

合同法与有过失规则的目的解释 ——以“过错”认定为中心

吴志宇

摘 要：合同法与有过失规则中过错的认定仰赖于对规则的目的解释。从合同法对当事人的履行利益、信赖利益和固有利益的保护来看，与有过失规则有三项规范目的：敦促当事人通力合作以助履行；指引当事人在合理信赖的基础上行事；保护当事人对相对方自我保护固有利益的信赖。在规范目的指引下，与有过失规则中的过错可以类型化为三种：未能履行履约相关的协助义务、未能在合理信赖的基础上行事、未能尽合理注意照顾自己的固有利益。在特定保护政策排斥与有过失规则的规范目的时，与有过失规则的适用应进行目的论限缩。在法律技术上体现为过错的否定，主要有两类情形，即受损方欠缺保护自身的能力、违约方相对于受损方更能避免损害的发生。在前者中，可以适当降低合理注意的标准，否定过错的成立；在后者中，考虑受损方有时依赖于相对方的知识经验，受损方与有过失成立应以相对方已尽相应的告知义务为前提。

关键词：与有过失规则；过错；合理信赖；目的解释；检验义务

〔中图分类号〕D923.6 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕2096-6180 (2024) 01-0106-17

引言

《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）第 592 条第 2 款规定了合同法与有过失规则，即受损方对损失的发生有过错的，违约方的损失赔偿额可以相应减少。该规则可追溯至《中华人民共和国合同法》（下称《合同法》，已废止）。1981 年《合同法》第 32 条第 1 款后段被解释为与有过失规则。在违约责任过错归责原则之下，与有过失规则进一步被建构为以过错程度比较为中心的责任分担规则，并得到实务的接受。而 1999 年《中华人民共和国合同法》（下称《合同法》，已废止）带来了违约责任归责原则从过错到严格责任的重大变革，《合同法》第 32 条中“双方的过错”被删去^{〔1〕}，与有过失规则的适用不再明晰。出于司法实践的需要，2012

〔作者简介〕 吴志宇，中国政法大学比较法学博士研究生。

〔1〕 在立法过程中，立法者也曾考虑规定违约责任中强调过错的与有过失规定。1996 年 5 月《中华人民共和国合同法（试拟稿）》第 81 条规定：“受害方对于损失的发生也有过错的，可以减轻或免除违约方的责任。”参见何勤华、李秀清、陈颐编：《新中国民法典草案总览（增订本）》（下卷），北京大学出版社 2017 年版，第 1970 页。

年《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2012〕8号，已被修改）第30条规定了适用于买卖合同案件的与有过失规则。许多法院通过《合同法》第174条^{〔2〕}将与有过失规则的适用范围从买卖合同案件扩大到有偿合同案件。^{〔3〕}2020年《民法典》将此前立法和司法实践中积淀的成果确定下来，规定了适用于所有合同的与有过失规则。然而，随着归责原则的变迁，合同法上过错成为相对“异质”的存在，如何认定过错便成为与有过失规则司法适用的难点。鉴于过错的概念具有抽象性，将生活事实涵摄在过错的文义范围之下是有难度的，过错认定依赖规范目的的指引。在实践中，法院常将与有过失规则的适用与诚实信用和公平原则相联系，为过错的认定提供正当性基础。^{〔4〕}与有过失规则诚然和整体法秩序一样服务于公平的目的，但规则必须在构成要件满足的基础上适用，即在对过错准确认定的基础上。否则，与有过失规则将退化为一种公平调整请求权。笔者拟按照目的解释的路径，运用类型思维，对与有过失规则过错要件的认定与排除进行分析，以期对司法实践有所助益。

一、合同法与有过失规则目的解释之必要

从法教义学来看，“过错”是一种具有归原功能的法概念（*funktionsbestimmten Begriff*），即对过错这一概念的理解必须回归隐含于概念中的价值评价上，或者说回归到相应的法律原则。^{〔5〕}实践中，法院在适用与有过失规则时援引公平或诚实信用原则，便是将过错认定回归到基本原则。例如在安徽济森生物科技有限公司、嘉兴金旭医用科技股份有限公司定作合同纠纷案中，法院指出其兼顾诚实信用及公平原则，结合履约过错等因素，酌情认定责任的分担比例。^{〔6〕}理论上，多数见解也将与有过失规则的理论基础与诚实信用、公平原则相联系。^{〔7〕}王泽鉴先生在论述我国台湾地区与有过失规则时就指出，“与有过失制度及其内容建构，系以诚实信用及公平原则为基础”。^{〔8〕}此等基本原则为与有过失规则提供了正当性的依据，也为法官提供了一定的说理基础。然而，对正当性依据的分析不能替代对规范目的的分析。若将与有过失规则的规范目的抽象地定位于实现当事人之间的公平，不仅无助于确定过错的内涵，也无助于法价值冲突的处理。此为更精细地解释合同法与有过失规则规范目的之必要，以下具体论述。

（一）与有过失规则适用诉诸基本原则无益于过错认定

在《民法典》的编纂过程中，我国对合同法与有过失规则的理论研究以与有过失规则是否能

〔2〕《合同法》第174条规定：“法律对其他有偿合同有规定的，依照其规定；没有规定的，参照买卖合同的有关规定。”

〔3〕吉林省长春市二道区人民法院民事判决书，（2020）吉0105民初574号。

〔4〕新疆维吾尔自治区伊宁市人民法院民事判决书，（2023）新4002民初128号。

〔5〕〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》（全本·第6版），黄家镇译，商务印书馆2020年版，第604页。

〔6〕浙江省平湖市人民法院民事判决书，（2022）浙0482民初4035号。

〔7〕韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第797页。

〔8〕王泽鉴：《损害赔偿上的与有过失》，载《法令月刊》2016年第4期，第8页。

引入合同法为主。持支持观点的学者往往借由与有过失规则下受损方损害赔偿范围应受限制的正当性，强调其应在合同法中得到适用。⁽⁹⁾ 在上述研究语境之下，与有过失规则的规范目的流于空泛。

将与有过失规则与诚实信用原则相联系乃学说继受之结果。德国学理有以诚信原则作为与有过失规则的正当性依据者。该等学说认为根据诚信原则，尤其是禁止矛盾行为（*venire contra factum proprium*）的原则，受害人不得要求加害人赔偿其与有过失所造成的损害。⁽¹⁰⁾ 德国学者威灵指出，尽管不存在不得损害自己的道德或者法律义务，但矛盾行为是受到禁止的：当事人通过行为表示其对损害漠不关心之后不得就损害请求赔偿。⁽¹¹⁾

将与有过失规则与公平原则相联系亦不乏论者。损害赔偿实质上体现了损害的移转⁽¹²⁾，而与有过失规则之所以让损害一部分留在原处，是因为该部分损害是由受害人自己造成的。质言之，当系争损害应归责于受害人自身时，要求他人为此损害承担责任，不符合公平原则的要求。从与有过失规则的发展史来看，亦有公平理念之体现。最初，罗马法采全有或全无的处理方式，因已过错受损的受害人无法获得救济。⁽¹³⁾ 19 世纪初的普通法系采纳了类似的处理方式，与有过失是一种完全抗辩。但这种严苛的规则逐渐被修正，普通法系国家 20 世纪后半叶出现的与有过失成文法往往采纳损害赔偿比例分担的规范方式。⁽¹⁴⁾ 大陆法系也长时间困于全有或全无的处理方式。德国温德沙伊德等学说汇纂法学家以及德国法院都接受了该等处理方式。⁽¹⁵⁾ 而《德国民法典》打破了这一传统，其第 254 条引入一种比例化的损害赔偿责任，即减少赔偿权利人的损害赔偿而非完全排除。⁽¹⁶⁾ 类似的规则也可见于《法国民法典》等大陆法系的法典中。以比例化取代传统的全有或全无的处理方式是法律贯彻分配正义理念的重要进展，其核心思想正是公平对待当事人以及一个人的责任范围与其对损失的贡献成比例的自然法观念。⁽¹⁷⁾

但上述基本原则只能作为与有过失规则一般的正当性依据，而无法从其中直接推导出合同法上与有过失规则的规范目的，无法具体化过错的内涵。一方面，诚实信用与公平原则只能说明受损方与有过失而求全额赔偿是矛盾行为，是不公平的，而不能说明在何种情形下受损方的行为应被认为是过错。就诚信原则而言，由于不存在不得损害自己的道德或者法律义务，并非只要对自

(9) 韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2018 年版，第 797 页。

(10) Hans Adriani, Der Schuldbegriff in § 254 BGB, Deichert, 1. Aufl. 1939, S. 28.

(11) Hans Josef Wieling, Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst Source, Archiv für die civilistische Praxis 176 (1976), S. 350.

(12) 徐建刚：《规范保护目的理论下的统一损害赔偿》，载《政法论坛》2019 年第 4 期，第 83 页。

(13) 李仁真、廖博宇：《侵权法视角下混合过错同与有过失的概念辨析》，载《北方法学》2018 年第 6 期，第 37 页。

(14) Emanuel G. D. van Dongen & Henriëtte P. Verdam, *The Development of the Concept of Contributory Negligence in English Common Law*, 12 Utrecht Law Review 61, 68 (2016).

(15) Bernhard Windscheid & Theodor Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Rütten & Loening, 9. Aufl. 1906, S. 258.

(16) Dirk Looschelders, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1. Aufl. 1999, S. 167.

(17) Reinhard Zimmermann, *Limitation of Liability for Damages in European Contract Law*, 18 Edinburgh Law Review 193, 213 (2014).

己利益有所疏失即构成过错，请求全额赔偿也不必然构成矛盾行为。是否构成过错的判断依赖于当事人之间的关系。^{〔18〕}就公平原则而言，理论推理过程实际为侵权法原则的旧调重弹，即法益所有人须自行承担其法益之损害（*casum sentit dominus*），必须有特殊原因才可令他人承担损害。^{〔19〕}有学者批评其并无特别之建树，尤其是无法说明为何必须是受损方对损害的发生或扩大与有过失时才有损害赔偿减少的法律效果。^{〔20〕}另一方面，基本原则作为开放式（*open-ended*）的规范本身是抽象的。司法中若用基本原则作为与有过失规则适用的判断标准并依此认定过错，将使得法官对损害赔偿范围的确定具有过大的裁量空间，最终将损害法律的安定性。^{〔21〕}实践中，有法院直接援引诚实信用与公平原则进行酌定，便有“向一般条款逃逸”之嫌。^{〔22〕}鉴于此，合同法与有过失规则过错的认定不应仅诉诸诚实信用与公平原则，探求与有过失规则的规范目的也不能止步于基本原则，需要更具体的分析。

（二）与有过失规则适用诉诸基本原则无益于处理价值冲突

多元价值是法价值的基本表现，价值冲突存在也是必然的，《民法典》作为我国的民事基本法也不可能达到同时实现所有目的价值的理想境界。^{〔23〕}与有过失规则也不例外。与有过失规则建立在“主体平等”的假设之上，这是民法对当事人地位的基本假设。^{〔24〕}但在现实中，损害赔偿的权利人和义务人可能存在经济社会地位的不平等，与有过失规则对赔偿权利人权利的限制便存在扩大此等不平等的可能性。正如英国法律委员会的咨询报告中指出的，与有过失规则为被告抵御原告的诉讼请求提供了一个潜在的武器，被告甚至可以通过证明违约是原告重大过失导致而排除绝大部分的违约损害赔偿。^{〔25〕}这可能在某种程度上有利于有着更强经济实力、掌握更多专业知识并因此处于更优诉讼地位的合同当事人，同时也可能削弱法律对于某些群体的倾斜保护。在美国法院将比较过失原则适用于危险责任的第一案中，持反对意见的法官就批评道，该等适用是侵权法的重大倒退，严重削弱了法律对消费者健康的关注。^{〔26〕}在此方面，合同法与侵权法并非迥异，与有过失规则所指向的合同双方当事人形式上的公平与特殊保护政策所指向的实质公平可能存在价值冲突。

〔18〕 Reinhard Greger, Mitverschulden und Schadensminderungspflicht-Treu und Glauben im Haftungsrecht, Neue Juristische Wochenschrift 38 (1985), S. 1130.

〔19〕 Manfred Wochner, Einheitliche Schadensteilungsnorm im Haftpflichtrecht, 1. Aufl. 1972, S. 198.

〔20〕 杨佳元：《侵权行为损害赔偿责任研究》，台湾元照出版公司 2009 年版，第 218 页。

〔21〕 韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2018 年版，第 55 页；杨佳元：《侵权行为损害赔偿责任研究》，台湾元照出版公司 2009 年版，第 219 页。

〔22〕 “根据诚信和公平原则，鉴于双方的过错责任考虑，法院酌情认定被告补偿原告损失 10 000 元。”新疆维吾尔自治区伊宁市人民法院民事判决书，（2023）新 4002 民初 129 号。

〔23〕 李国强、孙伟良：《民法冲突解决中的利益衡量——从民法方法论的进化到解释规则的形成》，载《法制与社会发展》2012 年第 1 期，第 60 页。

〔24〕 赵万一、赵舒窈：《后民法典时代民商关系的立法反思》，载《湖北社会科学》2019 年第 10 期，第 119 页。

〔25〕 Law Commission, *Contributory Negligence as a Defence in Contract (1st ed.)*, HMSO, 1993, p. 20.

〔26〕 *Daly v. General Motors Corp.*, 575 P. 2d 1162, 1181 (Cal. 1978).

上述价值冲突的处理需要合同法与有过失适用的目的论限缩。这种适用的限制是以私法社会化的动向为背景的。20世纪以来,随着私法社会化趋势的增强,民法被要求合乎社会目的或现实需求性,以社会为逻辑起点,以社会作用为中心进行构建。⁽²⁷⁾在此趋势之下,合同法最大的变化之一乃合同实质公正之强调,在考虑交易当事人缔约能力事实上不平等的基础上寻求双方权利义务的均衡。⁽²⁸⁾在古典合同法上“契约即公正”的信条被奉为圭臬,某人基于自己的自由选择订立合同时,合同便不会存在任何不公正。⁽²⁹⁾实质公正则关注合同的具体内容,关注风险分配的均衡,关注缔约的具体情境,尤其是当事人的社会资本,对特定缔约角色进行保护,已然超越了古典合同法上的公正。⁽³⁰⁾

法律对消费者施加的特别保护是上述法理的具体体现之一。现代社会中,人们信赖专家而不知了解相关知识和技能,人们消费产品而不知了解其流通环节和制作工艺。⁽³¹⁾消费者也往往依赖于经营者的技术和知识。在司法实践中,已有法院直接或间接地表明在涉及消费者这一特殊群体的保护时,应当对与有过失规则的适用进行限制。在曾某某诉平安银行股份有限公司沈阳三好街支行委托理财合同纠纷案中,法院明确该案不适用过失相抵规则,为的是强化专业金融机构应履行的保护义务,以使得金融消费者的权益能够得到更周全的保护。⁽³²⁾在陈某某等诉上海携程国际旅行社有限公司、上海携程商务有限公司服务合同纠纷案中,被告在售卖旅游产品时未能提示安全风险,原告家属在参与项目时身亡。一审法院适用侵权法中的与有过失规则,认定死者存在自身过错,减少了被告的损害赔偿额;而二审法院适用了合同法,否定了一审法院对与有过失的考虑,要求被告全额赔偿。⁽³³⁾

但合同法上的公正只能作为限制与有过失规则适用的正当性依据,其自身无法直接回答适用上的具体问题,例如何种情形下与有过失规则应当受到限制、应以何种方式限制与有过失规则等。质言之,诉诸基本原则难以有效而直接地处理法价值冲突。这进一步说明了合同法与有过失规则目的解释的必要性。

二、合同法与有过失规则规范目的指引下过错的类型化

合同法与有过失规则作为一项法律规范,其规范性必然体现于为人们确立行为模式,指引和约束人们的行为。⁽³⁴⁾与有过失规则的规范目的集中体现了法律将当事人的某些行为评价为过错并

(27) 李石山、彭欢燕:《法哲学视野中的民法现代化理论模式》,载《现代法学》2004年第2期,第39页。

(28) 谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第23页。

(29) 尹田:《法国现代合同法》,法律出版社1995年版,第20页。

(30) 谢鸿飞:《〈民法典〉合同编内在体系的变迁》,载《山西大学学报(哲学社会科学版)》2020年第3期,第19页。

(31) [英]帕特里克·贝尔特:《二十世纪的社会理论》,瞿铁鹏译,上海译文出版社2002年版,第137页。

(32) 辽宁省沈阳市和平区人民法院民事判决书,(2018)辽0102民初9075号。

(33) 上海市第一中级人民法院民事判决书,(2016)沪01民终8445号。

(34) 雷磊:《法理学》,中国政法大学出版社2019年版,第18-19页。

施加不利益，客观上确立一定的行为模式，发挥指引和约束的作用。在现代法律的视野下，过错就是行为人未尽自己应尽和能尽的注意而违反义务，因而为法律所不容认的行为意志状态。⁽³⁵⁾在此意义上，与有过失可以初步理解为一种对自己的过失（*Verschuldung*），即行为人未尽应尽和能尽的注意维护照顾自己的利益。⁽³⁶⁾此处的“义务”是一种“不真正义务”（*Obliegenheit*）⁽³⁷⁾，与固有（真正）意义的过错相区别。⁽³⁸⁾后者是违反了不得侵害他人的一般义务，往往产生独立的损害赔偿请求权。前者则是对自己的利益的维护照顾有所懈怠⁽³⁹⁾，损害赔偿请求权无以产生，但行为人应承受一定的不利益。法律通过施加不利益的方式对自己利益的懈怠进行负面评价，同时鼓励当事人对自己利益进行照顾和维护，以减少损害发生的可能性。上述与有过失规则的规范性也在此体现。此等逻辑同样适用于合同法，但其规范目的应结合合同法所保护的利益来理解。一般认为，合同法指引合同当事人实现或维持其履行利益、信赖利益以及固有利益，鼓励当事人围绕信赖展开交易与合作⁽⁴⁰⁾，那么当事人的行为有损于上述目标并产生了不可欲（*undesirable*）的影响，即可能被评价为过错。在这个意义上，与有过失规则的规范目的可以理解为推动当事人对自己的履行利益、信赖利益、固有利益进行维护和照顾。依据此等区分，可对过错的认定进行类型化。

（一）未能履行履约相关的协助义务构成过错

就履行利益而言，与有过失规则旨在敦促当事人履行合作义务，未能履行履约相关的协助义务构成过错。合同或被认为是双方当事人的交易（*bargain*），或是意思表示的合致。不论采取何种理解，一个自然的推论都是当事人必须通力合作，完成其交易或者实现其意思。而合同法必须控制和指导当事人之间履行性（*performatory*）行为以确保其各方的权益得到充分保护。这意味着，一方当事人不能袖手旁观，只待对方履行其合同义务，还应协助、监督甚至根据对方的履行行为采取预防性的措施。⁽⁴¹⁾我国《民法典》第 509 条第 2 款就规定：“当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”美国《合同法第二次重述》第 205 条也认为，对相对方合同履行的干扰或者不协助均违反诚实信用原则。违反该等协助义务可能构成（广义上的）违约，使得不合作的一方当事人承担损害赔偿赔偿责任，亦可能产生有利于对方

〔35〕 王卫国：《过错责任原则：第三次勃兴》，中国法制出版社 2000 年版，第 253 页。

〔36〕 Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, C. H. Beck, 14. Aufl. 1987, S. 541.

〔37〕 王泽鉴：《损害赔偿上的与有过失》，载《法令月刊》2016 年第 4 期，第 8 页。

〔38〕 二者的主要差别是，前者以他人的利益为注意范围，而后者以自己的利益为注意范围。参见王竹：《侵权责任分担论——侵权损害赔偿责任人分担的一般理论》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 315 页。

〔39〕 王泽鉴：《损害赔偿上的与有过失》，载《法令月刊》2016 年第 4 期，第 8 页。

〔40〕 王利明：《合同法的目标与鼓励交易》，载《法学研究》1996 年第 3 期，第 93 页；关淑芳：《论合同法中的返还利益和信赖利益》，载《南都学坛》2010 年第 1 期，第 108 页。

〔41〕 Ariel Porat, *Contributory Negligence in Contract Law: Toward a Principled Approach*, 28 University of British Columbia Law Review 141,144 (1994).

的抗辩理由。⁽⁴²⁾前者最典型的例子是建设工程合同履行过程中的协力义务。发包人依照工程惯例或诚信原则负担协力义务，例如核发开工通知、提供工程用地、提供工程设计图等，若怠于履行协力造成承包人停工、窝工的损失，应承担相应的赔偿责任。⁽⁴³⁾

但并非所有协助义务的违反都可能产生独立的责任，违反协助义务还可能导致权利的丧失或者减损。在这个意义上，与有过失规则正是作为确认违反协助义务的法效果存在的。这在比较法上有着较多的例子。《联合国国际货物销售合同公约》第80条被认为是对与有过失理念的表达⁽⁴⁴⁾，同时也确认了合同双方当事人合作的义务⁽⁴⁵⁾，当受损方不合作的行为导致违约时所有的损害赔偿可能被排除。普通法上的典型判例是 *Lesmeister v. Dilly* 案。当事人签订了谷物储存仓的建设合同，被告建造的仓库存在瑕疵，但在建造过程中，原告以多种方式造成了损失：将玉米倾倒在水泥板上干扰被告的作业；在建筑框架不完整的情况下就指示被告安装侧板和屋顶；要求变更安装侧板的程序，使建筑丧失防水性能。法官类推适用了比较过错规则分配了损害赔偿。⁽⁴⁶⁾此乃不合作导致损害赔偿减少的范例。

如上所述，合同法指引当事人履行其协助义务，以维护自己的履行利益；若未能履行协助义务，可能因此承担损害赔偿责任，或者体现为所能请求损害赔偿的减少。后者的情形即为《民法典》第592条第2款与有过失所规范的情形之一。前者则可能落入《民法典》第592条第1款的范围内。⁽⁴⁷⁾鉴于与有过失规范目的在于促进当事人履行相应的协助义务以维护其履行利益，不履行合作义务便构成与有过失规则项下的过错。上述法理也在实践中得到了印证，在《民法典》生效之前，当损害的发生与非违约方不合作的行为有关时，已有法院通过与有过失规则减少违约损害赔偿额。例如在谢某某、黄某某诉宁波涛装饰工程有限公司装饰装修合同纠纷案中，被告逾期交付，但在装修过程中，原告对装修材料的选用存在反复。法院判决原告的损害赔偿额减少20%。⁽⁴⁸⁾此案中对装修材料选用的反复便可理解为受损方的不合作，构成过错。在《民法典》生效之后，法院也采纳了类似的认定思路。例如在葛某某与郑州芳艺医疗美容医院等房屋租赁合同纠纷案中，原告未履行配合办理手续并出具相关手续的义务，致使被告无法办理涉案土地的变更登记手续构成违约，应自行承担30%的责任。⁽⁴⁹⁾

(42) Samuel J. Stoljar, *Prevention and Co-operation in the Law of Contract*, 31 Canadian Bar Review 231, 232 (1953).

(43) 黄喆：《论建设工程合同发包人的协力义务——以德国民法解释论为借鉴》，载《比较法研究》2014年第5期，第107-108页。

(44) Schwenzer Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3rd ed., Oxford University Press, 2010, p.1044-1045.

(45) Thomas Neumann, *The Duty to Cooperate in International Sales: The Scope and Role of Article 80 CISG*, 1st ed., Sellier European Law Publishers, 2012, p.110.

(46) *Lesmeister v. Dilly*, 330 N.W. 2d 95, 102 (Minn.1983).

(47) 吴志宇：《违约损害赔偿限制规则中与有过失规则的体系定位》，载《海峡法学》2023年第3期，第43-44页。

(48) 浙江省海宁市人民法院民事判决书，(2019)浙0481民初7416号。

(49) 新疆维吾尔自治区高级人民法院伊犁哈萨克自治州分院民事判决书，(2022)新40民终89号。

（二）未在合理信赖的基础上行事构成过错

就信赖利益而言，与有过失规则旨在指引当事人在合理信赖的基础上行动，未在合理信赖的基础上行事构成过错。当事人在准备进行交易或者在交易过程中，往往会支出信赖成本。信赖成本主要包括三种：履行的实际成本（*out-of-pocket costs of performance*）、非履行的实际成本（*non-performance out-of-pocket costs*）以及机会成本（*opportunity costs*）。⁽⁵⁰⁾ 作为获得履行利益的必要成本和支出，信赖成本一般能为所获得的利益所冲销。而一方当事人违背允诺或违约时，信赖成本可能不能通过冲销而得到弥补，此时信赖便成为“致害信赖”（*detrimental reliance*）。⁽⁵¹⁾ 为了鼓励交易，现代各国法律普遍认可了对信赖利益损失进行救济。⁽⁵²⁾ 在一方当事人违背允诺或违约时，合同法将使当事人恢复到与允诺作出或合同订立前一样的处境，使所付出的履行实际成本和非履行实际成本得到赔偿，以保护当事人的信赖利益。⁽⁵³⁾

但对信赖的保护并非绝对。合理信赖是信赖利益损失救济的基础，如果当事人的信赖是不合理的，则相关的损失就应当被排除在救济的范围之外。⁽⁵⁴⁾ 正如英国法学学者阿蒂亚所指出的，对允诺的信赖并不能证明对允诺人施加责任是正当的，还需要合理性标准作为额外的要素，合理性标准决定了何时信赖受到保护。⁽⁵⁵⁾ 不合理的信赖不仅无法体现人类之理性，还可能造成社会资源的浪费。在康德主义者看来，就未来发生之事的可靠预测对理性生活至关重要。没有它们，一个人就不能以一种融贯的方式安排其生活。因为无法预测结果，个人不得不盲目选择，那么其选择就无法有意义地反映其意志。⁽⁵⁶⁾ 若允诺引起的信赖不受法律的保护，人们也无法根据允诺合理地安排其交易。倘若无法衡量信赖成本和从信赖中获得的利益，盲目订立的合同就无法被认为是当事人自由意志的产物。此外，保护信赖是为了鼓励人们基于允诺对未来投资并因此提高社会经济的效率，不合理的信赖显然不在鼓励范围内。

如上所述，合同法指引当事人在合理信赖的基础上行事，拒绝对不合理信赖施加救济有时体现为与有过失规则对损害赔偿的扣减，此处信赖方便存在过错。这在缔约过失或欺诈的案件中有着鲜明的体现。在一个商品房预售合同纠纷案中，法院认定原告在交易中未尽合理的注意义务，因为原告在知道商品房预售许可证欠缺的情况下仍订立合同，丧失与第三人缔约机会而产生的损失应相应地由原告承担。⁽⁵⁷⁾ 正是因为原告的信赖不合理，法院才认定其存在过失，并扣减其损害赔偿额。类似地，在戈某某诉江苏木兰食品有限公司土地租赁合同纠纷案中，法院亦以原告轻信

(50) [美] 亨利·马瑟：《合同法与道德》，戴孟勇、贾林娟译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 13 页以下。

(51) [美] 亨利·马瑟：《合同法与道德》，戴孟勇、贾林娟译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 13 页。

(52) 王利明：《违约中的信赖利益赔偿》，载《法律科学》2019 年第 6 期，第 120 页。

(53) [美] 亨利·马瑟：《合同法与道德》，戴孟勇、贾林娟译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 163—164 页。

(54) 王利明：《违约中的信赖利益赔偿》，载《法律科学》2019 年第 6 期，第 121 页。

(55) P. S. Atiyah, *Promises, Morals, and Law*, Clarendon Press, 1982, p. 68.

(56) Kuklin Bailey, *The Justification for Protecting Reasonable Expectations*, 29 Hofstra Law Review 863, 868 (2001).

(57) 最高人民法院民事裁定书，(2009)民申字第 504 号。

合同有效并能得以履行为由，认定原告对自身利益的损害存有过错，并适用与有过失规则减少了其所能获得的损害赔偿额。⁽⁵⁸⁾ 在不履行合同义务的场合，其逻辑亦同。例如，双方订立附条件投资协议，条件成就之前，被投资方贸然信赖对方要作投资而支出费用，后投资方违约，此等费用支出的损失就应排除在信赖利益损害赔偿的范围之外。⁽⁵⁹⁾

（三）未采取合理注意照顾自己的固有利益

就固有利益而言，与有过失规则旨在保护违约方对受损方自我保护的信赖，未采取合理注意照顾自己的财产或人身即构成过错。固有利益是指任何合同当事人均享有人身、所有权等与给付无关的利益。⁽⁶⁰⁾ 在合同法上，固有利益损害的原因主要是加害给付与附随（保护）义务的违反，因本质上是对债权人固有利益之侵害，通常也符合侵权责任要件，由此发生违约与侵权损害赔偿的请求权竞合。⁽⁶¹⁾ 此处可借助侵权法理论进行说明。侵权法上有所谓“信赖原则”（Der Vertrauensgrundsatz），即基于潜在加害人对被害人自我保护能力的信赖而限制交往安全义务范围。⁽⁶²⁾ 一般而言，人们是在信赖他人采取合理注意保护自己的基础上采取行动，基于该等信赖人们再考虑是否采取更多的防范措施，或者应避免某些具有风险的行为。当他人的非合理行为促成危险的实现而破坏了人们具有社会合理性的信赖，法律就不必要求行为人负担更多的注意义务以保护他人的利益。⁽⁶³⁾

上述原理在合同法与侵权法交叉的领域无疑是适用的。在社会分工中，人们需要紧密的合作，因而需要信赖他人以及彼此之间建立起来的关系。⁽⁶⁴⁾ 合同关系是社会分工相当典型的形式，上述信赖作为一种非契约因素也内在地构成了契约（交易）关系的组成部分。⁽⁶⁵⁾ 在合同关系中，为了交易的便捷与合作的灵活，双方当事人假设对方会采取合理的注意照顾自己的利益，便无须巨细无遗地关照相对方，尤其是固有利益。即便在一方当事人违约时，若相对方未采取合理的注意照顾自己，那么违约方的责任应当减轻，否则上述社会分工之下的信赖将无以为凭。具体到合同法规则，其既可以体现为可预见性规则，亦可以体现为与有过失规则，都会导致损害赔偿额的减少。此亦是保护信赖之理。例如在王某某诉刘某等公路旅客运输合同纠纷案中，被告车辆驾驶员对乘客未尽安全保护义务，致使原告受伤，但原告并未系好安全带，根据过失相抵的原则应承担赔偿责任

（58）江苏省淮安市中级人民法院民事判决书，（2021）苏08民终988号。

（59）王利明：《违约中的信赖利益赔偿》，载《法律科学》2019年第6期，第121页。

（60）朱晓喆：《瑕疵担保、加害给付与请求权竞合——债法总则给付障碍中的固有利益损害赔偿》，载《中外法学》2015年第5期，第1127页。

（61）庄劲：《被害人危险接受理论之反思》，载《法商研究》2017年第2期，第61页。

（62）周友军：《交往安全义务理论研究》，中国人民大学出版社2008年版，第81-88页。

（63）廖焕国：《侵权法上信赖原则初探》，载《广东社会科学》2007年第4期，第190页。

（64）〔德〕米夏埃尔·马丁内克：《德国民法典与中国对它的继受》，载《德国民法典》，陈卫佐译注，法律出版社2004年版，导言第9页。

（65）正如涂尔干所说，“凡是契约存在的地方，都必须服从一种支配力量，这种力量只属于社会”。参见〔法〕埃米尔·涂尔干：《社会分工论》，渠敬东译，三联书店2013年版，第169页。

额的减损。⁽⁶⁶⁾ 在旅客运输中，承运人能够信赖乘客会采取系安全带等合理措施保护自己，当乘客未如此做时，其应当承担不利益。此时，法律不应当要求在整个运输过程中承运人都确保乘客系好安全带。

三、合同法与有过失规则过错的否定——目的论限缩的路径

如上所述，合同法与有过失规则的规范目的主要有三个方面：敦促当事人履行相应的合作义务，指引当事人在合理信赖基础上行事，保护违约方对受损方自我保护能力的信赖。三个方面的规范目的都暗示着受损方本应选择更好的行动方案：履行其合作义务、在合理信赖基础上行动、采取措施保护自己的固有利益。在这个意义上，与有过失的本质是受损方没能像特定情形下的合理谨慎人那般采取或不采取某些行动。⁽⁶⁷⁾ 由于某些原因受损方无法采取措施保护自己的利益或者相对方必须采取措施保护受损方的利益时⁽⁶⁸⁾，上述规范目的可能失去意义。质言之，在某些情况下与有过失规则的适用将受到限制，可以归结为两类情形：受损方能力欠缺、违约方与受损方存在能力差异。在这些情形中，过错认定必须与特殊保护政策相协调。

（一）与有过失规则的目的论限缩：过错认定与特殊保护政策的协调

第一种情形主要与未成年人等不完全民事行为能力人的与有过失相关。未成年人等弱势群体由于保护自身利益能力上的欠缺而应得到特殊保护。未成年人等不完全民事行为能力人不具备避免发生危险之识别能力或注意能力⁽⁶⁹⁾，可能使得与有过失规则的要件不成立，而无法适用该规则。

《民法典》有限地承认了未成年人合同。在未成年人合同的不同情形中，与有过失规则的适用都应当受到限制。其一，未成年人订立与其年龄、智力相适应的合同是被允许的，如在便利店购买零食、在书店购买教辅图书或购票游览博物馆等。⁽⁷⁰⁾ 但在合同履行过程中所产生的危险的复杂程度可能远超订立合同本身，比如未成年人可能无法判断在便利店售卖的食物是否具有明显的瑕疵，可能无法理解博物馆中设立的危险警告而有效地保护自身。其二，未成年人可以成为纯获利益的合同的当事人，如不附义务的赠与合同。纯获利益一般指行为人不因其法律行为而在法律上负有义务⁽⁷¹⁾，而与有过失本身含有保护自身利益的“义务”之义自然与其相悖。如果承认未成年人在纯获利益合同中与有过失的成立，可能架空“纯获利益”的判断。其三，经监护人追认，未成年人可以成为一般合同的当事人。举轻以明重，与未成年人年龄、智力相适应的合同都有可能产生远超合同本身复杂程度的危险，而更不用说与年龄、智力不相适应而尚须追认的合同，为了

(66) 山东省胶州市人民法院民事判决书，(2012)胶商初字第309号。

(67) Francis H. Bohlen, *Contributory Negligence*, 21 Harvard Law Review 233, 241 (1908).

(68) Ellen M. Bublick, *Comparative Fault to the Limits*, 56 Vanderbilt Law Review 977, 999 (2003).

(69) 曾隆兴：《详解损害赔偿法》，三民书局股份有限公司2008年版，第685页。

(70) 刘向宁、张艳萍：《无民事行为能力人所订合同之效力——不满十周岁未成年人的视角》，载《中国青年社会科学》2015年第3期，第67页。

(71) 王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2014年版，第312页。

贯彻对未成年人等不完全民事行为能力人的保护，应推定其不具备避免发生危险之识别能力或注意能力。

此外，还应否定法定代理人的过错构成与有过失，未成年人等限制或无民事行为能力人所能获得损害赔偿被不当地减少。法定代理人在合同履行过程中的法律地位类似于代理人、使用人等履行辅助人，但上述此等履行辅助人的过错构成受损方与有过失的法理在法定代理人的场合并不适用。一方面，法定代理系为保护未成年人等不完全民事行为能力人而设，并无提高不履行危险性之说。对此等人群的保护应优先于保护合同当事人的信赖，若使其仅就不具代理性质之行为负责而遭受损失，违背法律保护弱势群体之意旨。⁽⁷²⁾ 另一方面，法定代理也无选任、监督可言。然而在我国司法实践中仍有法院在受害人法定代理人与有过失时减轻违约方的损害赔偿。如在姚某某诉戴某某服务合同纠纷案中，经营者未在高温洗浴池采取保护措施，违反了服务合同中安全保障的附随义务，但受损方监护人带领未成年人洗浴时未尽合理的照看义务，构成与有过失，导致损害赔偿额减少。⁽⁷³⁾ 该等实务做法广受批评。一方面，该做法将使得潜在的加害人逃避所应承担的义务，潜在的加害人在安全保障义务方面即便有瑕疵，也能因法定监护人的疏失而无须承担全部责任，自会滋长投机主义。另一方面，该做法也无法通过强化法定监护义务而实现对不完全民事行为能力人更周全的保护，盖法定监护人不会因其疏忽将导致未来损害赔偿的减少而更谨慎地履行监护义务。⁽⁷⁴⁾ 鉴于此，法定代理人的过错不应构成与有过失，此乃为保护不完全民事行为能力人而限制与有过失规则适用的题中应有之义。

第二种情形主要是考虑受损方自我保护能力的相对欠缺，即合同双方当事人之间存在知识和信息的差异，使得优势方能够更好地保护另一方的利益。例如医生比患者更适合决定健康的问题，委托律师比本人能够更好地保护本人的利益。⁽⁷⁵⁾ 当优势方未能妥当地运用其技能或知识保护另一方时，法院应当限制与有过失规则的适用。⁽⁷⁶⁾

直观来看，该等限制无疑是对实质公平的追求。在“各人各得其所”的理念之下，法律承认了受损方在维护自身利益时可以依赖优势方的技能或信息，从而让受损方从保护自己利益的“负担”中解脱出来，尤其在其缺乏相关的知识而无法作出理性决定，或因经验不足而无所适从时。这也是法谚所载的“法律不强人所难”(Lex non cogit ad impossibilia)⁽⁷⁷⁾精神在责任法中的体现。⁽⁷⁸⁾

(72) 王泽鉴：《第三人与有过失与损害赔偿之减免》，载《台大法学论议》1971年第1期，第190页。

(73) 浙江省嘉兴市中级人民法院民事判决书，(2009)浙嘉民终字第137号。

(74) 程啸：《过失相抵与无过错责任》，载《法律科学》2014年第1期，第144页。

(75) Larry Garrett, *Comparative Fault in Legal Malpractice and Insurance Bad Faith: An Argument for Symmetry*, 21 The Review of Litigation 663, 666 (2002).

(76) Ellen M. Bublick, *Comparative Fault to the Limits*, 56 Vanderbilt Law Review 977, 999 (2003).

(77) 张明楷：《刑法格言的展开》，法律出版社2003年版，第218页。

(78) 尹志强：《论民事权利在私法中的救济——从侵权行为法的涵摄范围和功能角度分析》，中国政法大学2004年博士学位论文，第66页。

适用与有过失规则要求受损方所承受的不利益是一种广义的“责任”，而该等“责任”只有建立在当事人能够理性决策、自由选择的基础上才是正当的，否则便是强人所难。⁽⁷⁹⁾ 简言之，理性的自主决定之反面即意味着“责任”。⁽⁸⁰⁾ 当受损方在维护自身利益时依赖优势方的技能或信息，而优势方又未能恰当地运用其技能或者提供信息，受损方未能合理保护自身利益难言基于理性的自主决定而为，自无“责任”可言。一个自然的推论是，当优势方已经恰当地运用其技能或提供信息，受损方仍有与有过失成立之空间，毕竟此时法律提供“保护”的初衷并非受损方的能力欠缺。例如在李某某诉长白山国际旅游度假区开发有限公司管理分公司等服务合同纠纷案中，原告与被告签订滑雪教学服务合同，被告指派的教练明知在教学中不得给教学对象独自滑行过程拍摄动态视频，依然拍摄视频，原告在此过程中摔倒受伤，被告构成违约，法院综合原告多次接受滑雪教练服务的经历、明知单独滑雪过程中不得进行拍摄的规定等情况，认定原告存在过失，减轻被告的违约责任。⁽⁸¹⁾

有时此等自我保护能力的相对欠缺为合同所确定，形成一方对另一方利益的保护义务。这体现于以保护对方固有利益为主给付义务的合同，典型如介护合同。合同的特别结合关系使得一方当事人的固有利益处于另一方的义务范围之内，受保护方对另一方有着特别信赖时，应当适当否定其与有过失的成立，否则将会减损保护义务要求。例如在张某某诉长春市同心老人院合同纠纷案中，原告在给自己倒热开水时烫伤。法院认为被告在介护行为、介护方式和程序上有不合理的漏洞，故不能以原告的行为认定其亦有过错。⁽⁸²⁾

（二）合同法与有过失规则目的论限缩中否定过错的实践进路

从法律适用精细化的角度，在特定情形中不能仅以空泛的特殊保护政策为由直接对合同法与有过失规则的适用进行限制，而需要具体的法技术展开，即过错的否定。其在实践中体现为两种方式。其一，降低合理注意的标准，使得与有过失更难以成立，从而限制与有过失规则的适用。在侵权法领域，此等法技术已经得到运用。典型如《民法典》第 1239 条、第 1240 条的规定，在高度危险责任中，只有被侵权人具有重大过失的，侵权人的责任才能减轻。其二，强化相对方所承担的义务，使受保护的一方与有过失的成立以相对方已适当履行义务为条件，从而限制与有过失规则的适用。以下结合具体的实践范例进行分析。

1. 降低合理注意标准以否定过错——以消费者检验义务为例

《民法典》第 620 条和第 621 条规定了买卖合同语境下买受人的检验和通知义务。一般认为该等义务均属于不真正义务，即违反检验和通知义务将不会对他人承担损害赔偿责任，但违反者可

(79) 张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 124 页。

(80) 郑晓剑：《自然人侵权责任能力制度研究》，法律出版社 2015 年版，第 32 页。

(81) 吉林省长春林区中级法院民事判决书，（2023）吉 76 民终 19 号。

(82) 吉林省长春市中级人民法院民事判决书，（2015）长民四终字第 612 号。

能要承受权利减损和丧失等不利益。⁽⁸³⁾ 鉴于此,违反检验和通知义务可能导致违约损害赔偿的减少。例如在济南赤龙经贸有限公司与亚太森博浆纸有限公司买卖合同纠纷案中,法官认为原告安装前未对管件进行检验存在疏忽,对由此产生的重装费用损失存在过错,因此违约损害赔偿减少20%。⁽⁸⁴⁾ 此乃合同法与有过失规则适用的题中应有之义。

在商事交易的语境中,“未尽检验义务—与有过失—损害赔偿减少”的逻辑不存在问题,但是其对于普通的民事主体而言,主要是对消费者可能过于苛刻,有民法“商化过度”之嫌。⁽⁸⁵⁾ 一般而言,商人根据从事交易的经验、掌握的知识技能,能够在合理期限内发现货物的瑕疵,甚至是隐蔽的瑕疵,然而消费者则很可能无法做到。⁽⁸⁶⁾ 从比较法的角度来看,在采民商分立的国家检验和通知义务往往仅规定在商法中,如《德国商法典》第377条和《日本商法典》第526条规定了买受人的检验和通知义务,而《德国民法典》和《日本民法典》中均未规定。⁽⁸⁷⁾ 具有民商合一色彩的《欧洲示范民法典草案》则对检验和通知义务的适用作限缩性解释。第4卷第4:301条标的物的检验(Examination of the goods)的第4款就明确规定,本条不适用于消费者买卖合同。⁽⁸⁸⁾ 鉴于此,我国亦有学者主张目的论限缩,即将《合同法》第157条和第158条的适用限于商事买卖中。⁽⁸⁹⁾

上述原理在司法实践中亦有所体现。例如在余某诉新疆大禹升辉农业发展有限公司产品责任纠纷案中,一审法院认定原告有种地经验,对所购尿素是否为正品应有一定的辨别能力,购买尿素时及使用过程中对协议品尿素与普通正品尿素的显著差别未尽合理注意义务,存在过失,应适用与有过失规则减少所能获得的损害赔偿。⁽⁹⁰⁾ 而二审法院则认为涉案尿素系原告从正规渠道购买,其作为普通消费者无法通过外包装判定涉案产品存在质量问题,难谓存在过错,更不应承担责任。⁽⁹¹⁾ 综上所述,应当认为消费者不属于《民法典》第620条和第621条所规定的义务主体,这在很大程度上降低了消费者合理注意的标准,使得消费者未检验时不至于构成与有过失而承受过多的不利益。

当然,上述的目的论限缩并不意味着排除了消费者在检验上的所有的注意义务,在一些特定情况下仍应认为消费者在检验上有疏忽而构成与有过失。正如《欧洲示范民法典草案》指出,虽

(83) 王泽鉴:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第36页。

(84) 山东省高级人民法院民事判决书,(2015)鲁商终字第46号。

(85) 张谷:《中国民法商法化举隅》,载《金融法苑》2005年第1期,第74页。

(86) 张良:《消费者合同研究》,中国政法大学出版社2016年版,第17页。

(87) 何红锋、张春玲:《买卖合同标的物检验的法律后果研究》,载《理论与改革》2015年第6期,第155页。

(88) Christian von Bar et al. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Oxford University Press, 2010, p. 1375.

(89) 武腾:《合同法上难以承受之混乱:围绕检验期间》,载《法律科学》2013年第5期,第90页。

(90) 新疆维吾尔自治区克拉玛依市克拉玛依区人民法院民事判决书,(2018)新0203民初2157号。

(91) 新疆维吾尔自治区克拉玛依市中级人民法院民事判决书,(2019)新02民终237号。

然检验和通知义务的条款不适用于消费者，但其仍受制于诚实信用和公平交易的一般规则，如案例指出，商家已在电脑屏幕上张贴醒目提示敦促消费者检查电压，而检查电压并不要特别的技能或知识，此时消费者仍不加以检查，应认为构成与有过失。^{〔92〕}在瑞典 1990 年新消费买卖法的草案中，立法者认为，通常而言，消费者应在收货后尽快进行检查，只需是表面的检查，不要求进行检验或功能测试。^{〔93〕}总体而言，法律是降低了消费者合理注意的标准，而非免除了消费者的注意义务，这是为了避免对其的过度保护。

上述对合同法与有过失规则的适用限制可以进行一定程度的扩张。根据《民法典》第 646 条，一些有偿合同可以参照适用买卖合同的相关规定，在没有特别约定的情况下，合同当事人也承担类似的检验和通知义务，如租赁合同、承揽合同等。根据上述目的论限缩的法理，若租赁人或定作人为消费者，也应拒绝参照适用《民法典》第 620 条与第 621 条。当然，由于消费者并非完全不具备保护自己的能力和不完全民事行为能力人另当别论），而是在某些特定的情形无法保护自己避免违约所造成的损害。鉴于此，应在特定情形下降低消费者的合理注意标准，只要消费者未尽注意义务并非极不合理，则不应轻易认定过错成立。

2. 相对方义务强化以否定过错——以医疗服务合同告知义务强化为例

作为一种非典型的契约关系，医疗关系中产生的纠纷自有合同法与有过失规则的适用空间。同时，受损方与违约方之间的能力差异在医患关系中十分显著，使得与有过失规则的适用可能受到限制。该等能力差异集中体现于医患之间的信息不对称，在医学专业知识与医疗技能方面，医方相对于患者具有绝对优势，况且医疗关涉患者的切身利益，为治愈疾病依赖于医生。这都使得在医疗关系中，医方相对于患者自身能够更好地保护患者的利益，因此患者也应受到法律的特别保护。

在《民法典》生效之前，已有一些法院在医疗服务合同的案件中根据与有过失的原理进行责任的分配。例如在九〇三医院与金道义医疗服务合同纠纷案中，法院认为医方存在诊疗不足和未告知义务的过错，而对于医方符合规范的诊疗患者存在不配合的过错，应根据与有过失规则减少患者所能获得的损害赔偿。^{〔94〕}在《民法典》生效之后，若患者对于医方违约存在过错的，法院根据《民法典》第 592 条第 2 款实现责任的分配，似乎是理所当然的。但从比较法来看，此等与有过失规则在医患关系中适用并非理所当然。德国最高法院认为，原则上医生可以主张患者的过

〔92〕 Christian von Bar et al. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Oxford University Press, 2010, p. 1375 – 1376.

〔93〕 Ingvar Carlsson & Laila Freivalds, Om Ny Konsumentköplag (Proposition 1989/90:89), Sveriges Riksdag (30 August 2023), <https://data.riksdagen.se/fil/7BB922F9-6D32-4EDD-9988-43CF1E37BA0B>.

〔94〕 浙江省玉环市人民法院民事判决书，（2018）浙 1021 民初 278 号。

失行为促成了诊疗不当或者医嘱不当所造成的损失⁽⁹⁵⁾，但是考虑到医生相对于患者的知识和信息的优势，与有过失规则的适用应受到限制，仅在例外情形中才能被接受⁽⁹⁶⁾。首要的限制是患者成立与有过失存在前提条件，即医疗提供者已尽说明义务。理论上，医方的说明义务依目的或作用上的不同，可分为确保疗效的说明义务和介入性说明义务，前者主要是为取得患者的配合或协力，而后者主要是为了尊重患者自我决定权，在有必要侵入患者身体时为取得同意而作相应的说明。⁽⁹⁷⁾ 此处的说明义务主要是指前者。

在不同情形下，患者成立与有过失原则上应以医方已尽确保疗效的一般说明义务为前提。从比较法来看，德国法上承认的患者与有过失主要有两种类型，主要指患者违反医疗合同中的附随义务。第一种类型为患者违反病史、检查与确诊方面的协力义务。⁽⁹⁸⁾ 德国法上，患者应如实告知病情与病史，如难产史、过敏史，以配合诊疗，医生对于患者的主观陈述还应有专业判断与怀疑，并主动地进行医学上的引导询问，此后，方有患者与有过失成立的可能。⁽⁹⁹⁾ 第二种类型为患者违反遵循医嘱的合作义务，如根据医嘱进行血液透析、服用胰岛素、护理正畸装置等。⁽¹⁰⁰⁾ 此类型与有过失成立的前提是医生已经尽其义务：对诊断、医疗处置以及可能之危险与预防措施已说明清楚，已让患者了解其诊断与治疗之意义与必要性，以及需要患者配合之处。⁽¹⁰¹⁾ 这两类与有过失及其成立的前提条件颇值得借鉴。

四、结语

合同法与有过失规则中的过错是具有归原功能的法概念，具有目的论的本性，其认定仰赖于目的解释。从合同法保护当事人的履行利益、信赖利益和固有利益的角度来看，与有过失规则有三项规范目的。其一，与有过失规则敦促当事人通力合作；其二，与有过失规则指引当事人在合理信赖的基础上行事；其三，与有过失规则保护当事人对相对方自我保护的信赖。在上述三项规范目的的指引下，与有过失规则的过错可以类型化为三种：未能履行履约相关的协助义务、未能在合理信赖的基础上行事、未能尽合理注意照顾自己的固有利益（财产或人身）。在类型化的基础上认定过错，而非诉诸抽象的基本原则能够缓解法的安定性与个案公正之间的张力。在上述的规

(95) BGH, Urteil vom 30.06.1992 – VI ZR 337/91 (Düsseldorf), in 46 NJW 2961, 2961 – 2962(1992).

(96) BGH, Urteil vom 17.12.1996 – VI ZR 133/95 (Frankfurt a.M.), in 24 NJW 1635, 1635 – 1636(1997).

(97) 张谷：《浅谈医方的说明义务》，载《浙江社会科学》2010年第2期，第8页。

(98) Adolf Laufs & Wilhelm Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 76 Die Obliegenheit zur Offenbarung, https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FLauKeHdbArztR_5%2Fcont%2FLauKeHdbArztR%2Eglsect76%2Ehtm.

(99) 侯英冷：《德国医事民法中病人与有过失之探讨》，载《台北大学法学论丛》2013年第2期，第153页。

(100) Adolf Laufs & Wilhelm Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 77 Weisungsrecht und Befolgungspflicht des Patienten, https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FLauKeHdbArztR_5%2Fcont%2FLauKeHdbArztR%2Ehtm.

(101) 侯英冷：《德国医事民法中病人与有过失之探讨》，载《台北大学法学论丛》2013年第2期，第154页。

范目的无法实现，或者有特殊保护政策排斥与有过失规则的规范目的时，与有过失规则的适用应当受到限制，在法技术上体现为过错的否定。这主要有两类情形，受损方保护自身的能力欠缺、违约方相对于受损方更能避免损害的发生。具体而言，在受损方欠缺自我照顾的能力时，可以适当降低合理注意的标准；考虑到受损方有时依赖于相对方的知识经验，受损方与有过失成立应以相对方尽相应的告知义务为前提。

作为一项法律规范，合同法与有过失规则显露出违约方与受损方的利益冲突（Interessenkonflikt）。法律对利益保护总是在充满利益冲突的世界进行的，法律规范目的所展现的是“获胜的”利益，而法律的具体规范目的实现的程度则取决于“失败的”利益的分量。^{〔102〕}在违约损害赔偿制度中，获胜的利益正是受损方的履行利益、信赖利益和固有利益。违约损害赔偿之所以受到与有过失规则的限制，正是因为违约方的利益在受损方存在与有过失时有一定的分量，主要体现在以下三个方面。其一，合同法在保护履行利益的同时也尊重当事人请求对方合作的利益，该等利益不会因该当事人违约而被完全否定；其二，合同法在保护合理信赖时也旨在寻求双方当事人之间的利益平衡，一方原则上可自由行动而不因相对方不合理的信赖而承受负担；其三，合同法保护固有利益的同时也保护违约方对受损方自我保护的信赖。与有过失规则进一步受到的限制也体现双方利益的衡平，即当事人之间负担和风险应均衡、合理地分配。^{〔103〕}鉴于合同双方当事人之间存在事前的结合关系，负担和风险的均衡合理分配，体现在如下规则中：只有当事人已经承受的风险所导致的损害，或者在当事人应合理承受的风险所导致的损害，才具有可赔偿性。^{〔104〕}要求自我保护能力欠缺或依赖于对方信息、技能的一方承担自身不当行为所造成的风险都是不合理的。在此利益衡平的意义上，与有过失规则无疑是符合公平原则的，也是过错这一法概念具体化基本原则的题中应有之义。

〔102〕〔德〕菲利普·黑克：《利益法学》，傅广宇译，商务印书馆2016年版，第18页。

〔103〕谢鸿飞：《〈民法典〉合同编内在体系的变迁》，载《山西大学学报（哲学社会科学版）》2020年第3期，第19页。

〔104〕徐建刚：《规范保护目的理论在违约损害赔偿中的适用——对可预见性规则的反思》，载《清华法学》2021年第4期，第119页。

The Teleological Interpretation of Contributory Negligence Doctrine in Contract Law

—Centered on the Determination of “Fault”

WU Zhiyu

Abstract: The determination of fault in applying contributory negligence doctrine in contract law relies on the teleological interpretation. From the perspective of protecting the performance interest, reliance interest and inherent interest in contract law, contributory negligence doctrine has three purposes: urging parties to work together to achieve cooperation; guiding parties to act on a reasonable reliance basis; and protecting parties’ reliance on self-protection from the other party. Furthermore, the fault of the doctrine can be categorized into three types: failing to perform the assistance related to performance, failing to act on a reasonable reliance basis, and failing to exercise reasonable attention to protect their inherent interests. In the case of special protection policies excluding the purpose of contributory negligence doctrine, the application of contributory negligence doctrine should be restricted by purpose. In the practical aspect, it is reflected in the denial of fault. There are two types of situations, in which the capacity of the parties to protect themselves is deficient and the party who breaches the contract is more likely to avoid the occurrence of damage. In the first case, the standard of reasonable attention can be reduced to negate the determination of fault; in the second case, considering that sometimes parties depend on the knowledge and experience of the other party, the determination of the fault should be preceded by the due notice of the other party.

Keywords: Contributory Negligence Doctrine; Fault; Reasonable Reliance; Teleological Interpretation; Duty to Inspect

(责任编辑: 王乐兵 汪友年)