

侵权责任能力与过失相抵规则之适用

● 郑晓剑*

【内容摘要】 侵权责任能力在本质上是一种能够形成过错并能经受过错责难的法律能力,其作用于包括过失相抵规则在内的整个过错侵权法体系。过失相抵规则的理论基础系为民法上的公平原则和诚信原则,其功能旨在对“全赔或全不赔原则”的局限性进行修正,使具有混合过错的行为人与受害人能够公平地分担损害。过失相抵规则在具体适用中并非单纯地强调客观层面的原因力之比较,而必须考量存在于这种比较背后的伦理评价因素。缺乏伦理评价参与的原因力比较,将欠缺基本的价值妥当性而抑制过失相抵规则的功能及效果的充分实现。因此,实行过失相抵,需考量受害人的识别能力和责任能力状况。

【关键词】 侵权责任能力 过失相抵规则 过失相抵能力 原因力比较 伦理评价

实行过失相抵是否需要考量受害人的侵权责任能力?对于这一问题,欧洲侵权法小组的研究结论显示,在大多数被其分析的法律制度中,受害人的侵权责任能力均构成了实行过失相抵的必要条件,无论是大陆法系的德国、奥地利,还是英美法系的英国、美国,抑或作为混合法系代表的南非莫不如此。^①不过,我国的相关司法实践却并不考虑受害人是否具有责任能力,^②即使受害人没有责任能力甚至没有过错,法院也常常倾向于推定其监护人具有过错并适用过失相抵规则,以此来减轻加害人的赔偿责任。^③那么,我国的这种做法是否妥当?另外,在我国的民法理论中存在所谓的“过失相抵能力”,^④其与侵权责任能力之间有无区别?对此,我国学者缺乏深入分析。本文拟对上述问题进行初步探讨。

一、侵权责任能力的内涵界定

法律上的能力,是指“在法的世界中作为法律主体进行活动,所应具备的地位或资格”。^⑤据此,人

* 作者单位:厦门大学法学院。本文受福建省社会科学规划项目“侵权责任能力制度原理及功能研究”(项目号:2014C140)和中央高校基本科研业务费项目(项目号:T2013221005)的资助。

① 参见[德]U.马格努斯、[西]M.马丁-卡萨斯主编:《侵权法的统一:共同过失》,叶名怡、陈鑫译,法律出版社2009年版,第369页。

② 参见奚晓明、王利明主编:《侵权责任法裁判要旨与审判实务》,人民法院出版社2010年版,第168页。

③ 参见黄松有主编:《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2004年版,第41页。

④ 参见刘士国:《现代侵权损害赔偿研究》,法律出版社1998年版,第115页;叶桂峰、肖黎明:《论侵权行为受害人的过失相抵能力》,《环球法律评论》2007年第2期;高圣平主编:《中华人民共和国侵权责任法:立法争点、立法例及经典案例》,北京大学出版社2010年版,第324页;周友军:《侵权责任法专题讲座》,人民法院出版社2011年版,第84页;冉克平:《论未成年人受侵害的过失相抵》,《法律科学》2010年第4期。

⑤ 梁慧星:《民法总论》,法律出版社2007年版,第64页。

们一般认为侵权责任能力就是承担侵权责任的法律资格。那么,什么是法律上的资格呢?凯尔森认为:“一个人有‘资格’为一定行为,意思就是只有在这一行为是由这个人作出时,才被给予法律条件或法律后果的‘质’(quality)。即使是不法行为,也预定了不法行为人的‘资格’。并不是每一个存在(being)都能为不法行为。”^⑥在民法上,“预定不法行为人‘资格’”的任务就是由侵权责任能力承担的。

不过,侵权责任能力并非一般意义上的能够承担侵权责任的能力或资格,而是行为人能够形成过错并且能够承担过错侵权责任的能力或资格。根据大陆法传统民法理论,侵权责任能力是从过错责任原理中经逻辑推演出来的,“即在过失责任主义下,故意或者过失构成侵权行为的要件。这里的所谓过失,是指尽管能够预见某行为的结果而没有预见,因此未能回避结果发生的情况,所以要追究因过失的责任,就必须以行为人具备一定的能够预见行为结果的最低限度的智能和判断能力为前提。”^⑦这种“最低限度的智能和判断能力”,即是侵权责任能力在侵权过错判定中的具体表现和主要功效。由于只有在债务人对其行为具有识别力和具有理智地作出意志决定(Willensbestimmung)的能力的时候,才能够追究其故意或过失的责任,^⑧因而判断过错的前提,就是要求行为人具有侵权责任能力。^⑨这也说明侵权责任能力只适用于过错原则,只要“肯认过错制度,也就等于肯认了民事责任能力制度”。^⑩

与通常采用客观方法判断过失的做法不同,侵权责任能力的判断具有主观性。也就是说,侵权责任能力的有无,取决于具体行为人对其行为的社会性质或抽象风险有无相应的识别能力。^⑪只有当行为人的心理状态与精神状态处于能够作出一个负责任的行为并且实际实施了(侵权)行为状态时,人们才能指责其具有故意和过失。^⑫因此,侵权责任能力在一定程度上体现了法律对于行为人的主观识别能力状况的伦理评价,此种评价结果的存在可以为其后所进行的过错侵权责任之认定与承担提供合理化论证,这也反映了侵权责任能力具有鲜明的伦理色彩。

根据侵权责任能力的基本原理,欠缺基本识别能力的行为人因为不能认识、辨别其行为的社会性质或抽象风险而在其行为方式上有所选择或控制,故不能迳行要求其承担过错责任,因而凸显了责任能力制度的基本价值在于保护无识别能力的行为人。这是因为如果脱离行为人的主观识别能力状况来客观地认定其存在过错,有可能对儿童或有精神障碍者等识别能力欠缺者施加一种绝对责任,在价值上难以正当化。对于一个欠缺识别能力的行为人而言,行为的错误性质不过是一个不可避免的误差,因此不发生(过错)责任问题。^⑬

由于侵权责任能力具有向行为人个体的主观精神能力寻求过错归责的根据的意义,因而其维护了过错责任应有的伦理底限,使其避免沦为实质上的结果责任或者危险责任。在责任能力的基础上追究行为人的过错责任,既可使责任的承担具有合理性,亦可充分发挥侵权法的教育、预防等功能。哈耶克认为:“课以责任,因此也就预设了人具有采取理性行动的能力,而课以责任的目的则在于使他们的行动比他们在不具责任的情况下更具理性。”^⑭而脱离侵权责任能力的意蕴进行过错判定及责任归结,将会使得上述理性预设和课以责任的效果假定落空。这也意味着在现代社会侵权责任能力仍有其不可抹

⑥ [美]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第102页。

⑦ 于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社2006年版,第84页。

⑧ Vgl. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, 14. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 1987, S. 293.

⑨ Vgl. Thomas Zerres, Bürgerliches Recht, 6. Aufl., Springer, 2010, S. 327.

⑩ 张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1997年版,第73页。

⑪ 关于识别能力的对象究竟为抽象风险抑或为具体危险,在理论上有所争议,不过通说认为只要行为人能够理解其行为有可能给他人的权利造成危险,即能够认识其行为具有抽象风险,那么就可以认定其有识别能力,并不需要其能够预知损害的具体范围和损害赔偿额的多少。See Gerhard Wagner, Children as Tortfeasors Under German Law, Miquel Martín-Casals, Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors, Springer, Wien & New York, 2006, p. 220.

⑫ Vgl. Dieter Schwab, Martin Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, 17. Aufl., C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2007, S. 126.

⑬ 参见[德]克雷斯特安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》上册,张新宝译,法律出版社2001年版,第103页。

⑭ [英]弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》上册,邓正来译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第90~91页。

煞的价值,其功能贯穿于过错侵权法体系的始终,过失相抵自不应例外。

二、过失相抵规则的理论基础

所谓“过失相抵”,^⑮是指“对于加害者的侵害行为导致损害的发生或者扩大是在受害者的过失助长的场合,斟酌考虑受害者的过失从而限制加害者的损害赔偿债务”。^⑯其在德国法中称为“混合过错”(Mitverschulden),^⑰在英美法中称为“助成过失”(contributory negligence),而在日本法中则称为“过失相杀”。另外,我国台湾地区学者也经常将其称为“与有过失”。^⑱通说认为,过失相抵规则的理论基础系为公平原则和诚实信用原则。^⑲

过失相抵并非意味着将行为人的过错与受害人的过错两相抵消,其只意味着在确定行为人的损害赔偿时,需要考虑和比较行为人与受害人双方的过错程度及原因力大小,以适当地确定责任的有无及其范围。有学者认为,过失相抵规则背后存在两个基本决定(zwei Grundentscheidungen),即平等对待原则(Gleichbehandlungsgrundsatz)和比例分担原则(Quotenteilungsprinzip)。前者体现在立法者对于侵权人的过错和受害人的过错采取了平等对待的态度,即二者均适用过错原则;后者体现在双方当事人各自责任的大小取决于相应的损害份额。^⑳

根据过失相抵规则,行为人的赔偿责任可能受到减免,这就为突破损害法上的“全赔或全不赔原则”(Alles oder nichts Prinzip)提供了可能性。^㉑“全赔或全不赔原则”,在大陆法系国家和地区的损害分配中居于支配性地位,但是在具体适用中,由于缺乏弹性空间往往产生很不公平的结果。即如果受害人能够证明行为人具有过错,其就可以获得全部赔偿;反之,其只能空手而归。尤其是“当受害人的过错与加害人的过错共同导致损害的发生或者受害人的过错导致了损害的进一步扩大时,无论是要加害人全部赔偿,还是完全拒绝受害人的赔偿请求权,都是不公平的”。^㉒此时,就需要借助于过失相抵规则对“全赔或全不赔原则”的局限性进行修正,通过对行为人与受害人双方的过错大小及原因力比例进行权衡来合理决定责任的有无及其范围,从而有助于实现法律的实质公平。

在过失相抵规则的理论 and 实践中,最为重要的是如何理解与判断受害人的过错。因为只有受害人因自己的过错导致了损害的发生(Entstehung)或者扩大(Ausweitung)时,才会存在混合过错(或过失相抵)问题,^㉓而受害人仅仅共同引起(Mitverursachung)了损害的发生或扩大,还不足以让其承担过失相抵的法律后果。^㉔因为“受害人为自己的行为负责的基础,是自己有过错”。^㉕尽管如此,我们不能认为

^⑮ 从理论上讲,将“过失相抵”称为“过错相抵”或许更为恰当,因为在实践中可能出现对于同一损害的发生或扩大,行为人与受害人均有故意或过失的情况,严格来讲,“过失相抵”并不能完全涵括这种情形。不过,鉴于“过失相抵”的说法已经约定俗成,并且人们在理解上也并不将其严格地限定为“过失”,因此,笔者仍然使用“过失相抵”的称谓。

^⑯ [日]圆谷峻:《判例形成的日本新侵权行为法》,赵莉译,法律出版社2008年版,第216页。

^⑰ 需要说明的是,关于“Mitverschulden”一词的译法,焦美华女士在其翻译的《欧洲比较侵权行为法》(下册)一书中将其译为“共同过错”(参见[德]克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》下册,焦美华译,法律出版社2001年版,第648页)。笔者以为,将其译为“混合过错”或许更为妥当。因为按照一般的侵权法理论,共同过错是共同侵权行为的构成要件,其是指侵权人为数人且其主观上存在共同故意或者共同过失,从而应对受害人承担连带责任。但是,在过失相抵中,不仅侵权人具有过错,而且受害人也具有过错,这两种过错相互混合、交织,共同造成了损害的发生或者扩大,而不是说侵权人与受害人具有共同过错,从而应构成共同侵权,承担连带责任。因而将“Mitverschulden”译为“混合过错”可以避免上述缺陷,在理论逻辑上也更为精当。

^⑱ 参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第385页;史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第303页。

^⑲ 参见曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第259页。

^⑳ Vgl. Dirk Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2006, S. 413.

^㉑ Vgl. Dieter Medicus, Stephan Lorenz, Schuldrecht I - Allgemeiner Teil, 19. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2010, S. 304.

^㉒ 程啸:《侵权责任法》,法律出版社2011年版,第589页。

^㉓ Vgl. Christoph Hirsch, Allgemeines Schuldrecht, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlag, KG/Köln/Berlin/München, 2004, S. 325.

^㉔ 同前注^㉑, Dirk Looschelders 书, 第411页。

^㉕ 杨立新主编:《侵权责任法》,复旦大学出版社2011年版,第193页。

立于过失相抵规则两端的两种过错即受害人的过错与行为人的过错之间具有相同的意义与内容。

大陆法系主流民法学说认为,所谓行为人的过错,即是指一般意义上的侵权过错或固有意义上的过错。在这种过错类型中,行为人违反的是对他人的注意义务,并且这种注意义务通常体现为法定义务。与此不同,受害人所负有的只是攸关自身利益(eigenen Interesses)的不真正义务(Obliegenheit)。② 行为人一旦违反了其对他人所负之注意义务,其行为通常即具有违法性,而受害人对不真正义务的违反(Obliegenheitswidrigem)并不具有违法性。③ 有学者认为,(在通常意义上的侵权过错中)行为人违反了一般的注意义务,并对他人造成了危害,因而违背了法律制度的命令,但与此相反,没有人为避免自己遭受损害而负有这种义务。④ 因为法律制度可以禁止人们侵害他人,却不可能禁止人们的自我损害(Selbstschädigung),并要求受害人对他人也负有注意义务。⑤ 因此,违反不同性质的义务所引起的法律后果也不相同——违反法律义务的后果是承担赔偿责任,而违反不真正义务的后果并不产生赔偿责任,只是导致受害人的赔偿请求权数额的减少。⑥

故而,相对于一般意义上的行为人过错,人们也将“受害人过错”称为“对自己的过错”(Verschulden gegen sich selbst)⑦或“不真正过错”(Verschulden im unechten Sinne oder unechten Verschulden)。⑧ 在《欧洲侵权法原则:文本与评注》一书中,相关论者更是直接指出:“传统术语对受害人的行为贴上了‘过错’(negligence或culpa)的标签,这具有误导性。因为受害人的行为与侵权人的过错并不完全相同。”⑨ 否则,“那些欲将受害人的共同过错理解为真正意义上的注意义务之违反的人,也就必须相应地将导致赔偿责任本身就看做是侵权行为。”⑩这显然是十分荒谬的。

由于在过失相抵规则中,受害人的过错在内容与性质上均不同于固有意义上的侵权过错——行为人过错,因此,在实践中不能采用同种标准对这两类过错进行一体判断。有学者认为,在判断受害人是否共同参与了损害(的发生或者扩大)时,要求其每一损害都负有(如同行为人那样的)预见和避免义务的观点并不妥当,通说认为受害人方面的混合过错是对自己的过错,指的是受害人没有尽到一个正常的和理性的人为避免自身遭受损害而应尽的注意。⑪ 由是观之,无论是在注意程度的确定上,还是在注意标准(或行为标准)的选择上,受害人的过错之判断均应与行为人的过错之判断保持一定的区隔而不能混为一谈,否则就有违现代侵权法旨在充分救济受害人之旨趣。

三、侵权责任能力与过失相抵规则适用之关系

由于实行过失相抵的法律后果是减轻或免除行为人的损害赔偿赔偿责任,因此,对受害人的利益影响重大。那么在判定受害人的过错及其程度时,是否需要考虑其主观上的识别能力及责任能力状况呢?对此,比较法上存在不同的观点和做法,值得我们仔细研究。

② 关于“Obliegenheit”一词的翻译,我国学界有不同的译法,如有的将其翻译为“负担”,以区别于“Obligation”(债务)。笔者以为,“债务”是对他人(债权人)所负有的一种法律义务,这是一种真正意义上的法律义务,而“负担”则是加诸行为人自身的一种义务,违反这种义务并不会使其承担法律责任,但是将对其请求权的实现构成影响。因此,在本文中,笔者倾向于将“Obliegenheit”翻译为“不真正义务”,以区别于能引起责任后果的真正义务,如“Obligation”或“Pflicht”。另外,杜景林、卢湛博士在《德汉法律经济词典》中也将“Obliegenheit”一词翻译为“对己义务、不真正义务、间接义务”(参见杜景林、卢湛:《德汉法律经济词典》,对外经济贸易大学出版社2011年版,第587页)。

③ Vgl. Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, Allgemeines Schuldrecht, 28. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2011, S. 340.

④ Vgl. Hein Kötz, Gerhard Wagner, Deliktsrecht, 11. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München, 2010, S. 295.

⑤ Vgl. Jan Kropholler, Bürgerliches Gesetzbuch-Studienkommentar, 9. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2006, S. 138.

⑥ Vgl. Erwin Deutsch, Hans-Jürgen Ahrens, Deliktsrecht, 5. Aufl., Verlag Carl Heymanns, 2009, S. 74.

⑦ 同前注④, Dieter Medicus, Stephan Lorenz 书,第348页。

⑧ Vgl. Siehe Hans Josef Wieling, Venire Contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst, AcP 176 (1976), S. 345.

⑨ 欧洲侵权法小组主编:《欧洲侵权法原则:文本与评注》,于敏、谢鸿飞译,法律出版社2009年版,第185页。

⑩ 同前注⑦,克雷斯蒂安·冯·巴尔书,第649页。

⑪ 同前注⑧, Dirk Looschelders 书,第413页。

第一种观点认为,要对受害人实行过失相抵,需要受害人具有侵权责任能力。德国民法通说认为,在适用《德国民法典》第254条进行过失相抵时,必须要求受害人具有该法第827条和第828条所要求的作为过错前提的侵权责任能力。^{③④}拉伦茨则进一步分析了通说背后的理论基础:民法在对待作为行为人的赔偿义务之基础的过错与作为受害人的共同责任(Mitverantwortlichkeit)之基础的过错方面,与追究行为人的过错需要其具有责任能力一样,明显地表现出了一种平行性(Parallelität),要认定受害人具有过错,同样也需要其具有该法第827条和第828条意义上的责任能力。^⑤我国台湾地区民法通说也认为,要认定受害人对损害的发生或扩大存在与有过失,以其具有责任能力为前提和要件。^⑥

第二种观点认为,要对受害人实行过失相抵,需要受害人具有事理辨别能力。如日本法学教授圆谷峻认为:“过失相抵场合中的(受害人的)过失要件与侵权行为中的(行为人的)过失要件是不同的。要认定侵权行为责任,则加害者须具有责任能力,但是过失相抵的场合,受害者具有事理辨别能力即可。”^⑦在日本,过去的判例和通说将受害人的过错与侵权人的过错相同,从而要求受害人在进行过失相抵时也应具有责任能力。但是现在的判例和通说认为,受害人的过错与侵权人的过错并不相同,不能要求受害人在进行过失相抵时具有如同行为人那样的责任能力,否则就混淆了不同类型的过错之间的差异。^⑧

那么,什么是“事理辨别能力”呢?日本最高裁判所大法庭在1964年6月24日作出的一个判决中认为,过失相抵问题与令侵权人负担损害赔偿的问题不同,其不过是在决定损害赔偿额时,对受害人在损害发生或扩大上的不注意应当如何斟酌的问题。因此,在斟酌未成年受害人过失的场合,只要其具备足够的辨别事理的智能,即要求其具有能够避免使自己发生损害所必要的注意能力(即事理辨别能力),而不需要其具备完全的辨别行为责任的智能(即责任能力)。^⑨不过,事理辨别能力与责任能力之间的这种区分可能仅仅停留在理论上,在司法实践中,往往还是以客观的年龄标准对受害人的事理辨别能力及行为人的责任能力进行判断。^⑩

第三种观点认为,对受害人进行过失相抵,不需要其具有侵权责任能力或事理辨别能力,但是需要其行为与损害的发生或扩大之间具有因果关系。意大利民法学界的主流观点认为,只要受害人具有广义上的过错(即客观过错)就足够了,进行过失相抵无需要求受害人具备个人的可归责性(从而无需受害人具有主观识别能力和责任能力),^⑪因果关系对过失相抵的适用更有说服力。^⑫根据西班牙民法学界的主流观点,要证立受害人具有过错,无需要求其具有责任能力,只要其行为在客观上被认定为有过失并因而促成了损害的发生或扩大,就可以进行过失相抵。^⑬在我国,民法学界的主流观点和司法实务部门的做法是,在受害人为未成年人的侵权案件中,只要其监护人具有过错就可以进行过失相抵,受害人本身是否具有过失相抵能力或责任能力均在所不问。^⑭

^③ Vgl. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Beck Kurzkommentare, Band 7, 70. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2011, S. 320.

^④ 同前注^③, Karl Larenz书,第541页。

^⑤ 参见邱聪智:《新订民法债编通则》上册,中国人民大学出版社2003年版,第229页;同前注^④,史尚宽书,第305页。

^⑥ 同前注^④,圆谷峻书,第216页。

^⑦ 参见[日]田山辉明:《日本侵权行为法》,顾祝轩、丁相顺译,北京大学出版社2011年版,第114页。

^⑧ 参见日本最高裁判所1964年6月24日判决,《最高裁判所民事判例集》第18卷第5号,第854页。转引自前注^⑦,于敏书,第414页。

^⑨ 圆谷峻教授认为:“责任辨别能力(责任能力)的有无以12岁左右为基准;相反,事理辨别能力,如果以大法庭的判决为前提,则在8岁左右就具备了。”(同前注^⑥,圆谷峻书,第217页。)

^⑩ 同前注^⑦,克雷蒂安·冯·巴尔书,第666页。

^⑪ 参见[意]弗朗西斯科·D.布斯内里、埃勒那·巴格里、格洛瓦尼·康芒得:《意大利法上的共同过失》,同前注^⑩,U.马格努斯、M.马丁-卡萨斯主编书,第168~169页。

^⑫ 参见[西]米克·马丁-卡萨斯、约瑟普·索雷:《西班牙法上的共同过失》,同前注^⑩,U.马格努斯、M.马丁-卡萨斯主编书,第244~253页。

^⑬ 参见杨立新:《侵权法论》,人民法院出版社2005年版,第572页。

从理论上讲,上述第一种观点和第二种观点之间并不存在实质性差异,可以将其归为同一种模式。因为侵权责任能力在本质上是一种能够形成过错并能经受过错非难的能力(即“过错能力”),从而构成了判断过错的逻辑前提。对此,福克斯(Fuchs)认为:“只有当行为人应当受到过错非难时,才可能对其施加侵权责任的法律后果,这以加害人具有一定程度的精神能力和智力能力为前提。”^{④⑧}因为“过错责任之贯彻与展开,(需要)以对行为人作过错评价之可能性为前提。”^{④⑨}如果加害人欠缺这种精神和智力能力,其就无法识别自身行为的性质或风险并对其行为方式有所选择或控制,因而不能指责其具有过错并要求其对行为后果负责。同样,在混合过错中,要判断受害人的过错,也需要其具有责任能力,如果其欠缺这种能力,就可以认为其没有过错,从而不能对其实行过失相抵。^{④⑩}

按照日本目前的民法通说,要追究受害人的过错,需要其具有事理辨别能力。无论受害人方面的事理辨别能力与行为人方面的责任能力之间在内容和判断上存在何种区别,可以确定的是,事理辨别能力同样是受害人方面的主观识别能力的体现,其构成了判断受害人之过错的逻辑前提。因此,在反对逡行通过客观方法认定受害人的过错以及实行过失相抵需以受害人具有识别能力为要件等方面,上述第一种观点和第二种观点达成了共识,并与上述第三种观点形成了对立。

上述第三种观点虽然在实行过失相抵时也通过客观标准对受害人的过错进行考察,但是其并不要求受害人在主观上具有识别能力和责任能力,只要受害人的行为与损害的发生或扩大之间具有因果关系,就可以对其实行过失相抵。在我国的司法实践中,在对受害人(尤其是未成年的受害人)实行过失相抵时,通常并不考虑其有无责任能力,而且在确定受害人没有过错的情况下,可以认为其监护人具有过错,从而由受害人承受其监护人的过错,以此来减轻行为人的赔偿责任。^{④⑪}因此,这种观点名为“过失相抵”,实为“原因力相抵”。

如前所述,过失相抵规则的理论基础在于公平原则和诚信原则,其目的是为了阻止行为人全部赔偿受害人与有了过错和原因力的损害后果,从而对其形成不公。在具体的价值判断及规则设计上,上述第一种和第二种观点强调,要认定受害人的过错,需要其主观上具有相应的识别能力,反对脱离受害人的主观能力状况实行过失相抵,防止对受害人的权益造成不当的限制或影响;而上述第三种观点和做法则强调只要受害人对损害具有原因力,就可以对其进行过失相抵。

因此,上述第一种和第二种观点与第三种观点的差异主要体现在价值取向上是更多地考量给受害人以公平,还是尽量谋求对行为人的公平。前两种观点主要体现了对受害人的公平,要求其主观上具有能够形成过错的能力,防止其动辄承受过失相抵的法律后果;第三种观点则主要体现了对行为人的公平,认为“当损害的部分是由外来的原因——譬如说受害人的行为,无论其是否有侵权责任能力——造成时,没有人有义务为这部分并非源于他或她自身行为的损害承担赔偿责任。”^{④⑫}

事实上,在德国等规定实行过失相抵以受害人具有责任能力为要件的国家的司法实践中,也同样考虑到了或者主要考虑到了原因力的因素:受害人对于损害与有的原因力越大,行为人的责任就越轻,反之则越重。^{④⑬}因为只有受害人的义务违反或者可归责的危险与损害的发生或扩大之间具有(相当的)因果关系时,才可以认为满足了《德国民法典》第254条和其他规定中的“(受害人)共同引起损害的发

^{④⑦} Vgl. Maximilian Fuchs, *Deliktsrecht*, 6. Aufl., Springer, 2006, S. 81.

^{④⑧} 金可可、胡坚明:《不完全行为能力人侵权责任构成之检讨》,《法学研究》2012年第5期。

^{④⑨} 同前注^{④⑧}, Dirk Looschelders书,第416页。

^{④⑩} 《最高人民法院关于赵正与尹发惠人身损害赔偿案如何适用法律政策问题的复函》((1991)民他字第1号复函)指出:“尹发惠(本案侵权人,40岁)因疏忽大意行为致使幼童赵正(本案受害人,3岁)被烫伤,应当承担侵权民事责任;赵正的父母对赵正监护不周,亦有过失,应适当减轻尹发惠的民事责任。”最高人民法院的该复函对司法实务产生了重大影响。在司法实践中,法院通常并不考虑受害人是否具有过失相抵能力或责任能力,并常常倾向于推定其监护人具有过错并适用过失相抵规则,以此来减轻加害人的赔偿责任。同前注^{④⑨},奚晓明、王利明主编书,第168页;同前注^{④⑧},黄松有主编书,第41页。

^{④⑪} 同前注^{④⑩}, U. 马格努斯, M. 马丁-卡萨斯主编书,第253页。

^{④⑫} 比较法上的考察,请参见前注^{④⑩},克雷斯蒂安·冯·巴尔书,第651~653页。

生”的条件要求。^⑤如此一来,似乎可以认为上述三种观点在实践运作中并无差别,实际上这种理解并不准确。

根据上述第一种和第二种观点,在考察受害人的行为对损害的发生或扩大具有原因力之前,需要确认其主观上具有过错,这就有必要通过识别能力的方法确认其是否具有得被追究过错的法律能力——侵权责任能力或事理辨别能力。然而,根据上述第三种观点,在认定受害人的过错时,并不考虑其是否具有责任能力或识别能力,完全是以客观方式对其过错进行判断,并且其重心主要落在了客观层面的原因力之大小的比较上,即在进行过失相抵时,应如何认识与评价行为人与受害人双方对于损害的发生或扩大所与有的原因力的大小,以减免行为人的赔偿责任。至于受害人能否认识其行为的危险、有无形成过错的能力等均在所不问。

由此可见,上述第一种和第二种观点与第三种观点之间的差别,从表面上看是判断受害人的过错时是否需要考虑其主观上的识别能力状况,但其实质上的差别主要体现在进行原因力比较时,是否还需要考虑其背后的伦理评价因素。具体而言,上述第一种和第二种观点主张实行过失相抵时,需要首先对受害人的责任能力或事理辨别能力进行评价,确认其能够形成过错,在此基础上再进行原因力大小的比较,这样既可使受害人自担过错,又能够避免行为人承担全部损害的赔偿责任,因而具有充分的伦理妥当性。

但是,上述第三种观点显然欠缺这种伦理层面的考量,其主张脱离受害人的识别能力和责任能力状况来客观地认定其过错,因而有可能产生极端的后果。如一名3岁的受害人只要共同参与到了损害事件中,就可能被认为具有过错并对其实行过失相抵,因而对受害人的利益保护极端不利,单纯地讲求原因力的比较,在价值判断上显然失当。由于每一个侵权案件中的受害人,几乎总是以某种方式共同参与到了损害的发生或扩大,哪怕仅仅是在特定的时间和地点与侵权人相遇,^⑥因此,如果不考虑过失相抵规则背后的伦理评价因素,按照上述第三种观点,任何一个侵权案件中的受害人都可能会被认为具有这样或那样的过错,从而被要求与行为人一起分担损害。但是,这种观点和做法合理吗?它符合人们的正义观和法感情吗?

其实,在伦理判断、法律评价以及法律后果等方面,受害人的过错与行为人的过错完全不可等量齐观。前者仅仅违反了对自己利益的保护义务,并不具有违法性,并不产生对他人的损害赔偿赔偿责任,而后者则违反了对他人所负有的注意义务,通常具有违法性,其法律后果是承担损害赔偿赔偿责任。此外,对于受害人过错与行为人过错的道德评价显然也是不同的,“受害人过失充其量是让人惋惜或觉得其可怜,而加害人的过失往往让人深恶痛绝。”^⑦因此,“法律对于具有不同道德差异的行为应当给予不同的评价”,^⑧将行为人过错与受害人过错等同相待,显然有违伦理常情。上述第三种观点忽视了受害人过错与行为人过错之间存在的上述差异,并将其转化为客观层面的原因力的比较,从而湮灭了过失相抵规则应有的伦理属性,有违现代侵权法充分救济受害人的宗旨。毕竟过失相抵规则不仅是一种技术性规则,而且还是一种伦理性的存在,从这个意义上说,伦理评价因素在最终意义上制约着过失相抵规则的制度功能与适用效果。

当然,值得进一步思考的问题是,在因受害人欠缺责任能力而不能对其实行过失相抵的场合,假如行为人对于损害的发生或扩大只具有很小部分的原因力或者只具有很轻微的过失,此时如若要求行为人对全部损害承担赔偿责任,对其可能不公。对此,笔者以为,过失相抵规则的构建基础系为民法上的公平原则和诚信原则,其目的就是为了避免行为人承担因受害人自身的过错所造成的部分损害,而之所

^⑤ 同前注①,Dieter Medicus,Stephan Lorenz书,第349页。

^⑥ 同上注,第347页。

^⑦ 同前注②,程啸书,第592页。

^⑧ 同前注④,冉克平文。

以要求实行过失相抵时考虑受害人的识别能力和责任能力状况,无非是强化过失相抵在伦理评价上的法效果,防止对受害人的利益保护产生过当之影响。

不过,这并不意味着只具有部分原因力的行为人需要绝对地承担全部损害的赔偿责任,基于利益平衡的考虑,在受害人为无责任能力人的情况下,如果可以确定受害人对于损害的发生或扩大在客观上具有一定的原因力,可以认为其监护人没有尽到监护义务,从而具有监护过失。^⑤在这种情况下,行为人就可以此提出相应的抗辩理由,请求法院减轻其应承担的赔偿责任。在日本侵权法上,存在“受害方的过失”理论。根据这一理论,如果受害人没有事理辨别能力和过失,但是有必要减轻行为人的损害赔偿额时,可以认为与受害人之间存在身份上、生活上一体关系的相关人员具有过失,并将其纳入过失相抵的对象,以此达到减轻行为人赔偿责任的效果。因此,根据“受害方的过失”理论,传统的过失相抵规则的适用范围正在逐步扩张。^⑥

我国司法实践往往也将监护人的过失视为被监护人的过失而实行过失相抵,以减轻行为人的赔偿责任,应当说这一做法与日本法上的“受害方的过失”理论在基本精神上是一致的,即在适用过失相抵规则时,不应忽视对于行为人利益的保护,尤其是当行为人只具有很轻微的过失并且对于损害只具有部分原因力时,要求其承担全部赔偿责任的确有失公平,此时可以认为受害人的监护人存在监护过失,监护人对于损害也负有不可推卸的责任,因为如果其积极履行监护义务就可以在很大程度上防范损害的发生或扩大,行为人的赔偿责任因此可以得到减轻。不过,这并不意味着适用过失相抵规则时,可以不考虑受害人的识别能力和责任能力而完全以客观的原因力比例进行责任的分配,毕竟受害人的过错与行为人的过错在违法性、伦理评价以及法律后果等方面均存在重大不同,不可将其等量齐观。当然,要求受害人承担他人的过错具有严格的条件限制,根据日本法上的“受害方的过失”理论,如果“与受害人之间存在身份或者生活关系的一体性的相关人员”与受害人之间并不存在这种一体性的关系(如幼儿园的保育士),受害人并不会承担其过错,从而不能对受害人实行过失相抵。^⑦这种做法值得我国借鉴和参考。

四、实行过失相抵时考虑受害人的侵权责任能力的必要性

长期以来,我国民法受到了前苏联模式的广义行为能力理论的影响,即将责任能力纳入行为能力制度,不承认责任能力制度的独立性。^⑧在确定行为人的过错侵权责任时,一般并不考虑其是否具有意思能力或责任能力。^⑨我国各级法院在适用过失相抵规则时,往往也不考虑受害人是否具有过失相抵能力或侵权责任能力。对此,有学者提出批判:“对受害人而言,在确定是否因其过错而减轻或免除行为人的责任时,完全不考虑受害人的责任能力,是不妥当的。”^⑩为了更好地保护受害人,尤其是未成年的受害人,“应当以被侵权人是否具有识别能力为标准判断被侵权人是否具有过失相抵能力。在无行为

^⑤ 这也是我国司法实践的通常做法。不过,如果受害人是暂时丧失识别能力的成年人,则会出现法律漏洞。笔者以为可以借鉴日本法上的“受害方的过失”理论,将“与受害人之间存在身份或者生活关系的一体性的相关人员”纳入过失相抵的适用范围,以减轻行为人的责任。此外,也有学者主张可以依据公平原则,考虑双方当事人之间的经济状况、受保险保护情况等因素,适当减轻加害人的责任(同前注④,叶桂峰、肖喙明文)。

^⑥ 同前注④,圆谷峻书,第218~222页;同前注④,田山辉明书,第115~116页。

^⑦ 同上注,圆谷峻书,第218~222页。

^⑧ 前苏联模式的广义行为能力理论的基本特点是,民法上的行为能力不仅包括了狭义上的法律行为能力,还包括了侵权责任能力,从而对大陆法传统民法中的广义行为能力概念及其理论进行了实质改造,使之成为了统辖法律行为能力和侵权责任能力的法定概念。根据前苏联模式的广义行为能力理论,侵权责任能力的判断与功能完全附庸于法律行为能力而失去了独立存在的价值。参见郑晓剑:《侵权责任能力制度研究》,南京大学2013年博士学位论文,第35~50页。

^⑨ 参见王利明:《侵权责任法研究》上卷,中国人民大学出版社2011年版,第465页。

^⑩ 同上注。在该书中,王利明教授就此提出了如下三点理由:第一,对未成年受害人而言,不考虑责任能力不公平;第二,从保护受害人的角度出发,完全不考虑受害人的责任能力,是不利于对受害人进行保护的;第三,从注意义务的角度而言,确定责任能力有助于厘清注意义务的判断标准。

能力人或限制行为能力人具有识别能力时,就应当认定他具有过错,并可以进行过失相抵。”^⑤笔者赞同这种观点,认为在实行过失相抵时,应当考虑受害人的侵权责任能力,理由如下。

第一,有利于增强过失相抵规则在具体适用上的伦理妥当性。实行过失相抵意味着行为人与受害人同时以一种特殊的方式(“相抵”)对各自的过错承担了责任。^⑥根据侵权责任能力的基本原理,行为人对其过错负责的前提是其主观上具有一定的识别能力,如果行为人欠缺这一能力,就不能指责其有过错,因为其不能形成过错,不能经受过错非难。同理,要判断受害人的过错,责令其对自身的过错负责,同样也要求其具有一定的识别能力,能够对自己行为的性质或风险有所认识、辨别,在此基础上才能进一步确认其对损害的发生或扩大有无过错。如果受害人欠缺基本的识别能力,就不能认定其有过错并对其实行过失相抵,这就有利于增强过失相抵规则在具体适用上的伦理妥当性及说服力。

第二,有利于实现过失相抵规则的功能。“过失相抵的基本精神在于,当事人对于损害的发生均应负责时,应当合理分担损失。”^⑦如果受害人对于损害的发生或扩大与有了过错,仍然令行为人负担全部赔偿责任,对于行为人来说,既不公平,亦非合理。因此,过失相抵规则的基本功能有二:一是令双方公平分担损害;二是对受害人起到教育和预防的作用。公平分担损害的前提是要求行为人与受害人双方均有过错,不能认为只要受害人共同参与到了损害的发生或扩大,就应对其实行过失相抵,否则就可能对欠缺责任能力的受害人产生极不公平的结果。而且过失相抵规则还隐含着这样一种预设,即受害人至少能理解其行为的性质是什么,通过过失相抵规则的适用,至少能对其今后的行为方式的选择产生影响,因为“如果受害人不能理解损害意味着什么,就不能实现法律的目的”,^⑧这就要求在对受害人实行过失相抵时,其至少应具有一定的识别能力,否则过失相抵规则在具体适用中将无法充分实现其功能。

第三,有利于实现现代侵权法旨在充分救济受害人的目的。在现代风险社会,对受害人进行充分救济已经成为包括侵权法在内的各项社会制度和社会规则的基本任务。有学者认为,如果将无责任能力的受害人的行为评价为错误行为(Fehlverhalten),就会与保护未成年人的立法目的相抵触,因为将侵权人的责任风险全部或部分地转移给无责任能力的受害人承担,不能起到保护无识别能力的受害人的效果。^⑨因此,为了充分保护受害人的合法权益,使其避免动辄承受过失相抵之后果,在对其过错进行判断之前,需要考察其识别能力和责任能力状况,以确认其能够形成过错并能承担相应的“责任”。

第四,有利于激励受害人提高对自身利益之保护的注意水平和注意程度。相关的比较研究结论显示,“在大多数国家,无侵权责任能力人的共同过失不予考虑。这种立场符合法律经济学的分析结论。对于经济学家而言,侵权法以及是否获得损害赔偿的事实,都被视为指导卷入潜在事故中之当事人行为的工具。因此,这个(经济学)规则清楚地表明:当受害人不能自由行为(由于缺乏心智能力)时,共同过失无法对其保持注意的激励施加任何影响。”^⑩波斯纳也指出,在很多情况下,“事发后的损失,(往往)只有通过受害人对注意的投资,比如说更换食谱、戒烟等,才可能避免(再次发生)。”^⑪因而,根据经济学的基本原理,对无责任能力的受害人适用过失相抵规则,从实际效果上看,并不能使其可以理性地进行成本收益的比较分析,也不能对其以后的行为方式选择(即对注意的投资)产生激励效应,从而不能实现个人利益与社会效应的最大化。为了避免此种无效率结果的出现,大多数国家和地区都避免对无责任能力的受害人适用过失相抵规则。

因此,无论是从过失相抵规则的功能和具体适用中的伦理妥当性的视角分析,还是从成本效益的经

^⑤ 同前注②,奚晓明、王利明主编书,第168页。

^⑥ 减轻行为人的赔偿责任,就是受害人对其过错负责的具体体现。

^⑦ 张广兴:《债法总论》,法律出版社1997年版,第297页。

^⑧ 同前注③,欧洲侵权法小组主编书,第187页。

^⑨ 同前注⑦,Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker书,第340页。

^⑩ 同前注①,U. 马格努斯、M. 马丁-卡萨尔斯主编书,第391页。

^⑪ [美]威廉·M. 兰德斯、理查德·A. 波斯纳:《侵权法的经济结构》,王强、杨媛译,北京大学出版社2005年版,第295页。

济学角度考量,在对受害人实行过失相抵时,都应当考虑其主观上的识别能力及责任能力状况。也许有学者质疑侵权责任能力制度能否适用于过失相抵规则,其实,受害人所承担的混合过错的责任基础同样在于过错原则,^⑩而侵权责任能力制度只适用于过错原则。尽管受害人的过错与行为人的过错在内容、判断和性质上均不相同,但无可否认的是,受害人的过错仍然符合侵权过错的一般属性,其仍未脱离侵权过错的传统架构。因此,德国民法通说认为,《德国民法典》第 827 条和第 828 条所确立的侵权责任能力适用于任何种类的过错(即不仅适用于行为人的过错,也适用于受害人的过错),^⑪不能因为受害人的过错不同于行为人的过错,就否认责任能力制度在过失相抵规则中的适用。

此外,尚需提及的是,在我国民法理论中存在所谓的“过失相抵能力”,有学者主张将其与侵权责任能力相区分,理由是:“如果将过失相抵能力等同于侵权责任能力,未免对加害人过于苛刻。”^⑫笔者以为,这种观点似有待商榷。尽管受害人的过错与行为人的过错在伦理判断、法律评价以及法律后果等方面存在诸多不同,但是至少就作为追究各自过错的逻辑前提的法律能力的要求而言,二者不应有所差别,即无论是认定行为人的过错,还是判断受害人的过错,都需要通过识别能力的标准确认其能否形成过错,此后才需对其有无过错作进一步的判断。^⑬因此,我国民法理论中的过失相抵能力,实际上指的就是受害人的侵权责任能力,二者的差别仅仅体现为称谓上的不同,在理论上没有加以区分的必要。

五、结论

侵权责任能力在本质上是一种能够形成过错并能经受过错责难的法律能力,其具有向行为人个体的主观精神能力寻求过错归责的根据的意义,因而适用于包括过失相抵规则在内的整个过错侵权法体系。过失相抵规则不仅是一种技术性规范,而且还是一种伦理性规范,这一规则的实行意味着行为人与受害人同时以一种特殊的方式(“相抵”)对各自的过错承担责任。因此,过失相抵规则的具体适用不能单纯地强调客观层面的原因力之比较,而必须考量存在于这种比较背后的伦理评价因素。缺乏伦理评价参与的原因力比较,将欠缺基本的价值妥当性而抑制这一规则的功能及效果的充分实现。

在比较法上,大多数国家和地区在适用过失相抵规则时,都要求对受害人主观上的识别能力及责任能力状况进行考察,以确认其能够形成过错并能承受过失相抵之后果。这有利于增强过失相抵规则在具体适用上的伦理妥当性,有利于实现过失相抵规则的功能,有利于实现现代侵权法旨在充分救济受害人的目的,有利于激励受害人提高自身利益之保护的注意水平和注意程度。就此而言,我国司法实践中所通行的实行过失相抵时不考虑受害人的侵权责任能力的做法,殊值检讨和反思。

(责任编辑:洪 玉)

^⑩ 同前注^⑩, Erwin Deutsch, Hans-Jürgen Ahrens 书, 第 73 页。

^⑪ 同前注^⑪, Dieter Medicus, Stephan Lorenz 书, 第 348 页;同前注^⑫, Jan Kropholler 书, 第 138 页。

^⑫ 周友军:《侵权责任法专题讲座》,人民法院出版社 2011 年版,第 85 页。

^⑬ 就故意的判断而言,对于行为人的故意以及对于受害人的故意的判断,都只能采取主观标准;就过失的判断而言,则需要采用客观的行为标准方法进行判断。对于行为人过失的判断,需要考虑与其处于同样状况的理性人的行为标准,但是对于受害人尤其是未成年受害人的过失的判断,在注意标准或行为标准的选择上,则应当低于一般理性人的标准且应尽可能地考虑受害人的实际情况。