



湖北经济学院学术文库

侵权抗辩事由 研究

QINQUAN KANGBIAN SHIYOU YANJIU

王 倩◎著

湖北经济学院学术文库

权抗辩事由研究

王倩◎著



图书在版编目(CIP)数据

侵权抗辩事由研究/王倩著.

武汉:湖北人民出版社,2015.7

ISBN 978-7-216-08613-4

I. 侵… II. 王… III. 侵权行为—研究—中国 IV. D923.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第137197号

出品人:姚德海

责任部门:高等教育分社

责任编辑:黄 沙

封面设计:张 弦

责任校对:范承勇

责任印制:王铁兵

法律顾问:王在刚

出版发行:湖北人民出版社

印刷:武汉市福成启铭彩色印刷包装有限公司

开本:710毫米×1010毫米 1/16

字数:191千字

版次:2015年7月第1版

书号:ISBN 978-7-216-08613-4

地址:武汉市雄楚大道268号

邮编:430070

印张:11

插页:2

印次:2015年7月第1次印刷

定价:30.00元

本社网址:<http://www.hbpp.com.cn>

本社旗舰店:<http://hbrmcbs.tmall.com>

读者服务部电话:027-87679656

投诉举报电话:027-87679757

(图书如出现印装质量问题,由本社负责调换)

目 录

前言 抗辩事由

——侵权法不应忽视的另一条线索	1
一、研究动机	1
二、现有研究状况的说明	2
(一)关于抗辩事由的含义和性质	3
(二)关于抗辩事由的范围与分类	5
(三)关于抗辩事由的适用	6
三、研究的进路	7
(一)抗辩事由概念的界定	7
(二)侵权抗辩事由与构成要件的关系	8
(三)我国侵权抗辩事由的法解释示例	9
四、研究难点与创新	9
(一)交叉何以可能?	9
(二)“以小”能否“见大”?	10
五、研究方法	11
(一)法教义学方法	11
(二)比较分析方法	11
(三)法解释学方法	12
第一章 抗辩事由的概念界定	13
一、“抗辩”的起源与历史发展	13
(一)抗辩的起源——罗马法上的抗辩	13
(二)中世纪抗辩制度的发展	19
(三)近代抗辩与抗辩权的分离	20
(四)小结	21
二、“抗辩”一词的现代使用	21
(一)德国法中的抗辩	21

(二) 日本法中的抗辩	28
(三) 中国语境中的抗辩	29
(四) 小结——“抗辩”一词的多种含义	32
三、从“抗辩”到“抗辩事由”	35
(一) “抗辩事由”的概念	35
(二) “抗辩”与“抗辩事由”的联系——诉讼法与实体法视角之不同	37
四、我国侵权法上的抗辩事由	38
(一) 我国侵权法上抗辩事由的概念	38
(二) “抗辩事由”“免责事由”“违法阻却事由”之称谓选择	39
(三) 免除责任还是免除义务?	44
第二章 侵权抗辩事由的本质	47
一、问题的提出	47
二、规范构造视野下的抗辩事由	48
(一) 从规范结构到抗辩事由	48
(二) 上述结论在德国侵权法上的可用性	50
(三) 上述结论在我国侵权法上的可用性	51
三、侵权法上抗辩事由与构成要件之关系	53
(一) 作为一种评价的“过错”	53
(二) “评价”视野下构成要件与抗辩事由之本质	54
四、侵权法上抗辩事由与法效果之关系	56
(一) 评价性要件的判断结构	56
(二) 两种判断结构中抗辩事由与法效果之间的关系	57
五、结论	58
(一) 侵权法上抗辩事由的本质	59
(二) 侵权责任狭义构成要件与抗辩事由的界限	59
(三) 不真正抗辩事由	59
第三章 侵权抗辩事由的范围	
——以证明责任为视角	60
一、问题的提出	60
二、理论前提——证明责任基本理论问题	61

(一) 证明责任的概念及功能	61
(二) 证明责任的分配规则	63
(三) 证明责任理论对于抗辩事由研究的意义	64
三、传统规范说视野下抗辩事由与证明责任的分配	65
(一) 抗辩事由应当由被告承担证明责任	65
(二) 由被告承担证明责任的均为抗辩事由?	66
四、要件事实论视野下抗辩事由与证明责任的分配	68
(一) 对“过错”及“不可抗力”等性质的重新认识	68
(二) 问题之关键——事实与评价的区分	70
(三) 事实与评价之区分对抗辩事由理论构建之意义	73
五、余论	75
第四章 违法阻却事由的体系地位	
——兼论违法性要件的去留	77
一、问题的提出	77
二、讨论之前提——何谓“违法性”要件?	78
三、作为裁判规范构成要件之违法性	80
(一) 违法性要件的传统学说——结果违法说	80
(二) 作为修正的行为违法说	84
(三) 违法性要件能否去除?	92
(四) 裁判规范之“违法性”要件与违法阻却事由	93
四、作为行为规范的违法性要件	96
(一) 违法阻却事由——阻却过错?	96
(二) 违法性无用论?	98
五、结论	109
第五章 危险责任抗辩事由之一般分析	110
一、问题的提出	110
二、危险责任基本理论	111
(一) 危险责任之由来	111
(二) 危险责任的理论基础	112
三、危险责任的构成要件与抗辩事由的类型	113
(一) 危险责任的构成要件	114

(二)危险责任抗辩事由的类型.....	117
四、危险责任与违法阻却事由	120
五、危险责任中的“外因”抗辩	121
(一)单一原因导致损害发生	122
(二)复合原因导致损害发生	123
六、结论.....	124
第六章 我国过错责任的抗辩事由	
——以医疗责任为例	126
一、问题的提出	126
二、医疗技术侵权的抗辩事由	127
(一)医疗技术侵权的基本理论.....	127
(二)《侵权责任法》第 60 条规定的抗辩事由	134
(三)其他医疗技术侵权的抗辩事由.....	137
三、医疗伦理侵权的抗辩事由	139
(一)医疗伦理侵权的基本理论.....	139
(二)《侵权责任法》第 56 条紧急情况下未获同意的抗辩.....	144
四、医疗产品侵权的抗辩事由	147
(一)医疗产品侵权的基本理论.....	147
(二)发展风险抗辩	148
第七章 我国危险责任的抗辩事由	
——以动物侵权为例	152
一、问题的提出	152
二、一般情况下动物侵权的抗辩事由	153
三、《侵权责任法》第 79、80 条情况下之抗辩事由	154
(一)第 79、80 条文义解释之困惑	154
(二)第 79、80 条之体系解释.....	155
(三)第 79、80 条之目的解释.....	157
(四)再抗辩之引入	158
四、《侵权责任法》第 81 条情况下之抗辩事由	160
五、进一步的反思	161
参考文献	163

前言 抗辯事由

——侵权法不应忽视的另一条线索

一、研究动机

人在社会中行走，总会发生这样那样的损害，侵权责任法的任务即在于确定损失最终由何人承担。对此，各国侵权法的基本态度是一致的，即只有在满足正当合理的条件下始能请求他人承担损失。正如霍姆斯所指出的那样：“合理的政策是让损失停留于它们所发生之处，除非存在干涉的特别理由。”^① 此特别理由即损失归责于他人的原因和标准，也就成为侵权法的中心论题。然而，相对于损害而言，侵权责任的成立毕竟是例外而非常态，侵权法总要在受害人权益保护和行为自由之间寻找平衡。法律在关注归责的同时，必须考虑对责任进行合理的限制，抗辯事由即属于责任限制制度的范畴。如果说体现侵权责任归责依据的构成要件是从受害人保护的角度，规定其在何种条件下可以请求他人承担赔偿责任，抗辯事由则是从行为人的角度，规定其在何种条件下可以不承担或承担有限赔偿责任。可见，抗辯事由从反面规制侵权责任的成立和范围，是侵权责任法维护行为自由不可或缺的组成。我国《侵权责任法》在第二章“责任构成和责任方式”之后，以整个第三章六个条文规定了“不承担责任和减轻责任的情形”，正是这种正反两条线逻辑安排的体现。

侵权抗辯事由并不是什么新的课题或制度，早在《十二表法》已规定因不可抗力或事变造成的损失不构成私犯，^② 《阿奎利亚法》中的“不法

^① 转引自王泽鉴《侵权行为法》（第一册），中国政法大学出版社2001年版，第11~12页。

^② 周相：《罗马法原论》（下册），商务印书馆1994年版，第845页。

(iniuria)”，也被认为是指“无任何权利而杀害”^①，即没有抗辩事由。本书选取抗辩事由这一侵权法上古老而又相对被忽视的制度，目的即在于对其进行理论上的系统研究，从另一条线索上丰富对侵权责任法理论体系的认识，并以此为基础对《侵权责任法》中规定的抗辩事由进行梳理和解释。

二、现有研究状况的说明

自《民法通则》对正当防卫、紧急避险等抗辩事由作出规定之后^②，抗辩事由在侵权法的研究中开始占有一席之地^③，但在侵权责任法总论领域，学界的主要精力都集中于侵权责任的独立地位、归责原则以及构成要件等问题上，对于抗辩事由的论述不够系统深入。国内尚无专门研究侵权抗辩事由的专著，大部分论述散见于教材、条文释义书以及侵权法专著的相关部分中。“传统的侵权行为法理论多从正面讨论侵权行为的构成、赔偿责任等问题，这是一种较有利于受害人的思维方式；但从加害人的利益角度系统地提出有关免责、减责的一般原理，至今尚属阙如。”^④在笔者搜集到的有限资料当中，除专著相关部分外仅有中国社会科学院冯瑀博士的文章《论侵权法上的抗辩事由》和吉林大学郭佳宁博士的学位论文《侵权责任免责事由研究》对抗辩事由进行了总体上的一般论述，其余学者的研究往往对抗辩事由的含义、特征及其与构成要件的关系简单带过，重点落在了对各个具体抗辩事由的分析上。

① [古罗马]查士丁尼：《法学总论——法学阶梯》，张企泰译，商务印书馆1996年版，第197页。

② 《民法通则》第107、128、129条分别规定了不可抗力、正当防卫和紧急避险，三者均可作为侵权责任的抗辩事由。第123条以下，则包含有各类特殊侵权的抗辩事由。

③ 例如，《民法通则》颁布以后出版的影响较大的民法教材《中国民法学·民法债权》一书中，抗辩事由在“一般侵权行为”一章中占有一节的地位。九五规划教材《侵权行为法》中，抗辩事由是总论中独立一章。参见王家福《中国民法学·民法债权》，法律出版社1991年版，第491页；王利明、杨立新《侵权行为法》，法律出版社1996年版，第76页。

④ 张新宝：《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社1998年版，第563页。这一状况在张新宝先生指出之后的十几年间并无大的改变。

（一）关于抗辩事由的含义和性质

要对抗辩事由进行一般性的研究，必不可少的需要对其概念进行界定。正如美国法哲学家博登海默所指出的那样，法律中所运用的推理过程，在很大程度上是以含有各种关于性质的概念的规则与原则为基础的。法律概念乃是解决法律问题所必需的和必不可少的工具。没有限定严格的专门概念，我们就不能清楚地和理性地思考法律问题。^① 而关于抗辩事由的定义和性质，现有的分析存在诸多模糊与矛盾之处。

首先，在名称的使用上，抗辩事由、免责事由、违法阻却事由等界定不够清晰。大部分学者将抗辩事由和免责事由等同使用，有的学者从是否由法院依职权调查确定进行区分^②，有的学者则从“抗辩事由使得侵权责任不成立而免责事由是责任成立后免除”的角度理解两者的差别。^③ 违法阻却事由，被认为仅是抗辩事由的一个部分，但为何成为抗辩事由相对独立的一个部分则缺少论述。

笔者认为，对于概念的使用，似乎应当从其来源寻找本来的含义，并以此为基础，考察其在引入本国之后经学者和法官的论述和解释，最终形成了什么样的内涵。而现有的研究缺乏这种基础性的工作。来自于德国法的违法阻却事由以及免责事由、英美法中的抗辩事由，其真实含义及其在各自法律体系中的地位如何？抗辩事由、违法阻却事由、免责事由、抗辩等一系列概念到底如何界定？在各个称谓的源流尚未理清的情况下，现有研究的各种观点难免有自说自话之嫌。

其次，对于抗辩事由的含义，通常的定义有“被告针对原告的侵权诉讼请求而提出的证明原告的诉讼请求不成立或不完全成立的事实”^④，“法律

① [美] 博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社1999年版，第490、486页。

② 王利明教授即认为，不同于抗辩事由只能由被告主张，免责事由主要由法律规定，且可能由法院依职权调查确定。参见王利明《侵权责任法研究（上）》，人大法工委工作人员的条文释义书中基本采纳了这一观点。

③ 江平、费安玲主编：《中国侵权责任法教程》，知识产权出版社2010年版，第252页。

④ 参见王家福《中国民法学·民法债权》，法律出版社1991年版，第492页；杨立新《侵权法论》，人民法院出版社2004年版，第204页。

规定的减轻或免除加害人或者对损害负有责任的其他人民事责任的特定事由”^①等。张新宝教授将抗辩事由作了区分，认为广义的责任抗辩是指在侵权案件中，被告针对原告的指控和请求提出的一切有关免除或者减轻其民事责任的主张。而狭义的责任抗辩，仅指被告通过提出抗辩事由（由法律专门规定的在构成要件之外的免除或者减轻赔偿义务人民事责任的抗辩事由）而免除或减轻其民事责任的主张。

然而笔者认为，抗辩事由如果被定义为被告针对原告的侵权诉讼请求而提出的证明原告的诉讼请求不成立或不完全成立的事实，则其根本不能将抗辩与诉讼上的否认^②区分开来，而这两者在证明责任的承担上大有不同，于诉讼影响重大。张新宝教授的狭义责任抗辩已经将广义责任抗辩中包含的被告的否认排除在外，但这个定义仍然没有说明什么是抗辩事由以及抗辩事由是如何在“构成要件之外”影响民事责任的。而认为抗辩事由只能由当事人主张，免责事由可以由法院依职权适用，似乎混淆了抗辩与抗辩权的概念。实际上，侵权法上的抗辩事由，几乎与“抗辩权”（需主张的抗辩）没有关系。中国社科院冯珏博士从德国法出发，认为抗辩事由“是被告在侵权诉讼中据以抗辩的实体法依据，是阻却法律效果发生的消极构成要件要素”，这种认识比之前的研究都深入了一步^③，但对于何种事实应该被规定为抗辩事由，抗辩事由与诉讼法上的抗辩的关系，仍有待进一步说明。

其三，对于抗辩事由的性质，学者多认为其具有对抗性、客观性^④，抗辩事由是“由法律专门规定的在构成要件之外的影响赔偿义务人民事责任而免除或减轻其民事责任的主张”^⑤。然而关于抗辩事由的对抗性，其与构

① 王利明：《民法学》，复旦大学出版社2004年版，第853页。

② 诉讼法中抗辩与否认都是被告面对原告诉求时的反应。否认是指被告向受诉法院陈述原告所主张的请求原因事实不存在。抗辩是指被告为了使原告提出的事实主张在法律上的效果能不发生或使其消灭而提出的与原告主张的事实能够并立的并且能够独立引起法律效果的要件事实。被告对否认可以提出证据进行证明，但该事实真伪不明时由原告承担不利后果；但对于抗辩事实则由被告承担证明责任。参见[日]新堂幸司《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第301页。

③ 冯珏：《论侵权法中的抗辩事由》，载《法律科学》2001年第4期。

④ 佟柔主编：《中国民法》，法律出版社1995年版，第571页；杨立新：《侵权法论》，人民法院出版社2004年版，第204页；张新宝：《侵权责任法》，中国人民大学出版社2006年版，第75页。

⑤ 张新宝：《侵权责任法》，中国人民大学出版社2006年版，第75页。

成要件之间的关系如何,现有的论述是不清晰甚至是矛盾的。如果说构成要件为“是否成立侵权责任的所有前提条件”,则满足了构成要件,侵权责任即应成立。抗辩事由的存在,导致责任不成立,从逻辑上讲必然是因为其对抗了某一构成要件。那么,抗辩事由到底是被包含于构成要件体系之内还是独立在外?某一事实,被当作“构成要件不成立”还是“抗辩事由成立”,对于侵权法体系的构建和实际的诉讼进程有何影响,是论述构成要件与抗辩事由关系不可绕过的关键之处,而现有的研究恰恰鲜有涉及。

(二) 关于抗辩事由的范围与分类

英美法中的抗辩事由,其判断依据就是举证责任(证明责任)的分配^①,凡是被告承担举证责任,能够对抗侵权责任成立的事实,都是抗辩事由(defenses)^②。由于其侵权行为多为各种独立的类型,侵权责任的抗辩事由往往与具体侵权行为的构成要件相伴而生,故而抗辩事由的类型和内容既精细又复杂,并未有刻意统一的论述。这与我国法律背景差异较大,故参考意义较小。德国侵权法主要是在违法阻却事由层面讨论抗辩事由,受害人过错被称为与有过失制度,属于损害赔偿法的一部分,与侵权行为是否成立无关,不属于严格意义上的抗辩事由。至于不可抗力,并未被接受为过错责任的抗辩事由,反而在特别侵权法中经常被承认。^③受其影响的日本以及我国台湾地区也规定,过错责任的抗辩事由一般是指违法阻却事由和责任能力抗辩,不可抗力作为抗辩事由仅在危险责任中存在。冯·巴尔教授也将不可抗力和意外事件剔除出抗辩事由的范围,因为它们所涉及的要么是非行为责任,要么是无本人不当行为责任,或者简单地说,仅涉及被告无过失的情形。^④欧洲侵权法小组的分类尤其值得注意,他们将抗辩事由首先分为一般抗辩和受害人促成损害的行为或活动,后者实际上是一个责任分担问题。而

① [德] 冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法(下)》,法律出版社2005年版,第574页。

② 李亚虹:《美国侵权法》,法律出版社1999年版,第35页。

③ 参见[德] 福克斯《侵权行为法》,法律出版社2004年版。

④ [德] 冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法(下)》,法律出版社2005年版,第601页。国内朱岩教授也持同样观点,认为受害人故意、第三人原因本身与违法性要件无涉,只是从消极面排除针对他人的责任成立,并非真正的抗辩事由。参见朱岩《侵权责任法通论(总论)》,法律出版社2011年版,第481页。

一般抗辩,又分为合理抗辩和严格责任中的抗辩。^①可见,对于不可抗力与第三人原因,欧洲侵权法小组并未将其视为过错侵权的抗辩事由,这与冯·巴尔教授的研究结果是一致的。总体而言,国外学者对于抗辩事由的分类,离不开对违法性要件的论述,且均区分不同类型的侵权而进行。

对于抗辩事由的范围分类,国内大部分学者论述一致,不可抗力、第三人原因以及受害人过错都可作为抗辩事由来讨论,在分类上采取正当理由(包括正当防卫、紧急避险、自助行为、受害人同意、职务行为等)和外来原因(不可抗力、第三人原因、受害人过错、意外事件等)的两分法^②,有学者在此分类中更精细地将受害人过错和第三人原因从外来原因中独立出来^③,但总体上仍属于按照构成要件的对对应关系所作之分类。^④对于国外学者关注的违法性与抗辩事由的关系、过错责任抗辩事由与危险责任不同以及责任成立和责任分担抗辩的区别等问题,我国学者没有深入涉及。由于两类抗辩事由针对的是不同的构成要件,则其适用范围是否应当有所区别?这种两分法,对于我们适用抗辩事由到底有何影响?这些问题影响着各个具体抗辩事由的准确适用,而两分法却并未给予回答。

(三) 关于抗辩事由的适用

《侵权责任法》的出台是我国民法典制定进程的又一成果,该法在原先《民法通则》关于侵权责任规定的基础之上,将散落在各个单行法或行政法规中的侵权法规范以及实践中出现的亟待规范的侵权类型统一到一部法律当

① 欧洲侵权法小组:《欧洲侵权法原则:文本与评注》,于敏、谢鸿飞译,法律出版社2009年版,第172页以下。

② 参见王利明《侵权责任法研究(上)》,中国人民大学出版社2010年版,第418页;张新宝《侵权责任法》,中国人民大学出版社2010年版,第67~75页;魏振瀛《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第730页。

③ 张新宝:《侵权责任法(第二版)》,中国人民大学出版社2006年版,第77页。

④ 另外,朱岩教授将抗辩事由分为针对责任成立和针对责任承担的事由,传统上的违法阻却事由以及不具有责任能力等,直接导致不能满足责任成立的要件,属于针对责任成立的事由;而过失相抵属于完全满足责任成立要件之后产生的责任减轻乃至免除的问题。参见朱岩《侵权责任法通论(总论)》,法律出版社2011年版,第480页。持类似观点的还有梅龙生等学者,参见梅龙生《论侵权责任抗辩事由的配置及其体系》,载《河南师范大学学报(哲学社会科学版)》2011年第9期。

中,从一定程度上实现了侵权责任法的体系化,可以说是立法的一大进步。其中第三章六个条文,属于传统上抗辩事由的范畴。根据学者论述,《侵权责任法》前三章属于“总论”性质的部分^①。“总分”体系,暗含着“抽象—具体”的逻辑要求,也就是说,总论部分属于从分论部分中抽象出来的共同规则。然而,将第三章视为总论的一部分,是否意味着其可以作为分论包括危险责任在内的所有具体类型的侵权?实际上,是否存在着适用于一切侵权类型的抗辩事由或适用规则是存在疑问的。例如,正当防卫、紧急避险等传统上属于“违法阻却事由”的部分,各国即都认同适用于过错责任而非危险责任。另外,是否只要出现第三人原因,就不成立侵权责任?作为抗辩事由的使用,不可抗力在过错责任与危险责任中的适用是否有所区别?《侵权责任法》分论对各类侵权的具体规定中,有无特殊的抗辩事由?其与第三章的关系如何?这些具有普遍意义的具体适用问题,都有待于进一步的解释。目前我国学界对于抗辩事由具体适用的研究较少涉及这一方面,零星的涉及则缺乏一个统一的视角,显得说服力不足。

三、研究的进路

根据对现有研究状况的分析,下列问题将成为本书的研究内容。

(一) 抗辩事由概念的界定

本书开篇将对于抗辩事由的涵义做出界定,并说明其与抗辩、抗辩权、免责事由、违法阻却事由、否认等相关概念的区别与联系。从文义上看,抗辩事由是指抗辩的事实和理由,故抗辩事由的界定离不开对“抗辩”一词的考察。作为被告对抗原告请求权的防御方法之一^②，“抗辩”一词由来已久,最先是诉讼法中发展出来的概念。因此研究抗辩事由,不得不先到诉讼法中寻找“抗辩”的本来含义。笔者选取德国和日本民事诉讼理论中对抗

^① 参见王利明《侵权责任法研究(上)》,中国人民大学出版社2010年版,第127页。

^② 参见[日]兼子一、竹下守夫《民事诉讼法》,白绿铉译,法律出版社1995年版,第77页。

辩的论述作为自己研究的起点^①，并从诉讼法与实体法的关联中，将诉讼法上的“抗辩”与实体法上的“抗辩事由”相分离，最终得出抗辩事由的确定含义。在考察德日“抗辩”概念由来的过程中，对否认、免责事由、违法阻却事由以及抗辩权等类似概念的含义进行比较法意义上的还原，在此基础上结合中国语境中的理解进行比较分析，此即本书第一章的内容。

（二）侵权抗辩事由与构成要件的关系

如前所述，如果说构成要件为“是否成立侵权责任的所有前提条件”，则满足了构成要件，侵权责任即应成立。抗辩事由的存在，导致责任不成立，从逻辑上讲必然是因为其对抗了某一构成要件。而如果将构成要件仅理解为原告请求损害赔偿时应当予以证明的基本原因（即诉因），则抗辩事由与这种狭义的、肯定性的构成要件形成一种正反关系，两者均属于广义构成要件的范畴，并存在一种相互否定、限制或者补充的关系^②，这种关系必然对抗辩事由的性质、分类以及法解释产生重要的内在影响。以构成要件与抗辩事由之间关系的视角，本书第二章和第三章分析了侵权法上抗辩事由的本质和范围，从而最终按照定义—性质—范围（以及分类）的思路，完成对抗辩事由一般性的论述。

现代侵权法一般采取二元的归责体系^③，过错责任和危险责任成为侵权法上最重要的类型。本书第四章和第五章，分别针对过错责任和危险责任中抗辩事由的一般理论问题进行论述。在采取违法性要件国家的法律制度中，正当防卫、紧急避险、自助行为等与其他抗辩事由作了明确的区分，他们在学理上自成独立的范畴，也就是所谓正当理由。正当理由的范畴是不法性概念的当然结果，在将不法性作为侵权责任构成要件中的独立要件之一的法律

① 英美法系与大陆法系的区分是比较法上重要的内容，本书的写作内容——侵权抗辩事由——不仅涉及侵权法，还涉及诉讼法上的相关内容。英美法不仅诉讼制度与我国相差较大，就侵权法而言，从体系到具体制度差异也很明显，笔者在对英美侵权法中的抗辩事由进行初步考察后，放弃了其作为比较的材料。而大陆法系的制度中，以法国和德国最为典型，法国法对于抗辩的抽象程度不高，且因资料所限，未能纳入视野所在。

② 参见冯珏《论侵权法中的抗辩事由》，载《法律科学》2001年第4期。

③ 参见叶金强《风险领域理论与侵权法二元归责体系》，载《法学研究》2009年第2期。

规定中，不法性概念不过是相关正当理由的指示器而已。^①而违法性要件是否是我国侵权法上独立的构成要件，也是学界广有争议的部分。因此，本书将此类抗辩事由结合违法性要件的去留单独予以讨论，此即本书的第四章——违法阻却事由在我国侵权法体系中的地位。

过错责任与危险责任构成要件上的重大区别，导致危险责任的抗辩事由与过错责任的抗辩事由有很多不同之处。从构成要件与抗辩事由关系的视角出发，第四章对过错责任中的违法阻却事由进行分析，兼论我国侵权法上违法性要件的去留；第五章对危险责任抗辩事由发生作用的机理进行了深入分析，可以说与第四章的内容构成了并列的关系。

（三）我国侵权抗辩事由的法解释示例

本书第六章和第七章，分别以过错责任中的医疗责任和危险责任中的动物侵权为例，对《侵权责任法》中抗辩事由的运用进行了说明。本书以案例为出发点，在传统法解释的框架下结合前文得出的关于抗辩事由一般理论的各种结论，对《侵权责任法》中医疗责任和动物侵权抗辩事由的适用进行了梳理。如果说本书大部分的内容是对侵权抗辩事由进行一般理论之探讨的话，最后两章将理论回归于实践，以问题之解决示范前述理论的应用价值。

四、研究难点与创新

（一）交叉何以可能？

本书从诉讼法中“抗辩”的含义出发，由诉讼法上的概念提炼出实体法中“抗辩事由”的含义，可以说采取的是之前研究中较少出现的一种交叉学科的视角。然而“抗辩”一词，本身就是一个德日诉讼法学界在“诉讼法的脊梁”——证明责任领域争论不止的理论难题。作为目前通说之基础的德国规范说，其最受诟病之处，即为权利成立规范（请求原因的实体

^① [德] 冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法（下）》，法律出版社2005年版，第604页。

法基础)与权利妨碍规范(抗辩的实体法基础)的区分。^①不仅如此,对抗辩事由与构成要件关系的说明,离不开对“过错”等构成要件的深入理解。罗森贝克将“过错”这样的要件直接视为主要事实,从而将“过错”的证明责任赋予当事人中的某一方。但“过错”更接近一种评价而非事实,直接由当事人主张并证明似有不妥,为了解决这一问题,罗氏制造出“间接反证”的概念对这种评价性要件的证明责任分配进行修正。然而对于“间接反证”这一概念,连规范说的继承者们也不得不承认,“将原本属于法律解释范畴的问题作为举证过程的问题予以对待,进而使其湮没于自由心证领域之内,模糊了问题焦点之所在”^②。可见,该问题涉及的领域本身即为诉讼法上的难点。近些年日本学者从诉讼场景出发理解实体法中构成要件的含义与证明责任的分配,提出了“要件事实论”^③,对于我们理解构成要件提供了帮助,也成为本书写作时采用的理论工具之一。但由于资料所限,国内对其研究尚不充分。因此,本书选取交叉学科的视角,虽然有利于从另一侧面理解构成要件以及抗辩事由,但如何在整体上深入准确地理解这些外来理论,并以此为工具论证自己的观点,尚需付出相当的努力。

(二)“以小”能否“见大”?

以侵权法上的抗辩事由作为专著的选题,可以说非常少见,是一个鲜有人涉及的问题,具有一定新颖性,同时也是一个以小见大的题目。说它小,是因为抗辩事由总是偏安于侵权法研究的一隅,躲在辉煌的构成要件研究之后;说它大,是因为抗辩事由事关侵权责任的成立与范围,良好的抗辩事由

^① 参见张卫平《证明责任:世纪之猜想——〈证明责任论〉代译序》,载[德]罗森贝克《证明责任论》,庄静华译,中国法制出版社2002年版,第8页。

^② 参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第404页。

^③ 要件事实论,最早由日本实务界提出,2004年后,随着日本司法教育体制的改革,日益被实体法学界所重视。作为法律解释的另一种视角和方法,要件事实论被我国学者介绍到国内。该学说从具体的诉讼场景出发,将实体法法条按照“请求原因—抗辩—再抗辩”的结构进行整合,并提出“规范性要件”与“事实性要件”的区分,使得诉讼中对证明责任的分配和实体法的应用更加合理精细。国内关于要件事实论的系统介绍,参见许可《民事审判方法:要件事实引论》,法律出版社2009年版;章恒筑《要件事实原论——一种民事诉讼思维的展开》,四川大学博士学位论文,2006年;段文波《要件事实的基础——民事裁判构造论》,重庆大学博士学位论文,2007年。