管洪彦 周玉辉◎著

侵权责任法理论与实务研究

QINQUAN ZERENFA LILUN YU SHIWU YANJIU

中国政法大学出版社

侵权责任法理论与实务研究

管洪彦　周玉辉　著

中国政法大学出版社
2020・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

侵权责任法理论与实务研究/管洪彦，周玉辉著. —北京:中国政法大学出版社,2020.4
ISBN 978-7-5620-9293-3

Ⅰ.①侵…　Ⅱ.①管…②周…　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(2019)第262861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　箱　fadapress@163.com
网　址　http://www.cuplpress.com（网络实名：中国政法大学出版社）
电　话　010-58908435(第一编辑部) 58908334(邮购部)
承　印　固安华明印业有限公司
开　本　880mm×1230mm　1/32
印　张　12
字　数　280千字
版　次　2020年4月第1版
印　次　2020年4月第1次印刷
定　价　49.00元

国家社科基金一般项目
《农村集体经济组织法人的基本构造与
制度表达研究》（17BFX109）

中国法学会部级法学研究课题
《土壤污染侵权责任研究》
（CLS（2017）D70）

山东省高校“青创科技计划”乡村振兴
法治保障创新团队（2019RWB017）
阶段性研究成果

作者简介

管洪彦，男，山东政法学院民商法学院教授、法学博士。主要研究方向为民事权利原理、农地法律制度。主持国家社科基金一般项目、中国法学会部级法学研究课题、山东省社科规划重点研究项目等10余项，参与国家社科重大项目、国家社科重点项目等省部级以上项目10余项。在《法律科学》《法学论坛》《农业经济问题》《改革》等期刊发表学术论文30余篇。

周玉辉，男，山东政法学院民商法学院讲师、法学博士。主要研究方向：侵权责任法、民事权利的多元救济。主持中国法学会部级法学研究课题、山东省法学会省级法学研究课题等多项，参加国家社科基金课题等省部级以上课题多项。在《当代法学》《法学杂志》《政法论丛》等期刊发表学术论文10余篇。

前 言

侵权责任法因其衡平行为自由维护与民事权益保护之间的紧张关系，而成为一个颇具独特魅力的民法分支。权益保障和自由保护的二元价值目标，实际上是从加害人和受害人两个角度来考察侵权责任法的价值目标。侵权责任法的历史就是以调整这两种对立的基本个人利益为轴心而展开的。这使得侵权责任法肩负两大核心任务：一是确定侵权责任的成立，即侵权责任因何而成立；二是确定侵权责任的承担，即侵权责任在侵权人与被侵权人之间以及数个侵权人之间应作何种分担。此外，风险社会理念的引入和大规模侵权的频发，使得侵权责任法与保险法、社会保险法在损失分担上形成多元竞合关系。在损失分担多元救济并举的时代，侵权责任法应采取何种立法理念、立法模式，成为我国立法机关和民法学界在民法典编纂过程中应予重点思考的重大课题。

侵权责任法作为民事权益的保护法，具有鲜明的判例法特点。我国《侵权责任法》每个具体侵权条文背后，都积累了巨量的法院裁判。由案件事实去寻找、解释侵权责任法条文，并由侵权责任法条文去认定案件事实，形成了侵权责任法适用的逻辑循环。这个逻辑循环，不仅具象和丰富了侵权责任法条文的内涵和类型，而且弥补了侵权责任法的漏洞和提升了再续立法的品质。

本书以《侵权责任法理论与实务研究》为题，选取侵权责任法保护的民事权益范围、全面的侵权责任一般条款、侵权行为的

概念界定、侵权责任的抗辩事由与诉讼时效、预防型侵权责任、侵权损害赔偿责任、精神打击法律救济、机动车交通事故责任、工伤保险补偿与人身意外伤害保险赔偿的关系等九个问题进行专题研究。本书采取解释论与立法论并立的研究基调，主要是考虑我国当前以《侵权责任法》为蓝本编纂《民法典·侵权责任编》的重大立法现实。本书对《侵权责任法》相关条文进行解释论作业的同时，明晰其立法缺陷，在借鉴国外不同立法例以及总结我国司法裁判经验的基础上，提出明确的立法完善或司法适用建议。

利用本书出版之际，我们感恩给予多年悉心培养的师长、温馨陪伴的家人感恩我们的工作单位山东政法学院民商法学院的领导和同事们，感谢学界和实务界先达给予的提点和教诲，更要感谢中国政法大学出版社给予的宝贵出版机会以及编辑老师的精心审校，消除了诸多错讹，使得作品增色颇多。

本书为合著作品，由山东政法学院民商法学院管洪彦教授和周玉辉博士共同撰写。其中，管洪彦教授完成第一章、第六章第二节与第三节、第七至九章；周玉辉博士完成第二章至第五章以及第六章第一节。尽管我们研习侵权责任法多年，但书中可能仍有错漏甚至荒谬之处，敬请本书读者不吝赐教（联系邮箱：minfayanxishe@163.com），在此我们表示诚挚感谢。

管洪彦　周玉辉

2020年2月于济南

目录 CONTENTS

▶ 第一章 侵权责任法保护的民事权益范围 / 1

本章导言 …… 1
第一节 侵权责任法保护的民事权益范围的内涵与功能 …… 2
第二节 侵权责任法保护范围的表达模式 …… 8
第三节 侵权责任法保护范围之实证研究 …… 18
第四节 我国现行立法表达模式的检讨与弥补 …… 40

▶ 第二章 全面的侵权责任一般条款 / 49

本章导言 …… 49
第一节 侵权责任一般条款的界定 …… 51
第二节 侵权责任一般条款的规范价值 …… 57
第三节 侵权责任一般条款的规范范围 …… 63
第四节 全面侵权责任一般条款的立法表达 …… 69

▶ 第三章 侵权行为的概念界定 / 72

本章导言 …… 72

第一节　侵权行为概念界定的基础 …… 73
第二节　侵权行为的基本含义 …… 87
第三节　侵权行为的内涵分析 …… 96

▶ 第四章　侵权责任的抗辩事由与诉讼时效　/　132

本章导言 …… 132
第一节　侵权责任抗辩事由 …… 132
第二节　侵权责任中的诉讼时效 …… 146

▶ 第五章　预防型侵权责任　/　159

本章导言 …… 159
第一节　预防型侵权责任概述 …… 160
第二节　预防型侵权责任与绝对权请求权的关系 …… 165
第三节　预防型侵权责任的构成与适用 …… 171

▶ 第六章　侵权损害赔偿责任　/　180

本章导言 …… 180
第一节　侵权死亡赔偿金 …… 181
第二节　精神损害赔偿 …… 209
第三节　侵权损害赔偿中的赔偿限额制度 …… 219

▶ 第七章　精神打击法律救济　/　239

本章导言 …… 239
第一节　精神打击的内涵及一般类型 …… 239
第二节　英国法中精神打击救济制度的演变 …… 243

第三节 德、法、奥对精神打击的法律救济 …… 255

▶ 第八章 机动车交通事故责任 / 266

第一节 机动车交通事故责任概述 …… 266
第二节 机动车交通事故责任的归责原则 …… 277
第三节 机动车交通事故责任的构成要件 …… 288
第四节 机动车交通事故的赔偿责任主体 …… 303
第五节 机动车交通事故责任的赔偿权利人 …… 320
第六节 机动车交通事故责任的减免规则 …… 330
第七节 机动车交通事故责任与其他损害分担制度 … 339

▶ 第九章 工伤保险补偿与人身意外伤害保险赔偿的关系 / 351

导言 …… 351
第一节 风险社会下的职业伤害补偿体系 …… 353
第二节 工伤保险补偿与相关赔偿制度之比较 …… 358
第三节 工伤保险补偿与人身意外伤害险赔偿关系模式之选择 …… 363

▶ 主要参考文献 / 368

第一章

侵权责任法保护的民事权益范围

本章导言

侵权行为对民事权益的侵害是构成任何一个具体侵权责任的共同必要要件，也是认定具体侵权责任的首要要件。对侵权责任法保护的民事权益进行研究已经成为国内外侵权法学界的热点所在。英美法系国家的侵权责任类型是以各种具体民事权益类型来界定的，侵权责任法保护的民事权益是英美侵权法中不可忽略的内容。但是，普通法缺乏关于受保护权利和利益的明确清单。[1]加之法官造法的司法传统导致司法过程中对各种民事权益的甄别和判断成为英美法系司法裁判中永恒的主题。大陆法系国家则一般由侵权责任法的一般条款对侵权责任法保护的民事权益加以明确或概括，主要有“抽象概括式”“递进列举式”两大模式。近期，欧洲地区对侵权责任法保护的民事权益的研究和实践又有了新发展。《欧洲侵权法基本原则》第 2：102 条、《奥地利损害赔偿法学者建议稿草案》第 1293 条以动态

〔1〕［德］格哈特·瓦格纳：“当代侵权法比较研究”，高圣平、熊丙万译，载《法学家》2010 年第 2 期。

系统论为理论基础，对侵权责任法保护的民事权益范围均作了明确规定。《侵权责任法》立法过程中对该问题的研究存在不足，《侵权责任法草案》（第三次审议稿）才对侵权责任法保护的民事权益范围作了明确的列举性规定。

为了弥补立法理论储备不足的遗憾，在《侵权责任法》颁布后，学界对该问题展开了新的研究高潮。立法理论储备的不足，加之研究视角的局限，共同造成了目前对侵权责任法保护的民事权益范围的研究非但没有解决问题，反而促增了更多争议和疑惑的局面。

本书以侵权责任法保护的民事权益范围的表达模式为主线展开研究，期待通过本课题对侵权责任法保护的民事权益发展的历史规律的研究，预见其发展趋势，为立法提供借鉴；通过对国外立法规定的比较研究，借鉴国外先进立法经验为我国所用。更为理想的结果是通过对现行立法规定的优点、弊端的综合分析，扬长避短，改进立法；通过灵活运用各种法律解释方法，准确阐明现行立法规定的精准含义，指导司法实践；通过对司法实践中相关疑难案例的实证研究，探究立法缺失，从司法上提出针对性弥补措施。

第一节　侵权责任法保护的民事权益范围的内涵与功能

一、侵权责任法保护的民事权益范围的内涵

侵权责任法保护的民事权益范围，其解决的是哪些权益可以获得侵权责任法的保护这个核心问题。在大陆法系民法理论中，民事责任根据其保护对象的不同，一般分为两大类，即违约责任和侵权责任。违约责任和侵权责任在保护对象、归责原

则、构成要件、举证责任、救济范围、诉讼时效等方面有所不同。但是，笔者认为二者最根本的区别在于保护对象的不同，正是因为保护对象的不同而决定了其他方面的不同。具体言之，违约责任主要保护合同债权，其保护的对象是相对性权利；侵权责任主要保护绝对性权利和利益，如人格权、身份权、物权、知识产权、占有利益等。侵权责任法保护的民事权益范围具有以下特点：

（一）侵权责任法保护的民事权益的私权性

侵权责任法虽然具有一定的强制性，但是侵权责任法在本质上属于权益救济法，属于私法的范畴，其旨在对私法中的各种权益损害提供救济。我国台湾地区的通说认为，民法侵权行为之规定，唯以私权之保护为目的，公权不包括于《民法》第184条的所谓权利之内，从而公权之侵害不构成侵权行为。“无论国家机关的公权力，还是公民或者行政相对人基于公法享有的权利，都不属于侵权之‘权’的范畴。”[1]因此，公法中的权利不能依据侵权责任法给予救济，除非宪法上的权益已经在私法上予以了具体化，例如宪法保护的公民的人身自由权、人格尊严权，而这些权利在民法中已经被具体化为各种民事权益，其当然可以获得侵权责任法的保护和救济。但是，对于那些纯粹的公法上的权益，如受教育权、劳动权等则难以直接获得侵权责任法的保护和救济。

（二）侵权责任法保护的民事权益的绝对性

民事权利根据民事主体行使对象的不同，可以分为绝对权和相对权，前者的权利主体可以针对除自己以外的所有人行使，

---

〔1〕 王成：“侵权之‘权’的认定与民事主体利益的规范途径——兼论《侵权责任法》的一般条款”，载《清华法学》2011年第2期。

后者仅仅得在特定的当事人之间行使。侵权责任法主要旨在保护绝对性的权益，如人格权、身份权、物权、知识产权、占有等。侵权法的保护应当以绝对权为核心，将作为相对权的债权排除在外。[1]这主要是因为侵权责任法不仅担负着保护民事权益的职能，还担负着保护行为自由的功能。“侵权行为法的主要任务在于如何构建法益保护与行为自由之间的矛盾关系。”[2]而上述权益作为绝对性的民事权益，都是由法律明确规定的、具有典型公示性的民事权益，其有效地避免了民事主体在行为选择前进行甄别与判断的过程，这就为在更大程度上保护民事主体的行为自由提供了可能。但是这种绝对性是原则上的，特殊情况下可以对债权这种相对权给予保护和救济。

（三）侵权责任法保护的民事权益的法定性

民事权利乃民事主体享受一定利益和法律之力的结合，其显然必须具有合法性，没有法律所明确确定的“民事权利”，不能称为民事权利。一项民事权利欲获得法律的保障，必须经过国家的认可，这是近代国家对民事权利保障的基本态度。“人类在社会生活中，为追求幸福，谋求向上发展，在确认自己人格的尊严的同时，在身份与财产关系上，以垄断地享受种种利益为必要。因此，国家——作为人类为社会共同生活的向上发展而组织起来的团体的当然归结——对个人，是必须保障这种社会利益的垄断性享受的，对此，近代国家不单是以一般的——不得侵害他人的利益享受—认定义务的方法，而且还进一步地采取了将特定的人的垄断性利益享受承认为该人的权利

〔1〕 陈鑫：“侵权法的法益保护”，载《华东政法大学学报》2010年第3期。

〔2〕［德］马克西米利安·福克斯：《侵权行为法》，齐晓琨译，法律出版社2006年版，第4页。

的态度。这就是私权。”[1]法律上的利益，并不是社会生活中利益的全部。“法律利益是利益的一种形式，是从利益体系中剥离出来的、以法定形式存在的利益，也即通常所说的合法利益或权益。法律利益的主要特征在于，它是经由国家特定机关选择和确认的，体现国家意志的，以法律权利为内容的，具有特殊强制力的一种利益。”[2]可见，作为侵权责任法保护对象的民事权益也必须为合法的民事权益，若对非法的“民事权益”进行保护，侵权责任法无疑将沦为恶法。法定性的特征有利于避免民事权利的泛化现象。“在近年来的民事诉讼中，陆续出现了诸如亲吻权、初夜权、小便权、良好心情权、祭奠权、悼念权、安宁权、同居权、容貌权、养狗权、相思权、视觉卫生权、眺望权等名词。学者们称此现象为‘权利泛化’。”[3]司法实践中有些当事人提出了所谓“亲吻权”“接受综合素质教育权”“哺乳权”“生育权”“同居权”“贞操权”“配偶权”等权利。有学者对此种现象作了非常精辟的论述：“不是没有人为这种‘权利意识空前提高’而拍手叫好的，但我觉得这里头泡沫太多，盲目的成分太大，是虚火上升。尤其令我杞人忧天的是侵权行为法因此处于一种尴尬境地：法固然是一种行为规范，但近代以来的法律制度并不是将社会成员基于日常道德意识而形成的要求直白地确定为规则，而是将社会成员的要求上升并确立为权利和义务，再以此对可能解决的纠纷做出对应的设计。因此，任何一个社会成员，当他利用法律制度时，实际上是要将自己的主张去迎合法律的定义。换言之，人的行为只有在符合法律规定的要件时，才能产生当事人预期的效果。而法律也只保护

〔1〕［日］我妻荣：《新订民法总则》，于敏译，中国法制出版社2008年版，第30页。

〔2〕周旺生：“论法律利益”，载《法律科学》2004年第2期。

〔3〕唐先锋：“试析国内‘权利泛化’现象”，载《人大研究》2004年第7期。

那些被确认的权利。”[1]笔者认为，上述论述以非常生动活泼的语言揭明了相当深刻的法理，既有对法律信仰和法律秩序的考虑，又暗含着理性的法律政策考量：如果对这些没有法律明确规定的“权益”都给予救济，必然会大大限缩民事主体行为自由的空间，妨碍民事主体行为自由的行使。可见，侵权责任法保护的民事权益具有法定性应是一般法理。

（四）侵权责任法保护的民事权益范围的包容性

相对于合同法而言，侵权责任法保护的民事权益范围具有较大的包容性，不仅包括各种具体的民事权利，而且包括为法律所容许的民事利益（或称法益）。这就为法官解释侵权责任法保护的民事权益范围留下了空间，弥补法律滞后性带来的弊端。但是，需要注意的是，侵权责任法对权利和利益给以不同的保护程度，一般来说，其对民事利益的保护程度较低，一般情况下只有以故意违反公序良俗的方式加以侵害的，方可以给予保护。这主要是由于“绝对权以外的权利及尚未达到权利密度的受到法律保护的利益，其存在方式较为隐秘，不具有公示性，因此不能期待人们对其给予绝对权同样程度的尊重，否则将导致赔偿责任漫无边际，人类合理的自由空间受到不当限制。”[2]

（五）侵权责任法保护的民事权益范围的发展性

发展性，也有学者称之为开放性。[3]即侵权责任法保护的民事权益范围不是一成不变的，随着社会经济的发展，侵权责任法保护的民事权益范围变得越来越丰富。在德国，法院就通

---

〔1〕 姚辉：“权利不能承受之轻”，载陈慧谷等编：《缘法而行——华政1985届学子学术文存》，法律出版社2005年版，第382页。

〔2〕 程啸：《侵权行为法总论》，中国人民大学出版社2007年版，第176页。

〔3〕 王利明：“论我国《侵权责任法》保护范围的特色”，载《中国人民大学学报》2010年第4期。