

2010年 第一辑

(总第三十八辑)

审判研究

王利明 / 陈燕萍工作法的时代品格

施建辉 / 侵权责任法的理论构造与实践再造

焦 泉 / 论物联网的知识产权保护与创新

耿宝建 / 法律要如何去解释

赵晓鹏 / 视频分享网站的类型区分与侵权责任认定

南京市中级人民法院课题组 / 行政许可法实施现状调查及
司法对策研究



2010年 第一辑 (总第三十八辑)

T R I A L

审判研究

S T U D Y



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

审判研究. 2010年. 第1辑:总第38辑/《审判研究》编辑委员会编. —北京:法律出版社, 2010. 7

ISBN 978-7-5118-0897-4

I. ①审… II. ①审… III. ①审判—研究—中国
IV. ①D925.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第118397号

©法律出版社·中国

责任编辑/李群

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×960毫米 1/16

印张/15.5 字数/246千

版本/2010年7月第1版

印次/2010年7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 978-7-5118-0897-4

定价:20.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《审判研究》编辑委员会

主 任：公丕祥

副主任：周继业

委 员：（按姓名笔画为序）

刁海峰	马 荣	马汝庆	马志相
王世华	帅巧芳	叶兆伟	刘 华
刘亚平	刘媛珍	汤小夫	李玉生
李后龙	时永才	吴立香	何 方
宋 健	张 屹	张培成	陆鸣苏
范 群	茅仲华	周茸萌	周晖国
屈建国	胡道才	俞灌南	姜洪鲁
贺强兴	徐清宇	唐伯荣	蒋惠琴
谢国伟	褚红军	薛剑祥	

主 编： 马 荣

副 主 编： 孙 轍 沈明磊 曹也汝

编辑部主任： 孙 轍（兼）

副 主 任： 魏 明

执 行 编 辑： 魏 明

专家论坛

- 1 王利明 / 陈燕萍工作法的时代品格
9 施建辉 / 侵权责任法的理论构造与实践再造
20 焦 泉 / 论物联网的知识产权保护与创新

特 稿

- 31 耿宝建 / 法律要如何去解释
——从《工伤保险条例》中“机动车”的解释谈起

专题研究

- 46 陈海挑 刘静静 / 惩罚性赔偿问题探析
——以《侵权责任法》第47条为视角
56 赵晓鹏 / 视频分享网站的类型区分与侵权责任认定
——基于司法案例的分析
74 刘金霞 / 透视《侵权责任法》未明示的界域
——民事诉讼侵权
85 陈静芳 贾冰一 / 自首扩容问题研究
96 郁临清 刘苏娜 / 不当得利“没有合法根据”要件的证明责任
适用

司法改革

- 106 杜开林 魏 明 / 死刑指定辩护的现状与改革方向
——基于某中级人民法院刑事一审案件的
实证分析

目 录

2010年第1辑(总第38辑) Trial Study

调查报告

- | | |
|--|-----|
| 行政许可法实施现状调查及司法对策研究
——以南京市五年司法审查情况为切入点的考察/
南京市中级人民法院课题组 | 121 |
| “宽严相济”语境下的缓刑适用
——以基层法院缓刑适用为样本/刘 怀 李 红 | 135 |
| 加班工资纠纷调查研究 / 南京市玄武区人民法院民三庭 | 148 |

各抒己见

- | | |
|------------------------------------|-----|
| 有限责任公司股权出质限制问题研究/康 波 | 174 |
| 强制拍卖细节之思考
——浅议拍卖公告和保留价/杨 松 | 185 |
| 虚假诉讼理应入刑
——虚假诉讼罪及其立法构想/陈亚玲 | 194 |
| 对经济犯罪刑事自由裁量科学性和公认度的思考
/ 张 强 王广田 | 205 |
| 刑事立案监督合理定位探讨/程晓燕 | 215 |
| 受贿犯罪中“利用职务上的便利”内涵与外延的修正/吴家明 | 224 |

审判参考

- | | |
|-----------------------------------|-----|
| 江苏省高级人民法院关于强制执行程序中财产
调查的规定(试行) | 233 |
|-----------------------------------|-----|

专家论坛

陈燕萍工作法的时代品格

王利明*

伴随着中国社会治理现代化的不断推进,时代强烈呼唤能够回应社会变革的司法新方法。陈燕萍,一个普通的女法官,扎根基层十四年,办理了3100多件案件,无一错案、无一上访、无一投诉,在工作中总结出了一套以“用群众认同的态度倾听诉求、用群众认可的方式查清事实、用群众接受的语言诠释法理、用群众信服的方法化解纠纷”为内容的工作方法,这套“情法辉映、曲直可鉴”的工作法之所以奏效,是因为它贴近生活、贴近实践、符合民众、符合基层司法的规律和要求,是基层司法审判工作经验的提升和总结。归根结底是其契合了中国社会时代发展的需要,把握了基层司法的规律特征,体现了新时期司法的实践理性。认真总结陈燕萍的工作方法,对我们搞好基层司法工作、实现司法公正、促进社会和谐,具有重要的意义。

一、陈燕萍工作法体现了司法公正的要求

司法公正,是指审判人员依法独立地行使审判权,切实保障公民、法人和其他组织的合法权益,真正做到有法必依、执法必严、违法必究。司法公正,直接关系公民的财产和人身安全,经济的有序、健康发展以及政治的稳定和社会的和谐。司法的最高价值理念是公正,正如温家宝同志所指出的,公平正义比太阳还要有光辉。对作为社会正义最后一道防线的司法来说,尤其如此。陈燕萍工作法体现了司法公正的要求。

* 中国人民大学法学院教授。

(一) 严格依法司法保证实体公正

司法公正要求严格适用实体法。法官顾名思义就是“司法之官”，其基本职责就是严格地执行法律，法官对法律的服从，首先表现在对法律文本的服从。司法审判人员正确运用实体法而公正地裁判。伯尔曼指出，在法治社会中，“法律必须被信仰，否则它将形同虚论”。〔1〕而要树立全社会对法律的崇尚、尊重乃至信仰，必须借助司法机构的严格执法行为才能得以实现。一方面，法官在司法审判中应当严格依据实体法裁判，有法不依、不顾法律的裁判是恣意、不合法的裁判，裁判结果完全违背实体法则为枉法的裁判。另一方面，法官应当在法定职权内行使裁量权，并应依法接受对其裁量活动的监督。如果法官在行使自由裁量权时超出法定权限，就很有可能在正义的幌子下从事非法的裁判活动。当然，适用法律并不是完全机械地操作或运用法律，法律规则不是“书本上的法律”而是“活的法律”，它必须要能够针对特定社会的现实需要而加以灵活地运用，才能产生法律调整的最佳效果。正如 O'Meara 所指出的：“法律条文不变成一潭死水，而欲活生生地在司法判决的过程中，正确地、合理地解决人类现实生活上永无止息的纷争，最重要的前提，它必须能配合和适应人类各种不同的需要，而此前提有效成立的必要条件就是法官的态度。”〔2〕陈燕萍工作法具有几个特点：一是在裁判中说理透彻，以理服人。陈燕萍严格依法裁判，切实保障人民的合法权益，真正做到有法必依、执法必严、违法必究。但又并不是生硬地照搬法律，而是注重裁判说理。要让当事人理解法律并不是想象中的冰冷的处罚规则，只要依照法律行事，法律是保障人们权益最好的工具。二是情理交融，寓法于理。其中的“理”不是简单的生活道理，而是蕴含着生活道理的法律规则及其背后的法律原理，是情理之上的法理。陈燕萍把握了司法公正的精髓，引理入法，然后根据具体案件的不同当事人，将深奥的法理、难懂的术语、复杂的法律关系，用通俗易懂的语言表述出来，向当事人诠释法律丰富的内涵，而非简单地引用法条。通过辨法析理，实现胜败皆服。三是以理补法，弥补法律欠缺。法官履行职责的前提是要正确理解法律、发现法律背后的道理，但法律也可能具有一定的滞后性，所以需要法官通过创造性地适用法律来弥补法律的不足。

〔1〕 [美]伯尔曼：《法律与宗教》，三联书店1991年版，第14页。

〔2〕 O'Meara, J. Natural law and Everyday law, In Macquigan M. R. Jurisprudence, University of Toronto Press, 2nd (1966), p. 621.

(二) 准确审核证据保证程序公正

程序才是法治的生命。公正的程序与公正的裁判是不可分割的,“审判程序只是法律的生命形式,因而也是法律的内部生命的表现”。〔3〕程序的基本价值在于保障裁判的公正。司法过程本身是在一定的冲突和矛盾存在的情况下,将各种矛盾和纠纷转化为一定的技术问题,通过一定的程序加以解决。程序是诉讼的游戏规则,依据程序进行的诉讼才是法律意义上的诉讼,正如依循规则进行比赛才能称为真正的竞赛一样。依据程序进行的诉讼,才能保证诉讼的平和和稳定,行为的规则性、进程的连续性、事件的可预测性,以及实际结果的确定性和自缚性。〔4〕现阶段,我们既不能实行完全的“当事人主义”的审判方式,使法庭变成双方当事人行使诉讼技能的竞技场,也不能倒退到存在众多弊端的“超职权主义”审判方式,继续由法官包揽诉讼。陈燕萍工作法并不是简单地否定谁主张谁举证的证据规则,也不是简单地否定必要的职权探知主义,而是通过当事人举证、适度深入调查取证、严格审核证据等环节,尽力查清事实。这一工作法契合了中国农村的现实特点,弥补了农村群众经济能力有限、举证能力不足、证据意识单薄等方面的欠缺,更多地发挥了法官的积极作用,实现了当事人主义与职权主义的有机结合。强调法官在事实真伪认定不明且符合主动调查证据的情形时,应当深入调查,到案发现场了解案件实际情况,通过法官的职权来发现真实。陈燕萍工作法没有否定必要的证据规则,而是灵活补强证据不足的现象,实现法律真实与客观真实的统一。陈燕萍工作法强调严格审核证据,充分尊重当事人提供的证据材料,一方面尊重当事人主体地位与处分权;另一方面强调法官对诉讼程序的能动干预,融合了两种诉讼模式的有益成分。

需要指出的是,我们提倡陈燕萍的工作方法,并不是要鼓励基层法院的法官都要脱下法袍到田间地头去审判。司法要贴近民众,尤其是基层司法更要贴近民众,但是绝不能因此而否定严肃公正的法庭审判的重要性。伯尔曼指出,严格的法律仪式是公正的象征,它“不仅使法官本人,而且也使所有其他参与审判过程的人,使全社会的人都在灵魂深处体会到,肩负审判重任者必须摒弃个人偏见、任何先入为主的判断。”〔5〕现在坐堂问案似乎成了一个贬义词,这种看法是值得商榷的。我们要反对衙门作风、官僚主义,但绝不能否定坐堂问案,因为现

〔3〕《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1956年版,第178页。

〔4〕江伟:“论裁判力的客观范围”,载《法学研究》1996年第4期。

〔5〕前引〔1〕,[美]伯尔曼书,第38页。

代社会中司法审判的大量工作就应该是通过严肃公正的法庭审判的方式完成的,大量的案件还是要通过严肃公正的审判方式来解决。法院是国家权力的象征,庄严的法庭、严肃的法官形象,这是一国法律秩序所不可或缺的。

(三) 发挥多元化的纠纷解决功能,提高诉讼效率

迟来的正义非正义,司法公正蕴含对效率的要求。陈燕萍工作法通过调解手段实现案结事了人和,实现了诉讼的经济高效。当事人在诉讼过程中接受调解既节省当事人支出的诉讼费用,也有利于案件的执行,是高效率的审判。陈燕萍工作法符合效率原则,表现在以下三个方面:一是通过倾听诉求限制司法的恣意裁量。陈燕萍耐心接待当事人,认真听取当事人的意见,有效保证裁判结果的公正性,减少因为司法不公而在资源方面的损失和浪费。二是通过调解结案尽量减少案件的延误。陈燕萍在审理案件时优先考虑以调解方式结案,并整合社会资源合力化解矛盾纠纷,保证纠纷的及时解决,从而避免当事人和法院在诉讼过程中不必要的损失和浪费。三是通过便民取证降低程序的成本。陈燕萍工作法的便民利民强调的不仅仅是到田间地头问案处理,更多的是脱下法袍到人民群众中去了解民情,通过职权发现案件真实,降低诉讼成本。

发挥多元化的纠纷解决功能,注重调解结案,确有助于案结事了。在今天,人们对司法的需求日益提高,但人民群众将纠纷提交人民法院裁判,并不是为了简单获得一纸不能得到执行的判决,其更关心自身权益是否得到了切实有效的维护,问题是否得到了真正的解决。^{〔6〕} 因此注重调解结案,提倡案结事了,对通过程序努力化解社会矛盾、实现社会和谐是十分必要的。但需要指出的是,案结事了并不是司法的终极目标,也不是司法追求的最高价值,司法的最高价值是公正,即公平正义。如果法官通过诱导性陈述、强迫调解,在并非当事人真实意愿的前提下做到表面上的案结事了,这必然会带来很多潜在的隐患,并会出现案结事不了、案结事了人不和的现象。所以我们提倡陈燕萍工作法,仍然要坚持能调则调、当判则判、调判结合的方针。我想这也是陈燕萍工作方法所证明的、行之有效的审判工作经验。

二、陈燕萍工作法蕴含司法民主的基因

司法的民主性,是指司法应充分体现人民的意志和利益,审判活动应体现民

〔6〕 江苏法院陈燕萍工作法研究小组编:《陈燕萍工作法研究报告》,2010年印刷。

主性,并受到人民的有效监督。司法的民主性是我国社会主义司法的本质所在,它要求司法审判人员应当以对人民高度负责的精神,主持正义、维护公正、清正廉洁、秉公执法,并且要自觉接受人民的监督。陈燕萍工作法将亲民爱民作为一种工作方法,体现在具体的工作中。陈燕萍发展出了以温情接待、耐心倾听、换位思考为内容的真心贴近群众的基本方法,平等对待当事人,自觉接受当事人的监督,体现了司法民主的要求。

(一)陈燕萍工作法体现司法的内部民主

司法程序本身就体现了民主性,程序的设计应当尽可能有利于当事人在诉讼中充分表达自己的诉愿,通过程序努力发现客观真实。坚持司法民主应充分保障个人诉讼权利,克服程序法中的国家本位主义思想。法官应当耐心听取诉讼当事人的意见。在我国原有的体制下,采取超职权的审判方式,法官主要采取纠问式的方法,而没有给当事人提供更多的充分表达意见的机会。由于法官包揽了案件的事实调查和取证,也没有对当事人及其律师提供的证据予以充分的信赖,对当事人的辩论意见没有给予充分的尊重,因此,这种审判方式的缺陷在于其非民主性,不仅不能保证法官的中立,而且因不能耐心听取当事人的意见而不能保障裁判的公正。^{〔7〕} 陈燕萍工作法很重要的一点是尊重当事人的程序权利,平等对待当事人,充分保障当事人诉讼权利,耐心倾听当事人意见,体现了司法为民的情怀。陈燕萍工作法以人民利益为根本出发点,怀着对亲人一样的态度对待当事人,通过亲民爱民的工作态度拉近司法与人民群众之间的距离,用群众认同的态度倾听诉求。无论是在诉讼还是在调解过程中,都能够耐心地听取各方当事人的意见,依法与当事人进行交流,使当事人既感受到法庭的威严,又感受到法庭的温暖。

(二)陈燕萍工作法体现司法的外部民主

司法的外部民主主要表现在对司法的民主监督上。任何权力如果不受到必要的监督和制约,必然会导致腐败,司法权也同样如此。不受监督的司法权只能导致司法的专横和腐化。我们要尊重法官的依法独立审判,但这并不意味着法官不需要接受任何监督。陈燕萍工作法强调司法应自觉接受当事人的监督,接受群众的评判。在此,陈燕萍工作法主张要尊重民意,但并非顺从民意。司法是否应当反映民意,是一个值得探讨的问题。在我国,按照民主性的要求,司法裁

〔7〕 陈桂明:“民事诉讼中法院职权的弱化及其效应”,载《法学研究》1992年第6期。

判应当充分体现民众的意愿,努力反映民众的要求,但在反映民意的过程中应当保持依法司法的品格。在绝大多数情况下,民意是公正的,法官切实做到想群众之所想、急群众之所急、帮群众之所需,为民作主,为民排忧解难,才能使司法反映民意。在任何社会司法公正都要反映民意,因为在绝大多数案件中,公众对是与非、善与恶都存在着一些基本的判断,如果司法的裁判与公意完全背离则难称公正。从总体上说,法律是反映广大人民的意志和利益的要求,体现了人民的基本公正观念,所以严格执行法律就是反映公意、反映民意。但是,我们说尊重民意,并非意味着完全依据民意来适用法律,完全以民意代替审判。民意是重要的参考,但不是唯一的、决定性的因素。在很多时候,民意的把握可能是很困难的。例如,在网络侵权案件中,民众可能仅仅看到当事人权益的保护,而对于信息自由、技术创新的理解没有形成共识,所以,可能其理解并不全面。而如何平衡当事人权益保护与信息自由和技术创新的关系,正是法官要考量的问题,其不应简单地依据民意,更不能简单地依据“网民之意”来解释并适用法律。有时候民意只是反映了部分地区部分人的观点,如果法官完全按照某一地方的民意来进行裁判,由民意主导裁判,则与全社会的主流民意不一定是符合的。当然,在绝大多数情况下,民众的意见可能充分地反映了社会的需要,法官在确定社会效果时,要充分予以重视,法官也应当经过充分的社会调查来了解民意。陈燕萍工作法将法理与情理结合起来,充分考虑社会公众的一般道德原则,但仍然得在法律的框架下评断是非,不是屈于民意,而是深挖法律条文背后的立法理念,用法律的思维促进移风易俗。〔8〕

三、陈燕萍工作法有利于促成法律人品格的养成

从亚里士多德开始,法律人普遍认同法治的基本含义在于良好的法律获得普遍遵守,这是法治的最基本标准。司法的最终目的,是使法律得到严格遵守,司法正义得到完全实现,但在司法过程中,作为司法主体的人的因素至关重要,因为司法的成效最终取决于裁判者的素质和品格。陈燕萍工作法自始至终严格依法办案,在弄清事实真相的基础上,把握法律规定的内涵与实质,认真贯彻法

〔8〕 参考江苏法院陈燕萍工作法研究小组撰写的《陈燕萍工作法研究报告》。陈燕萍在处理一起因通道引发的案件中,原被告是亲兄弟,因琐事两家伤了和气,弟媳还打了大伯一个耳光。哥哥便在弟弟家外出道路上挖了一个坑,要求弟弟用当地农村迷信的“拜六眼(用猪牛羊的眼睛)、鸣爆竹”方式以祛除晦气,为此弟弟将哥哥告上法庭。陈燕萍祛除封建陋习,积极引导双方移风易俗,调解结案。

律的精神,真正做到既以事实为依据,又以法律为准绳,保障法律秩序的安宁,有利于促成法律人品格的养成。

(一) 忠于法律,以法理服人

法治国家的理性原则是要求法律至上。法律至上是党的利益至上、人民利益至上的根本保障。法治的实现要求严格守法,法律的至高无上性必须深植于人们心中,严格守法成为社会成员生活的基本信念和准则。陈燕萍工作法首先要求法官要作为法律的守护者,应当在裁判活动中严格依循法律的一切规则。陈燕萍工作法的出发点和落脚点是忠于法律,严格按照法律办事,遵循法律的形式理性,不枉法裁判。其次,这一工作法也要求法官知法懂法,注重法理。法官作为一种特殊的职业,其主要任务是适用法律、正确处理各种纠纷。只有知法懂法才能正确适用法律。陈燕萍工作法不仅要求懂得法律,而且要懂得法律背后的道理,并将这些道理讲述给当事人,使当事人服判息讼。

(二) 具备法律人的正确思维方式

裁判者的思维方式应当有一种良好的法律意识和依据法律思考的习惯。裁判者要习惯听取当事人的不同意见,从中找出最佳方案,应当具有对证据进行审核和判断的能力,还应当注重逻辑三段论,将法律规范和案件事实巧妙结合起来,从而得出正确的裁判结论。而陈燕萍的工作法正体现了这种法律人的正确思维方式。

陈燕萍不是一味地强调调解结案,而是结合案件的具体情况,从如何实现当事人利益最大化,如何使案件的示范效应最大化,如何做到案结事了,保证法律效果与社会效果的最佳统一的角度,分析案件是以调解结案为佳,抑或以判决结案更优,有意识地选择案件的结案方式。^{〔9〕}这是新时期的司法工作在解决纷争时必须遵循的基本规则。在重视调解的前提下,如果把“调判结合”四个字去掉,不仅不符合程序法的规定,而且会使法院的职能根本无法体现,同时也会导致大量的因强迫调解、以判压调而使法律规则被扭曲,法律应有的安定性被破坏。一味强制调解,法律的示范和指导作用就会被压制,不利于社会价值观体系的塑造。最高人民法院对此也予以了肯定,在强调调解是高水平司法的同时,不放松调解与判决的有机对接。

〔9〕 参考江苏法院陈燕萍工作法研究小组撰写的《陈燕萍工作法研究报告》。

(三)具备良好的职业道德和操守

法官所从事的审判活动常常被视为主持公道、伸张正义、惩恶扬善、抑浊扬清,带有强烈的“善行”色彩,然而这一切都取决于法官本身是否公正廉洁。按照亚里士多德的观点,公正是个人的美德。然而,对于法官来说,公正是其基本的素质。理想的法官就是公正的化身,而缺乏公正意识的法官根本不是真正的法官。司法的权威性很大程度上依赖于法官严格遵守职业道德和纪律,维护司法整体形象的行为。司法的权威性与每个法官个人公正执法、清廉正直和专业爱民的形象是分不开的。正如美国法律协会为法官专门制定的司法行为守则中明确声称的,“无论是作为个人还是集体存在的法官,都必须尊重和珍惜公众对司法的信赖,努力增进和保持公众对法律制度的信心。”^{〔10〕} 每一个审判人员都应当意识到自身的言行关系到整个司法在人民群众中的印象以及司法的公信力问题。陈燕萍以公正司法、一心为民的职业操守,惩恶扬善、弘扬正义的司法良知,秉公办案、清正廉洁的优良作风,正直善良、充满爱心的个人品质,体现了法官良好的职业道德,彰显了新时期法官的独立品格。裁判者通过亲民爱民的态度,润物细无声地化解纠纷,让民众切实感受到社会公平正义就在身边,提升了社会公众对司法主体、司法程序、司法运作过程和司法裁决的认同和尊重、信任和依赖,从而有助于树立和提升司法权威。

四、结语

陈燕萍工作法是基层司法方法的凝结,是回应时代、回应基层,贴近实践、贴近群众,契合国情、契合民情,符合司法规律和法治要求的一套人民司法新模式。陈燕萍工作法回应了我国社会转型时期的司法需求,符合时代的实践理性,体现了基层司法工作者应对基层司法工作的新特点,应当成为新时期人民法官参考的审判方法。

〔10〕 王利明:《司法改革研究》,法律出版社2001年版,第581页。

侵权责任法的理论构造与实践再造

施建辉*

《侵权责任法》的出台为侵权法的基本问题提供了法条参照,搭建了侵权法的基本体系。但侵权法的构造仍是理论上一直争论的问题,特别是对过失和因果关系的讨论一刻都没有休止,如何构造符合中国国情的侵权法框架成为学界的强烈期待。与《侵权责任法》的尘埃落定相反,各式各样的不法行为层出不穷,《侵权责任法》自颁布之日即显示其有限性和滞后性,开放侵权法的研究伴随着侵权法的实践而欣欣向荣。

一、过失的判断标准

我国《侵权责任法》第6条^[1]和第7条^[2]明确了我国侵权责任制度实行过错责任和无过错责任相结合的原则。过错责任原则,是指行为人对损害发生必须有过错才承担侵权责任。过错是一个主观和客观要素相结合的概念,它是故意和过失的状态,在该状态的支配下,行为人从事了在法律和道德上应受非难的行为。对过失的判断应当采取客观的标准,而对故意的判断应坚持主观标准。^[3]通说认为,过失是指行为人对自己行为的结果应当预见或者能够预见而没有预见,或虽然预见了却轻信这种结果可以避免。应当预见或能够预见而没

* 东南大学法学院教授。

[1] 《侵权责任法》第6条规定:“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。”

[2] 《侵权责任法》第7条规定:“行为人损害他人民事权益,不论行为人有无过错,法律规定应当承担侵权责任的,依照其规定。”

[3] 王利明:《侵权行为法研究》(上卷),中国人民大学出版社2004年版,第472页。

有预见,称为疏忽;已经预见而轻信可以避免,称为懈怠。^{〔4〕} 实践中对故意的判断较为容易,经常出现的问题是如何判断过失,由此引出过失的构造问题。

(一) 过失构成的前提要件——结果预见可能性

根据过失的定义,应该以行为人具体的注意能力作为过失的判断标准,但司法实践中,判例学说经常以通常人的抽象主义能力作为判断标准,以“抽象的过失”即“客观的结果回避义务违反”为判断标准。但无论哪种标准,其判断的内容都是对一定结果的发生是否有“预见可能性”。我国通说将结果发生的“预见可能性”视为过失构造的重要内容。

将结果预见可能性作为结果回避注意义务产生的前提条件是法逻辑的必然结果。因为如果行为人预见到损害结果的发生而不采取防止措施,则当然应该受到道义上的非难,故当行为人对行为导致的损害结果事先已经预见或应该预见时,当然应该尽到防止损害结果发生的注意,即承担结果回避注意义务。所以,结果预见可能性必然是结果回避注意义务产生的前提要件,是过失构成的重要部分;如果行为人在实施加害行为时对损害结果的发生没有预见或者不可能预见,则当然不必承担结果回避注意义务,也就不必承担过失责任。那么在实际判断中,什么是预见可能性的预见对象就显得格外重要。

1. 应当预见的对象

结果预见可能性的对象究竟为何? 对此存有两种观点:一种观点认为预见的对象不应是具体的、特定的损害,只要是某些抽象的危险就行。因为在能够预见到行为有某些抽象的危险存在时本不应当实施这样的行为。另一种观点为反对说,认为尽管现在的社会生产活动几乎不可避免地存在或多或少的某些抽象的危险(如在交通工具、医院、餐厅、工厂等场所进行的经济活动都蕴藏着一定程度的可预见的某些抽象的危险),但是社会并没有因为这些抽象危险的存在就禁止这些生产活动的进行。但社会要求进行这些活动的行为人对能够预见的危险或者损害要承担具体的危险回避义务。只有当行为人违反具体的危险回避义务时,才应该受到道义和法律的谴责。我们认为具体预见对象说比较可取。结果预见可能性的预见对象应该以社会和法律要求行为人应该承担怎样内容的结果回避义务为前提,并且根据结果预见可能性与结果回避义务的相互关系来决定应该预见的危险或者损害的具体程度和范围。在这一前提下,根据行为人

〔4〕 上引书,第482页。