



#### 论文精粹

[> 法学理论](#)[> 部门法哲学](#)[> 学术书评](#)[> 法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)[> 论文精粹](#) 

## 王利明：论侵权法草案二审稿若干问题

admin 发表于： 2009-11-26 21:46 点击： 423

侵权责任法就是规范侵权责任体系，侵权行为及其责任构成要件，责任行使等的法律，是一部保护权利的基本法律，侵权责任法的制定是我国民法典制定过程中的重要步骤，立法机关单独制定侵权责任法，未来将该法作为民法典的一编加以规定。这本是对大陆法系民法典传统体系的重大突破，目前侵权责任法正在加紧制定过程中，由于这部法律作为保护公民权益的基本法律，它的内容和体系非常复杂，涉及面也很广，所以引发了很多争议，所以我们重点就谈一下几个问题。

### 一、关于侵权责任法的保护范围。

第一个问题，关于侵权责任法的保护范围。侵权责任法是保护权利的法，也是对社会关系的第二次调整。从侵权法总的发展趋势来看，当代侵权法保护的权益范围愈发宽泛，因此导致了侵权责任法调整的范围也日益宽泛，在二次审议稿的第二条就规定了，侵害民事权益，应承担民事责任。这一条的主要意义，首先就是确立了侵权责任法比较宽泛的调整范围，由于该条确定了民事权益，其中不仅包括权利还包括了利益。其次就是说侵权法的救济并不包括政府公权力受到侵害的情况，也不包括行政权力受到侵害的情况。三是该条规定使得侵权法具有很强的包容性和开放性，能够适应未来侵权法的发展。但是这条我认为还有一些问题需要完善，具体来说主要有这么几个问题。

第一，该条仅仅列举了各种需要受到法律保护的权利，泛泛的表述了民事权益，但是没有指明具体哪一种权利受到侵害之后，会得到侵权法的保护。在民法上并不是所有的权利，在受到侵害之后，都能够得到侵权法的保护，比如债权原则上就不应该受到侵权法的保护，而主要是受到合同法的保护。侵权法所保护的权益主要是绝对权，包括物权、人身权和知识产权。一般认为人身权中的人格权和身份权都应该受到侵权法的保护，但我认为受侵权保护的人身权主要是人格权。因为绝大多数身份权或者已经包括在知识产权中，在整体上受到侵权法的保护；或者因为主要发身在婚姻家庭领域，侵权法很难介入其中，如在夫妻关系、父母子女关系中一方对另一方发生了虐待等行为，严重者构成犯罪，轻微者虽然也可能满足侵权的构成要件，但是要通过侵权损害赔偿的方式来获得解决也是非常困难的，因为在这种情况下的损害赔偿主要是通过家庭财产来满足，在家庭内部实现这种赔偿方式，无怪乎用自己的财产赔偿自己。

继承权是否可以受到侵权法的保护？我们认为继承权受到侵害之后，也不能够得到侵权法的保护。因为继承权不是财产权也不是人身权，而是一种综合性的权利，在继承开始以前，仅仅是期待权，在继承开始以后，才转化为继承权。尤其考虑到继承法已经专门规定了对继承权进行保护的制度，即继承恢复请求权制度，所以原则上不应该通过侵权法来保护。在侵权法中应当明确规定，究竟是那些权利能够受到侵权法的保护，突出绝对权的特点。

第二，要明确利益的范围。利益是否限于合法利益，还是各种利益都应当受到保护。这还涉及到与违约责任的区分问题，如果将利益界定为是法律保护的利益，显然范围较为宽泛，因为有很多的利益也不一定要通过侵权法来保护。所以法律将利益限定为合法的民事权益，其中主要限于侵权法保护权利之外的民事权益。所以因为正当的竞争而导致的利

益损失，不受侵权法的保护。关于纯粹经济损失，其是侵权法中的新问题，例如，行人张某中午开车上高速公路，因为违章并线，与前车追尾，导致被撞车辆尾灯损害，且两车因相撞横跨马路。两人下车以后发生争吵，导致严重交通堵塞，后来交警认定张某负全责。紧跟其后的一辆冷藏大货车因堵塞受阻3个多小时，到达目的地的时间比预定时间晚了3小时，部分海鲜已经变质，且未能赶上某五星级饭店的大型晚宴筹备活动，造成该酒店营业收入损失5万元。该酒店和货运公司要求张某赔偿6万元损失。本案涉及到《民法通则》第106条第2款关于“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”的规定中“财产”的理解。酒店和货运公司认为，张某追尾的行为直接导致其财产受到损害，应当按照《民法通则》的前述规定赔偿该损失。而张某认为，其行为并没有直接侵害酒店与货运公司的财产利益，不负有赔偿责任。我认为，本案涉及到《民法通则》第106条第2款的“财产”的范围的界定，我认为，侵权法保护的财产，不应当包括所有的纯粹经济损失。由于在本案中，张某的行为只是过失，而不是故意，难以预见到酒店和货运公司所遭受的损失，所以，并应当对此损失承担损害赔偿赔偿责任。从这个例子可以看出，不是所有利益都是受到侵权法的保护，其保护的仍然是相对有限的，如果将所有的利益都纳入侵权法的范围，不仅仅会导致诉讼数量的爆炸性增长，也会在一定程度上妨碍人们的日常行为。我们说现在的侵权法主要是一部救济法，同时也是维护行为自由的法，如果利益保护范围过于宽泛的话，就会导致对人们行为自由的不当限制。

第三，这一条没有区分权利和利益，而仅仅笼统的规定了要保护民事权益。我们认为，德国民法典债法方面的一个重要成就，就是区分了权利和利益，对利益的保护采用了比较严格的构成要件，这一经验是值得借鉴的。我们认为区分权利和利益的意义还是非常重大的，因为它们在构成要件上还是有所区别的。侵害权利要符合过错责任的一般要件，侵害利益则在主观要件方面要求更为严格，道理很简单，权利都是公开公示的，行为人在实施某种行为时可以明知其行为是否构成对他人权利的侵害，因为权利都是人们之间行为范围的界定。而利益则与此相反，其不是由法律预先规定，而是事后由法官根据案件的具体规定，来裁判是否需要受到保护，所以行为人在实施某种行为的时候，并不能够预见其行为是否侵犯他人利益，因而对利益保护如果过于宽泛，则会使人感到行为的后果缺乏预期，不利于对行为自由的保护。还有一点需要明确的是，在这一条中没有规定承担侵权责任所依据的具体法律，应该是依据本法承担侵权责任。明确这一点有这么几点意义，首先是明确侵权责任法是要保护各种权利和利益的法；第二是结合第六条“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。侵权责任法本身就确定了一般性的原则和相应的规则，其和其他法律之间就形成了特别法和一般法的关系，特别法的适用也离不开侵权责任法。

## 二、关于归责原则

第二个问题是关于归责原则，这是侵权法的核心问题，归责原则的规定主要体现在草案第七条和第八条的规定中。这两个条款目前来看主要是源于《民法通则》106条第一款和第二款的规定，但是有所改动。从草案的规定来看，具有着如下的特点，首先，用一般条款的模式对归责原则做了抽象概括的规定。其次，归责原则的体系主要是由过错责任和严格责任构成的，尽管在草案里面表述为无过错责任，但实际上是严格责任。由于草案时围绕过错责任和严格责任两个规则确定的，这样也就基本上确定了整个侵权责任法的体系。第三就是规定过了过错推定原则，它主要适用于医疗侵权、道路交通责任事故等等。在草案的规定，我个人以为在归责原则方面还有如下的问题需要讨论：

一是关于过错责任的规定。草案规定，公民法人由于过错侵害国家集体的财产以及他人财产和人身的应当承担侵权责任。有的学者认为，这个规定实际上借鉴了法国民法典1382条的规定，但实际上与法国民法典1382条的规定还是存在区别的，因为1382条的重心是在损害上，即任何人因为过错，侵害他人权利而造成损害的，要承担责任，但是我国侵权法草案第七条规定的重心不在于损害而在于侵害他人财产、人身。所以不能够认为该条是简单的照搬了法国民法典的规定。我认为这一条这条的规定是非常重要的实际上是借鉴了法国民法典关于一般条款的规定，就是因为有这样的一般条款的存在，所以大量法律没有规定的侵权行为都可以纳入到该条文的范围。我们知道现在社会是一个风险社会，也是侵权行为频繁发生的社会，侵权行为的类型愈发复杂，法律上不可能对所有类型的侵权行为一一列举，只能对一些典型的或者确实需要适用严格责任的情况作出具体规定，那么出现了法律没有规定的侵权形态，法官是不是就无法找到法律依据呢？显然不是的，大量的需要适用过错责任的侵权行为发生之后，法官可以直接援引一般条款的规定来作出裁决。就侵权责任一般条款的规定还有一些问题需要解决：第一，就是财产人身的表述仍然略显空泛，在具体的司法实践中可能会出现一些使用方面的问题。是否所有的财产、人身利益都可以受到侵权责任的保护？显然只有合法的民事权益才能够受到侵权法的保护，所以该条的规定还是过于笼统，没有将侵权法所保护的民事权益和其他法律所保护权益相区别开来。第二，在表述方面，将“他人”这个概念的外延和内涵仅仅限定在个人，而不包括国家集体，这样可能不

是非常清晰。事实上在侵权法中所谓“行为人”的概念，不仅包括公民也包括法人，所以对“他人”这个概念的解释应当适当的扩展。第三是关于过错责任的适用范围，还需要进一步的明确。有人认为，过错责任主要适用于损害赔偿，应当与责任的具体形式联系在一起。我们认为，过错责任是侵权责任的一般归责原则，凡是法律规定应当适用严格责任或公平责任的情形之外，都应当可以适用过错责任。所以过错责任的一般条款应当可以适用于各种侵权形式，不能够认为过错责任仅仅是一种普通的责任形式，仅能够适用于损害赔偿。

关于过错推定的规定，草案中在第七条第二款专门增加了过错推定的规定，有人认为这是关于严格责任的特别规定。我们认为过错推定责任不能够被简单的等同于严格责任。一方面，过错推定责任本质上是一种特殊的过错责任，也就是说其仍然要适用过错责任的一般规则原则，只不过在证明过错的时候，采用推定成立的方式。另一方面，其与严格责任是有很大区别的，严格责任可以说是一种加重责任，即在适用严格责任的情况下，责任人不能轻易的被免除责任，而在过错推定的情况下，严格的来说只是在举证责任方面减轻了受害人的负担，根据某些特定的情形，在法律上直接的推定行为人主观上具有过错。例如出现了医疗机构违反法律、行政法规、规章等有关诊疗规范规定的情形，可以直接推定医疗机构具有过错。它并没有加重行为人的责任，在这一点上，它与严格责任是不相一致的。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，因为，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，过错推定甚至可以形成兜底条款，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，就没有必要在规则原则中规定。否则，过错责任和严格责任难以区分开，侵权责任法的整个体系会受到影响。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，就没有必要再作一般归责原则加以规定。

二是采用了严格责任，在草案中表述为无过错责任。严格的说，无过错责任的提法并不是非常的确切，实际上草案所说的无过错责任就是严格责任。因为所谓无过错责任与严格责任的区分就在于后者的责任是严格的，但并非没有任何免责的事由，而无过错责任是根本不考虑过错因素的。它既不考虑行为人的过错也不考虑受害人的过错。而在严格责任之下，也还是要考虑受害人的过错，比如完全是由受害人的故意行为引发的损害，行为人就有可能免除责任。在严格责任的情况下，尽管行为人免责的机会很少，但是还是有免责的机会的存在。比如说在高度危险责任之下，因为第三人的原因造成的损害，仍然可以免责。尤其是由于当今严格责任的发展，导致了严格责任可以适用于比较过失，即可以通过加害人和受害人双方的过错来确定责任。所以，我个人认为现在法律条文中表述为不考虑过错的无过错责任，并不十分妥当，最好还是采用严格责任的表述，比较确切。

严格责任虽然在责任的承担方面是严格的，即不能够使行为人轻易被免责，比如在高度危险责任的情况下，即使受害人有重大过失，也不能够免除行为人的责任。但是严格责任仍然可以根据受害人的过错程度来缩小行为人的责任范围。从侵权法的发展趋势来看，现在出现了在严格责任中仍然考虑比较过失的规则，比如虽然生产者生产的产品具有缺陷，但使用者在使用过程中严重违反操作规则，使用不当，也是可以因此而减轻生产者的责任范围。一直以来，人们有一个误解，严格责任等同于无过失责任。事实上，现代侵权法上出现了严格责任之下的比较过失概念。再如，在高压电线周围已经设置了警示牌和防护网，但受害人仍然在高压电线周围钓鱼，导致垂钓者的死亡。在此情况下，虽然不能完全免除责任，但可以减轻其责任。因此，“严格责任”的概念可能更为科学合理。

三是关于公平责任，在草案中并没有特别将公平责任作为一项归责原则单独规定。学者大多都认为公平原则并非为一项归责原则，只是损害赔偿中的一种特殊方式。我个人主张公平原则仍然是可以成为一项归责原则的，主要理由在于：一是，包括民法通则132条关于公平责任作为归责原则的规定从实践中来看，尽管因为规定过于原则化，适用范围过宽，但是并不能够否认其作为一项归责原则的必要性，我们认为公平原则可以作为一种归责原则，关键是要将其适用的范围界定清楚，即在不属于法定严格责任的情形，而且又难以适用过错责任的情况下所采取的一种补救的措施。比如在高楼抛物致人损害，而又找不到具体行为人的情况下，不能够采用过错责任，因为如果适用过错责任，让每一个业主来承担责任，业主难以接受，但如果采用公平分担的方法，让每个业主承担适当的补偿责任，很多业主是愿意接受的。二是，侵权法主要是救济法，在很多情况下要有利于对受害人的补偿，有必要施行公平责任。例如在草案中凡是涉及到补偿而不是赔偿的规定，大多数都是适用公平责任的情形。例如无行为能力人造成他人损害，如果本人有财产应当由本人的财产支付，这实际上也是一种公平责任；再如前文所说高楼抛物的情形，在找不到行为人的情况下由可能的业主负责，这也是一种公平责任。所以我个人认为将公平责任作为一项归责原则也是有一定的道理的。鉴于公平责任仍然有较大的适用空间，而《民法通则》第132条在多年的司法实践中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，未来的侵权责任法应当对此作出规定。

### 三、关于死亡赔偿金的标准

第三个问题是关于死亡赔偿金的标准。死亡赔偿金是否需要有一个统一的标准，这个问题一直存在着争议，最高人民法院的司法解释对此作出了规定。但是这个问题在实践中还是引发了较大的争议，甚至还引起了有关是否违宪的讨论。我个人以为“同命不同价”的提法实际上是不正确的，因为生命是无价的，生命权也不可能发生继承、转让的情况，死者近亲属要求的赔偿也不是对生命价值的赔偿，而只是对侵害了生命权所引发的财产和人身损害后果所进行的赔偿。

但是我们确实要看到，司法解释根据城乡的不同，实施不同的赔偿标准，尤其是在同一事故中，造成多人死亡的情况下，城镇居民的死亡赔偿金要比农村居民高出一倍甚至数倍，这种做法显然是不合理的。我认为最高法院的解释存在以下几点不足。第一，在同一案件中，严格区别城乡这种做法是非常不妥当的。虽然我们现在的确实存在城乡二元的体制，但是应该通过良好的法律设计逐渐的消化这一二元体制，而不是强化这种体制。城乡二元体制是历史形成过的，但是它也会随着社会的发展而逐步的瓦解，在法律上我们应该积极的推进这一体制的终结，而不是去巩固它，尤其是在公民个人死亡之后，从对受害人权利保护的角度出发应当对其进行充分的救济，但是在同一案件中造成多人死亡的情况，过多的考虑城乡二元体制不利于对个人的保护，而且确实存在对农民歧视的倾向。第二，最高法院的这个解释也确立了对农村居民不利的赔偿标准，因为司法解释提出的是两个标准。其一是城镇居民的人均可支配收入，另一个是农村居民的纯收入。相对来说，纯收入已经减去了各种费用，其数额较少，而可支配收入是没有扣除支出的，所以两者的标准不同，导致可支配收入也会高于纯收入，这对农民也不是有利的。

问题在于这个司法解释尽管有一定的不合理性，但究竟是通过修改司法解释还是应该通过立法来解决，不少人认为这个解释虽然有一定的不合理性，但是应该通过修改司法解释来解决这个问题。而且从国外的经验来看，没有一个国家在他们的民事基本法中具体规定死亡赔偿金的标准。如果硬性的要在法律中作出规定，很可能导致，一是法律的僵化，因为民事基本法律修改比较困难，而且规定统一标准之后也难以考虑到各个地方的具体情况。二是基本法作出规定的时候，很可能导致法律之间的不协调。我个人看法是应当主要通过立法来解决。理由在于：首先，通过立法来规定可以统一司法裁判的准则。从位阶上来看，司法解释是明显低于法律的位阶，而且司法解释的起草和审议程序也没有经过非常严格的程序，不像法律那样广泛吸纳了各方面的意见。死亡赔偿金的问题不仅仅关系到死者及其近亲属，而且涉及到公民权利的保障问题，所以是一个非常重大的问题。尤其是现在是一个风险社会，风险无处不在，具有不确定性。为了有效的防范风险，应当有一个明确的死亡赔偿金的标准和办法。此外还需要考虑最高人民法院已经多次向社会公开表示，死亡赔偿金问题要通过立法来解决，大家对立法已经有很多的期盼，希望立法来解决这个问题，所以最好能够通过侵权法的制定来规定统一的死亡赔偿金的标准。还要看到，在我国的国家赔偿法等法律中间也规定了一些赔偿的标准，这完全可以为我们的侵权责任法所沿用。当然，我们在规定这个统一的标准时，也必须看到，由于中国的城乡差异，地区差距较大，情况复杂。而且中国改革开放之后每个人的收入增长也是比较快的，想用固定的标准作为依据的确是比较困难的，还是应当确定一个原则的标准，授权根据具体的情况进行调整。

我个人认为在同一案件中应当采用统一赔偿标准。特别是在交通事故以及矿难事故等事故造成的多人死亡的情况下，可以不考虑年龄、收入等因素，按照统一的标准，确定死亡赔偿金。这主要是因为：第一，我们国家对矿难在实际上是采取的同一的赔偿标准，实践证明这种政策是非常行之有效的；第二，同一案件不同标准确实会出现明显不公平的情况，即便当下的司法解释区别城乡，适用不同的标准，但是在同一案件之中还是应当采用就高不就低的原则。

### 四、关于侵权责任的责任承担方式

第四个问题是关于侵权责任的责任承担方式，草案17条规定了侵权责任方式。这既表明了我们国家采取的是大侵权模式，不限于通过损害赔偿的方式对权利进行保护，而且采取了多种责任形式，对受害人的各种权利进行保护。保护的内容也非常宽泛。同时通过列举各种责任形式，使得受害人能够从多种责任形式中选择对其最为有利的责任形式。但是其中还有几个问题需要解决。侵权责任法所规定的责任形式主要是对外部责任的规定，其解决的是行为人和受害人之间的责任关系问题，至于行为人内部之间的责任则不是责任形式所涵盖的范围。

一是就是责任承担的具体方式能否由受害人进行选择，现在草案中没有对这一点进行规定。我个人以为应当明确规定各种责任的承担方式都应当由受害人自己选择。因为首先受害人自身是其自身利益最大化的最佳判断者，只有受害人

自己才能够最终判定各种具体的救济方式是否是最为妥当的救济方式。由受害人选择不违反民法的诚信原则。另一方面，法律规定了责任形式，也不是授予法官自由裁量的权利。如果不规定受害人的选择，那就产生具体责任形式完全是由法官来决定的错误印象，这对受害人是有害的。比如说，受害人要请求排除妨害、恢复原状，但是法官仅仅支持损害赔偿，这个对受害人并不有利，也限制了受害人的选择。有观点可能认为，受害人不会选择，允许受害人选择可能对其并非最为有利。我们认为这个问题可以通过释明权来解决，受害人即便做出了不符合其自身利益最大化的选择，也应当得到尊重，这才符合不告不理的原则。

二是，是否左右的责任承担都应当适用统一的归责原则，那么对这个问题有两种不同的观点。有人认为过错责任仅仅是损害赔偿的一般归责原则，对返还财产、消除危险、排除妨害、停止侵害等责任承担方式应当适用严格责任作为一般的归责原则。另一种观点认为，各种侵权责任承担方式都要适用过错责任的规则原则。我们认为侵权责任承担方式和归责原则之间尽管有着密切的联系，但是仍然是存在区别的。也就是说，规则原则不能够决定责任的承担方式，原则上说，返还财产、消除危险、排除妨害、停止侵害等责任承担方式，原则上来说应当适用严格责任，但是也并不是说在过错责任的侵权下就不适用。有时候在基于侵权提起诉讼的情况下，也有可能是在过错的情况下也适用这些责任形式。对损害赔偿来说，也并不能够绝对的说其完全的只适用于过错责任，在法律明确规定的情况下，适用于严格责任的情况，也完全是有可能性的。至于恢复名誉、消除影响、赔礼道歉这些完全是损害赔偿的具体责任承担形式，和归责原则没有直接的联系。因此这个问题我个人以为还是应该与归责原则分开讨论为佳。

三是关于侵权责任承担方式和物权请求权的关系。一种看法认为，侵权责任的承担方式，主要是返还财产、消除危险、排除妨害、停止侵害，主要是作为物权请求权来规定的，还是应该通过物权请求权来保护，不应该将其作为侵权请求权来对待。另一种观点认为应当采用竞合的理论，即在侵害财产的情况下，受害人即可以请求物权请求权，同时也可以请求侵权法上的请求权。我个人以为，还是应当采用竞合理论为佳，因为物权请求权和侵权请求权在效果上存在差异的。比如从时效上来说，侵权请求权的时效一般来说是两年，而物权请求权则一般不适用两年的时效期限。通过赋予受害人一种选择权，允许其在收到侵害时选择一种对其更为有利的方式主张权利，这样更有利于保护受害人的利益。赋予受害人选择权，可以更充分地保护其利益。这也是私法自治原则的要求和体现。当事人是自己最佳利益的判断者，由于选择不同的请求权可能会对诉讼结果产生重要影响，因此，赋予请求权人的选择权，有利于受害人根据实际情况选择适当的救济方式，提高保护自己权利的力度。

最后关于责任的承担方式有些问题是存在争议的，有观点认为停止侵害不应当是一种责任的形式，而是一种诉前的程序，应该将其等同于诉前禁令。就我个人来看，这种观点是不妥当的，因为严格的来说，其和诉前的程序时不尽相同的。此外关于赔礼道歉是否为一种责任的方式仍然有不同的看法，我们认为应当仍然将这种方式视为一种独立的责任承担形式，因为其是有效保护人格权的方式。

## 五、关于网络侵权的问题

第五个问题，关于网络侵权的问题，草案的34条对网络侵权进行了规定。根据这个规定可以确定两个规则，其一是“明知规则”，其二是“提示规则”。对这两个规则的适用我个人以为还是有些问题需要探讨。

第一，是关于网络经营者责任的归责原则，究竟是严格责任还是过错责任，有两种不同的看法。我们认为，网络侵权仍然要采用过错责任的原则，而非严格责任。这主要因为互联网本身的特殊性，从技术上来说，要网络经营者本身完全防止所有的侵权信息在网络上出现时非常困难的，现有的技术也无法阻止侵权信息在网络上出现。另一方面，互联网是新型的产业，我们要鼓励互联网的发展和技术的创新。采用严格责任对网络经营者施加过重的责任，可能对产业的发展有所不利。

第二，关于明知规则和提示规则的适用范围，我们认为原则上讲，提示规则应当适用于一般的情况，而明知规则应当适用于特殊的情况。所谓提示规则，即当受害人发现侵权信息时，有权通知网络经营者要求其予以删除。网络经营者在接到相关通知以后应当采取必要措施，如删除信息、断开链接等，如果没有采取必要措施，对损害的扩大部分，与直接行为人承担连带责任。之所以采用这种方式，从根本上来说不能因为网络上出现了侵权信息就要网络经营者承担全部责任，毕竟网络经营者不可能发现所有的侵权信息。明知规则适用于特殊情况，即在特殊情况下无需通过上述告知程序，就可以认定网络经营者需要承担责任。这主要是指，网络服务提供者明知其网络用户利用其网络实施侵权行为，没

有采取必要措施，应当与该网络用户承担连带责任。因为这个原因，我认为应当将提示规则置于第一款，适用于一般情况，明示规则应当置于第二款，适用于特殊情况。

第三，关于明知是否包括应当知道。有观点认为，明知举证非常难，如果不包括应当知道，则受害人存在举证上的困难。我个人认为，明知不应当包括应当知道，否则其适用范围过于宽泛。首先我们必须在确定侵权责任的同时兼顾网络经营者的利益，要将网络经营者的责任限制在合理的范围之内。扩大明知规则的适用将导致网路经营者大量的承担连带责任，这对网络的发展是极为不利的。另外如果适用范围过宽的话，提示规则将没有适用的空间。假使明知是包括应知的话，那么在很多情况下都可以直接认定网络经营者应当知道侵权行为的发生，不需要相应的提示，就可以认定网络经营者应当负责。这样以来，提示规则就没有太多的适用意义了。而提示规则实际上是平衡各方利益最佳的规则。再者，拓展明知规则的适用范围这样的做法也和国际上通行的做法不相符合。所以我个人认为还是将应知排除在明知之外。

第四，网络侵权侵害的对象是否仅仅限于人格权，甚至人格权中的其中某几项权利。我们认为网络侵权的对象应该还是比较宽泛的，不仅仅包括人格权，还应当包括其他的一些绝对权，如知识产权，在特殊情况下还应当包括财产权。比如利用计算机木马等程序，非法侵入他人的电脑，盗取他人信息，发送垃圾短信、垃圾邮件等等，这些情况也应该纳入到网络侵权的范围。

第五，是网络经营者对受害人的直接责任，即在某些情况下网路经营者实施直接的侵权行为造成他人的损害。比如在网页上植入病毒，造成用户的损害等等。这些严格的来说，属于一般的侵权，适用一般的侵权规则。也就是说虽然侵权法中没有对此作出特别规定，但是可以适用草案第七条关于过错责任的一般规定进行处理。

第六，网路经营者的责任大小，究竟是连带责任还是补充责任，对这个问题有两种不同看法。草案规定适用连带责任，我个人认为连带责任虽然在一定程度上加重了网络经营者的责任，但是我们在构成要件方面对网络经营者进行了限定，所以适用连带责任还是合理的。另一方面因为是明知，而且在提示的情况下已经告知了，网络经营者仍然没有尽到删除的义务，这表明网络经营者在主观上存在过错，已经构成了共同侵权，当然应当承担连带责任。

## 六、关于违反安全保障义务的责任

第六个问题，关于违反安全保障义务的责任。草案第35条规定了安全保障义务的责任问题，但是还有几点还需要进一步的完善。首先是关于安全保障义务的适用范围，从草案的规定来看，其主要规定了两种情况，一是场所责任，二是组织者责任。我们先对这两种责任形式进行讨论。

一是，关于场所责任，通常违反安全保障义务都是发生在特定的场所之中，即只有在特定的场所中才存在安全保障义务的问题，而在场所之外则不承担安保义务。问题在于这个场所的所指的范围究竟为何？是否仅指经营性场所？有很多学者认为应当仅限于经营性场所，因为这样符合收益和风险相一致的原理，也有利于进行危险控制，节约成本，并且强化社会责任。但是我们认为仅仅限于经营性场所仍然过于狭隘，就现在的草案来看，其主要列举的都是经营性场所，但规则的落脚点是公共场合，所以其不仅仅限于经营性场所这样的说法是有道理的。所谓公共场合是指面向不特定公众开放的不特定场所，即可能是经营性的也可能是非经营性的。这样的规定是有其合理性的，因为在风险社会不仅仅是公司才具有社会责任，每个社会成员都附有在特定的情况下保护他人人身财产的责任，如果将安保义务仅仅限于经营性场所就等于忽视了对每个社会成员提出的要求。比如邀请某人到某小区，因为小区设施的瑕疵导致受邀人损害，或者被邀请进入他人住宅，但由于地板过滑导致损害，是否完全不承担责任，这显然也不甚合理。我觉得此时管理者也应当承担安保义务。我们认为关于场所责任，毫无疑问主要是经营性场所，因为经营性场所所负担的义务比较重，但这并不是说其他的场所就不要承担相应的责任，除了经营场所之外其他公共场所也发生了违反安全保障义务的情形，场所的管理者也应当承担相应的责任，安全保障义务不仅仅是由于经营行为而形成，其在某种程度上与社会连带的思想有着密切的联系，其关系到社会生活的方方面面，要求人们适当的照顾他人。将场所责任的范围适当扩大，有利于对受害人提供保护。

二是，关于组织者的责任，即组织大型活动及公共集会的人应当对活动的参与者负有注意义务，如果组织者没有尽到注意义务导致参与者的损害，组织者应当承担相应的责任。在国外的判例中，有将组织者的责任和场所责任分开，甚至都没有纳入安全保障义务之中。我们认为，草案中有必要将组织者的责任规定其中，一是因为从维护和谐社会，保护

受害人权益的角度来说，确立组织者责任也是十分必要的。大型晚会临时搭建的舞台倒塌造成人员伤亡等等，组织者都是存在责任的，应当承担。二是规定组织者的责任有利于督促大型活动的组织者加强安全措施和防范，保护活动参与人的人身权益。

除此以外，实践中还经常会出现的就是违反在先义务的责任，此种责任在草案中没有规定。例如在实践中出现的喝酒导致伤害死亡的事件，其中就涉及这个问题。比如数人喝酒，某人喝醉之后自行回家，半路摔伤其他共同喝酒者是否需要承担责任？首先喝酒人的过错应该还是比较大的，喝酒人应该知道自己有多大酒量，能喝多少，即使喝多了，脑子还有意识，不应该一个人出去，显然，醉酒之人本身是有过错的，而其他人有无责任要具体情况具体分析。如果这个人确实喝多了，处于无意识状态，可能自己不能保护自己，也可能对别人造成损害或对自己造成损害，我觉得其他人应负照顾义务。这个义务从哪产生？根据在哪里？我认为可以考虑适用“在先行为义务”，在《侵权法》里有这个理论。同饮者实施在先行为会引发一种在后的照顾义务，这一义务不是经济活动产生的，是一个在先行为产生的。喝过量的酒也不能说有过错，关键问题是当这个人喝多了离开时，一起喝酒的人就会产生一种义务，意识到他不能保护自己，可能引发损害或受到损害。因为共同喝酒，共同实行了这个在先行为，应该产生一种在后的保护义务，所以其他共饮人就应当对已经醉酒者负有安全保障义务，违反这种义务可适当承担责任，这也主要适用于饮酒者离开时已经喝过量的情形。是不是可以这样考虑。我们认为对这种情况应当考虑适用过错责任的一般规定。也有人认为根据过错责任的一般规定确定组织者的责任仍然是不够的，在某些情况下对于未成年人还应该有特别的关注，所以对未成年人来说，无论其进入何种场所，场所的管理人都应当有安全保障义务。这种看法有一定的道理，所以是否应当在草案中有专门的规定，还是可以讨论的。

关于安全保障义务的内容，究竟保护财产还是人身，还是两者兼顾。从草案目前的规定来看，仅仅规定了安保义务本身，对其保护的主体没有特别说明。我们认为安全保障义务的主要内容是人身而不是财产，否则此义务也会过于宽泛。之所以在法律中确立了安全保障义务很大程度上也是为了强化对人身权益的保护，因为人身权，尤其是生命健康权是最高法益，在侵权法中应当位于最高的保护位阶。所以安全保障义务责任的重心在于保障人身。实践中经常出现的停车场中车辆丢失的情况，要通过具体情况来分析，并不一定都能够适用安全保障义务，有些情况可能是合同责任的范畴。特别是人身权应当在侵权法中得到特别的关注和保护，所以为了保障人身，即使安全保障义务人的过错程度较轻，也仍然要求他承担责任，原因也在于此。如果将财产也纳入安保义务的范围，将为明显加重义务人的责任。关于安保义务的归责原则，毫无疑问其适用过错责任而非严格责任。过错不仅对责任的承担具有重要意义，而且对责任的范围大小也是非常重要的。草案中规定了责任人应当承担相应的责任，所谓相应其实也就是已经过错的程度，确定责任的大小。关键在于如何确定过错，从草案的内容来看，并没有专门的写明过错两个字，而是采取的客观的过错判断标准，或者说施行过错判断标准的客观化。也就是从实际的违反义务的行为中，确定过错的存在，这样在实践操作过程中是比较简便易行的。

关于责任的确定，目前的草案采取了两个标准，即相应责任标准以及补充责任标准。所谓相应责任即是要根据过错的程度承担责任，一般来说违反安全保障义务的责任主要是一种不作为责任，很难从原因力的角度来判断义务人是否承担责任，所以主要从过错的程度来判断承担责任的多少，所以采用相应责任有一定的道理。但是这个标准有一定的问题，即相应的判断非常的困难，受害人难以举证，法官也难以判断，法官操作起来也有一定的难度。而且因为受害人难以举证，法官难以判断，就给了法官很大的自由裁量的空间。根据这些理由，我们认为这种责任形式有一定的问题，当然其体现了公平，但是操作起来还有不少问题。所谓补充责任，就是指由行为人承担全部责任之后，仍然不能够弥补受害人的全部损失，就应该由责任人就行为人没有承担的部分承担责任。这种责任的特点就是首先要由行为人承担责任，如果行为人可以赔偿，则安全保障义务人就无需再承担责任。但这并不是放宽了安全保障义务的责任，因为安全保障义务本身就是无行为有责任。其次，当行为人没有找到，或者无力赔偿，或者只能够赔偿一部分时，责任的剩余部分都应该由安全保障义务人来赔偿。这种做法对受害人是很有利的，因为其足以保障受害人的损失。但这样的做法也会导致另外一个问题，即责任过重，而且有可能超过安全保障义务人过错的程度，有可能会倒向严格责任和公平责任。因为在补充责任之下，可能过错很轻，但是要承担很重的责任，甚至在某些情况下要承担全部的责任。尽管很多人认为这对于安保义务人来说不公平，但这的确是很有利于保护受害人的。侵权法毕竟是救济法，强化其对受害人的保护，从这一点来说也是有其道理的。因为这两种责任方式都有一定的缺陷，所以现在提出了一种折中的方案，即采取兼顾的方法，既考虑行为又考虑损失，将两种责任形式兼顾考虑，取长补短。我个人以为，这种做法有一定的好处，但是要确实看到这两种责任形式存在着冲突。如果采用相应的责任，则责任的范围较小，不可能适用补充责任。反之则可能使得责任承担过重，超过其应当承担的份额，甚至可能承担全部的责任，而这种责任绝对不可能是相应的。也就是说相应的则不可

能是补充的。

关于追偿的问题，在安全保障义务中，安保责任人在承担了责任之后是否可以像行为人追偿，现在又两种不同的看法。我认为这样区分不同的情况分别考量。如果承担的责任是与其过错及原因力大小相适应的，则不能够追偿。反之，如果责任的大小超过其过错和原因力的程度，是可以向侵权人追偿的。

## 七、关于产品责任

第七个问题是关于产品责任，首先是归责原则的问题。一般认为产品责任适用严格责任，但是是否应当区分生产者和销售者，这个问题是存在不同看法的。从国外的相关立法规定来看，对生产者适用严格责任，但有的国家规定销售者不承担严格责任。这主要是因为一方面，从对产品缺陷的控制性上来说，生产者可以控制产品的生产、设计等环节，从而避免产品缺陷的产生。另一方面，从经济实力上考虑，销售者自身的经济实力淡薄，往往不能承担较重的产品责任。但是，我们认为，销售者仅承担过错责任，也存在问题。因为一是受害人要证明，销售者的过错往往比较困难。例如，销售者丢失了使用说明书，或储存期间造成了产品的损坏。但是，受害人往往很难证明。二是在很多情况下受害人都很难找到生产者，比如生产者在外国受害人很难向生产者起诉；或者当产品造成受害人损害时，生产者已经破产。所以当受害人无法向生产者请求的时候，仍然对销售者适用过错责任，对受害人不利。三是根据我国产品质量法的相关规定，销售者和生产者要承担连带责任，而草案也再次确认了这个规则。如果采用连带责任的规则得到最终的确定，那就意味着对销售者和生产者来说，在归责原则方面，不应该相互区别，否则适用连带责任基础即不复存在。我认为，对销售者采用补充责任较为合适。因为当产品因为瑕疵造成他人损害之后，首先应当由生产者承担责任，毕竟产品的缺陷是由生产者所造成，所以在损害发生之后销售者应当向消费者指明具体的生产者，使得受害人能够向生产者提出请求。如果受害人无法找到生产者，或者生产者无力赔偿，则销售者应当承担责任。如果生产者承担了部分的责任，则剩余的部分应当由销售者承担。现在的草案规定，受害人可以选择销售者和生产者来请求，但是，受害人不能证明销售者的过错，就无法请求。当然，受害人可能可以依据合同法请求赔偿。我认为，应当由生产者首先负责，销售者只是在找不到生产者，生产者无力赔偿，或者无法向其请求时，才能要求其赔偿，但仍然要承担严格责任。销售者在承担责任之后对于其过错范围之外的部分也可以向生产者追偿。

关于惩罚性赔偿的问题，草案中规定了在明知产品存在缺陷仍然生产、销售，造成他人生命、健康损害的，被侵权人有权依法请求惩罚性赔偿。我认为精神损害赔偿是损害赔偿体系内的其中一种方式，而惩罚性赔偿是法律明确规定的例外情况，侵权责任法是一部救济法，应该严格限制惩罚性赔偿的适用范围、适用条件和最高数额。所以在侵权责任法中对惩罚性赔偿只能够在例外的情况的下得到适用，而不能作为普遍情况下的一般性规定。因此，草案中规定适用于产品责任也只是例外情况下的规定，其具有严格的构成要件。一是，必须是侵权人明知产品存在缺陷，明知表明其主观过错程度是巨大的，明知不仅仅是指对产品本身缺陷的明知，而且还要意识到会对产品使用者的人身造成巨大的损害。二是客观上已经造成了对他人生命健康的损害。我个人认为应该是在造成严重损害的情况下，方能够适用惩罚性赔偿为佳。另外，关于惩罚性赔偿是否应该规定倍数，存在着不同看法。我认为现在的规定写得过于抽象，就是只是规定明知产品有缺陷，仍然销售生产的，受害人就有权提出赔偿，至于赔多少，怎么赔，是不是有一个倍数的限制，没有规定，这样操作起来非常危险，法官可以将赔偿数额提高到一百倍甚至上千倍，那么就会出现过度惩罚的状况，所以如果确有必要规定的话，也要进一步细化。

## 八、关于抛掷物致人损害的责任

第八个问题是关于抛掷物致人损害的责任。高楼抛掷物致人损害就是指高层楼宇的居住人或者所有人从其住所抛出物件导致受害人损害，但是不能确定具体的加害人。在此情况下，应该由所有可能的建筑物的所有人和使用人承担责任。这是一种新的类型，也是争议非常大的责任形式，草案第83条对此作出了规定。首先草案确定了当难以确定具体的加害人的情况下，由可能的建筑物的所有人或者居住人承担责任。没有说完全免除，也没有说在这种情况下应当由受害人自己承担损失。我认为这种规定是非常合理的，也非常有利于对受害人的保护。首先，这种做法体现了以人为本的精神，有利于个人的人身权的保障。其次，从责任分担理论来看，由可能的业主承担损失，不考虑双方的过错问题，由最有能力分担损失的一方承担是比较公平的。第三从损害预防的角度来看，将损害归于最有能力避免损害的人身上，有利于预防损害的发生。第四从公共安全角度来看，由可能的业主承担责任是有利于公共安全的。

《草案》规定：“除能够证明自己不是加害人的外，”这就是说，业主也享有抗辩事由。由业主承担责任，并不是



说所有的业主都可能致人损害，因为在一个社区内业主数量往往极为众多，许多业主与损害的发生完全没有关系，只有那些在物理上有可能造成受害人损害的部分业主。该规则的设定可以在很大程度上避免能够证明自己不存在加害可能的业主免于无辜承担责任。如果业主确实能够证明自己与损害没有联系，则应当免除责任。但是，如何证明其不是加害人，对此，法律应当设定一些规则，例如，就典型事实予以列举，或者对相关证据的判断因素予以规定。例如，可以结合如下因素判断：一是从距离上判断。一般来说与损害人距离越近的，损害发生的可能性越大。如果距离比较远，从物理上不可能抛掷物品致人损害的，应排除在外。另外，从方位与高度上，应当判断抛掷物的来源方向以及高度。如果抛掷物致人损害的坠落高度也可以大体上确定一个范围，至少一楼的住户没有致人损害的可能。即使一楼的业主利用抛掷物品致人损害，也属于故意侵害他人人身权的侵权行为，属于一般侵权行为，与高层建筑致人损害有本质区别。因此，从我国法院的司法实践来看，将一楼的住户排除在被告之外是有道理的。所谓发生的地点是指受害人在何处遭受损害，如果相距遥远，根本无法发生抛掷物侵权，例如在一个小区里面具有多个楼盘，具体发生抛掷物的侵权地点在某个具体的楼盘前，那么其他楼盘的居民通常无法构成抛掷物侵权人。二是结合抛掷物所抛掷的方向判断。从抛掷物方向判断受害人是十分重要的，受害人可能无法看清抛掷物的方向，可能有第三人作为证人证明抛掷物的具体方向，有可能从建筑物的某个窗户抛出，有可能从地面抛出，需要考察抛掷物在空间上的物理运动方向。需要注意的是，业主不能简单地证明其只是在事故发生的时候不在家等理由简单的，

《草案》规定：由可能加害的建筑物使用人承担赔偿责任。所谓可能的致害人是指有可能会从建筑物上抛掷物品致人损害的业主，这里所说的业主实际上就是所有人。这些所有人可以通过查阅有关的登记资料来确定。我们说，业主只是指所有人，不包括承租人和临时的房屋借用人，也不包括来访的客人、旅店的旅客等，即使在客人或者旅客实施真正侵权行为、但无法察明的情况下，也应当由业主或者店主承担替代赔偿责任。如果受害人没有查清所有的业主，法院也应当有权追加全体可能致害的业主为被告。

高楼抛物致人损害究竟是补偿责任还是赔偿责任，对此一直有争论，有两种不同观点。我们认为还是应当明确为补偿责任为佳，这主要是因为高楼抛物致人损害的情况下，绝大多数的责任人可能是无辜的，如果强制要求他们承担赔偿责任可能难以接受，而且这样对他们也不一定是公平的。另一方面，赔偿责任是要全部赔偿，这样也不一定合理。实际上在许多情况下，因为责任人实际上并没有造成全部的损害，要求其全部赔偿，就责任人来说也是难以接受的。所以只能够基于公平原则，由法官基于具体的案件的情况来确定是否可以进行适当的补偿，而范围要根据具体的情况来确定。



