



A Propositional Version with Reasons for Civil Code Draft of China

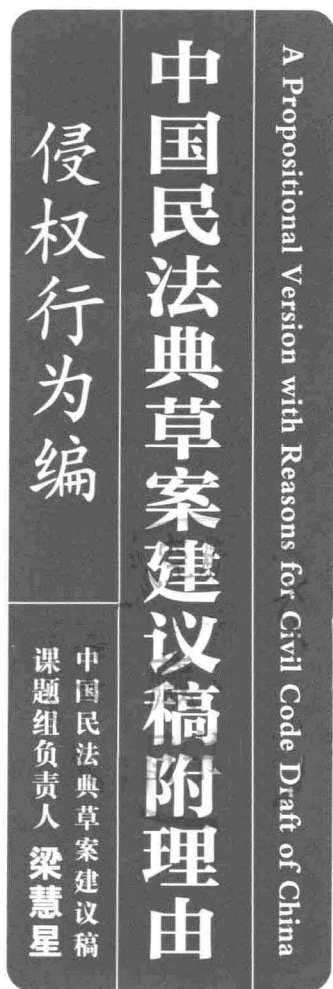
# 中国民法典草案建议稿附理由

## 侵权行为编

中国民法典草案建议稿  
课题组负责人 梁慧星



文明由例  
条说理立法



条文 说明 理由 立法例



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

中国民法典草案建议稿附理由·侵权行为编 / 梁慧  
星主编. —北京:法律出版社, 2013. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5472 - 8

I. ①中… II. ①梁… III. ①民法—法典—草案—中  
国 ②侵权行为—民法—草案—中国 IV. ①D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 235890 号

中国民法典草案建议稿附理由·侵权行为编

责任编辑 韩满春  
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 2013 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 固安华明印刷厂

印张 15.25 字数 204 千

印次 2013 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

---

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 - 5472 - 8

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 出版说明

《中国民法典草案建议稿附理由》，是由中国社会科学院学部委员、法学研究所研究员、研究生院博士生导师梁慧星主持的中国民法典立法研究课题组历时近二十年完成的重要学术成果。作为该成果的正式出版物，《中国民法典草案建议稿附理由》丛书共分八卷九册，分别是：中国民法典草案建议稿、总则编、物权编、债权总则编、合同编（上、下册）、侵权责任编、亲属编、继承编。

《中国民法典草案建议稿附理由》的出版，具有十分重要的意义。首先，作为中国民法典的专家建议稿，将成为我国未来民事立法和编纂中国民法典的重要参考；其次，本丛书集我国民法学者近二十年的学术积淀，具有非常高的学术品质，集成了民法学研究的重要成果，是推动民法学科研究的繁荣与进步的新的学术平台；最后，本丛书是我国目前民法学的集大成之作，可以向国外的同仁展示中国民法的学术研究水平。

2013年，国家出版基金规划办公室正式批准《中国民法典草案建议稿附理由》为国家出版基金资助项目。法律出版社黄闽社长任项目组总负责人、法学学术出版分社朱宁社长和高山社长助理担任该出版项目组组长、副组长，法学学术出版分社承担该书出版编辑工作。负责该项目的编辑有刘彦洋、刘文科、韩满春、黄琳佳、易明群、吕丽丽、闫春晓，由刘文科负责编辑统筹。法律出版社编校部的张波主任、法学部主任助理负责文稿的先期统筹，杜进编辑负责书稿的校对统筹。

本书的出版得到了国家出版基金的资助与支持，得到了中国民法典立法研究课题组的鼎力相助，得到了法学界专家、学者关怀与帮助，在此表示由衷的感谢。

## 中国民法典立法研究课题组成员

梁慧星	研究员、博士生导师	中国社会科学院法学研究所
孙宪忠	博士、研究员、博士生导师	中国社会科学院法学研究所
尹田	教授、博士生导师	北京大学法学院
郭明瑞	博士、教授、博士生导师	烟台大学法学院
崔建远	教授、博士生导师	清华大学法学院
陈甦	研究员、博士生导师	中国社会科学院法学研究所
张新宝	博士、教授、博士生导师	中国人民大学法学院
张广兴	研究员、博士生导师	中国社会科学院法学研究所
邹海林	博士、研究员、博士生导师	中国社会科学院法学研究所
房绍坤	博士、教授、博士生导师	烟台大学法学院
刘士国	博士、教授、博士生导师	复旦大学法学院
陈华彬	博士、教授、博士生导师	中央财经大学法学院
傅静坤	博士、教授	深圳大学法学院
于敏	博士、研究员	中国社会科学院法学研究所
渠涛	博士、研究员	中国社会科学院法学研究所
陈晓	博士	原中国建设银行总行法律部部长
韩世远	博士、教授、博士生导师	清华大学法学院
关涛	博士、教授	烟台大学法学院
徐海燕	博士、教授、博士生导师	对外经济贸易大学法学院
龚赛红	博士、教授	中国社会科学院研究生院
王轶	博士、教授、博士生导师	中国人民大学法学院
薛宁兰	研究员	中国社会科学院法学研究所
王丽萍	博士、教授、博士生导师	山东大学法学院
侯利宏	博士	中国社会科学院法学研究所
谢鸿飞	博士、研究员	中国社会科学院法学研究所
李霞	博士、教授、博士生导师	山东大学法学院
李宇	博士	上海财经大学法学院

课题组负责人：梁慧星

## 序 言

亨利·梅因爵士在《古代法》一书中指出,人类社会法律发展的进程是,先有习惯法,然后由习惯法进到成文的法典法。据法律史学者的研究,中国法律的历史可以追溯到公元前21世纪的夏代。古文献记载,夏代的法律称作“禹刑”,商代的法律称作“汤刑”,周代的法律有“九刑”和“吕刑”。这些法律,应属于梅因爵士所谓的习惯法。中国法律由习惯法向成文法的演进,发生在春秋战国(公元前770年—公元前256年)时期。这一时期,适应社会发展的要求,各诸侯国纷纷编纂、公布成文法。如郑国(公元前806年—公元前375年)于公元前536年“铸刑书于鼎”,公布成文法。晋国(公元前715年—公元前349年)于公元前513年“铸刑鼎”,公布成文法。魏国(公元前403年—公元前225年)的李悝(?—约公元前395年)在收集整理各诸侯国法律的基础上,著《法经》六篇,被认为是体系比较完整的成文法典。公元前221年秦统一中国,建立中央集权的专制帝国,以魏国的《法经》为蓝本,制定“秦律”。汉代在“秦律”基础上加以增删,制定“九章律”。此后的历代王朝,均重视成文法典的编纂,产生过诸如“隋律”、“唐律”、“明律”、“清律”等杰出的成文法典,并对东北亚、东南亚诸国的法制产生过重大影响。中国法律,自春秋战国时期实现成文化,直至清代末期,经过2千多年的发展,形成沿革清晰、特点鲜明的法律体系,被称为世界五大法系之一——中华法系。

中国法律,从春秋战国时期魏国的《法经》,直到最后一部封建法典《大清律例》,都是以刑法规范为主,兼及民事、行政和诉讼等方面的内容。学者称为“诸法合体,以刑为主”。值得指出的是,历代成文法典,即使涉及民事生活关系,也以规定采用刑罚制裁为限,实质上仍属于刑法规范,而与现今所谓民法不同。现今所谓民法,特指近现代民法。其基

中国民法典草案建议稿附理由:侵权行为编

---

本特征是:主体地位平等、意思自治、私权不受侵犯、过失责任。中国历史上不存在现今所谓民法,是因为在漫长的封建社会,自给自足的自然经济形态始终居于主体地位,历代封建王朝始终实行“重农抑商”政策,抑制商品生产和商品交换,并在政治上实行封建君主专制主义统治,不具备产生诸如自由、平等、权利、义务等近代民法观念的条件。现今中国民法,非中国所固有,而是清朝末期从外国继受而来。

进入19世纪,中国封建社会已经腐朽没落。中国在第一次鸦片战争(1840—1842)和第二次鸦片战争(1856—1860)中战败,被迫签订割地、赔款、丧权、辱国的一系列不平等条约。鸦片战争之后,中国逐步沦为半殖民地国家。中华民族开始了一百多年屈辱、苦难、探索和斗争的历程。两次鸦片战争的失败,表明中国与西方列强之间在军事和科学技术上存在巨大差距,促使清王朝统治集团内部分化出主张学习西方先进科学技术的洋务派。19世纪60年代至90年代末,贯彻洋务派的主张,中国兴起学习西方先进技术、购买西方新式武器、创建新式军队、创办军事工业和民用工业的“洋务运动”。在不长的时间,中国创建了近代的陆军和海军,建成近代军事工业体系和民用工业体系,中国资本主义有了初步的发展。

中国在公元1894—1895年的中日战争中被东邻日本战败,宣告“洋务运动”失败。中国人终于认识到:靠学习西方先进技术不能真正实现“自强”的目的,还必须学习西方政治法律制度。但统治集团内部“后党”与“帝党”之间,对于应否废弃中国传统法制意见冲突,不能达成共识。1900年8月,英、法、德、俄、美、日、意、奥八国联军攻占北京,慈禧太后和光绪皇帝仓皇出逃。次年,中国政府被迫与英、法、德、俄、美等十一国签订不平等条约,其中规定中国政府支付赔款4亿5千万两白银。此次事变,终于促使统治集团内部达成共识:中国要富强,非学习西方法律制度不可!1902年光绪皇帝颁布诏书,宣布实行“新政改革”。1907年委派沈家本、俞廉三、英瑞为修律大臣,设立修订法律馆,“参酌西洋法制”,起草民刑各法典。由此揭开中国继受外国法的序幕。

1908年民法典起草正式开始。由日本学者松冈义正负责起草总则、债权、物权三编,由曾经留学法国的陈篆与留学日本的高种、朱献文负责起草亲属、继承两编。1910年年底,民法典起草完成,称为“大清民法草案”。设总则、债权、物权、亲属、继承五编,共1569条。1911年进入审议

程序。因同年10月爆发辛亥革命,推翻清王朝,使这一民法典草案未能正式颁布生效。但是,通过这一民法典草案,德国民法的编纂体例及概念、原则、制度和理论体系被引入中国,对现代中国的民事立法和民法理论产生了深远的影响,且充分显示中华民族在外来压力之下,毅然决定抛弃固有传统法制,继受西方法律制度,以求生存的决心、挣扎和奋斗。

中华民国建立,北洋政府设立修订法律馆,主持起草民刑法典。于1925年完成民法修正案,称为“第二次民法草案”。该民法草案,是以“大清民法草案”为基础增删修改而成,共1745条。其总则编改动较少,仅增设关于“外国法人”、“行为能力”的规定;债编改动较大,采纳了瑞士债务法的若干原则,尤其第二章关于“契约”的规定,与“大清民法草案”不同;物权编增加规定“抵押权”和“典权”;亲属编的篇目有所变动,使逻辑更清晰,并增加关于“家产”、“亲子关系”、“养子”、“照管”的规定;继承编主要是文字和结构的改动,使逻辑更清晰严密。北洋政府司法部曾经通令各级法院,在裁判民事案件时可将“第二次民法草案”作为法理引用,但最终并未成为正式法律。

1927年4月中国国民党在南京成立国民政府。1929年1月,国民政府立法院设立民法起草委员会,由傅秉常、焦易堂、史尚宽、林彬、郑毓秀五人任起草委员,从同年2月1日开始起草民法典。民法起草委员会,以“第二次民法草案”为基础,采取分编修订、分编提交立法院审议通过、分编公布实施的方式,至1930年12月26日,民法典各编先后审议通过、公布实施,称为《中华民国民法》。设总则、债、物权、亲属、继承五编,共29章,1225条。这一法典,着重参考德国民法典、日本民法典和瑞士债务法,对当时的苏俄民法典和泰国民法典也有所参考,是中国历史上第一部民法典。

近代各国制定民法典,都具有一定的政治目的。中国制定民法典的目的,在于废除领事裁判权。1843年签订的《中英五口通商附粘善后条款》和《中英五口通商章程》,开外国人在华享有领事裁判权之先例。此后法、美、挪、俄、德、荷等十七国,均通过不平等条约取得在华领事裁判权。领事裁判权的存在,严重损害中国国家主权。因此,自清末以来,中国政府一直致力于废除领事裁判权。1902年,清朝政府与英、美、日、葡续订商约,四国先后承诺:以“中国法律制度皆臻完善”为放弃领事裁判权的条件。1927年南京国民政府与比利时、丹麦、西班牙、意大利续订商



## 中国民法典草案建议稿附理由:侵权行为编

约,均规定以“1930年1月1日前颁布民商法典”为撤销领事裁判权的条件。可见,废除领事裁判权是导致中国继受西方法制、制定民法典的直接动因。但各国在华领事裁判权一直到抗战末期的1944年才被废除。而西洋法律之继受,对中国法制之现代化,具有深远重大的影响。

中国之继受大陆法系的德国民法,是受日本的影响。其所以不采英美法系,纯粹是由于技术上的理由。大陆法系与英美法系,并无优劣高下之分,但英美法是判例法,不适于依立法方式予以继受。德国民法典和法国民法典,是大陆法系最著名的民法典。因德国民法典公布在后,其立法技术和内容比法国民法典进步。因此中国继受德国民法。中国法制因继受德国民法而实现近代化、科学化,此为继受德国民法之真正意义。

1949年,中国共产党领导的人民革命推翻国民党领导的国民政府,建立中华人民共和国。包括《中华民国民法》在内的国民政府“六法”被废除。1950年,参考《苏俄婚姻、家庭及监护法典》,制定新中国第一部婚姻法。1954年,全国人大常委会组织民法起草,至1956年12月完成“民法草案”,分为总则、所有权、债、继承四编,共525条。此后发生整风、反右等政治运动,致民法起草工作中断。这一“民法草案”,是以1922年的苏俄民法典为蓝本。例如,四编制体例的采用,将亲属法排除在民法之外;抛弃“物权”概念而仅规定“所有权”;不使用“自然人”概念而用“公民”概念代替;仅规定诉讼时效而不规定取得时效;强调对社会主义公共财产的特殊保护;等等。表明中国由此前继受德国民法,转而继受苏联民法。值得注意的是,虽然这一“民法草案”是以苏俄民法典为蓝本,但苏俄民法典本身也是参考德国民法制定的,这就决定了新中国民事立法和民法理论仍未脱离大陆法系的德国法系。

1962年,中国在经历三年自然灾害和“大跃进”、“共产风”造成的严重经济困难之后,调整经济政策,强调发展商品生产和商品交换,民事立法重新受到重视。同年开始第二次民法典起草,至1964年7月,完成“民法草案(试拟稿)”。起草人设计了一个既不同于德国民法也不同于苏俄民法的“三编制”体例:第一编“总则”、第二编“财产的所有”、第三编“财产的流转”。草案一方面将“亲属”、“继承”、“侵权行为”等排除在外,另一方面将“预算关系”、“税收关系”等纳入其中,且一概不使用“权利”、“义务”、“物权”、“债权”、“所有权”、“自然人”、“法人”等法律概

念。显而易见,此次民法典起草,企图既摆脱苏联民法的影响,并与资产阶级民法彻底划清界限,是受当时中国共产党与苏联共产党意识形态论战的影响。

1964年起在全国范围内开展的“社会主义教育运动”(以下简称“四清运动”),导致新中国第二次民法起草工作中断。“四清运动”至1966年升级为“文化大革命”。“文化大革命”期间,各级人民法院、检察院和公安机关被撤销,称为“砸烂公、检、法”,中国大陆陷入无政府状态,包括政法学院在内的全部大学停办,法律教师和研究人員被驱赶到“五七干校”接受思想改造,致中国立法、司法、法律教学和法学研究完全中断。

1977年,中国在经历十年“文化大革命”之后实行“改革开放”,从单一公有制的计划经济体制向市场经济体制转轨,民法的地位和作用受到重视。1979年11月在全国人大法制委员会设立民法起草小组,开始新中国第三次民法典起草。至1982年5月完成“民法草案(第四稿)”,包括:第一编“民法的任务和基本原则”、第二编“民事主体”、第三编“财产所有权”、第四编“合同”、第五编“智力成果权”、第六编“财产继承权”、第七编“民事责任”、第八编“其他规定”,共8编、43章、465条。其编制体例和主要内容,着重参考1962年的苏联民事立法纲要、1964年的苏俄民法典和1978年修订的匈牙利民法典。此后立法机关考虑到经济体制改革刚刚开始,社会生活处在变动之中,一时难于制定一部完善的民法典,于是决定解散民法起草小组,暂停民法典起草,改采先分别制定民事单行法,待条件具备时再制定民法典的方针。

1981年颁布《经济合同法》,包括:第一章总则、第二章经济合同的订立和履行、第三章经济合同的变更与解除、第四章违反经济合同的责任、第五章经济合同纠纷的调解和仲裁、第六章经济合同的管理、第七章附则,共47条。该法采用“经济合同”概念,强调按照国家计划订立、履行合同,规定经济合同管理机关有权确认合同无效,及设立行政性经济合同仲裁制度,是受苏联经济法理论的影响。

1985年颁布《涉外经济合同法》,包括:第一章总则、第二章合同的订立、第三章合同的履行和违反合同的责任、第四章合同的转让、第五章合同的变更、解除和终止、第六章争议的解决、第七章附则,共43条。由对外经济贸易关系的特殊性质所决定,该法不可能以苏联经济法理论为根据。除法律名称保留了“经济合同”概念,留有一点苏联经济法理论的

## 中国民法典草案建议稿附理由:侵权行为编

痕迹外,整部法律的结构、基本原则和内容,主要是参考英美契约法和《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)。是中国民法继受英美法和国际公约的开端。

1986年颁布《民法通则》,包括:第一章基本原则、第二章公民(自然人)、第三章法人、第四章民事法律行为和代理、第五章民事权利、第六章民事责任、第七章诉讼时效、第八章涉外民事关系的法律适用、第九章附则,共9章156条。《民法通则》的起草是以“民法草案(第四稿)”为基础,但基于改革开放以来强化对私权保护的要求,该法许多内容已经超越苏联和东欧民法。例如,《民法通则》总结新中国建立以来、特别是“文化大革命”期间侵犯人民私有财产和人身权的教训,在第五章第一节专设第七十五条第二款明文规定:“公民的合法财产受法律保护,禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收”;在第五章专设第四节明文规定人民享有“生命健康权”(第98条)、“姓名权”(第99条)、“肖像权”(第100条)、“名誉权”和“人格尊严”(第101条)。并在第六章第三节明文规定侵害财产权的侵权责任(第117条)、侵害生命健康权的侵权责任(第119条)、侵害姓名权、肖像权、名誉权的侵权责任(第120条)及国家机关或者国家机关工作人员侵犯人民合法权益的民事责任(第121条)。《民法通则》的这些规定,具有极重大深远的历史意义,被称为中国的“人权宣言”。

进入90年代,中国从单一公有制的计划经济体制,向社会主义市场经济体制转轨,与此相应,民事立法亦由继受苏联东欧民法,转向继受市场经济发达国家和地区民法。为适应发展现代化市场经济的要求,实现交易规则的统一及与国际接轨,1993年开始起草《合同法》,于1999年3月15日获得通过,同年10月1日生效(原《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》同时废止)。《合同法》采用德国民法的概念体系,许多原则和制度直接采自德国民法、日本民法和中国台湾地区民法,例如,缔约过失(第42、43条)、附随义务(第60条第2款)、后契约义务(第92条)、同时履行抗辩权(第66条)、不安抗辩权(第68、69条)、债权人代位权(第73条)、债权人撤销权(第74条)、承包人优先受偿权(第286条),等等。《合同法》参考借鉴英美契约法和《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)、《国际商事合同通则》(PICC)、《欧洲合同法原则》(PECL)的内容也不少,例如,将违约责任原则从过错责任改为严格责任

(第107条),及规定预期违约(第94条第2项、第108条)、强制实际履行(第110条)、可预见规则(第113条)、间接代理(第402、403条),等等。

为了实现有形财产归属和利用关系的基本规则的完善和现代化,1998年开始起草《物权法》,经过全国人大常委会先后七次审议,于2007年3月16日经第十届全国人大第五次会议通过,同年10月1日起施行(同时废止《担保法》有关担保物权的规定)。《物权法》同样采用典型的德国民法的概念体系,其物权变动模式采法国民法“债权合意主义”与德国民法“登记生效主义”相结合的折衷主义,主要内容参考借鉴德国民法、法国民法、日本民法和中国台湾地区民法、中国澳门地区民法,也有继受英美财产法的制度。

中国之继受外国民法,迄今已逾百年。此百年继受过程,可划分为三期:从20世纪初至40年代末为第一期,其继受目标是大陆法系的德国民法,其立法成就是《中华民国民法》(迄今仅在中国台湾地区生效);从20世纪50年代初至70年代末为第二期,因为政治经济体制和意识形态的原因,将继受目标转向苏联民法和东欧民法,两次民法典起草均以失败告终;从20世纪70年代末开始为第三期,由继受苏联民法和东欧民法,主动转向主要继受市场经济发达国家和地区民法,其立法成就是《合同法》和《物权法》。自《合同法》开始,中国对外国民法的继受,从“单一继受”转向“多元继受”,使中国民法日益呈现“多元复合”的色彩,表明中国民法进入了一个新的发展阶段。

至90年代后期,中国致力于建立与社会主义经济相适应的完善的法律体系。按照构想,宪法和民法、刑法、民诉、刑诉等基本法应当制定成文法典。宪法、刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法均已制定了成文法典,唯独民法未制定法典,只有一个《民法通则》和各民事单行法。由《民法通则》和《合同法》、《物权法》、《婚姻法》、《收养法》、《继承法》等民事单行法所构成的现行民法体系,毫无疑问在保障公民和企业的民事权利、规范市场交易秩序、维护社会公平正义和促进社会主义市场经济发展等方面,发挥了极其重大的作用。但是,《民法通则》毕竟不能代替民法典的地位和作用,且因《民法通则》和各民事单行法制定的时间和背景的差别,难免造成现行民法体系内部的不协调,不能适应市场经济和社会生活对法律调整更高的要求。于是,中国民法典编纂,再次被提上日程。

## 中国民法典草案建议稿附理由:侵权行为编

1998年1月13日第八届全国人大常委会主管立法工作的副委员长王汉斌邀请民法学者江平、王家福、王保树、梁慧星、王利明座谈民法典编纂事宜,一致认为起草民法典的条件已经成就。王汉斌副委员长遂决定恢复民法典起草,并委托江平、王家福、魏振瀛、王保树、梁慧星、王利明、费宗祎、肖峣、魏耀荣九人组成民法起草工作小组,负责起草中国民法典。同年9月召开的民法起草工作小组第二次会议决议:委托梁慧星拟定“中国民法典大纲”。1999年10月,梁慧星完成《中国民法典大纲》。

2000年,梁慧星在原“中国物权法研究课题组”基础上,成立“中国民法典立法研究课题组”。课题组由中国社会科学院法学研究所、北京大学法学院、清华大学法学院、人民大学法学院、烟台大学法学院、复旦大学法学院、山东大学法学院、深圳大学法学院、北京化工大学法学院、对外经济贸易大学法学院和中国建设银行总行法律部的民法学者26人组成。课题组根据全国人大常委会法制工作委员会的委托,按照《中国民法典大纲》,起草中国民法典草案。2002年2月完成侵权行为编和继承编,4月9日完成总则编,4月13日完成债权总则编,5月中旬完成合同编,8月中旬完成亲属编,加上1999年完成的物权编(《中国物权法草案》),《中国民法典草案》(7编81章1947条)全部完成,并正式提交全国人大常委会法制工作委员会。草案完成后,课题组继续为民法典条文附加“说明、理由和参考立法例”,编撰《中国民法典草案附理由》。

《中国民法典草案》的结构,是以潘德克吞式五编制为基础稍加变化。首先,将规范民事生活关系的规则,以法律关系为标准,划分为“物权”、“债权”、“亲属”、“继承”四编;其次,采用“提取公因式”方法从四编内容中抽出共同规则,作为民法典的“总则”编,形成民法典的“总则—分则”结构;最后,考虑到现代市场经济和科学技术的发展,产生各种新的合同类型和新的侵权行为类型,致“债权编”内容膨胀而与其他各编不成比例,故参考荷兰新民法典的经验,将“债权编”分解为“债权总则”、“合同”和“侵权行为”三编,由“债权总则编”统率“合同编”和“侵权行为编”,形成民法典的“双层”结构。草案从编纂体例、章节的安排、原则和制度的设计,到法律条文的文字表述,均特别着重法典的逻辑性、体系性和可操作性,以求确保法院裁判的公正性、统一性,及人民据以预测自己行为法律后果的可预测性。

考虑到人格权的特殊性,属于主体对自身的权利,因出生而当然取得,因死亡而当然消灭,其取得与消灭均与人的意思无关,且原则上不能处分,不适用民法总则的规定,因此不采纳单独设“人格权编”的主张,而将人格权规定在总则编自然人一章。考虑到知识产权(特别是专利权、商标权)与行政程序不可分离,法律规则因科学技术的飞速发展而要求频繁修改,且现行专利法、商标法和著作权法已构成一个相对独立的知识产权法体系,因此不设“知识产权编”,而使专利法、商标法和著作权法仍作为民事特别法。考虑到涉外民事关系的法律适用规则的国际私法性质,及二十世纪以来单独制定国际私法法典渐成趋势,因此不设“涉外民事关系法律适用编”,而建议另行制定“中国国际私法法典”。

草案从中国实行改革开放、发展现代化市场经济和建立全国统一市场的实际出发,认真总结改革开放以来的立法经验、司法实践经验和理论研究成果,广泛参考借鉴发达国家和地区的立法经验和判例学说,顺应人类社会进步和法律发展潮流,并注意与国际公约和国际惯例协调一致。在价值取向上以权利本位为主,兼顾社会公共利益;兼顾对个人物质生活条件的确保与对人格尊严的尊重;充分贯彻意思自治原理,强调对人民私权的切实保护,非基于社会公共利益目的并依合法程序不得予以限制;尽量兼顾社会正义与经济效率,兼顾交易安全与交易便捷;切实贯彻两性实质平等与保护弱者的原则,对劳动者、消费者、妇女、儿童、老人和残疾者实行特殊保护;既着重于中国现实社会问题的对策,更着眼于中华民族的未来,旨在建立竞争、公平、统一的市场经济秩序,及和睦、健康、亲情的家庭生活秩序,为在中国最终实现人权、民主、法治国和现代化奠定法制基础。

中国民法典立法研究课题组  
2010年7月4日于北京

## 修订补记

本草案于2002年完成、提交立法机关,并公布于中国民商法律网。2003年,出版《中国民法典草案建议稿》。2004年,出版《中国民法典草案建议稿附理由:总则编》、《中国民法典草案建议稿附理由:物权编》、《中国民法典草案建议稿附理由:侵权行为编、继承编》。2006年,出版《中国民法典草案建议稿附理由:债权总则编》、《中国民法典草案附理由:亲属编》。

2010年对草案条文第一次修订,新增34个条文,删除15个条文,改动50多个条文,条文总数由1924条增至1947条。改动最大的是亲属编(第六编)。即在第七十三章,新增关于子女在家庭中的权利义务的规定;第七十六章,新增关于成年照顾制度的规定,将章名改为监护与照顾,设两节:第一节未成年人监护,第二节成年人照顾;并相应在总则编自然人一章(第二章),对自然人民事行为能力制度作相应的修改和调整。修订后的草案条文英译本(the Draft Civil Code of the People's Republic),于2010年10月由位于荷兰的博睿学术出版社(BRILL)在莱顿和波士顿出版。

2012年起对草案条文做第二次修订。新增条文186条,删除条文102条,修改条文500余条,条文总数由草案第一次修订版的1945条增至2029条。条文修订内容主要是:(1)总则编,法人目的外行为修订为原则上有效,修改法律行为生效要件、法律行为违反禁止性规定的效果、撤销权的行使与消灭,增设无效法律行为之转换、附条件利益处分及保护,修改诉讼时效一章。(2)物权编,增设习惯法为物权创设依据,缩减非依法律行为的物权变动事由,修改征收的要件,修改物权请求权一节、建筑物区分所有权一节、不动产相邻关系一节、将质权一章第一节一般

## 中国民法典草案建议稿附理由：侵权行为编

规定与第二节动产质权合并修改为动产质权,修改股权质押规定,增设基金份额质权。(3)债权总则编,增设连带债权的无涉他效力事项,修改债的履行一章的表述,修改瑕疵履行后果的规定,将关于法律行为撤销权、时效的规定统合至总则编。(4)合同编总则部分,修改对合同自由原则的表述、违反合同形式要求的后果、要约的撤销、对要约内容作实质性变更的承诺、缔约过失责任、不得解除合同的情形,删除过失相抵规则,增设定金一节。合同编分则部分,修改买卖合同标的物交付、瑕疵担保义务的规定;修改赠与合同法定撤销事由;修改租赁合同中承租人的保管义务、增设承租人的瑕疵通知义务、租赁动物饲养费负担规定,修改转租、买卖不破租赁、优先购买权、租赁默示更新等规定;重写融资租赁合同一章、存款合同一章;删除借款合同贷款人主体限制、自然人贷款资金来源限制,增设收取借款义务、无息定期借款的提前返还,修改借款费用的规定,改为仅适用于银团贷款,修改本章体例,重写关于自然人之间借款合同一节;增设借用合同中借用物费用负担、借用物改善增设之规定;增设承揽合同中承揽人对其材料的瑕疵担保义务、材料处理与返还义务,修改中途变更承揽、定作人监督检查、承揽人保管义务、工作成果验收、风险负担、定作人任意解除权等条文;修改建设工程合同中的工程验收、缺陷损害责任、承包人法定抵押权的条文;修改运输合同一章;修改委托合同中的委托事务范围与受托人权限、转委托效力的规定;修改经纪人处分权、留置权规定;修改居间费用负担规定;重写技术合同一章;修改保管合同中的保管物返还、消费保管、保管报酬、保管人留置权的规定;增设仓储合同成立时间规定,修改仓单效力、保管人容许义务、通知义务、紧急处置权、存货人说明义务的规定,增设仓储物储存期间、仓储物提取规定;修改教学培训合同中教学培训期间、教学人规章制度有效要件、教学合同终止规定;修改医疗合同中医师的注意义务、告知与同意规则、临床实验的限制、教学医疗的限制、患者隐私权保护规定;修改住宿合同中住宿人隐私权保护规定、住宿人携入物品损害赔偿规定,增设贵重物品保管责任、物品毁损灭失时通知义务;增设旅游合同中旅行社的说明、警示义务,修改旅游合同终止规定;重写演出合同一章、出版合同一章、合伙合同一章、保证合同一章;删除独立保证合同中当事人资格限制规定,增设保证人不付款决定的通知义务,修改独立性例外的条文。(5)侵权行为编,修改自助行为免责的要件,增设照顾人责任、定作人责



任、环境侵权责任的因果关系推定,修改基于公平和公序良俗的减轻赔偿规则。(6)亲属编,增补监护监督人选任监护人的职权、监护监督人的指定权,修改监护人义务规定。(7)继承编,修改遗嘱自由原则、应继份规定,将遗嘱变更与撤销改为遗嘱的变更与撤回。由李宇博士对全部条文所附说明、理由进行了审定、修改、重写,并更新相关立法例。

梁慧星

2013年8月25日于昆明

## 《侵权行为编》起草人

张新宝:负责设计本编章节结构并起草第六十三章通则、第六十四章第一节对人身权的侵害和第二节对财产权和财产利益、精神利益的侵害及第六十七章侵权的民事责任;

龚赛红:第六十四章第三节专家责任;

刘士国:第六十五章对他人侵权之责任;

刘士国、于敏:第六十六章第一节物造成的损害、第二节污染环境及危险作业等致人损害;

于敏:第六十六章第三节机动车和高速交通工具致人损害;

梁慧星:第六十六章第四节产品责任;

侵权行为编统稿人:张新宝。

梁慧星负责设计民法典结构体例设计及全部条文的修改、定稿及修订。李宇负责对全部条文所附说明、理由进行审定、修改、重写,并更新相关立法例。

## 第五编 侵权行为

### 目 录

#### 第五编 侵权行为

第六十三章 一般规定 .....	3
第一节 侵权行为的定义与归责事由、责任能力 .....	3
第二节 损害 .....	13
第三节 因果关系与共同侵权 .....	19
第四节 抗辩事由 .....	32
第五节 其他规定 .....	52
第六十四章 自己的侵权行为 .....	58
第一节 对人格权的侵害 .....	58
第二节 对财产权和财产利益、精神利益的侵害 .....	74
第三节 专家责任 .....	91
第六十五章 对他人侵权的责任 .....	112
第一节 监护人责任与照顾人责任 .....	112
第二节 替代责任、定作人责任、被代理人责任、国家 赔偿责任 .....	122
第六十六章 准侵权行为:无过错责任 .....	133
第一节 物造成的损害 .....	133
第二节 机动车和其他高速交通工具致人损害 .....	148

中国民法典草案建议稿附理由:侵权行为编

---

第三节	产品责任	.....	159
第四节	危险作业等致人损害	.....	177
第五节	环境污染责任	.....	188
第六十七章	侵权的民事责任	.....	193
第一节	一般规定	.....	193
第二节	损害赔偿	.....	197
第三节	其他民事责任方式的适用	.....	208
侵权行为编法条索引			..... 216

## 第五编 侵权行为

### 【本编说明】

侵权行为法性质上属于救济法,是人民合法权益遭受侵害时的民事救济手段,因此属于强行规定,不允许当事人以约定排除其适用。但侵权行为所产生的权利义务与合同产生的权利义务本质相同,因此同属于债权法,称为侵权行为之债。侵权行为之债与合同之债的区别在于,前者为法定之债,后者为任意之债。但两者权利本质相同,均属于相对权和请求权,具有共同的本质和效力,其移转、变更、清偿、消灭,以及可分债权与不可分债权,种类债权与特定债权,选择债权债务、单独债权债务及连带债权债务等,适用同样的规则即债权总则的规定。因此,多数立法例将侵权行为的规则,规定在民法典债权编的债权总则部分。起草人考虑到债权编内容的庞大,而与其他编不协调,特参考新荷兰民法典和新蒙古国民法典的经验,将债权编分解为三编:债权总则编;合同编;侵权行为编。于是构成本法的双层结构:第一层是总则、物权、债权、亲属、继承五编;第二层是债权编内部,债权总则与作为债权分则的合同编和侵权行为编的划分。可见,本编不构成与物权、债权、亲属、继承并列关系,只是在债权总则之下与合同编构成并列关系。



## 第六十三章 一般规定

### 第一节 侵权行为的定义与归责事由、 责任能力

#### 第一千六百零五条 [一般条款]

民事主体的人身或者财产受到损害的,有权依据本编的规定请求可归责的加害人或者对损害负有赔偿或者其他义务的人承担民事责任。

#### | 说明 |

本条是关于侵权行为法一般条款的规定。

本条规定,民事主体的人身或财产受到损害的,有权依据本编的规定请求可归责的加害人或者对损害负有赔偿或其他义务的人承担民事责任。依本条规定,所谓侵权行为,是指侵害民事主体的人身或者财产,依据本编规定应当由加害人或者其他义务人承担民事责任的行为。本条概括规定了一切侵权行为类型的共同的构成要件,属于所谓“一般条款”,在侵权行为法规则体系中居于核心地位。本编第六十四章、第六十五章、第六十六章关于各种侵权行为类型的规定,是本条一般条款的具体化。对于本编第六十四章、第六十五章、第六十六章未作规定的加害行为,如果符合本条关于一般条款的规定,人民法院可以认定其为侵权行为或准侵权行为,并依据本编第六十三章和第六十七章的规定追究民事责任。

## | 理由 |

侵权行为法大致有三种模式：除了英美法系侵权行为法的“完全列举 + 过错侵权”（一定程度的抽象）的模式外，大陆法系侵权行为法的立法模式主要有德国式的“递进列举”模式和法国式的“一般条款”模式。此外，北欧国家还有单独制定赔偿法的立法模式。英美法对侵权行为采取的“完全列举 + 过错侵权”的模式不符合我国法律传统，不宜完全照搬，否则起草出来的侵权法将不是法典的条文而是法律规范的汇编，类似于美国的第二次侵权行为法重述。德国的“递进列举”模式曾为我国大清民律草案和中华民国民法（即现在的台湾地区民法）所采纳，但是苏俄民法典、我国民法通则、荷兰的新民法典均未采用这一立法模式。德国模式的缺点是将侵权行为法的调整对象限制在一个较小的范围，不利于发挥侵权行为法的积极功能；同时，这一模式又必须借助对合同关系进行扩张解释来调整一些本来属于侵权行为法的内容，而且进行这样的解释需要采用一些复杂的术语和理论。这不仅不利于合同法作为调整交易关系的法律的稳定性，也会使得法律适用变得过分复杂。

法国民法典采用的侵权行为法“一般条款”模式为后来的希腊民法典、意大利民法典、苏俄民法典、荷兰民法典以及我国民法通则所接受。日本民法典从条文上看也是接受了这一模式，但是在解释上却偏向于德国的“递进列举”模式。“一般条款”模式的优点是，对侵权行为和准侵权行为的高度概括以及是否构成侵权的统一判断标准。按照这一模式制定的侵权行为法，条文都比较少。起草人在对德国的“递进列举”模式与法国的“一般条款”模式进行比较研究之后，决定采纳“一般条款”模式作为建构本法侵权行为法编的框架。

起草人同时认为，完全采用“一般条款”模式，侵权行为法编只规定简单的 5 ~ 10 个条文，也是不妥当的。因为“宜粗不宜细”、重原则轻操作的立法指导思想，已经为我国近 20 年的裁判实践证明是不可取的，广大法官和律师要求制定更为具体、明确、完善的裁判规则，以保障裁判的公正性和统一性。有鉴于此，本编在一般条款模式的基础之上增加了对主要的常见侵权行为和准侵权行为的列举规定，即本编第六十四章、第



六十五章和第六十六章。因此,本编所采用的立法模式,实际上是法国“一般条款”模式+英美侵权行为法“列举”模式的结合模式。

按照本法所采用的法国“一般条款”模式+英美侵权行为法“列举”模式的结合模式,任何侵权行为或准侵权行为,都必须符合本条所规定的全部要件;本编第六十四章、第六十五章和第六十六章,只是列举一些主要的常见侵权行为或准侵权行为,着重于这些侵权行为或准侵权行为在构成要件、民事责任或者免责事由的特殊性,并不构成在本条之外的新的诉因。因此,本编除本条之外的条文,都是对本条一般条款的解释、补充和合理的展开。在第六十四章、第六十五章和第六十六章中未作规定的加害行为,如果符合本条关于一般条款的规定,人民法院可以认定其为侵权行为或准侵权行为,并依据本编第六十三章和第六十七章的规定追究民事责任。

### | 立法例 |

#### 法国民法典第 1382 条

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。

#### 法国民法典第 1383 条

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,负赔偿的责任。

#### 法国民法典第 1384 条第 1 款

1. 任何人不仅对其自己的行为所造成的损害,而且对对应由其负责的他人的行为或在其管理下的物件所造成的损害,均负有赔偿责任。

#### 中华人民共和国民法通则第 106 条

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。

#### 埃塞俄比亚民法典第 2028 条 [一般原则]

任何因过犯给他人造成损害的人,得赔偿损害。

#### 日本民法典第 709 条 [因侵权行为的损害赔偿]

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。

意大利民法典第 2043 条 [不法行为的损害赔偿]

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。

中国澳门民法典第 477 条 [一般原则]

一、因故意或过失不法侵犯他人权利或违反旨在保护他人利益之任何法律规定者,有义务就其侵犯或违反所造成之损害向受害人作出损害赔偿。

二、不取决于有无过错之损害赔偿义务,仅在法律规定之情况下方存在。

欧洲私法原则、定义与示范规则:共同参考框架草案(欧洲民法典草案)第 VI. -1:101 条 [基础规则]

(1) 遭受具有法律相关性的损害的人,得要求故意或者过失造成该损害或者因其他事由对该损害的发生负有责任的人赔偿。

(2) 非因故意或者过失造成具有法律相关性的损害的,仅在第三章(归责)有规定的情况下方对损害的发生负责。

第一千六百零六条 [归责事由]

以损害他人为目的实施加害行为或者明知其行为会损害他人而仍实施加害行为的,为故意侵权行为。因未达到法律规定或者社会生活一般原则所要求的注意程度而加害他人的,为过失侵权行为。实施故意或者过失侵权行为的人应当承担民事责任。

法律推定加害人有过错的,受害人无须对加害人的过错举证。加害人可以反证自己无过错,但法律规定不得反证的除外。

法律特别规定不要求加害人有过错的,加害行为造成他人损害时,应当承担民事责任。

有义务对他人造成的损害负责的人,应当对该他人造成的损害承担民事责任。

有义务对物造成的损害负责的人,应当对该物造成的损害承担民事责任。

## | 说明 |

本条是关于归责原则的规定。

侵权行为的归责原则,是承担侵权责任的基础。本编规定了过错责任、无过错责任的归责原则,同时规定了过错责任之特别适用方法的过错推定及准侵权行为的归责原则。

过错责任是民事主体承担民事责任的法理基础,其基本含义是,民事主体只对自己有过错的行为(故意行为和过失行为)承担责任,不对没有过错的行为承担责任,所谓“有过错即有责任、无过错即无责任”。过错推定是过错责任的一种特殊适用方法,即在一些特别类型的案件中,法律推定加害人有过错而无须受害人对加害人的过错进行证明,但同时允许加害人对自己没有过错进行证明,如果加害人证明了自己没有过错,即因法律的推定被推翻而不承担责任;反之,如果加害人不能证明自己没有过错,即应依据法律的推定而承担侵权责任。无过错责任的含义是,在法律有特别规定的情况下,不考虑加害人是否有过错,只要其具备侵权行为的其他构成要件,即应承担相应的侵权责任。须说明的是,无过错责任在构成要件上不考虑加害人(或者责任承担者)有无过错,并不意味着不考虑受害人的过错。在一些无过错责任案件中,受害人的过错尤其是故意或重大过失往往成为免除或者减轻加害人责任的事由。

对他人行为造成损害的责任(如雇主责任、监护人责任)多为无过错责任(也有承担过错推定责任的)。对物造成的损害(如动物致人损害),准侵权行为人一般也是承担无过错责任。就具体案件而言,准侵权行为人对受害人的损害到底承担什么样的责任,由具体条文加以规定。

## | 理由 |

国内民法学界关于我国侵权行为法的归责原则,有多种学说,包括:(1)过错责任一元说;(2)过错责任与无过错责任(严格责任)二元说;(3)过错责任、无过错责任与公平责任三元说。此外,还有将过错推定作为与过错责任原则并列作为归责原则的。从民法通则第 116 条第 2 款和第 3 款的文义来看,可以认为民法通则确立了过错责任原则和无过错责任原则的二元归责原则。考虑到绝大多数立法例对无过错责任(严格

责任)的认可,并参考民法通则的规定,本法规定了过错责任、作为过错责任之特别适用方法的过错推定、无过错责任(严格责任)。

做出这样安排不是考虑贯彻某种理论,所关注的是归责原则的实际操作。但就理论基础而言,这些规定还是贯彻了二元归责原则。起草人认为,作为民法基本原则的公平原则,当然也是民法典侵权行为编的基本原则,但不是侵权行为法的归责原则。因为,无论是过错责任原则或者无过错责任原则,均体现了公平原则的精神,绝不能认为与公平原则无关。并且,本条规定的归责原则,是法院审理侵权行为案件时判断被告是否应承担侵权责任的裁判依据,而公平原则属于指导性原则,不能成为法院裁判依据。因此,绝大多数立法例并不将“公平责任”作为侵权行为法的一个归责原则。至于民法通则第 132 条,规定“当事人对造成损害都没有过错的,可以根据实际情况,由当事人分担民事责任”,最高人民法院的司法解释已经将其适用范围限定于“当事人对造成损害均没有过错,但一方是在为对方的利益进行活动的过程中受到损害”的特殊情形,不具有普遍适用的效力,属于特殊情形“分担损害”的具体规则,不可称之为与过错责任、无过错责任并立的归责原则。在司法认识论上,无论是当事人还是法官,不可能也不应当先入为主地将某个一般性的案件定性为“双方均无过错”案件,然后展开诉讼程序并决定责任承担。

“严格责任”是英美侵权行为法上的概念,是从责任的严格程度立论,与大陆法系从是否以过错为责任成立要件对责任进行分类,显然不同。起草人注意到,英美法系所谓的严格责任,大体相当于大陆法系侵权行为法中的无过错责任及作为过错责任特殊适用形式的过错推定。例如美国的产品责任,属于典型的严格责任,但大陆法系参考美国产品责任所制定的法律,如欧共体产品责任指令和各国产品责任法,多称为无过错责任。大陆法国家的一些侵权法著作,由于受到英美法的影响,也往往使用“严格责任”概念以代替“无过错责任”概念。但无论如何,过错责任与无过错责任,是相互对应的概念,严格责任与过错责任不构成相互对应概念,且导致逻辑的混乱。因此,本法没有对严格责任作出正面的规定,而是在立法意图上,将严格责任等同于无过错责任 + 过错推定责任。

| 立法例 |

埃塞俄比亚民法典第 2029 条 [过犯的种类]

1. 过犯可由故意行为或纯粹的疏忽构成。
2. 过犯可由行为或不行为构成。

埃塞俄比亚民法典第 2030 条 [公共道德]

1. 如果某人以违反道德或公共秩序的方式或在这样的状态中行为或不行为,则他实施了过犯。
2. 必须考虑一个合理的人的行为。
3. 除非法律另有规定,过错的估计不得考虑有关人员的年龄和精神状况。

俄罗斯联邦民法典第 1064 条

2. ……法律规定致害人虽无过错仍需负责的情况。

阿尔及利亚民法典第 124 条

任何人应对其过错而致他人的损害承担赔偿责任。

美国第二次侵权行为法重述第 8 条 a [故意]

“故意”在本重述中是指行为人期望其行为导致某种结果发生,或者行为人相信其期望的结果相当确定的将要发生。

欧洲私法原则、定义与示范规则:共同参考框架草案(欧洲民法典草案)第 VI. -3:101 条 [故意]

行为人在造成具有法律相关性的损害时存在下列情形的,得认为其系故意:

(a) 意图即在于造成此种损害;或者

(b) 明知将会或者几乎必然会导致此种损害或者同类损害的发生而仍为一定行为。

欧洲私法原则、定义与示范规则:共同参考框架草案(欧洲民法典草案)第 VI. -3:102 条 [过失]

行为人在造成具有法律相关性的损害时,其行为符合下列情形的,得认为其系过失:

(a) 未达到制定法所规定的旨在保护受害人免受损害的特殊注意义务标准;或者

(b) 在没有法定注意义务标准时, 未尽到在个案情形下相当谨慎之人可以被期待的注意。

欧洲私法原则、定义与示范规则: 共同参考框架草案( 欧洲民法典草案) 第 VI. -3:104 条 [ 儿童或者被监护人造成损害的责任承担]

(1) 未满十四周岁的人的行为如由成年人所为将构成故意或者过失的, 父母或者其他根据法律对其负有亲权照护义务的人应就其造成的具有法律相关性的损害承担责任。

(2) 如果具备下列要件, 负有监护义务的机构或其他组织应就第三人遭受的具有法律相关性的损害承担责任:

(a) 该损害系人身伤害、本编第 2:202 条( 因受害人的 人身伤害或死亡而造成的第三人损失) 所规定的损失, 或者财产损害;

(b) 机构或其他组织对其负有监护义务的人系故意或者过失造成该损害, 或者如果其未满十八周岁, 其行为若由成年人所为将构成故意或者过失; 并且

(c) 机构或其他组织对其负有监护义务的人有造成该损害的倾向。

(3) 监护人证明其监护无瑕疵的, 不承担本条规定的责任。

欧洲私法原则、定义与示范规则: 共同参考框架草案( 欧洲民法典草案) 第 VI. -3:201 条 [ 雇员和代表人造成损害的责任承担]

(1) 雇佣或以类似方式使用他人者就下列情形下第三人遭受的具有法律相关性的损害承担责任:

(a) 受雇人或者被使用人在雇佣或者使用活动中造成损害; 并且

(b) 系故意或者过失地造成损害, 或者因其他事由对损害负有责任。

(2) 法人的代表人在以代表人身份行为时给他人造成损害的, 第(1) 款的规定适用于该法人。本款所称代表人是指法人章程授权其代表法人为法律行为之人。

中国澳门民法典第 480 条 [ 过错]

一、侵害人之过错由受害人证明, 但属法律推定有过错之情况除外。

二、在无其他法定标准之情况下, 过错须按每一具体情况以对善良家父之注意要求予以认定。

第一千六百零七条 [ 侵权责任能力]

未成年人、成年障碍者对其能够识别的行为造成的损害承担民事责任。

**| 说明 |**

本条是关于侵权责任能力的规定。

所谓侵权责任能力,亦称民事责任能力,是指民事主体是否自己承担侵权责任的能力。本条规定,未成年人、成年障碍者仅对其能够识别的行为造成的损害承担民事责任。

**| 理由 |**

设立本条关于侵权责任能力的规定,出于两个方面的考虑:(1)对未成年人、成年障碍者在侵权责任方面予以必要的关怀;(2)借鉴其他国家的通常做法以弥补现行民法通则在这方面的漏洞。

需指出的是,本条规定未成年人、成年障碍者不对自己识别能力之外的行为造成的损害承担责任,并不意味着受害人得不到赔偿。而是应当由未成年人的监护人或者成年障碍者的照顾人对受害人承担赔偿责任(本法第 1660 条),如果未成年人、成年障碍者有财产的,赔偿金还应从其财产中支付(本法第 1664 条)。

**| 立法例 |****日本民法典第 712 条 [责任能力]**

未成年人加害他人时,如不具备足以识别其行为责任的知识 and 能力,不就其行为负赔偿责任。

**德国民法典第 828 条 [未成年人]**

1. 未满 7 周岁的人,对自己施加于他人的损害,不负其责任。

2. 已满 7 周岁但未满 10 周岁的人,对自己在机动车、有轨电车或者悬浮轨道事故中对他人造成的损害,不承担责任。故意造成损害的,不适用此规定。

3. 未满 18 周岁的人,以其责任不依第 1 款或者第 2 款被排除为限,在自己于实施加害行为之际,不具有认识责任所必要的识别力时,对自己给他人造成的损害不承担责任。

**意大利民法典第 2046 条 [致损行为的可归责性]**

在实施致损行为时,无判断能力和意思能力的人不承担致损行为的

后果,除非无行为能力的状况由其过失所致。

**意大利民法典第 2047 条 [无行为能力人导致的损害]第 1 款**

1. 在损害是由无判断能力和意思能力的人导致的情况下,应对对无行为能力人负有监护义务的人承担赔偿责任;但是,能证明他不能阻止该行为的除外。

**阿尔及利亚民法典第 125 条**

无行为能力人对其致害行为具有辨别能力者,应承担赔偿责任。

但对其致害行为丧失辨别能力者,如其无担保人或受害人不能从担保人获得赔偿,法官得考虑双方当事人的实际情况,责令加害人予以相应的赔偿。

**中国澳门民法典第 481 条 [可归责性]**

二、未满 7 周岁之人及精神失常而成为禁治产之人,推定为不可归责者。

**中国台湾地区民法第 187 条 [法定代理人之责任]**

无行为能力人或限制行为能力人,不法侵害他人之权利者,以行为时有识别能力为限,与其法定代理人连带负损害赔偿赔偿责任。行为时无识别能力者,由法定代理人负损害赔偿赔偿责任。

前项情形,法定代理人如其监督并未疏懈,或纵加以相当之监督,而仍不免发生损害者,不负赔偿责任。

如不能依前二项规定受损害赔偿时,法院因被害人之声请,得斟酌行为人及其法定代表人与被害人之经济状况,令行为人或其法定代表人为全部或一部之损害赔偿。

前项规定,于其他之人,在无意识或精神错乱中所为之行为致第三人受损害时,准用之。

**第一千六百零八条 [因自己过错丧失识别能力]**

因过错使自己暂时丧失识别能力的人造成损害的,应当承担民事责任。

**| 说明 |**

本条规定,因过错使自己暂时丧失识别能力的人造成损害的,应当承担民事责任。酒后开车造成交通事故致人伤害的人,无疑应当承担民事责



任。毒品使用者一时丧失识别能力造成他人损害的,也应适用本条规定。

### | 理由 |

按照各国民事立法的通例,因自己的过失造成暂时丧失识别能力而造成他人损害的,应当承担民事责任。其立法目的,是要促使人们谨慎行事:不仅应当诚信地对待他人的民事权利和利益,而且还要慎重地对待自己的识别能力,不能为了一时的任性或者放纵而使自己丧失识别能力,进而对他人造成损害。从归责原则的角度看,因过错使自己暂时丧失识别能力,本身就是有过错的行为。行为人应当对自己的过错行为造成的损害承担责任,是过错责任原则的要求。

### | 立法例 |

#### 日本民法典第 713 条 [心神丧失人的责任能力]

于心神丧失期间加害于他人者,不负赔偿责任。但是,因故意或过失致一时心神丧失者,不在此限。

#### 德国民法典第 827 条 [排除和减少责任]

处于无意识的状态中或者处于精神错乱而不能以自由意志决定的状态中,对他人施加损害的人,对其损害不负责任。如处于饮酒或其他类似方式而使自己暂时处于上述状态者,对其处于此种状态中违法地造成的损害,与有过失者造成的损害负同样的责任;但非因过失而陷入此种状态的人,不负其责任。

#### 中国澳门民法典第 481 条 [可归责性]

一、在损害事实发生时基于任何原因而无理解能力或无意欲能力之人,无须对该损害事实之后果负责;但行为人因过错而使自己暂时处于该状态者除外。

## 第二节 损 害

### 第一千六百零九条 [损害的定义]

损害是指受害人因他人的加害行为或者物之危险的实现而遭受的

## 人身或财产方面的不利后果。

### | 说明 |

本条是关于损害定义的规定。

按照本条的规定,侵权行为法所救济的损害,是指受害人人身或者财产方面的不利后果。这种“不利后果”表现为:财产的减少、利益的丧失以及名誉的毁损、精神痛苦或疼痛、生命丧失(死亡)、身体损害(如残疾)、健康损害、自由损害、知识产权的损害等。损害一般应当为现实的已经存在的“不利后果”,但是法律另有规定的,即使实际损害尚未出现,也认为存在法律上的损害或者侵权行为的构成不以实际损害已经出现为要件。

### | 理由 |

在侵权行为法中,“损害”是最基本的概念。由于采用“损害”这一概念,使我们能够将侵权行为法与无因管理法和不当得利法区别开来。例如,奥地利民法典第1295条I对损害进行了界定,北欧国家的赔偿法一般都对损害进行界定。本法参考国外立法例及民法原理,将损害定义为受害人因他人的加害行为或者物之危险的实现而遭受的人身或财产方面的不利后果。人身或财产方面的不利后果是损害的本质属性;他人的加害行为(包括加害人的自己行为、雇员等的加害行为、限制行为能力人造成损害的“行为”)和物之危险的实现是造成损害的原因。质言之,只有在这些情况下的人身或财产方面的不利后果,才是可以得到救济的损害。

对损害的这种定义方式可能导致可以救济的“损害”过于宽泛。基于这样的考虑,似应对损害加以限定,如增加一款“可救济的损害以本法有规定者为限”,或者效仿欧洲民法典草案的做法,在损害之前加上“具有法律上的相关性”的限定。但起草人最终放弃了这一方案。本编既然在第六十四章、第六十五章和第六十六章对某种侵权行为和准侵权行为的损害作出了具体规定,应当解释为当事人不得在这些条文规定的损害之外主张其他的损害。对于上述各章没有列举的加害行为,则应当由审理案件的法院在对其可救济性予以认可的同时,对应当救济的损害范围

等进行限定。

### | 立法例 |

美国第二次侵权行为法重述第 7 条 [损害与伤害]

1. 损害在本重述中是指对他人的受法律保护的利益的侵犯。
2. “伤害”在本重述中是指致人实际受到的损失或者不利的存在事实。
3. “有形伤害”在本重述中是指对人体、土地以及动产的实体上的伤害。

奥地利民法典第 1293 条

损害是指对财产、权利以及人格所施加的不利益。因事物的通常过程也能期待产生的利益之丧失,也属于损害。

欧洲私法原则、定义与示范规则:共同参考框架草案(欧洲民法典草案)第 VI. -2:101 条 [具有法律相关性的损害的含义]

(1) 损失(不论是经济损失还是非经济损失)或者伤害是具有法律相关性的损害,如果:

- (a) 本章下面的任一规则如是规定的;
- (b) 损失或者伤害是因为侵犯法律在(a)项之外所赋予的权利而产生的;
- (c) 损失或者伤害是因为侵犯值得法律保护的利益而产生的。

(2) 仅在第(1)款(b)项或者(c)项规定范围内的损失或者伤害,只有在根据具体情况依本编第 1:101 条(基础规则)或者第 1:102 条(损害防止)的规定赋予请求赔偿的权利或者请求防止损害的权利是公平合理的情况下,方构成具有法律相关性的损害。

(3) 在判断赋予请求赔偿的权利或者请求防止损害的权利是否公平合理时,必须权衡的因素包括归责基础、损害或者迫近的损害的性质与实质性原因、遭受或者将会遭受损害的人的合理期待以及对公共政策的考量。

(4) 在本编中:

- (a) 经济损失包括收入或利润损失、发生的负担以及财产价值的减少;

(b) 非经济损失包括痛苦与创伤以及生活品质的降低。

欧洲私法原则、定义与示范规则：共同参考框架草案（欧洲民法典草案）第 VI. -2:201 条 [人身伤害及其间接损失]

(1) 因为对自然人的身体或者健康的伤害而产生的损失以及该伤害本身构成具有法律相关性的损害。

(2) 在本编中：

(a) 包含与受害人关系密切的人为照顾受害人而发生的合理开支在内的健康护理费用属于前款所称损失；

(b) 对精神健康的伤害仅在其对身体状况造成影响时方构成人身伤害。

#### 第一千六百一十条 [损害的举证]

受害人对损害的范围、程度负举证责任，但法律规定无须举证的除外。

#### | 说明 |

本条是关于受害人对损害的举证责任的规定。

在多数侵权案件中，提起诉讼请求的受害人（或原告方）对应当得到法律救济的损害、损害的范围和程度等负有举证责任。按照本条规定，受害人举证的内容包括具体数额、计算方式等。本条“但书”所谓“法律规定无须举证的”，通常包括两种情况：（1）对名誉权、隐私权、人身自由、姓名权、肖像权和其他人格权、人格尊严进行侵害造成一般的精神损害。对于这种精神损害，受害人无须举证，而由法官依经验法则直接认定。但对重大精神损害和附带的财产损失则需要举证。（2）特别法对某些类别的侵权（如空难事故）之损害赔偿作出了具体规定的，受害人或其近亲属也无须对损害举证。在这样的案件中，对损害的赔偿往往采取的是概括的赔偿。

#### | 理由 |

按照“谁主张，谁举证”的原则，一般情况下受害人应当对损害包括损害的范围、程度以及具体的数额进行举证。但在一些特别案件，主要

是侵权人格权尤其是侵害名誉、隐私、姓名、肖像和人身自由的案件中，法律当然认定损害的存在而不要求受害人举证。在这样的案件中，受害人无须举证即可获得抚慰性的精神损害赔偿。如受害人能够举证证明特别损害的存在，则可以获得“特别赔偿”，即较高数额的实质意义的精神损害赔偿。此外，特别法对某些案件中的人身损害或财产损失的赔偿数额作出了具体规定的，受害人或者其近亲属也无须举证。

### | 立法例 |

#### 阿尔及利亚民法典第 131 条

法官应根据第 182 条的规定，根据具体情况，认定受害人证明的损害赔偿的范围。如在诉讼中无法对赔偿范围做出最终认定，法官得允许受害人在一定期限内保留请求重新估计赔偿金额的权利。

#### 第一千六百一十一条 [现实威胁]

损害尚未实际发生，但已使他人人身或者财产受到现实威胁的，受到现实威胁的人有权请求停止侵害、消除危险、排除妨害。

### | 说明 |

本条是关于现实威胁的规定。

所谓现实威胁，是指当事人直接面临的遭受人身或财产损失的威胁。在面临现实威胁的情况下，人身或财产损失虽然尚未发生，但是其发生已经具有现实可能性，即随时可能发生。在当事人受到现实威胁的情况下，依据本条的规定，可以请求停止侵害、消除危险、排除妨害。如果因行使这样的请求权而支出合理费用或者加害人的行为还导致受害人损失的，受害人得一并请求相应的损害赔偿。

### | 理由 |

传统理论通常将侵权行为法作为处理已经发生的损害的消极规范，而忽视侵权行为法的积极预防功能。晚近的侵权行为法理论认为侵权行为法除了具有填补受害人损失的功能外，还有分散损失与平衡社会利益的功能，教育、惩戒以及预防损害发生、防止损害扩大的功能。民法通

则在一定程度上已经贯彻这一思想,在第 134 条规定了停止侵权、消除危险、排除妨害的民事责任方式(该条存在的问题是对侵权责任形式和违约责任形式即物权请求权未加区分)。特根据民法理论并参考民法通则的规定,制定本条。

### | 立法例 |

#### 中华人民共和国民法通则第 134 条

承担民事责任的方式主要有:

- (一)停止侵害;
- (二)排除妨碍;
- (三)消除危险;
- (四)返还财产;
- (五)恢复原状;
- (六)修理、重作、更换;
- (七)赔偿损失;
- (八)支付违约金;
- (九)消除影响、恢复名誉;
- (十)赔礼道歉。

以上承担民事责任的方式,可以单独适用,也可以合并适用。

人民法院审理民事案件,除适用上述规定外,还可以予以训诫、责令具结悔过、收缴进行非法活动的财物和非法所得,并可以依照法律规定处以罚款、拘留。

#### 俄罗斯联邦民法典第 1065 条 [预防损害]

1. 对将来发生的损害危险,可作为提起禁止该危险活动诉讼的依据。

2. 损害结果如系企业经营、建筑物或其他生产活动所致,并且该活动继续致害或者有新的损害危险,法院有权责成被告除赔偿损失外,还须暂停或者终止其有关活动。

仅当暂停或者终止有关活动违背社会利益时,法院方可驳回请求暂停或者终止该活动的起诉。

驳回暂停或者终止该活动的诉讼请求,受害人仍有权请求赔偿该活

动所造成的损害。

### 第三节 因果关系与共同侵权

#### 第一千六百一十二条 [因果关系的一般规定]

加害人的行为与受害人遭受的损害之间存在因果关系,是加害人承担民事责任的条件。

对他人行为造成的损害或者物造成的损害承担民事责任的,他人的行为或者物之危险的实现应当是损害发生的原因。

#### | 说明 |

本条是关于因果关系的规定。

本条规定,加害人的行为与受害人遭受的损害之间存在因果关系,是加害人承担民事责任的条件。对他人行为造成的损害或者物所致的损害承担民事责任的,他人的行为或者物之危险的实现应当是损害发生的原因。所谓因果关系,是指加害行为与损害之间的内在联系;在对他人造成的损害承担责任或者对物的危险之实现导致的损害承担责任的情形(即准侵权行为情形),因果关系是指他人的致害行为或者物的危险之实现与损害之间的内在联系。行为人自己的加害行为、他人(如被监护人、雇员等)的加害行为或者物之危险的实现(如建筑物倒塌)应当是损害发生的原因,受害人遭受的损失则是前者的结果。在这样的因果关系中,内在的联系应当是客观的,而且原因发生于结果之前,原因对于结果而言是近因并符合“相当因果关系”等检验标准。

#### | 理由 |

我国民法通则虽然没有对因果关系作出直接规定,但是在司法实践中因果关系的重要性从来没有动摇过。英美侵权行为法有法律上的因果关系与事实上的因果关系的划分,前者是指某一加害行为是否符合某一特定的侵权诉因的要件的问题,后者是指加害行为与损害之间的关系。大陆法系侵权行为法一般只规定事实上的因果关系,本条也只涉及