

公与私，从来都不是泾渭分明的

——从侵权法的本位角度评《美国侵权行为法：一部知识史》

李尚谊*

《美国侵权行为法：一部知识史》——一部风格独特的学术著作，正如其副标题揭示的那样，本书从一种全新的视角解读美国侵权法，这也许与作者 G.爱德华·怀特本人的研究领域有关。作者从历史学的角度切入，采取知识社会学的方法，分析美国侵权法从开始的令状制度发展至今最重要的影响因素是什么：思想，法律人（法官、律师、学者）的思想，极大的影响着侵权法的理论发展。也许是源于法律专业之故，初读本书的我是略持怀疑的态度，但随着阅读的深入，逐渐被作者的丰富的案例论证、全新的社会学视角及其广泛的知识背景所带来震撼而折服，然而本文并不试图分析论述上述问题，而只是想借此对作者关于侵权法的本位问题——私还是公，做一简单的评介，以期一定程度上明晰侵权法本位问题，并在此基础上简单分析如何处理不同种类的侵权行为问题。

—

一种观点认为“美国侵权法是工业革命的产物”，而在《知识史》¹一书的导论中，作者开宗明义地指出：“我把美国侵权行为法在十九世纪和二十世纪的变化特点归结于法学家和法官们的思想变迁。”²这便是本书的中心思想，作者毫不隐晦，并坚持认为法官或学者思想的变化导致侵权法理论的变化。然而这与我们所普遍接受的“物质基础决定上层建筑（法律也属于上层建筑的一种）”的观点大相径庭，作者认为是一群法律的精英人士的思想极大的影响了大多数人并且导致侵权法理论的变革，其通过对美国侵权法分历史时段的研究，并结合具体人物、案例论证，为这一论点提供了充足的论据。虽然作者并未否认科学技术对侵权法的发展所产生的积极作用，其在书中亦引用相关观点：“侵权法作为一个独立的法律分支的出现，既是工业化的扩展又是法律思想变化的结果。”³然而笔者则较赞同通说的观点：“一种标准解释认为，侵权法在十九世纪晚期显现的独立性是侵权行为诸法则——尤其是过失侵权行为——与工业化问题之间的紧密关系造成的。”⁴在笔者看来，这些通说认为是工业革命、科学技术促进侵权法发展的观点是极具说服力的，是工业革命带我们走进一个陌生人的社会，并且不可避免的产生一些损害“我们必须有工厂、机器、水坝、运河和铁道”，如果这些不可避免的意外的对邻人造成损害，那么这些设备的生产者、建造者并不需要承担法律责任，除非证明他具有过失。我们的社会需要进步，我们需要有这些工业化的设施，工业化的设施难以避免的带来的损害便是产生侵权法诉讼的一个重要来源，因此在笔者看来科学技术或称工业革命对侵权法的发展产生的力量是巨大的，而并不像作者所描述的那样轻描淡写。

在作者看来，科学技术的推动力量微乎其微，只有思想才是最根本的力量，是思想对侵权法的影响导致其不断的变迁。在最初的兴起阶段，“十九世纪五十年代，令状制度的零乱不堪已经成为当时法律职业者愤怒的来源；同时，也有一项研究开始探索令状制度的替代品。”⁵在此过程中，侵权法作为一门独立的法学分支的观点便应运而生。而令状制度的崩溃

* 上海大学法学院硕士研究生

¹ G.爱德华·怀特：《美国侵权行为法：一部知识史》，王晓明、李宇译，北京大学出版社 2014 年版。

² 同上注，页 2。

³ 同上注，页 8。

⁴ 参见 L.Friedman, *A History of American Law* 262, 409 (1973); M.Horwitz, *The Transformation of American Law: 1780—1860* 85—99 (1977)。

⁵ G.爱德华·怀特，同前注，页 17。

虽然在律师的实务应用中非常有力，却最终走向崩溃，那么这种崩溃的原因又何在呢？在作者看来从根本上讲还是“那些从中获益最多的人主张摒弃了此制度”，从而导致了侵权法基本理论原则的研究，概念主义随之在此背景下产生，而霍姆斯法官适时的将“过失侵权”独立出来，将过失原则作为侵权法的普遍性原则，在评价霍姆斯时作者作出如此论述“霍姆斯最伟大的贡献在于将过失侵权行为独立出来，并使其成为了侵权行为法的综合性原则。”⁶进入20世纪，概念主义开始遭受到质疑和批判，“现代过失责任法此时至少存在着三个困扰学术界和实务界的难题……”⁷，现实主义应运而生，这一时期，卡多佐的一系列判决，从 *Glanzer* 案到 *Ultramares* 案的判决结果中所蕴含的理论观点对二十世纪侵权法的发展产生了巨大的影响。“在那个现实主义甚嚣尘上的年代里，侵权行为法和普通法其他领域内法则的重大变化却又体现了现实主义者的知识假设。”20世纪70年代，新概念主义登上侵权法的舞台，全新的经济理论的视角、矫正正义等变化均是由新概念主义带来的。作者认为从概念主义到现实主义到共识思想再到新概念主义，侵权法的理论都是由这些主义的倡导者所提出或是主张，如概念主义时期霍姆斯的“过失原则”、现实主义时期格林的“政策本位”、新概念主义时期波斯纳的“经济理论”的视角，是这些精英人士的思想影响、催生了一系列的侵权法制度，并深刻的影响着美国侵权法的发展。笔者认同此观点，因此在笔者看来，无论是科学技术还是精英人士的思想，对侵权法发展的所产生的推动力量都不容小觑。

二

虽然作者本身讨论的是思想对侵权行为法的影响这一主题，但贯穿其中的我们隐约可见对侵权法本位问题的探讨——“私法性质”与“公法维度”。可以说任何侵权诉讼的判决，都隐含着当时社会背景下，法律人对侵权法本位的定位，或者表述为法律人基于对侵权法本位的定位不同，产生了不同的判决结果。

十九世纪五十年代到二十世纪开始前，侵权法经历了独立的法学分支、现代过失侵权、新概念主义等阶段，这一时期适用于侵权领域的相对普遍性原则是“过失原则”，此原则由霍姆斯提出。他将过失侵权行为独立出来，并提出一个具有重要意义的理论“侵权法是关于‘一切人对一切’普遍性私法义务的法律”⁸在判决具体案件时，也是考量加害人有没有尽到应有的注意义务，是否存在过失，即是否违反了“所有的人对所有的人”所具有的义务，这一时期基于此种判断，它很少涉及到政策问题，即“公”的维度，而只是关注损害赔偿的问题。这一时期典型的案例有：*Brown v. Collins* 案和 *Losee v. Fletcher* 案，在 *Brown* 一案中，两匹马由于受到锅炉列车引擎声的惊吓，脱离了道路从而撞坏了一个路灯灯柱以及邻近的财物，当事人认为，在马屁受惊前，驾驶者“使用了正常的注意和技能”来管束马匹。法官查尔斯·道尔认为，这并没有显示出驾驶者具有实际的过错，因此他并没有侵权责任。⁹而“在 *Losee* 案中，法官罗伯特·厄尔从早先纽约州的一个案件获得启发，并引用它作为自己的判决‘当事人以正常方式建造工厂水坝顺利完工后，他不因此承担责任，尽管水坝崩溃了……要使他承担法律责任，必须证明他具有过失。’”¹⁰从这两个案件中我们可以看出，此阶段学者关于侵权法的本位问题虽未明示，但认为侵权责任的归责以过失为前提，其定位于私，即认为其是私法的一个分支，正如霍姆斯所言“损害应停留在发生之处”，试想如果此两案发生在严格责任极度扩张的今天，那么判决结果必然会大相径庭。

进入二十世纪，概念主义遭到严重的批判，现实主义在此批判进行到高潮阶段时开始产生。尤其是到二十世纪二三十年代，美国社会遭遇了前所未有的经济大萧条，当时的政府为

⁶ G.爱德华·怀特，同前注，页19。

⁷ 同上注，页139。

⁸ 此语乃霍姆斯所言，参见Holmes, “*The Theory of Torts*,” 7 Am. L. Rev. 662 (1873)。

⁹ 53 N. H. 442 (1873)

¹⁰ G.爱德华·怀特，同前注，页24。

了改善经济萧条,推行了一系列新政策——罗斯福新政。面对如此情况,公众更加关注公平、平等价值,而不再极力强调个人利益、自由等价值。表现在侵权法领域,即法律人亦越来越关注各种价值、利益之间的衡量,而非简单的基于过失来判断一方当事人是否应承担法律责任。与此同时“学者开始将严格责任视为一种独立的侵权责任类型(而不是一些‘罕见的’特例)”、“学者开始意识到严格责任是建立在侵权行为法已经成为社会公共政策工具的前提基础上”¹¹这一时期的典型代表如哈珀、普罗瑟,前者认为“严格责任是一种负担个人困境并维护社会、经济资源的损失分散机制”¹²,后者更主张“被告之所以承担严格责任并不是说他们的行为在道德层面或社会层面具有不法性,而是公社会工程学的角度来说他必须要承担责任”¹³格林更坚持认为侵权法是伪装的公法,从以上列举的种种观点、学说我们都可以看出,这一时期严格责任的异军突起,已足以说明利益的衡量、社会公共政策的考量,已在侵权法领域占有重要地位,侵权法已不仅是以“私”为本位的对侵权人的过失的惩罚,而转移到对社会公共利益的衡量,因此,在此阶段,侵权法公的维度是大于私的。

然而以上两个阶段,关于侵权法的目的或本位的讨论并未明确的显现,直到第二次世界大战之后,关于侵权法的目的学者们展开了广泛的讨论,作者如是论述“第二次世界大战之后,论争的问题更为明晰。论争的中心问题为,侵权行为法主要是一种惩戒不可取的民事行为的工具,抑或是一种补偿受害人的手段。”¹⁴在此过程中责任保险的出现,可谓是对侵权法补偿功能之确信的一种有力证明,亦强化了一些学者关于“侵权法不再是一种处理双方当事人私人关系的主题,而是一种处理多方当事人之公共关系的主题”¹⁵的观点。与此同时,美国法学的共识思想开始复兴,共识思想试图探索能将早发着凝聚起来的核心价值或基本原则,其唤起了对法则主义(概念主义)的兴趣,这一时期,普罗瑟对侵权法的贡献深具影响,作为《美国第二次侵权行为法重述》的报告人,他融合了现实主义的洞见与侵权行为法法则本位理论两种视角,并且居于政策倡导者和法则爱好者之间的温和立场,使二者达到空前的融合,至此侵权法学者间的共识思想达到了高点。因此二战后,基本上是两种思想之间的平衡:侵权法乃公共政策之工具与法则的创新运用,法则视角的主张者默认十九世纪晚期与二十世纪早期认为侵权法的主要目的为惩戒可归责的民事行为的观点是正确,然却并不认为这与公共政策视角下追求公平正义的观点相矛盾,因此在作者看来最终这一阶段关于“政策”与“法则”的争论并没有相互排斥,而是在一定程度上达到了平衡。在笔者看来,这也是私与共的一种平衡。

从上述论述可知在二十世纪五十年代至七十年代,侵权法的公私视角达到了一种平衡。然而进入七十年代,新概念主义的兴起,学者们开始从新的视角解读侵权法问题,最重要的莫过于经济学的视角,代表人物即为波斯纳、弗莱彻,前者主张通过经济学的角度判定过失从而认定责任,认为此种情况下可以达到经济效益最优;后者亦从经济学角度出发,但却认为严格责任优于过失。新概念主义促进了过失原则的复兴,但不等同于过失原则可以适用与所有侵权诉讼的领域,严格责任等仍然存在且极为重要。因此,这一时期关于侵权法的本位问题仍然是私与公并存。

三

虽然从上述分析我们可以看出侵权法在每个阶段的发展都遵循这一个主题,私或是公,然而这并非意味着二者的界限明确可见,彼此分离。事实上在每个阶段二者都是互相渗透的,只不过是一种此消彼长的关系罢了。在侵权法的发端时期,其便立足于非契约的、非刑法的

¹¹ G.爱德华·怀特,同前注,页109。

¹² F.Haper, *The Law of Torts*, 334 (1933)。

¹³ G.爱德华·怀特,同前注,页113。

¹⁴ 同上注,页162。

¹⁵ 同上注,页165。

不法行为，也许这样的定位即注定了其是一个多样化的不当行为的综合体，不存在一个可以统一适用的法则，因此其本位亦不能简单的认定为公或是私。之所以认定侵权法在某一阶段的本位问题采取何种定位，只是表达出此阶段何种定位更符合社会大的背景和社会思潮。正如作者所描述的那样“侵权行为法的范围从‘私’法扩展至‘公’法主题，以及侵权责任的主旨从惩戒到补偿之转变，或许也是社会思想变化的结果。”¹⁶

侵权法从其起源时就渗透着公的维度，霍姆斯在对令状制度的考察时便发现，在某些民事不法行为案件中——“例如开闸泄洪或野生动物逃逸等情形，侵权责任总会成立，而不管行为的可责难性如何”¹⁷尽管这一时期，霍姆斯提出了“无过错就无责任”的原则，且这一原则很快统治了整个侵权法，其依旧不能否认在某些情形下无过错仍要承担责任。正如作者在评价莱缪尔·肖法官对 *Brown v. Kendall*¹⁸案的判决时所说：“如果他在尝试对侵权责任的前提条件进行梳理整合的话，他就可能会陷入错误，因为在被告没有故意也没有因疏忽大意伤害原告时，侵权责任也经常会产生。”¹⁹因此在作者看来，尽管在当时过失可被认为是一般原则，但仍然有一些侵权责任的产生并不依赖于过失。由此可见，侵权法在其作为独立的法学分支出现时就一定程度上包含着对社会公共政策的考量，就不仅仅是惩罚有过错的当事人，因之尽管此时的侵权法属于普通法的一个分支，其定位于私，但仍然包含着公的特性。

如果说十九世纪晚期的侵权法的前提假设是“民事损害留于其发生之处，除非致害之人是可归责的”，那么我们可以明显的看出此时的侵权法的中心目的是惩戒可归责之人。因而在作者看来二十世纪三十年代正是由于侵权法的中心目的发生了改变，即转为补偿受害人，并且此种理论的出现导致了责任保险的迅猛发展。并且，责任保险“强化了侵权行为学者的下述判断：侵权行为法不再是一种处理双方当事人私人关系的主题，而是一种处理多方当事人之公共关系的主题。”²⁰在著名的 *Palsgraf* 案²¹中，主要存在着两种争论的观点：一种观点认为（以卡多佐法官为代表）“任何人都应该向‘不可预见的’原告承担义务，任何人都应该就‘不可预见的’风险承担保护义务”；另一种观点认为（以安德鲁斯法官为代表）“谨慎注意是我们每一个人所应承担的义务。它在保护整个社会（而不是某一个人）免于遭受不必要的危险。每个人对整个世界都负有克制、约束自己行为的义务，以防自己的行为会不合理地威胁到他人的安全。”这两种观点的对抗在作者看来其本质是为利益的衡量，标志着侵权法领域的重要范畴因果关系作为一种一般化的法律上之法则的完结和作为一个公共政策问题的开始。在现实主义时期，私的侵权法在解决具体问题时不断的遭受来自公的挑战。这一时期，侵权法的公法性得到了空前的强化，如格林就得出侵权法以“公”而非私为本位的结论。

二十世纪四十年代至七十年代缺陷产品案件中的严格责任的迅猛崛起（典型案例为 *Greenman v. Yuba Power Products* 案²²，因有缺陷的动力装置而遭受损害之人以严格责任诉由成功地起诉制造商）。尽管此阶段，严格责任迅猛发展，占据主导地位，但对于具体的案件来讲，法官依然会考虑到过失因素的大小，如在 *Richards v. Stanley* 案中，Stanley 女士将其轿车留在公共街道上，轿车被盗。窃贼驾该车撞上一位摩托车驾驶者（Richards），Richards 即诉 Stanley 要其赔偿。在此案中，特雷纳法官认为虽然斯坦利女生存在过失，但若因其具

¹⁶ 同上注，页 245。

¹⁷ 同上注，页 19。

¹⁸ 在此案中，肖法官曾做过如此论述：“侵权责任一般与被告应受谴责的行为相关。”

¹⁹ Milson, *Historical Foundations of the Common Law*, 336—37 (1969) .

²⁰ G.爱德华·怀特，同前注，页 165。

²¹ 案情简介：两名乘客在长岛铁路公司的列车即将离站时追赶登车，列车员帮忙拉拽他们登车。在这个过程中，其中一名乘客的一个报纸包的包裹掉落在铁轨上，包裹中装的烟花落地后发生了爆炸。此时，一位名为海伦·帕尔斯格拉芙的旅客正在不远处的站台上候车，她听到了爆炸声。爆炸溅起的残片碎块砸到了她，并使其受到人身伤害。于是，她起诉铁路公司，认为铁路公司工作人员在包裹掉落上存有过失。

²² 59 Cal. 2d. 57 (1963).

有如此小的过失而对其课加巨大的赔偿责任，这是不合理的。因此公的维度下仍然同时存在着私的考量，公与私亦并未分离。而在作者看来直到二十世纪中叶，侵权法的“公”与“私”各占据了相应的位置，达到一种平衡或协调。此种融合的代表人物便是特雷纳法官，其认为侵权法是一个“私人”问题与“公共”问题之混合物，在作者看来这也与当下的社会思潮相关²³。

通过上述几个阶段的论述，我们可以看出在，侵权法在每个时期有一个相对处于主导地位的有关其本位问题的定位，与此同时也并存着另一角度对本位的争论，十九世纪晚期由于社会的主流思潮的影响，侵权法被日益认为在本质上属于私法。而有一点需要说明的是，侵权诉讼中的当事人不能限制损害赔偿的测度则说明侵权法本身即含有了公法惩罚的特性。在作者看来，基于不同的视角，侵权法则具有不同的特性，“对于那些开始将侵权法作为一个自治的普通法主题进行教学之人，补偿从来不是侵权行为法的主要目的”，而如果把“美国社会看做一个相互依赖的社会，其成员互负责任，侵权行为法的补偿特征开始显得意义重大。如果受害人的生活影响到其他人的生活，以致损害成为一个社会‘问题’，对受害人的补偿即成为一个至高无上的政策目标。”²⁴这些都受当时的社会思想的变化影响，而二者（公与私）从来不是泾渭分明的。因此作者在第七章对侵权法的过去与未来进行小结时如此论述“侵权法并不是一个易于以“私”或“公”为代表的范畴，因为这两种可分的行为形式之间的界限并非泾渭分明”。

四

基于社会思潮影响侵权法本位这一思想以及每一历史阶段侵权法的本位问题都并非相互分离这一观点，怀特教授创造性的提出根据不同侵权行为的政策意涵而侵权行为分为各种类型，在某一特定类型侵权法的定位也优先偏倚。因此我们大可不必致力于寻找一个可以适用于所有侵权行为的原则，只要将不同的侵权行为类别进行区分，区别对待即可，亦不必纠结于侵权法整体的公私定位问题，当然这一切的前提是我们已对侵权法的私法性达成共识，在此基础上对侵权行为进行分类。

第一类，故意致人损害，主要包括故意致人物质状态的损害（如故意威胁、殴打等行为）和致人精神、尊严等损害（如侵犯隐私、诽谤等致人精神痛苦的侵权行为）。此解决此类侵权纠纷时，主要应考量当事人的过失，以私为本位，侧重于赔偿损害，具有一定的惩戒性。

第二类，常规的非故意损害（某些机动车事故，某些缺陷产品致人损害，某些占有性损害等等），其因果关系不复杂，其受害人与肇事者通常有责任保险，其出现于侵权行为制度中是为了寻求对受害人的补偿，类似于一种社会救济手段，多考量公平正义等因素。

第三类是非常规的非故意损害，其解决是一个较为困难的过程。例证有：损害严重并具有长期性因而其成本相当高昂，或者因果关系高度复杂，或者关于责任存在真正的难题，在解决此类纠纷时要综合考量各种因素如受害人过错、加害人的赔偿能力、是否达到公平正义等各种因素，也是一种兼具公与私、惩罚与赔偿的综合类型的侵权行为。

第四类发生于商业关系但双方并非契约当事人的民事不当行为。在此类案件中，受害人并不能基于契约关系要求赔偿，但其确实有损害，诸如虚假诉讼、不公平竞争及侵害契约关系等行为。此类侵权行为一般发生于商事领域，与一般的民事侵权行为略有不同，但在具体的纠纷解决时，无论是诉讼或是仲裁也都可参照一般的侵权理论，考虑过错等因素，一般仍定位于私，以赔偿为主。

笔者认为，上述分类十分可取，较于通说对侵权行为所做的“一般侵权行为与特殊侵权行为”的分类更具优势，上述各个分类各有所侧重，或公或私，或补偿或赔偿，也解决了长

²³ G.爱德华·怀特，同前注，页 224。

²⁴ 同上注，页 246。

期以来苦于寻找通用于整个侵权领域的一般原则的问题。纵观全书，怀特教授虽未主要讨论侵权法的公私本位问题，但其对每一历史时期侵权法的发展及对其产生重要影响的社会背景、重要人物的论述都隐含着公与私的挣扎。也许公与私从来不是主旨，但其影响却深深的体现在每一位著名法律人身上。可以说，每一时期的社会背景，都深刻影响着对侵权法的公私定位，并且这种定位通过著名法官的判决充分体现出来。侵权法发展的每个阶段都表明，公与私从来不是对立的，更无法做到泾渭分明。在谈及侵权法未来的发展趋势上，作者更倾向于未来各种侵权行为类型化，各类型都有其特定的价值或政策取向。关于这一点，笔者是赞同的，无论各个类型侵权行为的价值定位于公或是私，侵权法的私法性从来都是毋庸置疑的。换言之，公与私的问题并不试图改变侵权法的本质上的私法性，而只是在解决不同类型侵权行为时所采取的不同立场，而我们只需区别对待即可。

(G. 爱德华·怀特：《美国侵权行为法：一部知识史》，王晓明、李宇译，北京大学出版社2014年版)

