

论违法与过错认定

——以德美两国法的比较为基础*

叶名怡

内容提要:违法与过错认定关系密切。德国侵权法规定,违反保护性法律即推定或推论行为人有过错。美国法上行为“本身即侵权”理论则确认,违反保护性法律即被推定有过错,违反非保护性法律被视为存在过错的相关证据。保护性法律的特征体现在个别保护、受保护主体、客体等方面,对其甄别主要依靠法律解释。被违反之法律的特性与过错认定的强度有直接关联。此规则勾连了侵权法与其他部门法,有效地统合了违法与过错,并有利于保护受害人,理应为我国侵权立法所借鉴。

关键词:违法 过错 推定

叶名怡,西北政法大学民商法学院讲师,法学博士。

在侵权案件中,行为人违反强行性法律规范,是否可以直接被视为有过错,还是其违法行为仅仅可以推定为有过错,或是此等违法行为只不过可以作为行为人有过错的一种相关证据?此问题在理论上和实践中均具有重要意义。因为不同的处理方式会令行为人与受害人之间的证明责任分配发生重大变化。如果违法者因为其违法行为而直接被视为有过错,则受害人不仅可以不必证明行为人有过错,而且行为人也不得通过举证来推翻这种“不可推翻的推定(视为)”。如果行为人因为其违法行为而被推定为有过错,则受害人不必证明行为人有过错,但行为人可举证来证明自己事实上无过错。如果违法行为仅仅是行为人有过错的相关证据,则受害人仍然有证明行为人存在过错的责任,原被告双方还要就行为入是否有过错展开论辩攻防。既然违法与过错认定二者之间关系非常重要,那么它们之间究竟是何种逻辑关系呢?这正是本文力求解决的中心问题。本文拟从德国法和美国法的类似立法例入手,详细剖析违法与过错的关系,并着力论述其中核心概念——保护性法律——的认定与甄别方法,最后讨论德、美两国的类似立法例对于当下中国侵权责任法制定的重要借鉴意义。

* 本文系国家社科基金项目“侵权法立法研究”(项目批准号:07BFX033)的阶段性研究成果。

一 违反制定法之法律意义

(一) 德国侵权法上的违反保护性法律之侵权

德国侵权法体系包括三个小概括条款,即《德国民法典》第 823 条第 1 款、第 2 款以及第 826 条;此三条规范所针对的侵权通常被称为“权利侵害型侵权”、“违反保护性法律侵权”^[1]以及“故意背俗侵权”。所谓保护性法律,系指为某一类群人的某类利益针对某种侵害提供保护的强行性法律规范。保护性法律不仅包括制定法,而且还包括习惯法。

需说明的是,德国法上违反保护性法律侵权规范中的“违法”与德国法系侵权法中的“违法性”不能等同。作为侵权构成要件之一的违法性,其并不要求行为人必须违反侵权法之外某项法律,而仅仅是指满足《德国民法典》上述三项侵权法概括条款之一。正因为如此,冯·巴尔尖锐地指出:“这(不法性)不过是修辞上的堆积和重复而已……‘不法性’概念不过是对条文中所罗列内容的再次总结而已。它并不具有责任法上的独立功能。”^[2]违反保护性法律之侵权法规范,其含义是指:由于行为人违反某一类制定法并造成他人损害,从而构成侵权,即因为违法或违反法定义务而侵权;此处违法是侵权的表现形式或者说是侵权构成的最重要原因。

被违反的强行性法律规范是否属于保护性法规,构成了违反第 823 条第 2 款而需承担责任的核心问题。法律规范本身不会直接指示出其保护性法规的特征,因此,在实践中判定被违反的法律是否为保护性法律是属于法官的职权。一般来说,判断的过程包含如下内容:

第一,该法律是否具有个别保护的性质。其关键标准在于,所涉及的法律规范是否意图对援引第 823 条第 2 款的人提供个人保护;因此单纯对公众提供保护的条款并不符合要求。一项保护公众的条款,只有当它同时也试图对具体的受害人提供保护时,才可被视为保护性条款。例如,德国某州《土地建筑条例》要求工人在施工期间,对公共交通用地、水电供应等设施予以保护,必要时采取安全防护措施;某施工工人在私人土地上挖掘作业时损坏了供电企业的电缆,导致某用电企业经济损失。此案例中,被违反的行政法规不能被视为保护性法规,因为此法规仅在一般意义上对公众予以保护,对用电人的个人保护不是该法规的主旨。^[3]

第二,原告必须证明他属于法规欲保护的人之一或群体成员之一。一项法律条款可能旨在保护私人利益,但原告不一定在受保护的范围之内。例如德国《道路交通法》第 21 条第 1 款第 2 项,乃是为了保护他人免受无证驾驶人驾车所产生的危险,而不是为了保护违反该项法律而无证驾驶的本人。^[4]又如《德国民法典》第 909 条规定不得过度挖掘损害邻地安全,此条受保护的人仅限于周围直接的邻居,因此,即便更远一点的邻地也受到影响和损害,受害人也不得援用此条作为保护性法律。^[5]

第三,受侵害的客体为该制定法所保护的利益。如德国《刑法典》第 319 条“建筑危险

[1] 《德国民法典》第 823 条第 2 款规定:“违反保护性法律给他人造成损害者,须承担损害赔偿,无过错也可能违反法律的,仅在有过错的情况下才发生赔偿责任。”该条款通常被称为违反保护性法律之侵权法规范。

[2] 参见[德]冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下卷),焦美华译,法律出版社 2001 年版,第 282 页。

[3] 参见[德]马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社 2006 年版,第 144 页。

[4] 参见[德]马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社 2006 年版,第 146 页。

[5] Erwin Deutsch, Hans-Juergen Ahrens, Deliktsrecht, 4Aufl., Muenchen, 2002, S. 107.

罪”的事实要件只对他人的身体和生命予以保护,因此若只是房屋渗漏而导致的修缮费用则不能依据《刑法典》的这一条款追究第 823 条第 2 款的侵权责任。

第四,原告必须证明所发生的损害是该保护性法规想要避免的侵害引起的。例如某项制定法所力图避免的侵害方式是传染病导致牲畜死亡,那么,由于风浪引发的牲畜死亡就不再为该制定法所保护。

在德国的司法实践中,迄今为止,被认定为保护性法规的条文大体有如下四类:^[6]第一类为《民法典》本身的条款。如第 226 条(权利滥用之禁止)、第 906 条(不可量物的侵入)等。第二类为数量众多的《刑法典》条款。例如第 123 条(非法侵入他人住宅)、第 142 条(交通肇事逃逸)、第 222 条(过失杀人)等。第三类是其他一些联邦法律和法规中的若干条款,这些法律法规包括股份法、职工保险法、工商业管理条例、反限制竞争法、食品法、城市交通法、民事诉讼法等。此类法律范围极其广泛,不过大多数法律涵盖的保护性条款较少。第四类是各州的规定,如巴伐利亚州的森林法、普鲁士的道路清洁法等法律法规的若干条款,但只能在各州领域内作为保护性法规。

保护性法律规范的存在意义和价值有三:其一,它是其他部门法规范承载价值的中转器、传送带,尤其可将数量固定的、成熟的公法上的行为标准延伸到民法中,并能够对违反这些规范的行为施以私法上的损害赔偿救济。其二,一般过失责任扩展到纯粹经济损失,只要该纯粹经济利益被法律所认可。其三,当《德国民法典》生效时,第 823 条第 2 款的规定还发挥了第三种作用,即无形的人身利益的保护,此功能随着第 823 条第 1 款将一般人格权认可为法益而告完结。^[7]

(二)美国侵权法上的制定法之违反

在美国侵权法中,违反制定法规范可作为行为人存在过失的自动证明,即“行为本身即过失”规则,此规则最早适用的对象主要涉及铁路部门、危险低劣食品的承办商、未贴标签的毒剂,以及雇佣童工的雇主。^[8] 在第二次世界大战后,美国颁布了相当数量的制定法,该规则的适用场合也大大扩展,相关的制定法规范涉及如要求游泳池配备救生员,船上有照明灯,符合特定要求的建筑,保护建筑工人的安全设置,保护乘客的烟雾报警器,危险物品如枪支、酒精的销售等。制定法规定的义务(法定义务)被视为普通法上注意义务的具体化,围绕制定法之违反的问题通常是行为人是否违反行为标准,亦即其是否有过失,这与英国的情形不尽相同。^[9]

在美国,如果一项制定法本身没有规定侵权责任的法律效果,那么,法院有权自由创设侵权法规则并加以适用。不过,美国《侵权法重述》和大多数美国法院都支持将制定法之违反与过错认定联系起来的规则。^[10] 并且,此规则不仅适用于受害人一方的过错认定,而且也适用于受害人一方共同过失的认定。

关于可适用上述规则的制定法种类,从法律部门的角度来看,主要是刑法、行政法和民商

[6] Wagner, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Verlag C. H. Beck München, 2004, S. 1657.

[7] Hein Koetz, Gerhard Wagner, Deliktsrecht, Zehnte Aufl. Luchterhand, München, 2006, S. 92.

[8] 参见 Dan B. Dobbs, *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minn., 2000, p. 319.

[9] 英国法将违反制定法作为一项独立的侵权类型,它可能与普通法上的违反注意义务侵权相叠加。参见 W. V. H. Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 16th edition, London, Sweet & Maxwell, 2002, p. 263.

[10] 参见 Dan B. Dobbs, *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minn., 2000, p. 320.

事法律。从立法部门的角度看,它又包括联邦制定法和法规^[11]、各州制定法和法规、地方性法令与行政规章。

值得注意的是,“行为本身即过失”规则只针对制定法的违反,不包括对倡导性准则和非强制性行业标准的违反。这些规范虽然是由政府部门颁布或者自发性团体发布的,规范对象具有重大的指导意义,甚至在确立行为标准上也有重要的参考价值,但它们均不具有法律拘束力,因而不适用行为本身即过失规则。

二 违法与过错认定之关系的德、美立法例

(一) 德国法上的两种立场

德国法上的“违反保护性法律之侵权”规范,不仅是一项独立的侵权类型,而且在该规范中还揭示出违法与过错认定之间的重要关系。该条文中的违反保护性法律与过错的关系应作如下解读:

首先,在适用《德国民法典》第 823 条第 2 款时,过错同样是侵权责任的构成要件。^[12]但依据通说,过错必定只涉及对保护性法律的违反,而不涉及除此之外的其他损害结果。故而,行为人不必有“产生损害的意识”。^[13]换句话说,只要证明行为人过错地违反保护性法律即可,不需要证明行为人过错地造成了损害结果;这实际上是法律推定了违反法定义务与损害之间存在因果关系。当然,对此因果关系推定,被告可以通过反向证明来推翻。

其次,关于过错的认定。在德国的证据法中,违反保护性法律是直接被推定为存在过错(证明责任转换),还是仅仅作为过错推论(表见证明),^[14]对此问题,迄今并没有确定答案。德国帝国法院于 1934 年作出了一则具有代表性的判决,^[15]其立场被解读成三种不同的观点:^[16]表见证明、^[17]证明责任转换以及情势证据^[18]。德国联邦最高法院的立场则主要有两种,即表见证明和证明责任转换。更多的场合下,联邦最高法院采取表见证明的立场,偶尔也使用过错推定的表述。

无论如何,在确定客观的保护性法律被违反时,如果该保护性法律实际上规定了此种被禁止的行为,法院则倾向于过错推定。反之,如果保护性法律限于对被禁止行为所致后果进行规定,则后果要件的原因行为还不能就此推定存在违反义务或过失行为,即法院倾向认定

[11] 须注意,“行为本身即过失”规则在美国仅州法院可以援用,联邦法院不能直接适用。但州法院也可能审理违反联邦制定的保护性法律的侵权案件。

[12] 这一点在美国法上也是同样的。美国法上的“违法行为本身即过失”,并不是说过失不再是侵权的构成要件,而只是说透过违法行为可以推导出过失的存在。

[13] Wagner, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Verlag C. H. Beck München, 2004, S. 1670.

[14] 关于法律上的事实推定、司法上的事实推论以及表见证明等概念的区分,参见叶名怡:《过错及因果关系推定与争鸣责任倒置》,载《北方法学》2007 年第 4 期。

[15] RGZ 145, 107, 11f.

[16] Gert Brueggemeier, Deliktsrecht, Baden-Baden, 1986, S. 483.

[17] 表见证明是通过判例发展起来的,其特征为:法官从已被确认的事实事件中推断出依照生活经验通常与之相结合的其他事实。参见[德]汉斯·约阿希姆·姆泽拉克:《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 269 页。

[18] 德国法上的情势证据,大体对应于美国法上的间接证据或旁证是指通过对与待证事实有密切相关性的周遭事实的证明,从而获得对待证事实的一种间接证明。

为过失推论(表见证明)。^[19] 这种过失推定或推论如何发生? 德国法上的推导是这样的: 保护性法律所要求的行为构成外在注意, 如果该规范被违反, 则行为人显然违反了外在的注意义务; 那么, 一般情况下, 也可从此事实中推定行为人违反了内在的注意义务; 最后, 根据被违反规范的强度, 分别采取表见证明或证明责任转换的立场。^[20]

附带一提的是, 效仿《德国民法典》第 823 条第 2 款, 我国台湾地区“民法典”第 184 条第 2 项也规定了类似的内容。在我国台湾地区“民法典”债编修订前, 该条文表述为: “违反保护他人之法律者, 推定其有过失”, 修正后的条文为: “违反保护他人之法律, 致生损害于他人者, 负赔偿责任。但能证明其行为无过失者, 不在此限。” 比较两次修订内容, 变化的是第二项作为独立请求权规范的意味更加浓厚,^[21] 不变的是对过错推定(证明责任转换)之立场的坚持。

(二) 美国法上的三种立场

违反制定法与过错认定究竟是何关系? 美国法上有如下三种回应:

第一, 违反制定法被视为行为本身即过失。^[22] 这意味着, 被告不能通过一般性地证明自己无过错来推翻过失推定(此即不可推翻的过失推定)。被告若想免责, 只能去证明存在法定的申辩事由。显然, 这非常类似于严格责任, 其适用机械而严苛。因此, 有学者强调: 不管法院如何试图对行为本身即过失原则给予限制, 但倘若被告尽到了应有的注意并拥有一项合理的辩解却仍必须负法律责任, 这事实上就是严格责任而非过失侵权责任。^[23]

第二, 违反制定法视为可被推翻的(过错)推定。越来越多的州认为, 违反被认定适用于一系列特定事实之制定法的行为, 仅可以构成过失侵权表面诉由, 这样的推定可以由违反制定法的一方根据案件事实和具体情形, 证明存在特定抗辩事由而推翻。比较此种立场与第一种立场可知, 二者均不是绝对地令违法者承担侵权责任, 违法者都有一定的机会豁免责任, 而且二者差别很小, 因此, 也有不少美国学者认为二者其实属于同一种立场, 并统一称作是“行为本身即过失”规则。^[24]

第三, 违反制定法被视为过失侵权的证据或是对民事责任的指引。在少数州, 对地方性法令或行政规章的违反, 仅仅构成过失侵权的证据。从这种立场也透露出一个信息: 被违反的制定法的效力层次(是制定法还是地方性法令、行政规章)可能会影响法官的抉择。

《美国侵权法第二次重述》(以下简称“重述”)采取了两分的办法(该“重述”第 288B 条): 在法院将制定法的规定作为行为标准时, 则违法本身即过失;^[25] 在法院未将制定法的规定作为行为标准时, 则违法行为构成过失的证据。这里关键的问题是, 法院何时会将一项制定法规范作为行为标准? 一般来说, 法院在考虑是否将制定法中的规定直接采纳作为行

[19] Wagner, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Verlag C. H. Beck München 2004, S. 1672.

[20] Erwin Deutsch, Hans-Juergen Ahrens, Deliktsrecht, 4Aufl., Muenchen, 2002, S. 112.

[21] “台湾民法典”债编修订前, 该条文仅仅为证明责任转换的规范, 还是一项独立的侵权请求权规范, 存在争议。参见姚志明:《侵权行为法研究(一)》, 元照出版公司 2002 年版, 第 35 页及以下。

[22] 在普通法上, 过失一般被认为是事实问题, 由陪审团审理裁决。但在违法本身即过失规则下, 这种过失被称为法律上的过失, 必须由法官来认定, 而非陪审团裁决事项。

[23] 参见 William L. Prosser, *Handbook of the Law of Torts* (Fourth Edition), West Publishing Co., 1971, p. 197.

[24] Dan B. Dobbs, *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minn., 2000, p. 316.

[25] 同时规定了 5 项申辩事由, 如果存在这些申辩事由, 则违反制定法被认为是具有正当理由的, 因而不构成过失。这些抗辩内容参见“重述”第 288A 条。

为标准时,通常要考虑三个因素:^[26]

第一,受害人是否属于该制定法意图保护的群体成员之一。例如,在洛克哈特诉卢森案^[27]中,原告在与被告发生婚外恋后被丈夫感染患上疱疹,她不能利用行为本身过失侵权来证明她的主张,因为她不在禁止患病者结婚或使他人接触到性病的制定法所意图保护的群体成员之列。

第二,所发生的危害是否系立法意欲避免的。典型案例是格里斯诉斯科特案,^[28]该案中,原告放在被告船里的羊在暴风雨中被冲到船外,遭受了经济损失,事故的原因之一是被告并没有把这些羊圈起来。该州的一个传染病法案要求船运的动物必须被圈起来以避免疾病的传染。法院判定,违反该制定法并不使得被告对羊群的损失承担法律责任。因为该制定法意图防范的危害是传染病扩散致害,而不是避免动物被暴风雨冲走。

第三,对违反制定法行为课侵权责任是否适当。如果某项法规过于概括,则很可能无法保证它可以作为过失标准而被采纳。换言之,如果一项制定法规过于抽象,没有规定具体的行为方式,则这样的制定法规通常就不会在侵权诉讼中被援用。^[29]

将这些考虑因素与前述保护性法律的特性对比,可以发现,所谓可作为行为标准的制定法与保护他人的法律,二者在内容上几无二致。换言之,可作为行为标准的制定法实质上就是保护性法律。^[30] 法院是否将相关制定法规作为行为标准,其依据主要还是看该制定法规定是否构成保护性法律。如果该制定法规定构成保护性法律,则违法行为被视为本身即过错;如果该规定不构成保护性法律,则违反该规定可能只构成过失的证据;当然,该违法行为最终是否被确定为过失,还是要由陪审团来裁决。

由上可知,在违法与过错认定的关系处理上,德国法与美国法有同有异。其不同点在于:第一,德国法将违法限定于保护性法律,对于非保护性法律的违反,则未提及;而美国法则将各类制定法的违反做了两分的处理,并设有不同规则。第二,德国法上,违反保护性法律之侵权规范乃是一种独立的侵权类型;而美国法上,违反制定法的处理主要被涵括在过错认定的范畴内。第三,德国法上,违反保护性法律推定或推论过错只适用于加害人过错的认定;而美国法上,此规则还适用于受害人共同过失的认定。

上述差异的根本原因在于两国侵权法的基本规范方式不同。德国侵权法最重要的特点是三个小概括条款形成的立体交叉网络,其法典文本的本旨是倾向于保守性的,即所谓的“大合同、小侵权”的格局。同时,违反保护性法律之侵权仅仅是侵权构成类型之一,并且其重要性远不如《德国民法典》第823条第1款法益侵害之侵权。因此,在对待违法与过错认定的问题上,其立场是谨慎和趋于严格限制的。而美国侵权法则是普通法的传统,过错的判定可以说是侵权责任的最核心问题;在制定法大量出现后,违反制定法与过错的关系就成了

[26] Victor E. Schwartz, Kathryn Kelly, David F. Partley, *Torts: Cases and Materials*, 11th edition, Foundation Press, 2005, p. 225.

[27] *Lockhart v. Loosen*, 943 P.2d 1074 (Okla. 1997).

[28] *Gorris v. Scott*, L. R. 9 Ex. 125 (1874).

[29] 当然也有少量例外。例如,某些仅仅规定一般性注意标准的制定法规(如“务必合理妥当地驾车”或“车闸必须保持在良好状态”),法院有时也会将其作为侵权诉讼中的行为标准。参见 Dan B. Dobbs, *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minn., 2000, p. 320.

[30] 从保护性法律和可作为行为标准的制定法均指向“过错”这一视角出发,更容易理解它们的共同本质。一方面,过错就是“未尽到保护他人的应有注意义务”(故各国侵权法著作均强调“共同过失”中受害人的“过失”其实不是真正意义上的过错);另一方面,行为标准就是判断过错的基本标尺。

美国侵权法学者和实务界人士必须时常面对的课题,因此,美国法对违反各类制定法的法律效果都有大体明确的规定,以适应司法实践的需要。

当然,德美上述立法例也存在本旨上的相同点:第一,均确认违法与过错认定之间存在重要联系。第二,对于违法和过错认定之间的关系,大体上均有两种处理:推定(证明责任转换)和推论(表见证明)。美国法上虽然也有“行为本身即过失”的规则,但被告仍有主张合理辩解的机会,本质上它还是一种推定。第三,两种处理的考量因素均为被违反之制定法是否是保护性法律。这种共性究其本质而言,源于对过失标准认定的一致,以及保护性法律在功能性上的趋同。关于过失本身,德美两国可能不尽相同,但过失的判断标准却是一致的,即,是否违反一般理性人的注意标准;因而,一般理性人的注意标准具体内容为何,也就成为了过错认定过程中的关键环节。另一方面,不论在德国还是美国,保护性法律都是一种规定社会中的人具体场合下应如何行为的法律,亦即设定了行为标准的法律。一个是设定了理性人的行为标准,一个是要先确定一般理性人的行为标准,然后将具体行为人的行为与理性人行为标准进行对照,以得出结论:具体行为人的行为是否达到了这一标准。两相对照,不难发现,在保护性法律与过错认定之间,具有内在的、不可隔断的联系。简言之,它们是手段与目的、工具与成果的关系。因此,违反保护性法律必然会对过错的认定有着重大的、不可忽略的影响。

三 保护性法律的认定方法

由上可知,无论是在美国还是德国,被违反的制定法规范是否构成保护性法律,事关行为人过错的认定力度,重要性不言而喻。如何甄别,主要涉及法律解释的问题。

法律解释的标的是法律规范的条文,其目标是探求法律规范的意旨。这种意旨既不应是纯粹的历史上立法者的心理意愿,也不应是纯粹的客观的应然意旨,而应是二者的结合,即:探求法律在今日法秩序的标准意义(其今日的规范性意义),而在这个过程中必须考虑历史上立法者的规定意向及其具体的规范想法。^[31] 法律规范的解释标准或者说法律规范解释须考量的因素有很多,以下拟简要叙明。

第一,文义解释。文义,是指该用语或字词在一般的语言习惯上所具有的意义,若有权解释对其在法律上有专门认定的其他意义,则后者为它们的意义。^[32] 文义是法律解释首要考虑的因素。例如,我国《未成年人保护法》第21条规定,“学校、幼儿园、托儿所的教职员应当尊重未成年人的人格尊严,不得对未成年人实施体罚、变相体罚或者其他侮辱人格尊严的行为。”从本条文义可以很容易了解本规范意欲保护的主体、客体以及禁止的侵害方式。

第二,历史解释。历史解释系以探讨立法者在制定法律时所作价值判断及其所欲实践的目的,以推知立法者的意思而作为解释依据之方法。因而探讨一项法律规范是否具有个别保护的特性,立法者的意思显然是最重要的参考。历史解释,主要是通过立法文献来解释法律规范,立法文献包括立法过程中的一切记录、文件,如预备资料、预备草案(包括历次修改稿)、草案、立法理由书,参与起草部门的有关记录,立法机关的大会及审查委员会的记录等。某项法律规范如何被纳入到法律中来,立法者基于哪些价值决定去制定它们,对这些问

[31] 参见[德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第198-199页。

[32] 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第275页。

题的探求无疑可以使人们了解法律规范原初的意旨。

第三,体系解释。即以法律条文在法律体系上的地位,或相关法条的法意,阐明规范意旨的解释方法。^[33] 例如我国《合同法》第 301 条:“承运人在运输过程中,应当尽力救助患有急病、分娩、遇险的旅客。”从该条文在《合同法》的体系位置可知,该条文仅保护客运合同的旅客,而不保护货运过程中随车押运人员。

第四,目的解释。目的解释,系指以法律规范的目的,阐释法律规范之疑义的方法。^[34] 其本质是借助整体了解局部。我国许多法律第一条都规定该项法律的立法目的。例如我国《中华人民共和国道路交通安全法》第 1 条规定,“为了维护道路交通秩序,预防和减少交通事故,保护人身安全,保护公民、法人和其他组织的财产安全及其他合法权益,提高通行效率,制定本法。”由本条可知,该法的立法目的不仅仅是为了保护人身和财产权益,还包括维护交通秩序。因此,在解释该法相关条文时,必须联系本法立法意图从而获得正确的结论相关条文。

此外,还有合宪解释等其他因素或标准,兹不赘述。当然,这些解释因素或标准并不是彼此孤立或排斥的,要判断一项法律规范是否属于保护性法律,应当厘清原告是否属于该法律所保护的人,其利益是否属于该法律所保护的范畴,必须综合考量这些解释因素或标准。

四 对中国侵权责任法的借鉴意义

(一) 违法推定过失之一般性条款的建立及其意义

德国法和美国法上都存在“违法导出过错推定或推论(情势证据)”的法则,这种“共识”不是一种偶然巧合。该规则具有极大的优越性和内在合理性。申言之,其重要意义如下:

第一,它衔接了侵权法和其他部门法,使法律的协调性、整体性更强,立法由此更为简化与合理化。侵权法因为其他部门法的内容而极大丰富和完整,而其他部门法也因为侵权法的参引而更富有实效,更有可执行性,更有尊严与活力。

第二,它勾连了违法和过错这两个要素,使这两个原本有内在关联的要素在外观上显示出直接的联系,由此,法定义务成了过错的指示器。将侵权法之外的成熟规范、尤其是许多公法规范引入过错认定中,使过错认定更为科学合理,也更有效率。

第三,它在行为人违反法定义务的场合下,很大程度上减轻了受害人的证明责任,更有利于对受害人的保护。不论是过错推定,还是过错的表见证明(情势证据),对于受害人而言,都是一种有利的情势,对于平衡双方当事人的地位有重大意义。

第四,违反保护性法律推定行为人有过错,对于调整绝对权之外的利益、特别是纯粹经济利益受侵害的场合,可发挥重要作用。^[35] 这一点在商事(如证券交易)侵权领域表现尤为明显。

这样的规则,对于我国具有特别的实践价值。我国很多制定法(尤其是商法、行政法等

[33] 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 140 页。

[34] 参见杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 168 页。

[35] 在德国法系中,纯粹经济损失虽然有故意背俗侵权条款(如《德国民法典》第 826 条、“台湾民法典”第 184 条第 1 项后段)的保护,但这些规范毕竟都要求受害人证明行为人存在故意。而根据违反保护性法律之侵权规范,受害人借助过失推定,更容易获得救济。

领域)都在最后一章规定了“法律责任”,而且基本上都是行政责任和刑事责任,民事责任的规定即使有,也只占较小的比例。这种重公法上责任、轻私法上责任的做法固然有其传统,但并不合于现代法治理念,对于受害人保护极不周全。倘若引进违法推定过错的一般条款,那么,法律责任类别的整个面貌将大为改观,受害人民事救济的力度将大大改善。

在我国当前侵权立法过程中,上述原理和规则应当如何为我所用?笔者认为,在具体位置上,此项规则应当在我国侵权法一般规定中加以设立,其具体形式可以是类似《德国民法典》第823条第2款这样独立的一般条款,也可以是放在“过错”一节中,作为过错认定的一种特殊情形来规定。考虑到我国侵权法立法模式——从现有草案上看应当属于法国式的“大一般条款”,因此,选择后一模式,即将该规则放在“过错的认定”一节似乎可行性更强。在具体内容上,笔者认为,此项规则的设立应当注意的是:被违反制定法的属性与过错认定的强度要相符合。具体而言,行为人违反具体描述性的、可作为行为标准的保护性法律时,可以直接认定为有过错(视为不可推翻的过错推定);行为人违反过于抽象、概括规定损害后果预防的、不能直接作为行为标准的保护性法律时,则宜作可推翻的过错推定或者推论。至于违反非保护性法律的强行性法律,则可以作过错推论或将其作为情势证据来使用。同时,一定要注意区分行业规范、操作规程、通行规则、习惯或惯例与法律,对前者的违反,不得作过错推定,充其量只能作过错推论或将其作为情势证据或普通证据使用。另外,应当规定,违法与过错认定的关系规则不仅可适用于侵害人的过错认定,而且也可以适用于受害人共同过错的认定。

(二)特殊侵权中的具体规定

如果没有规定此项规则的一般条款,则至少要在某些具体类型的侵权中加以规定。违反保护性法律推定过错,特殊侵权最主要集中于交通事故侵权和医疗损害侵权领域。

无论在德国、美国还是我国台湾地区,此项规则在交通事故立法和实践中意义尤为显著。机动车驾驶人员或管理人违反交通法规导致交通事故侵权的,往往会适用这项规则。遗憾的是,我国《侵权责任法(草案)》既没有这项规则的一般性规定,第六章“机动车交通事故责任”一章中也没有任何这方面的规定。实际上,我国《道路交通安全法》中的大部分规范都具有保护性法律的性质。因此,建议我国相关部门在进一步修改《侵权责任法草案》时,考虑设置类似拟定。

在医疗损害侵权领域,《侵权责任法(草案)》第58条规定,“有下列情形之一的,推定医务人员有过错:(一)违反医疗卫生管理法律、行政法规、规章、诊疗规范的;(二)隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的医学文书及有关资料;(三)伪造或者销毁医学文书及有关资料。”以这条规范的第(一)项为例,对照前文所得结论可知,无论这里的“推定”是可推翻的推定还是不可推翻的推定,第(一)项内容均不十分妥当。这里存在的问题主要有二:第一,它没有标明被违反法律的保护性特征就一概作出过错推定,而违反非保护性法律规范或者说违反不可作为行为标准的法律规范是不得作过错推定的,对后者至多可进行过错推论,或将其作为过错认定的一种相关证据。第二,它将“医疗卫生管理法律、行政法规”与“规章”乃至“诊疗规范”相提并论,并规定相同的过错认定强度。事实上,由于这些规范性质和位阶不同,对它们的违反,理应得出不同的结论。从规范性质上说,第(二)、(三)项是具体规定,第(一)项是一般规定,二者在适用范围上存在重叠。在某种意义上说,具体规范是不必要的。因为我国现行《医疗事故处理条例》第9条规定,严禁涂改、伪造、隐匿、销毁或者抢夺病历

资料。《医疗事故处理条例》属于行政法规,根据一般规范,违反它也将会导致过错推定的结论。如果为了突出对这些具体行为的否定性评价,那么为了法条的科学严谨,也应当将具体规定置于前,而将一般性的兜底规定置于后。

结 语

侵权案件中,违反制定法规定的法定义务,对于认定违法者的过错有重要意义。德国法有所谓“违反保护性法律之侵权类型”,美国法上有所谓“本身即过失侵权”制度,二者具有很大的共性。这种共性反映出:在行为人违反某类制定法的场合下,不同法系中存在着一些带有普适性的、具有内在规律性的原则和规则(推定或推论有过错)。本文在分析和综合德国与美国的类似立法例的基础上,进一步提出,根据被违反法律的性质和效力层次来确定过错认定的强度这一命题。视被违反之法律的类别及特征的不同(是否属于保护性法律,是否系规定具体行为方式的保护性法律),分别作出不同的过错认定:不可推翻的推定(“视为”)、可推翻的推定、推论、情势证据、普通证据。至于违反不属于法律的自律性公约、行业规范、行业惯例或习惯,则不可套用违法推定或推论过错的规则;当然,这些情况也可以作为受害人指称行为人存在过失的一个证据。

他山之石可以攻玉。在我国侵权责任法行将制定之际,这种对国外法域先进法律理论和制度的学习和借鉴尤为重要。建议我国借鉴德国法上“违反保护性法律之侵权”之一般条款;退一步而言,即便该规则不以一般条款的形式出现,在具体侵权如交通事故侵权或医疗事故侵权等场合,也要有科学合理的具体规定。

[Abstract] Illegality is closely related to the determination of fault. German tort law prescribes that an actor who violates a protective law shall be presumed to be in fault. The theory of “tort per se” in U. S. law confirms that fault shall be presumed on account of violation of protective law and the violation of non-protective law shall be deemed as evidence of existence of fault. Protective law is characterized by the protection of individuals as well as by the subjects and objects of protection, and it can be distinguished from other laws mainly by way of legal interpretation. There is a direct connection between the nature of the law violated and the extent of fault determined. This rule serves as a link between tort law and other branches of law, effectively integrates illegality and fault, is conducive to the protection of victims, and therefore should be taken as reference by Chinese legislature in the formulation of tort law.

(责任编辑:凌云)