

未成年人模仿侵权相关问题探讨

——对“喜羊羊案”判决的评论与展开

葛江虬 余小伟*

目次

一、引言

二、基本案情

(一) 事实概要

(二) 判决及理由

(三) 焦点问题提炼

三、本案评析之一：过错的认定

(一) 过错与注意义务

(二) 注意义务的学理界定

(三) 积极作为义务的产生标准

(四) 对本案的分析

四、本案评析之二：因果关系的认定

(一) 因果关系的学理界定

(二) 对本案的分析

五、余论与结论

摘要 在处理未成年人模仿影视作品之侵权案件时,就动画公司的积极作为义务而言,其发生依据应考量三重来源:法律与职业规定、特殊关系、制造或维持危险源。作品相关情节是否属于“危险源”,应以“可模仿性”“可能引起后果的严重程度”以及“有模仿能力之未成年人的识别能力”为标准。就因果关系的认定而言,对事实因果关系与法律因果关系的区分,以及对“必要条件”与“盖然性”标准的应用,是判断的基本出发点。通过适用该分析框架,在“喜羊羊案”中,动画公司应对损害结果承担侵权责任。此外,如何履行上述积极作为义务、《消费者权益保护法》能否适用等问题,同样值得进一步探究。

关键词 模仿侵权 不作为侵权 注意义务 警示义务 因果关系

* 荷兰马斯特里赫特大学博士研究生。

一、引言

近日,江苏省东海县人民法院就一起影响广泛的民事侵权案件做出了一审判决——未成年人模仿动画片《喜羊羊与灰太狼》剧情,将另外两名未成年人烧伤,法院认为除行为人就损害赔偿须承担60%的责任外,动画片的制作发行方也需要承担15%的责任。

这则判决在公布后引起了广泛的社会反响。与法院“普遍肯定”^{〔1〕}的预期相悖,各方对于判决所持立场莫衷一是。例如,腾讯网发起“模仿喜羊羊被烧伤,制作公司是否该赔偿”的话题讨论,在参与话题讨论的近八万名网友中,有约63%的人认为制作公司不应赔偿,并提出了一些质疑,与此同时,只有约37%的人认为《喜羊羊》制作公司应当赔偿烧伤儿童。^{〔2〕}

事实上,这些朴素的情感背后,蕴含着大量的法律问题。在本案判决中,法官虽然提出了一些概念,在说理上同样可圈可点,但是在一些关键问题——如动画公司的过错和因果关系的认定上——并未提供更有说服力的论断,以至于判决结果引起了众多争议。与此同时,本案中涉及的一系列问题也可使我们重新审视我国《侵权责任法》所确立的责任成立规则,并增加全新的意涵。而且,我国法律界对于此类“模仿侵权”缺少关注,^{〔3〕}尤其是对类似本案“动画作品中的警示义务”也缺乏更进一步的说明。可以预见的是,出于我国暂时没有引入影视作品分级制度、快节奏的生活方式使得家长对子女的照顾有时难免疏漏等原因,与本案相类似情形的发生亦将无可避免。司法机关将不得不在审查监督机构未予明示的情况下进行规则续造,介入“警示义务”的必要性判断等场合,同时对因果关系的认定等其他问题做出裁断。在此语境下,将此种侵权予以一定的类型化,明晰其构成要件与判断标准同样深具意义。

以下,本文首先将介绍“李某冉、李某与李某顺、广东原创动力文化传播有限公司生命权、健康权、身体权纠纷案”的事实概要与裁判要旨;继而梳理出本案所涉相关法律问题;继而以解释论为核心,并参考比较法上可予以借鉴的经验,明晰本案涉及的若干理论前提;并在此基础上,对案件进行深入分析,参考相邻学科的一些基本认识,讨论未成年人模仿侵权中违反“警示义务”的认定,以及动画制作及发行与损害后果之间,究竟是否存在因果关系。在文章最后,笔者将不局限于法院判决所采纳的侵权法进路,对本案适用《消费者权益保护法》的可能性予以探讨;并根据本文所获得的结论,为以后同类案件的裁判提供更具可操作性的标准,为相关企业履行法律义务、规避风险提出建议——与此同时,以期为后续更为深入的探讨,提供一个基本的出发点。

〔1〕 连云港市中级人民法院官网对该案的社会效果进行了总结,并认为“媒体普遍肯定法院判决”。参见方帅:《东海县烧伤两儿童诉李某某及〈喜洋洋与灰太狼〉制片方生命权、健康权、身体权纠纷案一审宣判》,载连云港市中级人民法院官方网站(<http://www.lygfy.gov.cn/newShow.aspx?id=1105>,最后访问时间2013-12-19)。

〔2〕 即便腾讯网提供的导言已经针对网友的若干质疑进行了回应,但网友们在讨论中仍提出了不少不同意见,可大致摘录如下:孩子自作主张、父母监护不力,动画公司错在何处?《喜羊羊》受众基数极大,只有涉案孩子烧了人,相关情节一定就会引起模仿吗?如果像法院所说须予提示,那么早期引进的《猫和老鼠》等作品也没有提示,为何并无问题?现在的电视剧、电影等其他媒体节目中也充斥着暴力情节,为何偏偏动画制作公司受此诘难?行政主管部门为何无须担责?参见《模仿喜羊羊被烧伤,制作公司是否该赔偿?》,载腾讯网“今日话题”2013年12月19日第2647期(<http://view.news.qq.com/original/intouchtoday/n2647.html>,最后访问时间2013-12-20)。

〔3〕 与大众传播媒体有关的侵权类型,学界讨论较多的是“媒体侵权”(抑或“新闻侵权”)。其内容主要是与下述行为有关:媒体、媒体从业人员或其他自然人在从事传播活动时不当行使新闻自由权,侵害民事主体合法权益。在此类案件中,受到损害的往往是当事人的隐私权、名誉权等人格权。晚近讨论可参见刘凯湘:《在私权保障与新闻自由之间——以媒体侵权的类型为视角》,载《法律适用》2013年第9期,第22~32页。显而易见的是,此类侵权与本案所涉及的相去甚远。

二、基本案情^{〔4〕}

(一) 事实概要

被告广东原创动力文化传播有限公司(以下简称“广东原创动力公司”)制作发行的动画片《喜羊羊与灰太狼》中,有捆羊和用火煮羊等暴力情节。被告李某顺(10周岁)、原告李某冉(7周岁)、李某(4周岁)曾观看过这部动画片。2013年4月6日下午5时许,被告李某顺与两原告李某冉、李某在东海县石榴镇麻汪村东相遇后一起玩耍,就地取材,模仿被告广东原创动力公司制作的《喜羊羊与灰太狼》动画剧情做“绑架烤羊”游戏。被告李某顺将原告李某冉、李某绑在一棵树上,用随身携带的打火机点燃树下竹叶,导致原告李某冉、李某被火烧伤。李某冉、李某其后被邻居李保官紧急救下送东海县人民医院急诊抢救,同日转至连云港市第一人民医院住院治疗,于2013年5月7日出院。出院诊断为:原告李某冉全身多处烧伤40%,三度;李某全身多处烧伤80%,三度,吸入性损伤,此阶段治疗有相关票据证明的医疗费用261682.63元。2013年5月9日,原告被转入北京市304医院继续治疗。被告李某顺法定代理人于2013年5月8日向原告法定代理人支付了治疗款104000元,并认可其中有30000元系社会捐助给原告。2013年6月22日,被告李某顺法定代理人李某贵又向原告法定代理人支付了治疗款10000元。被告广东原创动力公司持有真实有效的广播电视节目制作经营许可证,即《喜羊羊与灰太狼》国产动画电视片发行许可证,具有制作、发行动画片的主体资格,其制作、发行《喜羊羊与灰太狼》动画片的程序符合相关规定。

(二) 判决及理由

东海县人民法院认为,原告李某冉、李某与被告李某顺共同模仿《喜羊羊与灰太狼》片中情节玩耍游戏,在模仿游戏中被告李某顺实施捆绑原告李某冉、李某的行为,并用随身携带的打火机点燃竹叶,造成原告李某冉、李某被不同程度烧伤。被告李某顺已满10周岁,其年龄相对原告李某冉、李某略大,属限制民事行为能力人,而原告李某冉、李某均为无民事行为能力人,被告李某顺的认知能力和行为控制能力相对较强,对造成的损害所起的作用相对要大,被告李某顺对原告李某冉、李某造成的损害依法由其监护人承担侵权责任,因未有证据证明被告李某顺有自己的财产,对其侵权责任的后果依法由其监护人李某贵、柴某芹承担。该院综合案情,确定被告李某顺的法定监护人李某贵、柴某芹赔偿原告李某冉、李某损失的60%,即157009.58元。

被告广东原创动力公司以营利为目的制作的《喜羊羊与灰太狼》动画片,传播对象主要是未成年人这个特殊群体,其在制作、传播相关音像制品时,除应遵守《音像制品管理条例》的相关规定外,还应受到未成年人权益保护的相关法律法规的制约,主动严格审查、过滤未成年人不宜的情节和画面,并负有提示风险、警戒模仿的注意义务。而其在制作、发行的涉案音像制品中,仍存在暴力情节和画面,对本案未成年人的行为认知产生了不良影响,误导本案未成年人模仿其情节,导致原告李某冉、李某被烧伤的严重后果。虽然该片的制作、发行经过了行政许可,但实际造成了损害的客观后果,该后果与被告原创动力公司的发行行为存在法律上的因果关系,被告广东原创动力

〔4〕 案情简要介绍参见李健:《儿童状告〈喜羊羊与灰太狼〉制作人胜诉》,载《人民法院报》2013年12月19日,第3版;更为详细的判决内容,参见江苏省高级人民法院微博,“烧伤儿童状告《喜羊羊与灰太狼》原创公司等生命权、健康权、身体权纠纷案一审宣判”(http://www.weibo.com/jiangsugaoyuan,最后访问时间2013-12-19)。本文在对上述内容进行择录后,与该案的庭审直播进行了比对,并根据直播内容在适用条文部分进行了补充。参见江苏法院庭审直播网:《喜羊羊案件》(http://ts.yunshipan.com/lygdhfy/video/10770,最后访问时间2014-01-09)。

公司未尽应有的注意义务,对损害事实存在过错,应当承担相应的侵权责任。该院综合案情,结合因果关系及过错程度,确定被告广东原创动力公司承担原告李某冉、李某损失的15%,即39252.39元,对被告广东原创动力公司辩称其不应承担侵权赔偿责任的意见,该院不予支持。

原告李某冉、李某自身参与了模仿游戏,其监护人没有尽到相应的监护责任,应承担相应的责任。

从全面、特殊、优先保护未成年人的合法权益出发,对原告李某冉、李某诉求中的合理部分予以支持。经合议庭评议并报经该院审判委员会讨论决定,依照《中华人民共和国民事诉讼法》第16条第1款、第119条,《中华人民共和国侵权责任法》第12条、第16条、第32条,《中华人民共和国未成年人保护法》第3条、第34条,《音像制品管理条例》第3条第2款第7项,及最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第17条第1款等相关规定,做出上述判决。

(三) 焦点问题提炼

本案中,被告李某顺的父母应就其子的侵权行为承担替代责任,自不待言。而真正引起关注的,则在于广东原创动力公司作为模仿对象动画片的制作人,是否应当就其制作的动画作品所造成的损害后果,承担侵权责任。

针对该问题,审理法院的思路,是以一般侵权责任的构成^[5]为出发点,探讨构成侵权行为的损害、过错,以及行为与结果间的因果关系。由于两名孩童所遭受的损害并无疑问,那么责任成立与否的焦点,便在于广东原创动力公司是否具有过错,以及他们制作动画作品的行为与损害结果间是否具有因果关系。^[6]

就过错而言,法院特别提及了动画制作公司存在注意义务的违反——而该注意义务内容,是应“受到未成年人权益保护的相关法律法规的制约,主动严格审查、过滤未成年人不宜的情节和画面,并负提示风险、警戒模仿的注意义务”。这里需要强调的是,尽管过错在法理上可分为故意与过失,但与刑法上故意与过失的重要区分不同,如果能够证明加害人存在过失,一般侵权责任足以成立。^[7] 由于本案中不涉及故意的情形,因此,下文将在讨论责任构成的主观要件时使用“过错”或“过错责任”等法律概念,而在涉及案件的具体分析时则统一使用“过失”来探讨注意义务违反——通常而言,违反“注意义务”即为有过失。事实上,虽然“注意义务”一词对我国学界与实务界人士而言均非陌生,但是毕竟在《侵权责任法》中只有第75条提到了此类义务。在一般侵权的领域,注意义务来源为何、出处为何,仍应结合案件具体情况进行分析。本案中,根据法院所描述的注意义务,主要是一种对危险情节进行提示风险、警戒模仿的作为义务。然而,此种作为义务从何产生,引起何种效果,法院的说理有些暧昧不清,其判断标准则更加扑朔迷离。

相对于过错部分的论述努力,法院对于因果关系成立部分的表达则是一笔带过——仅仅有“该后果与发行行为存在法律上的因果关系”一句而已。虽然与案件有关的新闻报道为我们提供了为何法院得出如此结论的蛛丝马迹,但是无论在学理上还是结合本案的具体情况,仍有不少问题点亟待厘清。

因此,本文的评析将主要基于本案中的“过错”和“因果关系”两大问题展开。

[5] 尽管法院适用条文中既没有提及《侵权责任法》第6条,也没有提及《民法通则》第106条,而是直接将《侵权责任法》第12条作为了请求权基础。

[6] 关于侵权责任的构成要件模式,我国学说上素有争议。但是这并非本案涉及的焦点问题,此处不赘。

[7] 当然,在损害赔偿额的确定上,故意与过失的区分仍是有意义的,例如,《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第10条第1款规定:“精神损害的赔偿数额根据以下因素确定:(一)侵权人的过失程度……”另外,依《侵权责任法》第27条,受害人故意也是侵权责任的免责事由之一。

三、本案评析之一:过错的认定

(一) 过错与注意义务

根据我国《侵权责任法》第6条,过错是为一般侵权责任成立的要件之一。在一般侵权责任的场合,行为人是否存在过错的判断至关重要。

过错是一个主观概念,但过错——尤其是其中过失的部分——的判断标准却是客观的:即违反一个在相同情况下的“合理人”“善良家父”或“善良管理人”为了避免损害结果的发生所应当履行的义务。此类义务称为“注意义务”——这一点在我国立法与学界皆有共识。^{〔8〕}这一判断标准实际上与当前国外的主流见解也颇为一致。^{〔9〕}然而,本案中究竟是否存在某种为避免损害结果发生的注意义务,而被告的作为或不作为是否构成对此注意义务的违反,仍需结合“此类义务究竟性质如何、何时发生,具体情形如何判断”等一般性问题的具体展开从而一一厘清。

(二) 注意义务的学理界定

注意义务(duty of care)者,谓采取合理防范措施以回避给他人造成损害之法律义务也。^{〔10〕}只有在加害人对受害人负有注意义务的前提下,加害人违反其注意义务,才有可能构成过失。换言之,注意义务的违反是构成侵权责任的前提之一。那么,民事主体究竟应当对哪些群体或个人负有注意义务呢?

对于这个问题,首先应当肯定的是,民事主体无法也不应对一个与自己关系遥远的、或者根本无法合理预见的人负担注意义务,否则民事主体在社会生活中的任何举动皆可能引发责任,行为自由将大受限制。因此,民事主体所负担注意义务的人群,应当离自己距离较近,且可以合理地预见到自己的行为会对其产生影响。这时,课加给行为人社会往来上必要的注意义务便合乎情理了。这样的立场在英国法上被称作“邻人原则”,于1932年由阿特金勋爵(Lord Atkin)在“多诺霍诉史蒂文森案(*Donoghue v. Stevenson*)”^{〔11〕}中提出。根据邻人原则及其后续发展,侵权人对潜在

〔8〕 参见杨立新:《侵权责任法》,法律出版社2012年第2版,第96页;张新宝:《侵权责任法》,中国人民大学出版社2010年第2版,第40页;王利明:《侵权责任法研究(上)》,中国人民大学出版社2011年版,第326页;程啸:《侵权责任法》,法律出版社2011年版,第206页。又见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2010年版,第21页;王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2010年版,第41~42页。

〔9〕 例如,《法国民法典》(简称“法民”)第1382条之过错(faute)乃建立于一个抽象的(客观的)而非具体的(主观的)标准之上,其最著名的参考标准就是“正确与睿智的人”(l'homme droite et avisé)或者“善良家父”(le bon père de famille; bonus pater familias)。《德国民法典》(简称“德民”)第276条将过失(Fahrlässigkeit)定义为“未尽往来上必要之注意”(Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt),也是适用的客观标准(objektivierter Fahrlässigkeitsmaßstab),最常用的参考标准被描述为“一个具有平均审慎与能力的细心之人”(ein sorgfältiger Mensch von durchschnittlicher Umsicht und Tüchtigkeit)。在英国法上的过失侵权中,采取的仍为客观的标准,其内容是将被告的实际行为与一个“合理人”(reasonable man)进行比较。See Cees Van Dam, *European Tort Law*, 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2013), p. 265.

〔10〕 “Duty of Care”, in Jonathan Law and Elizabeth A. Martin (Eds.), *A Dictionary of Law* (New York: Oxford University Press, 2009), available at <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199551248.001.0001/acref-9780199551248-e-1255?rskey=bmOPhv&result=1331>, last access 2014-01-07.

〔11〕 *Donoghue v. Stevenson* [1932] A. C. 562, 580. 该案中,原告诉称其在饮用被告所生产的瓶装姜汁啤酒时,发现饮剩的啤酒中飘浮一只高度腐烂的蜗牛,因此得病。法院判决认为,食品或饮料制造商生产的产品供最终消费者(ultimate consumer)使用,虽然它没有对中间环节进行监督的合理可能,但仍对最终消费者使用该产品时的人身安全负有注意义务,且该注意义务独立于合同。See also W. Gerven, J. Lever, and P. Larouche, *Tort Law*, The Common Law of Europe Casebooks Series (Oxford: Hart Publishing, 2000), pp. 50-57.

的受害人负有注意义务之前提有二:其一,预见可能性(*foreseeability*):侵权人能够合理地预见到自己之作为或不作为有可能给潜在的受害人造成损害;其二,邻近性(*proximity*):在空间、时间上,潜在的受害人非常密切并且直接地受到侵权人行为之影响。^[12]

这样的规则需要结合具体的情境加以适用。在作为侵权场合,侵权人物理上的积极举动将直接把侵权人带入其与受害人的邻近关系中,如果侵权人在行为之时能合理预见到自己的积极举动将可能对受害人造成伤害,回避做出该积极举动的注意义务随即产生,比较法上一般皆予认可。然而注意义务所要求之预防措施不仅含有某人应当回避做出一定举动的意思,例如不要超速驾驶,也含有某人应当做出一定举动的意思,例如确保某条街道或建筑物的安全并警告他人防范风险。因此,作为情形与不作为情形皆能引发责任,作为侵权情形下的注意义务是一种不作为义务,而不作为侵权情形下的注意义务是一种积极作为义务。而有关不作为侵权责任的问题,即何时产生上述积极作为义务,是许多国家法上所面临的共同难题。^[13]

(三) 积极作为义务的产生标准

根据侵权人与受害人之间是否存在特殊的邻近性,可将不作为分为纯粹不作为与非纯粹不作为两种情形。纯粹不作为发生在侵权人与受害人之间毫无特殊邻近性的场合——比如侵权人与事故发生场所、致损动产、侵权行为实际做出者或受害人没有任何关系。虽然纯粹不作为的情形在法理上多有争论,但侵权法上主要讨论的是非纯粹不作为,即上述分类中的后一种情形。^[14]

对于非纯粹不作为场合注意义务之产生,比较法上亦有相关认定标准。总体而言,法国法较为宽松,德国法居中,而英国法较为严格。^[15]我国学者对于积极作为义务来源的讨论,亦以上述内容为基本的出发点。有学者指出,我国可以确立六种作为义务的主要来源,即法律规定、合同约定、先行行为、自愿承担行为、特殊关系与诚信原则、公序良俗。^[16]换言之,此六种情形下若当事人不履行积极作为义务,则构成注意义务违反,从而可评价为具有过失。不过,虽然这六种类型涵盖广泛,但是仍有进一步考究的余地——例如合同关系本就能够被认为是一种特殊关系;诚实信用

[12] See Cees Van Dam, *supra* note [9], at 104.

[13] *Ibid.* at 246.

[14] 纯粹不作为主要发生于某人急需救助的紧急情形,所涉问题是:这种情形是否能够在旁观者与受害人间产生充分的邻近性,以至于使旁观者负担救助的注意义务?这涉及《圣经》中经典的好撒玛利亚人(*Good Samaritan*)的寓言故事。从道德的角度出发,只要提供救助不会对施救者带来危险与负担,这个问题也不难回答。但在法律上设定救助的注意义务则是另一回事。诚如王泽鉴教授所言:“好撒马利亚人显现着对悲惨垂死遭难者的怜悯,亲切和温暖的照顾,将崇高的道德标准达到极点。但从法律的观点言,我们一方面仍应宽容容司及利未人的无情;另一方面应认为好撒马利亚人怜爱受伤的人,乃个人道德的实践,不应成为法律强制的对象。”参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年修订版,第91页。

[15] 基于民法典第1383条,法国法院有积极创设作为义务的权限。而且从适用范围上说,一些在其他国家可能被当作不作为侵权对待的案件在法国法上适用的也可能是严格责任。德国法原则上也没有区分作为与不作为,不过为使民法典第823条第1款在不作为情形的适用性更为明确,德国判例发展出了交往安全义务(*Verkehrspflicht*)的概念,这是一种在社会交往的各种情境中都应当予以遵守的安全注意义务。尤其在某人开启了或维持着某种危险源的各种场合,法律要求该人采取足够的措施来确保他人的安全。See Cees Van Dam, *supra* note [9], at 252; W. Gerven, J. Lever, and P. Larouche, *supra* note [11], at 287. 英国虽然原则上不承认不作为场合的注意义务,但同样存在一些例外情形,如被告开启了某种危险源(See *E Hobbs (Farms) Ltd v Baxenden (Chemical Co) Ltd* [1992] 1 Lloyd's Rep. 54.),被告为原告之福祉承担着责任(See *Kent v. Griffiths* [2001] Q. B. 36.),被告具有某种特定的地位(See *Reeves v Commissioner of Police for the Metropolis* [2000] 1 A. C. 360.),被告能够控制实际加害人(See *Home Office v Dorset Yacht Co Ltd* [1970] A. C. 1004.).

[16] 参见杨垠红:《不作为侵权责任之比较研究》,法律出版社2012年版,第219~240页。

等民法原则虽然可以起到兜底条款的作用，但是法律一来对于这些原则已有规定，与第一类“法律”有所重合，二来规定得过于宽泛也会对实践中的适用产生负面影响。不仅如此，先行行为与自愿承担行为中所具有的共性内容也未得到明确。积极作为义务发生的实质也未得到澄清。

因此，本文在此基础上做出了进一步类型化的尝试——在非纯粹不作为场合，行为人不负担任何保护他人免受损害的积极作为的注意义务，除非具有下列情形之一：

(1) 法律或职业规范之要求。法律规范是注意义务产生之最重要、最权威的来源。无论在何种场合，应首先检讨法律是否明确地要求行为人为或不为一定之行为。在我国，这里的“法律”可以宽泛地理解为包括法律、行政法规与部门规章。例如，《侵权责任法》第37条所规定的安全保障义务可谓典型；再如，《执业医师法》第24条所规定的急救处置义务亦属此类。除法律外，即使法律规范没有明确要求，但是许多行业都有“软法”性质的职业规范或惯例，亦可成为积极作为义务之来源。典型如医疗行业所存在着的大量的诊疗规范，它们便是行医过程所必须履行的积极作为义务来源。

(2) 当事人之间存在特殊关系。这种特殊关系分为两类：其一，行为人与受害人之间的特殊关系。如果合同明确约定了积极作为义务，则双方通过这种方式，将双方带入非常紧密与直接的近邻关系中。当合同约定一方对他方承担照看、保护之义务，而该方违反该义务时，将同时产生违约责任与侵权责任，受害人得择一行使。^[17] 如果不存在此种直接的合同约定，那么，在依行为人之能力或地位，尤其在他人无法以通常之方式保护自己之情形，行为人负有监护、照料与保护他人之义务。例如，医师对病人、主人对宾客、监狱对囚犯、司机对乘客、父母对其孩童、学校对其小学生等。^[18] 事实上，这类情形中的一部分，在我国已有法律的明确规定，如《民法通则》第18条规定监护人应当履行保护被监护人的人身、财产及其他合法权益之职责，《侵权责任法》第38条以下规定的教育机构对不具有完全行为能力的学生之教育、管理职责，等等。其二，责任承担者与实际行为人之间的特殊关系。这是为英国法所认可的一种积极作为义务之来源，即被告对第三人负有注意义务，须采取措施以防止受其监护与控制之人的行为对第三人造成损害。实际上，多数国家采替代责任与严格责任来处理这类情形，尤其是父母对其孩童、雇主对其雇员造成第三人损害之替代责任。我国法上亦是如此，《侵权责任法》第32条规定了监护人责任，第34、35条规定了雇主责任。

(3) 行为人制造或维持了某项危险源。除了上述两类较易判断的注意义务发生类型，还有一种判断标准以对危险源的支配为核心。一般而言，损害可以被理解为某种已经存在之危险的实现。消除危险的义务只能由制造和允许风险发展的人承担，因为他应认识到并(或)应能控制危险。^[19] 危险源之发生通常见于三类情形：其一，先行行为。我国学理上之先行行为便属于其中的第一类。先行行为要产生作为义务，要求先行行为导致他人处于危险之中或提升了危险程度。如，带邻居孩子去游泳，见到孩子溺水时有救助义务。这是因为先行的带孩子游泳的行为增加了孩子面临的危险，直接介入了其非财产性生活资源之变动。因此，在发生危险时，就有使孩子的危险状况向良性变动的义务。^[20] 除了先行行为外，与危险场所或动产的特殊关系也可以产生积极作为义务——其二，危险场所。如果行为人拥有或运营一些场所，如建筑物、公路或土地，由于其内

[17] 参见前注[8]，程啸书，第167页。

[18] See Cees Van Dam, *supra* note [9], at 249.

[19] 欧洲侵权法小组：《欧洲侵权法原则：文本与评注》，于敏、谢鸿飞译，法律出版社2009年版，第132页。

[20] 蔡唱：《不作为侵权行为研究》，法律出版社2009年版，第174页。

在的危险性可能引发责任,因此,所有人或运营人负有保证场所安全的积极作为义务。^[21] 这类情形中的一部分,在我国法上已为安全保障义务所覆盖。而另有一部分,也已经为无过错责任所规范,如《侵权责任法》第九章规定的高度危险责任与第十一章规定的物件损害责任。其三,危险动产。如果行为人制造、拥有或使用动产,如各种交通工具、动物、产品等,那么作为制造人、所有人或使用人,他不仅有义务,而且有义务采取安全措施确保该动产不会对他人造成损害。在我国法上,这类情形中的部分场合适用无过错责任,如《侵权责任法》第五章规定的产品责任、第六章规定的机动车交通事故责任以及第十章规定的饲养动物损害责任。在与危险场所或动产有特殊关系的情形,如果没有无过错责任之适用,那么行为人制造或维持某项危险源,便成为过错责任中积极作为注意义务之来源。^[22]

(四) 对本案的分析

如果使用上文中我们所介绍的分析框架,那么本案中对于过失的判断,将始于《喜羊羊》的制作公司是否存在某种注意义务之违反。

法院的做法是以未成年人权益保护的相关法律法规为出发点,认为制作公司没有能够“主动严格审查、过滤未成年人不宜的情节和画面”,也没有“提示风险、警戒模仿”。事实上,这样的表述暗含了两层涵义:其一,面向未成年人的动画作品不应当包含未成年人不宜的情节和画面;其二,对于危险情节应当提示风险、警戒模仿。事实上,这两层涵义分别对应我们先前提及的两类注意义务——前者指向不含有未成年人不宜情节的不作为义务,后者指向警示风险及模仿的积极作为义务。

前述不作为义务的发生依据在于我国《未成年人保护法》第34条以及《音像制品管理条例》第3条第2款第7项的禁止性规定。^[23] 然而,虽然“淫秽”有时不难判断,但其他诸如“暴力”“凶杀”等禁止内容却必须结合整部作品的其他内容才能确定是否应当严格禁止向未成年人传播。如果认为包含上述内容的作品应当一律禁止,那么含有暴力内容的《功夫熊猫》、含有凶杀内容的《名侦探柯南》等作品同样将落入此限,而这显然与常理不符。^[24]

正是考虑到作品情节与内容的复杂性,法院并没有直接认定《喜羊羊》中所包含的“暴力”是过失内容的全部——而“未予警示”作为违反积极作为义务之表征,反而成了此处过失判断的关键。

结合我们提出的三种积极作为义务发生之类型,由于我国《未成年人保护法》并未明确提出“提示风险、警戒模仿”的注意义务,故认为此处注意义务因法律及职业规定而产生似乎有些勉强,而在作为观众的未成年人与作为动画制作方的广东原创动力公司之间,显然也不存在合同等特殊关系,那么唯一一种产生积极作为义务的可能,便在于判定动画制作公司是否开启并维持了某种危险源。

[21] 同前注[18]。

[22] 此处需要注意的是,危险源既可以作为无过错责任的基础,也可以导致注意义务的产生。但两种危险源在程度与类型上存在区别。首先,无过错责任,往往是以“特别的危险”作为归责基础,因此又称危险责任。所谓特别的危险,通常是指损害发生的盖然性特别大,或是损害后果特别严重的情形。而作为一般注意义务产生基础的危险源,其危险程度要低于“特别的危险”。其次,《侵权责任法》对特别的危险的类型进行了限定,例如经营民用核设施、航空器、饲养动物、驾驶机动车等。另依《侵权责任法》第7条之规定,无过错责任只有在法律有规定时,才予以适用。故而,法定类型之外的危险源,只能作为一般过错责任中注意义务的产生来源。

[23] 《未成年人保护法》第34条规定:“禁止任何组织、个人制作或者向未成年人出售、出租或者以其他方式传播淫秽、暴力、凶杀、恐怖、赌博等毒害未成年人的图书、报刊、音像制品、电子出版物以及网络信息等。”《音像制品管理条例》第3条第2款第7项规定:“音像制品禁止载有下列内容:……(七)宣扬淫秽、赌博、暴力或者教唆犯罪的。”

[24] 需要说明的是,在我国公映的《功夫熊猫》(Kung Fu Panda)在美分级属于PG(Parental guidance suggested)级,即建议孩子在父母指导下观看作品。《名侦探柯南》(名探偵コナン)是一部日本连载漫画作品,其动画版曾被我国电视台引进并多次播放。

从本案的情况来看,所谓“危险源”应指:面向未成年人的作品^[25]中,可能引起未成年人模仿、并造成他人损害的情节。本案中法院所使用的语词是“暴力情节”以及“未成年人不宜的情节和画面”。同样地,法院在这个问题上仍有些语焉不详,这样的表述亦不具有普适性,在类似案件的裁断中很难被参考。而本案被公布后引起质疑的关键,也在于相当一部分评论并不认同涉案情节属于“未成年人不宜”或需要警戒,并且提出了大量其他作品中的类似情节作为对照。

根据本文的观点,情节是否属于“危险源”,即制作方是否需要履行警示义务应考虑以下三个因素:(1)相关情节的可模仿性;(2)模仿后可能产生损害后果的严重程度;(3)有模仿能力的未成年人对损害后果是否具有辨识能力。

相关情节的可模仿性,是指未成年人模仿该情节的盖然性和可行性——可模仿性愈高,则危险性愈高。根据班杜拉(Albert Bandura)的社会认知学习理论,观察学习是人类成长过程中的重要学习方式,而观察学习的内容,就是学习者通过观察榜样所表现的行为及其后果进行的习得过程。对于年纪尚幼、心智尚不健全的未成年人来说,成人榜样所做出的接触攻击性行为将引起他们的模仿。^[26]对于收看动画作品的未成年人来说,动画中推动故事发展、具有社会属性的角色将具有趋近于“成人榜样”的作用。针对电视暴力的研究也早已揭示,暴力的严肃性、意义、目的性、正当性、写实程度以及对暴力的奖惩和奖惩的来源,包括暴力的即时后果,都将决定电视暴力画面面对观众的影响。^[27]未成年人作为特定的一类电视观众群,受此影响亦显而易见。^[28]对于辨识能力薄弱的他们来说,如果暴力情节反复出现、暴力的施受均没有明确的惩治邪恶的特征,而暴力行为的实施者没有受到任何惩罚、反而对此感到稀松平常、暴力行为也未产生严重后果,那么未成年人对其进行模仿的盖然性便相当之高。而可模仿性应当予以考量的另一方面是模仿行为的可行性,即未成年人能否通过自身的身体能力完成对相关情节的再现。比如角色通过摆出某种姿势发射出激光的情节就很难被认为真正具有可模仿性——毕竟人类这样做是不可能真正发射出激光的,但是通过格斗引起的身体接触来打败或伤害对手则完全不同。

第二项判断标准指向相关情节在被模仿后可能引起损害后果的严重程度——即损害后果愈严重,则危险性愈高。例如针对背部轻微的拳击行为虽然也属于暴力,但是即便被未成年人模仿,

[25] 就“作品”是否面向未成年人而言,受众应当是予以考虑的首要方面,这一点毋庸置疑。然而由于我国仍然没有引入能够用来推定受众范围的作品分级制度,该判断将不得不落入个案考量的境地。本案法院所使用的描述是“传播对象主要是未成年人这个特殊群体”,却并没有对此进行说明。本文认为,作品的内容将是衡量其受众的主要标准,而作品的内容包括其主旨、表现形式、世界观、角色设定、剧情、角色所使用的语言等多个方面。帮助判断的因素,可以是作品的播出时间、周边产品的主要购买人群等等。以播出时间为例,在动画产业发达的日本,周中“深夜档”与周末“黄金档”播出的动画在内容上有着极大的不同。其逻辑在于,越晚放送的作品,未成年人观看的可能性就越低,因此基于保护未成年人而对内容做出的限制便越少。比如2013年秋天开始放送的、具有一定血腥及暴力内容的动画作品《KILL la KILL》(キルラキル,我国视频网站乐视引进的官方版本译为《斩服少女》),其于四家电视台(MBS、TBS、CBC、BS-TBS)的播放时间分别是凌晨2点05分、2点25分、3点10分以及0点30分。相关信息可见其官方网站(<http://www.kill-la-kill.jp/onair/>,最后浏览时间2014-03-19)。

[26] 这样的结论来自于班杜拉及其助手在1961年进行的实验:一群3—6岁的未成年人作为被试对象被区分为实验组和控制组,控制组不接触任何榜样;实验组又被分成两组,一组接触攻击性榜样,另一组接触非攻击性榜样,无论在攻击情境还是非攻击情境中,榜样一开始都先装配拼图玩具,1分钟后,攻击性榜样开始暴力击打波比娃娃,这样的情境持续近10分钟。在无攻击行为的情境中,榜样只是认真地玩10分钟拼图玩具,完全不理睬波比娃娃。然后所有被试者被带到另一间活动室,里面有各种玩具。结果发现,看到榜样攻击行为的被试对象倾向于模仿这种行为,而控制组和无攻击行为榜样组几乎没有发现这样的行为。参见鞠艳:《榜样的力量:班杜拉观察学习的研究》,载《基础教育》2008年第9期,第60页。

[27] 参见周翔:《从内容分析方法论看电视暴力攻击研究的发展》,载《新闻与传播评论》2011年第10期,第5页。

[28] 参见曾凡林、戴巧云、汤盛钦、张文渊:《观看电视暴力对青少年攻击行为的影响》,载《中国临床心理学杂志》2004年第1期,第35页。

一般也不会带来严重的损害后果。但是针对头部等人体要害地区的攻击,或者使用坚硬的器具进行攻击,则可能带来更为巨大的损害。

除前两项外,我们认为能够完成模仿行为的未成年人对于损害后果的认识也是危险源判断的重要标准之一——即辨识能力愈弱,则危险性愈高。对于击打等常见的直接暴力行为,虽然也有较高的可模仿性,损害后果也不轻,但达到一定年龄的未成年人可能对此具有一定的辨识能力,从总体上看危险性未必很大。但是,一些非直接的暴力行为(常与对水、火、风、电等自然力的利用有关),往往极易模仿,极易造成严重后果,但一般的未成年人少有机会对此类行为后果有直观认识。那么对于表现这类行为的情节,影视作品的制作方也更应负有警示风险的积极作为义务。

本案中,“绑架烤羊”的情节便符合我们上述提及的判断标准。首先,就《喜羊羊与灰太狼》的整体情节而言,羊村本质上还是对人类社会的艺术夸张——虽然《喜羊羊》的主角是羊,但是动物性并不是作品表达的核心内容,作品中的动物们说着人话、做着人事,其角色的社会属性——或者说人格性,十分明显。这一点有别于诸多评论提及的、主要内容为表现动物天性的《猫和老鼠》,也为未成年人的榜样确立和模仿行为建立了可行性。^[29]其次,“绑架烤羊”的暴力属性虽然不明显,拘束人身自由与点火燃烧的行为很难让孩子直观地感知可能引起的人身伤害,然而这样的行为在几名未成年人的相互配合下极易模仿,因此完全符合“可模仿性”的要求。而就第二、第三项判断标准而言,“绑架烤羊”如果由未成年人进行模仿,其可能造成的损害后果相当可怖,而10岁的未成年人完全能够实施“绑架烤羊”的行为,却很难能够认识到因风而起的火势会蔓延得如此迅速,并且在短时间内造成如此不可挽回的后果。

综合上述分析,《喜羊羊与灰太郎》由于故事情节与上述“危险源”标准的高符合性,故能够认为制作发行公司情节设计之行为是“开启了危险源”,且通过电视传播而与作为观众的受害人建立起了足够的“邻近关系”,动画公司既然做出了此类情节设计,便应当认为能够合理预见到该危险因素有可能给受害人带来危害。因此,制作公司负有警示风险的积极作为义务——不履行该义务便构成注意义务的违反,具有我国侵权法意义上的过失。由于本案中的被告广东原创动力公司并没有做出任何警示行为,故而能够被认定为存在过失,侵权责任中的过错要件即告满足。

四、本案评析之二:因果关系的认定

(一)因果关系的学理界定

尽管因果关系在侵权法上扮演着关键角色,但比较法上却很少见到法律规范对此予以明文规定。^[30]

[29] 需要说明的是,美国经典动画片《猫和老鼠》(Tom and Jerry)的制作黄金期是在20世纪40—50年代,当时的播出渠道以电影和剧场为主,未成年人并非受众主体。而我国后续引进的《猫和老鼠》作品,主要是淡化了暴力元素的低年龄版本。“喜羊羊案”之后有评论认为《猫和老鼠》并无问题是因为幽默消解了暴力,但事实上幽默在观众接触暴力内容时会起到脱敏效果,更容易引起观众的模仿。因此幽默并不是《猫和老鼠》解决暴力问题的主要手段。见前注[27],周翔文,第5页。除去本文提及的人格性等首要考量因素,《猫和老鼠》中涉及的暴力行为还具有高速、夸张以及丰富三大特征,故虽然有时画面冲击力明显,却极难真正模仿。

[30] 《荷兰民法典》第六编第98条是少有的将法院判例有关因果关系的理论编入法典之立法例之一:“损害与产生债务人责任的事件有关,并且该损害在考虑其损失性质和责任性质后能够作为该事件的结果归责于该债务人的,才能够请求对该损害的赔偿。”《荷兰民法典》,王卫国等译,中国政法大学出版社2006年版,第182~183页。另一立法例是《日本民法典》第416条(损害赔偿之范围):“如果债务人未依债之本旨履行其债务,则债权人有权因此向债务人请求损害赔偿。不能履行可归责于债务人者,亦同。”“尽管损害因特殊情形而发生,但当事人已经预见或者应当预见该情形时,债权人亦得请求损害赔偿。”该条系笔者翻译自日本司法部所翻译之英文版《日本民法典》,原文请参见维基文库日本民法第三编条目(http://en.wikisource.org/wiki/Civil_Code_of_Japan/Part_III,最后访问时间2013-12-30)。

我国法上亦是如此。^[31] 因此，因果关系之理论多为判例与学说所发展。各国法院在判断因果关系时采用各种各样的判定标准，但在实践中，法官也会受到政策之影响。这就解释了为什么适用相同的判定标准也可能得出不同之结论，然而适用不同的判定标准却能得出相同或类似的结论。“一旦将目光从一般理论移转向具体的案例，各国法上处理结果之较大的共同性便明显了。”^[32]

关于因果关系判定，我国早期民法理论受前苏联民法理论影响，采“必然因果关系说”，^[33]这一学说后来被批判为将法律因果关系与哲学因果关系相混淆，不恰当地限制了侵权责任之成立以及赔偿之范围，不利于保护受害人之合法利益。故而该说于 20 世纪 90 年代中后期开始备受理论界批判。^[34] 后来，受大陆法系（尤其是德国、日本以及我国台湾地区）民法理论之影响，相当因果关系说逐渐占据通说之地位。^[35] 依相当因果关系说，“如果某项事实仅于现实情形发生该项结果，还不足以判断有因果关系，必须在通常情形，依社会一般见解亦认为有发生该项结果之可能性，始得认为有因果关系”。相当因果关系说强调结果发生之“盖然性”（依一般社会经验判断），而必然因果关系强调结果发生之“必然性”（依自然规律判断），此系二者间之根本区别。^[36] 除了相当因果关系外，亦有学者主张在确认因果关系有困难之特别情况下，补充适用英美侵权法中之“事实原因——法律原因”之规则。^[37]

从比较法的角度而言，无论德国与英国均采用因果关系的二分法——德国法将因果关系区分为责任成立与责任范围两类；^[38] 而英国法上存在着事实上之因果关系与法律上之因果关系的划分，其内容与德国法大致相当——分别解决侵权责任成立与承担范围之问题。^[39] 就因果关系成立之判断而言，德国法责任成立之因果关系所要求的必要条件标准（*conditio sine qua non*）与英国法事实上之因果关系所要求的“若无，则无（*but for*）”规则相近。^[40] 两者之间的差别在于，前者的证

[31] “在立法中，有的也建议，考虑到因果关系的复杂性和重要性，为指导审判实践，应当明确规定因果关系的判断规则。草案一审稿曾规定：‘受害人应当证明侵害行为与损害后果之间存在因果关系。’‘法律规定应当由侵权人证明因果关系不存在，如果侵权人不能证明的，视为存在因果关系。’但是，在征求意见过程中，有的提出，因果关系问题较为复杂，草案一审稿的规定比较简单，不足以解决问题，有可能束缚法官根据具体案情对一些复杂因果关系的判断。草案二审稿最终删除了这一规定。”见前注[8]，全国人大常委会法制工作委员会民法室书，第 23 页。

[32] W. Gerven, J. Lever, and P. Larouche, *supra* note [11], at 466.

[33] 该说认为因果关系是“各个客观现象之间的一种必然联系，即某一现象的出现，是在一定条件下必然由另一已经存在的现象所引起的，这前一现象称为原因，而后一现象称为结果”。佟柔主编：《民法原理》，法律出版社 1983 年版，第 225~226 页。

[34] 见前注[8]，程啸书，第 167 页。

[35] 参见梁慧星：《雇主承包厂房拆除工程违章施工致雇工受伤感染死亡案评释》，载《法学研究》1989 年第 4 期，第 45~52 页；张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社 2000 年修订第 3 版，第 909~910 页；魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社 2000 年版，第 690 页；王利明、杨立新、王轶、程啸：《民法学》，法律出版社 2011 年第 3 版，第 737~738 页。

[36] 见前注[35]，梁慧星文，第 49 页。

[37] 见前注[8]，杨立新书，第 92~93 页；亦见前注[8]，张新宝书，第 34 页。

[38] See W. Gerven, J. Lever, and P. Larouche, *supra* note [11], at 396. 亦见前注[8]，程啸书，第 177 页。

[39] 事实上之因果关系的成立要求原告证明被告之过失行为是所诉损害发生之必要条件，即若不是（*but for*）因为被告之行为，损害本不会发生。法律上之因果关系，亦称损害之遥远性（*remoteness*），所牵涉之问题在于如何限定被告应当承担之责任范围。See V. H. Harpwood, *Modern Tort Law* (Hoboken: Taylor & Francis, 2008), pp. 22-25.

[40] See Cees Van Dam, *supra* note [9], at 310.

明标准(几乎完全确信之盖然性)要高于后者(大于50%之盖然性)。^[41]与此同时,英德两国均有手段对因果关系的成立进行限制:德国法上采相当因果关系说、法规目的说等对满足必要条件之损害范围进行限制,而英国法上采“合理之可预见性规则”^[42]对法律上因果关系的成立进行限定。根据相当因果关系说,损害发生之盖然性系限制责任范围之重要标准。^[43]除此之外,法院亦常依据法之政策考量(公平、正义、合理等),对因果关系进行规范之评定。常见的政策考量往往更倾向于受害人保护之立场。^[44]

从总体来看,德、英之理论相同点要大于不同点,两大法系在因果关系理论上具有趋同之势,对我国侵权法上因果关系之认定颇具借鉴价值。因此,参考德、英理论,并结合我国之现有学说,本文认为我国法上应采纳事实上与法律上之因果关系的二分法,具体而言:

事实上之因果关系,作为责任成立前提条件的因果关系,指向违反注意义务之行为与侵害权利间的因果关系,适用“必要条件”规则判断已为充分。在证明标准上,应遵循我国《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第73条所确立的“高度盖然性”(亦称为“明显优势证据”标准)。这一标准有可能低于德国之“(几乎)完全确信”标准,但明显高于英国之“相对可能性的衡量”标准。事实之因果关系确立后,具体的加害人与受害人亦得以确定。但这并不意味着加害人立刻需要赔偿一切损害后果。侵害行为仍待接受法律上之评价,以确定损害赔偿之范围。

法律上之因果关系主要涉及在侵权责任成立后,如何对赔偿范围进行限定的问题。若不加限制,则与加害行为存在必要条件关系损害之因果链可能会无限延伸。让加害人承担无穷无尽的责任,既在经济上不可能,又与公平理念相悖,也可能打开无数诉讼的“洪水闸门(floodgates)”。因此,对赔偿范围进行合理限定,具有经济、伦理与法政策上之正当性与必要性。在运用此种法律技术时,应遵循如下顺序:首先,适用法律之明文规定。例如,《侵权责任法》第16条以及第22条已对人身损害之一般赔偿范围(财产损失与非财产损失)做出明确列举,在计算方法上可参照相关司法解释之规定。其次,在法律没有明文规定或规定非常不明确时,以盖然性(probability)或合理预见可能性(reasonable foreseeability)为核心要素,且此两要素是相通的,并呈正相关性之关系。某事发生盖然性愈高,其被合理预见之可能性亦相应提高;反之亦然。最后,即使某损害后果发生的盖然性较低,但如果有存在特别之政策考量,例如加强对受害人之保护时,亦可认定该损害后果在赔偿之范围内。

除了责任成立与责任范围的因果关系外,由于共同侵权人的存在,本案还涉及一类“多因一果”的问题。具体而言,在无意思联络的多人分别实施的侵权行为结合在一起,造成同一损害的情

[41] 依《德国民事诉讼法》第286条之规定,责任成立之因果关系的证明,要求原告对被告之行为造成某些形式的损害,提出完全证据(full proof),并具备有力的确定性(effective certainty)。而英国法适用“相对可能性的衡量”(balance of probabilities)规则,即如果原告能证明被告之行为导致所诉损害发生之可能性高于50%(more likely than not)时,条件关系即可成立。See Cees Van Dam, supra note [9], at 312-316.

[42] See *Overseas Tankship (UK) Ltd v Morts Dock & Engineering Co (The Wagon Mound)* [1961] A. C. 388.

[43] A. M. Honoré etc., *Causation and Remoteness of Damage* (Tubingen: Mohr, 1983), p. 33. 有关德国联邦最高法院对此的表述, see B. S. Markesinis and H. Unberath, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise* (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2002), pp. 633-638.

[44] 此类情形包括:(1)人身损害后果,较财产损失后果或纯粹经济利益损失而言,更容易被认定为由被告之行为造成;(2)如果行为人之行为有可能造成某些类型的人身伤害,具体的伤害是如何发生的并不重要;(3)薄脑壳规则,即“侵权人应当将其所遇之人视为受害人(tortfeasor has to take the victim as he finds him)”之法谚,要求被告应当为原告之脆弱体质负责。See Cees Van Dam, supra note [9], at 343-344.

形,应当如何确定责任大小的问题。对此,《侵权责任法》第12条规定:“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害,能够确定责任大小的,各自承担相应的责任;难以确定责任大小的,平均承担赔偿责任。”但本条并未明确在此情形下确定责任大小的依据。主流的学说认为,应当综合考察每一个原因对于损害后果发生或扩大所起的作用力(所谓“原因力”)以及过错的程度来确定;确实难以确定的,则平均分担责任。^[45]

(二) 对本案的分析

本案中,10岁未成年人李某顺的行为与原告的损害后果间存在因果关系并无疑问,但是法院对于动画制作发行公司与损害后果间存在因果关系的认定却引起了颇多争议。根据我们上述提及的因果关系判断标准,动画公司的制作与发行行为与损害后果间的因果关系亦应当区分事实与法律两部分进行评价。

实际上,法院同样采纳了这种二分法:在“暴力情节和画面,对本案未成年人的行为认知产生了不良影响,误导本案未成年人模仿其情节,导致原告李某冉、李某被烧伤的严重后果”的论述中,法院所谓“产生不良影响”“误导模仿其情节”以及“导致严重后果”都是基于必要条件规则所做出的事实判断,亦即——若无暴力情节,则无不良影响;若无不良影响,则不产生模仿;若不产生模仿,则无损害。一系列“若无、则无”规则的运用在动画制作公司的注意义务违反与未成年人被烧伤的损害后果间建立起了一条完整的因果链条。就“盖然性”的证明标准而言,一方面这与我们先前提及的“危险源”判断是为事物的一体两面,本文提出的“可模仿性”标准及其具体判断亦可为此处所用,另一方面原告律师也通过提供原告的证人证言和内容为表现暴力(烤羊)情节出现次数的视频证据而完成了“高度盖然性”的举证——电视暴力的研究者早已发现,青少年观看电视暴力镜头频次过高是导致攻击行为倾向增加的重要原因。^[46]

对于法律因果关系的评价来说,法院“该后果与被告原创公司的发行行为存在法律上的因果关系”的判断则不存在太多疑问,这是由于我国《民法通则》第119条、《侵权责任法》第16条以及最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第17条第1款对于侵犯健康权造成损害的赔偿范围已有明确规定——故法律所提及的医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复所支付的合理费用,都在应当负担的损害赔偿的范围之内。

因此,本案中因果关系认定的争议焦点主要还是在事实因果关系的判断这一领域。根据“必要条件”“若无、则无”规则两条判断标准、“高度盖然性”这一证明标准,我们认为被告的违反注意义务与原告的损害结果间存在因果关系——法院的立场殊值可取。

此外,法院对责任份额的分配亦值得关注。依《侵权责任法》第32条,在我国未成年人对第三人的侵权责任由其监护人承担替代责任(无过错责任),并不考虑未成年人有无过错。因此,法院认为被告李某顺的“认知能力和行为控制能力相对较强,对造成的损害所起的作用相对要大”,主要系考察未成年人当事人各自的行为对损害后果发生的原因力大小,而非“过错”的大小。此处法院通过比较“认知能力和行为控制能力”来决定原因力大小,颇具可行性,也并无不当之处。另外,该院综合案情,结合因果关系(“原因力大小”)及过错程度,确定被告广东原创动力公司承担原告

[45] 前注[8],王胜明书,第70页;前注[8],杨立新书,第124页;亦见前注[8],王利明书,第541页。

[46] 见前注[26],曾凡林、戴巧云、汤盛钦、张文渊等文,第37页。本案中,原告律师提供的视频证据表明,某些集里喜羊羊与灰太狼之间的故事的确与“绑架烤羊”非常吻合。原告律师为了增强其说服力,甚至还统计出,在动画片《喜羊羊与灰太狼》全集中,灰太狼被平底锅砸过9544次,被抓过1380次,喜羊羊被煮过839次,被电过1755次。这得到了法官的采信,认为具有高模仿性的儿童之所以会做出“绑架烤羊”的行为,与动画的画面和情节有很大关系。见前注[2],腾讯网“今日话题”。

李某冉、李某损失的15%。这里,被告广东原创动力公司与原告损害之间仅存在间接的因果关系,因此,原因力的作用相对较小,承担较低比例的责任份额也是合理的,但是否一定是15%,则仍可推敲。本文的法律核心问题仍是过错与因果关系有无的判断,故对此不予赘述。

五、余论与结论

在判决说理的基础上,本文对我国一般侵权责任中过错与因果关系的认定进行了重新审视,参考了比较法上对于焦点问题的一些论述,提出了以一般侵权处理未成年人模仿侵权案件的基本分析框架,就作为注意义务的积极作为义务的发生根据,本文提出了三重来源:法律与职业规定、特殊关系以及制造或维持危险源。而作品相关情节是否属于“危险源”,本文提供了“可模仿性”“可能引起后果的严重程度”以及“有模仿能力之未成年人的识别能力”三大判断标准。对于因果关系的认定而言,事实因果关系和法律因果关系的区分以及对“必要条件”与“盖然性”标准的应用是本文的基本出发点。在未成年人模仿侵权案件中,相关情节是否在事实上是模仿行为及损害后果的原因,以及能否证明产生模仿行为的高度盖然性是评价因果关系是否成立之关键所在。

根据本文的论述与展开,《喜羊羊》作品中的“绑架烤羊”情节是为侵权法意义上的危险源,而对此不予以警戒则构成注意义务违反,动画制作公司存在过失;而情节反复出现引起的高度盖然性、切实不间断的事实因果链以及法律规定则指向了因果关系的成立。故动画制作公司应对损害结果承担侵权责任。本案法院就若干争议所提供的相关论述虽显不足,但仍然可圈可点,判决结果也颇具合理性——即便我们不考虑该判决背后的政策考量,^[47]判决本身亦不失公允。

除却过错与因果关系的判断,本案还涉及若干问题,比如如果动画制作公司需要履行警戒风险的积极作为义务以满足注意义务的要求,那么他们应当如何去作才能认为是履行了该种义务?此处涉及的是注意义务标准(standard of care)之理论及其在个案中的具体判断——警示之有效性(effectiveness of the warning)是为题中之义。比较法上有荷兰的“飞机喷流案”^[48]等立法与实践

[47] 就法政策的考量来说,对于未成年人的保护自然居于侵权法各项价值判断中的重要地位,且于当下我国动漫产业产量喜人而质量参差不齐的语境下,如何进一步保障面向未成年人的作品对未成年人产生的积极作用也是政府及相关人士关注的焦点。就在本案的审理过程中,央视动画有限责任公司等十大动画制作机构、中央电视台少儿频道等十大动画播出机构向全行业发出倡议,希望全国同行承诺决不制作播出含有暴力、低俗、危险情节、不文明语言的动画片,切实保证动画片在未成年人成长中发挥积极健康的引领作用。参见《二十家著名动画机构联合倡议,做对孩子们有益无害的动画片》,载国家广播电视总局网站(<http://www.sarft.gov.cn/articles/2013/10/12/20131012104559380170.html>,最后浏览时间2013-12-23)。在2013年10月12日中央电视台新闻联播对此倡议的报导中,《喜羊羊与灰太狼》被点名,“存在危险情节和不文明语言”,制作单位“正在进行全面修改”,载新闻联播网站(<http://xinwenlianbo.cc/jintian/20131012/4868.html>,最后浏览时间2013-12-23)。

[48] 该案与航空展览会之组织者的责任有关。游客(包括孩童)经常用手扒住喷气飞机引擎后方的围栏,借飞机喷气时产生的强烈气流,让自己的身体漂浮起来。有人形象地将此活动称为“骑在飞机喷流上(ride the jetblast)”。但总会有人没有扒牢,而被吹倒在地,因此受伤。该案法官认为:“在回答特定环境下某个警示标志对预防危险而言是否充分这一问题时,至关重要者乃是,是否可以预期该警示标志将会使得潜在受害人不会做出某种行为,或者,至少该警示标志必须能够有效地将潜在受害人置于完全感知到危险之境地,从而使得该危险得以回避。”此外,该警示必须足以克服潜在受害人的自然意识,例如“如果其他人在这么做(得到隐性许可),那么该环境就是内在安全的”。See HR 8 May 2004, NJ 2005, 105 (Jetblast), in Gerrit van Maane, David Townend, and Almaz Teffera, “The Dutch ‘Cellar Hatch’ Judgement as a Landmark Case for Tort Law in Europe: A Brief Comparison with English, French and German Law with a Law and Economics Flavour”, 16 European Review of Private Law 5 (2008), 871-889.

颇值借鉴。就未成年人模仿侵权而言,我们认为,在判断警示的有效性时应充分考虑我国的国情。具体而言,首先,我国目前受众为未成年人的动画和特殊摄影产业发展水平仍然较低,对于判断需要提示的内容缺乏足够的实践与经验;其次,我国在影视作品监管环节缺乏分级制度,以及足够界定提示内容的国家标准;第三,国人整体生活水平仍待提高,普遍的情况是生活节奏快、成本高、压力大,父母对子女的监护往往难以周全。这时,考虑到模仿侵权可能造成的严重后果,与一般情形下在作品中对风险进行警示的低廉成本,对于警示义务履行的判断应采取更高标准。进言之,动画特摄作品的制作方应在顺利通过行政审查的同时,对其作品进行自我审查,并且主动进行风险提示。就其判断而言,此处可类推适用格式合同中提请注意义务的判断原则,^[49]即相关情节的危险性愈高,则警示的方式应愈明显。而且,对于不同年龄的未成年人也应区别对待——比如,倘若节目受众^[50]包括无行为能力人,则警示风险应尽量避免采取文字,而是通过动画或语言等其他易被孩童接受的方式来完成。^[51]

此外,本案是否以适用《侵权责任法》为唯一解决路径,亦颇值思量。基于保护未成年人的价值立场,倘若可以在观众与动画制作公司之间抽象出类似于服务提供者与消费者的法律关系,那么适用相关法律的结论则是:损害赔偿责任的承担将不再以过错为前提,且消费者的身份能够使受到损害的未成年人得以求助消费者权益保护机构,即通过更有力、更有效的方式来主张权利。^[52]然而,电视观众能否被评价为“消费者”,从而适用《消费者权益保护法》,在实践中存在颇多争议。有的论者提出,消费关系应以有偿购买为前提,故观众的消费者地位只有在与有线电视服务的提供方之间方能确立。也有的观点认为,观众可以被赋予消费者地位,原因在于电视节目所提供的是一种精神服务,且观众是电视节目中广告产品的潜在消费者。^[53]

本文认为,对于“消费者”的理解不应局限于为商品或服务提供对价的合同当事人,购买者的家庭成员、受赠人等因生活消费而使用商品、接受服务的主体,都不应被排除出消费者的范畴。^[54]影视作品的观众即属“接受服务的主体”。此外,视频网站的迅速发展为文化消费的个性化趋势奠定了基石,在未来,将有越来越多的人通过自主选择的方式来原因确定想要欣赏的影视作品,这种自主选择的过程与挑选商品无异,其“生活消费”的目的性亦会愈加明确。在这种语境下,保护消费者

[49] 即丹宁勋爵在判决中确立的“条文愈不合理,则对提请注意的要求愈高”规则。See *J Spurling Ltd v Bradshaw* [1956] 1 W. L. R. 461.

[50] 关于“受众”的判断方法,参见前注[25]。

[51] 比如,在美国著名系列动画《加菲猫和他的朋友们》(Garfield and Friends)中,就有专门的剧集由动画角色告诫观众动画剧情与现实生活的区别,在描述动画魅力的同时,提示观众不要模仿。(原台词为“*But I should tell you: we are trained professionals. Don't try this at home.*”) See *Garfield and Friends*, Show 44, *Secrets of the Animated Cartoon*, Original Airdate: September 29, 1990.

[52] 前者的请求权基础在于我国《消费者权益保护法》第48条第(一)项,商品或者服务存在缺陷时,经营者须承担民事责任。根据全国人大法工委民法室相关人士的权威解读,这种责任是一种“无过错责任”。参见贾东明主编:《中华人民共和国消费者权益保护法解读》,中国法制出版社2013年版,第232页。与后者相关的法律规定可参见《消费者权益保护法》第五章。

[53] 赵凌:《“快女”唱出法律门,观众算不算消费者?》,载《南方周末》2009年9月3日;网络版载南方周末网(<http://www.infzm.com/content/34137>,最后浏览时间2014-03-18)。

[54] 我国对于消费者范围的认识,参见前注[52],贾东明书,第13页。其中明确将“购买商品一方的家庭成员、受赠人等”包括在内。而在比较法上亦是如此,例如在前述提及英国著名的“啤酒蜗牛案”中,无法受到合同保护的受害人也被认定为“消费者”(consumer)而受到了侵权法的保护。See *supra* note [11], *Donoghue v Stevenson* [1932] A. C. 562.

的合法性根基并未受到动摇——观众相对于视频产品的提供方仍然是“弱势群体”(weaker party)。^[55] 由于无法期待观众在观看前已经对作品内容有充分认识,且在观看或购买前要求单独磋商也不现实,因此磋商能力与掌握信息的不对等地位显而易见。因此,以发展的眼光看待,将观众评价为消费者,具有合理性。但是,在本案中,即便我们采纳消费者权益保护的进路,在没有具体国家标准提供的情况下,认定“服务具有缺陷”将仍然依赖于类似于前述注意义务违反的判断——和侵权法进路相比,虽归责原则不同,但实质并无差别。考虑到侵权法与案情仍具有更高层次的贴合度,^[56]且不存在类似消费者地位的可能争议,在与本案相近的案件中选择侵权请求权,在目前阶段更为可取。

最后,虽然我们认可了本案中侵权责任的成立与责任后果的承担,并且对相关企业提出了诸多期待,但是倘若认为一旦因模仿动画或其他影视作品而引起伤害性事件,便可当然归咎于作品的制作人,从多个角度看也难谓妥当——我国目前并未具备完善的影视作品分级制度,如果不加甄别地讨论模仿行为的后果与责任承担,不仅无端增加了影视作品制作方的法律风险,要求他们事无巨细地对情节予以警示说明,也并不现实;其次,我们即便将目光投向缺少辨识能力的未成年人,也需要考虑到我国以未成年人为主要消费对象的相关产业——譬如动画与特摄作品制作,无论在规模还是质量上都与日本、美国等世界先进国家相去甚远。过分课加于动画制作者的责任不仅将限制产业的发展,同时对保障行为自由、丰富言论与思想、促进文化多样性亦有深远的负面影响。因此,即便我们确定以未成年人保护为基本的价值立场,在个案判断中仍应慎重处理。国家公权力在完善监管等方面亦应有所作为,以明确不同作品内容限制的边界——以免让动画制作公司在法的不确定(uncertainty of law)之下自缚手脚、举步维艰。

为了让我们的孩子可以欣赏到更多优秀的、有趣的、积极的、以真正中华民族传统文化精髓为内核的,与此同时又能够给孩子的成长带来正能量的作品,无论业内人士,还是法律界人士、广播电视作品的管理与审查机构,都应当关注本案,关注本案所涉及的问题。

希望本文能起到抛砖引玉的作用。

(责任编辑:顾祝轩)

[55] 在比较法上,欧洲法院认为基于欧盟指令保护消费者的考量在于消费者相对商品的出卖人或服务的提供者来说处于弱势地位,这种弱势地位包括磋商能力和所掌握的信息两方面。See Case C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro v Centro Móvil Milenium SL* [2006] ECR I-10421.

[56] 相对于“危险源”与“作为义务”等概念与案情中“警示义务”等内容的无缝衔接,“警示义务”与“服务存在缺陷”的关联恐怕需要更多论证。