

张新宝 著

# 法路心语

不惑集

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

张新宝 著

# 法路心语

不惑集

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

法路心语:不惑集/张新宝著. —北京:法律出版社,2011. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2647 - 3

I. ①法… II. ①张… III. ①法学—文集 IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 210938 号

法路心语·不惑集

张新宝 著

责任编辑 孙东育  
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2011 年 11 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 9.25 字数 190 千

印次 2011 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2647 - 3

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

# 一条法路，满纸心语

(自序)

2003年适逢我的母校西南政法大学50华诞，校方与西南政法大学北京校友会合作，组织50位学子各撰一书，做成“学子文库”。我有幸成为这群作者的一员，将20世纪90年代至21世纪初的部分文章结集而成《法路心语》一书，跻身于该文库。文库的影响力如何，不敢妄作评价，可以肯定的是，我的《法路心语》没有成为法学名著，但那封面上的题记却成为自己永远的情结。

23年前入西南政法，走法学之路

潜心民法，探索法治

未曾闻达于世，而拳拳之心常存

是文辑也，谓法路，谓心路，谓法路心语

告别不惑之年，认知天命安排。学生们鼓动说，搞点什么纪念活动，让同门师生聚会一下，后被他们的师母婉拒，谓“他还年轻，以后还有很多机会。现在大家都比较忙，就不要折腾了。”于是乎，出个文集的建议被提出来，并得到认同。

在过去的十年里，我出版过几本书和一两本文集，其中，《侵权责任法立法研究》算是一部比较中规中矩的文集吧。但是，散落的采访稿、为自己的著作所写的序言或后记，以及发表在报纸上的绝大多数短文，却没有结集出版过。这些作品可能是最能直接反映我法学思维和法学教育理念的。因此，本书选稿和编辑的

焦点就对准了这样一些语言明快、文体活泼的短小作品和风格飞扬的访谈记录。

尽管是一本小书,内容却较为庞杂。第一部分收录了我的短文15篇,分别发表于《光明日报》、《法制日报》、《人民法院报》等报刊,讨论的话题集中在侵权责任法方面,包括立法工作、司法解释的起草及理解适用等。有些文章,如“人身损害赔偿规则的统一”,为立法者所采纳;有些文章,如关于侵权责任法立法之功能定位、立法之利益平衡、立法之制度构建等,则是我对中国侵权责任法立法基调问题的讨论,它们或多或少地影响了立法,也促进了侵权责任法中两个基本流派的形成。其中,我引领了“科学理性学派”,就“同命同价”、“双重请求权”和“高空抛物”等重大问题与另外一个学派的论战。如果以成败论“英雄”的话,在三局比赛中,我派的战绩是一胜(彻底否定“双重请求权”)、二平(“同命同价”被限制在极小的范围;“高空抛物”在未查明侵权人的情况下不再是“连带责任”,而是“予以补偿”)。

很少有人知道我的一个职务是,中国人民大学信息法中心主任。这不是由于世人的无知,而是由于本人的无为。近十年来,我一直梦想在我国信息法领域做一些开拓性的研究工作,并促进信息法制的建立与完善。遗憾的是,作为甚小。本书第二部分收录的4篇短文、第四部分的少量“序”和“跋”(后记)以及附录中的两篇言论都是涉及这一话题的。严格说来,在这一领域,我还没有做出像样的研究成果来,发表的言论更像所谓的“公共知识分子”的言论。这并不是自我定位,因为已经有不少这样的学者了。诚然,社会并不缺少我这样的人充当公共知识分子。我想寄希望于未来,但又缺乏充分的信心——毕竟还有好多其他事情

(教书、编杂志、民法尤其侵权责任法和人格权法研究)要做呢!

第三部分“民法其他”收录了4篇短文。其中,值得一提的是“汶川地震中校舍垮塌致人伤亡不宜通过民事诉讼处理”一文。起初它不是一篇公开发表的文章,而是2008年5月下旬我通过中国法学会系统向中央政法委提出的一项政策建议。周永康书记等领导人圈阅了这篇报告。此后不久,最高人民法院有朋友鼓动我将这篇报告修改后发表在《人民法院报》上。后来的司法政策选择,是路人皆知的,尽管曾有几位“主流”学者坚决反对,其后也不解个中三昧。另据说,某单位稍后提出了类似的政策建议,还获得了国家级的奖赏。

第四部分“序跋”收录了我为自己的著作或者某些刊物专栏所写的序言、主持人语或者后记,共7篇。据说,有位法学仁兄曾出版了一本专门收集序跋的集子,因为种种原因,其中被序的一本书未能出来,而序言竟也照样收录到该“序跋集”。当时我曾经加以调侃,现在终于理解了这位仁兄的心情。是啊,为自己的一本书作序或者写后记,只要不是他人代劳之作,无疑要倾注作者的心血,体现作者的文采,浓缩作者的精神,当珍视之,至少是敝帚自珍啊!我会不厌其烦地向读者推荐这样两段话:

所幸的是,作为一个侵权责任法学者,我反映在本书中的上述思想与任何一个真正有良知的法学家的思想在心灵上是相通的;所不同的是通向罗马的道路选择。由此看来,对于我的同行们某些观点的批评乃至“攻击”,是建立在一个“大同”的基础之上的,这个“大同”就是价值观的大致相同。因此,在这本书中其观点被批评者,应当纳入“友邦”一类。

不幸的是,我不能人云亦云地说草案“这条基本上是好的”、

“那条也不错”。那条有关“高空抛物责任”的规定,尽管局势表明它将极有可能成为“法律”,但是打死我也无法认识到其中的正义性。至于死亡赔偿金,搞全民相同的“平等”标准,在我看来也不过是另一场“共产风”——“死亡共产风”!在此,我回想最多的是小平同志关于社会主义初级阶段的论述。(《侵权责任法立法研究》后记)

第五部分“杂录”收录了作者一篇纪念佟柔老师的文章、一篇随笔、三篇发言稿和一封信函。发表在《中国审判》2007年第10期上的“先师行渐远,铜像尤傲然”,表达了作者对先师佟柔教授的深切怀念,并概括地总结了他的为人为学。“读书和学问漫想”是2000年底在德国写就的,若干年后发表在《法学家茶座》第5期。这篇“漫想”多少还保留了一些“愤青”的风格。我要提醒自己的是,别变成了当年被自己讽刺的那一类人(学问需带“长”)。三篇发言稿,是作者分别代表三个不同角色的发言:以一等奖获奖者身份在第三届钱端升法学研究成果奖颁奖大会上的发言,以中国法学会民法学研究会秘书长及会长代表的身份在“第四届罗马法、中国法与民法法典化国际研讨会”开幕式上的发言,以中国法学会民法学研究会秘书长身份在该研究会2006年年会暨学术研讨会开幕式上所做的工作报告(类似的工作报告共做过8次)。在撰写这篇序言前,我已向王利明会长提出了辞去中国法学会民法学研究会秘书长的请求,这里的“秘书长”形象完全是为了“立此存照”。最后一篇是作者以《中国法学》杂志总编辑身份给敬爱的金平教授90大寿所发的祝寿函。

第六部分“附”收录11篇访谈录。其中3篇是关于为学、为人和为师的综合访谈录,分别发表在《法制日报》、《检察日报》和

中南财经政法大学的相关网站上,不少法律类网站有转载。另外几篇发表在《法制日报》、《检察日报》等媒体上的言论,讨论的都是一些法治热点话题。也许可以对这些访谈录做这样的概括:讲真话不讲假话,将实话不讲空话,讲法学更讲法学教育。

又是一个十年法学路,有亲朋相伴,路人相随。回首往日,法律条文越来越多,法院大楼越来越靓,法律人学历越来越高。可是,这些都不是法治水平提升的标志。环顾当下,法治状况并不能令人欣慰。激情和劳作,走过不惑岁月——一条法路;长论和短文,奉献真实思维——满纸心语。

明天,还需要进一步努力。

张新宝

2011年10月3日于北京



# 目 录

一条法路,满纸心语(自序)	/1
<b>侵权法的制度与理念</b>	
侵权责任法立法之功能定位	/3
侵权责任法立法之利益平衡	/8
侵权责任法立法之制度构建	/12
人身损害赔偿规则的突破	/18
人身损害赔偿的理念更新	/24
人身损害赔偿的制度创新	/29
人身损害赔偿规则的统一	/35
我国侵权责任法中的惩罚性赔偿	/41
精神损害赔偿制度的完善	/45
精神损害赔偿多少	/50
侵权死亡赔偿三论	/56
股东代表诉讼的法律适用与完善	/63
民事权益救济与行为自由保护	/70
《道路交通安全法》第76条法律精神解析	/74

道路交通事故案件中的第三者责任强制 保险	/83
-------------------------	-----

## 信息法的现状与展望

互联网发展的主要法治问题	/89
互联网大国面临的法律问题 ——建设互联网法治新思考	/108
从个人数据保护法与民法的角度审视 “电子眼”	/114
中国个人数据保护立法的现状与展望	/119

## 民法其他

民法典的时代使命	/131
案件改判的三个主要理由	/135
大灾面前的人格尊严与隐私保护	/137
汶川地震中校舍垮塌致人伤亡不宜通过 民事诉讼处理	/141

## 序跋

《欧洲比较侵权行为法》序言	/149
《侵权责任法立法研究》后记	/156
《隐私权的法律保护》后记及第二版补记	/161
《侵权责任的构成要件研究》绪论	/166
《个人数据保护：欧盟指令及成员国法律、 经合组织指导方针》后记	/174
侵权责任法学：从立法论向解释论的转变	/176
《侵权责任法》立法研究专题主持人语	/179

## 杂录

先师行渐远 铜像尤傲然 ——写在佟柔 86 周年诞辰日	/185
读书和学问漫想	/197
在第三届钱端升法学研究成果奖颁奖 大会上的发言	/203
第四届罗马法、中国法与民法法典化国际 研讨会会议发言	/205

团结进取,努力开创民法学研究的新局面	/207
金平祝寿函	/211

附:

### 访谈录

学者人生路 生活主流情	/215
学者本色 师长情怀	/220
倾听法路心语 书写民法人生	/226
隐私保护,人人都需要的安全感	/241
网站无审核帖子内容义务	/250
网络言论自由切不可滥用	/252
法律如何保障消费安全	/256
无须为手机偷拍单独立法	/262
免责条款不能一律免除医院责任	/268
消除垃圾邮件还得靠立法	/271
公共利益面前,拆迁人没有选择自由	/274

后记	/278
----	------

## | 侵权法的制度与理念 |



# 侵权责任法立法之功能定位

关于侵权责任法功能定位之见解,有单一功能说、双重功能说和多重功能说三种主张。在这些学说中,侵权责任法多重功能说无疑具有更大的合理性。

侵权责任法的主要功能是“补偿”,更确切地说应该是“填补损害”。强调侵权责任法的补偿性、弱化其惩罚性无疑具有合理性。

侵权责任法的预防功能在当代侵权责任法理论中得到了高度重视。同时,侵权责任法的教育与警戒功能,主要是通过这一法律的实施得以实现。

## 一、侵权责任法功能定位的学说

我国学者关于侵权责任法功能定位之见解,有单一功能说(补偿功能)、双重功能说(补偿功能与预防功能)和多重功能说三种主张。主张多重功能说的学者认为侵权责任法具有补偿功能、惩罚功能和预防功能。也有人认为,我国侵权责任法除了补偿与预防(教育)功能外,还有创设与保护民事权益、分散损害与平衡社会利益的功能。王利明教授在肯定侵权责任法多重功能说的前提下,分别讨论了侵权责任法的补偿功能、保护与创造民事权利的功能、维护行为自由的功能、制裁和教育功能、预防和遏制侵权行为的功能。在最近的文章中,王利明教授强调了侵权责任法

的补偿功能,认为侵权责任法主要是救济法,或者说侵权责任法主要是救济受害人民事权益所受损害的法律。

在这些学说中,侵权责任法多重功能说无疑具有更大的合理性,也与世界范围内侵权责任法的发展状况和我国侵权责任法的司法审判实践相吻合。因此,我国多数侵权责任法学者采多重功能说,即我国侵权责任法的功能应当定位在补偿(填补损害)、预防侵权行为、惩罚加害人等多个方面。但是,在这些功能中,哪一个处于主导地位、这一处于主导地位的功能如何在学理上加以表述和在法律制度上得到体现,则需进一步探究。

## 二、侵权责任法的填补损害功能

侵权责任法的多重功能并非同等重要,应有主次之分,这既是我们认识事物包括认识法律现象的一个常识性判断,也得到国外比较法经验和我国法制经验的实证检验。单一功能说、双重功能说和多重功能说的观点尽管分歧较大,但是它们之间存在的“公约数”是补偿功能(准确的表述应为填补损害功能),这表明了一个共识:填补损害的功能才是侵权责任法最基本的功能。如果说这样的结论是正确的,那么就意味着我国的侵权责任立法体系应当主要就侵权责任法的填补损害功能展开。只有充分发挥侵权责任法的这一主要功能,同时兼顾其他次要功能,才可能建立我国侵权责任法的科学立法体系并做出合理的制度设计。

侵权责任法的主要功能是“补偿”,更确切地说应该是“填补损害”。也有人将这一功能理解为“救济”功能,这种观点将“救济”看做是与“惩罚”相对应的功能,强调侵权责任法的补偿性、弱



化其惩罚性无疑具有合理性。尽管在少数类型的侵权案件中(如产品生产者明知产品存在缺陷而生产销售该缺陷产品致人损害)对侵权人予以一定程度的惩罚(在侵权责任法制度上表现为“惩罚性赔偿”)是必要的,但是必须看到,对于不法行为人是否进行惩罚以及进行何种程度的惩罚,主要是刑法和行政法的任务而不是侵权责任法的任务。而且,受害人一方获得高额的惩罚性赔偿金往往也没有法理依据。

侵权责任法的填补损害功能应当以自身特有的民事责任方式来实现。大陆法系侵权责任法强调恢复原状实现补偿,英美侵权法则更侧重于支付金钱方式的损害赔偿实现补偿。二者是否有优劣之分?《民法通则》对二者做等量齐观的规定,后来的侵权责任法草案一次审议稿和第二次审议稿也沿袭了这一思路。笔者认为,随着人类社会的高度“市场化”,大凡损害尤其是物质性损害都可以用市场价值加以计算衡量,加上支付金钱的损害赔偿比通过修理等方式恢复原状在程序上和履行上更为便利、更易于发生新的纠纷,因此支付金钱方式的损害赔偿势必在实践中占有优势地位。即使立法对二者的适用不确定优先顺序,实践中受害人也会更趋向于请求以支付金钱的方式赔偿损失来实现其权益的救济。需要指出的是,“救济”受害人是多数法律部门都具有的功能。不独侵权责任法,刑法和行政法也分别以不同的方式对刑事案件中的被害人权益或者行政法律关系中相对方的权益加以救济。即使是在民法内部,物权法、合同法等法律也以不同的方式对权益受到侵害者予以救济。不同的法律,基于其价值目标不同、功能定位差异,其救济的原则、方式等各不相同。就侵权责任法而言,救济的原则是恢复到受害前的状况,救济的方式是损