一切合法可能性的说法，是不切实际的。我们可以这样说，在非法所得罪上，司法机关降低了证明标准，并相应也减轻了证明负担，而被告人方面则承担了举证责任。

由此可见，我们一方面要肯定法律规定非法所得罪在廉政建设中的意义，同时要清醒地看到，我国廉政的法制不健全，有必要抓紧加以完善。首先要制定国家工作人员财产申报制度。通过对国家工作人员的财产收入来源进行监督，以评价其在任职期间内是否廉洁。对不依法申报财产或弄虚做假者，从法律上规定制裁措施，并建议用“拒不申报财产罪”来代替“非法所得罪”或“巨额财产来源不明罪”等名称。因为“非法所得罪”，失之笼统，贪污、盗窃、诈骗、受贿等都属于非法所得，不能准确地反映出此罪的特征。“巨额财产来源不明罪”这一名称，也不科学。所谓“来源不明”，是相对而言。对被告人来说，是非常清楚其巨额财产的来源的，其中包括合法或非法两种可能性，因此，对被告人来说，无所谓“来源不明”之说。对司法机关来说，正因为“来源不明”，才需要收集证据，查明其真实来源。“来源不明”就定案论罪，不免使人们对定案证据的可靠性产生怀疑。而用“拒不申报财产罪”，则不会发生上述情况。因为如实申报财产，是法律规定的国家工作人员的一项法律义务和责任，不如实申报财产，即违反法律规定，达到一定程度，则构成犯罪。而无需证明其没有如实申报的财产的真正来源。只要有证据证实国家工作人员没有如实申报财产，并达到一定数额，认定拒不申报财产罪的证据就达到确实充分的程度。有国家工作人员财产申报制度这一前提条件，认定拒不申报财产罪就不会发生困难，被告人也不必承担举证责任。

（作者单位：中国政法大学）

责任编辑：王敏远

论制定道路交通事故赔偿法

梁慧星

一、导　言

从道路交通发展史看，人类社会经历了三个时代，即所谓步行时代、马车时代和汽车时代。其中，马车时代长达四千年之久，大约始于公元前二千年，迄于十九世纪末。1886年德国人研制出第一辆内燃机汽车，标志汽车时代开始，至今仅百余年。由于汽车的广泛使用，极大地提高了交通运输能力，促进了现代化商品经济的发展，增进了人类的福利。

汽车的发明和广泛使用，不仅给人类带来利益，同时也带来祸害。伴随汽车时代而来的道路交通事故，给人类的生命、身体、健康和财产造成极其严重的危害，成为现代民法上的一种新型侵权行为。道路交通事故的损害赔偿，如果拘守民法侵权行为的过错责任原则，将严重不利于受害人，并违背社会公平正义等道德观念。因此，从二十世纪开始以来，各国相继制定特别法，对道路交通事故的损害赔偿采取无过

错责任原则（即严格责任原则）。这些国家是：奥地利（1908年），德国（1909年），意大利（1912年），瑞典（1916年），荷兰（1925年），芬兰（1925年），挪威（1926年），丹麦（1927年），瑞士（1932年），日本（1955年），法国（1985年）。①

对道路交通事故的损害赔偿采无过错责任原则，其理论根据是：（一）认为交通事故是伴随汽车运行在一定程度上必然要发生的特殊危险，如果拘守过错责任原则，只在加害人有过错时才承担赔偿责任，则于受害人显然过苛，使其得不到法律保护；使汽车所有人承担无过错责任，则汽车所有人可以将赔偿支出计入成本，提高价格或收费，或者通过责任保险，转嫁给消费者或社会分担，而对于汽车所有人并非过苛。（二）道路交通事故作为一种特殊危险，唯有汽车所有人和驾驶人可能预防和减少其发生，采无过错责任原则，可以间接加重汽车所有人和驾驶人一方的注意义务，有利于防止和减少事故。（三）汽车所有人大多属有产者，并且是汽车运行利益的获得者，依民法报偿理论，由所有人承担损害赔偿责任，完全符合社会道德观念。因此，汽车所有人的无过错责任，系基于危险责任和报偿责任的一种特殊责任。②

中国之进入汽车时代比各国晚。据记载，最早的两辆汽车大约是在1901年由美国运到上海的。半封建半殖民地的旧中国，外受帝国主义列强的侵略压迫，内则官场腐败，政治黑暗，经济落后，没有自己的汽车制造业。1949年全国仅有汽车50900辆，与当时人口之比是9000人／辆。而当时美国已达3人／辆，法国已达16人／辆，瑞士已达22人／辆，西德已达39人／辆。③1955年，日本也达到55人／辆。新中国在建立自己的汽车制造工业之后，社会保有汽车总数急剧增长，至1980年达到1782925辆，与人口之比为560人／辆。改革开放以来的十年间，我国汽车制造和交通运输事业有了飞速发展，1989年社会汽车保有量为5113204辆，如果加上摩托车数，则为13185335辆，达到83人／辆。或许应该说，刚进入汽车时代。同其他国家一样，道路交通事故亦已成为我国严重的社会问题。

以1980年作为基准，该年社会保有汽车总数为1782925辆（100%），发生交通事故件数为116692件（100%），死亡人数为21818人（100%），受伤人数为80824人（100%），财产损失总额为4960万元（100%）。1987年社会保有汽车总数为4080689辆（228.9%），交通事故298147件（255.5%），死亡人数为53439人（244.9%），受伤人数为187399人（231.9%），财产损失总额为27938万元（563.3%）。④八十年代我国每年因交通事故造成的死亡人数和财产损失，超过了全社会纳入国家统计的非正常死亡和财产损失的总和。⑤道路交通事故已成为全社会关注的社会问题。

我国在一个相当长的时期，单纯依靠行政机关和行政手段解决交通事故的损害赔偿问题，有的受害人向人民法院提起损害赔偿诉讼，法院往往以法律未有规定而不予受理。这种状况非常不利于争议的解决和对受害人的法律保护。⑥1986年颁布的民法通则第123条规定：从事高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性、高速运输工具等对周围环境有高度危险的作业造成他人损害的，应当承担民事责任；如果能够证明损害是由受害人故意造成的，不承担民事责任。其中所谓高速运输工具造成他人损害，当包含道路交通事故。因此，这一条文是我国人民法院受理并裁判道路交通事故损害赔偿案件的法律依据。

由于民法通则第123条规定非常简略，实际上它仅解决了应适用的责任原则问题，法院在依据该条裁判交通事故损害赔偿案件时将面临种种困难。鉴于当前道路交通事故问题的严重性，及这一类新型侵权行为的特殊性，有必要以民法通则第123条的规定为基础，参考各国成功的立法经验和理论研究成果，尽快制定我国道路交通事故损害赔偿法。

---

① 以上资料（除法国外）引自加藤一郎《不法行为法研究》，有斐阁1983年版，第71—72页。

② 参见加藤一郎《不法行为法研究》，第71—72页。

③ 以上是1951年的数字。引自加藤一郎《不法行为法研究》，第69页。

④ 本文关于我国车辆及事故数字，系根据公安部研究室提供的统计资料。

⑤ 公安部交通管理局编《道路交通事故处理教程》，安徽教育出版社1988年版，第1页。

⑥ 《道路交通事故处理教程》，第238—239页。

二、基本立法类型分析

（一）德国法

德国是最早制定特别法规定无过错责任原则的国家之一。现行《道路交通法》制定于1952年，迄今经过32次修改，最近一次修改是1987年。该法第7条规定：车辆在驾驶过程中致人死亡、受伤或者损害人的健康和财物时，由车辆所有人就所生损害向受害人负赔偿责任。如果事故是由于不可避免的事件所引起，而这种不可避免的事件既不是因车辆故障也不是因操作失灵而起，则不负赔偿责任。所称不可避免的事件，是指由于受害人或第三人的过失或动物而引起的事件，并且所有人或驾驶人对此情况已予以高度的注意。

按照该条规定，损害赔偿责任的成立不以车辆所有人或驾驶人一方有过错为要件，所有人或驾驶人一方也不能通过证明自己无过错而获免责，因而属于无过错责任。但此无过错责任非结果责任，法律明文规定以“不可避免的事件”为免责事由。被告如能证明，1.自己一方已尽高度注意义务，2.非车辆机能障碍或操作失灵所致，3.是由受害人或第三人的过错或动物所引起，即属于“不可避免的事件”，因而可以免责。

（二）日本法

日本从来的判例，对于交通事故的损害赔偿采近于事实上的无过错责任的加重责任。①进入五十年代，鉴于交通事故件数和死伤人数激增，为了强化道路交通事故的损害赔偿责任，于1955年7月29日颁布《自动车损害赔偿保障法》。迄今经过12次修改，最近一次是在1986年。该法第3条规定：为自己而将汽车供运行之用者，因其运行而侵害他人生命或身体时，对所生损害负赔偿责任。但能证明自己及驾驶者对于汽车运行并无怠于注意之情形，以及被害人或驾驶者以外之第三人有故意或过失，而汽车并无构造上的缺陷或机能上的障碍时，则不在此限。

《自动车损害赔偿保障法》的制定，着重参考了德国的立法经验。其第3条系仿德国《道路交通法》第7条，规定了无过错责任。其免责事由亦与德国法大致相同，即应由被告证明：1.自己及驾驶者已尽相当注意。2.车辆不存在构造缺陷和机能障碍。3.属于被害人或第三人的故意过失。学者称为“免责三要件”，与德国法所谓“不可避免的事件”的构成要件仅有细微差异。即日本法未将动物的原因计算在内。因此，学者认为日本法与德国法相比较，责任稍重。②

有的日本学者认为《自动车损害赔偿保障法》第3条运用了举证责任转换的法律技术，性质上属于推定过失责任。只是在实际运用中，判例对加害者一侧无过错的举证怎么也不予承认，因而在实质上近似于无过失责任。③此种见解之不妥当，可从以下几点证明：其一，按照推定过失责任，只须被告证明自己一方无过失，即可推翻法律所作推定，因而免除责任，但依本条规定，被告仅证明自己一方无过失尚不能免责，他还必须进一步证明另外两项要件，即证明汽车不存在构造缺陷及机能障碍，及事故系由被害人或第三人过错所致。可见比推定过失责任要重得多。其二，在因汽车构造缺陷或机能障碍致发生事故的场合，该缺陷或障碍系由制造业者或修理业者的过失所致，汽车供用人对此并无过失，仍不能免除责任。其三，在委托他人驾驶或管理的场合，汽车供用人即使对驾驶人或管理人的选任、监督并无过失，亦不能免除责任。④应当肯定，《自动车损害赔偿保障法》第3条的规定，无论在形式上或实质上，均属于无过错责任。

（三）法国法

早在1919年，法国最高法院就在判例中通过重新解释民法典第1384条第1款，确立了无过错责任原则，称为“物的监护人责任”。如果损害是因物所固有的缺陷所致，则所有人必须承担赔偿责任，即使

---

① 加藤一郎《不法行为法研究》，第73页。

② 加藤一郎《不法行为法研究》，第72页。

③ 森岛昭夫《不法行为法讲义》，有斐阁1987年版，第258页。

④ 安田实《自赔法3条的免责与无责任能力》，《法学家》增刊总合特集NO，42，第73页。

缺陷原因不明。当这一无过错责任原则被用来解决交通事故的损害赔偿案件时，学术见解和法院均发生了分歧。过错责任原则的维护者坚决主张，1384条的无过错责任应严格限制在损害起因于物件固有缺陷的场合，例如因汽车刹车失灵造成事故；如果损害起因于客体被操作的方式，例如未及时刹车以致撞伤行人，则应适用民法典第1382、1383条所规定的过错责任，只在驾驶人有过错时才成立赔偿责任。这场争论因1930年的Jand'heur案而获解决。最高法院在该案判决中为交通事故损害赔偿确立了无过失责任的一般原则。无须区分损害原因是汽车固有缺陷或者是驾驶人的行为，应一律适用第1384条。因为汽车本身属于固有危险的物体，要求操作者对使用该物体给第三人造成的危险予以特别注意。免除责任的唯一可能性，是证明不可抗力或某种外部的、不可预见和不能避免的事件。

但是到了六十年代，由于过失相抵规则的广泛运用，受害人一方的“过失”成为减少赔偿金的共同原因，从而导致裁判的不一致和不公正。在关于Desmares一案的判决中，最高上诉法院再次表述了有利于受害人的见解：仅不可抗力事件可以免除物的监护人责任，受害人“过失”不具有不可预见和不可避免的性质，因而不得作为减轻责任的理由。这一判决的效力在于，从适用1384条的诉讼中排除了“过失相抵”规则。由于Desmares案判决是由最高上诉法院第二民事庭作出的，不具有Jand'heur案判决那样的效力（后者是由最高法院全体法官会议作出的判决），因而某些下级法院拒绝遵循。此外，在以刑事附带民事提起的赔偿诉讼中，因适用第1382条规定的过错责任原则，“过失相抵”规则依然有效。这就导致审判实践出现更大的混乱。例如在Derguini一案中，被告因压死一个五岁女孩而被判有罪，死者父母依刑事附带民事提起的赔偿请求，因适用过失相抵规则被减额50%。死者完全不可能明白交通危险，但她是在正确的位置（人行横道）横穿。但在Desmares一案中，受害人是成年人应完全明白横穿公路的危险，且是否利用人行横道并未被证实，却得到全额赔偿。

为了消除这种不公正和严重混乱，社会党政府提出立法草案，经议会于1985年7月5日通过，此即《改善道路交通事故受害人地位并加速赔偿程序法》。按照本法，受害人的地位确实得到相当大的改善。（一）不可抗力事件和第三人行为不得作为免责理由；（二）如果受害人是行人和骑自行车人，不得适用“过失相抵”规则；（三）唯一免责事由是，受害人犯了“不可原谅的过错并构成事故唯一原因”。如果受害人16岁未满或在70岁以上，或者持有永久性残疾程度在80%以上的证明，即使属于“不可原谅的过错并构成事故唯一原因”，也应获得全额赔偿，除非受害人是故意寻求伤害（自杀）；（四）在责任成立要件中，用“牵连关系”（involvement）取代因果关系（causality），因为后者太严格。①

（四）新西兰法

在道路交通事故赔偿法领域，最为引人注目的立法是新西兰1972年意外事故补偿法（The Accident Compensation Act 1972），被誉为“人类文化上史无前例的法律制度之创举”。②这一法律的革命性意义在于，抛弃了以侵权行为法律制度解决交通事故损害赔偿问题的传统做法，而新创社会安全保障制度。依据该法，设立意外事故补偿基金和意外事故补偿委员会。任何意外事故和机动车事故的受害人，不论事故发生地点、时间和原因，均可依法定程序向意外事故补偿委员会请求支付一定金额。

负责检讨英国现行损害赔偿法制的以皮尔逊勋爵为首的皇家委员会，受新西兰法的影响，于1978年提出的报告中，建议英国引入新西兰制度。按照皮尔逊报告所提出的方案，在英国设立社会安全支付制度，对在公共道路和公共场所发生交通事故的所有受伤者及死者的受赡养人，自动地支付一笔赔偿金。无须证明过错，也无须因受害人与有过失而减少赔偿金，皮尔逊委员会所建议的制度与新西兰现行制度的区别如下：依新西兰法，关于交通事故（及其他意外事故）完全废弃了传统侵权责任制度；而按照皮尔逊方案，则侵权责任制度将继续予以保留，但有两点修正，1.侵权诉讼所获得的赔偿金将不包括事故发生后三个月内身体疼痛和精神痛苦的赔偿，2.并将从中扣除已获得或可能获得的社会安全支付金额。③

---

① 参见Ruth Redmond-Cooper, French Road Accidents and Fault, (1989) 38-3 ICLQ, 502—521.

② 美国加州大学教授弗莱明（Fleming）语，转引自王泽鉴《民法学说与判例研究》第2册，第173页。

③ Tony Weir, A Casebook on Tort, 4th Ed, London 1979, P254.

（五）英国法

皮尔逊委员会的建议迄今未被采纳，英国关于交通事故的损害赔偿，一直适用普通法侵权责任原则。在阿豪德诉克罗斯维尔（Ormrod V.Crosville motor services Ltd）一案中，法官丹宁勋爵对这一普通法原则表述如下：汽车所有人同意由他人驾车在公路上行驶，不论该他人是其雇员、友人或其他什么人，法律都使汽车所有人承担一种特殊的责任。只要汽车是全部或部分被用于所有人的事务或者为所有人的目的，则汽车所有人应为驾驶人一方的任何过失负责。只在汽车是出借或出租给第三人，被用于对所有人无益或无关的目的时，汽车所有人才能免除责任。①设B驾驶属于C的汽车致行人A受人身伤害，在属于下述几种情形之一时，A能够对C诉求赔偿：1.C允许B驾车系出于疏忽；2.B是C的雇员，且驾车是在受雇职务范围之内；3.C要求B（雇员或非雇员）驾驶该汽车；4.C允许B（无论是谁）驾驶该汽车，而B和C都未投保责任保险。②可见，损害赔偿责任的成立，必须以所有人或驾驶人一方有过错为要件，属于过错责任。

三、民法通则第123条评析

如所周知，民法通则是在前法制委员会民法起草小组的民法典草案第四稿的基础上制定的。但在民法典草案第四稿上，高度危险作业致损和交通事故致损分别规定在两个条文中。第432条规定，从事高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性等对周围环境有高度危险的作业而造成损害的，应当承担民事责任；如果能够证明损害是不可抗力或者是受害人故意造成的，可以不承担民事责任。第433条规定，交通运输工具的驾驶人员，在执行职务中造成交通事故致人损害的，应当由驾驶人员所在单位首先承担赔偿责任，但不排除追究驾驶人员的其他法律责任。驾驶人员不是在执行职务中造成交通事故致人损害的，由本人承担责任。如果事故的发生完全或者部分由受害人的过错造成的，驾驶人员和他的所在单位可以不承担或者少承担责任。如果损害完全由第三人的过错造成，由第三人承担责任。

值得注意的是，民法典草案第四稿第433条所规定的内容，比第432条要丰富得多。第433条特别规定了驾驶人员所在单位的替代责任，及在受害人与有过失时适用过失相抵规则。现行民法通则第123条，系以草案第432条的规定为基础，只是在列举的高度危险作业种类中添加上“高速运输工具”六字，并从免责事由中删去“不可抗力”。立法者显然是注意到了交通事故属于高度危险作业致损的性质，合并为一个条文，在立法技术上有其理由。其结果是，遗漏了“替代责任”、“过失相抵”等重要内容。毫无疑问，民法典草案第四稿第433条的上述内容，应当作为对民法通则第123条进行解释的依据。

民法通则第123条，是受了苏俄1964年民法典第454条的影响。第454条以“对高度危险来源所造成的损害的责任”为标题，规定：其活动对周围的人有高度危险的组织和公民（交通运输组织、工业企业、建筑工程部门、汽车占有人等），如果不能证明高度危险来源所造成的损害是由于不能抗拒的力量或受害人的故意所致，应当赔偿所造成的损害。

苏俄1964年民法典第454条则是以苏俄1922年民法典第404条为原形的。第404条规定，个人与企业，其业务对于附近之人有高度危险之关联者，如铁路、电车、工厂企业、贩卖易燃物品之商人、野兽之豢养人、建筑或设备之施工人等等，对于高度危险之来源所致之损害，如不能证明此项损害之发生，系由不可抗力或受害人之故意或重大过失，应负责任。显然，本条立法思想深受当时德、奥等国新兴的无过失责任立法和危险责任理论的影响。

苏联学者对上述条文的解释正是以危险责任理论为根据的。他们指出，物质世界的某些物品，如机械、设备和汽车等，是高度危险来源。这些物品在使用过程中表现出不受人的控制或不完全受人控制的有害性，其结果是对周围的人造成了危险。③为了保护受害人的利益，立法者对高度危险来源致损规定了无过错责任，责任的成立不以过错为要件。

---

① A Casebook on Tort, p252.

② A Casebook on Tort, p253.

③ 《苏联民法》下册，法律出版社1986年版，第406页。

试将民法通则第123条与两个苏俄民法典相应条文相对照，可以看出，责任原则相同，而免责范围有重大区别。1922年苏俄民法典明定三项免责事由：1.不可抗力；2.受害人故意；3.受害人重大过失。1964年民法典减为两项：1.不可抗力；2.受害人故意。即使证明受害人有重大过失，亦不能免除责任。而我国民法通则又进一步删去“不可抗力”，仅规定以“受害人故意”为唯一免责事由。这种重大差异，表明同属社会主义性质的三个民法，因历史时代的差异，其立法思想愈来愈强调对受害人的法律保护。我国民法通则第123条将“不可抗力”、“受害人过失”及“第三人过错”排除在免责范围之外，绝不是偶然的，反映了立法者强化对受害人保护的倾向。当然，这种倾向最终取决于改革开放以来我国社会生活的深刻变化。

在道路交通事故的损害赔偿范围内，试将我国民法通则第123条与前述发达资本主义国家法律相比较，民法通则第123条具有如下特点：第一，就规定无过错责任一点而言，与德国、日本和法国法相同，而异于英美法；第二，就规定受害人故意为唯一免责事由而言，比德国、日本法更为严格，而与法国法相似；第三，就适用过失相抵规则而言，又与德国、日本法及英美法相同，而异于法国法；第四，就未有赔偿金限额的规定而言，则与日本、法国法及英美法相同，而异于德国法。概而言之，即使与发达国家民法相比较，我国民法通则第123条关于交通事故损害赔偿责任的规定，亦不失为先进立法，其责任程度介乎德国法、日本法与法国法之间。

鉴于我国社会经济发展水平及社会主义民主法制状况，设想现时或可预见的将来废弃传统侵权责任制度，实行新西兰法和皮尔逊委员会所建议的社会安全保障制度，是不现实的。制定我国道路交通事故赔偿法，只能是以现行民法通则第123条的原则规定为基础。毫无疑问，任何企图扩大免责范围甚至退回到过错责任原则的主张，都是与民法通则的立法精神相违背的，因而是有害的。

四、替代责任

前已述及，民法典草案第四稿第433条规定交通运输工具的驾驶人员在执行职务中造成交通事故致人损害，应由驾驶人员所在单位承担赔偿责任，即民法所谓“替代责任”。替代责任制度的适用不限于交通事故，但在交通事故的损害赔偿案件中最常用，因而制定我国道路交通事故赔偿法时，有必要明确规定。

替代责任（Vicarious Liability）为英美法上的制度。依此制度，雇用人对其受雇人从事职务时因侵权行为致他人损害应负赔偿责任。论其性质，属于一种无过错责任，雇用人不得主张选任监督受雇人已尽相当注意而获免责。①

在英国历史上，雇用人仅于命令或同意受雇人为不法行为时，始应负责。即所谓特别命令说。十七世纪以后，因工业革命结果使英国工商业急剧发展，特别命令说不足适应社会发展的需要，法院于1697年创替代责任理论，认为雇用人对于受雇人为一般授权时，即可推知其有默示的命令而应负责。十九世纪以来，默示命令说终为职务范围理论所取代，雇用人对于受雇人在职务范围内所为一切不法行为均应负责。当今英美学者均承认替代责任的主要依据，在于公共政策（Public Policy），即危险分担思想。雇用人承担责任之后，可通过提高商品或劳务价格，或通过保险，将损失分配给社会大众。并可促使雇用人慎于对受雇人之选任、监督，以维护社会安全。②

德国法上的相应制度，为民法典第831条所规定的雇用人责任。依该条规定，雇用人对于其受雇人在执行职务范围内所生损害，仅于对受雇人的选任、监督未尽必要注意时，方才承担赔偿责任。盖因德国普通法将过失责任主义奉为侵权行为法的伦理基础。十九世纪之后，虽有若干特别立法规定无过错责任原则，但现行民法典起草人态度较为保守，未接受对雇用人责任改采无过错原则的建议。反对采无过错责任的理由，认为雇用人无过失亦应负责，势必导致工业不振、商业停顿、经济不景气，其结果对被害人亦将不利。最后通过的第831条，仍坚持过失责任原则，但稍作修正，即规定雇用人之选任监督过失先由法律推定，不必由受害人举证。

---

① 王泽鉴《雇用人无过失侵权责任的建立》，《民法学说与判例研究》第1册，第2页。

② 《民法学说与判例研究》第1册，第3页。

依德国民法典第831条的规定，德国法上的雇用人责任有下述特点：其一，雇用人责任系基于其对受雇人选任监督的过失，因此非替代责任；其二，对受雇人选任监督过失系由法律推定，因此雇用人得证明对受雇人选任监督已尽必要注意，推翻法律所作推定而获免责；其三，受雇人执行职务而加损害于他人时，雇用人即应负责，受雇人是否具有故意过失，在所不问。①

日本法关于雇用人责任的规定系仿德国法，日本民法典第715条第1款与德国民法典第831条完全相同。雇用人得证明对受雇人选任监督已尽相当注意而获免责。但与德国法不同，日本学者通说和法院判例对第715条的解释，认为雇用人责任之发生须以受雇人具有故意过失为前提。基于这种立场，在受雇人不具有故意过失的场合，或者在受雇人为加害行为时无行为能力的场合，被害人不仅不能向受雇人请求赔偿，他也不能向雇用人请求赔偿。按照通说和判例的见解，在被害人依法不能向受雇人请求损害赔偿时，如果承认被害人可以向雇用人请求赔偿，将是不合逻辑的。②应予说明的是，在汽车驾驶人是所有人的雇员的情形，依《自动车损害赔偿保障法》第3条的规定，雇用人承担汽车供用人责任并不以受雇人（驾驶人）有故意过失为前提。因此在受雇人免除责任的场合，作为汽车供用人的雇用人却不能免除责任，这一点正与德国法雇用人责任相同。

法国法上的雇用人责任，规定在民法典第1384条第3款：主人与雇用人对仆人与受雇人因执行受雇的职务所致的损害，应负赔偿责任。按照这一规定，雇用人责任属于一种无过错责任，不以雇用人有选任监督过失为成立要件，因而雇用人也不能通过证明自己对受雇人选任监督已尽必要注意而获免责，并且雇用人责任之成立也不以受雇人有故意过失为前提，即使受雇人无故意过失，雇用人亦应承担责任。可见，既不同于德国、日本法，也不同于英美法。

我国现行法关于雇用人责任问题基本上没有规定。之所以说是“基本上没有”，是因为民法通则第121条涉及国家机关工作人员在执行职务中致人损害的责任问题。但该条只规定“应当承担民事责任”，究竟由谁承担责任，将由有关国家赔偿的法律具体规定。③上文提到民法典草案第四稿第433条涉及雇用人责任，草案条文是：交通运输工具的驾驶人员，在执行职务中造成交通事故致人损害的，应当由驾驶人员所在的单位首先承担赔偿责任，但不排除追究驾驶人员的其他法律责任。驾驶人员不是在执行职务中造成交通事故致人损害的，由本人承担责任。另外，最高人民法院《关于贯彻民法通则若干问题的意见》（修改稿）第175条规定，雇工在受雇期间从事雇用活动造成他人损害的，由雇主承担民事责任。④从这两个草案条文可以推知我国立法机关的立法意向和司法机关的裁判见解。在此基础上参考各国立法经验，我国关于雇用人责任应采下述基本原则：

（一）我国雇用人责任应是一种无过错责任。责任之基础在雇用关系，而不是雇用人本身的选任监督过失。其理论依据为“归责于上”理论及“危险分担”理论。其本质非雇用人自己责任，而是代替受雇人所负之责任。因此，区别于德国、日本法上的雇用人责任，而与英美法上的“替代责任”及法国法上的雇用人责任同其本质。（二）雇用人不得以证明自己对受雇人之选任监督已尽相当注意而免责。这是由无过错责任性质决定的。（三）雇用人责任之成立，是否以受雇人有过错为前提条件，因加害行为之属于特殊侵权行为或一般侵权行为而有不同。如属特殊侵权行为，如道路交通事故及其他高度危险作业致人损害，则不以受雇人有故意过失为前提；如属一般侵权行为，则应以受雇人有故意过失为前提。就这一点而言，既不同于英美法，也不同于法国法和德国法。（四）受雇人在受雇职务范围之外所造成他人损害的，应由受雇人本人负责，不发生雇用人责任。此为各国所共同的原则。

---

① 《民法学说与判例研究》第1册，第4—5页。

② 田上富信《仅对使用者的损害赔偿请求》，载奥田昌道等著《民法学·不法行为的重要问题》，有斐阁双书，第121—122页。田上先生个人见解，认为通说判例的这一结论与715条的实质存在理由相矛盾。

③ 穆生秦主编《民法通则释义》，法律出版社1987年版，第131页。

④ 此系1990年12月第五次全国民事审判工作会议上的讨论稿。

五、过失相抵

所谓过失相抵，即在加害人依法应承担损害赔偿责任的前提下，如果受害人对于损害的发生也有过失，可以减轻加害人的赔偿责任。此为现代民法一项重要规则。有关道路交通事故的损害赔偿，除法国法排斥过失相抵规则的适用外，其他国家立法如英国、德国、日本法及我国台湾现行法，均承认过失相抵规则。

按照英国1945年法律改革（受害人与有过失）法（The Law Reform 〈Contributory Negligence〉 Act 1945），部分由于自己的过错部分由于他人的过错而受损害的人所提出的损害赔偿请求，不得以受害人与有过失为由予以驳回，但他所应得的损害赔偿金应由法庭斟酌其对损害应负责任的比例减至公平合理的程度。

在大陆法系民法，过失相抵规则既可适用于侵权行为的受害人，也可适用于债权人。德国民法典第254条规定，损害的发生被害人与有过失者，损害赔偿的义务与赔偿的范围，视当时情况特别是损害的原因主要在何方而决定之。日本民法典将对债权人适用的过失相抵规定在第418条，对侵权行为受害人的过失相抵规定在第722条。第722条第2款规定，受害人有过失时，法院可以斟酌其情事，确定损害赔偿额。

我国现行法对于过失相抵亦有规定。民法通则第131条规定：受害人对于损害的发生也有过错的，可以减轻侵害人的民事责任。将这一规定与同法第123条的规定综合考虑，可知：受害人具有故意，即系自寻伤害时，可以免除加害人的责任；在受害人具有过失（一般过失或重大过失）时，不得免除加害人的责任，但可以适用过失相抵规则，由法庭斟酌双方过失比例，减少受害人应得的损害赔偿金。我国道路交通管理部门在处理交通事故损害赔偿的实践中，也正是这样做的，只是不称过失相抵，而称为“交通事故责任的认定”。①

毫无疑问，制定我国道路交通事故赔偿法时应当规定过失相抵规则。但应考虑的问题是应否对这一规则的适用附加某种限制？我国民法通则第123条的立法精神，着重于强化对高度危险作业受害者的法律保护，体现了在社会主义社会中公民生命健康权应受到特别的尊重和保护，体现了社会主义的人道主义和公平正义道德观念。基于这一立法精神，可考虑从以下三方面限制过失相抵规则的适用：其一，如果受害人是残疾人、70岁以上的老人和12岁以下的儿童，应不适用过失相抵规则。他们由于身体（如聋哑、失明或肢体残缺）或者年龄方面的原因，在横穿公路时往往会犯重大判断错误。他们应当获得全额损害赔偿金，除非被证明是故意自寻伤害。②其二，应规定过失相抵规则仅适用于对消极损害的赔偿及抚慰金，对积极损害的赔偿不适用过失相抵。所谓积极损害，指所支出的费用，如医药费、住院费等；消极损害指可得利益、工资收入损失；抚慰金指对受害人及其亲属的精神损害赔偿金。如果对积极损害、消极损害和抚慰金全部适用过失相抵，则可能发生过失比例较大的受害人反而要赔偿加害人所支出的医药费的情形，使受害人在实际上无法获得救济，违反对这类侵权行为规定无过错责任的宗旨。因此，基于立法政策上的考虑，应只限于对消极损害和抚慰金适用过失相抵。其三，应依优者危险负担原则决定过失相抵的基本比例，使物理上危险性较大者或回避能力较差者，负担较重的危险责任。如人与车相较，则车为优者；汽车与摩托车相较，则汽车为优者；汽车与汽车相较，则重型车、大型车或速度较快者为优者。假使在不考虑优者负担原则时，双方过失相等即各占一半，则依优者负担原则评定过失相抵的基本比例应为，例如，行人1／5，车4／5；卡车3／5，轿车2／5。③

在交通事故案件中如何具体评定过失相抵的过失比例，做到实事求是、公平合理，是最大的难题。我国道路交通管理部门在实践中尝试进行定量的分类，区分为：全部责任、大部责任、主要责任、同等责任、次要责任、一定责任和没有责任七种。其中，除全部责任和没有责任之外，均属于过失相抵。例如一方严重违章，为事故主要原因，属大部责任，过失比例为75—99%，另一方违章轻微，负一定责任，过失

① 《道路交通事故处理教程》，第11章。

② 此系借鉴法国立法经验，见Ruth Redmond—Cooper, French Road Accidents and Fault.

③ 优者危险负担原则为日本之经验，见刘得宽《民法诸问题与新展望》，第211—214页。

比例为1—24%；一方违章情节较重，为事故主要原因，应负主要责任，其过失比例为51—74%，另一方违章情节较轻，为次要原因，应负次要责任，其过失比例为26—49%。①这种分类和做法，与单纯依靠自由心证决定过失相抵比例的做法相比，肯定要进步得多。但仍有下述缺点：1.每一档次的幅度过大，2.未采纳优者危险负担原则；3.远未达到客观化和量化目标。下面介绍日本在这方面的经验。

为解决过失相抵比例的客观化和定型化问题，基于对过去交通事故判例的详细分析，仓田、福永二位法官于昭和44年发表《汽车事故之过失成数认定基准表》，并于昭和46年修正。此基准表包括基本要素和修正要素。主要依道路通行之优先关系为基础，决定过失成数基本比例，作为基本要素；再依个案应考虑情事，包括当事人之注意等主观情事与道路状况、环境等客观情事，分别决定应增加或减去之过失比例，称为修正要素。遇具体案件则对照此基准表，以基本要素为主，修正要素为辅，计算出确当的过失比例。昭和49年滨崎泰生、田中庚久、佐佐木一彦三位法官在仓田基准表基础上予以改进，发表《民事交通诉讼之过失相抵认定基准表》。该基准表对事故的分类详细，附表29种，运用非常方便，极有参考价值。

例如，发生在有交通管理之人行横道上的事故。基本要素：行人黄灯开始穿越，车绿灯进入，基本过失比例为行人40%；修正要素：（一）加算要素：1.夜间5%，2.干线道路10%，3.穿越中停止、后退，5—10%；（二）减算要素：1.住宅商店街10%，2.儿童、老人5%，3.幼儿10%，4.集团穿越10%，5.驾驶人有显著过失10%，6.驾驶人有重大过失20%，7.人行道车道无区别10%。设行人于黄灯开始穿越人行横道，被绿灯进入汽车撞倒，事故发生在晚上9时，为干线通路，汽车司机酒醉驾驶，则以基本要素40%，加上属于加算要素之夜间5%和干线道路10%，减去属于减算要素之司机重大过失20%，得到受害人过失相抵之过失比例为35%。②

六、好意同乘者

道路交通事故损害赔偿的另一个问题，是对遭受损害的好意同乘者是否赔偿及如何赔偿的问题。严格言之，好意同乘与无偿同乘是不同的概念。虽属好意同乘，如果同乘者负担燃料费，则非无偿同乘；反之，虽属无偿同乘，但在迎送顾客或医生的场合，却非好意同乘。因此，通常所谓好意同乘，系指无偿的好意同乘，即所谓搭便车。

按照德国道路交通法第8条的规定，在汽车所运送的人死亡或受伤的场合，如属有偿的营业上的运送关系，汽车所有人才依本法第7条承担责任。而对于无偿同乘者则不负责任。战前的判例和学说，采“默示责任放弃的合意”的见解，战后采“危险承诺”说，均否认对无偿同乘者的赔偿责任。联邦普通法院1961年的判决，改变立场，采“责任量的限制”理论。依此理论，应按照民法典第254条关于过失相抵的规定，决定赔偿金额。瑞士道路交通法第59条第3款，关于对无偿同乘者的赔偿，授予法官减轻乃至有特别情节时免除责任的权力。在法国法，在无偿同乘者受伤害的场合，应适用民法典第1382条规定的过失责任原则，即必须证明驾驶人有过失。英美法关于交通事故损害赔偿适用过错原则，美国近30个州制定了同乘者法，只在驾驶人有故意或重大过失时才成立赔偿责任。③日本法，关于好意同乘者的赔偿问题，无立法规定，因而学说上提出各种主张，例如好意协定关系理论、责任肯定说、他人性阻却说、责任相对说等。④日本判例承认对无偿同乘者赔偿的减额，例如对于单纯的无偿同乘，减少抚慰金的20—50%，常用型无偿同乘，减少消极损害（所失可得利益）赔偿和抚慰金的30%左右；饮酒驾车的无偿同乘，减少全部赔偿额的40%。⑤

我国关于好意同乘者的赔偿问题，缺乏经验的总结和理论研究。我认为，有偿的好意同乘，如支付部分汽油费，应属于民法通则第123条所谓“他人”的范畴，其损害赔偿应与一般受害人同其原则；应由立

---

① 《道路交通事故处理教程》，第178页。

② 见秦天来《交通事故法律研究》，第245—277页。

③ 以上资料引自潮海一雄《驾驶者家属及无偿同乘者的赔偿请求》，《民法学·不法行为的重要问题》，第145—146页。

④ 参见比佐和技《好意同乘的减额》，《法学家》增刊总合特集No：42，第135—137页。

⑤ 《民法学·不法行为的重要问题》，第140页。

法规定的，是无偿的好意同乘，建议在制定道路交通事故赔偿法时专设一条，规定由法庭斟酌具体情形，比照过失相抵规则，减少责任人的赔偿责任。

七、本法适用范围和责任人

根据我国处理道路交通事故损害赔偿的实践，并参考各国立法的成功经验，本法适用范围应从下述三个方面予以确定：

1.必须是机动车辆事故

此所谓机动车辆，指陆上机动车辆，包括各种轿车、卡车、公共汽车、无轨电车、装载车、摩托车、电瓶车、轮式专用机械车及拖拉机。上述车辆的拖车亦应包括在内。但火车、有轨电车、缆车等不属于本法调整范围。

2.必须是发生在公共道路和公共场所的事故

所谓公共道路，包括公路、城镇街道和胡同（里巷）。乡村可供机动车通行的便道、机耕道、通向单位或单位内部停车场的叉道、单位内部有公共使用性质的通道亦包括在内。但单位内部不具有公共使用性质的通道上发生的事故，不属本法范围。所谓公共场所，包括车站、码头、广场、公共停车场等可供车辆通行和停放的场所。单位内部停车场不包括在内。

3.必须是机动车辆在运行中所发生的事故

所谓运行，指机动车辆处在运动状态，包括起动、行驶、转弯和倒车等。车辆在静止状态所发生的事故，如公共电汽车到站停稳后，乘客上下车所发生的事故，或非机动车与正确停放的机动车相碰撞的事故，均不属本法范围。

责任人一般是车辆所有人。在车辆所有人与驾驶人不一致的场合，应由车辆所有人依本法承担损害赔偿责任。车辆所有人承担责任向受害人支付赔偿金之后，可以依其与驾驶人之间的劳动关系或雇用关系向驾驶人求偿，但必须以驾驶人对于事故之发生有故意或重大过失为限。

决定车辆所有人承担赔偿责任的根据，在于运行支配与运行利益的归属。①车辆所有人因种种原因丧失运行支配及运行利益时，车辆所有人将不承担责任，而由运行支配与运行利益的实际归属者承担责任。以下几种情形，车辆所有人将不承担责任：其一，借用或出租。所有人将车辆出借或出租，一般应由借用人或租用人承担责任。但借用人或租用人是所有人的雇员、职工和家庭成员的场合，仍应由车辆所有人承担责任；如果借用人或租用人不具备使用、驾驶车辆的资格和技能，则应由车辆所有人与借用人或租用人连带承担赔偿责任。其二，实际交由他人使用、管理。所有人将车辆交给他人使用、管理的场合，如果所有人已丧失运行支配及运行利益，则应由实质上享有使用权、管理权的人承担责任。如果用分期付款方式购买车辆，在价款全部付清以前购买人未取得所有权，但仍应承担责任。委托他人维修、保管、运输中的车辆，在维修、保管、运输期间发生事故，应由修理人、保管人、承运人承担责任。其三，擅自使用车辆。单位职工、雇员、家庭成员未经所有人同意擅自使用车辆所发生的事故，仍应由车辆所有人承担责任。上述人员以外的人擅自使用的场合，由擅自使用人承担责任，如果所有人对车辆之保管未尽应有注意，则应由车辆所有人与擅自使用人连带承担责任。其四，车辆被盗。被盗车辆所发生的事故，车辆所有人不承担责任。

制定道路交通事故赔偿法，还应规定的重要问题有：时效问题，基于所侵害客体的重大性，因交通事故提起的赔偿请求，应适用民法普通时效期间；强制保险，应规定对一切机动车辆强制实行损害赔偿责任保险；社会保障制度，对无保险车，及肇事后逃逸、车主不明的事故受害人，设立专门的赔偿基金予以赔偿。

（作者单位：中国社会科学院法学研究所）

责任编辑：张广兴

① 藤仓皓一郎《决定运行供用者的判断基准》，《民法学·不法行为的重要问题》，第125页。