

Theory & Practice

4

民商法理论与审判实务研究丛书

# 债法理论与适用 II

## ( 侵权之债 )

主 编 / 万鄂湘

人民法院出版社

民商法理论与审判实务研究丛书

# 债法理论与适用Ⅱ

## (侵权之债)

主 编 万鄂湘

副主编 金俊银 吴光荣

人 民 法 院 出 版 社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

债法理论与适用 II, 侵权之债/万鄂湘主编. - 北京: 人民法院出版社, 2005.1

(民商法理论与审判实务研究丛书)

ISBN 7-80161-928-5

I. 债… II. 万… III. ①债权法-法的理论-中国-文集 ②债权法-法律适用-中国-文集 IV. D923.34-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 137996 号

民商法理论与审判实务研究丛书

**债法理论与适用 II (侵权之债)**

主编 万鄂湘

---

责任编辑 陈建德

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 (100745)

电 话 (010)85250566 (责任编辑) 85250516 (出版部)  
85250558 85250559 (发行部)

网 址 [www.courtpress.com](http://www.courtpress.com)

E - mail [courtpress@sohu.com](mailto:courtpress@sohu.com)

印 刷 保定市印刷厂

经 销 新华书店

---

开 本 890×1240 毫米 A5

字 数 397 千字

印 张 14.75

版 次 2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-928-5/D·928

定 价 232.00 元 (全 8 册)

---

**版权所有 侵权必究**

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

# 前言

为了适应我国经济建设和加入世界贸易组织的需要，加强全国法院对民商事法律问题的研究，最高人民法院全国法院学术讨论组织委员会于2003年1月决定以“民商事法律理论与审判实务研究”为中心议题召开全国法院第十五届学术讨论会。此届学术讨论会共收到全国地方各级法院和社会各界人士报送的参赛论文共1289篇，依照论文评选规则，经过评选委员会严格、公正、公开、规范的评选，共评出一等奖论文5篇，二等奖论文92篇，三等奖186篇。这些论文的选题涉及民商法总论、人身权、债权、物权、知识产权、亲属和继承、商主体和商行为以及涉外民商事法律等各个领域，具有相当的广度和深度，无疑将对我国民商事审判实践和民商事立法产生积极的影响。为此，组委会已将获得一、二等奖的论文结集出版，定名为《民商法理论与审判实务研究》（人民法院出版社2003年11月出版）。

## 2 债法理论与适用Ⅱ（侵权之债）

为了进一步将此届学术讨论会的研究成果推向社会，系统总结全国法院近年来民商事审判经验，并在司法界和学术界展开更深入的交流和讨论，活跃法院系统的学术研究气氛，提高法官队伍理论素养和司法水平，我们决定将部分获得此届论文评比三等奖的论文，以及少数没有获奖，但论文涉及的问题较有理论和实践价值，且论证比较出色的论文汇集成《民商法理论与审判实务研究丛书》出版。全套丛书共8本，具体包括《债法理论与适用Ⅰ（总论及合同之债）》、《债法理论与适用Ⅱ（侵权之债）》、《物权法理论与适用》、《知识产权法理论与适用》、《婚姻法理论与适用》、《商主体法律理论与适用》、《商行为法律理论与适用》以及《民商法总论及涉外民商法理论与适用》。

一年一度的全国法院学术讨论会迄今已举行了十五届，全国法院第十六届学术讨论会的论文征集工作也正有序地进行。16年来，全国法院学术讨论会已成为全国法院系统广大法官进行理论研究和学术交流的正式舞台，并以其规格高、组织严密、公平、公正、透明被誉为法院系统的“奥林匹克竞赛”。因此，希望各级法院高度重视这一学术交流形式，一如既往地支持并参与到这一盛大的学术会议中来，为提高广大法官的业务素质和理论修养，为践行“公正与效率”的世纪主题而奋斗；也希望全国的广大法官能充分利用这一平台，广泛交流和总结所取得的审判经验，为国家的法制建设和司法实践贡献自己的力量。我们期望本套丛书的出版，能够进一步激起司法实务界和理论界对民商事法律理论研究的热潮。

全国法院学术讨论组织委员会办公室

二〇〇四年七月十日

# 目 录

|    |       |
|----|-------|
| 前言 | ( 1 ) |
|----|-------|

## 上编 总 论

|                 |                 |
|-----------------|-----------------|
| “混合过错”不能承受之重    |                 |
| ——对一个法律漏洞的分析    | 孙 仲 吴旭莉 ( 3 )   |
| 抚慰金惩罚功能的彰显与算定   |                 |
| 规则的重构           | 沈 杨 ( 15 )      |
| 人身损害侵权领域引入惩罚性损害 |                 |
| 赔偿制度探析          | 李青春 ( 34 )      |
| 试论精神损害赔偿在司法实践中的 |                 |
| 适用与完善           | 陈雪峰 ( 50 )      |
| 试论特殊侵权人身损害赔偿案件的 |                 |
| 举证责任问题          | 王鹏晖 ( 64 )      |
| 我国侵权法因果关系理论评述   | 邹高林 ( 77 )      |
| 违约责任与侵权责任竞合探析   | 高立万 陶 皓 ( 97 )  |
| 试论第三人侵害债权制度及其   |                 |
| 在我国的构建          | 董 华 伍 红 ( 111 ) |

## 下编 类型化之侵权行为

|                  |                 |
|------------------|-----------------|
| 侵害生命权民事赔偿责任的确定   |                 |
| ——兼论生命权民法平等保护的实现 | 费汉定 ( 133 )     |
| 现行人身损害赔偿制度的缺陷    |                 |
| 及其完善             | 沈海晓 钱舟琳 ( 145 ) |

## 2 债法理论与适用Ⅱ (侵权之债)

### 有形人格权损害赔偿问题研究

——关于赔偿范围和标准的反思与重构 ..... 符莲香 (158)

生育权法律问题研究 ..... 赵宏伟 (176)

论第三者侵害配偶权的民事责任 ..... 彭海杰 (187)

我国离婚损害赔偿制度若干问题探析 ..... 邱 丹 马汉仪 (198)

有关 Wrongful Conception, Wrongful Birth,

Wrongful Life 问题的探讨 ..... 陈克刚 (212)

对完善我国产品责任法律制度的几点思考 ..... 胡丽萍 (221)

产品缺陷侵权责任适用法律探讨 ..... 樊振忠 (237)

隐私权的民法保护实务初探 ..... 严志凌 (246)

试论表达自由与隐私权保护的

冲突和平衡 ..... 傅蔚蔚 张旭良 (265)

利益衡平视角下的隐私权与知情权的

冲突与协调 ..... 李 勇 董德春 (282)

运行支配与运行利益

——论机动车一方负民事责任时损害赔偿

责任主体的确定 ..... 傅朝霞 (300)

论我国道路交通事故中机动车所有人应负的责任

——兼谈我国道路交通事故的归责原则及体系 ... 张 瑜 (313)

道路交通事故损害赔偿相关法律问题 ..... 陈 健 (335)

道路交通事故损害赔偿中的权利

冲突与选择 ..... 刘 峰 张云峰 (351)

输血感染中的法律问题研析 ..... 杨清华 (365)

从证据角度谈我国医疗损害赔偿制度中存在的

问题及其对策 ..... 郑小兵 (379)

对医疗纠纷案件法律适用中衡平医患利益的

司法选择 ..... 黄 辉 (395)

工伤保险赔偿与民事赔偿的竞合

及其选择 ..... 夏正芳 杨晓蓉 (411)

论侵权损害赔偿与工伤保险

|                    |               |
|--------------------|---------------|
| 赔偿的关系 .....        | 付永雄 黄灿波 (423) |
| 论环境民事纠纷的诉讼救济 ..... | 晏 莉 (436)     |
| 论服务欺诈的赔偿责任 .....   | 李景华 (451)     |

# 上 编

## 总 论



## “混合过错”不能承受之重 ——对一个法律漏洞的分析

福建省厦门市中级人民法院 孙 仲 吴旭莉

### 一、问题的提出

在无过错责任场合，如致害人的无过错责任行为与受害人的过错责任行为竞合致害，由双方分担责任，即减轻致害人的赔偿数额应是正确的。如甲在乙所有的标有“高压”警示牌的高压线旁钓鱼，鱼杆触电致甲伤残。甲作为高度危险作业人，应承担无过错责任，乙对自己的损害存在过失，应减轻甲的赔偿责任。对此，《最高人民法院关于审理触电人身损害赔偿案件若干问题的解释》第2条第2款明确规定可以比较原因力，确定各自的责任，从而减轻侵害人的责任。<sup>①</sup>但这是否为混合过错，则是问题所在。进而追问，混合过错概念是否周延？是否已经不合时宜，能否以新的概念更替？

### 二、实然分析

在侵权行为法上，混合过错是指受害人自己对损害的发生或扩

<sup>①</sup> 《最高人民法院关于审理触电人身损害赔偿案件若干问题的解释》第2条第2款规定：“但对因高压电引起的人身损害是由多个原因造成的，按照被害人的行为与损害结果之间的原因力确定各自的责任。致害人的行为是损害后果发生的主要原因，应当承担主要责任；致害人的行为是损害后果发生的非主要原因，则承担相应的责任。”

大也存在过失场合，法院可依其职权，按一定的标准减轻加害人赔偿责任，从而公平合理地分配损害的一种制度。我国《民法通则》第131条规定：“受害人对于损害的发生也有过错的，可以减轻侵害人的民事责任。”这一规定，是确认混合过错责任的法律依据。根据《民法通则》第131条的规定，我国学界通说认为：“侵权行为法上所说的混合过错，是指侵权行为所造成的损害结果的发生或扩大，不仅加害人有过错，而且受害人也有过错，在这种情况下发生的侵权行为，就是侵权行为法上的混合过错。”<sup>①</sup>可见，混合过错，无论从概念上、法律规定上还是学理上，都是以双方均有过错为前提。从《民法通则》第131条规定看，受害人“也有过错”，一个“也”字，从语境上表明，受害人“也有过错”是相对于“加害人有过错”而言的，是行文上的方便，省略了“加害人有过错”这个前提；从学界观点看，如前述王利明、杨立新教授所言“不仅加害人有过错，受害人也有过错”表明，加害人、受害人都有过错，强调的是双方的过错，双方的过错为混合过错的要件之一。显然，这种情况下，对双方行为的归责原则均为过错责任原则。也只有在过错责任场合，才能通过比较双方过错程度，即“比较过失”，以决定责任的承担和责任的范围，才能达到过失相抵的目的，不是过错场合，则由于不能比较双方过错程度，因而，不能适用《民法通则》第131条这一混合过错的规定。所以，《民法通则》第131条只能适用于过错责任原则场合。从文义上看显然不能适用于无过错责任场合。而本文上列案件均为无过错责任场合的案件，显然不适用《民法通则》第131条的规定，而《民法通则》和其他民事法律又无相应规定（如果把前述《最高人民法院关于审理触电人身损害赔偿案件若干问题的解释》第2条第2款当作法律的话，那么也仅对高电压这一类高度危险作业进行规定，而其他类高度危险作业，乃至其他应适用无过错责任的情况未有规定），因而，

<sup>①</sup> 王利明、杨立新：《侵权行为法》，法律出版社1996年版，第203页。

属法律漏洞。

也可能有人认为，这一问题，完全可以依法律解释方法解决，根据狭义的法律解释中的目的解释或扩张解释方法得以解决。扩张解释，“系指法律规定之文义，失之过于狭隘，不足以表示立法之真义，以期正确适用而言。”据此，对《民法通则》第131条做扩张解释，不仅包括过错责任场合，而且包括无过错责任场合（这为扩张部分）。目的解释，“系以法律规范目的，阐释法律疑义之方法而言。”《民法通则》第131条的立法目的，是在受害人有过错时，可以减轻侵害人的民事责任，体现了公平观念。据此，可以对《民法通则》第131条做目的解释，也解决了本案的问题。

诚然，在法律解释学中，法律解释有广狭二义，狭义的法律解释为：“法律规定不明确时，以文义、体系、法意、比较、目的或合宪等解释方法，探究法律之规范意旨而言。其旨在澄清法律疑义，使法律含义明确化、正确化。”广义的法律解释包括以下三个方面：狭义的法律解释、价值补充、漏洞补充。<sup>①</sup>狭义的法律解释与广义解释中的漏洞补充的区别在于，狭义的法律解释应在可能的文义范围内，而漏洞补充则在可能的文义范围之外。具体到狭义法律解释中的扩张解释与广义法律解释中的漏洞补充中的目的性扩张的区别在于，“端视是否在文义预测可能性之内，如依碧海纯一之射程理论言，在文义射程之内者，为扩张解释。如扩张之文义，非原有文义所能预测，已超出射程之外，则以不能为扩张解释，仅能为目的性扩张。换言之，扩张前及扩张后文义之内涵相同者，应为扩张解释。文义内涵不同者，不能为扩张解释，如由贯彻规范意旨之必要，则为目的性扩张。”<sup>②</sup>目的解释与目的性扩张亦然。依上述区分标准，来看《民法通则》第131条，从文义上看，如前述“也有过错”，表明双方都有过错，显然，侵害人的责任为过错责

① 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第98页。

② 同上，第112页。

任，理论界也是这样理解的，如前述王利明、杨立新教授的观点。因此，用狭义的法律解释，即不能适用扩张解释、目的解释来解决本案，因为在文义射程之外，显然为法律漏洞，对此，而只能用漏洞补充方法去解决。检索法律漏洞补充方法中的诸方法，当适用类推适用方法的漏洞补充方法。漏洞补充方法，是基于这样的理论基础：公平是法律的基本价值之一，体现为法律的一条基本原则是法律面前人人平等，在司法实务中，则体现为相同的案件应当同样处理，相类似的案件，应作相同处理。这也是人类认识的规律的体现。与此种案件相类似的情形是《民法通则》第131条规定的混合过错，因而，应类推适用《民法通则》第131条，可以减轻侵害人的民事责任。

### 三、应然分析

以上是从实然的角度作的分析。从应然角度看，我认为“混合过错”这一称谓名不符实，应该为“混合责任”，“过失相抵”应该为“责任相抵”。

其一，混合过错概念不周延。对混合过错制度，各国法律均有规定。但对其称谓则有不同，德国法称“共同过错”（德国民法典第254条的标题）<sup>①</sup>，希腊民法称“受害人自己的过错”（如希腊民法典第300条），葡萄牙称“受害人的过错”（葡萄牙民法典第570

<sup>①</sup> 德国学者对“共同过错”这一称谓是持有异议的，认为，德国法律语言中所谓的“共同过错”是个很模糊的概念。共同过错的模糊性首先在于，它给人以数个行为人为“一起”对受害人的损害负有过错的错觉。而共同过错涉及的恰恰不是这一点，它的核心出发点相反是，对自己的损失发挥了作用的原告不能当然地从加害人那里获得完全的损害赔偿。换句话说，共同过错作为抗辩事由则是从受害人身上引出的，而非从其他共同加害人身上引出的。共同过错中的“过错”也是导致该概念模糊性的原因。首先，当今民法谈及“过错”时，所指的通常不是当事人的主观可归责性而是对善良家父标准的偏离。这一点也可能适用于共同过错。其次，至少在欧洲大陆法的法律语言中过错一词习惯上被用作为过失和故意的总概念，而这一点对“共同过错”是不合适的：因为，如果原告故意造成了自己的伤害，就根本谈不上赔偿责任问题。参见[德]冯·巴尔著，焦美华译、张新宝校：《欧洲比较侵权行为法》（下卷），法律出版社2001年版，第647～651页。

条),意大利称“债权人自己的过错”(意大利民法典第1227条),英格兰1995年法律改革(共同过失)法案中称“共同发挥作用的过失”等概念,日本称“过失相杀”,英美法上称谓“比较过失”,我国台湾学者将德国民法典第254条的标题翻译为“与有过失”(德国学者又有的称其为“与有责任”或“受害人自己过失”),我国台湾学者称为“过失相抵”。在我国,学者们多将其称为混合过错。有学者认为,在这些称谓中,与有过失、混合过错、受害人自己之过失的概念比较接近,均指称受害人对其损害的发生或扩大存有过错或其他可归责的事由。但它们与过失相抵则并非同一概念。首先,与有过失或混合过错所表现的是过错的一种形态,在侵权赔偿诉讼中则表现为一种侵权行为类型,而过失相抵则是分担损害、确定责任的一种损害赔偿原则。质言之,与有过失(或称混合过错)是一种法律事实,过失相抵则是调整这种事实的法定规则。<sup>①</sup>其次,作为一种法律事实,与有过失早在罗马法中就有规定,而过失相抵则是近代法制的产物,是过错责任原则发展到较成熟的阶段的反映。“混合过错”所表现的是过错的形态,或为一种侵权行为形态,而不是指责任的结果或赔偿的方法。与此相比较,“过失相抵”在民法上只是作为赔偿的原则和方式而存在的。<sup>②</sup>但许多学者都认为“过失相抵”与“混合过错”没有严格区别。<sup>③</sup>“过失相抵”是处理“混合过错”所致损害的规则。两者是同一制度(受害人过错作为抗辩)的两个部分,或者说是对该制度从两个不同角度的认识与表述。“混合过错”是从损害发生或扩大的原因来认识这一制

① 王利明:《侵权行为法归责原则研究》,中国政法大学出版社1992年版,第315页。

② 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378页。

③ 郑玉波:《论过失相抵与损益相抵之法理》,载郑玉波:《民商法问题研究》之二,第11~12页。

度，而“过失相抵”则是从处理该损害的结果来认识这一制度。<sup>①</sup>我认为，第二种观点，基本是正确的。说其基本正确，是因为，“过失相抵”与“混合过错”二者是对该制度从两个不同角度的认识与表述，混合过错虽然从表面上看是过错的形态，或为一种侵权行为形态，但混合过错不仅如此，还包括责任的结果或赔偿的方法，即也包括过失相抵的内容，完整的混合过错规则应当包括过错形态行为形态这一行为模式，还应包括过失相抵这一后果模式。如前述，我国学者均称《民法通则》第131条为“混合过错”的规定，而该条包含有责任的结果或赔偿的方法。但严格说来，二者仍有区别。混合过错，是仅指双方均存在过错场合，法律后果亦是过失相抵；而结果为过失相抵，损害发生或扩大的原因则可能有多种，并非仅仅双方均存在过错这一种情况，尚有侵权人的行为应适用无过错责任，即不考虑侵权人过错等情况。混合过错规则的行为模式的外延较过失相抵规则的行为模式外延为窄。从这个意义上说来，二者是有区别的。这正是本文要论证的“混合过错”概念不周延的弊端所在。这是其一。

其二，混合过错的概念具有模糊性。在民法学中语境中，过错一词包括故意和过失两个种概念，过错相对于故意和过失而言为其属概念。混合过错，字义显然包括故意，而这不符合混合过错规则，因为，如果原告故意造成了自己损害，就根本谈不上责任问题。

其三，从混合过错的历史发展看，混合过错在侵权法历史上曾发挥其重要作用，曾经辉煌。其最初含义仅指过错责任原则场合，比较双方的过错，确定责任分担的规则。但当无过错责任确立后，特别是在无过错责任（致害人的责任）与过错责任（受害人的责任）共同为损害原因时，混合过错已无能为力，因为无法比较过

---

<sup>①</sup> 张新宝：《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社1998年版，第610～611页。

错,如果勉强扩张混合过错的含义,则已名不副实,远超出文义所涵概的范畴。这正如在现代都市林立的现代化楼群中的一个古堡,虽然仍然可以应用,担当其功能远远不够需要时,当毫不吝嗇地将古堡翻盖成一个足够容量和符合需要功能的现代化大厦。

混合过错制度经历了漫长的演变过程。在罗马法中,不承认混合过错,人的头脑中没有依双方过错程度来分担损害的意识。法谚称:“人在自己危险中行动”,“任何人不得引述自己的丑行而有所主张”,故在混合过错场合,原告应自负责任。《法学阶梯》第9·2和9·4节载明,若受害人对其损害的发生亦有过错,将无权获得赔偿,除非加害人的侵害出于故意。罗马法学家庞姆蓬尼斯曾提出了著名的“庞氏规则”,即“若因自己的过错而受害,不视为受害”。以庞氏规则为代表的古代法上调整混合过错的原则,显然不利于受害人损害的合理补偿,而且也不能有效地预防事故损害的发生,即无法体现侵权法的补偿及预防两项基本功能,显然有悖于公平正义理念及社会公共利益。故18~19世纪罗马注释法学家修正了该规则,提出了在侵害人犯有严重过错的情况下,则受害人有权获得赔偿。由此,欧洲大陆普通法时期,过失相抵制度已具雏形,至欧陆法典化时期,近代意义上的混合过错制度方告成立。

在大陆法系国家,基于正义的理念,奉行罗马法为自己行为负责的过错责任原则,其原因正如耶林所言:“使人负损害赔偿的,不是因为有损害,而是因为有过失,其道理就如同化学上的原则,使蜡烛燃烧的,不是光,而是氧气一般的浅显明白。”因此,大陆法系大多数国家的民法没有采纳“庞氏规则”。1804年的法国民法典对混合过错未有明文规定,“学说及判例一致认为,在受害人与有过失场合,双方当事人应各自承担一定责任,而责任的大小取决于各自的过错比例”,<sup>①</sup>显然仅指双方都有过错,即适用过错责任

<sup>①</sup> 转引自朱卫国:《过失相抵论》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第4卷),法律出版社1996年版,第405页。