

2004.12.6 ①

DF718.2X
4

(总第五辑)

2004年 第四辑

TRIAL

审判研究

《审判研究》编辑委员会 编

STUDY

杨立新 / 适用人身损害赔偿司法解释的疑难问题及对策

雷兴虎 胡桂霞 / 股东代表诉讼中的程序问题研究

方世荣 王成明 / 论实施行政行为的第三人及其举证责任

张旭娟 / 票据代理构成条件及票据表见代理探析

程 啸 / 论所有物返还请求权

王贵国 / 从规则导向到技术性解释的世贸争端解决机制

陈国庆 刘志远 / 银行卡犯罪若干问题研究

郑成思 / 句容市联友卤制品厂与柏代娣商标侵权纠纷案点评

谢 晨 袁秀挺 / 涉外知识产权审判若干情况分析和问题研究

——以上海市第二中级人民法院民五庭2003年受理案件为样本

10



法律出版社
LAW PRESS

2004年 第四辑

(总第五辑)

T R I A L

审判研究

S T U D Y

《审判研究》编辑委员会 编



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

审判研究·2004年第4辑/《审判研究》编辑委员会编.
—北京:法律出版社,2004.9
ISBN 7-5036-5070-2

I. 审… II. 审… III. 审判—研究—中国
IV. D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 084754 号

©法律出版社·中国

责任编辑/柯 恒	装帧设计/于 佳
出版/法律出版社	编辑/法规出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京中科印刷有限公司	责任印制/张宇东
开本/787×960 毫米 1/16	印张/15 字数/240 千
版本/2004 年 9 月第 1 版	印次/2004 年 9 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法规出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/law@lawpress.com.cn	rpc8841@sina.com
读者热线/010-63939631	传真/010-63939650
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	客服热线/010-63939792
网址/www.chinalawbook.com	电子邮件/service@chinalawbook.com
中法图第一法律书店/010-63939781/9782	中法图北京分公司/010-62534456
中法图上海公司/021-62071010/1636	中法图苏州公司/0512-65293270
中法图深圳公司/0755-83072995	中法图重庆公司/023-65382816/2908
书号:ISBN 7-5036-5070-2/D·4788	定价:20.00 元

《审判研究》编辑委员会

主 任：公丕祥

副主任：丁巧仁

委 员：	公丕祥	丁巧仁	田 幸	周晖国
	叶兆伟	曹立久	屈建国	蔡则民
	马汝庆	李克军	徐立新	马志相
	帅巧芳	刘 华	李飞坤	张 屹
	张年庚	张培成	陆洪生	陆国甫
	胡道才	鲁国强	褚红军	刁海峰
	李后龙	刘亚平	刘媛珍	何 方
	陆鸣苏	沈 莹	范 群	谢国伟
	薛剑祥	周茸萌		

副 主 编： 蔡绍刚 朱建新

编辑部主任： 朱建新（兼）

副 主 任： 魏 明

执 行 编 辑： 孙晋琪 丁 浩

目

录

Trial Study

2004 年第 4 辑(总第 5 辑)

专家论坛

- 1 杨立新/适用人身损害赔偿司法解释的疑难问题及对策
——“人身损害赔偿案件疑难问题暨司法解释适用研讨会”综述
- 26 雷兴虎 胡桂霞/股东代表诉讼中的程序问题研究
- 46 方世荣 王成明/论实施行政行为的第三人及其举证责任
- 54 张旭娟/票据代理构成条件及票据表见代理探析
- 62 程 啸/论所有物返还请求权

特 稿

- 77 王贵国/从规则导向到技术性解释的世贸争端解决机制
- 88 陈国庆 刘志远/银行卡犯罪若干问题研究

专题研究

- 98 江苏省高级人民法院刑一庭/关于涉枪涉爆犯罪的法律分析与思考
- 106 张代恩/保证关系中的期间问题研究
- 118 施汉嵘 沈 兵/特许经营中限制竞争行为的法律规制
- 131 李 彬 何建华/法院强制执行中拍卖第三人财产之效力
- 140 陈靖宇/挪用公款罪与挪用资金罪中“归个人使用”问题研究
- 157 孙 巍 何新容/未成年人缔约制度之比较研究及我国立法之完善

审判管理

- 166 刘荣康/论审判质量效率评估指标体系的构建

调查报告	
涉外知识产权审判若干情况分析和问题研究/谢 晨 袁秀挺 ——以上海市第二中级人民法院民五庭 2003 年受理案件为样本	176
裁判点评	
句容市联友卤制品厂与柏代娣商标侵权纠纷案点评/郑成思	185
各抒己见	
鉴定结论的认证及相关问题探讨/刘冀民 王永励	189
请求确认不侵犯专利权制度的设立及纠纷解决机制/姚兵兵 ——主要以诉讼理论为视角	194
论财产刑的细化与均衡/汤建国 张桂林	205
人民陪审员制度的理性选择与制度建构/胡道才	216
审判参考	
江苏省高级人民法院量刑指导规则(试行)	227

专家论坛

适用人身损害赔偿司法解释的 疑难问题及对策

——“人身损害赔偿案件疑难问题暨
司法解释适用研讨会”综述

杨立新*

2004年4月28日,中国人民大学民商事法律科学研究中心会同人民法院出版社和江苏省高级人民法院,在江苏常熟市召开“人身损害赔偿案件疑难问题暨司法解释适用研讨会”。中国人民大学民商事法律科学研究中心主任王利明教授以及杨立新和张新宝教授、人民法院出版社社长刘保军、江苏省高级人民法院副院长叶兆伟出席会议。参加会议的还有北京大学法学院副教授王轶,清华大学法学院讲师程啸、中国人民大学法学院博士研究生尹飞及来自全国部分高级法院、中级法院、基层法院的法官共约40人。

会议讨论的主题是,对于在适用最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》中的疑难问题,如何在理论上认识并结合实践提出具体解决办法。与会的学者和法官联系司法实际,畅所欲言,共同切磋,深入探讨,相互启发,提出了很多具有建设性、创新性和指导性的意见,对于实践中的人身损害赔偿案件如何适用法律和司法解释,凸现人的价值和法律地位,保护人的生命权、健康权和身体权,具有重要的意义。此外,王利明、杨立新和张新宝三位教授还于4月30日在江苏省高级人民法院和南京师范大学法学院与部分法官和

* 中国人民大学法学院教授、博士生导师、民商事法律科学研究中心副主任。

师生就同一个问题进行了深入的座谈和讨论。

这次会议参加的人员虽然很少,时间也不长,但是由于参加会议的学者、法官都是功底深厚、经验丰富的法学理论家和资深法官,他们既有深厚的理论修养,又有丰富的司法实践经验,因此讨论的问题特别集中,研究的问题非常全面、非常具体,对人身损害赔偿案件疑难问题提出的司法对策既有理论深度又有实践意义。与会人员一致认为,这是一次非常成功的、在理论上和实践上都具有重要价值的会议。现将这次会议及两次座谈所讨论的主要内容做如下纪要。

一、如何认识人身损害赔偿司法解释的法律意义

与会学者和法官一致认为,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”)是一个非常重要的司法文件,在我国民法尤其是在侵权行为法的建设中,在保护人的权利方面,具有极为重要的意义。这个司法解释对于人身损害赔偿案件法律适用乃至民法、侵权行为法的发展的意义,可以概括为以下几点:

(一)凸现人的价值和权利本位观念,全面保护生命权、健康权、身体权

会议一致认为,人身损害赔偿司法解释的最重要意义,就在于确认和凸现人的价值、人的法律地位和权利本位思想。在现代社会,民法就是人法,就是人的权利法,确认人的价值,保护人的地位,就是要保护人的权利。生命、健康和身体是自然人的人格赖以存在的物质载体,对于人的存在和发展具有极为重要的意义,所以,人格权中的生命权、健康权和身体权是人的最基本、最重要的权利。对人的生命权、健康权和身体权的侵害,是对人的最严重的侵害。突出人的价值、突出人的地位,就是要更好地保护这些权利,救济这些权利,以保护人的价值、维护人的尊严和地位。人身损害赔偿司法解释立足于这一立场,凸现民事司法的人文主义立场,全面保护人的权利,救济人的生命权、健康权和身体权的损害,体现了民法的人文主义关怀,与最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》(以下简称“精神损害赔偿司法解释”)一道,成为新中国人格权司法保护中的两个最重要的司法文件,具有极为重要的意义。

(二)统一对生命权、健康权和身体权损害进行救济的规则和方法

会议认为,建国以来,我国关于人格权的法律保护是比较薄弱的。《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)确立了对生命权、健康权和身体权保护的基本规则,但不够具体、不够完善。在以后陆续出台的一些法律和行政法

规、司法解释中,规定了一些人身损害赔偿的具体规则和方法,但内容不统一,发生了法律与法律之间、法律与行政法规之间、行政法规与司法解释之间的冲突。因此,在司法实践中急需统一规定人身损害赔偿具体规则和方法,统一司法实践中的做法。人身损害赔偿司法解释应运而生,统一了人民法院审理人身损害赔偿案件、救济生命权、健康权和身体权损害的基本规则 and 操作方法,对于保护人的权利,制裁侵权行为,具有极为重要的意义。

(三)补充侵权行为法关于侵权行为类型的空白

1986年颁布的《民法通则》规定了侵权行为法的基本规则,但是具体内容还存在缺陷,还不够完备,特别是对侵权行为类型的规定不够具体,对很多应当规定的侵权行为类型没有作出规定。人身损害赔偿司法解释从司法实践需要出发,吸收研究成果,总结实践经验,对于违反安全保障义务的侵权责任、学生伤害事故责任、法人侵权责任、雇主责任、定作人指示过失责任等一系列侵权行为类型,都作出了具体规定,补充了立法的不足,推动了我国侵权行为法的发展。

(四)集纳司法实践经验和法学理论成果推动侵权行为法的发展

《民法通则》实施以来,人民法院在保护人的生命权、健康权和身体权方面积累了丰富的司法实践经验。在理论上,学者进行深入探讨,对一些重大理论和实践问题提出了重要的主张和意见。人身损害赔偿司法解释集纳司法实践经验和理论研究成果,也是对司法实践和理论研究的充分肯定,对于完善中国人格权司法保护的实践和侵权行为法理论的发展,具有重要的意义。特别值得说明的是,中国人民大学民商事法律科学研究中心专门召开研讨会,最高人民法院主管民事审判工作的副院长和民事审判庭的负责人、文件起草人等出席会议,就人身损害赔偿司法解释草案的修改工作,深入进行讨论,被学界誉为起草司法解释的“专家与学者的高层对话”,对修改这个司法解释提出了重要的意见,这些意见都吸收到了正式的司法解释文件当中。

(五)为制订中国民法典提供积极的借鉴

目前,民法典的制定工作进入了立法日程,正在加紧进行。民法典的一个重要组成部分就是侵权行为法,人身损害赔偿是侵权行为法的重要组成部分。最高司法机关对此作出司法解释,规定了具体的操作意见和办法,在实践中执行还可以不断积累经验,都必将对侵权行为法建设的进一步发展起到重要的推动作用,为民法典的起草制定提供有益的经验 and 重要的借鉴。

二、关于共同侵权行为及其责任的问题

会议讨论最多也是最深入的一个问题,就是人身损害赔偿司法解释关于共同侵权行为的规定。人身损害赔偿司法解释的第3条至第5条规定了共同侵权行为,内容最为丰富,理论价值和实践意义也为重要。也正是由于这些规定的内容和理论基础的重要性,因此在讨论中的争论也最大。

(一)充分肯定关于共同危险行为的规定

共同危险行为是准共同侵权行为,是《德国民法典》首创的制度,我国《民法通则》对此没有规定。在现实的司法实践中,这个制度对于解决侵权纠纷具有十分重要的作用。人身损害赔偿司法解释第4条规定:“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。”会议认为,司法解释规定了这个制度,补充了立法的不足,其制定的具体规则也都是合适的,为司法实践提供了司法解释依据,为实践中处理共同危险行为侵权纠纷提供了具体规则和办法。

(二)采用客观标准界定共同侵权行为争论较大

在认定共同侵权行为本质特征的时候,在理论上存在“意思联络说”、“共同过错说”、“共同行为说”和“共同结果说”等不同主张,通说采纳共同过错说作为标准。人身损害赔偿司法解释改变了理论上和实践中的通说立场,转而采用客观标准,引起理论界和实务界的激烈争论,会议也在这个问题上进行了尖锐、深入的争论。

绝大多数与会者反对扩大共同侵权行为的范围,主张坚持以共同过错作为共同侵权行为的本质特征;少数与会者赞成人身损害赔偿司法解释的规定,即以客观标准作为判断共同侵权行为的基础,认为这符合现代侵权行为法发展的方向。

双方主要争论的问题是:

1. 连带责任的范围究竟应当规定得宽一些还是窄一些

对共同侵权行为本质特征的认定,历来存在“意思联络说”、“共同过错说”、“共同行为说”和“共同结果说”不同的主张,其根本问题在于对数人侵权承担连带责任范围的界定。采用意思联络说确定连带责任的范围最窄;采用共同过错说确定连带责任的范围稍宽;而采用客观立场的共同行为说和共同结果说,则

连带责任的范围最宽。传统侵权行为法理论认为,连带责任使不同的行为人承担一个共同的责任,责任最重,不应当轻易确定数人承担连带责任,因此,只有数人侵权的意思联络(即共同故意)才使数个行为人的行为结合为一个共同行为,才因此承担连带责任。50多年来,我国侵权行为法从救济受害人的立场出发,适当扩大连带责任范围,采用了共同过错说的立场,已经成为司法实践中确定共同侵权行为的基本规则。

与会多数人认为,我国侵权行为法通说采用共同过错说,已经适应了现实司法实践的需要,能够较好地保护受害人的利益,同时也坚持了主观归责的立场,是应当坚持的,不应当轻易否定。少数学者认为,现代侵权行为法朝着更为有利于保护受害人的方向发展,在共同侵权行为的认定上,应当采用客观归责的立场,适当扩大共同侵权行为的范围,扩大连带责任的范围。

2. 认定共同侵权行为采用主观标准还是客观标准

认定共同侵权行为的标准采用主观标准还是客观标准,与连带责任的范围究竟是宽一些还是窄一些是紧密相连的,但是,更为重要的,则是对于现代社会的人的行为的态度问题。

反对采用客观标准认定共同侵权行为的意见的专家、学者和法官认为,毫无疑问,采用客观标准认定共同侵权行为对于保护受害人的利益是有利的。但是,连带责任是加重责任,必须建立在过错的基础上,才能够体现其合理性。连带责任不是几个人的行为结合在一起,而是加害人的过错把几个人的行为联系在一起,因而一个加害人才应当为另外的共同加害人承担共同的责任。将数个没有主观上联系的行为人的行为强制性地认定为一个共同侵权行为,责令其承担连带责任,就等于剥夺了人的行为自由。近现代的侵权行为法采用过错责任原则的基本立场,其主旨就是反封建的,破除客观归责对人强加的人身桎梏,还给人以行为的自由。如果行为人行为时没有过错,那么即使其行为造成了他人的损害,他也不承担责任,因而人可以自由行为,而不受可能造成损害即应承担责任后果的思想羁绊。因此,在认定共同侵权行为的时候,既要考虑到对受害人的保护,又要考虑到行为人正当行为的范围。如果将共同侵权行为的认定标准改为客观标准,就会把人的行为的风险过于扩大,人的行为的自由度就会受到严重的限制,不能保障人的行为的自由。在这种情况下,应当着重加以考虑的是,如何扩大社会保障救助机制的建立和完善,把损害的风险向社会转移,而不是违反侵权行为法的本质,破坏侵权行为法内在的和谐和统一。

相反的意见认为,关于共同侵权行为的认定标准问题,在上个世纪 80 年代就讨论过,不是一个新问题。从本质上说,这是一个侵权行为法的价值观问题。当然,在共同侵权行为中坚持主观标准确实具有反封建、强调自由的色彩,因而与株连责任相对应,给人的行为以更多的自由。这是一个根本性的观念,是完全没有问题的。但是,这种标准所关注的只是加害人一方的利益,没有很好地考虑受害人的利益。如果确定一个案件的行为人承担连带责任能够使受害人的损害得到全面的赔偿,不然就难以得到全面赔偿的话,就应当进行全面的利益衡量,怎样才能更好地保护好双方当事人的利益。另外,刑事责任与民事责任有很大的不同,民事责任不是人身性质的责任,而是财产责任,这也为在利益平衡上更多地考虑对受害人利益的保护提供了条件,连带责任的适用范围适当宽一些,是有益处的。这也是主张采用共同侵权行为客观标准的一个重要原因。

3. 如何把握侵害行为的“直接结合”和“间接结合”

按照人身损害赔偿司法解释第 3 条规定,认定共同侵权行为“其侵害行为直接结合发生同一损害后果的,构成共同侵权”,应当承担连带责任。在实践中,怎样认定侵害行为的直接结合,存在重大争议。

反对采用客观标准认定共同侵权行为的专家认为,人身损害赔偿司法解释这样规定,是该司法解释的一个“硬伤”,是不符合法理的,同时在实践中也不好操作。所谓的“侵害行为直接结合”,在理论上专家学者都说不清楚,在司法实践上当然就更无法操作。按照有些人的解释,判断侵害行为的直接结合,就是数人的加害行为的“时空一致性”。但是时空的一致性实际上并不能判断加害行为的直接结合或者间接结合。例如,一个人买了一个有缺陷的热水器,恰好买的漏电保护器也有缺陷,烧水洗澡的时候触电死亡。这两个制造或者销售缺陷产品的行为在造成损害的问题上,在时空上具有一致性,是直接结合造成了一个共同的损害结果,但这个行为是共同侵权行为吗?即使是数人的行为具有时空的一致性,也完全不是共同侵权行为,而是一个无过错联系的共同致害,不应当承担连带责任,而是要承担按份责任。而设计人员设计的建筑图纸有问题,施工人建筑时也有过错,造成了建筑物倒塌致害的后果,这两个行为没有时空的一致性,但是这种情况都被认为是共同侵权行为,就是因为两个行为人具有共同过失,构成共同侵权责任。

坚持采用客观标准的学者并不这样认为。他们认为,确认共同侵权行为的客观标准,是采用以数人的侵害行为直接结合造成一个共同的损害后果作为判

断的基础。行为直接结合和间接结合的说法,虽然在理论上比较复杂,但是它很好的说明了共同侵权行为的认定标准。数人的行为对于损害的发生不能分割,是损害发生的必要因素,各个行为均构成共同原因的,就可以解释为行为的直接结合。反之,行为对损害的发生具有独立的作用,原因力能够分割、能够比较的,是非必要的因素,不能认定为直接结合,而是间接结合。因此,确定行为的直接结合和间接结合的主要标准,就是行为是否独立对损害结果发生影响。例如,两个互不相识的人对受害人进行攻击,一个打伤了他的腿,一个打伤了他的手,这个原因力是可以分割的,是间接结合。但是受害人没有及时治疗失血过多造成死亡,不能分辨出各个伤口流血的量,这时候,如果认为这两个行为人的行为没有共同过错而不认定为共同侵权行为,不承担连带责任,是没有道理的,也不合理,因为这就是侵害行为的直接结合。为了进一步说明观点,学者进一步举例说明不存在共同过错也应当承担连带责任的理由。受害人院子里有一个五角亭子,第一个小偷偷瓦,第二个小偷偷走一个柱子,第三个小偷也偷走一个柱子,亭子没有倒塌,因为还有三个柱子在支撑。第四个小偷也来偷柱子,截下柱子后,亭子倒塌。受害人起诉四个小偷。第一个小偷不能承担连带责任,那么第二个、第三个、第四个小偷要不要承担连带责任呢?如果考虑到这三个小偷没有共同过错而不承担连带责任,而是单独承担按份责任,第四个小偷就要承担亭子倒塌的全部责任,而第四个小偷无力赔偿,那么受害人就要自己承担损失,这就不能很好的保护受害人的利益。这种侵害行为直接结合造成同一个损害后果的数人行为,应当认定为共同侵权行为,确定承担连带责任。

还有一种意见认为,直接结合或者间接结合的概念是框架式的概念,是在学说上无法说清楚的概念,只有在司法实践中才能够说清楚,并根据司法实践建立各种不同的类型,使之具体化。司法解释就是要解释这样的概念,而不应当使用这样的概念。这种框架式概念只有在立法上才可以使用。这就是大陆法系的基本规则,即法官不能创造法律,而只能创造性地适用法律。

与此相似的观点认为,确定一个请求权的基础应当是一致的。人身损害赔偿司法解释的第3条第一款创立了两个请求权,这两个请求权的基础并不一样,前一个请求权的基础是过错,后一个请求权的基础是损害行为。这样的司法解释创造新的授权性请求权,对于司法活动会增加困难,还要有一个司法解释的解释,才能够解释这个请求权的基础,才能够执行。这不是一个好的做法。

4. 如何把握关于免除共同加害人责任的规定

人身损害赔偿司法解释第5条规定:“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人作为共同被告。赔偿权利人在诉讼中放弃对部分共同侵权人的诉讼请求的,其他共同侵权人对被放弃诉讼请求的被告应当承担的赔偿份额不承担连带责任。”与会人员认为,这一条规定存在的问题,在于赔偿权利人放弃对部分共同侵权行为人的诉讼请求的后果,与连带责任的原理不相符合。其理由是:第一,对共同加害人之一(包括共同危险行为人之一)不起诉,并不意味着放弃追诉,按照连带责任原理,受害人是完全可以追究部分共同加害人承担全部责任的,而被追诉的部分共同加害人有责任承担全部的侵权责任。本条现在做这样的规定,与连带责任原理不符,是值得研究的。第二,现在规定赔偿权利人放弃对共同加害人诉讼请求的,是要原告明示,且法院有告知义务。假如既没有明示放弃,法院又没有告知,法院也没有追加,那么会怎样处理呢?这个问题显然是值得研究的。我们的意见是,按照连带责任的原理,不能认为是放弃。

有的专家认为,司法解释已经这样规定了,在实践中应当尽量避免存在的问题。第一,尽量追加当事人,按照“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人作为共同被告”的规定,受害人不起诉的,就直接追加共同加害人参加诉讼;第二,法院要履行告知义务,将放弃诉讼请求的法律后果告知赔偿权利人,避免受害人受到不应有的损失。

5. 在实践中怎样适用人身损害赔偿司法解释关于共同侵权行为的规定

会议认为,司法解释已经做了上述规定,一方面应当在理论上很好地进行研究,总结经验教训,另一方面应当在实践中执行。因此,应当按照下面的要求确认共同侵权行为的类型:

第一,典型的共同侵权行为。应当掌握共同过错的标准确认,即二人以上共同故意或者共同过失致人损害的,为共同侵权行为,承担连带责任。

第二,共同危险行为。共同危险行为是准共同侵权行为,应当按照共同侵权行为的规则确定共同危险行为人的连带责任。

第三,视为共同侵权行为。对于既没有共同故意又没有共同过失,但其侵害行为直接结合发生同一损害后果的,视为共同侵权行为,按照共同侵权行为的连带责任规则处理。但是多数与会者认为,在制定民法典侵权行为法的时候,应当将这一规则改掉。

第四,无过错联系的共同致害。对于二人以上没有共同故意也没有共同过

失,但其分别实施的行为间接结合发生同一损害结果的,实行按份责任。

三、关于违反安全保障义务的侵权行为及其责任的问题

近年来,法学理论界和实务界对违反安全保障义务的侵权行为的讨论是很深入的,讨论和实践的成果也写进了民法典侵权责任法编的草案。在司法实践中,法院处理了很多这类案件,积累了较为丰富的审判经验。人身损害赔偿司法解释总结实践经验和理论研究成果,在第6条中作出了很好的规定。与会学者和法官都对此给予充分的肯定。

(一)基本规则问题

会议认为,从类型上说,未尽安全保障义务的侵权行为有四种形式,这四种形式都包含在本条规定当中:一是设施设备未尽安全保障义务的侵权行为;二是服务管理未尽安全保障义务的侵权行为;三是防范制止侵权行为未尽安全保障义务的侵权行为;四是对儿童未尽安全保障义务的侵权行为。

从责任形态上说,未尽安全保障义务的侵权行为的责任有两种:一是直接责任,是由未尽安全保障义务人自己承担的责任,包括设施设备未尽安全保障义务、服务管理未尽安全保障义务和对儿童未尽安全保障义务时的赔偿责任,这就是违反安全保障义务的人所承担的责任。二是补充责任,在防范、制止侵权行为未尽安全保障义务的侵权行为中,侵权行为人承担直接责任,未尽安全保障义务人承担补充责任。承担责任的顺序上有先后的区别,对此应当区分清楚。

违反安全保障义务侵权行为的请求权基础,在于违反保护他人的法律。在德国,确立侵权损害赔偿请求权的基础有三个:一是违反法定义务;二是违反保护他人的法律;三是故意违背善良风俗致人以损害。这种侵权行为的损害赔偿请求权基础,就是违反保护他人的法律。

(二)具体问题

1. 安全保障义务人的义务来源,究竟是合同义务还是法定义务。有人提出疑问,认为主要还是合同义务,包括合同的主义务和附随义务,如果没有违反合同义务或者合同的附随义务,就不应当承担这种侵权责任。例如,广州市天河公园发生凶杀案件,法官认为对于发生凶杀案件,公园不可预见,也无力防范、制止,因而对此不应当负责任;但是在凶杀发生后的十几个小时中,公园方也没有发现,致使受害人死亡,法官认为这是违反了救助义务,应当承担责任。另如,歹徒在小区将业主女孩强奸,受害人爬出二楼几十分钟,保安人员也没有发现,因

此也认定其有过错,应当承担侵权责任。会议认为,违反安全保障义务中的义务,有三种来源:一是法定义务,例如《中华人民共和国消费者权益保护法》第7条规定的经营者对消费者承担的安全保障义务、《物业管理条例》第36条规定的物业服务企业对业主承担的人身和财产的安全保障义务;二是合同的主义务,例如客运合同中本身就包含承运人对旅客的安全保障义务;三是合同的附随义务。对这些义务的违反,如果是对法定的保护他人义务的违反,就构成侵权责任;如果是对约定的合同主义务或者附随义务的违反,构成违约责任,由于损害的是固有利益,也可以认为是侵权责任,因此构成责任竞合,适用《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第122条规定的规则处理。对于防范、制止侵权行为未尽安全保障义务的侵权行为,则应当按照违反法定保护他人义务的要求处理,未尽该义务造成侵权行为人对受保护人的损害,应当承担补充的侵权责任,不应当按照违约责任处理。有人认为,确定安全保障义务,应当适用国外的“香蕉皮”理论,就是提供经营服务的经营者,只有负有经营服务职能,负有管理者的责任,才能负有安全保障义务。

2. 违反安全保障义务的侵权行为应当实行过错责任原则。其中有两个问题需要研究:一是过错是指没有尽到安全保障义务本身,还是除了没有尽到安全保障义务之外,还必须存在一个独立的过错。一种主张认为,这里的过错不是独立的过错,没有尽到安全保障义务本身就是过错,因为未尽注意义务就是过失,没有尽到安全保障义务,当然就是过失。另一种意见认为,没有提供安全保障只是一个行为,是一种不作为的行为,这种行为具有违法性,但不等于就存在过错,还必须在主观上达到一定的标准,才能够认定为有过错。会议倾向前一种意见。二是违反安全保障义务的过错,究竟是推定过错,还是原告证明的过错。对此,有两种对立的意见。会议倾向采取过错推定的意见,即从未尽安全保障义务的行为中推定行为人具有过错,如果行为人认为自己没有过错,则须自己举证证明。

3. 关于违反安全保障义务侵权行为的责任中的补充责任。有两个问题:第一,承担直接责任的侵权行为人已经承担了全部赔偿责任,补充责任人是不是还要承担责任?如果不承担责任,那么对他岂不是没有进行制裁吗?会议认为,补充责任的设计,体现的是“最终”原则,即谁是损害后果的最终制造者,就由谁承担最终的责任。这一点,与不真正连带责任的要求是一致的。既然侵权行为人已经“最终”地承担了侵权责任,补充责任当然就不用承担了。如果在这种情况下