

2010年春季卷 总第20卷

◆ 主编 / 周永坤 ◆ 副主编 / 张成敏

東吳法學

倪徵暎題



关于侵权责任法草案若干问题的意见 / 王利明

文本·结构·权能：人民政协之特质透视与发展前瞻 / 韩秀义

展望东亚民法统一 / 朴东瑱

梁鑒立：东吴人杰，国际公仆 / 高积顺

婚姻：对性权利的保护还是限制？——由同性婚姻问题引发的思考 / 张珍芳

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

東吳大學

2010年春季卷 总第20卷

東吳法學

倪徵曉題



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

东吴法学. 2010 年春季卷: 总第 20 卷/周永坤主编.
—北京: 中国法制出版社, 2010. 7
ISBN 978 - 7 - 5093 - 2043 - 3

I. ①东… II. ①周… III. ①法学—文集 IV.
①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 126268 号

策划编辑 冯雨春

封面设计 蒋云羽

《东吴法学》2010 年春季卷 (总第 20 卷)

DONGWUFAXUE 2010NIAN CHUNJIJUAN (ZONG DI 20 JUAN)

主编/周永坤

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

版次/2010 年 8 月第 1 版

印张/20 字数/347 千

2010 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2043 - 3

定价: 49.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfsz.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66010405

邮购部电话: 66033288

东吴法学
Soochow Law Review
2010 年春季卷
总第 20 卷



主编 周永坤

副主编 张成敏

学科编辑

法理学: 庞 凌

法律史学: 方 潇

宪法学: 上官丕亮

行政法学: 章志远

民法学: 方新军

刑法学: 王昭武

诉讼法学: 刘 磊

经济法学: 朱 谦

国际法学: 董炳和

编务编辑: 戚薇丹

曹保山

英文编辑: 魏玉娃

编辑部地址

215006

苏州市十梓街 1 号

苏州大学王健法学院

Kenneth Wang Law

School, Soochow University

《东吴法学》编辑部

联系电话

0512 - 65227483

编辑部电子信箱

dwx1922@163.net

苏州大学王健法学院主办

Charles B. Wang

Foundation 资助

东吴前沿——侵权责任法研究

- 关于侵权责任法草案若干问题的意见 王利明(1)
论我国间接侵权制度的构建 周友军(23)
英美侵权法的现代发展趋势 张平华(35)
国家赔偿法: 纠缠在公法与私法之间 袁雪石(50)
惩罚性赔偿的合理性及其适用 史浩明 陈蓉蓉(64)

宪法行政法研究

- 论行政行为的生效时点 王克稳(75)
我国行政规划的编程序与
实施监督 陈保中 蔡爱平 桂林(85)
文本·结构·权能: 人民政协之特性剖析与
发展前瞻 韩秀义(100)
略论检察约谈制度的构建 朱莺华(123)
公共行政民营化研究述评 黄学贤 杨 阳(130)

刑事法学研究

- 论刑法目的解释的立场 韩新远(155)
前科制度的量罚化和区别化设计
——以法经济学的视角 李亚凝 陆 简(169)
转变中的刑事诉讼法学研究
——以《法学研究》(1978 - 2008) 为
主要样本 谢进杰(187)

- 论“罪疑唯轻”原则在刑事实体法与程序法上之
交错适用 陈珊珊(229)

民法研究

- 中国大陆情事变更原则引进之研究
——最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》
若干问题的解释(二) ... 黄阳寿 张立汉(251)
展望东亚民法统一 朴东瑱(孔金萍译)(261)

婚姻:对性权利的保护还是限制?

——由同性婚姻问题引发的思考…… 张珍芳(277)

东吴钩沉

梁鏐立:东吴人杰,国际公仆…………… 高积顺(289)

东吴大学法学研究生教育研究…………… 孙 伟(299)

《东吴法学》2010 年稿约 …………… (314)

SOOCHOW LAW REVIEW

Volume 20

Spring 2010

No. 1

CONTENTS

Some Views on Issues in the Draft of Tort Liability Act	Wang liming(1)
The Construction of Indirect Torts	Zhou Youjun(23)
Development of Nuisance in Anglo - American law on the Tort	Zhang Pinghua(35)
China's State Compensation Law: the Struggle Between Public and Private Law	Yuan Xueshi(50)
The Rationality of Punitive Damages and the Applications	Shi Haoming Chen Rongrong(64)
Study of the Point of Effective Time of the Administrative Action	Wang Kewen(75)
Procedures and Supervisions of Administrative Planning in China	Chen Baozhong Cai Aiping GuiLin(85)
Text · Structure · Power: Analysis of the CPPCC characteristics and its Future Development	Han Xiuyi(100)
Some Views about Procuratorial Conversation System	Zhu Yinghua(123)
Review of Privatization of Public Administration ...	Huang Xuexian Yang Yang(130)
The Interpretation of the Purpose of Criminal Law	Han Xinyuan(155)
Criminal Record and the difference between the sentencing	Li Yaning Lu Jian(169)
Transition of Criminal Procedure	Xie Jinjie(187)

Application of the Principle of ‘in dubio pro reo’ in both Substantive Law and Procedural Law	Chen Shanshan(229)
A Study of the Importation of rebus sic stantibus Principle in Mainland China	Huang Yangshou Zhang Li han(251)
The View of the Unification of Private Law in the East Asian	Pu Dongzhen Translator:Kong Jinping(261)
Marriage: the Protection or Restriction of Sexual Rights	Zhang Zhenfang(277)
Liang Jun Li: Outstanding Scholar of Soochow and International Civil Servant	Gao Jishun(289)
Postgraduate Law Program of Soochow University	Sun Wei(299)
Outstanding Scholar of Soochow	(314)

编者按：

《侵权责任法》是一部保障公民基本民事权利的根本性法律，也是整个民事法律体系的支架性法律。自2007年《物权法》制定完成，《侵权责任法》衔枚疾进，已经于2009年12月26日由第十一届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议通过。该法的出台对于保护社会公众的人身和财产权益，制裁民事侵权行为，无疑具有重大意义。该法制定过程中，本编辑部特组织了一批专家学者对于其中的若干问题进行了研讨。由于档期安排的缘故，该组文章未能及早刊发。考虑到该法出台后目前仍存在的一系列悬而未决的问题，以及诸多争议，我们认为，该组文章中的许多观点仍然具有极高的参考价值。故本编辑部仍决定推出该组文章，以期继续深化我国侵权责任法的研究。

关于侵权责任法草案若干问题的意见

王利明^{*}

内容提要：侵权法草案所保护的“合法权益”限于“民事合法权益”，对于法定的绝对权种类应当予以列举，而对于“利益”应当明确相应的保护规则。草案确立了过错责任是一般侵权的基本归责原则，我国应当采纳严格责任概念而不应采纳无过错责任概念，同时，我国还应当坚持公平责任原则。我国应当在侵权责任法中明确规定统一的死亡赔偿金赔付标准，以维护社会公平正义。对于各种民事侵权责任承担方式，应当适用各自独立的构成要件，且应当允许权利人自行选择适用。在网络侵权中，应当贯彻“提示规则”和“明知规则”，不应扩大网络经营者的责任；应当贯彻过错原则，但为保护受害人，可以要求网络经营者承担连带责任。产生安全保障义务的场所不应当限于“经营场所”，但还是应当贯彻过错责任和补充责任原则。高楼抛掷物致人损害要求相关业主承担责任实质上是对受害人的一种补偿，而非赔偿。

关键词：侵权责任法 草案 若干问题 意见

^{*} 中国人民大学法学院教授、博士生导师。

本文系根据作者于2009年11月3日在苏州大学法学院所作的演讲整理而成。

21 世纪是走向权利的时代,为民事权利提供有效保障和救济制度便成为这个时代的迫切需要和重要课题。当前,我国立法机关正在紧锣密鼓地制定《侵权责任法》,该活动便是对这种需求的积极回应。在保障私权方面,《侵权责任法》发挥着无可替代的作用。其作为保护公民、法人权利的基本法律,内容和体系非常复杂、涉及面十分广泛,其中很多问题在立法过程中面临着来自社会各界的广泛关注和争议。本文拟就《侵权责任法二审稿草案》中几个重大疑难问题谈几点看法。

一、关于侵权法的保护范围

侵权法是保护权利的法,其是对公民、法人等民事主体的民事权益遭受损害之后提供救济的法律,即在权利受到侵害以后对受害人予以救济的法。所以,在侵权法中,必须要明确其保护范围。侵权法草案第二条规定:“侵害民事权益,应当承担侵权责任。”该条的主要意义在于:第一,确定了侵权法的调整范围。侵权法应当以民事权益的保护为范围。在审议中,有人提出,政府的公权力受到侵害,例如,妨碍政府执行公务,是否构成对行政权的侵害,从而构成侵权行为。我认为,该条中强调了“民事权益”,就是要明确侵权法的调整范围是以民事主体的合法权益为限。第二,确定了侵权法的保护对象,即民事权益。在这一保护对象中,既包括民事权利,也包括民事利益,但不包括公民公法上的权利。^[1]例如,《政府信息公开条例》中的公民知情权受到侵害,就应当通过行政诉讼来解决,而不应当适用侵权法来解决。

但是,该条还存在几个问题,在今后审议中有必要进行完善,具体来说,包括如下几点:

1. 该条应当明确民事权利的类型。

总的来说,侵权法的一个重要发展趋势就是其保护的不断扩张。例如,侵权法主要通过损害赔偿的方式保护财产权,但其后逐步扩大到对人身权的保护,且所保护的人身权范围日益扩大。此外,知识产权、股权等新型的财产性权益也被纳入侵权法的保护范围。但是,尽管如此,并不是说所有的民事权益都能成为侵权法保护的對象。事实上,侵权法保护的對象主要是民事权益中的绝对权,而相对权主要在特定的当事人之间发生,且缺乏公示性,故通常多不作为侵权法的保护范围。^[2]草案第二条只是泛泛地规定“侵害民事权益”,而该“民事权益”的范围过宽,没有具体明确哪些民事权利应当受到侵权法的保护,这样就使得侵权法权利保护的範圍无法与“违约

[1] 参见王泽鉴:《侵权行为法》(第一册),中国政法大学出版社2001年版,第301页。

[2] 参见胡波:“中国民法典编纂体例之我见——以绝对权与相对权的二元结构为中心”,载《河北法学》2007年第4期。

责任”、“不当得利”、“无因管理”等制度相互区分。尤其是在第三人侵害债权的情况下,受害人是否应当受到侵权法的保护,草案对此并未明确。所以,我认为,仍然有必要进一步厘清此处“民事权益”的范围,突出绝对权的特点。至于法定绝对权的标准如何确定,我认为,只能依现行法有规定的绝对权进行列举。

关于继承权能否作为侵权法的保护范围,存在争议。^[1]我认为,继承权并不是财产权,也不是人身权,而是具有综合性的权利。在继承开始前,继承权是期待权;在继承开始后,继承权才转化为既得权。尤其是考虑到《继承法》上已经专门规定了相应的救济继承权的制度(即继承回复请求权制度),所以,不必再借助侵权法予以特别规定。

2. 该条应当对权利之外的“合法利益”明确予以保护。

从字面上看,“侵害民事权益”既包括权利,也包括利益。但是还需要设置一个兜底性的条款,明确其他的合法利益也需要受到侵权法的保护。在此方面,侵权法的总体发展趋势是从“权利保护”向“利益保护”扩张。利益的范围也随着社会的发展而日益宽泛。^[2]例如,死者人格利益、某些纯经济损失、占有利益、虚拟财产利益等,都是现代侵权法在发展过程中逐步承认并提供保护的。毫无疑问,我们的侵权法要成为一部真正保护民事权益的法,就必须强调对利益的保护。如果只保护法律明确规定的权利,而不能对利益提供保护,则是不完整的。但是,并不是说所有的利益都应当受到侵权法的保护。我认为,只能将“利益”限定为“合法利益”,也就是学理上所称的“法益”。如果各种利益都要受到保护,将使侵权法与其他法律保护的利益难以区分,这将成为侵权法难以承受之重。因为,许多利益是难以通过侵权法的规则来保护的,也不适合以侵权法的规则来保护。例如,因正当竞争而导致的利益损害,显然不受法律保护;再如,如果纯粹经济损失都由侵权法予以保护,则侵权法的保护范围将成为一片汪洋大海。所以,不是所有的利益都要受到侵权法的保护,而只能限于法律明确规定的情形。《欧洲侵权法原则》第2条专门对受保护的利益作了严格限定,其中第6款规定:“决定利益保护范围时,应考虑行为人的利益,尤其是该行为人行动与行使权利的自由,以及公共利益。”上述对“利益”的限定方法,值得我国借鉴。

3. 该条应当区分对“权利”和“利益”保护的不同规则。

《德国民法典》债法编的重要贡献就在于区分了“对权利的保护”与“对利益的保护”。由于权利都是公开的、公示的,且权利是确定他人行为自由的重要标准。故在此情况下,应采用一般的侵权责任构成要件(严格责任的情形除外)。但是,利益

[1] 参见牟延林、吴安新:“继承权应属于侵权法的保护对象”,载《天津商学院学报》2001年第3期。

[2] 参见曹险峰:“在权利与法益之间——对侵权行为客体的解读”,载《当代法学》2005年第5期。

不是由法律事先明确规定的，也无法明确规定，其往往都是由法官在新型纠纷发生后，根据个案总结提炼出来的利益种类。所以，行为人在实施某种行为的时候，是不是侵害了某种利益，行为人难以根据既有法律规则作出明确预判。因此，为了保护人们的行为自由，对因侵犯利益而承担的民事责任，应当有明确的限制。但从维护行为自由的角度，利益的过度保护往往又会妨碍行为自由。我认为，借鉴比较法上的做法，并结合我国多年的司法实践，可以考虑从如下几个方面作出限制：一是考虑主观要件和行为方式。例如，《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》明确规定，只有行为人以违反社会公共利益和社会公德的方式侵害他人人格尊严利益时，受害人才可以要求精神损害赔偿，行为人才应当承担责任。这就是从主观要件和行为方式上限制人格利益的保护范围。再如，关于性骚扰，究竟侵害了什么权利，现在还存有较大争议。一般认为，性骚扰侵害的是一种利益，对此种利益的损害是否构成侵权，我认为，可以从行为人主观要件上进行限制。二是考虑行为自由的保护。正如《欧洲侵权法原则》第2条第6款所规定的，“决定利益保护范围时，应考虑行为人的利益，尤其是该行为人行动与行使权利的自由，以及公共利益”。侵权法不仅要保护民事权益，而且要保护人们的一般行为自由；如果民事利益的保护程度过高，就会使得人们动辄得咎，行为自由受到不当的限制。例如，对纯粹经济损失是否都要保护，要考虑到保护此种纯粹经济损失是否会限制行为自由；如果片面扩大某一行为引发的损害关系链条，将使行为人随时面临无尽的诉讼和责任。三是行为人与受害人的相互关系。这里主要是讲行为人对于损害的可预见性。如果行为人与受害人关系密切，其就可以预见到损害的发生，受害人就更有可能受到保护。一般来说，在侵害利益的情况下，就表明其主观上对损害有认知和预见能力，行为人主观上一般来说是故意的。例如，行为人与被侵害人之间关系密切，对被侵害人的人身、财产状况有充分的了解，则其对行为造成的损害结果就有可能预见；如果行为人与受害人相距遥远，则不能预见到损害的发生，受害人也就可能不受保护。

此外，还需要讨论的是，草案第五条规定：“侵权人因同一行为应当承担行政责任或者刑事责任的，不影响依法承担侵权责任。”该条规定中“依法承担侵权责任”的“法”究竟是什么法？我认为，本条所说的“法”应当是“本法”。强调“依据本法承担侵权责任”，具有重要意义：第一，明确“本法”（即“侵权责任法”）就是保护各种权利和合法利益的法律。第二，结合第六条的规定，“在其他法律中有特别规定的，依照其规定”。这也为其他法律中侵权责任规范的适用提供了可能，不会影响到其他法律的适用。侵权责任法本身已经确立了一般性的原则和相应的规则，它与其他法律之间形成了一般法与特别法的关系，特别法的适用也离不开侵权责任法。第三，对于大量的新型侵权，即使“本法”没有具体规定，但由于该法中的总则部分适

用范围非常宽泛，尤其是设计了过错责任和严格责任的一般条款，所以，完全可以依据一般条款来适用。综上，我认为，以侵权责任法适用于所有的侵权案件是没有疑问的。

二、关于侵权归责原则

侵权法的归责原则实际上就是关于归责的规则，它是确定行为人的侵权民事责任的根据和标准，也是贯穿于整个侵权行为法之中，并对各个侵权法规范起着统帅作用的立法指导方针。^{〔1〕}一定的归责原则直接体现了侵权法的规范功能，作为确定责任的依据，不同的归责原则阐释了不同的依据与理念。

关于归责原则的规定，主要是《草案》第七条和第八条。第七条规定：“因过错侵害他人人身、财产，造成损害的，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。”第八条规定：“行为人没有过错，法律规定也要承担侵权责任的，依照其规定。”这两个条款基本上是沿用了《民法通则》第106条第1款、第2款的规定，但是增加了一个条款，就是第7条第2款规定了一个过错推定责任。

草案在归责原则方面具有如下特点：第一，采用一般条款的模式对归责原则作了抽象概括的规定。第二，归责原则体系主要是由过错责任和严格责任构成的，这两项归责原则基本上构建了侵权责任法的归责体系。这就是说，从归责原则的层面来看，侵权责任大致可以分为两部分，一部分是适用过错责任，另一部分适用严格责任。严格责任一般都是由法律明确规定的，而过错责任采用的是“一般条款+类型化”的方式。有一些过错责任侵权属于法律已作类型化规范的领域，但还有很多具体的过错责任侵权类型未能作出类型化规定。通常来说，未作明确规定的一般侵权行为都能够通过一般条款予以解决。就严格责任而言，虽然在草案中采用了无过错责任的表述，但我认为，在实质内涵上应当是严格责任的规定。因为无过错责任并不是完全不考虑过错，例如在受害人故意造成自身损害的情况下也可能使得被告被免除责任，从这个意义上说无过错责任并不是完全不考虑过错的绝对责任，而只是免责条件有严格限制的严格责任。第三，规定了过错推定原则，该原则适用于医疗事故、道路交通事故等事故责任。

草案的归责原则的相关规定有其合理性，但还有几个问题需要探讨。

1. 关于过错责任的规定。

〔1〕 参见王利明：“我国侵权责任法的体系构建：以救济法为中心的思考”，载《中国法学》2008年第4期。

草案第七条规定,“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。”许多学者认为,该条实际上是借鉴了《法国民法典》第1382条的模式。^[1]其实,该条与法国民法典的规定是有区别的,法国模式规定的是抽象的损害概念,而草案第七条是从权利保护的范围来规定的。草案所采用的表述是“侵害他人财产、人身”,重点在保护的对象上,而并非将重心放在“损害”上,与法国法的模式并不完全相同。但是,该条规定仍然存在着一定的问题:一是,“财产、人身”的表述仍然略显空泛,虽然其具有很强的包容性,但是在具体的司法实践过程中可能还会出现适用方面的很多问题。因为“财产、人身”这样的表述既包括了各种非民事的财产、人身权益,同时也可能包括大量绝对权以外的权利。例如,一般认为,债权也是一种财产,但却不在侵权法所保护的范围之内。二是,“他人”的概念内涵与外延过于狭窄,不够确切。实际上,从侵权法的角度来看,权利受损害的对象不仅仅包括个人,国家和集体也有可能成为侵权行为的受害者,所以,对“他人”内涵和外延的解释应当适当扩展。三是,关于过错责任的适用范围。有人认为,过错责任的适用范围应当有所限定。但我认为,过错责任原则主要适用于一般侵权,没有限制的必要。因为我们主要采取的是“一般条款+类型化”的方式,过错责任既是一般条款,也是兜底条款,凡是法律没有明确规定适用严格责任、公平责任的,都要适用过错责任。而过错责任中,有类型化规定的,就直接适用关于过错责任的类型化规定;没有类型化规定的,就直接适用过错责任的一般条款。因此,关于过错责任一般条款,不应在适用范围上进行限定。

2. 关于过错推定原则是否应当作为一类特殊的归责原则。

笔者过去一直赞成将过错推定作为一种特殊的归责原则,因为法国等国家高度重视过错推定原则,并将其作为一种归责原则对待。但是,随着侵权责任法的发展,过错推定作为归责原则的重要性在减弱。这主要是因为,随着严格责任的发展,严格责任逐渐地成为一种独立的归责原则,严格责任和过错责任是有明显区别的。而过错推定原则,有一些应当纳入到严格责任中,而另一些则应当纳入过错责任的范畴。所以,没有必要将过错推定再单独作为一项归责原则表示出来。目前,草案是将过错推定放置在过错责任的条款中加以规定,表明过错推定在性质上仍然属于过错责任的范畴,这是有一定道理的。过错推定和严格责任确有一定的区别。在适用过错推定时,并没有严格限制免责事由。所以,加害人只要尽到了举证责任,就可以被免除责任。在这一点上,它与严格责任是不同的,严格责任的基本要求是“不可轻易被免责”。从我国侵权责任法草案来看,医疗事故对特定事项规定了过错推定原则,例如,“医

[1] 《法国民法典》第1382条:“人的任何行为给他人造成损害时,因其过错致该行为发生之人应当赔偿损害。”

院违反法律、行政法规、规章等有关诊疗规范的规定”可以推定医疗机构有过错。但是，关于是否存在违反这些规定的事实，应当由受害人承担举证责任予以证明（当然，法院也可以依据职权主动查明）。此种推定并不像严格责任那样采用举证责任倒置的办法，而仍然要求受害人就特定的事实举证证明。在这一点上，此种过错推定与传统的过错责任没有本质的区别。由此可以看出，虽然我国侵权法草案规定医疗事故适用过错推定责任，但其仍然属于过错责任的范畴。

综上所述，我认为，过错推定不宜作为一种独立的归责原则，也不必要在过错责任一般条款中作出规定。一方面，将过错推定规定在一般条款中，有可能被法官广泛适用，过错推定甚至可能因此成为兜底条款。而实际上，过错推定只是适用于法律规定的一种例外情况。另一方面，过错推定既然不是一个独立的归责原则，故也没有必要在归责原则体系中规定。否则，过错责任和严格责任难以区分，侵权责任法的整个体系都会受到影响。此外，法律通常会对采用过错推定规则的案件及事实类型作出明确规定，且此种情况也不占多数，在此情况下，就没有必要再将其作为一般归责原则加以规定了。

3. 关于严格责任的规定。

侵权法草案第八条规定：“行为人没有过错，法律规定应当承担侵权责任的，依照其规定。”我认为，此条规定在如下两方面可以进一步斟酌。第一，应当明确严格责任的特点。严格责任这个提法是英美法的提法，就严格责任来说，它对免责事由是有严格限制的。比如，在高度危险责任情况下，只有在损害是因为受害人故意的情况下造成的，行为人才可以免责。这样才体现了责任的严格性。一般来说，严格责任的免责事由主要是：第三人的行为、受害人故意、不可抗力。真正的无过错责任不仅不考虑加害人的过错，而且不考虑受害人的过错。而在目前侵权法草案中，依照第八条的规定，还是要考虑受害人的过错的。因此，我认为，草案中的相关规定应当是“严格责任”，而非“无过错责任”。第二，在严格责任的情况下，责任的免除应作严格限制。从国外的相关判例学说来看，严格责任也可以适用比较过失。这就是说，严格责任的“严格性”表现为责任承担是严格的；但是，责任的减轻还是可以采用比较过失的规则，可以通过比较原被告双方的过错来具体确定责任的范围。这在审判实践中是很有意义的。例如，高度危险责任是严格责任，通常只有在受害人故意的情况下才能够免除责任；但是，如果受害人确实有重大过失，完全置自己的生命于不顾而闯入某个危险的区域时，也应适当减轻行为人的责任。因此，在将严格责任作为归责原则加以规定的时候，也有规定减轻责任事由的必要。

4. 公平责任。

《民法通则》第132条规定：“当事人对造成损害都没有过错的，可以根据实际情

况,由当事人分担民事责任。”这是《民法通则》中关于公平责任原则的相关规定。而侵权法草案第八条的相关规定是关于严格责任的规定,并不是关于公平责任的规定。关于公平责任在将来侵权责任法归责原则中的地位,多数学者认为,公平责任并不是归责原则,而只是特殊的补偿规则。^[1]我认为,公平责任仍然有一定的适用空间,例如高楼抛物致人损害而找不到具体的加害人,就可以适用公平责任。而且《民法通则》第132条在多年的司法实践中也取得了比较好的实践效果,能对双方当事人没有过错而发生损害的多数案件进行较好的解决。因此,侵权责任法可以考虑将公平责任作为一种补充性的、辅助性的归责原则加以规定。

三、关于死亡赔偿金的标准

死亡赔偿金的标准是否应当有统一标准,对此问题,一直存在争议。^[2]最高人民法院的司法解释已经对此作出了明确规定。《人身损害赔偿司法解释》第29条规定:“死亡赔偿金按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准,按二十年计算。但六十周岁以上的,年龄每增加一岁减少一年;七十五周岁以上的,按五年计算。”但是,该司法解释区分城乡户籍而有不同,在实践中引发了较大的争议,甚至引发了“同命不同价”的讨论。我以为,“同命不同价”这个提法本身是不确切的。因为人死亡之后,赔偿的不是生命的价格,生命本身是无价的。如果生命有价的话,那生命就可以交换了,是不是可以用钱来买命呢?显然这是很荒唐的。生命不能转让也不能继承。我们知道,一个人死后,财产可以由近亲属来继承,但是生命权不能转让给近亲属,也不能由死者的近亲属主张对死者生命权的赔偿。死亡赔偿金赔偿的是什么呢?赔偿的是生命遭受损害之后,所引发的财产和精神损失。一方面是财产损失,包含医药费、丧葬费这些费用支出;另一方面包括了死者生前的收入和抚养家庭成员的开支。此外,一个人死亡之后近亲属感到悲痛,因此还有一个精神赔偿。所以,死亡赔偿金赔偿的不是生命本身,而是生命遭受侵害之后引发的财产损害和精神损失。尽管如此,我认为,最高人民法院的司法解释仍存在着明显的不足:

第一,在同一案件中,完全不考虑不同案件的客观情况而一刀切的赔偿方案可能导致新的不公平。例如,在某地发生了一起重大交通事故,导致三人死亡,其中两人

[1] 参见刘新熙:“公平责任原则探讨”,载《法学研究》1983年第2期;徐爱国:“重新解释侵权行为法的公平责任原则”,载《政治与法律》2003年第6期。

[2] 参见傅蔚冈:“‘同命不同价’中的法与理——关于死亡赔偿金制度的反思”,载《法学》2006年第9期;张新宝、明俊:“空难概括死亡赔偿金性质及相关问题”,载《法学研究》2005年第1期。

属于该市的居民，另外一人属于郊区的农民。死者家属提起诉讼之后，两位城镇户口死者的家人各自得到了20余万元的死亡赔偿金；而另一名郊区农民虽然长期在该市主城区生活，但因是农村户口，按《人身损害赔偿司法解释》的相关规定，其父母只得到5万余元的死亡赔偿金。三个受害人所获赔偿之间的差异竟然有4倍，赔偿的标准存在如此差异，在结果上不符合公平正义的要求。不能简单地认为，区分城乡确定赔偿标准就一定违宪，但是，在同一案件中，如果因为交通事故、矿难等原因导致多人死亡，而针对城乡居民区别对待，甚至赔偿的金额相差数倍，这确实不符合宪法上确定的人人平等原则。在同一案件中，应当遵循就高不就低的原则，此原则既无损于城镇居民的救济，也符合社会大众的公平正义观念。基于这一原因，最高人民法院确定的赔偿标准应当有所突破。

第二，虽然我国确实存在城乡二元体制，但是，法律上应当逐步通过良好的制度设计来消解二元体制，而不是强化这一体制。城乡二元结构是中国的现实，我们对待这样一种不合理的现实，在法律上是把它固定下来，还是尽量采取措施，来推动二元结构的适当变革，促使它朝着一个合理的方向发展？我想，应当是后者。尤其是在人死亡之后，要从对受害人全面保护出发，努力促进城乡二元结构向合理的方向发展。

第三，最高法院不仅区分了城乡不同的户籍，而且，也确立了不利于农村居民的赔偿标准。司法解释提出了两个赔偿标准，一个是“城镇居民可支配收入”，一个是“农村居民纯收入”。相对来说，纯收入已经减去了各种费用，相对较少；而可支配收入，是没有扣除支出的，相对较高。所以，两者的标准不同，导致可支配收入会高于纯收入。这一标准显然对农村居民不利。尽管从实际操作来看，是便利法官操作的，但是，从社会效果的角度不一定很好。

问题在于，最高法院的司法解释是应当由最高法院自己修改，还是通过立法来解决？不少人认为，最高法院的司法解释虽然有一定的不合理性，但是，应该由最高法院自己来解决。从国外的经验来看，没有一个国家在其民事基本法中具体规定死亡赔偿金的标准。如果做出了规定，很可能导致如下问题：一是法律的僵化。因为民事基本法修改比较困难，而法律规定统一标准后，也难以考虑到各个地方的特殊性。尤其是，法律往往具有滞后性。二是民事基本法作出规定后，很可能导致法律之间难以协调。例如，侵权法中的相关规定很可能与国家赔偿法等法律规定的赔偿标准不一致。对此问题，我个人认为，还是应当由立法来规定，理由主要在于：

第一，有利于统一司法裁判的准则。从位阶来说，司法解释的位阶低于全国人大及其常委会通过的法律。而且，司法解释的起草和审议程序也没有法律的起草和审议程序严格。特别是，司法解释的起草和审议程序主要是在司法部门内部征求意见；而法律的审议是在人大机关进行的，全国人大及其常委会的成员来自社会各界，能够广

泛代表社会各界的意见，在此基础上建立起来的司法裁判准则具有较高的权威性和公信力。

第二，确定统一的死亡赔偿标准具有现实可行性。尽管每个死者及其近亲属的情况存在差异，但是，从以往审判实践的情况来看，并非不具有任何的可预期性。因为对大多数人来讲，无论是自然寿命状况，还是收入状况，都具有一定程度的相似性，以此为依据完全可以确定统一的赔偿标准。

第三，现代社会被社会学家称为风险社会，换言之，在人们的社会生活中，风险无处不在，故迫切需要统一的规则，明确死亡赔偿金的赔偿数额。从社会效果的角度来看，人们对法律公平正义的要求，有相当部分是通过有关事项的法律规则体现出来的。作为保护民事权利的基本法，如果侵权责任法能设置该规则，必将收到良好的社会效果。法律的基本规则就是要对冲突的利益设置协调规则，以实现其组织社会秩序的功能。如果欠缺死亡赔偿金数额的标准，等于是放弃了侵权责任法在此领域的社会功能。

同时必须强调的是，我们确实应当看到，中国的城乡差异、地区差异较大，情况复杂。而且，改革开放以后，每个人创造财富的能力有差异，如果只用一个固定的赔偿标准来适用，确实是比较困难的。因此，可以考虑确定比较原则的死亡赔偿标准，而授权法官适当调整。对于人身损害死亡赔偿金的现有规定，我更倾向于把它颠倒过来，原则上可以考虑采取一个大体上统一的赔偿标准，同时授权法官根据个案来进行适当的调整，比如根据死者抚养家庭成员的情况、收入的差别以及各个地区不同的情况等适当的调整。这样既顾及现实又更公平合理。另外，在交通事故、矿山事故等造成死亡人数较多的事故中，可以不考虑年龄、收入状况等因素，以同一标准确定死亡赔偿金。

四、关于侵权责任承担方式

我国《侵权责任法草案》列举了各种责任形式，草案第十七条规定：“承担侵权责任的方式主要有：（一）停止侵害；（二）排除妨碍；（三）消除危险；（四）返还财产；（五）恢复原状；（六）赔偿损害；（七）消除影响、恢复名誉；（八）赔礼道歉”。这既表明我国侵权责任法采用的是大侵权法模式，不限于通过损害赔偿的方式对权利进行保护，而是采用多种责任形式对受害人的各种权利进行保护，其保护的内容非常宽泛。同时，侵权法草案通过列举各种责任形式也能够非常有效地对受害人提供各种救济，使得受害人能够从多种方式中选择对其最为有利的补偿方法。

关于侵权法中责任承担方式问题，我认为，有下列问题值得研究：