

王利明:侵权行为法律实务(上) PDF转换可能丢失图片或格式
，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E7_8E_8B_E5_88_A9_E6_98_8E__c122_485370.htm 编者按：本文根据王利明教授在“法学与法治”巡回讲坛(2002.4.20-21)第一讲中的演讲录音整理而成，经过王教授修订。王利明：今天关于侵权法的理论和实务问题我想主要谈两个方面的问题，我想第一部分先谈一下侵权法在近几十年的发展，另一个方面结合这个发展谈一下关于和我们律师业务关系比较密切的就是违约和侵权的关系如何区分。一，侵权法的发展我们讲侵权法就是对有关侵权行为的定义、种类、制裁以及对侵权损害后果予补救的民事法律的总称。什么是侵权行为？这个概念在我们的侵权法里面是一个非常难以界定的定义，这个我只有把侵权法的发展谈完了以后，我再对侵权行为做一个定义。可以这么说吧，从实践来看，我们说侵害权利的行为严重的构成犯罪，不构成犯罪的实际上大多都是侵权行为。从我们民事这个角度来讲，实际上就是两大块，一块就是违约，一块就是侵权，可以说侵权就是我们律师几乎经常要打交道的问题和纠纷。侵权法在民法中的地位是非常重要的，这几十年来侵权法的发展也是非常迅速的。主要谈如下几点：第一个发展趋势就是侵权法的保障的权利范围的扩张合同法主要是鼓励创造财富的法律，而侵权法就是保护各类民事权利的法律。最初的侵权法主要是保护财产权的，重点是保护物权，在古罗马时代的所谓损害赔偿重点是保护绝对权利，实际上就是物权。后来由于知识产权，特别是近几十年人格权的发展，侵权法也从保护物权向保护知识产权向保护人身

权以及其他权利逐渐发展。在这个过程中侵权法保障的权利范围越来越大了，甚至在最近这几十年侵权法改变了传统的那种分类方法。就是说合同债权主要是合同法来保护，侵权法主要是保护绝对权利，但是最近这几十年合同债权也逐渐在例外情况下可以受到侵权法的保护，这是所谓引诱违约，就是说第三人故意引诱债务人违反合同，导致对债权人权利的侵害，或者第三人直接对债务人实施某种行为，比如把债务人关起来，使他不能够直接履行对债权人的债务，造成对债权人损害，那么债权人也可以向第三人主张侵害债权。这样侵权法也向债权的保护发展了。我们国内实际上有很多这种案例，比如说一家公司聘请一个著名的女星来唱歌，签了合同，准备5月1号演出，但是报纸登出一个消息说这个演员不能来了，结果观众纷纷退票，最后使得这个演出公司本来根据这个演出合同应该得的合同上的利益最后都没有实现，那么他向第三人主张权利，主张是用什么权利呢？实际上主张的就是侵害债权，侵害他的合同债权，从这一点上看，我们说侵权法现在已经延伸到合同债权领域，这个当然我们现行法律没有规定，这个也是我们的侵权法将要面临的一个新的课题。最初，比如在美国，人们开始时认为隐私不是什么利益，不是什么权利，但是后来有一个学者写了一篇文章，认为私人生活秘密是人格的重要组成部分，应该受到保护，法官开始逐渐认识到私人生活秘密的重要性，于是司法出现了保护私人秘密，逐渐的后来渐渐的又发展到，因为许多新的案件的出现，比如说窥探他人的隐私，跟踪他人，偷偷摄像，以及电话骚扰，妨碍人家生活的安宁，以后隐私的概念越来越扩大，特别是随着近几十年代计算机的发展，在网

站上广泛收集他人的资料、信息，很容易造成对他人隐私的侵犯，所以许多国家的立法在加强技术机和信息保护的同时，加大了对于隐私权的保护，同时扩大了隐私的概念，这样隐私权作为一种权利出现了。第二个发展趋势是侵权法的相对独立传统的大陆法认为侵权是一种损害赔偿之债，所以大陆法没有独立的侵权法，侵权行为是放在债法里面，为什么放在债法里面呢？原因就是侵权行为产生的是一种损害赔偿之债，因侵权行为的发生使加害人和受害人之间形成一种损害赔偿关系，加害人承担的主要就是损害赔偿责任，但是这种理论是基于过去侵权行为主要侵害的是绝对权、财产权，或者说主要侵害的是物权，这样损害的后果就是财产损失，因此，主要就采用损害赔偿这种方式进行补救。但是现在随着侵权法保障范围扩大以后，扩大到对人身权、对知识产权等等各种权利的保护以后，侵权的责任形态大大丰富了，原来仅仅是损害赔偿，现在已经扩大到损害赔偿之外，有精神损害赔偿，还有停止侵害恢复名誉、赔礼道歉各种责任形态都出现了，甚至在侵犯人格权这个领域损害赔偿不是一种主要的补救方式，因为损害赔偿主要是遭受了财产损失的一种补救，但对人格权侵害的情况下，特别是名誉权，要从根本上消除这个损害的根源，我们学理上称为损害源，那就不能主要通过损害赔偿，而应该通过像恢复名誉这样的方法，从根本上消除损害源。精神的痛苦是因为名誉受损所造成的，只有消除名誉损害才能够根本上来对受害人造成的损害进行补救，这样我们说责任的形态就要超出、超越损害赔偿，甚至人格权侵害在很多情况下，赔礼道歉比损害赔偿还要重要，这个就是人格权侵害的特殊性，这种特殊性决定了一个很

重大的理论课题，这就是大陆法把侵权行为放在债法里面是不是合理，几十年前它是合理的，但是到了今天就要反思，责任形式已经多样化了，已经远远不是损害赔偿了，还把它放在损害赔偿之债里面，这种结构是合理的吗？显然是不合理的。从侵权法与债法的关系来考虑，侵权法的个性多于债法的一般规定，因此要把侵权法独立出来。因为从性质上分析，合同行为是合法行为，侵权行为是违法行为。从立法目的来看，由于合同是合法的行为，所以合同法的目的在于鼓励这种合法行为，加速社会财富的流转；由于侵权行为是违法行为，侵权法主要是预防、制裁这种违法行为，保护人身和财产权益。概而言之，合同法的目的是鼓励交易、增加财富，侵权法的目的是保护权利、稳定财产关系。事实上，债的一般规则主要适用于合同之债，并不能完全适用于侵权及其他债的形式。毫无疑问，债的某些一般规则是可以适用于侵权之债的，如有关连带之债、按份之债的规定可以适用于侵权责任，担保之债也可以适用于侵权损害赔偿之债。然而，大量的债的一般规则，是针对交易关系设定的，不能直接适用于侵权责任关系。所以，我们认为，我国民法典在设计体系时，侵权法再也不能像大陆法那样放在债法里面了，而应当成为未来我们民法里面独立的一篇，就叫侵权行为法。之所以把它成为一个独立一篇就是因为责任形态多样化了，不再是损害赔偿，它已经更多的是一种责任，而不是一种损害赔偿之债。这是第一个发展趋向。第三个趋向就是侵权法从保护权利向保护各种合法利益方向发展侵权法的保护范围在扩张，不仅仅是说保护的权利在扩张，还包括法定权利之外的利益也要受到侵权法的保护。在现代社会为了强化对公

民权利的保护，侵权法不仅仅是针对那些已经在法律上规定为权利的利益，遭受了侵害要提供补救，法律没有规定为权利，但是法官认为有必要对受害人提供补救，也应该依据侵权法的规定提供补救，这就形成了所谓对合法利益的保护。所以有很多人对民法总则的一个原则“公民的合法权益受到保护”不理解，说这个说法是不对的，在法律上只有权利受到保护，没有利益受到保护。这种说法是由于对于现代侵权法的发展不了解造成的，实际上在现代社会许许多多的利益，我们没有办法完全以一种法定的权利来进行界定和判断，但是又不能不对遭受的侵害提供补救。比如说现在西方比较时髦的所谓性骚扰这个概念，其实西方国家都是要求民事侵权赔偿，而且赔偿的很重，有的甚至几千万，在美国有的甚至使用惩罚性赔偿，但是说这种性骚扰侵害了什么权利，说不清楚，有的学者说这是一种性自由的权利等等，没办法说清楚，法律上也没有这种界定，但是法官说就是侵害了一种合法利益。最近几年这方面的案件非常多，例如，在一个案件中，殡仪馆因为重大过错将别人的骨灰当做原告父亲的骨灰给原告了，原告家里还开着追悼会，而且哭的非常伤心，后来殡仪馆说这搞错了，又重新拿回来，后来原告家里人感到非常的愤怒，说这怎么回事儿，我们还请了这么多人开追悼会，大家这么伤心的痛哭，这哭了半天是哭了人家，最后以侵权到法院起诉，要求赔偿，也不知道侵害了什么权利。侵权法应当保护合法利益，这我们侵权法提出来严峻的挑战，第一个挑战就是对于侵权行为概念的挑战，传统的侵权法给侵权行为定义是，因为过错侵害了他人的财产权和人身权，强调必须是权利，但是一旦合法利益引进来以后，我们就

不能笼统的讲侵权行为是侵害了权利，这样恐怕就不能给侵权行为下一个准确的定义，所以我们的看法就是，侵权行为首先是指行为人的行为侵害了他人的财产和人身，但是不要说权利。财产和人身里面既包括了权利，也包括了财产和人身的合法利益，就是那些法律没有界定权利的利益。第二个挑战就是侵害合法利益是不是都应当获得补救，是不是都应当赔偿，有没有什么限制，为什么提出这样一个问题？从法理学上讲，权利本身一旦法定以后它有一个公示性，就是说大家都知道这个权利，某某人享有了什么权利，所以当我做什么事情的时候，我知道他享有这种权利，所以我就不做什么事情，因为我知道这样做将会给他的权利造成侵害，这样从法理上讲，权利本身划定了一个行为标准，因为权利作为一种公开、公示的权利它本身就是一个行为标准，给每个人确定了一个行为尺度，但是一旦合法利益也要保护也要赔偿的时候，由于合法利益在法律上没有界定，我们就不知道做什么事情的时候将会侵害别人的合法利益。更何况什么是合法利益不是行为人能够作出评价的，而往往是法官事后作出一种评价。行为人在实施某种行为的时候，并不知道其行为是否会侵害他人的合法利益，这样如果对合法利益的保护范围过于宽泛，必然会妨碍人们的行为自由。如何在侵权法上兼顾对受害人合法利益的保护以及对人们行为自由的维护，我们认为应当从主观过错的标准上来对合法利益的保护进行限制，也就是说，对合法利益的侵害不是在任何情况下都应当承担责任，只有在行为人是出于故意或者重大过失侵害他人合法利益的情况下才应当承担责任。比如说性骚扰这个案件类似的情况，稍微不小心碰了一下女同志，就说这叫性骚

扰，要赔偿，这显然不行，必须是故意的、以违反善良风俗的方式。这个标准出来以后，又使得侵权定义要进行修正。首先，说侵权行为是因为过错造成他人的财产人身侵害的一种行为，那么第二层含义是以故意和以违反善良风俗的方式侵害他人合法权益的行为人也要负损害赔偿 responsibility，侵权责任。所以侵权的概念又要进一步的增加，同时要进行修正。我们的侵权法，起草的话我们建议也要用第二层含义，就是以故意和违背善良风俗的方式侵害他人合法权利的要负侵权责任。第四个发展趋势是从单一的过错责任向原则的多样化方向发展，或者说归责原则的多样化所谓归责原则就是确定责任的基本原则，传统的侵权法主要是坚持过错责任，过错责任的理论基础在于，一个人只有做错了事的时候才负赔偿责任，为什么要打你的板子，是因为你做错了事，你是有过错了，如果你没有错，即便你造成了损害，也不应该负赔偿责任，只有对过错行为进行了惩罚、制裁才能够对行为人起到一种教育和制裁的作用，从而防止损害再次发生。过错责任也起到一种行为规则的作用，没有这个原则，侵权法不能发挥其规范人民的行为、保障行为自由的作用。但是现代侵权法的目标还在于使无辜的受害人所遭受的损失应该怎么补救，强化对于受害人的补救，导致归责原则多样化了，出现了严格责任，实际上也有学者把它称为无过失责任，也出现了公平责任。公平责任也有类学者把它称为因财富而产生的责任，就是说有钱就应该赔，不管有没有过错，最典型的就像无行为能力人和限制行为能力人造成他人损害，比如说精神病人造成他人损害。过去在罗马法时代无行为连接人，精神病人实施的行为不被认为是一种行为，而是一种事件，他

们不是一个真正的人，而把它甚至看作一个物，因为他们是
没有自己判断的能力，没有自己的独立行为的能力，没有判
断行为后果的能力，所以他们实施的行为都是没有过错的，
即便造成了他人损害仍是没有过错的，所以不应该负赔偿责
任。但是现在侵权法认为，有财产不赔偿那受害人怎么办呢
，尽管你主观上没有过错，但是只要有财产仍然要承担赔偿
责任，所谓公平责任就是从这里产生的。就是因为财富而产生
责任。公平责任不能过于抽象，否则将使大量的案件按照
公平责任处理，过错责任将会受到冲击。这里需要讨论所谓
抛掷物的责任，例如，楼上突然掉下来一个装修材料把一个
过往的行人砸成重伤。有八家都在施工，有八家都用了同样
的装饰材料，但是搞不清楚是哪一家用的这个装饰材料，受
害人更没有办法确定，怎么办呢？法官跟我讲说这没办法判
，那么我说没办法判最后怎么判呢？那就算了吧，干脆你就
不能承担责任，因为你搞不清楚是哪一家扔下去的，那么我
说这受害人的损失怎么办呢？那就只能自己倒霉了，医药费
自己出，你要砸死了你自己倒霉。我们认为，这种做法是极
不利于对于受害人进行保护的。我们经过讨论认为，“从建
筑物中抛掷物品致人损害，抛掷人承担民事责任。不能确定
谁为抛掷人的，由建筑物的所有人或者全体使用人承担民事
责任。但能够证明没有抛置该物品的人不承担责任。”作出
这种规定的主要理由有三点：一是公平合理的分担责任；我
们说强化对受害人的保护，不能使无辜的受害人平白无故遭
受这种飞来的横祸，受害人与一个楼房中的各个业主相比较
，我们要看，谁最有能力负责，谁分担责任更公平，而不考
虑过错问题。这是一个对于不幸的损害如何分配的问题。二

是保护公共安全的需要；侵权法既是一种保护权利的法律，同时也是一种为一般的人提供一种安全的生产和生活环境和正常秩序的一种法律。这也是侵权法一个重要的功能。当我在楼下行走的时候，我是不是要随时抬头看上面会不会掉下来什么东西，假如说，我们说这个东西抛下来把这个人砸伤了，不赔偿的话，这样的话我们每个人，甚至到大街上行走的时候都要看看上面会不会掉下来什么东西。如果是这样的话我们还有什么样的安全感呢？当我在街上行走的时候，当我从这个楼房行走的时候，我有一种正常合理的期待，期待这上面不会掉下东西的，法律的任务就是要尽量的满足这种期待，减少这种损害发生的可能性，假如不赔偿这个后果不是说鼓励，至少很难遏止这种从楼下掉下来东西的现象，那么这种安全感就会大大的减弱。为了维护公共安全，使某些不应当负责的人适当承担责任，也是值得的。三是预防损害的需要。从预防损害的发生来看，让楼房的人承担责任更有效，更有利于遏止损害的发生，为什么呢？因为他们更接近我们侵权法上所谓的损害源，即更接近这个损害发生的来源，他们比那个行人有更强的能力来避免损害的发生，所以给他们的责任增加一种，增加一种经济上的负担，那么也有助于他们来预防和减少损害的发生，但是对行人来说，他和这个损害源隔的太远，他根本就没办法来控制这个东西会不会掉下来，所以让他来承担损害的后果无助于避免损害的发生。严格责任或无过失责任，主要是针对一些特殊的侵权行为，像产品责任，环境侵权等等，像高度危险致人损害的责任，动物智能损害的责任等等，这些特殊的侵权因为要强化对受害人的保护，所以，要实行严格责任，严格责任的含义就是

，把对于过错的举证的负担放到行为人的身上，就是实行所谓举证责任倒置，同时对于他的抗辩事由进行严格的限制，通过这些倒置和严格限制的办法，从而使他能够被免责的机会大大的减少了，换句话说他能够被免除责任机会很小了。在正常情况下可能他通常就要承担责任。最近最高人民法院出台了一个证据规则，这个证据规则里面提到举证责任倒置，我一直认为这个举证责任倒置不是一个程序法上的概念，它是一个实体法上的概念，它是和侵权的严格责任联系在一起的。从这个意义上讲它必须有侵权法特别规定，举证责任倒置是不能够由法官决定的，法官有权决定举证责任倒置这是非常危险的，给法官的权利太大了。因为严格责任必须法定化，所以举证责任倒置当然也必须法制化。如果法官可以随便决定的话，滥用了权利那后果不堪设想。对于一般侵权行为仍然要适用过错责任，而对于特殊侵权行为可以考虑适用严格责任和公平责任。同时对于严格责任和公平责任适用范围必须要有法律的具体的界定，不允许法官来自由选择。大陆法主要采取得的是一般化的立法模式，只是对比较特殊的侵权行为作出来简要的规定，而英美法主要采取得上类型化的模式，对侵权行为作出具体详尽的列举。我们认为，侵权行为完全采取一般化的规定，给予了法官过大的自由裁量的权力，不利于侵权案件的正确处理。例如，关于抗辩事由或者免责条件。一般侵权行为可以确定抗辩事由，但对于特殊的侵权行为而言，究竟应当有那些抗辩事由，必须要由法律规定。我们认为，应当对于侵权行为法采用一般化和类型化结合的方法，将两大法系侵权行为法的立法优点结合在一起，形成一种新型的立法体例。作者简介姓名：王利明 性别

：男单位：中国人民大学法学院 职称：教授、博士生导师
学历：博士 主要社会兼职：中国人民大学法学院副院长第九届全国人民代表大会代表全国人大财经委委员最高人民法院特邀咨询员最高人民检察院专家咨询委员会委员公安部特邀监督员教育部高等学校法学教学指导委员会委员北京市政府专家顾问团成员全国高等教育自学考试指导委员会委员建设部顾问新华社顾问主要学术观点：1、就民法而言，自然生长论的观点从历史与现实的角度来说更是行不通。一方面，中国根本没有民法的传统，就连“民法”这个词都是舶来品。至于人格独立、人格平等、意思自治等精神，在我们民族的精神中更是无立锥之地！甚至对私权中财产权的保护，历来也是不充分的。黄仁宇先生在讨论中国为什么没能进入资本主义社会时，曾认为中国几千年来未对私有财产权提供充分的保障是其中的主要原因。中国历史上尽管颁布很多法典但并没有形成较为完整的所有权、债权等制度。所以从中国的传统习惯中是不可能建立一套适应社会主义市场经济需要的民法制度的。另一方面，在我们实行市场经济、建立法治社会的今天，我们必须依据现实的需要大量借鉴国外民法的经验与文明成果。尽管这种借鉴必须结合本国国情，但毕竟凡是人类都有基本的共同的需要，如生命的保障、财产的保障、自由平等、亲情爱情、自我实现等等。任何能够满足这些需要的制度设计、科学技术都是人类可以共享的文明成果。2、中国民法典应借鉴德意志式，设立总则编，可以在总则编中将民法具体制度的共性抽象出来，从而实现对各项民事法律制度的指导。就其他的编章而言，则可以根据我国的实际情况加以分析，不必过分拘泥于德意志式。3、在现代法治社

会，人格权制度应该而且必须作为一个独立的制度在民法典中加以规定。以人格权为主的人身权是民法中两类最基本的权利之一，是民法的两根支柱之一。正如我们无法否认财产权中债权、物权的独立价值，我们同样也无法否认人格权的独立价值。主体的人格与人格权是两个不同的概念，单纯的主体制度是无法涵盖人格权的。最后，我们必须看到的是，人格权制度同样也无法为侵权行为制度所概括，尽管侵权行为法能为人格权提供保障，但在产生了新的人格利益后，侵权行为法无法确认它。

4、侵权行为法应该从债法中分离出来，成为民法体系中独立的一支。通过对两大法系（大陆法系与英美法系）侵权行为法模式形成历史的考察可以发现，其实，各个法系中侵权行为法体系的形成，都是特定历史条件的以及相关文化传统、立法模式乃至审判方式交互作用的结果。侵权行为法是归于债法中还是分离出来，并非基于任何天经地义的理念或价值定律，而是最终受制于并服务于侵权行为法调整侵权责任关系并对受害人提供最佳补救的目的。从这一角度出发，我们会发现，英美法系将侵权行为法独立出来的模式较之大陆法系侵权行为法归于债法的模式具有更大的合理性。

5、《民法通则》中将民事责任制度单列，但我不赞成在民法典中将民事责任单列的。简单的说，这样做的危害后果将会导致：造成责任与义务的割裂与分离；在立法技术上缺乏的逻辑性；因一味追求民事责任的共性，而抹杀各个责任制度更强烈的个性；不利于法官与当事人了解并合理的运用责任制度。

6、在制定民法典时我们应采用民商合一的体例。当然可以在制定民法典时另定商事法律法规，但却不能也不必单独订立商法典或商法总则。因为，尽管商

事活动有其特殊性，但仍无法回避对民法一般规则的适用，而且另外制定商法典或商法总则，即便不出现与民法典内容重复的现象，也无法避免两者间的矛盾冲突。

个人小传：
1981年12月，湖北财经学院法律系本科毕业，获法学学士学位
1984年12月，中国人民大学法律系硕士研究生毕业，获法学硕士学位
1990年6月，中国人民大学法律系博士研究生毕业，获法学博士学位
1989年2月至1990年2月，美国密执安大学进修
1994年7月至1994年8月，日本早稻田大学法学院讲学
1996年11月至1996年12月，法国艾克斯马赛大学讲学
1998年8月至1999年6月，美国哈佛大学法学院进修
1992年获中国人民大学第二届吴玉章奖学金优秀教学奖
1995年获中国法学会“杰出青年法学家”称号
1995年获北京市先进工作者称号
1996年获第一届中韩青年学术奖
1987年《全民所有制企业国家所有权问题的探讨》获北京市哲学社会科学和政策研究优秀成果二等奖
1992年专著《民法新论（上、下）》获北京市高等学校第二届哲学社会科学中青年优秀成果奖、高等学校出版社优秀学术专著优秀奖
1992年主编教材《民法教程》获司法部部级优秀教材奖
1995年主编教材《民法侵权行为法》获北京市第三届哲学社会科学优秀成果二等奖、第三届普通高校优秀教材奖
1995年主编《人格权法新论》获第九届中国图书奖
1995年《侵权行为归责原则研究》获全国高等学校人文社会科学研究优秀成果二等奖
1996年论文《关于我国物权法制定中的若干疑难问题的探讨》获“中国法治之路”青年法律论文二等奖

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。
详细请访问 www.100test.com