

民商法文库

吴汉东 总纂

侵权行为法地位研究

麻昌华 著

中国政法大学出版社

国家法官学院
最高人民法院法官培训教材

侵权法 总论

侵权行为法地位研究

陈国平 著

中国政法大学出版社

侵权行为法地位研究

麻昌华 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

侵权行为法地位研究/麻昌华著. —北京:中国政法大学出版社, 2003. 7

ISBN 7-5620-2472-3

I. 侵... II. 麻... 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(2003)第 073358 号

书 名 侵权行为法地位研究
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 11.875
字 数 285 千字
版 本 2004 年 1 月第 1 版 2004 年 1 月第 1 次印刷
印 数 0 001-3 000
书 号 ISBN 7-5620-2472-3/D·2432
定 价 24.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 z5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

谨以此书献给

我的导师覃有土教授

总 序

法律是由一系列制度规则组成的逻辑严密的自足体系，它通过国家强制力确认人们在社会生活中的角色和地位，借以定纷止争，调整社会关系，使社会秩序达到法治的理想境界。故法谚云：有社会之处必有法（ubi societas ibi ius）。法律是社会关系的调节器。而法学在近世亦成为显学，私法又成为整个法学的精髓。欲治法学必先治私法，私法在法学体系中具有母法的地位，其他部门法均是从不同角度对民事法律关系进行的充实完善或纠偏。不仅如此，作为规范私人生活的基本法律，私法与人类生活联系最为密切，关涉衣、食、住、行等日常生活的方方面面，堪称生活的百科全书；私法规范还明确规定了市场准入规则、市场交易规则、市场竞争规则、市场退出规则等经济规则，以法律的形式保障经济生活条件，促进经济发展；而贯穿私法始终的自由平等、公平正义理念以及尊重人、关怀人、以人为本的人文传统更是人类社会文明的重要体现。私法在社会生活中地位如此显赫，依靠的并非是强权的理性而是理性的强权。

从人类的历史长河来看，社会生活的法律化也是始于私法，早在两千多年前，智慧的罗马人就开始琢磨关于公平正义的各种

2 总 序

规则，创造了倍受各国推崇的简单商品经济的世界性法律，并发展出一套相当完善的私法体系与私法理念。虽然在中世纪，私法曾遭受到封建神权和专制王权的双重压迫，沦为神权与王权膝下的婢女，但随着罗马法的复兴及自然法思想衍生的私权观念的勃兴，为捍卫私权而进行的斗争也从来就没有停止过。降至近代，中西欧各国继受罗马法先后制定了内容形式更臻完善的私法制度，私法在市民社会中基础性地位最终得以确立，私法规范亦成为世俗社会秩序的基础本身。在我国古代社会，法律的社会作用遭到轻视，礼治与人治代替法治，追求道德正义和法律非规范化的古代法律徒具形式意义，其实质为伦理法，且重刑轻民，私权观念十分薄弱，私法的发展命途多舛。直至 20 世纪初叶，随着西学东渐，现代理性主义的私法观念才在我国生根发芽。建国以后，特别自 20 世纪 80 年代以来，经过几代学人的不断努力，我国私法学界成果丰硕，英才辈出，大量茹古涵今、体大思微、慎思明辨的著作层出不穷，令人振奋。

私法理论博大精深，义理精微，常令学者产生穷白首而不能尽一经的感慨。私法理论的推进与发展离不开深层次的理论探讨和学说创新，离不开一批批法律学人的不断努力。中南财经政法大学汇集了一批勤勤恳恳、兢兢业业在私法领域辛勤耕耘的专家学者，为了广泛吸收借鉴国外先进立法经验，把握私法理论的发展趋势，解决司法实践中的实际问题，提升私法理论的研究水平，我们已创办了《私法研究》刊物，开通了“中国私法网”([http://www. privatelaw. com. cn](http://www.privatelaw.com.cn))，现又推出《私法研究文库》

系列丛书。该丛书将收录我校学者的重点学术专著和优秀博士学位论文，并计划每年出版四至六册。我们希望以《私法研究文库》作为思想传播的媒介，学术交流的窗口，对话互动的平台，并在此基础上形成自由平等的学术氛围，建立自察自省的学术共同体，通过严肃认真的学术讨论和学术批评，推动私法研究的理论创新。

该丛书收录论文著作若干，就私法领域而言，仅为沧海一粟。庙廊之才，非一木之枝，希望能与学界同仁相濡相闻，砥砺前行。

是为序。



2003年6月

今日侵权行为法（代自序）

虽说现代民法是现代社会的近代民法，是对近代民法原理、原则的修正、继承和发展，但现代社会中的交通、传媒、医疗、生物技术等各种问题使我们绝不可小视这些发展。侵权行为法领域尤其如此。

在这个“危机四伏，充满损害”的社会中，成型于马车时代的侵权行为法显得心力交瘁。交通事故、医疗过失、产品缺陷等问题的大量涌现，使得侵权责任的道德基础——预防与补偿——越来越丧失其说明力了。一方面，由于风险无所不在，甚至更多的是在人的控制能力之外，防不胜防；另一方面，个人自由的制度设计大大阻碍了损害补偿的实现。个人主义、过错责任、个人的正义在当前这个牵一发而动全身的社会中面临着被修正。

自从1883年俾斯麦第一个劳工补偿法面世以来，无过失补偿模式的立法立即得到世界各国的普遍接受，同时也逐步的但非常迅速地蔓延到其他侵权行为法领域。此后，社会保障、责任保险的兴起都直接冲击着侵权行为法的现实效用。与此同时，环境污染、人权保护等问题日益突出，他们在试图寻找侵权行为法来救济时，侵权行为法在这些方面却几乎无所作为。所以，在危机

2 今日侵权行为法（代自序）

迭起，四面楚歌的情况下，民法典中的侵权行为法不能不“忐忑不安”了。人们不得不认真思考，侵权行为法该如何应对这些危机，出路在哪里？

在我国，侵权行为法仍呈风平浪静势态，谈危机似乎是无病呻吟。由于国家的社会主义性质，长期以来，公有企业职工的人身伤害问题往往能够得到及时而妥善的解决，而在交通、医疗等问题较突出的领域中，也已先后制定了比较先进的法律法规。这些确实是我国侵权救济机制之大幸。不过，在着手制定民法典的背景下，整合这些侵权行为法所存在的问题也是不容忽视的。一是各侵权行为特别法相互之间在补偿条件、补偿标准方面存在差异、冲突，二是各地区之间在分侵权行为特别法的具体适用规则的制定上标准大相径庭，三是经验告诉我们，必须具有开放性，侵权行为法才能适应现代社会需要。可是，传统民法理论中侵权行为法作为债因，处于债法之中，而债法一直又是合同主导性的，这些又都构成了侵权行为法开放性发展的直接束缚。历史不会倒退，侵权行为法没有回头路，却又该何去何从？追寻侵权行为法最原始的开端，考察侵权行为法的历史进程和现状，探求侵权行为法的本来面目，为民法典中的侵权行为法定位提供依据，这是本书所孜孜以求的目的。但能否实现，却不是它能决定的。

“世上从来没有救世主”。丰富的实践告诉我们，在损害救济方面，侵权行为法不是惟一的途径，且缺陷日益明显：耗时、耗力、风险大；无过失补偿虽然便捷、充分，但受限于加害人口袋的深浅，并无疑会加重加害人的负担，造成新的社会不公；责任

保险虽较好地实现了损失分担的社会化，却不够普遍；社会保障虽则普遍却补偿限额过低，仅以维持生存为限。所以现实中尽管它们的存在确实给侵权行为法带来了挑战，可谁也没有能力独当一面。在英国，皮尔逊委员会历经5年的调查，认为在人身伤害领域应该废除过失责任，实行不追究责任的损害赔偿。可是，或政治原因或现实条件（我们不得而知），这一报告被搁置了若干年后“生下的只是个可笑的小耗子”。

尽管有新西兰的《意外事故补偿法》，侵权行为法存在的必要性在其与责任保险、无过失补偿、社会保障的相互竞争中得到了事实上的证明。但同时也使我们意识到：一方面，应该对过错责任与损失分担社会化作出适当调整，规范各自的领域，让侵权行为法有所为有所不为。另一方面，作为成文法国家，民法典中的侵权行为法必须具有开放性。显然，这才是我们必须解决的问题。

麻昌华

2003年9月1日

内容摘要

侵权行为法是否要独立以及独立成什么，这是我国在制定民法典的过程中所面临的一个重大理论问题，也是侵权行为法自身发展迫切需要解决的理论前提。归根到底，就是如何看待侵权行为法在民事法律体系中的地位。

如果说，19世纪的侵权行为法是顶着过错责任的光环的话，20世纪的侵权行为法就是在危机笼罩下走过的。21世纪的侵权行为法如果不变革，不能适应新的社会问题，就会被其他制度逐步蚕食而走向消亡。

法律发展的历史告诉我们，人类早期的法律是以法律责任的形式表现的，这种表现为法律责任的法律实际上就是侵权行为法。罗马法上公犯私犯的区分过程，就是侵权行为同犯罪逐渐分离的过程。在这一过程中，不仅公犯私犯的范围不断交替着变化，私犯的法律后果也逐渐发生变化，其经历了从早期的复仇到罚金再到赔偿的阶段。在私犯后果发展到赔偿阶段时，契约现象开始出现。契约出现之后，债的概念才得以产生。债的概念出现后，罗马人认识到了存在于私犯后果之上的力与存在于各种契约之上的力的某种相似性，于是将从另一角度发展起来的私犯也归

2 内容摘要

入债的渊源，侵权行为于是成为债的一个发生原因。这是一个历史的误解，后世大陆法系国家的侵权行为法地位正是建立在这个误解之上的。

大陆法系侵权行为法的现实地位是在罗马法时期就已形成了的，18世纪欧洲法典化运动只是将这种地位用法典的形式加以记载和制度化而已。这种地位集中表现为，侵权行为作为债的一个发生原因，侵权行为法作为债法的一个分支。由于刑法的分离，罗马法上私犯原有的内容绝大部分都成为刑法调整的对象，民法典中能够规定的侵权行为法内容就更少了，这是侵权行为法在民法典中的条文普遍很少的原因之一。各国为了解决侵权行为法的条文不足，均采取法官造法和制定侵权行为特别法的形式，使得侵权行为特别法的条文远远多于民法典中的侵权行为法条文。而单行法相互之间的冲突、法官造法的效力缺失、民法典中侵权行为法结构的封闭性，都严重限制了侵权行为法的发展。侵权行为法要发展，就必须独立。

侵权行为法的独立是指从债法中独立。大陆法系现有模式存在的缺陷，英美法系模式的异质文化基础，都决定着侵权行为法独立之后不能采取现有的模式，而应回归到法律初期的状况。侵权行为法的本质是民事责任法。但这里的民事责任，不同于传统理论中的民事责任，违约责任不是这里的民事责任的范畴。

独立之后的侵权行为法是民事责任法，其自身内部结构是以行为与责任的对应为基础构筑的，行为是逻辑起点，责任是逻辑归属。以行为——责任的对应为基础的侵权行为法结构，遵循着

以自己行为的不当性为分类标准，以民事责任为外表，以行为发展为依据的规范规则。

大陆法系的侵权行为法地位最终是由民法典决定的，民法典的结构是各个部分民法内容的地位基础。我国未来民法典的结构应是以人为本位、以权利为中心、以责任为保障设计，基本结构实行三编制，第一编为人法，第二编为权利法，第三编为责任法（侵权行为法）。侵权行为法在民法典中以编的形式出现。这种结构地位吸收了现代民事立法的最新成果，无论是在法律规范的性质上还是在法律规范的技术上都是可能的，而且不会因独立而导致债法体系的崩溃。这就是侵权行为法的应有地位，这种地位有利于侵权行为法的发展。



作者简介

麻昌华，1965年12月14日出生，湖南花垣人，苗族，中南财经政法大学法学院副教授，武汉大学法学博士。主要研究兴趣在民商法学，尤其是侵权行为法。公开发表论文《论侵权行为法在民法典中的地位》、《21世纪侵权行为法的革命》、《试论损害》、《精神权利制度》等30余篇；参编教材《合同法学》（副主编）、《保险法学》、《新编民法学》等5部。

目 录

总 序	(1)
今日侵权行为法	(1)
内容摘要	(1)
引 言	(1)
导论：新时期侵权行为法的使命	(3)
一、20 世纪走过的路	(3)
二、21 世纪面临的问题	(13)
第一章 侵权行为法的历史形态	(27)
一、早期法律的表现	(27)
二、罗马法上的侵权行为法	(60)
三、日耳曼法上的侵权行为法	(84)
第二章 侵权行为法的现实地位	(89)
一、大陆法系侵权行为法的现实地位	(89)
二、英美法系的考察	(124)

2 目 录

三、侵权行为法现实地位的实际效用	(130)
第三章 侵权行为法的独立	(153)
一、侵权行为法独立的涵义	(153)
二、侵权行为法独立的模式选择	(160)
三、独立的侵权行为法模式	(172)
第四章 独立的侵权行为法	(182)
一、侵权行为法的相关分类范畴	(182)
二、侵权行为法的结构逻辑	(201)
三、侵权行为法结构逻辑的验证	(219)
四、侵权行为法的逻辑结构	(226)
第五章 民法典中的侵权行为法	(234)
一、我国未来民法典的体系结构	(234)
二、侵权行为法的民法典归属	(262)
三、民法典中的侵权行为法条文设计	(293)
参考文献	(347)
后 记	(359)