

侵权责任编应更多回应社会关切

刘士国

侵权责任编，调整的是因侵犯民事主体合法权益产生的责任关系。作为民法典的最后一编，对民法总则、物权、人格权、婚姻家庭和继承各编规定的民事权利受到侵犯给予保护，也涉及对第三人侵害合同权利的保护，充分体现了法典的完整性，是民事立法的重大进步，也是中国民法典的重要特色之一。侵权责任与民事主体的的利益息息相关，历来受到人民群众的特别关切。侵权责任编是否进一步完善，是衡量民法典编纂水平的重要标志，关乎民法典编纂之后能否实现民事关系良法善治的国家治理水平，必须进一步贯彻党的以人民利益为中心的执政理念，在我国侵权责任法的基础上进一步总结法律的实施经验、听取社会各方面意见加以完善。民法典侵权责任编草案，进一步完善了公平责任、精神损害赔偿、网络侵权制度、机动车交通事故规则、生态环境损害责任，增加了一些新内容，是十分必要的。总体而言，侵权责任编草案水平较高，但有些社会关切问题尚未得到立法回应。为此特提出以下修改建议：

建议原则规定国家赔偿责任

一是应在一般规定中增加一条，原则规定国家赔偿责任。我国虽有国家赔偿法，这一法律虽具有公法私法的综合性，但就其本质而言调整的是国家机关及其工作人员因违法执行职务致他人人身、财产损失，由国家承担的责任，国家机关为赔偿的义务主体。违法执行职务致人损害，国家机关及其工作人员与被害人转化为平等的社会关系，只有在合法执行职务的范围内当事人的关系才是非平等的命令与服从关系。编纂民法典既然以编纂体系完备的法典为目的，就应包括国家赔偿关系。民法通则就规定了国家赔偿的特殊侵权责任种类。制定侵权责任法时，同时也在修改国家赔偿法，因此侵权责任法没有规定国家赔偿责任，但这并不表明否认国家赔偿的民事责任性质。现在强调“将权力关进制度的笼子里”，违法执行职务致人民损害，就跑出了制度的笼子，进入民法领域，形成一种平等的社会关系，应由民法调整。侵权责任编增加规定国家赔偿责任，就是进一步明确公法和私法的边界，否则权力的笼子就是虚无缥缈的，就难以预防违法执行职务致人民损害，也不利明确法

- 侵权责任编草案增加国家赔偿原则性规定，以统领作为民事特别法的国家赔偿法，只有这样才能表明国家赔偿性质的平等性，才有利于把握国家赔偿的实质，发挥国家赔偿法的预防作用，正确适用国家赔偿法。
- 应恢复征求意见稿关于互联网医疗组织之间因咨询产生的责任承担规定。依据国际惯例，对面医疗的组织或医师向其他医疗组织或医师咨询诊断，结果使患者损害，应由提出咨询的一方承担民事责任。
- 在物件侵权责任方面，应改称“工作物责任”或者“物致人损害责任”。民法典编纂要精益求精，使用物件责任，既是语法错误，也不合法理，应予修改。

律关系的性质，教育违法行为人。侵权责任编草案增加国家赔偿原则性规定，以统领作为民事特别法的国家赔偿法，只有这样才能表明国家赔偿性质的平等性，才有利于把握国家赔偿的实质，发挥国家赔偿法的预防作用，正确适用国家赔偿法。我国在修改了房屋拆迁补偿法后，违法拆迁仍时有发生，甚至发生了某个县以殡葬改革为理由将老百姓准备的棺材强行收走事件，发生了某个县以平整土地、便于机械化为理由强行平坟事件。这些显然也属违法执行职务。保护个人合法财产任重道远，侵权责任编应对社会普遍关切的这些问题做出没有确切法律依据不当执法，造成自然人人身财产损害的，应当承担民事责任的规定。

建议恢复互联网医疗相关规定

二是应恢复征求意见稿关于互联网医疗组织之间因咨询产生的责任承担规定。互联网医疗，是互联网时代基本的医疗方式，具有快捷、节省资金、充分利用医疗资源等优点。但也会产生资质低的医疗机构向资质高的医疗机构咨询诊断关系。这是较之非互联网医疗仅限于与患者对面医疗的简单医患关系多出的一层医疗机构或者医师之间的关系。依据国际惯例，对面医疗的医患关系为基础，对面医疗的组织或医师向其他医疗组织或医师咨询诊断，结果使患者损害，应由提出咨询的一方承担民事责任。因为只有提出咨询一方因与患者对面医疗掌握患者的具体情况，提供咨询意见的另一方医疗组织或医师只是根据提出咨询一方提供的资料提供咨询意见，所以对患者损害不承担民事责任。侵权责任编征求意见稿对此作了具体规定，不知何种

原因在草案中这一条文被取消。

我认为这是互联网时代人们关切的重要问题，立法不应对此回避。互联网医疗在我国发展较快，如果立法不对此作出规定，显然构成立法不应有的漏洞。立法机关删除征求意见稿中互联网医疗咨询责任的规定，可能的原因是与 2017 年 7 月至 10 月国家开始整治互联网医疗。互联网医疗“遍地开花”，确实有点乱。根据国际惯例，初诊不能利用互联网医疗，而在我国因监管不到位，一些医院利用互联网进行初诊。这是对患者不负责任的行为，因为只有经对面初诊才能掌握患者的全面情况。但是，我们不能因整治互联网医疗，就删除征求意见稿的规定。整治不是取消互联网医疗，而是促进其健康发展，况且征求意见稿相关规定针对的不是初诊，而是医疗机构及其医务人员间的咨询关系，这可能涉及未经初诊就发生咨询的情况，草案可以规定“经初诊后发生”的限制性规定，而不能完全删除，对社会关切的问题视而不见。

建议修改“物件”侵权责任称谓

三是在物件侵权责任方面，应改称“工作物责任”或者“物致人损害责任”。“物件”过于口语化，语法上“件”是个量词，不宜与所有的物搭配使用。比如建筑物倒塌致人损害，就不能说是一件建筑致人损害。“物件”也没有反映出该类型责任法理。民法理论上原称为“工作物责任”，法理上是指这些物在发挥其物理性能时致他人损害，这种物理性能的发挥被视为工作状态，因其所有人或者管理人是其物理性能发挥的受益人或是其工作危险状态的设立者，依据谁受益谁承担责任的利益规则 and 谁设立谁对其危险所

检察机关参与庭前会议应当注意的五个问题

曹坚

庭前会议是落实以审判为中心的刑事诉讼改革的重要配套制度之一，对合议庭及时听取控辩双方意见，发现归纳提炼争议焦点问题，保证庭审顺畅，提高庭审质效果等具有积极意义和作用。从现行刑事诉讼法的规定来看，在开庭以前，系审判人员根据公诉案件的情况，可以召集公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人，对可能涉及到的与审判相关的程序问题，了解情况，听取意见。可见，审判方在庭前会议的启动、进行、总结等阶段发挥着组织、引导、反馈等作用。公诉人作为控方参与庭前会议，应当积极适应庭前会议在刑事诉讼实践中正在发生的变化，通过有效参加有着“准庭审”、“预备庭”美誉且已具备相当诉讼化构造的庭前会议，积极发挥公诉职能，提高公诉水准和办案质量。

一是根据起诉指控犯罪的情况积极主动建议启动庭前会议。公诉人应当在提起公诉之前对案件庭审可能遇到的问题与困难了然于胸，根据具体情况建议合议庭择时召开庭前会议。（1）建议的时间。一般是在案件提起公诉后及时与审判人员沟通联系商量庭前会议事宜，也可以在提起公诉前提醒审判人员把握庭前会议的时间节点。（2）建议的方式。根据目前司法实践的情况，多由公诉人以口头方式建议。

如果口头建议没有引起审判人员重视而确有必要召开庭前会议的，可采取书面方式以检察机关的名义建议审判机关召开庭前会议。（3）召开庭前会议的必要情形。主要区分两类，一是案件本身系重大、疑难、复杂、敏感，有必要召开庭前会议，铺垫正式庭审；二是案件本身虽然普通，但在审查起诉阶段已经暴露出相关程序、证据的问题，有必要通过庭前会议进一步听取辩方意见，采取有效措施排除程序性障碍。

二是通过庭前会议及时有效发现程序问题与争议证据。根据刑事诉讼法的规定，庭前会议的主要职能是解决回避、出庭证人名单、非法证据排除等与审判相关的问题。程序是否合法规范，以及证据的合法性是庭前会议的主旨。因此，公诉人参加庭前会议的一个重要目的就是及时有效发现程序和证据问题，在会议上予以针对性的答复或解释，对控辩双方能够认识一致或接近的尽量促成意见一致，对无法达成共识的，应当在庭前会议后及时补正，或者采取其他有效办法在正式庭审中予以有力回应。

三是在庭前会议中适当展示全案证据。在庭前会议上能否展示全案证据存在不同认识。笔者认为，庭前会议的实质是控辩双方

在合议庭组织下的协商形式，与庭审有着本质区别。但是，在庭前会议通过适当方式展示全案证据有利于解决证据合法性问题，如果不展示证据，庭前会议的局限性显而易见。最高院《人民法院办理刑事案件庭前会议规程（试行）》（以下简称《会议规程》）规定，召开庭前会议前，人民检察院应当将全部证据材料移送人民法院。庭前会议中，对于控辩双方决定在庭审中出示的证据，人民法院可以组织展示有关证据的目录。可见，展示全案证据，是庭前会议的重要内容。公诉人在庭前会议可通过如下方式展示证据：概括性说明证据的来源以及举证的方式；分组展示证明案件事实的证据。辩护人可对所展示证据的合法性提出意见，对证据“三性”没有意见的可以由合议庭予以确认，正式庭审时对此节证据可简化示证、质证。

四是归纳提炼庭审争议焦点。《会议规程》规定，合议庭在庭前会议中要听取控辩双方对在案证据的意见，归纳存在争议的证据。庭前会议的重点是解决程序性问题与证据合法性问题，归纳提炼争议焦点是庭前会议在此基础上的延伸任务，目的是为了聚焦庭审重点提高庭审质效。《会议规程》规定，被告人及其辩护人在开庭审理前申请排除非法证据，并依

致损害负责的规则，法律才规定所有人或者管理人负工作物致他人损害责任。即便退一步称物致人损害责任也可以。民法典编纂要精益求精，使用物件责任，既是语法错误，也不合法理，应予修改。

侵权责任编草案保留了不应保留的已被实践证明不妥的所谓高空抛物致人损害加害人不明由相邻人共同承担补偿责任的规定。这不是一种损害赔偿责任，在制定侵权责任法时已经辩明违背损害赔偿责任原理，所以才不得不将赔偿改为补偿。2000 年发生的重庆“烟灰缸案”，某受害人被楼上扔下的烟灰缸砸中，因无法确认加害人，最终法院判决小区道路两旁两幢楼的 22 户居民因有加害可能，每户平均赔偿 8000 余元，共计 17 万元。这是侵权责任法规定高空抛物加害人不明由可能加害人补偿的重要参考案例。但这一案例至今仅有三户人家交了款。我们曾去该法院调研，该院民庭审判员一致认为，这一判决不妥，强制执行不近人情。侵权责任法实施后，发生的一些案件也证明，不分青红皂白让相邻人承担补偿责任，当事人并不情愿接受，也不会自觉履行，法院也是难以执行的，致使一些判决实际上不能生效。既然补偿不是一种民事责任，就只能寻求其他救济办法，如民政部门救济。这也是社会反响较大，人们普遍关切的问题。

我认为解决这个问题，一是现行医保可以对轻微损害实施足够的救济；二是对超出医保救济的严重损害，加害人构成犯罪，若加害人不明，民政部门可以给予必要的救济。依据 1985 年联合国通过的《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》规定，当刑事被害人无法从罪犯或者其他来源得到充分补偿时，会员国应设法向被害人及其家属提供补偿。我国是该国际文献的缔约国，理应承担该国际文献规定的责任。侵权责任编草案应根据侵权责任法实施经验，删除这一条款或者规定其他能被社会普遍接受的条款。如果说民政部门救济不利于预防侵权行为，也可以规定由小区物业管理公司安装必要摄像监控预防高空抛物，对不能确认加害人的，由物业管理公司对严重受害人给予一定补偿。这比现在的规定好得多。

（作者：复旦大学法学院教授。本文为作者主持的上海市教委重大科研创新项目《中国特色社会主义民法典理论研究》的阶段性成果。项目编号：2017—01—07—00—07—E00003）

照法律规定提供相关线索或者材料的，人民检察院应当在庭前会议中通过出示有关证据材料等方式，有针对性地对证据收集的合法性作出说明。因此，公诉人应当在庭前会议召开前做好应对非法证据排除申请的准备，围绕焦点争议证据收集合法性证明材料。对证据合法性确有争议但尚不能达到认定系非法证据的个别争议证据，公诉人应进行全盘评估，如不影响证明结论的，可在庭前会议上决定撤回该证据。

五是依法促进被告人认罪悔罪。根据刑事诉讼法及相关司法解释的规定，被告人不是必须参加庭前会议，但是考虑到相关程序和证据问题与被告人的权利利益攸关，实践中通常通知被告人参加庭前会议。

《会议规程》规定，对于被告人在庭前会议前不认罪，在庭前会议中又认罪的案件，人民法院核实被告人认罪的自愿性和真实性后，可以决定适用速裁程序或者简易程序审理。这就表明，庭前会议带有促进被告人认罪服法的教育功能，公诉人根据庭前会议的进展情况，系统展示案件证据，阐述证明逻辑，抓住时机阐明涉案犯罪事实，着重说明自首、从犯、退赃退赔、认罚等情节，依法促进被告人认罪悔罪，可有效节省司法资源。

（作者单位：上海市人民检察院第一分院）