

民商法论丛

Civil and Commercial Law Series

侵权与合同竞合问题之展开 ——以英美法为视角

QINQUAN YU HETONG JINGHE WENTI ZHI ZHANKAI
Yi Yingmeifa Wei Shijiao

● 王少禹 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

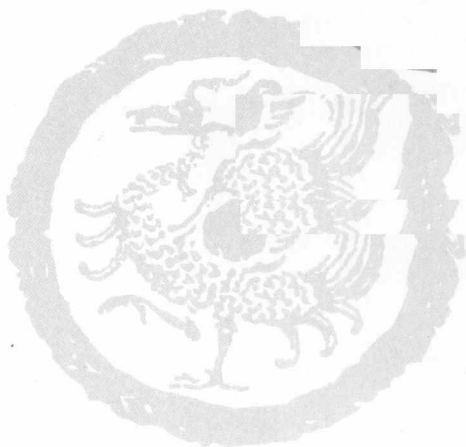
民商法论丛

Civil and Commercial Law Series

侵权与合同竞合问题之展开 ——以英美法为视角

QINQUAN YU HETONG JINGHE WENTI ZHI ZHANKAI
Yi Yingmeifa Wei Shijiao

● 王少禹 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

侵权与合同竞合问题之展开:以英美法为视角/王少禹著. —北京:北京大学出版社,2010.6

(民商法论丛)

ISBN 978-7-301-16796-0

I. ①侵… II. ①王… III. ①侵权行为-民法-关系-合同法-研究
IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 105769 号

书 名: 侵权与合同竞合问题之展开——以英美法为视角

著作责任者: 王少禹 著

责任编辑: 周 菲

标准书号: ISBN 978-7-301-16796-0/D·2622

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 世界知识印刷厂

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 18.75 印张 298 千字

2010 年 6 月第 1 版 2010 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 33.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

绪 论

1. 本书的写作源起

在纷繁复杂的社会生活中,两大法系不约而同地选择了侵权和合同这种二元救济体制,确实是一件十分奇妙的事情。然而,侵权与合同这两大制度究竟是什么关系?它们的区分是天经地义的吗?为什么二者会发生竞合?它们的边界究竟在哪里?……

本书的写作正是源于对侵权与合同相互关系的思考。所谓侵权与合同的相互关系,是指二者相互区分、相互作用、相互影响、平衡共生等关系,具体包括二者的区分、交叉、竞合、融合等问题。在我国目前的民法学界,要么研究侵权法中的某个制度,要么研究合同法中的某个制度,至于侵权法与合同法的冲突、互动、交叉、竞合等问题,似乎还未引起学者足够的关注和兴趣。但侵权法与合同法的相互关系确实是一个有趣而复杂的问题,我们注意到,巴尔教授主编的《欧洲合同法与侵权法及财产法的互动》一书已经由我国学者翻译出版了^①,相信这个问题以后会引起越来越多学者的关注。

Birks 教授认为:“当一个人开始学习一门课程的时候,他所学到的知识会永远对他发生影响。”^②就大陆法系而言,基于成文法体系性和逻辑性的考虑,一般严格区分侵权与合同,严格划分二者的作用领域,视侵权与合同为截然不同、二元对立的两种制度。因此,“侵权”、“合同”作为一种抽象的概念在我们脑海中留下了深刻的印象。现在看来,教材中的上述概念无疑受到了概念法学的影响。概念法学认为,概念只有成对地出现,才不至于出

① [德]克里斯蒂安·冯·巴尔、乌里希·德罗布尼希主编:《欧洲合同法与侵权法及财产法的互动》,吴越、王洪、李兆玉、施鹏鹏等译,法律出版社2007年版。

② B. S. Markesinis & S. F. Deakin, *Tort Law*, 4th, Clarendon Press, Oxford, 2003, p. 13.

现中间地带。^① 有学者称此种思考方式为“对极思考”。^② 如果不是以后参加了实务工作,有了实际运用这些概念的机会,我们可能会一直这么坚持下去,因为这种概念真的看上去很美,有一种理论上的美感,似乎是完美无缺的。

然而,在工作了多年以后,我们逐渐发现,侵权也好,合同也好,只是人为设计出来的一种制度,其目的是对受害人提供救济。在从事实务工作的人员看来,它们就是一种实用的工具,能够很方便地用来解决人们在民事交往中遇到的麻烦。我们只要把不同的案件贴上“侵权纠纷”或者“合同纠纷”的标签,拿起“侵权规则”或者“合同规则”这把利器,就能够定纷止争。问题是,生活是丰富多彩的,什么时候该用侵权,什么时候该用合同,二者总要划分一下调整范围,因此,对侵权与合同相互关系的研究就有了意义。

在侵权与合同两种制度的关系上,巴尔持一种不同的观点,他在对欧洲各国的侵权行为法进行比较研究之后认为:“人们不断接受了这样一种观点,在现代连带社会关系中,合同法和侵权行为法宜被适当地视为构成一个内在和谐法律体系的各种规则的总体;而为了分类的目的,它们才被视为具有一些不明确区别的两种法律制度。”^③ 这样一来,关于侵权与合同的相互关系就有了两种不同的观点,一种认为二者之间是本质不同、二元对立的关系,另一种观点认为二者之间是相互补充、平衡共生的关系。那么,侵权法与合同法之间究竟是一种什么样的关系呢? 这引起了笔者极大的兴趣。

为了对侵权与合同的相互关系进行研究,笔者选择了侵权与合同之竞合这个主题。原因在于要全面考察合同法与侵权法的关系问题,几乎是一个不可能完成的任务。而竞合问题是二者相互关系诸问题中的一个,具有一定的代表性。如果我们将这一问题稍加拓展,将竞合问题分解为以下几个相互关联的问题,即侵权与合同之区分(这是研究二者竞合的逻辑前提)、竞合之产生及发展、竞合之原因(包括历史原因、制度原因等)、发生竞合后规则之适用,我们会发现,对侵权与合同竞合问题之研究其实也是对二者关

① [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,台湾五南图书出版公司1992年版,第357页

② 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第248页。

③ [德]克雷蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上卷),张新宝译,法律出版社2004年版,第566页。

系的一种研究,因此,本书虽以竞合为主题,但内容并不限于竞合本身,而是涉及了侵权与合同的区分、相互作用等问题。

2. 本书的研究对象:主要以英美法为研究对象,兼顾对大陆法系的考察

在大陆法系,侵权与合同的竞合是一个悬而未决的问题。尽管时常有一些文章对该问题进行探讨,但似乎都没有脱离请求权竞合论的范畴。就请求权竞合论而言,由于请求权概念的含义复杂多变,请求权竞合论脱离实际,该理论受到了许多批评。但是,并没有新的理论能够取而代之。可以说,就像一个人很难发现自身的缺点一样,如果我们仅仅从大陆法系内部来研究和解决侵权与合同的竞合问题,是很难有新的发现和突破的。这是由成文法的体系性和逻辑性所决定的。

如果我们换个角度,研究一下英美法系的竞合问题,我们会有一个全新的视角。英美法之判例法特征,使得其法律更贴近于现实,几乎每一个判例都是当时社会经济生活之反应。判例法的发展体现了法律的生长,这种生长并非抽象的逻辑推演,而是经验的总结,规则的演变。^①因此,对英美法的研究给笔者的体会是,触及了“活”的法律。而大陆法系对一些问题的研究,往往失之于抽象和深奥。我们本来是为了解决实际问题才构建出某种理论,但一种理论出现以后,学者往往将注意力转向了理论本身,反而忽略了实践中的问题,因而我们时常有一种理论裁剪了现实之感,这一点已经引起了一些学者的关注。^②

笔者认为,英美法为我们提供了很好的参照系,以英美法为研究对象,有利于取长补短。因为成文法与判例法相互对应,互补性甚强。一方之优势,恰为对方之劣势。大陆法追求理论上的圆满,而英美法更注重实际问题的解决;成文法稳定性强,判例法较为灵活;大陆法多从权利的角度出发,构建出权利保护的体系,英美法则多从义务的角度,通过对当事人课加义务来

① 这里的规则并不等同于法条,而是解决实际问题的办法,这个办法本身体现了一种智慧,这种智慧是法律的魅力之所在,往往体现了一个法官的远见卓识。如果一个规则被证明是实用的,它就能够延续下来,成为判例所遵循的一般原则。如果一个规则是过时的和愚笨的,它会逐渐失去其生命力,被扔进历史的垃圾堆。

② 孙宪忠、谢鸿飞:《民法学重大问题研究状况》,载《中国社会科学院院报》2005年第2期。

对原告提供救济;大陆法注重概念的体系和逻辑,英美法则注重规则的体系一致和逻辑一致;大陆法系先进行立法,然后通过对法律的解释和适用来裁决,英美法系则把公共政策放在首位,在利益衡量的前提下再考虑判例和规则的适用;大陆法呈现出被动性和中立性,英美法则以促进社会经济发展为己任,体现了一定的司法能动主义。这样的比较似乎又陷入了二元对立的思维习惯,实际上,两大法系在很多方面已呈现出相互借鉴之趋势,但在一些基本的立场上仍然有着实质的不同,这种实质的不同归根结底与政治经济制度的不同有关。总的来说,两大法系如能取长补短,可实现法律完美之境界。

3. 本书的研究范围及主要内容

如上文所言,英美法中是将竞合问题放在侵权与合同的相互关系之中来考察。笔者的论述也是以侵权与合同的关系为基础而展开的。为了达到这一目的,笔者将竞合问题放大为一系列具有内在逻辑联系的问题,而这些问题又以侵权与合同的竞合为中心。

(1) 侵权与合同之区分,这是研究竞合问题的逻辑前提。要研究侵权与合同的竞合,首先要弄清到底什么是侵权,什么是合同,二者的本质区分何在。假使侵权和合同之间本来就没有分别,也就无所谓竞合;假使区分侵权与合同没有实益,也无研究竞合问题之必要。

(2) 侵权与合同竞合的历史。在英美法系,侵权与合同的竞合与二者发展的历史交织在一起,因此,研究侵权与合同竞合的历史实际上也是对二者相互关系历史的考察。通过对二者竞合历史的考察,可以发现二者竞合的历史原因,同时也说明侵权与合同的竞合是一个历史现象,它随着侵权与合同关系的发展而发展,影响侵权与合同发展的因素也会对其发生影响,比如社会保障制度、消费者运动的兴起等。如果吉尔莫所预言的“契约之死”能够实现,侵权与合同的竞合当然也就不存在了。

(3) 为什么侵权和合同会发生竞合,即对竞合原因的研究。对于希望建构一个封闭的、无漏洞体系的大陆法系学者来说,侵权与合同的竞合可能是他们所不愿意看到的现象。普通法的体系和逻辑也要求二者尽量减少交叉和重叠。但二者的竞合毕竟是一个客观现实,或者说是一个制度事实。英美法系并未对二者竞合的原因给予过多关注,只是通过对判例发展的历史,客观表明这种现象,大陆法上也没有学者专门对侵权与合同竞合的原因

进行阐述,但本书仍试图对竞合的原因作出一定的解释。这些原因可能包括外部原因、内部原因等;通过对原因的揭示,发现问题的本质,进而寻求解决之途径。

(4) 侵权与合同的竞合会发生在哪些领域,在发生竞合之情况下,会出现哪些问题,如何解决这些问题。这一方面的内容主要是在实务的层面上予以思考。在英美法中,侵权与合同的竞合主要是一个实务上的问题。侵权法与合同法本来都有一套自己的规则,但是,在二者竞合的情况下,这些规则如何适用是一个需要研究的问题,对该问题的研究将对我国的司法实践有所助益。

(5) 英美法系的经验对我们有何借鉴意义。基于对侵权与合同竞合问题范围的上述理解,本书的内容一共分为五章,结构上的安排为:英美法系侵权与合同竞合问题概述、竞合问题的产生及历史演进、竞合的原因分析、竞合情况下产生的法律问题及其解决、英美法经验对我国的启示。结构的设计遵循了由远及近、由外及内、由抽象至具体之思维习惯。全书还围绕着两条主线展开,即以义务概念为核心,以侵权法与合同法的历史发展为线索。正像大陆法系私法以权利概念为核心,笔者认为英美法系私法是以义务概念为核心的,义务概念不仅是理解英美过失侵权法的关键,也是合同法上的重要概念。义务概念将侵权法和合同法联系了起来,并使二者有了一个可比较的基础。侵权与合同发生竞合的原因便是存在一个独立于合同的侵权法上的义务。另外,对英美法的研究离不开对判例的研究,对判例的研究离不开对历史的研究。英美法系侵权与合同的竞合是由一个个的判例发展而来,它是一个历史现象,因此,本书的研究以侵权与合同的历史发展为线索。

应当说,对侵权与合同竞合问题的研究是具有一定的理论意义和实践意义的。就理论意义而言,通过对英美法系竞合问题的特征、历史演进、竞合原因的分析以及解决问题的做法之研究,可以使我们对英美侵权法与合同法的发展演变、相互作用、交叉重叠等问题有一个深入的了解,对我国立法和理论发展有一定的借鉴意义。就实践层面而言,侵权与合同的竞合本来就是司法实践中经常遇到的一个问题,对该问题的研究将有助于该类问题的解决。

需要提及的是,国内也有一些以侵权责任与违约责任之竞合为主题的

硕士论文,但是,这些论文均是以大陆法系的情况为研究对象,对于英美法系侵权与合同竞合问题的研究,基本上是一个空白,只有个别的著作中有所探讨。^① 英美法系的竞合问题是伴随着侵权法与合同法的发展而产生和发展的,在发展过程中与合同相对性问题、过失侵权法的产生和独立、产品责任、专家责任等问题交织在一起,从这一点来说,本书的写作是有一定难度的。况且即使在英美法系,侵权与合同的竞合也只是一个小的问题,并没有专门的著述,虽有一些论述二者竞合的文章,但数量并不多,这就使得笔者不得不从英美法大量的侵权法和合同法著作中捕捉二者竞合的蛛丝马迹,其难度也可见一斑。

4. 本书的研究方法

波斯纳认为:“没有单独哪种进路,包括法律经济学,能永久地捕捉法律的复杂性。”^②因此,法学研究往往综合采用数种方法。英国的詹姆斯·布赖斯认为法学研究需使用以下方法,即形而上学方法或先验方法、分析方法、历史方法、比较方法。^③ 但研究方法的采用往往是由论述的主题所决定的,并非自己可任意为之。就本书而言,根据内容的需要,笔者综合采用了历史方法、比较方法等。

(1) 历史的方法

拉伦茨认为:“法学是以某个特定的,在历史中逐渐形成的法秩序为基础及界限,借以探求法律问题之答案的学问。”因此,历史的方法对于法学的研究是非常重要的。就英美法而言,普通法的法技术热衷于精细而现实地探究现实生活中的问题,并倾向于在具体的历史关系中处理这些问题,因此“即使读者对过去不感兴趣,也将发现作一番这样的法律史的旅行是有益的,不懂它的历史,读者将很难理解今天普通法的特殊风格、技术表达方式和概念划分”^④。而霍姆斯法官则告诉我们:“对法律的理性研究……在很

① 张民安教授在其《过错侵权责任制度研究》一书中,在第四章第五节中对英美法系侵权责任与契约责任的竞合进行了探讨。

② [美]理查德·A.波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,译序部分。

③ [英]詹姆斯·布赖斯:《法学的方法》,杨贝译,中国法学网, www.iolaw.org.cn, 最后访问时间:2004年12月8日。

④ [德]K.茨威格特·H.克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第334—335页。

大程度上是对历史的研究。”^①

本书对历史方法的运用是显而易见的。侵权与合同的竞合本来就是在历史发展中产生的一种现象。在本书中,笔者对侵权与合同发展的历史作了回顾,探讨了公共行业案件(common callings)及其对后世的影响,研究了过失侵权法的独立,注意义务概念的产生及发展等。从对历史的追溯中,我们发现了习惯和传统的力量,英美侵权法和合同法发展和演进的轨迹也逐渐清晰。当然,在采用历史的方法时,我们不能忘记霍姆斯所说的一段话:

“学历史的学者都非常熟悉这样一个常见现象:远古时代人的习俗、信仰和需求使一条规则或者准则得以建立起来,在随后的数个世纪中,这些习惯、信仰和需求逐渐湮灭,而规则却留存了下来。制定规则的原因早已被遗忘,而对规则本身,仍会有众多聪慧的头脑不断探寻着,究竟如何给予解释。人们会思考政策的一些依据,它似乎解释了这些规则,并与目前的情景相调适;于是,这些规则就适应于人们为它寻找出的这些新理由,从而开始一段新的生涯。旧形式接受了新内容,然后为了与接受了的的意义相协调,甚至形式本身也及时地改变了自身。”^②

从某种意义上来说,我国虽然有着悠久的文明史,但如果自清末学习西方先进之法律算起,我国采纳先进法制的历史并不长,况且中间经历了法统之中断。若自新中国成立以来算起,历史更是短暂,这确实是一件十分不幸的事情。因为我国现行之法律制度大多取自德、日、美、英等国家,将一制度移植过来虽然方便,但因为割断了其发生及成长的历史,有时学习及理解起来殊为困难,且徒增许多无益之争论。由此看来,在学习及借鉴某一制度之前,对其历史之研究是何等的重要!

(2) 比较的方法

在写作的过程中,笔者将两大法系的一些制度进行了比较。比如,义务概念的不同,解决竞合问题的思路之不同等。尽管有人认为,两大法系很多时候是没有可比性的,试图将英美法系的理论套用到大陆法系可能会发生“张冠李戴”的可笑情况。但笔者认为,即使纯粹从法律文化的角度出发,这

① [美]伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,中国政法大学出版社1990年版,第4页。

② [美]小奥利弗·温德尔·霍姆斯:《普通法》,冉昊、姚中秋译,未刊本,第12页。

种比较也可能是有益的。对两大法系制度比较的目的并不在于肯定一方或否定另一方,因为法律制度是一种地方性知识。但是,正像中医认为“不通则痛”,而西医认为“痛说明有炎症”一样,判例法和成文法各有其优势,也各有其不足之处。两相结合,可能会达到完美之效果。

另外,本书还运用了案例分析的方法。英美法是判例法,法律规则和原理都是从一个一个的判例中发展出来的。因此,对英美法的研究不可能脱离对判例的分析探讨,从这一点来说,对判例的引用也构成了历史研究方法的一部分。案例在本书中的作用,一是用以阐述法律本身的发展,二是有时也可视为某个观点的证据。值得注意的是,有些判例在英美法的发展史上具有里程碑的意义,对于这样的判例,笔者可能多次引用,比如 *Humber Ferryman's* 案、*Winterbottom v. Wright* 案、*Hedley Byrne* 案、*Donoghue v. Stevenson* 案等。这些案例在英美法著作中也是反复出现,它们的价值并不因为历史长河无情地洗刷而褪色,反而历久弥新,益发彰显其意义。

目 录

第一章 英美法系侵权与合同竞合问题概述·····	(1)
第一节 英美法系侵权与合同竞合问题的一般理论·····	(1)
第二节 英美法系侵权与合同竞合问题的核心概念·····	(11)
第三节 世界各国对待侵权与合同竞合的三种态度·····	(26)
第二章 英美法系侵权与合同竞合问题的产生及历史演进·····	(48)
第一节 英美法早期的情况·····	(49)
第二节 违诺赔偿之诉的兴起·····	(59)
第三节 英美现代合同法与过失侵权法的相互影响·····	(76)
第四节 “责任的自愿承担”原则与侵权和合同的竞合·····	(92)
第三章 英美法系侵权与合同竞合的原因分析·····	(100)
第一节 对侵权与合同竞合原因的法哲学思考·····	(100)
第二节 侵权与合同竞合之根本原因： 侵权与合同之难以区分·····	(113)
第三节 侵权与合同竞合原因的制度分析·····	(132)
第四章 侵权与合同竞合情况下产生的法律问题及其解决·····	(162)
第一节 侵权与合同竞合的类型分析·····	(162)
第二节 竞合情况下产生的法律问题及其解决·····	(192)
第五章 英美法经验对我国的启示·····	(231)
第一节 我国现行理论之不足·····	(231)
第二节 英美法经验对我们的启示·····	(252)
结束语·····	(276)
主要参考文献·····	(277)
后 记·····	(288)

第一章 英美法系侵权与合同 竞合问题概述

在英美法系,无论是侵权法方面的著作,还是合同法方面的著作,一般都会提到侵权与合同的相互关系,专门探讨二者关系的文章数量也很多。英美法学者认为,侵权与合同的相互关系包括以下几方面:(1) 诉讼的分类问题,即某个诉讼是基于侵权还是合同,以及侵权与合同的边界(borderline)问题。(2) 侵权与合同的竞合问题,以及合同中的义务对侵权有何影响的问题,尤其在过失侵权对纯粹经济损失进行赔偿的场合。(3) 在三方当事人的场合,合同的相对性对侵权责任的影响问题。^① 看来,侵权与合同的竞合问题属于二者相互关系问题的一部分,本书也正是以侵权和合同的相互关系为基础展开的。

第一节 英美法系侵权与合同竞合问题的一般理论

“我认为,在目前的情况下,普通法并不反对责任的竞合,将诉讼限制为侵权或合同并没有合理的基础。”

——Goff

^① *Chitty on Contracts*, 28th edition. London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 31.

一、英美法系侵权与合同竞合的含义

在英美法系中^①,有这样一些描述侵权与合同相互关系的词汇:concurrency、overlapping、co-exist等,意思是同时存在、同时发生、重叠等。大致相当于大陆法系中侵权与合同竞合的含义。从字面含义来看,英美法系的竞合强调侵权和合同同时并存的情况,这种共存的情况既可以发生在两方当事人之间,也可能发生于存在三方当事人的情况下。在两方当事人的情况下,发生竞合的原因是存在“独立于合同的侵权”,即同一个行为既构成了侵权,又违反了合同的规定,此时,侵权法与合同法都可以发挥作用。在三方当事人的情形,合同当事人之间是合同关系,如果合同的一方当事人对第三人构成了侵权,侵权关系与合同关系会同时存在,这种同时存在也构成了竞合。侵权与合同的竞合有时也被称为“诉因的竞合”。

“假设你委托一个律师打官司,这个案件很可能会赢,你也能得到相应的赔偿。但由于律师的过失,他没有及时提起诉讼,结果,你没能得到应得的赔偿。由于你和律师签有合同,故你可依合同起诉,但同时,你也可依侵权起诉,因为律师过失履行了他的行为。就技术上的术语来说,这被描述为‘侵权和合同诉因的竞合’。”^②

从广义上来说,英美法系的竞合包括侵权法、合同法与恢复原状法(resitution)三者之间的竞合,即在存在合同关系的情况下,如果侵权之诉、合同之诉以及恢复原状之诉都能成立,如何解决的问题。本书仅研究侵权与合同二者的竞合。责任竞合产生的直接的问题是原告是否能够自由选择诉由,更准确地说,是在存在合同的情况下,原告能否主张侵权之诉。另外,基于英美法“救济法”的特征,侵权和合同的竞合实际上通常是“救济的同时

① 本书的研究虽然是针对英美法系,但实际上主要是依据英国的判例和著作来探讨英国法中的竞合问题。美国法虽然与英国法具有相同的传统,但两国法律还是有较大的区别,一般来说,美国法更加灵活和实用,而英国法比较保守和传统。比如,在合同的对价原则和相对性原则的遵守上面,一般认为,美国法已经摆脱了对价原则的束缚。See Basil S. Markesinis, “An expanding tort law—the price of a rigid contract law”, *Law Quarterly Review* July 1987 v. 103 p. 390。另外,若没有特别的说明,本书中的侵权法一般是指过失侵权法。

② P. Cane, *The Anatomy of Tort Law*, Oxford: Hart Publishing, 1997, p. 22.

发生”(concurrent remedies)^①,即在当事人之间存在合同的情况下,除了可以运用合同制度对原告提供救济外,还可以采取侵权法的手段来提供救济。

对于英美法系是否允许侵权与合同的竞合,Goff法官在1995年的 *Henderson v. Merrett Syndicates Ltd.* 一案中表达了这样的观点,这个观点被公认为是关于侵权与合同竞合的权威观点。他说:“我认为,在目前的情况下,普通法并不反对责任的竞合,将诉讼限制为侵权或合同并没有合理的基础。”^②美国的一位学者说:“如果事实允许,从逻辑上来说应当允许原告在侵权和合同之间做出选择。一般来说,法院会把这作为一个程序问题。但如果诉讼是基于人身损害,许多法院就会把它作为一个侵权案件。”^③Chitty认为:“当案件的构成要素既能够构成侵权之诉又能够构成合同之诉时,一般的原则是原告可以基于不同的基础提起诉讼,虽然这个规则要受到一些限制,比如不能和合同明示或默示约定的条款相抵触。如果合同‘什么也没说’时,原则上没有理由否定侵权的存在。”^④加拿大 Le Dain J法官在 *Central Trust Co. v. Rafuse* 一案中表达了下述观点:“在责任竞合的情况下原告有选择权,表现为他可以选择对其诉讼结果最有利的诉由来起诉。但如果原告通过选择侵权之诉来逃避合同中对责任的限制或免责条款时,其选择不被支持。”^⑤他对几个英美法系国家进行了调查,形成了42页的调查报告,发现爱尔兰、新西兰、澳大利亚的判例都支持侵权与合同的竞合。英国的判例法是基于1976年的 *Esso Petroleum Co. v. Mardon* 一案。美国的情况较为复杂,一般允许竞合的存在,但有时针对不同的案件分别运用侵权或合同的方法,依此追求不同的诉讼结果。^⑥作为英美法系国家的南非也承认侵权与合同的竞合。^⑦

① Vernon Valentine Palmer, *The Paths to Privity*, Austin & Winfield, Publishers, 1992. p. 200.

② Andrew Burrows, *Understanding the Law of Obligations*, Hart Publishing, 1998, p. 17.

③ [美]爱德华·J.柯恩卡:《侵权法》(英文第二版),法律出版社1999年版,第334页。

④ *Chitty on Contracts*, 28th edition, London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 39.

⑤ See Cheshire, *Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 13th ed. Butterworths, 1996, p. 25.

⑥ Joost Blom, “Concurrent liability in tort and contract—start of limitation period: *Central Trust Co. v. Rafuse*”, *University of British Columbia Law Review* Spring 1987 v21 n2 p. 432.

⑦ Sue Farran & Jennifer Corrin Care, “Towards a Pragmatic Approach to the Contract or Tort Debate in the South Pacific”, *www. pacilii. Org*, 2ed, July, 2005.

可见,英美法系一般是允许责任竞合的存在的。虽然有人认为由于侵权之诉与合同之诉在某些方面存在不同,因此,应通过发现原告诉由的“实质”或“要旨”来确定诉因,但一般认为除非立法为了某种目的将一定的纠纷明确归入侵权或合同之诉,比如,基于诉讼费收费标准的考虑,原告应当有自由选择权。^①即在竞合的情况下,允许原告选择对其最有利的诉讼。不过,这种自由的选择权也会受到一些限制,法院不允许当事人通过选择一种诉讼来规避法律, Lord Goff 指出:“如果此种竞合或侵权责任的选择会使当事人之间所约定的排除或限制条款得以规避或落空的话,法律责任竞合或侵权责任的可选择性将不被允许。除此之外,在专业人士的行为构成法律责任竞合时,原告有权根据最有利于自己的原则来选择诉讼形式。”^②

但是,在英美法系,也有法官和学者认为侵权和合同的竞合纯粹是学术上的纷争,他们认为最重要的是实际问题的解决,而不是与实际生活无关的争论。^③ Scarman 法官在 1987 年的 *Tai Hing Ltd. v. Liu Chong Hing Bank* 一案中,认为在存在合同关系的情形查找侵权责任对法律的发展没有益处,他认为,在有合同关系存在的情况下,当事人有权依据合同来决定他们彼此的义务,这样做也是为了避免将侵权或合同二者混淆起来。^④ 他的意思很明显是认为当事人之间的合同关系排除了侵权的存在。但总的来说,对于侵权和合同的竞合英美法判例上是持肯定态度的。

二、英美法系侵权与合同竞合问题的特征

一般来说,与大陆法系相比,英美法系侵权与合同竞合问题有以下

① (Great Britain) Jane Swanton, “The convergence of tort and contract”, *Sydney Law Review*, March 1989 v12 n1 p. 72.

② *Central Trust Co v. Rafuse* (1986) 31 DLR 48.

③ *Ryan CJ, Austrilia and New Zealand Group Limited v. Ale*, [1980—1993] WSLR 468 at 469.

④ Scarman 法官就银行对其客户的责任指出:“本委员会不认为在双方存在合同关系之情形查找侵权责任对于法律之发展有何益处,(因为)本委员会认为这在原则上是正确的并需要通过进行合同分析以避免法律混乱;原则上因为这是当事人之间的关系,除了个别例外情况,决定他们相互之间之义务的权利在诉讼中是受到限制的,这样做是为了避免混淆:按侵权责任处理或按合同责任处理将会产生不同的结果。”见〔德〕克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上卷),张新宝译,法律出版社 2004 年版,第 524 页。

特征:

第一,侵权与合同的竞合是侵权法和合同法在各自发展过程中的一种现象^①;因此,侵权和合同的竞合问题具有历史性,并非从来就有,也并非一成不变,而是表现为一个动态的过程,这个过程是由大量的判例串连起来的,在不同历史时期有不同表现形式。英美法并没有大陆法系成文法体系性和逻辑性的限制,没有债的一般理论,也没有关于侵权与合同竞合的一般理论,法官和学者也是把侵权和合同的竞合当作一种现象来看待。研究英美法系侵权与合同的竞合问题实际上就是要研究侵权与合同的发展史,研究二者在发展过程中相互影响、交叉重叠的现象,就是要研究活生生的法律发展史。通过这种研究,反思我们对侵权与合同的区分与竞合之研究,能够从中得出一些有益的结论。

第二,侵权与合同的竞合属于其相互关系的一部分。^② 合同法与侵权法的竞合问题其实也是一个两者的作用范围或者保护范围究竟有多大,是否有重合的领域的问题。在大陆法系,侵权法和合同法属于债法体系的一部分,而“英美法系民法的结构,不是理性逻辑的,而是以判例法为基础的经验体系,通过一定的原理而不是概念,将主要散见于庞杂的有效判例中的规则联系起来”^③。法律的体系掌握在法官的共识中而不是逻辑体系中,它不靠逻辑体系来维持和发展,而靠经验或司法实践来维持和发展。侵权与合同的竞合就是其相互关系发展过程中的一种现象。因此,在英美法系,侵权与合同的竞合问题属于其相互关系问题的一部分。研究英美法系侵权和合同的竞合问题,离不开对其相互关系问题的研究。

第三,英美法是判例法,并没有统一的合同概念^④,也没有一般侵权行为

① (Canada) Michael G. Bridge, "The Overlap of Tort and Contract", *McGill Law Journal*, Nov 1982 v27.

② *Chitty on Contracts*, 28th ed. London Sweet & Maxwell, 1999, 该书中侵权与合同之竞合在其相互关系一节中。

③ 孙宪忠主编:《民法总论》,社会科学文献出版社 2004 年版,第 40 页。

④ 阿狄亚认为,对法律概念的定义在今天似乎已经不流行了,不管是律师还是法学理论家都不太可能花费很多的时间来斟酌合同概念的确切含义。P. S. Atiyah, "The Modern Role of Contract Law", in *Essays on Contract*, Clarendon Press, 1986, p. 1.