

比较侵权法

李仁玉 著

北京大学出版社



比较法学丛书
BIJIAOQINQUANFA

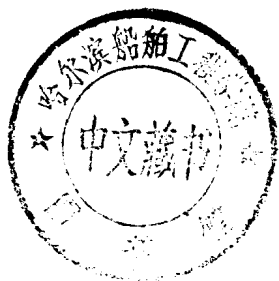
12913

395394

L33

比较侵权法

李仁玉 著



北京大学出版社
北京

书 名：比较侵权法

著作责任者：李仁玉

责任编辑：杨立范

标准书号：ISBN 7-301-03186-6/D·320

出 版 者：北京大学出版社

地 址：北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

电 话：出版部 62752015 发行部 62559712 编辑部 62752032

排 版 者：北京大学出版社激光照排中心

印 刷 者：北京飞达印刷厂印刷

发 行 者：北京大学出版社

经 销 者：新华书店

850×1168毫米 32开本 11.375印张 285千字

1996年8月第一版 1996年8月第一次印刷

印 数：0001—3,000册

定 价：12.50元

序

侵权法这一发端于人类文明初期,作为对“同态复仇”规则扬弃的法律规范,在市场经济和商品社会的环境下,得到了极大的发展和体系化。在人类文明日新月异和法律体系不断变化的当今世界上,侵权法规范仍以其特有的功能在对社会关系的调节和公民、法人权利的保护方面发挥着不可替代的作用。

侵权法,是有关侵权行为的定义、种类、对侵权行为制裁以及对侵权损害后果予以补救的法律规范的总称。在英美法国家,侵权法与财产法、合同法一起,共同构造着私法体系的框架,成为调整财产关系和人身关系的基本法律。在大陆法国家,侵权法作为民法的有机组成部分,而非一个独立的法律部门。

侵权法的内容日趋复杂,尤其是它在现代社会担负的保护公民和法人的基本民事权利方面的重要任务,决定了把侵权法作为一个独立的法律加以研究的必要性。事实上,侵权法这一古老的法律,经过漫长的发展阶段,已经形成了自己相对独立的体系和内容。但是,我们不能忽视,侵权法仍是现代民法的有机组成部分。

侵权法的基本功能之一在于保障财产权和人身权。而这种功能乃是法律的基本价值的集中体现。因此可以说,侵权法功能的实现,是法治社会运行的基本保障。

我国社会的法律传统根植于自然经济,贯彻义务本位原则,实行刑法为本的体制,缺乏侵权法规范和范围更为广泛的民商法规范。新中国成立以后,由于封建主义残余和传统观念的影响,加上极“左”思想和法律虚无主义的泛滥,严重压抑了公民的权利意识。在很长的一段时间内,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,更不知道如何行使自己的权利和捍卫自己的权利。权利观念和权利意识的残缺,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。

我国社会近十多年来的深刻变化,特别是社会主义市场经济模式的确立,带来了社会公民、法人权利意识和权利观念的高扬。更全面、更深刻、更公正地保护公民、法人的财产权和人身权已经成为一种社会事实和历史潮流。深刻反映和全面适应社会主义市场经济本质属性的侵权法规范的确立,是摆在我们面前的一项刻不容缓的历史任务。而这一任务的完成,既要求我们对传统市场经济条件下侵权法规范加以继承,又要求我们进行理论上的创新。

侵权法由于深受各国历史传统和经济发展阶段性的影响,因而表现出极大的差异性。这种差异性,不仅在普通法国家和大陆法国家侵权法规范体系上有体现,而且就是在普通法国家之间(大陆法国家之间也同样)在侵权法的具体制度规定上也有体现。深刻揭示这种差异性,并进一步剖析其背后存在的社会背景、政治原因、经济因素、文化观念和社会哲学及学说体系,无疑要求我们对其进行比较研究。这种比较研究,不仅能够有助于我们理解侵权法的本质和功能,而且对于我国确立适应社会主义市场经济体制的侵权法规范来说,肯定也是具有意义的。

也正是基于这一研究思路,本作者从1984年就开始了这一领域的研究,并于1986年基本上完成了本书的初稿。随着我国社会经济形势的发展,本作者深感这一研究是具有意义的。后虽多易其稿,仍乐此不疲。虽然历时十年,本书才得以付梓,但作者认为,本书对侵权法一些基本理论问题的探讨,仍是有益的理论探索。

在本书即将付梓之际,我应特别感谢已故的北京大学法律学系李志敏教授,是他引导和鼓励我在这一领域里进行研究。我还得特别感谢我的夫人吴孝彦女士,她一直鼓励我对这一问题的研究,并对书稿的抄写提供了大量帮助。我还得真诚感谢北京大学出版

社的王明舟和杨立范先生,他对本书的出版给予了极大的帮助。

应当特别说明的,由于作者水平有限和资料所限,书中难免出现一些纰漏和错误,敬请各位法学同仁和读者批评指正。

李仁玉

1995. 10. 8

目 录

第一章 比较侵权法概述	(1)
第一节 侵权行为的概念.....	(1)
第二节 侵权行为的本质.....	(7)
第三节 侵权法的发展历史	(14)
第四节 侵权法的现状和趋势	(20)
第二章 侵权行为的分类	(28)
第一节 罗马法对侵权行为的分类	(28)
第二节 英美法对侵权行为的分类	(33)
第三节 大陆法对侵权行为的分类	(58)
第四节 我国民事法律规范对侵权行为的分类	(67)
第三章 侵权法中因果关系理论	(76)
第一节 英美法侵权法中因果关系理论	(76)
第二节 大陆法侵权法中因果关系理论	(95)
第三节 前苏联关于因果关系理论的各种学说.....	(106)
第四节 我国侵权法上的因果关系探讨.....	(116)
第四章 过错责任	(120)
第一节 过错责任原则的确立.....	(120)
第二节 过错概念的哲学分析.....	(126)
第三节 过错概念的法学分析.....	(134)
第四节 过错分类.....	(141)

第五节	几种特殊的过错责任·····	(147)
第六节	过错推定·····	(150)
第五章	严格责任 ·····	(152)
第一节	严格责任的概念和特征·····	(152)
第二节	严格责任原则产生和发展的历史条件 及理论依据·····	(155)
第三节	严格责任的适用·····	(167)
第四节	产品责任·····	(183)
第五节	公平责任·····	(195)
第六章	代理责任 ·····	(205)
第一节	代理责任概述·····	(205)
第二节	雇主或法人对其雇工或 工作人员的代理责任·····	(208)
第三节	法人对法人机关的责任·····	(216)
第四节	监护人的代理责任·····	(224)
第七章	政府侵权责任 ·····	(229)
第一节	政府侵权责任的概 念·····	(229)
第二节	政府侵权责任的理论依据和实践发展·····	(234)
第三节	政府侵权责任的构成要件·····	(239)
第四节	我国国家赔偿 责任制度·····	(249)
第八章	侵权与保险 ·····	(302)
第一节	保险制度对侵权法的影响·····	(302)
第二节	责任保险·····	(311)
第三节	社会保险·····	(315)

第九章 赔偿损害	(328)
第一节 赔偿损害的当事人	(328)
第二节 赔偿损害的范围	(330)
第三节 损害赔偿额的计算	(347)
第四节 赔偿损害的方法	(349)

第一章 比较侵权法概述

第一节 侵权行为的概念

一 普通法中侵权行为的概念

侵权行为“Tort”一词来源于拉丁文“Torquere”，意即扭曲“Twisted”和弯曲“Tortus”之意。在普通法国家，侵权行为一词一开始人们只在普通的意义上使用它，并没有其特定的法律含义。随着社会的发展，侵权行为一词的普通意义逐渐消失，并逐渐赋予其特定的法律含义。^①然而，侵权行为作为一个特定的法律概念，普通法学者对此有许多争议。^②美国学者查理斯·W·路塞：(Charles·W·Luter)指出：“侵权行为是一种民事错误或损害。它与违约不同。对此，受害人得到一笔法定的补偿金。一般来讲，在一些妨害、损害案件里，法院采用最好的补救措施是发布禁令，强制被告停止不法侵害。但在大部分情况下，侵权之诉的目的是得到金钱补偿。侵权行为的责任是以法律保护的他人利益为前提。”^③英国学者大卫·伯克(David Baker)指出，侵权行为由三个因素构成：“第一，所实施作为或不作为是非法行为；第二，所实施作为或不作为侵犯了法律保护的他人利益；第三，遭受非法侵犯的当事人可以得到民事赔偿。”^④布莱克法学辞典(Black's Law Dictionary)给侵权行为这一概念下了经典性的定义：“侵权行为是私

① 威廉·L·布鲁塞尔：《侵权法》，1977年英文版，第3页。
② 同上。
③ 查理斯·W·路塞：《侵权救济》，1975年英文版，第1页。
④ 大卫·伯克：《论侵权》，第2页。

人的或民事的过错或损害,而不是违反合同。对此,法院采用一种补救;以诉讼的形式得到补偿金。侵权行为或者是违反了一般法所规定的义务或者是人们在特定的交易中所引起的一种相互关系。一般说来,侵权行为所指的违反义务,是指法律规定的义务,而不是当事人间协议所规定的义务。每一侵权行为都由三种因素构成:法定义务的存在;违反义务;损害是最近的原因。侵权行为或者是对个人的法定权益的直接侵犯;或者因违反公共义务而损害了个人利益;或者因违反职责而损害了个人利益。”^①另外,有些普通法学者从诉讼程序方面来给侵权行为下定义,认为侵权行为是不履行义务而引起的损害赔偿之诉。

普通法学者对侵权行为这一概念所下的定义可以说是五花八门,各式各样,但可以归纳为下列几点:(1)侵权行为是指行为人的不法作为或不法不作为;(2)侵权行为必须妨害或侵害了法律所保护的他人财产或人身权益;(3)侵害或妨害他人人身或财产权益的人为妨害人,权益受到损害的人为受害人,受害人同妨害人之间形成债权债务关系,受害人为债权人,妨害人为债务人。

二 大陆法中侵权行为的概念

在大陆法中,侵权行为具有不同的称谓。

在德国法中,侵权行为被称为不许行为(Unerlaubte Handlungen)。德国法采用了罗马法的体例,接受了罗马不法行为(delict)的概念。不许行为原则上包括故意和过失。根据德国1896年公布1900年实行的《德国民法典》第823条第1款的规定:“因故意或过失非法地使他人的身体、生命、自由、财产或任何其它权益遭受损害,他要对此造成的损害负责。”

在日本民法中,侵权行为被称为不法行为。它以德国民法为蓝

^① 《布莱克法学辞典》,第1335页。

本,一般表述为:因故意或过失地侵害他人权利而造成他人损失的行为为不法行为。所指侵犯他人的权利不仅包括侵犯他人财产权利造成他人财产损失,而且包括侵犯他人的人身权利,如毁坏他人名誉,造成他人精神痛苦等等。^①

必须注意的是,在国民党民律中亦有类似的表述:侵权行为之构成除行为人有故意外,凡能注意而未能注意,不注意者为有过失,亦认为是赔偿损害之原因。台湾民法学家史尚宽指出:“侵权行为者,因故意或过失不法侵犯他人之权利或故意以违背善良风俗之方法,加害于他人之行为也。简言之,为侵犯他人权利或利益之违法行为。”^②

在法国法中,因承袭罗马法的表述,侵权行为有广义和狭义之分。广义的侵权行为包括一般侵权行为和准侵权行为(*des délits et quasi-délits*),狭义的侵权行为仅指一般侵权行为。但按照《拿破仑民法典》的体例,对侵权行为的理解应作广义的理解。狭义的侵权行为是指因自己的故意或过失而损害他人权益,并负赔偿责任的行为;而准侵权行为是指对受其监护的无行为能力人或受其驯养、保管、占有、所有的物损害他人权益的行为。如受父母监护的未成年子女侵害别人权益的行为;主人或雇主的仆人或雇工在执行职务过程中使他人受损害的行为;学生或徒弟在教师或师傅监管期间造成他人损害的行为;动物造成他人损失的行为等。^③

三 我国理论界对侵权行为概念的争论及民法通则的规定

我国理论界对侵权行为这一概念一直有争论。在建国初,理论界因袭前苏联教科书的提法,延用了侵权行为这一概念。其后,一

^① 《日本民法典》第 709 条和第 710 条。

^② 史尚宽:《债法总论》第 101 页,1957 年版。

^③ 见《法国民法典》第 1382 条、第 1383 条、第 1384 条、第 1385 条,北京大学出版社 1982 年版。

些学者提出了不同看法,主张用损害赔偿代替侵权行为。但是,损害赔偿这一概念与侵权行为这一概念,其含义并不一致。因合同不履行或不适当履行而引起的赔偿,也可以称为损害赔偿。但传统的侵权行为概念并不包括合同的不履行或不适当履行,它只指侵犯一定的财产权益和人身权利。另外,损害赔偿是从结果的角度来考虑问题,其重点是权利受到侵犯,损害已经形成,如何恢复权利;而侵权行为是从开端的角度来考虑问题,其重点为什么行为是侵犯别人权利的行为,其临界点在何处。当然,侵权行为自然意味着对别人权利的恢复。另外一些学者主张用侵权损害,这样一方面与损害赔偿这一概念相区别,另一方面与“合同”、“无因管理”、“不当得利”这些概念相一致,因为这些概念均未标出法律后果的字样——赔偿。另外,侵权损害的法律后果也不一定是赔偿^①。《民法通则》采用侵权责任这一概念,将侵权行为作为发生民事责任的一种法律事实在民事责任一章中加以规定,突出了侵权责任制度着重制裁侵权行为,保护公民合法权益的目的性。此外,由于强调对公法权利的保护,我国侵权行为的概念不限于传统民事的侵权行为,不仅有传统的民事侵权行为,而且有经济侵权行为和政府侵权行为。如《民法通则》对侵犯商标、专利以及国家工作人员执行职务侵犯公民权利的规定就属此类。就民事侵权而言,包括一般侵权行为和特殊侵权行为两类。对于一般侵权行为来说,必须坚持其四个构成要件,即行为的违法性,损害事实的客观存在,行为人主观上有过错和损害事实与违法行为之间有因果关系。只有这样,才能把握侵权行为的实质,才能区别侵权行为和非侵权行为。对于特殊的侵权行为只能根据民法通则分别对待。对于经济侵权行为和政府侵权行为,除领会《民法通则》的精神以外,还必须深入研究经济法和行政法规的规定。

^① 王作堂等:《民法教程》,北京大学出版社1983年版,第408页。

四 不同法系中侵权行为概念的共性和差异

无论是普通法系,还是大陆法系,无论是资本主义国家,还是社会主义国家,虽然对侵权行为的具体称谓不同,但是在法律结构上有许多共同点:

(1)侵权行为必须具备行为这种外部形态——作为或不作为。作为是行为人积极的外在表现,不作为是行为人消极的外在表现。没有行为人的作为或不作为,当然谈不上侵权行为。

(2)行为人的行为必须违法,侵犯了法律保护的利益。如果行为人的行为是合法的,则当然谈不上侵权行为,如医生给病人做手术,这种行为就不是侵权行为。如果行为人的行为只是违反了道德准则,而没有违反法律,仍不构成侵权行为。如一游泳能手,眼见他人溺水,观望不救,虽然他的行为违反了道德准则,受到世人的谴责,但他的行为不构成侵权行为。相反,医生对生命处于危险境地的病人不予及时治疗,则违反了法律规定的义务,构成侵权行为。必须指出的是,有的道德准则已被法律化了。在这种情况下,如果违背了该道德准则,则为侵权行为。如我国《民法通则》第79条第2款规定:“拾得遗失物、漂流物或者失散的饲养动物,应当归还失主。”这一规定把我国传统道德的“拾金不昧”的道德要求法律化了。如果财物拾得人不归还该财物,则不仅违反了道德准则,而且违反了法律准则;拾得人的行为不仅是违反道德的行为,而且是违反法律的侵权行为。另外,紧急避险行为、正当防卫行为、职务授权行为以及其他为社会公益的行为,虽然也侵犯了法律所保护的他人利益,但各国法律基本上把它们排除在侵权行为的范围之外。只要行为人在合理的限度内,该行为就具有合法性。

(3)这种行为必须致害于受害人。没有损害结果就没有侵权行为。这里,对损害结果要进行广义的理解,不仅包括对财产权利的侵害,造成财产的直接损失和间接损失,而且包括对人身权利的侵

害,如诋毁他人名誉,造成他人精神痛苦等。这种损害结果不仅包括有形结果,如造成他人财产的直接减少,而且包括无形结果,如妨害他人所有权的行使。

(4)侵权行为的后果不是一般的道义批评,亦不是刑罚惩罚,而是一种债权债务关系——损害赔偿。必须指出的是,我国法律对侵权行为的解决方式是多种多样的。如停止侵害;消除妨碍;排除危险;恢复原状;赔偿损失;消除影响、恢复名誉等^①。

值得注意的是,侵权行为这一概念在不同法系中具有差异性。在普通法中,侵权行为没有一个规范的定义,只有具体的侵权行为,没有抽象的侵权行为。米勒指出:“不可能给侵权行为下一定义。在普通法里,侵权行为仅仅是一种术语,是违反义务(不同于违反合同或准合同),允许提起损害赔偿之诉。”^②在普通法中,侵权行为是一个庞大的领域,所包括的内容相当广泛,从直接的人身侵犯、危险的疏忽行为到难以描述的道德准则的违背。侵权行为不仅涉及到传统的私法领域,而且随着现代科技的发展,延伸到太空法、核能法、环保法、海洋法等领域。相反,在大陆法中,侵权行为这一概念是通过法律明确规定的。这种原则规定成为确认行为是否为侵权行为的准则。它的定义是确定的和清晰的。应当指出的是,西方国家的法学家更多地是从“个人自由”原则给侵权行为这一概念下定义的。他们认为,人的意志是自由的,实施侵权行为是人的自由意志的选择,侵权本身是个人的权利,法律对侵权行为人的惩罚,只不过是对其侵权行为人行为越轨的矫正。与此相反,我国学者在给侵权行为下定义时,注意到主客观相结合的原则,认为侵权行为是因行为人的故意或过失给他人或组织造成人身或财产损害的行为。我国《民法通则》对侵权责任的规定就注意到了应遵循主客观相结合的原则。

^① 见《民法通则》第134条。

^② 米勒:《英国民事法律纲要》第二册,1910年英文版,第1615页。

第二节 侵权行为的本质

侵权行为的本质是什么,侵权行为与犯罪行为的关系如何,侵权行为与违约行为又有何区别,这是侵权行为法的基本问题,不弄清这些问题就难以把握侵权行为这一法律概念。

一 侵权行为的本质

资产阶级法学家对侵权行为的本质这一理论问题总是避而不谈。他们总是从侵权行为构成要素的角度给侵权行为下定义。其实,侵权行为的构成要素只是说明了什么行为构成侵权行为,侵权行为的构成必须具备的法律要件,而不能说明法律为什么把这种行为规定为侵权行为,而把另一些行为规定为合法行为,不能真正理解侵权行为这一法律概念的本质。

侵权行为的本质不是在于这种行为的不合法,而是在于这种行为侵犯了法律所保护的一种现行的社会关系。正因为行为侵犯了法律所保护的现行的社会关系,法律才规定它为侵权行为。也就是说,我们必须从下列三方面来把握侵权行为的本质。

第一,侵权行为是对社会关系的侵犯。侵权行为虽然种类繁多,或者表现为侵犯他人的财产权益,或者表现为侵犯他人人身权益,或者表现为损害他人的有形物,或者表现为损害他人的无形物,但归结到一点,就是对社会关系的一种侵犯。社会现象虽然各式各样,但都可以归结为几种不同的关系,如财产关系、人身关系等。对他人财产权的侵犯,如妨碍他人所有权的行使、非法占有他人财物等,就属于侵犯财产关系的侵权行为;对他人人身权的侵犯,如殴打他人、侮辱他人人格等,就属于侵犯人身关系的侵权行为。

第二,侵权行为是对法律保护的社会关系的侵犯:侵权行为以

对受法律保护的社会关系的侵犯为前提,对非受法律保护的社会关系或者当事人之间约定的关系的侵犯不为侵权行为。非受法律保护的关系,如未经他人同意,在他人土地上种植,所有权人对该种植物行使所有权不为侵权行为。当事人之间约定的关系,如合同关系,对这种关系的违背,如不履行合同或不适当履行合同,则为违约行为,不为侵权行为。

第三,侵权行为是对现行的社会关系的侵犯。这里所说的现行的,是指非过去的和非未来的。法律是对现行的社会关系的保护,它对过去没有追溯力,对未来亦没有约束力。如一对恋人,在恋爱期间形同夫妇,但在此期间,有第三方插入,致使他们恋爱告吹。第三方的行为虽然不道德,但不是侵权行为。因为恋爱双方虽然将来可能形成婚姻关系,成为夫妻,但这种关系是将来的,而不是现行的。

二 侵权行为与犯罪行为

(一) 侵权行为与犯罪行为的共性

在研究侵权行为与犯罪的关系时,我们发现侵权行为与犯罪行为有许多共同点:

第一,从本质上讲,侵权行为与犯罪行为都是对社会关系的侵犯。虽然资产阶级的法学家本着私法和公法划分的理论,认为侵权行为是对个人利益的侵犯,而犯罪行为是对社会利益的侵犯。我们认为侵权行为不仅侵犯了个人利益,而且侵犯了社会公共利益;有的侵权行为直接侵害社会公共利益,如公妨害。犯罪行为不仅是对社会公益的侵害,而且也是对公民个人利益的侵害,如杀人,不仅危害了社会公共秩序,而且直接剥夺了他人的生命权。

第二,从外部形态上讲,侵权行为与犯罪行为都是通过作为和不作为这两种形式来实施。无行为就无侵权,无行为亦无犯罪。

第三,从后果上讲,侵权行为与犯罪行为都要求有损害后果的