



英美法研究系列丛书

侵权法 的比较与发展

*Anglo-american Law
Review Series*

烟台大学法学院
烟台大学英美法研究中心 主办
金福海 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



英美法研究系列丛书

013952139

D913.04
429

侵权法 的比较与发展

Anglo-american Law



北航

C1660536



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D913.04
429

图书在版编目(CIP)数据

侵权法的比较与发展/金福海主编. —北京:北京大学出版社,2013.6
ISBN 978-7-301-22643-8

I. ①侵… II. ①金… III. ①侵权行为-民法-对比研究-世界
IV. ①D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第129185号

书 名: 侵权法的比较与发展

著作责任者: 金福海 主编

责任编辑: 王琳琳

标准书号: ISBN 978-7-301-22643-8/D·3354

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>

新浪微博: @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

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

出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 19印张 330千字

2013年6月第1版 2013年6月第1次印刷

定 价: 38.00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 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

英美法研究系列丛书

Anglo-American Law Review Series

一、编委会组成

主 任:房绍坤 Ken Oliphant〔英〕
副 主 任:潘维大 李国利〔加拿大〕
委 员:成永裕 於兴中 朱伟一 何家弘 王秀梅 彭诚信 冉昊
高圣平 黄心怡 Mark Lunney〔澳大利亚〕 Donald Nolan〔英〕

二、编辑部组成

主 编:金福海
副 主 编:宋红松 张平华
执行主编:张玉东
责任编辑:王桂玲(法理、法史) 危文高(宪法与行政法)
王洪平(民商法) 李涛(刑法)
史长青(诉讼法) 贺连博(国际法)
王圣礼(经济法、英文编辑)
特约编审:张芝梅 赵守江

目 录

制度介绍

澳大利亚侵权法:统一、分化及其复杂性	马克·伦尼 著	曾小云 译	3
早期英国法中的惩罚性赔偿	瓦妮莎·威尔科克斯 著	宋红松 译	22
英国过失侵权中的损害	唐纳尔·诺兰 著	马 浩 译	47
南非侵权法:一般与特殊的混合	约翰·尼特林 著	王仰光 译	65

专题论文

欧洲“画布”上的中国侵权责任法			
.....	肯·奥利芬特 著	张玉东 王圣礼 译	91
为什么美国侵权法如此不同	乌尔里希·马格努斯 著	毕潇潇 译	106
侵权法与人权:并肩战斗的兄弟			
——论侵权法在商业及人权领域的任务			
.....	凯斯·范·丹姆 著	张玉东 衣 雪 译	126
论比例责任	米歇尔·格林 杨垠红 著	王 竹 张 晶 译	155

无征状基因变异损害赔偿之研究

——以民生别墅辐射钢筋案判决为例 潘维大 著 189

权威和有效决定的法：我即法

——关于法律及其应用的实践探究 李国利 著 危文高 译 203

两个人和一块木板 克莱蕾·奥克斯·芬克尔斯坦 著 邓志红 译 221

英美刑事责任的主客观相统一 初炳东 著 248

学术随笔

内幕交易新解 朱伟一 著 283

侵权法与经验 於兴中 著 294

附录

1	附录一	参考文献	1
2	附录二	参考文献	2
3	附录三	参考文献	3
4	附录四	参考文献	4
5	附录五	参考文献	5

参考文献

1	参考文献	1
2	参考文献	2
3	参考文献	3
4	参考文献	4
5	参考文献	5
6	参考文献	6
7	参考文献	7
8	参考文献	8
9	参考文献	9
10	参考文献	10
11	参考文献	11
12	参考文献	12
13	参考文献	13
14	参考文献	14
15	参考文献	15
16	参考文献	16
17	参考文献	17
18	参考文献	18
19	参考文献	19
20	参考文献	20
21	参考文献	21
22	参考文献	22
23	参考文献	23
24	参考文献	24
25	参考文献	25
26	参考文献	26
27	参考文献	27
28	参考文献	28
29	参考文献	29
30	参考文献	30
31	参考文献	31
32	参考文献	32
33	参考文献	33
34	参考文献	34
35	参考文献	35
36	参考文献	36
37	参考文献	37
38	参考文献	38
39	参考文献	39
40	参考文献	40
41	参考文献	41
42	参考文献	42
43	参考文献	43
44	参考文献	44
45	参考文献	45
46	参考文献	46
47	参考文献	47
48	参考文献	48
49	参考文献	49
50	参考文献	50
51	参考文献	51
52	参考文献	52
53	参考文献	53
54	参考文献	54
55	参考文献	55
56	参考文献	56
57	参考文献	57
58	参考文献	58
59	参考文献	59
60	参考文献	60
61	参考文献	61
62	参考文献	62
63	参考文献	63
64	参考文献	64
65	参考文献	65
66	参考文献	66
67	参考文献	67
68	参考文献	68
69	参考文献	69
70	参考文献	70
71	参考文献	71
72	参考文献	72
73	参考文献	73
74	参考文献	74
75	参考文献	75
76	参考文献	76
77	参考文献	77
78	参考文献	78
79	参考文献	79
80	参考文献	80
81	参考文献	81
82	参考文献	82
83	参考文献	83
84	参考文献	84
85	参考文献	85
86	参考文献	86
87	参考文献	87
88	参考文献	88
89	参考文献	89
90	参考文献	90
91	参考文献	91
92	参考文献	92
93	参考文献	93
94	参考文献	94
95	参考文献	95
96	参考文献	96
97	参考文献	97
98	参考文献	98
99	参考文献	99
100	参考文献	100

Section

1

制度介绍

澳大利亚侵权法:统一、分化及其复杂性

马克·伦尼* 著 曾小云** 译

第二届国际民法论坛特别关注侵权法的一体化与国际化问题。之前欧洲学者做了大量工作,意在发展出一套共同的观念框架,从而能够整合欧洲各国侵权法体系的主要因素。《欧洲侵权法原则》(以下简称《原则》)就是这种探索的可见成果。^[1]《原则》并没有阐述侵权法在各国运作的每个细节,但各国都能够在《原则》内辨识出他们侵权法体系中的主要因素。当前国际侵权法学者汇聚于此研讨有关议题时,我们关注的问题是:是否能够或应当在地区性或全球性的层面上做进一步的努力,以促成一种总体性的侵权法原则。我们置身于一个国际化的时代,这是一个利好,借此机会我们可努力构造出能够解释我们各个法律体系中共同特征的一整套原则。只要记得我们正在寻找更高层次的、相对抽象的法律原则,这就完全有可能达成。尽管我们不应期望能在这些原则中发现我们法律体系中的更多细节,但我们应承认这些原则确实存在于我们的

* 马克·伦尼(Mark Lunney),澳大利亚国立大学法学院教授。本文曾在2011年8月16—17日于上海复旦大学召开的“借鉴与融合:侵权法的统一——第二届国际民法论坛暨东亚侵权法学会2011年会”上宣读,此次发表略有改动。

** 曾小云,山东中医药大学教师。

[1] European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law*, 2005, <http://www.egtl.org/principles/doc/PETL.doc>.

法律体系之中。

在第二届国际民法论坛召开的背景下,人们也特别期待能够找到东南亚或其他区域性的“共同”侵权法的一整套原则。一个比较棘手的问题是,这样的共同侵权法原则是否应当考虑澳大利亚侵权法?当然,从比较法的视角而言,应当考虑澳大利亚侵权法,同样也应当考虑欧洲和北美的侵权法。但我们有理由说,澳大利亚是不同的。从地理上和经济上看,澳大利亚是亚洲的一部分;特别是澳大利亚与中国的经济关系是这一地区中最为紧密的。鉴于在侵权法发展中不同的历史和文化影响力,我们不应期望澳大利亚侵权法的具体规则能够为亚洲其他侵权法律体系所认同(除了具有普通法传统的国家,如新加坡)。但是,如果我们沿着《原则》的发展脉络去寻求更高层面的、抽象的原则,我们或许会认识到澳大利亚的法律制度与这一区域的其他法律制度分享着一些共同的特征。此外,我们也可能会认识到,它们之间存在一些根本性的差异,因此,我们要找出产生这些差异的原因。我们应当努力去解释那些确实存在的一致性,而不是凭空捏造那根本不存在的一致性。如此,对侵权法进行比较分析就使我们面临着如何解释我们自身的侵权体系目前现状之成因。^{〔2〕}

本文的任务是勾勒出澳大利亚侵权法的某些特征。只有当我们准确地理解了澳大利亚侵权法在实际上是如何运作的,我们才能认识到其主要特征,并确定如何在一系列更高级别的抽象的原则中来表述它。

一、澳大利亚侵权法的结构特征

(一) 普通法体系

从历史上看,澳大利亚侵权法滥觞于英国侵权法。澳大利亚为英国的前殖民地,所以英国法曾适用于这一所属区域。该法呈现为两种形式,即制定法和判例法。在历史上的绝大部分时期,澳大利亚的侵权法是普通法,即由法官判决而形成的法律。正如我们即将要讨论的,侵权法近来的发展对以前的状况有所改变,但即便如此,也并未改变侵权法是由法官所创制和发展的这一本质。

(二) 澳大利亚侵权法中的教义要素

也许澳大利亚侵权法最重要的要素就是它的过错基础。尽管澳大利亚侵

〔2〕 就此的一般性论述,参见 J. Stapleton, Benefits of Comparative Tort Reasoning: Lost in Translation, (2007) 1 *JTL*, Article 6。

权法中具有某些严格责任^[3]的要素,但它要求被告承担侵权责任必须要有某种不法行为。过错有两种形式,即被告的行为存在故意或过失。过失观念在澳大利亚侵权法上已相当成熟,并为人们所熟知。过失需要原告证明被告没有达到一种外部标准——即被告在行事时未尽到合理注意义务。外部的标准——要求一个合理人在特定情境中行事时本应避免伤害他人的可能性——意味着确定被告是否存有过失并不取决于被告个人是否在其能力所及的范围内尽到了最大程度的注意。从这个意义上看,此种责任可以被看作是严格的,因为合理人的标准可能是作为个体的被告所无法达到的。但责任仅在被告客观上具有过错时方可成立;如果不存在此种意义上的过错,就不会成立过失责任。

除过失外,如果被告的行为存在故意并因此产生某种不法后果,则可令其承担侵权责任。在某些情况下,故意产生的后果是要求原告遭受某种形式的损害;但在其他情形下,后果可以是由于被告的行为而导致原告作出特别行为,也可以是使原告的某些利益受到侵害。^[4] 尽管对故意侵权和过失侵权存在明确的区分,但是这两种类型的侵权并非是不可相容的。对此人们不无质疑,但如果被告的某种故意侵权行为同样不符合合理人标准的时候,同样可以令其承担过失侵权责任。^[5] 这便展现了澳大利亚侵权法的另一要素:同一行为能够构成多个侵权类型,而原告可以选择其中的一种类型提起诉讼。

(三) 联邦体系

澳大利亚法律制度一个最重要的特征是,澳大利亚自1901年以来就是一个联邦国家。宪法赋予联邦(联邦实体)在一些领域内行使立法管辖的权力。^[6] 但私法规则,包括侵权法并不属于联邦享有立法管辖权的领域。因此,澳大利亚侵权法是各个州和地区(总共八个)制定的。^[7] 对于这些数目不算太少的管辖区域,似乎论及澳大利亚的侵权法的统一就不可思议了。但是,直至21世纪初的立法改革,澳大利亚侵权法在各个管辖区适用上都极为统一。这种现象的产生具有多种原因:首先,澳大利亚侵权法的大部分源于英国判例法,而

[3] 最常见的是雇主对其雇员承担的责任,即“替代责任”。

[4] K. Barker, P. Cane, M. Lunney & F. Trindade, *The Law of Torts in Australia*, 5th ed, forthcoming, para. 2.3.2.

[5] P. Handford, *Intentional Negligence: A Contradiction in Terms?* (2010), 32 *Syd LR* 29.

[6] *Constitution of Australia*, S 51.

[7] 6个州(昆士兰、新南威尔士、维多利亚、南澳、西澳和塔斯马尼亚)和2个区(澳大利亚首都直辖区和北部区)。而其他地域狭小的联邦区(如杰夫湾的海军基地、新南威尔士海岸)通常由澳大利亚首都直辖区管辖。

这些判例法统一适用于全澳洲;其次,在1986年以前,澳大利亚司法体系中级别最高的法院却不在澳洲境内,而是英国的法院——枢密院,该院的司法委员会享有终裁权。^[8]该法院的判决在全澳洲均具有约束力(各级法院将其作为先例而加以适用);近年来侵权法的一体化并不是由枢密院推动的,而是由具有最高裁决效力的澳大利亚高等法院所推动的。澳大利亚高等法院有权管辖有关私法纠纷(包括侵权诉讼)的上诉案件,法院的判决对澳大利亚各个司法管辖区均具有约束力。^[9]因此,高等法院宣示的法律就是澳大利亚的普通法,也就是通行于全澳洲的法官法。然而,澳大利亚各个管辖区仍可以颁行自己的侵权法。因此,澳大利亚普通法(法官法)可能不适用于特定的管辖区,因为该辖区已经立法,确立了不同的法律规则。只要该法律并不与澳大利亚宪法相抵触^[10],此法律就是该辖区的侵权法。

各州和各地区都有侵权法的立法权,乍看之下,这一事实似乎会使各管辖区的侵权法出现根本差异。但是,一直以来这种差异并没有出现,直到今天,在各个辖区侵权法的结构仍然是一致的。但这并不是说各个管辖区不存在立法上的差异,而是它们的相似性远远超过了其差异。其中一个原因是,各个辖区通过的侵权立法大多数只是简单地复制了英国早已通过的类似的法律修订^[11],其结果是,各个辖区法律都作了同样的修订。^[12]在这种情形下,毫不夸张地说,澳大利亚只存在一部侵权法,主要由澳大利亚高等法院的司法判决(以及更早的英国法院的判例)和对通行于全澳洲的法官法的立法修正案所构成。当然,各管辖区的差异并没有消失,各个管辖区的最高法院之间仍可能存有分歧。但相比这种分歧,更明显的趋势是,各州和地区的法官尽可能遵循其他各州和地区的判决。换言之,澳大利亚侵权法应当在全澳洲实现统一几乎是一种共识。而这种统一是由于绝大多数州和地区采用同一的侵权法所形成的,只留下了少量的争议由澳大利亚高等法院去解决。

[8] *Australia Act 1986* (Cth) S 11. 从高等法院向澳大利亚枢密院的上诉制度早已废除,但是在该立法实施前,仍可以就相关判决从州法院直接上诉到枢密院。

[9] *Constitution of Australia*, S 73; *Judiciary Act 1903* (Cth) S 35.

[10] 因为澳大利亚宪法不包括人权法案,宪法的限制性规定只在侵权法中的诽谤行为(贬损个人的声誉)起作用,澳大利亚高等法院承认澳大利亚宪法存在默示政治言论自由:参见 *Lange v. Australia Broadcasting* (1997) 189 CLR 520.

[11] 但并非总是如此。参见 *Law Reform (Miscellaneous Provision) Act 1944* (NSW), 增加了受害人可以在过失侵权中起诉精神损害赔偿的情形。

[12] 澳大利亚的法律中存在相关法例,即允许一方当事人根据《法律改革法(其他规定)》,在存在人身死亡的情况下,侵权诉讼仍有效。《法律改革法(其他规定)》第1条(尽管 *Astley v. Austrust Ltd* (1999) 197 CLR 1 案的判决是基于州法。

(四) 侵权法与事故赔偿

历史上澳大利亚侵权法相对统一另一个原因便是侵权法涵盖的一些关键领域——如工作场所事故和机动车辆事故——有特别规定。澳大利亚所有管辖区对工作场所的意外事故均制定了对雇员的赔偿方案,该方案规定雇主对雇员因履行职务行为而受到的伤害承担无过错责任。从最宽泛的层面上而言,这些赔偿方案均较为类似——都在无过失责任的基础上给予赔偿,但各个管辖区对谁应当适用该等赔偿方案、雇员享有何种赔付权益却存在相当大的差异。还有,该等方案对雇员以工伤为由向雇主提起诉讼(主张雇主的过失责任)均作了一定的限制。类似的差异也在机动车意外事故侵权的案件中存在。大多数司法管辖区仍规定机动车意外事故的受害人在其能够获得赔偿之前可以提起侵权赔偿,但是各辖区适用不同的程序规则和赔偿计算规定。^[13] 在一些辖区,机动车意外事故的过失诉讼已被取消,这样就更有利于无过错赔偿方案的实施。^[14]

从工作场所和机动车意外事故的侵权责任的不同处理中可以得出两个结论。其一是我们称之为的澳大利亚意外事故赔偿法——与侵权法相比而言,并不像我们所预想的那样统一,即使在 2000 年法律改革后也是如此。侵权责任是否存在?如果侵权责任确实存在,应当如何举证证明及其损失额如何计算?这些问题均会因损害发生的司法区域以及是否发生在工作场所、机动车上或其他地点而有所不同。^[15] 其二,对工作场所和机动车意外事故受害人的不同处理方式令我们注意到,侵权制度是在更为宽泛的层面运行的,而对损害的救济可以呈现出多种不同的方式。如果我们要了解侵权制度的主要因素,那么同样地,去了解侵权制度之外针对原告的替代性救济是不可或缺的。

(五) 作为私法的侵权法

侵权法是私法的一个分支。尽管如此,侵权法却不同于其他法律制度,因为侵权法可以适用于公共机构。例如,如果原告主张政府机构未尽到注意义务而使其遭受损失,那么该原告可以过失侵权为由要求该政府机构承担责任。并

[13] *Motor Accidents Act 1988* (NSW); *Motor Accidents Compensation Act 1999* (NSW).

[14] *Transport Accidents Act 1986* (Vic).

[15] 问题的关键在于,原告基于同样的损害可能会获得不同的赔偿,这取决于是工伤、机动车事故,抑或是其他行为。

且,如果该诉讼还涉及自然人侵权,则诉讼应当在同一法院审理。因为澳洲没有设立特别法院或行政法院来审理对公共机构提起的诉讼。

公共机构可以作为侵权诉讼被告的这一事实并非与侵权法毫无关系。比如在过失侵权案件中,作为被告的公共机构是否对原告负有注意义务以及被告是否违反了该注意义务,在决定其是否存在过失时可以予以考虑。^[16]而这些因素对于过失法则而言适用于每一个人,并非如某些特别法,仅适用于公共机构。

二、侵权法的分化及其复杂性

正如前文所述,澳大利亚侵权法在历史过程中保持着相当大的统一性。因此,在下一节中本文将讨论这种统一性是如何受冲击的。首先要考虑消费者保护法的影响。尽管该法律不是“侵权”法,但该法确实针对早先只适用侵权法的情形提供了替代性的救济方式。如此,侵权法运行的实际范围就被缩减,而如果我们没有意识到该范围的缩减,我们就是没有认识到侵权救济方式实际上是多么重要。本节第二部分将讨论对澳大利亚侵权法统一更为直接的冲击情况。在这部分中将探讨侵权立法改革所设定的一个领域——娱乐活动的责任——来突出各州和地区侵权法相互竞争适用于这一领域的情形。这一节同样会讨论各州的立法改革是怎么样使地方法律与联邦消费者保护法(该法与州法规定的内容相互冲突)之间的关系变得更为复杂的。

(一) 消费者保护法

1. 消费者保护法下的误导性和欺骗性行为

尽管各州和地区均已经制定了消费者保护法,而本文则集中论述更为重要的联邦消费者保护法。该法首先是在《贸易实践法》(1974年版)中引入进来,但主要的立法修正是在2010年通过的(《贸易实践法》经2010年修改,将包括消费者保护领域在内的法律规定变成了《竞争和消费者法》),相关的规定仍然相同——原先《贸易实践法》第52条为现在《澳大利亚消费者法》第18条,具体条文如下:

“任何人不得作出贸易或商业上具有误导性或欺骗性、或可能产生误导性

[16] 究竟会产生何种情况,在各个辖区差异很大。如要了解规定的复杂之处,参见 Civil liability Act 2002(NSW)Part 5。

或欺骗性的行为。”^[17]

本条款是如何影响了侵权法(尤其是过失侵权)的呢?在过失的法律规定中,如果某个人过失地作出了错误陈述并且为他人所信赖,则可以认定作出该错误陈述的行为人对该错误陈述所引起的任何损失(包括纯经济或金钱损失)承担赔偿责任。^[18]当原告主张错误陈述使其遭受纯经济或金钱损失而要求被告承担过失赔偿责任时,其主张要受到很大的限制。其一,被告对原告承担义务的情形必须是被告直接向原告作出该陈述、或是经他人向原告传递该陈述并期望原告知悉该陈述。其二,该陈述必须与原告有意履行的某种行为相关,诸如收购一家企业或购买股权。^[19]其三,原告必须证明其对该陈述存在合理的信赖。^[20]原告应当证明这些因素的存在以确定被告负有谨慎陈述之义务,并且还应证明被告事实上并未谨慎陈述(即违反了过失责任制度中的“注意义务”)。

上述情形又如何同侵权人违反了不要实施误导行为和欺骗行为的规定而引发的诉讼相比较?相对而言,制定法上的诉讼更容易成立。^[21]毫无疑问,该《澳大利亚消费者法》第18条规定也适用于陈述。关键是,该规定已被解释为被告在不存在过错的情况下也应承担责任。该规定只考虑到陈述对原告产生的影响而不太考虑被告的可责难性:用一句判例中的话来说,就是“关心结果”。^[22]然而该错误陈述只适用于贸易或商业领域,而普通法规定过失中的注意义务能适用于所有陈述。事实上,在贸易或商业领域之外,很少存在普通法上的义务。^[23]对于法定诉讼而言,原告似乎只要证明假如原告没有被该陈述

[17] 由于宪法的限制,1974年的《贸易惯例法》第52条仅适用于公司。作为澳大利亚消费者保护立法重大改革的一部分,与会者一致认为,澳大利亚的每个司法辖区都同意适用相同的《消费者保护法》(国家和地区已经有了自己的消费者保护法,通常以公平交易行为的形式实施)。但令人费解的结果是,英联邦政府修改了以前的《贸易实践法》,并于2010年对其改名为《竞争和消费者法》。该法令附表2包含了澳大利亚的《消费者保护法》,而该《消费者保护法》已在各州和地区通过。第20条适用于任何人(包括自然人和法人)。也请参阅下文附注67。

[18] 最典型的案例是 *Esanda Finance Corporation Ltd v. Peat Marwick Hungerfords* (1997) 188 CLR 241.

[19] *Ibid.*

[20] *Tepko Pty Ltd. v. Water Board* (2001) 206 CLR 1.

[21] 参见 R. P. Balkin & J. L. R. Davis, *Law of Torts*, 4th ed., Lexis Nexis Butterworths, 2009, paras 22.25—22.42.

[22] *Hornsby Building Information Centre Pty Ltd v. Sydney Building Information Centre* (1978) 140 CLR 216.

[23] 英国罕见的案例参见 *Chaudry v. Prabhakar* [1989] 1 WLR 29.

误导或欺骗就是不合理的,从而就能证明其信赖该陈述具有合理的基础。^[24]但合理的信赖还需要存在普通法上规定的行为,或是注意义务,或者证明过失的错误陈述造成了损失。事实上,原告面对的是需要其确证只有该陈述是误导或欺骗性的法定诉因,并且有合理的理由信赖该陈述,而普通法上的侵权需要证明这两者,甚至更多的因素。不必惊讶,因过失的错误陈述(诉因)引起的纯经济损失在澳大利亚几乎已经消失。我的观点是,如果我们不能认识到该选择性诉讼的优势地位,并承认过失法则适用于错误陈述引起的纯经济损失,那只能说我们是以偏概全了。如果要完整的阐述澳大利亚侵权法的作用,就必须清楚了解在实践中过失归责已经过时的领域以及其通常适用的领域。

2. 消费者直接起诉制造者

侵权法,特别是在过失侵权法中,已有一定影响的一个领域是关于缺陷产品的责任问题。如果消费者通过合同购买了产品,而该产品经证实存在缺陷,法律会在该合同中隐含很多条款,以确保产品具有为人所接受的品质。这就给购买者提供了针对产品供应者的一种诉讼救济。但这种诉讼存在两个限制。一个是合同的相对性原则——只有合同的当事方才可以享有合同项下的利益,这防止合同买方之外的任何人获取合同项下默示质量条款下的利益。另一个是这种救济只能针对产品的卖方,因为买方只与卖方构成合同关系。在合同中通常买方无法针对产品生产者提起诉讼,除非在一些很偶然情形下(生产者也是产品的卖方)才可如此。

这正是英国—澳大利亚典型的过失案件即 *Donoghue v. Stevenson* 要填补的漏洞。该案中法院认定生产者在过失侵权时可以对产品最终买方承担注意义务,而并不考虑使用人是否与卖方或其他人具有合同关系。案件的结果则认定过失法对因生产者过错导致身体伤害的他人提供了向生产者寻求救济的途径。这种以过错为基础的责任可以与美国正在发展的缺陷产品的严格责任相比较。经过多次的审查后,联邦也引入缺陷产品的严格责任形式,其根据是已引入严格责任的“欧共同体产品责任指令”(European Community Directive)。^[25]

法律发展的最终结果就是:如果生产者的过失责任成立,则因货物或产品遭受身体伤害的原告可以起诉生产者承担过失侵权责任;或者经确证产品存在缺陷,就可要求生产者承担严格责任。这两种保护均不及对产品购买者的保护

[24] 参见 R. P. Balkin & J. L. R. Davis, *supra* note 21, para. 22. 26。

[25] 参见 Council Directive 85/374/EEC。在1992年,联邦引入1974年《贸易实践法》中的 Party VA 作为指令中的示范。目前立法(《澳大利亚消费者法》第3—5部分)重新施行 Part VA 的规定。

那么宽泛,因为买方除了可主张此种救济外,其还可以要求供应商承担因其未遵守合同中法定默示质量担保义务而对其造成的经济损失。但即使是买方也无法从生产者处获得纯粹经济损失赔偿:一般而言,由于生产者不负有注意义务,其无需对买方的纯粹经济损失承担过失责任,同时,产品缺陷的严格责任也并没有涵盖纯经济损失。

1978年修改《贸易实践法》(1974年版)时加入了一些条款后,这种情形得到了改变。^[26] 这些条款也适用于生产者向其他人供应产品,他人转售给消费者的情形。在这种情形下,法律准许消费者、从消费者处获得产品所有权的人士或者在消费者名下的权利人对生产者提起有利于消费者的违反默示的多项品质保证之诉。从更宽泛的意义上来说,该等担保与合同关系中卖方对买方在《货物销售法》项下的产品默示担保是同样的。^[27] 但是如果对消费者作出广义的界定,潜在的被告还包括并没有与卖方建立合同关系人士,如从最初的买方处购买产品的人士。该等条款现在被纳入到《澳大利亚消费者法》中并作了相应的文字修改,但条文的基本内容还是相同的。^[28]

这些条款对缺陷产品(通常与过失侵权诉讼在一起讨论)的过失侵权诉讼和严格责任诉讼产生了何种影响?针对过失侵权提起的诉讼既要比生产者违反默示品质保证之诉的范围既会更宽,又会更窄。比它更宽是因为原告不限于消费者或通过消费者起诉的原告。如果粗心大意制造的加热器爆炸了,过失法准许可能将受到此爆炸伤害的任何人士提起诉讼,而不考虑其是否与消费者具有某种关联。然而过失责任在两方面却是更加狭隘:一方面过失需要举证,而违反默示担保义务的则不需要举证,原告必须证明的只是产品并未达到所需要的品质,而不是生产者未尽到产品生产的注意义务^[29];另一方面,如前文所述,过失法几乎不对缺陷产品所致的纯经济损失给予赔偿。而针对生产者提起的产品违反默示担保诉讼就没有此种限制:对于因未能遵守品质保证而导致的货物价值减损以及任何其他损害和损失,如果被告能合理地预见到原告将遭受

[26] *Trade Practices Act 1974* (Cth), Division 2A.

[27] 也就是说,货物应具有合理的用途(第74B条款的规定),符合销售合同中的说明(第74C条款),货物具有商销性质(第74D条款)。也准许对未提供设施或零部件修理以及产品不符合明示担保提起诉讼。

[28] 参见《澳大利亚消费者法》第5—4部分 Division 2。制造者的默示担保是针对质量可接受的产品、合同项下提供的货物和零部件、经修理的设施,当然也存在明示担保。

[29] 《澳大利亚消费者法》提供了一些免责理由,如针对可接受的质量,如质量不符合是由制造商、雇主、制造者的代理人等之外的人士的过错、疏忽或作出的陈述而引起的;或在制造商失去货物控制后因非人力所能控制的事由而产生的情况;参见《澳大利亚消费者法》第271(2)(a)、(b)项规定。