

# 民事 侵權法 概論

John G. Fleming 著

何美歡 譯

作者 John G. Fleming 教授是民事侵權法的權威，飲譽於各實施普通法的國家。他站得高，望得遠，「見林亦見木」。本書委實是一本難得的法學著作。

國際統一書號 (ISBN) 962-201-530-1

Printed in Hong Kong



中文大學出版社

THE CHINESE UNIVERSITY PRESS

# 民事侵權法概論

John G. Fleming 著

何美歡 譯



中文大學出版社

PDG

獲英國牛津大學出版社授權，譯自該社出版之 *An Introduction to the Law of Torts* (2nd edition)。

Originally published in English by Oxford University Press  
under the title *An Introduction to the Law of Torts*, 2nd edition.

© John G. Fleming 1985

© 香港中文大學 1992

本書版權為香港中文大學所有。除獲香港中文大學書面允許外，不得在任何地區，以任何方式，任何文字翻印、仿製或轉載本書文字或圖表。

國際統一書號 (ISBN) : 962-201-530-1

出版：中文大學出版社

香港中文大學·香港 新界 沙田

承印：南峰印刷有限公司

香港黃竹坑香葉道怡達工業大廈

**An Introduction to the Law of Torts**

By John G. Fleming

Translated by Betty Ho

© The Chinese University of Hong Kong, 1992

All Rights Reserved.

ISBN: 962-201-530-1

Published by The Chinese University Press,  
Shatin, N. T., Hong Kong

Printed in Hong Kong



# 序

這套叢書有個早就言明的目標，就是向下列讀者論述有關的課題：初次接觸這個課題的人，不論是法學學生，還是一般受過教育的、意圖就一項重要的法律課題尋找指示的公眾。我對這一版和對前一版抱着一致的態度，要切實達到這個目標。本書的課題從最闊的角度看，是研究對意外受害者的補償公策。民事侵權法在這方面雖然與以往不同，但仍扮演着重要的角色；今日民事侵權法的角色是與社會保障、補償系統及私人保險相配合。

我寫這本書時，力圖用批判的眼光來探討民事侵權法在現代福利社會所扮演的角色。評述的重點是這項法律的演變——我們從哪裏來？現在在哪裏？未來的展望又怎麼樣？有兩章特別沿著這樣的探索路線：第一章（「民事侵權法的任務」）向讀者介紹民事侵權法內的重大的「意識形態」問題（過失義務還是不論過失義務？），這是了解接着的疏忽及嚴格義務的剖析的要訣；第九章（「民事侵權法還是補償」）提出這個問題：在現代環境運用的民事侵權法在實施意外補償公策中發揮多大作用？相比較的是民事侵權法的對手——工傷補償系統、交通意外補償系統，及誠如新西蘭自1974年所實施的一般意外的補償系統。

相關連的課題是：民事侵權法由於受到社會觀念及制度改變（如義務保險）的影響而產生的變化。民事侵權法「條規」的短暫性，一方面表揚法庭在原則連貫性的表面下改進的成就，另一方面亦表

揚普通法程序的極高實用性質。我試圖以強調這項因素來避免典型法學教科書把法律凍結在某時刻的模式。

總之，本書不是現行學生課本的簡篇；不是在範圍以內包羅萬象，鉅細不遺；我希望讀者不但能了解枝節，並能看到全貌。本書雖然主要寫給英國讀者，但為了充實內容，吸引更多廣泛的讀者，也引用了由美國及英聯邦抽出的法律概念作為比較。

J. F.

柏克萊

1985年4月



# 目 錄

序	vii
第一章 民事侵權法的任務	1
一、早期的法律：刑事罪行、侵權行為、侵犯	1
二、工業革命及經濟自由主義的興起	2
三、沒有過失沒有義務	4
四、損失分攤	5
五、民事侵權義務的經濟負擔	7
六、過失這個概念的侵蝕	8
七、民事侵權法及福利社會	12
第二章 疏忽	17
第三章 謹慎標準	21
一、明理人	21
二、不合理風險	25
第四章 謹慎處理的原義務	31
一、引言	31
二、遺漏	36
三、神經休克	43
四、誕生前傷害	45
五、營救	47
六、言語	49

	七、經濟損失	55
	八、公共權力：私有義務	57
	九、土地佔用者	59
	十、賣家及業主	66
	十一、有缺陷產品	68
	十二、義務是合同義務還是民事侵權義務	74
	十三、僱主	76
	十四、法規規定的義務	81
第五章	損失	91
	一、因果問題	92
	二、實際上的起因	93
	三、多方責任	95
	四、分擔	98
	五、損失過遠	99
	六、賠償確定	105
	七、附帶利益	110
	八、致命意外	112
第六章	答辯	117
	一、受害者也疏忽	117
	二、自願承擔風險	120
第七章	程序	125
	一、法官及陪審團	125
	二、舉證責任	127
	三、如物自言 ( <i>Res Ipsa Loquitur</i> )	129
第八章	嚴格義務	135
	一、理由	135
	二、 <i>Rylands v. Fletcher</i> 原則	138
	三、動物	140
	四、替代義務	142



	五、摩托交通	146
第九章	民事侵權法還是補償	151
	一、懲罰及阻嚇	152
	二、損失的有效分配	154
	三、補償值得補償的受害者	157
	四、減低交易費用	159
	五、公平地分配費用	159
第十章	妨擾	163
第十一章	名譽保障	171
	一、侵犯、無理監禁及惡意指控	171
	二、誹謗	172
	三、私隱	182
第十二章	經濟侵權	189
	個案判例表	199
	詞彙(漢英對照)	203
	詞彙(英漢對照)	207
	索引	211



# 第一章

## 民事侵權法的任務

今天工業的種種經營、交通的方式及其他美其名曰「現代生活」方式的活動，逼人付出生命、肉體及資產的代價，已經達到駭人的程度。意外引起的經濟損失不斷消耗社會的人力和物資，而且有增無已。<sup>1</sup> 民事侵權法在規範這些損失的調節及其費用的最終分配的工作上佔重要的地位。有史以來的大部分時間裏，民事侵權法是用別人的資源來補償受害者的損失的唯一法律途徑。但是在現代施行福利政策的國家，調節及分配的任務由民事侵權法、社會福利及其他補償計劃(如因刑事或預防接種疫苗受損的補償計劃)分擔。在英國已經有人公開說英國的民事侵權法已淪落為社會福利制度的「小夥伴」。更高效率的全面意外補償計劃(如新西蘭自 1974 年已實施的計劃)將來大有可能完全代替民事侵權法。<sup>2</sup>

### 一、早期的法律：刑事罪行、侵權行為、侵犯

在普通法開始實施之後一段很長的時間裏，刑事法和民事侵權法的管轄領域差不多完全一樣。兩者的共同出發點都是報復及阻嚇，不同之處只是制裁的性質。刑事罪行過往及現在都是指嚴重損害公共安全及社會利益的過錯，而因為損害達到某嚴重程度，為了維護公共安全及社會利益，社會需要主動指控及懲罰犯人。另一方面，民事侵權義務是「賄賂」受害人的工具，令他因為有機會強迫犯

人爲過錯支付補償而放棄報復行動。那時的法律程序是原始的，執法者以皇帝的公義之名，行使新興的中央權力，只願意介入近乎引起騷亂、威脅公共安全的過錯。當時名爲侵犯的令狀責令被指控直接侵犯原告人身、動產或土地的人作出補償。從此，各具名的侵權行爲——恐嚇毆打、毆打、無理監禁、侵犯貨物及侵犯他人土地（侵犯他人土地是侵犯對一般人的含義）相繼成立。

所以，在一段很長的時間裏，民事侵權法只不過是刑事法的影子，跟隨刑事法，只着重較嚴重的過失，而這些過失往往是某種故意的侵犯行爲，不是意外傷害。原因很可能是：第一，現時常見的不規則的碰撞是城市、工業及交通環境造成的，那時沒有這些條件，人與人之間很少有密切的接觸，所以陌生人施加的損害，多半是經過深思熟慮的；況且，那年代生活艱難、壽命短促，爲了非故意損害而被責令補償這個概念被視爲過分要求，這是可以諒解的。所以，花在討論被告的思想狀況上的時間絕少。那時信奉的格言是：「即使魔鬼也不曉得人打的是甚麼主意。」討論被告的思想狀況是枉費心機的。當時認爲更有效的區別是即時和直接的損害與間接損害。現代人可能認爲這種區別是難以捉摸的，甚至是微不足道的。那時，要運用侵犯令狀，必須有即時及直接的損害；由被告行爲間接產生的損害不是那麼該罰的，只是根據案件（case）決定應否頒發補償，而初時補償來得不易。總括來說，義務基礎是因果關係，不是過失。過失這個概念只在當時還未盛行的「案件」令狀才略予發揮，尤其在其後成爲疏忽訴訟的一種「案件」令狀。直至工業革命，疏忽令狀局限於對醫生、藥劑師、律師、貨運商、酒店東主及其他類似地位的人的疏忽的訴訟，因爲這些人的業務是爲大眾服務，所以應該受到法律監視，這項原則很容易爲人所接受。

## 二、工業革命及經濟自由主義的興起

從歷史的角度看，民事侵權法在 19 世紀初期進入第二個階

段。那時，生活的節奏因為公路和在發展中的工業而劇烈增快，社會需要面對史無前例的意外問題。法律對這個嚴重情況的回應，是毫不猶疑，絕不讓步的。問題一方面激發了法律保障範圍的擴展，另一方面導致範圍的縮小。

我先談談擴展，在鄉村或在城市的道路上，在火車路軌上，在工廠內，各式各樣的新危險日益增加；呈交予法庭的問題是不可以用傳下來的古老的、未充分發展的原則來解決的。那時國會需要全神貫注應付別的社會問題。法庭沒有靜待國會採取行動，他們積極地發展一套基本上是新的意外法律。基本上，把困着在萌芽階段的疏忽法律的狹窄範圍打破，把疏忽法律的適用範圍從一向認可的協定關係(如醫生與病人的關係等等)伸延到廣泛的不同種類的日常情況，如在交叉處的碰撞、在大街的露天煤槽、由貨倉跌出壓在路人身上的一袋袋的麪粉。在那些日子裏，法律控制的範圍大大擴展，法庭不斷在保障意外(即非故意)受害者的範圍邊緣探索，這項前衛工作仍在進行中。

但是埋伏着的潘朵拉盒子(譯註1)必須小心處理，否則我們會給打開的官司水閘淹沒。「官司的水閘」這詞成為通俗的法律詞彙，即膽小者的標誌。)我們應該記着那個年代是保守的，絕對不是溫情的。最危險的活動如開礦、建築、火車運輸的興盛，正被公眾認為與維多利亞年代的經濟起飛和普遍繁榮不可分割。要這些企業完全負擔百分之百的謹慎義務是加諸它們身上過重的負擔，而除了那些全不理會私有企業成功與否的人，誰不會卻步呢？既然每人或多或少都從制度得到益處，要求遭受意外損害的人自己承擔損失，作為他們對公眾利益的貢獻(雖然是非自願的貢獻)又有甚麼不公平呢？這個想法在拒絕工人向僱主的要素的情況最為動聽，而資

譯註 1: 潘朵拉盒子是羅馬神話中的主神朱態特賜予世間的第一名女性潘朵拉的禮物，盒子載着人間所有的苦惱。厄皮墨透斯(潘朵拉的丈夫)不智地打開盒子，苦惱從此困擾世人。

產積聚嚴厲榨取的犧牲，在這個情況最為顯著。這樣，不論法律在理論上要求資方採取甚麼安全措施，實際上，這些要求被一系列的答辯弄至有名無實。這些答辯的目的只是減少賠償，降低工業運作的成本。實際上，英國工人在 1897 年才開始，從遲來的工傷補償法規得到小小的保證，為工業意外可能導致的傷亡做好準備。

但是，一致推崇為鼓勵自立和利己的美德的孿生答辯——自願承擔風險及受害人也疏忽——並不局限於工業情況。連同其他手段如輕率地否定疏忽與損失的因果關係（這個問題後來被辨認為屬於「損失過遠」或「近因」的問題），這些答辯普遍地抑制義務，由法官技巧地操縱，更為成功。普遍的技巧之一是，不讓陪審團決定，因為專職保障公眾利益的人不信任那些未經法律訓練的紳士，所以阻止他們參與判決程序。其他惡名遠播的減低工業意外開銷的手段是「相互關係」原則。直至 1932 年，這項原則包庇疏忽的製造商，讓他們迴避最終使用者的要索。另外的手段包庇土地佔用者，加諸他們身上保障到訪者安全的義務範圍是最小的。

### 三、沒有過失沒有義務

與上述保障工業的過程有密切關係的是：嚴格義務這個概念愈來愈模糊，由沒有過失沒有義務這個概念代替，這是 19 世紀的第二項貢獻。上文提及，早期的英國法律並沒有把義務與造成損害的人的思想狀況掛鉤。當然，正如我們所提及，實際上，大部分被告的行為是故意的，或者是對社會不負責的，嚴重程度足以構成我們今天稱為疏忽。但是，理論上，義務可以說是嚴格的。經過一段長時間，法律才極不情不願地容許辯白。直至 1400 年，因自衛而殺人的被告仍被視為謀殺犯，必須得到皇室的赦免，才可以避過謀殺的懲罰。在侵犯土地的訴訟中，可否用無可避免的意外作答辯這個問題，雖然逐漸變成含糊不清，但問題要到 19 世紀的下半葉才得

到解答。那時，法律正式承認過失這項要求已不知不覺地滲透所有就人身損害(甚至資產損害)的要素。所以，從那時起，不論原告用甚麼令狀，他必須證明被告故意或疏忽犯錯。除了少數例外(如牛隻或危險動物侵犯他人土地，這些可以被列為過去野蠻年代的遺跡，不值一提)，有過失才有義務這個概念佔主流地位，是法庭改變先例來適應完全不同年代的傑出的成功例子。

「沒有過失沒有義務」這項原則巧妙地符合利己主義論，亦符合迅速增長的經濟的需求。那時的人普遍視私人企業為所有文明進步的催化劑。為了替私人企業提供最佳條件，法律體系必須保證行動自由，方法之一是不要求行動者負擔不可避免的意外的費用，令他無後顧之憂。倘若要求行動者就毫無過失而引起的損害負責，拒絕給予他機會以採取謹慎措施的方法來避免義務，這樣的法律會妨礙進步，因為行動者進退兩難，必須在放棄事業與負起任何意外的費用之間作選擇。另一方面，這樣的法律又削弱人的品格。只有過失才可令轉移損失這強烈性的法律制裁有理，因為連同刑事法，民事侵權賠償的主要功能被視為它的阻嚇功能。對犯錯的人頒發不利的判決一方面是懲罰他，另一方面也警告別人。這個觀念假定判決的罰款是由被告自己支付的；個人的財富被視為補償的主要來源，所以這項具阻嚇性的懲罰被視為真正的、無可避免的懲罰。

上述民事侵權法調節損失的觀念建立在兩項關鍵性的假設之上。第一，法律義務幾乎與道德過失相等。第二，因為民事侵權補償的結果是把損失從一個人轉嫁到另一個人身上，所以補償原告必然相應削減被告的財富。隨着時間的流逝，我們對社會怎樣承擔意外費用這個問題有更深切的了解，以致上述有關民事侵權法的功能的觀念逐漸改變，甚至被否定。

#### 四、損失分攤

對上述重定方針的過程起決定性作用的因素是：我們逐漸了解

到，民事侵權法的工作可以並且常常是分攤損失，不僅僅是轉移損失的工作。其實，費用不是由被告獨力支付的。被告大部分時間只扮演渠道的角色：費用最終由社會的一大部分人分頭承擔。當被告由於他的經濟地位有能力把費用轉嫁他人時，這個分攤程序便發生。例子是：製造商把支付予第三者或工人的賠償當作他業務的不可避免的通常開支——在他計算產品的售價時，算作成本，最後由他的消費者支付。

損失的進一步分攤可以利用保險達到。龐大的企業(如政府及其屬下機構)或上市公司的立場是，自保在經濟上是上策，他們從收入或特別儲備支付賠償。但是，大部分其他人依賴專職保險公司。保險公司的業務包括補償受保人向第三者支付的賠償金；這類保險稱為補償、義務或第三者保險，在 19 世紀末期開始出現，逐漸發展，滲透整個經濟；現在已成為營業的先決條件。甚至很多私人活動，如駕駛私有車輛，也不可缺乏這類保險。社會不只要人人謹慎，還往往立法強迫人們投保。最顯著的是汽車，大部分國家立法禁止車主在沒有投購指定的保險，補償對第三者所造成的傷亡以前，不得駕駛或容許他人駕駛他的車輛。同樣，世界各地的工業界自然地用保險補充工傷補償。有些法律管轄區強制僱主就餘下的民事侵權義務投保。就損失分攤這個課題而言，最重要的是，保險不但就標的危險提供較便宜的保障，還有一個重要的社會功能，就是把危險分攤於所有參與同樣活動的人，他們都就同一危險付保費。因為有了保險，才可以把私人駕駛的意外費用分攤，因為在私人駕駛的情況中，沒有把費用轉嫁給顧客的機會。

民事侵權法的功能從轉移損失改為分攤損失這項改變，必然影響傳統的法律義務分配觀念。影響最少有三方面。第一，以前極具吸引力的論點是：不利的判決會嚴重打擊工業及被告，他們無力招架，現在這項論點深受打擊。第二，一向認可的論點是：過失必須達到社會明顯地不贊同的程度，才有理由花費人力物力把損失轉到被告身上。現在這項論點的根基動搖，因為倘若在可以不削減一個

人的財富的情況下而補償受害人於社會有利，我們應該樂意讓原告收取補償，因為補償並不意味不贊同被告的行為，只應該被視為協助意外受害者復原，而資源取自參與那類造成危險的活動的人，並非取自整個社會。第三，以前對社會不利的行為是法律義務的主要準則，以後法律把注意力轉到這個問題上：在有關人士之中，誰最有能力把補償費用最公平地、最有效地分攤。讓我詳細論述每一點。

## 五、民事侵權義務的經濟負擔

以前常用來豁免被告的論點是：恐怕民事侵權義務對被告強加過重的負擔。這恐懼從早期的製造商及修理人的案件，到一向對錯誤引導應負的義務及對經濟損失應負的義務的恐慌看到。今天這些庇護已給廢除或經過重大改變。誠然，在近期的上議院判決，上議院很不客氣地拒絕聆聽「官司水閘」這項論點。<sup>3</sup>

有兩個損失負擔的觀念改變的例子，這些例子可以給我們一些啓示。一個例子是這條條規：公路當局不須就公路的維修狀況負責，這項豁免維持了很久，直至最近才撤銷。<sup>4</sup>這項轄免與皇室的豁免不同，皇室的豁免有政論（皇帝不可能犯錯）作為基礎，直至1947年<sup>5</sup>才撤銷；公路當局的豁免，從開始就設在這項論點上：不願對地方稅的納稅人強加不可承擔的負擔。無論在19世紀初期，地方政府還沒有改革時，這項論點是多麼合理：在建立現代的地方稅收的架構，同時中央政府又逐漸負起公路的經濟責任之後，這項論點連表面理由也失去。此後，被告的公衆身分，不僅不是繼續豁免的理由，而實際上是強加義務最有力的論點，因為被告有獨特的能力把損失分攤，由社會很大部分的人負擔。若公衆得益，讓公衆支付代價！

另一個例子顯示義務保險對往昔的夫妻豁免的相反效果。從前，有兩個理由解釋普通法為甚麼不容許夫妻之間的訴訟，第一是



玄奧的原則，夫妻是一體（「夫妻是一體，而其體是夫」）；第二是夫妻之間的訴訟使和諧的家庭分裂。這些解釋一向都是空洞的，因為夫妻可以基於民事侵權以外的任何其他訴訟原因向對方提出訴訟，而有些民事侵權行為（如恐嚇毆打、毆打）的本質與推定還有待挽救的家庭和諧不相稱。豁免雖然不曾受到婦解運動的影響，卻因為義務保險而被淘汰，成為義務保險的成功的最顯著傷亡者。在普通情況之下，夫妻向對方提出訴訟的唯一動機是對方有保險，最常見的是交通意外事件，疏忽的一方有法律強制投購的保險。因為否認疏忽指控違背司機的利益，所以不頒發賠償的唯一理由是串謀這個「道德的危機」（正是家庭不和諧的相反）。但是一般人認為，更重要的是，確保所有因為疏忽駕駛的受害者取得補償，補償金由所有駕駛者的保費分攤。為了堵塞重要的漏洞（乘客佔意外傷亡者的三分之一以上），廢除了夫妻間的豁免，亦廢除了北美洲的阻止免費乘客向車主提出訴訟的有關法規。<sup>6</sup>

## 六、過失這個概念的侵蝕

第二個後果是那些推舉過失為法律義務的準則的觀念被削弱。這第二個後果的原動力較強，長遠來說，對改變民事侵權法的範圍的潛力強大。緩慢的但清晰可見的社會氣候的改變助長這個趨勢，而這個社會氣候可以從現代福利國家的願望見到。對個人進取心及自立精神的毫無保留的信念正在屈服於對團體行動的依賴。20世紀中期的人對爭取及開發資源的興趣較低，他更關注的是人類資源的保存。我們的年代的標誌將會是安全，不再是個人主義。

這個趨勢的徵兆是重估過失義務的阻嚇作用。補償保險不可避免地令不利判決以前曾經可能有的直接警誡作用流失。說過失義務是唯一有效的驅策，促使人防止意外，意味嚴格義務阻礙謹慎措施。其實，經驗尤其與工傷補償有關的經驗顯示，因為除了全無意

外的運作，不可確保豁免，嚴格義務正激發謹慎措施。過失的制度容許製造商用「現時技術階段」作為答辯，尋求庇護。倘若義務是嚴格的，製造商可能被迫投資設計新的、絕無危險的安全措施。

過失這個概念逐漸被侵蝕，可以從兩方面看到：第一，嚴格義務及不論過失補償計劃的增長；第二，疏忽義務的過失成分被沖淡（「沒有過失的疏忽」）。

### 嚴格義務

有些孤立的嚴格義務領域（如牛隻侵犯土地、危險動物、某些妨擾）不曾受在 19 世紀中期開始出現的過失原則影響。法庭亦反映現代工業及消費社會的需求，擴大了嚴格義務的範圍。從 1867 年 *Rylands v. Fletcher* 的案件開始，英美普通法引進就特別危險的活動負嚴格義務這個制度。特別危險的活動包括積聚大量的危險物（如煤氣、電、水），國際的法規在這單子上加添了核能設備及原料。在美國，有缺陷的產品的製造商必須對最終使用者負嚴格義務，這是法庭改革的結果，刺激了其他國家（包括英國及歐洲共同體成員）建議立同樣的法規。在法國，法庭從法典中毫不起眼的段落提出這項原則：持失去控制的東西的人須負嚴格義務，這項原則後來伸延至駕駛汽車的人。

但是，在大部分其他國家，交通意外的不論過失補償計劃是由法規制定的。德國自 1909 年已有這類計劃。在美國，大半省份已有所謂「不論過失補償」法規，這是一種第一方保險。在英國，Pearson Commission 在 1978 年建議交通意外受害者應像因工受害者一樣得到優惠的社會福利，費用從特徵的汽油稅支付。

### 沒有過失的疏忽

除了這些正面的侵蝕，還有同一方向的不顯著的改變。這些改變以原則的連貫性作為掩護，只靠操縱原則的有彈性的概念（如合理性、預見性、風險）來實施改變中的社會政策。有人恰當地形容

這過程為邁向「沒有過失的疏忽」。<sup>7</sup> 這個過程在兩個戰場上推進，一是法庭，一是保險調解員的辦事處。

陪審團具最大的影響力。即使最遲鈍的觀察者也應該看到，專職法官會考慮到判決的長遠社會意義，但隨意抽取的、無法律訓練的人會比較同情受害者，而不着重長遠的影響。這偏向在陪審團知道或懷疑被告有保險的案件（又一次是在數量上最重要的工業或交通意外）尤其顯著，陪審團知道僱主或車主只是象徵式的被告，真正有利害關係的人被認為是有無窮無盡資源的。這個印象在這個程度上是正確的——他們的確有能力負擔損失而把它分攤於多人，把負擔減至最低程度。陪審團這種態度是眾所周知的，常被敵對的人輕蔑地描繪為陪審團的不可靠的行為。難怪某些國家（如澳洲）在引進強制汽車保險的同時，廢除陪審團制度（就這類訴訟而言），目的是保障國有的保險基金。英國引用最高的原則來拒絕用陪審團制度，即使為了偶然試探普通人對異常的災禍（如四肢癱瘓）的損失評估，也拒絕用陪審團。<sup>8</sup> 但是在很多的普通法管轄區，包括蘇格蘭、愛爾蘭，尤其美國，在民事訴訟方面，如同在刑事訴訟方面，陪審團的制度仍屬全盛時期。況且，雖然專職法官比較冷靜，受訓練及傳統的約束，但是他們對社會氣候不是完全無動於衷的，而今天的社會氣候傾向於由社會負擔損失。<sup>9</sup>

現代的保險實務對損失的分配至少有相同的影響力。首先，絕大部分的要索是在庭外和解的。保險公司偏向和解，尤其是當案件牽涉較少款額時。其次，保險公司之間的所謂對敲協議確保賠償要索由受害人的保險公司負責，不論意外由誰引起，這項安排在有綜合保險單的車主的汽車碰撞事件中最常見。這樣，疏忽法律實際上被不認真探討過失的補償制度所代替。最後，最引人注目的是那些「私人立法」的例子：保險業為了他們才知道的目的，「自動」與政府協定，放棄某些條規的益處，以阻止政府立法改變那些條規。<sup>10</sup> 結果在實務上，阻止有效的損失分配的公認法律條規被各方有關人士漠視。

### 適當的損失分配者

強調民事侵權法的損失分攤功能的第三個後果是，法律把注意力集中在這個問題上：在有關人士中誰是最適當的損失分配者。當然，倘若他恰好是防止意外的最佳人選，又受保險等級的壓力刺激而防止意外，那就更好了。

除了已列出的例子，如現代製造商就產品安全負的義務，普通法最突出的「企業義務」例子是僱主就傭人的民事侵權行為負的替代義務。這是特別適合雙重任務的條規，把目標從有過失但太易受損的傭人轉移，而同一時間要僱主付出金錢，利用後者把費用分攤的較佳能力。除了負責支付第三者意外的費用，僱主透過工傷補償計劃（或相等的現代的社會福利）亦須就工人的工傷賠償，不論管理有無過失。

這些發展鼓吹這個概念：在很多情況之下，意外的義務加諸被告身上，因為他（更多時候應作「它」）是便利的渠道，可以有效地分攤費用。有些計劃把這項任務派給其中一位有關人士，由他獨力負擔，更突出這個概念。例子是：現代的法規把核能意外的責任全放在營運核能建設的人身上，貨運公司、設備供應商、普通船公司全都不須負責，目的是避免多重保險的費用。<sup>11</sup> 同樣，有下述並不限於在社會主義國家出現的趨勢：規定僱主向第三者的賠償代替有過失的工人的義務。<sup>12</sup> 所以，有這項建議：就有缺陷的產品的責任，應該全部由製造成品的人負起，製造零件的人毋須負責。<sup>13</sup>

但是，我為了維持中立的立場，應該發出這項警告：不要輕率地認為這項新概念一定能讓原告得直。第一，在很多情況之下，被告不符合重要的資格，因為他在經濟上不處於容許他把損失分攤的位置，而有關的風險不是典型的，不是所有的人，甚至不是大部分的人，都會投保的。例如私人業主投購「公眾義務保險」的較少，而商業或工業場所業主投購「公眾義務保險」的較多；因此，即使認為應該利用商業業主的分攤損失能力，制成或適用的法律原則不應該不公平地影響私人業主；<sup>14</sup> 也不應僅因為某被告有保險而令他負

責，應該考慮到他是否屬多數投購保險的組別，否則便歪曲概念，因為僅因為他有保險而令他負責不一定達到廣泛及公平地分攤損失的目的，而且這樣做會擾亂計算保費的方法，以及把不理想的恣意因素引進司法程序。

第二，有時原告是較佳的損失分配人。誠然，不應該輕率地建議，只因為原告可購買保險而不買便剝奪他要求傷害他的人賠償的權利：因為這樣的條規意味不投保比犯錯人的疏忽或其他殺傷行為更為可惡。在就有關風險的投保離飽和點甚遠的情況中，這項警告有更重的分量。個人意外保險還是較少見的；而從下文可以看到，受保人的遠見實際上受到獎勵，他可以追討保險單下的欠款，亦可以向犯錯人追討賠償而不扣除保險所得。<sup>15</sup> 但是，在某些情況之下，就某種風險投保十分通行，最顯著的例子是業主投購火險。火災保險是較經濟及公平的損失分攤方法，與提供予被告的普通公眾義務(第三者)保險不同，後者較難區別，而從成本角度看，較難計算。<sup>16</sup>

誠然，在很多其他資產損失案件中，默默地影響法庭，因而達到對被告有利的判決的因素猜想是，除了資產損失比個人傷亡較難引起人的同情外，還有原告有較高的負損(甚至防損)能力。例如，在「電纜」案件中，承建商疏忽地損害藏在路下的電纜，一般不須就附近業務因停電而停業的經濟損失負責。合理的公策理由是：受害人比承建商更容易計算及防止(如用後補發電機)這些商業利潤的損失，而又能更便宜地購買保險。

## 七、民事侵權法及福利社會

就現代民事侵權法的角色作一個總括的人，必然會有些戰戰兢兢的感覺。我們的年代是轉變中的年代，法律原則就社會的目標作不同程度的改變，而這些目標不時移動，同時亦不為所有人明白或

贊同。但是，無可爭議的是，民事侵權法挑起的不是不重要的分攤損失的工作，以社會調節者的身分扮演一個積極及重要的角色，這是民事侵權法對社會的貢獻。這個角色是社會及經濟環境的改變（尤其是義務保險的推行）強加於它身上的，而律師很少甚至沒有影響這些改變的機會。現時可以辯論的只是：法庭及立法機構應否發揮民事侵權法的潛力，自覺地控制它的範圍及方向，以及決定理想的控制程度。

但是我們必須提防一點，不要就民事侵權義務現時或將來的分配損失的功能作太樂觀的估計。第一，不是人為的損害，不在民事侵權法範圍內。命運或者上帝降下的災禍，必須由其他方式補救，慈善機構也好，公眾援助也好。第二，現代社會義無反顧地負起為社會的意外受害者提供更多的公眾利益的責任，不論他們不幸的實際來源，疏忽或其他附有法律義務的行為引致的損害，只是受顧及的損害的一種；因此在較大的公眾利益計劃內，留予民事侵權法的功能，充其量只是補充及更精確地分配補償意外的費用。

至於第一點，不能忽略這項事實：現時的社會對民事侵權的受害者顯示無限同情，一般地說，他們可以得到他們要索的金錢損失的賠償的全部及痛苦的賠償的大部分。相反，普遍的社會福利（如傷殘退休金）一律只限於固定的款額，目的只是在傷殘期間支付一切最低開支及支付復原的基本費用。因這兩個補償制度共存而產生的難題是：怎樣解釋授予因民事侵權行為受損的人這麼大的、似乎不成比例的福利。世界很多法律管轄區強制執行調節，廢除僱主向傭人須負的一切民事侵權義務，以換取較低的、必定可以取得的工傷補償；如上文已提及，一些近期的不論過失的交通意外賠償計劃亦跟隨同一路線。這個趨勢的最終點是新西蘭的意外補償法規，規定補償收入損失，但是，受害人只在很嚴重的情況下才可取得非金錢損失的補償，同時補償金額很低。

民事侵權法比普通的社會福利計劃可以更精確地分配補償意外的費用（普通的社會福利計劃亦不願意作精確的分配），因為民事侵

權法有這個能力，所以可能有下列的第二項任務。民事侵權法基本上是「企業」的或「發起人」的義務，此法的設計是由參與造成危險的活動或從活動得益的人分擔費用。例如，交通意外的費用由使用汽車的公眾負擔。另一方面，國民保險從較廣闊的基礎集資，基本上是從整個社會集資；在英國，從勞資雙方及政府收取固定的款額。在澳洲，根據收入等級收取不同的款額（像入息稅一樣）。因這兩個資源不同的補償計劃共存而產生的難題是：某意外的費用由甚麼人在甚麼程度上負擔較為適合呢？在第九章「民事侵權法還是補償」我們會探討這個問題。

### 註 釋

1. 在英國每年有 300 萬人因意外受傷，有 21,500 人死亡。25% 的意外在工作時發生，10% 在路上發生：Pearson Report II, Tables 2, 3。
2. 見下文第九章。
3. *Junior Books v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520.
4. Highways (Miscellaneous Provisions) Act 1961.
5. Crown Proceedings Act 1947.
6. Law Reform (Husband and Wife) Act 1962.
7. A. Ehrenzweig 的著名的專題論文的標題 (California, 1951)。
8. *Ward v. James*, [1966] 1 Q.B. 273 (C.A.)。
9. 美國法庭是最先進的，公開以可得保險為伸延義務的理由。英國法官的傳統不鼓勵這麼坦率，但偶然的不慎顯示最少有一部分（最顯著的是 Denning 勳爵）有同樣的動機。
10. 最重要的是 *Lister v. Romford Ice Co.*, [1957] A.C. 555 這宗案，以及強制第三者保險不足之處，這些都促成 Motor Insurers' Bureau 的成立。（見下文頁 147）
11. Nuclear Installations Act 1965; The Vienna Convention, 1963.
12. 見下文頁 143。
13. *Goldberg v. Kollsman Instruments* (N.Y. 1963), 191 N.E. 2d 81.（飛機製造商，不是製造零件的人，必須就乘客在由於別人製造的有缺陷的零件而引致的意外喪生負責。）

14. 以往的普通法條規，將社交客人視為受許可人，所得的保障比受邀人(業務的客人)所得的為低，達到同一效果。
15. 見下文頁110-11。
16. 最突出的例子是「紐約火災條規」，條規規定義務只限於第一間着火的房子。同樣，供水的公司一般不須就沒有維持足夠水壓來滅火負責。







## 第二章

# 疏忽

即使實際情況不一樣，理論上，今天人們的活動幾乎全部受制於疏忽法律。既然如此，研究現代的民事侵權法須從研究那無所不在的原則着手。疏忽這個概念在 19 世紀冒出為獨立的義務基礎之前是模糊及不穩定的，只是其他侵權行為如侵犯或妨擾的思想形態。那時，疏忽作為侵權義務的基礎與故意作為侵權義務的基礎是同樣不可思議的。着重法律形式的令狀制度令人窒息，制度不促進責任的理論基礎的思考：舉凡冒出的初步意見，都歸納為那無定形的「案件的訴訟」；案件的訴訟要求從事服務大眾的人為他們的顧客採取謹慎措施，但是提供的只是雜亂無章的個案。受到企業發展的刺激，19 世紀的法庭從這些個案提出有效的理論，這些理論現在支配着現代的意外法律。

有兩點需要提出。第一，如上文暗示，疏忽是義務的基礎，不是一項具名的民事侵權行為。一般傳統的民事侵權行為，在名義上也好，聯想而及的也好，等同於某種利益的侵犯，或某種不規矩行為，例如恐嚇毆打或毆打被視為人身攻擊，誹謗被視為名譽破壞。相反，疏忽包括各式各樣的損害或行為——不同的線索由施害者的「疏忽」行為連貫起來。

這廣闊的理論必須約束，我們這一代（遑論我們的先人）不可以無保留地接受這項法律原則：在所有情況下，必須採取謹慎措施，保障所有其他人不受任何損害。疏忽的含義是，沒有就他人受損的

風險做預防工作。不可迴避的問題是，必須阻止的風險類別是甚麼？誰冒風險？哪項損失的風險？哪種行為產生的風險？為了解答這些問題，某些法律手段（最顯著為「原義務」及「損失過遠」）逐漸冒出；對分析及總結疏忽理論意見有重大意義。連同那些嚴格地稱為被告的答辯，如受害人也疏忽及自願承擔風險，那些法律手段成為法庭的工具，按他們認為需要的程度，減輕疏忽原則加諸被告身上的責任。

但是，隨着對社會保障的要求日益增加，這些掩護的手段逐漸式微。同時其他對原告有利的策略受到接納，如逐步提高被告必須遵守的謹慎標準。疏忽法律在其原則及應用的進化形式是，以操縱這些不同的路線來達到社會當時認可的狀態，這個方式引進有利的彈性，容納不同法官的取向或技術，並協助社會從實踐及錯誤中汲取教訓。

作為訴訟原因的疏忽的一般元素是：

- 一、法律認可的這樣的原義務（譯註 1）：為了保障原告不受有關風險所害，必須採取符合某謹慎標準的行為。這是普遍被辨認為「原義務的問題」，是法官操縱公策問題的主要方法。
- 二、沒有達到需要的謹慎標準，簡單地說，違背原義務。這是「疏忽的問題」，由審判事實的人判決。

譯註 1：“Duty”與“liability”這兩個英文字常譯為（法律）責任或義務。這翻譯一般地說是可以的，而且在大部分情況中，兩字不必區別開來；但是，應知道“duty”與“liability”嚴格地說有重大區別。“Duty”指法律上應該做的事情，又稱原義務（primary obligation）。例如，某人訂定合同出售貨品，他有“duty”（原義務）交貨品。某人不履行“duty”（原義務），在大部分情況下，他必須就該不履行負責，用英文說，“he is liable（for not performing his duty）”。這是次義務（secondary obligation）。很多時，文章的意思只是某人在法律上有責任，原義務或次義務並不是關鍵。在這些情況中，為了使文章易讀，一律譯為義務是可以的。但需要指明是哪一種法律責任的時候，便要用「原義務」或「次義務」來說明。

三、實際損害。若幸運地，我的疏忽不會令任何人受損，我沒有任何民事次義務，雖然我不一定能夠取得刑事豁免，例子是：不小心駕駛。同樣道理，某人只受了侮辱或非物質的損害，他不能取得補償；雖然倘若過失是故意的，如恐嚇毆打或毆打，行為的反社會性質提供充分理由，讓受害者就他尊嚴被冒犯取得實質的甚至是擴大的賠償。

四、原義務的違背與損害有合理的因果關係。這是「損失過遠」或「近因」的問題。

五、原告沒有對己方不利的行為。被告可以提出受害人也疏忽的局部答辯。現在這項答辯不完全否決原告的要索，但會減低他可以得到的賠償。被告又或可以提出自願承擔風險這項答辯。可喜的是，這項答辯現在已經過時。

第一及第四兩個問題的功能一樣，連同上述答辯，成為規範人不受疏忽所損的保障範圍的工具。所以最恰當的是先研究謹慎標準，或甚麼構成疏忽。



## 第三章

# 謹慎標準

爲了保障他人或自己不受不合理風險的損害，法律有所要求的標準，疏忽是指不符合這個標準。不保障他人是屬於起訴原因的疏忽，不保障自己是受害者也疏忽。一開始就應該注意到，疏忽不是思想狀態，而是行爲——不論是作出行動還是遺漏。法律所處理的並不是良心的問題。上文已提及，倘若某人幸運，沒有人因爲他而受傷，最涼血的漠視他人安全的行爲也不帶來民事後果。這項原則的另一面是：倘若他的行爲不符合社會爲他及所有其他人而訂定的標準，不可用已盡全力爲理由逃避責任。所以，不論疏忽這詞包含甚麼道德意味，實際上，因爲公共安全的迫切要求，道德觀念被置於次要的地位。

### 一、明理人

沒有比「明理人」這項發明<sup>1</sup>更深刻地顯示普通法的創造力。這個明理人是模範，是衡量在任何時空某被告的準則，決定他的行爲是否符合爲了避免不必要危險所需的。請注意！第一，根據這個公式，並無爲「個人因素」而調整標準的情況出現，即使有也絕少；個人因素在我們衡量某人的道德價值是那麼的重要，而對他的受害者是那麼微不足道。因爲挑選了客觀的標準，法律避開了詳審每個

被告的主觀能力的繁複工作；只需審判被告的表現是否符合明理人定的標準。

明理人的標準的第二大貢獻是，它提供有彈性的標準，可適用於變化多端的事實，確保「疏忽」這個概念是無限制的，可以適應發展中的或不同的社會理想。即使傳統上把明理人與那神話中的「[深水埗]公共汽車的乘客」視為一體，但是概念充分顧及到這項事實：在維多利亞時代中期，長滿鬍子坐馬車的一家之主與他坐在雙層公共汽車或地下火車沿着同一道路走的孫子，對應該做的事有截然不同的觀念，遑論坐着電車入悉尼，或以每小時 60 公哩的速度在好萊塢高速公路排車隊的後裔。

與上述有密切關係的第三項貢獻是這項事實：明理人的公式是最最適合的方法，把決定適用的標準的責任交給陪審團。這樣，社會的價值觀可以在司法制度得到反映，以往法官不願受庸俗的市場影響，用陪審團把社會的價值觀引進法庭最合乎需要而且奏效。況且，這個方案容許行動的準則按社會的改變而調節，因為疏忽這個問題的判決不似法律判決，是沒有約束力的。理論上，當這項任務由專職法官執行（在英國法官執行這項任務已有一段長時間），結果與由陪審團執行是一樣的。但是實際上，由專職法官執行這項任務的結果是令法律僵化，使每宗案件所判決的事實升級為有約束力的法律原則。陪審團給的判決是不附任何解釋的，相反，法官頒發判決時給判決理由。法律界人士不僅知道法庭就某項所謂事實所作的判決是甚麼，還知道法庭為甚麼作出這判決，這個情況在把判決記載入報告時更為嚴重。無可避免地，事實與法律的分界線——即甚麼有約束力，甚麼沒有——變得模糊不清。

例如，法官在解釋他為甚麼判某駕駛者疏忽時，可能這樣說：「倘若你在黑暗的地方行駛，你必須使用的速度是，可以讓你在能見範圍內停下來速度。」這樣的一句話，很可能被後來的人賦予普遍性，雖然說這話的人從來沒想到那句話是在哪處都可以通用的，或在所有情況下，都是適當的。有一段時期曾把這類說話當作

法律原則，最後這個錯誤被糾正過來。<sup>2</sup>但是這樣的錯誤不可能在陪審團制度下發生——因為在這個情況之下，法官會讓陪審團決定，而他們的判決不附解釋，對以後的案件亦沒有約束力。

當然，劃一的決定不缺乏推崇者。支持者包括著名的法學家 Oliver Wendell Holmes 法官。他認為法律進步是朝着這個目標走的：由法庭說明固定的、劃一的條規，優點在於人民可以預先知道怎樣在法律容許的範圍內生活。但是，這項論點在民事侵權法最缺乏立足之處，因為某人達不到適當的標準的原因絕少是他不知道所需要的標準是甚麼。但是，即使固定的條規的阻嚇作用實在有限，也有獨特的優點，這就是助長和解，減少訴訟。在現代的法律價值觀，這是備受推崇的。但是，在很大的程度上，和解可以用下述方法推廣：用所謂的「法規疏忽」原則，即運用法規訂定的安全細則作為應該遵守的謹慎標準，特別在工業方面，或用在英國受到推崇的標準賠償額。<sup>3</sup>在這方面，最為不重要的是在餘下的疏忽普通法執行劃一這項公策，因為代價過高。以往，運用較有彈性的明理人的標準對疏忽的普通法有很大的貢獻。

### 明理人的品性

既然我們必須遵守及追隨那個幻影，我應該簡單介紹法律賦予那個代表現代社會理想的人的品性。明理人在各方面都符合中庸之道。A. P. Herbert 對明理人下這樣的評語：「簡單地說，完全沒有人的弱點，沒有任何陋習，沒有偏見、惰性、惡意、貪婪、心不在焉，對自己和他人的安全同樣着重。這個上等但討厭的人，像紀念像似的，站在我們的法庭，枉費心機地呼籲我們以他為榜樣做人。」<sup>4</sup>觀察過明理人的人可能有同感，實在很難相信有這麼理想的一個人。

除了肉體的能力，明理人不就任何被告的特別缺點予以寬容。例如，雖然有些人天生膽小，做人處事的態度是草木皆兵；而有些人天生粗心大意，從不想到有危險，明理人卻從沒有過慮或過分自



信這個問題。他情緒平穩，像他的道德觀念，定下從沒有偏差的、正常的、正確的行為，不給最易引起意外的因素留任何寬容餘地。即使在神經不正常的例子，在大部分案件中，法庭拒絕為不能理解義務或不能理智地選擇的被告作出例外；被告因為被幻想的敵人追逐而衝過紅燈，仍然必須負責；又一個例子是，以為自己由總部遙遠控制的被告，仍然必須就他的駕駛負責。就這一點而言，法律在處理神經不正常的人故意損害他人的案件時，也是毫不留情的。與刑事法的著名 M'Naughten 條規相反，被告不可以這樣答辯：雖然知道行為的性質，但是不知道行為是錯的。<sup>5</sup>

相反，法律在兒童案件中，對主觀標準的容忍令人詫異；雖然，涉及這個問題的案件大部分涉及受害者也疏忽；而在受害者也疏忽的案件中，有比較寬容的傾向，因為在審判被告的義務時，嚴格遵守外在的標準會推廣補償意外受害者而分攤損失，而引用外在的標準在原告身上會妨礙達到這個目的。無論如何，不論原告或被告，孩子只須符合同年齡、有同等智能、有同等經驗的孩子的標準，適用這個標準的結果的例子是，五歲以下的兒童不須就交通意外負責。對神經不正常的人與對兒童待遇不平等的理由是，我們容忍兒童的過失及缺點，因為每個人都經過這個階段。相反，神經不正常是不尋常的，在刑事方面引起的行政困難已經够多了；況且，以往有神經不正常是祖先犯罪的隔代懲罰這個概念，現代的人還未能從這個概念完全解放出來。為了防止小孩恣意破壞，法律加諸父母及學校身上這項義務：在看管兒童時必須採取合理謹慎的措施——但是，沒有達到法國法律的程度。根據法國法律，父母必須就他們孩子所做的一切負責，正如以往普通法看待妻子及傭人一樣。（普通法對傭人的過錯的處理沒有改變。）<sup>6</sup>而且，青少年參與成年人的活動（如駕駛汽車或管理機器操作）時，必須符合明理的謹慎的成年人的標準，因為法律基於他有能力符合標準這項假定，才授予他參與活動的權力。

在肉體本能方面，主觀標準比較容易接納，理由很可能是，可

靠的證據不比證明思想上或情緒上的不足的證據那麼難找。所以，肉體上有缺陷的人只須符合有那種缺陷的明理的謹慎的人的標準。但有先決條件：他要盡可能彌補缺陷。例如，雖然會替公眾帶來不便，但是，法律讓盲人有自由活動的空間，他可以在行人路上行走，甚至可以過馬路，但是不可以嘗試駕駛。同樣，老年人可以因他的虛弱身體得到某些寬容。但是，有項寬容卻引起不少爭議，這便是豁免那些因心臟病突發而令汽車失去控制的駕駛者。這項結論不僅不能與神經不正常的駕駛者的案件協調，而且，更重要，在現代的強制保險計劃內，這些道德上些微的區別再沒有用途。

## 二、不合理風險

在明理人決定做某件事與否，採取某預防措施與否，或面對危險時，怎樣改變他的行為時，他受甚麼因素影響呢？沒有甚麼活動是完全沒有風險的，所以不是每一樣可以想像得到的危險都應該令明理人停止該項活動。簡單地說，損害的風險必須達到不合理的程度，方可指控被告為疏忽。很多輕下的斷言令人相信問題是：甚麼是合理地可預見的危險？但是，問題不限於此，因為在某些情況下，可以承擔計算過的風險。誠然，疏忽不是簡單的概念，疏忽是經過精密地衡量過相爭的考慮因素而達到的價值判斷。這項「風險計算」倘若要用公式陳述，只可以這樣說：我們必須衡量風險的大小、意外發生的可能性、可能的後果的嚴重性、不參與那項活動或採取某些預防措施的困難、費用或其他不利之處。

首要的是風險的大小，這是未經法律訓練以及專業人士最先考慮的。除非活動出意外及令人受損的機會是超過理論性的，否則不應該指為疏忽。總括來說，應有可見的損害的風險。所以，不能僅因為偶然間滿分時，板球會落在附近的馬路或花園，而指在某園地玩板球為不當；最低限度，要有板球會擊中他人的實質風險。<sup>7</sup> 另

一方面，把精神集中在真正發生的損害的可能性也是錯的，因為那樣做會把有關風險的可預見性減低，甚至減至零，因而不適當地妨礙賠償。例如，若涉及的問題是：在把汽車駛入兩輛車中間的停車位前，不先清除停車位的草地，拿掉玻璃碎片，這是否適當？應探討的是：碎片飛出在某方面傷害附近的任何人士的可能性，不是：碎片飛出插傷 S 太太的左眼（這是在有關案件中的實情）的可能性。當然，倘若實際發生的損害是怪誕的，被告可以用損害「過遠」為理由逃避責任，但是這項結論不應該影響首先的判決，即是以行為的總的可預見風險來衡量，行為是否疏忽。

英國法律沉迷於尋找全面性的公式來形容需要的風險程度。相持不下的有魔術性的字眼是：「合理可能性」、「真正可能性」、「不單可能，是很可能」。即使文字可以勝任，這些推測出錯的地方是，推定問題是可以用數學可能性解決，只涉及不變的因素的問題；而實際上，問題是易變的，不可以從其他組成複雜的風險因素獨立分出來處理。例如，當可能的損害的嚴重性增加，損害發生的可預見性相應減少。無論如何，從來不須要證明損害發生的可能性高於不發生的可能性。在民事訴訟中，<sup>8</sup> 比較可能性是決定某事故曾發生與否的適當的法律標準，不適用於衡量行動未來的危險性。沒有人會因為死亡率只是六分之一，而認為俄羅斯輪盤賭博遊戲不是蠻勇的行為。同樣，從樓上窗戶隨便拋出鎮紙，那個鎮紙實際上擊中行人腦袋的數據可能性，可以是微不足道的，但是可能性仍是高於法律容許的，因為可引致的後果極其嚴重，而這行為對任何人都沒有用處。

方程式的另一面是，不參與那項「危險」活動，或採取某預防措施的社會及經濟成本。倘若所有汽車都由拿着紅旗的人開路，以每小時 3 公哩的速度行駛，意外傷亡便會大大減少，但是國民生產亦會大大減少。我們豁免急救車輛，不必受速度限制，甚至不必理會交通燈的訊號，理由是急救人員有緊急事務，但是他們必須採取補償性的預防措施，如敲起警鐘及提高警覺性。同樣，在決定父母看

管兒女的義務範圍，應該考慮到有需要讓兒童發展個人責任感而予以同樣寬容。<sup>9</sup>

### 成本收益分析

那麼，這個公式是否意味只在意外的費用超過避免意外的邊緣費用時，不避免意外才算疏忽呢？Learned Hand 法官的代數公式似乎暗示相似的原則：損失的風險用 P 代表；損失用 L；負擔用 B。義務取決於 B 是否小於 L 乘 P，即  $B < PL$ 。<sup>10</sup> 用經濟術語，這個公式表示疏忽法律只要求有理由花費的預防措施；要求過高鼓勵過重的安全投資，擾亂經濟資源分配。<sup>11</sup> 雖然這樣的成本收益分析在大企業的管理決策過程扮演重要角色，適用這項分析於法律責任不能不予以嚴重保留。第一，怎可以替生命及四肢與安全措施的費用找到共同的錢額代母，第二，歸根結底，判決是社會的決定，不是經濟的決定，目的是安全，不是效率。

### 慣例

明理人的標準的驕人優點之一是：容許大眾的感性介入司法程序，把法律謹慎標準與社會價值掛鉤；標準由陪審團適用時，這項優點更顯著。既然如此，被告的行為是否符合那類活動的慣例必然是一項重要的證據。倘若不符合慣例，必須提供有說服力的解釋，而不符合慣例通常是對被告最不利的證據。相反，通常可以用行動或遺漏符合慣例為證據，反駁疏忽的指控。

但是，慣例不是完全的豁免，否則整個工業可以不理會謹慎處理義務，而成立不受管制的標準。因為現代的製造過程依賴抽樣調查，這項警告特別重要。倘若抽出的樣本符合標準，而整批貨被接納，那批貨內有甚麼缺陷，由消費者承擔。但是標準，亦是消費者的風險程度，由製造商制定，只受市場及法律的限制。倘若法律把工業的經濟標準作為法律標準的模範，法律便逃避責任，因為工業的目的是爭取最大的利益，不是滿足消費者；所以，在最後關頭，

法律的標準取決於應該做的是甚麼，不是慣常做的是甚麼。

除了在工業訴訟，在醫生疏忽的訴訟中，符合慣例有最顯著的角色。法律一向關注這個問題：不利的判決對醫生的專業聲譽可以造成損害，也許這是同病相憐吧。法律領會到未受訓練的人對醫學無知，亦不信任陪審團，<sup>12</sup> 所以一向堅持這項保障：沒有專科證據及不符合慣例的證據，不可以成立在診斷或治療方面疏忽。這條條規加諸要素人身上特別沉重的負擔，不論有理無理，因為，衆所周知，醫生不喜歡指控同業。英國的法律給予醫生同等（過分）的保障，把醫生說明附帶風險及其他程序的義務歸納入「專業服務標準」，在加拿大及美國，這些義務視為病人的「選擇權」，或「知情的同意」。<sup>13</sup>

在這些及其他涉及技術性問題的訴訟中，堅持專科證據，在某程度上緩和現代人常常面對的兩難的困境：在民事侵權索償中，或把專科的證據交給行外人（不論法官或陪審團）衡量，或鑑於專業的認識的不同，完全不審查專科意見。

### 註 釋

1. 雖然 A. P. Herbert 在 *Fardell v. Potts* (*The Uncommon Law*, 頁 4) 表示懷疑，但「人」不是專指「男人」。
2. *Tidy v. Battman*, [1934] 1 K.B. 319 (C.A.).
3. 下文頁 109-10。
4. *The Uncommon Law*, 頁 4。
5. *Morriss v. Marsden*, [1952] 1 All E.R. 925.
6. 由於「意志理論」的影響，德國的法典表面上贊同個人過失的原則，但也要屈服於補償無辜受害者的實際的迫切需要，因此倘若神經不正常的人及兒童有能力負擔，法庭會裁判他們應該負「公平」的義務。
7. *Bolton v. Stone*, [1951] A.C. 850.
8. 與刑事訴訟不同，刑事訴訟要求較高的證據，達到毫無合理疑問的境界。
9. 有時，法官的偏見（往往是下意識的）在特別優待某類活動的案件可以見到：如板球 (*Bolton v. Stone*, [1951] A.C. 850) 或飼養馬匹 (*Fitzgerald v.*

*Cooke Bourne*, [1964] 1 Q.B. 249), 在那些案中, 要求「真正可能性」, 不僅是「可預見損害的合理可能性」。

10. *United States v. Carroll Towing Co.* (2d Cir. 1947) 59 F. 2d 169, 173.
11. Posner, *Economic Analysis of Law* (2d ed. 1977), 第6章。
12. 引致加拿大某省份在這類訴訟廢除陪審團制度。
13. *Sidaway v. Bethlem Royal Hospital*, [1985] A.C.





## 第四章

# 謹慎處理的原義務<sup>(譯註 1)</sup>

### 一、引言

不是在所有的情況下，都必須就疏忽引致的損害負責。在某些情況下，爲了比安全更重要的理由，法律容許不小心行爲。當然，這麼極端的立場必須有法律認可的公策支持，而這些公策在決定風險是否合理的過程中，可以說是不曾充分考慮到的。誠然，從上文可以見到，在決定風險是否合理時，不僅考慮損害的可預見性，最重要的衡平因素是抑制企業的後果或加諸企業的負擔——換言之，正好是在釐定法律認可的絕對公策(不須要那類行動的行動者負責)的考慮因素。表面上法律累贅，理由很簡單：正如大自然的資源豐富，在成長期間，普通法給予法官多樣工具。因爲那時是陪審團制度的全盛時期，而陪審團最容易受感性的影響，所以專職法官需要不同的工具，防止陪審團因爲同情某被告而離棄重要的社會公策。所以授予法官權力，一開始便決定在哪種情況下，被告毋須負謹慎處理義務，這項權力補充他作這項判決的權力；鑑於相爭的公策，因爲法律認爲風險並非不合理，不應該指控行爲爲疏忽。道理殊途同歸。

譯註 1: 見第二章，譯註 1。這第四章的課題是「原義務」，內文提及的義務一般是原義務，「原」字省卻了。



雖然沒有正式系統，現時的慣例傾向於利用絕對的、較明朗的分類方法來解決義務這個問題，在分類時實現法律認可的公策；而類別是容易認明的，沒有易變的因素，不需要就個別案件的案情作精細的調節。<sup>1</sup>例如，警方應否就在真誠地執行任務時所採取的行動負責是「義務」(或「豁免」)的問題；而在甚麼情況下(假設不是完全被禁的)，警方在追逐銀行劫匪時，可以冒着誤傷行人的風險而開槍，那就是公共安全在那個情況下要求的合理謹慎標準的問題。這樣用技術性的解釋去理解義務這個概念，與義務在日常使用中的解釋，絕對不是完全一樣的，例如我們會說，經過學校時，駕駛者有義務慢駛，又或者說駕駛者沒有義務用手勢顯示方向，只需要用燈號。義務一詞這樣用時，包括的問題不僅是情況是否要求某些合理謹慎措施，並包括精確地說明，需要甚麼措施才可符合必須的標準。

謹慎處理義務是施害者與受害者兩人之間的關係的部分。法律肯定——或，更確切地，否定(沒有關係是正常的)——這項義務取決於很多因素。這些因素可以分為三大類。第一類涉及有關各方的個人地位，或他們之間的關係的特別層面。上文已經提及，被告可能行使行政權力，原告可能侵犯被告的土地，因而無權要求對方負謹慎處理義務；又或是在某些美國區域的免費乘客，因此只受有限度的保障，只得到不受故意或鹵莽損害的保障。同一道理，直至近期的英國成文法修訂，公路當局沒有「義務」維修公路，即使知道對駕駛者或行人不合理損害的風險存在。

第二個代母涉及造成損害的行為的性質。例如，不小心把別人推落水，導致他淹死，與不營救遇溺者，有天淵之別。在第一種情況中，被告的過失是積極地造成風險；在第二種情況中，危險不是被告造成的，被告的過失只是不把受害者從險境中救出。即使兩種情況有共同的因素，即倘若不是被告沒有謹慎行事，死者不會死；但是兩者有分別，一是正面行動，另一是遺漏。以往還區別疏忽行動和疏忽文字，區別某人的行動與言語；長時間以來，法律一直拒

絕承認有任何小心說話的義務，即使聽的人會合理地依賴消息，同時也可預見依賴消息可帶來損害，也沒有義務。

第三個重要區別涉及損害的種類。雖然現在我們已承認一切物質損害都是不當的，不論是人還是有形的資產，不論是動產還是土地，都應該得到保障，不受損害。但是保障較複雜的人格的要求，卻取得較少進展，甚至取不到進展，最低限度取不到不受疏忽(相對於故意)損害的保障。倘若施害者故意引起恐慌，施害者必須負民事義務，以恐嚇或故意引起精神不安為訴訟原因；但倘若恐慌不是故意引起的，無須補償，與明顯地反社會行為不同，法律不願加諸合法行動的行動者身上過分的負擔。即使情緒受到嚴重震蕩的受害人的要素也要過關斬將。最令人爭議的是，可否根據疏忽法律取得純經濟損失的賠償？純經濟損失的例子是，工人因停電而失去的薪金，企業因停電而損失的利潤。

在這第三類，當拒絕或限制賠償的理由是損失的性質，法律實際上是拒絕保障某種權益的，如情緒或經濟安全。談論被告的「義務」，倒不如談論原告的「權利」來得自然。例如，在德國的法律體系，他們強調的是那些法律「權利」受到保障，不受疏忽所損。我們因為是從意外而不是從原因推定，<sup>2</sup>把這個問題當作「義務」的問題處理。即使焦點不在可以要求被告做甚麼，而在原告有權得到甚麼保障，也是這樣辦。問題只是技術名稱的問題，不管法律體系的傾向是怎樣劃分問題。這樣，即使在我們的體系裏，曾經流行這樣描述義務問題：情緒震蕩的損害「過遠」，或：被告的疏忽不是損害的「近因」，<sup>3</sup>這兩種說法意義上是相同的。現代人覺得「義務」這詞較為恰當，部分原因是關係過遠的概念過分模糊並且有其獨特之處(這個問題下文還會討論)。

### 可預見性

在普通法無計劃的只按經驗辦事的發展過程中，產生了很多判例，表達了我們社會在下述問題累積的智慧。這個問題是：在甚麼

情況下，應該把保障別人不受不合理損害這個顧慮放在自己的活動自由之前。在 19 世紀末期，義務成爲民事疏忽的理論要素，從那時起，盡力把表面全無系統的前例編成全面及有系統的公式。影響最深遠的是 Atkin 勳爵在 *Donoghue v. Stevenson* 裏著名的一席話，這番話因講者地位崇高，發表的時間又恰到好處，成爲探討根據英國法律「義務」存在與否這個問題的神聖開端：

必須有普遍的概念，知道甚麼關係產生謹慎處理義務。事實上，有這個概念，報告的判例只不過是這個概念實現的例子……你應該愛護你的鄰居這條條規，在法律上成爲，你不能損害你的鄰居；而律師的問題：誰是我的鄰居？一向得到有限制的答覆。你必須採取合理措施避免理應預見會損害你鄰居的行動或遺漏。那麼，在法律上誰是我的鄰居？答案似乎是——那些與我的行動有如此密切或直接影響關係的人，在我考慮有關行動或遺漏時，我理應預見他會受影響。<sup>4</sup>

這篇宣言的重要性，不在於提倡世俗的美德<sup>5</sup>或強調可預見性，而在於這項訊息：現在是適當時機，用廣闊的概論代替一系列的特定義務。在後來的日子，這篇宣言觸發了連續的判例，把重要的無義務圍牆（疏忽文字、經濟損失）拆掉，以致現在我們的想法是，疏忽義務由一項統一原則規範。在新的情況中，法律建議分兩個階段處理問題：第一，先問雙方的關係是否足夠密切令被告理應預見，倘若他不小心，他會導致原告受損；第二，有沒有其他應該否定、減少或限制義務範圍的因素。<sup>6</sup>有人說第一個問題說明「原則」，第二個問題爲可能相反的「公策」作例外。<sup>7</sup>

這條公式在一件擴大義務的代表新里程碑的案件中發表，公式被理解爲只可以在最迫切的情況下，才可以從「原則」劃出例外。<sup>8</sup>對學者而言，這條公式的重要性在於它與歐陸法律的傳統匯合，一起視「過失」義務爲統一概念。<sup>9</sup>

## 對這個原告의義務

原則是，原告的要索的基礎必須是違反對他個人的義務，沒有甚麼可以比這項原則更清晰地顯示普通法的個人主義偏見。爲了公策理由，普通法不容許原告以間接受益人身分，就被告對別人的義務提出要索：被告可能惡貫滿盈，但是倘若由於某種理由，原告沒有資格抱怨，原告亦不得要領。

有一宗案件自始便與這項基本原則連接在一起：*Palsgraf*案。<sup>10</sup> 在那件案中，服務員把趕車的乘客推入一輛正開動的火車，因而掉下一包包裹。那包裹內的東西是煙火，發生爆炸，因此，在月臺的另一端的重物掉下，擊中原告。原告得不到賠償，理由是：雖然服務員應該預料到包裹會受損，因此可以說服務員疏忽；但是他沒有理由預料包裹內會有這些不尋常的物件，更預料不到潛在的會進而擴大的危險。原告在可預見危險的範圍外，被告對他沒有「義務」；或者更恰當的說法是，因爲他不是可預見的受害者，被告對他沒有疏忽。疏忽意味行爲與後果的關係；人只可以爲可預見的後果而被譴責爲疏忽；要求行動者就沒有疏忽（因爲不能預見）的後果，向「不能預見的原告」負責，是不符合疏忽的理論基礎的。

法律上的這個態度對被告最爲有利，因爲倘若受害者基於偶然的原因沒有資格提出要索，法律讓被告意外地省下一筆錢。例如，倘若駕駛者在經過幼兒學校時不慢駛，他可以說是疏忽；但是倘若他碰倒的人不是小孩，而是突然出現的騎腳踏車的人，他毋須負責。我們應否採取隨便的態度說，雖然不慢駛是錯的，而倘若他放緩速度，便可避免碰傷原告，但是被告不必提防騎腳踏車的出現，所以對騎腳踏車的人不算是疏忽？

這項原則雖然通常妨礙原告，但偶然會對原告有利。因爲，倘若他比普通人更易受損，似乎他有權堅持被告僅爲他的需要而採取預防措施。例如，雖然只有少數人對清潔劑或化粧品敏感，該類貨品必須附有警惕告示。誠然，可以考慮到製造商的額外負擔和成本，但這只是需要考慮的因素之一，亦必須考慮到損害的機會及程

度。所以倘若養貂的人警告承建商，貂在生產期間對聲音特別敏感，而恐慌會令他們吞噬自己的幼貂，合理的謹慎措施包括暫停維修公路工程。在這些情況下，要停工一天半天是合理的，要求長期禁止使用現代機器卻不合理。

同樣，爲了保障盲人，在某些情況下，必須採取某些對盲人是需要的，對其他人是不必要的特別措施。一方面，盲人應該自己盡可能彌補自己的不足之處，不可以要求所有燈柱裝上護墊；但另一方面，他們有權要求合理的活動範圍，不必處處由看護攜帶。所以，要求道路維修人員在人行道上設一排矮柵，不只靠撐起的鏈子來警告行人，這不是過分的。（案情是，失明的原告的手杖因碰不到鏈子而跌倒。）當然，有正常視覺的原告不會獲得勝訴，因爲已採取的措施對這類人是完全足夠的；他不可以說附加的預防措施是盲人需要的，而倘若有這項附加措施，他不會跌倒。答辯是，他只能就對他的過失起訴，不可以就對別人的過失起訴，尤其是當那人是假定的。

現在我們可以細看若干例子，看看在制定法律義務關係時，在甚麼的程度上，因爲其他公策，可預見性退居次位。

## 二、遺漏

按常用的定義，疏忽是有不合理的損害的風險的行動或遺漏。在一般情況中，這項概論提供可行的條規。長期以來，普通法一向把不對的行動與不行動區別。雖然今天來說，區別不那麼受到強調，但是區別還是重要的，值得細看。

初期的普通法集中精神阻止公然擾亂和平的行動，不能分心處理某人忽略行動的案件。所以侵犯的罪行一律與正面行動連在一起。因爲不行動而須負責的條規在後期才發展，而只局限於被告曾承諾採取行動的案件；在那些情況中，受諾人必須提供約因，承諾