

王利明:侵权行为法律实务(中) PDF转换可能丢失图片或格式
，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E7_8E_8B_E5_88_A9_E6_98_8E__c122_485369.htm 第五个发展趋势就是过失的客观化 现在侵权法主要就是一个赔偿法或者是补偿法，它的重心，它的第一位的目标不是制裁过错，而是补偿受害人的损失，因为这样一个目标的转化，就是从传统上强调对于过错行为的制裁，转化到对受害人遭受的损失补偿，引起了整个侵权法的制度或者规则根本的转变，所以，这几十年侵权法一些重大的制度就发生根本的转变，比如从过错责任原则向责任原则多样化发展，这样转化的目的就是为了强化赔偿，给受害人更多赔偿的机会，使加害人尽可能不被免除责任。同时过错这个概念在评价标准上已经完全跟过去不一样了，传统上我们考虑过错的时候往往是把行为上的过错概念搬进来，再考虑行为人主观上有没有故意和过失。但是现在侵权法所讲的过错概念完全不一样了，它是一个客观过失的概念，所谓客观过失指的是行为人的行为是不是违反了某种行为的标准，那么在确定这个标准的时候，通常是采用合理人的判断标准，也就是我们常常要把行为人的行为和一个合理人的行为要进行比较，我们要看一看行为人在实施这个侵权行为的时候是不是像一个合理人那样在做，如果他不是像一个合理人在做，他就是有过错的。所以当你在放了鞭炮以后，这个鞭炮还没有炸完，结果几个小孩儿上去把这鞭炮捡起来，最后这个鞭炮把小孩儿炸伤了，那么你可能说，我放完鞭炮以后把小孩儿都领开了，不让他们去捡，所以我是没有过错的。而且我主观上没有故意，也没有过失，主

观上判断有没有故意过失这是很难界定的，但是在现在侵权法上不这么来判断，怎么考虑呢？所以法官常常用一个合理人标准来衡量，就是说法官要解释在这种情况下，一个合理的人去放鞭炮，当他看到周围有一些小孩儿在边上的时候，他应该怎么做，如果法官认为说，这个当然是个判决理由他要写的很详细了，就是一个合理的人他放完鞭炮以后，他应当检查一下这个鞭炮是不是炸完了，或者要停留几十秒，或者甚至一分钟，确信它不可能再爆炸了才离开，如果一个合理人应该这样做的话，那么被告你放完了以后，你马上就离开了，所以你不是按照一个合理人的行为，你是有过错的。

过于过失的客观化，我想谈几个问题：一是共同侵权问题 共同侵权要承担连带责任。过去，为了限制连带责任，侵权法里面规定共同侵权，都是强调主观要件必须要有共同的意思联络。共同的意思联络加上共同行为造成的损害后果，最后才等于共同行为人应当承担连带责任，实际上这是一个公式，就是共同的意思联络 + 共同的行为造成了损害后果 = 连带责任。连带责任基础在哪里呢？基础在行为人具有共同的意思联络，但是这个共同的意思联络实际上主要讲是一种故意，然后在发生了共同侵权的情况下要由受害人来举证，证明各个行为人之间是不是有共同的意思联络，是不是有共同的故意，这是非常困难的，甚至几乎就很难做到的。这反映了近代民法上最初采用的是主观标准，要求行为人必须具有意思的联络，这主要是在资本主义兴起之际，出于反封建，避免株连的考虑，法律贯彻为自己行为负责的原则，努力减少连带责任。但是，随着社会的发展，大工业的兴起，现代民法更多倾向于保护受害人的利益。在此情况下，法律对于共

同侵权的判断不再强调行为人具有意思联络，否则就不利于保护受害人的利益。现在只需要行为具有关联性，而不要求加害人之间的意思联络。因此，数个加害人都是过失，或者一个为故意，另一个为过失，都可以构成共同侵权。有许多学者认为，在现代侵权法中，共同侵权仅从客观的角度来考虑。我认为，不能仅仅从客观的角度来考虑共同侵权的问题，对于共同侵权的判断应当结合主客观方面来考虑。一方面，客观上必须是行为人的行为共同造成了损害结果的发生，如果某一行为人的行为不构成损害发生的原因，就不能构成侵权。另一方面，主观上的要件也是必要的，否则就难以和无意思联络的数人侵权难以区分。例如，甲开车把乙撞伤，送往医院后，因医院未及时抢救，致乙死亡。再如，甲的房子盖得不高，无行为能力人乙爬上去，而电线杆过低电线垂下，致使乙触电死亡。有人认为对此种案件都应当承担连带责任。我不同意这种看法，因为首先，对于这种案件，数个行为人都有过错，不应由一个人来承担全部责任。第二，从这两个案件中都可以看出数个行为人的过错是不同的。例如，房屋不高，与电线杆过低电线垂下，行为人的过错显然是不同的。第三，根据“最后机会”理论或“修补因果关系”理论可以截断因果关系。但如果按照共同侵权，则可能使被否定因果关系的一方负全部责任。所以，我认为，必须要严格区分共同侵权与无意思联络的数人侵权。其区分的标准就是主观的标准。其内容为：一方面，行为人都认识到了行为结果的发生，即使在过失的情况下，也可以预见。因此，对于行为人都是过失，或者一方为故意，一方委过失，都可以构成共同侵权。另一方面，行为人必须有共同的行为指向。

这就是说，其对已经预见到的加害后果追求或者放任其发生。二是共同危险行为 什么是共同危险行为？比如说我们几个人晚上在一块聊天打麻将，扔下来烟头走了，后来不知道是谁的烟头把那个房子点着了，但是能够判断肯定是我们几个人扔的，但是不知道谁扔的，几个人一块打枪，不知道谁把一个受害人给打伤了对于共同侵权危险行为应该怎么承担责任，传统的侵权法确实是这样看的，就是受害人可以告每一个共同危险行为人，然后由这些共同危险行为人来反证，反证什么呢？过去的侵权法认为，你只要能够反证证明你自己不是行为人就可以被免除责任，所以我们最高人民法院最近刚刚颁布的证据规则，就采纳了这个观点，就是只要证明这一枪打到受害人的子弹不是我枪里面打出的子弹，但是我说不清楚是谁的枪里面打出的子弹，只要不是我枪里面的子弹我就可以被免责。这个是一种传统的理念，现在已经改变了，你不能仅仅证明你不是行为人你就可以被免除责任，你必须证明谁是真正的行为人才能被免除责任，为什么做出这样一种改变？首先当然就是为了强化对受害人的保护，因为如果共同危险行为人都能够证明损害不是其过错造成的，都可以被免责了，受害人怎么办？受害人得不到任何补偿，这是不公平的。大家都跑了，都走了，把受害人一个人放在那个地方了，谁来赔偿，从共同危险行为人实际情况来看，常常发生的是四个人都可能证明他不是行为人，这是很容易证明到的。但是要受害人去证明哪一个人开的那一枪，那更不可能，最后大家都走了，受害人得不到任何补偿，这样公平吗？从事共同危险行为本身就是一种过错，因为共同危险行为人在从事某种危险行为的时候，已经使受害人处于

一种他们的财产和人身将要造成损害的危险之中。在真正的行为人没有发现之前，都应当承担责任的。什么叫共同危险呢？因为首先前提是你们实施了危险行为，我不管你谁最后开的这一枪，你开了第一枪，或者你只要开了一枪你就是有过错的，你就应当承担责任，但是给你一个免责的机会，这个机会是什么呢？你去证明谁是真正的行为人，证明不了那你就负责。三是共同侵权还有一个新的发展，就是在侵权法上出现团伙责任，这个当然主要指黑社会等等。当然黑社会在刑事上是没问题的，但是涉及到民事上问题的时候，如果他们里面有人从事了侵权行为，那么可能受害人也要把团伙的其他成员告到法庭去要他赔偿，这所谓的团伙责任，团伙实施侵权行为致害他人，实际上是共同侵权行为的一种特殊情况，其责任仍然是连带责任，应当适用共同侵权行为的规则。受害人只需要证明你是这个团伙的成员，而这个行为人的行为是符合团体意志的，有这两点就够了，所以团伙的其他成员也要对这个行为人的行为负责，除非其他人能够证明造成损害的这个行为人的行为，是违背团伙意志的，是违背这个团体意志的，这样的话他就是一个单纯个人行为，所以其他人不应该对他的行为负责。我们也准备要把这个规则要引进来。第六个发展趋势是违反保护他人的义务 19 世纪的时候，侵权法坚持的基本原则是叫为自己行为负责的原则，民法上称为三大原则，第一是合同自由，第二是无限制私有权，第三就是为自己行为负责。但是 19 世纪末期以来一直到现在逐渐发展到对他人的行为也要负责。我想谈三个问题：一是关于雇主对于雇员的责任 雇主对于雇员的责任，其归责原则究竟是无过错责任还是过错推定，存在分歧。在实践中

，采取得是无过失责任，雇主完全没有免责机会。这对保护受害人的利益确实有利，但对此两大法系的做法比较保守，实际上都采用了一种过错推定的做法，允许雇主通过举证证明自己没有责任来获得免责。当然，对于免责事由法律上一般都进行了限制，如在对雇员的选任监督过程中已经尽到了合理的注意义务，我认为，我国对此应当采过错推定责任，这是因为第一，我国仍然是发展中国家，在强调保护受害人利益的同时，必须兼顾雇主的利益，以免对经营自由造成过大限制。我们也在讨论我们的侵权法究竟采纳哪一种规则，这个实际上对将来企业影响很大，一个小企业请了几个人来当雇员，造成了任何损害最后都要由雇主来赔偿，不考虑雇主是不是有过错，对的企业的影响恐怕是很大的。使用无过失责任企业的风险太大了，将来他请人的风险，雇人的风险太大了。但是完全的过错责任对受害人可能也不利，因为叫受害人证明这个雇主是不是有过失是很难的。比较好的办法，就是可以实行举证责任倒置由雇主来证明自己没有过错，但是一定要给他一个能够使自己被免除责任的机会，比如说，他是不是证明了自己不具有选任的，或者是监督上的过失，是不是可以考虑被免除责任，这样使他有一种机会被免责，可能平衡双方利益。第二，采用过错推定原则，有利于调动雇主对雇员选任、监督、管理的积极性，从而预防损害的发生。而无过失责任则难以发挥此种作用。第三，雇主与雇员的关系紧密程度以及雇主对雇员的管理程度存在较大差异，如果一概而论，则可能对雇主科加过重的责任。承揽人因执行承揽事项，对第三人造成损害的，原则上应当由承揽人自己负责，定作人不承担责任。但这里必须要明确承揽人的

独立责任，首先是指承揽人在自己的场所从事承揽活动。如果是在定做人的场所，还是应当由定做人负责。第二，承揽人是否在独立的工作。如果承揽人是依据定做人的指示，则如果定做人的指示存在过失的情况下，则应当由定做人承担责任。例如，在装修时定做人强行要求承揽人施工导致坍塌，致人损害，则应由定作人承担责任。第三，如果损害是由于定作人提供的材料而造成的，例如提供的材料具有毒性，则应当由定作人承担责任，此种责任转化为雇主对雇员的责任。

二是关于学生在学校、幼儿园造成损害或遭受损害 对此，存在两种不同的意见，一种观点认为，学校、幼儿园的责任是一种监护责任，这种责任应当是严格的，因此一旦学生 在学校遭受损害，学校就应当承担责任。第二种观点认为，学校、幼儿园的责任是一种违反《未成年人保护法》所规定的保护、监督、教育的义务所应承担的责任，这种责任主要是一种过错责任。目前，对此多数人的意见是不能对此采用监护人责任，而应当采用过错责任，依据不同的情况来判定学校是否尽了必要的监督保护义务。我们赞成第二种观点，这种做法有利于适当兼顾了学校的利益，并努力督促其尽到相应义务，尽可能减少损害的发生。按照过错责任考虑，在确立学校、幼儿园的责任时，应当确定其监督保护义务是否存在、这种监督保护义务的注意程度，从而确立责任。例如，要考虑学生的年龄、损害发生的场所、损害行为是否违反学校相关规定，或体现了学校的意志和利益等。如果完全是监护责任的话，就不必要作出这种区分了，这是不利于正确归责的。未成年人在校内致他人损害，其监护人是否有过错？监护人与学校是否有共同过错？我们认为，此时构成无意

思联络的共同侵权，应当由监护人与学校按照过错分别承担责任。此时，即便学校尽到了彻底的注意义务，也不能完全避免损害的发生，因此应当分别承担责任。如果损害发生的主要原因是因为学校的过错造成的，如因为学校设施的缺陷，以及参加学校组织的活动，造成学生损害，则学校负有照管的义务，主要应当由学校承担责任。在学校内因校外第三人造成学生损害的，首先应当由第三人承担责任，如果找不到第三人，则学校未能尽到保护义务，应当由学校承担责任。三是所谓违反保护义务，这是一个新的领域，也是非常复杂，非常有意思的现象，我们实践中发生了很多这种案例都不知道怎么确定，比如说在银行的存款取钱，我把这个钱刚刚取出来，还没有走出银行的时候突然一把被人抢走了，抢走以后就跑了，也不知道上哪里找这个人，那么回头就告了银行，银行就说这不是我抢了你的钱，你去找那个抢钱的人，这跟我有什么关系呢，怎么要我来赔呢？类似这种案件还不少。比如上海就发生了顾客在旅馆里面被人杀了，现在也找不到凶手，告了这个旅馆，那旅馆就说冤枉，又不是我们派人杀的你，这跟我们有什么关系啊，你应该找真正的行为人去。这个问题就是我们现在侵权法里面所要解决的叫做违反保护义务的责任，但是这个问题也是争论很大的一个问题。违反保护他人的义务的责任，是过错责任的一种特别规定。因此，在对侵权行为作出定义的时候，必须要将此类行为规定进去。在德国、台湾地区，将此种侵权类型称为“违反保护他人的法律”，我们在讨论中认为不宜采纳“违反保护他人的法律”的提法，主要是因为我国目前这方面的法律规定仍然比较欠缺，且此种法律也不好定性。我们试图采用这

样的概念来表述：“旅馆、饭店等提供特殊经营活动的经营者，在特定的场所未尽必要的保护义务，致顾客人身、财产损害的，应当承担民事责任。行为人因法律的规定以及其在先的行为而对他人负有某种保护义务的，违反此种义务使他人遭受损害的，应当承担侵权责任。”对该条作出如下几点解释：第一，保护义务的来源。保护义务主要来自于三个方面，一是从事了某种特殊的经营活动，二是因法律的明确规定，三是从事了某种在先行为而对他人负有保护义务。第二，保护义务的对象是特定的，违反保护义务必须在特定的场所发生的，被保护的对象是特定的。例如，从事经营活动的人仅仅对顾客而非一般公众负有保护义务。违反保护义务必须在特定的场所发生的。是否任何人在任何情况下都负有保护义务？如果这样将严重干涉他人的行为自由。第三，对于违反保护他人义务也需要用过错责任加以界定。负有保护义务的人证明自己没有过错的，可以被免除责任。对于违反保护他人义务也需要用过错责任加以界定。例如某个信用社没有设置必要的安全保护措施致使存款的顾客被抢劫，显然银行是有过错的应当承担相应的赔偿责任。但对于武装的抢劫行为信用社没办法防范。所以认定其违反保护义务是不妥当的。第四，这种责任是一种补充责任，受害人在受到人身或财产损害后，应当由加害人承担民事责任，无法确认加害人或者加害人没有能力承担赔偿责任的，由对其负有安全保障义务的责任人承担补充责任。第五，负有安全保障义务的责任人在发现真正的行为人之后，有权向行为人追偿。严格的说违反保护义务只是在真正的行为人找不到，才应当由违反保护义务的人担责。若能找到行为人则应当由行为人承担

。在违反义务人承担责任以后他也有权向真正的行为人追偿。第七个发展趋势就是从一般赔偿到惩罚性赔偿的发展。一般的赔偿就是我们讲的财产损失的赔偿。财产损失的赔偿也就是造成了多少损害，你就应当以自己的财产赔偿，因为自己造成了全部的财产损失，不仅仅是直接损失，包括间接损失，但是现在在美国逐渐的发展了惩罚性赔偿，所谓惩罚性损害赔偿（punitive damages），也称为示范性的赔偿（exemplary damages）或报复性的赔偿（vindictive damages），一般认为，惩罚性赔偿是指由法官所作出的赔偿数额超出了实际的损害数额的赔偿，其适用目的主要在于惩罚被告的过错行为。其特点在于；第一，赔偿功能：惩罚性赔偿并不是独立的请求权，必须依附于填补补偿性的损害赔偿。也就是说必须要构成补偿性赔偿的要件，才能够请求惩罚性赔偿，假如因不法行为人的行为并没有给受害人造成任何损害，则受害人不能请求惩罚性赔偿。加害人的不法行为可能给受害人造成财产损失、精神痛苦或人身伤害，就这些损害的救济而言，惩罚性赔偿可以发挥其一定的补偿功能。第二，惩罚功能。有过错就应当受到惩罚，过错是惩罚的根据。惩罚性赔偿就是要对故意的恶意的不法行为实施惩罚，这种惩罚与一般的损害赔偿所不同，一般的损害赔偿尽管作为一种法律责任给加害人强加了一定的经济负担因而具有一定的惩罚作用，但这种惩罚毕竟是极为有限的。它的主要功能还是在于补偿。而惩罚性赔偿主要通过给不法行为人强加更重的经济负担来制裁不法行为，其功能不在于填补受害人的损害，而在于惩罚。惩罚性赔偿的主要功能，并不在于弥补受害人的损害，而在于制裁过错行为，此种赔偿主要适用于侵权行为责任，当加害

人主观过错较为严重，尤其是具有反社会性和道德上的可归责性，便应适用此种赔偿，这就表明，惩罚性赔偿的主要功能为惩罚，同时通过惩罚以达到遏制不法行为的作用，惩罚常常只是手段，其根本的目的在于遏制不法行为。第三，赔偿的数额不以实际的损害为标准，而要考虑当事人的主观过错。也就是说，在确定赔偿数额时，要考虑加害人的主观的过错程度，而不是以实际发生的损害为前提，加害人过错越重，则赔偿的数额越多。第四，此种赔偿是由法官作出的，而不是由当事人自由约定的，当事人在实践中常常约定一定的赔偿数额，这些数额因超过实际数额的损害而具有惩罚性，但严格的说，当事人的约定的损害赔偿条款和违约金条款都不是惩罚性损害赔偿，因为惩罚性损害赔偿是对过错行为的制裁，此种责任是对国家的责任，不管当事人是否愿意，都可能要承担此种责任。为什么要搞惩罚性赔偿？我仔细研究了一下惩罚性赔偿的理论，我觉得它还是有它深刻的道理在里面，这个主要的原因在哪里？就是一般的损害赔偿实际上就是一种交易，一般的损害赔偿从经济学上讲就是一种交易，就是说当我给你造成了损害以后，这个损害如果说是一百块钱的话，那么我在用我的一百块钱给你做出赔偿，那实际上就意味着，我出了一百块钱，把给你造成损害的那个权利买回来了，或者说把给你造成的损害买回来了，所以我们常常讲民法一般的损害赔偿就是一种等价交换的反映，就是这个意思，它实际上是一种交易，它最充分的体现了等价交换的原则，但是这种交易在一般情况下是非常合理的，是公正的，是公平的。但是在特殊的情况下可能就不是那么公正了，这个特殊情况就是如果这个行为人非常有钱，那么就

显得很不公平了，为什么这么说呢？我看一个学者写了一个长篇论述，论述惩罚性赔偿的合理性，他就讲这个现代社会贫富的差距越来越大，世界上这个5%的人垄断了几乎95%的财富，财富向少数人在集中，有钱的人越来越有钱，那么如果还是搞一般性的赔偿，赔这些钱对这些有钱人算什么呢？他根本就不感到心疼，如果他根本就不感到心疼的话那么这种一般的损害赔偿实际上给他了一种，造成他人损害的权利，因为他有钱所以他可以做一切事，他可以享有一种损害他人的权利，了不起最后我赔你几个钱就完了，这本身就是不公平的。我写过一篇文章，为什么我们国家打人现象这么严重，大街上有时候就看到打人的，恐怕与我们没有惩罚性赔偿有关系，所以，有一些案件是说把人打了，比如有个人加塞，人家一个女同志说了他一下，他就打了人家一拳，后来这个女同志到医院去看，医疗费，挂号费，最后查了几下，支付了50块钱，后来法官就判决说赔偿50块，那个打人的说，早知道是50块还不如多打几下。当然这个判决本身是有问题的，他至少没有考虑精神损害赔偿的问题，但是法官也有他的理由，就是说我们国家没有惩罚性赔偿，你这个医药费就是50块，那我没办法，我也就赔50块，那已经是保护了你，但是我们就得反思这个现象。打人难道就真正赔50块吗？如果是这样的话，我们能够起到一种预防损害发生的这样一种效果吗？它不仅不能起到这种效果甚至还会鼓励这种损害的发生，因为打人的代价是这么便宜，这么廉价，那当然我可以多打几下，但是一旦打人赔出5万块钱的时候，打人的现象就少多了。所以，我们的侵权法也应该借鉴一些先进的东西，一些好的东西，当然我不赞成把惩罚

性赔偿用的太宽泛，否则对于整个民法理论都是一个巨大的冲击，因为损害赔偿反映了民法等价交换是最公正的，但是又不能绝对化，必须考虑特殊情况，所以，在特殊情况下实施这种惩罚性赔偿，不仅仅是给这个行为人一个教训，使他形成一种刻骨铭心的教训，真正罚得他心疼。同时，对于社会一般人起到一般预防的效果，就是大家都从他的身上看到这个打人的代价是很高的，所以能打人这个美国的打人现象很少，可能跟这有很大的关系，谁都知道打人代价太大了。从这点上看它是起到一种预防的效果。顺便讨论以下关于关于国家赔偿与民事赔偿的区分。我国《国家赔偿法》颁布以后，有关的司法解释将凡是行政机关所实施的与行政行为有关的加害行为都认为应当适用国家赔偿。我认为，由于国家赔偿的范围十分有限，因此扩大国家赔偿的适用范围对于保护公民法人的权益不利。我认为区分国家赔偿与民事赔偿应当适用如下标准：凡是行政机关实施的针对行政相对人的具体行政行为致公民法人损害的，应当作为国家赔偿的范围，具体来说应当包括如下要件：1、实施该行为的主体是行政机关。换言之，该行为是以行政机关的名义实施的，如果是机关工作人员个人名义实施的行为，则不能属于国家赔偿的范围。2、必须是行政机关在行政执法过程中所实施的具体行政行为。所以，政府机关的司机在接送领导过程中开车将人撞伤，因其并不属于进行行政执法过程中造成，也不应适用国家赔偿。但是，对于工商部门进行市场检查时非法查封、扣押个体户的财产造成损害的，应当适用国家赔偿。3、必须要针对特定的行政相对人实施某种行为。例如，登记错误，并未针对特定的相对人。再如，技术监督局为他人保

管特定的技术资料，因工作人员的过失造成丢失，也没有特定的相对人。除此之外，凡是《国家赔偿法》中没有规定的内容，都应当适用民事赔偿，而不能扩大国家赔偿的范围。例如，对于行政机关的行政行为造成法人人身权的侵害，对此《国家赔偿法》并未作出规定，不应适用国家赔偿，而应当适用民事赔偿。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com