



民商法 热点新探

杨立新 / 著



吉林人民出版社

JILINRENMINCHUBANSHE

民商法热点新探

杨立新 著

图书在版编目(CIP)数据

民商法热点新探/杨立新著. —长春:吉林人民出版社, 2003. 11

ISBN 7-206-04321-6

I. 民… II. 杨… III. ①民法—研究—中国

②商法—研究—中国

IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 094738 号

民商法热点新探

MINSHANGFA RE DIANXINTAN

著 者:杨立新

责任编辑:刘树炎

封面设计:杨立新

责任校对:晓 君

吉林人民出版社出版 发行 中国·长春市人民大街 4646 号 邮政编码:130021

网 址:www.jlpph.com 电 话:0431-5649710

全国新华书店经销

发行热线:0431-5638605 010-63475245

印 刷:长春方圆印业有限公司

开 本:850mm×1168mm 1/32

印 张:11.875 字数:284 千字

标准书号:ISBN 7-206-04321-1/D·1324

版 次:2003 年 11 月第 1 版 印 次:2003 年 11 月第 1 次印刷

印 数:1-4 000 册 定 价:25.00 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

目 录

专题探讨

侵权行为的一般化和类型化·····	(3)
侵权责任的补充责任·····	(85)
权利的冲突与协调·····	(100)
侵害配偶权精神损害赔偿责任·····	(133)
侵害财产权精神损害赔偿·····	(149)
《医疗事故处理条例》存在问题及在审判中的对策·····	(161)
中国知识产权的民法保护和检察机关的作用·····	(176)
公正、效率与审级制度改革·····	(191)

案例析疑

死者人格利益民法保护与商业化使用·····	(209)
商品房买卖中的惩罚性赔偿金·····	(230)
姚明肖像权纠纷案中的集体肖像权问题·····	(235)
学生踢球致伤应谁承担侵权责任·····	(241)
涉及非典的十种侵权及其责任·····	(247)
输血致第三人感染病毒医院的赔偿基础·····	(254)

在游泳池游泳溺水死亡谁应当承担责任	(262)
侵权补充责任与一事不再理原则	(272)
建立完善的损害赔偿专家证人制度	(278)
环境污染公益诉讼的有益尝试	(285)

附 录

《中国民法典·人格权法编和侵权法编》专家研讨会	
综述	(293)
制订《中国民法典·侵权法编》的若干思考	(324)
制订《中国民法典·人格权法编》的基本思考	(342)

专题探讨

侵权行为的一般化和类型化^①

在制订《中国民法典》的过程中，关于制订一部什么样的侵权行为法问题的讨论，产生了很大的争论。其中一个焦点问题，就是究竟是借鉴大陆法系侵权法的立法方法和特点来制定中国的民法侵权行为法，还是借鉴英美法系的侵权法特点来制定中国的侵权行为法。

这个问题的实质在于，在制订的中国侵权行为法的模式上，是坚持大陆法系侵权行为法侵权行为一般化的立法方式，还是借鉴英美法系侵权行为法侵权行为类型化的立法方式。本文针对这个问题，提出中国侵权行为法的立法采取融合大陆法系和英美法系的两种做法的方式，制订中国的侵权行为法，既坚持侵权行为的一般化，也实现侵权行为的类型化。从一般的理解上，这应该是一个令人很难理解的题目，但是作为一种立法模式的探索，确实值得研究，应该也有其可行的道理。

下面，我就展开对这个问题的论述，说明我的意见。

^① 本文是作者于2002年7月9日在吉林省高级人民法院主管民事审判的中级人民法院副院长和民事审判庭庭长民法培训班上的讲课提纲，以后又在很多高级、中级人民法院和省、地人民检察院的民法培训班上讲授过。在这里发表，作者在讲稿的基础上又作了详细的修改。

一、侵权行为一般条款和侵权行为一般化

(一) 侵权行为一般条款和一般侵权行为

在成文法国家的民事立法中，对侵权行为的规定，也就是制订侵权行为法，采用的是一般化的方法进行的。立法在规定侵权行为的法律中，也就是多数在民法典的债法当中，专门规定侵权行为法的内容。而在侵权行为法的内容中，首先就要规定侵权行为的一般条款，通过侵权行为一般条款来确定一般侵权行为。

这些立法中的侵权行为一般条款典型表现如：

《法国民法典》第 1382 条规定：“任何行为使他人受到损害时，因自己的过失行为而致行为发生之人对该他人负赔偿的责任。”^①

《德国民法典》第 823 条：“(1) 因故意或者过失不法侵害他人生命、身体、健康、自由、所有权或者其他权利者，对他人因此而产生的损害负赔偿义务。(2) 违反以保护他人为目的的法律者，负相同的义务。如果根据法律的内容并无过失也可能违反此种法律的，仅在有过失的情况下，始负赔偿义务。”

《意大利民法典》第 2043 条规定：“任何故意或者过失给他人造成不法损害的行为，行为实施者要承担损害赔偿的责任。”

《日本民法典》第 709 条：“因故意或者过失侵害他人权利时，负因此而产生损害的赔偿责任。”

我国台湾地区民法典第 184 条：“因故意或过失，不法侵害他人权利者，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，致生损害于他人，负赔偿责任。但能证明其行为无过失者，不在此限。”

① 该引文引自商务印书馆 1983 年翻译出版的《拿破仑法典》，第 189 页。

什么叫做侵权行为的一般条款？学者有不同的理解。

例如，按照有的学者的解释，侵权行为的一般条款就是在成文法中居于核心地位，成为一切侵权行为请求权之基础的法律规范。所有的基于侵权行为的请求权都要符合这一条文，也就是说，一个国家民法典调整的侵权行为的全部请求权的请求基础。在这个条文之外，不存在另外任何侵权行为请求权的基础，这个条文一统天下。^①在大陆法系的侵权行为法中，基本上都存在着这样的侵权行为的一般条款。

另一种意见认为，将侵权行为一般条款理解为所有侵权行为的全面概括，是将侵权行为一般条款做了过大的解释。侵权行为一般条款就是规定一般侵权行为的条款。

这两种意见的分歧在于，前者认为侵权行为一般条款规定的是全部的侵权行为、一切侵权行为，“侵权行为一般条款 = 全部侵权行为”；而后者认为，侵权行为一般条款不过是规定了一般侵权行为，是百分之九十以上的侵权行为，而另外的不到百分之十的侵权行为则由特殊侵权行为来补充，“一般侵权行为 + 特殊侵权行为 = 全部侵权行为”。

一般说来，前一种主张是有道理的。可以作为证明的，例如《欧洲统一侵权行为法典》的草案，就是采用这种意见来规定侵权行为一般条款。其第1条规定的就是基本规则（一般条款）：“（1）任何人遭受具有法律相关性的损害，有权依据本法之规定请求故意造成损害的人、因违反义务而造成损害的人或者对损害依法负有责任的其他人赔偿。（2）损害的发生处于紧急情势时，将遭受损害的人享有本法赋予的防止损害发生的权利。（3）为了

^① 参见张新宝：《侵权行为法的一般条款》，中国人民大学民商法律科学研究中心民商法前沿系列讲座的22讲。引自中国民商法律网。

本法的目的：具有法律相关性的损害指的是本法第二章所规定的具有法律相关性的损害；故意和违反义务的判定以本法第三章第一节；以及第四章所规定的特殊情形下所造成的具有法律相关性的损害为依据。（4）本条所指权利由本法其它条款予以规定。”还可以证明的，是《埃塞俄比亚民法典》第 2027 条规定：“（1）任何人应对因过犯给他人造成的损害承担责任，而不论他为自己设定的责任如何。（2）在法律有规定的情形，一个人应对因其从事的活动或所占有的物给他人造成的损害承担责任。（3）如果某人根据法律应对第三人负责，他应对该第三人因过犯或依法律规定发生的责任负责。”这两种规定，显然是采纳的规定全部侵权行为请求权的主张。

但是，在现行成文法国家的侵权行为立法中，规定的侵权行为一般条款主要是后一种主张。例如，提出侵权行为一般条款是概括全部侵权行为请求权的依据之一，就是法国侵权行为法规定侵权行为的三个条文。这就是第 1382 条、第 1383 条和第 1384 条。将这三个条文都作为侵权行为的一般条款，就是对侵权行为一般条款的扩大化。实际上，《法国民法典》关于侵权行为的一般条款就是指的第 1382 条，第 1383 条是对第 1382 条的补充，而第 1384 条则是对准侵权行为即特殊侵权行为的概括性规定，统管以下的第 1385 条和第 1386 条。如果说《法国民法典》的这三个条文是侵权行为的一般条款，那就等于说《法国民法典》的全部侵权行为的规定，即 5 个条文，就都是规定的侵权行为一般条款，这显然是说不通的。因此，《法国民法典》的基本结构，就是前两条规定的是一般侵权行为，后三条规定的是准侵权行为。将这两个部分放在一起，都称为侵权行为的一般条款，并不准确。

最典型的、具有极大说服力的，是我国台湾民法的规定。我

国台湾民法的第 184 条开宗明义，就将其称为“一般侵权行为之责任”，确切表明这一条文仅仅是规定一般侵权行为的条文，而不是规定所有的侵权行为的条文。从其内容上说，本条文的法律来源，就是《德国民法典》的第 823 条和第 826 条。这里规定的也就是一般侵权行为的三种形式，其一，是故意或者过失，其二，违反保护他人的法律，其三，是故意违背善良风俗。在德国法，前两个内容是第 823 条规定的，后一个内容是第 826 条规定，其中没有概括进来无过失责任，因而说这一条文概括的是全部侵权行为请求权的基础，还不准确，因为还没有规定无过失责任的侵权行为。我国台湾民法将这三种形式都规定为一般侵权行为，足以证明在德国法，侵权行为一般条款就是规定的一般侵权行为。因此可以说，将侵权行为一般条款理解为规定的是一般侵权行为的民法条款，是较为准确的理解。

还可以作为佐证的，是我国《大清民律草案》和《国民律草案》关于侵权行为一般条款的规定。在《大清民律草案》中，关于侵权行为一般条款的上述内容，规定在第 945 条至 947 条三个条文中，基本内容与德国法和我国台湾民法的内容都是一样的。即：第 945 条规定：“因故意或过失侵他人之权利而不法者，于因加侵害而生之损害，负赔偿之责任。前项规定，于失火事件不适用之。”第 946 条规定：“因故意或过失违反保护他人之法律者，视为前条之加害人。”第 947 条规定：“以背于善良风俗之方法，故意加损害于他人者，视为第 945 条之加害人。”至《国民律草案》，则规定了两个条文，即将《大清民律草案》的前两个条文合并为一个条文。第 246 条规定：“因故意或过失不法侵害他人之权利者，负损害赔偿责任。故意以有伤风化方法侵害他人权利者，亦同。”第 247 条规定：“因故意或过失违背保护他人之法律者，视为前条之侵权行为人。”从《大清民律草案》到

《国民律草案》，一直到台湾民法即前民法关于侵权行为一般条款的上述变化，也证明了《大清民律草案》的这三个条文到最后国民法典的一个条文，才是真正的侵权行为的一般条款，即关于侵权行为的一般条款。^①

因此，可以说，对侵权行为一般条款的理解，是有两种含义的。一种是理解为侵权行为一般条款就是规定的全部侵权行为，另一种是理解为侵权行为一般条款就是规定一般侵权行为，而不是规定全部侵权行为。但是现行立法中，各国多采用后一种理解作为立法的方法。

从多数大陆法系国家侵权行为立法观察，在一般意义上说，侵权行为的一般条款并不是关于概括所有的侵权行为请求权的条款，而只是关于一般侵权行为的概括性条款。其含义是，侵权行为法的一般条款，是指概括一般侵权行为的特点和构成要件的侵权行为法条款，它将一般侵权行为的基本构成要件和基本特征进行概括，作为一般侵权行为请求权的基础的条款。因此，侵权行为一般条款实际上是关于一般侵权行为的条款，多数不是概括所有的侵权行为及其请求权的条款。

（二）大陆法系侵权行为一般化的发展过程

大陆法系侵权行为法采用一般化的模式，经历了一个渐进的发展过程，这个过程几乎贯穿大陆法系侵权行为法发展的整个过程。经过分析，这个过程大致分为五个阶段。

1. 古代法时期

在历史上，无论是两河流域的立法还是其他国家古老的立法，凡是关于侵权行为法律规定，都是具体规定，并没有对侵权

^① 以上法律草案的引文，见杨立新点校：《大清民律草案·国民律草案》，吉林人民出版社2002年版，第123、234页。

行为做出一个概括的、一般化的条文。在 4000 多年以前的乌尔第三王朝的《乌尔纳姆法典》中，以及在《苏美尔法典》中，关于侵权行为的规定都是极为具体的规定，例如“殴打自由民之女，致堕其身内之物者，应赔偿银三分之一明那”。^①

在中国，同样是这种情况。在中国古代立法中，关于侵权行为的立法散见于古代律令的各个篇章，就不同的侵权行为做出不同的规定，直到《唐律·杂律》的规定中，有过侵害财产权的较为概括的条文，即“诸弃毁亡失及误毁官私器物者，各备偿（赔偿）”。这一条文就具有较高的概括性，表明了我国古代侵权行为法发展的先进程度。^②但是，这一条文并不是侵权行为的一般条款，而仅仅是关于侵害财产权的具有一定概括性的条文。

2. 罗马法时期

应当认为，古代罗马法尤其是后期的罗马法，对侵权行为的一般化进程起到了巨大的推动作用，开启了大陆法系侵权行为法一般化的历史进程。这就是罗马法关于私犯和准私犯的规定。

早期罗马法对侵权行为并没有做出私犯和准私犯的划分，采用的也是规定具体侵权行为的做法。查士丁尼制订罗马法典，将侵权行为分为私犯和准私犯，其中私犯就是后来被概括为一般侵权行为的侵权行为，按照查士丁尼《法学总论》的规定，私犯包括四种类型，即：①盗窃；②抢劫；③财产上的损害；④人身伤害。由于罗马法对私犯的规定属于刑民不分，所以，罗马法上的私犯既是侵权行为，也是犯罪行为，因而盗窃和抢劫也在其中。不过，按照一般的理解，罗马法上的私犯即一般侵权行为，就是

① 参见杨立新：《侵权法论》，吉林人民出版社 2000 年版，第 113 页。

② 关于中国古代侵权行为法的概括性的说明，请参见杨立新：《疑难民事纠纷司法对策》，吉林人民出版社 1991 年版，第 207 页。

对人私犯和对物私犯。这些私犯，都是行为人自己实施的侵权行为，具有一般侵权行为的基本特征，因而与准私犯不同。尽管罗马法在区分私犯和准私犯的界限上没有严格的区别，只是以后有新的违法行为产生，称之为准私犯，^①但是凑巧的是，这种私犯和准私犯的划分，恰好反映了私犯调整的是现代意义上的一般侵权行为、准私犯调整的是特殊侵权行为的基本分野。

正是由于罗马法对侵权行为采取了这样的划分，才开始了侵权行为法的侵权行为一般化的历史进程，私犯就被以后的立法概括为一般侵权行为，出现了大陆法系中的侵权行为一般条款。看来，历史的发展就是由某些看起来属于偶然，实际上蕴涵了历史发展必然的事件所构成的，这就是历史发展的规律性。侵权行为法的发展同样如此。

3. 法国法

直至1804年《法国民法典》的诞生，人类社会才真正完成了侵权行为一般化的侵权行为法立法进程。这就是，将侵权行为的基本内容进行了最为概括的、最为一般化的规定，在第1382条和第1383条两个关于一般侵权行为（只排除少数的准侵权行为）的条文中，概括了几乎90%以上的侵权行为，任何行为侵害了他人的权利造成损害，只要符合这个侵权行为一般条款规定的要求，就可以请求损害赔偿，以救济自己的损害，不必再去寻找具体的侵权行为的法律规定，改变了只有按照这样的具体条文规定，才能请求损害赔偿的习惯做法。因此，《法国民法典》第1382条和第1383条才是真正的侵权行为的一般条款，这就是将

^① 参见周枬：《罗马法原论》，商务印书馆1994年版，第785页。

侵权行为做了最大限度概括的一般化条文。^① 对此,《法国民法典》在规定侵权行为一章的章名的时候,就做了这样的区别,即“侵权行为和准侵权行为”,其中侵权行为,就是一般侵权行为,就是第 1382 条和第 1383 条规定的侵权行为,而准侵权行为则是第 1384 条以及第 1385 条和第 1386 条规定的内容。

《法国民法典》关于侵权行为一般化的规定模式,开启了大陆法系侵权行为一般化立法的先河。从此,成文法国家制订民法典,规定侵权行为的法律规范,都是按照《法国民法典》对侵权行为做一般化规定的做法,一直沿袭下来。各国民法尽管在具体的写法上有所不同,但是基本做法并没有离开这个立法模式。

4. 德国法

德国制订民法典同样走的是侵权行为法一般化的道路,所不同的是,《德国民法典》在规定了侵权行为一般条款的同时,对特殊侵权行为做了较为具体的规定。《德国民法典》第 823 条规定:“(1) 因故意或者过失不法侵害他人生命、身体、健康、自由、所有权或者其他权利者,对他人因此而产生的损害负赔偿义务。(2) 违反以保护他人为目的的法律者,负相同的义务。如果根据法律的内容并无过失也可能违反此种法律的,仅在有过失的情况下,始负赔偿义务。”第 826 条规定:“以违背善良风俗方式

① 关于《法国民法典》第 1382 条和第 1383 条的关系,在国内翻译的文本上,总是有不足,这就是将第 1382 条翻译为“过错”或者“过失”,而将第 1383 条翻译为“懈怠”和“疏忽”。这样,这两条条文的内容就发生重合,无法确认这两个条文的区别。因此,我认为前者指的是“故意”,后者指的是“过失”。德国学者克雷斯蒂安·冯·巴尔在他的《欧洲比较侵权行为法》一书中是这样解释的:在法国民法典的 1383 条中,其所宣称的法律内容是,一个人不仅对故意行为(民法典第 1382 条)承担责任,而且对由于他或她的过失或疏于注意造成的损害承担责任。可见,第 1382 条规定的是故意侵权,第 1383 条规定的是过失侵权。参见该书第 18 页。

故意对他人施加损害的人，对他人负有损害赔偿义务。”这种采用将各种诉因类型化的方法，将侵权行为概括为对权利的侵犯、违反保护性规定和违反善良风俗的一般条款，同样规定的是一般侵权行为。^①除此之外，《德国民法典》还规定了其他特殊侵权行为，与这三种诉因的一般侵权行为一起，构建了德国民法对所有侵权行为的法律规范。

德国侵权行为法的基本特点，仍然是坚持侵权行为一般化的立法模式，但对一般侵权行为的诉因类型做出了规定，而不是像《法国民法典》那样，仅仅规定了故意或者过失。

5. 埃塞俄比亚法和欧洲统一侵权行为法典草案的做法

在当代，大陆法系侵权行为法的立法在向进一步的概括化发展，使侵权行为一般条款不仅仅涵盖一般侵权行为，而且向着概括全部侵权行为的方向发展。

例如，1960年制订的《埃塞俄比亚民法典》第2027条规定：“（1）任何人应对因过犯给他人造成的损害承担责任，而不论他为自己设定的责任如何。（2）在法律有规定的情形，一个人应对其从事的活动或所占有的物给他人造成的损害承担责任。（3）如果某人根据法律应对第三人负责，他应对该第三人因过犯或依法律规定发生的责任负责。”这样的条文，显然概括的是全部侵权行为。

正在起草的《欧洲统一侵权行为法典》的草案，也是采用这种方式规定侵权行为一般条款。其第1条规定的就是基本规则（一般条款）：“（1）任何人遭受具有法律相关性的损害，有权依据本法之规定请求故意造成损害的人、因违反义务而造成损害的

^①（德）克雷斯蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》，张新宝译：法律出版社2001年版，第21页。