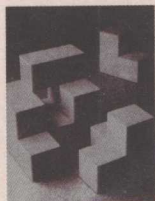




新视阈文丛
New Vision Series



大规模侵权损害救济论 ——公共政策的视角

Mass Torts Remedies
On Public Policy Perspective

熊进光/著

江西人民出版社

014033337

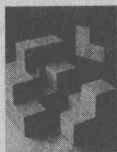
D923
207

司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目

“侵权损害赔偿中的公共政策问题研究”（项目编号：09SFB5022）成果



新视阈文丛
New Vision Series



大规模侵权损害救济论

——公共政策的视角

Mass Torts Remedies
On Public Policy Perspective

熊进光/著

江西人民出版社

D923
207

图书在版编目(CIP)数据

大规模侵权损害救济论:公共政策的视角 / 熊进光著.——南昌:江西人民出版社,2013.11

ISBN 978 - 7 - 210 - 06293 - 6

I. ①大… II. ①熊… ②蒋… III. ①侵权行为 - 赔偿 - 研究 - 中国 IV. ①D923.84

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 286352 号

书名:大规模侵权损害救济论——公共政策的视角

作者:熊进光

责任编辑:杨欢

书籍设计:同昂文化传媒

出版:江西人民出版社

发行:各地新华书店

地址:江西省南昌市三经路 47 号附 1 号

编辑部电话:0791 - 88612505

发行部电话:0791 - 86898815

邮编:330006

网址:www.jxp-ph.com

E-mail:jxp-ph@tom.com web@jxp-ph.com

2013 年 11 月第 1 版 2013 年 11 月第 1 次印刷

开本:787 毫米×1092 毫米 1/16

字数:220 千字

ISBN 978 - 7 - 210 - 06293 - 6

赣版权登字—01—2013—431

版权所有 侵权必究

定价:28.00 元

承印厂:南昌市印刷一厂

赣人版图书凡属印刷、装订错误,请随时向承印厂调换

目 录

第一章 侵权损害赔偿中的公共政策一般理论

一、公共政策理论的形成与发展	1
二、侵权损害赔偿与公共政策的联系	8
三、侵权法能否被取代	16
四、公共政策理论对侵权法发展的影响	25

第二章 大规模侵权下的公共政策考量

一、大规模侵权问题的提出	33
二、大规模侵权的一般理论	40
三、大规模侵权对公共政策的考量	48

第三章 大规模侵权综合救济体系的建立

一、侵权损害赔偿一元机制向社会化机制的转变	63
二、多元化损害赔偿机制建立的现实性	75
三、大规模侵权综合救济体系的建立	80
四、大规模侵权损害赔偿基金的建立	90
五、大规模侵权损害赔偿基金的制度构建	97

第四章 道路交通事故损害赔偿公共政策的适用

一、道路交通事故损害的社会化救济	101
------------------	-----

二、国外道路交通事故损害赔偿救济体系	104
三、机动车交通事故责任强制保险	109
四、被保险车辆“车上人员”之第三者身份的转化	119
五、道路交通事故社会救助基金制度	129

第五章 医疗侵权损害赔偿公共政策的适用

一、医疗侵权损害赔偿的社会化	139
二、国外医疗侵权损害赔偿救济社会化模式	142
三、我国医疗侵权损害赔偿社会化的具体模式	151
四、结 论	169

第六章 环境污染侵权公共政策的适用

一、环境污染与公共政策的变动	170
二、环境污染侵权归责原则与免责事由的公共政策考量	172
三、环境污染侵权行为构成的公共政策基础——违法性之争	177
四、环境污染侵权行为与损害之间因果关系的确定	184
五、环境污染侵权责任归属的公共政策基础	191
六、环境污染侵权责任承担的公共政策考量	195

第七章 食品安全侵权公共政策的适用

一、公共政策视角下的食品安全声誉机制	200
二、食品安全的综合责任机制	214
三、食品安全的惩罚性赔偿制度	224
四、食品侵权损害赔偿基金制度的建立与完善	233

第八章 结论：侵权法的未来

参考文献	246
后记	257

第一章 侵权损害赔偿中的公共政策一般理论

一、公共政策理论的形成与发展

按照美国学者戴维·伊斯顿的看法,公共政策是政治系统权威性决定的输出,因此它对全社会的价值做有权威的分配。^① 具体而言,所谓公共政策,就是政府等社会公共权威为解决社会问题、实现社会目标而制定的公共计划、行动方案和行为规范,它具体地表现为一系列的法令、策略、条例、措施等。^② 按照学者的一般理解,“利益”是公共政策的核心要素,公共政策是对社会利益的权威性分配,政府通常利用公共政策去保护、满足一部分人的利益要求,同时抑制、削弱甚至打击另一部分人的利益要求。可见,公共政策的选择与实施,实际

^① See David Easton. *The Political System: An Inquiry into the State of Political Science*, New York: Knopf, 1971, pp. 129—134.

^② 钱再见:《现代公共政策学》,南京师范大学出版社2007年版,第7页。

上就是一个利益选择、利益整合、利益分配和利益落实的过程。^①

(一) 公共政策理论的兴起

作为公共权力、公共职能、公共责任的伴生物,自公共权力(政府)产生之日起,公共政策事实上就一直伴随着人类社会,而公共政策和政策活动也一直存在于人类的社会实践之中。尽管公共政策和政策活动的历史发展源远流长,但作为一门独立的学科则是二战以后的事情。作为一门独立的新兴的交叉学科,公共政策产生于二战之后的美国,以政策科学从传统政治学脱离开来为标志。公共政策学科的出现被誉为当代社会科学发展过程中的一次“科学革命”。作为一门新兴学科,公共政策在不到五十年的时间内成为社会科学领域发展最迅速、影响最大、应用领域最广泛、试验性最强、社会效用最明显的学科。

公共政策之所以会在较短的时间内迅速地兴起和发展,与现代社会的发展相关,也与政治科学的发展有关。第一,社会问题频繁出现,已经成为国家与社会发展的严重阻碍,公众社会集体安全的迫切需要促使政府亟须提高应对社会问题的能力和改进公共政策的质量。社会问题是与私人问题相对立的概念,是指社会关系失调,影响社会大部分成员的共同生活,破坏社会正常活动,妨碍社会协调发展的社会现象。社会问题原本是社会进步所不可避免的社会现象,然而与以前的社会相比,现代政府所面临的不再是个别的、单一的、简单的和基本稳定或已在重复出现的社会矛盾和问题,而是大量的相互关联、相互制约的愈来愈具有复杂性、尖锐性、普遍性、专业性、变化性和发展性的各种社会矛盾和问题。^② 特别是 20 世纪 50 年代以来,各种社会矛盾、社会问题频繁出现,且规模影响之大、解决之复杂、牵涉面之广亘古未有。此时的社会问题不仅日益恶化,而且更是伴随全球化浪潮向全世界扩展,如环境污染、人口爆炸、能源危机等,这些都使得人们广泛地认识到单凭个人或者某个团体不足以应付,而只有通过国家的干预才能更好地处理问题,应付危机,从而意识到公共政策研究的重要

① 陈庆云主编:《公共政策分析》,北京大学出版社 2006 年版,第 7—9 页。

② 张国庆主编:《公共政策分析》,复旦大学出版社 2004 年版,第 7 页。

性。而政府被认为是公共物品的提供者,当社会问题出现时,人们总是要求政府能够进行处理并加以解决,同时政府也大范围地运用政策来处理社会问题,并支持各种政策研究组织。在政府和大财团的支持下,政策研究组织即所谓的思想库,如兰德公司、加拿大公共政策研究所等的研究和分析逐渐成熟,并不断地为政府提供智力支持和咨询服务。由此,公共政策成为政治领域应付实际问题的重要方面。第二,二战后兴起的新科技革命带来了新的科学技术和方法,为解决社会问题提供了新的工具。数量分析、运筹学方法及系统分析、计算机的使用等,使得理性决策有了长足的发展,有限理性和非理性的决策方法也被广泛用于公共决策中,这也使得公共的决策科学化有了客观的基础。公共政策短时间内迅速地兴起和发展的另一重要因素是政治科学的发展。自20世纪初以来政治学现实主义的方法开始取代历史—比较方法成为“当代各派政治理论的共同发源”^①。行为主义政治学开始蓬勃兴起。以美国芝加哥大学教授梅里安为代表的行为学派抨击传统政治学局限于对政治制度、政府体制的研究,脱离了政治运行的实际,主张采用经验科学以及交叉学科的方法,运用社会学、地理学、人类学和统计学的方法与成果对人的政治行为进行科学的、价值中立的研究。而政治科学的这一新发展对公共政策的兴起产生巨大影响,而行为学派的戴维·伊斯顿、哈罗德·D.拉斯韦尔等一大批具有较高学术素养,同时具备实践经验的学者直接开创了政策科学,使得公共政策学成为独立于政治学的一门新兴学科。

与其他学科的发展史一样,公共政策学在西方尤其是在美国大致经历了形成、发展、批判反思与比较研究和拓展新方向等四个发展阶段。首先,20世纪五六十年代是公共政策学的创建时期,以美国斯坦福大学召开的“关于国际关系论的革命性、发展性学术研讨会”为标志性事件。大会所形成的由哈罗德·D.拉斯韦尔、丹尼尔·勒纳主编的成果《政策科学:范围与方法的新近发展》,首次提出了“政策科学”的概念,标志着公共政策学的产生。以哈罗德·D.拉斯韦尔、戴维·伊

^① 钱再见:《现代公共政策学》,南京师范大学出版社2007年版,第56页。

斯顿、查尔斯·E. 林德布洛姆、托马斯·R. 戴伊等为代表的学者对政策科学的初步范式、特征等做出了阐释。其次,20世纪70年代是公共政策学的发展时期,进入这个时期的标志是叶海卡·德洛尔公共政策学“三部曲”——《重新审查公共政策的制定过程》《政策科学探索》《政策科学构想》的出版。德洛尔继承发展了拉斯韦尔的政策科学思想,提出了比较系统的政策科学理论和“元政策制定”概念等,至此形成的拉斯韦尔—德洛尔的政策科学研究传统,是政策科学发展史上第二个里程碑。此时在公共政策研究中出现了偏重于在政策制定中加强政策咨询趋势的“超前倾向”和偏重于政策周期研究趋势的“趋后倾向”。这一时期出现的“公共选择理论”更是为公共政策研究提供了新的研究方法。赫伯特·A. 西蒙、雷厄姆·T. 艾里森等也为这时期公共政策学的发展做出了重大的贡献。再次,20世纪80年代是公共政策学的批判反思与比较研究时期。这一时期开始进一步转向有关政策效率、政策信息多元化、政策学家与政治家关系的研究,学者们较多地对学科采取谨慎的批判态度,从世界范围来考察和比较公共政策的效率。阿尔蒙德的《比较政治学》、阿斯福特的《比较的公共政策》、安德森的《在比较政策分析中的系统和策略》等都是这一时期的代表作。最后,20世纪90年代是公共政策拓展新方向的发展时期。以金顿、奥斯特洛姆、萨巴蒂尔、费彻尔等为代表,发展和深化了政策过程的研究,在公共政策分析方面也取得了突破性进展。这一时期公共政策研究出现两种趋势:一是对原有的公共政策伦理、价值分别和公共政策与公共管理的关系这两个核心问题进行了深化研究;二是拓展了新的研究方向,集中在增强公共政策的应用性与加强理性意识形态,拓展和运用政策调查研究等公共政策分析技术与方法这两个新的研究方向。卡尔·帕顿和大卫·沙维奇的《政策分析和规划的初步方法》、威廉·N. 邓恩的《公共政策分析导论》等是这一阶段的代表作。经过半个世纪的发展,公共政策学已经发展成一门比较成熟的学科,学科建设不仅日臻成熟,政策研究机构也逐渐普遍和多样化,公共政策研究也趋向专业化。^①

^① 朱伟:“侵权损害赔偿社会化机制的建立——基于公共政策的视角”,江西财经大学法学院硕士学位论文,2009年10月。

(二) 公共政策的特点与功能

从本质上说,公共政策是公共权力机构为解决某一社会问题而制定的行为规范,是政府政治行为的产物。^① 公共政策是解决社会问题实现公共利益的政府产品,其本质属性在于“公共”二字,这“公共”最集中地体现在公共政策的政策问题、政策价值、政策目标三个关键要素上。首先,从政策问题看,公共问题是公共政策的逻辑起点。公共政策的特质之一是问题取向,美国学者威廉·N. 邓恩也在这种意义上把公共政策分析称作“问题分析之学”。在公共政策内考虑的问题,不是私人问题,而是引起政府重视的社会公共问题,换言之,公共政策解决的问题必须是公共性的而不是个人性的、小集团性的。其次,从公共政策的政策价值来看,公共政策必须以公共价值为基础,并实现公共价值。公共政策活动以问题为导向很容易过渡到以事实和技术为导向,这种无关政策价值的转向难免使得政策研究陷入“技术分析中心论”“技术专家治国论”的误区。社会和世界不能单纯地被理解为一堆可测量的客观物体,事实上,它是一个“有组织意义的世界”,这些包含价值成分的意义,“大大影响着普通人规范地活动和解释他们所居住的世界,它们还大大影响社会科学家们选择用来探究社会的那些问题,更不用提他们选择用来研究他们的问题的工具了”^②。这里的价值并不是个人价值,而是公共价值,即公平、正义、效率、社会福利等公众所共同追求的基本价值。最后,从政策目标上看,公共政策必须以维护、发展和实现公共利益为最终目的。政府要通过公共政策的制定、实施和评估,来进行利益选择、利益综合、利益分配、利益落实,以达到持续不断的发展公众利益的目的。^③

公共政策的基本功能有三个:导向功能、调控功能与分配功能。首先,公共政策是针对社会利益关系中的矛盾所引发的社会问题而提出的。为解决某一特定社会问题,政府依据特定目标,通过政策对人

① 陈庆云主编:《公共政策分析》,北京大学出版社2006年版,第11页。

② (美)弗兰克·费希尔:《公共政策评估》,吴爱明等译,中国人民大学出版社2003年版,第13页。

③ 胡宁生:《现代公共政策研究》,中国社会科学出版社2000年版,第34页。

们的行为和事物发展加以引导和规范,使得政策具有导向性。其次,政府通过公共政策的制定和运用,对社会问题及其所体现的利益关系进行调整,从而直接或间接地实现着对国家政治、经济、社会生活的调控。最后,由于社会资源的有限性,社会中每一个利益群体与个体都希望在有限的资源中多获得一些利益,这必然会造成利益分配上的冲突。为了减少社会成员之间的利益冲突,就需要通过政策来调整社会利益关系,因此公共政策具有分配功能。^①

(三) 公共政策理论对公共利益的选择

公共政策的产生、维持和改变,往往是包括政府在内的各种利益群体,通过竞争、博弈与合作,达成利益相对均衡的结果。因此,公共政策的制定与实施过程,既是协调利益主体间的利益冲突的过程,也是最终力求实现以公共利益为核心的社会利益的最大化过程。这自然地涉及一个问题——何谓公共利益?

对于公共利益的解读,犹如人类的史芬克斯之谜,充满着诡异和多变。著名政治学家塞缪尔·P. 亨廷顿曾总结了传统探索公共利益问题的三种方法:“第一种方法是把它和抽象的,或实体的,或理想的自然法规、正义、正当理由这一类价值标准和规范连在一起;第二种方法是把它和个别人物的特殊利益连在一起(如所谓“朕即国家”一说),或和集团、阶级的特殊利益连在一起(马克思主义),或和多数派的特殊利益连在一起;第三种方法是把它和个人之间的竞争过程(古典自然主义学派)或集团之间的竞争过程的结果连在一起。”^②他认为,这三种方法要么只有具体性而无普遍性,要么只有普遍性而无具体性,存在很大缺陷。“公共利益既非先天存在于自然法规之中或存在于人民意志之中的某种东西,也非政治过程所产生的任何一种结果。相反,它是一种增强统治机构的东西。公共利益就是公共机构的

^① 陈庆云主编:《公共政策分析》,北京大学出版社2006年版,第14—17页。

^② (美)塞缪尔·P. 亨廷顿:《变革社会中的政治秩序》,王冠华等译,三联书店1989年版,第23页。

利益。”^①与亨廷顿把公共利益归结为公共机构的利益的结论不同,哈耶克则认为公共利益只能定义为一种抽象的秩序,他认为,“自由社会的共同福利或公共利益的概念,决不可定义为所要达致的已知的特定结果的总和,而只能定义为一种抽象的秩序。作为一个整体,它不指向任何特定的具体目标,而是仅提供最佳渠道,使无论哪个成员都可以将自己的知识用于自己的目的”^②。哈耶克在这里已经几乎完全否定了由政府实现公共利益的可能性。显然,哈耶克的观点与其所主张的“自生自发”的社会秩序观是一脉相承的,因为在他看来,整体社会秩序乃是经由个人行动者之间的互动而达致的。^③但在笔者看来,无论是亨廷顿“公共利益就是公共机构的利益”的结论,还是哈耶克“完全否定由政府实现公共利益的可能性”的结论,都显得过于极端和偏激。

从政策科学的角度来看,尽管公共利益的内涵具有模糊性与不确定性,但还是可以对其进行总体描述或概括。正如著名政策科学家美国学者詹姆斯·E. 安德森在其著作《公共决策导论》中所指出的,“公共利益是多种多样,甚至是易变无常、难以捉摸的,必须通过各种途径对其进行研究。尽管公共利益不可能被转化为指引决策者行为的一整套明确的指导方针,也不能仅仅确切地认为公共利益是一个神话,然而,公共利益将我们的注意力引向直接利益以外的更为广泛和普遍的利益,它还使我们关注那些没有组织代表和未被明确表达的利益,不然这些利益在政策形成和政策评估中就会被忽视”^④。在公共政策理论看来,公共利益是具有社会分享性的,为人们生存、享受和发展所需的资源和条件。在公共利益体系中,不仅存在不同层次和不同领域

① (美)塞缪尔·P. 亨廷顿:《变革社会中的政治秩序》,王冠华等译,三联书店 1989 年版,第 23 页。

② (英)哈耶克:《经济、科学与政治——哈耶克思想精粹》,冯克利译,江苏人民出版社 2000 年版,第 393 页。

③ 邓正来:《自由主义社会理论——解读哈耶克〈自由秩序原理〉》,山东人民出版社 2003 年版,第 31 页。

④ James E. Anderson, 2003, p. 136. 转引自李玲玲:“公共政策应坚持社会总体利益最大化”,载《公共政策与政府治理》,上海人民出版社 2006 年版,第 60 页。

的公共利益,而且还存在着完全自愿性分享,以及包含着自愿性与强制性分享并存等多种形式的公共利益。在含有强制性分享的公共利益之中,公共利益必须以符合相关的法律、法规,符合法定程序为前提。^① 公共政策的目标是追求社会总体利益的最大化,终极目标是实现以人为本的全面、协调、可持续的社会发展。从某种意义上说,公共政策理论的兴起是与我国从“以经济建设为中心”转向“以人为本、和谐发展”的公共政策理念息息相关的。^② 近年来的 SARS 危机、孙志刚事件、齐齐哈尔制药二厂假药事件、三鹿奶粉事件,以及不断被媒体曝光的食品安全、矿难事故、农民工工资拖欠等事件,客观上要求公共政策的制定与实施应进一步关注民生、民权。

二、侵权损害赔偿与公共政策的联系

侵权法与公共政策从来都是联系在一起的。随着人类社会发展到今天,二者已经在价值理念、目标与功能以及救济模式等方面产生了更为密切的联系。侵权法的立法、司法与执法都广泛地关注公共政策,而公共政策的许多具体政策都体现为一种对权利的救济,从而事实上在某些方面起到了侵权法的作用。约翰·G. 弗莱明(John G. Fleming)教授对侵权法做了自己的思考,提出了解决事故的三种模式——侵权法、特别补偿计划和综合性补偿。在主张侵权法在未来将越来越多地让位于事故补偿法的同时,提出了令人深思的问题——侵权法有未来吗?^③ 随着具有较强公共政策性质的非侵权损害补偿机制的建立和完善,更多的学者感叹侵权法已走向衰微,有的预测侵权法将陷入危机,有的甚至主张废除侵权法。^④ 姑且不论这些学者的担忧

① 陈庆云:“论‘利益政策学’研究中的几个基本概念”,载《公共政策与政府治理》,上海人民出版社2006年版,第11—12页。

② 胡象明:“论人本政策价值理论的内涵及意义”,载《公共政策与政府治理》,上海人民出版社2006年版,第34页。

③ (美)约翰·G. 弗莱明:“关于侵权法发展的思考:侵权行为法有未来吗?”,吕琳、许丽群译,载吴汉东主编:《私法研究》第三卷,中国政法大学出版社,2003年版。

④ 王泽鉴:《侵权行为法》(第一册),中国政法大学出版社2001年版,第36页。

是否成立,就我们而言,更愿意去思考的是侵权法与公共政策的水乳交融中二者的密切联系。

(一) 侵权法对公共政策的考量

作为公共政策的一个分支,法律政策尽管有其独特的适用范围、适用条件和适用目的等,但法律政策在实施过程中必须充分考虑社会公共利益,在总体上接受公共政策的统辖。只有法律政策在实现自己独特功能的同时,也将公共政策充分考虑于其中,才能一方面实现法律的公平正义,另一方面维护公共政策这一整体结构体系的协调性。侵权法也不例外,在一般侵权行为中,侧重于在价值理念与目标功能上向公共政策靠拢,是一种宏观的抽象的考虑;在特殊侵权行为中,侵权法不仅在宏观上对公共政策进行抽象的考虑,而且要在具体层面注意与公共政策的协调。

(1)从价值理念来看,首先,侵权法有其特殊的价值理念,这些价值理念是在公共政策的指引下专属于侵权法的,是侵权法区别于其他部门法的一个重要特征,也是公共政策与侵权法相区别的重要特征。诸如矫正正义、诉讼的效率等,这些都与公共政策的分配正义和社会正义在目标上有差别,当然这里的差别是各有侧重点的差别。其次,侵权法在实现自身价值理念的同时,根据客观环境的变化,适时调整其对公共政策价值理念的追求形式。例如,在经济水平相对低下、司法资源相对匮乏的情况下,侵权法侧重于对个人正义的维护而轻社会正义,侧重于社会效率的提高而轻社会安全等。当经济发展到一定的水平、司法资源更加丰富、社会伦理道德达到新的高度时,侵权法就必须在维护个人正义和社会效率的同时,更多地专注于社会正义与社会安全。

(2)从目标与功能上看,侵权法的功能随其历史发展而有所不同,抚慰、实现正义、惩罚、威慑、赔偿以及损害分散等都曾位列其中。当然,它们中没有一个能够作为侵权法的全部正当性基础。但我们也有理由指出,在侵权法的不同历史阶段,某一功能会比其他功能更占据主导地位,这一主导地位的功能正是揭示了那个时代的某些社会经济与哲学的发展趋势。这一发展趋势虽不能说完全与该时期的公共政

策价值目标与功能相符合,但至少可以说公共政策的实施对其产生了深刻的影响。事实上,公共政策首先从整体上对社会的发展做了一番规划和展望以后,再通过法律政策、教育政策、经济政策、社会政策等一系列具体政策加以落实。因而,侵权法在实现自身目标与功能的同时,事实上就已经实现了公共政策的一部分目标功能,并与其他政策的实施一起推动公共政策的全部功能目标的实现。

(3)从侵权损害赔偿机制与其他补偿机制的协调看,风险无处不在,事故层出不穷,当今社会已经成为一个风险社会。仅仅依靠于侵权法的救济已经难以实现公共政策的诸如正义、效率、秩序等目标,公共政策已经着手从政治、经济和社会的其他方面寻求新的途径来协助侵权法。在此背景下,王利明在对中西方历史、现实与法律政策进行研究后,总结指出,当今社会对受害人的救济已经逐渐从单一的侵权救济机制转变为多元的损害赔偿机制。^①这就对侵权法提出了新的要求,即如何与其他的损害救济机制协调好关系以共同实现公共政策之于法律政策的目标与功能。换言之,损害救济机制的多元化俨然已经成为一个必然的趋势,而且不管侵权法是否愿意,多元化的损害救济机制已经涉入它的部分领域,在不可能将其排除在外的情况下,进行良好的配合协调成了唯一的选择。因而,侵权法必须做出适时的调整,与商业保险救济、社会救助、赔偿基金、行政补偿等一起,充分发挥各自优势回避各自缺点,形成一个良好的体系化的救济机制。

(二)公共政策对侵权法的考量

如前所述,公共政策的价值理念、实施目的与方式的形成和评估更多地从公共利益出发,因而它的价值理念、目的和方式更多的是一种宏观的抽象的形式,更加注重整体间的协调。但公共政策毕竟是众多经济政策、法律政策、教育政策和社会政策等的结合体,它必须具体到各种政策之上,而且也不可能去偏袒某一政策。侵权法作为公共政策的具体化,公共政策也必须对其做充分的考虑。

^① 王利明:“建立和完善多元化的受害人救济制度”,载王利明主编:《中国民法年刊·2009》,法律出版社,2010年版。

(1)从目的与功能的角度看,公共政策在宏观上对侵权法的目的与功能进行指导,侵权法的目标功能都包含于公共政策的目标功能之中。公共政策学者谢明认为公共政策除了具有导向功能、调控功能和分配功能,还具有管制功能。所谓管制功能,是指公共政策所发挥的对目标群体的约束和管制职能,避免影响社会良性运行的不利因素的出现。^① 尽管传统侵权法的功能只有两大类,即补偿功能与预防功能,^②但这两大功能事实上已经将公共政策的四大功能都予以体现,也就是说,公共政策的四大功能都对侵权法的功能起到了指引作用。在公共政策的四大功能里,调控功能在纠纷发生以后对其进行调节与控制,分配功能紧随其后,通过利益与损失的分配来实现社会正义,这些都恰好契合了侵权法补偿损害的功能。此外,导向功能通过明确的规范对社会公众加以指导,引导人们的行动准则,以积极的方式对不利行为进行预防,而管制功能则通过事后的管理、控制与处罚的方式对社会大众进行引导,是一种消极的预防不利因素的方式。而这也映衬了侵权法的预防功能。总之,公共政策目的与功能和侵权法目的与功能的相得益彰不是一个偶然,而是两者客观关系的必然结果。

(2)从方式的角度来看,对于一般侵权行为而言,公共政策坚持用法律政策,具体来说就是侵权法进行调节;而对于特殊侵权行为,主要是具有公共性的侵权行为,公共政策允许其他救济方式的进入,对侵权法进行援助。坚持侵权法对侵权行为调节的主体地位,这是社会主义法治国家的本质要求,是侵权法对于一般侵权行为的天然优势决定的。吴邦国在2011年两会上发言指出,中国特色社会主义法律体系已经建成,侵权法作为权益救济法,是中国特色社会主义法律体系不可或缺的一部分。坚持侵权法的权益救济主体地位是巩固和完善中国特色社会主义法律体系的必然选择。同时,侵权法相对于其他救济方式有其独特的优势。侵权法的救济方式具有更强的强制力,有利于促进救济的实现。侵权法一旦获得通过即享有法律效力,由国家强制

^① 谢明:《公共政策导论》,中国人民大学出版社2002年版,第29—31页。

^② 程啸:《侵权行为法总论》,中国人民大学出版社2008年版,第83页。

力保证实施,而其他救济方式在通过之后还必须取得法律的认可才能得以实现。其他方式由于是侧重于公共利益的考虑而建立的,更多地倾向于社会的整体公平,即社会正义;而侵权法的救济方式则是重视对加害人和受害人的利益调节,通过个人正义的实现来促成社会正义。但正如市场失灵一样,侵权法的救济模式也有失灵的时候,尤其是大量的工业矿难、交通事故、产品侵权、环境污染等大规模侵权的出现,仅仅依靠侵权法的救济方式已经很难对受害人进行及时完整的救济,因而以责任保险、基金赔偿、行政补偿和社会保障等为内容的综合性救济体制得以建立。公共政策允许非侵权损害赔偿机制的进入,一方面是由于侵权法的失灵带来的客观需要,另一方面是由于非侵权损害赔偿机制对于大规模侵权进行救济的优势。非侵权损害赔偿机制通过将损害加以内部化,由创造危险活动的企业者负担,再经由商品或服务的价格机能,或保险(尤其是责任保险)加以分散,由多数人承担。^①这样,不但使得受害人能够得到及时完整的补偿;也避免了加害人由于支付庞大的赔偿费而陷入困境,实现了社会效率。

(三) 侵权法与公共政策紧密联系的必然性

侵权法与公共政策的密切联系并非是政府与立法、司法机关臆造出来的,而是有其客观的必然性。

第一,这是由侵权法与公共政策的性质所决定的。

正如我们前面所言,侵权法作为法律政策的一个部分,它本身也是一种特殊的公共政策。说它特殊是因为:a.从目标对象来看,侵权法所调整的目标对象相对比较具体,通常是指加害人与受害人,且大多数时候加害人与受害人都已经具体化;而公共政策通常是调整某一社会群体,只要是符合条件的社会大众,都受其规范约束。例如教育政策中的义务教育制度,达到合理入学年龄的所有孩子都有权利也有义务接受教育。b.侵权法具有较强的稳定性、连续性和持续性,这是作为一项法律政策所必须具备的。尽管法律也会根据社会环境的变化而适时做出调整,但这都只是在细节上做出微调,而大的法律结构

^① 王泽鉴:《侵权行为法》,三民书局/台大法学院福利社2010年版,第8页。