国家统一　匹夫有责
——广东晟典律师事务所《反分裂国家法》学习研讨会侧记

张巍松*

2005年3月25日，广东晟典律师事务所主办了《反分裂国家法》学习研讨会。广东晟典律师事务所全体律师参加了此次研讨会。深圳市律师协会秘书长张学辉应邀参加了此次会议，并做了精彩的发言。会议由广东晟典律师事务所执行合伙人钱伯明律师主持。会议开得十分成功。大家发言积极踊跃，不少律师为发言作了精心的准备。现将会议上的部分发言整理成文，以飨读者。

钱伯明律师：

十届全国人大五次会议以无反对票的高票通过《反分裂国家法》。这部法律反映了包括绝大多数台湾同胞在内的两岸中国人民以及全世界所有华夏子孙的共同心声。作为执业律师，学习、理解、掌握这部法律是我们义不容辞的责任。周海荣律师倡议召开这样一个会议，十分及时。为了把这次会议开好，请各位律师畅所欲言。

徐育康律师：

一、全国人大将对台政策上升为法律，成为国家意志，面向全世界

* 广东晟典律师事务所律师。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

宣示，很有必要。声明台湾问题是中国内政，正如俄罗斯的车臣问题一样，在主权独立问题上，绝对没有商量的余地。在这点上说明《反分裂国家法》很有积极意义。

二、作为一部特别法，只有十个条文，这种立法似乎过于简短，缺乏操作性。如动用非和平手段的“三条件”就规定得很笼统。

但是，由于其内容涉及国家主权、领土完整方面，属于国家法的范畴。故像宪法那样，只对主要问题作原则性规定，也是可以的。

从根本上讲，还是要增强综合国力，解决好目前国内存在的问题。

国家没有实力，说话没人听，人家不会把《反分裂国家法》当回事。打狗要用棍子。因此，不但要有法律武器，而且还要有管用的国防力量，这包括真正先进的国防科技力量。这些东西不行，人家的“公投法”“对台关系法”就比你的《反分裂国家法》有分量。

再就是国内的能源问题、“三农”问题、部分官员腐败问题等，如得不到缓解，也是会拖后腿的。

陈利民律师：

这部法律把国家的战略上升到国家的法律。

大概两年前，有人建议搞国家统一法，从该法的提出到通过充分体现了民意。

《反分裂国家法》从某种角度体现了维持台湾现状的意图。毛主席曾就台湾问题讲过，我们可以等一百年。现在法律确认台湾是内战遗留下来的问题。对现状的考虑有着明显的优点，维持了现状，与台湾主流、大陆，甚至包括与美国的战略思想均一致。反分裂，而非反现状，只要维持现状，非和平就不会出现。

国外媒体看重的另一点是授权使用武力，这也是值得注意的。

秦家才律师：

第一，这是一部符合中国历史发展客观规律的法律。

何时收回台湾？中美实力相比达到黄金分割点，大约 20～30 年后就是收回台湾之时。

第二，实施《反分裂国家法》匹夫有责，而举措都应以自己的具体工作来体现完成统一的义务。

建议：提请晟典所与台北、高雄各选一家律师事务所合作。

陆永康律师：

这部法的名称，上面没有写上应有的“中华人民共和国”。陈水扁上台后大搞法理台独，陈也是律师出身，原来讲两国论，后来讲一边一国论，再后来搞公投，教科书也提倡独立。台湾问题实际是美国问题，美是台的“爸爸”。中美为反恐而合作，美国对法理台独也不赞成，中国一定要争取 30 年时间。现在不提倡军事演习，强调维持现状，因此现在是斗智而非斗力。海外很多人士长期以来就一直建议针对法理台独搞这样一个法律。

这部法体现了对台政策的法律化。有了香港、澳门的基本法，该法能否作为将来统一法的一个开始，应该说该法列举了将来台湾基本法的基本条款，有了大致的框架。

过去我们的党和国家领导人都有讲话，因为是政策，列举起来不免挂一漏万。另外，领导讲话人为色彩较浓，人总在改变，法就显得稳定了。

该法不是特别法，没有对刑法的补充，因此缺乏刑法实施的必要条件。

此外，台独分裂势力的概念不明，包含哪些人，外国人又如何理解，对于分裂的具体认定，还有很多工作要完善。

尹宏律师：

一、制定《反分裂国家法》的必要性。

1. 由于历史的原因，台湾和大陆至今尚未统一。但是，台湾是中国领土的一部分，台湾和大陆同属于一个中国是不容争辩的事实。促进海峡两岸的统一，维护国家的领土完整，不但是全体中国人民的义务，也是国家不可剥夺的主权权利。

2. 和平统一最符合两岸人民的根本利益，大陆一贯主张以和平方式实现国家统一。制定《反分裂国家法》，以明确的法律规定，提出维护台海稳定、发展两岸关系的重大措施，提出两岸平等协商谈判、达至和平统一等重大议题。这在目前“台独”分裂势力日益升级，国家核心利益面临直接威胁的情况下是非常必要的。

二、《反分裂国家法》的重要意义。

1. 《反分裂国家法》经由法律的形式，把中国政府争取和平统一的基本方针提升为国家意志，向全世界做出了庄严的宣示和承诺。《反分

裂国家法》具有重要的历史意义，也是中国法治化进程的一大进步。

2. 近年来，台独分裂势力处心积虑、紧锣密鼓地企图改变大陆和台湾同属一个中国的现状，把台湾从中国分裂出去。台独分裂势力的活动，已经构成对国家核心利益的直接威胁。为了回应这种威胁，针对台独分裂势力企图改变大陆和台湾同属一个中国现状的分裂活动而制定《反分裂国家法》，可以有效地遏制台独，维持两岸关系和平稳定不因“台独”分裂势力的冒险行为而改变。

三、《反分裂国家法》是一部求和平、求统一的法律，而不是被有些人歪曲的所谓的“战争法”、“动武令”。

《反分裂国家法》的立意、基调和主体内容是谋求海峡两岸的和平统一与共同发展，是宣示国家实现和平统一的最大诚意和最大努力。和平统一反映了两岸人民的根本利益，大陆一贯主张以和平方式实现国家统一。这部法律从根本上说是一部谋求和平之法，而不是所谓“战争法”、“动武令”。至于“非和平方式”，首先，那是在和平统一的努力完全无效的情况下，不得已作出的最后选择，不是大陆方面所希望的；其次，那也恰恰是维护台海和平稳定、维护国家领土完整的正义盾牌和最后手段。

四、维护国家统一和领土完整、反分裂国家的根本，在于中国国力的强大。而国力的强大又必须要有科学的民主法治制度和良好的物质文化水平作为前提和基础。改革开放二十多年来，大陆经济水平的发展和提升世人瞩目，民主法治化进程也日益得到越来越多人的支持。

何仕金律师：

这是思想的进步，把国家的头等大事用法律的手段确定，是最大的进步。体现了从人治走向法治。

我们是律师，应从律师的角度来看法。主权和领土不容分割，是领土就要行使主权及管辖权。其他问题到底还包含有哪些，我们的其他各项立法要跟上。

张巍松律师：

大家都认为在这样的时刻全国人大通过并颁布实施《反分裂国家法》是一件顺应天意民心的事情。“九二共识”，目的不外乎统一，如今立法，也是旨在统一。在统一进程中，我们还应考虑台湾民众的利益和感受。20世纪80年代以前，大陆方面的对台政策是坚定不移的“一定

要解放台湾”。台湾方面也是针锋相对地要“光复大陆”甚至“反攻大陆”，两岸交往基本断绝。80年代以来，大陆方面邓小平提出“和平统一、一国两制”的方针。蒋经国结束戒严令，开放党禁、报禁，两岸开始有了民间交往。90年代以来，大陆方面更加强调“统一”，海峡对面陈水扁上台并连任。我们可以看到这样一个轨迹，每当双方就两岸问题态度强硬时，便是两岸关系低落时期。导弹演习事件现在看来效果一般。无论该演习初衷如何，客观上是帮了陈水扁的忙，把相当部分的游离票推向了陈水扁和鼓吹“台独”的民进党。

所以，在采取对台政策时，应该更多地考虑台湾民众的感受，他们是我们的同胞，如果我们的某些行动让他们觉得我们不是同胞而是强邻，这就和统一的初衷相违背了。

《反分裂国家法》主要内容是对两岸关系的一个总结，并提出了促进两岸交往的种种具体方案。但相当部分台湾民众可能会更关注定义含糊的“非和平”解决的三种情况。台湾民众自然会对这三种情况字斟句酌，并有种种猜想。当然，我们理解“非和平”解决是对台独势力的当头棒喝。但是在棒喝的同时，我们也应该反思，这种棒喝对台湾民众的心理的影响。

沈咏健律师：

首先，《反分裂国家法》是将我国历年来的对台政策上升为法律，为反台独、反分裂提供了法律依据；

其次，以法律形式维护国家统一，同时向全世界再次宣告，台湾问题是中国的内政，是中国主权范围内的事，不需别的国家在此问题上说三道四，横加干涉。

再次，我特别注意到《反分裂国家法》的第六条，它表达了国家对维护台海地区和平稳定、发展两岸关系的最大善意。体现了江、胡两位主席有关“反台独寄希望于广大台湾地区人民”的战略思想。通过推动两岸的经济、文化、科技、体育等领域的广泛交流，增强互动互信，为和平统一营造良好的大环境。同时，第六条的第一款“鼓励和推动两岸人员往来”的表述，并没有对“人员”的概念进行区分，只要是认同“一个中国”的理念，任何政党、团体都可以往来。

最后，我不同意会上有些律师表达的《反分裂国家法》作为一部法典，其条文空泛，缺乏可操作性的观点。我认为，这恰恰是此法的优

需要全本请访问 www.ertongbook.com

点。作为一部国家宣言式的法律，不可能做到事无巨细，面面俱到，对维护国家统一，反对台独做出原则性的规定，更有利于国家针对不同时期的不同问题作出既灵活务实，又有原则性的决定。

深圳律协秘书长张学辉：

该法名称改为国家统一法可能更好些，逻辑上更完整，因为分裂是例外，统一才是基本的立足点。该法具有国际公法的一些原则。首先，对先占原则反对。其次，内政问题，国际法有不干涉内政原则，该法为实施这一原则提供了明确依据。

台湾居民的法律地位，在国际法上是否为外国人，该法也作出了明确的规定，即台湾居民也是中国人而不是外国公民。

从战争法上来讲，该法规定了战争宣告的法律手续，使其有了授权依据。相对而言操作性不是单纯追求目标。

何阳春律师：

该法有重大的现实意义及深远的历史意义，对遏制台独势力十分及时。

对台统一不规定时间表，这同样有着深远的考虑。

政策转变为法律，以法治国，法治建设的理念十分明显。

很多人认为这是战争法，但实际上是维护和平法。当中多款条文都显示了和平的意图。

但该法有两点不足：1. 内容与名称不符，内容不应只限于台湾，因为分裂势力不限于台独； 2. 立法体例，条文过于简单，对某些行为的含义未加确定，容易引起争议，法律责任的规定也欠缺。

徐育康律师：

反分裂法比统一法更恰当，因为现在是统一状态。

许华英律师：

不少台湾居民赞成台独是一个现实问题，但我们不能因为怕美国而不解决台湾问题。

丁新潮律师：

以后一旦出现该法规定的“非和平”情况，处理起来要有依据。从这一角度来看，我们现在有了法律依据。但我认为，目前该法仅起威慑作用，我们实际上离战争还很远。台湾问题不动用刀剑，还是有很大希望可以解决的。

周海荣律师：

一、大家都提到这是依法治国方略的充分体现，将政策转化成法律，可以说是直接用法律手段解决法律问题。因为国家的领土完整、国家的主权，属于公法范畴，理所当然是法律问题，最恰当的方式就是用法律手段解决法律问题。

美国在建国 70、80 年之后，即 19 世纪中期时，也曾经有过国家分裂的危机，那时美国也搞过反分裂法，纽约州议会也通过了《反联邦脱离法》，美国当年的《反联邦脱离法》虽然最后没有防止美国内战的爆发，但是在事先还是起到了一定的团结美国国民的作用。在团结国民这一点上，这与我国的反分裂法有着相同之处。

二、统一人心。我们现在讲的统一人的思想，不是像过去秦始皇用“焚书坑儒”的方式来统一人的思想，而是在大家的基本共识达成一致的情况下统一思想，统一到法律上来，包括我们领导、普通老百姓、各级官员全部统一到这上面来。把绝大多数中国人的心声用法律的形式来反映，这个法律是非常必要的。而且我们面对的现实是，美国 1979年有一个《与台湾关系法》，2000 年美国国会又想搞一个《加强台湾安全法案》。当然还面临着美国、日本的安全同盟关系。在中国酝酿通过《反分裂国家法》前，美、日等国宣布把台湾海峡列入美日安全的涵盖范围，可以说我们的安全受到了很大的威胁。既然存在这种情况，我们就要用法律手段来保卫我们的安全。在这一点上所有中国人的心是连在一起的。

三、这次这个反分裂法以成文法形式明确了，或者说进一步明确了我们对台湾问题的大政方针，即有条件的和平统一。

所谓条件即是指以和平为主，非和平为辅。也就是说，我们要强调和平为目的，但是我们不能采取惟和平论。尽管我们不想打仗，但我们一定要想到战争，看到战争。如果你闭着眼睛满口和平，你看不到战争、想不到战争的话，你就要吃战争的亏，无数历史教训证明了这一点。如果你要忘却战争肯定不行。当然，你可以不想要战争。我觉得对惟和平论这里就有一个明确的答案，我们不主张惟和平论。

四、这部法律体现了我国政策的一个转变：过去我们讲的是解放台湾，解放讲的是武力。此后一个时期讲和平为主。我国的《反分裂国家法》把和平、非和平这两个概念摆明确了，并且进一步明确和平是什

么，非和平的前提又是什么。关于和平统一，法条里用了两个“最大”：一个是最大诚意，一个是最大努力。当然还不是非常到位，但是我觉得如果做到了两个“最大”那就表明我们做到了和平。

那么，非和平的前提就是这两个最大失效，失效也就是非和平的到来。我们对和平要争取，用最大的诚意和最大的努力去争取。但是达不到怎么办？我们要有两手准备，要准备用非和平手段。法条也明确了使用非和平手段的条件。

五、这部法律有两个地方讲到了我们全体中国人民的义务和职责，所谓义务就是维护国家主权和领土完整，也就是反分裂。我们了解，这是个法律义务，这不是说你想怎么样就怎么样的。而完成祖国统一大业这是一个神圣的职责，这个神圣职责就不是一个法律概念了。你要搞分裂肯定不行，因为这是法律禁止的。实现国家统一是我们的职责，神圣职责，我们大家都责无旁贷，但不是说通过这个法律国家就统一了，统一还需要我们做很多工作。这个法律也规定了做这个统一工作的一些原则及工作重点。

六、分裂的具体定位。作为中国法律中的概念，分裂实际上也是第一次有这个概念，以前是没有的。以前哪个领导人讲的都不算是法律。但这一次，《反分裂国家法》第八条对分裂的具体三种情况做了明确的规定。第一个是造成台湾从中国分裂出去的事实；第二个是导致台湾从中国分裂出去的重大事件；第三个是和平统一的可能性完全丧失。我觉得，这里面提及的所谓重大事件最有可能或者已经尝试发生的就是公投问题。对公投问题我们还远远缺乏深入研究。公投究竟有没有合法性？加拿大的魁北克省也曾进行过公投，但是公投结果是因为微弱的差距致使没有分裂成功。但如果它战胜统一的票数超过 50％的话，就会给人民出一个难题。现在国际法上讲的民族自决原则，很多国家就是根据民族自决原则独立出来的，民族自决原则的依据是领土内人民自己表达的意志。但我们台湾老百姓表达的意志能不能代表大陆人的意志？不管怎样至少他们代表台湾人民的意志，你至少要尊重他，你可以不同意他的意志，但你至少要尊重他。我觉得这个问题确实是一个很现实的问题，如果公投发生了，那么是否构成我们所说的重大事件，我想我们应该进一步把它明确：构成这个重大事件。

非和平其实也是一个法律概念。具体包括那些内容，这部法律没有

列举。温家宝总理在接受美国记者采访的时候，就被问到这个问题，记者问你们这个非和平的涵义是什么？当时温总理回避了这个问题。因为从法律上来讲要回答这个问题也是不容易的。有很多问题都包括在内，但是战争肯定是非和平的一个重要手段。但战争还有很多手段，例如封锁、轰炸、武装部队的占领都可以包括在这个范畴里。还包括其他的手段。20 世纪、21 世纪最推崇的就是轰炸，轰炸决定一切，但是轰炸是不是解决了一切呢？像对科索沃的轰炸已经够厉害的，但是不是真的决定了战争的命运呢？这一系列问题目前先来规定肯定会十分困难和冒险，因此倒不如付之阙如。

研讨会已经完满落幕，但关于国家统一的问题依然萦绕在每个人的心中。国家统一，匹夫有责，但要扛负起这个重任，最实际的还是应从我们每天的工作开始。努力做好本职工作，用实际行动支持国家建设。

“路漫漫,其修远兮,吾将上下而求索”,愿我们的国家在统一路上能走的更快更坚实！

（执行编辑：周海荣）

名家讲座

人身损害赔偿司法解释讲座*

杨立新**

今天，我把人身损害赔偿司法解释的主要内容给大家介绍一下。因为时间比较紧，只有一个上午的时间，所以就只能作比较简要的介绍。

一、关于人身损害赔偿司法解释的结构

先说人身损害赔偿司法解释的结构。人身损害赔偿司法解释可以分为四个部分：

第一部分是从第一条到第五条。规定的是关于侵权行为法的总则问题，涉及侵权法律关系的主体问题、过失相抵问题，以及共同侵权行为、共同危险行为和连带责任问题。

第二部分是从第六条到第十六条。这 11 个条文规定的是新类型的侵权行为，都是以前法律和司法解释从来没有规定的问题。从《民法通则》实施以来在司法实践当中经常遇到许多新的侵权行为类型，这些新类型的侵权行为经过总结就形成了现在的 11 个条文。特别重要的像第六条违反安全保障义务的侵权责任规定，对违反安全保障义务的侵权行为作了非常明确、非常好的规定；像第七条是关于学生伤害事故赔偿的

* 本文是杨立新教授 2005年 3月 5 日的讲座整理稿，经杨立新教授同意刊发，感谢杨立新教授对本刊的支持。

** 中国人民大学民商事法律科学研究中心副主任、教授、博士生导师。

规定，也是最新做出的详细规定；从第八条到第九条到第十条，这三个条文规定的是法人的侵权责任、雇主责任，还有定作人指示过失责任等。这些都是现实中非常需要规范的侵权行为制度。所以，我说人身损害赔偿司法解释 36 个条文的精华就在这一部分。这一部分对新类型的侵权行为大概规定了九种特别重要的侵害人身的侵权行为类型。

第三部分规定的是人身损害赔偿的具体规则。其中，第十七条、十八条讲的是一般的赔偿项目范畴，从第十九条以后讲的是每一项赔偿的具体计算方法及计算规则。从第三十条以后规定了人身损害赔偿的具体方法。这部分对司法实务最具有指导意义。

最后一个部分是第四部分即第三十六条。规定了该司法解释的效力范围，从 2004 年 5 月 1 日开始实施，是关于人身损害赔偿司法解释的时间效力的规定。

二、人身损害赔偿司法解释规定的侵权行为法总则方面的问题

该司法解释的第一个部分规定的是总则方面的问题，大概规定了这么几个方面的问题：

（一）关于侵权法律关系的主体即赔偿权利人和赔偿义务人的问题

该司法解释第一条规定的是侵权法律关系的问题，集中规定的是人身损害赔偿的范围和侵权法律关系主体，即赔偿权利人和赔偿义务人。

关于赔偿权利人，司法解释规定的第一条第二款，规定“本条所称的赔偿权利人是指因侵权行为或者其他致害原因直接遭受人身侵害的受害人、依法由受害人承担抚养义务的被抚养人以及死亡受害人的近亲属。”这里面讲了赔偿权利人的范畴问题。

关于赔偿权利人，我想稍微增加两个在条文当中没有讲到的问题。依法由受害人承担抚养义务的被抚养人，在侵权行为法上叫做间接受害人，它指侵权行为侵害了直接受害人，比如说造成死亡，那么他所抚养的人就成了间接受害人。这种间接受害人司法解释讲到了。但是，司法解释讲间接受害人有两种情况没有讲到，这在司法实践当中经常遇到，我补充这两种间接受害人：

一种是间接妨害婚姻关系侵权行为中的间接受害人。我简单讲一个

需要全本请访问 www.ertongbook.com

案例，讲的是南京雨花台法院判的一个案件。说的是南京的一个环卫工人姓张，他在作业当中被垃圾车撞伤，就把身体撞坏了，后来虽然把身体治好了，但是他的男性性功能却丧失了，性功能受到了损害。后来，他向法院起诉要求人身损害赔偿，他的妻子以性权利受到损害为由也向法院起诉，要求精神损害赔偿。雨花台法院判决支持了丈夫以及妻子的请求，认定环卫公司的行为构成了对直接受害人的妻子的性权利损害，因此判决了赔偿精神损害 1 万元。这个案件是以前法院没有判过的一种案件，就是侵害了配偶权当中的性利益的侵权行为。侵权行为人的侵权行为是直接侵害了她的丈夫，造成了人身损害，使得她的丈夫丧失了性功能；同时，这个侵权行为又造成了直接受害人的配偶的性利益损害，这种侵权行为在美国就叫做间接妨害婚姻关系。丈夫是直接受害人，妻子是一个间接受害人，这个案件确定了间接受害人的地位，是一个判得非常好的案例。但是，这个判决存在两个缺点：第一个缺点，是法院认定侵害性权利不对，因为侵权行为间接侵害的应该是配偶权的内容，是配偶权中夫妻之间的性利益，这个权利不是性权利。性权利又叫性自主权，讲的是每个人自由支配自己性利益的权利。侵权行为造成配偶之间的这种损害，它不是破坏你支配性利益的权利，破坏的是不能向配偶提供性服务的这种利益，所以它侵害的不是性权利，而是侵害了配偶权当中夫妻之间性利益。第二个缺点，就是赔偿的数额比较小，这个判决赔偿了 1 万块钱，后来我开玩笑说，你判决的 1 万块钱就那么好使吗！当事人三十多岁就丧失了这种身份利益，今后要面临几十年的痛苦，赔偿 1 万块钱是不是太少了点？这个案子最重要的是解决了一个间接受害人的问题。

还有一种间接受害人，比方说死者的近亲属目睹了死者遭受侵害的残暴或恐怖过程，尽管他没有遭到人身侵害，但他精神上遭受了侵害，这种情况也可以作为间接受害人要求赔偿精神损害。

司法解释在赔偿权利主体的规定中，规定了死者近亲属。在死者近亲属这部分赔偿权利人中，他的损害赔偿权利是如何取得的呢？理论上有几种不同的学说，有人说是“权利继承”说，损害赔偿的权利是通过继承取得的；有人说是“赔偿义务”说，是赔偿义务的确定，是近亲属得到了损害赔偿的请求权；还有人认为是“间隙取得”说，过去较早的观点都是采用这种主张，认为受害人从不死到死之间有一个间隙，在这

个间隙取得了这个权利，然后把这个权利转移到受害人的近亲属身上了。

我认为，前边的这些观点解释好像都不是很贴切，我提出的观点叫做“双重受害人说”，意思是，一个侵害生命权的侵权行为实际上侵害了两个受害人的权利：第一受害人就是生命利益丧失之人，他是一个直接受害人。在这个直接受害人之外还有一个直接受害人，就是死者的近亲属，他实际上也是侵权行为的直接受害人，比方说他的财产受到损害，要支付丧葬费等，同时他也是精神受到损害之人。所以他也是直接受害人。这是司法解释说到的死者近亲属作为赔偿权利人。还有一种，司法解释没有规定，就是死者的人格利益受到损害，那么他的近亲属就是死者的人格利益的保护人，他也是赔偿权利人，他可以向法院提起诉讼。这是保护死者人格利益的必要措施，是重要的制度，应当特别注意。

在民事主体这一部分大概讲的就是这些问题。

（二）司法解释第二条讲的是与有过失和过失相抵的问题

与有过失，我们过去叫做混合过错。混合过错我们一直主张不要用这个概念，这个概念不准确，是前苏联民法的概念。我们今天检讨从前苏联拿过来的东西差不多都不好用，因为它不是纯粹的德国民法的思路，他们所创造的那些新东西其实都不太好用。

混合过错的概念为什么不准确，就是它不能概括在无过错责任原则的场合的过失相抵。在适用无过错责任的情况下，对于被告不问过错，那就没有办法确认他的过错，那么说双方都有过错就不合适，不准确。因此，大陆法系的“与有过失”的概念是最准确的，“与”当“和”讲，与有过失就是你也有过失。与有过失是大陆法系的概念，我们认为还是回复大陆法系的体系比较好，所以我们建议用与有过失这个概念。

受害人有过失，它的后果就是过失相抵。过失相抵在司法解释中作了比较明确的规定。原来在《民法通则》一百三十条就对与有过失作了规定，在这里面特别地强调了一下。第二条规定受害人对同一损害的发生或者扩大有故意或过失的，依照《民法通则》第一百三十一条的规定，可以减轻或者免除赔偿义务人的赔偿责任。但侵权人因故意或重大过失致人损害，受害人只有一般过失的，不减轻赔偿义务人的赔偿责

任，就是说受害人的过失比较轻微的话，不用过失相抵。但是在与有过失问题上，过失相抵的方法就是进行过失比较，那就是故意重于重大过失，重大过失重于一般过失，一般过失重于轻微过失，根据过错的程度来确定双方的责任。

除了进行主观上的比较外，实际上还应当有一个原因力的比较问题。但在实务中往往忽略了对原因力的比较，仅仅比较过错，然后决定赔偿金额。

原因力比较，就是比较侵权行为人和受害人所实施的行为对于损害结果发生或者扩大所起的作用力。原因力的比较是一种客观的比较，过错的比较则是主观的比较。把主观比较和客观比较结合起来，可以更好地确定双方责任的份额。

原因力的比较主要应用于以下两种情况：

第一种情况，就是在适用无过错责任原则的情况下，对加害人不讲过错，无法进行过错比较，进行原因力比较就是惟一的方法。比方说《民法通则》第一百二十二条规定的产品侵权责任、第一百二十三条规定的高度危险作业、第一百二十七条规定的动物致人损害等，这些都是无过错责任，这时没办法进行过错比较，必须进行原因力的比较来确定损害赔偿责任的承担。

第二种情况，是在过错比较的基础上，再进行原因力的比较。比方说按照过错比较，双方各承担 50％的责任，但从客观方面来讲，从行为的原因力进行分析的时候，它还不完全一样，这时原因力的比较也起到很大作用，就要进行原因力的比较，最终确定过失相抵的责任。律师作为一方代理人，在与有过失的情况下，注意应用原因力比较的作用，利用原因力进行比较，能够更好地维护当事人的权益，能得到比较好的效果。

（三）共同侵权行为及其连带责任问题

第一部分的第三条到第五条，讲的是共同侵权及其连带责任问题，这部分内容讲得比较丰富，这部分主要讲了这么几个问题：

第一个问题，讲的是共同侵权行为。

我们过去在讲共同侵权本质的时候，坚持的是共同过错的本质特征，共同加害人必须有共同过错。共同加害人当中，一定要有共同故意

或共同过失。如果没有共同故意或过失，仅仅是在行为上造成了共同的损害后果，当事人只承担按份责任，我们也把它叫做无过错联系的共同致害。这一次司法解释在这个问题上作了比较大的改变，它继续肯定共同故意、共同过失构成共同侵权，但又加了一条，如果数人既没有共同故意也没有共同过失，但是行为人的行为直接结合造成同一个损害，也认为是共同侵权，也要承担连带责任。这是一个重大的改变。它的理论差不多相当于现在我国台湾地区“民法”上所讲的“关联共同”。

我们不太主张用关联共同这个概念，因为关联共同不太好讲，也不太好确定，但我国台湾地区的法院都采用关联共同这个标准来确定共同侵权行为。最高人民法院这次在司法解释中采用的主张差不多是关联共同，对共同侵权行为从“主观说”向“客观说”过渡，其实采用的就是客观说。在对待共同侵权行为采取何种主张的问题上，它的实质是对连带责任范围大小的调控。例如，确认共同故意才构成共同侵权，就是所谓的“意思联络”，它的连带责任范围就非常小；像我们主张的“共同过错”构成共同侵权，那么这个连带责任范围就扩大了；如果要进一步采用客观说来界定共同侵权行为时，那么它的连带责任范围就会更进一步扩大，对受害人来说就更有利一些。最高人民法院司法解释其实采用的就是这种意思，它想扩大连带责任的范围，对保护受害人就更有利。我去年在台湾地区通过和台湾地区最高法院法官进行沟通，慢慢也觉得他们的观点有一定的道理，认为这确实有利于保护受害人。在这个问题上，法官判断还缺乏特别管用的标准，如果律师在诉讼中把它讲得很有道理的话，法官可能会采纳你共同侵权的主张。

第二个问题讲的是共同危险行为。

共同危险行为在《民法通则》当中没有规定，我在 1987 年的时候写了一篇文章，发表在《法学研究》这一年的第五期上，是以德国法规定的共同危险行为作为基础，研究在我们的司法实践中应当如何处理这类案件的规则。写了这篇文章以后，有些法院就按照这种思路作为基础判了一些案件，取得了很好的结果，得到肯定。从 1987 年我提出这个问题，到这一次司法解释第四条正式规定共同危险行为的规则，用了十几年的时间。因此，即使是时间很长，我也很有满足感。

这种侵权行为比较典型的一个案件是上海的法院判的。在一个高层建筑居民楼上，在 15 层有三个小孩在楼道里玩，这些小孩都是七八岁

的孩子。在玩的过程中，发现有一家居民的门前放了一些旧的酒瓶子，三个小孩就一人拿一个，到楼道窗户前的玻璃上把手伸出去，一起喊一二三，就把瓶子一起扔出去了。这个时候，正好楼里面的一个住户马先生抱着自己两岁的孩子从楼道里面出来，这三个瓶子当中的一个瓶子一下子打到小孩的头上，就把小孩打死了，不知道究竟是谁的瓶子打死的孩子。这个案件完全符合共同危险行为的特征，数人共同实施了加害他人的危险行为，其中一个人的行为造成了损害，不能够确定谁是真正的加害人。按照规则，应当由全部共同危险行为人对侵权行为负责，就构成共同危险行为。这种共同危险行为的后果就是承担连带责任。

第三个问题是关于共同侵权的连带责任规则问题。

共同侵权行为的连带责任规则问题，是司法解释第五条规定的，主要讲的是请求权放弃的问题。

按照连带责任的规则，连带责任的赔偿权利人，他对于共同侵权连带责任的请求，所针对的是一个完整的责任，他不针对某一个共同加害人。他可以请求任何一个共同加害人来承担全部的责任，每一个共同加害人都有责任承担全部的赔偿责任，这就是连带责任。在共同加害人之间也可以有份额，但这是一个连带责任的内部份额，对受害人来说没有意义，这是连带责任的原理。

最高人民法院最初在司法解释中提出了一个新的观点，就是如果放弃对共同加害人之一的诉讼请求，受害人对放弃的部分就不能够请求赔偿，其他共同侵权加害人也不对放弃的份额再连带承担赔偿责任。这个观点听起来也有道理，你都不起诉他，干吗还要让别人替他承担责任呢？但是，连带责任是一个完整的责任，要不怎么叫连带责任呢？这个做法就混淆了连带责任和按份责任之间的区别。对此，我们提了很多的意见，后来他们改成现在的规定：赔偿权利人起诉部分共同侵权人的，人民法院应当追加其他共同侵权行为人作为共同被告，赔偿权利人如果不同意追加，就视为是放弃对不追加的共同侵权人的赔偿权利；在诉讼中放弃对部分共同侵权行为人诉讼请求的，其他共同侵权人对放弃诉讼请求的被告应承担的赔偿份额不再承担连带责任。后面又提到，人民法院应当把放弃诉讼请求的法律后果告知赔偿权利人，并将放弃诉讼请求的情况在法律文书中叙明。

这种情况听起来是满有道理的，但是它破坏了连带责任的规则。这

个规则不是很好，它限制了受害人的权利。我们在起草侵权行为法的时候，还要进一步研究，确定更好的规则。

三、人身损害赔偿司法解释规定的新的侵权行为类型

司法解释的第二部分规定的是新的侵权行为类型。这个问题就是从人身损害赔偿司法解释第六条到第十六条共十一个条文规定的内容。这一部分的内容非常丰富，涉及很多新类型的侵权行为及其责任。

(一)违反安全保障义务的侵权行为

先说第一种，司法解释第六条规定的违反安全保障义务的侵权行为。在规定侵权行为类型的这 11 个条文中，这一条是规定得最好的，最有价值。它虽然条文简单，但内容说得最清楚。在司法实践中第一次关注违反安全保障义务的侵权行为，是 1999 年上海市法院受理的一个案件，这个案件后来就叫做“银河宾馆案”。1998 年，上海市银河宾馆发生一起客人在客房内遭劫遇害的恶性案件。此后死者父母起诉，向该宾馆索赔 133 万余元。案情是：1998 年 8 月 23 日，23 岁的深圳市翰适医药有限公司总经理王某在银河宾馆客房里遭抢劫遇害。警方事后从宾馆的安全监视系统记录资料中发现，凶手仝瑞宝在入室作案前，曾尾随王某，并在一天之中八次上下电梯。但对形迹可疑的仝瑞宝，宾馆保安人员无一人上前盘问。死者父母认为银河宾馆严重失职，应当承担侵权责任。2000 年 6 月 21 日，上海市长宁区法院对此案作出一审判决，认定银河宾馆与死者之间建立的是服务合同关系，包括对入住者的人身安全负责。宾馆未能兑现其基于对宾馆的管理以及对入住客人的优质服务而作出的“24 小时的保安巡视，确保您的人身安全”的承诺，应承担违约责任。

该案是第一件违反安全保障义务的侵权行为案件。从这以后，这种类型的侵权行为受到重视和深入研究，直到现在制定了具体的规则。

按照司法解释的规定，承担安全保障义务的主体就是经营者和其他社会活动的组织者，受到保护的就是消费者和社会活动的参与者，这个范围就界定下来了。在经营活动和消费活动当中，组织者应对消费者的生命财产尽到安全保障义务。如没有尽到安全保障义务，造成他人损害，就要承担侵权责任，该条规定就是遵照这个思路制定的。

需要全本请访问 www.ertongbook.com