

杨立新:新类型侵权行为系列(五) 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_486173.htm

十六、对儿童未尽安全保障义务造成损害的侵权行为军事部队某部在某山区举行演习结束后,对现场进行了初步清理,并在进入演习场的各个出入口贴出告示:“演习场尚未清理,有危险,村民不得进入,违者后果自负。”当地村民李某、曾某、朱某均为11岁至13岁之间的儿童,在其父母“捡炮弹片可以卖钱”的思想引导下,在部队现场清理分队还未完全撤出前,从其他非正式出入口进入演习场,在捡拾一枚未爆炸的130型火箭炮弹时,发生争抢,引发炮弹爆炸,导致朱某当场被炸身亡,李某、曾某被炸成重伤。事后虽经驻军医院抢救脱险,但李某、曾某伤害后果为二级伤残。两位伤残的孩子和死亡孩子的父母诉到法院,请求判令部队赔偿丧葬费、医疗费、伤残补助费、假肢费等共计70万元。有的学者在报刊上撰文,认为这个案件部队不构成侵权,但可以适当补偿。我认为,这种意见不妥,本案构成对儿童未尽安全保障义务的侵权行为。对儿童未尽安全保障义务的侵权行为,属于最高人民法院关于人身损害赔偿司法解释中规定的违反安全保障义务的侵权行为。在这种侵权行为类型中,对儿童未尽安全保障义务的侵权行为是其中的一种具体形式。确认对儿童未尽安全保障义务的侵权责任制度,其意义在于加强对儿童的保护。儿童缺乏正常的判断能力和必要的社会经验,且其好奇心强,对陌生的、新奇的事物和事件都有特别的关注。同时,儿童对危险缺乏识别能力和防范能力,对于一般成年人能够避免的

危险不能正确认识，即使有所认识也不会有效地防范或者避免，因此极易造成儿童的伤害。法律对儿童加以特别的保护，除了这些理由之外，还因为他们是祖国的未来，是国家未来的生产力。因此，对儿童未尽安全保障义务造成儿童损害的侵权行为相对于其他违反安全保障义务的侵权行为而言，就需要有特别的规则。这种侵权行为的构成要件是：1. 经营者或者从事社会活动的人所进行的经营或者活动，及其场地或者设施、设备等对儿童须具有吸引力。吸引力，就是儿童基于其好奇心对某种事物产生的新奇、关注或者诱惑，因此，经营或者活动能够使一般儿童产生好奇、关注或者诱惑心理活动的，就应当认为具有吸引力。如果这种经营、活动以及场地、设施、设备对儿童具有吸引力，那么，就构成这个要件，就要适用安全保障义务的特别规则。2. 经营者或者从事社会活动的人知道或应当知道，并且认识或应当认识到，其经营或者活动以及场地、设施、设备具有造成死亡或者严重人身伤害的危险。3. 对于这种危险，儿童由于年幼而不会发现危险，或者发现危险但无法认识到可能发生的伤害。如果受到伤害的儿童没有超过一定的年龄，没有达到一定的认识能力，就应当认为其“无法查知”。诉讼时，原告只要证明受害人属于年幼无知，没有达到认识该种危险环境的年龄或者智力，即为完成了对这一要件的证明。4. 经营者或者从事社会活动的人改变危险环境所需要的努力，相对于可能造成人身伤害的危险来说显然为轻。其标准是，如果改变危险环境所需要的努力较低，显然低于造成人身损害的危险，则应当认为符合本要件的要求。如果消除环境危险耗资巨大，则应当采用防范、避免儿童受到损害的其他必要

措施。5. 经营者或者从事社会活动的人没有尽到合理的注意义务消除经营或者活动领域的危险或者采取其他措施保护儿童，存在过错。这种侵权行为的过错要件是过失，而不是故意，并且过失的认定采推定形式，因此，是依据客观事实推定其过错的存在。6. 进入经营或者活动领域的儿童因该危险环境已经造成了人身损害的结果。这个要件包括损害事实和因果关系的内容。构成对儿童未尽安全保障义务的侵权责任，经营者或者从事社会活动的人应当承担侵权责任。这种赔偿责任是人身损害赔偿，是对儿童的人身损害后果承担赔偿责任。按照人身损害事实的不同，区分为死亡、重伤丧失劳动能力和一般伤害三种情况。最高人民法院对此规定了详细的赔偿标准和计算方法。对于一般伤害，应当赔偿常规的人身损害赔偿项目。对于造成残疾丧失劳动能力，应当赔偿残疾赔偿金、残疾辅助工具费、精神损害抚慰金等赔偿项目。对于儿童受害人，这项赔偿更为重要，应当特别精细，以保护好儿童的利益。对于造成死亡的，应当赔偿丧葬费、死亡赔偿金和精神损害抚慰金。

十七、将他人人体写真照交给他人保管构成侵权

1996年，刘某嫁给了自由摄影爱好者余某。那时候，俩人感情好，亲密无间，为了给甜蜜的婚姻留下有意义的纪念，余某为刘某拍了若干张人体写真照片。2003年以来，夫妻感情出现裂缝，双方准备离婚，刘某想起了这些照片毕竟是人体写真，放在别人手里不放心，就怕日后流落出去，名声就给毁了，便以保护肖像权为由，要求得到这些人体写真照片及全部底片，并且要余某保证决不私藏。余某并不理会刘某的要求，他认为这些照片是他精心设计后拍摄完成的，自己享有著作权，不同意交给刘某。刘某

则认为，如果余某对这些照片有著作权，那么就应当补偿其充当作品模特的费用，因此索要8万元模特费。余某认为提供模特创作作品，是刘某自愿所为，不可以再索要费用。双方争执不下，余为了防止照片被“偷”走，把这些人体写真照交给自己的好友保管。因此，刘某认为余某侵害了其肖像权，主张余某或者支付其模特费8万元，或者对其承担精神损害赔偿。在这个案件中，关于肖像权的问题，双方当事人的主张都有一定道理，但余某的道理更为充分。任何人对于自己的肖像都享有肖像权，人体写真照也是肖像，刘某当然享有肖像权；任何人对于自己创作的作品也都享有著作权，作品一经创作完成，著作权就自然产生，余某当然也享有著作权。认定本案构成侵权，理由不在肖像权。需要说明的，是以下几个问题：1. 肖像权包括3个方面的权利：制作权、使用权和维护肖像权的请求权。当年，余某为刘某拍人体写真，是经过刘的同意的，肖像制作权得到认可，因此余某制作该人体写真的肖像在法律上是没有问题的。现在所面临的，是日后这些人体写真照如果被使用，是否会侵犯刘的肖像权的问题。应当明确，即便是经过肖像权人同意制作的照片，尽管其享有著作权，但是日后进行使用，仍然需要征得肖像权人的同意。也就是说，如果余某日后不论出于什么目的要使用这些照片，没有刘某的同意都不行，不然就是非法使用，就是侵权，就是侵害了肖像的使用专有权。同理，可以认为，如果余某占有这些照片，仅仅是为了收藏、欣赏，不予使用，那就没有侵害肖像权的危险了。2. 刘某是不是有理由依据其肖像权来请求余某返还肖像呢？本案争执的照片毕竟是余某创作完成的，他已经享有了著作权，著作权中的

人身权利归他个人享有，任何人无权侵犯。在著作权人占有其享有著作权的作品时，谁也不能强迫剥夺，否则也是侵权。因此，可以认为，刘某在制作这些照片的时候，对她的这一部分肖像权已经做了处分，做了承诺。但是，对于这些照片，尽管余某享有著作权，但是还牵涉到了刘的肖像权，所以他不能未经刘的同意擅自使用，这就是余某在行使对该组照片的著作权时，应该受到限制。3．刘某主张要余某支付8万元模特费用，如果二人能够达成协议，谁也不会禁止他们这么做。现在的问题是余某不同意支付。在制作照片时，双方是为了做纪念，制作也经过了刘的同意，并没有提出费用的要求；现在，没有证据显示余某将照片用于非收藏、非纪念的目的，因此刘某重新要求支付费用没有依据；如果说日后余某出于其他目的使用该照片，他必须跟刘某商量，刘这时就可以提出对价的要求，因为这时涉及到的是肖像使用及其报酬问题，这是肖像权人自己的权利，而不是肖像著作权人的权利。4．尽管在以上三个方面进行的分析，都表明余某的行为没有侵害刘某的肖像权，但是应当注意的是，在这个案件中还有一个刘某的隐私权问题。人体写真照片涉及到肖像权利人的隐私，其隐私的内容就是身体隐私。对于隐私权，一个主要的规则是，掌握他人隐私的人应当承担保守隐私，不予泄漏和宣扬的义务，不得任意出示或者告知他人。余某掌握刘某包含身体隐私的肖像作品，因此负有这种义务。如果余某将该人体写真照片交付他人，就是对刘某隐私的泄漏，应当承担侵害隐私权的侵权。在本案中，余某虽然是以保管的目的将该肖像作品交付他人，但是已经将包含刘某身体隐私的肖像作品交付他人，余某存在未尽妥善保存而将

他人隐私泄漏的过失，具有违法性，因此构成侵害刘某隐私权的侵权责任。对此，刘某主张余某承担侵害隐私权的侵权责任，予以精神损害赔偿，是有道理的，法律应当支持其诉讼请求。

十八、对法人代表进行诽谤的侵权行为 2004年初，某公司副总经理王某在工作期间借用职务之便，私自与他人重复签订工程承包合同，形成“一女二嫁”，给公司造成损失，公司将其免职。王某对此怀恨，将原来掌握的公司有关商业秘密的材料私自拿出，对这些材料进行变造和篡改，编造、歪曲事实，虚构了该公司董事长金某与政府有关部门及其领导相互勾结，欺骗公众，谋求公司上市的虚假事实，并使用恶毒的语言，声称该公司董事长金某是商业欺诈、造假骗人的元凶，进行诽谤，损害金某及其公司在公众中的形象和声誉。金某主张自己的名誉权受到损害，请求法院判决王某承担侵害其个人名誉权的侵权责任。毫无疑问，根据这个案件的事实可以认为是构成侵权责任的。可是，究竟构成什么样的侵权责任，却值得研究。焦点在于，这种行为究竟是侵害董事长个人名誉权的诽谤行为，还是侵害商事主体商誉的商业诽谤行为呢？就一般情况而言，对个人的声誉、名声进行无中生有的攻击，侵害的肯定是个人的名誉权，应当构成对个人的诽谤行为，而不构成商业诽谤行为。可是，当这个被诽谤的个人是商事主体的法定代表人??也就是俗称的法人代表??的时候，如果行为所针对的对象明确地指向法人代表，是故意地对法人代表进行诽谤的时候，这个行为就是对商事主体的诽谤，构成商业诽谤行为，而不是对个人名誉权侵害的普通诽谤行为。商业诽谤行为是一种商业侵权行为，主要的行为类型是对商事主体的诽谤、对商品信誉的诽谤和

对交易的诽谤。对公司法定代表人的诽谤，就是对商事主体的诽谤。对商事主体的诽谤包括对商事主体本身的诽谤，例如对公司的诽谤，也包括对商事主体的代表者即法定代表人的诽谤。之所以对商事主体的代表人即法定代表人的诽谤认定为对商事主体的诽谤，就是因为商事主体的法定代表人即董事长之类所代表的是公司，法定代表人的行为，就是法人的行为，而不是法定代表人本人的行为。对具有法定代表人身份的人进行诽谤，诽谤的内容是法定代表人代表公司所实施的行为，以及造成损害的对象是商事主体的商业利益，那么，对法定代表人的诽谤就是对商事主体的诽谤，而不是对个人的诽谤，就构成商业诽谤的侵权行为。对法定代表人进行的诽谤构成商业诽谤，应当具备以下条件：1. 从侵权行为的角度观察，行为所针对的是法定代表人代表法人实施的行为。只有这样，才能够使对自然人的诽谤转化成对商事主体的诽谤。因此，对法人的法定代表人的诽谤，必须直接针对法人的法定代表人的身份，否则，即使是构成诽谤，也不是对商事主体的诽谤，而是对自然人的诽谤，即对法定代表人本人的诽谤。2. 从侵权行为的具体内容观察，侵害法定代表人的不实言词，涉及到的是其所代表的商事主体，受到攻击的是法定代表人所代表的商事主体的行为。例如对法定代表人代表的商事主体所实施的行为受到歪曲，对法定代表人代表商事主体所进行的行为的诋毁，编造事实对法定代表人所代表商事主体的信誉进行毁损，或者就是直接对法定代表人本身进行诽谤，都是对商事主体进行的诽谤。3. 从侵权行为所造成的后果这个角度观察，所造成的损害后果是法定代表人所代表的商事主体的名誉、商誉的损害。在我国，

自然人和法人分别都享有名誉权，其名誉权都受到法律的保护。虽然侵害名誉权的后果都造成受害人名誉权的损害，但是自然人的名誉权受到损害和法人包括商事主体的名誉权受到损害表现不同。商事主体的名誉权所保护的，主要是商誉和信誉，而自然人的名誉权所保护的，是对其的客观综合评价。如果侵权行为针对的是法定代表人的代表身份，那么造成损害的应当是其所代表的商事主体，而不是本人，这样就构成对商事主体的诽谤，即商业诽谤。否则就是对个人的诽谤。在其他方面，诽谤商事主体的法定代表人的行为是否构成侵权责任，应当遵循侵权责任尤其是诽谤的侵权责任构成的一般要件，即：（1）必须具备有损于他人名誉、商誉、信誉的不实言词；（2）必须有该种不实言词的超出当事人之外的第三人的公布；（3）实施诽谤行为的人在主观上至少有过失，当然一般的是故意的主观状态。一个针对商事主体的法定代表人的诽谤，具备了这三个要件，再具备前边的三个要件，这个诽谤行为就是对商事主体进行的商业诽谤。受害人就有权以商事主体及其代表人的身份就其损害请求行为人承担商业诽谤的侵权责任。

十九、黑心奶粉对“大头娃娃”的侵权责任

析制造缺陷的产品侵权责任 自去年5月份以来，安徽省阜阳地区发现171名婴儿因食用劣质奶粉出现营养不良综合症，其中因并发症死亡13人，仍在住院治疗的儿童2名。目前，阜阳市已检查奶粉产品经营户3783户，抽检109组，扣留涉嫌不合格奶粉6110袋，并就地封存了326箱和另外12862袋进货渠道不明、有关手续提供不全的奶粉，责令暂停销售2159箱，没收过期奶粉382袋，立案查处了23起涉嫌销售不合格奶粉的案件。在阜阳销售的奶粉不合格的46个厂家，55

个品种，黑心奶粉造成食用儿童“大头娃娃”致病原因是，该奶粉脂肪、蛋白质和碳水化合物等基本营养物质不及国家标准的三分之一，低于5%的有31个品种，最少的不足0.37%。食用黑心奶粉的婴儿由于蛋白质含量严重不足，根本不能满足婴儿的生长需要，长期食用会导致婴儿患上“重度营养不良综合症”，在本是儿童生长最快的时期却因食用黑心奶粉而停止生长，四肢短小，身体瘦弱，脑袋尤显偏大，被当地人称为“大头娃娃”，严重的甚至越长越轻、越小，直至心、肝、肾等器官功能衰竭而死亡。目前，已经有部分受害人及其近亲属向消协等部门提出索赔，但是，效果尚不明显。这种制造和销售黑心奶粉的行为，在侵权行为法上，就是制造缺陷的产品侵权行为，应当依照《民法通则》第122条的规定，责令黑心奶粉的制造者或者销售者对受害人承担侵权责任。产品侵权责任是一种特殊侵权行为类型，其含义是，制造或者销售有缺陷的产品，该产品造成了受害人的人身损害或者财产损害，其制造者或者销售者应当对受害人的人身损害或者财产损害的后果承担侵权损害赔偿责任。确定产品侵权责任的最基本要求，就是确定造成损害的产品是否有缺陷。只要造成损害的产品有缺陷，那么，就成立产品侵权责任。认定缺陷，主要有三种：一是设计缺陷，二是制造缺陷，三是产品警示说明不充分的缺陷。黑心奶粉的缺陷，就是制造缺陷，是产品制造者为了追求非法利益，昧着良心，制造脂肪、蛋白质和碳水化合物等基本营养物质含量几乎等于零的奶粉，造成了众多儿童患上重度营养不良综合症，严重损害了食用儿童的身体健康，甚至造成死亡的后果，侵害了受害人的健康权或者生命权，构成了制造缺陷的产品侵权责

任。在追究黑心奶粉责任人的法律责任的时候，现在的媒体上的有些说法是不正确的，这就是只强调追究其行政责任，不强调追究其民事责任，或者只强调追究黑心奶粉制造者的民事责任，而没有重视对销售者民事责任的追究。不错，对制造或者销售黑心奶粉的人应当追究其行政责任，对其罚款或者吊销营业执照等行政处罚都是应当的，但是不能忽视对其追究民事责任。产品侵权责任的责任形式，是不真正连带责任。这就是：第一，在缺陷产品致人损害之后，受害人同时产生了两个损害赔偿请求权，一个是针对产品销售商的，一个是针对产品制造商的；第二，这两个损害赔偿请求权，受害人只能根据自己的利益选择其中一个请求权行使，选择了一个请求权之后，另外一个请求权消灭。黑心奶粉的受害人可以请求制造者承担责任，也可以按照“最近原则”，直接请求销售者承担责任。第三，损害赔偿责任的最终承受者，应当由造成缺陷的责任人承担，如果缺陷是由制造者造成的，由制造者承担责任，如果缺陷是由销售者造成的，则由销售者承担；如果销售者应受害人的请求权而承担了侵权责任，而缺陷不是由其造成的，而是由制造者造成的，则销售者承担了赔偿责任之后，对缺陷制造者即产品制造者享有追偿权，可以请求制造者承担损害赔偿 responsibility。现在媒体对黑心奶粉的宣传，只强调对黑心奶粉制造者的民事制裁，没有强调对销售黑心奶粉的销售商民事制裁，是不正确的。按照法律的规定，受害人可以直接向缺陷产品的销售者请求赔偿其损害，消费者不得以自己不是产品缺陷的制造者而主张不承担责任。这样，一方面对受害人的法律保护有利，另一方面，销售者应当承担责任，也是对销售者违法销售黑心奶粉的

一种法律制裁，对于规范市场秩序，保护人民的人身安全，是有利的。在制定民法典侵权行为法编的时候，专家学者一致主张，对于故意或者重大过失销售、制造缺陷产品造成损害的，应当建立惩罚性赔偿金制度，这是极为正确的，黑心奶粉案也说明了这一点。不过，这还是一个探讨的意见，有待于法律的正式通过。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