

QINGUAN XINGWEIFA LILUN YU SHIWU

# 侵权行为法 理论与实务

刘 星 李 娜 / 著

西安地图出版社

刘 星 李 娜 著

西安地图出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

侵权行为法理论与实务 / 刘星, 李娜主编. - 西安:  
西安地图出版社, 2004. 4  
ISBN 7 - 80670 - 614 - 3

I. 侵... II. ①刘... ②李... III. 侵权行为 - 民法  
- 研究 - 中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 029495 号

### 侵权行为法理论与实务

刘星 李娜主编

西安地图出版社出版发行

(西安市友谊东路 334 号 邮政编码 710054)

新华书店经销 石家庄航遥印刷有限公司印刷

850 毫米 × 1168 毫米 · 1/32 9.25 印张 240 千字

2004 年 4 月第 1 版 2004 年 4 月第 1 次印刷

印数: 0001 - 2000

ISBN 7 - 80670 - 614 - 3 / D · 5

定价: 25.00 元

## 前 言

传统的民法理论,将民法分为三大部分:婚姻家庭法、债法、物权法,而侵权行为法是在债法之下,即侵权行为之债。近年来在我国民法理论中,随着对侵权行为研究的不断深入大多数学者认为侵权行为法应是民法的一个主要的组成部分,应与婚姻家庭法、债法、物权法相并列。在现代社会中,侵权行为的种类越来越多,对公民权利的法律保障也越来越重要。法律对公民权利的保障如何,已成为该社会是否是一个民主社会、法制社会的重要标志。本书主要从侵权行为法的理论以及实务方面进行论述和研究,并着重介绍了国家机关及其工作人员职务侵权,医疗事故侵权、交通事故侵权、劳动争议处理以及财产损害赔偿、人身伤害和精神损害赔偿等内容。本书结合我国近年来颁布实施的最新法律、法规及司法解释,理论联系实际,即有一定的理论深度,又具可操作性。在本书的撰写过程中,参考了杨立新、王昌硕老师及其他学者的研究成果,在此一并表示感谢。

作者

2004年2月

# 目 录

|               |      |
|---------------|------|
| 第一章 侵权行为与侵权责任 | (1)  |
| 第一节 侵权行为      | (1)  |
| 第二节 侵权法律关系    | (7)  |
| 第三节 侵权责任      | (10) |
| 第四节 侵权行为法     | (14) |
| 第二章 归责原则      | (17) |
| 第一节 归责原则概述    | (17) |
| 第二节 过错责任原则    | (21) |
| 第三节 过错推定原则    | (24) |
| 第四节 无过错责任原则   | (27) |
| 第五节 公平责任原则    | (30) |
| 第三章 侵权责任构成要件  | (34) |
| 第一节 损害事实      | (34) |
| 第二节 违法行为      | (41) |
| 第三节 因果关系      | (51) |
| 第四节 主观过错      | (58) |
| 第四章 侵害财产权     | (63) |
| 第一节 侵害财产权概述   | (63) |
| 第二节 侵害财产权的分类  | (64) |

|            |                          |              |
|------------|--------------------------|--------------|
| 第三节        | 侵害财产所有权 .....            | (65)         |
| 第四节        | 侵害财产所有权的具体形式 .....       | (67)         |
| 第五节        | 侵害用益物权 .....             | (69)         |
| 第六节        | 侵害占有 .....               | (71)         |
| 第七节        | 侵害债权 .....               | (73)         |
| <b>第五章</b> | <b>侵害人身权 .....</b>       | <b>(76)</b>  |
| 第一节        | 侵害人身权概述 .....            | (76)         |
| 第二节        | 侵害一般人格权 .....            | (78)         |
| 第三节        | 侵害生命健康权 .....            | (80)         |
| 第四节        | 侵害名誉权 .....              | (83)         |
| 第五节        | 侵害姓名权、名称权、肖像权、隐私权 .....  | (88)         |
| 第六节        | 侵害身份权 .....              | (90)         |
| <b>第六章</b> | <b>共同侵权行为 .....</b>      | <b>(92)</b>  |
| 第一节        | 共同侵权行为及其责任 .....         | (92)         |
| 第二节        | 共同危险行为 .....             | (98)         |
| <b>第七章</b> | <b>国家机关及其工作人员职务侵权的国家</b> |              |
|            | <b>赔偿 .....</b>          | <b>(105)</b> |
| 第一节        | 行政赔偿 .....               | (105)        |
| 第二节        | 刑事赔偿 .....               | (130)        |
| 第三节        | 赔偿方式和计算标准 .....          | (167)        |
| <b>第八章</b> | <b>医疗事故的赔偿 .....</b>     | <b>(178)</b> |
| 第一节        | 关于解决医疗事故赔偿等民事责任争议途径      |              |
|            | 的规定 .....                | (178)        |
| 第二节        | 医患双方通过协商解决医疗事故的赔偿等民      |              |

|                                    |       |
|------------------------------------|-------|
| 事责任争议·····                         | (179) |
| 第三节  卫生行政部门对医疗事故赔偿民事责任争议的行政调解····· | (181) |
| 第四节  确定医疗事故具体赔偿数额的基本原则·····        | (184) |
| 第五节  医疗事故赔偿的项目和计算标准·····           | (189) |
| 第九章  交通事故处理及赔偿·····                | (197) |
| 第一节  交通事故的现场处理·····                | (197) |
| 第二节  交通事故的责任认定·····                | (204) |
| 第三节  交通事故的损害赔偿·····                | (205) |
| 第四节  交通事故的归责原则·····                | (208) |
| 第十章  劳动争议处理·····                   | (211) |
| 第一节  劳动争议处理概述·····                 | (211) |
| 第二节  劳动争议处理机构·····                 | (219) |
| 第三节  劳动争议处理程序·····                 | (225) |
| 第四节  集体合同争议处理·····                 | (234) |
| 第十一章  损害赔偿的原则·····                 | (238) |
| 第一节  全部赔偿原则·····                   | (238) |
| 第二节  财产赔偿原则·····                   | (241) |
| 第三节  损益相抵原则·····                   | (242) |
| 第四节  过失相抵原则·····                   | (245) |
| 第五节  衡平原则·····                     | (247) |
| 第十二章  财产损害赔偿·····                  | (251) |
| 第一节  财产损害赔偿的范围·····                | (251) |

|             |                      |              |
|-------------|----------------------|--------------|
| 第二节         | 返还财产和恢复原状·····       | (252)        |
| 第三节         | 赔偿损失·····            | (254)        |
| <b>第十三章</b> | <b>人身损害赔偿·····</b>   | <b>(260)</b> |
| 第一节         | 人身损害赔偿概述·····        | (260)        |
| 第二节         | 常规赔偿·····            | (262)        |
| 第三节         | 劳动能力丧失赔偿·····        | (265)        |
| 第四节         | 致人死亡的赔偿·····         | (268)        |
| 第五节         | 间接受害人的扶养损害赔偿·····    | (269)        |
| 第六节         | 慰抚金赔偿·····           | (271)        |
| <b>第十四章</b> | <b>精神损害赔偿·····</b>   | <b>(275)</b> |
| 第一节         | 精神损害的概念·····         | (275)        |
| 第二节         | 精神损害赔偿的范围·····       | (279)        |
| 第三节         | 精神损害赔偿金·····         | (280)        |
| <b>附录</b>   | <b>最高人民法院公告·····</b> | <b>(286)</b> |

# 第一章 侵权行为与侵权责任

## 第一节 侵权行为

### 一、侵权行为的概念

#### (一)立法和司法上对侵权行为概念的界定

侵权行为是侵权行为法最重要的概念,它直接源于罗马法的私犯概念。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。

《法国民法典》在历史上第一次使用了侵权行为的概念,在其第四编第二章规定了“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失,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,并对侵权行为概念作了更详细的表述。《德国民法典》对侵权行为概念的界定更进了一步。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利的范围;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。《德国民法典》的上述着重强调之处,无疑具有非常重要的意义。

《日本民法》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。”

原《苏俄民法典》不使用侵权行为的概念,而称之为“因致人损害而发生的债”。该法第 444 条规定:“对公民的人身或财产造成的损害以及对组织造成的损害,都应当由造成损害的人全部赔偿。”“如果造成损害的人能够证明损害不是由于他的过错所致,则免除他的赔偿责任。”这一规定将侵权行为所侵害的权利范围作了严格的限定,其立法本意在于禁止精神损害赔偿;同时,对确定侵权行为责任的归责原则,规定为推定过错责任原则。

我国《民法通则》第 106 条第 2 款、第 3 款,对侵权行为作了一般性规定:“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身的,应当承担民事责任。”“没有过错,但法律规定应当承担民事责任的,应当承担民事责任。”这一规定的特色在于:一是将对财产权利的保护列为首位;二是将侵权行为的责任形式从损害赔偿一种扩大到民事责任的 10 种形式;三是将无过错责任包括在其中。

就前述各国立法对侵权行为的规定而言,尽管或详尽、或简明地规定侵权行为的概念。但是,其根本的立法目的,不在于规定侵权行为的概念,而在于规定侵权行为的责任。由于立法的目的在于揭示侵权行为概念的界定,因而仅以立法的规定来试图说明侵权行为本身的概念,显然是不够的。

在司法上,法院依立法的条文审判案例。由于立法对侵权行为没有作出准确的界定,往往使法官或法院对侵权案件定性不准,将不是侵权行为的案件当成侵权案件处理,导致适用法律的错误。这样的情况,各国法院都不鲜见。

综上所述,立法、司法对于侵权行为概念,都未能作出科学、

准确的界定。对于这样重大的法律问题,只能交由学说上去解决。侵权行为法原理对此负有重要的职责。

## (二)学说上对侵权行为概念的界定

侵权行为,英语称之为 tort,拉丁语称之为 delictum,德语称之为 unerlaubte Handlung,法语称之为 delit,日语则称之为不法行为。尽管各国立法对这一概念有不同的规定,但这些称谓所指的都是侵权行为,却是完全一致的。

究竟何为侵权行为,学说上没有一个统一的定义,各国学者众说纷纭,意见分歧。

在英美法系,侵权行为法是一个独立的法律部门,学者对侵权行为概念的研究颇为深入、独到,认为“侵权行为是一种民事过错,而不是违反合同,对这种过错,法院将在一种损害赔偿的诉讼形式中提供补救。”<sup>①</sup>。或者认为该术语表示可以引起民事诉讼的伤害或不法行为,侵权行为规则要求不得加害于他人的义务,以及加害了他人,则应对之进行补救或赔偿的义务,不是由当事人的协议而设定的,而是根据一般法律的实施产生的,与当事人的协议无关<sup>②</sup>。

在大陆法系,侵权行为作为债的发生根据,在学说上有颇为深入的研究,对侵权行为概念的揭示,具有成文法体系学说的特点,即从成文立法的规定出发,阐释侵权行为的概念。在法国,大多数学者根据《法国民法典》第 1382 条规定,认为侵权行为就是一种损害赔偿的责任<sup>③</sup>。日本学说上认为:“由其行为引起对他人的损害,以至发生赔偿责任的场合,称其行为谓不法行为。”<sup>④</sup> 在我国台湾,史尚宽先生认为:“侵权行为者,因故意或过失不法侵害他人之权利或故意以背于善良风俗之方法,加损害于他人之行

---

① (英)约翰·福莱明:《侵权行为法》,牛津大学出版社 1971 年英文版,第 1 页。

② 《牛津法律大辞典》,光明日报出版社 1988 年中文版,第 866 页。

③ 《国际比较法百科全书·侵权行为》,纽约海洋出版公司 1974 年版,第 77 页。

④ (日)《新版新法律辞典》,中国政法大学出版社 1991 年中文版,第 841 页。

为也。简言之,为侵害他人权利或利益之违法行为。”<sup>①</sup>

上述诸多对侵权行为的定义,归纳起来,分为四种不同的典型学说。

一是过错说,强调侵权行为是一种过错行为。二是违反法定义务说,将侵权行为与违约行为相区别,确认侵权行为是违反法律事先规定的义务的行为。三是责任说,认为侵权行为就是应负损害赔偿责任的行为。四是致人损害说,认为侵权行为是加损害于他人权利的行为。

在我国民法理论中,对侵权行为概念的研究不断深入。在最早的民法讲义《中华人民共和国民法基本问题》中,认为“侵权行为是一种违法行为。”“行为人不法侵害他人的财产权利或人身权利,并造成财产上的损失时,根据法律的规定,行为人和受害人之间发生债的关系,受害人有请求赔偿的权利,行为人负有赔偿的义务。”<sup>②</sup>“文革”之后出版的第一本《法学词典》对侵权行为定义为:“不法侵害他人人身或财产权利而负担民事赔偿责任的行为。”<sup>③</sup>《中国大百科全书·法学》对侵权行为定义为:“指因作为或不作为而不法侵害他人财产或人身权利的行为。”

在《中华人民共和国民法通则》公布施行以后,对于侵权行为的定义主要有:

1. 侵权行为是一种侵犯社会公共财产、侵犯他人财产和人身权利的不法行为,是指因作为或不作为而不法侵害他人财产权利和人身权利的行为<sup>④</sup>。

2. 侵权行为是指行为人由于过错侵害他人的财产、人身,依法应承担民事责任的行为,以及法律特别规定应对受害人承担民事责任的其他致害行为<sup>④</sup>。

---

① 史尚宽:《债法总论》,台湾荣泰印书馆 1978 年版,第 101 页。

② 中央政法干部学校民法教研室:《中华人民共和国民法基本问题》,法律出版社 1958 年版,第 322 页。

③ 杨立新:《侵权损害赔偿》,吉林人民出版社 1990 年版,第 3 页。

④ 佟柔主编:《中国民法》,法律出版社 1990 年版,第 557 页。

3. 侵权行为就是指行为人由于过错侵害他人的财产和人身,依法应承担民事责任的行为,以及依法律特别规定应当承担民事责任的其他损害行为<sup>①</sup>。

为了更全面、更准确地界定侵权行为的概念,应当从以下几个方面对侵权行为的概念着重理解:

第一,侵权行为是一种违法行为。违法行为是侵权行为的基本性质,其依据,一是各国对侵权行为的称谓,均含不法的涵义。德国法的侵权行为直译应为不许行为,日本法则直接称为不法行为,瑞士法的德文标题直译为不许行为,法文标题则为不法行为。二是用过错、损害赔偿和作为与不作为等均难以涵盖侵权行为的全部内容,只有以违法行为才能为之。如过错不能涵盖无过错责任原则调整的侵权行为,损害赔偿不能涵盖侵权行为的全部民事责任,作为与不作为虽不能确定侵权行为的法律性质。

从违法行为这一性质出发考察,首先,侵权行为不是合法行为,而是一种违反法律规定的行为,侵权行为这一概念的本身,就体现了法律的谴责。其次,侵权行为违反的法律是国家关于保护民事主体民事权利的保护性法律规范和禁止侵害民事主体民事权利的禁止性法律规范。再次,侵权行为违法的方式,是违反法律事先规定的义务,包括作为的义务和不作为的义务。

第二,侵权行为是一种有过错的行为,只在法律有特别规定的情况下,才不要求侵权行为的构成须具备主观过错的要件。如果简单地概括侵权行为,可以说它是司法上的过错。除在法律特别规定的高度危险作业、产品责任、环境污染、动物致害等特殊场合下的特殊侵权行为可以不具备过错以外,侵权行为都是含有行为人主观上故意或过失的违法行为。

第三,侵权行为是包括作为和不作为两种方式的侵权行为。侵

---

<sup>①</sup> 王利明等:《民法·侵权行为法》。中国人民大学出版社1993年版,第12页。

权行为首先必须是一种客观的行为,而不能是思想活动。其次,这种客观的行为,可以是作为的方式,也可以是不作为的方式,其具体方式的形成根源,在于法律赋予行为人法定义务的形式。除了作为和不作为的方式之外,侵权行为没有其他表现方式。

第四,侵权行为是应当承担以损害赔偿为主要形式,同时也包括其他形式的民事责任的行为。侵权行为造成损害,必然引起损害赔偿法律关系,行为人承担的主要法律后果,就是损害赔偿。当然,按照我国法律,侵权行为的法律后果还包括恢复原状、返还财产、停止侵害、消除影响、恢复名誉和赔礼道歉的法律责任,但这些民事责任形式,都不能代替损害赔偿在侵权行为民事责任中的法律地位和作用。

根据以上分析,可以把侵权行为的概念作如下的定义:侵权行为是指行为人由于过错,或者在法律特别规定的场合无过错,违反法律规定的义务,以作为或不作为的方式,侵害他人人身权利和财产权利,依法应当承担损害赔偿等法律后果的行为。

## 二、侵权行为的种类

侵权行为的种类,按照不同的标准可以划分成不同的侵权行为。

1. 一般侵权行为与特殊侵权行为。在罗马法上,完整的私犯包括私犯和准私犯两大类。在法国法上,侵权行为被高度概括,包括侵权行为和准侵权行为两大类。自德国法以来,对于准私犯、准侵权行为这些概念所包含的内容,统称为特殊侵权行为,不以侵权行为和准侵权行为作为确定侵权行为外延的标准。取而代之的,是以侵权行为所侵害的权益为标准。换言之,是以侵权行为法所保护的民事主体的权益为标准。德国法区别受保护的利益,而异其主观的构成要件;英美法上的侵权行为依其所侵害的利益,而有不同的构成要件、救济方法和抗辩。<sup>①</sup> 当今,

---

<sup>①</sup> 王泽鉴:《中共民法通则侵权责任的基本问题》。

各国侵权行为法对侵权行为都分为一般侵权行为和特殊侵权行为。一般侵权行为是指行为人为自己的侵权行为负责。特殊侵权行为则是为他人的侵权行为或者自己管领、支配下的物件所造成的损害负责。前者是直接责任,后者是转承责任、替代责任或者间接责任。

2. 单独侵权行为和共同侵权行为。在各国侵权行为法上,对侵权行为都根据行为主体的数量的标准,将侵权行为划分为单独侵权行为和共同侵权行为。前者是单一行为主体实施的侵权行为;后者是数个行为主体所实施的侵权行为。前者对侵权行为责任由行为人独立承担,后者责任由共同加害人共同连带承担。

3. 作为的侵权行为和不作为的侵权行为。作为的侵权行为是指违反对他人负有的法定不作为义务,加损害于他人的侵权行为。不作为的侵权行为是指违反对他人负有的法定作为义务,以未实施或者未准确实施该义务所要求的行为而致他人损害的侵权行为。

4. 法定的侵权行为分类。我国《民法通则》第 117 条至第 120 条规定,对我国侵权行为概念的种类作了法律上的限定,即我国侵权行为只包括下述四种:一是侵害财产权的侵权行为;二是侵害知识产权的侵权行为,包括侵害著作权、专利权、商标专用权、发现权、发明权和其他科技成果权的侵权行为;三是侵害健康生命权的侵权行为;四是侵害人格利益的侵权行为,包括侵害姓名权(名称权)、肖像权、名誉权、荣誉权的侵权行为。

## 第二节 侵权法律关系

### 一、侵权法律关系的发生和消灭

侵权行为成立,即发生侵权行为的法律关系。由于侵权法律关系的特征是损害赔偿,因此侵权法律关系也称为侵权损害

赔偿法律关系。

民事法律关系是民法所确认的具有权利义务内容的具体社会关系,是一定的财产关系、人身关系在法律上的表现。它可以分为所有权关系、债权关系、著作权关系、发明权关系、婚姻关系、继承关系,等等。这些民事法律关系,我国《民法通则》在第五章“民事权利”中作了明确的规定。侵权损害赔偿是债权关系的一种。我国民法确认侵权损害赔偿这种权利义务的法律关系,是国家通过强制力量,保证侵权损害赔偿的权利人一份享有请求赔偿的权利,强制义务人一份履行赔偿义务。这是国家组织社会生产和稳定生活秩序所必须采取的措施,是保护公民的合法权益不受侵犯的必要法律手段。

侵权损害赔偿法律关系的发生根据,是侵权法律事实。法律事实是指当事人间引起民事法律关系产生、变更和消灭的客观现象。它分为事件和行为两大类。事件是指与当事人的意志无关的客观现象;行为是指人们的活动。引起民事法律关系产生、变更和消灭的行为,包括:法律行为,侵权行为,事实行为,国家司法、行政机关或公职人员在行使权力过程中发生民事法律后果的行为。其中的侵权行为,就是产生侵权损害赔偿法律关系的法律事实。行为人不法侵害受害人的财产权利或人身权利,造成受害人的实际损害,这一行为即在当事人双方之间产生权利、义务关系,受害人依法享有请求赔偿损失的权利,加害人负有赔偿受害人损失的义务。这种由侵权行为这一法律事实所产生的权利、义务关系,就是侵权损害赔偿民事法律关系。

侵权损害赔偿法律关系变更和消灭的法律事实是法律行为。变更这种法律关系的法律行为,主要是权利人减少赔偿的请求或权利人和义务人之间的协商一致。消灭这种法律关系的法律行为主要是义务人的清偿。义务人一经履行赔偿的义务,受害人与加害人之间的这种侵权损害赔偿法律关系即行消灭。

## 二、侵权损害赔偿法律关系的要素

侵权损害赔偿法律关系包括以下三个要素：

### (一)侵权损害赔偿法律关系主体

民事法律关系的主体就是参与民事法律关系的当事人。侵权损害赔偿法律关系的主体,也就是侵权损害赔偿的双方当事人,他们享有和承担由这种侵权损害赔偿法律关系所确定的权利和义务。在侵权损害赔偿的双方当事人中,被侵犯了财产权利或人身权利,依法享有赔偿损失请求权的一方当事人是受害人,是该项民事法律关系的权利主体;违法侵害受害人财产权利或人身权利,依法负有损害赔偿义务的一方当事人为加害人,又叫致害人,是该项民事法律关系的义务主体。侵权损害赔偿法律关系的参加者,即受害人和加害人,一方只享有权利,他方只承担义务;权利主体和义务主体都只能是特定的人。这与双方的法律关系不同。除此以外,侵权损害赔偿的主体制度与其他法律关系的主体制度都是相同的,即权利主体和义务主体可能都是单数的,也可能是一方或双方是多数的;另外,他们既可以是自然人,也可以是法人。

### (二)侵权损害赔偿法律关系的内容

民事法律关系的内容,就是民事法律关系参加人的权利和义务。侵权损害赔偿法律关系的内容,就是侵权行为的受害人请求加害人赔偿损失的权利和加害人承担的赔偿受害人损失的义务。受害人的权利,是受害人一方要求实现赔偿以补偿受害所造成的损失的可能性;加害人的义务,则是加害人为了满足受害人补偿损失的赔偿请求而履行给付的必要性。侵权损害赔偿法律关系的内容与其他民事法律关系相比,相同之处是:权利、义务都是相互依存、相互联系的,没有请求赔偿的权利,也就没有赔偿的义务;都是为法律所确认的,都以国家强制力量保证其实现。所不同的是:按照民事权利的分类,侵权损害赔偿的权利(当然也包括义务)是一种请求权、相对权、财产权。作为请求