

张新宝 著
by Zhang Xinbao



A long march
with the law of
tort liability



法学家讲演录
Voice of Jurists

法律出版社

走过 侵权法



张新宝 著
by Zhang Xinbao

走过侵权责任法



法学家讲演录
Voice of Jurists



A long march
with the law of
tort liability

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

走过侵权责任法 / 张新宝著. —北京:法律出版社, 2011. 11

(法学家讲演录)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2646 - 6

I. ①走… II. ①张… III. ①侵权行为—民法—中国—文集 IV. ①D923. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 210931 号

走过侵权责任法

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 710 毫米×1000 毫米 1/16

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 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

印张 23 字数 301 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 - 2646 - 6

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

法学家讲演的意义

民众之争端,公权与私权、私权与私权之冲突,系社会发展中常存之现象。对此之解决,或以压制赢得暂时平静,或以强调冲突而使秩序更为混乱。当此,正义与正义感、程序与程序理念、权利救济与权利意识,意义凸显。这些建制与观念,是对构建社会秩序的共识。这种共识愈多,社会秩序之建设便愈和谐无乱。

法学家及其讲演正可谓增进秩序共识的推力之一。社会之发展,秩序之构建,当以法律职业群体之出现为基础。而法学家则为法律职业群体之中坚与先锋,其以饱读法典而学识天下,以公共关切而怀仁民众。法学家授业解惑于学堂,传道普法于四野,其声音或振聋发聩,或细雨霏霏,其演讲沟通庙堂与民间、学府与商界,既关心规则的形成,也关切个案正义与公民尊严。法学家的讲演,不仅是独立之见解与批评,更是充满建设性的公共情怀。法学家的讲演,言辞与形式或“富于激情”,内容却理性毕具。法学家的讲演,强调秩序与和谐、自由与权利、公平与正义,其理念之创新,精神之卓越,或使民主更趋进步,或促社会更尊民权,其意义在于国家更显强盛,人民更为

幸福。

本社推出此“法学家讲演录”，殷殷之情，端在于增进建设社会秩序之共识，端在于为和谐发展增利器，为建制助其力。当此，我们也向勇敢且智慧的法学家致敬，向年轻的法律人致敬，向关心民主法治的公民致敬。这一群作者和读者，是此社会中的理性发光体。

法律出版社 谨识

“转业”以来(代自序)

2002年年初,我告别了16年的编辑生涯,回到母校中国人民大学教书。对这一职业变换,我称为“转业”。这种表达可能是一个曾经渴望军旅生涯的人,对未能投笔从戎而产生的失落的一种释怀吧!

既然“转业”到教学岗位,教书育人自是本分。在这近10年的时间里,我的主业是讲课,副业是做研究。讲授的课程包括本科生的民法总论、民法分论,硕士生的侵权责任法、民法专题研究、民法方法论,博士生的法学方法论、民商法学文献选读等学分课程,还包括各种不计学分的讲座课程。本书收录的就是我在中国人民大学、西南政法大学、中南财经政法大学、华东政法大学等高校演讲过的8篇个人演讲稿和5篇“联袂”演讲的演讲稿。当然,这只是我过去10年中近二百场讲座中的一小部分,但也是自认为最有价值的部分。

过去的10年,正好是中国的侵权责任法立法颁布与实施的关键十年。作为一个以侵权责任法为学术主业的学者,我有幸全程参与其中,使自己有机会为法治贡献微薄之力,为学术添砖加瓦。此实乃人生之一大幸事也!本书收录的这些演讲稿,基本上都是

围绕侵权责任法这一主题的,大部分与侵权责任法立法有关,少部分与侵权责任法的理解和适用有关,还有一些则涉及侵权责任法与人格权法交叉的话题。

这部以立法论为主、兼及解释论的侵权责任法演讲录,向读者讲述的是我的法学理念,展示的是我在这一领域的知识,表达的是我的学术风格。我曾通过无数的发言和争论,试图将现代化的侵权责任法理念变成法律条文;曾通过学术上的著述和译著,试图将体系化的侵权责任法理论传播于学界;曾通过本校和兄弟院校的三尺讲台,试图将风格化的侵权责任法知识授业于后学。我不敢奢望十分耕耘十分收获,但总有一些想法变成了法律条文;不敢奢望自己的理论如何显赫,但还是能被当做真正的学问而广受推崇;不敢奢望桃李成荫,但他们都渐渐成长起来并有了自己满意的事业和生活。

说到学术风格(其实也是为人的风格),我总是要求自己把学术语言说得直白一些,不要含糊其辞或模棱两可。这部演讲录就鲜明地展现了这样的风格。坚守,对信念的坚守,是重要的,它差不多构成了一个学者的全部。如果朝三暮四、人云亦云,那么学者的价值何在呢?不过是为稻粱谋而已。故此,我没有向“同命同价”低头,没有向“双重赔偿请求权”让步,没有向“高空抛物”折腰,更没有为侵权责任的颁布而弹冠相庆或自鸣得意——那已经属于历史。我更钟情未来,尽管我们都生活在今天。

君子和而不同。过去的10年,我处在一个充满挑战而又友善的工作环境里,在我周围不乏民法大家,我们有很多共同的理念甚或对法治的共同追求。然而,我们的不同之处也是如此的鲜明,以至于差不多每次研讨会上都免不了“打内战”。作为本书附录的“对讲录”部分,收录了我与我的同事们“PK”的5篇演讲稿,以反映我和同事们的侵权责任法理念、知识和风格之全貌。在此,首先要感谢王利明教授、杨立新教授和姚辉教授给了我“同台献艺”的机会;其次要感谢他们同意将这些

共同作品发表在我个人的著作里;最后要感谢他们长期以来的帮助、提携与宽容。

过去的10年,我们一起“走过侵权责任法”。未来呢?我们应有更多的期待!

是为自序。

张新宝

2011年国庆节于巴黎



2003年1月，
在第三届全国“十大杰出中青年法学家”颁奖大会上。

如果所有的学术观点
都与别人一样，
那我还有什么理由
作为学者而存在呢？

——张新宝

明德



目 录

≡≡≡ 001	侵权责任一般条款理解与适用
≡≡≡ 029	人格权法的基本理论
≡≡≡ 053	共同隐私权研讨
≡≡≡ 069	恶意诉讼的侵权责任
≡≡≡ 87	侵权责任法的立法进展与评论
≡≡≡ 117	侵权责任法：立法进行时
≡≡≡ 143	侵权责任法二次审议稿的修改

≡≡≡ 《侵权责任法》的解释论
169

附：

对讲录

≡≡≡ 侵权责任法的调整对象与归责原则
189

≡≡≡ 人身损害赔偿若干争议问题
219

≡≡≡ 死亡赔偿纵横谈
249

≡≡≡ 我国《道路交通安全法》第76条修订三人谈
287

≡≡≡ 我国侵权责任立法的新进展三人谈
311

≡≡≡ 后记
345

道他获得的各种荣誉很多。除了很早得到的“十大中青年法学家”这个荣誉之外,去年张新宝教授还获得了“长江学者”这样一个荣誉称号。大家知道“长江学者”在人文社会科学界是一个官方认可的最高荣誉。在他的学术生涯里,他曾到过美国、德国、日本、丹麦等国做访问学者。张新宝教授的研究领域包括侵权法、人格权法、合同法、民法和信息法领域,尤其是在侵权法领域,张新宝教授是我国取得最丰富成果的学者。今年是张新宝教授当年所在的年级——80级进校30周年,这场学术讲座也应该是他们80级进校30周年活动的开始。1989年张老师曾回到学校参加当年的中国民法学经济法学会的年会。我记得当年年会开会的地方就是这里,佟柔老师也来了。21年以后张新宝教授又再次回到重庆,再次回到母校,应当说这是很难得的。本来他这次没有来重庆的行程,我是特别邀请他来了。今天上午张新宝教授还在国家行政学院讲课,下午就风尘仆仆地从北京赶过来。现在是刚下飞机就赶来这里,连晚饭都没吃,就是为了不耽误大家的时间。(掌声)在此,我们对张新宝校友、张新宝教授能够到我们学校做这场讲座表示最热烈的欢迎!(掌声)张新宝教授今天讲的内容是侵权责任一般条款的理解与适用。大家知道《侵权责任法》在7月1日就要施行了,《侵权责任法》是我们国家民法领域的一个非常重要的法律。那么在这个时间我们做这样一场讲座,应当说也具有特别的意义。我们期待着这样一场高水平的讲座!(掌声)

今天晚上担任嘉宾的是民商法学院的四位教授。一位是李开国教授,他已多次在这个讲台上出现,我想也不用过多的介绍。(掌声)第二位是王洪教授,大家也是非常熟悉的。(掌声)第三位是孙鹏教授。(掌声)第四位是我们民法教研室的后起之秀、青年才俊——侯国跃博士。(掌声)他也是对《侵权责任法》有着深入研究的青年学者。那么下面让我们以热烈的掌声欢迎张新宝教授为我们做学术报告!(掌声)

张新宝:尊敬的李老师、谭老师,民法学科的各位老师和同学们,这次讲座对我来说其实是个很激动的事情。想想看,人生真的很短暂。

当年我在这里上学,转眼就快30年了。今天坐在这个地方,我是一种诚惶诚恐、敬畏的心情。无论树长得多高,你的根是扎在这个地方。我上过很多学校。有的人从本科到博士一直在一个学校,我的经历完全不一样,从本科到硕士到博士,以及后来在国外的留学工作,起码有七八个学校。但每当人们问起我最怀念哪个学校的时候,我毫不犹豫地说是西南政法大学。因为本科的母校是你最能找到归属感的地方,是你法学知识启蒙的地方,同学之间、同学和老师之间的感情也都很单纯、很深厚。我们在北京的西南政法大学80级的学生,是一个来往很紧密的群体,每年都有很多次活动,大家都很珍惜在母校的这段学习时光。并且时间过得越久,就越觉得这份经历重要。我今天回到母校,看到母校的新面貌,真是感慨万千!

我知道我们的校友里面有一些很好的演说家,比如说我的师兄,也是你们更大的师兄贺卫方教授。他每次来都给大家讲得热血沸腾!(笑声)我这个题目可能没那么令人热血沸腾。我从事的工作和自己的性格也不是一个很热血沸腾的类型。民法里面有很多部门,比如说有物权法、合同法,当然还有总论,广义来说还有公司法、证券法等。这些都能给大家带来好处,可以用来挣钱,学好了混碗饭吃没问题。(笑声)但侵权法不是这样,你每天面对的都是那些让你感到难受的案件。专门以侵权法为职业,一辈子就干这个事情的人全国很少,坚持干下来不容易。20年前全国研究侵权法的人凤毛麟角,找不出三五个人来。但是最近热起来了,三五十个也有了。今天利用这个机会,我向大家汇报一下对《侵权责任法》一般条款的理解和适用的考虑。

《侵权责任法》于去年12月26日公布,但它是一个匆匆忙忙的法律。本来我们翘首企盼希望它在今年3月的全国人民代表大会通过,但是到去年暑假的时候风向就发生了变化。法工委的领导就对我吹风了,说这个法律很可能由常委会通过。这里面涉及政治上的一些安排,也涉及中央工作的安排。作为一个学者,那肯定也有不同意的地方,但这是你无法左右的事情。你只是历史长河里的一滴水而已,左右不了什么,但是这带来了一些解释上的困难。我们看到,虽然《物权法》和

《合同法》中有一些与《民法通则》规定不同的条文,例如有些行为在《民法通则》里面规定是无效的,但在《合同法》里面规定却是可撤销的,这有较大的变化,但在解释上没有太大的困难。因为我们有新法优于旧法的规则,只要是同一级别、同一机关制定的法律,如果新法不同于旧法,要按照新法来判案,但在《侵权责任法》里问题就出来了。因为尽管它是新法,但它和《民法通则》却不是同一机构颁布的法律。如果我们认真地读一读《宪法》、《立法法》以及《全国人民代表大会组织法》就会发现其实大会制定的法律和常委会制定的法律无论是在立法事项还是立法效力上都是有区别的,这个新法优于旧法的原则在这里还能不能适用,我本人表示怀疑。《侵权责任法》与以往的法律还是有冲突的。比如关于侵权死亡的赔偿,《民法通则》规定了抚养费的赔偿,《侵权责任法》第16条恰恰没有规定抚养费,只规定了死亡赔偿金。那么一个被侵权的死者的近亲属依据《民法通则》主张抚养费,他同时又依据《侵权责任法》主张死亡赔偿金,法院能不能支持他?从我内心深处来看是不能支持的。因为制定《侵权责任法》的一个立法目的就是要用死亡赔偿金来取代抚养费。因为抚养费的赔偿会有一些不公平。现在的家庭比较小,抚养系数低了。在一个三口之家里面,大家都有工资收入。如果你把人撞死了或者什么其他原因致人死亡,那你按照《民法通则》赔抚养费很可能就一分钱都不需要去给。这公正吗?不公正!所以我们想用死亡赔偿金来取代抚养费,这是我们的初衷。但是由于《侵权责任法》由常委会公布,它又无法取代《民法通则》的有关规定。随着7月1日的逼近,如果我们在7月1日以后遇到这样的当事人,或者当事人聘请的律师提出这样的主张,如何处理?法院需要一个答复。到目前还没有。

前面谈到《侵权责任法》与《民法通则》和其他法在宏观上的衔接上有一些不协调的地方。但我今天主要想谈的是,《侵权责任法》的92个条文(最后一个条文可以不算,在7月1日以后就没什么用了),其中大部分具有裁判指导意义,但我想这些条文总会挂一漏万的,实践中大量的侵权案件其实并没有在法律里面给它一个名称。我们学《合同

法》时,学过合同可以分为有名合同和无名合同,绝大多数的合同是无名的。比如到理发店去理发,去歌厅唱歌,这些在《合同法》里面都是没有名称的,但是我们有《合同法》总则的相关规定,跟理发、唱歌最相接近的合同我想大家会想到承揽合同,我们可以用这样的规则进行调整。而《侵权责任法》更不可能将所有的侵权案件进行规定,它规定的都是例外,没有规定的才是常态,这就要靠我们的一般条款来发挥作用。在半个月前我在武汉做了一场巡回演讲,也是同样一个题目。在武汉讲的时候我给大家讲了一个真实的故事:大概三年前我在武汉参加一次国际研讨会,那也是《侵权责任法》的立法研讨会。会上有一位知名的学者吕忠梅教授,她是环境法的学者,我们同一年获得“十大杰出中青年法学家”的称号,也即2002年。后来她又到湖北省高级人民法院去做副院长。她向我请教了一个问题:武汉郊区新修了一条有几十公里长的高速公路,在公路两侧种有梨树。在高速公路通车的当年,该公路两侧的梨树基本绝收。经过有关部门调查,发现引起梨树绝收的原因是当地政府从美国引进的一种绿化树种,与我国的棕榈树形状类似。武汉当地冬天气候较冷,当地树种上的虫子大部分冬天都会被冻死,因此在次年不会给树带来较大危害,但是引进的该树种却由于其特殊性质,能给虫子提供较温暖的越冬环境,使得这些病虫害得以在次年春天大量繁殖,将公路两侧梨树花的花蕾全部吃掉,于是导致这些梨树绝收。在这个案件中,因果关系和损害后果还是较为明确的。涉及的两千多名果农将该高速公路管理当局起诉至武汉市中级人民法院,一审判决果农胜诉,被告应负赔偿责任,适用的法律是《民法通则》中有关环境污染侵权责任的条款。高速公路管理机构对一审判决不服,上诉至湖北省高级人民法院,二审改变了一审判决结果:第一,撤销一审判决;第二,驳回原告诉讼请求。这也就意味着原告基本已无其他的救济途径。吕忠梅教授当时是湖北省高级人民法院的副院长,她当时对该案的判决结果持否定意见。吕教授向我提议,在以后我参加侵权法起草工作中,能不能在法律中增加一个破坏生态要承担侵权责任的条文,我后来将吕教授的意见反馈给了全国人大法工委,至少在人大法

工委的三次会议上我都提出该项建议,但最后人大法工委没有接受,即在环境污染侵权类型中没有规定破坏生态承担侵权责任的条款。

我们回过头再来看这个案件,此案中并不是由于污染环境导致了损害,因为没有污染物的排放。因此,二审判决以一审判决援引《民法通则》中有关环境污染侵权责任的条款作出判决属适用法律错误为由,撤销一审判决是正确的。值得强调的是,虽然该案并不是环境污染侵权案件,但是原告仍应有权要求被告对自己的损失承担赔偿责任,法律依据在于《民法通则》第106条第2款,即有关侵权责任一般条款的规定。我们在审理民事侵权案件时,如果在后面的具体侵权类型中有具体规定,原则上应当首先适用该具体规定,否则应适用总则中的侵权责任一般条款,这一点与刑法“法无明文规定不为罪”的原则正好相反。新的《侵权责任法》第6条第1款的规定与《民法通则》第106条第2款的规定基本一致,只是在文字上面有个别调整,把“损害国家、集体、他人的民事权益”改为“损害他人的民事权益”,将“国家”、“集体”涵盖在“他人”中,更简洁明了。按照《侵权责任法》第6条第1款的规定,侵害行为、损害后果及它们之间的因果关系都存在,在我国有关法律法规规定引进新物种应当经过检验、检疫部门的检疫的前提下,该高速公路管理部门未经过检验、检疫便引进该物种便具有过失,因此应当承担侵权责任。相似的案例在我国每年都还在大量发生,例如昆明滇池的“水葫芦”外来物种入侵事件,导致了一场重大的环境灾害,直接损失高达数千万元。因此,我们在审理案件时如果在《侵权责任法》分则中找不到对应的具体侵权责任规定,就应当直接适用该法第6条第1款。

第6条第1款规定:“行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任。”法律解释能力是法律专业人士不同于一般人的最重要的素质之一。在《侵权责任法》出台之后有很多解释读本问世,我却没有立即写一本书,因为《侵权责任法》这部法律的多数条文都是我参与起草的,应该由他人去评说。下面我们对该条文进行字面解释:首先,主语“行为人”与其他法律文本中所使用的“侵权人”是否等价?答案是