

從自由與公正看《民法典》侵權責任篇部分條文*

黃清華

摘要：自由、公正與侵權責任法存在天然聯繫，是侵權責任法基本的價值取向。《民法典》侵權責任篇，應強調其維護正義實現自由的終極價值。按此理解，該篇在一般規定中如何清晰地呈現過錯、故意、（重大）過失之間的關係，是否必須大量使用“重大過失”，應否把“惡意”納入調整範圍，值得討論。在當事人之間如何進行侵權責任分配，在個人、社會與國家之間如何分擔某些侵權相關責任風險，侵權責任篇若干條文還有一定的改進完善空間：國家在未成年人或精神病人侵權責任風險分擔中的作用、個人間勞務關係侵權風險應如何分配、教育機構的保護職責問題、高度危險物致害責任分配問題、動物園動物致害責任分配問題等方面都須深入研究。

關鍵詞：中國《民法典》侵權責任篇 自由 公正 責任分配 風險分擔

On Some Articles of Tort Liability in the *Civil Code of PRC* from the Perspective of Freedom and Justice

HUANG Qinghua

(Tongji University, Shanghai International College of Intellectual Property)

Abstract: There is a natural connection between freedom, justice and tort law, which is the basic value orientation of tort law. The Tort Liability chapter of the *Civil Code of PRC* should emphasize its ultimate value of safeguarding justice and realizing freedom. According to this understanding, it is worth discussing on how to clearly show the relationship between fault, intent and (gross) negligence, whether it is necessary to make extensive use of “gross negligence”, and whether “malicious” should be included in the scope of adjustment in the general rules of tort liability. How to distribute the tort liability among the parties, and how to share some tort related liability risks among individuals, society and the state, there is still a room for improvement in the tort liability rules in the following aspects: the role of the State in the risk sharing of minors’ or mental patients’ tort liability, and the relationship between the inherent risks and the faults of others, and how to allocate the infringement risk of personal labor relationship, and the protection responsibilities of educational institutions, the distribution of liability for damage caused by highly dangerous objects, and the distribution of liability for damage caused by zoo animals, is worth discussing in depth.

Keywords: Tort Liability chapter of *The Civil Code of PRC*, freedom, justice, distribution of liabilities, risk sharing

* 本文獲同濟大學人文社會科學研究基金資助。

收稿日期：2021年8月25日

作者簡介：黃清華，法學博士，同濟大學上海國際知識產權學院研究員，中國（深圳）綜合開發研究院特聘研究員

一、引言

在逐條學習《中華人民共和國民法典》（以下簡稱《民法典》）的過程中，筆者認為侵權責任篇部分條文值得商榷，尤其在侵權責任認定和責任分配方面。具體地說，一些條文（例如第1192條第1款）規定侵權行為人只有存在故意或者重大過失才承擔損害賠償責任，似乎不妥；對於經濟社會生活某些方面的侵權責任制度安排，《民法典》的規定（例如第1199條）與民事特別法的規定不一致；還有一些條文（例如第1188條第1款）規定，並不能完全解決經濟與社會生活中可能面臨的侵權損害賠償實際問題。面對這些條款，自然而然地會想到：侵權責任認定與責任分配的條文究竟應當怎樣“立”？應有的價值取向是甚麼？如何判斷侵權責任法的立法質量？

對於上述問題的回答，首先涉及以甚麼樣的價值觀與方法論看待侵權責任篇的制度安排，其實質是如何看待侵權責任法的功能與定位問題，如何直面風險社會的侵權責任風險分配¹；其次關乎對“過錯”、“故意”、“（重大）過失”等侵權責任法基本概念，以及過失責任、嚴格責任、無過錯責任等基礎理論的理解與運用問題；在此基礎上，事關以一定的價值觀與方法論，對於中國經濟與社會生活中可能涉及侵權與損害賠償的相關活動與管理事項，如何作出合理可行的具體的侵權責任制度立法安排。

基於上述理解，根據私法原理和現代侵權責任法直面風險社會侵權風險分配的客觀需要，下文首先從自由與公正²的角度闡述侵權責任法的基本價值，討論侵權責任法語境下，自由與公正的含義，並以此作為本文的法哲學基礎；接下來，從民事主體實現自由及其對於制度公正的客觀要求，討論侵權責任法所涉過錯、故意、（重大）過失、惡意，這樣一些關於侵權責任法最基本的概念及其在《民法典》侵權責任篇中的立法運用情況；接下來，進一步討論若干具體場景下侵權責任公正分配問題，以促進民事自由；最後，對全文作必要的總結。

從本文議題所涉思想資源來看，除必要的本土法文獻外，本文基本上運用英國法與相關研究文獻作為參考依據。之所以作此選擇，一是為了彌補國內現有研究參考文獻來源與思想資源之不足，二是因為英國侵權法的成功及其世界級的重要影響。英國侵權法所闡釋或揭示的法理，致力於解決經濟社會生活中實際問題，符合事物發展客觀規律，對世界法治文明具有深刻影響。

二、自由與公正：侵權責任法的基本價值

從法律哲學的角度觀察，侵權責任法是關於公正地分配侵權責任以促進民事自由的法。因此，作為價值觀與方法論的自由、公正，不僅是《民法典》第1條確認的應當弘揚的基本價值取向，也與侵權責任法有着天然的密切關係。分析《民法典》侵權責任篇立法情況，應當有自由與公正的價值視角。

¹ 何國強：《風險社會、風險分配與侵權責任法的變革》，《廣東社會科學》2018年第3期，第228-237頁。

² 從公正即公平正義的基本含義出發，本文對“公正”、“公平”、“正義”、“公平合理”，不加區分地使用。這種用法，在國內民法學界，可能始於易軍《民法公平原則新詮》一文（《法學家》2012年第4期，第54-73頁）。

(一)侵權責任法與自由

侵權責任篇是《民法典》尊重和保護民事權益最集中的體現，與“自由不得拋棄”³這一民法基本原理關係密切。一方面，侵權責任制度是“保障民事權益與維護行為自由的結合”，“侵權責任編規定了過錯責任原則（第1165條），協調了過錯與自由的關係，對行為自由設置了邊界。”⁴ 另一方面，自由具有最高的價值。自由或曰民事自由，如果得到尊重與維護，能夠促進民事主體的“自主與自律”（法諺：“自由即自主與自律”），不僅對於預防侵權損害具有十分積極的意義，而且能夠最大限度地實現私法自治，從而促進經濟繁榮、科技創新、文化更新、資源節約、環境保護和社會發展，正如英美保守主義奠基者埃德蒙·伯克所言：“如果自由是名副其實的，那麼一切都將服從於它。”⁵

關於自由，從自然法思想出發，古羅馬著名政治家、哲人和法學家西塞羅主張自由係“人人平等”的權利，“誰因為害怕貧窮而放棄比財富更加富貴的自由，誰就只好永遠做奴隸。”⁶ 因此，主張並維護傳統意義上個人自由的基本權利以及相應的制度安排不受侵犯。英國哲學家、經濟學家穆勒認為：“個人的自由，以不侵犯他人的自由為自由”，“個人對社會負責的唯一條件是，個人的行為損害到他人的利益。”基於“自我保護原理”，穆勒認為“市民的、社會的自由”，“規定”了“社會對個人可以正當行使權力的本質和界限”，而“作為社會干涉個人的唯一正當理由”，“文明社會當中正當行使權力干涉個人行動自由的唯一目的，是阻止損害別人。”⁷ 先賢們對於自由的理解，關於個人與社會的關係的論述，對於深刻理解侵權責任的分配，洞悉侵權責任法的本質，促進民事主體通過自律防控侵權風險實現民事自由、私法自治，具有重要的思想理論價值。

評價《民法典》侵權責任篇之所以如此強調民事自由的價值，重點在於自由在相當的程度上意味着自律。不僅穆勒從自由原則出發強調自律，古希臘哲學家畢達哥拉斯所言“不能克制自己的人，不能稱他為自由人”，又言“自由的第一個意義就是擔負自己的責任”。⁸ 德國哲學家康德認為，“自由是純粹先天的，同時又是有規律的，這就是理性自己立法、自己遵守的自律。”⁹ 德國哲學家、法學家考夫曼同樣認為：“自由乃是基於理性明智的決定，自由者，即自我負責的自我決定之自由，即自律也。”¹⁰ 凡此種種，都道出了自由與侵權責任法的內在聯繫。¹¹ 然而，自由並非白無故、更非空穴來風。自由的基礎是，“每個個人、集團、政府和人民大眾都不許干涉任何個人的思想、言論和行動。這是自由的基本原則。”承認“思想必須是絕對自由的，但個人行為自由必

³ “自由不得拋棄”是一項世界公認的民法基本原則，是民法的靈魂。《大清民律草案》、台灣地區民法典均有“自由不得拋棄”之規定。

⁴ 王利明：《民法典：國家治理體系現代化的保障》，《中外法學》2020年第4期，第847-864頁。

⁵ [愛爾蘭]埃德蒙·伯克：《埃德蒙·伯克讀本》，陳志瑞、石斌譯，北京：中央編譯出版社，2006年，第34頁。

⁶ [古羅馬]西塞羅：《論法律》，王煥生譯，上海：上海人民出版社，2006年，第26頁。

⁷ [英]約翰·斯圖亞特·穆勒：《論自由》，孟平禮譯，桂林：廣西師範大學出版社，1991年，第38頁。

⁸ [英]伯特蘭·羅素：《西方哲學史》（上卷），何兆武、[英]李約瑟譯，北京：商務印書館，1963年，第56頁。

⁹ [德]康德：《實踐理性批判》，鄧曉芒譯，北京：人民出版社，2003年，第46頁。

¹⁰ [德]阿圖爾·考夫曼：《法律哲學》，劉幸義等譯，北京：法律出版社，2011年，第17頁。

¹¹ 英國女作家弗吉尼亞·伍爾芙所言“為了享有自由，我們必須克制自己”，表達幾乎是同樣的意思。

須為了社會的安全而加以限制。”即“行動不可能像意見一樣自由。”換言之，行動必須限制在不損害他人正當權益的範圍內。一般來說，證明一個人的行為有害還是無害是社會的責任，而不是個人的責任。“一個人自害的危險，如果是一個成年人，政府就沒有理由進行干預。對於在這種情況下的個人，可予以規勸，但不可強迫。”¹² 這實質上講的是自主與自律問題。

就公權力或社會權力之於個人的限度而言，穆勒首先提出了關於人的行為的兩個原則：一是不損害相互的（正當）利益；二是為保護社會及其成員所付出的勞動和犧牲時，每個人應負自己所分擔的那部分（義務）。基於這兩個原則，穆勒將人們的行為分為AB兩面：A面是與他人利害有關的部分，而B面則是只與自身有關的部分。社會根據上述兩個行為原則，僅僅就人們行為的前者（即A面），可以對個人進行“道德的（通過輿論）、法律的”干涉；而對於人們行為原則的後者（即B面），個人對社會不負任何責任。這意味着，行為A是道德和法律的範疇，當自律失效時適用；行為B是自主與自律的範疇，他人無權以任何方式干涉。¹³

為了實現自由促進自律，侵權責任法主要通過過錯責任原則、注意義務（duty of care）和注意標準（standard of care）的法律機制調整人們的行為，其核心是要求人們的行為（作為或不作為）應當公平合理可行。¹⁴ 在這裏，“公平合理可行”的民事自由，已然包括自律的成分，甚至可以說，在自主的前提下，自律以避免損害他人利益，構成了自由的基本“色調”。作為侵權責任法的一項“基本原則”（general principle）或者“公共政策”，注意義務強調“鄰人原則”（the neighbour principle），要求根據可預見性（foreseeability）和接近程度（proximity）對可能受到自己行為影響的人，給予合理的注意和合理的謹慎，避免損害其權益。¹⁵ 因此，注意的標準是客觀的，而注意的程度，有一個理性人（a reasonable man）通常的注意和一個理性的專業人士（a reasonable peer）的專業注意之分（special standards）。¹⁶ 在侵權責任法的語境中，民事主體做到了這一點，才是自由（自主和自律）的。因此，民事主體自由的價值觀，在侵權責任法上具有終極意義，是評價《民法典》侵權責任篇立法質量的基本標準。

（二）侵權責任法與公正

在與侵權責任法的關係上，若說自由具有目標價值，那麼公正（公平正義，“justice”¹⁷）更多的表現為方法論價值，即制度及其實施上的公正，目的在於促進民事自由的實現。穆勒關於自由的上述觀點，實際上也涉及自由與正義的關係，且得到普遍認同。富爾克認為：“正義和自由互為表裏，一旦分割，兩者都會失去。”¹⁸ 在這裏，“正義和自由”即穆勒主張的人們的行為的AB兩面。“自由的目的是為他人創造自由。”古希臘哲學家畢達哥拉斯對雅典議事廳的權貴們說，“一

¹² [英] 約翰·斯圖亞特·穆勒：《論自由》，第78頁。

¹³ [英] 約翰·斯圖亞特·穆勒：《論自由》，第79頁。

¹⁴ Jones, M. A., *Textbook on Torts* (8th edition), Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 32.

¹⁵ Jones, M. A., *Textbook on Torts* (8th edition), pp. 32-37.

¹⁶ Jones, M. A., *Textbook on Torts* (8th edition), pp. 211-213.

¹⁷ 在英文中，公正有公平、正義、合理不私偏、公道、平等之意，說justice、just、fair、impartial、fair-minded、equitable均有公正之意。

¹⁸ [英] 伯特蘭·羅素：《西方哲學史》（上卷），第184頁。

定要公（平）正（義）。不公正，就破壞了秩序，破壞了和諧，這是最大的惡。”¹⁹ 因此，就制度層面的規範價值而言，侵權責任法就應當是維護民事公正的法，否則，所有社會成員都可能失去自由；而它的反面，正如法國哲學家、詩人約瑟夫·儒貝爾（*Pensées / Joseph Joubert, 1754-1824*年）所言：“讓我們維護公平正義，那麼我們將會得到更多的自由。”²⁰ 可以說，這些關於自由與公正的文明傳承，正是侵權責任法得以“發揮分配侵權責任（distribution）、救濟受損權利（compensation）、安撫受傷身心（appeasement）、發揮威懾功能（Deterrence）、提高管理效能（efficiency）、實現公平正義（justice）”²¹的思想人文基礎。在侵權責任法的這些功能中，公正是一個結論性的考察指標，判斷侵權責任制度安排是否科學合理，就看它是否滿足公正要求；而分配、安撫、救濟、威懾之類的具體指標，反映的只是侵權責任制度某一個方面的功能是否能夠實現。這意味着對於《民法典》侵權責任篇的制度安排（含修訂）和法律實施，尤其是關於侵權責任認定和責任分配的立法，人們應當不斷地追問：這樣做公正嗎？合理可行嗎？有利於維護自由促進自主自律嗎？

在民事領域，公正強調“各人得其應得”（法諺）。哈耶克認為“每個人都應當得到他所應當獲得的東西……這也許是一般人的心智所能設想出的正義理想最為清晰且最有力的形式。”²² 按此理解，侵權責任制度的設計與實施，應當有綜合考量：對於被侵權人而言，應當有利於救濟與安撫；對於侵權人而言，應重視其威懾功能；對於企事業單位和管理機構而言，應有助於提高管理效能；對於社會而言，應強調風險社會侵權責任風險的合理分配；對於國家而言，應看重公正價值。這意味着，公正並不空洞，在侵權責任法上，就是看是否能夠實現其應有的各種具體功能。或者說，評價侵權責任制度的好壞，關鍵是看多大程度上有利於實現公正。

侵權責任法的上述功能，必須透過具體的侵權責任制度加以實踐。這就使得公正成為衡量具體侵權責任制度的終極考量。之所以應當如此，是因為“正義勝似法律”、“力量來自公正”（法諺）。西塞羅主張：“讓我們記住，公正的原則必須貫徹到社會的最底層。”²³ 拿破侖認為：“在政府事務中，公正不僅是一種美德，而且是一種力量。”²⁴ 羅爾斯指出，公正是“社會制度的首要價值”²⁵，當然也是法律制度的首要價值。這些關於公正（正義）的經典名言，都表明公正作為侵權責任法的哲學基礎，同樣有其天然性。尤其在中國，如果公平正義坍塌，如果每個人不得不用自己的方式來捍衛各自的權益，這是非常危險的。因為“人們並不知道私權（或自由）的邊界何在，也不清楚何種方式恰當，最終便只能演變為弱肉強食的叢林遊戲。”²⁶ 為了防止這種情況出現，無疑要求侵權責任制度必須體現公正價值。

尤其需要強調的是，《民法典》誕生於“風險社會”，人類社會（當然包括中國社會）面臨着

¹⁹ [英] 伯特蘭·羅素：《西方哲學史》（上卷），第57頁。

²⁰ [法] 約瑟夫·儒貝爾：《格言與思想》，陳欣繁譯，北京：中國大百科全書出版社，1984年，第13頁。

²¹ Jones, M. A., *Textbook on Torts (8th edition)*, pp. 15-22.

²² Cane, P., *Atiyah's Accident, Compensation and the Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 6.

²³ [古羅馬] 西塞羅：《論法律》，第67頁。

²⁴ [法] 拿破侖：《拿破侖文選》，陳太先譯，北京：商務印書館，2011年，第147頁。

²⁵ Rawls, J., "Justice as Fairness," *Philosophical Review*, vol. 67, no. 2, 1958, pp. 164-194.

²⁶ 《法律劇本〈砒碼〉評論》，<https://www.dmyseo.com/kuaicanjiameng/2163.html>，2022年1月10日訪問。

比以往任何時候都更多的風險，而風險的“人化”——隨着人類活動頻率的增多、活動範圍的擴大，其決策和行動對自然和人類社會本身的影響力也大大增強，使“風險結構從自然風險佔主導逐漸演變成人為的不確定性佔主導，作為現代化一部分的系統性地生產出來的風險和危害怎樣才能被避免、最小化或引導？”²⁷ 成為這個時代無法迴避的主題。風險社會的形成使傳統的工業社會轉變成一種“混合型社會（a mixed society）”——工業社會與風險社會的疊加，於是“催生了侵權法的變革”。²⁸ “當社會開始關注一系列諸如風險之類的‘壞的’存在時，風險規避和風險分配就成為應對風險最重要的兩種安排。”²⁹ 在這一時代背景下，侵權責任制度，一方面調節傳統工業社會模式下的生產經營和生活關係，另一方面，侵權責任制度安排又需要適度社會化，以適應在社會與國家層面“風險分配”的要求，解決傳統私法局限於調整平等主體間民事法律關係，因而無法在社會與國家層面調整侵權責任風險分配的不足。這就使得上述以“多功能”為目標的正義觀，進一步形成一種“混合正義觀”（a mixed justice）³⁰，它強調對於侵權責任風險不僅在民事法律關係層面進行分配，並且對於在民事主體之間無法完全解決的風險分配實際問題，侵權責任制度的設計應當有其張力，能夠適應一個混合型社會對於全面化解侵權風險的客觀需要，以實現社會公正促進自由。“當前中國正處於社會轉型時期，前現代、現代和後現代的社會結構特徵在不同的社會結構層面同時存在”³¹，《民法典》侵權責任篇的制度安排，應當適應這樣一種“混合型社會”的客觀需要。

關於公正與自由的關係，亞當·斯密在《國富論》中主張：“只要不違反公正的法律，那麼人人都有完全的自由以自己的方式追求自己的利益。”³² 從自由與正義的關係出發，下文就《民法典》侵權責任篇最基本的若干概念的內在關係問題，以及某些種類侵權責任與風險分配問題進行闡述或評論，以期侵權責任篇法理上更加清晰完善，侵權責任認定與責任分配更加公正，風險分擔更加合理，進而促進民事自由的實現。

三、區分過錯、故意、惡意、(重大)過失

如果說自由與公正是侵權責任法最根本的法哲學問題，那麼過錯、故意、（重大）過失，則是侵權責任法的最基本的法理問題。侵權責任法上的自由與公正，首先體現在法律上如何正確劃分過錯（fault）、故意（intention）、惡意（malice）、重大過失（gross negligence）、過失（negligence），釐清它們之間的關係，以便明確它們各自的適用範圍，這對於公正地認定侵權責任、合理地分配侵權損害風險以促進民事自由十分必要。從這個角度來看，《民法典》侵權責任篇還有討論與完善的空間。

²⁷ [英] 芭芭拉·亞當、[英] 烏爾里希·貝克、[英] 約斯特·房·龍：《風險社會及其超越：社會學理論的關鍵議題》，趙越東等譯，北京：北京出版社，2005年，第4頁。

²⁸ Cane, P., *Atiyah's Accident, Compensation and the Law*.

²⁹ 何國強：《風險社會、風險分配與侵權責任法的變革》，第228頁。

³⁰ 何國強：《風險社會、風險分配與侵權責任法的變革》，第228頁。

³¹ [英] 芭芭拉·亞當、[英] 烏爾里希·貝克、[英] 約斯特·房·龍：《風險社會及其超越：社會學理論的關鍵議題》，出版說明頁。

³² [英] 亞當·斯密：《國富論》，富強譯，北京：北京聯合出版公司，2022年，第265頁。

(一)明確過錯與故意、過失的關係

1. 基本問題

“過錯”、“故意”、“過失”、“重大過失”在《民法典》侵權責任篇反覆出現，構成該編最基本的概念，它們之間的內在聯繫立法上最好能夠更加明確，以便讀者理解侵權責任認定與分配之道。然而，通讀全篇，對這些概念不僅沒有找到必要的界定，而且似乎出現了某些矛盾衝突，令人費解和憂慮。

《民法典》第1165條第1款規定：“行為人因過錯侵害他人民事權益造成損害的，應當承擔侵權責任。”第1174條規定：“損害是因受害人故意造成的，行為人不承擔責任。”³³這是侵權責任篇第一章一般規定中的兩條。對比可知，這兩個條款法理上存在一定的矛盾衝突：“過錯”包含故意和過失之錯³⁴，其中的過失之錯當然包括重大過失和（一般）過失。那麼，當第1165條第1款中的“過錯”，在具體案件中係指“故意”或者“重大過失”的時候，是否會與第1174條的規定相衝突？具體而言，如果損害的發生，行為人的“故意”或者“重大過失”和受害人的“故意”都發生了作用，第1174條還成立嗎？第1174條的表述是否可能在民事司法實踐中造成誤用甚至濫用？尤其在交通事故、醫療事故、藥害事故之類的責任糾紛案件中，這個問題值得關注，需要引起重視。

以“女子輕生超量服藥未果索賠案”³⁵為例，2019年12月某日，原告到某藥店購買了一瓶100片的精神類藥物。回家後，將整瓶藥一次性服下，後因被及時搶救保住了性命，身體卻受到一定的損害（藥物性肝損害），於是訴請被告藥店承擔（部分）賠償責任。北京市西城區法院依據《侵權責任法》第27條判決原告責任自擔，其理由是藥店違反行政法規強制性規定³⁶的售藥行為與原告的健康損害，兩者之間沒有“法律因果關係”。

本案判決十分值得商榷，基本原因是本案被告藥店的行為具有重大過失。被告不僅沒有履行藥業機構對於麻醉藥品和精神藥品銷售配藥應當履行的行政法規有一系列強制性規定的高度注意義務，連處方藥無醫生處方不得銷售的一般注意義務也未履行。高度注意義務意味着，一個女子在沒有處方的情況下，一次買一瓶精神藥物，藥店及其藥劑人員應當預見也能夠預見到各種可能，包括自殺用藥的可能，因而法律上要求藥店及其藥劑人員即使有處方，如果處方劑量超過規定的或者合理的劑量，也應當就必要性問題得到處方醫生的確認，而本案被告不僅沒有盡到專業上的“高度注意義務”，甚至連行政法規禁止性規定要求的最起碼的注意義務（無處方不得銷售）都沒有盡到，因此，被告的行為具有重大過失。民法理論認為，“重大過失應當是一種有認識的過失，但同時須在客觀上製造了巨大的危險。它是一種偏主觀的、行為人很大程度上可避免的過錯，是一種具有較強道德可責難性的過錯。”³⁷按此標準，本案被告的行為也應被認定為重大過失。而法院裁判無視

³³ 本條係對《侵權責任法》第27條的完全承繼。

³⁴ 程嘯：《侵權行為法中的過錯與違法性問題之梳理》，《中外法學》2004年第2期，第204頁。

³⁵ 本案“基本案情、裁判結果和典型意義”見於北京市西城區人民法院：“五起弘揚社會主義核心價值觀民事典型案例”，2020年8月12日，http://www.360doc.com/content/21/0812/17/46380061_990746856.shtml，2021年11月9日訪問。

³⁶ 指國務院《麻醉藥品和精神藥品管理條例》第30（1）、32條的規定，這些規定明確了麻醉藥品和精神藥品安全管理注意事項。

³⁷ 葉名怡：《重大過失理論的構建》，《法學研究》2009年第6期，第77-90頁。

被告違反行政法規多項強制性規定銷售精神藥物的重大過失行為，即是原告中毒的事實原因之一，法律上被告這種違法銷售精神藥品損害用藥安全管理秩序的行為，對於原告的藥物性損傷具有可歸責性（*attributive responsibility for*）³⁸構成法律因果關係。“要是沒有”被告的重大過失行為，原告不可能受到這種藥物性損傷，故被告的行為無論事實上還是法律上，均構成原告損害的必要條件。如果本案被告這種重大過失行為可以不承擔相應的民事責任，只表明《民法典》第1174條立法上存在公平正義問題，傷害自由（自律）。從邏輯周延性來看，該條似可改為：“損害完全是因受害人故意造成的，行為人不承擔責任。”這樣才能避免歧義與濫用，至少對於本條應當作此解釋。³⁹

通讀侵權責任篇，不難判斷，該篇關於“過錯”、“故意”、“過失”、“重大過失”之間的關係，在《民法典》中還可以梳理得更清楚一些，這對於理解、甄別相關法條的責任認定與劃分十分必要。例如，“高度危險責任”一章，第1241條規定：“遺失、拋棄高度危險物造成他人損害的，由所有人承擔侵權責任。所有人將高度危險物交由他人管理的，由管理人承擔侵權責任；所有人有過錯的，與管理人承擔連帶責任。”若將該條與第1244條規定的“承擔高度危險責任，法律規定賠償限額的，依照其規定，但是行為人有故意或者重大過失的除外”結合起來進行研判，不難明白立法上梳理清楚這種關係，對於理解“高度危險責任”一章中的責任分配、風險分擔是多麼重要（見後文）。

2. 法理辯析

有學者梳理《反不正當競爭法》中侵害商業秘密等各種不正當競爭行為的構成要件條款，發現這些條款對“過錯的要求與反不正當競爭法所保護法益的成熟程度呈現反比關係，法益越成熟，過錯要求越低”⁴⁰：“仿冒、商業詆毀和虛假宣傳條款中的過錯僅作為參考因素；商業秘密條款和互聯網不正當競爭條款中的過錯，要求至少為一般過失；反不正當競爭法一般條款中的過錯要求為故意或重大過失。”⁴¹這些立法和實務上對於“過錯”程度要求的差別，說明侵權責任法的這些基本概念，與民事自由確實存在內在聯繫——侵權責任認定對過錯程度的要求越高，民事主體自主與自治的邊界越寬廣。因此，深刻地理解這種內在聯繫，既是公正地判斷、合理地劃分侵權責任的前提，也為保障民事自由所必須。

按通說，過錯是行為人在實施違法行為時所具備的心理狀態，是構成民事責任的主觀要件。它可表明行為人對自己行為的後果所抱的主觀態度，可體現行為人主觀上的應受責難性和不可接受性

³⁸ Cane, P., *Atiyah's Accident, Compensation and the Law*, p. 99; 王家福主編：《中國民法學·民法債權》，北京：法律出版社，1999年，第483-484頁。

³⁹ 從該條的立法本意來看，適用該條的前提是“損害完全是因為受害人的故意造成的，即受害人故意的行為是其損害發生的唯一原因。”“如果有證據證明損害是由於受害人的故意造成，但也有證據證明行為人對損害的發生也有故意或者重大過失的，應適用本章第二十六條有關過失相抵的規定。”見全國人大常委會法制工作委員會編：《中華人民共和國侵權責任法釋義》，北京：法律出版社，2010年，第53頁。英國案例法中，一名囚犯自殺，上議院（the House of Lords）認定該案原告自殺的事實為共同過失（*contributory negligence*）而非自願接受風險或不法行為，囚犯和監獄管理法各擔50%的責任，見 *Reeves v. Metropolitan Police Commission* (2000) 1 AC 360。

⁴⁰ 指“仿冒、詆毀、誤導這三種不正當競爭行為的構成要件中似乎並不包括過錯。”見王文敏：《反不正當競爭法中過錯的地位及適用》，《法律科學》2021年第2期，第175-188頁。

⁴¹ 王文敏：《反不正當競爭法中過錯的地位及適用》，第175頁。

的程度，可反映法律和道德對行為人行為否定性評價的狀況。“過錯”包含故意和過失之錯。然而，與刑法上明確區分故意和過失不同，民法上的故意和過失都是承擔侵權民事責任的要件，故統稱“過錯”，而且過失（形態）的過錯是民事過錯的主要形式。⁴² 作為侵權責任的一般規則，過錯責任（*fault liability*）與嚴格責任（*strict liability*）或無過錯補償方案（“*no-fault*” *compensation schemes*）有顯著區別。過錯責任，只有在基於故意或過失侵害他人的權利和利益，並且造成了損害的情況下，行為人才承擔損害賠償責任；其實質在於以行為人的主觀心理狀態作為確定責任歸屬的根據，有過錯才有責任，無過錯即無責任。嚴格責任，當行為人的不法或危險行為造成了侵害後果，只要其不能提出被法律認可的免責抗辯事由，即使履行了合理的注意，依法仍須承擔的侵權賠償責任。⁴³ 而無過錯補償方案，是指傷亡事故發生後，無論事故責任在誰，都應及時對受傷害者給予無條件的一定經濟補償。無過錯補償方案，是一種絕對責任，是為了執行或落實一定的社會政策。⁴⁴ 實施無過錯補償方案，應當通過立法明確補償事項、對象、認定條件、補償範圍（項目和標準）、補償程序，由專門機構負責實施。侵權責任篇未規定無過錯補償方案，而本文認為制定於中國“混合型社會”的《民法典》，侵權責任篇應當有其“一席之地”（見後文）對於實現社會公正維護自由具有積極意義。

故意，是指行為人“明知”、“預見”或“確信”損害結果或危險性會或基本上會發生，且對結果“欲求”、“默許”或“接受”。故意是直接導致法律後果的主觀狀態，是引起某種確定的直接結果的意圖，而輕率魯莽（*recklessness*）則是侵權法上最常見的故意狀態，在這裏，輕率魯莽通常表示侵權人注意到其行為將導致後果的風險。⁴⁵ 在民法上，“故意侵權單獨立法是為了規範那些只有在行為人為故意行為時方構成的侵權類型”⁴⁶，例如，誹謗、提起虛假訴訟等惡意侵權。因此，討論故意侵權，應當注意故意與惡意的聯繫與區別（見後文）。

過失，是指行為人“應當注意、能夠注意，而未注意”，或是未達到一般理性之人所應達到的謹慎程度。⁴⁷ 立法上，“在侵權一般條款中，故意與過失應當明文並列”，究其原因，“故意侵權在其內部構造、性質、可責程度、侵權構成、損害賠償等諸多方面，與過失侵權有着本質性的重大差異，這種差異對於侵權立法的設計、從而更好地發揮侵權法基本功能具有莫大的理論意義與實踐價值。”⁴⁸ 就此而言，《民法典》第1165條第1款的規定，明顯有些模糊不清。而代表未來侵權責任立法走向的《歐洲侵權法基本原則》，規定過錯侵權一般條款的第4:101條對故意和過失作了並行列舉：“任何人故意或過失違反必需的行為標準都要基於過錯而承擔責任。”⁴⁹ 顯然，《歐洲侵

⁴² 張新寶：《侵權責任構成要件研究》，北京：法律出版社，2007年，第79頁。

⁴³ Jones, M. A., *Textbook on Torts* (8th edition), pp. 390-391.

⁴⁴ Cane, P., *Atiyah's Accident, Compensation and the Law*, p. 11; 黃清華：《兒童血鉛中毒事件損害賠償和防治法律問題研究——專門立法的建議》，《法治研究》2015年第6期，第122-134頁。

⁴⁵ R v. Caldwell (1982) AC 341.

⁴⁶ 葉名怡：《侵權法上故意與過失的區分及其意義》，《法律科學（西北政法大學學報）》2010年第4期，第88-89頁。

⁴⁷ 葉名怡：《侵權法上故意與過失的區分及其意義》，第89-90頁。

⁴⁸ 葉名怡：《侵權法上故意與過失的區分及其意義》，第88-89頁。

⁴⁹ *European Group on Tort Law*, Sec 4:101, *Principles of European Tort Law*.

權法基本原則》關於故意、過失（含重大過失與一般過失）與過錯的關係是清晰的，而這種清晰程度是《民法典》侵權責任篇所不及的。例如，《民法典》第1165條關於故意、過失與過錯責任的關係，明顯不如《歐洲侵權法基本原則》對於過錯侵權一般條款的界定那樣清晰。

重大過失是指嚴重不負責任的一種過失。當法律對某種行為人於某種情況下應當注意、能夠注意的程度有較高要求時，行為人不但沒有遵守法律對其較高的要求，甚至連一般理性之人應當注意、能夠注意的通常標準也未達到，這樣一種過失狀態即為重大過失。前述藥害案被告藥店的行為就符合這一特徵。在《民法典》中，第1176條第1款（文體活動中的侵權損害問題）、第1191條第1款（職務行為侵權損害問題）、第1192條第1款（勞務關係中的侵權損害問題）、第1217條（非營運機動車無償搭乘人損害問題）、第1239條（佔有或者使用高度危險物侵權損害問題）、第1240條（高空、高壓、高速軌道運輸工具侵權問題）、第1242條（非法佔有高度危險物致害問題）⁵⁰、第1244條（高度危險責任法定限額賠償制度的適用問題）、第1245條（飼養的動物致害責任劃分問題）等9個條文，均將重大過失作為歸責、免責或減輕責任的前提條件。此外，《民法典》第1178條規定的“本法和其他法律對不承擔責任或者減輕責任的情形另有規定的，依照其規定”，也為將一方重大過失列為對方“不承擔責任或者減輕責任”的情形作了開放式制度安排。足見重大過失概念在《民法典》侵權責任篇的份量。相比之下，英國法很少將重大過失作為免責歸責或者減責加責（加責指加重處罰）的條件，因為一個理性人的注意標準和特殊情況下（例如，專業人士、運動員和設計師）的專業注意標準或專門注意標準都是客觀的。⁵¹ 本文認為，只要堅持客觀標準，時間一長，一個民族的科學精神、公平理性就能得到涵養，這一點特別值得強調。就此而言，本文的問題是，上述條文將重大過失作為侵權人承擔侵權責任的基礎，或者將受害人的重大過失作為對侵權人免責或減責的基礎，這樣規定是否符合法理，是否易致前述藥害案那樣的情況被法官隨意操弄，是否可能產生對某些群體過於寬松而對另一些群體又過於苛嚴的不良效果，是否符合公正（公平合理）原則，是否有利於促進民事自由，這些問題都值得長期關注。正如哲學家穆勒指出的那樣，個人行為對他人、對社會負責的基礎是，是否造成他人權益損害，而不是過失的程度。⁵² 對此，本文理解《民法典》侵權責任篇關於“重大過失”的條文，未必都符合法理，不少是基於某種價值取向與政策考量，其私法上的公正性值得深入檢討。由於對這些問題的回答，涉及具體場景，需要具有針對性的法學專門討論，本文第四部分將就其中存在明顯問題的條文進行討論。

（二）“惡意”侵權入“篇”問題

《民法典》總則和物權篇對一些種類的惡意（行為）及其後果作了規定，例如，惡意串通（第154條）、惡意佔有人（第459、461條）；而《民法典》第222條第1款（不動產虛假冒登記與錯誤登記）、第987條（得利人知道得利無法律根據）、第1092條（夫妻一方惡意處理夫妻共同財產）、第1183條（精神損害賠償），這些條文雖無“惡意”用詞，實務專家研究後認為，可分別相應地用於處理物權登記中的惡意串通、惡意得利人、惡意轉移財產和惡意誹謗等惡意侵權導致的損害賠償

⁵⁰ 本條使用“高度注意義務”，其法律效果實則與“重大過失”同義。

⁵¹ Jones, M. A., *Textbook on Torts* (8th edition), pp. 192, 220.

⁵² [英] 約翰·斯圖亞特·穆勒：《論自由》，第101頁。

問題。⁵³ 此外，現實生活中，還有不少種類的惡意侵權行為，例如，惡意訴訟、惡意競爭、濫用權利。這說明“惡意”侵權問題需要引起高度重視。

惡意，俗稱“心眼壞”。對於日益增多的惡意侵權行為，侵權責任篇卻缺乏對於“惡意”侵權必要的明確回應：該篇各章均無專門針對“惡意”侵權的明確規定，可能導致對於惡意串通、惡意訴訟等惡意侵權行為的認定、制裁與控制缺乏必要力度，致使《民法典》不足以應對越來越複雜的社會環境。侵權責任篇第1183條、第1185條（故意侵害他人知識產權懲罰性賠償）雖可用於處理相應的惡意侵權行為，但畢竟不是專門針對惡意侵權所設定的法律制度，難以體現《民法典》對於惡意侵權的基本態度。

與中國法不同，“惡意”是英國侵權（責任）法（torts law）最常用的四個基本概念之一，其經典教科書總論部分將惡意與故意、過錯、過失並列，並對重大過失的使用保持相當的克制。⁵⁴ 惡意是“無正當理由故意導致他人損害的不當動機。惡意不同於故意，惡意是動機的一種，惡意行為包含故意行為，故意行為未必是惡意行為。”⁵⁵ 在英國法中，惡意——故意的道德化表述，通常是指行為不但侵害了權利人的合法權益，而且行為本身是“邪惡”的，在道德上應當予以明確的譴責。⁵⁶ 這類行為的動機比通常的故意更惡劣、更卑鄙，更具有可問責性，更不可接受。本文認為，英國法在侵權責任認定基本概念中，突出“惡意”而不強調過失是否“重大”的做法，比中國法維護自由的價值導向更明確、更公正合理。

鑒於經濟活動、社會生活中越來越複雜的侵權形態，“惡意”成為認定某些故意侵權行為的前提條件（prerequisite）——惡意“是惡意訴訟、惡意通謀、濫用職權、濫用權利以及惡意搶註商標等具體惡意侵權類型的構成要件。”⁵⁷ 不當動機和濫用權利使這些惡意侵權，明顯區別於一般侵權和其他特殊侵權類型，使形式合法的行為變為實質非法行為。“當行為人行使權利的根本目的是造成他人損害時，該種惡意動機能夠使形式合法的行為構成侵權。”⁵⁸ 惡意不是一般侵權責任構成要件，而是某些特殊類型侵權責任的構成要件。然而，惡意侵權，無論何種具體類型，均有兩個共性：（1）不當動機是惡意侵權的構成要件；（2）權利或職權濫用。就此而論，中國侵權責任法急需相應的制度支撐、理論支持，以明確認定惡意侵權的標準、具體的惡意侵權類型及其責任範圍，而不應當將其交給司法解釋處理。對此，兩點應當十分明確：其一，在一般侵權責任中，惡意非侵權責任構成要件，而是判定過錯程度和判決精神損害金或懲罰性賠償金數額的重要考量因素。其二，對於以惡意作為構成要件的特殊類型的侵權行為，侵權責任篇可通過類型化的方式，建立惡意侵權規則。就此而言，侵權責任篇顯然有所忽視，而這種忽視既損害侵權責任制度的公正價值，又不利於保障民事自由。

惡意侵權不除，正義自由不彰。討論侵權責任篇建立這些專門的惡意侵權規則，目的在於從民事

⁵³ 劉美邦：《〈民法典〉損害賠償條款梳理》，2020年12月28日，<http://www.dhl.com.cn/CN/tansuocontent/0008/020320/7.aspx>，2021年6月19日訪問。

⁵⁴ Jones, M. A., *Textbook on Torts (8th edition)*, pp. 9-10.

⁵⁵ 董春華：《論侵權法中惡意的界定及運用》，《南通大學學報（社會科學版）》2021年第1期，第97-106頁。

⁵⁶ 袁曙宏主編：《商標法與商標法實施條例修改條文釋義》，北京：中國法制出版社，2014年，第76頁。

⁵⁷ 董春華：《論侵權法中惡意的界定及運用》，第97頁。

⁵⁸ 董春華：《論侵權法中惡意的界定及運用》，第97頁。

法律上根本否定、譴責惡意侵權行為，懲罰惡意侵權行為人，判令其承擔較重精神損害賠償或（和）懲罰性賠償責任，進而有效保護被侵權人的合法權益或者正當權益，安撫其受到傷害的身心。

四、侵權責任劃分與風險分擔

在當事人（民事主體）之間如何進行責任劃分，是否應當在個人、社會與國家之間分配某些侵權責任風險或者某種損害風險，是現代侵權責任法的核心問題，是風險社會必須直面的問題，是私法社會化的一種趨勢⁵⁹；而在侵權責任劃分的基礎上，如何分配某些社會風險，實則取決於國家的態度、社會的合作狀況以及當事人的抗風險能力。從民事自由與公正的角度來看，侵權責任篇一些條文在這些問題的處理上，仍有一定的改進與完善空間。

（一）賠償缺口：誰來補、如何補？

《民法典》第1188條第1款：“無民事行為能力人、限制民事行為能力人造成他人損害的，由監護人承擔侵權責任。監護人盡到監護職責的，可以減輕其侵權責任。”⁶⁰

本條款規定“監護人盡到監護職責的，可以減輕其侵權責任”，法理上成立。然而，本條款留下一個待解問題：如果無（或限制）民事行為能力人造成他人的損害為50萬元，適用本條款，監護人賠35萬元，被侵權人遭受的另15萬元的損害，誰來承擔或填補？從本條款規定來看，被侵權人要“自認倒黴”承擔一部分，例如30%。如果被侵權人收入或生活來源尚可，這個問題自然不大，幾乎可“迎刃而解”，如此規定不失為風險社會的一種侵權風險分配機制。問題在於，如果這15萬元的賠償缺口，對於被侵權人很重要很必要呢？這種情況帶來的問題應當如何解決？這正是本條款立法上不足之處，同樣存在正義與自由問題。對此，國內現有研究認為，“為充分救濟受害人，當受害人根據以上規定不能獲得賠償時，應斟酌監護人、被監護人、受害人的經濟情況，引入公平原則，對受害人給予一定的救濟。”⁶¹顯然，這種基於傳統民法調整範圍的解決方案，對於本文提出的問題無補於事。

對於這類問題，國外相關立法例可資借鑒。例如，《1995年英國刑事傷害損害賠償法》（*Criminal Injuries Compensation Act 1995*）規定，國務大臣應當就刑事傷害賠償問題作出安排，制定並實施刑事傷害賠償計劃（*Criminal Injuries Compensation Scheme, CICS*），規定計劃的適用範圍、基金及其管理、賠償評估和賠償計算方法，使那些受到刑事傷害的人得到合理賠償。⁶²英國現代侵權責任法作出這樣的制度安排，既有損失社會化分配的考量，也有人權保障實現自由的考量。⁶³這是傳統侵權責任法單純強調行為人責任所不及的。只調整民事個體之間的侵權責任分配的傳統侵權責任法，無法解決個人對抗侵權風險能力不足遺留的社會問題，明顯不能適應中國“混合型社會”

⁵⁹ Cane, P., *Atiyah's Accident, Compensation and the Law*, pp. 10-12.

⁶⁰ 本條款係對《侵權責任法》第32（1）條的完全承繼。

⁶¹ 鄭春靈、劉寧：《論我國被監護人侵權責任的立法完善——兼評〈侵權責任法〉第32條》，《南京航空航天大學學報（社會科學版）》2019年第1期，第57-62頁。

⁶² *Criminal Injuries Compensation Act 1995* includes five sections as follows: the criminal injuries compensation scheme, basis on which compensation is to be calculated, claims and awards, inalienability of awards, financial provisions. See Barrie, P., *Compensation for Personal Injuries*, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 159-160.

⁶³ Jones, M. A., *Textbook on Torts* (8th edition), pp27-31.

合理分配某些社會風險的需要，故現代侵權責任法不僅應當規定民事個體之間的侵權責任劃分，也應當（考慮）調整侵權責任風險社會化分擔問題。⁶⁴ 借鑒英國做法，由國家建立無民事行為能力人、限制民事行為能力人損害賠償專項計劃，以彌補那些受到這種特殊類型的損害獲得賠償不足的家庭。建議學習英國做法，通過立法要求政府分擔賠償不足的那部分社會風險，實現再分配補償（redistributive compensation）。⁶⁵ 具體運作可有針對性地組織成立不同類型的社會補償基金，作為風險社會的風險應對機制。對此，政府不應是“甩手掌櫃”。

需要說明的是，中國有大約3.21億未成年人，有大約1.73億各種精神障礙者，其中重型患者大約1,600萬人。⁶⁶ 這些數據足以說明，對本條款遺留下的社會正義和相當部分人的自由問題，應予足夠的重視。從法理上說，社會與政府對於無民事行為能力人、限制民事行為能力人造成他人損害的風險責任，之所以不能袖手旁觀，是因為對於這兩類人群的關懷、照護與監管，除了監護人承擔其應負的義務外，社會和政府也應當參與其中。

（二）國家應承擔的風險分擔責任

《民法典》第1190條第1款規定：“完全民事行為能力人對自己的行為暫時沒有意識或者失去控制造成他人損害有過錯的，應當承擔侵權責任；沒有過錯的，根據行為人的經濟狀況對受害人適當補償。”⁶⁷

本條調整完全民事行為能力人因自己的行為暫時沒有意識或者失去控制造成他人損害的民事責任問題，對風險社會侵權責任制度建設意義重大。然而，本條第1款留下的問題與第1188條第1款類似，即侵權責任人對受害人的“適當補償”與受害人實際損失之間存在差額，且這部分差額對受害人又很重要很必須，面對這種情況應當怎麼辦？另外，“應當承擔侵權責任”的人“賠不起”怎麼辦？解決這兩個問題的思路，同樣是應當強調政府通過其職能機構分擔部分社會風險，通過促進社會正義實現普遍自由。

想進一步說明的是，法治之下，立法不是統治者給被統治者定規矩，而是制定公共生活的共同規則。⁶⁸ 風險社會的共同規則，就包括為應對各種社會風險，國家應分擔的風險責任。這樣一種體現“混合正義觀”的民事立法社會化的趨勢，近半個世紀以來在發達國家日益明顯，可視為對傳統侵權法個人責任原則的一種修正。基於“混合正義觀”，現代侵權法對於損害賠償問題已經形成傳統侵權損害賠償與其他賠償或補償制度的有效融合，後者包括第一方保險（first party insurance）⁶⁹、刑事傷害賠償（compensation for criminal injuries）、社會保障體系（the social security system）和其他

⁶⁴ 何國強：《風險社會、風險分配與侵權責任法的變革》，第228-237頁。

⁶⁵ Cane, P., *Atiyah's Accident, Compensation and the Law*, p. 350.

⁶⁶ 《“全國1.73億人患精神障礙 臨床輕心理疏導重藥物治療”，2015年9月11日，http://health.cnr.cn/jkgdxw/20150911/t20150911_519844175.shtml，2020年10月18日訪問。

⁶⁷ 本條款係對《侵權責任法》第33（1）條的完全承繼。

⁶⁸ Dugdale, A. M. & Bermingham, V. M., *'A' Level Law (4th edition)*, Oxford: Butterworths, 2002, p. 6.

⁶⁹ 第一方保險即人壽保險（life insurance）等人身保險，由被保險人將風險轉嫁給保險人，接受保險人的條款並支付保險費，當被保險人發生了約定的保險事故時，由保險人支付保險金。第一方保險不同於第三方保險，後者係責任險。見Cane, P., *Atiyah's Accident, Compensation and the Law*, p. 241.

形式的援助（other forms of assistance）。⁷⁰ 從中國司法實踐來看，解決諸如《民法典》第1188條第1款和第1190條第1款的遺留問題，有的法院已有自己好的做法。例如，對於人身嚴重傷害（致死）但被告無財產可供執行的案件，有的法院根據《關於建立完善國家司法救助制度的意見（試行）》⁷¹ 和最低生活保障制度，會同當地政法委、民政局對原告或受害人進行司法救助和最低生活保障救助。⁷² 不言而喻，如果這些好的做法得到《民法典》相關條款的確認（而不是拘泥於傳統民法的調整範圍），並以民事基本法的形式進一步明確社會與國家應分擔的風險責任，對於政府統籌社會建設與社會管理事項，對於幫助人們提高抗風險能力，對於建設文明和諧社會，具有明顯的積極意義。

從法理上說，“社會本位”是《民法典》最理想的立法模式。⁷³ “社會本位”就是民事立法既不過於強調民事主體的權利也不過於強調義務，而是從社會和諧發展角度出發，平衡權利義務關係，幫助當事人修復受損的民事權利，以維護民事自由。因此，社會本位是法律上實現公共利益和公共福祉的最佳方法。就此而言，《民法典》侵權責任篇立法和法律實施絕不應迴避社會與國家應承擔的風險分擔責任。由此角度講，侵權責任篇的立法沒有很好體現“弘揚社會主義核心價值觀”（第1條）對於“和諧、文明”的要求，而實現國家層面的“和諧、文明”，必須貫徹公正與自由精神。

建議《民法典》貫徹“混合正義觀”，在第1188條和第1190條中分別增加一款：受害人獲得的賠（補）償不足以彌補損失導致生活困難的，可以申請司法救助和社會救助。

（三）個人間勞務關係侵權風險分配

《民法典》第1192條第1款規定：“個人之間形成勞務關係，提供勞務一方因勞務造成他人損害的，由接受勞務一方承擔侵權責任。接受勞務一方承擔侵權責任後，可以向有故意或者重大過失的提供勞務一方追償。提供勞務一方因勞務受到損害的，根據雙方各自的過錯承擔相應的責任。”⁷⁴

本條款比照《民法典》第1191條第1款僱主與僱員民事法律關係⁷⁵，規定“個人之間形成勞務關係，提供勞務一方因勞務造成他人損害的，由接受勞務一方承擔侵權責任”，似乎不妥。理由如下：其一，個人之間的勞務關係不同於僱員與僱主之間的關係。僱主通常為有組織的企事業單位，抗風險能力強，而接受勞務者的抗風險能力不一定比提供勞務者強。如此規定，有可能使受損害方得不到賠償，難以保障其受損的權益得到修復或實現。其二，不利於敦促提供勞務者合理謹慎，加大了接受勞務一方的風險責任。這既不利於維護民事自由，又有違公平合理原則。其三，操作上也一定不可行。設想一提供裝修服務者在為接受服務方購買材料驅車前往裝修地途中，違反法定交通規則撞傷他人，在這種情況下，依本條操作難道不存在多種困難和道德困境嗎？具體而言，接受勞

⁷⁰ Cane, P., *Atiyah's Accident, Compensation and the Law*, pp. 241-314.

⁷¹ 中央政法委、財政部、最高人民法院、最高人民檢察院、公安部、司法部2014年1月發佈。

⁷² 《華波與王士波、王希全生命權糾紛執行案》，見最高人民法院“弘揚社會主義核心價值觀典型案例通報”，《人民法院報》2016年8月23日，第1版。

⁷³ 鄭玉波：《民法總則》，台北：三民書局，1998年，第56-57頁。

⁷⁴ 本條繼承並發展了《侵權責任法》第35條：“個人之間形成勞務關係，提供勞務一方因勞務造成他人損害的，由接受勞務一方承擔侵權責任。提供勞務一方因勞務自己受到損害的，根據雙方各自的過錯承擔相應的責任。”

⁷⁵ 《民法典》第1191條第1款規定：“用人單位的工作人員因執行工作任務造成他人損害的，由用人單位承擔侵權責任。用人單位承擔侵權責任後，可以向有故意或者重大過失的工作人員追償。”

務一方沒有償付能力怎麼辦？倫理道德上具有合理性、正當性嗎？這些問題都是本條款規定實施面臨的困難。同類研究也支持上述觀點，其基本觀點是，“《侵權責任法》第35條所確立的個人勞務致害責任承擔機制欠缺科學性與合理性，存在勞務關係雙方責任失衡、不利於救濟受害人的弊處，並且在體系上與用人單位工作人員致害責任同一化，未考慮個人勞務關係的特殊性”，“該條所確立的個人勞務致害責任承擔機制——責任的承擔主體與形式——是否科學合理，仍然值得研究。”⁷⁶

根據本條款，接受勞務一方承擔侵權責任後，“可以向有故意或者重大過失的提供勞務一方追償”，同樣不妥。其一，作為民法三大原則之一，是“過失責任”原則而非“重大過失責任”原則。將“重大過失”作為提供勞務一方因勞務造成他人損害的責任基礎，無異於縱容不負責任，接納低劣，不符合民法作為人法培養、塑造“一般理性之人應有的合理謹慎”⁷⁷的原理，顯示立法上的隨意性；其二，防控提供勞務一方因勞務造成他人損害的主動權主要在提供勞務一方，本條款之規定不利於要求提供勞務者合理謹慎，此所謂“控制力理論”⁷⁸；其三，實務上區分“過失”與“重大過失”涉及複雜的專業判斷，且與證據來源、舉證能力、司法程序、自由裁量權等因素密切相關，本條款以“重大過失”作為承擔侵權責任的前提條件，無異於人為地制造法律實施的障礙。

從法理和比較法的角度來看，個人之間形成勞務關係並不同於僱主與僱員關係。在侵權責任分配上，僱主與僱員之間是替代責任（vicarious liability）關係，而個人之間形成勞務關係是獨立的合同者（independent contractors）之間的關係，他們之間通常並不存在替代責任除非有特別約定。⁷⁹ 因此，在勞務關係中，一方面，基本規則是，接受勞務一方不對提供勞務一方的侵權行為負責。另一方面，這個基本規則有許多例外情況，例如，提供勞務一方根據接受勞務一方的要求做某種違法侵權之事。⁸⁰ 在這種情況下，提供勞務一方被視為已授權或批准侵權行為。又如，接受勞務一方選擇經驗不足的勞務提供者又怠於必要的監督。⁸¹ 儘管如此，所有這些例外情況都不是替代責任的一種形式，而是因接受勞務一方違反了對索賠人的法律義務而產生的責任。⁸²

根據民法自由原則、公平原則和過錯責任原則，建議本條改為“個人之間形成勞務關係，因勞務造成他人損害的賠償責任，由雙方約定；沒有約定的，由有過錯的一方承擔；雙方均無過錯的，由雙方分擔。提供勞務一方因勞務受到損害的，根據雙方各自的過錯承擔相應的責任。”

（四）應正視教育機構的保護職責

《民法典》第1199條規定：“無民事行為能力人在幼兒園、學校或者其他教育機構學習、生活期間受到人身損害的，幼兒園、學校或者其他教育機構應當承擔侵權責任；但是，能夠證明盡到教育、管理職責的，不承擔侵權責任。”⁸³

⁷⁶ 劉維：《個人勞務致害責任承擔研究》（浙江大學碩士論文），《碩士電子期刊出版信息》2017年第2期，第1-53頁。

⁷⁷ Jones, M. A., *Textbook on Torts* (8th edition), pp. 33-34.

⁷⁸ 劉維：《個人勞務致害責任承擔研究》。

⁷⁹ Barrie, P. *Compensation for Personal Injuries*, p. 22.

⁸⁰ *Ellis v. Sheffield Gas Consumer's Co.* (1853) 2E & B767.

⁸¹ *Jones v. Manchester Corporation* (1952) 2 QB 852.

⁸² Jones, M. A., *Textbook on Torts* (8th edition), p. 440.

⁸³ 本條款係對《侵權責任法》第四章關於責任主體的特殊規定第38條的承繼，僅對個別文字作了修改完善。

細讀本條難免產生兩點疑慮：（1）教育機構對幼兒等無民事行為能力人，除了教育、管理職責，難道不存在保護職責嗎？《未成年人保護法》第三章“學校保護”明確要求“學校應當建立未成年學生保護工作制度”（第25條第2款），第35條規定“學校、幼兒園應當建立安全管理制度，對未成年人進行安全教育，完善安保設施、配備安保人員，保障未成年人在校、在園期間的人身和財產安全。”從法理上看，幼兒、小學低年級兒童等無民事行為能力人，既無法預見損害（being unable to foresee the the harm）⁸⁴，又無（能）力採取自我保護措施。對此，英國法認為，對於無民事行為能力人的安全問題，教育機構應當承擔的義務與職責，應當達到的注意標準，等同於法律對於孩子父母的標準，應當滿足“一個合理謹慎的父母”（“a reasonably prudent parent”）的標準。⁸⁵就此而言，《民法典》第1199條沒有規定保護職責是不合適的。（2）發生本條規定的人身損害後，在中國現實環境下，教育機構不難證明其盡到了教育、管理職責，尤其是哪些有背景、活動能力強的教育機構，易得到各種證據材料且以之作為證據易被採納。例如，“學生違反校紀致身體受傷 學校不擔責”⁸⁶案：某學校新建了一處教學樓已經竣工，但尚未投入使用。為了保障學生的安全，學校及班主任均教育和告誡學生不要到新教學樓玩耍，同時教育和提醒學生休息期間不要追逐、打鬧、在樓梯處奔跑玩耍。某日下午，三名學生在午休時間私自到新教學樓玩耍，追逐過程中，余某推了吳某的頭，吳某又撞到李某的鼻子，造成李某鼻骨骨折。因賠償問題發生糾紛，李某起訴要求學校、余某和吳某賠償相關損失8,000餘元。法院裁判，學校盡到了基本的教育、管理職責，不應承擔賠償責任，吳某、余某的監護人連帶賠償李某各項損失的70%共計近6,000元。法院認為：“限制民事行為能力人在學校受到人身損害，學校未盡到教育、管理職責的，應當承擔侵權責任。但學校盡到教育管理職責，學生不服從管理、不遵守校規校紀，造成自身或他人人身損害的，學校不應承擔賠償責任。”⁸⁷此案涉及的雖然是限制民事行為能力人校園安全問題，但是將其用來證明本文上述觀點同樣是合適的。此案說明，在法治不健全的環境下，教育機構在法律上很容易證明自己盡到了教育、管理職責。考慮到限制民事行為能力人自律能力的不足，僅僅是“教育和告誡學生不要到新教學樓玩耍”明顯是不夠的，還應當落實《未成年人保護法》第35條“完善安保設施”的規定，例如，在教學樓入口處有必要的警示標識，以彌補限制民事行為能力人安全保護意識的不足。從法理上來說，在處理未成年人安全問題上，教育機構和法官應當反覆追問自己，在這樣的具體情況下按照合理謹慎的標準究竟甚麼預防措施才是合適的（what precautions are appropriate?）。⁸⁸就此而言，此案判決及說理，對新教學樓的安全管理，對學校應當採取的具體措施明顯有所忽略。這意味着第1199條對於無民事行為能力人的安全保護不足。

由此可知，《民法典》第1199條不僅對無民事行為能力人在教育機構學習、生活期間的人身安全照護力度明顯不夠，且與《未成年人保護法》的立法指導思想（第1條）、應當堅持最有利於未成年人的保護原則（第4條）以及第三章的上述具體規定相衝突。從這個角度來講，本條規定似乎有違

⁸⁴ Walmsley v. Humenick (1954) 2 DLR 232.

⁸⁵ Jones, M. A., *Textbook on Torts (8th edition)*, pp. 213-214.

⁸⁶ 徐州市銅山區人民法院：《銅山法院發佈六起校園安全典型案例》，2021年6月1日，https://m.thepaper.cn/baijiahao_12923181，2021年12月1日訪問。

⁸⁷ 徐州市銅山區人民法院：《銅山法院發佈六起校園安全典型案例》。

⁸⁸ Jones, M. A., *Textbook on Torts (8th edition)*, pp. 213-214.

《民法典》第128條之精神。⁸⁹ 從以往的司法實踐來看，最高人民法院2003年頒佈的《關於審理人身損害賠償案件適用法律若干問題的解釋》⁹⁰，第7條明確指出：“對未成年人依法負有教育、管理、保護義務的學校、幼兒園或者其他教育機構，未盡職責範圍內的相關義務，致使未成年人遭受人身損害，或者未成年人致他人人身損害的，應承擔與其過錯相應的賠償責任。”顯然，最高法的上述司法解釋對無民事行為能力人在教育機構學習、生活期間的人身安全保護規定，與《未成年人保護法》的指導思想、基本原則和具體制度是一致的，比17年後制定的《民法典》在同一問題的處理上，考慮的更周全，也更公正合理可行。既然如此，《民法典》第1199條的立法為何不直接吸收好的司法解釋？難道不應該嗎？難道很難辦嗎？答案似乎都不是。

《民法典》第1199條再次提示，侵權責任篇的立法要從維護自由與公正的角度進行制度設計，對於無行為能力人，應當強調教育機構的保護職責。

（五）《民法典》第1241條的責任分配問題

《民法典》第1241條規定：“遺失、拋棄高度危險物造成他人損害的，由所有人承擔侵權責任。所有人將高度危險物交由他人管理的，由管理人承擔侵權責任；所有人有過錯的，與管理人承擔連帶責任。”⁹¹

高度危險物包括易燃、易爆、劇毒、放射性、強腐蝕性、高致病性物品等危險物品。⁹² 這些物品因為本身即具有對人身、財產極易造成損害的高度危險性，國家對高度危險物品的生產和儲存實行統一規劃、合理佈局和嚴格控制，並對高度危險物生產、儲存和處理制定了嚴格的規範，實行嚴格責任。⁹³ 就此而言，“遺失、拋棄高度危險物造成他人損害的，由所有人承擔侵權責任”，符合法理。在此前提下，本條第二部分規定的“內部”責任分配，似可再議。從自由（自律）與公正的角度出發，可考慮改為：所有人將高度危險物交由他人管理存在過錯而管理人無過錯的，由所有人承擔侵權責任；所有人無過錯而保管人有過錯的，由保管人承擔侵權責任；雙方均有過錯的，按過錯大小分配責任；雙方均無過錯的，平均分配責任。理由如下：

其一，對高度危險物的管理特別強調自律和責任心，故高度危險物所有人與管理人之間的責任分配。筆者認為，一定要突出過錯（者）責任。本條款第二句“由管理人承擔侵權責任”的情況，沒有區分管理人是否存在過錯，不利於加強對高度危險物的安全管理；而讓無過錯的保管人（例如，所有人委託他人保管時並沒有告知委託管理物的性質）承擔侵權責任，讓有過錯的所有人僅承擔連帶責任，對無過錯的保管人明顯有失公正，不僅有違民法公平原則，且在這種情況下連帶責任之說是否符合法理，也值得懷疑，因為保管人與所有人行為的法律性質截然不同：所有人有過錯而保管人無辜。

⁸⁹ 《民法典》第128條規定：“法律對未成年人、老年人、殘疾人、婦女、消費者等的民事權利保護有特別規定的，依照其規定。”

⁹⁰ 2003年12月4日由最高人民法院審判委員會第1299次會議通過。《民法典》頒佈後，“最高法”以法釋〔2020〕17號文件對該司法解釋作了全面修訂，第7條被刪除。

⁹¹ 本條款係對《侵權責任法》第九章高度危險責任第74條的完全承繼。

⁹² 這些危險物的認定，根據國家標準進行，例如：《常用危險化學品的分類及標誌》（GB13690-2009）、《危險貨物品名表》（GB 12268）、《危險貨物分類和品名編號》（GB 6944-2012）。

⁹³ Jones, M. A., *Textbook on Torts (8th edition)*, pp. 390, 394; Cane, P., *Atiyah's Accident, Compensation and the Law*, p. 87.

其二，高度危險物的所有人最清楚所有物的品質、特性、危險性、安全風險和風險防控措施。因此，在責任分配上，突出所有人的責任，有利於加強所有人的責任心，即本文第二部分講的自由（自律），以保障安全避免對環境和他人造成危險和（或）損害。這應當是高度危險物安全管理的源頭治理之策。相關案例研究⁹⁴也顯示，高度危險物致害，致害風險的源頭往往發端於高度危險物的最初所有人即危險物的生產者，“第二被告丹東射線儀器集團股份有限公司生產的伽馬射線探傷機不符合國家標準。”⁹⁵ 就此而言，第1241條有所忽略。⁹⁶

其三，從過錯責任與嚴格責任的關係來看，嚴格責任係法定責任，但適用嚴格責任有其前提，即在當事人無過錯的情況下，方才適用。當事人因無過錯，故基於嚴格責任的損害賠償沒有過錯責任那樣嚴格，正如《民法典》第1244條規定的那樣。⁹⁷ 若當事人有過錯，嚴格責任即應讓位於過錯責任，對有過錯的當事人不應再適用嚴格責任。這意味着在侵權責任分配中，過錯責任係一般原則，屬於侵權責任法的“帝王條款”，承載着促進民事自由的作用；而嚴格責任係例外情況，適用於法定的特殊情況。

總之，第1241條高度危險物致害在外部關係上強調嚴格責任，並不意味着在高度危險物所有人與保管人之間的風險責任分配問題上可以忽略過錯責任；在至少一方有過錯的情況下，調整其“內部”關係應當適用過錯責任，嚴格責任只適用於高度危險物致害的外部管理或對外責任。這樣處理既公平合理，又能夠促進民事自由。

（六）《民法典》第1248條須再斟酌

《民法典》第1248條規定：“動物園的動物造成他人損害的，動物園應當承擔侵權責任；但是，能夠證明盡到管理職責的，不承擔侵權責任。”⁹⁸

本條規定“動物園的動物致害責任為過錯推定責任，但其合理性有待商榷。”⁹⁹ 筆者認為，本條明顯有偏袒動物園之嫌，恐怕是立法“國家主義”或“國家利益”至上的又一實例，對於保護公民的民事權利與自由不利。理由如下：

其一，根據通說，飼養動物損害責任係嚴格責任或無過錯責任。¹⁰⁰ 這意味着，如果所受動物傷害非傷者法律上可指責的行為所致，無論動物飼養人或者管理人是否存在過錯，均應承擔侵權責任。這一法理也反映在《民法典》第1245、1246、1247、1249、1250、1251條。唯獨本條，卻改為過錯推定責任，即動物園“能夠證明盡到管理職責的，不承擔侵權責任。”

⁹⁴ 見吉林省高級人民法院（2000）吉民終字第219號民事判決書。

⁹⁵ 見吉林省高級人民法院（2000）吉民終字第219號民事判決書。

⁹⁶ 儘管本條中的“所有人不必被解釋為高度危險物的原所有人”，見張玉東：《高度危險責任若幹條款的解釋適用》，《煙台大學學報（哲學社會科學版）》2012年第4期，第27-32頁。但為公共安全起見，在高度危險物溯源上，應當追溯到高度危險物原所有人即製造者，以查明危險的來源、性質和原因。

⁹⁷ 《民法典》第1244條規定：“承擔高度危險責任，法律規定賠償限額的，依照其規定，但是行為人有故意或者重大過失的除外。”

⁹⁸ 本條款係對《侵權責任法》第十章飼養動物損害責任第81條的承繼，僅對個別文字作了修改完善。

⁹⁹ 蘇珊珊：《〈侵權責任法〉動物致害責任研究》（吉林大學碩士論文），《碩士電子期刊出版信息》2011年第10期，第1-47頁。

¹⁰⁰ Barrie, P. *Compensation for Personal Injuries*, p. 145；楊立新：《飼養動物損害責任一般條款的理解與適用》，《法學》2013年第7期，第23-29頁。

其二，中國各類動物園，絕大多數均為國有，在爭議中或者司法審判過程中不難證明自己盡到了管理職責。由於中國“體制內外有別”的二元體制結構，國有企事業單位的這種“證明能力”很強，正如上文討論教育機構履行管理職責所舉例證那樣，法治不健全，動物園不僅在法律上很容易證明自己盡到了管理職責，而且這種“證明”很容易被法院採信。

其三，即使確實盡到管理職責，動物園的動物傷人的風險也難以完全控制。這種風險，尤其對於飼養並放養猛獸的野生動物園，機率更高，儘管遊人、飼養員或者其他人員的行為無可指責。從實際情況來看，動物園的動物傷人事件，受害人大多數是動物飼養員，少數是未成年人和婦女，很少發生在青壯年男人身上。有人“盤點”中國內地近年來發生的11起動物傷人事件，顯示其中7起受害者為動物飼養員造成7人死亡，2起為婦女遊客造成2人死亡1人受傷，1起為2歲男孩，還有1起係動物園巡邏員被攻擊死亡，而傷人的動物分別是老虎6次，熊2次，獅子、金錢豹、大象各1次。¹⁰¹ 這些信息說明，猛獸傷人防不勝防，動物飼養員是高危職業，應當給予特別保護。鑒於此，有學者主張，“結合動物的危險性、營利機構的本質和危險分擔的不對等性這三方面的要求，應將《侵權責任法》第81條規定的過錯推定責任原則改為適用無過錯責任原則。”¹⁰²

其四，從外國立法例來看，同樣能夠證明本文之觀點。英國（飼養）動物損害責任不僅考慮動物園管理人是否存在過錯，更多地考慮動物的種類、特徵、用途、受訓情況等動物的自身因素，而這些因素非受傷害者個人行為所能決定。¹⁰³ “動物的行為，無論多麼馴服（tame），都無法始終得到控制，並可能導致其他無可指責（blameless）的人受傷”，“期望這種動物受到如此嚴格的限制和控制，以消除對他人造成傷害的所有風險是不合理的。”¹⁰⁴ 因此，英國《1971年動物法》（*The Animals Act 1971*），《1976年危險野生動物法》（*Dangerous Wild Animals Act 1976*），對於動物傷害責任的免責條件有很嚴格的要求，即受害人的行為屬於自願接受風險（voluntarily accepted the risk of injury）的性質，而非僅以“動物園“能夠證明盡到管理職責的”即可免除。¹⁰⁵ 在 *Cummings v. Grainger*（1977年卡明斯訴格蘭傑）案中¹⁰⁶，一只阿爾薩斯看門狗在一個垃圾場自由遊蕩，垃圾場入口處寫着“當心狗”。原告係一完全民事行為能力人，以入侵者（“trespasser”，未經許可擅自）身份進入，被法院認為自願接受被咬傷的風險，索賠失敗。在英國法上，侵入是一種故意的錯誤（trespass is a deliberate wrong）。¹⁰⁷ 因此，本案這種“自願接受風險”，表現為受害人行為上的故意。

以上說明，本條有轉嫁風險給飼養員或遊客之嫌。建議修改為：“動物園的動物造成他人損害

¹⁰¹ 《熱點素材：近年來動物傷人事件盤點》，2018年2月9日，<https://www.ruiwen.com/zuowen/zhongkaosucui/602180.html>，2022年1月9日訪問。

¹⁰² 蘇珊珊：《〈侵權責任法〉動物致害責任研究》。

¹⁰³ See Sec. 2, 3, 4, 5 of the *Animals Act 1971*.

¹⁰⁴ Barrie, P. *Compensation for Personal Injuries*, p. 145.

¹⁰⁵ 自願承擔風險可以而且經常作為一種抗辯，與共同過失（contributory negligence）相提並論，在知情情況下，共同過失很可能作為部分抗辯。1971年《動物法》第2（5）條確認了該規則對動物致害的適用。See Sec. 2 (5) of the *Animals Act 1971*.

¹⁰⁶ *Cummings v. Grainger* (1977) QB 397.

¹⁰⁷ Barrie, P. *Compensation for Personal Injuries*, p. 21.

的，動物園應當承擔侵權責任；但是，如果損害係受害人故意造成的，不承擔侵權責任。”

總之，侵權責任篇一些條文在侵權責任劃分和侵權損害風險分擔方面，確實還存在一些問題。對這些問題，近期可通過司法解釋予以解決，而從長遠發展來看，建議適時修訂《民法典》，以滿足人們對於民事自由（自律）、責任分配和侵權風險分配正義的追求。

五、結語

自由，內含自主、自律與責任，故自由不得拋棄。民事立法和司法，尤其是侵權責任法，應以最大限度地實現人們民事自由為己任；而公正是實現民事自由的制度條件和前提。侵權責任法天然地要求公正，如此方能實現侵權責任制度威懾、賠償、安撫、分配、效率等具體功能，進而促進民事自由。就此而言，自由與公正，是侵權責任法最基本的價值取向，也是評價中國《民法典》侵權責任篇制度安排的基礎“坐標”。

侵權責任法的本質，是公權力通過立法和司法，分配侵權責任、調節侵權相關社會風險分配並決定侵權損害賠償標準，反映的是公權力對於個體或個人行為的干預程度。然而，這種干預也須遵循一定的（自然）規則——應當盡可能地維護盡可能多的人對自由和正義的追求，從而促進自主和自律。《民法典》誕生於中國“混合型社會”——工業社會、風險社會、轉型社會疊加，侵權責任篇需要一種“混合正義觀”，以便能夠更加公正地分配侵權責任風險，提高“混合型社會”環境下人們抵禦侵權責任風險的能力，使這樣一種“混合型社會”的人“得其應得”。為了預防侵權事件發生，強調自由（自律）無疑十分必要。

以此為標準評價《民法典》侵權責任篇部分條文，可知對於本文重點討論的該篇條文，可進一步梳理清楚過錯、故意、過失和重大過失相互之間的關係，並明確突出對惡意侵權的譴責。由於對“重大過失”的認定具有較強的主觀性，侵權責任篇應盡可能減少對“重大過失”在責任認定或免責上的適用，而根據“鄰人原則”，強調注意標準的客觀性和注意程度的場景性，強調一個理性人通常的注意和一個理性的專業人士合理的謹慎，確保對可能受到自己行為影響的人，給予合理的注意和合理的謹慎，避免損害其權益。以更清晰、更公平合理的方式表述這些侵權責任法最基本的概念及其適用條件，使之滿足維護公正、敦促自律、保障自由的作用。這是自由價值在侵權責任法上的要義。

具體而言：侵權責任篇有必要建立針對惡意侵權的專門規則，所涉“重大過失”的責任分配條款，價值取向上需要深入檢討。侵權責任篇應有過錯補償方案的“一席之地”。第1165條第1款在表述上有改進空間，建議改為：故意或過失違反必要的行為標準者，基於其過錯和造成的損害應當承擔相應的責任。第1174條易被濫用，為此，該條立法表述上應進一步明確。第1188條第1款、第1190條對於侵權責任風險分配遺留的問題，立法上應當考慮在個人、社會與國家層面進行再分配。第1192條第1款調整個人之間勞務關係中的侵權責任分配，應突出意思自治與過錯責任，慎用“重大過失”。第1199條對於教育機構的利益存在片面保護問題，易導致學校安全管理鬆懈。第1241條高度危險物所有人與保管人之間的風險責任分配須再斟酌。第1248條有轉嫁動物傷害風險給飼養員或遊客片面保護動物園利益之嫌。此外，侵權責任篇的制度與規範廣泛涉及經濟社會各領域，其立法應

當與相關領域的專門立法保持協調與一致。這些問題不解決，侵權責任法實現公正促進自由的終極目標，可能難以達成。

侵權責任法的核心價值是自由和公正。只有以（民事）自由與公正統領侵權責任篇的立法和法律實施，才有可能實現社會的和諧與文明。

參考文獻 References:

- 王文敏：《反不正當競爭法中過錯的地位及適用》，《法律科學》2021年第2期，第175-188頁。Wang, W., “The Status and Application of Fault in the Anti-unfair Competition Law,” *Science of Law*, no. 2, 2021, pp. 175-188.
- 王利明：《民法典：國家治理體系現代化的保障》，《中外法學》2020年第4期，第847-864頁。Wang, L., “Civil Code: A Guarantee for the Modernization of National Governance System,” *Peking University Law Journal*, no. 4, 2020, pp. 847-864.
- 王家福主編：《中國民法學·民法債權》，北京：法律出版社，1999年。Wang, J., “Chinese Civil Law – Debt in Civil Law,” Beijing: Law Press China, 1999.
- 全國人大常委會法制工作委員會編：《中華人民共和國侵權責任法釋義》，北京：法律出版社，2010年。Legal Affairs Commission of the National People’s Congress Standing Committee, *Interpretation of the Tort Liability Law of the People’s Republic of China*, Beijing: Law Press China, 2010.
- 〔古羅馬〕西塞羅：《論法律》，王煥生譯，上海：上海人民出版社，2006年。Cicero, M. T., *De Legibus*, Cambridge: Harvard University Press, 1952.
- 〔英〕伯特蘭·羅素：《西方哲學史》（上卷），何兆武、〔英〕李約瑟譯，北京：商務印書館，1963年。Russell, B., *History of Western Philosophy*, London: George Allen & Unwin Ltd., 1945.
- 何國強：《風險社會、風險分配與侵權責任法的變革》，《廣東社會科學》2018年第3期，第228-237頁。He, G., “Risk Society, Risk Allocation and the Reform of Tort Liability Law,” *Social Sciences in Guangdong*, no. 3, 2018, pp. 228-237.
- 易軍：《民法公平原則新詮》，《法學家》2012年第4期，第54-73頁。Yi, J., “New Interpretation on the Principle of Fairness in Civil Law,” *The Jurist*, no. 4, 2012, pp. 54-73.
- 〔英〕芭芭拉·亞當、〔英〕烏爾里希·貝克、〔英〕約斯特·房·龍：《風險社會及其超越：社會學理論的關鍵議題》，趙越東等譯，北京：北京出版社，2005年。Adam, B., Beck, U. & Loon, J. V., *The Risk Society and Beyond: Critical Issues for Social Theory*, London: Sage Publications Ltd., 2000.
- 〔德〕阿圖爾·考夫曼：《法律哲學》，劉幸義等譯，北京：法律出版社，2011年。Kaufmann, A., *Rechtsphilosophie*, translated by Liu, X., Beijing: Law Press China, 2011.

- [英] 約翰·斯圖亞特·穆勒：《論自由》，孟平禮譯，桂林：廣西師範大學出版社，1991年。Mill, J. S., *On Liberty*, London: John W. Parker & Son, 1859.
- [愛爾蘭] 埃德蒙·伯克：《埃德蒙·伯克讀本》，陳志瑞、石斌譯，北京：中央編譯出版社，2006年。Burke, E., *Edmund Burke: A Reader*, translated by Chen, Z. & Shi, B., Beijing: Central Compilation and Translation Bureau Press, 2006.
- [法] 拿破侖：《拿破侖文選》，陳太先譯，北京：商務印書館，2011年。Napoléon, B., *Napoléon's Selected Writings*, translated by Chen, T., Beijing: The Commercial Press, 2011.
- [德] 康德：《實踐理性批判》，鄧曉芒譯，北京：人民出版社，2003年。Kant, I., *Critic der Practischen Vernunft*, Riga: Johann Friedrich Hartknoch, 1788.
- 張玉東：《高度危險責任若干條款的解釋適用》，《煙台大學學報（哲學社會科學版）》2012年第4期，第27-32頁。Zhang, Y., “The Interpretation and Application of Highly Dangerous Liability,” *Journal of Yantai University (Philosophy and Social Science Edition)*, no. 4, 2012, pp. 27-32.
- 張新寶：《侵權責任構成要件研究》，北京：法律出版社，2007年。Zhang, X., *Study on the Elements of Liability in Tort*, Beijing: Law Press China, 2007.
- 程嘯：《侵權行為法中的過錯與違法性問題之梳理》，《中外法學》2004年第2期，第204頁。Cheng, X., “A Review of Fault and Illegality in Tort Law,” *Peking University Law Journal*, no. 2, 2004, p. 204.
- 黃清華：《兒童血鉛中毒事件損害賠償和防治法律問題研究——專門立法的建議》，《法治研究》2015年第6期，第122-134頁。Huang, Q., “Study on the Legal Issues of Damages and Prevention of Child Blood Lead Poisoning – Proposal for Specialized Legislation,” *Research on Rule of Law*, no. 6, 2015, pp. 122-134.
- 黃清華：《論作為侵權法哲學的〈亞氏正義觀〉及其應用》，《“一國兩制”研究》2016年第2期，第160-170頁。Huang, Q., “On Aristotle’s Concept of Justice as Philosophy of Tort Law and Its Application,” *Academic Journal of “One Country, Two Systems”*, iss. 2, 2016, pp. 160-170.
- 葉名怡：《侵權法上故意與過失的區分及其意義》，《法律科學（西北政法大學學報）》，2010年第4期，第88-98頁。Ye, M., “The Differentiation Between Intention and Negligence in Tort Law and Its Significance,” *Science of Law*, no. 4, 2010, pp. 88-98.
- 葉名怡：《重大過失理論的構建》，《法學研究》2009年第6期，第77-90頁。Ye, M., “Constructing the Theory of Gross Negligence,” *Chinese Journal of Law*, no. 6, 2009, pp. 77-90.
- 董春華：《論侵權法中惡意的界定及運用》，《南通大學學報（社會科學版）》2021年第1期，第97-106頁。Dong, C., “Definition and Application of Malice in Tort Law,” *Journal of Nantong University (Social Sciences Edition)*, no. 1, 2021, pp. 97-106.
- 鄭玉波：《民法總則》，台北：三民書局，1998年。Cheng, Y., *General Principles of Civil Law*, Taipei: San Min Book Co., Ltd., 1998.