

本文载于：《判解研究》2014年第2辑，第161-197页。

中国侵权法的普通法色彩和公法面向

作者：戴杰（Jacques deLisle）*

摘要：与当代中国的其它侵权立法一样，2010年实施的《中国侵权责任法》也是源自大陆法传统。但在许多方面，它看起来更像普通法国家的侵权法（包括美国侵权法）。中国的《侵权责任法》和其它法律中的侵权责任制度在性质上属于私法，但它们具有浓厚的公法面向。这具体表现在：第一，其与传统公法的关系盘根错节。第二，大量条款对当代公共政策问题和争议作出了具体回应。第三，除了完全填补受害人的损害之外，其损害赔偿制度还明显服务于公共事务管理和公共福利目标。第四，其对所保护的权利采取了一种高度实证主义的认知态度。无论是法律文本，还是官方释义，还是那些参与立法的学者所撰写的学术评论，都说明了这样一点：该法律的立法目的和观察视角与美国的侵权法很相似（包括法经济分析、矫正正义考虑）。当然，中美两国的侵权法并不一定因此就趋同。

关键词：中国侵权法；《中国侵权责任法》；两大法系之比较；私法中的公法要素

1. 侵权法的统一：中国法和普通法.....	2
2. 侵权法的多元化：中国私法的公法面向.....	9
2.1 公法与政策.....	9
2.2 损害赔偿.....	15
2.3. 中国特色法律实证主义.....	20
3. 中国法和美国普通法之间的趋同或共性问题？.....	21

2009年颁布的《中华人民共和国侵权责任法》填补了中国民事立法的一大缺口，是中国民法法典化进程中的一个关键环节。虽然该立法具有明显的大陆法特征，但在许多重要的方面，其与普通法的相似度毫不亚于大陆法。虽然该立法在性质上属于私法，但其却具备明显的公法色彩。虽然中国侵权法的缔造者从域外侵权法[—即私法]中获得了大量灵感和样本，但大量中国新近侵权立法表明，他们坚持发挥侵权立法的国家指令（statist）、公共管制（regulatory）和立法-实证（legislative-positivist）功能（而这一点又常常被评论者所忽视）。尽管如此，

* 戴杰（Jacques deLisle），美国宾夕法尼亚大学 Stephen A. Cozen 教席法学教授、政治科学教授，宾夕法尼亚大学东亚研究中心主任。本文由熊丙万、刘明和李昊翻译，由杜泽夏校对。本文译自：Jacques deLisle, *A Common Law-like Civil Law and a Public Face for Private Law: China's Tort Law in Comparative Perspective*, in *TOWARDS A CHINESE CIVIL CODE: COMPARATIVE AND HISTORICAL PERSPECTIVES* 353, 353 (Martinus Nijhoff 2012). 我们特别感谢 Koninklijke Brill NV 出版社慷慨授予翻译和发表中文译文的权利。在中译本公开发表之前，戴杰教授曾到“中国人民大学国际远程工作坊（Renmin University International Virtual Workshop, RUIVW）”报告本文，并得到有益评论。

中国侵权立法与域外侵权法（特别是美国侵权法）在概念和话语体系上表现出了趋同和交融的可能性。

1. 侵权法的统一：中国法和普通法

当前法学界流行着这样一种说法：各法域的侵权法正走向高度的统一。而观察和总结中美两国侵权法之间的那些重大相似之处，将有助于检验这一说法的准确性。特别是考虑到，美中两国在下属大量问题上采用完全相反的观念和做法，这使得前述比较和检测活动就显得更有意义。具体来说，美中两国之间的对比差异包括：大陆法系与普通法系；经长期演进形成的侵权法与新近制定的侵权法；西方文明与东亚文明；富足的市场经济（近来趋向于放松市场管制）与高速发展和转型的经济（近来正从国家社会主义模式转型）；自由民主意识形态与中国特色社会主义意识形态；诉讼盛行的社会与诉讼经历有限的社会（也有人认为，中国是一个在文化上厌诉的社会）；高度独立的法院系统与新兴的司法机构；凡此等等。

尽管如此，中国《侵权责任法》与美国侵权法在一些方面表现出了高度的相似性。[美国侵权法属于州立法，以各州法院的判例为正式法律渊源]。为了对各州法院的判例侵权法作体系化的展现，一些研究机构和学术力量编撰了《侵权法重述》或其它形式化程度低一些的文献，甚至还“起草了”类似于《民法典》的立法文本。中国《侵权责任法》的许多体系和内容设计都采纳了这些美国文献的作法。

现在举例说明这一点。在侵权责任归责原则上，《侵权责任法》将过错责任原则确立为整个中国侵权责任制度的基础性原则；而无论是1986年《民法通则》的稀疏规定，还是在《民法通则》颁布之后的二十多年中“零售”的侵权法律制度，它们都不如前者。¹在医疗损害责任问题上，《民法通则》基本上缄默不言；而《侵权责任法》用专章对医疗过失责任作了特别规定。其强调医务人员的说明义务和特定情形下取得患者同意的义务；将“未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务”作为责任判断的主要标准；且在医疗机构实施“违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定”的诊疗行为时推定其有过失。²与此类似，《侵权责任法》对机动车交通事故责任中的过错认定和责任问题作出了特别规定，填补了《民法通则》在这方面的空白。此外，该规定对《道路交通安全法》和相关法规确立的私法救济模式作了进一步确认和补充。³

《侵权责任法》还规定了一系列无过错责任。对于那些熟悉美国侵权法的人来说，这些规定并不怎么陌生。其中一些制度最初源于《民法通则》；另外一些制度从特别法中吸取了经验，且反过来为这些特别法提供了一个更清晰的基本框架。这些特别法上的责任涉及：缺陷产品和劣质产品（这些规定分布在《产品质量法》、《消费者权益保护法》和《食品安全法》之中）；危险动物（但动物园的动物则例外地适用过错责任）；异常危险/高度危险活动和一些类似于普通法上的“不法妨害”（nuisance）的侵害。⁴在普通法中，这类归责原则也常常被称为“严格责

1 请比较2009年《侵权责任法》第6条和1986年《民法通则》第119条。

2 《侵权责任法》第54-64条。

3 《侵权责任法》第48-53条；比较《道路交通安全法》。

4 《侵权责任法》第41-47条；2000年《产品质量法》第40-46条；1993年《消费者权益保护法》第11、35、40条；《民法通则》第122条（关于产品责任）；《侵权责任法》第65-68条（类似于“不法妨害

任”（尽管有时是“误称”）。这一术语被翻译介绍到中国之后，已经变成了侵权法学界的老生常谈。5《侵权责任法》还设专章规定了建筑物的脱落物、倒塌建筑物及类似情形的损害赔偿责任。本章所应对的部分问题与Byrne vs. Boadle案相似。该案由一个英国法院于1863年作出判决，原告被一个从楼上仓库掉下来的面粉容器砸伤。而正是从Byrne vs. Boadle案开始，普通法形成了事实自证学说（*res ipsa loquitur*）。尽管《侵权责任法》倾向于扩大高空抛物责任的适用，但中国分析者和支持者所提出的基本原理在普通法上引起了共鸣。6

《侵权责任法》还规定了连带责任和分别责任原则、比较过错原则和雇主的替代责任制度，再次增补了《民法通则》的相关简约规定。在连带责任中，共同侵权人有可能根据各自责任大小确定相应的赔偿数额；分别责任适用于那些损害责任可以区分的情形。比较过错原则适用于那些受害人有过错的情形。7在这些方面，

《侵权责任法》与美国侵权法再次表现出了高度的相似性。抗辩事由也与美国侵权法相似，至少在初步形式上是一致的。它们包括风险自担（这与异常危险活动这一狭窄领域的抗辩规则相当）8，正当防卫和紧急避险。9在一些特殊情形，中国《侵权责任法》甚至在缺乏证明因果关系的证据时也课加赔偿责任。例如，在高空抛物问题上，该法要求“可能加害的建筑物使用人”向受害人承担赔偿责任，即便一些无法提供证据的人与损害并无干系。10在环境污染纠纷中，“污染者应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任”，否则将被课加赔偿责任。11此外，该法还有一条一般性规定，在不能确定具体侵权人时，要求共同侵权人承担连带责任。12这些规则与美国等普通法国家在应对证明困难时采用的部分做法趋同。

前面讨论了中国《侵权责任法》（以及广义上的中国侵权法）的主要特征，特别是与普通法相似的特征。但可以肯定的是，其中许多特征并非美国法或者普通法所独有的。其实，美国侵权法、其它普通法国家的侵权法、处于发展中的中国侵权法和大陆法国家的侵权法中存在许多共同的内容，反映了侵权法世界中的一些普适性做法。在侵权法世界中，它们可能是侵权法所固有的。它们被称为非公法手段（与公法相对），一方面用于为一些损害行为提供补救，另一方面激励行为人避免这类行为（其中大量行为无法被任何社会所容忍，面临类似的法律制度。因为，它

（nuisance）”的环境损害）；《侵权责任法》第69-77条；《民法通则》第124条（异常危险/高度危险活动）；《侵权责任法》第80-81条（危险动物，动物园动物）。

5 但《侵权责任法》和其它侵权立法则回避了这一术语；同样地，美国立法和许多司法判决在界定无过错责任原则时也没有使用该术语。

6 《侵权责任法》第85-91条；《民法通则》第124-126条。Byrne vs. Boadle, 159 Eng. Rep. 299(Ex. 1863)。另见注释10、81及相关正文的讨论。

7 《侵权责任法》第6-14, 26-28,34-35条；《民法通则》第130-132条。

8 《侵权责任法》第76条。

9 《侵权责任法》第30-31条；《民法通则》第128-129条。

10 《侵权责任法》第87条。这一模式与普通法上的事实自证归责（*res ipsa*）相似。该规则主要是为了应对共同被告人之间的“沉默串通”问题（*conspiracy of silence*）。在这些情形中，在证据获取方面，被告人通常处于优势地位。该规则最初形成于医疗损害案件。参见 *Ybarra v Spangard*, 154 P.2d 687 (Cal. 1944)。

11 《侵权责任法》第66条。在一些方面，这与美国的CERCLA法案相似。该法案旨在解决污染损害的民事责任问题。一旦一个被告被证明为与某项污染损害相关的主体，关于因果关系的举证责任转移给被告人。

12 《侵权责任法》第10条。该规定与Summers v Tice, 199 P.2d 1 (Cal. 1948)案创造的学说相近（在该案中，两个猎人不小心同时向受害人的方向开了枪。其中一个人击中了受害人，但不知道到底是谁）。

们要么会破坏社会秩序，要么降低社会效率)。13而另一些侵权法律制度的趋同只不过是巧合而已，它们应当是对特定环境中的机遇和压力的回应（在其它条件相似的情况下，改革时代的中国和其它国家在经济、社会甚至政治体制上的相似性也是法律制度趋同性的一大原因）。中国《侵权责任法》与美国或其它普通法系国家的侵权法的还有一些趋同性是法律移植的结果，反映了侵权法的共同原则。长期以来，私法（例如侵权法）是一个比较法借鉴技术运用得相对较多的领域。即便是非西方世界的后社会主义时代（这一时代从中国改革开放之初开始，在苏联解体之后进一步加速），比较法借鉴仍然是法律改革中的重要现象。14当然，中国《侵权责任法》的起草者对美国和其它普通法系国家的侵权法的熟悉程度令人印象深刻，对大陆法系的侵权法同样如此。他们在起草过程中有意识地从比较法（包括美国法）上借鉴了大量理论和制度。15

在《侵权责任法》颁布之后，对其它大陆法和普通法国家的法律同仁来说，中国侵权法中的许多内容并不陌生。事实上，普通法和大陆法国家的侵权法之间的差异常常被夸大。这些差异正在不断消失。16然而，中国的《侵权责任法》可能与普通法系的侵权法模式更接近。至于这一判断的准确性，有待将来《侵权责任法》的进一步具体化工作（包括最高人民法院很可能将作出的相关司法解释）和法律适用

13 See generally Saul Levmore, *Rethinking Comparative Law: Variety and Uniformity in Ancient and Modern Tort Law*, Tulane Law Review 61 (1986): 235.

14 Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (Athens, Georgia: Georgia University Press, 1993); Jacques deLisle, *Lex Americana?: United States Legal Assistance, American Legal Models, and Legal Change in the Post-Communist World and Beyond*, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law 20 (1999): 179.

15全国人大常委会于2002年对《侵权法草案（第一稿）》作了正式审查。毫无疑问，该草案反映了起草的基本情况。一份来自特别高层的立法报告材料生动地说明了中国侵权法对外借鉴的程度。2009年的全国人大工作报告将侵权责任法列为一项重要立法工作。时任全国人大常委会委员长吴邦国在工作报告中强调，在广泛借鉴外国法制经验的同时“不能用西方的法律体系来套我们的法律体系”。吴邦国：《全国人民代表大会常务委员会工作报告（2009）》，第2.11节，http://www.news.xinhuanet.com/english/2009-03/16/content_11018210.htm（最后访问时间，2012年4月）。

关于中国《侵权责任法》对美国 and 欧洲民法的借鉴程度，更有说服力的证据当数该法律的主要起草者们的著述，包括王利明、梁慧星以及杨立新和大量其他学者。这些作品对前述外国侵权法作了广泛讨论。其中大量论述表明，中国侵权法深受普通法的影响，或者说是一部由普通法和大陆法杂交的产物。这些作品例如，王利明、周友军、高圣平：《中国侵权责任法教材》，人民法院出版社2010年版，第17-18页；杨立新：《〈中华人民共和国侵权责任法〉精解》，知识产权出版社2010年版，第2-25页；另可见Yumei Zhang, “Current China: ‘Tort Law (Draft)’ Comparative Research,” *Financial Times (Chinese edition)*, 25 June 2010（详细介绍了参与立法的主要学者，并评论了外国立法例及其影响）。

16这种趋同现象的程度或者真实性的证明问题是一个经验性问题。其既非易事，也很难没有争议。我们可以更清楚地看到这样一些机制，普通法正藉此机制与主要大陆法系国家发生联系，形成更为和谐与更为统一的侵权法原则。欧盟正在尝试通过多种努力，制定一部欧洲侵权法，或者欧洲侵权法统一原则。这些努力必须承接普通法国家的侵权法（如英国和爱尔兰），例如让普通法域的专家参与讨论，将普通法模式作为比较研究的对象。

See generally, Marta Infantino, *Making European Tort Law: The Game and Its Players*, Cardozo Journal of International and Comparative Law 18 (2010): 45; Helmut Koziol, *Comparative Law—A Must in the European Union: Demonstrated by Tort Law as an Example*, Journal of Tort Law 1 (2007): 5.

实践来检验。但无论如何，该法律的立法参与者和观察者已经认识到了普通法模式对2009年最终通过的文本的特殊影响。¹⁷且该法律的一些特征的确说明了这一点。

如前所述，《侵权责任法》对《民法通则》中关于侵权法的稀疏规定的增补内容，明显地趋近于普通法（如果不全专属于普通法的话）。前者更具专业性和相对综合性，因此，可以跟肯定的是，前者的颁布将降低后者的重要性。再加上，中国在短期内制定一部民法典的可能性不太大，《侵权责任法》对《民法通则》的削弱就更是如此了。在中国民法实现法典化之后，《民法通则》将上升为民法典的总则部分。事实上，这种弱化影响并不限于《民法通则》。可以说，在《侵权责任法》颁布之后，此前的其它侵权立法的功能将同样被弱化。这些立法散见于《产品质量法》、《环境保护法》等各种法律文件，曾经处于《民法通则》的统辖之下。

在没有民法典或者短期内无法制定民法典的背景下，一部独立《侵权责任法》的出台可以说是普通法对大陆法的一次胜利。大概从十年前开始，中国就决定长期推迟统一民法典的制定（如果制定统一的民法典，则侵权法将受到更多的大陆法影响），转而采用分步骤立法的模式。¹⁸鉴于普通法对中国民事立法的深刻影响，以及大陆法国家民法典功能的弱化，有学者认为，中国没有必要制定一部民法典。¹⁹从秉性上讲，低估法典化的需求是与古典大陆法思想相矛盾的。有一些深度参与中国民法法典化学术辩论的学者，也与古典大陆法思想背道而驰。江平系推动中国民法发展的一位重要学者，其就是其中一位代表性人物。他认为，传统的民法典模式因过于僵化而难以应对不断发展和变化的社会；中国的民法典需要具备相对的普通法品质，以适应中国社会发展的现实需求。帮助缔造中国侵权立法的杨立新教授是另一位代表。在他看来，中国的侵权法不仅体现了大陆法系的精神，而且发挥了普通法系的功效。²⁰现实地讲，这种避免在短期内制定一部民法典的做法（或者最终采用一种具有弹性的、类似于普通法的松散法典化模式）意味着《侵权责任法》与《民法通则》二者之间的关系更为松散。

《民法通则》将属于民法的各大板块组合在一起，包括意定之债（合同）和非意定之债（侵权）。不过，在《民法通则》中，类似于侵权的条款被置于相对次要的地位。然而，新的《侵权责任法》则以一部独立的法律形式出现，且与其它民法

17这里举一个例子，以反映大陆法系法学家对《中国侵权责任法》受到的普通法影响的批判性观察，see Helmut Koziol and Yan Zhu, *Background and Key Contents of the New Chinese Tort Liability Law*, *Journal of European Tort Law* 1 (2010): 328.

18自1949年以来，中国曾数次启动民法典制定工作，但最终均未实现。一次发生在上世纪50年代中期（即在社会主义制度初步巩固之后，反右倾运动之前）；另一次发生在上世纪60年代早期（这一时期在大跃进之后、文革之前，社会相对稳定）；还有一次发生在改革开放之初，形成了1982年《民法典草案》，并影响了包括《侵权责任法》在内的民事立法。最近一次法典化工程发生在1993年左右；与其它改革一样，法律改革因为邓小平于1992年重启改革而迎来春天。在近几年中，中国采取了一个分阶段法典化的模式，在制定统一民法典之前先制定其组成部分。

19 See Lihong Zhang, *The Latest Developments in the Codification of Chinese Civil Law*, *Tulane Law Review* 83 (2009): 1015-1016.

20 江平：《中国民法典制定的宏观思考》，《法学》2002年第2期，第41页；“An Introduction to the Tort Law of the People’s Republic of China,” Message (2010), www.fordkwan.com/resource/message/E_coverstory_01.pdf（最后访问时间：2012年3月20日）（援引自杨立新）。梁慧星是另一位参与中国民事立法起草工作的重要学者。他主张采用更为传统的欧洲大陆民法法典化模式。还有一位中国法学家在评论这一争论和2002年《民法典草案》时认为，该草案中的侵权法部门过于松散和紊乱，与传统民法典格格不入。而这部分却深深地影响了后来的《侵权责任法》。见 Lihong Zhang, *supra note 19*, at 1011.

板块之间的联系紧密程度很低。在前述大量问题上，《侵权责任法》摆脱了大陆法传统中的债法模式。这也就意味着，《侵权责任法》进一步延伸和加剧了《民法通则》与大陆法传统的初步决裂。

对中国侵权立法的学术观察家和主要参与者来说，中国侵权法跳出了大陆法传统模式，转而吸取更多普通法经验，或者说形成一个杂交体系；这与传统债法之间的区别构成了新世纪中国侵权法的重要特色。正如他们所观察的那样，《侵权责任法》以独立的身份出现，打破了大陆法传统的底线，转而借鉴普通法的做法。²¹

同样地，《侵权责任法》对惩罚性赔偿的有限采纳也是转向普通法模式的一项证据（更早的《消费者权益保护法》和《食品安全法》也采用了惩罚性赔偿制度）。对相对传统的大陆法系学者来说，在侵权责任法中规定惩罚性赔偿的做法是一种病态的普通法偏好。这种做法将公法的制裁属性引入私法领域，背离了侵权法填补受害人损失的适当角色。中国的相关立法论辩表明，其《侵权责任法》中惩罚性赔偿制度是借鉴普通法的结果。²²

与《民法通则》关于侵权责任的抽象和一般规定相比较，《侵权责任法》对一些具体侵权类型作了更为详细的规定（包括全新的规定和对《民法通则》颁行后出现的其它立法的整合），但却缺乏一套相对统一或完备的严格责任理论、严格责任与过错责任之关系的理论。不少人信守普通法与大陆法之间的模式区分，认为大陆法以一般、抽象的侵权法原则为起点和基础讨论具体问题；但普通法和普通法律师习惯于将各种具体侵权分割开来看。这种看法在中国法学界也存有共鸣。而从《民法通则》到《侵权责任法》的前述变化对这一看法具有重要影响。²³简而言之，

《民法通则》更像大陆法模式；而《侵权责任法》则更趋近于普通法模式。《侵权责任法》对《民法通则》的模式变动既有直接出现的，也有间接展开的。前者表现在，《侵权责任法》中92个条文规定的内容远远超出了《民法通则》，且针对七大具体问题作出了特别规定。后者表现在，《侵权责任法》规定了大量转借条款，将

21参见杨立新，前引书15，第2-15页；王利明、周友军和高圣平，前引书15，第17-18页；江平主编：《侵权行为法研究》，中国民主法制出版社2004年版，第1-15页；Lihong Zhang, *supra note 19*, at 1012（概述江平教授关于侵权法的观点）。《侵权责任法》的主要起草者王利明也表达了比较类似的看法。参见王利明：《中国民法典草案建议稿及说明》，中国法制出版社2004年版；see also “China Law to Recognize Mental Distress, Reflects Milk Scandal,” *People’s Daily*, 22 December 2008（引用《侵权责任法》起草者杨立新教授的观察。杨立新教授宣称：在大陆法系，中国颁布一部完全独立的《侵权责任法》的做法是独一无二的。）；[比较张新宝：“China’s Draft Civil Code-Tort Liability Chapter, Sifa 14 \(2002\): 3](#)（支持更为传统的民事责任模式）。

22针对《侵权责任法》这方面特征的分析，see Koziol and Zhu, *supra note 17*, 第336-337, 351-352页；中国学者关于《侵权责任法》中惩罚性赔偿制度的普通法起源的评论，see Lihong Zhang, *supra note 19*, at 1038-1039；Shu Yuan, *A Study on Punitive Damage System to Product Liability*, in *Proceedings of the 7th International Conference on Innovation and Management* (2010), 1621-1626.

23关于这种看法的代表性论述，参见R. W. Lee, *Torts and Delicts*, *The Yale Law Journal* 27 (1918): 728-729；比较Lihong Zhang, *supra note 19*, at 1031-1032（介绍了中国学者对《法国民法典》和《民法通则》的抽象性的批评：因过于抽象而难以在中国现实中得到有效适用）。王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法释义》，法律出版社2010年版，第23-24页；王利明、周友军和高圣平，前引书15，第60-63页（赞成列举的模式并批评一般原则的模式）。

《道路交通安全法》等其它法律为相应具体问题设定的安全标准和注意义务纳入其中。²⁴

特别是，随着《侵权责任法》的颁布，中国侵权法更加鲜明地强调其行为威慑和行为激励功能，预防那些导致社会成本的行为（《侵权责任法》中的一些具体条款很好地说明这一点。对此，下文将在讨论中国侵权法的公法色彩和起草者的法经济分析时作更多分析）。大陆法传统侧重强调侵权法的矫正功能，即矫正那些错误的、故意侵害行为。而《侵权责任法》的颁行则相应地弱化了这一观念。而这一变化趋势被普遍地视为普通法系侵权法的典型特征（也许，关于普通法的这一描述有简化和夸张的成分）。在数十年中，美国法院积极发挥侵权法的行为诱导功能，以期降低包括损害和损害规避在内的总成本；或者激励产品生产商制造更安全的产品，如此等等。无论是法院，还是那些致力于研究、影响司法活动的人（一些人后来被任命为法官），都对这种做法给予了积极评价。对大陆法传统来说，侵权法的激励功能并不完全陌生。但与普通法和当代中国侵权法相比，侵权法的行为激励功能远没有那么重要（后文将对此作更为详细的讨论）。

本文之所以坚持认为《侵权责任法》走向了普通法模式，是因为中国法制改革进程中的其它法律门类的发展也呈现出相同现象。在极其抽象的层面，中国法具有大陆法面向，体现了中国对大陆法传统的继受。在王朝时期，中国有着悠久的法典编撰历史和法律政治中央集权制度。中国自19世纪起开始与西方社会开展深入的法律交流，并学习欧洲大陆法或者说民法法系制度。中国王朝时期的特殊历史背景当然是一种解释原因。但无论如何，从19世纪到20世纪中叶，中国的确主要将大陆法传统作为主要借鉴对象。晚清时期的改革者首先像日本学习经验，而后者的法律体系同样来源于对德国、法国和其它大陆法国家的广泛借鉴。新中国成立之后，中国开始学习苏联。而苏联同样从这些西欧大陆法国家借鉴了大量内容。

在中国，“改革开放后的法律体系是大陆法而非普通法”这一说法已经是老生常谈。从形式结构上看，这并没有错。即便今天，中国的各类法律官员、法学家和律师仍然习惯于将中国法律体系的大陆法属性作为讨论问题的起点。至少在私法的形式体系上，讨论是如此展开的。然而，在中国改革后的法制发展进程中，特别是在围绕经济问题展开的私法领域，普通法的影响却相对更强。中国《合同法》或许是最为重要的例证，但大量其它法律也很好说明了这一点。²⁵在《侵权责任法》制定之前，就可以预见其将因循同样的发展道路。在中国，还有一些力量在侵权立法过程中明确支持这一发展道路。这些力量从普通法系国家或者普通法专家那里接受过专门培训，包括在大学和科研机构的研究者、全国法大的法科毕业生、国务院的法律起草者，等等（当然，在大陆法系国家学习大陆法传统的力量同样重要。但从中国在改革开放后向西方国家派出学生开始，两大法系之影响力的平衡已经被打破，普通法教育的影响开始占据上峰）。至少在2008年全球金融危机之前，对中国

24 《侵权责任法》第5条（一般规定），第48条（交通事故），58条（医疗损害），66,77条（环境损害、高度危险作业的赔偿限额）。

25 John H. Matheson, *Convergence, Culture and Contract Law in China*, *Minnesota Journal of International Law* 15 (2006); Mo Zhang, *Freedom of Contract with Chinese Characteristics: A Closer Look at China's New Contract Law*, *Temple International & Comparative Law Journal* 14 (2000), 237; Ping Jiang, *Drafting the Uniform Contract Law*, *Columbia Journal of Asian Law* 10 (1996): 245.

的领导人和高层立法者来说，美国或英美的资本主义模式是最有助于推动中国经济高速发展的。且立法者相信，合同、侵权等调整债权债务关系的法律对经济发展是有实际影响的。

此外，在中国法律的缔造者看来，欧洲大陆侵权法中最为重要的一些领域已经被普通法同化。美国立法改革和新近的欧盟法律一体化运动都是引起同化的重要原因。在这方面，产品责任可以说是最为显著和重要的例子。²⁶对一些中国观察者来说，中国侵权法可以说是直接借鉴了普通法。但对另一些人来说，无论是从欧盟法间接借鉴普通法还是直接学习普通法，普通法对中国法的影响是毫无疑问的。有中国学者甚至评论道，《侵权责任法》中的几乎所有无过错责任条款都是普通法影响的结果（这或许有些夸张）。²⁷

中国侵权立法的参与者将《侵权责任法》视为一部扩大侵权责任和强化受害人保护的立法。²⁸对他们来说，美式普通法模式提供了另一个潜在优势（在一些方面可能是潜在误导）。尽管少有人希望中国侵权法实践对美国模式亦步亦趋，但美国侵权法律责任的扩张为中国侵权法走向理想的道路提供了方法启示。无论大陆法与普通法在法律思想史上有何优劣之分，当中国开始计划制定一部系统的侵权法时，美国已经因其强大的侵权保护制度而著称（尤其是在产品责任、医疗损害等重要问题上）。²⁹

美国或者其它普通法国家在责任扩张方面的另一特征也与中国的语境相契合。例如，普通法有对具体侵权作列举式规定的偏好。《侵权责任法》采用并强化了这一立法技术（至少与《民法通则》相比是这样的；该法重述或采纳了分散在其它具体法律中的规定）。《民法通则》规定的抽象原则与大陆法更相似，但在考虑是否根据这些原则认定侵权责任时，法官也许会犹豫不决。有的法官的确如此。而《侵权责任法》的颁行则将推动或鼓励中国法院在这些情形下让被告承担赔偿责任

26 关于这些问题的讨论，参见Thomas Lundmark, *The Restatement of Torts (Third) and the European Product Liability Directive*, *Journal of International Law and Practice* 5 (1996): 239; Geraint G. Howells and Mark Mildred, *Is European Products Liability Law More Protective than the Restatement (Third) of Torts: Product Liability?* *Tennessee Law Review* 65 (1998): 985. 有观点认为，中国《侵权责任法》吸收了欧盟法的经验（但很多人仍然会说，欧盟法本身是普通法影响的结构）。参见Kozioł and Zhu, *supra note 17*, 第350-351页。

27 See Lihong Zhang, *supra note 19*, at 1027-1028.

28 在围绕侵权法的立法必要性和立法内容展开的讨论中，责任的扩张一直是一个重要议题。不足为奇的是，当中国近年来面临重大公共健康和安全丑闻时，责任扩张问题就更受关注。在大多数法域，这些危害公共健康和安全的行为都属于侵权行为。食品和产品安全问题是近一二十年面临的难题。在《侵权责任法》即将颁布之前，三聚氰胺奶粉事件再次让食品和产品安全成为焦点议题。See, e.g., Jacques deLisle, *The Other China Trade Deficit: Export Safety Problems and Responses*, in *Import Safety: Regulatory Governance in the Global Economy*, ed. Cary Coglianese, David Zaring and Adam Finkel (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2010), 22-49.

29 在美国，无论是支持者，还是评论者，都普遍认为：美国侵权法在责任构成和责任大小问题上都在向受害人倾斜。See generally Michael L. Rustad and Thomas H. Koenig, *Taming the Tort Monster: The American Civil Justice System as a Battleground of Social Theory*, *Brooklyn Law Review* 68, no. 1 (2002). 美国《侵权法第二次重述》和司法实践特别强化了严格责任原则，但《侵权法第三次重述》在这方面有所退却，在一定程度上降低了美国侵权法的前述特征。See **Howells and Mildred**. 更微妙的是，一些比较法研究者认为，一些案件到底属于侵权还是合同是比较模糊的；对这些案件，为了保护受害人，美式普通法热衷于通过侵权机制来应对，而欧洲大陆法则更喜欢将其纳入合同法框架内解决。See, e.g., Saul Litvinoff, *Contract, Delict, Morals, and Law*, *Loyola Law Review* 45 (1999): 2, 4-6, 14-16.

任。中外观察都预计，由于《侵权责任法》提供了一个地位更明确、更高，体系更全面的制度基础，其可能会引发更大规模的诉讼。这种担心是如此的强烈，以至于那些谨慎的官方媒体援引主流学者的观点，认为该法不会具有溯及力。³⁰

2. 侵权法的多元化：中国私法的公法面向

虽然《侵权责任法》具有前述普通法特征，但包括该法在内的中国侵权法却具有明显的“公法”导向。至少从美国法或普通法的视角来观察是这样的。“公共”是一个空泛且模糊的术语；当我们在“私法”前加上“公共”一词时，明显不符合一般的法律直觉。而在这里，“公共”一词用于描述中国侵权法与纯粹“私法”概念之间的三方面的差异。这些差异可以说是同宗同源的。自《侵权责任法》颁行伊始，这些相对纯粹的私法概念就已经存在，且还将持续存在。

2.1 公法与政策

中国的侵权法律规范，在相当程度上是在行政法律法规的阴影下运转的。其与公法具有紧密的联系。当然，美国普通法也很难做到对“公法”影响的完全免疫。³¹美国普通法体系中的很多侵权纠纷，也是以涉及私权的成文法为判决依据的。还有些是从法律或宪法中的模糊或未作明确规定的文本中发展出来的。对安全相关（safety-related）或安全导向（safety-motivated）法律法规的违反，也长时间的帮助了很多原告在过失诉讼中获得胜利（被告也可能因此而成功的要求原告承担与有过失责任）。即便是在以好诉著称的美国司法体系中，很多为减少高危行为造成风险的社会任务，也都是通过私权诉讼之外的途径实现的。从消费者保护到环境保护纠纷，监管机关扮演着愈发重要的角色。这种情况比普通法成型的数十年间，以及现代行政国家出现之前都更为普遍。诚然，在美国，基于成文法，甚至给予普通法产生的侵权法有时会带有公法色彩，其中最为典型的就产品责任侵权和环境侵权制度的发展。然而，美国侵权法仍然保持了（在某种程度上还会复兴）其私法的本色。司法判决，包括最高法院的某些判决，都限缩了法院从制定法中推导出私

³⁰ See [Xiaojuan Miao, “China Tort Law Set to Further Guard Individual Rights,” Xinhua, 2 July 2010](#) (援引中国人民大学王利明和复旦大学[Wang Jun of Fudan University](#)的观点)。而令人注意的是，那些从美国法律和商业视角展开的评论则强调风险的一面，即《侵权责任法》所采用的扩张性、开放性责任制度。对在中国从事商业活动的美国公司来说，这一评论具有重要意义。See Julius Melnitzer, *Delineating Liability: China’s New Tort Law*, Inside Counsel, no. 222, (June 2010): 36, 40; Peter Neumann and Calvin Ding, *China’s New Tort Law: Dawn of the Product Liability Era*, China Business Review, (March-April 2010): 28, 30.

³¹ 在上个时代，一系列经典理论认为，美国侵权法是（实然）也应该是（应然）主要属于“公法”范畴，法院（包括立法者）会根据公共政策的倾向来塑造侵权法。See Leon Green, “Tort Law: Public Law in Disguise,” *Texas Law Review* 38 (1959): 1 and Leon Green, “Tort Law: Public Law in Disguise,” *Texas Law Review* 38 (1960):257.在近些年，美国侵权法是且应该是“公共管执法的一类”的观念被广泛接受，而将侵权法是作为私法的观念被视为一种冷门和非主流观点。See, e.g., John C.P. Goldberg, “Tort Law for Federalists (and the Rest of Us): Private Law in Disguise,” *Harvard Journal of Law & Public Policy* 28 (2004): 4.

法诉权的权力。32立法机关亦没有明确的赋予法院此种权力。在某些情况下，普通法倾向于将对法定安全标准的违反，当作是证明过失的证据而非过失本身。关于侵权法的目的，美国的一些法院和评论者仍然反复强调其私法的性质。他们认为，私法的功能要么是维护民事主体的人身权、财产权或名誉权；要么是让私人最大限度地从事交易，只要此种交易是在一个具有充分信息和较低交易成本的市场中进行的即可。

在中国，管制目的或公法元素在侵权法中表现得非常明显，并与其相互纠缠。在对最新通过的《侵权责任法》的一篇报道中，著名的立法参与者王利明教授指出，该法是“人民导向”的，并反映了立法者将“人的生命和健康放在第一位”的观念，该法的管制意味较之以救济人身伤害为目标的传统侵权法无疑更浓。33

在《侵权责任法》的重点章节中，很多条文已经有别于传统的普通侵权法，而与中国当时的公共管理政策紧密相关，并大量涉及公法领域。很多侵权法的基础性规则，使其条文和解释建立在同期的公共政策基础之上。举一个最为明显的例子，2010年全国人民代表大会常务委员工作报告中指出，新法要以中国的“国情和实际情况出发”，并对“广大人民群众普遍关注、各方面意见又比较一致的问题作出规定”。34

更为明显的是，立法者在《侵权责任法》中专门设置了环境侵权责任一章，并在其中取消了《民法通则》中对于被告行为需要违反环境保护或反污染法律法规的限制。该规定产生的背景是，中国政府愈发重视因经济发展所引发的环境污染问题，同时，中国领导层也必须努力挽回因跨境污染给中国的国际声誉所带来的负面影响，此外，对于环境问题的担忧，也已经成为民众表达不满和组织自发性政治活动的焦点。

虽然《侵权责任法》并没有对食品安全问题作出具体规定，但在《食品安全法》中却对这一问题给予了重点关注，以作为对三聚氰胺奶粉事件的回应。35《侵权责任法》产品责任一章中加入的惩罚性赔偿条款，也通常被视为是对三聚氰胺危机的回应，并反映出了政治领导层对于产品责任这一问题的严重关切。36对于消费

32 See generally, *California v Sierra Club*, 451 U.S. 287 (1981), *Cort v Ash*, 422 U.S. 66 (1975); Daniel A. Farber and Philip P. Frickey, “In the Shadow of the Legislature: The Common Law in the Age of the New Public Law,” *Michigan Law Review*. 89 (1991): 875.

33 “China has achieved a Milestone in Protecting Citizens’ Rights by Enacting a Tort Law,” *Beijing Review*, 10 January 2010.

34 Work Report of the National People’s Congress Standing Committee, Sec. 1.2 (March 2010);

“Lawmakers Begin Finalizing Tort Law to Protect Civil Rights,” *Xinhua*, 22 December 2009 (没有证据表明草案因为“一系列引发争议的侵权案件而被修改”)。See also Mo Zhang, *supra note 25*, 479-494 (引用中国学者的观点——其中一位学者在法律起草过程中具有重要影响——《侵权责任法》中的很多“特殊侵权”类型，是“在社会中引起高度关注的或频发的”侵权类型)。外国观察家也得出了相似的结论。See, e.g., Neumann and Ding, 28 (*Tort Liability Law* “covers a range of topics that have increasingly captured … headlines”) .

35 See, e.g., Austin Ramzy, “Will China’s New Food Safety Laws Work?,” *Time*, 3 March 2009; Weining Zou and Chunsheng Ma, “Protecting the People,” *China Law and Practice*, May 2010; deLisle, *The Other China Trade Deficit*.

36 See, e.g., “China Law to Recognize Mental Distress, (引自侵权责任法的起草者，中国人民大学杨立新教授); Dan Zhao, “Torts Extend the Long Arm of the Law,” *China Today*, 8 April 2010, http://www.chinatoday.com.cn/ctenglish/se/txt/2010-04/08/content_261346.htm (accessed 12 March 2012).

安全问题的长期关注，被三聚氰胺事故点燃了（类似于环境污染，只不过发生更为迅速），在社会和经济方面造成了巨大损失，影响了中国的国际形象，也在公民中弥漫着恐惧和愤怒的情绪。

相同的情况在《侵权责任法》对于建筑物倒塌造成损害的规定中也有所体现。在建筑领域的偷工减料和贪腐，如不安全产品一样，对经济造成了巨大的损害，也使中国的海外形象受损，并激起了民愤。虽然这一问题长期受到广泛关注，但在《民法通则》中却并无明确规定。对这一问题的关注，起源于一场备受关注的浩劫，即2008年四川地震中，因劣质学校（或其他公共设施）建筑物倒塌造成了数千人的死亡，此时，《侵权责任法》正在进行最后一轮的起草工作。在此期间，越来越多的城市房屋倒塌案件被官方媒体报道，而事故背后往往包含了开发商和建筑商的贪婪和劣质工作，这均对立法草案最后一稿的成型产生了一定影响。³⁷

在这些领域（即环境污染、产品责任、建筑物倒塌）中，侵权法中“公法”元素再次表明了这样一个事实，即越来越多的民众，将其不满直指没能有效履职，从而防止上述损失发生的党和国家政权。在《侵权责任法》中，因政治因素而扩大或限制侵权责任的另一处体现是：没有对国家机关工作人员或国家机关侵权的责任认定规则作出具体规定。《民法通则》为国家机关或国家机关工作人员的侵权责任认定奠定了基础。人们也广泛认同因国家行为造成的侵权是一个重要问题。一些中国学者也支持和倡议《侵权责任法》中对这一领域有所涉及。但是，2009年的侵权立法回避了国家赔偿这一敏感问题，并将其留给对责任认定规则规定较少的《国家赔偿法》。³⁸

另一个突出的、明显的或晚近出现侵权责任法特征是，其受到社会舆论热点问题的影响。例如，近年来因机动车交通事故所引发的纠纷受到了越来越多的关注，而该问题在《民法通则》中并无具体规定。³⁹对于机动车交通事故责任（直接适用《道路交通安全法》）愈发关注的趋势，明显反映了中国近二十年来机动车保有量、使用率和交通事故率从无到有的快速增长势头。⁴⁰

医疗事故在《侵权责任法》中得到了重点关注，其对《民法通则》的规定做出了重大调整，并在一个曾被批判过于复杂和专业的法律领域中，确定了较为明确的基础规则。对这一领域法律规范的制度需求正变得愈发明显。这一方面是由于中国医疗正从传统国家计划体制向复杂的市场体制迅速转型；另一方面则是因为，受到新型医疗投资、医疗服务提供者和监管不力等因素的综合影响，让病人的就医选择更为复杂化和多样化，使医疗服务提供者的不谨慎行为（甚至更糟的行为）增多。

《侵权责任法》对这一已经成为公众话题的问题进行了特别规定，并在法律通过前对其进行了广泛的讨论，包括过度医疗和检查问题（服务提供者被批评此举是为了增加收入），知情同意权的边界问题（主要担忧一些病人或他们的监护人有时会做出对于不利于治疗，甚至是致命的选择）等。病人对医疗服务提供者的不满造成了

37 See, e.g., “Lawmakers begin Finalizing Tort Law.” 《侵权责任法》第86条；《民法通则》第126条。

38 See generally State Compensation Law (1994); General Principles, Art. 121; Lihong Zhang, *supra* note 19, 1033 (describing academic arguments).

39 《侵权责任法》第48-53条。

40 See, e.g., Yuzi Zhu, “China’s New Traffic Law Drives into Hot Dispute,” *China Daily*, 7 September 2004.

众多暴力事件，而现行体制中的赔偿数额也被批评过于复杂且并不充分。《侵权责任法》的新规定通过在医疗人员给病人造成损害时，要求医院承担宽泛的替代责任或连带责任的方式，明显地（但不片面）倾向于原告，⁴¹

虽然从建筑物脱落或坠落物品是一种偶发现象（《民法通则》对此只作了简单规定），但《侵权责任法》却对此作了特别规定。公众的关注和媒体对该问题的报道，很有可能促使立法者在侵权法中规定一些非常具体的细节规定（考虑到侵权行为相对较为少见），以及给予原告特殊的倾斜保护（通过将举证责任转移给所有可能潜在的侵权行为人）。⁴²

《侵权责任法》的文字相对的都比较简明扼要，但是该法却用一条比较长的条款专门规定了对于实施网络侵权行为的网络用户和网络服务提供者应当承担的侵权责任。⁴³该条所针对的也是在近年来成为社会和政府关注焦点的问题——最为典型的是通过散布谣言损害他人的名誉和生活安宁，以及以“人肉搜索”为代表的所谓网络卫道

（cyber-vigilantism）行为（此外还有长期存在的侵害知识产权行为，对此已经有较为严格的互联网法律规范进行规定，而新侵权法条款也是以该规定为模板的）
44

继承了《民法通则》中的分类方法，《侵权责任法》将知识产权与其他较为传统的民事权利并列，列举为受保护的“民事权利和利益”。⁴⁵知识产权制度无论是在中国、美国还是其他国家和地区，根据WTO的要求，都应当在遵循主要国际知识产权保护惯例的前提下，纳入本国的全国性法律体系中进行规范和保护。而中国的知识产权制度常年来成为国外批评的焦点，并被呼吁在这一领域进行法律改革（批评的主要焦点是法律救济并不充分）。在《侵权责任法》制定过程中，立法者不仅面临着来自国际社会（主要依靠WTO机制）的压力，而且也受到了国内因素的影响：中国的知识产权创造者和持有者对于现状愈发不满且在经济上愈发重要，中国政府也将知识产权产业作为推动国家经济持续增长的重要动力来源。

虽然侵权法对于社会经济情况、国内政治去向、国外政策压力等作出回应的作

41 《侵权责任法》第54-64条；Koziol and Zhu, *supra* note 17, 354（对于侵权法来说，专章规定医疗事故是并不常见的，而之所以这么做，是因为立法者将医疗事故作为“最严重的社会问题之一”对待。）“Lawmakers Begin finalizing Tort Law”（为了回应对解决医疗纠纷的需求，修改后的立法草案保留了“不必要的检查”条款，尽管有批评意见认为“不必要”的范围是“很难界定的”）；“China Has Achieved a Milestone,”（对医疗侵权条款进行了解释）；Yang Zhao, “China’s Lawmakers Advance Rule of Law to Improve People’s Livelihood,” 13 March 2010, <http://english.cri.cn/7146/2010/03/12/1901s556071.htm> (accessed 12 March 2012)(quoting Cao Yisun on importance of Tort Liability Law as means to address unnecessary medical tests); Zhe Zhu, “Damages Law Tabled for Second Reading,” *China Daily*, 23 December 2008（报道了关于事前通知这一问题的“全国性的争议”）；Mo Zhang, *supra* note 25, 489-491（讨论了以前制度的批评意见和对社会冲突的担心）。

42 Tort Liability Law, Art. 87; Koziol and Zhu, *supra* note 17, 360-361 (recounting incident of ashtray

dropped from tall building in Chongqing and resulting in suit against nearly two dozen residents; General Principles Art. 126).

43 《侵权责任法》第36条。

44 通过在网络上曝光特人的行为或其身份信息对其进行攻击，有时会引发暴力或自杀。

45 《民法通则》第117-120条；《侵权责任法》第2条。

法并不稀奇，在普通法系中也非特殊情况。但是，一些错综复杂的中国国情却使得这一问题备受关注。例如，在侵权法的基本条款中对具有时政性的政策问题进行回应；依赖立法和准立法手段（包括最高人民法院对《侵权责任法》的司法解释），而不是司法手段去构建特殊侵权规则；由于缺少普通法判例的长期进化，因此无法使法律中的政治动机被充分弱化或淡化，以致于学界无法对法律的内容、重要性及其恰当性进行广泛的讨论。⁴⁶

中国侵权法中的管制法或公法色彩还体现于其他更为直接的方面。虽然《侵权责任法》明确划清了民事救济和行政、刑事责任之间的界限，但侵权法的救济私权功能与公法上的惩罚功能之间的界限，却比某些侵权法学者在草案中所预想的要模糊的多。《侵权责任法》宣称其立法目标包括制裁和预防侵权行为。在该法通过过程中，全国人大常委会委员长吴邦国也曾强调其旨在“预防和惩罚侵权行为”。这不得不使我们对报应性司法和管制型预防措施产生担忧，因为其传统上主要是在刑法和其他公法的统辖下进行的，而非民事侵权法的特长。⁴⁷

同样的情况还出现在《侵权责任法》的产品责任条款中，相关条款第一次在中国侵权法中明确规定了对于侵权行为的惩罚性赔偿（在明知产品存在缺陷仍然生产、销售，造成他人死亡或者健康严重损害的情况下适用）。⁴⁸同时，《侵权责任法》（并没有具体规定如何确定惩罚性赔偿数额）还以引致的方法适用了其他存在民事损害赔偿条款的法律。其中包括《食品安全法》，该法规定受害人可要求其购买之不安全食品价款十倍的赔偿金（再加上因此造成的损害赔偿），以及《消费者权益保护法》，该法规定消费者可要求违法者支付商品价格双倍的赔偿金。⁴⁹虽然对于惩罚性赔偿在侵权法理论中备受讨论，但公平的说，此种赔偿并非单纯或纯粹的“私法”属性，而更多地包含了“公法”特征。在大多数情况下，惩罚性赔偿的数额都会远超受害人实际遭受的损害，以用来对同类违法行为进行惩戒，或为了表达社会对被告行为的否定性评价，同时也为了激励原告和私人律师积极提起诉讼，从而对国家政策的执行产生协助效果。

《侵权责任法》对于医疗侵权的规定，要求医疗机构对其违反准法律规定，隐匿或者拒绝提供（包括拒绝向法院提供）与纠纷有关的病历资料，以及其他违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的行为承担侵权责任（归责原则大多为“过错推定”）⁵⁰最高人民法院关于精神损害的司法解释，为在《侵权责任法》中明确规定精神损害的可救济性奠定了基础，并指引法院应受理因违反“公共利益”和“社会道德”而使原告遭受精神损害的诉讼案件。⁵¹

46 See generally Morton Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860* (Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 1977); Gary T. Schwartz, "Tort Law and the Economy in Nineteenth-Century America: A Reinterpretation," *Yale Law Journal* 90 (1981): 1717.

47 杨立新，前引书 15，第 27，35 页。Tort Liability Law, Arts. 1,4; "Long-Awaited Civil Rights Law Gets Nod," *China Daily*, 28 December 2009 (援引吴邦国)。

48 《侵权责任法》第 47 条；cf. Koziol and Zhu, *supra note 17*, 336-337 (批评惩罚性赔偿条款将“惩罚”作为其目标，这与侵权法作为私法的“补偿”目标不符)。

49 《食品安全法》第 96 条（2009 年）；《消费者权益保护法》第 49 条（1993 年）。

50 《侵权责任法》第 58、61 条。

51 《侵权责任法》第 22 条；2001 年《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第 1 条，（简称“精神损害司法解释”）。

中国侵权法的一些其他重要领域，也与传统普通法侵权规则存在分歧，反映出了较浓的公法或管制法特性。其希望超越普通法的既有规则，并创造一些强有力的法律武器来规制那些政策关注的重点行为。例如，《侵权责任法》的环境侵权条款，建设工程条款，以及几类高度危险行为的规定，不仅对这些行为课以无过错责任，还把对因果关系的举证责任转由被告承担。52“坠落物”条款在这方面也是一个典型代表。该条是在缺乏因果关系的情况下，确定潜在侵权人的（这也超越了普通法上的判例规则，如*Summers v Tice*案），即每一个可能实施加害行为的建筑物使用人都需要对受害人承担赔偿责任，除非其能够证明自己不是侵权人。53

另一个例子是公平责任。对于公平责任的规定，与分散风险（或损失），制止非法自救行为，以及社会平等主义的公共政策形成了共鸣，而与传统普通法中的过错责任（或鼓励更有效的回避风险）传统形成了在区别，《侵权责任法》（再次承继《民法通则》的规定）规定，受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，可由双方“根据实际情况”分担损失（一些评论者认为该条建立了一种分散损失的缺省规则（default rule））。54

中国侵权法与管制法和公法的纠缠关系，还反映在其与其他法律的“外部”关系上。例如，中国侵权法（准确的说，是侵权相关法律规范）的一些重要组成部分仍处在《侵权责任法》（以及《民法通则》）的范围之外，而被放置于主要解决公共事务的公法之中。在《侵权责任法》之前颁布施行的《食品安全法》就是一例。虽然该法也赋予了不合格食品受害人寻求私法上救济的权利，但其主要内容（包括其实施规则条例）是关于下列事项的：建立多部门协作的食品安全委员会，授权行政主管部门和地方政府制定规则治理食品安全问题，并建立管理和监督机制；对违法生产和销售不合格食品的人，以及未履行法定职责的有关部门制定惩罚措施。55

另一个例子是《产品质量法》，其中包含了诸多关于缺陷产品侵权责任的重要规则。即使在《侵权责任法》颁布施行后，该法在产品责任法律规范中也仍处于核心地位。56但是，相较于设定监管标准和产品质量认证程序，以及制售不合格或危险产品行为人所应承担的行政和刑事责任的诸多规范而言，其对于民事责任的规范还是太少了。其中还包含了较大篇幅的，关于负责产品质量监督的行政机关及其工作人员，因实施渎职或干预执法等违法行为，而应承担的法律责任——包括行政处罚和刑事责任。57《产品质量法》对于立法目的的说明，也具有明显的公法或管制意味：加强对产品质量的监督管理，提高产品质量水平，维护社会经济秩序。58在所有这些方面，《消费者权益保护法》——其对消费品侵权这一侵权法的重要组成部分进行了规定——和《产品质量法》也非常接近。虽然《侵权责任法》在其他领域中较少受到管制类法律的明确影响，但在涉及医疗侵权（《侵权责任法》对

52 《侵权责任法》第 66、70 条。

53 《侵权责任法》第 85、87 条。

54 《侵权责任法》第 24 条；《民法通则》第 132 条；Koziol and Zhu, *supra note 17*, 355; 参见杨立新, 前引书 15, 第 96 页。

55 《食品安全法》（2009 年）第 96 条；国务院《食品安全法实施条例》（2009 年）。

56 《产品质量法》第 40-48 条。

57 《产品质量法》第 3-39 条，第 49072 条。

58 《产品质量法》第 1 条。另见 Yuan, 1621 (describing the Product Quality Law as an “integration of public and private law”). See generally Consumer Rights and Interests Protection Law, Art. 1 and *passim*.

违反法律、法规或其他有关诊疗规范的被告的过错采取了较宽的认定标准)和环境侵权的案件中,《侵权责任法》的适用却是广泛参考了中国相关管制类法律的规定。

如上所述, 国家机关实施侵权行为的责任认定, 仍然完全适用于《国家赔偿法》。该法具有明显的公法属性。不只是因为其只适用于国家机关的行为(以及其错误行为的受害者), 而且还因为其被视作是中国行政法而非中国民法的一部分。

本文对侵权法诸多具体要素的比较并不能否认这一点: 从宏观上看, 中国侵权法与美国或其他普通法系或大陆法系国家的侵权法越来越接近。如前所述, 趋势确实如此。但是, 我们仍有理由认为中国法与普通法(或美国普通法)在侵权法条款的分类和设置上具有明显差异。值得反复强调的是, 要想知道侵权法到底是什么, 首先需要观察这个事实: 环境法、知识产权法和国家赔偿法等法律在多大程度上被纳入了侵权法。同样, 对侵权法的适用也会因行政法或刑法中对于相同或类似行为的规定而产生变化, 如对因缺陷产品造成损害的民事责任认定就属此类。一个简单而重要的现象是, 公法与侵权法的联系越密切(这一现象在中国远比美国明显, 在美国普通侵权法的形成阶段, 更为明显), 前者对后者的解释和发展的影响就越大。中国的历史可能也对此有所影响。也许是老生常谈了, 但这一论调却是建立在实证基础之上的, 即中国的法律传统是以公法为主的, 法律和其他政府行为之间的边界并不清晰, 私法长期以来处于次要地位, 直到近年来才受到重视。

此外, 在其他条件相同的情况下, “语气”或“语言色彩”上的微妙变化, 通常也会对处于初创或快速变动(或根本变化)法域的侵权法产生较大影响。在当代中国法律变革的巨大步伐下, 最近通过的《侵权责任法》以及正在立法进程中的民法典, 看上去都停留在这一阶段。总的来说, 在当代中国, 这些因素很可能更多的是那些对侵权法产生影响的强大公法和管制法(而较少涉及私法和赔偿元素)。

2.2 损害赔偿

与那些坚持损害赔偿个性化的范式相比, 中国侵权损害赔偿法还保留着较为明显的“公法”或“管制”色彩。而典型的个性化赔偿范式旨在使特定受害人个体得以“恢复原状”(或通过损害赔偿或侵权法上的其他方法而接近恢复原状)。但在这方面, 两者反差并不是很大。在中国大部分侵权法律规范中, 责任人所需承担的侵权责任与美国法和其他外国法基本相同, 包括误工费、医疗费、康复费以及受害人所支出的其他费用; 残疾赔偿金, 用于向近亲属和因侵权而致永久残疾的受害人进行赔偿; 死亡赔偿金, 包括丧葬费和向死者的扶养人支付的赔偿; 以及精神损害赔偿。

如下面所要讨论的, 很多责任方式(但并非全部)都是在实际损害基础上进行评估的(并对某些金额设定合理上限)。59这些责任承担方式在任何侵权法律规范中都应是具有可救济性的损害赔偿的一部分, 只要该法律规范是以赔偿原告因被告的侵权行为而遭受的实际损害为目标的(与普通法系或民法法系侵权法的操作方式

59 《民法通则》第19条; 《侵权责任法》第16,18-22条; 《产品质量法》第44条; 《消费者权益保护法》第41-45条, 第49条; 《民通意见》第143-147条(1988年); 《人身损害赔偿司法解释》第17-18条(2003年); 《精神损害赔偿司法解释》第1条, 第8-10条(2001年)。

相似)。60中国侵权法对于连带责任的适用，61和美国普通法上的规则大致相似（虽然在某些领域似乎较窄），并且与其侵权法中潜在的完全赔偿原则是相契合的，为了给予原告充分的赔偿，不惜让某些被告在其他侵权人缺席或无力承担赔偿责任的情况下，超额承担赔偿责任，已弥补原告的全部损失。

除这些相似之处外，在公法具有较大影响力的领域中，中国侵权法的特殊之处就显现出来了。其中一些领域只是新近发生的变化。对外国侵权法研习者来说，这些变化是陌生的。例如，虽然连带责任在中国已经得到广泛认同，但在《侵权责任法》颁布施行前，其在中国法上却较少得到明确规定。在《民法通则》和其他法律规范建立起中国的侵权法基本框架后的很多年间，对于精神损害的可赔偿性都是存在广泛质疑的。直到最高人民法院在2001年颁布司法解释后，精神损害赔偿才正式获得法律认可，虽然其仍然是附带性的。《侵权责任法》再次确认了精神损害的可赔偿性，并赋予了其在国家法律层面的合法性基础。但这仍不足以完全解决对于其赔偿标准模糊以及赔偿范围较小的担忧。《侵权责任法》规定只有在身体遭受伤害时才可以提出精神损害赔偿（例如，在侵权行为同时导致受害人遭受了“严重”的精神伤害时，可以要求精神损害赔偿），这与美国普通法的标准比起来范围相对有限。62

有很多理由可以解释为什么对于精神损害的赔偿出现较晚且受到限制。在所有法系的侵权法发展早期，此种无形的伤害都不处于其核心地位，这是不足为奇的。除了普通法对名誉损害的早期关注以外，精神损害直到晚近，才伴随着近十年来对于因疼痛和痛苦所引起的高额赔偿的讨论，而在美国法中占据重要地位。如这些讨论中所反应的，对精神损害进行赔偿，较之于人身伤害或财产损失而言，通常会引起对于举证和欺诈的担忧。缺少对精神损害的重视与侵权法中的管制法或公法理念也是相吻合的。客观地说，在遵循效用最大化政策的政策制定者眼中，精神损害是一种需要通过侵权法予以制止的社会和经济损失，同时，精神损害也可被视为是政策制定者希望通过侵权法对于故意、过错甚至谨慎行为所造成损害进行赔偿，而想要保护的公民权利的一部分（特别是，赔偿不到位将增加公民对政府的不满，因为政府没有履行普遍期待的保护使命）。

尽管如此，精神损害赔偿所具有的不确定性特征，确实（在其他因素相同的情况下）对自发的、私主体驱动的诉讼的增加起到了激励作用，尽管此种激励可能是缺乏效率的。当此种情况发生或可能发生时，中国当局对于私法的一个关键公共政策（其表现为某种辅助条件手段）对其起到了抑制作用，即担心因此类诉讼的增加而造成不良后果。虽然很难精确的证明这一点，但此种谨慎已经表现在防止侵权和类侵权案件中私人诉讼数量的激增上面了，例如对三聚氰胺奶粉诉讼，私募诉讼（在较早的时期）以及全面的集体诉讼（full-fledged class action

60 《民法通则》第 134 条；《侵权责任法》第 15 条；人身损害赔偿司法解释。

61 《民法通则》第 130 条；《侵权责任法》第 8-14 条，第 42-43 条；《人身损害赔偿司法解释》第 3 条；《产品质量法》第 43 条；《民通意见》第 153 条。

62 《精神损害赔偿司法解释》第 7-8 条；《侵权责任法》第 22 条；see also

“Chinese Lawmakers Push for Clearer Rules on Tort Liability,” Xinhuanet, 27 October 2009, http://news.xinhuanet.com/english/2009-10/27/content_12341522.htm (accessed 12 March 2012) (quoting NPC Standing Committee member Zheng Gongcheng); Wang, “China Law to Recognize Mental Distress” (援引一位《侵权责任法》的起草者杨立新和全国人大法律委员会副主任李适时).

litigation) 的控制。63

中美两国侵权法在损害赔偿问题上，一个更为明显的区别体现在对于死亡或残疾赔偿金、丧葬费和抚养费的测算方法方面。这可能是中国法律中，对于美国侵权法中的普通法规则借鉴最少的部分了。中国法设置了一套法定的赔偿金额计算方法，死亡赔偿金和造成完全残疾的赔偿金按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入（在受害人是城市居民的情况下）或人均纯收入标准（在受害人是农村居民的情况下），按二十年计算。被扶养人生活费根据扶养人丧失劳动能力程度，按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均消费性支出和农村居民人均年生活消费支出标准计算。被扶养人无劳动能力又无其他生活来源的，计算二十年。⁶⁴即使是对精神损害赔偿也要对受诉法院所在地的平均生活水平进行考量。⁶⁵中国法律在因工伤、国家工作人员侵权和机动车事故造成损害的赔偿数额确定方面，也专门规定了类似于上述死亡、残疾赔偿金和抚养费的“法定赔偿金额”。⁶⁶一位参与了《侵权责任法》立法过程的学者，对于没能给更多侵权类型制定详细的赔偿金额确定标准表示了遗憾。⁶⁷

从结构上看，这种做法类似于美国的工人赔偿法（workers compensation law），该法因承载了公法上的考量而与普通法中的侵权法体系相分离。美国公法的基本考量是要制定一个导向性的规定：为在重点行业中工作的工伤者提供更确定（和更快捷）的赔偿（尽管最终的赔偿水平可能要低于其他类似主张下的侵权赔偿判决）。此种逻辑反映了一个相对隐晦但具有实用导向的观念，这与根据受害人遭受之实际损害单独确定赔偿金额的作法大相径庭。受到以下因素的影响，这一看法在中国具有更大的适用性：律师的参与受到限制，工人和其他群体诉诸司法渠道的有限机会，以及工商业和其他方面主对司法活动的影响（无论是直接的，还是通过地方党政机关的影响间接产生的）。

对工人给予定额赔偿的作法还有另一个与传统私法侵权法观点渐行渐远的理由。以相关人口平均水平制定出的定额赔偿制度发挥着一种社会福利的功能。立法者意图用侵权赔偿系统来保障受伤者、死亡者、无工作能力者以及其被扶养人的经济安全——而该功能原本应是由国家福利系统和行政机关承担的。在胡温治下的当代中国，恰逢市场经济转型期，“铁饭碗”的工作保障被打破，社会安全网受到破坏，对在消除贫困方面功勋卓著的改革进程产生了威胁，引起了社会对于贫困和民粹/社会福利主义倾向的担忧，这使得上述理论在当代中国十分盛行（并在工伤条例中

63 See, e.g., Edward Wong, “Courts Compound Pain of China’s Tainted Milk,” *New York Times*, 17 October 2008; Edward Wong, “Class-Action Suit, Rare in China, is Filed over Tainted Milk,” *New York Times*, 21 January 2009; Xiangwei Wang, “Case Builds Against Once-Lauded Liability Law,” *South China Morning Post*, 3 January 2011 (批评缺乏针对大规模侵权的集体诉讼制度)。

64 上述法定赔偿金额在受害人年龄超过 65 岁和 75 岁时会有所减低。参见《人身损害赔偿司法解释》第 25 条，27-31 条。《侵权责任法》第 16 条。《民法通则》第 119 条。

65 《最高人民法院关于精神损害赔偿的司法解释》第 10 条第（6）款。

66 参见国务院《工伤保险条例》（2004 年）；《国家赔偿法》第 27 条。

67 朱岩（引用自杨立新）。一位外国学者建议《侵权责任法》中的某些责任条款——尤其是那些无需证明过错或因果关系的责任认定规则，如抛掷物致人损害情形——可更多的被解释为具有一种社会保险，而非传统侵权法的目标。Ellen M. Bublick, “China’s New Tort Law: The Promise of Reasonable Care,” *Asian-Pacific Law and Policy Journal* 13, no. 1 (2010): 47-48.

关于雇主责任保险的规定之得到体现)。

在中国社会经济环境中，中国的定额赔偿制度意味着，首先，与传统侵权法中，原告通过有效侵权诉讼获得与实际损害相当的赔偿的基本原则大相径庭；其次，仍然存在明显的不平等赔偿情况。中国存在严重的收入不均情况：地区间不平等很严重——城乡地区差距约为三比一，中国最富和最穷省级单位间的差距约为十比一，在最富裕和最贫困地区间的差距更大；严重的区域不均衡现象在对于死亡赔偿金和抚养费的计算标准方面也十分明显；法律将受害人及其抚养人按“城镇”或“农村”居民进行分类，其能得到的损害赔偿数额有很大差异。

针对此种不平等，根据地区/人群的平均收入所确定的赔偿金额，可能与原告的个人经济情况十分不符（甚至南辕北辙）。中国的国情，此种分歧远比作为法律规范制定依据的理论基础要复杂和尖锐的多。在中国法中，基准地通常是案件管辖法院的所在地。在中国民事诉讼法中，通常是由侵权行为地或损害发生地的法院对案件行使管辖权。这会造成一种严重风险，即从富裕地区来的原告在较穷的地区受到伤害时，可能无法得到足额赔偿，甚至平均数额的赔偿（虽然另一规定——下文将讨论——允许原告根据其住所地较高的收入和消费水平主张赔偿，从而可以部分缓解这一问题）。而当来自于较穷地区的原告在中国较富裕的地区受到损害后，还可能造成一种因祸得福的侥幸情况（其受偿金额肯定超过基本的赔偿数额）

根据死者的收入和被抚养人的实际情况确定损害赔偿金额的作法，较之于前一种更为合理。因为数以亿计的中国人长期工作和生活在其注册居住地（户口所在地）之外的地方，根据侵权行为地的平均收入水平对受害人进行赔偿，可能更接近于其死亡或永久丧失劳动能力，以及给被抚养人造成真实损失。当受害人的户口所在地和发生侵权行为的主要居住地不同，且主要居住地相对较为富裕，受害人的收入也更高时，以侵权行为地的收入，而非户口所在地的收入，判断损害赔偿的具体金额无疑是更合理的。此种作法对于以“定额赔偿”方式确定死亡和残疾赔偿金的制度较为合适（但对于以完全赔偿特定受害人损失为原则的传统侵权法并不适用），在确定被抚养人的赔偿金时情况较为复杂。一方面，中国损害赔偿法的一个重要目标是与社会福利相关的（虽然，再次强调，这与传统侵权法针对个人的实际损害进行赔偿的作法存在很大区别）：使被抚养人能够获得其所在地区的平均生活水平。但是，对于那些因为抚养人离乡工作而获得较好生活条件的被抚养人来说，当抚养人因侵权而死亡或致残时，其获得的赔偿可能会少于基于传统侵权法完全赔偿原则而确定的金额。

此外，当受害人的住所地或惯常居住地的平均收入较之于管辖法院地区更高时，中国法规定可以将前者作为替代性的“相关地区”，用以确定作为死亡和残疾赔偿金基准的平均收入。但是，原告应承担有必要作出此种替换的举证责任。虽然这部分解决了如何确定死亡和残疾赔偿金的问题，但却没有解决如何确定抚养费的问题，而且，也没有解决针对原告个体损失的赔偿不足和过度赔偿问题。

此种损害赔偿计算方法还可能造成另外一个，与传统侵权法根据实际损害进行赔偿原则相违背的争议。在中国《侵权责任法》制定过程中的一个焦点问题，是如何解决类似侵权行为，甚至是同一个侵权行为的受害人获得赔偿不同的问题——在受害人死亡（或永久残疾）时得到的赔偿金差距更大——该现象通常被称为“同命不同价”。在学术和公共讨论中，有些人主张法律面前人人平等的基本法治原则应

这意味着，所有案件的赔偿数额都是相同的，或者退一步说，相同的人身损害应该获得相同的损害赔偿。⁶⁸ 一些学者（包括至少一位重要的起草者）主张改变现行做法，代之以全国统一的赔偿标准，并根据地方经济情况进行适当调整。

在充满争议的起草过程结束后，最终形成的是一个奇怪的妥协方案。《侵权责任法》允许——但没有强制要求——因同一侵权行为造成多人死亡的，以相同数额确定死亡赔偿金。这对于解决城乡居民损害赔偿差距问题具有重要意义。而引发这一变化的原因之一，就是2005年发生在重庆的一起广受讨论和质疑的案件，在该案件中，三个女孩在一起机动车交通事故中同时死亡，但她们的家人却因为城乡居民的差异，而获得了迥然不同的赔偿金。⁶⁹

该规则以及由此引发的争论，对于传统侵权法赔偿规则的背离是明显的。对遭受相同人身伤害（包括死亡），甚至是同一起事故中的原告给予不同赔偿，在普通法系或民法法系的侵权法观点看来都是很正常的。在根据实际损失确定损害赔偿数额的规则中，因受害人所处之经济状况不同而给予其不同数额的赔偿，并没有什么值得大惊小怪的。拒绝更为彻底的改革的作法，再次凸显了在中国，处于私法范畴的侵权法仍然需要与正处于衰落中的户口体制中的公法和管制性规定相符合。

中国侵权法之所以倾向于强化行政主导的公法色彩、弱化私人驱动的诉讼特征，这还与这样一个被广泛接受的认识有关，即中国的侵权损害赔偿数额过低，特别是与美国普通法的标准相比，即便根据国家间的收入和生活水平差距对该标准进行调整后，中国的赔偿标准也依然过低。这个差距由于中国侵权法对于惩罚性赔偿的忽视（在《侵权责任法》中惩罚性赔偿只能适用于产品责任）而变的更大了，⁷⁰（当然，这也有可能反映的是美国法的赔偿“过度”而非中国法的赔偿“不足”，但是要回答这个问题，需要有先解决何为“适当”的赔偿，而这超出了本文的讨论范围）无论是从实证还是理论角度看这个问题，在其他情况相同时，对较高赔偿额的预期都是可以起到鼓励原告提起诉讼的效果的。这意味着在美国，更多的依靠私人诉讼方式来解决侵权行为所引发的社会问题，而在中国则相反，需要更多的依靠国家机器的强制力来解决这一问题。确实，如前所述，美国侵权法上对于惩罚性赔偿的多种适用规则——以及拒绝对赔偿上限进行限制的倾向——使原告和私人律师在某种程度上起到了对公共监管职能的替代作用。

这种制度安排也恰好符合两国法律之间更为宏观的差异。民事法律在中国是在最近才开始发展的。民法理念与中国前改革时代的背景，以及更广泛的文化传统都存在着冲突。在中国的传统理念中，国家对于防止社会危害行为扩大发挥着重要作用，而私人诉讼是被边缘化的。在这方面，美国正好相反。政府和国家强制机关（包括法院）对安全、质量标准的制定和实施，都是随着现代行政国家的出现而逐渐形成的。在漫长的法制发展史中，美国人深信，普通法对私人诉讼的裁判就可以实现相应的功能，国家介入只是相对新近的事。目前，政府管制与民事诉讼机制同时存在。而就民事诉讼机制而言，它是如此的重要，以至于世界华人中的一些重要

68 See Lihong Zhang, *supra* note 19, 1035-1036, Mo Zhang, *supra* note 25, 473-474.

69 《侵权责任法》第 17 条；Huizhi Li, “China’s Rule of Law Boosted by Equal Political Rights and Equal Life Compensation in Urban and Rural Areas,” Xinhua, 29 October 2009; Zhao.

70 《侵权责任法》第 47 条（明知产品存在缺陷仍然生产、销售，造成他人死亡或者健康严重损害的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿）。

人物批评美国因好诉传统而沉迷于维权。美国政治学者反驳认为，只有通过立法授予侵权诉讼某种形式的国家强制力，才能解决美国国家力量表面上疲软的问题。⁷¹

2.3. 中国特色法律实证主义

最终中国侵权法保持了一种相对“公共”的特征，因其是在具有显著实证主义特色下的中国法环境下实施的（这与美国普通法中的观念存在显著不同）。《侵权责任法》与之前的《民法通则》确实在侵权类型上（及相应的救济权利上）秉持了宽泛与开放的态度。然而起草者与推动者却迫切地要求立法上规定特定的、定量的侵权行为，包括《侵权责任法》中的一些高度特定的侵权行为以及在《食品安全法》及《产品质量法》中的民事赔偿条款中的同类侵权行为，尽管他们担心侵权责任的效果会受到限制。这种担心对于众多欧洲型民事律师而言是可以理解的，他们习惯认为大陆法系的“宽泛与抽象义务一般条款进路”优于英美法中的“列举特定侵权行为进路”，当然是因为其对法律美感与逻辑的追求，也可能因为大陆法系的进路下允许在面对新情况是延展基本原则而避免了笨拙与专门的新法制定。具体而言，在中国偏好扩张性侵权法的学人担心将侵权责任严格限于特定文本的作法所导致的捕蟹效应（crabbing effect），在宽泛的侵权责任法框架下列举高度特定化的有限的侵权行为确实起到了促进作用，同时导致了产品责任被限定在产品与国家规定的安全标准不符的情况下（批评者认为如此使得产品责任太容易受潜在被告的影响并且使得旨在提高安全标准的国标修订工作太过困难）⁷²

在中国式的实证主义氛围中这种寻求扩张侵权法适用的路径显得更加诡异。简单说，在中国一位主张侵权损害赔偿的原告一般面临着一个明确而又沉重的负担，即他必须在国家的制定法中（包括类似最高院颁布的司法解释性质的规则）指明一个特定的能够产生其所主张权利的法律规范。中国法令中的一些相关特质推动了侵权法朝这个方向发展。

中国宪法及其他法律给予全国人民代表大会及常委会制定侵权法及其他民事法律的充分的权限。⁷³ 中国的司法实践自改革开放以来已经取得了巨大的进展，过去中国法院仅仅是在确认当事人并陈述事实以后，仅仅援引一个法条并陈述原告基于该条文胜诉或败诉而作出判决而已。然而，上述裁判进程显著了表现出狭隘的实证主义进路。一位中国原告与之情况类似的美国原告相比依然显著缺乏诸多权利：如美国当事人可以求助霍尔姆斯所称的普通法的繁衍永在、自然权利、进化轨迹或“活法”形式或对正当公共政策的需求来启动法律程序。

这种情况很可能持续一段时间。中国法院不太会很快就完全追随美国同行们的做法：借助司法活动而非基于制定法或法规来扩展或创制侵权法上的权利。中国法院还没有做好准备来承担类似美国法院所从事的通过大量司法裁判创制产品严格责任标准或拒绝成文法所制定的过失认定标准（不仅仅是证据认定）等事项（制定法自身制定的一些过失认定的标准

71 See, for example, Fareed Zakaria, “A Conversation with Lee Kuan Yew,” *Foreign Affairs* 73 (1994); Sean Farhang, *The Litigation State: Public Regulation and Private Lawsuits in the United States* (Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2010).

72 See Zou & Ma, *supra* note 35.

73 参见《中华人民共和国宪法》第 62 条第 3 项，67 条第 2 项；同时参见 2000 年《立法法》第 8 条。

可能会成为满足该标准的被告对抗原告的安全港)。74 中国似乎对于不同法系的法院存在着一种特别强烈的形式化的理解,普通法系的法院是造法者,而大陆法系的法院是一个更加温和的法律解释适用者,这一让人熟悉的对比其实是对问题过分简单化和夸大化的结果。

中国法院系统具有一个相对科层化的结构与气质:最高院看起来像一个俯瞰下属的中央部门,下面是省级层别的法院及各级下属法院。最高院的大量工作在于制定具有部门规章性质的司法解释与适用意见(因此相对而言,在特定案件的上诉程序中,对下级法院裁判的中法律错误的发现投入较少的精力)。受国家核心地位的立法与行政机构(或执政党)的影响与监管,在理念与实践,中国法院的司法自治程度不及美国同行者们。75

司法机关与立法机关在理念上有所不同,司法机关更关心个案正义及民事纠纷包括侵权及其他民事纠纷的解决,相对而言较少关心公共或公共政策,法律模式的选择会产生其后果。相对更强调立法、规则与司法解释在内的准规范制定的中国侵权法及其他中国民事法律体现出更多的公共投射(public cast)。这并不是说美国模式绝然相反或是断言中国侵权法的制定者们忽视了司法部门的创造性角色。诚然,学者与参与侵权责任法起草工作的人们及希望侵权责任法更好发展的倡导者们经常强调并预见到法院在明晰模糊的立法条款包括拓展侵权法适用范围以及弥补法律疏漏上的重要角色。然而说实话,他们一般认为法院的这些功能是传统立法或准立法进程能够或必须实现的功能之补充。学者们的观点更多的反映了对立法未能囊括一些领域中的具体规定的周期性失望,他们期望并且等待最高院对侵权责任法作出司法解释,并将该解释作为法源一样的重要规范,希望侵权法框架下相对更具体的条文能够给法院在救济当事人时提供重要的新工具。

当然,有关中美两个系统哪个更加优异仍有充分的讨论空间,一个是本于正式的至高立法权力,实际上反映了国家与政党高级层影响力的中国模式,一个是授予包括违宪审查在内广泛权力于大量不同层级法院,并由其在司法自治实践中通过不计其数的判例创制法律甚至被讽为过度司法激进主义的美国模式。不管这些不同路径在理论上与动机上有多少不同,几乎不会对中国的法院角色,中国法律与立法、准立法机构的立法活动中所蕴含的偏狭的法律实证主义理念的统治地位(包括侵权法中的)产生什么挑战。

3. 中国法和美国普通法之间的趋同或共性问题?

迅速通过的中国侵权法看起来还是国家主义或公共管理的产物,至少以美国普通法中侵权法的角度看是这样的。如前文所述,这种区别可能植根于一些很根本的差异。但是,就像本章第一节所论述的那样,这些区别存在于一个法律趋同化不断发展的情境中,新的《侵权责任法》也一样,这种趋同折射出深刻与持久的因子与力量。

有趣的是(至少在法学教授眼中),中国侵权法纠结的一些政策与原则性的重要问题曾经也长期推动过有时也阻碍过美国普通侵权法的发展,这反映了中美侵权法的“趋同”。尤其是,中国侵权法似乎已经在着力处理侵权法中矫正正义与经济效率理念之间的紧张关系,而这是美国侵权法的学生们所熟知的(也是广义上的侵权法学界逐渐熟知的)。在中国侵权相关立法中的序言之用语即为例证。针对《侵权责任法》颁布后出现的

74 在美国著名的例证是 *Li v. Yellow Cab*, 532 P.2d 1226 (Cal. 1975) (本案中,法官采纳了比较过失的概念而对采纳成文法中可能要表达的混合过失概念及被告据此所提的抗辩不予理睬)与 *Green v. Yube Power Products*, 377 P.2d 897 (Cal. 1963) (本案中在产品责任诉讼中采纳了无过错归责)

75 See generally, Randall Peerenboom (ed.), *Judicial Independence in China: Lessons for Global Rule of Law Promotion* (New York: Cambridge University Press, 2010); Minxin Pei, *China's Trapped Transition* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006), chapter 2; Stanley B. Lubman, *Bird in Cage: Legal Reform in China After Mao* (Stanford, California: Stanford University Press, 2000), chapter 9

一些最为紧迫与吸引眼球的新案例所开展的学术性与政策性评论也涉及对这种紧张关系的处理，有时这种讨论是隐晦的。

官方及参与立法的学者对制定法目的的陈述与评论触发了对功利主义与法经济学的讨论。对美国侵权法进行这样的法经济学的讨论是完全不成问题的。在中国情境下其实也不令人感到吃惊，毕竟在将近 30 多年以来经济发展始终是优先考虑的顶层政策，也是大规模与持续性的法律发展工程的核心动力——创制法律就是为了宏观市场发展培育与提供框架，尤其是为经济发展提供必要的社会稳定。76 例如，《侵权责任法》第一条即宣称“促进社会和谐稳定”作为贯穿始终的核心目的。全国人大委员长吴邦国对立法的公开条文作出回应，其将新近通过的《侵权责任法》描述为减少冲突与促进社会和谐稳定的工具。77 全国人大常委会法制工作委员会副主任王胜明指出新法有助于维护社会经济秩序。78

有些论述是通过模糊的用语表达的（如在中国的共产主义词汇中，让人联想到的公共政策与公法目标）。中国的这些讨论非常有趣地与美国侵权法设计时法经济学或社会福利学的分析方法产生了共鸣——强调选择法律规划时要考量哪怕非常间接的社会与经济成本和收益。且考虑到中国的现状，这种讨论与强调依靠效益保持经济增长的压倒性政策是相契合的（在向市场经济中的转型中单纯追求收益的同时也伴随着扩张型发展的高消耗，成本激增与出口导向型增长机会的衰退）。正如官方媒体所评论的那样，全国人大颁布《侵权责任法》与侵权法的普遍发展反映其对寻求“法治”手段改善民生的“重大关切”。79

一些就《侵权责任法》的评论更加直接地采用了法经济学方法。例如，在该领域一位著名学者认为新法有助于塑造社会行为以减少低效的危害。他用侵权责任法中处理高空坠物致人损害的条文来阐述他的观点，他认为该条会促使潜在的被告安装摄像头来满足法律要求的免责条件——来排除对坠物的过失或故意。一些官方媒体中对产品责任中惩罚性赔偿条款的支持意见是立足于经济效率与不法威慑的。这样做，受害的消费者对其实际损害所能获得赔偿要显著地超过按先前法律所能获得的，并且惩罚性赔偿金会增加生产不合格产品者的风险，对其产生威慑作用（包括使其停业），这样会促使生产者提升产品质量以达标。80

尽管中国的侵权法学者尚未像美国同行那样受到法经济学方法的深刻影响，但中国学者对这些工作与研究的兴趣却与日俱增。中国大陆前沿学者将会对中国侵权法产生深远影响，他们对法经济学分析的熟悉与理解铺设了一条影响中国侵权法进程的，通往效益最大化和成本-收益理性与指令的另一条主要路径。在《侵权责任法》颁布前若干年前，主要起草者王利明教授在解释对侵权法的功能时曾用经济学常见的观点论及到：侵权法在推动效益与保持经济平衡上有其独特的功效，该特征在经济发达国家的法律中是普遍存在的。81 其他一些在推动中国侵权法成型过程中发挥重要作用的学者与政府人员，在对缺陷产品

76 Jacques deLisle, “Chasing the God of Wealth while Evading the Goddess of Democracy: Development, Democracy and Law in Reform-Era China” in *Development and Democracy: New Perspectives on an Old Debate*, ed. Sunder Ramaswamy and Jeffrey W. Cason (Hanover, New Hampshire: University Press of New England, 2003), 252-293. See also Bublick, 44 (noting emphasis, by Chinese participants at 2010 symposium in China on the Tort Liability Law, on harmony, stability and compensation goals and the doubt this focus casts on whether the new law will promote U.S.-style tort law norms of reasonable care)

77 “China’s Top Legislature Adopts Tort Law,” *China Daily*, 27 December 2009.

78 “National People’s Congress Standing Committee Holds Specialized Lecture on the Tort Liability Law System; Wu Bangguo Presides,” *Xinhua*, 27 June 2009.

79 “中国的立法者推动法治”

80 苗（引述王军）；赵。

81 王利明：《创刊号序言》，侵权法评论 2003 年第 1 期。

是采用可能导致过度经济成本的严格责任还是仅提供促进安全的适度经济激励与风险分散机制问题上曾开展过激辩。⁸²

《产品质量法》中对立法主旨的大量规范性描述也与习惯做法及侵权法中的经济理念相契合，《产品质量法》承担着促进“改善产品质量”，使产品符合合理的安全标准的任务。⁸³《消费者权益保护法》则宣称“社会主义市场经济健康发展”为其立法主旨。⁸⁴

其他制定法条文与众多的相关评述看上去采纳了权利保护性的矫正正义用语（而不是作经济效果、经济理性、成本-收益比较等类似术语）。《侵权责任法》第一条开宗明义规定其目的为：“保护民事主体的合法权益”与“制裁侵权行为”，采用了矫正正义

(corrective justice) 进路的权利术语与报应正义(retributive justice)暗喻混合的方法，报应正义在哲学与法理上不同于矫正正义，报应正义对矫正正义进程的损害要胜于其在研析侵权法上的效用。时任全国人大委员长吴邦国与全国人大法律委员会副主任王胜明在表述侵权责任法通过的意义时使用了几乎相同的语言。⁸⁵另一份全国人大文件在评论侵权责任法草案时称该法为确保人民在权利受损时能得到救济的基础性法律。⁸⁶国家媒体在评论《侵权责任法》通过时，将该法界定为进一步保护公民的人身权与财产权的法律，称该法的最后版本对令公众愤慨的三聚氰胺污染牛奶事件、豆腐渣工程与其他漠视人民权利的行径作出了回应，并称侵权责任法为保护私权、彰显“以人为本”社会价值提供了关键性的法律保障。⁸⁷正如一些学者所论述的那样，《侵权责任法》中的一个条文非常有意思地为按受害人主观估价来厘定侵犯财产权损害保留了“口子”，这样处理也许不是矫正正义所要求的，但也与通常的法律与经济分析不太一致。⁸⁸

中国侵权法学者（在侵权法发展中起到了重要作用）对卡拉布雷西与波斯纳等学者非常熟悉，受到在矫正正义视野下进行研究的英美侵权法学者的深刻影响。⁸⁹中美学者有时采用相似的分析进路。重要的起草人王利明教授（将新颁布的《侵权责任法》视为促进公正之器）似乎更加重视以权利本位的路径分析侵权法而不是功利主义的路径，其更强调

《侵权责任法》等其他侵权法规范的保护公民权利（包括维护生命健康权）与提供正义的功能。⁹⁰另一位该领域内的学者型专家称《侵权责任法》为一部主要旨在赔偿受害人损失的“权利救济法”。⁹¹而另一位学者在媒体中称最高院就《侵权责任法》所作的司法解释将会成为保护私权的利器。⁹²

82 如可参见 Han Li, “The Product Quality Law in China: A Proper Balance between Consumers and Producers?”, *Journal of Chinese and Comparative Law* 6(2003):1(作者为全国人大法律委员会从事起草工作的人员，该文讨论了学者梁慧星及其他学者的观点)

83 《产品质量法》第 1 条，第 26 条，第 40-46 条。

84 《消费者权益保护法》第 1 条。

85 “中国最高立法机关颁布侵权法”，载《中国日报》，2009 年 12 月 27 日。

86 Zhe Zhu, *supra* note 41.

87 苗：《立法者开始收尾侵权立法以保护私权》，前引注 34。

88 《侵权责任法》第 19 条，Koziol and Zhu, *supra* note 17, 344.

89 在侵权法的起草阶段与向西方学术界在《私法》期刊上公布翻译版本时期，即有对此问题的论述，参见 George W. Conk, “A New Tort Code Emerges in China,” *Fordham International Law Journal* 30(2007):935.

90 参见王利明：《侵权责任法研究》，上卷（北京：中国人民大学出版社，2010），序言。在官方媒体上有关侵权责任法促进社会公正目标的评述，参见前面引注 33 的《中国在保护公民权利上取得了巨大成就》一文。

91 赵（转引自李仁玉）

92 苗（转引自王军）

其他规制侵权行为的立法采用了与《侵权责任法》相似的权利保护脉络：如《产品质量法》及《消费者权益保护法》中开篇即宣称其立法目的为“保护消费者的合法权益”；《食品安全法》在立法目的条款中申明其目的在于保障公众身体健康和生命安全。⁹³

最后，引入注目的是，中国维权律师的用语让人联想到矫正正义，并且他们常常求助于中国初生的侵权法。他们鲜明地追求对私权的辩护，以对抗不当的公行为。尽管他们也借助其他中国法律工作，包括刑事实体法与程序法（主要是刑事辩护律师们采用），行政法（直接质疑公行为或追求国家赔偿）及财产法（涉及土地开发时），他们也会援用蕴含侵权法因子的案例（包括有关三聚氰胺污染牛奶与汶川震区中坍塌的学校的诉讼）。

中国侵权法与美国侵权法及普通法侵权法（或其他外国法）在分析视角上与侵权法基本原理上的重要且可能不断发展的共通性，可能是双方在侵权法内容上不断趋同的原因或至少是源于此；也预示着这种趋同的不断加深。然而这并不意味着，更大规模的趋同就必然出现。一些相似性源于侵权法一般的乃至普遍的属性，至少在承认私权、市场或普遍正义的法律体系中承认这种属性。但是这并不意味着深刻与贯通的统一。在不同法律体系中，在悠长的历史长河中，调整规制侵权行为的法律可以呈现出相当的多样性。在有关侵权法的“公法性”的理念中，中国侵权法与美国普通法中的（及其他法系中的）侵权法仍具有实质上的、局部似乎有根本上的区别（尽管这种不同不是全方位的）。

93 《产品质量法》第1条；《消费者权益保护法》第1条；《食品安全法》第1条。