

2007年第4辑 (总第36辑)

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心◇主办

王利明◆主编

本辑要目

【法学专论】

王利明 / 论我国侵权法起草中的几个主要疑难问题

【司法解释之窗】

王 闯 周伦军 / 《关于审理涉及会计师事务所审计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定》的理解与适用

【判例评析】

杨立新 / 医疗事故鉴定的性质及其司法审查

——江苏省扬州市中级人民法院(2004)扬民一处字第009号民事判

决和江苏省高级人民法院(2006)苏民终字第0033号民事判决评释

王鸿雁 / 试论住宅小区地下车库的归属问题——兼评物权法第74条的规定

【公报案例评析】

姜 华 / 债务承担与连带责任保证的异同性

——信达石办与中阿公司等借款担保合同纠纷案分析

人民法院出版社

2007年第4期 (总第204期)

判解研究

中国人大法苑 最高人民法院中国应用法学研究所 主办

（法学理论）

目录

【法学理论】

1 论“三权分立”与“行政首长负责制”的辩证关系

【宪法与行政法】

21 论《行政许可法》中“行政许可”与“行政审批”的关系

【民法】

26 论《物权法》中“物权”与“财产权”的关系

31 论《物权法》中“物权”与“财产权”的关系

36 论《物权法》中“物权”与“财产权”的关系

【刑法】

41 论《刑法》中“犯罪”与“刑事责任”的关系

46 论《刑法》中“犯罪”与“刑事责任”的关系

（法学理论）

2007 年第4辑(总第36辑)

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办
王利明 主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

判解研究. 2007 年. 第 4 辑: 总第 36 辑/王利明主编.
北京: 人民法院出版社, 2007. 12
ISBN 978 - 7 - 80217 - 592 - 1

I. 判… II. 王… III. ①判例 - 研究 - 中国 - 丛刊
②法律解释 - 研究 - 中国 - 丛刊 IV. D920.5 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 175482 号

判解研究

2007 年第 4 辑(总第 36 辑)

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办
王利明 主编

责任编辑 吴秀军 兰丽专

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 邮编: 100745

电 话 (010)85250571(责任编辑) 85250516(出版部)
85250558 85250559(发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 三河市国英印务有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 212 千字

印 张 12.125

版 次 2007 年 12 月第 1 版 2007 年 12 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 592 - 1

定 价 28.00 元

加強判解研究
推進司法改革

肖揚

二〇〇〇年

七月一日

《判解研究》编辑委员会

主 任：王利明

副主任：杨立新

委 员：（以姓氏笔画为序）

王运声 龙翼飞 刘春田

刘德权 江 伟 孙华璞

纪 敏 杨润时 吴汉东

俞灵雨 姚 辉 钱 锋

郭明瑞 董安生 蒋志培

执行主编：姚 辉 吴秀军

编 辑：兰丽专 熊谓龙

麻锦亮 刘生亮 周云涛

电 话：(010) 85250571 62514868

传 真：(010) 85250586 62514868

E - mail: caselaw@sohu.com

支持单位：北京市鑫兴律师事务所

网 址：www.xinxinglaw.com

E - mail: xinglaw@yahoo.com.cn

目 录

法学专论

- 论我国侵权法起草中的几个主要疑难问题
..... 王利明(1)
- 从一则案例看在家教育的合宪性与合法性
——兼谈我国宪法上受教育权与受教育
义务之内涵 王 锴(9)
- 劳动合同法新规定对劳动争议处理的影响评价
..... 周贤日(25)

法官论坛

- 联邦德国最高法院民事判决
书评介 欧宏伟(37)

司法解释之窗

- 《关于审理涉及会计师事务所审计业务活动中
民事侵权赔偿案件的若干规定》
的理解与适用 王 闯 周伦军(46)

判例评析

- 医疗事故鉴定的性质及其司法审查
——江苏省扬州市中级人民法院(2004)扬民一
处字第 009 号民事判决和江苏省高级人民法
院(2006)苏民终字第 0033 号
民事判决评释 杨立新(85)

美国问题金融机构特殊处理的判例法精神 ——从台湾地区彰化四信案谈起	刘俊(111)
侵权行为中因果关系的认定 问题研究	朱建农 喻伟泉(122)
从“盛扬”轮四审案探究实际承运人责任 的司法走向	何丽新 李明敏(138)
试论住宅小区地下车库的归属问题 ——兼评物权法第74条的 规定	王鸿雁(152)
公报案例评析 债务承担与连带责任保证的异同性 ——信达石办与中阿公司等借款担保合同 纠纷案分析	姜华(163)
海外判例选介 可转让信用证中银行保密责任及责任范围 ——评 <i>Jackson v. Royal Bank of Scotland</i> 案	马晓明(176)
编辑后语	(187)

论我国侵权法起草中的几个主要疑难问题

王利明*

近三年来,在中国法学会民法学研究会、中国人民大学法学院、中国人民大学民商事法律科学研究中心等科研机构的大力推动下,我国的侵权法研究取得了丰硕的成果,也推动了立法的进程。在以往的研讨中,学者们就一些非常重要的基础性问题已经达成了共识,例如,在侵权法立法模式上,主张应当采取既要有一般条款,又要针对特殊侵权类型进行具体列举的立法模式。在现在的阶段上,学者们针对侵权法的重大疑难问题的研讨,已经取得了一些重要的成果。但也仍然存在一些需要进一步深入和细化研究的有待探讨的问题,其中有些问题具有国际共性,例如一般条款和特殊侵权类型的关系问题等。在这些方面我国可以借鉴欧洲的先进经验;但其中也有些问题是具有中国特色的,例如专家责任的问题,在欧洲国家,专家责任都是个人责任,但在我国,专家基本上都是隶属于一定的公司或机构中的,所以专家责任通常都是一种团体责任。

今后一段时期的研究中,我们的重心应当放在侵权法方面,因为自从2007年3月16日我国物权法颁布之后,举世瞩目的中国侵权法起草工作已被提上议事日程。由于我国民法典采取分阶段、分步骤制定的方式,所以,侵权法的起草工作是中国民法典起草工作的重要组成部分,我们能否尽快地出台中国民法典,很大程度上取决于一部高质量的侵权法能否及时颁行。在侵权法的起草过程中,有如下问题需要我们进一步深入地探讨:

* 中国人民大学法学院院长,教授,博士生导师。本文系作者在第二届中德侵权法研讨会上所作的主旨发言。

一、侵权法究竟应当称为“侵权责任法”还是“侵权行为法”

我们制定侵权法之初，首先就会遇到一个名称的问题，即该部法律究竟应当称为“侵权责任法”还是“侵权行为法”。对此，学术界存在着不同的观点。笔者倾向于使用“侵权责任法”的名称。理由在于：

第一，侵权行为法更多地强调为自己行为负责，而在现代社会中，人们越来越多地要为他人的行为负责，因此，采用“侵权责任法”的提法就可以将这些为他人行为负责的情形包含进来。

第二，侵权行为法更多地强调行为人的主观过错，而时至今日，公平责任、危险责任等日益增加，采取“侵权责任法”的提法就可以很好地将这些不以过错为要件的责任类型包含进来。

二、侵权法的保护范围

在传统侵权法中，侵权法的保护范围主要限于人身权和作为财产权的物权。随着现代社会中侵权法功能的扩张，侵权法的保护范围也逐步纳入了利益，^① 例如人格利益、纯粹经济损失等。因此，我们必须明确侵权法的保护范围，它既包括权利，又包括各种利益。笔者认为，我们应当逐步扩大侵权法的保护范围，使得侵权法逐步成为一部民事权利和利益的保护法。当然，对权利的保护和对利益的保护是有区别的。例如，对利益的保护，必须要考虑行为的主观状态是否具有故意或者恶意；在侵害利益的方式上，是否采取了一种违背善良风俗的方式。但是对于侵害权利的行为方式和责任构成，则不一定必须考虑主观状态的问题。

三、一般条款与具体列举之间的关系

各国侵权法在制定中都必须妥善处理好一般条款与具体列举之间的关系。尤其是在我国，侵权法要独立成编，因此，需要构建一个内在的逻辑体系，所以处理好二者之间的关系更为重要。现在学界对于应当采取一般条款和具体列举相结合的模式已经形成了共识。因为如果没有一般条款，每天发生的无数的侵权行为都要在立法上找到其适用的规定，这就给立法机关带来了非常沉重的任务。有了一般条款之后，就会使立法简洁，也可以避免逐一

^① 参见王利明：《侵权行为法研究》（上卷），中国人民大学出版社2004年版，第128页。

列举可能造成的遗漏，法官也对于任何新型的案件可以作出符合侵权行为一般条款的判决。^①但是，采用一般条款和具体列举相结合的模式，还有几个问题需要深入探讨：

（一）一般条款究竟通过什么方式来确定？应当列举哪些一般条款？

关于一般条款的规定，有两种方式：一是从法益的角度来设置，二是从归责原则的角度来设置。笔者认为，应当同时考虑从两个方面来设置一般条款。从法益的角度，我们可以将物权法保护的权益范围用一般条款来表述；而从归责原则的角度，我们还是应当将过错责任表述为一般条款。因为公平责任和严格责任实际上都要适用法律的特别规定，也就是说，只有在法律有特别规定的情况下，才能采用公平责任和严格责任的方式。既然是特别规定，那就意味着必须要将其类型化，因而不需要一般条款。

（二）究竟需要将哪些行为类型化？在侵权法中规定哪些特殊的侵权行为？

笔者认为，不是所有的侵权行为都需要类型化，否则的话，我国侵权法即使规定成百上千个条款，也无法列举穷尽。只有那些在构成要件、举证责任方面具有特殊性的侵权行为，才应当具体列举。例如，新闻侵权就是可以类型化的，因为它的举证责任和构成要件是具有特殊性的。但是，对物的侵害，就不应当针对不同的物分别规定不同的条款，因为它们没有特殊性。

（三）一般条款和具体列举规定应如何适用？

是不是说，凡是已经类型化的侵权，就适用具体列举规定；而没有具体列举规定的，就适用一般条款？笔者对此表示赞同。一般条款和具体列举规定之间是一般法条和特别法条的关系。当然，有些情况下，如果某种特殊的侵权类型并没有被侵权法所规定，而它和法律明文规定的某种特殊侵权类似，那么也可以对之采用类推适用的方式进行处理。

四、侵权法和债法、合同法的关系

众所周知，在传统大陆法系民法中，侵权法都是包含在债法之中的。但是，现代社会发展以及民主法制建设的需要，使得侵权行为法所保障的权益范围不断拓展，其在传统债法体系中所负载的功能显然已不足以适应时代的需求。^②目前，在我国侵权法的起草过程中，立法机关已经采纳了侵权法与

① 杨立新：《侵权法论》，人民法院出版社2003年版，第22页。

② 王利明：《我国民法典重大疑难问题之研究》，法律出版社2006年版，第497页。

债法相分离的观点,决定单独制定侵权责任法,这本身就是传统民法典体系的重大突破。但是,侵权法独立成编之后,侵权法和债法之间是否就完全脱离了关系?情况并非如此。我们未来民法典还要规定债的一般规则,侵权损害赔偿本身是因为侵权而引发的债,所以,应当适用债法总则的规定。因此,侵权法不必就债法的共性问题作出规定,例如,按份之债、连带之债等都应当放在债法总则中加以规定。

五、侵权法与人格权法、物权法、知识产权法等法律的关系

侵权法主要是保护绝对权的法律,但是,人格权法、物权法、知识产权法同样也要保护绝对权。在侵权法制定中,如何处理好侵权法与这些法律之间的关系,是一个不能回避的问题。笔者认为,解决这一问题首先需要我们正确认识侵权法的功能和特点。即侵权法的目的是什么,要起到什么作用的问题。应当承认,侵权法的发展走向在很大程度上体现了一个国家的立法政策的价值取向和法律文化的发展程度。现代社会中,侵权法的功能不断扩张,这可以说是侵权法发展的一个重要趋势。但是,我们也不能盲目地、毫无限制地扩张侵权法的功能。侵权法的功能也是特定的。

笔者认为,理解侵权法的功能和特点必须把握两个方面:一方面,侵权法主要是救济法。应当承认,侵权法也具有预防、制裁等功能,但是,它的主要功能还是救济。作为保护绝对权的法律,侵权法主要通过损害赔偿的方式对受害人遭受的损害予以救济,它是一种事后救济的保护方式。由于侵权法是救济法,所以,它和权利法是有区别的。人格权法、物权法、知识产权法等法律就属于权利法。因此,确认绝对权的规则应当由物权法、人格权等来规定,而侵权法只是规定权利的救济规则,也就是规定在权利遭受侵害以后如何提供救济。另一方面,必须要突出侵权法的损害赔偿功能。侵权法的主要作用在于损害赔偿,这可以说是中外学者的共识。即使对于精神损害赔偿,很多国家强调其是精神的抚慰,但是,现在也越来越强调其是对损害的赔偿。对人身伤害的赔偿和财产损害的赔偿,就更表现了其赔偿的功能。强调损害赔偿的方式,这是侵权法作为民法中保护权利的独特制度。侵权法的损害赔偿是建立在等价有偿原则之上的。在侵权法中,赔偿和损害应当是等同的。所以,在各种绝对权遭受侵害之后,尽管需要对这些权利提供全方位的救济,但是,凡是涉及损害赔偿的责任问题,应当都将其纳入到侵权法的范围来进行保护,都应当作为侵权法的组成部分来对待。例如,我国物权法为了强化对财产权的保护,规定了对财产遭受侵害之后的多种补救措施,其

中也规定了对物权的侵害采用损害赔偿的补救方法。^① 笔者认为,关于损害赔偿的规定都属于侵权法的组成部分,物权法的规定只是属于引致性规范,它架起了物权法和侵权法的桥梁。物权法的救济手段主要是物权请求权。但是,这些措施都不能够代替侵权法的补救方式,因为各种物权请求权只是为了恢复权利的圆满状态,而侵权法是价值补偿,这是侵权法的独特之处。

六、侵权法与社会保障法、社会保险法之间的关系

侵权法主要是对遭受侵害的权利提供救济。同样,社会保障法、社会保险法也对当事人提供救济,也可以起到救济受害人的作用,因此,侵权法如何协调好同社会保障法、社会保险法等法律的关系,十分重要。需要指出的是,社会保障法、社会保险法的救济基础不同于侵权法,贯彻的原则也是不同的。社会法体现的是分配正义,更多地体现了对弱者的保护。所以,在损害发生之后,按照侵权法需要考虑行为人的过错,谁应当对其负责,也就是说要考虑可归责性的问题。但是,社会保障法和社会保险法等对受害人提供救济,并不关心侵权行为人及其过错的问题,而只关心损害是否发生、是否需要为受害人提供救济。一般来说,如果损害发生以后,只要不涉及侵权行为人,就可以适用这些法律提供救济。但是,在涉及侵权行为人的行为及其过错的情况下,情况就比较复杂,因为这两部法律都提供救济。

我们需要处理好哪些法律关系应当归侵权法调整,哪些归社会法调整的问题。我们应当充分发挥侵权法的救济作用。但是也应当看到,各个法律部门之间是相互救济的,要注重各个法律部门的相互协调和配套。所以,首先在侵权立法中必须要统筹考虑:在发生了损害之后,受害人究竟应当如何选择请求权。^② 从其他国家的情况来看,对受害人由社会法救济之后,侵权法就不再予以救济。但是,在我国,因为社会保障和社会保险的救济水平较低,所以,侵权法还有必要发挥其救济功能。当然,将来的趋势应当是提高工伤赔付标准。但是,在社会保障法、社会保险法提供的救济不充分的情况下,还是应当从全面保护受害人的角度考虑,允许受害人在选择一种请求权之后,还可以主张另外一种请求权。对此,德国的模式是如果受害人通过社

① 参见王利明:《物权法研究》(修订版上卷),中国人民大学出版社2007年版,第193页。

② 参见王利明:《侵权行为法研究》(上卷),中国人民大学出版社2004年版,第663页。

会保险法、社会保障法获得了救济,那么受害人就不能再请求侵权损害赔偿。但最近德国也有学者认为,这种模式是不成功的。主要原因在于,此种模式没有能够充分地保护受害人。笔者认为此种经验是值得我们借鉴的。其次,如果我们允许受害人选择两种请求权,是否会造成受害人获得过度的赔偿?这就需要考虑救济的目的是什么,怎样才能使受害人达到充分补偿的程度,充分的标准又将如何确定?这些都是值得我们认真研究的问题。

七、侵权法和环境保护法、国家赔偿法等侵权特别法的关系

在我国现行立法中,不仅存在侵权普通法,还存在着大量的特别法,它们也规定了一些侵权损害赔偿问题。凡是侵权法特别法已经作出了规定的,侵权法不必再进行规定。但是,如果特别法规定得不完善或者有漏洞,侵权法还应当加以规定。通过侵权法立法,可以完善我国的侵权责任制度。这一点尤其表现在侵权法和环境保护法、国家赔偿法等侵权特别法的关系中。

随着我国经济的高速发展,污染环境的现象越来越严重。加大损害赔偿力度,已经成为社会的共识。在环境侵权中,多数都是受害人人数较多的案件,过去政府和法院都害怕引起群体性事件。但事实上,通过法律途径解决好这些问题,反而更有利于实现社会的和谐,尤其是通过赔偿机制能够有效地遏制环境侵权,保护和维护好环境。因此,我们要建立环境损害赔偿机制,同时,要完善相应的民事诉讼制度。侵权责任法要注重解决如下几个方面的问题:一是有关环境侵权中的因果关系的确定,是否可以引入盖然性因果关系说等等。二是在环境侵权中,如果对生态环境造成了破坏,损害赔偿是否应当包括治理和恢复生态的费用。三是如果受害人没有直接遭受某种损害,但是,环境遭到了破坏,受害人是否可以请求损害赔偿?四是归责原则究竟是采用过错责任原则还是严格责任原则?笔者对此倾向于采用严格责任原则。在环境侵权中,我们需要明确环境侵权的归责原则为无过错责任原则,而且对因果关系的认定需要采取较为合理的标准。五是是否应当引入惩罚性赔偿,并且对不法性的认定采取更为严格的标准。

关于国家赔偿,我国目前尽管在民法通则中已经明确规定了国家行使公权力致害的责任,并且明确其为民事责任。但事实上,国家赔偿是由国家赔偿法来规定的,而且只能适用国家赔偿法的规定。而国家赔偿法的规则和民法的规则又是完全分离的,国家赔偿的特点在于,其赔偿范围非常有限,对精神损害和间接损失都不予赔偿。在侵权法制定中,许多学者强烈呼吁将国家赔偿完全纳入到民事赔偿的范围之内,从而充分保护公民、法人的合法权

益。但是,笔者认为,将侵权损害赔偿和国家赔偿完全统一、国家赔偿法完全纳入侵权法的体系是不现实的,还是应当明确二者之间的界限。尤其是应当严格限定国家赔偿的适用范围,不能扩张解释国家赔偿法的适用范围。

关于道路交通事故责任,我国道路交通安全法已经对此作出了规定,但还有一些规则需要进一步完善。例如,道路交通侵权类型中,抗辩事由的范围究竟包括那些,是否机动车驾驶人一律承担绝对的无过错责任,侵权责任主体如何界定,尤其在机动车的驾驶人与所有人分离的情况下如何处理好强制责任保险与道路交通侵权责任的关系问题。

八、关于损害赔偿

损害赔偿涉及的问题很多,笔者在此主要想谈两个问题:一是最近引起广泛讨论的“同命不同价”的问题。笔者并不赞成这一提法。因为生命本身是无价的,生命的利益也不能继承,所以,侵害生命权的情况下赔偿的对象不是生命利益本身,因此,不存在所谓“同命不同价”的问题。在致人死亡的情况下,通常赔偿主要包括三部分:一是直接损失,例如丧葬费、医疗费等;二是死者近亲属的精神痛苦的赔偿,这些赔偿应当属于精神损害赔偿的范畴;三是死者近亲属的扶养丧失的赔偿。扶养丧失的赔偿,是为了维持其近亲属的生活水平。死者近亲属在事故发生以后的生活维持费用,在农村和城市,在东部和西部,可能是有差异的,这和我们国家的经济发展在各个地区不平衡有着直接的关系,也与我国现行的城乡二元结构有密切联系。人身损害案件中可救济的损害范围的统一性取决于一定的社会经济发展状况和法治、人权保障水平,而不取决于受害人的个人因素。^① 所以,简单地按照哪一个地方为标准来认定,确实会导致不公平的结果。例如,就生活水平维持费用而言,不同的地方可能就很不一样,有的地方生活费很高,而有的地方生活费较低,这就需要在赔偿的时候酌情考虑,不宜在法律上作整齐划一的规定。

二是惩罚性赔偿。现在,很多学者主张要扩大惩罚性赔偿的适用范围。其主要原因在于,现代社会两极分化越来越严重,有的富人非常富裕,根本不在乎侵权以后的赔偿责任。所以,一般的损害赔偿可能对其起不到制裁和教育的作用。笔者认为,这种现象也可能是存在的。但是,侵权法主要是补救的法律,不能够将惩罚性赔偿作为一般原则,尤其是不能通过惩罚性赔偿

^① 张新宝:《侵权责任构成要件研究》,法律出版社2007年版,第188页。

使受害人获得额外的补偿。这样做实际上也是没有必要的，我们不能指望一部法律解决所有问题。如果某个行为侵害了他人的权利，行为人可能还会受到刑法、行政法的制裁。所以笔者认为，不应当确立惩罚性赔偿的原则。但是，在特定情况下，适当增加惩罚性赔偿的适用也是有必要的。例如，对于故意殴打他人、恶意的性骚扰等，可以适用惩罚性赔偿。

从一则案例看在家教育的合宪性与合法性

——兼谈我国宪法上受教育权与受教育义务之内涵

王 锴*

引 例

北京人侯波将7岁的儿子明明（化名）留在家里自己进行封闭教育，并使明明在英语和阅读方面表现了超过同龄儿童的能力，甚至能够看懂古典文学和英文报纸；但前妻王育认为，不接受正常的学校教育对明明今后的成长不利，于是诉至石景山人民法院要求取得明明的监护权。2006年9月19日，法院判决认为，家庭教育虽然对学生个体更具有针对性，却毕竟不够系统和全面。文化课程只是义务教育内容的一部分，义务教育是对未成年学生进行德育、智育、体育、美育、劳动教育以及社会生活指导和青春期教育。家庭、学校应当是互相配合、密切联系，并关注学生的个体差异，因材施教，促进学生的充分发展。《中华人民共和国义务教育法》明确规定：“义务教育是国家统一实施的所有适龄儿童、少年必须接受的教育”；“凡年满六周岁的儿童，其父母或者其他法定监护人应当送其入学接受并完成义务教育。”据此，明明接受国家义务教育既是其享有的权利，又是被告侯波应尽的法定义务。侯波应当尽快解决明明的入学问题，使其接受全面的义务教育。

一、受教育权与受教育义务

我国宪法第46条第1款规定，中华人民共和国公民有受教

* 北京航空航天大学法学院讲师，法学博士。