

# 怎样确定民法上过错程度 及其区分标准

陈本寒 艾围利

**【提要】**新的过错程度区分采取“未达到善良管理人的注意”这一统一的标准，在过错的统一框架内进行，通过主、客观加重因素依次提高过错程度：行为人仅仅违反交易上必要的注意义务，无其他主、客观加重因素的为一般过失；行为人违反注意义务的行为制造了一种明显且严重的危险，并且行为人对危险结果有高度或然性认识的为重大过失；行为人预见到自己违反注意义务的行为结果必定发生，或者相信自己违反注意义务的行为“基本上必定”会导致危害结果，仍然希望它发生或者听任它发生的为故意。

**【关键词】**过错程度 重大过失 一般过失 注意义务

**【中图分类号】**D913 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2011)03-0079-05

我国合同法、物权法、侵权责任法、人身损害和精神损害有关的司法解释等提及了故意、重大过失和一般过失等过错程度的区分，但是立法上并未对其概念进行界定，更未确定其区分标准。理论界对于过错程度的区分标准由于存在天生的缺陷导致这些过错程度不能进行清晰的区分，缺乏可操作性，本文拟在对刑法上过错程度区分借鉴的基础上，重新构建过错程度及其区分标准。

## 一、我国当前过错程度的 区分及其不足

我国民法界对于将过错程度划分为故意和过失意见基本一致，但对于过失的进一步区分则仁者见仁，智者见智。比较通行的划分是将过失区分为重大过失和轻过失（一般过失）。轻过失又进一步区分为具体轻过失和抽象轻过失。重大过失、具体轻过失和抽象轻过失的区分标准如下：重大过失是指欠缺一般人的注意；具体轻过失是指欠缺与处理自己事务同样的注意；抽象轻过失是指欠缺善良管理人的注意。<sup>①</sup>可见传统理论是通过违反注意义务的不同标准来区分过失程度的，其中重大过失和抽象轻过失采取的是客观标准，与行为人自身的

认识能力无关，以法律上抽象的“注意程度标准人”作为客观的判断标准；至于具体轻过失则采取了主观标准，依据行为人自己的认识能力进行判断。

对于故意的判定，我国和世界上很多国家一样采取的是主观标准。“故意是指行为人明知其行为的后果或者行为违反了某种义务而仍然为之的一种主观心理状态，因此故意必须包括两个要素：明知和欲求。”<sup>②</sup>杨立新教授也认为：“故意，是行为人预见自己行为的结果，仍然希望它发生或者听任它发生的主观心理状态。”<sup>③</sup>在德国法上按公认的理解，故意系指明知并希望发生依法定构成要件为重要的情况。<sup>④</sup>《美国侵权行为法重述（第二次）》也将故意界定为，行为人期望其行为导致某种结果，或者行为人相信其期望的结果相当确定的将要发

① 张广兴：《债法总论》，法律出版社1997年版，第289页。

② 程啸：《侵权行为法总论》，中国人民大学出版社2007年版，第338页。

③ 杨立新：《侵权法论》，人民法院出版社2005年版，第196页。

④ [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林译，法律出版社2004年版，第239页。

生。可见各国在故意的界定上采用的都是“希望”、“明知”、“欲求”等主观的标准。

当前关于过错程度区分的不足之处表现在以下几方面：

第一，故意和过失同为过错，但对于故意和过失采取了完全不同的标准，从故意采取主观标准直接转变为过失采取客观标准，可见故意与过失的区分不是在统一的“过错”框架内进行的。

第二，无法对“重大过失等同于故意”这一罗马法上的法谚做出解释，我国立法上多次将故意与重大过失并列使用，但当前的划分标准使得故意与重大过失相去甚远，让人无法将两者联系在一起。

第三，“一般人的注意”与“善良管理人的注意”界限模糊，无法进行清晰的划分。善良管理人在罗马法上称为“善良家父”，作为判断抽象轻过失的“善良家父”标准并不要求行为人的行为完美无缺，也不要求其具有超常的能力以及专家技能，而只要求其具有所属社会阶层或所从事职业的一般能力和胜任程度。<sup>①</sup>看来善良管理人就是一个受过一般教育、具有一般知识水平和技能，具有一般道德水准的普通的人。<sup>②</sup>这样一来善良管理人和一般人还有区别吗？“一般人的注意”与“善良管理人的注意”区分上模糊不清导致重大过失与抽象轻过失无法准确界定。

第四，“处理自己事务同样的注意”是一种主观标准，行为人的认识能力可能非常低，比“一般人”还低；也有可能很高，比“善良管理人”还高，也就是说重大过失、抽象轻过失和具体轻过失之间无法进行过错程度上的排序。

## 二、刑法上过错分类对于民法的借鉴意义

民法上过错程度区分的缺陷源于理论研究的不足，相反刑法上对过错分类的研究比较深入，虽然民法与刑法有所不同，但不可否认刑法过错理论对民法具有很大的借鉴意义。

《美国模范刑法典》上犯罪心态有四种：蓄意、明知、轻率和疏忽。蓄意和明知相当于有些国家刑法中的希望故意和放任故意。轻率是已经认识到并且自觉漠视法律禁止的结果可能发生的危险，虽然主观上对此结果持否定态度，但还是冒险地实施了产生此结果的行为。疏忽与轻率的主要区别是行为人在行为时没有认识到产生法律禁止的结果的危险，然而按照守法公民的通常标准时是应当认识到这种危险的。<sup>③</sup>轻率与疏忽相当于有些国家刑法中的有认识过失和无认识过失。但本人认为

其更接近于重大过失和一般过失的划分，因为美国刑法上，自觉漠视这种心理经验必须包含“严重偏离”守法公民的行为标准，而“关于‘疏忽’的定义，通常没有心理描述，只包括规范评价标准。有学者认为，疏忽是客观过错。”<sup>④</sup>可见对于轻率要求行为人主观上对危险结果有认识，而且严重违反行为标准，而疏忽只要违反注意义务即可。

在英国刑法上犯意分为蓄意、轻率和疏忽。其中蓄意又可以分为直接蓄意和间接蓄意，类似于直接故意和间接故意。英国法律现在认定了两种轻率：Cunningham轻率和Caldwell/Lawrence轻率，Cunningham轻率要求行为人认识到存在不合理的冒险行为；Caldwell/Lawrence轻率要求行为人不仅认识到不合理的冒险行为，而且对于明显的危险，行为人应该但没有想到存在不合理冒险的可能性。<sup>⑤</sup>其中Lawrence案的轻率标准比Caldwell案的轻率标准更为严格，Lawrence案中行为人必须造成了明显并且严重的危险，而Caldwell案中只要求明显的危险。另外对于危险是否明显并且严重，由陪审团站在一般人的立场上加以衡量和判断，因此“明显并且严重的危险”是一种客观标准。英国法上的疏忽是指在无认识情况下进行的冒险，<sup>⑥</sup>类似于有些国家刑法上的无认识过失。可见在英国刑法上轻率是一种比疏忽更严重的过失，尤其是Lawrence轻率要求行为人违反注意义务造成“明显并且严重的危险”，更接近重大过失。

《德国刑法典》第15条只规定了故意和过失，但德国学理上认为存在五种犯意：蓄意、狭义的直接故意、间接故意、轻率和过失。蓄意、狭义的直接故意和间接故意是对故意的进一步划分。对于轻率，德国刑法学者罗克辛认为它属于“有意识的过失”，与“违反义务地不加注意”的过失相对应。<sup>⑦</sup>1962年德国刑法草案第18条第3款规定：“犯有重大过失行为，即为轻率。”可见在德国刑法上轻率一般等同于重大过失。

美、英、德等主流国家的刑法关于过错的分类可以给我们以下启示：第一，故意、轻率和过失对于犯罪形

① 丁玫：《罗马法契约责任》，中国政法大学出版社1998年版，第161页。

② 龚赛红：《论民法上的过错》，《中国社会科学院研究生院学报》2008年第5期。

③④ 储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社1996年版，第96、96页。

⑤⑥ [英] J·C·史密斯、B·霍根：《英国刑法》，李贵方等译，法律出版社2000年版，第73、83页。

[德] 比勒斯、罗克辛：《德国刑法学总论》第1卷，王世洲译，法律出版社2005年版，第286页。

态的划分具有连续性，是一种无缝对接。根据知和意可能的结合形态，储槐植揭示了美国刑法上的“犯罪形态模式”，<sup>①</sup>在这一模式中人类的认识和意志具有连续性，不存在明显的界限，因此过错程度的区分不应该在“犯罪形态模式”中留下空白，过错程度的划分应该具有前后相连的连续性。第二，在各国刑法上一般认为重大过失等同于轻率，只是使用范围不同，比如在德国轻率一般在刑法上使用，而重大过失一般在民法上使用。第三，一般认为轻率是一种有认识的过失，而疏忽是一种无认识的过失，是一种客观过失。

### 三、民法上过错程度的重新界定

在对过错程度进行划分之前我们应该确定过错程度划分的指导原则，也就是过错程度划分的总体标准。刑事责任的主要目的在于惩罚，但刑法上惩罚的并不是行为人的心理状态，而是惩罚心理状态所反映出来的反社会的危险性，因此刑法上过错的划分是依据行为人心理状态的反社会危险性为总体指导标准的。民事责任的主要目的不在于惩罚，而是填补损失，使当事人关系恢复至原来状态，因此民法上过错程度的区分仅存在于特定需要区分的情况下，一般情况下只要存在过错就足以认定赔付，过错方依据受害人损失大小填补损失，而非过错程度越高赔偿损失越多。民法上过错程度区分的主要意义在于损失无法准确认定时确定赔偿范围，合理分配损失，行为人在过错心理的指导下所为的行为使社会关系偏离正常秩序的幅度越大，则行为人需要填补的损失就越多，因此民法上过错程度区分的指导原则应该是行为人主观心理指导下行为的非正当性。主观心理指导下的行为越偏离正常秩序，非正当性越高，过错程度越高。换言之，过错不是对事实的描述，而是一项伦理评价，是价值层面的事物。<sup>②</sup>

#### （一）对故意的界定

我们认为民法上的过错首先都体现为对注意义务的违反，并非只在过失中才存在注意义务的违反，故意中也当然存在注意义务的违反，不违反任何注意义务的单纯的故意不可能构成民法上的故意。<sup>③</sup>换言之，在存在注意义务的情况下并非就只可以构成过失，不可以构成故意。《美国模范刑法典》给蓄意和明知下的定义完全是心理活动的描述，而没有像对轻率和疏忽那样提出规范标准，这是因为前两种模式的规范内容显而易见不会发生疑问。<sup>④</sup>正是由于故意的主观心理往往是显而易见的，导致容易忽略注意义务的违反这一客观要素，注意义务仍然是故意的前提。从这个意义上来说，《德国民法典》第276条第1款“欠缺交易上必要之注意义务”应该是对过错的一般描述，而非过失的定义。

在此基础上，通过认知和意志这两个主观心理要素就可以对故意作出判断。

从意志要素来看意见比较统一，包括主观上希望、追求和放任两种心态。在认知要素上则存在一定分歧，主要在于行为人主观上预见或认识的程度上，有学者认为“应当预见到行为结果”，如上文杨立新教授的故意定义，这种认知程度是一种“确信”的程度；另外一种就是“明知极有可能是否构成故意”，这种情况下认知程度不是“确信”，而是“极有可能”。美国刑法上认为这种情况下构成故意，《美国侵权行为法重述（第二次）》也将故意界定为，行为人期望其行为导致某种结果，或者行为人相信其期望的结果相当确定（substantially certain）将要发生。也有学者将 substantially certain 翻译成“基本上必定”。可见在美国法上明知极有可能可以构成故意。我们赞同美国侵权法上的做法，若用或然性来表示“确信”为100%，而“极有可能”则在90%以上，实际上在这个区间行为人自身或许也无法做出判断是确信还是极有可能，在结果真实的发生之前一切皆有可能。在此基础上我们可以将故意界定为：行为人预见到自己违反注意义务的行为结果必定发生，或者相信自己违反注意义务的行为基本上必定会导致危害结果，仍然希望它发生或者听任它发生的主观心理状态。

#### （二）重大过失与一般过失的界定

在过失的成立上英美法系和德国都采取的是客观标准——违反注意义务，但在重大过失的认定上又都没有采取完全的客观标准。德国民法上过失是一种违反交易上必要注意义务的行为，是完全的客观标准，但德国民法上对重大过失的认定除了要考虑客观因素之外，还有考虑主观因素即必须能够对行为人做出特别重大的责备。<sup>⑤</sup>美国侵权法也认为，重大过失从客观上讲，是极端地没有尽到应尽的注意义务，被告的行为所造成的损害与行为所带来的功效完全不成正比；从主观上看，重大过失包含着有意识地对所知道的危险发生的可能性予以漠视这一因素。<sup>⑥</sup>从本质上来说，过错程度是对行为人认知因素和意志因素相结合所反映出来的主观非正当

①④ 储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社1996年版，第97、96页。

② 刘文杰：《过错概念的内涵》，《中外法学》2009年第5期。

③ 民法上的一般注意义务不仅仅来源于法律规定，还可以是合同、习惯甚至常理等等，因此这里的违反注意义务不仅仅指违反法律规定。

⑤ [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢谌译，法律出版社2004年版，第244页。

⑥ [美]文森特·R·约翰：《美国侵权法》，赵秀文译，中国人民大学出版社2004年版，第7页。

性的等级划分,因此其不可能不考虑主观因素,采取完全的客观标准。过失的成立则不同,对事后判断行为人为人行为时是否存在过失而言,过失存在与否已经是一个客观事实,也就是说过失本身虽然是一项价值评价,但过失成立与否则是一项客观事实评价。因此过失是否成立可以采取客观标准,但过错程度划分不可能采取完全的客观标准。

结合以上英、美、德刑法和侵权法上的过错分类,我们可以归纳出重大过失或者说轻率具有以下几个特征:第一,重大过失虽是一种加重的过失,但仍是过失,构成对注意义务的违反;第二,重大过失是一种有认识的过失;第三,行为人的行为制造了一种明显且严重的危险。重大过失是一种有认识的过失,有学者进一步认为这种认识是对损害结果发生的高度或然性的认识,<sup>①</sup>对此我们表示赞同。上文提到故意中行为人认识到损害结果必定发生或基本上必定发生,如果行为人对损害结果发生的确信度有所下降,那么行为人的主观心态就不再是故意,而是重大过失。也就是说并非所有有认识的过失都是重大过失,只有对损害结果发生的高度或然性的认识才可能构成重大过失。也只有这样解释才能说明故意到重大过失的过渡是一种无缝对接,过错程度的划分才具有连续性。“重大过失等同于故意”正是由于故意和重大过失都是一种有认识的过失,而且都对损害结果有较高或然性的认识。上文提到认识的或然性达到90%以上才构成故意,如果用或然性表示重大过失,或许应该在75%~90%之间。这是一种主观标准,或然性更是不易界定,重大过失当然不能仅以此标准来界定。在客观上重大过失的构成要素还包括:违反注意义务、制造了明显且严重的危险。其中“明显且严重”的危险在英美法上由陪审团站在一般人角度来判断,因此是一种客观标准。至于什么是“明显且严重”的危险,英美法上一般认为是指这种危险转化为现实危害的可能性非常高,而且一旦转化为现实性的危害,损害结果往往十分严重。在结合主客观要素的基础上,我们可以对重大过失作出以下界定:重大过失是行为人违反注意义务的行为制造了一种明显且严重的危险,并且行为人对危险结果有高度或然性认识的过失形态。

虽然一般过失是民法上最常见的过错程度形态,但实际上民法上过错程度的界定重点不是一般过失,而是故意和重大过失。法律上会规定以过错为构成要件,进一步会规定以故意或过失为构成要件,再进一步会规定以故意或重大过失为构成要件,但是一般不会规定以一般过失为构成要件。刑法上有“故意杀人罪”和“过失杀人罪”,<sup>②</sup>有些国家有“轻率的泄露国家机密罪”,但不会出现“一般过失泄露国家机密罪”、“一般过失杀人

罪”等罪名。一般过失是民法上最基本的过错程度形态,故意和重大过失都是在此基础上加重的过错程度,如果规定以一般过失为构成要件则本身就说明在该归责过程中对过错程度是没有要求的,一般过失已经是民法上需要承担责任的最低过错程度,一般过失需要承担责任,那么重大过失和故意更加需要承担责任。规定以一般过失为构成要件与规定以过失为构成要件,甚至以过错为构成要件意义基本相同。也就是说从责任成立的角度来说,专门规定一项以一般过失为构成要件的责任没有任何意义,法律上主要是区分故意责任和重大过失责任,一般过失责任会被直接代以过失责任或过错责任,这样一来一般过失责任的成立只要违反注意义务就可以了。以上是从民事责任成立的角度来说的,从责任范围的角度来看,民事责任的目的在于填补损失,因此赔偿责任范围的确定往往是依据受害人的损失程度,而不是责任人的过错程度,只有在损失程度无法准确认定的情况下才会考虑过错程度。但这种情况下司法实践中会重点考察是否存在故意与重大过失,一般过失是承担赔偿责任的基础,也是判断是否增加赔偿额的基准,司法上以其为基础来考察是否需要增加赔偿额,但一般过失本身并不是增加赔偿额的依据。重大过失和故意情形下责任人因为在构成一般过失的基础上还具有其他主、客观的加重因素,因此会承担比一般过失更高的赔偿额。可见在民事责任的成立和责任范围的确定上,一般过失作为最低级的过错程度形态,是过错责任成立所要求达到的最基本的过错程度,也是确定赔偿额的起点,因此一般过失的成立只需具备符合民法要求的过错的最基础要件——违反注意义务就可以了。基于以上分析我们可以对一般过失作出以下界定:一般过失是指行为人违反交易上必要注意义务,但不存在故意或重大过失中的主、客观加重因素的过失形态,或简称为仅仅只违反交易上必要注意义务的过失形态。这里采取的是一种排除式的定义方式,但一般过失仍需违反交易上必要的注意义务,满足民法上追究过错责任的“过错”的最基本要求。相应的,一般过失的划分标准也是一种综合标准:违反交易上必要注意义务和不构成故意或重大过失,也可以并称为无主、客观加重因素仅仅违反交易必要注意义务。至于违反注意义务的判断标准,以德国法上“善良管理人”为标准或美国法上的“合理人”为标准均可,两者区别不大。以行为人的“现实行为”(Ist-Verhalten),衡诸善良管理人在同一情况下的“当为行为”(Soll-Verhalten),如存在差距,即可认定行为人的行为

注意程度低于善良管理人，<sup>①</sup>行为人构成注意义务的违反。而且行为人违反注意义务有两种认知形态：对违反注意义务的行为可能导致损害有低度或然性认识和对违反注意义务的行为结果主观上无认识。这里的无认识和有低度或然性认识都不具有特别的可责难性，不是过错意义上的加重因素。

### (三) 小结

以上关于故意、重大过失和一般过失的界定及其区分标准是以违反注意义务为起点，在“过错”的统一框架内来进行的，仅“未达到善良管理人的注意”不存在其他主、客观加重因素则构成一般过失；如果“未达到善良管理人的注意”，同时还存在其他加重要素，则过错程度依次提高至重大过失，再至故意。新的过错程度划分标准是采“未达到善良管理人的注意”这一统一标准、在“过错”的统一框架内的区分，既能实现各过错程度之间的清晰区分，又能实现各过错程度之间的有序过渡和无缝对接，而且能够更好地解释“重大过失等同于故意”。当前通行的过错程度区分标准之所以存在缺陷就在于其没有提出统一的标准，而是提出了“欠缺一般人的注意”、“欠缺与处理自己事务同样的注意”和“欠缺善良管理人的注意”三个标准，由于对应的“重大过失”、“具体轻过失”和“抽象轻过失”是依据不同标准认定的，因此三者的过错程度排序是无法进行的，而且这三个标准之间，尤其是一般人的注意与善良管理人的注意无法准确区分，因此以这三个标准为基础划分的过错程度既无法清晰区分，又无法实现无缝衔接。

## 四、对“具体轻过失”的重新评价

如文章开头所言，我国民法上还存在具体轻过失的划分，欠缺与处理自己事务同样的注意构成具体轻过

失。“一般人的注意”、“与处理自己事务同样的注意”和“善良管理人的注意”三个标准中，“与处理自己事务同样的注意”的标准是一种主观标准，它以每个具体行为人的注意能力为标准，具有较大的波动性，同一情形下可能甲构成过失，但乙不构成过失。行为人的注意能力可能低于一般人，那么与处理自己事务同样的注意程度可能低于一般人的注意程度，“具体轻过失”就会重于重大过失；也可能行为人的注意能力高于善良管理人，那么与处理自己事务同样的注意程度可能高于善良管理人的注意程度，“具体轻过失”也就轻于抽象轻过失。在重新构建的过错程度区分标准中，“具体轻过失”同样可能构成一般过失或者重大过失。这样看来“具体轻过失”不是一种过错程度的划分，而只是一种特定的过错形态。有学者认为应该称为“具体过失”更合理，它和以客观的一般注意义务为标准的“抽象过失”相对应。<sup>②</sup>有些国家在无偿委托、无偿保管、监护人、合伙人等情形中规定了与处理自己事务同样的注意，但显然这只是过失成立的一种标准，而不是过错程度划分的一种标准。

本文作者：陈本寒是武汉大学法学院教授、法学博士、博士生导师；艾围利是武汉大学法学院民商法专业2009级博士研究生、讲师  
责任编辑：赵俊

<sup>①</sup> 王泽鉴：《侵权行为法》第1册，中国政法大学出版社2001年版，第259页。

<sup>②</sup> 赵守江：《民法上的过失程度新探》，《烟台大学学报（哲学社会科学版）》2009年第2期。

## Reconstruction of Extent of Fault and its Distinction Standard in Civil Law

Chen Benhan Ai Weili

**Abstract:** The new distinction standard of extent of fault adopts a unified standard, that is, failure to perform the duty of adequate care. Under the unified framework of fault, the extent of fault is increased progressively according to the aggravated factors in subjective or objective aspects. If somebody only fails to perform the duty of adequate care, concerning no subjective or objective aggravated factors, he has general negligence. If somebody fails to perform the duty of adequate care, which leads to an obvious and serious danger, and the actor knows the danger with high degree of probabilities, he has gross negligence. If somebody has foreseen his failure to perform the duty of adequate care will be certain or substantially certain to lead to harmful consequences but still want it happen or let it happen, then he is intentional.

**Key words:** extent of fault; gross negligence; general negligence; duty of care