

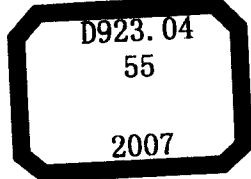


教育部人文社会科学重点研究基地基金资助

QIN QUAN ZE REN GOU CHENG YAO JIAN YAN JIU

侵权责任 构成要件研究

张新宝 著



侵权责任 构成要件研究

张新宝 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

侵权责任构成要件研究/张新宝著. —北京:法律出版社,2007.3

ISBN 978-7-5036-7130-2

I. 侵… II. 张… III. 侵权行为—民事责任—研究—中国

IV. D923.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第022458号

©法律出版社·中国

侵权责任构成要件研究

张新宝 著

责任编辑 刘彦沅

装帧设计 乔智炜

开本 787×960毫米 1/16

印张 35.75 字数 483千

版本 2007年4月第1版

印次 2007年4月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 法学学术出版社

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/010-63939840

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 978-7-5036-7130-2

定价:59.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

张新宝 中国人民大学法学院教授、博士生导师，中国法学会民法学研究会秘书长，第三届“全国十大杰出中青年法学家”。

侵权责任
构成要件研究

QIN QUAN ZE REN
GOU CHENG YAO JIAN YAN JIU

目 录

绪论	1
第一部分 自己的加害行为与准侵权行为	
第一章 自己的加害行为与准侵权行为的一般问题	9
第一节 作为侵权责任构成要件的自己的加害行为与准侵权行为	9
第二节 自己的加害行为与准侵权行为侵害的权利与利益	27
第二章 自己的加害行为与行为的不法性	38
第一节 自己的加害行为概述	38
第二节 自己的加害行为:不法性的德国法观察	43
第三节 自己的加害行为:不法性的本质与判断标准研究	50
第四节 自己的加害行为:阻却违法事由	58
第三章 准侵权行为:他人的加害行为或他人的加害举动	71
第一节 他人的加害行为或加害举动概述	71
第二节 “他人的加害行为”与“他人的加害举动”:比较法观察	77
第三节 制度构建:作为准侵权责任的雇主责任与监护人责任	86
第四章 准侵权行为:动物和物件致人损害	96
第一节 动物和物件致人损害概述	96
第二节 动物和物件致人损害的责任:比较法观察	105
第三节 我国动物和物件致人损害责任的构造	111

第二部分 损害

第五章 损害与可救济的损害	119
第一节 损害与可救济的损害概述	119
第二节 损害的分类	129
第三节 损害计算的时间点与地点	142
第四节 不同类型的民事责任方式对损害的救济与损害的证明和推定	147
第六章 财产损失	150
第一节 财产损失的一般问题	150
第二节 纯粹经济损失	162
第七章 人身损害：死亡与伤残	185
第一节 人身损害赔偿概述	185
第二节 死亡与死亡赔偿金	194
第三节 伤残与残疾赔偿金	204
第四节 死亡与伤残：精神损害与被抚养人生活费	212
第五节 与死亡和伤残相关的其他财产损失	221
第六节 错误出生、有缺陷出生与不正当死亡	231
第八章 精神损害	237
第一节 精神损害的概念与特征	237
第二节 精神损害的范围：可救济的精神损害	244
第三节 精神损害的判断标准	253
第四节 精神损害的救济方式	256
第五节 精神损害赔偿的数额	263
第六节 精神损害赔偿制度的立法完善	272

第三部分 因果关系

第九章 侵权责任法中的因果关系：基本原理	283
第一节 从哲学上的因果关系到法律上的因果关系	283
第二节 侵权责任法上的因果关系：基本问题	288
第十章 因果关系一般问题的比较研究	304
第一节 大陆法系的因果关系理论	304
第二节 英美法系的因果关系理论	317
第十一章 事实上的因果关系	322
第一节 事实上的因果关系与法律政策	322
第二节 必要条件	324
第三节 “实质要素”标准和其他标准	331
第四节 事实上的因果关系的证明	335
第十二章 法律上的因果关系	343
第一节 英美侵权责任法上的法律原因判断标准	343
第二节 德国法上的法律原因判断标准	350
第三节 法国、日本及我国台湾地区的法律原因判断标准	359
第十三章 介入因素、多因现象与原因力理论	365
第一节 介入原因	365
第二节 多因现象与原因力理论	376
第十四章 侵权责任法上的因果关系研究：状况、方法与结论	383
第一节 侵权责任法上的因果关系研究状况	383
第二节 方法论检讨与结论	392

第四部分 过错

第十五章 过错的制度起源、比较法观察与实证分析	413
第一节 罗马法上的过错:制度起源	413
第二节 过错的近现代比较法观察	417
第三节 我国涉及侵权责任的法律、行政法规、司法解释中的过错	423
第十六章 过错的本质、程度与分类	429
第一节 过错的本质	429
第二节 过错的种类与程度	438
第十七章 注意义务与过错的判断标准	452
第一节 侵权责任法上的注意义务	452
第二节 过错的判断标准	461
第十八章 过错的证明与推定	482
第一节 过错推定与证明概述	482
第二节 法定的过错推定	487
第三节 裁判上的过错推定	491
第十九章 受害人的过错	495
第一节 受害人过错概述	495
第二节 受害人过错的比较法观察	500
第三节 受害人过错时的责任承担(损害后果分担)规则	504
第二十章 法人的过错	511
第一节 法人的过错概述	511
第二节 法人过错的认定	517

附录一 法律、行政法规与司法解释条文索引	537
附录二 关键词索引	548
附录三 主要参考文献	558
后记	564

绪 论

一、作为思维工具的侵权责任构成要件理论

从某种意义来看,侵权责任法是关于一方(加害人或者对准侵权行为负有责任的人)对另一方遭受的损害承担责任的法律。前者,我们称之为“加害人一方”或者“赔偿义务人”,后者我们称之为“受害人一方”或者“赔偿权利人”。加害人一方对受害人一方遭受的损害承担诸如赔偿一类的法律责任,需要存在某些主观上和客观上的条件,以证明这种对他人之损害承担责任的公正的合理性。这些主观和客观上的条件即为侵权责任的构成要件。主观条件与人的行为(及“准行为”)、行为人的内心状态有关,客观条件则与损害后果和因果关系相联系。某一案件符合侵权责任的全部构成要件,加害人一方则依法应当承担侵权责任;缺乏任何数个或一个构成要件,则不承担侵权责任。

在法律发达的过程中,人们认识到,某些恒定的要素对侵权责任的构成起着支配作用。首先被发现并确认的这些恒定要素包括损害后果、因果关系和加害行为。古代早期法律规定,由加害人一方承担“私犯”的责任,大致需要上述这样一些构成要件。这样的侵权责任被称为“结果责任”、“原因责

任”或“客观责任”。公元前 286 年的《阿奎利亚法》之所以具有里程碑式的意义,在于它确认过错为侵权责任的一般构成要件。对于多数案件而言,加害人一方承担侵权责任需要有过错。

此后,尽管经过不断修正与调整,过错作为大多数侵权责任构成要件的地位或者说过错责任原则并没有动摇。但是对过错的表述或者说对过错与加害行为(尤其是狭义的侵权行为即“自己的加害行为”)的关系之认识,在法国法和德国法上却产生了明显的分歧。法国法将主观过错与客观行为作为一个统一的要件加以考虑。德国法则将主观过错与客观行为分别对待:过错指行为人实施加害行为时的故意或过失的心理状态;行为要求有违法性,“违法性”是客观的,指行为本身或者行为导致的结果与法律之间的对立关系。法国法与德国法这种理论认识的分野,导致了侵权责任之“三要件”与“四要件”构成学说两立的局面。

无论是“三要件”说还是“四要件”说,都给我们分析侵权案件提供了思维的工具。我们可以以此工具来分析某一具体案件,通过对案件主客观方面条件的全面考察,得出加害人一方是否应当承担侵权责任或者说受害人一方是否应当得到救济的结论。全面符合侵权责任的构成要件,加害人一方就应当承担相应的责任;反之,缺乏任何一个构成要件,加害人一方则无需承担侵权责任。从这个意义上看,侵权责任的构成要件不仅是证明侵权责任构成的工具,而且也是证明侵权责任不构成的工具。原告和被告都需要运用这一工具。

二、侵权责任的构成要件或侵权行为的构成要件

中文文献对构成要件的讨论,分歧不仅聚焦于三要件说与四要件说,而且还在一个更上位的概念上发生争议:构成要件者,到底是侵权行为的构成要件,还是侵权责任的构成要件?如果认为构成要件是侵权行为的构成要件,此处的“侵权行为”是否包括自罗马法到法国民法典以降的“准侵权行为”?各种论证语焉不详。进一步的研究表明,无论是三要件说,还是四要件说,其所构成的不是“行为”或“侵权行为”,而是侵权责任。行为和“准行为”不可能包括结果

本身,也无需由结果来构成。

这里存在一个显然的逻辑问题:如果构成要件是行为方面的而不是责任方面的,那么(侵权)行为难道还需要侵权行为本身作为构成要件吗?此外,即使构成了侵权行为,在法律上的意义又如何呢?过去的侵权法理论过多关注于行为方面,如“侵权行为”的构成、“共同侵权行为”等。其实,法律所关注的主要不是行为而是责任:加害人一方是否应当对受害人一方的损害承担责任。通过责任的构成要件理论实现责任的承担,达到填补受害人一方损害乃至一定程度上惩罚加害人一方的效果,此乃侵权责任法的目的之所在。如果我们能够就此目的达成共识,则无需绕道“侵权行为的构成要件”而直奔“侵权责任的构成要件”,也可避免无意中遗漏了赔偿义务人并没有实施加害行为(而是存在“准侵权行为”)的情况。于是乎,法律的名称不再是“侵权行为法”,而是“侵权责任法”或者“契约外的责任法”、“民事责任法”,云云。

三、一般构成要件与特殊构成要件

传统的构成要件理论,通常是在一般意义上研究侵权责任之构成。质言之,其所关注的是一般侵权责任的构成问题,而不涉猎所谓的“特殊侵权行为”,或者说不涉猎诸如“准侵权行为”的责任以及适用无过错责任原则的案件之责任构成问题。这是一个误区。在笔者看来,就此至少有两个方面的问题必须纳入侵权责任构成要件研究的视野:(1)“特殊侵权行为”中的行为以及“准侵权行为”中的行为需要进行抽象的研究,以使其与一定的结果、因果关系相联系,共同组成某个特殊侵权责任或准侵权责任的全部构成要件。不可设想的是,在动物致人损害的案件中不考虑因果关系问题;如果考虑因果关系,那原因又是什么呢?(2)尽管大陆法的理论习惯于讨论一般性原则,并试图通过这样的一般性原则解决所有特殊问题,但是用此等思维方式探讨侵权责任的构成要件会遇到麻烦,我们会发现,无论多么细致的一般构成要件理论,也无法解决所有问题,即使在典型的自己过错侵权,如侵害名誉权的案件中,情况也如此。因此,需要关注具体侵权案件中的特殊责任构成要件。

出于上述认识,笔者试图在对狭义侵权行为之违法性等问题进行中规中矩的研究的同时,也对“准侵权行为”的两种主要类型之一般性问题以及“准侵权行为”与狭义侵权行为之同质性进行讨论:在笔者看来,它们都是造成损害的原因,它们都是负面意义地作用于受到侵权责任法保护的特定民事权益,它们都与法律所建立和维护的一定财产和人身关系(社会秩序)相悖。我们也认识到,即使是像本书这样的专门研究侵权责任构成要件的理论成果,它也只是为人们分析具体侵权案件提供一个一般性的工具,而得出结论则还需要考虑法律对该类案件的特别规定。基于这样的认识,笔者曾极力主张采用“一般条款+列举”的侵权责任法立法模式。这样的立法模式下之“列举”,多为对某一侵权责任的特殊构成要件或者责任承担的规定,而不是在一般条款之外另立补充的诉因。由于本书的局限,笔者未能对任何类型的侵权责任之特殊构成要件展开讨论,但是这并不意味着这样的特殊构成要件可以被忽视。

四、各个构成要件的相对独立与融合(替代)

机械地进行观察,责任的各个构成要件是相互独立的:加害行为就是加害行为,损害后果就是损害后果,它们没有什么相似性,更不能相互取代。这样的形而上学的思维方法在法律和法学上是不可或缺的。基于这样的思维方法,我们遇到任何一个侵权案件,都需要用责任构成要件这一工具来衡量:它是否符合全部一般构成要件以及是否符合全部特殊构成要件。只有在这二者都具有肯定答案的时候,我们才能得出侵权责任成立的结论。

法律并不完全是也不应当完全是形式逻辑的产物。侵权责任构成要件的理论及其司法运用再次证实了这一结论:我们在讨论加害行为违法性的时候,自觉或者不自觉地“跑题”到过错,尽管我们主张自己的加害行为(和准侵权行为)与过错分别为责任的构成要件;我们在讨论过错的时候会用违法性作为客观标准,尽管我们主张过错的本质是主观的。无怪乎有欧洲学者认为过错与不法性正在融合,归入一个更含糊的表述“不当性”(wrongfulness)。至此,形式逻辑让位于辩证逻辑,形而上学让位于辩证法。在其中起决定作

用的是法律文化的相对独立性与兼容性。当然,实用主义哲学、社会语言之表意能力的局限性也有助力。

不仅如此,即使是责任构成的一般要件,在某些具体案件中也可能被“简化”甚至被另一个要件所替代。比如,行为自身可诉的案件。在侵害名誉权的案件中,只要受害人一方证明了加害行为及其过错,法官即可以认定存在“名义上的损害”,进而判决“名义上的赔偿”。这一名义上的损害是无需证明的,可以说,对加害行为和过错的证明替代了对损害的证明。此外,法律上的和裁判上的对某些案件中部分要件之存在的推定、举证责任的倒置,也或多或少省略了对这些要件的证明。

由此看来,在运用侵权责任构成要件理论工具分析具体的侵权责任案件时,首先,要求从一般要件到特殊要件对案件的主客观方面进行全面的检讨;其次,要求对要件之间的联系进行辩证分析;最后,要求进行经验法则、举证责任等方面的检验。

五、法律:在主观要件和客观要件之间

在法律领域,套用哲学上的主客观划分理论(即认为人的思维、意识是主观的,存在是客观的)是不妥当的。主观要件无论是自己的加害行为(准侵权行为)还是过错都与加害人(赔偿义务人)有关,作为客观要件的损害后果则与受害人的财产、人身权益有关。无论是受害人一方还是加害人一方,其年龄、职业、学历、经验等都是客观存在,但是都被纳入侵权责任法的“主观”方面。

三要件说或四要件说都是人类思维的产物,但是它们都被法律所认可,并成为判断侵权责任是否构成的工具。它们是主观的抑或客观的?它们是法律的。自己的加害行为(或准侵权行为)表面观察是或者应当是客观的,但是它必须具有法律上的属性:通常具有不法性(动物和物件致人损害例外)、负面意义地作用于受到侵权责任法保护的财产、人身权益并且有悖于一定的法律秩序。损害后果通常被认为是客观的,但是侵权责任法上的损害后果必须是法律所认可的种类并达到法律所要求的严重程度,甚至法律和法官可以推定某些损害的存在或不存在。至于因果关系,其“法律性”则更为浓

厚,否则为什么会区分“事实上的因果关系”与“法律上的因果关系”呢?对于加害人一方或者受害人一方的个人(主观)因素,是否使其产生侵权责任法上的效果,则更取决于法律。有的国家承认“侵权责任能力”,有的国家则不承认;受害人的“蛋壳脑袋”可能被认可,也可能不被认可。

法律将当事人的个人因素与相关客观事实联系起来并加以认可和调整,使之成为“法律事实”,产生法律上的意义。侵权责任的各个构成要件,无论是本书讨论的一般构成要件还是某一类型侵权责任的特殊构成要件均如是。

六、侵权责任法的趋势研究:对过去的总结与对未来的指引

我国的侵权责任法正在起草中,乐观地估计近年将会出台。立法进程为学者提供了大则报效祖国、小则成就功名的机遇。当然,这对于持反对意见的人来说也是一样的。“立法论”层面的研究会促使人们总结经验、把握趋势、指引未来。

何为趋势?事物发展的稳定的、主流的趋势和动力也。侵权责任法的发展趋势如何?笔者以为,对它的研究至少不是对一个世纪前乃至两个世纪前的立法与理论的描述,而是对近来状况的描述和分析,对将来发展方向的把握。近来的状况是什么?从比较法的角度看,以下几个方面的发展尤其需要注意:(1)1991年《荷兰民法典》中的侵权责任法;(2)1960年《埃塞俄比亚民法典》中的侵权责任法;(3)1994年生效的《魁北克民法典》中的侵权责任法;(4)1996年《俄罗斯联邦民法典》中的侵权责任法;(5)美国正在进行的第三次侵权法重述整编;(6)欧洲民法典统一运动中的侵权责任法草案。当然,我国繁荣的司法实践尤其是最高人民法院相关的司法解释,是我们研究侵权责任法趋势最重要的实证材料。有了这些比较法经验和实践材料,也许能够更好地把握世界范围内的侵权责任法发展趋势,为我国的立法和司法提供有益的建议。

第一部分

自己的加害行为 与准侵权行为

- 第一章 自己的加害行为与准侵权行为的一般问题
- 第二章 自己的加害行为与行为的不法性
- 第三章 准侵权行为：他人的加害行为或他人的加害举动
- 第四章 准侵权行为：动物和物件致人损害