



论文精粹

[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)

> 论文精粹

刘文杰：论侵权法上过失认定中的“可预见性”

ubuntu 发表于： 2013-09-04 21:49 点击： 523

论侵权法上过失认定中的“可预见性”

刘文杰 中国传媒大学 副教授

关键词：过失，可预见性，“理性人”标准

内容提要：过失是指行为人能够预见到自己的行为可能会对受保护法益造成侵害，却没有采取合理的措施对侵害加以避免。也就是说，过失的认定以“可预见性”的存在为前提。“可预见性”并非指个案中的当事人是否有能力预见，而是指向当代社会各行各业所积累的知识、经验、能力和勤勉，即一个抽象的“理性人”的预见可能性。对组织体而言，判断其“可以预见”与否，不能以内部某个成员的个体能力为标准，而是以组织体的整体能力作为提出注意要求的基础，或者更准确地说，以“同行业、领域中一般的组织体所具有的能力”作为衡量可以预见与否的标准。判断“可以预见”与否，关键是要看有关侵害可能性的信息是否可得，至于侵害是出于人的理性还是非理性，在所不问。“可预见性”实际上为行为人提出了一项调查了解义务，这一义务要求行为人对其行为的风险进行积极的调查了解，调查了解的范围不限于当下，而是行为风险所涵盖的合理期间。

一 问题的提出

概括地讲，侵权法上的过失是指能够避免造成特定侵害却没有避免。这一定义已经说明，过失包含一项意识或“可预见性”要素，即任何关于过失的认定都要求先行认定行为人“可以预见到自己的行为较有可能对受保护法益构成侵害”，或者认定行为人“应当知道侵害的存在”。如果行为人无法预见到此等加害的现实可能，也就无法加以避免，从而即使造成侵害，也与过失无涉。这一观点可以在普通法和大陆法上找到参照。关于什么是过失，普通法上有两种表述方式。一种是，只有当行为对他人造成了一项不合理的伤害危险，且行为人意识到了此项危险或一个合理谨慎的人能够意识到此项危险，行为人才是有过失的。第二种表述是，只有行为人预见到了伤害，或者一个合理谨慎的人会预见到伤害，且伤害本可以合理的方式加以避免，行为才是有过失的。这两种表述方式分别从“危险”和“可预见性”出发，但指的是同一件事物。[1]

我国法院在司法实务中亦通过肯定“可预见性”为过失的认定铺平道路，例如，在一个涉及安全保障义务的人身损害赔偿案中，法院就指出：“水火无情，郑和公园管理处作为管理者对所管理的区域应当比普通公众更了解场所内的情况，应当更能预见和认识到两米深的水塘是一个危险源，特别是对开放后可随意进出的孩子而言，因此其应当尽最大可能地采取积极有效措施防范和制止危险的发生。”[2]同样，法院也会通过否定可预见性而排除过失的存在。在“税华君等诉合江县人民小学人身损害赔偿案”中，法院指出：“罪犯林培青趁全校1800余名师生员工集中精力、全神贯注地升国旗之机，突然从学生队列一侧冲进学生队伍、持刀肆意砍杀无辜学生的行为，对人民小学全体师生而言，应属极不常发生的、突发性的意外事件，非学校通常预见水平和防范能力所能预见、防范。”[3]在“李萍、龚念诉五月花公司人身损害赔偿纠纷案”中，法院指出：“由于这个爆炸物的外包装酷似真酒，一般人凭肉眼难以识别，携带这个爆炸物的顾客曾经将其放置在自己家中一段时间都未能发现危险，因此要求服务员在开启酒盒盖时必须作出存在危险的判断，是强人所难。五月花餐厅已履行合理的谨慎注意义务，但仍不可能识别伪装成酒的爆炸物。”[4]

那么，构成过失概念之要素的可预见性到底包含哪些特征？妥当地回答这个问题，其意义不仅在于丰富了过失概念本身，使其面目更加清晰，更会为争议案件的处理提供有层次的分析路径。在个案中，认定可预见性并非总是容易之

事，例如在虚构的作品中使用他人真实信息的场合。从2006年至2010年，北京市海淀区人民法院连续审理了三个案件，除细节差异外，三个案件的主要事实均为：影视作品中使用了真实存在的他人手机号码，影视剧播出后，号码所有人频繁收到来自第三人的骚扰电话和短信。[5]案件中的原告认为，由于涉诉影视剧中出现了原告的手机号码，导致第三人在观看后对原告进行电话或短信骚扰，因此应由影视剧制作、传播方承担侵权责任。被告则认为，出现在影视剧中的手机号码系随意组合而成，被告并不知道原告在使用该号码，二者相同纯属巧合，影视剧作为文艺作品，除非特别说明，均属虚构，通常观众不会认为剧中出现的号码为剧中角色或扮演者所实际使用，若有侵扰发生，应是出于误会，非被告所能预见。在这些案件中，被告并不存在盗用他人号码、侵扰他人生活的故意，甚至根本没有使用该号码与他人通讯，自始至终，能够使用该号码对外联络的仍然只有原告本人。在案件审理中，只能考虑被告是否存有过失，于此首先需认定的就是加害人对侵害是否可以预见。恰恰在这个问题上，原被告各执一端，且其主张听起来都有一定道理。本文写作的主旨即在于从过失的一般理论出发，结合相关案例，探讨过失认定中可预见性的内容。

二 谁可以预见？

在侵权案件中，经常有被告主张，其在行为之时，实际上并不知道侵害危险的存在，更未预见到会对原告造成伤害，故无过失。而在另一些案件中，被告则主张，凭自身的能力虽可预见，但其无需运用这些能力，因为他只需要像一个“平均能力的谨慎的人”那样行事，故其怠于运用更高的能力并非过失。可见，可预见性理论需要解决“谁可以预见”的问题：是当事人本人可以预见，还是一个虚构的“合理谨慎的人”可以预见，抑或二者择优？

第一，“可以预见”是指“一个相同身份的合理谨慎的人”能够预见，并非指个案中的当事人是否有能力预见。侵权法上的过失认定原则上不考虑当事人的个体情况，而是看当事人的行为是否达到了“理性人”标准。在判断可预见性是否得到满足时，同样适用此标准。这一标准原则上不考虑个案当事人的注意能力，而是看“一个合理谨慎的人处在当事人的位置上会怎样行事”。[6]为保护社会交往安全，督促社会成员之间彼此关照，法律在设定行为标准之时，就必须将其确定在一个常人能够达到的（否则行为标准就失去了意义）但又绝非不费吹灰之力就能达到的高度上。这样一来，既维系了社会成员对社会交往的安全信赖，保障了交往的开展，同时又达到了督促社会成员改善自己行为、及时掌握新的更加安全的行为方式的效果。正是基于督促社会成员积极采纳更安全行为方式之考虑，《德国民法典》编订委员会才将第二次草案中“通常的注意”提高为“必要的注意”。[7]这里也要承认，当把上述标准适用于少数确实心有余而力不足的社会成员时，它已经基本失去了伦理谴责的色彩，而仅仅发挥利益平衡的功能。归根到底，“理性人”标准是在公众对交往安全的信赖与具体行为人的实际注意水平之间加以权衡的结果。两大法系在这个问题上都选择了支持前者，即保护公众对交往安全的信赖，因为其属于更为重要的利益，德国学者曾针对“主观过失说”指出：“批评（客观标准）是一种乔装打扮的危险责任，这只是停留在表面，没有深入到利益衡量中去。”[8]如霍姆斯所言：“……人们生活在社会中，……牺牲个人超出某一点之外的那些独特性，对于普遍的福利而言是必要的。”[9]

历史上，“理性人”有过多个同义语。罗马法塑造出了“善良家父”形象，这是一个抽象的精明和勤谨的人，他不但主观上具备善意，而且客观也拥有处理事务的能力。“善良家父的勤谨注意”就是要求债务人在履行义务时，不仅应当信守善意原则，而且应当小心谨慎、行为端正，虽不要求行为完美无缺，但要达到“人性所要求的注意”。[10]与“善良家父”一脉相承的是《法国民法典》第1137条中的“善良管理人”，法国学者指出，在认定行为是否构成过失时，法国法官的做法是将行为与善良家父会采取的行为相比较，“善良家父”与普通法上的“理性人”无异。[11]《德国民法典》（第一草案）使用的概念就是“善良家父”，这一表述因被认为与时代不合而被更为中性的“社会交往中必要的注意”所取代，但在思想内涵上是完全一致的。[12]普通法则提出了“通常谨慎的理性人”标准，“这是一个有着一切恰当品质的人，身上只有社会交往在特定情形可以容忍的缺点和毛病”。[13]上述概念在思想内涵上是完全一致的。到了近现代，“理性人”进一步披上了社会身份和职业的外衣。现代社会以专业化分工和活动的有组织性为其基本特征，显然，要求一切社会成员在一切社会活动中尽到同样的注意是不切实际的，要求特定活动中的专业人士尽到外行的注意则消减了分工的价值，要求每一专业领域中的成员尽到与其专业发展水平相称的注意，才是合乎“理性人”标准之趣旨的。[14]这就意味着，适用“理性人”标准时要结合社会身份、职业乃至年龄和典型的健康状况等，尤其是依社会成员的职业和社会身份而定其应有的注意。[15]存在于社会的大量组织体在预见和防范风险的能力上远远超出个人，对此类组织体自然不能以内部某个成员的个体能力为标准，而是以组织体的整体能力作为提出注意要求的基础。比如，德国相关判例的判决要求，任何一家医院都要针对新员工的使用、指导和监督有明确的规章制度及具体指令。[16]

“理性人”标准对于我国民法界早已不陌生。我国台湾地区明确采纳“善良管理人”标准，学说实务认为，过失系指行为人违反善良管理人之注意义务或具有相当专业知识经验且勤勉负责之人，可预见而未避免或防止损害结果发生，[17]该标准在我国大陆亦为法院所肯认。[18]法院明确指出，判断职业人士的过失时应当以“通常情形下同一职业领域中一位合格的从业人员在同样的情形下应尽到的谨慎与能力”为标准，例如，在进行医疗活动时，看其“是否已经尽到

第二，“理性人”标准要求，如果当事人具有超出平均水平的知识、技能或智力，则应当运用这些能力。“理性人”是当代社会交往准则的代称，是一个虚构的“榜样人”，“他毋宁说是一个群体关于理想行为尺度的人格化，随陪审团的社会判断而定。”[20]它不仅包含着客观能力要求，同时也是一项道德要求。[21]当事人的经验、知识或技能低于平均水平通常不构成排除可预见性的理由，不但如此，如果其在这些方面超出常人，在认定当事人能否预见时，则以“一个具备了这些经验、知识或技能的合理谨慎的人”能否预见为标准。美国《第二次侵权法重述》第289条就此作了明确规定，即如果行为人具有更好的注意力、洞察力、记忆、知识、智力和判断力，就必须运用这些能力。德国民法通说一直认为，《德国民法典》第276条中的“社会交往中必要的注意”只是最低要求，如果行为人具有超出群体一般成员的洞察力，那么当然他也应该使用这种能力。[22]我国法院在判决中有着类似的表述，在一起校园损害赔偿案中，法院即指出，事发当天上午已经发生过一起学生用弹弓弹人事件，校方却未引起重视，未收缴弹弓，致使弹人事件再次发生并造成重大伤害，故校方有过错。[23]

概言之，“理性人”是指以下这样一些行为准则：处事谨慎；顾及他人利益；表现出的能力不低于同一群体内中等的成员；掌握所属群体中的一般性知识；[24]对自身的特点有所认识；[25]除非注意力被正常地引到了别处，否则必须对所处的环境加以注意；[26]清醒地知道自己的无知，意识到无知伴随着危险，以止于当止之处；[27]在知识和观念上积极跟上时代，昨天可以理解的无知，今天可能就会变成有过失的无知。[28]尤其是，如果拥有超出常人的知识、技能甚至智力，则必须运用这些能力。

可预见性指向当代社会各行各业所积累的知识、经验和能力，即一个抽象的“理性人”的预见可能性。[29]过失要求对危险的可预见，这并非指个案当事人的主观可预见性，而是指当事人按照“理性人”标准度量“应当”知道或预见到什么。在“土豆网与新传在线侵犯著作权纠纷案”中，法院即认为：“上诉人作为一家专门从事包含影视、音乐在内的多媒体娱乐视频共享平台的专业网站，在日常网站维护中，应当知晓当时在大陆热播的电影作品之一的《疯狂的石头》的上传是未经许可的。”[30]以上述电话号码侵权案为例，要追问的不是被告实际知道乃至实际上能否预见，而是“一个合理谨慎的有经验的影视剧制作者”能够预见到侵害与否，也就是要清楚地知道如下情况是否已经成为影视剧制作行业的一般经验：其一，自行组合的“逼真”的号码可能真的存在；其二，观众看到这一“逼真”号码后可能会进行拨打。如果对这两个问题的答案是肯定的，那么，即使被告并无能力预见，可预见性要件仍然得到了满足。不但如此，如果影视剧行业尚不了解以上情况，但被告已有此类经验，那么可预见性同样得到满足。

三 “可以预见”到什么？

无疑，“可以预见”需要一个边界，生活中处处都是风险，如果把那些几乎不会发生也不知道什么时候、什么情形下会发生的危险纳入“可以预见”的范围，就等于让行为人对其引发的一切侵害负责，“可预见性”作为一个责任限制条件也就失去了意义。在德国联邦最高法院审理的“啤酒瓶”案中，一个落着灰尘、喷了颜色、上面用胶带粘有手写的“小心！生命危险！氢氧化钠！”的装有氢氧化钠溶液（用作清洁剂）的啤酒瓶子被粉刷工人当作啤酒误饮，造成严重伤害，法院仍然认定被告可以预见，这已经将“可以预见”扩张到了极限，[31]一般而言，可以预见的必须是一项“不合理的伤害危险”。[32]另一方面，是否要达到对加害机理的精确判断才能满足可预见性呢？受害人或第三人的非理性行为，例如电话号码案中某些观众的拨打行为是否应排除于可预见的范围之外？

（一）可预见性：一般性地预见到伤害的现实可能

可预见性不要求对伤害预见到极为具体的程度，只要能够一般性地预见到伤害的现实可能即为足够。过失责任的目的是保护某个特定的人，而是防止某种针对不特定人的危险，受害人仅仅因为碰巧置身于危险之中才成为特定的请求权人。因此，可预见性要求的客体是某类伤害危险，原则上不涉及真实的伤害进程。在德国法上，通常一般性地预见到损害结果的发生即为足够，不需要预见到行为后果的一切细节，[33]尤其是损害的类型和范围。[34]在普通法上，损害发生方式或细节的不可预见不能使行为人免于责任，[35]过失及因果关系不会因此被否定。例如，行为人将煤油置于某处，从而造成了起火的危险，结果煤油起火后发生了爆炸，在英国法官看来，这只是“可预见性的一个变种而已”。[36]如果公交车司机疏忽大意地将车开到了铁轨上，那么即使因为某个不可预见的障碍使得司机没能及时将公交车驶离铁轨，他也不能主张其对乘客的伤害是不可预见的。再如，在某一个案件中，被告在火车驶近时仍将载客马车赶上了铁轨，结果正好被卡在放下的护栏中间，与火车发生相撞，美国联邦最高法院就此指出，马车夫没能想到铁路在操作护栏方面的过失，对于他的过失认定而言并不重要，因为他能预见到，任何原因导致的耽搁都是极其危险的。[37]

尤其是在行为人过失地造成了一项在结果上极为明确的伤害危险，但这一危险倾向于以无法预见的方式发生的场合，可预见性不会被否定。[38]例如，行为人掌握的巨大物理力（如汽车、列车、大型船舶）一旦失控，将极有可能造成人身伤害和财产损害，但它们将何时、在哪里并以什么方式发生，却是难以预见的，这不影响可预见性的认定。如果

一列火车撞上一匹马，飞起的马又砸到一个行人，这种“台球效应”同样满足可预见性。[39]再如，将受害人置于有车流的车道上，那么受害人被一辆车撞上就是可以预见的，哪怕原因是驾驶员心脏病发作而突然失去对车的控制。[40]原则上，只有当已知的伤害危险的发生方式是非常有限的，超出这些方式的损害才不容易成立可预见性。在英国的一个判例中，工人们在—一个盛满800摄氏度的熔化金属的大缸旁边工作，一个工人不小心把一个盖子掉进了缸里，从而造成了溅起金属液的危险，但这并没有发生任何损害，可是一小会儿之后，金属液发生了喷发，原因是盖子掉进去后，发生了化学反应，产生了一枚水滴并立即化为水蒸汽，使得金属液喷射而出。案件发生时，人们完全不知道这一原理，法官认为不满足因果关系。其实从认知的角度而言，这更像一个可预见性问题。[41]

（二）“可预见”的前提在于有关侵害可能性的信息是否可得

“可预见”与否，要看有关侵害可能性的信息是否可得，而非依赖于侵害出于人的理性还是非理性。一个行为人不需要把每个相对人、第三人都看成是疯子，当两个民事主体发生接触时，在缺乏进一步信息的情况下，只能将对方作为其所属社会群体的一个普通分子看待。在机动车驾驶场合，驾驶员之间在素未谋面的情况下，只能假定对方也是一个具有平均的经验、技巧和谨慎的司机。行人可以假定，铁路道口的工作人员能够准确熟练地操作指示灯和护栏，铁路方面则可以假定，行人会遵守规定，等在护栏之外，直至火车通过并且护栏收起。如果我们不能假定，每个社会成员都具备其所属群体或交往环境中正常成员的素质，社会生活将寸步难行。因此，在判断相对人的身份时，在没有事实、经验支持相反判断的情况下，行为人可以将相对人当作一个“通情达理的人”看待，即相对人所属的社会群体中的平均成员。如果这个相对人忽然做出了不合常理的举动，我们就可以说这是行为人不可预见的。在美国的著名案例Adams v. Bullock一案中，12岁的原告在桥上挥舞8英尺长的电线，不料触到安装在桥下的电车缆线，触电受伤，法院即认为，首先，该缆线位于桥下，任何桥上行人即使弯腰也触不到，类似本案的意外过去也从未发生，可见本案纯属特殊意外事件，超出被告电车公司“可预见”的可能范围；其次，电车缆线客观上是不能包装绝缘材料的，若要求电车公司避免类似损害，须全部改为地下埋设，成本过巨。[42]

但另一方面，有关他人非理性行为的信息并非总是遥不可及，有时候，它们甚至近在眼前。例如，一个行人摇摇晃晃走在机动车道上，对于百米之外的驾驶员而言也不难推断，对方可能因醉酒、疾病或其他原因导致理解和控制能力下降，因而行动困难。再如，儿童游乐场的经营人甚至在开业之前就须对儿童的各种冒险行为预加防范，因为儿童具有喜欢玩游戏和冒险的天性，这是常识。在德国联邦最高法院判决的一个案件中，法院指出，烟花爆竹类产品因其巨大的危险性应加以慎重处理，生活经验表明，此类产品在青少年手中时，危险就更大，所以，只有针对未成年人的游戏天性和行为特点满足了特别的安全要求时，才能将烟花爆竹交给儿童。这实际上意味着，原则上只有在能够确定成年人会进行有效监督时，才能把烟花爆竹出售给儿童。[43]同样地，经营酒吧等娱乐场所的人也不能说，出现了客人的非理性行为是自己想不到的。美国《第二次侵权法重述》第308条规定：“被告允许他人使用其物，或从事在被告控制下之活动，该他人意下的使用或活动给第三人造成不合理的危险，而被告知道或者应当知道的，被告为有过失。”第390条规定，直接或通过第三人将动产供给因年幼、无经验或其他原因而在使用中造成自己或他人伤害风险，且被告知道或有理由知道这一点的，为有过失。该条规定涵盖商业性转让和情谊性的借用。事实上，这两项规定都没有把非理性行为排除于可以预见之外，相反却要求行为人合理地虑及他人的非理性行为。[44]

进一步而言，当行为人不是面对有着具体相对人的场合，也不是面对一个存在较强非理性倾向的群体，其行为波及的是尚可称为正常的普通公众时，其仍然不能主张公众中的任何非理性行为都是其不可预见的。事实恰恰相反，当相对人由单个或极少数人扩大为群体时，非理性行为的发生概率就大大提高了，个体的多样性和精神状态的参差不齐已经成为当代社会的经验性知识，成为可以预见的了。[45]在评估自身行为的危险性时，需要以这些经验性知识为出发点。我国《产品质量法》第27条第1款第（五）项规定，使用不当，容易造成产品本身损坏或者可能危及人身、财产安全的产品，应当有警示标志或者中文警示说明。这其中就内含着这样的假设，当产品使用者众多时，非常有可能出现非理性的产品使用。

（三）“理性人”标准导致的不对称性

“理性人”标准要求，行为人不能—在—切情况下都把他人看作“理性人”，他应当按照“理性人”的标准要求自己，却不能一概以此标准去判断其行为所波及的他人。在可预见性的问题上，这种表面上的不对称性表现得相当显著。[46]

为什么一个“理性人”不但要关注他人的理性行为，且要关注他人的非理性反应呢？因为过失概念的提出在于有效地避免损害。一般来说，行为人（或设施、人员的管理人）最了解自己行为的特点，从而相对地更容易查明行为的危险性，换言之，危险源的控制人相对于他人而言掌握了更为充分的信息，若要尽量减少侵害，较好的办法是推动危险源控制人利用这些信息，于此不再区分理性行为还是非理性行为，原因在于无论哪种行为造成的都是侵害，都是社会损失。

反，如果他慢速绕开行人，虽然有小小的不便，却得以在其后顺利行驶，而行人也可安全回到人行道上，相
故现场的交通也受到严重影响，此外还要导致交通管理部门、医疗机构、保险机构甚至司法机构的介入，因此发生的损
失还可能包括当事人双方的营业损失等等。驾驶员的行为这时就象一块石头投入水中，引起一波又一波的后果。因此，
从有利社会交往的角度讲，应该对眼前的乃至容易预见的相对人的非理性加以相应防范，这是从提高社会总体福利角度
提出的理由。英美法院很早就运用计算总成本的思路来认定过失之有无，例如，在19世纪的一个案件中，供水公司将水
管埋得较浅，结果在发生霜冻时冻裂，毁坏了原告的家。法院认为供水公司无过失，理由是，那一年的霜冻前所未有的
严重，而将水管埋得更深一些将花费大量费用，损害与之相比则显轻微。[47]运用同样的方法也可以肯定过失的存在，
例如，在著名的Hendricks v. Peabody Coal Co案中，一个16岁的少年在被告废弃的矿坑里游泳，受到了伤害。被告
知道有人在矿坑里游泳，并且知道就在少年跳水的水下某处有暗礁，虽然其也派人进行了巡视，但做得非常马虎。法院
认为，整个水体可以花费12000美元-14000美元用铁网围起来，这一支出比起矿坑对孩子们形成的风险而言，显然属于
很小的成本支出，因此被告有过失。[48]

仍以前述电话号码案为例，被告应当预见到，影视剧所面向的受众是一个庞大的群体，这个群体中既有行事理性、
善解人意的成员，也不乏轻率冲动、天真好奇之人，甚至还有穷极无聊、寻求刺激之人。与此相类似的，普通法长期以
来就遵循这样的规则，应当预见到儿童会出现的场合，行为人不能以儿童特有的好奇心、缺乏判断乃至恶作剧的天性造
成损害而推卸责任，这些恰恰是他应当预见到的。[49]面对一个剧中出现的手机号码，观众群至少会出现三种反应：一
是认其为虚构，不予置理；二是将信将疑，拨打试试，看其是否存在；三是不管其是否存在，先拨打一通，聊以解闷。
心理学的研究表明，如果一个人对一事物有浓厚兴趣或偏爱，就会倾向于相信该事物乃至围绕该事物的种种传言。正
如，一个有病的人或以为自己有病的人更容易为江湖大夫所骗，一个粉丝可以为其偶像相信种种荒诞，有关于此的报道
数不胜数。人们对同一事件的信任度千差万别，这已经构成一项生活常识。因此，当一部扣人心弦的电视剧中出现一个
至少在形式上完全符合真实号码编排方式的“电话号码”，观众产生“打打试试”、“就算不是剧中人的，看看到底是
谁的号码”、“只要是和我的偶像有关的，我都要一探究竟”的念头，并循着这一念头拨打号码或发送短信，就不足为
奇了。即使是第三人的故意加害也不能当然使行为人免责，如果行为人增加了第三人故意加害的危险，且对此能够预
见，例如为第三人提供了故意加害的良机，尤其是行为人恰恰负有防止第三人故意加害的义务时，行为人更是不能免
责。[50]

不但如此，被告还应当进一步预见到，由于观众群体庞大，在影视剧播出期间，非理性地拨打该手机号码的观众很
可能不在少数，从而对号码的实际持有人造成严重侵扰。这种侵扰已经不是偶尔收到垃圾短信或推销电话之类的生活中
的小小不便，而是由于数量众多、拨打频繁而构成了侵权法意义上的侵害，给号码持有人造成的生活失序、精神痛苦已
构成侵权法意义上的损害。正像英美法院所指出的，在一些情形下，行为人必须考虑到，加害人将不是一个人，而是失
去控制的人群。正如有的案件中，情绪激动的人群推倒了足球场锈蚀的大门，撞倒了恰好在旁的原告，俱乐部方面也不
一定能免责。[51]

四 可预见性要求当事人做什么？

实际案例中，被告往往主张，根据其所掌握的情况，无法查觉到危险的存在或逼近，即使一个聪明谨慎的人也不能
做到此点。例如，从带进餐厅的物品的外包装无法知道里面是炸药，[52]不可能看出小学生的口袋里有弹弓，[53]在进
行地下挖掘时，不可能凭视觉透视到地下管线的铺设情况。对这些主张又该如何看待？

第一，可预见性要求当事人对其行为的风险进行积极的调查了解，行为的风险越大，当事人的调查了解义务就越
重。生活经验告诉我们，许多可能的侵害后果单单靠面壁沉思是发现不了的，要认识到危险的存在和发生机制，有时
还必须积极地去加以查明，在必要的情况下，甚至需要借助他人的专业知识和能力。作为当代人理想行为尺度的人格
化，“一个通情达理的人”当然也具备这种美德，他会付出合理的努力，去查明其行为是否将使他人利益落入自己行为
的影响范围之内，其行为是否以及如何对他人利益构成危险。贯彻“理性人”标准的“可预见性”落实到具体的当事人
头上，就体现为调查了解义务。换言之，“可以预见”并非只要求当事人在脑子里设想自己行为的可能后果，在必要
时，他须深入现场，甚至聘请专业人员，配备专业器材，进行探勘、研究和试验。我国《中小学幼儿园安全管理办法》
第23条第2款中规定：“学校应当建立学生健康档案，组织学生定期体检。”第24条规定：“学校应当建立学生安全信
息通报制度，将学校规定的学生到校和放学时间、学生非正常缺席或者擅自离校情况，以及学生身体和心理的异常状况
等关系学生安全的信息，及时告知其监护人。对有特异体质、特定疾病或者其他生理、心理状况异常以及有吸毒行为的
学生，学校应当做好安全信息记录，妥善保管学生的健康与安全信息资料，依法保护学生的个人隐私。”这些规定都明
确了教育机构的主动调查义务。

调查了解义务的发生原因同样也是“有效避损”思想的体现，也是基于行为人在查明及避免危险的能力优于他人。用法经济学的语言来说，调查了解义务的发生就是在相互影响的当事人之间，把避险义务加给避险成本相对较小的一方。需要指出的是，人们更经常地从伦理学的角度出发，区分主动施加影响于他人者和被动接受者，并要求前者付出更多的注意。一般来说，施动者比之受动者能够掌握更多的信息，因此人们由朴素的行为伦理得出的结论亦与经济考量相吻合。德国刑法中的过失学说将上述调查了解义务称之为“内在的注意”，它是指对行为实施条件的观察，对行为过程和可能的伴随情况的预测，它要求认真思考认识到的危险将可能会如何发展、如何起作用。对于注意程度而言，危险的迫近和被置于危险之中的法益的价值，起着决定性作用。这一理论虽然运用于刑法，其实同样适用于民法上的过失认定。[54]行为可能造成的伤害越大，行为人的调查了解义务就越重。例如，在进行地下挖掘作业前，施工方应当详细了解施工地面的管线埋设情况，一般而言，如果没有获得相关资料、图纸，则不能擅自挖掘。[55]

在电话号码案中，被告的调查了解义务体现为：应当调查自行编造的手机号码是否真的存在；如果该号码存在，影视剧的播出是否会对号码的实际持有人造成影响，尤其是造成怎样的不利影响。想要知道号码实际存在与否，只要拨打一下即可，为此付出的成本微不足道。[56]想要知道在一个虚构作品里出现外观真实的身份信息是否会对信息的真正所有人造成影响，甚至不需要进行试验，古今中外提供了诸多先例。一部成功的虚构作品往往让痴迷的观众循着作品中的细节去刨根问底，乃至对其中的一些情境信以为真，这在青少年受众群体中表现得尤为明显，1980年代放映的电影《少林寺》使得全中国的少年人都以为河南嵩山少林寺就是电影中的样子，许多人甚至不顾父母反对，离家出走，远赴少林寺。百多年来，造访伦敦贝克街探寻福尔摩斯“足迹”的人亦络绎不绝。[57]如果虚构类作品中出现了他人的真实身份信息，使得观众可以很方便地与该主体联络，那么其受到侵扰不但非属罕见，甚至属于典型后果。[58]

第二，调查了解的范围不限于当下，即使行为开始之时侵害不会立刻发生，但也并不必然否定可预见性。可预见性的对象是不合理的伤害危险，微乎其微的伤害可能不在可预见性的范围之内，但伤害的时点却不限于当下，也包括未来造成的不利，这里的“未来”固然不能太过遥远，因为时间愈远，越会超出正常人的知识掌握，但也不限于几日或一周之内。归根到底，判断可预见与否仍然要回到“一个合理谨慎的有经验的社会成员”的标准。这样一个“人”既注意眼前，也关注其行为在合理期间内的影响，只有这样，才能将给他人造成的损失减到最小。这也意味着，行为人对自已当下“直接”造成的损害负责，也要对合理期间内因其过失而酿就的风险之实现负责，包括对他人随之而来的过失行为负责，因为，正是本人的过失增加了他人过失致害的风险。在英美法的判例中，过失引起高速公路撞车者对后来驾驶人的过失闯入事故现场造成进一步损害负责，[59]或者可能要随后医院方面的救治过失而负责。[60]

如果一个影视剧作者虚构了一个电话号码，这个号码虽然在影视剧投入市场之际并不存在，但其数字组合如完全符合当前电话号码的排列规律，那么他就应该考虑到，随着电话用户的变动和增加，该号码完全可能在不久后的一天为某人所拥有，随之而来的可能就是因影视剧播放而引起的电话、短信等骚扰。换言之，此种情况下，影视剧制作者不能称其对日后的侵害是不可预见的。一般来说，制作者应当考虑的合理期间包括影视剧播出档期及其制品投入市场后的合理生命周期。甚至如下情形也不能否定制作者的“可以预见”，比如，为了对现实中的人不造成侵扰，制作者使用了剧组工作人员手机号码。此时，制作者应当预见到，既然现实中的人可能受到骚扰，剧组工作人员自然也不会幸免，并完全可能因不堪其扰而更换手机号码，而那被放弃的号码在经过一段冷藏期后又被通信公司投入市场，当其由不知情的第三人获得后，即成为侵扰之源。

第三，“可预见性”的扩张—市场观察义务。本文至此所讨论的“可以预见”尚局限于这样的范围：当事人于行为之际，依应有的经验、知识和勤勉能够知道引发某种类型的伤害在当时或合理的将来有相当的发生可能性。但是，为了进一步维护公众安全，减少伤害，法律也可以对“可预见性”加以扩张，给当事人施加了持续了解义务。此类义务尤其对产品、药品生产者有适用上的正当性，因为产品、药品在投放市场之后还有较长的作用周期，在此周期内，先前不能发现的危险可能会显露。

在德国联邦最高法院判决的一个“本田摩托”案中，受害人骑着摩托车撞上了路中间的隔离带，事故原因并不是摩托车本身存在设计或制造缺陷，而是由于受害人装上了一个车把护罩，致使行驶稳定性下降。车罩由另一家配件公司生产，由摩托车车主自行安装到了摩托车上。在生产该型号摩托车时，市场上还没有投放涉案的车把护罩。也就是说，摩托车生产商自身并不生产这一“配件”，一开始不知道也不可能知道这一配件的存在，并且两种产品就其本身而言均不存在缺陷。危险是在二者组合在一起时才出现的。[61]借助这一案件，德国联邦最高法院阐述了与配件有关的产品关注义务。法院认为，对于产品的必要配件、可以安装在产品上的配件以及一般通用配件，产品生产商负有关注义务，即对这些配件与产品相匹配的安全性加以检查，甚至推荐匹配良好的可安装配件，并对不当使用的危险提出警告。这里的可预见是指厂商在履行了产品关注义务之后能否预见。

我国《侵权责任法》第46条规定了产品召回义务，从中可以解释出市场观察义务的存在，即生产者应当在产品投入

市场后持续加以关注，就新发现的危险对使用者加以提示，直至回收产品，此条规定构成了《产品质量法》第41条和《侵权责任法》第41条的例外。从解释论上而言，这是在产品责任上通过施加观察义务规定了一项过错责任制度。

五 结论

作为过失概念的要素，“可预见性”的界定同样基于过失归责的一般思想，这就是，使相互影响的当事人之间的更有能力避损者负担更多的注意义务。[62]不过，这一权衡不是发生在个案层面，而是发生在群体层面，由此形成了“理性人”标准。依据这一标准，“可以预见”并非指个案当事人的主观上能否预见，而是指向当代社会各行各业所积累的知识、经验、能力和勤勉，即一个抽象的“理性人”的预见可能性。这其中，对组织体而言，判断其“可以预见”与否，不能以内部某个成员的个体能力为标准，而是以组织体的整体能力作为提出注意要求的基础，或者更准确地说，以“同行业、同领域中一般的组织体所具有的能力”作为衡量可以预见与否的标准。此外，判断是否可以预见，是看有关侵害可能性的信息是否可得，而不是看侵害系出于人的理性还是非理性。法律以“可以预见”为名提出的其实是一项调查了解义务，无论是他人的理性还是非理性反应，均在此项调查义务范围之内。

依上述结论，本文一开始所举的三个电话号码侵权案中的被告行为均满足可预见性标准，因其可以轻易避免此类侵害的发生，故已构成过失。那么，影视剧制作者又如何追求影视剧的真实效果呢？其中一个案件的被告特别提及，涉诉电视剧作为刑侦推理剧，“本案争议的手机号码是该剧中不可分割的一部分，如果删除这个号码，将使该电视剧无法构成一个完整的故事，被告没有侵权行为，因此也无义务删除该剧中的任何镜头。”显然，被告清楚地知道一个形式上逼真的号码对于作品的价值。[63]其实，这一问题不难解决。如果制作者希望保留影视剧的逼真效果，可以采取停机保号的方法，这样做的成本很低，而且能够避免给无辜第三人可能带来的严重侵扰。当然，制作者、传播者为了加强市场营销效果，也可以设专人维护该号码，与受众展开互动。无论怎样，由影视剧制作者、传播者承担“真实号码”的成本都更为合理，因为他们经由号码的逼真而获利。可能有人主张，真正获得精神享受的是受众，然而在经济生活层面，受众已经通过购买影视剧制品或者观看附有广告的电视台播放，将利益转移给了制作者、传播者。这也可以成为原告主张被告有过失的一条途径，即指出存在着替代方案供被告采纳，此时被告虽然增加了少许成本，却会使不相干的原告免于严重的侵害。其中一例电话号码侵权案的二审法院即指出，制作人应当考虑到自创号码与真实号码重合的问题，并进行试验，“这种试验即拨打自己所‘创造’的号码，并不为难，而对于实际机主的利益却相当大”，制作人未能拨打，故主观上有严重的过失。[64]

总而言之，为确立过失认定中“可以预见”要件的存在，原告有两种选择：证明被告所在领域中的有经验、谨慎并顾及他人利益的同行完全能够预见到行为的危险性；或者，在被告所处领域或就被告自身而言，相关行为的危险性要么已经成为经验性知识，要么不需要付出不相称的成本即可查知。这也是过失认定中的“可预见性”在现实中的应用路径。

注释：

[1] Dan B. Dobbs, *The Law of Torts*, (West Group, 2000), p. 334.

[2] 南京市中级人民法院（2007）宁民一终字第223号民事判决书。

[3] 最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》（总第32辑），人民法院出版社2000年版，第102页以下。

[4] 参见《李萍、龚念诉五月花公司人身损害赔偿纠纷案》，《中华人民共和国最高人民法院公报》2002年第2期。

[5] 三个案件在细节上有所不同。其中，（2006）海民初字第10352号判决书所载案件的基本案情是：被告在其制作的电视连续剧中使用了“工作人员随意组合而成”的手机号码，却与原告号码吻合，含有该号码的VCD光盘投放市场后，原告收到来自全国各地观众的各类电话和短信。原告称，骚扰电话和短信数以万计，仅保存在其手机上的骚扰短信就有近3000条。（2009）海民初字第8574号民事判决书所载案件的基本案情是：被告在其制作的电视连续剧中使用了剧本作者的手机号码作为剧中连环杀人案主谋的“手机号码”，电视剧播出后，剧作者接到骚扰电话，随后更换了手机号码，该号码又为原告购得，随着该剧在省市播出及DVD制品上市，原告不断接到陌生电话和短信，询问其是否为剧中人物的扮演者，杀人案的“幕后操纵者”等。（2009）海民初字第15905号民事判决书所载案件的基本案情是：被告自香港引进并发行的电影中，某演员在谈话中提及自己的“手机号码”，并称自己住在北京亮马河。该号码实际为原告长期拥有，电影公映后，原告不断接到陌生电话，四个月内接到的此类电话有数千个之多。

[6] 例如美国《第二次侵权法》重述第283条之规定。

[7] Siehe Prot. I 187; 302f., insbes. 303 Anm. 1 (Redaktionskommission).

[8] Munchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 5. Aufl., 2007, S. 723.

[9][美]小奥利弗·温德尔·霍姆斯：《普通法》，冉昊、姚中秋译，中国政法大学出版社2006年版，第94页。

[10]丁玫：《罗马法契约责任》，中国政法大学出版社1998年版，第156-157页。

[11]Philippe Brun: Responsabilite Civil Extra Contractuelle, Litec, led, 2005, n° 356.

[12]Siehe Prot. I 187; 302f., insbes.303 Anm. 1 (Redaktionskommission).

[13]William L. Prosser, Handbook of the Law of Torts, (West Publishing Co., 4th ed., 1971), p. 150.

[14]在德国的民商事法律中，“一个谨慎负责的商人”形象亦不鲜见。例如，一个正派商人的注意（《德国商法典》第347条）；一个正派的有良知的业务管理人的注意（《德国股份公司法》第93条）；一个正派的有良知的监事的注意（《德国股份公司法》第116条）；一个正派的业务管理人的注意（《德国有限责任公司法》第43条）。

[15]美国《第二次侵权法重述》第283条对此作了全面规定：除非行为人是一名儿童，否则为免于过失而应遵守的行为标准是一个明理之人在类似情形下的行为标准。如果行为人是一名儿童，为免于过失而应遵守的行为标准是一个类似年龄、智力及经验的明理之人在类似情形下的行为标准。除非行为人是一名儿童，否则其精神失常或其他精神上的缺陷不使其免于遵守一个明理之人在类似情形下的行为标准。如果行为人患病或有其他身体上的缺陷，为免于过失而应遵守的行为标准是一个罹患同样缺陷的明理之人的行为标准。

[16]参见Palandt, 55 Aufl., S955。另参见于敏、李昊等：《中国民法典侵权行为编规则》，社会科学文献出版社2012年版，第194页以下。

[17]陈聪富：《侵权归责原则与损害赔偿》，北京大学出版社2005年，第47页。

[18]参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社2011年版，第206页以下。

[19]参见浙江省宁波市镇海区人民法院（2007）甬镇民一初字第1088号民事判决书。

[20]William L. Prosser, Handbook of the Law of Torts, p. 151.

[21]John G. Fleming, The Law of Torts, (Law Book Company, 9th ed., 1998), p.118.

[22]Esser, Schuldrecht, 1. Aufl., S88, 2. Aufl., S204.

[23]参见浙江省绍兴市中级人民法院（2001）绍民终字第822号民事判决书。

[24]William L. Prosser, Handbook of the Law of Torts, p. 158.

[25]William L. Prosser, Handbook of the Law of Torts, p. 159.

[26]William L. Prosser, Handbook of the Law of Torts, p. 157.

[27]William L. Prosser, Handbook of the Law of Torts, p. 160.

[28]William L. Prosser, Handbook of the Law of Torts, p. 161；弗莱明在其著作中特别讨论了系安全带常识与乘客过失认定的关系，John G. Fleming, The Law of Torts, p.120, p.315.

[29]Dan B. Dobbs, The Law of Torts, p. 275

[30]上海市高级人民法院（2008）沪高民三（知）终字第62号民事判决书。

[31]BGH VersR 1968, 594

[32]参见刘文杰：《论“不合理的伤害危险”一对过失概念客观要素的考察》，《西南政法大学学报》2010年第5期。

[33]BGH 93, 357; NJW 93, 2234.

[34]如果危险属于较远的，那么通过否定因果关系相当性或违法性的存在即可否定过失。Jauernig/Stadler, 14. Aufl., 2011, §28.

[35]Dan B. Dobbs, The Law of Torts, p. 335.

[36]Hughes v. Lord Advocate, [1963] A. C. 837 (H. L. 1963).

[37]Cf. Washington & G. R. Co. v Hickey, 166 U. S. 521, 17 S. Ct. 661, 41 L. Ed. 1101 (1897).

[38]Dan B. Dobbs, The Law of Torts, p. 467.

[39]Dan B. Dobbs, The Law of Torts, p. 467.

[40]Tise v. Yates Construction Co., Inc., 345 N. C. 456, 480 S. E. 2d 677 (1997).

[41]Doughty v. Turner Manufacturing Co., Limited, [1964] 1 Q. B. 518 (C. A. 1963).

[42]Adams v. Bullock, 227 N. Y. 208 N. E. 93 (1919).

[43]BGH NJW 1998, 2905.

[44]进一步言，如果行为人造成一项危险，那么他人避开危险的合理努力所致损害也在可预见范围之内，因为“只要救

[45][德]克雷斯蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（下卷），焦美华译，张新宝校，法律出版社2004年版，第262页。

[46]就责任的最终承担而言，这种不对称性得到了某种修正，即，法律对相对人同样提出了“理性人”要求，如果相对人对自身的损害有过错的，亦要相应地予以自担，参见我国《民法通则》第131条，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2条。

[47]Blyth v. Birmingham Water Works 11 Exch. 781, 156 Eng. Rep. 1047 (1856) .

[48]115 111. App. 2d 35, 253 N. E. 2d 56 (1969) .

[49]Glasgow Corp v. Taylor [1922]1 AC 44 at 67; Thompson v. Bankstown Corp (1953) 87 CLR 619 at 631.

[50]例如独自留在房中的粉刷匠不锁门外出2小时之久，要对珠宝失窃负责，Stansbie v. Troman [1948] 2 KB at 52; Marshall v. Caledonia Rly (1988) 1 R 1066; 保险公司在受益人缺乏可保险利益情况下为被保险人承保，受益人杀害被保险人以骗得保险金，Liberty National Life Ins v. Weldon 100 So 2d 696 (Ala 1958) ; 再如报警系统在抢匪闯入时没有报警，制造方应当负责，Reg Glass v. Rivers (1968) 120 CLR 516; Dove v. Banham's Locks[1983] 1 WLR 1436; McNeil v. Village Locksmith (1981) 129 DLR (3d) 543; US: 37 ALR 4th 47 (1985) ; 精神病院和监狱要对精神病人和囚犯逃离后的致损负责，Holgate v. Littlewoods [1937] 4 All ER 19; Dorset YC v. Home Office [1970] ACA 1004; 餐馆老板要求服务员把晚上的营业收入马上存入银行保险柜应当对其缺乏保护而遇袭负责，Chomentowski v. Red Garter Restaurant (1970) 92 WN (NSW) 1070; 45 ALJR 713 (HC) ; 律师疏于办理法律手续，要为客户遭到房主的侵扰负责，Barnes v. Hay (1988) 12 NSWLR 377

[51]Hosie v. Arbroath Club[1978]SLT 122.

[52]参见《李萍、龚念诉五月花公司人身损害赔偿纠纷案》。

[53]见校园弹弓弹人伤害案，浙江省绍兴市中级人民法院（2001）绍民终字第822号民事判决书。

[54]参见欧洲侵权法小组编著：《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7页。

[55][德]克雷斯蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（下卷），第289页，注[321]。

[56]二审法院在判决中亦指出，被告应当事先进行拨打。参见北京市第一中级人民法院（2006）一中民终字第15260号《民事判决书》。

[57]英国作家柯南道尔为他笔下的神探福尔摩斯觅得了一处“住所”，这就是伦敦贝克街221b号，福尔摩斯则于1881年至1902年间“居住”在此。当时贝克街是从东侧从南到北有1号~42号、西侧由北到南是44号~85号，并不存在221号，也就是说221b号只是作者制造出来的虚幻的地方。然而，《福尔摩斯探案集》问世后，这位虚拟神探的粉丝从世界各地赶来，希望一睹神探的风采，1990年，贝克街建立了福尔摩斯博物馆。

[58]包括互联网在内的各类媒体上都能查询到此类例子，例如，根据刘震云小说改编拍摄的电影《手机》热播之际，有一个清晰的镜头，就是主角“严守一”的手机号码，虽然这一幕在电影中一闪而过，还是有不少年轻人买来了影碟，在自己的影碟机上反复回放，直到捕捉到这个号码，并尝试着给“严守一”打去了电话。<http://www.beijingdaily.com.cn/>（北京晨报网），访问时间：2012年9月20日。

[59]Chapman v. Hearse (1961) 106 CLR 112 (rescuer) , Jones, Multiple Causation and Intervening Acts 2 TLR 133 (1994) ; Mahony v. Kruschich (1985) 156 CLR 522; Price v. Milawski (1977) 82 DLR (3d) 130

[60]Duwyn v. Kaprielian (1978) 94 DLR (3d) 427 at 441. Cf R v. Cheshire[1991]1WLR 844 (CA) .

[61]BGHZ 99, 167.

[62]如道伯斯所言，可预见性很少是个事实问题，它属于对行为人行为整体评价的一部分。Dan B. Dobbs, The Law of Torts, pp. 335-336.

[63]见（2009）海民初字第8574号民事判决书。

[64]参见北京市第一中级人民法院（2006）一中民终字第15260号民事判决书。

出处：《环球法律评论》2013年第3期

转载于民商法律网

