

中国大陆民法总则草案民事责任规定之研究

詹森林 台湾大学法律学院科际整合法律研究所教授

目次

壹、前言

貳、“民事责任”草案要旨

叁、不必要的重复规定

一、总则编的立法功能

二、重复的条文

三、重复规定的原因与解决方法

肆、民事责任请求权基础——民法草案总则编第 92 至 94 条的分析检讨

一、违约责任——民法草案的违约责任请求权基础

二、侵权责任

三、总则编草案第 92 至 94 条的适用疑义与存在价值

伍、违约责任与侵权责任的竞合关系——民法草案总则编第 95 条的分析检讨

陆、民事责任的独立性、优先性与强制执行——民法草案总则编第 96 至 98 条的分析检讨

一、草案内容

二、民事责任独立性

三、民事赔偿责任优先性

四、民事责任的强制执行

柒、结语

壹、前言

民法，乃私人相互间身份及财产权利义务关系的规范，并以当事人的平等地位与自主性格为特征。由于民法系适用于所有私人，并规定债、物权、亲属、继承等一切私法关系，又系无特别规定时即应适用的法规，故民法乃私法之基本法（das privatrechtliche Basisgesetz/Grundgesetz des Privatrechts）^{〔1〕}。

中国大陆在 1979 年实施改革开放政策以后，积极从事各项立法，其中与私法有关而最重要的民事基本法典，乃 1986 年 4 月 12 日公布，1987 年 1 月 1 日施行的民法通则，及 1999 年 3 月 15 日公布，同年 10 月 1 日施行的合同法。

民法通则及合同法的施行，建立了中国大陆现代民事法的基础，不但在国内法上，意义深远，在比较法上，亦广受瞩目^{〔2〕}。

民法通则内容非常简要，以民事权利和民事法律行为为核心概念^{〔3〕}，相较于其他国家之民法典，最具特色者，在于民法通则以第六章就“民事责任”设专门规定，又分为“一般规定”、“违反合同的民事责任”、“侵权的民事责任”、“承担民事责任的方式”等四节^{〔4〕}。

2002 年 12 月 17 日的中国大陆民法草案中，就前述民法通则第六章“民事责任”之规定，经整理归类后，分别予以纳入第一编总则之第七章“民事责任”、第三编合同法之第七章“违约责任”及第八编侵权责任法各章之中。

本文以 2002 年 12 月 17 日之民法草案总则编第七章“民事责任”及

〔1〕 Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, § 1, Rn. 47 ff.

〔2〕 Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, § 20 III, S. 287 (English version translated by Weir, Introduction to Comparative Law, 3rd ed, 1998, V 20, 293); Epstein, The Evaluation of China's General Principles of Civil Law, 34 AM J. COMP. L. 705 (1986)。

〔3〕 王泽鉴，中共民法通则之侵权责任：比较法之分析，民法学说与判例研究（六），1992 年，285 页。

〔4〕 德国民法并无“民事责任”之明文规定。此外，同样属于大陆法系，并且也深受德国民法立法、学说或实务影响的日本、瑞士、奥地利等国家及中国台湾的民法，亦无专门的“民事责任”条文。

其相关规定为范围，综合说明，并尝试提出修正建议，以供各界参考。

贰、“民事责任”草案要旨

中国大陆民法总则草案第七章民事责任共有 7 个条文，其内容要旨分别为：

(1) 第 92 条揭示自然人及法人就其违反合同义务或者不履行其他义务之行为，应当承担民事责任（相当于民法通则第 106 条第 1 款）。

(2) 第 93 条规定承担民事责任的 10 种方式（相当于民法通则第 134 条第 1、2 款）。

(3) 第 94 条规定不可抗力原则上可以作为不承担民事责任的免责事由（相当于民法通则第 107 条）。

(4) 第 95 条规定违约责任与侵权责任的竞合关系（民法通则中，并无相当的条文，但合同法第 122 条有类似规定）。

(5) 第 96 条规定同一行为应承担刑事、行政责任者，不影响民事责任的承担（相当于民法通则第 110 条）。

(6) 第 97 条规定同一行为同时发生民事赔偿、行政罚款及刑事罚金责任，而行为人财产不足支付全部金额时，民事赔偿责任优先其他两项责任（民法通则与合同法，均无相当的条文）。

(7) 第 98 条规定民事责任人有抽逃资金等情形逃避民事责任者，人民法院得依权利人申请，将其情形予以公告，并得采取限制其高消费的必要措施（民法通则与合同法，均无相当的条文）。

叁、不必要的重复规定

一、总则编的立法功能

立法技术上，总则编之主要功能，在于就其他各编所牵涉之共通事项，归纳其法理后，于总则编中予以明文，从而不再就该共通事项，于其他各编规定，以免重复^{〔5〕}。

〔5〕 王泽鉴，民法总则，2000 年 9 月，28 页；MünchKomm-Säcker，4. Aufl.，2001，Einl. Rn. 21.

例如：买卖、租赁、移转所有权、设定抵押权、订婚、结婚等双方当事人所缔结之契约，及免除债务、抛弃继承等一方当事人所为之单独行为，皆属于所谓“法律行为”，其当事人都需有权利能力与行为能力，且均以健全之意思表示为要素，并都不得违反强行法规及公序良俗。

因此，立法者遂就权利能力、行为能力、意思表示、法律行为之合法及妥当等共通事项，在总则编中以“法律行为”加以明文规定，而在债编之买卖、租赁及免除债务，物权编之移转所有权及设定抵押权，亲属编之订婚及结婚，继承编之抛弃继承中，即无须就前述事项，于各该契约或单独行为，又逐一重复规定。台湾“民法”总则编第二章（人）第一节（自然人）之第6至15条，及第四章（法律行为）第一节（通则）、第二节（行为能力）、第三节（意思表示）之第71至98条，即为如此。中国大陆民法草案总则编第二章（自然人）第一节（民事权利能力和民事行为能力）第10至16条，及第四章（法律行为）第一节（一般规定）、第二节（意思表示）、第三节（民事法律行为之效力），亦无不同。

换言之，总则编具有提纲挈领的立法功能，故立法技术上，应注意者为：

- （1）总则编之规定，应属可以适用于其余各编所规范之事项。
- （2）总则编规定与其余各编规定相互之间，应避免重复。

二、重复的条文

2002年12月17日之民法总则草案第七章民事责任规定，有些条文与同一草案合同法编及侵权责任法编的规定，几乎完全相同，显然重复。

例如：

（1）民法总则编草案第92条规定：“自然人、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任。”然而，同草案第三编合同法第七章“违约责任”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”；此外，同草案第八编“侵权责任法”第一章第1条第1款规定：“由于过错侵害他人人身、财产的，应当承担侵权责任。”比较前述三个条文，明显可见，总则编第92条规定，系属重复。

(2) 民法总则编草案第 93 条规定：“承担民事责任的方式主要有：①停止侵害；②排除妨碍；③消除危险；④返还财产；⑤恢复原状；⑥修理、重作、更换；⑦赔偿损失；⑧支付违约金；⑨消除影响、恢复名誉；⑩赔礼道歉。以上承担民事责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。”然而，同草案第八编侵权责任法第 4 条第 1、2 款关于承担侵权责任方式的规定，与上述总则编草案第 93 条，毫无两样。而且，民法草案第四编人格权法第 5 条又有类似规定。

(3) 民法总则编草案第 94 条规定：“因不可抗力不能履行合同或者造成他人损害的，不承担民事责任，但法律另有规定的除外。”惟同草案第三编合同法第 117 条第 1 款前段规定：“因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。”总则编草案第 94 条规定，相较于合同法草案，文义上固有些微差异，实质上则无任何不同。另外，第八编侵权责任法第 2 条亦规定“没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担侵权责任”，本条规定与总则编草案第 94 条应如何调和，亦有疑义。

(4) 民法草案总则编第 95 条规定：“当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受害人可以选择要求违约方承担违约责任或者侵权责任”，而同草案第三编合同法第七章“违约责任”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，受损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。”以上二者，显然亦为重复之规定。

三、重复规定的原因与解决方法

前述重复规定的发生，肇因于民法草案总则编主要参考民法通则，而民法草案合同法编则更全部来自“合同法”。

民法通则制定时，有意在该“通则”中规范一切民事法律关系事项^{〔6〕}，而违约责任与侵权责任乃民事责任两大体系，当然应同时纳入民法通则之中；故民法通则第六章之民事责任条文，遂既有违约责任，亦有侵权责任的规定。

合同法制定时，关于违约责任部分，该法系在民法通则，及经济合

〔6〕 Zheng, *China's New Civil Law*, 34 AM. J. COMP. L. 669, 670 (1986) .

同法^{〔7〕}、涉外经济合同法^{〔8〕}、技术合同法^{〔9〕}(合称“合同三法”)规定的基础上,进一步完善违约责任制度^{〔10〕},乃在该法第七章详尽规定违约责任一切事项。合同法于1999年10月1日施行后,依该法第428条规定,前述经济合同法、涉外经济合同法及技术合同法,固然同时废止,但民法通则仍然继续有效,故合同法中之“违约责任”规定,与民法通则中之“民事责任”规定,不免出现内容重复情形。

如今,民法通则规定成为民法草案总则编的立法蓝本,而合同法规定又全部成为民法草案合同法编的内容,则前述“民事责任”重复规定的现象,当然持续存在。

如前所述,立法技术上,总则编规定与其余各编规定相互之间,应避免重复。因此,民法草案各编之间,就“民事责任”的重复规定情形,应予检讨,并为调整。

肆、民事责任请求权基础——民法草案总则编 第92至94条的分析检讨

2002年12月17日的民法草案总则编第92条规定:“自然人、法人违反合同或者不履行其他义务的,应当承担民事责任”,第94条规定:“因不可抗力不能履行合同或者造成他人损害的,不承担民事责任,但法律另有规定的除外”,第93条则规定10种承担民事责任的方式。

单就此三条文而言,似乎显示,民法草案规定的民事责任,系采“无过错责任原则”,亦即自然人或法人违反合同或不履行其他义务者,不论其有无过错,都应该承担民事责任(第92条);仅在不能履行合同或造成他人损害,系因不可抗力所致之情形,行为人始能免除民事责任(第94条)。行为人不能免责者,即应承担单独或并用的民事责任(第93条)。

然而,民法草案第92至94条的规范功能,应从其得否作为请求权

〔7〕 1981年12月13日公布,次年7月1日施行。

〔8〕 1985年3月21日公布,同年7月1日施行。

〔9〕 1987年6月23日公布,同年11月1日施行。

〔10〕 胡康生,中华人民共和国合同法草案的说明,中华人民共和国合同法立法资料选,法律出版社,1999年,6页;崔建远,合同法,法律出版社,1999年,9—13页。

基础观察。以下分从违约责任与侵权责任，进一步说明之。

一、违约责任——民法草案的违约责任请求权基础

民法草案以第三编合同法共 454 个条文，规范合同相关权利义务。

民法草案的合同法，全部内容系由 1999 年 10 月 1 日施行的合同法共二十三章规定^[11]，以及另再增订的第二十四章“保证合同”，一起组成。

民法草案合同法编第 123、124 条分别规定：“其他法律对合同另有规定的，依照其规定”、“本法分则或者其他法律没有明文规定的合同，适用本法总则的规定，并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定”。依照前述规定，可以得知，关于合同的权利义务关系，其法规适用顺序如下：

(1) 最优先者为其他法律规定，例如海商法第 51 至 53 条、保险法第 27、36、45 条及第 64 至 66 条、民用航空法第 125、126 条、产品质量法第 41 条等关于免责事由的规定^[12]。

(2) 次优先者为民法草案第三编合同法分则各章。

(3) 最后应适用者为民法草案第三编合同法总则条文。

因此，凡欲主张民法草案的违约责任者，应先就其他法律或民法草案分则共 24 章规定中，寻找有无具体可用的特别规定；无此具体特别规定时，则应适用该民法草案总则的一般规定。

所谓民法草案违约责任的特别规定，例如：在买卖合同，如于交付前，已经可以确定标的物质量不符合质量要求，致使不能实现合同目的者，应优先适用民法草案第九章“买卖合同”第 148 条，故买受人可以依该条前段规定，拒绝接受标的物或解除合同。如出卖人交付标的物后，发现该物不符合质量要求，则应优先适用民法草案合同法编第九章“买卖合同”第 155 条，故买受人得依照同法第 111 条规定，要

[11] 惟合同法第 428 条关于该法施行日期与废止《经济合同法》、《涉外经济合同法》及《技术合同法》的规定，因对于民法草案并无意义，故于民法草案第三编合同法中，并不予纳入。

[12] 参见厦门大学法学院民商法教研室，民法典草案修改意见稿（上），2003 年 6 月 27 日，311 页。

求出卖人承担违约责任；亦即要求出卖人依双方约定方式承担违约责任，无约定、或约定不明确又不能依同法第 61 条确定者，则买受人得合理选择要求出卖人承担修理、更换、重作、退货、减少价款等违约责任^[13]。

至于民法草案违约责任的一般规定，则系指民法草案合同法编第 107 条而言。该条规定：“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”。但应同时注意者，依合同法草案第 117 条规定，不可抗力可以作为免责事由。此外，合同法草案分则各章，亦定有其他免责事由，例如：客运运输合同上的旅客自身健康原因或旅客故意、重大过失行为（合同法草案第 302 条第 1 款但书）、货物运输合同上的货物本身自然性质或合理损耗，及托运人、收货人的过错（合同法草案第 311 条但书）、仓储合同上仓储物性质、包装不符约定或超过储存期（合同法草案第 394 条第 2 款）等。

因此，依据合同法草案第 107 条及该草案免责事由的规定，只要债务人客观上有不履行其合同义务或履行合同义务不符约定的情形，而又无免责事由存在时，即应对债权人承担违约责任，至于债务人主观上就其不履行义务或履行不符约定，是否有故意或过失，则无关紧要。一般因而认为^[14]，中国大陆合同法的违约责任，原则上系采用英美法及 1980 年联合国统一买卖法第 45、第 61 及第 79 条^[15]的严格责任，而非

[13] 在台湾，出卖人交付之标的物有瑕疵时，依“民法”第 359 条规定，不论出卖人就该瑕疵之发生有无故意或过失等可归责事由，买受人均得解除契约或减少价金；另依“最高法院”1988 年第 7 次民事庭会议决议，如该瑕疵系于买卖契约订立后发生，且可归责于出卖人者，则买受人得依债务不履行规定，拒绝受领标的物，并主张买卖价金的同时履行抗辩。

[14] 梁慧星，从过错责任到严格责任，民商法论丛，8 卷，法律出版社，1997 年，1 页；崔建远，合同法，法律出版社，2000 年，252 页；王利明，我国合同法中违约责任的归责原则，民商法研究，5 辑，法律出版社，2001 年，451、466 页；张玉卿、葛毅主编，中国合同法比较法案例分析，中国商务出版社，2003 年，52 页。

[15] 联合国统一买卖法（CISG）第 45、61 条分别规定出卖人及买受人不履行该法所定之义务时，买受人及出卖人得主张该法所定违约救济的权利。该法第 79 条则规定，有该条所定之免责事由者，当事人不负违约责任。参见：Enderlein/Maskow, INTERNATIONAL SALES LAW 173, 233, 319 (1992); Schlechtriem/ Huber (Translated by Thomas), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 1998, Art. 45 Rn. 10; Failure to perform not dependent on fault or circumstances within the seller's control.

传统大陆法如德国民法第 276 条^[16]或新荷兰民法第六编（债法总则）第一章（债之概述）第九节（债务不履行的效力）第 74、75 条^[17]的过失责任^[18]。

二、侵权责任

（一）民法通则的侵权责任

民法草案的侵权责任条文，主要参考民法通则侵权责任的规定，故先简要说明后者^[19]。

民法通则的侵权责任，其基本规定为该通则第 106 条第 2 款：“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。”由是可知，民法通则的侵权责任系采过错责任原则^[20]。

另外，民法通则亦有属于过错推定的侵权责任规定，即民法通则第 126 条的“建筑物或其他设施所有人或管理人责任”^[21]。

有争议者为，民法通则中，第 121 条“国家机关或国家机关工作人员责任”、第 122 条“产品制造者及销售者责任”、第 123 条“高度危险事业从事者责任”、第 124 条“污染环境者责任”、第 125 条“在公共场所或信道施工造成损害者责任”、第 127 条“动物饲养者责任”、第 133

[16] 该条规定：“当事人无更为严格或宽松之约定，亦无法依担保或获取风险等其他债之内容推知者，债务人应就故意或过失，负其责任。欠缺交易上必要之注意义务者，为有过失。债务人之故意责任，不得预先免除。”参见：Grüneberg, in: Bamberg / Roth, BGB, 2003, § 276 Rn. 1.

[17] 该二条文分别规定：“债权人因债务人不履行债务所遭受的一切损害，债务人应予补偿，除非债务不履行不可归责于债务人。在履行非为永久不能的情况下，第 1 款的适用应遵循本节第 2 条关于债务人过错的规定”、“非因债务人过错所致不履行，且依据法律或法律行为或一般社会观念不能认定债务人应予负责时，不得归责于债务人”，引自：张正璋、韩世远译，荷兰民法典·第六编 债法总则，民商法论丛，6 卷，法律出版社，1996 年，805、811 页。

[18] 应强调者，中国大陆合同法之违约责任，虽系以严格责任为归责原则，但仍混含过错责任规定。例如：第 191 条（限于故意）、第 189 条及第 406 条（限于故意或重大过失）、第 374 条（限于重大过失）。参见王利明，注 14 文，451、467、470 页。

[19] 王泽鉴，注 3 书，296—303 页。

[20] 王利明、杨立新，侵权行为法，法律出版社，1996 年，29 页；陶希晋总编，中国民法学·民法债权，法律出版社，1991 年，237 页。

[21] 王利明、杨立新，注 20 书，36 页；江平主编，民法学，中国政法大学出版社，2000 年，765 页。

条“监护人责任”等7种责任，究竟系过错推定责任^{〔22〕}，或无过错责任^{〔23〕}。

（二）民法草案的三种侵权责任类型^{〔24〕}

民法草案第八编侵权责任法第1、2条分别规定：“由于过错侵害他人人身、财产的，应当承担侵权责任。依照法律规定，推定侵权人有过错的，受害人不必证明侵权人的过错；侵权人能够证明自己没有过错的，不承担侵权责任”、“没有过错，但法律规定应当承担侵权责任的，应当承担侵权责任”。

依据上开规定，在民法草案下，关于侵权责任，受害人可能的请求权基础有三种类型，即“过错责任”、“过错推定责任”、“无过错责任”^{〔25〕}：

1. 过错侵权责任

此种侵权责任类型，以行为人之过错为请求权基础构成要件之一。因此，行为人无过错者，即无侵权责任可言。至于行为人有无过错，有争执时，应由受害人证明。受害人不能证明者，即不得主张侵权责任。另外，所谓“过错”，系指行为人在从事侵权行为时的主观心理状态，分为故意与过失两种^{〔26〕}。

以过错责任（过失责任）为侵权行为为原则性规定，乃现代各国侵权行为法之通例。台湾地区“民法”第184条第1项前段规定“因故意或

〔22〕 王利明、杨立新，注20书，36、40页，认为民法通则第121至124条、第127条，并非无过错责任，而系特殊过错推定责任，只有第123条的高度危险责任，才是无过错责任。Zheng, *China's New Civil Law*, 34 AM. J. COMP. L. 669, 698-699 (1986)。认为，民法通则第124条的“环境污染制造者责任”固然显属无过错责任，但其余条文所定的责任性质，则为不明。

〔23〕 陶希晋总编，注20书，239页认为，民法通则第121至125条、第127、133条，均为无过错责任的规定。江平主编，注21书，761—782页认为，民法通则第121、123、124、127、128条等，为无过错责任原则，但第125条则为过错推定原则。

〔24〕 中国大陆民法草案将侵权责任独立成编，立法例上，十分特殊而值得重视。至于其独立成编的理由，参阅：王利明，论侵权行为法的独立成编，原载侵权法评论，1辑，2003年，收于民商法研究，6辑，596页以下；王利明，关于我国民法典的体系的再思考，迈入21世纪的两岸私法，孙森焱教授七十华诞祝寿论文集，2004年，16、37页以下。

〔25〕 有学者认为，中国大陆侵权行为法的责任归责原则，应分为过错责任原则、过错推定原则和公平原则。参看：王利明、杨立新，注20书，28页；杨立新，侵权行为法案例教程，中国政法大学出版社，1999年，15页。

〔26〕 陶希晋总编，注20书，236页。