

杨立新:新类型侵权行为系列(八) PDF转换可能丢失图片或格式, 建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/486/2021\\_2022\\_\\_E6\\_9D\\_A8\\_E7\\_AB\\_8B\\_E6\\_96\\_B0\\_\\_c122\\_486154.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E6_9D_A8_E7_AB_8B_E6_96_B0__c122_486154.htm)

二十九、小偷闯进医院监护室吓死病人的侵权责任 2004年5月某日, 彭女士的母亲由于患心肌梗塞住进某医院治疗, 住在重症监护室, 进行输液。晚上, 一个小偷突然闯进监护室, 公然将放在床边的8000元钱和一部手机偷走。面对作案的小偷, 重病在身的彭母吓得说不出话来, 经过紧急抢救无效而死亡。目前, 该案已经由警方侦查, 彭女士表示等待警方侦查结果和处理, 如果无法抓住小偷, 准备起诉该医院, 因为医院不能保障住院病人的人身安全和财产安全, 造成损害, 应当承担侵权损害赔偿责任。与此相似, 另一个案件也是在医院里发生的: 丈夫与妻子关系不睦, 发生纠纷, 妻子将丈夫打伤住院。第二天, 妻子到医院, 丈夫还以为妻子是来探望他, 可是妻子从包里掏出一个装硫酸的瓶子, 将硫酸洒在丈夫的脸上和身上, 造成伤害。丈夫起诉医院, 请求法院判决医院承担侵权责任。这两个案件都涉及到防范制止侵权行为未尽安全保障义务的侵权行为的规则适用问题。这个规则就是最高人民法院关于人身损害赔偿的司法解释第6条规定, 即第三人实施侵权行为造成损害, 由实施侵权行为的第三人承担责任, 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。防范制止侵权行为未尽安全保障义务的侵权行为, 是违反安全保障义务侵权行为类型中的一种。经营者对于其经营活动, 以及其他社会活动的组织者对于其社会活动, 负有安全保障义务, 未尽该义务, 造成

消费者或者社会活动的参加者人身伤害的，应当承担侵权责任。这种安全保障义务就包括经营者或者社会活动组织者的防范、制止侵权行为以保障消费者或者社会活动参加者人身、财产安全的义务。医院医治病患，也属于一种经营活动，医院对患者也负有这样的安全保障义务。患者住进医院接受治疗，医院应当保障患者不受侵权行为的侵害。如果只是负有这样的义务，尚不足以确定医院就要对住院的患者遭受的人身损害侵权后果承担赔偿责任，还必须由于自己的过失，没有尽到这样的安全保障义务，也就是应当防范、制止侵权行为而没有防范、制止，致使侵权行为人对患者实施了侵权行为造成损害，才能够确定医院的损害赔偿赔偿责任。如果医院已经尽到了这样的义务，则对损害不承担责任。在第二个案例中，法院并不认为医院对妻子伤害丈夫的侵权后果应当承担赔偿责任，因为医院无法阻止妻子探望住院丈夫，也没有理由对探视患者的亲属的物品进行安全检查，更不能在妻子探望丈夫的时候进行监视。因此，对于该案，医院对于受害丈夫的人身损害，不构成防范制止侵权行为未尽安全保障义务的侵权责任。如何确定安全保障义务人尽到安全保障义务，应当从安全保障义务的类型、安全保障义务人的能力以及侵权行为的性质等方面综合判定。一般认为，负有较高的安全保障义务、安全保障义务人具有较高的防卫能力，对于性质不属于特别严重的侵权行为没有有效防范和制止，就是未尽安全保障义务。在第二个案件中，彭母身患重症，需要特护，住在重症监护室，医院应当尽到最高的安全保障义务。而医院对于小偷的防范、制止的防卫能力应当说是足够的，应当能够有效的防范和制止。但是，该医院对此没有尽到防范、

制止的安全保障义务，构成侵权责任。防范制止侵权行为未尽安全保障义务的侵权责任，就安全保障义务人而言，是一种补充责任。这就是说，直接实施侵权行为侵害患者的侵权行为人，是损害赔偿责任的直接责任人，他应当首先对患者的损害承担侵权责任。违反安全保障义务的人承担的是补充责任，只有在直接侵权人赔偿不足、赔偿不能（例如侵权人没有赔偿能力或者下落不明）的时候，安全保障义务人才承担直接侵权人不能赔偿的那一部分损失；在其承担了补充责任之后，还可以向直接侵权人追偿。因此，第一个案例，彭女士应当首先找到那个小偷，由他承担赔偿责任；如果小偷找不到，或者找到了小偷而小偷无力承担全部责任，医院才承担补充责任。第一个案件当中还有一个因果关系问题。对于彭母的财产损失，与侵权行为的因果关系明确，可以确定。对于小偷的惊吓行为与彭母死亡之间，是否有因果关系，应当依据相当因果关系的规则确定。按照社会的一般智识经验，对于重症病人进行惊吓能够引起死亡的后果，而这个案件又确实发生了这样的结果，应当认定小偷的行为对于彭母的死亡有相当因果关系。但其只是彭母死亡的原因之一，而不是全部原因。因此，小偷承担的侵权赔偿责任，应当是对财产损失部分全部负责；对人身损害部分只承担与其行为相适应的那一部分；在此基础上，医院承担补充责任。

三十、诱使同意欺诈行为的侵权责任 经过婚姻介绍所的介绍，33岁的女子王某认识了40多岁的离异男子范某。二人交往了一年多时间以后，开始商量结婚问题。王某以前没有结过婚；范某离异，还有两个孩子，所以他提出不想再生孩子，要王某在结婚前做绝育手术。王某为了能够和范某结婚，几乎没怎

么犹豫就去了医院，范某代替患者家属在手术同意书上签了字。做了结扎手术后，王某一边在家休养，一边期待着做新娘，范某却突然失踪。王某连续发电报，催促范某来跟自己结婚。而范某在王某做绝育手术前，已与另外一个女孩同居了，拒绝与王某结婚。无奈，王某向法院起诉，认为范某侵害了她的健康权和生育权，要求赔偿10万元精神损害抚慰金。范某答辩认为，结不结婚是他自己的权利，婚姻是自由的，没有人能强迫他必须与谁结婚，因此拒绝赔偿。受理本案的佛山市中级人民法院经过审理，判处范某赔偿王某精神损害抚慰金10万元人民币。这个案件是一个判得很好的案件，它确认了一种新型的侵权行为，就是诱使同意的欺诈行为，范某的行为构成了侵权责任，应当赔偿王某因此造成的损害。诱使同意的欺诈行为，是一种加害他人人身的侵权行为，它所侵害的客体是健康权。对此，美国侵权行为法的做法值得借鉴。美国侵权行为法认为，同意，就是意愿行为发生的对外显示；其效力在于，就他人的意图侵犯其利益的行为，给予有效同意的，不得就该行为或者该行为而导致的伤害，提起侵权行为诉讼而请求赔偿；但是，诱使同意的欺诈行为违背受害人的真实意思，所作的同意是在行为人的欺诈的基础上作出的，应当视为是在胁迫下而作出的同意，这种同意不发生如上的效力，因此构成侵权行为，行为人应当对诱使同意的欺诈行为受害人承担侵权责任。关于诱使同意的欺诈行为的侵权责任，我国侵权行为法没有做具体规定，但是根据《民法通则》第106条第二款的规定，可以确认本案范某行为构成侵权责任。其理由是：第一，《民法通则》第106条第二款是侵权行为的一般条款，概括的是因过错而侵害他人人

身、财产权利或者利益的一般侵权行为。诱使同意的欺诈行为也是适用过错责任原则的一般侵权行为，应当包含在该条文之内。在一般情况下，欺诈就是一种侵权行为，如果采取欺诈手段，侵害他人的身体或者健康，造成损害，应当承担侵权行为。既然是欺诈，那么就会存在对方的同意，就是说，在欺诈的情形下，对方一般会作出一个同意的表示，而在民法上，如果是一个确定的、真实的同意表示，那么可能会发生不构成侵权的后果。因此，对于诱使同意的欺诈，本身就是欺诈，就是用欺诈的方法，诱使对方同意，因而加害于对方，就构成侵权，就应当承担侵权责任。这是一种故意的侵权行为，尽管本案的范某认为自己曾经确实是允诺与王某结婚，但是从后果观察，他的允诺是不真实的，存在欺诈的故意，最起码是具有放任的心态，造成后果，他应当负责。因此，对本案适用该条款确认其构成侵权责任，是完全有根据的。第二，一方欺诈对方做绝育手术，是对对方的健康权的侵害。范某的侵权行为所侵害的是王某的健康权。王某在诉讼中主张，范某的行为既侵害了其健康权，也侵害了其生育权。我认为，健康权是维护人体功能完善性发挥的人格权，生育也是人体功能的一部分，生育功能受到损害，也是健康权的损害。即使是从范某行为的后果而论，其行为也构成了侵害健康权的侵权行为。因此，生育权应当包括在健康权之中。第三，我国《合同法》第53条第一项确认关于人身伤害的事先免责条款完全无效。事实上，范某和王某所约定的，也是一种人身伤害的免责条款。作绝育手术，就是对人体的某种功能的破坏，双方约定对一方的生育功能进行手术破坏，是一种损害健康的伤害行为。双方并没有约定承担侵权

责任，当然是免责条款，是默示的免责条款。这样的条款当然无效，对受害人的损害赔偿请求权没有约束力。诱使同意的欺诈行为造成了健康权的损害，其损害赔偿责任应当按照侵害健康权的人身损害赔偿规则处理。应当赔偿健康损害造成的财产损失，同时受害人可以请求精神损害赔偿。本案法院判决支持受害人精神损害抚慰金10万元的请求，是正确的。

三十一、公共侵扰行为的侵权责任 张某和李某是夫妻，一起到公园游玩，手持香蕉边走边吃。后来，丈夫张某要喝水，妻子李某到附近的小卖店买水。张某吃完一只香蕉，顺手就将香蕉皮扔在路上，并招呼妻子赶紧回来。李某举着矿泉水瓶子急忙往回跑，突然踩在张某扔的香蕉皮上，跌倒在地，擦破肘部，便出言不逊骂人。张某赶紧上前搀起李某，说明是自己扔的。二人无言相对，但起来后，二人却扬长而去，并没有将香蕉皮捡起来。就在这时，又有一个游客许某踩到香蕉皮，跌倒摔伤，其他人拉住张某质问，许某要求张某赔偿其伤害损失。这个案件虽然很小，赔偿数额也不会很大，但是却是一种很典型的侵权行为，这就是侵权行为法上所讲的公共侵扰行为，是一种典型的侵权行为。在英国侵权行为法，公共侵扰行为是相对于私人侵扰行为而言。制裁侵扰，主要讲的是对物权的保护，适用于对相邻关系的保护，保护土地的使用和不受干扰地享有，也适用于对偶发事故对他人财产和身体完好性造成损害的保护，它所保护的，是单个的特定的主体。而公共侵扰则是指对公众的，或者整个社会的侵扰，当一个行为所侵害的客体是不特定的人的权利的时候，尽管造成了个体的损害，也是公共侵扰。例如，他人踩在一个肉店遗失在店外的一片肥肉上而摔倒造成损害，一个

行人被从房顶上掉下来的自然悬挂物即冰溜子砸伤，都是公共侵扰的侵权行为。在我国，按照《民法通则》的规定，这种侵权行为应当概括在第106条第二款规定的过错责任的一般侵权行为当中，属于一般侵权行为，但是从具体的侵权行为类型上说，应当借鉴英国侵权行为法的规定，认定它是一种具体的侵权行为，就是公共侵扰的侵权行为，依照《民法通则》的这一规定，认定其侵权责任。在实践中认定公共侵扰行为的侵权责任，应当注意以下几点：1．公共侵扰行为最重要的特点在于，它所侵害的客体的不确定性。这一特点，类似于刑法上的危害公共安全罪。如果一个侵权行为所侵害的客体是特定的，那就是侵害私人的权利，是对私的侵扰；一个行为的侵害客体是不特定的，那就涉及到了公共侵扰。就像本案，在公共场所扔一个香蕉皮，可能造成别人的损害，但是可能造成这个损害的人是不特定的，谁踩上就会造成谁的损害，行为人的妻子踩上了造成了损害，许某才上了它，也造成了损害。这就典型地说明了公共侵扰行为的这一特点。2．公共侵扰就其行为的形式而言，并不要求有非常典型的特定形式，基本的要求是一个行为可能造成公众中的任何人的损害，无论怎样，都构成这种侵权行为的形式。例如，在大街上扔一块香蕉皮，或者掉在大街上一片肥肉，或者对自己的建筑物管理不善致使其冰雪悬挂物掉在行人身上，等等，都是一种过失行为（有时候也是放任的行为），都不是典型的、特定的侵权行为形式，但是都能构成公共侵扰行为。3．公共侵扰行为所侵害的，首先是公共安全的损害，但最终的表现当然一定是具体的受害人的损害，而不仅仅是公共安全的破坏。因此，公共侵扰所造成的最终损害，必然

是最终受害人的人身损害或者财产损害。人身损害包括生命权、健康权的损害，财产损害包括对受害人所有的财产的损毁。本案受害人的损害，就是健康权的损害。

#### 4. 公共侵扰

行为人在主观上，必须有过错，或者有过失，或者有故意。在一般情况下，公共侵扰的侵权行为是一种过失的主观心理，行为人并不是希望造成某种损害，只是出于不注意的心理状态，或者是放任损害后果的发生的心理状态。研究公共侵扰行为还有一个重要的意义是，公共侵扰行为有时候是与犯罪结合在一起的，一个行为造成了损害后果，既认为是侵权行为，也认为是犯罪行为，因此构成刑事附带民事制裁。如果一个公共侵扰行为只是造成了一个一般的财产损害和人身损害，那么只构成侵权行为，行为人承担侵权损害赔偿赔偿责任即可。但是，如果一个造成严重后果的危害公共安全的行为，则构成危害公共安全罪，那么在构成犯罪的同时，也损害了具体受害人的人身和财产，同时构成侵权责任，行为人在接受刑事制裁的同时，也还应当承担侵权责任，构成刑事附带民事诉讼，受害人可以同时提起附带民事诉讼。最后，公共侵扰行为的损害赔偿赔偿责任，就按照人身损害赔偿或者财产损害赔偿的规则处理，赔偿人身损害或者财产损害，构成精神损害的，还应当赔偿精神损害抚慰金。

#### 三十二、欺诈性抚养关系的侵权责任

周某在与许甲结婚之前，曾经与徐某发生通奸关系。1965年3月20日，许甲与周某登记结婚，同年12月29日周某生下一子许乙。后双方因夫妻感情破裂，周某于2002年1月21日向法院提起离婚诉讼，同年9月30日法院判决准予双方离婚。诉讼期间，周某对许乙进行亲子鉴定，结论认为徐某与许乙之间存在亲子血缘关系，与许甲没有血缘关

系。2002年12月，许某提起诉讼，要求周某、徐某共同赔偿其对许乙的抚育费损失20000元、精神损害赔偿金50000元。法院认为，周某在婚前与徐某通奸怀孕生育许乙，周某与许甲结婚后直至双方离婚前，周某隐瞒了与徐某非法通奸并怀孕的事实，欺骗了许甲，从而使许甲在与周某婚姻存续期间履行了法律上应当由徐某履行的抚养义务，由于周某与徐某共同过错的行为，侵犯了许甲的合法权益，给许甲造成了一定的经济损失，且许甲与周某已经离婚，故周某、徐某对许甲抚养非婚生子许乙而造成的损失应承担赔偿责任。对于许甲要求周某、徐某精神损害方面的赔偿，因无明确的法律依据，且未构成精神损害，对此请求不予支持。判决：周某、徐某赔偿许甲人民币8633元，周某、徐某互负连带清偿责任；驳回许甲要求周某、徐某赔偿精神损失费的诉讼请求。这个案件属于欺诈性抚养关系的侵权行为，类似的第一件案件发生在1990年，最高人民法院曾经做过一个司法解释，但是那个司法解释对此并没有作出很准确的规定。很多人认为，这种案件的性质是一种抚养纠纷案件。诚然，这种案件争议的确实是抚养费，但它的实质却是在争执权利的侵害与保护。我认为，这种案件行为人的行为所侵害的，不是人格权，而是身份权，是侵害亲权的侵权行为。亲权，是指父母与未成年子女之间的身份权，表明双方之间的亲属地位，以及双方之间相互的权利义务关系。配偶一方将本没有亲子关系的子女谎称为有亲子关系，使对方配偶对其当作自己的亲生子女抚养，最终的结果却是抚养的非婚生子女。进行欺骗的一方配偶在主观上具有故意，使对方配偶的身份权受到侵害，使其身份利益受到损害，构成侵害亲权的侵权责任。有人认为

，这种案件属于无因管理，因为存在没有法律的原因而为他人管理事务，这个事务就是为他人的子女进行抚养。这种认识是不对的。无因管理必须是无“因”而进行管理。事实上，欺诈性抚养关系在进行管理的时候，是有“因”的，这就是在他人的欺诈下，误将他人的亲生子女当作自己的亲生子女抚养，尽管是“误将”，但也是有“因”。有人认为这种案件属于不当得利。就为被抚养人获得的抚养而言，被抚养人的抚养人当然是不当得利，但是不当得利不能概括行为的性质，而仅仅指出了行为的后果的性质。因此，只有认定这种行为的性质是欺诈性抚养关系，是一种侵权行为，才能够正确界定这种行为的性质。欺诈性抚养关系的侵权行为在主观方面存在两种形式。一种形式是主要形式，就是故意的欺诈，明知子女不是对方的亲生子女却谎称为对方的亲生子女。另一种形式是过失，即配偶一方不知道所生的子女为对方的婚生子女，经过亲子鉴定才知道不是对方的亲生子女，这虽然不是故意所为，但是其后果还是构成欺诈，因此也应当负有侵权的后果责任。欺诈性抚养关系侵权行为的主体，究竟是配偶一方，还是包括被抚养人的生父？这要看究竟是单方还是双方当事人有过错：如果仅仅是配偶一方进行欺诈，而被抚养人的生父根本不知情，则不构成共同侵权，仅仅是实施欺诈的配偶一方承担侵权责任。如果被抚养人的生父亦知情，共同进行欺诈，则构成共同侵权，双方当事人应当承担连带责任。例如，配偶一方对被抚养人的真实亲子关系是事后鉴定得知的，则被抚养人的生父不能构成侵权责任。欺诈性抚养关系的侵权责任，主要是财产损害赔偿。应当赔偿的财产损失，第一是支出的抚养费损失，第二是支出的

抚养费的利息损失。这两项损失都是欺诈性抚养关系所造成的财产损失的后果，应当全部赔偿。本案判决赔偿的，我看是欺诈性抚养关系所造成的抚养费损失，没有包括利息损失，这样的赔偿不够合适。欺诈性抚养关系是不是要赔偿精神损害，我持肯定态度。救济身份权的损害，应当赔偿精神损害，既然构成侵权责任，赔偿权利人又请求精神损害赔偿，应当支持其请求，保护其权利。本案判决认为本案原告并未因此而受到精神损害，是不正确的。试想，将不是自己的亲生子女因欺诈而当作自己的亲生子女抚养了7年，能说没有精神损害吗？因此，我认为欺诈性抚养关系的侵权责任应当包括精神损害抚慰金的赔偿。

### 三十三、损坏财产的侵权责任

2004年1月7日，北京翰海拍卖有限公司在京广中心举办“2004迎春拍卖会”的预展，当晚约7时45分，观展者房某在古董珍玩展厅观赏拍品，当其往左跨两步，歪着头去看百鹿尊的左侧面，其左额头撞到展示青花六方瓶的外侧玻璃上，玻璃碎了，倒向展柜里面，把“青花六方瓶”推出展柜外面，掉在地上碎了。该青花六方瓶是第2391号拍品，清乾隆年间制造的“青花折枝花卉六棱瓶”。该公司最近向法院起诉，提供了房某书写的一份《事情经过》，房某在其中承认：事情由我引起，我承担由此引起的法律责任及一定的经济赔偿。拍卖公司要求房某赔偿保险费、拍卖佣金等经济损失共计人民币133.282万元。这个案件的性质属于侵害物权中的损坏财产，是毫无疑问的。《民法通则》第117条规定，损坏财产和侵占财产，都属于侵害财产的侵权行为，都应当承担侵权责任。房某不慎将拍卖公司的拍品古董花瓶摔碎，造成巨额的财产损失，自应承担侵权责任。在一般的损坏财产的案件

中，适用法律大概没有更多的问题需要研究，但是本案有以下两个问题较为疑难，需要研究：第一，究竟是应当向侵权人起诉侵权人承担侵权责任，还是首先请求保险公司理赔？假如本案的花瓶没有保险，那么，就应当直接由房某承担责任。至于房某承担得了还是承担不了这个巨额的赔偿，则是另外一回事，那就是侵权责任的风险问题了。如果房某无法承担全部损失，就自然由财产的所有人即受害人承担风险了。问题是本案说到了保险费的问题。那么看来本案就一定是对拍品进行了保险。既然被损坏的财产已经保险，那就应当适用“保险优先”的原则，受害人应当首先请求保险公司进行理赔，理赔之后，受害人将其对侵权人房某的赔偿请求权转移给保险公司，由保险公司向侵权人房某追偿。实行“保险优先”原则的原因在于究竟由谁承担赔偿的风险。如前所述，如果侵权受害人首先向侵权人请求赔偿，那么赔偿风险应当由受害人承担，如果受害人没有得到的赔偿部分，再向保险公司请求理赔，不仅可能在程序上是不合算的，而且也还存在保险公司是不是予以赔偿的问题。而受害人直接向保险公司请求理赔，则将全部赔偿风险都转嫁到了保险公司的头上。这也是设立保险制度的根本目的所在。至于保险公司向侵权人追偿是否能够实现或者全部实现，那就是保险公司所要承担的保险风险问题了。如果侵权人不能全部赔偿损失，或者完全不能承担赔偿责任，那保险公司就要自己承受风险。如此说来，受害人应当遵循保险优先的原则，首先请求保险公司进行财产保险进行理赔，而不是首先向受害人请求侵权赔偿。根据案情，本案原告只向法院请求保险费和拍卖佣金的损害赔偿，并没有请求拍品本身的损害赔偿，看来已

经向保险公司请求了理赔。这样做是对的。第二，损害财产的侵权责任赔偿范围应当包括哪些内容？按照《民法通则》第117条规定，损坏财产的侵权责任包括赔偿损失、恢复原状和返还原物。恢复原状和返还原物都是原物还存在或者原物受到损坏但是可以修复的时候要承担的责任。如果不存在这样的条件，则只有进行损害赔偿。财产损害的赔偿，要赔偿直接损失和间接损失。直接损失是指现有财产的减少，间接损失是指可得利益的丧失。在本案的诉讼请求中，原告请求赔偿的是保险费和拍卖佣金，不包括拍品本身的损失。拍卖佣金，是拍品拍卖成功后拍卖公司所得的赢利，拍品既然已经损坏，不能进行拍卖，那么拍品委托人不再会支付拍卖佣金，拍卖公司丧失了这一可得利益，构成可得利益的丧失，属于间接损失，是应当赔偿的。保险费，是对拍品进行财产保险时所支出的费用，如果拍品已经进行了理赔，财产的价值已经得到了保护，但是其代价是付出保险费，那么，该保险费就属于已经支出的财产，是现有财产的减少，构成直接损失，对此，侵权人应当予以赔偿。因此，我认为受害人拍卖公司的两项诉讼请求都是有根据的，应当按照《民法通则》第117条规定，实事求是地予以赔偿。

### 三十四、共同危险行为的侵权责任

在一个高层居民楼上，三个儿童在15层楼的楼道里玩。在玩的过程中，三个儿童发现某家居民的门前放了一些旧的酒瓶子，三个儿童就每人拿起一个，到楼道窗户前，用手把瓶子伸到楼外，喊了一声“一二三”，就一齐松手，把瓶子扔了出去。这时候，正好楼里面的一位居民抱着自己两岁的孩子从楼道里出来，走到门口，这三个瓶子中的一个瓶子正巧打到小孩的头上，将孩子砸伤，在去医院的

途中，孩子死亡。经过调查，不知道究竟是三个孩子中的哪一个孩子的瓶子打死孩子的。因此，受害人的父母将三个孩子作为被告向法院起诉，请求其法定代理人承担连带赔偿责任。这个案件的性质就是共同危险行为。最高人民法院关于人身损害赔偿的司法解释第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131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。”共同危险行为是广义共同侵权行为的一种，在司法实践中时有发生。在《民法通则》中，对这种侵权行为及其责任没有规定。人身损害赔偿司法解释根据实践经验和理论研究成果，明确规定共同危险行为及其责任，为司法实践提供了法律适用的依据。共同危险行为规定源于德国民法的规定，在英美法系中也被纳入共同侵权行为中。共同危险行为又称为准共同侵权行为，是指二人或二人以上共同实施有侵害他人权利危险的行为，并且已造成损害结果，但不能判明其中谁是加害人的侵权行为。也就是说损害事实已经发生，并可判明损害确系数人的危险行为所致，但不能判明确究竟为何人所致，这就是共同危险行为。构成共同危险行为应当具备下列要件：1．行为是由数人实施的。共同危险行为的行为主体必须是二人或二人以上，这是共同危险行为成立的基本条件之一。一个人实施的行为即使造成他人损害，也只是一般侵权行为，不是共同危险行为。2．行为的性质具有危险性。侵权行为法中的共同危险行为的这种危险性，指的是侵害他人生命权、健康权、身体权以及财产权利的可能性，从主观上，行为人没有致人损害的故意，既没

有共同的故意，也没有单独的故意，只存在疏于注意义务的共同过失；从客观上，数人实施的行为有致人损害的现实可能性，这种致害他人的可能性可以从行为本身、周围环境以及行为人对致害可能性的控制条件上加以判断；此外，这一行为没有人为的侵害方向，共同危险行为不针对任何特定的人。

3．具有危险性的共同行为是致人损害的原因。在共同危险行为中，就行为而言，共同危险行为的危险性虽然是一种可能性；但就共同危险行为的构成而言，这种危险性已经转化为现实的、客观的损害结果，具有危险性的共同行为与损害事实之间具有客观的因果关系。共同危险行为与损害结果没有因果关系的，不构成共同危险行为。

4．损害结果不是共同危险行为人全体所致，但不能判明谁是加害人。在共同危险行为中，必须确认，损害结果的发生，不是全体共同危险行为人的行为所致，如果是全体共同危险行为人所致，即为共同侵权行为人；但是在全体共同危险行为人之中，又不能判明谁是真正的加害人，如果已经判明谁是加害人，再应由已经判明的加害人承担赔偿赔偿责任。只有损害结果不是全体共同危险行为人所致，又不能判明谁是加害人，才能构成共同危险行为。共同危险行为的侵权后果，是全体共同危险行为人承担连带责任。至于每个人所应当承担的侵权责任份额，则根据每个人的行为造成损害的概率确定，一般应当承担同等的赔偿份额，因为在一般情况下每个共同危险行为人行为造成损害的概率是相等的。在相等的份额基础上，实行连带责任。按照司法解释的规定，如果“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”。这就是说，如果共同危险行为人之一能够证明自己实

施的行为与损害结果没有因果关系，不是造成损害的原因，则免除侵权责任。这种证明责任由主张自己的行为与损害结果没有因果关系的人承担。能够证明者，免除责任，不能证明或者证明不足的，应当承担连带责任。

三十五、定作人指示过失侵权行为的责任

某市汽车修配厂厂房漏雨，请房地产维修中心派员来维修。房地产维修中心工人自带维修工具前来维修，商定维修费用为3000元。在维修过程中，维修工人先将拆下来的建材运到地面堆放，但汽车修配厂监工为了尽早完成维修工作，让维修工人将拆下来的建材放在厂房顶边沿上，嗣后，厂房边沿的檐板断裂，堆放的建材从房上掉下来，将从房下经过的李某砸伤，经过抢救治疗，虽然没有造成死亡的后果，但李某成为植物人。李某的近亲属作为诉讼代理人向法院起诉，请求汽车修配厂承担侵权责任。汽车修配厂以损害是房地产维修中心的维修行为造成的为由，要求追加其为被告。维修中心认为，损害是由汽车修配厂的过错指示造成的，应当由汽车修配厂对造成的损害承担侵权责任。

这种侵权行为的性质是定作人指示过失责任。大陆法系原本没有这种侵权行为类型，是日本民法典借鉴英美侵权行为法中的独立承揽人的责任的规定，引进到大陆法系的。我国建国以前的民法对此有规定，但是后来的立法和司法实践没有规定这种侵权行为。最高人民法院人身损害赔偿的司法解释借鉴理论研究成果，在第10条规定：“承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的，定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的，应当承担相应的赔偿责任”，规定了定作人指示过失的侵权责任。构成定作人指示过失的侵权责任，必须具备以下要件：

1. 定作人的定作、指示或者选任有过失。定作过失，是指定作加工的本身就存在过失，即承揽事项本身即为不法，如对危险物品的加工等。指示过失，是指定作本身为正当，但定作人在对承揽人完成定作事项的指示中具有过失。选任过失，是指定作人在选任承揽人时存在过失，未尽必要的注意义务。在传统的定作人指示过失责任中，选任过失并不在其中，我国司法解释做这样的规定，还需要进一步总结经验。在本案中，定作人的指示存在过失。

2. 承揽人须执行定作人就定作、指示或者选任有过失的承揽事项。承揽事项，狭义仅指承揽合同关系，但在定作人指示过失责任中对此不应作狭义理解，不应仅仅局限于承揽合同，还应包括承揽加工、建筑承包等合同所约定的内容，泛指依合同约定，一方为另一方完成某种行为的情况。承揽事项原则上依当事人的合同约定，就其定作人有过失的该部分承揽，负其责任。

3. 须承揽人有不法侵害他人或者造成本人损害的行为。承揽人在执行定作、指示时，该定作行为侵害他人的合法权益，即侵害行为是承揽人的行为，该行为为违法。如果承揽人按照定作人的错误指示而造成自己的损害，也构成定作人的责任。至于承揽人是否须有主观的责任要件，要因定作人独立负责或共同负责而有不同。定作人独立负责时，无须承揽人有过失。原因是定作人的这种责任不是为就承揽人的侵权行为负其责任，而是为自己的过错承担责任，因此承揽人勿须有主观的责任要件，只有客观的违法要件为即可。如果定作人和承揽人对造成的损害都有过错，则应当双方共同承担责任。

4. 须有承揽关系之外的第三人或承揽人自身的损害事实。损害事实的发生，应是承揽关系之外的第三人或承揽人自身的

损害，这是一般的要件。但行为与损害间的因果关系，在定作人独立负责时，则须其损害与定作人于定作、指示或者选任上的过失，有相当因果关系；定作人与承揽人共同负责时，其损害一般须与承揽人的行为有相当因果关系，而与定作人于定作、指示或者选任的过失有条件的因果关系，即定作、指示或者选任过失为损害发生的条件即可。确定定作人指示过失责任，最重要的是区分承揽合同和劳务合同的界限。定作人指示过失不发生在劳务合同关系当中，仅存在于承揽合同和与承揽合同相类似的法律关系当中。承揽合同和劳务合同的基本区别，在于前者即承揽合同的劳动者所交付的标的是劳动成果，后者劳务合同的劳动者交付的标的是劳动。如果双方当事人之间的法律关系是劳务合同，那么，受雇的劳动者在劳动中受到伤害或者伤害他人，都是工伤事故责任或者雇主侵权责任，不构成定作人指示过失责任。双方当事人之间的法律关系构成承揽合同，可以成立定作人指示过失责任，那么，如果承揽人损害他人人身财产或者自己受到伤害，是由于自己的过错造成的，则应当由承揽人自己承担后果责任；如果是定作人定作、指示或者选任有过错，并且该过错与损害的发生具有因果关系，则构成定作人指示过失责任，有定作人承担侵权责任；如果定作人和承揽人对损害的发生都有过错，行为对损害的发生都有因果关系，则应当共同承担侵权责任。构成定作人指示过失责任的形态是替代责任。它的特点，是责任人与行为人相分离，行为人致人损害，而责任人承担赔偿责任。受害人受到损害后，要证明定作人定作、指示或者选任具有过失。确定这一点之后，受害人可以直接向定作人请求赔偿，而不向造成损害的行为人请求

赔偿。如果受害人证明不了定作人的过失，则只能向承揽人请求赔偿。 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](http://www.100test.com)