

普通法系过失侵权责任证成研究

王 灏

(中国法学杂志社,北京 100081)

摘要:我国《侵权责任法》分则以及其它民事法律没有以特别条款的形式来规范过失侵权责任,因此确定过失侵权责任已经成为困扰我国司法工作者的难题。相较之下,普通法系侵权法中针对过失侵权确定的责任原则已经在司法实践中历经淬炼,并为判定有争议的过失侵权责任提供了相应的解决办法。相信对于普通法系过失侵权责任原则的实证研究将会为进一步理解和适用我国的《侵权责任法》提供帮助,文章因此尝试以普通法系侵权法为视角对过失侵权进行全面审视与论证。

关键词:实证研究;过失侵权;过失行为;注意义务;因果关系

中图分类号:DF52 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2017)04-0048-11

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2017.04.006

王灏.普通法系过失侵权责任证成研究[J].浙江工商大学学报,2017(4):48-58.

On the Tort of Negligence in Common Law Legal System

WANG Hao

(Press of The China Legal Science Journal, Beijing 100081, China)

Abstract: It is difficult for judicial practitioners to determine the liability of tort of negligence due to the fact that it has not been specially stipulated in the provisions of the Tort Liability Law or other civil laws and regulations in China. On the contrary, the principles of tort of negligence in common law legal system have been refined in judicial practice and provided the corresponding solution for determining the liability of tort of negligence. The author believes that the empirical research on the tort of negligence in common law legal system will help us to further strengthen the understanding and application of the Tort Liability Law in China. This article thus comprehensively surveys and researches the tort of negligence from the perspective of common law legal system.

Key words: empirical research; tort of negligence; act of negligence; duty of care; causation

一、引言

在我国司法实践中,一旦在《侵权责任法》或者其它民事法律没有以特别条款规范的范畴内出现

收稿日期:2017-05-10

基金项目:中国法学会部级法学研究课题“网络环境下个人信息权的民法保护”(CLS2013Y34-2)

作者简介:王灏,男,中国法学杂志社副研究员,法学博士(澳大利亚),主要从事侵权法研究。

因为过失致人损害的事件,确定该侵权行为的责任构成、责任方式、以及是否存在减轻责任的情况已经成为困扰我国司法工作者的棘手难题。虽然我国《侵权责任法》第6条第1款以及第16条可以被理解为针对过失侵权的一般条款,而在《侵权责任法》分则没有做出列举规定的情况下,这些条文是可以对过失侵权进行判决的,但是当前《侵权责任法》第6条在司法层面的理解和适用仍然是不充分的。在一些特殊情况下,被侵权人甚至无法获得适当赔偿。例如,虽然我国法律明确禁止,任何单位与个人制作或者传播计算机病毒,任何制作或传播计算机病毒的行为都将承担相应的法律责任,然而行为人承担的责任类型大都表现为刑事及行政责任^[1]。因此,一旦被侵权人因为他人的过失行为而感染计算机病毒,并且因此遭受人身伤害或者财产损失,被侵权人并无法律依据可获得赔偿^[1]。同样,一旦受害人在某网站下载含有木马的软件并因此遭受财产损失,该网站也并不必然因此承担侵权责任。

相较之下,普通法中确立的过失侵权原则,就是在侵权法规定并不明朗时为个体设定一种应时刻注意的法定义务,来提醒和限制个体的过失行为。为加强对我国《侵权责任法》第6条在司法层面的理解和适用,完善我国法律所保护的主体及方式,本文尝试在普通法系侵权法的基础上以实证研究的方法对过失侵权进行全面审视与论证,并以此来探究过失侵权行为理论应该具有的一般概念、内涵、特征、原则、以及适用。当前,判断过失侵权行为是否成立包含三个要素:(1)侵权人是过失行为人;(2)在做出过失行为时,是否侵权人已经承担针对被侵权人的注意义务;(3)被侵权人所受损害是由侵权人的过失行为直接造成的。基于过失侵权行为构成的三个要素,本文首先检验了普通法系国家关于过失侵权行为的内涵、过失行为判定原则、个体实施过失行为的检验标准。其次,文章探究了究竟何为注意义务、注意义务的责任类别和责任范围、不同损害中的注意义务。文章最后则分别解析过失行为与被侵权人所受损害间的内在联系并由此导出结论。

二、过失行为的判定原则及检验标准

(一) 风险发生的几率及风险预知

在普通法系侵权法中,过失行为是指因为没有对某些造成伤害的风险做出合理的预防措施由此对他人造成直接伤害的行为。过失行为即包括主动行为(如驾驶机动车时的超速行为)也包括不作为(如在停放机动车时忘记将手动刹车闸按规定拉好)。因此,过失行为还可以被定义为,个体做出了或者遗漏了某些合理理性的人们不会做出或者遗漏的对他人造成伤害的行为。因为过失行为主要是对造成伤害的风险没有合理的作为,因此研究过失行为首先就要了解什么是造成伤害的风险。了解可能造成伤害的风险,就需要区分该风险造成伤害发生的可能性和对该风险的预知性之间的关系。简单地说,风险造成伤害的可能性关系到的是现实社会如何运作的问题;而对风险的预知性则是有关人类是如何来理解现实社会的运作问题。通常,越是可能发生的事情或是产生的结果,就越有可能被我们预知。因此,就本质而言,两者之间的联系是明显的。然而,有些时候,能预知到结果的事情往往发生的几率却极低;而不能预知到结果的事情又往往发生了。在实践中,侵权法要求人们应该对应该被预判的风险做出合理的预防措施。合理的被预判的风险并不是指任何一个独立的个体都可以通过其个人的知识以及智商而能预见得到的风险,侵权法中的可预知是指即使个体并没有通过其个人的知识也能预判的意思。侵权法本身并没有期盼个体能够预判所有的风险,这是因为侵权法接受在有些情况下,风险发生的可能性极低而被人们忽略的这一事实。

那么什么才是对风险预知的标准呢?最初,在 *Wyong Shire Council v Shirt* 一案中,法院认为对风险预知的标准就在于确定侵权法是期盼人们能够针对确实可能发生的风险还是针对有可能发生的风险

险,亦或是应该对所有可能的风险进行预判。^①普通法法院最终认定,人们应该对能够合理预知的风险做出预防措施,而合理预知被认定为并非一些异想天开的预知^[2]。然而,最近几年,这一判例原则广受各方批评。这是因为该判例原则忽视了事物发展的规律,并且过分的强调了个体的预知能力。这一判例原则极易将一些潜在的责任强加给个体。事实上,直到今天,普通法国家仍然没有出现令人满意的对风险预知的标准。

(二) 过失侵权判定的一般原则

过失行为是指因为没有对某些造成伤害的风险做出合理的预防措施而对他人造成直接伤害的行为。什么是个体应该承担的合理的预防措施呢?在前文提到的 *Wyong* 案中,法官认为在考虑风险本身的性质、风险发生的可能性、缓和风险的花费、困难以及不便、以及其它的可能存在的冲突责任的基础上,被告应该对风险做出的预防即被视为合理的预防。^②而在 *Bolton v Stone* 一案中,原告站在自己寓所外与附近板球场相邻的街道上,被从板球场内飞出的板球击中并受伤。^③有证据表明,在板球场建立的将近100年的时间里,因为发生过几次板球飞出球场的事件,因此球场边缘已经建有围墙,而围墙的最高处距离球场的地面大约有2米高。同样有证据证明,自板球场的围墙建好之后,还从未有板球被打出过围墙外的情况发生过。鉴于这样的案情,审理此案的英国上议院指出,原告遭受伤害的几率非常的低,此外棒球场已经采取了修建围墙这一合理的预防措施,因此裁定被告的过失侵权不成立。事实上,上议院指出的原告遭受伤害的几率就是我们前文提到的风险发生的可能性,而修建围墙恰恰就是板球场对风险的预知。^④

过失侵权行为判定的标准恰恰为决定,在某些风险行为中,正当的个体是否应该做出防止损害的措施以及应该是什么样的措施,提供了一个衡量的框架。目前,普通法系国家已经通过成文法的形式将过失侵权行为判定的标准法定化,其包含四个要素:(1) 风险发生几率;(2) 风险可能产生伤害的严重性;(3) 防止损害的成本;(4) 风险行为的社会功能。

第一,风险发生几率。我们知道,风险发生的几率越低,人们对该风险做出合理的预防的可能性也就越低。然而,此处需要注意的是,伤害发生的低几率这一情况却不能成为减免过失侵权行为人侵权责任的依据。在 *Goode v Nash*^⑤ 一案中,一名医生为患者治疗青光眼。治疗中,医生需要将眼压计放在患者的患处。为了避免细菌引起感染,医生将眼压计通过高温消毒。然而医生在未将眼压计冷却的情况下,就将该眼压计放在患者的眼睛上,最终导致患者的眼睛受到了永久性的伤害。虽然有证据证明,类似的情况从来没有在被告的职业生涯中发生过,但是审理此案的法官依然裁定被告的过失侵权行为成立。这是因为法院认为医生处置患者的过程本身就是很容易出现问题的,因此无论风险发生的几率是高是低,医生都应该对任何的医疗事故做出相应的预防措施。

第二,损害的严重性。预防任何风险的基本原则都是风险可能产生的后果越严重,人们就越要提前对该风险进行预防。在 *Paris v Stepney Borough Council*^⑥ 一案中,原告在第二次世界大战中左眼失明,战后在被告的修车厂担任汽车修理工。在一次工作中原告不幸被其敲打的螺丝击中右眼,进而导致其双目失明。审理该案的法院认为,此案中有两项因素必须要被考虑:即事故发生的可能性和后果的严重性。雇主不为视力良好的雇员提供护目镜的行为并不构成过失行为,这是因为金属碎片击中雇员眼睛的发生几率非常小。但是在本案中,一旦发生事故则极易出现原告双目失明的严重后果。因此,法院最终裁定被告构成过失侵权。事实上,本案判决的真正意义在于确定了基于损害的严重程度而对

①② *Wyong Shire Council v Shirt* (1980) 146 CLR 40.

③④ *Bolton v Stone* [1951] AC 850.

⑤ *Goode v Nash* (1979) 21 SASR 419.

⑥ *Paris v Stepney Borough Council* [1951] AC 367.

风险进行分级这一判例原则。必须注意的是,损害的严重程度这一问题更多的是考量被告的行为本质,而非原告的实际受损情况。因此,即使某种行为可能产生损害的机率十分的低,但是一旦发生就会给他人造成极严重伤害的话,行为人就会被要求承担更多的注意义务。

第三,防止损害的成本。通常,如果防止损害的成本过大,人们往往会停止某种作为。但是更多的情况则是,个体通过其它形式来缓和风险,将损害减小到一个可以接受的水平。而侵权法也不会因为某些较小的风险来强行停止行为人的作为,亦或是裁定行为人构成侵权。如在 *Latimer v AEC Ltd* 一案中,被告工厂的地面因暴雨而变得湿滑,被告将锯屑铺在地面上,但由于锯屑不够,有一部分地面没有处理,原告因此失足滑倒而扭伤脚踝。^①英国上议院认为,若要完全消除地面滑腻的风险,当时情境下的被告只能歇业,但这种防止损害的成本与风险本身明显不成比例^[3]。因此,法官判定被告已经达到一个合理的雇主将会使用的注意,因此其过失行为并不成立。但是,如果防止损害的成本本身并不大,而被告却没有实施任何的预防措施,那么法院将裁定被告的过失侵权行为成立。

第四,风险行为的社会功能。在判断过失侵权行为时,还应考虑风险行为本身的社会功能。在前文提到的 *Wyong*^② 案中,法官认为在决定被告应做出何种防止损害的措施时,同样有必要来思考是否被告防止损害的措施与被告所承担的对其他个体或者社会的义务是相一致的。有些时候,即使个体的利益处于危险的边缘,然而因为一些特殊原因,个体也许会被要求屈服于一些特定的风险行为。例如,应急车辆的司机在有突发情况时,可以在一定程度上违反交通法规,如超速、闯红灯、逆行等。也就是说,消防车在奔赴火场时以及救护车在开赴救人现场时,一些合理的防止损害的措施即被宣布取消。虽然应急车辆的司机同其他普通司机一样应该尽注意义务,但是在判断应急车辆的司机的过失行为时还要考虑是否有突发情况发生。因此,在判断个体行为是否构成过失行为的同时,我们还要思考个体风险行为本身的社会价值。

(三) 评判个体过失行为的标准

既然过失行为被视为一个伦理概念,其关注的是个体对其行为所应承担的责任。因此在庭审中,法院常常需要考虑的是个体的过失行为是否可以以其它形式的行为所替代,而不是考虑是否过失行为个体已经尽力去避免过失行为。这是因为合理注意义务构成的衡量尺度应该是客观公正的。因此,不论个体是否尽力地避免伤害,普通法系侵权法考虑的是如何公正合理的确定个体对其过失行为造成伤害所应该承担的责任。

要成为理性和自由的道德主体,任何个体都要将行为控制在自己所能掌控的范围内。同时,正如我们要为行为取得的成就承担责任一样,一旦我们的行为失败,那么无论失败的原因是什么,我们同样要为行为失败承担责任。但是,作为构成个体行为成败的主观因素的个体本身的个性又是很难琢磨的,在很多情况下取决于受教育程度、个人经验甚至遗传;而个体行为成败的客观因素也大多不在个体的掌控之中。因此,在个体行为的主观因素很难把握的情况下,只有以个体没有达到行为标准的客观因素为标准,才能比较客观的判断个体的责任。目前,普通法法院考量的个体是否达到行为标准的客观因素包括:(1)资金来源;(2)身体情况和脑力情况;(3)年龄;(4)经验和技术。

第一,资金来源。目前,在普通法国家,只有当土地所有者面临土地自然灾害时,以及当决定拥有独占权的土地所有者应该以何种防止损害的措施来保护土地侵扰者不受人身伤害时,个体的资金来源才能成为决定个体行为是否合理的客观标准。

第二,身体和脑力情况。个体身体的强壮程度也可以成为法院裁定过失责任的客观依据。这是因为被

^①*Latimer v AEC Ltd* [1953] AC 634.

^②*Wyong Shire Council v Shirt* (1980) 146 CLR 40.

告有时确实是因为自身身体的原因,而被宣称应该承担过失责任。例如,当两个身强力壮的中学生在教室里打架时,瘦弱的女老师根本无法将两个人拉开。此处需要注意的是,只有当个体身体上的不足是自然的而非个体自身造成的情况下,身体的情况才被认定为过失侵权行为中的客观要素。例如酒后驾驶,因为醉酒而导致的无意识是因为个体喝酒造成的,因此酒后身体上的不足就不会成为法院考虑的依据。同样,如果驾驶人明知自己有病,而该病有可能在其驾驶机动车时发作,并影响其驾驶的话,那么驾驶人毫无疑问地将承担过失责任。但是,如果驾驶人在驾驶机动车辆时,遭遇毫无征兆的突发疾病而致其身体情况恶化,那么驾驶人则无须承担因为身体情况恶化而导致的任何过失侵权责任。

第三,年龄。在 *McHale v Watson*^① 一案中,因为被告是一名未成年人,法院因此指出,在决定未成年人过失行为的责任时,还要考虑未成年人无论是在心智、经验以及能力上,相较于成年人均有不足。换句话说,在此案中,法院更多考虑的还是个体因为年龄的原因而造成的心智上的不足,而非身体的强壮程度。同样在 *Cotton v Commissioner for Road Transport and Tramways*^② 以及 *Farrall v Stokes*^③ 这两起案件中,因为原告均是未成年人,而且原告与被告均互有过失,法院因此裁定这两个案例中被告的过失行为责任应该在一定程度上减免。而在确定原告的过失责任时,法院不但仔细考虑了原告的身体发育情况,还对这两个原告的智商、知识水平以及受教育程度进行了全面的考量。因此,在普通法中,年龄是法院在裁定个体过失行为责任时的重要客观标准^[4]。

第四,经验和技能。通常刚刚得到驾照的司机都缺乏驾驶的经验和技术,但是经验和技能也只有通过驾驶才能不断地积累。因此,将有经验司机的注意标准强加于新司机似乎是不公平的。但是,如果仅仅因为这个原因,而认为因为新司机而受到伤害个体的损害赔偿应该减少,这同样对受害人也是不公平的。而这一问题恰恰表明了现在过失侵权法左右为难的困境,即如何找到实现对损害赔偿以及个体的过错责任标准之间的平衡点。在英国 *The Insurance Commissioner v Joyce*^④ 一案中,审理此案的法官 *Dixon* 认为,如果个体搭别人的顺风车,而该车的司机身体上有残疾(如肢体残疾,聋或哑),或者醉酒,那么该个体只能有权期盼与司机的状况相应的注意程度。*Joyce* 案中提出的论断被审理 *Cook v Cook*^⑤ 一案的澳大利亚高级法院所接受。审理此案的法院认为,如果考虑到被告实际情况而降低其注意标准,那么这一做法仅仅会妨碍在诉讼中可能出现的责任。换句话说,过失侵权的法律概念始终是客观的,法院将根据实际情况考虑被告过失行为的特质,进而决定被告在特定环境下应该承担的小心标准。

三、过失侵权中注意义务的一般理论

如前所述,判断是否构成过失侵权的第二个要素是指在做出过失行为时,侵权行为人是否已经承担针对被侵权人的注意义务。

(一) 注意义务原则

最初在普通法国家,个体间是否应该承担注意义务取决于原被告间是否形成了法律规定的应该承担注意义务的法律关系。法律规定的应该承担注意义务的法律关系包括:医生与患者、代理律师与委托人、承运人与货主、房屋或土地的占有人与进入人等。但是在司法实践中,如果原被告间并没有形

^①*McHale v Watson* (1966) 115 CLR 199.

^②*Cotton v Commissioner for Road Transport and Tramways* (1942) 43 SR (NSW) 66.

^③*Farrall v Stokes* (1954) 54 SR (NSW) 294.

^④*The Insurance Commissioner v Joyce* (1948) 77 CLR 39, 56.

^⑤*Cook v Cook* (1986) 162 CLR 376.

成这些特定的法律关系,而是分别处于不同的社会关系中,那么原告就不得不证明其与被告间的关系与其他案件中已经确立的关系充分类似,进而确定一种新的应该承担注意义务的法律关系。这一司法实践造成了司法资源的极大浪费,十分不利于社会关系的稳定与发展。基于此,在1932年著名的 *Donoghue v Stevenson*^① 一案中,大法官 Atkin 勋爵在是否制造商应该为其自己生产的产品而向消费者承担责任这一问题的基础上,制定一个针对所有社会关系而存在的一般性的责任原则。这一原则今天又被称为邻居原则(Neighbour principle),即“你必须采取合理的谨慎措施,以便避免在合理预见下有可能伤害你邻居的行为或错漏。那么,谁是我法律上的邻居呢?答案看起来是那些人——他们受我行为的影响是如此的密切而直接,所以,当我决定采取那些行为或不行为时,我应该合理地把他们纳入我考虑的范围。”^②

现在在普通法国家,注意义务已经成为个体应尽的法律义务。注意义务是指个体必须承担的在行使任何可能伤害别人的行为之前必须考虑伤害发生可能性的义务。而对这一法定义务的评判标准,普通法系国家称之为注意标准(Standard of Care)。目前,普通法的注意标准包括:(1)侵权行为人是否履行注意义务;(2)如已履行,侵权行为人是否违反了这一义务;(3)违反这一义务是否是造成侵权的主要原因;(4)违反这一义务是否造成了事实上的损害。

(二) 人身伤害中的注意义务

通常情况下,如果被告应该对原告的人身损害有所预见,那么被告通常都应该承担侵权责任。例如,在 *James v Harrison*^③ 一案中,一名顾客在离开商店时,被其身前也要离开但是突然转身往回走的该店员工撞倒而受伤。审理此案的法官 McGregor 指出,该店的店员应该承担对顾客的注意义务,同时该店员突然转身的行为也构成了过失行为。而在 *O'Connor v South Australia*^④ 一案中,一名速记员站在门后,被突然打开的门撞伤。法院最终仅仅因为原告所受伤害是可以被预见的而判决被告的过失侵权行为成立。

在一些特定案件中,法院还需要决定是否侵权行为人因为过失而没有对伤害的风险采取预防措施,而对损害的预见仅仅是过失侵权行为成立的组成部分之一。例如在 *Mazinska v Bakka*^⑤ 一案中,被告在凌晨开车,因为可视度不好,被告虽行使得很缓慢,但还是在正常行驶时碾过一名醉倒在马路上的醉汉。针对此案,法院认为被告应该对在马路上出现的人有预见,同时还应该因为该预见而对可能出现的损害采取预防措施,而被告缓慢驾驶的行为恰恰构成了合理的预防措施,法院因此判定被告的过失侵权行为不成立。

(三) 精神损害中的注意义务

普通法系国家将精神损害定义为,精神上的压抑和苦闷进而引起身心上持续的不适甚至神经官能症。^⑥这种伤害分为三个类型:(1)人身上的伤害,如孕妇流产与心脏病发;(2)心理上的伤害,如歇斯底里、神经衰弱症、以及其他的精神疾病;(3)因为精神类的疾病而导致的其他类型上的身心伤害,如抽风或麻痹症等。此处,精神损害必须与如焦虑、悲痛、忧伤等精神状态区分开来,这是因为精神状态并不被视为精神损害。

普通法确定精神损害需要区分的就是纯精神损害与结果性的精神损害。如果一个人因为目睹或

^①*Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562.

^②*Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562. 580.

^③*James v Harrison* (1977) 18 ACTR 36.

^④*O'Connor v South Australia* (1976) 14 SASR 187.

^⑤*Mazinska v Bakka* (1970) 20 SASR 350.

^⑥这一定义是由法官 Windeyer 在 *Mount Isa Mines v Pusey* 一案中做出的。

者遭遇某一特定的事件,或是因为担心个人的人身安全,亦或是因为在工作中承受巨大的压力,而致身心备受摧残,特别是精神受到很大刺激,经常感到焦虑、沮丧、惊恐、紧张以及其他精神上的干扰,那么该个体就可被视为遭受了纯粹的精神损害。除非个体所受损害达到了精神疾病的状态,这一部分损害是无法获得损害赔偿的。如在 *Chadwick v British Transport Commission*^① 一案中,原告在一起严重的铁路交通事故中对伤者进行救助,因为惨烈的事件对于原告造成了强烈的精神刺激,因而提起诉讼。法院最终判定,即使原告与交通事故受害者之间没有任何联系,原告也可以因此精神损害而获得赔偿。

相较之下,结果性的精神损害是指个体遭受的精神损害是由其他可提起诉讼的人身伤害或财产损失等侵权行为而造成的,受损害个体因此可以以过失侵权为诉因要求损害赔偿。如在2002年 *Tame v New South Wales*^② 案, *Annetts v Australian Stations Pty Ltd*^③ 案,以及2003年 *Gifford v Strang Patrick Stevedoring Pty Ltd*^④ 案中,普通法院确定了,如果能够合理预见未尽到注意义务就会对他人造成精神损害的话,个体就应该承担合理的注意义务去避免造成他人的精神损害这一判例原则。在这一判例原则中,合理的预见包括:(1)是否遭受精神损害的受害人是具有正常人格的个体,还是容易遭受精神损害的脆弱个体,如果是后者那么被告是否知晓这一情况;(2)是否精神损害是因为突然刺激而造成的;(3)如果精神损害是因为突然刺激造成的,那么是否原告真实经历了令人震惊的事件或者该事件的结果;(4)如果精神损害是因为他人的死亡,或者他人的威胁造成的,那么原告与相关个体关系的性质是什么;(5)在过失侵权行为诉讼中,原被告间的关系。

(四) 经济损失中的注意义务

在司法实践中,经济损失有不同的表现形式:如报酬的损失、收益的损失、因为被告过失行为而产生的花费等等。对于因过失行为而造成的人身伤害或财产损失损害赔偿的确定通常没有太多的困难。然而,针对过失侵权造成的经济损失的赔偿问题,普通法系国家始终担心通过过失侵权行为来确定针对经济损失的责任可能会出现责任过度或者责任不明确,一旦无法确定由过失侵权造成的经济损失的责任,人们将放弃侵权法的保护,而通过合同或者其他手段寻求对其经济利益的保护。那么这一问题是如何解决的呢?

过失侵权中可能出现的责任过度或者责任不明确常常出现在书面或者口头的过失陈述中。这是因为陈述人很难控制其陈述不被他人知晓,而且要求陈述人对其陈述可能造成的损害进行预知也不近情理。在 *Candler v Crane Christmas & Co*^⑤ 一案中,某公司的会计应公司的要求粗心地准备账目并将该账目告知想投资该公司的原告,一年后该公司被停业清理,而原告失去了其所有的投资。大法官 Denning 勋爵指出,如果被告明知其账目将提供给他人,或者知晓其雇主将把这些账目提供给他人,那么被告不仅仅对其委托方承担注意义务,还应该对其可能出示账目的第三方承担注意义务。简言之,会计师应该对任何其知晓或者应该知晓的任何与交易有关的个体承担注意义务。今天,这一原则已经被普通法国家广泛适用。

而在审计的案件中,如果公司账目的审计员因为疏忽而没有准确把反映公司的财务状况,那么是否该审计员将对该公司的投资者承担责任,还是仅仅对该公司或者该公司目前的持股人承担责任?在

① *Chadwick v British Transport Commission* [1967] 2 All ER 945.

② *Tame v New South Wales* [2002] HCA 35.

③ *Annetts v Australian Stations Pty Ltd* (2002) 211 CLR 317.

④ *Gifford v Strang Patrick Stevedoring Pty Ltd* (2003) 214 CLR 269.

⑤ *Candler v Crane Christmas & Co* [1951] 2 KB 164.

新西兰 *Scott Group Ltd v McFarlane*^① 一案中,法院指出,审计员应对相信其虚假陈述的公司购买人承担注意义务。但是在 *Caparo v Dickman*^② 一案中,英国上议院指出,审计员将不为潜在的公司股份购买者承担注意义务,无论其是否已经是公司股份的持有者。这一不同观点的出现主要是基于对审计员责任的适用范围而确定的。目前澳大利亚的司法机关认为审计员将不会针对潜在的投资者承担注意义务。同样,审计员也不会针对公司已存或者潜在的债权人承担注意义务,^③而公司的董事也无须为公司的债权人承担责任。^④但是这些判例原则并不是为了否定审计员或者董事应该针对公司股份的购买者与债权人所应承担的注意义务,在与投资人或者债权人直接的交易中,审计员与董事仍然承担注意义务。

相较之下,在 *Smith v Bush* 一案中,原告申请购房抵押,并且为财产评估支付了费用,而被告是有权决定是否房屋可供出租的审查人员。^⑤原告基于被告的过失评估而购买了房屋,该房屋随后因为建筑缺陷而贬值。原告因此起诉被告要求损害赔偿。英国上议院指出,即使抵押权人雇佣的财产评估人与抵押人之间没有直接的关系,该财产评估人仍将对抵押人承担注意义务。事实上,该判决正是基于对社会政策的解读。对于社会政策的思考在决定是否行为人应该承担注意义务时起着十分重要的作用,这是因为法院将最终决定出于哪一种目的来决定人们应该能够信赖某一特定的声明或者陈述。

四、过失侵权中因果关系的证成

只有当原告能够证明被告的过失行为造成了原告事实上的损害,在以过失侵权行为为诉因的诉讼中才可能获得损害赔偿。可见,过失侵权法并非是强加给个体注意义务,而是要求个体承担不因为疏忽过失而造成损害的义务。因此,在过失侵权诉讼中,被告的侵权行为与原告遭受损害之间的因果关系问题就显得尤为重要。此处的因果关系问题并不仅仅是“什么造成了损害”的问题,而是确定“是否过失行为是损害发生的原因”这一问题。在诉讼中,原告将承担证明是否被告的过失行为是损害发生原因的举证责任。一旦原告证明被告过失行为成立,除非被告有明确的抗辩,那么基于因果关系,这对于原告获得损害赔偿十分有利。但是原告还要承担最终的举证责任,即被告承担对原告的注意义务,而原告遭受的损害是因为被告违反注意义务的行为而造成的。

基于此,普通法国家的侵权法对于因果关系的认识采取了一种“两分法”,即将因果关系分为“事实上的因果关系”以及“法律上的因果关系”^[5]。司法机关在考察和认定侵权法上的因果关系时就分别按照这两种关系进行考察,首先确定被告的行为是否在事实上属于造成损害发生的原因,能够满足事实因果关系的原因即为事实原因;其次,还必须认定已构成事实原因的被告行为是否在法律上成为应对该损害负责的原因,亦即是否有法律上的因果关系存在,能够满足法律因果关系的原因即为法律原因^[5]。

(一) 事实因果关系

1. 必要条件检验法。普通法适用的第一个确定事实因果关系的标准就是必要条件检验法。该标准判断的是,不管被告的过失行为,原告的损失都会发生。如果不管被告的过失行为是否存在,原告的损害都

^①*Scott Group Ltd v McFarlane* [1978] NZLR 553.

^②*Caparo v Dickman* [1990] 2 AC 605.

^③*Al Saudi Banque v Clarke Pixley* [1990] Ch 313; *R Lowe Lippmann Figdor & Frank v AGC (Advances) Ltd* [1997] 2 VR 671.

^④*Kuwait Asia Bank EC v National Mutual Life Nominees Ltd* [1991] 1 AC 187.

^⑤*Smith v Bush* [1990] 1 AC 831.

会发生,那么被告的行为就不是造成原告损失的事实原因,其最多构成原告损失的充分条件^[6]。但是如果被告过失行为是原告损失的必要前提,即如果被告的过失行为存在,则原告的损害就会发生,而如果被告的过失行为不存在,则原告的损害就不会发生,那么被告的过失行为即构成事实原因^[6]。

必要条件检验法的优势就在于能有效排除因果关系判断上之不相干因素。对于大多数的案件,通过必要条件检验法都足以获得符合公平正义的结论,这也是必要条件检验法始终为普通法法院所采用的原因。当然,在一些比较复杂的情况下,必要条件检验法仍然不能准确判断过失侵权行为中造成损害的原因问题。例如,某人因为他人的过失行为而遭受人身伤害,因而需要每天去医院接受治疗,一周后当其再次前往医院接受治疗时又因为第三人的过失驾驶而受伤。在这一事件中,很明显受害人如果不前往医院将不会遭遇车祸,但是该受害人如果不遭受人身伤害也不会前往医院。出于分配法律责任的目的,该个体遭受的第一次侵害并不视为第二次侵害的原因。因此,某一事件也许是损害结果事实上的原因,但却不是损害结果法律原因。

2. 衡平检验法。除必要条件检验法外,普通法院还适用衡平检验法来确定事实因果关系。通常如果原告能够证明因果关系存在,那么原告将有权要求针对损失的损害赔偿。但是有些时候,即使原告无法充分证明被告行为与原告损害之间的因果关系,也不意味着原告不能获得针对损害的全部赔偿。从逻辑学的角度来讲,因为准确确定过去发生的情况十分困难,因此我们不得不接受一些并不确定的事情。然而,因为对过去的不确定性而减少对原告损害赔偿的做法又是显失公平的,因此对可能性进行平衡将是较为直观的确定责任进而提供赔偿的方法。换句话说,如果拿数值来衡量,如原告希望能够获得赔偿,那么他就必须证明被告的过失行为造成其损害发生的可能性超过百分之五十。一旦造成损害发生的可能性少于或者只有百分之五十,那么被告行为将不会对损害的发生有实质贡献,而法院将不会认为被告的过失行为成立^[7]。但是这一规则在涉及疾病的过失侵权案件中很难被适用。这是因为很多疾病的病因很难被准确解释,很多超出侵权行为人控制的情况以及一些非侵权行为都构成了损害结果的起因。因此,在很多情况下,很难说原告的疾病与侵权行为人有关。这种情况下,原告将无法获得损害赔偿。

(二) 法律因果关系

即使基于衡平检验法可以证明被告的过失侵权行为是原告损害发生的事实原因,过失侵权人也不一定因此承担损害责任。责任承担的决定必须基于已构成事实上被告的行为是否在法律上成为应对该损害负责的原因^[8]。只有存在法律上的因果关系,侵权责任才成立。

1. 在事实原因中确定法律原因。在大多数的案件中,法律上的因果关系问题不难确定。但是,在一些较复杂的案件中,对于法律因果关系的确定仍然较为困难。例如,假设受害人因为A的过失行为而受重伤,在医院的治疗中又因为B的过失行为而至病情恶化。在这一情况中,是否受害人在医院中所受的伤害也可部分的归因于A的过失行为?再如,假设某雇主错误地要求其雇员在夜晚将白天的营业收入存入银行的保险箱,而雇员在前往银行的路上遭遇抢劫。在这一情况中,是否抢劫也可归因于其雇主的疏忽行为?在这两种情况中,我们关心的问题就在于,是否是事实原因阻碍了最初原因与损害结果之间的联系。换句话说,是否介于最初原因与损害结果之间的因果关系链被一种事实原因所破坏。针对这一类型因果关系问题,普通法法院认为,不管介于中间的事实原因,最初原因应该被视为损害结果发生的原因。^①

有两种理论来决定如何在事实原因中确定法律原因。最为普遍使用的理论就是在判断法律原因时使用因果关系的常识性认知理论。该理论是指,在判断法律因果关系时,法官应该避免与陪审团就

^①Medlin v State Government insurance Commission (1995) 182 CLR 1, 6-7.

因果关系概念中的哲学、科学、甚至法律理论问题进行讨论,而对法律因果关系的判断应该更多地基于对法律规定、民事立法和司法政策,以及社会福利和公平正义等价值方面的考虑。该理论有两个适用原则,即在判断因果关系时:(1)自发的人类行为应优于自然的事件或者情况而成为法律原因;(2)不寻常的独立事件则应优于非法行为而成为法律原因。例如在美国的一起案件中,一名出租车司机在通过斑马线时并没有及时为行人让路,并因为车门的突然打开而对行人造成了伤害。法院最终认定,因为司机并无过错,并且该事件属于不常发生的独立事件,因此原告的伤害不应被视为过失行为的结果。^①

而第二种在事实原因中确定法律原因的理论明确否定了第一种常识性认知理论,该理论认为对因果关系进行常识性认知并不是解决法律因果关系的正确标准。原因如下:(1)因果关系问题的解决部分地基于为什么会提出该问题。而针对为什么会发生交通事故的问题,不同的主体将给出的不同答案。例如,法律关心的是责任认定问题;道路工程师关心的是如何改进道路设计的问题;机动车制造商关心的是如何改进其产品的问题。因此,基于不同主体的认知根本无法准确地确定责任。(2)常识性认知理论很难被制定即适用。(3)在一些特殊的情况下,通过专家证据,常识性认知是错误的。因此,该理论认为法律因果关系的本质就是对于损害责任的法律价值判断问题。

目前,针对使用哪一种理论来确定法律因果关系的争论始终存在。第一种理论的支持者认为应该基于对常识性的认知来确定统一的规则,基于该规则任何案件中的法律因果关系以及责任结果都应该被确定;而第二种理论的支持者则认为,对于法律因果关系的确定应该基于每一个案件的实际情况。目前,大多数普通法院法官倾向于在确定法律因果关系时使用第一种理论,即对法律因果关系的判断应该更多的基于对法律规定、民事立法和司法政策,以及社会福利和公平正义等价值方面的考虑。

2. 多种充分条件的情况。前文提到,必要条件检验法的优势就在于能有效排除因果关系判断上之不相干因素,因此在大多数案件中,通过必要条件检验法都足以获得符合公平正义的结论。但是必要条件检验法是将必要条件作为原因。一旦被告的侵权行为仅仅是原告损害发生的充分条件而非必要条件,即不管被告的过失行为是否存在,原告的损害都会发生,那么普通法院又是如何判断被告过失行为与原告损害间的因果关系呢?

首先,可选原因。假设侵权人造成受害人死亡,但是该名受害人即使不遭受侵权行为的伤害也会因为其他已存的疾病或者情况而死亡;或者受害人已经患有严重疾病,而侵权行为造成了该疾病的恶化,因此造成了受害人先于预期死亡时间而死亡的情况。在这两种情况中,侵权行为只是造成了加速个体死亡的结果,因此侵权行为人仅需要对加速死亡而造成的损害承担赔偿责任。但是,如果过失行为造成的个体死亡并没有先于其他可能造成该个体死亡原因的发生,那么被告无需为死亡承担责任。

在一些案件中,过失侵权行为受害人必须接受的治疗或手术加速了被侵权人受害情况的恶化。如果能够证明受害人情况恶化的原因并非是由治疗造成的,那么侵权行为人将承担情况恶化的责任,^②但是如果证据证明情况恶化也部分地基于治疗或手术的原因,那么受害人要想获得赔偿就必须证明:(1)他们因为侵权行为所造成的伤害或者损失要大于其因为其他最终原因而造成的损失;(2)他们遭受的疾病更多的还是因为被告的侵权行为造成的;或者(3)如果他们的病情不恶化也不会需要治疗或者手术。在这一类型的案件中,普通法院并没有简单地认定过失侵权行为就是造成原告人身伤害或者财产损失的原因。

其次,额外原因。两种充分原因相结合也会带来损害。例如,A与B均因过失而导致火灾,每一起火灾都可烧毁C的房屋,最终两起火灾共同烧毁C的房屋。在这种情况下,A与B将构成数个侵权行为人,并应当共同侵权的连带责任。而在其他一些案件中,充分原因并没有相结合但是却同时发生:例

^①Canada v Royce (1953) 257 P 2d 624.

^②Zumeris v Testa [1972] VR 839.

如,如果两个人同时因为疏忽而驾车出现意外而使受害人遭受致命的撞伤。这两个侵权行为人同样将承担责任。但是,如果只有一个充分原因是侵权行为的话,例如,某行人因为A车的撞击而飞落至无过错的B车上,并再次遭到B车的撞击,B车司机将无须承担侵权责任。

在实践中,额外原因通常发生在最初原因之后。如在 *Performance Cars Ltd v Abraham*^① 一案中,原告的汽车在两周内先后被不同的汽车撞击两次,而每一次撞击都是因为他人的过失。在第一次撞击之后,原告汽车的整个后保险杠都需要重新喷漆,喷漆费用为七十五英镑,但是原告还未进行喷漆时就遭受到第二次撞击。虽然第二次撞击在不同的位置,但是如果没有第一次撞击的话,原告的后保险杠也会因为第二次撞击而要重新喷漆。原告提起诉讼要求第二次撞击的司机(被告)除支付重新喷漆的费用外还要再额外支付七十五英镑用以赔偿第一次撞击的喷漆费用。因为第二次撞击并没有增加原告的喷漆费用,因此被告辩称其过失行为并不构成原告损害的必要原因。但是需要注意的是,如果法院认可被告的辩词,那么第一名司机也可以宣称其过失驾驶行为同样不构成原告损失的必要原因。最终法院判定赔偿费用由各方协商解决。

五、结 语

综上所述,笔者以实证研究方法对普通法系过失侵权行为进行了全面审视,依照过失侵权成立的三个要素,本文归纳了:(1)普通法系国家关于过失侵权行为的内涵、过失行为判定原则、个体实施过失行为的检验标准;(2)注意义务、注意义务的责任类别和责任范围、不同损害中的注意义务;以及(3)过失行为与被侵权行为人所受损害间的内在联系。需要注意的是,只有当前文提到的三个要素全部满足时,过失侵权才告成立。

《侵权责任法》不仅是我国民法典重要的组成部分,还是保护民事主体合法权益,明确侵权责任,预防并制裁侵权行为,促进社会和谐稳定的民事基本法律。随着我国生产力的不断发展,合理地处理过失侵权将变得尤为重要。普通法系过失侵权责任的判定技术已经在司法实践中历经锤炼,为许多有分歧的过失侵权问题提供了相应的解决办法。相信对于普通法系过失侵权问题的实证研究将会为我国司法从业人员进一步理解和适用我国的《侵权责任法》提供帮助,从而完善中国法律所保护的主体及方式。

参考文献:

- [1]王灏. 计算机病毒与民事侵权责任——以普通法过失侵权法原则解读计算机病毒案件[J]. 社会科学辑刊,2011(6):62-65.
- [2]FLEMING J. The law of torts [M]. Sydney: LBC Information Services, 1998:410-418.
- [3]丁春艳. 香港法律中医疗事故过失判定问题研究[J]. 法律与医学杂志,2017(2):102-115.
- [4]VOUT P. Torts [M]. Australia: Thomson Lawbook Co., 2009:35-58.
- [5]胡吕银. 论侵权法上的因果关系——兼评因果关系两分法[J]. 扬州大学学报:人文社会科学版,2001(5):55-59.
- [6]赵西巨. 英联邦国家医疗侵权诉讼中因果关系之证明及评价[J]. 证据科学,2009(3):288-304.
- [7]TRINDADE F, CANE P, LUNNEY M. The Law of torts in Australia [M]. Oxford: Oxford University Press, 2007:486-502.
- [8]韩疆. 民事侵权因果关系判断[N]. 人民法院报,2003-04-07(2).



(责任编辑 陶舒亚)

^①*Performance Cars Ltd v Abraham* [1962] 1 QB 33.