



法官良知 **与** 法治使命

法学专家系列讲座

王越飞◎主编



河北人民出版社

法官良知与法治使命

法学专家系列讲座

王越飞 主编

河北人民出版社

图书再版编目 (C I P) 数据

法官良知与法治使命 / 王越飞主编. — 石家庄:
河北人民出版社, 2014. 6

ISBN 978-7-202-08477-9

I. ①法… II. ①王… III. ①法官 - 工作 - 中国
IV. ①D926. 17

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 083232 号

书 名	法官良知与法治使命
作 者	王越飞
责任编辑	陈小彦
美术编辑	李 欣
封面设计	嘉益轩华
责任校对	张三铁
出版发行	河北人民出版社 (石家庄市友谊北大街 330 号)
印 刷	廊坊市海涛印刷有限公司
开 本	787×1092 毫米 1/16
印 张	30.5
字 数	629 000
版 次	2014 年 6 月第 1 版 2014 年 6 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-202-08477-9/D • 721
定 价	60.00 元
版权所有	翻印必究

法官良知与法治使命

编辑委员会

主 编：王越飞

副 主 编：赵建亮 王振合 封合年 赵桂忠
董 蓓 崔学光 邢树奎 牛书海
黄汝端 刘 君

编委会成员：（以姓氏笔画为序）

丁凤俭	于吉春	马卫国	马式存
马令梅	马运涛	王 旭	王金团
王章水	王沛恒	丰树根	牛志清
代述平	刘文泉	刘炳辉	孙铁苓
李 方	李淑芬	任伯川	吴晓雷
杨 帆	杨心冰	杨学刚	杨增涛
邹景普	张风岭	张振宝	张继斌
张海河	陈爱国	赵长春	赵俊山
荆成强	高占国	殷玉莲	崔玉水
崔邦庆	韩静威	景彩云	蒙 鲜
樊清维			

编 辑：田雪芹 杜开东 朱军营 薛玉辉

序 言

近年来，廊坊中院高度重视法官队伍建设，在加大管理力度的同时，把提升法官的综合素质作为重点加以强化，通过开设专家讲坛、法官论坛、岗位练兵和参观见学等多种形式的教育培训，不断增强法官的政治理论、法学理论水平和业务工作技能，着力打造学习型、专家型的法官队伍，为提升司法公信力，树立人民法院良好形象奠定了坚实的基础。为深化培训成果，本书辑录了国内法学界多位知名专家学者莅临我院专家讲坛授课辅导材料 24 篇，以飨读者，供大家学习参考。

本书辑录的专家学者的宣讲材料内容丰富、内涵深远，涉及的领域广泛。不仅包括深刻的法学理论和法律适用知识，还涉及法治建设、党的十八大精神学习辅导和法院文化建设等内容；既有专家学者对法治建设的思考，也有他们从事教学研究与审判实践经验的升华总结，站位高远，引人思考，启迪智慧，回味无穷。多年来，许多专家学者在百忙之中专程来廊坊法院传经送宝、释疑解惑，对廊坊法院建设和发展提供了强有力的支持和帮助，在这里，我们向他们表示由衷的感谢！

本书辑录的授课辅导材料由各位专家学者赴廊坊法院授课宣讲时的录音整理而成。由于我们水平有限，难免存在疏漏和不足之处，敬请读者批评指正。

编 者

2014 年 5 月

目 录

《侵权责任法》重要条文解读	
.....中国社会科学院 梁慧星	1
《物权法》解读.....北京大学 尹 田	26
宽严相济刑事政策与《刑法修正案八》为视角的考察	
.....北京大学 陈兴良	54
新《刑诉法》解读.....中国人民大学 陈卫东	67
法治立国与法院责任.....清华大学 王振民	78
中国语境下文化、法治文化和法院文化建设的几个问题	
.....中国社会科学院 李 林	97
新问题与新意识——《民事诉讼法》修改对民事审判工作的挑战	
.....北京大学 潘剑锋	121
全面推进依法治国——十八大精神的法治解读	
.....中央党校 卓泽渊	137
合同的效力.....中国人民大学 王 轶	154
《刑诉法》司法解释适用中的重点与难点问题	
.....最高人民法院 胡云腾	179
旗帜、方向、道路—— 十八大精神解读	
.....清华大学 王传利	193
《民诉法》修改的主要内容及其理解与适用	
.....最高人民法院 李相波	208

劳动争议案件审判实务若干问题的探讨			
.....	最高人民法院	王林清	221
新《刑诉法》修改的主要内容及理解适用			
.....	中国政法大学	樊崇义	233
《民事诉讼法》中的新制度——以审判程序为分析对象			
.....	南京师范大学	李 浩	255
行政诉讼新思维.....	最高人民法院	李广宇	274
新《民诉法》执行程序修改的理解与适用			
.....	最高人民法院	赵晋山	291
《刑诉法》修改后的司法解释评析			
.....	中国社会科学院	王敏远	315
犯罪的基本构造.....	清华大学	张明楷	346
裁判的方法.....	中国人民大学	王利明	367
《刑诉法》修改后的理解与适用			
.....	中国社会科学院	冀祥德	382
实现中国梦，从孝道做起.....	山东电视台	吕明晰	399
审判的本质与技术.....	最高人民法院	冯文生	423
《刑事证据法》的几个前沿问题	北京大学	陈瑞华	445

《侵权责任法》重要条文解读

中国社会科学院 梁慧星



梁慧星，我国著名的民法学家，现任中国社会科学院法学研究所研究员，中国社会科学院研究生院教授、博士生导师。曾任山东大学法学院院长、《法学研究》杂志主编、国务院学位委员会委员、中国人民政治协商会议第十届全国委员会委员等职务，获人事部有突出贡献中青年专家称号。

一、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。”

本条第1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2款进一步对“民事权益”予以限定；“依照本法”指本法关于侵权责任之归责事由的规定，至于哪些案型须以“过错”为归责事由，哪些案型不以“过错”为归责事由，应当“依照本法”关于过错责任原则（第6条）和无过错责任原则（第7条）的规定；因本法规定的侵权责任形式非止“损害赔偿”一种，故本条仅言“侵权责任”而未进一步明示责任形式，至于具体案件应当适用何种责任形式，亦应“依照本法”关于责任形式的具体规定。

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”。从第2款所列举的18种民事权利可知，此“民事权利”，以“绝对权”为限。其中17种为现行法明文规定的民事权利，本法新增的唯“隐私权”一种。

按照本法规定，“隐私权”为一种特别人格权，侵害隐私权是一种独立的侵权责任，其侵权责任构成仅有擅自披露他人隐私一项要件，而不考虑是否因此侵害他人名誉。最高人民法院关于审理名誉权纠纷案件的解答（1993），关于“对未经他人同意，擅自公布他人的隐私材料或者以书面、口头形式宣扬他人隐私，致他人名誉受到损害

的，按照侵害他人名誉权处理”的解释（第7问第3段），当然被废止。

按照第2款规定，民事权利之外的“合法利益”，包括人身利益和财产利益。究竟有哪些人身利益和财产利益，法律难于列举规定。根据《民法通则》实施以来的裁判实践，受法院保护的所谓人身利益，如死者名誉、死者隐私、家庭生活安宁等；所谓财产利益，如可得利益（国外称为纯经济损失）、财产的占有、网络虚拟财产等。有的合法利益，如冒名上学案件的合法利益，兼有财产和人身的性质。

须特别说明的是，某种利益即使属于合法利益，其受侵害时是否成立侵权责任，不能一概而论，应由审理案件的人民法院根据社会生活经验结合具体案情进行判断。例如近年所谓“亲吻权”案件，即使认可其为一种合法利益，亦应附属于原告丈夫的人身权，考虑到已对原告丈夫人身损害进行赔偿，不宜另外再支持所谓亲吻权受侵害的损害赔偿。原告赔偿所谓亲吻权损害的请求被驳回，其理由在此。

二、过错责任原则

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。”

本条第1款是关于过错责任原则的规定。本条第2款，关于“过错推定”的规定，是新增的。从第2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1款“过错责任原则”的特别规定。

按照本条第1款关于过错责任原则的规定，凡属于适用过错责任原则的案件，原则上须由原告证明被告有过错；按照本条第2款的规定，如果属于“法律规定推定行为人有过错”的案型，则不要求原告就被告有过错举证，而是要求被告就自己“没有过错”举证；如果被告“不能证明自己没有过错”，法庭即应认定被告有过错，而判决被告承担侵权责任。

须特别说明，本法第七章医疗损害责任，也属于过错责任。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，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。

换言之，依法属于过错责任原则的案件审理中，法庭判断过错有三种方法：

其一，凡属于法律规定“推定过错”的案型，应按照本条第2款的规定，要求被告（加害人）负担证明自己没有过错的举证责任及举证不能的后果，不能举证或者举证不能证明自己没有过错的，法庭即应认定被告（加害人）有过错，并判决被告（加害人）承担侵权责任；

其二，凡属于法律未规定“推定过错”（并且未规定为无过错责任）的案型，则应适用本条第1款规定，要求原告（受害人）负担证明被告（加害人）有过错的举证责

任及举证不能的后果（但医疗损害责任案件除外）；

其三，医疗损害责任案件，采用“过错客观化”方法，原告（受害人）须就医务人员的诊疗行为符合过错认定的客观化标准（第55条、第57条、第59条）举证，被告（医疗机构）可就存在第60条规定的法定免责事由举证，而由法庭作出被告（医疗机构）是否有过错的判断。

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。要对于某种赔偿案件适用无过错责任原则，必须法律明确规定该类案型不以过错为承担责任的条件。因此，一切追究无过错责任的案件，所适用的是本法或者其他法律关于无过错责任的具体规定，而不是适用第7条关于无过错责任原则的规定。凡是本法或者其他法律未明确规定为无过错责任的案型，均属于本法第6条规定的过错责任原则的适用范围。

现代侵权法上的无过错责任原则，是作为过错责任原则的例外规则。相对于过错责任原则须以行为人具有过错作为承担侵权责任的条件而言，无过错责任原则不以行为人具有过错作为承担侵权责任的条件。换言之，在法律规定适用无过错责任原则的案型，法庭在判断被告应否承担侵权责任时，根本不考虑被告有无过错。既不要求原告证明被告有过错，也不允许被告主张自己无过错而请求免责。只要法庭审理查明，加害行为与原告所受损害之间存在因果关系，即应判决被告承担侵权责任。

这里有必要谈到如何从法律条文区别属于“过错责任”或者属于“无过错责任”：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”。如本法第41条规定生产者责任，未提及“过错”要件，属于无过错责任；第42条规定销售者责任，明示“过错”要件，属于过错责任。

在此须特别注意第36条第1款关于网络侵权的规定，条文未出现“过错”，但不能认定为无过错责任。理由是，本款不是关于某类侵权责任案型构成要件的规定，而是指示性规定，指示利用网络侵害他人民事权益，由行为人（网络用户）和网络服务提供者承担侵权责任，至于利用网络侵害名誉权、侵害隐私权，属于一般侵权行为，应适用第6条关于过错责任原则，自不待言。

四、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。”

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。”

共同侵权行为，属于多数人的侵权行为，之所以规定承担连带责任，政策目的是使受害人能够获得充分赔偿。民法通则第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。”民法理论和实践，关于共同侵权行为之成立，本来以各行为人间存在“意思联络”为要件，不存在意思联络，即不构成共同侵权，不能判决连带责任。其结果对受害人不利。民法理论和实践发展的结果，不再要求有“意思联络”，没有意思联络，只要有“行为上的关联性”，亦可成立共同侵权并判决行为人承担连带责任。

最高人民法院关于人身损害赔偿的解释，以《民法通则》第130条为根据，进一步将共同侵权行为区分为两种：“共同故意或者共同过失”的共同侵权；“侵害行为直接结合发生同一损害后果”的共同侵权。前者相当于“有意思联络”的共同侵权，又称“主观共同”；后者指存在“行为上的关联性”的共同侵权，又称“客观共同”。本法大体沿袭民法理论和裁判实践的上述思路，就共同侵权行为，分设为两个条文，第8条规定“有意思联络”的共同侵权行为即“主观共同”，第11条规定“行为关联”的共同侵权行为即“客观共同”。

值得注意的是，第8条所谓“共同实施”一语，指行为人就侵权行为之实施有“意思联络”。若无“意思联络”，不得称为“共同实施”，而应属于“分别实施”。故本条所谓“共同实施”，亦即最高人民法院解释所谓“有共同故意或者共同过失”，即所谓“主观共同”。

第11条所谓“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害”，亦即最高人民法院解释所谓“侵害行为直接结合发生同一损害后果”，亦即所谓“客观共同”。“分别实施”一语，指行为人间不存在“意思联络”、各自分别实施侵权行为。若“分别实施”的侵权行为造成“不同”损害，应当属于一般侵权行为，由各人对自己的行为造成的损害结果承担侵权责任，不发生“连带责任”问题。仅在“分别实施”的侵权行为造成“同一损害”情形，才有作为共同侵权行为处理、使行为人承担连带责任的必要。

考虑到，符合“二人以上分别实施”侵权行为造成“同一损害后果”的，并不都构成共同侵权行为，还可能构成所谓“原因竞合”。共同侵权行为与“原因竞合”的区别在于：分别实施的各个侵权行为，是否都足以造成全部损害？各个侵权行为都足以造成全部损害的，构成第11条“客观共同”的共同侵权行为；各个行为不足以造成全部损害，须相互结合才造成全部损害的，则不构成共同侵权行为，而属于“原因竞合”。

最后概括一下，构成第8条规定的“主观共同”侵权行为，须有两个要件：一是“二人以上共同实施”侵权行为；二是“造成他人损害”，而不论造成的损害是一个或者多个。

构成第11条规定的“客观共同”侵权行为，须有三项要件：一是“二人以上分别

实施”侵权行为；二是分别实施的侵权行为“造成同一损害”；三是“每个人的侵权行为都足以造成全部损害”。第三项要件，为区别“客观共同”侵权行为与“原因竞合”的关键，应特别留意。

五、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。

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。”

本条第1款规定“教唆、帮助”成年人，教唆人、帮助人“应当与行为人承担连带责任”。此是将教唆、帮助他人实施侵权行为，视为共同侵权行为。本条第2款第一句规定“教唆、帮助”未成年人实施侵权行为，教唆人、帮助人仅“应当承担侵权责任”，而非承担“连带承担”。第2款第二句规定，在他人“教唆”、“帮助”未成年人实施侵权行为的情形，如监护人未尽到监护职责，则监护人“应当承担相应的责任”。此所谓“相应的责任”，是指与“监护过失”程度相当的责任。法律明文规定，存在监护人过失时，监护人不得免责，有利于促使监护人履行监护职责，有其实质意义。

本条第1款规定教唆、帮助“他人”实施侵权行为，教唆人、帮助人“应当承担连带责任”。条文中所谓“他人”，属于“泛指”，包括成年人和未成年人。严格解释，教唆、帮助未成年人实施侵权行为，教唆人、帮助人亦应与行为人承担连带责任。但本条第2款针对教唆、帮助“未成年人”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”、“主要责任”、“相应的责任”，而是笼统规定为教唆人、帮助人应当“承担侵权责任”，其立法理由何在？

从本条第2款条文之修改情形，可知立法者所作政策考虑是：如本款明确规定教唆人、帮助人与行为人“承担连带责任”，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；如果区别规定为承担“全部责任”、“主要责任”、“相应的责任”，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。

有鉴于此，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的侵权责任承担，委托人民法院根据具体案情予以裁量，故本款仅笼统规定为“应当承担侵权责任”。人民法院依据此项委托授权，于审理教唆、帮助未成年人实施侵权行为案件时，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”、“主要责任”或者“相应的责任”；反之，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，保障受害人能够获得完全的赔偿。

六、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。”

民法理论和裁判实践上有所谓“共同危险行为”，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。现行民法通则并未规定“共同危险行为”，但我国民法理论和裁判实践在共同侵权行为之外，创设“共同危险行为”规则。

最高人民法院关于人身损害赔偿的司法解释第4条：“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。”本法在总结民法理论和实践经验的基础上，将“共同危险行为”作为一种独立的侵权行为类型，并且将适用范围由“危及他人人身安全”的行为，扩大到“危及他人人身、财产安全”的行为。

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”；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”；三是“不能确定具体加害人”。符合这三项要件，即应成立“共同危险行为”，而由各行为人对受害人承担连带责任。至于究竟属于“共同实施”或者“分别实施”及有无“意思联络”，均不在考虑之列。

至于本条规定“能够确定具体加害人的，由加害人承担侵权责任”一句，目的在于方便实践操作及明确“共同危险行为”与其他侵权行为的界限。如“能够确定具体加害人”，则已不属于“共同危险行为”的范围。这种情形，如确定的具体加害人为一人，应属于一般侵权行为，由该行为人对受害人承担侵权责任；如确定的具体加害人为二人以上，则应构成“共同侵权行为”，应依据本法第8条、第11条的规定，由各行为人对受害人承担连带责任。

七、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。”

侵权法上所谓“原因竞合”，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。现行民法通则未规定“原因竞合”，而民法理论和裁判实践在“共同侵权行为”之外认可“原因竞合”的存在。最高人民法院关于人身损害赔偿的司法解释(2003)第3条第2款：“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比例各自承担相应的赔偿责任。”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”。按照本条规定，构成“原因竞合”的要件有三：一是“二人以上分别

实施”，以区别于第8条“共同实施”的共同侵权行为。须特别说明的是，对于“二人以上分别实施”之“二人”不应拘泥，实际情形可能是“二人以上”分别实施的行为发生“竞合”，也可能是“一人”或者“数人”分别实施的行为与“一物”或者“数物”的“危险性”发生“竞合”。二是“造成同一损害”。此项要件之着重点在损害之“同一性”，即造成的损害是“一个”，而不是“两个”或者“多个”。三是各个原因“都不足以造成全部损害”。此项要件的着重点是，各个原因都不足以造成“损害”或者不足以造成“全部损害”，必须各个原因“结合”才造成“全部损害”。反之，如果各个原因“都足以造成全部损害”，则应根据本法第11条的规定成立“客观（行为关联）”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”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。”条文未明示“确定责任大小”的标准，按照最高人民法院关于人身损害赔偿的司法解释第3条第2款，应当以“过失大小”或者“原因力比例”为标准。如果既难于比较“过失大小”，也难于比较“原因力比例”，则应当根据本条末句，使各责任人平均承担赔偿责任。

在20世纪90年代，中央电视台《今日说法》报道北京的法院审理的一个10岁小孩被高压电击伤害的案件。案件事实是，被告甲所有的配电房既未设置隔离围墙或者栅栏，亦未设置高压危险的警示标志。从高压输电线路连接该配电房的高压连接头按原设计距配电房顶的垂直距离为2米，被告乙施工队在进行检修时擅自将高压连接头下移至距屋顶1.4米。被告丙紧靠该配电房违章建房，该违章建筑房檐与配电房顶处在同一水平面，且相距仅半米。受害人为捡拾落在配电房顶的玩具（风筝），先爬到被告丙的违章建筑房顶，再跨过半米距离到达被告甲的配电房顶，被距房顶仅1.4米的高压连接头放电击伤致两臂截肢。本案三个原因（配电房、违章建筑、将高压连接头下移）造成原告损害，三个原因相结合（竞合）方才造成原告损害，属于典型的“原因竞合”。

八、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。”

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。”

将第16条关于赔偿项目的规定，与最高人民法院关于人身损害赔偿的司法解释（2003年）第17条的规定对照，我们注意到本法第16条“遗漏”了两项：一是“营养费”，二是“被扶养人生活费”。这里先说“营养费”，2009年8月20日修改稿第17条曾经增加“营养费”一项，而此后的第三次审议稿又删去“营养费”一项。其理由是：立法机关认为，并不是每一个人身伤害案件都需要赔偿“营养费”，如果在审案件法官认为确有判决“营养费”的必要，则可以包含在本条“为康复支出的合理费用”当中。

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”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，规定第17条。

所谓“死亡赔偿金”，性质上是对死者遗属的精神损害赔偿，此在我国学术界已无争议。其法律根据，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。所谓“残疾赔偿金”，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”之赔偿，学术界虽有分歧，但以主张属于精神损害赔偿为多数说。

特别值得注意的是，最高人民法院关于精神损害赔偿的解释（2001）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。”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”赔偿。

最后补充一点，第16条未规定“被扶养人生活费”，并非立法机关的疏忽，而是有意为之。立法机关认为，死亡赔偿金和残疾赔偿金虽然性质上属于精神损害赔偿，但不排除可以起到对“被扶养人”进行“抚恤”的作用，亦即在对死者遗属或者残疾者本人进行精神抚慰的同时，也在同时成为“被扶养人生活费”，因此不必要专门规定“被扶养人生活费”一项。换言之，凡是判决了死亡赔偿金或者残疾赔偿金，均不应再判决“被扶养人生活费”。

九、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。”

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。在财产权受侵害的案型，第19条规定，可以按照受侵害财产当时的市场价格计算、确定赔偿金额。此项规定未考虑到市场价格的波动，对受害人不利。下面介绍我国台湾的做法，供参考。

台湾《民法》第196条规定，“不法毁损他人之物者，被害人得请求赔偿其物因毁损所减少之价额。”台湾法院解释：“物因侵权行为而受损害，请求金钱赔偿，其有市价者，应以请求时或起诉时之市价为准。”“唯被害人如能证明在请求或起诉前有具体事实，可以获得较高之交换价格者，应以该较高之价格为准。”

条文所谓“其他方式”，应当指依法不能自由买卖的“财产”，因无“市场价格”，只能采用别的计算方式。至于究竟采用什么方式，难于明示。依解释，此所谓“其他方式”包括：于法律、法规、规章规定有计算标准的情形，指采用该法律、法规、规章所规定的计算标准；无法律、法规、规章规定计算标准，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；在既没有法律、法规、规章规定的计

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。

十、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。”

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商业广告擅自采用某著名田径运动员肖像的案件，即已采用这一办法。本法第20条将此项实践做法上升为法律条文，具有意义。但这一办法之采用，是否仅限于“人身权受侵害”，有斟酌余地。在侵害知识产权，如侵害著作权、商标专用权情形，多有“被侵权人的损失难以确定”的情形，亦有采用之必要。

十一、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。”

现行《民法通则》第120条规定姓名权、肖像权、名誉权等人格权受侵害，可以判决精神损害赔偿。而未规定生命、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，最高人民法院解释说，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。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。

但须注意，本条所谓“人身权益”概念，包含“生命、身体、健康”在内。侵害他人“生命、身体、健康”致人残疾或者死亡，按照第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性质上属于精神损害赔偿。因此，结合第16条关于残疾赔偿金和死亡赔偿金的规定进行解释，在致他人残疾、死亡情形，受害人或者其近亲属在依据第16条的规定获得残疾赔偿金或者死亡赔偿金之后，不得再依据本条的规定请求精神损害赔偿。

十二、停止侵害等请求权

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。”

我国民法理论和实践，认可对于进行中的侵权行为，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，包括“停止侵害、排除妨害、消除危险”。本法特设本条规定。须注意的是，本条规定了

三项请求权，其中排除妨害请求权和消除危险请求权，与《物权法》第35条规定的排除妨害请求权和消除危险请求权相同，人民法院受理请求排除妨害和消除危险案件，可以适用《民事诉讼法》规定的一审普通程序。

但本条规定的停止侵害请求权，所针对的是危及人身、财产安全的进行中的侵权行为，其立法目的，在于通过停止侵害请求权之行使，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。如果人民法院按照一审普通程序进行审理，在查明事实后作出责令被告停止侵害的判决，待判决生效之后再由受害人依执行程序申请执行判决，必致本法设立停止侵害请求权之目的完全落空。可见，本条规定停止侵害请求权，将导致现行民事诉讼程序法律变革，要求创设一种类似于英美法申请禁止令（Injunction）那样的新程序。但在民事诉讼法创设类似禁止令程序之前，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。

十三、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。

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。”

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。”

《民法》所谓“使用人责任”是由“雇用人责任”发展而来。因采用“雇用人责任”概念，易于使人误解为当事人之间必须有“雇用合同”关系。本法采用“使用人责任”概念，不论当事人之间是否有雇用合同、聘用合同、劳动合同关系或者国家机关和事业单位内部组织关系，只要有使用与被使用的事实即可，甚至无偿的使用、义务帮工，均可包括在内。但未得到对方（明示或默示）同意的义务帮工，不构成本条所谓使用关系，而应当适用关于“无因管理”的规则（无因管理人进行管理活动造成他人损害的，由无因管理人自己承担侵权责任，但无因管理人承担侵权责任后，可以作为自己进行管理活动所受损失，要求被管理人在实际受到利益的范围内予以偿还）。

《民法通则》未规定“使用人责任”。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，规定了雇用人责任。该解释第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。”

《侵权责任法》在总结裁判实践经验基础上，首先将“雇用人责任”改为“使用人责任”，再将“使用人责任”区分为“用人单位”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