

过错对无过错责任 范围的影响

基于侵权法的思考

刘海安 著

THE INFLUENCE OF FAULT TO THE SCOPE
OF LIABILITY WITHOUT FAULT



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

过错对无过错责任 范围的影响

基于侵权法的思考

刘海安 著

THE INFLUENCE OF FAULT TO THE SCOPE
OF LIABILITY WITHOUT FAULT



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

过错对无过错责任范围的影响——基于侵权法的思考/
刘海安著. —北京:法律出版社, 2011. 11
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2671 - 8

I. ①过… II. ①刘… 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(2011)第 215377 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/周丽君

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/独立项目策划部

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/张建伟

开本/A5

印张/12.75 字数/268 千

版本/2012 年 1 月第 1 版

印次/2012 年 1 月第 1 次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2671 - 8

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导论/1

- 一、本书的选题缘起/1
- 二、本书的思想基础/9
- 三、本书的研究方法/14
- 四、本书的论证思路/15

第一章 无过错责任的本质/17

第一节 归责原则的本质/17

- 一、归责原则的界定/17
- 二、归责原则的特性/24
- 三、归责原则的体系/41

第二节 无过错责任的解读/47

- 一、无过错责任的界定/47
- 二、无过错责任的定位/53
- 三、无过错责任的理论依据/69

第二章 过错介入无过错责任的进路/77

第一节 过错的现代解读/77

- 一、过失的解读/77
- 二、故意的解读/110

三、过错的综合解读/115

第二节 过错影响无过错责任的方式/118

一、责任成立与责任范围的分野/119

二、过错影响无过错责任成立的可能性之否定/120

三、过错影响无过错责任赔偿范围的可能性之肯定/125

四、结论/128

第三章 加害人过错对无过错责任赔偿范围的影响/129

第一节 加害人过错影响赔偿范围的原理/129

一、过错程度的理解/129

二、填补性责任下加害人过错影响赔偿范围的原理/149

三、惩罚性责任下加害人过错影响赔偿范围的原理/168

第二节 无过错责任中加害人过错对赔偿范围的影响/186

一、加害人过错影响无过错责任赔偿范围的司法实践/187

二、加害人过错影响无过错责任赔偿范围的理由/189

三、加害人过错影响无过错责任赔偿范围面临的困惑及其排除/196

第三节 加害人过错在含无过错责任的共同侵权中对赔偿范围的影响/206

一、共同侵权与无过错责任的关系/206

二、加害人过错对含无过错责任的共同侵权赔偿范围的影响/240

第四章 受害人过错对无过错责任赔偿范围的影响/260

第一节 受害人过错的解读/260

一、受害人过错的界定/262

二、受害人过错的构成要素/271

三、受害人过错的认定模式/278

第二节 受害人过错影响无过错责任赔偿范围的原理/282

一、受害人过错影响加害人赔偿范围的理由/282

二、受害人过错影响加害人赔偿范围的方式/285

三、受害人过错影响加害人赔偿范围的原理在过错责任中的体现/290

四、受害人过错影响加害人赔偿范围的原理在无过错责任中的

体现/304

第五章 过错与因果关系的关系——以影响赔偿范围的功能为角度/316

第一节 因果关系的解读/316

- 一、因果关系的界定与分类/316
- 二、事实上的因果关系之认定/332
- 三、法律上的因果关系之认定/335

第二节 过错与因果关系在影响赔偿范围上的关系/358

- 一、因果关系对赔偿范围的影响/358
- 二、因果关系与过错在影响赔偿范围上的相对独立性/363
- 三、因果关系与过错在影响赔偿范围上的相互牵连性/364
- 四、因果关系与过错在影响赔偿范围上的独立性与牵连性的关系/371

第六章 过错影响无过错责任赔偿范围的制度设计/372

第一节 加害人过错影响无过错责任赔偿范围的制度设计/372

- 一、现有关于加害人过错影响赔偿范围的进路及其缺陷/372
- 二、单独侵权中加害人过错影响无过错责任赔偿范围的制度设计/375
- 三、共同侵权中加害人过错影响无过错责任赔偿范围的制度设计/381

第二节 受害人过错影响无过错责任赔偿范围的制度设计/387

- 一、现有关于受害人过错影响赔偿范围的进路及其缺陷/387
- 二、单独侵权中受害人过错影响无过错责任赔偿范围的制度设计/389
- 三、共同侵权中受害人过错影响无过错责任赔偿范围的制度设计/392

结论/395

后记/398

导 论

一、本书的选题缘起

(一)现象:无过错责任与过错责任的接近

越来越多的学者注意到了无过错责任与过错责任的接近现象。

如迪特尔·施瓦布指出:“侵权责任(这一般是德国法对过错责任的特别称呼——笔者注)和危险责任虽然在结构上互不相同,但是它们之间也有着共同点和相互连接的通道,因为两种责任类型最终都服从于适当的风险分配观。我们的生活越是受制于技术和难以控制的组织,砝码就越是基于应予谴责行为的责任向出自公平风险分配观的责任倾斜。”〔1〕

另有学者认为,基于过错责任的灵活性,严格责任规则与过失规则的实际结果非常相似并没有什么。〔2〕欧洲侵权体系一般适用不考虑人身的、智力的或个人情绪的因素的客观标准。这被认为对于充分保护社会其他成员对抗损害风险是必要的。这不意味着义务标准被设置到无法达到的高度。既然过错的客观标准不是建立在个人的道德上,那么,它在一定程度上便被(与对被告行为的估量不起或仅起一点作用的)严格责任同化(assimilated)了。〔3〕“当过失的标准是客观的,被告可能因合理人不会犯但是他因自己的鲁莽、笨拙或愚蠢而

〔1〕 [德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第283页。

〔2〕 See Franz Werro, Vernon Valentine Palmer (ed.), *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, Carolina Academic Press, 2004, p. 406.

〔3〕 See Franz Werro, Vernon Valentine Palmer (ed.), *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, Carolina Academic Press, 2004, pp. 387 - 388.

造成的过错而负责。尽管名义上是因过错而担责任,被告实际是被课以严格责任。”〔1〕

另有学者注意到在无过错责任中的一些技术条件要求责任的存在以可预见性的满足为前提,据此就认为无过错责任与过错责任相接近了。如他们指出,不可抗力、第三人行为或受害人过失的抗辩,意味着介入因素必定使得预见与避免不可能。原则上,责任是严格的,但过失观念通过抗辩回来了。基于危险活动及事故的法律上联系的中断的抗辩把严格责任带到了过错责任的附近。〔2〕在英国,上议院于1994年判定赔偿的损害必须是被告可预见的,此时 *Rylands v. Fletcher*〔3〕规则被带到离过失侵权更近了。〔4〕

如何理解过错责任与无过错责任的接近现象?两种责任是否存在在共同的责任依据?我们如何对待过错责任与无过错责任的接近现象,是断然否定两种责任的接近性还是在肯定其接近性的基础上合理疏导这一现象?

(二)不成功的解释:无过错责任与过错责任共同责任依据的探寻

为理解和调整无过错责任与过错责任的接近现象,人们做了很多尝试。其中一种尝试便是探寻两种责任共同的责任依据,认为它们本质上并无原则性的区别。倘若果真找到了完全符合两种责任的依据,这自然有利于人们理解两种责任的接近。然而遗憾的是,到目前为止尚无完全成功的尝试。

1. 现有主要的关于无过错责任与过错责任共同责任依据的探寻

(1) 无过错责任乃因附条件的过错而生的责任

Robert E. Keeton 于1959年发表的《侵权法中的附条件过错》一文中,认为无过错责任乃因附条件的过错而生。Keeton 在分析严格

〔1〕 Tony Honoré, *Responsibility and Fault*, Hart Publishing, 1999, p. 86.

〔2〕 See Franz Werro, Vernon Valentine Palmer (ed.), *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, Carolina Academic Press, 2004, p. 407.

〔3〕 *Rylands v. Fletcher* (1868), L. R. 3 H. L. 330.

〔4〕 See Franz Werro, Vernon Valentine Palmer (ed.), *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, Carolina Academic Press, 2004, p. 403.

责任时指出,尽管与我们在侵权法中一般使用的过错不同,将严格责任视为与同过错极其相似的单独观念紧密相关的方面是有用的。尽管在术语上(in the term)没有魅力(magic),“附条件的过错”是一个标明这一观念的方便方式。^[1]他认为附条件过错适用的案件均具有一定的“可责性”(blameworthy),并承认“可责性”于此是在行为人不应去做某事的非法律意义上使用,依非法律标准的某种判断标准使用,即依通常指向道德标准的一组标准中的某种标准使用。^[2]

葛瑞高瑞·C. 克廷采用同样的观点,他论述道:“我将过失责任和严格责任之间的区别描述为过错和有条件过错之间的区别。这样一来,严格责任和过失责任的根本区别就是:在严格责任下,对那些被某一行为所特有的风险伤害的人进行损害赔偿是合法行为的一个条件。”^[3]他举了 *Loe v. Lenhardt* 案中法官的用语为佐证:“过错的要素,如果可以被这么叫的话,在于被告在对其邻居施加高度危险时进行的深思熟虑的选择,尽管这么做遵守了最高注意义务。”^[4]于敏认为,在无过失责任理论之一的危险责任论中,必须承认责任的原因存在于对如何控制危险状况,行为人未能采取妥当的措施这一点上。单纯的包含着危险的事实不应视为责任的原因,责任的原因存在于没有适当地处理危险要素之上。在无过失责任中得到认定的责任根据,应该说仍然是一种“欠缺”。应该通过解释构成一种将上述危险责任中的“欠缺”也包括在内的新的过失概念,通过过失责任的形式,认定实质上的无过失责任。^[5]

[1] See Robert E. Keeton, Conditional Fault in the Law of Torts, *Harvard L. Rev.* 72(1959), p. 418.

[2] See Robert E. Keeton, Conditional Fault in the Law of Torts, *Harvard L. Rev.* 72(1959), p. 419.

[3] [美]葛瑞高瑞·C. 克廷:“意外事故侵权法的社会契约观念”,载[美]葛瑞尔德·J. 波斯特马主编:《哲学与侵权行为法》,陈敏、云建芳译,北京大学出版社2005年版,第38页。

[4] [美]葛瑞高瑞·C. 克廷:“意外事故侵权法的社会契约观念”,载[美]葛瑞尔德·J. 波斯特马主编:《哲学与侵权行为法》,陈敏、云建芳译,北京大学出版社2005年版,第38页。

[5] 于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社2006年版,第15~16页。

(2) 无过错责任如同过错责任乃因注意义务之违反而生的责任

这种观点认为,无过错责任(严格责任)也是因注意义务之违反而生,只不过“理论上讲,严格责任所要求的注意和谨慎高于传统的过失责任所要求的,但两者之间总的来说并无任何原则上的区别”。〔1〕如廖焕国认为:“我们生活在一个危机四伏的社会,随着危险的升高,行为者的注意义务扩大,责任亦随之增大。其中某些行为虽具危险性,但为社会发展所需,因具有社会相当性而得以正当化。但危险继续升高,超过了社会的容忍限度,无论行为人尽何种程度的注意都不能为法律所允许。可见注意义务随着危险升高而提高,它是贯穿侵权行为体系的一条红线,不但过错责任中有存在之必要,而且在无过错责任中亦不可或缺。依注意义务之偏离的现代责任法分类标准,过错责任和无过错责任的界限是模糊的,也无法加以科学的界定。因为附加在理性人身上的注意义务要求越严格,不当行为责任就越接近无过错责任;据以确定注意义务标准的人群限定得越小,不当行为范畴的主观色彩就越浓。”〔2〕胡彦香也指出:“通过对严格责任和过错责任的实质分析,我们不难发现:隐藏在过错责任和严格责任下的,是各种不同的‘人像’以及侵权法对行为人高低不等的义务要求。在某些活动领域,法律对行为人的注意义务要求相对较低,即要求履行一般普通人之注意义务、专门职业之中等人员的注意义务、特定活动之大多数人的注意义务等等。当行为人不能达到这些注意标准而给他人造成人身或财产损害时,侵权法便对其课以损害赔偿的法律后果;当行为人满足了法律提出的义务要求时,即使其行为对他人造成了损害,法律也不对其进行否定性的评价。行为人因没有达到一般注意标准而承担的责任,即为我们通常所说的过错责任。在另一些活动领域,法律对行为人提出极其严厉的注意义务要求,即无论如何要保证不对他人造成损害。一旦其行为或其监管下的人的行为或物损害了他人的 人身或财产,法律便责令其进行损害赔偿。在这些领

〔1〕〔德〕克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下),焦美华译,法律出版社2004年版,第402页。

〔2〕廖焕国:“注意义务与大陆法系侵权法的嬗变——以注意义务功能为视点”,载《法学》2006年第6期。

域,行为人因没有满足极高的注意标准而承担的责任即为我们所说的严格责任。”〔1〕

(3) 无过错责任与过错责任均是因非相互性风险而生的责任

风险相互说(reciprocity of risk)乃由 George P. Fletcher 提出,并产生了深远影响。他认为,受害人所受损害的风险,与受害人对加害人的同类致害风险相比,因受害人在程度上更大和在秩序上(in order)不同而使其有权利获得赔偿,简而言之,受害人有权利因非相互性风险产生的损害而获得赔偿。相反,无责任的案件是那些具有相互性风险的案件,即受害人与加害人被归于严格的相同程度风险的案件。Fletcher 进一步指出,相互性范式(paradigm)打断了严格责任、过失和故意侵权的区分,如果加害人的致害风险是非相互性的且没有可宽宥事由(excuses),他就应承担侵权责任。严格责任依风险相互说解释最为妥当,将严格责任适用于风险相互的案件几乎没有意义,除非可以推理说短期内某些人可能比其他人遭受更多的损害以及该些损害应转嫁于社群中的其他成员。一个过失风险,一个不合理风险,是不当(unduly)超过相互性界限的风险。这样,过失导致的风险与以通常方式参与相同活动的司机和打球者产生的风险相比是非相互性的。同样的道理适用于加害人故意侵权场合。〔2〕

2. 现有主要的关于无过错责任与过错责任共同责任依据的探寻之不足

(1) 认为无过错责任乃因附条件的过错而生的责任之观点的不足

以附条件的过错解释无过错责任的观点试图将无过错责任建立在某种道德标准之上,从而打破过错责任以道德性为基础而无过错责任则无道德性可言的这一观念,进而在道德基础上探寻两种责任之间的共同依据。然而,这一探寻并不成功。

首先,将无过错责任以“附条件的过错”与过错责任相靠并不妥

〔1〕 胡彦香:“外国侵权法中严格责任地位研究——兼论中国的相关问题”,厦门大学2007年博士学位论文。

〔2〕 See George P. Fletcher, Fairness and Utility in Tort Theory, *Harvard L. Rev.* 85 (1972), pp. 542 ~ 550.

当。诚如 Keeton 所承认,“附条件的过错”仅是一种方便的称谓,只是指涉某种因违反道德标准而表现出的“可责性”而已,并非法律意义上的可责性。可见,“附条件的过错”论承认其所谓过错与法律意义上的过错之明显区别,此种称谓极易导致无过错责任的道德依据与法律意义上过错的混淆,非明智之举。

其次,“附条件的过错”论并未达到探寻两种责任共同责任依据的目的。该理论只是表明了无过错责任依然具有一定的道德基础,但其承认此道德基础与因过错而具有的可责性并不相同。这其实没有真正找到无过错责任与过错责任的共同责任基础,泛泛而论二者均有一定的道德基础并不能说明问题。

(2)认为无过错责任乃因注意义务之违反而生的责任之观点的不足

将无过错责任视为注意义务之违反而生的责任并不妥当,原因在于,从构成要件上看,无过错责任并不要求注意义务的履行。无过错责任意味着侵权责任的成立并不考虑过错,行为人纵然没有过错,只要其行为符合了法律规定的标准,行为人即应承担赔偿等侵权责任。而注意义务乃是采取合理措施防止损害发生的义务,其前提应要求行为人可以预见且有能力防止且应防止损害的发生。在过错责任的场合,注意义务的满足可能要求行为人在行为的同时采取必要的预防措施,也可能要求完全停止行为人的行为。之所以可以要求行为人停止其行为,乃是因为其行为有过错,即行为人欲推进的利益与受害人可能受损的利益相比,后者应受到保护。在无过错责任的场合,行为人并没有被法律要求停止其行为,反而常常是法律出于社会发展的需要鼓励行为人之行为的实施,只不过以对该行为造成的损害承担责任为前提而已。在那些法律不禁止实施行为之场合,损害的产生风险很大,且往往行为人无法防止损害的发生,更谈不上应防止损害的发生,此时谓行为人违反了注意义务实在牵强。在法律上谈义务意味着承担者为保护权利人必须履行法律课予的负担,意味着义务的违反本身(而非义务违反后的损害结果)会遭到法律的否定性评价。而在无过错责任场合,法律并没有对行为人的行为给予否定性评价,只是对其行为的致害结果课予负担(即侵权责任),毕竟行为人的行为常常是

受到法律鼓励的,何来否定性评价可言?虽然从规则效果上来看,行为人为可能会为避免对致害结果承担责任而努力采取预防措施,这只是无过错责任对行为人的激励作用的体现,并不能因此认为行为人应负有注意义务以避免损害结果的发生。

(3)认为无过错责任与过错责任均是因非相互性风险而生的观点之不足

表面看来,各种侵权责任乃因非相互性风险而生的观点具有相当的说服力,但实际并非毫无瑕疵,比如非相互性风险并不能妥当解释过失责任。

相互性风险说将过错责任也纳入因非相互性风险而生的责任范畴,认为一个过失的风险是不合理地超过相互性风险的界限的风险。虽然过失在 Fletcher 的前述文章中被视为主观意志之欠缺并置于可宽宥之事由中发挥作用,但此处 Fletcher 所谓的过失似是根据现今通行理解的角度(即将过失视为注意义务之违反)来理解的。他认为过失的风险乃是超过相互性风险界限的风险,这意味着他将过失视为非相互性风险的体现。然而非相互性风险的得出须主要考虑的主要是致害可能性及损害的严重程度,但过失其实并非仅考虑致害可能性、损害的严重程度,还需要考虑加害人行为推进的利益、预防措施之难易程度、加害人主观意志状态等因素,因此二者得出的界限并非完全相同。Fletcher 将过失视为非相互性风险的体现乃是基于将加害人(比如是一个司机甲)过失时的风险与受害人(比如是另一个司机乙)无过失时的风险相比得出的结论,但他忽略了受害人乙也可能因其过失以相同的风险致本案加害人甲损害,在这一意义上司机甲的致害风险与司机乙的致害风险乃是相互性的,因此依据风险相互说的逻辑双方互不負責任。

何况,非相互性风险乃是基于加害人对受害人的致害风险与受害人对加害人的致害风险的比较而得出的结论,而过失的定性并无相互性的比较,只是对单向的致害是否合理的关注。以医生致病人受害为例,依据相互性风险说,医生定然承担侵权责任,因为医生从事的乃是专业活动,病人几乎不可能从事该种活动给医生治病,故而医疗风险可谓非相互性的,倘无可宽宥事由,侵权责任成立。而过错责任的认

定并不关注病人对医生的致害风险是否相互,其须关注的乃是医疗风险能否与其他因素一起证成医生过失的存在。当过失不存在时,纵然医疗风险是非相互性的,医生仍然不承担责任,除非法律规定适用无过错责任。但从各国实践来看,医疗事故很少适用无过错责任。

总之,我们没有真正找到放之四海而皆准的两种责任的共同责任依据,这便出现了一个问题:这是否意味着现有的两种责任接近的现象是不合理的从而是应被我们摒弃的?

(三)出路:以现有制度解释与调整无过错责任与过错责任的接近

探寻无过错责任与过错责任的共同责任依据是为了合理解释两种责任的接近现象,但未找到二者共同的责任依据并不能否认二者的接近现象之合理性。探寻无过错责任与过错责任的共同责任依据既是一项极有价值的艰难工程,也是理解两种责任接近现象的一条路径,但理解两种责任的接近现象并非必须从二者的共同责任依据着手,我们完全可以观察造成二者接近的那些规则制度及相关因素,只要证成这些制度及相关因素是合理的,便可理解两种责任的接近现象。同时,我们也可通过对造成二者接近现象的规则制度及相关因素的考察发现哪些地方妥当,哪些地方不妥,哪些可以用来修正或指导将来规则制度的设置。

1. 以现有制度解释与调整无过错责任与过错责任的接近之合理性

无过错责任与过错责任的接近系由现有制度因素体现出来的。既如此,解剖了造成两种责任接近的现有制度因素,分析了这些制度因素是否具有合理性,我们便可发现两种责任的接近是否合理。比如,其中一些现象是,在无过错责任中,不可抗力、第三人行为或受害人过失的抗辩这些介入因素使得预见与避免不可能,这些因素通过可预见性观念、法律上因果关系的观念等阻止或减轻加害人的责任。这些制度使得一些人认为过失观念通过抗辩因素回到了无过错责任的附近。前述可预见性观念、法律上因果关系的观念是否正确?无过错责任是否以可预见性观念为必备要素?对这些问题的回答无疑关系到对两种责任之间接近现象的理解。

2. 现有制度因素之一:过错对无过错责任赔偿范围的影响

过错对无过错责任赔偿范围的影响乃是造成无过错责任与过错责任接近的一个制度。例如,《美国侵权法重述(第三次):有形损害责任》第6章第33节规定:“(a)故意导致有形损害的行为人应对其损害承担责任,尽管损害发生的可能性小。(b)故意或莽撞导致有形损害的行为人应承担比仅具过失时导致的损害更广范围的损害的责任。一般的,行为人的道德可谴责性——如体现于从事侵权行为的原因及目的,行为欲图的和威胁到的损害的严重性,行为人为偏离适当注意的行为的程度,是决定责任范围的重要因素。(c)故意或莽撞造成损害的行为人不为非由其故意或莽撞行为增加的损害风险导致的损害承担责任。”该节规定的适用范围并未仅限于过错责任类型,而是横跨过错责任与无过错责任的规则被规定于责任范围(scope of liability)一章。而受害人过错对无过错责任赔偿范围的影响更是为很多国家(包括我国)的法律所规定。这些制度无疑使得无过错责任与过错责任更加接近。

问题在于,过错影响无过错责任赔偿范围这一制度是否具有合理性?如何正确认识和设置这一制度?这一制度在侵权法体系中具有何种地位?这些相关问题正是本书关注的核心内容。至于其他影响无过错责任与过错责任接近性的制度并非本书主旨所在,除在个别相关部分有所涉猎外,本书未予顾及。

二、本书的思想基础

不当风险,归其主人。这八个字可谓本书思想基础的凝练。

(一)不当风险的理解

风险乃是某危险源的致害可能性与损害严重性的乘积。^[1] 不当风险意味着某危险源的致害可能性与损害严重性的乘积比通常情形要大。在危险源是人的行为的场合,不当风险意味着人的意志与行为偏离了通常应有的标准(即意志与行为具有瑕疵),因此与通常

[1] 参见[美]史蒂芬·R.佩里:“结果责任、风险与侵权行为法”,载[美]葛瑞尔德·J.波斯特马主编:《哲学与侵权行为法》,陈敏、云建芳译,北京大学出版社2005年版,第126页。

情形〔1〕相比其致害可能性或损害严重性提高了。在危险源是物(动物或无生物)的场合,不当风险意味着监管人的意志与行为偏离了通常应有的标准,因此与通常情形相比其致害可能性或损害严重性提高了。〔2〕可见,不当风险属于某危险源在通常情形的致害风险之外提高的那部分风险,而被提高的该部分风险是由人的意志与行为之瑕疵导致的。可以说,人的意志与行为瑕疵必然会不当提高致害风险,而致害风险的不当提高必然意味着人的意志与行为具有瑕疵,二者互为充要条件。风险的不当性正意味着意志与行为的瑕疵性。德国法系将意志瑕疵视为过错,而将行为瑕疵视为违法性,因而风险的不当性在德国法系体现为人的过错及行为的违法性。英美法系将过失视为意志与行为瑕疵(尤其是行为瑕疵),而将故意视为某种意志瑕疵,因而风险的不当性在英美法系通常体现为过失和故意(即过错)。〔3〕

(二)不当风险的归属

不当风险应由造成该不当风险的人承担。这正是“不当风险,归其主人”的核心内容。此处“主人”即造成不当风险的人。这意味着因不当风险的实现而产生的责任应由造成该不当风险的人承担,而造成该不当风险的人正是对损害的发生具有意志与行为瑕疵的人。何以不当风险应由具有意志与行为瑕疵从而导致该风险提高的人承担?答案主要来自于自己责任的理念。自己责任的理念要求行为人为自己可归责的行为承受不利益。

自己责任的理念之所以被人们广为接受,至少有两个理由。

其一,自己责任的理念体现了交换正义和公平观念的要求。依据交换正义,行为人自愿选择某种行为,应当为该行为附带的不良后果承受不利益。在行为人具有故意的场合,行为人明知其行为会导致损害的发生而自愿选择该行为;在行为人具有过失的场合,行为人应知

〔1〕 通常情形即某人没有意志与行为瑕疵的情形,至于意志与行为瑕疵的判断采客观判断模式还是主观判断模式,则是另外的问题——该问题并不影响瑕疵情形与通常情形的相对存在。

〔2〕 哪怕动物致害责任属于无过错责任,该性质也不影响动物监管人因其监管过错而不当提高致害风险。

〔3〕 关于过错与违法性的相关观点,参见本书第二章第一节。

其行为会导致损害的发生而自愿选择该行为。在一些无过错责任场合,行为人明知其行为对他人具有异常危险,且明知危险实现后法律会要求其填补造成的损害,而仍然自愿选择该异常危险行为,行为人应承受该损害带来的不利益。倘若该损害直接由他人承受(比如加害人开车将他人撞伤,伤害只能先由他人承受),则行为人应将他人承担的损害转嫁于自身(比如伤害治疗费用的转嫁);倘若损害直接由行为人自己承担,则行为人不能将该损害的不利益转嫁他人。这是行为人自由行为的代价,体现了交换正义及公平观念的要求。

其二,自己责任的理念与法律指引人们行为从而实现良善秩序的目的相一致。“之所以让人承担责任,是因为我们推测这种实践会影响其将来的行动;其目的在于让人们知道在将来可比较的情势中他们应该考虑一些什么问题。由于人们一般都对自己行动的环境知道得最清楚,所以我们让他们自己作出决定。但尽管如此,我们仍须想到上述环境还允许他们利用自己的知识,达到最佳效果。我们因为假定人们具有理性而给予他们自由,我们必须通过让他们承担其行动的结果,从而使他们值得作为有理性的动物去行动。这并不意味着假定一个人总是可以对其利益做出最佳判断,只是意味着我们永远无法确知谁比他更清楚其利益,意味着我们希望充分利用这些人的能力,因为这些人能够对我们使环境服务于人类目的的努力做出一些贡献。”〔1〕

(三)“不当风险,归其主人”的地位

“不当风险,归其主人”这一思想,既能指导侵权责任的成立,又能指导侵权责任范围的确定,因而在侵权法中具有基石般的地位。

1. “不当风险,归其主人”的思想对侵权责任成立的指导

加害人的过错责任正是“不当风险,归其主人”这一思想的体现。过错责任意味着责任的成立须以过错的存在为必要,正是过错满足了该责任成立的可归责性。过错的可归责性来源于风险的不当性,因过错的存在致使风险被不当提高,依据“不当风险,归其主人”这一思想,风险的主人——即具有过错的人——应承担风险实现的责任。受

〔1〕 [英]弗雷德里希·哈耶克:《自由宪章》,杨玉生等译,中国社会科学出版社1999年版,第114~115页。