

世界侵权法学会丛书 | 壹

World Tort Law Society Series



侵权法论

第五版

杨立新 / 著



上

人民法院出版社



World Tort Law Society Series

世界侵权法学会丛书

侵权法论

ISBN 978-7-5109-0769-2



9 787510 907692 >

定价: 168.00元 (上、下册)



世界侵权法学会丛书 | 壹

World Tort Law Society Series



侵权法论

第五版

杨立新 / 著



上

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

侵权法论: 全 2 册/杨立新著. — 5 版. — 北京: 人民法院出版社,
2013. 8

(世界侵权法学会丛书)

ISBN 978-7-5109-0769-2

I. ①侵… II. ①杨… III. ①侵权行为—民法—研究—中国
IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 203153 号

侵权法论(第 5 版)

杨立新 著

责任编辑 肖瑾璟

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010)67550562(责任编辑) 67550558(发行部查询)
65223677(读者服务部)

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 三河市国英印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 1462 千字

印 张 86.75

版 次 2013 年 8 月第 5 版 2013 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-0769-2

定 价 168.00 元(上、下册)

版权所有 侵权必究

世界侵权法学会丛书总序

2011年8月，我在上海主持第二届国际民法论坛。会议之余，我邀请奥地利皇家科学院欧洲侵权法研究中心主任奥立芬特教授，美国法律协会《侵权法重述（第三次）》总协调人兼“物质和精神损害责任编”报告人之一，美国南方卫理公会大学法学院普莱尔教授，英国牛津大学伍斯特学院诺兰教授，澳大利亚新英格兰大学法学院伦尼教授和中国人民大学法学院姚辉教授等几位专攻侵权法研究的教授在酒吧聚谈。其间，我提出一个建议，即组建一个世界性的侵权法研究团体，定期进行活动，交流侵权法的研究成果，推动世界侵权法的发展。这个提议得到了参加聚谈的所有同仁的赞同，接下来就详细地讨论了世界侵权法学会的具体筹建工作，共同推举欧洲侵权法与保险法研究中心主任库齐奥教授作为学会主席，并成立由我和奥立芬特教授、美国法律协会《侵权法重述（第三次）》“责任分担编”和“物质和精神损害责任编”报告人之一、美国维克森林大学法学院格林教授组成的执委会，负责会议的组织工作，并委托我主持第一届会议的筹备工作，奥立芬特教授负责准备会议讨论的案例。原计划第一届会议在2012年举行，但是执委会认为筹备工作应当更加细致，因此推迟到2013年9月在中国哈尔滨举行。目前，会期临近，“世界侵权法学会丛书”作为会议的筹备工作之一，将隆重推出，陆续出版，向会议献礼。

我之所以提出组建世界侵权法学会的倡议，是因为世界性的侵权法研究正在走向融合、发展，具有重大意义。我认为，当今世界侵权法研究一个非常明显的特点是，三个主要的研究团体的研究工作在不断进展中：一是美国法律协会的侵权法研究，持久不衰，一直在进行《美国侵权法重述》的工作，具有世界性的重要影响；二是欧洲统一侵权法的研究不

断取得新成果，库齐奥教授领导的“欧洲侵权法小组”，做出了重要贡献，冯·巴尔教授领导的“欧洲民法典研究小组”对欧洲统一侵权法的研究也有重要进展；三是中国《侵权责任法》的颁布实施在世界范围内具有重大影响，2010年成立的东亚侵权法学会，尽管工作的时间很短，但《东亚侵权法示范法》的起草工作正在进行，已经有了雏形。在这样的研究基础上，世界各国和地区研究侵权法的专家学者应当有一个共同的组织，将研究的焦点集中在世界性的、各国和地区都普遍关心的侵权法议题上来，进行更深入的比较法研究，取得更具有共通性的研究成果，影响本国和本地区的侵权法立法和司法，推动世界侵权法的发展。通过世界侵权法学会的努力工作，这个设想正在实现。

按照世界侵权法学会执委会的安排，世界侵权法学会的会员须是各国和地区研究侵权法问题的专家，每年举行一次年会，选择一个主题，以案例研究为主，通过设定虚拟的典型案件，由各国和地区的专家根据本法域侵权法的规则，提出各法域的专门报告，在会议上进行讨论，归纳各法域对同一问题的侵权法规则的相同点和差异，协调各法域侵权法的立场，提出融合和统一的意见，推动世界侵权法的发展。

世界侵权法学会执委会希望通过这样的工作方式，使本学会能够成为世界各国和地区侵权法研究专家的交流中心、进行世界范围内的侵权法比较研究的学术中心、世界侵权法学研究成果的发表平台。编辑出版“世界侵权法学会丛书”正是出于这个目的，专门汇集学会会员以及各国和地区侵权法学者学术研究精品，交流最新的侵权法学说，使之成为世界性的侵权法研究成果园地。我们期待丛书不断有新的作品发表，也期待热心读者关注世界侵权法学会的活动，关注“世界侵权法学会丛书”，关注世界侵权法的融合与发展的大趋势，为世界和平和发展贡献力量。

中国人民大学民商事法律科学研究中心主任

世界侵权法学会执委会委员 杨立新

2013年6月18日

Preface of World Tort Law Society Series

In August 2011, I was in Shanghai, presiding the Second International Forum on Civil Law. During my stay in Shanghai, I had a great talk at a bar with some of the most prestigious scholars of tort law study from all over the world. Gathering at that occasion were Prof. Ken Oliphant, Director of Institute for European Tort Law of Austrian Academy of Science, Prof. Ellen S. Pryor from SMU, Prof. Donal Nolan from Worcester College of Oxford University, Prof. Mark Lunney from University of New England, and Prof. Hui YAO from Renmin University. I said “why don’t we set up an international organization for tort law study, so that we can gather together regularly, exchange the latest findings in our respective countries? The efforts will surely promote the development of tort law studies of the world.” My suggestion was supported by all that presented, and we discussed in detail the organizational procedures of World Tort Law Society (hereinafter refer to as “WTLS”). We invited Prof. Helmut Koziol, Director of the European Center of Tort and Insurance Law as President, and Executive Board was formed to take charge of the organizational work of WTLS. The members of the Executive Board are Prof. Oliphant, Prof. Michael D. Green from Wake Forest University and I. I was chosen to direct the preparatory work of the Inaugural Meeting and the 1st Academic Conference. Prof. Oliphant was responsible to draft the cases for discussion. The 1st Academic Conference was originally planned to be held in 2012, but to make this milestone event even more remarkable, we decided to put off the conference to September 2013 in Harbin. Now, as the inauguration day is drawing close, the WTLS Series, as a preparatory part of the conference, are in the process of publication. It will be presented as a special gift for the conference.

The suggestion that WTLS should be organized was based on the fact that the studies of tort law are integrating and evolving around the world. I think one

of the prominent characteristics of today's tort law study is the increasing world influence of research efforts directed by three major groups. One is ALI, whose persistent efforts have won a world gravity for the Restatement of the Law of Torts. Another one is featured by European uniformed tort law study, especially contributed by European Group on Tort Law directed by Prof. Koziol, and the Study Group on a European Civil Code directed by Prof. Christian von Bar. Then finally, the East Asian countries. The promulgation and implementation of China's Tort Liability Law has a great impact on the world. In 2010, Academy for East - Asian Tort Law was established. Despite its short history, we are on the way to make a "Model East - Asian Tort Law". Based on these achievements, we are of an opinion that a common organization should be formed, where scholars and experts from all over the world are given a chance to discuss the topics and cases of common concern. It is hoped that the comparative methods may give them more insights, which will in turn transform into the forces to promote the legislation and legal practice of their respective countries and regions. We believe that by doing so, WTLS will contribute to the development of the tort laws around the world.

The Executive Board of WTLS establishes that the members of the Society should be experts of tort law in their countries or regions. The conference is held annually. A theme is determined for each conference, and cases based on the theme are prepared for discussion. Members are expected to produce reports on how legal regulations and rules of their respective countries and regions deal with the cases. It is aimed that similarities and differences of tort law regulations of different jurisdictions are found. In this way, different approaches varying from country to country can be appreciated, and the members' efforts to integrate and unify different opinions may promote the development of tort laws around the world.

The Executive Board of WTLS hopes that this operating mode will make WTLS a home for scholars from all over the world to communicate with each other, a center for comparative study of tort law, and a forum for publication of research findings. It is with this purpose, WTLS Series is edited and published. It is concentrated with the essence of research efforts of WTLS members and scholars from different countries and regions, and it reflects the latest trends of tort

law studies in the world. It is expected that new pieces will be added to the series. We also hope that more readers will join us in promoting world peace and development by turning their eyes on our activities, the WTLS Series, the general trend of integration and development of world tort law study.

Director of Research Center for Civil and Commercial Jurisprudence
of Renmin University

Member of the Executive Board of World Tort
Law Society

Prof. Lixin YANG

July 18th, 2013

第五版序言

《侵权法论》第四版出版发行已经两年了。在此期间，我有精力对侵权责任法一些理论和实践问题进行深入研究，考虑了一些新问题；对本书进行了修订，将这两年间研究的新成果加进了本书。同时，这两年间一直在与欧洲的库齐奥教授、奥利芬特教授和美国的格林教授等侵权法学专家筹备成立世界侵权法学会的事宜，决定在今年九月在中国成立这个学会。为配合学会成立和将来的研究，与人民法院出版社的领导决定出版一套“世界侵权法学术丛书”，将本书第五版作为本套丛书的第一部出版发行，以迎接世界侵权法学会的成立。

本书的这次修订，在基本结构上无改动，主要增加的是一些具体内容，主要是：

1. 增加了中国《侵权责任法》对大陆法系和英美法系侵权法经验的成功借鉴，在第一章中专设一节，重点讨论中国《侵权责任法》在哪些方面借鉴了大陆法系和英美法系侵权法成功经验。

2. 增加了大规模侵权行为及其立法对策的内容。这一部分放在第十章的最后一节，重点强调的是应对大规模侵权行为，《侵权责任法》究竟采取了哪些必要措施，以回应很多学者提出的我国《侵权责任法》应对大规模侵权行为立法不足的说法。

3. 关于侵权行为形态和侵权责任形态的问题，是这次修订中补充的重点内容。特别是对于多数人侵权行为及责任，做了深入的研究，分别提出了竞合侵权行为、分别侵权行为和第三人侵权行为的概念，与共同侵权行为一起，作为共同责任形态中的侵权行为形态体系。其对应关系是：共同侵权行为→连带责任、分别侵权行为→按份责任、竞合侵权行为→不真正连带责任、第三人侵权行为→第三人侵权责任。在第十五章增加第五

节，研究多数人侵权行为及责任承担；在第十八章改写了第四节“共同责任中的不真正连带责任”，专门研究竞合侵权行为与不真正连带责任，增加第五节“第三人侵权行为与责任承担”。需要说明的是，第三人侵权行为本为免责事由，由于应当由第三人承担侵权责任，因此还属于责任分担的责任形态问题；由于是第三人单独承担责任，放在共同责任中稍有不妥，但由于其是多数人侵权，因此暂且放在这个部分。

4. 根据最新的立法、司法解释和研究成果，增加了部分内容。一是对第一章第五节关于民事利益范围的判定，增加了新的内容；二是改写了第八章第五节的内容，将侵权损害赔偿请求权的优先权保障写得更详细；三是在第十一章第二节增加了《关于加强网络信息保护的决定》中规定的侵权行为类型；四是在第十二章第三节医疗损害责任中，增加了一种新的医疗损害责任类型，即医疗管理损害责任；五是在第十三章第五节关于机动车交通事故部分，根据《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》进行了新的修订。

其他部分内容有所修正。

本书的这次修订，人民法院出版社的德权、秀军、瑾璟等老友新朋多有厚爱和支持，致以特别的感谢！

中国人民大学民商事法律科学研究中心 杨立新

2013年2月20日·于人民大学

第四版序言

自2010年7月1日《侵权责任法》开始实施之后，我讲授《侵权责任法》的工作量明显减轻，因此有了时间开始修订本书。

2010年上半年，《侵权责任法》刚刚通过，要编写讲义，要讲解条文，又兴奋，又忙碌，每天都是在高度兴奋和高度紧张中度过的。这样的情形，可以从我在那时候出版的侵权责任法著作的序言中看出来。在修订本书的时候，这种热劲已经没有那么高了，因而修订本书的心态是平静的，对内容的修订更加细心和平和，对问题的论述也就更有理性，对法律条文的理解也更加准确。

半年来，我的全部精力都集中在修订本书上，工作量非常大，修订的内容太多，也很仔细，先是在电脑上修改一遍，然后在打印稿上修改一次，再在电脑上修改一次，最后又进行了一次修改，修订得很累，中间累病两次。书稿修订完成之后，我感到很高兴，因为完成了我的学术生活中的一件重大工作：《侵权法论》从1998年问世，至今已经12年了，前后修订四版，集中了我对侵权法的全部理想和理解，伴随着《侵权责任法》的孕育和诞生。

对于本书的本次修订，需要说明以下几点：

第一，本书内容的重大修改在于侵权行为类型部分。由于《侵权责任法》第四章至第十一章规定了新的侵权责任类型，内容丰富，规则新颖，因此，侵权行为类型的内容大部分都是新写的，其中第一种基本类型的侵权行为类型即过错责任的侵权行为类型基本没有太大的改动，但法律特别规定的过错责任侵权行为类型、过错推定责任的侵权行为类型和无过错责任的侵权行为类型，都完全按照《侵权责任法》的规定重新写过。这一部分的内容很多，分为三章，每一章的篇幅都很长，但又无法分为更

多的章。

第二，第八章是重新组织的，按照《侵权责任法》的规定，把有关侵权责任请求权的问题集中在这一章，全面表述了我对侵权责任请求权的看法。

第三，在本书的其他部分，都按照《侵权责任法》的新规定重新改写，增添较多新的内容，修改了原来不符合《侵权责任法》规定的部分内容，使之与《侵权责任法》完全吻合。

第四，对原书使用的案例进行了修改和补充，文字进行了修改，对其中表述不当、内容不够贴切的案例予以删除，补充了一些新的案例。

第五，在编写侵权行为类型部分的时候，对侵权行为类型进行了编码，共涉及侵权行为类型 270 种，同时，将各种侵权行为类型及其编码放在书后编了索引。

第六，在修订中，将原稿中的一些错别字和表述不准确的内容都进行了修改。相信现在本书的文字应当比较干净和准确。

不过，对本书的这次修订尽管尽力精益求精，但我仍然不能保证这就是一部没有错误的书稿。同时，对《侵权责任法》的理解也不可能都百分之百的正确，总有自己的不同看法。因此，书中存在的错误和不足，请读者指正，以便下次修订时纠正。读者的关心，是作品和作者进步的营养。深圳的一位读者对本书字斟句酌，将发现的问题一一告诉作者，使我深受感动，备受鼓舞。

修订过程中，我的学生李佳伦和赵帅帮我校订稿件，备受辛苦，在此向他们致以谢意。还要谢谢本书的编辑钱小红、贾毅和赵作棟，他们的认真负责让我感动。

十几年了，读者对本书以及本书作者的关心，使我备受鼓舞，我也向他们致以崇高敬意。

繁忙的 2010 年就要过去了，这一年，《侵权责任法》是我生活和工作的全部。新的一年就要到来了，我要以新的姿态迎接中华人民共和国民法典的诞生。

中国人民大学民商事法律科学研究中心 杨立新

2010 年 12 月 16 日·于人大明德楼

第三版序言

本书第二版出版发行以后，受到了广大读者的欢迎，得到了很多读者的鼓励，使我深受鼓舞。这一方面说明本书的内容适合读者阅读并在司法实践中使用，另一方面也说明我国社会对侵权行为法的需求正在不断提高，正在发挥着越来越重要的作用。最近几年，我有一个强烈的感觉，即侵权行为法就是民法的权利保护法。民法的全部内容都是规定民事权利，而民事权利的保护职责，主要就是由侵权行为法来担当的。没有侵权行为法，民事权利就不能得到很好的保护。在今天的社会，民事权利越来越受到重视，人民的权利观念和权利意识也越来越强烈。在这样的情形下，民事权利的保护必须继续加强，而保护的职责必须由侵权行为法来实现。在这样的形势下，侵权行为法的专著受到欢迎，应当是理所当然的。为此，我也为我在25年之前就开始研究侵权行为法而感到自豪。

本书第二版发行之后，我国的侵权行为法建设又有了很大的发展。其中最重要的，就是最高人民法院在2003年12月26日颁布了《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》，并且在2004年5月1日起生效。这个司法解释对侵权行为法的建设和发展具有重大意义。在此期间，起草《民法典·侵权行为法编》的工作不断进展，学者对侵权行为法的一些重要问题有了越来越深的感受和体会，我也有了更多的新启发。同时，近几年，侵权行为法的理论研究迅猛发展，不断有新的侵权行为法专著和论文发表，新的研究成果推动着作者的侵权行为法研究工作。由于以上三个原因，我在今年暑假刚刚开始的时候，就按照人民法院出版社的责任编辑陈建德先生的嘱托，对本书进行全面的修订，用了将近两个月的时间，终于修订完成。现在，本书将以新的面目出现在读者的面前。

本次修订，着眼于本书的内容完善和创新，特别是按照人身损害赔偿

司法解释、精神损害赔偿司法解释以及侵权行为法建议稿的基本内容，进行全面修订，借鉴最新理论研究成果，吸收在起草《民法典·侵权行为法编》得到的新体会。这两个方面的修订，实际上涉及了本书差不多的全部内容。因此，本次修订对本书的主要内容都做了补充和完善，特别是在侵权行为类型、侵权责任形态和侵权损害赔偿三个部分上，增加了大量的内容。在第二编中还增加了新的一章，即第九章“侵权请求权与民事权利保护请求权体系”，这是我最新的研究成果，涉及侵权请求权在这个请求权体系中的地位和作用的问题，因此专门做了阐释。

除此之外，这次还有几个新的做法：第一，是对本书中使用的案例进行了整理，使之系统化，并在书后编制了索引；第二，对本书的专用概念即侵权行为法的基本概念进行了整理，也编制了索引附后；第三，参考书目编在书后，也借此向这些著作的作者致以敬意。

借本书的新版发行之机，谨向支持我的热心读者致谢！向本书的责任编辑和责任校对致谢！

是为序。

杨立新

2005年8月20日·于北京新屋

第二版序言

一

《侵权法论》1998年初版至今，已经5年多了。在5年多的时间里，这部著作不断重印，受到读者的好评，并且获得北京市人民政府颁发的第七届哲学社会科学优秀研究成果二等奖。

在此期间里，最重要的事情就是起草中国民法典草案的工作了。其中关于侵权行为法的部分，我们受全国人大法工委的委托，起草了专家建议稿，提交全国人大常委会作为立法的参考。也正是因为这样，侵权行为法的问题引起了各界的关注，在社会上形成了一个侵权行为法的深入普及运动。

在这个运动中，我对《侵权法论》的体系和内容进行了深入的思考，进行了重新检讨，试图将最近三年来对侵权行为法立法、司法及其理论研究的成果吸收到《侵权法论》当中，因此，修订《侵权法论》的任务迫在眉睫，应当让它有一个崭新的面貌，与制定民法典侵权行为法的进程步调一致，为将来民法典侵权行为法的诞生贡献一份智慧和力量。

二

这次修订《侵权法论》的最主要工作，是对侵权行为法理论体系的重新整合和构建。

在第一版中，《侵权法论》构建的侵权行为法理论体系分为八个部分，第一部分是侵权行为和侵权行为法，第二部分是侵权责任，第三部分是侵权行为形态，第四部分是特殊侵权行为，第五部分是损害赔偿，第六部分是侵害人身权利的侵权行为，第七部分是侵害财产权利的侵权行为，

第八部分是侵害知识产权的侵权行为。

这样的侵权行为法理论体系不是完美的。第一，就是结构较为松散；第二，就是层次较多；第三，就是全部体系的逻辑结构还是不够严谨。因此，修订的主要工作放在对全书的理论体系进行重新构建上面。

我现在提出的中国侵权行为法理论体系的结构，由五个部分组成：

（一）侵权行为和侵权行为法

第一部分是侵权行为和侵权行为法。在这一部分中，着力阐释的是侵权行为及侵权行为法的基本概念问题，介绍侵权行为的历史发展。编名没有改变，但是内容的重点有所侧重，这就是突出了核心问题。这个核心问题就是侵权行为一般条款。我国侵权行为法采纳的立法模式是大陆法系的一般化立法，侵权行为一般条款在侵权行为法中具有极为重要的地位和实用价值。重点介绍侵权行为一般条款的基本含义和实际运用，是至关重要的问题。

（二）侵权责任构成

第二部分是侵权责任构成。在这一部分中，基本的体系和内容没有大的改变，较为重要的是将侵权责任的编名改为侵权责任构成。问题的关键在于，侵权责任的编名过于宽泛，而实际上这一部分讲的就是侵权责任构成，以及侵权责任构成之后产生的责任本身的问题。这一编的内容还是侵权责任归责原则、侵权责任构成要件、侵权责任竞合、侵权责任抗辩事由和诉讼时效。

（三）侵权行为类型

第三部分是侵权行为类型。侵权行为类型化，是制定侵权行为法建议稿中学者极力倡导的一种意见，主要是借鉴英美侵权行为法类型化立法的经验，对中国的侵权行为进行类型化的分类，使中国侵权行为法具有更为具体、更为形象、更具实践操作性的特点。我经过长期的研究，将中国侵权行为划分为三个基本类型、二十个具体类型，之下再分为各种不同的具体侵权行为。对此，在这一编中进行了较为详细的阐释。

（四）侵权责任形态

第四部分是侵权责任形态。这一部分以侵权责任在侵权法律关系当事人之间的不同变化为基础，详细地介绍了侵权责任的不同形态，诸如侵权行为的直接责任和替代责任、单方责任和双方责任、单独责任和共同责任。详细阐释了这些不同侵权责任形态的构成和具体责任承担方法。

（五）侵权损害赔偿

第五部分是侵权损害赔偿。全面介绍了侵权责任方式中的人身损害赔偿、财产损害赔偿、精神损害赔偿和附带的损害赔偿，并且介绍了侵权损害赔偿的一般规则。

我反复、仔细地思考，最终确定用这样的方式来结构我的侵权行为法理论体系。我认为，我的这个侵权行为法理论体系结构严谨，内容充实，无论是对于全面展示中国侵权行为法理论的现状，还是方便侵权行为法理论的研究和适用，都是具有相当的吸引力的。正是在确立了这个体系的那天，我去听了一场音乐会，受到了启发。我忽然觉得，我的侵权行为法理论体系就是一部乐曲，分为五个乐章：

第一乐章，是舒缓的慢板，慢慢地述说侵权行为法的发展和侵权行为以及侵权行为法的概念。

第二乐章，是凝重的中板，阐释的是侵权责任的归责原则体系和侵权责任构成要件，叙说侵权责任构成中的各种问题。

第三乐章，是跳跃的快板，将各种各样的侵权行为，一一跳跃着介绍给各位读友，使之对侵权行为的表现有了感性的认识。

第四乐章，是不太快的快板，阐释各种侵权责任形态的变化，也就是侵权责任发生之后，究竟应当由谁来承担责任。

第五乐章，激越的快板，阐释的是对权利损害的救济，以及对侵权行为人的制裁。

这是典型的自我陶醉。

三

对本书的这次修订，除了上述的在理论体系的修正之外，在内容上还作出了以下重要的修改：

（一）增加侵权行为一般条款的阐释

在侵权行为和侵权行为法一编中，着重讨论了侵权行为法立法的一般化和侵权行为一般条款的问题。

在这一部分内容中，揭示了大陆法系侵权行为法一般化立法的基本规律和发展历史，阐释侵权行为一般条款的含义和适用规则，尤其是对中国侵权行为法的立法规律和侵权行为一般条款的适用规则，进行了详细的说明。在整个侵权行为法理论体系的第一部分中，突出了这个重点，借以强

调侵权行为一般条款在侵权行为法理论和实践中的重要意义。在修订之前的本书中，对这个问题没有进行详细的说明。现在的补充，对于理解《民法通则》侵权责任规定以及将来的民法典的侵权行为法编，都是有重要意义的。

（二）对侵权责任归责原则体系进行了重新构建

侵权责任归责原则历来是侵权行为法立法、司法实践和理论研究中的核心问题。也正是如此，侵权责任归责原则体系历来是侵权行为法著作研究的重点，并且意见纷呈，观点不一。

在本书的初版中，我采用的是通说，即“三元论 A”的观点，认为侵权责任归责原则体系由过错责任原则、无过错责任原则和公平责任原则构成。不过，我有一点发挥，就是认为侵权责任的过错责任原则具有两种形式，即一般的过错责任原则和推定的过错责任原则，因此在侵权责任归责原则体系的表述上，采用“三个归责原则四种表现形式”的说法。

在制定民法典侵权行为法编的专家建议稿中，我对侵权责任归责原则体系问题进行了详细的研究，认为应当改变过去的观点，以使其更贴近社会现实和司法实践，也使其更具实用价值。因此，我在修订版中提出了侵权责任归责原则“三元论 C”的观点，认为我国侵权责任归责原则体系是由过错责任原则、过错推定原则和无过错责任原则构成的，公平责任原则不是一个归责原则，而仅仅是一种具体的责任形态。对此，本书正文的相关部分进行了详细的说明。

（三）增加中国侵权行为类型的阐释

在我国的侵权行为法研究中，在过去的很长时间里并不重视对侵权行为为类型的研究，只重视对侵权行为一般化的研究。这是一个较大的问题。

在起草民法典侵权行为法草案专家建议稿的过程中，专家对侵权行为类型都给予了高度的重视，认为只有将侵权行为进行类型化的研究，才能够增强侵权行为法的实用性和可操作性，更便于法官的适用和人民群众的理解。因此，在几部侵权行为法专家建议稿中，都特别规定了类型化的侵权行为。

在此基础上，我认真研究了美国侵权行为法的类型化立法，并且到美国进行短期访问，与美国的侵权行为法学教授和法官进行了交流，结合中国司法实践的实际情况，提出了我国的侵权行为类型分为三个基本类型和二十个具体类型的意见，同时对各种侵权行为具体类型进一步地细化，具体描述了 270 余种具体的侵权行为。将这一部分研究成果吸收到了本书的



第二版中，使本书的内容更为充实，也更具实践指导意义。相信读者阅读了这一部分内容之后，会有新的感受。

（四）提出侵权责任形态及其体系的观点

在历来的侵权行为法理论研究中，强调的是侵权行为形态，没有很好地研究侵权责任形态问题。因此，对于直接责任、替代责任、连带责任、按份责任等等责任形态问题的研究都是个别的研究，分散在侵权行为法理论体系的各个部分，显得破碎、零乱，逻辑结构不严谨。

在本书修订中，我认真考虑了这个问题，认为应当将侵权责任内容进行一次整合，构建一个完善的侵权责任形态的体系。而侵权行为形态不过是表现为侵权责任形态的行为基础。有不同的侵权行为形态，就有什么样的侵权责任形态。在此基础上，我提出了侵权责任形态的体系：

1. 直接责任和替代责任，在替代责任中分为两种形式，即对人的替代责任和对物的替代责任。

2. 单方责任和双方责任，单方责任分为加害人责任和受害人责任，双方责任分为过失相抵和公平责任。

3. 单独责任和共同责任，其中共同责任分为连带责任、按份责任和补充责任。

以上四个内容，是本书修订的最主要的修改。对书中很多内容在修订中也做了修改，都是1998年以来侵权行为法立法、司法解释和理论研究的新进展。

四

本书的这次修订工程较为艰巨，涉及的问题都是侵权行为法的重大问题。我尽管用了很长时间来做这项工作，但是到最后结尾的时候还是显得仓促。因此，修订中存在的问题，恭请读者指正。

本书初版以来，多蒙读友厚爱，在此向广大读友致以深深的感谢！

本书修订，我的博士研究生朱呈义、张国宏、蔡颖雯等帮助做了很多工作，免去了我的很多劳动，也使作品生辉，也向他们致以谢意！

中国人民大学教授 杨立新

2003年11月18日·于北京西郊世纪城

第一版自序

侵权行为法是民法的重要组成部分，是保护公民、法人民事权利，制裁民事违法行为，推动文明进步和社会发展的重要法律武器。自古以来，侵权行为法就在社会的整个法律体系中占据重要的地位，是民法的重要组成部分。在近代以来，尤其是第二次世界大战以后，人权受到各国的普遍重视，对民事权利的保护成为法治的重要内容，因而侵权行为法得到了迅猛发展，在维护人格尊严，保护公民、法人的合法权益中，日益发挥着重要的作用，成为当代社会人们所最熟悉、最常用的法律，以至于使人们认识到，侵权行为法的健全与否，是衡量一个国家法制和法治是否健全的重要标准。

在我国，自古代起就有属于中华法系的侵权行为法的传统。随着近代社会的发展，中国的法制借鉴大陆法系的民法传统，重视侵权行为法的建设和作用，建立了现代意义的侵权行为法，在调整民事法律关系，制裁民事违法行为，保护民事主体的民事权利中，发挥了应有的作用。新中国在经过长期的实践以后，积极借鉴各国民事立法经验和忽视法制的教训，尤其是接受十年动乱中民事权利惨遭践踏的严重教训，在《中华人民共和国民法通则》中规定了较为完备的侵权行为法的内容，使我国的侵权行为法建设跨入了一个新的历史时期。值得重视的是，中国侵权行为法的立法实践在借鉴大陆法系侵权行为法建设的经验之外，更重视英美法系侵权行为法建设的经验，将侵权行为法从债法的体系中分离出来，使侵权行为法成为民法中的一个独立的，与人身权法、物权法、合同法、继承法、亲属法和知识产权法相并列的重要的民法部门，使它在我国的立法体系中，具有更为重要的法律地位，发挥着不可替代的重要作用。

在法制建设日益发展的今天，制订中国民法典的条件已经成熟，中国

的立法机关已经将民法典的立法纳入了近期的立法日程。在最新编制的民法典制订纲要中，侵权行为法已经作为独立的一编，我和王利明先生刚刚将民法典侵权行为法编的立法提纲起草完毕，提交给立法机关。相信在几十年的侵权行为法研究和实践的基础上，经过全国民法工作者的共同努力，一部崭新的、具有世界先进水平的民法典，包括其中的侵权行为法，将会展现在世人的面前。

十几年来，我孜孜以求地研习侵权行为法，借鉴各国侵权行为法立法经验和理论学说，将侵权行为法的理论研究和实践研究紧紧地结合起来，探求侵权行为法的理论奥秘和实践真知，力图在保护公民、法人的民事权利，促进法治发展，推动社会进步中，作出应有的贡献。我在侵权行为法的研究中，更注意从实践的经验和需要出发，在理论上深入论证，力求最适合中国国情的立法形态和司法对策，进而探求中国侵权行为法的完整体系和中国侵权行为法学的理论系统。在《侵权法论》这部著作写作之前，我曾经撰写了《侵权损害赔偿》、《中国侵权行为法》、《侵权损害赔偿司法实务》、《侵权特别法通论》和《侵权行为法》等著作以及大量的侵权行为法的专论文章积累，为撰写《侵权法论》作了长期的准备。在《侵权法论》中，我把积累的经验集中写进来，使这部著作成为我十几年研习侵权行为法的总结。我想通过这部著作，展现侵权行为法研究的最新成果，刻画侵权行为法理论的完整体系，揭示侵权行为法学的基本原理，使它成为民法理论工作者和实务工作者适用侵权行为法、研究侵权行为法学的参考书。这是我写作本书的目的。

侵权行为法立法概括、扼要，但侵权行为法学理论却博大精深，十几年的研究，也难以触及它的精髓和灵魂。因而，《侵权法论》一书虽然尽了我十几年的艰辛努力，但它仍然与理想中的研究成果相差甚远，仍存在诸多的缺陷和不足。我希望读者朋友提出批评和意见。《侵权法论》的写作完成只是我侵权行为法研究的新的起点。今后我愿意和大家一道，为完善中国侵权行为法的立法和理论，让它在当代社会生活中发挥越来越重要的作用而共同奋斗。

杨立新

1998年9月15日·于北京西郊朗静斋

目 录 | CONTENTS

第一编 侵权行为与侵权法

第一章 侵权责任法概述 ... 3

- 第一节 侵权法的概念和特征 ... 3
- 第二节 侵权法的调整功能和立法目的 ... 10
- 第三节 我国侵权责任法的发展和立法特色 ... 15
- 第四节 《侵权责任法》对国外立法经验的成功借鉴 ... 21
- 第五节 我国侵权法的保护范围 ... 35
- 第六节 侵权法与其他法律的联系与区别 ... 44
- 第七节 侵权责任法的渊源 ... 48
- 第八节 侵权法的结构 ... 50

第二章 侵权法的历史发展 ... 55

- 第一节 中国古代侵权法 ... 55
- 第二节 中国近代侵权法 ... 78
- 第三节 国外侵权法的历史发展 ... 84

第三章 侵权行为和侵权行为一般条款 ... 98

- 第一节 侵权行为的概念 ... 98
- 第二节 侵权行为一般条款 ... 111
- 第三节 侵权行为与其他违法行为的联系与区别 ... 129

第四章 侵权特别法和侵权法司法解释 ... 137

- 第一节 侵权特别法 ... 137
- 第二节 侵权法司法解释 ... 147

第二编 侵权责任构成

第五章 侵权责任归责原则 ... 161

- 第一节 归责原则概述 ... 161
- 第二节 过错责任原则 ... 175
- 第三节 过错推定原则 ... 182
- 第四节 无过错责任原则 ... 188

第六章 侵权责任构成要件 ... 197

- 第一节 侵权责任构成要件概说 ... 197
- 第二节 违法行为 ... 210
- 第三节 损害事实 ... 219
- 第四节 因果关系 ... 226
- 第五节 过错 ... 259

第七章 侵权责任方式 ... 270

- 第一节 侵权责任方式概述 ... 270
- 第二节 侵权责任方式的适用 ... 277
- 第三节 民事制裁方式在侵权行为中的适用 ... 283

第八章 侵权损害赔偿法律关系与侵权请求权 ... 288

- 第一节 侵权损害赔偿法律关系 ... 288
- 第二节 侵权请求权及在民事权利保护请求权中的地位 ... 298
- 第三节 侵权损害赔偿请求权的产生、变更和消灭 ... 312
- 第四节 侵权责任竞合 ... 317
- 第五节 非冲突性法规竞合与侵权请求权的优先权保障 ... 324
- 第六节 侵权请求权与绝对权请求权竞合及选择 ... 335
- 第七节 侵权责任与其他责任的竞合 ... 339

第九章 免责事由与诉讼时效 ... 347

- 第一节 侵权责任免责事由 ... 347
- 第二节 诉讼时效 ... 365

第三编 侵权行为类型

第十章 侵权行为类型化的思路和方法 ... 373

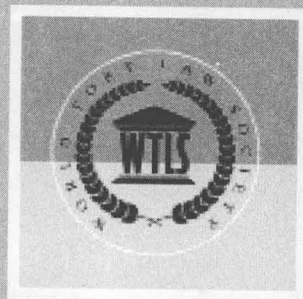
- 第一节 大陆法侵权行为一般化的意义及英美法侵权行为类型化的启示 ... 373



第二节	英美侵权法类型化立法的方法和主要内容 ...	378
第三节	大陆法系侵权行为一般化的局限性及其突破 ...	388
第四节	侵权行为一般化和类型化结合的尝试 ...	393
第五节	一般化和类型化结合是我国侵权法的基本出路 ...	401
第六节	按照归责原则实现侵权行为类型化及《侵权责任法》的做法 ...	405
第七节	大规模侵权及《侵权责任法》的应对举措 ...	409
第十一章 过错责任的侵权行为类型 ... 426		
第一节	侵害人身 ...	426
第二节	侵害人格及其利益 ...	438
第三节	妨害家庭关系 ...	482
第四节	侵害物权 ...	492
第五节	侵害债权 ...	499
第六节	侵害知识产权 ...	506
第七节	媒体侵权 ...	517
第八节	商业侵权 ...	521
第九节	恶意利用诉讼程序 ...	530
第十二章 法律特别规定的过错责任侵权行为类型 ... 532		
第一节	网络侵权行为 ...	532
第二节	违反安全保障义务的侵权责任 ...	554
第三节	医疗损害责任 ...	569
第十三章 过错推定责任的侵权行为类型 ... 606		
第一节	监护人责任 ...	606
第二节	暂时丧失心智损害责任 ...	624
第三节	用人者责任 ...	628
第四节	学生伤害事故责任 ...	653
第五节	机动车交通事故责任 ...	665
第六节	物件损害责任 ...	689
第十四章 无过错责任的侵权行为类型 ... 711		
第一节	产品责任 ...	711
第二节	环境污染责任 ...	730



第二十章 人身损害赔偿 ... 1049	
第一节 人身损害赔偿制度检讨 ... 1049	
第二节 人身损害赔偿概述 ... 1062	
第三节 人身损害常规赔偿 ... 1071	
第四节 丧失劳动能力的赔偿 ... 1084	
第五节 造成死亡的赔偿 ... 1088	
第六节 对间接受害人的扶养损害赔偿 ... 1095	
第七节 人身损害赔偿的计算及方法 ... 1107	
第八节 死者尸体损害赔偿和未出生的胎儿受到损害的赔偿 ... 1120	
第二十一章 财产损害赔偿 ... 1122	
第一节 财产损害赔偿概述 ... 1122	
第二节 财产损害数额的计算 ... 1128	
第三节 财产损害的赔偿方法 ... 1135	
第二十二章 精神损害赔偿 ... 1138	
第一节 精神损害赔偿概说 ... 1138	
第二节 精神损害赔偿的发展历史 ... 1150	
第三节 精神损害赔偿责任方式 ... 1161	
第四节 人身损害的抚慰金赔偿 ... 1165	
第五节 侵害财产权的抚慰金赔偿 ... 1173	
第六节 精神损害赔偿金的计算 ... 1181	
第二十三章 惩罚性赔偿责任与附带的损害赔偿 ... 1189	
第一节 惩罚性赔偿责任 ... 1189	
第二节 刑事附带民事损害赔偿 ... 1219	
第三节 行政附带民事损害赔偿 ... 1228	
附录一:《中华人民共和国侵权责任法》司法解释草案建议稿 ... 1233	
附录二:中国媒体侵权责任案件法律适用指引 ... 1263	
附录三:中国侵权行为形态与侵权责任形态法律适用指引	
——中国侵权责任法重述之侵权行为形态与侵权责任形态 ... 1296	
附录四:中国医疗损害责任案件法律适用指引 ... 1318	
本书专用概念索引 ... 1340	
本书使用案例索引 ... 1346	
参考书目 ... 1351	



第一编

侵权行为与侵权法

- 侵权责任法概述
- 侵权法的历史发展
- 侵权行为和侵权行为一般条款
- 侵权特别法和侵权法司法解释

第一章 侵权责任法概述

第一节 侵权法的概念和特征

一、侵权法的概念

(一) 对侵权法概念的一般界定

在学术上对于侵权法概念的界定，历来有不同主张。

在国外，有人认为，侵权法是调整关于某人受到损害时而可能将损失转移给他人的关系的一组法律规范的总和。^①也有人认为，最简单地说，侵权法可以被称为有关私人过错的法律。^②还有人认为，侵权法的历史集中在寻求两种基本利益的协调，即安全的利益和自由行动的利益之间的协调问题。^③也有学者认为，侵权法是保持人们在自由与其义务、权利之间的关系达到平衡的工具。^④或者认为，侵权法是私法的一个部分，它决定某人受到侵害后是否有权得到赔偿（或者说在出现此等侵害情形，是否有权得到法律上的救济），尽管受到侵害只构成双方当事人之间的法定之债。^⑤

在我国，学者对侵权法概念的界定也有不同的见解。第一种观点认为，侵权法是关于侵权行为和侵权行为民事责任的法律规范的总称。^⑥第二种观点认为，我国侵权法是调整有关侵害他人财产、人身的行为而产生

① Peter H. Schuck: *Tort Law and the Public Interest*, P. 17, W. W. Norton Co., 1991, 转引自张新宝:《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社1995年版，第21页。

② [美] 莫里斯:《论侵权行为》，布鲁克林出版公司1953年版，第1页。

③ [英] 约翰·福莱明:《侵权行为法》，牛津大学出版社1971年英文版，第7页。

④ 《国际比较法百科全书·侵权行为·概述》，纽约海洋出版公司1975年版，第15页。

⑤ [德] 克雷蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》，张新宝译，法律出版社2001年版，第1页。

⑥ 佟柔主编:《中国法学大词典·民法卷》，中国检察出版社1996年版，第530页。

的相关侵权责任的法律规范的总和。^①第三种观点认为，侵权法是有关侵权行为的定义、种类、对侵权行为制裁以及对侵权损害后果予以补救的民事法律规范的总称。^②我和王利明教授在编写“九五”规划高等学校法学教材民商法系列《侵权行为法》一书时，采用的是关于侵权法的上述第三种定义，即“侵权法是指有关侵权行为的定义和种类以及对侵权行为如何制裁，对侵权损害后果如何补救的民事法律规范的总称”。^③我认为，使用这一定义界定侵权法的概念是准确的。

（二）广义的侵权法和狭义的侵权法概念

前述对侵权法的界定，是对广义侵权法概念的定义。侵权法也存在狭义的概念，即表现为制定法的侵权法。在我国立法采取《侵权责任法》的称谓之后，广义的侵权法概念和狭义侵权法的概念变得比较模糊，缺少一致的看法。依我所见，应当采取以下做法：

第一，将广义的侵权法叫做侵权法，而不叫做侵权责任法。侵权法也就是侵权行为法。侵权法作为一个广义的概念，是指有关侵权行为的定义和种类以及对侵权行为如何制裁，对侵权损害后果如何补救的民事法律规范的总称。这里既包括作为专门调整侵权责任的专门立法，也包括其他法律中关于侵权责任的法律规范。

第二，将狭义的侵权法就叫做侵权责任法。狭义的侵权法，是指一个国家专门制定的关于侵权行为和侵权责任的法律规范。在没有制定《侵权责任法》之前，我们都将侵权法叫做侵权行为法，分为广义、狭义的概念。侵权法立法将这部法律称之为《侵权责任法》，很多人认为这是一个重大改变，《侵权责任法》是规范侵权责任的法律，而不是规范行为的法律。我并不这样认为。《侵权责任法》确实是从责任的角度进行规定的，但是，难道规范侵权责任就不需要对作为责任基础的侵权行为进行规范吗？显然不是的。将狭义的侵权法界定为《侵权责任法》，在我国是非常合适的。因为我国侵权法不像其他大陆法系成文法将侵权法规定在债法之中，而是单独进行立法，因而，专门调整侵权行为和侵权责任的法律就是《侵权责任法》。

所以，在本书中，侵权法的概念是广义的概念，侵权责任法的概念是

① 张新宝：《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社1995年版，第2页。

② 王利明主编：《民法·侵权行为法》，中国人民大学出版社1993年版，第1页。

③ 王利明、杨立新：《侵权行为法》，法律出版社1996年版，第11页。



狭义上的概念。

二、侵权法的特征

(一) 侵权法在民法中的相对独立地位

侵权法究竟是一种什么样的法律，依照不同的法律传统有不同的理解。

1. 大陆法系和英美法系的不同做法及发展方向

大陆法系各国在制定民法典中设置侵权法的基本思路，都是把侵权法作为债法的具体内容来设计的，基本做法是把侵权法放在债法之中，作为债法的一个组成部分。例如，《法国民法典》虽然将侵权法放在独立的一编之中，但是其标题是“非经约定而发生的债”，确认为债的性质。《德国民法典》将侵权法放在债法第七章“各个债的关系”中，作为最后一种债的关系即侵权行为之债加以规定。《日本民法典》突出侵权法的地位，将侵权法与契约之债、不当得利之债和无因管理之债并列，认其为侵权行为之债。《意大利民法典》的做法则与《日本民法典》基本相同。我国台湾地区“民法”将其作为债的发生根据，规定在债法中“债的发生”一节。《俄罗斯民法典》将侵权法作为债的一种形式规定在债编之中，为“因损害所发生的债”。

这些做法的基本立意，在于侵权行为所产生的权利义务与合同产生的权利义务的本质相同，因此同属于债权法，称之为侵权行为之债。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，其转移、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、选择债权债务与单独债权债务等，适用同样的规则即债权总则的规定。^① 这样的做法，好处是根据侵权法的债的本质，将其归入债法的体系之中，接受债法总则的约束。

英美法系的基本特点是非法典化的判例法，没有成文的民法典，但是在其法律的基本体系中，侵权法是相对独立的民法部门，与财产法、合同法等民法部门法的地位是平等的。同时，英美法系的民法没有债法的概念，因此，不考虑侵权法与债法的协调问题，也没有必要与合同法之间的

^① 梁慧星：《中华人民共和国民法典大纲（草案）》，载《民商法论丛》（第13卷），法律出版社2000年版，第822页。

共同之处进行平衡，侵权法就有了相对独立的地位。英美法系的侵权法与大陆法系的侵权法就相似的侵权行为可能有近似的判定结果，但是就侵权行为诉讼的方式、形式、法律理由等而言，两种法系具有显著的不同特点。^① 英美法系的这种做法使侵权法在民法体系中的地位大大提高，更有助于凸显侵权法在调整民事法律关系中的作用，能够更好地实现侵权法的职能。

随着历史的发展，世界上的两大法系无论是在立法形式上还是在法学理论上，都在相互融合，相互渗透，相互之间越来越借鉴对方的优点和长处，以补充、完善自己，使两大法系之间的差别越来越模糊。在英美法系，侵权法的成文法倾向越来越明显，制定了一些成文的单行侵权法，改变了一直延续下来的判例法的习惯。在大陆法系，虽然还没有一个国家制定独立的单行侵权法，但是制定单行的侵权特别法的越来越多；尤其是在理论上，已经打破了侵权法是债法组成部分的传统观念，越来越倾向于把侵权法作为民法的一个相对独立的法律部门。在欧洲，学者编撰《欧洲统一侵权法》的做法，就表明了这样的立法方向。2010年7月，中国、日本和韩国的侵权法专家组建东亚侵权法学会，筹备编撰《东亚侵权法示范法》，也表明了这种立法方向。^②

在我国，立法者在制定《民法通则》的时候，就把侵权行为的规定从债权中拿出来，放在“民事责任”中作出单独规定。这就使侵权法的相对独立地位有了进一步增强。在理论上，越来越多的学者把侵权法作为一个相对独立的民法部门法来研究，“侵权法学”的主张已经得到普遍承认。依照我国的立法和法学理论，把侵权法作为一个相对独立的民法部门法，把侵权法理论作为一门独立的法律学科，是没有疑义的。

2. 编撰民法典应当单独制定《侵权责任法》

在中国制定的民法典中的侵权法，究竟应当遵循何种思路，取决于编纂民法典的基本思路。

按照大陆法系的做法，将侵权法置于债法之中，是符合侵权行为所产生的权利义务的性质的，那就是侵权行为所产生的权利义务关系就是债权债务关系，其基本规则适用债法的原则。但是，在20世纪中，侵权法

^① 徐爱国：《英美侵权行为法》，法律出版社1999年版，第9页。

^② 参见《东亚侵权法学会公告（2010）2号：东亚侵权法学会伊春宣言》，<http://www.aetl.org/zh-Hans/>，2010年11月16日访问。



的发展十分迅猛，其内容不断扩张，整体不断膨胀，尤其是在具体的侵权行为类型的规定上不断发展变化，成为现代社会调整利益关系，保护人的权利的极为重要的法律部门。在这样的情况下，侵权法日益试图冲破债法的局限，寻求自己在民法体系中的相对独立地位，以更好地发挥自己的作用和职能。

相比较而言，英美法系对侵权法赋予相对独立地位的做法，就有更为重要的借鉴意义。首先，赋予侵权法以民法体系中的相对独立地位，就使侵权法不局限于债法的限制，而是在债法的原则指导下，突出自己的特点，展示自己的独特魅力。其次，给予侵权法以相对独立的地位，就使侵权法的发展具有了保障自身伸展、扩充的空间，不受侵权行为是“债的发生根据”“债的一个具体形式”“具体债的关系”的束缚，可以按照自己本身的发展规律充分发展。再次，也是最重要的，给予侵权法以相对独立地位，就是给侵权法在民法体系中以独立表演的舞台，这对于充分发挥侵权法在调整社会经济利益，调整社会关系，保护人的权利方面，更能够发挥其独特的作用和职能。

基于这样的考虑，制定中国民法典中的侵权法，立法者在总体布局上借鉴了英美法系的做法，将侵权法相对独立，使其脱离债法的体系，作为独立的一编，与物权法、债权法、亲属法、继承法和知识产权法相并列，成为民法体系中一个相对独立的组成部分。2002年12月，全国人大常委会审议的《中华人民共和国民法（草案）》侵权责任法编，就是按照这种意见进行的。

3. 我国《侵权责任法》的相对独立地位

我国立法机关正是基于这样的考虑，借鉴英美侵权法的做法，将《侵权责任法》首先规定为一部单独的民法基本法，使其脱离债法的体系。这在大陆法系成文法国家中，是具有开创性的做法，具有重要的意义。在此之前，没有任何一部以侵权法命名的成文法。

这种立法方法表明，中国民法典的体例打破了将侵权法置于债法之中的传统做法，使《侵权责任法》成为一部具有独立地位的民法基本法，也使其性质更加明确得作为民事权利保护法，民事权利损害的救济法。特别是《中华人民共和国民法（草案）》将侵权责任法编置于总则、物权法、合同法、人格权法、婚姻家庭法和继承法之后，表明了立法机关对《侵权责任法》民事权利保护法的地位的认可。这样，《侵权责任法》的相对独立地位更加彰显，能够在社会生活中发挥更大的作用。

在将来统一编纂民法典的时候，《侵权责任法》不会作为一部独立的法律存在，而是将其作为独立一编，与物权法、债权法、亲属法、继承法和知识产权法相并列，成为民法体系中专司民事权利保护功能的相对独立的部分。

（二）侵权法的法律特征

侵权法作为民法的一个相对独立的法律，有其独特的逻辑体系和完整结构。与民法的其他法律即人格权法、婚姻家庭法、继承法、物权法、债权法和知识产权法相比较，具有如下特征：

1. 侵权法的条文具有高度概括性

侵权法的内容极其广泛，涉及的范围特别宽泛。但是，从各国的民事立法来看，侵权法的内容都极为简洁、概括。《法国民法典》共有 2283 条，但有关侵权法的第四编第二章却只有 5 个条文，只占 0.21%；《德国民法典》2385 条，有关侵权行为的规定有 31 条，在各国侵权法中是较多的，也只占 1.3%；《日本民法典》共有 1044 条，有关侵权行为的规定有 16 条，占 1.53%；《意大利民法典》为 2969 条，侵权法条文 17 条，占 0.57%。我国《民法通则》共有 156 条，有关侵权法的规定为 22 条，所占比例较大，为 14.1%，但是与我国整个民事法律规范的总数相比，比例与国外侵权法在民法中的比例基本相同。《侵权责任法》的条文较多，共 92 个条文。对于内容极其广泛的一种法律，却能用极其简要的法律条文加以规定，不能不说侵权法的条文极具概括性。这就是侵权行为一般条款的功劳。假如没有侵权行为一般条款，侵权法绝不会这样简洁。例如，《法国民法典》第 1382 条、《德国民法典》第 823 条、《日本民法典》第 709 条和我国《侵权责任法》第 6 条第 1 款，都极具概括性。正如法国学者泰尔瑞伯尔（Tarrille）所说的那样：“这一条款广泛地包括了所有类型的损害，并要求对损害作出赔偿，赔偿的数额要与受损害的程度相一致。从杀人到轻微伤人，从烧毁大厦到拆除一间价值甚微的板棚……对任何损害都适用同一标准。”^①正因为如此，侵权法才具有这样的高度概括性。

2. 侵权法的内容极具复杂性

侵权法是一种非常复杂的法律。这是因为，一方面，侵权行为不仅发生在人身关系和财产关系领域，而且广泛地发生在其他各种领域之中，在

^① 《国际比较法百科全书·侵权行为·为自己的行为之责任》，纽约海洋出版公司 1975 年版，第 13 页。



劳动关系、环境保护关系、自然资源管理关系等等，举凡有人类生活和活动的场合，就有侵权行为发生的可能；另一方面，在当代社会中，大量的法律关系发生竞合现象，侵权行为与犯罪行为、侵权行为与行政违法行为之间的竞合大量发生，许多犯罪行为可以同时构成侵权行为，多数违反行政管理的行政违法行为也都构成侵权行为，其中所有的违反治安管理造成损害的行政违法行为都构成侵权行为。此外，侵权法的渊源也极其复杂，法律规范的内容、层次、等级各不相同。正是由于侵权法所概括的侵权行为极为复杂和其自身的规范形式极为复杂，因而侵权法是一种极为复杂的法律。

3. 侵权法的内容和体系相当完备而且系统

尽管侵权法的内容十分概括又十分复杂，但是它却有完备的立法体系和完善的理论系统。这是由侵权法的历史发展所决定的。几千年以前就产生的侵权法，在罗马法时期就有了较为完整的立法体系和较为完善的理论系统，又经过了一千多年的不断完善和发展，侵权法经过千锤百炼，成为成熟的法律。侵权法的完整性和完善性表现于：在立法上，侵权法的条文虽然不多，但是它的逻辑严谨，内容完备，在短短的条文中概括了侵权行为的一般概念、种类、归责原则、制裁手段和救济方法等所有的内容，使侵权法成为一部立法最精练，内容最广泛，体系最完整的法律。这是任何一部法律都不能达到的程度。在理论上，侵权法学也具有完备体系的法学理论系统，它的理论体系并不亚于刑法理论。在国外，侵权法学专著层出不穷；在我国，近几年侵权法学专著也不断问世，侵权法学的研究已经到了一个相当深入的程度。

4. 侵权法是一种强制性的法律

侵权法以保护民事主体的民事权利为己任。它的主要功能不在于对民事权利的确认，而是在于对民事权利的保护。在这一点上，侵权法与其他民法部门法有着明显的区别。例如，物权法和合同法虽然也有对权利受到侵害的救济手段的规定，但是，这两种法律的基本功能却在于授权，确认民事主体享有什么样的物权和合同权利。在继承法，规定的是继承的权利及其实现的方法和程序。至于人格权法，则完全是授权，而将对人格权的保护问题差不多全部交由侵权法去完成。民法的这些部分的基本内容是任意性法律，而不是强制性法律。而侵权法则不是，侵权法主要着眼于对侵权行为的制裁和对侵权行为受害人的法律保护，这种制裁和保护都是与侵权人实施侵权行为的初衷相违背的，与其意愿和目的完全相反，因而，侵

权法的规范绝大多数是强行性规范，而不是任意性规范，不允许当事人对侵权行为的归责原则、责任构成、举证责任等强行规定通过协议予以改变，也不允许行为人将自己应当承担的侵权民事责任转嫁他人，更不允许侵权人拒绝承担侵权责任。

当然，也不排除侵权法中的一些规范具有任意性，权利人可以处分自己享有的赔偿权利，可以与对方当事人协商解决侵权赔偿纠纷。这是因为，侵权行为仍然是债的发生根据之一，侵权行为产生的赔偿请求权仍然具有债权的性质。但是，这些都不能排除侵权法是强制性规范的基本特点。

第二节 侵权法的调整功能和立法目的

一、侵权法的调整功能

侵权法的调整功能，是指通过侵权法的适用所应达到的目的。侵权法的调整功能是民法调整功能的具体体现，也是全部侵权法规范存在的目的。围绕侵权法的基本功能，侵权法的基本内容（包括归责原则、责任构成要件、免责条件、举证责任等）各自发挥不同的作用。

（一）补偿功能

侵权法中的补偿，是对侵权行为的受害人填补损害，即在侵权人实施侵权行为并造成受害人的实际损害以后，行为人须向受害人支付赔偿金，填补受害人所受到的损害。侵权法的补偿功能，是指侵权法适用损害赔偿的手段，责令侵权人向受害人支付赔偿金，以填补受害人因侵权行为所受到的损害的法律功能。

在侵权法调整功能的理论上，历来有不同的看法，最主要的分歧是，侵权法的主要功能是补偿还是制裁。大陆法国家的侵权法理论占统治地位的观点是，侵权法的补偿功能是占第一位的，而且是唯一的功能。美国侵权法则认为侵权法具有补偿功能和惩罚功能，且惩罚功能并不是次要的功能，而与补偿功能相当。在我国，一般认为侵权法具有补偿功能，同时兼具惩罚功能；有的民法学家则认为我国的侵权法的主要功能在于制裁民事违法，着重于侵权法的惩罚作用。

我认为，否认侵权法的补偿功能是第一位功能的观点是不正确的。侵权法之所以与其他民事法律有所不同，就在于它的基本职能是补偿损害。侵权法正是因为它的补偿功能，而使其承担了保护民事权利的重任，成为



民法中的权利保护法。在这样的法律体系及认识基础上，否认侵权法的主要功能是填补损害是难以理解的。

认为填补损害是侵权法的唯一调整功能的观点也是片面的。这是因为侵权法的功能决不仅仅是补偿，也包括制裁的功能和预防的功能。既坚持填补损害是侵权法的主要功能，又坚持填补损害不是侵权法的唯一功能，这才是对侵权法的法律调整功能的全面概括。

所谓补偿，是指在行为人实施侵权行为并致他人损害以后，行为人应向他人负赔偿责任，以填补受害人因其行为所受到的损失。侵权法中的补偿包括三方面的内容，即财产损害赔偿的补偿，人身损害赔偿即对因人身伤害和死亡所致损失的补偿，以及对精神损害的补偿。侵权法补偿的宗旨在于使被侵害的权利得以补救或恢复。

补偿的目的在于保护民事权利。很多学者将侵权法的保护作用单独列为侵权法的保护功能，作为我国侵权法的基本职能之一，认为保护职能不同于补偿职能。补偿职能侧重于对财产权的保护，而保护职能不仅是对财产而且是对人身的安全和完整的维护。所以，保护的职能不能由补偿职能所代替。^①我的看法是，补偿和保护，是一个问题的两个方面。侵权法的补偿，一方面救济了损害，另一方面保护了权利。侵权法正是通过补偿而实现了对民事权利的保护。因此，不能将侵权法的补偿和保护割裂开来，它们是一个完整的调整功能。

为了实现侵权法的补偿功能，侵权法以损害赔偿作为侵权民事责任的基本方式，而且其许多制度和规范都是直接实现补偿职能的。例如侵权法将某些实行过错责任原则的特殊侵权行为规定实行过错推定原则；将某些特殊侵权行为规定实行无过错责任原则，都是着重体现侵权法的补偿职能。我国《侵权责任法》对侵权责任方式除规定了损害赔偿以外，还规定了多种责任形式。各种责任形式适用于不同的侵权行为，其效果各不相同，但都体现了补偿和保护的作用，都共同地实现侵权法的补偿职能。

（二）惩罚功能

惩罚功能也称作制裁功能，提法有所不同，含义是一致的。侵权行为是侵害他人人身权益和财产权益的违法行为，具有一定的社会危害性，因此应受到法律的制裁。侵权法责令侵权人承担民事责任，就体现了侵权法对侵权行为的惩罚。制裁不法行为是法律对漠视社会利益和他人利益、违

^① 王利明、杨立新：《侵权行为法》，法律出版社1997年版，第26页。

背义务和公共行为准则行为的谴责和惩戒，它意味着法律依据社会公认的价值准则和行为准则对某种侵权行为所作的否定性评价，也是矫正不法行为的重要措施。^①

侵权法究竟有没有惩罚性，很多学者尤其是大陆法系学者持否定态度。对此，我是不同意的。我国侵权法的基本功能是补偿，但是，它的惩罚功能也不可否认。我国侵权法的惩罚性表现在：一方面，侵权人依法应承担的损害赔偿等责任，虽然是对受害承担的责任，但也是对国家应负的责任，损害赔偿等民事责任虽可根据受害人的意愿而免除，但不得由加害人抛弃或者拒绝承担；另一方面，在绝大多数情况下，侵权人在实施侵权行为造成受害人的损害时，自己并没有受有财产上的利益；^②侵权法责令没有受有财产利益的侵权人承担财产责任支付金钱，这对受害人而言是补偿损失；对行为人而言，当然是一种财产惩罚，体现了法律对侵权行为的谴责和非难，是对侵权人制裁。特别是在侵害人格权的赔偿责任中，故意和过失程度直接影响行为人的责任后果，对精神损害作出赔偿，更为明显地体现了对不法行为人实行的惩罚。我国立法有限地承认侵权损害赔偿中的惩罚性赔偿制度，在《食品安全法》第96条和《侵权责任法》第47条规定了恶意食品侵权和恶意产品侵权的惩罚性赔偿，对于制裁侵权行为、预防侵权行为发生，都具有重大意义。

对侵权行为的惩罚和制裁，并不是为了实现报复性惩罚的目的，而主要是保护民事主体的合法权利、矫正不法行为，并起到行为导向的作用，提出正确行为的要求，要求民事主体尊重他人权利，要求其恪尽职守。所以，惩罚的目的就是要保证民法规范的遵守、保障民事权利的实现和民事义务的履行。

（三）预防功能

侵权法的预防功能，是侵权法通过规定侵权人应负的民事责任，以及在行为人实施了侵权行为以后责令其承担损害赔偿等民事责任，进而教育不法行为人、引导人们正确行为、预防各种损害的发生，从而保持社会秩序的稳定和社会生活的和谐。

我国侵权法的预防功能表现在：通过对民事违法行为的民事制裁，对于社会和人们起到普遍的警戒和教育作用，促使人们在实施民事行为时不

^① 王家福主编：《中国民法学·民法债权》，群众出版社1991年版，第441~443页。

^② 在侵害知识产权、肖像权等例外的场合，侵权人实施侵权行为，能够受有财产利益。



得故意侵害他人的民事权利，履行应当履行的注意义务，采取积极预防措施，努力避免和减少损害；在造成损害时，要采取合理措施避免损害后果的扩大。这样，就减少了社会危险因素，预防损害的发生。具体而言，一方面，我国侵权责任法以过错责任原则作为归责的一般原则，要求行为人在因过错致人损害的情况下对其过错的行为后果负责，体现了对有悖于法律和道德的行为的非难，具有明显的教育和预防作用；另一方面，我国侵权责任法要求行为人应该预见行为可能产生的损害后果，并要求当事人采取合理措施避免损害后果的发生和扩大。我国民法的侵权责任是同行为人应当而且能够避免的结果联系在一起，行为人对不能预见以及不能控制、避免的后果是不负责任的，这就把法律后果置于行为人的意志之下，从而鼓励行为人谨慎行事，避免损害，促进社会安全。

案例 1-1 不按程序解剖非法侵害尸体案

一名被公安机关收容审查的青年在关押十几天后患病，保外就医没有治愈而死亡，医院诊断的结论是大叶性肺炎致死。家属对此有疑义，请求进行法医检验鉴定。公安机关遂委托省医学院对尸体进行解剖，鉴定死因。医学院在解剖过程中，组织进行教学活动，并采集了尸体的部分器官制作标本。死者家属气极，向法院起诉，法院没有支持其诉讼主张，使其精神痛苦无法得到平复。

侵权法制裁这种侵权行为，是要保护自然人死后的人格利益，警示世人不得侵害尸体，因而彰显了侵权法的预防功能。对于本案，法院不支持受害人近亲属的这种诉求，违反了侵权法的基本规则，不能发挥侵权法应有的预防作用。

二、我国《侵权责任法》的立法目的

《侵权责任法》是我国民法典的民事权利保护法，应当发挥其应有的法律调整功能。《侵权责任法》是一部人民性和科学性并举，着重解决民事主体民事权利保护的律法，其重要的立法目的是：

（一）救济受到损害的民事权利，保护民事主体的合法权益

民法典是一部权利法，其全部内容都是规定民事主体享有的民事权利，以及行使民事权利的基本规则。《侵权责任法》在民法典中的基本性质是民事权利保护法，发挥对民事主体民事权利提供保障的功能。民事权利受到非法侵害，《侵权责任法》确认在被侵权人一方取得侵权请求权，在侵权人一方构成侵权责任，通过由侵权人承担侵权责任的方式，救济被

侵权人的民事权利损害，使其恢复到没有受到损害时的状况，保护民事主体的民事权利。因此，《侵权责任法》最重要的立法目的就是保护民事主体的民事权利不受侵害，民事权利受到侵害后能够得到及时救济。

（二）确定侵权请求权的构成要件，明确侵权责任

《侵权责任法》保护民事权利，救济民事权利损害的基本方法，是赋予受到侵害的民事权利主体以侵权请求权，被侵权人可以请求侵害其民事权利的侵权人承担损害赔偿等侵权责任。因此，《侵权责任法》的性质是责任法，而不仅仅是行为法。因此，其全部内容都是规定法律对侵权责任的要求。它不仅要规定确定侵权责任的归责原则和一般构成要件，规定侵权责任的方式、抗辩事由等侵权责任的一般要求，还要规定侵权责任的具体类型，规定特殊侵权责任的构成要件。因此，《侵权责任法》是确定侵权责任的民事基本法，是通过确认侵权责任实现保护民事权利目的的法律。

（三）主要以财产性的侵权责任惩罚侵权人，制裁侵权行为

大陆法系侵权法并不强调侵权责任的惩罚性，而强调其补偿性。我国《侵权责任法》在强调侵权法的补偿性功能之外，也强调其惩罚性。其惩罚性主要表现在两个方面：一是《侵权责任法》强制侵权人承担财产性民事责任，补偿被侵权人的权利损害，使侵权人接受不得不支付财产的惩罚，特别是精神损害赔偿更具有惩罚作用；二是《侵权责任法》采取适当承认惩罚性赔偿的做法，对恶意侵权行为造成人身权受到损害的侵权行为，确定有限度的惩罚性赔偿金，更好地发挥对侵权人的惩罚性作用。

（四）预防侵权行为，促进社会和谐稳定

不论是对民事权利人的保护，还是对侵权行为的制裁或惩罚，其重要目的之一，是对侵权行为的预防。《侵权责任法》的这种预防作用类似《刑法》的一般预防，通过对侵权行为的制裁和对侵权人的财产惩罚，发挥《侵权责任法》的调整功能，在社会中发挥一般的警示作用，教育群众遵守民事法律，尊重民事权利，履行民事义务，防止侵害他人的民事权利，进而规范市民社会秩序，使民事法律关系的流转正常进行，促进社会的和谐和稳定，保障人民安居乐业。



第三节 我国侵权责任法的发展和立法特色

一、我国侵权责任法的立法发展

(一)《民法通则》规定的侵权责任基本制度

“文革”结束，改革开放开始，国家百废待兴，法制建设同样如此。改革开放的中国急需一部民法典，但是基于当时的理论准备和社会形势，立法机关首先制定《民法通则》，其实是一个无奈之举，却也是一个英明之举。1986年4月12日通过、1987年1月1日实施的《民法通则》，是一部既具有民法总则性质，又包括部分民法分则内容的概要性的民事基本法。尽管在当时的政治环境下制定的《民法通则》不可避免地印上了那个时代的印迹，存在较多的不足，但它仍然是一部具有伟大历史意义的法律，在社会生活中发挥了重要作用。

《民法通则》规定的基本内容是民法总则的内容，但在第六章却全面规定了侵权责任制度，凸显了立法者对侵权责任法的重视。^①在该章中，立法者不仅规定了侵权责任的过错责任原则和无过错责任原则这样的一般性规则，还规定了诸如侵权行为种类、侵权责任方式、侵权责任适用等具体内容。《民法通则》将侵权行为分为一般侵权行为和特殊侵权行为：一般侵权行为采取侵权行为一般条款的方式确定法律适用规则，适用过错责任原则确定责任，不做具体规定；特殊侵权行为采取特别规定的方式，分别规定不同的特殊侵权行为类型，规定了国家机关及其工作人员致害责任、产品责任、高度危险作业责任、环境污染责任、地下工作物致害责任、建筑物等地上物致害责任、动物致害责任以及监护人责任，分别适用过错推定原则或无过错责任原则确定责任。在侵权责任方式中，规定最主要、最基本的方式是侵权损害赔偿，规定了侵权损害赔偿的一般规则，以及人身损害赔偿、财产损害赔偿、精神损害赔偿的具体规则。同时还规定了其他侵权责任方式，规定了侵权责任的诉讼时效。

因此，《民法通则》在总体上对民事法律关系作出概括性规定的内容中，对侵权责任的规定却是具体的、详细的，几乎规定了侵权责任法的全部内容，确立的侵权责任制度具有重要的历史意义和价值，成为我国现行

^① 王泽鉴：《王泽鉴法学全集》（第六卷），中国政法大学出版社2003年版，第341～342页。

民法制度中的重要组成部分。例如，在那种“左”的思想还普遍存在的政治形势下，立法者毅然规定了精神损害赔偿制度，尽管还不完善，但却给日后发展打下了坚实的基础，提供了广阔的发展空间，以至于在今天，精神损害赔偿已经成为我国救济民事权利损害广泛适用的一般性救济方法。如果没有《民法通则》关于侵权民事责任制度的规定，我国就不会有今天的比较完善的民事权利保障制度，不会有和谐稳定的市民社会秩序，更不会有今天制定《侵权责任法》的大好形势。应当说，《民法通则》对侵权责任的规定基本可行，其基本优势在于，将侵权责任法从债法中脱离出来，确立其在民法体系中的独立地位，能够更好地保护民事主体的民事权利，救济民事权利的损害，能够发挥更加广泛的社会调整作用。

当然，《民法通则》关于侵权责任的规定也存在较多缺点，主要表现在：关于侵权责任归责原则体系的规定不够明确，影响法律规定的统一实施；侵权行为一般条款规定得不够准确，在实践中不易正确把握；侵权行为类型化程度不高，仅仅规定了8种特殊侵权行为，规定的规则不细，操作性不强；对于民事责任方式规定过多、过杂，没有突出损害赔偿作为基本侵权责任方式的重要地位。这些问题，经过实践经验总结和理论研究，已经制定了一些司法解释进行补充，发挥了卓有成效的重要作用。

因此，制定一部完善的、具有中国特色的《侵权责任法》，是《民法通则》实施20多年之后提出的强烈社会需求，是必须完成的立法任务。

（二）《民法通则》实施以来为《侵权责任法》制定而进行的各项准备

《民法通则》在立法之初，就是一部应急的民法基本法，而不是一部完善的民法典。因而，在《民法通则》完成之时，就预示了在条件成熟的时候应当制定民法典，其中就包括制定一部完善的《侵权责任法》。为了完成这个立法目标，在20多年中进行了多方面的准备。

1. 理论研究的准备

在制定《民法通则》当时，我国的侵权法理论研究基本上处于荒芜状态。那时候，我国还没有一部专门的侵权法的理论专著，只有零星的侵权法研究的论文，能够提供参考的主要是20世纪50年代翻译过来的前苏联的数本侵权法理论专著，内容陈旧，体系不完整。这样的理论准备是无法支撑侵权法立法和司法实践大厦的。

正因为如此，中国的侵权法理论研究者首先从我国台湾地区的侵



权法理论研究成果中吸取营养,大量借鉴台湾地区学者的学说和主张,以及台湾地区的司法实践经验,丰富自己的理论学说。随着改革开放的不断深入,学者开始广泛借鉴大陆法系和英美法系的侵权法理论研究成果,总结中华法系侵权法的基本内容,研究中国的社会现状和需求,构建自己的理论体系,逐步形成了有中国特色的侵权法理论框架和内容。至今,我国侵权法理论研究已经取得了重大进展,研究成果受到各国学者瞩目,在世界各国的侵权法理论中独树一帜,具有重要地位,为《侵权责任法》的制定提供了雄厚的理论基础。

我国侵权法理论研究的最典型表现,一是侵权法理论专著和研究论文数量众多,学说不断发展创新,既有数量上的规模,又有研究质量上的高水准;二是提出了颇具影响力的数部侵权责任法草案建议稿,直接为侵权责任法立法提供理论依据,间接地为司法实践提供裁判参考。因此,我国《侵权责任法》立法的理论准备已经完成。

2. 司法实践的准备

1987年1月1日《民法通则》开始实施,自然人和法人依据该法关于侵权责任的规定维护自己的权利,各级人民法院受理了越来越多的侵权责任纠纷案件。一方面,《民法通则》关于侵权责任的规定为司法实践裁判侵权纠纷案件提供了基本的法律依据,改变了依照政策和司法解释裁判侵权案件的无法可依局面;另一方面,大量在立法时不能预见到的问题发生,促使法院不得不广泛借鉴外国的、我国台湾地区的立法和司法经验,广泛借鉴侵权法的理论研究成果应用于司法实践,推动侵权法的不断发展。例如,除了最高人民法院在《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》对侵权法的法律适用作出解释外,在关于死者人格利益保护问题上,最高人民法院通过支持“荷花女案件”的裁判,作出了死者名誉应当依照《民法通则》的原则规定予以保护的司法解释,^①补充了《民法通则》的立法不足,确立了新的侵权法裁判规则。

正是在司法实践中不断发现问题、解决问题,因而推动了我国侵权法的不断发展。首先,这些司法实践经验直接体现在最高人民法院制定的有关侵权法司法解释之中,诸如:《最高人民法院关于确定民事侵权精神损

^① 沈德咏主编:《最高人民法院公报案例大全》,人民法院出版社2009年版,第416~418页。

害赔偿责任若干问题的解释》、《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》、《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》等，进一步发展了《民法通则》确定的侵权法的基本规则，补充了具体的法律适用规则，在中国侵权法体系中占据重要的地位。其次，各级法院通过侵权案件的审理，进行创造性的法律适用，创造了一大批具有判例性质的典型案例，丰富和发展了中国侵权法的规则。《最高人民法院公报》公布的人格权和侵权的典型案例为数众多，其他具有典型意义的案例不计其数。

正是这些司法实践经验的积累，为《侵权责任法》立法提供了丰富的实践基础和鲜活的法律营养，给《侵权责任法》的立法准备了全新的中国元素。

3. 立法实践的准备

《民法通则》实施之后，立法机关随着司法实践的不断发展，不断丰富和补充《民法通则》规定的侵权责任规定的内容，为制定《侵权责任法》做好立法上的准备。

(1) 立法机关在制定其他法律时，大量增加了有关侵权特别法的内容，补充、丰富和修改《民法通则》关于侵权责任的规定。据不完全统计，截至2009年6月，立法机关在现行法律中规定侵权责任特别法规则，在民商法律中有6件，在行政法中有29件，在经济法中有33件，在社会法中有10件，总共有78部法律中有关于侵权责任特别法的规定。其中，《国家赔偿法》是专门规定国家赔偿责任的侵权特别法；《产品质量法》关于产品责任的规定，在《民法通则》第122条关于产品责任一般规定的基础上，全面规定了产品责任制度；《道路交通安全法》第76条规定了道路交通事故责任的基本规则。通过这些侵权特别法的规定，使我国侵权法在《民法通则》规定的基础上，越来越丰满，越来越丰富。

(2) 自1999年开始，立法机关筹备制定《侵权责任法》，经过广泛调研、考察，比较专家提出的各个侵权法草案建议稿，特别是中国人民大学民商事法律科学研究中心提出的专家建议稿和我提出的侵权责任法草案建议稿，于2002年底完成了《中华人民共和国民法草案》，提交全国人大常委会审议。该法律草案的第八编就是“侵权责任法编”，共10章68个条文。经过反复修改，包括专家和法官参与讨论，2008年12月由人大常委会进行了第二次审议，2009年10月进行了第三次审议，在2009年12月26日正式通过《中华人民共和国侵权责任法》，成为我国的民法基



本法之一。

二、《侵权责任法》的本土化元素和立法特色

在《侵权责任法》中，既有鲜活的中国本土化元素，又有外国侵权法立法经验的广泛借鉴，体现了我在起草侵权责任法草案建议稿中提出的“大陆法系为体，英美法系为用，广泛吸纳本国司法经验”的指导思想。

（一）《侵权责任法》的中国本土化元素

《侵权责任法》的中国本土化元素体现在：

1. 对《民法通则》基础性规定的继承。《民法通则》采取创新的做法，将民事责任集中规定在第六章“民事责任”之中。将违约责任规定在统一的民事责任之中的做法经过实践的检验，证明是不妥当的，因此在1999年制定《合同法》时已经将违约责任规定在《合同法》中。但是，《民法通则》将侵权责任从债法中分离出来进行单独规定的做法却是成功的经验。因此，《侵权责任法》作为民法典的一个独立组成部分，单独规定为一部法律，将来在编纂民法典时回归民法典体系，作为民事权利保护法，完全是《民法通则》经验的继承和发展。

2. 确定侵权责任归责原则体系由过错责任原则、过错推定原则和无过错责任原则构成，是中国司法实践经验和理论研究成果的结晶，完全是中国本土经验。在《民法通则》规定的侵权责任中，仅仅有过错责任原则和无过错责任原则，对于过错推定原则没有明确规定。在司法实践中，确认对于监护人责任等侵权责任类型必须实行过错推定原则，取得了丰富的经验。《侵权责任法》第6条第2款明确规定过错推定原则，是对自己本土司法经验的总结。

3. 确定民事侵权责任方式为损害赔偿、停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产、恢复原状、赔礼道歉、消除影响恢复名誉八种，完全是中国的立法经验。当然，这种做法也值得总结提高，因为返还财产、排除妨碍和恢复原状的侵权请求权还存在与返还原物、排除妨碍和恢复原状的物权请求权有重合之处，需要进一步协调相互之间的关系。

4. 关于人身损害赔偿、财产损害赔偿和精神损害赔偿责任的具体规则，是我国司法实践的经验总结。对此，我国司法实践总结出来的《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》等司法解释，都是《侵权责任法》规定人身损害赔偿、精神损害赔偿的立法依

据，是中国司法实践经验的总结。

5. 在具体侵权责任的规定中，无论是监护人责任、违反安全保障义务的侵权责任、用人者责任、网络侵权责任，还是产品责任、机动车交通事故责任、医疗损害责任等侵权责任类型，都是中国侵权法司法实践经验的总结，是鲜明的中国本土化元素。

《侵权责任法》中的这些本土化元素，构成了鲜明的中国特色，因此可以说，中国《侵权责任法》是具有鲜明中国特色的民事基本法，是中国的法律而不是舶来品。

（二）《侵权责任法》的立法特色

《侵权责任法》形成了自己的特色，主要体现在以下四个方面：

1. 在立法形式上，坚持大陆法系的成文法传统，借鉴英美法系侵权法的独立性形式，单独制定《侵权责任法》，在大陆法系侵权法中独树一帜。把侵权法作为一部法律即《侵权责任法》颁布，这在大陆法系成文法国家是第一次，是具有开创性意义的做法。我们借鉴英美法系侵权法地位的做法，将《侵权责任法》单独制定，使之成为一部专门的法律，对大陆法系侵权法建设具有重要影响，也是中国侵权法的特色之一，而且是最重要的特色。

2. 在立法模式上，坚持大陆法系侵权法一般化的立法传统，制定能够概括全部侵权行为的侵权行为一般条款，在其指导下，借鉴英美法系侵权法类型化立法模式，实行不完全的侵权行为类型化规定。主要规定的侵权行为类型是：监护人责任、暂时丧失心智损害责任、用人者责任、网络侵权责任、违反安全保障义务的侵权责任、学生伤害事故责任，以及产品责任、机动车交通事故责任、医疗损害责任、环境污染责任、高度危险责任、饲养动物损害责任和物件损害责任，共 13 种，将主要的侵权行为类型规定详尽，对每一种侵权行为类型都做具体细致的规定，显然是借鉴英美侵权法的做法。

3. 在立法结构上，建立以大陆法系侵权法基本内容为特点的侵权责任法总则性规定，建立以英美法系侵权法侵权行为类型化为特点的具体侵权行为规则的侵权责任法分则性规定，形成别具一格的《侵权责任法》的总、分结构。《侵权责任法》在形式上并没有分为总则和分则，只是规定了十二章。但是，从法律的具体内容和逻辑结构分析，实际上存在总分结构：第一章至第三章规定属于总则性规定，相当于《侵权责任法》的总则，分别规定的是“一般规定”、“责任构成与责任方式”及“不承担



责任和减轻责任的情形”。这些规定都是《侵权责任法》的一般性规定，规定了侵权责任的范围、侵权请求权及其保障、侵权特别法的效力、侵权责任归责原则、共同侵权行为及连带责任、侵权责任方式、损害赔偿请求权、公平分担损失以及免责和减责事由等。第四章至第十一章属于分则性规定，相当于《侵权责任法》不完整的分则，是对侵权责任类型化的规定，主要规定的是适用无过错责任原则或者过错推定原则的特殊侵权责任，也规定了部分适用过错责任原则的一般侵权责任，但不是对侵权行为类型的全面规定。第十二章是附则。应该看到的是，《侵权责任法》“分则”与《刑法》分则不同，《刑法》分则是规定全部具体犯罪行为及其刑罚，法无明文不为罪是其基本原则。《侵权责任法》分则规定的侵权行为类型仅仅是一部分具体侵权行为类型，并不包括那些普遍的、大量存在的一般侵权行为，所以《侵权责任法》分则是一个不完全的分则，它仅仅规定了一部分或者一大部分侵权行为的具体类型，并没有把全部侵权行为类型都写进去。准确分析《侵权责任法》的总则性规定和分则性规定，最重要的意义在于，总则性规定是所有的侵权责任纠纷案件都必须遵守的规则，而分则性规定则需要“对号入座”，具体的侵权责任类型规则只能对具体的侵权责任纠纷案件适用，同时要适用总则性规定。

4. 广泛借鉴各国侵权法立法成功的侵权法规则，使我国《侵权责任法》的具体规定更加鲜明、更具可操作性，例如，美国侵权法的责任分担规则、惩罚性赔偿金规则、对各种侵权责任详细规定具体规则等，使中国《侵权责任法》的规则具体、明确，特别具有可操作性。

第四节 《侵权责任法》对国外立法经验的成功借鉴

《侵权责任法》在借鉴国外侵权法立法经验上，特别体现了“大陆法系为体，英美法系为用”的立法指导思想，^①成功地借鉴了大陆法系和英美法系侵权法的立法经验，融合两大法系侵权法的立法优势，把大陆法系和英美法系的立法经验结合在一起，创设了很多好的侵权法规则。本章对此进行探讨，认为侵权责任法在借鉴大陆法系和英美法系立法经验方面的成果主要表现在以下四个方面。

^① 我把我国侵权责任的立法指导思想归纳为“大陆法系为体，英美法系为用，广泛吸纳我国司法经验”。参见杨立新：《侵权法论》，人民法院出版社2005年版，第309页。

一、《侵权责任法》在立法形式上对大陆法系和英美法系侵权法的借鉴

《侵权责任法》在立法形式上，既有大陆法系侵权法的成文法特点，又有英美法系侵权法相对独立性的特点，是一个具有相对独立性的成文侵权法。

1. 《侵权责任法》是成文法，这保持了大陆法系侵权法的传统。它用92个条文规定了侵权法的全部内容，其条文数量和容量仅次于《埃塞俄比亚民法典》的侵权法。《埃塞俄比亚民法典》侵权法部分有135个条文，其他国家的侵权法一般都是三十几个、四十几个条文，甚至是十几个条文，原来的《法国民法典》侵权法只有5个条文。相比之下，《侵权责任法》是篇幅、容量都很大的成文法侵权法。

2. 《侵权责任法》是作为一个独立的法律规定的，这是借鉴英美侵权法的立法特点。大陆法系民法典的侵权法都是债法的组成部分，最典型的是我国台湾地区“民法”，仅仅把侵权行为法作为债的发生原因之一进行规定，^①与合同之债、代理权授与之债、无因管理之债和不当得利之债并列，并不占有很大的立法空间。英美侵权法却不是这样，英美法系的侵权法与财产法、合同法等处于同等地位，具有相当的独立性，地位非常显耀。我国《侵权责任法》借鉴了英美侵权法的这个立法特点，单独作为一部法律规定，使之成为民法典的一个相对独立的组成部分，这完全像英美侵权法的立法形式。

3. 《侵权责任法》保持了《民法通则》的传统。实际上，在确定侵权责任法在民法中的相对独立地位这一点上，并不是从《侵权责任法》开始的。《民法通则》就把民事责任单独作为一章规定，其中规定了侵权责任。《民法通则》在规定了主体、民事法律行为、民事权利等之后，单独规定“民事责任”。1986年《民法通则》通过之后，各界曾经特别赞赏这种做法，认为这是一个民法立法的创举。^②经过20多年的实践检验，这样的做法并不正确，因为在民法典中，各种民事责任通常都要跟随相应的部分直接规定，例如，违反合同的责任要规定在《合同法》中，即使在合同法中规定，也不能把不同的合同责任规定在一起，须分别规定在合

^① 参见我国台湾地区“民法”第二编“债”第一章“通则”第一节“债之发生”的第五款“侵权行为”的规定。

^② 魏振瀛等：《民事责任之立法模式》，北大法律信息网，<http://www.dyjlawyer.com/news/2007-7-19/2007719212227-1.htm>。



同成立、合同生效以及违约责任等相关部分。^① 尽管如此,《民法通则》把侵权法与债法相分离,在民事责任部分单独作出规定,则是完全正确的,经过实践证明是成功的。这就是借鉴了英美侵权法的立法经验,让侵权法单独作为民法的相对独立部分,就能够使它占有更大的立法空间,发挥更广泛的法律调整作用。

正是有了《民法通则》民事责任单独规定的立法经验,所以在起草民法典草案时,立法机关和法律专家一致认为,应当继续保持《民法通则》的传统,借鉴英美侵权法的立法经验,把《侵权责任法》先作为单独立法的形式通过,在编纂民法典时再将其作为民法典的单独一编。这样就打破了大陆法系民法规定侵权法的一般做法,使《侵权责任法》别具一格。在这一点上,《侵权责任法》完全是在借鉴英美侵权法立法形式的优势,与《民法通则》的传统相结合,形成了鲜明的中国特色,成为世界范围内第一部以侵权法命名的成文法。^② 其意义在于最大限度地扩展《侵权责任法》的容量,使其能够更大地发挥法律调整作用,作为民事权利保护法,更好地保护民事主体的合法民事权益,制裁民事违法,保障民事主体的行为自由。

二、《侵权责任法》在立法模式上对大陆法系和英美法系侵权法的借鉴

《侵权责任法》在立法模式上对大陆法系和英美法系侵权法立法经验的借鉴也是成功的,既借鉴了大陆法系侵权法的一般化立法模式,又给侵权行为类型化留下了巨大的空间,借鉴英美侵权法的类型化立法经验。

(一) 大陆法系侵权法与英美侵权法的不同立法模式

大陆法系侵权法的立法模式是一般化方法。侵权法一般化立法模式的基本特点,就是首先确立一个侵权行为一般条款,这个一般条款或者概括大部分侵权行为即一般侵权行为,例如《法国民法典》第1382条和《德国民法典》第823条;或者概括全部侵权行为,例如《埃塞俄比亚民法典》第2027条。侵权法规定了侵权行为一般条款,就会使侵权法的内容特别简明,具有高度的概括性,可以充分发挥法官适用法律的创造性。

如上所述,大陆法系侵权法的侵权行为一般条款有两种方式。第一种

^① 以上观点,参见杨立新:《合同法》,高等教育出版社2006年版,第289~291页。

^② 至于侵权责任法的这种独立法律形式是否会保持下去,要看将来的民法典是何种形式。如果采取统一的民法典的形式,则侵权责任法将归入民法典体系,成为其中一编;如果采取松散民法典的方式,则侵权责任法单独立法的形式就会保留下来。不过,这样其实更有意义。

是德国、法国式的一般条款，只概括一般侵权行为，而不是概括全部侵权行为。我国《民法通则》第106条第2款也是这样，概括的是一般侵权行为而不包括特殊侵权行为，特殊侵权行为另作具体规定。这种方式在习惯上叫做小的一般条款。第二种是埃塞俄比亚式的一般条款，《埃塞俄比亚民法典》第2027条尽管也是在债法中规定的，但它概括的不是一般侵权行为，而是全部侵权行为，包括过错责任的侵权行为、无过错责任的侵权行为以及替代责任的侵权行为，在这三个分类的下面，再对每一个具体侵权行为做出具体规定。^①《埃塞俄比亚民法典》的这种方法既有大陆法系的特点，也有英美法系的特点，是把大陆法系和英美法系侵权法的立法模式结合到一起的做法。这种侵权行为一般条款通常叫做大的一般条款，是能够概括全部侵权行为的一般条款。

英美侵权法的立法模式是类型化方法。英美侵权法对侵权行为实行类型化，没有抽象规定，更没有一般化的规定。《美国侵权法重述（第二次）》把侵权行为分为13类：故意侵权行为、过失侵权行为、严格责任、虚假陈述、诽谤、侵害的虚伪不实、侵害隐私权、无正当理由的诉讼、干扰家庭关系、对优越经济关系的干扰、侵犯土地利益、干扰不同的保护利益和产品责任。^②英国侵权法把侵权行为分为8类：非法侵入、恶意告发、欺诈加害性欺骗和冒充、其他经济侵权、私人侵扰、公共侵扰、对名誉和各种人格权的侵害和无名侵权。^③这些都是对侵权行为类型进行具体规定，立法模式是完全类型化，根本没有一般性规定。

制定我国《侵权责任法》，专家的设想是要把两大法系侵权法的立法模式结合起来，既要有一般性规定即侵权行为一般条款的规定，还要有具体规定即侵权行为类型化的规定，融汇大陆法系和英美法系立法模式的特点，形成一部新型的侵权法。^④《埃塞俄比亚民法典》规定的侵权行为法就是这种融合的典范，是专家起草侵权责任法建议稿所仿效的立法蓝本。

（二）实现大陆法系和英美法系侵权法立法模式融合的关键

在大陆法系侵权法一般化立法模式的框架下，怎样才能融合英美法系

① 参见《埃塞俄比亚民法典》，薛军译，中国法制出版社2002年版，第370页以下。

② 参见：《美国法律整编·侵权行为法》，刘兴善译，台湾地区司法周刊杂志社1986年版。

③ 参见〔德〕克雷斯蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（上卷），张新宝译，法律出版社2002年版，第337~335页。

④ 参见杨立新主编：《中华人民共和国侵权责任法建议稿及说明》，法律出版社2007年版，第5页。



侵权法的类型化内容呢？依我所见，在小的侵权行为一般条款的立法模式下，侵权法无法完成这个任务。因为在小的侵权行为一般条款之下，侵权法对侵权行为采取了一般侵权行为和特殊侵权行为的类型切割，形成对立的两个部分，前者不用特别规定，后者才需要特别规定，因此，对侵权行为的类型化只能局限在特殊侵权行为的范围，无法对一般侵权行为进行类型化规定，不存在进行侵权行为全面类型化的空间。

埃塞俄比亚侵权法的立法经验告诉我们，只有在侵权法中规定一个大的侵权行为一般条款，即规定一个能够概括全部侵权行为的侵权行为一般条款，才有可能对侵权行为进行类型化预留出充分的空间，创造侵权行为类型化的必要条件，才能够对侵权行为实行全面类型化。

因此，我国《侵权责任法》实行大陆法系与英美法系侵权法立法模式的融合，关键之处是要确立一个能够展开侵权行为类型化的大的侵权行为一般条款。有了这样的一个侵权行为一般条款，才能够在侵权行为一般条款的规制下，实现侵权行为类型化。而实现大陆法系和英美法系侵权法立法模式融合的基本目的，正是要使《侵权责任法》既有一般化的规定，又有类型化的规定，因而使《侵权责任法》具有更大的弹性和包容性，具有更好的可操作性，使之成为既便于法官操作，也便于人民群众理解和掌握的一部亲民的法律。^①

（三）《侵权责任法》规定侵权行为一般条款的做法值得肯定

《侵权责任法》在立法模式上已经基本上实现了上述设想，采纳了大的侵权行为一般条款的模式，为实现侵权行为类型化奠定了基础，仅仅是在类型化方面做得还不够而已。

1. 《侵权责任法》第2条规定的是大的侵权行为一般条款

《侵权责任法》的哪一条规定的是侵权行为一般条款，学界理解并不一致，很多人认为现在的第2条并不是一般条款，第6条才是侵权行为一般条款。我持相反态度，认为第2条规定的就是侵权行为一般条款，并且是大的一般条款。对此作出正确理解的基础，就在于正确理解《侵权责任法》第2条与第6条、第7条以及第15条的关系。

大陆法系侵权法规定侵权行为一般条款多数采用小的一般条款，也就是对过错责任的一般性规定。《侵权责任法》第6条第1款规定的是过错侵害他人人身、财产，造成损害的，应当承担侵权责任，这一条文是

^① 参见杨立新主编：《类型侵权行为法研究》，人民法院出版社2006年版，第26~28页。

《民法通则》第106条第2款的传承和发展。如果《侵权责任法》没有其他更加概括性的规定，将这个条文作为侵权行为一般条款，概括的仍然是一般侵权行为，是完全没有问题的。另外，在第6条第1款以后，第2款规定了过错推定责任，第7条又规定了无过错责任，如果把这两个条文当成一个大的一般条款，大概也说得通。

不过，《侵权责任法》第2条明确规定：“侵害民事权益，应当承担侵权责任。”这一条文显然是一个规定全部侵权行为的具有最高程度概括性的条款，相当于甚至超过《埃塞俄比亚民法典》第2027条规定的大的侵权行为一般条款的概括范围。之所以说“超过”，是因为《埃塞俄比亚民法典》第2027条规定的仅仅是承担赔偿责任的侵权行为一般条款，并没有概括《侵权责任法》第15条规定的除了损害赔偿之外的其他7种责任方式。对此，我的理解和大多数学者的理解都不太一样，我认为第2条是一个非常好的规定，它就是我国《侵权责任法》的侵权行为一般条款。

《侵权责任法》第2条确实是确定侵权责任的一般规则。侵害民事权益应该承担侵权责任，就把所有的侵害民事权利和依法保护的利益的行为都认定为侵权行为，把全部侵权行为都概括到这个条文里面来了。首先，它包括全部的承担损害赔偿责任的侵权行为，因为我国《侵权责任法》与其他国家侵权法都不一样，其他国家的侵权法都是侵权损害赔偿法，规定侵权责任就是损害赔偿，因此侵权产生的损害赔偿才是债，才在债法中规定侵权法，诸如停止侵害、排除妨碍、恢复原状以及赔礼道歉、恢复名誉等民事责任方式都是物权请求权或者人格权请求权的内容。其次，《侵权责任法》把损害赔偿以及其他应当由物权法、人格权法等法律规定的物权请求权、人格权请求权，全部都规定在第15条中，都是侵权责任方式，体现的完全是《民法通则》第134条的立法传统。因此，把第2条和第15条结合起来就会看到，第2条包含的不仅仅是应当承担损害赔偿责任的侵权行为，还包括承担其他民事责任方式的侵权行为，概括的是所有的侵权行为。

2. 《侵权责任法》第6条和第7条规定的是侵权损害赔偿责任的归责原则体系

按照这样的考虑，《侵权责任法》第6条和第7条仅仅是规定侵权损害赔偿责任的归责原则。通常说，过错责任原则等归责原则是侵权责



任的归责原则,^①但事实并不如此,侵权归责原则仅仅是确定侵权损害赔偿责任的归责原则。^②法官在民事审判实践中确定侵权责任,主要是在确定损害赔偿责任,并且在确定损害赔偿责任中才考虑加害人是否有过错或者在法律有特别规定情况下不论有无过错。讲过错责任,坚持加害人有过错才承担责任,其实是在确定侵权人要不要承担损害赔偿 responsibility,确定侵权人要承担停止侵害、排除妨害、消除影响、恢复名誉等侵权责任方式根本无须考察行为人是否有过错,难道侵占了别人的物,侵占人没有过错就不要返还原物了吗?侵害他人名誉权,没有过错就不用赔礼道歉了吗?所以,侵权法的归责原则所解决的都是损害赔偿 responsibility,归责原则是损害赔偿责任的归责原则,不是全部侵权责任方式的归责原则。《侵权责任法》第15条规定的除了损害赔偿 responsibility 之外的其他侵权责任方式,都不是上述归责原则的调整范围,而是第2条的调整范围。

3. 必须理顺第2条与第6条、第7条以及第15条之间的逻辑关系

没有理顺《侵权责任法》第2条与第6条、第7条以及第15条之间的逻辑联系,就没有办法厘清《侵权责任法》的基本逻辑关系,也就不能正确认识第2条规定的真实含义。这是理解《侵权责任法》的关键。

我认为,这个逻辑关系是:第2条所规定的侵权行为范围是全部侵权行为,包括第6条和第7条规定的所有的承担损害赔偿 responsibility 的侵权行为;也包括第15条规定的除了损害赔偿 responsibility 之外的其他侵权责任方式的侵权行为。在第2条规定的侵权行为一般条款统一调整之下,确定损害赔偿 responsibility 的侵权行为适用第6条和第7条规定,分为过错责任、过错推定责任和无过错责任;不承担损害赔偿 responsibility 而只适用其他侵权责任方式的侵权行为,则适用第15条;当然,所有的侵权行为都在第2条的统一调整之下。按照这样的思路观察就可以发现,《侵权责任法》第2条规定的侵权行为一般条款采纳的是埃塞俄比亚模式,是概括全部侵权行为的一般条款,是大的侵权行为一般条款,它的最大特点就是全部侵权行为都概括进来。在这样的立法模式下,《侵权责任法》关于具体侵权行为类型的规定,不管规定得是多是少,是全面还是不全面,都不存在立法不足的缺陷。那就是,《侵权责任法》已经规定的特殊侵权责任,就按照特殊侵权责任的规定去办;没有规定的,就按照大的侵权行为一般条款的规定去办,永远不

^① 参见程啸:《侵权行为法总论》,中国人民大学出版社2008年版,第102页。

^② 参见杨立新:《侵权损害赔偿》,吉林人民出版社1990年版,第113页。



会出现立法不足的问题。

这种逻辑关系可以用下表表示：

第2条侵权行为为一般条款的调整范围	第6条和第7条调整的侵权损害赔偿	过错责任原则 (第6条第1款)	一般侵权责任		
		过错推定原则 (第6条第2款)	特殊侵权责任 (第四章至第十一章)	极少数适用过错责任原则的侵权责任	
		无过错责任原则(第7条)		适用过错推定原则的侵权责任	
	其他侵权责任	无须具备损害要件的侵权责任(第15条规定的排除妨害、消除危险等)			
		双方当事人均无过错分担的侵权责任(第24条)			
		其他应当适用第2条的侵权责任			
		适用无过错责任原则的侵权责任			

(四) 不完善的侵权行为类型化

《侵权责任法》在规定了侵权行为一般条款之外，又借鉴英美侵权法的类型化立法模式，规定了很多具体的侵权责任类型，特别是规定了很多特殊侵权责任，从第四章到第十一章全部都是在规定侵权责任类型。

尽管《侵权责任法》第四章的题目是“关于责任主体的特殊规定”，看起来是关于责任主体的规定，但实际上规定的是需要特殊规定的侵权责任，是责任主体特殊的侵权责任。例如，第32条规定的是无行为能力人和限制行为能力人造成他人损害的监护人责任，第33条规定的是暂时丧失心智的损害责任，第34条和第35条规定的是用人者责任，概括的是用人单位责任、劳务派遣责任和个人劳务责任，第36条特别规定了网络侵权责任，第37条规定的是违反安全保障义务的侵权行为，第38条至第40条规定了学生伤害事故责任。这些侵权责任的主体特殊，主要是替代责任。

从第五章开始，分别规定产品责任、机动车交通事故责任、医疗损害责任、环境污染责任、高度危险责任、动物致人损害责任和物件致人损害责任，每一章都规定一种侵权责任类型。

可以看到，《侵权责任法》尽管对侵权行为没有实现全部类型化，但类型化的程度很高，内容非常丰富。《侵权责任法》采用的这种“大的一般条款+大部分类型化”的立法模式，融汇了大陆法系侵权法和英美法系侵权法的立法模式优势，形成了中国侵权法的鲜明特色。不过，《侵权责任法》确实存在类型化程度不够的问题，应当进行改进，尽可能增加侵权责任类型的规定，例如规定债权侵权责任、定作人指示过失责任以及



帮工责任等。^①

三、《侵权责任法》在立法结构上对大陆法系和英美法系的借鉴

从立法结构上观察，大陆法系侵权法的条文并不多，一般有30个条元左右，立法结构都比较简单，通常都是一般性规定，除了特殊侵权行为的规定之外，实际上是一个总则性的规定。从某种意义上说，大陆法系侵权法只有总则没有分则。而英美侵权法都是对侵权行为类型的具体规定，很少有抽象性规定，当然在《美国侵权法重述（第二次）》和美国统一州法委员会的侵权行为法示范法中，也有关于赔偿、^② 责任的分担^③等一般性规定。因此，英美侵权法更像一个侵权法分则，基本内容属于分则性规定。也可以说，英美侵权法是一个只有分则没有总则的侵权法。

我国《侵权责任法》在结构体例上，对两大法系侵权法的立法结构都有借鉴，采用的是比较新型的方法即为总则、分则的结构，总则采用大陆法系侵权法的一般性规定，分则采用英美侵权法的类型化规定。《侵权责任法》一共有12章，分成两部分：第一部分为第一章到第三章，是侵权法的总则部分，规定了侵权责任的一般规定、责任构成、责任方式以及不承担责任和减轻责任的免责事由。从第四章开始属于分则规定，第四章“关于责任主体的特殊规定”中规定的是责任主体特殊的侵权行为类型；第五章到第十一章规定的是特殊侵权责任类型，相当于一个不完善的侵权法分则。

《侵权责任法》这种结构安排，既借鉴了大陆法系侵权法的立法结构，又借鉴了英美侵权法的立法结构，是两大法系侵权法立法结构的综合。其适用的规则是，一般侵权责任适用总则的规定，分则作出特殊规定的适用分则的特殊规定；特殊侵权责任适用分则规定，同时适用总则的相应规定。这两个部分结合起来，就构成了《侵权责任法》的完整体系，用起来也非常明确，很容易掌握。

^① 以上请参见《法制日报》开设的“侵权责任法立法疑难问题研究”专栏，该报2009年4月1日、4月8日第12版。

^② 例如《美国侵权法重述（第二次）》第十三编“救济”的规定，见《侵权法重述——纲要》，许传玺等译，法律出版社2006年版，第270页以下。

^③ 《侵权法重述——纲要》，许传玺等译，法律出版社2006年版，第321页以下。

四、《侵权责任法》在立法内容上对大陆法系和英美法系的借鉴

《侵权责任法》的具体内容比较丰富，既有一般性规定，也有具体规定。在这些规定中，既有大陆法系侵权法的内容，又有英美法系侵权法的内容，结合得比较协调，具有鲜明特色。我举三个方面事例作出说明。

(一) 对大陆法系多数人之债规则和英美法系侵权责任分担规则的借鉴

大陆法系侵权法比较忽视侵权责任形态的研究。我在总结侵权责任分担规则中，整理了全部侵权责任承担的不同形式，进行类型化研究，提出了侵权责任形态的自己责任与替代责任、单方责任与双方责任以及单独责任与共同责任三个不同的侵权责任形态体系，构成完整的侵权责任形态系统。^① 它表现的是侵权责任已经构成，侵权行为类型确定之后，解决的是侵权责任应该由哪些人来承担，是原告承担还是被告承担，原告和被告如果是多数人，他们之间应当如何承担的问题。

大陆法系的债法对侵权责任形态只有具体规定，没有抽象性的规定和总结。只有多数人之债有抽象性规定，可以适用于侵权法。例如连带之债、不真正连带之债、补充之债和按份之债等。这些债的形式表现在侵权法中，就是侵权责任形态，共同侵权行为和共同危险行为都要承担连带责任，没有分别侵权行为应当承担按份责任等。因此，大陆法系侵权法的侵权责任形态的特点是“散装”的，没有对于侵权责任形态做出完整概括，没有进行“打包”研究。英美侵权法有责任分担的抽象规则，对侵权责任的分担做了非常详细的研究，这一部分体现在《美国侵权法重述（第三次）》中，^② 统一州法委员会对此也做了专门的整理，使之系统化、科学化。^③ 大陆法系的多数人之债的规定，与美国法的责任分担规则相比较，美国的做法具有优势，更具有借鉴意义。

例如，产品责任的侵权责任形态是不真正连带责任，对此，大陆法系侵权法都是作具体规定，缺少概括性的规定，在理论上也缺少研究。美国侵权法的“责任的分担”将产品责任的侵权责任形态分为两种，一种是

^① 杨立新：《侵权责任形态研究》，载《中国人民大学报刊复印资料·民商法学》2004年第2期。

^② 参见美国法学会：《侵权法重述·第三次·责任分担》（条文部分中译本），王竹译，载中国人民大学民商事法律科学研究中心编：《各国侵权行为法资料汇编》（内部刊物），第182页。

^③ 美国统一州法委员会：《统一侵权责任分担法》（中英文对照参考译本），王竹译，中国民商法律网，<http://www.civillaw.com.cn/qqf/weizhang.asp?id=35852>。

风险责任（即中间责任），一种是最终责任。原告向法院起诉时，是起诉生产者还是销售者，由原告自己决定，这时承担的责任就是风险责任。承担风险责任，属于无过错责任，例如原告直接起诉销售者，则不管销售者对缺陷产品的产生是否有过错，只要是确定产品有缺陷就应该承担赔偿责任。销售者承担了这个责任以后，如果它对产品缺陷的产生没有过错，就可以向生产者追偿，请求其最终承担侵权责任，产品只要有缺陷，生产者就要承担责任，这时生产者承担的就是最终责任。反之，如果受害人请求的是生产者承担风险责任，在生产者承担了风险责任之后，有权向有过错的销售者请求追偿，由销售者承担最终责任。在连带责任和不真正连带责任中，也都存在这样两个层次的责任，即风险责任和最终责任。连带责任不分份额地整体承担责任，是风险责任；连带责任人之一承担了超出自己责任份额的那部分责任，可以向没有承担责任的连带责任人追偿，所追偿的就是最终责任。这是连带责任中的风险责任和最终责任的关系。^①

《侵权责任法》要规定侵权责任形态，思路是清楚的，就是借鉴英美法系侵权责任分担的理论，更好地规定侵权责任的不同形态。我们在《侵权责任法》立法的讨论过程中也提出应该体现侵权法立法的最新动向，对侵权责任形态要做特别规定，我和许传玺是这个意见的积极倡导者。^②

《侵权责任法》现在对侵权责任形态的规定尽管还不理想，但基本上体现了这个精神，规定得很有特点。其中，第8条规定的是连带责任；第9条规定的是教唆人和帮助人的连带责任；第10条规定了共同危险行为的连带责任；第11条规定了两人以上分别实施侵权行为造成同一损害，每个人的侵权行为都足以造成全部损害的，行为人承担的连带责任；第12条规定了二人以上实施的分别侵权行为承担按份责任。这些规定把多数人责任基本上都做了规定。此外，《侵权责任法》第四章主要规定了替代责任、补充责任等侵权责任形态，以及特殊侵权责任中的责任形态。作了这样的整理以后，就可以看到《侵权责任法》关于侵权责任形态的规定非常丰富，具有鲜明的特点，有美国法责任分担立法经验的影子。存在的问题是，关于侵权责任形态的抽象规则不多，写得也不够系统。不过可

^① 我在侵权责任形态研究中表述连带责任和不真正连带责任中的风险责任，使用中间责任的概念，以避免与德国法系将无过错责任原则叫做风险责任的概念相区别，同时也更形象一些。

^② 我对这个问题的意见，请参见杨立新：《中华人民共和国侵权责任法建议稿及说明》，法律出版社2007年版，第6~8页。

以说,《侵权责任法》的这些规定更多地借鉴了英美法系的责任分担规则,也参考大陆法系多数人之债的规则,形成了比较有特色的侵权责任形态制度体系。

(二) 对大陆法系损害赔偿填补损害原则与英美法系惩罚性赔偿责任的借鉴

在侵权损害赔偿原则上,《侵权责任法》借鉴大陆法系和英美法系侵权法的立法经验也是成功的,一方面坚持了大陆法系侵权损害赔偿的填补损害原则,同时也有条件地吸收英美侵权法的惩罚性赔偿制度,形成了有特色的中国侵权法的损害赔偿制度。

《侵权责任法》第16条和第17条规定的是人身损害赔偿的填补损害原则,第19条规定的是财产损害赔偿规则,都实行全部赔偿。而第47条则是关于惩罚性赔偿的规定,明知产品存在缺陷仍然生产、销售,造成他人损害的,受害人可以要求惩罚性赔偿。但怎样实行惩罚性赔偿,没有规定具体规则,学者的意见是倾向于不超过实际损失的三倍。对此,应该规定一个具体方法。《食品安全法》第一次规定了食品侵权的惩罚性赔偿,是以产品价格的10倍作为惩罚性赔偿。这种惩罚性赔偿计算方法的威慑力还不够,美国的惩罚性赔偿有威慑力,可以有效地威慑侵权人。美国新墨西哥州法院判的麦当劳案件,79岁的老太太Stela Liebeck买了一杯热咖啡,当打开杯盖饮用时,不慎将一些咖啡泼在了腿上,造成大面积的三度烫伤。美国热咖啡的饮用标准温度是华氏140度左右,因为超过华氏155度就有烫伤的危险。而当时麦当劳提供的咖啡温度在华氏180度至190度之间。在被麦当劳的热咖啡烫伤后,老太太将麦当劳告上法庭,称麦当劳没有提示热咖啡的温度,造成自己的伤害。一审法院认为,承担服务职责的大公司应当善待每一个顾客,不能因为自己的过失使顾客受到损害,因此判决麦当劳公司承担270万美元的惩罚性赔偿金。^① 上诉之后,二审法院认为判的太多,改判赔偿48万美元。我国的惩罚性赔偿金当然不能这样重,但也不能过轻,起不到惩罚作用,《消费者权益保护法》修订草案拟定惩罚性赔偿金的计算方法为实际损失的三倍以下,是可取的。

在起草《侵权责任法》时,有的提出应当建立一般性的惩罚性赔偿责任的意见,如社科院法学所起草的《中国民法典草案建议稿》侵权行为编,建议规定故意侵害他人生命、身体、人身自由、健康或具有感情意

^① 参见李响:《美国侵权法原理及案例研究》,中国政法大学出版社2004年版,第3页。



义财物的，应当承担惩罚性赔偿责任。^①立法机关没有采纳一般性惩罚性赔偿制度的意见，而是采用个别场合具体规定惩罚性赔偿金制度。

当然，现在的惩罚性赔偿仅仅适用在产品侵权中的恶意产品侵权，适用范围还不够，应当有所扩大，例如对恶意环境污染也可以适用惩罚性赔偿。由此建立我国的损害赔偿制度，是以填补损害原则为基本原则，以惩罚性赔偿为个别适用，构成了我国特有的损害赔偿规则，具有鲜明特色。

（三）在特殊侵权责任的规定中大量借鉴英美法特别是美国侵权法的规则

《侵权责任法》在借鉴大陆法系和英美法系侵权法的具体内容方面，更明显地表现在特殊侵权责任的规则中，更多地借鉴了美国侵权法的规则。

大陆法系侵权法在规定特殊侵权行为时，一般的做法是一种侵权行为就规定适用一种归责原则。《民法通则》也是这样规定的，例如，第126条规定建筑物等地上物致害责任都适用过错推定责任；第127条规定动物致人损害统一适用无过错责任，而不区分什么样的动物；第123条规定高度危险作业统一适用无过错责任，也不区分不同的高度危险行为和高度危险物。^②

英美侵权法并不是这样，他们认为在每一种侵权责任类型中都有不同情况，应该分别适用不同的归责原则才更公平。因此，在每一种侵权行为类型中通常都适用不同的归责原则确定责任，比如在产品侵权责任当中，确定产品缺陷，要根据不同的缺陷适用不同的归责原则，制造缺陷和设计缺陷适用无过错原则，警示说明缺陷则适用过错责任原则。^③同样的动物致人损害，《美国侵权法重述（第二次）》第507条规定：“野兽占有人就野兽致他人身体、土地或其他动产之伤害，纵然已尽最大注意监禁该野兽或预防其伤害，仍应负责”；而第518条则规定：“家禽、家畜之未具有不寻常危险者所致伤害之责任，除动物有侵权行为外，占有家禽、家畜或

^① 参见该建议稿第1633条。梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿附理由·侵权行为编·继承编》，法律出版社2004年版，第127页。

^② 以上分析请参见杨立新：《侵权行为法专论》，高等教育出版社2005年版，第211、229、237页。

^③ 参见美国法学会：《侵权法重述——纲要》，许传玺等译，法律出版社2006年版，第283页。

提供家禽、家畜栖息场所之人，不知悉或无理由知悉该动物有不寻常危险，于下列情形但也仅于下列情形，就动物伤害负责：(a) 占有或提供家禽、家畜栖息场所之人，故意致动物造成伤害；或 (b) 占有或提供家禽、家畜栖息场所之人，过失怠于避免伤害”。^① 美国侵权法认为，如此确定的侵权损害赔偿才是公平的、合理的，无论是对受害人还是对应该承担赔偿责任的加害人来说才是公平的。

《侵权责任法》在这个问题上改变了《民法通则》的做法，对特殊侵权行为作类型化规定，从第五章到第十一章规定了7种特殊侵权责任，对每一种不同的特殊侵权责任分别规定不同的确定责任规则，不再是每一种特殊侵权责任只适用一种归责原则确定侵权责任。例如第十章关于饲养动物致人损害责任，在归责原则上规定了三个层次：(1) 第78条规定：“饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任，但能够证明损害是因被侵权人故意或者重大过失造成的，可以不承担或者减轻责任。”这是规定饲养动物损害责任的一般条款。(2) 第79条规定：“违反管理规定，未对动物采取安全措施造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任。”这是较低层次的无过错责任原则。(3) 第80条规定：“禁止饲养的烈性犬等危险动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任。”这里没有规定免责条件，被称作绝对责任条款，是最高层次的无过错责任。与第79条相比较，尽管都适用无过错责任原则，但分为两个不同的层次。(4) 第81条规定：“动物园的动物造成他人损害的，动物园应当承担侵权责任，但能够证明尽到管理职责的，不承担责任。”这是典型的过错推定责任。可见，《侵权责任法》把动物致人损害责任分成三个不同的层次，分别适用不同的归责原则。这种做法显然是借鉴美国侵权法的经验，将饲养动物致害责任分成三种不同情况，分别适用不同的归责原则确定赔偿责任。

《侵权责任法》在第七章规定“医疗损害责任”时，借鉴了法国医疗损害责任法把医疗过失行为分为医疗科学过失和医疗伦理过失的经验，^② 以及美国侵权法医疗产品责任的经验，^③ 将医疗损害责任分成三个类型：

① 《美国法律整编·侵权行为法》，刘兴善译，台湾地区司法周刊杂志社印行1992年版，第414、421页。

② 参见陈忠五：《法国法上医疗过错的举证责任》，载朱柏松等：《医疗过失举证责任之研究》，台湾地区元照出版公司2008年版，第124页。

③ 参见杨立新：《医疗损害责任改革研究》，卫生部招标科研课题报告2009年，第35页。



第一种类型是医疗技术损害责任，违反医学原理，违反医疗常规、规程造成受害患者损害，适用过错责任原则；^① 第二种类型是医疗伦理损害责任，违反告知义务、保密义务等医疗伦理、良知等造成受害患者损害，适用过错推定原则；^② 第三种类型是医疗产品损害责任，药品、医疗器械、消毒制剂以及血液和血液制品致人损害，适用产品侵权责任规则，即无过错责任原则。^③ 对三种不同的医疗损害适用三种不同的归责原则，这种规定也是非常合理且合乎逻辑的。

《侵权责任法》第九章“高度危险责任”规定改变了《民法通则》第123条统一适用无过错责任原则的做法，将高度危险责任分为：第一，民用核设施致人损害，适用严厉的无过错责任原则，只有损害时因战争等情形或者受害人故意造成的才可以不承担责任。第二，民用航空器造成他人损害，也是用比较严厉的无过错责任原则，能够证明损害是因受害人故意造成的，不承担责任。第三，占有或者使用易燃、易爆、剧毒、放射性等高度危险物，适用比较严厉的无过错责任原则确定责任，除了能够证明损害是因受害人故意或者不可抗力造成的不承担责任之外，被侵权人对损害发生具有重大过失的，就可以减轻占有人或者使用人的责任。第四，从事高空、高压、地下挖掘活动或者使用高速轨道运输工具造成他人损害的，适用最低层次的无过错责任原则，不仅能够证明损害是因受害人故意或者不可抗力造成的可以免除责任，而且被侵权人对损害的发生有过失的，就可以减轻经营者的责任。这显然是将高度危险责任分为四个不同的层次，尽管都是适用无过错责任原则，责任轻重并不相同。

在上述立法内容中，《侵权责任法》更多地借鉴了各国的立法经验，制定的规则更加合理、更加公平，是成功的做法，应当予以充分肯定。

第五节 我国侵权法的保护范围

《侵权责任法》第2条第2款通过界定民事权益范围，确定了侵权法保护的范围。

研究《侵权责任法》第2条第2款规定的侵权法保护的民事权益范

^① 见《侵权责任法》第54条。

^② 见《侵权责任法》第55条第2款、第64条。

^③ 见《侵权责任法》第64条。

围，首先应当看到第2条第2款规定的优点和存在的问题。其优点在于列举了18种民事权利，这样可以使人民群众看到《侵权责任法》所保护的范
围十分广阔，特别是其中规定了隐私权，具有重要意义。但是，这种写法也有缺点：一是列举的民事权利不够，很多重要的权利没有写进来，例如身体权、人身自由权、信用权、名称权、配偶权、亲权、亲属权、债权等；二是所列举的18种民事权利并非系一个逻辑层次上的权利，多数是具体权利，有的却是权利类型；三是已经写进来的权利有些较难得到侵权法的保护，例如继承权、股权等；四是对《侵权责任法》所保护的民事利益，只界定到人身、财产利益的程度，没有进一步界定，因此，在司法实践中很难掌握。

但是，这个规定是没有问题的，原因在于该款在最后加进了一个“等”字，就解决了实际要解决的问题。以下分为侵权责任法保护的民事权利范围和民事利益范围这两个方面说明。

一、《侵权责任法》保护的民事权利范围

《侵权责任法》第2条第2款界定《侵权责任法》所保护的民事权利范围，不管列举了多少种权利，不管有多少种民事权利没有列举，都不要紧，就是因为在该条款的最后写进了一个“等”字，即“等人身、财产权益”。这样一个说法说明列出这些是最重要的民事权利，但《侵权责任法》并不是仅仅保护这些已经列举的权利，还有其他的权利也受保护。可以理解为，凡是民事法律所规定的实体民事权利，都在《侵权责任法》的保护之下。

因此，我对《侵权责任法》所保护的民事权利范围的理解是：

（一）对实体民事权利提供保护

凡是实体民事权利均在《侵权责任法》所保护的范围之内，那些抗辩权等非实体性的民事权利不在其内。在本款中没有规定的民事权利，由于有一个“等”字，当然所有的民事权利都应在《侵权责任法》所保护的范围之内，因此，身体权、人身自由权、信用权、知情权、配偶权、亲权、亲属权等，都是侵权法保护的范
围。

要强调《侵权责任法》第2条第2款规定隐私权的意义。在此之前的法律中早就规定了隐私的保护，从1982年《民事诉讼法（试行）》就规定了，后来在很多法律中都提到隐私的保护。但最高人民法院认为，法律只写隐私没写权，因而隐私就不是一个权利而是一种利益。直到2005



年修订《妇女权益保障法》，规定妇女享有隐私权，是第一次明确规定了隐私权是一个权利。不过，这个规定会发生误解，好像男人没有隐私权。第2条第2款明确规定了隐私权，并且没有主体范围的限制，是全体人民享有的人格权。这个规定的意义是非常重要的。

（二）债权受到侵权法的保护

债权是民事权利，当然受到侵权法的保护。因此，要特别强调债权也在《侵权责任法》保护的范围之内，第三人故意侵害债权构成侵权责任，只是立法者担心《侵权责任法》明文写保护债权，容易造成债法和侵权法保护界限的混淆，但明确说明债权包括在《侵权责任法》保护的范围内。^①

在立法中，我们参加立法的专家都坚持要写债权是侵权责任法保护的范围内，而且在1999年起草《合同法》的时候，合同法草案原来是有有一个条文规定侵害债权的责任的，后来立法机关认为在《合同法》中规定侵害债权的责任不太合适，因此将其删除，说明将来在《侵权责任法》中规定这个条文。到制定《侵权责任法》时又觉得不好写，担心混淆合同法和侵权法的界限，以至于发生误解。侵权法保护债权，是通过第三人故意侵害债权人的债权的行为科以侵权责任以保护债权，着眼于对第三人造成债权人债权损害的救济，而《合同法》保护债权的前提，是债务人违反债务使债权人的债权不能实现。没有侵权法对债权的保护，民法对债权的保护就是不完整的。所以，要特别强调在这个“等”字里必须包括债权。

（三）对宪法规定的人格权《侵权责任法》也提供保护

《宪法》规定的具有人格权性质的权利，也在《侵权责任法》的保护之中。例如休息权、劳动权、生育权、受教育权等，都是具有人格权性质的权利。这些权利如果受到侵害造成损失，《侵权责任法》能够提供救济，通过损害赔偿的方法，保护受害人的这些权利。

二、《侵权责任法》保护的民事利益范围

侵权法应当保护民事利益，是不言而喻的，但是究竟怎样界定所保护的民事利益范围，《侵权责任法》没有明确规定。对此，必须进行界定，否则容易造成侵权责任的滥用。

^① 王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法释义》，法律出版社2010年版，第27页。

案例 1-2 伤害嘴唇请求亲吻权损害赔偿案

一位女子坐出租车发生交通事故，造成了嘴唇撕裂的后果，到医院住院把嘴缝好了，出院以后回家跟自己丈夫接吻没有感觉了，亲吻自己的孩子也没有感觉了。她向法院起诉人身损害赔偿，同时还起诉亲吻权的损害赔偿。亲吻是一个民事利益，但这种利益不是民法所保护的利益，因为嘴唇损伤就是侵害了健康权，人身损害赔偿已经救济了这样的损害了，侵权法不再对这种利益提供保护。

(一) 对《侵权责任法》保护的民事利益范围的不同看法

对于《侵权责任法》第 2 条规定的民事利益保护范围，学者有不同理解。

有的学者认为，除了《侵权责任法》第 2 条第 2 款列举的民事权利之外，还有其他民事权益也属于《侵权责任法》的保护对象，比如死者名誉、胎儿人格利益。考虑到民事权益多种多样，立法中难以穷尽，而且随着社会、经济的发展，还不断地会有新的民事权益纳入到《侵权责任法》的保护范围，因此，《侵权责任法》没有将所有的民事权益都明确列举，但不代表这些民事权益就不属于侵权责任法的保护范围。^① 这个解说比较含糊，也代表了立法者对这个问题的不明确态度。

有的学者认为，侵权法保护的利益应当是私法上的、具有绝对性的合法利益，其特点是，这种利益必须是私法上的利益，必须具有绝对性，具有合法性，必须具有侵权责任法上的可救济性。具体的范围是，一是一般人格利益，二是死者人格利益，三是财产利益，四是其他合法利益。^② 这种说法从两个方面对民事利益进行界定，说的比较明确，不过在解释《侵权责任法》保护的民事利益仍然包括“其他合法利益”这样的弹性表述，不够妥当。

有的学者认为，民事法益具有类似民事权利的某些属性但又有不同于民事权利的特征，部分民事法益可能上升为民事权利而另一部分则只能以受到法律保护的利益形态存在。死者的人身利益如姓名、肖像、名誉、隐私、遗体、遗骨等，属于受到保护的人身利益。债权在一定程度上也属于受到保护的财产利益，但侵权责任之构成往往以侵权人的故意为主观要

^① 王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法释义》，法律出版社 2010 年版，第 25 ~ 26 页。

^② 王利明：《侵权责任法研究》（上卷），中国人民大学出版社 2010 年版，第 92 ~ 98 页。



件。^① 这种说法的表述不够准确，特别是将债权也归入民事法益的范围内，有欠斟酌。

有的学者认为，民事利益是指虽然受到法律一定程度的保护但尚未形成一种民事权利的利益。依内容之不同，侵权责任法保护的民事利益可分为：人身利益与财产利益，如死者之名誉、隐私、肖像，具有人格象征意义的特定纪念物品上的人格利益，商业秘密，占有等。至于哪些利益属于民事利益，进而能够受到私法的保护，则应具备合法性、私人性及可救济性这三项特征。^② 这个主张对民事利益概念的界定比较可取，但对其外延的表述显然缺乏整理。

在上述分析中，有以下几点是共同的：第一，民事利益是尚未成为民事权利的私法上的利益；第二，民事利益范围相当宽泛，并非所有的民事利益都受侵权责任法的保护；第三，受到侵权责任法保护的民事利益应当具备一定的属性，例如合法性、绝对性、可救济性。这些意见，应当成为确定《侵权责任法》保护的民事利益范围的基础。

（二）《侵权责任法》保护民事利益的应然范围

《侵权责任法》保护的民事权益范围，第2条第2款作了规定，即“本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益”。这种写法除了存在列举的民事权利不够，很多重要的权利没有写进来，例如身体权、人身自由权、信用权、债权、配偶权等；所列举的18种民事权利并非属于同一个逻辑层次上的权利，多数是具体权利，有的却是权利类型；已经写进来的权利有些较难得到侵权法的保护，例如继承权、股权等之外，最重要的是，对《侵权责任法》所保护的民事利益，只界定到人身、财产利益的程度，没有进一步明确界定，在司法实践中很难掌握。

民事利益是指民事主体享有，能够给自己带来一定便利，尚未被法律认可为民事权利的私法上的利益。对民事利益应当采用三分法，即：（1）被民事权利保护的民事利益，成为民事权利客体；（2）法律规定应当予以保护的民事利益，就是法益，即法律虽然保护，但并非设置权利保护，

^① 张新宝：《侵权责任法》，中国人民大学出版社2010年版，第4~5页。

^② 程啸：《侵权责任法》，法律出版社2011年版，第66~67页。

而仅以法益予以保护；(3) 不受法律保护的民事利益。法益就是侵权责任法所保护的利益。法益的确定方法是：首先，凡是法律已经明文规定应当保护的合法利益，是《侵权责任法》保护的范同，例如死者的人格利益；其次，故意违反善良风俗致人利益损害的行为，是《侵权责任法》调整的范围；再次，利益应当达到重大程度，轻微的民事利益不应当作为《侵权责任法》保护的范同，以更好地对民事主体的行为自由予以保障。

《侵权责任法》应当保护的民事利益（即法益）范同是以下五种：

1. 其他人格利益

其他人格利益，在学说上叫做一般人格利益，即具体人格权不能涵盖但应当依法予以保护的人格利益。任何人格利益，凡是没有明文规定，但确需依法进行保护的，都可以概括在这个概念里，作为《侵权责任法》保护的范同。对此，《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》规定为其他人格利益，应当按照司法解释的规定确定这个概念。

《侵权责任法》保护其他人格利益具体分为：第一，有一些在立法上没有规定，但是在理论上认为已经具有具体人格权性质的人格权，可以概括在其他人格利益中。例如，性自主权在其他法律中已经规定为人格权并加以刑法和行政法的保护，《侵权责任法》保护性自主权，可以引用其他人格利益予以保护。第二，对于有可能成为新的具体人格权的人格利益，例如形象权、声音权等，应当概括在其他人格利益中予以保护。第三，对于具体人格权和上述人格利益无法包括的人格利益，概括在其他人格利益之中依法予以司法保护，例如浴池允许人狗同浴，侵害的就是受害人的其他人格利益。

2. 死者人格利益

《民法通则》没有规定保护死者人格利益，而死者的某些人格利益确有保护的必要。《民法通则》在实施中遇到了这个问题，在“荷花女”案件的审理中，最高人民法院做出司法解释，规定对死者的名誉应当进行法律保护。这种做法取得了很好的效果，发挥了重要作用，受到各界欢迎，在国外也有很好的影响。《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》将死者名誉利益保护的经脸予以扩展，对死者的姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私以及遗体 and 遗骨等人格利益均予以保护，填补了立法缺陷，对于维护死者的人格利益，维护正常的人际关系和市民社会和谐稳定，都有重要意义。



借鉴我国司法实践 20 多年积累的审判经验,《侵权责任法》保护的民事利益应当包括死者人格利益。《侵权责任法》保护的死者人格利益范围,包括死者的姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私以及遗体遗骨。对于凡是侵害上述死者人格利益造成损害的,都应当认定为侵权行为,对死者的近亲属承担损害赔偿赔偿责任。

3. 胎儿人格利益

关于胎儿人格利益的法律保护,现有的法律和司法解释均无明确规定。在实践中已经出现过这样的案例。

案例 1-3 怀孕受到伤害请求赔偿胎儿损害赔偿案

成都市贾某怀有 4 个多月身孕,在乘坐出租汽车时发生交通事故,被撞伤,致右额粉碎性凹陷骨折及颅内血肿。贾某起诉认为,自己为治疗伤害而服药,会对胎儿健康产生影响,要求对胎儿人格利益的损失予以赔偿。法院组织数次鉴定,均无法确定现在即存在损害。法院判决认为胎儿伤害尚不能确定,无法予以支持,待其出生并伤害确定后可以起诉。本案尽管没有形成确定保护胎儿人格利益的判决,但体现了保护胎儿人格利益的思想。

胎儿人格利益应当确定为《侵权责任法》保护的范畴。罗马法认为,胎儿从实际的角度上讲不是人,但由于他是一个潜在的人,人们为保存并维护其自出生之时即归其所有的那些权利,而且为对其有利,其权利能力自受孕之时起产生,而不是从其出生之时起计算。在近、现代的民事立法中,规定胎儿在其母体中受到侵权行为的侵害,自其出生时始,享有损害赔偿请求权。

《侵权责任法》保护胎儿人格利益的基本规则是:第一,胎儿在母体中受到身体损害或者健康损害,法律确认其产生损害赔偿请求权。第二,胎儿的损害赔偿请求权,在胎儿还没有出生之前是一种潜在的权利,应待其出生后依法行使。第三,由于初生儿具有民事权利能力而不具备民事行为能力,因而行使侵权责任请求权应由其亲权人作为法定代理人代为行使,而不是由母亲行使。第四,如果胎儿出生时为死体,胎儿不能产生损害赔偿请求权,而由受害人即怀孕的母亲享有损害赔偿请求权。

4. 其他身份利益

其他身份利益,是亲属之间基于特定的亲属关系产生的,不能为身份权所概括的利益,属于人身利益的范畴。在实践中,将亲属之间的利益确定为身份利益,并且予以侵权责任的保护,并非没有争议,甚至较少有

人提出。但在事实上，除了配偶权、亲权和亲属权所保护的身份利益之外，其他身份利益大量存在，经常受到侵权行为的侵害，《侵权责任法》应当提供保护。例如关于亲属祭奠权的争议，实际上就是亲属身份利益的争议，《侵权责任法》应当予以保护。将这些利益损害界定为身份利益损害，是符合《侵权责任法》第2条规定和第6条第1款过错责任原则的规定的，根据这样的经验，《侵权责任法》所保护的民事利益应当包括身份利益。

案例 1-4 女方隐瞒与他人生育子女，男方请求赔偿身份利益损失案

贵阳市某对夫妻生活近20年，育有一名16岁儿子。双方感情破裂离婚，但对抚育子女发生争议，最后查明孩子不是男方的婚生子女。男方起诉女方，追究女方侵害其生育权的责任。我们研究认为，女方对丈夫隐瞒与他人生育子女的客观事实，并非为侵害生育权的客观事实，而是造成男方延误生育子女的身份利益的损害，因此，是侵害身份利益的侵权行为，构成侵权责任。

将上述利益损害以及有关祭祀利益等的损害界定为身份利益损害，是符合《侵权责任法》第2条规定和第6条第1款过错责任原则要求的，根据这样的经验，《侵权责任法》所保护的民事利益应当包括身份利益。

5. 其他财产利益

其他财产利益，是物权、债权、知识产权等财产权所保护的财产利益之外的其他财产利益。在社会生活中，很多财产方面的利益是不能概括在上述财产权利当中的，而仅仅是财产利益。例如《国家赔偿法》第36条规定的侵犯公民、法人和其他组织的财产权造成损害的，错误查封、扣押、冻结财产，在解除对财产的查封、扣押、冻结所造成的财产损失或者灭失，侵害的是权利人的物权；但在错误吊销许可证和执照、责令停产停业的，该行为造成停产、停业期间必要的经常性费用开支，侵害的就是财产利益，而不是物权，也不是债权或者知识产权。占有不是物权，是作为民事利益进行保护的。同样，纯粹经济损失这种新型侵权行为类型所侵害的就是财产利益，而不是财产权利。

上述财产利益尽管都不是财产权利，但都应当得到《侵权责任法》的保护，应当概括在《侵权责任法》第2条第2款规定的其他人身、财产权益中，作为《侵权责任法》保护的民事利益。



（三）民事利益受到损害应予《侵权责任法》保护的必要程度

前述五种民事利益都受《侵权责任法》的保护。但并不是所有的上述五种民事利益都应当予以保护，都需要损害达到一定程度才能够予以保护。我的意见是：

1. 民事利益具有必要的属性

《侵权责任法》保护的民事利益必须具备必要的属性。以下这三个属性是《侵权责任法》保护的民事利益必须具备的属性：（1）合法性，只有合法的民事利益才能受到法律的保护，在其受到损害时获得救济。违法获得的民事利益虽然也是民事利益，但《侵权责任法》在其受到损害时并不予以保护。例如，赌资不能认为不是民事利益，但在我国大陆地区就不具有合法性，而不予侵权责任法的保护。而在澳门地区，有些赌资则是合法的权利，例如政府准许进行的赌博活动行程的赌资；有些赌资是自然债务，诸如个人之间赌博所欠赌资；有些赌资则是非法利益，例如非法设置的赌场所欠赌资。（2）绝对性，《侵权责任法》保护的民事利益，任何第三人都必须予以尊重，负有不可侵义务，即具有绝对性。正如《民法通则》第5条规定：“公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。”绝对性的表现，一是民事利益具有公开性，不限于特定当事人之间，能够为第三人所知道和了解；二是这种民事利益能够对抗第三人，在受到侵害时，民事利益享有人能够对实施侵害行为的第三人提出主张和提起诉讼。（3）可救济性，《侵权责任法》保护的民事利益在受到侵害时，能够通过侵权责任方式的适用而对受害人予以救济，如果《侵权责任法》对某种民事利益的损害无法予以救济，就不具有可救济性，当然也就不是《侵权责任法》所保护的民事利益。

2. 民事利益须达到重大程度

《侵权责任法》保护的民事利益应当达到重大程度，对于较为轻微的民事利益不能作为侵权责任法保护的客体。因此，违反保护他人的法律，或者故意违背善良风俗，造成前述五种民事利益受到损害的，构成侵权行为，行为人应当承担侵权责任。具体方法是：

第一，《侵权责任法》保护的民事利益必须是前述五种民事利益中的一种。超出这五种民事利益之外的，不属于民事利益，不受《侵权责任法》的保护。

第二，民事利益受到损害，行为人的行为须具备违反保护他人的法律或者故意违背善良风俗的违法性。按照王泽鉴教授的解释，仿照《德国

民法典》第 823 条和第 826 条规定制定的民国民法即现行我国台湾地区“民法”第 184 条规定，继受德国法上传统不法性的理论，构建侵权行为体系，第 184 条第 1 项前段的不法侵害，受保护的权益是权利；第 184 条第 1 项后段的故意背于善良风俗，受到保护的权益既包括权利也包括利益；第 184 条第 2 项规定的违反保护他人的法律，保护的权益既包括权利也包括利益。^① 将违法性和保护范围结合起来，《侵权责任法》保护的民事利益，须具备违反保护他人的法律和故意违背善良风俗的违法性要件，即可做到比较准确地界定侵权法保护的民事利益范围，发挥《侵权责任法》的法律调整作用。

第三，民事利益受到损害应当达到较严重后果，而非轻微损害。例如，某人乘坐出租车发生交通事故，造成了嘴唇撕裂的后果，医院缝合，但出院后回家跟自己的丈夫接吻时没有感觉了，亲吻自己的孩子也没有感觉了，就向法院起诉，除了要肇事一方承担人身损害赔偿 responsibility 之外，还起诉了亲吻权受到侵害的损害赔偿。亲吻以及亲吻所带来的愉悦也是一种人格利益，但这种利益并不是民法所保护的利益，因为嘴唇损伤就是侵害了健康权，人身损害赔偿已经起到了救济这种损害的作用了，没有可能对亲吻受到的损害还要进行赔偿。《侵权责任法》无法保护这样的利益。如果亲吻这种利益也受到侵权法保护，那么，侵权行为造成受害人手的损伤，不能挠痒痒了，难道说还有个挠痒痒权应当进行保护吗？挠痒痒的利益是通过健康权保护的，不能直接受到《侵权责任法》的保护。

第六节 侵权法与其他法律的联系与区别

一、侵权法与刑法

侵权法和刑法一样，都是统治阶级意志的体现，是保护公民和法人的合法权益、维护社会公平和正义、保障社会经济和生活秩序的重要法律形式，既有紧密联系，又有显著区别。

（一）侵权法与刑法的联系

侵权法和刑法是联系相当紧密的两部法律。

1. 大部分犯罪行为与侵权行为相联系，有些犯罪行为本身就是侵权

^① 王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社 2009 年版，第 217 页。



行为的进一步发展。在刑法中规定的侵害财产权利、人身权利的犯罪，其实都是侵权行为。当侵权行为还没有具备犯罪所要达到的社会危害性的程度时，它就是侵权行为，需要民事法律制裁手段予以制裁。当侵权行为为进一步发展，达到了一定的社会危害性时，侵权行为就转化为犯罪行为，应当接受刑罚制裁。例如，故意侵害健康权，如果造成轻微伤，则为侵权行为；如果造成轻伤害，则构成犯罪。过失侵害健康权，造成轻伤害，则为侵权行为；造成重伤害，则构成犯罪。

2. 很多犯罪行为需要侵权法的救济手段进行救济。在侵害财产权和人身权的犯罪中，由于犯罪行为给被害人造成财产损失的，其本身就是侵权行为，要以刑事附带民事的制裁手段，救济被害人的损失，使被害人受到损害的权利得以恢复，同时，也对犯罪行为人给以必要的财产惩罚。

（二）侵权法与刑法的区别

侵权法和刑法相比较，有如下区别：

1. 在法律体系中的地位不同

在英美法系，侵权法为独立的法律；在大陆法系，侵权法为民法的组成部分。在我国，侵权法不是独立的法律部门，只是民法的一个重要部门法。然而刑法却是一个独立的法律部门，是国家基本法。因此，侵权法和刑法在法律地位上是完全不同的。

2. 调整的对象不同

侵权法是规定侵权行为及其民事责任的法律，调整的是侵权行为和因侵权行为产生的损害赔偿关系的关系，这些法律关系均为民事法律关系。而刑法作为规定犯罪和刑罚的法律，主要调整犯罪与刑罚的关系。只有那些触犯刑律，具备了刑法规定的犯罪要件的行为，才受刑法调整；对于尚未构成犯罪，但造成了他人损害的不法行为，只能由侵权法调整。

3. 适用的目的不同

侵权法适用的目的，主要是补偿受害人因侵权行为所受的损害，通过赔偿的方法使已经受到侵害的人身关系和财产关系得到恢复和补救。当然，侵权法也具有教育不法行为人、预防违法行为的目的。刑法规定的刑罚方法，主要目的是惩罚犯罪行为人，教育和警戒犯罪行为人和社会上可能犯罪的人，达到预防犯罪的目的。补偿和惩罚是两种法律适用目的的显著区别。

4. 法律性质不同

侵权法所规定的侵权责任，在适用上具有一定程度的任意性，即受害

人有权决定是否要求行为人赔偿，就赔偿问题可由当事人协商，受害人可以要求行为人仅负部分赔偿责任。刑法是国家的强制法，体现了刑罚的强制性。除少数自诉案件以外，刑事责任不得由受害人自由免除，刑事责任的承担也不能由受害人决定。

二、侵权法与行政法

行政法，是规定国家行政机构的组织及其管理活动的法律规范总和，它与以调整平等主体之间的人身关系和财产关系为任务的民法以及侵权法既有密切联系，又有显著区别。

（一）侵权法与行政法的联系

侵权法和行政法之间具有密切的联系，主要表现为：

1. 有些侵权行为本身就是行政违法行为，构成民事责任和行政责任的竞合，因此，侵权法与行政法紧密相连。例如，在公共场所侵害公民的健康权、身体权，尚未造成严重后果的，既是侵权行为，又是行政违法行为，既应当承担行政责任如治安管理处罚的制裁，又应当赔偿受害人的财产损失。《侵权责任法》第4条第1款规定：“侵权人因同一行为应当承担行政责任或者刑事责任的，不影响依法承担侵权责任。”

2. 国家赔偿责任既属于侵权责任法规定的侵权责任，又是行政法规定的行政责任，是行政机关和司法机关执法过程中发生的侵权行为，是在公法领域中发生的私法行为。这种侵权行为兼具侵权行为和违法行政行为两种性质，应接受两种法律的调整。

（二）侵权法与行政法的区别

侵权法与行政法有原则的区别。主要表现为：（1）行政法是国家基本法，具有独立的法律地位，与刑法、民法处于相同的地位。而侵权法只是民法的组成部分，没有独立的法律地位。（2）行政法调整的是国家的行政管理行为，调整的是纵向的关系。侵权法与民法一样，调整的是平等主体之间的人身关系和财产关系，调整的是横向的关系。（3）行政法确定的行政责任是惩罚性的责任，行为人承担的责任是对国家的责任，例如罚款，应当上缴国家而不能归个人所有。侵权法所规定的侵权责任的性质是补偿性，补偿的是受害人的损失，赔偿款的归属是受害人。



三、侵权法与合同法

(一) 侵权法与合同法的联系

侵权法和合同法是联系最密切的法律。首先，侵权法和合同法都是民法的组成部分，担负的都是保护自然人和法人的合法权益、补偿受害人的损失、恢复被侵害的权利人的民事权利等任务。其次，合同行为和侵权行为都是债的发生根据，对合同行为和侵权行为要适用民法关于债的一般规定。再次，合同责任和侵权责任同为民事责任，在责任要件、免责条件、责任形态等方面具有民事责任的共同特点，因而《民法通则》曾在“民事责任”一章中专设“一般规定”，对两类责任的共同性问题作出了规定。最后，由于责任竞合的不断发展，侵权法和合同法已具有逐渐相互渗透和融合的趋势。

(二) 侵权法与合同法的区别

尽管如此，侵权法和合同法毕竟是民法中相互独立的法律，各自具有相对独立的地位，侵权责任和合同责任也不是完全一样的责任。它们的性质和界限是不能混淆的。侵权法和合同法的主要区别表现在：

1. 法律规范的性质不同

合同法大量的规范是任意性规范，它要求充分尊重当事人的意志，鼓励当事人在法定的范围内自由行为。只要当事人所缔结的合同不违反法律和政策，法律就承认其效力。只有在当事人违反合同的约定时，对于如何制裁违约行为，才由强制性的规范进行调整，且仍可由当事人进行协商。侵权行为是侵害他人人身权益和财产权益的行为，是法律所禁止的行为。侵权行为虽可产生债的关系，但此种债务与合同当事人自愿设立之债的性质完全不同。侵权法所规定的侵权责任虽然受害人一方可以自由处分，但是，侵权责任法律规范的性质是强行法规范，行为人对受害人负有的赔偿责任，也是对国家所负有的责任，行为人是否愿意承担责任和在多大范围内承担此种责任，不以行为人的意志为转移。

2. 保护的权益范围不同

侵权法和合同法都要以损害赔偿为其责任方式，且将损害赔偿作为主要的责任方式，以达到补救受害人损失的目的。但是，在运用损害赔偿责任制时，两种法律所具体保护的权益范围是不同的。合同法保护的是相对权，是订约当事人依据合同所产生的权利；而侵权法所保护的是绝对权（包括受到第三人侵害的债权），是民事主体的人身权益和财产权益。由

于侵权法和合同法所保护的权益范围不同，因而它们在民法中所担负的任务和职能并不相同。

3. 规范的内容不同

由于侵权法调整的是因侵权行为产生的责任关系，而合同法调整的是交易关系，因而它们在责任的归责原则、构成要件、责任主体、举证责任、责任方式、诉讼时效、免责条件等方面的规定上各不相同。

第七节 侵权责任法的渊源

一、宪法渊源

侵权法的渊源，是指侵权法律规范借以表现的形式，它主要表现在各国家机关在其权限范围内制定的各种法律文件之中。

宪法渊源是侵权法的最高指导原则。《宪法》是国家的根本大法，具有最高的法律效力。《宪法》关于所有权的规定，关于保护公民的人身权和财产权的规定等，都是我国侵权法的渊源。侵权法的一切原则、规则，都是依据宪法的原则制定的，任何条文都不得违反宪法的原则。一切违反宪法原则的规定均属无效，一切违反宪法原则的法律解释均属无效。例如，在《宪法》中，规定人格尊严是人的基本权利，保护人格尊严是宪法原则。《民法通则》在规定人格尊严的时候，却将其纳入名誉权保护的范围之内。这种规定是违反宪法原则的，将一般人格权降低为具体人格权的内容之一，属无效规定。在随后的司法实践中已经纠正了这个错误，将人格尊严作为一般人格权加以保护。对此，尽管学术界的意见各不相同，但是，它的积极意义就在于，宪法是侵权法的最高渊源。

二、民法渊源

民法渊源是侵权法的主要渊源，这是大陆法系的传统做法。在我国，《侵权责任法》是我国侵权法的主要渊源。

《侵权责任法》采取单独立法的形式，规定单行的侵权法，将侵权责任的归责原则、责任构成要件、民事责任方式等全部内容作了规定，同时，将主要的侵权责任类型做了详细的规定。《侵权责任法》是我国侵权法的主要渊源。

在《侵权责任法》实施之前，《民法通则》关于侵权责任的规定，是侵权法的主要渊源。在《侵权责任法》实施之后，《民法通则》关于侵权



责任的规定，基本上被《侵权责任法》的规定所代替。因此，除了侵权责任的诉讼时效的规定之外，《民法通则》关于侵权责任的规定与《侵权责任法》规定相冲突的，都应当依照新法优于旧法的原则适用《侵权责任法》的规定。有很多人认为，《侵权责任法》是全国人大常委会通过的法律，《民法通则》是全国人民代表大会通过的法律，后者的效力高于前者，因此，应当适用效力高的法律。这种意见不正确。应当看到，不论是全国人大还是全国人大常委会通过的法律，都是法律，二者发生冲突，新法应当优于旧法。如果不是这样，制定和通过《侵权责任法》还有什么意义呢？

三、其他法律渊源

侵权法的其他法律渊源，是指单行民事、经济、行政法律中有关侵权行为的法律规范。在这些法律渊源中，一是单行法律，如《国家赔偿法》是我国专门规定国家侵权行为及其责任的单行法律；二是其他法律，国家制定的大量的单行民事、行政法律中也都有侵权行为的规定。例如《残疾人保护法》《未成年人保护法》《妇女权益保障法》《消费者权益保护法》《反不正当竞争法》《产品质量法》和《道路交通安全法》等，都规定了大量的侵权法的规范；《海上交通安全法》《森林法》《草原法》《矿产资源法》相关条文等也规定了侵权法规范。

四、行政法规

在行政法规中有大量的侵权法规范，一是在国务院制定的行政法规中，侵权法规范大量存在；二是国务院制定的单行侵权法规，如《工伤保险条例》等，是对这些特别侵权行为制定的单行侵权法规。这些行政法规中关于侵权行为的规定，丰富了我国侵权法的具体内容，是我国侵权法的重要组成部分。

五、司法解释渊源

最高人民法院涉及处理侵权案件适用法律的指导性文件，以及对侵权案件如何适用法律所作的解释、批复、答复等司法解释，也是侵权法渊源。侵权法司法解释的主要形式，一是对侵权法的规范性解释，如最高人民法院发布的《关于人民法院审理名誉权案件若干问题的解答》《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》《关于审理人身损害赔偿

案件适用法律若干问题的解释》等，就是这种规范性的司法解释；二是对侵权法的批复性解释，这是最高司法机关对于具体案件或者适用法律的具体问题所作的司法解释。这种司法解释更具灵活性、实用性和指导性，是侵权法的重要组成部分。

六、行政规章和地方法规渊源

国务院各委、部、局、署、办发布的行政规章中关于侵权行为的规范，地方各级人民代表大会、地方各级人民政府、民族自治地区的自治机关在宪法、法律规定的权限内制定的决议、命令、地方性法规、自治条例、单行条例中有关侵权行为的规定，也是侵权法渊源。如教育部制定的《学生伤害事故处理办法》等，属于侵权法的组成部分。但这些规章和法规的内容不得与侵权法的规定相抵触，如果与侵权法的规定相抵触则无效。

第八节 侵权法的结构

一、侵权普通法和侵权特别法

(一) 侵权法的一般结构为普通法和特别法结构

研究侵权法的结构，是研究侵权法是由哪几个部分构成的。它与侵权法的渊源既相联系，又有区别。侵权法渊源研究的是它的外在表现形式，侵权法的结构研究的是它的内在组成部分。我国侵权法的一般结构是由侵权普通法和侵权特别法两个部分组成的。^①

我国的侵权普通法，是指《侵权责任法》规定的侵权民事责任的法律规范的总称。具体包括第一章至第三章规定的总则性规范，第四章至第十一章规定的分则性规范，以及第十二章有关侵权责任法时间效力的规范。

我国的侵权特别法，是指我国立法在《侵权责任法》之外的其他法律中规定的关于侵权行为的法律规范总和，包括侵权行为的单行法和其他非民事法律中的侵权法律规范。

也可以说，侵权普通法是适用于全国范围内的一切侵权行为和侵权人

^① 《侵权责任法》第5条规定采纳了这个意见。关于侵权特别法的问题，参见杨立新：《侵权特别法通论》，吉林人民出版社1991年版。



的法律规范的总称。侵权特别法是适用于特定领域内的特定侵权行为和侵权人的法律规范的总称。

（二）侵权普通法与侵权特别法的区别

侵权普通法与侵权特别法二者之间是一般与特殊的关系。两者的区别体现为：

1. 适用范围的区别

《侵权责任法》属于侵权普通法，它的适用范围是普遍的，适用于一切侵权行为。而在大量的其他法律中有关侵权行为的规定，仅适用于特定领域和特定事项中的侵权行为。例如，《国家赔偿法》只适用于国家赔偿领域，《道路交通安全法》规定的侵权法规范只适用于道路交通事故的赔偿。

2. 对人效力的区别

对于一切侵权人普遍适用的侵权法，是侵权普通法；而仅适用于特定的侵权人的侵权行为规定，属于侵权特别法。例如，《侵权责任法》关于侵权行为的规定，对一切侵权人都发生效力；而《邮政法》专门规定了邮政侵权损害赔偿责任，这些规定仅适用于在邮政企业范围内发生的邮政企业或邮政工作人员因从事邮政业务而致受害人损害的情况，因而属于侵权特别法。

3. 具体内容的区别

《侵权责任法》关于侵权行为的规定是侵权普通法，它的内容是普遍适用的，包括侵权行为的概念、归责原则、责任构成、赔偿原则、赔偿方法以及诉讼时效等，均是如此。而侵权特别法所规定的侵权行为在具体内容上总是有所区别。可见，侵权普通法和侵权特别法的区别主要体现在具体内容上，而不在表现形式上。以诉讼时效为例，《民法通则》关于侵权行为诉讼时效的规定，普通诉讼时效为2年，侵害人身权的诉讼时效为1年，最长时效为20年。而《环境保护法》关于诉讼时效的规定则不加区分，一律为3年。又以抗辩事由为例，《侵权责任法》规定不可抗力为一般的抗辩事由，是普遍适用的。《邮政法》则规定，对保价邮件和汇款，对于不可抗力造成损失亦应承担赔偿责任，不为正当的抗辩事由。

（三）区别侵权普通法和侵权特别法的意义

应当指出的是，普通法和特别法只是一个相对的概念。某一法律或法律规范相对于此一法律规范是普通法，相对于另一法律规范则是特别法。例如，《环境保护法》关于环境污染责任的规定，相对于《侵权责任法》

关于侵权行为的一般规定是特别法，而相对于《海洋环境保护法》等关于海洋环境污染的侵权责任以及其他单行环境保护法，则是普通法。

区分侵权普通法和侵权特别法的主要意义在于：根据特别法应优先于普通法适用的规则，在适用侵权法时，侵权特别法应优先于侵权普通法而适用；只有在不存在或不能适用侵权特别法时，才应适用侵权普通法。这是法律适用的一般原则在侵权法律规范适用上的具体运用。

二、《侵权责任法》的逻辑结构

根据《侵权责任法》的条文以及内容，可以看出《侵权责任法》的基本逻辑结构是：

1. 第2条调整所有侵权责任的法律适用。第2条作为《侵权责任法》的大的侵权行为一般条款，它应当并且能够调整所有的侵权责任的法律适用，而不是仅仅就某一些侵权责任的法律适用进行调整。

2. 第2条统率第6条至第7条规定的侵权损害赔偿 responsibility。《侵权责任法》第6条至第7条规定过错责任原则、过错推定原则和无过错责任原则，三个归责原则应当接受第2条大的侵权行为一般条款的约束。这三个归责原则规定的是侵权损害赔偿 responsibility 构成，还是一般的侵权责任构成呢？我理解是前者，即适用这三个归责原则，构成侵权损害赔偿 responsibility 须具备“损害”要件。如果不具有损害要件，要承担停止侵害、排除妨害、消除危险、赔礼道歉等侵权责任方式的，不在三个归责原则调整之下，不适用这三个归责原则。过错责任原则调整一般侵权行为的法律适用，而过错推定原则和无过错责任原则本来就是调整特殊侵权责任的，但均须以承担损害赔偿 responsibility 为前提。

3. 第2条除了调整侵权损害赔偿 responsibility（即第6条和第7条规定的范围）以外，还调整除此之外其他侵权责任的法律适用。这些侵权责任主要是：（1）对于不需具备损害要件的非侵权损害赔偿 responsibility，例如适用停止侵害、消除危险、排除妨害等责任方式的侵权责任，概括在第2条之中。（2）根据公平分担损失规则确定双方当事人对损害的发生和扩大都没有过错的责任分担时，概括在第2条规定之中。（3）对于新出现的特殊侵权行为，《侵权责任法》分则中没有特别规定的，适用第2条规定解决其法律适用问题。

4. 第6条第1款调整一般侵权损害赔偿 responsibility。按照大陆法系侵权行为法的一般立法规则，过错责任原则调整一般侵权赔偿损害 responsibility。《侵权



责任法》中仍然坚持这个原则，即第6条第1款规定的，就是一般侵权行为的小的一般条款。因此，《侵权责任法》仅仅对特殊侵权损害赔偿作出规定，并不对一般侵权损害赔偿作特别规定，它意味着，在适用法律时，对于一般侵权损害赔偿应当直接适用第6条第1款规定确定侵权责任，并不需要去找具体规定。应当注意的是，《侵权责任法》关于特殊侵权责任以及关于责任主体的特殊规定中，有些规定了特殊侵权责任中的过错责任原则的适用问题，但由于对特殊侵权责任已经有特别规定，因此，在适用法律的时候，可以不适用过错责任原则的规定，而适用具体规定。

5. 《侵权责任法》规定的特殊侵权责任，根据不同的情况接受第6条和第7条的调整。特殊侵权责任规定在第四章至第十一章，分别规定了监护人责任、用人者责任、学生伤害事故责任、产品责任、机动车交通事故责任、医疗损害责任、环境污染责任、高度危险责任、饲养动物损害责任和物件损害责任，这些都是特殊侵权责任，都应当接受第6条第2款和第7条规定的调整（应当适用过错责任原则的除外），具体适用过错推定责任还是无过错责任，以及是否适用过错责任原则，要看每一个条文规定的具体内容。《侵权责任法》有一个重大变化，《民法通则》规定特殊侵权责任，都是一种侵权责任适用一种归责原则。如高度危险作业都适用无过错责任，动物损害责任都是无过错责任，物件损害责任都是过错推定原则。而《侵权责任法》对每一种特殊侵权责任都分别规定了不同的归责原则。具体表现为四种情况：一是最严格的无过错责任；二是一般的无过错责任；三是过错推定；四是过错责任。以第十章饲养动物损害责任的规定为例，饲养动物损害责任有四个条文：第78条规定，饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任，但是如果能够证明损害是被侵权人的故意或者重大过失造成的，应该免除或适当减轻责任。这是较低的无过错责任，不是最严格的无过错责任原则。最严格的是第79条，违反管理规定饲养动物造成他人损害的，饲养人或者管理人应当承担侵权责任，没有规定免责事由，因此是最严格的无过错责任原则。第80条规定，禁止饲养的烈性犬等危险动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任，也是最严格的无过错责任原则。而第81条规定，动物园的动物致人损害的，动物园应该承担责任，但是能证明尽到管理职责的除外，是典型的过错推定责任。这三种不同的动物损害责任，规定的是三种不同的归责原则，分别适用第7条规定的无过错责任

原则和第6条第2款规定的过错推定原则。在第83条规定因第三人的过错致动物造成他人损害的，被害人可以请求第三人或者动物饲养人、管理人承担责任，动物饲养人、管理人承担责任以后，有权向第三人追偿，规定的是不真正连带责任。在不真正连带责任中，第三人的责任是过错责任，动物饲养人的赔偿责任又转回到了无过错责任或者过错推定责任。可见，在《侵权责任法》关于特殊侵权责任的规定中，规定的具体情形不同，适用的归责原则也不同。

第二章 侵权法的历史发展

第一节 中国古代侵权法

一、中国古代侵权法研究的概要情况

中国古代拥有丰富、灿烂的法学文化，其中封建社会历朝历代留下的法律是一个无穷无尽的宝藏，也标志着我国古代封建社会法制建设的辉煌成就，在世界各国古代法制建设的历史上，占有令人瞩目的重要地位，形成了独具特色的中华法系，成为人类共同的宝贵历史遗产。

在中华法系中，最重要、最被人们引为重视的，是中国古代封建社会的刑事法律。众多的学者、专家对这一部分法律资料进行了详尽研究，取得了丰硕成果，使我国古代刑事法律建设的辉煌成就，灿烂地展现在世界各国面前，得到了全世界的公认。中国古代封建社会的民法，专家学者也进行了广泛的研究，但是相对于对刑法的研究，就显得还不十分详尽，尤其是对古代封建社会的侵权法的研究，更是远远落后。

新中国成立以来，在中国法制史这门学科中，对于中国古代侵权法的研究，往往是在研究古代民法时，对于侵权法作一般的介绍，并没有进行深入研究和阐释。随着古代法律文献的进一步发掘，从上个世纪 80 年代开始，有的学者在文章中对中国古代侵权法作了进一步的揭示和探索。北京大学李志敏教授站在民法学家的立场，从民法专业的角度出发，研究中国古代民法，准确地揭示了中国古代民法的概况，1988 年出版了专著《中国古代民法》^①，其中设专章，论述了中国古代侵权法的概貌和主要制度，使人们对中国古代侵权法有了一个较为完整的认识。叶孝信先生主编

^① 李志敏：《中国古代民法》，法律出版社 1988 年版。

的《中国民法史》^①一书，按照断代的方法研究中国古代民法，对中国古代侵权法的概况作了较为详细的介绍。烟台大学孔庆明教授致力于中国古代民法的研究，出版了《中国民法史》^②一书，介绍了中国古代民法的概况，但对中国古代侵权法的研究分量不够。在法制史学者研究的这些著作中，他们着重揭示的是中国古代民法的整体概况，对于中国古代民法的具体制度的研究仍嫌不够精当。我在《侵权损害赔偿》一书中，取断代史研究方法，比较详细地介绍唐代和清代两朝侵权法的基本内容。^③ 尽管如此，通过学者的这些工作，已经使人们看到了中国古代侵权法建设的辉煌成就，使中华法系侵权法律制度的基本情况展现在人们面前。

通过对中国古代侵权法的进一步研究，我认为，中国古代侵权法也是一个极其丰富的宝藏，目前学者、专家揭示给人们的还只是它的一个角落或者一个部分。中国古代侵权法作为中华法系的重要组成部分，内容十分丰富，内涵极其深刻，与西方古代侵权法完全不同，具有自己独特的特点。进一步研究中国古代侵权法，将中国古代侵权法的内容、特点完整地揭示于世，不仅在丰富我国古代法学文化宝库，传播中国古代法学文化传统方面具有重要的作用，而且对于当代的侵权法建设也具有重要的参考价值。

二、中国古代侵权法的发展轨迹

如果将中国古代的全部侵权法规范展现在我们面前，就会发现，中国古代侵权法有一个固定的格局，有一个相当稳定的体系，这就是中华法系的侵权法体系。据我现在掌握的资料看，在自秦至清的中国古代封建制的主要时期中，中华法系的侵权法确实是不断发展变化的，但这种发展和变化主要是具体内容的变化和细节的变化，其主干和体系没有明显变化。

（一）对中国古代侵权法的一般认识

如果把唐代的侵权法制度作为一个坐标的中心，把它的内容作为中国古代侵权法的基本内容，我们可以看到：

1. 由此上溯至魏晋南北朝、两汉、秦朝，尽管这些朝代的法律典籍绝大多数已经缺失，但从残存的律文和专家的考证研究中，仍然能够看到

① 叶孝信主编：《中国民法史》，上海人民出版社1993年版。

② 孔庆明等：《中国民法史》，吉林人民出版社1996年版。

③ 杨立新：《侵权损害赔偿》，吉林人民出版社1990年版，第35页以下。



这一基本制度的主要方面。应当承认，从现有资料看，唐以前的中国古代侵权法远没有唐代侵权法律制度完备。这应当从两个方面去看：一是唐代的法律制度原本就是中国古代封建法律制度的集大成者；二是秦至唐前律文的缺失情况十分严重，使现在呈现在我们面前的只是这一法律体系的残存部分，或者是从其他古籍中考证出来的，远远不是这一时期侵权法制度的全部。

2. 沿着这一坐标向后推衍至宋、元、明、清朝，可以看到，这一制度经过这些朝代的不断修改加工，越来越丰富，越来越完善。至清朝的侵权法制度，已经达到了中国古代侵权法制度的最高峰。

（二）中国侵权法的发展阶段

根据以上分析，可以下这样的结论：中国古代侵权法的发展历史，可以概括地划分为三个阶段。

1. 唐以前的侵权法

这是中国古代侵权法发展的第一阶段，以秦代的侵权法作为标志，中国古代侵权法体系在这一时期已经建立起来了。这就是秦代吸收了中国奴隶制社会侵权法立法的遗产和战国时期封建社会初期侵权法立法的思想和实践，创立了比较完备的中华法系侵权法体系。

2. 唐代侵权法

这是中国古代侵权法发展的第二阶段，标志是唐代侵权法律制度的确立。《唐律》是中国古代法律的典范，在当时的世界各国立法当中独领风骚，成为当时最先进、最科学的法律。《唐律》中所包括的侵权法规范也达到了这样的水平。我在《侵权损害赔偿》一书中曾经说过：“比较而言，《唐律》（《永徽律》）颁发于公元651年，当时正是罗马法新订《查士丁尼法典》和《国法大全》颁行（公元534年）后约120年，以后查士丁尼《新律》（公元565年）长期使用至罗马帝国的衰亡。当时的罗马法‘确认私犯是债发生的原因之一，但却从未专门规定过因这种违法行为而引起的损害赔偿的一般原则。’^①此后，直到1804年的《拿破仑法典》才创造出了侵权赔偿责任的一般原则。《唐律》中的财物损害‘备偿’制度、畜产损害的‘偿所减价’制度、过失杀伤人的‘赎铜入伤杀人之家’制度和‘保辜’制度，虽不及《拿破仑法典》确定的侵权行为的过错责任原则先进（这毕竟已经是1200多年以后的法律制度），但比

^① 周栢：《罗马法》，群众出版社1983年版，第253页。

罗马法的‘私犯、准私犯’的有关侵权责任的具体规定，还是要先进的。”^①

3. 宋至清的侵权法

这是中国古代侵权法发展的第三阶段，宋代至清代的侵权法以清代的侵权法为标志。这一阶段的侵权法向着日益完善的方向发展，至清代已经达到了顶峰。综合全部的中国古代侵权法规范，共有 17 项基本制度，清代侵权法就有其中 15 项，比唐代侵权法的 12 项基本制度多了 3 项，概括了中国古代侵权法的全部精华；而其删除的 2 项基本制度恰恰是中国古代侵权法中不合理的，不符合近、现代侵权法赔偿原则的“减半赔偿”和“加倍赔偿”这两项制度。损害赔偿的基本功能是填补损失，而不是以行为人的主观过错轻重来确定赔偿范围。清代删除这两项制度，完全符合侵权损害赔偿的宗旨。

三、中国古代侵权法的主要特点

综合分析自秦至清 2000 余年的中国古代侵权法的全部规范及其发展，可以清晰地发现作为中华法系重要组成部分的侵权法体系的主要特点。这些主要特点是：

（一）虽诸法合体但自身体系完整

中国古代侵权法规定虽然较为零散，但它有一个完整而相对独立的体系。众所周知，中国古代法律的重要特点是民刑不分、诸法合体，而各朝各代的律典的基本内容是刑事法律。但是，纵观历朝历代的法律，各自都包含着自己的侵权法，而且这种侵权法的体系相当稳定。在 2000 多年的发展中，这一侵权法的体系不断地完善、发展，而其基本制度并没有原则性的变化。它不是以独立的侵权法的形式出现，也不是以独立的篇章出现，而是以不系统的分散形式散见于法律的相关篇章当中。

侵权法规范的表现形式：一是以独立的法律条文出现，如《唐律·杂律》中的“诸弃毁亡失及误毁官私器物者，各备偿”的条文，就是一个典型的、独立的侵权法律规范，具有较高的概括性，即使从现代法学的角度观察，这一规范也是一个科学、合理的侵权法原则。二是以“杂糅”的形式出现的，即在一个条文中，一部分是刑事法律规范，一部分是侵权法规范，侵权法规范“附带”于刑法规范之中。中国古代侵权法大部分是

^① 杨立新：《侵权损害赔偿》，吉林人民出版社 1990 年版，第 59~60 页。



以这种形式出现的。例如,《宋刑统·厩库》“故杀误杀官私马牛并杂畜”条规定:“诸故杀官私马牛者,徒一年半。赃重及杀余畜产若伤者,计减价准盗论,各偿所减价,价不减者笞三十。”这就是“杂糅”形式。三是在条文的“注”“疏”“准”文之中,而不在正式条文中出现。这种情况比较多见。如《唐律·杂律》在“无故于城内街巷走车马条”规定:“诸于城内街巷及人众中,无故走车马者,笞五十;以故杀伤人者,减斗杀伤一等(注:杀伤畜产者,偿所减价。余条称减斗杀伤一等者,有杀伤畜产,并准此)。”这里的正文,是刑事规范,而“注”则是侵权法规范。这里的“注”,实际上就是立法解释,与条文有同等效力。其他的疏、准文亦是如此。尽管中国古代侵权法是“杂糅”于刑法立法之中,但它确有一个完整的体系。纵观全部中国古代侵权法规范,就会发现历朝历代的侵权立法虽然编排、体例各不相同,但基本制度大体相同,都有一个相对完整的体系。如果把每一个朝代的侵权法规范都集中在一起分析,它们都是一个完整的、相对独立的体系。

(二) 各项责任制度周到而严密

在整个中国古代侵权法的历史上,共出现过17种具体的基本侵权责任制度。这些制度环环相扣,形成了一个较为严密的民事权利保护体系,发挥着侵权法的全部功能。

这17种基本制度是:(1)备偿;(2)偿所减价;(3)偿减价之半;(4)倍备;(5)折剉赔偿;(6)追雇赁钱;(7)着落均赔还官;(8)还官、主;(9)赎铜入杀伤之家;(10)断付财产养贍;(11)追埋葬银;(12)保辜;(13)复故;(14)修立;(15)责寻;(16)免责;(17)制裁。

这17项基本制度,从其性质上看,可以分为三大类:一是财产性责任制度,即赔偿损失,包括备偿等12种制度;二是非财产性责任制度,包括复故(旧)、修立、责寻三种制度;三是免责及债权保障制度,包括免责、制裁两种制度。其中赔偿损失的财产性责任制度可以划分为四种:(1)等额赔偿制;(2)定额赔偿制;(3)差额赔偿制;(4)相对赔偿制。从保护的权利划分,可以分为侵害人身权的保护制度和侵害财产权的保护制度。

从上述分类情况看,中国古代侵权法无论是从其责任制度的自身体系看,还是从保护的民事权利看,都是相当严密而完备的。

（三）侵权损害赔偿的性质以补偿损失为主，但强调其惩罚作用

侵权法的发展，在历史上经历了强调其惩罚性到强调其补偿性的演化过程。这一过程是缓慢的。中国古代侵权法的发展同样经历了这样一个演化过程。中国古代侵权法的损害赔偿，其基本性质是填补损害，这在众多的古代侵权法规范中体现得很清楚。在整个秦到清的侵权法中，已经完全禁绝了同态复仇等单纯的报复主义，无论是对人身损害还是对财产损害，都是以财产赔偿的方式承担民事责任（当然还包括一些刑事制裁方法），这体现了侵权损害赔偿补偿损害的性质。

但是在另一方面，中国古代侵权法强调损害赔偿的惩罚性，尽管这种倾向在逐步减弱，但其倾向性还是很明显的。例如，唐、宋法律中的“倍备”制度，汉律中的“加责”制度，明律中的“倍追”制度，都是加倍赔偿、加倍返还的制度，类似于英美法系的惩罚性赔偿制度。其中最典型的就是“倍备”制度。损害赔偿的目的是补偿损失，应以财产的损失大小作为赔偿的范围。但是立法者认为，“盗者以其贪利既重，故令倍备，谓盗一尺，征二尺之类”。^①这种双倍赔偿完全超出了填补损害的意义，而成为惩罚性赔偿。正因为如此，倍备制度从宋代后期开始不执行，从元代就不再规定这一制度了。明代虽有倍追制，但无倍备，而清律则完全清除了惩罚性赔偿金的制度。又如明、清两代出现的“折剝赔偿”制，其赔偿的标准是“尽其财产”，即将加害人的全部财产给付受害人，其适用的范围是放火烧人房屋。这种尽其财产赔偿完全没有考虑受害人损失范围大小这一决定赔偿范围的根本因素，而以加害人财产的多少作为标准，显然是强调对这种重大侵权行为主观恶意的惩罚作用。

（四）侵权责任构成的要求比较严格

如前文所述，中国古代侵权法规范是“杂糅”在刑事法典的刑法规范之中的，因此，其对侵权责任构成的要求受刑事责任构成的影响，是比较严格的。用现代侵权法的理论分析，中国古代法律对侵权责任的构成有如下要求：

1. 坚持无损害事实不发生民事责任

这一点，秦至清的封建法律都有明确的规定。《清律·工律·营造》“擅造作”条规定：擅自营造“若已损财物，或费人工，各并计所损物价及所费工钱者，坐赃论。（罪止杖一百，徒三年。赃不入己，故不还

^① 《唐律疏议》，第89~90页。



官。)”这种损失是因未经批准而进行营造，造成损害，并不是侵权法意义上的损害事实，故不发生侵权责任。如果“入己”，则为侵占，当然要“还官”（赔偿）。又如《唐律》规定，杀官私马牛者，各偿所减价；价不减者，“无所赔偿”。没有损害事实，就不承担赔偿责任。如果只有侵害而没有财产上的损失，不承担赔偿责任，而采取其他民事责任形式救济。如唐、宋、明、清代均有复旧（亦称复故）的规定，即恢复原状，适用于侵占街巷阡陌者，因无财产损失，只令复旧（故）即可。宋、明、清三代有责寻（求访）制度，适用于弃毁制书、印信，其损失价值无法计算，也不令其承担赔偿责任，令其责寻（求访）。

2. 坚持行为不违反法律不承担民事责任

从现有古代侵权法条文来看，各代差不多都有免责条款，这些免责条款规定的都是行为人的行为不违反法律。如《秦律》规定：小畜生入人家，杀之，不赔。《明会典》规定：军情警急无船马倒换而死，不赔。唐、宋、清律都规定：军器经战阵损失，不坐，不赔。这些行为都是合法行为，不是违法行为，因此都不负赔偿责任。古代侵权法规定违法行为既有作为，也有不作为。如《清律·工律·营造》“修理仓库”条规定：“凡各处公廨、仓、库、院系官房舍，但有损坏”，“若因不请修而损坏官物者，依律科罪，赔偿所损之物。”这里的不请修，是典型的不作为违法行为，造成损害应当承担赔偿责任。

3. 坚持行为与损害之间没有因果关系不负赔偿责任

这一点，《清律·户律·仓库》“损坏仓库财物”条规定得最为明显：“若卒遇雨、水冲激、失火延烧、盗贼劫夺，事出不测，而有损失者，委官保勘覆实，显迹明白，免罪，不赔。”因雨水、失火、贼盗而事出不测造成损失，与仓库值守人的行为没有因果关系，当然不予赔偿。这种要求，完全符合现代侵权法关于因果关系的要求。

4. 坚持有过错才赔偿无过错不赔偿

在中国古代侵权法中，并没有出现过错的概念，但体现了过错责任原则的精神，是采取条文公开列举的形式加以规定。过错形式也分故意和过失两种。《清律·户律·田宅》“盗卖田宅”条就规定：“若将互争（不明）及他人田产，妄作己业……田产及盗卖过田价，并递年所得花利，各（应还官者）还官，（应给主者）给主。”“妄作”即是故意，这是故意的侵权行为。《清律·户律·仓库》损坏仓库财物条规定：“凡仓库及积聚财物，主守之人安置不如法，晒、晾不以时，致有损害者，计所损坏

之物……着落均赔还官。”这是过失的侵权行为。无过错则不负赔偿责任。《秦律》规定：“借农具因敝不胜而毁者，勿责。”过错不在借用者，借用者不承担责任。

四、中国古代侵权法的优点和缺点

（一）中国古代侵权法领先世界的制度

在中国古代侵权法的具体制度中，有一些规定具有现代侵权法的先进意义，是我国古代侵权法的精华。下面这些规定是典型的、在当时领先世界的侵权法制度。

1. 关于损益相抵原则

损益相抵原则是近现代侵权法和合同法的制度。尽管在有些学者的著述中称在罗马法中就有损益相抵的规定，但是并没有确实的证据。至德国普通法时期，才真正有损益相抵的规定。在我国古代法律中早就有损益相抵规定，且规定得更为明确。在《唐律》《宋刑统》《明会典》和《清律》中，都规定了“偿所减价”制度，是指原物受损之后，以其物的全价扣除所残存价值之差额，作为赔偿数额，适用的范围是牛马等畜产遭受损害的赔偿。如《唐律·厩库》“故杀官私马牛”条规定：“诸故杀官私马牛者，徒一年半。赃重及杀余畜产，若伤者，计减价，准盗论，各偿所减价；价不减者，笞三十，其误杀伤者，不坐，但偿其减价。”其疏议曰：“‘减价’，谓畜产值绢十匹，杀讫，唯值两匹，即减八匹价；或伤止值九匹，是减一匹价。杀减八匹偿八匹，伤减一匹偿一匹之类。‘价不减者’，谓原值绢十匹，虽有杀伤，评价不减，仍值十匹，止得笞三十罪之，无所赔偿。”畜产原价为十，杀害损失为十；但畜产杀之所得皮、肉、骨，在所有人而言，为因侵权行为所得新生利益，偿所减价，就是赔偿损失额扣除所受利益后的差额，此正符合损益相抵的基本原理。畜产杀伤之价不减者，如猪育肥而杀之，价不减，损失与利益等同，则“无所赔偿”。^①这种“偿所减价”制度所体现的，就是损益相抵的原则。由此可以相信，关于损益相抵的赔偿原则，中国的规定决不比外国的规定晚。中国古代侵权法的这一制度在当时的侵权法领域具有世界领先的水平。

2. 关于相当因果关系

相当因果关系又称为因果关系的适当条件说，是确定违法行为与损害

^① 杨立新：《民法判解研究与适用》，中国检察出版社1994年版，第26页。



事实之间是否有因果关系的一种理论，是首先由德国生理学家克利斯（Kries）在1888年发表的《论客观可能性的概念》中提出的，创设了这种因果关系学说。^①该学说认为，造成损害的所有条件都具有同等价值，由于缺少任何一个条件，损害都不会发生，因此，各种条件都是法律上的原因。^②所谓适当条件，即为发生该结果所不可缺之条件，不独于特定情形偶然的引起损害，而且是一般发生同种结果之有利条件。如果某项事实仅于现实情形发生该项结果，还不足以判断有因果关系，必须在通常情形，依社会一般见解亦认为有发生该项结果之可能性，始得认为有因果关系。如因伤后受风以致死亡，则在通常情形，依一般社会经验，认为有此可能性，因此应认为其伤害与死亡之间有因果关系。^③

在《清律·刑律·斗殴》“保辜”条规定：“凡保辜者，（先验伤之轻重，或手足，或他物，或金刃，各明白立限。）责令犯人（保辜）医治。辜限内，皆须因（原殴之）伤死者，（如打人头伤，风从头疮而入，因风致死之类。）以斗殴杀人论。（后，）其在辜限外，及虽在辜限内，（原殴之）伤已平复，官司文案明白，（被殴之人）别因他故死者，（谓打人头伤，不因头疮得风，别因他病而死者是为他故。）各从本殴伤法。（不在抵命之律。）若折伤以上，辜内治平复者，各减二等。（下手理直，减殴伤二等。如辜限内平复，又得减二等。此所谓犯罪得累减也。）辜内虽平复，而成残疾、笃疾，及辜限满日不平复（而死）者，各依律全科。”其中“打人头伤，风从头伤而入，因风致死”，即为有相当因果关系。“别因他故死者，打人头伤，不因头伤得风，别因他病而死者”，不认为有因果关系，只按殴伤治罪。这是典型的相当因果关系规则的适用。可见，中国古代对相当因果关系的应用远比外国为早。

3. 立法确认对间接损失应予赔偿

中国古代侵权法对于财物损害事实还区分直接损失和间接损失，并以明文规定间接损失应当赔偿。在古代律令条文中，多次出现“花利归官、主”和“苗子归官、主”等内容，这些都是物的孳息，都属于间接损失。值得重视的是，中国古代侵权法对于损失的计算比较精确，因而使赔偿责任的确定很合理。如《唐律·厩库》故杀官私马牛条规定了“各偿所减

① 李光灿等：《刑法因果关系论》，北京大学出版社1986年版，第45页。

② 王利明：《侵权行为法归责原则研究》，中国政法大学出版社1992年版，第379页。

③ 史尚宽：《债法总论》，台湾地区荣泰印书馆1978年版，第161页。

价”之后，疏文：“‘减价’，谓畜产值绢十匹，杀讫，唯值绢两匹，即减八匹价。”这种计算也体现了现代侵权法对损失赔偿的要求。

（二）中国古代侵权法的主要缺点

中国古代侵权法除了具有上述一些主要特点外，还有一些缺点，这主要是：

1. 中国古代侵权法所保护的主要是封建统治者的民事权利

在所有的古代侵权法规范中，大部分的条文是保护“官权”的，保护“民权”的较少。在中国古代侵权法中，区分“官物”、“公器”、“私物”。官物是官府之物，是统治者的“国有”之物；公器乃庙宇、神社等公物；私物才是个人所有的财物。封建统治者为维护自己的统治，就必须用民事法律手段，保护其封建经济基础和经济利益。至于老百姓的权利当然也要保护，但这是为保护其封建经济基础得以巩固，促进生产力的发展。如果百姓的权利毫无保证，其封建统治当然就无法维持下去了。

2. 中国古代侵权法缺少高度概括的原则

纵观国外侵权法发展的方向，是朝着越来越概括的一般化立法发展，到《法国民法典》就只剩了5条高度原则性的抽象规定，却涵盖了所有的侵权行为。我国古代侵权法已经出现了一些原则性规定，但仍很具体，《唐律》中“诸弃毁亡失及误毁官私器物者，各备偿”的规定，已经具有了相当的概括性，在当时的世界上是很先进的，但在以后1000多年的发展中，没有概括出比这更概括的原则规定。至清代，侵权法内容越来越细致，越来越完备，但仍无高度概括的原则规定。这是中华法系这一体系对侵权法发展的束缚所致。

3. 侵权民事责任形式过于复杂、繁琐，有些赔偿范围不够科学

中国古代侵权法的基本责任制度17种，除去3种非财产责任形式和两种其他制度，其余12种，均为赔偿损失，无疑过于繁复，既给司法带来麻烦，也给当事人诉讼带来困难。从赔偿范围上看，多数是科学、合理的，但偿减价之半、倍备、折判赔偿、断付财产养赡等，不是以财产损失的大小作为赔偿标准，而是以过错大小或加害人所有财产的多少作为赔偿标准，是不科学、不公正的。

五、中国古代侵权法的基本责任制度

中国古代侵权法共有三大类17种基本责任制度。这些制度的主要内容和发展、演变线索如下：



（一）侵害财产的损害赔偿

1. 备偿

备偿是中国古代侵权法的主要的赔偿制度。对备偿怎样理解，有不同看法。一是，李志敏教授认为，备偿即赔偿，并举例为证：《唐明律合编》卷四，“昔高欢立法，盗私物十备五，盗官物十备三。”“备，偿也，音裴，今作倍，音义同。而倍字俗从备为古，唐律尤作备，今则俱作赔矣。”^①二是，我在《中国古代侵权法》一文中，将备偿解释为全部赔偿。备，乃全、完全之意。《诗经·周颂·有瞽》：“既备乃奏，策管备举。”后一个备，即全义。^②备偿，就是全部赔偿、如数赔偿的意思，与今天的“全部赔偿原则”在字义上是相同的。但细加分析，二者亦有不同：一是适用的范围不同，备偿制只适用于弃毁亡失及误毁官私器物等财产损害的场所，而全部赔偿原则却适用于整个侵权行为的赔偿范围的确定；二是性质不同，备偿是损害赔偿的一个具体制度，而全部赔偿原则却是一个概括的基本赔偿原则。

备偿的具体的提法，只见于《唐律》和《宋刑统》。《秦律》中的赔、偿、负之如故，元、明、清律典中的赔偿、追赔、验数追赔，也都是备偿的意思，只是提法不同而已。另外，《唐律》中的备所毁，也是备偿的意思。备偿是中国古代侵权法最基本、最重要的赔偿制度，贯穿于整个秦至清各朝代的侵权立法。

备偿制度的适用范围是大多数的侵害财产权场合，但不包括杀伤马、牛等畜产、主观恶性严重的侵害财产权、私借官物、玩忽职守造成的损失和返还原物。《秦律》在这方面的规定还比较杂乱，对《汉律》这方面的考证尚缺失，唐、宋关于备偿的规定几乎相同。备偿制度适用的范围以唐为例，包括：（1）老少及疾有犯，受赃者备之。（2）畜产毁食官物，畜主备所毁。（3）亡失所假官物，备偿如法。（4）私借官物不能备偿，征判署之官，这实际说的是一种备偿的连带责任。（5）受寄财物以费用，各令备偿。（6）水火损败，故犯，征偿。（7）请受军器丢失，偿之。（8）弃毁亡失及误毁官私器物，各备偿。（9）诱奴婢逃者，备偿。元代的律令不齐备，现有的备偿制如损坏仓库财物、出纳侵盗钱粮、取受赃物、非尊长盗卑幼、走死驿马等，均可适用。明、清共有的备偿制，如老

① 李志敏：《中国古代民法》，法律出版社1988年版，第192页。

② 杨立新：《疑难民事纠纷司法对策》，吉林人民出版社1990年版，第208页。

少废疾犯罪征赃、私借官物损失、仓库被盗、仓库损坏、牧养畜产不如法和埋没官物。明朝独有的如乘官畜脊破领穿倒失。清朝独有的如二罪惧发赃物赔偿、弃毁人器物、受寄财物费用、遗失军器。各朝备偿制的适用虽稍有不同，但其基本适用范围是一致的。

2. 偿所减价

偿所减价，就其字面上讲，就是原物受损以后，以其实际减少的价值作为赔偿范围，赔偿实际损失。按照常理，这样的原则应当适用于一切受损后仍有残存价值的财产损害。但是，中国古代侵权法的偿所减价只适用于牛、马等畜产遭受损害的场所，不适用于其他财产的损失。如《唐律·厩库》“故杀官私马牛”条规定：“诸故杀官私马牛者，徒一年半。赃重及杀余畜产，若伤者，计减价，准盗论，各偿所减价；价不减者，笞三十。其误杀伤者，不坐，但偿其减价”，其疏议曰：“‘减价’，谓畜产值绢十匹，杀讫，唯值两匹，即减八匹价；或伤止值九匹，是减一匹价。杀减八匹偿八匹，伤减一匹偿一匹之类，其罪各准盗八匹及一匹而断。‘价不减者’，谓原值绢十匹，虽有杀伤，评价不减，仍值十匹，止得笞三十罪，无所赔偿。”这个条文对偿所减价制度是讲得最详尽的。究其偿所减价的原由，概由畜产杀死后的肉、皮、骨的价值很大，杀伤后又可医愈，因而偿减价是十分合理的。正如前文所说，这里体现的正是损益相抵原则。“余畜产”中的猪，育肥之后杀死，其价就不减，故价不减者“无所赔偿”。通观各朝代律令，唐、宋、明、清均有这一制度。秦、汉、魏、晋、元等代律令缺失，但都发现有有关杀害畜产如何处理的痕迹。由此可以推测，中国古代封建社会杀伤畜产“偿所减价”可能是一个通例。

赔偿限于所减价，完全体现了赔偿损失时，应当扣除因损害所获得的新生利益的损益相抵原则。它与备偿制度的基本精神是完全一致的，只是备偿适用于一般动产的损害赔偿，而偿所减价适用于特殊动产即畜产的损害赔偿。

偿所减价制以《唐律》最为完备，共有6个条文，如故杀官私马牛、误杀伤、毁食官私之物登时杀伤、杀缙麻以上亲马牛、犬自杀伤畜产、街巷走车马伤畜产和盗决堤防杀伤畜产，均应偿所减价。《宋刑统》只保留了4项，即故杀马牛、杀缙麻亲马牛、犬自杀伤畜产、车马杀伤畜产。至明朝，只剩下两项，即宰杀马牛和犬杀伤他人畜产。至清代，只剩下一个条文，但内容十分丰富，几乎包括了唐代所有的偿所减价的项目。这种发展趋势，体现了侵权法立法日益概括的发展方向，是科学的，也是合