

国家社会科学基金项目（04BFX026）

侵权责任法 重大疑难问题研究

刘士国 等著

QINQUAN ZERENFA
ZhongDa YiNan
Wenti Yanjiu

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



QINQUAN ZERENFA

ZhongDa YiNan
Wenti Yanjiu

上架建议 民法·学术

ISBN 978-7-5093-1403-6



9 787509 314036 >

定价: 38.00元

国家社会科学基金项目（04BFX026）

侵权责任法 重大疑难问题研究

刘士国 等著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

侵权责任法重大疑难问题研究/刘士国等著. —北京:
中国法制出版社, 2009. 8

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1403 - 6

I. 侵… II. 刘… III. 侵权行为 - 民事责任 - 研究
IV. D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 142788 号

策划编辑 张岩

封面设计 蒋怡

侵权责任法重大疑难问题研究

QINQUAN ZERENFA ZHONGDA YINAN WENTI YANJIU

著者/刘士国等

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2009 年 8 月第 1 版

印张/ 21.25 字数/ 309 千

2009 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1403 - 6

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

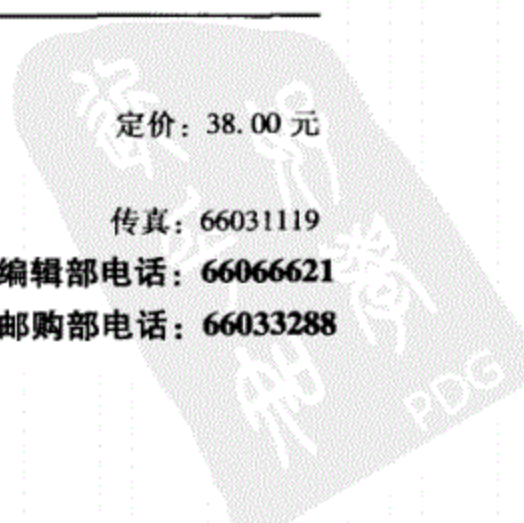
市场营销部电话: 66070042

定价: 38.00 元

传真: 66031119

编辑部电话: 66066621

邮购部电话: 66033288



作者简介

刘士国:中国法学会民法学研究会副会长、复旦大学法学院教授、法学博士、博士生导师,复旦大学医事法研究中心、复旦大学民商法学科负责人。

张民安:中山大学法学院教授、法学博士。

于 敏:中国社会科学院法学研究所研究员、法学博士。

龚赛红:北京化工大学法学院教授、法学博士。

许凌艳:复旦大学法学院副教授、法学博士。

周向东:上海市政府公务员、法律硕士。

序

2003年底,全国哲学社会科学规划办公室发布了2004年国家社会科学基金课题,我们即组成课题组积极申报了其中的“侵权行为法重大疑难问题研究”。2004年5月24日,全国哲学社会科学规划办公室发获准立项通知,批准号为04BFX026。

侵权责任法是中国民法典的重要组成部分。2002年末,全国人大常委会审议的《中华人民共和国民法(草案)》(2002年12月18日),将侵权责任法作为法典草案的独立一编。在草案的基础上,物权法又经七次审议(共八次审议),于2007年3月16日由第十届全国人民代表大会五次会议审议通过,于2007年10月1日起正式实施。之后,制定侵权责任法成为立法最重要的任务,独立的侵权责任法草案已经由全国人大常委会于2008年12月23日二次审议。课题组成员,几年来在参与物权法研究的同时,对本课题进行了认真研究。本书就是我们的最终研究成果。期待能对中国侵权责任法的制定有所助益。

制定独立的侵权责任法,将来作为民法典的最后一编,这在民法发展史上具有里程碑的意义。其意义在于:1. 本法的制定将使中国民法体系基本完善,即形成以民法通则为核心的包括合同法、物权法、婚姻法、继承法、收养法、著作权法、专利法、商标法和侵权责任法的完整民法体系,为在此基础上编纂中国民法典奠定了基础。2. 侵权责任法单独立法,将来作为民法典的最后一编,也是世界性的重大发展趋势,已经引起国外的广泛关注并将对民法科学产生积极影响。我国侵权责任法是在基于我国国情并借鉴发达国家的立法、判例、学说的基础上制定的。中国实行改革开放之后,特别是实行社会主义市场经济之后,社会关系发生了很大变化,各种新型侵权案件不断发生,司法实践积累了丰富的经验,学术研究空前发展,为中国制定侵权责任法创造了客观条件。国外立法,特别是二战之

后世界经济快速发展,各种特别侵权法律层出不穷,世纪之交叉出现法典化趋势,发达国家纷纷修订民法典或出台了民法典,侵权责任法也有较大变化。这些也促进了中国侵权责任法的制定。但是,制定独立的侵权责任法或在民法典中独立成编,则是中国所独有的。这是因为中国现在有条件总结国外法典及特别侵权法立法和实践经验,发挥后发优势,立足中国国情制定包括各种特殊侵权类型的体系完整统一的法典式侵权责任法,成为中国民法体系的最大特色,必将发挥深远的影响。3. 侵权责任法的制定,其直接目的,是有利于保护民事主体的合法权益,明确侵权责任,解决侵权纠纷,制止侵权行为,维护我国的社会秩序和促进社会的和谐发展。

我们承担此项任务后,历时4年半,就侵权责任法的若干重大理论问题进行了研究。在前2年,我们分别在上海、广州、东莞等地的人民法院、行政管理部门就若干问题作了深入调研,涉及使用人责任、道路交通事故责任及食品安全问题,多次参加全国及国际性学术会议,先后发表了多篇阶段性研究成果。在研究工作中,广泛借鉴了美国、德国、法国、日本等发达国家的最新研究成果,对若干制度作了认真的比较研究,涉及作为义务违反的侵权责任、信息侵权、使用人责任、监护人责任、一般条款及正义论。在内容的选择上,我们力求避免与以往研究成果重复,有些虽属重大疑难问题,但因以往已有较深入研究的,不列入本书的研究范围。也有些重大疑难问题,限于社会发展条件的限制将作为后续研究的内容,本书不予列入。

本书除序言外共分十一章。第一至六章为总论性问题,包括:侵权责任法的调整对象、一般条款和立法政策;侵权责任法的危机与改革;侵权法上作为义务的比较研究;人身损害赔偿问题研究;信息侵权民事责任研究;拍卖师的专家责任研究。第七至十一章为特殊侵权类型,包括:使用人责任;被监护人责任能力、监护人责任与学校事故责任;患者及代行权者的权利与医院救治;机动车损害赔偿责任探讨;缺陷食品致人损害的民事责任。全书具体分工如下:

第一、二、四、七、八、九章及第十一章第六部分,刘士国;

第三章,张民安;

第五章,许凌艳;

第六章,龚赛红;

第十章,于 敏;

第十一章第一至第五部分,周向东。

本书力求各章理论上有所创新,对侵权责任法的制定和其他相关特别立法提出具体可行之建议,但因侵权责任法的复杂性及我们能力所限,不足甚至错误之处难免,欢迎读者批评指正。侵权责任法的制定,是汇集许多人智慧,体现和保护广大人民群众利益的伟大工程。期盼中国侵权责任法这一人类历史上首部专门性侵权法律早日诞生。

刘士国

2009年8月于上海

目 录

第一章 侵权责任法的调整对象、一般条款和立法政策	(1)
一、侵权责任法的调整对象	(1)
(一) 侵权责任法调整的社会关系, 是民事主体违反民事义务产生的后果关系, 而非正常的权利义务关系	(2)
(二) 侵权责任法是救济法, 不是设权性法律	(2)
(三) 侵权责任法调整的是侵犯绝对权的后果关系, 是新生之债, 不同于侵犯相对权的违约责任	(2)
二、侵权责任法的一般条款	(7)
(一) 法国法	(7)
(二) 德国法	(8)
(三) 荷兰新民法典	(9)
三、侵权责任法的立法政策	(10)
(一) 从社会规则到成文法规范——制定侵权责任法的认识论思考	(10)
(二) 保护受害人民事权利, 赔偿受害人损失并兼顾促进社会生产和公益事业发展	(13)
(三) 遵循公平原则	(15)
(四) 侵权责任法必须与保险、社会救济相互协调与配合	(16)
(五) 对侵权责任进行类型化	(17)
第二章 侵权责任法的危机与改革	(22)
一、中国侵权责任法的危机	(22)
二、侵权责任法与正义论	(24)
(一) 亚里斯多德的正义论	(24)

2 侵权责任法重大疑难问题研究

(二) 棚濑孝雄的现代正义论	(25)
(三) 上述正义论的启示	(26)
三、国外立法改革	(27)
(一) 新西兰的事故补偿法与综合救济体系	(27)
(二) 美国疫苗被害补偿制度和个别州的接生关联 障害补偿制度	(28)
(三) 日本的汽车损害保险与预防接种补偿制度	(29)
(四) 国外立法改革评析	(30)
四、我国损害赔偿救济体系的变化及制定侵权责任法 的设想	(30)
五、我国制定侵权责任法应解决的几个问题	(32)
(一) 人身损害赔偿的标准	(32)
(二) 保险与社会救济	(33)
(三) 无过错责任	(33)
(四) 公平责任原则	(34)
(五) 专家责任	(36)
第三章 侵权法上作为义务的比较研究	(38)
一、作为义务的概念及产生根据	(38)
二、行为人不为他人承担作为义务的一般原则	(39)
(一) 滥作为和不作为区分原则的维持	(40)
(二) 因果关系的确定	(41)
(三) 道德上的考虑	(42)
(四) 个人自由主义哲学	(42)
(五) 程序上的考虑	(43)
(六) 公平的考虑	(44)
三、不作为不承担侵权责任的历史	(45)
(一) 早期法律坚持的原则	(45)
(二) 近现代英美法	(47)
(三) 近现代大陆法系国家的法律	(48)
(四) 我国现代法律	(52)
四、合同规定的作为义务	(53)

(一) 合同明确规定的作为义务	(53)
(二) 法律暗含的作为义务	(54)
(三) 制定法明确规定的作为义务	(55)
五、制定法规定的作为义务	(57)
六、非制定法规定的作为义务	(60)
(一) 因可预见性理论产生的作为义务	(60)
(二) 因被告的积极行为产生的安全保障义务	(63)
(三) 因特殊关系产生的作为义务	(65)
七、无因管理行为产生的作为义务	(66)
(一) 无因管理的界定	(66)
(二) 无因管理人承担作为义务的法律根据	(67)
(三) 作为义务的表现形式	(68)
(四) 无因管理产生作为义务的理论根据	(68)
八、作为义务的表现形式和具体适用	(70)
(一) 导论	(70)
(二) 作为义务的具体表现形式	(70)
(三) 是否承担作为义务	(74)
 第四章 人身损害赔偿司法解释若干问题探讨	 (79)
一、共同侵权行为	(79)
(一) 对司法解释中有关共同侵权行为规定的评析	(79)
(二) 楼上落下物致人损害加害人不明的法律救济	(82)
二、人身安全保障义务	(89)
(一) 人身安全保障义务与安全关照义务	(89)
(二) 承担人身安全保障义务的主体	(90)
(三) 人身安全保障义务产生的原因及义务、责任性质	(91)
(四) 违反人身安全保障义务的种类	(92)
(五) 违反人身安全保障义务承担民事责任的因果关系	(94)
三、定作人的侵权责任	(94)
四、构筑物、建筑物、树木及其果实致人损害的赔偿责任	(96)
(一) 构筑物致人损害的赔偿责任	(98)

4 侵权责任法重大疑难问题研究

(二) 堆放物致人损害的赔偿责任 (98)

(三) 树木及其果实致人损害的赔偿责任 (99)

第五章 信息侵权民事责任研究 (100)

一、信息侵权的基本范畴 (101)

(一) 信息 (101)

(二) 信息侵权的经济学分析 (105)

二、信息权在私法上的保护 (107)

(一) 信息权的国际保护 (107)

(二) 英美法系国家的立法例 (108)

(三) 大陆法系国家的立法例 (113)

三、信息侵权的立法理念 (121)

(一) 现代民商法的价值关注——保护弱者，维护意思
自主和交易安全 (121)

(二) 信息侵权民事责任保护的主体 (123)

(三) 信息侵权保护的客体是信息权：一项独立的，法
定的商事人格权 (125)

(四) 因信息提供不当有可能引起的民事责任 (127)

四、信息侵权民事责任的建立与完善 (128)

(一) 立法宗旨 (130)

(二) 侵犯信息权的民事责任构成要件 (131)

第六章 拍卖师的专家责任研究 (139)

一、拍卖师、拍卖行为和拍卖关系 (139)

(一) 拍卖师 (139)

(二) 拍卖行为 (143)

(三) 拍卖关系 (144)

二、拍卖师的注意义务 (148)

(一) 对委托人的义务 (148)

(二) 对买方的义务 (153)

(三) 对第三人的义务 (155)

三、拍卖师专家责任的构成要件 (156)

(一) 损害事实	(157)
(二) 因果联系	(160)
(三) 过错	(160)
(四) 举证责任	(161)
四、拍卖损害赔偿	(162)
(一) 拍卖损害赔偿请求权的主体	(162)
(二) 拍卖损害赔偿的诉讼时效	(163)
(三) 拍卖损害赔偿范围及计算	(164)
第七章 使用人责任	(169)
一、一起案件引出的法律问题	(169)
二、使用人责任的概念和历史演变	(170)
(一) 使用人责任的概念	(170)
(二) 使用人责任的历史演变	(171)
三、我国使用人责任的产生和发展	(172)
四、使用人责任究竟是自己责任还是代位责任	(174)
五、执行职务的类型	(177)
(一) 基于交易性侵权行为的责任与基于事实性侵权行为的责任	(177)
(二) 非营利性使用者责任与营利性使用者责任	(178)
(三) 基于组织内部使用关系的责任与基于组织外部使用关系的责任	(179)
六、“表现形式”与“内在联系”的认定	(180)
七、使用人的追偿权	(182)
(一) 轻过失不可求偿说	(182)
(二) 权利滥用、诚实信用违反说	(182)
(三) 过失相抵说	(182)
(四) 共同不法行为说	(182)
(五) 不真正连带债务说	(183)
(六) 固有责任说	(183)
(七) 区分内部义务是否违反及违反情况说	(183)
八、前述案件应如何处理	(184)

(一) 关于张家江与佳达厂之间劳动关系的法律适用问题	(184)
(二) 佳达厂应负什么样的责任	(186)
(三) 上海太太乐有限公司对张伟东应负工伤事故责任	(187)
九、侵权责任立法应解决的问题	(187)
第八章 责任能力、监护人责任、学校事故责任	(189)
一、责任能力	(189)
(一) 未成年人的责任能力	(189)
(二) 责任能力与赔偿能力	(192)
(三) 因可归责于自己的原因而一时丧失意思能力的 人的责任能力	(193)
二、监护人责任	(193)
(一) 监护人责任的性质	(193)
(二) 监护人责任的归责原则	(194)
三、学校事故责任	(194)
(一) 学校事故的概念和特征	(194)
(二) 国外大陆法系及我国现行法律关于学校事故的规定	(195)
(三) 未成年学生的受教育权与学校教师的教育权	(197)
(四) 父母的监护责任与学校的管理责任	(198)
(五) 学校及教师对学生的安全关照义务及责任类型	(200)
(六) 现行法律存在的问题及立法建议	(201)
第九章 患者及代行权者的权利与医院救治	(203)
一、问题的提起	(203)
二、患者的自己决定权、代行权者的权利及其限制	(203)
(一) 患者自己决定权及其限制	(203)
(二) 代行权者的决定权及其限制	(207)
(三) 宗教问题	(208)
三、“李丽云案”的几个疑难问题的探讨	(209)
(一) 医患关系是仅为医疗服务合同关系, 还是包括 公法上的救治关系	(209)
(二) 代行权者行使权利的行为是否是代理	(210)

(三) 如何理解《医疗机构管理条例》第33条的规定	(211)
(四) 医疗部门的处置是否正确, 本案谁承担法律责任	(213)
四、完善相应法律规定的建议	(214)
第十章 机动车损害赔偿责任的探讨	(216)
一、机动车损害赔偿责任的含义与各国立法现状	(216)
二、我国机动车损害赔偿责任的立法沿革	(219)
三、机动车与道路交通事故	(221)
(一) 机动车的诞生与道路交通的革命	(221)
(二) 机动车交通的宿命性弱点及其克服	(223)
四、机动车损害赔偿责任的确定及其理论依据	(225)
(一) 机动车损害赔偿责任的确定	(225)
(二) 机动车损害赔偿责任的法理基础	(226)
(三) 机动车损害赔偿责任的性质	(227)
五、机动车损害赔偿责任法的发展趋势	(228)
六、机动车驾驶人的注意义务	(230)
(一) 机动车驾驶人注意义务的基本内容	(231)
(二) 机动车驾驶人注意义务的性质	(231)
(三) 机动车对步行者的注意义务	(232)
(四) 对各种场所的注意义务	(234)
(五) 行人有过失情况下的注意义务	(235)
七、机动车损害赔偿责任的归责原则与无过失责任	(237)
(一) 关于机动车损害赔偿责任的争论	(237)
(二) 无过失责任反映的是一个过程	(239)
(三) 过失概念的学理分析	(241)
(四) 过失责任与无过失责任的统一	(242)
八、机动车损害赔偿中的过失相抵	(244)
(一) 关于无过失责任适用过失相抵的争论	(244)
(二) 过失相抵的处理方式	(245)
(三) 过失相抵适用中应注意的问题	(246)
九、机动车损害赔偿责任的要件	(250)
(一) 机动车	(250)

(二) 保有人	(254)
(三) 机动车的运行	(257)
十、我国的机动车损害赔偿责任人法	(258)
(一) 道路交通安全法的意义	(258)
(二) 机动车损害赔偿责任人研究领域的特点	(259)
(三) 民法学界的任务	(261)
十一、机动车损害赔偿责任人立法建议	(271)
(一) 机动车损害赔偿责任人	(271)
(二) 机动车损害赔偿责任人保险	(272)
(三) 政府的道路交通事故救助基金	(274)
(四) 道路交通安全法第 76 条	(274)
第十一章 缺陷食品致人损害的民事责任	(278)
一、缺陷食品引起的侵权责任	(279)
(一) 缺陷食品引起的侵权责任的性质	(279)
(二) 缺陷食品致人损害的特点	(280)
二、缺陷食品	(283)
(一) 食品概述	(283)
(二) 食品与产品的区别	(285)
(三) 缺陷食品的认定	(287)
三、损害事实分析	(294)
(一) 缺陷食品致人损害概述	(294)
(二) 缺陷食品对生命健康权的损害分类	(295)
(三) 预防医学上对由缺陷食品引发的损害有不同的分类	(298)
(四) 不以损害事实为要件的缺陷食品召回制度	(302)
四、因果关系的认定	(305)
(一) 目前因果关系的一般理论观点	(305)
(二) 疫病因果关系说	(306)
(三) 缺陷食品致人损害因果关系的基本特征	(310)
五、缺陷食品致人损害主观过错的类型	(311)
(一) 缺陷食品行为人在种植养殖领域的过错类型	(312)
(二) 食品生产领域的主观过错类型	(313)

(三) 食品流通领域内的主观过错类型	(314)
(四) 食品接待消费服务领域内的主观过错类型	(316)
六、我国食品安全法对民事责任的发展	(318)
(一) 食品召回制度	(318)
(二) 价款十倍的惩罚性赔偿	(319)
(三) 集中交易市场开办者与经营者的连带责任、 食品代言人与经营者的连带责任	(320)
(四) 食品安全法对制定侵权责任法的启示	(322)

第一章 侵权责任法的调整对象、 一般条款和立法政策

一、侵权责任法的调整对象

在起草侵权责任法中,如何界定侵权法的调整对象,即侵权法除保护“权利”之外,是否还保护“利益”,学术界存在不同看法。一部分学者认为,“权利”是法律规定的,侵犯“权利”当然应承担民事责任,但法律明定的“权利”之外的“利益”,也应受法律保护。“利益”,主要涉及人格利益。^①相反意见则认为,“权利”不限于法律规定而存于社会中,“利益”是“权利”的实质或后果,没有无权利的利益。两种观点,反映了两种不同的法律观,前者似受法实证主义影响,认为法律之外没有法,故无法律规定之外的权利,只能称利益,但又与法实证主义不同,法实证主义不承认法外利益。后者为自然法观,认为法律之外有法,权利是法的内容,存于社会生活之中,因此,侵权责任法之规定侵犯“权利”,不需再加上侵犯“利益”。^②

就哲学观点而言,作者反对法实证主义而主张自然法,认为没有无权利的利益,也没有无利益的权利。但是,我国的立法,应避免学派之争,通过分析侵权责任法调整的社会关系的特殊性,比较研究他国法律,厘清我国法律之沿革,做出恰当规定。

侵权责任法调整的社会关系,与其他民事法律调整的社会关系不同,其特殊性为:

^① 参见陈现杰:《〈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〉的理解与适用》,载祝铭山主编:《医疗损害赔偿纠纷》,中国法制出版社2003年版,第321~322页。

^② 此为本人在2006年于黑龙江大学召开的全国民法学年会上阐明的观点。