

论中国大陆的侵权行为法应禁止以过失代过错之混用

郭连珩

内容提要:故意和过失合称过错,故意和过失构成过错的两种也是全部的表现形态,但故意是故意,过失是过失,过错是过错,三者不能互相代替使用。因为各种原因而把故意包括在过失中,把过错翻译为或者另称为过失,以过失代过错而混用,都是不准确而应予以纠正的。

关键词:过错 过失 故意 重大过错

郭连珩,内蒙古财经学院法学副教授。

归责原则是侵权行为法的基本原则,在侵权行为法的归责原则体系中,过错责任是一项普遍原则,所以过错责任原则成为侵权行为法的基本原则,往往是各国侵权行为法的一般规定。过错责任原则表明过错是归责的内涵,更重要的是宣告过错为归责的最后界限,可见归责的基础就在于过错,从而也就产生了“无过错即无责任”的一般说法。^[1]

我国《民法通则》第106条明确规定:“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身的,应当承担民事责任。没有过错,但法律规定应当承担民事责任的,应当承担民事责任。”这是从1986年开始在民法上法定地使用的“过错”概念,许多专家也在侵权行为法的研究中准确地使用着过错概念,^[2]但迄今为止在一些学者的论著中,不使用过错概念而使用过失概念,总不区分过失与过错这两个概念,一会儿过失一会儿过错,效果非常不好。或者就把过错与过失二者当成了同义词,连许多法律界业内人士和法学教学研究人员都看着费劲,就更不用说普通老百姓看不懂了。这种等同混用凸显矛盾的情况,比比皆是。^[3]其实这是人为的,或者说我们通过认真地划界和准确使用就能避免的事情。

一 故意和过失合称过错

由陈卫佐翻译、王利明教授对译者作介绍、反映截止到2005年3月1日立法状况的《德国民法典》

[1] 参见王利明:《侵权行为法研究》(上卷),中国人民大学出版社2004年版,第215页。

[2] 详见王利明主编:《中国民法年刊2005》,法律出版社2006年版,第316页及其下;杨立新:“论埃塞俄比亚侵权行为法对中国侵权行为法的借鉴意义”一文;王利明:《中国民法典学者建议稿及立法理由》(侵权行为编),法律出版社2005年版,第11-19页;王利明等:《民法·侵权行为法》,中国人民大学出版社1993年版,第12页;杨立新:《侵权特别法通论》,吉林人民出版社1990年版,第3页;杨立新:“论侵权行为一般化和类型化及其我国侵权行为法立法模式选择”,中国人民大学复印报刊资料《民商法学》2003年第5期,第2-15页;2003年第12期,第44页,张新宝:“侵权法立法模式:全面的一般条款+全面列举”,2006年第8期,第59-66页;2007年第1期,第21页;及王利明在中国法学会民法学研究会2006年年会上的发言内容。

[3] 详见中国人民大学复印报刊资料《民商法学》2003年第2期,第102页;2003年第5期,第12页;2003年第7期,第72页;2005年第11期,第29页;2006年第1期,第84-91页;2006年第6期,第90-94页;2006年第11期,第95页;及2007年第1期,第12、13页。

(以下简称“陈卫佐翻译的《德国民法典》”),第二编(债务关系法)第 8 章(各种债务关系)第 27 节(侵权行为)第 823 条(损害赔偿义务)中的第 1 款明确规定:“故意或有过失地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,负有向该他人赔偿因此而发生的损害的义务。”对该款中的“故意或有过失地”进行的注释是:“就过失而言,只需要轻微过失即为足够。故意和过失,合称‘过错’。”^[4]该种注释在陈卫佐翻译的《德国民法典》中一再出现。另外一本由杜景林、卢谌翻译的《德国民法典》,使用的是德国贝科图书出版社 1998 年编辑出版的德文蓝本(第 43 版)(以下简称“杜、卢翻译的《德国民法典》”),对第 823 条第 1 款是这样翻译的:“故意或因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。”^[5]这两种翻译虽然一句字面有所不同而含义并无不同,但对“故意或过失”的翻译均是准确的。

作为王泽鉴先生《法学全集》第十四卷的《侵权行为法》(1)第 2 章(侵权行为法在比较法上的观察)第 1 节(大陆法系的侵权行为法)第 3 款“德国法论述”中,对上述《德国民法典》第 823 条第 1 款的翻译是:“因故意或过失,不法侵害他人之生命、身体、健康、所有权或其他权利者,对所生之损害应负赔偿责任。”^[6]王泽鉴先生在此的翻译,除了没有译出上述两种译本中的“自由”一词以外,可以说没有其他实质性的差异。但王泽鉴先生却在第 1 章(基本理论)第 3 节(归责原则)第 2 款(过失责任)中另外说道:“关于侵权行为法上的归责原则,首先应提出的是过失责任,即因‘故意或过失’不法侵害他人权利时,应就所生的损害,负赔偿责任。德国法上的 *Verschuldenshaftung*,包括故意(*Vorsatz*)与过失(*Fahrlässigkeit*),我判例学说上称为过失责任,当然包括故意在内。”^[7]由此我们惊讶地看到,我国台湾的民法学泰斗是这样认识故意和过失的关系的。对此我个人认为值得研究,因此在本文中提出了自己的核心论点:在中国大陆地区的法律和法学上,过失就是过失,故意就是故意,二者不能互相包括也不应互相包括,以免造成理论上的混淆和实践中的混乱;侵权行为法上的归责原则首要的是过错责任原则,而非过失责任原则。王泽鉴先生紧接着继续论述到:“自 19 世纪以来,过失责任成为各国侵权行为法的归责原则。1804 年的法国民法(第一三八二条),1900 年的德国民法(第八二三条),1898 年的日本民法(第七〇九条)皆明定采取过失责任。在英美法上的过失责任(*Fault liability*)则由法院判例创设之,我民第一八四条第一项前段规定:‘因故意或过失不法侵害他人之权利者,负损害赔偿责任。’亦采同一原则。”^[8]我以为:这里提及的 1900 年的德国民法(第八二三条)和 1898 年的日本民法(第七〇九条)规定,其实就如同我民(即指台湾“民法典”)第一八四条第一项前段规定一样,均采“故意或过失”例(上请见德国民法典第 823 条的翻译,下请见日本民法典第 709 条翻译),均不应在此叫做过失责任,而应概括称为过错责任。至于 1804 年的法国民法(第一三八二条)的翻译,我个人认为是有所问题的,下文将会论述到。当然,我并不否认过失责任形态可以单独存在且大量存在,但它是包括在过错责任原则中的一种形态,不能也不应当将其取代过错责任原则,或者将二者并列通用。在中国大陆地区的法律中,从来就不应当允许过失责任形态上升为侵权行为法的一般原则,而应当也只能承认过错责任原则是侵权行为法的一般规定。

由王书江翻译、反映截止到 1987 年立法修改的《日本民法典》(以下简称“王书江翻译的《日本民法典》”),在其第三编(债权)第 5 章(侵权行为)第 709 条“侵权行为的要件”中明确规定:“因故意或过失侵害他人权利时,负因此而产生损害的赔偿责任。”^[9]第 713 条对心神丧失人的责任能力的规定是:“于心神丧失间加害于他人者,不负赔偿责任。但是,因故意或过失致一时心神丧失者,不在此限。”^[10]这种

[4] 引自陈卫佐译:《德国民法典》(第 2 版),法律出版社 2006 年版,第 306 页。

[5] 引自杜景林、卢谌译:《德国民法典》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 201 页。

[6] 引自王泽鉴:《侵权行为法》(1),中国政法大学出版社 2003 年版,第 57 页。

[7] 引自王泽鉴:《侵权行为法》(1),中国政法大学出版社 2003 年版,第 15 页。

[8] 引自王泽鉴:《侵权行为法》(1),中国政法大学出版社 2003 年版,第 16 页。

[9] 引自王书江译:《日本民法典》,中国法制出版社 2000 年版,第 126 页。

[10] 引自王书江译:《日本民法典》,中国法制出版社 2000 年版,第 127 页。

规定与《德国民法典》第 827 条对类似“丧失知觉”的规定是相一致的。总之这两条规定都是把过错包含了故意和过失两种形式。

《意大利民法典》第 2043 条明确规定了不法行为的损害赔偿：“任何故意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。”^[11]《瑞士债法典》第 41 条第 1 款也明确规定：“任何人由于故意、过失或者不谨慎地实施不法行为给他人造成损害的，应当承担赔偿责任。”^[12]《中国澳门地区民法典》第 477 条规定了侵权责任的一般原则：“一、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之任何法律规定者，有义务就其侵犯或违反所造成之损害向受害人作出损害赔偿。二、不取决于有无过错之损害赔偿义务，仅在法律规定之情况下方存在。”^[13]徐国栋教授根据西奥多·蒙森编辑的拉丁文本翻译的《法学阶梯》（以下简称“徐国栋翻译的《法学阶梯》”）第四卷第 3 题阿奎利亚法 I.4.3.3 条规定：“再者，在意外事故中杀人者，也确实不根据这一法律承担责任，只要未发生他的任何过失。事实上，如果情况相反，任何人既因故意，又因过失按这一法律承担责任。”^[14]可见故意和过失的规定有其渊源，是由于侵权行为的概念，直接源于罗马法中的私犯概念，即指因故意或过失不法侵害他人权利的行为，^[15]罗马法将过错形式分为故意和过失，现代大陆法系国家基本上仿造罗马法，将过错形式原则上区分为故意和过失两种。^[16]这种故意和过失的规定也有其理由，徐国栋教授在其专著《认真地对待民法典》中已经揭示出原因：“立法在不得已的情况下规定人的内心状态，我指的是它对于故意和过失等事项的规定，虽然难以规定，但由于它们是确定责任的依据，因此立法者也要知难而进。”^[17]实践中，由于过错的客观性，过错推定原则的适用，加害人对过错的自认，其实规定故意和过失并不难，认定也不难。^[18]

1992 年 1 月 1 日颁布的《荷兰民法典》被认为是目前欧洲最先进的民法典，该法典将侵权行为法以“不法行为”为题规定在第六编第 3 章中，共计 5 节 36 条，其中第 1 节一般规定对侵权行为的一般条款，包括：“（1）对他人实施了可归责的不法行为的人有义务对该不法行为对他人造成的损害进行赔偿；（2）在认定一个部分行为时，它是指对权利的侵犯和违反法律上或不成文法上的利益的作为或不作为，但是有合法正当理由的除外；（3）加害人因自己过错造成损害时或者依据法律或社会共同观念其对损害负有责任时，它应当承担侵权责任。”^[19]我相信这里对荷兰民法典的翻译，是准确地对应使用了“过错”这个概念；而且是把过错涵盖了故意和过失这两种形态，规定为侵权行为法的一般条款。

可是，在《法国民法典》的不少中文译本中，对侵权行为的一般原则规定作翻译时，却大多使用了“过失”一词。看起来有关侵权行为的一般原则的立法例和学术著述中，把“过错”翻译为“过失”，或把过失与过错通用，其根源可能就在《法国民法典》的中文错误翻译上。例如，梁慧星研究员引用的《法国民法典》第 1382 条是这样翻译的：“任何行为使他人受损害时，因自己的过失而致使损害发生之人，对该他人负赔偿的责任。”第 1383 条也是这样翻译的：“任何人不仅对因其行为所引起的损失，而且对因其过失或疏忽所造成的损害，负赔偿的责任。”^[20]而王利明教授引用的《法国民法典》第 1382 条是这样翻译的：“任何行为使他人受到损害时，因自己的过失行为而致行为发生之人对该他人负赔偿的责任。”第 1383 条则又是这样翻译的：“任何人不仅对其行为造成的损害负赔偿责任，而且还对因其懈怠

[11] 转引自梁慧星：《中国民法典草案建议稿附理由（侵权行为编、继承编）》，法律出版社 2004 年版，第 4-5 页。

[12] 转引自王利明：《中国民法典学者建议稿及立法理由（侵权行为编）》，法律出版社 2005 年版，第 17 页。

[13] 转引自梁慧星：《中国民法典草案建议稿附理由（侵权行为编、继承编）》，法律出版社 2004 年版，第 5 页。

[14] 引自〔古罗马〕优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 437 页。

[15] 参见江平、米健：《罗马法基础》（修订本），中国政法大学出版社 1991 年版，第 287 页。

[16] 转引自王利明：《中国民法典学者建议稿及立法理由（侵权行为编）》，法律出版社 2005 年版，第 17 页。

[17] 引自徐国栋：《认真地对待民法典》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 128 页。

[18] 详见转引自王利明：《中国民法典学者建议稿及立法理由（侵权行为编）》，法律出版社 2005 年版，第 19 页。

[19] 参见王利明主编：《中国民法年刊 2005》，法律出版社 2006 年版，第 87 页，张新宝“侵权责任立法体系研究”。

[20] 转引自梁慧星：《中国民法典草案建议稿附理由（侵权行为编、继承编）》，法律出版社 2004 年版，第 4 页。

或疏忽大意造成的损害负赔偿责任。”^[21] 这里的翻译仍有很大差别,因此我最初怀疑可能还有不同的版本翻译为“过错”一词的,不想在写作本文的过程中,欣喜地查阅到杨立新《论侵权行为一般化和类型化及其我国侵权行为立法模式选择》一文,该文引用的《法国民法典》第 1382 条规定的译文是:“任何行为使他人受到损害时,因自己的过错行为而致行为发生之人的该他人负赔偿的责任。”^[22] 同时,杨立新教授已经发现了对《法国民法典》第 1382 条和第 1383 条的翻译问题,并且在该文的注释中指出了这一点,他说:“关于《法国民法典》第 1382 条和第 1383 条的关系,在国内翻译的文本上,总是有不足,这就是将第 1382 条翻译为‘过错’或者‘过失’,而将第 1383 条翻译为‘懈怠’和‘疏忽’。这样,这两个条文的内容就发生了重合,无法确认这两个条文的区别。因此,笔者认为前者指的是‘故意’,后者指的是‘过失’。德国学者克雷斯蒂安·冯·巴尔在他的《欧洲比较侵权行为法》一书中,是这样解释的:在法国民法典的第 1383 条中,其所宣称的法律内容是,一个人不仅对故意行为(民法典第 1382 条)承担责任,而且对由于他或她的过失或疏于注意造成的损害承担责任。可见,第 1382 条规定的是故意侵权,第 1383 条规定的是过失侵权。这样的解释才合乎情理和逻辑,这两个条文应当是这样的内容。”^[23] 然而,王泽鉴先生对这两条的翻译又有更大不同:“法国民法第一三八二条规定:‘基于过咎(Faute)的行为,使他人发生损害者,应负赔偿责任’,第一三八三条规定:‘个人不仅对于因自己之故意行为所生之损害,即对于因自己之懈怠(Negligence)或疏忽(Imprudence),致损害于他人者,亦负赔偿责任。’由此规定可知法国民法的侵权行为系建立在一个概括、抽象的一般原则之上,宣示着过失责任主义,是法制史上一项空前伟大的成就。”^[24] 王泽鉴先生对《法国民法典》第 1382 条翻译出的“过咎”一词,是我国的现代汉语词典中所没有的,盖因中国大陆的民法一开始是选择了德国模式,后来我们内地却在“不知不觉”中转向了法国模式,^[25] 台湾沿用“中华民国民法”故而仍然保留了德国模式,加之台湾适用的文白夹用汉语,王泽鉴先生其实还是把它作为“过失”的意思,但我认为应当把它理解为“过错”的含义,因为毕竟有不少的人都把 Faute 翻译为过错。而对于《法国民法典》第 1383 条的翻译中,已经既有“故意”又有“懈怠或疏忽”的情况下,仍然冠以“过失责任主义”,这种观点在台湾还是一脉相承的,^[26] 前已述及不再多言。或者说,如果台湾学者和老百姓能够理解过失主义包括故意在内,那就在台湾尽管这样去讲,中国大陆地区还是不混淆使用的为好。

在对《埃塞俄比亚民法典》的翻译中,还翻译出“过犯”这种不伦不类的术语,我认为这是应当坚决摒弃的。有人对《埃塞俄比亚民法典》第 2028 条规定是这样翻译的:“任何因过犯给他人造成损害的人,得赔偿损害。”^[27] 而该法典的第 2029 条第 1 款对过犯的构成还是包括了故意和过失两种,即“过犯可由故意行为或纯粹的疏忽构成”。^[28] 同时《埃塞俄比亚民法典》第 2030 条第 1 款规定了过犯的法定定义,即“如果某人以违反道德或公共秩序的方式或在这样的状态中行为或不行为,则他实施了过犯”。^[29] 从这个定义看得出,概念“过犯”的内涵相近于“过错”概念的内涵,可以译作“过错”。事实上,就在该条的第 3 款,却早已译成了“过错”一词,请见“(三)除非法律另有规定,过错的估计不得考虑有

[21] 转引自王利明:《中国民法典学者建议稿及立法理由(侵权行为编)》,法律出版社 2005 年版,第 16 页。

[22] 详见中国人民大学复印报刊资料《民商法学》2003 年第 5 期,第 2 页。

[23] 详见中国人民大学复印报刊资料《民商法学》2003 年第 5 期,第 5 页,注释①。

[24] 引自王泽鉴:《侵权行为法》(1),中国政法大学出版社 2003 年版,第 51 页。

[25] 参见王利明主编:《中国民法年刊 2005》,法律出版社 2006 年版,第 111 页,张新宝“侵权责任立法体系研究”。

[26] 详见王利明主编:《中国民法年刊 2005》,法律出版社 2006 年版,第 332 页,台湾曾世雄“从‘资源本位’检视侵权行为之传统思维”;第 355、357 页,台湾陈聪富“慰抚金之功能与斟酌因素”。

[27] 转引自梁慧星:《中国民法典草案建议稿附理由(侵权行为编、继承编)》,法律出版社 2004 年版,第 4 页。另参见王利明主编:《中国民法年刊 2005》,法律出版社 2006 年版,第 316-318 页,杨立新“论埃塞俄比亚侵权行为法对中国侵权行为法的借鉴意义”一文,和中国人民大学复印报刊资料《民商法学》2003 年第 5 期,第 5 页,以及第 12-13 页,杨立新“论侵权行为一般化和类型化及其我国侵权行为立法模式选择”一文,这两文中引用的《埃塞俄比亚民法典》第 2027 条的内容,也是翻译为“过犯”一词。

[28] 转引自梁慧星:《中国民法典草案建议稿附理由(侵权行为编、继承编)》,法律出版社 2004 年版,第 6 页。

[29] 转引自梁慧星:《中国民法典草案建议稿附理由(侵权行为编、继承编)》,法律出版社 2004 年版,第 6 页。

关人员的年龄和精神状况”^[30] 这里的“过错”二字,看来可能是一种明显的误笔,但却昭示着本来就应当翻译为“过错”,而不应当翻译出什么“过犯”来。更何况这“过犯”一词,在我国现代汉语词典中就没有确切的含义,甚至于都没有这个词条。

类似的这种翻译错误并不鲜见,已经被徐国栋教授一针见血地指出来了:“我们现在的民法调整对象是从苏联移植的,它以苏联的‘两块瓦’(是指《苏俄民法典》调整财产关系与《苏俄婚姻家庭和监护法典》调整身份关系)式的民事立法模式为基础,是对调整财产关系的那块‘瓦’的内容的概括,因此规定民法调整平等主体间的财产关系和人身关系。实际上,‘人身关系’(Personal relationship)是一个不当的翻译,因为稍想一下就会明白,身份关系的三大内容‘婚姻家庭和监护’都到了另一个法典中,在这‘一块瓦’的民法典中何来身份关系?因此,所谓的‘人身关系’,不过是这块‘瓦’中也规定了的人格关系而已。倒霉的 Personal relationship 一词本来就应是人格关系的意思。‘身份’要用‘Status’的词素表示,穆斯林国家例如埃及就是这样做的。”^[31] 无独有偶,李亚虹女士于1999年1月翻译出版了《美国侵权法》,在该书中将 nuisance 直接译为“公害”,并分为私人公害与公共公害两类,但中国社会科学院法学研究所博士后研究人员陈鑫发表在《江苏行政学院学报》2006年第4期上的《论美国侵权法中的公共侵扰》一文中却认为,该 nuisance 在同一语境下译为“侵扰”更加妥当。^[32] 第三个有趣的翻译错误,是由米健教授在其《论“民事法律行为”命名的谬误》一文中揭示出来的,“由于法律翻译的文化间隙,造成了我国民法学界长期以来将‘法律行为’和‘法律交易’混淆”,是因为我们在学习借鉴西方法律的过程中,受到法律翻译偏差的影响,从而导致了这种混乱的发生。^[33]

二 过错概念的确定使用

陈卫佐翻译的《德国民法典》第823条第2款明确规定:“违反以保护他人为目的的法律的人,负有同样的义务。依照法律的内容,无过错也可能违反法律的,仅在有过错的情况下,才发生赔偿义务。”对该款中的“无过错”进行的注释是:“过错(Verschulden)包括故意(Vorsatz)和过失(Fahrlässigkeit)。”^[34] 该种注释在陈卫佐翻译的《德国民法典》中一再出现。但是在杜、卢翻译的《德国民法典》第823条第2款却翻译为:“违反以保护他人为目的的法律的人,负有相同的义务。依法律内容,即使无过失仍可能违背此种法律的,只有在过失的情形,才发生赔偿的义务。”^[35] 这里就把“过错”错译成“过失”,翻译人员的错误翻译,就会被他人错误地引用。^[36]

由黄道秀、李永军、鄢一美翻译的、第一部分从1995年1月1日起施行和第二部分从1996年3月1日起施行的《俄罗斯联邦民法典》(以下简称“黄、李、鄢翻译的《俄罗斯联邦民法典》”),第二部分第四编(债的种类)第五十九章(因损害所发生的债)第1节(损害赔偿的一般规定)第1064条(负担损害责任的一般根据)第2款明确规定:“致害人如能证明损害并非因其过错所致,免负赔偿责任。法律可以规定致害人虽无过错仍需负责的情况。”^[37] 在该民法典的第1070条第1、2款,第1073条第1、2、3款,第1074条第2款,第1076条第1款,第1079条第2款,第1081条第2、3款,第1100条第2款,第1101条第2款,以及其他条款中,均都翻译使用的是“过错”概念。^[38]

[30] 转引自梁慧星:《中国民法典草案建议稿附理由(侵权行为编、继承编)》,法律出版社2004年版,第6页。

[31] 引自徐国栋:《认真地对待民法典》,中国人民大学出版社2004年版,第137页。

[32] 详见中国人民大学复印报刊资料《民商法学》2006年第11期,第110页,注释6。

[33] 详见中国人民大学复印报刊资料《民商法学》2003年第12期,第52-54页。

[34] 引自陈卫佐译:《德国民法典》(第2版),北京法律出版社2006年版,第306-307页。

[35] 引自杜景林、卢湛译:《德国民法典》,中国政法大学出版社1999年版,第201页。

[36] 详见中国人民大学复印报刊资料《民商法学》2006年第4期,第98页。

[37] 引自黄道秀、李永军、鄢一美译:《俄罗斯联邦民法典》,中国大百科全书出版社1999年版,第441页。

[38] 引自黄道秀、李永军、鄢一美译:《俄罗斯联邦民法典》,中国大百科全书出版社1999年版,第443-447页。

《阿尔及利亚民法典》第124条规定：“任何人应对其过错而致他人的损害承担赔偿责任”。^[39]《中国澳门地区民法典》第480条规定：“一、侵害人之过错由受害人证明，但属法律推定有过错之情况除外。二、在无其他法定标准之情况下，过错须按每一具体情况以对善良家父之注意要求予以认定。”^[40]徐国栋教授翻译的《法学阶梯》第I.4.3.7条规定：“无经验也被包括在过错中，例如，医生由于糟糕的手术或用错了药杀死了你的奴隶的情况。”^[41]这些条文也都准确地翻译使用了“过错”概念。

英国学者约翰·福莱明通过对侵权行为的描述揭示了过错的实质：“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。”^[42]美国学者莫里斯也同样认为：“如果简单地概括侵权行为，可以说它是私法上的过错。”^[43]可见，在英美法的研究中，也准确地使用“过错”概念，而非“过失”概念。

所以，王利明教授在主持起草《中国民法典学者建议稿》（总则编）第十章（民事权利的行使和保护）第2节（民事权利的保护）第285条（民事责任的发生）中的两款条文时，就准确地使用了“过错”一词：“民事主体因过错侵害他人人身、财产的，应当承担民事责任。没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。”^[44]而由梁慧星研究员主持起草的《中国民法典草案建议稿》（侵权行为编），对第1543条归责事由中的第2、3款条文，同样是这样拟定的，即：“法律推定加害人有过错的，受害人无须对加害人的过错举证。加害人得反证自己无过错，但法律规定不得反证的除外。法律特别规定不要求加害人有过错的，加害行为造成他人损害时，应当承担民事责任。”^[45]当然在其他许多条款的拟定中，也都大量准确地使用了“过错”概念。^[46]

三 过失概念的确定使用

陈卫佐翻译的《德国民法典》第824条（信用的危害）第1款明确规定：“违背实情，声言或传播适于危害他人的信用或造成对他人职业或发展的其他不利益的情况的人，虽不知道不真实性，但应当知道的，也必须向该他人赔偿因此而发生的损害。”对该款中的“应当知道”进行的注释是：“应当知道，是指因过失而不知道。参见德国民法典总则编第122条第2款的法定定义。就过失而言，只需要轻微过失即为足够。”^[47]这里对“应当知道”与“过失”的联系，是准确的。

陈卫佐翻译的《德国民法典》，第二编（债务关系法）第一章（债务关系）第1节（给付义务）第276条（债务人的责任）第2款明确规定：“疏于尽交易上必要的注意的人，即为有过失地实施行为。”对该款进行的注释是：“德国民法典第276条第2款实际上是给‘过失’下了一个定义：疏于尽交易上必要的注意。这是一个对整部民法典来说十分重要的概念。‘不迟延地’、‘过错’、‘应当知道’、‘善意取得’中的‘善意’、‘非为善意’等，莫不与‘过失’的概念有关。”^[48]其实我们把“过失”的含义，除去“故意”之后，限定在此就足够了。

王书江翻译的《日本民法典》第716条明确规定了定作人的责任：“定作人对于承揽人就其工作加于他人的损害，不负赔偿责任。但是，定作人对定作或指示有过失时，不在此限。”^[49]徐国栋教授翻译的

[39] 转引自梁慧星：《中国民法典草案建议稿附理由（侵权行为编、继承编）》，法律出版社2004年版，第7页。

[40] 转引自梁慧星：《中国民法典草案建议稿附理由（侵权行为编、继承编）》，法律出版社2004年版，第7页。

[41] 引自〔古罗马〕优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社1999年版，第439页。

[42] 引自〔英〕约翰·福莱明：《侵权行为法》，牛津大学出版社1971年版，第1页。

[43] 引自〔美〕莫里斯：《论侵权行为》，布鲁克林出版社1953年版，第1页。

[44] 引自王利明：《中国民法典学者建议稿及立法理由》（总则编），法律出版社2004年版，第505页。

[45] 转引自梁慧星：《中国民法典草案建议稿附理由（侵权行为编、继承编）》，法律出版社2004年版，第5页。

[46] 例如第1635条对损失的分担规定等条款。

[47] 引自陈卫佐译：《德国民法典》（第2版），北京法律出版社2006年版，第307页。

[48] 引自陈卫佐译：《德国民法典》（第2版），北京法律出版社2006年版，第92页。

[49] 引自王书江译：《日本民法典》，中国法制出版社2000年版，第127页。

《法学阶梯》第 I.4.3.6 条规定：“此外，如果为你的奴隶动手术的医生，忽略了治疗，而奴隶因此死亡，被告有过失。”^[50] 英美法系的过失特别是美国法上的过失，不仅仅是指一种过错的心理状态，而是指一种侵权行为。^[51]

陈卫佐翻译的《德国民法典》第 827 条责任的免除和减轻中明确规定：“在丧失知觉的状况下或在不能自由决定意思的精神错乱的状况下加损害于他人的人，不就该损害负责。其以酒精饮料或类似手段使自己陷于此种暂时状况的，就其在此状况下非法引起的损害，以如同其有过失一样的方式负责；其无过错而陷于此状况的，不发生该项责任。”对该条中的“有过失”进行的注释是：“过失是指‘疏于尽交易上必要的注意’，参见德国民法典第 276 条第 2 款的法定定义。”^[52] 该种注释在陈卫佐翻译的《德国民法典》中一再出现。但是在杜、卢翻译的《德国民法典》第 827 条却翻译为：“处于无意识状态或处于排除自由意志决定的精神错乱状态对他人造成损害的人，对损害不负责任。其因酒精或类似方法而使自己一时处于此种状态的，对其在此种状态下不法引起的损害，负与其负担过失的情形相同的责任；其无过失陷于此种状态的，不发生责任。”^[53] 这里的两个“过失”中的后一个应当翻译成“过错”，翻译人员仍将二者错误翻译，但前一个“过失”的翻译应当是准确的。

四 故意概念的确定使用

陈卫佐翻译的《德国民法典》第 826 条（违反善良风俗的故意侵害）明确规定：“以违反善良风俗的方式，故意地加损害于他人的人，负有向该他人赔偿损害的义务。”对该条中的“故意地”进行的注释是：“德国民法典第 826 条规定的赔偿损害义务，以故意为必要。”^[54] 该条规定与第 823 条两款规定的最大不同，就在于责任成立的要件更为严格，即只能适用于故意且违背善良风俗的侵害行为。^[55]

《美国侵权行为法（第二次）重述》第 8 条 A 款对故意是这样定义的：“‘故意’在本重述中是指行为人期望其行为导致某种结果发生，或者行为人相信其期望的结果相当确定的将要发生。”^[56] 陈鑫博士在《论美国侵权法中的公共侵扰》时，强调指出公共侵扰在大多数时候是一种故意行为，但法院仍然会区分故意侵权、过失侵权或严格侵权责任中的任何一种来处理，陈鑫博士并没有混淆故意和过失。^[57]

因此梁慧星研究员主持起草的《中国民法典草案建议稿》（侵权行为编）第 1543 条归责事由第 1 款是这样拟定的：“以损害他人为目的实施加害行为或者明知其行为会损害他人而仍实施加害行为的，为故意侵权行为。因未达到法律规定或社会生活的一般原则所要求的注意程度而加害他人的，为过失侵权行为。故意或过失实施侵权行为的人应当承担民事责任。”^[58]

五 重大过错的概念确定

陈卫佐翻译的《德国民法典》第 839a 条（裁判上的鉴定人的责任）第 1 款明确规定：“法院所任命的鉴定人故意或有重大过失地做出不正确的鉴定的，鉴定人有义务赔偿因以该鉴定为依据的法院裁判而给诉讼参与者带来的损害。”对该款中的“故意或有重大过失地”进行的注释是：“故意和重大过失，合称

[50] 引自〔古罗马〕优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 439 页。

[51] 参见杨立新“论侵权行为一般化和类型化及其我国侵权行为立法模式选择”，中国人民大学复印报刊资料《民商法学》2003 年第 5 期，第 7 页。

[52] 引自陈卫佐译：《德国民法典》（第 2 版），北京法律出版社 2006 年版，第 307 - 308 页。

[53] 引自杜景林、卢谟译：《德国民法典》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 202 页。

[54] 引自陈卫佐译：《德国民法典》（第 2 版），北京法律出版社 2006 年版，第 307 页。

[55] 详见中国人民大学复印报刊资料《民商法学》2006 年第 4 期，第 100 页。

[56] 转引自梁慧星：《中国民法典草案建议稿附理由（侵权行为编、继承编）》，法律出版社 2004 年版，第 7 页。

[57] 详见中国人民大学复印报刊资料《民商法学》2006 年第 11 期，第 107 页。

[58] 转引自梁慧星：《中国民法典草案建议稿附理由（侵权行为编、继承编）》，法律出版社 2004 年版，第 5 页。

‘重大过错’。”^[59]该种注释在陈卫佐翻译的《德国民法典》中一再出现。

黄、李、鄢翻译的《俄罗斯联邦民法典》第1083条分三款规定了斟酌受害人的过错和致害人的财产状况：“1. 因受害人的故意产生的损害，不应赔偿。2. 如系受害人本人的重大过失促成损害的发生或使损害扩大，应根据受害人和致害人的过错程度减少赔偿金额。受害人有重大过失而致害人无过错，且其责任不以过错为必要时，应减少致害人赔偿的数额或免除其赔偿损害，但法律另有规定的除外。对公民生命或健康造成的损害，不得免除赔偿损害。在赔偿额外费用（第1085条第1款）、赔偿与抚养人死亡有关的损害（第1089条）以及赔偿丧葬费（第1094条）时，不考虑受害人的过错。3. 法院可斟酌致害公民的财产状况，减少其赔偿损失的金额，但损害由其故意行为所致时除外。”^[60]这里我们清楚地看到“过错”概念与“重大过失”概念和“故意”概念的区分使用，而未发生错误地混用。

六 准确地界定和使用过错、故意和过失这三个概念

人们之所以会把过失与过错混用，在译著中应当译为过错的却译为过失，一部分原因是由于民事过错的形式虽有两种，但却大多数表现为过失形式，而过失概念也十分复杂，这样一来，过失不仅作为过错的一种形态而与故意相对应存在（这本来就是原意），而且过失又与过错相混淆使用，甚至把过错责任（原则）也称为过失责任（原则），基于此的混淆使用，在一定意义上和某种场合（例如与台湾学者的交流）下，还是可以容忍的。但是主要的原因是研究不精，就认为过失与过错本来没什么区别，完全可以混用，这就是不应当的了，或者说某一个国家或地区可以这样去混用，我国大陆地区则应当把二者严格地区分开并准确地使用。

徐国栋教授说：“民法典是统一全国法律的工具，是‘一个国家，一个法律’的思想的体现。”^[61]法学家所孜孜以求的制度文明，其基本标准包括三个要素，其中之一就是法律制度表现形式的规范性和科学性。^[62]我们在做中国大陆地区的法律条文规定和进行法学研究中，就应当始终不渝地坚持法律概念的规范性和科学性，特别是作为“统一全国法律的工具”的民法典，更应当准确地使用“过错”概念，不以“过失”取代“过错”而混用。

中国社会科学院语言研究所词典编辑室编的《现代汉语词典》对过错的解释是：“过失，错误”。^[63]看起来过错是包括过失的，但不止于此，还要包括错误的第二种意思，而该《现代汉语词典》对错误的第二点解释是：“不正确的事物、行为等”。^[64]这样一来过错的含义就全面了。该《现代汉语词典》对故意的解释是：“有意识地（那样做）”。^[65]对过失的解释是：“因疏忽而犯的错误”。^[66]但是对过犯、过咎两词，连词条都没有。

最后我认为，我们应当严格把握过错、故意和过失这三个概念的内涵与外延，在中国大陆地区的侵权行为法中，按下列定义来准确地地区分使用这三个概念：

民事过错(Fault)是指支配民事行为人从事在法律上应受非难的民事行为的故意和/或过失形态。换言之，是指民事行为人通过实施违法的民事行为表现出来的心理状态，是构成民事责任的主观要件。可见，过错是一种表明了民事行为人对自己行为的后果所抱的故意和/或过失这两种基本形式的主观态度，体现了民事行为人在主观上的应受非难性和不可原宥性，是受民事行为人主观意志支配的外在客观

[59] 引自陈卫佐译：《德国民法典》（第2版），北京法律出版社2006年版，第311页。

[60] 引自黄道秀、李永军、鄢一美译：《俄罗斯联邦民法典》，中国大百科全书出版社1999年版，第447-448页。

[61] 引自徐国栋：《认真地对待民法典》，中国人民大学出版社2004年版，第36页。

[62] 参见王利明主编：《中国民法年刊2005》，法律出版社2006年版，第111页。

[63] 引自中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆1978年版，第421页。

[64] 引自中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆1978年版，第184页。

[65] 引自中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆1978年版，第395页。

[66] 引自中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆1978年版，第423页。

行为,是法律对民事行为的否定性评价,总之是一个主、客观相结合相统一的概念。正如法国学者安德烈·蒂克指出:“过错是指任何与善良公民行为相偏离的行为”。^[67] 另一个法国学者普兰尼奥尔也同样认为,过错是对事先存在的义务的违反。^[68] 无论是英美法还是法国法,均将过错界定为是对法定秩序所强加的民事义务的一种违反行为,均将民事法定义务看作是过错侵权责任的法定要件。^[69] “毫无疑问,在没有确定义务存在的情况下,过错侵权责任不可能被承担。”^[70] 杨立新教授在《侵权责任构成中的主观过错要件》和孔祥俊博士在《侵权行为法中的主观过错和客观过错》这两篇案例分析稿中,均深刻地分析论证了过错概念的主、客观内涵,值得细致鉴赏。^[71]

民事故意 (Deliberation) 是指民事行为人已经预见到自己从事的民事行为的结果,但仍然希望或放任该结果的发生的一种过错形态。

民事过失 (Negligence) 是指民事行为人对自己从事的民事行为可能发生的结果,应当预见或者能够预见而竟没有预见;或者虽然预见却轻信这种结果可以避免的一种过错形态。正如我国台湾学者刘清波先生指出的那样:“过失者,行为人对于自己的行为所生一定之结果,如为相当之注意,即可避免,而欠缺此注意之心理状态也。”^[72]

[Abstract] Intentional act and negligence are the two and, only two, manifestations of fault. However, intentional act, negligence and fault are three different concepts and cannot be used interchangeably. The current practice of including intentional act in the concept of negligence, translating fault into negligence, substituting fault with negligence, or substituting negligence with fault, are incorrect and need to be rectified.

(责任编辑:支振锋)

[67] 引自[法]安德烈·蒂克:“过错在现代侵权行为法中的地位”,《法学译丛》1991年第4期,第1页。

[68] 参见[法]普兰尼奥尔:《法国民法实用教程》,巴黎版,1952,第863页。

[69] 详见张民安、龚赛红:“法定义务在过错侵权责任中的地位”,中国人民大学复印报刊资料《民商法学》2003年第1期,第51、53页。

[70] 引自 W. L. Prosser: *Law of Torts*, 4th ed, West Publishing, p. 324.

[71] 王利明主编:《中国民法案例与学理研究》[侵权行为篇](修订本),法律出版社2003年版,第59-77页。

[72] 刘清波:《民法概论》,开明书店1979年版,第267页。