

民法思维与 司法对策

杨立新著

法律出版社
LAW PRESS
●

民法思维与 司法对策 下

杨立新 著

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



作为一位著名法学家，中国人民大学的博士生导师杨立新有着比一般学者更为丰富和曲折的人生经历：他不仅下过乡，当过兵，在中级人民法院当过副院长，还在最高人民法院、最高人民检察院工作过，更有过连升七级、“两进两出”的传奇故事。可以说，杨立新见证了30年来中国的法治进程。

中国民法典的制定不仅是法学界几代人的梦想，也承载着亿万人民的期盼。对一个公民来说，衣食住行、工作娱乐、婚姻家庭等一切日常活动都离不开民法，一个企业从事的一切经营活动也都离不开民法。在西方，民法被形象地称为“社会生活的圣经”。中国能否继19世纪的《法国民法典》和20世纪的《德国民法典》之后，制定一部代表21世纪潮流和发展趋势的伟大的中国民法典，成了摆在杨立新这样的民法学者面前的历史使命。杨立新先后参与制定了《合同法》《物权法》和《侵权责任法》，这其中，《侵权责任法》他是主要起草人，他对这部法律的感情也最深。

——中央电视台2009年10月国庆六十周年法治人物专题片

《为了民法典之梦》解说词

作者经历

现任

教育部人文社会科学重点研究基地中国人民大学商
事法律科学研究中心主任

华东师范大学法学院教授

全国人大常委会法制工作委员会立法专家顾问

最高人民法院专家咨询委员会专家咨询委员

最高人民法院案例指导工作专家委员会委员

国家卫生和计划生育委员会公共政策专家咨询委员会
专家委员

中央「五五」普法国家中高级干部学法讲师团成员

中国民法学研究会副会长

中国婚姻法研究会常务理事

世界侵权法学会亚洲区执行委员

东亚侵权法学会理事长

北京市消费者权益保护法学会会长

曾任

最高人民检察院检察委员会委员、民事行政检察厅
厅长、检察员

最高人民法院民事审判庭审判员、审判组长

吉林省通化市中级人民法院常务副院长、副院长、
审判员

烟台大学法学院副教授

荣誉

享受国务院政府特殊津贴

北京市师德标兵

吉林省劳动模范

吉林省振兴中华一等功荣立者

序：跨越时代的中国民法思维与司法

我自1975年6月进入法院从事民事审判工作，1981年在《法学研究》发表第一篇侵权法论文以来，先后在法学刊物和报纸上发表了民法理论和实践的研究论文五百余篇，涉及包括消费者法领域的主要内容。2017年1月，我就六十五岁了，就要迎接退休了。我跟北京大学出版社的蒋浩先生商量，在五百余篇论文中精选一部分出来，出版一部文集，既可以展示几十年的研究成果，也便于学者、法官、检察官、律师以及法学院同学查找阅读和使用。蒋浩先生积极支持我，因而完成了本书的编选工作。

我亲身经历了中国民法四十多年理论思维和司法实践的发展历程。在近半个世纪中国民法思维和司法的发展中，跨越了废法时期、苏法时期、德法时期和融法时期四个阶段。1976年之前是废法时期，无论民法的理论还是实践，都无法可依，形成中国民法的空窗期。1985年和1987年，中国民法有了《继承法》和《民法通则》，尽管与苏联交恶已久，但苏联民法对我国的影响至深，致使民法仍然延续了1949—1966年的传统，依旧是苏法时期。之后，随着对德国民法思想的大量借鉴，特别是王泽鉴教授的德国请求权理论在大陆的广泛影响，形成尊崇德国民法思维的德法时期。至2009年《侵权责任法》出台，标志着我国大陆融合各国民法传统，初步形成了有独自风格的民法思维和司法。中国大陆这四十年民法思维和司法的发展，跨越了世界民法发展的千年历史，最起码也是跨越了两百多年来近现代民法发展的历史时代，浓缩了民法的发展历史。因而，把四十多年中国民法思维和司法的进步称为跨越时代的发展，并不为过。

有幸的是，我作为一名民事法官和民法学者，经历了这样跨越时代的民法发展。我自己对民法思维与司法对策的研究，正是随着这一跨越时代的发展而不断深入，已经发表的文章完全可以看到这一发展的印记。从初出茅庐到学有所成，从孤陋寡闻到深入展开，从边城人民法院到最高人民法院的法官，再到最高人民检察院的检察官，最后到高等学府的教授，我见证和记录了中国大陆民法思维和司法的进步。

编选本书，我比较侧重于选择1990年之后发表的文章，此前的文章选入不

多。此举不是想掩饰自己学术幼稚期的缺陷，而是不敢耽搁、浪费读者的宝贵时间和金钱。本书编选了215篇论文，突出了学术性、实践性和新颖性，能够表现我国民法思维与司法对策跨越时代的学术成果，对民法教学和学习的师生进行研究，对民事法官、检察官、律师的司法实践，都能有所裨益。

本书命名为《民法思维与司法对策》，想要表达的是四十多年来我国民法思维和司法的跨越时代的发展，我将其奉献给“中国民法典”编纂的伟大工程，迎接她的诞生。

本书的出版，我要感谢在求学、工作、教学过程中给予我知识和力量的各位师长和同仁，感谢跟我一起共同研究问题的博士研究生和硕士研究生同学，感谢支持我、帮助我的亲人，感谢几十年来一直关心我的广大读者朋友。特别要感谢北京大学出版社，感谢蒋浩先生，也感谢本书的各位责任编辑。正是他们的辛勤工作，才使本书得以问世。

杨立新
2017年1月

总目

上



第一编	民法典编纂	1
第二编	民法总则	133
第三编	人格权法	497
第四编	物权法	809
第五编	债与合同法	995
第六编	家事法	1197

下



第七编	侵权责任法	1403
第八编	消费者法	2223
第九编	民事司法解释	2439
第十编	民事判例	2625
附录		2815
跋：有文万事足		2861

下

第七编 侵权责任法

第一分编 侵权行为及侵权责任法

中国侵权行为法的百年历史及其在新世纪的发展	1406
论埃塞俄比亚侵权行为法对中国侵权行为法的借鉴意义	1428
论侵权特别法及其适用	1441
东亚地区侵权法实现一体化的基础及研究任务	1450
中国侵权责任法大小搭配的侵权责任一般条款	1462
侵权请求权的优先权保障	1472
如何判断《侵权责任法》保护的民事利益范围	1481
原因力的因果关系理论基础及其具体应用	1490
客观与主观的变奏:原因力与过错	
——原因力主观化与过错客观化的演变及采纳综合比较说的必然性	1507
规定无过错责任应当着重解决限额赔偿问题	1529

第二分编 多数人侵权行为及责任

多数人侵权行为及责任理论的新发展	1540
共同侵权行为及责任的立法抉择	1554
教唆人、帮助人责任与监护人责任	1573
试论共同危险行为	1586
论分别侵权行为	1591
论竞合侵权行为	1609
我国《侵权责任法》中的第三人侵权行为	1625

第三分编 侵权损害赔偿

《侵权责任法》应对大规模侵权的举措	1644
论数种原因造成损害结果的赔偿数额计算	1658
论人身伤害的抚慰金赔偿	1668
论侵害财产权中的精神损害赔偿	1677

第四分编 媒体侵权责任

我国的媒体侵权责任与媒体权利保护 ——兼与张新宝教授“新闻(媒体)侵权否认说”商榷	1686
新闻侵权问题的再思考	1701
论中国新闻侵权抗辩及体系与具体规则	1715
不具名媒体报道侵权责任的认定 ——以陆幽案为中心的考察	1744
《侵权责任法》规定的网络侵权责任的解释	1753
论网络侵权责任中的通知及效果	1763
论网络侵权责任中的反通知及效果	1773
小说侵害名誉权的责任	1785
关于侵权小说编辑出版者的民事责任问题	1795

第五分编 产品责任

对我国侵权责任法规定惩罚性赔偿金制裁恶意产品侵权行为的 探讨	1804
论产品代言连带责任及法律适用规则 ——以 2009 年《食品安全法》第 55 条为中心	1813
山寨名人代言广告是否构成侵权	1826
有关产品责任案例的亚洲和俄罗斯比较法研究	1833

第六分编 事故责任

修正的《道路交通安全法》第 76 条的进展及审判对策	1858
我国道路交通事故责任的归责原则研究	1866
机动车代驾交通事故侵权责任研究	1878
工伤事故的责任认定和法律适用	1893
火灾事故责任的性质及民事责任	1915
校园欺凌行为的侵权责任研究	1929

第七分编 医疗损害责任

中国医疗损害责任制度改革	1938
医疗损害责任一般条款的理解与适用	1956
医疗损害责任概念研究	1967
《侵权责任法》规定的医疗损害责任归责原则	1978
论医疗过失的证明及举证责任	1986
论医疗过失赔偿责任的原因力规则	2000
医疗损害责任的因果关系证明及举证责任	2012
论医疗机构违反告知义务的医疗侵权责任	2024
医疗管理损害责任与法律适用	2037
论医疗产品损害责任	2049
错误出生的损害赔偿责任和适当限制	2061
论医疗过失损害赔偿责任的适当限制规则	2076

第八分编 其他侵权责任类型

论违反安全保障义务侵权行为及其责任	2090
饲养动物损害责任一般条款的理解与适用	2109
对建筑物抛掷物致人损害责任的几点思考	2119
高速公路管理者对妨碍通行物损害的侵权责任	2130
试论定作人指示过失的侵权责任	2138
论国有公共设施设置及管理欠缺致害的行政赔偿责任	2147
论妨害经营侵权行为及其责任	2157
论商业诽谤行为及其民事法律制裁	2173
论违反竞业禁止的商业侵权行为	2193
我国善意救助者法的立法与司法 ——以国外好撒马利亚人法为考察	2206

第八编 消费者法

“王海现象”的民法思考

——论消费者权益保护中的惩罚性赔偿金	2225
德国民法典规定一体化消费者概念的意义及借鉴	2236
我国消费者行政的现状与改革	2246
日本消费者法治建设经验及对中国的启示	2259
消费者权益保护中经营者责任的加重与适度	2269
我国消费者保护惩罚性赔偿的新发展	2281
消费者权益小额损害的最低赔偿责任制	2298
修订后的《消费者权益保护法》规定经营者违约责任规则	2311
论消费者损害赔偿请求权的法律优先保障	2319
非传统销售方式购买商品的消费者反悔权及适用	2334
经营者提供商品或者服务三包责任制度的新发展	2347
修订后的《消费者权益保护法》规定的虚假广告责任研究	2358
网络交易平台提供者的法律地位与民事责任	2373
网络平台提供者的附条件不真正连带责任与部分连带责任	2387
网络交易平台提供服务的损害赔偿责任及规则	2406

利用网络非交易平台进行交易活动的损害赔偿责任	2418
商业行规与法律规范的冲突与协调	2430

第九编 民事司法解释

对债权准占有人给付的效力	2441
论债权人撤销权及其适用	2444
债权人代位权的原理及其适用	2449
混合过错与过失相抵	2454
民间借贷关系法律调整新时期的法律适用尺度	2460
最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干 问题的解释》释评	2480
适用人身损害赔偿司法解释的疑难问题及对策	2499
建筑物区分所有权和物业服务合同法律规范的新进展	2519
《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干 问题的解释》的理解和适用	2530
近亲属优先购买权及适用	2544
最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干 问题的解释(三)》的民法基础	2556
最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干 问题的解释(三)》解读	2563
最高人民法院《关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干 问题的规定》释评	2575
媒体侵权和媒体权利保护的司法界限研究 ——由《中国媒体侵权责任案件法律适用指引》的制定探讨私域软规范 的概念和司法实践功能	2588
环境侵权司法解释对分别侵权行为规则的创造性发挥 ——《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题 的解释》第3条解读	2604
第三人过错造成环境污染损害的责任承担	2614

第十编 民事判例

法官的保守与创新	2627
----------------	------

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	
——兼论人身伤害慰抚金赔偿制度的内容及其实行	2639
论多重买卖中的侵权行为及其民事责任	2654
关于服务欺诈行为惩罚性赔偿适用中的几个问题	
——兼评丘建东起诉的两起电话费赔偿案	2662
对綦江彩虹桥垮塌案人身损害赔偿案中几个问题的法理评析	2672
不动产善意取得及适用条件	2678
法定继承中继父母子女形成扶养关系的认定	2690
自书遗嘱的形式要件与法律效力	2701
人的冷冻胚胎的法律属性及其继承问题	2714
一份标志人伦与情理胜诉的民事判决	2726
承诺函·最高额保证·无效保证赔偿责任	
——广东省高级人民法院(2002)粤高法民四终字第55号民事	
判决评释	2741
企业法人名誉权侵权责任的界限判定	2755
为同性恋者治疗的人格尊严侵权责任	
——兼论搜索引擎为同性恋者治疗宣传的虚假广告责任	2767
贾广恩诉某市有线电视台纠纷案释评	
——论有线电视台过量插播电视广告的民事责任	2779
医疗事故鉴定的性质及其司法审查	2786
推动中国人格权立法发展的十大经典案件	2795
推动中国侵权法发展的十大经典案件	2804

附 录

法学学术论文的选题方法	2817
关键词索引	2833
法律全称与简称对照表	2857
跋:有文万事足	2861

合理,不符合近、现代侵权行为法赔偿原则的“减半赔偿”和“加倍赔偿”两项制度。^①

(三)中国清代侵权行为法的基本内容

中国清代侵权行为法包括 15 项制度,可以分为 4 个类别:

1. 侵害财产的损害赔偿

(1) 备偿。备偿是中国古代侵权行为法的主要赔偿制度。备偿之备,既有“赔”义,亦有“全、完全”之意;备偿,与今天的“全部赔偿原则”在字义上是相同的。在清代,备偿的提法不多,使用的是另外一些提法,如追偿、追赔等,如老少废疾犯罪征赃、私借官物损失、仓库被盗、仓库损坏、牧养畜产不如法和埋没官物。最典型的是《户律·田宅》“弃毁器物稼穡条”：“凡弃毁器物及毁伐树木、稼穡者……并验数追偿。”

(2) 偿所减价。偿所减价,是指原物受损以后,以其实际减少的价值作为赔偿的标的,赔偿实际损失。按照常理,这样的原则应当适用于一切受损后仍有残存价值(或称为新生利益)的财产损害,但是律令规定,偿所减价只适用于牛、马等畜产遭受损害的场所,不适用于其他财产的损害。

(3) 折剉赔偿。折剉赔偿是明代才出现的赔偿责任形式。《清律·杂犯》“放火故烧人房屋”条规定：“并计所烧之物,减价,尽犯人财产折剉赔偿,还官,给主。”赔偿的基本标准,是将犯人的全部财产折为银数,再按所烧的受害人数额(以家为单位)分为几份,其中不分官、民,“品搭均偿”。一主者全偿,即将犯人的财产全赔一主,可能赔多,也可能赔少;数主者分偿,赔多可能性极小,但犯人没有其他财产了,只能如此。

(4) 追雇赁钱。这种赔偿制度,只适用于私借财物给他人使用,侵害物之所有人的使用权。赔偿的标准,就是按照使用的日期计算,“按日追雇赁钱入官”,如数赔偿,但不得过本价。

(5) 着落均赔还官。着落,即应收与实收之间的差额。着落均赔还官,就是因其掌管的工作,由于过失而造成官府在财产收入上的损失,均应由造成着落之人赔偿这种损失。这是一种财物损害赔偿,义务主体应是掌管一定的为官府收入进项之责的官员,其赔偿的是应收与实收之间的差额。

(6) 还官、主。这是中国古代侵权行为法最常见、适用最为广泛的财产损害赔偿制度,大体上与现代的返还原物相同,即赃物见在者,还官、给主;赃物转卖后,持有赃款者,仍为见在,亦要依例追征,还官给主;另外,原物的花利等孳息,亦应还主,这就包括间接损失亦应返还。清代规定还官主的适用范围很广泛,有 14 种之多。

2. 侵害人身的损害赔偿

(7) 赎铜入杀伤之家。赎铜制是我国古代律令的一个重要的刑罚制度,为赎刑。《清律》将赎刑分为三种,即纳赎、收赎、赎罪。在一般情况下,赎金收归国有,但也规

^① “减半赔偿”和“加倍赔偿”是中国古代侵权行为法的两种制度,称之为“偿减价之半”和“倍备”。唐代的律令规定,对于家畜之间的误伤,“偿减价之半”,即赔偿经过损益相抵之后的实际损失之一半。“倍备”适用于主观恶性较深的盗窃之类的犯罪,盗一匹偿两匹,具有惩罚性赔偿的性质。

定了若干条文将赎金给受害人及其家,以为赔偿,称之为“收赎给主”,作为对人身伤害的赔偿。适用的范围,主要有动物致人损害、因公驰骤车马致死和庸医杀伤人。这些规定适用于过失杀人、伤人,但具体情况不甚相同。

(8)断付财产养贍。这是一种人身损害赔偿制度,主要适用于残酷的恶性杀人、重伤等情况,将侵权人的财产责令给付被害人或被害人之家,用以贍养被害人或被受害人的家属。断付财产养贍作为一种人身损害赔偿制度,其赔偿范围的确定,取决于两个条件:一是侵害客体,是生命权还是健康权;二是侵权人(罪犯)财产的多少。后一个是主要的标准。养贍共分三种:一是断付财产给付死者之家;二是断付财产一半;三是定额养贍。

(9)追烧埋银。追烧埋银是一种人身损害赔偿制度。其适用范围,绝大多数是过失杀人,只有杀死奴婢时不考虑是否为过失所为。其赔偿数额是固定的,清代为银10两。追烧埋银的适用范围包括:一是无故向城市及有人居住宅舍放弹、射箭、投掷砖石因而致死人者;二是无故于街市、镇店驰骤车马因而致死人者;三是打捕户于深山、旷野猛兽往来去处,穿作坑阱及安置窝弓因而致死和若非深山、旷野致死者;四是因事威逼人致死者(自尽)和官吏、公使人等,非因公务而威逼平民致死者;五是官司决人不如法因而致死者。

(10)保辜。中国古代律典中的保辜制,是一种最具有特色的人身损害赔偿制度。保辜,从其本意上说,应当是一种刑事法律规范。《清律·刑律·斗殴》“保辜”条注云:“保,养也;辜,罪也。保辜谓殴伤人未至死,当官立限以保之。保人之伤,正所以保己之罪也。”这就把保辜制的立法意图说得十分清楚,其意旨是:殴人致伤,区分不同情况,立一辜限,限内由侵害人即罪犯支付医疗费用治疗,辜限内治好,可以减轻处罚,辜限内医治无效,致死、致残,各依律科断刑罚。由于是要加害人出钱医治伤害,因而保辜制又是一种财产责任,是一种特殊的人身损害赔偿责任。保辜制保人之伤正所以保己之罪,可以调动加害人医治伤害的积极性,因而对受害人有利,使受害人的伤害得到及时平复,是一种有效的侵权责任制度。

3. 其他形式的侵权责任

(11)复旧(复故)。复旧,或称复故,就是恢复原状。适用于侵占巷街阡陌。这是一种对类似于侵害相邻权行为的一种民事制裁手段。侵占巷街阡陌,占用了公用的通道,妨碍了他人的使用权,应当承担恢复原状的责任。这是一种非财产性质的民事责任形式。

(12)修立。修立是一种特殊形式的恢复原状的民事责任形式,适用于毁坏建筑物之类的场合,是一种财产损害的恢复原状。《清律·户律·田宅》:“若毁损人房屋、墙垣之类者,计合用修造雇工钱,坐赃论,各令修立。官屋加二等。误毁者,但令修立,不坐罪。”《清律·刑律·杂犯》:“凡拆毁申明亭房屋,及毁(亭中)板榜者,杖一百,流三千里。(仍各令修立)”修立这种形式,表面上看是恢复原状,好像不是损害赔偿形式,而是非财产责任形式,但由于修立的费用是由侵权人承担,因而仍具有财

产损害赔偿的功能。

(13) 责寻。责寻是一种纯粹的非财产性质的民事责任形式。《清律·吏律·公式》：“凡弃、毁制书及衙门印信者”，“遗失制书、圣旨、印信者”，“俱停俸，责寻。三十日得见者，免罪”。“若主守官物、遗失簿书，以至钱粮数目错乱者”，“亦住俸，责寻”。由于损失的这些物品无法用金钱计算其价值，只能采取这种民事责任形式。住俸是一种行政责任，即停薪；责寻则是民事责任。

4. 其他侵权责任规定

(14) 免责。古代立法规定的免责制度，与今天的抗辩事由相似，都规定了一些具体的免除赔偿责任的事由。例如，正当防卫或紧急避险，畜产抵啮人，有人指使的被杀伤，为正当防卫，无人指使的为紧急避险。这些都是不应承担赔偿责任的，故免责。缺少主观要件的损失，如“请受军器经战阵而损失，不坐，不偿”的规定，这是因为行为人无过错。

(15) 保障制度。民事责任不履行，规定以行政、刑事责任制裁之，即以刑罚手段保证民事责任的履行。用这些刑事制裁措施，来保障损害赔偿的执行。这在刑民不分的中国古代立法中，既是可行的，也是可以理解的，保证了民事责任的强制性。

(四) 清代侵权行为法的特点和最具先进性的制度

1. 清代侵权行为法的特点

经过几千年的法律文化积淀，中国古代侵权行为法的精华集中在清代的侵权行为法之中。作为中华法系的典型代表，清代的侵权行为法具有以下主要特点：

(1) 虽诸法合体但自身体系完整。清代侵权行为法的具体规定虽然较为零散，但它有一个完整而相对独立的体系。中国古代法律民、刑不分，诸法合体，但纵观历朝历代的法律，各自都包含着自己的侵权行为法，而且这种侵权法的体系相当稳定。清代的法律也是这样。其侵权行为法规范的表现形式：一是以独立的法律条文出现；二是以“杂糅”的形式出现的，即在一个条文中，一部分是刑事法律规范，一部分是侵权行为法规范，侵权行为法规范夹杂在刑法规范之中。

(2) 各项责任制度周到而严密。在清代古代侵权行为法中，共有 15 种具体的基本责任制度，这些制度环环相扣，形成了一个较为严密的民事权利保护体系，发挥着侵权行为法的全部功能，无论是从其责任制度的自身体系看，还是从保护的民事权利看，都是相当严密而完备的。

(3) 侵权损害赔偿的性质以补偿损失为主。侵权行为法的发展，在历史上经历了强调其惩罚性到强调其补偿性的演化过程。中国古代侵权行为法的发展，同样经历了这样一个演化过程。中国古代尤其是清代的侵权损害赔偿，其基本性质是填补损害，已经完全禁绝了同态复仇等单纯的报复主义，无论是对人身损害，还是对财产损害，都是以财产赔偿的方式承担民事责任（当然还包括一些刑事制裁方法），这体现了侵权损害赔偿的补充损害的性质。

(4) 侵权责任构成的要求比较严格。中国古代侵权行为法规范是“杂糅”在刑事法典的刑法规范之中的，因此，其民事责任构成的要求受刑事责任构成的影响，是比

较严格的,在清代也是这样。

2. 清代侵权行为法的先进性制度

在中国古代侵权行为法的具体制度上,有一些规定极具现代侵权行为法的先进意义。这是我国古代侵权行为法的精华之所在。下面的这些规定是最重要的问题:

(1)关于损益相抵的原则。损益相抵的原则是近现代侵权行为法和合同法的制度。尽管在有些学者的著述中称在罗马法中就有损益相抵的规定,但是并没有确实的证据。至德国普通法时期,才有损益相抵的规定。在我国古代的法律中,早就有损益相抵规定,且规定得更为明确。从《唐律》开始,就规定了“偿所减价”制度,清代继续坚持这种制度。“偿所减价”,是指原物受损之后,以其物的全价扣除所残存价值之差额,作为赔偿数额,适用的范围是牛马等畜产遭受损害的赔偿。这种制度所体现的,就是损益相抵的原则。由此可以相信,关于损益相抵的赔偿原则,中国的规定绝不比外国晚。中国古代侵权行为法的这一制度,具有世界领先的水平。

(2)关于相当因果关系。相当因果关系又称为适当条件说,是确定违法行为与损害事实之间是否有因果关系的一种理论,是奥地利刑法学家格拉塞(Glaser)于1858年创设的。该学说认为,造成损害的所有条件都具有同等价值,缺少任何一个条件,损害都不会发生。因此,各种条件都是法律上的原因。^②所谓适当条件,即为发生该结果所不可缺之条件,不独于特定情形偶然的引起损害,而且是一般发生同种结果之有利条件。如果某项事实仅于现实情形发生该项结果,还不足以判断有因果关系,必须在通常情形,依社会一般见解亦认为有发生该项结果之可能性,始得认为有因果关系。如因伤后受风以致死亡,则在通常情形,依一般社会经验,认为有此可能性,因此应认为其伤害与死亡之间有因果关系。^③《清律·刑律·斗殴》“保辜”条规定,“凡保辜者,(先验伤之轻重,或手足,或他物,或金刃,各明白立限。)责令犯人(保辜)医治。辜限内,皆须因(原殴之)伤死者,(如打人头伤,风从头疮而入,因风致死之类。)以斗殴杀人论。其中“打人头伤,风从头伤而入,因风致死”,即为有相当因果关系。“别因他故死者,打人头伤,不因头伤得风,别因他病而死者”,不认为有因果关系,只按殴伤治罪。这是典型的相当因果关系的应用。可见,中国古代对相当因果关系的应用,远比外国为早。

(3)立法确认对间接损失应予赔偿。中国古代侵权行为法对财物损害事实区分直接损失和间接损失,并以明文规定间接损失应当赔偿。在清代律令条文中,多次出现“花利归官、主”和“苗子归官、主”等内容,这些都是物的孳息,都属于间接损失。这体现了现代侵权行为法对损失赔偿的要求。

二、中国近代侵权行为法——20世纪中期的40年

中国近代的侵权行为法,主要是清朝末期的统治者变律为法和中华民国制定民

^② 参见王利明:《侵权行为法归责原则研究》,中国政法大学出版社1992年版,第379页。

^③ 参见史尚宽:《债法总论》,台北荣泰印书馆1978年版,第161页。