



侵权过错认定 法律问题研究

Study on the Judgment of Fault in Tort Law

蔡颖雯 著



侵权过错认定 法律问题研究

Study on the Judgment of Fault in Tort Law

蔡颖雯 著

图书在版编目(CIP)数据

侵权过错认定法律问题研究/蔡颖雯著. —北京:
法律出版社, 2016. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9759 - 6

I. ①侵… II. ①蔡… III. ①侵权行为—民法—研究—中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 169449 号

侵权过错认定法律问题研究

蔡颖雯 著

策划编辑 刘文科
责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任校对 杨锦华

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 18.5 字数 204 千

印次 2016 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 财经出版分社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9759-6

定价:55.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目，旨在鼓励广大社科研究者潜心治学，支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审，从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响，更好地推动学术发展，促进成果转化，全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求，组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

基金项目

国家社会科学基金后期资助项目，项目编号：13FFX028

第一章 侵权过错认定的基础 / 1

第一节 侵权过错概念论 / 1

- 一、过错概念的心理学分析 / 3
- 二、过错概念的哲学分析 / 8
- 三、过错概念的法理学分析 / 10
- 四、过错概念的构成要素 / 16
- 五、小结 / 20

第二节 侵权过错性质论 / 21

- 一、主观过错论 / 21
- 二、客观过错论 / 25
- 三、折中过错论 / 28
- 四、主观过错论的合理性 / 29
- 五、小结 / 32

第三节 侵权过错程度论 / 33

- 一、过错程度区分的历史沿革 / 34
- 二、故意程度的区分 / 38
- 三、过失程度的区分 / 44
- 四、故意与过失程度的区分 / 50
- 五、小结 / 61

第二章 侵权过错认定的困境 / 63

第一节 过错在侵权法中的地位衍变 / 63

- 一、过错在侵权法中地位的衍变轨迹 / 63
- 二、过错面临的危机 / 66
- 三、过错的“死亡”与“重生” / 68

第二节 侵权责任法功能的多重性 / 72

- 一、侵权责任法的填补功能 / 72
- 二、侵权责任法的预防功能 / 75
- 三、侵权责任法的惩罚功能 / 76

第三节 受害人救济机制的多元化 / 78

一、社会保障制度对侵权过错的影响 / 78

二、工伤保险制度适用的实证考察 / 81

三、责任保险制度对过错的影响 / 90

四、公平分担损失规则的适用 / 96

第三章 侵权过错认定的价值 / 100

第一节 过错认定对侵权构成的影响 / 100

一、过错与无过错责任原则 / 101

二、过错与侵权责任的构成 / 105

三、过错与违法行为 / 109

四、过错与因果关系 / 115

五、过错与损害 / 119

第二节 过错认定对免责事由的影响 / 122

一、防卫的正当与过当 / 122

二、避险的正当与过当 / 128

三、自助行为的正当与失当 / 134

四、不可抗力的“可抗”性 / 139

第三节 过错认定对侵权效果的影响 / 143

一、过错与赔偿损失 / 144

二、过错与其他损害填补方式 / 163

三、过错与损害预防方式 / 167

四、过错与赔礼道歉 / 170

五、过错与侵权责任形态 / 173

第四章 侵权过错认定的一般规则 / 182

第一节 侵权过错认定的原则 / 182

一、以人为本 / 182

二、公平、正义原则 / 183

三、效益、便宜原则 / 186

第二节 侵权过错认定的前提 / 187

一、侵权责任能力与相关概念的比较 / 188

二、侵权责任能力的判断 / 190

三、侵权责任能力与相关制度的适用 / 192

四、法人的侵权责任能力 / 195

第三节 侵权过错认定的标准与方法 / 196

一、过错认定的标准 / 196

二、过错认定的方法 / 201

第五章 侵权过错认定的特殊规则 / 205

第一节 身心有缺陷之人过错的认定 / 205

一、未成年人过失的认定 / 205

二、精神病人过失的认定 / 212

三、身体有缺陷之人过错的认定 / 214

第二节 专家过错的认定 / 215

一、注册会计师对利害关系人责任的概念和性质 / 216

二、注册会计师故意的认定 / 219

三、注册会计师应尽的注意义务 / 221

四、注册会计师过失的认定 / 224

五、典型案例 / 229

第三节 网络服务提供者过错的认定 / 233

一、网络服务提供者侵权适用的归责原则 / 233

二、网络服务提供者的信息披露义务 / 240

三、网络侵权中被侵权人提出有效通知的标准 / 245

四、网络服务提供者“知道”侵权的判断标准 / 249

第四节 医疗过错的认定 / 250

一、医疗注意义务的内容 / 251

二、医疗过失的认定 / 253

第五节 过错的推定 / 266

一、推定的含义及特征 / 266

二、推定的分类 / 267

三、过错推定的分类 / 270

四、举证证明责任倒置 / 272

五、法人过错的推定 / 274

参考文献 / 278

第一章 侵权过错认定的基础

第一节 侵权过错概念论

“概念乃是解决法律问题所必需的和必不可少的工具。没有限定严格的专门概念,我们便不能清楚地和理性地思考法律问题。没有概念,我们便无法将我们对法律问题的思考转变为语言,也无法以一种可以理解的方式把这些思考传达给他人。”^①概念通常具有不确定性,该不确定性会在适用范围和裁量空间上赋予法律一定的灵活性。侵权过错就是这样具有一定开放性的、会以不同面貌出现的概念。

自罗马法以来,过错作为侵权责任的构成要件长期占居统治地位,但是,过错的概念从它出现时起,就是学者争论的焦点,历来就有侵权行为说、心理状态说、注意义务说及折中说的争论。侵权行为说认为,过错是侵权行为。英国学者福莱明就认为:“侵权行为是一种民事过错,而不是违反合同,对这种过错,法院将在一种损害赔偿的诉讼形式中提供补救。”^②心理状态说把过错理解为行为人的某种应受谴责的心理状态,其内涵实质使侵权责任带有一定的惩罚性色彩。注意义务说把过错解释为行为人对注意义务的违反,该说虽然在一定程度上克服了心理状态说的主观性,但是在注意义务上又缺乏统一的标准。折中说“和稀泥”,导致过错的概念更加复杂化,尽管该说在理论上可以论证其合理性,但实践中却难以有效实行。

不仅在学者看来,过错的概念不统一,而且各国立法对于“过错”一语的运用也是丰富多彩的。诸多国家的相关立法以“故意或过失”代替“过错”。例如,《德国民法典》第 823 条第 1 款规定:“故意或过失不法侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利的人,对他人负有赔偿由此而发生的损害的义务。”《日本民法典》第 709 条规定:“因故意或过失侵害他人权利者,承担赔偿责任。”《意大利民法典》第 2043 条规定:“任何故意

① [美]博登海默著:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 486 页。

② John G. Fleming, *The Law of Torts*, The Law Book Company Limited, Sydney Melbourne Brisbane Perth 1977, p. 87.

或者过失给他人造成不法损害的行为,行为实施者要承担损害赔偿的责任。”《澳门民法典》第477条第1款规定:“因故意或过失不法侵犯他人权利或违反旨在保护他人利益的任何法律规定者,有义务就其侵犯或违反所造成的损害向受害人作出损害赔偿。”《欧洲民法典侵权行为法草案》第1:101条规定:“受到法律上相关联损害的人有权依据本编的规定向故意或违反义务造成损害或者对损害负有责任的人请求补偿。”^①《埃塞俄比亚民法典》则使用“过犯”代替“过错”。该法第2028条规定:“任何因过犯给他人造成损害的人,得赔偿损害。”第2029条规定:“过犯可由故意行为或纯粹的疏忽构成;过犯可由行为或不行为构成。”在民事立法中明确使用“过错”的典型如《阿尔及利亚民法典》和《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)中的相关规定。根据《阿尔及利亚民法典》第124条的规定:“任何人对其过错而致他人的损害承担赔偿责任。”我国《侵权责任法》第6条则规定,行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任。根据法律规定推定行为人有过错,行为人不能证明自己没有过错的,应当承担侵权责任。

作为侵权责任法中一个基本的法律概念,但各个国家和地区民事立法较少直接使用“过错”,而是使用“故意”或“过失”等表达过错具体形态的概念,即使在民事立法中直接使用过错,也未见对过错概念作出一般性的界定。为什么最为常见、最需要进行界定的过错概念在民事立法中难以抛头露面呢?原因可能在于:其一,过错太过普通,任何人都知道过错的含义,因此无须进行界定;其二,作为心理现象的一种,过错相当抽象,难以描绘,难以把握,因此,对过错进行界定不需要也不可能。

笔者认为,过错有直接适用和进行界定的必要,原因如下:第一,既然过错是基本的法律概念,就应当具备明确的法律性和确定性。法律性包括三方面的含义:或由立法者通过立法明示,在法律规定中直接载明该法律概念的含义;或由法官在法律适用过程中根据法律原则和法律精神对概念的意义作出的具体确认;再者,若立法者或司法者没有对于某法律术语作出界定,则法学家就可以通过研究和学理解释,对某特定的法律概念作出界定。确定性则源于法律概念的基本功能,是对法律所欲调整的对象进行的特殊归纳,这种归纳主要是对所概括事物的特征进行穷尽地列举,从中找出不可替代、不可缺少的最显著特征。第二,过错应当有比故意和过失更深刻、复杂的内涵。在立法中使用“故意和过失”来代替过错,实质将

① 王利明主编:《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版,第237页。

过错的外延和内涵混为一谈,存在逻辑上的错误。内涵和外延是概念的两个基本逻辑要素。内涵反映了概念中的对象的本质属性,外延则指具有概念所反映的本质属性的全部对象。就过错而言,过错的内涵就是要正确揭示过错的共性,它是各种不同形态的过错的共同本质所在;过错的外延就是要正确揭示过错的个性,以区分不同形态的过错。在对过错进行界定时,必须考虑逻辑上有关外延和内涵的恰当运用,若将外延与内涵混为一谈,就不能准确的对过错的概念作出界定。为了祛除过错概念自身的模糊性、非逻辑性和不确定性,避免当事人举证义务的困难,使权利人的权利得到及时的救济,有必要重新界定过错,尽管这种界定是十分困难的。第三,对过错的概念进行研究并非单纯的满足学理上的要求。过错在侵权责任法中占据重要的地位:在侵权责任归责原则中,过错是过错责任原则和过错推定原则的核心;在一般侵权责任的构成要件中,过错是侵权人必备的主观心理状态;在侵权赔偿额的确定以及过失相抵等制度的运用中,过错又能起到相当的作用。因此,准确界定过错的概念极为重要,有必要通过过错概念的心理学分析、哲学分析以及法理学分析来厘清过错的含义。

一、过错概念的心理学分析

(一)普通心理学中的心理构成因素

过错是行为人的一种心理活动,遵循着一般的心理规律,普通心理学关于行为人心理活动的构成原理适用于行为人为侵权行为时的心理活动。借助心理学的有关知识来分析行为人为侵权行为时的心理因素,对界定过错具有重要意义。心理学是一门研究心理现象及其对行为的影响的科学,揭示心理现象的内在构成有助于正确的界定过错。心理现象的内在构成包括认识因素、意志因素以及情感因素。

第一为认识因素。人在行为时,能够对于直接作用于人的感觉器官的客观事物作出反映,这种反映就是认识。在心理学上,认识表现为对客观事物的感知、记忆、理解、思维和想象等。感知是人脑对客观事物的直接反映;记忆是对感知的客观事物的印留和保持;思维则是人脑对客观事物的间接反映;而想象则为人脑对已经储存的表象进行加工、改造,以形成新的形象。认识是人类最基本的活动,是行为人进行意识活动的基础和前提。只有通过认识过程对事物规律有了了解,才能确定意志过程的目的,选择实现目的的途径、方式、方法等。离开了认识活动,就不存在意识活动。

第二为意志因素。在心理学上,意志是指在实现预定目的时,对自己克服困难的活动和行为的自觉组织和自我调节。简言之,意志是指人类力

图把理想或目标变成行动的决心与毅力。人的意志行动具有明确的目的性,目的性越强,意志行动的水平就越高。在心理构成中,意志是非常重要的因素,表现为行为人自觉的确定一定的目的并调节其行为以实现预定目的的心理过程。意志总是与行为联系在一起;首先,意志是支配行为的动力,决定行为的性质,行为人是作为还是不作为主要受意志的决定。其次,行为是意志的外在表现,对行为人意志内容的认定通常需要参考、分析行为人的行为。最后,意志与行为是相互联系,相互作用的统一体。尽管认识因素与意志因素各自具有独特的含义,但是二者同为心理构成的基本要素,又是密切相关、相互依存的。认识是意志产生的前提,离开了认识活动,就不存在意志活动,意志必须借助于对事物的认识才能作出决定。^①意志本身又是一种有目的的认识,会对认识过程产生一定的影响,离开行为人的意志努力,就很难产生深入的、全面的认识过程。由于认识与意志是相互作用、相互渗透、相互统一的心理过程,因此,对行为人心理过程的研究必须从认识和意志两方面进行,不能只强调其中一方面,而忽视另一方面。

第三为情感因素。情感是人类特有的对客观事物的感受和评价,是人类在社会历史发展进程中所形成的、稳定的社会关系决定着的人们对于客观世界的态度,对于这些受社会关系所制约的态度的反映。^②情感过程为对客观事物的态度体验过程,表现为热爱、仇恨、向往、遗憾、满意、不满以及对自身喜、怒、哀、乐等心理体验。关于情感在心理构成中的地位,传统心理学和现代心理学具有不同的观点。传统心理学认为,在心理构成中,情感的爆发能够对行为人的认识能力和意志能力产生一定的影响,能够缩小行为人认识活动的范围,减弱行为人的理智分析能力和自控能力,不能够正确的评价自己行为的意义及后果,^③因此,情感是独立的构成因素。但是,现代心理学家则认为,尽管情感因素对于行为人的认识能力和意志能力产生一定的影响,但情感因素经常与意志因素交织结合在一起,因此不应当将情感作为心理构成中一种独立的构成因素,而将情感因素作为意志要素的内容之一。^④

(二) 过错的心理构成因素

与普通的心理构成一样,过错也应当包含认识因素、意志因素和情感

① “意志就是借助于对事物的认识来作出决定的那种能力”,参见《马克思恩格斯选集》(第3卷),人民出版社1995年版,第154页。

② 曹日昌主编:《普通心理学》(下),人民教育出版社1980年版,第440页。

③ 同上,第69页。

④ 潘菽主编:《意识——心理学的研究》,商务印书馆1997年版,第17页。

因素。

1. 构成过错的认识因素

过错的认识因素因过错形态的不同而不同。过错的形态主要分为故意和过失。黑格尔认为,行为人的故意认识就是意图,意图是故意的属性之一。^①正是通过行为人的认识,行为人才能够产生意图,并将其外化为行为。故意的认识因素包含特定的含义:首先,在认识内容上,行为人应当认识到受害人的特定化。因为在侵权责任的构成要件中,过错只是其中的要件之一,通过其他构成要件诸如损害事实、因果关系等,足以实现当事人的特定化。其次,在认识能力上,行为人应当有能力认识到自己的行为将会侵害他人的权利,只有行为人认识到自己行为的性质、将要产生的结果及二者间的因果关系,才能构成故意。最后,在认识程度上,行为人应当认识到自己的行为必将或极有可能造成损害,即行为人仅仅意识到自己的行为可能会给他人造成损害是不足以构成故意的。只有当行为人对其行为后果的认识达到了十分确信的程度,才能认为行为人存在侵权的故意。

而过失的认识因素则不同于故意的认识因素。早期的过失理论认为,若损害是由于行为人对事实或行为的结果缺乏认识造成的,就构成过失,因此当时的理论是否认认识因素在过失心理构成中的地位。但随着过失理论的发展,认识因素缺位说遭到了批判和颠覆,承认认识因素在过失心理构成中的重要地位成为主流观点。构成过失的认识因素具有一定的特点:在认识内容上,行为人可以不必认识到受害人的特定化;在认识能力上,行为人具有认识危害结果发生的预见能力;在认识程度上,行为人没有认识到损害发生的可能性,或认为损害发生的可能性极低,因此没有采取适当的措施避免损害。

2. 构成过错的意志因素

在意志因素中,意志态度和意志努力是密不可分的,二者从不同的侧面体现着意志因素的存在。意志态度是行为人对其所选择行为及其结果的心理倾向,意志态度则决定了意志努力的程度,二者是和谐一致的。

(1) 构成故意的意志因素

意志对人的行为起直接的支配作用,对行为的结果起间接的控制作用。当结果完全由行为引起,没有受到外界因素的影响,该结果就是行为人所期盼得到的必然结果。若结果在实现的过程中受到了外界因素的干扰,则该结果可能并不是行为人所期盼得到的,就是偶然结果。必然结果

^① [德]黑格尔著:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第117页。

在行为人的意志控制范围内,而偶然结果则在行为人的意志控制范围外。根据必然结果和偶然结果的不同,可以将故意中的意志因素分为期望和听任。期望是行为人积极努力追求某一目的的实现,因此,由期望这一意志因素构成的故意,必然要与一定的目的相联系,只有在目的行为中,才存在期望这种意志。听任则是行为人对可能发生的结果持一种纵容而非期望的态度。期望与听任在意志态度和意志努力方面的区别是明显的;期望是对结果积极追求的心理态度,听任则是对这种结果有意地纵容其发生。

(2) 构成过失的意志因素

过失中是否存在意志因素存在争论。一种观点认为过失是意志因素缺乏的结果。该说以费尔巴哈为代表,在他看来,过失的本质在于缺乏意志。因此,意志因素缺位说认为,行为人不希望损害结果的发生,但由于违反了注意义务而导致了侵害结果的发生。另一种观点认为,过失是由潜意识支配的结果。该说以弗洛伊德为代表,他认为过失不是由认识因素支配的,也不是由意志因素支配的,而是由潜意识支配的,潜意识是一种主体对客体不知不觉的认识。从潜意识出发,弗洛伊德提出了“过失不是无因而致的事件,而是重要的心理活动,它们是两种意向同时引起——或相互干涉的结果”。^①若行为人认识到了行为的损害性,此时,两种意向分别为采取措施避免还是不采取措施避免;若行为人有能力而没有认识到行为的损害性,此时,两种意向分别为预见还是不预见。当采取措施避免的意向与预见意向占了上风,行为人对于行为作出的选择就遵循了客观规律,不会产生过失;当不采取措施避免的意向与不预见意向占了上风,行为人对于行为作出的选择就会有悖于客观规律,就会导致过失的发生。由于潜意识的存在,导致了行为人对待法律或他人合法权益的消极态度,此种消极态度对于要求行为人承担过失责任提供了心理依据。

笔者认为,过失应当具备意志因素;若缺少意志因素,就不能解释“事与愿违”的心理特征。从意志态度来看,行为人并没有导致损害发生的意图,但没有导致损害发生的意图并不意味着行为人没有其他的意图,也不意味着行为人的致害行为没有受到该意图的支配,因此,损害结果的发生违背了行为人的意愿,这是过失的意志因素的核心。从意志努力来看,行为人没有履行其应当履行的注意义务,该注意义务是基于法律或业务上的要求所决定,是客观的、统一的,不因人而异,不因环境而异。

通过以上的分析可以看出,过错的心理构成必须具备认识要素和意志

^① [奥]弗洛伊德著:《精神分析引论》,高觉敷译,商务印书馆1984年版,第26页。

要素,但这两个因素在过错心理的形成机制过程中,地位是不断变化的。从过错心理的形成过程来看,认识因素是前提条件,意志因素是在认识因素的基础上产生和形成起来的,没有认识因素就无所谓意志因素;从在过错心理中的功能来看,意志因素则是过错的核心和本质要素。因为在认识因素的前提下,行为人有选择是否实施违法行为的意志自由,若选择实施违法行为,则表示意志没有发挥抑制恶的欲望的作用,存在过错;反之则表示意志发挥了抑制恶的欲望的作用,因此不存在过错。可以认为,在过错的心理构成中,意志因素是更为深层的因素,常常决定行为的性质,更能反映行为人的性格特征,因此,居于过错心理构成的核心地位。

(三)情感因素与过错心理构成

行为人的认识活动和意志活动应当与行为人的情感因素相联系。在行为人处于情感不平静的状态下,情感对于行为人的认识能力和意志能力都会产生一定的影响。由于情感的爆发往往在理智的控制范围之外,因此,一般都会违背原来的认识和意图。以防卫过当行为为例,在突然出现的侵害面前,出于防卫的本能奋起反击,防卫限度难以控制致使过当的,主观责任就应当减少以致免责;如司机在驾车行驶过程中,会不时的出现突发情况,当由于惊慌造成了事故后,对于责任的承担是应当考虑此时司机的情感情况的。在现代心理学中研究情感因素对于刑事责任和侵权责任确定是有一定影响的,在侵权法和刑法中都具有特定的意义。在刑事范畴,情感因素可以作为减轻或免除刑罚的情节。根据《瑞士刑法典》第64条规定,行为人因不当的刺激或侮辱,而生重大的愤怒或痛苦,因而犯罪者作为刑罚减轻的事由;《匈牙利刑法典》第15条第2款规定,防卫人之行为如系由于恐怖或可谅解的刺激致超过正当防卫之限度者,亦不予处罚;《联邦德国刑法》第33条也作了相同的规定,行为人由于惶惑、恐怖、惊愕,致逾越正当防卫之限度者,不罚。作为免除责任情节的有在民事侵权范畴,情感因素也可作为侵权人减轻或免除责任的考虑因素,如由于激愤、惶恐或出现突发事件采取不当措施造成的侵害,就有可能减免应承担的责任。由此可见,在刑法范畴,情感因素可以作为减轻或免除刑罚的情节;在民事侵权范畴,情感因素当然也应作为侵权人过错考量的要素,因此情感因素在过错的心理事实中也占据一定的地位。

通过对过错概念的心理学分析,能够得出下列结论:第一,作为一种心理过程。过错描述的是心理状态而非行为,尽管心理状态与行为密不可分。这是因为导致他人合法权益损害的行为是受到行为人心理态度支配的,只有通过该种心理的支配行为人才可能实施侵害他人合法权益的行为。

第二,并非所有的人都能够用过错来描述其心理状态,能够用过错来描述其心理状态的人必须具有认识能力。第三,意志过程是过错的核心,因为行为人有选择是否实施违法行为的意志自由,若选择实施违法行为,则表示意志没有发挥抑制恶的欲望的作用,存在过错;反之则表示意志发挥了抑制恶的欲望的作用,因此不存在过错。只有通过分析过错的意志过程,才能将过错进行程度上的区分。

二、过错概念的哲学分析

从哲学的角度界定过错,首先必须明确意志与行为之间的关系。关于意志与行为之间的关系,有不同的哲学分类,理性哲学、实证主义哲学和唯物主义哲学对于二者关系的论述最具有代表性。

理性哲学,尤其以康德为代表的“唯意志论”,主张意志绝对控制行为的选择,行为可以脱离客观外部环境孤立存在。康德认为,意志自由首先是选择行为的自由,但行为人选择行为的自由是以个人特殊的偏好和感性的目的为据,因此人的意志自由往往受制于感性欲望,可能会偏离道德标准。^① 由于自由意志不是那种自由地、不受限制的满足自我的爱好和欲望的自由,必须受到内在道德的约束,因此,作出偏离道德标准的行为的选择就是有过错的。黑格尔哲学体系在论述意志自由与行为的关系时,与康德的哲学体系大体相似。黑格尔认为,意志作为主观的或道德的意志表现于外时,就是行为。^② 黑格尔从主观唯心主义出发,认为个人的意志仅以其认识自己所从事的行为为限,一个人的不道德行为已经给他人或社会造成了损害,只有在他意识到时,才负有道德责任。在黑格尔看来,对结果的归责应从行为人的主观状态中判定。

与理性哲学相对应,实证主义哲学否定了意志对于行为的决定作用,否认意志的可认识性。实证主义哲学,就狭义而言,是资产阶级哲学的一个流派;就广义而言,是一种基本的立场和思维方式。该种基本立场是从“直接给定的东西(从感官可以感受到的自然过程和社会过程的表面现象或从现有的思维概念)出发,不依赖并离开当时历史的和逻辑的总联系来反映这种给定的东西,并把它不加批判的、孤立的加以绝对化”。^③ 在实证主义哲学看来,人的行为具有规律性、必然性和因果制约性,因此,违法行为的发生不是由于行为者的自由意志决定的,而是由客观条件决定的。

① [德]康德著:《道德形而上学读本》,商务印书馆1959年版,第60页。

② [德]黑格尔著:《法哲学原理》,范扬等译,商务印书馆1982年版,第116页。

③ 《哲学译丛》编辑部译注:《近现代西方主要哲学流派资料》,商务印书馆1981年版,第245页。

历史唯物主义哲学认为,意志与行为是不可分割的两个方面。首先,存在决定意识。意识从物质中产生并依赖于物质而存在,因此意识要受到当时客观环境的限制,不能够超越客观环境而存在。其次,意识具有能动性。人的意识不仅反映客观世界,并且创造客观世界,^①因此,从意识对物质的反映来看,它不是消极地、被动地反映,而是积极地、能动地反映。正确的意识可以指导人们采取正确的行动,能够对事物的发展起促进作用;错误的意识可以引导人们采取错误的行动,能够对事物的发展起阻碍作用。意识具有的能动性决定了行为人对于自己的行为具有选择的自由,这种选择的自由决定了人们对其选择的后果在法律上应当承担一定的责任。最后,人的行为受其意志支配是有一定限度的。意志的自由会受到诸多客观因素如天气、环境、自己的能力等的限制,此时,行为人可能会进行不适当的观察和思考,产生错误的反映和判断,没有尽到对他人最大限度的注意。

理性哲学和实证主义哲学的观点都具有一定的偏颇性。理性哲学完全否定客观环境对于行为的影响是不恰当的,而实证主义哲学则否定人的意志的可认识性及对于行为的作用也是不合理的。只有坚持历史唯物主义哲学的观点,承认意志与行为、与客观环境之间的相互作用、相互影响才是正确的。首先,行为人的行为与主观意志之间,具有不可分割的联系,行为人实施的行为应当受到主观意志的影响。当行为人基于意志自由,实施了侵害他人合法权益的行为,就应当承担侵权责任;当行为人不具有意志自由,即使客观行为造成了损害结果,行为人也不需承担侵权责任。因此,行为人的意志过程是侵权行为存在的基础,行为人只有对于自由选择的行为造成的损害后果负责。其次,行为人的主观意志具有可认识性,当意志成为法律或道德的评价对象时,不应当仅仅考察行为人的主观状态,应当将行为人的主观状态与客观行为结合起来进行分析。若行为人的主观意志不通过外部行为表现出来,是不能够对客观世界产生影响的,若行为对于客观世界未造成影响,则谈论行为人的意志是没有意义的。最后,意志的自由会受到客观环境如天气、环境、自己的能力等影响。当行为人的意志自由受到限制时,行为人就会进行不适当的观察和思考,此时,就很容易产生错误的反映和判断。由于受客观环境的限制,行为人就可能不正确地选择自身的行为,就不能尽到对他人最大限度的注意,就会产生损害。

^① 《列宁选集》(第38卷),人民出版社1997年版,第228页。