

对侵权过错概念的再认识

姚 苗

(上海中医药大学, 上海 201203)

摘 要: 过错是过错责任最为核心的要件。然而, 对于过错的认识, 侵权法上有着主观过错与客观过错的纷争。现代社会经济生活环境发生巨大的变化, 过错责任及主观过错理论面临着许多新的问题和挑战, 许多学者提出主观过错理论已经不能适应现代社会生活的实际情况, 应当以客观过错理论取而代之。本文通过对两种理论在现代社会中遇到的主要问题的分析, 认为主观过错理论的缺陷完全可以通过一些方法予以弥补, 如果舍弃主观过错理论, 采用客观过错理论, 将遇到不可克服的问题。因此, 主观过错理论依然值得我们固守。

关键词: 过错; 主观过错; 客观过错

中图分类号: DF51 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-309X(2007)02-0061-06

过错责任原则被誉为与契约自由、所有权自由相提并论的近代民法的三大原则之一。随着 20 世纪工业、科技、交通等领域的空前发展, 社会经济生活环境发生巨大的变化, 产生了新的经济生活领域、新的行为方式, 从而出现一些新的侵权类型, 给侵权法带来了严峻的挑战。过错推定、无过错责任等原则相继在各国的司法实践和立法中得到确立, 侵权法的归责原则出现了客观化的趋势。学者们惊呼过错责任面临危机, 甚至认为“过错”已经死亡^①。与此同时, 在过错责任内部, 许多学者认为主观过错理论已经不能适应现代社会经济生活状况, 主张摒弃主观过错理论, 采用客观过错理论。如: 有学者认为, 主观过错与客观过错, 是过错概念发展的两个阶段, 客观过错概念是过错概念发展更为完善的阶段^[1]。客观过错概念在当今社会已成为流行的学说^{[2](P199)}。主观过错理论中的个人心理欠缺, 行为人内在之意思能力不集中及个人主观上的可非难性等法律命题, 在现代民法上仅仅是文字上或逻辑上的假托, 对过错的构成一般不起作用^{[3](P53)}。过错“应采新过错理论而非旧过错理论”^[4]。又如: 许多日本学者也对主观过错理论提出批判, 主张采用客观过错理论^[5]。

本文通过分析认为, 在过错责任原则之下, 主观过错理论在应对新的侵权类型时, 确实存在一些弊端或者缺陷, 但是, 这些弊端或者缺陷可以通过一些方法予以弥补; 而客观过错理论并非神丹妙药, 在实践中和理论上也显现出许多重大缺陷, 而且这些缺陷为客观过错理论本身所固有, 不能通过其他方法予以弥补。因此, 在过错责任原则下, 我们应当坚持主观过错理论。

收稿日期: 2006-10-05

作者简介: 姚苗(1965-), 男, 浙江温州人, 讲师, 硕士, 研究方向: 民商法

① 有学者以其书名表明这一倾向, 如: 胡雪梅. “过错”的死亡——中英侵权法宏观比较研究及思考. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.

一、侵权法上过错概念理论概述

侵权法上,关于过错占主导地位的理论是主观过错理论和客观过错理论。20世纪以来,有学者提出一种新的过错理论,这就是主观过错和客观过错相结合的折衷过错理论。这种理论认为,“过错是一个主观和客观要素相结合的概念,它是支配行为人从事在法律和道德上应受非难的行为的故意或过错的状态,换言之,是指行为人通过违背法律的、道德的行为表现出来的主观状态。”^{[2](P219)}该理论最终仍然认为过错是一种主观心理状态,显然其在本质上是认同过错的主观性。所以,折衷过错理论的提出并没有在主观过错理论和客观过错理论之外形成一种真正独立的过错理论。

(一) 关于主观过错理论(主观过错说)

主观过错说认为,过错是指行为人应受责难的主观心理状态。该说特点有二:一是将过错解释为行为人的某种心理状态,二是将过错与不法区别开来^{[6](P171)}。主观过错说以德国民法为代表。德国民法理论将“不法”与“过错”作严格的区分。这种区分始于德国著名法学家耶林,他使用了“客观的不法”和“主观的不法”概念。其中“客观的不法”指行为的违法性,“主观的不法”即指过错。依德国民法理论,不法指对他人权益的任何侵犯,过错则指行为人知道或应知道其行为具有违法性的主观状态,指主观上的可责性^{[3](P50)}。意大利的德·居皮斯(De Cupis)认为,过错“是一种心理状态,它在和某种损害相联系的情况下,能够被认为应受谴责。”^{[3](P51)}可见,主观的过错是指行为人在行为时应受谴责的主观心理状态,它与行为相分别而独立存在。其评价的对象为行为人的主观心理状态,评价结果为是否具有可责难性。

(二) 关于客观过错理论(客观过错说)

客观过错说认为过错并非在于行为人的主观心理态度具备应受非难性,而在于其行为具有应受非难性。行为人的行为如果不符合某种行为标准即为过错^{[2](P198)}。其特点,一是把过错解释为对注意义务的违反,二是把不法包含在过错之中,使二者合而为一^{[3](P173)}。这种学说以法国民法为代表。法国学者普兰尼奥尔(Planiol)指出:“过错是对事先存在的义务的违反。”^[6]依法国传统理论,过错包括两个要素:一是指行为,即异于“善良家父”标准的行为;二是指可责性。实际上,德国法上所谓的“不法”在法国已包含在过错的概念之中了^[7]。客观过错理论是以某种行为标准来判定行为人有无过错。只要行为人的行为违反了某种行为标准则视为有过错,而不再探求行为人的主观意思状态如何。

二、两种过错理论在现代社会中遇到的问题

(一) 主观过错理论遇到的问题

经过罗马法的复兴运动,过错责任在19世纪大陆法系国家以法律的形式被确立,之后也为普通法国家所普遍接受,学者称之为“过错责任的第二次勃兴”^{[2](P66-74)}。应该说,在当时的社会经济生活条件下,主观过错理论较好地解决了当时的侵权问题,适应当时的社会状况。因此,主观过错理论在当时成为流行学说^{[2](P187)}。然而,到了20世纪社会经济生活所发生了重大变化,作为近代民法基础的两个基本判断——平等性与互换性已然丧失^[8],主观过错理论在应对新的侵权问题时渐渐显露出其弊端。主要表现在如下两个方面:

1. 主观心理状态可责难性难以确认

主观过错理论要求对行为人在行为时的主观心理状态的可责难性作出评价。要确定行为人在行为时的主观意思状态,如注意力是否集中、是否粗心大意和漫不经心、是否过于自信,在近代社会

生活的行为类型中或许并不是一件特别困难的事。但是，在现代社会生活中，有些损害的发生，常常并非由于行为人粗心大意、漫不经心或者过于自信所致，而常常是因为行为人缺乏知识、记忆、观察、想像、预见、自力、判断、迅速反应，或者是因为缺乏经验、技术等原因所致。因此，对于现代社会生活中新的行为类型而言，要确定行为人在行为时的主观心理状态如何殊为不易，判断其是否具有可非难性更是非常困难。

2. 不利于保护受害人的合法权益

主观过错理论认为主观状态和客观行为作为归责条件时应当作为两个不同因素加以考虑，对过错判定要通过仔细检验并分析行为人的心理状态来确定，对行为的非难问题要通过合法与非非法的标准来确定。这使行为与主观状态发生一定的分离，使单纯的主观状态成为民事规则的一个要件。^{[2](P196)}这无疑有利于限制行为人的责任。另外，现代社会某些侵权类型中，主观心理状态难以证明，给受害人增加了过重的举证负担^[9]。因此，在现代社会一些新的领域中，严格适用主观过错理论，将不能有效保护受害人的合法权益，导致社会不公平。

（二）客观过错理论遇到的问题

鉴于上述主观过错理论的缺陷，许多学者提出以客观过错理论取而代之。然而，笔者认为客观过错理论的适用将导致如下两大问题：第一，客观过错理论排斥对行为人主观心理状态的道德评价，其评价结果往往偏离社会道德和公众普遍的正义观，为社会公众所不能接受；第二，主观过错理论以刻板的行为标准来确定行为人是否具有过错，往往限制行为人创造性和主观能动性的发挥，阻碍了科学技术的发展和社会进步。

以下例子可以充分说明该问题。例如：一名医生，面对一位特殊体质、特殊病情的患者，从最有利于患者的角度出发，经过周密考虑，谨慎安排，不套用常规的治疗方案（也许可以明确地预料到采用常规的治疗方案将对患者没有任何积极效果），采取了一种非常规的、非一般医生所采用的治疗方案。虽然该医生尽其最大努力，最终还是未能挽救该患者的生命。于此情形，任何患者的亲属，任何一般的社会公众，都不会认为该医生具有过错，都不会认为该医生应该对该患者的死亡承担责任。然而，依客观过错理论观之，该医生未采用常规的标准治疗方案，虽然该医生已经尽其最大的谨慎、注意和勤勉，其主观心理意志不具有可责难性，但其行为异于标准的行为模式，因而，该医生是具有过错的。这样的结论有悖于社会公认的正义准则，为社会公众所不能接受。^①

三、分析与评价

（一）对主观过错理论的分析与评价

主观过错说将近代意志自由哲学理论引入侵权法^{[2](P189)}，为侵权法自己责任原则奠定了坚实的基础。意志自由理论认为，如果人是自由的，一切行为都是人自由意志选择的结果，只有意志自由选择的情况下，人才能承担责任。因此，过错以自由意志为前提，每一个自由意志的人都应对其过错行为负责，法律上的过错责任就是对滥用个人自由的制约，从而调整人之间的自由。正如黑格尔所指出：“意志作为主观的或道德的意志表现于外时，就是行为。”“行为只有作为意志的过错才能归责于我。”^[10]主观过错说明确提出了应当受到责难的并非客观的损害结果，也非行为人的行为，而是行为人行行为时的主观心理状态，并将这种主观心理状态与责任直接相联系，成为承担责

^① 依照主观过错理论，虽然该医生未采用常规的标准的治疗方案，其行为异于标准的行为模式，但是，该医生已经尽其最大的谨慎、注意和勤勉，其主观心理意志不具有可责难性。因而，该医生是不具有过错的。

任前提条件,从而为侵权法自己责任原则给出了圆满的理论解释。

以主观心理状态为归责条件,使近代侵权责任与古代结果责任有了根本区别,是人类社会文明进步和法律成熟的标志^①。“若行为人已经尽其注意,即免负侵权责任,自由不受束缚,聪明才智可得发挥。在结果责任原则之下,若有损害即应赔偿,行为人动辄得咎,行为之际,瞻前顾后,畏缩不前,创造活动,甚受限制。”^[11]因此,对于近代的侵权类型而言,主观过错理论在保障受害人的利益同时,平衡了行为人的自由,在“行为自由”和“权益保护”的两个极点间找到了最佳平衡点。

只是到了现代社会,出现了新的侵权类型,主观过错理论在应对这些新的侵权类型时显露出上述弊端或者缺陷。但是,我们必须清楚地认识到这样一个事实:这些新的侵权类型的出现,并不会导致传统侵权类型在种类与数量上的减少,换言之,在现代社会中,传统侵权类型在种类与数量上依然占据着绝对多数的地位,而这些新的侵权类型只占少数。对于这些占绝对多数的侵权类型而言,主观过错理论依然是最佳地平衡了行为人自由和受害人利益的理论,因此,在现代社会中,在过错责任原则之下,主观过错理论仍然是我们必须坚持的最佳选择。如果因为主观过错理论在应对少数侵权类型出现弊端或者缺陷,就摒弃主观过错理论采用客观过错理论,使过错的内涵异化——有人称之为客观化,那么,对占绝对多数的传统侵权类型而言,行为人自由和受害人利益的最佳平衡将被打破,将可能导致不当扩大行为人的责任,产生新的社会不公平。

意志决定行为,行为是意志的外在表达。对于一般的侵权类型,人们往往可以通过对行为的分析,来确定行为人的主观心理状态。对于少数新型的侵权类型,主观心理状态或者难以确定,或者无法作出是否应当受责难的评价,主观过错理论的适用不能很好地保护受害人的合法权益,导致社会不公平。解决这个问题,我们可以有许多办法。例如,我们可以通过类型化的分析,对某些类型的侵权行为采取举证责任倒置的方法,实行过错推定原则,如现行的医疗过错等几种侵权类型^②;或者将某些类型的侵权行为适用无过错责任的归责原则,如我国的机动车对行人的侵权责任^③。这样可给予受害人以较好的保护,而不至于在所有的侵权类型上实行过错内涵的客观化,不当扩大行为人的责任。

综上,主观过错理论以近代意志自由哲学为理论依据,奠定了侵权法自己责任的基础,是过错责任的基点,否定主观过错理论,过错责任原则在理论上将不能自恰,其社会价值将被毁损;就现代社会绝大多数侵权类型而言,主观过错理论是保障受害人利益、平衡行为人的自由的有效机制;主观过错理论在现代社会中所面临的问题,可以通过侵权法的其他归责原则或者举证责任分配等法律技术予以解决,而不必抛弃主观过错理论。

(二) 对客观过错理论的分析与评价

客观过错理论认为行为人的行为如果不符合某种行为标准即为过错。受实证主义哲学的影响,

① 无过错责任与古代结果责任的相同之处是:它们都不以过错作为责任承担的条件。它们的根本区别在于:无过错责任是过错责任为主导的归责原则的一种例外,是法律规定的特别情形,不是对过错责任的全部否定,而是补充;而结果责任在那个时期是社会唯一的归责原则,排除过错责任原则的存在。因此,是否以过错责任为社会的根本归责原则,在社会生活中发挥基础作用,是区分现代无过错责任与古代结果责任的根本界限,也是区别社会文明进步与愚昧落后的标志。

② 见《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第四条规定了八种举证责任倒置的情形。

③ 见《中华人民共和国道路交通安全法》第七十六条:“机动车发生交通事故造成人身伤亡、财产损失的,由保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内予以赔偿。超过责任限额的部分,按照下列方式承担赔偿责任:(一)机动车之间发生交通事故的,由有过错的一方承担责任;双方都有过错的,按照各自过错的比例分担责任。……”

客观过错理论完全否认了内在意志与外在行为之间的联系，不承认人们的意志对行为的决定作用，拒绝对支配行为的内心意志进行探究，摒弃了对行为人主观心理意志的道德评价，而是简单采用教条死板的标准，仅仅对外在的行为进行衡量。因此，其得出结论往往偏离社会道德和公众普遍的正义观。

客观过错理论主张以行为人的外在行为作为过错评价的对象，如果行为人的行为异于标准的行为模式就是过错。这样，客观过错理论对过错的判定确实较为简单、明晰，无需对行为人的内心意志作出分析判断，这无疑在实际操作中较为容易，也较好地保护被害人的利益。但是，客观过错理论这种对过错的定义，扩大了行为人的责任，不利于行为人主观能动性的发挥。特别是在需要创造性思维，需要创新的领域，需要对具体个案具体处理的领域，这种限制就变得尤为突出。

上述例子，医生的诊疗活动，就是一个具体病情具体分析、具体处理的个体化的诊治活动。对一个具体的病人，医生往往没有一个模式可以套用，为达到最准确的诊断和最良好的治疗效果，医生必须充分发挥其聪明才智，在总结以往经验的基础上，需要创造性的思维，提出创造性的见解，制定最有利于患者的诊疗方案。这不仅最大限度地维护了患者的利益，也能极大地促进医疗技术的发展。倘若，过错就是违反作为行为标准的一个死板的行为模式，那么，所有异于该行为模式的行为都是过错。这意味着，任何创造性的工作、任何创新的行为，都将面临承担过错责任的风险。只要损害一旦发生，行为人就得承担责任，而无论行为人为防止损害的发生尽其多么大的谨慎、注意和勤勉。如此，所有医生会墨守陈规，没有人敢于采取任何具有创新的、异于标准诊疗常规的诊疗措施。这对患者个体而言，不利于达到最佳的诊治效果，对整个社会而言，不利于医疗技术的发展和提高。

需要特别指出的是，上述例子不仅仅限于医疗领域医生诊疗的行为，所有需要创造性思维，需要创新开拓的领域，需要对具体个案具体处理的领域，都存在同样的情况。而这些领域正是 21 世纪蓬勃发展、不断扩张的新的社会经济生活领域。因此，客观过错理论的这种消极作用绝不是个别的影响，而是遍及全社会的。

与客观过错理论不同，在主观过错理论下，过错是通过外在行为“推定”出来的，而不是行为本身。主观意志状态是“过错”的评价的对象，行为人的外在行为是间接反映主观意志状态的表征。但是，如果有其他更为强有力的证据证明行为人的主观意志状态应受责难或者不应受责难，那么，完全应当根据该证据来确定行为人有或者无过错。这就是主观过错与客观过错的根本区别。就上述医生诊疗例子而言，在主观过错理论下，主治医师没有采取常规的或者标准的诊疗方法，往往被推定为具有过错；但是，如果有相反的证据证明该医师为了该患者最大的利益，已尽其最大的谨慎、勤勉并作周密分析安排，从而证明该医师在主观心理意志上不具有可责难性，那么，最终可以确定该医师是无过错的。

综上，客观过错理论将行为作为评价的对象，混淆了评价对象和评价方法，不能准确解释过错的本质、不能正确说明行为和意志之间的关系，是不科学的。其在实践中产生的问题来自于其本身对过错概念的错误理解，是无法克服的。

四、结 语

过错判定方式的客观化、过错判定标准的客观化，并不意味着过错内涵、本质的异化，过错的本质依然是行为人主观心理（意志）的应受责难性，离开这一点，就偏离了过错侵权责任的核心精

神。因此,在过错责任原则下,主观过错理论依然值得我们固守。客观过错理论与其说是与主观过错理论分庭抗礼的一种学说,不如说仅仅是如何确定过错的一种方式而已,决不是过错理论新的、更高的发展阶段。

参考文献

- [1] 王海峰. 违法性、过错与侵权责任的成立[A]. 见: 梁慧星. 民商法论丛(总第17卷) [C]. 香港: 金桥文化出版, 2000. 1-67.
- [2] 王利明. 侵权行为法规则原则研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.
- [3] 孔祥俊. 杨丽. 侵权责任要件研究[J]. 政法论坛, 1993, (2): 50-71.
- [4] 刘士国. 现代侵权损害赔偿研究[M]. 北京: 法律出版社, 1998. 263.
- [5] 于敏. 日本侵权行为法[M]. 北京: 法律出版社, 1998. 113-116.
- [6] 王家福. 中国民法学: 民法债权[M]. 北京: 法律出版社, 1991. 465.
- [7] 王卫国. 过错责任原则: 第三次勃兴[M]. 北京: 中国法制出版社, 2000. 171.
- [8] 梁慧星. 从近代民法到现代民法——20世纪民法回顾[J]. 中外法学, 1997, (2): 19-30.
- [9] 张民安. 过错侵权责任制度研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002. 249.
- [10] 黑格尔(范扬, 张企泰译). 法哲学原理[M]. 北京: 商务印书馆, 1982. 116-119.
- [11] 王泽鉴. 侵权行为法(第一册) [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001. 14.

Rethinking about Fault on Torts

YAO Miao

(Shanghai University of Traditional Chinese Medicine, Shanghai, China 201203)

Abstract: During the development from the 19th century to the 20th century, the principle of fault liability and the theory of fault were severely tried by the great change of our society. To deal with these challenges, there were some newly noticeable advancement of principle of fault liability and the theory of fault in modern tort law as the objectification of negligence and presumption of negligence. Some argues that the theory of presumption of negligence cannot meet the great change of our society. It has to be abandoned, and we must adopt the theory of objectification of negligence. But, from my perspective, the theory of objectification of negligence has fatal defects when it faces the modern society, and the deficiency of the theory of presumption of negligence can be made up. Therefore we must continue to uphold the theory of presumption of negligence just as in the past.

Key words: Fault; Objectification of negligence; Presumption of negligence

(编辑: 李颖)