

论民法总则之民事责任规定

刘士国

摘要 《民法总则草案》民事责任一章提取了违约责任、侵权责任共同规则并可适用于其他民事责任，适当对《民法通则》相关规定进行取舍，增加了环境责任规定和对见义勇为者利益保护的规定。鉴于民事责任为民事法律关系之要素，该章应规定于民事权利之后和法律事实规定之前；应删除司法不能适用的纯教义学条款并对按份责任和连带责任条款作相应修改；应增加归责原则这一根本性规定；“恢复生态环境”应修改为“修复环境、恢复生态”；责任竞合的前提应修改为“当事人一方的行为既构成违约、又构成侵权”；应增加规定民事责任优先不限于同一行为引起的行政、刑事和民事责任。

关键词 民法总则草案 民事责任 恢复生态环境 责任竞合

DOI: 10.16094/j.cnki.1005-0221.2016.05.011

作者刘士国，法学博士，复旦大学法学院教授。

一、民法总则规定民事责任一章的理由

（一）民法靠国家强制力保证实施的法律属性需要总则作出民事责任的一般规定

民法虽为调整民事主体间平等财产关系与人身关系的法律，但与公法关系一样都需要国家强制力保证实施。民事责任集中体现了民法靠国家强制力保证实施的法律属性，在民法中具有不可欠缺的重要地位和意义，是民法的重要组成部分。

历史上的民法从义务本位发展到权利本位，又进一步发展到社会本位。义务本位的民法，立法的特点是以义务为切入点规定不履行或违反了义务将受到什么样的法律制裁，即承担什么法律责任，甚至民刑责任不分。中国古代民附于刑，法律规定不履行义务或侵害他人财产与人身的承担严格法律责任。其他法系古代法律大多如此，罗马的十二表法甚至查士丁尼法典也不例外。近代资本主义民法，实现了人们在法律面前的平等，民事责任也具有平等性。民法以权利本位的面貌呈现，立法以人们享有什么权利为切入点进行规定，但同样也要规定义务及违反民事义务的责任。责任也几乎被简单化为财产责任。垄断资本主义开始强调以社会利益限制个人权利，进入消费者社会、环

境时代、信息化和互联网时代，民事主体权利增多、义务和责任也相应增加。中国特色社会主义民法的人民性决定了人们的自觉遵守，这是民法实施的重要保障。但社会生产的发展与人民群众日益增长的物质文化需求的根本矛盾，决定了民法还必须靠国家强制力保证实施。

民事责任的基本功能，是救济受害人并制裁违反义务人，警示和教育他人。救济受害人是民事责任的最基本功能，将违反民事义务造成的不利后果，归于原因者承担，才能保护受损失一方的利益，以实现社会的公平正义。承担民事责任，是对违反民事义务人的民事制裁，是其违反民事义务应承担的法律后果。民事责任的追究，不仅可以教育违反民事义务人，对他人也有警示教育作用，有利于促使人们自觉履行民事义务，维护社会的稳定和发展。

比较法上的民法典体系，民事责任分别规定于债权总则侵权行为和合同中。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。

（二）统领违约责任、侵权责任及其他违反民事义务的责任

我国《合同法》规定了违约责任。按照全国人大法工委民法典编纂协调小组的“两步走”决定，第二步编纂民法典各分编，在现行合同法基础上编纂合同编，不设债编，也不设债权总则编。依此计划，合同编违约责任将在合同法体系中维持不变。我国《侵权责任法》对侵权责任作了比较详尽的规定，经修改后将作为民法典独立的一编。违约责任与侵权责任的有些共同规则，应在民法总则中提取规定，以保证两种责任在法典中的统一性和法典的科学性。违约与侵权两种责任之外，违反不当得利义务、违反无因管理义务及违反传统民法中的其他债，也应承担民事责任。这后三种违反义务的责任，按照德国式债编立法，可适用债的履行等相关规定，而在我国不设债编也不设债法总则的情况下，不在总则中规定民事责任的一般规定，就会欠缺这三种违反义务责任的法律依据。总则设民事责任章，就可弥补这一缺陷，使各种责任有了统一的适用规则。违约和侵权之外的责任，可适用总则民事责任的一般规定调整。违约和侵权两种复杂的责任，既适用总则一般规定调整，也适用合同编违约责任或侵权责任编调整。

（三）《民法通则》特色之发扬

《民法通则》虽是改革开放初期特殊历史时期的产物，但内容和体系却不乏创新之处。民事责任一章的设立，因应了当时的需求，统一了违约、侵权及其他违反民事义务的责任，彰显了中国民法的特色。按照德国式立法，不法行为责任规定于债编总则，违约责任规定于合同之债，违约责任规定相较于不法行为责任为特别规定，不法行为责任为债法一般规定。这种分等次的责任是立法设计使然，社会生活中并无等次区别。《民法通则》民事责任章分一般规定、违约责任、侵权责任三节，将民事责任统一起来并不分等次，其设计的科学性与进步性应予充分肯定。时至今日，《合同法》《侵权责任法》分别对违约责任、侵权责任的的规定，取代了《民法通则》民事责任章违约责任和侵权责任二节的规定，但第一节关于民事责任的一般规定应为民法总则所继受，经修改完善以进一步发扬中国民法之特色。

（四）民法理论研究进步之体现

区分责任与义务，是民法理论的完善。责任与义务，从给付内容看大体相同，但有实质区别。

义务为“当为”，主要靠当事人自愿履行，责任是违反义务之结果，主要靠国家强制力强制履行，为必为。任何民事法律关系，都离不开民事责任保护。民事关系是否具备责任之要素，是自然（道德）债务与法律之债之区别，也是民事法律关系与纯道德关系之区别。故民事责任是主体、客体、内容之外民事法律关系的第四要素。^① 民事法律关系由罗马法上的主体、权利义务两要素，发展为近代资本主义民法权利义务与客体分离，再进一步，在中国民法发生了义务与责任的分离。这都是民法理论对民事法律关系认识的深化。《民法总则草案》继受《民法通则》民事责任的一般规定，是立法对民事法律关系的进一步完善。

区分责任与债，是民法理论的又一次完善。责任于债，个性大于共性。债是特定当事人的关系，但侵权责任是侵犯绝对权的结果，与债的相对性不同。^② 责任与债，在德国法混同，将责任作为一种债规定于债编。但将责任作为债，只是着眼于责任关系也是特定当事人之间的关系。特定当事人之间的关系，并非责任关系之本质。责任的本质是国家强制履行，是受到国家公权力的直接干预的关系，而非国家公权力不干预的民事关系。就合同关系，合同生效后国家公权力也不首先干预，只有违约并经当事人请求，国家公权力才干预。侵害绝对性民事权利构成侵权责任，是侵权责任独立立法和民法典独立成编的依据。民法总则民事责任的一般规定是侵权法脱离债法后的上位依据，也是违约责任等的上位依据。

二、《民法总则草案》民事责任章规定的优点与不足

（一）违约责任、侵权责任共同规则之提取

第一，《民法总则草案》民事责任章规定了承担民事责任的一般条款，即第156条第1款规定，“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。”第2款规定“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。”此规定大体符合民事责任是违反民事义务的法律后果这一结论，为各种民事责任的共同特征和本质所在。

第二，规定了共同责任和按份责任。《民法总则草案》第157条统一规定：“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158条是对按份责任的规定，第159条是对共同连带责任的规定。违反共同连带合同义务或共同侵权，均可产生共同连带责任，法律另有规定的除外。违反按份合同义务或法律规定按份承担侵权责任的，产生按份责任。此3条规定除考虑到方便法律适用应作相应删改外（详见后述），总体上有必要规定于总则。

第三，集中规定了承担民事责任的方式（第160条）。《民法总则草案》增加规定“恢复生态环境”责任方式，以区别于“恢复原状”，从环境司法审判实践经验中提取以适应环境民事救济的需要。恢复生态环境并非恢复原状，因恢复生态原状几乎是不可能的。如实践中对盗伐林木的犯罪

^① 本人主编教材，一直持此观点。参见刘士国：《中国民法要论》（上册），辽宁大学出版社1992年版，第42-43页。刘士国主编：《民法总论》，上海人民出版社2001年版，第243-244页。

^② 参见王利明：《久合必分：侵权行为法与债法的关系》，《法学前沿》（第1辑），法律出版社1997年版，第92-119页；魏振瀛：《债与民事责任的起源及其相互关系》，《法学家》2013年第1期，第133页。

分子责令其植树以恢复生态环境,植树后的情况绝非盗伐前的原状,但也只能如此。传统的恢复原状,强调恢复后不低于原来的使用价值和价值,而恢复生态环境,少有不低于原来的价值和使用价值。恢复生态环境,有时可选择替代方案,如污染河流致原特种鱼类灭绝,可用其他鱼类代替。鉴于其区别与相同点,在原有恢复原状之后并列规定恢复生态环境。当然,恢复生态环境的表述也有可商榷推敲之处。此点,容后再述。

第四,统一规定不承担民事责任的正当理由。不可抗力既是不承担违约责任,也是不承担侵权责任的正当地理由(第161条)。正当防卫(第162条)、紧急避险(第163条)虽仅为不承担侵权责任的正当地理由,规定于总则,有利于体现正当理由的完整性和理论的统一性,体现法典逻辑的严密性和体系的科学性。

第五,规定了为保护他人受损害对受益人的补偿请求权,有利维护见义勇为者的利益。实践中,发生有人遭受不法侵害、遭受交通事故或自然灾害、老人不慎跌倒或突发疾病,他人见义勇为,与不法分子搏斗、对受害人实施救助,而自己受到损害的情况。对此,有侵权人并且侵权人能够承担赔偿责任的,由侵权人承担赔偿责任,因侵权人是造成损害的真正责任人,其侵权行为与损害之间具有因果关系。如侵权人只能承担部分损害赔偿责任,或根本不能承担赔偿责任,则受益人因其受益应给予见义勇为者适当补偿。这是与侵权行为相关的问题。自然灾害或受害人自己的原因发生危险损害时,救助者受到损害,受益人也应给予适当补偿。此虽非侵权行为所致,却是救助产生的债,受益人有补偿义务,如违反这一义务,也应承担补偿之责任。故《民法总则草案》第164条规定:“为保护他人民事权益而使自己受到损害的,由侵权人承担责任,受益人可以给予适当补偿。没有侵权人、侵权人逃逸或者无力承担责任,受害人请求补偿的,受益人应当给予适当补偿。”这一规定有利发扬社会公共道德,维护见义勇为者的利益。^③

第六,规定了责任竞合选择权(第165条)和民事责任优先规则(第166条)。责任竞合,是某一事实符合两种或两种以上法律规范,这些法律规范都可适用。但有时都适用是公平的,如某一伤害他人行为,既符合刑法规范,行为人应承担故意伤害罪的刑事责任,该人又是公职人员,违反行政法行为规范,应承担开除公职的行政责任,该行为致受害人人身损害,还应承担损害赔偿的民事责任。这种发生在不同法律领域的竞合,互不影响,均应承担。但涉及财产责任,依刑法应没收,依行政法应罚款,依民法应赔偿,而财产总额不足以承担各种责任,发生这种财产责任竞合,我国《侵权责任法》规定民事责任优先。当然,民事责任优先并不限于不同责任竞合,但却包含了不同责任竞合的情况。《民法总则草案》第166条规定:“民事主体因同一行为应当承担民事责任、行政责任和刑事责任的,承担行政责任或者刑事责任的不影响依法承担民事责任;民事主体的财产不足以支付的,先承担民事责任。”

狭义的或一般所说的责任竞合,是指民法中违约责任与侵权责任的竞合。这种竞合是指某一行为既符合违约规定也符合侵权规定,如果让行为人既承担违约责任又承担侵权责任,则对行为人不公平,违反了对等规则或等价原则。因此,只能承担其中一种责任。

最高人民法院《全国沿海地区涉外、涉港澳经济审判座谈会纪要》(法经发[1989]12号文)

^③ 参见全国人民代表大会常务委员会委员长会议关于提请审议《中华人民共和国民法总则(草案)》的议案。

规定,“一个法律事实或法律行为有时可以产生两个法律关系,最常见的是债权债务关系与物权关系并存,或者被告的行为同时构成破坏合同和民事侵权。原告可以选择有利于自己的一种诉因提起诉讼,有管辖权的法院不应以存在其他诉因为由拒绝受理。但当事人不得就同一法律事实或法律行为,分别以不同的诉因提起诉讼。”我国合同法在进一步总结实践经验基础上作出专条规定。《合同法》第122条规定,“因当事人一方的违约行为,侵害对方人身、财产权益的,受害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。”这是从合同法角度观察责任竞合所作规定,才有“因当事人一方违约”引起竞合的规定。细致分析,既然某一行为既违反合同法又违反侵权法,那一定同时既是违法行为,也是侵权行为。如将保管或借用他人之物当作自己财产赠与他人或卖与他人,既是侵犯所有人所有权的侵权行为,也是违反保管合同或借用合同的违约行为。酒后或吸食毒品后驾车或超载驾车发生事故致乘客损失,既是蔑视乘客人身安全的侵权行为,也是严重的违约行为。故《合同法》之规定并非十分妥当,但毕竟为解决责任竞合提供了法律依据。总体而言,由受害人选择适用法律是正确的,有利于最大限度维护受害人的合法权益。一般而言,侵权法规定的赔偿范围广,适用侵权法对受害人较为有利。但也不尽然,有时因人身侵权时效短,可能适用《合同法》更有利于受害人。还有举证责任分配、责任构成要件不同等因素的考量。^④因此,由受害人选择适用合同或侵权请求权是可行的。

(二)《民法通则》民事责任章规定之取舍

首先,保留并修改了民事责任的一般条款。《民法通则》第106条第1款规定,“公民、法人违反合同或者不履行其他义务的,应当承担民事责任。”《民法总则草案》原则保留这一总体性规定,并作了必要修改。其一是将“公民、法人”修改为“民事主体”以包括公民、法人之外的其他民事主体,况且在民法中“公民”应为“自然人”,修改后更为全面和准确。其二是将“违反合同或者不履行其他义务”修改为“民事主体不履行或者不完全履行民事义务”,不再突出违反合同,各种义务违反均统一表述,同等对待,无主次之分,更符合侵权责任与合同责任在民法典中的地位。

其次,对《民法通则》规定的正当理由作统一规定。《民法通则》将不可抗力规定在一般规定中(第107条),将正当防卫和紧急避险规定在第三节侵权的民事责任中(分别为第128条和第129条)。《民法总则草案》对正当理由作了统一连续规定。

再次,责任承担方式的适当增删。《民法总则草案》在恢复原状责任方式之后增加“修复生态环境”,删除所谓“主要方式”和五种特殊且本不属民事责任方式(训诫、责令具结悔过、收缴非法财物违法所得、罚款、拘留)的规定。

最后,民事责任与其他责任关系的修改。《民法通则》第110条规定的是承担民事责任后,需追究行政责任、刑事责任的应当依法追究,解决的是不因有金钱承担民事责任而不承担行政、刑事责任的“金钱特权”问题。《侵权责任法》规定责任人财产不足以承担民事、行政、刑事三种财产责任时,民事责任优先承担,体现的是对民事主体利益的优先关怀精神。现在,因承担民事责任而事实上享有不承担行政、刑事责任的特权现象总体已不复存在,而对私法主体利益的优先关怀精神

^④ 关于违约责任与侵权责任竞合问题,可参见叶名怡:《违约与侵权竞合实益之反思》,《法学家》2015年第3期,第124-137页。

仍须进一步发扬，故《民法总则草案》在《侵权责任法》基础上规定了民事责任优先条款（第166条），使其不仅适用于侵权责任，也适用于违约等民事责任。

三、《民法总则草案》民事责任章修改完善之探讨

（一）民事责任章在《民法总则草案》中的位置安排似不妥当

《民法总则草案》将民事责任一章安排在代理之后、时效之前，而《民法通则》是将其安排在民事权利之后、诉讼时效之前。应该指出，《民法通则》体系也未臻完善，是按照主体（公民、法人）、行为（民事法律行为和代理）、权利（民事权利）、责任（民事责任）、时效（诉讼时效），即主体通过行为取得权利、承担义务，不履行义务承担责任，而且权利受时效限制的思路设计，大体科学合理，但不是绝对的，因为权利的取得不都是由法律行为引起，有时由事件引起，直接依法产生。《民法总则草案》是按照主体（自然人、法人、非法人组织）、权利（民事权利）、行为（民事法律行为、代理）、责任（民事责任）、时效（诉讼时效附带除斥期间、期间计算）的顺序排列，既未体现民事责任是违反民事义务后果的逻辑关系，而将民事责任紧接民事权利之后，也未体现民事法律关系内部构成要素与外部动因（法律事实）的逻辑关系，值得进一步商榷。

民法总则最科学的体系，依然是德国民法总则按法律关系要素与动因的排列模式。当然对民事法律关系要素中的客体——物、民事权利、民事责任，由时代背景和法律基础决定有所取舍。我国《民法总则草案》鉴于物这一物权、债权、继承权诸种分编调整的民事关系的共同客体在《物权法》已有基本规定，拟通过编纂物权编加以完善。而物权编作为第一分编足可对之后各分编涉及的客体——物起统领作用，故未将物作为《民法总则草案》的一章。鉴于民事权利在我国的发展及我国民法典的体系设计需对债权等作出规定，设民事权利一章。又鉴于民事责任在我国的发展和对违约责任、侵权责任的统领与升华，设民事责任一章。这是我国立法对民法总则体系的革新，是必要的，符合我国实际。但这两部分内容是对民事法律关系要素的完善，民事责任一章应排列在主体、民事权利之后，民事法律行为、代理、诉讼时效等法律事实之前。

现在的《民法总则草案》，将民事责任一章放在代理之后，对其是理解为民事法律关系要素还是法律事实存在不清，似误认为法律事实，不甚妥当。民事责任是违反民事义务的法律后果，不是违反民事义务行为本身。发生如此误解，与对民事法律行为的错误理解相关。违反民事义务主要是过错所致，因此当作违法行为的法律行为对待，置于代理之后、时效之前。无论立法对法律行为如何规定，民事责任都是违反义务的后果而非违反义务行为本身。

（二）欠缺归责原则之规定，应予补充

归责原则是为什么将责任归于责任人承担的原因或理由，是民事责任的根本问题。民事责任的功能是救济受害人，制裁违反民事义务的行为并预防违反民事义务行为的发生，因此就必须有什么让责任人承担责任的规定。《民法通则》第106条第2款规定了过错原则。过错是承担违约和侵权责任最根本的原因，表明了过错违约或侵权的行为的道德可谴责性。司法实践中，凡能认定违反义务有过错的，法院判决均应适用过错责任，以发挥民事责任预防、制裁违反民事义务行为的功能。

《民法通则》第106条第3款将无过错责任规定为当事人无过错而承担的责任,《侵权责任法》纠正规定为“行为人损害他人民事权益,不论行为人有无过错,法律规定应当承担民事责任的,依照其规定”。违约责任总体上也以过错为要件。《合同法》第107条规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”但事实上过错明显或可认定的除外。也有观点认为,在合同法上,违约即过错,此即所谓过错的客观化。如果不履行或不完全履行义务是不能预见、不能避免和不能抗拒的客观原因所致,则不履行或不能完全履行义务不具违法性,当事人也无过错。还有情事变更致义务人不能履行或不能完全履行义务,义务人也不违法并且没有过错,因此也不承担民事责任。违法吸收过错,所以是过错的客观化。用客观化解释侵权法的也有。但事实上过错难认定而适用无过错责任的情况,在违约责任和侵权责任中都存在,尤其在侵权法中的特殊侵权类型,主要适用的是无过错责任原则,其归责原因是危险源说和报偿理论。

《民法总则草案》民事责任章没有规定归责原则,可能和侵权法与合同法归责规定不同有关。《合同法》仅规定无过错责任原则,《侵权责任法》规定了过错、无过错原则,甚至公平责任原则。这似乎就不好提取共有原则了。其实不然,违约行为中故意拖欠债务的行为时有发生,甚至有些“老赖”,不仅靠法院判决责令其履行,甚至靠法院强制执行。对故意违约,法院判决说理部分指出其过错,有利于教育行为人,预防违约的发生。《合同法》没有明定过错原则,民法总则规定过错归责原则,正可以为依过错追究违约责任提供直接的依据。

除上述两原则,《民法通则》和《侵权责任法》均规定了公平责任。《民法通则》第132条规定:“当事人对造成损害都没有过错的,可以根据实际情况,由当事人分担民事责任。”《侵权责任法》第24条规定:“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的,可以根据实际情况,由双方分担损失。”就是在处理违约纠纷中,衡平也时有需要。如不可抗力除免责外也有减轻责任的情况,情事变更虽在合同法未规定,其法理在司法审判中也被利用,实际也是公平原则。还有利益性违约,即在市场经济条件下,依据行情变动,当违约承担的责任小于违约所获利益时,违约是被允许的。此种违约当事人并无过错,承担的违约责任依据是公平责任原则。

综上,建议增加规定过错、无过错、公平三项归责原则。条文表述为:“第 条 民事主体因过错违反民事义务,应当承担民事责任。”“法律规定不以过错为要件承担民事责任的,依照其规定。”“当事人都无过错,法律规定应当承担或者分担民事责任的,依照其规定。”

(三)“恢复生态环境”应修改为“修复环境、恢复生态”

《民法通则》和《侵权责任法》规定的“恢复原状”的责任方式,是指恢复到原来状态,其恢复后的使用价值与价值应不低于原来,即高了不限,低了不行,当然不是绝对的,总之要差不多。环境损害,往往恢复不到原来状态,是修复而不是恢复。生态问题,只是环境问题的一部分,恢复生态是指恢复动植物的生长环境系统,有着特定含义。

环境损害责任,总体而言是修复环境,特殊情况是恢复生态。这是因为:

第一,许多环境损害,无法恢复到原来状态。能恢复到原来状态的,只是极少数不太严重的损害。如在风景区、水库边违法私建住房,可拆除恢复原来状态,恢复原有植被,植树种草即可,虽难与原来完全相同,但使用价值与价值可达到原有程度,称恢复原状未尝不可。但严重的环境污染,如重金属环境污染损害赔偿机制课题组在调研后,有课题组成员提出并论证了“环境修复”为

独立的责任方式。^⑤正如我们调研中所见,一些化工厂、矿山企业排放有害气体、废水废液,堆放尾矿、矿渣所致土地、河流、山地污染损害,只能是一定程度修复,要恢复到原来状态几乎不可能,如广东上坝村镉污染事件。地处广东韶关曲江区的大宝山矿业有限公司,从改制前的1959年开矿,至今仍在开采。该矿业主要是开采硫化矿,为露天开采,废土废矿堆在山坡上,雨天随水下流,污染河流、土地,导致水稻等农作物镉超标,井水污染,多人因镉中毒患癌死亡。矿业公司无法修复水污染环境,只能出资在上游修水库引用自来水。污染土地不能种水稻,只能进行植物修复,即种植吸附重金属镉强的植物对耕地进行多年修复,并改用水库水灌溉,要恢复到污染前状态是不可能的,只能修复到镉含量达标的水平。再如湖南磷厂砷污染事件,地处湖南北部山区盛产雄黄矿的磷厂,从解放初建矿大量开采,废渣在山坡堆放,因废气、废渣致周边耕地、河流、地下水严重污染。就是在矿业存续后期,对流经矿区的河流也只是用水泥封住河床,让河水在水泥河床流过以免受原含砷河床污染,水泥河床上几乎不见鱼的踪影,何谈“恢复生态环境”?矿业破产关闭后,国家出巨资对废渣矿化封存,对污染山地种蜈蚣草吸砷,耕地已荒废。可见,“恢复生态环境”,有时可望而不可及。从我国实践情况看,基本的情况是污染场地修复,如城镇化工厂或化工园区工厂搬迁后对“毒地”烘烤、换土、深埋封闭修复后建住宅区,农村或山区矿渣无害化处理修复土地等。

第二,我国环境法规规定的是“环境修复”和“生态恢复”两种情况。如我国环境保护部《环境损害鉴定评估推荐方法(第2版)》规定,环境修复指生态环境损害发生后,为防止污染物扩散迁移、降低环境中污染物浓度,将环境污染导致的人体健康风险或生态风险降至可接受风险水平而开展的必要的、合理的行动或措施;生态恢复指生态环境损害发生后,为将生态环境的物理、化学或生物特性及其提供的生态系统服务恢复至基线状态,同时补偿期间损害而采取的各项必要的、合理的措施。其中,可接受风险水平,是指综合考虑科学、社会、经济和政治因素,依据危害性和脆弱性分析、成本效益分析、技术手段的可行性分析等确定的人体健康或生态系统的可接受的风险水平。^⑥除此,我国环境保护部还制定有《污染场地土壤修复技术导则》。

生态恢复的核心是恢复生态系统。如某湖泊、河流入海三角地带底泥严重污染,鱼虾绝迹,应对水体进行换水或植物修复、对底泥进行无害化处理,放置鱼苗、虾苗。如原来物种灭绝,可放置替代物种。此种措施,不是单一修复,而是重新创造生态系统。生态恢复的最低标准是恢复到基线状态,与恢复原状区别明显。因此,有学者认为,生态系统处于不断的物质循环、能量流动、信息传递过程中,任何一个环节要素都不是民法上的物,恢复原状意义上的恢复生态,根本不可能。^⑦

民法典的规定,应与以往法规一致,将《民法总则草案》增列的“恢复生态环境”修改为“修复环境、恢复生态”。

(四) 民事责任优先、责任竞合选择请求权规定之完善

前述《民法总则草案》第165条是对不同法律领域的责任竞合的规定,其中“民事主体的财产不足以支付的,先承担民事责任”是以责任竞合为前提的,这就出现漏洞,非同一行为引起竞合怎

^⑤ 参见胡卫:《环境污染侵权与恢复原状的调适》,《理论界》2014年第12期,第114-120页。

^⑥ 参见中国环境科学学会:《环境法医及损害鉴定评估培训教材》(内部教材)附录。

^⑦ 参见吕忠梅:《论环境物权》,《人大法律评论》2001年第1期,第273-296页;吕忠梅:《环境司法理性不能止于“天价”赔偿:泰州环境公益诉讼案评析》,《中国法学》2016年第3期,第259页。

么办?如行政或刑事财产责任与合同义务履行,在不足支付时怎么办?故此条应增加一款规定,非同同一行为发生的不足支付行政责任、刑事责任和民事责任的,民事责任亦应优先承担。

《民法总则草案》民事责任章,基于违约与侵权两种责任对竞合作统一规定,将来的合同编和侵权责任编均无须再作规定,总则应规定得更为确切。但《民法总则草案》第165条规定,“因当事人一方的违约行为,损害对方人身、财产权益的,受损害方有权选择要求其承担违约责任或者侵权责任。”这样规定仍未超脱合同法之规定,其中“因当事人一方的违约行为”,修改为“当事人一方的行为既构成违约又构成侵权的”似更符合实际。

违约责任与侵权责任竞合,虽从理论上说当事人一方享有选择请求当事人另一方承担违约责任或者侵权责任,但应受法规范不同甚至冲突时适用法律解释规则的限制。责任竞合涉及的适用法律规则包括后法优先于前法而适用、特别法优先于一般法而适用。在民法总则通过实施后,如何处理与特别民事法律、法规的关系,甚至在民法总则实施前,如何适用《合同法》责任竞合的规定,均涉及前述两项规则。我国《消费者权益保护法》《产品质量法》以及《侵权责任法》中产品责任规定,均将因产品缺陷或瑕疵致人损害当作产品责任对待,包括买受人因出卖人给付瑕疵所受损害,甚至吸收产品本身的赔付这一纯合同问题一并解决,排除了《合同法》之适用。交通事故处理办法包括乘客损害赔偿,排除旅客运送合同之适用。医疗责任,排除医疗违约责任之适用。并且,这些特别侵权对受害人保护最充分,应是受害人的最佳选择,所以法律的特别规定应优先适用,从而就无须再由受害人选择。

许多竞合特殊情况由侵权法调整,也是与行政的直接介入相关。如交通事故,公安交警首先认定责任,对受伤乘客实施救助。就赔偿而言,首先适用保险赔偿。重大事故,如飞机坠毁事故、火车事故、公交汽车事故,对死伤者由相关行政部门依据侵权法实行统一标准赔偿,无须也不可能按违约责任处理。空难事故,依侵权责任赔偿,受害者家属鲜少主张违约责任。空难原因需专家认定,技术性非常高,受害人家属难以证明航空公司一方是技术检测出了问题或天气预测不当或驾驶员操作不当哪一环节出现疏漏所致损害,选择违约责任既不需要,也不可能。甬温动车事故,^⑥政府决定按《侵权责任法》就高实行赔偿,死者不分城乡身份一律按城镇最高标准赔偿92万,还需要按《合同法》请求承担违约责任吗?死者家属不是合同当事人,以债权人身份请求违约责任又增添了何等的麻烦!医疗责任也是侵权责任,虽《合同法》有竞合选择的规定,但《合同法》没有规定医疗合同,受害人怎么会选合同责任呢?况且医疗责任,赔偿比较充分,没有必要再考虑选择违约责任。即使将来民法典规定了医疗服务合同,也应重点指导人们如何签订合同,明确权利义务,不涉及医疗侵权责任的违约责任没有实际意义,若发生责任竞合,便进入侵权法领域,难有违约责任适用之余地。尤其发生医疗事故,医疗事故鉴定、医疗事故调解机制、医疗责任保险、社会救助机制,都是按照侵权责任设计的。运用这些机制,会使受害人利益最大化。比如,医师责任

^⑥ 2011年7月23日20时30分05秒,甬温线浙江省温州市境内,由北京南站开往福州站的D301次列车与杭州站开往福州南站的D3115次列车发生动车组列车追尾事故,造成40人死亡、172人受伤,中断行车32小时35分,直接经济损失19371.65万元。调查认定事故性质:“7·23”甬温线特别重大铁路交通事故是一起因列控中心设备存在严重设计缺陷、上道使用审查把关不严、雷击导致设备故障后应急处置不力等因素造成的责任事故。参见国务院“7·23”甬温线特别重大铁路交通事故调查组2011年12月25日公布《“7·23”甬温线特别重大铁路交通事故调查报告》。

保险赔偿,本质上是侵权责任保险,若提起违约责任,适用这种保险就无法理赔,哪有违约责任保险呢?违约只有担保没有保险。事故处理的集团化、赔偿的定型化、定额化以及效率原则,也不允许受害人脱离受害者集团作出与众不同的责任选择请求。所以,竞合选择绝非没有例外,而且有很多例外。

因此,我建议民法总则在规定责任竞合当事人享有选择权的同时,应强调“依照法律规定应适用其中某种责任的除外”。

(五) 其他应修改完善之处

《民法总则草案》第157条规定,“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。”有学者认为,这条的规定没有区分教义学与立法规定的司法可适用性,是教义学表述,法院没法适用。^⑨本人认为此意见正确。《民法总则草案》的这一规定,是对分担责任与连带责任的学术概况,不能明确2人以上违反民事义务究竟是分担责任还是连带责任问题,法院不能作为判决依据。因此,建议删除此条并相应修改《民法总则草案》第158条和第159条。此两条的“二人以上”,相应修改为“两人以上违反民事义务依法应当……”分别作为承担按份责任、连带责任的前提条件。条文表述为:“第一百五十八条 二人以上违反民事义务依法应承担按份责任的,责任人按照各自责任份额向权利人承担民事责任。”“第一百五十九条 二人以上违反民事义务依法应承担连带责任的,每一个责任人应当向权利人承担全部民事责任。责任人实际承担责任超过其应当承担份额的,可以向其他连带责任人追偿。”

以不履行或者不完全履行义务作为承担民事责任的前提条件,含义不十分准确。履行义务习惯上为狭义,指履行合同义务;在侵权法,称“违反义务”。当然,不履行义务广义也可涵盖侵权法的违反义务。考虑到人们的语言、思维习惯,一般认为侵权只是违反不侵犯他人财产权或人身权的义务,此点,以改为违反民事义务为好。违反民事义务也包括合同法上的不履行或者不完全履行义务。不改,通过解释适用亦可。

【主要参考文献】

1. 王利明:《久合必分:侵权行为法与债法的关系》,《法学前沿》(第1辑),法律出版社1997年。
2. 刘士国主编:《民法总论》,上海人民出版社2001年。
3. 魏振瀛:《债与民事责任的起源及其相互关系》,《法学家》2013年第1期。
4. 胡卫:《环境污染侵权与恢复原状的调适》,《理论界》2014年第12期。
5. 吕忠梅:《环境司法理性不能止于“天价”赔偿:泰州环境公益诉讼案评析》,《中国法学》2016年第3期。

(责任编辑:高圣平)

^⑨ 2016年8月11日,在中国民法学研究会与《法学家》杂志社主办、湖南大学法学院承办的“民法总则立法研讨会”上,姚辉教授发表此意见。

Review on 'Agent' (Chapter 7) of General Principles of Civil Code

MA Xinyan · 121 ·

From the attributes and rules of agency structure, 'agent' does not have independent significance and necessity to be enacted into one chapter, which is proved in comparative law. Chapter 7 'agent' should be returned to Chapter 6 'legal act', following the fourth section 'conditional legal act and the legal act with duration' and being stipulated as the fifth section 'agent of legal act'. Due to the abuse of legal exclusion clauses in Chapter 7 'agent', they should be deleted or modified. Articles 143, 149, 151 and 152 need to be modified; Articles 144 and 147 should be deleted; 'indirect agency', 'emergency agency' and 'joint entrustment' provisions should be added to the system of agent.

Key Words Agent; Legal Exclusion Clauses; Indirect Agency; Emergency Agency; Joint Entrustment

Ma Xinyan, Ph.D. in Law, Professor of Law School of Jilin University.

Review on 'Civil Liability' (Chapter 8) of General Principles of Civil Code

LIU Shiguo · 139 ·

'Civil Liability' (Chapter 8) of General Principles of Civil Code (draft) embodies civil law by force of the state to ensure the implementation of the legal attribute based on the command of the responsibility of breach of contract, tort liability and other civil liability for breach of obligation. It also carries forward the characteristics of General Principles of Civil Law and reflects the progress of theoretical research. This chapter extracts the common rules from liability for breach of contract and tort liability and applies them to other civil liability, properly chooses the relevant provisions of the general principles of the civil law and absorbs the provision of environmental responsibility and the provisions of the protection of the interests of those courageous. In view of the civil legal relationship, this chapter should be stipulated before the provisions of civil rights and after legal facts; the pure doctrinal terms which are not applicable in judicial decisions should be deleted; the proportional liability and joint liability clauses should be amended; the fundamental principle of liability provisions should be supplemented; 'the restoration of the ecological environment' should be amended to 'repair the environment and restore the ecology'; the premise of concurrence of liability should be revised as 'a party's acts both constituting a breach of contract and infringement'; the priority of civil liability should not be limited to administrative, criminal and civil liability caused by the same behavior.

Key Words General Principles of Civil Code (Draft); Civil Liability; Restoration of the Ecological Environment; Concurrence of Liability

Liu Shiguo, Ph.D. in Law, Professor of Law School of Fudan University.