

Zhuanjiaying Faguan Sh

侵权责任法 相关图书

中华人民共和国侵权责任法解读 (主编 王胜明)

中华人民共和国侵权责任法释义 (主编 王利明)

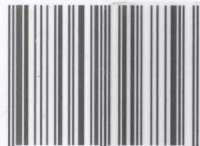
侵权责任法办案手册 (主编 奚晓明)

最高人民法院专家法官阐释侵权法疑难问题 (主编 奚晓明)

侵权案件指导案例评注 (主编 奚晓明)

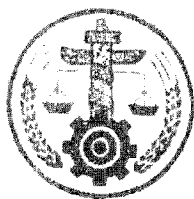
上架建议 侵权法·审判实务

ISBN 978-7-5093-1685-6



9 787509 316856 >

定价：45.00元



专家型法官审判指引

Expert-type Judge Trial Guidance

中华人民共和国 侵权责任法 条文精义与案例解析

主 编：陈现杰

副 主 编：李明义

执行编辑：姚宝华

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

2 中华人民共和国侵权责任法条文精义与案例解析

同一个条文的理解，立法机关内部可能意见迥异，躬与其事的学者、法官往往也见仁见智。当然，法律正式出台意味着立法机关的使命暂告一段落，法律的实施登上历史的舞台。为了法的正确适用，很多时候立法原意会被扩大或限缩解释，甚至随着时间的推移，从解释学上被改变。《德国民法典》某些条文理解上的变迁就是一个明证。有谚云：“文字之解释为先”，“法理乃法律之精神”，故本书在忠于立法本意的同时，强调文义解释优先，并注重与现有法律、法学理念及司法实践的衔接，力争在法理、司法实践与立法本意之间找寻最佳诠释。

注重实务指导是本书的最大特色。本书作者都是一线从事民事审判的法官，对侵权法审判实践有着深刻而前卫的把握，本书将审判实践中反复出现的难点、热点问题及《侵权责任法》实行后可能出现的热点、难点问题，依据既有判断在实务指导部分一一道来。

法律的生命在于适用，而案例是法律适用的结晶，是活的法律。马克思曾言“法律是普遍的，应当根据法律来确定的案件是单一的。要把单一的现象归结为普遍的现象就需要判断，法官的责任是当法律运用到个别场合时，根据对法律诚挚的理解来解释法律。”法律是抽象的、一般的社会规范，没有对法律的解释，也就没有法律的适用。而且，“人类的立法者根本不可能有关于未来可能产生的各种情况的所有结合方式的知识。这种预测能力的缺乏又引起关于目的的相对模糊性。”^①这就更需要法官根据法律的基本原则和精神来正确地解释和适用法律。在此基础上形成的案例必然对司法审判活动有着重要的指导意义。案例还是法学研究的重要素材，理论来源于实践，法学研究如果仅仅是从文本到文本，势必走向理论上的贫困。因此，注重案例研究是本书的又一亮点。

一部《侵权责任法》给了人们太多的权益畅想，而公民私权的成长与保护不能仅靠对法律“启蒙式”的认识，更在于对法律精神和实质的真正把握。“把手放在善恶交界处，就可以碰触上帝的袍服”，站在理论研究和司法实践的交汇处，便能真正把握法律的精神和实质，我们深信，通过我们不懈的探求与努力，本书必将成为学法、用法者的良师益友。

当然，侵权责任法理论博大精深，且刚通过未及施行，实践中的许多问题还尚未袒露，加之成稿仓促，我们水平有限，提出的观点乃一家之言，错误疏漏在所难免，衷心希望广大读者批评指正。

编著者

二〇一〇年一月二日

① [英] 哈特著，张文显译：《法律的概念》，中国大百科全书出版社1996年版，第128页。

目 录

第一章 一般规定

第一条	【立法目的】	(1)
第二条	【侵权责任法保护的民事权益范围】	(6)
第三条	【权利主体和义务主体】	(11)
第四条	【侵权责任与行政责任、刑事责任的关系】	(14)
第五条	【本法与侵权责任特别法的关系】	(17)

第二章 责任构成和责任方式

第六条	【过错责任原则和过错推定责任原则】	(19)
第七条	【无过错责任原则】	(23)
第八条	【共同侵权行为】	(26)
第九条	【教唆、帮助行为】	(31)
第十条	【共同危险行为】	(35)
第十一条	【无意思联络数人侵权：聚合因果关系】	(38)
第十二条	【无意思联络数人侵权：竞合因果关系】	(40)
第十三条	【连带责任的对外效力】	(45)
第十四条	【连带责任的对内效力】	(47)
第十五条	【侵权责任方式】	(50)
第十六条	【人身损害赔偿的范围】	(53)
第十七条	【同一侵权行为致多人死亡时死亡赔偿金的确定】	(59)
第十八条	【侵权责任请求权主体的特别规定】	(61)
第十九条	【侵害财产的损失计算】	(64)
第二十条	【侵害他人人身权益造成财产损失的赔偿】	(67)
第二十一条	【侵权行为危及他人人身、财产安全时侵权人的责任承担方式】	(70)
第二十二条	【侵犯人身权益的精神损害赔偿】	(72)
第二十三条	【被侵权人因避免他人民事权益被侵害而使自身受损的填补】	(75)

4 中华人民共和国侵权责任法条文精义与案例解析

第七十五条	【非法占有高度危险物致害责任】	(260)
第七十六条	【高度危险场所的安全保障责任】	(262)
第七十七条	【高度危险责任限额赔偿制度】	(264)

第十章 动物损害责任

第七十八条	【饲养动物损害责任一般条款】	(266)
第七十九条	【违反管理规定未采取安全措施的动物损害责任】	(270)
第八十条	【危险动物损害责任】	(272)
第八十一条	【动物园的动物损害责任】	(274)
第八十二条	【遗弃、逃逸动物的损害责任】	(276)
第八十三条	【第三人过错致动物造成他人损害之责任承担】	(279)
第八十四条	【关于饲养动物的提倡性规定】	(282)

第十一章 物件损害责任

第八十五条	【建筑物等设施脱落、坠落致害之侵权责任主体、归责原则以及追偿权】	(284)
第八十六条	【建筑物倒塌致人损害责任的责任主体、归责原则及追偿权】	(287)
第八十七条	【抛掷物致人损害责任】	(289)
第八十八条	【堆放物倒塌致害责任】	(293)
第八十九条	【公共道路妨碍通行致害责任】	(296)
第九十条	【林木折断致害责任】	(299)
第九十一条	【地面施工和地下设施致害责任】	(302)

第十二章 附 则

第九十二条	【时间效力】	(306)
-------	--------	---------

第一章 一般规定

第一条 【立法目的】

为保护民事主体的合法权益，明确侵权责任，预防并制裁侵权行为，促进社会和谐稳定，制定本法。

【条文精义】

本条是关于《侵权责任法》立法目的的规定。关于侵权责任法的功能，虽然在理论上有多元论、二元论和一元论的区分，但是，在本法中，侵权责任法至少具有保护功能、填补功能、预防功能和制裁功能等。

一、保护功能

所谓保护功能，是指侵权责任法具有保护民事主体的合法权益的功能。从整体而言，整个法律体系皆为围绕人的合法权益而展开。具体到私法体系，主体制度强调人之所以为人的人格权益，人格权益的完善和发展是其重点，也是人格权益得到保护的前提和基础；物权法制度强调人对物的支配权，物权类型、物权内容以及物权变动等制度不仅为财产权奠定坚实的基础，更是使财产权得到保护的途径；债法制度通过规范相对人之间的请求权，不仅是实现财产权合法流转的途径，也是人格权、财产权以及其他权利得到回复的方法，后一功能的实现，主要体现在合同法、侵权责任法、不当得利法以及无因管理法等制度上。

侵权责任法的保护功能，与物权、人格权、知识产权等绝对权制度的保护功能有所不同的是，后者主要通过对相应权利内容的界定、范围的划分等方法来使权利得到实现，而侵权责任法则主要通过事后损害赔偿等方法使权利内容得到回复。正如有的观点所言：“补偿和保护，是一个问题的两个方面。侵权行为法的补偿，一方面救济了损害，另一方面保护了权利。侵权行为法正是通过补偿而实现了对民事权利的保护。”^①准以此言，损害赔偿等方法手段，实现权益的保护则是目的。

侵权责任法的保护功能，与债法的其他制度相比，亦有不同。不当得利制度旨在调整欠缺法律上依据的财货变动，使无法律上之原因而受利益致他人受

① 杨立新：《侵权法论》（第三版），人民法院出版社2005年版，第41页。

及物所致损害之责任为特殊类型。前者主要体现在一般侵权责任之中,后者则以监护人之责任、雇主责任、安全保障义务人之责任、产品责任、高度危险物之责任以及动物致害责任等为其著例,分别规定不同的归责原则、构成要件,从而达到既填补损害,也照顾到行为人的行为自由之目的。

(二) 明确侵权责任的构成要件

首先,在基本的规范体系上,如前所述,建立过错责任和无过错责任的基本体系,前者的构成要件为不法行为、过错、因果关系和损害后果,后者的构成要件则无需行为人的过错。

其次,免责事由的类型化。本法通过第三章“不承担责任和减轻责任的情形”规定一般免责事由。受害人的过错旨在强调责任自负原则,以期实现法律的衡平观念和诚实信用。第三人的原因构成免责事由,意在从因果关系的角度立论,表明第三人的行为中断名义侵权人或直接行为人与损害后果的因果关系。不可抗力、正当防卫、紧急避险等免责事由既可从违法性要件的不符合性得到解释,也可从利益衡量及过错和原因力的角度得以合理化。

最后,将不同侵权责任类型的构成要件具体化、差别化。这主要表现在,第一,对于过错侵权责任,考虑双方当事人的利益平衡,规定不同的证明责任。例如本法第三十八条、第三十九条,即考虑无民事行为能力人和限制行为能力人的不同特质,区分学校等教育机构在两种情形下不同的证明责任。第二,在若干过错责任中,根据侵权行为特征,将过错从对行为人的主观内容的探求转化为对行为人客观行为是否符合一定的注意义务的判断,从而一定程度上实现过错的客观化。例如本法第三十七条关于安全保障义务的规定、第五十八条关于医疗机构过错的判断标准的规定等。第三,对于无过错责任或危险责任,规定不同的免责事由。其典型表现在本法第九章,对民用核设施致害责任、民用航空器致害责任以及高度危险物责任分别规定不同的免责事由。

(三) 明确责任主体

本法在区分对自己行为的责任和对第三人行为及物的责任之前提下,将行为主体和责任主体在一定范围内适度分离,其立法目的亦在周全保护受害人,充分填补受害人之损害,同时兼顾行为人利益之保护。主要表现在:

第一,监护人责任。根据本法第三十二条即监护人责任之规定,无民事行为能力人和限制行为能力人为行为主体,其监护人为责任主体。此一规定,既有使监护人负侵权责任从而使受害人得到充分赔偿之目的,亦是无民事行为能力人和限制行为能力人缺乏相应认知能力这一客观存在的侵权法表现,更有全面保护无民事行为能力人和限制行为能力人,使其免于承担过重责任以促其人格发展之功能。^①

第二,雇主责任。本法虽未使用传统民法上的“雇主”这一术语,但是在规范的设计上并未缺失。本法第三十四条、第三十五条分别规定了用人单位的责任和接受劳务一方的责任,第五十四条更是规定了医疗机构之责任,此类规定同样体现了行为主体与责任主体的适度分离。其立法目的除彰显危险责任的

^① 相关德国法上的讨论,参见王泽鉴:《侵权行为法(2)特殊侵权行为》,2006年自版,第69-71页。

9. 监护权，监护是为了监督和保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人的合法权益而设置的一项民事法律制度。理论上的主流观点认为，监护权不仅是一项权利，也是监护人的法定义务。在我国未规定亲权制度的背景下，监护权尚有部分亲权制度的功能。在司法实践中，也从亲权的角度保护监护权。对监护权的侵害主要表现在非法使被监护人与监护人脱离监护关系。《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第二条规定：“非法使被监护人脱离监护，导致亲子关系或者近亲属间的亲属关系遭受严重损害，监护人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。”

10. 物权，包括所有权、用益物权和担保物权。根据我国《物权法》的规定，物权的类型主要有所有权、用益物权和担保物权。所有权是权利主体对物的占有、使用、收益、处分的权利，是最为完整的物权形态。用益物权是在他人所有的物上设置收益、使用的权利，系以支配物之使用价值为内容的物权。担保物权是指为了担保债的履行在债务人或第三人特定的物或权利上所设定的物权，系以物的交换价值为内容的物权。侵害物权的类型主要包括非法侵入、妨害、侵占、毁损等。

11. 知识产权，包括著作权、专利权和商标专用权。著作权，是指基于文学艺术和科学作品依法产生的权利。我国《著作权法》上的著作权既包括狭义的著作权，即各类作品的作者依法享有的权利，也包括邻接权，即图书出版者、艺术表演者、录音录像制品制作者和广播电视节目的制作者等依法享有的与作品传播有关的权利。著作权具有人身性和财产性的双重属性。专利权，是指国家专利主管机关依法授予专利权人在一定期限内实施发明创造的独占性权利。对专利权侵犯的方式主要表现为未经专利权人许可，为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品，或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。商标专用权，是指法律赋予的商标所有人对其注册商标所享有的专有使用权。侵犯商标权的方式主要表现为，未经商标注册人的许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的；销售侵犯注册商标专用权的商品的；伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的等。

12. 发现权，对自然现象、特性或规律提出前所未有的阐述，因而依法取得的权利。发现不同于发明，发明是利用了自然规律的具有高度创造性的技术方案，而发现只是对客观的自然现象或规律的认识，并非创造了客观实在。在我国专利制度上，发现并非专利权保护的客体，不能获得专利权。但这并不排除，通过发现权对发现者的智力性创造劳动予以承认与保护。

13. 股权，股权是股东基于其股东资格而享有的，从公司获取经济利益并参与公司经营管理的权利。股权包括自益权和共益权。前者主要是指依法享有资产收益的权利，后者主要包括参与重大决策和选择管理者等权利。

14. 继承权，继承权是自然人依照法律的规定或被继承人生前立下的合法遗嘱承受被继承人遗产的权利。尽管在理论上继承权是否是侵权责任法保护的客体尚存在争论，但本法采取肯定态度，意在表明继承权在侵权责任法中的独立保护价值。

（二）侵权责任法保护的民事利益类型

关于侵权责任法保护的民事利益，是立法和实务上的重要问题。从本条规定来看，并未明确列举民事利益的类型，但是，在实务上和理论上，下列利益类型值得探讨：

1. 死者的人格利益。自然人的权利能力终于死亡。对于死者，自然难言权利。但是，从我国的司法实践看，对于死者的人格利益仍有保护的必要。《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》对此问题采取了肯定的态度。该解释第三条规定：“自然人死亡后，其近亲属因下列侵权行为遭受精神痛苦，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：（一）以侮辱、诽谤、贬损、丑化或者违反社会公共利益、社会公德的其他方式，侵害死者姓名、肖像、名誉、荣誉；（二）非法披露、利用死者隐私，或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害死者隐私；（三）非法利用、损害遗体、遗骨，或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害遗体、遗骨。”从理论上看，针对死者人格利益的侵权行为，一方面违反了公序良俗，另一方面也侵害了其近亲属经济或精神利益，应当给予侵权责任法上的保护。

2. 胎儿的利益。虽然自然人的权利能力始于出生，但是正如学者所言：“究竟什么时候是‘人的生命’的开始，从什么时候起可以受到法律的保护，这是与什么时候人就具有权利能力完全无关的另一个问题。”^①换言之，侵权责任法的保护并不以人具有权利能力为前提。在胎儿于母体中受侵害场合，需要解决的并非是侵权责任的成立与否问题，而是损害赔偿请求权的行使问题。如《日本民法典》第721条规定，胎儿，就损害赔偿请求权，视为已出生。在欧洲各国的实践中，只要胎儿出生时为活体，则其可就在母体中所受的侵害可行使损害赔偿请求权。^②虽然我国现行法及司法实践尚未有统一的规定和做法，但是并不能因此否定侵权责任法对胎儿利益的保护可能性。

3. 纯粹经济损失的保护问题。所谓纯粹经济损失，主要是指两类损失，一是不依赖于物的损害或者身体及健康损害而发生的损失；其二是非作为权利或受到保护的利益侵害结果存在的损失。^③在传统大陆法系国家，将侵权法的保护范围限制在权利之内，其主要目的之一在于限制赔偿责任的范围，以免责任过重导致行为人的行为自由萎缩。因此，损害赔偿的规则是纯粹经济损失原则上不具可赔偿性，例外情形下具赔偿性。但是，随着实践的发展，在若干案件类型中，有必要承认纯粹经济损失的可赔偿性。德国法的实践是利用违反保护他人之法律的侵权类型以及利用以背俗方法致他人损害的侵权类型来保护一定

① [德] 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上），王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译，法律出版社2003年版，第127页。

② [德] 克雷蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（下），焦美华译，法律出版社2004年版，第78页。

③ [德] 克雷蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（下），焦美华译，法律出版社2004年版，第32页。

业单位,由环境保护行政主管部门或者其他依照法律规定行使环境监督管理权的部门根据所造成的危害后果处以罚款;情节较重的,对有关责任人员由其在所在单位或者政府主管机关给予行政处分。”如果该环境污染事故同时造成他人损害,亦应根据本法第六十五条之规定承担侵权责任。

侵权责任与行政责任之所以并行不悖,原因在于两者的性质各异、功能不一。第一,侵权责任是由于行为人违反了相应的民事义务,而行政责任则是行为人实施了违反行政法规的行为;第二,侵权责任是私法上的责任,而行政责任则是公法上的责任;第三,侵权责任的追究权在于被侵权人,而行政责任的追究者为法定的行政机关;第四,侵权责任可以由被侵权人事后免除,行政责任的追究则是行政机关的法定职责,不能任意免除;第五,侵权责任的证明责任根据证明责任分配规则分别由侵权人和被侵权人承担,而行政责任的证明责任在于行政机关,相对人无需承担证明责任;第六,侵权责任的形式主要是损害赔偿和其他形式,无限制侵权人人身自由的责任形式,而行政责任的形式则包括限制行政相对人的人身自由;第七,侵权责任的功能在于填补损害、回复民事权益,行政责任的功能在于惩罚行政违法行为,维护行政法秩序。

由此可见,行政责任与侵权责任的功能不一、性质各异,行为人的同一行为导致两种责任同时存在时,应并行不悖,分别承担。

二、侵权责任与刑事责任

不法行为侵犯他人人身和财产权益,不仅肇致侵权责任,亦有可能构成刑事犯罪,需承担刑事责任。虽然侵权责任和刑事责任的共同目的在于保护法益,但是两者的性质不同、手段各异。第一,侵权责任为私法上的责任,为私的制裁,刑事责任为公法上的责任,为公法上的制裁;第二,侵权责任的权利人为被侵权人,其实现端赖被侵权人请求;刑事责任的追究者为国家,追诉机关代表国家行使公诉权,法定职责不容放弃;第三,侵权责任的责任形式以恢复原状为原则,以损害赔偿为例外,无限制人身自由的责任形式;刑事责任形式则以自由刑、生命刑为主要手段,辅之以罚金刑;第四,侵权责任的成立根据各侵权类型的不同,分别要求故意、过失,甚至不要求过错,而刑事责任以故意犯罪为主要规范对象,过失犯要求法律明文规定方可成立,无过错既无犯罪;第五,侵权责任的证明责任根据法律规定可由双方分别承担,而刑事责任的证明责任则由公诉机关一方承担;第五,在证明标准上,刑事责任涉及犯罪嫌疑人的人身自由甚至生命,证明标准要远高于侵权责任;第六,侵权责任可由被侵权人事后免除,刑事责任则除法定原因外不得减轻或免除;第七,刑事责任处罚的犯罪行为的法益侵害性远较侵权行为的法益侵害性高;第八,刑事责任保护的法益远较侵权责任保护的法益范围广,前者包含国家秩序、社会秩序,后者则主要是被侵权人的民事权益;第九,侵权责任中的行为人和责任人可适度分离,而刑事责任则必须施予行为人,无此分离状态;第十,侵权责任重在通过对被侵权人的损害进行赔偿维护法益,而刑事责任强调通过对犯罪的惩罚保护法益。

由此可知,刑事责任的目的虽在本质上与侵权责任的目的相一致,但是两者的内在逻辑根本不同,因此,刑事责任与民事责任并行不悖,前者无吸收后者之必要,后者无替代前者之可能。

同理,上述结论亦可适用于刑事责任与行政责任之关系。

三、行为人应优先承担侵权责任

根据本条第二款之规定，同一行为同时肇致侵权责任、行政责任和刑事责任，且责任形式都包含财产责任时，如行为人的责任财产难以承担全部责任，则侵权责任优先。

侵权责任或民事责任优先，在我国立法上早已有之，例如我国《刑法》第三十六条规定：“由于犯罪行为而使被害人遭受经济损失的，对犯罪分子除依法给予刑事处罚外，并应根据情况判处赔偿经济损失。承担民事赔偿责任的犯罪分子，同时被判处罚金，其财产不足以全部支付的，或者被判处没收财产的，应当先承担对被害人的民事赔偿责任。”又如，《公司法》第二百一十五条规定：“公司违反本法规定，应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金的，其财产不足以支付时，先承担民事赔偿责任。”

侵权责任优先的主要理由是：第一，侵权责任的功能在于填补被侵权人的损害，相较于公法上的刑事责任和行政责任，被侵权人的损害填补在伦理上具有优先性；第二，如前所述，刑事责任、行政责任重在惩罚，民事责任意在损害填补，相较于被侵权人的损害填补，刑事责任和行政责任中的财产罚在紧迫性上弱于侵权责任；第三，现代法治理念强调私权优于公权，公权源于私权，侵权责任优先恰是此一理念的具体表现。

【实务指导】

一、关于《最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》（法释（2000）47号）和《最高人民法院关于人民法院是否受理刑事案件被害人提起精神损害赔偿民事诉讼问题的批复》（法释（2002）17号）的适用问题。

法释（2000）47号第一条规定：因人身权利受到犯罪侵犯而遭受物质损失或者财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失的，可以提起附带民事诉讼。对于被害人因犯罪行为遭受精神损失而提起附带民事诉讼的，人民法院不予受理。法释（2002）17号规定：对于刑事案件被害人由于被告人的犯罪行为而遭受精神损失提起的附带民事诉讼，或者在该刑事案件审结以后，被害人另行提起精神损害赔偿民事诉讼的，人民法院不予受理。

上述司法解释的规定，对于同一行为同时产生刑事责任和侵权责任的情形，不当地剥夺了被侵权人请求精神损害赔偿的权利，殊未妥当。赞同此观点的主要理由是，第一，在刑事案件中，加害人为了取得较轻的刑罚，在诉讼过程中往往会主动赔付，因此，在这些案件中，如果仍然允许受害人请求精神损害赔偿，可能使其双重获利。第二，多数刑事罪犯本身几无清偿能力，判决其赔偿精神损害，也如空中楼阁，难以执行。

我们认为，上述理由难以成立，首先，如果侵权人在刑事诉讼中已经赔付的，实际上是在承担侵权责任，实为损害赔偿的计算问题，与其他侵权案件相比，并无特殊之处；其次，难以执行的判决并非附带民事诉讼所独有，并不能成为剥夺其诉权之理由。难以执行的，可根据实际情况和法律规定，分别采取终结执行或恢复执行之措施即可，也不能成为不予受理的理由。更为重要的是，第三，对受害人的精神损害赔偿请求不予受理，在价值评价上出现严重矛盾，因一般的侵权行为受损害尚能请求精神损害，在该侵权行为构成犯罪时反而不

能请求精神损害，不仅违反举轻以明重的解释规则，在法律评价上也严重错位。第四，精神损害赔偿在性质上并非第二位的，而是与物质损害赔偿同等重要的损害，在现代侵权法上并无厚此而薄彼的理由。

综上所述，法释（2000）47号和法释（2002）17号的规定既违背实体法的价值评价标准，在程序法上亦无坚强的理由。在本法施行后，根据法律的效力级别，应当适用本条的规定，允许当事人在附带民事诉讼中提起精神损害赔偿。

二、关于实践中的“先刑后民”的做法。实践中，不少法院都认为在同一行为肇致侵权责任和刑事责任时，应当先处理刑事案件，后处理民事案件。根据本条规定，我们认为，此种做法难谓妥当。其理由在于：第一，如前所述，刑事责任和民事责任在构成要件、证明责任、诉讼程序和证明标准等方面大异其趣，根据《民事诉讼法》第一百三十六条之规定，民事案件的审理无需以刑事案件的审理结果为前提。第二，根据本条之规定，侵权责任具有优先性，侵权责任与刑事责任并行不悖，在程序上民事案件的及时审理反倒能为此种实体责任的优先性提供保障。第三，从被侵权人的保护来看，损害的及时填补更有利于被侵权人的利益，“先刑后民”在一定程度上不利于受害人的保护。

第五条 【本法与侵权责任特别法的关系】

其他法律对侵权责任另有特别规定的，依照其规定。

【条文精义】

本条是关于本法与侵权责任特别法之间关系的规定。

侵权行为数量庞大、类型繁多，且在现代社会，无过错责任的发展导致侵权责任的类型多在专业领域发生，如环境污染领域、航空业、核工业等高度危险领域。换言之，侵权责任的扩展与现代科技社会的发展息息相关，于此类专业领域，其相应的侵权责任的构成要件、免责事由、赔偿限额多有特殊之处，需要结合实际，区别对待。因此，作为一般法，侵权责任法难以涵盖所有侵权类型，故而需要保持开放的体系特征，本条规定既是自《民法通则》以来我国侵权法体系特征的延续，亦是这一客观需求的立法反映。

一、法律是侵权责任特别法的渊源

根据《立法法》第八条第（七）项之规定，“民事基本制度”应当由法律进行规范。因此，有关侵权责任的构成要件、归责原则、赔偿项目和计算标准、免责事由、特殊侵权责任的类型以及承担侵权责任的方式、责任主体等事项，应由全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律加以规定。换言之，作为侵权责任特别法的渊源只能是法律，而不能是行政法规或部门规章。

二、本法与其他法律对某一事项的规定相互冲突之情形

在本法实施之后，如果本法对某一类侵权责任的某些问题作出了规定，而本法实施之前的法律也作出了规定，且两规定相互冲突的，应当根据新法由于旧法的原则，适用本法的规定。

三、本法未作规定，而其他法律作出规定的情形

在本法对某一类侵权责任的某些问题未作规定，而其他法律作出规定的，则根据本条的规定，应将其他法律的规定认定为“另有特别规定的”情形，适

第二章 责任构成和责任方式

第六条 【过错责任原则和过错推定责任原则】

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。

【条文精义】

一、过错的基本形态

过错的基本形态可分为故意和过失，过错的不同形态不仅决定了责任的成立与否，而且在很大程度上确定了责任的范围以及责任的减轻或者免除。故意是指行为人预见到自己行为的后果，仍然希望或者放任该后果发生的一种主观心理状态。故意通常被分类为直接故意和间接故意，前者指行为人预见到自己行为的后果，仍然希望该后果发生的情形，后者则指行为人预见到自己行为的后果并放任该后果发生的情形。过失是指行为人对自己行为的后果应当预见或者能够预见而没有预见（即疏忽大意的过失），或者虽然预见却轻信可以避免该后果发生的心理状态（即轻信的过失）。^① 按照从重到轻的程度，过失又可以分为重大过失、一般过失和轻微过失。重大过失是指行为人连最普通人的注意义务都没有尽到，或者说行为人以极不合理的方式未尽到必要的注意。一般过失也称抽象轻过失，其判断标准是善良管理人或者合理人的注意标准，即一个有相当经验的人处于行为人当时的境地会作为或者不作为的，行为人却不作为或者作为了，那么行为人的过失就属于一般过失。轻微过失也称具体轻过失，是指行为人欠缺与处理自己事务时相同的注意程度，此类过失应就案件中当事人的主观具体情形加以判断。^②

二、过错责任原则

过错责任的基本含义是指，一般侵权行为引起的损害赔偿案件，应当由主观上有过错的一方承担赔偿责任。主观上的过错是侵权责任构成的基本要件之一，缺少这一要件，即使加害人的行为造成了损害事实，并且加害人行为与损

^① 参见王利明：《侵权行为法研究》（上卷），中国人民大学出版社2004年版，第481页；张新宝：《侵权责任构成要件研究》，法律出版社2007年版，第438页。

^② 参见程啸：《侵权行为法总论》，中国人民大学出版社2008年版，第343-344页。

害结果之间有因果关系,也不承担侵权责任。过错责任的核心是加害人的过错,而非第三人或者受害人的过错,也就是说,过错责任是为自己行为负责的责任,不是为他人的行为负责或为自己管领的物件所致损害负责的责任,因而,行为人只对自己行为的过错负责,而不对第三人或者受害人的过错所致损害承担责任。由于第三人或者受害人的过错而致受害人损害,只要行为人没有过错,行为人就不负责任。在《侵权责任法》之前,我国民事立法已经将过错责任原则以法律形式固定下来,确认了其法律地位。我国《民法通则》第一百零六条第二款规定:“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。”而本条第一款的规定进一步明确了过错责任原则是侵权责任法中最基本的归责原则,是以过错作为价值判断标准,判断行为人对其造成的损害应否承担侵权责任的归责原则。并且,相对于《民法通则》第一百零六条第二款的规定,本条规定的行为人范围较广,涵括了一切民事主体,并不限于公民和法人;侵害的对象也从人身权、财产权扩大到民事权益。过错责任原则的意义在于:第一,确定侵权责任,救济侵权损害。确认个人就自己的过错行为所致损害应负赔偿责任,属于正义的要求;如果行为非出于过错,行为人已尽注意义务时,在道德上无可非难,应不负侵权责任。将侵权责任归属于有过错的民事主体来承担,这既符合公平正义的民法观念,也能使受害人的损害得到补偿,实现侵权法救济损害,保护民事主体合法权益的目的。第二,确定民事主体的行为标准,实现个人自由与社会安全的平衡。过错责任原则以人的主观过错作为行为人承担侵权责任的判断标准,要求行为人尽到对他人的谨慎和注意义务,既能保证已尽注意义务的个人免负侵权责任,其自由不受束缚,其才智可充分发挥,又可保证人人尽其注意,以避免对他人造成损害,维护社会安全和正常的秩序。第三,纠正侵权行为,预防损害发生。过错责任原则的价值之一,还在于通过惩戒有过错的行为人,指导人的正确行为,以预防侵权行为的发生。^①

过错既是归责的构成要件和最终要件,也是确定行为人责任范围的重要依据。具体而言,过错责任原则的含义可从以下几个方面进行理解:第一,以过错作为侵权责任的构成要件。构成法律上的责任,必须具备法律所规定的一切要件。在侵权责任法过错责任原则所适用的场合,行为人的主观过错是必备要件之一。如果行为人在主观上没有过错,就缺少必备的构成要件,不能构成侵权责任。在考虑行为人是否具有过错时,过错责任原则同样要求考虑受害人对损害发生的过错。如果受害人在主观上对损害结果的发生也有过错,则对责任的承担有一定的影响,要适当减轻行为人的赔偿责任;如果损害完全是由于受害人本身的过错造成的,即受害人对损害的发生具有故意或重大过失,行为人则因没有过错而免责,由受害人自负其责。第二,以过错为侵权责任归责的最终要件。为了贯彻无过错即无责任的精神,过错责任原则以过错作为法律价值判断标准,不仅要求将过错作为侵权责任的一般构成要件,而且要求将过错作为侵权责任归责的最终要件,即将行为人的过错作为最后的因素和基本的因素加以考察,只有通过过错的判断,才能具体确定责任主体。相对于同样作为

^① 参见杨立新:《侵权法论》(第三版),人民法院出版社2005年版,第130-131页。

第十条 【共同危险行为】

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，能够确定具体侵权人的，由侵权人承担责任；不能确定具体侵权人的，行为人承担连带责任。

【条文精义】

本条是关于共同危险行为（准共同侵权）的构成要件、免责抗辩和责任承担的规定。“共同危险行为”理论上称为“准共同侵权”，属于广义共同侵权的类型之一。《民法通则》和《民通意见》对共同危险行为均未设规定。最高人民法院《民诉证据规定》和《人身损害赔偿解释》从免责抗辩等方面对共同危险行为作出初步规范。《侵权责任法》首次以立法形式对共同危险行为作出规定，完善了对多数人侵权的法律规制。

一、共同危险行为的概念和构成要件

根据本条规定，共同危险行为是指二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为，仅其中一人或者数人的行为造成他人损害，但不能确定具体侵权人。其构成要件如下：

（一）数人没有意思联络。共同危险行为主体具有复数性，即二人以上，这与共同加害行为是同一特征；但与共同加害行为的区别在于各行为主体之间对加害行为没有共同的意思联络，也缺乏共同的认识。尽管就每一行为人为个别而言，其主观上对实施加害行为各自存在故意或者过失，但相互之间并无共同的侵害计划，而是各自独立实施了危险行为，对于损害后果没有共同的认识和意愿。

（二）共同实施危险行为。所谓“危险行为”，是指“危及他人人身、财产安全的行为”，即每一行为人的行为均具有致他人人身损害或者财产损失的高度盖然性，且实际已发生损害结果，但有事实表明仅各行为人中的一人或者数人的行为可能造成实际损害。所谓“共同实施”，非指主观共同，亦非指客观共同（行为的关联共同），而是指一种并列的共同。即：1. 各行为人均有作为行为，该作为行为虽相互独立，但却并列发生。2. 危险行为的性质或者种类相同，例如甲、乙同时向丙所在方向射击猎物，丙中一弹身亡；几名小学生放学路上同时向河面打水漂，一石从水面飞起击中对岸河边洗手的小学生的眼睛，造成失明。3. 相同性质或者相同种类的危险行为在同一辐射范围内偶然并列发生。即数人实施的危险行为在时间和空间上存在联系。^①

（三）一人或者数人的行为已造成损害结果。即：1. 损害事实已经发生，损害结果已经造成；2. 因果关系的存在能够客观认定，损害确系共同危险行为所造成；3. 不存在共同原因。即仅有一人或者数人中一部分人的行为造成损害结果；另一部分人虽然实施了危险行为，但客观上没有造成损害结果。

（四）加害人不明。“加害人不明”，是就因果关系的角度观察，指共同危

^① 一种观点认为，这一要求不符合共同危险制度的目的，故已被抛弃。见周友军：《论我国侵权法上共同侵权制度的重构》，载中国人民大学法学院“侵权责任法立法建议研讨会”论文集。

险行为人中一人或数人的行为已实际造成损害后果,但究竟是数人中谁的行为实际造成损害结果的,其事实难以认定。各危险行为人的行为都涉及可能的因果关系,都有可能造成现实的损害结果,但不能确切、具体地证明。民法学说上称之为“择一因果关系”,其所涉及的,不是因果关系是否存在,而是因果关系的证明问题。鉴于存在具体加害人不明这一因果关系证明上的困境,为了缓和受害人的举证困难,给受害人以充分的救济,法律要求共同危险行为人承担连带责任,从而构成所谓“法定的因果关系推定”。

具备上述要件,即构成共同危险行为。依据本条规定,共同危险行为人应当承担连带责任。

二、共同危险行为的免责抗辩

共同危险行为是在加害人不明的情况下,采取法定的因果关系推定方式,由各参与危险行为人承担连带责任。由此产生一个问题,即共同危险行为人能否通过举证证明其行为与损害结果间不存在因果关系而免责?对此问题,民法理论上主要有两种观点:

1. 肯定说认为,既然共同危险行为人中仅一人或者数人的行为造成损害结果,则共同危险行为人只要能证明其行为与损害结果没有因果关系,根本不可能导致损害结果的发生,即可免责。这也是共同危险行为中因果关系推定制度的应有之义。^①

2. 否定说认为,仅证明自己的行为与损害结果之间没有因果关系尚不足以免责,必须进一步证明数行为人中谁是真正的加害人,即证明损害结果与何人的行为具有因果关系,才能免除证明者的责任。该说将指证他人的义务加诸共同危险行为人,目的是为了避开各行为人均证明自己的行为与损害结果没有因果关系而免责,导致受害人不能获得赔偿。

审判实务系采取肯定说。其理由在于,肯定说包含了“既无因果关系,自非侵权人”的判断,符合侵权构成要件的原理。

本条规定,发生共同危险行为,“能够确定具体侵权人的,由侵权人承担责任;不能确定具体侵权人的,行为人承担连带责任。”该条规定,系采取何种立场,有不同理解:

一种观点认为,本条规定系采取否定说:依本条文义解释和逻辑解释,显系只有证明谁是具体加害人,其他危险行为人才能免责。从证明责任的分配来分析,共同危险行为的成立要件之一是“加害人不明”,即受害人不能证明谁是实际加害人;在此情况下,“能够确定具体侵权人的”,显然不是指由受害人举证证明谁是具体侵权人,而只能是参与危险行为人中的一人或者数人举证证明是谁的行为造成了实际损害。据此,本条规定的“能够确定具体侵权人”,实际上是将指证具体侵权人的证明责任分配给了其他参与危险行为人。

另一观点认为,该条规定系采取肯定说。首先,“能够确定具体侵权人的,由侵权人承担责任;不能确定具体侵权人的,行为人承担连带责任”,依其文义,应当是对共同危险行为与独立侵权行为要件构成进行区别的规定,即强

^① 周友军:《论我国侵权法上共同侵权制度的重构》,载中国人民大学法学院“侵权责任立法建议研讨会”论文集。

调只有加害人不明的情形才构成共同危险行为,承担连带责任;加害人能够确定的,即非共同危险行为,而系独立侵权行为,应由成立该独立侵权的行为人承担侵权责任。其次,具体侵权人能否确定,系事实证明问题,而非免责抗辩问题。不能证明的,本法为保护受害人,乃采取法定的因果关系推定,使共同危险行为人负连带责任。依照法理,凡属事实推定,受不利推定的当事人均可以事实反证推翻该项推定。此项事实反证,即系因果关系不存在;而指证具体侵权人,虽亦可以排除其他共同危险行为人与损害结果之间的因果关系,达到事实反证的效果,但其不能排斥共同危险行为人采用其他事实反证的方法和路径,即指证具体侵权人不能成为免责抗辩的强制性义务和唯一路径。

两种理解,各有道理。从利益均衡考虑,审判实务中应以后说为是。

【实务指导】

共同危险行为是否应包含“加害人确定,但加害部分不确定”的情形?

就此问题,存在两种观点:

肯定说认为,共同危险行为的成立要件之一即“具体侵权人不能确定”,应包括加害人不明和加害范围不明两种情形。前者通常为法律所明确规定;后者通常法无明文,而由审判实务进行处理。如德国侵权法理论中有所谓“并发的侵权行为”,指数个行为人没有意思联络而其加害行为偶然竞合(或聚合)发生同一或者并列的损害结果。例如甲乙驾车不慎,撞及丙之车,甲乙所侵害部分,难以判定。德国联邦法院认为,于此情形,为保护受害人,有特别使行为人负连带责任的必要。其理由:数人行为致生损害虽确定无疑,但因加害部分不明,对每一行为人不能就其加害部分举证证明,因举证不能而导致不能求偿,显系违背事理。^①王泽鉴教授则采取举轻以明重的解释方法,认为“盖加害人不明即应连带负责,在加害人已明,仅加害部分不明时,自应使其负连带责任。”^②据此,加害部分不明在德国侵权法中被纳入共同参与行为(亦即共同危险行为)的调整范围,行为人承担连带责任。

否定说认为,共同危险行为系择一因果关系乃理论上的通说,且为法律所明确规定,因此,加害范围不明在逻辑上不能作为共同危险行为处理。依据该说,其解决途径如下:行为竞合的属客观的共同侵权,应承担连带责任;原因竞合属多因一果,承担按份责任。“加害范围不明”属于数行为关联共同造成同一损害后果,因其原因力不可分,致加害范围不明,应由竞合加害人承担连带责任。我国审判实务采此说。

综据上述,无论采取肯定说还是否定说,在加害部分不明的情况下,均得使行为人承担连带责任,其法律效果并无重大不同,可以说是殊途同归。

为克服立法的刚性,给被侵权人以充分的救济,以平衡侵权人和被侵权人之间的利益,审判实务中可以参考德国侵权法以及我国台湾地区“民法”的理论和实务经验,将加害部分不明的情形纳入共同危险行为,而使各危险行为人

^① 程啸:《论意思联络作为共同侵权行为构成要件的意义》,载《法学家》2003年第4期。

^② 王泽鉴:《特殊侵权行为——共同侵权行为》,载最高人民法院民一庭《民事审判指导与参考》(总第19集),法律出版社2004年版。