

拒绝严格责任？

——反省康德主义侵权法理论

王昱博*

目次

- | | |
|-----------------|-----------|
| 一、背景、方法论以及问题的提出 | 四、拒绝严格责任？ |
| 二、矫正正义和双极性 | 五、结论 |
| 三、作为独立的平等 | |

摘要 温里布和里普斯坦主张一种有影响力的康德主义的侵权法说明性理论，拒斥严格责任。此种对侵权法的说明基于矫正正义观念以及康德法权的独立性观念。虽然矫正正义观念可靠，但独立性观念却存在瑕疵。对严格责任的拒绝，也由于其对“侵权法中的普通人是独立的人”这一预设的依赖，不符合司法实践和日常直觉，因此失败。侵权法的说明理论，应当依赖更好的对侵权法中的“人”的说明。

关键词 温里布 里普斯坦 矫正正义 独立 严格责任

一、背景、方法论以及问题的提出

侵权法(Tort Law)在各国法律体系中都是私法的重要组成部分。但是我们日常讨论中的侵权法——包括被广泛承认的教义和判例，似乎本身包含了诸多看起来无规律(anomalous)的实践。一个最典型的例子是过错责任和严格责任看似是基于完全不同的归责原则所导致的责任类型。但是，若我们想要承认人类的法律实践大体是理性的实践，而不是偶然和任意的产物，一个有根据的猜测是，我们可能有一些理由将这些实践统称为“侵权法”。那些看似无规律的实践背后，可能有一些规律能将他们统一起来。比起“举白旗”直接承认侵权法的实践就是无规律的，将侵权法视为一种有规律的实践并试图找到这些规律的做法，似乎是一个值得的尝试。

* 伦敦大学学院法学博士研究生。感谢陈景辉教授对文章的详细评议。感谢翟小波教授提供的与澳门大学优秀学学生报告讨论本文的机会。感谢张峰铭博士对本文英文稿给出的详细意见。感谢孙维飞教授、王凌峰教授和翟小波教授对本文的有用建议。

如果这个尝试是值得的,那么说明或理解普遍存在的侵权法实践,就成为重要的目标。正如一般法理学(*general jurisprudence*)对一般法律现象(*Law*)的说明能促进我们对法律性质的理解一样,对侵权法这一法律现象的说明,将促进我们理解侵权法的性质——比如说,我们能够通过对侵权法现象的说明,理解侵权法在人类法律实践中以及在法体系中扮演的角色。^{〔1〕}

这种“说明”工作,不同于“批评”工作。前者强调对实践的描述和说明,可以将其称为说明性理论(*descriptive or explanatory theory*),其核心在于帮助我们理解某一个实践是什么样子。后者强调对实践的批评,可以称之为规定性理论(*prescriptive theory*)。规定性理论依据规范性标准特别是道德标准来构想实践应该有的样子。^{〔2〕}运用陈景辉教授的分,前者也可以被理解为“某种意义”上的非理想的规范理论,后者可以被理解为理想的规范理论。^{〔3〕}

对侵权法的说明工作是为了能够说明现有侵权法实践——侵权法的教义和判例——是如何有其道理的。具体来看,说明工作的重点在于找到将这些看起来杂乱的教义和判例组织起来的原则。这些原则能组织侵权法实践,不意味着它们在道德上是正确的或者被通盘考虑证成的。^{〔4〕}同样的,说明工作也不同于纯粹的法教义学。说明工作包含对教义学的理解,如说明工作会关心为什么会有过错责任和无过错责任的实践,是否存在某种统一的原则能够说明这两种实践,等等。

通常,对侵权法的说明性理论都是基于最佳说明推理(*the inference to the best explanation*,以下简称 IBE)的方法。IBE 是指基于现象所提出的一般化理解:首先,一部分现象需要说明。其次,基于这些现象,我们提出某些理论假设以说明现象。一个最典型的例子是医生看病:医生看到某个病人有发烧、流鼻涕和咳嗽的症状。于是医生基于这些症状提出某个假设——病人得了流感——来说明这些症状。过敏性鼻炎是另一个假设,但它很难说明发烧的症状。感冒假设比起过敏性鼻炎假设能够更好地说明所有这些症状,我们就说感冒这个假设很有可能为真。^{〔5〕}侵权法的说明性理论,也是基于 IBE 的方法。它们具备如下结构:首先,侵权法判例和教义有待说明。其

〔1〕 对法体系实践和部门法关系的讨论,参见张峰铭:《论“一般违法性”的法理定位与教义学功能——以部门法判断协调问题为中心》,载《环球法律评论》2023年第2期。

〔2〕 这个区分是一个讨论共识。See Ernest J. Weinrib, *The Monsanto Lectures: Understanding Tort Law*, 23 *Valparaiso University Law Review* 485, 485 - 486 (1989); Peter Cane, *The Anatomy of Private Law Theory: A 25th Anniversary Essay*, 25 *Oxford Journal of Legal Studies* 203, 203 - 205, 207 (2005); Jules Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2003, Chapter 1. 值得注意的是,有一部分侵权法理论家已经意识到这里所谈论的侵权法哲学的两种方法,但是,他们的现有讨论似乎在用同一理论同时处理两个议题:理解侵权法实践和批评侵权法实践。E.g., Gregory Keating, *A Social Contract Conception of the Tort Law of Accidents*, in Gerald Postema ed., *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge University Press, 2001. 中文文献参见胡焱:《矫正正义与侵权法的哲学基础再审视——一个德性理论的视角》,载《法制与社会发展》2022年第3期。但正如正文所示,我们有很好的理由分开理解这两个议题。至于说明性理论和规定性理论的关系和区别,将是另一个复杂的话题,只能另文处理。

〔3〕 参见陈景辉:《法理论为什么是重要的——法学的知识框架及法理学在其中的位置》,载《法学》2014年第3期。这里之所以说某种意义上的非理想的规范理论的原因在于,在笔者看来部门法的非理想的规范理论如果通过进一步澄清,极有可能是某种部门法的后设理论或者元理论。原因在于,探究部门法的本质以理解部门法,和探究法律实践整体的本质以理解法律实践,都是在进行陈文谈到的后设理论的工作——我们致力的目标都是理解某个实践的本质。前者是部门法的后设理论,后者是一般法的后设理论。即使对部门法的本质的探究往往在结论上呈现为规范原则——譬如下文的矫正正义——但这些原则在何种程度上提供了对部门法的辩护,似乎可以独立于这些原则能否对实践提供统一说明。See Coleman, *supra* note [2], at 5 - 6.

〔4〕 See Coleman, *supra* note [2], at 5 - 6.

〔5〕 我们无法说这个假设一定为真,原因在于归纳推理本身无法得出一定为真的结论。譬如说,有可能病人实际上得的是新冠。

次,我们提出某些假设来试图说明这些判例和教义。如果我们的假设比起其他假设能够更好说明它们,则我们的假设很有可能为真。根据现有讨论,侵权法的说明性理论中的 IBE 所提出的理论假设,都是关于侵权法的目的。申言之,如果一种理论假设能最大限度地符合现有的侵权法实践,那么就可以说这个假设中的目的很有可能是侵权法的目的。^{〔6〕}

现有对侵权法的说明,大体分为两个理论阵营:经济分析(economic analysis)阵营和矫正正义(corrective justice)阵营。经济分析阵营主张对侵权法实践的最佳理解是这一假设:侵权法的目的是实现财富最大化(wealth maximisation)。^{〔7〕}让我们将其称为财富最大化理论。根据该理论,侵权责任的存在,并不因为原被告双方的权利义务关系,而是因为在一个案中施加责任、过错乃至于特定的权利义务,能够最大化社会的财富总量。

至少在说明性工作的领域内,经济分析阵营广受批评。^{〔8〕}其中一个重要的理由是,财富最大化理论只关心社会总体利益,而并不关心具体个案中原告和被告之间的关系。然而,这是对侵权法实践的扭曲。我们可以想象如下情形:被告过失驾驶货车,撞到原告的水阀,导致原告的水阀受损,然而撞击过程使得水阀喷水,浇灭了在易燃易爆品仓库附近的火苗。被告行为的确使得社会利益或财富最大化,因为水阀的损失比起易燃易爆品仓库爆炸的损失要小得多。因此,按照财富最大化理论,被告不应承担侵权责任。然而,按各国侵权法的实践,被告都应当赔偿原告损失。财富最大化理论无法说明这种普遍存在的归责情形。^{〔9〕}另一方面,在侵权法的教义和案例中,不论是法官还是律师,均未将原被告当成某种实现社会财富最大化的工具,而是将原被告的权利义务置于讨论的核心。那么似乎对侵权法的说明,需要直接说明原被告之间的权利义务关系,而不能只关注双方行动的结果是否实现了社会利益最大化。

矫正正义阵营将说明这种原被告之间的权利义务关系视为自己理论的核心。他们认为,对侵权法的最佳理解是,侵权法的目的是实现矫正正义。虽然该阵营内部对“矫正正义”有着不同的理解,但他们都共享关于矫正正义的基本抽象概念,也就是矫正在双方的某种交换(exchange)中的不公。矫正正义关注交换的双方(而不是社会整体),要求将产生不公的交换重置,使得双方回到交换前的状态。

矫正正义阵营包含诸多子阵营,^{〔10〕}但是本文并不打算综述诸矫正正义理论,而是试图参与到侵权法的说明性理论中进行论辩。本文的核心将集中于检讨矫正正义阵营中颇具影响力的康德主义矫正正义理论(Kantian corrective justice theory)。根据该种理论,侵权法的目的是实现一种亚里士多德意义上的矫正正义;侵权法追求矫正正义,以实现原被告双方的平等。而康德主

〔6〕 需注意,这只是一种决定说明何以为好的标准。除此之外还有许多其他标准譬如简洁(simplicity),与其他已知信念不冲突(conservatism)等等。See Alvin I. Goldman & Matthew McGrath, *Epistemology: A Contemporary Introduction*, Oxford University Press, 2015, p. 21 - 22. Brian Leiter, *Explaining Theoretical Disagreement*, 76 *The University of Chicago Law Review* 1215, 1239 (2009).

〔7〕 See Richard A. Posner, *A Theory of Negligence*, 1 *The Journal of Legal Studies* 29, 33 - 34 (1972).

〔8〕 正如里普斯坦所观察到的那样,正因如此许多经济分析阵营的理论家转向批评侵权法实践以改进侵权法的规定性工作。See Arthur Ripstein, *Critical Notice: Too Much Invested to Quit*, 20 *Economics and Philosophy* 185, 187 (2004).

〔9〕 类似的例子,see Ernest Joseph Weinrib, *The Idea of Private Law*, Rev. ed., Oxford University Press, 2012, p. 48 - 50; Arthur Ripstein, *Private Wrongs*, Harvard University Press, 2016, p. 17.

〔10〕 诸如托尼·奥诺雷(Tony Honoré)的结果责任理论(outcome responsibility theory)、乔治·弗莱彻(George Fletcher)的风险互惠理论(reciprocal risk imposition theory)等等在广义下均可被归为矫正正义的范畴。See Tony Honoré, *Responsibility and Fault*, Hart Publishing, 1999; George P. Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 *Harvard Law Review* 537, 537 - 573 (1972).

义矫正正义理论的核心在于,依据康德法哲学,对这种原被告双方的平等给出独特说明,也即自我决定的行动者间的平等(equality between self-determining agents)。进一步的,他们通过将“自我决定”理解为“独立(independence)”,成功说明了大量侵权法实践以及侵权法的核心特征。

但康德主义理论家们同时拒绝承认严格责任(无过错责任)作为侵权法的一个部分的合法性。他们主张严格责任不属于侵权法的部分,因此,对侵权法的说明应当排除严格责任。^[11]这是一个令人惊讶的主张:严格责任和过错责任一样,都是各国侵权法实践的组成部分。康德主义的矫正正义理论必须有充分的理由才能做出这种主张。本文论证,他们虽然有一些初步的理由,但这些理由都站不住脚,而原因恰恰在于他们的独立性概念并不能令人信服。

下文第二部分将首先讨论在康德主义矫正正义理论看来,什么是亚里士多德意义上的矫正正义,以及如果我们以此作为侵权法的目的说明侵权法实践,这个说明为何比起其他理论更有希望。本部分也将指出,一个完整的矫正正义理论,还需要说明矫正正义所实现的平等到底是什么。第三部分将澄清,在康德主义矫正正义理论看来,矫正正义所实现的平等基于康德法哲学的独立概念。该部分也将论证独立概念似乎并不可靠。第四部分将基于对独立概念的反省,进一步说明康德主义矫正正义理论对严格责任的排斥是失败的,并指出失败的原因——即康德主义矫正正义理论关于“侵权法中的普通的人”的看法,并不符合司法实践和日常直觉。文章也将提示,我们可以从他们的失败中学到许多。至少我们能够明确下一步讨论的方向,就是提出一种新的对被侵权法规范的人的说明,并由此提出一种新的平等观念。

笔者的讨论将集中于厄内斯特·温里布(Ernest Weinrib)和亚瑟·里普斯坦(Arthur Ripstein)两位康德主义侵权法哲学家的理论。温里布的理论是康德主义侵权法哲学的基石;里普斯坦在很大程度上共享温里布的理论,但是在康德法哲学上有更清晰的表述。下文将集中处理温里布的看法,并在温里布的理论遇到困难时,通过里普斯坦的理论对其进行修正,以此对两人的理论进行统一化理解。这也是现行讨论的通常做法。^[12]

二、矫正正义和双极性

再次重申,康德主义者对侵权法的解释基于IBE。温里布提供了康德主义侵权法说明的基石。我们通过IBE可以掌握温里布对侵权法的说明的结构。温里布首先阐述了侵权法的一个显著和本质的特征——双极性(bipolarity)。^[13]他认为,与其他流行的侵权法理论相比,他的理论假设即“侵权法的目的是矫正正义”能最佳说明这种双极性。

温里布的IBE的第一步是指出双极性。双极性有两个方面的特征:一个方面是结构性的,^[14]另一个方面是程序性的。^[15]笔者将使用(F1)—(F4)来标记这些特征。但是,值得注意的是,结构

[11] See Weinrib, *supra* note [9], at Chapter 7; Ripstein, *supra* note [9], at Chapter 5.

[12] See Gregory C. Keating, *Form and Substance in the “Private Law” of Torts*, 14 *Journal of Tort Law* 45, 45-99 (2021); Yitzhak Benbaji, *Welfare and Freedom: Towards a Semi-Kantian Theory of Private Law*, 39 *Law and Philosophy* 473, 473-501 (2020).

[13] 感谢陈景辉教授、孙维飞教授与王凌峰教授对“bipolarity”翻译的建议。

[14] 温里布在这里使用术语“概念”来表示笔者所说的“结构”。这是一个可能的混淆。术语的“概念”是指该术语的含义。然而,温里布打算做的是展示双极性背后的基本原理或结构。因此,笔者认为“结构”一词可以更好地表明温里布的目标。

[15] See Weinrib, *supra* note [9], at 1-2.

性特征将是主要的；程序性特征只是结构性特征的司法实例化。

从结构上看，双极性是指当被告伤害原告时，原告获得了要求被告赔偿的权利，同时被告也承担了赔偿原告义务。原告的权利和被告的义务是(F1)相互指向且(F2)相互关联的。^[16] 详述之，(F1)，即相互指向特征，意味着原告的权利仅指向加害人即被告，被告的义务仅指向受害人即原告。(F2)，即相互关联特征，意味着原告的权利和被告的义务是一个规范单元(a normative unit)，而不是两个独立的问题。也就是说，原告的受偿权利只有在被告履行了赔偿义务的情况下才能实现。

双极性的程序性特征来自(F1)和(F2)。在程序上，我们有(F3)，即侵权诉讼总是涉及特定原告通过对特定被告提出索赔来起诉特定被告的结构。(F3)是(F1)——相互指向特征——的制度实例。此外，我们还有(F4)，即如果原告的主张成立，法院将裁定只有被告而不是其他人有责任赔偿原告的损失。(F4)是(F2)即相互关联特征的制度实例。(F1)和(F2)服务于双极性背后的基本原理或结构，因此是双极性的主要特征；(F3)和(F4)是(F1)和(F2)在司法环境中的实例，因此是衍生的特征。

根据温里布的说法，双极性是侵权法必不可少的特征，没有它，侵权法(或私法)的秩序就会“消失”。^[17] 因此，每一个侵权法理论都应该能够说明这一特征。在这里，温里布进入了他的IBE的第二步：他提出了一个理论假设来说明侵权法的双极性。他假设侵权法的目的是实现亚里士多德的矫正正义观念。^[18] 由于双极性对于侵权法来说是必不可少的，如果温里布的论点成立，那么矫正正义就很可能是侵权法的构成目的或固有目的(constitutive or immanent purpose)。如果X构成Y，那么如果没有X，Y就不可能是Y。因此，温里布的结论是强有力的——它指出矫正正义是侵权法的构成部分。下面将详细展开。

首先来看温里布的假设，即侵权法的目的是某种亚里士多德的矫正正义概念。矫正正义是指，当双方产生某种交换后，交换中发生的错(wrong)^[19]或不公正得到纠正。^[20] 更具体地说，根据矫正正义概念，在交换发生之前，两方被视为平等(这种平等的含义将在稍后讨论)。甲方可能会因乙方的不当行为而遭受不公正的损失，这里就出现了交换。在矫正正义的眼中，这种不公正的损失可以看作是从甲方转移到乙方的某种量(quantity)。这里的量代表了在交易发生之前本应属于甲方，但现在被乙方不公正地持有的东西——可以是金钱，或者该当(deserts)，或者任何发生在交换中的东西。如果在交易之前双方是平等的，那么不公正转移的量便使现在的双方不平等。因此，为了实现矫正正义，我们必须将这种量从乙方转移给甲方，以恢复在不公正损失发生之前存在的两方之间的平等状态。^[21]

现在可以看到温里布的假设如何解释侵权法中的双极性。根据假设，侵权法旨在实现双方当事人之间的矫正正义。因此，矫正正义使得不公正转移的那个量从被告转移回原告。根据矫正正义，原告获得了针对被告的权利，而原告的权利要求被告将不公正转移的量(比如说人身损害或财产损害)返还给原告。同时，被告对原告产生了一项义务，而这种义务要求被告将所获得的相同的量转回原告以使上述损害复原。因此，被告的义务与原告的权利构成了一个规范单元：只有被告履行义务，才能实现原告的权利，恢复双方当事人的平等地位。因此，矫正正义解释了(F1)和

[16] 感谢凯文·托赫(Kevin Toh)教授的指南，帮助笔者明确了权利和义务的相互指向特征。

[17] See Weinrib, *supra* note [9], at 9.

[18] *Ibid.*, at 56 - 57.

[19] 感谢王凌峰教授对这里“wrong”的翻译的建议。这里将“wrong”翻译为“错”而不是“错误”，是为了区别于认识论上的错误(mistake)。

[20] 尽管温里布提出了矫正正义的概念，但也存在其他的矫正正义概念。例如，see Jules L. Coleman, *The Mixed Conception of Corrective Justice*, 77 *Iowa Law Review* 427, 427 - 444 (1992).

[21] See Weinrib, *supra* note [9], at 62 - 63.

(F2)——双极性中的相互指向和相互关联的特征。因为双极性中的(F1)和(F2)是双极性的主要特征,所以我们可以有把握地说,“侵权法的目的是矫正正义”这一假设解释了双极性。

温里布接着论证,与矫正正义相竞争的财富最大化理论和侵权法的道德理论都未能直接解释双极性。在导言中我们已经看到,财富最大化理论假设侵权法的目的是实现社会财富的最大化。温里布正确地指出,财富最大化理论未能说明双极性,因为它将原被告方各自的权利和义务视为两个独立的问题。它只分别关心对被告施加义务能否实现财富最大化,以及通过执行原告权利能否实现最大化这两个问题。按照该理论,如果执行原告权利可以实现财富最大化,那么即使不对被告施加义务,也没有任何问题。而这将无法说明双极性的(F2)即原被告权利义务相互关联的特征。^[22] 这种批评延伸到乔治·弗莱彻(George Fletcher)的风险互惠理论(reciprocal risk imposition theory)。该理论主张,人们被允许互相施加同等程度的风险,但是一旦一方施加的风险超过互惠的同等程度,人们就要为行动造成的损害结果承担责任。但弗莱彻的理论中有一个关键的要素,即要求在某些情况下要允许辩解(excuse)——这意味着特定的行为人即使施加了超越互惠的风险程度,也可以不负侵权责任。^[23] 然而,辩解的出现只能免除被告的义务,而使得原告的权利无法被主张。^[24] 所以温里布认为弗莱彻的理论也未能解释双极性。因此,在温里布看来,财富最大化理论和互惠理论均未能对双极性提供令人满意的解释,而只有他的假设最好地解释了双极性。鉴于双极性对侵权法至关重要,因此温里布的矫正正义很可能是侵权法的构成目的。

然而,在得出温里布的这个结论之前,我们需要解决他的假设中未解释的平等问题。也就是说,矫正正义所要恢复的原被告的平等,究竟是什么意思?首先,这种平等似乎不是由每一方的社会地位或应得所决定的。例如,如果一个穷人对一个富人犯错,即使富人的财富是不应得的,矫正正义仍然会要求穷人赔偿富人所遭受的损失。通过这样做,矫正正义声称要恢复穷人和富人之间的一种平等。那么这是一种什么样的平等?温里布认为,这种平等是根据康德法权(Kantian Right)概念的^[25]自我决定的行动者间的平等——在温里布和里普斯坦的诠释中,这也意味着作为独立的平等(equality as independence)。

在笔者展开说明这个平等概念之前还有一个澄清:康德法权只说明平等概念在矫正正义中的意义,而非辩护这种平等概念。正如温里布自己在《私法的理念》再版序言中承认的那样:“康德理念的重要之处……不在于它们是真实的,而在于它们被预设在一个连贯的责任概念中……”^[26] 这里的“真实的”意思就是指可被证成。温里布的康德法权只是描述了矫正正义中预设的平等是什么,而这种平等是否可以被辩护则是一个不同的问题。康德法权的平等概念本身是否可以在道德上得到辩护,是规范伦理学的问题,并不是侵权法理论需要考虑的。

三、作为独立的平等

(一) 权利与伦理

根据康德法权,平等的概念始于将每个人描述为自我决定的行动者或主体。^[27] 自我决定

[22] Ibid., at 47 - 48.

[23] See Fletcher, *supra* note [10], at 551 - 556.

[24] See Weinrib, *supra* note [9], at 53 - 55.

[25] Ibid., at 81 - 83, and Chapter 4.

[26] Ibid., at xvii.

[27] 笔者采用里普斯坦更清晰的表述,使温里布的自我决定的概念更加明确。里普斯坦认为,康(转下页)

的行动者是具有自由意志的存在。这包括两个方面——设定目的和追求目的。首先,行动者设定了自己的目的(ends or goals);第二,其用自己的手段(means)来追求这些目的——也就是通过行动追求目的。当一个行动者在上述两个方面不受胁迫和操纵等干预时,他就是自我决定的。更具体地说,在设定目的时,自我决定的行动者可以自由地设定而不受外界因素的胁迫或操纵,甚至不受他自己的倾向或欲望的影响。而在追求目的时,也就是在行动时,自我决定的行动者是唯一能够决定如何使用自己的手段来追求这些目的的行动者,而不会被其他行动者的行动所胁迫或操纵。

在这里,当谈到不受干预地追求目的时,温里布对这个想法有非常具体的理解——他的意思是行动者在独立于他人行为所设置的约束^[28]的意义上是自我决定的。然而,尤其是在他的早期著作中,温里布本人并没有对这种独立性进行详细解释。笔者将使用里普斯坦的讨论来明确温里布的论点。需要强调,对温里布和里普斯坦来说,这种将自我决定看作独立性的想法是他们理论的关键。正如里普斯坦在他对康德法律哲学的写作中所指出的那样,“独立的概念承载了整个论证的辩护负担”^[29],其中包括从私法领域的对责任的辩护,到公法中对某些宪法安排的辩护。正如我们将在后文看到的,独立的概念有助于温里布和里普斯坦确定人们拥有哪些权利,从而帮助他们论证“客观过错责任标准”(objective liability standard of fault)与“自我决定的行动者之间的平等待遇”之间的一致性(具体的含义将在下文讨论)。需要说明的是,本文不关心这种将自我决定的行动者看作独立行动者的解读是否是对康德的正确解读——那是思想史的工作。这里只打算借助独立性,明确温里布主张的自我决定的行动者之间的平等的含义。

根据里普斯坦的说法,独立意味着行动者是他自己的主人,且没有其他行动者是他的主人。为了更好地理解这种独立,根据里普斯坦和温里布对康德的解读,我们首先需要区分权利(right)^[30]领域和伦理(ethics)领域。^[31]合乎或不合乎伦理的行为是根据康德的绝对命令(categorical imperatives)来判断的。粗略地说,伦理行动关心的是行动的目的;根据绝对命令,有一些目的是必然的——只要是理性行动者就会具备的目的。如尊重理性行动者的人性,或者帮助其他理性行动者实现其偶然目的。^[32]伦理关注如何依据必然目的评估行动本身。例如,若我懒惰地行事,那么我的行为就是不合

(接上页)德观点下对行动者更准确的描述不应该是自我决定,而是独立,因为自我决定可能包括了自主的含义。下文将明确,根据他的观点,自主应该与独立的含义明确区分开来。See Ripstein, *supra* note [9], at xii. 这对温里布来说只是一个术语问题,因为温里布本人在他后来的著作中也采用了“独立”一词来指代自我决定的含义。See Ernest J. Weinrib, *Corrective Justice*, Oxford University Press, 2012, p. 222 - 223.

[28] 正如温里布所言:“康德明确指出,唯一的先天权利是一个人的自由——即一个人不受他人行为约束的独立性……”Weinrib, *supra* note [27], at 222 - 223.里普斯坦也采用了这种解读,他认为,普遍原则产生了每个人的“唯一先天权利”,即“自由(不受他人选择的制约)”。See Arthur Ripstein, *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy*, Harvard University Press, 2009, p. 9.

[29] Ripstein, *supra* note [28], at 14.

[30] 需要澄清,英文中的 rights 和 right 可能意味着不同的东西。Rights 通常意味着权利,而 right 意味着正当。这两者的关系很可能是不同一的。但是在里普斯坦看来,权利和正当是同一件事:有权利做某事就意味着该行动是正当的或者正确的。笔者在本文将遵循里普斯坦,不严格区分权利和正当这两个概念。感谢陈景辉教授在讨论中提醒笔者这一点。

[31] 里普斯坦首先将权利领域与伦理领域区分开来,并认为权利领域不是绝对命令的直接应用。事实上,这一节的标题就叫做:《权利与伦理:为什么康德不“应用”绝对命令》。See Ripstein, *supra* note [28], at 11. 温里布也持有类似的观点。See Weinrib, *supra* note [9], at 87, 94, 109 - 113.

[32] See Immanuel Kant, *Kant: Groundwork of the Metaphysics of Morals*, Mary Gregor & Jens Timmermann trans., Cambridge University Press, 2012, p. 42 - 43 (4: 430 - 431).

乎伦理的——我没有尊重我自己的人性,尽到自我实现的义务。^[33] 不合乎伦理的行为不需要与其他人相关才能被评估:我的懒惰与他人无关,只是由我自己的性格所决定。然而,温里布和里普斯坦主张,不能以这种方式评估对的或者有权的行动。在他们看来,权利关系到他人,与人们的互动有关。一个行为是对还是错,只能从关系的角度来评价:也就是说,当我们评价一个行为是错时,我们实际上在说的是,一个行为对别人犯了错(wrong against someone)。稍后将详细说明错的理念。在这里,笔者不会评估他们所谓的伦理与权利的区别是否是对康德的正确解释,但稍后会讨论这种区别对温里布和里普斯坦有多大帮助。^[34] 现在只需记住:对于温里布和里普斯坦,自我决定意味着独立,它在支配行动者之间互动的权利领域中运作。

(二) 行动者所拥有的手段——身体和财产?

接下来的问题是,独立性的确切含义是什么?里普斯坦认为,我们可以从行动者为追求目的而拥有的手段来思考独立性的意思:“康德追随亚里士多德,将选择(choose)与单纯的愿望(wish)区分开来。其理由是:要选择某种东西,一个人必须认为自己有实现它的手段。你可以希望你能飞,但你不能选择飞,除非你拥有或获得使你能飞的手段。在这个意义上,拥有追求目的的手段,在概念上先于设定目的。”^[35]

按照里普斯坦对康德的解释,独立性首先确定了一个行动者拥有什么手段。只有当一个行动者拥有手段时,追求目的才是可能的。没有手段,行动者只能希望或者许愿,而不是真正追求他的目的。当然,行动者不一定能实现他的目的,但他必须拥有手段,才能追求目的。^[36] 因此,对于里普斯坦所理解的康德来说,拥有手段在概念上是先于设定目的的。我可以设定我想要的任何目的。但我必须获得手段,以便实际追求它们。

因此,下一个问题将是:什么是行动者能使用的手段?里普斯坦认为,一个行动者拥有的手段主要是他自己的身体(body)和他的财产(property)。^[37] 因为其他行动者拥有的手段是他们分别的身体和财产。^[38] 没有自己的身体和财产,行动者就没有能力去追求他的目的。^[39] 他必须首先具备他的身体和财产,才能做其他事情。请注意,这里是里普斯坦的一步关键论证:既然每个行动者都拥有独立的身体和财产,而且这些身体和财产对于独立的行动者追求目的是必不可少的,那

[33] See Christine M. Korsgaard, *Creating the Kingdom of Ends*, Cambridge University Press, 1996, p. 19 - 20.

[34] See Ripstein, *supra* note [28], at 11 - 12.

[35] Ripstein, *supra* note [28], at 14.

[36] See Ripstein, *supra* note [9], at 35.

[37] 里普斯坦主张:“我的意思是‘手段’要以一种特定的方式来解释。你的手段只是那些你有权决定它们将被用于何种目的的东西。……你所拥有的手段,首先是你的身体——你决定做什么和操纵空间中的物体的能力,和你的财产,也就是你有权为追求目的而使用的你身体以外的东西。”(强调为笔者所加。)Ibid., at 9. 注意,尽管里普斯坦通过使用“首先”这一短语来限定他对行动者的手段的主张,但他在整个私法理论中的论证预设了行动者拥有的手段只是他的身体和财产。里普斯坦没有解释为什么必须是这样。

[38] Ibid., at 34.

[39] 在他的侵权法哲学写作中,里普斯坦只是简要地论述了“我们的身体和财产受到保护,因为它们是你设定和追求自己的目的的手段”。Ibid., at 39. 他在论述康德的法哲学时提供了类似的说明。他把身体和获得的财产区分开来。他认为,身体是每个独立的人最基本和必要的手段,因为没有身体,你根本没有能力设定和追求目的,所以你的身体制约着他人的行为。而财产是后来获得的,同时它也“与你自己的人身权利制约他人的方式平行的方式制约着他人”。See Ripstein, *supra* note [28], at 14, 91. 笔者认为里普斯坦的想法是一贯的:身体对于我们设定目的和追求目的是必要的,而财产应该以与身体同样的方式来被对待。See Ripstein, *supra* note [9], at 39 - 43.

么,行动者只有权拥有他自己的身体和财产作为他的手段——也就是说,行动者只对自己的身体和财产具备权利(rights or entitlements)。对于不属于他的其他人的身体和财产,行动者没有权利。因此,特别是在侵权法的讨论中,里普斯坦将行动者的手段限制在行动者自己的身体和财产上。^[40] 在他的表述中,他把对手段的权利和手段视为同一事物。^[41] 因此,按照里普斯坦所理解的康德,每个行动者只有权使用他的身体和财产,来追求他的目的。

在确定了行动者的手段之后,里普斯坦根据对手段的权利,提出了独立的概念。也就是说,当每个行动者是唯一有权使用他的手段的人时,即没有其他行动者能决定某一个行动者的身体和财产的目的时,行动者之间就是独立的。这里的关键是,对于里普斯坦所理解的康德来说,保护一个人对自己身体和财产的权利就是保护一个人的独立性。^[42] 我们可以通过简单地考虑两种对行动者的干预来说明这一点。第一种干预是直接使用被干预者的手段。例如,我推你的身体来表达我对你的愤怒;你的身体被用来追求我的目的,即满足我表达愤怒的欲望。另外,我们还有第二种干预:这种干预间接使用被干预者的手段,使得其不那么可用。例如,我开着我的车超速行驶;我撞倒你并导致你受伤,这使你的身体(至少在一段时间内)变得不那么可用。在这两种干预中,被干预者的手段都受制于干预者的目的:在推人的情况下,你的身体直接受制于我使用它的目的;在超速的情况下,你的身体间接受制于我超速的目的,因为虽然我没有直接使用你的身体,但我的超速行驶伤害了你的身体,从而限制了你的身体可以被你自己使用的方式。因此,受干预的行动者不再独立于做出干预的行动者,做出干预者就对被干预行动者做了一件错事。这里的核心是,在里普斯坦看来,“错”是首要的概念,至于错在不同情景中的程度,则是次要的问题。只要存在一个行动者对另一行动者的手段的干预,独立性就受损,错就存在,不同情境下的对手段的干预则只是错的程度不同罢了。

我们将在下文看到,如果行动者之间相互独立,那么他们之间也就是相互平等的:因为每个行动者都是自我决定的——他们都有且只有权使用自己的身体和财产来追求自己的目的。但是在展开使用独立性来讨论平等之前,我们需要先处理一个重要的问题:我们所拥有的手段,真的可以被限定为各自的身体和财产吗?

里普斯坦的回答是肯定的。但他的理由令人困惑:在解释一个行动者有什么手段时,里普斯坦和温里布认为,一个行动者的手段是他的身体和财产,因为其他行动者的手段是他们各自的身体和财产。但这种对行动者手段的解释是一个乞题谬误(begging the question)。原因在于,我们所追问的问题就是行动者有什么手段。这个问题不能通过预设行动者的手段是自己分别的身体和财产来回答。显然,里普斯坦需要额外的论证以免于任意性的指控。正如一些哲学家所指出的,这意味着需要其他的资源来解释到底是什么决定了一个行动者所拥有的权利。^[43] 里普斯坦却回应说,他的权利观念“从来都不能被消除以利于某种经验性的东西”,而是在一个更大的权利体系中,并且是不可还原的。^[44]

[40] See Ripstein, *supra* note [28], at 14, 91.

[41] See Ripstein, *supra* note [9], at 9.

[42] *Ibid.*, at 39.

[43] See Laura Valentini, *Kant, Ripstein and the Circle of Freedom: A Critical Note*, 20 *European Journal of Philosophy* 450, 453–454 (2012). Victor Tadros, *Independence Without Interests?* 31 *Oxford Journal of Legal Studies* 193, 198–206 (2011). Andrea Sangiovanni, *Rights and Interests in Ripstein's Kant*, in Sari Kisilevsky & Martin J. Stone eds., *Freedom and Force: Essays on Kant's Legal Philosophy*, Hart Publishing, 2017, p. 83–90.

[44] See Arthur Ripstein, *Form and Matter in Kantian Political Philosophy: A Reply*, 20 *European Journal of Philosophy* 487, 491 (2012).

笔者不确定如何评价里普斯坦的回应,以及它是否缓解了这种对于“乞题”的担忧。里普斯坦的意思似乎是,权利是每个行动者不可被还原的东西。权利无法被还原为利益,也无法被还原为其他东西——权利就是权利。这种不可被还原的权利所基于的正是每一个行动者都是平等且自由的这一基本观念。而确保这一点的就是每一行动者身体的平等且自由。然后我们类比身体上的平等来说明财产权的平等——当然这里的平等也是作为独立行动者不受干预这个意义上的平等。^[45]但首先,如果所有的权利(包括财产权)都依照我们各自身体的权利所说明,那么如果我们身体上存在条件或者能力上的不平等,我们为何还是在里普斯坦看来平等的行动者?一个自然而来的问题就是:如何对待残障人士?我们似乎有绝对好的理由把他们当作与我们一样平等且自由的行动者。但是里普斯坦似乎很难直接说明这一点。将其推而广之,将会不清楚里普斯坦的平等且自由的行动者意味着什么。因为若按他的看法,我们的平等和自由的状态是由初始的每个人所具备的手段——也就是我们分别的身体所确保,那么每个人初始的条件可能都不同:譬如说,我先天近视,在这种情况下我和一个视力正常的人所具备的条件就是不同的——这似乎意味着我们不能首先以分别的身体来确保我们的平等和自由。

里普斯坦会进一步反驳,笔者所说的上述反例,均是经验性条件。而他关心的是某种超经验的,或者说形而上学的,每个人所拥有的权利。正如他在《强制与自由》的附言中所强调的,权利原则是一种没有进一步证明的预设(a postulate that is incapable of further proof)。^[46]也就是说,行动者具备什么手段这件事并非由任何经验性条件所决定,而是通过预设就确定下来。而这些手段不能未经行动者的同意被他人使用——否则这就是一个他人对行动者犯的错。笔者不太明白这种反驳的意义:这似乎承认了乞题的批评。至少根据人们的常识,某些情况下,一个独立的行动者除了他的身体和他的财产外,还拥有其他种类的手段。正如乔治·莱特萨斯(George Letsas)的例子所示,在高峰期拥挤的公交车上,人们未经其他乘客同意就使用他人的身体——譬如说,在急刹车时没站稳,抓住他人的胳膊,使自己保持平衡。^[47]但如果说公交车上的人因为未经同意就使用他人的身体保持平衡的时候,他们在做错事,那似乎很荒谬——我们都在高峰期不小心碰或者“使用”过别人。似乎在这种特殊情况下,对于公交车上的乘客来说,其他人的身体可以在未经他们同意的情况下被合法地用作手段,就像他的身体可以在未经他同意的情况下被其他人合法地使用。^[48]

里普斯坦这里有两种回应策略。第一种他会说,这只是不同程度的错:我们依然会说公交车上的人在互相犯错——因为他们未经同意使用了互相的身体。只是这种错的程度非常轻微以至于我们可以忽略。^[49]但这是一个“杀敌一千、自损八百”的战术。这会使得我们无法符合我们日常对“错”的概念的使用。如果按照这种对错的定义,你走在路上丢了手机,我拍拍你,提醒你捡起手机也是错——因为我未经你同意使用了你的身体。这高度违反我们的日常直觉。我们很难在这些情形中合适地使用“错”的概念来描述你我的行动。更具体地说,里普斯坦的定义会导致他无法区分下面这两种情形。情形一:朋友之间肩并肩走,一个朋友非常消沉,另一个朋友轻轻碰了碰

[45] See Ripstein, *supra* note [28], at 91.

[46] *Ibid.*, at 359.

[47] See George Letsas, *Reclaiming Proportionality: A Reply to Arthur Ripstein*, 34 *Journal of Applied Philosophy* 24, 25 (2017).

[48] *Ibid.*, at 26.

[49] 相似的思路, see Arthur Ripstein, *Embodied Free Beings under Public Law: A Reply*, in Sari Kisilevsky & Martin J Stone eds., *Freedom and Force: Essays on Kant's Legal Philosophy*, Hart Publishing, 2017, p. 197–200.

他的肩膀表示支持的这种未经同意的使用；以及情形二：一个男性带有性意味地未经同意轻轻触碰一个女性的肩膀。日常生活中，我们普遍认为情形一不是错，而情形二是错。二者的行动都是未经同意触碰了别人的肩膀，但是我们所赋予的评价是不同的。里普斯坦则必须承认两种情形都是错。即使他会采用程度论证来说明两种情形中错的程度不同，但显然情形一就根本不会被称为是错。里普斯坦这个反直觉的结论正来自他论证的那个乞题前提：即我们有权使用的手段就只是我们分别的身体和财产。因此，这个前提似乎必须被修正或者抛弃。

另一方面，在这种策略中，里普斯坦所谈到的“未经同意的使用”的概念本身就是模糊的。未经允许在图书馆远远看到俊男美女看愣了眼，和未经允许偷看他人洗澡这两个情形看似都可以被广义说明为使用他人的身体。但显然这两种使用存在评价上的区别——前种情形很难说有错，后者明显是一个错。里普斯坦会澄清说，“未经同意的使用”的核心情形意味着直接接触他人——因此，这里所说的两种情景都不算作使用他人身体。^[50] 他区分“只是提供或利用环境”（provide another with a favourable context）和“未经同意的/篡夺权利的使用”（usurp one's rights）来说明这一点：仅仅因为某人在图书馆而我享受其美貌，我只是利用了环境，而没有直接使用此人——我并未将此人的身体置于我的目的之下。然而偷窥则可能可类比于未经允许的触碰。^[51] 笔者依然不认为这是一个好的说明，因为我们缺乏一个标准来区分什么算作“只是利用环境”，什么算作“未经同意的使用”。譬如，在偷窥的案例中，我们以何种标准来说明，偷窥的“看”是一种更类似于直接接触的使用，而不是利用环境呢？里普斯坦本人并未提供理由来说明这个区分，我们也并不清楚偷窥的“看”和在图书馆的“看”为何前者是未经允许的使用，后者是利用环境。如果我们要提供这种说明，似乎我们就必须提供一个区分的标准；而单凭与触碰的类比，我们无法提供这个标准。

里普斯坦对于公交车上的“使用”还有另一种回应策略。他可能会主张，公交车上的相互使用不是错这个判断，可以被默示同意（tacit consent）所说明——每个行动者在登上公交车时就已经默示同意了自己的身体可以被一定程度地使用。但是，正如莱特萨斯进一步指出的，我们完全可以想象，在早高峰的地铁上，即使路人举着“我不同意被触摸”的牌子，其他路人也完全会忽略他。^[52] 也就是说，即使行动者通过明示不同意取消了默示同意，我们依然不会认为他就因此获得了某个反对他人使用他身体保持平衡的权利。但是这意味着在公共交通那种特殊情况下，行动者所拥有的手段并不限于他的身体和财产。

上述论证足以说明，在某些情况下，把除了身体和财产以外的其他东西作为权利是完全有意义的。因此，里普斯坦关于一个人的手段完全是他的身体和财产的规定，似乎并不真正合理。但是现在，为了论证的推进，让我们先暂时承认一个行动者的手段是他的身体和他的财产。我们将会看到，当我们将这个预设应用于侵权法实践中时，问题只会变得更加明显。

（三）独立性与矫正正义

在明确了人们拥有的手段后，正如我们看到的，里普斯坦将手段不受干涉作为独立性的试金石。因为独立是由“不受干涉”所定义，这里有必要澄清这种独立概念和康德的另一个重要概念：“自主”（autonomy）——由自己做选择——之间的区别。^[53] 里普斯坦认为，自主性只代表一

[50] 感谢杰万·郝瑞兰（Jeevan Hariharan）在讨论中提醒笔者这个思路。

[51] See Ripstein, *supra* note [49], at 198.

[52] See Letsas, *supra* note [47], at 26. 感谢王凌峰教授的评议。他指出这里里普斯坦有可能会诉诸社会实践的不同背景来确定何种默示同意是可以被取消的。但如果我们接受这种看法，就意味着不同社会背景将决定何为对错，这将与里普斯坦试图采用平等行动者之间的关系来界定错的主张相互冲突。

[53] 这也反映了先前对权利和伦理的区分。See Ripstein, *supra* note [28], at 15.

个特定行动者的特征,而独立性不可避免地具有关系性,是行动者之间的特征。因为独立一定是独立于(independent of)某人,而不可能单独存在。如果这个世界上只有一个行动者,我们可以合理地问他是否是自主的,但我们不能合理地问他是否是独立的。里普斯坦通过强调两个方面进一步明确了自主性和独立性之间的这种区别。首先,一个奴隶可以是自主的,也就是说,如果他有一个仁慈的主人,他可以过着充满选择的生活,但他永远不可能独立于主人,因为是由主人的选择或恩典允许他这样做的。第二,自主性可以被自我的因素、自然衰败和他人的行为所损害。但独立性只能被他人的行为所损害。例如说,由于我的长期使用,我的旧鞋子不能穿了。我对鞋子的使用导致了我鞋子的破旧状况,减少了我对穿鞋子的选择,从而损害了我的自主性;这种使用并没有损害我的独立性。但是,如果另一个行动者未经我同意就扔掉我的旧鞋,给我买了一双新鞋,他可能会增强我的自主,但他未经我授权就扔掉我的鞋子,就损害了我的独立。

在澄清了独立性的想法后,温里布可以利用独立性解释自我决定的行动者之间的平等。行动者可能追求不同的目的,拥有不同的手段,但他们有一个共同点:那就是在使用他们有权的手段追求各自的目的时,他们都是独立的行动者。因此,独立行动者是相互平等的——他们每个人都可以决定在追求自己的目的时如何使用他的有权手段,而没有其他人可以决定他的手段应该用来追求哪些目的。如果行动者因为干涉不再独立于另一方,他与另一方之间就不平等。如果行动者在独立这个意义上是平等的,他们就是共存的、自我决定的行动者。

因此,这种作为独立的自我决定的行动者的概念解释了矫正正义中的平等。前面已经提到,矫正正义发生在交换的情形中。现在我们得知,这种交换是双方行动者的手段的交换。对手段的干预使被干预的行动者受制于发出干预的行动者的目的,从而使他们不平等。因此,康德法权不允许一个行动者干预另一个行动者的身体和财产——因为只有后者才有权支配自己的身体和财产。此外,如果发生了干预,康德法权要求恢复被干预的行动者的权利,从而恢复他作为一个独立行动者的地位。康德法权的这一要求就是矫正正义实际上在做的事情:将双方之间的情况恢复到不公正的损失没有发生的先前情况。因此,根据矫正正义的运作,双方再次相互独立,因此平等。

在康德法权的帮助下,温里布能够解释矫正正义所恢复的平等。因此,温里布现在具备了最佳说明侵权法的双极性的理论假设:侵权法的目的是一种亚里士多德意义上的矫正正义,这种正义按照康德法权恢复作为独立行动者之间的平等。然后,温里布表明流行的侵权法教义均由双极性所组织。^[54] 例如,在一般的过失责任中——这可以说是侵权法实践的核心种类——伤害是由被告疏忽造成的,而由原告遭受。因此,原告获得赔偿的权利和被告的赔偿义务是有指向性和关联性的。根据康德法权,温里布还可以解释为什么在侵权法中没有救援义务(duty to rescue),也没有赔偿纯粹经济损失(pure economic loss)的义务。没有救援义务是因为每个独立行动者都有权使用自己的手段,没有人可以要求行动者将自己的手段用于满足他人的目的,即使目的是拯救生命。^[55] 不能赔偿纯粹经济损失的原因也是如此:我不能要求你为我提供一个合适的环境来追求我的目的。例如,你拥有一座桥,而我的餐馆依靠的是过桥的客人。如果你毁坏了你的桥,我不能起诉你要求你赔偿客人不能来我的餐馆而造成的收入损失。因为你的桥是你的,不是我的。你毁坏你的桥并没有侵犯我的权利;我们双方仍然是平等的独立行动者,

[54] See Weinrib, *supra* note [9], at Chapter 5 & 6.

[55] *Ibid.*, at 154 n 17; also see Ripstein, *supra* note [9], at 57 - 58.

因此,没有什么可以追讨的。^[56] 由于这些通行的侵权法实践只是双极性的实例,且温里布的假说可以很好地解释它们,因此,温里布似乎可以说,他的假说成功地解释了侵权法实践的很大一部分。

四、拒绝严格责任?

然而,当试图解释其他教义原则如严格责任时,温里布遇到了困难。严格责任即无过错责任,其意味着只要一个人造成了损害,不论他是否有过错,他都对损害负有严格责任。温里布没有解释严格责任,而是认为严格责任应该被“解释掉”(explain away)。如此,温里布拒绝了很大一部分侵权法实践:他把被法律人广泛接受的严格责任教义当作应该从侵权法的说明中排除的东西,也就是将它们视为一个“错误”。^[57] 本节将集中检讨温里布对严格责任的拒绝是否可靠。

温里布声称,严格责任与他的假设不相容,因此是错误的。^[58] 在提供支持这一主张的理由时,温里布谈到了三种责任标准:主观和客观的过错责任标准,以及严格责任标准。笔者首先来澄清一下这些标准的含义。主观和客观的过错责任标准都意味着被告要对由于他的相关过错或不注意(carelessness)造成的一些损害负责。然而,这两种标准具备不同的注意程度(levels of care)。主观的过错责任标准是指,如果被告采取行动时的注意没有达到该被告本人实际注意能力范围内的程度,那么他就要对过错行为负责。另一方面,客观的过错责任标准是指,如果被告采取行动时的注意没有达到普通合理的人(ordinary reasonable person)^[59]的注意能力范围内的程度,那么被告就要对某一特定的过错行为负责。这一客观标准并不关心该注意程度是否在被告的实际注意能力之内。而严格责任意味着,无论被告采取何种程度的注意,他都要对某些损害负责。只要被告的行为造成了损害,被告就有责任。对于上述三个标准,温里布认为只有客观过错责任标准是正确的,^[60]而主观过错责任标准和严格责任标准犯了镜像错误(mirroring mistake)。^[61] 温里布所说的镜像错误,是指严格责任标准使被告相对于原告不平等,而主观过错责任标准使原告相对于被告不平等。

显然,论证客观过错责任标准为何正确就成为温里布上述主张的核心。他的说明是,客观过错责任标准是唯一符合平等对待自我决定的行动者的标准。由此,为了达成他的论证目标,这个论证需要转化为如下的形式:根据客观的过错责任标准所判断的过错行动——未尽注意行动,构成了对平等的违反。现在问题就被进一步推进为,什么是对平等的违反,以及由客观的过错责任标准判断的过错行为如何违反了平等。温里布本人并没有明确地处理这个问题,但这个问题对于他抛弃严格责任的

[56] See Weinrib, *supra* note [9], at 134 n 23; also see Ripstein, *supra* note [9], at 63.

[57] Weinrib, *supra* note [9], at 177. 之后他进一步说明严格责任案例其实都是客观过错责任案例。但是这一点建立在对严格责任教义的拒绝的基础上。

[58] *Ibid.*, at 177.

[59] “Ordinary reasonable persons”的学界通译是“一般理性人”。但是笔者在这里不采取这个翻译。原因如下:理性通常指向“rationality”,而这里的词是“reasonable”,也就是“合理的”。这两个概念存在重要差别:一个人可以完全理性,但是完全不合理。理性关心的是怎么做最有效率达成自己的目的,但理性不关心怎么做是可辩护的。譬如说,理性可以关心用什么刀杀人最快,但是用刀杀人显然完全不合理。侵权法上的人,强调的是合理的面向。

[60] *Ibid.*

[61] *Ibid.*

说明的成败至关重要。因此,笔者将从上述康德法权哲学中独立的概念出发,采用里普斯坦对违反平等待遇的两种错的更精确的阐释,以补强温里布的论证。之后,笔者将对他们的论证进行批评。

(一) 严格责任何以为错?

1. 什么违反了平等?

正如我们在上文简要提到的,里普斯坦认为,有两种干预违反了他人的独立性,从而违反了行动者间的平等:第一种是一个行动者未经授权使用另一个行动者的手段;第二种是一个行动者在使用自己的手段追求自己的目的时,不恰当地损害了另一个人的手段。里普斯坦将第一种干预表述为基于使用的错(use-based wrongs),第二种干预则是基于损害的错(damage-based wrongs)。^[62] 让我们依次讨论这两种错。

基于使用的错意义如下:一个行动者直接将自己的目的设定于别人的手段。如果一个行动者的身体和财产被另一个行动者未经授权而使用,那么前一个行动者有权使用的身体和财产现在要服从后一个行动者的选择,加上我们前述的独立概念依赖于手段,因此,使用他人手段导致被使用的行动者依赖于而非独立于使用者。因而,这两个行动者是不平等的。在此,里普斯坦认为,只要使用了未经授权的手段,无论这种使用的程度如何,未经授权的使用者就对有权的所有者犯下了错,扰乱了两者之间的平等。^[63]

与基于使用的错相比,基于损害的错更为复杂。基于损害的错并不直接使用他人的手段。相反,它们是当一个行动者使用自己的手段来追求自己的目的时发生的错,但在这个过程中,这个行动者间接决定了另一个行动者的手段的目的。^[64] 也就是说,当我行动时,我损害了你的手段,这样我就限制了你可以使用它们的方式;因此,我间接地决定了你的手段的目的,使你相对于我的独立性降低。那么第一眼看来,对基于损害的错的工作定义是,如果你的行为对其他行动者的手段造成损害,你就使受损害的行动者不再独立于你,因此你犯下错。

然而,对于里普斯坦来说,上述工作定义需要一些限定。讨论这些限定的最好方法是分析里普斯坦自己的表述。他主张:“当不同的人追求他们各自的目的时,其中一个人通过不适当地使用他或她的手段,对另一个人的人身或财产造成损害时,就会发生基于损害的侵权行为。”^[65]

这里的“侵权行为”等同于错的行为。^[66] 正如我们所看到的,基于损害的错是在人们追求不同目的的背景下发生的。在里普斯坦看来,这样的背景是指不同行动者的不同行动之间的共存(background of coexistence)。^[67] 至于在这种共存背景下的手段的使用,并非所有种类的造成损害的手段的使用都是错的:只有对手段的不适当使用(inappropriate use)——即造成损害的不适当行动,才是错的。因此,对里普斯坦来说,基于损害的错意味着,在自我决定的行动者共存的背景下,一个行动者以不适当的方式对另一个人的手段造成损害。共存的背景和不当行动是基于损害的错的两个限定。因此,我们需要知道什么是共存的背景,什么是不适当行动,才能理解里普斯坦对基于损害的错的定义。

2. 共存的背景与不适当行动

让我们从背景的概念开始。对于里普斯坦来说,共存的背景意味着每个自我决定的行动者的

[62] See Ripstein, *supra* note [9], at 43.

[63] *Ibid.*, at 46.

[64] *Ibid.*, at 33.

[65] *Ibid.*, at 49. 强调为笔者所加。

[66] *Ibid.*, at 43 - 44. 在里普斯坦看来,侵权(torts)和错(wrongs)是同义词。

[67] *Ibid.*, at 102 - 103.

行动都会对他人造成一些可接受的风险。正如他所说：“你有权对他人施加风险，但仅限于那些是人们使用他们的手段所不可避免的伴随物(inevitable concomitant)的程度。”^{〔68〕}也就是说，行动者有权施加可接受的风险，因为这些风险不可避免地伴随着行动。如果这些可接受的风险造成了损害，这些损害并没有侵犯他人的权利。

但什么是不可避免地伴随着行动的风险？里普斯坦并没有解释这一点。在笔者看来，他隐晦地使用了普遍化(universalisation)的概念来帮助他解释。这里的普遍化意味着当其他行动者的行动也会产生这种风险时，一个行动就会产生可接受的风险。^{〔69〕}里普斯坦在说明自我决定的行动者的共存时，采用了这个想法。他主张：“在一个系统中，没有人能够管理另一个人的手段，这就要求每个人以同样的方式限制他们的行动。”^{〔70〕}通过“以同样的方式限制他们的行动”，里普斯坦的意思是，行动者将他们行动的风险限制在每个行动者的行动都会产生的风险水平上。因此，如果我的某个行动创造了某种风险，而这种风险也会被任何其他行动者的相同行动所创造，那么我只创造了可接受的风险，而这种风险和相关的损害应该被容忍，因为其他人也会创造这种风险。可接受的风险有时会造成损害，但如果我们想让行动本身成为可能，就必须容忍这一点。这很容易理解：我在开车时创造了损害的风险，而你也是一样。如果我们想生活在一个可以开车的世界里，我们就必须容忍可接受的风险和相关的损害，因为这种损害可能是由每个正在开车的人造成的。^{〔71〕}只要行动者只为创造这种可接受的风险而行动，行动者就会作为平等的自我决定的行动者而共存。

现在，我们可能会问：什么能够确保行动者只创造可接受的风险，而不超过这个风险？里普斯坦的答案是：像普通人一样尽到注意。^{〔72〕}这里他采用的概念正是民法中的普通合理的人或者尽到注意的普通人的概念。^{〔73〕}这里的核心是，普通人会尽到普通的注意来行动。这些普通人并非尽到极度的注意——比如风声鹤唳。尽到普通注意的人就是我们日常生活中遇到的人。正如里普斯坦所宣称的：“尽到注意的普通人的日常行动是你拥有任何东西的背景的一部分。”^{〔74〕}这一主张意味着，正是在周围都是尽到注意的普通人的行动背景下，我们拥有对自己的手段的权利，也即我们与他们共存。而共存背景状态下的每个人，权利是完整且不受干预的。结合上述康德法权的

〔68〕 Ripstein, *supra* note〔9〕, at 103.

〔69〕 感谢张峰铭博士在讨论中提醒笔者这种可能性。

〔70〕 Ripstein, *supra* note〔9〕, at 51.

〔71〕 请注意，这种普遍化与弗莱彻给出的类似思路的另一个建议不同。弗莱彻关于平等行动者的建议并没有对行动者之间的干预设置限制。它只要求对等的风险施加。也就是说，只要每个行动者对对方施加相同水平的风险，所有行动者都是平等的。See Fletcher, *supra* note〔10〕。但这种平等的想法并不是作为独立行动者以共存方式生活的平等。我们可以想象，在一个社会中，行动者对彼此施加相同程度的伤害风险，比如说，所有人都不加防范地携带炸弹。根据弗莱彻的观点，似乎行动者在那个社会中也是平等的。但很难说这里的行动者是独立的。这是因为，如果独立的行动者是共存的，行动者至少必须能够拥有相关的手段来实现目的。所有携带炸弹而不加防范的行动者可能是一个行动者平等的社会，但根据里普斯坦所理解的康德，他们并不是彼此独立的。因为他们的手段一直处于危险之中以至于会干扰到他们的共存。因此，即使在一个社会中公平地相互施加风险，也不能使自我决定的行动者共存。

正如笔者将在下面论证的那样，笔者认为里普斯坦也可以从普遍化的角度来表述不适当的行动。一个行动是不适当的，因为它不能被普遍化，因为其他独立的行动者如果保持独立，就不会做这个行动。因此，不加防范地携带炸弹的行动是不可普遍化的，因为行动者的手段将在很大程度上受到损害；因此，他们不能保持其独立性。

〔72〕 See Ripstein, *supra* note〔9〕, at 104.

〔73〕 为了避免歧义，笔者将“care”“careful”“careless”都译为与“注意”有关的词项。

〔74〕 Ripstein, *supra* note〔9〕, at 102.

讨论,这意味着我们日常生活中每个普通人都是自我决定的,只有在此背景下我们才与其他自我决定的行动者的行动共存。

在这里可以看到一个非常关键的论证跳跃:里普斯坦把普通合理的人或者尽到注意的普通人的行动与自我决定的行动者的行动视为等同;两者都在澄清共存的背景的意义。因此,对里普斯坦来说,普通合理的人或者尽到注意的普通人,只是自我决定的行动者的另一种表述。但他似乎并没有为这种转换提供理由。此举对他后面的论证至关重要。现在让我们先推进。结合我们关于共存独立行动者的行动只创造可接受的风险这个条件,对里普斯坦来说,如果一个普通人以普通的注意(ordinary care)来行动,那么由于该普通人就是自我决定的行动者,那么该行动也就只产生可接受的风险。^[75] 既然注意是一种行动者的心理状态(psychological state),因此,为了将行动的风险限制在可接受的水平,从而以符合共存背景的方式行事,行动者应该像其他每一个自我决定的行动者那样采取普通的注意的心理状态来行动。总结一下,在里普斯坦看来,创造可接受风险的行动=尽到注意的普通人的行动=自我决定的行动者的行动。这些行动构成了共存的背景。其中,风险是否是可接受的程度,由普通的注意所决定。

在这样的共存的背景之下,我们可以转向基于损害的错的第二个限定词:不适当的行动。里普斯坦将其表述为过度的风险创造行为。也就是说,一个行动是不适当的,因为它创造的风险超过了那些由共存背景要求的可接受的风险。笔者认为这里背后隐含的想法仍然是普遍化:不适当的行动是不能普遍化的行动。其他普通行动者会采取普通的、尽到注意的行动,这等于创造可接受的风险。而不适当的行动创造了其他普通的尽到注意的行动者的行动不会创造的过度风险。因此,对于里普斯坦来说,不适当的行动是创造过度风险的行动。由于创造可接受风险的行动就是尽到注意的行动,因此创造过度风险的行动也就是未尽注意的行动。因为如上所述,可接受风险正是通过尽到注意所定义。因此,对里普斯坦来说,对基于损害的错的概念的两个限定都明确了。这个概念就进一步得到精炼:基于损害的错是指在共存的背景下,一个行动者的未尽注意行动对另一个行动者的权利造成了损害。这些错违反了自我决定的行动者之间的平等待遇。

3. 可能批评及回应

有人可能会质疑上面的表述:为什么需要通过讨论“普通的注意”这种心理状态来谈论风险?谈论行动的风险似乎意味着我们可以通过量化的术语来评估风险。我们会说:“这样的行动创造了40%的伤害风险。”那么,若是这样的话,我们为什么要费力地用尽到注意的普通人的行动来表述共存的自我决定的行动者的行动?我们为什么不直接评估风险的量或者百分比,以判断行动者是否在创造可接受的风险?里普斯坦对此回应指出,无论是在法律实践中还是在我们的普通生活中,行动者产生风险的问题,都不是以量为标准。^[76] 我们并不谈论你的车有多大风险能够撞到我。相反,我们判断一个行动者的行动是否只创造了可接受的风险,最主要考虑他的行动是否尽到注意。^[77] 因此,对里普斯坦来说,尽到注意与创造可接受的风险是同一回事。

这一推进是否正确?有些人可能会认为,作为一个尽到注意的普通人,其行动可能依然创造高于可接受的风险。尽到注意只是行动者的心理状态,这意味着一个尽到注意的行动者只是尝试

[75] See Ripstein, *supra* note [9], at 108.

[76] 里普斯坦认为,在日常的法律判断中,我们“以普通的要求……,即指导普通尽到注意的人的标准来确定被告行为的风险性”。*Ibid.*, at 104, 106-107.

[77] *Ibid.*, at 104.

(try to)只创造可接受的风险。似乎不能保证只要我们尝试了只创造可接受的风险,也就是对他人的安全给予注意,就能真的将行动的风险限制在其可接受的水平。

在这一点上,里普斯坦并没有回应。然而,笔者认为他可以参考可普遍化的思想来论证,一个普通人的尽到注意的行动只是描述创造可接受风险的行动的另一方式。笔者帮他提供的论证如下:普通人的尽到注意意味着对他人的安全给予一定的关注,就像任何其他普通行动者会给予的那样,试图限制该行动的风险。因此,如果一个行动尽到了注意,也就像任何其他普通行动者会采取的注意一样,但它仍然创造了一些风险并造成了相关的伤害,那么这只能意味着风险对任何普通人来说是不可避免的,这也就意味着这些风险是可接受的,因此相关的伤害是可以容忍的。在这个推理中,普遍化这一概念工具起到了关键的作用:如果我的一个普通的尽到注意的行动不可避免地产生风险,那么对于每一个尽到注意的普通人来说,该行动也不可避免地产生风险。因此,里普斯坦似乎可以解释为什么降低风险到可接受的程度与尽到注意的行动是一回事。

因此,我们明确了共存的背景这一条件。它意味着共存的行动者尽到注意行事,将风险限制在可接受的水平。如果我们接受里普斯坦的表述,那么一个普通的尽到注意的行动就由普通合理的人的注意标准所评价——如果这个行动尽到了普通合理的人心理能力内的注意标准,该行动就只创造了可接受的风险,因而该行动与其他自我决定的行动者共存的行动是一致的。如果创造了超出可接受风险范围的风险,该行动就是不适当的,行动本身就是未尽注意的行动。

4. 拒绝严格责任

现在,如果我们接受里普斯坦对基于损害的错的表述,我们可以看到,客观的过错责任标准与基于损害的错完全一致。客观的过错责任标准意味着被告要对他的过错行为所造成的损害负责。一方面,客观过错行为意味着未尽普通注意的行为。另一方面,根据我们上述的推理,基于损害的错,作为一种违反平等的错,就是由未尽普通注意的行为所造成的。所以,造成损害的客观过错行为与基于损害的错是一回事,都违反了自我决定的行动者之间的平等。因此,客观的过错责任标准就和矫正正义所预设的平等概念融贯。

因此,温里布对主观的过错责任标准和严格责任标准的拒斥就变得可以理解。先考虑严格责任。严格责任标准意味着,只要原告受到了损害,而且这种损害是由被告的行为造成的,无论被告的行为是否尽到注意,被告都要承担赔偿责任。也就是说,被告要对其行为的所有后果负责。然而,正如上述共存背景的讨论所揭示的,为了共存,行动者必须容忍尽到注意的行动所造成的损害。而让被告对可容忍的损害承担赔偿责任,将使被告对原告负担其本不应该负担的责任。被告成为原告实现自己利益的手段。因此,被告不再独立于或者平等于原告。

同样的理由也可以用来批评主观过错责任标准。主观过错责任标准意味着被告要对未尽注意的行为负责,而这种未尽注意是根据被告自身实际心理能力内的注意标准来判断的。因此,若被告的行为造成了错的损害,只要被告在其主观心理状态范围内尽到了注意,相应地,他就应该免于承担责任。但无论被告实际可以做到哪种程度的注意,只要他的行为没有达到一个普通合理的或尽到注意的人的注意程度,就是一个康德意义上的不适当的行动。而由于这种不适当的行动已经造成了损害,所以这种损害已经使双方不平等。主观过错责任标准实际上要求原告容忍或接受使原被告双方不平等的损害。因此,它使原告无法从被告处追回被告本应承担的损害赔偿。而原告也因此不再独立于被告。而这两种标准所犯的错在以下意义上属于镜像错误:严格责任使被告对原告的独立性降低,主观过错责任使原告对被告的独立性降低。

(二) 一个普通人是康德法权意义上独立的行动者吗?

看起来,温里布和里普斯坦能够通过上述推进说明为何严格责任是错误的。但上述论点是建立在一个跳跃之上的。为了拒绝上述两种责任标准,并论证客观的过错责任标准与自我决定的行动者之间的平等待遇是一致的,关键的举动是将基于损害的错定义为根据普通的尽到注意的人所判断的未尽注意行为所造成的损害。但是,正如我们所看到的,这一举措是基于里普斯坦的规定,即普通的尽到注意的人的行动是自我决定的行动者的行动。那么里普斯坦实际上在说侵权法上的普通的尽到注意的人就是自我决定的行动者——也就是康德法权意义上的独立行动者。

那么问题马上出现:为什么一个普通人是一个康德法权意义上的独立行动者?一个普通的行动者的确是一个对他人的安全给予一定注意的行动者——他们尽到普通的注意。然而,普通人的这一特征并不能保证他们是温里布和里普斯坦意义上的独立行动者。上文已经看到,根据这种独立的概念,行动者的手段被规定为他的身体和财产,且他的身体和财产的权利不应受到他人行为的干预。

而这并不是我们的实践。在侵权法实践中,似乎更常见的情形是,从一个普通人的角度来看,为了追求独立以外的东西而对自己的财产进行一些干预是可以允许的。^[78] 例如,在麦克法兰案中,^[79]原告起诉作为医生的被告,因为原告想要实施绝育手术,但因为被告的过错,原告的绝育手术失败了,导致一个健康孩子的出生。原告诉请被告承担孩子的抚养费。法院决定驳回原告对抚养这个意外孩子的损失的索赔。法院的理由明确地基于分配正义(distributive justice),关注公平(fairness)的价值,而不是如同温里布和里普斯坦的看法,关注恢复原告的权利,以恢复其与被告之间的独立关系。^[80] 法院还明确拒绝了普通人作为独立行动者的看法。^[81]

我们也有来自日常实践的例子。回到我们对里普斯坦的手段的讨论:如果我在街上轻拍你的肩膀,提醒你“你的手机掉了”,根据里普斯坦的说法,我对你犯下了错,因为我未经你授权就使用你的身体。但这是一个普通人在日常生活中会做的事情。^[82] 对一个普通人来说,未经授权轻拍他人的肩膀并不是错的。而往往错要取决于其他部分:比如说我并不是为了提醒你手机掉落而拍你肩膀,而是为了表达轻蔑。这似乎比起前者更能作为错而被描述。另一方面,我们回想之前提到的关于公交车上使用他人身体的例子,对于普通人来说,这只是一个日常情形。

^[78] 类似的案例,如在 *White and Others v. Chief Constable of the South Yorkshire Police* 一案中,霍夫曼(Hoffmann)勋爵拒绝了对作为救援者的原告的赔偿,理由是对一个普通人来说,只赔偿救援者的精神伤害而让受害者的亲属一无所有,是一种不公平的分配。See *White and Others v. Chief Constable of the South Yorkshire Police* [1999] 1 All ER 1. 正如他所认为的:“但我认为这样的延伸对普通人来说是不可接受的,因为(尽管他可能不会这样说)这将违反他的分配正义的概念。”这句话表明,普通人不是里普斯坦意义上的独立行动者。

^[79] See *McFarlane v. Tayside Health Board* [2000] 2 AC 59.

^[80] *Ibid.* 正如斯泰恩(Steyn)勋爵所认为:“可以简单地从矫正正义的角度来看待本案。它要求在没有正当理由的情况下伤害他人的人对他人进行赔偿。根据这种方法,父母对抚养凯瑟琳的费用的索赔必须成功。但是,我们也可以从分配正义的角度来处理本案。它要求把重点放在社会成员之间负担和损失的公正分配上。”

^[81] *Ibid.* 斯泰恩勋爵进一步主张:“如果以这种方式来处理这个问题,那么向地铁上的乘客提出以下问题可能就有意义了。一个因为错误而出生但健康的孩子的父母是否可以起诉医生或医院,要求赔偿相当于在孩子未成年时,即在18岁之前,抚养孩子的费用?法官大人,我坚定地认为,绝大多数的普通男女都会以坚定的‘不’来回答这个问题。”(强调为笔者所加。)从法官的论证中我们可以看出,普通人不等于独立的人。

^[82] 类似的批评意见还可参见 Letsas, *supra* note [47], at 25 - 27; Scott Hershovitz, *The Search for a Grand Unified Theory of Tort Law*, 130 *Harvard Law Review* 942, 949 - 954 (2017).

我们并不会认为在公交车上依靠别人身体保持平衡是错的——这也被司法实践所确认。^{〔83〕}里普斯坦没有办法很好地回应普通人为何在日常生活中不会将使用他人身体描述为错的直觉。但如果一个人使用他人身体并不是为了帮助他站稳,而是为了猥亵,那么显然我们知道这种使用是错的。

这两个例子都提醒我们,如果我们要判断某个行动是错的,我们似乎必须利用其他的要素,譬如行动的动机或者意向等等。但不论具体确定错的因素是什么,拍肩的例子和上述公交车的例子就足以证明一个普通人不是里普斯坦意义上的独立行动者。所以,未经论证直接规定一个普通合理的人是温里布和里普斯坦意义上的独立的人,似乎是无根据的。这意味着温里布和里普斯坦对于侵权法的客观过错责任的说明至少值得怀疑,因为他们对于客观过错责任的集中讨论很大程度上依赖于他们的这一规定:普通人就是康德意义上自我决定的人,也就是独立的人。但在这个推理中,我们承认普通人就是自我决定的人似乎并不困难,但不论直觉还是法律实践都很难承认普通人是康德意义上的独立个体——也就是只拥有身体和财产作为自己的手段的人。那么是不是可以通过修正自我决定的行动者的含义,来帮助温里布和里普斯坦说明上述实践和日常直觉呢?下文笔者将简要提及这个方案。

不过在此之前,里普斯坦可能采取咬子弹(bite the bullet)的策略,主张上述案例和日常实践的解释困难他都承认,但是这是必须承担的代价。他会主张,把康德的自我决定解释为独立是唯一合理的自我决定的行动者的看法,因为只有独立这个概念可以解释私人之间的互动和交换中出现的问题。让我们回想,他对康德法权的解读是,权利领域不同于伦理领域。权利关心对和错,而如他所言,对“对和错”的说明必须依赖于独立性。然而,笔者认为这很难让人信服。注意,这里我们讨论的核心已经转为“对与错”的概念与权利与伦理领域的区分的关系,而不是直接对侵权的讨论。如果我们能说明,里普斯坦对对与错的概念的限定本身存在问题,我们就有理由怀疑他的独立性概念,从而怀疑他对普通人的解释。

设想这个案例:假设约翰是中东难民,流浪在街头已经三天三夜没有吃喝,他极度虚弱。这时候,他向一个叫简的行人乞讨一些食物。简有一些她不需要的汤在手里——她已经吃饱喝足,这些汤对她来说没有任何用处。接着,当着约翰的面,简故意把汤倒进约翰身边的下水道里,然后走开。^{〔84〕}我们该如何评价这个案例?在这个案例中,里普斯坦不得不说,简没有做错什么——她只是利用自己的手段,也就是她的汤,来追求自己的目的——不论那是什么目的。在这一点上,她是独立于约翰的,这也意味着她和约翰是平等的。她的行为可能是不符合伦理的,但不是错的。但我想我们的日常直觉会这么说:简做了一件令人难以置信的错事——她以残忍(cruelty)的方式对待约翰。我们作为观察者,会把这种情况描述为错的。但是里普斯坦似乎无法回应这个直觉。

这里里普斯坦的支持者会说,我们同意简做了一件不符合伦理的事情,只不过这件事不是错事。但问题在于,里普斯坦不仅要承认简没有做错事,他还必须承认简做了一件正确的事

〔83〕 感谢保罗·米切尔(Paul Mitchell)教授提醒笔者,司法实践中也有相同的案例,即拍肩或者身体接触本身并不是错。在 *Collins v. Wilcock* 案中戈夫(Goff)勋爵明确主张,人们的普通日常行为包括了可接受的身体接触。See *Collins v. Wilcock* [1984] 1 WLR 1172, 1177. 在 *F v. West Berkshire Health Authority* 案中戈夫勋爵进一步论证为了救人进行的必要的非授权身体接触并不是错。See *F v. West Berkshire Health Authority* [1989] 2 AC 1, 564.

〔84〕 感谢王凌峰教授的评议使笔者精细化这个例子。

情——她只是在处分她自己的财产而已。这个判断与我们日常关于对错的判断大相径庭。我们似乎只有接受里普斯坦关于我们有权拥有的手段的定义,才必须接受他对于该案对错的判断。但是似乎完全没有理由这样做——原因前面已经提到,里普斯坦对于人拥有何种手段的判断基于一个乞题。更进一步,如果简做了一件正确的事情,那么似乎她可以免于谴责和憎恨。但是如果约翰事后被其他人救助,我们很容易理解约翰会憎恨简——而且似乎他的憎恨有很好的理由:简对他犯错,而不仅仅是简以不伦理的方式对待了他。我们也可以很好地理解我们自己为何会谴责简。但是里普斯坦无法解释这些直觉。这会使得我们回过头怀疑他对“对与错”的界定。

里普斯坦不能说明简的行为为何为错,只是他对行动者所拥有的有权手段所作规定的另一个问题。我们可以通过对比之前公交车的例子来理解这一点。在公交车的案例中,里普斯坦将我们日常视为正确的行动解释为错,而在约翰的案例中,里普斯坦将我们视为错的行动解释为正确。这两个方向的反例都提醒我们,似乎在一些情况下,说我的手段(或我对手段的权利)包括我的身体和财产以外的东西是完全有意义的。当我们谈到我们自己的手段时,似乎没有理由将之限制为我们的身体和财产。

此外,似乎完全可以设想另一种自我决定的概念,即纳入康德绝对命令思想的自我决定概念。这种概念能很好地解释为何简的行为是错的。根据这种自我决定的定义,当行动者使用他们各自的手段来追求他们不同的目的,同时“只按照你可以同时希望它成为普遍法则的方式行事”时,他们是自我决定的。^[85] 应用这个自我决定的行动者的概念,我应该使用我的手段来追求我的目的,而不以残忍的方式对待其他行动者。用大白话说,残忍意味着不把人当人看:残忍指拒绝把另一个行动者当作像行动者一样的人。^[86] 因此,以残忍的方式行事,在这个意义上就等同于将另一个行动者视为不平等,从而不符合普遍法则。因此,在拒绝拯救垂死的约翰并把汤倒入下水道时,简没有把约翰当作一个和她自己一样平等的行动者,因此不符合绝对命令。根据这个新的自我决定的概念,简做错了。我们也可以依据这种新的自我决定概念解释为何在公交车上使用别人身体站稳是没有错的,而使用他人身体猥亵他人则是错的。这也是绝对命令带来的论证效果——公交车上我们对他人身体的使用来保持平衡可以普遍化,但猥亵行动则绝不可能。这种对自我决定的行动者的表述比温里布和里普斯坦的独立概念更符合我们的直觉和案例的实践。另一方面,这种自我决定的行动者的表述可以允许我们讨论某些新的不平等的概念,譬如残忍对待,或者是否在成本很低的情形中救助他人的义务。

温里布和里普斯坦可能会说,笔者的论证没有实现对伦理和权利的区别。正如我们所看到的,他们对康德的诠释认为作为自我决定的独立只在权利领域运作,而这不是绝对命令的直接应用。但笔者很难相信,作为对康德观点的诠释,这种区分的存在可以帮助他们论证这种区分是合理的。这只意味着它是对康德的诠释之一。这不能增强论证本身的力量。

所以,独立似乎不是唯一合理的自我决定概念。温里布和里普斯坦的论点似乎是基于对自我决定的某种规定性解释,而对这种解释的依赖对他们侵权法理论的解释力是有害的。正如我们所看到的,他们对普通合理的人的描述基于他们对独立行动者的想法,而这并不符合我们的法律实践和日常生活。由于他们对客观过错责任的说明依赖于上述这个想法,所以温里布和里普斯坦很

[85] See Kant, *supra* note [32], at 34 (4; 421).

[86] See David Livingstone Smith, *Less Than Human: Why We Demean, Enslave, and Exterminate Others*, St. Martin's Press, 2011, p. 223.

难解释为什么客观过错责任标准是唯一正确的责任标准,因此温里布对严格责任和主观过错责任标准的拒绝似乎也难以成立。

综上所述,康德主义矫正正义理论对于侵权法的说明似乎是失败的。失败的症结笔者已经指出,即他们的独立观念。这一独立观念并不符合侵权法对普通人的看法,也不符合我们的日常直觉。独立性的概念导致了他们对过错责任的说明大打折扣,且他们无法对严格责任的拒绝提供好理由。

但是我们可以从他们的讨论中获得重要的方向:至少我们已经看到,矫正正义对于双极性的说明非常成功。温里布和里普斯坦的问题主要出在他们对矫正正义所要实现的平等观念的含义的说明上。那么,如果我们能提供一个更好的对于平等观念的说明,似乎我们就能够给出一套更加可以辩护的侵权法说明性理论。对于这种平等观念的说明,依赖于我们特定的对于人的看法。正如康德主义者将侵权法中的人看作独立的行动者这一特定的康德主义理念,我们对平等的理解也会基于我们对侵权法中的人的理解。对这种理解的进一步讨论,由于篇幅限制只能另文处理,但至少我们从里普斯坦和温里布的失败中可以得知,我们需要的这种对人的理解,肯定不能局限在人所拥有的手段的概念上;至少,我们应该允许这样的理论可能,即人的有权手段不仅限于人们的身体和财产。^[87]

五、结 论

本文详细考察了康德主义矫正正义理论对侵权法的说明理论,指出康德主义者对矫正正义所要实现的平等给出的特定看法基于独立性的概念。而独立性概念将规定性地使得每个行动者所拥有的手段只有其自身的身体和财产。本文认为,正是基于这种特定的独立性对于人所拥有的手段的理解,康德主义者对侵权法的说明是失败的——他们一方面没有充足的理由支持他们对严格责任的抛弃,另一方面也无法说明过错责任的重要实践。一个更有希望的侵权法理论,应当给出不同于康德主义矫正正义理论的、关于行动者或者人的说明。

Abstract An influential Kantian explanatory theory of tort law rejects strict liability. This theory is based on the notion of corrective justice and a particular notion of independence in Kantian Right. The notion of corrective justice is reliable, while the notion of independence is normatively flawed. The rejection of strict liability also fails because the argument relies on the presumption that ordinary persons in tort law are independent, and the presumption does not fit legal practice and ordinary intuitions. A better explanatory theory of tort law should seek to provide a better conception of persons governed by tort law.

Keywords Ernest Weinrib, Arthur Ripstein, Corrective Justice, Independence, Strict Liability

(责任编辑:雷槟硕)

[87] 由此,奥诺雷的结果责任理论和弗莱彻的互惠风险理论的某些改版就得以进入我们的视野。但是详细的讨论只能另文进行了。