一般过错标准(适用同龄人标准), 享有责任能力与过错方面的法律优待, 由于过错标准的不同, 在一般人须承担责任之处, 被监护人可能不必承担责任。换言之, 受被监护人侵权的受害人, 其法律地位较之被一般人侵害为劣。为了保护被监护人, 受害人作出了牺牲, 且牺牲无法提前规避。那么, 在被监护人“有财产”且基于个案整体的公平考量, 在不突破被监护人保护的范围内, 可令其对受害人为适当补偿。据此, 被监护人公平责任是对受害人牺牲的补偿。这同时也意味着, 若被监护人已经尽到相同情形下成年责任能力人应尽的注意, 受害人即无所牺牲, 也就没有理由要求被监护人承担公平责任。

在牺牲补偿请求权之外, 侵权责任编也规定了其他公平责任, 如第1188条第2款后半分句之“不足部分, 由监护人赔偿”, 第1192条第2款提供劳务方接受劳务方的补偿义务, 以及备受争议的高空抛物条款中的补偿义务(第1254条第1款之“由可能加害的建筑物使用人补偿”)。但公平责任如此扩张是否有足够的正当性, 在法政策上仍存有争议。

(五) 数人侵权请求权基础规范序列

数人侵权的请求权基础, 可区分外部关系与内部关系分别观察。

1. 数人侵权外部关系请求权基础规范序列

共同加害型数人侵权（第1168条），以行为人“共同实施”加害行为为特征，各侵权人为共同故意，或至少为共同过失^{[6](P.73)}，承担连带责任。因果关系竞合型数人侵权（第1171条），各行为人分别实施加害行为，且每个人的行为与受害人的绝对权受侵害之间均须具备责任成立因果关系，承担连带责任。因果关系聚合型数人侵权（第1172条）同样是各行为人分别实施加害行为，但只有数人行为相结合作为一个整体，与受害人绝对权受侵害之间的责任成立因果关系才具备，各人承担按份责任。共同危险行为（第1170条）各行为人虽然均实施了危险行为，但最终致害的仅为其中一人或数人的行为，为了克服受害人的举证困难，各行为人承担连带责任。

教唆、帮助他人侵权也属于数人侵权，其性质须分情况探讨：其一，教唆、帮助完全行为能力人侵权，为共同加害型数人侵权的具体化。其二，教唆、帮助行为能力受限者侵权，若行为能力受限方有责任能力，也适用共同加害型数人侵权规则，但教唆、帮助者与被教唆、帮助者的行为作为整体，又与未尽监护职责的监护人成立因果关系聚合型数人侵权。而若被教唆、帮助者无责任能力，则教唆、帮助者与未尽监护职责的监护人成立因果关系聚合型数人侵权。

数人侵权可能表现为过错侵权、过错推定、不问过错、公平责任的不同组合：

其一，数人均有为过错侵权，如承揽人与有过错的定作人之按份责任（第1193条第2句）。再如，第三人与承担补充责任的安全保障义务人（第1198条第2款第1句）、第三人与承担补充责任的教育机构（第1201条第1句），系过错侵权与不作为过错侵权的结合。上述规范实为因果关系聚合型数人侵权的具体化。但补充责任情形，第三人对外承担全部责任，补充责任人则对外承担与其过错程度与原因为相当的责任（相应的补充责任）^{[19](P.165)}。

其二，过错侵权与过错推定的结合，如有过错的被监护人与监护人（过错推定）的不真正连带（第1165条第1款结合第1188条第1款）、监护人（过错推定）与受托人（过错）的按份责任（新增第1189条）、网络侵权人（过错）与网络服务提供者（过错推定）的连带责任（第1195条第2款与第1197条）。上述情形实为因果关系聚合型数人侵权，但法律效果上也有设置为连带责任者（第1195条第2款与第1197条）。

其三，过错侵权与不问过错的结合，如劳务派遣单位（过错）与接受派遣单位（不问过错）的不真正连带（第1191条第2款）。

使用人（不问过错）与故意或重大过失的被使用人之不真正连带（第1165条第1款结合第1191条第1款第1句或第2款前半分句或第1192条第1款第1句）也属此情形。虽然第1191条第1款第2句、第1192条第1款第2句规定的是使用人对故意或重大过失的被使用人之追偿权，但若允许使用人追偿，亦应允许受害人直接向被使用人主张权利。

同理，第三人过错致产品缺陷，第三人与生产者、销售者（不问过错）成立不真正连带（第1165条第1款结合第1204条）；第三人过错致建筑质量缺陷，第三人与建设、施工单位（不问过错）也成立不真正连带（第1165条第1款结合第1252条第1款第2句）。

此外，属于此类数人侵权的还有第三人过错所致的生态破坏（第1233条）、第三人过错所致的饲养动物侵权（第1250条）的连带责任，高度危险物交由他人管理时所有人（过错）与管理人（不问过错）的连带责任（第1241条），以及租赁/借用/未经允许驾驶他人机动车发生交通事故时机动车使用人与有过错的机动车所有人/管理人的按份责任（第1209条、新增第1212条）。

其四，过错推定与不问过错的结合，如不能证明尽到防止非法占有高度危险物之高度注意义务的所有权人与不问过错的非法占有人间的连带责任（第1242条）。再如，堆放物品等妨碍公共道路通行的，行为人（不问过错）与公共道路管理人（过错推定）的按份责任（第1256条）。

其五，数人均有为不问过错，如缺陷产品生产者与销售者的连带责任（第1203条第1款），数人环境侵权的按份责任（第1231条）。机动车交通事故责任中，挂靠人与被挂靠人（新增第1211条）、拼装或应报废机动车的转让人与受让人（第1214条）、盗窃人/抢劫人/抢夺人与使用人（第1215条第1款第2句）的连带责任也属此类。

其六，数人侵权还可能体现为公平责任与其他责任形态的组合，如公平责任与过错责任的组合（第1192条第2款）、以及数人均有公平责任者（第1188条第2款）。

2. 数人侵权内部关系请求权基础规范序列

数人侵权且对外承担连带责任的,侵权人承担的赔偿责任若超过其内部份额,对其他侵权人有追偿权(第178条第2款),且在此范围内承受债权人权利(第519条第2款)。除法律明文规定或可由规范目的认定内部有最终责任人,原则上各侵权人对内承担按份责任。

法律明文规定内部有最终责任人的主要类型,是过错侵权与其他侵权形态的结合,由过错侵权人为最终责任人,如使用人对故意或重大过失的被使用人的追偿权(第1191条第1款第2句、第1192条第1款第2句),不问过错侵权人对过错第三人的追偿权(第1204条、第1233条、第1252条第1款第2句、第1253条第2句),以及公平责任承担者对过错第三人的追偿权(新增第1192条第2款)。

同理,本文认为,在过错侵权与过错推定的结合,无论对外是连带责任还是按份责任,因过错侵权人为直接侵害人,应为内部最终责任人;在过错推定与不问过错结合,同样无论对外是连带责任还是按份责任,均以过错推定侵权人为内部最终责任人。

需要特别探讨的,是产品缺陷情形生产者与销售者的追偿关系。依第1203条第2款,产品缺陷由生产者造成的,生产者为内部最终责任人;产品缺陷由销售者过错造成的,销售者为内部最终责任人。该规则常被解读为生产者对内承担不问过错责任,销售者对内承担过错责任^{[20][P.122]}。然而,有疑问的是,若产品瑕疵由销售者造成,但销售者并无过错,内部关系如何处理?依上述规范,若销售者对外承担了赔偿责任,则不产生追偿问题,实际是以销售者为最终责任人;而若生产者对外承担了赔偿责任,同样不生追偿问题,又以生产者为最终责任人。由此产生的结果是,由谁承担最终责任很大程度上取决于受害人向谁主张权利,从而具有一定的随机性。由此观之,“销售者对内承担过错责任”的表述并不准确。

此外,在一方对外承担补充责任的数人侵权,对外关系在本质上为部分连带责任,也有内部追偿关系。承担补充责任的一方对最终责任人有法定追偿权,如安全保障义务人对第三人的追偿权(新增第1198条第2款)、教育机构对第三人的追偿权(新增第1201条第2款)。在机动车交通事故责任,保险人、道路交通事故社会救助基金管理机构对交通事故责任人也有追偿权(第1215条第2款、第1216条),后者为最终责任人。

结 语

请求权基础视角侵权责任编的规范体系梳理,以侵权请求权基础的甄别为前提,以侵权请求权基础的检视程式为框架。请求权基础的识别须从法律效果部分切入,甄别的难点是各类具有请求权基础外观的隐性参引规范。侵权请求权基础的检视原则上区分责任成立与责任范围两个阶段,各类侵权请求权基础检视程式的差异主要体现在责任成立部分,但例外保护纯粹经济损失时,责任成立与责任范围的检视合一。

侵权责任编的请求权基础规范序列,区分消极防御性的绝对权请求权与侵权损害赔偿请求权。绝对权请求权不以过错为前提。侵权损害赔偿请求权则以过错归责为原则,过错推定、不问过错、公平责任的适用均须具备特别的正当化理由。过错侵权的典型保护对象是绝对权,纯粹经济损失的保护则须以违反保护性法律或故意违背善良风俗为媒介。过错推定侵权大多是从不作为过错侵权中择取的法定类型,以“不能证明没有过错的”“不能证明已经尽到……义务的”“(能够证明)尽到……职责的”为指示性语词,“未尽……义务(职责)”能否解释为过错推定,则须区分情形考量。不问过错侵权不仅是过错归责的例外,也是各人自担风险之风险分配规则的例外,由他人代受害人承受风险需要更严格的正当化解说,大致涉及为被使用人负责、为产品缺陷负责与为特殊危险负责三类情形。公平责任的本质是牺牲补偿,典型者如被监护人或失去意识或控制的行为人致害情形,因行为人享有责任能力或过错上的法律优待,受害人的地位较被一般人侵害为劣,个案考量之下可对受害人的“牺牲”予以补偿。在牺牲补偿之外增设其他公平责任类型的法政策理由仍值得探讨。数人侵权请求权基础须区分外部关系与内部关系。

各类侵权请求权基础作为主要规范,支撑起侵权责任编的骨架,但完整意义上的请求权基础检视,还须通盘考量其各层级的辅助规范与防御规范。法典编纂的公因式提取技术,会导致规范的双重不完整,即括号外的公因式与括号内的规范均不完整^[21]。因此,侵权责任编内含的主要规范、辅助规范与防御规范也并非自足的规范体系,除有少量侵权请求权基础散在《民法典》其他各编之外,大量的辅助规范与防御规范也栖身于其他各编。

参考文献：

- [1] 程啸：“中国民法典侵权责任编的创新与发展”，载《中国法律评论》2020年第3期。
- [2] 周友军：“我国《侵权责任法》修订入典的初步构想”，载《政治与法律》2018年第5期。
- [3] 李昊：“对民法典侵权责任编的审视与建言”，载《法治研究》2018年第5期。
- [4] 陈聪富：《侵权违法性与损害赔偿》，北京大学出版社2012年版。
- [5] 于飞：“论德国侵权法中的‘框架权’”，载《比较法研究》2012年第2期。
- [6] [德]埃尔夫温·多伊奇、汉斯—于尔根·阿伦斯：《德国侵权法——侵权行为、损害赔偿及痛苦抚慰金》（第5版），叶名怡、温大军译，刘志阳校，中国人民大学出版社2016年版。
- [7] 朱岩：《侵权责任法通论·总论·上册 责任成立法》，法律出版社2011年版。
- [8] [德]迪特尔·梅迪库斯：《请求权基础》，陈卫佐、田士永、王洪亮、张双根译，法律出版社2012年版。
- [9] [德]哈里·韦斯特曼、哈尔姆·彼得·韦斯特曼：《德国民法基本概念》（第16版）（增订版），张定军、葛平亮、唐晓琳译，中国人民大学出版社2013年版。
- [10] [德]马克西米利安·福克斯：《侵权行为法》（2004年第5版），齐晓琨译，法律出版社2006年版。
- [11] 陈自强：“民法侵权行为法体系之再构成——“民法”第191条之3之体系地位”，载陈自强：《债权法之现代化》，北京大学出版社2013年版。
- [12] 苏永钦：“再论一般侵权行为的类型——从从体系功能的角度看修正后的违法侵权规定”，载苏永钦：《走入新世纪的私法自治》，中国政法大学出版社2002年版。
- [13] 葛云松：“《侵权责任法》保护的民事权益”，载《中国法学》2010年第3期。
- [14] 葛云松：“纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为条款”，载《中外法学》2009年第5期。
- [15] 朱岩：“违反保护他人法律的过错责任”，载《法学研究》2011年第2期。
- [16] 张新宝：“民法分则侵权责任编立法研究”，载《中国法学》2017年第3期。
- [17] 朱广新：“论未成年人致人损害的赔偿责任”，载《法商研究》2020年第1期。
- [18] 王泽鉴：《侵权行为》（第3版），北京大学出版社2016年版。
- [19] 杨立新：《侵权责任法：条文背后的故事与难题》（第2版），法律出版社2018年版。
- [20] 黄薇主编：《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》，法律出版社2020年版。
- [21] 朱庆育：“法典理性与民法总则以中国大陆民法典编纂为思考对象”，载《中外法学》2010年第4期。

System of the Legal Bases of Tort Claims in Chinese Civil Law

Wu Xiangxiang

Abstract: The promulgation of the Civil Code inevitably ushered in an era of doctrinal interpretation. The legal bases of claims provided a new perspective for norm interpretation, while the Tort Liability Book of the Civil Code best reflected the remedial nature of the legal bases of claims. The interpretational restatement of the system of tort claims bases is premised on the discerning of legal bases of claims and is framed by the procedure for examining the various types of such legal bases of claims. The Tort Liability Book distinguishes between negative claims of absolute rights and claims for tort damages. Under the hierarchical structure of responsibility establishment and scope of responsibility, the types of tort, such as tort of fault, presumption of fault, no-fault tort, equitable liability, infringement by multiple persons and so on, hold up the sequence of Legal Bases of tort claims.

Keywords: Civil Code; Tort Liability Book; Legal Bases of Claims; Norm System

（责任编辑 寇 丽）