

侵权法三人谈

杨立新 张新宝 姚辉 著

> 侵权法的立法模式及规范竞合问题
> 关于侵权行为的调整对象问题
> 关于侵权责任的归责原则体系问题
> 侵权责任构成要件
> 共同侵权、共同危险行为

> 文学作品侵权和新闻侵权
> 关于医疗事故、工伤事故、机动车肇事责任
> 违反安全保障义务的侵权行为
> 关于侵权损害赔偿责任问题

Three Scholars' Dialogue

Dialogue

杨立新

张新宝

姚辉

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

侵权法三人谈

杨立新 张新宝 姚辉 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

侵权法三人谈/杨立新,张新宝,姚辉著. —北京:法律出版社,2007.9

ISBN 978-7-5036-7702-1

I. 侵… II. ①杨…②张…③姚… III. 侵权行为—民法—研究—中国
IV. D923.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第139860号

© 法律出版社·中国

侵权法三人谈

杨立新 张新宝 姚辉 著

责任编辑 刘彦沅

装帧设计 乔智炜

开本 A5

印张 11.375 字数 261 千

版本 2007 年 10 月第 1 版

印次 2007 年 10 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 法学学术出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7702-1

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



侵权法三人谈

Three Scholars' Dialogue



能够概括全部侵权行为请求权的侵权行为一般条款，就是一把“万能钥匙”，能够打开所有的侵权行为请求权的“锁”；而具体的侵权行为类型的请求权规定，是各个不同房间自己的“钥匙”，只能打开自己的那把“锁”。

——杨立新

Three Scholars' Dialogue



杨立新

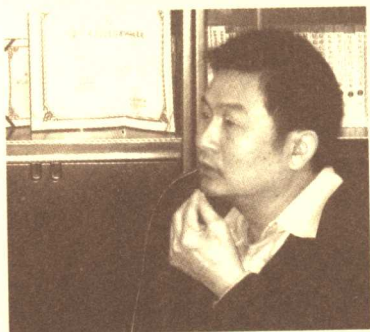
不久的将来,《中华人民共和国侵权责任法》就将成为我国的正式的法律。这将是在大陆法系的国家中,出现的第一部以侵权法命名的单行法。尽管它在以后编纂民法典的时候,将要成为民法典的一编,并不永远地以侵权法的单行法的形式出现,但是,它的单行法的形式却具有极大的意义。



张新宝

其实侵权法除了有填补损害的积极功能之外,还有在权利救济和一般自由之间寻求平衡的消极功能。而这个消极功能经常被人遗忘,理论家也基本上忘记了侵权法的消极功能:这就是对自由的保护。





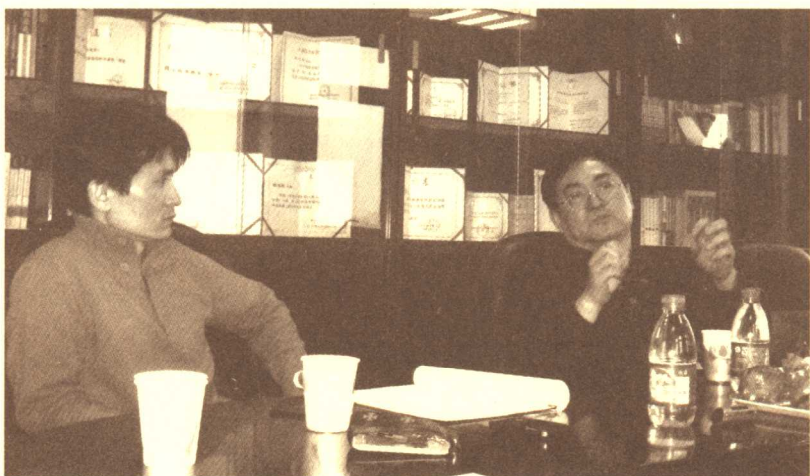
我先提出的一个判断是，我们自民法通则以来接受了法国法的一般条款模式，同时也对于侵权责任形态的某些特殊方面进行了一些细化的规定或者列举性的规定。

——张新宝



杨立新

我们的民法典，既不可能是绝对的经典，也不可能什么都写进去，做不到，差不多有一个大体框架就行了。



姚辉

我们现在立法追求类型的全面，想到的尽量都给塞进去之后，我们能够保证一百年二百年不动吗？很多东西很快就会过时的，成文法从她颁布的那天就会过时的。未来十年会发生的你现在根本不知道，民法通则现在很多东西就过时了。



其实侵权法有两个内在构造，一个是以行为为线索，以意思理论为核心，即侵权“行为”法；还有一个是以事件为线索，并不强调行为人的主观状态，更关注整个事件的违法性，这是侵权“事故”法。

——姚辉

目 录

① 侵权法的立法模式及规范竞合问题	3
1.1 关于侵权行为一般条款的研究	3
1.2 关于侵权行为法的类型化问题	18
1.3 关于法典化的问题	30
1.4 关于请求权规范的竞合问题	35
② 关于侵权行为的调整对象问题	60
③ 关于侵权责任的归责原则体系问题	80
④ 侵权责任构成要件	96
4.1 关于侵权责任构成要件的一般性问题	96
4.2 关于侵权行为的违法性	98
4.3 关于侵权责任构成的损害事实问题	103
4.4 关于侵权责任构成的因果关系问题	107
4.5 关于侵权责任构成的过错问题	113
⑤ 共同侵权、共同危险行为	117
5.1 概说	117
5.2 高空抛物致害责任	122
5.3 共同危险行为	140
5.4 共同侵权行为和连带责任	145
⑥ 文学作品侵权和新闻侵权	155
6.1 小说等文学作品侵权	155



6.2	博客、互联网上的侵权	169
6.3	关于新闻作品侵权	178
6.4	公共机构、公众人物的侵权问题	183
⑦	关于医疗事故、工伤事故、机动车肇事责任	186
7.1	医疗事故的法律适用问题	186
7.2	工伤事故的法律适用问题	196
7.3	机动车肇事责任问题	207
⑧	违反安全保障义务的侵权行为	217
8.1	关于安全保障义务的范围	217
8.2	过错责任	224
8.3	安全保障义务人的不作为行为与损害之间的 因果关系如何去认识	228
⑨	关于侵权损害赔偿责任问题	239
9.1	人身损害赔偿司法解释的重要性	239
9.2	关于死亡赔偿中的“同命不同价”的问题	243
9.3	加害给付情况下的法律适用问题	248
	关联文献	257
	侵权法三人谈背景综述	260
	附录	
	中国民法典草案建议稿·侵权行为法	289
	中华人民共和国侵权责任法草案建议稿	313

开场白

杨立新：

各位亲爱的读者朋友：

大家好！大家都知道一个事实，这就是《中华人民共和国物权法》的起草工作经过了不断努力，终于就要完成了。估计在本书问世的时候，《物权法》已经正式通过了。现在，民法典立法任务的焦点已经转移到了侵权责任法的立法上面来，不久的将来，《中华人民共和国侵权责任法》就将成为我国的正式的法律。这将在大陆法系的国家中，出现的第一部以侵权法命名的单行法。尽管在以后编纂民法典的时候，它将要成为民法典的一编，并不永远地以侵权法的单行法的形式出现，但是，它的单行法的形式却具有极大的意义。因此，我们现在讨论侵权法的问题，就显得极为必要和适时。

大家也可能知道另外一个事实，这就是中国人民大学民商事法律科学研究中心和中国人民大学法学院民商法教研室有一个研究的强项，就是对侵权行为法的研究。张新宝教授曾经自夸地说，我们侵权责任法的研究力量是“超强”的，具有“超豪华”的阵容。当然，这也不是自夸，也许是一个事实。我们集中了研究侵权责任法时间最早、精力最投入、方向最集中的几位教授，因此，在国内的侵权责任法研究中，就显得比较积极，具有主导性。例如，在现有的三部侵权责任法专家建议稿中，就有两部是我们的教授写出来的。正因为我们有这个

001

开
场
白

力量,所以在起草《侵权责任法》的过程中,我们也就有责任参与得更多,为侵权责任法的制定发挥更大的作用。

所以,在今天《侵权责任法》的起草工作进入最为关键的时候,我们:杨立新、张新宝和姚辉三位教授,集中起来,专门就侵权责任法起草中的问题,进行深入的研讨。我们将要集中地就起草侵权责任法的重要问题,诸如侵权责任法的立法模式问题、侵权责任法的调整对象问题、侵权责任法的归责原则问题、侵权责任的构成要件问题、特别是还要针对侵权责任法起草中的那些具体的,具有很大争议的问题,进行深入的探讨,提出我们的意见。一方面,这些意见将促进侵权责任法的进步;同时,这些意见也会给亲爱的读者朋友们学习、研究侵权责任法起到一个引导的作用。

这个课题是法律出版社学术分社和我们共同策划的。在提出所要研究的主要问题之后,我们三位教授都各自进行了准备,现在,就要在一起进行讨论,讨论的同时,现场进行电脑速记。我们将在电脑速记的稿子的基础上,再进行文字的整理,最后形成这部书稿。在这些工作中,本书编辑刘彦沅作出了重要的贡献,一切的幕后工作都是她做的,为此,我们要向她表示感谢。

我们的“侵权法三人谈”现在开始,先进行第一个题目的研讨。

1.1 关于侵权行为一般条款的研究

杨立新:世界各国的侵权责任法立法模式,主要有两种:一种是大陆法系的立法模式,我把它叫做一般化的立法;另一种是英美法系立法模式,我把它叫做类型化的立法。我国的侵权责任法的立法模式,当然是一般化的模式,但是,我们主张应当特别地借鉴英美法系的侵权行为类型的做法,能够在更大的程度上对侵权行为作出类型化的规定。因此,我们在这个专题中,要谈到侵权行为一般化、类型化等问题。

既然我们的侵权责任法采取的是一般化的立法模式,那么在《侵权责任法》中就一定要有一个侵权行为一般条款。我们可以就从这个问题上开始谈。先请张新宝教授发言。

张新宝:关于一般条件和类型化的问题主要是一个立法问题。从侵权责任法的立法史来看,有两种基本的立法模式:一种是法国的一般条件模式,规定在其民法典第 1832 条、第 1833 条、第 1834 条第 1 款;另一种是德国法所采用的列举模式,规定在其民法典第 823 条第 1、2 款和第 826 条,还有第 824 条、第 825 条辅助性的规定,但是后两条在过去和现在都没有

特别重要的意义。不过也有一些人说德国法上也有一般条款,所谓的“小一般条款”,这是不太正确的。为什么说它没有一般条款呢?主要是因为它连过错侵权都没有能够归纳在一个条款中,而把过错侵权分解为多个条款、多种类型,看不到一般性。因此多数欧洲学者认为德国法的模式应该属于典型的列举模式,对过错侵权进行了三种主要列举。实际上是五种,其他两种不是很重要,一个是侵害信用的,一个是侵害妇女贞操的。由于有了裁判法上的发展,特别是关于一般人格权的裁判上的认可,之后这些东西都显得不是那么重要了。德国学者认为,辅助性的过错责任规定有没有都可以,德国2002年在改革法中将侵害贞操权修改为侵害性自主决定权。

法国法上有没有列举?说法国法是一般条款模式主要是对过错侵权之规定采用一般条款模式。但是对于无过错侵权或者严格责任是有列举的,规定在第1384条第2款以下的一些条款,包括用人者的责任、监护者的责任和建筑物损害责任、动物致人损害责任等等。最近几年又有一个重要的发展,就是产品责任法的法典化,将基于欧洲产品责任指令起草的产品责任法编辑到法典之中去。

这两种模式给我们一些启示。起草侵权责任法,我认为可以更多参考法国的一般条款模式。从最近二三十年的发展来看,包括几个最重要的法典,尤其是荷兰1991年到1992年的民法典、俄罗斯20世纪90年代中期的民法典,还有魁北克民法典(加拿大),以至于往前走一点的埃塞俄比亚民法典,都采取了一般条款的模式,对于侵权责任尤其是过错侵权作出了高度概括性的规定,将过错侵权的构成要件都集中规定在一个条文中。这是比较法上的发展情况。

但是在我们的民法典起草中,一些草案首先提出了一般

条款的立法模式,这个立法模式事实上不是我们学界的一个创新,我认为是在80年代中期制定《民法通则》的时候就选定了一般条款模式,规定在第106条第2、3款,第2款是过错条款的规定,第3款是无过错侵权、严格责任的一般规定,之外有一些列举性的规定。现在学界对这些列举性规定的性质也有不同的看法。比如说,对于侵害生命健康的列举、侵害知识产权的列举、侵害姓名肖像等权利的列举,从类型上看属于过错侵权,为什么要列举呢?第106条第2款应该解决过错侵权的一般问题,这些列举的侵权都是最常见的,为什么要列举?一些学者深入研究后认为,这个不是关于诉因的列举,而是针对这一些侵权在构成要件方面的某些特殊性、承担责任的范围的某些特殊性而进行的列举性规定。这样就会给我们带来一个启示,一般条款的立法模式与侵权责任类型化或者列举性的规定具有相容性。无论是规定一个全面的既包括过错责任或者无过错责任一般条款,或者是规定较小范围的一般条款,都可以兼容一些列举性的规定。这些列举性的规定有些学者把它从类型化的角度加以考虑。

我先提出的一个判断是,我们自民法通则以来接受了法国法的一般条款模式,同时也对于侵权责任形态的某些特殊方面进行了一些细化的规定或者列举性的规定。

杨立新:关于侵权行为一般条款的研究,最早是由新宝教授提出的,他专门写了文章进行讨论,引起了很大的反响,对侵权行为法的研究有了很大的推进。对此,我们都是在新宝教授研究的基础上进行研究的。

还应当补充说一个问题,就是法国法的第1384条主要概括的不是无过错责任和严格责任,因为1804年那个时候还没有无过错责任的概念,还是说过错推定责任或者就叫做准侵

权行为可能更准确。

新宝教授研究侵权行为一般条款,我觉得还存在一个问题,他的意见是一个大的一般条款,而不是一个小的一般条款。例如,新宝教授把《法国民法典》第1382条到第1384条三个条文都认为是一般条款,是一个三个条文组成的一般条款。这个一般条款就是能够概括所有的侵权行为的一般条款。这是新宝教授的想法。

我的看法不一样。我认为,在《法国民法典》中,只有第1382条才是侵权行为一般条款,因为只有这个条文规定的是一般侵权行为;而第1384条规定的是准侵权行为、是过错推定、是替代责任。我的想法是,确定侵权行为一般条款,首先,这个条款是一个条文,而不是两个或者两个以上的条文;其次,是要有一般性,不再做具体规定;还有对侵权行为类型进行具体规定的,就不能认为是一般条款。在《法国民法典》中,只做抽象、一般规定的,就是第1382条,规定的是一般侵权行为,不做再具体规定,因此,这个条文就是一般条款。而第1384条规定了准侵权行为也就是特殊侵权行为的一般规则之后,还规定了第1385条和第1386条,是对第1384条的展开,因此,就不再是抽象规定了,不具有一般条款的意义,因此不能将这个条文纳入侵权行为一般条款之内。

为了说明这个意见,我想还是说明一下侵权行为一般条款的发展历史。

根据我的考察,大陆法系的侵权责任法采用一般化的立法模式,是经历了一个渐进的发展过程的。这个过程几乎贯穿大陆法系侵权行为法发展的整个过程,我把这个过程大致分为五个阶段。

第一个阶段,是古代法时期。在历史上,无论是两河流域