

现代侵权行为法中过错责任原则的发展 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E7_8E_B0_E4_BB_A3_E4_BE_B5_E6_c122_485078.htm 关键词: 过错责任原则/过失的客观化/违法视为过失/过失推定 内容提要: 过错责任原则是侵权行为法中一项基本归责原则，但是随着社会的发展，从近代侵权行为法到现代侵权行为法的发展中，过错责任原则也出现了一些值得注意的新发展，主要表现为过失的客观化、过失推定以及违法视为过失。进入20世纪后，面对日益频繁的各种损害事故，一方面侵权行为法迫切需要确立新的归责原则?危险责任或无过错责任，另一方面过错责任原则为应对挑战也出现了不少新的变动。本文旨在阐述过错责任原则于19世纪末至20世纪中后期在主要发达国家中出现的一些变动，以为我国侵权行为立法提供参考。

一、从主观过失到过失的客观化 (一)主观过失理论 近代侵权行为法中，依据自由意志理论，过错就是滥用自由意志而具有的道德上的可非难性。因此，过错指的是行为人主观心理状态的欠缺，申言之，故意(intention)是指行为人对特定的或可得特定的损害结果的发生是明确知道的，并且意图追求此种损害后果的发生。[1](P94)而过失(negligence)是指行为人对于特定或可以特定的损害结果的发生应当预见并且具有预见的可能，但却未预见的心理欠缺。过失的归责基础就在于行为人对于损害的发生原有预见的可能，只是由于意思集中的欠缺，导致违反了该注意义务，而没有预见，所以判断过失的重心在于行为人对于损害的发生是否能够预见，学说上称为“预见可能性说”。[2] (P46—47)判断此种预见可能性是否存在，应当

考虑特定行为人的年龄、性别、健康、能力等主观因素以及其当时所处的环境、时间以及行为的类型等因素。这种将过错看成主观心理状态的欠缺并依据具体行为人的因素判断过失有无的理论就是所谓的“主观过失理论”。此种理论在19世纪前期与中期极为盛行，为许多国家的理论界与实务界所采纳。较之于结果责任，主观过失理论以行为人的心理状态的欠缺作为判断过失的标准并以之作为归责的事由具有极大的进步性，适应了社会发展的需求。而且在传统的农业社会与工业革命初期，由于当时没有过失而产生损害的情形非常少见且人与人之间地位的互换性依然存在，所以主观过失理论尚不至于造成太大的不公。但进入20世纪之后，此种理论渐渐显现出巨大的缺陷：首先，过失的证明日益困难。依据过错责任原则，受害人要获得赔偿，必须证明加害人主观上具有过错，但是，在进入现代社会之后，高科技与专业领域造成的损害事故日益增多，受害人碍于知识能力等多方面的原因，常常很难证明造成其损害的机器设备的管理人或使用人主观上具有过失，更无法证明一些专业人员的过失，这对于受害人是极不公平的。其次，工业革命以来，各种刚刚发明的新技术、新机器的使用造成了大量的损害，而对于这些损害的发生加害人往往并没有过错。因为这些技术与机器尚不成熟，其是否会造成损害以及造成何种损害，加害人也是无法预见的。第三，著名的霍姆斯法官曾言：“法律的标准是一般适用的标准。构成某项特定行为内在性质的情绪、智力、教育等情况，层出不穷，因人而异，法律实在难以顾及。个人生活在社会当中，必须从事一定标准的行为，在某种程度上牺牲自己的特性。这对于公共利益而言，是非常必要的。”

某个人天生急躁、毛手毛脚，经常制造意外而伤害邻居，在这种情况下，他的天生的欠缺在天堂的审判中固然可以被宽青，但是此种过失的行为对于邻居来说，确实造成了困扰，他的邻居就有权要求这人以一定的标准来从事行为，由社会大众所设立的法院应当拒绝考虑加害人的个体差异。

” [3](P15—16)进入20世纪后，专业分工越来越细，任何人在现代社会要生存下来都不得不依赖他人。社会结构的深层次变化使得法律如果要维持人与人之间这种无法回避的“亲密接触”状态的和谐与稳定，就不能再以“采菊东篱下，悠然见南山”的年月或者“土路风车水磨”时代中能够老死不相往来的个人是否应当注意却不注意作为判断过失的标准，而必须树立一个新的标准。这种标准能够使依据它行事的社会成员之间保持相当的亲和力与协调性，既能够保证社会生活的正常进行又能最大限度地维护个人的行动自由，为此法律或法官就要制造出一个新的标准。(二)客观过失 客观过失也称为过失的客观化，确切地说，就是认定过失标准的客观化，即在认定是否具有过失时不再探究特定行为人主观心理状态，也不因行为人的年龄、性别、健康、知识水平等主观因素的不同而有差异，而是统一采纳某种基于社会生活共同需要而提出的客观标准即“合理的人”或“善良管理人”的标准，将合理的人放在与行为人相同的情形之下，看看这个合理的人对于损害的发生是否可以预见、是否可以避免。如果合理的人都无法预见也无法避免，那么行为人不具有过失，否则具有过失。1.德国法上的客观过失 德国民法典颁布之前，主观过失理论曾一度占据主导地位，著名的法学家萨维尼、Hasse,耶林等均采此种观点，但是由于主观过失在进入19

世纪中后期遇到的诸多困境使得理论上开始逐渐放弃主观过失理论而改采客观过失理论。著名的学者Ruemelin, Oertmann, Windscheid, Unger, Werner等通过吸收借鉴罗马法中的善良家父理论而提出了客观过失理论。他们认为,应当以一种客观的抽象的注意义务作为判断过失是否存在的要素。即以一般人的平均能力作为判断行为人是否能够预见损害结果的依据。这种观点在德国民法典的制订过程中产生了极大的影响。德国民法典第276条第2款规定:“疏于尽到社会生活上的必要注意的,即属于有过失。”根据这一规定,法院判断被告是否具有过失的程序为:首先,确定按照社会生活上的必要注意在同一情况下的被告的应当从事的行为(Soll - Verhalten).然后,将被告的“现实行为”(Ist - Verhalten)与当为行为加以比较,如果认定两者之间具有差距,则加害人的行为低于其应有的注意标准,属于有过失的行为。[3](P295)

2.英美法上的合理人标准

英美法上的客观过失是通过提出一个合理的人的标准加以完成的。申言之,法官首先确定行为人在案件的情形中是否负有注意义务。1932年Lord Atkin在Donoghue v. Stevenson一案中确立的著名的“邻人规则”,成为认定行为人在个案中是否负有注意义务的标准。[4](P432-435)其次,运用合理人的标准考察行为人是否符合注意义务的要求,如果符合,行为人就不具有过失,否则具有过失。根据Fleming, Salmond, Heuston等学者的观点,英国法早在1837年的Vaughan v. Menlove案中,就承认了过失的客观化,[5](P395, 226)该案的案情为:原告在与被告毗邻的土地上拥有一栋别墅,被告在自己的土地上堆了一堆干草,由于没有采取适当的通风措施,该干草堆发生了自燃,结果将原告的别墅

烧毁。审理此案的法院没有依据行为人个人的心理与精神状态来判断过失，而是依据共同体的一般标准即合理谨慎的人标准确认了认定被告的过失。比较现代的一个案例是发生在1965年的The Lady Gwendolen案件，Guinness酿酒厂的董事们用一艘船从都柏林向利物浦运送烈性啤酒，船长在船全速驶入利物浦港口时完全依赖雷达导航，结果造成了他人损害。依据1894年的商事船舶法第503条的规定，董事们由于没有适当的监督船长而被认定具有实际的过失。贵族法官Winn认为：“法律不能因为他们对于酿酒之外的活动是无知的，就必须运用一项宽松的标准。既然他们已经成为了船东，那么就必须按照一个合理的船东那样去做。” [6] (P227) 美国法中过失客观化的最鲜明的表现就是《美国侵权行为法重述(第二次)》，该重述第282条规定：“在本重述中，过失是指行为没有达到法律为保护他人免受不合理伤害的标准。过失不包括不计后果地对他人利益弃置不顾的行为。”第283条规定：“行为人的行为免于过失的标准为，合理人在同样的情况下应当遵守的标准。但行为人为未成年人的除外。”该条的注释写到：“任何人既然参与社会生活，就应当从事社会秩序所要求的合理行为，这不仅是社会大众所信赖与期待的，而且是社会的进步所必须的。”然而，对于什么是合理的人，却是一个永远没有确定答案的问题，每个人都有不同的认识，例如，Prosser教授将合理的人描述为，他“被要求从事像一个非常完美的个人在其所处的境地时应当做的事。他兼具所有的优良品质，除非是那些社会在特定情形下能够容忍的缺点与毛病。他不同于那些时常会做不合理事情的凡人。他是一个经常符合要求的谨慎又仔细的人。” [7] (P150-151) 而A. P.赫伯

特伯爵对合理的人做了更为详尽且文学化的描述，他认为：“……理性的人总是替别人着想，谨慎是他的向导，‘安全第一’是他的生活准则。他常常走走看看，在跳跃之前会细心察看一番。他既不会心不在焉，也不会临近活动门或码头边还在冥想之中。他在支票存根上详细记录每一件事，并且认为是很有必要的。他从不跳上一辆奔驰的公共汽车，也不会从火车开动时从车里走出来。在施舍乞丐前，总要细心打听每个乞丐的底细。抚弄小狗时，总要提醒自己别忘了小狗的过去和习性。若不弄清事实真相，他绝不轻信闲言碎语，也不传谣。他从不击球，除非他前面的人确实已将他的球穴区弄得空无一物。在每年辞旧迎新之际，他从不对他的妻子、邻居、佣人、牛或驴子提出过分的要求。做生意时，他只求薄利，且要有像他这样的12个人都认为是‘公平’的，而且他对生意伙伴、它们的代理人及货物所持的怀疑和不信任也是在法律认可的程度之内。他从不骂人，从不赌博或发脾气。他信奉中庸之道，即使在鞭打小孩时，他也在默想中庸之道。” [8] (P455-456) 总之，在英美法中“合理的人”其实就是法律对某一行业、某一社会阶层中的人或者从事某种社会活动的人提出的普遍或一般化的要求。它不是任何具体的个人，而是一个客观化或类型化行为标准。通过合理的人，法律上“消除了个体性因素并独立于其行为引发争议的那个人的特质。” [9] 过失的认定因此变得更为容易，更具有社会的妥当性。

二、过失推定的产生

(一) 过失推定的产生原因及其类型 过失推定就是指在损害事实发生后，基于某种客观事实或条件而推定行为人具有过失，从而减轻或者免除受害人对过失的证明责任，并由被推定者负担证明自己没有过失的规则。在传统的过错责任

原则之下，受害人要向加害人行使损害赔偿请求权时必须证明加害人具有过失，但是，由于过失是行为人主观上的可非难状态，即应注意或能注意而不注意。这对于受害人而言很难证明。加之，进入现代社会后，各种机器设备的大量出现，专业分工亦极为细密，碍于专业知识所限，受害人就更加不可能证明加害人的过失，在此种情形之下，为了既能维持过错责任原则的地位不被动摇，又有效地救济受害人，因此法律上发展出了过失推定的法则。过失推定在各国法上的表现形式并不一致，在英美法上称为“事实自证法则(doctrine of res ipsa Loquitur)”，德国法上称为“外观证明(prima facie Beweis或Anscheinbeweis)”。而我国民法学界一般称为“过错推定”。过失推定产生之初被认为是诉讼法上的一种证据规则，但是随着现代侵权行为法对过失推定越来越广泛的运用，它对于民事权利的得丧变更所产生的影响也愈来愈大，所以理论界已有不少人认为过失推定成为了一项实体法规则。[2] (P81)

a (二)事实自证法则(res ipsa Loquitur) "res ipsa Loquitur,，一词来源于罗马法，其含义为“事实说明自己(the thing speaks of it-self)”或“事实为自己说话”。事实自证法最早是由英国的Pollock大法官在1863年的“Byrnev. Boadle”案中确立的，该案原告在经过被告开设的面粉店门口的时候，被从二楼掉下来的面粉桶砸伤，大法官认为“一桶面粉从商店窗户里面飞出来，里面的人不可能没有过失。如果非要让一个莫名其妙被砸伤的人找到仓库里的证人来证明这一点的话，那就太荒谬了。……很显然，面粉桶是在被告的控制之中的，面粉桶飞出窗外，就是过失的表面证据。仅凭这一事实，就足以证明被告具有过失，原告无须证明被告或其受雇人具有过失。

”因判决原告胜诉。[1]Pollock在与该案被告的律师进行争论时随口说出了拉丁语即“res ipsa Loquitur”，以后该词就被用来指称他在该案中创立的这一规则。两年以后，在“Scott v. London and St. Katherine DocksCo:”案中Williams Erle首席法官在判决中写到：“必须有证明过失的合理证据，但是在本案中该物件处于被告或他的雇员的控制之下，并且如果他们已经运用了合理的注意加以控制的话，通常该物件是不会导致此种事故的。在被告对此缺乏解释的情况下，该事实就已经提供了合理的证据表明该事故是由于被告的过失所致。”[6] (P223)这样就正式地确立了英国法上的事实自证法则。对于事实自证的概念，Kennedy法官曾作出一个明确的说明：“依据我的理解，这个短语是指，在特定案件的情形中，某些并非臆想而是合理推论出来的证据使得已经呈现出来且无争议的事实更可能是因过失造成的，而非在没有过失的情况下发生的”。[11] (P422.)事实自证规则产生后，其适用的范围逐渐地扩张，被越来越多地运用在原告无法明确证明被告过失但有关案情足以使法官或陪审团认定被告存在过失的案件。例如，起重机的一条架板无故从中折断，致使工人落水死亡的案件.瓶装可口可乐在搬运的过程中无故爆炸使餐馆招待员受伤的案件.客运飞机因不明原因失踪的案件.旅客在旅馆淋浴时被热水所烫受伤的案件.救护人员的担架在救护病人时突然塌落致病人受伤的案件.运输公司的卡车撞毁公有财产、司机当场死亡且无目击证人的案件.顾客在百货商店乘坐电动扶梯时被电动扶梯割伤的案件等等。[12]关于事实自证法则的运用条件，判例与理论上素有两要件说与三要件说的争论。两要件说认为，能够运用事实自证法则的案件必须符合

以下两项条件:其一，发生事故的物件或者工具在事故发生之前处于或者曾经处于被告的完全的支配或使用之下.其二，依据事故发生的状态，足以认定被告如果尽到通常的注意，事故就不会发生。三要件说则认为，必须符合以下三个要件才能适用事实自证法则:首先，损害必须是由处于被告排他性的占有和控制之下的物品或工具的活动所造成的.其次，如果该物品被谨慎的建造、检查或使用则通常是不会导致此种损害的发生的.再次，原告对于损害的发生没有过失。[13] (P 520) 尽管存在争论，但是所有的判例与学说都肯定了在适用事实自证的案件中，原告必须证明以下两点: 第一，导致损害发生的事件必须是在被告没有过失的情形下通常是不会发生的。不符合这一点就不能适用事实自证法则。例如，患者在接受手术后发现一把手术钳或一块纱布留在体内，如果没有医生的过失是不可能发生这种损害的。但是，如果车辆在行使过程中突然爆胎，或某人在下楼的时候摔倒，就不能认为符合该要件。因为爆胎可能因天气炎热、用户保养不善或地面有异物以及轮胎质量有缺陷等多种原因中的一种或结合所致.下楼时摔倒也可能是因为走路不小心等其他原因造成的。一般来说，在很多案件中人们可以根据经验或者生活常识确定某一事件的发生是否是过失行为的后果，但是在许多专业性的案件如医疗事故中，确定被告是否具有过失则超过了法官或者陪审团的知识领域，因此通常需要提供专家证言加以证明。 第二，被告的行为必须是导致损害的法律上的原因，也就是说，被告的行为与损害之间存在法律上的因果关系。这一要求在以前的判例中经常表述为“发生事故的物件或者工具在事故发生之前处于或者曾经处于被告完全的支配或使

用之下”。该要件符合与否应当依据具体的案情确定。例如，在Larson v. St. Francis Hotel案中，原告在路过一家旅馆门口的时候被楼上窗户中飞出的一把椅子砸伤，法院认为，该案不能适用事实自证规则，因为“椅子不是由旅馆完全控制的，而是由房客控制着，至少是部分控制着。”而且事故发生之时，这把椅子也有可能处于清洁工或者房客的其他来访的朋友的控制之下，总之原告不能证明它完全处于旅馆的控制之下。[14](P74)再如，在Easson v. London . Maxwell, 1989. [5] John G. Fleming, An Evaluation of The Fault Concept , 32. Tenn. L. Rev.(1964—1965). [6] R. F. V. Heuston. Max-well , 1992. [7] William L. Prosser. Handbook of The Law of Torts [M].West Publishing Co. , 1971. [8][美]罗伯特·考特，托马斯·尤伦.法和经济学 [M].张军等.上海:上海三联书店，上海人民出版社，1995 [9] Billings .C. 722, 159Eng. Rep. 299 (Ex. 1863) (SATL 335) [11] R. A. Percy. Charlesworth Maxwell, 1990. [12]许传玺.侵权法事实自证制度研究[J].法学研究，2003, (4). [13] Charles E. Carpenter, The Doctrine of Re-, Ipsa Loquitur, Chi. L. Rev.(1933—1934) [14]李亚虹.美国侵权法[M].北京:法律出版社，1999. [15] B. S. Markesinis Matthew W. Finkin ed , Introduction to German Law, C. H. Beck Hannes Unberath. The German Law of Torts , A Comparative Treatise [M]. Hart Publishing, 2002. 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