

## 关于侵权法的几点哲学性思考\*

张铁薇

**摘要:**在哲学取代权威成为法律制度的基础的今天,哲学也成为了侵权法的时代标签,哲学方法论武装的状况和水平便也成为了突破侵权法理论困境的根本前提和衡量侵权法制度体系是否成熟的重要标志。侵权法的哲学基础是由人性奠定的,需要从人性中找寻制度的表达方式;侵权法中蕴含着丰富的道德元素以及那些被相信可以作为侵权法规范的正义观念;社会事实是侵权法抽取其生命之液的秘密根茎,生活世界给予其真实的内涵和正当性基础。侵权法理论的根本所在,需深刻洞察人们对其所身处的这个时代的社会理解力和价值观,并最终回归改善社会现实的智识努力。当代侵权法作为努力实现社会正义的工具,其最重要的目的在于补救人格尊严的损害,促进社会平等,加强人类团结与合作。

**关键词:**侵权法;哲学基础;正义观念;社会事实;侵权法的边界

### 引言

随着政治、经济、社会及文化的不断发展和演进,侵权法背后的利益衡量与价值判断趋于多元和复杂,在理论与现实紧张关系的拉扯之下,侵权法开始表现出自负与贫困的双重面向,一方面,侵权法通过不断扩展适用领域而侵入社会生活的方方面面,另一方面却是人们极力逃避侵权法的适用而寻求损害的极端救济方式。中国语境下的侵权法实践更是发人深思,一些侵权法轶事,如侵权法的罗生门——“彭宇案”、肖克军案、药家鑫案、三鹿奶粉案以及更为极端的“张海超开胸验肺”案,甚至令人扼腕叹息。探究侵权法的现实境遇会促成对侵权法理论与实践之间实质关系的深刻理解,即:生存于这个世界上的人们应当如何行为及如何相互对待。可以说,侵权法与人的自由和人格尊严紧密相连,因而有着一张“人类的面孔”;侵权法与人的日常生活亲密接触,因而说侵权法是“社会的形象”;侵权法反映民众的个性、思想、情感、态度和文明程度,因而具有“文化的神经”。无论是大陆法系还是英美法系,侵权法都在构筑其市民社会的生活秩序和安全结构方面发挥着非常重要的作用。在哲学取代权威成为法律制度的基础的今天,哲学成为了侵权法的时代标签,哲学方法论武装的状况和水平便也成为了突破侵权法理论困境的根本前提、衡量侵权法功能迷思的深层标准、考察侵权法制度体系优劣的重要标志以及破解侵权法实践难题的思想资源。

随着侵权责任立法嘈杂的争论之声渐趋平静,侵权法的研究开始淡出理论的整理而专注于文本的解释,侵权法解释的新时代已经开启:力透文本的文字表达而进入妥切适用法律规范的现实世界。对于侵权法来说,无论是法学方法还是法律方法,为了避免“方法论上的盲目飞行”,需要先行“搜寻法律制度的哲学基础”。<sup>[1](P.80)</sup>努力保持法学领域自主性的时代已经过去,侵权法早就开始了与社会科学甚至

作者简介:张铁薇,法学博士,黑龙江大学法学院教授,博士生导师。

\* 本文为国家社科基金项目《侵权法的哲学基础》(项目批准号:08BF031)的阶段性成果之一,并得到黑龙江省博士后资助经费及黑龙江大学杰出青年基金资助。

自然科学的合作。侵权法学需要哲学上广博的基础知识,否则,就会使得侵权法由于先天不足而导致浅盘性格:离开哲学,侵权法学只是一种无根的骄傲。哲学对于侵权法绝不仅仅是一种方法,也反映出一种态度和深度。对于哲学性问题,侵权法必须通过社会实践给出答案。侵权法背后隐含的人性基础、社会事实基础和价值基础是侵权法丰厚的哲学资源,只有从侵权法的哲学关照中命定其当代的社会担当,我国的侵权法伦理政策和立法技术才会更加接近正义。

### 一、侵权法的哲学基础由人性奠定

法是人类社会特有的现象,它的产生与发展、制定与实施都无法脱离人的要素,这就决定了任何法的研究,如果要上升到哲学的高度,都必须从人的本性出发,这样才能探查到法的根基,并寻找到开启法律理解之门的钥匙。关于这一点,霍姆斯的论断是精辟的“法律从人类本性的需要中找到了它的哲学。”<sup>[2][P.134]</sup>侵权法正是通过其理论生成和制度演进一次次地向我们展示其对人性关怀的坚持,侵权法从未停止关于人性的追问,其中除了概念,我们还能真切感受到历史、哲学和社会的启蒙。侵权法的哲学基础是由人性奠定的,需要从人性中找寻制度的表达方式。

侵权法最终是对人起作用,因而需要思考采取什么方式对待人,这一切的关键还在于对人的认识,它决定了侵权法的出发点和方向。因此,实证法在逻辑上首先要预设人的形象,作为法律秩序的必要前提条件。侵权法作为一种规范性秩序,包含一种应然性——建立在人性的认识基础之上并符合人性,预设了作为规范的承受者和受约束者的人类形象:自然人、经济人和理性人。侵权法预设的抽象平等的自然人特征暗合了形式正义的要求,与私法的自由权利和意思自治理念天然相依,为过错责任和自己责任打下了坚实的伦理基础。就法律制度来说,它不仅仅是一种满足人们现存欲望和抱负的制度图式,而且也是一种塑造人们未来欲望和抱负的远景规划。侵权法应当为人的自由保有空间,正确解决人的活动与损害赔偿之间的平衡关系,为人充分发挥聪明才智和创新能力营造制度氛围。正是由于这种“追求经济利益的人”在侵权法中居于中心地位,侵权法即使意图使其对自己的行为后果负责,也不应阻碍其追求经济利益的动力。侵权法必须深刻清醒于这样的制度使命,积极克服或抑制人性中可悲的弱点,而绝不是迁就它们,否则,要么是人性将侵权法引向歧途,要么是侵权法把人性导向深渊。人既然是有理性的,那么便是可以归责的,当其意志和智力处于不良状态并造成损害时,就可以将责任归于其上。正是这种自主决定与自己负责的观念奠定了过错责任原则的人性基础,并表达了侵权法制度的责难倾向。

经由近代侵权法发展而来的现代侵权法,就人性的理解始终内含着相互矛盾的方面,直至当代。一方面,侵权法需满足尊重人性这一基本要求,因而赋予所有人以抽象平等的法律人格,并将责任限定在可预测的风险范围内,通过自己责任原则与过失责任原则的制度化来反映这种思想。另一方面,侵权法还需克服近代侵权法在现代社会所起到的“轻视人性的作用”,基于侵权法制度在现实运行过程中带来的社会恶果的反思,随时追补人性理解的偏差以避免侵权法制度持续制造对人性的威胁,并在这种反思的基础上形成制度的平衡,进而在侵权法体系内生成了过错推定责任与无过错责任,并在体系外通过责任保险、社会保障等援助性制度共同搭建社会安全网络,尝试搭建人性的回归之途。当代侵权法不断受到现代性问题的挑战,其对人性的理解也不再是单向度的简单认识,呈现出多维立体的面向并因此而变得深刻和完整:个体性与社会性、利己心与有限的利他心、理性与经验。人的个体性存在确证了侵权法中的自我人格——人的尊严、自由与侵权法的人权标准,人的社会性存在注定了侵权法的社会化发展趋势。侵权法制度中利己主义要素和利他主义因子均有所体现,并通过相应的规范、标准等立法技术和司法实践反映出来。侵权法所要表达的正是人性中相互矛盾的两种诉求,一方面承认人的一己私利并予以保护,同时限定有节制的责任范围为人们追逐利益划定自由的疆界以实现个性化的幸福追求;另一方面也要小心呵护人类稀薄的利他之心,通过各种理念的强化培植人们的性格和美德,创设好的制度环境引导和说服人们追求向“善”的幸福生活。在认识论的视域里,人性中既有理性的因素又有经验的因素,二者是辩证统一的。对人性的这一层面的认识,会影响到侵权法制度的选择模式和功能的作用范

围。侵权法中的利他主义的立法表现已清晰可见,如某些领域的高标准注意义务和好撒玛利亚人的国外立法实践。

现代侵权法对近代侵权法一路扬弃而发展到当代,其始终坚持对人性的关怀与尊重,伴随人性的历史性发展而完成了制度的启蒙。然而,为了完成预设的制度使命,侵权法在努力克服传统体系因对人性认识的单向度而导致的不良后果的过程中,呈现出价值悖反与社会生活失衡的矛盾运动态势,甚至出现“无过错的过错责任”这种异化的侵权法制度,最终反而走向了人性的背离。当侵权法的这种矛盾性格表现为外在体系无法与内在体系相合致时,当其制度规则的运行结果已经背离了人们的道德直觉和伦理期望时,侵权法便被一片危机之声淹没了。不可否认,侵权法不仅仅为个体的权利和利益提供保护,它还具有积极的伦理功能:完善人性,使人具有更多的美德。如果不能将侵权法作为“一套个人对待他人的行为有关的伦理原则”<sup>[3][P.26]</sup>来看待的话,就可能导致其背离人性从而引发伦理性危机。因此,现实生活中人的多义性与抽象掉了人的差异性的侵权法之间的矛盾应该受到足够的关注:侵权法的类型化应与人的身份和角色相关联;侵权法的物化趋势必须摒弃对人的尊严的漠视;侵权法需要关注个体的内心感受和社会的理解。

## 二、侵权法规范蕴含丰富的道德元素及正义观念

侵权法是追求正义的各项努力的记录,起源于人类对伦理观念的表达,其规则充斥着大量的道德术语。侵权立法历经数千年的发展,其自身演化的历史进程记录着人类社会受损利益救济机制变迁的轨迹,其规范起源于公共道德观念的一种表达,其体系是人类通过道德努力而获得的。伴随社会的突进和时代的变迁,侵权法的道德基础早已超越亚里士多德的矫正正义和康德的权利哲学,以理性为基础所凝练的道德共识——分配正义、共同体正义和社会正义已稳稳地高坐于侵权法的理念大堂。

实现正义素来被认为是侵权法的基本制度使命。古代侵权法由最初的同态复仇到报偿正义的损害赔偿,体现了人类的修养:是人类从野蛮、盲目的狂热和复仇心向节制、自制和正义的进步。传统侵权法深受古代哲学思想的启蒙,从其产生之初便被烙上了清晰的道德印记,这样的影响至今没有消散,甚至仍然主导着侵权责任基础的理论之争。亚里士多德矫正正义观因其所蕴含的、可供发掘的丰富道德思想而成为道义论侵权责任理论的哲学基础和近代侵权法的思想渊源。阿奎那拓宽了亚里士多德矫正正义观的思考范围,为其填充了神学自然法的思想内容,提供了一种更好的侵权法表述。欧洲大陆的侵权法更直接的历史根植于启蒙时期自然法学家的批判研究,理性自然法学派对侵权责任的分析,直接影响了近代民法的制定,为大多数欧洲国家侵权法接下来的发展奠定了基础,并最终成就了欧洲大陆的民法典。

18世纪康德提出了有力的平等自由概念,并视其为权利、正义与法律的道德基础后,康德的道德与法哲学已成为近现代侵权法理论的重要支柱,直至当代仍然是侵权法学家论证侵权责任本质时无尽的思想宝藏,有非常多的极具影响力的现代追随者。从哲学基础上看,侵权法中过错责任的张扬正是自由意志哲学发展的现实产物,是人的道德标准对法律不断浸润的结果。康德把法律的权威性渊源建立在伦理和道德的基础上,他的法哲学概括起来就是尊重人,因为只有承认人的道德法则的存在,才能揭示出人的自由意志的本质。“人性尊严”所包含的“把人当作目的”之人性观,以及个人承担责任、受道德义务、社会责任约束的理念,均来自于康德的思想。康德的意志自由理论,以及根据意志自由理论而形成的对于人的权利与责任的法律观,奠定了近代侵权法的权利观念和责任观念。侵权法既要为行为自由划出必要的界限:此界限要最大限度地满足个人自由,又要维护必要的社会秩序和社会公平。温里布在《私法的理念》中声称:侵权法复杂的体系中隐含着矫正正义和康德的权利理论,他的目的就在于展现这种隐含的道德秩序并使之具有可理解性。

曾经在侵权法取得精神支配力量并促成其文化自觉和实证化潮流的理性主义自然法,经历了18世纪末历史法学派到19世纪末概念法学这样一个理性主义不断张扬的理论发展过程,至20世纪逐渐失

去了公共意识的确认,在被掏空伦理内涵后发生崩溃并导致法律危机。现代技术主义的立法造就的是脱离生活质地的法律表达,异化为与民众生活相分疏的工具理性,人们接受了法律的制度拜物教。实证主义法律方法的训练使得法官对社会的实际需求漠不关心,对现实世界里不同利益和价值之间的冲突冷眼相对,将自己置身于政治与道德的论战之外。于是,侵权法开始转向新的哲学和法律意识以寻找文化的更新和正义的替代品。实现正义素来被认为是侵权法的基本制度使命,只是侵权法通过制度所表达的内容随着人类对法与正义关联的认识提升,不断会有新的元素渗透进来,侵权法的正义观在社会演进过程中不断丰富着内涵。体现分配正义观念的侵权法实体规范逐渐被整合到私法的、矫正正义的理论框架中去。当侵权法理论被要求揭开侵权实践的面纱时,承诺实现个人正义的侵权法呈现在人们面前的却是其持续制造的人与人之间不平等的社会恶果,微观的个人正义导致了宏观的社会不正义,作为私法之道德部门的侵权法变得极为空洞。20世纪以后,侵权法学理论的研究发生了一场哥白尼式的革命,倾向于受害人的意识形态开始占据上风,人们不再从侵权行为本身而是从受害人所遭受的损失中寻找责任的基础,受害人被置于侵权法的核心地位。侵权法应关注实践“随之而来的社会后果”,<sup>[4][P.48]</sup>完全忠实地遵循个人责任的规则和原则可能会以其他法律和道德价值(例如对非法或者不道德的行为的威慑)为代价,而且还会以更大的社会和经济价值(例如健康与教育为代价)。新的贫穷理论认为贫穷很大程度是不公正的制度造成的,宪法将福利国家托付给法律制度,人身伤害与死亡的责任在世界范围出现了社会化的趋势,侵权法被注入政治哲学的正当分析,“抽象的个人主义正义原则向着新的正义观念转变”,<sup>[5][P.6]</sup>共同体正义和社会正义观念在侵权法领域与个人正义发生融汇。

### 三、社会事实赋予侵权法真实的内涵和正当性基础

侵权法的概念和理论并非由人的思维凭空塑造出来,侵权法的规范也绝不是别人起草的文本上加盖自己的图章那么简单,无论是概念诉求还是形而上学,侵权法都是为了说明我们对世界的理解并描述世界的真实存在方式。侵权法需更多地考虑所依据的或被适用的社会事实,并通过对其的诠释进而影响社会的伦理和文化。为了通过法律达致正义,我们就必须系统地阐释当下时代的社会理想,并且努力确使法律的制定能够在实践中推进和保障这种理想。侵权法作为一种意义体系,应将不同社会事实状态下的伦理诉求传达于规则世界,同时藉由制度性安排满足价值追求,进而实现形上意义与形下利益的制度性和谐。侵权法学无时不在时代思想的浸淫之中:17、18世纪的人们信赖的是理性,19世纪的人们崇尚的是进化,20世纪人们开始向往福利国家,21世纪人们渴求一种安全和谐的社会氛围。镶嵌于工业化与城市化进程中的中国社会现实之中的侵权法,既要关注现代的问题同时也要关注未来的问题:在风险中谋求安全,在和谐中促进发展。侵权法应该通过它的理论创新、立法决策和司法判断将人们的思维和社会的进化引至这样的方向。

侵权法的规则世界必然要与伦理诉求建立起联系,而沟通二者的只能是社会生活的需要。以主体性哲学为基础的近现代侵权法认同担当责任的自由,侵权法中的过错责任正是以否定的、强制的形式限制个人滥用自由的行为,其价值在于协调人们之间的意志和自由。伴随社会事实的不断更新,侵权法的规则世界出现了与生活世界某种程度的背离,主体之间不同的伦理诉求无法在这样的制度体系内求得和谐共存。基于对侵权法中主体性哲学的反思,侵权法的叙事方式开始发生变化:从人与人之间交往秩序的角度出发,呈现出主体间性的语言结构。沟通与协商的交往理性成为搭建在侵权法规范与社会事实之间的一座浮桥,伦理诉求于其上得以表达并达成相互妥协,侵权法在获得社会认同的基础上保持着与外部社会的动态适应性。侵权法是关于人与人之间关系的责任体系,因此侵权责任是一个人际性的概念和实践,需要关注行为人、受害人以及更为广泛的共同体和社会等多方面的关系,表现出对平等的执着追求。主观间性所指的主体不再是自主的主体,而是作为关系性的主体,使在关系性中得到定位的人,能以自己的语言言说法律,通过主体间性的叙事方式在自我与他人之间建构侵权法的规范世界。这里所说的“关系”,实际上并不是从外部强加某种特定的地位乃至角色的类型性关系,而是通过彼此间

的行为积累起来的具体的关系。“沟通也许会增进对于有益信赖和互惠互利来说必不可少的信任。当你在行动之前进行沟通时,就是向对方当事人表明你关注他的利益,他对你信任程度很可能由此得到提高”。<sup>[6] P.93</sup>在此意义上,要不辜负信赖,或是想继续保持这种关系的话,就不能不考虑对方,这种对相对方的照应,可以被视为侵权行为责任的基础。事实上,侵权诉讼已经成为人们命名社会问题的工具,如环境污染、医疗损害、食品安全,甚至性骚扰,早已通过侵权法的谈判桌得以进入公共讨论的渠道,最终创造了更为有效和妥当的救济机制的产生时机。作为一个伦理的规范系统,侵权法规范本身要经得起伦理的检验和评估,其制度体系充满了责任伦理的细胞。责任伦理的提出基于人类责任缺失的某种反思和自觉,赋予人类责任意识和伦理关怀,具有前瞻性、自律性、关怀性和整体性。这种伦理观念强调人们对自然、他人和社会的自觉关爱,注重人与人相互之间的理解与信任,意在养成人类负责任地行为并勇于担当责任的品性。侵权法的正当化一方面系取决于健全的个人责任伦理原则的体现程度,另一方面又取决于其对理想的人类和社会目的的促进程度。在社会责任的伦理观念中,只有伤害者和被伤害者,没有事不关己的旁观者。当代中国已然显现出诸多的“风险社会”症候,而整个侵权法领域基本上还在运用19世纪的法律体制应对20世纪晚期形成的“风险社会”及其所带来的危机,侵权法并没有内化于“风险生产秩序”之中,而是远离秩序成为一个驻足观望的他者。如此下去,侵权法恐怕很难逃脱放纵风险的指摘。<sup>①</sup>面对这样的社会境遇而又诉求和谐社会的当代中国,应该认真思考一下侵权法的制度使命,使得置身于“风险社会”的侵权法能够努力兑现其时代精神,致力于调整其规范性基础并转换其现代性范式,而这一切则应首先建基于对侵权法制度理念的重新认识之上。

侵权法是各个阶层的社会成员都有着强烈情感的主题,从机动车事故到专家不当行为责任诉讼,到性骚扰以及名誉侵权,其介入社会生活之深以至于会触及到文化的神经。“在美国,很少听到关于改革合同法或废除财产法的政治运动,但几乎每星期都被淹没在关于侵权法目的的故事与攻击之中,人们被侵权法新的改革主张或者彻底放弃侵权法的激进观点所包围着,侵权法甚至成为总统竞选中频繁出现的话题。”<sup>②</sup>随着经济的高速增长和社会的深刻变革,文化的重要性和文化元素的影响力渐趋凸显并日益受到人们的重视,侵权法不能低估自身的文化意义,文化共识可以获得侵权问题解决的社会力量。侵权法这一法律体系作为文化的反映物之所以为公众所关注并能够成为政治性话题,其中的一个原因便是它能够充当文化态度的指示灯,表达社会大众的物质欲望和精神诉求。侵权法深刻介入社会各个阶层和各个领域的日常生活与社会生活,其实践背后往往隐藏着很高程度的文化冲突,纠纷解决的表面虽然呈现出诸如过错、因果关系、举证责任等规则性探讨,而这些技术上的争论正是对于文化分歧的一种伪装,它们以“碎片化”(马赛克)的方式存在于侵权法思考与侵权纠纷解决的方式中。这种分歧以社会关注的形式表现出来,并深刻影响了立法与司法的态度。“同命不同价”、“错误出生”以及“高空抛物”等侵权纠纷的表达方式已经呈现出侵权法的文化迹象,不同群体表达的不同态度已经折射出社会冲突的文化征兆。在美国,产品伤害及医疗损害的诉讼已经越来越成为公开的文化战争。回顾美国工人赔偿法产生的历程,正是由于人们使用了“残疾的工人、贫穷的寡妇”这样的修辞表达了一种文化与态度,最终说服了美国侵权法的重构:工人赔偿法最终脱离侵权法而独立发展<sup>[7]</sup>。侵权法对于复制了各种文化分歧的相互对立的观点的选择与折衷——从原则、制度到规则,现实地代表了一种寻找社会灵魂的努力。文化共识是人与人之间的社会维系力,也是侵权法制度获得有效性的基点。法律制度可以表达文化也可以生成文化,侵权法通过各种理念的强化和规则的训诫能够塑造人们的社会品性,引导和说服人们过良善的生活。

① 张铁薇“风险社会与侵权法的新理念”载《光明日报》2007年1月14日学术版。

② Leslie Bender. *Tortlaw's role as tool for social justice struggle* 1998 Washburn Law Journal, p. 106.

#### 四、结语: 哲学关照下的侵权法及其未来

侵权法一旦抛弃哲学, 就会失去改变历史和社会的力量, 等于没有认真思考“为什么”就直接给出了“怎么样”的回答。侵权法学的研究如果失去哲学的导向作用, 我们会发现自己或者在法律的丛林中迷失了方向, 或者在社会事实的乱麻中丧失了判断的能力。侵权法理论进化和制度演变也正是由于侵权法本身的哲学在起作用: 哲学通过理论化身规则潜入实在法。因此, 经过哲学“过滤”后所生成的理论才会促进侵权法的解释和发展。对哲学和侵权法之间联系的关注能够开启哲学进入侵权法领域以挽救其命运的多方途径, 或许侵权法并不需要哲学的挽救, 但哲学确实能够教会我们如何表达在侵权法中所面临的难题。思辨性的哲学论证为侵权法问题的解决提供了正确的方法论, 开放性的哲学思考奇特地照亮了侵权法学的方向, 侵权法实践在哲学目光的注视下发生着内在的变化, 开始从哲学批判性的思维中受益并促成了理念的更生和理论的演变。侵权法调整个体之间因伤害的发生而导致的法律关系问题, 表面上是一个单纯涉及到相关两方当事人的微观问题, 但从社会的视角观察, 实质上是人与人该如何对待的宏观问题。尽管司法体系运用侵权法的作用在于解决诉讼当事人之间的双边关系, 但它在精神上 and 效果上往往具有公共性。法院对侵权案件所作出的赔与不赔只是分配损失的标志性开端, 它最终会在法庭之外的社会中发挥作用。

侵权法理论的根本所在, 需深刻洞察人们对其所身处的这个时代的社会理解力和价值观, 并最终回归改善社会现实的智识努力。20 世纪末, 侵权法已经反映出社会冲突与矛盾的新动向, 以往以物质占有和利用关系为中心的冲突协调开始向社会权贵这一问题移动, 侵权法努力想干涉制度性压制以及不平等的社会问题, 希望破解影响社会团结实现的治理难题, 其中包括不同的共同体或阶层之间的关系问题。侵权法呈现出一种移动态势, 即从主要是一种补偿机制(正如 20 世纪人们所理解的那样), 面向 21 世纪开始渐变为主要是一种加强社会平等和人格利益的机制。侵权法, 正如其在当代的理论化发展一样, 已经经历了作为物质损害的一种补偿救济机制的阶段。当代侵权法作为努力实现社会正义的工具, 其最重要的目的在于补救人格尊严的损害, 促进社会平等, 加强人类团结与合作。侵权法应更加致力于建构人性化的规则体系, 加强社会平等与团结意在推进社会文化的发展, 促成和谐的人际关系。基于社会道德对协作的要求, 侵权法的制度设计应注重人际关系的修复和信赖关系的维持。人的可诱导性能成就侵权法的塑造力, 这种塑造力具备创造未来的功能, 可以将人的行为和人际关系导向美好。

镶嵌于中国现实中的侵权法, 应思考的是如何致力于有效解决社会疾病而不是向社会输送更多的社会问题。我们的侵权法立法体系与司法实践曾在社会中生发很多歧义, 如“同命不同价”、“撞残不如撞死”、防御性医疗等, 这些命题某种程度反映了侵权法所承载的社会功能, 其中一些质疑通过修辞学或逻辑学根本无法解释过关。<sup>①</sup> 考夫曼的提示也许可以给我们一定的启发, “历史经验昭示, 不仅古典的自然法, 而且传统的法实证主义都不灵了。具有一成不变的规范体系的自然法, 可能在一个结构非常简单的社会还转得开, 之于一个带着极其敏感的经济体系的高度复杂社会, 则可能显得不够用。另一方面, 法实证主义虽在 19 世纪末取得了很大的立法成就, 因为当时的立法者仍受浓烈的道德意识所引导, 然而, 在我们这个存有各种专制的时代中, 此一前提不复存在, 恶法不仅仅是课堂上的例子, 而成为现实, 那种纯形式的法律概念已不听使唤了”<sup>[8] (P. 119)</sup>。侵权法作为社会工程和社会规划的一部分, 负责任的立法和司法绝不应忽视侵权法在社会中的作用, 也许一两个“彭宇”的个人责任与财富转移并不会使其沦落为社会底层, 但是这样的判决显然会极大地搅扰人们的心理从而形成一种不良的社会生态。侵权法需要努力缓解社会的不平等但也不能蔓延一种道德恐慌, 至少在确立不平等规则时要考虑社会理解与接受的能力。我们既不希望看到受害者躺在病床上绝望地呻吟, 也不希望人与人之间形成一种对抗性的戒备和紧张关系。当侵权法最终不得不面对离散社会或者对某些无赖更有利的指责时, 侵权法

<sup>①</sup> 参见张铁薇“侵权法的自负与贫困”, 载《比较法研究》2009 年第 6 期。

的“危机”就会变成“危害”。侵权法带来的社会负作用才是其今天的问题所在,毕竟和谐社会无法与侵权法绝缘。

举足轻重的侵权法正处于快速演进之中,刚刚告别的20世纪已经做出了“危机”的警示,当侵权法不得不用矛盾的制度和解释应付现实的不尽权利索取时,我们在生活中便失去了一套有关常识性对错的、具有内在一贯性的法律体系,古典侵权法精心构建的理论大厦正在失去它有序的结构,侵权法已经由概念的有序堕入混乱的理论困局。有学者批评美国的侵权法,“运用于日常决策的法律带来了糟糕的决策,进而引来更多的法律问题,将人们与判断是非的直觉隔绝开来。”“法律淹没了我们的日常生活,无所不在。”<sup>[9] (P.7)</sup> 这样的现实,除了要反思侵权法权利文化、责难文化和赔偿文化过度繁荣,制度构想执着于损害赔偿的单向度思维模式而丧失了对社会团结的敏感性之外,是否还需回到思考的原点考察一下侵权法制度的所能问题:侵权法的边界——侵权法要解决什么样的问题?在多大范围内能解决问题?如果缺乏可靠的法律边界,不信任将会影响人们的日常交往。人们便开始相互防备对方,进而开始畏惧法律。非法律调整范围的消失也许正是侵权法扩张的核心问题,一个秩序良好、人际关系和谐的社会需要多元的社会规范来调节和整合,法律、道德、宗教、伦理等均有规范社会成员行为、协调和化解社会利益矛盾的功能,它们是丰富多彩的社会生活不可或缺的调控器。任何社会如果只剩下法律,这个社会必将是机械的、冷冰冰的社会。我们从一个法律制度中最多可以期待的就是“建立一个能使善良的人可以自在地实施良善行为的空间”,“设想一个仅仅由法律制裁和正式制裁加以推动的社会,等于是设想一个骨头彼此相互摩擦的社会。我们需要具有某种软骨组织,以期缓和近不近人情的突然打击,而只有当法律秩序不像摧毁所有非正式社会控制制度那样毫不怜悯,那样强人所难,这一希望才能实现。”<sup>[10] (P.449)</sup> 美国一直以来所奉行的是拼命讨好所谓的受害者的司法哲学,而正是这种哲学的实践结果伤害了整个社会,当涌入侵权法空间的诉求逾越了某种界限时,造成了整个美国过度膨胀的“诉讼社会”。因此,有人批评美国的侵权法,是它“培植了一个讨价还价的赔偿市场”,一个“诉讼社会”。<sup>[11] (P.319)</sup> 侵权法的哲学性思考也使得我们开始清醒于这样一个事实:私法无法抹去人们眼中的每一滴泪水,侵权法能做的事情是有限的,它不能解决它所面对的每一个问题。

#### 参考文献:

- [1] [美] 庞德《庞德法学文述》,雷宾南、张文伯译,中国政法大学出版社2005年版。
- [2] [美] 伯纳德·施瓦茨《美国法律史》,苏彦新译,中国政法大学出版社1989年版。
- [3] [澳] 彼得·凯恩著《侵权法解剖》,汪志刚译,北京大学出版社2010年版。
- [4] [美] 詹姆斯·戈德雷《私法的基础:财产、侵权、合同和不当得利》,张家勇译,法律出版社2007年版。
- [5] [美] 罗斯科·庞德《普通法的精神》,夏登峻等译,法律出版社2010年版。
- [6] [美] 亨利·马瑟《合同法与道德》,戴孟勇、贾林娟译,中国政法大学出版社2005年版。
- [7] [美] 约翰·法比安·维特《事故共和国——残疾的工人、贫穷的寡妇与美国法的重构》,田雷译,上海三联书店2008年版。
- [8] [德] 阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版。
- [9] [美] 菲利普·K·霍华德《无法生活——将美国人民从法律丛林中解放出来》,林彦、杨珍译,法律出版社2009年版。
- [10] [美] 理查德·A·爱泼斯坦《简约法律的力量》,刘星译,中国政法大学出版社2004年版。
- [11] [美] 理查德·L·阿倍尔“侵权法”,载[美] 戴维·凯瑞斯编辑《法律中的政治——一个进步性批评》,信春鹰译,中国政法大学出版社2008年版。

(责任编辑 孙国栋)