

# 重大过失理论的构建

叶名怡\*

---

**内容提要：**传统大陆民法理论关于重大过失的解说既无法提供明确的认定方法，又内在地质欠缺解释力。重大过失应当是一种有认识的过失，但同时须在客观上制造了巨大的危险。它是一种偏主观的、行为人很大程度上可避免的过错，是一种具有较强道德可责难性的过错。它是介于故意与普通过失之间、更接近于故意的一种独立过错类型。有认识的认定应坚持“知道”与“有理由知道”两级分类，并有效运用司法推论和立法推定。危险巨大性的认定主要涉及损害可能性与损害程度两方面判断。重大过失的法律效果原则上与故意相同，但有例外。

**关键词：**重大过失 过错类型 有认识的过失

---

## 引言：被遮蔽的重大过失

提起民法上的重大过失，人们多半会想到：它是指行为人一种比较严重的过失，系相对于一般过失与轻过失而言的一种过失类型。对于不少人而言，能想到的内容或许仅限于此。何以如此？因为在传统大陆民法，无论是立法还是理论，对于重大过失基本上持一种轻慢的立场。从立法看，没有哪一个大陆法系国家的民法对重大过失作出界定，由于重大过失隶属于过失之下，系过错的一个亚类，因此侵权法一般条款在涉及过错时都不会提及重大过失。<sup>〔1〕</sup>从法律理论看，关于重大过失不存在一套完整理论，甚至以重大过失为专门研究对象的论文也几乎为空白，侵权法上对过错的研究绝大多数集中在一般过失。可以说，由于一般过失的“身影”过于高大，被其遮蔽的重大过失几乎被人遗忘。

重大过失真的不重要吗？显然不是。仅以《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（下称“人身损害赔偿司法解释”）为例，短短30多个条文，其中就出现了4次重大过失。其第2条规定，与有过失规则在行为人有故意或重大过失时不适用；其第9条规定，“雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，应

---

\* 西北政法大学民商法学院讲师。

〔1〕 作为德国侵权法上最重要的“小的一般条款”，德国民法典第823条第1款规定，“故意或过失地不法侵害他人……，负有向该他人赔偿因此而发生损害的义务”。这是一种典型的对重大过失不予提及的处理模式。

当与雇主承担连带赔偿责任”。可见，很多时候，重大过失的认定事关当事人的根本利益。〔2〕

那么，现有的理论或规则是否已基本完备，足敷使用了呢？显然也不是。现行法并没有指出依何标准、如何判断重大过失；现有的侵权法理论没有详细阐明重大过失的内涵，没有对重大过失的性质和定位进行深入论证分析，没有给出其认定的标准，未能解释为何隶属于过失的“重大过失”却“等同于故意”。基于这些疑问，本文尝试在借鉴两大法系有代表性的刑法理论与民法理论的基础上，探讨民法尤其是侵权法上的重大过失理论。〔3〕

## 一、传统理论在重大过失论述上的单薄与不足

传统大陆法系民法理论一般是在叙述过失的分类时提及重大过失的（*grobe Fahrlässigkeit*, *culpa lata*, *recklessness*〔4〕）。依传统理论，过失系行为人应注意而未注意的状态；根据注意的程度，过失可分为重大过失〔5〕、一般过失（抽象轻过失）〔6〕与轻过失（具体轻过失）〔7〕。此过失的“三分理论”遭到了大多数英美法学者和法院的批评和反对，他们认为“三种过失之间的区分在本质上是含糊的、无法实际操作的，在原理上是没有根据的，只不过使须由陪审团来把握的、本已十分模糊、不确定的注意标准变得更加难解和混乱”。〔8〕

姑且不提此过失三分法，单看传统理论对重大过失的界定。德国的判例将重大过失定义为以异乎寻常的方式（*in ungewöhnlich grossem Masse*）违背必要之注意的行为；〔9〕重大过失是“指未作最简单易行的思考，而对每个人都必然了解的事项未加注意”。〔10〕德国学者认为，“实质

〔2〕在侵权法之外的私法上，重大过失的重要性还体现在：无因管理人对本人的损害赔偿、赠与人对赠与物造成受赠人损害的赔偿责任、债权人受领迟延时债务人对标的物风险灭失的责任、补偿保险中保险人的免责责任、责任保险中保险人对被保险人的追偿责任等，均以潜在责任人有重大过失为责任要件之一。

〔3〕实际上，在过错问题上，刑法和民法同出一源。由于刑法上对过错尤其是故意的认定具有更大的重要性，因此其对故意及其与过失区分的研究要深入得多。因而，一直以来，民法上的过错理论从刑法中吸取了不少养料。例如 *imputabilitas*（可归责性）、*culpa*（过错）以及 *dolus*（恶意、故意）这些概念的细分及其道德色彩的加重，均系教会法学家为刑法理论所构建和加工。基于灵魂指导的缘故，教会探究的是构成不法行为为基础的行为人的恶念，它必须在容许之事与禁止之事、轻罪与重罪之间作出区分，它必须发展法律技术，以便能够处理更细微的罪责形式，处理轻过失和重过失，处理法律上重大的欺诈和欺骗。许多这样的法技术被引入到民法理论当中。Vgl., Hans Hattenhauer, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts: Historisch-dogmatische Einführung*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung Muenchen 1982, S. 100.

〔4〕须说明的是，*recklessness* 直译为“轻率”，但它对应于大陆法上的重大过失。若未作说明，本文在不加区分的意义上使用轻率与重大过失。英美法偶尔也使用 *gross negligence* 一词，但这个词很少使用，并且其含义并不固定，更重要的是它并不被视为介于故意与一般过失之间的那种过错等级，因此，*gross negligence* 并不对应于大陆法上的重大过失。See Victor E. Schwartz, Kathryn Kelly, David F. Partlety, *Torts: Cases and Materials*, 11<sup>th</sup> ed., Foundation Press, 2005, p. 198.

〔5〕法国法在过失的分级中，除重大过失外，还有一种所谓不可原宥的过失，其重大过失仅限于自由职业人员。因此，准确地说，法国法上的重大过失与不可原宥的过失，共同构成了本文所称的重大过失。

〔6〕传统大陆民法理论还将过失分为粗心大意的过失和过于自信的过失。这样的区分似无甚实益，至少在法律效果上，传统民法根本没有对它们作出不同规定。

〔7〕关于抽象轻过失与具体轻过失，可参见我国台湾 1953 年台上字第 865 号判决：“应尽善良管理人之注意（即交易上一般观念，认为有相当知识经验及诚意之人应尽之注意），而欠缺者，为抽象的过失；应与处理自己事务为同一注意而欠缺者，为具体的过失”（裁判类编，民事法（2），第 627 页），转引自王泽鉴：《侵权行为法》第 1 册，中国政法大学出版社 2001 年版，第 259 页。关于过失的传统分类，亦可参见曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 82 页。

〔8〕W. Page Keeter *et al.*, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5<sup>th</sup> ed., West Publishing Co., 1984, p. 210. 相对而言，在英美法中，这种过失分级理论在保管合同中所获得的支持更大一些。

〔9〕BGHZ 10, 14, 16.

〔10〕BGHZ 17, 191.

上,当基本的(elementare)注意被忽略——俗话说铸成‘荒唐大错’(dicker Hund)——时,就存在重大过失。”<sup>[11]</sup>我国学者也认为,“违反普通人的注意义务,为重大过失,亦称重过失。如果行为人仅用一般人的注意,即可预见之,而竟怠于注意,不为相当之准备,就存在重大过失。”<sup>[12]</sup>“重大过失是指,行为人连最普通人的注意义务都没有尽到,或者说行为人以极不合理的方式未尽到必要的注意。”<sup>[13]</sup>由这种界定可知,重大过失的关键点有二:其一,被违反的注意义务非常基本;第二,违反注意义务的方式惊人。乍看起来,这两点理解起来并不困难,但细究起来,这里至少存在两个问题:第一,传统理论中重大过失含义里的“普通人”都会有的注意义务,与一般过失含义里的“善良管理人”的注意义务,究竟有何本质区别?大陆法上的善良管理人亦即罗马法上的善良家父,其本质含义与英美法上的“合理人”(reasonable man)无异。众所周知,合理人就是普通人,常人。<sup>[14]</sup>换言之,合理人是社会上绝大多数人都能够胜任的一个“抽象的人”。<sup>[15]</sup>因此,善良管理人(合理人)与普通人没有什么区别。这意味着,根据上面第一个要点,一般过失(违反善良管理人的注意义务)与重大过失(违反普通人的注意义务)实在很难进行区分。第二,违反注意义务的方式何时会很惊人,以至“异乎寻常”?由于这个要点是立足于主观立场的、抽象概括式的表达,实际上根本不具有可操作性和可适用性,换言之,具体情境下的某行为方式是否异乎寻常,由于各人观感不同,人言人殊之情事,自然不会少有。

实际上,困难不仅于此。由于传统大陆法理论对重大过失的叙述仅有上述寥寥数语,再无其他深入分析,在重大过失的内在构造、性质、定位上,以及在重大过失为何等同于故意等诸多问题上,均是理论空白或无法自圆其说。对此,就连德国刑法学家罗克辛也认为,“重大过失这个概念,在民法上并没有清楚的轮廓”。<sup>[16]</sup>因此,民法上的重大过失迫切需要理论充实和更新。

## 二、重大过失的内在构成与基本内涵

相对于民法上重大过失研究的薄弱,刑法上对重大过失的讨论却十分深入,这主要是因为重大过失与间接故意的区别既十分重要,也是一个永恒的难点。在刑法或民法上,重大过失作为一种过错形态,其认定的宽严度或有不同,但其本质上的基本构成不应有重大差别。因此,了解刑法上重大过失的内涵,对于把握民法上重大过失的构成具有重要的参考意义。

### (一) 刑法重大过失理论的启示

在德国刑法上,轻率(Leichtfertigkeit)是五种犯意之一,<sup>[17]</sup>它部分地出现于基本的行为构成中(德国刑法典第97条第2款“轻率地泄露国家秘密”),部分地出现在结果加重犯中(德国

[11] Erwin Deutsch, Hans-Juergen Ahrens, Deliktsrecht, 4 Aufl., Carl Heymanns Verlag KG. Koeln, 2002, S. 65.

[12] 杨立新:《侵权法论》,人民法院出版社2004年版,第187页。

[13] 程啸:《侵权行为法总论》,中国人民大学出版社2008年版,第343页。

[14] “格里厄法官曾将此等‘合理人’描述成‘大街上的人’或是克拉彭市公共汽车上的人,或者按照我近来读到的一个美国作者的说法,是‘带杂志回家,晚上卷起袖口推割草机的人’。”See Hall v. Brooklands Club, [1933] 1 K. B. 205, 224.

[15] 对合理人一般的表述是“reasonable person”或“ordinarily prudent person”,但却刻意避免表述成“平均(注意)水平的成员”(average member),“因为这在字面上意味着有一半的成员无法达到标准”。Centman v. Cobb, 581 N. E. 2d 1286 (Ind. App. 1991).

[16] [德]克劳斯·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731页。

[17] 五种犯意分别是蓄意、狭义的直接故意、间接故意(未必故意、有条件故意)、轻率和过失。德国民法上重大过失与轻率的含义实际上基本一致,只不过习惯使用的领域有所不同。重大过失常用于民法上,轻率常用于刑法上。但也不绝对如此,民法上偶尔也会使用轻率一词。例如德国民法典第826条要求有故意,但德国联邦最高法院认为轻率即已足(BGH NJW 2001, 3115, 3118)。

刑法典第239a条第3款“绑架勒索致人死亡”)。德国刑法学家罗克辛认为,轻率属于一种“有意识的过失”,从而与“违反义务地不加以注意”的“过失”相对。<sup>[18]</sup>1962年德国刑法典草案曾尝试给出轻率的定义(第18条第3款):“犯有重大过失行为,即为轻率”。因此,轻率也一般地被称为“重大过失”。不过,刑法必须在比民法更强烈的程度上考虑个人的无能力。罗克辛认为,应把轻率作为一种跨越(客观)不法和(主观)罪责的特征加以看待,重点应放在行为构成的不法上。但另一方面,减轻罪责的情况能够排除轻率,即使行为人已经创设了一种非常严重的危险。此外,与涉及有限的财产价值之处相比,在人的生命受到威胁之处就更应当肯定轻率。<sup>[19]</sup>

在英美刑法上,关于轻率存在两种见解:一是未意识到极高的风险;<sup>[20]</sup>二是有意识地无视巨大而不合理的风。美国模范刑法典和其他一些制定法采后一种见解。显然,第一种把轻率处理成一种更不可宽宥的疏忽,是一种“客观化的过失”;而第二种则把轻率处理成“主观化的、有意识的过失”。根据美国模范刑法典,那种“巨大而不合理的风”必须具有这样一种性质和程度:考虑到行为人行为的性质和目的以及他所了解的情况,那种“无视”(disregard)必然涉及到对——一个守法者处于行为人位置时将会遵守的——行为标准的重大偏离(gross deviation)。<sup>[21]</sup>可见,在美国刑法上,轻率有如下特点:第一,行为人必须意识到风险,这意味着该法典对轻率采取了主观标准;第二,在判断该风险是否“巨大而不合理”时,要考察行为人所了解的全部情况;<sup>[22]</sup>第三,客观危险的必要性,根据美国模范刑法典,轻率的要件之一是存在现实的而不仅仅是表面上的风险。

综上,德、美主流刑法理论关于重大过失给我们的启示可以总结为如下三点:第一,二者都将轻率作为故意和过失之间的犯意等级,从而形成一个连续的过错谱系;第二,二者都将轻率作为“有意识的过失”,从而与“无意识的过失”区分开来,并且,较低的主观心态可谴责性(罪责)可阻却轻率的成立;第三,二者也都肯定重大过失的客观层面,重大过失的外观表现是,行为人制造了一种巨大而现实的损害风险。

## (二) 重大过失的应然构成之一:主观上对风险及损害“有认识”

不仅德美刑法主流见解将轻率(重大过失)解释为一种“有认识的过失”,而且,英美侵权法也将轻率(重大过失)解释为一种“有认识的过失”。

在英美侵权法上,关于重大过失存在两种观点,即客观说和主观说。<sup>[23]</sup>根据美国侵权法第二次重述,轻率是指行为人明知或有理由知道的事实将使理性人意识到其行为不仅会对他人造成一种不合理的、有形伤害的危险,而且该危险较其行为构成过失时更重大者,行为人仍然执意要从事此种作为或故意不作为。<sup>[24]</sup>这种轻率有时候也被称作“恣意的或有意的行为不端”(wanton or wilful misconduct)。

许多学者赞成重大过失的主观说,认为重大过失与过失有本质属性上的差异。过失并不包含心理因素,它纯粹是指未能符合法律规定的行为标准,纯粹而简单。过失侵权的原告无需证明被

[18] 前引[16],罗克辛书,第286、292、731页。

[19] 同上书,第731页以下。

[20] Steven L. Emanuel, *Criminal Law*, 中信出版社2003年影印版,第12页。

[21] 参见《美国模范刑法典》§2.02(2)(c)。

[22] 这意味着要考虑行为人的目的、动机。例如一名司机疾速穿过一片住宅区,如果他只是为了避免看电影迟到,那他可能构成轻率;倘若他是为了送伤者去医院,则不构成轻率。参见前引[20],Steven L. Emanuel书,第20页。

[23] 客观说认为轻率与一般过失(negligence)一样,均为客观过错,只不过对注意义务违反的程度更加严重;主观说认为轻率是一种主观过错,与一般过失的客观属性有别。

[24] Restatement (Second) of Torts, §500.

告疏忽 (inattention) 或粗心大意 (inadvertence), 粗心大意不是过失侵权责任的前提条件。而轻率则不同, 轻率总是“明知的”(conscious), 即有心理因素的。若要构成轻率, 行为人必须制造了其明知很可能发生的、不合理的风险, 而如果行为人并未意识到他本应该意识到的不合理的风险, 则只构成过失。<sup>[25]</sup>

除了英美法上有此规定外, 在影响很大的荷兰民法典上也有类似踪迹可循。例如, 荷兰(以及其他一些国家) 的法律规定, 赔偿义务人根据危险责任承担责任时, 也可能有共同过错的适用。尤其是当受害人系故意或重大过失时, 共同过错规则在危险责任中的运用更加普遍。但有时候, 法律不使用重大过失这个词, 而使用“明知的过失”这个术语。<sup>[26]</sup> 这也说明重大过失与明知的过失(即“有认识的过失”) 之间的交合关系。另外, 法国法在过失的分级中, 还有一种所谓不可原宥的过失, 这是一种特殊的和异常严重的过失, 是指无正当理由而在意识到危险存在时仍然鲁莽地加以接受。<sup>[27]</sup> 德国侵权法学者多伊奇 (Deutsch) 也承认, 在(推论) 行为人有认识这一点上, 重大过失有涉及故意的嫌疑。<sup>[28]</sup> 德国一些低等审级法院 (unterinstanzliche Gerichte) 始终采取如下立场: “重大过失的构成必须要有行为人对行为危险的认识。”<sup>[29]</sup> 德国联邦最高法院虽然认为重大过失也可能由无认识过失构成, 但也多次强调指出, “重大过失一般来说 (in der Regel) 都要求存在对危险的认识”。<sup>[30]</sup>

本文认为, 将重大过失限定于有认识的过失, 具有极高的正当性和科学性: 其正当性在于它很好地解释了重大过失所具有的道德可责难性(详见下文分析) 以及重大过失与故意之亲缘性的深层次原因;<sup>[31]</sup> 其科学性在于它揭示了从故意到重大过失再到一般过失这一连续的过错谱系, 同时较为完美地解决了重大过失与一般过失的区分这一重要问题。一般过失的判断原则上取决于其外在行为所体现出来的注意程度是否达到了理性人的注意标准, 不需要考虑行为人是否认识到损害发生的可能性, 这是一种客观化的判断方法; 而重大过失的判断则必须采取主客观相结合的办法, 因为行为人的主观认识和意志在整个行为中扮演了重要的角色。

在肯定重大过失属于有认识的过失之同时, 还要进一步探究此“有认识”的内容。笔者认为, 认识的内容至少包括损害发生的高度盖然性和行为的非正当性。

第一, 对损害后果发生的高度盖然性的认识。这意味着, 行为人知道其行为极有可能给他人造成损害。行为人对损害后果发生概率的判断, 对判定其过错具有决定性意义。刑法传统上将故意分为追求的故意(蓄意, 即直接故意) 和放任的故意(间接故意), 它们的共同底线是对损害后果的发生有认识, 并且行为人认识到特定的损害后果必然或者基本上必定会发生。<sup>[32]</sup> 美国侵权法第二次重述第8条规定, 所谓故意, 是指被告希望其行为导致某损害结果, 或者相信其行为基本上必定 (substantially certain) 会导致该结果。如果行为人对所出现结果之确信有所下降, 则其主观心态便不再是故意, 而是轻率。如果此等确信的度再次下降, 则连轻率也算不上, 而

[25] See Peter Cane, *Mens Rea in Tort Law*, in Ngairé Naffine, Rosemary Owens & John Williams, (eds.), *Intention in Law and Philosophy*, Dartmouth Publishing Co., 2001, p. 134.

[26] 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 658 页。

[27] 参见张民安:《现代法国侵权责任制度研究》, 法律出版社 2007 年版, 第 173 页。

[28] 前引 [11], Erwin Deutsch 等书, 第 65 页。

[29] Volker Koenig, *Die grobe Fahrlässigkeit*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, S. 180.

[30] BGH VersR 1985, 1060 (1061); NJW-RR 1989, 991; VersR 1989, 582 (583); KG OLGZ 1975, 8 (10).

[31] 俗话说, 明知故犯, 罪加一等。这种通俗的白话, 其背后却有着深刻的理论基础, 揭示了“知”与“罚”之间应然的逻辑联系, 反映了人们对事物规律的认知水平。

[32] 我国台湾学者黄荣坚甚至认为, 认识是故意构成中唯一本质的要素, 意欲(目的)不是故意的要素。参见黄荣坚:《故意的定义与定位》,《台大法学论丛》1998 年第 1 期。

是可能构成普通过失。可见，故意与重大过失二者的差别仅仅在于“确信程度”的差异：在故意，确信度是基本上必定/大体上的必然性（substantial certainty），在轻率，确信度是高度盖然性（strong probability）。如果把“基本上肯定会发生”的概率限定为90%至100%的话，那么，“很有可能发生”的概率大致在80%—90%。

第二，对行为非正当性的认识。“非正当性认识错误”也常被称为“不法性错误”。所谓不法性错误（又称禁止性错误 *Verbotirrtum*），是指行为人对某项行为的所有构成均有正确认识，因而是有意为之，但认为自己所为并无违法性。不法性错误是否影响故意的成立，是故意认定中不可回避的问题。对此有“故意论”与“罪责论”，前者认为故意构成必须要有不法性认识。德国民法主流见解为故意论，拉伦茨与梅迪库斯均持此论。<sup>〔33〕</sup>关于重大过失是否存在不法性认识错误问题呢？笔者认为，如果肯定重大过失需要对法益侵害或损害后果的可能发生存有认识，那么必然存在对行为本身不法性的认识问题。既然意识到结果仍然继续实施某个行为，则行为人对其行为的评价也就构成了法律对该行为人主观心态评价的重要基础。可以说，不法性认识问题是所有“有认识的行为”都存在的问题。

在故意所要求的不法性认识方面，民法并不要求行为人意识到其行为违反特定的法律强行性规范。当然，这并不是说，无论行为人怎样看待其行为，都可以成立故意行为——如果此命题成立，则故意行为与自愿行为（voluntary act）的区别将不复存在。正确的观点是，故意所要求的违法性认识是指行为人对其行为的非正当性有所了解。此处认识的内容不再是描述性的构成要件，即法益受侵害与损害结果发生的概率，而是一种规范性的构成要件，即对行为的评价；对规范性要素的认识无需采法律人的智识基准，而只需要常人的智识基准。<sup>〔34〕</sup>同样，重大过失所要求的不法性认识，一方面不要求行为人必须认识到其行为构成侵权行为，而只要求认识到其行为的非正当性；另一方面，非正当性的判断也只是要求以常人的智识为基准。例如，城市道路上的飙车行为所具有的非正当性，世人皆知，其理至明。

### （三）重大过失的应然构成之二：客观上制造了一种巨大危险

重大过失的应然构成之二是行为人客观上给他人制造了一种带来严重损害的高度危险。这种危险是现实存在的，并且可从行为的外在表现来判定，具有十足的客观性。

如前所述，德国法系将民法上重大过失的一个面向描述为“以异乎寻常的方式违背必要之注意”。<sup>〔35〕</sup>笔者认为，将关注点放在“方式的异乎寻常”上混淆了问题的重点。在客观层面，重大过失之所以很严重，不是或主要不是行为方式让人吃惊，而是该行为事实上给他人的人身财产安全带来了一种严重损害的风险。因此，本文将重大过失之构成的第二点放在行为客观上所具有的巨大风险之上。

这里的“给他人人身财产安全带来巨大危险”包括两层含义：第一，该行为所带来的损害风险在客观上转变为实际损害的可能性非常高，即损害的发生率是“高度的盖然性”。而某种危险转化为损害的可能性是否非常高，要依赖于一般理性人的见解。第二，该风险一旦现实化为损害，则这种损害的后果绝不是轻微的，而是充分地严重。显然，一般而言，人身损害要比财产损害的后

〔33〕 Vgl. Larenz, Schuldrecht, Bd. I, Allg. Teil, 14. Auflage, C. H. Beck 1987, S. 281 f; Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1999, S. 151.

〔34〕 意大利刑法学家帕多瓦尼指出，“实际上，认定行为人对规范性因素的认识，采用世俗的标准，即用一般社会文化背景中普通人所持的符合法律规定的看法，就足以作出正确的判断……。”〔意〕杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》（注评版），陈忠林译，中国人民大学出版社2004年版，第189页。

〔35〕 依据德国民法典（第一草案）第144条第2款的规定，重大过失是“善良家父的注意义务被以一种特别严重的方式疏忽”。前引〔11〕，Erwin Deutsch等书，第65页。

果更严重，人格权损害中，对生命、健康、身体完整的侵害显然又要比对自由、名誉、隐私这类人格权的侵害更加严重，而在财产损害中，基于价值大小的关系，对不动产的损害通常要比对动产的损害更严重。可见，损害后果的严重性其实与法律对不同位阶的法益给予不同之保护力度的大小有密切关联。

危险现实化的高度盖然性与危险现实化后损害的严重性，这两点应综合考量。法律不宜要求同时具备此两点才构成重大过失，而只要二者在总量上达到可观程度即可。

正因为重大过失具有此客观方面的构成，我们才能说，重大过失与有认识的过失并非完全等同。重大过失肯定属于有认识的过失，但并非所有有认识的过失都是重大过失。换言之，有认识的过失的外延要比重大过失的外延更大。当行为人不仅有明知的过失，而且其行为客观上也的确给他人的人身财产安全带来一种巨大的不合理的风险时，行为人才被称之为有重大过失。

### 三、重大过失的性质与定位

#### （一）重大过失的性质：主观性、可避免性、道德可责性

重大过失作为一种行为人内心对其行为性质及其所含风险、损害后果有所认识的过失，体现出了鲜明的主观色彩。正是在行为人主观上“有认识”这一点上，重大过失与故意同属于主观过错，从而与日益客观化的、不探求行为人内心心态的普通过失区别开来。换言之，若想要认定行为人存在重大过失，就必须对行为人的主观心态作出认定，而不能单单从行为人的外部行为表现出发得出肯定的结论。因此，司法实践中，重大过失的认定有时还与行为人的人身给付能力有关，而这在客观过失的情形通常是无关紧要的。<sup>〔36〕</sup>依笔者之见，重大过失与故意同属于主观过错，是二者在各国法律上常常被相提并论的第一个原因。

同样，由于重大过失是行为人有认识的过失，因而从理论上可知，行为人将会有更大的可能或机会来避免损害后果的发生。在这一点上，重大过失与普通过失也有重大差异。例如，闹市飙车的人明知其行为所具有的重大危险以及很可能给他人造成重大的损害，仍然一意孤行，最终酿成大祸。此例中，飙车者有太多的机会可以选择不那样做，也就是说，行为人防止特定损害后果的操控性是相当强的。反之，一失手打碎青花瓷，对于这样的“事故”，行为人预防和避免的主动性、可控性就差了许多，因为行为人不知道发生此等事故的概率有多么高，他对损害的发生缺乏认识。在损害的可预防性、可避免性方面的共性，是重大过失与故意常被等同处理的第二个原因。

再次，由于重大过失是行为人有认识的过失，因而，基于对“明知故犯”行为的敌视，一直以来，法律始终保持着对重大过失行为人予以道德上责难的立场。<sup>〔37〕</sup>这种道德上的责难当然不仅建立在行为人对损害后果发生之高度盖然性的认识上，而且也建立在行为人对其行为非正当性的认识上。当这两项认识内容均具备时，道德可责难性的课予便具有明显的正当性。当行为人同时在客观上给他人人身财产安全制造了一种巨大危险时，这种道德责难的正当性就更加充分了。

〔36〕 BGH NJW 1988, 1265.

〔37〕 当代多国的侵权法理论认为，普通过失身上的道德可责难性色彩日益褪去，乃至完全消除，此所谓“过失的去道德化”。这不难理解，因为近代自然法学家之所以认为过失具有道德瑕疵，是因为他们认为过失行为人的“主观意志”有瑕疵。但当法律倾向于认定幼童与精神病人都可能有“过失”时，这种道德可责难性便失去了存在的基础。同时，出于一种善良的考虑，我们不能给那些因天生迟钝而有过失行为的人贴上“不道德”的标签。与过失日益去道德化相对的是，法律仍然保留对故意及重大过失者的道德非难。

正因为如此,重大过失的认定才要求必须能够对行为人作出特别重大的责备。<sup>[38]</sup>反之,行为人主观上道德可责性的减弱能够阻却重大过失的成立,哪怕客观上行为人的确制造了较大危险。总而言之,重大过失系“特别重大而且在主观上不可宽宥的义务违反行为,其已显著超出通常的过失程度”。<sup>[39]</sup>在道德可责性方面,重大过失与故意再次显示出共性。

(二)定位:介于故意与过失之间的一种独立的过错类型

在与丰富的社会实践相对应一致的意义上,侵权法上的过错应该是一个连续的谱系,在故意和过失的两极之间,并不是割裂的;相反,重大过失正好介于两极其间。传统过失理论虽然也将过失根据严重程度划分为三个乃至更多等级(重大过失、普通过失、轻过失、极轻过失等),但并没有认识到重大过失的独特性,未能将其独立出来。

如前所述,重大过失与普通过失有本质区别:前者是有认识的过错,是主观过错,是很大程度上可以预防和避免的过错,是道德可责难性较强的过错;后者通常是无认识的过错,是客观过错(至少判断标准是客观的),是很大程度上无法完全杜绝乃至大幅度减少的过错,是道德责难越来越趋向于无的过错。既然重大过失与普通过失存在如此多的本质差异,就不应当再将它们置于“过失”这顶“帽子”下,而应当将重大过失从过失这个范畴中脱离出来,形成一种独立于过失的过错。美国侵权法学者普若瑟(Prosser)曾精辟地指出,“有意、恣意的不端行为通常伴随有对结果的一种有意识地漠视,这种有意漠视等同于‘乐意’(willingness)”;<sup>[40]</sup>这种重大过失行为不是严格意义上的过失(negligence),因为它包含了意图(intent),而不是粗心(inadvertence)。<sup>[41]</sup>

重大过失当然也与故意有本质差异。虽然二者都属于主观过错,都是很大程度上可以预防和避免的过错,都是具有道德可谴责性的过错,但它们还是有不小的差别。首先,在故意,行为人对损害后果是抱持追求的态度,或者是确信损害后果基本上必定会发生而抱有放任(不反对)的态度;而在重大过失,行为人只是确信损害后果很可能发生,但对此损害后果的发生抱着不希望(反对)的态度。这一点决定了二者的主观可责难性有较大差别。其次,在故意,由于行为人的主观恶性非常明显,因此,在其构成上无须再检视行为客观上是否会产生巨大风险,这与重大过失不同。再次,在损害的预防和避免上,故意行为人显然要比重大过失行为人具有更强的操控性和主动性。最后,基于前述几点,故意的道德可责难性要比重大过失的道德可责难性更高。

总之,重大过失既不同于普通过失,也不同于故意,而是介于故意与普通过失之间的一种独立的过错形态。重大过失是行为人预见了一项极有可能发生的损害后果,同时又不希望这种结果的发生,但仍然恣意行事的一种主观过错。就三者间的距离而言,结合上述三者所包含面向的分析可知,重大过失之于故意的距离显然要近于重大过失之于普通过失的距离。澄清了此点,就能更好地理解罗马法上的那句法谚:“重大过失等同于故意”,<sup>[42]</sup>也会更好地理解为什么故意和重大过失会有一个共同的上位概念——重大过错。

## 四、重大过失的认定与法律效果

(一)重大过失的认定

如前所述,重大过失的构成包含两个层面内容:主观上对行为性质及损害后果有认识、客观

[38] Vgl. BGH VersR 1985, 730, 731.

[39] Betr. 1978, 307, 308.

[40] William L. Prosser, *Handbook of The Law of Torts*, 4th ed., West Publishing Co, 1971, p. 185.

[41] See *Danculovich v. Brown*, Wyo., 593 P.2d 187, 193 (1979).

[42] 丁玫:《罗马法契约责任》,中国政法大学出版社1998年版,第131页。

上制造了一种巨大危险。重大过失的认定显然也要从这两个方面入手。行为人是否对行为性质及损害后果有认识,从根本上说是一个人内心世界的事情,旁人不可能去“阅读”他的内心,只能通过证据来认定。为了解决“是否有认识”判定上的难题,法律理论设计了多重办法,首先,对“知道”进行分级;其次,赋予法官司法认定裁量权;再次,立法直接进行推定。

### 1. “认识(知道/明知)”的分级

我国民法上对行为人“知道”的分级研究几乎是一片空白。在此,还是必须借鉴刑法理论和域外民法理论。周光权教授根据行为人认识强度的不同,将我国刑法上的“知道”(他使用的是“明知”)划分为四个等级,即确知、实知、或知、应知。确知是通过行为人的供词、被害人指认、证人证言等而认定其知道;实知是指事实上知道,即通过间接证据推断行为人知道;或知是行为人可能知道,即行为人的知道具有高度盖然性;应知很多情况下与“实知”同义。<sup>[43]</sup>由此可见,刑法上的“知道”有多个级别,这种分级既是为了与复杂的现实相对应,同时,从功能和目的的角度出发,也是为了降低证明难度而采取的应对之道。

美国侵权法第二次重述第500条在界定重大过失时,使用的是行为人“知道或有理由知道”。其第12条区分了“有理由知道”与“应知”。“有理由知道”是行为人拥有某种信息(has information),而一个有合理智识(reasonable intelligence)的人或者拥有更高智识的行为人根据那种信息将会推得(infer)存在相关事实,或者会基于该事实存在的假定而调控自己的行为;“应知”是指一个有合理谨慎和智识(reasonable prudence and intelligence)的人或者拥有更高智识的行为人在履行对他人的义务时将会查明(ascertain)相关的事实,或者会基于该事实存在的假定而调控自己的行为。<sup>[44]</sup>显然,在这里,“有理由知道”是“知道”的一种类型,是司法对行为人知道所作的推论;而“应知”则不属于“知道”范畴下的一种类型,行为人究竟是否知道,法律不去关注,仅仅指明行为人有获知的义务。

本文认为,上述经验值得借鉴,能够构成重大过失的“知道”应当包括两级:确知与有理由知道。确知是指根据相关直接证据和证言,能够清楚证明行为人的确知道;有理由知道是指在没有直接证据的情形下,结合各方面证据司法完全能够推断出行为人知道。“有理由知道”概念的引入,不仅使得重大过失的理论体系更加科学合理,同时也能更好地适应司法实践的需要,缓解重大过失认定的困难。

### 2. 司法上的事实推论——“有理由知道”

所谓事实推论,有时亦称表见证明、“大致的推定”等,是指法官基于“定型化的事态经过”(具有高度盖然性的经验法则),无需借助直接证据而直接认定某特定事实存在。<sup>[45]</sup>这种推论“主要是基于经验的推论,也就是适合逻辑的复杂化推论,这种推论使事实的确定成为可能”。<sup>[46]</sup>在英美法上,“知道”未必要由证据来确证,也可以由法官推论出,而法官常用的术语就是“有理由知道”。它是由法官进行的一项司法上的事实推论。就英美法的经验来看,“有理由知道”至少在以下两种典型情境下是可以推得的:

第一,行为人“有意不去了解”。如果行为人有很好的条件去了解相关的危险及可能的严重后果,但行为人“有意的不去了解”(willful blindness)<sup>[47]</sup>,则其即便事实上可能“无知”,也

[43] 参见周光权:《明知与刑事推定》,《现代法学》2009年第2期。

[44] Restatement (Second) of Torts, § 12.

[45] 参见[日]高桥宏志:《民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第460页以下。

[46] [德]卡尔·恩吉斯:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第55页。

[47] Willful blindness 有时也被称作 willful ignorance (有意地不知)或 contrived ignorance (人为地不知)。See Luban, *Contrived Ignorance*, 87 Georgetown Law Journal 957 (1999).

被认定为“知道”。一个典型案例是：某行为人设计了一个文件交换（file-swapping）技术，此行为涉嫌与使用该技术的人共同构成对他人版权的侵权（contributory infringement）；该行为人在法庭上提出抗辩，主张基于该技术的设计，他根本没办法监查到（monitor）被交换文件的内容，因而不构成共同侵权。法院裁决，被告存在“有意地不去认识”的情形，因而其抗辩不成立。<sup>〔48〕</sup>

第二，行为人创造了一种“显而易见”的危险，由危险的显而易见推导出行为人“知道”。此类案例也有不少。在 *Casey v. Oliver* 一案中，一对父母带着幼儿去其曾祖母家过夜，孩子误吞了曾祖母散放的四片药丸，再也没有醒过来，该曾祖母被起诉。法院在判词中运用了“诱人妨害理论”（attractive nuisance doctrine），并解释说，“当不动产上某物质为幼童接触时会给后者带来一项明显的危险时，造成危险的人应当预见到很可能发生的损害，并应采取合理的预防措施……在发现实际危险之后未采取方便易行的预防措施，这也可能构成恣意。‘知道’不必非得由证据证明，而是也可以经由正当的推论（legitimate inference）获得证明”。<sup>〔49〕</sup> 在 *Yalowizer v. Husky Oil Co.* 一案中，法院指出，“有意和恣意之不端行为的通常含义是：行为人故意实施一项不合理的行为——针对他人的危险全然不顾，而对于该危险，行为人是明知的，或者该危险如此明显以至于他必定了解（must have been aware of），并且该危险如此巨大，很明显会给他人造成伤害”。<sup>〔50〕</sup>

当然，从显而易见的危险中并不必然能推导出行为人“知道”，换言之，认定行为人是否知道不能采取客观标准（合理人标准），而应当采取主观标准。<sup>〔51〕</sup> 在 *Piamba Cortes v. Am. Airlines, Inc.* 一案中，法院指出，“仅仅认定一个合理人将会知道，或行为人本应当知道（should have known）是不够的”，只有当结合行为人的个人情况的确能够从危险的显而易见性中推导出行为人“肯定是知道的”（must have known），才能如此认定。<sup>〔52〕</sup>

除此之外，还有一种典型情境是专家的认知。重大过失常用于专家责任之中，其实不是没有来由的。当一项重大危险连普通人都会有认识的时候，专家就更有理由认识到其中的风险。

### 3. 法律进行的推定

在符合特定条件的情形下，立法会直接推定行为人“知道”。这种由立法直接进行的推定（presumption）与司法程序中法官基于事实和经验而作出的推论（inference）是有本质区别的。

法律直接推定行为人知道的最常见例子，莫过于所有权登记所具有的公信力。我国物权法第106条规定了善意取得制度的三个条件：第三人善意、合理价格转让、完成所有权变动手续。为减轻第三人负担、保证交易秩序的顺畅有效，现代国家一般令原权利人承担第一个条件的证明责任，即原权利人若主张不构成善意取得，则必须证明第三人存在恶意（即知情）。原权利人要证明第三人的主观认识如何实际上很困难，但若证明产权登记上记载的权利人系原权利人或者并非实际处分人，则基于物权的公示公信力，法律会直接推定第三人“知道”实际处分人本系无权处分，即具有恶意，从而不构成善意取得。此种推定源于不动产登记强大的公示公信力。另外，私法上用来补充“通知”的各种类型的“公告”，都具有类似的公信力，具有推定不特定的利害

〔48〕 *In re Aimster Copyright Litigation*, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003).

〔49〕 *Casey v. Oliver*, 577 So. 2d 453 (Ala. 1991).

〔50〕 *Yalowizer v. Husky Oil Co.*, 629 P.2d 465 (Wyo. 1981). See also *Smith v. Brown*, 423 A.2d 743 (Pa. Super. Ct. 1980).

〔51〕 当然，如果特定情况下每个人都必定会明白的情况未被考虑到，这就有了重大过失司法推论的充足理由。乌尔彼安曾言：“重大过失”是一种极度的怠慢态度，亦即，没有人会不知道这个事情（“Lata culpa” est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt）。D. 50, 16, 213, 2. 这事实上也是一种司法推论。

〔52〕 *Piamba Cortes v. Am. Airlines, Inc.*, 177 F.3d 1272, 1291 (11th Cir. 1999).

关系人“知道”的功能。

在涉及动产善意取得的场合，由于占有本身的公信力不如登记，因此，第三人善意（知情）与否，不仅取决于实际处分人处分动产时是否占有该动产，还要（并更大程度上）取决于转让价格是否合理。<sup>[53]</sup>如何判断对价是否合理，此问题可类推最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第19条的规定。该条规定，“转让价格达不到交易时交易地的指导价或者市场交易价百分之七十的，一般可以视为明显不合理的低价。”据此，如果动产买受人支付的对价达不到当地指导价或市场价的七成，则根据法律规定可以直接推定买受人“恶意”，即“知道”实际处分人并非真正权利人，从而不构成善意取得。

另外，法律直接推定行为人“知道”的最明确立法例是《最高人民法院关于审理涉及会计师事务所审计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定》第5条。该条规定，“注册会计师……出具不实报告并给利害关系人造成损失的，应当……承担连带赔偿责任：……（二）明知被审计单位对重要事项的财务会计处理与国家有关规定相抵触，而不予指明；（三）明知……（四）明知……（五）明知……对被审计单位有前款第（二）至（五）项所列行为，注册会计师按照执业准则、规则应当知道的，人民法院应认定其明知。”据此，不论行为人是否“实际知道”，只要具备法定条件，法院就必须推定行为人“知道”。

#### 4. 危险之巨大的判断

在判断“客观上行为的危险性巨大与否”时，除了要对危险转化为损害的可能性、损害现实化后的严重性给予评估外，也要对行为人采取预防措施的成本予以估算，以便准确认定行为人是否有重大过失。

如何判断行为客观上有巨大风险？德国学者柯尼希（Koenig）在介绍“重大过失客观论”时总结了该立场下重大过失的要素，包括损害发生的概率、违背注意（义务）的持续时间、违背注意（义务）的频率、可能的损害程度、对多重注意（义务）的违反等等。<sup>[54]</sup>从中可以获得一些关于判断风险是否巨大的启示。笔者认为，客观危险是否巨大主要从两个方面来判断：危险现实化成为损害的概率大小、危险现实化为实际损害后的后果严重性。首先，当一项行为所具有的危险经常导致损害发生时，可以认定该危险是巨大的。例如，闹市飙车、酒后驾车、无证驾车等行为，其导致交通事故损害的概率都非常高，因此，这些行为都很容易被认定为有重大过失。其次，当危险现实化为实际损害后，其后果通常比较严重时，也可以认定该危险是巨大的。例如，闹市飙车一旦酿成交通事故，其结果通常是无辜者的死伤，后果十分严重；又如，媒体明知某项涉及个人私生活的消息十有八九是虚假的，仍然执意刊登，其后果通常会令受害人的名誉遭受重创且难以完全恢复；加油站内吸烟、林区吸烟这些行为一旦酿成火灾，损害无疑都很巨大，因此这些行为均可被认定为重大过失。此外，作为辅助考量因素，违反注意之行为方式（违反注意义务的时间长、频率高以及违反多重注意义务）在认定重大过失时也有一定的意义。例如，医生在为病人做手术时，违反多项操作规程，从而酿成医疗事故，此例中对多项注意义务的违反无疑是认定医生重大过失的重要考量之一。

当然，在考察重大过失的客观面向时，预防成本的问题也必须予以考虑。对损害的概率与损害的大小两个因素综合考量后获得的大致数值与预防损害发生的成本数值，二者要保持一个合理

[53] 传统大陆民法不承认不动产善意取得制度，因为不动产登记有绝对的公信力，据此能从客观上判定第三人是否善意，无需再探究第三人主观上是否善意。我国物权法规定不动产可善意取得。相对于不动产权利登记的强大公信力而言，占有的公信力稍弱。因此，在不动产善意取得中，“合理的对价”要件相对而言重要性降低，认定宜宽松一些，而在动产善意取得中，“合理的对价”要件重要性上升，认定宜严格一些。

[54] Volker Koenig, Die grobe Fahrlässigkeit, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, S. 72 ff.

的平衡。这种比例平衡的思想事实上体现了一种法律经济分析的理念。当某项预防措施的成本非常小,但行为人却不采取该预防措施以至酿成大祸时,行为人漠视风险的重大过失态度就非常直观明了。<sup>[55]</sup>

## (二) 重大过失的法律效果

一旦认定行为人具有重大过失,则会发生相应的法律效果。就我国现行法律的规定来说,重大过失与故意经常并列出现,这意味着重大过失与故意原则上“同其价值”,亦即重大过失等同于故意。具体地说,在侵权法领域,重大过失的法律效果有以下数种:

第一,影响侵权赔偿责任的成立。例如公司法规定,清算组成员因重大过失给公司或者债权人造成损失的,应当承担赔偿责任(第190条)。

第二,影响过失相抵规则的适用。在行为人为重大过失,而受害人只有一般过失时,过失相抵规则不予适用(人身损害赔偿司法解释第2条第1款)。<sup>[56]</sup>在无过错责任中,受害人有重大过失的,可以减轻赔偿义务人的责任(同解释第2条第2款)。

第三,在为他人行为责任中,影响追偿权的有无。在雇主责任中,雇员有重大过失的,应与雇主承担连带赔偿责任(人身损害赔偿司法解释第9条);无偿帮工人存在重大过失的,赔偿权利人可以请求帮工人与被帮工人承担连带赔偿责任(同解释第13条)。国家赔偿法第14条规定,“赔偿义务机关赔偿损失后,应当责令有故意或者重大过失的工作人员或者受委托的组织或者个人承担部分或者全部赔偿费用。”

第四,影响精神损害赔偿的数额。《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第10条规定,确定精神损害赔偿数额的首要因素是侵权人的过错程度。重大过失作为三种过错程度(故意、重大过失、普通过失)之一,对精神损害赔偿数额的确定当然有重要影响。

重大过失不仅出现在侵权法中,而且在其他私法部分,也有其存在及法律效果。例如,因重大过失造成对方财产损失的预先免责条款无效(合同法第53条);在无偿保管中,保管人若因重大过失致使保管物毁损、灭失,则应承担损害赔偿责任(合同法第374条);遗失物拾得人因重大过失致使遗失物毁损、灭失,也应承担损害赔偿责任(物权法第111条)。

以上所述为重大过失在我国现行法上所具有的实然的法律效果。从应然视角看,重大过失与故意还共同成为恶意的可能承载形式,从而成为惩罚性赔偿责任的要件。无论在英美法<sup>[57]</sup>还是在德国法<sup>[58]</sup>上,恶意是惩罚性赔偿的根本性条件,而恶意只存在于故意和重大过失这两种过错形态中。

在侵权法上,恶意有广义和狭义之分。广义上的恶意是指无正当理由地为侵权行为的故意,狭义上的恶意指的是坏的动机。<sup>[59]</sup>恶意的动机有两种类型,一种为内在的(intrinsic),一种为间接的(collateral)。内在的恶意本来就应当受到谴责,间接的恶意则并非本来就应当受到谴责。法律并不认为追求个人私利本质上该受谴责,但追求个人私利可能构成间接恶意。内在的恶意包括“怨恨、敌意或报复心”(spite, ill will or a spirit of vengeance),以及情感上(而不是意志上)

[55] See Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm (Proposed Final Draft), 2005, § 2, comment d.

[56] 对此条进行反面解释可知,如果受害人对于自己遭受的损害有重大过失,那么即便行为人有重大过失,过失相抵的规则也同样予以适用。这也意味着,在任何一起侵权案件中,判断受害人的过错程度都绝非是可有可无的步骤。换言之,重大过失的考察和判断几乎存在于所有的侵权案件中。

[57] See Dan B. Dobbs, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn.: West Group, 2000, p. 1064.

[58] 德国联邦最高法院创设了对一般人格权受侵犯的金钱赔偿救济(“金钱消除损害”)。这些请求权仅限于行为人重大过错的场合;同时,法院还破天荒地要求考虑受害人的动机(恶意)。BGHZ 35, 363.

[59] Heuston & Buckley, *Salmond & Heuston on the Law of Torts*, 21<sup>st</sup> ed., London: Sweet & Maxwell, 1996, p. 18.

想要伤害某人或损人利己。行为人经常带有混合动机，这种情况下，侵权法使用“占主导地位的动机”（predominant motive）这个概念，以一种模糊的方式来界定混合动机的相对强度。<sup>〔60〕</sup>当我们说某项行为出自恶意时，那不仅意味着对于伤害效果的愿望是动机，而且还意味着伤害本身就是最终目的，即为了伤害而伤害，或者正如奥斯丁所作的更精确的揭示，是为了得到那种在知道该行为将造成痛苦之后而激起的某种令人愉悦的感觉。<sup>〔61〕</sup>可见，恶意不等于故意，恶意是动机，故意是过错形态；故意侵权并非都是恶意侵权。但恶意通常存在于故意行为中，同时，恶意也可能存在于重大过失中。法院有时也能从重大过失中推导出恶意，即所谓的法律恶意（legal malice）。惩罚性赔偿的关注重点在于被告人的恶劣行为所体现出的高度的可责心态，<sup>〔62〕</sup>即着眼于主观可归责的心理状态；其最低限度是“明知”（knowing），因而普通过失侵权（negligence）不可能满足此要件。

重大过失的法律效果虽然在绝大多数情形下与故意的法律效果相同，但也有例外。在少数情形下，法律仍赋予二者不同的法律效果。就我国现行法范围而言，这些场合至少包括：第一，受害人故意可作为所有无过错责任（如高度危险作业的侵权赔偿责任）的免责抗辩，但受害人重大过失则没有此种法律效果；第二，法条规定故意隐瞒、恶意串通的场合，行为人必须有故意，如缔约过失责任（本质是侵权责任）中的故意隐瞒要件；<sup>〔63〕</sup>第三，赠与入故意不告知或保证赠与物无瑕疵的，对受赠人因赠与物遭受的损害承担损害赔偿责任，其中，赠与人仅有重大过失同样是不够的；第四，经营者有欺诈行为，消费者可双倍索赔，这里的欺诈显然也只能由故意构成。另外，关于债的抵销，各国法律一般都规定因故意侵权而生之债禁止抵销，我国现行法虽没有明确，但仍应作相同解释。

## 结 语

传统民法理论由于将重大过失置于过失范畴之下，对于重大过失这一重要过错形态的研究相当薄弱。将过失分为重大过失、普通过失和轻过失的“过失三级分类法”，由于界定的用语抽象、含糊，不仅无法有效划分重大过失与普通过失，而且根本无法合理解释为什么“重大过失等同于故意”这一侵权法中的基本现象。本文在借鉴德美主流刑法理论以及英美侵权法关于重大过失的通说的基础上，初步构建起一套关于重大过失的基本理论，试图为现有的理论与现实难题提供更科学合理、更有解释力的解答。

本文认为，首先，重大过失的基本构成包含两方面内容：第一，重大过失是一种有认识的过失，即行为人知道行为的危险性和非正当性；第二，行为人客观上制造了一种巨大的危险，其危险的巨大性体现在危险现实化为损害的盖然性与损害的可能规模。其次，在性质上，重大过失是一种主观过错，行为人很大程度上可以避免该过错侵权的发生，并且，重大过失是一种具有较强道德可责难性的过错。在定位上，重大过失是介于故意与普通过失之间的一种独立的过错类型，它应当从过失这项并不合适的帽子下解脱出来；同时，重大过失与故意的距离更近，而离普通过失更远。再次，对于重大过失的认定这一核心问题，应坚持对明知进行分级，引入“有理由知道”这一“明知”类型，同时有效利用司法上的事实推论、立法的事实推定来缓和认定“明知”的困难。在法律效果上，重大过失与故意原则上具有相同的法律效果，但也有例外。

〔60〕 参见前引〔25〕，Peter Cane 文，第 137 页。

〔61〕 See Holmes, *The Common Law*, Little Brown, 1923, p. 47.

〔62〕 See Linda L. Schluseter, *Punitive Damages*, 5<sup>th</sup> ed., Vol. I, Matthew Bender & Company, Inc., 2005, p. 568.

〔63〕 参见合同法第 42 条、《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 9 条。

霍姆斯尝言，法律的生命不在于逻辑，而在于经验。法律理论的完善与创新，其根本目的也在于回应实践的需求。人文社会科学很大程度上是一种价值评判的科学，本无绝对的对错之分。相对其他理论而言，一套理论倘若内在更为统一、自洽，外在更能够解释客观现象，能更好地为实践服务，则这样的理论无疑相对就更“优”一些。本文对重大过失提出新的见解，也正是以这两个标准为依归。当然，至于实践效果如何，还有待于进一步的批判和验证。

---

---

**Abstract:** The theory of recklessness in traditional civil law system is simple and crude in content and fragmented in system. Lacking of explanatory power inherently, it can not provide clear criterion and methods for judicial adjudication and is unable to explain why recklessness amounts to intention. The theory of fault in criminal law has always been influential to civil law, so that the recklessness theory in civil law can well absorb the essence of related theory in criminal law.

Firstly, recklessness should be a kind of conscious negligence, that is, the actor has knowledge about the high probability of the damage occurred and the non-legitimacy of his act. Secondly, the actor should de facto create a huge risk, that is, the probability that the damage would occur is very high and the damage occurred is huge after the realization of risk. Such fault is a subjective fault which can be avoided to a great extent by the actor and a kind of fault under strong moral condemnation. It falls into an independent type of fault between intention and ordinary negligence and is much closer to intention. The judgment of “knowledge” should stick to the classification of “knowing” and “having reason to know”, and judicial inference should be effectively applied in typical situations and legal presumption applied where law expressly provides. The determination of the seriousness of risk refers to the comprehend judgment of the probability and extent of damage, and the cost of prevention should also be taken into account.

The legal effect of recklessness is in principle the same as that of intentional tort with also some exceptions. The legal effect of recklessness mainly includes its influence on the establishment of liability for damage, on the application of the rule of contributory negligence, on the presence or absence of the right of recourse when somebody is held accountable for other person's behavior, on the liability for damage of depository without charge or donors, on the amount of compensation for mental losses, and so on. Additionally, recklessness is the manifestation of maliciousness and thus constitutes a typical circumstance where the punitive damages are awarded.

**Key Words:** recklessness, type of fault, conscious negligence

---

---