

European Centre of Tort and Insurance Law

欧洲侵权法与保险法研究中心

UNIFICATION
OF
TORT LAW

CONTRIBUTORY NEGLIGENCE

★ ★ ★ ★ ★ ★ ★ ★ ★ ★ ★ ★ ★ ★

侵权法的统一
共同过失

U. 马格努斯, M. 马丁-卡萨斯 主 编

Ulrich Magnus/Miquel Martín-Casals (eds.)

叶名怡 陈鑫 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D950.3

13

欧洲侵权法与保险法研究中心

★ ★ ★ ★ ★ ★ ★ ★ ★ ★ ★ ★ ★ ★

侵权法的统一

共同过失

Ulrich Magnus/Miquel Martin-Casals (eds.)

U. 马格努斯, M. 马丁-卡萨尔 主 编

叶名怡 陈鑫 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

侵权法的统一:共同过失 / (西)马丁-卡萨尔斯,
(德)马格努斯主编;叶名怡,陈鑫译. —北京:法律
出版社,2009.11

书名原文:Unification of Tort Law:Contributory
Negligence

ISBN 978-7-5118-0066-4

I. 侵… II. ①马…②马…③叶…④陈… III. 侵权行为—
民法—研究—欧洲 IV. D950.3

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第195634号

侵权法的统一:共同过失	U. 马格努斯 M. 马丁-卡萨尔斯 主编	责任编辑 刘文科
	叶名怡 陈鑫译	装帧设计 马帅

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009年12月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 14.5 字数 356千

印次 2009年12月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

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 978-7-5118-0066-4

定价:35.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总译序

—

大陆法系的学者提及民法典时,指向的不仅是一部法律,而且是一个伟大的传统;对法国民众而言,拿破仑民法典几乎就是民族史诗。这既因为民法典是所有法典中难度最大、最抽象的,也因为民法典是大陆法系法律文化的标志。尽管如此,千禧年前后,世界范围内的民法典还是有两个重要变化。其一是诸多重要民法典都做了修订或调整。其重要者,如1992年荷兰民法典的翻新;瑞士联邦司法部1999年提出的《修订与统一责任法的联邦立法草案》(Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts);2001年11月德国民法的现代化改革及之前的家庭法改革;2004年日本民法典的修订;奥地利司法部2005年6月公布的学者草案《损害赔偿法修正草案》(Der Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts)等。其二是民法典的起草,其代表当然是我泱泱中华启动了民法典的浩大工程。在主权国家之外,最令人瞩目的当属欧盟的统一民法典项目。欧盟的诞生无疑既是政治、经济事件,也是观念事件。它对民族国家、公民身份、主权等观念及其实践都影响深远(看看哈贝马斯有关欧盟宪法的诸多文章吧)。欧洲议会分别于1989年和1994年通过两个关于制定《欧洲民法典》的决议,这再次印证了民法典与政治的高度相关性。历史上,《拿破仑法典》是法国革命的璀璨皇冠,《意大利民法典》、《奥地利民法典》出台的目的之一是促进民族国家统一;《德国民法典》和《希腊民法典》则多少都与民

族认同有关。欧盟民法典项目的推进,当然是其一体化不断深入的后果之一。

20世纪以来,世界变化太快了:风险剧增、生态恶化、道德滑坡、消费盛行、管制蜂起……在这种背景下,民法典虽然不至于为历史洪流淹没,但也不免漂漂荡荡,任意东西,甚至还千疮百孔;此时,再眺望支离破碎的农业家园,最多也只是一种精神思乡而已。尽管各种反民法典的声音此起彼伏,如“去法典”(de-codification)、“反法典”(anti-codification),但民法典还是通过各种形式的翻新,隐隐实现了民法典的“再法典化”(re-codification)。在市场经济、世俗化的洪流裹挟下,还没有制定民法典的国家多少都“有些不好意思”,对已经是“金砖四国”的中国而言可能尤为如此。另一方面,欧盟经济、政治一体化的进程也必然要求法制的一体化,而民法典则是这一进程中的重要环节。这一切都表明,在大陆法系国家,民法典的地位不仅没有所动摇,反而凤凰涅槃,浴火重生。

二

法学家起草法律,或许是实现其经世致用理想的最佳途径,也是其获得生前身后名的绝佳时机。法律由专业人士起草,是法学专业性被认可的标志之一。其深层的结果是,法学因此与国家权力产生了复杂的关联(所谓“知识就是权力,权力就是知识”)。在法典传统根植深厚,甚或大众都珍视民法典的欧洲,民法学者要获得修订民法典的机会都殊为不易,遑论从无到有起草民法典。因而,在欧洲虽然对是否制定统一的民法典有争议,但学者还是迅速展开了起草民法典的竞争。这种竞争虽然没有硝烟,但却有浓浓的烟火味。

早在1982年,丹麦教授兰多(Lando)就创立了欧洲合同法委员会(Commission on European Contract Law, CECL),可谓先知先觉。该委员会起草了《欧洲合同法通则》(*Principles of European*

contract law, PECL), 煌煌三卷, 影响颇大。几乎同一时间, 意大利帕维亚大学教授甘多芬 (Gandolfi) 主持起草了《欧洲合同法典》(Code Européen des Contrats), 2002 年后陆续出版。《欧洲合同法通则》极大鼓舞了欧洲私法学者, 他们开始认识到起草欧洲民法典是何其重要。1998 年, 德国奥斯纳布吕克大学教授冯·巴尔 (Christian von Bar) 创立了“欧洲民法典研究小组” (Study Group on a European Civil Code), 1999 年正式运作, 可谓“欣逢其时”。该项目每年举行两次年会, 讨论各小组起草的民法典研究项目草案。

在侵权法的统一方面, 欧洲的两个小组做出了重要贡献。冯·巴尔的小组下设“契约外债务工作小组” (Working Team on Extra-Contractual Obligations), 数年劳作后, 2006 年 11 月公布了《造成他人损害的契约外责任》(Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another, 以下简称《草案》)。1992 年, 奥地利学者考茨欧 (Koziol, 奥地利科学院欧洲侵权法研究所) 成立了“欧洲侵权行为法小组” [European Group on Tort Law, 即蒂尔堡 (Tilburg) 小组], 现称为欧洲侵权行为法小组, 冯·巴尔也曾是该小组的成员之一。该小组成员主要来自欧盟各国, 鉴于美国侵权法对欧洲的影响与日俱增, 该小组也邀请了美国专家; 而南非则因为混合了英美法与大陆法, 故南非专家也在邀请之列。

考茨欧小组自 2001 年起, 即举办“欧洲侵权法年会”, 每年出版年报。其成果主要有二: 一是《欧洲侵权法的统一》(Unification of Tort Law) 丛书。二是在比较研究和讨论的扎实基础上, 拟定了《欧洲侵权法原则》(Principles of European Tort Law, 以下简称《原则》), 2005 年正式出版。本套译丛即为考茨欧小组的主要研究成果。

三

本套丛书可分为两部分, 一是《欧洲侵权法原则: 文本与评

注》，是《原则》的条文及其解释；一是制定《原则》的基础，即各国侵权法制专题比较研究丛书。

对如何起草欧洲侵权法，考茨欧和冯·巴尔的小组在最关键的问题上达成了共识，即欧洲未来统一的侵权法不可能是法律“重述”，因为欧洲不存在“重述”的坚实基础，而只能在国别比较的基础上，尽量提取各国法律的“公因式”，提交大多数成员认为最好的方案。但如何达成这一目的，两个小组的做法却大不相同。

《原则》最重要的特色之一是采取了弹性制度（flexible system）。它其实是一种立法方法，试图解决的是立法中一个永恒的矛盾：抽象还是具体。如果立法者致力于网罗社会生活中的一切重要事实，势必会选择“巨无霸”的法律数据库；如果立法者希望法律能够适应社会生活的流变，则会选择微言大义，规定抽象的一般条款。英国著名法学家哈特把这两种情形分别称为“青蝇之眼”和“苍鹰之眼”，可谓形神兼备；德国法学家拉伦茨则分别称之为“决疑式”和抽象概括式立法风格。这两种方法都有致命缺陷。就前者而言，历史上大名鼎鼎的《普鲁士邦法》洋洋洒洒万余条，可谓巨细无遗。例如，它对主物和从物的规定就有61个条文（第42条到第102条），一些条款有些滑稽，如规定普通的鸡、鹅、鸭、鸽子和火鸡是农庄的从物，但珍禽则不是。这种方法最大的问题在于，法律条文看似整全，但其边界过于明确，虽然对法制统一颇有助益，但面对现实生活难免捉襟见肘，还可能漏洞百出。抽象概括式立法通过法官释法使法律适应社会生活，其适用首先要求法官有极高的理论素养（这类法典往往类似于一部理论专著），尤其熟悉法律类推、准用等司法技术，但法官较大的能动性却可能使民众难以放心，法律的安定性也可能不如人意。

为解决这一问题，《原则》采取了奥地利法学家瓦尔特·威尔伯格（Walter Wilburg）提出的弹性制度。其雄心当然是对前述两种立法模式兴利除弊，其要点则是明确规则的价值基础，规定法官

在个案中应考虑的各种因素,但法官在个案中可以权衡各个因素的不同影响。实际上,它与拉伦茨提到的“指令准则式”(Richtlinienstil)立法模式类似。我们以《原则》第2:102条为例说明,该条规定的是侵权法保护的利益:

(1)受保护利益的范围取决于利益的性质;价值越高,界定越精确、越明显,其所受保护就越全面。

(2)生命、身体或精神的完整性,人的尊严和自由受最全面的保护。

(3)财产权包括无形财产权受广泛保护。

(4)纯经济利益和契约关系的保护可受更多限制。此时,尤其要充分注意行为人与遭受危险者之间的紧密性,或者行为人知道其利益肯定不如受害人的利益价值大,而其行为将造成损害的事实。

(5)保护范围也受责任性质的影响,在故意侵害利益时,对利益的保护程度更高。

(6)在确定保护范围时,应考虑行为人的利益尤其是其行动自由与行使权利的利益,以及公共利益。

本条是侵权法最重要的规定之一,其目的是在“权益保护”与“活动自由”这两种对立价值之间取得平衡。本条规定在衡量利益保护时,应考虑利益的价值、定义精确性等要素,从而将利益的保护范围系于多个既定因素及诸因素的权衡和关联。但这些因素并不是都需要考虑,考虑的重点也取决于个案。

正是这一方法使考茨欧的《原则》与冯·巴尔的《草案》的风格迥异,这一差异的根本原因在于两者的目的完全不同。《草案》的目的是作为未来《欧洲民法典》的一部分,所以其条文具体,内容全面;《原则》旨在为欧洲侵权立法的协调提供一个共同的、基

本的框架，所以条文的原则性较强。如对《原则》2:102 条规定的问题，《草案》第二章（“损害”）第二节列举了各种损害类型，如第 2:204 规定了虚假信息者的赔偿责任；第 2:205 条规定了违反保密义务的赔偿责任等等。它们涉及纯粹经济损失的处理，而《原则》仅仅做了指引性规定。其他方面如严格责任等，两者规定的内容也有很大差异。

就国内讨论得沸沸扬扬的侵权一般条款，《原则》第 1:101 条规定：“（1）致他人损害的，法律上被归责者应负赔偿责任。（2）损害尤其可归责于下列各方：a）其过错行为造成损害者；b）从事异常危险活动造成损害者；c）其辅助人在其职责范围内造成损害者。”这就把侵权责任的承担分为三种：过错责任、严格责任与传统意义上的替代责任，它纳入了所有的侵权行为类型，类似于《埃塞俄比亚民法典》的做法。

虽然《原则》的风格是指引式的，但并不意味着《原则》因此沦为完全的宣教，而毫无操作意义。相反，《原则》规定了侵权法一般不愿意着墨的“因果关系”、“过错”、“抗辩事由”等内容。《原则》的一般条款也强调“归责事由”的中心地位，这就使侵权法的技术功能得以彰显。此外，《原则》对侵权救济的规定也详略得体，集中关注侵权赔偿问题，全然不拘泥于“侵权行为的后果在于责任而非赔偿”的简单认识，而是综合规定了各种救济形式。

《原则》之所以采取弹性制度，还有一个重要的现实考虑，即欧洲侵权法制的一体化只能是在各国差异基础上的一体化，法概念、法方法既要具有欧洲共同传统的特色，又不能以任何一国的制度为背景。在各国侵权制度基础上的会通与统一，将产生两方面的效果：一是规定事项的一般性，越抽象的规定越容易获得共识。对特殊问题不仅难以达成共识，而且会增加协调成本，减缓一体化进程。所以，统一的只能是侵权法最一般的规则；二是规则必须富于弹性，既要照顾到各国现行法规定的共同重要因素，又要避免解

释空间过大。如因各国规定的严格责任种类差别较大,《原则》仅仅规定了一种严格责任:异常危险的活动。同时,它还授权国内法规定严格责任的种类。但对各国共同点较多的内容,《原则》也做了具体规定,如有关多数人侵权的责任等。

尽管如此,《原则》也有诸多让人耳目一新的规定,最典型的是第4:103条(“保护他人免受损害的责任”):“具有下列情形之一的,产生保护他人免受损害的积极作为义务:法律有规定;行为人制造或控制了某种危险情势;当事人之间存在特殊关系;损害严重而避免损害容易时。”评注举了一个典型案例:甲掉入道路坑洞中,乙经过时听到甲的呼喊,但因赴约已迟到,急于赶路,故未施援手,致乙死亡。依据《原则》,甲应负赔偿责任。本条课与陌生人以救助义务(a duty to rescue),与英美法中的《好撒马利亚人法》(*Good Samaritan law*)立法理念近似,深具宗教情怀。此外,《原则》第10:401条对损害赔偿金的减缩也颇有创新意义。

现代民法的修订与制定都涉及一个极其棘手的问题:如何处理特别民法与普通民法的关系。如所周知,传统民法典通过抽象规定来处理全部私法事务,但这些中立的技术规范因现代生活的复杂化已经不敷适用,民事规范散落在特别法中。在这种法律背景下,民法典究竟应一如既往,提供市民社会问题的永恒解决之道,还是建立一个大而全的民事问题数据库?在侵权法方面,这一问题尤为突出,铁路、航空、核能、环境污染等纷纷花落别家,民法典是否要整合这些规范?就《原则》的背景而言,欧盟与侵权相关的条例和指令众多,深刻影响了各国的侵权法制度,把传统国内法搞得支离破碎、凌乱不堪。《原则》对“严格责任”只提供了一个共同框架,而没有实质性解决这一问题。相对而言,《草案》则列举了严格责任的具体类型,如动物、产品、机动车与危险物质造成的责任等,其第3:206条(危险物质或散发物造成的损害之责任承担)则统合了一些特别法规定的侵权责任,避免了对特殊侵权行

为的琐碎列举。

欧盟民法典项目的启动,可以说是法律史上饶有意义的—一个轮回(当然是表面上的)。欧洲以罗马法为基础,长期存在普通法或共同法(ius commune),它并非成文法,而是靠口传心授传承。随着民族国家的形成,各国都有了自己的民法典,现代欧洲已不存在这种法律了。民法典项目的推进,多少是新形势下朝着共同法传统的回归。它是否能够通过、何时能够通过,最终当然是个政治问题。2004年,欧盟宪法在各国公投时,BBC的记者揶揄道:“欧盟宪法?拜托,我还是喝杯咖啡吧!”(A European Constitution Do me a favour, All I wanted is a cup of coffee.)学者推动的民法典草案是否会遭遇到这样的命运呢?估计起草者自己都不知道。

四

本译丛的专题涉及侵权责任的确和损害赔偿中的几个最重要因素,如违法性、因果关系、严格责任、损害和损害赔偿等。

专题丛书与考茨欧小组制定《原则》的程序有关。该小组将草案分为不同的主题。在讨论一个主题时,邀请一位成员担当报告人,并由其起草一份问卷。问卷由两个部分构成:一般问题和具体案例,很多案例借自不同国家的判例法。经会议讨论、修订后,再邀请成员根据问卷草拟一份该主题的国别报告。随后,报告人提交一份基于国别报告起草的比较报告。经全体会议详细讨论,就重要问题达成共识后,报告者草拟条文,全体会议讨论条文后最终定稿。

专题丛书都以问题为中心。各国作者针对问卷表的问题,结合本国的通说、立法和司法实践做出回答。主编在国别报告的基础上撰写比较报告,指出各国的异同,为草案相关主题的拟定提供基础。

问卷表的设计别具匠心。以《损害与损害赔偿》专题为例,该书设计的问题包括两个部分:一般理论问题与案例分析。前者涉

及损害赔偿的目的、损害赔偿法的一般原则、损害的各种类型、损害赔偿的评定等特别立法；案例分析既包括从各国提炼出来的典型案例，也包括充分体现该专题核心问题的假定案例。通过这些问题及其解答，我们基本上可以窥见各国侵权法的核心制度。

五

关于这套译丛，免不了还得谈谈其翻译理由，就是它对中国的意义。《文本与评注》一书的意义似乎不言自明，《原则》的条文无疑是我们可以参考、借鉴的对象，毕竟它是欧洲侵权法学者集体智慧的产物。而且本书在评注每个条文时，都分为起草的背景、欧洲侵权法概览、条文说明、与其他条文的关系、例证等方面。这有利于读者全面理解《原则》条文的内容及其适用。

专题丛书最大的优点有二：一是直观简明，二是重点突出。丛书以问卷为中心，国别报告的核心是解答这些问题。丛书并非高头讲章，也没有复杂的理论论证和逻辑推演，而是直接深入到了问题的内核。对有争议的问题，作者提供了通说和反对观点及其各自的理由。这样，丛书的信息就相当集中，而且省去了读者筛选有用信息的时间。如此，读者就可在较短时间获得更多的有用信息。

谈到丛书的中国意义，免不了还要对中国的侵权法制置喙一二。毋庸置疑，中国侵权法与国情有千丝万缕的微妙关系，如我们还在讨论“侵权责任与物权请求权的区分”、“赔礼道歉是否应为责任形式”、“加害人承担刑事或行政处罚责任是否影响其民事责任，以及财产性责任中民事责任是否应当优先”之类的问题。这也表明，中国侵权法的背景之一是要灌输私法性观念，如此一来，法制成熟国家的一些当然之理就堂而皇之地进入到中国法中。我国现行侵权法的诸多规定也与《原则》大相径庭，如最高法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（法释[2003]20号）第3条规定的“直接结合与间接结合”、第5条规定的连带责任的免除等；更为突出的是行政法规、部门规章对侵权法

基本原理的僭越。“中国问题”的特殊性是否足以构成中国特殊规则的理由，欧洲同仁的工作成果也许会激发我们更多的思考。另外，对侵权法是否具有、有多少普适性规范，我们也可能会有更多的感知。

六

译事艰难。这或许是译者为自己开脱的最好理由，对所有认真的译者而言，事实也如此。本译丛的翻译还因两个因素而大大增加了难度：一是考茨欧小组的成员来自于众多国家，大多数成员的母语都并非英语，其表意能力当然不如使用母语。句子成分残缺、界定不明、词语错误的情况多有，译者已做了最大努力根据上下文做了调整。二是本书以英语介绍大陆法系侵权法制度，若干制度名称的转译就成了大问题。比如丛书使用“patrimony”来表示财产，这一术语虽然为很多欧陆民法典的英译本所采，普通法系的继承法也使用，但在侵权法领域，英美法并不使用这一术语。

有位翻译名家（好像是施康强先生）对翻译做了一个精彩的比喻：翻译如挑重担走路，负者走了一二百里，难免气喘吁吁，踉踉跄跄，姿态不雅。批评者如壮汉横空出世，夺过重担，只手高举，稳若泰山，姿态可观。借用这个比喻并非是为译者开脱，而是表明本译丛必然存在错误。我们欢迎出于理解的、真诚的批评，即使是尖刻的、吹毛求疵的。

译丛的面世必然是因缘际会的产物。本套译丛缘起于2007年中国社会科学院法学研究所于敏研究员的提议，经谢鸿飞与考茨欧教授联系后，时任法律出版社学术分社编辑徐雨衡大力推动本书的出版。徐雨衡为此协调了出版社诸同仁：郭亮先生为本书联系了版权，法律出版社社长黄闽先生惠允本丛书纳入出版计划。徐雨衡还多方联系译者，使本译丛得以顺利翻译。本译丛的最终面世，也仰赖于法律出版社法学学术·对外合作出版分社朱宁社长、刘文科编辑的各种帮助和扶持。法律出版社

编校部张波主任及其他诸同仁,为本书的校勘付出了艰辛的劳动与耐心,统一了译丛的体例,减少了错讹,令我们非常感动。我们也感谢考茨欧教授拨冗写序和对译丛出版的关注。感谢缘分,感谢这些可爱的人们。

中文本序

《欧洲侵权法原则》(以下简称《原则》)是欧洲侵权法小组在广泛比较研究的基础上起草的。这些原则并非是对现行侵权法的简单重述。各国法律制度虽然有很多类似之处,但依然存有诸多差异。目前为止,我们还找不到制定“重述”的坚实基础。因此,本小组只好提交大多数成员认为最好的方案。当然,本小组致力于起草能为大多数欧盟成员国所接受的草案。本小组依据现行各国的完善法制,或引入一些新规则制定本《原则》,但其目的并非是要提出目前还不为人所知的原创性规则。相反,本小组尊重欧洲各国法律的共同基础,以及其数个世纪以来的学说和实践。毫无疑问,不考虑这些瑰宝是极其无知和傲慢的。

本《原则》服务于欧洲侵权法未来的发展与和谐。这一目的可以通过多种方式实现,其实现的程度也各有千秋。我们真诚希望,通过以下方式,本《原则》将有助于法律和谐,最终为未来欧洲的侵权法提供一个基础:更丰富的(可能也是更细致的)讨论;激励各国立法者;向欧盟展示其制定的指令和条例如何整合为一个前后一致的系统。本《原则》已经激发了学者的讨论,而且也为一些国家的最高法院所援引,还影响了一些国家的新立法草案,如奥地利和捷克的侵权法草案。在这个意义上,本《原则》成功了。

应当指出,本《原则》的一个特征是,采取了弹性制度(flexible system)。立法者和本《原则》的起草者面临如下选择:其一是使用宽泛的语言,制定相当抽象的一般条款,其好处是在调整后适应多种情形,即使立法时没预见的情形。但它的代价是在非判例

法国家,其不可预见性过于突出,至少在法律上如此。我们想想《法国民法典》就明白了。它目前还有大量神秘的侵权法条款。从它的法律文本中,你很难知道现行法的实际情况是什么;如果再看看法国法院的实践,很难相信它是以寥若晨星的民法典条款为基础的。另外一种方法则是穷尽每个细节,法律的可预见性比前一种法律要强得多,但这也使法律文本相当繁复,而且根本不具有可读性——至少对立法而言,这不是让人喜欢的特色。而且,这种僵硬的规定还有在法律与社会之间出现鸿沟和不谐和的风险。奥地利法学家瓦尔特·威尔伯格(Walter Wilburg)发展了一种摆脱这种困境的方法,即前面提到的弹性制度。按照这种模式,一条规则应明示其价值基础,而且,对适用于个案的法条,应揭示为寻求公正合理解决方案时应考虑的相关因素。但是,在一个法条中,这些因素也不是被集中规定为一个严格的检查清单,并非所有个案都要考虑每一个因素。相反,这些因素指导法官去寻找解决方案,在这一过程中,她可以权衡各个因素的不同影响。比如,某个案件应考虑四个因素,但前三个因素相当有力,她就可以认为该规则应当充分适用了。有人可能会说,做出这些判断往往是个衡平游戏。但按照弹性制度制定的规则使这些因素更为重要也更有可预见性,因为它详细说明了其赖以建立的价值。同时,判决过程也不再是神秘的,因为作为比较标准的要素已经明确列举出来了。我们的这种特殊工作必须融合不同的法律制度——但在涉及特殊的侵权法解决方案时其价值并无不同,其间,这一技术被证明是很有帮助的。本《原则》的第4:102条就是本小组努力贯彻弹性制度的一个很好范例:

“必需的行为标准是指理性人在具体情景应遵守的标准。它尤其取决于行为所涉的受保护利益的性质和价值,活动的危险性,行为人被期待的专业知识,损害的可预见性,关系人之间的亲密性或特殊的信赖关系以及预防措施或其他替代方法的可获得性及

其费用。”

对此,我们也可以简单选择表述为:如果某人的行为没有达到“理性人在具体情景应遵守的标准”时,她就有过错。事实上,我们项目的一个竞争者——欧洲民法典研究小组,采取的就是这种方案。但我们认为,我们的文本通过列举在具体情景中应考量的因素,为“注意”概念的相关标准增加了更多实质内容。但这并不是说在个案中所有要素都是决定性的,我们的指导只是为法官评定恰当的注意义务提供了指导。

如果注意到过错责任和严格责任并非截然对立,不仅无法用很有说服力的标准区分,而且两者之间还存在中间区域,那么弹性制度就进一步提供了开放空间。第4:102条强调了在确定注意义务时认定危险的重要性。本《原则》还关注危险的等级,对危险程度不足以适用严格责任的危险(第4:201条)和企业活动(第4:202条),适用证明责任倒置。它因为推定被告应承担过错责任,所以强化了责任;证明过错并非先决条件。这就创造了过错责任和严格责任的一个中间领域。

最后但并非最不重要的是,弹性制度有助于避免不合理的“要么全输,要么全赢”的解决方案,因为它允许在确定责任时考虑一些因素,不考虑一些因素。例如第3:103条规定:

“在存在多个活动时,如每一活动都可以同时单独地造成损害,但不能确定事实上是哪一个引起了损害,则每一活动在其可能造成损害的范围内,都是损害的原因。”

一个典型的例子是猎人案例,中国可能也有类似案例。两个猎人站得很近,他们同时开枪射杀一只鹧鸪。他们没有注意到子弹穿过了人行道,击中了—一个行人。到底是谁的子弹击中的无法判断。欧洲现行法律制度在这一问题上出现了分野:两人应承担连带责任还是不承担责任。按照本《原则》的第3:103条,两人都应承担—责任,但每人都只承担—半的责任,因为他们两人击中受害