

第九辑

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

第九輯

杨立新 著

《民商法判解研究》第九辑 目 录

第一编 侵权行为法判解研究·····	(1)
侵权民事责任方式研究·····	(3)
侵权行为法研究热点问题三论·····	(19)
关于侵害商标权的侵权行为·····	(42)
论高度危险作业致害责任·····	(58)
财产犯罪受害人起诉侵权赔偿问题的研究·····	(73)
错案赔偿的方式和计算标准·····	(87)
第二编 人身权法判解研究·····	(119)
论名称权及其民法保护·····	(121)
贾国宇诉北京国际气雾剂有限公司等人身损害 赔偿案释评·····	(136)
第三编 债权法判解研究·····	(161)
新合同法规定的基本原则的理解和适用·····	(163)
新合同法规定的合同债权保全的理解和适用·····	(191)
损害赔偿之债的过失相抵·····	(219)
损害赔偿之债的损益相抵·····	(229)
论悬赏广告·····	(246)

第四编 典型案例评析 (265)

- 银行工作人员因疏忽致使存款被冒领, 存款
人亦有过失, 赔偿责任应如何确定——谈
违约责任的过失相抵 (267)
- 银行工作人员因疏忽将退汇款转汇给他人被
占用, 退汇人应向谁请求承担民事责任——
谈违约损害赔偿请求权与不当得利请求权的
竞合 (273)
- 由于一方当事人的过错致使合同无效造成他
方损失, 受害人可否请求过错方赔偿损失
——谈缔约过失责任 (279)
- 将病牛丢弃被他人拾得并予医好, 原牛主是
否有权请求返还原物——谈不当得利请求
权的构成 (285)

第五编 侵权损害赔偿索赔简表 (293)

- 侵害婚姻自主权的损害赔偿 (295)
- 侵害一般人格权的损害赔偿 (302)
- 侵害配偶权的损害赔偿 (310)
- 侵害亲权的损害赔偿 (316)
- 侵害亲属权的损害赔偿 (324)
- 侵害荣誉权的损害赔偿 (331)
- 侵害监护权的损害赔偿 (339)
- 侵害财产所有权的损害赔偿 (348)
- 侵害财产共有权的损害赔偿 (357)
- 侵害相邻权的损害赔偿 (366)
- 侵害占有权的损害赔偿 (373)

第一编

侵权行为法判解研究

侵权民事责任方式研究

一、侵权民事责任方式概述

(一) 侵权民事责任方式的概念

构成侵权民事责任，侵权行为人将承担与其所实施的侵权行为和救济侵权行为受害人相适应的民事责任方式。侵权民事责任方式，就是指侵权行为人依据侵权行为法就自己实施的侵权行为应当承担的具体的民事责任形式。从抽象的意义上说，侵权民事责任方式，就是侵权行为法规定的侵权行为人实施侵权行为所应当承担的具体的法律后果。侵权行为人承担侵权民事责任构成方式意味着，法律对侵权行为人所实施的行为所持的否定和谴责，对侵权行为所给予的制裁，同时表明法律对公民、法人的权利的保护，以及对一般公民和法人所体现的教育作用。

《民法通则》第 134 条规定了民事责任的 10 种方式。在 10 种民事责任方式中，除支付违约金和修理、重作、更换形式属于典型的合同责任形式以外，其他各种形式均可适用于侵权责任。即停止侵害，排除妨碍，消除危险，返还财产，恢复原状，赔偿损失，消除影响、恢复名誉，赔礼道歉。这些民事责任方式可以分为财产型的民事责任和精神型的民事责任。这些责任形式都是由民法调整的财产关系和人身关系的特殊性所决定的，应当按照

救济侵权损害后果和制裁侵权行为人的具体要求，使用具体的侵权民事责任构成方式。

侵权民事责任方式的特征是：

第一，侵权民事责任方式是落实侵权责任的具体形式。

侵权民事责任构成，侵权行为人就应当承担这种法律后果。民事责任总是要落实到具体的形式上，而不是一种空洞的概念。因此，侵权民事责任方式必须化为具体的形式，侵权民事责任是侵权民事责任方式的抽象，而侵权民事责任方式是侵权民事责任的具体表现。没有侵权民事责任方式，侵权民事责任就是一句空话。

第二，侵权民事责任方式是责任与义务、向法律负责和向受害人负责的结合。

侵权民事责任方式既是人民法院运用审判权判令侵权行为人承担责任的方式，也是侵权行为人应向受害人履行的义务。在这一点上，民事责任与刑事责任和行政责任的区别就反映出来了，即刑事责任和行政责任只是对国家和法律负责，而不是向对方当事人负责，而民事责任却是向国家法律负责和向对方当事人负责的结合。侵权民事责任正是这样，既是责任，又是义务。

第三，赔偿损失是侵权民事责任的主要方式。

侵权民事责任虽然有 8 种之多，但是最基本的形式，是赔偿损失。我们说赔偿损失是侵权民事责任的基本方式，就是说它还不是唯一的形式，不仅仅限于赔偿损失，其他 7 种民事责任方式，对侵权行为都可以适用。我国《民法通则》一改传统侵权行为法只将赔偿损失作为侵权民事责任唯一方式的立法体例，将侵权民事责任方式扩大，能够更好地保护公民和法人的合法权益。当然，这并不能改变损害赔偿在侵权民事责任方式中的统帅作用和基本地位。这一特点是由侵权法的基本功能在于补偿受害人的

损失所决定的。侵权行为一般都造成了受害人的损失，但不不管是财产损失，还是人身伤害和死亡以及精神损害，依法律规定均可以适用赔偿损失。

（二）侵权民事责任方式的类型和适用的一般原则

在8种侵权民事责任方式中，财产责任类型是主要方式，非财产责任是非主要方式。前者如损害赔偿、恢复原状、返还财产。后者如停止侵害、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉。在此之外，排除妨碍和消除危险则有可能是财产性质的民事责任，也可能是非财产责任方式。根据侵权民事责任方式的不同特点，可以将侵权民事责任方式概括为三种类型。

第一种，是财产责任方式，这种责任方式主要是救济受害人的财产损失，当然也包括对非财产利益损害的救济，可以根据侵权行为损害的利益的的情况适用。

第二种，是精神型的责任方式，主要是救济精神利益的损害和精神痛苦的损害，适用于精神性人格权的损害的救济。我国侵权行为法认为对于财产损害，一般不适用精神型的责任方式。

第三种，是综合型的责任方式，对于一切侵权行为都可以适用，对侵害财产权利的侵权行为可以适用，对于侵害人格权的侵权行为也可以适用。

对侵权行为适用民事责任方式，应当掌握的原则是：

一是，救济损害需要原则。

确定侵权民事责任方式最重要的原则，就是根据救济受害人的权利损害需要。在恢复受害人受到侵害的权的目标下，需要适用什么民事责任方式，就适用什么民事责任方式。对于单纯的财产权利损害，可以单独适用损害赔偿方式救济损害；对于生命健康权的损害，可以赔偿财产损失，也可以赔偿精神损害；对于精神性人格权的损害，可以单独适用精神型的民事责任方式，也

可以根据需要,适用财产型的民事责任方式。在任何情况下,只要有救济损害的需要,都可以适用综合型的民事责任方式。各种侵权责任方式都有其适用的特定条件,只有针对不同的侵权案件适用不同的责任,才能充分发挥责任形式的效果。因此,应根据具体情况恰当地选择责任形式。法律有明确规定的,应按规定确定;法律没有明确规定的,应根据具体情况按有关法律的精神选择适当的承担责任的方式。

二是,可以并用的原则。

在侵权民事责任方式中,各种方式各具特点,对于侵权行为造成损害的救济,可以单独适用一种民事责任方式,也可以适用多种民事责任方式。审判人员掌握侵权行为法制裁不法行为人的民事责任方式体系,明确侵权行为人应负的义务,掌握保护权利人权利的具体民事方法和措施,根据不同的案件特点来决定某一侵权行为人所承担的一种或者多种不同的责任形式。

侵权民事责任方式并用的标准是,根据各种责任形式保护受害人的利益不同,如果适用一种责任形式不足以保护受害人时,就应当同时适用其他的责任形式。例如,行为人非法占有他人财产,并造成对该财产的损害,仅仅责令不法行为人返还财产,尚不足保护受害人的利益,因此,还需要采取恢复原状、赔偿损失等责任形式。反之,如果适用一种责任形式足以保护受害人的利益,就不必再采取其他的责任形式,以避免给行为人强加不适当的责任。当某种特定的损害发生以后,可以导致多种责任形式的适用,但又不宜同时并用各种形式。如何选择一种或数种责任方式,应根据具体情况决定。

三是,适当处分原则。

侵权民事责任方式从受害人的角度看,就是受害人自己享有的请求权。按照民法的基本原则,权利人可以处分自己的权利。

在确定侵权行为人的民事责任方式的时候，同样应当贯彻这样的原则。受害人坚持自己的请求权，法院应当予以支持；受害人自愿要求处分自己的请求权的，法院不应当干预。在违背公共秩序和善良风俗的情况下，受害人的自由处分权利应当受到限制。

四是，必要的先予执行原则。

在侵权民事责任方式中，对于确有必要的，在案件受理时，可以先予执行，最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第162条规定：“在诉讼中遇有需要停止侵害、排除妨碍、消除危险的情况时，人民法院可以根据当事人的申请或者依职权先行作出裁定。”先行裁定与先予执行在性质上是一致的。在《民事诉讼法》中，对于先予执行适用范围的规定，并不包括这三种情况，最高人民法院根据实践经验，对于侵权案件准许先予执行停止侵害、排除妨碍和消除危险三种民事责任方式。先予执行的必要性，体现在一般是在侵害正在进行、不采取先行裁定将导致损害扩大的情况下才能采取。采取先行裁定的目的，是为了制止正在进行或延续的损害，防止损害进一步扩大，维护权利人的权利，减少不必要的损失。

二、侵权民事责任的方式和适用

（一）财产型民事责任方式和适用

1. 返还财产。

返还财产，是普遍适用的侵权民事责任方式。作为侵权责任形式的返还财产，是指返还原物。不法侵占他人财产，应当返还原物。《民法通则》第117条规定，侵占国家的、集体的财产或者他人财产的，应当返还财产。因返还原物提起的诉讼称为返还原物之诉。

返还原物责任因不法行为人非法占有财产而产生。无法律和合同的根据而占有他人的财产，侵害了财产所有人或者占有人的权利。如甲的房屋被乙租用，租期届满后，乙不返还承租的房屋；再如甲抢夺乙的财产据为己有。这两种情况都构成非法占有，所有人享有返还原物的请求权，有权要求非法占有人返还原物。

适用返还原物的侵权民事责任方式时，应注意以下几点：

一是，返还原物适用的条件，是侵占财产，且原物依然存在。如果原物已经灭失，返还原物在客观上已经不可能，所有人只能要求赔偿损失，而不能要求返还原物。如果原物虽然存在，但已经遭受毁损，可以在请求返还原物的基础上，再提出赔偿损失。返还原物在性质上是物的占有的转移，而不是所有权的转移，因此必须要占有人将所有物转移至所有人的控制之下，才能视为原物已经返还。

二是，返还原物应当返还原物所生的孳息。构成侵权行为的侵占财产均为恶意。在恶意占有的情况下，占有人应负责返还其在全部恶意占有期间所获得的一切孳息，并且亦无权请求所有人补偿其支付的费用。

三是，有权请求返还原物的人，一般是物的所有人，物的占有人也有权请求返还原物。所有人请求返还原物，不管是单个的所有人还是共有人，在所有物被他人非法占有后，都享有这一权利；但在共有的情况下，必须要求不法占有人将共有物返还给全体共有人，如果共有人中的一人超过其应有份额而占有或使用共有物时，其他共有人对该共有人有请求返还其应有一部分的权利。占有人请求返还原物，是占有人在合法占有期间，占有物又被第三人非法占有，占有人有权请求非法占有人返还原物；该物的所有人也可根据其所有权请求不法占有人返还原物。在这种请

求权重叠的情况下，请求权如何行使，我认为谁最后合法占有该物，谁就可以优先行使，但并不排除所有人的请求权。不法占有人应将物返还给所有人还是合法占有人，应视具体情况而定，原则上亦应先返还给最后的合法占有人。

四是，返还原物的请求权只能针对非法占有人提出，而不能要求合法占有人返还原物。否则，合法占有人可依据其合法占有权，拒绝所有人的请求。在这里确定占有人的占有为合法或非法，应根据所有人提出请求时占有人是否有权占有来决定。如果无权占有人可占有原物以后，又将物转给他人占有，则所有人就可请求无权占有人，也可请求现在的占有人返还原物。

2. 恢复原状。

恢复原状是指恢复权利被侵犯前的原有的状态。一般是指将损害的财产修复，即所有人的财产在被他人非法侵害遭到损坏时，如果能够修理，则所有人有权要求加害人通过修理，恢复财产原有的状态。如甲将乙的电视机非法损害。乙可请求甲修复，其费用由甲承担。广义的恢复原状，如通过返还财产使财产关系恢复到原有的状态，通过恢复名誉使受侵害的名誉权得到恢复，在侵权民事责任方式的体系中，都有专门的方式，不能包含在恢复原状的责任方式之中。在侵权行为法中，虽然恢复原状与修理、重作、更换的责任形式联系十分密切，采纳广义的恢复原状的概念，修理、重作、更换不过是恢复原状的手段，目的在于恢复权利人被侵害的权利，[●]但修理、重作、更换不是侵权行为法的侵权民事责任方式，不是恢复原状的具体形式。

适用此种责任形式，应当具备的条件是：

第一，须有修复的可能。恢复原状可以通过多种方式实现，

● 参见王利明、杨立新：《侵权行为法》，法律出版社，1996年版，第104页、

但无论通过何种形式，恢复原状不仅要在实际上可能，而且要在经济上合理，否则，就不应该采取这种方式。

第二，须有修复的必要。如果财产被破坏得已无法修复，或者虽可修复，但所有人已不需要，则不能适用恢复原状的民事责任，而应当折价赔偿。在恢复原状时，应由加害人以自己的费用进行修理，受害人进行监督。

3. 赔偿损失。

赔偿损失是最主要最基本的侵权民事责任方式，是指行为人因侵权行为而给他人造成损害，应以其财产赔偿受害人所受的损失。适用赔偿损失的侵权责任方式，是所有人的财产遭受他人的不法侵害，致使财产损坏不能修复，或者原物已经灭失，不能返还的，可以请求不法行为人赔偿因财产遭受损害而造成的损失；在行为人侵害他人的人身权和知识产权，造成他人的财产损失、人身伤害和精神损害的，应赔偿受害人所受的损失。因此，侵权行为法上的赔偿损失，包括财产损害赔偿、人身损害赔偿和精神损害赔偿三种形式。

损害赔偿是侵权行为法救济损害的最基本形式，在理论上和实践上都十分复杂，本书专门设置一编进行专题研究。

（二）精神型民事责任方式和适用

1. 停止侵害。

行为人实施的侵权行为仍在继续中，受害人可依法请求法院责令侵害人承担停止侵害的民事责任方式。任何正在实施侵权行为的不法行为人都应立即停止其侵害行为。所以，停止侵害的责任形式可适用于各种侵权行为。此种责任形式的主要作用在于：能够及时制止侵害行为，防止扩大侵害后果。但这种责任形式以侵权行为正在进行或仍在延续中为适用条件，对尚未发生的或业已终止的侵权行为则不得适用。责令停止侵害，实际上是要求侵

害人不实施某种侵害行为，即不作为。

适用停止侵害责任方式应当注意：

一是，停止侵害可以先予执行，在司法解释中称为先行裁定。先予执行的条件，就是侵害正在进行，没有结束。这在一般的侵权案件都可以适用。

二是，先行裁定停止侵害，由于尚没有确认侵权责任构成，是在责任还没有确定之前采取的先予执行措施，因此，有可能出现执行错误的情况。例如，原告认为某刊物刊载的文章侵害其名誉权，请求先行裁定查封刊物禁止发行的停止侵害方式。如果在诉讼中不能证明被告的行为构成侵权责任，则会给被告造成严重的经济损失。为防止出现这样的情况，在采取这样的民事责任方式时，应当责令申请人提供担保。

2. 消除影响、恢复名誉。

消除影响和恢复名誉究竟是一种民事责任方式还是两种民事责任方式，有不同的主张，原因是《民法通则》对此规定就比较含混。按照第 134 条的规定，这是一种方式；按照第 120 条规定，这是两种方式。从实际情况讲，这两种形式有相同之处，但也确有不同之处，在适用中，往往是并用的。

行为人实施侵权行为侵害了公民或法人的人格权，对于其所造成的影响，应当在其影响所及的范围内消除不良后果，这就是消除影响。行为人实施侵权行为侵害了公民或法人的名誉，对于受害人的名誉毁损，应在影响所及的范围内将受害人的名誉恢复至未受侵害时的状态，这就是恢复名誉。消除影响、恢复名誉是侵害公民、法人的精神性人格权所承担的责任方式，在适用中，消除影响适用的范围较宽，可以适用于多种场合。恢复名誉则只适用于侵害名誉权的场合，是侵害名誉权加害人应承担的责任。这主要是因为侵害名誉权的直接后果是造成受害人的名誉毁损而

只有使加害人承担恢复名誉的责任，才能彻底消除侵害名誉权的直接后果，消除造成受害人精神痛苦和财产损失的根源。

消除影响、恢复名誉的具体适用，要根据侵害行为及造成影响所及和名誉毁损的后果来决定。在报刊杂志上发表文章损害他人的名誉权，则应当在曾刊载该有侵权内容的文章的报刊杂志上刊登书面声明，对错误内容进行更正，并向被受害人赔礼道歉，仅仅用口头的形式就不能达到消除影响、恢复名誉的目的。如果是在某个场所对一群人散布了诽谤的言词，则应在适当的场合消除影响，如果采用登报等方式消除影响，则扩大了侵权的影响，造成了新的损害。处理的原则是，加害人应根据侵害名誉权而造成的不良影响的大小，采取程度不同的措施给受害人消除不良影响。如果受害人要求消除影响、恢复名誉的方式不适当，法院可以判决采用较为适当的方式。

3. 赔礼道歉。

赔礼道歉是指侵权行为人向受害人承认错误，表示歉意，以求得受害人的原谅。赔礼道歉有两种方式，一是口头道歉的方式，二是书面道歉的形式。口头道歉由加害人直接向受害人表示。书面的道歉以文字形式为之，可以登载在报刊上，张贴于有关场所，或者以信件的方式转交受害人。侵权人拒不执行赔礼道歉的民事责任方式的，法院可以按照判决确定的方式进行，费用由侵权人承担。

赔礼道歉是一种承担民事责任的法定方式，与一般道义上的赔礼道歉不同，是靠国家强制力保障实施，反映了国家、社会对该不法行为的谴责。运用好赔礼道歉的民事责任方式，可以缓和矛盾，促进当事人之间的团结。

（三）综合型民事责任方式和适用

1. 排除妨碍。

排除妨碍是指侵权行为人实施的行为使受害人无法行使或不能正常行使自己的财产权利、人身权利，受害人请求加害人将妨碍权利实施的障碍予以排除。例如，在他人窗前或者通道上堆放物品，妨碍他人通风采光或者通行的，应将物品搬走。若行为人自己不排除妨碍，受害人可请求人民法院责令其排除妨碍。

受害人在请求排除妨碍时，应注意如下问题：

第一，妨碍行为必须是不正当的，对于正当的“妨碍”不能要求排除妨碍。确认妨碍的行为是否正当，要看这种妨碍是否有法律根据，是否妨碍了对方当事人权利的行使。如果妨碍行为是合法的，即正当行使权利的行为，则“妨碍人”可拒绝受害人的请求。只要不法行为妨碍他人行使物权、人身权和知识产权，受害人均可请求排除妨碍。在妨碍物权行使时，不仅所有人，而且对被妨碍的财产享有合法占有权的人亦有权请求排除妨碍。排除妨碍的费用由侵害人负担。

第二，对于妨碍的后果妨碍人在主观上是否预见，均不影响所有人提出排除妨碍的诉讼请求。即确认妨碍是用客观标准，而不是主观标准。

第三，对于妨碍的存在形式，一般应是实际存在的，对于可能出现的妨碍也可以请求予以排除。妨碍既可以是侵权人实施的妨碍行为造成的，也可以是由侵权人的物件造成的。应该指出的是，受害人提出排除的妨碍，必须是已经存在或确实存在某种危险，而不是主观臆想、猜测的。

2. 消除危险。

消除危险是指行为人的行为和其管领下的物件对他人的的人身和财产安全造成威胁，或存在侵害他人人身或财产的可能，该他人有权要求行为人采取有效措施，将具有危险因素的行为或者物件予以消除。例如，房屋的所有人或管理人不修缮房屋，致使房