



全国专家型法官 司法意见精粹

国家法官学院◎编

侵权赔偿卷

Volume of Tort and Compensation Law

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



全国专家型法官 司法意见精粹

国家法官学院◎编

侵权赔偿卷

Volume of Tort and Compensation Law

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

全国专家型法官司法意见精粹·侵权赔偿卷/ 国家
法官学院编. —北京: 中国法制出版社, 2017. 1
ISBN 978-7-5093-8101-4

I. ①全… II. ①国… III. ①侵权行为-赔偿-研究
-中国 IV. ①D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 300285 号

策划编辑 李小草 (lixiaocao2008@sina.cn)

责任编辑 谢雯

封面设计 李 宁

全国专家型法官司法意见精粹·侵权赔偿卷

QUANGUO ZHUANJIAXINGFAGUAN SIFAYIJIAN JINGCUI · QINQUAN PEICHANGJUAN

编者/国家法官学院

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/730 毫米×1030 毫米 16 开

版次/2017 年 1 月第 1 版

印张/28.25 字数/388 千

2017 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8101-4

定价: 98.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66010493

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

主 编 曹士兵 国家法官学院副院长
副 主 编 关 毅 国家法官学院科研部主任
刘 畅 国家法官学院科研部副主任
主编助理 边疆戈 国家法官学院科研部编辑
苏 烽 国家法官学院科研部编辑

编辑人员名单（按姓氏笔画为序）

边疆戈 关 毅 刘 畅 苏 烽 胡田野
曹士兵 谭 红

序 言

司法正义是现代文明社会的重要指标，正义是抽象的，存在于每个人的心中，而感知正义的最好途径是通过法官在每一件具体案件中的裁决。法官作为裁判者，社会期望法官具有良好的司法能力，衡量法官司法能力的途径之一就是看其适用法律、解释法律、表达法律思想的审判实践与法学理论相结合的学术作品。

国家法官学院作为最高人民法院的教育培训与应用法学研究基地，探索如何尽快提高和加强法官的司法能力一直是我们的工作重点。为加强法院系统的学术研究氛围，提高法官业务素质，最高人民法院于1989年举办了全国法院系统首届学术讨论会并进行优秀论文评选。自此，全国法院系统逐渐兴起了注重司法审判问题研究、注重法学理论与审判实践相结合的实证研究之风，涌现出越来越多的学者型法官。经过近三十年的耕耘，全国法官的业务水平在整体上已经有了显著的提高，全国法院学术讨论会的影响和规模也日渐兴盛，成为中国司法领域享誉盛誉的学术品牌。作为法院系统内每年最重要的一次学术实力的评比，各级法院都十分重视，不断规范组织程序，完善学术研究机制，每一篇论文从选题、调研，收集资料、研究分析，到最后写作、修改，都经过了逐级审核评比。在此展现给大家的成果都是经过层层筛选后脱颖而出的，其中不乏获得一、二等奖的佳作。这些论文要么在司法理论上有着独到新颖的见解，要么在审判实务中具有指导意义和实践价值。

每年在全国法院系统选送的1600余篇论文中，能够获得一、二等奖并被收入论文集正式出版的，只占其中的十分之一，还有很多优秀论文，由于篇幅限制或主题相近等原因未能入选，但是同样具有相当高的理论水平和实际应用价值。

作为全国法院学术讨论会的承办单位之一，国家法官学院有责任和义务

在加强法官教育培训和审判实务研究的同时，为全国的学者型法官搭建一个展示自己的平台，将他们的科研成果转化为指导法官办案的理论工具和经验参考，转化为法律教学的教材和资料，真正体现科研就是生产力的宗旨。

为促进全国法院学术讨论会论文成果的转化和应用，进一步推动全国法院司法审判理论和实证研究工作的新发展，全国法院学术讨论组织委员会办公室自2013年始决定将学术讨论会征集到的部分优秀论文不定期地分专题结集出版，丛书定名为《全国专家型法官司法意见精粹》。出版本丛书的宗旨和定位是进一步展现全国法院系统的学术研究新成果，力求从实务的角度及时向司法人员提供更多更有效的裁判思路和法律适用方法，向从事法律教学的人员提供更丰富更有益的实证材料。

展现在读者眼前的这套丛书正是国家法官学院近年来加强司法实证研究，将更多的理论研究成果应用于审判实践的一项有益尝试。本丛书已出版八个分册，分别为：《侵权赔偿卷》《婚姻家庭卷》《合同与担保卷》《公司与金融卷》《土地与房产卷》《刑事证据卷》《未成年人犯罪卷》《新型盗窃罪与量刑制度卷》。今年再继续出版《侵权赔偿卷》《婚姻家庭与继承卷》《合同与借贷担保卷》《公司与金融卷》，并新增一个分册：《行政与国家赔偿卷》。各分册所收录的内容都是法院系统最新的研究成果，及时反映年度审判实践的热点议题和司法观点。

我们坚持走中国特色社会主义法治道路，加快构建中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家，就要在具体的司法保障环节牢固树立宪法法律权威，在司法体制改革和司法审判技能上提出更高的标准和要求，让每个公民都能在具体的案件中体会到公正司法与司法公信力的真实存在。司法作为一门实践的艺术，需要更多从实践中产生并能指导实践的具有可操作性的理论工具，仅仅就理论而论理不能体现法院系统学术研究的特点和价值。可以说，本丛书辑录的论文的最大特点就是理论联系实践。相信本丛书的出版会满足广大司法研修者对法官如何办案、法学理论是如何运用到审判实践中的好奇，让更多的人了解法院和法官的工作，让司法公开、司法为民得到更具体的体现。同时，本丛书作为全国法院系统学术讨论会成果转化的重要形式，也是一次尝试，真诚希望得到广大读者的指正，我们将不懈努力，不断为大家贡献新的成果。

目 录

Contents

一、侵权责任的一般问题

风险责任架构下侵权补充责任之司法适用	1
公平责任一般条款的司法适用	16
自甘冒险与侵权责任的承担	30
人身损害之诉中的享乐损害赔偿	42
民事审判中精神损害抚慰金的适用	55
数人侵权最终责任份额的分配规则	64
人身损害赔偿标准中“上一年度”条款的适用	77
好意同乘损害赔偿的责任分担	87
侵权法框架下之纯粹经济损失赔偿	103
情谊行为致害的司法规制	115
《侵权责任法》适用于刑事附带民事诉讼的可行性	128

二、机动车交通事故责任

交通事故认定中用人单位的权利救济	138
交通事故侵权责任的量责规范化	151
交通损害赔偿纠纷中道路交通事故认定书之救济	161
“车撞宠物狗”案件引发的法律思考	173

三、医疗损害责任

因果关系判定法则在医疗诉讼中的适用	185
-------------------------	-----

医疗领域“告知后同意规则”的司法适用	198
医疗损害鉴定结论中“过错参与度”的司法认定	211
医学会鉴定优先主义的检视与完善	222
病历资料瑕疵的侵权责任	234
医疗知情同意权实现的法律规制	244
从“弃婴岛”的设立审视“错误出生”之诉	258

四、安全保障责任

群众性活动组织者安全保障义务的合理范围界定	268
安全保障义务人补充责任的司法适用	278
道路管理者不作为侵权之安全保障责任的法教义学解释	290

五、环境污染责任

风险社会视野下合规抗辩对环境侵权损害赔偿责任的影响	302
环境侵权案件中“合规抗辩”之效力	315
环境侵害排除责任适用中利益衡量规则的构造与运用	327
间接反证说在环境侵权因果关系认定中的运用	338
环境侵权责任构成要件中的违法性判断	349

六、产品责任

产品责任中消费者证明产品存在缺陷的困境与出路	360
“危险产品”损害责任举证困境及其完善	373
网络消费中惩罚性赔偿制度的适用	385
经营者之“十倍赔偿”构成要件的错误辨识与理性回归	396

七、人格权侵权

自媒体时代下网络名誉侵权之司法审视及应对	408
商誉侵权裁判的法经济学规则	423
裁判文书上网制度下离婚案件当事人隐私权的界限与保护	434

一、侵权责任的一般问题

风险责任架构下侵权补充责任之司法适用

【司法精要】

2003 年我国《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《人身损害赔偿司法解释》）和 2009 年我国《侵权责任法》业已确认侵权补充责任作为侵权行为承担责任的形态之一，其适用丰富了数人侵权责任之形态，平衡了各方主体之利益。但是，立法对责任的“实体补充”与“程序补充”缺乏统一的客观适用标准，亦未明确具体的适用规则。责任分担是责任成立的后续命题，不应再以责任构成原理为立论基点，而应以外部被侵权人受偿及内部各侵权人终局责任分担为考量因素。为此，本文引入“风险责任”的理念，检视与审思侵权补充责任的正当性基础，得出如下结论：一、侵权补充责任的本质属性是风险责任，个案存在或然性，整体内蕴公平性；二、侵权补充责任的价值在于“补偿正义”，是“实体补充”与“程序补充”的内在统一；三、侵权补充责任的普遍适用标准是直接责任人具有全部原因力的直接作为侵权+不作为义务人具有一般过失。当不作为义务人存在重大过失或轻微过失时，应综合过错要素和原因力要素谨慎采用；四、侵权补充责任的实现机制是通向“补偿正义”的必由之路，需要理论和实践的深度拉锯与融合。

在现代社会,风险从传统性向现代性过渡,事故性损害成为日益严重的社会问题,这使侵权法面临危机:“以理性主义哲学为基础和为处于‘幼年时期’工业革命提供这激励的近代侵权法所确立的过错责任主义,已无法适应社会发展的要求,或者说侵权法面临着如何通过合理的损害分配机制,以进一步保护受害人利益、实现社会的公平与正义。”^①一方面出现了由过错责任、无过错责任和社会保险制度构成的“多元化”格局,传统的侵权法及其归责原则丧失了绝对的统治地位,另一方面侵权法本身在参与救济侵权损害的过程中,催生和动员了新的法律运动,以摆脱侵权法面临的合法化危机。突出表现为:一是面对大规模侵权,侵权法与社会法、经济法共同构筑社会安全网;二是丰富数人侵权责任之形态,增设侵权补充责任,使之与连带责任、不真正连带责任、按份责任共同解决实践中遇到的难题。2009年,顺应侵权法的发展趋势,《侵权责任法》第一次以立法的形式创造性地规定了补充责任,具有崭新的时代意义。然而,尽管《侵权责任法》确立了实证规则,但远未尘埃落定,诸多问题尚待解决:一是补充责任的性质应当定位明晰;二是适用标准应当明确;三是适用规则应当健全;四是救济程序应当完备。检视待决之题、解决知性茫然是本文进行正当性审思之立足点和着眼点。

一、检视之焦点——既有规则与司法判例

规范分析与实证分析是法学研究的重要方法。观瞻一项既具有历史视野又具有现实意义的法律制度时,只有对既有规则逻辑的归纳分析和对当下司法判例实然现状的审视反思,才能发现问题、解决问题。

(一) 聚焦一:既有规则

遵循侵权补充责任制度之规范化进路,首先归纳梳理我国既有的涉及侵权补充责任的相关规则(见表一)。

^① 熊进光:《大规模侵权损害救济论:公共政策的视角》,江西人民出版社2013年版第327页。

表一：我国司法解释及民事单行法关于侵权补充责任的规定

法律、司法解释、规定	条款一	条款二	条款三	条款四
2000 年 7 月《产品质量法》	第五十七条第二款：产品质量检验机构、认定机构出具的检验结果或证明不实，造成损失的，应当承担相应的赔偿责任。			
2003 年 12 月《人身损害赔偿司法解释》	第六条第二款：违反安全保障义务的侵权责任。	第七 条：因第三人侵害未成年人学校应承担的侵权责任。	第十四条：帮工人在帮工活动中因第三人侵权遭受人身损害时，可由被帮工人适当补偿。	
2005 年 10 月《证券法》	第一百七十三条：证券服务机构制作、出具的文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，给他人造成损失的，应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任，但是能够证明自己没有过错的除外。（专家提供不实信息对第三人的责任）			
2007 年 6 月《最高人民法院关于审理涉及会计师事务所所在审计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定》	第六条：注册会计师具有过失的情形下，根据第十一条的规定承担的是有限度的补充责任。			
2009 年 12 月《侵权责任法》	第三十四条第二款：劳务派遣单位的补充责任。	第三十七条第二款：安全义务人的补充责任。	第四十条：教育机构的补充责任。	第四十九条：机动车所有人的补充责任。

检视之结论：（一）责任适用标准缺乏“统帅”。《侵权责任法》及特别法列举了数类适用情形，但这些规定随意且偶然，缺乏统一的适用标准。给司法适用带来更大的随意性。（二）规则架构存在“体系违反”。价值判断矛盾是“体系违反”的一种形态。依黄茂荣先生的观点，价值判断矛盾包括“碰撞式”“类推适用式”“目的性扩张式”“目的限缩式”等基本样态^①（见表二）。

^① 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社 2011 年版，第 311 页。

表二：价值判断矛盾类型分析

价值判断 矛盾类型	碰撞式	类推适用式	目的性扩张式	目的性限缩式
核心内容	某一个规范（N1）赋予某一个法律事实（T1）、一种法律效果（R1），而另一个规范（N2）赋予另一个法律事实（T2）、另一个法律效果（R2）。 ^①	某一个规范（N1）赋予某一个法律事实（T1）、一种法律效果（R1），而对另一个与T1在法律上重点相同的法律事实却未作规定。 ^②	依法律目的应将某类事件包含在法律适用的范围之内，而立法却未将其包括在内，扩张法律适用范围，以涵盖此类事件。	明显不存在针对某一事件可资使用的法律规范，或某类事件，法律虽然含有得以适用的规则，但该规则在价值评判上并未虑及此类事件的特质，依法律的目的和意义，对此类事件并不适用。

分析上表可以发现：1. 在侵权补充责任有关信息提供型专家对第三人的责任规定存在碰撞式价值判断，注册会计师承担有限度的补充责任，而对证券服务机构不区分故意和过失情形，一律与发行人和上市公司承担连带责任。2. 类推式价值判断矛盾明显，《侵权责任法》没有直接规定补充责任人的追偿权，体现不出责任的“补充性”；《人身损害赔偿解释》规定的经营者在承担了补充赔偿责任后，对直接侵权的第三人追偿权，而对教育机构则未规定承担补充责任后享有追偿权。3. 侵权补充责任的规定存在残缺式“体系违反”的法律漏洞，比如追偿权以及追偿权的实现、有限追偿还是无限追偿、“相应的”补充责任与最终责任的承担范围、救济程序等，都缺乏统一标尺，司法者无法通过目的性扩充或目的性限缩予以补缺，有待于创新性规制。

（二）聚焦二：司法判例

从2001年《最高人民法院公报》刊登的“银河宾馆案”到一系列“第三人侵权学生伤害事故案”等等，裁判者大多运用补充责任的思想，平衡了直接侵权责任

① 焦艳红：“我国侵权补充责任规则之漏洞分析与完善”，载《中共郑州市委党校学报》2009年第1期。

② 焦艳红：“我国侵权补充责任规则之漏洞分析与完善”，载《中共郑州市委党校学报》2009年第1期。

人、补充责任人、受害人之间的利益。其目的在于“补偿正义”^①，以便更好地解决加害人不明确的案件或是加害人没有赔偿能力的案件。但是，由于裁判者对侵权补充责任的理解存在偏差，导致不同法院在审理同类型案件时产生不同的判决结果，严重影响了司法的权威性。笔者援引司法实践中的四个案例开展研析（见表三）。

表三：司法判例研析与评判

案件名称	案件出处	案情摘要	裁判结果	适用关键词	法律评析
上海银河宾馆案	《最高人民法院公报》2001 年	1998 年 8 月，王某入住上海银河宾馆后被一罪犯进入宾馆杀害，被害人父母起诉宾馆承担损害赔偿责任	银河宾馆违反安全保障义务，构成违约，承担 8 万元赔偿责任	适用违约责任	当时未规定侵权补充责任，但运用补充责任思想，平衡各方利益
润多超市广告气球爆炸致学生伤害案	法律教育网 2006 年 3 月 31 日	2002 年 1 月，润多超市广告氢气球飘摇到桃林镇学区的上空，该校学生从学校围墙跑出来围观，气球爆炸致使三名学生受伤，受害人起诉润多超市、广告公司及学校承担连带赔偿责任	家润多超市疏于广告管理监督，应承担主要责任。学校作为教育管理义务机构存在过失，承担次要责任	适用连带责任（错误）	混淆了连带责任与补充责任的界限，对应当承担补充责任的学校判定承担连带责任，认定责任性质有误
振博公司滑雪圈致人伤害案	人民法院报《法官说法》2013 年 1 月 17 日第 7 版	2010 年 1 月，温某在振博公司所经营的维斯特滑雪场参与滑道雪圈项目时，被在其后面的何某滑下	根据《侵权责任法》第三十七条规定，判定振博公司承担相应的补充责任	适用侵权责任（定性不准）	安全保障义务人的过失是导致温某受损害的主要原因。作为经营管理单位的振博公司应承担全部或者主要损害赔偿赔偿责任

^① “补偿正义”是在美国“平权行动”中逐渐发展起来的一种正义理论，其主张：根据历史、文化、经济条件有偏向地制定法律和政策，“让弱势者先起跑”，以保证一个相对公平的结果。

续表

		的滑雪圈撞上，造成左脚踝骨折。温某起诉要求振博公司承担全部损害赔偿责任			
未成年学生崔某彩教学楼滑倒致伤案	中国法院网 2013 年 1 月 11 日发布	崔某彩和崔某伟均系某中心小学学生，崔某彩在课间骑坐在楼梯扶手上时，因被崔某伟触摸而怕痒，身体失去平衡滑下楼梯摔倒致伤	崔某伟的法定代理人赔偿崔某彩 21487 元；某中心小学赔偿崔某彩 16115 元	适用按份责任（错误）	崔某伟为直接实施侵权行为之人，应承担直接侵权赔偿责任；某中心小学应承担补充赔偿责任

研析之结论：数人侵权责任形态适用上，司法适用中，存在将按份责任、连带责任、不真正连带责任和补充责任混淆适用情形。根源在于司法者未能充分考量过错要素和原因力要素，其判决的正当性遭受质疑。

再以《侵权责任法》第 40 条为例，该条规定了教育机构对第三人侵权学生伤害事故承担相应的补充责任。笔者重点搜寻到浙江、广东、上海等地法院的判决书 30 份，进行了统计分析（见表四）。

表四：判定学校承担赔偿责任统计表（实证样本 30 份）^①

判决类别 案件类型	与其过错相应的 赔偿责任		补充赔偿责任		连带赔偿责任		不承担责任		案件数量 合计
	前	后	前	后	前	后	前	后	
在校学生侵权	4	9	1	3	1	0	1	2	21
校外第三人侵权	1	3	1	1	1	0	2	0	9
合计	5	12	2	4	2	0	3	2	30
占判决总数比例 （四舍五入法计）	56.67%		20%		6.67%		16.67%		100%

^① 分析 2010 年 7 月 1 日《侵权责任法》实施前后侵权补充责任的适用效果，在统计时，笔者特意将《侵权责任法》实施前、后分别统计。

分析之结论：学生伤害事故，往往涉及数人侵权责任形态的适用。在第三人直接侵权致使在校学生受到伤害的案例中，司法判定学校应承担“与其过错相应的赔偿责任”，并未真正贯彻侵权补充责任的适用规则。甚至，不少判决虽适用的是补充责任的规则，但是，让学校在直接侵权人无法确定或者无资力赔偿的情形下承担全部赔偿责任，且未能赋予其追偿权，学校似乎又成了无辜的受害者。

二、本体论——侵权补充责任的正当性

通过上述对侵权补充责任规则梳理和司法判例的评析，说明侵权补充责任在适用上存在一些问题。责任规则需要完善统一，法官认知需要能动理智，这需要我们开展对侵权补充责任的正当性审思，而审思之基点则是对其责任含义的厘定与廓清、价值基础的提炼与凝结。

（一）提纲与挈领——补充责任之内涵

通说认为，“补充侵权责任，是多个责任主体对同一损害后果承担共同责任时的一种侵权赔偿责任，其主要发生在一个侵权行为造成的损害事实产生了两个相重合的赔偿请求权的情况下，法律规定权利人必须按照先后顺序行使赔偿请求权。只有排在前位的赔偿义务人的赔偿不足以弥补损害时，才能请求排在后位的赔偿义务人赔偿”^①。

侵权补充责任所强调的“补充”，首先是程序上的补充，是一种位次关系，有先后顺序的补充，即补充责任人违反作为义务，“只有在第一顺序的直接责任人下落不明或无力赔偿、赔偿不足的情况下才对受害人承担赔偿责任”“侵权补充责任实际是对受害人所承担的一种具有担保性质的责任”。^② 其次是实体上的补充，即在赔偿范围和赔偿数额上的补充，根据法律规定，补充责任人仅在其过错范围内承担相应的补充责任，是限额补充，体现的是“补偿正义”，并非对直接责任人无法赔偿的部分，补充责任人就都当全部赔偿。

（二）探源与奠基——补充责任正当性之基础与价值

正确适用侵权补充责任形态，需要确定数人侵权责任分担之依据。笔者着重从

^① 张新宝：“我国侵权责任法中的补充责任”，载《法学杂志》2010年第6期。

^② 张景良、黄砚丽：“关于侵权补充责任形态的若干思考”，载《人民司法》2012年第15期。

原因力要素和过错要素分析侵权补充责任的正当性。

1. 原因力要素——因果关系论

侵权法上的因果论，通常分为主要原因和次要原因、直接原因和间接原因。主因对损害后果的作用力较大，法律赋予其较大的责任份额，次因对损害后果的作用力小，法律赋予其较小的责任份额；直接原因直接作用于损害后果，且其具有独立性，导致损害后果的发生或扩大，相应的直接原因应科以较大的责任份额，间接原因需结合其他因素，往往是事故损害发生的诱因或者条件，不具有独立性，因果关系呈现间接性，法律应赋予其较少的责任比例。从责任分担角度看，因区分主要原因和次要原因、直接原因和间接原因均针对积极的加害行为，而补充责任人以不作为的方式侵权，其对损害的发生并没有积极的原因力。“直接责任人的故意加害行为直接构成了损害发生或者扩大的全部原因力，补充责任人对损害的产生或扩大的作用在于能否从反向减损直接责任人所施加的原因力，即对损害的发生没有正向的原因力。从该角度而言，补充赔偿责任更大程度上是一种无过错的违约责任，在侵权行为法上，其并不存在过错，不构成侵权行为”^①。为实现“补偿性”正义，补充赔偿责任者承担了本应由直接侵权人承担的责任，因此，应赋予其追偿权。

2. 过错要素——主观归责论

过错的本质是应受非难的个人心理状态，我们通常将过错分为故意和过失，故意又可按照作用形式不同细分为直接故意和间接故意，过失也可按不同程度区分为轻微过失、一般过失和重大过失。在可责性问题上，可根据主观的可非难性，按故意>重大过失>一般过失>轻微过失的排序，厘定责任份额大小与多少。直接责任人一般是积极追求侵权后果的发生，补充责任人则多是一般过失或轻微过失。显而易见，故意的可责难性远远大于一般过失或轻微过失的程度。法律应对积极追求侵权后果的人苛以重责，充分保障受害人权益。司法政策应当让直接侵权人承担全部的侵权责任。补充责任人只有在作为义务人具有一般过错时才承担相应的侵权责任，并且享有特定条件下的追偿权。

综合原因力要素和过错要素，不难发现其价值：“补充责任制度对责任分担做

^① 田迪歌：“侵权补充责任研究”，西南政法大学硕士论文，载 <http://www.doc88.com/p-3334780097185.html>。

了两次安排,第一次是直接责任人与补充责任人对侵权责任份额的分担;第二次是受害人与补充责任人对受害人受偿不完全之风险的分担。并且这样的次序安排是不能被颠倒的,在实践中就表现为补充责任人的顺位利益。”^①这种利益的优先保护顺序,说明侵权补充责任旨在动态中平衡各方主体的利益,这正是侵权补充责任制度之优越性所在。

三、理论突围——补充责任性质的厘定

(一) 司法悖论之困惑

司法实践中在适用侵权补充责任时,法官往往陷入这样的困惑:从主观归责论看,补充责任人多具有一般过失,从因果关系论看,不作为行为人的不作为与实际损害后果之间具有“相当因果关系”,故应承担相应的侵权责任。但是,在直接责任人明确且有完全的赔偿能力时,补充责任人实际上并未承担侵权之责;在直接责任人不明确或虽明确但其能力不足以赔偿受害人时,补充责任人承担了补充责任,并由此获得了对直接责任人的追偿权,在其行使追偿权获赔之后,貌似还没有哪一种责任在侵权责任分担中得以体现。这便产生了“侵权补充责任性质到底是什么”的疑问。法律承认补充责任人在特定条件下的有责性,若赋予其追偿权,价值矛盾似乎显而易见;若不赋予其追偿权,实际系按份或连带责任,致使直接侵权人获益。在破解这一司法悖论并解决司法实践面临的难题上,传统的“不真正连带责任说”“广义的请求权竞合说”^②“牵连责任说”^③并不能完全解释侵权补充责任的本质。

① 田迪歌:“侵权补充责任研究”,西南政法大学硕士论文,载 <http://www.doc88.com/p-3334780097185.html>。

② 杨立新教授提出不真正连带责任说,该说认为:不真正连带债务违约是不真正连带责任造成的后果。根据各自不同发生的原因要素,各个债务人应履行的义务也不尽相同,从而得出多数债务人在偶然场景同时产生了同一给付情况,债务人的债务因某一债务人的履行而归于消灭。参见杨立新:“论侵权责任的补充责任”,载《法律适用》2003年第6期。

③ 黄龙教授提出牵连责任说,直接侵权人承担“主责任”,补充责任人承担的责任成为牵连性责任。补充责任的产生具有独立性,其并不依附于主责任存在,如受害人在主责任人不明时可以直接要求补充责任人赔偿。参见黄龙:“民事补充责任研究”,载《广西警官高等专科学校学报》2007年第4期。