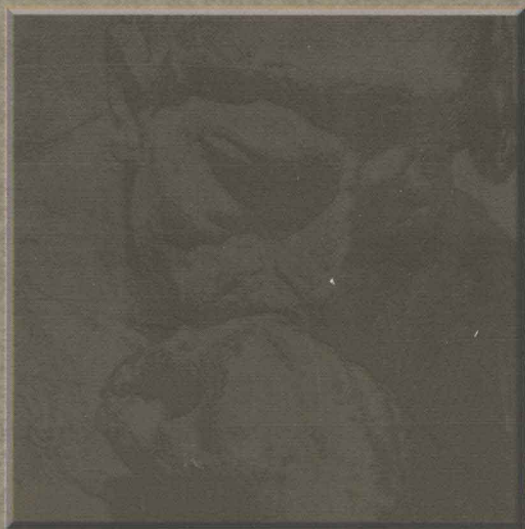


中青年法学文库



侵权行为法 归责原则研究

王利明 著

中国政法大学出版社

中青年法学文库

侵权行为法
归责原则研究

王利明 著

中国政法大学出版社

中青年法学文库

侵权行为法归责原则研究

著 者 王利明

责任编辑 李传敢 丁小宣 宋 军

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 北京市巨山印刷厂

850×1168 32开本 14.5印张 350千字

1992年2月第1版 1997年8月第4次印刷

ISBN 7-5620-0690-3/D·640

印数:10,001-16,000册 定价:20.00元

社址:北京市海淀区西土城路25号

邮编:100088 电话:62229803

声明:1. 版权所有,侵权必究。

2 如有缺页、倒装,由本社发行科负责退换。

中青年法学文库

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史终于使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年文革期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高；法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以

导引。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外中国法学界的鼎力推助和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

目 录

导论	(1)
----	-----

第一编 归责原则体系

第一章 归责原则概述

第一节 归责原则的概念	(17)
第二节 归责原则的发展趋势	(20)
第三节 归责原则体系	(24)

第二章 过错责任原则

第一节 过错责任原则的概念	(31)
第二节 过错责任原则的功能	(36)
第三节 过错责任原则的历史沿革	(42)
第四节 过错程度与责任相一致	(49)

第三章 过错推定原则

第一节 过错推定制度的发展	(59)
第二节 过错推定的概念分析	(65)
第三节 过错推定责任与过错责任	(69)
第四节 过错推定责任与无过错责任	(73)
第五节 过错推定与因果关系的推定	(78)
第六节 转承责任中的过错推定	(84)
第七节 总结	(91)

第四章 公平责任原则

- 第一节 公平责任的发展 (94)
- 第二节 公平责任的概念 (101)
- 第三节 公平责任能否成为归责原则 (107)
- 第四节 公平考虑的因素 (114)
- 第五节 公平责任适用的范围 (119)

第五章 无过失责任原则

- 第一节 无过失责任的概念 (127)
- 第二节 无过失责任的适用范围 (132)
- 第三节 无过失责任的理论依据 (139)
- 第四节 无过失责任和严格责任 (146)
- 第五节 无过失责任与危险责任 (152)
- 第六节 无过失责任是否为一项归责原则 (161)

第二编 归责原则与过错

第一章 绪论

- 第一节 归责原则与过错的关系 (169)
- 第二节 民事过错和刑事罪过概念的比较 (174)

第二章 过错的两种理论及评价

- 第一节 主观过错理论 (180)
- 第二节 客观过错理论 (193)

第三章 过错概念和认定过错标准

- 第一节 对过错概念的探讨 (210)
- 第二节 客观标准与主观标准的比较 (216)
- 第三节 客观标准及其评价 (222)

第四章 过错形式

- 第一节 概述 (236)

第二节	故意的过错·····	(238)
第三节	过失的过错·····	(243)
第四节	不作为的过错·····	(252)
第五章	法人的过错	
第一节	法人过错的概念·····	(259)
第二节	法人对其机关成员行为的责任·····	(264)
第三节	法人对其一般工作人员的责任·····	(272)
第四节	法人对其代理人的责任·····	(280)
第六章	共同过错	
第一节	共同过错的概念和特征·····	(284)
第二节	几种共同侵权行为的认定和处理·····	(296)
第三节	共同侵权行为人的责任·····	(304)
第七章	混合过错	
第一节	混合过错的概念和发展·····	(315)
第二节	混合过错的构成要件·····	(320)
第三节	受害人的过错·····	(324)
第四节	因果关系与混合过错责任的确定·····	(334)
第五节	比较过失·····	(341)

第三编 归责原则与责任构成要件

第一章 概述

第一节	归责原则与责任构成要件的关系·····	(353)
第二节	侵权责任构成要件的特点·····	(356)

第二章 损害事实

第一节	损害的概念·····	(360)
第二节	损害事实的构成条件·····	(362)
第三节	损害事实在归责中的意义·····	(369)

第三章 因果关系

- 第一节 因果关系与归责····· (372)
- 第二节 民法中的因果关系的概念····· (374)
- 第三节 因果关系中的原因和条件····· (378)
- 第四节 因果关系和过错····· (384)
- 第五节 因果关系中的直接原因和间接原因····· (388)

第四章 过错与违法行为

- 第一节 过错与违法行为的概念的关系····· (394)
- 第二节 对违法行为概念的分析····· (398)
- 第三节 对区分违法行为和过错的价值的置疑····· (403)
- 第四节 过错应包括行为的违法性····· (406)

第五章 抗辩事由

- 第一节 抗辩事由的概念和分类····· (411)
- 第二节 依法执行职务····· (414)
- 第三节 正当防卫····· (416)
- 第四节 紧急避险····· (420)
- 第五节 受害人的同意····· (424)
- 第六节 自助····· (430)
- 第七节 受害人具有故意····· (433)
- 第八节 第三人的过错····· (437)
- 第九节 不可抗力和意外事件····· (445)

主要参考书目

后记

导 论

面临即将到来的世纪转换，中国的改革开放和现代化建设也进入了一个关键时期。总结人类历史的经验，我们不无理由地认为：改革的成功取决于法治条件的成熟，现代化事业的成就依赖于法治的厉行，而把中国建设成为一个现代化的法治国家，也正是我们的改革和现代化事业所追求的重要目标之一。

许多法学家已经证明，以商品经济关系为主要内容的民法是法治的法律基础，中国步入法治社会的途径之一是民法的完备和实行。^①而作为民法的重要组成部分的侵权行为法的完善，将为法治大厦奠定基石；同时，侵权行为法的完善程度及其在社会生活中的作用程度，势必成为衡量我国法治水平的一个重要标尺。

一、侵权法的基本功能充分体现了现代法治的价值

侵权行为法(The Law Of Tort)，作为保障社会成员的财产和人身权益的法律，曾经是“法律程序的原始形态”。^②在人类社会向文明的门槛迈进的时候，原始的侵权法主要是野蛮的同态复仇规则，其功能表现在为遏制频繁的暴力冲突，恢复正常的秩序而对暴力行为实施报复性惩罚。此种功能虽然是简单的，但是它却

① 参见张文显：“中国步入法制社会的必由之路”，载《中国社会科学》，1989年第2期，第190—191页。

② R. 雷德菲尔德：《原始法》，载P·波汉南主编《法律与战争：冲突人类学研究》，1967年英文版，第9页。

体现了整个古代社会的法律的全部价值。^①

人类文明的演化，社会经济的发展，促使侵权法的野蛮的功能逐渐湮灭，并按照文明社会的要求而逐步形成了一套规范功能，这些功能包括制裁、赔偿、预防、教育等等。然而，尽管侵权法的价值和功能随着历史的发展在不断演化，甚至在当代社会因为责任保险和损失分担制度的产生而使侵权法的某些价值发生了“急剧的变化 (Abrupt Change)”^② 侵权法的基本功能仍然在于对财产和人身权利的保障。尤其在现代社会，保护公民的财产和人身权利比以往任何时候都显得重要。这是因为工业革命的发展在给人类文明以空前巨大推动力的同时，又极大地加重了人类对物的依赖性，带来了核辐射、环境污染和生态的破坏等等现代文明的副产品，各种自然灾害和人为的危害，从而把生存或毁灭这一严峻的问题摆在人类面前，于是对人身和财产损害的赔偿问题愈益成为社会所普遍关注的问题。在社会成员的个人权益受到严重威胁的条件下，人格、权益要求理所当然地受到更充分的尊重，因此，保护公民权利的功能，也就被许多西方法学家视为侵权法的基本功能。^③

诚然，资产阶级学者对侵权法的基本功能的认识，往往掩盖了侵权法的本质。资产阶级法律受其阶级性的限制，不可能对全体社会成员的权利实行平等的、充分的保护。但是，保护公民权利作为历经数世纪的演化适应现代社会商品经济需要而产生的侵权法的基本功能，它毕竟体现了法律文明的发展，体现了法治社会的价值。

① 参见彼得·斯坦等：《西方社会的法律价值》第39页，中国人民公安大学出版社，1989年版。

② 《国际比较法百科全书·侵权行为·概述》第3页。

③ 同上书，第87页。

现代法治的概念作为商品经济发展的产物，是与权利联系在一起的。法的本质在于权利。权利以实存利益为内容，同时以行为自由为其存在的形式和载体。法作为社会经济关系的意志化形态，不过是按照社会需要对一定的利益及其获取方式的认可和规定。然而，权利本身并不等于法治，法治作为人类文明的成果和千百年来社会政治组织经验的体现，它具有其特定的内涵，这就是公民在法律面前人人平等，公民的权利得到充分尊重和保护，法律成为全社会的一切行为的规范和标准。法治是反对专制主义和特权的斗争的产物，是对滥用权利（力）的非法行为的否定。法治的基本内涵是合理分配权利和切实保障权利。诚如富勒所指出的：“法治的实质必然是在对公民发生作用时，政府应忠实地运用应由公民遵守并决定其权利和义务的规则，如果法治不是指这个意思，那就什么意思都没有。”^①

现代法治的精神，在于对权利的合理确认和对权利的充分保障。从侵权法的基本功能来看，它所着重强调的是对权利的保障而不仅是对权利的确认。其基本特点在于用反映交换和价值要求的损害赔偿的方法保护权利。等价有偿的方法意味着任何主体不得非法给他人造成物质损失，一旦造成损害则必须用等量的财产作出赔偿。侵权损害赔偿制度谋求当事人之间的利益平衡，反对对他人劳动的侵占和无偿占有。正是因为损害赔偿方法反映了交换的准则，所以，它巩固了以价值为基础的交流关系，适应商品生产者的利益需求和权利主张，其适用范围逐渐拓宽，成为保护公民权利的强有力的法律措施。那么，侵权法的基本功能如何充分地体现了现代法治的价值呢？

第一，现代法治社会以贯彻“平等原则（Leprincipe de edelite）”为特征，而公民在法律面前的平等，必然要求具体体现

^① 转引自沈宗灵：《现代西方法律哲学》第209页，法律出版社1983年版。

为侵权法所奉行的责任自负原则，造成损害应依据损益相当的准则进行赔偿的原则，对公民和法人的合法权益平等保护的规则等。侵权法的这些原则都是平等原则的具体体现。

第二，现代法治为保障公民、法人权利的实现，赋予公民、法人在其权利受到行政机关的不法侵害以后有获得政府赔偿的权利。此种请求权是由侵权法中的国家赔偿制度确认的。因此，依据侵权行为法的规定，实施行政损害赔偿制度可以防止行政专横，有效地捍卫公民、法人法定的权利。

第三，现代法治社会要求依据权利与义务相互对应的原则维系人与人之间的联系。每个社会成员都必须在权利范围内行为，并对自己行为的结果负责；每个社会成员都必须履行对他人应尽的义务，并对社会负责。侵权法主张对自己的过错行为负责，规定了禁止滥用权利与禁止超越法定权利范围等规则，这些规则实际上是法治社会中人与人之间的正常关系的基础。

第四，现代法治社会要求将肯定社会秩序和保障公民权利有机地统一起来，对公民的权利和利益的保障机制构成一个系统的、完整的整体，保护的权利和利益遍及经济、政治、文化和社会生活的各个方面。基于这样一种要求，现代侵权法也突破了单纯注重对物的权利和人身的保护的格局，特别注重对权利主体在精神方面的自由和完整的利益提供保护，尤其是侵权法所保护的权利和利益范围也逐渐拓宽，不仅限于民事权利，而且包括法律尚未规定但应该由公民享有的权利（如隐私权等），由此充分体现了现代社会对人的价值和尊严的尊重，也体现了法律对公民权利保护的注重。

如前所述，侵权法的功能主要在于保障财产权和人身权，但是保护权利又是确认权利的必然引申，权利的确认需要通过权利的保护而得以实现。两者在形式上是相对独立的，实际上是寓为一体的。美国学者斯耐尔曾认为：排他性规则、惩罚规则、损害

赔偿规则和责任规则是一个完整的财产权概念的内容,^①这就表明了对权利的保护和对权利的确认之间的密切联系。尤其应该看到,在民法中,人格利益抽象成人格权,隐私作为一项独立的权利出现,都是司法保护的结果。从这个意义上说,侵权法也具有现代法治体现的确认权利的价值。

彼德·斯坦指出:“法律规则的首要目标,是使社会中各个成员的人身和财产得到保障,使他们的精力不必因操心自我保护而消耗殆尽。为了实现这个目标,法律规则中必须包括和平解决纠纷的手段,不论纠纷是产生于个人与社会之间,还是个人与个人之间。”^②可见,侵权法保护公民的人身和财产权利的功能,乃是法律的基本价值的集中体现。正是因为侵权法具有此种表现法律的首要目标的功能,因此侵权法的功能是实现法治社会,也是法治社会运行的基本保障。

二、侵权法和刑法的综合调整及其在法治社会中的作用

“权利的存在和得到保护的程度,只有诉诸于民法和刑法的一般规则才能得到保障”。^③如果说保障公民的权利是法律的基本指向,公民的权利得到切实保障又是法治社会的终极目的,那么,侵权行为法和刑法的规范共同构成一个权利保障的有机体系,不仅是权利实现的基础,而且也将形成成为韦伯所称的现代法治所要求的“形式合理化”。侵权法和刑法的协调配合以及共同对权利实行严密保护,是法治社会的重要特点。

从历史上看,刑法是在侵权法的基础上发展起来的。梅因从对古代法的精深研究中,得出一个重要结论,即“在法律学幼年时代,公民赖以保护使不受强暴或欺诈的,不是犯罪法而是侵权

① 安德尔:《论财产》第10—12页,麦克米兰教育有限公司1986年英文版。

② 彼得·斯坦:《西方社会的法律价值》,第41页。

③ 同上书,第173页。

行为法”。^① 最原始的刑法乃是侵权行为法，刑法是从侵权法中分离出来的法律。然而，进入文明社会以后，在漫长的时期，由于自然经济占据主导地位，在土地占有关系基础上形成的是社会等级关系和依附关系。由此产生两方面的结果：一方面，个人在家庭的、地域的、身份的羁绊中，不可能提出更多的财产和人身权利的要求，义务成为农业社会中法的依归和表现。因此，侵权法丧失了其发展的基础。另一方面，由于农业社会中专制统治者对统治秩序的强烈要求，使刑法职能广为扩张，成为调整社会关系、维持社会秩序的基本工具。随着资本主义商品经济的发展，独立的商品生产者和交换者要求运用侵权法保护个人对财产和人身权利，保障个人在竞争和交换中的自由，因此，侵权法的地位在社会生活中突出起来。

我国固有法律根植于自然经济条件，贯彻义务本位的原则，实行以刑为本的体制，因而缺乏侵权法的传统。新中国建立以来，人民当家作主，成为社会的主人。然而，由于封建专制主义的残余和传统观念的影响，加上极“左”思想和法律虚无主义的长期泛滥，因而严重压抑了公民的权利意识。在长时期内，许多人不知道自己享有何种权利，亦不知道尊重他人的权利，不知道如何行使自己的权利，更不知道如何捍卫自己的权利。权利观念的淡化，最后演化为十年动乱期间的公民权利普遍受到严重践踏的悲剧。拨乱反正以后，社会主义民主和法制建设得到了迅速加强，公民的权利意识随着民法等法律的不断健全而开始觉醒，侵权法的作用也逐渐显露。然而，“重刑轻民”的观念作为一种文化的积淀，不是短时期能够消除的，在保护权利、维护社会秩序方面，损害赔偿的方法仍远不及刑罚的方法更受到注重。

重视刑法而忽视侵权法的倾向，在当前并不具有经济上的必

^① 梅因：《古代法》，第209页，商务印书馆1984年版。

然性，主要来自于一种模糊的认识，即认为法律责任主要是指刑事责任，损害赔偿不过是一种经济补偿办法，毋须作为法律责任对待。此种观点在立法上的表现是，绝大多数设立追究刑事责任规定的单行法规，没有关于民事责任的规定，从而使公民在其权利受到侵害以后，常常缺乏捍卫自身权利的法律依据。无论是法学教育还是普法教育中，侵权法常常被人们所遗忘，以至于许多人在其权利受到侵害以后，不能主动借助侵权法捍卫自己的权利。甚至宁愿选择投书上访的形式而不愿诉诸法院通过诉讼取得赔偿。在司法实践中侵权案件的收案数大大低于刑事案件的收案数。这种忽视侵权法的观点，严重妨碍了对公民权利的切实保障，而且也成为堵塞中国走向法治社会之路的一种障碍。

忽视侵权法的作用，必将极大地限制刑法保护人民、打击犯罪的作用的发挥。尽管刑法调整的社会关系的范围是极为广泛的，然而，刑法只有在侵权法的配合下，才能有效地调整社会关系。这具体表现在：首先，侵犯公民和法人的合法权益的行为，只有在情节严重并构成犯罪的情况下，才应受到刑罚的制裁。然而现实中大量的侵权损害是不可能进入刑法所调整的领域的，这些侵权损害关系只能由侵权法调整。如果不能依据侵权法很好地解决侵权纠纷，则不仅有可能导致许多侵权行为最终酿成犯罪，危及社会秩序的稳定，而且也使大量的侵权行为的受害人因难以寻求侵权赔偿的救济，而要求对加害人实施刑事制裁，从而有可能使本不应由刑法调整的关系归入刑法调整。其次，正确的定罪量刑是建立在罪与非罪的严格区别的基础上的，而此种区别在很大程度上不过是犯罪和侵权的区别。倘若缺乏侵权法律规范，则会模糊罪与非罪区分的标准。实践中，某些地方出现的自诉案件告到民庭成为侵权案件、告到刑庭成为刑事案件的现实，充分说明这个问题的严重性。再次，侵犯财产权和人身权的行为，常常会导致规范竞合，也就是说，一个行为既构成犯罪又构成侵权。在发生

规范竞合时，侵权责任和刑事责任是可以同时并用的。行为人承担民事责任不应影响他承担刑事责任，反之亦然。但是，如果不能发挥侵权法的作用，就会出现“打了不赔、赔了不打”的现象，很难正确处理规范竞合的案件。

忽视侵权法的作用，不可能建立完整的权利保障体系和法律调整的“整合机制”，产生法律调整的综合效应。尤其是以刑为主要的法律责任体系，根本不可能实现法治社会所提出的充分保障权利的要求。一方面，刑法通过对行为人实施刑罚的制裁方法，虽能有效遏制和预防严重的侵权行为的发生，并恢复正常社会秩序，但刑法并不能对不法犯罪行为的受害人提供补救，因此对权利的保障作用是极为有限的。即使在国家作为受害人的情况下（如国有财产受到侵害），刑事制裁并不能使受到侵害的国家利益得到恢复。从权利的实质来看，某种权利受到侵害实质上是权利所包含的利益受到侵害，而利益的侵害只有通过赔偿的方法才能获得补偿。所以，在权利受到侵害以后，采取“以刑为主”的保护方法，必然会出现法律保护的“空谷”和“飞地”，对权利的保护势必是不完整的。另一方面，对构成犯罪的行为人实施刑罚，直接体现了国家对严重侵权的犯罪行为的强制干涉。然而，对大量的不构成犯罪的侵权行为来说，对受害人权利予以保障并不一定需要国家权力的直接介入，而可以由当事人依法采取自我保护方法实现权利。这种自我保护方法的主要表现是当事人可主动行使由侵权法所确认的、基于侵权而产生的损害赔偿请求权。自罗马法以来，各国民法都普遍承认：侵权行为使受害人产生要求赔偿的主观权利，加害人负有赔偿损害的主观义务，行使损害赔偿的请求权乃是权利人的自由，毋须国家权力直接介入。由此可见，通过侵权法的自我保护机制，能够唤醒人们沉眠的权利意识，并使这种意识融入内心世界，形成习惯，使人们能够自觉地运用和保护自己的权利。