



烟台大学《三元法学文丛》

侵权法的宏观视界

张平华 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



烟台大学《三元法学文丛》

- ◆ 山东省社会科学规划研究项目《侵权法的宪法基础》（批准号08JDD003）结题成果
- ◆ 国家社会科学基金青年项目《侵权连带责任法定原则及其运行机制研究》（批准号11CFX016）中期成果

侵权法的宏观视界

张平华 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

侵权法的宏观视界 / 张平华著. —北京:法律出版社, 2014. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6722 - 3

I. ①侵… II. ①张… III. ①侵权行为—民法—研究—中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 181204 号



©法律出版社·中国

责任编辑/徐蕊

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京鑫丰华彩印有限公司

责任印制/沙磊

开本/720毫米×960毫米 1/16

印张/18.5 字数/260千

版本/2014年8月第1版

印次/2014年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6722 - 3

定价:48.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编委会

主 任 郭明瑞 房绍坤

委 员 (以姓氏笔画为序)

亓健生 汤 唯 杨立新

汪建成 宋振武 张平华

范李瑛 金福海 房绍坤

郭明瑞 唐广良 潘维大

秘书长 刘经靖 徐 蕊

《三元法学文丛》总序

为拥有自己的文库,打造学术品牌,在法律出版社的鼎力支持下,烟台大学法律人推出了《三元法学文丛》。这是一件值得庆贺的事情。

文丛何以得名?盖因烟大校园中心有一湖,名曰“三元湖”。“三元”者含义有三:一者古有连中三元之说;二者,烟大为地方出资,北大、清华援建而成;三者湖面一分为三。三元湖中,三个圆形湖面,心心相连;湖心有岛,湖上横跨小桥,四周翠柳环绕。春来鸟语花香,闲观鱼翔浅底;冬去冰雪沉卧,平增学子嬉戏。聆听着湖畔钟楼里催人振奋的钟声,徜徉于石道上感受着扑面而来的杨柳风,感受到的是远离尘嚣的寂静,读懂的绝对不止湖边图书馆内的老书。

不知不觉中,始建于1984年的烟大法学专业,已走过了30个年头。三十年间,在杨春洗、杨殿升、郭明瑞、汪建成、房绍坤、汤唯、金福海等为代表的烟大法律人的共同努力下,烟大法学已形成了“教研并重、严谨扎实、和谐诚信”的优良传统,整体水平省内领先、部分学科在全国有较大影响力,成为中国法学教育和研究的一方重镇。

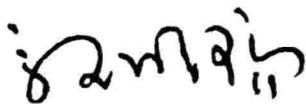
三十年间,三元湖见证了烟大法学的风雨历程,分享着烟大法律人的喜悦和失意;见证着办学规模由起初的不足百人而至今天的上千人,送走了一批批朝气蓬勃的学子;见证着法律系办公室由寥寥数间发展到拥有独立庭院的法学楼,期待着法学院的日新月异。变幻的是时空,但不变的是烟大法律人对法学的忠诚和毅力。三元湖可以作证!

三元湖懂得感恩,三元湖水或涌于地下,或来自天上,涓涓溪流滋养着她、滂沱大雨浇灌着她,三元湖用她的一泓清水感谢着天地。三元湖也用她自己建起一座友谊的丰碑,记载下了北大、清华、烟台市及各方力量在创办烟大、建设烟大的丰功伟绩。三元湖畔的法律人广交四海俊杰、贤达,他们的进步凝聚

着朋友的心血。他们的劳动成果又怎能不刻上三元湖的名字,藉此公告世人、报恩于世人?

三元湖是俊秀的,但她懂得领略东门外一望无际的黄海;三元湖是安静的,但她能够听到大海的奔腾不息。俊秀的、安静的三元湖在告诫烟大法律人不要在湖光山色中沉醉,不应在春风细雨中沾沾自喜。《三元法学文丛》是我们身后的路标,它告诉我们前方还有远远的路……

我们荣幸地邀请到了国内及台湾地区十余名学者组成编委会,掌管文丛方略大计;我们将以质量为文丛之生命,以学术性为追求指标,坚持宁缺毋滥的原则;我们期望烟大法律人(文丛的作者包括了烟台大学法学院现任专任、兼任教师及曾经在烟台大学工作的教师,烟大法学院的校友等)能在这一舞台上自信地展示自己,哪怕所展示的还不值得称道;真诚地奉献自己,哪怕所奉献的成果还显青涩;要勇敢地在舞台上走下去,哪怕不知道路在何方。

A handwritten signature in black ink, appearing to read '张梦辉' (Zhang Menghui), written in a cursive, flowing style.

2013年8月

前 言

—

“宏观—微观”是科学研究中广泛适用的对称范式^{〔1〕},涉及研究对象、方法等各个层面。法学研究也应存在宏观法学和微观法学的区分。在日常经验上,研究对象或目标的“宏观”或“微观”往往与研究方法上的“宏观”或“微观”相对应^{〔2〕},但其对应并不具有必然性、绝对性。法律问题当然可做“宏观”和“微观”的区分。其中,立足于宏大、整体角度,兼顾法律外部的思考,针对一般问题、体系问题,在法理学、立法层面的研究可称为宏观法学。而着眼于微小、局部方面,局限于法律内部的观察,针对具体问题、规则问题,在部门法学、司法层面的研究可称为微观法学。然而,宏大和微小、整体和局部、法律外部和内部、一般和具体、体系和规则、法理学和部门法学、立法和司法等各自在很大程度上可属于描述性概念,并无确凿无疑的内涵;是相对而称的范畴,相互之间并无泾渭分明的界限。这就导致宏观问题和微观问题往往只能做模糊区分。然而,“模糊”是否意味着研究价值之匮乏?绝不!“模糊”之中蕴涵着大学问,否则,模糊数学也不能称为科学!^{〔3〕} 本书以侵权法的宏观视界为

〔1〕 在物理学上,以可视物体为研究对象者称为宏观物理,以分子、原子等为研究对象者称为微观物理。在经济学上,微观经济学以单个经济单位为研究对象,通过研究单个经济单位的经济行为来说明价格机制如何解决社会的资源配置问题;宏观经济学以整个国民经济为研究对象,通过研究经济中各有关总量的决定及其变化,来说明资源如何才能得到充分利用。在历史上,黄仁宇先生力倡的“大历史观”明显不同于“微观史论”,前者简化了历史的细部,讲究跨越时代的大尺度研究,似乎更有利于我们拨开历史的迷雾,抓住社会演化的规律。

〔2〕 至于这一对称范畴所描述的客体,则存在研究对象、研究方法、研究目标等诸多层次。江国华:“中国宪法学的研究范式与向度”,载《中国法学》2011年第1期。

〔3〕 现代数学建立在集合论的基础上,经典的集合论遵从形式逻辑的排中律,把问题表现在那些有明确外延的概念和事物上:每一个集合都由确定的元素构成,元素对集合存在明确的隶属关系。然而,在客观世界中还普遍存在模糊现象。加之,科技发展及社会进步导致集合日益复杂,复杂程度越高,有意义的精确化能力便越低;语言自身的模糊性又进一步加剧了这一现象。

题,属于宏观法学的范畴,既意味着研究对象主要为宏观问题,又意味着主要采用宏观研究的方法。

(一) 法学研究应首先关注宏观视界

一般而言,离开了微观细部,宏观问题就不会得出清晰的影像;然而,离开了宏观视野,微观制度就会丧失准星、“横看成岭侧成峰”。基于法律自身的体系性,研究者应率先推进宏观问题的研究。可见,针对任何研究对象,偏执宏观或微观之一维,结论难谓客观公允,法学研究应普遍采用宏观和微观相结合的视角。其中,问题的切入点可以很微观,但却绝对离不开宏观的视角。日本民法学家山本敬三指出,“理解事物有两种方法。一种是从各个部分出发,将其一一积累来理解整体的方法。这叫自下而上式的信息处理。另一种是首先把握整体的框架,根据这个框架,来理解各个部分的方法。这叫自上而下式的信息处理。基于自上而下式的观察,可得出事物之整体鸟瞰图,其对于理解整体事物至关重要”。基于此,山本教授指出,学习民法也须先要概观民法的全貌,勾勒出整个民法的基本框架。法律问题往往具有相当的复杂性和不确定性,规则之拟定抑或规则之解释都须糅合多元因素进行综合判断,其中往往不存在涵盖多元因素的唯一公式。一开始就身陷微观上的复杂性或不确定性,微观难题往往就无法得出正解,借助宏观法学才能使微观难题得到恰当处理。这种先宏观再微观、先整体再局部的观点甚值赞成。例如,比较法上对侵权法的保护范围存在以法国法为典型的“概括性一般条款”和以德国法为典型的“三个小的一般条款”之区分。从微观角度看,前者的保护范围可涵盖一切民事利益,具有高度开放性;后者的保护范围以支配权为中心,可有限度地扩及支配权之外的法益,具有明显的收缩性。然而,从宏观角度看,法律适用并不限于法律之明文,侵权法的保护范围也并不因为规范技术之差异而不同。其中,法国法通过判例或解释对侵权法的保护范围做了有效限缩,并非一切民事利益均为侵权法所保护;德国法也通过判例或解释对侵权法的保护范围做了一定的扩张,支配权之外的法益(如纯粹经济损失)也可以获得侵权法保护。

(二) 宏观法学与法系划分并无必然关联

表面上看,宏观法学似乎在大陆法系更有生命力。自罗马法以来,人们痴迷于建构包含抽象原则或规则、“总分结合”式的法典体系,相信其对复杂的现实生活具有无尽的涵摄力。由议会行使的立法权成为国家权力架构的核心,事先预设的体系化的法典构成对司法权的限制,司法运行机制整体上呈现“宏大叙事”之特征。不过,事与愿违,纷繁复杂的现实孕育着层出不穷的新

生案件,亟待进行制度创新。抽象的法条并不能取代精细的利益衡量,在一般条款下掩盖着判例法的生成机制。这在《法国民法典》第1382条为中心的侵权法体系之形成上表现尤为明显。基于判例法之固有特色,英美法天然长于微观思考,借此发现待决案件与判例之间的异同,在精细作业中延续传统或进行创新^[1]。然而,英美法院具有独立的地位和职权,它们是化解社会难题的积极力量,经常扮演着引领制度变迁、推进社会进步的角色,因此,判例之形成又往往摆脱不了宏观视角或社会化的思考。例如,英美侵扰法(nuisance)曾长期以绝对责任或严格责任为原则,按此原则土地所有者的权益获得最大限度的保护而使用者的行为则被严重限制。近代社会要求普通法适应企业快速发展的要求,优先保护土地使用者的行为自由,实现社会效应最大化。1858年,法官在“Hole v. Barlow”一案中给陪审团的建议说,“当被告在一个适当的地域从事合法的贸易活动,并且对其土地的使用方法合理,就不能认为构成侵扰”。

(三)“宏观—微观”法学与“现代—后现代”不存在对应关系

以西方为中心的现代性以构建自我完善的体系为宗旨,受其影响,现代法学无不强调合理性、形式性、社会融洽性,具有明显的宏大叙事风格。后现代思想家则以解构“宏大叙事”为己任,完整的体系被消解为碎片,在利奥塔看来,后现代社会是告别整体性和统一性的社会,宏观历史叙述已经完成了使命。由此而论,后现代法学反对宏观话语,强调法的非合理性、实质性、社会紧张性。然而,事实上并不存在具有特定时间界限的后现代社会,后现代也绝不意味着对现代的取代、抛弃,充其量其代表着一种批判性的思维方式,构成社会发展的反思机制。在宏大叙事中展开微观反思已成为现代和后现代交融互动的典型方式。例如,在快速发展的当代社会中,物权的类型和内容存在自由化的发展趋势,物权法定原则的僵化性已广为诟病,然而,宏观上仍须承认该

[1] 遵从先例的方法是所谓“区别技术”。它主要是指“区分先例”,目的是找到应当遵循的先例,同时避免遵循一个不令人满意的先例。区别技术所要解决的实际问题是由于先例是存在于一定的判决中的,那么,法院对这种内涵着先例的先前判决要遵从到什么程度,是否要遵循先前判决中的所有观点?基本的回答是人们需要区别判决中的“判决理由”与“附带意见”,或称法律原则与法官意见。所谓“判决理由”,是判决的必要根据,它构成判例规范,今后应当予以遵守而“附带意见”,是法官所发表的对判决并非绝对必要的意见,它的价值则仅仅是说服性的。区别的首要环节是案件比较。即根据对重要事实的分析、对这一判决以及这一意见书的理解,发现一个案件判决中的“判决理由”或者法律原则。这是一个非常复杂的、没有简单答案的实践问题。参见张琪:“判例法的比较研究——兼论中国建立判例法的意义、制度基础与操作”,载《比较法研究》2002年第4期。

原则之地位以维持物权和债权的区分,为消除僵化性的弊端,可以在微观上扩大物权法渊源的范围及灵活进行法律解释。

(四) 宏观法学并不限于特定的研究方法

法学研究方法可分为规范分析方法,价值分析方法,阶级分析方法,历史研究方法,比较研究方法,法经济学、社会学、文化学分析方法等。经验上,人们往往误认为规范蕴涵的价值判断是确定的,以“规范”为中心的法学分析属于微观法学;而在价值判断是不确定时,以“价值”为中心的法学分析属于宏观法学。“就法论法”式的思考属于微观法学,而超越法学扩及于历史、比较法学、经济学、社会学、文化学的视角属于宏观法学。其实,规范是对价值的认可或表达,规范分析自然不能离开价值分析;尽管法律规范自身以文义明晰为理想,但法律自身就是历史、文化、经济综合作用的产物,很多时候只有采用多种方法才能被准确解释或适用。

在不同的时期,人们特别强调某种研究方法,随之出现了“经济学帝国主义”、“阶级分析法学一统天下”等现象。长期以来,阶级分析法学几乎成为我国宏观法学的代名词,其造就了“大词法学”之传统,“不仅法理学者倾心于形而上的游弋,就连部门法学者也有一种对抽象性理论的迷恋。能写出一两本部门法学著作而不引用一个法条,成为不少学者的最高学术理想;大量的法学博士论文都喜欢选择宏大的题目,醉心于‘宏大叙事’”〔1〕。阶级分析法学的致命缺陷是忽视了对法律规范技术性的分析,以民商法为例,孙宪忠教授指出,“把民商法这样的具体的法律放置在生产力和生产关系的矛盾运动之中,放置在经济基础和上层建筑的矛盾运动之中,从法律制定的阶级和阶级斗争的背景出发,考察立法者的阶级属性和民商法对阶级斗争的实际作用,以确定民商法的历史形态和本质……由于这种研究方法至今表现出的特长是对法律进行定性分析,对揭示民商法的本质是一种非常有效的方法,是揭示和批判包括资产阶级在内的历史上的剥削阶级的法律的一种非常锐利的武器;但是,对法律自身的技术性内容,即法律规范以及有具体的法律规范所组成的具体制度的研究却基本不予以涉及”。“在近年的民商法学研究中,出现了一种看起来与阶级分析的方法有所背离,但是从研究方法看却属同类的研究方法。因为,这种研究就成果的特点,如同阶级分析方法一样是,在对现实生活中的一些法律制度进行分析时缺少从法律技术的层次对具体的规范研究和制度研究,而擅长从制度本位的层次对某种制度的定性分析。……这种研究方法得

〔1〕 周少华:“法学研究方法”,载《国家检察官学院学报》2008年第3期。

出的成果常常属于大理论,即很原则、很宏观的理论,初学者听来常常有震撼性的效果,但是,这些理论距实践的要求却非常遥远。”〔1〕市场经济推进了我国大陆地区民商事法制的快速发展,对民商法技术规范的研究成为法学研究的核心。同时,我国台湾地区、欧陆等域外学术著作的引入,使阶级分析法学受到了致命的冲击,一夜之间,宏观法学似已成为众矢之的,了无生存余地。然而,对研究方法的批判不应超越学术研究的内在规律,对宏观法学的批判不能转而成为对宏观法学的抛弃,否则难免矫枉过正。法律现象的复杂性决定了采用多种研究方法的必要性,对民商法学做微观层面的技术性研究离不开对宏观层面做价值上乃至于阶级上的研究。处于转型时期的中国,其法学研究更应该有兼容并蓄的气度。正是因此,有学者已经呼吁从新的角度重新认识阶级分析方法〔2〕,发挥该方法的长处,去研究当下社会的新问题。

二

宏观侵权法并非独立的法律部门。大概地说,宏观侵权法意味着宏大的研究视野、开放性的规则体系及综合性的法律思维方法。宏观侵权法对侵权法研究提出了下列要求。

(一)侵权法研究不可拘泥于侵权法自身而须采用宏大的研究视野

在立法论上,依据宏观视野,我们可以描绘出侵权法的制度蓝图。这一蓝图须超越某一限定法域的有效法律,紧扣市民社会的转型现实,反映价值理念变换的普遍规律,具有“救济路径的综合”及“法律体系的重整”两个明显趋向。所谓制度蓝图并不能直接等同于法典,而是“法典化”与“解法典化”两股潮流交互激荡的产物。法典的风格因社会环境而变,立法技术因规范领域而不同;同时,存在法律渊源的多样化并不得不授予法官广泛的自由裁量权。于此情形下,立法者大可不必对法典化寄予过高的期望,正如著名比较法学家海因·克茨所言,应“轻松对待法典化”。侵权立法是民法法典化的有机组成部分,只有超越侵权法自身的规范体系,采取宏观的视角,立法者才能回答下列问题:一是侵权后果究竟是责任抑或债?从规范效果上,立法者应强调责任与债的不同,使责任成为民事法律关系的逻辑终结,而不必沿着“第一性债务—第二性债务—第一性债务”的线路图进行无限递推,以责任的强制性代替债的任意性可以在私法自治的广阔领地中保留必要的国家强制,实现民法柔性

〔1〕 孙宪忠:“关于民商法的研究方法”,载《法律科学》1999年第2期。

〔2〕 喻中:“阶级分析:一种法学方法的死亡和再生”,载《南京社会科学》2010年第3期。

与刚性的结合。从体系设计上,民事责任成为民法体系中的重要公因式,通过多样化的侵权责任方式实现对民事权益的全面保护,侵权责任法可在民法体系中获得独立地位和足够的规范空间。同时,侵权行为的规范后果不必超越既有的侵权行为之债,传统债法体系得以维持,侵权立法可与债法进行有机衔接。侵权行为也可以构成法律上的一种特殊行为,它丰富了行为的内涵,弥补了传统潘德克顿体系不注重调整违法行为的缺陷。二是侵权请求权应否包含绝对权请求权?以侵权请求权包括绝对权请求权可以继承优良立法传统,适应现代侵权法发展趋势。绝对权请求权存在消极和积极两种形态:前者通常处于休眠状态,是应然意义的权利,给权利主体提供了可能的救济路径,这种意义上的绝对权请求权应规定于民法典的物权法、人格权法等编;后者是独立的活体状态,是实然意义的权利,是绝对权受到侵害后的现实救济路径,这种意义上的绝对权请求权应在侵权责任编中一并规定。两种意义上的请求权属于“一体两相”关系,表征了请求权从应然向实然的转化过程,不存在竞合、聚合问题。而绝对权请求权与侵权损害赔偿请求权存在聚合、竞合、相互影响等关系。三是归责原则具有何种法律属性?我们认为,侵权法的归责原则具有“原则—规则”双重属性,是贯通侵权法内部体系和外部体系的枢纽。价值之多元化决定了侵权法归责原则体系应包括过错责任、过错推定责任、无过错责任和公平责任。归责原则具有模糊性,在侵权立法中,归责原则的作用并非那么彻底或绝对。四是侵权责任如何类型化?“一般条款+类型化”是侵权立法模式之“不二法门”。最大限度的类型化具备难以抵挡的魅力,成为侵权责任立法的理想。类型化可以限制低位阶立法,实现责任法定,避免体系矛盾,有利于制度创新。框架式全面类型化既可为法官裁判提供较为明确的指示,又可避免法典出台后不必要的修改,维持法典的生命力,应成为立法者的首选。框架式全面类型化存在以下两个基本要求:全面规定必要类型、总分结构立法技术。

在解释论上,很多情形下,只有超越侵权法,理顺与其他法律部门的关系,法律适用才会得到正确答案。美国学者 Owen 索性将宏观侵权法(macro-tort)界定为,重在从外部考察侵权法与契约法、财产法、不当得利法等相互间的关系之特殊领域。^[1]侵权法以保护民事权益为基本目的,而民事权益的类型和范围都具有相当的不确定性,因而相关法律制度必须内在包含高度抽象的归责原则或一般条款,广泛使用“过错、因果关系、损害”等不确定概念。基

[1] David G. Owen, *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford University Press, 1995, p. 1.

于此,侵权法可谓民法的兜底制度,与民法物权、合同、不当得利、无因管理、人格权、婚姻法、继承法等部门存在重叠、交叉或差补关系。这种兜底性会产生诸多疑难问题,内在要求采用宏观视野。例如,为保护物权,物权法设立了物权请求权制度,而侵权请求权也可以包含相关内容,侵权请求权可否包含物权请求权?违约导致固有利益损害时,当事人可以同时享有违约损害赔偿请求权和侵权损害赔偿请求权,两项请求权是竞合还是聚合?侵权法又如何对人格权、配偶权、继承权给予最终保护?同时,法治国家中法律各部门都肩负着保护人权的神圣使命,对民事权益的保护成为民法之外其他部门法的基本任务,这些法律部门都或多或少地需要承认侵权责任规则,侵权法也须对法律体系的其他部门做出回应。在这一意义上,宪法基本人权也应得到侵权法的保护;侵权责任也应成为经济法领域的重要规制手段;凡刑事法律、行政法律中涉及损害赔偿的部分都可归类于侵权法;滥用诉权的侵权责任在维持诉讼制度的良性运行中也发挥着重要的作用。

(二)宏观侵权法意味着开放性的规则体系及制度创新

既然很多侵权法问题须在与法律各部门的紧密关联中予以处理,那么,侵权法外的法律规则可以直接或间接地成为侵权法规则。可以说,宏大的研究视野必然导致侵权法规则的开放性。比起民法的其他部门,侵权法须更紧密地适应社会生活的现实,引领民事制度的发展,其适用上具有相当的开放性或动态性。例如,网络应用的普遍性带来了网络财产的保护问题,拘于物权法定原则的限制,网络财产还难以获得物权法保护,但通过侵权法补救当事人的损害可以满足社会发展的要求。再如,在人格利益商品化的场合,姓名、肖像等人格权益被商品化使用可以给当事人带来巨额利益,相关利益被侵害后也会产生严重损害。然而,关于商品化权究竟是人格权还是财产权理论上不无争议,依靠既有的物权法和人格权法体系难对当事人进行全面的救济,而这一体系漏洞可以经由侵权法承认人格权商品化利益的可救济性而弥补。基于规则的开放性,我们可以更全面地把握侵权法的属性。侵权责任的主要目的是维护权益保护和行为自由两种价值之间的平衡,责任本身构成对行为自由的限制,责任规范应采用法定主义的立法技术,属于强行法。不过,尽管侵权法属于强行法而不是任意法,但其强制性程度比不上物权法,更不能与坚持罪刑法定原则的刑法相媲美。侵权法在体系上也可以做出“总则和分则”、“一般侵权和特殊侵权”之区分,即便限于“分则”或“特殊侵权”部分,侵权规则类型也

无法严格坚持法定主义原则^{〔1〕},而属于民法中最具活力的领域。

开放性的规则体系使宏观侵权法明显具有整合色彩。其一,宏观侵权法必须面对价值和规范的衔接难题,例如,生命权价值具有主体客体同一性、私益性与公益性兼容性、价值的优先性与不可评估性等特点。尽管其价值难以估量,但又在形式上必须建立价值等式,对被侵害的人格价值进行赔偿,由此也就产生规范设计中的价值难题,产生规范失灵。为此必须从民法制度内部和外部进行特殊的规划设计。其二,宏观侵权法须兼顾多项法律原则,例如,围绕未成年人致害责任问题,法律上主要涉及两项原则:第一项原则是自己责任原则,该原则是意思自治原则的当然产物,它要求行为人仅对基于自由之意志实施的行为承担责任。无责任能力者不存在过错,也就无须承担责任。未成年人识别能力尚不健全,可能普遍存在无责任能力的情形。第二项原则是公平原则,既要在加害人和受害人之间实现公平,让无责任能力人的监护人承担监护责任;又要在未成年人和监护人内部实现公平,使有财产的无责任能力者先以自己的财产承担责任。其三,宏观侵权法需要兼容实体法和程序法。例如,为有效遏制家庭暴力,英美法系创设了民事保护令制度,于家庭暴力尚未发生之时由法院根据具体情形命令被申请人在特定时间内为或不为特定行为。尽管保护令可归类于人身权请求权的实现方式,但相关立法并不拘于私法上的要求而大量兼容公法,实现了公法对私生活的深度介入。而为避免公权力对私生活的过分干预,最有效的法律措施就是规定完善的程序机制。其四,宏观侵权法需要打破公私法的界限,其典型例证有:①惩罚性赔偿同时具备了损害赔偿、预防或制裁不法等功能,兼顾了对个人权益的保护和对社会秩序的维护,可在合同法和侵权法的各个领域得到广泛适用。②围绕损害赔偿现代国家于侵权法之外创设了无过失补偿、社会安全保障制度等,形成了多层次的综合性损害救济制度。社会安全制度的典型是工伤保险,为充分保障劳动者,法律应原则上采纳兼得模式,使受害人同时获得侵权损害赔偿与工伤保险赔偿。③公私法协力作业是垄断规制模式的突出特点。其中私法规制可以克服公法规制成本高、耗时长的缺点,实现对受害者的直接保护。关于违法类型的认定主要适用《反垄断法》,关于责任效果等主要适用《侵权责任法》。其五,宏观侵权法需要打破侵权法和合同法的界限,例如,英美产品责任法上的纯粹经济损失规则在原则否定侵权之诉可对纯粹经济损失提供救济的前提

〔1〕或许正是因为此,《侵权责任法》第69条建立了高度危险作业责任的一般条款,“从事高度危险作业造成他人损害的,应当承担侵权责任”。

下,承认特定情形下可对其提供救济。这一方面维持了合同法与侵权法的二元体系,有效减轻了被告的责任;另一方面又体现了灵活的司法衡平原则,克服了多数说的缺陷,不会纵容不可预见的危险,能够充分实现侵权法的基本功能。

(三)宏观侵权法意味着侵权问题的新视角及多元的衡量方法

从宏大视野看,侵权行为与权利冲突存在紧密的关联。权利冲突既可在整体上属于疑难侵权案件,又可在局部内化为“正当理由”成为阻却违法事由。权利冲突与侵权行为代表着不同的法律思维方式。例如,侵扰属于英美法上的典型侵权行为,然而这种典型侵权行为并非如何解决一个人的合法权利被他人侵害的问题,而其实际是相邻土地权利人对土地最大限度的利用以及最大限度的保护之间的冲突;侵扰归责原则中的过错责任与严格责任之争表明按照简单化一的归责原则处理侵扰问题是失败的;也正是从侵扰本质上是权利冲突角度言之,正确解决侵扰问题的关键是将归责原则问题转化为具体的权利平衡措施。权利滥用可属于权利冲突,滥用权利者需要承担侵权责任,权利滥用又可成为权利间严重冲突的结果。权利冲突理念和禁止权利滥用原则可深入民法的各个领域,从民法本位讲,民法应牢固树立权利本位的观念,利用权利本位观削弱历史形成的极端社会本位的负面影响,在维护权利神圣的同时,通过大量的实证性研究,明确禁止权利滥用原则的适用条件及其地位,将其从维护社会公益至上的工具之地位降至修正权利绝对性的衡平工具之地位。对权利冲突而言,允许冲突之存在本身就是权利本位的结果,而化解权利冲突特别是防止权利冲突发展为滥用权利则是社会本位的结果。责任意义上的权利滥用可以视为权利冲突的程度严重的结果,而从权利冲突发展到权利滥用尚有一个渐进的过程。建立禁止权利滥用原则的目的在于确立一个约束机制,以使权利冲突不至于发展为违法。

采取宏观视界,可以简省思考成本,有效涵盖法律问题的多元要素,进行综合性的利益衡量。在 Michael L. Rustad 看来,侵权法学存在两个研究进路或学派:宏观进路与微观进路。两者最基本的区别是前者坚持功能导向或目的论式的思考,在社会化背景下思考侵权问题,具有法律、政策、社会等多元互动的复杂结构;后者以权利为基础或义务论式的思考,以微观或抽象地理解个人案件、化解争议。^[1] 在 Isaac M. Marcushamer 看来,侵权法可被分成两部

[1] Rustad, Michael L., Symposium: Does the World Still Need United States Tort Law? Or Did it Ever?: Torts as Public Wrongs, 38Pepperdine Law Review 433, 2011.

分,其中微观侵权法以个人之间的关系尤其是原告和被告之间的关系为研究焦点,以填补损害的“零和交易”为模型。在宏观侵权法的视野里,案件之裁判是权衡所涉诸社会因素的结果,尤其是,除了填补损害外,还必须关注侵权法的一般预防或威慑功能之实现。^[1]

采用宏观视界,有利于集合处理相关问题,发挥规模效应。例如,“三鹿奶粉案”、“蓬莱海上溢油案”等频发的严重侵害事故使我们不得不认真对待比较法上的“mass tort”现象,其最醒目的法律特征为受害人数众多、损害后果严重、程序烦琐冗长等。几乎每类传统侵权都可能满足上述要求成为“mass tort”,至于“mass tort”和传统侵权的关系,基于不同的视角会得出不同的结论。还原论(reductionism)坚持量变说,认为复杂事物无非是简单元素之叠加,“mass tort”可化约为简单侵权,依传统侵权法足资应对。系统论(system theory)坚持质变说,承认复杂事物是要素累积后的质变,“mass tort”不可化约为简单侵权,须依托制度创新始能化解。法律术语是认识法律现象和构建法律制度的基本切入点,其不仅要标识现象本质、统摄基本类型;还应反映体系理念,引领制度建构。由此而言,“mass tort”应译为“集合侵权”。“大规模侵权”存在形式和实质上之不足,不能标识恰当的判断标准,无法揭示整体性侵害这一本质,也难以统摄两大基本类型。基于整体结构转型、构成技术和归责机制失灵等原因,集合侵权不能融入传统侵权法,属于侵权法上的“情势变更”。为应对集合侵权,实体法须采取拟制集合团体、醇化责任基础、损害赔偿模型化、缓和证明责任等措施;同时,应以集团诉讼为中心构建程序制度,并实现私人自治和国家强制的结合。我国初步具备了应对集合侵权的实体法基础;程序法上还亟待建立集团诉讼制度,改变行政主导应对程序的现状。

[1] Isaac M. Marcusamer, *Selling Your Torts: Creating a Market for Tort Claims and Liability*, 33Hofstra Law Review1565, 2005.

目 录

前 言	(1)
第一章 宏观侵权法的体系结构	(1)
第一节 宏观侵权法的当代图像	(1)
第二节 立法态度:轻松对待法典化	(14)
第三节 侵权法体系设计之关键	(29)
第二章 宏观侵权法的制度创新	(66)
第一节 价值与规范之紧张:生命权规范设计之难题	(66)
第二节 自由与公平之权衡:未成年人致害责任	(81)
第三节 合同与侵权之交错:产品责任法上的纯粹经济损失规则	(106)
第四节 实体与程序的兼容:民事保护令基本原理	(131)
第五节 公法与私法之综合(一):惩罚性赔偿	(157)
第六节 公法与私法之综合(二):工伤保险赔偿与侵权损害赔偿 的关系	(179)
第七节 公法与私法之综合(三):垄断侵权责任初探	(197)
第三章 宏观侵权法的视角转换	(206)
第一节 权利冲突的三重属性	(206)
第二节 归责失灵与冲突平衡:以侵扰法为背景的考察	(216)
第三节 权利冲突的特殊形式:权利滥用	(239)
第四节 集合侵权:从术语翻译到制度建构	(254)