

总主编◎高在敏 李少伟

法学专业民商法学方向课程与技能课程系列教材

车辉 李敏 叶名怡◎ 编著

侵权责任法理论与实务

QINQUAN ZERENFA LILUN YU SHIWU

中国政法大学出版社

法学专业民商法学方向课程与技能课程系列教材

总主编 高在敏
李少伟

侵权责任法理论与实务

车 辉 李 敏 叶名怡 编著

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

侵权责任法理论与实务 / 车辉等编著. —北京: 中国政法大学出版社, 2009. 3

ISBN 978-7-5620-3351-6

I. 侵... II. 车... III. 侵权行为-民法-中国-教材 IV. D923

中国版本图书馆CIP数据核字 (2009) 第028199号

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 固安华明印刷厂

787×960 16开本 28印张 470千字

2009年3月第1版 2009年3月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-3351-6/D·3311

定 价: 38.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号

电 话 (010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)

通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

编写说明

民商法是市场经济的基本法。民法学、商法学和民事诉讼法学是高等学校法学专业的核心课程。西北政法大学民商法学院根据教育部《全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求》，先后编写并出版了《民法学》、《商法学》和《民事诉讼法学》等教材。在此基础上，我院根据课程设置的需要和教材建设的规划，在总结多年课程教学经验、吸收教学改革成果的基础上，组织学术水平较高、教学经验丰富的教师编写并推出“法学专业民商法学方向课程与技能课程系列教材”。编写此“系列教材”的目的有二：一是深化民商事实体法学和程序法学的教学内容，扩展和丰富课程类型；二是体现理论与实务的结合，培养学生的法律专业技能或实务操作能力。

首批编写和出版的教材有：《侵权责任法理论与实务》、《民事案例评析》、《商事案例评析》、《证券法理论与实务》、《票据法理论与实务》、《破产法理论与实务》、《亲属法学》、《民事执行法学》、《仲裁法学》。

这套系列教材的出版是我院教学改革阶段性成果的体现，更是一种新的尝试，其中难免有欠妥适之处，诚望各位同仁和广大读者不吝指正。

编者

2008年5月

说 明

为进一步深化教育教学改革,培养国家及西部区域经济社会发展所需要的各类高素质创新人才,构建教学研究型大学本科人才培养体系,西北政法大学于2005年制定了新的本科教学计划,特别强调增设专业选修课,其中民商法学院开设了《侵权法理论与实务》的选修课,学时34课时。通过几年的教学实践,取得了较好的成绩,深受学生欢迎,同时,我们还积累了许多经验。目前学校已对2005年本科人才培养方案进行了修订,已制定出新的2009年本科人才培养方案,其中的《侵权法理论与实务》这门专业选修课的学时已增加到51课时。为此,我们在总结已有教学经验的基础上,结合本课教学的特点和本科生的需求,理论结合实际,专门组织有经验的一线教师,自2007年9月立项至今,历时一年多编写了《侵权责任法理论与实务》这本教材。

本书的写作体例密切结合这门选修课的特点,强调理论与实务的结合,打破了传统教材的模式。主要由基本理论、法律链接、理论争议、实务指南、思考案例几个部分组成,但其中的有些章节因受内容的局限,并未能都涉及上述各部分。

其中的法律链接,由于篇幅所限,只附法条的出处并标明条文数,具体内容未能引出,请大家自己查阅。本书的撰稿人分别是:车辉教授(撰写第三、四编,即第22~27章);李敏副教授(撰写第二编,即第7~21章);叶名怡博士(撰写第一编,即第1~6章),由车辉负责统改定稿。

由于《侵权责任法》仍在讨论起草过程中,有关侵权行为及侵权责任的相关理论,以及侵权责任法的逻辑体系等问题在理论界还有许多争议,未能定

论。因此,我们的教材内容也还有许多有待商榷之处,加之时间仓促,其中的错误、纰漏之处在所难免,敬请学界同仁和各位读者批评、指正,以便在《侵权责任法》颁布实施后能再修正。

本书的完成并得以出版,首先要特别感谢中国政法大学出版社的社长李传敢先生对西北政法大学民商法学院系列丛书出版的鼎力支持,以及出版社各位编辑的辛勤工作。同时,感谢西北政法大学领导对《侵权责任法理论与实务》这门课的重视,以及民商法学院领导的关心和支持。

编 者

2008年12月28日于西安

| 目 录 |

第一编 总 论

第一章 侵权行为与侵权责任法	1
第一节 侵权行为概述 / 1	
第二节 侵权责任法概述 / 7	
第二章 侵权责任的归责原则	25
第一节 归责原则概述 / 25	
第二节 过错责任原则 / 28	
第三节 无过错责任原则 / 35	
第四节 关于过错推定原则 / 41	
第五节 关于为他人行为之责任原则 / 42	
第六节 关于公平责任原则 / 46	
第三章 侵权责任的构成要件	52
第一节 侵权行为构成要件概述 / 52	
第二节 损害 / 59	
第三节 因果关系 / 68	
第四节 过错 / 83	
第四章 抗辩事由	101
第一节 抗辩事由概述 / 101	
第二节 正当理由的抗辩 / 102	

第三节	外来原因的抗辩	/ 107
第五章	侵权民事责任的承担方式	110
第一节	侵权民事责任的承担方式概述	/ 110
第二节	损害赔偿	/ 111
第三节	非损害赔偿的责任方式	/ 114
第六章	责任竞合与聚合	116
第一节	责任竞合与聚合概述	/ 116
第二节	侵权责任与行政责任、刑事责任的聚合	/ 117
第三节	侵权责任与违约责任的竞合	/ 119
第四节	侵权责任与不当得利的竞合	/ 122

第二编 具体侵权行为及其责任

第七章	一般侵权行为	124
第一节	一般侵权行为概述	/ 124
第二节	侵害人身权的侵权行为	/ 128
第三节	侵害物权的侵权行为	/ 134
第四节	侵害知识产权的侵权行为	/ 136
第八章	第三人侵害债权的民事责任	144
第一节	第三人侵害债权概述	/ 144
第二节	第三人侵害债权侵权责任的构成要件及其承担	/ 146
第九章	共同侵权行为	154
第一节	共同侵权行为概述	/ 154
第二节	共同危险行为	/ 160
第三节	抛掷物致人损害的侵权行为	/ 162

第十章 违反安全保障义务的侵权责任	167
第一节 安全保障义务概述 / 167	
第二节 违反安全保障义务的侵权责任的承担 / 169	
第十一章 高度危险作业致人损害的侵权责任	173
第一节 高度危险作业致人损害的侵权责任概述 / 173	
第二节 高度危险作业致人损害责任的构成要件及其 免责事由 / 175	
第十二章 道路交通事故致人损害的侵权责任	181
第一节 道路交通事故侵权责任概述 / 181	
第二节 第三者责任强制保险与道路交通事故 社会救助基金 / 183	
第十三章 医疗事故致人损害的侵权责任	192
第一节 医疗事故责任概述 / 192	
第二节 医疗事故侵权责任的构成要件及其免责事由 / 195	
第十四章 校园伤害事故的侵权责任	203
第一节 校园伤害事故侵权责任概述 / 203	
第二节 校园伤害事故责任的构成要件及其承担 / 208	
第十五章 监护人责任	214
第一节 监护人责任概述 / 214	
第二节 监护人责任的构成要件及其责任承担 / 216	
第十六章 雇主责任与法人侵权责任	223
第一节 雇主责任 / 223	
第二节 法人侵权责任 / 228	
第十七章 产品责任	236
第一节 产品责任概述 / 236	

第二节	产品责任的构成要件与免责事由 / 238	
第十八章	环境污染致人损害的侵权责任	244
第一节	环境污染致人损害的侵权责任概述 / 244	
第二节	环境污染致人损害的侵权责任的构成要件及其 免责事由 / 245	
第十九章	饲养动物致人损害的侵权责任	250
第一节	饲养动物致人损害的侵权责任概述 / 250	
第二节	动物致害责任的构成要件与免责事由 / 252	
第二十章	建筑物致人损害的侵权责任	257
第一节	建筑物致人损害的侵权责任概述 / 257	
第二节	建筑物致人损害的侵权责任的构成要件及其 责任承担 / 259	
第二十一章	地面施工致人损害的侵权责任	263
第一节	地面施工致人损害的侵权责任概述 / 263	
第二节	地面施工致人损害的侵权责任的构成要件及其 免责事由 / 264	

第三编 侵权责任形态

第二十二章	侵权责任形态概述	268
第一节	侵权责任形态及理论体系 / 268	
第二节	直接责任和替代责任 / 274	
第三节	单方责任和双方责任 / 282	
第四节	单独责任和共同责任 / 299	

第四编 损害赔偿

第二十三章 损害赔偿概述	323
第一节 损害赔偿的概念和性质 /	323
第二节 损害赔偿的原则 /	324
第二十四章 财产损害赔偿	332
第一节 财产损害赔偿概述 /	332
第二节 财产损害赔偿数额的计算 /	336
第三节 财产损害赔偿的方法 /	341
第四节 侵害财产权的精神损害赔偿 /	343
第二十五章 人身损害赔偿	347
第一节 人身损害赔偿概述 /	347
第二节 人身损害赔偿的常规赔偿 /	361
第三节 丧失劳动能力的赔偿 /	365
第四节 造成死亡的赔偿 /	373
第五节 定期金赔偿 /	388
第六节 死者和未出生的胎儿受到损害的赔偿 /	391
第二十六章 精神损害赔偿	402
第一节 精神损害与精神损害赔偿 /	402
第二节 精神损害赔偿的权利适用范围 /	411
第三节 精神损害赔偿金的算定 /	415
第二十七章 附带的损害赔偿	421
第一节 刑事附带民事诉讼中的损害赔偿 /	421
第二节 行政附带民事诉讼中的损害赔偿 /	427

第一编 总论

第1章

侵权行为与侵权责任法

第一节 侵权行为概述

一、侵权行为的概念与特征

什么是侵权行为？这是大多数侵权法学习者首先会想起的一个问题。侵权行为的概念分为法定概念和学理概念，前者是相关国家民法典或侵权法对侵权行为所作的立法界定，^{〔1〕}如《法国民法典》第1382条规定：“任何行为使他人受损害时，因自己过错而致损害发生之人，对该他人负赔偿的责任。”后者是侵权法学者所下的定义。在这里，主要讨论侵权行为的学理概念。

关于侵权行为的学理概念，存在以下一些有代表性的观点。王利明教授认为：“侵权行为指的就是由于过错侵害他人的人身和财产而依法应承担民事责任的行为，以及依法律特别规定而依法应承担民事责任的其他损害行为。”^{〔2〕}

〔1〕《德国民法典》第823条规定：“因故意或过失不法侵害他人的生命、身体、健康、自由权或其他权利者，负有向该他人赔偿因此而发生的损害的义务。”《瑞士债法典》第41条规定：“任何人因故意或过失地实施不法行为造成他人损害者，应当承担赔偿责任。”《日本民法典》第709条规定：“因故意或过失侵害他人权利者，负因此而产生损害的赔偿责任。”《欧洲侵权法原则》第1：101条规定：“（1）因他人损害而在法律上可被归责者须对该损害承担赔偿责任。（2）损害特别可被归责于以下人：a）其构成过错的行为引起损害者；b）或者从事的异常危险活动引起损害者；c）其附属者在其职务范围内引起损害者。”

〔2〕王利明：《侵权行为法研究》（上），中国人民大学出版社2004年版，第8页。

杨立新教授认为,侵权行为是指行为人由于过错或者在法律特别规定的场合不问过错,违反法律规定的义务,以作为或不作为的方式侵害他人人身权利和财产权利及其利益,依法应当承担损害赔偿等法律后果的行为。^[1]

张新宝教授认为,广义侵权行为包括加害人自己的侵权行为和准侵权行为;狭义侵权行为是指侵害他人人身权、财产权以及法律保护的利益的行为,一般情况下行为人主观上有过错。^[2]

上述三种定义大同小异。相同的地方在于他们都认为侵权行为包括过错侵权行为和无过错侵权行为。不同的地方在于,杨立新教授一贯强调侵权行为应具有“违法性”要素,而其他两位教授并没有将这个要素置入侵权行为的界定中。第一种和第三种观点之间的差别则是前者表述为“侵害他人的人身或财产”,后者表述为“侵害他人人身权、财产权以及法律保护的利益”。显然,后者的表述更为精确一些。

笔者认为,所谓侵权行为是指因其过错或其制造或控制的异常危险,或者其他法定事由导致他人遭受损害因而应承担侵权责任的行为。

依此定义,侵权行为的法律特征包括以下三个方面:

(1) 侵权行为必定有损害和因果关系。在这里,损害和因果关系均为法律上的概念,而非生活语言。损害可能是绝对权遭受侵害,也可能是法律明确保护的利益受到侵犯。因果关系既包括科学意义上的事实因果关系,也包括法律上的因果关系。

(2) 某项行为之所以为侵权行为,还因为它满足某种归责依据的要求。行为人实施侵权行为之所以要承担侵权责任,是因为他有过错——或者他违反法定义务或注意义务,^[3]或者他制造或控制了某项异常危险,或者是法律规定的其他事由,如监护人责任。

(3) 这里的“行为”,包括作为和不作为。侵权行为中的行为大多数场合下都是作为,如某人饲养了一只凶猛的狼犬咬伤了路人,或者某人超速驾车酿成

[1] 杨立新:《侵权法论》,人民法院出版社2004年版,第13页。

[2] 张新宝:《侵权责任法原理》,中国人民大学出版社2005年版,第16~17页。

[3] 侵权法上的过错是指违反法定义务或注意义务的心理状态或客观状态。法定义务是法律明确保护他人免受损害的义务,注意义务是一般理性人对他人安全所负担的应有的谨慎义务。从一定意义上说,这两种义务都是法定义务,而不是约定义务。正是这一特征,将侵权法上的过错侵权行为与合同法上的违约行为区分开来。

交通事故,或者医生不当医治病人致病人死亡;不作为主要存在于行为人负有作为义务的情况下,如施工队在道路上挖坑,忘记设置防护装置,导致行人掉入坑内受伤等。

正是上述三项特征的综合令侵权行为不同于其他法律事实(契约、不当得利、无因管理)。另外,侵权行为虽然是一种违法行为,但由于过错内涵的变化和侵权行为道德可责性的弱化,违法性已被过错所吸收,因而不必再强调侵权行为的违法性。

二、侵权行为的种类

根据不同的标准,侵权行为可作不同的分类。

依归责依据来划分,侵权行为可以分为过错侵权行为(又分为故意侵权行为和过失侵权行为)、危险责任之侵权行为。这两类通常又被称为一般侵权行为和特殊侵权行为。

依具体致害者是否为侵权责任人本人来划分,侵权行为可以分为为自己行为负责之侵权行为、为他人或他物致害负责之侵权行为。后者通常又被称为“准侵权行为”。

依行为方式来划分,侵权行为可以分为作为的侵权行为和不作为的侵权行为。

依侵权行为人的数量和行为结合形态来划分,侵权行为可以分为单独侵权行为和共同侵权行为。

三、从侵权行为的演进看侵权行为与犯罪之间的关系

(一) 远古时期及罗马法时期的侵权行为

在很长一段历史时期内,侵权这个词没有确切的定义。这很好理解,因为侵权作为一个法律概念,必须由法学对其一般化、抽象化后才能提炼其内容,而生活或者说人类活动总是远远超前于法律的这种一般化活动的。

可以想象,在古罗马《十二铜表法》以前,杀人、盗窃、纵火这些有损于共同体内部秩序的不当活动都会被视为一种实质意义上的侵权,轻者被同态复仇,重者被“放逐”从而遭人追杀。不过在氏族间的赎罪程序里,被要求复仇的犯罪,与只不过是负起恢复原状义务的不法行为之间,最初并没有区别。其原因大致有二:①当时并不考虑“罪责”(schuld)问题,因此对于反映“意

图”(gesinnung)的罪责程度也未加以考虑。渴望复仇者在意的不是行为人的主观动机,而是损害的客观结果。②“判决”的“法律效果”使得这种区分意义不大,其结果无非是合法的自力救济,乃至对行为人实施放逐。^[1]

在罗马人看来,侵权行为与犯罪也有区分,不过二者的分界线跟现代的有所不同。犯罪(crimen)用于指称对公共利益的侵犯,犯罪人要在一个特别法庭上按照严格的、国家主导的刑事诉讼程序(不同于民事审判),受到指控和定罪,然后受到公共刑罚(非私刑)。当然,罗马人眼中的犯罪类型很少,它只包括被认为特别严重地侵害到共同体的一些行为,如叛国、亵渎圣事等,后者包括暴力谋杀和犯罪。^[2]

罗马人认为,盗窃、抢劫、放火、伤人这些在现代人看来构成刑事犯罪的严重违法行为,却是地道的侵权行为,属于侵害私人利益的“私犯”,由受害人来自诉,并在民事法院按照民事诉讼程序来审判。简言之,这些不法行为被罗马人划入侵权行为的范畴。当然,罗马法上的侵权概念一直带有强烈的刑法色彩,在罗马法律史的演进过程中,即使赔偿功能日益突显,刑事因素也从未完全消失过。因此,侵权法与刑法之间的区分远远不如今天那样清楚。

(二) 中古时期欧陆法上的侵权行为

日耳曼法与罗马法不同,没有公私法的划分。^[3]与之类似的是,侵权法和刑法的区分较为模糊。多数在今日被认为犯罪的违法行为,在古日耳曼法只不过是一种侵权行为,但其仍有不同于侵权的犯罪。这种区分的标准与古罗马法亦大致相同,即主要视被侵犯的利益是属于个人及其所属血族,还是属于整个部族。侵权行为产生的是行为者与被害者两个血族团体之间的一种敌对关系;犯罪则是对整个部族的敌对行为,对犯罪人,全部族人得而诛之。古日耳曼法中,犯罪种类极少,主要是亵渎圣物、巫术、叛逆、纵火以及暗杀等,公开杀人而无藏匿企图的则非犯罪,而是侵权行为的一种。^[4]

日耳曼法上,凡侵权行为,均看重加害行为的结果,而不以主观上犯意的

[1] [德] 韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,第12~14页。

[2] Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, p. 918.

[3] Rudolf Huebner, *A History of Germanic Private Law*, translated by Francis S. Philbrick, Boston Little, Brown, and Company, pp. 15~16.

[4] [美] 孟罗·斯密:《欧陆法律发达史》,姚梅镇译,中国政法大学出版社2003年版,第50~52页。

有无为要件。换言之，纯粹以外部表现的行为为标准，而加害行为究竟因加害人故意或过失，抑或纯系偶然行为（*ungefähr*），其间并无任何区别。故法谚曰“加损害者须为赔偿”，又曰“事实裁判人”，均为此等思想的表现。^{〔1〕}依循这种结果取向的逻辑，未成年人、精神病人致人损害，自然也同样要承担责任（以他们自己的财产赔偿）。而且，造成他人损害的未成年人或许会被交给受害人，以便利用其劳动来抵销损害赔偿。此种安排与罗马法上的过失主义明显不同。同时，这种致害行为是作为还是不作为，在所不问。侵权损害赔偿的免责事由只有两种：意外事件和正当自卫（*notwehr*）。^{〔2〕}

教会法在处理不法行为方面的一个重要特征是区分罪孽（*sins*）和罪行（*crimen*）。不过在早期教规中，“罪行”与“罪孽”可互换使用，违反世俗法的侵权行为与违反上帝律法的侵权行为之间没有明显区别。教会的补赎目的不是惩罚，而是灵魂关照、革新道德生活以及恢复与上帝的正当关系。与此相似，世俗制裁的首要目的也不是惩罚，而是荣誉的补偿、和解以及和平的恢复。到了11世纪晚期和12世纪，罪孽与罪行之间第一次有了区分。世俗官员能够惩罚的任何行为都是对世俗法律的违反，而只有教会才有对罪孽的惩罚权。在教会法学家看来，罪行是指严重的、必须惩罚的罪孽，其特征是不仅冒犯上帝，而且违反人法，为社会所唾弃，是外在的行为，而不单是内心的活动。而罪孽是反正义的、屈从人之虚弱凶恶的秉性，是内在的主观心态。^{〔3〕}当然，在前述的多数情形（涉及罪行）中，教会并无排他性的专属管辖权，而是与普通法院管辖权相竞合。因为教会所处罚的多数是道德上的罪孽，其同时也为法律上的犯罪，故普通法院也有管辖权。^{〔4〕}

时间继续向前，到了潘德克顿的现代运用时期，杀人、盗窃、抢劫等严重不法行为在当时一般已被纳入刑法范畴，《阿奎利亚法》的刑事色彩开始彻底消失，如回溯性估价和抵赖加倍罚规则的取消，救济惩罚性的丧失，消极的不可转让性被去除等。

〔1〕 李宜琛：《日耳曼法概说》，中国政法大学出版社2003年版，第134～135页。

〔2〕 Rudolf Huebner, *A History of Germanic Private Law*, translated by Francis S. Philbrick, Boston Little, Brown, and Company, p. 577.

〔3〕 彭小瑜：《教会法研究》，商务印书馆2003年版，第296页。

〔4〕 [美] 孟罗·斯密：《欧陆法律发达史》，姚梅镇译，中国政法大学出版社2003年版，第301页。

（三）普通法上的侵权行为

Trespass 最早出现在约翰（1199 年～1216 年在位）统治时期，但直到亨利三世（1216 年～1272 年在位）后期才成为一种令状。关于 trespass 的起源有两种观点：少数学者认为它起源于新近侵占土地之诉（*assize of novel disseisin*），但多数学者认为，现今的 trespass 起源于一种半刑事的诉讼，即重罪私诉（*appeal of felony*）。^{〔1〕}在整个中世纪，没有轻罪（*misdemeanour*）这样的词，不属于重罪的都是 trespass。侵害之诉建立在危害国王和平的基础之上，如被告使用暴力殴打原告，破坏原告的进出通道，或拿走原告的财物等。对此，原告不能诉诸武力，只能诉求损害赔偿。不过，败诉的原告也将受到惩罚，如缴纳罚金等。被认定有罪的被告将被判处罚金，并入狱服刑。此外，侵害之诉的刑事性还体现在这样的程序中：被告若未到庭，他将被逮捕并投入监狱；如果被告消失，将被判处放逐。由于这种侵害之诉对被告人极其严苛，故深受原告的欢迎。新出现的这种侵害之诉，其简便的优点逐渐为人所接受，到后来，提起侵害之诉的要件演变为：对原告的土地、动产或人身不当使用武力——但不当地踩上他人土地、不当接触到他人身体和动产都被认定为足够的武力，已充分违反了国王和平。

Case 其实是 trespass on the case 令状的简写。trespass 令状逐渐不敷使用是 case 令状得以出现发展的根本原因。Case 最终形成的过程是：法院先拟制某个案子中存在“使用暴力”的情形，后来慢慢公开承认 trespass 之诉的适用已经扩展到原先的界限之外。过失侵权是随着 case 的发展而发展的。如前所述，临近 18 世纪末，trespass 与 case 的界限越来越模糊，古老的分类形体区域瓦解。当然，trespass、case 旧体系的解体与故意、过失新体系的建立是一个持续两三百年的漫长的演变过程。

（四）侵权行为与犯罪行为的关系

从以上侵权行为演进历程来看，侵权行为直到近代才和犯罪行为有了大体明确的区分，各自由不同的规范来调整。尽管有这样大体的区分，但侵权行为和犯罪行为之间并非各不相干的两块。

在现代法上，一个违法行为可能同时侵害私人利益和公共利益；前者构成

〔1〕 Christie, Meeks, Pryor, Sanders, *Cases and Materials on the Law of Torts*, 3rd ed., West Publishing Co., 1997, p. 18.