



沈阳师范大学法学学术文库

SHENYANG NORMAL UNIVERSITY LAW SCHOOL ACADEMIC LIBRARY

# 侵权责任免责事由研究

郭佳宁◆著

中国社会科学出版社



沈阳师范大学法学学术文库  
SHENYANGSHIFANDAXUE FAKUE XUESHU WENKU

# 侵权责任免责事由研究

郭佳宁◆著

中国社会科学出版社

# 版权信息

书名：侵权责任免责事由研究

作者：郭佳宁

排版：康烈

美编：kangkang

ISBN：9787516142509

版权所有·侵权必究

# 内容简介

本书是关于侵权责任免责事由的一部专著。侵权责任理论是一个丰富的体系化构成，以往的研究过于集中在归责原则和构成要件问题上，没有给予免责事由应有的重视。基于此，本书以丰富侵权责任免责事由一般理论、明确其应有地位为出发点，在考察免责事由历史、分析免责事由正当性的基础上，重点探讨了免责事由在侵权责任认定中的地位和作用，并运用类型思维对免责事由进行体系建构。免责事由的立法完善是保障我国侵权责任法先进性、完备性不可或缺的部分，本书的落脚点即在于此。

# 作者简介

郭佳宁，女，1978年生，吉林德惠人。沈阳师范大学法学院副教授。2008年毕业于吉林大学法学院，获法学博士学位。毕业至今在沈阳师范大学任教，主要从事民商法学的教学科研工作。主持教育部人文社会科学研究青年基金项目《侵权责任免责事由研究》，参与国家社会科学基金青年项目《民事法益研究》，发表《侵权责任免责事由立法评析与完善——以〈侵权责任法的颁布实施为背景〉》等民商法学论文多篇，并出版《侵权责任法》一书。

本书系教育部人文社会科学研究青年基金项目：“侵权责任免责事由研究”（09YJC820076）的最终成果。

# 总序

以前，我对沈阳师范大学知之甚少，实属孤陋寡闻。自从沈阳师范大学法学院的单晓华教授加盟法学所博士后流动站后，我作为她的合作导师，才开始逐步了解、关注这所具有悠久历史的学府。在沈师大校庆60周年到来之际，沈阳师范大学法学院隆重推出“沈阳师范大学法学学术文库”，法学院领导希望我能为之作序，虽明知难当此任，但却之不恭，不如从命。

早在新中国成立之初，根据中共中央七届三中全会的部署，国家对当时的教育和科学文化事业进行了调整和改造，即调整一批老式高等院校，建立一批新式社会主义高等院校，东北教育学院——沈阳师范大学的前身就在这样的历史背景下成立了。

沈阳师范大学法学院也经过近二十年的发展与变革，取得了丰硕的成果和骄人的业绩。1996年4月，经国务院学位委员会批准，法律系取得了民商法学硕士学位授予权，成为当时全国高等师范院校中第三个法学硕士学位点。2007年4月民商法专业被辽宁省委宣传部批准为省哲学社会科学重点建设学科，2008年3月民商法专业被辽宁省教育厅批准为省重点培育学科，2009年3月民商法专业被辽宁省教育厅批准为省优势特色重点学科，尔后又分别取得法学理论、诉讼法学硕士学位授予权。2007年5月又获得法律硕士专业学位授予权。经过沈阳师范大学法律人的不懈努力，学科建设取得一定成绩并初具规模，积累了大批优秀的科研成果，形成了自己的特色和优势。

在沈阳师范大学法学院的教师队伍中，活跃着一批学历高且富有朝气的年轻学者，他们颇具法学素养，潜心学术研究；他们热爱三尺讲台，勤勉教书育人；他们关注国计民生，重视法治实践；他们开阔国际视野，借鉴他山之石。沈阳师范大学法学院的广大教师在平时的教学耕耘与学术研究中收获了累累硕果。在此基础上，他们决定编辑

出版“沈阳师范大学法学学术文库”系列丛书，这既是对沈阳师范大学60华诞的一份厚礼，也是对这所辽宁法律教育与学术研究的重镇所取得成就的一次检阅。我希望这套法学文库能够成为后来者在法学研究和法律教育的道路上继续攀登的阶梯，更希望通过这些文章，能够向热爱法学、崇尚中国法律研究的读者展示沈阳师范大学的治学精神与科研传统。

《中庸》论道：“博学之、审问之、慎思之、明辨之、笃行之”，阐释了学术研究探索真理的精神以及达到知行合一境界的必由之路。从对世界历史进程的审视与洞察来看，社会发展、科学昌明、思想进步、制度革新，从来都离不开法学研究的力量与成就的滋养与推动。

一所优秀的综合性大学是国家与社会发展中一种不可或缺的重要力量，而法学研究的水平则体现了中国社会主义法治的发展程度和综合实力，是社会进步、法制文明的重要标志。因此，一所大学的学术氛围，不仅在很大程度上影响和引导着学校的教学与科研，而且渗透和浸润着这所大学追求真理的精神信念。正如英国教育思想家纽曼所言，大学是一切知识和科学、事实和原理、探索与发现、实验与思索的高级力量，它的态度自由中立，传授普遍知识，描绘理智疆域，但绝不屈服于任何一方。

大学的使命应是人才培养、科学研究和服务社会；高等教育发展的核心是学术和人才。因此，大学应成为理论创新、知识创新和科技创新的重要基地，在国家创新体系中具有十分重要的地位和意义。沈阳师范大学法学院是一所正在迅速兴起的学院，其注重内涵建设和综合协调发展，法学院贯彻“强管理、重服务、育队伍、出精品”的工作理念，通过强化科研管理，建立、健全科研制度，凝练科研队伍，打造科研精品，营造科研氛围，使教师们的科研积极性空前高涨，取得了丰厚的科研成果。近五年来，法学院教师出版专著53部，发表论文180多篇，科研立项60余项，科研获奖60余项。法学院秉承“博学厚德 求是笃行”的院训，以培养适应社会主义市场经济和法治建设需要的应用型、复合型法律人才为目标，以本科教学为中心，以学科建设与队伍建设为重点，大力发展研究生教育，努力建成专业特色显著，国内知名、省内一流的法学教育研究与法律实务相结合的法学院。

这套文库的出版，将有助于提升法学科学的学术品质和专业素质。法学教育是高等教育的重要组成部分，是建设社会主义法治国

家、构建社会主义和谐社会的重要基础，并居于先导性的战略地位。在我国社会转型时期，法学教育不仅要为建设高素质的法律职业共同体服务，且要面向全社会培养大批治理国家、管理社会、发展经济的高层次法律人才。沈阳师范大学法学教育适应侧重培养懂法律、懂经济、懂管理、懂外语的高层次复合型、应用型人才的目标定位，在培养具有复合知识结构的本科生、研究生方面形成了鲜明的法律实务特色。法科学生在重点学好法学核心课程和教学计划的其他课程外，适当广泛涉猎、阅读学术专著，对巩固、深化课堂知识是十分必要的。在教材之外，出版一批理论精深、博采众长、体察实践、观点新颖的专著，可以有效满足学生解惑之需。本文库诸部著作，围绕诸多法学领域及法治实践中的重大疑难问题，对我国相关法律制度加以细致的探讨与阐述。这将有助于拓展法科学子的视野，为他们思考、研究问题以及应用法律提供新的方法和视角，进而登堂入室、一窥门径。

这套文库，在选题和策划上，偏重法学领域中实践意义重大且学界较少探讨的具体问题；在内容上，较为侧重对具体问题的深入分析和制度的合理构建。这固然与沈阳师范大学法学院以理论法学为基础，以诉讼法学为特色，以民商法为支撑，集中发展新兴二级学科的学科发展战略有关，也是对法学研究方向思考的智慧结晶。从宏观角度而言，目前我国的法学学科框架已经基本成熟，法学界对法学各学科的体系、基本原则和基本理论已难觅较大争议。因此，沈阳师范大学法律人能应法律实践的需求和法治完善的需要，对前人较少涉及的一些具体法律制度及其微观层面展开深入细致的研究，揭示其所依存的理论基础，提供富有可操作性的制度设计，以此推动法学研究与法学教育的进步，并推动我国法制臻于完善，这无疑是一种值得嘉许的学术视角和探索尝试。

是为序。

陈泽宪  
2010年秋谨识于北京景山东隅

# 导论

人在社会中行走，会不可避免地遭受损害或造成他人损害。当人身和财产损害发生后，应该由谁来负责赔偿，如何赔偿？是侵权行为法永恒的话题。美国著名法官霍姆斯认为：“好的政策应当让损失存留于其发生之处，除非有特别之可资改变之事由存在。”<sup>①</sup>同时，“害之所出，损之所归”作为自然的法则，仍为我们所接受。因此，侵权责任的成立，对损害结果来说，是为例外，而非常态。侵权损害赔偿应当是限制性的，免责事由即为责任限制的制度设计。路德维希·维特根斯坦说过：“问题得到解决，不是通过提供新的信息，而是通过安排我们早已知道的东西。”<sup>②</sup>侵权责任免责事由并不是什么新课题或者新制度，其古老的历史甚至早于独立的侵权行为法的产生。本书以侵权责任免责事由为研究对象，目的就是这一早已存在，而又容易被忽视的制度做些系统性、一般性的研究。

## 一 含义界定和名称甄别

免责事由这个称呼本身首先需要加以说明。在侵权法中，与免责事由类似的称呼有抗辩理由、正当理由、违法性阻却事由等，不一而足。事实上，从免责事由产生之时，这些不同的名字就已经并存，人们根据自己不同的喜好和思维习惯，赋予其不同的称呼。在罗马法

中，法学家们对免责事由所使用的词句就各不相同：抗辩事由、免责事由、合理的不知情、必要的理由、体面的理由、正当的理由等。<sup>①</sup> 免责事由在我国侵权法著作中常被称为抗辩事由，抗辩事由与免责事由的概念通用。即采用抗辩事由包含免责事由的做法，将抗辩事由分为广义的抗辩事由和狭义的抗辩事由两种，狭义的抗辩事由即免责事由。如王利明教授认为：抗辩事由就是被告针对原告的诉讼请求而提出的证明原告的诉讼请求不能成立或不完全成立的事实。加害人提出免责事由后，效果上也会阻却侵权行为的成立，使受害人的请求遇到障碍，抗辩一旦成立将导致责任的减轻或者免除，正是从这个意义上说，可以将抗辩事由称为免责事由。所谓免责事由是减轻或免除行为人责任的理由。<sup>②</sup> 张新宝教授将广义的抗辩分为三种情况：（1）通过证明侵权行为的构成要件不具备或不完全具备而主张免责（主要由构成要件的理论解决）；（2）提出抗辩理由主张免责或减责；（3）提出其他事实或法律规定主张免责或减责。第三种情况主要指通过超过诉讼时效期限而主张的抗辩和某些违反法定程序而主张的抗辩。<sup>③</sup>

“免责条件应当是不属于构成要件的一般由法律规定的免除加害人民事责任的事由。”<sup>④</sup> 可见，抗辩的第二种情况就是免责事由。杨立新教授认为：抗辩事由是指被告针对原告的诉讼请求而提出的证明原告的诉讼请求不成立或不完全成立的事实。在侵权行为法中，抗辩事由是针对承担民事责任的请求而提出来的，所以，又称免责或减轻责任的事由。<sup>⑤</sup> 本书采用免责事由的概念，是基于“避曲就直”的思维习惯。免责事由作为被告用来对抗原告方赔偿请求的手段，虽然常常被称为抗辩事由，但严格来说，二者无疑存在区别：首先，免责事由的功能在于免除或减轻侵权责任，针对的是责任认定和承担问题。而抗辩事由的功能显然不限于此，抗辩包括对债的关系不成立的抗辩，履行中的抗辩和债的关系已经消灭的抗辩，特别地，有的抗辩只是起到一时延缓性的作用，如先履行抗辩和同时履行抗辩。其次，免责事由具有法定性，法律对其采取列举的形式加以规定。而抗辩事由是无法列举的，凡是起到对抗效果的事实和理由都可以纳入到抗辩之中。再次，抗辩事由主要是从诉讼的角度出发的，它所体现的是原告和被告在诉讼过程的对抗关系和诉讼地位的平等。而免责事由主要是从实体上而言的，目的在于划定承担责任的界限，维护当事人实体利益的平衡。最后，抗辩在实体法上被称为抗辩权，与各种请求权相对应。而免责事由只是对抗其中的损害赔偿请求权。由此可见，抗辩事由的外延比免责事由大得多，它是一个包括免责事由的概念。很多学者认识到免责与抗辩的区别，因而将能够免除或减轻被告侵权责

任的抗辩称为“一般抗辩”，英美法关于免责抗辩也多称为“一般抗辩”，以区别不具有免除或减轻责任功能的其他抗辩理由。

同样，也不能用违法阻却事由这一概念来代替免责事由，因为免责事由中还包括否定过错和因果关系的事由，违法阻却事由只是免责事由的一部分。在采用违法性作为侵权行为一般构成要件的法律体系中，免责事由被认为是对违法性的阻却，因而又称为违法性阻却事由。如德国马克西米利安·福克斯认为：“如果加害人可以援用一项排除违法性的理由，则应当否定其行为的违法性，特别是正当防卫、合法的紧急避险、受害人对行为的同意以及代表正当利益，往往可以成为排除违法性的理由。”<sup>②</sup>在不采用违法性作为一般侵权行为构成要件的法律制度中，当然不存在违法性阻却事由的概念。即使将违法性作为一般侵权行为的构成要件，违法性阻却事由也仅能构成侵权责任免责事由的一部分，而非全部。免责事由是着眼于侵权责任的整体，否定其中任何一个侵权责任的具体构成要件，都可以达到免除责任的法律效果。免责事由通常被划分为正当理由和外来原因两大类型，能够阻却违法性的只有正当理由，外来原因通常被认为是对因果关系的否定。

另外，违法性只是一般侵权责任即过错责任的构成要件，而危险责任和无过错责任不以行为的道德可非难性作为归责基础，将过错和违法性排除在构成要件之外，只对损害和因果关系加以考察。因此，违法性阻却事由相对于免责事由来说适用范围具有相当的局限性，即仅适用过错侵权责任中针对违法性构成要件提出的免责抗辩。而我们所说的免责事由，显然不限于过错责任，也不限于针对某一具体要件的抗辩场合。

免责事由同样有别于权利的行使。法制最重要的任务在于维护和确保社会秩序，防止人类及其创造的财富因私人间的暴力而消耗殆尽。因此，当权利受到侵害时，法律要求人们寻求司法机关的裁判，而不是通过自己的强力来解决。但是以国家公权力为中心的救济体系下也存在一定的例外，当某个源于公权力的救济可能缓不济急时，法律在一定的条件下容许私力救济。

在大陆法系一些国家的民法中，正当防卫、紧急避险、自助行为属于法律赋予权利人行使和实现权利的私力救济方式，在总则中加以论述和研究。如《德国民法典》中允许私人以自力实现权利分为三种情况，即为了防卫侵害的正当防卫和紧急避险，以及为了保证权利实

现而采取的法律上允许的进攻性自助行为。同时，正当防卫、紧急避险、自助行为毫无疑问属于普遍承认的免责事由类型。由此可见，正当防卫、紧急避险、自助行为扮演了双重角色，既是权利的实现方式又是免责的事由，并且在民法的不同部分加以探讨和研究。

正当防卫、紧急避险、自助行为虽然扮演了双重角色，但是法律规定权利行使方式与免责事由的出发点和角度毕竟不同，某人采取自力救济手段是为了实现自己或他人的合法权利，即采取正当防卫行为、紧急避险行为和自助行为出发点不在于免责而是为了维护权利，而采用法律允许的方式实现权利的同时也侵犯了他人的某些权利，并发生了免除责任的法律效果，免责是这类行为的消极法律后果，而非行为人的积极追求。

综上所述，抗辩事由的范围大于免责事由，违法性阻却事由的范围小于免责事由，抗辩事由与权利行使存在交叉和重合。

免责事由从字面意思上理解很容易让人误解免责事由是在侵权责任已经成立的情况下，使被告人本应承担的损害赔偿责任的得以免除。而事实上，免责事由是通过对抗侵权责任的构成要件，而达到了阻却侵权责任成立的效果。<sup>①</sup>因此，免责事由要解决的依然是侵权责任是否成立层面上的问题。因此，对这一制度更恰当的称呼似乎应该是“无责事由”或“侵权行为（责任）成立的阻却事由”。“唯因‘免责事由’既以成为惯用语，就像一种速记符号，在不严格的意义上继续沿用也是可以的。”<sup>②</sup>免责事由作为我国民法上“约定俗成”的名称，只要能够做到知其意，留其名也未尝不可。并且，侵权法上的免责事由显然具有特定的内涵和范围。侵权法上的免责事由特指正当防卫、紧急避险、受害人同意、不可抗力、意外事件等这样一些规范和类型的集合。大陆法系国家民法中都对免责事由的类型专门加以规定。如我国《民法通则》中规定了正当防卫、紧急避险、不可抗力、受害人故意和第三人过错作为侵权责任的免责事由。在《侵权责任法》的制定过程中，专家学者的几部侵权法草案建议稿中更是将“抗辩事由”作为专门的一节规定在侵权责任法的总则之中。最终颁布实施的《侵权责任法》第三章“不承担责任和减轻责任的情形”，从内容上看，即为通常所说的抗辩事由或免责事由。其列举的“不承担责任和减轻责任的情形”包括过失相抵、受害人故意、第三人行为、不可抗力、正当防卫、紧急避险共六种。在侵权法理论中，也多是专门加以论述和研究。可见，侵权法上的免责事由并不是

宽泛地指称所有使侵权责任被告不承担损害赔偿责任的原因和理由。免责事由作为侵权案件的被告人据以主张免责及责任减轻的机制，具有一般性，是经过实践的积累而在民法理论和立法中加以定型化的一些类型。免责事由在大多数案件中具有普遍适用性，而非仅限于特殊的场合。免责事由具有限定性，其自成体系，是侵权法在侵权责任构成要件之外专门规定和理论独立的部分。因此，诸如权利行使这样的不确定概念，已经尽了注意义务这样应当归由构成要件解决的问题和无因管理这样在民法债权中与侵权责任并列的制度被排除在外。本书研究的免责事由正是这种具有特定范围和内涵、自成体系、具有类型集合性特征的法律制度。免责事由有广义和狭义之分。从广义上来说，免责事由既包括免除行为人责任的事由，又包括减轻行为人责任的事由。但从狭义上理解，免责事由仅限于免除责任的事由。我国侵权法立法和理论通常采用广义的免责事由概念，本书中的免责事由延续我国的一贯做法即采取广义的免责事由概念，包括免除责任的事由和减轻责任的事由。

## 二 本书的研究思路和研究方法

在我国，免责事由不仅获得了立法的承认，而且也是学者研究侵权法不可缺少的内容。但是，这些承认和研究不论在深度上还是广度上显然还存在许多不足，需要进一步加以完善。尤其是免责事由的研究限于各具体类型的列举，一般性理论匮乏。更为重要的是应引起观念上足够的重视。侵权法的完善，不能只是偏向于构成要件一隅的僵化思维方式，缺乏免责事由的侵权责任理论体系必定是缺憾的、不完整的。无论在理论上还是司法实践中，免责事由都是一个争议丛生的地方，对于具体类型免责事由的争议从未停止过。但是，本书对免责事由的研究，其侧重点并不在于对具体类型免责事由的概念、免责条件、争议处理和适用范围的探讨。而是从免责事由这一制度整体出

发，明确其在侵权法中的地位、逻辑基点，建构其一般的理论基础和体系结构。

适当、恰切的方法是研究一个问题不可缺少的部分。方法一词源于希腊文，原意为“遵循某一条路”，是“论述（正确）行动的途径”或“通向正确之路”。<sup>①</sup>“所谓研究方法，就是主体在认识作为客体的客观世界和事物，揭示其本质并阐明其一般规律的实践活动中所遵循的一套原则、程序和技巧。”<sup>②</sup>综合运用各种法学研究方法，从不同的角度对免责事由加以观察和探讨，也是本书力求实现的目标。为了更好地完成研究目的，本书主要采用了历史研究的方法、比较分析的方法、逻辑分析的方法、类型思维的方法和经济分析的方法。

第一，历史研究的方法。历史研究的方法，是社会科学的常用研究方法。免责事由的历史与整个侵权法的产生、发展、变化密切相关。对免责事由的历史进行考察和回顾，能够更好地了解这一制度的过去、现在，获得有益的启示，为展开进一步的研究奠定基础。

第二，比较分析的方法。没有比较的法学是狭隘的。勒内·达维在其《当代世界主要法律体系》一书中指出：“对不同地区的法制进行比较，其历史同法学本身同样古老。”<sup>③</sup>比较的目的不外乎取人之长，补己之短。因此，“比较”不能局限在同一国家的法律秩序之内的不同规则之间进行，比较的更深层的含义是超国家的，比较法首先是世界上各种不同的法律秩序的相互比较。<sup>④</sup>免责事由在不同国家的侵权法律制度中具有各自的特点，存在差别。通过比较和分析这些特点和差异，能够为丰富和完善我国的侵权责任免责事由的理论和立法提供方法和途径。本书关于免责事由在侵权责任认定中的地位、类型划分、立法建议的探讨都不同程度地运用了比较的方法。

第三，逻辑分析的方法。在构建免责事由一般理论的过程中，不可避免地要运用逻辑分析的方法。尤其在我国民法理论界和学者中间，关于免责事由制度的一些基本问题如免责事由究竟是否定构成要件还是否定责任，免责事由与构成要件的逻辑关系等还存在种种误解和错误的观点，这些都需要运用逻辑分析的方法加以梳理和明晰。

第四，类型思维的方法。类型是法律理念与生活事实的中间点。类型思维的特点在于中度抽象性，即相对于抽象的概念思维，类型思维更多地保留了事物的个别特征。“当抽象——一般概念及其逻辑体

系不足以掌握某生活现象或意义脉络的多样表现形态时，大家首先会想到的补助思考形式是‘类型’。”<sup>⑤</sup> 免责事由的类型集合性特征，决定了在对其加以体系化建构和整理的过程中，类型化是最为适合的研究方法。设定合理的免责事由类型，构建免责事由类型系列都是类型思维研究方法的体现。

第五，经济分析的方法。经济学既是一门学科，也是一种方法或思维方式。经济分析法学有这样一个基本假定：法律是理性的，因而可以用经济的概念和原理加以分析，这些经济概念主要包括效率、最大化和均衡，而它们之间的联系又在于效益最大化可以用成本和收益来衡量。免责事由作为法律制度，符合效率和均衡的经济学要求，利用经济分析法学的效率和均衡概念可以为分析和论证侵权责任免责事由的正当性提供方法和路径。

# 第一章

## 侵权责任免责事由的历史考察

### 第一节 古代法律关于免责事由的零散规定

古代社会法律的特点是侵权行为与犯罪合为一体，在同一条文中，同态复仇、刑罚处罚、损害赔偿往往并存。在结果责任下，免责事由只能是特定场合的特别规定，不可能发展为一般的规则。但是，在结果责任和客观归责盛行的古代法律中，罗马法无疑是一个特例，罗马法不仅采取了过错原则，而且形成了事变免责的一般规则。罗马法上归责原则的变化是从免责事由开始的，抗辩免责对归责原则的变化和过错责任的确立，起到了巨大的推动作用。但除罗马法之外，古代社会的免责限于法律个别情况下的特殊规定，总的来说处于零散的状态，免责事由不具有明确的类型和普遍的适用性。

#### 一 《汉穆拉比法典》中的免责事由

迄今为止世界上最早有成文法的地区，当属位于亚洲底格里斯河和幼发拉底河的两河流域，这一地区的法律统称为两河流域法，因文字呈楔形又称楔形文字法。<sup>①</sup>《汉穆拉比法典》（约公元前1792—公元前1750年），是古代两河流域楔形文字法的典型代表，是世界历史上流传至今保留得最为完整的一部法典。<sup>②</sup>《汉穆拉比法典》因其保存的完整性和法典内容的发达，在世界法制史上具有无可替代的重要地位。

在古巴比伦《汉穆拉比法典》中就有许多关于侵权行为的规定，就此而言，成文的侵权法历史可以追溯至四千多年前。《汉穆拉比法典》是古巴比伦王国的第六代王汉穆拉比（Hammurabi）在位时制定，分序言、正文和结语三个部分，共282条。《汉穆拉比法典》的内容比较丰富，刑事、民事和诉讼程序方面的规定都是当时最先进的，并且对后世产生了深远的影响。与其他古代法典一样，《汉穆拉比法典》也是诸法合体，同一条文中往往既包括对所有权、债权、婚姻家庭继承等关系的调整，又规定了对犯罪行为的制裁。《汉穆拉比法典》虽然已经看不到血亲复仇和亲属代偿的规定，但是仍然保留了原始社会的同态复仇、株连制度和严酷的刑罚。《汉穆拉比法典》中，对侵犯人身、财产的加害行为采取刑罚、同态复仇、损害赔偿三位一体、有机结合的制度。但是令人惊奇的是，《汉穆拉比法典》中调整民事法律关系的规范占到了条款总数的一半以上，这在以刑罚为主的古代法律中是极其罕见的。并且，以损害赔偿作为对加害行为进行救济和惩罚的规定已经非常普遍，这与当时农业生产力提高、商品交换繁荣和私有制经济的发展是分不开的。汉穆拉比王统治时期，古巴比伦的奴隶制商品经济已经有了一定的发展，因此法典的不少条文是对债的调整。契约和侵权行为是债的发生原因。但债的主要形式是契约，签订重要的契约必须遵循一定的规则和采用书面形式。契约的种类有买卖、借贷、租赁、保管、合伙和雇佣等，其中尤以买卖、借贷和租赁最为流行。从整体上看，对于契约和侵权责任的承担仍然采用结果责任，只要有债务不履行和加害行为就会有赔偿责任的发生，但是也有例外，虽然这些例外在法典中所占的数量和地位都是微乎其微的。

在《汉穆拉比法典》中，契约是最主要的债的发生原因，《汉穆拉比法典》关于不可抗力免责的规定，主要适用于债务不履行责任。《汉穆拉比法典》第48条规定：倘自由民负有利息的债务，而阿达得淹没其田，或洪水毁其收获物，或因旱灾，田不长谷，则彼在此年得不付谷与债主，而洗去其文约；此年利息亦不得付。根据这一规定，借贷人如果是因为天灾无法偿还，则可以免除其支付本金和利息的责任，这也许是世界上最早出现在法典中的不可抗力免责规定。关于不可抗力的规定还有第103条、第249条和第266条。《汉穆拉比法典》第103条规定：倘所运之一切于中途被敌人劫去，则沙马鲁应指神为誓，并免偿还责任。第249条规定：倘自由民租牛，而牛为神所击而死，则租牛人应对神宣誓，免其责任。第266条规定：倘畜栏与神发生关系（指牲口因自然灾害而死亡）或狮子噬食动物，则牧人应对神剖白其事，畜栏之主人对彼应加宽恕。《汉穆拉比法典》中关于不可抗力的

免责规定，主要是因为人们对自然行为的敬畏和无能为力，是根据生活经验和事实做出的朴素判断，可以免责的情况限于法律规定和列举的个别场合，并没有统一的理论和一般性的规则。人们对因自然灾害或战争原因而发生的不可抗力情形采取个别列举的形式，没有从中抽象出更一般的概念和规则。

在《汉穆拉比法典》中还有一种情况下，行为人不承担赔偿责任。《汉穆拉比法典》第250条规定：倘牛行于街道，触自由民致死，则此不足作为起诉的根据。可见在《汉穆拉比法典》中，对于饲养的动物造成他人损害，监管者是无须负责的。

## 二 《摩奴法典》中的免责事由

《摩奴法典》是古印度的重要法典，是后人观察和研究古印度法的重要史料。古代印度是一个宗教社会，法律在很大程度上只是宗教的附属品，带有强烈的宗教色彩是古印度法的显著特征。《摩奴法典》是古代印度最早出现的高级宗教——婆罗门教的经典，由婆罗门祭司根据吠陀经典和自古以来形成的风俗习惯于公元前3世纪至公元6世纪陆续编写完成。法典是按照婆罗门教徒一生生活的经历顺序编写，因此汇入了各种知识和领域，相当于一部百科全书，纯法律性质的规范仅有四分之一。《摩奴法典》在第7章至第11章较为集中地规定了刑事、民事、诉讼等各项法律制度。<sup>⑤</sup>

侵权法的历史一直受到宗教思想的影响，免责本身就是宗教教义的组成部分。《摩奴法典》编纂之时，正是佛教和婆罗门教兴盛之际。教义极力宣扬“善恶有因果，人生有轮回”，引诱人们弃恶从善，听命于奴隶主的统治。由于本身带有强烈的宗教色彩，《摩奴法典》中不乏关于免责的条文。

《摩奴法典》第八卷“法官的任务民法与刑法”中依职业的不同，规定从事专门行业的人在特定情况下可以获得的免责。其一，牧人的责任。《摩奴法典》第八卷第232条、第235条、第236条规定当牧人放牧的牲畜丢失、被动物弄死或坠入深谷时，如果是由于牧人的“疏忽”所至，牧人应原数赔偿。当牲畜被盗时，如果牧人曾大喊有贼并及时报告主人，可免于赔偿。当放牧的羊被狼袭击时，如果牧人不跑上前去，咎在牧人；如果牧人杀了其中的一只，则其无过，免