

法治建设与法学理论研究部级科研项目成果



英国侵权法

胡雪梅 | 著

中国政法大学出版社

D956.13/11

2008

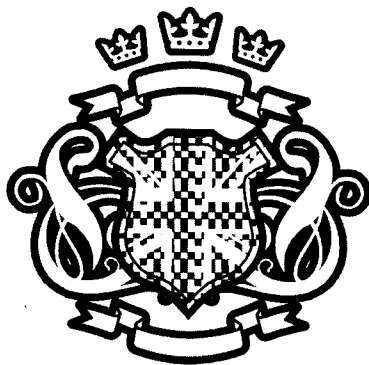
法治建设与法学理

果



英国侵权法

胡雪梅 | 著



中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

英国侵权法/胡雪梅著. —北京:中国政法大学出版社,2008.2

ISBN 978-7-5620-3083-6

I. 英... II. 胡... III. 侵权行为-民法-基本知识-英国 IV. D956.13

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 020920 号

书 名 英国侵权法

出 版 人 李传敢

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)

北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

zf5620@263.net

<http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

(010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 787×960 16 开本 24.5 印张 500 千字

版 本 2008 年 3 月第 1 版 2008 年 3 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-3083-6/D·3043

定 价 39.00 元

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题,由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

自序

写完本书的最后一个字,我有如释重负的欣慰和快乐。因为,我终于完成了N项艰难任务和久积的心愿:

终于完成了作为厦门大学民商法博士后的出站研究报告:《英国侵权法研究》,压在心头2年的沉重石头终于卸去。^[1]同时,还终于将花了N多洋银子,不远万里从英国^[2]买回的资料用了一部分,心里总算找到了一点没白花冤枉钱和白费冤枉力气的平衡感。

终于了却了在2003年1月从英国留学返回国内时所立下的两桩心愿:其一,为我国那些即将或预备去英国攻读学位并选修侵权法的莘莘学子们写一部关于英国侵权法的书——当然是中文的——也好使他们在“黑暗”中摸索的时间更短些。其二,为我国法律界写一部原汁原味的关于英国侵权法的作品,以聊尽自己对我国侵权法研究的微薄之力。而所谓原汁原味是指努力做到不曲解、不篡改、不添油加醋、不断章取义!我想,前一桩心愿的完成当是没有疑义的。因为我确信,即将或预备去英国选修侵权法的学子如预先购置此书一阅,当不会觉得自己的购书款花得冤枉!而后一桩心愿完成的效果如何则非愚智所能预料。对此,我能说的只有:我已尽了自己到目前为止的全部之力——学识、才华、时间、资料、精力!其余的且让时间去说吧!我现在惟一想对自己说的是:休息,好好的休息——至少半年!

最重要的是,我终于了却了在2004年1月3日博士论文答辩后立下的心愿:毕业后的第一部作品将敬献给恩师李开国教授。我深知,在我所有的心愿中,这是完成得最不好的一个——我真的非常惭愧,只能以眼前这部作品表达自己对恩师的深深敬爱和感谢!好在我也深知恩

[1] 本书也属司法部部级科研项目的成果内容。

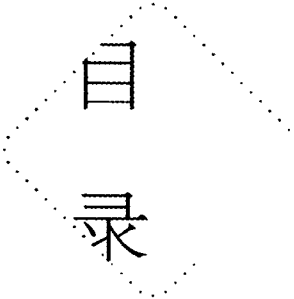
[2] 本书也系作者2002~2003年作为教育部公派访问学者留学英国实地学习和研究其侵权法的结晶之一。

师是绝不会计较学生的不才或过失的,否则,我真会无地自容!然而,尽管我深愧于没能拿出更好的作品以表达我对恩师的敬爱与感谢之情,但我仍然要说的是:如果没有这一心愿的激励,我肯定完不成这部作品。因为,只有我自己才知道到底有多少次当我绝望地萌生出放弃写作的念头时,都是这一心愿使得我鼓起信心和勇气坚持下去!!!

2007年7月30日初改于厦门大学海滨博士后公寓
2007年9月30日改定于上海七宝古镇寓中

作者简介

胡雪梅,女,1966年出生于江西德安,系法学教授·博士(后)。曾自号为“一然”,现自号为“然与”,拟于将来某时自号为“与然”。1986年自江西大学获法学学士学位;1999年自南昌大学获哲学硕士学位;2004年自西南政法大学获民商法学博士学位。2002年1月~2003年1月,以教育部公派访问学者身份留学英国牛津大学和剑桥大学;2005年7月~2007年7月,于厦门大学从事民商法博士后研究。现任教于上海对外贸易学院。



目 录

自序	1
第一章 绪论	1
第一节 术语解释:侵权行为、侵权责任、侵权法	1
第二节 侵权责任的目的与分类	7
第二章 侵犯人身	13
第一节 暴力威胁和暴力侵犯	13
第二节 错误拘禁	25
第三章 侵犯土地	32
第一节 侵权构成	32
第二节 抗辩与救济	36
第四章 侵害动产	40
第一节 概述	40
第二节 侵占动产	42
第三节 侵犯动产	51
第五章 过失(一):概述	55
第一节 过失侵权的产生和发展	55
第二节 过失的含义和构成	57
第六章 过失(二):关注义务的认定	59
第一节 关注义务认定的一般规则	59
第二节 关注义务认定的特殊问题:不作为	69
第三节 关注义务认定的特殊问题:特定的原告	74
第四节 关注义务认定的特殊问题:特别的被告	79

第五节 关注义务认定的特殊问题:特殊的损害	92
第七章 过失(三):违反关注义务	118
第一节 认定标准及实质	118
第二节 考量因素	120
第三节 过失的证明	131
第八章 过失(四):原因及损害的遥远性	134
第一节 原因	134
第二节 损害的遥远性	150
第九章 过失(五):抗辩	157
第一节 共同过失	157
第二节 同意	161
第三节 违法行为	164
第十章 占有者责任	167
第一节 概述	167
第二节 占有者对访问者的责任	170
第三节 占有者对非访问者的责任	178
第四节 相关问题	181
第十一章 违反制定法责任	183
第一节 侵权构成	184
第二节 抗辩及其他	190
第十二章 产品责任	192
第一节 违反制定法责任:产品缺陷责任	193
第二节 普通法责任:过失责任	200
第十三章 雇主责任	205
第一节 概述	205
第二节 雇主对雇员的过失责任	208
第三节 雇主为雇员的替代责任	214
第十四章 妨害	228
第一节 私人妨害	228
第二节 公共妨害	248
第十五章 严格责任	257
第一节 概述	257
第二节 Rylands v. Fletcher 案责任	261
第三节 动物致害责任	267
第十六章 损害名誉	272
第一节 侵权构成	272

第二节 抗辩	279
第三节 救济	294
第四节 相关问题:损害名誉与隐私权保护	296
第十七章 故意侵害经济利益	301
第一节 欺诈与恶意诋毁	302
第二节 假冒与泄露秘密	309
第三节 妨害合同	316
第四节 合谋与胁迫	323
第五节 以非法手段妨害经营	329
第十八章 滥用法律程序	333
第一节 恶意控告	333
第二节 其他	337
第十九章 救济	339
第一节 概述	339
第二节 人身损害赔偿	341
第三节 诉讼时效	354
第二十章 附论	359
第一节 简要小结	359
第二节 若干启示	365
主要参考文献	376
后记	378

第一章 绪论

第一节 术语解释:侵权行为、侵权责任、侵权法

一、侵权行为与侵权责任

显然,侵权行为(Tort)与侵权责任(Tortious liability)是侵权法中两个最基础性的概念,但英国学者却对给这两个术语下精确的定义缺乏应有的热情。所以,在许多英国侵权法的教科书上根本找不到侵权行为与侵权责任的定义,如在谈到侵权行为的含义时,大多数教科书是这样简单介绍的:Tort(侵权行为)一词起源于拉丁文 *Tortus*,其本意是 Twisted (扭曲的)或 Crooked (扭曲与不正当的),该词经由法国传入英国,成为 Wrong (错误的,错误)的同义语。逐渐地,这一词语演变为专门的法律用语。^[1]当然,也并非所有学者都如此,如著名的侵权法专家 Fleming 教授就任在其久负盛名的《侵权行为法》一书中给侵权行为下过这样的定义:“从非常通俗的角度而言,侵权行为是指损害行为而不是指违反合同,对此损害法律将予以赔偿之补救。”^[2]但 Fleming 教授自己也认为:“这一定义既不新颖,严格说来也不准确,因为有时候,自力救助与禁止令也是对侵权行为的救济。”^[3]而关于侵权责任,另一著名的侵权法专家 Winfield 教授认为:“侵权责任(Tortious liability)系由违反法律所预设的义务而产生,该义务对人们具有普遍约束力,违反该义务,(权利人)可通过索赔诉讼得到补救。”^[4]但令人奇怪的是:尽管从上述定义的内容中,我们可以很清楚地看到 Winfield 教授是在给侵权责任(Tortious liability)下定义,然而,英国学者却多将其视为侵权行为之定义。实际上,较早出现该定义、由 Winfield 教授本人和另一位作者^[5]合写的《温菲尔德与约洛维奇论侵权》一书也是有意将其作为侵权行为之定义的。因为,该书在该定义前的一段介绍性

[1] Cf Jone G. Fleming, *The Law of Torts*, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1998, p. 3; Vivienne Harpwood, *Principles of Tort Law*, London: Cavendish Publishing Limited, 2000, p. 1; Alastair Mullis & Ken Oliphant, *Torts*, London: Macmillan Press Ltd., 1997, p. 1.

[2] See Jone G. Fleming, *The Law of Torts*, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1998, p. 3.

[3] See Jone G. Fleming, *The Law of Torts*, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1998, p. 3.

[4] See W. V. H. Rogers, *Winfield & Jolowicz on Tort*, London: Sweet & Maxwell, 1998, p. 4.

[5] 即 Jolowicz 教授。

的原文为:“Winfield's definition of tort was as follows”^[1](“Winfield 关于侵权行为的定义如下”)。该书于1937年出版,在此后的60年间,先后再版15次,已由多位学者续写和修订,但上述做法却一直保留未变。而学者们在引用该定义时也多将其作为侵权行为(Tort)的定义来引用的。^[2]可见,在英国,学者们不仅不热衷于给侵权行为与侵权责任下定义,而且人们通常也并不严格区分该两者。换言之,在英国,Tort一词有时系指侵权行为,有时则系指侵权责任,而具体确指何者,应根据所处语言环境决定。^[3]

为什么英国理论界并不热衷于给侵权行为与侵权责任下定义?主要原因在于英国学者认为:侵权行为与侵权责任种类很多,差异性很大。因此,要对其下一个既概括全面而又准确无误的定义是不太可能的。正所谓:“侵权行为是很难下定义的,作为诸多偶然性判决和司法政策的必然后果,这样的定义必然有许多难以协调的矛盾之处,甚至可以这样说,对蕴涵着这种内在不一致的侵权行为要做这种尝试,既是天真的也是不得要领的。”^[4]甚至,有学者尖锐指出:“绝大多数(侵权行为)定义或者太抽象或者太烦琐以至于没有任何实践意义。”^[5]因此,英国学者认为:认识与了解侵权行为与侵权责任的最好办法是“具体描述法”,即通过具体描述与其他相关(行为)责任的区别点来加以实现。具体而言,侵权责任应该与违约责任、刑事责任、返还责任(Restitution)等相比较才能得出较清晰准确的认识和结论。

(一) 侵权责任与违约责任

学者们都同意,在侵权责任与其他诸责任的比较中,与违约责任的比较最重要,也最为复杂与困难。因为该两者同属于普通法^[6]领域,又都是对损害后果予以赔偿——尽管一个是针对“打碎”允诺,另一个则是针对打碎了别人的腿。然而该两者又存在诸多差别,主要表现在:

1. 义务的来源和对象不同。侵权责任的义务是由法律直接规定的,因之双方当事人往往此前并无任何联系和接触。简单讲,从法律上说他们是“陌生人”。而违约责任的义务却恰恰相反,它是通过当事人的协商谈判而为自己创设的。因此,一般而言,在实际进入合同关系前,合同当事人之间就有所联系,故从法律的角度而言,他们是“邻居(Neighbour)”。^[7]

[1] See W. V. H. Rogers, *Winfield & Jolowicz on Tort*, London: Sweet & Maxwell, 1998, p. 4.

[2] See Vivienne Harpwood, *Principles of Tort Law*, London: Cavendish Publishing Limited, 2000, p. 1; John Murphy, *Street on Torts*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 3.

[3] 就笔者个人观点而言,认为侵权行为当仅指被告行为造成了侵害他人权益的事实状态,不包含对抗辩事由的考虑,而侵权责任则包括了对被告是否存在抗辩事由的考虑,即在考虑抗辩事由后的最终责任认定。

[4] See Vivienne Harpwood, *Principles of Tort Law*, London: Cavendish Publishing Limited, 2000, p. 20.

[5] See Michael A. Jones, *Textbook on Torts*, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 2.

[6] 本书所说普通法如无特别说明均指判例法。

[7] 法律上的“陌生人”和“邻居”的有关详情可参见本书第5章及第6章的相关内容。

2. 违反义务行为的性质不同。承担侵权责任的行为主要是作为而不是不作为,藉此,侵权法能够达到震慑实施有害他人行为的目的。而承担违约责任的行为则主要是不作为,即对允诺的违反行为,藉此,合同法能够起到督促当事人履约的目的。

3. 可补偿的损害不同。具体言之,侵权责任可补偿的损害^[1]范围更广,包括人身损害与财产损害两大类。如被告行为造成原告人身伤害时,被告既要承担医疗费、误工费 and 收入损失等,还要承担疼痛(Pain)、痛苦(Suffering)、丧失快乐或舒适(Amenity)等不具有直接金钱价值的损失,即所谓无形损害。而在合同领域,违约所造成的损害基本上属于财产损失,一般而言均可直接表现为金钱或财产价值,即所谓有形损害。

4. 救济方式不同。就救济方式而言,侵权责任与违约责任存在两个方面的差异:其一,在侵权责任中,被告人应承担的赔偿责任的范围、大小或曰数额的多少无法事先预定,必须在责任成立的判决确定后根据案件的全部具体情况由法庭或陪审团确定。^[2]而违约责任的赔偿范围与数额完全可以由当事人预先设定:或直接约定明确的数额或约定具体的计算办法。^[3]其二,在侵权责任中,如果损害正在进行或可能发生,原告可以申请法院颁发禁止令以制止被告的行为。然而,在合同法中,如果原告要得到金钱赔偿以外的救济则必须证明金钱赔偿不足以解决因对方违约所带来的问题。^[4]而众所周知,在一个资本几乎是万能的社会,要证明这一点绝非易事。

5. 责任目的不同。侵权责任最主要的目的是要使受害人能够恢复到受害前的状态,换言之,被告负有责任是因为其使得原告的处境比以前(其行为前)更糟。而违约责任的目的是使原告得到被告所允诺的利益,换言之,被告负有责任是因为其使原告的处境没有达到预期的那么好——如果其能履约,本能够如此的——故此,侵权责任的目的是补偿损害,而违约责任的目的是赔偿预期利益。^[5]

6. 其他。除上述区别点之外,有学者还提到了其他一些区别点,如是否要证明过错及证明到何种程度,^[6]评估纯经济损失的方法,确定损害的遥远性的标准以及诉讼时效等方面均存在不同。^[7]由于这些不同均涉及术语本身的内涵与外延的确切含义和范围,故无法在此处一一阐明,详情可参见本书其后的相应部分。

尽管侵权责任与合同责任存在上述诸多区别点,但是,学者们也清醒地发现,许多用于区别的界限或标准并不是那么绝对清晰、一成不变的。如,就上述第1点区别而言,某些侵权领域的义务可以因为当事人的允诺而改变,如当事人签订自愿承担风险

[1] 本书的“损害”一词在许多时候可以与“损失”一词互用。

[2] 这样的损害被称之为待裁定的损害(Unliquidated damages)。

[3] 这样的损害被称之为已约定的损害(Liquidated damages)。

[4] See Vivienne Harwood, *Principles of Tort Law*, London: Cavendish Publishing Limited, 2000, p. 5.

[5] See Michael A. Jones, *Textbook on Torts*, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 3.

[6] See Vivienne Harwood, *Principles of Tort Law*, London: Cavendish Publishing Limited, 2000, p. 3.

[7] See Michael A. Jones, *Textbook on Torts*, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 4.

的合同。^[1]而同时,某些合同义务又是由法律预先规定而直接成为合同的一部分的。又如,就上述第3点区别而言,如违约造成一方当事人的情况比先前更糟,承担违约责任同样能够使遭受损害的当事人恢复到原先的位置,如根据合同约定,一方为他方运送货物因过失损坏货物而违约的情形便是如此。再如,在侵权法中,不作为不承担责任的规则也并非绝对的,而合同中积极作为的违约形式同样存在。此外,违约责任不补偿无形损害的规则或者说惯例也早已被突破,如1972年的 *Jarvis v. Swans Tours*^[2]一案法院就判决违约的被告补偿原告的“失望”损害。总之,法律界认为:“随着新的出发点的不断出现,侵权(责任)与合同(责任)的区别已经越来越趋向于模糊,该两个法律领域的不同目的也开始越来越不清晰。”^[3]有学者甚至承认:“曾经有一段时期,人们甚至认为该两者的界限应该抹去,而可从本质上将合同责任归入侵权法领域解决。”^[4]当然,这样的极端想法终究不是主流。因为,关于侵权责任与合同责任关系的主流观念仍然是:尽管该两者从总体角度而言存在越来越靠近的趋势,但仍然属于两个性质不同的普通法领域。但不可否认的是:那种认为侵权责任与合同责任黑白截然分明的两个领域的观点既不符合实际也鲜有人主张了。

(二) 侵权责任与刑事责任

英国学者认为,最古老的侵权是侵犯(Trespass)类侵权,用现代人的眼光来看,其中的很多行为实际是犯罪行为。这说明,从起源上来说,侵权责任与刑事责任紧密相关。但发展到现在,一般认为侵权责任与刑事责任有很大的不同:

1. 责任的性质不同。从本质上说,侵权责任属民法范畴,而刑事责任则属于刑法范畴。

2. 损害的对象或利益不同。一般认为,侵权损害的对象是“私”的个人(包括法人)的利益,而犯罪侵害的则是国家法律所保护的社会的“公”的利益。因此,侵权诉讼由个人提起,而起诉犯罪则由国家的专门控诉机关承担。

3. 责任目的与后果不同。显然,刑事责任的后果比侵权责任的后果严重,具体包括剥夺生命、剥夺自由和罚金,而侵权责任自然是以赔偿损失为主要责任形式。之所以有如此区别,实源于人们认为侵权责任的首要目的是补偿,而刑事责任的首要目的是惩罚。

4. 对证据的要求不同。众所周知,刑事责任是由刑事法庭负责处理的,而侵权责任则由民事法庭负责处理,两者对证据的判断标准是不一样的,具体言之,前者比后者严格得多。^[5]

[1] 但受《不公平合同条款法》(Unfair Contract Terms Act 1977)的限制。

[2] [1972] 1 All ER 71.

[3] See Vivienne Harpwood, *Principles of Tort Law*, London: Cavendish Publishing Limited, 2000, p. 4.

[4] See W. V. H. Rogers, *Winfield & Jolowicz on Tort*, London: Sweet & Maxwell, 1998, p. 7.

[5] Cf Vivienne Harpwood, *Principles of Tort Law*, London: Cavendish Publishing Limited, 2000, p. 5.

尽管存在上述区别,英国学者认为,侵权责任与刑事责任也存在不少共同甚至交叉之处,如两者所违反的义务均由法律直接规定;两者均具震慑作用:这对刑事责任自不待言,而侵权责任尽管首要目的是补偿受害人,但赔偿责任本身显然也具有一定的震慑效果。此外,一个不争的事实是:现实生活中,许多行为既是犯罪又是侵权,如暴力威胁、暴力侵犯、公共妨害、恶意控告等均是如此。

(三) 侵权责任与返还责任

在英国学者看来,返还责任(Restitution^[1])系指因不公平获利(Unjust enrichment)^[2]而应当承担的责任,如X欠Y10镑钱,误以为Y的李生兄弟Z为Y本人而做了偿付,在此情况下,Z即对Y负有返还所得利益的责任。这种责任以前被置于合同法领域,以准合同(Quasi-contract)名义进行处理,但现在占主流地位的观点认为,应当将返还责任作为一种既有别于合同责任也有别于侵权责任的独立责任类型对待。而且认为,其与侵权责任存在如下主要区别:

1. 责任的基础不同。侵权责任的基础在于原告受到损害,而返还责任的基础则在于被告获得了利益:不公平获益——或者,按我国的术语是:不当得利。

2. 行为的性质不同。侵权责任中的行为属于传统的普通法领域的违法行为,而某些返还责任中的行为则属于衡平法领域的违法行为,如利用他人的知识产权获利、受托人违反受托义务获利等均如此。

3. 补救是否能够预先确定不同。侵权责任中的损害赔偿数额是无法预先确定的,理由已如上述,但英国学者认为,在返还责任中,无论是“返还金钱”还是“返还物”,其数量或数额都可以预先确定。如原告多付了10元钱,被告的返还责任自然是确定的,而即使原告多付了一车货物,该货物的价值应该说在交付时也是可以依照市场价格确定的。

尽管存在上述区别,学者们仍然认为,侵权责任与返还责任之间并非截然对立的关系,而是存在共同之处与重合之处。如当事人的义务都是由法律直接规定的,并依法律所规定的原则处理。此外,在实践中,很多侵权案件,如果存在被告获利情况(如侵犯著作权、泄漏他人秘密等),原告可不以侵权为诉因起诉,而选择返还之诉,直接要求被告返还利益,这样就避免了侵权法上繁重的证明责任。

二、侵权法:Tort or Torts?

如果说英国学者对给侵权行为与侵权责任下定义缺乏“应有”的热情和兴趣的话,那么英国学者对给侵权法下定义就只能用“根本”没有热情来形容了。因为,人们很难

[1] Restitution 的直译为“恢复原状(责任)”,但笔者以为这样的译法颇别扭拗口,故译为返还责任。

[2] 在我国,该种获利被称为“不当得利”,但笔者以为,该“不当”既可解释为“不应当”,也可解释为“不正当”,而解释为“不正当”似不尽符合该种情况的实际情形,因在许多情况下得利人并无道德上的应受谴责性。故笔者将“Unjust enrichment”译为“不公平获利”。

在英国学者的有关著述中找到一个现成的、完整的关于该术语的定义。造成这一现象的原因应该说不难理解:侵权法属于判例法,而且学者们还坚定地“捍卫”着该传统。因此,在英国自然无统一的、法典式的“侵权法”这样的东西存在,因而在理论上给其下完整的定义就显得缺乏动力与实际意义。尽管如此,这并不意味着英国学者不会使用侵权法一词,也不意味着学者们不会对其进行任何描述。如《温菲尔德与约洛维奇论侵权》一书就分别在数处描述了侵权法,如曾说:“侵权法既是关于责任的,也是关于非责任的,它关注两者同样多”;又说:“决定要不要对已经发生的损害予以补救就是侵权法要做的”;还说:“像其他的私法分支一样,侵权法是涉及责任问题的。”^[1]从这些描述中可以看出,在英国学者看来,侵权法就是决定侵权行为——引起或正在引起他人损害的行为——是否要以及要的话又该怎样承担责任的法。

从语义的角度而言,可能有一个事实会令我们有些吃惊,那就是:英国学者很多时候也直接用 Tort 一词指称侵权法。^[2]这一点,我国学者编纂的《元照英美法词典》也有直接的反映,如其 Tort 一词的第二项释义是:“(复)侵权法;侵权行为法。指用以处理侵权行为的一个法律分支。”^[3]根据该词典在此条释义中的特别提示,在侵权法的意义上使用的“Tort”一词应该用复数,即 Torts。这实际上又触着了另一个必须予以说明的问题,即在英国侵权法中,Tort 与 Torts(单数的侵权行为与复数的侵权行为)有什么区别?而相应地,The law of tort 与 The law of torts 又有什么区别?有学者对此做了探讨。如 Fleming 教授认为:“该问题涉及如下问题,即侵权法究竟是否存在某些具有普遍适用性的责任根据,还是仅仅由彼此之间并无多大关系的不同类型的侵权责任随机性组成——除了有可能存在‘可避免的损害应该赔偿’的空洞概念之外,”便不存在其他普遍性的责任根据或者说归责原则了。^[4]简言之,按 Fleming 教授的这一观点,使用 Tort 作为侵权法的代名词,则意味着主张或倾向于认为侵权法存在具有共性和一般性的责任根据——按我国的说法是归责原则,而用 Torts 则意味着并不承认存在这样的所谓具有共性的责任根据或归责原则。毫无疑问,在英国,占主流地位的观点是后者。^[5]因此,大部分学者在指称侵权法时用的是 Torts 而不是 Tort——其实,在 Tort 和 Torts 指称侵权行为与侵权责任时也是如此。但上述现象并不是绝对的,如《温菲尔德和约洛维奇论侵权》一书在指称侵权法时用的就是单数,即 The Law of Tort,其书名则用的是:“Winfield & Jolowicz on Tort”,即也用的是单数的 Tort,这也与大多数学者书名的用法不同。这是否意味着该书作者认为英国侵权法上存在适用于全部或某一部

[1] See W. V. H. Rogers, *Winfield & Jolowicz on Tort*, London: Sweet & Maxwell, 1998, p. 3.

[2] Cf W. V. H. Rogers, *Winfield & Jolowicz on Tort*, London: Sweet & Maxwell, 1998, p. 11; Vivienne Harpwood, *Principles of Tort Law*, London: Cavendish Publishing Limited, 2000, p. 5.

[3] 谢波主编:《元照英美法词典》,法律出版社 2003 年版,第 1348 页。

[4] See Jone G. Fleming, *The Law of Torts*, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1998, p. 7.

[5] 参见胡雪梅:《“过错”的死亡——中英侵权法宏观比较研究及思考》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 48~51 页。

分侵权责任类型的具有共性或普遍适用性的归责原则呢?答案是:否。因为,该书作者认为:尽管有极少数学者曾经有过这种理论尝试,而且在过失类侵权中,对人身损害的赔偿问题也几乎要达成某种一般性的规则,即对过失引起的可预见性的人身损害想要不承担责任几乎是不太可能的,但英国的主流理论及司法实践都是坚持这样的主张的:侵权法是由一个又一个具有各自不同构成要件的不同责任类型所构成的,不在这些构成要件范围内的因素法律是不予考虑的。^[1]该书甚至写道:“或许,把侵权法称作义务性法律的“垃圾桶”过分了点,但它确实够得上是无法归类的法律责任的‘接受库’。(因此)不可能有一种单独的理论能够解释清楚这一法律的全部。”^[2]由此看来,用不用“Tort”的复数并不能成为判断英国学者是否赞成在侵权法中寻求统一性责任根据或归责原则的绝对化的判断标准,更重要的是要看其在具体问题上的主张。实际上,尽管法律界会在每一个具体的责任类型内对该责任的构成要件等进行理论整理与归纳,但在不同的数类甚至所有侵权责任类型之间,寻求普遍适用的责任根据或归责原则的做法一直是英国法律界极力防范的。因为,这样的趋势总是容易诱使人们在进行理论抽象的时候由于只注意事物的绝对性、普遍性而忽视了其相对性与特殊性,从而使侵权法停止发展而封闭起来,进而危及到有关当事人的利益和社会利益。^[3]

■ 第二节 侵权责任的目 的与分类

一、侵权责任的目 的

如上所述,侵权法的任务或目的是决定一项已经引起或正在引起他人损害的行为是否承担责任及怎样承担责任的问题。简言之,侵权法的关注焦点是侵权责任问题。那么,侵权法所关注的侵权责任其本身的目的(Objectives of tort)又是什么呢?换言之,其功能如何?对此问题学者们的意见不完全一致,^[4]但总括起来,理论界认为主要包括如下数项:补偿与损失分配(Compensation and Loss distribution)、预防损害(Prevention of losses)、保护利益(Protection of interests)、震慑(Deterrence)、惩罚(Punishment of wrongful conduct)、报复(Retribution)、抚慰(Appeasement)、证明(Vindication)、正义(Justice)等。现分述如下:

[1] See W. V. H. Rogers, *Winfield & Jolowicz on Tort*, London: Sweet & Maxwell, 1998, pp. 18 ~ 19.

[2] See W. V. H. Rogers, *Winfield & Jolowicz on Tort*, London: Sweet & Maxwell, 1998, p. 2.

[3] 这一点在后面的介绍与阐述中将会一再得到体现。

[4] Cf W. V. H. Rogers, *Winfield & Jolowicz on Tort*, London: Sweet & Maxwell, 1998, pp. 1 ~ 4; Michael A. Jones, *Textbook on Torts*, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 15 ~ 20; Vivienne Harpwood, *Principles of Tort Law*, London: Cavendish Publishing Limited, 2000, pp. 13 ~ 15.

(一) 补偿与损失分配

补偿系指一旦判定责任成立,侵权人要根据法院认定与裁决的数额对受害人的损失予以赔偿。学者们一致认为,这是侵权责任的首要功能。从传统的角度看,侵权法的补偿是一种在单一系统内的二元化补偿机制,即在侵权法内的被告——原告之间的补偿机制。但这种补偿机制的缺陷性是显而易见的。首先,从当事人的角度而言,这种机制的运行要消耗大量的金钱和时间。而更为残酷的是,即使责任得以认定,如果侵权人没有补偿能力,受害人也会陷入得不到任何救济的境地。其次,从社会的角度而言,该机制的运行要消耗法院、律师、证人等大量社会资源。简言之,运用成本过大。因此,随着时代的发展,为克服上述弊端而出现的种种补偿机制得以逐步确立。其中最为突出的是责任保险机制及其他各种事故补偿机制,如交通事故补偿机制、犯罪受害人补偿机制等。因此,学者们认为传统侵权法的补偿功能已经逐步地被损失分配功能所取代。当然,对这种变化的性质,学者们的意见也并不完全一致。如有学者认为,社会化的补偿机制已经超越了侵权法的范围,严格来讲已经不能算是侵权责任的功能了。但更多的学者认为,侵权法本身也存在由传统的单一的二元化补偿机制向多元化的损失分配机制转变的趋势。如雇主代雇员承担责任机制的确立便是适例。但无论如何,学者们都承认,随着社会的发展,侵权法传统的补偿功能已经极大地被体制内及体制外的损失分配理念所冲击,而这一切的根本出发点有二:其一,更好地补偿受害人以维护其利益。同时,也避免侵权人被突然发生的巨大赔偿责任打击得“一蹶不振”。其二,更有效地节约社会成本或资源。

(二) 预防损害

预防损害的功能是通过法院颁发禁止令(Injunction)的方式来实现的。在英国,对已经发生的损害,受害人主要通过向法院起诉要求赔偿而获得救济,而对正在发生和有可能发生的损害,则可以向法院要求颁发禁止令以制止该行为。故此,侵权责任具有预防损害的目的或功能。

(三) 保护利益

学者们认为,侵权行为可能对原告的身体、名声等人身利益造成损害,也可能对原告的土地及其他物质财产造成损害,还可能对其经济利益造成损害。责令侵权的被告承担赔偿责任或停止侵害的责任,显然可以达到保护原告上述合法人身和财产利益的目的。

(四) 震慑与惩罚

传统理论认为,通过判令被告对原告承担赔偿责任等责任,可以刺激和诱导社会公众在从事各项社会活动时,更加谨慎与小心行事,以免造成对他人的损害,这便反映出侵权责任具有震慑之功能。此外,传统理论还认为,尽管惩罚功能是刑事责任的主要目的,但侵权责任也在某种程度上具有该功能。因为人们认为,被责令补偿受害人也意味着一定的负面道德评价。因此,从该层面而言,侵权责任具有惩罚违法行为人的功能。但现在人们普遍认为,随着侵权责任的单一补偿机制逐步向多元化、社会化损失