

私
法
研
究

侵权责任法若干问题研究

刘士国 主编

山东人民出版社

刘士国 主编
于海寅 刘宏谓 副主编

侵权责任法若干问题研究

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

侵权责任法若干问题研究/刘士国主编. — 济南: 山东人民出版社, 2004. 12

(私法研究丛书)

ISBN 7-209-03611-3

I. 侵... II. 刘... III. 侵权行为 - 民事责任
- 研究 - 中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 002788 号

山东人民出版社出版发行

(社址: 济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码: 250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 东营市新华印刷厂印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 13.125 印张 4 插页 320 千字

2004 年 12 月第 1 版 2004 年 12 月第 1 次印刷

定价: 26.00 元

目 录

专题一	人身损害赔偿司法解释若干问题探讨及疑难问题研究 ····· (1)
	一、共同侵权行为的司法解释及疑难问题····· (1)
	二、人身安全保障义务····· (9)
	三、定作人的侵权责任····· (16)
	四、构筑物、建筑物、树木及其果实致人损害的 赔偿责任····· (18)
专题二	胎儿的损害赔偿请求权探究 ····· (23)
	一、引 言····· (23)
	二、比较法上的发展概况····· (27)
	三、对现有观点的评介····· (37)
	四、区分不同侵权情形下的胎儿损害赔偿 请求权····· (46)
	五、对两类特别胎儿损害赔偿问题的评述····· (61)
	六、小 结····· (85)
专题三	隐私权及其法律保护 ····· (88)
	一、引 言····· (88)
	二、隐私与隐私权概述····· (88)

三、隐私权的特性	(102)
四、隐私权的法律保护与表达自由	(119)
五、结 论	(164)
专题四 舆论监督与新闻侵害名誉权	(165)
一、绪 论	(165)
二、舆论监督与新闻侵害名誉权的基本概念	(166)
三、舆论监督与名誉权的冲突	(174)
四、划分舆论监督与新闻侵害名誉权的基础	(186)
五、明确划分两权界限	(225)
六、结束语	(233)
专题五 学校对未成年学生人身伤害赔偿责任研究	(234)
一、导 论	(234)
二、学校责任性质的理论分析	(235)
三、学校责任归责原则的理论分析	(256)
四、学校及其教职员过错的理论分析	(266)
五、公、私立学校在承担责任时是否有必要 作出区分	(287)
六、现行立法之简析与未来立法之构想	(296)
专题六 第三人侵害债权制度研究	(304)
一、引论：问题的引入	(304)
二、概述：概念及制度沿革	(306)
三、第三人侵害债权制度在各国理论及法制上 的表现	(308)
四、第三人侵害债权制度的合理性考察	(320)
五、债权侵害制度所涉及的利益、价值衡量	

难题	(340)
六、第三人侵害债权行为的构成要件	(346)
七、第三人侵害债权制度与相关制度之厘清 ..	(366)
八、余 论	(375)
专题七 不正当竞争的民事责任	(377)
一、不正当竞争民事责任概述	(377)
二、不正当竞争民事责任的概念、性质和归责 原则	(383)
三、不正当竞争民事责任的构成要件	(389)
四、不正当竞争民事责任的主体界定	(392)
五、不正当竞争案件的举证责任	(395)
六、不正当竞争的民事赔偿责任	(398)
七、不正当竞争民事责任有关疑难问题的 探讨	(401)
后 记	(415)

专题一 人身损害赔偿司法解释若干问题探讨及疑难问题研究

刘士国

2003年12月4日最高人民法院审判委员会通过的《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》，依据我国《民法通则》和《民事诉讼法》等法律，结合审判实践，就有关赔偿问题作出了解释，共36条，从2004年5月1日起施行。本司法解释对于法律的统一适用及制定中国民法典侵权责任编具有重要意义，本文仅就下面几个问题进行评价、研究。

一、共同侵权行为的司法解释及疑难问题

（一）对前述司法解释有关共同侵权行为规定的评析

关于共同侵权行为，我国《民法通则》第130条仅作原则性规定：“二人以上共同侵权造成他人损害的，应当承担连带责任。”最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》第148条规定：“教唆、帮助他人实施侵权行为的人，为共同侵权人，应当承担连带民事责任。教唆、帮助无民事行为能力人实施侵权行为的人，为侵权人，应当承担民事责任。教唆、帮助限制民事行为能力人实施侵权行为的人，为共同侵权人，应当承担主要民事责任。”该条第1、3款为共同侵权行为的规定，第2款为非共同侵权行为的规定。关于共同侵权行为，除教唆、帮

助行为外，还有共同加害行为、共同危险行为及团伙行为等形态。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》对共同加害行为和共同危险行为作出了规定，通过司法解释进一步完善了共同侵权行为的法律规范。当然，此司法解释的有关规定也有可商榷之处，学者对此也有不同意见。以下重点就此司法解释的相关问题进行探讨。

前述司法解释第3条规定：“二人以上共同故意或者共同过失致人损害，或者虽无共同故意、共同过失，但其侵害行为直接结合发生同一损害后果的，构成共同侵权，应当依照民法通则第一百三十三条规定承担连带责任。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。”依此规定，共同加害行为，是指二人以上共同故意或者共同过失致人损害，或虽无共同故意、共同过失，但其侵害行为直接或者间接结合发生同一损害后果。这一类型的共同侵权行为包括有意思联络的共同侵权行为和无意思联络的共同侵权行为。

有意思联络的共同侵权行为，是指前述司法解释第3条第1款规定的“二人以上共同故意或者共同过失致人损害”的情况。其共同在于数人有共同的过错，是共同过错将数人联络在一起，其共同过错可能是均有故意，或者均有过失，或者有的有故意，有的有过失。

无意思联络的共同侵权行为，是指前述司法解释第3条第1款规定的二人以上“虽无共同故意、共同过失，但其侵害行为直接结合发生同一损害后果的”情况，以及第2款规定的“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”情况。其共同不在于有意思联络，而是结果的客观的共同性。

关于共同侵权行为，学说、立法及判例经历了一个由严到宽

的发展过程。就学说而言，分别有有意思联络说与无意思联络说。在有意思联络说中，又有共同故意说和共同过失说。共同故意说主张共同侵权以共同故意为条件，过失不构成共同侵权。共同过失说主张共同的故意、过失均可构成共同侵权。前述司法解释关于有意思联络的共同侵权的规定，显然采纳了共同过失说。无意思联络说主张共同侵权不限于有共同过错，无共同过错而结果共同亦可构成共同侵权。前述司法解释有关共同侵权的规定，总体上显然是采纳了无意思联络说。无意思联络说符合现今工业化社会中存在的环境污染、交通事故、医疗事故等实际情况，为立法及司法解释的正确选择。

对前述司法解释的上述规定，有学者持有不同意见，认为不以意思联络为要件而采共同结果说，扩大了连带责任的范围，而且很难区分第3条第1款规定的承担连带责任的共同侵权行为与第2款规定的承担按份责任的无过错联系的共同侵权行为。而无共同故意、共同过失的侵害行为直接结合发生同一损害后果的，应为无意思联络的数人侵权行为，应按无过错联系的致害责任处理，不能作为共同侵权。^{〔1〕}而另有学者认为，前述司法解释中的“间接结合”不构成共同侵权，不承担共同侵权的连带责任，只能按侵权人过错大小和原因力比例各自承担相应的责任。^{〔2〕}这些意见虽不无道理，也表明前述司法解释的上述规定尚有可完善之处，但本人认为其仍然是基本可行的。因为如果共同侵权以意思联络为要件，势必将现代社会存在的不以过错为要件的环境侵权责任等排除在共同侵权之外。事实上多家污染环境的企业造

〔1〕 杨立新、朱呈义、蔡颖文、张国宏：《人身损害赔偿——以最高人民法院人身损害赔偿司法解释为中心》，人民法院出版社2004年版，第179页。

〔2〕 张新宝主编：《人身损害赔偿案件的法律适用——最高人民法院司法解释〔2003〕20号解读》，中国法制出版社2004年版，第45页。

成同一损害后果的情况并不少见，这在客观上已形成共同侵权，不令其承担连带赔偿责任对保护受害人不利。至于前述解释第2款规定的“间接结合”应根据过失大小或者原因力比例各自承担相应的赔偿责任，并没有说明其不承担连带责任。因此，认为只能由其各自承担相应责任的观点是有疑问的。前述司法解释第3条的规定是对《民法通则》第130条的解释，既然第130条规定的是共同侵权行为，这一司法解释涉及的当然是共同侵权行为问题，而共同侵权行为人也当然应承担连带责任。只不过从实践情况看，像环境污染造成的“间接结合”，各侵权人分担责任后一般即可使受害人获得赔偿，一般不会出现连带责任，但这不等于共同侵权人此时不存在连带责任。

共同侵权行为还有一种类型，就是暴力团伙的侵权行为。暴力团伙的侵权行为是有组织的侵权行为，而且经常伴随犯罪行为。就侵权责任而言，暴力团伙犯罪中的主犯、首犯在承担较重刑事责任的同时，也应承担较重的民事责任，而从犯、胁从犯在承担较轻刑事责任的同时，也应承担较轻的民事责任。当然，团伙成员应对受害人承担连带责任。团伙侵权与其他共同侵权不完全相同，其最大的特点是有组织侵权，成员间不仅有意思联络，还具有分工，而且有组织者。对此，未来的民法典侵权责任编应予以规定，《中国民法典·侵权行为编学者建议稿》已有原则性规定。^{〔1〕}

(二) 楼上落下物致人损害不能确定具体加害人的法律对策探讨

〔1〕 参见梁慧星等起草的《中国民法典草案建议稿》第1553条[团伙成员的侵权行为]:“部分团伙成员实施加害行为造成他人损害的，由全体团伙成员承担连带责任；但其他团伙成员证明该加害行为与团伙活动无关的，则其他团伙成员不承担责任。”法律出版社2003年版，第307页。

楼上落下物致人损害，在我国城市住宅建筑业及人口城市化飞速发展的进程中时有发生，已经引起司法界及学界的争议，成为立法面对的疑难问题之一。

1. 案例、学术观点及立法草案的规定

司法实践中，法院对楼上落下物致人损害不能确认具体加害人时，有判决多家嫌疑住户分担责任及驳回原告诉讼请求两种截然不同的做法。

判决嫌疑住户分担责任的典型案例有两起：一起是重庆市渝中区法院判决的烟灰缸伤人案。本案受害人郝跃在 2001 年 5 月 11 日夜 1 时 40 分与朋友在街上谈事情，被从空中落下的一只烟灰缸砸中头部当即倒地，经医治花去 9 万元医药费并留有严重的后遗症。同年 8 月，郝跃以出事地点两侧的两栋居民楼 2 楼以上的 22 户居民告上法庭，请求共同赔偿损失，法院判决有嫌疑的 22 户居民分别赔偿原告 8101.50 元。另一起也是同一法院受理的塑料花盆伤人案。本案受害人蒋祥发于 2001 年 9 月 27 日早 6 时许，途径重庆市渝中区文华大厦 B 座高层住宅楼路段时，被楼上坠落的一个 2 公斤重的塑料花盆击中头部受伤。经医院确诊为左额叶脑挫裂伤、开放性颅骨骨折，又经法医鉴定为伤残 7 级，共花医疗费 7 万余元。蒋祥发遂将此楼 57 户居民告上法庭，法院经审理认定其中 7 户不具有坠落花盆的可能性，判决其余 50 户分别向受害人赔偿 2950 元（合计 14 万元）。上述两起案件判决的依据是认定责任人构成共同侵权行为（共同危险行为）。

判决驳回原告请求的典型案件是济南市中级人民法院判决的菜墩致人死亡案。此案中，一老太从楼下走过，被楼上掉下的一个菜墩击中头部当场死亡，家属以楼上所有住户为被告提起诉讼，法院判决驳回起诉，其依据是加害人不明，不存在共同侵权行为。

除上述司法实务界存在的共同侵权行为与非共同侵权行为的

观点外（在学者中也存在这些观点），最具代表性的学者观点主张适用《民法通则》第 132 条课予可疑业主公平责任。其理由主要是：高楼抛物致人损害，无辜受害人得不到补偿，对受害人极不公平，而业主是一个集体，更具分担损失的能力，使其承担责任更为公平。业主有能力避免损害的发生，将风险分配给最有机会避免损害发生的人，不但可以防止事故的发生，也符合效率原则。如果由受害人承担损失，抛下东西的人难以查找就可以免责，会诱发严重的道德风险。^{〔1〕}

鉴于解决实际问题的需要，仓促出台的《中华人民共和国民法（草案）》第八编侵权责任法第 56 条规定：“从建筑物中抛掷或者从建筑物上脱落、坠落的物品致人损害，不能确定具体的侵权人的，由该建筑物的全体使用人承担侵权责任，但使用人能证明自己不是具体侵权人的除外。”这显然是作为无过错责任的一种类型加以规定的。

2. 对前述案例、学术观点及立法草案规定的评析

前述有关共同危险行为的判决、学者的共同危险行为说及中国民法典草案的相关规定，虽有利于相邻住户相互监督，预防共同危险行为的发生，但其不利之处远大于这一优点。不利之处主要是：

（1）高楼抛物或物品脱落、坠落，并非共同危险行为。所谓共同危险行为，是指数人共同实施行为而不知谁为加害人的情况。而高楼落下物品，其加害人只有一个，也就是只有一人向楼下抛掷物品或其物品发生脱落、坠落，而不是相邻人在同时向楼下抛掷物品或物品同时发生脱落、坠落，因而并不存在共同危险行为，不构成共同危险行为责任。必须指出：不能将共同居住一

〔1〕 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 304～306 页。

幢楼或一幢楼的某一单元当做共同危险行为，居住本身并不构成危险，不能将危险的解释无限扩大。危险行为是发生在某一时刻的积极行为，居住是积极行为、消极行为的组合，不是单纯的积极行为。危险行为的发生是针对他人的，居住不是针对他人，而是自己的生活现象，即在自己的居所生活。因此，必须将居住与危险行为加以区别。《民法通则》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，他的所有人或者管理人应承担民事责任，但能够证明自己没有过错的除外。”这一规定已经在立法上解决了高楼物品脱落、坠落造成损害的问题。即高楼发生物品脱落、坠落，由所有人或者管理人负责，非所有人或者管理人不承担责任，所有人或者管理人可以证明自己无过错的不承担责任，如因地震、台风等自然的不可抗力或他人的过错行为所致，所有人或者管理人不承担责任。适用《民法通则》第126条的关键是要有明确的被告，即所有人或者管理人，如所有人或者管理人不明，法律关系不能确定，被害人不能获得赔偿。如依共同危险责任将所有相邻人告上法庭，则欠缺存在共同危险行为的事实依据，法院无法审理。高楼抛物因属一般侵权行为，诉讼的前提也需确定具体的加害人，否则，法律关系不明，法院无法审理。

(2) 让居住在同一幢楼或同一单元的住户分担责任，会使无辜的责任人感到法律不公平。法律不能冤枉无辜，否则，将失去人们的信任。当今社会的法律也不允许责任株连，我国现在的法律也绝不能实行“邻里连坐”。那种实行责任株连的严刑苛法是恶法，恶法非法，不能作为审理案件的依据。也有人认为购房人应尽到妥善选择邻居的义务。可是我们现今处在城市化、市场化条件下，不可能让购房人承担选择邻居的义务，购房人无须也不可能对同住一楼的住户进行选择。况且，何人可能实施高楼抛物行为，物品脱落、坠落何时会发生，也是无法预料的，人们怎么

会作出选择呢？所以，以选择邻居不当追究相邻人的责任，不能令人诚服。

(3) 无论高楼抛物，还是物品脱落、坠落，致人损害后，如系轻微损害，加害人多能主动承担责任，受害人承受损害也不困难。问题严重者，如致人残废或死亡，加害人多因责任重大而不主动承担责任。发生此类事件后，公安部门会积极侦查破案，查明原因与加害人，不能查明加害人的案件只是极少数。总之，高楼落下物品伤人而加害人不明的事例，不可能时常出现，可以通过个人意外伤害保险或社会救济的办法予以解决，不宜采用责任株连的方式。

前述关于高楼抛物加害人不明，适用公平责任让相邻人承担责任的主张，也不甚妥当。适用公平责任必须是双方当事人均无过错，而且必须是加害人不承担责任不公平。而高楼抛物加害人不明，不能确定损害是谁的过错所致，但在所有相邻人中，肯定有人实施了高楼抛物的过错行为，不符合适用公平责任时双方均无过错和加害人确定的条件。因此，该种情形适用公平责任也不公平。

3. 完善社会保障制度，对加害人不明的严重受害者实施社会救济

被高楼落下物品伤害而不能确定加害人的，只能实施社会救济，即通过完善社会保障立法来解决。社会救济与赔偿性质不同，受害人必须是受到严重损害，其救济数额也仅相当于赔偿额的一部分。实施社会救济是由国家的特殊职能决定的，目的是以济侵权行为法所不能，那种不管何种损害都希望通过侵权行为法解决的思想是不完全正确的。

二、人身安全保障义务

《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》第6条规定：“从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他活动的自然人、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。”此条规定是在总结司法实践的基础上，首次以司法解释的形式确定了违反安全保障义务致人损害如何承担赔偿责任的法律规范，具有重要的理论与实践意义。

（一）人身安全保障义务与安全关照义务

安全关照义务，是指在一定法律关系中当事人一方对另一方人身、财产安全依法承担的关心照顾义务，违反这一义务应承担损害赔偿赔偿责任。^{〔1〕}其一定的法律关系，包括雇佣关系、运输关系、服务关系及学校、幼儿园对学生、幼儿的培养教育关系等。

安全关照义务是国外发达国家现代侵权法理论中的重要法理，是各国在安全保护或安全保障法制逐步完善的基础上形成的用以指导相当领域的侵权损害赔偿的理论。其要求一方对另一方的安全实施关照，当然包括安全保护或安全保障，只不过比后者的要求更高，不是被动地保护或保障，而是要求负有保护或保障

〔1〕 刘士国：《安全关照义务论》，载《法学研究》1999年第5期。

义务的一方更为主动地关心照顾被保护或被保障的另一方。因此，关照成为判断承担保护或保障义务的标准。安全关照义务适用的主体范围相当广泛，不仅包括经营场所的经营者，也包括雇主、运输合同的承运人、其他服务场所以及各种服务关系中的提供服务者及学校、幼儿园。前述司法解释第6条的规定，主要强调的是从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动的经营者，其次才是其他社会活动中负有安全保障义务的人。也就是说，安全关照义务理论解决所有违反安全关照义务引起的损害赔偿纠纷，而前述司法解释的规定主要解决经营场所的经营者违反安全保障义务引起的损害赔偿纠纷。

安全关照义务不仅涉及人身损害赔偿，也涉及财产损害赔偿，前述司法解释的规定只涉及人身损害赔偿。因此，可以认为，我国司法解释中确定的人身安全保障义务只是民法上安全关照义务的一个方面或一个主要的方面，是安全关照义务在我国司法实践方面产生并发展的重要标志，而安全关照义务法理将在今后的立法及司法实践中得到更进一步的发展。

（二）承担人身安全保障义务的主体

依前述司法解释的规定，承担人身安全保障义务的主体包括从事住宿、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。

1. 从事各种经营活动的经营者

关于从事各种经营活动的经营者，前述司法解释列举了从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动的经营者，然后用一个“等”字表示采用的是不完全列举方式，还有其他类似的经营者，如银行、商场、网吧、邮局、游泳馆、美容美发店等一切从事经营活动的经营者，这些人对受服务者均负有安全保障义务。

2. 从事其他社会活动的组织者或者管理者

在经营活动场所之外从事社会活动，如承办各种会议、体育

比赛、旅游参观、节日游行、各种商品交易会、各种大型咨询活动及就业招聘活动，其组织者、管理者对参加活动的人员应负有安全保障义务。

有些活动场所的经营者或者组织者、管理者，总体上很难将其归入到上述两类当中的哪一类。如农民开设的公园多以赢利为目的，属经营活动的经营者；城市的公园有的免费开放，有的收费，但不以赢利为目的，有的可能以赢利为目的，分别属于不同的种类，但总体上又可以归入到前述司法解释规定的主体当中去。因此，前述两种主体的分类并不是绝对概括无遗的。

（三）人身安全保障义务产生的原因及义务、责任性质

人身安全保障义务产生的原因是社会服务业（第三产业）的发展。在计划经济时期，服务业不发达，旅社、饭店不允许私人经营，实行国营或者集体经营，且以国营为主。因此，那时的管理是行政化的，服务企业同其他企业一样没有独立的经济利益，不存在市场经济条件下的消费者权益保护问题，即使发生了安全事故，用行政的办法也可获得解决。实行市场经济后，服务业空前发展，成为国民经济的重要支柱产业。餐饮多为个体经营，理发、美容以个体经营为主，住宿服务则国营、私营、集体经营均有，但不管采用何种所有制形式，均实行独立经营，自负盈亏。因此，在市场经济条件下，服务业追逐赢利，受利益驱使，容易发生安全事故，经营者应承担保护消费者人身安全的义务，违反这一义务应独立承担责任。随着社会经济的发展，旅游越来越成为人们生活中的重要内容，是人们生活水平提高的重要标志。旅游业的发展必然产生一些安全事故，旅游业的经营者也须对游客承担人身安全保障义务，违反这一义务应承担相应责任。大量流动人口的产生既是经济发展、生活水平提高的产物，反过来又促进了第三产业的发展。这些人都是消费服务的对象，有的还是服务者，前者应享有人身安全受到保障的权利，后者对接受服务者