

第六辑

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

第六輯

杨立新 著

《民商法判解研究》第六辑

目 录

第一编 侵权行为法判解研究·····	(1)
关于侵权民事责任构成及其要件的再思考·····	(3)
论国家机关及其工作人员职务侵权·····	(53)
论侵害人身权行为·····	(76)
关于人身伤害致残赔偿数额的确定·····	(110)
第二编 人身权法判解研究·····	(115)
论人身权的基本问题·····	(117)
中国身份权研究·····	(136)
婚姻自主权及其民法保护·····	(177)
论荣誉权及其侵害的损害赔偿·····	(202)
第三编 物权法判解研究·····	(223)
论共同共有·····	(225)
论按份共有·····	(238)
论取得时效制度·····	(249)
相邻防险关系探讨·····	(265)
侵害他物权的侵权行为·····	(284)
关于留置权的几个一般性问题·····	(301)

第四编 诉讼法判解研究	(315)
试谈间接证据的证明方法.....	(317)
证据系统论刍议.....	(325)
论幼年证人的资格.....	(336)
论侵权特别法的程序法.....	(342)
 第五编 侵权损害赔偿索赔简表	(355)
侵害地上权的损害赔偿.....	(357)
侵害地役权的损害赔偿.....	(363)
侵害用益权（国营企业经营权 国有土地使用权 国有自然资源使用权）的损害赔偿.....	(370)
侵害农村土地承包经营权（永佃权）的损害赔偿.....	(376)
侵害典权的损害赔偿.....	(383)

第一编

侵权行为法判解研究

关于侵权民事责任构成 及其要件的再思考

上篇 侵权民事责任构成的若干问题

侵权民事责任构成是侵权法理论的核心问题。目前,在国内民法学界,关于侵权民事责任构成的争论重点,集中在这样几个问题上,即:侵权责任构成与侵权行为构成是否一致;侵权责任构成的具体要件;侵权责任构成中的因果关系究竟是指违法行为与损害事实之间的因果关系,还是过错与损害事实之间的因果关系,抑或行为与损害事实之间的因果关系,等等。对于这些问题,很多学者发表了意见。作者拟对此阐释自己的看法。

(一) 侵权民事责任构成与侵权行为构成

侵权民事责任构成,是指具备哪些条件才能构成侵权行为所承担的民事责任,换言之,侵权民事责任构成是依据法律进行理性分析,确定侵权行为所应承担的民事责任,在一般的情况下,由哪些要素有机构成,并且依据这种构成,作为判断行为人所实施的行为是否成立侵权民事责任的标准,而在实践中适用之。因此,侵权民事责任构成,既是理论上的问题,又是实践上的问题,而且对于实践的指导意义更为重大。

研究侵权民事责任构成最常见的失误，是把侵权民事责任构成与侵权民事责任构成要件这两个概念相混淆。侵权民事责任构成要件是与侵权民事责任构成概念最为密切相关的概念。它是构成侵权行为应承担的民事责任的具体条件，是侵权民事责任有机构成的基本要素。因而，学者认为，它是侵权行为人承担侵权行为责任的条件，是判断侵权行为人是否应负侵权责任的根据。^①

侵权民事责任构成与侵权民事责任构成要件这两个概念，是一个事物的两个方面，前者是指这种责任须具备哪些要素或条件才能构成，后者是构成这种责任的基本要素或具体条件是什么。从这个角度上看，这两个概念是紧密相连的，是一个有机的整体。但是，从理论上和实践上来看，这两个概念的意义和作用并不相同。前者具有宏观的意义，研究的是责任构成的基本要求，是责任构成的结构；后者具有微观的意义，研究的是责任构成的具体内容，即构成责任的每一个要素的具体要求，或称具体条件的具体内容。这两个概念相辅相成，在理论上构筑成侵权民事责任构成的完整体系，在实践中成为判断某一行为人是否应当承担侵权民事责任的标准或尺度。

在很多学者的著述中，经常使用侵权行为构成这一概念。例如，《中国大百科全书·法学》就使用这一概念。^②侵权民事责任构成与侵权行为构成的概念是否一致应研究。对此学者的意见基本一致。如认为，侵权责任的要件就是侵权行为的要件，只是由于习惯的不同，有人称侵权责任要件，有人称侵权行为要件。事实上，侵权行为构成与侵权责任构成虽为同一概念，但称谓不同

① 王利明主编：《民法·侵权行为法》，中国人民大学出版社 1993 年版，第 135 页。

② 《中国大百科全书·法学》，中国大百科全书出版社 1984 年版，第 473 页。

不是因为习惯上的原因，而是因为大陆法系立法及理论的影响。在大陆法系民法，历来将侵权行为归之于债法编，置于债的发生根据之中，在学说上，研究侵权行为时，研究的是侵权行为构成，而不研究侵权责任构成。在债法编的债的分类中，设损害赔偿之债，包括侵权损害赔偿之债和违约损害赔偿之债，在这里，研究损害赔偿的构成，实际上包括了侵权损害赔偿责任的构成。在英美法系，侵权行为法是独立的民法部门法，与合同法并列，因而不发生大陆法系上的这一问题，侵权行为的构成就是侵权责任的构成。我国民法通则将侵权行为归之于“民事责任”一章，因而多不称侵权行为构成而称侵权责任构成。但在民法通则颁布之前，多称侵权行为构成。可见这两种称谓的不同是侵权法历史演进的结果，其中包含了立法例比较、侵权法趋向相对独立、学说贴近立法等诸多因素。可以说这两个概念是相等的。

此外，研究侵权民事责任概念，还应当注意损害赔偿责任构成、侵权民事责任归责原则这两个概念。

侵权责任构成与损害赔偿责任构成这两个概念，既有联系，又相区别，因而是两个不同的概念，在内涵上不能等同，但也不能完全割裂它们之间的联系。这是因为，侵权责任的基本责任形式，是损害赔偿，但还包括其他民事责任形式；而损害赔偿责任，不仅包括因侵权行为产生的损害赔偿责任，还包括违约以及其他原因产生的损害赔偿责任。因而，侵权责任与损害赔偿责任是部分交叉的两个概念，在侵权损害赔偿责任上，二者是重合的关系，在侵权行为的其他非损害赔偿责任和违约损害赔偿责任上，则是不同的概念。侵权民事责任构成与损害赔偿责任构成的关系，亦如上述，即在侵权损害赔偿责任构成这一点上，是重合的，在其他方面的责任构成上，是各自不同的。

侵权民事责任构成与侵权责任的归责原则也是两个密切相关

的概念，但它们不是互为里表，相辅相成的两个概念，而是后者决定前者，前者因后者的影响而变化的关系。例如，当适用过错责任原则的时候，侵权民事责任构成必须具备行为人主观过错的要件；当适用无过错责任原则的时候，或者适用公平责任原则的时候，侵权民事责任构成就不须具备行为人主观过错这一要件。例如因高度危险作业而致受害人健康权、生命权的损害或丧失，依据民法通则第123条规定，行为人不具备主观上的过错，亦构成侵权民事责任。民法通则第106条第2款、第3款分别规定：“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。”没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。”这一规定，正是体现了侵权责任归责原则对侵权民事责任构成的决定和影响作用。因此，侵权责任构成及其要件是对侵权责任立法和司法实践的高度概括，也是对侵权责任归责原则的系统阐述。侵权责任构成及其要件不仅使归责具有明确的尺度和可行的办法，而且保证了归责原则的基本价值和内涵能够被法官准确理解，从而使侵权案件的处理能够体现立法的规定，做到公平合理。

（二）侵权民事责任构成的不同学说

关于侵权民事责任构成的学说，在我国民法学界有不同的主张。

在旧中国，民法学者主张侵权行为由客观要件和主观要件两类要件构成，客观要件包括自己之行为、权利之侵害、损害之发生、因果关系和违法5个具体要件，主观要件包括意思能力，故意或过失两个要件，共由上述7个要件构成侵权行为，完全具备者，构成一般侵权行为的民事责任。●

● 胡长清：《中国民法债编总论》，商务印书馆1946年版，第122—153页。

在台湾，史尚宽先生认为，侵权行为的构成，须具备归责性之意志，违法性之行为和因果律之损害三个要件，其中归责性之意志包括责任能力和故意过失，违法性之行为包括不法（或不当）行为和被害客体，因果律之损害包括损害之发生和行为与损害之因果关系。这种侵权责任构成学说，源于德国法学说，综合起来，实际上分为责任能力，归责意志的故意过失、违法性之行为、损害之发生和行为与损害之因果关系这5个要件。也有学者认为侵权行为构成须具备行为、侵害权利、发生损害、因果关系、不法和故意或过失这6个要件。^①这种主张，与史尚宽先生的主张并没有原则的不同。

新中国以来，大陆民法学者对侵权责任构成进行了深入的研究，最具典型的主张，是四要件说，认为侵权民事责任构成须具备行为的违法性、违法行为人要有过错、要有损害事实的存在和违法行为与损害事实之间要有因果关系这4个要件，在一般情况下，以该4个要件为足，构成一般侵权责任。^②这种学说，最初借鉴了苏联的民法理论，并结合我国的具体实践，是为我国民法学界所公认的侵权责任构成的通说，被广泛地应用于理论与实务。近10年来，学者进一步研究和实践，对侵权责任构成要件的表述以及各要件的顺序逐渐固定了下来，成为违法行为、损害事实、因果关系和主观过错这种较为规范的提法，^③并且被最

① 刁荣华主编：《中国法论著选集》，台湾汉林出版社1976年版，第403—406页。

② 中央政法干校民法教研室：《中华人民共和国民法基本问题》，法律出版社1958年出版，第324—338页。

③ 李由义主编：《民法学》，北京大学出版社1988年版，第585—590页；马原主编：《中国民法教程》，人民法院出版社1989年版，第307—312页；杨立新：《侵权损害赔偿》，吉林人民出版社1990年版，第73—112页。

高司法机关的司法解释所采用,用以指导全国司法机关的审判实践。^①对这种理论采取简单化的方法,一概斥之为在广泛移植苏联民法理论的50年代被搬入中国民法土壤并被固守下来,是前苏联侵权责任4要件理论的简单翻版,^②未免过于武断。

近年来最值得注意的侵权责任构成的新学说,是3要件说。一些学者认为违法行为不足以作为侵权行为责任构成要件,其主要根据,一是民法通则第106条第2款规定过错责任原则的条文中,未规定“不法”的字样;二是不法行为就是侵权行为的别称或同义语;三是违法性包含于过错之中;四是将不法与过错区分开来的初衷在于运用不法概念便于确定人们的行为准则,实无必要,实益不大。^③因而主张侵权民事责任构成,只须具备损害事实、因果关系和过错的要件。^④这种主张源于法国和英美法的侵权法理论,对于侵权责任构成学说作了新的阐释。

关于侵权民事责任构成的学说,还有几种主张。一是主张侵权民事责任构成要件只有两个,即民事违法行为的存在和行为人的主观过错。^⑤二是主张侵权民事责任构成须具备5个要件,即损害要件、因果关系要件、违法性要件、过失要件和责任能力要件。^⑥

(三) 我的主张

如何看待学说上关于侵权责任构成问题的争论,以及应当采

① 最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》第7条。

② 孔祥俊等:《侵权责任要件研究》,《政法论坛》1993年第1期。

③ 孔祥俊等:《侵权责任要件研究》,《政法论坛》1993年第1期。

④ 王利明主编:《民法·侵权行为法》第5章;佟柔主编:《中国民法》第二章;孔祥俊等:《侵权责任要件研究》,《政法论坛》1993年第1期。

⑤ 孔林:《民事责任构成要件辨析》,《政法与法律》1987年第1期。

⑥ 张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1991年版,第833页。

用哪种主张作为统一的、权威的、具有指导意义的侵权责任构成理论，是一个十分重要的问题。对此，应当采用理论与实践结合的方法，历史与现实结合的方法和借鉴与国情结合的方法，进行科学的分析，以决定取舍。运用这些方法，要求人们既要注重理论上的深入探讨，又要明确理论为实践服务，源于实践，指导实践的宗旨；既要尊重历史，又不能忽略现实；既要大胆地借鉴国外的先进理论，又不能脱离中国本国的具体国情。

基于这样的基本分析和研究方法，我的看法是：

第一，认责任能力为侵权责任构成的必备要件，没有确实的根据和必要。台湾民法学说和大陆部分民法学者主张责任能力是侵权责任构成的必备要件，其基本含义是称不具有民事责任能力的人不能构成侵权行为主体，因而不能构成侵权民事责任。这种主张，适用于刑事责任构成，是完全正确的。因为刑事责任构成以主体的合格为绝对的必要条件，因为无责任能力者，为绝对不负刑事责任，限制责任能力者，为相对不负刑事责任。因此，刑事责任能力直接决定行为人是否构成刑事责任，确认责任能力为刑事责任构成要件，是完全必要的。侵权民事责任不以责任能力的有无和大小为绝对的条件，责任能力在侵权责任构成中仅仅是决定无责任能力人或限制责任能力人所实施的侵权行为的法律后果，应由它的监护人承担，即有完全责任能力者实施侵权行为，其责任由自己承担，无责任能力或限制责任能力的人实施侵权行为，其责任不由本人承担，而由其监护人承担。可见，无论有责任能力人还是无责任能力人实施侵权行为，都构成侵权民事责任，只是承担责任的主体不同。在理论上，前者称为直接责任，或称一般侵权责任，后者称为转承责任或间接责任，或称特殊侵权责任。罗马法的私犯与准私犯，法国法上的侵权行为与准侵权行为，即是此种理论的历史源头。因而，责任能力不足以成为侵

权民事责任的构成要件。

第二，否认损害事实和因果关系为侵权责任构成要件，显系不当。损害事实是侵权责任发生的根据，没有损害事实，则不发生侵权责任，不认损害事实为侵权责任要件，等于承认没有权利损害的事实也能成立侵权行为。那么，行为所侵之权为何呢？因果关系是指行为与损害结果之间的因果链条的联系，是侵权责任构成必须具备的要件，如果否认因果关系为侵权责任构成要件，就等于承认行为与损害事实没有因果关系，行为人也应承担侵权责任。这样，就将把不是因自己行为所引起的损害的责任强加给无关的行为人身上，这是极不科学、极不合理的，违背确定法律责任的基本要求，因此，主张侵权责任构成只须具备违法行为和主观过错的观点，是错误的理论，对于实践是有害的。这是至为明显的结论。

第三，在侵权责任构成的学说中，争执的焦点，在于违法行为是否为侵权责任构成的必备要件。对此，四要件说肯定之，三要件说否定之。我主张，违法行为当为侵权民事责任构成的必备要件，亦即侵权责任必须由违法行为、损害事实、因果关系和主观过错四个要件齐备始得构成，缺一不能构成侵权责任。其理由如次：

其一，违法行为在德国法系称之为不法行为，其内部结构包括两个要素，一是行为，二是违法或称不法。违法和行为合而为一，成为侵权责任构成的客观要件之一，与损害事实和因果关系这两个客观要件一起，构成完整的侵权责任构成中客观要件的体系。

侵权行为最基本的因素，乃为行为，如同犯罪行为、行政违法行为一样，不具有行为这一基本因素，就无法成立侵权行为，同样也不能构成犯罪，不能构成行政违法行为。侵权行为之行为

与犯罪、行政违法之行为有所不同，有广、狭义之分。侵权行为之狭义行为，为行为人自己之行为，是指发端于人类意思之身体动静，[●]或称之为有意识的身体之动静。[●]在这个意义上，这种行为与犯罪、行政违法上的行为是相同的。广义上的侵权行为之行为，不仅包括狭义的行为，还包括人所控制、管领的物件或人的动静，这种广义上的行为，是人的行为的延长或延伸，亦构成侵权法上的行为。侵权法上的行为，是广义上的行为，其区别在于，狭义的行为应用于一般侵权责任构成，广义概念中的后一种行为应用于特殊侵权责任的构成。

违法的要素或称不法的要素，在台湾学者看来，违反不可侵之法定义务，违反保护法律规定，背于善良风俗，均构成违法。前两种为形式违法或狭义违法，后一种为实质违法或广义违法。大陆学者认为，违法是违反法定义务和违反法律的禁止，具备其中之一，即为违法。在某些场合，违背善良风俗而加损害于人，亦构成违法。

作为侵权责任构成客观要件的违法行为，其行为要素和违法要素的作用各不相同。行为者，确定侵权行为的外观表现形态；违法者，确定该行为在客观上与法律规范之间的关系。如果侵权责任中没有行为的要件，则无法说明侵权行为的客观表现形式；没有违法的要件，则无法确认侵权行为与法律之间的关系，因而使侵权责任无从认定。

谓不法行为为侵权责任要件等于不法行为与侵权行为同义反复者，是不恰当的。日本等国的侵权行为直称为不法行为，日文中的不法行为应译为中文的侵权行为，在现流行的《日本民法》

● 胡长清：《中国民法债编总论》，商务印书馆1946年版，第122页。

● 史尚宽：《债法总论》，台湾荣泰印书馆1978年版，第119页。

中文译本中正是这样译的。而在日本民法理论中,也强调不法行为(即侵权行为)必须具备的客观要件之一,就是违法性。[●]可见,即或在日本将侵权行为称作不法行为,其构成亦须具备违法行为的要件。在我国,违法行为或不法行为不是侵权行为的同义词,用日本的提法来解释中国侵权行为的概念,显然违背了国情,也是对日本法律的误解。

其二,过错是侵权责任构成的主观要件,不能代替违法行为这一客观要件。过错是行为人的主观心理状态,体现了行为人的主观上的应受非难性,几乎是所有民法学者都承认的事实。但是,由于民法上对判断过错主要采客观标准的原因,以及行为本身就具有行为本身的意志因素的原因,有的学者提出了客观过错的概念,使过错这一主观要件变成了客观要件,因而能够代替违法行为这一主观要件,认为违法行为应包含于过错之中。

我认为,主观和客观,是哲学上的一对范畴,它们既相区别,又相联系,既是对立的,又是统一的。在一个具体的行为中,在一般情况下,既包括行为人主观的心态,即观念上的形态,也包括客观上的外在样态,即身体上的动静。这两种形态,既有主观与客观表现形式的不同,又是互相联系,统一在一起的。在理论上,将行为人的主观心态与客观行为严格区分开,并不是要割裂二者之间的内在联系,而是要确立主观心态和客观行为这两个不同的标准,检验行为人在其实施的行为致人损害中,是否具备这样两个方面要件。因而,主观过错和客观行为不仅是应当分开的,并且是能够分开作为两个不同的侵权责任构成要件的,即使是认为过错“是指支配行为人从事在法律上和道德上应

● (日)《新版新法律学辞典》,中国政法大学出版社1991年版,第841页。

受非难的行为的故意和过失状态”，[●]也不能否认过错的主观性质，它仍然是人的观念形态，而不是客观行为的本身，是“行为人通过违背法律和道德行为表现出来的主观状态”。[●]

所谓客观过错，学者认为“是指判断过错不再以行为人个人的主观状态为根据，而是以一般注意义务的违反为标准。这种过错就是指对一般注意的违反”。[●]应当强调指出的是，客观过错并不是指过错已经不再是行为人的主观状态，只是在确定行为人在主观上有无过错时，不以主观标准衡量之，而是以客观标准衡量之，其中最主要的客观衡量标准，就是以一般注意义务的违反为标准，违背该注意标准的，为主观上有过错。但是，在现代侵权法上，并非完全以客观标准衡量过错的有无，主观标准仍有适用的必要。在行为人故意侵权时，当其行为完全表现出其故意的心理状态时，则仍用主观标准，而非用客观标准。例如，行为人在报刊上载文公开指名道姓诽谤他人，依主观标准足以判断其故意的心理，就不必用客观标准衡量之。一般注意义务的违反这一客观标准，不是衡量一切过错的标准，而是衡量行为人主观上是否有过失的标准，因而，过失才是对一般注意义务的违反。如果确定故意能用主观标准判断而偏采用客观的注意义务违反的标准判断之，显然是舍本求末。既然客观过错只是对某些过错的判断方法的表述，而非过错已由主观心理状态的性质改变为客观的性质，那么，也就改变不了过错为侵权责任构成主观要件的性质，因而也就不能替代违法行为这一客观要件。

● 王利明主编：《民法·侵权行为法》，中国人民大学出版社1993年版，第154页。

● 王利明主编：《民法·侵权行为法》，中国人民大学出版社1993年版，第154页。

● 孔祥俊等：《侵权责任要件研究》，《政法论坛》1993年第2期。