

doi:12.3969/j.issn.1672-0598.2011.05.011

论“侵害(trespass)”令状所体现的严格责任思想*

周中举

(四川省社会科学院 法学研究所,成都 610072)

摘要:英美法上的“侵害”(trespass)经历了久远的发展历程。“侵害”令状不考虑加害人过错,实质因其具有绝对责任性质,根本无需考虑过错;美国法上现代意义的严格责任往往与过错有关,其“不考虑过错”是相对的,不是绝对的。因此,早期英美侵权法“令状”制度不能等同于现代意义的严格责任。但从法的历史继承看,其不考虑过错而责令被告承担责任的归责形式与严格责任具有相似性,具备了严格责任的雏形,为严格责任的发展提供了基础。

关键词:侵权法;“侵害(trespass)”令状;严格责任;英美法系

中图分类号:F913 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-0598(2011)05-0075-09

一、“侵害(trespass)”令状的起源及发展

较早期的英国普通法,并没有对“犯罪”和“侵权(torts)”作出明确区分。法律意义上的“错误(wrong)”被分为两大类:“重罪(felonies)”和“非重罪其它错误”。需要承担刑罚(包括私人刑罚)的“错误”,属于“重罪”;其余的“非重罪其它错误”则统称为“侵害(trespases)”或者“逾矩(transgressions)”。按照十三世纪最著名的普通法大法官布莱克顿的说法就是,“虽然‘侵害’不是‘重罪’,但所有‘重罪’都有‘侵害’”。^[1]

“侵害”涵盖极广,分为“轻罪(misdemeanors)”和“侵权(torts)”。“侵权(torts)”实际上是个大杂烩,包括所有不属于“轻罪”的“侵害”。无论是“轻罪”,还是“侵权”,行为人都须对王室和被受害人支付一定数额的赔款。

普通法上的民事责任起源于——侵害(tres-

pass),其发展演变经历了相当长的过程。法官造法已是普通法的共识,但在古代英国,情形则完全不同。1066年诺曼底公爵征服英格兰以前,英国并没有建立统一的王室法院系统,更没有全国统一的法律。诺曼底公爵征服英格兰后,英国有了王室法院,但是为了缓和与被征服者的矛盾,征服者公开宣布保留盎格鲁—撒克逊人原有的习惯法,处理民事纠纷基本上仍依循旧制,由各地地方法院处理。地方法院纷繁芜杂,诺曼底公爵征服时期,英国地方性法院有四种,分别是乡村的里法院(the hundred courts)、郡法院(the shire counts),城市的镇区法院(the borough courts),以及贵族领地法院(the seigniorial courts)。尽管存在这些法院,但却并没有现代意义的法官,在法院承担处理民间纠纷任务的都是一些平常人(称作“suitors”)。这些法院在各自的权限范围内处理各种民事“侵害”纠纷,程序各异,但处理纠纷的依据不是法

* [收稿日期]2011-06-15

[作者简介]周中举(1976—),男,法学博士,四川省社会科学院法学研究所,助理研究员。

律,而是各地的地方习俗。除了上述世俗法院,教会法院也会处理部分民事纠纷,它们或以罗马法为依据,或依教规,殊不统一。

英国的法律统一运动始于国王亨利二世在位期间(1154-1189年),他通过一系列动作——主要是独特的开审令状制度(writs),扩大了王室法院的审判权。开审令状实际上是大法官签署的,由王室法院取代地方法院获得审判权的法律文件。有了这种令状,当事人就可以绕开地方法院,直接向王室法院告状。令状实行类型法定主义,当事人只能申请令状目录中已有的令状类型。大约在1250年前后,“侵害(trespass)”作为一种独立的令状形式开始出现。^[2]

王室法院获得民事“侵害”诉讼裁判权,它同时涵盖了“轻罪(misdemeanors,属于对公共安宁的侵害)”和“侵权(torts)”,其发展过程大致如下:

最初,王室法院只对扰乱公共安宁的民事侵害(既涉及“轻罪”,也包括“侵权”)有管辖权,其根本目的是为了维护社会公共秩序。而人身攻击(assault and battery)、偷盗、擅自进入他人土地等案件原则上不属于所谓的侵扰公共安宁案件(peace of the king),不具有对公众侵害的特征,应归入对个体的“侵权(torts)”范畴,本应由地方法院管辖。为了使王室法院能够管辖,原告在诉称被告侵害自己权利的同时诉称其侵扰公共安宁。王室法院本来只对第二个诉因有管辖权,但由于二者属于同一诉讼,王室法院因而也取得前一个诉因的管辖权。如果原告诉讼理由成立,王室法院可以判决被告对原告承担赔偿责任,同时向王室支付一定数额的罚款。当然,那些根本没有扰乱公共安宁的“侵害”,原则上仍由地方法院管辖。

对原告来说,由王室法院管辖有两个优点:一是王室法院的判决比地方法院要公平公正;二是由于王权的介入,判决更容易得到履行。基于这个原因,实践中原告很快找到一种诉讼技巧,使得原本没有扰乱公共安宁的“侵害”诉讼,也可以绕开地方法院而由王室法院管辖。他们的具体做法是:提起诉讼时,也诉称公共安宁受到侵扰。尽管

这种诉称十有八九站不住脚,但王室法院根本不审查其真实性,只要原告有诉,法院就取得整个案件的管辖权。

上述诉讼技巧的广泛运用,使“侵害”令状诉讼获得极大的发展,到14世纪末,王室法院已经开始直接受理那些没有诉称扰乱公共安宁的侵害纠纷了。司法实践中的“侵害”令状逐渐分化为有名侵害令状(the nominate trespass actions)和无名侵害令状(the innominate trespass actions)两大类。

有名侵害令状主要有三类:对人侵害(trespass vi et armis)、对不动产侵害(trespass quare clausum fregit)以及对动产侵害(trespass de bonis asportatis)。其中对人侵害具体又包括“攻击(assault)”、“以接触方式伤害他人身体(battery)”、“非法限制他人自由(false imprisonment)”三种情况。

这些令状的要求很严格,只适用于有限的事实情形。原告以上述三种令状提起诉讼,通常需要证明被告对其人身或者财产有直接接触侵犯,并且说服法院这种侵犯是出于故意。如果原告不能证明被告出于故意,他则需要证明自己承受了某种实际损失。^[3]无论被告是否属于故意,直接接触侵害(a physical contact)都是有名侵害令状的基本要件(trespass 语词本身即含有接触侵犯的意思)。

严格执行有名侵害令状,在司法实践中遇到了公正性难题。例如,某甲依公路建房,在搬运横梁时不小心跌了一跤,横梁滚落,恰好砸到路人某乙的头上,致其受伤。在这种情况下,某乙很容易以对人侵害诉讼获得赔偿。由于存在直接接触侵犯,且被告受到实际伤害,原告是否故意,或者存在过失(negligence),都无关紧要。我们不妨再作另一个假设:假如路人某丙从房边公路经过时,被跌落的横梁绊了一跤,头部撞到横梁上。这样一来,某丙受到的伤害与某乙一样了。但是,他却找不到合适的有名侵害令状寻求赔偿,因为甲没有直接接触侵害他。尽管丙的受伤缘于跌落路边的横梁,但在他跌跤前,横梁已经落在地面了。至于甲是否存在过失,比如他既没有及时移走横梁,也

没有设置警告标识,法院不会考虑,即使丙在被绊倒时毫无过失。

丙和乙受到的伤害相同,原因也是一样——掉落的横梁,但是,结果却大相径庭,倒霉的丙永远也不能理解为什么乙能轻易获得赔偿而自己却不能,因为在他看来,这两个纠纷中,唯一的不同的是乙被横梁撞到头部,而自己则是跌头撞到横梁。

与上述假设类似的纠纷在13、14世纪的英国并不鲜见。一方面,因被告行为而直接受害的原告轻易得到赔偿,而另一方面受他人行为间接伤害的当事人只能自认倒霉。这种明显的结果不正义最终催生了另一种侵害令状——无名侵害令状,以便在不是直接侵害情形下被适用。

无名侵害令状专门适用于原告受有伤害,但被告不能够按既有的有名侵害令状向王室法院提起诉讼的情形(主要是不存在被告对原告直接接触侵犯)。无名侵害令状的最初名称是“个案类似侵害(trespass in a similar case)”,所谓“个案”,意思是指这些令状并不像有名侵权令状那样具有固定的形式并针对某类案件适用,而是根据个案的特殊情况要求法院以与之类似“侵害”令状处理。这个名称实际上名不副实,因为这些间接侵害并不具有“trespass”的基本特征——被告对原告的“直接接触”。不管名称如何,但毕竟能够为当事人的权利保护提供新的渠道,律师们迅速认同了这一新令状。针对名不副实的问题,一些律师逐渐将“个案类似侵害(trespass in a similar case)”改称为“个案诉讼(the action on the case)”,进而直接简称为“case”——是现代过失侵权损害之诉的前身,以示和“trespass”相

区别。^①

无名侵害令状 case 的出现,使得上例中倒霉的丙获得了在王室法院的诉权。但是,这并不意味着他的赔偿诉求一定能获得法院支持。由于没有“直接接触侵害”,他必须提供其它理由,说服法院自己要求被告承担赔偿责任是正当的。于是,按社会共同体公认的标准对被告行为进行评价——非法(illegality)或者过错(fault),开始进入控辩视野,它们成了原告证明起诉具有正当性,从而获得法院支持判决的最重要的理由。非法或者过错,既可能属于故意,也可能出自过失。如果是过失,则基本上相当于现代侵权法所说的“negligence”。当然,“negligence”是“非常现代”的概念,其在侵权法中的显赫地位是19世纪后半叶才得以建立的,在古典令状时期,类似的观念确实是不存在于直接接触侵害诉讼中。可以肯定的是,过失最初在间接侵害(case)案中被提出时,根本没有想到它会在当今产生如此大的影响。但毫无疑问的是,在早期缺乏直接侵害的要件的那类案子(case)中,过失就已在这些案子中充当了承担责任的基础。^[4]

由于无名侵害令状没有固定形式,个案区别对待使其具有很大的弹性和包容性,法院因而可以根据社会情势的发展调整受理的范围。在美国,“trespass”和“case”并存的侵害令状制度一直持续到19世纪现代过失责任理论的兴起。而在英国,直到1959年,原告以古老的“trespass”(不必证明被告存在过失)提起诉讼,在法律上仍是可能的。^[5]

上述对侵害令状制度发展轨迹的梳理采取了

① 无名侵害令状究竟始于何时?英美法律学者一直有争论。过去学术界通常认为,1285年的“威斯敏斯特二世法令”的第24章授予了大法官法院(Chancery)签发case令状的权力(此时大法官法院尚未成为与普通法院相分离的衡平法院,但它在处理案件时拥有不受普通法规则限制的权力)。后来有学者认为,case令状是有名侵害令状自然扩张的结果,尽管case这个概念知道1370年才出现。参见Frederick G. Kempin, note 1, p186-87.

需要指出的是,古代英国普通法体系庞杂,维系法律统一的“遵循先例制度”也远未成熟(“也会查阅先例,但很少遵循”,参见Frederick G. Kempin, note 1, p103),侵权法则更加芜杂,它在19世纪末才成为一个相对独立的法律部门。在这种情况下,像本文这样试图以有限篇幅厘清其演变轨迹,只能够攫其精要,难及全貌。Frederick G. Kempin考证,case的发展演变实际上非常复杂,在王室法院直接受理未诉称侵权公共安宁的“纯粹”民事侵权纠纷时,case一度专指此类案件,而trespass则专指同时诉称侵权公共安宁的侵害纠纷。只是随着时代发展和法律技术的进步,到18世纪,trespass开始专指“直接侵害”,而case则指非直接侵害。参见Frederick G. Kempin, note 1, p188-89.

删繁就简的方式,反映的是其最核心的内容,而并未对侵害令状制度深入详细的展开研究。实际上,其发展轨迹要复杂得多,司法实践中有名令状“trespass”和无名令状“case”之间的区分也没有这样清晰。

二、“侵害”令状体现的归责原则

美国法学界对“侵害”令状诉讼体现的归责原则长期存在争论。

对“侵害”令状归责原则最先作出系统总结的霍尔姆斯起先认为(1873年)，“侵害”令状体现的归责原则包括三种情况:一是绝对责任,不论被告的行为是否具有“应受责难性(culpability)”,他都要担责,比如水坝溃决侵害令状、脱逃的野性动物伤人等;二是故意侵权责任,如人身攻击(assault)、欺诈等,“应受责难性”是被告担责的前提,但一般情况下,故意本身即构成“应受责难性”;三是过失责任(negligence)，“应受责难性”是被告承担赔偿责任的核心,但与故意侵权责任不同,法院在认定被告是否存在“应受责难性”时,考虑的不是他的主观心理状态,而是从社会实用价值(social utility)角度对其行为进行综合评估。^[6]但是仅仅几年后,霍尔姆斯在其影响深远的《普通法》中就改变了原先的观点(1881年),认为绝对责任从未在“侵害”令状诉讼中真正存在过,过错(fault)一直是侵权责任的前提条件。^{①[7]}霍尔姆斯认为,所谓绝对责任,只是针对“愚蠢及粗心者”存在,因为“法律在认定‘可责难性’时,参照的是具有一般智识和谨慎者的心智标准。”^[8]对于不幸的“愚蠢及粗心”者,即使其主观上没有“可责难性”,也要为自己的愚蠢及粗心行为承担责任。这实际上是判定过错的标准发生了变化。

霍尔姆斯的“侵害”令状过错责任原则,在当时即受到一些学者的质疑。维格莫尔(John Wig-

more)认为,早期侵害令状贯彻的是严格责任,并不考虑行为人的主观心理状态,是否故意、是否疏忽,结果都是一样的,只是到了十七世纪以后,受1617年Weaver v. Ward案的影响(对于本案,后文将有详细论述),过错才逐渐为法院所考虑。^[9]当时的另一位著名侵权法学者艾莫斯(James Ames)也持有同样观点,他认为,早年法院考虑的问题非常简单,即“被告有没有做导致原告损害的实际行为”即可;而不像现在这样,除了一些特定情况出于公共政策考虑以外(即严格责任),还会继续追问“行为是不是具有可指责性(blameworthy)”。艾莫斯认为,以“合理行为”这个伦理标准,取代无关道德的“个人自担行为风险(acting at one's peril)”责任标准,是晚近才出现的。^[10]著名的英国法律史学者霍尔兹沃思(William Holdsworth)也认为,中世纪的英国法院在处理侵权案例时采取的是严格责任原则,侵害令状的“一般原则是,个人必须对其行为造成的他人的损害承担责任,只要它在形式上符合法律认可的令状类型之一,而不问侵害是出于故意,还是过失,或者纯属偶然。”“法律无意探究行为人的主观意图,‘过失’的概念基本上不存在,个人自担行为风险。”^[11]

当然,在20世纪初也有学者支持霍尔姆斯的观点。如英国侵权法学者温菲尔德(Percy Winfield)认为绝对责任实际上只是一个幻觉,“即使追溯到盎格鲁—撒克逊时代,也不存在绝对责任原则,因为责任总是受到一些重要限制,而这些限制无不和行为人的‘过错’存在这样那样的关系。”^②

19世纪末20世纪初学术界之所以在“侵害”令状归责原则上产生分歧,最重要的原因是普通法在19世纪前本身缺乏内在统一性。众所周知,大陆法通过成文法的文本逻辑维持法律的内在统

① 霍尔姆斯的“过错”分为两类:严格意义上的“故意”以及宽泛意义上的“过失”。

② 英国普通法的案例编撰始于1268年,在此之前,普通法并无查询先例的传统。早期的案例汇编(称为“the Year Books”)由律师完成,主要收集他们及其学生们对既定案件的注释,并无官方认证,也无固定形式,涵盖的案例也有限。直到15世纪,案例汇编才开始变得比较专业和统一,但仍然属于民间性质。针对民间案例汇编的繁琐芜杂问题,15世纪末,内容精炼、体系严密的案例精编(Abridgements)开始出现,并逐渐取代前者成为案例编撰的形式。1535年,the Year Books退出历史舞台。

一完整,在普通法,实现法律统一的主要工具则是“遵循先例规则(the doctrine of stare decisis)”。法律职业者分析解构先例,从中找出隐藏的规则、原则,作为分析未来情况的工具。不过,“遵循先例”成为严格的法律适用规则是19世纪后才有的事。^[12]尽管普通法审察先例的历史可以追溯到专业法官法院(即王室法院)成立之时,但对于这些中世纪的普通法法官来说,他们审阅既往案例,不是因为受到这些案例约束,而是为了从这些既往案例中获得启发,以使自己的判决结果符合推理。案件实体问题在当时似乎并不重要,法院判决也不会提及不同法官之间对实体问题的可能争论,法庭上的争论对象仅限于令状形式和程序。个案判决追求自身推理适当,法院对在类似案件中建立清晰统一的归责原则不感兴趣,法官甚至根本不会去考虑这个问题。

缺乏内在统一性在侵权法上表现更为突出。侵权法在19世纪后期才被以霍尔姆斯为代表的法律学者归纳统一为一个独立的部门法^①,在此之前,侵权(tort)基本上和错误(wrong)同义,“trespass”和“case”令状涵盖了所有的非契约错误的民事责任,内容上的芜杂无疑使法律不统一问题更加严重。

除了法律本身的不统一以外,19世纪末20世纪初,法律学者能够获得的历史案例资料相对零散,这也使得不同学者由于掌握的历史资料不同而产生不同的观点。^②随着法律史研究的深入,完整的历史案例资料逐渐被整理出来,学术界的分歧也开始缩小。尽管还存在一些不同意见,但自上世纪中叶以来,主流观点一般认为:侵害令

状的归责原则以“严格责任”为主导,过错责任为辅,从“严格责任”主导向过错责任主导转变发生在19世纪,其主要原因是为了满足工业发展的需要。^{[13]③}

(一) 过错在“trespass”和“case”令状诉讼中的作用

1. 过错在有名侵害令状(trespass)诉讼中的作用

如前文所述,有名侵害令状“trespass”分为三类:对人侵害、对不动产侵害和对动产侵害,后两种侵害令状主要针对的是对他人财产占有权的侵扰。对不动产侵害(trespass quare clausum fregit)的字面意思是“突破不动产边界(breaching the close)”,主要包括未经准许私自进入他人领地、置放物品于他人领地等;对动产侵害(trespass de bonis asportatis)的字面意思是“擅动他人动产(taking the goods)”,一般包括擅自拿走别人动产、擅自使用他人动产、在他人财产上划痕等。这两种侵害令状都属于“自足型诉讼(per se)”,原告只需指明侵权事实存在即可(是不是受到实际损害在所不问),不必提供进一步的其它证据,因而通说认为其属于严格责任。^④

学术界有分歧的是对人侵害令状(trespass vi et armis),而产生这种分歧的重要原因是1617年的Weaver v. Ward案。在此之前,被告能够成功对抗原告诉讼请求的抗辩理由一般只有“没有罪过(not guilty)”。^[14]但此时的“没有罪过”指的是“没有侵权行为事实(即I did not do it)”,并没有对行为进行道德伦理评价的意思,因此一般认为

① 在此之前,库克(Edward Coke)和布莱克斯顿(William Blackstone)的“普通法评论”(普通法早期最著名的两部学术著作,分别出版于17世纪初和18世纪中叶),都没有将“侵权(tort)”作为一个独立的法律部门。

② 持不同意见的主要有英国法律史学者贝克(J. H. Baker),他认为霍尔姆斯的观点是正确的,“虽然过失不是‘有名对人侵害令状(trespass vi et armis)’正式考虑的一个因素,但是,实际情况很有可能是这样的,即只有行为人‘应受责难’,他才被认为有‘侵害罪过(guilty of a trespass)’”,而这里的‘应受责难’有两层含义:首先,它的行为导致被告受损;其次,如果他足够谨慎,损害本可以避免。看不出法院在trespass和case上有不同的标准,因为无论是哪种令状,被告是否有‘可责难性’都是由陪审团决定的。”J. H. Baker, *An Introduction to Legal History*, 459 (3d ed. 1990). 同时,需要指出的是此处严格责任不同于现代意义的严格责任,更多地类似于绝对责任。

③ 以今天的眼光看,这两类侵害令状更应该归属在财产法名下,而不是侵权法。但在当时,torts涵盖了一切非因契约产生的民事责任。

④ 原告在起诉时为了使诉讼理由更充分,常常也会举证证明被告存在过错,但这种举证并不是必需的。

贯彻的是严格责任原则。^[15]

Weaver v. Ward 案的基本情况是:原告 Weaver 和被告 Ward 都是训练有素的士兵,在一次例行练习时,被告意外触动了滑膛枪的扳机,结果导致原告受伤。原告以“assault(攻击)”令状提起诉讼,被告则辩称误击背离自己本意,纯属偶然和不幸。法院没有支持被告的抗辩,而判决支持原告,理由是“任何人的侵害(trespass)赔偿责任都不应该被豁免,……除非能够证明侵害完全和他的过错(utterly without the defendant's fault)无关。”^[16]

如前文所述,在绝大多数侵害令状的判决中,法院着重的是个案推理,对总结一般的归责原则并无兴趣,Weaver v. Ward 案指明这种一般性的判决理由算是一个例外。也正是这条“例外”的一般性归责原则,引起了后世研究者的争论。严格责任主义者认为它反映的是绝对责任归责思想,因为它的核心内容是“任何人的侵害(trespass)赔偿责任都不应该被豁免”。

而过错责任主义者认为判决反映的是过错责任归责原则,他们的依据是这句话的后半部分“除非能够证明侵害完全和他的过错无关”。他们常常一并列举判决书紧随这句话后的一段表述作为理由:被告的抗辩,“似乎是像一个人辩称是他人强行拉着自己的手打了自己;或者说在本案中他自己无意中触动扳机时,原告恰好跑到他的枪口下;或者直接向法院声称这种走火事故是不可避免的(inevitable),自己对于伤害的发生没有任何过失(no negligence)。”^①法院不认为被告的“偶然和不幸、背离自己本意”抗辩能够和这些抗辩相提并论,言外之意是如果被告能提出这些抗辩,他是可以免责的。基于这个原因,过错责任主义者认为,本案判决表明“不可避免(inevitable)、无过失(no negligence)”是有效的免责抗辩,过错实际上是侵害人承担责任的前提。^[17]

过错责任主义者的理由表面上看似乎能够站得住脚,不过,实际情况并不是这样简单。Weaver v. Ward 案判决在使用“过错”、“不可避免”、“过

失”等语词时非常随意,并没有解释它们的具体含义,将它们和现代侵权法上的“过错”、“过失”等语词等同起来,是不合适的。^[18]要搞清楚 trespass 令状的归责原则,单凭 Weaver v. Ward 案判决中的只言片语是不科学的。那么,Weaver v. Ward 案到底反映的是什么归责原则呢?为了搞清楚这个问题,我们不妨先看一下 150 多年后的另一个著名 trespass 案例:Scott v. Shepherd 案(1773 年)。

Scott v. Shepherd 案是普通法侵害令状诉讼的另一个著名案例,它的基本情况是:被告 Shepherd 向拥挤的市场扔了一只鞭炮,鞭炮落在 Willis 旁边,为了保护自己,Willis 捡起燃烧的鞭炮扔往它处,这次鞭炮落到 Ryal 边,与 Willis 一样,Ryal 也将快要爆炸的鞭炮扔到别处,在它落到原告 Scott 附近时爆炸了,Scott 的脸被炸伤。Scott 以“battery(以接触方式伤害他人身体)”令状提起诉讼,但他选择始作俑者 Shepherd 作为被告,而撇开了传递者 Willis 和 Ryal。^[19]

法官布莱克斯顿(Blackstone)认为:对于被告 Shepherd 的扔鞭炮行为来说,原告受到的伤害属于间接伤害,而不是直接伤害,因而不能够以 trespass 令状提起诉讼;如果他以 trespass 提起诉讼,合适的被告是直接扔鞭炮到他附近的 Ryal,是 Ryal 的行为,而不是 Shepherd 的行为,直接导致了原告的伤害。但多数法官不同意布莱克斯顿的意见,他们认为 Shepherd 是导致这一悲剧的唯一原因,Willis 和 Ryal 的行为是出于保护自身安全的不得已之举。法院最终支持了原告的诉讼请求。

Scott v. Shepherd 案是侵害令状归责思想转变的一个标志性案例,它在“遵循先例规则”于 18 世纪末 19 世纪初逐渐确立后被很多后来判决所引用。布莱克斯顿法官的观点代表了既往,而其他法官支持下的最终判决则引领了未来。按照布莱克斯顿法官的观点,如果原告以 Ryal 作为被告提起 trespass 诉讼,他是可以胜诉的,尽管案件事实清楚表明 Ryal 并没有过失,他扔出要爆炸的鞭

① 如果套用现代侵权法理论,这种归责原则属于过错责任的特殊形式——过错推定责任。

炮的行为是“不可避免的”。从 *Scott v. Shepherd* 案我们基本上可以得出结论:尽管 150 多年前的 *Weaver v. Ward* 案提到了“不可避免(inevitable)、无过失(no negligence)”等免责抗辩,但在司法实践中,直到 *Scott v. Shepherd* 案,没有过错一般情况下仍然不能使被告免除责任。

从以上分析,我们可以看出,过错在有名侵害令状(trespass)中的案件判决中几乎不起作用,反应了侵害令状的归责原则以严格责任为主的特征。

2. 过错在无名侵害令状(case)诉讼中的作用

如前文所述,无名侵害令状“case”的出现,在很大程度上是为了解决形式上不能满足“trespass”令状要求的侵权行为受害人的赔偿权问题。自出现时起,“case”令状对形式的要求就比“trespass”令状弱,而法官拥有的自由裁决权则比“trespass”令状诉讼大。原告为了证明自己诉求的合理性,往往举出被告存在过错的证据,以打动法官支持自己的诉求。

到了 18 世纪,过错(包括故意和过失)逐渐成为法院处理 case 令状时考虑的一个至关重要的因素。原告需要证明被告存在过错,如果陪审团不认可,即使存在被告行为导致原告受损的事实,前者也无需承担责任。^[20]

试举交通事故为例。假设两辆马车在行驶过程中发生碰撞,原告的马被被告的车轴刺伤。在这种情况下,如果原告以“trespass”令状提起诉讼,他需要证明是被告的车轴“主动”刺着他的马。如果事实是马“主动”撞到被告的车轴上,原告则只能以“case”令状提起诉讼,这时候他就需要证明被告存在过错了。

但是,也并不是所有的“case”令状都以过错为要件。以“case”令状提起的滋扰诉讼(“nuisance”是对他人不动产所有权的侵扰)、擅自移拿他人财产诉讼等,贯彻的都是严格责任原则,原告只需证明存在侵权事实即可,不必再举证证明被告存在过错。^[21]

(二)绝对形式主义体现的严格责任思想

侵害令状诉讼实行的是绝对形式主义,无论原告还是被告,他们只有选择符合要求的诉讼形

式才有可能获得法院支持。诉讼当事人一旦选择了错误的诉讼形式,他就要承担败诉不利后果,而不能重新选择正确的诉讼形式继续诉讼。这种绝对的形式主义,实际上也变相体现了严格责任的思想,因为决定诉讼结果的是诉讼形式,而不管行为入是否有过错。侵害令状诉讼的绝对形式主义体现在两个方面:一是令状类型的严格形式主义,二是抗辩类型的严格形式主义。

1. 令状类型的严格形式主义

原告以侵害令状提起诉讼,首先需要在 trespass 和 case 这两种令状之间做出选择。如果他选择了错误的令状形式,法院会直接驳回其起诉,并且告诉他:如果他的律师选择了另外一种正确的令状形式起诉,他的赔偿请求极有可能得到支持。但是法院不允许他另行起诉。为了说明这一点,我们不妨比较一下 1695 年的 *Gibbons v. Pepper* 案和 1676 年的 *Mitchil v. Alestree* 案。

Gibbons v. Pepper 案中,被告的马突然发狂奔,将原告碾压致伤。原告以 trespass 提起诉讼(“battery”,直接接触攻击),要求被告赔偿。被告辩称自己“没有罪过(not guilty)”——即没有实施 battery 行为,陪审团认可了被告的抗辩,判决原告败诉。

Mitchil v. Alestree 案的案情也是被告的马碾压了原告,但原告以 case 令状提起诉讼,并且成功说服陪审团在当时情况下被告存在过错。结果法院支持了原告的赔偿请求。案情一样的两个案子,由于原告选取了不同的令状形式,导致结果迥然不同,这足以说明形式在侵害令状诉讼中的极端重要性。*Mitchil v. Alestree* 案中,原告胜诉的一个重要因素是他成功证明了被告存在过错,但是这种过错证明只有在 case 令状诉讼中才能起作用,*Gibbons v. Pepper* 案中,被告对于马发狂奔也有可能存在过错,但是由于他选择了 trespass 令状提起诉讼,这种过错举证就毫无意义了。

有学者认为,侵害令状的类型之所以采取严格形式主义,很有可能基于这样的考虑,即:任何伤害都有可能是复数原因造成的,在直接伤害诉讼中(即 trespass),被告显而易见是造成伤害的主要原因,法院采用简单诉讼程式,追究其严格责

任,不会担心因惩罚他而放纵了其他可能的被告(因为他们本来就是次要原因);而在间接伤害诉讼中(即 case),被告可能只是造成伤害事故的众多原因之一,为了防止轻率惩罚他而放纵了其他更应该受到惩罚的被告,法院需要采用相对复杂的诉讼程式。^[22]如果事实情况真是如此,则说明 case 令状中的过错举证,主要目的是为了防止惩罚了没有过错的事故责任人,而放纵了有过错的更应受到惩罚的加害人。也就是说,法院认为有过错者相对于无过错者更应受到惩罚,而不是没有过错就不必承担责任。

2. 抗辩类型的严格形式主义

侵害令状诉讼的抗辩也实行严格形式主义,一旦被告选择了某种抗辩形式,他就必须沿着这条道路走下去,不能中途更改。在原告向法院诉称支持自己主张的案件事实后,被告有两种抗辩选择:声辩(plead in response)或者异议(demur)。“异议”指的是被告对原告起诉的令状类型的异议,即被告认为,原告提供的案件事实不能完全满足其选择起诉的令状的所有要件,即使原告有充分证据证明案件事实,但按照其选择的令状类型,他不能获得支持判决。如果被告选择声辩,则意味着其对原告提起诉讼的令状类型没有异议,但提出抗辩理由否认自己的责任。声辩又分为两种情况:完全否认(a denial)或者特别申辩(a special plea)。在前者,被告完全否认案件事实,在司法实践中通常称为“没有罪过(not guilty)”,即自己没有实施原告诉称的侵害行为。针对被告的“完全否认”抗辩,原告须向陪审团提供全部案件事实,供其裁决。如果被告选择特别申辩进行抗辩,他需要提供新的证据,证明即使原告诉称的事实存在,他仍然应该得到豁免判决。^[22]

如果被告申辩“侵权行为不是自己,而是第三人所为”,但他没有选择“完全否认”抗辩,而是“错误”地选择了“特别申辩”,则他就要承担败诉的结果。在 1810 年的 Milman v. Dolwell 案中,^[23]原告诉称,被告解开了他锚泊在泰晤士河上的驳船,导致船受损。被告以“完全否认”形式提出抗辩,但接着又试图举证:他移开原告驳船,是因为该船因河面结冰和另外一艘船冻在一起,

他得到授权将原告的船移到相对安全地点,以免两船相撞。但法院没有采纳他的证据,因为它认为被告不能在“完全否认”格式下提出这种属于特别抗辩的证据。

同样,如果被告提出的抗辩理由属于“特别申辩”,而他“错误”地选择了“完全否认”,他也要承担败诉的不利后果。1842 年的 Hall v. Fearnley 案中,^[24]被告的车子撞到了原告(行人),被告以“完全否认(not guilty)”形式抗辩,但提供的证据却是“导致原告被撞的唯一原因,是因为在被告驾车经过时,原告从路边横穿道路”。法院判决原告胜诉,理由是:这种证据不能用来支持“完全否认”抗辩,而是应该作为“特别申辩”提出。

令状制度的严格形式主义使辩诉程序等同于实体内容,以今天的眼光看,上述两个案例中被告提出的抗辩理由都属于“没有过错”,法院以抗辩形式不符合要求不予采纳,表明法院在决定被告是否承担责任时,过错并不是它们考虑的关键因素。

[参考文献]

- [1] Frederick G. Kempin, Historical Introduction to Anglo-American Law[M]. West Group, 1990, at 183.
- [2] Id, at 184.
- [3] Charles O. Gregory, Trespass to Negligence to Absolute Liability[J]. Virginia Law Review, Vol. 37 (1951), No. 3, at 362.
- [4] Charles O. Gregory, note 3[Z]. 364.
- [5] Frederick G. Kempin, note 1[Z]. at 192.
- [6] O. W. Holmes, The Theory of Torts[J]. 7 Am. L. Rev. at 659.
- [7] Holmes, The Common Law (1881) [J]. at 89. Id, at 108.
- [8] John Henry Wigmore, Responsibility for Tortious Acts: Its History[J] Part III, 7 HARV. L. REV. 441, 442-443 (1894).
- [9] James Barr Ames, Law and Morals[J]. 22 HARV. L. REV. at 99 (1908).
- [10] William Holdsworth, A History of English Law[M]. at 375 (5th ed. 1942).
- [11] Percy H. Winfield, The Myth of Absolute Liability [M]. 42 L. Q. REV. 37, 44-51 (1926).

- [12] Frederick G. Kempin, note 1[Z]. at 186.
- [13] Frederick G. Kempin, note 1, at 192, and Stephen Judge, *Business Law*, 法律出版社, 2003:105-106.
- [14] Frederick G. Kempin, note 1[Z]. at 188.
- [15] Hobart 134, 80 Eng[Z]. Rep. 284 (K. B. 1616).
- [16] C. H. S. Fifoot, *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract*[M]. 1990-91, (1949).
- [17] C. H. S. Fifoot, note 22[Z]. at 91.
- [18] 维基百科: http://en.wikipedia.org/wiki/Scott_v_Sheperd[EB/OL].
- [19] Frederick G. Kempin, note 1[Z]. at 191.
- [20] Morton Horwitz, *The Transformation of American Law* [M]. 1780-1860, at 90(1977), and Id, at 192.
- [21] Mark Grady, *The Negligence Dualism*, UCLA School of Law [R]. Law-Econ Research Paper, No. 09- 02, note 106.
- [22] Morris S. Arnold, *Accident, Mistake, and Rules of Liability in the Fourteenth-Century Law of Torts*[J]. 128 U. PA. L. REV. at 7.
- [23] *Molman v. Dolwell*, 2 Camp. 378, 170 Eng. Rep [Z]. 1190(1810).
- [24] *Hall v. Fearnley*, 3 Q. B. 919, 114 Eng. Rep[Z]. 761 (Q. B. 1842).

(责任编辑:杨睿)

On Strict Responsibility Ideas Embodied by Trespass

ZHOU Zhong-ju

(*Law Institute, Sichuan Academy of Social Science, Chengdu 610072, China*)

Abstract: The trespass in the law of the United Kingdom and the United States underwent a long development process. The trespass does not consider the fault of an inflictor (the party causing injury), and its essence is that the inflictor takes absolute responsibility and is not needed to consider his fault. In modern meaning of the law of the United States, strict responsibility is always related to the fault, that the fault is not considered is relative but is not absolute. Thus, the early trespass system of the United Kingdom and the United States is not equal to strict responsibility in modern meaning, however, from perspective of the historic inheritance of the law, its liability criterion by not considering fault but ordering the defender to take the responsibility has similarity to strict responsibility, possesses the primitive form of strict responsibility and provides the basis for the development of strict responsibility.

Key words: infringing law; trespass; strict responsibility; the law system of the United Kingdom and the United States