



过错与部门法规则研究

GUO CUO YU BU MEN FA GUI ZE YAN JIU

赵建国 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

过错与部门法规则研究

GUO CUO YU BU MEN FA GUI ZE YAN JIU

赵建国 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

过错与部门法规则研究/赵建国著. —北京: 中国法制出版社, 2010. 5

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1911 - 6

I. ①过… II. ①赵… III. ①侵权行为 - 民事责任 - 研究 IV. ①D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 074885 号

策划编辑 刘峰 (52jm. cn@163. com)

封面设计 周黎明

过错与部门法规则研究

GUOCUO YU BUMENFA GUIZE YANJIU

著者/赵建国

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2010 年 6 月第 1 版

印张/16 字数/279 千

2010 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1911 - 6

定价: 40.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66034985

邮购部电话: 66033288



作者简介

赵建国，安徽省无为县人，法学教授，铜陵学院法政系主任。1989年毕业于华东师范大学政教专业，开始从事法学教学与研究，至今已有二十余年。1992年考取中国律师资格，1994年考取中国注册会计师资格，1999年晋升副教授，2007年晋升法学教授，现任铜陵学院法政系主任。做过兼职律师和注册会计师工作。曾在《行政法学研究》、《税务研究》、《经济管理》、《中国行政管理》、《律师世界》等刊物发表学术论文二十余篇。

前 言

在长期的法律教学和研究中，深知大学生和广大社会人士学习法律的苦衷。法律资料内容繁杂，法律文件浩若烟海。怎样在较短的时间内，通过自学，把握法律的全貌，并领会其精髓？身为“授业解惑”的我，为此而陷入孜孜思考，渴望在力所能及的范围内，给读者提供一份有益的答案。《过错与部门法规则研究》，就是这个夙愿的结晶。

法律的细胞是法律规则，法律规则的逻辑结构，由三个要素——“假定”、“处理”、“制裁”三部分构成，假定是指法律规则适用的前提和条件，处理是指规则中主体的权利和义务，制裁则是指主体行为违反权利和义务所应承担的法律后果。我在长期的学习中体会到：注意和掌握法律规则逻辑结构的机理，对于在短时期内，“吃透”法律，很快“上手”，具有重要的意义。

国家的法律之所以让人敬威，在于它具有强制性的否定性法律后果，也即对违背“处理”的“人”的“制裁”。而“处理”的内容，与道德规范的内容，具有较多的相通性，所以，学习起来并不困难。但是，“假定”部分的内容，学习起来，却远比我

们想象的要困难。

行为人违反了权利、义务，是否一定要承担法律后果，答案肯定是否定的！为什么？因为在绝大多数情况下，我们还要注意考察当事人的主观状态，看他有无过错，如有过错，则应“制裁”，而且，过错的程度还影响着“制裁”的轻重。可见，“假定”部分的内容，是适用法律的“钥匙”。它不仅包含法律规则在什么时间、什么空间、对什么人发生效力的问题，更重要的是，它还包含行为人违法时，主观处于什么状态的问题。这，暗含着归责原则的内容。

人们在面对“制裁”，接受法律处罚时，一个最简单、朴素观念就是：凭什么让我承担责任？解释它，就需要归责。

归责是按照法定程序判断、认定、归结和执行法律责任的行为。不同的部门法规则，以及同一法律部门内不同的法律规则之间，其归责原则，往往并不相同，比如，民法一般遵循过错责任原则，刑法遵循罪责原则，国家赔偿法遵循违法责任原则，等等。

尽管归责原则多种多样，但就整个法律体系来说，过错责任原则，却一直占有基础和主导性的地位。这源于法律理性之品质，也体现法律人性之关怀！

百年前，美国法院通过案例，树立这样一项原则，那就是

“任何人不得因其过错而获益”。^①这句话的意思，如果反过来理解，就是“任何人都得因自己的过错而担责”，我认为，在法律上，后一句话，必定更重要。

沿着这条思路，我在不同的法律规则中间，提炼“过错”，并设法使之类型化，并把它命名为《过错与部门法规则研究》。

《过错与部门法规则研究》，以部门法为体例，精选关键问题，分章节论述。每个论题 2000 字左右，篇幅适中，语言通俗易懂，兼顾司法实务与法理分析，注意吸收最新学术研究成果和最新法律文件精神，尤其注重实用性。相信它可以成为大学生深化法律专业知识学习的“良师益友”，也可成为社会法律专业人士拓宽知识面的有益工具。

需要说明的是，尽管笔者经过了长期思考，精心准备，参阅了大量相关文献，但限于本人学力，本书遗憾之处，在所难免。在此，恳请各位读者批评指正！

最后，向本书写作中提供支持和帮助的专家、学者，特别是

① 在百年前美国所发生的著名的里格斯诉帕尔玛一案中，针对受遗嘱人帕尔玛在杀害遗嘱人（自己的祖父）之后，还有无继承权的问题，形成了多种完全相左的意见。其中的一种意见是：如果按照纽约州《遗嘱法》的一般规定，似乎即使继承人杀害了遗嘱人，除了承担相关刑事责任之外，并不应当剥夺其继承权。然而，在法律规则的背后，存在着更为重要的法律原则，法院认为，在必须遵守合同约定的条文的背后，可以发现诚实信用的原则，在不得伤害他人的条文的背后，可以发现保护个人权利的原则。同样，继承遗产的条文也存在不得有过错的原则。试想，《遗嘱法》怎能容忍继承人谋杀被继承人而获得遗产！因此，法律包括了原则，违反了原则当然是违反了法律。此案最终的判决结果是帕尔玛败诉，并因此得出了一个重要的法律原则：“任何人不得因其过错而获益。”

对本书提出宝贵修改意见的中国法制出版社的刘峰编辑，表示衷心感谢！

赵建国

目 录

第一章 法律上的过错	1
一、过错概念的溯源	1
二、过错——法律的命门	5
三、过错与法的价值规则	10
四、过错与法律规则	15
五、主观过错	20
六、客观过错	23
七、主客观过错的统一	26
八、过错概念的构成要素	31
九、过错与错误、误解	33
十、过错的分类与形式	38
十一、过失的标准	41
十二、过错的程度	45
十三、恶意与善意	52
十四、法律行为性质及效力	55
十五、法律责任	60
十六、法律责任的历史演进	64
十七、过错与归责原则	68
十八、抗辩事由	74

第二章 过错与民事侵权法规则	84
一、民法的价值规则	84
二、民事主体与人格	91
三、意思表示与法律效果	98
四、善意取得与公示公信原则	105
五、民法上的注意义务	110
六、不完全民事行为能力人的过错及其侵权 责任能力	118
七、法人的过错及其侵权行为能力	124
八、侵权归责原则的历史演进	127
九、过错责任原则	132
十、过错责任的构成要件	134
十一、过错推定责任原则	144
十二、过错推定责任原则与过错责任原则区别	152
十三、无过错责任原则	155
十四、公平责任原则	162
十五、民事责任三种归责原则能否同时适用?	167
十六、过错与共同侵权行为	170
十七、混合过错中的比较过失与过失相抵	173
十八、过错与精神损害赔偿	179
十九、侵犯知识产权的归责原则	184
二十、网络侵权的归责原则	187

第三章 过错与合同法规则	192
一、合同法的价值规则	192
二、我国《合同法》归责的基本原则——严格责任	197
三、我国《合同法》中的过错责任原则	201
四、先合同义务——缔约过失责任	204
五、加害给付与产品责任的归责比较	210
六、合同附随义务与过错推定责任	214
七、后合同义务与过错推定责任	219
八、“格式条款”与注意义务	222
九、情势变更原则的构成要件	225
十、合同责任与侵权责任竞合	232
十一、民事责任聚合与过错	235
十二、不真正连带责任与补充责任	240
第四章 过错与商法规则	247
一、商法的价值规则	247
二、商法义务之基础	252
三、董事等高级管理人员的勤勉义务	257
四、经营判断规则——商事注意义务的阻却事由	263
五、董事等高级管理人员的忠实义务	266
六、表现代理的归责	269
七、表现代表——董事越权代表公司的法律后果	271

八、监事的义务与责任	274
九、控股股东的公司法义务	278
十、股东直接诉讼与派生诉讼——保护中小 股东与公司权益的制度	282
十一、公司法人人格否认——保护公司债权 人利益的制度	289
十二、严格责任在商法中的运用	292
第五章 过错与刑法规则	295
一、刑法的价值规则	295
二、罪责自负的本质：罪过	298
三、犯罪构成要件	301
四、民事责任能力与刑事责任能力之辨	304
五、刑法上的罪过——故意和过失	308
六、罪过与过错的区别	311
七、刑法上的错误与罪过	315
八、刑法上的注意义务	320
九、刑法上注意义务的阻却事由	323
十、过失犯罪与注意能力	329
十一、准确把握“危害结果”的重要性	332
十二、刑事因果关系的特殊性	335
十三、刑法上的罪过推定	338
十四、刑法上的无过错责任原则	341

十五、刑事被害人的过错	344
第六章 过错与宪法、行政法及国家赔偿法规则	348
一、宪法——注意义务的效力本源	348
二、行政法的价值规范	353
三、信赖原则与行政相对人的权益保护	356
四、行政违法与行政责任的构成	358
五、行政主体的“违法视为过错”	362
六、执法机关内部责任追究与执法人员的过错 责任	365
七、行政相对人违反行政法的过错推定责任	369
八、违宪责任的构成	373
九、《国家赔偿法》中的归责原则	377
十、行政归责与民事归责的差异——以道路交 通事故为例	382
第七章 过错与社会法、经济法规则	386
一、第三法域的价值规则	386
二、经济法律责任的构成	391
三、过错与惩罚性赔偿	396
四、本身违法原则和合理原则之比较	399
五、环境污染侵权赔偿要件的证明	404
六、价值位序中的税收优先权	409
七、宏观调控行为的归责原则	415

八、劳动者的地位与劳动法的价值取向	418
九、用人单位的法定义务与严格责任	420
十、劳动者违约与过错责任原则	426
第八章 过错与诉讼法规则	431
一、法律真实——办案的价值取向	431
二、权利人过错与时效制度	436
三、法律拟制与法律类推	443
四、权利推定之诠释	447
五、法益保护与辩证推理	450
六、瑕疵证据的效力	455
七、法律推定与事实推定	460
八、“钓鱼执法”程序合法吗?	463
九、证明责任的分配规则	467
十、法官在证明责任分配上的自由裁量权	470
十一、案件性质与证明标准	473
十二、律师的民事赔偿责任	476
十三、证券法律业务律师的特别注意义务与责任	480
十四、公证的民事赔偿责任	483
十五、医疗侵权与医师的过错责任	486
十六、注册会计师的民事赔偿责任	490
十七、恶意诉讼	494
主要参考文献	498

第一章

法律上的过错

一、过错概念的溯源

记得在大学的课堂里，伦理学老师给我们讲了这样一个有趣的故事——大象帮主人赶苍蝇。一日，主人在地上睡熟了，一只苍蝇在主人的脸上爬，大象爱护主人，为了给主人赶苍蝇，甩去长鼻子，虽然把苍蝇赶走了，但却把主人的脸打歪了。老师问我们：大象的行为是善的还是恶的？

我们分析认为，这个问题相当复杂，涉及行为者的动机、行为的效果如何？也涉及道德评价的标准、道德评价的依据选择问题，还涉及行为者的认知能力等因素。按照一般观点，考察和判断道德行为的善恶，必须既看动机又看效果，特别是在动机和效果不一致时。但在道德评价各个环节上，应当有不同的侧重。首先，在动机和效果的善恶都不清楚的情况下，只有先考察效果的利弊，才可能进一步研究其动机的善恶，从而弄清整个行为的善恶。其次，在动机和效果分别查实的情况下，判断行为的善恶，应把重点放在动机的善恶上，只有这样，才能避免把“歪打正着”的行为当做善行，也可避免某些“事与愿违”的行为当做恶

行。不过，在这个故事里，大象限于智商，评价其行为的善恶，可能会毫无意义！

我以为，伦理学上的“恶”与法学上的“过错”，具有某种相似性。不过，法学上的“过错”，由于其主观上道德的非难性、行为的违法性、过错的标准性，以及不同部门法上的“过错”内容涵义的差异性，却较伦理学上的“恶”，复杂得多。这体现在“过错”概念的发展史上。

过错是一个古老的概念。回溯其历史，必须从侵权法谈起，它经历了一个迂回曲折的发展过程。

在古代法上，通行的归责原则是加害责任原则。那时，侵权行为与犯罪行为不加区别，一旦一个人被确认造成对他人的损害，不论其主观意志如何，加害事实本身的存在，即成为其必须承担责任的理由。这种以致害原因为构成责任的充分条件，以损害结果的大小和形态来决定承担责任大小和责任类型的方式，仍然具有法律上“过错”概念的雏形，因为我们必须承认，古代人以及古代法的内容也应是理性的，只不过这种“过错”概念的含义不太严格，过错的标准非常模糊，人们甚至把致害行为（原因）等同于“过错”而已。而从法律价值层面上分析，这种以损害结果作为责任认定唯一标准的归责原则，则是人类社会早期专制主义体制之下的法律，对社会安全秩序追求的体现，即法律是用来维护公共秩序和善良风俗的，而不是在实现对个人权利与自由的保障，因此，即使是赔偿责任，也仍然被看作是对加害人进

行惩罚的替代形式。

过错概念的真正诞生，在法源上发源于古代罗马公元前 287 年通过的《阿奎利亚法》，其中第 1 章、第 3 章分别规定了不法（过错）杀死奴隶或可牧四足牲畜，及侵害其他物件的赔偿责任。该法废除了同态复仇和人身处罚，抛弃了陈旧的加害责任原则，实行了以过错为责任要件的损害赔偿责任制度。

遗憾的是，伴随着中世纪对罗马法的否定，法学沦为神学的附庸，侵权责任规则也变成了一套野蛮、严酷的刑罚，不再追究过错，不要理性和正义，人们没有权利和自由。在这段时间，侵权法被认为是历史上“最黑暗的时代”。

从 11 世纪开始，随着罗马法的复兴，以及近代以来资本主义的发展，个人主义、自由主义精神在资本主义法律体系中的深入贯彻，过错责任原则作为法律责任的承担方式，愈来愈居于重要的地位。17 世纪法国的让·多马在他的《自然秩序中的民法》一书中指出：如果损害是作为一个无害行为的出乎意料的结果而发生，那么鉴于没有任何过错可以归咎于行为人，他就不应当对这一结果承担责任。

这一时期的各国立法，也集中反映了这一成果：1804 年的《法国民法典》第 1382 条和 1383 条规定：“任何行为使他人受损害时，因自己的过错而致损害发生之人对该他人负赔偿的责任。”“任何人不仅对因其行为所引起的损害，而且对因其过失或懈怠所损害，负赔偿的责任。”在德国，罗马法得到极大的推崇，法