

# 我国《侵权责任法》的几个问题\*

梁慧星

(中国社会科学院法学研究所,北京 100275)

【摘要】我国《侵权责任法》的通过是国际环境和我国特殊国情的要求和反应;我国《侵权责任法》第2条属于侵权责任的一般条款,对民事权益做出的规定不同于两大法系国家侵权法的规定;侵权请求权和物权请求权是否构成竞合,不能够一概而论;过错侵权责任和严格责任的免责事由也未必完全相同,严格责任的免责事由也不一定相同;我国《侵权责任法》第85条、第86条和第87条规定的侵权责任制度是中国侵权法对传统侵权法极大的创造性发展,具有重要的现实意义。

【关键词】一般条款;民事权益;请求权竞合;建设施工单位责任;连带责任

【中图分类号】D923 【文献标识码】A 【文章编号】1000-5072(2010)03-0002-14

## 一、《侵权责任法》的立法背景

对于《侵权责任法》的通过,我们很多同志都是没有精神准备的,很多人都以为是在2010年3月全国人大的会议上才提交审议《侵权责任法》。在全国人大常委会第十二次会议上,有少数常委建议本法应当由全国人大审议,绝大多数的常委赞成本法由全国人大常委会审议。同样,在全国人大法律委员会会议上,也有少数的委员提出,《侵权责任法》是民法典的一个重要部分,属于基本法律,应当按照宪法的规定由全国人大审议,而不应该在全国人大常委会上通过。对此,全国人大法律委员会的主任胡康生同志作了以下的解释:宪法规定了基本法律由全国人大制定,但什么是基本法律、什么不是基本法律,并没有一个明确的界线;侵权责任的内容属于《民法通则》第六章其中的一个内容,日后我们将《民法通则》改造成民法典的总则作为民法典的重要部分,那么,总则当中的某个

内容也就不能说是非要作为基本法律由全国人大审议通过。

在我看来,一部法律最重要的是其内容,只要法律的内容符合老百姓的利益,那么法律是由全国人大大会还是全国人大常委会审议通过也就不太重要了。其实,《侵权责任法》之所以由全国人大常委会审议通过,根本的原因在于政治上的考虑,而不在于法律理论上。中共在十五大的报告中提出到2010年形成有中国特色社会主义法律体系,如果《侵权责任法》是在2010年3月由全国人大大会审议,则意味着《涉外民事关系法律适用法》将要等到2011年3月才能提交全国人大审议。基于政治上的考虑,全国人大常委会就在全国人大召开前审议通过了《侵权责任法》。

要学习和评析刚刚通过的《侵权责任法》,我们首先就要考虑这部法律是在什么样的历史条件、什么样的背景下颁布的。

### (一) 国际环境下的侵权法改革

首先要了解国际环境的变化,尤其是要了

【收稿日期】2010-04-08

【作者简介】梁慧星(1944—),男,四川青神县人,中国社会科学院法学研究所研究员,博士生导师,全国人大法律委员会委员,中国社会科学院学部委员,主要从事民法研究。

\* 本文为梁慧星教授2010年1月3日在中山大学法学院讲座的整理稿,由中山大学法学院郭钟泳同学和刘敏同学整理之后,梁慧星教授亲自审阅修改定稿。

解二战后人类面临什么问题、各国在法律制度方面有什么改革动作。第二次世界大战结束后,参战国的经济开始恢复,现代化的市场经济急速发展,各种各样的灾害、损害和危险也随之不断涌现。机动车的大量生产和运用,导致社会上发生的交通事故越来越多;人们的物质生活极大丰富,由产品导致的损害不断增加;上个世纪60年代在日本爆发大规模的公害病,更是震惊了世界。我们从来都没有想象到人类会面临如此大的灾难、如此大的损害和危险。

正是在这样的历史背景下,从上个世纪六十年代开始,世界主要国家都在进行侵权法的改革。在美国,美国法学会于1965年在《侵权法第二次重述》第402A一节中确立了严格责任原则在产品责任法中的适用;1997年通过的《侵权法第三次重述》又进一步将产品缺陷分成三类,并对三种分类适用各自的归责原则。欧共体深受美国的影响,于1985年通过了《欧洲共同体理事会关于使成员国缺陷产品责任方面的法律、法令和行政法规相互接近的指令》,要求在1990年之前各成员国对其国内侵权法的产品责任实行严格责任。此后,欧共体的成员国英国、德国、荷兰、丹麦、挪威等相继颁布了以严格责任为原则的单行产品责任法。在新西兰,新西兰议会于1972年通过了《意外事故赔偿法》,确立了“新西兰事故赔偿计划”,在新西兰领域内的任何人,无论因交通事故、医疗事故、缺陷产品致损或其他意外事故遭受损害,都可以从国家设立的意外事故补偿委员会中获得补偿。这部法律和赔偿计划的出台在侵权法学界引起了轰动,不少学者惊呼侵权责任被社会保障所取代,侵权法已死亡。不少国家的学者对新西兰的事故赔偿计划非常感兴趣,想学习新西兰的做法。在日本,著名的民法学者加藤雅信教授在80年代提出了关于侵权行为法和社会保障制度改革的新构想,加藤雅信教授借鉴新西兰的立法,并考虑到日本侵权行为法制和各种社会保险制度的现状,认为人类社会要解决各种原因发生的损害赔偿问题,应当建立一种统一的综合救济制度。加藤雅信教授的构想在日本产生了很大的反响,不少政府机构邀请加藤雅信教授前去做报告、介绍综合救济制

度的构造。在英国,1973年专门设立了由皮尔逊勋爵主持的皇家委员会,负责审查英国的侵权行为法制并提出改革建议。委员会经过调查研究后,提出报告建议采纳新西兰事故赔偿计划的经验,后因欧共体颁布了有关产品责任实行严格责任的指令,才使得英国没有推行新西兰的事故赔偿计划。

欧美国家的侵权法改革又影响到我国。1986年我国通过了《民法通则》,当时我国处在改革开放的初期,物质产品还比较匮乏,所以《民法通则》没有过多地考虑缺陷产品致害的损害赔偿。《民法通则》在侵权法方面的最大亮点、最大贡献是规定了侵害人身的侵权损害赔偿,第120条规定了公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的,可以要求赔偿损失。80年代后期以来,改革开放的推进使物质产品得到极大的丰富,随之出现了假冒伪劣产品,缺陷产品致损的事故也频频发生,1993年我国颁布了《产品质量法》,该法参考了美国产品责任法律的严格责任制度和欧共体的产品责任指令(85/374号)指令,在第四章“损害赔偿”中规定了缺陷产品致损的严格责任。

在这样的侵权法改革背景下,欧共体在实行了产品责任的严格化后,于1989年提出了制定欧盟民法典的设想,其中一课题组负责起草欧洲侵权责任法。2006年,课题组公布了欧洲侵权行为法草案,该草案作为欧盟民法典草案的第六编并没有使用“侵权行为法”的名称,而是使用了“侵害他人产生的非合同责任”这一名称。不管使用什么名称,在欧盟民法典上,侵权法这一部分是非常重要的。一编。

这就是我们法律改革所处的大环境——战后以来经济振兴,现代化市场经济不断推进发展,大量的、前所未有的损害和危险不断涌现和增加。我国也不例外,随着经济社会的发展,我国的环境公害日益严重,矿难事故频发、飙车和醉驾引发的交通事故不断发生,一次事故死伤很多人。面临这样的大环境,世界主要国家和欧共体纷纷进行侵权法方面的改革,我国也加入了这一改革浪潮。

## (二) 我国的特殊国情

我国侵权法制方面的改革,当然是处在这

样一个国际大环境下进行的 除此之外 我国还有自己的特殊情况 那就是由计划经济向市场经济改革和转轨。在计划经济条件下 人们对“侵权行为”这个概念是闻所未闻的。翻查文革以前的资料 我们就会发现 改革开放以前人民法院民事审判庭审理的案件大概就是两类 其一是婚姻继承纠纷的案件 其二是人身伤害赔偿的案件。当时的人身伤害赔偿没有机动车交通事故责任、产品责任 也没有现在侵权法上的侵权类型的分类 而主要是一些打架、斗殴的案件 造成的损害不大 赔偿额也较小。到了80年代中后期 我国开始从计划经济向市场经济转轨 不同形式的侵权行为开始增加。对此 1986年《民法通则》对侵权行为进行了规定：第120条规定了侵犯人身权的损害赔偿、第106条第一款和第二款分别规定了过错责任和无过错责任、第132条规定了当事人在无过错情况下分担民事责任。此后 我国侵权法制的创建和侵权法方面的改革 也都是在向市场经济转轨、市场经济发展这个环境下进行的。

### (三) 侵权法制改革的必要性

侵权法制的改革和发展 与人类的经济社会生活是密不可分的 它体现了人类对抗和回应经济社会生活中出现的各种损害和危险。

我们过去学习民法都知道 《法国民法典》和《德国民法典》上有关侵权行为法的条文规定并不多。《法国民法典》关于侵权行为的规定只有1382条至1386条简单的五个条文 《德国民法典》关于侵权行为的规定也只有第823条至853条三十一个条文；我国台湾地区的民法典也是如此。但现在我国制定的《侵权责任法》除了第92条有关法律施行的规定外 实质性的规定有91条 与《法国民法典》相比在条文数目上翻了不知多少倍 法律内容也极大地丰富了。2008年在海南举行的中日民商法研究会上 日本的教授就提到了我国的侵权责任法有没有必要制定这么多条文的问题。当时 日本早稻田大学的近江幸治教授马上回应 认为侵权责任法规定这么多的条文是确有必要的。近江幸治教授说到 目前在法官审理的各类案件中 侵权案件所占的比例非常大 在这些侵权案件中 约有一半是交通事故侵权的案件 所以

为了对应这些损害和危险 确有必要规定多一些的条文。

我们都知道 如果要以简单的法律条文来应付社会生活中出现的各种各样新型的损害和危险 则需要依靠法官的解释和推理 需要依靠法官在司法实践中创设规则。《法国民法典》和《德国民法典》关于侵权行为的条文如此之少 却没有影响到法国和德国对各类新型侵权案件的解决 是因为这两个国家有关侵权责任方面的法律规则除了法典上的条文以外 还有大量的规则是由法官在裁判中创设的 如我们经常提到的交通安全义务、纯经济损失等规则 其实都是由法官创设的。我也经常在想 世界各个国家在制定了民法典以后都有一定的保守性 舍不得对民法典动手术、不愿意修改法律 在这种情况下 唯有依靠法官的解释推理、在裁判中创设规则以及学者的学理解释来应付各种新问题 但我认为这种做法长此以往并不是办法 随着新问题越来越多 最后终究是要对法律进行修改和完善。

比如说德国 1900年的《德国民法典》实行100多年以来 其债编虽有不少修改和补充 但总体而言其基本制度变化不大。但随着社会经济生活的发展 特别是欧盟一体化的影响 要求改革债法的呼声越来越大。1978年联邦德国司法部成立了德国债法改革委员会 负责调查研究、提出债法改革的方案。到了2001年 德国联邦议会通过了《债法现代化法》 以适应欧盟建立统一大市场的需要 这部法律在买卖合同、承揽合同、时效制度和给付障碍制度方面进行了重大修改。在侵权责任方面 虽然德国官方没有什么改革的动作 但不少学者已经提出了侵权法的修改方案 如德国民法上的使用人责任 早在上世纪80年代对此提出了修改建议。

总之 我们要理解和评析《侵权责任法》这部法律 就必须把它放在人类社会当前的环境中认识它。现代化市场经济急速发展 各种损害和危险不断增加 这就是我们所面临的国际大环境。当然 我们国家也有自己的特殊国情 我国当前处于向现代化市场经济转轨的时期 我国国民普遍对法律的尊重不够 我国的法官人数众多素质参差不齐 若要求我国的法官也

像法国和德国的法官一样运用推理和解释方法来弥补法律的缺陷,恐怕是做不到的。

## 二、如何理解侵权责任法规定的一般条款和侵权责任法保护的权益问题

### (一) 一般条款的历史发展

对于侵权法的一般条款,我们过去并没有讨论。在出现了多个侵权责任法专家建议草案之后,我们才关注侵权法的一般条款。如所周知,我国民法学界关于侵权责任法的制定,有两种模式。第一种模式,是“一般条款+特别列举”的模式,设立一项一般条款作为侵权责任请求权基础,然后列举规定社会生活中最主要、最常见的侵权行为类型,中国社科院课题组张新宝教授起草的中国民法典侵权行为编草案即是该立法模式的代表。第二种模式是所谓的“大侵权法”模式,中国人民大学的王利明教授提出该模式,主张尽可能地涵盖社会生活中的一切损害类型,后经杨立新教授发展为“一般条款+类型化”的模式,主张将社会生活中一切侵权行为和准侵权行为类型一并加以规定,杨立新教授起草的《侵权法草案建议稿》规定了66种侵权行为类型,就是该立法模式的代表。

那什么是侵权法的一般条款呢?在学者们的论述中,所谓侵权法的一般条款,就是侵权责任的基础性规定。欧盟民法典侵权行为法编草案的第一条就使用了“基础规定”这一标题,将侵权责任的主要要素加以概括。侵权责任有哪些主要的要素呢?第一个要素是侵害的对象,反过来又称为保护对象、保护客体;第二个要素是归责事由,也称为责任原则,即规定什么情况下以过错为要件、什么情况下不以过错为要件;第三个要素是责任的形式。侵权法的一般条款理应包含上述的三个要素。以《日本民法典》第709条为例,该条文规定“因故意或过失侵害他人权利时,承担因此而产生的损害赔偿赔偿责任”。此处,“因故意或过失”是归责事由,“他人的权利”是保护对象,“损害赔偿赔偿责任”是责任形式。可见,《日本民法典》第709条包含了侵权责任的三个要素,当属侵权法的一般条款。

在2009年12月29日中国人民大学召开

的《侵权责任法》通过研讨会上,王利明教授提出《侵权责任法》的一般条款是第六条,杨立新教授则认为,《侵权责任法》的一般条款是第二条加第六条。我的意见是,《侵权责任法》的一般条款应属第二条。其一,《侵权责任法》的第二条与欧盟民法典侵权行为编的第一条基础规定比较接近。其二,作为侵权法的一般条款必须是比较简明的,而且包含前述所讲的三个要素,《侵权责任法》的第二条符合这些要求。

须说明的是,《侵权责任法》的第二条是在第二次审议稿第二条的基础上加以修改而成的。原来第二次审议稿第二条规定的是“侵害民事权益,应当承担侵权责任”。这个条款受到了大多数民法学者的批评,我当时也反对这个条款。首先,该条款没有规定任何归责原则要件,容易与历史上的结果责任混淆。此外,“民事权益”一词的含义过于宽泛,包括了绝对权和相对权,而侵权法的保护对象应以绝对权为限,不包括相对权。因此,多数学者主张删去第二条,全国人大常委会法工委副主任王胜明认为可以保留该条款并加以完善。后来,第三审议稿第二条保留了第二审议稿第二条的规定并作了完善,除增加了“应当依照本法承担侵权责任”的限制性条件外,还增加了第二款,以列举方式规定了“民事权益”的定义,使侵权法的保护客体限定在绝对权的范围之内。

### (二) 侵权责任法第二条是一般条款

对照侵权法一般条款应包含的三个要素,可以认为,《侵权责任法》的第二条均包含了这三个要素。首先,第一款规定了侵权法保护对象为“民事权益”,第二款以列举方式规定了“民事权益”的定义,使侵权法的保护对象以绝对权为限,符合我国民法理论的传统。第二,“依照本法”四个字至关重要。“依照本法”不仅指明了责任原则的规定,即依照本法第六条、第七条关于归责事由的规定承担侵权责任,“依照本法”还指明了责任形式的规定,即依照本法规定的承担责任形式承担侵权责任。前述介绍的《日本民法典》第709条规定的责任形式是赔偿责任,我国台湾地区的民法也是如此。这是因为,在传统的侵权法上,承担侵权责任就是损害赔偿,侵权责任就等于损害赔偿,所以,

包括德国、日本、我国台湾在内的多个国家和地区的民法在侵权责任的有关规定中都只讲到了赔偿责任。与之相对,我国的《侵权责任法》极大地发展了侵权责任的形式,尽管大多数的条文仍然规定了赔偿责任,但我们还规定了赔偿责任以外的其他责任形式,比如赔礼道歉、消除影响、恢复名誉等,其中,第21条专门规定了停止侵害、排除妨碍、消除危险三种请求权。这三种请求权,在我们的教科书上都被认为是典型的物权请求权,除了欧盟民法典侵权行为编有这样的规定外,大多数国家的侵权法上都没有规定这三种请求权。而且,“依照本法”这四个字还指明了本法规定的诸如死亡赔偿金、残疾赔偿金、误工收入等具体的赔偿项目,以及损害的确定方法。

《侵权责任法》第二条告诉我们,侵权法的保护对象是“民事权益”,并用“依照本法”四个字对侵权责任的责任原则、责任形式作了指引性的提示,所以我认为,《侵权责任法》第二条是一个典型的侵权法一般条款。

### (三) 侵权责任法第二条保护的权益范围

值得注意的是,第二条一般条款中使用了“民事权益”一词。不同于法国、德国、日本和我国台湾地区侵权法上“侵害权利”要件的规定,我国《侵权责任法》保护的客体不限于“民事权利”,还包括民法权利以外的“合法利益”。这是一个有中国特色的规定,也有着非常重要的意义。根据法国法和德国法的规定,只有侵害他人的权利才构成侵权,因此法官需要审查被告所侵害的客体是否为权利。什么是权利、什么不是权利呢?只有法律上明确类型化的利益才叫权利,法律上没有规定的就不称为权利。所以,若严格按照这些国家的侵权法规定,如果被告所侵害的客体不属于法律规定的权利,即便被告的行为造成了原告损害、被告有过错、被告的行为与原告的损害之间存在因果关系,法官也会判决驳回原告的诉讼请求、判决被告不承担民事责任。问题在于,即便加害人的行为不构成侵犯权利,但也是侵犯了他人的合法权益,若法律不保护受害人的这些合法权益,若法官判决加害人不承担任何的责任,不就等于是放纵和鼓励加害人的加害行为吗?所以,法国、

德国等国家和地区也慢慢作出改变,对侵权法的保护对象作了一个弹性的解释,法律条文上规定的仍然是“侵害权利”,但在裁判实务和民法理论上通过解释将不构成权利的合法利益也包括在侵权法的保护对象范围内,侵犯了权利构成侵权责任,侵犯了不构成权利的合法利益同样构成侵权责任。日本和台湾地区的民法理论就把侵权分成权利侵害和法益侵害两类。

那为什么我国的《侵权责任法》将保护客体直接规定为“民事权益”呢?这是对《民法通则》颁布以来的立法实践和民法理论的总结。《民法通则》第106条关于过错侵权责任的规定并没有规定“侵害权利”的要件,而是规定“侵害他人财产、人身的”。也就是说,侵害他人财产权的构成侵权,侵害他人财产利益的也构成侵权;同样,侵害他人人身权或者不属于人身权的人身利益,也构成侵权。由于《民法通则》第106条对保护对象的规定是弹性的,所以,理论界和实务界在研究和运用当中也保持了这样的灵活性,侵害他人财产权或人身权的构成侵权,侵害他人财产利益或人身利益的同样构成侵权。这样的例子很多。例如,最高人民法院关于死者名誉保护的司法解释就明确了侵害死者名誉的救济,死者名誉不就是一项合法利益吗?1993年最高人民法院关于名誉权的司法解释中规定,披露他人隐私的构成侵害名誉权的侵权责任,当时《民法通则》并没有规定隐私权,但隐私也是一种受保护的利益。德国、日本和我国台湾地区都有不少学者研究“纯经济损失”是否受法律保护的问题。台湾的王泽鉴先生在阐述纯经济损失时还举了这样一个例子:一个建筑公司的施工队在施工时不慎挖断了地下电缆,地下电缆是供电公司的财产,供电公司当然可以追究建筑公司的侵权责任;但是,施工队挖断电缆导致一片社区停电,社区内的工厂和居民都因停电遭受不同程度的损失,这些工厂和居民是否也可以向建筑公司主张赔偿呢?王泽鉴先生的研究认为,如果严格解释侵权法的保护对象、将侵权法的保护对象限于民事权利,那么,遭受停电的工厂和居民就不能主张损害赔偿,因为他们遭受的损失不是权利,而是纯粹的经济利益,是合同法上的可得利益。若在

中国大陆,如前所述,由于《民法通则》第106条规定的侵权法保护对象包括权利和利益,所以,不仅供电公司可以主张赔偿,遭受停电的工厂和居民也可以以财产利益遭受损失为由向建筑公司主张赔偿。这就能解释为什么德国和台湾的学者对纯经济损失这个问题讨论非常热烈,而在我国大陆则很少有学者讨论,是因为我国侵权法的保护对象早就已经包含了不构成权利的合法权益。再比如,几年前一些地方法院裁定网络虚拟财产受法律保护,有些学者就建议制定《虚拟财产法》,把当事人对网络游戏虚拟财产的享有规定为权利。其他国家并没有这样的规定,但是,虚拟财产受不受法律保护呢?我认为,它是受法律保护的,此时有两种保护方式。第一种是通过追究违约责任的方式来保护。追究谁的违约责任呢?应该是追究网络经营者的违约责任,因为游戏玩家和网络经营者之间有一个合同,网络经营者导致了游戏玩家的虚拟财产损失,根据合同法上的第60条第2款的规定,根据诚实信用原则网络经营者有保护的义务,网络经营者违反了该义务就构成了违约责任。第二种保护方式是侵权责任。如果你能够查到谁把你的网络虚拟财抢走了、偷走了,你可以告那个用户,此时法院保护的依据是侵权责任法。90年代后期以来,一些法院裁定虚拟财产受法律保护,但是虚拟财产是什么权利呢?这个问题不仅我们国家没有规定它是权利,其他国家也没有规定它是权利。那它是怎么保护的呢?不就是作为一种合法权益来进行保护的,通过合法权益来保护,在这方面有很多判例,而且还有很多当事人都提出了这样的主张,但是没有得到法院的认可。

《侵权责任法》第二条规定的是“民事权益”,民事权益当然也就包括民事权利和民事利益,即合法的利益。但是第二条第二款的列举当中,前面只列举了民事权利,后面用了“等人身财产权益”这个表达并不是很令人满意。在法律委员会的会议上我就提出,第二款在列举了前面的权利之后应该加上“以及其他合法权益”。我的这个建议得到一些委员的支持,但是法工委副主任王胜明同志不同意。王胜明同志发表很多意见,认为财产权、人身权等等都是利

益。虽然这个表达不是那么令人满意,但毕竟它最后说了“人身权益”,当然就包括了权利和利益,这个表达上的小小缺点就不成其为问题。

分析至此,我们就可以看到,《侵权责任法》的立法模式更加接近于社科院采用的“一般条款+特别列举”的模式,本法仅规定了11种主要的、常见的侵权类型。

### 三、如何理解侵权请求权和物权请求权的竞合问题

侵权请求权和物权请求权当然会发生竞合。下面我们对《物权法》第三章中规定的物权请求权逐项分析。首先是第33条规定的确认请求权,其当然不会与侵权请求权发生竞合。接着是第34条规定的返还请求权,其可以与侵权请求权发生竞合。然后是第35条规定的排除妨碍、消除危险请求权,其是否会与侵权请求权发生竞合呢?这里需要区分两种情况进行分析:其一是当侵权行为危及他人的财产,则会发生物权请求权和侵权请求权的竞合,受害人既可以依据物权法请求排除妨碍、消除危险,也可以依据侵权法请求排除妨碍、消除危险;其二是当侵权行为危及他人的人身,则不会发生物权请求权和侵权请求权的竞合,此时只能依据侵权法主张保护。

须说明的是,当初起草《物权法》草案时第三章使用的章名是“物权请求权”,当时有学者提出,第三章当中的部分条文如第36条、第37条并不属于物权请求权的内容,故建议删除这两个条文。后来立法机关将第三章的章名改为“物权的保护”,使第36条、第37条得以保留。第36条规定的修理、重作、更换、恢复原状请求权和第37条规定的损害赔偿请求权,显然不是物权请求权,也不属于侵权责任的内容,因为其没有规定侵权责任的构成要件。在我看来,这两个条文是指示性的规定,旨在提醒权利人在物权遭受侵害时,除了依据物权法主张保护外还可以依据侵权法主张保护,权利人依据侵权法主张保护的,此时则适用《侵权责任法》。

《侵权责任法》第21条专门规定了停止侵害、排除妨碍、消除危险这三种责任形式,可谓

是意义重大。除了欧盟民法典侵权行为编有类似的规定外,其他国家和地区的侵权法都没有作此规定,而只是在学术讨论上提出一些建议。这个条文的重大意义,在于帮助我们更好地理解侵权法的功能。在过去,我们对侵权法功能的传统理解是,认为侵权法就是一部损害救济法,强调侵权法事后救济、填补损害的功能,而很少提及侵权法还有预防损害、防止损害扩大的功能。现在,《侵权责任法》第21条的规定体现出我们对侵权法功能的认识和观念发生了改变,侵权法不仅有填补损害、事后补偿的功能,当侵权行为刚刚发生、正在进行尚未发生最后的严重损害后果时,权利人还可以请求加害人停止侵害,这就是侵权法预防功能的体现。

值得一提的是,《侵权责任法》第21条的规定也给民事诉讼法提出了新问题。当权利人依据侵权法请求加害人停止侵害时,在民事诉讼上应当适用什么程序?是普通程序还是简易程序呢?我国现行的民事诉讼法并没有处理这类请求的特别程序。那么,第21条的规定就给《民事诉讼法》的修改提出了要求,《民事诉讼法》作为程序法应当适应实体法的发展,应及时创设新的程序配合实体法上出现的新的请求权。实际上,《侵权责任法》第21条所设的请求停止侵害就是英美法上所谓的申请禁制令,在侵权行为刚刚开始还未导致严重损害后果时,权利人可申请法院颁发禁令,禁止侵权行为人继续实施加害行为,法院在进行书面审查后马上作出是否颁发禁令的裁定。如果按照我国现行民事诉讼的审判程序处理这类请求,则耗时过长,等到法院作出裁决时往往侵权行为已经结束、损害结果已经形成。所以说,《侵权责任法》的出台为《民事诉讼法》的修改提供了一个契机,全国人大法工委下一个阶段的任务之一,就是要对《民事诉讼法》作实质性的修改。

#### 四、如何理解侵权责任法 第17条规定的同命同价问题

《侵权责任法》第17条争议比较大,它当初的表述是“因同一交通事故及矿难等侵权行为造成死亡人数较多的,可以以相同数额确定死

亡赔偿金”,因此社会媒体就把这一条称为“同命同价”,但其实这和我们平时说的“同命同价”还不一样。我们平时说的“同命同价”是指,人的生命是等价的,不管你在哪里死赔偿金都应该是一样的;但是根据上述规定显然是做不到的。在2008年8月20日审议的草案中就可以做得到,在那个草案中,法工委发明了一个条文,即死亡赔偿金按照上一年度城镇职工的平均工资乘以15年来确定。法工委发明的这个条文一经公布,学者们一致叫好,认为这才是真正的“同命同价”,不管在哪里死亡,死亡赔偿金都是将上一年度的城镇职工的平均工资来成乘以15来计算,不分死者是企业家、大学教授还是农民工,不管死者是居住在东部、西部还是中部,是发达地区还是落后地区,死亡赔偿金都一样。当然这个条文在第三次审议稿中就被删掉了。在法律委员会讨论的时候,我提出为什么要删掉这个条文,法工委副主任王胜明对我说王利明教授也认为不应该删掉该条文。会上还有一个委员提出,我国作为一个社会主义国家,人们在生的时候做不到同命同价,难道连死亡的时候也做不到吗?委员们为这个条款争论了很久,最高院的代表在法工委的会上也反对,认为这个条文只是理想主义的条文,发生在我国西部省份的损害如果也按照全国城镇职工的平均工资来赔,会造成赔偿过高的白公平结果等。

现在我们回过头来解读《侵权责任法》现在规定的第17条,原来的草案规定“因交通事故、矿山事故等侵权行为造成死亡人数较多的,可以不考虑年龄、收入状况等因素,以同一数额确定死亡赔偿金”,它实际上讲的是我们现行的做法,现在地方政府处理矿难等采取的是这个办法,这个办法在社会上也受到了广泛的认可,因此想把它在法律上规定下来,这个条文在三次审议中都通过了。到第四次审议的时候,也就是12月的这次常委会上,一个副委员长建议删掉本条,他说这个条文有问题,问题就是即使法律不规定,我们政府这样做也丝毫不受影响,可见这个规定没有意义;第二,条文规定“可以”以相同的数额,但为什么不说“应该”呢?“可以”一词意味着可以不以相同的数额赔偿,

那什么时候以相同的数额、什么时候不以相同的数额,又没有了一个标准,这会导致歧义。结果法工委研究了以后,就把它勾掉了,勾掉的理由就是刚才两条,第一,没有意义;第二,引起歧义。结果在法律委员会提出这两点理由之后,首先王利明教授提出意见,他说这一条不应该删掉,社会普遍认可这一条是本法最大的亮点,不能删掉它。人大副秘书长李连宁委员说,这个条文已经得到了社会的认同,现在删掉它影响不好。还有很多委员都认为不应该删,我当时也提了一个不应该删的理由,我认为,保留这个条文还有一个意义——现在政府处理矿难等恶性事件采取统一标准,当然原因之一是为了操作上的方便。虽然这种做法已经得到整个社会的认可,但是毕竟在法律上没有根据。一个矿难几十个人死了,你按照同一个标准赔偿,和法律规定是不一致的。现在老百姓都认可,将来随着社会的发展和人们权利意识的高涨,难免会受到质疑。法律规定是要按照每个人的工资收入、年龄等进行计算,那为什么政府要实行统一标准呢。将来受到这样的质疑怎么办呢?所以现在需要我们从法律规定上肯定政府的这个做法,并且使它合法化。同时我们可以看到近些年来法院在处理此类事件的时候,也采取了同样的做法,也需要我们使它合法化。对此,有委员就说,发生矿难、航空事故等重大损害,要逐一地按照每一个人来加以计算的话,必然旷日持久,很难操作。有了这个条文就非常好。这个委员还特别举到了我们曾经在韩国发生的一起航空事故,因为飞机上有很多韩国人,要一一计算,所以总是达不成协议。而规定了这一条就有利于处理矿难、航空事故等重大事故,最后法律委员会一致意见认为要保留本条。法工委主任胡康生同志觉得“矿难”这个词太显眼,于是在第四次审议时就把“矿难”一词删掉了,就剩下“同一交通事故”,胡康生同志说其实本条针对的并非交通事故,交通事故并不是最典型的,于是干脆把它也删掉吧。因此就改成现在“因同一侵权行为造成多人死亡的,可以以相同数额确定死亡赔偿金”。这就是这个条文在审议当中的一些争论,以及最后保留它的意义,那就是在同一事故同一个侵权行为导致死亡的

情况下,我们在这个有限的范围内可以说实现了同命同价,而非在一般的意义上实现同命同价。

## 五、如何理解过错责任和严格责任的免责问题

在大陆法系上,我们习惯使用的概念是过错责任、无过错责任,在过错责任当中还有过错推定的概念,但大陆法系中没有严格责任这个概念。大陆法系的这套概念是以是否以当事人过错为构成要件来进行区分的,以过错为要件的为过错责任,不以当事人过错为要件则为无过错责任。严格责任这个概念是来自于英美法的,在英美法中,严格责任是从责任对责任人而言是严一点还是宽一点的角度来说的,所以说它叫严格责任。为适应二战后经济发展以及回应由此引起的大规模生产销售所导致的损害,美国法学会公布了《第二次侵权法重述》。原来的美国侵权法上是没有严格责任这个制度的,它只有过错责任这个制度,即有过错承担责任,没有过错则不承担责任。但《第二次侵权法重述》专门规定了一个条文——402A条。第一次重述只有402条,在第二次重述中新增加了402A这一条,这个条文说,如果你销售的产品有缺陷,结果导致了损害,则由你承担责任。这样就吧过错给丢掉了,所以说这个条文就规定了严格产品责任。相较于原来的过错责任,它当然就严格得多,所以就把它叫做严格责任。它是从宽严这个角度来讲的,这样严格责任这个概念就出现了。

我们介绍美国法时,也就引入了严格责任。我们前面提到了1993年的《产品责任法》,这部法律的第41条规定,生产的产品有缺陷,导致他人的人身、财产发生损害的,生产者承担责任。我们就解释说这就是严格责任。这个时候就有人说,严格责任就是无过错责任,不以过错为要件;但是又有人说,严格责任和无过错责任不同。这就导致了分歧。那么,这个严格责任和无过错责任是不是一回事?我们就要看前面提到的欧共体的产品责任指令——欧共体的85/374号指令。这个指令要求欧共体的成员国都要把产品责任规定为无过错责任,它这个

指令用的是无过错责任,而非严格责任,所以从这点可以看出,在法国、德国以及其他欧共体国家,它们现在的产品责任法都规定的是无过错责任,在这里我们可以说无过错责任和严格责任是一回事。

但是这就发生一个问题,在无过错责任当中,有的情况下有免责事由,有的情况下没有免责事由。也就是说,从严格程度来看,它有差别,但是我们从法律体系、概念体系来说,我们从要不要以过错为构成要件来说,我们非常清楚,就叫做无过错责任,而再仔细分析它的严格程度来说,有免责事由的,严格程度就要低一些,没有免责事由的,它的严格程度就要严一些。那个免责事由,故意免责的就要严一些,重大过失免责的就要轻一些。还有我们的《产品质量法》第41条第二款直接规定了三项法定的免责事由。所以说,我们从不同的角度来研究它,无过错责任的内部以及适用无过错责任的侵权类型上,有的时候可以看出来,它的严格程度有差别,《侵权责任法》也是有这种差别。

不可抗力作为免责事由,在我国民法通则中就已经规定了,而且在各个国家都是如此,不可抗力是违约责任、侵权责任的免责事由。但是话说回来,并不是具有不可抗力的情况下都免责,什么情况下不可抗力不能免责呢?这就需要法律的特别规定。也就是说,不可抗力免责它本身是法律的一个特别规定,而不可抗力在什么情形下不能作为免责事由,这又需要法律再进行特别规定。

我国侵权责任法第29条规定不可抗力作为免责事由的同时也规定了“法律另有规定的除外”,这一条是一个概括规定。但是后来为什么又在高度危险责任这一章的具体条文中规定它呢?为什么又把它规定为某一类具体侵权行为的免除或者减轻责任事由呢?这也是立法上考虑到这些高度危险责任的情形,它最容易发生这样的问题,所以法律上进行了特别规定,这不是一定导致重复等这些问题呢?这就考虑到我们的立法不可能严格按照法律的逻辑,学者总是想我们的法律的逻辑非常严密,要严密到什么程度呢——要像德国民法典一样严密。但是那样高度严密的法典,老百姓看的时候,法官律师在理解和操作的时候都会有些困难。所

以在最容易发生不可抗力免责的情况下,即高度危险的情况下,我们就把这个不可抗力免责或者减轻责任直接规定出来,这也是为了方便老百姓、法官以及律师理解法律和运用法律。本法的逻辑不是非常严密,原来很多章的第一条都有一句“法律另有规定不承担责任的,依照其规定”,比如产品责任这一章的第41条,环境污染责任的第65条,高度危险责任的第69条以前都有这一句规定,后来在审议时都说这句太重复了,没什么必要,就都删掉了。这就是在逻辑上的适当考虑,过分重复的都会进行修正,学者们也强调和注重逻辑,但立法还是不是非常的严密,这就是立法和学术之间的差别。立法机关在制定法律的时候,我们的法律可以看到已经比较进步了,现在已经比较注重逻辑性和概念的准确性这些问题了,但是毕竟离我们法学教授的标准还很远。比如说本法使用的是“侵权人”和“被侵权人”的概念,张民安教授就反对,他说德国的法律都叫做“加害人”和“受害人”,为什么我们要叫做“侵权人”和“被侵权人”,当被侵权人死亡的时候,其亲属就不是被侵权人,这就要再加一个条款“导致死亡的时候,近亲属可以提起请求”,这就多此一举,你都要叫做“加害人”和“受害人”多好呢。我在法律委员会的会上也提到这一点,我说有的学者提出来,还是应该按照我们传统的称呼“加害人”和“受害人”。法律委员会主任胡康生说了一句“法工委主任不同意”,王胜明坐在我旁边,王胜明说是主任不同意,这个“侵权人”和“被侵权人”是主任发明的。王胜明是副主任,他的意思是说不是我这个副主任发明的,这就看到,某一个人,因为他是法工委的主任,他非要来一个“侵权人”和“被侵权人”,法律委员会研究研究也就迁就他了,为什么呢,因为没有有什么太大的危害,也就算了。这就是立法和学术的差别。

## 六、如何理解侵权责任法 第86条规定的连带责任问题

本法有些地方有极大的创造,本法对适应中国社会的国情来说,对适应现代社会的发展来说,都是有创造性的,比如将医疗损害专设一

章,把医疗事故处理条例废除,这个有非常重大的意义。还有从制度上来说,我们发展了传统的侵权法制度,这就是第85、86、87条,这是中国侵权法对传统侵权法极大的创造性发展,我们看这三个条文,实际上它最初在我们民法通则上是第126条,第126条它的内容就是现在第85这一条,这个条文来源于什么地方呢?第85条所讲的“坍塌、脱落”它是来源于罗马法中“准私犯”<sup>①</sup>的第一项,具体可参考黄冈翻译的《罗马法教科书》。《罗马法教科书》上先讲“私犯”再讲“准私犯”,其所言的私犯就是指侵权,准私犯就是指准侵权。准私犯当中它依据了第一项,就是我们的第85条,它叫做建筑物的坍塌脱落。而现在的第86条呢,就是罗马法当中准私犯行为的第二项,由建筑物内对外抛掷物品。那么这两个准私犯行为差别在什么地方呢?第一个是建筑物塌了、垮了、倒了或者建筑物上的东西掉下来,而第二个准私犯行为,它说的不是建筑物本身,是建筑物里面的人向外抛掷物品,就是我们现在说的高楼抛物,这个罗马法上就有了。后来的德国民法典和法国民法典都是继承罗马法,那为什么它们把第二个准私犯行为就搞掉了呢?它只涉及到第一个准私犯——坍塌脱落,所以很难理解。难道是西方的人道德觉悟比较高,他们很少发生这样向外丢烟灰缸这样的事?我们的民法通则第126条规定了建筑物坍塌脱落。它之所以这样规定是因为过去的社会现实,在过去的社会,主人自己盖房子,他自己请工匠来盖房子,我们看那个罗马的圣彼得大教堂盖了150年,还有俄罗斯的彼得大帝建彼得堡,他是怎么建的呢?他就说这里要建一个城市,这里是一个军事要地,他就把这个地方划成一块一块的区域,分给那些俄罗斯的贵族和官员,每人一块,让他们自己来建。彼得大帝首先自己从西欧请来工匠在此建了一个宫殿,建完后,这些贵族就排着队的请这些工匠给他们建,所以说当时社会都是自建自住,有没有我们现在的房地产开发商、房地产开发企业?没有。有没有我们现在专业的建筑公司?没有。所以在过去这个情况下,一个条文就够了。你自己盖房子的时候不注意质量,你

请来的工匠水平不高,盖得房子最后塌了,你砸住了客人朋友,该你承担责任。砸死了自己,活该。这就是过去的思想,这就是这个条文的来源。我们看德国、法国、日本民法都是只有这个条文。但是随着我们社会发展变化,我们现在谁是自建自住,除了农村有些农民还是自己建房以外,城市的我们都是买的商品房。我们家里买商品房的时候,我们对这个房屋的质量有没有把握?我们能不能判断这个房屋的质量符合标准等等?谁也不敢说。我们新闻媒体现在说的那些“房倒倒”啊“楼脆脆”啊,就是说的这个问题,居然用竹片代替钢筋都出来了,这就是社会状况已经发生了变化,如果再拘泥于原来的这一条规定,那又会有什么样的结果呢?开发商请来了一个没有资质的建筑队,建筑队采购了低标号的水泥冒充高标号的水泥,使用了小土炉炼出的豆腐渣的钢筋来建,然后卖给我们,最后房子一垮,按照原来的规定,由所有人承担责任,那不就是自己倒霉嘛,所以说,这个第86条是适应社会的发展的。

这条是我建议的,我为什么建议这一条呢?是因为汶川地震发生之后,我刚好做了手术,躺在床上,我看到电视报道的如此多的人付出了生命的惨痛代价,我就在想我们的法律上有没有问题呢?我们当年制定合同法之类的这些法律,我们有没有责任呢?有没有办法能够减少这些损害,减少这个生命的损失?后来我能够行走的时候,我就参加了一个考察团,到了地震灾区考察,而且还和懂建筑的人进行了交流。我到了彭州龙门山镇的宝山村,它和映秀镇就是一山之隔,山的南边是宝山村,北边就是映秀镇。山已经被破坏得千疮百孔的了,龙门山镇的所有房子都毁了,但是距震中只有7公里直线距离的宝山村的新农村建设却完好无损。宝山村农民住的房子全是新的,全是好的。他们的支部书记已经双目失明了,我特地问他为什么这些房子会安然无恙?他说当时设计的时候,定的安全标准是抗七级地震,他把它改了,要求抗八级地震。这就给人很大的启发,战胜地震这样的巨大灾害,有一个办法,就是靠建筑质量是做得到的。还有在北川老城,北川老城

① 参见(意)彭梵得,黄冈译,罗马法教科书[M].北京:中国政法大学出版社,1992年版。

已经是一片废墟，唯独一栋建筑安然无恙，就是北川市检察院的办公楼，我很诧异，就问是不是因为这栋楼是新建的，所以质量才高啊？人家告诉我不是（新建的），是七十年代的。七十年代建的完好无损，为什么呢，我刚才讲了，七十年代没有假冒伪劣产品，没有假钢筋啊假水泥啊，也没有偷工减料，当时还是计划经济。除了建筑质量之外，抗击人类最大的灾难还有一个办法。在彭州，它的中小学全部垮了，但是没有一个人老师一个学生被埋进去或者被砸死。什么原因呢？彭州市中小学多年以来进行了逃生训练，它的老师学生都定期进行逃生训练，训练时老师站在哪个位置，哪个班走哪个楼梯，这些都井然有序，所以，虽然彭州市的中小学都塌了，但没有压进去一个人。所以说，抗击人类最大的灾难，有两个办法，一个是靠建筑质量，一个是逃生训练。

那么这个建筑质量怎么保证它呢？我找了一个懂建筑的咨询，他说一个关口非常重要，那就是监理。监理人是代表开发商，这个掩埋的工程，他不签字你不能掩埋，浇注的工程，他不签字你不能继续向上浇注。即使是高标号的水泥，没有充足的凝固时间，你浇上去，它也是豆腐渣。所以说监理很关键。而现在我们国家的监理，监理公司是建筑公司的子公司，它没有起到作用。最后呢，我在人大提了一个建议，就是“建筑物等因缺陷倒塌导致损害，由监理人、设计人、施工人承担责任，那设计人证明自己的设计符合国家规定的安全标准的话，他可以免责。”我在人大提了这个建议，我当时想如果这条建议可以转到法工委就好了，结果转到了建设部，建设部就这个意见给我回了函。他说你建议加强监督管理啊不得设立子公司或者关联公司等这些建议都很好，我们会予以考虑，但是你建议建筑物倒塌的无过错责任我们不赞成，因为我们民法通则126条规定的是推定过错责任。这个建议案没有到法工委，所以第二次审议稿、第三次审议稿都未涉及这个问题。在法律委员会审议第三次审议稿的时候，我又提出了这个建议，但是别人不赞成。建筑物致损在草案的最后，没有充裕的时间讨论了。会后我又专门写了一个书面建议，比较建筑物管理瑕疵与建筑物缺陷造成损害的区别。因为我当时

在会上提的时候，像王利明教授他们都不赞成，王胜明就更不用说了，但胡康生说了一句话，他说房屋倒塌首先把这个主人压死了，法律上说所有人承担责任，但是首先砸死的就是这个所有人。可见胡康生主任注意到原来的规定不合理。所以我写了这个意见，详细比较了建筑物因管理瑕疵造成损害与建筑物因建筑不符合安全标准而倒塌的区别。这个意见发了过去，第二天王胜明就给我打电话说，我们对你这个意见进行了研究，现在决定把原第85条分为两条，我们将和最高法院、建设部商量具体条文。我当时说，我的意见提了，我的责任就没有了，就该你们了。最后我们看到，第四次审议将第85条中的“倒塌”删去，另外增加了第86条专门规定建筑物“倒塌”。我提的建议是由设计人、施工人、监理人承担连带责任，结果他们设计的条文规定由建设单位和施工单位承担连带责任。我非常赞成，这样规定非常好。现在流行搞假招标，让一些没有资质的建筑队承建。所以让他与施工单位承担连带责任是非常好的。第2句“建设单位、施工单位赔偿后，有其他责任人的，有权向其他责任人追偿”，这一句中的“其他责任人”就包括了监理人、设计人以及假冒伪劣原材料的供应商。

第86条第1款规定的是建筑物因缺陷导致倒塌，后来在法律委员会讨论的时候，建设部又提出了并不都是由于缺陷导致倒塌，还有别的原因导致倒塌，例如那个住户把承重墙拆了，导致倒塌，还有地铁施工导致相邻的建筑物倒塌，还有可能是恐怖分子放一个炸弹。因此加上第二款，而把原来的第二款作为第一款的最后一句。因此我们看到第一款有“其他责任人”，第二款也有“其他责任人”，但是通过立法过程我们可以知道，第一款所说的“其他责任人”是指造成建筑物缺陷的责任人，例如监理人、设计人以及假冒伪劣材料的供应商；第二款中的“其他责任人”则不同，是指建筑物缺陷以外的原因造成建筑物倒塌的责任人，例如前面谈到的地铁施工、拆承重墙和恐怖分子。可见，随着社会的发展，我们把罗马法“准私犯”行为的第一项分成两条规定，这是为了适应社会的发展变化。

而第87条，也就是人们说的高空抛物，就

是恢复了罗马法“准私犯”行为的第二项。这是过去德国民法、日本民法等搞丢了的制度,我们现在把它恢复。别人的侵权法为什么没有这一条,那只能这样想:人家的道德水平比较高,不会把烟灰缸等往外丢;再就是他们制定法律的时候没有今天这样的高楼大厦、这样密集的住宅集群。针对我们今天的社会实际,如此密集的高楼大厦,时不时掉下个烟灰缸砸伤行人,侵权责任法创设第87条,恢复了罗马法原有的条文。可见本法第85、86、87这三个条文在现代侵权法上非常有特色。有个别学者反对第87条,例如著名的侵权法专家张新宝教授就反对,说什么闭门家中坐,祸从天上来!别人向下丢烟灰缸,为什么却让我承担责任?我们的学者在从事法学研究的时候,在为国家的立法出谋献策的时候,一定不要考虑到个人的利益,你要考虑到社会的正义。你说一个人在外面走,上面掉个烟灰缸把他砸死了,他的子女怎么办?他的父母怎么办?他作为家庭的主要劳动力被砸死了,情况多么悲惨,你为什么不考虑?你分担一下损失,这有什么问题?并且这样处理符合经济分析法学和侵权法中的危险控制理论,法学理论上是有依据。这是一个非常好的条文,它可以发挥法律的教育作用。所以侵权法公布以后,那些物业管理公司和业主委员会在每一个楼层都要贴那个告示,来提醒住户自己并教育孩子不要丢烟灰缸,不要丢啤酒瓶。特别要说明,设立第87条是总结民法通则生效以来的法院实践经验,在立法政策的考虑绝不是如个别学者所说“为了被烟灰缸砸死的一个人”,而是为了整个社会全体社会成员的人身安全。谁不出门、谁不上街?总不能要求我们大家戴着安全帽上街吧!

## 七、如何理解不真正连带责任和补充责任问题

首先我要说这个“不真正连带责任”的概念在中国大陆有没有必要,这是大有疑问的。什么叫做连带责任?最典型的的就是共同侵权行为人承担连带责任,为什么要发明一个共同侵权行为呢?就是为了连带责任。为什么要发明连带责任呢?就是为了保护受害人。两个以上

的加害人,一个有钱一个没钱,若按照普通的规则承担按份责任,那没钱的赔不了,谁倒霉呢?受害人倒霉。所以我们要理解法律上规定连带责任,就是为了使受害人得到充分的赔偿。因为别人的法律制定非常早,侵权法非常简单,共同侵权行为就一条,例如我国台湾的185条,就是一个条文。它规定的太简单,遇到别的情形需要特殊保护受害人怎么办呢,他们的裁判实践就发明了一个不真正连带责任。就是说法律上找不到明确规定为连带责任的,但是法院为了保护受害人,使受害人能够获得充分赔偿,就要让加害人承担连带责任。这种做法,因为没有法律明文规定为连带责任,而是法院基于实践需要使之承担连带责任,给它创设一个理论上的依据,就叫做不真正连带责任。这是我的一个不是很严谨的解释。而我们处在立法的过程中,若我们认为有必要承担连带责任,我们就直接规定为连带责任。凡是从立法政策上考虑有必要让加害人承担连带责任的,我们就直接规定为连带责任,这些连带责任都是真正的连带责任即法律明确规定的连带责任,因此我们的法律上没有所谓不真正连带责任。你看我们的共同侵权行为、共同危险行为以及安全保障义务等等,都明确规定承担连带责任,都是真正的连带责任。

然后谈这个第43条的产品责任,这在《产品质量法》上就有规定了,这一条肯定不是连带责任,它是什么呢?它就是中国的立法者为了方便受害人求偿,就是一个技术性的措施。因为按照《产品质量法》的规定,因产品缺陷造成损害的,应当由生产者承担责任。如果严格按照这个规定的话,那个生产者和消费者远隔千里,甚至好多产品生产者在外国,他怎么求偿啊?所以说,虽然我们的《产品质量法》规定了产品的销售者因自己的过错才承担责任,他承担的是过错责任,而不是无过错责任。但是为了方便消费者受害人求偿,就规定你可以选择最方便求偿的一方提出请求,销售者就你旁边,你就找他,他赔了你他再去向生产者追偿。那如果生产厂家就在附近呢,那你直接找生产厂家就很方便。如果消费者不知道生产厂家或者说你知道生产厂家已经破产了,那你就干脆找销售者。所以说,我认为这个条文在法律政

策考虑上,没有考虑连带不连带的问题,纯粹是为了方便受害人求偿。这在产品质量法上就已经规定了,现在还有新发展,我们看医疗损害这一章的第59条,这在过去的《医疗事故处理条例》中是没有的。因药品、消毒药剂、医疗器械的缺陷造成患者受害,属于《产品质量法》规定的无过错责任;输血感染,属于民法通则第106条第2款规定的过错责任。医药产品缺陷损害,严格按照《产品质量法》,你只能找生产者。医院用了不合格的药品器械导致损害,我为什么不可以找医院呢?消费者找到医院,医院往往拒绝赔偿,为什么呢?因为《产品质量法》上没有讲到医院,它只讲到销售者,医院说我哪里是销售者啊,销售者是以盈利为目的的,我这个医院是救死扶伤的,怎么能找我呢,你应该去找生产者或者销售者。这就是《产品质量法》以来的现实,因为药品器械的缺陷造成的损害,医院通通推出不管。这就造成同样的问题,好多药品器械是进口的,患者打官司本来就不容易,还要委托律师到国外去起诉,真是难乎其难啊。因此我们还是采取了与产品质量法相同的办法,你用了质量不合格的药品导致了损害,你就先赔了再说,你赔了之后可以找生产者或者销售商追偿。输血也是一样,按照法院关于输血感染的判例,医院没有过错是免责的,这是按照民法通则106条第2款的规定,判决由血站承担责任。实际上输血感染受害很多,患者说我在医院住院,你给我输血整出这些病来,却让我去找血站,而有的血站没有了,或者你很难找。因此,本法制定的时候就充分考虑到受害患者求偿的方便,患者既然在这个医院输血导致了丙肝啊什么的,你医院先赔了再说,赔了你再去生产者求偿。这就是第59条,这当中涉及到医疗机构、卫生部门和老百姓、患者之间的利益冲突,所以说这一条是很重要的。前面第三次审议稿不是这样规定的,它规定:患者告医疗机构的,医疗机构可以要求生产者、血液提供者与患者协商赔偿,法律委员会审查的时候,就有人说这样规定是不是就又把患者推出去了,你让患者去找生产者。后来常委会审议也说这样不行,最后就改成医院你先赔偿,然后你再去追偿。这样就方便了患者,当然这也没有改变责任性质,输血感染是过错责任,医院产品缺陷损

害是无过错责任。我们的立法当中,很多地方是注重受害人权益的真正落实,并不是说规定了什么是过错责任、什么是无过错责任的就行了,而是着重考虑受害者是不是能得到实际利益。这应该说是本法一大特色。

于海涌还说到了补充责任,侵权责任在国外的法律中很简单,承担赔偿责任再加上一个连带责任就完了。但是我们的法律把它进一步的分解,不仅有赔偿责任、连带责任和补充责任。我们还有全部责任、主要责任、次要责任,当然在审议草案时把全部责任、主要责任和次要责任给删掉了。但是我们保留了补充责任。我们不仅保留了补充责任,我们还规定了相应的补充责任。大家看相应的补充责任在第37条第2款,第三人导致损害的时候,未尽安全保障义务的责任人承担相应的补充责任。什么是补充责任呢?就是导致损害的人赔不了、赔不完的,由承担补充责任的人来赔,这就是补充的含义。考虑到第37条第2款,江西南昌发生过这样的案件,匪徒抢银行把一个储户打死了。那个坏人跑了,没有抓到,即使抓到了,这个抢银行的人他赔得起吗?他要赔得起他就不抢银行了,他肯定赔不起。这时候怎么办?如果规定银行承担补充责任的话,就是要让银行全部来赔,这是不是公正呢?不公正。记得这个案件法院判决银行赔30万。当时考虑的是大概三分之一的比例。这就是37条规定的安全保障义务。如果第三人承担了全部责任,银行即使未尽安全保障义务,也不承担责任,因为银行是补充责任,在第三人承担全部责任后就可以不承担责任。第三人承担不了的时候,由银行来补充,但是银行也不能补充承担全部,它只是承担相应的补充责任。从上面的这个案子也可以看出,第三人在银行营业部杀了人,按照现在的司法解释来算,死亡赔偿金大概就是六十万,你都让银行来赔不合适,所以在补充责任前面就加了“相应的”三个字。所谓“相应”就是与他未尽安全保障义务的情节、程度“相应”。当然,究竟赔偿多少叫“相应”很难说,这样规定的立法本意就是授权法院最后做出一个比较公正的判决,意思就是即使第三人跑了,法院也不能判决银行承担全部赔偿责任,应当判决银行承担按照一般人的观念认为比较公正的一笔赔偿金。

## 八、如何理解侵权责任和国家救济之间的关系问题

请注意本法交通事故损害赔偿一章的最后一条,也就是第53条规定了交通事故社会救助基金。社会救助基金这个制度是中国法律上的一个极大的创造。它来源于何处呢?开始时我说到了新西兰的人身伤害补偿法,我们有的同学读过王泽鉴先生有关侵权法发展的论文,他就讲到了现在的社会伤害很多,不能按照传统仅靠侵权法来解决,还应当加上商业保险,侵权法加上商业保险还不够,还要再加上社会保障。王泽鉴在他论文中专门提到,现在要三管齐下,靠三种手段并用,才能够对抗人类社会所面临的各种各样的危险、各种各样的损害。本法第53条就规定了社会救助基金,这来源于道路交通安全法,道交法上创设了交通事故社会救助基金制度,针对机动车逃逸,压死了人,逃逸了怎么办,丧葬费谁来出?撞伤了人,谁来出这个医疗费?做了手术,谁来付手术费?道路交通安全法规定由社会救助基金垫付。侵权责任法制定的时候就沿用现行制度,规定由社会救助基金垫付丧葬费、抢救费。在法律委员会审议第三次审议稿的时候,我针对这一条提出现在的问题是恶性交通事故越来越多,一个交通事故导致了多人死伤,不说他逃逸了,就是不逃逸他也赔不起。同学们想一想成都的那个案子,死了4个人,还伤了好些的人,他赔得起吗?赔不起。本法关于死亡赔偿金、残疾赔偿金的规定,对死者遗属和伤者都是很好的,最后因为这个责任人没有钱,这些死者的近亲属、这些严重残疾的人实际得不到赔偿,怎么办?我就提了个建议,我说应该在这一条后面增加一款,规定机动车事故责任人逃逸以及责任人没有赔偿能力的,由社会救助基金来垫付死亡赔偿金、残疾赔偿金。第一款规定丧葬费、抢救费,第二款规定

死亡赔偿金、残疾赔偿金。对于死者亲属来说,最重要的是死亡赔偿金,对于残疾者来说,最重要的是残疾赔偿金。只有让死者近亲属和残疾的受害人本人得到死亡赔偿金和残疾赔偿金,他们才算实实在在享受到法律规定的权利、利益和好处。有的同志不同意,王胜明同志说社会救助基金现在都还没有完全建立,好多地方都没有搞起来,这个钱从何来?按照我的意见,钱很好办,交通事故是机动车造成的,是机动车生产、销售、运营、行驶的风险,应当让每生产一部汽车,每销售一部汽车都交一定比例的钱!还有那个过路费、过桥费征收一定比例!销售汽油的收入也交一定比例的钱!还有机动车违章罚款也征收一定比例,就可以筹集起来了!一个城市开始时有几百万的基金,像北京、上海、广州这样的大城市筹集一千万的基金,经济不发达的地方国家财政拨款给一笔钱,这个救助基金就可以运转了。在会上,我说了这个意见以后,王胜明同志说现状做不到,他说原来规定的抢救费、丧葬费还没有解决呢,救助基金在很多地方还没有成立呢。我当时讲了现在大量的恶性案件赔不起,还有呢,我们的西部我们的农村,那些交通事故的肇事人他全家就是一辆卡车跑运输,全家人靠此维持生活,最后发生交通事故轧死轧伤人,他自己也车毁人亡,当然他也赔不起了。江苏有个法院统计,此法院审理的交通事故损害赔偿案件中,责任人赔不起的占百分之五十以上,这就是我们的现实。我这个意见,胡康生同志也觉得有点道理,他提出一个解决办法,他说我们在抢救费、丧葬费后面加一个“等”字,为将来扩大救助基金的垫付的范围留下空间。所以说这个“等”字意义重大。如果遇到机动车逃逸或者责任人没有赔偿能力的案件,人民法院就可以依据本条这个“等”字,判决由社会救助基金垫付死亡赔偿金和残疾赔偿金。

[责任编辑 李晶晶 责任校对 王治国]