

TORT LAW

Theory and Practice of Article 24

《侵权责任法》

第二十四条的理论与实践

汤 敏 —— 著



中国政法大学出版社

TORT LAW

Theory and Practice of Article 24

《侵权责任法》

第二十四条的理论与实践

汤 敏——著

TORT
LAW



中国政法大学出版社

2018 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

《侵权责任法》第二十四条的理论与实践/汤敏著. —北京：中国政法大学出版社，2018.4

ISBN 978-7-5620-8180-7

I. ①侵… II. ①汤… 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(2018)第054021号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908524(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 北京华联印刷有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 6.5
字 数 150 千字
版 次 2018 年 4 月第 1 版
印 次 2018 年 4 月第 1 次印刷
定 价 36.00 元



目 录

导 论 《侵权责任法》的理念	1
----------------------	---

第一章 中国特色的《侵权责任法》第 24 条基本

理论问题	20
一、《侵权责任法》第 24 条有限适用理念	22
二、第 24 条的体系地位	24
(一) 公平责任原则祛魅	25
(二) 第 24 条的体系地位	28
(三) 第 24 条与受益人补偿义务	33
三、第 24 条何以确立	35
(一) 第 24 条的分担依据	35
(二) 第 24 条的制度价值	39
四、第 24 条如何分担	43
(一) 第 24 条适用的法定情形	43

(二) 第 24 条分担的适用条件	53
(三) 第 24 条分担的考量因素	59
(四) 第 24 条的适用方法	62

第二章 医疗损害责任纠纷适用《侵权责任法》

第 24 条实证研究	66
一、第 24 条适用于医疗损害责任纠纷实证分析	68
(一) 一审、二审均适用第 24 条的案例观察与 要旨分析	68
(二) 一审过错责任、二审公平分担损失规则案例 观察与要旨分析	75
(三) 一审公平分担损失规则、二审过错责任案例 观察与要旨分析	77
二、第 24 条能否适用于医疗损害责任纠纷	80
三、第 24 条如何适用于医疗损害责任纠纷	85

第三章 《侵权责任法》第 24 条适用于违反安全保障

义务责任实证研究	89
一、第 24 条适用于违反安全保障义务责任纠纷的 要旨分析	90
(一) 适用案件类型	90
(二) 司法裁判要旨	91
(三) 构成要件	93

(四) 损失分担标准和范围	96
二、违反安全保障义务责任纠纷适用公平责任	
存在的问题	97
(一) 适用范围之争	97
(二) 裁判依据不统一	98
(三) 对受害人过错的理解有分歧	99
(四) 分担损失标准有差异	99
三、第 24 条适用于违反安全保障义务责任	
纠纷的原因	100
四、第 24 条适用于违反安全保障义务责任	
纠纷的方法	103
(一) 严格限制适用范围	103
(二) 实际情况考察	105
(三) 将监护人过错扩张解释为被监护人过错	106
(四) 明确损失分担标准和范围	106
 第四章 体育运动纠纷二元适用论——自甘风险和	
《侵权责任法》第 24 条适用的质疑与决疑	108
一、自甘风险在体育运动中的适用和质疑	111
(一) 自甘风险适用论	111
(二) 自甘风险适用质疑	115
(三) 自甘风险与受害人同意	117

二、第 24 条在体育运动中的适用和批判	121
(一) 第 24 条在体育运动中的价值与适用	121
(二) 对第 24 条适用的批判	125
三、自甘风险和第 24 条适用质疑的决疑	127
(一) 自甘风险和第 24 条二元适用论	127
(二) 自甘风险和第 24 条具体适用顺序	129

第五章 合同纠纷适用《侵权责任法》第 24 条

实证研究

一、问题的提出——合同纠纷适用第 24 条的障碍	135
二、合同纠纷何以适用第 24 条——必要性之辩	138
(一) 第 24 条的立法目的和规范意旨	138
(二) 合同纠纷对第 24 条立法目的和规范意旨的 正当需求	140
三、合同纠纷如何适用第 24 条——可能性之辩	141
(一) 第 24 条与无过错责任并行不悖	142
(二) 第 24 条引入合同纠纷的解释路径 ——类推适用	148
(三) 司法实践中合同纠纷适用第 24 条观察	151
四、合同纠纷适用第 24 条的条件和步骤	162
(一) 合同纠纷中适用第 24 条的条件	162
(二) 合同纠纷中适用第 24 条的步骤	165

第六章 公平分担精神损害实证研究	167
一、第 24 条适用于精神损害赔偿责任纠纷裁判	
要旨分析	170
(一) 公平分担精神损害否定论案例裁判要旨	
分析	170
(二) 公平分担精神损害肯定论案例裁判要旨	
分析	174
二、争点一: 精神损害赔偿仅适用于过错责任?	177
三、争点二: 间接损失不属于第 24 条保护范围?	180
(一) 精神损害的内涵及确定	181
(二) 精神损害属于第 24 条的保护范围	184
四、争点三: 惩罚是精神损害赔偿功能之一?	185
(一) 精神损害赔偿二元功能论和一元功能论	
之争	186
(二) 比较法经验及其启示	187
(三) 惩罚不是精神损害赔偿功能之一	189
参考文献	191

导论 《侵权责任法》的理念

一、风险自担与损害转移——《侵权责任法》的现实需求

我们的社会有很多受伤和残障人士，有些人生来就有残障，有些人由于事故饱受疾病之苦，还有些人意外死亡或因为自然原因而夭折。^{〔1〕}可以说，不幸无时无刻不在上演，痛苦随时随地都会降临，那么，这种不幸与痛苦应当由受害人自行承担还是可以通过他人分担？

法谚有云：“损害原则上由受害人自担。”从心理学角度解读：“受害人遭受损害属于运气不佳或存在性格缺陷，此属于意外事故而无需给予受害人补偿。”^{〔2〕}社会生活，风险万千，每个人都无法避免遭遇各种不幸之损害，损害既已发生，往往难以完全恢复，这给受害人带来物质上的损害或精神上的痛苦，

〔1〕〔英〕P.S. 阿蒂亚：《“中彩”的损害赔偿》，李利敏、李昊译，北京大学出版社2012年版，第1页。

〔2〕〔英〕文森特·R. 约翰逊：《美国侵权法》，赵秀文等译，中国人民大学出版社2004年版，第5页。

但这种损失或痛苦不可轻易转嫁他人，原因有二：形式上，立法技术上将损害交由能够更好地预防损害之人承担是较为妥善的立法安排；实质上，损害对应获益，让权利和义务能够实现对应之人承担损害显然符合实质正义。但社会发展需要法律的治理，遭受意外事故的受害人应得到补偿的观念为现代社会所普遍接受，受害人将得到医疗救助，误工损失将得到补偿，名誉受损将得到恢复，法律从现实中来，又走向现实。基于此，在有正当事由的情形下，法律允许受害人将损害转移至第三人承担，此正当事由映照以上两个缘由：一是第三人较之受害人更容易预防损害；二是第三人于损害中获有利益，而增添了受害人的负担。质言之，在第三人较之于受害人更加“接近”损害时，侵权责任法事实上赋予受害人针对第三人享有损害赔偿请求权，此时引发损害转移的后果；损害赔偿的正当性在于私法上的双向主体正当性基本原则，即加害人、受害人二维度权利义务的正当性，受害人需享有受法律保护的利益，加害人需针对受害人负担损害赔偿义务。^{〔1〕}这种调整受害人将损害转移至第三人承担的法律即侵权责任法。侵权责任法是调整损害承担以及以此为目的赋予受害人恢复原状请求权救济的法律，其强调的是侵权法调整内容上限于损害承担，调整目的上限于救济受害人，其内容和目的是统一协调的。此处的恢复原状请求权不同于侵权责任承担之恢复原状，此处是广义的恢复至当事

〔1〕〔奥地利〕海尔姆特·库齐奥：《侵权责任法的基本问题》（第1卷），朱岩译，北京大学出版社2017年版，第2、132页。

人损害未发生之时的原状。当然，侵权责任法的内容还包括侵权责任成立之构成要件，此为损害承担的前提条件。此外，从侵权责任法与合同法的比较角度而言，前者的特征还包括在致害事实发生之前，当事人之间并不存在特定法律关系，致害事实发生之后，当事人之间损害转移的可归责性问题，这是侵权责任法的核心问题。某种程度上，侵权责任法是风险自担原则的例外，而这种例外必须具有正义的特殊性，否则不符合正当性之要求；侵权责任的承担也是如此，此即侵权责任构成要件之要求。从风险自担和损害转移的关系角度而言，侵权责任法又可被称为“规定例外之法律”。^{〔1〕}

二、侵权责任成立之构成要件

侵权责任成立之构成要件主要包括损害、因果关系和归责原则，其中归责原则要件是区分过错责任和无过错责任的试金石。

（一）损害

损害侵权责任构成的前提要件是损害，法律上的损害并非一个开放的概念，只有侵害了受法律保护的法益才构成损害，如我国《侵权责任法》第2条规定的权益类型。原则上，受害人权利受到侵害且遭受损害时才产生损害赔偿。损害之重要性

〔1〕〔瑞〕海因茨·雷伊：《瑞士侵权责任法》，贺栩栩译，中国政法大学出版社2015年版，第8页。

在于损害的范围决定损害赔偿的范围：损害赔偿请求权建立在权利受侵害基础之上，如果有损害而未侵害权利或权利受到侵害却未造成损害，则受害人无损害赔偿请求权。侵权责任构成之时即损害填补转移之时。损害填补，也称损害赔偿，此处又存在原则和例外之分。损害赔偿法以填平损害为原则，或称完全赔偿原则。加害人必须赔偿受害人以可归责的方式所造成的全部损害，损害赔偿的数额应当完全以受害人所遭受的损害，而非以加害人的过错程度为导向。^{〔1〕} 侵权责任法上损害范围的认定一般以差额说为原则：对于财产性损害以法益所有人在财产之外的利益状态所生之不利益为准，对于非财产性损害以法益所有人的精神利益状态所生之不利益为准。侵权责任法仅要求加害人完全赔偿受害人即可，并不过分苛责加害人，以防止损害赔偿之过度限制行为自由之限度，于此，侵权责任法防止受害人获得超过损害范围的赔偿。填平原则的例外有二：一是超额填补受害人损失，此为惩罚性赔偿，我国《侵权责任法》第47条明确规定了产品责任中的惩罚性赔偿；二是限额填补受害人损失，此为限额赔偿，该法第77条明定了高度危险责任中的限额赔偿。惩罚性赔偿的制度理念在于惩处行为人主观恶性，而限额赔偿的思想在于适度保护某一行业的稳定延续，两者并没有超越侵权责任法救济受害人的目的，只是作出了适当的修正。

〔1〕〔德〕迪尔克·罗歇尔德斯：《德国债法总论》，沈小军、张金海译，中国人民大学出版社2014年版，第316页。

（二）因果关系

损害确定之后，一般而言，侵权责任的要件有二：一为因果关系，一为归责原则。因果关系上，损害由他人行为引起，加害行为侵害了受害人权利，造成受害人法益受损，即他人行为与受害人损害之间具有相当因果关系。换句话说，损害必须是符合自然法则地由权利侵害引起的，而权利侵害又是由加害行为引起的。^{〔1〕}经典的因果关系判断标准采条件说，如果没有行为人侵害行为，受害人就不会遭受权益损害，即前者为后者的原因、条件。因果关系的判断并不是漫无边际，而是要有相当性，这种相当性体现为因果关系判断的正当性，这种正当性又体现为抽象意义上的可预见性和可避免性。如果行为人于行为之时不可被期待其可以预见行为将致受害人损害，则这种损害无法归责于行为人。可预见性和可避免性以及可克服性在时间顺序上具有多阶一体性，可预见方能克服、避免。因果关系之下区分责任成立之因果关系和责任范围之因果关系，两者联结行为、法益和损害三个向度的终端。第一层因果关系强调的是行为与法益侵害之间存在因果关系，第二层因果关系强调的是法益侵害与损害之间存在因果关系。区分双层因果关系的积极意义在于，它使得因果关系的相当性要求更加严格，使得

〔1〕〔德〕埃尔温·多伊奇、汉斯-于尔根·阿伦斯：《德国侵权法——侵权行为、损害赔偿及痛苦抚慰金》，叶名怡、温大军译，中国人民大学出版社2016年版，第207页。

非法益侵害不能通过侵权责任予以救济。这种因果关系理论是建立在典型的过错侵权责任之中，而对无过错侵权责任，如高度危险责任，即使行为人无过错也需要承担责任，或者对数人共同危险行为，加害原因具有引发损害的高度盖然性即可，此时的原因采潜在原因理论，它是一种因果关系可能性理论。潜在原因之所以可以引发责任，是因为行为的危险性，此种危险性使得法律假定行为与损害后果之间具有因果正当性。例如，共同危险行为中，具体侵权人往往是部分行为人，而其他行为人之行为与受害人损害之间则无相当因果关系，但法律规定在无法查明具体侵权人时，课以所有行为人连带责任，是因为法律假定所有行为人均有侵权的高度盖然性，每个行为都具有危险性，都与损害之间具有很强的相当性。

（三）归责原则

侵权责任法以损害转移为使命，包括损害转移与损害不转移。损害不转移是风险自担理论的体现，损害转移是风险自担的例外，例外规定的合理性即在于损害转移的内在合理性，亦即归责原则。归责原则上，侵权责任法形成了二元归责原则体系：一为过错责任，这是补偿正义之体现；二为无过错责任，主要是危险责任，此为分配正义之体现。过错责任和无过错责任发源于罗马侵权法：罗马法发展到优士丁尼时期，过错被定型为故意和过失，两者都是构成侵权责任的主观要件；无过错责任体现在某些准私犯行为之中，其产生时间甚至比过错责任

还要早，最早适用无过错原则的准私犯可能是动物损害之诉。^{〔1〕}

1. 过错责任原则

过错是行为人主观状态的表达，但其判断标准却并非完全采纳主观标准。随着注意义务理论的拓展，过错的判断标准逐渐向客观化标准倾斜，此时称为对注意义务的违反。注意义务源于客观的法律规范，此种标准更加客观，而不再单独考虑行为人与众不同的意思能力。法律设定注意义务时采社会一般理性人标准，即特定情形下社会一般人的注意义务应达致何种程度。日本法上关于过失判断标准的客观化形成了两种观点：一种是预见可能性，另一种是结果回避义务。前者是指尽管具有对结果发生的预见可能性，但因懈怠作为预见前提的调查研究义务而实施了该行为；后者是指违反了为回避结果的发生而应尽的善良管理义务。无论是预见可能性还是结果回避义务，两者实质上殊途同归，正如田山辉明教授所言，两种观点在“结论上并无多大的差异”^{〔2〕}，两者最终都回归到行为人应尽最大的注意义务以防止损害的发生。当然，客观标准也并非实质正义，而是更多地体现为平均主义之下的形式正义。我们不能期待每个人都能够以社会一般理性人的标准参与社会生活，人人生而平等，低于一般标准之人也有权利自由地生活于世，客观标准因此遭受了平等价值的讨伐。综合而言，对于行为人过错

〔1〕 李钧：《古罗马侵权法律制度与现代沿革》，中国政法大学出版社2015年版，第12-13页。

〔2〕 〔日〕田山辉明：《日本侵权行为法》，顾祝轩、丁相顺译，北京大学出版社2011年版，第37页。

的判断有必要结合主观标准和客观标准,于个案中综合判断行为入主观是否具有过错。美国法上的侵权行为类型有三种,一种是故意侵权行为,一种是未尽注意义务的侵权行为,还有一种是适用严格责任的侵权行为。^{〔1〕}前两种是过错责任,后一种是严格责任。故意侵权中又区分为直接故意和间接故意,前者强调行为人对特定后果的追求欲望,后者仅指在行为入明知特定后果时的放任心态,两种故意仅具有理论划分上的意义,实践中任何一种故意都足以产生侵权责任。未尽注意义务侵权即过失侵权,又区分为一般过失(negligence)和严重不负责任(recklessness),前者强调的是特定情境下行为入未能履行合理的注意义务,后者强调的是过失程度的严重性,两者类似于一般过失和重大过失的关系。美国法上的严格责任是指适用条件比过错责任严格,这主要体现在损害后果的可预见性或者侵权行为的应受谴责性,如果一项责任不要求这两项要件之一,即为严格责任。

我国《侵权责任法》第6条第1款规定了一般过错责任,第6条第2款规定了过错推定责任,第36条、第37条、第7章等分别规定了具体的过错责任类型。过错是行为的过错,行为不符合法律规范而有瑕疵,此瑕疵行为成为法律禁止之行为,即行为的可责难性,无过错即无责任。过错责任强调的是受害人因行为入的过错而遭受损害时,可以针对损害提起损害赔偿

〔1〕〔英〕文森特·R. 约翰逊:《美国侵权法》,赵秀文等译,中国人民大学出版社2004年版,第4-9页。

诉讼。正常社会生活，人们期待他人对自己不为瑕疵行为，法律预设每个人都是理性人，都能合理地控制自我意志及行为，当这种意志控制下的行为与法律的预期不符时，行为人主观的可责难性使得损害赔偿具有了正当的规范基础。当然，并非所有人都能控制自己的意志及行为，这就涉及意思能力问题，只有行为人明知其行为的含义及行为可能产生的法律后果时，才会受法律的强制否定性评价，反之，对于不完全意思能力者，则不能按照行为过错对待。侵权责任法上的过错区分为故意和过失。故意包括直接故意和间接故意，是指虽然认识到行为的结果，却容忍其发生，甚至实施该行为的心理状态；过失包括重大过失和一般过失，指应该知道结果发生，由于不注意不得而知或不知而实施某种行为的心理状态。^{〔1〕}综观整部《侵权责任法》，故意和过失不仅体现在行为人行为之中，也体现在受害人主观意志之内。从侵权责任法填补损害功能角度而言，在侵权责任成立阶段区分故意和过失并无实质意义，无论是故意还是过失，只要行为与损害之间具有因果关系，行为人都应承担侵权责任；但在侵权责任承担阶段，故意和过失对免责事由有一定的影响，例如有的无过错责任类型的免责事由是受害人故意，而有的免责事由包括受害人重大过失，例如《侵权责任法》第78条。

〔1〕〔日〕田山辉明：《日本侵权行为法》，顾祝轩、丁相顺译，北京大学出版社2011年版，第35页。