

第七辑

民商法 判解研究

杨立新 著

吉林人民出版社

民商法判解研究

第七輯

杨立新 著

《民商法判解研究》第七辑 目 录

第一编 侵权行为法判解研究·····	(1)
侵权行为形态研究·····	(3)
论侵权损害赔偿法律关系及其赔偿原则·····	(16)
论人身伤害赔偿·····	(43)
国有公共设施设置及管理欠缺致害的行政赔偿责任·····	(71)
环境污染致害责任研究·····	(87)
论多重买卖中的侵权行为及其民事责任·····	(103)
第二编 人身权法判解研究·····	(117)
论人格和人格权·····	(119)
侵害物质性人格权的慰抚金赔偿·····	(133)
论贞操权及其侵害的民法救济·····	(156)
第三编 物权法判解研究·····	(177)
论合伙共有财产·····	(179)
论家庭共同财产·····	(196)
论侵害抵押权·····	(211)
论侵害留置权的损害赔偿·····	(220)
留置权成立要件研究·····	(230)

关于留置权的效力研究·····	(246)
第四编 诉讼法判解研究·····	(263)
民事案件抗诉条件研究·····	(265)
关于查办民事行政抗诉案件的几个实务问题·····	(311)
论检察机关在国有产权权益保障中的作用·····	(328)
执行程序中的参与分配制度·····	(344)
合伙纠纷与合伙诉讼·····	(354)
第五编 侵权损害赔偿索赔简表·····	(369)
侵害肖像权的损害赔偿·····	(371)
侵害名誉权的损害赔偿·····	(378)

第一编

侵权行为法判解研究

侵权行为形态研究

一、侵权行为形态的概念和特征

(一) 侵权行为形态的概念

侵权行为形态，是指侵权行为的不同表现形式，是对各类具体侵权行为的抽象和概括。区分各类侵权行为形态，无论是在理论上还是在实践上，对于确定各种侵权行为所应适用的归责原则、责任构成要件、赔偿形式、赔偿范围和免责条件等都具有极为重要的意义。例如，一般侵权行为适用过错责任原则，而特殊侵权行为则适用过错推定责任原则和无过错责任原则；单独的侵权行为由行为人自己承担民事责任，而共同侵权行为则由所有的共同加害人承担连带赔偿责任；积极的侵权行为是在行为人承担不作为的法定义务的时候，才可以构成，而消极的侵权行为则必须在行为人承担积极作为的法定义务的时候，才能够构成；等等。

侵权行为是一种非常复杂的民事违法行为，有多种多样的表现形式。这些纷繁复杂的侵权行为，有一定的规律可循，而不是杂乱无章。侵权行为法学正是通过深入的研究，寻找这样的规律，并且按照这样的规律，遵循一定的标准，将它们概括为不同的类型，找出各类侵权行为形态的规律和规则，提出各类侵权行

为形态的解决办法,使对侵权行为的研究不断地从必然王国向自由王国迈进。

侵权行为形态和侵权行为类型是什么样的关系,一般都认为它们是同一的概念。^①我认为,尽管侵权行为形态和侵权行为类型这两个概念之间具有千丝万缕的联系和相同之处,但是,它们还是有一定的差别。侵权行为形态是侵权行为固有的表现形式,是侵权行为自身的外在表现;而侵权行为类型则是人们按照一定的标准,将侵权行为划分为不同的类别和形式,把侵权行为形态揭示出来。侵权行为形态是侵权行为类型的本质,侵权行为类型则是侵权行为形态的科学总结。在侵权行为法学上,侵权行为类型的研究科学地概括了侵权行为形态的本质,因此,侵权行为形态和侵权行为类型是完全重合的、一致的。说侵权行为形态,实际上就是指的侵权行为类型,以至人们经常将这两个概念相互混用。

研究侵权行为形态的意义,在于揭示某一类侵权行为形态与其他侵权行为形态的不同特性,揭示这一类侵权行为形态自己的共性,因而使对侵权行为的研究不断深化,使侵权行为法的研究不断地接近侵权行为的本质。对侵权行为形态的研究与对侵权行为宏观的研究不同,对侵权行为的宏观研究解决的是侵权行为的整体、共性、全部;又与对具体侵权行为的研究不同,具体侵权行为研究的是侵权行为的微观,是对具体侵权行为的过细揭示。对侵权行为形态的研究,是一种中观的研究,在侵权行为法学研究中具有承上启下的重要作用。

区分侵权行为形态的标准,在侵权行为法学中,大致有五种,这就是归责原则的标准,侵权责任方式的标准,侵权行为人

① 参见王利明、杨立新:《侵权行为法》,法律出版社,1996年版,第127页。

的数量标准,侵权行为的表現形式的标准,侵权行为所侵害的客体的标准,以及侵权行为主观过错形式的标准。在本编中,使用了侵权行为的行为人数量和过错形式这样两种不同的标准。首先,一般侵权行为是加害人过错的侵权行为形态,与共同侵权行为人的共同过错和混合过错一起,都是用过错形式作标准;由于受害人过错是侵权行为的一种特殊形式,实际上并不是一种严格的侵权行为,所以将它放在“混合过错”一编的结尾,作简要的说明。一般侵权行为又是单一主体实施的侵权行为,因而又与共同侵权行为是按照侵权行为的行为人数量区分的侵权行为形态。其次,在特殊侵权行为一章,实际上是按照归责原则以及承担责任的方式作标准区分的侵权行为形态。再次,本书的分论共三编,则是按照侵权行为客体区分的侵权行为形态。至于积极侵权行为和消极侵权行为的形态,因为较为简单,则只在侵权责任构成中的“违法行为”一节中进行分析。

(二) 侵权行为形态的特征

通说认为,侵权行为形态具有法定性、客观性和交叉性的法律特征。[●]侵权行为形态的这些法律特征是:

第一,侵权行为形态的客观性。

如前所述,侵权行为形态是侵权行为本质的客观表现,就是说侵权行为形态是客观存在的,是不同的侵权行为外在的表现形式。这种客观的存在,不是以人的意志为转移的,既不是人们对侵权行为的主观臆想、随意所为,更不是学者的任意推断,而是侵权行为实实在在的客观存在。人们对它们的概括,只是对侵权行为形态客观形式的揭示。

● 参见王利明、杨立新等:《民法·侵权行为法》,中国人民大学出版社,1993年版,第238—240页。

侵权行为形态的客观存在，并不是说它是无法推知、无法掌握的。恰恰相反，只要人们掌握了侵权行为形态客观存在的规律，就可以用准确的语言描述它。侵权行为法学就是研究、揭示侵权行为的内在规律，包括侵权行为形态的规律性，并运用这些规律创建侵权行为法，制裁侵权行为，达到保护公民法人合法权益，维护安定、公平的社会秩序的目的。

侵权行为形态的客观性，要求对侵权行为的研究必须实事求是，尊重侵权行为的客观规律，对侵权行为形态的确认必须以客观的经济社会条件为根据，脱离一定社会的经济生活条件，随意把某种行为确认为侵权行为或者不承认该种侵权行为，都会失去客观的基础，违背社会公平、正义的要求，不能发挥侵权行为法的功能。●

第二，侵权行为形态的法定性。

侵权行为形态的法定性，是指侵权行为形态是由法律规定的，是进一步强调侵权行为形态的固定化程度。人们对侵权行为经过几千年的研究，已经基本掌握了侵权行为形态的客观存在，因而通过法律的形式，将各种侵权行为形态固定下来。用法律固定下来的侵权行为形态，已经不是侵权行为自然的客观形式，而是体现了人的意志，其中最重要的，就是赋予它法律的强制性。人们不论对于侵权行为形态认识还是不认识，但却必须遵守它，不能根据自己的主观臆想“创设”侵权行为的形态。在这一点上，侵权行为的形态恰好与合同之债的形态不同。法律也规定合同之债的形态，但是合同法永远也无法将合同的所有形态都作出概括，因为合同之债的形态是不可穷尽的，当事人在现实的生活

● 参见王利明、杨立新等：《民法·侵权行为法》，中国人民大学出版社，1993年版，第239页。

中，随时可以创设新的合同关系。而侵权行为形态虽然也会随着社会的发展有所变化，但是它的变化是缓慢的，并且其基本的形态不会有大的变化，因而法律才有可能对它的形态作出规定。

第三，侵权行为形态的交叉性。

侵权行为的各种形态，并不是绝对的，而是相对的，是依据不同的标准而作出的不同的分类。因而，侵权行为的各种形态之间没有绝对严格的界限，没有不可逾越的可能。在各种侵权行为形态中，是互相交叉的。例如，一个侵害财产权的侵权行为，可能同时是共同侵权行为，又是特殊侵权行为，还可能是混合过错的形态。这种侵权行为形态的交叉，说明了侵权行为形态的复杂性，那就是从不同的角度出发，一个侵权行为就有不同的表现形态。而不能因此证明侵权行为形态是不确定的。

研究侵权行为形态的交叉性对于从不同角度揭示侵权行为的特征，是十分重要的。在处理一个具体的侵权行为纠纷的时候，应当分清它的不同的表现形态，并且据此确定对其应当适用哪些法律规定，把纠纷处理得更妥当、更合理、更符合侵权行为法的规定。

二、侵权行为的不同形态

（一）一般侵权行为和特殊侵权行为

确定一般侵权行为和特殊侵权行为两种形态的标准，可以有不同的标志，例如归责原则、责任构成要件等。事实上，这样两种侵权行为形态，最主要的区分标准，是承担侵权责任方式的不同，即一般侵权行为形态的侵权责任形式是直接责任，即自己对自己的行为所造成的损害承担责任；而特殊侵权责任则是间接责任，即对他人行为所造成的损害结果或者对自己管领下的物件所

造成的损害承担责任。认为《民法通则》第 117 条至 120 条规定的侵害他人财产、侵害公民人身、侵害公民除生命健康权以外的法人人格权、侵害知识产权的侵权行为属于一般侵权行为；《民法通则》从第 121 条至第 127 条规定的是特殊侵权行为的意见，[●]有失准确。理由是，任何一个特殊侵权行为都必须是《民法通则》第 117 条至第 120 条四种不同侵权行为形态中的一种，它们是交叉的关系。

1. 一般侵权行为。

一般侵权行为，是指侵权行为法的一般条文规定的侵权行为，即行为人基于自己的过错而实施的、适用过错责任原则和侵权责任的一般构成要件的侵权行为，它的侵权民事责任方式，是直接责任。所以，一般侵权行为的责任主体也就是行为主体。一般侵权行为的行为人必须是具有民事行为能力的人，即能够辨认自己的行为目的、性质及其后果的能力和支配、控制自己行为能力的自然人。一般侵权行为适用过错责任原则，不仅应以过错为责任的构成要件，而且应以过错为责任的最终构成要件。一般侵权行为适用统一的责任构成要求，这就是所有的一般侵权行为都必须具备违法行为、损害事实、因果关系和主观过错这四个要件，没有任何例外。在适用法律上，按照统一的规定，一律适用统一的赔偿标准。在抗辩事由上，也都按照法律的统一规定进行。

2. 特殊侵权行为。

特殊侵权行为是相对于一般侵权责任而言的，是指欠缺侵权责任的一般构成要件，并适用过错推定原则和无过错责任原则归责的侵权行为，其侵权民事责任的形式，是间接责任。

● 参见王利明、杨立新：《侵权行为法》，法律出版社，1996 年版，第 127 页。

特殊侵权行为的特点，一是归责原则适用的特殊性。一般侵权责任适用过错责任原则，而特殊侵权行为则依《民法通则》和有关民事法规的规定，适用过错推定原则和无过错责任原则，以保护受害人的合法权益。二是责任构成要件的特殊性。特殊侵权行为的成立不能按一般侵权行为的责任构成要件确定，它由法律根据具体情况规定。这些特殊要件不具有普遍性，每一种特殊侵权行为所要求的特别条件各有不同，不具备该特别条件就不能构成该特殊侵权责任。三是举证责任的特殊性。由于特殊侵权责任适用过错推定责任原则和无过错责任原则归责，所以，实行举证责任倒置，其倒置证明的范围并不是全部侵权责任要件，而只是过错证明。损害事实、因果关系的要件，仍应由赔偿权利人证明；在适用过错推定原则推定过错时，加害人予以否认的，应举证证明自己无过错；在适用无过错责任原则时，加害人主张损害是由受害人或第三人的过错所致时，应当负责举证。加害人证明自己的主张成立的，才可以免责或者减轻责任。四是间接责任是其主要形式，即侵权行为的替代责任。

（二）积极的侵权行为和消极的侵权行为

根据侵权行为的行为方式不同，可以将侵权行为分为作为的侵权行为和不作为的侵权行为两种侵权行为形态，也称作积极的侵权行为和消极的侵权行为。

1. 积极侵权行为。

积极侵权行为，是指以作为的方式实施的侵权行为。行为人违反法律规定的不作为义务而实施作为的行为，造成受害人的人身、财产以及精神损害的，构成积极的侵权行为。

在社会共同生活中，人们都处在民事法律关系之中，每一个公民和法人都是人身权利和财产权利的主体，在自己是自己所享有的权利的权利人的同时，又都是其他权利人的义务人。对于自

己所享有的权利，可以自由行使和处分。作为其他权利人的义务人，又都负有不可侵犯的义务。这种义务是法定义务，任何人都不得违反。在这种法定义务中，绝大多数内容，是法律规定的不作为的义务，即作为义务人，必须履行不得侵害权利人的权利的不作为义务。违反这种义务，就构成作为的积极侵权行为。

积极侵权行为的特点，是行为人主动实施违法行为，侵害对方当事人的人身权和财产权。在侵害财产权的侵权行为中，侵占、毁坏他人的财产，阻碍财产所有权人依法行使权利，等等，都是积极侵权行为。在侵害人身权侵权行为中，殴打他人，剥夺他人生命，伤害他人健康，侮辱他人名誉，非法限制他人的人身自由，等等，都是积极侵权行为。

2. 消极侵权行为。

消极侵权行为，是指以不作为的方式实施的侵权行为。行为人违反法律规定的作为义务而不作为，致使受害人受到损害的，应当承担侵权民事责任。

确定消极侵权行为的前提，是行为人负有特定的作为义务，这种特定的作为义务，不是一般的道德义务，而是法律所要求的具体义务。特定的法定作为义务的来源，一是来自法律的直接规定。如《婚姻法》规定，父母有管教未成年子女的义务，母亲对于哺乳期子女有抚养义务，亲属之间负有扶养义务，等等。二是来自业务上或职务上的要求。如修建地下工作物应负预防危险的作为义务，游泳场救护员负有抢救落水者的作为义务，等等。违反上述职务上或业务上的作为义务而不作为者，为不作为的侵权行为。三是来自行为人先前的行为。行为人先前的行为给他人带来某种危险，对此，必须承担避免危险的作为义务。

（三）单独侵权行为和共同侵权行为

根据侵权行为的行为主体数量的不同，可以将侵权行为分为

单独侵权行为与共同侵权行为两种形态。

1. 单独侵权行为。

单独侵权行为是指单独的一个人实施的侵权行为。单独侵权行为是相对于共同侵权行为而言，这两种侵权行为的基本区别，在于行为主体的数量不同。共同侵权行为的主体是二人或者二人以上的行为人实施的侵权行为。一个人，包括一个公民或者一个法人实施的侵权行为，就是单独侵权行为。

单独侵权行为的民事责任由实施侵权行为的人自己承担，自负其责。最典型的单独侵权行为是为自己的侵权行为负责，即自己为自己的侵权行为承担责任。在特殊侵权行为中，为他人实施的行为承担侵权责任的，或者是为自己管领的物件致人损害负责的，只要行为人是单独的个体，亦为单独侵权行为，由单独个体的行为人的责任人承担侵权责任，或者由物件的所有人、占有人等承担侵权责任。单独侵权行为，是指一人单独实施的侵权行为，也就是指加害人一人因自己的过错行为致他人以损害。单独侵权行为是最常见、最普通的侵权行为。

2. 共同侵权行为。

共同侵权行为，是指两个或两个以上的行为人，基于共同的故意或者过失，侵害他人合法民事权益，应当连带承担民事责任的侵权行为。

共同侵权行为的主体须为多个人，即共同侵权人须由二人或二人以上构成。共同侵权人可以是自然人，也可以是法人。在共同侵权行为的行为人之间，在主观上具有共同过错，即有共同致人损害的故意或者过失，基于此，而使数个行为人的行为连结为共同行为。数个共同加害人的共同行为所造成的损害是同一的、不可分割的，是相互联系的共同行为，其行为无论是否有分工，都造成一个统一的损害结果，而不是把每个加害人个人的独立行

为所引起的后果机械相加。数个共同加害人的行为与损害结果之间具有因果关系，各个行为人的行为尽管对共同的损害结果发生的原因力不会相同，但必须都与损害结果之间存在因果关系，行为具有原因力。

在单独侵权行为中，由于加害人只有一个人，因此过错和责任的认定相对简单。在共同侵权行为中，由于加害人是多数人，对共同过错的认定就比较复杂，需要从行为、结果、因果关系等多方面进行综合考察。在单独侵权行为中，只存在一种法律关系，即加害人与受害人之间的关系，而在共同侵权行为中，实际上存在两种法律关系，即加害人与受害人之间的关系、共同加害人之间的关系。对这两种关系可以区分为两种诉讼，一种是由受害人向一个或多个共同侵权行为人提起的诉讼，称为主诉；另一种是由向受害人支付了全部赔偿费用的一个或几个加害人，向其他共同侵权行为人提起的责任分担之诉，称为追偿之诉。在我国司法实践中，某个或数个共同侵权行为人承担了全部赔偿责任以后，有权向其他共同侵权行为人提起诉讼。

（四）以过错方式划分的侵权行为形态

按照主体的过错进行分类，可将侵权行为形态分为普通过错、共同过错和混合过错以及受害人的过错。

1. 普通过错。

普通过错是与混合过错和共同过错相对应的过错责任形式，它是指某个行为人因自己的过错而致受害人损害并应负责。普通过错是一般侵权行为的最典型形式，也是最常见的侵权行为形态。

普通过错的特征：一是加害人仅为一人，因而不同于共同侵权和无意识联络的数人侵权。但是，在实践中，因数人的行为偶然竞合而共同致受害人损害，如果数人的行为所致受害人损害部

分可以单独确定，应按单独侵权即普通过错处理；如果损害难以分开，则应按无意识联络的数人侵权处理，按份负责。二是受害人没有过错，对其损害的发生既无故意也无过失。如果受害人有过错，则构成混合过错或受害人引起损害的发生。因为普通过错中的损害纯粹由加害人所致，因而不适用比较过失规则，受害人所享有的请求权内容相对简单。在数人为受害人时，受害人可共同向加害人提出请求，加害人有义务对每个受害人的损害负赔偿之责。加害人赔偿了某一受害人的损害，不影响其他受害人提出请求，而某一个受害人放弃其请求，也不影响其他受害人提出请求。三是适用一般侵权行为的规则。

过错推定责任是否属于普通过错，学者认为，由于普通过错为一般侵权行为的典型形态，适用一般过错责任原则，而过错推定则采取推定方式确认过错，且在推定中常常并不考虑过失程度问题；在免责要件方面，法律对过错推定责任设有特殊规定，所以，过错推定责任应为特殊侵权行为责任。即使过失推定案件中加害人仅为一，受害人没有过错，也不属于普通过错。对此，我有不同意见。推定过错只是确定过错的一种不同的形式。当适用过错推定责任原则的同时侵权行为只有一个加害人，并且受害人并没有过错，那就应当按照普通过错的侵权行为形态处理。

2. 共同过错。

共同过错就是共同侵权行为，其特点，就是数个共同加害人之间具有共同的故意或者过失，而受害人一方对损害的发生或者扩大没有过错。

3. 混合过错。

在侵权行为中，当对侵权损害结果的发生或者扩大，不仅加害人有过错，而且受害人也有过错的，就构成混合过错。构成混合过错的，在法律后果上，实行过失相抵。