



\ 青年文论 \

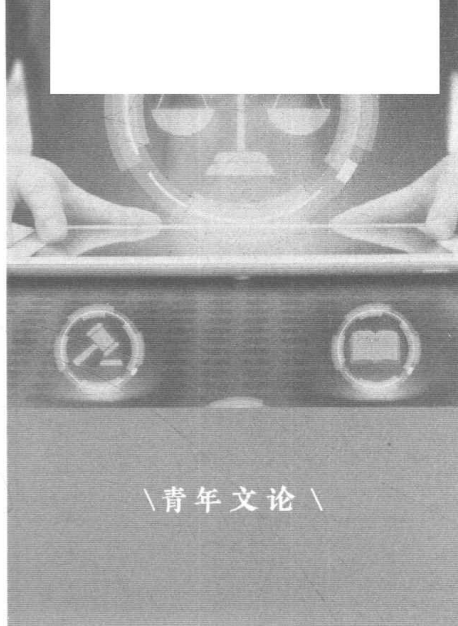
管制规范对 侵权责任构成的影响

徐 静 著

Guanzhi guifan dui qinquan zeren goucheng de yingxiang



江苏人民出版社



管制规范对 侵权责任构成的影响

徐 静 著

Guanzhi guifan dui qinquan zeren goucheng de yingxiang



江苏人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

管制规范对侵权责任构成的影响 / 徐静著. —南京:
江苏人民出版社, 2018.7

(社科文库. 青年文论)

ISBN 978-7-214-22302-9

I. ①管… II. ①徐… III. ①政府管制—影响—侵权行为—民事责任—研究 IV. ①F20②D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 174517 号

书 名 管制规范对侵权责任构成的影响

著 者 徐 静

责任编辑 石 路

项目统筹 石 路

装帧设计 许文菲

责任监制 王列丹

出版发行 江苏人民出版社

出版社地址 南京市湖南路1号A楼, 邮编: 210009

出版社网址 <http://www.jspph.com>

排 版 南京展望文化发展有限公司

印 刷 江苏凤凰数码印务有限公司

开 本 652 毫米×960 毫米 1/16

印 张 16.25 插页 3

字 数 210 千字

版 次 2019 年 2 月第 1 版 2019 年 2 月第 1 次印刷

标准书号 ISBN 978-7-214-22302-9

定 价 49.00 元

(江苏人民出版社图书凡印装错误可向承印厂调换)

江苏省社会科学院 《社科文库》编委会

主 任：夏锦文

副主任：陈爱蓓 樊和平 章寿荣

委 员：（以姓氏笔画为序）

丁 宏	王卫星	王亚平	叶扬兵
包宗顺	孙功谦	孙克强	孙肖远
吴先满	张 卫	张远鹏	张和安
陈清华	范旭斌	郑永辉	胡发贵
胡传胜	胡国良	姜 建	钱宁峰
徐 琴	徐永斌	徐志明	韩璞庚

总 序

习近平总书记多次强调指出,坚持和发展中国特色社会主义必须高度重视哲学社会科学,要加快构建具有继承性、民族性、原创性、时代性、系统性、专业性的中国特色哲学社会科学,加强中国特色新型智库建设。社会科学院作为哲学社会科学研究五路大军之一,肩负着重要的历史使命。地方社会科学院在构建中国特色哲学社会科学的过程中必须找准定位,才能发挥作用。

江苏省社会科学院作为地方社科院,成立于1980年,是江苏省人民政府直属事业单位,专门从事哲学社会科学研究和经济社会发展决策咨询服务,是江苏省委、省政府的思想库和智囊团。截至2017年底,有在职人员209人,其中高级职称107人,包括长江学者、国家“万人计划”首批哲学社会科学领军人才、国家级教学名师、中宣部“四个一批”人才、新世纪“百千万”国家级人才等各类人才。内设12个研究所,6个职能处室,6个分院,8个研究基地。组建的区域现代化研究院和大运河文化带建设研究院获批江苏省重点高端智库。

自建院以来,江苏省社会科学院名家辈出,学术成果丰硕,科研事业取得了长足进步,在理论研究、学科发展、人才建设等方面取得了一系列成绩,产生了一大批具有较高学术水平和应用价值的研究成果,为推进江苏省经济社会高质量发展做出了应有的贡献。近几年来,江苏省社会科学院深入发掘整理和分析研究江苏丰富的历史文化遗产,积极打造“江苏文脉研究工程”等标志性文化工程,出版了《江苏通史》(十卷本)和《江苏历代名人传记》(已出版20卷)等重量

级学术著作。我院学术著作出版、核心论文发表、国家社科基金项目立项、期刊建设水平以及智库综合影响力排名等发展指标在全国地方社科院系统中位居前列,在2017年全国智库排名中,江苏省社会科学院在全国社科院系统中列第四位,在全国各类智库中列第十八位。

在崭新的起点上,我院将以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导,不断学习贯彻落实党的十九大精神,深入研究全国及江苏改革发展稳定重大理论和实践问题,全面提升学术研究、理论阐释和决策咨询“三支笔”的水平,聚焦推进“两聚一高”新实践、建设“强富美高”新江苏,努力建设中国特色新型智库。为充分展现江苏省社会科学院的哲学社会科学研究成果,更好地推动江苏省经济社会文化发展,江苏省社会科学院与江苏人民出版社合作推出江苏省社会科学院《社科文库》系列丛书。文库分六大板块,分别为:

名家文存:整理本院知名学者专家学术成果,突出权威性、经典性、文献性。主要是通过梳理名家学术研究脉络,展现名家学术精神、学术理念和学人风采,为本院未来发展奠定基础。

青年文论:鼓励本院青年学者推出个人专著,其优秀博士论文亦可入选,以激发青年科研人员潜力,承前启后,不断打造精品学术成果,助力青年人才成长发展。

智库文集:以遴选汇编本院各智库研究精品成果、每年召开的智库论坛论文以及本院专家学者参加国内外其他智库会议论文为主,进一步扩大社会影响力,彰显本院对社会发展的责任担当。

学术文萃:以本院各研究所、各学科优秀学术性基础研究成果为主,主要通过遴选汇编本院专家学者历年来发表在国内外顶级学术期刊的学术文章,提升本院学术形象,扩大学术影响。

理论文丛:以阐释和解读马列经典文献及中央路线、政策、方针的理论性和创新性论文成果为主,主要遴选汇编本院专家学者发表在中央三报一刊(《人民日报》《光明日报》《经济日报》及《求是》杂志)等党报党刊上的优秀论文,提升理论宣传水平与效果。

资政文汇:以密切关注我省经济社会发展的研究报告成果为

主,主要遴选汇编发表在本院江苏发展报告、决策咨询报告、大运河智库以及其他单位重要决策报告等载体上的成果,特别是得到省委、省政府领导关注和批示的成果,以体现本院对江苏经济社会发展的贡献。

学术精神和价值理念是科研机构的灵魂。通过江苏省社会科学院文库工程,我们推出本院具有文献价值和学术价值的精品学术成果,既可以充分展现本院学术精神、学术理念和学人风采,进一步提升我院在学术界、理论界、智库界的影响力;又可以深度梳理我院学术研究脉络,有效盘活本院学术资源,承前启后,为将来的发展打下基础。社会科学研究的目的是为了人的发展和社会的进步,希望本文库的出版能够为江苏经济社会文化发展做出应有贡献。

江苏省社会科学院《社科文库》编委会

2018年10月

目 录

第一章 引言 / 1

一、选题背景及选题意义 / 1

(一) 选题背景 / 1

(二) 研究意义 / 3

二、文献综述 / 4

三、问题意识 / 11

四、研究进路与研究方法 / 13

(一) 研究进路 / 13

(二) 研究方法 / 14

第二章 侵权责任构成的理论基础 / 16

一、归责原则 / 16

(一) 归责原则体系的论争 / 16

(二) 本书采行的归责原则体系 / 21

二、过错责任构成要件 / 22

(一) 过错责任构成要件的理论争点 / 22

(二) 过错之本质含义及其判断标准 / 25

(三) 违法性之内涵 / 30

(四) 过错与违法性之关系 / 32

三、无过错责任的归责理论 / 34

(一) 无过错责任并非结果责任 / 35

(二) 无过错责任的归责思想 / 37

四、小结 / 40

第三章 公、私法交融背景下的管制规范与侵权法 / 43

一、公、私法发展的历史嬗变 / 43

(一) 公法与私法划分的历史起源及其意义 / 43

(二) 公、私法划分的根本依据——法的价值诉求 / 47

(三) 大陆法系国家公、私法发展的历史轨迹 / 48

二、管制规范的语词释义及范畴 / 54

三、管制规范与相关概念的区分 / 61

(一) 强制性规范、强行性规范与管制规范的区分 / 61

(二) 禁止规范与管制规范的区分 / 64

(三) 特殊侵权法规范与管制规范的区别 / 64

(四) 保护性法规与管制规范的区分 / 65

四、侵权法与管制规范的功能定位 / 68

(一) 社会变迁中侵权法与管制规范的发展走向 / 68

(二) 侵权法与管制规范的优势与劣势 / 72

五、管制规范进入侵权法的管道 / 80

(一) 公私法连接的管道——转介条款 / 81

(二) 转介条款的功能 / 82

六、小结 / 84

第四章 管制规范对过错责任构成的影响 / 89

一、违反管制规范的侵权行为的性质 / 90

二、比较法观察 / 93

(一) 英美法的视角 / 93	
(二) 大陆法的视角 / 98	
三、违反管制规范与违法性要件 / 108	
(一) 违反管制规范的行为本身具备违法性 / 108	
(二) 违反管制规范的行为违法性的判断 / 113	
四、违反管制规范与过错要件 / 121	
(一) 违反管制规范的侵权责任中过错要件的特征 / 122	
(二) 违反管制规范的事实与过错推定 / 123	
(三) 过错的指向 / 136	
五、违反管制规范与因果关系要件 / 139	
(一) 因果关系的相关理论 / 140	
(二) 作为因果关系一般判断工具的相当因果关系说 / 145	
(三) 违反管制规范对因果关系判断的影响 / 147	
六、违反管制规范与损害要件 / 154	
(一) 侵权法上损害之内涵 / 155	
(二) 违反管制规范与损害之判定 / 158	
(三) 受害人违反管制规范对损害要件的影响 / 160	
七、我国《侵权责任法》相关条款的解释论 / 165	
(一) 我国《侵权责任法》过错责任的制度安排 / 165	
(二) 管制规范在《侵权责任法》过错责任中的意义 / 170	
八、小结 / 174	

第五章 管制规范对无过错责任构成的影响 / 176

一、管制规范对无过错责任归责思想的影响 / 177	
(一) 违反管制规范对风险开启与维持、风险控制可能性的影响 / 177	
(二) 管制规范对合理信赖的影响 / 183	
二、违反管制规范对因果关系的影响 / 186	

三、违反管制规范对无过错责任的间接影响 / 189

(一) 无过错责任领域的强制责任保险 / 189

(二) 违反管制规范对强制责任保险的影响 / 192

四、我国《侵权责任法》相关条款的解释论 / 194

(一) 《侵权责任法》无过错责任的一般条款 / 194

(二) 管制规范在《侵权责任法》无过错责任中的意义 / 198

五、小结 / 207

第六章 遵守管制规范与责任抗辩 / 209

一、管制遵守抗辩 / 209

二、管制性许可抗辩 / 213

(一) 合法的管制性许可能否作为责任的抗辩理由 / 214

(二) 违法的管制性许可能否作为责任抗辩的理由 / 217

三、受害人违反管制规范导致的责任抗辩 / 219

四、小结 / 221

结 论 / 223

一、本书的主要观点 / 223

二、本书的创新点 / 229

参考文献 / 231

致 谢 / 245

评阅意见 / 246

第一章 引言

一、选题背景及选题意义

(一) 选题背景

古罗马法学家乌尔比安,将法域分为公、私二域,公法主要以保护国家公益为目的,私法主要以保护私益为目的。这种划分深深影响法学理论研究和法学实践。规范国家与人民关系的公法与规范人民之间关系的私法,本来各有其领域,在理念的形成与概念、制度的发展上,各自有其脉络,本应该不会冲突。但是,在现代社会下,公、私二域并不是罗马法学家所划分的那样泾渭分明,社会变革的同时带动公领域和私领域的不断扩张,二者之间呈现出越来越多的交错。在公法与私法之间,并不能用刀子把它们精确无误地切割开,就像我们用刀子把一只苹果切成两半一样。公法与私法在许多方面相互交错在一起。^① 在公法支配的领域和私法支配的领域所适用的法规范、法原则均有所不同。在博大精深的私法领域,自治是其核心的价值理念,是私法赖以生成和塑形的基础,但是法律规范的本质是强制性的应然规范,此点决定了私法天生无法完全逃脱国家强制的特质。公法领域用权力管理与控制是其核心手段,公权力的管制是公法的基础。在现代社会之下,出现了私法公法化与公法私法化的现象,从

① [德] 卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔等译,谢怀栻校,法律出版社 2003 年版,第 7 页。

而导致公法与私法的界分越来越模糊,仅仅成为一种相对意义上的标准。哈贝马斯的一段话或许比较形象:“在社会福利国家的工业社会中,各种社会关系越来越复杂,它们无法再用公法或私法加以分门别类……法律的发展在一定程度上跟随社会的发展,从而导致了错综复杂的类型增加,这一现象一开始被称为‘私法的公共化’;之后,人们从相对的视角看到了同一个过程的发生,亦即,公法的私人化:公法因素和私法因素彼此耦合,直至无法分辨清楚。……国家从公法中逃遁了出来,公共权力的职责转移到企业、机构、团体和半公共性质的私法代理人手中,与此同时,也出现了私法公共化的反向过程,亦即公法之私人化。公共权力即使在行使其分配与促进职能时也运用私法措施,公法的古典标准彻底失效了。”^①

作为管制与自治工具的公私法规范,因为两种理念的发展而相互工具化,甚至相互提供“避难所”。^② 公、私法的这种互相渗透,使得公、私法的接轨问题变得越来越复杂,对于行政机关、司法机关和一般当事人而言,需要处理垂直的权利义务关系或者水平的权利义务关系常常需要互为前提,因而需要斟酌考量哪些是垂直关系放射到水平关系,哪些又是私法领域不可退让的地带。^③ 这难免会产生许多不确定,平添执法、司法和守法成本。规范水平关系的民法,此情形中须以公法的决定或行政行为为基础,即以其为构成要件的一部分,或赋予公法上的效果;或者反过来,规范垂直关系的行政法律,以一定的民事关系为其公权力行使的构成要件,或赋予一定的私法形成效力。比如,无照驾驶撞上路人、出售瑕疵食品等等,此等既涉及违反公法管制规范,又会产生一定的私法效应——侵害某些权利。使得管制规范与侵权责任规范在实践中呈现极其模糊,甚至紊乱的状态。

在以私法自治为基本原则建构的现代社会,侵权行为和契约制度一样,都承载着维护自由意志和社会秩序的功能,^④ 契约中的管制

① [德] 哈贝马斯:《公共领域的结构转型》,曹卫东等译,学林出版社 1999 年版,第 178 页。

② 苏永钦:《民事立法与公私法的接轨》,北京大学出版社 2005 年版,第 74 页。

③ 同上,第 74 页。

④ 苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 301 页。

主要表现在确认契约效力的规范中,比如我国《合同法》第52条,有关管制规范与契约效力方面的问题已经有诸多学者研究,侵权法与管制规范的关系问题,却较少学者给予关注。但在法律实务中,经常会碰到管制规范与侵权法交错的实例,尤其是从事民事法律实务的法律工作者,在处理以过错作为责任基础的侵权案件中,经常遭遇国家的行政法规范。在处理侵权案件当中,法官不得不面对的问题是:当某个行为违反了行政规范本身,该行为是否构成侵权?如果侵权人能够成功证明他即使遵守相关国家行政法规,仍旧会引起损害的发生,他能否以此作为抗辩理由,不承担侵权责任?这些问题,从侧面说明侵权法和行政法(管制规范)之间有着千丝万缕的联系,二者之间的联系体现在哪些方面,在何种程度上二者互相影响?笔者尝试从管制规范的定义出发,亦以公私法交汇的视角,运用比较法的研究方法,比较欧盟各国、美国、日本以及我国台湾地区的相关规定,结合我国大陆地区的法律实践,试图对管制规范对侵权法产生的影响进行探索式研究。

(二) 研究意义

1. 理论意义

公私法交错发展之潮流势不可挡,对于管制规范与契约法的互动与影响,国内已经有诸多学者关注,管制规范对侵权法之影响的理论研究相对薄弱,笔者寄望于通过本书的研究,起到抛砖引玉之效果,引起国内民法学者对该问题的关注和探讨,为国内相关理论的研究和发展略尽绵薄之力。

2. 实践意义

理论的发展来源于实践,同时也能指导实践,推动实践向前发展。当越来越多的学者热衷于研究管制规范对侵权责任构成的影响,理论日趋成熟之时,定能节约司法成本,为法官裁判公、私法交错的案型提供理论上的支持,并且引导司法实践向前,最终影响立法,这亦是法学理论研究的目的之所在。

二、文献综述

以公私法交汇的视野,对侵权法与管制规范的研究,目前国内学者研究较少,文献资料比较薄弱,在国内,对于该问题做过比较系统研究的首先是南京大学解亘教授,在其文《管制规范在侵权法上的意义》^①中,以日本法中的取缔法规论为参照系,分析国内的理论学说和实践经验,以公法与私法相互关系的视角,结合学说和司法实践,试图阐明管制规范在侵权法中的意义,并得出以下初步结论:第一,就管制规范而言,对侵权行为法直接具有意义的,是以保护他人利益为目的的规范。第二,如果一个违反防止侵害型管制法规的加害行为给他人造成了损害,且加害行为与损害之间存在事实上的因果关系,就大致可以推断过错要件以及(或者)违法性要件的充足。如果要判定过错要件以及(或者)违法性要件的不充足,就必须论证所违反的管制法规缺乏正当性。如果一个加害行为给他人造成了损害,且加害行为与损害之间成立事实上的因果关系,但该加害行为并未违反相关的防止侵害型管制规范,则大致可以推断侵权行为的不成立。刚性规范(例如强制标准)比柔性规范(例如推荐标准)对于侵权行为的作用强。违反柔性规范,一般不能推定侵权行为的成立。^②

笔者在写作的过程中,曾受该文莫大的启示,其中很多观点是借鉴该文的观点,并在此基础上展开研究,但该文是以日本法作为研究的参照系,而且研究的范围也仅局限于管制规范对于侵权责任构成要件的定位问题上。管制规范对无过错责任领域(产品责任领域,环境侵权领域)并未涉及,且未对管制规范本身进行精细分类与分析,对管制规范目标和侵权行为法目标的重叠与分歧未做出精细的研究。

南开大学宋华琳教授是研究政府规制(管制)制度比较集中的学

① 参见解亘:《管制规范在侵权法上的意义》,《中国法学》2009年第2期。

② 同上。

者,与文本相关的学术论文主要有两篇:《论行政规则对司法规范效应——以技术标准为中心的初步考察》、《论政府规制与侵权法的交错——以药品规制为例证》。前者主要以技术标准为研究对象,论证技术标准在司法中的规范效应(包含行政、民事和刑事审判过程中),文中大篇幅论述规章作为裁判基准正当化的理由,对技术标准在产品侵权责任中的规范效应的论证主要从缺陷产品的认定和遵守相关标准是否排除侵权责任两方面进行,笔者以为技术标准仅是管制规范中很小的一部分,文章对产品缺陷认定与技术标准之间的关系也仅从实践案例中得出结论,并未从理论学说角度分析得出一般化的结论。^①后一篇文章,论述在药品规制中,作为事先规制形式的强制信息披露、标准制定、许可,与发挥着事后规制功能的侵权法,某种意义上可以视为是位于同一谱系并列的规制形式,它们一道共同捍卫着公众健康和公共福祉。侵权法对行为人提出了比事先规制所设定条件更高的行为标准。药品的强制信息披露,更多的与侵权法上对产品警示责任的讨论相关联;药品标准的设定,许可的成立,更多的与侵权法上对产品设计 and 制造缺陷讨论相关联。药品违反规制要求,可以认定为该药品存在缺陷,应承担侵权责任,但由于规制要求所针对的往往是药品规制机构和药品企业之间的关系,而且所设定的只是一个可接受的,却并非可以将风险削减为零的边界线,因此药品遵守包括标签和说明书、标准以及许可等规制要求,将构成侵权案件审理时所考虑的一个因素,但并非免除侵权责任的抗辩事由。该文得出的结论是在食品、化妆品、矿山、职业安全等诸多风险规制领域中具有共性的原理,但并未探讨风险规制领域中规制与侵权的更为一般化的原理,以及关于因果关系的认定、专家证人的引入、证明责任的分配,如何看待责任保险、共同基金等新型救济形式在风险规制体系中的地位,这些命题该文均未涉及。^②

① 参见宋华琳:《论行政规则对司法规范效应——以技术标准为中心的初步考察》,《中国法学》2006年第6期。

② 参见宋华琳:《论政府规制与侵权法的交错——以药品规制为例证》,《比较法研究》2008年第2期。

中国人民大学朱虎副教授致力于研究管制规范对侵权法的影响,有三篇学术论文研究此命题。《规制性规范与侵权法保护客体之界定》一文,作者以《侵权责任法》第2条第2款对侵权法客体的模糊规定入手,论述具体界定侵权法保护客体的工具之一就是规制性规范。能够界定侵权法保护客体的规制性规范必须具备一定的构成要件,规制性规范应处于适格的法律渊源范围之中,但不能是宪法规范,且必须是明确的或已通过具体行政行为具体化的强制或禁止规范,必须以保护个人或特定范围之人之目的,而不能仅以保护国家公共利益或公众为目的,必须存在对旨在保护个人的规制性规范的实际违反。文章同时也确立了关于该问题的实践论证框架。^① 朱虎副教授这篇论文的主要观点从解释论出发,以进入到侵权法中的规制规范为核心,论证侵权保护的客体,为笔者意欲讨论的侵权法与管制规范目标的重叠与分歧提供一种全新的视角,解亘教授在其文中也提到类似的观点,认为管制规范中对侵权法有直接意义的是以保护他人利益为目的防止侵害型规范。二者的观点相较之下,朱虎副教授的观点所包含的规制规范范围更加宽泛。朱虎副教授的另一文《规制性规范违反与过错判定》探讨了规制性规范违反与过错要件的判定问题,通过比较法的外在观察和内在理由的探寻,得出结论:规制性规范会对于过错判定发生重要影响,视规制性规范是否具有保护他人之目的而具有不同的影响。违反保护性规范可通过表见证明规则而推定行为人过错的存在,行为人可反证其就违反保护性规范或法益侵害无过错而推翻上述推定。违反非保护性规范,或者虽违反保护性规范但受害人或被侵害法益处于该规范保护范围之外的,仅能作为证明行为人过错的手段之一,即仅能作为过错之证据,从而不具有太多的规范意义。^② 本书的第四章第四节亦对此内容作出探讨,但朱虎副教授所界定的规制性规范与本书界定的管制规范内涵并非完全一致,尽管本书所持观点与朱虎副教授有差异,但朱虎副教

① 参见朱虎:《规制性规范与侵权法保护客体的界定》,《清华法学》2013年第7卷。

② 参见朱虎:《规制性规范违反与过错判定》,《中外法学》2011年第6期。