

宁波市律师协会法律实务与理论研究系列丛书

宁波市律师协会 编

侵权法原理与判例研究

吕甲木 / 著

Qinquanfa Yuanli yu Panli Yanjiu

《侵权法原理与判例研究》对侵权法理论和司法实践中的11个疑难问题进行了专题研究，涵盖了侵权责任法与民法典的关系、侵权法归责原则体系、侵权责任法竞合冲突问题、多数人侵权问题、接受劳务者责任问题、承揽合同中的侵权责任问题、医疗损害责任问题、无偿搭乘责任问题、人身损害赔偿问题、精神损害赔偿问题、法定赔偿问题。



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

013055634

D923.04
210

宁波市律师协会法律实务

宁波市律师协会 编

侵权法原理与 判例研究

吕甲木 著



Qinquanfa Yuanli yu Panli Yanjiu

D923.04
210



北航

C1661822



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

侵权法原理与判例研究/吕甲木著. —北京:法律出版社, 2013.6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4927 - 4

I. ①侵… II. ①吕… 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 092731 号

侵权法原理与判例研究

宁波市律师协会 编

吕甲木 著

编辑统筹 法律应用出版分社

策划编辑 薛 晗

责任编辑 薛 晗 慕雪丹

装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 永恒印刷有限公司

责任印制 陶 松

开本 A5

印张 8.375

字数 201千

版本 2013 年 6 月第 1 版

印次 2013 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4927 - 4

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

宁波市律师协会法律实务与理论研究系列丛书
编辑委员会

总顾问 吕 强

顾 问 王明珍 童传康
党亦恒 范 云
赵永清 段逸超
杨根飞

本书编辑委员会

吕甲木 李 颂 史全佩

序

余自学习法律以来,已有16个年头。此16年来,一直处在学习法律,从事律师实务工作之中。可是,作为一名实务律师,又“不务正业”,把本应用于开拓律师业务、兼顾家庭事务、享受快乐生活的大量时间“浪费”在看书、上网查资料、参与网上探讨、写论文的研究之中。

余真正对法学研究产生浓厚兴趣始于2001年。是年,针对法学界关于制定民法典三种思路的争论和制定物权法还是财产法的争论,在北大法律信息网上发表了《构建21世纪的中国民法典体系》一文。该文为当时法律人参与最为活跃的法律思想网和法学时评网等多个法律学术网站转载,将之与其他学术大家的有关民法典的论文一起放在了民法典专题研究的栏目之中。2002年,又以“东方甲木”为网名在法律思想网上参与对民法典编纂中一些问题的讨论,主要论点均来源于《构建21世纪的中国民法典体系》一文。法律思想网民法典论战纪实已经朱晓喆博士整理后发表于徐国栋教授主编的《罗马法与现代民法》第四卷。当时年轻气盛,信心倍增,以为不在京城脚下,亦能得悉学术研究的前沿信息,即使系无名小卒,亦敢去触碰学术大家才关注的民法典体系这一法学界的宏大话题。2002年春,余携《构建21世纪的中国民法典体系》一文去宁波大学讨教孙建江教授。孙教授亦在关注着法学界对于民法典编纂问题的激烈讨论。两人一拍即合,决定合作研究民

法典体系问题。孙教授提了自己的想法,认为《民法通则》所确立之总则、民事权利、民事责任的结构是先进的,亦是科学的,未来民法典应承继《民法通则》之体系,为总则编、民事权利编、民事责任编的三编制。2002年年底,两人完成了两万多字的《中国民法典应选取的结构》一文,认为民法典体系为总则编、民事权利编、民事责任编的三编制,另加一国际私法的附编。由于刊物对字数的限制,忍痛将该文缩写成8000字的《关于民法典编纂中若干问题的探讨》一文发表于《宁波大学学报》(人文科学版)。2006年春,余从编纂法典的技术角度考虑,又独自对《中国民法典应选取的结构》一文进行了修改。虑及民事权利部分的内容庞大,为使各编条文数量不至过于失衡,将民事权利所包含之内容上升至编的层次,即于总则编和民事责任编之间设置人身权编、继承编、知识产权编、物权编、债权编,基于国际私法学界对于国际私法的范围有大小之分,为了避免歧义和误会,将附编由国际私法改为涉外民事关系的法律适用。后遂将改后之论文以《中国民法典的结构》为名发表于《民商法网刊》2008年第6期。此后,余在从事律师实务工作的同时,对民法领域的一些具体问题进行了研究,尤其是法律适用中的疑难问题,将代理的每一件疑难案件均作为学术研究之课题对待,撰写之代理词、辩护词、上诉状、再审申请书俨然为理论与实务结合之论文。法官之水平呈现于判决书,律师之水平体现于代理词、辩护词、上诉状、再审申请书。余始终以为,法官不应无法律明文而不知如何裁判、不敢裁判甚或拒绝受理。法律人只要能熟稔法学方法论,能自由运用逻辑规则和价值判断,任何法律适用中之疑难问题均能迎刃而解。民法之问题,纵然无任何规范,仅凭公平原则、私法自治原则、诚实信用原则和利益衡量原则亦能作出正义之裁决。

2009年,伴随《侵权责任法》之制定,余有幸成为宁波市律师协会侵权法专业委员会的首届主任。虽非官位,但意欲名正言顺,将研究之重心向侵权法领域倾斜。余承诺在任期内定要编著有关侵权法理论与

实务相结合之著作,体现实务律师的学术水平。法学理论研究系为法律实务服务,法律实务中之问题系法学理论研究之对象。离开实践,理论研究系空中楼阁。同时,法律实务亦需法学理论指导,实务中之问题需以法学理论为依据予以解决。背离法学理论,法律实务即成无源之水。为此,宁波市律师协会每年组织律师实务理论研讨会,大力支持专业委员会开展理论研究,将研究成果予以整理,编著出版宁波市律师协会法律实务与理论研究系列丛书。作为侵权法专业委员会,对编著侵权法理论实务研究一书进行了策划,计划编著一本由各律师撰写的由侵权法论文和侵权法案例汇编而成的著作。但迫于律师界忙于实务之现状,无暇亦无兴致撰写研究文章。于此情形下,余决定将自己多年来获奖之侵权法论文予以整理、修改,另对一些新问题进行详尽论述,并结合大量侵权法之典型案例,尤系《侵权责任法》实施以来由二审法院终审之案例,编著成本书。使本书的观点既有理论依据又有实务案例支持,终于2013年3月完成了本书之前11章。于本书初稿完成之时,侵权法委员会的两位副主任李颂律师和史全佩律师完成了各自关于案例评析之文章。因研究论文与案例分析在篇幅上严重不相称,余只能将此两篇案例分析作为附录纳入本书。本书之写作,要感谢浙江省律师协会、宁波市律师协会和浙江金汉律师事务所,他们对余“不务律师正业”之理论研究予以支持和鼓励,对余获奖之论文不仅给予精神奖励,而且还有物质奖励。此外,更要感谢家人的理解与支持,是她们承担了大量的家庭事务,使余于每年有300多天自晚八时至零点的期间能安心于查资料、写作。

由于余才疏学浅,书中观点如有谬误或不妥之处,万请广大师友、读者予以批评指正。

值此付梓之际,聊作上述数语,是为序。

吕甲木

目 录

序 / 1

第一章 侵权责任法与民法典的关系 / 1

第二章 侵权法中的归责原则体系研究 / 8

第一节 过错责任 / 10

第二节 无过错责任、严格责任与危险责任的厘定 / 24

第三节 “公平责任”不应成为侵权法的归责原则 / 32

第四节 我国法律中的归责原则体系 / 38

第三章 侵权责任法竞合冲突问题研究 / 47

第一节 绪论 / 47

第二节 法律竞合和冲突理论 / 49

第三节 侵权责任法与民法通则及单行侵权法的关系 / 57

第四节 我国侵权责任与违约责任的请求权竞合问题 / 60

第五节 侵权责任请求权与物权请求权的竞合问题 / 66

第四章 多数人侵权问题研究 / 72

第一节 共同侵权行为 / 72

第二节 共同危险行为 / 76

第三节 无意思联络数人侵权行为 / 82

第四节 连带责任的选择问题 / 93

第五章 接受劳务者责任问题研究 / 96

第一节 接受劳务者责任 / 96

第二节 提供劳务者责任 / 103

第六章 承揽合同中的侵权责任问题研究 / 109

第一节 概述 / 109

第二节 关于承揽合同中侵权责任问题的理论与实践 / 116

第三节 承揽合同中一般侵权行为的侵权责任承担问题 / 122

第四节 承揽合同中特殊侵权行为的侵权责任承担问题 / 130

第五节 定作人与承揽人承担连带责任问题 / 136

第六节 承揽合同中的侵权责任与合同责任问题 / 140

第七章 医疗损害责任研究 / 143

第一节 概述 / 143

第二节 医疗损害责任的归责原则 / 148

第八章 无偿搭乘责任问题研究 / 155

第一节 概述 / 155

第二节	无偿搭乘行为的法律性质 / 156
第三节	无偿搭乘行为的请求权基础 / 167
第四节	无偿搭乘行为的归责原则 / 169
第五节	无偿搭乘的损害赔偿规则 / 172
第六节	结语 / 177
第九章	人身损害赔偿范围问题研究 / 179
第一节	人身损害赔偿范围的法律适用 / 179
第二节	关于人身损害赔偿项目 / 181
第十章	精神损害赔偿问题研究 / 196
第一节	概述 / 196
第二节	精神损害赔偿的适用 / 203
第十一章	法定赔偿制度研究 / 212
第一节	概述 / 212
第二节	利益平衡是法定赔偿制度的目的和基本功能 / 220
第三节	当下法定赔偿制度面临的问题 / 228
第四节	法定赔偿的适用 / 231
第十二章	附录 / 237
附录一	病历记录“笔误”难以承受的生命之重 / 237
附录二	滩涂养殖损害赔偿的举证责任和损失确定问题 / 245
	主要参考书目 / 252
	缩略语表 / 257

第一章 侵权责任法与民法典的关系

一、侵权责任法是民法典的组成部分

制定一部民法典系法律理论界和实务界长期的心愿。制定民法典围绕“采取汇编还是编纂法典”、“采取何种编纂体例(民商合一还是民商分立)”、“采取何种编纂体系(编章结构)”三个命题展开。至于汇编还是编纂法典的命题,无讨论之实益。盖因汇编不是一种立法活动,仅为单行法之简单集成而已,而编纂系形成一部体系化法典(新法)的重要立法活动。至于民商合一还是民商分立之命题,中国民法典应采相对民商合一之编纂体例。商法为西欧中世纪商人这一特殊的阶层于处理自己的法律事务中逐渐发展起来的一种法律制度,用以调整商人之间的商事行为。其后又逐渐组建商事裁判机构,在司法管辖上与普通法院相分离。民商分立之理论基础于现今社会已有重大变动。商人这一具有严格职业准入制度的特殊阶层亦被淡化,于市场经济条件下,交易频繁,人人皆可为商事行为。自意大利人摩坦尼利首倡“民商二法统一说”后,民商合一逐渐从学说走向现实,民商合一已成为20世纪以来立法之通例。即使是民商分立之国家,商法亦仅为民法之特别法。我国在编纂民法典时,应采相对民商合一制,即不把商事单行法纳入民法典中,只规定商事单行法均可适用民法典之总则,不在《民法典》之外另行制定一部《商法典》或《商法通则》。至于采用何种编纂体系来构

建中国民法典之结构,在学界中争议颇大。1998年3月,全国人大常委会委托在京的9位专家成立民法典起草小组。该小组的梁慧星教授提出了一部代表“现实主义思路”的“潘德克吞式”的七编制结构的民法典草案,包括总则、物权、债权总则、合同、侵权行为、亲属、继承;^①近来,王利明教授认为民法典体系构建从技术层面上应当采取总分结构,并注重编排的逻辑结构,在整个制度的构建中应当以法律关系为中心,整个法典应当按照总则、人格权法、婚姻家庭法、继承法、物权法、债权总则、合同法、侵权责任法的内容构建,^②该小组的魏振瀛教授提出了由总则、物权、债权、人身权、知识产权、婚姻家庭、继承、侵权组成之八编制的民法典结构。^③同时厦门大学的徐国栋教授高举新人文主义的大旗,提出了一部代表理想主义思路的法学阶梯式的两编制结构的民法典草案,包括人身关系法和财产关系法,另加序编和附编。^④2002年1月11日,全国人大法制工作委员会邀请部分在京的民法学者,就我国民法典的起草工作进行专门的研讨。在该会议上,全国人大法制工作委员会决定立即着手进行民法典的正式起草工作,并就民法典的起草进行了具体分工。就其分工而言,把民法典的结构整合为总则、人格权、债法总则、合同法、侵权行为、物权、知识产权、婚姻家庭、继承,另附涉外民事法律关系和民事责任的内容。2002年9月16日至25日,全国人大法工委在民法典起草工作的研讨会上就我国民法典的体系整合

① 参见梁慧星主编:“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800页以下。

② 参见王利明:《民法典体系研究》,中国人民大学出版社2008年版,第202~208页。

③ 参见魏振瀛:“论债与责任的融合与分离——兼论民法典体系之革新”,载《中国法学》1998年第1期。

④ 参见徐国栋:“民法典草案的基本结构——以民法的调整对象理论为中心”,载《法学研究》2000年第1期。

为总则、人格权、物权、知识产权、合同、侵权行为、婚姻家庭、继承、涉外民事法律关系的适用九编。2002年12月25日,九届全国人大常委会第31次会议审议的《中华人民共和国民法(草案)》分为总则、物权法、合同法、人格权法、婚姻法、收养法、继承法、侵权责任法、涉外民事关系的法律适用法。民法典之编纂体系主要有两种结构。其一为法学阶梯式,即罗马式,乃仿效古罗马法学家盖尤士的《法学阶梯》的结构,分为人法、物法、诉讼法三编。法国民法典即采此结构,唯将诉讼法除外,第一编人,第二编财产及对所有权的各种限制,第三编取得财产的各种方法,另加一序编。此结构为徐国栋教授所推崇者也。其二为潘德克吞式,即德意志式,19世纪之德意志法学家通过对查士丁尼法典中之《学说汇纂》(中文音译为潘德克吞)的研究,形成民法学说中之潘德克吞法学,倡导由总则、债权、物权、亲属、继承组成之民法典结构。德国民法典即采此编纂体系,大多数中国民法学者认为我国编纂民法典应采这种编纂体系。然自1986年我国《民法通则》颁布后,民法典编纂的第三种体系结构已浮出水面,即“总则—民事权利—民事责任”的结构。我国要制定一部作为21世纪民法典编纂范本的具有里程碑意义的民法典就必须要对法学阶梯式和潘德克吞式进行扬弃,应坚持民法为权利法之立法理念和现实主义之立法思路,运用成文法典编纂中重视逻辑性、体系性的立法技巧,^①在隐性结构上采取“总则—民事权利—民事责任”为框架的体系,但考虑到民事权利部分内容过多,为了使民法典各编内容比较相称而不至于在体系上失衡,把民事权利所包含的人身权、继承、知识产权、物权、债权上升到编的层次,另设一附编以规定涉外民事关系的法律适用。即第一编总则,下设一般规定、权利主体、权利客体、权利的变动、权利的行使五章;第二编人身权,下设总

① 孙建江、吕甲木:“法典编纂中若干问题探讨”,载《宁波大学学报》(人文科学版)

则、人格权、亲属三章;第三编继承,下设总则、法定继承、遗嘱继承、遗赠扶养协议、遗产的处理五章;第四编知识产权,设总则、著作权、商标、专利四章;第五编物权,在物权编中设总则、所有权、用益物权、担保物权、占有五章;第六编债权,设总则、各种典型合同两章;第七编民事责任,设总则、侵权责任二章;附编涉外民事关系的法律适用。

目前,我国已经制定了合同法、物权法、侵权责任法、涉外民事关系法律适用法,加上原有的婚姻法、继承法、收养法,民法典的雏形已经形成。显然,我国的立法途径采用的是汇编式的制定民法典,而不是一步到位的编撰民法典。对于是否需要单独制定人格权法还是将人格权放到民法典的总则编的主体制度之中,由于争议颇大,未有定论。此外,如果没有债权总则或者财产法总则,将不当得利、无因管理、债的保全、债的变更和转让、债的消灭的内容放到合同法内,以及没有了一个与物权制度相对应的债权制度,是否意味着根据这种体系编撰的民法典是一部残缺不全的法典。但是,侵权责任法与债权分离,成为民法典中一个独立的组成部分业已成定局。

二、侵权责任法是民法典正义价值的守护者

在权利概念产生之前,人们习惯用正义来代替后世类似用权利表达之概念。这一点在查士丁尼的《法学阶梯》中还遗留有很多痕迹。《法学阶梯》开宗明义地载明:“正义是给予每个人他应得的部分的这种坚定而恒久的愿望。”^①而每个人对其应得部分的追求就是一种权利。所以,拉丁文中的 *iustus*, 法文中的 *droit*, 德文中的 *recht*, 意大利文中的 *diritto* 兼有正义的含义。因此,法、权利和正义之间具有共通之处。正义主要体现为一种自然法上的要求,为了更好地区分正义与法(实在法)、权利,故把正义作为法的价值来看待。对正义的系统论述

^① [古罗马]查士丁尼:《法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆1989年版,第5页。

源于古希腊,而非罗马法。亚里士多德认为正义乃是一种关注人与人之间关系的美德。“正义本身乃是他者之善或他者之利益,因为他所谓的恰是有益于他者的事情。”正义有两种形式,分配正义和矫正正义。分配正义涉及财富、荣誉等有价值东西的分配;矫正正义涉及对侵害的财富、荣誉和有价值东西的恢复和补偿。分配正义体现于民法典中就表现为对各种民事权利的设定,如物权、债权、身份权等,矫正正义则体现于对权利的保护上,使受侵害的权利得到救济。而作为民法典组成部分的《侵权责任法》就是实现矫正正义的法律,使受到损害的分配正义得以恢复至受损前的圆满状态,守护了民法的正义价值。正如当代著名的法理学家、美国联邦上诉法院理查德·A.波斯纳法官所言,许多法律学者都把矫正正义视为指导法律研究的一个很有吸引力的原则,特别是在侵权和违反合同这样一些普通法领域中。^①

三、侵权责任法体现了民法典为权利保护法的制度目的

权利之概念产生于罗马法中的市民法,权利系罗马市民所追求之私人利益。具备市民法所要求的条件的人就成为权利享有者,即后世所称的权利主体;当一个生物意义上的人要成为享有权利的市民所具备之资格,称为权利能力。其所行使的外部对象称为权利标的;引起其权利变动之原因称为法律事实,这些事实于人与人之间创立之关系称为法律关系。市民法给予某一市民以求生存和幸福之资料的总和谓“财产”,而该权利遂谓之为“财产权”,当此种权利所针对的对象为物时,该权利遂谓之为“物权”,当权利的拥有者所针对的是另一市民时,而该市民有义务为权利的拥有者履行一定之行为,该权利即为债权。因此,德国法学家安德里列斯·冯·图尔指出:“权利是私法的核心概念,

① [美]理查德·A.波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第392页。

同时也是对法律生活多样性的最后抽象。”^①后来,潘德克吞学派又从自然人和法人之概念中抽象出一个“权利主体”的上位概念,作为具有自由意志的权利义务承担者。因此,民法作为权利法,民法典首先要设定权利主体和权利能力的法律规范;进而要设定权利主体所享有的私法权利的法律规范,并且民法为满足权利主体追求的私人利益及其愿望,可通过法律行为自由创造、变更、消灭某些权利,为了使每一权利主体都享有私法权利,民法典需要规定权利行使的原则。当某一权利主体所能享有的私法权利为另一负有义务者所违背时,民法典需要赋予该权利主体以请求权,要求对方履行该项请求权所对应的义务,也即义务主体要承担民事责任。请求权行使之结果是使义务主体实现权利主体请求权的内容,使受损害方的权利得到救济。而作为民法典组成部分的《侵权责任法》就是对民法典设定的权利进行终极保护的法律。

四、侵权责任的本质是对第二性义务的违反

民事责任的设立是基于“民法为权利法”之立法理念,为权利的保护提供有效的救济以实现矫正正义的要求。权利主体依据法律的规定享有第一性权利,即基础性权利或原初权利,如人身权、物权、知识产权;第一性权利可因法律事实(如自然事实中的不当得利,法律行为中的合同,事实行为的无因管理,违法行为中的侵权行为)产生第二性权利(派生权利),即各种请求权,如人格权请求权、身份权请求权、继承权请求权、知识产权请求权、物上请求权、债权请求权等。而权利主体行使请求权的结果是使义务主体实现请求权的内容,也就是要求义务主体承担民事责任,如侵权责任、违约责任、缔约过失责任、不当得利返还责任等。所以,民事责任是义务主体违反尊重权利人权利的第一

^① [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第62页。

性义务所承担的第二性义务。传统民法把侵权行为作为债之发生原因之一,把侵权责任当作一种债来对待是没有正确认识到第一性权利和第二性权利的关系。把侵权责任作为债的理由主要为,侵权行为产生损害赔偿之债,可适用债的一般规则。实质上,侵权行为是义务主体对权利主体所享有的第一性权利的违反。为使权利主体受侵害的权利得到救济,法律赋予权利主体以相应的请求权,因为“要使某个人负有的义务在私法上得到实现,最有效的手段就是赋予另一个人享有一项相应的请求权(此即权利)”。^① 所以侵权行为产生的是权利主体的一项请求权,而权利主体行使请求权的结果就是使义务主体实现请求权的内容,也即承担侵权责任。损害赔偿只是义务主体不去实现请求权的内容所承担的侵权责任的一种形式。从权利人角度言之,侵权责任的发生过程为第一性权利—受到侵害—第二性权利(请求权);从义务主体角度言之,负有尊重权利人第一性权利的义务—实施侵权行为—负有实现权利人请求权内容的义务,也即承担侵权责任的义务。何况当下请求权行使之最终结果所承担的不仅仅是一种损害赔偿责任,还有停止侵害、恢复原状、消除影响、赔礼道歉等,这些责任是根本不能用债的原理能解释了的。正如魏振瀛教授所言,侵权法的后果是责任而非债。^② 曾世雄先生认为:“人类社会生活,应遵循私法之规范,如未遵循而致侵害或损害他人权利或法益,遭侵害或损害之他人,本于原权利(或法益)蜕变而来之救济权,可请求排除侵害或赔偿损害,违反义务侵害或损害他人权利或法益者,则必须承担其私法关系不利益之后果,亦即承担其民事责任。”^③

① [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第65页。

② 魏振瀛:“论债与责任的融合与分离——兼论民法典体系之革新”,载《中国法学》1998年第1期。

③ 曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第3~4页。