

论过错推定原则的适用 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E8_AE_BA_E8_BF_87_E9_94_99_E6_c122_479369.htm 论过错推定原则的适用

从“烟灰缸砸人”案引发的思考 重庆市民30多岁的郝某晚上回家时被一个从天而降的烟灰缸砸伤了头，昏迷了60天，扔烟灰缸的“凶手”是谁至今是个谜。去年5月11日凌晨1时40分，郝某路过重庆某某正街65号、67号楼附近时，与人闲谈被一个烟灰缸从天而降，砸中头部。郝当场倒地，昏迷不醒。围观群众赶紧拨打110，并火速将郝某送往急救中心。经检查，郝头上被砸出了一个长10cm，深3-4cm的血洞，头颅部分粉碎性破损，颅腔出血，耗资17万元，才保住了命，但经鉴定多处伤残。事后，由于无法查明真凶，公安机关出具了一份烟灰缸并非系人为故意伤害的证明，公安机关的这份证明将案件自然定性为了民事侵权，无奈之下，郝某将65号、67号楼的几十家住户及此楼所有者“渝开发”公司统统推上了民事法庭被告席，要求赔偿医疗费及精神损失费等共计33万余元。经过几次开庭审理，人民法院最终对此案作出了判决：郝某的医疗费、生活补助、误工费、护理费、伤残补助、鉴定费、精神抚慰金共合计17.8233万元，根据过错推定原则，由无法证明自己不是侵害人的22家住户承担，平均每户承担约八千多元。本案判决一下，在社会上引起很大的争议，笔者仅从本案所引发的思考和法律关系谈一下自己的认识，首先应明确其性质。致害行为的不同导致了案件性质的不同。而本案中的致害行为至少有以下四种可能的情况存在：一是某人的故意犯罪行为；二是过失行为（包括行

为人的疏忽大意或行为人之间争吵引发的掷物行为)；三是依法不具刑事责任能力的人实施的行为；四是烟灰缸可能是搁置在某阳台上的，因震动或动物蹬踏或风吹等自然原因而坠落。对于以上四种情况，由于案件性质不同，适用法律也就不同。第一种情况应适用刑法，对于故意加害被害人的行为，构成犯罪的，追究刑事责任。同时，被害人郝某可以对侵权人提起附带民事诉讼，请求民事赔偿，显然本案已经排除适用的可能；对于第二种情况，由于无法查明侵害人而不具有明确的被告也不能追究民事责任；第三种情况，虽然可以不追究致害人的刑事责任，但被害人郝某可以请求致害人的监护人承担民事赔偿责任，但也不属于本案的讨论范畴；对于最后一种情况，才适用民法中的过错推定原则。本案中，凭借公安机关的一份证明“巧妙”地排除了上诉前三种可能的情况，即排除了刑事责任和直接侵害人的民事责任的可能。导致人民法院不得不将该案作为不确定被告的民事案件开庭审理，并适用了过错推定原则，从而将举证责任转嫁到被告身上，使部分无辜住户承担责任。对此，笔者认为，关于举证困难及证据灭失的责任，应由公安部门承担。刑事诉讼法第四十三条规定：“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据”，“必须保证一切与此案件有关或者了解案情的公民，有客观地充分提供证据的条件，除特殊情况外，并且可以吸收他们协助调查。”因此，根据先刑事后民事的原则，该案首先应作为刑事案件立案侦察，由公安机关负责收集证据。至于公安机关怠于收集证据或不履行职责，造成现场被破坏，或者客观原因事后根本无

法收集到相关的证据，应该由拥有各种侦察手段的公安机关承担责任，而不是简单地把责任推到法院，并由无辜的住户最终承担。是否追究公安机关的责任将涉及到刑事诉讼法和行政法领域的相关问题，这不是本文所要探讨的。因此，我们暂且按照公安机关的说法，将此案作为民事案件并对其归责原则的适用进行讨论。本案中人民法院根据过错推定原则作出的判决使受害人得到了补偿，但同时也使大部分无辜住户承担了赔偿责任，这样的判决是公平的吗？笔者认为，人民法院作出的是一项有待商榷的判决。主要原因在于，人民法院扩大了适用“过错推定原则”的外延，是对过错推定原则的误用。

一、侵权行为归责原则的基本理论

人民法院在该案判决书中提到：除事发当时不在家居住的被告外，其余被告住户均无法证明自己不是侵害人，不能排除其扔烟灰缸的可能性，根据过错推定原则，事发时在该两幢房屋居住的住户都应承担赔偿责任。姑且不谈这样的认定是否有错，我们先对过错推定原则的定义作一个合理的解释，所谓“过错推定原则”即当原告受到侵害时，如果被告不能证明自己的行为无过错，就推定被告有过错并承担民事责任。而举证责任倒置是过错推定原则最主要的特征之一（本案为了实现对受害者的保护，把在一般侵权损害赔偿案件中某些应由原告承担的举证责任转移给被告一方承担，即为举证责任倒置，这是在过错责任原则下的法律适用）。对于我国侵权行为法的归责原则，民法学界有不同的主张，但是最普遍的是三元论的主张。三元论又分为两种不同的观点，第一种观点认为侵权行为法的归责原则为：过错责任原则、无过错责任原则和适用公平责任原则；另一种观点认为侵权行为法的归责原则

为：过错责任原则、过错推定原则和公平责任原则。笔者坚持三元论的第一种观点（因为过错推定原则明显属于过错责任原则中的一种特殊情况，包含于过错责任原则之中，不应该把它从过错责任原则中独立出来）：即以过错责任原则为主，无过错责任原则和公平责任原则为辅，其中无过错责任原则为特例，公平责任原则为补救，而过错责任原则又根据举证责任的不同而分为一般过错责任原则和过错推定原则。这三个归责原则三位一体，构成我国侵权行为法的完整的归责原则体系。

（一）过错责任原则 过错责任原则是以行为人主观上的过错作为确定和追究行为人民事责任依据的归责原则。过错责任原则是民事责任的一般归责原则，除法律另有规定的特殊情况之外，均应适用过错责任原则。适用过错责任原则时，受害人不仅要证明自己所受的损害是由被告的行为或应由其负责的事物引起的，而且要证明加害人有过错。但是如果法律另有规定，则按照法律规定由加害人证明自己无过错，在这种情况下，如果加害人不能证明自己主观上无过错，即推定其有过错，这就是过错推定原则。

（二）无过错责任原则 无过错责任原则指的是以损害事实、加害行为以及二者之间的因果关系为根据确定加害人责任的归责原则，换言之，行为人有无过错对确定民事责任没有影响，只要排除受害人的故意行为外都应当承担赔偿责任。其内涵相当于英美法系中的“严格责任原则”。无过错责任原则的法律依据为《民法通则》第106条第三款规定：“没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任”，典型适用无过错责任原则的条款是《民法通则》第123条特殊侵权责任。

（三）公平责任原则 公平责任原则，是指加害人和受害人对造

成的损害事实均没有过错，而根据社会公平的观念，在考虑当事人的财产状况、支付能力等实际情况的基础上，责令加害人或者受益人对受害人所受损失给予补偿。其特点在于：第一，归责上仍然考虑过错，只是当事人均无过错，故有公平责任适用的余地；第二，以社会公平观念作为归责的基础；第三，公平责任主要适用于财产责任，在责任的具体分担上主要考虑损害事实、双方的财产状况、支付能力等实际情况；第四，公平责任的目的在于减轻而非补足受害人所受损失。《民法通则》第132条有关“当事人对造成损害都没有过错的，可以根据实际情况，由当事人分担民事责任”的规定，是公平责任原则的总纲。具体而言，公平责任主要适用于《民法通则》第133条规定的监护人（已尽监护责任）的民事责任和第129条及其司法解释规定的紧急避险（自然原因引起危险）人、受益人的民事责任。

二、过错推定原则在本案中的适用

上面已经提到“过错责任原则根据举证责任的不同而分为一般过错责任原则和过错推定原则”，一般过错责任原则的举证责任由主张人承担，而过错推定原则倒置了举证责任。本案中由于采用了“过错推定原则”，使举证责任落到22名被告身上。很显然，由于本案没有在第一时间收集到任何证据，要证明谁是扔烟灰缸的侵害人的可能性几乎为零。因此就本案而言，谁负举证责任谁就意味着承担败诉责任。因此，“过错推定原则”的运用是否正确以及如何分配举证责任就直接影响到人民法院判决的准确性。笔者认为：根据公安机关出具的证明和法院查明的事实表明，该案件不属于《民法通则》第126条规定“建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害

”的情况。因为烟灰缸并非建筑物上的设施或搁置物、悬挂物，本身不具有附属性，所以不能要求建筑物的所有者或管理者承担民事责任（本案的实际判决认定也排除了由公司承担责任），而且在法律没有明确规定类推的情况下也无法适用本条。因此，笔者认为本案不属于法律规定的几种可以适用过错推定原则的情况。那么，在现阶段的司法实践中本案的情况根本就找不到任何法律依据；虽然没有明确的法律规定，但本案在查找不到侵害人而要临街住户承担责任的话，只能从共同侵权的法律关系予以考虑，而且应该是共同侵权里面的一种特殊类型，叫做共同危险行为，这一概念的提出，最早是在德国民法典上规定的，法典在规定了数人共同侵权应当负连带责任以后，又加了一句：“不知谁为侵权者亦同”这句话大大改变了一般共同侵权的概念，出现了一种比较新的情况共同危险行为。当然，前者所说的共同危险行为一般来说是比较明确的，比如几个人都在实施某种危险行为：如几个人都在拿着石子往下扔正好砸了下面的一个人而又不知到是谁扔的，因此每个人都具有危险行为都应该承担责任，这是比较典型的共同危险行为，而本案在扔烟灰缸这一环节上只能是一个人，不具有多人实施的情形，因此是一种比较特殊的共同危险行为，或者说是一种需要举证待定的共同危险行为。共同危险行为的侵权结果发生后，我国现行的实体法还没有明文规定，但最高人民法院最近在关于《民事诉讼证据的若干规定》中提到了共同危险行为这个概念，第四条规定：“因共同危险行为致人损害的侵权诉讼，由实施危险行为的人就其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任”，按照该立法原则，应采取过错推定原则，实行

举证责任倒置由被告来证明其实施行为与损害结果之间没有因果关系，但对于本案而言却缩小到应由谁来证明被告共同具有实施扔烟灰缸这种可能的行为，也就是说谁来证明这22名被告（住户）都具有扔烟灰缸击中原告的可能，包括证明不仅有烟灰缸而且有实施这种行为的可能。但是应该由谁来证明呢？显然，在本案中对于举证责任的分配以及在哪一个环节适用过错推定原则就显得尤为重要。（一）民事责任的构成要件 为了更好的探究这一问题，我们有必要对侵权民事责任构成要件进行分析，它是指侵权行为人承担民事责任应当具备的条件。包括如下四个方面：1、损害事实 损害，是指侵权行为给受害人造成的不利后果。损害作为侵权民事责任的构成要件，是由侵权行为法的本质和社会功能决定的。侵权法的功能之一在于补偿受害人所受的损害，使其利益尽可能恢复到如同未曾受到损害的状态。因此，无损害即无责任。损害包括财产损害、人身伤害和精神损害。损害成其为侵权法上的损害事实必须具备三个条件：一是损害的可补救性。即对损害进行法律救济的可能性，包括量和质上的可能。前者是指损害必须达到一定的数量，对于微量损害，法律即认为没有必要予以补救；后者是指损害应当属于法律认可的补救范围之内。二是损害的确定性。即侵害后果和范围在客观上可以认定，难以确定和主观臆测的损害不能作为认定侵权责任的依据。三是损害对象的合法性。即损害的对象是他人的合法权益，针对非法权益的损害不属此列。2、违法行为 违法行为，是指侵权行为具有违法性。行为人的行为符合法律规定，即使造成损害，不能也不应当承担民事责任。如依法执行公务的行为。违法包括违反法律规定和违背社会

公序良俗。违法性主要通过侵权行为损害他人的法定权利和合法利益得到体现。

3、因果关系 因果关系，是指侵权人实施的违法行为和损害后果之间存在法律上的因果联系。此种因果关系是行为人对损害事实承担民事责任的必备条件之一。而在实行公平责任和无过错责任的情形下，因果关系是确定责任范围的直接依据。认定因果关系应当注意区分直接原因和间接原因，而且不能简单地认为行为人对间接原因概负全责或者概不负责。直接原因，是指必然引起某种损害后果的原因。间接原因，是指通常不会引起特定损害后果的发生，但由于其他原因（如第三人的行为或者受害人自身因素）的介入造成该特定损害的原因。

4、具有主观过错（无过错责任原则不需要主观过错为民事责任的构成要件）过错，是指当事人的故意和过失状态。故意，是指行为人已经预见到自己行为的损害后果，仍然积极地追求或者听任该后果的发生。过失，是指行为人因未尽合理的注意义务疏忽大意或轻信可以避免而未能预见损害后果，并致损害后果发生。未尽一般人对他人人身、财产的注意义务，为重大过失；未尽处于行为人地位的合理人对他人人身、财产的注意义务，为一般过失。正确划分和认定过错程度对于确定责任的归属和承担具有重要意义。特别是在混合过错和共同过错的情形下，过错程度直接影响到过失相抵规则的适用和共同侵权行为人责任的分担。

（二）过错推定的证明程序 民事责任的构成需要损害事实、违法行为以及两者之间的因果关系，并需要行为人主观上有过错，四大要件缺一不可。由此构成要件可以看出，确定民事责任需要在四个环节上加以证明，即：第一要证明有损害事实的发生；第二要证明行为人实施的违法行

为；第三要证明损害事实与违法行为之间有因果关系（包括直接原因和间接原因）；第四还需要证明行为人主观上具有过错（适用无过错责任原则的案件除外）。这四个环节是按顺序逐一加以证明的，不能颠倒。那么，举证责任在这四个环节上是怎样分配的呢？四个证明环节是都由一方负责举证，还是由双方合理分配举证环节呢？这就要根据归责原则的不同而定了。这里我们仅就过错推定责任原则展开讨论。《民法通则》第126条的规定：建筑物或者设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的，它的所有人或者管理人应当承担民事责任，但能够证明自己没有过错的除外。这是“过错推定原则”在《民法通则》中的显著表现。从法条上确实明显地体现了“举证责任倒置”，但是，人们往往会在认识过错推定中举证责任倒置这一问题上发生错误的理解，片面地认为，只要是建筑物等侵害案件，其举证责任就应该全部“倒置”到其所有人或管理人身上，从而忽视受害人即原告的举证责任。笔者认为，就《民法通则》对整个建筑物等侵害案件的规定来看，举证责任并没有完全倒置，倒置的仅仅是建筑物的所有人、管理人证明其“自己没有过错”的举证责任，即上述第四个证明环节应由被告承担。除此之外的其他事实要件应由受害人举证和证明，即就上述前三个证明环节由受害人负举证责任。而对于本案中的扔烟灰缸实施侵害的行为，首先应该证明的是它是一个共同危险行为，只有证明了这一点，才能够适用共同危险行为的归责原则：也就是说要证明22名被告（住户）都有烟灰缸且都具有实施扔下的可能这一事实，显然，如果仅仅证明住户在家或睡在床上是不具有扔烟灰缸的可能的，这一事实与损

害结果之间也没有因果关系这是显而易见的。必须要进一步证明22名被告都有烟灰缸且都具有扔出的可能，而这一环节的举证责任根据上述共同危险行为的理论和最高院的司法解释当然应该由原告承担，对照上面所说的四个环节，扔烟灰缸这一行为应当归于第二个环节中即行为人实施了违法行为，这一证明责任是根据《关于民事诉讼证据的若干规定》第四条第（八）项而确定：“因共同危险行为致人损害的侵权诉讼，由实施危险行为的人就其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任”。显然法律在这里明确规定了被告只对第三、第四个证明环节承担倒置的举证责任，即被告只需证明实施行为与损害事实之间有无因果关系；而第一、第二的举证环节仍应由原告承担。那么按照这一规定，原告在本案中首先应该证明22名被告都有实施扔出烟灰缸这一行为的可能或事实，而法院不应当运用过错推定责任将这一举证责任推定为被告承担。本案最大的争议在于事实上适用了过错推定而非在法律上适用过错推定，这显然是过错推定原则适用的误区；或许人民法院认为依据司法救济原则这样判决是为了保护弱者，但应该知道让那些没有扔东西的人来赔偿，他们的利益谁来维护？如果这20户中也有下岗职工，他也是弱者，既可能没有扔，也没有义务一定要知道是谁扔的，这又如何体现司法救济？一个案件的判决具有社会导向的意义，也许该案的判决会让住户或不动产的占有人尽到合理的注意义务，但仍然要时刻防备可能被法律追究，甚至承担赔偿的风险，这同样是不合理的，法律不能在保护一个弱者的同时伤害更多的人。因此在任何一个发达的司法制度中，以牺牲被告的利益为代价而考虑原告的利益显然也是不公平的

。因为被告也许根本就没有实施任何行为，他们被起诉后被迫在诉讼中进行辩解，并承受无法避免的花费和压力。这显然无法体现司法制度的公平。据此，笔者认为过错推定应按照下述程序进行：1、由原告证明其遭受了损害、证明被告具有违法行为或共同侵害的可能，若原告仅仅只能证明损害事实的存在，但不能证明是何人实施的行为或何人具有的物件造成的损害，就不能适用过错推定；2、依据法律规定或案件的具体需要，由被告证明违法行为与损害事实之间不具有因果关系，再由审判人员在因果关系存在的基础上，推定被告对损害的发生是否具有过错；3、由被告提出反证，证明其没有过错，或者有特殊的抗辩事由的存在，以试图推翻过错的推定；4、认定反证是否成立，从而最终确定被告是否具有过错并是否应当承担责任。故在共同危险行为侵害案件中，要根据归责原则，要求双方根据举证责任的分配原则和环节，分别承担举证责任，否则就要承担因举证不能而导致败诉或不利的诉讼结果。如果不按共同危险行为认定；那么就本案而言，原告仅能证明其损害事实的发生，却不能确定何人的物件造成了损害（烟灰缸不可能属于全楼住户所有），不能找到烟灰缸的所有人或者管理人。既然违法行为的主体都不能确定，那又从何谈起二者之因果关系？所以笔者认为，究竟这数十家住户应否成为被告，也应是原告的举证内容之一。否则应当驳回原告的起诉；如果按共同危险行为起诉，原告就应当证明22名被告都具有实施扔烟灰缸这一行为的事实或可能。因此，本案在过错推定的适用过程中遇到了法律障碍，无法继续进行。换句话说，只有当原告举示的证据足以证明这数十家住户为烟灰缸的共同所有人或者管理

人并有实施扔烟灰缸这一行为的可能以后才能继续过错推定的程序。而人民法院在适用过错推定时是怎样做的呢？下面我们引用判决书中的一段原话：“除事发当时不在家居住的被告外，其余被告住户均无法证明自己不是侵害人，不能排除其扔烟灰缸的可能性，因此，根据过错推定原则，事发时在该两幢房屋居住的住户都应承担赔偿责任”。法院认为，由于住户无法证明自己不是侵害人，所以推定其有过错，也就是说，法院把“证明被告是否为侵害人”的这本应属于原告的证明责任也倒置给了被告，而过错推定中的举证责任仅仅只是将“证明被告是否有过错”的证明责任倒置于被告。显然，法院是错误的理解了过错推定，错误的分配了举证责任。下面再让我们看一个侵权责任领域中适用过错推定的典型案例：这是一个美国产品责任法方面的著名案例。一个女孩身患癌症，经查，是由于其母在怀孕时，经常服用一种药物引起。于是该女状告该药的生产厂家。但事隔多年，已不知是哪家药厂生产，于是就将当年全国生产过该药的所有厂家告上法庭。法院判决，如果被诉厂家不能证明自己无过错，则赔偿责任由所有被诉厂家分担。这个案例与烟灰缸案最大的不同，就是此案的被告无论是否真正是原告直接的侵害源，但他们都实施了有可能导致使原告受到伤害的危险行为（出售过该种药品）；而烟灰缸案的被告中，决不是所有住户都是危险行为的实施人（不是每个被告都扔过烟灰缸）。除了真正的侵害人，别的被告都既无主观动机，又无实际行为。因此，让他们无端地承担侵权责任，是不公平的。综上所述，笔者认为，明确侵害源是原告不可推卸的举证责任。由此看出，在烟灰缸案中法院适用过错推定时，忽视了原

告的举证责任，导致了严重的程序错误，造成了客观上的不公平，从而间接地纵容了此类违法行为的发生。法院的判决一方面使无辜住户蒙受了不白之冤，另一方面也大大减轻了罪魁祸首的责任，这样的判决实在难与服众。那么，是什么导致了烟灰缸案的错误判决呢？首先，在此类案件中，要想找到真正的侵害人，工作量大，诉讼成本高。就本案而言，虽然可以通过公安机关或技术部门从受害人当时站立的位置、烟灰缸打伤人的角度等数据计算出是从哪个窗口抛出以及从医学角度分析受害人是直线性受力还是斜线性受力，并通过科学实验能够模拟再现案情，最大限度地还原当时的状况，从而缩小被告范围，但这样做的花费可能还会大于需要赔偿的医药费。这是司法机关所不愿付出这样的司法成本的，这也许只能从立法本意去解释了，但是我们认为可以追求司法制度的公正，从程序上设定一个救济模式，遗憾的是，法院仅从效率角度出发审结了案子。当然，这又使其他住户蒙受了不白之冤，是与效率的本来目的相悖的。在多数情况下，造成如烟灰缸一类案件的判决，仍是由于法院审理时错误地理解了过错推定原则适用的环节和举证责任的分配，因此，在审理案件时，一定要严格按照过错推定的程序依法办案，合理分配举证责任，努力实现程序上的客观公正。这应当是我们作为法律工作者所共同追求的目标和期望的法治环境。

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