

# 拉丁法族的“合同外责任” 对我国侵权立法的启示

——对“侵权之债”的质疑

王莹莹

(厦门大学法学院,福建 厦门 361005;西北政法大学经济法学院,陕西 西安 710063)

**摘要** 深受罗马法传统影响的拉丁法族民法学使用“合同外责任”作为与合同责任并列的把手。把物权以外的关系两分为合同之债和侵权之债被认为是罗马法以来的传统,后经过潘德克吞学派的改造,债法独立成编,作为提携物权关系以外所有民事关系的一级把手。这种对社会关系的抽象化和概念化造就了完美的潘德克吞民法体系,但却牺牲了社会关系的个性。随着因侵权关系的绝对性逐渐溢出了具有相对性的债的传统框架,同时在侵权救济中出现了越来越多的与债的本质不符的救济方式游离在债的框架之外。在这样的内外压力下“债化一切民事关系”的传统民法理论体系框架面临挑战。拉丁法族使用“合同外责任”作为提携侵权法的把手对我国的侵权立法是一个很好的启示。

**关键词** 合同外责任;合同责任;侵权之债

**中图分类号** D90

**文献标识码** A

**文章编号** ]1003 - 8353(2009)04 - 0155 - 04

## 一、“合同外责任”在拉丁法族 使用的学术传统

Giovanna Visintini教授在意大利法律百科全书中把这个术语和合同责任放在一起进行了详细的解释,他认为,两者都是民事责任的类型,区别在于前者来自债的不履行,后者来自侵权行为。这种区分不仅仅存在于传统的学说中,也存在于现实的规范中,被立法者所认可。其中在意大利民法典中被认为规定合同外责任的法条包括放置在债的一编中的2043条侵权赔偿,2048条家长、监护人、老师的责任,2049条主人或者雇主对佣人或雇员的责任,2050条危险责任,2051条看护人责任,2052条动物致害引起的责任,2053条建筑物致害引起的责任,2055条交通运输工具致害引起的责任;还包括债编之外的职员责任。在哥伦比亚民法典的网络版本中,第2341条的题目是合同外责任(RESPONSABILIDAD

EXTRACONTRACTUAL),规定的内容是侵权责任<sup>1</sup>。

为了解这个术语在拉丁法族法学界的实际情况,笔者以罗马第二大学图书馆藏书作为搜索范围,对意大利文和西班牙文著作的名称做了一个小范围的调查,查阅了从1943年至今出版的近180部有关民事责任的著作,发现其中有31部西班牙文著作的题目中包含这个术语,11部意大利文著作的题目中包含这个术语。比如智利教授Pablo Rodriguez Grea在其著作《合同外责任》(《responsabilidad extracontractual》)中集中论述了非法行为(el acto ilícito)引起的责任,书中的合同外责任的内容和我们所说的侵权责任相似<sup>2</sup>。

尽管罗马法尚未形成真正的责任概念,在原始文献中出现的是“债”(在优士丁尼的法学阶梯中“债”的含义为“债”为法锁,约束我们根据城邦的法偿付某物),并没有出现“合同外责任”这个术语,当代罗马法学者大多仍然认为“合同外责任”还是一个来源于罗马法的概念,并将合同外责任

**作者简介** 王莹莹,厦门大学民商法学博士生、西北政法大学教师、罗马第二大学罗马法学博士生。

1 《哥伦比亚民法典》,其中第2341条名称即为合同外责任,规定的内容:“第35题因犯罪或者过错引起的责任:故意或者过失对他人造成损害,有责任进行赔偿,除了要依刑法应付刑事责任之外(在这里感谢墨西哥的Jorge Menabrito Pa,哥伦比亚的Carolina以及罗马二大的Danniel老师给笔者提供的热心帮助,在他们的帮助下笔者得以快速查阅拉丁法族的各国民法典)。

2 笔者还就这一概念的使用分别和墨西哥、哥伦比亚以及意大利的学者进行了沟通,讨论结果是“合同外责任”法这个概念在他们的学术传统中是一个十分正常的学术术语,用来表示我们所说的侵权法,相反,他们对于我们熟知的“tort”却非常陌生。

等同于阿奎利亚责任,而阿奎利亚责任又被罗马法学者一致认为现代侵权责任的起源,因此合同外责任指称侵权责任被视为自罗马法以来的法学术语传统。

墨西那大学的 Giovanni Rotondi教授在其《从阿奎利亚法到民法典 1151 条》一文中,多次使用了合同外责任 (responsabilité extracontrattuale),并指出法国、意大利及德国民法典和普鲁士及奥地利民法典在合同外责任的规定上是不同的,他们放弃了在对待 *dolo* 和 *colpa* 上的每一个区别。其中 Rotondi教授用合同外责任指称阿奎利亚法责任,并将其等同于侵权责任使用。罗马二大的斯奇巴尼教授在论述罗马法中的契约外责任时,提到侵权造成的损害是在合同领域之外,在意大利民法体系中属于合同外责任,在罗马法中有一个非常有名的规范侵权法责任是阿奎利亚法,在一些国家的法律体系中把合同外的责任又称为阿奎利亚法责任<sup>1</sup>,如果给对方造成损害,就要对产生的这种损害承担损害赔偿,这就是损害赔偿之债。<sup>2</sup> 在这里我们发现侵权之债和合同外责任是等同的。比萨大学的马里奥教授在出访中南财经政法大学时,在其做的“专家责任”的讲座中,指出“罗马法的责任制度源于《阿奎利亚法》的观点。依该法,其原则是:对造成业已存在的义务关系之外的不法侵害,有过错就要被惩罚。这一原则即构成了被称为契约外责任的一般原则,根据其始源,它又被称为‘阿奎利亚责任’。”这里“契约外责任”是“合同外责任”的又一名称。

从拉丁法族学者们使用“合同外责任”(或“契约外责任”)的语境来看,“合同外责任”是一个具有共识理解的法律术语,即我们所说的侵权责任;从他们观点存在的时间跨度来看,“合同外责任”这一概念的使用是一种学术传统。

## 二、“合同外责任”在其他法域的使用情况

事实上“合同外责任”不仅仅在拉丁法族的学术著作和立法解释中出现,在日耳曼法族和英美法族的著作或者规范性文件中也出现。比如:德国的迪特尔施瓦布在其《民法导论》第五编法律行为第八章第七节,论述了未成年人的合同外责任;欧盟《关于造成人身伤害与死亡的产品责任的欧洲公约》第十二条规定本公约不影响遭受损害的人根据一般的合同责任及合同外责任的法律规则,包括卖方按其惯常商业作法出售货物的义务规则,可能享有的任何权利;美国学者 Lewis D. Solomon的《公司法》一书的第29章第3节名称就是发起人的合同外责任,其中包括公司发起人自己交易以及内幕交易的责任。

虽然我国一直用“侵权责任”这个术语,可是国内的著作中“合同外责任”出现的频率并不少,而且含义不一。

1、用来指代信赖利益的损害赔偿:缔约过失责任

1 《阿奎利亚法》是大约在公元前3世纪下半叶至公元前2世纪上半叶被平民大会批准的一项法律,它被用来替代过去的法律并赋予了一项具有经济利益性质的权利,即可以从毁损财产的人那里获得其支付的赔偿金。

2 意大利比萨大学教授马里奥 2004年在访问中南财经大学期间做的讲座:“专家责任”。

(先合同责任)和后合同责任。最经常出现的场合是用来和违约责任相对,即非合同内的违约责任。例如,有学者指出“因为信赖利益的损害赔偿是合同外的责任,即以合同法所规定的合同外责任救济合同外的信赖损害,而非合同内的违约责任。”有时还会出现在担保责任中。例如,黄名述教授在其《民法学》中论述无效保证合同中保证人的民事责任承担问题时,提出保证人承担的是一种对被保证人不履行债务的补充责任,不以保证人有过错为条件,是一种他人责任;而无效保证的过错赔偿责任属于合同外责任,保证人承担的是对自身过错所负担的责任,是一种缔约过失责任、自己责任。

2、等同于侵权责任

例如:“损害赔偿请求权的产生根据主要有:侵权行为。这是当事人的行为违法并侵犯了他人的正当权利时所承担的赔偿损失的责任,例如伤害他人人身或损坏他人财产的行为,这种责任也叫合同外责任,或非合同责任。”<sup>3</sup>

3、等同于合同责任以外的所有法律责任,包括刑事、行政责任

例如:“邮政企业违反邮政合同须承担较重的合同外责任。邮件损毁或延误,邮政企业需要承担的合同责任虽是有限的,但其合同之外的责任则较重。邮政工作人员因为故意或者重大过失,造成邮件损毁或延误的,要依法承担相当严厉的行政责任乃至刑事责任。”<sup>4</sup>

## 三、“侵权之债”:罗马法的传统?

支持把债作为民事关系的统帅并将其划分为“侵权之债”与“合同之债”的学者多认为,将侵权之债置于债编之中的民法体系,是自罗马法以来的法学传统。他们认为早在罗马法中就将债分为契约之债和基于不法行为之债,这一分类方法及依此建立的债法体系对后世法律产生了重大影响。

然而这样的说法有两点需要质疑:

1、“侵权之债”实际上是后世法学家的改造

首先罗马法中尚不存在“责任”、“义务”这些概念,他们笼统的用“债”来表示这些概念。“债权、债务、债之关系,夫此三种不同之名词,拉丁文均作‘obligatio’。”<sup>5</sup>仔细观察法学阶梯的体系,会发现照前述说法解释的逻辑矛盾:法学阶梯将契约和准契约规定在第三卷,其中第13题规定了债的一般,第14题规定债的缔结,然后中间规定了各种类型的契约和准契约之债,最后在这一卷的末尾第29题规定了债消灭的方式,而后第四卷开始规定私犯和准私犯。从逻辑上我们有道理认为从13题到29题是关于债的产生到消灭的完整规定,如果私犯之债和契约之债是同质的,应该放在13题和29题之间,作为债的一个类型规定,为何又重起一卷规定呢?显然,逻辑上是不通的,除非立法者当时也发现了后一

种所谓的“债”和前一种“债”是不同质的。

盖尤斯《法学阶梯》G3. 88把债划分成两种类型：产生于契约的债和产生于私犯的债<sup>⑭</sup>。后来在优士丁尼的《法学阶梯》中这种分类被继受并改造为契约之债、准契约之债和私犯之债和准私犯之债<sup>⑮</sup>。但是债法并没有独立成为一个民法之下的二级把手，在盖尤斯的《法学阶梯》中债和继承法在一起规定，在优士丁尼《法学阶梯》中债的两部分发生了有趣的分离，契约之债仍然在继承法之后被归于物法，而私犯之债却被放在了诉讼那一卷中。

这种体系后在潘德可吞学派的改造下被理论化和抽象化，体现在《学说汇纂》中就是通过抽象出的概念创造了总则、物权法、债权法、亲属继承法的民法体系结构，自此以“债”冠名独立成编，“债”成为了作为提携与物权相对的法律关系的一级把手。这一体系对欧洲乃至中国的影响都非常深远。比如1942年的意大利民法典就把债作为单独的一编，还有瑞士民法典，更不用说潘德可吞学派的嫡传继受者德国民典了。而我国由于深受德国法学的影响，一直把“债”作为民法一级把手和债的两分法都视为民法界的通识<sup>⑯</sup>。

## 2. 并非现代民法都继承了潘德克吞的这个学术创造

正如梅迪库斯所提到的欧洲比较古老的民法典《奥地利民法典》和《法国民典》都没有为债设立独立的一编<sup>⑰</sup>。我们来看1804年的《法国民典》，它被当代学者公认为是对优士丁尼《法学阶梯》体系的继受，分别在第三编和第四编中规定了契约之债和侵权之债。然而不应该忽略的是《法国民典》原本对“债”使用的并不是同一个词，即“obligations”，在我们的中文译本中我们却使用了同一个词“债”<sup>⑱</sup>。被我们翻译成“契约或者约定之债的一般规定”的第三题的法文是：Des contrats ou des obligations conventionnelles en général，被翻译成“非经约定而发生的债”的第四题是 Des engagements qui se forment sans convention。显然前者的 obligations 是我们的债的意思，但是后者的 engagements 可不可以简单的与债等同呢？如果可以的话，为什么立法者前后要用两个不同的词汇呢？根据布莱克词典的解释，在法国法中 engagement 引起的债来源于准合同，“engagement”与“obligation”具有相似的含义，但是在法国民典中被用来特指那些非基于合同由法律强加给某人的债，做或者不做某事的“engagement”等同于誓言<sup>⑲</sup>。

## 四、“侵权之债”面临的现实困境

在理论上，“侵权之债”常常和“侵权责任”相互替代，两者难以分出明确界限。学者更多的使用“侵权责任”来表述侵权行为：比如王利明教授在《民法·侵权行为法》一书中认为：“侵权行为是指行为人由于过错侵害他人的财产和人身，依法应当承担民事责任的行为，以及以法律特别规定应当承担民事责任的其他损害行为。其中，并没有强调损害和违法两个要件<sup>⑳</sup>”。苏永钦教授亦认为，“不论侵权、背俗或违法，要让行为人对其行为负起民事上的责任，都必须以该行为涉

及某种对世规范的违反为前提，其目的就在于建立此一制度最起码的期待可能性，以保留合理的行为空间。<sup>㉑</sup>王泽鉴教授指出，“侵权行为，指因不法侵害他人的权益，依法律规定应对所生损害负赔偿责任的行为。”<sup>㉒</sup>郑玉波教授更直接的指出：“所有民事责任，唯有侵权责任一种。契约不履行责任，并非由契约而产生，而系由于不履行契约之不法行为。侵权行为为侵害他人权利之不法行为，债务不履行又何莫不然。二者同为侵害权利之不法行为，在本质上并无异。”<sup>㉓</sup>

如果认定侵权行为的结果的侵权之债，这样的解释产生的悖论是责任产生了债。即如果把侵权行为作为债的发生根据，那么根据大多数学者对侵权行为的定义，侵权行为产生侵权责任，然后这个责任成为了侵权之债发生的原因。这和学者们对责任的解释，即责任是法律救济，是违反义务的法律后果的观点是背道而驰的。

实践中随着越来越多新型的社会关系的出现，随之而来的就是更多的利益冲突，或可归于债下，例如缔约过失责任；或因民事关系和债的本质的不相容而不可归于债下，比如基于人身权利的特性的私生活权保护，或因危险责任引起的民事关系，调整因经营矿产和铁路的引起的损害赔偿责任的《帝国责任法》游离在德国民典债编之外就是一例<sup>㉔</sup>。这样勉强的理论抽象导致的直接现实后果是传统民法学说意义上的“债”早已不能穷尽民事关系的所有类型，尤其是具有人身关系的侵权之“债”，结果使得这些民事关系得不到有效的法律救济。若牵强地把这类关系仍然归入债中，又引起人格的物化，这与现代社会所崇尚的以人为本的精神背道而驰。

## 五、“合同外责任”对我国侵权立法的启示

### 1. 侵权之“债”之质疑

通常情况下动态的民事关系是这样的：以合同关系为例：先是有了一个合同，我们称为债；然后产生了合同的权利义务关系；如果双方都履行了各自的义务享受了权利，那么民事关系归于结束，只有当一方或双方没有履行自己的义务导致对方不能享受权利时，双方付诸法律分辨是非来矫正失去平衡的民事关系，继而产生了责任，替代了义务，一方或双方各自承担责任后，民事关系归于结束。这个过程我们可以简化为：债（义务（相对））责任（对价）。所以合同关系我们归结为债。

我们再来看侵权关系，事先并不存在债，存在的是当事人的对世权，可能是人身权，可能是财产权，然后因为一方的非法行为或者适法行为打破了这种平衡，于是法律介入，责任产生，但责任替代的并不是当事人的绝对义务，而是为了修复被破坏的权利的一种补偿，所以不能遵循合同关系中的对价原则。我们简化这个过程为义务（绝对）责任（补偿）。在这个过程中需不需要一个“债”的介入呢？

把这种义务的不履行称之为债，然后再追究它的责任，这样的设计的确满足了立法者对体系的纯净和抽象概念的

追求。但是代价是理论的别扭导致的实践冲突。原因在于合同关系中的债并非侵权关系中的债。后者实质上就是一种责任。学界对责任的通说观点是责任即法律救济,是违反义务的法律后果,这个认识形成了责任在现代民法典中的位置,即常常跟随于各编之后作为法律救济。比如,台湾学者多将债务与责任联系到一起论述,他们认为除了无债务的责任(担保责任)和无责任的债务(自然债务)的特别情况之外,债务和责任相伴相生,责任是实现义务的手段,它们是当为行为和应为行为的关系,如果当为而不为时,此时法律救济介入,用强制力来实现债的履行。我国的民法债法的教科书也多持相同观点<sup>⑮</sup>。侵权关系中违反的是一种法定义务而非约定的义务。因而其后果应该直接形成的是责任,为什么还要人为的介入“债”这个概念呢?

曾经一度轰轰烈烈的“从身份到契约”的运动在当代的现实生活中正在发生着相反方向的变化,这样的变化当然会引起民法理论和立法的变动。我国1986年的《民法通则》就打破了民法体系的传统框架,将民事责任独立设编,学者曾对此批判不乏;但如果考虑到侵权法的位置及其和债的关系的处理,这确实是一个非常重要的立法尝试。

## 2. 侵权法的责任法属性

拉丁法族一直使用“责任”这个概念来作为提携侵权法的把手。这不仅仅是罗马法传统的影响,从法理上来讲也不无道理。侵权之债与合同之债的异质性在于合同法是行为法,需要为现实生活中人们形形色色的交易提供行为模式,而侵权法是责任法,它更多地关注的是行为后果的救济和责任的追究。合同法和侵权法不应是并列的关系,更应是一个纵向延伸的关系,即基于合同引起的合同外损害需要侵权法进行合同外责任的救济。

“合同外责任”虽不适合做民事责任中具有排他性属性的具体类型,但拉丁法族将其作为侵权行为法之上的把手的学术传统,确是值得我国侵权立法借鉴的。德国柏林洪堡大学 Raiser教授早在中德侵权法国际研讨会中也曾提出:“认为包含了过错责任和危险责任的这一法律,称为‘侵权法’不太妥当,可以考虑称为‘损害赔偿的债务关系法’或‘合同外责任法’。”<sup>⑯</sup>这样的改变对于我国长期以来将侵权法奉为债法的民法学术传统比较难以接受,但是对于侵权法是否能从债法之下脱离出来的回答将变得不再那么困难。

### [注释]

Pablo Rodriguez Grea,《合同外责任(responsabilidad extracontractual)》,智利法律出版社,1999,圣地亚哥。

<sup>⑮</sup> (古罗马)优士丁尼:《法学阶梯》(第二版),徐国栋译,北京:中国政法大学出版社,2005年版,第343页,第437页,第343页。

Giovanni Rotondi,《dalla “lex aquilia”, all’art 1151 cod civ ricerche storico - dogmatiche》II, RDCo, 1917, I, pp236 - 295 ss

桑得罗斯奇巴尼:“罗马法律制度中的契约外责任:过错与类型”,费安玲,张礼洪译,载于《罗马法中国法与民法法典化》,1995年版,第440页。

[德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,北京:法律出版社,2006年版。

《关于造成人身伤害与死亡的产品责任的欧洲公约》,www.colaw.cn.htm,12/6/2006访问。

[美]Lewis D. Solomon:《公司法》(第三版)(注译本)(美国法学院经典教材),2004。

刘京:《消费者权益保护法在商品房买卖中的适用问题》,http://www.law-lib.com/lw/lw\_view.asp?no=6680,05/08/2008访问。

“无效保证合同中保证人的民事责任承担问题”,http://www.duo Zhao.com/lunwen/dac3/lunwen\_72503\_3.html,11/13/2006访问。

<sup>⑪</sup>“损害赔偿请求权”,http://info.datang.net/S/S2718.HTM 12/13/2006访问。

<sup>⑫</sup>张毅,贾玉平:《邮政合同论纲》,《邮政研究》,1999年第5期,第45-46页。

<sup>⑬</sup>陈朝璧:《罗马法原理(上册)》,台北:台湾商务印书馆,1944年版,第123页。

<sup>⑭</sup>【古罗马】盖尤斯《法学阶梯》,黄风译,北京:中国政法大学出版社,1996年版,第226页。

<sup>⑮</sup>林诚二:《民法债编总论体系化解说》,第3页。

<sup>⑯</sup>梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林,卢谔译,北京:法律出版社,2003年版,第27页。

<sup>⑰</sup>《法国民法典》第四编,《非经约定而发生的债》,罗结珍译,北京:中国法制出版社,1999年版,第328-330页。

<sup>⑱</sup>Bryan Garner,《BLACK'S LAW DICTIONARY》第一版,West Group,1891,p.420

<sup>⑳</sup>王利明:《民法·侵权行为法》,北京:中国人民大学出版社,1993年版,第12页。

<sup>㉑</sup>苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,北京:中国政法大学出版社,2002年版,第306页。

<sup>㉒</sup>王泽鉴:《侵权行为法》,台湾1998年自版,第66页。

<sup>㉓</sup>郑玉波:《民法债编论文选辑》,台北:台湾五南图书出版公司,1984年版,第642页。

<sup>㉔</sup>梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林,卢谔译,北京:法律出版社,2003年版,第31页。

<sup>㉕</sup>张民安主编:《民法债权》,广州:中山大学出版社,2002年版,第6页。

<sup>㉖</sup>“中德侵权法国际研讨会综述”,http://www.sinoss.net/usr/moe/WorkReport\_Detail.asp?WR\_D=00000004he,12/28/2006访问。

[责任编辑:毕可军]