

对侵权行为法中过错问题的再思考 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__E5_AF_B9_E4_BE_B5_E6_9D_83_E8_c122_485133.htm

侵权行为法中过错责任原则的确立，是法律文明进步的标志之一，它在填补损害结果、实现社会正义等方面都发挥了巨大的作用，因此，“现代社会，尽管各国的社会制度、历史习惯、经济发展状况等存在重大差别，但各国侵权法皆以过错责任为原则。

” [1]虽然，有关过错问题的著述可谓浩如烟海，其中也不乏真如灼见，但这并不意味着我们就完全弄懂了这个问题，笔者认为，有一个现象是耐人寻味的：法官、律师、甚至一般当事人，在具体案件中，对于特定事实，都能恰当地运用故意、过失、过错等概念做出评断，然而，要他们抽象地阐述这些概念时，他们又茫然无措。反之，理论界人士虽然在有关过错的抽象理论上可能各执一端而且自成体系，但在对具体问题的判断上却可能高度一致。这种现象，与下述现象非常相似；一个非常熟悉某一地区路线的人，却画不出该地区的交通地图；反之，绘制地图的人，虽然有不同的画法，但真正走路时，还是走的同一线路。这种现象说明，流行的过错理论，一定存在什么问题，才使得它们与审判实务没有多大联系，笔者认为，流行的过错理论虽然在体系上可能完美无缺，但却如一张格式齐全的空头支票，在实践中没有兑现价值，所以，有必要对过错问题作重新思考，并在此基础上，重建这一理论。

一、对三种过错理论的诘难 通常认为，过错或称归责之意思状态，与行为、损害结果、行为与损害结果之间的因果关系、有的还加上行为的违法性，是一般

侵权行为的构成要件；换言之，一般侵权行为正如一辆汽车，是由几大部件组装而成的，汽车由动力系统、传动系统、电路系统构成，要进一步了解汽车，我们就分别要问：动力系统是什么？传动系统是什么？电路系统是什么？别人可以用图片、实物给我们作解答，依同样的思维习惯，我们要问行为是什么----人的身体动或静的状态，损害结果是什么----他人人身、财产受到损害的实际程度；这些要件我们能够凭经验所感知，一般说来争论不大，然而，过错是什么呢？由于我们看不到它，听不到它，摸不到它，即不能凭我们的经验所感知，因此，就众说纷纭，对“过错是什么”这一问题的不同回答，形成了三种不同的过错理论，笔者将分析这些理论，并指出其不可克服的困难。流行的过错理论，大体上可分为主观过错说、客观过错说、主客观相结合的过错说三种，现逐一分析如下：（一）对主观过错说的分析 1. 主观过错说的基本观点。主观过错说认为，过错是一种应受谴责的心理状态。这种心理状态是什么呢？“它不同于人们在渴望避免有害结果时常常感到的那种心理状态[着重号为笔者所加]。”[2]也就是说，过错是一种“状态”，这种状态之所以称为心理状态，是因为它存在于致害行为入心中，能够被行为入“感到”，如果致害行为入心中存在着这种被称为“过错”的心理状态，他就会感到，就会有某种感觉、感受，正如人们对往事的回味或对刺激的反应一样，这时的感觉或感受，与人们在渴望避免有害结果时的感觉或感受不同。为什么这种心理状态是应受非难、应受谴责的呢？因为致害行为是这种心理状态自由选择的结果，也即，它是致害行为的发生原因，是行为入实施致害行为的心理动力，所以，致害人承担责任的

基础不是行为而是行为的发生原因，致害行为本身是“无辜”的，“有罪”的是使它发生的心理状态，换言之，侵权行为与非侵权行为的区别，不是行为与行为的区别，而是象幽灵一样隐藏于行为人心中的“心理状态”的区别，所以，十九世纪德国法学家耶林就说：“使人负损害赔偿的，不是因为有害，而是因为有过失，其道理犹如化学上之原则，使蜡烛燃烧的，不是光，而是氧，一般的浅显明白”[3]。可见，这种心理状态，象氧、象汽车一样是实际存在的，虽然它没有长、宽、高，不占据空间，即使解剖人脑，也找不到它的位置，但它毕竟是“不依赖于法院的感觉而存在的实际心理过程”[4]，所以，“法院的任务归根到底就在于借助一切可以获得的证据，千真万确地查明这种心理过程，并把它如实反映在自己的判决中”[5]，概而言之，如果一个致害行为恰好就是由这种心理状态引起的，那么，该致害行为就是侵权行为，行为人就应承担赔偿责任，认定过错，就是揭示出这种心理状态。

2. 主观过错说面临的困难。

(1) 即使过错真的象氧、象汽车一样是一种实际存在的，我们能说出“在那儿”的东西，或者，象燃烧、核裂变、核聚变一样是实际存在的，我们能说出“正在”、“已经”、“将要”发生的过程或状态，以我们现有的工具、技术，我们尚无法观察、测量。象燃烧，它指称的是一种实际存在的状态或过程，这个过程是可以观察、测量的。如果我们发现一个物体正在发热、发光，并且，正由一种物质变为另一种物质----木头正变成碳，这时，我们可以断定物体正在燃烧，这个过程、这种状态，我们能够观察、测量，但是，对于“过错”这种心理状态，我们能做些什么呢？我们即使能精确地测量一个人的心率

、血压、甚至神经活动，但我们对她究竟在想什么仍然一无所知，而且，如果说疏忽大意、漫不经心、过于自信等属于“过错”的“东西”真的是一种心理状态的话，那么，与之相反的专心致志、集中精力、高度注意也是一种“心理状态”，凭我们日常生活经验我们就可以知道，这两种“心理状态”可以同时存在于一个人心中。比如，一个正在驾驶汽车的人，却仔细地、专心致志地在心中计算这次出车的赢利，那么，他究竟是怎样的心理状态呢？抛开理论，我们完全有把握说他心不在焉，然而，按照主观过错说，他究竟是处于“疏忽大意”的心理状态呢还是处于一种“专心致志”的心理状态，我们显然找不到区分的办法。又比如，一个正在驾驶汽车的人，渴望着避免事故，在行驶中，他紧张地默念着甚至朗诵操作规程或交通规则，然而，他如此的渴望，如此的行为，既不能保证他不发生事故，也不能保证他在发生事故后被认定为“无过错”。由此可见，即使过错真是实际存在的“心理状态”，我们也无法通过观察、测量以认定一个人的心理状态是什么——过错还是无过错。而且，离开人的行为，我们也没有恰当的词语去描述过错、过失以及相对的审慎、注意、专心致志等“心理状态”。实际上，过错等概念本来就是评价性的，它是对行为的评价，并非是某种实存东西的名称。(2) 那种称为“过错”的“心理状态”不能被他人所观察，已如前述，同时，也不能被过错人自己所感受。按前述主观过错说，过错是一种“心理状态”，这种“心理状态”能够被具有这种“心理状态”的人感受到，这种被感受到的“心理状态”不同于“人们在渴望避免有害结果时常常感受到的那种心理状态”，在此，主观过错说并没有正面回答过

错究竟是什么“心理状态”，只是告诉我们它给人以不同于另外一种心理状态所给人的感受。这样，主观过错说就可能存在两个问题：其一，弗洛伊德提出的证据似乎表明，人的内在生活的意识流的侧面隐隐流动着一股支流，连它的主体也没有觉察到，人是受某些冲动驱使的，但他们却竭力否认这些冲动的存在，人的某些思想迥异于他们所承认的思想，他们认为愿意从事的某些活动，其实并不真心想做，相反，他们在梦中做的事才是他们真心想做而被社会文明所不容忍的而不能做的事[6]。如果真的如此，那行为人是不能完全、真实地感受到的“心理状态”的，那么，一个人的行为居然受他自己也浑然不知的某种“心理状态”----冲动所支配，还谈得上有过错吗？其二，假定弗洛伊德的精神分析学毫无科学性可言，我们仍然坚信人是理性的动物，人的任何行为都是其自由意志自由选择的结果，但是，凭日常生活经验我们可以知道，行为人在实施某种行为时，并不能感受到主观过错说所称的那种“心理状态”，如果一个人不知道，也不可能知道他的行为正由一种叫“过错”的心理状态“支配”，他还有过错吗？当然，人们也许可以为主观过错说辩护说，过错与否，与是否感受无关，感受，只不过是认识这种“心理状态”的渠道而已，这正如对香味的感觉引导我们去寻找鲜花一样。但事实上，从未有过这样的认识渠道。一个过于自信的人，他不可能“感受”到他正处于“过于自信”的“心理状态”，正在经历“过于自信”的“心理状态”；一个疏忽大意的人，他不可能“感受”到他正处于“疏忽大意”的“心理状态”，正在经历“疏忽大意”的“心理过程”，否则，他就不是过失而是故意了。即使是故意，也不能象“

痛苦”、“压抑”一样成为感受的对象，我们常常指控、认定一个人有致害的故意，这个人可能也承认我们的指控，但我们并不是说、他也不会承认他曾经持续地或间断地、长期地或短暂地、强烈地或微弱地感受到这种“心理状态”，我们说某个人有致害的故意，也并不是说他的心理究竟处于什么状态，而是说他的行为，他的行为有一个目的，他在追求一个既定的目标，为了达到这个目标，他发挥了自己的能力，创造、利用一切条件，而且，他也知道，他所追求的目标就是给他人造成损害因而为法律、道德所不容，而决不是说行为人在行为时有什么感受或“心理状态”。(3) 假设今后科学发达了，我们能有工具去观察、测量一个人的“心理状态”，这对我们“千真万确地揭示”过错这种心理状态也不会有什么帮助，行为人过错的心理状态----如果说真的存在的话----在诉讼中已复存在，在具体的诉讼中，致害行为已经终结，损害结果已经发生，我们能观察、测量的仅仅是行为人在被观察、被测量即被评判时的“心理状态”而非他在行为时的“心理状态”。(4) 主观过错说认为，侵权行为之所以产生民事责任，不是因为造成了损害结果，而是行为人在行为时有过错的“心理状态”，它是行为的实际发生进而导致损害结果的原因。如果过错真的是这样一种“状态”，那么，这种“状态”也应该有其发生的原因，如果行为人产生过错这种“心理状态”的原因是某种客观的事物、力量，而这种客观的事物、力量与“过错”这种“心理状态”之间也象在物理世界中一样受某种因果律的支配，那么，过错责任与客观归责就没有区别了，因为行为人之所以产生过错的心理状态，是由于某种不以其意志为转移的事物、力量，并不是他

故意要产生“过错”的“心理状态”；如果“过错”这种“心理状态”产生的原因不是客观的事物、力量，而是人内在的另一种“主观心理状态”，那么，作为这种原因的更深层的“心理状态”，是不是还要分为过错与无过错呢？照此类推，认定过错，就象剥一个硕大无比的洋葱，剥了一层又一层，过错最终就成了过错的过错……的过错，在这根链条中，前一个过错是后一个过错产生的原因，按照这个“链条模式”，我们似乎可以说，他因疏忽大意而疏忽大意，他因盲目自信而故意，如此等等，显然，这样的结论是荒谬的，这样的陈述是可笑的。通过上文的分析，我们可以看出，将过错看作是一种实际存在的“心理状态”，并要求法院在判决中将它千真万确地揭示出来，不仅在理论上面临许多难以克服的困难，而且，在实务中也难有实用价值，缺乏操作性；因为一个显而易见的事实是，实务中的法官们并不具有这种理论所要求的心理学知识和心理分析技术，并且，也没有这种知识和技术，心理学只是“对行为进行科学的研究和对行为原理作系统的运用”，其目的是“测量和描述行为；预测和控制行为；理解和说明行为”[7]，它并不关注、寻求一个人在某时某刻究竟在想些什么，更不去揭示什么“心理状态”。

(二) 对客观过错说的分析

1. 客观过错说的内容。“客观过错说将过错看作是违反社会准则的行为意志状态。”[8]阿根廷学者萨尔瓦特说：“未达到义务性质所要求的注意即构成过错。”[9]波兰学者瓦卡罗认为：“过错……是基于注意义务的违反构成，这种注意义务……或根据合同规定，或根据法律规则，或根据一定的事实状态……”[10]。客观过错说如果仍然认为过错是一种意志状态的话，它与主观过错说

就没有实质上的区别。因为在我们的日常用语中，主观、意志、心理等概念其含义大同小异，主观过错与客观过错只不过是用不同的语词记号指称同一对象而已。这个对象是一种实际存在的“状态”，它无影无踪但又确实发生在人的心中，主观过错说与客观过错说的区别仅仅在于判断行为人心理或意志“状态”究竟是有过错还是无过错时，其标准不同而已，也即，主观过错说认为行为人本来可以不处于那种状态却自由地选择了那种状态----以行为人自身为标准，而客观过错说则是“以某种行为标准来判定行为人有无过错”----以他人为标准，这个作为标准的他人，可以是良家父、一般理性之人、中等偏上之上等等，按客观过错说，所谓行为人有过错，是指他在行为没有处于作为标准的人的那种“意志状态”。

2. 客观过错说面临的困难

客观过错说虽然比主观过错说更具有应用的可能性，它不再要求法官在审判时要对行为人进行心理分析，认定过错，只需把行为人的意志状态与作为标准的人的意志状态相比较，或者把行为人的注意程度与法律规定的注意程度相比较就可以作出结论，然而，它仍有以下难以克服的困难：(1) 那种作为标准的人并不客观存在，笔者认为，前述客观过错说的所谓“客观”，并不是说过错这种意志状态象一支笔、一张纸那样是一种客观存在的东西(说客观的意志状态与说方的圆形一样荒唐)，而仅仅是说判断标准的客观存在，但是，作为标准的抽象的人----良家父、一般理性的人、中等偏上之人----并不象张三、李四一样是一个实实在在的人，他要么只“存在”于每个法官心中，要么就是法官自己，这种所谓的“客观”的标准，对行为人来说，当然是客观的，但对法官来说却纯粹是主观的，与主观过错说

相反，同样的“状态”，只要是由同一个法官来判断，无论哪个人具有，都是过错，但是，由不同的法官来判断，结论可能不一样。(2) 即使真的有这样一种客观标准，我们认定过错就象用天平去称物体的重量一样简便，但这样的工作就很难说是一种正义的审判。如果我们在“确实必要的注意程度时不必考虑债务人个人的特点”[11]，也即，我们全然不顾行为人的生理状况，他的动机，知识和能力----这四种要素是解释行为的必要材料??而武断地认为只要行为人没有达到“标准人”的注意程度就是有过错，那么，这就违反了法律的正义，因为正义的法律要求人们应为之事必须是人们能为之事，要求一个没有能力象“标准人”那样注意的人象“标准人”那样去注意，就会导致“无过错的过错”那样不近情理的荒谬结论，这样的侵权行为法，自然不会产生、发挥维护社会正义的功能。(3) 假设我们通过测量、分析、比较，认定特定人在生理机能、经验、知识、技能等方面都达到了“标准人”的要求，那么，行为人也就成了标准人，以行为人自身为标准去评价行为人的“意志状态”，这就成了主观过错说。(4) 客观过错说认为过错是注意义务的违反，这就意味着，一个行为人实际上同时有两个义务，一是为一定行为或不为一一定行为的义务，二是履行注意的义务。因此，履行一个义务，实际上是要履行两个义务，他一边要作为或不作为，一边还要注意，就象一个人边走路边唱歌一样，然而，一个边走路边唱歌的人的确是在做两件事，这两件事也完全不同，他停止走路，还可以继续唱歌，反之，他停止唱歌，还可以继续走路；但是，履行义务的人，却不是同时在做两件事，他如果不履行义务，比如应当采取防止损害结果的发生

而没有采取，他就不可能去注意；同样，一个对自己的行为毫无注意的人，很难说他在履行义务，按照“双重义务”论的观点，一个侵权行为人实际上违反了两条法律，一是侵害了他人权利----违反规定行为义务的法律，二是不注意或缺乏注意----违反规定注意义务的法律，但是，有哪条法律会规定一个人应有多高的注意呢？通过上文的分析，我们可以看出，客观过错说虽然名为客观，但在具体展开阐述其理论时，仍然将过错与行为分离，认为过错既是与行为有某种联系但又是与行为截然不同的“状态”，虽然在表面上比主观过错说更具应用性，但也找不到应用的途径。所以，在实务中，同样难具兑现价值。

(三) 对主客观因素相结合的过错说的分析

1. 主客观过错说的基本观点。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失的状态，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” [12]。既然主客观因素相结合的过错说仍然认为过错是一种主观状态，那么，它在实质上仍然是一种主观过错说，只不过，它认为，既然过错这种主观状态支配、导致了客观的侵权行为，所以，认定过错可以有客观的标准。

2、主客观因素相结合的过错说所面临的困难 笔者认为，主客观因素相结合的过错说，不仅存在着前述主观过错说所面临的困难，而且，它还面临着以下困难。(1) 按照上文引用的那句话，过错是支配行为人从事应受非难的行为的故意或过失状态。这句话，似乎包含了以下几层意思：A. 故意、过失的状态如果没有支配应受非难的行为，那么，这种故意、过失状态就不是过错。这里就存在一个逻辑问题，过错概念的外延就只有

故意或过失，根本就没有虽然是故意或过失但又不是过错的故意或过失，并且，按我们的语言习惯，如果一个人没有应受非难、应受谴责的行为，我们就不会考虑他有或没有过错。比如，绝大部分人都是守法公民，都自觉不做违法犯罪之事，但谁也不会说我们故意守法；同样，谁也不会说我们之所以守法，是因为我们没有过错。又比如，假设一个人想盗窃财物，但一直没找到机会，我们也不会说他因疏忽大意而未实施犯罪行为。由此可见，故意、过失、过错等概念，总是与应受非难、应受谴责的坏事、错事联系在一起的，离开了后者，前者就没有意义，如果一个行为不应受到非难，就谈不上是故意或过失与否的问题，这正如一个人习惯于用左手，我们既不能说他有道德，也不能说他不道德，因为他的这个习惯与道德问题不沾边。

B. 如果一个应受非难的行为不是在过错的支配之下，这个行为就没有过错。但是，在日常生活中，有谁去谴责一个没有过错的行为呢？我们不可能去责怪一个精神病患者，即使他犯了“弥天大罪”，由此可见，应受非难的行为总是与故意、过失、过错等概念联系在一起的，离开了后者，前者也没有任何意义。

C. 故意、过失状态导致应受非难的行为时，这个行为才有过错。但是，一事导致另一事的发生，在时间上总有先后，然而，过错与行为之间似乎难以区分先后，我们不能说，某人先疏忽大意，过了一段时间或紧接着就实施了侵权行为，即使是故意的侵权行为，也难以划分故意与行为的时间界限，我们同样不能说，某人先故意，过了一段时间或紧接着就实施了侵权行为。

(3) 按主客观相结合的过错说，过错虽然是一种主观状态，但可以通过人的行为予以判断，但是，用客观的行为去判断主观

的状态，实际上是一种循环论证，其循环的过程如下：问：“为什么说他有过错的主观状态？”答：“因为他有如此这般的行为。”问：“为什么他有如此这般的行为？”答：“因为他有过错的主观状态。”这个过程之所以是循环论证，是因为在一方面，我们希望用“过错”的主观状态去解释、说明“如此这般的行为”的发生，另一方面，我们又希望用“如此这般的行为”去证明“过错”的主观状态的存在，要解脱这种循环，笔者认为，我们必须有另外的证据独立地证明“过错”的主观状态的实际存在，就象我们有各种证据去证明行为的实际发生一样，但是，除了行为，我们根本没有什么证据能够证明“过错”的存在。通过对传统过错理论的分析，我们已经看出了这些理论所存在的困难，笔者对这些理论的诘难，并不是为了玩弄翻空出奇的文字游戏，而是因为笔者在实务中经常面临这样的现象：审判实务中的法官们，也许赞成这种过错说，也许赞成那种过错说，也许根本不了解过错理论，但这并不妨碍他们在审判中适用过错责任原则，他们对被告是否有过错的认定，一般说来能得到上级法院和社会的认可，从这个意义上说，他们的认定是“正确”的，即使发生错误或引起争议，一般也发生在两个方面：其一，被告有没有法官认定的行为，这是关于事实的争论；其二，法官认定的行为究竟是不是过错行为，该不该承担责任，这是关于法律的争论，在实务中，从未发生过被告的主观心理状态或意志状态究竟是什么的争论，由此可见，这些理论很难在审判实务中兑现。

二、传统过错理论错误的原因及其哲学根源

在上文中，笔者分析了主观过错说、客观过错说、主客观因素相结合的过错说这三种过错理论所面临的困难，

这样，笔者似乎就面临着二难的境地：一方面，按上文的分析，过错既非主观心理状态，又非意志状态，也非主客观因素相结合的状态，这表明“过错”这种东西并不实际存在；另一方面，侵权行为法又的确以过错责任为原则，在涉及损害赔偿的诉讼中，法院判决也总要对被告是否有过错表明态度、作出判断，这表明过错又的确存在，如果我们坚持过错责任原则，就不能否认过错的存在，既然过错存在，就应当是主观、客观或二者相结合的“状态”，那么，这究竟存不存在呢？如果存在的话，过错究竟是什么呢？（一）过错是什么——一个虚假的问题“过错是什么”的问题，来源于侵权行为的构成要件理论。这种理论认为，侵权行为由行为、损害结果、行为人的过错等构成要件构成，按一般的习惯思维，我们会问行为是什么？损害结果是什么？这两个“构件”可以凭经验所感知，一般说来争论不大，但过错是什么呢？我们对此就感到茫然，过错既然是侵权行为的一个构成要件，它一定实际存在，但它又看不见，摸不着。其实，“过错是什么”，这是一个虚假的问题，传统过错理论的错误不在于它错误地回答了这个问题，而在于它错误地提出了这个问题，它在思考方法上犯了范畴错误。

1. 范畴错误的事例及其与传统过错理论的相似之处。其一、假设我们听到“张三有一个儿子”这句话，我们完全可以想象，世界上有张三和他的儿子这两个人。但是，当我们听到“张三很有个性”这句话时，却很难想象世界上存在张三这个人 and “个性”这个东西。前一句话，是说明两个相互独立的人及其关系，而后一句话则是概括张三这个人有较为稳定、一贯的处事为人的准则，这两句话虽然在语法结构上完全相同，而且都正确，但却

属于不同的逻辑范畴，因此，不能用理解前一句话的思考方法来理解后一句话，否则，就是范畴错误。范畴错误的表现之一就是属于某一逻辑范畴的语句误以为属于另一逻辑范畴，传统过错理论也有这种范畴错误。我们经常说：“他的行为有过错”，就以为真的就既存在行为又存在过错这两个东西，其实，过错是对行为人为行为方式的否定性评价，它并不是与行为相独立而实际存在的东西。其二，假设我们看到一个人走路边唱歌，我们可以说“他在走路”、“他在唱歌”，也可以说“他既在走路又在唱歌”。假设一个人步行到某地，我们可以说“他在走路”，也可以说“他正在向某地前进”，但我们却不能说他“既在走路，又在向某地前进”。在第一个假设中，那个人的确在做不同的两件事，走路、唱歌属于一个范畴，因而可以并列，但在后一假设中，那个人其实只做一件事。“走路”、“向某地前进”，是我们从不同的角度描述同一件事，“走路”是指他运动的方式，“向某地前进”，是指他运动的目的地，二者不属同一范畴，因而不能并列，否则，就是范畴错误。范畴错误的表现之一，就是：将属于不同范畴的句子并列成连接句或选言句，传统过错理论的双重违法论就是如此。它认为，一个侵权行为既致人损害----客观上违法，又有过错----主观上违法。其实，致人损害是指行为造成的结果，而过错则是对同一行为的评价，二者不属同一范畴，因此，不能并列。其三、假设一个对法院一无所知的人到法院参观，他看见了民庭、经济庭、刑庭、执行庭等业务部门，也了解了这些部门的业务范围，但他仍然迷惑不解：“不错，我看到了那些庭，也了解了它们的业务范围，但法院呢？法院是什么呢？”这个人知道，

法院与他所看到的庭不同，但他以为法院也应当是与这些庭相类似的工作部门，其实，法院正是这些庭相互联系构成的一个机构，因此，它与庭不属一个逻辑范畴，不能用思考“什么是民庭”一样的思考方法去思考“什么法院？”传统过错理论的思考方法与前述法院的参观者相同，在通常情况下，我们恰当地运用过错的概念，指出哪些行为有过错，哪些行为没有过错，就象那个人知道法院具体的工作部门一样，但我们在作抽象思维时，却情不自禁地要问“过错是什么？”我们知道，过错行为与无过错行为是不同的，判断一个行为有没有过错，仅凭行为人的动作是不够的，动作必须加上另外的什么东西才是过错行为，过错不是动作，但也应当是与之相关联的什么，于是，既然，动作是一种状态，那过错也应当是另一种状态，既然动作是一种客观状态，那过错就应当是主观状态，于是侵权行为就是动作加过错。其实，过错与动作不是属于同一范畴，就象庭与法院一样，因此，二者不能共同构成一个东西。其四、假设还是这个参观者，他参观法院的各庭之后，对人说：“我今天参观了民庭、刑庭……和法院。”传统过错理论也有类似的表述，比如前述双重违法论，就认为一个侵权行为既违反了行为的义务又违反了注意的义务。

2. 上述思考方法错在哪里？上述四例以及传统过错理论的思考方法，犯了范畴错误。所谓范畴，就是概念，只不过相对而言是更高级、更抽象的概念，即类型概念。客观世界作为我们观察、认识的对象是纷繁复杂的，实际存在着无数独立的个体，为了我们认识、思维和陈述的便利，我们总要按一定的标准将那些实际存在的个体进行分类，分类的标准就是类型概念或范畴，每一范畴之下都有无数的个体

，比如“人”的范畴之下就有张三、李四、史密斯、约翰...等古今中外的具体的每一个人，如果没有“人”这个范畴，我们的思维和陈述就难以想象。“禁止杀人”这一条法律规范，就会变成“张三不准杀人”这一条法律规范，就会变成“张三不准杀李四.....”这样无数的法律范围。虽然一个范畴之下有许多个体，但个体的类却不是个体，人的范畴之下有无数具体的人，但从未有过既非张三、又非李四等具体个人的一个“抽象的人”，我们看到张三，也就看到了人，但我们不能说张三既是张三，又是人。将类型概念与其个体相提并论，认为类是类之下的个体，就犯了范畴错误，传统过错理论错误的原因就在于此。在实际生活中，有的行为造成了损害结果要承担责任，有的行为造成了损害结果却不承担责任，我们按一定的标准，将行为分为过错行为与无过错行为两类，过错是无数具体行为的一个类型，所以，过错就不是行为或与行为相类似的一种状态。过错行为与无过错行为的区别，是行为与行为之间的区别，并非行为中有没有过错这种“状态”的区别，而是这种行为与那种行为的区别。“这个行为有过错”，“那个行为没有过错”，等等语句，实际上是一句比喻性的陈述，它们无非表达了说话人对某个行为的归类，并不就意味着真有行为与过错这两个“东西”存在。所以，作为抽象的类型概念，过错这个词确实存在，在汉语中，它由两个字组成，“过”字在前，“错”字在后，作为过错这一范畴之下的个体----过错行为----也是存在的，当我们看到、听到、提到“过错”这个词时，我们立刻会想象出损人利己、疏忽大意、漫不经心等具体的事例。但“过错”这个类型概念却是思维的产物，它建立在我们对许多

过错行为的观察基础之上但又不象具体过错行为一样是能够观察到的实际存在的东西，传统过错理论的错误就在于它把“过错”这个类型当作实际存在的东西----就象具体的过错行为一样，提出了“过错是什么”这个虚假的问题并试图回答这个问题，其实，过错象其他概念一样，“是由想象而来的”想象，是由看去有联系的观察和经验综合而成的。观察和经验是确实存在的，概念却只是经验的产物。表达概念的用语仅仅是为交流思想而设计出来的，归根到底，语词只是字的集合，并不意味着实存。然而，人们常常由于把概念当作实存意义的事物而陷入陷阱，尤其当我们认真地对待某个概念并精确地使用他时，就更加危险。一旦我们假定概念有实存意义，我们又会为发现其实存的意义和恰当的度量尺度而大费周折。[13]

(二) 传统过错理论的哲学根源 传统过错理论居然在回答一个虚假的问题，这个问题的提出就混淆了思维的概念与实存的事物，犯了一个荒唐而明显的逻辑错误，这似乎让人难以置信。其实，出现这样的错误，并不是人们不知道“凡个体的类不可能是个体”这样一个逻辑规则，而在于曾经流行过作为其哲学基础的思考方法??物理学帝国主义。在西欧，自十五世纪下半叶起，自然科学开始了伟大的复兴，在十六世纪，欧洲许多工场手工业部门运用水力和风力发动机等装置进行生产，促进了人们对力学和数学的研究；航海业的发达推动了天文学、地理学、气象学的研究，一系列专门用来从事科学观察和科学实验仪器，使科学获得了深入发展。总之，新兴资产阶级为了发展生产，需要有探索自然物体的物理特性和自然力活动方式的科学，人们使用得以力学为基础的自然科学呈现出繁荣兴盛的景象，人们通常把

文艺复兴到十八世纪中叶一段时期称作新兴科学的第一个时期，这个时期从哥白尼为开端，以伽利略和开普勒为中介，最后以牛顿为顶峰或终结。[14] 随着以物理学代表的自然科学的勃兴，逐步形成了“物理学帝国主义”，就象当今“经济学帝国主义”试图染指许多社会科学领域一样。“十一世纪以来，社会科学家一直致力于对社会的研究达到牛顿对自然界的研究所达到的水平。”[15] 人们企图用物理学机械论思考方式去思考一切问题，包括身心关系这一古老的哲学问题。笛卡尔就认为：“哲学之干是物理学，物理学要研究植物、动物、尤其是人的本质。”[16] 机械论哲学的代表人物是培根和霍布斯。培根认为，人类灵魂有神圣和非理性的两部分，前一部分的一切问题必须交给宗教，后一部分即有感觉的灵魂是物质的，因热而稀薄，变成看不见的；它主要居于完善动物的头脑中，沿着神经而奔跑着，靠动脉富有元气的血液得以恢复和振作精神，灵魂的官能有知性、理性、想象、记忆、嗜欲、意志以及逻辑和意志伦理关注的一切东西，总之，他认为，粗糙而坚实的身体运动是因为精细的灵魂的促动。”[17] 霍布斯认为，除了物体之外，没有灵魂，他提供了各种精神概念，精神是头脑中的运动，或者，它是人头脑中的一个内在的基质，一个精微的物体，这种精微的物体，“除了认识的机能和能力外，还有促使运动的能力，即使肉体产生肢体运动的能力”[18]，十八世纪法国拉•梅特里在《人是机器》一书中，干脆直言不讳地宣称：“人体是一架自己发动自己的机器，一架永动机的活生生的模型”[19]，他认为，人之所以有理性，只不过比“最完善的动物再多几个齿轮，再多几条弹簧，脑子和心脏的距离成比例

地更接近一些，因此，所受的血液更充足一些，于是，理性就产生了。[20] 从前述三位机械论者的论述可以知道，他们将人当作一架机器，肉体与心灵、精神与身体都是这架机器的部件，而心灵、灵魂、精神是一种更精细的物质实体，心灵是人体的发动机，是人肢体运动(即行为)的发生原因，显然，这种将人当作机器的机械论哲学是难以让人接受的，而与之相对立的另一派哲学虽然试图超越机械论，但仍未摆脱物理学帝国主义的影响。近代欧洲哲学的创始人、身心二元论的代表笛卡尔，就是用机械论的思维方式去反驳机械论，机械论哲学认为，心灵是物质实体，虽然精细，但毕竟占据一定空间，具有长、宽、高，即具有广延的属性；而笛卡尔则认为心灵是非物质的实体，没有广延的属性，心灵的属性是思维，心灵虽然不占据一定空间，但又象幽灵一样存在于肉体之中，控制、驾驭着这架机器，所以，人与人行为的不同，就在于心灵的不同运动。笛卡尔甚至认为，一切都是可以怀疑的，但心灵的存在却是不容置疑的，即“我思故我在”的著名命题，他说：“我是一个在思维的东西，这就是我是一个在怀疑、在否定、知道的很少、不知道的很多、在爱、在恨、在愿意、在不愿意、也在想象、在感觉的东西。”

[21]这种身心二元论，被现代的一些哲学家讥称为“机器中的幽灵说”。机械论哲学与身心二元论哲学，虽然貌似对立，但其思考方法都是机械论的“，培根对心理状态提出一种机械论，霍布斯则以机械论作为其全部世纪观的基础，笛卡尔试图运用机械论详细说明人类大部分心理活动”[22]，他们所使用的概念、术语也是机械论的如“实体、状态、属性、过程、因果”等等，只不过，笛卡尔为了有别于机械论

，就在这些机械论术语前加否定词“非”，如“非物质实体”等，所以，这种哲学又称为“副机械论”。笔者认为，传统过错理论正是前述机械论、副机械论哲学在民法学中的翻版，过错正是侵权行为的“非物质构成要件”，它是侵权行为发生的原因，等等，作为传统过错理论的近代机械论哲学已遭到现代哲学的猛烈冲击，虽然，全盘否定身心关系问题，认为这个问题的提出就是一种范畴错误，这未免失之浅薄，然而，“意图、意愿、理解、愿望、理解、发挥智慧、发挥智慧，甚至思想这些东西在具体实例中无非是这样一事实，即用这些词所称谓的人是采取如此这般的行为方式的”[23]，同样，在日常生活中，在审判实务中，过错、故意、过失、无非是指出了一个具体行为的方式，而不是指称一个实实在在的“东西”，或一个“东西”的状态。当然，笔者无力在近代哲学与现代哲学之间作出评判，也不敢断言身心关系这样的形而上学问题的全无意义，但笔者认为，这些问题应该由作为一门学科门类的纯哲学去回答，作为实用科学的民法学，无需将它作为自己的基础或者说逻辑起点，试图从一般的身心关系原理中推演出有关过错问题的答案。

三、关于过错理论的新设想 传统过错理论中“过错是什么”的问题是一个虚假的问题，已如前述，但是，有过错才承担责任是侵权行为法的归责原则，过错行为与无过错行为都是存在的而且有显著区别，所以，我们还是要继续研究过错问题，不过，笔者认为，研究的目的是不是探寻象幽灵一样隐匿于人心中、作为侵权行为发生原因的心理状态、意志状态等虚无缥缈的东西，而在于提供一个认定过错的标准，即，我们怎样把涉讼行为归入过错行为这个类型。（一）研究过错问题

应面向审判实务 传统过错理论虽然存在着前述种种困难，但一直未有根本的突破，笔者认为，其原因就在于这种理论与审判实务，甚至日常生活没有联系，它象一部杜撰的故事，比如《西游记》，在这本书的范围内，我们能提出许多问题，象花果山在哪个国家，玉皇大帝住哪里，唐僧取经经过哪些地区，等等，这些问题都能在这本书中找到“正确”答案”，但是，我们都知道，答案只是在这本书的范围内才是“正确”的，超出这个范围，如果我们要研究天文、历史、地理，那么，这些问题以及作为答案的书中所叙述光怪陆离的故事便毫无意义了。传统过错理论也是如此，各种教科书以之为基础，各种考试以之为标准答案，我们自然以为这种理论是正确的，其实，这种理论只在其封闭的体系中才是“正确”的，它与审判实务没有联系，即使熟悉这种理论的法官，在审判中也绝对不会去运用这种理论，因此，谁也不会去怀疑它的正确性，由于它是一个封闭的体系，因此，不能从这个体系的内部加以修补，在这个体系中，这种理论是完美无缺的，过错是主观状态或客观状态或二者相结合的状态，就象光，是波、是粒子或者二者都是，我们简直想象不出过错除了是上述三种状态之外，还能是什么了。所以，超越这个封闭的体系，必须转换我们思考的角度，我们要跳出这个圈子，面向审判实务----研究过错问题，就是研究法官是怎样、应该怎样认定过错的问题，我们首先要观察、在观察的基础上，概括、描述法官、律师在解决过错问题时的所作所为，并对法官的判决进行评判，形成体系，然后运用于审判实务。笔者认为，这样的理论在实务中才有兑换价值：首先，它能以自己的概念、术语描述法官的审判行为，使法官能够

更全面、更深刻也更抽象地认识自己的工作，这就象语法学能够用主语、谓语等术语概括我们说的每一句话一样；第二，它能为法官正确的认定提供充足的理由，在实务中，法官的判决普遍存在着“只下判，不讲理”的现象，尤其是在认定过错时，更是如此，法官往往凭经验、直觉，显得武断地认为某人“应承担赔偿责任”，除此之外，似乎无话可说。这一方面与法官的理论素养不够有关，另一方面，传统过错理论严重脱离审判实务也难辞其咎，而面向审判实务重建的过错理论，法官能从中找到正确认定的理由，使法官在过错问题上既知然又知其所以然，通过对这种理论的学习、应用，法官能将自己原来凭经验、凭直觉的判断转化为有目的、有意识的追求；第三，它能帮助法官认识、修正自己工作的失误。过错理论，只有具备上述三种作用，才有可能在实务中接受实践的检验，指导审判实务并在运用中不断丰富、完善，这样的理论，才是一个开放的体系。那么，过错理论如何面对审判实务呢？笔者认为，面临审判实务的过错理论，其研究对象不再是虚构的主观状态或意志状态，而是法官认定过错的行为，它既要研究法官是怎样认定过错，也要研究法官应当怎样认定过错，只有这样理论才具有前述三种功能。（二）过错问题不是事实问题而是法律问题“一个案件，法官可以把它分为两个问题，一个是案件事实，即事实问题，一个是适用法律，即法律问题，法律对事实的认定，规定了各种各样的证明手段，要求法官通过这种手段来证明事实，这种手段包括各种证据以及证据的证明效力。”[24] 在我国的民事诉讼中，事实问题通过法庭调查来解决，法庭调查的结果，法院在其判决书的“经审理查明”部分来叙述，按传统

过错理论，过错是一种实际存在的心理状态，法院的任务就是运用证据将它“千真万确地揭示出来”，显然，过错问题是事实问题。原告应证明被告有诸如此类的“状态”或者，在举证责任倒置的情形，被告应证明自己没有诸如此类的“状态”。但是，在审判实务中，并没有任何证据证明诸如此类的“状态”存在或不存在，当事人也从未有过这个问题的争论，他们争论的是能由证据证明的，凭经验所感知的事实，如被告有怎样的行为，损害结果是否存在，损害程度如何等；在法庭辩论中，他们在过错问题上可能发生争论，但争论的内容不是被告是否存在诸如此类的“状态”，而是针对既存的事实，争论被告人是否应该承担责任，法院判决书的“经审理查明”部分也从未描述过被告有什么“心理状态”或“意志状态”，实际上，也没有任何语词可以描述，相反，法院总是在判决书中的“本院认为”部分来表明态度的，由此可见，在实务中，过错不是事实问题，法院认定过错，并不是把“过错”这种“状态”揭示给人看----就象法院用伤情鉴定表明原告受到伤害的程度一样，相反，法院是对已经认定的某些事实作出评价，评价的标准，除了法律，还有政治的、伦理的因素，有时，仅仅是为了公平地分担损害结果----当事人的行为并无道德上的可非难性，当然，由于在法律上、法学理论上都无系统、确定的标准，法官的评价一般是诉诸某种直觉、情感。由此可见，法官认定过错，是对案件事实所作的一种价值判断。当然，法官作价值判断时，依据的是在我国社会占统治地位的价值体系，要考虑政治的、伦理的、经济的等诸种因素，但法官们也很少能对此有明确的、清楚的认识，判断的依据往往是一种直觉、情感，就象

日本学者川岛武宜所称的“法律感觉”[25]，所以，笔者认为，过错是法律问题。（三）过错不是“是什么”的问题而是“怎么样”的问题过错问题，是法律问题已如前述，但是，纯粹的法律问题并不存在，解决法律问题，无非是确定特定事实的法律效果，谈法律问题，必然要谈相关的事实问题，那么，与过错问题相关的事实问题是什么呢？笔者认为，与此相关的是行为人“怎么样”行为的问题。在日常语言中，我们通常使用两类概念，一类是静态概念，一类是动态概念，静态概念指称的对象是某一类别、某一特定之物，静态概念与空间相关联，我们对之提出的问题是“在哪里”、“是什么”，而动态概念指称的对象是事件、过程、方式等，它与时间相关联，我们对之提出的问题是“怎么样”，过错评价的对象是行为，行为是一个动态概念，与过错问题相关联的事实是行为人有怎么样的行为，即行为人的行为方式，要认定行为人是否有过错，我们不是要查明被告的心理状态或意志状态，而是要查明被告人的行为方式，只有行为方式是实存的、才是能由证据证明并由经验所感知的。四、小结 毋庸否认，每个人都有仅仅属于自己的内心生活，侵权行为人也不例外，他在实施侵权行为时，一定会有自己的想法，但侵权行为法并不关注他究竟在想什么，侵权行为法关注的仅仅是他有怎样的行为，过错是指行为的过错，而不是心理状态或意志状态的过错，研究过错问题，就是研究实务中法官是怎样、应当怎样认定过错的问题。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