

侵权法人文译丛

Tort Law in America

— An Intellectual History —



美国侵权行为法：
一部知识史
(原书增订版)

本书将美国侵权行为法史划分为四个时代，即概念主义时代、现实主义时代、思想时代、新概念主义时代。

[美] G.爱德华·怀特 著 王晓明 李宇 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



[美] G.爱德华·怀特 著 王晓明 李宇 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



著作权合同登记号 图字:01-2009-3228

图书在版编目(CIP)数据

美国侵权行为法:一部知识史(原书增订版)/(美)怀特(White, G. E.)著;王晓明,李宇译. —北京:北京大学出版社,2014.2

(侵权法人文译丛)

ISBN 978-7-301-22636-0

I. ①美… II. ①怀… ②王… ③李… III. ①侵权行为-民法-研究-美国 IV. ①D971.23

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第124150号

Copyright © 1980, 2003 by Oxford University Press, Inc.

“Tort Law in America: An Intellectual History, Expanded Edition” was originally published in English in 2003. This translation is published by arrangement with Oxford University Press.

《美国侵权行为法:一部知识史》(原书增订版)的英文版于2003年出版,中文译本由牛津大学出版社授权出版。

书 名:美国侵权行为法:一部知识史(原书增订版)

著作责任者:[美]G.爱德华·怀特 著 王晓明 李宇 译

策划编辑:周菲

责任编辑:周菲

标准书号:ISBN 978-7-301-22636-0/D·3352

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路205号 100871

网 址:<http://www.pup.cn>

新浪微博:@北京大学出版社

电子信箱:law@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印刷者:北京大学印刷厂

经 销 者:新华书店

965毫米×1300毫米 16开本 23.5印张 373千字

2014年2月第1版 2014年2月第1次印刷

定 价:48.00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。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

序

我猜想人们热衷对某些特定主题进行学术创作,但这本书并不属于这些主题。我从事侵权行为法教学已有数年,但我对此领域并没有任何“传统的”学术贡献,也没有将侵权行为法作为自己主要的学术兴趣。然而,随着时间的流逝,将知识史中的技术方法应用于私法领域成为可能,这也引起了极大的兴趣。由此,我自然而然地想到了自己目前较为熟悉的领域。

我曾从一种不同的优势角度观察侵权行为法,也曾对知识史进行了重新认识。这些经历相当程度上成为了我工作的动力和快乐的源泉。这也说明了作者往往会比读者从书中学到更多的东西。我并不会劝阻本书的读者进行比较,然而我的直觉将会证实我的努力不会付诸东流。对私法制度和美国历史上的各种思想之间的关系进行持续的研究,现在看起来似乎存在着多种可能,这也使我激动不已。这个研究工作的直接展开,令人无比愉悦。

在创作这本书的过程中,我的知识经验部分来自于他人的帮助和交流。泰勒·贝克(Tyler Baker)、理查德·爱泼斯坦(Richard Epstein)、托马斯·哈斯克尔(Thomas Haskell)、詹姆斯·汉德森(James Henderson)、查尔斯·麦柯迪(Charles McCurdy)、哈维·珀尔曼(Harvey Perlman)、斯蒂芬·普雷瑟(Stephen Presser)、卡尔文·伍达德(Calvin Woodard)和杰米尔·蔡纳顿(Jamil Zainalden)通读了整部书稿并提出了犀利而又有益的评论。托马斯·伯金(Thomas Bergin)、乔治·弗莱彻(George Fletcher)和多若西·罗斯(Dorothy Ross)阅读了书稿中的几个章节并完善了本书的行文语言,尽管他们并不总是认同我的观点。黛布拉·威伦(Debra Willen)、南希·赫金斯(Nancy Hudgins)和伊丽莎白·肯珀(Elizabeth Kemper)帮助进行了优秀的编辑工作,卡罗尔·弗朗兹(Carol Franz)帮助核对了相关材料 and 索引。戴安娜·摩斯(Diane Moss)和弗吉尼亚大学法

2 □□□ 美国侵权行为法：一部知识史

学院的秘书人员从事了部分文字的录入工作。牛津大学出版社的苏珊·雷宾娜(Susan Rabiner)以其一贯的专业态度审查了书稿和相应的出版事宜。正是由于国家人文基金会(National Endowment for the Humanities)和弗吉尼亚大学法律基金会(the University of Virginia Law Foundation)的慷慨支持,这本书才得以更加顺利地完成。

亚历山德拉·怀特(Alexandra White)目睹了本书的整个创作过程,一直陪伴在作者身旁,所以这本书是献给她的。伊丽莎白·怀特(Elizabeth White)和苏珊·戴维斯·怀特(Susan Davis White)为作者的日常生活作出了巨大贡献。当然,上述提及的所有人都应对本书展现的任何疑难之处承担责任(尤其是伊丽莎白·怀特,她还不足三岁),但是明智的读者将会容忍这样冗长的感谢名单。

G. 爱德华·怀特

1979年5月于夏洛茨维尔

平装版序

本书的精装版自1980年初问世以来,在法律评论和历史期刊等刊物上引发了广泛的讨论。有些评论者指出了本书在印刷排版乃至实体内容等方面的错误,我在本次版本中修改了某些错误,但没有对本书作出重大修改,仍保留了原有的叙述框架和最初选择的主题内容。也有评论者对本书的某些解释提出了批评,对书中提及(或未提及)的学者或法官表达了不满。当然,这些做法是为解释性研究之目的而进行的学术对话、交流中不可缺少的部分。而在此次版本中我没有试图改变论述内容或解释之事实,也可以说明我发现这些批评并不是完全具有说服力的。

然而,在此我想对评论者所作出的两个主要观察结论进行一下简要的评论。这两个观察结论是相互关联的,因为它们都指出了人类思想作为历史发展之诱因的问题;但这两个观察结论同时也是有区别的,因为第一个结论尝试将我的观点贴上上述问题之标签,而第二个结论则从我的观点中得出了规范性的寓意。

任何与本书一样关注知识观念、“学派”和趋势的阐释与分析的著作,其实一般都隐含了“思想具有重大意义”这一前提假设。在本书中,我尝试说明侵权行为法则(tort doctrines)在美国历史的不同时期直接受到民事不法行为的责任范围、侵权行为法救济受害人损害之功用以及法官、法学家建构民事行为基本原则的能力等流行性思想的影响。在某些特定的情形,我论述了作为侵权责任标准的过失责任原则所经历的扩张或收缩、与有过失规则作为免责(抗辩)事由或减少损害赔偿之“相对”作用以及是否采用过失侵权责任以外的标准(如危险责任、绝对责任或严格责任等)作为侵权责任的归责原则等问题。这些问题都反映了侵权行为法之目的、受害人赔偿或(通过损害赔偿金)惩罚加害人等方面的流行知识观念。读者们可能会发现我其实在主张这样一种观点——即尽管外部文化环境毫无疑问地会影响人身伤害的特点和程度(例如机动车和跨州

高速公路会在陌生人之间造成更多的交通事故),侵权行为法对此的态度并不会因为伤害事故之发生而受影响,相反它更多的是受到现有知识观念工具的影响。为此,我就某些知识工具(如法律科学、现实主义、共识思想等)所依仗的前提进行了讨论。

某些评论者认为在本书中我没有“认真对待思想”,但我对此批评不以为然。思想——尤其在具有暗示性但又被广泛接受的哲学基本前提的意义上——在我的分析中已经提升到一个相当重要的推动力之地位。我认为思想不仅“塑造”了侵权行为法则,而且“渗透”到了司法实践中。建构侵权行为法则所依赖的那些内在哲学前提不仅影响了法则建构的实体内容,而且还影响了最终结果。人们是否能获得赔偿,往往是由法则范围所决定的;而法则范围的确定则往往是由人身伤害是否“值得”(worth)赔偿这一问题所决定的。

我建议那些批评我未能“认真对待思想”的评论者对本书的另一特征作出回应。我并不是说思想不重要(实际上我宣称思想无比重要),而是想说由于固有秉性之限制,思想并不能真正获得赫赫声誉。某些思想确实对侵权行为法的实体内容形成了重要影响,例如在十九世纪,意外事故和人身伤害基本上被认为是“运气不好”,是“适者生存”和残酷斗争的负面结果。但是本书认为,思想的真正声誉并不来源于它本身的完美无缺,而是来自以下两个理由:首先,它能够以栩栩如生的方式——通过详细论述重要而又迫切的热点问题——对文化的现实状况予以回应;其次,它由富有影响力的人物所推动。本书研究后认为,所谓“影响力”相当于极高的社会辨识度和精英职业地位。那些能够塑造侵权行为法则的思想其实就是高端教育机构内的学者、大都市律师事务所的精英律师以及上诉法院的法官们所主张的思想。尽管法律职业界的精英地位并不能保证其思想总是会所向披靡,但却能保证其思想能够得到大家的重视。

上述关于思想声誉的决定性观点很显然在一些评论者中引起了一定程度的不安。另外,由于我认为侵权行为法领域内的任何主体性内容均不是围绕着某一流行性思想所组织、建构起来的,这也加重了这些评论者的不安情绪。评论者的那两个观察结论可能看起来在一种强烈的顺从(resignation)氛围中达成了一致性的结论:侵权行为法已经由并且将会继续由那些主观武断的和昙花一现的思想所统辖。有评论者曾明确表达了这一看法:

在怀特的历史中……每个新兴的时代都会构建自己的概念体系,这一切似乎只是为了看到后继者是如何对既有概念体系进行破坏或者废弃的,从而形成侵权行为法内在“不可理解性”(incomprehensibility)的极度混乱。每个时代的知识结构和道德结构大多都是昙花一现,它们如同风过丛林,一旦这个时代过去,丛林就会恢复平静。^[1]

对于那些努力劝说别人相信他们的思想是完美和有效性的人们而言,思想的意义是由文化所决定的以及思想所谓“持久力”只是昙花一现的说法可能是危言耸听的。但是,美国侵权行为法的历史却证明了这一点。那些曾经深入人心的、不容辩驳的思想可能已被抛弃,那些疯狂另类的思想现在可能已成常识。侵权行为法也曾基于不同的初始假设而被建构起来,但是随着这些初始假设被逐渐抛弃,侵权行为法也为其他竞争性的观念提供了丰富的素材。这所有的一切无疑会惹怒那些致力于寻求法律理论统一性、影响力和持久性的人们,然而历史告诉我们,一代人形成的和谐统一可能会成为另一代人的陈词滥调。

xii

在评论本书的规范性意旨时,一些评论家将我定位成“宿命的”、“玩世不恭的”、“悲观的”或“虚无主义的”,我自然希望自己具有更为美好和上进的形象。如果很不幸没有这种形象的话,我也将会从本书的研究中获取一些慰藉,因为本书其实是对法律教育界某些同仁的内心确信——“影响效果”、分析性手段、全球化视角以及些许的傲慢交织起来就可以将整个世界纳入自己的理论图景——的反驳和解药。这正如我所言,法律学术似乎走进了一个越发强调“理论”的时代:新概念主义式的冲动仍未消退。所以,本书一方面提醒人们,理论之胜利并非冥冥中注定。即使是传教士,也应对自己的能力极限自察自觉。我相信目前的理论狂热将会消散,历史会站到我这一边。对我来说,对思想智慧的限制有所认识和反对智慧、反对知识完全是两码事。而人类历史上任何时期中“可接受的”思想的内在界限之问题,离否认思想本身的力量或重要性还差得远呢!

G. E. W.

1984年7月于夏洛茨维尔

[1] Teachout, "Boundaries of Realism", 67 Va. L. Rev. 815, 835 (1981).

增订版序言

本书的主旨观点可概括为：美国侵权行为法在十九世纪至二十世纪的发展要比学者先前所认为的那样更加受到思想的影响。在本书第1版中，我在不同的抽象层面使用了“思想”(ideas)和“影响”(influence)等术语。现在来看，如果我能更为清晰地阐述自己对“思想”一词不同的理解以及“思想”对侵权行为法发展之作用的话，本书的主旨观点似乎就更加容易理解了。^[1]

在最确切的意义上，我所说的“思想”是指在不同历史背景下某些法官和学者对侵权行为法提出的一些法则性或政策性的方案。比如所谓的“次长责任”(vice principal)法则^[2]、“最后明显机会”(last clear chance)法则^[3]以及某些工业事故领域内的工人补偿制度^[4]等。另外，有时候我使用“思想”一词是在较为粗略地描述这些方案背后所蕴含的、有关美国侵权行为法之目的或意义等问题的基本立场。例如，有思想观念认为侵权行为法的基本目的在于赔偿受害人之损失，也有相反的思想认为侵权行为法的基本目的在于威慑或惩罚危险行为。^[5]

[1] 本序言及本书第八章的部分内容曾在2000年9月份范德比尔特(Vanderbilt)大学法学院召开的学术讨论会提交讨论并最终在《过失责任的意外存续》为题发表在法律评论杂志上，详见“The Unexpected Persistence of Negligence”，54 *Vand. L. Rev.* 1337(2001)。作者在此感谢肯尼斯·亚伯拉罕(Kenneth Abraham)、罗伯特·威廉姆斯(Robert B. Williams)、安东尼·刘易斯(Anthony Lewis)和温蒂·若斯(Wendy Wrosch)等人对本书的大力帮助。

有评论家在评价本书第1版时认为我在“思想”之影响作用这一问题上宣扬了一种宿命决定论的论调，即任何意义上的“思想”均无法超脱其所在的特定历史背景。也有人认为我的方法论是“理想主义式的”，即思想要比任何物质因素更为重要，在历史进程中具有重要的原因效果。参见Teachout，“Book Review”，*Va. L. Rev.* 815(1981)；Feinman，“The Role of Ideas in Legal History”，78 *Mich. L. Rev.* 722(1980)。

[2] 参见本书下文，pp. 51—55, 61—62。

[3] *Ibid.* at 45—50。

[4] *Ibid.* at 38。

[5] *Ibid.* at 147—55, 237—39。

在更为抽象的层面上,我使用“思想”一词其实是指某些基本的法律观念,而这些法律观念决定了十九世纪晚期和二十世纪美国法律职业界不同的法理学派。例如,我所称之为“概念主义”(conceptualism)的法理学派就将法律视为民事行为普遍原则的外在具体表现;“现实主义”(realism)学派将法律本身等同于法院认为功能上最具效用的现行法则或政策;“新概念主义”(neoconceptualism)学派则使那种“法律(包括侵权行为法)是由若干综合性原则组织起来”的景象得以复活,但是这些综合性原则已经不再来源于那些亘古不变的“普遍真理”,而是来源于其他学术领域的研究成果所形成的、有关人类行为规范的一些基本洞见。最后,我所谓的“思想”是指在十九世纪至二十世纪间对“人类知识之来源”这一哲学问题的不同思考。在这一时间段内,对自然世界、人类社会变化历程的人文解释和控制模式由原来专注于内在的科学探索而逐渐被某些外在的模式——如宗教、自然或历史作用等——所取代。^[6]

本书曾在不同意义层面上使用了“思想”一词,但我本人并没有就不同意层面的“思想”之间的因果联系作出任何明确的结论。相反我只是概括地认为,所有不同意层面的“思想”均影响了十九世纪至二十世纪美国侵权行为法的发展。现在我仍坚信这一结论,但在这一版本中我将研究视野拓展至二十世纪的最后20年,并尝试更为明确和深入地解释所谓的“思想”及其产生的影响。

在本书中,我认为不同意层面的“思想”之间确实存在着因果联系。它们各自的特殊性与普遍性究竟如何,决定了它们在因果关系层级中的位置高低——越抽象、越具有普遍性的思想就越具有强大的原因效果。这种因果关系层级似乎难以捉摸,因为改变侵权行为法历程且最易于被人察觉的思想往往是那些在某些特定层面产生实际作用的思想:即司法判决或立法决定中所展现的具体法则和政策。尽管这一现象能够很轻易地被人察觉,但是如果不诉诸更为抽象的研究手段则无法对此进行有效的解释。因此,当我们在思考为什么某一特定法则或政策的改变能够如此吸引学者、法官和立法者的注意时,引发此类改变的、关于侵权行为法目的的基本假设,推动此类基本假设的法律观念,以及(终极地)关于人类如何理解其经验实践、理解法律的假设,诸如此类的问题就会慢慢

[6] 参见本书下文, pp. 23—26, 238—239.

浮出水面，变得休戚相关。

正基于如此，当理论抽象水平不断提高以至于 *Palsgraf* 一案开始被人们视作人类社会因果报应理论的重大改变时^[7]，有些人甚至认为“思想”一词已经变得过于无所不包从而不再具有任何助益。但如果我们对“思想对侵权行为法之影响”这一问题仍保有热情的话，就会发现若将普罗瑟(Prosser)于1941年发表的关于缺陷产品领域中严格责任的著作与特雷纳(Traynor)法官于1944年在 *Escola v. Coca Cola Bottling Co.* 一案^[8]中的观点进行详细对比，其结果会让我们略感欣慰。然而，最终我们在探讨普罗瑟对特雷纳究竟产生什么样的影响时，我们需要了解如下问题：为什么普罗瑟会青睐于严格责任原则？为什么他的观点与特雷纳有所共鸣？为什么他们二人都认为在产品责任领域严格责任原则要比过失责任原则更具有优先性？为什么他们均认为法官是当时进行产品责任法则改革的最佳人选？为什么侵权行为法总体上仍是缺陷产品案件中确保受害人获得损害赔偿的一种良好机制？为什么某些人被认为具有向受害人(由于市场中无法预知的产品缺陷而导致意外伤害)进行赔偿的能力？

为避免囿于细枝末节或过分抽象，我将不会对所有足以影响侵权行为法发展(1980年至2000年间)的思想进行逐一考察。然而就思想对侵权行为法发展的影响这一问题，我在本版中的研究结果确实正面反映了本书先前版本中的主要结论。这主要体现在以下两个方面：

首先，我认为学术理论与司法实务两者的发展趋势是并行不悖的，但我并没有刻意去探究学术界究竟对司法实务界产生了什么具体影响。我之所以这么做，不仅仅是因为(正如下文所言)学术界与司法实务界之间

[7] *Palsgraf v. Long Island Railroad Co.* 248 N. Y. 339 一案主要涉及过失行为与人身伤害之间的因果关联问题。我们可以发现，在此案中，法院判决的多数意见与反对意见在责任构成问题上均采用了一种崭新的方法论。它们均摒弃了先前那种基于外部世界的、完全自然属性的“远近”观念(即所谓的“近因”物理模式)，而这种观念最早源于自然科学，后来则被法院和陪审团所采用。在以卡多佐法官为代表的多数意见中，“近因”物理模式转变为“义务”标准，而“义务”是否成立则由法官或陪审团通过衡量被告行为的风险程度以及原被告之间的关系来确定。在安德鲁斯法官的反对意见中，“近因”物理模式变为“合法性原则”，法律政策考量成为问题的关键。安德鲁斯认为，自然的因果关系模式往往由于其内容过于宽泛、复杂而无法真正确定，这显然无法满足人们追求法律正义、明辨是非曲直之诉求。相关的具体讨论和分析，详见本书第三章。

[8] *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*, 24 Cal. 2d 453 (1944). 详见本书第六章相关内容。

的共生关系(如普罗瑟与特雷纳之间)在二十世纪晚期并不多见,更为重要的是,即使司法判决可能确实受到了学术著作的启发或影响,但这也仅仅表明两者之间的影响才刚刚开始。

其次,就法律教育史和二十世纪晚期美国的社会整体文化等方面而言,我在学术与实务之间的并行关系问题上有所超越。在寻求并试图扩展两者并行关系的过程中,我已经在思考什么样的思想已被悄悄地摒弃、什么样的法则或政策选择未曾作出等问题。我认为侵权行为法在二十世纪最后 20 年的主要法理趋势就在于对过失责任理论和法则的继续坚持。对过失责任原则的坚守不仅反映在各种司法判决中,而且还体现在过失责任原则与此时期的主要学术理论(例如福利经济学或矫正正义理论等)之间所形成的契合关系上。要解释这一发展动向,我不仅要思考过失责任原则与这些学术理论之间共同的前提基础是什么,而且还要反思侵权行为法依旧将过失责任原则作为核心原则的背景下究竟有何种其他观点因此被淘汰。最后,我将试图解释为什么人们会认为这一发展动向是出乎意料的。

依我看来,在二十世纪最后 20 年间,思想对侵权行为法所产生的影响并没有按照本书前几章所描述的途径(即通过学术著作与司法判决之间强烈的对比)而得以展现。这不仅仅是因为所谓“法律学术事业”的基本涵义发生了变化,学者不像先辈那样仅注重法则分析与综合,而且还在于“学术对法则发展的影响”这一问题本身远比将学术著作与司法判决进行直接对比的做法复杂得多。正因如此,我并没有就某些学术著作和司法判决进行较为全面、详细的对比分析。相反,我想强调的是:如果人们拓宽二十世纪晚期侵权行为法的历史,将侵权行为法上那些预期的学术与法则发展(这些发展被广泛预测但却并未发生)纳入其中,就会强烈地感觉到理论与法则的发展尽管可能出人意料,但实际上注定会发生。这是因为在二十世纪晚期大多数美国人对政府、自由市场、风险与伤害等角色问题的思考方向已发生改变。过失责任原则之所以在二十世纪晚期仍出乎意料地屹立在美国侵权行为法之中,是因为有关政府、市场和损害思潮的各种思想中的某一组思想比另一组思想引发了更多的共鸣、变得更具有吸引力。

本书的读者会察觉到我确实采用了一定的方法来研究体系书(treatise)、案例书的作者是如何随着版本更新而不断变更其学术观点的。这

些读者也许会认为在此版本中我自己的观点亦有所变化。

本书1980年版本的“序言”和“导论”其实反映了我在那个时期的两大学术目标。在二十世纪七十年代之前，知识史与普通法历史之间的关系很少被提及。普通法上的法则变化只是美国社会环境和经济发生变化的必然结果和反映，这一解释模式在当时的法律史学家心中根深蒂固。而我当时则热衷于论证普通法（至少在某一特定领域）确实存在着一些可以使用思想史和相关解释技术来加以分析的法则或政策。另外，我还尝试将十九世纪晚期至二十世纪间法官对侵权案件的判决观点以及学者对这些判决观点的评论思考视为美国民事责任法则的历史性思想渊源。

因此，本书第1版的目的是就要在方法论和历史观这两个方面有所突破和创新。在本书的第1版中，我详细阐述、论证了司法判决和学术评论均可成为侵权行为法或明或暗的知识基础，也可成为侵权行为法外在明确的法则、政策依据。通过这一努力，我进一步提出如下的主张：围绕“什么是普通法领域内的核心问题”所产生的思想认识之变迁会对这一领域内法则的变化状态产生一定的影响作用。我通过各种论据表明，美国侵权行为法所经历的重大变化不仅仅是农村逐渐城市化、社会经济更加以人为本或劳动关系更为集群化之产物。这也恰恰体现了我对当时的流行观念进行修正的主旨意图。在各种论据中，最直接的证据莫过于我能够把不同时期内学术界的侵权行为法理论和同时期法院的司法实务理念进行对比分析。所以，本书的第1版中充斥着大量的类似论证与阐述。

本书第1版中时常出现的“学术界—实务界”之对比促使我必须就如下问题作出明确的表态，即学者的思想在普通法的发展过程中究竟起到了什么样的作用。当时有评论家认为我其实是在宣扬这样一种观点：某些侵权行为法精英学者的见解（自由地）塑造了十九世纪晚期与二十世纪的侵权行为法。这其实是对我的误读，我认为上述观点过于激进偏颇。相反，我一直试图就“思想对普通法领域的影响”问题作出更为缓和、中庸的解释——即在各个不同时期占据主流地位且富有力量的论断或理论均具有一定的偶然性和时效性，而这才是推动侵权行为法发展变化的真正原因。尽管在本书1985年版的序言中我试图进一步阐明前述的解释并就评论家的某些规范性评价作出了回应澄清，但需说明的是我对“思想”和“影响”的认识始终在不断发展演进。

我对“思想”与“影响”两者之间的区分其实在本书1980年版本中已

经多多少少地有所论及,在本书第七章我仍然保留了这些内容,即

“专业学者的价值前提对法律(意在使专业共同体以外之人遵循)的内容施加决定性影响,这看来并非无可避免,而且这看来在某种程度上是令人困扰的……对学术同行的责任,不同于对公众的责任。公众对造法的期待,很难说包含了这样一种观念:公众生活将受某些法学教授的侵权责任理论之影响……记录学者对侵权行为法之影响,不应被当做请求扩张学者的造法角色”。

在本书的此版本中我没有对上述论述作任何修改,因为它依然代表了我的规范性立场。然而在本序言和本书第八章、第九章中,我认为如果把那些更为抽象、较少琐碎繁杂的论著重新纳入研究视野的话,我们会发现法学家对社会公众的道德责任其实早已存在了。学者们提出的侵权责任理论已经反映在美国侵权行为法之中,这些理论客观上反映了美国法律体系对人身伤害问题的明确态度和立场(这也是当时绝大多数民众的态度和立场)。然而,这些理论所反映的客观现实与这些理论所产生的“影响”之间形成了一种函数变化关系。这样一来,各种富有影响力的侵权行为法理论相继出现,它们均吸纳了那些被广泛认同的、心照不宣的价值立场与态度。所以,学者们的理论所产生之影响至少不再表现为学者本人的职业洞察力、不再取决于理论的实质性内容,而是在于基本立场所具有的文化感染力。

在思考此问题时,我并没有淡化或贬低理论家们的贡献,也没有认为法律学术界引领普通法法则或政策的发展态势之努力是堂吉诃德式的疯狂行径。但须注意的是,就主流学术理论与法则之间的因果关系而言,我们可以从二十世纪最后20年间美国侵权行为法中过失责任原则出人意料地持久存在这一事实中获取一定的经验教训。

本书第八章、第九章的论述表明,在二十世纪七十年代,几乎所有的美国侵权行为法学者都期待并支持所谓“企业责任原则”取代原有的过失责任原则。他们甚至认为到二十世纪晚期,企业责任原则无论是在立法层面还是在司法领域都会成为侵权行为法的基本标准。然而,过失责任原则后来又重现繁荣,而企业责任原则却迅速凋零。更值得一提的是,当二十世纪终结之际,大多数的学者却赞同(而不仅仅是默认)这种发展。很多学者在侵权行为法的目的(矫正正义或分配正义)、政府和市场解决

方法在民事不法行为问题上的适当平衡关系等问题上改变了自己的基本立场。当然,社会大众也同样改变了自己的看法。当二十世纪七十年代那些支持企业责任原则的观点立场开始在此后 20 年间分崩离析时,它们已经注定无法破镜重圆、再续辉煌。美国侵权行为法的学者也由此改弦更张、另起炉灶了。

G. E. W.

2001 年 9 月于夏洛茨维尔

目录

导论	(1)
第一章 美国侵权行为法的知识起源	(7)
十九世纪晚期的概念主义	(8)
令状制度的崩溃	(13)
现代过失侵权行为的兴起	(18)
第二章 法律科学对侵权行为法的影响:1880年至1910年	(28)
十九世纪晚期的知识革命	(28)
哈佛大学法学院的知识革命	(35)
法学研究中“科学”方法的兴起	(41)
法律科学对侵权行为法的影响	(48)
法律科学的遗产	(69)
第三章 现实主义对侵权行为法的影响:1910年至1945年	(76)
现实主义在二十世纪美国思想界的地位	(77)
格林和博伦的贡献	(88)
现实主义的影响:案例书著作	(98)
现实主义的影响:法则	(106)
现实主义的遗产	(125)
第四章 作为侵权行为法理论家的二十世纪法官:卡多佐	(129)
二十世纪初法官的角色	(130)
卡多佐的司法裁判观	(134)
作为侵权行为法理论家的卡多佐	(139)

第五章 威廉·普罗瑟、共识思想与侵权行为法的本质：

1945年至1970年	(155)
共识思想之出现	(155)
共识思想与侵权行为法之目的	(162)
普罗瑟之贡献	(169)
共识思想对侵权行为法则之影响	(180)
普罗瑟及共识思想之遗产	(193)

第六章 作为侵权行为法理论家的二十世纪法官：特雷纳

特雷纳的司法裁判观	(196)
作为侵权行为理论家的特雷纳：过失	(205)
作为侵权行为理论家的特雷纳：严格责任	(213)
特雷纳在时代中的位置	(223)

第七章 新概念主义与侵权行为法之未来：

二十世纪七十年代	(226)
新概念主义的兴起	(226)
新概念主义的影响：晚近的侵权行为学术研究	(230)
过去与未来：一个小结	(245)

第八章 过失的意外存续：1980年至2000年

学术理论中的趋势	(257)
法则之趋势	(262)
过失的持续存在：责任限制之例证	(263)
过失的持续存在：责任裁量之例证	(264)
案例书与体系书文献中过失的持续存在	(269)
学术理论与法则趋势之间的平行关系	(297)
平行发展的内部解释	(301)
平行发展的外部解释	(303)
理解过失出人意料的持续存在	(306)