

中国侵权责任法解说

梁慧星

摘要:对2010年7月1日生效的《中华人民共和国侵权责任法》进行全面解说十分必要。对该部法律的法律结构和立法模式、一般条款和保护客体、归责事由、多数人的侵权行为、人身损害的赔偿、财产损失的计算、侵害人身权益造成财产损失的赔偿、精神损害赔偿、停止侵害请求权、使用人责任、网络侵权责任、安全保障义务、惩罚性赔偿、建筑物责任等十四个方面进行解读,串引了我国侵权责任法的几乎全部制度。通过对该法制定前的学说特别是最高人民法院一系列司法解释发展脉络的总结分析,以及对该法与日本等国家和地区相同、相关制度的对应性比较考察,既有对各条款基本文义的解释,又有条款设计的妥当性论证,向读者传达了关于中国侵权责任法主要制度的立法理由说明。

关键词:中国;侵权责任法;解说

中图分类号:DF51 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-8330(2011)01-0005-16

引言

中国迄今未制定民法典。由居于基本法地位的现行民法通则(1986年),统率物权法(2007年)、合同法(1999年)、婚姻法(1980年、2001年修改)、收养法(1991年)、继承法(1985年)和侵权责任法(2009年)等民事单行法,构成现行民事立法体系。现行民法通则,不是民法典的总则,它不仅规定民法总则的内容(第1、2、3、4、7章),还规定民法分则的内容(第5、6章)及国际私法的内容(第8章)。侵权责任法的制定,^①以《民法通则》第6章民事责任的第1节“一般规定”、第3节“侵权的民事责任”、第4节“承担民事责任的方式”为基础,总结民法通则实施以来的裁判实践经验和民法理论研究成果,并广泛参考借鉴发达国家和地区的经验,包括参考借鉴日本的经验。

一、法律结构与立法模式

本法采“总则、分则”结构。“总则”3章:第1章一般规定(第1—5条);第2章责任构成和责任方式(第6—25条);第3章不承担责任和减轻责任的情形(第26—31条);“分则”8章:第4章关于责任主体的特殊规定(第32—40条);第5章产品责任(第41—47条);第6章机动车交通事故责任(第48—53条);第7章医疗损害责任(第54—64条);第8章环境污染责任(第65—68条);第9章高度危险责任(第69—77条);第10章饲养动物损害责任(第78—84条);第11章物件损害责任(第85—91条);第12章附则(第92条)。共12章,92个条文。

[作者简介]梁慧星,中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师。

① 《中华人民共和国侵权责任法》2009年12月26日通过,自2010年7月1日起施行。

须说明的是,第 4 章实际是监护人责任、使用人责任、网络侵权责任、安全保障义务及未成年人受损害等内容的“杂烩”,虽以“关于责任主体的特别规定”为章名,但仍属于分则规定。法律草案之执笔人未必不知本章章名之不妥,问题是因本章内容之“杂”而难于确定一个适当的章名。^②

中国民法学界关于侵权责任法的制定,有两种立法模式:第一种立法模式,强调借鉴英美法的经验,制定“涵盖社会生活中的全部损害类型”的所谓“大侵权法”,主张“尽可能穷尽社会生活中的一切侵权行为类型”,亦即所谓“类型化”立法模式。^③第二种立法模式,即“一般条款+特别列举”模式,主张借鉴欧盟民法典侵权行为编的经验,设立一项一般条款作为统一的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和准侵权行为类型。这些列举性规定,不重复规定侵权责任请求权基础的共性问题,仅着重解决各类侵权行为或准侵权行为在归责原则、免责事由、损害赔偿或者责任承担等方面的特殊问题。^④

本法并未涵盖社会生活中的全部损害类型,其第 5 章规定产品责任、第 6 章规定机动车交通事故责任、第 7 章规定医疗损害责任、第 8 章规定环境污染责任、第 9 章规定高度危险责任、第 10 章规定饲养动物损害责任、第 11 章规定物件损害责任,再加上第 4 章规定的监护人责任、使用人责任、网络侵权责任和违反安全保障义务的责任,总共是 11 种侵权行为类型,接近于前述第二种立法模式。

二、一般条款、保护客体

第 2 条:“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任。”

“本法所称民事权益,包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”

民法理论上所谓侵权法“一般条款”,或称“概括条款”,是指侵权责任法基础性的规定。“一般条款”,应当包含三项要素:保护客体、归责事由、责任形式。例如,日本民法第 709 条规定:“因故意或过失侵害他人权利或受法律保护的利益的人,对因此所发生的损害负赔偿责任。”^⑤其中,“权利或受法律保护的利益”是保护客体,“故意或过失”是归责事由,“赔偿责任”是责任形式。

本条第一款规定:“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任”。其中,“民事权益”为保护客体,并由本条第二款进一步对“民事权益”予以限定;“依照本法”,指依照本法关于侵权责任之归责事由的规定及依照本法关于应承担侵权责任之责任形式的规定。^⑥可见第 2 条为侵权责任法“一般条款”,相当于《日本民法》第 709 条的规定。

现行《民法通则》第 106 条第二款规定的“侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身”,并未限定于“财产权”、“人身权”。据此,民法理论和裁判实践解释侵权法保护客体不以“民事权利”为限,包

② 这在中国古代立法亦不乏其例,如魏国《法经》第 5 篇“杂法”,汉《九章律》第 5 篇“杂律”,唐《永徽律》第 10 篇“杂律”,唐《开元令》第 27 篇“杂令”。可见,本章采用“关于责任主体的特别规定”这一章名,出于不得已。

③ 杨立新教授起草的《侵权责任法草案》(第二稿),规定了 66 种侵权行为类型,共 182 个条文;王利明教授起草的“侵权行为编草案”共 235 个条文,规定的侵权行为类型更多。参见王利明:《中国民法典学者建议稿及立法理由:侵权行为编》,法律出版社 2005 年版。

④ 中国社科院中国民法典立法研究课题组起草的中国民法典草案侵权行为编(共 99 个条文),即采所谓“一般条款+特别列举”立法模式。参见梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由:侵权行为编、继承编》,法律出版社 2004 年版。

⑤ 这里引用的是经平成 16 年《民法现代化法案》修改后的条文,称为新 709 条,在原来条文(旧 709 条)的基础上,增加了“受法律保护的利益”一语。凡本文所引用日本民法条文,均引自渠涛编译:《最新日本民法》,法律出版社 2006 年版。

⑥ 本法第 5 条规定特别法优先适用原则。迄今“对侵权责任另有特别规定”的法律有:《产品质量法》(第 41—46 条);《道路交通安全法》(第 76 条);《环境保护法》(第 41 条);《水污染防治法》(第 85 条);《大气污染防治法》(第 62、63 条);《固体废物污染环境防治法》(第 85、86 条);《民用航空法》(第 124、157 条);《放射性污染防治法》(第 59 条);《电力法》(第 60 条);《铁路法》(第 58 条)、《食品安全法》(第 55、96 条)等。此外,《行政诉讼法》(第 67、68 条)和《国家赔偿法》亦与本法构成特别法与一般法的关系。

括“财产权”、“人身权”及尚不构成权利的“财产利益”、“人身利益”。无论侵害民事权利,或者侵害民事权利之外的合法利益,均可成立侵权责任。

本条第一款在《民法通则》第106条第二款规定基础上,根据其实施以来的民法理论和实践经验,用“民事权益”概念代替原文所谓“财产、人身”,作为侵权责任法保护客体,并且设立第二款,以列举方式规定“民事权益”定义。作为侵权法保护客体的“民事权益”,包括“民事权利”和尚不构成民事权利的“合法利益”。从本条第二款所列举的18种民事权利可知,此“民事权利”以“绝对权”为限。^⑦民事权利之外的“合法利益”,包括人身利益和财产利益。根据《民法通则》实行以来的裁判实践,受保护的人身利益包括死者名誉、死者肖像、家庭生活安宁等;受保护的财产利益包括财产的占有、可得利益(纯经济损失)、网络虚拟财产等。

按照中国民法理论和实践,关于侵权责任的成立,无所谓“违法性”要件,民法通则关于侵权责任的规定,亦仅规定“侵害”,而未规定“不法侵害”或者“违法侵害”,在裁判实践中,凡“侵害”他人民事权益,均可成立侵权责任。因此,本法第2条及以下条文均仅言“侵害”,而不论“侵害”之是否属于“不法”。此与德国民法(第823条)及我国台湾地区“民法”(第184条)之法律条文明示“不法侵害”,学说判例以加害行为有“违法性”作为侵权责任之成立要件不同。^⑧

值得注意的是,日本民法条文(第709条)并无“违法”一语,但学说判例一直存在“违法性要件之要否”的争论,且“违法性要件肯定说”为多数说,“违法性要件否定说”为少数说。^⑨中国侵权责任法及学说判例不承认“违法性”要件,与日本的少数说一致。

三、归责事由

(一) 本法采二元归责

中国民法学界关于侵权责任的归责原则一直存在分歧。有所谓“三原则说”、“二原则说”和“一原则说”。所谓“三原则说”,认为中国侵权责任法并存过错责任、无过错责任和公平责任三项归责原则。所谓“二原则说”,认为只有过错责任和无过错责任两项归责原则。所谓“公平责任”,实质是在极特殊情形,法律规定由双方当事人分担意外事故所造成的损害,属于“特殊救济措施”,并非归责原则。所谓“一原则说”,认为侵权责任法仅有过错责任一项归责原则,法律规定不以过错为承担责任的要件,亦属于“例外规定”,不得称为归责原则。^⑩

在第十一届全国人大常委会第六次会议上,法律委员会就《侵权责任法草案(第二次审议稿)》作了说明,明确指出“我国侵权责任制度实行过错责任和无过错责任相结合的原则”。^⑪本法第6条是关于过错责任原则的规定;第7条是关于无过错责任原则的规定。可见本法采取“二原则说”,应无疑义。

此与日本侵权行为法不同。日本民法侵权行为法(第709—724条),作为规定侵权责任的一般法,是采过错责任原则,无过错责任规定在特别法中。^⑫

(二) 过错责任原则

^⑦ 本法未采纳学者关于规定“第三人侵害债权”的建议,坚持保护客体中的“民事权利”以绝对权为限,但本法保护客体尚包括不构成权利的财产利益和人身利益,在第三人以引诱、胁迫、欺诈等方式致使合同一方违约使对方遭受经济损失的情形,则合同对方仍有依据本法追究该第三人侵权责任之可能。

^⑧ 参见王泽鉴:《侵权行为》北京大学出版社2009年版,第217页。

^⑨ 参见[日]园谷峻:《判例形成的日本新侵权行为法》赵莉译,法律出版社2008年版,第72—73页;于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社1998年版,第148—150页。

^⑩ 参见黄芬:《侵权责任法制定中的重大疑难问题》,载《河北法学》2009年第2期。

^⑪ 参见十一届全国人大常委会第六次会议文件(10):《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国侵权责任法草案〉主要问题的汇报》(2008年12月22日),第3页。

^⑫ 参见[日]加藤雅信:《事务管理、不当利得、不法行为》有斐阁平成14年版,第139—141页。

第 6 条规定：“行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。”

“根据法律规定推定行为人有过错，行为人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。”

中国民法理论和实践，一般不区分“故意”和“过失”，而统称“过错”，因此也不区分“故意侵权行为”与“过失侵权行为”。^⑬本条第一款关于过错责任原则的规定，是以《民法通则》第 106 条第二款的规定为基础^⑭加以简化而成，更加简明、准确，符合过错责任原则的本意。本条第二款关于“过错推定”的规定，是新增的。从第二款的编排位置可知，起草人并未将“过错推定”作为一项单独的“归责原则”，而是作为本条第一款“过错责任原则”的特别规定。

按照本条规定，凡属于法律规定“推定过错”的案型应适用第二款规定，举证责任及举证不能的后果由被告（加害人）负担；凡属于法律未规定“推定过错”的案型，则应适用第一款规定，举证责任及举证不能的后果一般应由原告（受害人）负担。

本法规定“推定行为人有过错”的案型主要是：第 38 条关于无行为能力人在幼儿园、学校受人身损害责任的规定、第 81 条关于动物园的动物致人损害责任的规定、第 85 条关于建筑物管理瑕疵损害责任的规定、第 87 条关于高楼抛物损害赔偿的规定、第 88 条关于堆放物倒塌损害责任的规定、第 90 条关于林木折断致人损害责任的规定、第 91 条第二款关于窨井等地下设施损害责任的规定。可见，本法关于推定过错的规定，除第 38 条外，都是“物（包括动物）”造成的损害，即传统民法所谓“准侵权”。

按照日本民法的规定，适用“推定过失责任”的侵权行为类型包括：监护人责任（第 714 条）、使用人责任（第 715 条）、土地工作物占有人责任（第 717 条）、动物占有人责任（第 718 条）。其中，监护人责任、使用人责任、动物占有人责任，在中国侵权责任法为无过错责任，值得注意。

须特别说明，本法第 7 章医疗损害责任，也属于过错责任。^⑮但立法机关考虑到，因诊疗活动的特殊性，具体案件审理中往往难于判断医疗机构是否有过错，且举证不能的后果，无论归属于患者方面或者医疗机构方面，均有失公正。因此，参考借鉴发达国家和地区关于“客观过失论”的判例学说，^⑯专设若干条文明确规定判断过错的标准，以方便法庭正确判断过错。

这些判断标准是：第 55 条关于医务人员的说明义务和取得患者书面同意的规定；^⑰第 57 条关于一般注意义务判断标准的规定；^⑱第 58 条关于“推定过错”的规定；^⑲第 60 条关于医疗机构法定免责事由的规定。^⑳因此，人民法院审理医疗损害责任案件，不应适用第 6 条第一款过错责任原则关于过错举证的一般规则，被告医疗机构是否存在过错，应由法庭根据上述条文规定标准予以认定。

（三）无过错责任原则

第 7 条规定：“行为人损害他人民事权益，不论行为人有无过错，法律规定应当承担侵权责任的，依

⑬ 《日本民法》中关于故意侵权行为与过失侵权行为之“区别否定说”为通说；“区别必要说”为少数说。参见前引⑩园谷峻书，第 49—50 页。

⑭ 《民法通则》第 106 条第二款规定：“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。”

⑮ 第 54 条规定：“患者在诊疗活动中受到损害，医疗机构及其医务人员有过错的，由医疗机构承担赔偿责任。”

⑯ 日本民法传统上采“主观过失论”，现今多采“客观过失论”（行为义务违反论）。参见前引⑫，第 154 页。

⑰ 第 55 条规定：“医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的，医务人员应当及时向患者说明医疗风险、替代医疗方案等情况，并取得其书面同意；不宜向患者说明的，应当向患者的近亲属说明，并取得其书面同意。”“医务人员未尽到前款义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。”

⑱ 第 57 条规定：“医务人员在诊疗活动中未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。”

⑲ 第 58 条规定：“患者有损害，因下列情形之一的，推定医疗机构有过错：（1）违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定；（2）隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料；（3）伪造、篡改或者销毁病历资料。”唯须注意，本条所谓“推定过错”属于“不可推翻的推定”，而与本法第 6 条第二款所谓“推定过错”不同。

⑳ 第 60 条规定：“患者有损害，因下列情形之一的，医疗机构不承担赔偿责任：（1）患者或者其近亲属不配合医疗机构进行符合诊疗规范的诊疗；（2）医务人员在抢救生命垂危的患者等紧急情况下已经尽到合理诊疗义务；（3）限于当时的医疗水平难以诊疗。”“前款第一项情形中，医疗机构及其医务人员也有过错的，应当承担相应的赔偿责任。”

照其规定。”

按照本法内部逻辑关系,第7条关于无过错责任原则的规定,其法律意义仅在排除第6条过错责任原则之适用。第7条关于无过错责任原则的规定本身,并不具有作为裁判根据的意义。要对某种侵权案件适用无过错责任原则,法律必须明确规定该类案型不以过错为承担责任的条件。^①凡本法或者其他法律未明确规定为无过错责任的案型,均应属于本法第6条过错责任原则的适用范围。

本法规定适用无过错责任原则的案型包括:监护人责任(第32条);使用人责任(第34、35条);产品生产者责任(第41条);机动车交通事故责任(第48条、道路交通安全法第76条);^②环境污染责任(第65条);高度危险作业损害责任(第69条);民用核设施损害责任(第70条);民用航空器损害责任(第71条);占有、使用高度危险物损害责任(第72条);从事高空、高压、地下挖掘或高速轨道运输工具损害责任(第73条);遗失、抛弃高度危险物损害责任(第74条);非法占有高度危险物损害责任(第75条);饲养的动物致人损害责任(第78、79、80、82条);建筑物倒塌致人损害责任(第86条);公共场所等挖坑损害责任(第91条)。

日本侵权行为法作为规范通常生活的民法,坚持过失责任主义。^③其唯一例外是第717条关于土地工作物所有人责任的规定,此所有人责任属于无过失责任。^④日本民法起草人即已指出,对于高速运输工具、矿业等高度危险活动,可通过制定特别法导入无过错责任。^⑤迄今日本规定无过失侵权责任的特别法,有矿业法(第109条)、原子力损害赔偿法(第3条)、大气污染防治法(第25条)、水污染防治法(第19条)、制造物责任法(第3条)、垄断禁止法(第25条)、机动车损害赔偿保障法(第3条)等。

四、多数人的侵权行为

(一)共同侵权行为

第8条规定:二人以上共同实施侵权行为,造成他人损害的,应当承担连带责任。0

第11条规定:二人以上分别实施侵权行为造成同一损害,每个人的侵权行为都足以造成全部损害的,行为人承担连带责任。0

现行5民法通则6第130条规定:二人以上共同侵权造成他人损害的,应当承担连带责任。0民法理论和实践关于共同侵权行为之成立是否以各行为人间存在/意思联络0为要件,存在着分歧意见。^①最高人民法院关于人身损害赔偿的解释以5民法通则6第130条为根据,进一步将共同侵权行为区分为两种:一是/共同故意或者共同过失0的共同侵权;二是/侵害行为直接结合发生同一损害后果0的共同侵权。

本法肯定裁判实践的上述思路,就共同侵权行为分设两个条文,第8条规定/共同实施0的共同侵

① 加藤雅信教授曾谈及“过失责任”与“无过失责任”在条文上的区别:凡条文明示“故意、过失”要件者,即属于“过失责任”;反之,条文未言及“故意、过失”要件者,即属于“无过失责任”。中国侵权责任法亦是如此,凡条文明示“过错”要件者,为“过错责任”;条文未言及“过错”要件者,为“无过错责任”。参见前引②,第140—141页。

② 《道路交通安全法》第76条规定:“机动车事故造成非机动车驾驶人、行人人身伤亡的,由保险公司在机动车第三者责任强制保险的责任限额范围内予以赔偿。超过责任限额的部分,受害人(非机动车驾驶人、行人)没有过错的,由机动车一方承担赔偿责任;受害人有过错的,根据过错程度适当减轻机动车一方的赔偿责任;机动车一方没有过错的,承担不超过百分之十的赔偿责任。交通事故损害由受害人故意造成的,机动车一方不承担责任。”机动车一方的责任,是否属于无过错责任,存有疑问。

③ 参见前引②,第139页。

④ 参见前引②,第354页。

⑤ 参见前引②,第140页。

① 主要有所谓/意思联络说0、/共同过错说0、/关联共同说0和/折中说0。参见王胜明主编:5中华人民共和国侵权责任法释义6,法律出版社2010年版,第55、56页。

权行为,第 11 条规定 /分别实施 0 的共同侵权行为。唯须注意,本法将共同侵权行为作为侵权责任法共同制度规定于 /总则 0,此与日本民法(第 719 条)将共同侵权行为作为特殊侵权行为之一加以规定,^{hn}稍有不同。第 8 条所谓 /共同实施 0 一语,指行为人就侵权行为之实施有 /意思联络 0。若无 /意思联络 0,不得称为 /共同实施 0,而应属于 /分别实施 0。故第 8 条所谓 /共同实施 0 的共同侵权行为,相当于日本民法所谓 /主观共同关系 0(或 /主观的关联共同性 0)的共同侵权行为;第 11 条所谓 /分别实施 0 的共同侵权行为,相当于日本民法所谓 /客观共同关系 0(或 /客观的关联共同性 0)的共同侵权行为。^{hn}

(二)教唆和帮助

第 9 条规定: /教唆、帮助他人实施侵权行为的,应当与行为人承担连带责任。0

/教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为的,应当承担侵权责任;该无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人未尽到监护职责的,应当承担相应的责任。0

本法在共同侵权行为(第 8、11 条)之外,将 /教唆、帮助 0 规定为一种独立的侵权行为类型,并根据教唆、帮助的对象之属于成年人或者未成年人,分设为两款规定,与日本民法有所不同。5 日本民法第 6 第 719 条(2)项规定, /教唆或帮助侵权行为的人视为共同行为人,适用前项规定。0 即将教唆、帮助他人实施侵权行为 /视为 0 共同侵权行为。

本条第一款规定 /教唆、帮助 0 成年人,教唆人、帮助人 /应当与行为人承担连带责任 0,是将教唆、帮助成年人实施侵权行为,作为共同侵权行为对待。此与日本民法第 719 条(2)项规定,并无区别。

但本条第二款针对教唆、帮助 /未成年人 0 设立特别规则,既不明确规定教唆人、帮助人承担连带责任,亦未采第二次审议稿的办法,明确区别规定为承担 /全部责任 0、/主要责任 0 或 /相应的责任 0,^{hm}而是笼统规定为教唆人、帮助人应当 /承担侵权责任 0,其立法理由何在?

从本条第二款修改情形,可推知立法者所作的政策考虑是:如本款明确规定教唆人、帮助人与行为人 /承担连带责任 0,将难于体现对教唆人、帮助人惩戒之目的,且在被教唆、帮助的未成年人(其家庭或监护人)经济地位较优时,受害人将选择请求该未成年人承担全部赔偿责任,而有使教唆人、帮助人逃脱责任之虞;如按照第二次审议稿区别规定为承担 /全部责任 0、/主要责任 0、/相应的责任 0,则在教唆人、帮助人无赔偿资力的情形,受害人有难于获得全部赔偿甚至难于获得赔偿之虞。

立法者为摆脱此两难困境,干脆将教唆、帮助未成年人实施侵权行为之侵权责任承担,委托人民法院根据具体案情裁量决定,故本款仅笼统规定为 /应当承担侵权责任 0。人民法院依据此项委托授权,于裁判教唆、帮助未成年人实施侵权行为之个案时,如教唆人、帮助人有赔偿资力,当然可以判决其承担 /全部责任 0、/主要责任 0 或者 /相应的责任 0;如教唆人、帮助人不具有赔偿资力,则可判决教唆人、帮助人与行为人承担连带责任,以保障受害人能够获得完全的赔偿。

(三)共同危险行为

第 10 条规定: /二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为,其中一人或者数人的行为造成他人损害,能够确定具体加害人的,由加害人承担侵权责任;不能确定具体加害人的,行为人承担连带责任。0

中国民法理论和裁判实践上有所谓 /共同危险行为 0,指二人以上实施加害行为,各加害行为均可能造成损害,而不能确定具体加害人的情形。在日本民法,称为 /加害者不明的共同侵权行为 0。^{hn}日本

hn 5 日本民法第 6 第 719 条规定: / (1) 数人因共同侵权给他人造成损害时,各自对其损害的赔偿负连带责任。在不能知晓共同行为人中由何人加害时,亦同。(2) 教唆或帮助侵权行为的人视为共同行为人,适用前项规定。0

hm 参见前引^h,第 384) 386 页。

hn 第二次审议稿本条第二款原文是: /教唆无民事行为能力人实施侵权行为的,承担全部责任。教唆限制民事行为能力人实施侵权行为的,承担主要责任。帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为的,承担相应的责任。0

n 参见前引^h,第 395 页。

民法第719条(1)项后段规定: /在不能知晓共同行为人中由何人加害时, 亦同0, 即 /准用0关于共同侵权行为的规定, 使各行为人对受害人承担连带责任。

现行5民法通则6并未规定 /共同危险行为0, 但民法理论和裁判实践认可 /共同危险行为0之存在。^Ⅱ起草人在总结民法理论和裁判实践经验的基础上, 将 /共同危险行为0作为一种单独的侵权行为类型加以规定, 而与日本民法稍有不同。

按照第10条的规定, 构成共同危险行为的要件有三: 一是行为人为多数, 即条文所谓 /二人以上0; 二是行为本身具有危险性, 即条文所谓 /危及他人人身、财产安全的行为0; 三是 /不能确定具体加害人0。符合这三项要件, 即应成立 /共同危险行为0, 而由各行为人对受害人承担连带责任。至于参与共同危险行为之人, 可以主张因果关系抗辩以求免责, 自不待言。^Ⅲ

(四)原因竞合

第12条规定: /二人以上分别实施侵权行为造成同一损害, 能够确定责任大小的, 各自承担相应的责任; 难以确定责任大小的, 平均承担赔偿责任。0

侵权法上所谓 /原因竞合0, 是指多个原因造成同一损害结果而不能按照共同侵权行为处理的侵权行为类型。日本学说判例, 称为 /竞合性侵权行为0, 并作为 /共同侵权行为之一种类型0处理。^Ⅳ

现行5民法通则6未规定 /原因竞合0, 而民法理论和裁判实践在 /共同侵权行为0之外认可 /原因竞合0的存在。^Ⅴ起草人在总结民法理论和裁判实践的基础上, 专设本条规定 /原因竞合0。^Ⅵ

按照本条规定, 构成 /原因竞合0的要件有三: 一是 /二人以上分别实施0, 以区别于第8条 /共同实施0的共同侵权行为。须特别说明的是, 对于 /二人以上分别实施0之 /二人0不应拘泥, 实际情形可能是 /二人以上0分别实施的行为发生 /竞合0, 也可能是 /一人0或者 /数人0分别实施的行为与 /一物0或者 /数物0的 /危险性0发生 /竞合0。二是 /造成同一损害0。此项要件之着重点在损害之 /同一性0, 即造成的损害是 /一个0, 而不是 /两个0或者 /多个0。三是各个原因 /都足以造成全部损害0。此项要件的着重点是, 各个原因都足以造成 /损害0或者不足以造成 /全部损害0, 必须各个原因 /结合0才造成 /全部损害0。反之, 如果各个原因 /都足以造成全部损害0, 则应根据本法第11条的规定成立 /分别实施0的共同侵权行为, 而由各行为人承担连带责任。

按照本条规定, 构成 /原因竞合0的法律效果是: /能够确定责任大小的, 各自承担相应的责任; 难以确定责任大小的, 平均承担赔偿责任。0条文未明示 /确定责任大小0的标准, 按照最高人民法院5关于人身损害赔偿的解释6第3条第二款的规定, 应当以 /过失大小0或者 /原因力比例0为标准。如果既难于比较 /过失大小0, 也难于比较 /原因力比例0, 则应当根据本条末句, 使各责任人平均承担赔偿责任。本条规定 /原因竞合0的法律效果, 为各行为人承担按份责任, 与日本判例有所不同, 值得注意。^Ⅶ

Ⅱ 最高人民法院5关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释(2003)6第4条规定: /二人以上共同实施危及他人人身安全的行为并造成损害后果, 不能确定实际侵害行为人的, 应当依照民法通则第130条规定承担连带责任。共同危险行为人能够证明损害后果不是由其行为造成的, 不承担赔偿责任。0

Ⅲ 最高人民法院5关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释(2003)6第4条末句规定: /共同危险行为人能够证明损害后果不是由其行为造成的, 不承担赔偿责任。0

Ⅳ 日本 /判例对于严格意义上不能认定主观关联共同性, 又难以认定客观关联共同性的场合也作为共同侵权行为来处理0。参见前引 Á 园谷峻书, 第343页。

Ⅴ 最高人民法院5关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释(2003)6第3条第二款规定: /二人以上没有共同故意或者共同过失, 但其分别实施的数个行为间接结合发生同一损害后果的, 应当根据过失大小或者原因力比例各自承担相应的赔偿责任。0

Ⅵ /其他国家和地区的大多数民法中没有类似本条的规定, 只有魁北克民法典第1478条规定: 数人引起的损害, 依他们各自过错的严重程度按比例分担责任。0参见前引 Ⅵ 王胜明主编书, 第69页。

Ⅶ 川井教授指出: /尽管说明方法不同, 数人的行为竞合致损害发生场合的责任是全部连带责任, 或者部分连带责任, 或者按份责任中的一个, 裁判例根据案件的不同按照其中一个处理。作为导出该结论的说明方法是作为共同侵权行为, 还是作为独立侵权行为的竞合, 或者将按份责任作为独立的侵权行为的竞合来看待, 不过是存在上述差异而已。0转引自前引 Á 园谷峻书, 第345页。

五、人身损害的赔偿

第 16 条规定: /侵害他人造成人身伤害的, 应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用, 以及因误工减少的收入。造成残疾的, 还应当赔偿残疾生活辅助具费和残疾赔偿金。造成死亡的, 还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。0

第 17 条规定: /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。0

本法第 16 条规定侵权行为造成人身伤害、死亡的赔偿项目, 但在同一事故造成多人死亡时, 为便于解决纠纷, 避免所谓 /同命不同价0 的不合理结果, 实践中往往采用同一死亡赔偿金数额。起草人将此项实践经验上升为法律规则, 规定在第 17 条。

中国民法所谓 /死亡赔偿金0, 性质上是对死者遗属的精神损害赔偿, 学术界无争议。其根据是现行民法通则第 9 条关于自然人的权利能力始于出生终于死亡的规定。^h所谓 /残疾赔偿金0, 究竟属于对残疾者的精神损害赔偿, 抑或属于对残疾者 /逸失利益0 之赔偿, 学术界存在分歧。值得注意的是, 最高人民法院于精神损害赔偿的解释 (2001), 已将残疾赔偿金和死亡赔偿金定性为精神损害赔偿。^h此项解释表明, 将死亡赔偿金和残疾赔偿金定性为精神损害赔偿, 是中国裁判实践的一贯立场。因此, 本法第 16 条、第 17 条所谓死亡赔偿金和残疾赔偿金, 属于精神损害赔偿, 而不是所谓 /逸失利益0 的赔偿, 值得注意。

须补充说明的是, 最高人民法院虽然将残疾赔偿金和死亡赔偿金定性为精神损害赔偿, 但在裁判实践中具体计算残疾赔偿金和死亡赔偿金的数额时, 仍然采用与 /逸失利益赔偿0 大体相同的计算方法。^h这样计算得出的残疾赔偿金和死亡赔偿金, 虽然性质上属于对残疾者本人或对死者遗属的精神损害赔偿, 但在给予残疾者本人或死者遗属精神抚慰的同时, 当然可以作为 /被扶养人生活费0 之用, 因此本条不再规定 /被扶养人生活费0 一项。^o

六、财产损失的计算

第 19 条规定: /侵害他人财产的, 财产损失按照损失发生时的市场价格或者其他方式计算。0

损害赔偿责任的目的在于填补受害人所受损害, 故应根据受害人实际受到的财产损失, 确定侵权人所应支付的损害赔偿金数额。本条明示 /按照损失发生时的市场价格0, 此与日本民法不同。

日本民法并无 /按照损失发生时的市场价格0 这样的硬性规定。损害认定的原则是, 财产灭失情形以其交换价值, 财产毁损情形以其交换价值的减少额, 作为损害额。^o但在财产灭失之后市场价格发生

^h 5 民法通则第 9 条规定: /公民从出生时起到死亡时止, 具有民事行为能力, 依法享有民事权利, 承担民事义务。0

^h 最高人民法院 5 关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释 (2001) 6 第 9 条规定: /精神损害抚慰金包括以下方式: (1) 致人残疾的, 为残疾赔偿金; (2) 致人死亡的, 为死亡赔偿金; (3) 其他损害情形为精神抚慰金。0

^h 最高人民法院 5 关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释 (2003) 6 第 25 条规定: /残疾赔偿金根据受害人丧失劳动能力程度或者伤残等级, 按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准, 自定残之日起按二十年计算。但六十周岁以上的, 年龄每增加一岁减少一年; 七十五周岁以上的, 按五年计算。0 第 29 条规定: /死亡赔偿金按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准, 按二十年计算。但六十周岁以上的, 年龄每增加一岁减少一年; 七十五周岁以上的, 按五年计算。0

^o 值得注意的是, 修改后的国家赔偿法在规定残疾赔偿金和死亡赔偿金之后, 仍然保留了 /被扶养人生活费0 一项, 与 5 侵权责任法 6 第 16 条的规定不一致。5 国家赔偿法第 34 条规定: /侵犯公民生命健康权的, 赔偿金按照下列规定计算: (2) 造成部分或者全部丧失劳动能力的, 应当支付医疗费、护理费、残疾生活辅助具费、康复费等因残疾而增加的必要支出和继续治疗所必需的费用, 以及残疾赔偿金。残疾赔偿金根据丧失劳动能力的程度, 按照国家规定的伤残等级确定, 最高不超过国家上年度职工年平均工资的二十倍。造成全部丧失劳动能力的, 对其扶养的无劳动能力的人, 还应当支付生活费; (3) 造成死亡的, 应当支付死亡赔偿金、丧葬费, 总额为 国家上年度职工年平均工资的二十倍。对死者生前扶养的无劳动能力的人, 还应当支付生活费。0

^o 参见前引 ^h, 第 283 页。

变动情形,应以侵权行为发生时至案件口头辩论终结时之间的/最高价格0作为损害赔偿额算定的基准。如果受害人难于举证证明损害额,则依据日本民事诉讼法第248条的规定,法庭可根据口头辩论的宗旨及证据调查的结果认定相当的损害额。^㉖

本条所谓/其他方式0,指依法不能自由买卖的/财产0,因无/市场价格0,只能采用别的计算方式。依解释,此所谓/其他方式0包括:于法律、行政法规、部门规章规定有计算标准的情形,指采用该规定的计算标准;无规定的计算标准,当然可以由当事人协商约定计算标准或者协商确定财产损失金额;在既没有规定的计算标准,也不能通过协商约定计算标准或者确定损失金额的情形,法庭可以根据公平原则确定赔偿金额,自不待言。

七、侵害人身权益造成财产损失的赔偿

第20条规定:/侵害他人人身权益造成财产损失的,按照被侵权人因此受到的损失赔偿;被侵权人的损失难以确定,侵权人因此获得利益的,按照其获得的利益赔偿;侵权人因此获得的利益难以确定的,被侵权人和侵权人就赔偿数额协商不一致,向人民法院起诉的,由人民法院根据实际情况确定具体赔偿数额。0

人身权益受侵害,因人的生命、身体、健康、姓名、肖像、名誉、隐私不能计算金钱价值,往往难以计算受害人所遭受的实际财产损失。裁判实践中采取以侵权人所获财产利益作为被侵权人所受财产损失的办法。若干年前某地方人民法院审理的擅自采用某著名田径运动员肖像制作商业广告的案件,即已采用这一办法。本条将此项实践做法上升为法律条文,具有意义。

须注意的是,侵害/人身权益0中的/生命、身体、健康0所造成的财产损失(及非财产损失)之计算,已在本法第16条规定。因此,本条第2句/被侵权人的损失难以确定,侵权人因此获得利益的,按照其获得的利益赔偿0,应指侵害/生命、身体、健康0之外的/人身权益0,如侵害姓名、肖像、名誉、隐私等的情形。

八、精神损害赔偿

第22条规定:/侵害他人人身权益,造成他人严重精神损害的,被侵权人可以请求精神损害赔偿。0

现行5民法通则6第120条规定姓名权、肖像权、名誉权等人格权受侵害,可以请求精神损害赔偿。却未规定生命、身体、健康权受侵害,可否请求精神损害赔偿。为弥补此项漏洞,最高人民法院关于精神损害赔偿的解释(2001)第1条明示:生命权、身体权、健康权、人格尊严权、人身自由权及其他人格利益受侵害,受害人均可请求精神损害赔偿。^㉗

起草人肯定最高人民法院的解释,设立本条规定,凡侵害他人人身权益,造成他人严重精神损害的,受害人可请求精神损害赔偿。大体对应于5日本民法6第710条关于/财产以外的损害的赔偿0、第711条关于/对近亲属的损害赔偿0的规定。^㉘日本民法所谓/财产以外的损害的赔偿0,其具体形式称为/慰谢金0;^㉙中国民法所谓/精神损害赔偿0,其具体形式称为/精神损害抚慰金0。^㉚

㉖ 参见前引㉔,第284)285页。

㉗ 最高人民法院5关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释(2001)6第1条规定:/自然人因下列人格权利遭受非法侵害,向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理:(1)生命权、健康权、身体权;(2)姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权;(3)人格尊严权、人身自由权。违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者人格利益,受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理。0

㉘ 5日本民法6第710条规定:/侵害他人的身体权、自由权或名誉权,以及侵害他人的财产权等自不待言,依前条规定负有损害赔偿责任的人,对于财产以外的损害也必须予以赔偿。0第711条规定:/侵害了他人生命的人,对于受害人的父母、配偶及子女,即使其财产权没有受到侵害也必须做出损害赔偿。0

㉙ 日本民法未有/慰谢金0计算标准的规定,而由法庭斟酌案件具体情事,依自由心证决定慰谢金额。参见前引㉔,第283页。

㉚ 根据最高人民法院5关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释(2001)6第9条的规定,残疾赔偿金和死亡赔偿金,有具体计算标准;精神抚慰金,没有计算标准,而由法庭根据具体案情自由裁量。

但须注意,本条所谓/人身权益0概念,包含/生命、身体、健康0在内。侵害他人/生命、身体、健康0致人残疾或者死亡,按照本法第 16 条规定,受害人或者其近亲属有权请求残疾赔偿金或者死亡赔偿金。如前所述,此残疾赔偿金和死亡赔偿金在性质上属于精神损害赔偿。因此,侵害他人/生命、身体、健康0致他人残疾、死亡情形,受害人或者其近亲属,在依据本法第 16 条获得残疾赔偿金或者死亡赔偿金之后,不得再依据本条规定请求精神损害赔偿。

九、停止侵害请求权

第 21 条规定:/侵权行为危及他人人身、财产安全的,被侵权人可以请求侵权人承担停止侵害、排除妨害、消除危险等侵权责任。0

中国民法理论和实践,认可对进行中的加害行为、妨害行为或危险状态,受害人有停止侵害、排除妨害、消除危险请求权。现行民法通则第 134 条规定的承担民事责任的方式,亦包括/停止侵害、排除妨害、消除危险0。故特设本条规定。

须注意的是,停止侵害请求权,其立法目的在于及时制止那些刚发生的、进行中的侵权行为,以避免造成严重损害后果,显然不能适用一审普通程序,而要求创设一种类似于英美法申请禁止令 (Injunction) 那样的新程序。在立法机关修改民事诉讼法创设类似申请禁止令程序前,按照最高人民法院关于民法通则的解释意见第 162 条,人民法院可以根据受害人的申请先行作出停止侵害的裁定。^φ

本法所谓/停止侵害请求权0,相当于日本法上的/差止请求权0。例如,对于商号的不正当使用、不正当竞争行为、侵害知识产权等,商法(第 20 条)、不正当竞争防止法(第 3 条第一款)、专利法(第 100 条第一款)、著作权法(第 112 条第一款)有差止请求权的明文规定。日本民法,虽然没有明文规定差止请求权,但裁判实践中认可差止请求权。^ψ差止请求权,在程序上采用事先保全的方法,值得重视。^ω

十、使用人责任

第 34 条规定:/用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的,由用人单位承担侵权责任。0

/劳务派遣期间,被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的,由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任;劳务派遣单位有过错的,承担相应的补充责任。0

第 35 条规定:/个人之间形成劳务关系,提供劳务一方因劳务造成他人损害的,由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自己受到伤害的,根据双方各自的过错承担相应的责任。0

5 民法通则 6 未规定/使用人责任0。为弥补这一漏洞,最高人民法院关于人身损害赔偿的解释(2003)第 9 条,创设雇用人责任。^ρ起草人在总结裁判实践经验的基础上,将/雇用人责任0改名为/使用人责任0,并区分为/用人单位0与工作人员之间的使用关系和个人之间的使用关系,第 34 条规定用人单位与工作人员之间的使用关系,第 35 条规定个人之间的使用关系。又考虑到/劳务派遣0的特殊性,在第 34 条设第二款,规定被派遣的工作人员致人损害的责任。

关于使用人责任,有两种立法例:一为无过失责任,如法国民法第 1384 条第 5 项规定,及英美法上的替代责任 vicarious liability;二为推定过失责任,如德国民法第 831 条、瑞士债务法第 55 条、我国台湾

^φ 最高人民法院 5 关于贯彻执行民法通则若干问题的意见(试行,1988)6 第 162 条规定:/在诉讼中遇有需要停止侵害、排除妨害、消除危险的情况时,人民法院可以根据当事人的申请或者依职权先行作出裁定。0

^ψ 参见前引 4,第 320) 321 页。

^ω 参见前引 4 园谷峻书,第 272 页。

^ρ 最高人民法院 5 关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释(2003)6 第 9 条规定:/雇员在从事雇佣活动中致人损害的,雇主应当承担赔偿责任;雇员因故意或者重大过失致人损害的,应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的,可以向雇员追偿。0

地区/民法0第 188条。[¶]就公平正义而言,使用人利用他人扩大其活动范围,依报偿责任理论,理应承担被使用人侵害他人权益所生损害赔偿。且被使用人通常不具备赔偿资力,唯使用人承担赔偿责任,始足以保障受害人获得完全赔偿。故从立法政策考量,此两种立法例,以无过失责任为优。[¶]

特别考虑到在现代市场经济条件下,使用人多数是现代化企业,其对雇员之招聘、选任、监督、管理,往往有严格制度。于雇员执行职务中造成他人损害情形,使用人易于举证证明自己对于雇员之选任、监督不存在过失而逃脱责任,最终使遭受损害之他人不能获得赔偿,致使用人责任制度救济受害人的法律目的落空。即使在法院裁判实务上,对于使用人的举证免责作严格限制甚至一概不予认可,但法律既有举证免责之规定,使用人往往不同意和解,难免在诉讼上多方设法证明自己无选任监督过失,造成诉讼资源浪费。[¶]有鉴于此,本法关于使用人责任制度之设计,采取法国民法和英美法之无过失责任。

值得注意的是,日本民法第 715条(1)项规定: /为某事业使用他人的人,对于被使用人在其事业的执行中对第三人造成的损害,负赔偿责任。但使用人对于被用人的选任及其事业执行的监督已尽相当的注意,或者即使尽到相当的注意,损害仍不免发生时,不在此限。0显而易见,采推定过失责任。但在判例上,使用人主张选任、监督上的无过失抗辩统统不被认可,使得第 715条(1)项第二句关于使用人免责抗辩的规定,成为一个 /空洞条文 0。[¶]其结果是日本民法第 715条规定的使用人责任在实际上成为无过失责任。[¶]

关于使用人责任的另一个问题是,使用人对于受害人承担赔偿责任之后,可否对造成损害的被使用人行使 /追偿权 0? 5最高人民法院关于人身损害赔偿的解释(2003)6第 9条末句规定, /雇主承担连带赔偿责任的,可以向雇员追偿 0。

法律委员会考虑到现代社会生活的实际情形,被使用人大多数属于工薪劳动者,依赖工薪收入维持自己和家庭生计,其工薪报酬本来就低,使用人行使追偿权之结果,往往导致被使用人及其家庭生活陷于困境。对一些工薪报酬较高的行业而言,使用人行使追偿权仍然有其合理性,自不待言。但是,哪些使用关系可以认可追偿权,哪些使用关系不宜认可追偿权,情况比较复杂;即使适宜认可追偿权,其追偿条件如何设置,哪些以 /故意 0为条件,哪些以 /重大过失 0为条件,哪些有 /一般过失 0即可追偿,亦难以具体规定。因此,法律委员会决定,本法不就追偿权作一般规定,而将应否认可追偿权、追偿权行使条件及追偿额比例,委托人民法院于裁判实践中根据具体情况处理。

日本民法第 715条(3)项规定: /前两项的规定,不妨碍使用人或者监督人对被使用人行使求偿权。0对于此项规定如何理解,存在分歧意见。[¶]关于追偿权的另一个问题是,于认可使用人行使追偿权情形,是认可 /全额追偿 0,还是 /限额追偿 0? 近时的学说认为,使用人向受害人支付损害赔偿金后,如果该金额可以全部从被用人追偿,结果是被人最终承担全部责任,违背使用人责任制度的立法目的,因此必

¶ 我国台湾地区所谓/民法0第 188条规定: /1 受雇人因执行职务,不法侵害他人之权利者,由雇用人与行为人连带负赔偿责任。但选任受雇人及监督其职务之执行,已尽相当之注意或纵加以相当之注意仍不免发生损害者,雇用人不负赔偿责任。2 如被害人依前项但书之规定,不能受损害赔偿时,法院因其申请,得斟酌雇用人与被害人之经济状况,令雇用人为全部或一部之损害赔偿。3. 雇用人赔偿损害时,对于为侵权行为之受雇人,有求偿权。0

¶ 参见前引A,第 421页。

¶ 参见前引A,第 422页。

¶ /最高裁判所认定使用者免责的判例从来没有,下级裁判也未曾见。使用者免责的规定基本是一个空洞的条文。0参见前引A 园谷峻书,第 303页。

¶ 参见前引B,第 371页。

¶ 一种意见认为,第 715条(3)项规定,并非设定追偿权的根据,而应解释为 /注意性的规定 0(参见前引A 园谷峻书,第 300页)。一种意见肯定,第 715条(3)项规定了使用人或监督者对被使用人行使追偿权的根据,并进一步尝试采类型化方法,对于非营利性使用人责任类型,一般认可使用人的追偿权;对于营利性使用人责任类型,仅在被用人有故意、过失情形认可使用人行使追偿权;对于危险业务的使用人责任类型,仅在被用人有故意或重大过失情形认可使用人行使追偿权。无论上述何种类型的使用人责任,如果被用人无资力承担赔偿责任,则不得认可使用人的追偿权(参见前引B,第 373页)。

须对使用人追偿权的行使进行限制。[Ⓟ] 最高裁判所昭和 51 年 7 月 8 日判例, 根据诚信原则和权利滥用的法理, 对使用人追偿额限制在四分之一限度内。[Ⓟ] 上述关于追偿权的学说判例, 值得重视。

本法所谓 /因执行工作任务 0, 即日本民法 (第 715 条) 所谓的 /执行职务 0。因此, 人民法院于判断被使用人是否属于 /因执行工作任务 0 时, 可以参考日本判例认定是否属于 /执行职务 0 之 /行为外观 0 理论。[Ⓟ] 凡被使用人之 /行为外观 0, 具有执行工作任务之形式, 客观上足以使他人认定其为执行工作任务, 即使属于滥用职务行为、怠于执行工作任务行为, 或者利用执行工作任务之机会及与执行工作任务之时间和场所有密切关系的行为, 均应认定为 /执行工作任务 0。

最后须说明的是, 第 34 条第一款所谓 /用人单位 0, 应包含公、私企业及国家机关和事业单位在内, 因此本法未专条规定所谓 /公务员之侵权行为 0。第 34 条第一款将取代 5 民法通则 6 第 121 条[Ⓟ] 成为国家机关工作人员侵权行为之一般法, 而 5 行政诉讼法 6 (第 67、68 条) 关于行政机关工作人员侵权责任的规定[Ⓟ] 及 5 国家赔偿法 6 (1994 年制定、2010 年修改), 均应属于第 34 条第一款的特别法。

十一、网络侵权行为

第 36 条规定: /网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的, 应当承担侵权责任。0

/网络用户利用网络服务实施侵权行为的, 被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的, 对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。0

/网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益, 未采取必要措施的, 与该网络用户承担连带责任。0

近年来利用网络侵害他人名誉、隐私等人格权的问题日益引起社会广泛关注, 要求通过立法规制网络侵权。本法适应这一要求, 设立本条。本条设 3 款: 第一款规定网络用户和网络服务提供者的侵权责任。依据本款规定, 网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益, 该网络用户或者网络服务提供者应当对受害人承担侵权责任。第二款规定受害人要求网络服务提供者采取必要措施的权利, 及网络服务提供者未采取必要措施情形应当承担的侵权责任。依据本款规定, 网络服务提供者接到受害人通知后及时采取 /删除、屏蔽、断开链接等必要措施 0 的, 即可免于承担侵权责任; 未及时采取必要措施的, 应当对损害的扩大部分与网络用户承担连带责任。判断采取措施之是否 /及时 0 及计算 /损害的扩大部分 0, 应当以网络服务提供者 /接到通知 0 之时点为准。第三款规定网络服务提供者的连带责任。依据本款规定, 网络服务提供者与实施侵权行为的网络用户承担连带责任的要件: 一是网络服务提供者 /知道 0 网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益; 二是网络服务提供者 /未采取必要措施 0。判断被告是否 /知道 0, 应采取客观标准即网络服务行业的其他经营者处于同一情形是否 /知道 0, 而不是主观标准即被告自己当时是否知道, 自不待言。但考虑到现代互联网信息爆炸的实际情形, 要求网络服务提供

Ⓟ 参见前引 A 园谷峻书, 第 300 页。

Ⓟ 最高裁判所昭和 51 年 7 月 8 日判例, 使用人承担被用人驾驶油罐车发生机动车事故的损害赔偿之后, 向被用人追偿, 原审仅在赔偿金额的 4 分之 1 的限度内认可追偿, 并认为使用人请求中超过 4 分之 1 的部分违反诚信原则, 构成权利滥用, 故不予认可。使用人上告, 被最高裁判所驳回。参见前引 A 园谷峻书, 第 302、303 页。

Ⓟ 所谓 /外观理论 0, 最高裁判所昭和 39 年 2 月 4 日判决指出, /民法第 715 条规定的执行职务并非仅仅指被使用者正当地执行其担任的职务, 从被使用者的行为的外观客观的考察, 由使用者的业务形态、规模等认定属于被使用者的职务行为的范围的情形即足矣。0 参见前引 A 园谷峻书, 第 291 页。

Ⓟ 5 民法通则 6 第 121 条规定: /国家机关或者国家机关工作人员在执行职务中, 侵犯公民、法人的合法权益造成损害的, 应当承担民事责任。0

Ⓟ 5 行政诉讼法 6 第 67 条规定: /公民、法人或者其他组织的合法权益受到行政机关或者行政机关工作人员作出的具体行政行为为侵犯造成损害的, 有权请求赔偿。0 第 68 条规定: /行政机关或者行政机关工作人员作出的具体行政行为侵犯公民、法人或者其他组织的合法权益造成损害的, 由该行政机关或者该行政机关工作人员所在的行政机关负责赔偿。0

者承担过高、过严的注意义务并不现实,从本条 3款规定的内容及安排顺序解释,无论是判断被告网络服务提供者是否/知道0,或者判断其是否/及时采取必要措施0,均可以/接到通知0为基准。/接到通知0,即构成/知道0,/接到通知0后仍/未采取必要措施0,即应判决该网络服务提供者与实施侵权行为的网络用户承担连带责任。

十二、安全保障义务

第 37条规定:/宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者,未尽到安全保障义务,造成他人损害的,应当承担侵权责任。0

/因第三人的行为造成他人损害的,由第三人承担侵权责任;管理人或者组织者未尽到安全保障义务的,承担相应的补充责任。0

中国民法理论和裁判实践,引进德国法院判例形成的/交易安全义务0理论,以解决某些公共场所发生的损害赔偿问题。但德国判例上的/交易安全义务0的适用领域很宽,⁹⁷几乎涵盖了本法全部分则(第 5) 11章)规定的侵权类型,而中国民法理论和裁判实践创设的/安全保障义务0,只是用来弥补现行法律规定的不足,其适用范围很窄,仅限于提供公用服务的营业服务场所和群众性活动。⁹⁸本法在总结有关理论研究和裁判实践基础上,设立本条规定/安全保障义务0。

按照本条的规定,负有安全保障义务的人被限定于公共场所的管理人和群众性活动的组织者。条文列举规定的所谓/公共场所0是:/宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所0。从条文列举规定可见,本条所谓/公共场所0,是指向公众提供各种公用服务的/营业服务场所0。考虑到许多大型群众性活动在公共场所举行,例如在体育场馆举行演唱会,可能发生/管理人0责任与/组织者0责任的竞合,如果损害的原因属于公共场所及其设施本身的缺陷,则应由场所管理人承担责任;如果损害的原因不属于场所本身,而属于组织管理瑕疵或者因组织群众性活动临时增设设施的缺陷,则应由组织者承担责任。

按照本条第二款的规定,如果损害是由第三人造成的,则应当由该第三人对于受害人所受全部损害承担赔偿责任,未尽到安全保障义务的管理人或者组织者,仅在该当事人不能承担赔偿责任或者不能承担全部赔偿责任时,承担与其未尽安全保障义务的程度相应的补充责任。换言之,如果造成损害的该第三人对全部损害承担了赔偿责任,则未尽到安全保障义务的管理人或者组织者将不承担任何责任;或者,即使该第三人逃逸或者因无赔偿能力根本不能承担赔偿责任,未尽到安全保障义务的管理人或者组织者亦仅承担与其未尽安全保障义务的程度相应的赔偿责任,而不应承担全部赔偿责任。⁹⁹

十三、惩罚性赔偿

第 47条规定:/明知产品存在缺陷仍然生产、销售,造成他人死亡或者健康严重损害的,被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。0

中国民法理论和立法,沿袭德国民法理论,坚持民法责任与公法责任的严格区分,因而现行民法通

⁹⁷ 根据德国原最高法院第六庭庭长 Steffen 介绍,交易安全义务常见类型有 11类,分别发生在以下领域:街道和广场;水路;建筑基地;设施;庆典、市场和类似集会;职业上的危险领域;商品制造者;对道路交通的参与;铁路;有轨电车;航运和体育活动等。参见李昊:5交易安全义务论6,北京大学出版社 2008年版,第 144页。

⁹⁸ 最高人民法院5关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释(2003)6第 6条规定:/从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织,未尽合理限度范围内的安全保障义务致使他人遭受人身损害,赔偿权利人请求其承担相应赔偿责任的,人民法院应予支持。因第三人侵权导致损害结果发生的,由实施侵权行为的第三人承担赔偿责任。安全保障义务人有过错的,应当在其能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充赔偿责任。安全保障义务人承担责任后,可以向第三人追偿。赔偿权利人起诉安全保障义务人的,应当将第三人作为共同被告,但第三人不能确定的除外。0

⁹⁹ 例如,20世纪 90年代某地一家银行营业部发生一位储户被抢劫银行的凶犯杀害的案件,法院审理认定该银行营业部未尽到安全保障义务,最后判决该银行营业部赔偿死者家属 30万元(约相当于全额的 3分之 1),即是管理人承担/相应的补充责任0之适例。

则未规定惩罚性损害赔偿。因 20 世纪 80 年代中、后期,发生 /假冒伪劣、缺斤短两 0 等损害消费者利益的严重社会问题,民法学者和消费者协会建议借鉴美国法上的惩罚性损害赔偿制度,1993 年制定 5 消费者权益保护法 6, 设第 49 条规定惩罚性赔偿。^q 但该法第 49 条规定的惩罚性赔偿金额仅为合同价金的两倍。2008 年,中国发生 /三鹿奶粉致婴幼儿受害事件 0, 当年颁布的 5 食品安全法 6 第 96 条规定 /价款十倍 0 的惩罚性赔偿金。^q

按照本条规定,惩罚性损害赔偿制度的适用,被限定于 /产品责任 0 范围内,产品责任之外的侵权行为,不得适用惩罚性损害赔偿,其立法目的值得重视。但本条未规定惩罚性赔偿的 /倍数 0, 而是规定被侵权人有权请求 /相应的 0 惩罚性赔偿,将惩罚性赔偿数额 (倍数) 之决定,委托给审理案件的人民法院结合具体案情予以裁量。当造成损害的产品属于 /食品 0 时, 5 食品安全法 6 第 96 条关于可以判处 /价款十倍 0 的惩罚性赔偿金的规定,将作为本条规定之特别法而优先适用,自不待言。

日本民法迄今未规定惩罚性损害赔偿,且判例、通说亦不认可一般的惩罚性损害赔偿。但裁判实践中,法官于计算慰谢金时,基于自由裁量,往往考虑 /加害的动机、态样等情事 0, 增加或减少慰谢金的金额,使慰谢金具有惩罚性,称为惩罚的慰谢金。^q

十四、建筑物责任

中国民法所谓 /建筑物责任 0, 日本民法称为 /土地工作物责任 0。日本民法第 717 条规定土地工作物责任,采推定过失责任。^q 现行 5 民法通则 6 第 126 条规定建筑物责任,亦采推定过错责任。^q 在裁判实践中,对于 /道路、桥梁、隧道等人工建造的构筑物因维护、管理瑕疵致人损害的 0 案型,亦适用 5 民法通则 6 第 126 条。^u

进入 21 世纪以来,中国发生多起房屋、桥梁倒塌事故,造成人民群众生命财产巨大损失,建筑物等的安全、质量问题引起社会广泛关注。全国人大法律委员会考虑到建筑物因不符合安全标准造成倒塌的严重危害性,决定在 5 民法通则 6 第 126 条规定基础上,将建筑物责任区分为建筑物管理瑕疵损害责任 (第 85 条) 和建筑物倒塌损害责任 (第 86 条),对于建筑物管理瑕疵损害仍维持推定过错责任,对于建筑物倒塌损害采无过错责任。此外,总结 5 民法通则 6 实施以来的裁判实践经验,创设关于从建筑物向外抛掷物品致人损害的责任 (第 87 条)。

(一) 建筑物管理瑕疵责任

第 85 条规定: /建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落造成他人损害,所有人或者管理人不能证明自己没有过错的,应当承担侵权责任。0

/所有人或者管理人赔偿后,有其他责任人的,有权向其他责任人追偿。0

q 5 消费者权益保护法 6 第 49 条规定: /经营者提供商品或者服务有欺诈行为的,应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失,增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。0

q 5 食品安全法 6 第 96 条规定: /违反本法规定,造成人身、财产或者其他损害的,依法承担赔偿责任。生产不符合食品安全标准的食品或者销售明知是不符合食品安全标准的食品,消费者除要求赔偿损失外,还可以向生产者或者销售者要求支付价款十倍的赔偿金。0

q 参见前引 w, 第 311) 313 页。

q 5 日本民法 6 第 717 条规定: / (1) 因土地工作物的设置或保存有瑕疵而致使他人发生损害时,其工作物的占有人对受害人负赔偿损害的责任。但占有人对于防止损害发生已尽必要的注意时,须由所有人赔偿其损害。(2) 前项规定,准用于树木的栽植及其支撑物有瑕疵的情形。(3) 于前两项,如果在损害的原因上有其他责任人时,占有人或使用人可以对该责任人行使求偿权。0 其中, (1) 项第二句规定的 /所有人责任 0 属于无过失责任。

q 5 民法通则 6 第 126 条规定: /建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的,它的所有人或者管理人应当承担民事责任,但能够证明自己没有过错的除外。0

u 最高人民法院 5 关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释 (2003) 6 第 16 条规定: /下列情形,适用 5 民法通则 6 第 126 条的规定,由所有人或者管理人承担赔偿责任,但能够证明自己没有过错的除外: (1) 道路、桥梁、隧道等人工建造的构筑物因维护、管理瑕疵致人损害的; , , 0/ 前款第 (一) 项情形,因设计、施工缺陷造成损害的,由所有人、管理人与设计、施工者承担连带责任。0

本条规定情形,既然发生损害的原因,是对于建筑物、构筑物或者其他设施的管理存在/管理、维护瑕疵0,当然应由所有人或者管理人,对受害人承担侵权责任。于所有人自己管理情形,由所有人承担责任;所有人委托他人管理情形,由管理人承担责任。条文/造成他人损害0中的/他人0,是指所有人、管理人之外的人,自不待言。

本条第一款还规定,建筑物管理瑕疵损害责任,属于过错推定责任。人民法院裁判建筑物管理瑕疵损害案件,原告(受害人)只须证明自己遭受损害的事实,及证明被告所有或者管理的建筑物等造成自己损害即可,无须证明被告有过错。被告(所有人或者管理人)不能证明自己没有过错,即应当承担侵权责任。

按照本条第二款规定,所有人或者管理人承担赔偿责任后,如有其他责任人,有权向其他责任人追偿。所谓/其他责任人0,是指造成建筑物存在/管理、维护瑕疵0的人。例如,委托装修公司对建筑物等进行装修、修缮、维护,存在装修、修缮、维护的质量瑕疵情形,是指/装修公司0;或者所有人或者管理人自己进行装修、修缮、维护,所使用的材料存在质量瑕疵情形,是指瑕疵材料的生产者或者供应商。

本条关于建筑物管理瑕疵损害责任的规定,相当于日本民法第717条关于土地工作物占有人侵权责任之规定,二者均采推定过错(过失)责任。须注意的是,本条(及第86、87条)所谓/建筑物、构筑物或者其他设施0,不分民用、公用,而日本民法第717条所谓/土地工作物0,限于民用。日本/公有公用土地工作物0即/公共设施0,因设置管理瑕疵致人损害,不适用日本民法第717条,而应适用日本国家赔偿法关于无过失责任的规定。^v

(二)建筑物倒塌损害责任

第86条规定:/建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成他人损害的,由建设单位与施工单位承担连带责任。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。0

/因其他责任人的原因,建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成他人损害的,由其他责任人承担侵权责任。0

本条第一款规定建筑物因缺陷倒塌损害的责任。责任的根据是/因建筑物缺陷0造成建筑物倒塌。所谓/建筑物缺陷0,是指建筑物未达到有关法律、法规、规章规定的安全标准,致建筑物存在对于他人人身、财产的/不合理危险0。

按照本条第一款的规定,建筑物因缺陷倒塌损害责任属于无过错责任。此与产品质量法关于产品缺陷损害责任的规定相同。但本条规定建筑物缺陷倒塌致损的无过错责任,并无任何免责事由。凡建筑物、构筑物或者其他设施因缺陷倒塌造成他人损害,即应由建设单位与施工单位连带承担赔偿责任。/造成他人损害0一语中的/他人0,泛指因建筑物倒塌遭受损害的一切人,包括建筑物所有人、管理人在内,而与第85条建筑物管理瑕疵损害责任所谓/他人0(不包括所有人、管理人)不同。

本条第一款还规定,建设单位、施工单位对受害人承担赔偿责任后,如有其他责任人,有权向其他责任人追偿。此所谓/其他责任人0,在建筑物因/设计缺陷0导致倒塌的情形,为/设计人0;在因监理人/未尽监理职责0导致建筑物存在缺陷的情形,为/监理人0;在因/不合格建筑材料0造成建筑物缺陷的情形,为该不合格建筑材料的/生产者0或者/供应商0。

本条第二款规定其他责任人的原因致建筑物倒塌致损的责任。此所谓其他责任人的/原因0,是指建筑物缺陷之外的/原因0。例如:因建筑物所有人、使用人拆除/承重墙0导致建筑物倒塌;因相邻地挖坑施工、地铁施工动摇地基致建筑物倒塌;因犯罪分子进行爆破导致建筑物倒塌。因此,本款所谓/其他责任人0,是指拆除/承重墙0的建筑物所有人或者使用人,或者挖坑施工和地铁施工的相邻地使用人,或者实施爆破的犯罪分子。

^v 5日本国家赔偿法第6第2条(1)项规定:/公路、河流或者其他公共设施因设置或管理上的瑕疵,致他人遭受损害时,由国家或公共组织负赔偿责任。0

(三) 从建筑物抛掷物品损害的补偿

第 87 条规定: /从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害, 难以确定具体加害人的, 除能够证明自己不是加害人的外, 由可能加害的建筑物使用人给予补偿。0

本条规定 /高楼抛物0 致人损害, 难以确定具体加害人时, 由可能加害的建筑物使用人分担损害。本条的法律渊源是罗马法落下物或投掷物致害的 /准私犯0 规则。按照罗马法, 如果从建筑物中落下或投出的任何物品在公共场所造成损害, 住户无论是否具有过错, 均可受到 /落下物或投掷物致害之诉0 (*actio de effuses et deiectis*) 的追究, 被要求双倍地赔偿损失。同一房间的数名房客将负连带责任。^W

我国 5 民法通则 6 没有就高楼抛物致损设立规定, 但 20 世纪 80 年代某地方法院裁判高楼坠物伤人案件, 判决由该单元二层以上业主分担赔偿责任, 此后为多数法院仿效, 形成判例规则。本条总结人民法院裁判经验, 使之上升为法律条文。

本条所谓 /可能加害的建筑物使用人0, 指坠落物品的那个单元二层以上的建筑物使用人 (或者所有人), 而不包括别的单元的建筑物使用人。本条在确定 /可能加害的建筑物使用人0 范围后, 准用关于 /共同危险行为0 的规则, 许可属于 /可能加害的建筑物使用人0 主张因果关系抗辩。最后判决不能证明自己不是加害人的 /可能加害的建筑物使用人0, 对坠落物品所造成他人的损害 /给予补偿0。此所谓 /给予补偿0, 应当是 /平均分担0 而不是 /连带责任0, 自不待言。

Explanations and Comments on the Tort Law of PRC

LIANG Hui-xing

Abstract It is essential to comprehensively explain and make comments on the Tort Law of PRC promulgated on July 1st 2010. This paper covers practically the whole system of our country's tort law from fourteen aspects as follows: the legal structure and legislative mode; general provisions; protected objects; causes of imputation; mass tort; compensation for personal injury; calculation of property loss; compensation for property loss caused by personal injury; compensation for mental distress; claim for cessation of infringement; liability imposed on users; network tort; duty of safety protection; punitive compensation; and liability pertinent to buildings. Based on generalization and analysis of theories prior to the formation of the law, particularly the Supreme Court's judicial interpretation, this paper also undertakes a comparative study of identical and similar systems from other countries such as Japan. Besides the explanation of basic text of all provisions, the paper focuses on the justifiability argumentation of provision design. Fundamentally, this paper aims to illustrate the legislative grounds for major systems in the Tort Law of PRC.

Key words China; Tort Law; Explanation and Comment

^W /二、落下物或投掷物致害 (*Effusum deiectum*), 如果从建筑物中落下或投出的任何物品在公共场所造成损害, 住户无论是否具有过错, 均可受到落下物或投掷物致害之诉 (*actio de effuses et deiectis*) 的追究, 被要求双倍地赔偿损失。如果造成一名自由人死亡, 任何市民均有权提起诉讼, 罚金将是 50 金币; 如果造成伤害, 审判员有权裁量应当支付的赔偿。同一房间的数名房客将负连带责任。0 引自 [意] 彼得罗·彭梵得: 5 罗马法教科书 6, 黄风译, 中国政法大学出版社 1996 年版, 第 405) 406 页。