

中国民法、刑法案例与学理研究

◎总主编/曾宪义

中国民法案例 与学理研究

侵权行为篇 亲属继承篇

◆本卷主编/王利明

◆副主编/郭明瑞 杨立新



CASE
STUDIES
IN
CHINESE
CIVIL
LAW

法律出版社

中国民法、刑法案例与学理研究

◎总主编/曾宪义

中国民法案例 与学理研究

侵权行为篇 亲属继承篇

◆本卷主编/王利明

◆副主编/郭明瑞 杨立新

◆撰稿人/王利明 郭明瑞 杨立新

房绍坤 孔祥俊 李明良

藤 蔓



CASE
STUDIES
IN
CHINESE
CIVIL
LAW

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国民法案例与学理研究:侵权行为篇·亲属继承篇/
曾宪义总主编;王利明分卷主编. - 北京:法律出版社,
1998.4

高级司法官法律培训教材

ISBN 7-5036-2414-0

I. 中… II. ①曾… ②王… III. ①民法-案例-研究
中国 ②侵权行为-案例-研究-中国 ③继承法-案例-研究
中国 IV. D923.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (98) 第08084 号

中国民法案例与学理研究·侵权行为篇·亲属继承篇

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/民族印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/17 字数/400 千

版本/1998年6月第1版 2000年6月第6次印刷

印数/28,001—34,000

地址/北京市海淀区西三环北路105号科原大厦4层(100037)

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究

书号:ISBN 7-5036-2414-0/D·2031

定价:23.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序言

随着大陆法对判例的日益注重以及英美法对成文法立法的加强,两大法系正逐渐融合其各自特点并越来越具有相似性。当今世界的法治发展的趋向表明,判例法不但未因成文法的发达而湮没在浩如烟海的法典及法律之中,相反,判例法在法律的创制、解释及填补法律漏洞上所发挥的作用,使其地位比以往任何时候更显突出。最近 10 年来,我国学者亦不断在呼吁加强判例法研究及应用。这一良好建议因受我国立法体制、司法体制及法官状况等诸多因素的影响而难以在短期内成为现实。严格地说,我国不是判例法国家,我们只有案例而无可以作为法律渊源的判例,但是,案例研究在法制建设中无可替代的作用则是毋庸置疑的。

案例研究是指通过对具有典型意义的案例进行学理分析,从中发现立法的成功与不足,进而针对法律漏洞寻求填补办法,并通过对案例的整理而探求立法体系的完善。由此

可见,案例研究首先对立法的完善具有重要价值。但从中国的现行立法体制来看,由于主要采用成文法体制,使案例研究的作用更主要地表现在其对司法的指导、提供参考及促进法官素质提高等功能上。

具体而言:

第一,由于成文法的局限性,任何一部法律都不可能囊括社会现实中的所有情况,当审判实践中遇到法无明文规定或规定不明确的情形,法官就需要通过运用法律的基本原则、理解立法者的意图及法律的精神,扩张解释某些条文的含义等方法来适用法律;对于在适用范围、条件等方面规定不明确的条文,也须运用各种法律解释学的方法对其解释并体现在判案中,由此形成的案例对司法审判实践无疑具有重要的指导作用。如果将这些案例进行系统的整理和研究,其价值是不言而喻的。

第二,成功的案例本身即是一个好的样板。对于法官处理同类或相似案件,不仅可以提供重要参考,而且可以起到示范作用。在法官素质相对实际需要尚存有差距的情况下,通过案例研究,可以将成功的法官的办案经验及艺术总结下来,为审判实践提供例范。

第三,案例就是每位法官对社会的答卷。它不仅反映各种社会现象、经济发展状况、法制建设水平,而且还如实地展示了法官对立法的理解、法律意识、执法精神、分析能力等等,换言之,案例是法官素质的真实表现。通过案例研究,可以及时发现法官素质中需要增强提高的薄弱环节,使我国法官的审判业务水平尽快登上新的台阶。

在法官培训教学中,进行案例研究并采用案例的教学方法是十分必要的。尽管我国是成文法国家,法学教学应以讲授法学基本原理、基本知识为主,从而使学员全面系统地掌握法学基本理论;但是法学教育、尤其是针对法官的培训教育中,更应当

注重案例的教学。通过案例教学,不仅可使理论的讲授变得生动活泼,具有启发性,而且有利于学员尽快掌握抽象的法学原理,并能灵活运用,举一反三。实践证明,刻板的灌输式理论教学从来难以达到理想的教学效果。

作为一名民法教师,我认为在民法教学中应当特别注重案例教学。因为民法作为调整平等主体之间的财产关系和人身关系的法律,深深植根于社会现实经济生活,它是人们每时每刻发生的、重复出现的交易活动的规律在法律上的集中体现。民法是活的法,它的规则不仅要切实反映活生生的现实生活;并且要随着现实经济生活的发展而不断发展和丰富。同时,即使其所包含的大量规则极为抽象和艰深,但也决不仅仅停留于理论的表象而用于满足纯粹思辨的乐趣或需要;而是完全可以用以解释经济活动和日常生活中哪怕是细小琐碎的财产争执、利益纠葛、交易行为。每一项规则其实无不是生活中故事的总结。因此,一个民法教师如果只能讲授规则的语义、演化、特征甚至规则间的联系,但并没有教会学生将特定的规则与相应的社会生活实践联系起来并进而运用规则去解释现实生活和处理各类纠纷,这种教学活动至少在我看来是不成功的。实际上,这样的教学也难以培养出高层次的应用型法学人才。正是由于这一原因,我认为民法的教学活动较之于某些部门法学的教学活动,更应当强调案例教学法,并应将这一方法贯彻于整个民法教学的始终。

当前,在民法的教学和研究中注重案例研究和教学,首先应当抓好教材建设。对于法官培训来说,教材是培训的基础,教材质量直接影响培训的效果。尽管目前已有许多案例分析或以案说法的书籍出版,这些著作无疑可以作为案例教学的参考书目,学生阅读这些书籍,一定会对自己的实际分析运用能力有所提高、促进。但是,从案例教学的要求看,仅有这些参考书籍是不

够的。一方面,这些参考书毕竟不是专为民法案例教学而设计编纂的,因而缺乏对民法规则阐述的系统性和逻辑性。另一方面,许多案例分析往往只注重结论而忽视对相关规则的运用及逻辑推理过程的详细分析,从而难以使学生通过研习而达到预期的效果,不能起到案例教学教材所应具有的作用。

1990年以来,我开始在研究生的民法课讲学中运用案例教学法,在给高级法官培训班授课时也偶而采用。经过几年的摸索,我对案例教学方法有了更深的体会,同时对案例教学教材的编写初步形成了自己的一点想法。我认为,民法案例教学教材应当注重以下几个问题:

第一,所选案例应该具有典型性和系统性。案例不在大小,内容不在繁简,关键是看所选案例能否解释一个或数个民法规则的内涵及其运用。所谓典型性,不在于案件当时所产生的新闻效应,而在于案情与民法规则的联系性。所谓系统性,是指案例的编排能够在总体上系统阐述民法的规则体系。

第二,案例应当具有一定程度的疑难性。换言之,即使是情节非常简单的案件,也可能出现多种结论性意见,而各种处理意见、方案及理由均应提供出来,从而给学生开辟一个广阔的思维空间,避免采用单一化和模式化的僵硬思维方式。

第三,案例的选用不能完全拘泥于现行法的框架。现实生活是极为丰富复杂和多样化的,而民事立法不可能对之包罗万象或一成不变,法律漏洞在所难免,许多案例的处理必然在现行法上难以找到现实的依据。将这些案例适当地收入教材,并通过学理的分析及各种研究方法(如比较法的方法、经济分析的方法等)的导入找到对案件的最佳解决方案,这将进一步增强学生分析问题和解决问题的能力。

第四,案例的研究应当注重推理过程。此处所谓推理,既包括事实的推理,也包括法律适用的推理。案件的处理结论应该

是缜密推理的结果,也只有通过周密推理所导出的结论,才具备说服力。学生也只有在掌握了这样的推理手段之后,才真正掌握了民法思维的素养及正确适用民法的能力,从而真正掌握了民法这一活的法律。

第五,案例的分析应注重培养学生把握案件关键点、区分事实问题和法律问题,以及综合运用民法的各项规则(包括债和合同法、侵权行为法、物权法等方面)的能力。

1996年,福特基金会项目负责人张乐伦小姐约请我院曾宪义院长主编一套司法官培训教材。经反复酝酿和多次讨论,决定编写“中国民法、刑法案例与学理研究”共两套教材。曾宪义教授约请我主编《中国民法案例与学理研究》一书,我欣然接受了邀请,并先后约请郭明瑞教授、杨立新副厅长、张新宝副研究员、孔祥俊博士等人撰写本书,经过一年半的努力,此书终于完成。杀青之时,虽感本套教材具有创新之处,但毕竟因初次编写案例教材,经验不足,且因对实务了解不够,书中不足之处在所难免。我殷切希望广大读者不吝赐教。同时,对福特基金会的资助表示感谢。

王利明

1998年6月15日

CASE
STUDIES
IN
CHINESE
CIVIL
LAW

责任编辑/思实 封面设计/孙宇

目 录

侵权行为篇

1. 侵权行为的概念 3
2. 侵权损害对象的界定 15
3. 侵权责任构成中的损害事实要件 27
4. 侵权责任构成的违法行为要件 39
5. 侵权责任构成中的因果关系要件 46
6. 侵权责任构成中的相当因果关系 55
7. 侵权责任构成中的主观过错要件 62
8. 侵权行为法中的主观过错和客观过错 70
9. 公平责任的适用范围 81
10. 共同侵权行为 89
11. 共同危险行为及其赔偿责任 100
12. 紧急避险 108
13. 免责条款的效力和解释 114
14. 产品责任主体的确定 121
15. 产品责任的构成条件 127
16. 雇主对雇员的赔偿责任 137
17. 动物致害责任 146
18. 工作物致害责任 154

19. 高度危险作业的赔偿责任	167
20. 环境污染损害赔偿	176
21. 建筑物及其他地上物致害赔偿责任	183
22. 地面施工致人损害的赔偿责任	191
23. 交通事故赔偿责任及其处理规则	198
24. 医疗事故赔偿责任及其法律适用	205
25. 工伤事故责任及人身伤害事先免责条款的效力	213
26. 殴打致伤赔偿案件喊号助威者的民事责任	225
27. 债权侵权行为的范围及其立法依据	230
28. 债权侵权行为的构成及其赔偿责任	240
29. 侵害债权的责任问题	250
30. 侵害债权的民事责任	255
31. 侵害债权与不真正连带债务	264
32. 侵害生命健康权的慰抚金赔偿	276
33. 间接受害人的抚养损害赔偿	290
34. 劳动能力丧失及其损害赔偿	305
35. 财产犯罪受害人起诉财产侵权赔偿问题	316

亲属继承篇

1. 夫妻共同财产范围的界定	329
2. 夫妻财产约定	337
3. 家庭共同财产	351
4. 精神病患者的离婚	362
5. 一方与他人通奸引起的离婚	366
6. 以分居为理由的离婚	370
7. 现役军人离婚诉讼	373
8. 一方当事人有过错的离婚	376

9. 因草率结婚引起的离婚	380
10. 非婚生子女认领制度及其适用	382
11. 婚生子女的否认	388
12. 人工授精所生子女的法律地位	395
13. 离婚后子女抚育费的几个问题	402
14. 子女抚养关系和抚育费的变更	410
15. 离婚后子女由谁抚养问题	417
16. 夫妻单方收养的问题	429
17. 转收养	433
18. 收养的效力	438
19. 收养关系解除纠纷	444
20. 收养关系解除时, 养子女应负担养父母生活费	447
21. 祖父母、外祖父母的优先抚养权	450
22. 欺诈性抚养关系及其处理原则	454
23. 继承权男女平等	461
24. 继承的开始	464
25. 遗产范围	470
26. 法定继承	478
27. 代位继承	483
28. 遗嘱继承人范围和权利	490
29. 遗嘱自由及其限制	494
30. 继承能力	500
31. 继承人为争夺遗产而杀害其他继承人所引起的继承权丧失	505
32. 继承权的绝对丧失	508
33. 继承权放弃的自由原则	513
34. 遗产共同共有	517
35. 限定继承与单纯继承	521
36. 特留份	525

侵权行为篇

1. 侵权行为的概念

案情介绍

1988年1月7日,原告张某某与被告辛某某在河北省廊坊市安次区新开路街道办事处协议离婚。协议约定:婚生男孩辛某(1985年6月生)归女方抚养,男方每月付抚养费25元,每月男方可看望孩子,并能接回北京(即男方家)住几天;双方如有一方再婚,孩子归没再婚一方抚养;双方都再婚,按原协议办。1989年1月,张某某再婚后,辛某某几次去接孩子没接成。1990年1月9日,辛某某从张某某之母家,强行将孩子接回北京。张某某以侵害抚养权、监护权为由,向住所地法院起诉。

对本案的不同意见

第一种意见认为,张某某按照离婚协议抚养婚生子女,享有监护权^①。辛某某未经监护人同意,强行将张某某监护的婚生子辛某接回由自己抚养,侵害了原告的监护权,构成侵权行为,被告应当承担恢复原状的侵权责任。

^① 关于父母对未成年子女的抚养权利,究竟是监护权,还是亲权,有不同看法。我们认为,这种权利是亲权,而不是监护权。关于这个问题,可参见杨立新著《人身权法论》,中国检察出版社1996年版,第747页。

第二种意见认为,原、被告之间原约定的离婚协议,并不违反法律,是有法律效力的。被告在原告不履行协议的情况下,强行将孩子接走,方法不当,但并没有违反法律,是履行协议的行为,而不是侵权行为。故此案应为子女抚养纠纷,而不是侵权纠纷,应按子女抚养纠纷确定管辖、适用法律。

作者的观点

对本案的争论意见,焦点是在对侵权行为概念的理解。

一、立法上对侵权行为概念的不同规定

侵权行为的概念,直接源于罗马法的私犯概念。学者指出:罗马法上私犯的概念,是指因故意或过失不法侵害他人权利的行为。^①这是现代人对私犯所下的定义,并不是罗马法本来的定义。按照权威的查士丁尼《法学总论》第4卷第1篇“侵权行为所发生的债务”的规定,侵权行为所发生的债务“仅有一种,因为这些债务是从一种事务产生的,即侵权行为,例如盗窃、抢劫、财产上损害或人身伤害”。^②准私犯,也是一种侵权行为,《法学总论》规定包括审判员错判、从建筑物投掷或倾注某物或悬挂物坠落、家长对子女的侵权行为负责、船长、店主或马厩主人对其服务人员所致伤害的责任,均为准私犯。^③可见,罗马法对私犯、准私犯概念的界定,着眼于其外延,对于其内涵,没有准确的表述。

《法国民法典》在历史上第一次使用了侵权行为的概念,在

① 江平、米健:《罗马法基础》(修订本),中国政法大学出版社1991年版,第287页。

② 查士丁尼:《法学总论》,商务印书馆1989年版,第190页。文中译的“侵权行为”,是按其意译。按其本意,应译为私犯。

③ 同注②,第204页-205页。

其第2编第4章第2节规定了“侵权行为与准侵权行为”。其中,第1382条规定:“任何行为使他人受损害时,因自己的过失而致使损害发生之人,对该他人负赔偿的责任。”第1383条规定:“任何人不仅对因其行为所引起的损害,而且对因其过失或疏忽所造成的损害,负赔偿责任。”《法国民法典》的上述规定,直接源于罗马法,并进行了高度的科学概括,用两个条文,简洁地表述了侵权行为的概念,在侵权行为法的历史上具有划时代的意义。

《德国民法典》接受了《法国民法典》将近100年的实践经验,对侵权行为概念作了更详细的表述。其第823条规定:“因故意或过失不法侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利者,对被害人负损害赔偿的义务。”“1.违反以保护他人为目的的法律者,负相同的义务。2.如依法律的内容,虽无过失亦可能违反此种法律者,仅在有过失时,始负损害赔偿的义务。”与《法国民法典》第1382条、第1383条相比较,《德国民法典》的上述规定特别强调了这样几点:一是侵权行为所侵害的权的范围;二是侵权行为违法的内涵;三是故意和过失均为侵权行为的主观因素的内涵。德国法的上述着重强调之处,无疑具有非常重要的意义。

《日本民法典》对侵权行为概念的规定,比《德国民法典》的规定简洁,比《法国民法典》的规定更明确。其第709条规定:“因故意或过失侵害他人权利者,负因此而产生损害的赔偿责任。”

1929年11月22日公布、1930年5月5日施行的《中华民国民法》“债编”,其第184条对侵权行为作了原则的规定。这一条文深受《德国民法典》第823条的影响,内容基本相同。该条文内容是:“因故意或过失,不法侵害他人之权利者,负损害赔偿责任。故意以背于善良风俗之方法,加损害于他人者,亦同。”“违反保护他人之法律者,推定其有过失。”与德国法的规定相