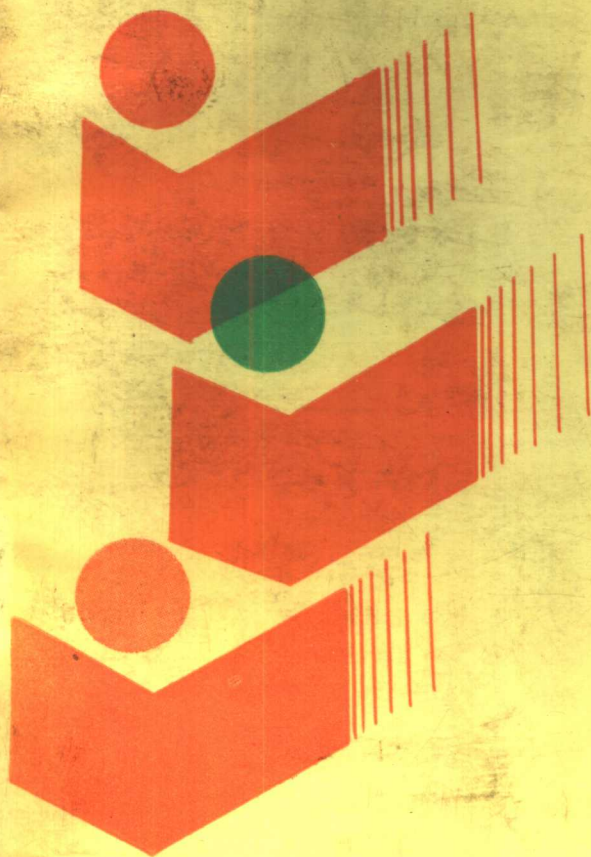


YI NAN MIN SHI JIU FEN SI FA DUI CE

杨立新 / 编著

疑难民事纠纷司法对策



疑难民事纠纷司法对策

杨立新著

吉林人民出版社

疑难民事纠纷司法对策

· 杨立昕 著

吉林人民出版社出版 吉林省新华书店发行
长春市人民印刷厂印刷

*

787×1092毫米32开本 11.75印张 258 000字

1991年10月第1版 1991年10月第1次印刷

印数：1—8,180册

ISBN 7-206-01246-9
D·354 定价：5.20元

序

最高人民法院副院长 祝铭山

在社会主义新的历史时期，人民法院怎样才能全面提高审判工作水平？这是一个十分重要的问题。实践告诉我们，人民法院必须积极培养造就一批用马克思主义思想武装，具有一定法律理论和丰富的审判经验的人才，建设法院系统的理论队伍，才能进一步提高整个法院干部队伍的政治素质和业务素质，全面提高人民法院的执法水平。这是因为：首先，新时期的审判工作必须依靠法律理论的指导。当前，人民法院面临的问题，仅仅依靠过去现有的审判经验是不够的，没有科学理论的指导，人民法院就不能适应改革开放新形势的要求。其次，时代要求审判干部知识更新，实现专业化、知识化。长期以来，从总体上说，审判干部专业化程度不高。党的十一届三中全会以后，许多审判干部通过多种渠道，取得了法律专业文凭，但是，还不能完全适应审判工作的需要。只有全面提高审判干部的专业化程度，才能全面提高审判工作水平。再次，引导审判干部进行法学理论研究，是引导审判干部向专业化、高层次发展的一条最好途径。

正是基于这样的思想，我们创办了全国法院干部业余法律大学和中国高级法官培训中心，着力提高审判干部的知识化、专业化程度，以全面提高人民法院的执法水平。前一段，我们召开了全国法院首届学术讨论会，检阅了全国法院

干部审判科研活动的丰硕成果，受到了法学界专家、学者的好评。

在这项活动中，杨立新同志是走在前头的。他不仅和其他同志首先在当地创办了法院系统的第一家审判研究学会，积极组织审判干部开展科研活动，而且身体力行，结合审判实践经验，在法律理论上进行深入探讨，已经取得了很好的成果。到目前，他已经完成了两部专著和四十余篇论文，共七十多万字，其中《论侵权特别法及其适用》一文在全国法院首届学术讨论会上被评为优秀论文，获得奖励。这对于一个工作在审判第一线的审判干部来说，是难能可贵的。

最近，知道吉林人民出版社要为杨立新同志的法学论文结集出版，我很高兴。这不仅对于他是一件好事，而且对于法院干部来说，也是一件好事。这说明，我们法院干部不仅可以搞法学科研活动，而且能够搞好。杨立新同志的论文，是他运用马克思主义法学基本原理研究当前法制建设实践中新情况、新问题的成果，是他在繁忙的审判工作之余，长期坚持科研活动，锲而不舍，辛勤耕耘的结晶。这些论文，既有一定的理论深度，又有较强的实用价值。读后，令人感到受益非浅。草成以上文字，是为序。

1991年3月20日于北京

目 录

论侵权特别法及其适用	(1)
论我国侵权行为特别法规定的实体内容	(16)
试论邮政侵权行为	(29)
关于侵权损害赔偿请求权的几个问题	(37)
关于处理民事损害赔偿案件的几个问题	(50)
论侵权行为的转承责任	(63)
试论雇用人的转承赔偿责任	(80)
试论公民帮工、换工的风险责任	(88)
试论定作人指示过失的侵权责任	(96)
对最高人民法院“关于银行工作人员未按规定办理 储户挂失造成储户损失银行是否承担民事 责任的批复”的理论阐释	(106)
试论共同危险行为	(117)
试论“喊号助威”者的民事责任	(125)
论我国个人合伙的民事法律地位	(131)
试论治安处罚中损害赔偿的性质	(139)
论人格损害赔偿	(143)
关于小说侵害名誉权的几个问题	(150)
论妨害婚姻关系的名誉损害赔偿	(160)
论对妇女人格权的侵犯及其法律保护方法	(168)
侮辱、诽谤罪的附带民事诉讼之我见	(179)

怎样计算财物损害价值·····	(184)
霍夫曼算法与莱布尼茨算法及其应用·····	(189)
中国古代侵权法研究·····	(198)
唐代侵权损害赔偿制度初探·····	(228)
论《清律》的侵权损害赔偿制度·····	(239)
论债的保全·····	(258)
论债权人代位权·····	(265)
论债权人撤销权·····	(272)
当前债务案件的新特点及其对策·····	(281)
证据系统论刍议·····	(290)
间接证据证明结构刍议·····	(301)
试谈间接证据的证明方法·····	(311)
论幼年证人的资格·····	(319)
论人民法院信息系统的创制·····	(326)
疑难问题解答: ·····	(337)
(1) 儿子欠债能拿家庭的财产抵押吗? ·····	(337)
(2) 以诈术损害他人财产应该承担什么责任? ···	(339)
(3) 截流渠水使他人菜田受损应负赔偿责任吗? (341)	
(4) 一方毁改承包合同有效吗? ·····	(343)
(5) 行政诉讼由谁承担举证责任? ·····	(345)
(6) 约定生效条件未实现的合同是否无效? ·····	(347)
(7) 对摘编文摘稿法律有什么规定? ·····	(349)
(8) 村民组长受损失应当由全组村民承担赔偿责任 任吗? ·····	(351)
(9) 十年前被伤害现在还能向对方要求赔偿损失 吗? ·····	(353)
(10) 雇工伤亡厂方概不负责的合同是否合法? ···	(355)

- (11) 南邻侵占通道可以吗? (356)
- (12) 汽车急刹车造成损失应由谁赔偿? (358)
- (13) 驴因踢倒蜂箱被蛰而死, 又使蜜蜂死光, 双
方的损失应当怎样承担? (360)
- (14) 赌酒致死他方应否负民事责任? (361)
- (15) 建房倒塌应由谁承担赔偿责任? (363)

论侵权特别法及其适用^①

全国人民代表大会及其常委会在其第五届和第六届任期的10年中，共制定了70多部法律。在其中24部非民事法律和新近通过的《行政诉讼法》中，创设了60个侵权损害赔偿的法律条文。这些法律条文的性质是什么？与《民法通则》“侵权民事责任”的规定是什么关系？在审判实践中应如何适用？这一系列问题，都是侵权特别法及其适用的问题。本文就这些问题，试作如下探讨。

—

侵权特别法是侵权行为法特别法的简称，是指侵权普通法以外的国家立法中有关侵权行为的特别民事法律规范的总和。

侵权行为法有广、狭义之分。广义的侵权行为法包括侵权普通法和侵权特别法。狭义的侵权行为法专指侵权普通法。所谓的侵权普通法，就是国家关于侵权行为的集中的、专门的立法，从各国情况看，成文法国家多数规定在民法典中，少数规定在债法中；判例法国家则集中体现在国家司法机关的判例中。我国的侵权普通法则规定在《民法通则》的“民事责任”一章，包括“一般规定”中的5个条文、“侵

① 该文参加全国法院系统首届学术讨论会，获优秀论文奖。

权的民事责任”中的17个条文和“承担民事责任的方式”中的1个条文，共计23个条文。

侵权特别法与侵权普通法相比较，具有以下基本特征：

一是，在表现形式上，是由民法典或债法以外的法律来规定。包括由行政法律、刑事法律等非民事法律中设置的侵权行为法规范和修改、补充侵权行为法的专门法律。如日本，除了在一系列非民事法律中制定大量的侵权特别法规范以外，还制定了诸如《国家赔偿法》等若干侵权特别法的单行法。我国目前的侵权特别法主要表现为非民事法律中的侵权法规范，正在草拟中的《国家赔偿法》为单行的侵权特别法。

二是，在具体内容上，与侵权普通法不同，这是侵权特别法与侵权普通法的最根本的区别。例如，《海洋环境保护法》规定，违反该法，造成海洋环境污染的，要赔偿国家损失；受到污染损害的单位和个人，亦享有损害赔偿请求权。这种关于损害赔偿法律关系双重权利主体的规定，是我国侵权普通法所没有明文规定的。

三是，在法律效力上，具有特定的范围。侵权普通法对全国具有普遍的效力，而侵权特别法无论是空间效力、对人效力，还是适用的范围，都有特定性。如《邮政法》的侵权特别法规范，仅适用于邮政企业范围内发生的邮政企业或者邮政工作人员因进行邮政业务而致邮政用户以损失的场合。超出这一场合，该侵权法规范即无效力。

四是，在适用程序上，不仅可以适用民事诉讼程序，还规定了特别侵权行为的行政处理程序、行政诉讼程序和行政执行程序，而侵权普通法一般只适用民事诉讼程序。

侵权特别法与侵权普通法之间的关系，概括地说，是特殊与一般的关系。所谓一般，即普遍性，是共同具有的，或

者共同适用的，指的是基本法律；所谓特殊，即差别性，是相对于基本法而言，指与基本法具有差别的法律。侵权特别法的上述四个基本特征，正是体现了侵权特别法的特殊之处。

这种与侵权普通法具有差别的侵权特别法，是广义的侵权行为法的重要组成部分。它的作用是补充、修改、丰富侵权普通法。侵权行为法是规定什么是侵权行为，如何对侵权行为进行民事制裁的法律。面对极其复杂并且不断变化的社会生活，侵权普通法只能制定侵权行为构成以及民事责任承担的一般原则，不可能概括所有的侵权行为；随着社会的发展，法律也不会永远一成不变，需要随着变化了的社会生活而不断补充、完善自己；特别是由于我国正处于经济体制、政治体制改革时期，为适应不断变化的政治、经济、社会生活，更有必要不断修改、丰富侵权普通法。古今中外的统治阶级弥补基本法律，主要采取三种方式：一是直接修改法律，二是颁布单行法规，三是在其他法律中设置特别法律规范。一般地说，直接修改基本法，有利于维护基本法的统一性，但频繁改动基本法又会破坏其相对稳定性。特别是我国《民法通则》颁布实施不久，更不宜动辄修订。为了解决现实需要与侵权普通法稳定的矛盾，侵权特别法应运而生。它既可以规定新的侵权行为，又可以对侵权普通法的一些原则规定进行修改和补充，是一种重要的立法形式。由此可见，侵权特别法是侵权行为法体系中不可缺少的组成部分，对于弥补侵权普通法的局限性和维护其稳定性具有重要意义。它不仅是对侵权普通法的必要的补充和修改，而且是完善侵权普通法的重要形式。随着改革的深入进行，我国的侵权特别法会越来越多。因此，研究侵权特别法及其适用，已成为民法学界和民事审判亟待解决的课题。

侵权特别法包括实体法和程序法的内容。在现有的60条侵权特别法规范中，纯粹的实体法规范34条，纯粹的程序法规范18条，实体法与程序法规范编在一起的8条。

侵权特别法实体法的内容是规定特别侵权行为的构成及赔偿责任范围。所谓的特别侵权行为，就是侵权特别法所规定的相对于侵权普通法规定的侵权行为（包括一般侵权行为和特殊侵权行为）所作的划分。其标准是规定侵权行为所处的法律环境不同。特别侵权行为就是侵权特别法规定的侵权行为，它既包括《民法通则》规定的某些一般侵权行为和特殊侵权行为，也包括《民法通则》所没有规定的某些新的侵权行为。侵权特别法实体法描述特别侵权行为，规定其赔偿责任的构成、范围和赔偿方法。

侵权特别法也包括为制裁特别侵权行为而规定的程序法。其理由是：（1）从形式上看，非民事法律中侵权行为法规范的实体内容与程序内容密切相关。在现行立法中，特别是在立法技术不断提高的近几年的立法中，凡是设有侵权损害赔偿条文的，大多设有对特别侵权行为如何处理的程序法条文。即使在实体法和程序法分立的刑事立法中，实体法规定了刑事制裁附带民事制裁的内容，在程序法中亦相应规定了刑事附带民事诉讼的内容。这从形式上说明了侵权特别法的程序法与实体法密不可分。（2）从实质上看，在侵权特别法规范中，程序法仅仅是为实现其实体法内容服务的。非民事法律中的程序内容包括实现行政处罚、民事制裁和刑事制裁的程序规定；但是，就民事制裁而言，在规定了侵权

特别法规范的非民事法律中，其关于民事制裁的程序规定，仅仅是为实现侵权民事责任特别是侵权损害赔偿服务的。在近期的立法中，一些非民事法律的“法律责任”一章，将行政制裁程序与侵权损害赔偿程序分立，更清楚地表明了侵权特别法的实体法与程序法的实质联系。正因为如此，可以认为，侵权特别法的实体法和程序法是内容与形式的关系，它们不可分割地组合在一起，成为广义侵权特别法的一个重要组成部分。

侵权特别法实体法的内容主要包括五个方面：

1. 部分地修改了侵权普通法的内容。这种情况主要是指对《民法通则》规定的原则加以修订，但只限于该法适用范围的情况。有3部法律有这种情况。一是《水污染防治法》第四十二条“完全由于不可抗拒的自然灾害，并经及时采取合理措施，仍然不能避免造成水污染损失的，免于承担责任”的规定。二是《大气污染防治法》第三十七条“完全由于不可抗拒的自然灾害，并经及时采取合理措施，仍然不能避免造成大气污染损失的，免于承担责任”的规定。《民法通则》第一百零七条规定：“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，法律另有规定的除外。”不可抗力是指人力所无法抗拒的强制力，包括无法抗拒的自然现象（地震、台风等）和某些社会现象（如军事行动等）。上述两部法律的规定，限制了不可抗力中社会现象因素造成污染的免责条件的适用，并且在自然灾害造成的不可抗力损失时，尚须以经及时采取合理措施仍不能避免为必要条件。这就在一定范围内有限度地修改了侵权普通法所确立的不可抗力免责原则。《邮政法》第三十四条规定的平常邮件损失免责，汇款和保价邮件因不可抗力所致损失仍不免责

的规定，分别修改了过错责任原则和不可抗力免责原则。

2. 在侵权普通法的原则指导下，增加新的原则性规定，亦只限于在该法适用范围内使用。有两部法律这样规定。《海洋环境保护法》第四十三条第一款，在规定了战争行为、不可抗拒的自然灾害等不可抗力免责条件外，又增设：负责灯塔或者其他助航设备的主管部门在执行职责时的疏忽或者其他过失行为”作为免责条件；在该条第二款，增加了“完全是由于第三者的故意或者过失造成污染损害海洋环境的，由第三者承担赔偿责任”的条文，它虽与“过错责任原则”的基本宗旨相一致，但以明文加以规定这种情况，等于又创设了新的概括性条文。《邮政法》第三十四条第四项规定的“用户自交寄给据邮件或者交汇汇款之日起满一年未查询又未提出赔偿要求的”免责条款，是在《民法通则》诉讼时效原则指导下，新创设的一种时效规定。与诉讼时效比，这种效起始时时效排除2年、20年时效的适用，而且时间非从已知或应知损害发生时始，而是自交寄、交汇时始；查询和赔偿损失请求的效力相同，均可引起赔偿；期限届满邮政企业免责，权利人连实体权利也已丧失。因此，它与诉讼时效制度既有联系，又有区别。

3. 突破侵权普通法的约束，又创造新的原则性规定。这种情况共有3部法律9个条文。《海洋环境保护法》第四十一条和四十二条规定造成海洋污染损害的，要赔偿国家损失，受损害的单位和个人亦有损害赔偿请求权，这种双重权利主体的规定，《民法通则》并没有规定。《土地管理法》第三十三条、第三十四条规定了“适当补偿”的制裁方法，这是对侵权普通法赔偿方式的发展。《邮政法》第三十三条规定邮件丢失、损毁、内件短少的“规定赔偿”制、“限额

赔偿”制、“比例赔偿”制等，都与侵权普通法的“全部赔偿”原则不同。该法第三十二条第二款规定：“查复期满无结果的，邮政企业应当先予赔偿或者采取补救措施。自赔偿之日起一年内，查明有本法第三十四条第(二)项和第(三)项情形之一的，邮政企业有权收回赔偿。”如果一年内未查出，或者虽查出而没有第三十四条(二)、(三)项情形的，邮政企业无权收回赔偿，视为受偿人合法取得。这实际上是规定了一种取得时效制度，显然是对民事立法的一个新发展。

4. 丰富了侵权普通法的具体内容。这是指某一侵权特别法规范并没有超出与其相对应的侵权普通法规范的内容，但在其“假设”、“处理”和“制裁”中增加了具体内容，使该规范更易于在实践中执行和掌握的情形。最突出的是《商标法》和《专利法》，分别具体规定了商标侵权行为和专利侵权行为的构成、责任范围、赔偿数额计算等内容。属于这种情况的还有：《中外合资经营企业法》第五条，《食品卫生法(试行)》第三十九条，《海上交通安全法》第二十三条，第四十条，《森林法》第三十七条，《草原法》第二十条，《计量法》第二十七条，《矿产资源法》第三十九条、第四十条、第四十四条，《义务教育法》第十六条，《档案法》第二十四条，《药品管理法》第五十六条。共计12部法律19个条文。

5. 固定了侵权普通法的内容。这是指侵权特别法规范并没有规定新的内容，只是重新强调了在某一方面所出现的侵权行为，使之固定化，以适应该法律着重强调该种侵权行为的需要。包括，《环境保护法(试行)》第三十二条，《婚姻法》第十七条，《食品卫生法(试行)》第四十条，《专利法》第六十一条，《水污染防治法》第五条，《森林法》第三十

四条,《草原法》第十八条,《矿产资源法》第三十条,《土地管理法》第五十三条,《治安管理处罚条例》第八条、第四十二条,《海关法》第五十四条,《大气污染防治法》第三十六条。共计12部法律13个条文。

侵权特别法程序法的主要内容如下:

1. 管辖权问题,规定特别侵权行为在行政程序和诉讼程序上怎样分工、怎样衔接和怎样进行。

(1) 各部法律规定特别侵权行为适用何种程序并不相同。除有7部法律没有程序规定和《刑事诉讼法》以外的16部法律中,《商标法》、《专利法》、《草原法》规定了4种程序: a. 行政处理程序,包括行政机关调解、裁决、仲裁的规定,以及行政复议程序; b. 行政处理后的行政诉讼程序,即当事人不服行政裁决,在一定期限内可以向人民法院起诉; c. 行政强制执行程序,即行政处理以后起诉期限届满既不起诉又不履行的,由主管机关申请人民法院强制执行; d. 民事诉讼程序,即当事人可以直接向人民法院提起民事诉讼。《海洋环境保护法》第四十二条、《水污染防治法》、《大气污染防治法》、《食品卫生法(试行)》、《土地管理法》《邮政法》、《药品管理法》规定了行政处理、行政诉讼和民事诉讼3种程序;《海洋环境保护法》第四十一条、《矿产资源法》、《渔业法》、《水法》规定了行政处理、行政诉讼和行政强制执行3种程序。《治安管理处罚条例》规定了行政处理和行政诉讼2种程序。《环境保护法》只规定了1种行政处理程序;《森林法》虽然规定了3种程序,但只限于罚款,对赔偿损失只有1种行政处理程序。

(2) 行政管辖和民事诉讼管辖的分工,分3种情况: a. 强制性的行政管辖,即只由行政机关处理,未规定民事诉

讼程序如《环境保护法》、《矿产资源法》、《渔业法》、《水法》、《海洋环境保护法》第四十一条、《治安管理处罚条例》和《草原法》。需要说明的是，《环境保护法》确立的这一强制性行政管理原则已被各单行环保法的规定所动摇。b.选择性的行政管辖，即行政主管部门对于特别侵权行为的管辖权依当事人的申请、请求等意思表示而产生，即行政管辖和民事诉讼管辖由当事人选择。作这种规定的有《商标法》、《专利法》、《水污染防治法》、《大气污染防治法》、《食品卫生法》、《药品管理法》、《邮政法》和《土地法》。c.选择性的行政调解管辖。《海上交通安全法》规定：“因海上交通事故引起的民事纠纷，可以由主管机关调解处理，不愿意调解或者调解不成的，当事人可以向人民法院起诉。”这里，行政主管部门依当事人选择产生的管辖权只是调解权，没有处理权。

(3) 行政程序与诉讼程序的衔接，主要是指行政处理决定宣告后，当事人不服可以提起行政诉讼程序的问题。多数法律都作了这种规定，只有《森林法》没如此规定。此外，《矿产资源法》、《渔业法》、《水法》、《草原法》和《海洋环境保护法》第四十一条还规定了行政处理程序执行与强制程序衔接的问题。

2. 行政诉讼问题。《行政诉讼法》及其他10部法律对此规定：(1) 公民、法人或者其他组织的合法权益受到行政机关或者行政机关工作人员作出的具体行政行为侵犯造成损害的，有权请求赔偿。《行政诉讼法》虽未明文规定可以在行政诉讼中附带对该民事诉讼加以审理，但在条文逻辑上可以推出这一结论。(2) 公民、法人或者其他组织单独就行政损害提出请求的，应当先由行政机关解决；对行政机关