

“过错”的死亡

——中英侵权法宏观比较研究及思考

胡雪梅 著

中国政法大学出版社

“过错”的死亡

——中英侵权法宏观比较研究及思考

胡雪梅 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

“过错”的死亡:中英侵权法宏观比较研究及思考/胡雪梅著. —北京:
中国政法大学出版社, 2003. 7

ISBN 7-5620-2456-1

I. 过... II. 胡... III. 侵权行为-民法-对比研究-中国、英国
IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 072076 号

书 名 “过错”的死亡
——中英侵权法宏观比较研究及思考
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 11.5
字 数 275 千字
版 本 2004 年 1 月第 1 版 2004 年 1 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2456-1/D·2416
印 数 0 001-3 000
定 价 24.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62225059
电子信箱 z5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

那人·那些事·本书

“那人”是胡雪梅，她在南昌，我在厦门，相隔千里，所以用远称。她是我1982—1984年在江西大学法律系教书时的学生。说是我的学生，我也未教过她课，因为我的属于三年级的民诉课没有来得及开，我就于1984年10月离开了老区，从此我与那边的学生少有联系。1999年5月17日是个响晴的日子，我在武汉收到胡雪梅的长信，听她表示要考博士生。此时我已记不起她的模样。然后是她于同年10月17日来的电话，表示要来武汉请教。12月15日晚上，她真的来了。此时的她已为人妻，为人母，早已脱了我本已模糊的少女时的容貌，有了一些沧桑。不管怎么说，我对胡雪梅的认识就是从1999年12月15日开始的。我得知了她的经历：江大毕业后到一所中专学校教书，后来又调回已改名为南昌大学的母校。为了深造，在母校尚无法律方面的硕士学位授予权的情况下，在那里取得了一个哲学硕士学位，但仍感自己学问的不足，于是想考西南政法大学的民法博士生。要我给李开国教授写一封推荐信，是她此番来武汉的专门目的。这次见面她给我的突出印象就是认真。搁在我，请人写推荐信会就近解决，哪有专门跑几百公里去求一封的？尽管心里嘀咕，我还是觉得她的此行受用：拿着一只有作者证书的精制的墨荷图样的磁花瓶，我感到了老区人的实在。从此我们书信往来不断。我发现雪梅骨子里像俺一样，是个诗人，其气质如其名，风花雪月的

成分多，善于把普通的场景诗化。例如，她于2000年4月24日在西政参加完博士生入学考试后就写了这样一首诗：

壮怀千里赴蜀川，
前程未卜意茫然。
一腔心事无人诉，
抬头只见歌乐山。^{〔1〕}

很有点“此情只向青山诉”的唐诗境界了。试问，在当今法学博士生队伍中，有几位有欲望且有能力写出有几分境界的诗呢？我一向认为，好诗者遭遇法学首先必定是格格不入的，因为前者是心游八极，后者是脚踏实地。但若强制前者入后界，有两种结果：第一是“诗人的心，法学的身”，“身在曹营心在汉”，最后是诗人与法律人两个都当不成；第二是把诗的超越意识与法学的现实性结合起来，产生更高明的法律人，朱苏力是这方面的一个例证，不妨把俺也算成一个，俺在西政读书时是班上的四大诗人之一呢！俺也一贯认为，诸学相通，诗境是任何人文科学的最高境界。这不是说要把法学论文分行写成诗，把诗的意境化到论文的字里行间就是了。而且，正如法国人把历史学家也叫做诗人，我们不妨把“诗”的含义理解得宽一些。文章凡被写得回肠荡气、奇峰突起，令人在“真”、“善”之外想到“美”的，我们不妨就把这样的作品叫做诗。尽管表现形式是散文，但谁能说《礼记·礼运》中的如下文字不是诗呢？“大道之行也，天下为公，选贤与能，讲信修睦，故人不独亲其亲，不独子其子，使老有所终，壮有所用，幼有所长，矜寡孤独废疾者，皆有所养。男有

〔1〕 载雪梅2000年9月18日给俺的信。

分，女有归。货恶其弃于地也，不必藏于己，力恶其不出于身也，不必为己。是故谋闭而不兴，盗窃乱贼而不作，故外户而不闭，是谓大同。”谁又能说马丁·路德·金的“我有一个梦”的演讲词不是诗呢？诗，不过是一种高远、超脱的境界而已；诗人，不过是具有这种境界的人而已。总之，雪梅能写出读者手中的这部佳作，与她的诗人气质是分不开的，这点后文将证明。

“那些事”，用的是复数，指好几件见雪梅性格的事。前回说到雪梅来武汉投石问路，看俺能否推荐她考博士生，得到然诺。此诺的兑现却在近半年之后，履行地已改成厦门。2000年3月22日，我在厦大收到雪梅的考博推荐表，填写后寄回。但很快又被雪梅寄回，因为推荐表上没有盖厦大的章，盖这个章的前提条件是我是厦大的教授，而此时我刚从中南政法学院调来，还未把武汉的职称转换成厦大的。于是，为了雪梅的考博，我要申请转换厦大的职称哩！没办法，为了雪梅，俺把这口气忍下来了，为此雪梅再送俺一只景德镇大瓷瓶也不冤，呵呵！

同年的8月7日也是个响晴天，俺接到雪梅的电话，得知她已考上了西南政法大学的博士生，感谢我的推荐。好好，这下雪梅可以“白日放歌须纵酒，青春做伴好还山（歌乐山）”了，俺心甚慰。不过说实话，俺也为雪梅捏着一把汗。俺作为认真地闯过博士这一关的人，深知其中的苦辛，不妨把它叫做极限运动，不掉几身肉，落下一两点残疾（至今俺身上还有两项不便对同志们说的闯关残疾呢），很难说可以真正过关，因为博士论文总得研究点 timeless 的问题，在民法这样古老的学科，发现这样的问题就很不容易，解决起来就更难了。雪梅费劲巴力考上了博士生可不是赢得了一顶桂冠（论文答辩成功了再说桂冠不迟），而是在自己头上加了一扇大磨盘，要顶着这玩意唱三年戏呐！雪梅行吗？人到中年，为人妻，为人母，百事缠身，负担加重。而且坦

率地说，雪梅的基础也说不上好：在一所中专学校教书算不得好经历；哲学硕士能否与法学博士链接得上也是需要深入研究的问题；作为南昌大学的在职生，雪梅恐怕还得承担一些教学任务吧！为了我自己的推荐，我心忧戚焉，只望雪梅能闯过这一关了。闯得过去，则鱼化龙矣！闯不过去，那就依旧当一条小鱼吧！而我们的意识形态是鼓励“小鱼”的，当龙当小鱼，都是革命工作的需要嘛！呵呵！

同年的10月30日是个阴天，收到雪梅的信，其时我所在的厦门大学法学院申报民法博士点失败，雪梅的信为表示震惊而来。她说俺“于法学界首开部门法哲学研究之先河”；俺的“诸多学术观点均独树一帜，言人之所未言，道人之所未道”；还说俺的“罗马法之研究国人无人能望其项背”；最后说俺“之胜不惟于著译之多巨，更在其质之超也”。俺心痒然。当然，在称赞俺之余，雪梅又把已当上博导的某些同志骂了一通，说他们“拾西人、日人、台人牙慧者有之，了无建树，以权、以势、以钻营而得者亦所在多有”。〔1〕好一个雪梅！表扬不忘批评，爱憎分明，大义凛然！赞骂之余，犹不忘表达之文学性也！俺好像看到了一个“他我”，欣赏了一番女丈夫的风采。最后，她仍不忘是非分明的原则，在这封大肆表扬俺的信中设“《西口闲笔》第一版校误”为附录，对俺展开大批判，挑出俺13处错误矣！

接下来的与雪梅的通讯发生在2001年2月26日，其时她寄来出国留学推荐表要我填写。江西省教委给了她申报去美国当访问学者研究侵权法的机会。我为雪梅的如此遭际高兴。我一向认为，民法学是西学，治民法者不到“原产地”取一些真经难以成大器。雪梅如果西行成功，则她的人生之路又转了一个弯。在她

〔1〕载雪梅2000年10月18日给俺的信。

的如此关口，她又想到了俺，欲将俺的推荐信当作西行的门票之一，用她的话来说，是什么事情拉上俺都吉利一些。俺听了甚为受用，一个俺撇下了17年的学生还如此依傍俺呐！于是俺一个晚上就把推荐信写了。2002年1月21日，雪梅寄来贺卡，告知她将去牛津和剑桥学习。同年3月7日，收到的就是她从英国寄来的畅谈异国观感的邮件了。最后一次得到她的电邮是在2003年的6月20日，其时，俺在美国的“取经”即将结束，差两天回国，雪梅寄来本书的书稿，要我为其作序。当时我虽处在回国前的大忙中，但仍然想都没想就同意了。我见证了雪梅从打算考博，到考上，到留学深造的整个过程，可不能放弃对这一过程的最终产品之出版的参与哦。

“本书”是“那人”所写，是“那些事”的结晶。我之所以愿意为本书作序，还因为我在读了雪梅寄来的书稿后心中的那种过电感：雪梅成功了！“诗”与“法”已结合成功矣！哲学与法学已链接上矣！鱼已经化龙矣！何出此言？容俺细说。先说“诗”与“法”的成功结合。

读者可啮摸雪梅本书中的如下话语是否有《礼记·礼运》和马丁·路德·金的“我有一个梦”的境界：

“从笔者的内心而言，深深地希望有那么一天，国家有能力给每一个需要帮助与救助的人提供生活的保障：无论他是天生的残疾人、遗传病患者，还是后天患残疾丧失劳动能力；也无论他是在一次交通事故中被压断了腿而不能自食其力，还是他在一次朋友集会中高兴过度摔断了腿而再也无法工作，国家都将一视同仁地给予救助。到那时，所有我们现在探讨的‘过错责任原则’、‘无过错责任原则’、‘不当行为责任根据’、‘受益与致损的责任根据’等等等等，将统统被扫进历史的垃圾堆。那时的原则将

是：有损害就有救助，有需要就有帮助。”

三部作品的境界是一样的：博爱而已，超越而已（在艰难时世中梦想美好未来）。再看一段：

“自古至今，人类对于群体内部成员间的冲突一直不乏规则的调整……然而，惨烈的、结果往往是大规模的人类灾难的战争后果却一直没有赔偿规则。从古至今，战争的冤魂有多少？残损的肢体有多少？漂流的鲜血有多少？离散的家庭有多少？被摧残的感情又有多少？然而这些又有谁来赔偿？……这样的现实怎不使人困惑？人类真的是如此的愚昧？小事昭昭，大事昏昏？”

请把上段与雪梅的《阿非利加之歌》中的如下诗句参看：

阿非利加

阿非利加

想起你

我的脑海

涌现出一幅幅多么可怕的图画

你无边际的沙漠

寸草不生

你干热无雨的天空

连鸟也不愿飞过

你的女人

干瘪的乳房

垂吊到腰边

这哺育人类的甘泉哟
早已枯涸

你的孩子
肋骨暴突
肚皮鼓胀
绝望而脏兮兮的眼睛上哟
挤满了苍蝇〔1〕

.....

关注战争的受害者的赔偿问题与关注遥远的非洲的贫困，精神是一致的，用雪梅自己的话来说，是超越了“小我”的结果。〔2〕这就是诗人的境界。只有达到了这种境界的人，才会站在人道主义的立场思考侵权法的走向问题，揭开曾笼罩在过错责任原则身上的柔曼面纱，还原它牺牲弱者、保护工业企业起飞的法律工具的真面目，把侵权行为法从一种充满了血腥味的保护富人的法，改造成仁慈的保护穷人的法，彻底把它从加害人本位改变为受害人本位。

再说“哲学与法学已链接上矣”。大家熟知，过错责任原则的哲学基础是理性人假说，而雪梅以她从美国人那里学来的惯用的“常识”的证明手段动摇了这一假说。在她看来，“从整体而言，我们可以发现人是一种斗兽无理性的愚蠢的动物。人不但残忍地杀戮着一切异己的生命，还疯狂地自相残杀，并准备好了最

〔1〕 戴雪梅 2000 年 9 月 18 日给俺的信。

〔2〕 参见雪梅 2000 年 9 月 18 日给俺的信。

终灭绝自己的武器——核武器!!! 综观历史,我们可以发现,人类的物质文明已经进化了不少,而人类精神文明的进化速度却近乎于零——战争与杀戮依然故我;歧视与不平等依苦到处可见;强权就是真理的格言依然没有过时。而从个体而言,我们知道,许多人都有这种或那种不理性的行为。如,人人都知道少吃多运动有益于健康,但却偏偏有大部分人做不到;人人都知道抽烟有害健康,但却偏偏有那么多人抽。所有这些,都不是我们理想主义的启蒙思想家的理性理论所能解释的。总而言之,启蒙思想家们所谓的‘人是有理性的’这句话,正确的诠释应该是:人应该是有理性的,而不是指人实际上确实是有理性的”。我不知道有谁能反驳雪梅举出的这些日常生活常见的证明人的非理性的例子。可以认为,雪梅的侵权责任理论是以上面的引文表现的非理性主义和下面的引文表现的不可知论为基础的:“庄周说:‘啊!这些鱼儿自由自在地游来游去,多快活呀!’好友说:‘你不是鱼,你怎么知道鱼快活?’庄周反问道:‘你不是我,你怎么知道我不知道鱼快活?’”哇!这段话我经常看到,怎么就没有像雪梅一样用它来证明证明过错的内心状态之不可能呢?!看来俺还是少了一个哲学硕士学位哦,呵呵!

最后说“鱼已经化龙矣”。我们知道,留学人数的高速增长与留学成果的相对稀少已成为困扰法学界的现象。原因者何?也容俺细说。有物质与精神两个方面。就前一方面言,出国意味着直面国内外财富积累水平的巨大差别,于是留学成为许多人的脱贫途径,当然顾不上搞学问啦!就后一方面言,物资时代的今天人们已少有周恩来的“为中华之崛起而读书”的英雄气,由于这种大局,有周恩来气质的人恐怕也不便多表露此气,否则木秀于林,风必摧之矣!由此,英雄意识的泯灭和流氓意识的泛起遂成为留学界的主旋律。于是,留学生做外国先进学问的“祖国之

眼”的少，由此产生一些不应该的学术研究疏漏。在2003年6月22日我离开美国的前几天，我在哥伦比亚大学阿塞·戴尔蒙德法律图书馆的地下室里发现了法国民法典1954年草案，当时我感到无比愤怒。因为对于研究世界民法典编纂史的专家的我来说，这个已经有了半个世纪寿命的草案还是个新消息，而我国众多的民法学者是如此关心法国民法典的动态，这点只要我们看下一篇二手资料詹姆斯·高德利的《法国民法典的奥秘》的高引用率就够了。尹田以外留学法国学民法的人都做了些什么哟！当时我想，如果每个留学的人都能把自己接触到的祖国不知的一项制度介绍过来，若干年后，我们祖国的法学就不得了了。可惜，像我这样想的人不多，雪梅却是一个，她在一年的留学期间内把英国的侵权行为法“整穿了”，作为经历过同样的留学期间的人，我知道这一收获意味着多大的付出！没有一种精神的人是不会作如此苦斗的。不独此也，雪梅还把从英国吸收的营养运用于我国的侵权行为法理论的重构，推翻了统治我国多年的过错责任、无过错责任、公平责任三大归责原则理论，建立了以合理性为惟一的归责原则的理论以及相应的责任构成要件理论。在学术的发展史上，另创新说的作品的价值最高，本书就属这一类作品。还让我怎么论说本书呢？本书是剃头刀，对于侵权法学这个头上长的不规范的肉瘤，喜欢较真的雪梅毫不客气剃将下来，正常的肌肤毫发无伤，而那些理论痼句自然被剃得鲜血淋漓。要知道，雪梅剃伤的肌肤，多数都属于侵权法的庄家们呢！作为一个也被雪梅剃过的人，俺对他们深表同情。本书是揭密者，对那些利用同胞难以直接接触外文资料的情境而曲解或误解这些资料的学者做了毫不留情的揭发，雪梅利用自己的西行取经经历还原了这些资料的真意，行假作伪的人最怕的就是雪梅这样的揭密者呢；本书是推土机，对侵权法领域泛滥多年的缺乏逻辑的陈词滥调做了摧枯

拉朽式的清理，让我们发现成果林立的侵权法学园有那么多枯枝败叶，许多大树原来就长得非常不合逻辑。雪梅左冲右突，披荆斩棘，对一切非逻辑和非常识宣战，为自己的侵权法理论开拓出了地盘。毫不留情、冷嘲热讽、辣味十足，连德国名家耶林也未逃得过她的一掌，这可是雪梅的风格哦！我真的开始怀疑她不是江西人而是湖南人，至少有湖南血统了。还要强调的是，雪梅在做这样的理论“破”、“立”之际，从未提出过什么玄妙的概念、玩深沉的名词，而是时时地求诸常识，甚至求诸与读初中的儿子的对话，这就是英国法的精神和方法。留学，学一些名词术语易，学到方法，形成被学习国人民的思维习惯难，而后者恰恰最可贵，效力最持久，我想本书可证明雪梅学到的是后者。

通过以上这些突进，雪梅为我国的侵权法理论的发展更新做出了贡献。她也由此提升了自己，在血与泪的挣扎中从一条小鱼蜕变为一条龙！这样的蜕变发生得多了，现在不过是世界法学之林中的一条小鱼的我国法学也可以蜕变为一条大龙的呀！呵呵！

在近年来的西方法学界，某种制度已经死亡了的宣告声不绝于耳，先是合同“死”了；财产接着也“山陵崩倒”；^{〔1〕}雪梅现在又宣布了过错的“不禄”。应该注意到，在传统西方民法三大原则依赖的三大基本制度的死亡中，惟有过错的死亡是中国人胡雪梅宣告的。

雪梅是一个诚实的人，她说：“如果说这篇拙作彻底地摧毁了一个千疮百孔的旧大厦，那么，还不能说她已经建好了一栋美轮美奂的新大厦，充其量，她也只是铸好了这栋大厦的地基、搭起了这栋大厦的框架。许许多多艰苦细致的工作还需要许许多多

〔1〕 参见方新军：“财产死亡了吗”，载《华东法律评论》第2卷，法律出版社2003年版。

人的一起努力才能完成。”我完全同意她对本书的这一评价，因此，破坏之后是建设，如何在扬弃我国现有的侵权法理论的基础上引进外国先进理论和立法例制定我国正在编纂的民法典中的侵权行为法部分，是我们面临的任务，让我们共同为此努力。

是为序。

徐国栋

2003年8月15日

定稿于胡里山炮台之侧，
时值日本投降58周年纪念日

自序（兼前言）

2001年8月24日是一个灼热的日子，于我，又是一个特殊的日子。这一天，接到省教委的电话通知，告知申报国家教委公派留学英国的申请已获批准。这对于已经迈入21世纪还无缘跨出国门、亲眼看看外面的世界究竟有多精彩的我来说，无疑是个天大的喜讯。一家人嚷嚷闹闹地欢喜了好一阵子。

接下来的日子便是紧锣密鼓地发送E-mail联系留学学校，很快，便接到了来自英国许多大学与研究机构的邀请信，经请示国家教委主管领导，决定赴英国牛津大学与剑桥大学进行为期一年的访问留学。2002年1月的一天，终于来到了早已心仪神往的牛津大学，正式开始了作为国家教委公派访问学者留学牛津与剑桥的生涯。

留学的初期，许多的精力花在对古老日不落帝国法律的总体性了解与研究上，在这一整体性的了解与研究工作中有了一定的眉目与结果后，决定选择一个具体的法律领域进行深入的中英对比研究，以期得出一些有益的经验与结论。在进行具体的领域选择之前，我已经打定主意将我的对比研究严格限制在中国与英国之间，绝不从大陆法系国家东鳞西爪地拼凑些东西、英美法系国家再东鳞西爪地拼凑些东西，然后就堂而皇之地冠之以《普通法与大陆法XX比较研究》或《中西XX比较研究》之类的名衔。最后，锁定侵权法领域。使这一决心痛下的催化剂是Alastair Mullis

2 自序(兼前言)

和 Ken Oliphant 在其合著的《侵权法》一书中所写的第一句话：“侵权造就了头条新闻。大到 Hillsborough 和 king's Cross 灾难，小到媒体上炒作的种种丑闻，侵权似乎很少有机会离开报纸的头版。”

接下来便是一头扎进英国侵权法的海洋之中。经过一段时间与案例法理论的苦苦纠缠与打斗之后，一切逐渐地开始明晰，许多纠结心头的问题也随之豁然开朗。于是决定将所思、所感、所得写出来。然而，要在一本书里将中英侵权法比较得淋漓尽致，我感到似乎是件过于庞大的工程。于是，又决定将著述的范围再缩小些，不求大而全，但求少而精。于是，想起了杜甫“擒贼当擒王，挽弓当挽强”的名句，决定对被我国学者视为“灵魂”与“核心”的归责原则与责任构成要件问题进行中英深入具体的对比研究。而要对这两个“灵魂”与“核心”问题进行深入具体的比较研究，显然是无法避开侵权法与侵权责任之界定、侵权责任与侵权法的目的等前提性问题的。于是，具体的比较研究分为三个部分，第一部分，侵权法若干前提性问题的中英比较研究；第二部分，侵权法归责原则问题的中英比较研究；第三部分，侵权责任构成要件问题的中英比较研究。三部分完成，尚有许多话如鲠在喉，不吐不快。于是，有了第四部分：深入思考与建议，而该部分实际上是全文的核心或者说落脚点。因为，不辞辛苦比较的目的不是为了比较而比较，而是为了获得一些有益的启示和价值得借鉴的经验。

由于具体的比较研究与分析思考主要是针对侵权法的“灵魂”与“核心”问题，故全书的副标题定为“中英侵权法宏观比较研究及思考”当无不妥，但主标题叫什么？这倒使我颇费踌躇。因为，作为全书落脚点的第四部分的最大亮点是宣判了“过错责任原则”以及以其为旗帜的我国现行归责原则理论的死亡，

代之以合理性这一惟一的、至高无上的、全新的归责原则。因此，该书主标题定为“‘过错’的死亡”与“合理性——侵权责任认定的灵魂”当均无可，然究当如何取舍却一直举棋不定。取前者似觉火药味太浓，也许于不小心之中开罪了什么人也未可知。但取后者又似觉过于“婉约”，似乎有违“矫枉须过正”之古训。踌躇再三，痛苦之极，决定向读初一的儿子请教。儿子快刀斩乱麻：“叫过错的死亡，惊起一滩鸥鹭，肥鸥鹭、大鸥鹭。”哦，想起来了。这几天，儿子整天在摇头晃脑起劲地背李清照的如梦令：“常记溪亭日暮，沉醉不知归路。兴尽晚回舟，误入藕花深处。争渡，争渡，惊起一滩鸥鹭。”

儿子一锤定音，题目就这样定了——《“过错”的死亡》，不再改。但终究觉得心中仍有忐忑。于是，只好以梁漱溟的“学术乃天下之公器”聊以自慰。

题目定了，内容与观点是否站得住脚，这却是必须认真考虑的问题。如何求证？决定向英国人学习，求助于普通人的“Common Sense”。于是，苦了我周围的家人、朋友与学生。曾有一段时期，我像中了魔似的只要与人交谈，总要千方百计、想方设法、转弯抹角地将话题引到侵权法上，然后引到我在该书所阐述的观点上。功夫不负有心人，经过我苦口婆心的解释，我记忆中所有听我“演讲”过我的理论的人最终都对我的观点表示了赞同。根本没有专业法律学问的丈夫说：“你的观点老百姓很容易理解和接受。”这，也就足够了。正是这些“Common Sense”的认同，使我感到了自信与踏实，更使我感到了无比的快乐与安慰。在此，我想对所有受过我“演讲”骚扰的朋友表示真诚的感谢。

最后，也是最重要的，我要对所有帮助过我、关心过我、鼓励过我的师长、朋友、家人表示最真诚的感谢。其中，特别的感