

摇图书在版编目 (CIP) 数据

摇哲学与侵权行为法(美)波斯特马主编;陈敏,云建芳译-北京:北京大学出版社,2005.11

摇 (世界法学译丛)

摇陈星苑郝元鹏徐元

摇Ⅰ援哲…摇Ⅱ援①波…②陈…③云…摇Ⅲ援侵权行为 原法哲
学 原研究摇Ⅳ援侵权损害赔偿

中国版本图书馆 悦读数据核字 (圆园原第 员圆猿源号)

摇书 名：哲学与侵权行为法

著作责任者：(美) 格瑞尔德·戈波斯特马摇主编摇陈摇敏摇云建芳摇译

责任编辑：贺维彤

标准书号：陈星苑原书原貌·吴晓

出版发行：北京大学出版社

地 址：北京市海淀区中关村北京大学校内摇务人员

网 址：澳 门：电 话：传 真：电 子 信 箱：责 任 编 辑：黄 志 强

电 摇 话：邮购部 远 圆 缘 园 缘 摇 发行部 远 圆 缘 园 缘 摇 编辑部 远 圆 缘 园 缘

排版者：北京高新特打字服务社 摇缘书苑

印刷者：

经 销 者：新华书店

远园毫米 伊恩园毫米 摇员远开本 摇园缘园图家印张 摇猿源千字

圆园缘年 员月第 员版 圆园缘年 员月第 员次印刷

定 摇 价：~~猿~~~~圆~~~~圆~~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。

摇版权所有,翻版必究

侵权行为法的道德基础 (代译序)

侵权行为法发展最早可以追溯到古代社会的复仇制度。那个时代,对被造成损害的救济往往由家族或个人提出,采取复仇手段,所谓“以眼还眼,以牙还牙”。后来,由习惯法形成了加害人向受害人支付“赎罪金”(或称“修正性”支付)制度。这一制度,虽是一种原因主义的加害责任,但却具有两个基本功能:一是对加害人的处罚;二是对受害人的补偿。今天看起来,这只是一种十分平常的法律智识和观念(尽管在细微之处也还存在或多或少的非议)。不过,对于那时的人们来说,将所受到的伤害以及由此造成的伤痛与愤怒情绪发泄在某种制度或机制之中,而不是直接施之于加害人身上,还是需要极大克制力的。这大约是人类从追求生物的快乐感到寻找精神抚慰的端绪,也是人类从蒙昧冲动走向文明社会制度建构的开始。当然,起初,无论是大陆法国家抑或英美法国家,人们对于侵权行为及其损害赔偿的把握都是建立在一些零星的个案认识基础上。因此,一些古老的法典如《格尔蒂法典》、《十二表法》和《阿奎利亚法》等,大都采取列举主义,对各种侵权行为、相关责任及救济方式加以规范。另外,针对个别案例采取特定令状,也是许多古老国家采取的一种较为普遍的现象。

总的说来,人类文明的历史是对人的原始冲动加以抑制,并逐渐得以制度性或体制化舒展的过程。侵权行为制度的功能也逐渐从强调前者即“处罚”转向注重后者即“补偿”,并在近代社会最终将具有刑罚功能部分交给了公权力,而民事损害赔偿制度也从加害责任发展为过错责任,为此确立了以“填平”为标准的补偿原则。19世纪以降,自然法理论的发展,机器时代的来临,侵权行为逐渐增多,大陆法系国家民法典总结出了侵权行为法的一般规则,英美法系国家则出现了过失(过失侵权)侵权行为理论,由此侵权行为

法得以广泛运用,并迅速发展起来。19世纪以来,由于社会工业化程度加剧,大规模损害行为随之产生,其规模之大,数量之多,使各国侵权行为法产生了严格责任制度(也称无过失责任或危险责任制度)。与之相适应,对侵权行为法的法律解释也不断变化,如赎罪、惩罚、威慑、损害赔偿、预防损害等目的和功能广泛地运用于侵权行为规范,影响了侵权行为法的价值目标、机能和归责原则。社会法学派、功利主义或各种实用主义解释理论将法律视为一种实现公共目标的机制,特别是19世纪70年代以后兴起的经济分析方法,允许法官对侵权行为法进行重新定位,使其服务于经济目标,而不再是服务于矫正正义目标,这就改变了侵权行为法最初的道德基础和价值取向。于是,侵权行为法的法理学也从自然法学转向实用主义、工具主义。

但近年来,这种解释方法受到了批判。因为经济分析方法更注重从国家、社会的角度进行分析,认为“法律的首要功能是保证效率,也就是说,如何使整个社会的蛋糕变大(或社会成本最小)”^{〔1〕}。这就忽视了双方当事人的意思表示,忽视了公平与正义,忽视了我们文明社会的根本性原则:自由、正义与合法性基础。

经济学家张维迎教授曾经问过我一个有趣的问题:假设邻居家老太太的一只黑母鸡能够治疗张三的病,而老太太又不肯卖,于是张三乘其不备偷了;老太太让张三赔偿500元,但按市场价它仅值100元。作为法官,你如何判决?我知道,他是在关注由此产生的社会收益。为了回答这个问题,我给他讲述了另外一个更加古老的故事:一个农夫、一个瓦匠、一个缝纫师来到了一个地方,他们为了彼此美好而幸福的生活走到一起。为了提高效率,他们需要进行专业分工,农夫打粮食,瓦匠造房子,缝纫师做衣服;为了各自的需要,他们又必须进行交换,100斤大米换一件衣服,100件衣服换一

〔1〕 张维迎:《作为激励机制的法律(代序)》,载王成:《侵权损害赔偿的经济分析》序言部分,中国人民大学出版社1999年12月第1版,第100页。

座房子。这是柏拉图在《理想国》所描述的城邦产生情况。^{〔图〕}按照伦理学的基本原则,一切行为的起点均在于行为人自身,只有自己才是行为的主宰,行为必须建立在自愿的基础上,这也是“交换”所依存的社会交往行为基础——即自愿,但现实社会中的“交往”还包括另外一种非自愿的形式,如偷盗、抢劫、欺压和诈骗等。如果这种“非自愿”的“交往行为”广泛存在,就会影响到了他们(农夫、瓦匠和缝绉师)自由意志,挑战了他们走到一起来的根本目的:自由幸福的美好生活。经济分析方法虽然注意到了专业化社会分工旨在提高效率原则,但往往忽视了人类共同生活的根本前提,过分夸大了效率原则,甚至视为法律的“首要功能”,这实际上是在挑战人们共同生活的底线。因此,对自己的决定权才是人们生活在一起的首要原则,而为了效率进行社会分工与交换只是在此之下次一级的法律原则。

即使按照经济分析方法进行解释,也存在诸多争议。经济学基础性定律即需求定律,旨在说明价格与人的选择行为之间的因果关系,一项选择的成本其实并不只是一种会计成本,而是为这项选择所放弃的机会成本。在分析社会现象的时候,经济学的价格高低还应该包括行为人的某种主观感觉。张三身体健康(治疗疾病)的需求与老太太主张的 5 万元之间,从主观感觉角度看,很难说老太太主张价格过高,超过了张三的行为预期。张三在偷窃母鸡的时候,他所考虑到的成本可能不仅是是否需要支付 5 万元的问题,还有可能包括被治安拘留处罚,甚至他自己也在等待着警察请他“喝咖啡”(放弃自由生活的机会成本)。而且,我们不妨做出这样的假设:如果这只老母鸡是老太太的一个宠物,老太太得知她的宠物“为人所害”,为此而伤心欲绝,住进了医院,那又如何裁判呢?无论是科斯定律,抑或是汉德公式,社会现象中许多参数还不足以为我们所把握(诚然,法律经济学完全可以将更多的参数纳入分析

〔图〕 参见〔古希腊〕柏拉图:《理想国》,郭斌和、张竹明译,商务印书馆 1986 年 1 月第 1 版,第 5 页以下。

框架,使其理论逐步完善),而我们惟一能够了解的是自己生活的感受:自由、安全感和被尊重,而不是被伤害!这才是一个符合正义的秩序状态。

由是观之,当我们抽象地谈论法律具有正义价值的时候,并非是一个空洞无物的概念,而是依据我们共同生活的语境和具体行为,有所意指的。罗尔斯的两个正义原则中,第一个正义原则便是建立在广泛意义上的平等自由原则。在第二个正义原则中,他认为社会和经济的不平等应该建立在两个优先规则之下:第一个优先规则是“自由的优先性”,第二个优先规则是“正义对效率和福利的优先”^{〔獭〕}。一种社会秩序失去这些前提,就很难让人认同它是正义的。蛋糕变大了,我们就幸福了吗?这又回到了历史学家基佐提出的问题:“归根到底,人类难道仅是一座蚁冢,仅是一个只需要秩序和物质幸福而不需要其他的社会?”^{〔源〕}当然,我这里并不是想说明经济学分析方法一无是处,也不是旨在为侵权行为法的法理学提供一个完美的解释模式,但经济学帝国主义倾向对法学理论产生的消极影响亟待清理,这一点是应该引起重视的。

对自由与权利的追问,以及寻求合法性基础的理论,它们大多是建立在普通伦理或道德论基础上的。在侵权行为法中,道德理论强调了人们所具有的避免受到他人不正当行为侵害的道德上的权利,同时使得加害人负有道德上的义务和赔偿责任,这就在表面上支持或契合了侵权行为法的实质内涵。但是,法律与道德二者在同构侵权行为法解释理论的时候,其实忽视了它们所关注的不同目标:法律的重心在于,按照普通的、合理性的人的行为标准,对具体行为进行判断;而道德上的判断更加注重每个人的主观与心智状况——更加强调那些故意或蓄意损害他人行为的可责罚性(威廉·戈德曼语),尽管我们可以将疏忽行为看成是行为人在道德上

〔獭〕 参见〔美〕约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社 1995 年 1 月第 1 版,第 105—106 页。

〔源〕 〔法〕基佐:《欧洲文明史:自罗马帝国败落到法国革命》,程洪逵、沅芷译,商务印书馆 1985 年 10 月第 1 版,第 12 页。

的失败。^{〔编〕} 因此,纯粹的道德论在法律解释理论上同样存在模糊、牵强的缺陷。

王泽鉴先生认为,当前侵权行为法所需要面对的重大问题有二:其一,如何防止或减少危害事故?其二,如何合理填补所生的损害?^{〔远〕} 实际上,这涉及侵权行为法的两大传统功能——即预防功能和补偿功能。这两种功能是符合道德解释方法的:前者从分配正义角度解释侵权行为法,强调当事人双方的对等性,分析了自由和安全权利哪一个优先,以此处理侵权问题;后者注重对受害人的赔偿,称为救济论。但为什么要由加害人对受害人进行赔偿?赔偿的基础又是什么?这些理论,最初应该源于亚里士多德的交换正义理论。^{〔苑〕} 这种极具伦理色彩的解释理论,本身是具有较强的扩张力和解释力的。只不过,由于现代社会危害事故剧增,如交通事故、医疗事故、产品责任及环境侵害等现代型侵权行为大量发生,造成损害规模扩大,损失重大,这不仅使得整个社会生活风险遽然增加,而且所造成的损害往往超出了理性人标准的行为预期,也超过了侵害人的承受能力;而单纯依靠侵权损害赔偿的事后责任分配体系,又无法完成对损害的填补,也不能造就一个具有较强安全感的社会秩序状态。鉴于此,引入保险制度(包括像新西兰实行的一元化保障体系)分散和转移了侵权赔偿责任;实行严格责任制度保障了法律关系中的弱者,强化了社会大生产与服务的社会责任;通过侵权行为法司法的行政化,解决了传统司法救济中滞后和无效率问题;等等。这些措施,虽然受到了诸多肯定性的社会评价,但与此同时,它们却忽略了行为人主观上故意与非故意之间的

〔编〕 王泽鉴先生认为,当前侵权行为法所需要面对的重大问题有二:其一,如何防止或减少危害事故?其二,如何合理填补所生的损害?实际上,这涉及侵权行为法的两大传统功能——即预防功能和补偿功能。这两种功能是符合道德解释方法的:前者从分配正义角度解释侵权行为法,强调当事人双方的对等性,分析了自由和安全权利哪一个优先,以此处理侵权问题;后者注重对受害人的赔偿,称为救济论。但为什么要由加害人对受害人进行赔偿?赔偿的基础又是什么?这些理论,最初应该源于亚里士多德的交换正义理论。这种极具伦理色彩的解释理论,本身是具有较强的扩张力和解释力的。只不过,由于现代社会危害事故剧增,如交通事故、医疗事故、产品责任及环境侵害等现代型侵权行为大量发生,造成损害规模扩大,损失重大,这不仅使得整个社会生活风险遽然增加,而且所造成的损害往往超出了理性人标准的行为预期,也超过了侵害人的承受能力;而单纯依靠侵权损害赔偿的事后责任分配体系,又无法完成对损害的填补,也不能造就一个具有较强安全感的社会秩序状态。鉴于此,引入保险制度(包括像新西兰实行的一元化保障体系)分散和转移了侵权赔偿责任;实行严格责任制度保障了法律关系中的弱者,强化了社会大生产与服务的社会责任;通过侵权行为法司法的行政化,解决了传统司法救济中滞后和无效率问题;等等。这些措施,虽然受到了诸多肯定性的社会评价,但与此同时,它们却忽略了行为人主观上故意与非故意之间的

〔远〕 参见王泽鉴:《侵权行为法(员)基本理论·一般侵权行为》,中国政法大学出版社 圆园园年 苑月第 员版,第 源页。

〔苑〕 参见〔古希腊〕亚里士多德:《尼各马科伦理学》,苗力田译,中国社会科学出版社 员九九年 愿月第 员版,第 怨页。

区别,只是关注如何分配现实损害的风险和责任,侵权行为法所具有的惩罚、震慑功能被日益淡化,那么相应的预防功能也随之逐渐被弱化。由此,本来旨在防止侵权行为发生的侵权规则却可能“诱发”或“造就”大量的侵权行为出现,甚至出现了法的界面与社会生活界面的严重分裂与冲突的现象。正是基于此,棚濑孝雄教授观察到现代社会出现了一种遵守固有的生活伦理的“反侵权行为化”的动向。^{〔愿〕}

解决侵权问题的方法引发了比解决方法更多的理论问题,侵权行为法的危机产生了。

那么,是否存在某种新的解释理论,我们可以以此来重新定位侵权行为法或侵权责任法?读者可能已经注意到,虽然在对具体案件的裁判中,我们极少意识到侵权行为和侵权责任之间的区别,但二者在逻辑上并非完全一致(尤其对于旨在建立债的关系体系的大陆法私法理论而言,如何区分二者,可能还会影响到相应的债的关系法或民事责任体系,从而间接地影响到民法典及其体系的建构)而且对行为的分析与对责任的界定,在价值目标上也存在不尽相同的地方。圆园年 缘月 怨届全国人大常委会委员长会议提交的《中华人民共和国民法典》(草案)第 愿编“侵权责任法”与

〔愿〕 棚濑孝雄教授认为,在与社会联系的界面中,侵权行为的扩大也引起了摩擦。只能通过金钱赔偿来解决问题的侵权行为无论如何引起与人们本来朴素的对不法期待的解决之间发生不合,而且作为赔偿前提要件的“不法”与人们本来就不应该去为的不法之间产生不合。这样,通常在社会生活中与法的赔偿同时进行平行的社会的调整,这种二元的处理随着广义的法化的深入必然会引起破绽的出现。因此,在日常生活中的侵权行为的介入受到了强烈的反击,人们否定侵权行为法的介入,而出现了遵守固有的生活伦理的“反侵权行为化”的动向。参见〔日〕棚濑孝雄:《侵权行为责任的道德基础》,载棚濑孝雄(编):《现代侵权行为法的理念与生活世界》,东京:有斐阁 员怨源年 缘月 猿园日第 员版,第 源-缘页。

随后的三部民法典“学者建议稿”定名为“侵权行为”^{〔2〕},大约不只是称呼的不同,也在一定程度上反映了立法者对侵权问题在现代社会的定位与价值取向上的差异。

当然,一种比较容易让人接受的方法是将经济分析与道德解释两种方法结合起来,承认侵权行为法价值的多元性,并无单一价值取向。但问题是,将多元价值不加区分地整合在一起,不可避免地要出现一些冲突。对此,我们应如何处理?是将不同的价值还原为单一价值,还是将不同的价值目标适应于侵权行为法体系的不同部分,抑或是对多个价值目标按一定的标准进行次序排列,确定位阶,依次适用?在格瑞尔德·允波斯特马主编的这本论文集《哲学与侵权行为法》(孕圆年猿月第猿版)中,多位著名学者进行了深入思考。

很显然,这些著名学者在侵权问题思考上的学术成就还不止于此。在英美法系国家,侵权行为法是一个独立的法律领域,由个案发展起来的判例是其主要渊源,而且较之其他法律部门,侵权行为法更多地体现了普通法的特征。法官巧妙而灵活地对法律原则进行解释和运用,使英美侵权行为法极具活力,从中体现了法官的睿智。这与英美司法制度密不可分。而在大陆法系国家,侵权行为法由成文法规定,属于民法债的发生原因之一。立法者敏锐地观察到保护现有的利益与获取利益之间存在相互依存的关系,可以将侵权行为所生之债和合同之债两者统合在债的关系之下,但又相互区别(尽管二者的分界线在欧洲大陆各国也不尽相同)。这与欧洲大陆文化传统相因应。一贯以来,英美侵权行为法的目的是要解决非常实际的具体问题,而不是上升到哲学角度去进行抽

〔2〕 这三部学者建议稿按照面世先后依次为:王利明教授主持的学者建议稿(圆年猿月)第愿编定名为“侵权行为”;梁慧星教授主持的学者建议稿第缘编定名为“侵权行为”;徐国栋教授主持的学者建议稿第圆编“财产关系法”下第愿分编“债法分则”之第猿题“侵权行为之债”。王利明教授主持的建议稿,笔者未见到正式出版;另外两部,分别参见梁慧星:《中国民法典草案建议稿》,法律出版社圆年缘月第员版;徐国栋(主编):《绿色民法典草案》,社会科学文献出版社圆年缘月第员版。

象与思考,因此现实主义法学和经济分析法学在英美国国家具有较大影响力。当然,无论是大陆法还是英美法,在现代社会出现侵权责任、违约责任、保险制度和社会保障制度等相互依存与整合之际,如何界定侵权行为法的目标和功能,是侧重事故的预防,还是损害赔偿,是注重公平还是注重效率,确实是一个值得探讨的问题。本书收录的论文便是从哲学(多为道德理论)角度对侵权行为法进行的理论解释与思考。虽然观察的角度各不相同,理论思考的路径和结论也大异其趣,但作为一项英美法学者的研究成果,提出从道德角度来对待和处理侵权问题,本身就是一个较大的突破。就某种具体的侵权行为而言,英美法系和大陆法系就相似或相同的侵权事实可能有相似或相同的判决结果;但就侵权行为诉讼的程式、法律推理和法学方法而言,两大法系则有显著不同。由于制度设计上的区别,我们无法直接移植英美国家的审判模式,但其所运用的推理逻辑、研究方法和分析问题的角度,很值得我们学习和借鉴。因此,这些研究成果,为两大法系的融合,为日益支离破碎的侵权行为法寻找了一些统合的理论基础。

本论文集所涉及的理论问题,即使在英语世界中也是较为艰深的,翻译成中文自然是难上加难。华中科技大学法学院两位研究生陈敏和云建芳翻译此著述,也是极为难得。笔者进行校订时,也曾有不少善意的朋友提醒要注意校订的“风险”。不过,我想,翻译虽难至“雅”,只要语言通俗易懂,使读者能够通过这些论文大体把握英美侵权行为法的解释理论和方法,激发我们进行思索的一些思绪或碎片,也就足够了。

本论文集的出版,要感谢北京大学出版社副总编杨立范先生、政法编辑部主任李霞女士和贺维彤先生多方联络和给予的热切关注。陈敏同学翻译了其中的第 员猿源缘远苑篇;云建芳同学翻译了第 圆愿篇;作为她们的老师,我进行了一些必要的校订工作。华中科技大学法学院研究生王博同学协助对校订稿进行了一些文字校对,这里一并致谢。

易继明

圆园园年 远月初于北京颐和山庄寓所

目 录

侵权行为法解释的理论研究	1
格瑞尔德·范波斯特马	
一、初步探讨	2
二、对道德论的重新关注和提炼	6
三、对反对者的理论回应	17
意外事故侵权法的社会契约观念	26
葛瑞高瑞·悦璇廷	
一、本文的观点	28
二、对过失责任和严格责任的选择	37
三、义务和违反义务：“合理的注意义务”	55
结果责任、风险与侵权行为法	88
史蒂芬·珀里	
一、绪论	88
二、非结果论及对非故意侵害的责任	92
三、结果责任的一般理论	101
四、作为结果责任基础的可避免性	114
五、可预见性的一致性	125
六、预见能力的含义	132
七、行为,相互关系以及合理注意的含义	141
八、结果责任是多余的吗?	151
九、结论	156
侵害与受害的意义	158
马丁·斯通	

一、引言 理解侵权行为法	158
二、基本规则	163
三、侵权行为理论 机能主义论	170
四、矫正正义	190
五、理论与实践	208

侵权行为法和侵权行为理论

——关于研究方法的初步思考	224
---------------	-----

朱里斯·克里曼

一	228
二	235
三	243
四	247
五	254
六	256
七	259

产品质量侵权时代的矫正正义	263
---------------	-----

阿瑟·利普斯坦 驳本杰明·兹普斯蒂

一、绪论	263
二、侵权行为法中义务的结构	269
三、对因果关系的辩护	273
四、产品质量侵权有所不同吗？	280
五、市场份额责任,证据和矫正正义 对辛德尔案的理解	287
六、结论	307

经济学、道德哲学及对侵权行为法的实证主义分析	310
------------------------	-----

马克·格斯特菲尔德

一、对侵权行为制度的实证主义分析	313
二、对侵权行为实体法的实证主义分析	324

员侵权行为法解释的理论研究

格瑞尔德·坎波斯特马

托马斯·荷兰德（托马斯·荷兰德曾经说过，对不赶时髦的英国律师来说，普通法“处于一种满是索引的混乱状态”〔参见霍姆斯（与塞泽尔，见第 5 页）〕。由个案形成的判例所组成的英美侵权行为法，与其他任何一个部门法相比，保留了更多的普通法传统特征。任何一本判例汇编的读者都会面对这些混乱的索引大吃一惊。但至少从 19 世纪早期的霍姆斯开始，法学家和法学学者就开始寻求将某些课题进行统一并使之理论化的努力。但直至 20 世纪末期，才有哲学家开始致力于此，尤其是在过去的 50 年里，有关这一课题的哲学成就迅速发展并日趋成熟。正如我们所期待的那样，这种研究的日趋引人注目和日趋成熟带给社会的重要意义在于为社会提供了一种理论选择的更高境界，而远远超出了对某一种观点或理论统一的本身。本书收集的论文从不同的视角对侵权行为法的基础进行了理论思考，每一种视角都各有特色，而且各作者之间对一些主要问题的看法也有相当大的分歧，但是它的重要意义并不仅仅在于对一些理论思考的目标达成某种一致，而是为理论思考提供正确的方法论。

这些论文的主要目的不是批判或纠正，而是力图对侵权行为法的解释进行更为清晰和完整的阐释和辩护。他们力图加深我们对法律这一领域及其实践的理解。显然，对于开展此类研究应采取何种方法论是有争议的。本书中的大部分论文采取——并且有

几位作者〔参见斯通和克里曼（~~James H. Stowell and William E. Klein~~）的论文〕花了大量时间来辩护——一种广义“解释论”的方法，这种方法，至少以一种变更的方式，遵循了侵权行为法实践的参与者尤其是法官和律师的推理范畴和模式。

一、初步探讨

一旦在头脑中建立了这些模式和范畴，我们就有必要首先明确侵权行为实践的核心要素，即使稍后我们必须提炼我们对该核心部分的范围的理解。从表面上看，侵权行为法具有一些特殊的实体规则和特定的程序及概念结构（详见斯通在其论文的第二部分对侵权行为核心要素的详细描述）。在英美法系的司法审判中，有关过失侵权行为的实体规则包含在过错责任之中，这种过错责任包含了严格责任。侵权行为的概念框架则体现在诉讼过程之中。关于侵权行为责任的法律规定在从判例到判例的司法判决中得到了宣告和适用，当然诉讼当事人都是私法上的主体。一方当事人首先对另一方提起诉讼，主张一种使被告对因自身违反必要注意义务而造成的损失进行赔偿的权利。法院作出判决支持或者驳回原告的主张，但法院并不是作为诉讼当事人来参加诉讼。当事人的主张能否得到支持取决于诉讼程序、概念框架以及法律规范，但却反映了以双方意思表示为基础的私法性质。原告声称被告的过错行为违反了必要注意义务并给自己造成了损害，因此主张从加害方获得对自己所遭受损失的赔偿。

纯道德论

在思考侵权行为在实体上和结构上的特征时，许多从事理论研究的学者可能会作出这样一种假设：侵权行为法的首要目标是支持因他人不当行为而受到不公正侵害的个人具有道德上的权利，同时使加害人负有道德义务并赔偿因其不当行为而对受害者造成的损失。侵权行为法的道德论好像可以用侵权行为法的主要

用语来表达,不尊重他人的合法权益不仅违反了法律的规定,而且也是缺乏道德的体现,人们应当承受他们违反道德的代价。因此,侵权行为责任似乎支持这种道德判断,它惩罚了道德违反方并对其过错而遭受损失的人进行救济。

这一观点仍需进一步提炼。首先,我们应区分将纯道德论运用于侵权行为法的两个不同的目标,这两个目标产生于对普通侵权行为法实践进行观察的不同角度。“规范”的观点认为社会互动是大量的,或在事前存在的,并且考虑了它如何受社会公开形成的规则和标准的影响和指引。从规范的优点来看,侵权行为法将为人行为的基本规则界定在产生风险的社会互动上,侵权行为法的实体规则指导人们的行为,规定某些行为方式,禁止其他行为方式,而侵权行为诉讼则是执行这些实体规则。相反,“补救”的观点则主要是详细考虑特定情况、特定当事人以及他们所蒙受的不幸。我们的纯道德论必须决定采用哪种观点以及如何联系上述的两个目标。

第二,纯道德理论必须解释侵权行为法的双边结构这一现象。也就是说,如果认为侵权行为法反映、衬托、服务于道德的话,就会进而产生一些更深层次的问题。比如,侵权诉讼的双方当事人之间的关系是否具有在先的道德意义?难道他们不是典型的陌生人,不是不明显相关吗?如果他们作为私法上的主体时彼此之间有一种道德范畴上的关系,这种关系将他们与普通公民相区别,并以一种侵权实践中的特殊方式对待他们是合理的话,那么为什么国家有权通过法律途径去干预他们之间的事务呢?我们知道,法律有权处理公共事务,但是法律有什么权力干预纯私人事务呢?

但是,试图对纯道德理论进行提炼似乎并非上策。因为,如果我们在侵权行为的表面词语之下探究使这些词语具有法律含义的真正原则,我们就会发现一个事实,该事实对于一个纯粹的观察者来说是针对我们所考虑的道德观的一种令人震惊的背离,很多例子都可印证这一点。从表面上看,侵权行为法好像完全漠视加害人的应受责罚性,行为人一时的疏于照料就会导致他对由此造成

的重大损失承担责任〔参见沃尔德伦(宰桑翻译,见第11页),而另一些犯有同样过错甚至是犯有更严重错误的行为人,却完全逃避了责任。这完全是一个运气问题。侵权行为法将这些不利后果之承担归因于运气,同样地,也许行为人在事前已经尽到了合理注意义务以避免损失,但他仍然可能要对损失负责;事实上,尽管一个人有权以法律承认的行为方式实施损害他人权利的行为,他可能仍然要对造成的伤害负责。上面所说的情形并不只是例外或者说是偏离了强调道德核心边缘的几种情形,因为法律上的“过失”观念本身严格区别于普通的道德观念,我们认为在道德上应当谴责那些故意或蓄意损害他人的行为人,甚至是那些过失损害他人的人,只要该行为人对自己实施的行为可能带来的风险没有予以充分注意。我们将这种疏忽看作是行为人的失败,因为它是行为人在道德控制上的失败。普通道德观认为应受责罚性与漠不关心、粗心等人的心理状况相关;然而,依法学理论来判断的话,“过失”仅仅只涉及行为,而不涉及行为人的心理状况。法律好像改变了我们的批判目的,因此完全忽视了应受责罚性的道德目的;而且,过失侵权行为法界定的行为标准尤其抵制在道德上的明显借口。法律鼓励人们依照普通的、合理性的人的行为标准行事,而不考虑行为人现有的信息及心智能力。

实证法学派之回应

当然,当你读了霍姆斯的《法律的道路》(宰桑翻译,见第11页)一文之后,就不会觉得将法律原则与道德判断进行系统地分离是不可理解的了。很久以前,法律起源于道德判断和考虑,但是,霍姆斯提醒我们,法律有自己内在的逻辑和生命,从表面价值理解法律用语只会造成混乱。侵权行为法的解释理论必须从一种绝对的非道德论出发来开始其理论化,或者至少在霍姆斯以及他所创立的传统侵权行为理论看是如此〔参见高尔德勃格和兹普斯蒂(郎建邦翻译,见第11页),第11页〕。他认为,从一种冷静的分析角度看,法律是一种实现特定公共目标的机制。具体地说,

侵权行为法则是从阻止最有害、最浪费的社会行为以及赔偿受害者的角度出发来规定并实施的公共行为标准。基于这种目的,可责罚性观念的适用就不恰当了,而必要注意义务的“客观”定义是最有效的。霍姆斯还认为,公共的侵权行为规范规定了“绝对义务”,这种义务不是针对特定人而言的特定义务。当然,侵权行为之诉是独具特色的,因为它赋予私的当事人一种依法求偿权来支持他们的法定权利。但是,依霍姆斯的观点,这只是为便利起见的一种安排,侵权诉讼是一种为了更便捷地或者说以最低的成本对违反公共准则的行为施以惩戒的方式,总的说来,侵权行为法是执行公众准则的一种私法上的手段。当然,这里强调脱离道德观念来研究侵权行为法,并不是要彻底地摒弃道德观,提倡道德缺失;尤其要指出的是,侵权行为法将社会的善赋予了模糊的功利主义色彩,目的是使公共准则和私人执行制度得到更好的理解和评价。这一理论具有类似的功利主义表象,它没有将侵权行为法的基本原理道德论化,而是阐明了侵权行为法的基本原则和有关侵权行为实践的基本观点,并为注重双方当事人充分地进行意思表示的双边结构和侵权行为诉讼的程序提供了一个有力的解释工具。

霍姆斯所采用的研究方法一直都处于极不成熟的阶段,直至以卡拉布雷西(悦建建译员)和兰德斯(蕴建建译员)和波斯纳(孕建建译员)为代表的一批法学学者运用现代经济学概念和解释模式构建了一种全面系统的侵权行为法理论。经济学分析取代了霍姆斯提出的模糊的功利主义标准,提出了效益的观念,理解为福利最大化(有时可以不太精确地说成是社会福利最大化)。运用福利经济学这个严谨的工具,理论家们就能够系统地分析和解释侵权行为法的基本组成部分、内容和结构。与霍姆斯一样,他们主要采用了一种规范的理论视角。其解释模式从广义上来说应该是属于“机能主义”的(参见斯通和克里曼的文章),它将侵权行为体系的目标看作一个整体(如福利最大化),并寻求对这个体系的所有构成要件进行解释,而对这些要件之间的相互关系进行解释,则是实现这个独立目标的手段。