

民事侵权可归责过错析 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E6_B0_91_E4_BA_8B_E4_BE_B5_E6_c122_480287.htm 民事侵权是博大精深的民法理论三大基石之一，较之民商合同和物权法规更具随意性，常处于动态的不断变化外延的状态中，就此一点确定了民事侵权理论的多样化，上百年来法理学家的学说层出不穷，争论不休。对于民事侵权进行深入研究，是非常必要的，笔者试从运用法理解决实践问题的角度撰写此文，使侵权的理论系统一体，探寻一种能考究救济疑难侵权民事案件法律关系的量的标准和科学的思维方法，更高层次的掌握和运用民法理论。几年前，我身边有位年轻女律师替一位精神病人主张精神慰抚金，我告诉她这就是不可归责的损害。那么什么是可归责的损害？简单的说就是有因果关系的过错的损害，在实践中过错可类比于违反注意义务，在西方国家称“善良家父”原则，特指行为的常规性、可以避免的差错以及一般善良人的判断等；因果关系是归责的标准，在证据使用上即要求运用盖然性，可预见性、可避免性以及使用过错相对人不当行为在先性。侵权理论脱胎于有损害就有救济这一朴素理论基础，经过单纯保护受害人的复仇私权到故意或重大过错的加害责任再到过错责任，最后到可归责的过错这四个阶段。侵权行为的概念最早源于罗马法上，概念是指故意或过失不法侵害他人权利的行为。1930年5月5日实施的《中华民国民法》对侵权行为下的定义是：“因故意或过失不法侵害他人之权利者，负损害赔偿责任。故意以背于善良风俗之方法，加害于他人者，亦同。”我国《民法通则》第106条

第2款、第3款，对侵权行为作了一般性规定：“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人的财产、人身的，应当承担民事责任”。“没有过错的，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。”

一、归责与过错 归责的法律涵义是指根据某种事实状态确定责任的归属，归责原则就是确定责任归属所必须依据的法律准则。民事责任的归责原则分为主客观两种：主观归责原则以行为人的主观意志状态作为定夺责任的依据，以侵权人主观上存在过错为必要条件，这是世界各国法律的通行做法；客观归责原则以客观事实作为确立责任归属的根据，要求致害原因为构成责任的充分条件，这种古代普遍使用的加害责任原则已不再普遍使用，仅用于过错推定或无过错这一狭小范围，属于可归责过错原则的一个除外。过错概念分歧有三点：一是过错的本质，二是过错与不法的关系，三是过错的判定标准及方法。主观说认为，过错在本质上是一种应受谴责的个人心理状态，与那些优秀品质相反，主体的这种心理病态，应受到我们法律秩序的追诉。在中国，大陆和台湾的多数民法学者在过错概念的表述上都倾向于主观说。客观说把过错看成是违反社会准则的行为意志状态。英美法系的过失概念，亦采用客观说。世界各国关于过错的规定 《德国民法典》第823条规定：故意或因过失不法侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或者其他权利的人，对他人负有赔偿因此而发生的损害的义务。违背以保护他人为目的的法律的人，负有相同的义务。依法律内容，即使无过失仍可能违背此种法律的，只有在过失的情形，才发生赔偿的义务。《日本民法典》第709条：因故意或过失侵害他人权利时，负因此而产生损害的赔

偿责任。《法国民法典》第1382条：任何行为致他人没受到损害时，因其过错致行为发生之人，应对该他人负赔偿之责任。第1383条：任何人不仅对因其行为造成的损害负赔偿责任，而且还对因其懈怠或疏忽大意造成的损害负赔偿责任。英国法官弗拉斯特说：“所谓过失者，指违反义务，对于应为之事而不为，或不应为之事而为之者言。此应为或不应为之行为，则以通常有理性之人，在通常生活中，当为或不当为作其标准。”《不列颠百科全书》对过失的解释：过失可以说是没有达到一个正常的人在相同情况下应具有的通常审慎程度的标准。在我国和前苏联，有少数学者比较倾向于客观说。我国有许多学者虽然在过错概念的表述上采用主观说，但在过错的判断标准和方法上仍主张以行为人是否应当注意，能够注意却未注意作为根据，即采用客观说。在一些学者看来，主观与客观是可以统一的。过错虽然是一种心理状态，但它是通过行为人违反义务的行为表现出来的。我国民法的过错概念应当建立在主观客观相统一认识基础之上。根据过错责任原则的基本理论，过错概念的功能主要是评价性的，不是单纯描述性的。无论是个人心理状态还是行为意志状态，对法律规范来说都不是判断和评价的对象，即被认识的客观社会现象。马克思说：对象不同，作用于这些对象的行为也就不同，意图也就一定不同，除了行为的内容和形式而外，试问还有什么客观标准来衡量意图呢？根据人的外在活动，根据这些活动的内容和形式，来客观的确定人的主观意志状态。过错就是行为人未尽自己应尽和能尽的注意而违反义务，因而为法律所不容认的行为意志状态。也就是说，过错的实质是行为的不可原宥性，这种不可原宥是一种社会

评价，这种评价所对应的是行为的本质和核心即意志，而意志是通过行为人的外部活动表现出来的。所以过错概念在法律实施的过程中的运用，不是体现为行为人实施行为时心理活动的再现性描述，而是对那些足以表明行为意志状态的客观事实的综合性判断。主观说在过错与不法的关系上主张区分说，过错与不法是两个彼此分离的独立责任要件。过错与人相关，不法则是对行为的描述，只有行为才能是不法的，而只有人才会有过错。前苏联学者们坚持民事责任必须由四个要件构成：损害、行为的违法性、违法行为与损害结果之间的因果关系、致害人的过错。我国自20世纪五十年代以来一直沿用四要件说。在司法实践中，并不注重违法性与过错的区分，往往存在：证明了行为的违法性之后，行为人的过错便不证自明；反之如果已经证明行为人有过错，那么再要求证明行为的违法性就属多余。尽管我国《民法通则》106条并没有采用过错与不法的两分法，但四要件说仍是学术界的通说。台湾学者们对一般侵权行为的责任要件的划分是以《台湾民法典》第184条为依据。客观说把过错看作是违反社会准则的意志状态，行为的不法性已包含在过错概念之中，客观说在过错与不法的关系上采取了违法性吸收说，过错和不法不是彼此分离的两个责任要件，是结合在一起的一个责任要件。不法与过错同一说可以追溯到古罗马的“阿奎利亚法”。过错的概念包括两个方面：一是客观不法行为，二是主观心理状态--可归则性。这主要是限制法官在过错问题上的自由裁量权。任何行为只要存在过错都可能引起民事责任，所谓不法行为是没有止境的。侵犯他人权利是否违法往往要视其主观上有无过错而定，比如商业竞争行为，只有在过错

致人损害时才被追诉。总之，随着侵权责任的范围逐渐扩展，不法性概念将日趋消逝。过错的判定，主观说认为过错是一种心理状态，司法实践中对行为人过错的认定就是心理状态的再现性描述。主观色彩很浓的概念在实际应用中具有较大的任意性，在一定条件下可能助长民事审判政治化的倾向。过错的典型心理状态有：故意、过失、经意的过失、不经意的过失。典型心理状态检验法思维程序大体分为：（1）确定行为人对损害结果的发生有无预见（2）如有预见，行为人对其行为以及结果持何种态度（3）如无预见，是否应该预见或者能够预见。判断行为人是否有过失，必须以行为人是否应当注意，能够注意却未注意作为依据。由于时间、地点、条件不同，客观环境不断发展变化，应当注意和能够注意的标准也在不断变化。因此，应当注意和能够注意的标准，应当以时间、地点、条件为转移这已经接近于客观说的过失判断方法。典型心理状态检验法是一种对号入座的判断方法，根据具体的案件事实，确定行为人的实际心理状态符合哪一种典型状态。这种方法操作简便且比较可靠。过错的判定客观说建立了一种以“注意义务”为标准的过失检验方法。“善良家父”是应用最为广泛的注意标准。可分为抽象标准和具体标准。在现代民法上，注意标准基本上都采用一般标准。法院在认定过错时，必须提出这样一个问题：在本案的事实背景中，一个谨慎明智的人会做出这样的行为或不行为吗？如果会，则被告没有过错，如果不会，则被告有过错。违反了适当注意标准就构成过错。过失可能基于不遵守法令规章而产生，比如，法律要求在一般公众可以进入的地方，其建筑物、道路、桥梁等，必须是安全的。我国《民法通则

》125条规定：在公共场所、道旁或者通道上挖坑、修缮安装地下设施等，没有设置明显标志和采取安全措施造成他人损害的，施工人应当承担民事责任。根据这一规定，施工人没有设置明显标志和采取安全措施时，即为过失。法律还承认，在当事人之间有某种特定关系时，存在着特殊的注意义务，这些义务存在于实际关系之中，不依赖于任何合同而独立存在。注意义务的范围不是一成不变的，法院应不断适应社会的发展和法律政策的要求去把握注意义务的概念。关于是否违反注意义务的问题，主要是确定行为人应予注意的程度。一般来说，对于故意和放任的过错，采用心理分析方法不仅是可行的，而且更有利于发挥民事责任的遏止与教育作用。对于过失的过错，采用注意义务检验法不仅准确易行，而且有利于发挥民事行为的制导和预防作用。无论采用何种标准和方法，都应当以事实为依据，既要防止使用心理分析流于主观臆断和政治批判，也要避免把客观检验搞成简单武断的逻辑推论，在任何时候，这些检验标准和判定方法的运用都应当力求符合过错责任原则的指导思想和侵权行为法的立法政策。过错推定是适用过错责任原则的一种方法，它将民事责任的主观要件的举证负担以否定的形式分配给加害人一方，从而避免了受害人因不能证明对方的过错而无法获得赔偿的情形。按照过错推定原则，如果原告不能证明自己没有过错，法律上就推定他有过错并确认他应负民事责任。使过错成为普遍的责任标准，意图不在于那些无过错的行为人可以享有更大的行动自由，而在于使那些无辜的受害者能够获得更多的赔偿机会。我国关于过错推定的立法在《民法通则》126条：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，他的所有人或者管理人应当承担民事责任，但能证明自己没有过错的除外。过错推定作为一种适用过错推定原则的技术性方法，值得在司法实践中推广应用。受害方承担对加害事实的举证责任。必须证明自己的权利和利益受到损害，并证明这种损害是由加害方的行为或者是由加害人占有、管理、监督下的他人行为或物件所致。按照过错推定原则，加害人主观方面的过错问题应由自己作出反面证明，加害人应当提出有关无过错的反证，并应当达到抗辩事由的标准。确定抗辩事由，实际上是限定加害人提出反证的范围。在实践中，抗辩事由一般应由法院在案件审理过程中予以确定。在加害事实得到证实的情况下，如果加害人不能提出他没有过错的反证，或者他提出的反证不足于成为抗辩事由，则加害人的过错得以推定，其民事责任得以成立。反之则不承担民事责任。

二、过错形式

侵权加害行为，包括作为和不作为，但不作为构成侵权行为，原则上必须在法律上有作为的义务，法律上有作为的义务不仅指法律上有明文规定而言，依公序良俗有作为义务的也属此列。作为义务的情况包括：1、基于法律的规定有作为义务；2、基于服务关系有作为义务3、基于契约关系而有作为义务4、因自己无过失行为所产生的危险而有防止发生的义务；5、有防止危险的机会，依照公序良俗的观念有防止的义务。消极行为与结果间能有因果关系的必须是不作为人有防止结果发生的义务，不作为与结果发生之间有相当因果关系。英美法上的“最后显然机会法则”，也在于公序良俗的公共政策，认为一个人过失置身于危险，其本身固然有过失行为，但如果加害人对该危险有认识，且尽了相当的注意

，仍有机会避免该危险发生的，，竟然不加以避免的不作为所造成过失人的损害，仍应负侵权行为责任。认定消极行为与结果间能有因果关系，必须是：不作为人有防止结果发生的义务，不作为与结果的发生有相当因果关系。侵权行为主要指可归责的过错形式。因果关系是被认定损害能否被归责于义务，从而达到肯定被告赔偿责任的的目的。因果关系的认定本身就是一个因案件具体情况的不同而对各种同时出现、相互影响的归责标准的综合衡量过程。

1、盖然性，在对因果关系进行举证时作盖然性的评估，在各国法律制度中都是很重要的。第一种评估方式涉及的是频率判断，即统计学上的现实可能性：事件A发生时，B之发生的盖然性就会基于法官的经验或鉴定结论以百分比的方式体现出来。第二种涉及的是举证问题，即法院对相关盖然性程度的认同。法律制度都适用了“要么/要么”及“是或否”的方法，所不同的只是当事人对其所主张的盖然性程度的论证应到达何种程度才能被法院接受为证据，要求概率平衡：只要X比Y更具可能性，Y在达到51%时就可以认定。盖然性判断抑制了用必要条件公式所可能导致的最严重错误。必要条件公式以如果??就关系为基础，特定的结果总是特定的行为发生，以至于形成了一种人们所信任的事件模式时，该特定行为就是特定结果的原因，是一个经验论上程序化了的模式。必要条件为基础的损害确定方法是以盖然性判断为基础的。

2、因果关系的第二个归责标准是可预见性。一个事件要么是可预见的要么就是不可预见的。出现前者情形时法律就趋向于认定因果关系的存在，在下一情况下则倾向于否认因果关系的存在。预见性试用规范性标准要探求的是被告在合理情况下应该预见到

的情况。损害种类的不同也决定了可预见性要求的不同。第一性损害而导致的经济上的伴生损害可预见性的要求明显低于第一性损害的可预见性，可预见性标准补充了盖然性标准。民事责任的原则是要求一个人为其行为的可能结果承担责任。

3、损害形态、范围和可避免性，身体或健康损害在因果关系法上的特殊地位，在被法学界以加害人必须接受其受害人的现实的蛋壳脑袋规则。“蛋壳理论”的观点是：如果一个人被碾伤或以其他方式身体受伤害，被告就不能以如果不是受害人的头骨薄和心脏脆弱就不会发生如此大的损害为由，对抗受害人的损害赔偿请求权。在物损和纯粹经济损失中则无蛋壳理论的类似规则。侵权案件是民商案件的主要类型，占诉讼案件的80%以上，有相当数量的案件是新型案件，有些案件连案由都很难找到合适的，能正确把握案情、正确无误的解决问题，对从事具体司法实践工作的人们来说是一种富有刺激的挑战工作。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