

## 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

胡 焱\*

**摘 要:** 在关于侵权法哲学基础的研究中,经济分析与矫正正义是当下最主要的两条阐释路径,尤其是经济分析进路颇受人推崇。不过,经济分析进路存在理论上的诸多盲点与不足。相较而言,作为一种替代性方案,矫正正义能够弥补经济分析的理论疏漏。然而,主流的侵权法矫正正义诸学说存在将矫正正义形式化的趋势,尤其是将矫正正义视为道义论的一种派生性观念,从而忽视了矫正正义观念本身包含的规范性内容。在侵权法哲学领域探究矫正正义实质内容的出路也许在于从德性理论视角出发寻求洞识。

**关键词:** 矫正正义;侵权法哲学基础;德性;人类善

侵权法的教义学研究在我国取得了丰富的学术成果,但是,关于侵权法道德哲学基础的讨论仍处于起步阶段。从现有的基础理论研究来看,有学者意识到在哲学和伦理学层面分析侵权法实践的重要性,呼吁学界从一种开放性的哲学视角出发,将侵权法制度发展建立在人类珍视的价值基础之上。<sup>①</sup>有的研究突出对法经济学观点的检讨,指出经济分析论者陷入了将侵权法制度视为经济学理论工具的误区,过于强调“冷酷”的效率,忽视了个人尊严与自主等基本价值在侵权法理论中的重要位置。<sup>②</sup>也有学者从思想史的角度切入,将十九世纪后半叶的侵权法理论定性为一种“个人主义”思潮的体现,并将二十世纪七十年代以来的侵权法理论发展视为自由主义理论与古典正义理论自觉融合的产物,重新赋予侵权法的个人主义思

\* 西南政法大学师资博士后。

本文系国家自然科学基金重大专项项目“核心价值观融入法治建设研究:以公正司法为中心的考察”(17VHJ007)、中国博士后科学基金第68批面上资助项目“县城司法所调解技艺的伦理取向”(2020M683225)的阶段性成果。

① 参见张铁薇:《侵权法规则与伦理诉求的沟通》,《法学杂志》2014年第10期;张铁薇:《侵权法的哲学关照》,《学习与探索》2020年第7期。

② 参见孙大伟、沈映涵:《更有效率的侵权法规则的可能性——经济分析理论在侵权法领域的适用性研究》,《法制与社会发展》2010年第5期。

潮以公共属性。<sup>③</sup> 有学者将矫正正义论视为法律经济分析的替代理论，提出侵权法相关规范的制定必须建立在矫正正义的道德基础之上，并意识到作为一项原则的矫正正义具有过于“宏观”的缺点。<sup>④</sup> 总体而言，现有的研究或侧重于思想史的梳理，没有提出自己的理论主张，或仅侧重对经济分析进路的批判，对侵权法哲学基础的讨论缺乏理论提炼和整合的尝试。本文将以对侵权法经济分析理论中的核心概念的检讨为起点，探索破除“效用”的不可通约性难题的出路，进而用美德理论中关于“人类善”的观念替代经济分析理论中的“效用”观念，并提炼出侵权法矫正正义诸论的核心观点。本文试图在将矫正正义视为一项司法德性的基础上，探索在司法德性与“人类善”之间建立起理论关联的可能性。

## 一、侵权法经济分析进路的局限

在当代侵权法基础理论研究中，强调预防功能的经济分析进路具有较强的影响力，这得益于二十世纪五十年代与六十年代法经济学的发展。法律的经济分析凸显的实用主义取向，以及社会福利最大化、事故成本最小化等目标追求，均具有非常大的理论魅力和吸引力。这在侵权法领域中表现为“侵权责任原则的构成能使预防事故和行政费用减低至最低的限度”。<sup>⑤</sup>

然而，无论是在解释上，还是在证成上，经济分析进路均存在明显的理论漏洞。由于经济分析进路的“未来”取向的思维方式不能恰当处理侵权法的私法属性与经济分析以“效用”为中心的公法属性之间的张力，因此，这种社会整体利益最大化的思维取向将很难令人满意。

### （一）视角上的“目的”取向

在著名的《侵权法的经济结构》一书中，兰德斯与波斯纳指出，侵权法的一个主要目标是建立提高资源效用的行为标准。在应然层面和实然层面，威慑都是侵权法的一个内在功能。<sup>⑥</sup>

经济分析进路的外在目标的逻辑在于，侵权法体现的威慑性会对行为主体产生某种物质性的激励（material incentive），进而有利于侵权法目标的实现。然而，一方面，经济分析进路忽视了法律本身包含的规范性，<sup>⑦</sup> 而规范性是法律不能被无视的属性；<sup>⑧</sup> 另一方面，经济分析进路为具体侵权纠纷的解决设置了一个外在目标，该目标的实现预设了行动主体对物质性刺激反应的一致性，因此，经济分析进路忽视了不同行动者的选择偏好。经济分析进路依

<sup>③</sup> 参见陈皓：《侵权法矫正正义论中的个人主义》，《法制与社会发展》2014年第5期。

<sup>④</sup> 参见阳庚德：《矫正正义：侵权责任正当性论证的必要条件》，《学术研究》2013年第6期。

<sup>⑤</sup> 钱弘道：《经济分析法学》，法律出版社2005年版，第47页。

<sup>⑥</sup> 参见[美]威廉·M·兰德斯、[美]理查德·A·波斯纳：《侵权法的经济结构》，王强、杨媛译，北京大学出版社2005年版，第11-13页。

<sup>⑦</sup> 这里仅指一般意义上的规范性，即人们对法律的遵守是源于法律规范本身，而不是源于某种外在的刺激或威慑。关于私法规范性的论述，See Stephen Smith, “The Normativity of Private Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 31, No. 2 (Jul., 2011), pp. 1-28.

<sup>⑧</sup> See Brian Bix, “The Nature of Legal Obligation”, in Kenneth Himma and Miodrag Jovanovic (eds.), *Unpacking Normativity: Conceptual, Normative, and Descriptive Issues*, Bloomsbury Publishing, 2018, p. 41.

托“效用”这一主导性因素调控、指引我们的行为，事实上呈现一种“外在视角”。外在视角的困境在于，基于“效用”这一价值诉求，个体行动者在同理心和善意驱使下为预防损害发生所作的额外投入被纳入非理性行为的范畴，这意味着否定了—一个行为者出于“审慎”的美德作出良善举动的可能性。<sup>⑨</sup>

与此同时，经济分析进路预设了不同的基本善（basic good）之间的可通约性，这是实现“整体上的净善”的理论前提。菲尼斯对此作出过较为中肯的评价，他认为，经济分析进路实际上以“行为功利主义”作为哲学基础，但是，以效用为中心的演算方法面临两种诘难：第一，人类制度不能围绕某种单一的目的或者功能展开；第二，这些目的或者功能指向的基本善之间并不存在可通约性。<sup>⑩</sup>显然，经济分析进路预设了“效用”的基础地位，然而，对于将异质性的基本善归并到“效用”的范畴内这一点，该进路缺乏一个有说服力的解释。基于此，本文认为，经济分析进路的功能分析将侵权实践诉诸某种“外在目的”（external end），从而与后文将要探讨的矫正正义进路的“目的论”（teleology）存在根本区别。<sup>⑪</sup>

总之，经济分析进路实际上将侵权法理论重述为一种“指向未来”的功能主义理论，而未顾及侵权纠纷司法过程“面向过去”的直观特征。究其根本，经济分析进路通过“理性人”的预设，假定所有人都会一般性地进行成本计算。但问题在于，经济分析进路一方面无法对内在于侵权法的“因果关系”等重要概念给出合理的解释，另一方面也无法兑现该进路的理性特征与提出的计算公式。<sup>⑫</sup>对此，后文将以汉德公式和兰德斯、波斯纳的补强版本公式为例，进一步分析侵权法的经济分析进路中的理性计算存在的不合理之处。

## （二）概念分析上的不周延

侵权纠纷的具体诉讼过程是围绕关于“过错”“损害”“因果关系”等核心概念和术语的辩论展开的。从描述的层面来看，侵权纠纷解决过程中的一个核心关切在于当事人之间的规范性关系，这是实现矫正正义的一个逻辑起点。然而，经济分析进路使原告与被告之间的关联在经济分析的理论重述下脱钩了。根据兰德斯和波斯纳的公式，侵权法的核心关切在于节约社会成本，以激励潜在的当事人采取或不采取预防措施。一方面，侵权法要求避免“过度”预防，以免当事人投入不必要的预防成本；另一方面，侵权法要求当事人提供相当水平的预防措施，以免对潜在风险预防不足。因此，在经济分析进路中，当事人之间的规范性关系被割裂了，并各自指向一个共同的第三方目标，呈现出明显的功能主义旨趣和特质。

同时，在经济分析的逻辑下，受害人被赋予国家“代理人”的身份。他们不是以受到侵害的个人的名义对致害人提起诉讼，而是被赋予了社会规制的职能。获得法院支持的受害人

<sup>⑨</sup> 后文将进一步论证，在具体个案中，成本分析无法解释诸如“合理的注意”等过失侵权的核心概念。即使我们接受波斯纳关于经济考量与正义观念之间存在相关性的主张，但是，这种主张仍坚持一种演化伦理学的视角，即这种主张仍属于一种宏观的阐述，而个案中包含的价值、伦理诉求是具体的、微观的，对侵权的评价应当以当事人双方的规范性结构为基础。

<sup>⑩</sup> 参见 [英] 约翰·菲尼斯：《自然法与自然权利》，董娇娇等译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 91-96 页。

<sup>⑪</sup> See John Garder, “What Is Tort Law for? Part 1: The Place of Corrective Justice”, *Law and Philosophy*, Vol. 30, No. 1 (Jan., 2011), pp. 2-3.

<sup>⑫</sup> 后文将以汉德公式和兰德斯、波斯纳的补强版本公式为例，简述侵权法的经济分析进路中的理性计算存在的不合理之处。

会“心平气和”地接受这份赔偿，因为受害人提起的诉讼从属于社会成本优化的总体目标。从经济分析进路出发，在诉讼结果中，赔偿与损害的一致也不过是一种偶然。如果依循经济分析的思路来理解侵权法，则侵权法的私法属性并不重要。不过，问题在于，在直觉上，我们无法理解，怎样的外在激励会使受害人以准公权力机关的身份将致害人诉至公堂，以及这种外在激励“何以”为法官提供一个机会，去实现社会风险降低、社会成本最小化这类整体性事业。

另外，假设接受经济分析进路关于当事人双方之间的关系不重要的理论预设，那么，为何风险防范的责任方不能是第三人？经济分析进路不能说明，为何以国家代理人形象出现的受害人起诉的是致害人，而非处在风险防范最佳位置的第三人。对此诘问，经济分析进路给出的解释并不充分。经济分析进路认为，由于确定最佳风险防范者会给法院带来过重的成本投入，因此，追究致害人的责任成为一种可以实现的次优选择。<sup>⑬</sup> 除此之外，经济分析进路将改变当事人双方的辩论重点，原告的损害是否源于被告的过错在过失侵权中不再重要，受害人的证明重点毋宁是说明被告相对于自己而言处于风险防范的更好位置。与此同时，在侵权纠纷的具体诉讼过程中，原本围绕注意义务、损害的发生、因果关系等核心争点展开的辩论也不再那么重要。以功能实现为目标意味着，侵权法中的诸多核心概念将被边缘化。更基本的问题在于，经济分析进路抛弃了侵权纠纷司法过程中以当事人双方之间的规范性关系为基础搭建起来的辩论框架。

### （三）汉德公式及其补强版本的模糊性

侵权法的经济分析进路以“理性人”预设为基本出发点，不过，即使从理性的角度来考量，经济分析进路提供的公式仍然存在计算上的难题。本文以汉德公式和兰德斯、波斯纳对汉德公式的改进版本为例，说明这些公式在逻辑方面和实用性方面存在的问题。

汉德公式主张的过失责任认定标准源自美利坚合众国诉卡罗尔拖车有限公司一案。<sup>⑭</sup> 在该案中，汉德法官提出了过失责任认定的三个变量。其中，B代表充分预防损害的成本负担；L指事故一旦发生，将造成的损害大小；P代表事故发生的盖然性。汉德进一步主张，如果  $B < PL$ ，被告需要承担责任，反之则否。

汉德公式存在下列问题：第一，汉德公式犯了经济分析通常会出现的外部主义错误，即经济分析会假定，当事人花费较大的预防成本去避免较小损害的做法是不理性的。显然，该公式未对原告和被告作出有效的区别，并将成本计算视为“效用”的核心，排除了在特定情况下我们需要以法律保护更为基本的人类善（human good）。第二，从可操作性的角度来说，即便具体行为者本身知悉汉德公式，但是，在损害发生前，当事人双方通常也无法预测概率P，更无法在损害发生前计算L这一事后的变量，而且，侵权法体系自身不包含具体侵害需要何种程度的预防水平等信息。<sup>⑮</sup> 换言之，汉德公式的分析意义大于操作意义。退一步而

<sup>⑬</sup> See Jules Coleman, “The Structure of Tort Law”, *The Yale Law Journal*, Vol. 97, No. 6 (May, 1987), p. 1251.

<sup>⑭</sup> See *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947). 国内对该案进行分析的论文与著作非常多。参见冯珏：《汉德公式的解读与反思》，《中外法学》2008年第4期；冯玉军：《法经济学范式》，清华大学出版社2009年版，第219、220页。

<sup>⑮</sup> See P. Z. Grossman, R. W. Cearley and D. H. Cole, “Uncertainty, Insurance and the Learned Hand Formula”, *Law, Probability and Risk*, Vol. 5, No. 1 (Mar., 2006), pp. 1-18.

言，一旦行为者通过事前的精确计算，能预测其行为是否构成侵权，那么，其就可以常常在过失的边缘游走。此时，侵权法中的“错误行为”的规范性意涵将不再重要。第三，汉德公式有较强的“面向未来”的导向，它并不具有侵权纠纷司法过程体现的“事后赔偿”思维。

在一部分经济分析论者看来，以最优的方式实现风险最小化还意味着，能力不同的人在尽“合理注意”义务时需要耗费的成本是不同的。他们进而推论出，在对个别行为进行评价时，通常需要假定能力较弱者具有相应较低的合理注意水平。这一点显然违背了基本常识，因为情况通常恰恰相反：能力较弱者（如驾驶汽车的老人）可能带来较大的损害风险，相应地，若要减少他们的危险行为，本应当为他们设立更高的“合理注意”标准。

对此，沙维尔提供的扫雪案例更清晰地呈现出经济分析进路存在的问题。沙维尔指出，为了防止地面结冰带来的交通事故风险，全社会都应当承担扫雪的合理注意义务。从节约社会成本的目的出发，沙维尔认为，能力较强的年轻人为扫雪投入的成本较小，应当承担扫雪的任务，而不是先考虑让老年人去完成这项工作。<sup>⑩</sup>然而，这种主张本身就违背了经济分析的社会效用最大化的思路，因为时间、机会成本也是成本。为能力较强设定更高的注意义务的做法也许会在个案中减少社会成本，但也许会因此使得增加其他社会效益的机会丧失。正如有学者所言，将能力视为合理注意标准的决定性要素的观点忽视了对机会成本的总体考量。由于相较于年轻人，老年人有更充裕的闲暇时间，因此，能力更强的年轻人的时间理应被投入到能带来更多社会效益的活动中。<sup>⑪</sup>

以罗纳德·科斯和约翰·布朗的理论为基础，<sup>⑫</sup>兰德斯与波斯纳对汉德公式进行了补强，提出过失侵权的投入产出公式： $L(x, y) = P(x+y)D + A(x) + B(y)$ 。其中，L代表社会总损失，P表示事故发生的盖然性，D代表受害人的损失，A和B分别表示受害人和致害人，x和y分别表示受害人和致害人的预防损害投入。<sup>⑬</sup>

兰德斯与波斯纳的公式仍然存在理论上和运用上的困难：首先，如前所述，处于风险预防最佳位置的人也许是当事人之外的第三人。兰德斯和波斯纳对此语焉不详，他们认为，出于认定成本过高的考虑，法院将致害人视为次优选择。事实上，排除第三人的做法暗含了经济分析论者的一个正确认识，即受害人与致害人才是侵权行为的当事人。只是经济分析进路本身无法对此提供一个合理的解释。其次，这一来自布朗的公式本身并不具有可操作性，布朗也承认他的模型对事件信息提出了过高要求。为解决这一问题，格雷迪主张，无需考虑社会总成本的最小化，而只需具体考察原告对被告提出的控告。格雷迪在一定程度上认可了该公式的解释力，他认为，仅需判断原告主张的内容，即被告未采取的预防措施是否具有成本

<sup>⑩</sup> See Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, 2007, pp. 73-74.

<sup>⑪</sup> 参见简资修：《命令管制非侵权责任之本质——回应〈过失责任标准经济分析之再省思〉》，《经济研究》第41卷第2期（2005年）。

<sup>⑫</sup> See Mark F. Grady, “Discontinuities and Information Burdens: A Review of *The Economic Structure of Tort Law* by William M. Landes and Richard A. Posner”, *George Washington Law Review*, Vol. 56, No. 3 (Mar., 1987), p. 663. 科斯和布朗均强调，如果要想实现社会成本最小化的目标，侵害者和受害者两方均需要采取一定程度的预防措施。

<sup>⑬</sup> 参见[美]威廉·M. 兰德斯、[美]理查德·A·波斯纳：《侵权法的经济结构》，王强、杨媛译，北京大学出版社2005年版；简资修：《法律定性与经济分析——评兰德斯与波斯纳的〈侵权法的经济结构〉》，《法制与社会发展》2007年第4期。

分析上的可取性。<sup>②①</sup>然而，问题在于，这将再次陷入沙维尔的扫雪案例中“就事论事”的缺陷，很容易违背整体的效用原则。与此同时，如果放弃了经济分析的公式推导，而将该公式视为一种直觉指引下的计算，则又违背了经济分析进路对理性的强调。

#### （四）对主体人格价值的消解

在效用主义立场下，侵权法的经济分析进路建立在对“理性人”标准的理论预设上。然而，该标准只是在抽空法律规范性的基础上增加了某种外在的激励机制，包含规范性评价的“过错”等核心概念被“风险”和“效用”等术语取代。然而，在英美侵权法传统中，对过失侵权的评价标准由三项基本要素组成：合理性、一般的谨慎和对他人安全的合理注意。经济分析进路将后两项要素边缘化了，但是，在侵权法的视野内，若离开对这些要素的考量，我们将无法完整评价何为“正确行为”。以汉德公式为例，假设损害风险制造者预计到损害发生的成本  $B$  大于可预见的损失（ $PL$ ），法律就需要认可任由损害发生的行为吗？显然，这种方式并不符合道德直觉。<sup>②②</sup>经济分析进路并未严格区分侵权行为对物的损害与对人的损害。我们在依据效用主义的逻辑对人的健康和生命进行计算的时候，不论是受到侵害的主体，还是进行损益计算的主体，计算行为本身取消了当事人双方人格特质的重要性，并将对何为“正确”的判断化约为对社会成本的考虑。进一步而言，成本分析事实上假定那些与政治、法律相关的道德问题彼此是可通约的。

加德纳检讨了经济分析的化约论，并主张，在探讨“侵权法是用来干什么的”（what tort law is for）这一涉及价值的基础性问题时，侵权法实践本身必然是这一正当性基础（如矫正正义）的构成部分，而不是提升“效用”的工具。并且，很多基本的“道德善”要么不能相互竞争，要么不可让渡。比如，每一个人过上免受酷刑的生活这一价值就不受其他价值竞争，而且是不可让渡的。<sup>②③</sup>虽然经济分析论者试图在社会正义与经济效益之间建立某种证成关系，但是，在关于过失侵权的标准中，他们并未给“合理注意”和“一般的谨慎”等内容留下应有的位置。将正义和公平等价值化约为效用的做法无异于试图仅仅使用一种调料配制出一个好食谱。<sup>②④</sup>同时，这也不符合对侵权纠纷司法过程的描述。在对某一行为侵权与否进行评价时，我们需要考察该行为发生的具体语境。<sup>②⑤</sup>但是，这并不意味着，在对行为

<sup>②①</sup> See Mark F. Grady, “Discontinuities and Information Burdens: A Review of *The Economic Structure of Tort Law* by William M. Landes and Richard A. Posner”, *George Washington Law Review*, Vol. 56, No. 3 (Mar., 1987), pp. 667-678.

<sup>②②</sup> 当然，从效用主义的角度出发，在遇到这种情况时，我们应当承认效用主义虽然不是完美的，但是，作为一种普遍原则，效用主义主张理性压倒情感，强调人们要直面现实中的两难抉择，并坚持两害相权取其轻。不过，问题在于，仅就效用主义的逻辑起点而言，如果按照“幸福最大化”的结果取向推演下去，幸福是否也包含以下内容，即作为公民共同体的一员，我们在情感上拒绝和厌恶将他人的生命、健康换算为成本的做法，这种抗拒感或厌恶感理应成为人类幸福整体规划的一个组成部分。伯纳德·威廉斯对功利主义关于“幸福”的界定进行了更为深刻的检讨。具体论述参见 [澳] J. J. C. 斯玛特、[英] 伯纳德·威廉斯：《功利主义：赞成与反对》，劳东燕、刘涛译，北京大学出版社 2018 年版，第 196-206 页。

<sup>②③</sup> See John Gardner, “What Is Tort Law for? Part 1: The Place of Corrective Justice”, *Law and Philosophy*, Vol. 30, No. 1 (Sep., 2010), pp. 5-6.

<sup>②④</sup> See Jules Coleman, “The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner’s *The Economics of Justice*”, *Stanford Law Review*, Vol. 34, No. 5 (May, 1982), p. 1116.

<sup>②⑤</sup> See Heidi L. Feldman, “Prudence, Benevolence, and Negligence: Virtue Ethics and Tort Law”, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 74, No. 4 (Jan., 2000), pp. 1432-1433.

是否可取进行评价时，我们必然要追究行为者的动机。实际上，在评价某个领域内的行为时，我们可以事先认定某些品格特质（如侵权领域中的审慎和适当的注意）是值得认可的，并追问这些特质会促使一个人作出怎样的行为，最后根据这些行为是否会由一个具备这些品格特质的人作出来评价这些行为。<sup>②⑤</sup> 由此，一种德性论的分析视角呈现了出来。当然，此过程必然涉及某种文化、道德评价。以过失为例，谢夫林认为，过失是一项值得重视的道德错误（moral fault），尽管在它作为一项道德、政治观念与它作为一项法律观念之间存在重要的区分，但是，“没有过失”可以被视为一项重要的道德德性。<sup>②⑥</sup> 从效用出发设立侵权标准的做法的理论局限就不言而喻了，即这一做法没有认真对待具有内在价值的人格完整性，只是将个人视为实现整体福利的一个拼图。

需要承认的是，尽管经济分析进路不能为侵权法提供一个合理的规范性基础，但是，它展现了理论上的一致性，仍是推动侵权法变革的一项重要努力。在司法实践中，尤其是在纯经济损害案件中，就过错的认定而言，法官对侵害行为的计算本身是判定一个人是否尽了合理注意义务的一个组成部分。以汉德公式为例，它列举的需要考虑的几个方面因素也是一个“审慎的人”需要考虑的要素，只不过经济分析方法将人类生活中的多元的善化约为单一的经济效用，这势必会削弱侵权法承载的正义价值。<sup>②⑦</sup> 正因如此，若要吸收和完善关于经济分析进路的相关讨论，我们需要走出“效用”的可通约误区，认真对待侵权法实践中呈现出的多元的“人类善”。

## 二、矫正正义的三重进路及其不足

上文的分析表明，侵权法的经济分析进路存在如下理论漏洞：<sup>②⑧</sup> 首先，在描述的意义之上，基于效用的侵权认定标准既不能如实呈现侵权纠纷司法过程，也未能展现由侵权行为带来的被告责任（responsibility）与被告的第二性义务（duty）之间的关系。其次，在经济分析进路的理论视角下，侵权法只是实现社会规制和社会变革功能的手段。在经济分析论者看来，以最小成本防止危害发生是侵权法的最终目标。不过，该进路对于如何建立起效用目标与一种社会正义的规范追求之间的联系语焉不详。矫正正义论者弥补了经济分析进路以上两个方面的疏漏。

一方面，从“符合”的层面来看，典型的侵权情形是一方的损失来自另一方的行为，是

<sup>②⑤</sup> See Heidi L. Feldman, “Prudence, Benevolence, and Negligence: Virtue Ethics and Tort Law”, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 74, No. 4 (Jan., 2000), p. 1432.

<sup>②⑥</sup> See Seana Valentine Shiffrin, “The Moral Neglect of Negligence”, in David Sobel (ed.), *Oxford Studies in Political Philosophy*, Oxford University Press, 2017, p. 197.

<sup>②⑦</sup> 需要指出的是，对侵权法的规范性基础或者道德基础的探讨并不意味着我们站在了实证主义的对立面，即并不意味着这种探讨本身违背了实证主义者关于分离命题的主张。实证主义者探讨的是一个关于法律是什么的问题，旨在说明法律体系的存在无需以符合某个外在的道德判准为前提。正如科尔曼所言，这丝毫不能否定在具体的法律门类（如侵权法）中，需要体现矫正正义等价值。See Jules Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2003, p. xix.

<sup>②⑧</sup> 借用德沃金的“整全法”思想检验侵权法诸理论的做法源于科尔曼，See Jules Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2003, pp. 24-40.

致害者对原初平等 (initial equality) 的破坏,<sup>②⑨</sup> 矫正正义观念致力于使损益双方恢复到平等状态。<sup>③⑩</sup> 矫正正义从直观上展现了原告和被告之间的双边性, 它是联结侵权法各基本概念的桥梁。作为一个具体的法律领域, 侵权法是围绕自身的核心概念构建起来的, 侵权法的诸多核心概念 (如义务) 的内容并不能被化约为某种经济功能。

另一方面, 矫正正义论能更好地处理规范性证成的问题。体现政治权威的法律体系所包含的强制性需要得到充分证成。在侵权法领域内, 我们在探究致害人责任的规范性依据时, 一项重要的任务就是确定该法律体系是否具有相当程度的融贯性, 而最能体现具体法律领域之融贯性的是它能得到某种正义或者道德概念的辩护。<sup>③⑪</sup> 与经济分析的外在主义取向相比, 矫正正义包含的实质内容内在于进行逐案审判的司法过程之中。由于致害人预先承担一项“审慎”和“注意”的义务, 因此, 假设这项义务没有被兑现, 致害人造成了对他方的伤害, 那么一项属于原告的损害赔偿“请求权”便形成了。在矫正正义的视野里, 对这项“错误行为” (wrongdoing) 的确认就是一项规范性判断。当然, 这也并不意味着对矫正正义的诸理论的建构是完善的, 既有的讨论也存在诸多缺陷。

### (一) 矫正正义“形式论”

不同于主张矫正正义自身包含实质内容的理论, 温里布认为, 矫正正义只具备正义的形式。他之所以认为矫正正义本身并不包含实质内容, 主要原因在于, 他预设康德的道义论能为侵权法提供最佳的规范性基础, 具体而言, 康德的平等理念是侵权法的规范性的主要来源。<sup>③⑫</sup> 在对私法之本质的理解上, 温里布断然拒绝了经济分析进路的公式计算。在他看来, 私法具有内在的可理解性, 康德的权利观和形式化的矫正正义之所以成为侵权法的规范性基础, 是因为侵权法法律体系中的“注意义务”“错误行为”“因果关系”等核心概念都在回溯某个侵权行为与受害人遭遇之间的联系, 均是对原告、被告双边结构和规范性基础的具体表达。由于被告的错误行为具有潜在的危害性, 因此, 以矫正正义为基础的侵权法会对行为人的注意义务提出要求, 唯当潜在的危害性基于某种因果序列转化成现实的伤害, 对行为和伤害之间存在规范性关系的整个证立过程才得以完成。不能像经济分析论者那样认为, 在侵权法中, 因果关系不重要, 更不能将侵权关系的证立过程视为服务于某种外在目的。<sup>③⑬</sup>

然而, 与凯尔森的观点相同, 温里布主张, 亚里士多德的矫正正义理论是内容空洞的, 在此理论立场上, 他事实上将康德式权利理论视为所有私法领域的规范性基础。<sup>③⑭</sup> 他进而认为, 亚里士多德的矫正正义理论预设了康德的权利理论, 因为两者表征的均是一种抽象的相

<sup>②⑨</sup> 当然, 从任何意义上讲, 这种原初的平等状态都不意味着绝对的平等, 更非单纯财产上的平等, 而是假定在交往关系发生前 (pre-interaction), 当事人在身份上的平等。

<sup>③⑩</sup> 温里布区分了两个层面上的损益, 即“物质上的损益”与“规范性的 (normative) 损益”, 后者并不要求致害者获得物质上的收益。See Ernest Weinrib, “The Gains and Losses of Corrective Justice”, *Duke Law Journal*, Vol. 44, No. 2 (Nov., 1994), p. 282.

<sup>③⑪</sup> See Jules Coleman, “Tort Law and the Demands of Corrective Justice”, *Indiana Law Journal*, Vol. 44, No. 2 (Winter, 1991), p. 349.

<sup>③⑫</sup> See Ernest Weinrib, “Toward a Moral Theory of Negligence Law”, in Micheal D. Bayles (ed.), *Justice, Rights, and Tort Law*, Dordrecht, 1983, p. 139.

<sup>③⑬</sup> See Ernest Weinrib, *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, 1995, pp. 146-169.

<sup>③⑭</sup> See Ernest Weinrib, *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, 1995, pp. 18-28.

互关系形式 (form of relationship)。只不过, 亚里士多德的矫正正义理论是一种不完备的康德权利理论, 矫正正义强调的主体之间的平等状态需要康德式权利提供规范力 (normative force), 而作为权利之核心预设的自决行动者 (self-determining agent) 通过一种可普遍化的方式提供了这种规范力。<sup>③⑤</sup> 易言之, 温里布版本的矫正正义的规范性源于康德式人格理念。自决能动性 (self-determining agency) 以承认普遍的人类平等为前提, 而权利观念恰恰能够彰显个体之间的规范关联性 (normative correlativity)。<sup>③⑥</sup> 具体到侵权法领域, 温里布认为, 亚里士多德对矫正正义的阐释只是阐明了损益双方的初始平等, 而且, 这种初始平等仅指双方财富的平等, 它表征的只是高度形式化的外在关系。<sup>③⑦</sup> 在此番重构的基础上, 温里布指出, 权利观念是康德式人格理念的法律表现形式, 人格本身是一种规范性观念 (normative idea), 它能指涉内在于权利的可归责性 (imputability)。<sup>③⑧</sup>

然而, 温里布过于简单地断定亚里士多德式的初始平等仅意味着财富平等, 进而将矫正正义视为某种外在结构, 并在事实上将康德式权利理论视为矫正正义的上位概念。这种解读方式显然已不像温里布声称的那样, 将矫正正义视为私法的规范性基础, 而是将矫正正义放在次级地位, 将侵权法的哲学基础建立在康德的道义论之上。总之, 在温里布的理解中, 亚里士多德版本的矫正正义过于形式化, 我们需要援引其他规范性基础进行填补。

温里布的理论建构的成功之处恰恰说明了他对亚里士多德版本矫正正义的误解, 他将矫正正义的内容抽空, 并借助其他理论在形式化的双边结构中建立规范联系。然而, 如果权利理论既能展现双边化的关系, 又能为双方的关系提供规范性依据, 那么, 矫正正义事实上就被完全架空了。这就忽视了此关系本身蕴含的规范内容, 无异于抛弃了矫正正义对侵权法实践的可解释性。这种“挖东墙补西墙”的做法造成了矫正正义理论在事实上被权利理论替代的结果, 使对矫正正义的阐述完全建立在阐释“什么是拥有一项权利”的基础之上, 使矫正正义理论沦为权利观念的派生观念。

## (二) 矫正正义“实质论”

基于对“形式论”的反思, 赖特提出了不同的主张。赖特肯定了温里布、科尔曼对矫正正义之现代阐释所作的贡献, 但是, 两者均是以形式化的、抽象的方式阐释矫正正义。具体而言, 一方面, 科尔曼并没有认真对待蕴含了双边规范结构的权利观念, 对恢复 (recovery) 和责任 (liability) 预设了不同的规范依据。<sup>③⑨</sup> 另一方面, 温里布过于倚重形式意义上的权利学说, 忽视了对康德的法律、正义理论的政治、伦理基础的阐释。<sup>④①</sup> 在赖特看来, 道德伦理思想为法律的概念性上层结构 (conceptual superstructure) 提供了规范理据, 因此, 在探讨

<sup>③⑤</sup> See Ernest Weinrib, *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, 1995, pp. 82-97.

<sup>③⑥</sup> See Ernest Weinrib, *Corrective Justice*, Harvard University Press, 2012, pp. 34-35.

<sup>③⑦</sup> See Ernest Weinrib, *Corrective Justice*, Harvard University Press, 2012, p. 4.

<sup>③⑧</sup> See Ernest Weinrib, “Corrective Justice in a Nutshell”, *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 52, No. 4 (Autumn, 2002), pp. 353-355.

<sup>③⑨</sup> See Richard W. Wright, “Substantive Corrective Justice”, in Symposium, *Corrective Justice and Formalism*, *Iowa Law Review*, Vol. 77, No. 2 (Dec., 1991), p. 683.

<sup>④①</sup> See Richard W. Wright, “Substantive Corrective Justice”, in Symposium, *Corrective Justice and Formalism*, *Iowa Law Review*, Vol. 77, No. 2 (Dec., 1991), p. 647.

矫正正义时，更为基础性的工作在于追问侵权法双边结构背后的规范性原则。<sup>④①</sup>

首先，赖特赞同温里布关于侵权法规范性基础的一元论立场，就这一点而言，他们都表达了对科尔曼的“混合论”的不满。<sup>④②</sup>然而，与温里布不同，赖特并不主张以“自决行动者”提供的普遍化的、形式化的方式展现规范力，而是主张矫正正义本身是一项实质性原则，该原则的实质性含义源于亚里士多德对正义和善的关系的解读。赖特主张，一方面，善既不是可加权的，也不是外在于公民的，这直接挑战了经济分析论者将多元的善整合进“效用”的做法；另一方面，内在于每一个公民的善构成了定义政治正义的基本元素。他主张，一个共同体的正义指向每个公民基于理性原则的自我实现，正义要保障的正是每一个平等个体对善的可获得性。在这个意义上，相互交往的主体之间是平等的关系，但这种平等不再是一种通过可普遍化的方式展现的形式上的平等，而是一种伦理的、实质的平等。<sup>④③</sup>

与温里布一样，赖特再次在亚里士多德与康德之间建立起联系。他认为，两者关于善的观念是相通的，而且均以自由的、平等的存在者为前提。因此，他将亚里士多德带有明显社群主义色彩的共同善与康德的自由的善等同起来。相应地，矫正正义也被界定为一种法权形式。赖特认为，矫正正义就是以法权，也就是以绝对平等的道德价值为根本前提的。依循该逻辑，国家的存在被认为是经由私人法权实现公共法权的途径。<sup>④④</sup>不过，赖特因此走到了他一开始关于侵权法规范性基础的一元论主张的对立面。虽然赖特规避了将矫正正义与分配正义相混同的理论危险，但是，赖特建构起来的“康德—亚里士多德”式的法权或正义理论包含了两种规范性前提。既然赖特认为亚里士多德的矫正正义是一项原则，那么，为何他又需要从康德的法权理论中寻求“绝对道德上的平等”这一规范性起点？赖特显然没有充分论证作为原则的矫正正义与康德的“绝对的道德平等”的规范性在何种程度上堪称“一元”，而他声称的实质正义也只是对矫正正义原则论和康德法权理论进行的某种理论重构。<sup>④⑤</sup>不仅如此，赖特还认为，侵权法的道德基础分别代表了两种非此即彼的善，一种是共同体可加权的、可最大化的福利，另一种是共同体中个体的平等的自由。<sup>④⑥</sup>显然，前者是赖特的主要理论竞争对手，即经济分析进路效用论意义上的善，后者则是他支持的“康德—亚里士多德”式的善。赖特的论证中存在的问题恰恰在于，他并未意识到，侵权法哲学基础的一元论主张并不理所当然地意味着侵权法哲学基础指涉的善的一元。<sup>④⑦</sup>

④① See Richard W. Wright, "Substantive Corrective Justice, in Symposium, Corrective Justice and Formalism", *Iowa Law Review*, Vol. 77, No. 2 (Dec., 1991), pp. 627-631.

④② 后文将展开对科尔曼的“混合论”的具体分析。

④③ See Richard W. Wright, "Substantive Corrective Justice, in Symposium, Corrective Justice and Formalism", *Iowa Law Review*, Vol. 77, No. 2 (Dec., 1991), pp. 701-702.

④④ 参见 [美] 理查德·赖特：《法权、正义与侵权法》，载 [美] 戴维·欧文主编：《侵权法的哲学基础》，张金海等译，北京大学出版社 2016 年版，第 188 页。

④⑤ See Richard W. Wright, "Substantive Corrective Justice, in Symposium, Corrective Justice and Formalism", *Iowa Law Review*, Vol. 77, No. 2 (Dec., 1991), p. 702.

④⑥ 参见 [美] 理查德·赖特：《法权、正义与侵权法》，载 [美] 戴维·欧文主编：《侵权法的哲学基础》，张金海等译，北京大学出版社 2016 年版，第 163、164 页。

④⑦ 后文将从德性统一性的知识论视角出发，阐释德性指向的人类善的多元性和相关性。

总之，赖特反对矫正正义形式论，却预设了康德的“绝对道德价值”<sup>④⑧</sup>这一规范性基础。然而，亚里士多德主义关于“人类繁盛”（human flourishing）<sup>④⑨</sup>这一共同善的观念与康德主张的绝对平等的个体的善之间并不具有规范意义上的融贯性，两者不能等同。

### （三）矫正正义“混合论”

“混合概念”意在表明，对侵权法的完整表述需要同时向道德原则解释和风险分配解释敞开。混合论有多种版本，上文探讨的形式论和实质论都具有某种“混合论”特征，而科尔曼早期的混合论是受到学界讨论最多的版本。虽然在后期的研究中，他借助实用主义哲学修正了一些观点，但其后期关于矫正正义的主张仍具有较明显的混合论色彩。科尔曼版本的矫正正义论的“混合”特征本身就是学术讨论的产物，他早期持“消除命题”立场，该立场重在消除受害者的损失。然而，在“关系命题”论者的挑战下，他部分接受和吸收了“关系命题”，并仍试图综合两种理论的长处。

首先，“消除命题”主要涉及对损失的补偿。科尔曼认为，不当的损失与获利是矫正正义的主旨。<sup>⑤⑩</sup>但是，他同时主张，消除命题下的矫正正义包含两个独立的命题：第一，“消除”意味着，受害人只要受到不当侵害，便享有使损失得到补偿的权利。第二，受害人的损失无需直接由致害人承担。在他看来，侵权是市场和道德的结合物，侵权法是一种实施公共规范的私法方案。基于这一理念，科尔曼看似合理地吸收了“消除命题”的理论长处，然而，如果不排除由错误行为者之外的人履行赔偿义务的情形，则“消除”损失仅仅是在重复经济分析论者所说的侵权赔偿由保险公司等公共机构吸收这一事实描述。若要证伪该观点，只需要举出一个反例即可。从法哲学的角度来说，“消除命题”取消了损失的承担与致害人过错之间的规范性联系。根据该命题，由于消除不当损益是对每一个社会成员提出的要求，因此，矫正正义并不会为任何人提供特定的行为理由，<sup>⑤⑪</sup>对损失的补偿也就成了一个独立的事件。

其次，与“消除命题”相反，“关系命题”主要涉及矫正的义务。“关系命题”<sup>⑤⑫</sup>一般指矫正正义本身并未包含消除不当损失的内容，它所矫正的是“那个特定的”不当行为本身。但是，科尔曼进一步认为，可以将对损失的补偿纳入矫正正义的范畴内。由于矫正正义是一种独立的正义类型，因此，即使法院认定的侵权赔偿的份额等同于分配正义要求的份额，也不意味着两者出自同样的规范理由。科尔曼的观点显然忽视了损失和伤害之间的区别，矫正正义预设的原初资格（original entitlement）的正当性并不以分配正义为前提。<sup>⑤⑬</sup>易

<sup>④⑧</sup> [美] 理查德·赖特：《法权、正义与侵权法》，载 [美] 戴维·欧文主编：《侵权法的哲学基础》，张金海等译，北京大学出版社 2016 年版，第 173 页。

<sup>④⑨</sup> Lesley Brown, “Introduction”, in Aristotle, *The Nicomachean Ethics*, translated by David Ross, Oxford University Press, 2009, p. xx.

<sup>⑤⑩</sup> See Jules Coleman, “Tort Law and the Demands of Corrective Justice”, *Indiana Law Journal*, Vol. 44, No. 2 (Spring, 1992), p. 365. 科尔曼最终接受了佩里对“消除命题”的批评，并在后期的著作中放弃了“消除命题”。See Stephen R. Perry, “Comment on Coleman: Corrective Justice”, *Indiana Law Journal*, Vol. 87, No. 4 (Spring, 1992).

<sup>⑤⑪</sup> See Jules Coleman, *Risks and Wrongs*, Cambridge University Press, 1992, p. 309.

<sup>⑤⑫</sup> “关系命题”的核心观点与温里布的“形式说”意思相近。

<sup>⑤⑬</sup> See Dennis Klimchuk, “On the Autonomy of Corrective Justice”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 23, No. 1 (Spring, 2003), p. 55.

言之，矫正正义要求致害人对特定受害人的伤害进行矫正，而损失则侧重于经济性的解释。相较于“消除命题”，“关系命题”更侧重于保护的是个体之间的交往，而不仅仅指每一个受侵害的个体都理应得到来自社会的补偿。

在吸收“关系命题”和“消除命题”各自长处的基础上，科尔曼构建了“混合概念”。一方面，“消除命题”可以确定矫正的理由，只是没有具体化矫正的模式（mode of rectification）。也就是说，“消除命题”只不过没有明确由特定致害人提供救济的理由，而“关系命题”在这方面具有解释上的优势。另一方面，“关系命题”关于矫正正义不涉及不当损失（wrong losses）的立场不能成立。矫正正义指向的不仅是“错误行为”，还必然包含“不当损失”。<sup>④</sup> 错误行为只是作为相应义务的一个抽象的基础，具体内容则因损害结果而异。损失在“混合概念”中具有重要的道德意义，它构成了赔偿的道德基础。总之，不当行为和结果缺一不可，它们共同构成了相应赔偿义务的内容和依据。

然而，虽然科尔曼吸收了“消除命题”与“关系命题”各自的理论长处，但是，“混合概念”结合的仅仅是两种命题在表述上的优势。“消除命题”的引入未能在规范性意义上为“关系命题”增加实质内容。简而言之，混合概念具有将“损失”纳入矫正正义范畴的执念，但事实上只不过在“消除”损失的基础上，进一步明确了由谁来赔偿。这两个分离的步骤并不存在规范关系，每一个由直接交往产生的矫正正义主张都是独立的，这与一个人基于其政治共同体成员身份享有的分配正义资格是两个不同的正义面向。也就是说，“混合论”虽然实现了表述上的融贯，却忽视了两种命题在规范性基础上的差异。“消除命题”事实上将分配正义放在了第一位，而“关系命题”则借矫正正义明确侵权中的基本关系和结构。不过，正如帕帕扬尼斯指出的那样，对一个概念C有启发意义的分析应当用其他更具有根本性的概念P、J或者K来阐释。<sup>⑤</sup> 然而，科尔曼的“消除命题”解决的只是对损失的补偿，而这种补偿本身并不包含义务、责任等规范性内容，义务、责任必须在“关系命题”中得到具体化。换言之，在矫正正义确定矫正的内容以前，损失的补偿无从谈起。“消除命题”不仅未提供基本的规范概念，还使对损失的补偿和矫正之间出现了规范缝隙。

综上，不论是在描述层面上，还是在规范意义上，矫正正义都能为侵权实践提供更有解释力的哲学基础。然而，不论是温里布的“形式论”，还是赖特的“实质论”，事实上都假设道义论比矫正正义论具有更为基础的规范性地位，从而抽空了矫正正义自身的实质内容。科尔曼的“混合论”则使矫正正义成为分配正义的次级概念，未能在矫正正义的基础上增添新的规范性要素。因此，以上各论均将矫正正义视为一种内容不能被具体化的原则，认为需要借助其他规范性概念对之进行补充，矫正正义自身不足以为侵权实践提供规范性理据。

<sup>④</sup> 一个简单的例子是，司机甲与司机乙行驶至同一路段，二人因为看路边杂技表演而疏忽大意，甲撞伤了行人丙，乙没有造成任何损失。两个司机的行为都是疏忽大意的，都对公共环境造成了风险，但是，正是因为甲的行为造成的损害使两者在法律定性上造成了分殊。也就是说，不当行为造成的损失构成了甲所负责任的内容。相反，乙作出了相同的错误行为，却未造成损害结果，也就自然不存在矫正的义务。

<sup>⑤</sup> See Diego M. Papayannis, “Corrective Justice, Well-Being, and Responsibility”, *Diritto e Questioni Pubbliche*, Vol. 12, No. 3 (Dec., 2012), pp. 47-48.

### 三、侵权法哲学基础的再认识：作为司法德性的矫正正义

通过上文的分析可知，主流的矫正正义诸进路事实上均将矫正正义视为某种原则，并借用道义论规范对之进行内容填补。本文认为，不能就此认为矫正正义自身不包含实质内容。<sup>⑤⑥</sup> 诚然，作为原则的矫正正义可以为侵权法提供某种一般性的价值准据，但是，原则本身无需声称它都可以对每一个具体侵权纠纷的裁断提供精确的指引。一般而言，在判断特定行为是否违背矫正正义时，我们需要为这个判断提供某种理由，而该特定理由又必然指涉某条原则，这是现代原则主义伦理学的通说。然而，在通常的价值判断中，某条原则不足以解释行动者在作出某个具体行为时的意向。<sup>⑤⑦</sup> 乔治·克里斯蒂指出：“原则本身并非目的，它们只是人们借以实现美好生活的手段。”<sup>⑤⑧</sup> 基本原则诚然能为更特殊的和有限的行动、制度、事件提供一个解释框架，<sup>⑤⑨</sup> 但是，确定侵权案件中矫正正义之内容的判断是个别的，此判断需要诉诸指向人类福祉的实践推理，<sup>⑥⑩</sup> 并不可避免地涉及对不可通约的各种价值进行比较和选择。对作为原则的矫正正义的理解是形而上学的，但是，具体到个案中，矫正正义就涉及认识论的问题，侵权法司法实践会将很多在形而上学层面无法被具体化的因素带入侵权纠纷解决的场景。<sup>⑥⑪</sup> 也正是在这个层面，我们对矫正正义的解读需要从一项制度性原则（institutional justice）转向与个别性判断相关的司法德性，<sup>⑥⑫</sup> 以确定侵权法的规范性基础，即矫正正义的实质内容。

矫正正义内容之确定与实践智慧、善的目的密切相关。戈德雷指出，矫正正义的实现要结合具体情境，即“通过运用明智的德性，一个人就如何获得那些善的事物，并避免那些恶的事物作出决定……他对追求善的结果和避免恶的结果进行权衡”。<sup>⑥⑬</sup> 易言之，正义的秉性（disposition）本身就蕴含了目的论的态度。<sup>⑥⑭</sup> 在具体个案中，侵权纠纷的复杂性和不可预期性使裁判者很难借助规则或原则来确定该如何实例化（instantiate）矫正正义。规则与原则

<sup>⑤⑥</sup> 对矫正正义各说陷入的理论争议的详细梳理，参见余小伟：《“公平责任”是否“公平”——以二十世纪新侵权法为背景》，《政治与法律》2017年第12期。该文认为，矫正正义理论不能解释《侵权责任法》关于公平责任的规定。但是，鉴于公平责任是更为宽泛的基础理论，难以被视为侵权法这一具体部门法的基础理论，因此，公平责任不足以否认矫正正义作为侵权法规范性基础的地位。

<sup>⑤⑦</sup> See John Waide, “Virtues and Principles: Philosophy and Phenomenological Research”, *International Phenomenological Society*, Vol. 48, No. 3 (Mar., 1988), p. 463.

<sup>⑤⑧</sup> [美] 乔治·克里斯蒂：《原则在侵权法中的不稳定地位》，载 [美] 戴维·欧文主编：《侵权法的哲学基础》，张金海等译，北京大学出版社2016年版，第126页。

<sup>⑤⑨</sup> 参见 [英] 奥诺拉·奥尼尔：《迈向正义与美德：实践推理的建构性解释》，应奇等译，东方出版社2009年版，第173页。

<sup>⑥⑩</sup> See Richard Kraut, *Aristotle on the Human Good*, Princeton University Press, 1991, p. 333.

<sup>⑥⑪</sup> See Jonathan Dancy, *Ethics Without Principles*, Oxford University Press, 2004, pp. 78-85.

<sup>⑥⑫</sup> 这一点受惠于特鲁兰，他是侵权法领域内为数不多的从司法德性的角度阐释矫正正义的现代学者。See Mark C. Modak-Truran, “Corrective Justice and the Revival of Judicial Virtue”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, Vol. 12, No. 2 (Autumn., 2013).

<sup>⑥⑬</sup> [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，第318页。

<sup>⑥⑭</sup> See Anton-Hermann Chroust and David L. Osborn, “Aristotle’s Conception of Justice”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 17, No. 2 (Jan., 1942), p. 134.

均不能自动得到适用,而美德则是与情境相关的。<sup>⑥5</sup> 一个具有实践智慧的裁判者敏感于 (sensitive to) 那些与案件相关的事实 (这些事实在不同案件中的重要性不同),进而具体确定适用于具体案件的规则。为呈现以德性理论为基础的矫正正义理论,需要进一步论证:第一,借助一种现代意义上的德性的统一性命题,我们能够具体说明矫正正义的内容如何呈现在诸德性之间的关系中。第二,对矫正正义内容的确定离不开裁判者关于良好生活的目的论态度,其中,实践智慧发挥着关键作用。

### (一) 实践智慧与德性的统一性

现代侵权法理论忽视了对矫正正义自身实质内容的把握,原因大体在于,在现代法治话语中,权利观念一枝独秀,从而使许多原本重要的法哲学基础概念逐渐边缘化。但是,对部门法哲学基础的完整揭示离不开对这些概念的立体把握。主流侵权法理论将矫正正义化约为一种不含实质内容的结构,在事实上使矫正正义成为权利理论或分配正义观念的次级概念。现代侵权法学者普遍忽视了矫正正义的经典表达,作为一项德性的矫正正义并非孤立存在的,在具体侵权案件的裁判中,它与其他司法德性特别是实践智慧密不可分。因此,为充分理解为何要将矫正正义理解为一项德性,我们需要先阐释矫正正义与其他重要的司法德性之间的关系。

德性理论传统中的一个重要命题是德性的统一性命题。该命题主张德性之间不仅不冲突,而且是一体的,任一项德性若要恰当地作用于行为,均需要其他德性提供知识来支撑。<sup>⑥6</sup> 苏珊·沃尔夫认为,在现代意义上,一种“温和”版本的德性统一性主张更具说服力,这种统一性源自德性与知识的关系。从现代德性知识论的角度来说,说一个人具有一项德性,就意味着其具有某种知识,理智德性包含着对正确行动的胜任力,<sup>⑥7</sup> 一项德性会“促使一个人在正确的时间,以正确的方式,依据正确的理由,对正确的人做正确的事”。<sup>⑥8</sup> 当我们谈及某人具有“勇气”时,并不是因为其会遵照某种关于勇气的规则行动,而是说在具体到某种关于善和正当的情境中时,一个基于勇气的行为将与懦弱和鲁莽区别开来,识别一个“具有勇气的行为”的过程必然包含着对关于人类善的知识的权衡与判断。也就是说,每一项德性都包含两个面向,即“自然德性”与“实践智慧”。<sup>⑥9</sup> 就知识论的角度而言,德性统一性的理论前提是,我们部分地是由我们在意的事构成的,具有不同德性的人通过关心某事,从而获得对某事的理解,<sup>⑦0</sup> 而通过理解得来的知识之间是相通的。比如,一个具有勇敢德性的人当然会关心并理解个人生命与身体健康的重要意义,但是,其同时也知道何时值得为其它人类善和价值(如自由、和平、友谊)冒风险。更深入地说,正是因为这些价值之间

<sup>⑥5</sup> See Roger Crisp, “Particularizing Particularism”, in Brad Hooker and Margaret Olivia Little (eds.), *Moral Particularism*, Oxford University Press, 2000, p. 29.

<sup>⑥6</sup> 古希腊哲学家持一种“强”版本的德性统一性主张。即使在现代意义上,认为具有一项德性就必须掌握其他每一项德性的主张不太符合我们的直观经验,一种在认识论层面有限意义上的 (qualified) 德性统一性的主张仍具有重要的启示意义。

<sup>⑥7</sup> 参见 [美] 厄内斯特·索萨:《判断与能动性》,方红庆译,中国人民大学出版社 2019 年版,第 37-46 页。

<sup>⑥8</sup> See Susan Wolf, “Moral Psychology and the Unity of the Virtues”, *Ratio*, Vol. 20, No. 1 (Jun., 2007), p. 150.

<sup>⑥9</sup> See Susan Wolf, “Moral Psychology and the Unity of the Virtues”, *Ratio*, Vol. 20, No. 1 (Jun., 2007), p. 152.

<sup>⑦0</sup> 参见 [美] 琳达·扎格泽博斯基:《认识的价值与我们所在意的东西》,方环非译,中国人民大学出版社 2019 年版,第 147-152 页。

并不存在形而上的位阶，实践智慧才尤为重要。实践智慧指向人类善的实现。道德德性为行动指出正确的目标，而实践智慧则指引行动主体以恰当的方式实现这些目标。又因为不同价值之间没有起换算作用的“流通货币”，所以以终极事物（ultimates）为指引，在人类善之间进行比较和慎思才更为重要。这必然涉及对实践智慧这一理智德性的运用，<sup>①</sup> 因为实践智慧不仅关乎“普遍的东西”和“最大的善”，还涉及对具体事物的慎思。<sup>②</sup>

需要指出的是，德性法理学诚然受德沃金思想的启发和影响，但是，就从实践智慧的角度展开对一个德性法官的阐释而言，本文并没有采用德沃金意义上的赫拉克勒斯这一具有完美德性的法官形象。如同其名称所示，该法官趋近于一种半人半神的形象。借助这个法官形象，德沃金将“政治性道德”视为法律体系的一个构成性要素，从而通达那个展现法的整全性的最佳答案。此处，德沃金透过赫拉克勒斯式法官的预设，最终要解决的是“法律的根据是什么”这个一般法哲学问题。与此同时，德沃金事实上是将“公平”“正义”与“正当程序”等原则视为司法裁判需要彰显的政治美德，它们最终都旨在捍卫被包裹在原则中的平等的“权利”。<sup>③</sup> 本文则赞成“权利”与社会关系、人类善之间的相反相成的关系，<sup>④</sup> 人类善既内在于权利，也外在于权利，<sup>⑤</sup> 但是，人类善在内在于美德的同时，不能作为判断何为美德行为的外在判准。特别需要指出的是，与德沃金的构想不同，本文循着现代美德伦理学和知识论的洞见所勾勒出的德性裁判者尽管也会带有某种程度的理想色彩，但是，该形象并未突破血肉之躯在认知能力上的局限。<sup>⑥</sup> 相反，该形象为现实中的法官提供了具有某种实践意义的图景，即这种理想形象恰恰是凡人法官可以通过实践智慧的打磨和累积去一步步接近的。在这个意义上，具有完备美德的法官形象不是德性裁判的理论起点，而是实现德性裁判的努力方向。诚如扎格博斯基所言，一个人有追求知识的渴望，就必然想方设法塑造自己有

① 阿奎那在很多方面继承了亚里士多德对道德德性与实践智慧之间关系的理解，即强调实践智慧之于道德德性的关键性作用。“实践智慧，也即实践理性，通过规定道德德性的目的和实现这些目的的手段（如正义、节制、勇敢）来指引道德德性。” Richard Regan, “Introduction”, in Thomas Aquinas, *Treatise on Law*, translated by Richard Regan, Hackett Publishing Company, 2000, p. xviii.

② 参见〔古希腊〕亚里士多德：《尼各马可伦理学》，廖申白译，商务印书馆2009年版，第193页。

③ See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Belknap Press of Harvard University Press, 1986, pp. 404-410.

④ 参见季卫东：《法律体系的多元与整合——与德沃金教授商榷解释方法论问题》，《清华法学》2002年第1期。

⑤ 事实上，德沃金的“整全法”理论中的美德仍是原则，德沃金式“美德”具体呈现为透过原则去保护独立于内容的权利，这种德沃金式的高度抽象的平等权利是否可以成为一切法律推理和判断的起点，并不是没有疑问的。它若要成为尊严的真正守护者，也需要得到进一步的道德论证。相反，当考虑不可通约的人类善时，我们固然不能忽视个人权利，但并不把权利作为一种完全排他性的规范理由，而是将它视为人类善的一个重要的组成部分。更深入的剖析，参见〔美〕罗伯特·乔治：《使人成为有德之人》，孙海波、彭宁译，商务印书馆2020年版，第153-180页。

⑥ 正是在这个意义上，在引起公众关注的“电梯劝阻吸烟猝死案”中，一审法官虽然没有得出一个“最佳答案”，但借助德沃金的“整全法”思想，将“法”视为一种具有品格（character）的事物，“法”就不仅仅是一个规则体系，更是一种具有人格化特征的诠释性概念。若将该案的一审、二审视为一个整体，对该案中出现的“价值两难”的抉择本身包含了法院系统的“遗憾”，该遗憾甚至也是司法德性的体现，而这一点是道义论进路和效用论进路的侵权法理论并不重视的内容。正是基于该遗憾，二审法官启动了对一审判决的变更。将德沃金的“整全法”思想视为对法的品格的阐释的观点，参见於兴中：《德沃金的法律观与法的品格》，《中国政法大学学报》2018年第6期。“电梯劝阻吸烟猝死案”相关案情，参见田九菊诉杨帆生命权纠纷案，河南省郑州市中级人民法院（2017）豫01民终14848号判决书。

利于实现知识养成的理智德性。同理，在司法领域内，正义处于德性的中心位置，<sup>⑦</sup> 一个真正关心正义实现的法官，也势必会出于尽责之心（conscientiousness），<sup>⑧</sup> 去塑造有利于实现正义的相关司法德性。

（二）矫正正义确定实质内容之途径

由此可见，作为一项司法德性的矫正正义不是孤立存在的，它始终关照着平等、公道，以及更一般意义上的人类善和正义等重要价值。<sup>⑨</sup> 同时，正因为总是以人类善为目标，所以矫正正义与实践智慧不可分割，基于实践智慧的慎思针对的是指向目的的东西（what is toward the end）。<sup>⑩</sup> 也就是说，人类善和实践智慧是矫正正义这项司法德性的构成性要素，矫正正义的内容并非空洞的，我们无需借助道义论观念对其进行内容填补。特鲁兰也认为，具有实践智慧的法官会结合良好生活目的，透过对案件具体细节的慎思，以获得矫正正义的实质内容。<sup>⑪</sup> 但是，需要指出的是，作为德性理论的一项重要概念的“人类善”本身可以被视为内在于美德的，因此，我们不应将内在于德性的要素理解为德性行为的外在判准。菲利普·富特为了避免此类误解，将这一带有某种结果论色彩的经典表述转变成更具中性意味的“良好事态”（good state of affairs）。<sup>⑫</sup> 正如扎格泽博斯基指出的那样，美德意指一个人的卓越，这就意味着美德与“善好”（good）的观念是直接相连的。同时，美德不仅与行动者相关，它还涉及行动者之外的事物的善。但是，善并非美德的本质属性，美德却当然堪称“善”，因为美德可以推动其拥有者以及与行动者相关的外在世界变得“善好”。<sup>⑬</sup> 具体到裁判语境，一个法官不会从关于“什么是一个德性裁判”的慎思中抽取出一个目的，并将这个目的作为司法决策的唯一指南。而且，如果不涉及复杂案件或疑难案件，一个具有德性的法官通常会基于对特定法律权利的保护，阻断自己对某种目的的考量，因为“矫正正义”是正义德性的具体展开方式，德性并不处在法律规则和权利的对立面，“作为守法的正义”（justice as lawfulness）本身构成了正义美德的一个重要面向。<sup>⑭</sup> 正因为如此，虽然德性与人类善之间具有天然的亲缘性，但是，这种亲缘性并不意指两者之间存在概念上的联系。

很多学者之所以认为矫正正义只是不包含实质内容的形式结构，原因在于，他们忽视了

<sup>⑦</sup> See Lawrence B. Solum, “Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centred Theory of Judging”, *Metaphilosophy*, Vol. 34, Nos. 1/2 (Jan., 2003), pp. 194-196.

<sup>⑧</sup> 参见 [美] 琳达·扎格泽博斯基:《认识的价值与我们所在意的东西》，方环非译，中国人民大学出版社 2019 年版，第 143 页。

<sup>⑨</sup> See Wolfgang Leyden, *Aristotle on Equality and Justice: His Political Argument*, Palgrave Macmillan, 1985, pp. 1-6.

<sup>⑩</sup> See David Wiggins, “Deliberation and Practical Reason”, in Elijah Millgram (ed.), *Varieties of Practical Reasoning*, The MIT Press, 2001, p. 280.

<sup>⑪</sup> See Mark C. Modak-Truran, “Corrective Justice and the Revival of Judicial Virtue”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, Vol. 12, No. 2 (Jul., 2013), p. 252.

<sup>⑫</sup> See Philippa Foot, *Moral Dilemmas: And Other Topics in Moral Philosophy*, Clarendon Press, 2003, pp. 67-75.

<sup>⑬</sup> See Linda Zagzebski, *Virtues of the Mind: An Inquiry into the Nature of Virtue and the Ethical Foundations*, Cambridge University Press, 1996, pp. 89-96.

<sup>⑭</sup> See Lawrence B. Solum, “Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centred Theory of Judging”, *Metaphilosophy*, Vol. 34, Nos. 1/2 (Jan., 2003), pp. 200-201.

复杂案件的情形，这可能源于现行制定法对特定领域侵权规则的设计缺陷，<sup>⑧⑤</sup> 更有可能源自法律规则在性质上的不确定或欠确定性，<sup>⑧⑥</sup> 作为原则的矫正正义并不足以具体说明双方的原初平等。也就是说，矫正正义内容的实现需要一个具有实践智慧的裁判者依据良好生活的目的进行具体慎思，亦即矫正正义的内容不是定言的，而是假言的，矫正正义包含目的论的考量。<sup>⑧⑦</sup> 对当事人之间得失的判断、平等状态的恢复当然离不开原则和规则的指引，但是，在复杂案件中，具备司法德性的裁判者需要根据自然正义来实现当事人的平等地位。即使在简单案件的情形中，法官不需要在所有个案中都借助实践智慧，即可作出法律上正确的裁判，但是，在具体说明什么是正义的结果时，法官仍然被要求具备这项司法美德。<sup>⑧⑧</sup>

为具体说明实践智慧在侵权法个案中的体现，特鲁兰以促进实业股份有限公司诉戴尔·韦伯开发公司案这一经典案例说明法官会如何处理涉及美国妨害法的案件。<sup>⑧⑨</sup> 该案的基本案情是，在美国菲尼克斯市西部偏远农村地区，有一家畜牧养殖场。在经营初期，该畜牧养殖场周围没有住户。若干年后，戴尔·韦伯开发公司在该畜牧养殖场附近建成了一座退休公寓。随着开发商和养殖场各自规模的扩大，两者之间变得更近。养殖场的废气、废物影响了退休公寓业主的身体健康和生活品质，并直接导致人们对退休公寓的购买欲望下滑。开发商一纸诉状将养殖场告上了法庭，主张对养殖场运营业务颁布禁止令。<sup>⑨⑩</sup> 在该案中，法官需要重点把握的案情包括以下几点：第一，养殖场的业务经营时间远远早于戴尔·韦伯开发公司进行公寓建设的时间；第二，养殖场的经营者不存在预见未来会有退休公寓在附近落成的义务；第三，退休公寓业主的正常生活会持续受到废水、废物的影响；第四，开发公司应当预见其建成的退休公寓会受到养殖场的影响，并且原本可以选择花费更多资金在远离养殖场的地区买地建房。经过上诉，美国亚利桑那州最高法院维持了对养殖场运营业务的永久禁止令，但也要求戴尔·韦伯公司对养殖场的损失进行赔偿。显然，对该案结果起决定性影响的因素并非原告和被告双方的利益，而是作为第三方的业主们的健康和生活品质。特鲁兰指出，之所以要求开发商赔偿养殖场的损失，这主要是因为，如若不然，裁判结果会助长开发

<sup>⑧⑤</sup> 刘长兴认为，在环境侵权举证责任倒置的规则设计下，司法实践中的原告事实上承担了因果关系证明的主要任务。然而，由于客观化手段本身的局限，即使通过鉴定的方法，被告也不足以证明因果关系不存在。这就给法院出了一个难题，即如果严格按照现行法的规定进行裁判，显然并不足以恰当地化解环境侵权争议，因此，他主张“超越技术主义的解决思路，采取法律基本价值为导向的环境侵权规则类型化方案”。与此同时，从我国的司法实践来看，虽然《侵权责任法》区分了环境侵权与相邻关系侵权的举证责任和归责原则，但是，两者的适用范围、划分标准并不清晰，这导致在司法实践中，对相关案件的事实认定存在较大的差异。参见刘长兴：《环境侵权规则设计之偏差及矫正——基于环境侵权鉴定的分析》，《法商研究》2018年第3期；晋海、赵思静：《相邻污染侵害案件实证研究》，《河海大学学报（哲学社会科学版）》2016年第5期。

<sup>⑧⑥</sup> 从法律的欠确定性命题出发，论证包括实践智慧在内的司法美德对司法裁判的重要性的研究，参见杜宴林、胡焮：《现代法律德性转向及其中国启示》，《法学》2018年第10期。

<sup>⑧⑦</sup> See Mark C. Modak-Truran, “Corrective Justice and the Revival of Judicial Virtue”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, Vol. 12, No. 2 (Jul., 2013), pp. 285-287.

<sup>⑧⑧</sup> See Mark C. Modak-Truran, “Corrective Justice and the Revival of Judicial Virtue”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, Vol. 12, No. 2 (Jul., 2013), pp. 270-276.

<sup>⑧⑨</sup> See *Spur Industries v. Del E. Webb Development*, 494 P.2d 700 (Ariz. 1972).

<sup>⑨⑩</sup> 详细案情与相关分析，See Paul N. Cox, “Plaintiff Required to Indemnify Defendant for Losses Resulting from Permanent Injunction in a Nuisance Case: *Spur Industries Inc. v. Del E. Webb Development Co.*”, *Utah Law Review*, Vol. 55, No. 1 (Spring, 1973), pp. 57-74.

商的此类不道德行为。<sup>①</sup>开发商自身理应对业主受到养殖场影响的结果承担责任。

可见，在复杂案件中，并不存在关于何种裁判具有绝对正确性的判准。此时，一个具有德性的裁判者特别需要结合人类善的目的，对各种法律理由进行不偏不倚的权衡，这就势必会涉及法官基于实践理性的善好判断（good judgement）。<sup>②</sup>且不谈大陆法系与英美法系之间的差异性，仅就任何具有法律体系的国家或地区而言，特鲁兰所举的案例事实上隐含了一个容易被忽视的重要法律现实，即法律总是滞后于社会发展，法律不能也不该对接现实生活中的一切具体现象，而法官面对眼前的两难则必须给出确定的答案。在有限的程度上，法官在事实上被赋予了维护共同体福祉的任务。就前文提到的“电梯劝阻吸烟猝死案”的二审情况来看，在法律规范层面，该案的复杂性表现在，对于我国是否存在针对上诉的“禁止不利变更”原则这一点，存在着法教义学上的不确定性。<sup>③</sup>基于案情的复杂性，呈现在法官面前的就不仅是原告和被告之间的权利义务关系，还包括“社会公共利益”。具体而言，这里需要考量的人类善包括维护体面的社会风气、死生亦大的传统观念。但是，对于一个基于矫正正义美德进行裁判的法官而言，一个人“不因自己正确的行为而受惩罚”这一基本的人类善在此案中应当具有相当的分量。<sup>④</sup>

承接前文对权利理论吞噬矫正正义内容的分析，本文之所以要强调矫正正义不能被化约为权利理论的派生概念，正是因为一项权利蕴含着构成人类福祉的基本善，而权利又是证成义务的部分根据。在这个意义上，以“权利”这一中层观念（intermediate notion）构建现代法治，最终是为了围绕“权利”维护社会秩序，从而发挥“权利”具有的保障一种共同生活、共同文化存续的优势，以有效避免“一阶领域”中存在竞争关系的价值的冲突带来的混乱与分歧。<sup>⑤</sup>因此，在拉兹看来，权利对于构建共同生活虽然重要，但并非人类行动的终极理由。甚至权利在特定社会发展阶段必须被更值得保护的人类福祉和利益打破。<sup>⑥</sup>在技术发展随时会对社会结构形成重大革新的时代，法律条文中的权利话语无法为矫正正义保护何种基本人类善这一问题提供所有的现成答案。德性理论当然不会主张可以通过“效用”这一“流通货币”掩盖不同的善之间的异质性，但是，即使不同善之间是不可通约的，也不意味着它们不可比较。<sup>⑦</sup>行动者的生活价值可以为这种比较提供规范性力量，在基本善之间存在“竞争关系”的情况下，哪些事实是相关的、重要的，就成为德性法官在作出判断时的考量因素，这势必要求法官秉承对善好生活的现实关照，作出有具有示范意义的判决，恢复矫正意义上的平等状态。

<sup>①</sup> See Mark C. Modak-Truran, “Corrective Justice and the Revival of Judicial Virtue”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, Vol. 12, No. 2 (Jul., 2013), p. 292.

<sup>②</sup> See Steven Burton, “Law as Practical Reason”, *Southern California Law Review*, Vol. 62, No. 4 (Mar., 1989), pp. 789-793.

<sup>③</sup> 参见严仁群：《禁止不利变更原则之教义学分析——兼评“劝烟猝死案”》，《法商研究》2019年第6期。

<sup>④</sup> 当然，需要指出的是，这一基本善也不是绝对的。它具有相当程度的（pro-tanto）正当性，但是，在特定情形下，也存在被其他基本善胜过（weigh against）甚至取消（cancel out）的可能性。

<sup>⑤</sup> See Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1998, pp. 180-183.

<sup>⑥</sup> See Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1998, pp. 170-171.

<sup>⑦</sup> See Ruth Chang, “Introduction”, in Ruth Chang (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Harvard University Press, 1997, pp. 1-4.

从法官的视角来看,矫正正义的实现要求裁判者“根据一定的价值标准以保证最重要利益的最小损失,作出恰当裁判,并追求法律所要达到的实质正义之内在目标”。<sup>⑧</sup>这也进一步印证了特鲁兰对矫正正义之内容的主张。在复杂和疑难的侵权纠纷中,矫正正义的实现、平等地位的确立离不开法官对人类良好生活的考量,需要仰赖具有实践智慧的法官依据内化的社会规范,根据案件的个别化的、具体化的情形作出恰当的判断,这一点显然并不是一般意义上的自由裁量权可以简单涵盖的。这里需要指出的是,即使认为在特定条件下,法律规则存在相当程度上的欠确定性,也不意味着它失去了指导法官裁判的效用,因为规则制约着美德发挥作用的范围。这同时也意味着,即使我们强调法律权利蕴含的价值在特定情况下会为新的人类福祉与利益让步,我们也要警惕庸俗的特殊主义,因为以特殊主义为出发点的实践理性并不一定指向人类福祉,而可能为个人偏好护航。<sup>⑨</sup>这也就再次凸显了将矫正正义视为一种司法德性的必要性。在恢复平等状态的实践推理中,作为司法德性的矫正正义必须指向人类善的内在目的。<sup>⑩</sup>在这个意义上,我们需要重申矫正正义中的“良好势态”在确定矫正正义实质内容中的角色。一方面,与经济分析诉诸效用这一外在于侵权法实践的目的不同,矫正正义的目的不是工具性的,相反,侵权法的实践本身包含和体现着对矫正正义的实现。这也是探讨侵权法之哲学基础的意义所在,<sup>⑪</sup>作为一项德性的矫正正义本身就包含着对共同善的追求。另一方面,矫正正义是以个体行动者双方的关系为基础的,矫正正义的目的论意涵不能脱离德性的指引,必须建立在尊重个人价值、关照个体差异的基础之上,这与经济分析进路实现社会效用最大化、抹平人格价值的方法存在重要差异。

## 结 语

在目前的侵权法基础理论研究中,经济分析进路与以权利为内核的矫正正义进路呈分庭抗礼之势。然而,正如本文所揭示的,经济分析进路的侵权法理论在事实描述和规范证成上都亟需更有力量的辩护;而矫正正义各主流理论均抽空了该观念的规范意义,并在事实上借助权利理论来填充矫正正义这一外壳。本文认为,借助矫正正义经典学说,在现代德性统一性的知识论前提下,形成德性的矫正正义进路无疑是该当选择。不过,需要指出的是,提出

<sup>⑧</sup> 邓建云、顾乐永:《不可量物侵害补偿制度适用问题探讨》,《法律适用》2013年第2期。

<sup>⑨</sup> 参见[英]奥诺拉·奥尼尔:《迈向正义与美德:实践推理的建构性解释》,应奇等译,东方出版社2009年版,第83-85页。

<sup>⑩</sup> 但这并不意味着德性进路的矫正正义理论是权利进路的矫正正义理论的替代理论,而是说,在社会急剧复杂化和新兴权利层出不穷的时代背景下,德性视角下的矫正正义观可以补充既有理论的漏洞。

<sup>⑪</sup> 从这个意义上讲,本文并不完全赞同特鲁兰的观点。特鲁兰对“作为德性的矫正正义”的解读简单地停留于“向前看”与“向后看”结合的层次。虽然他区分了“向前看”与“向后看”关于何为“善”的不同观点,但是,我们需要进一步厘清矫正正义与经济分析的两种“向前看”的差异。矫正正义体现的目的论是侵权法实践自身价值诉求的一部分,它与经济分析中的外在目的论存在明显的差异,后者的“向前看”维度服务于一个外在于侵权法实践的功能性目的。正如威尔斯所言,即使接受效用主义的考量,“那么,所有的现存规则与侵权裁判实践都必须根据这些效用主义考量重新评价”。从更根本的层面来说,之所以不能混同这两种“向前看”,是因为它们包含的其实是两种存在竞争关系的规范性元理论(normative metatheory)。See Catharine P. Wells, “Tort Law as Corrective Justice: A Pragmatic Justification for Jury Adjudication”, *University of Michigan Law Review*, Vol. 88, No. 8 (Aug., 1990), pp. 2372-2373.

德性理论进路的矫正正义主张并不意在宣称这种进路在理论上的优越性。矫正正义德性说在理论探讨的终极意义上与经济分析进路和矫正正义权利说均存在学术旨趣上的暗合，三者均力求以各自的方式去探索人类善在法学领域实现的可能性。就当前的研究而言，可将德性理论视角的矫正正义论视为矫正正义权利说的一种理论补充。

---

---

**Abstract:** In the studies of the philosophical foundations of tort law, economic analysis and corrective justice are two most important paths of interpretation, and the approach of economic analysis has received considerable support. However, the approach of economic analysis still suffers from some theoretical blind spots and shortcomings. In contrast, corrective justice is an alternative that can compensate for the theoretical omissions of economic analysis. However, there is also a tendency for the mainstream doctrine of corrective justice in tort law to formalize corrective justice, especially as a derivative of deontology, thus neglecting the normative content of the concept of corrective justice itself. Seeking insight from the perspective of virtue theory may be the way out for exploring the substance of corrective justice in the field of tort theory.

**Key Words:** Corrective Justice; Philosophical Foundations of Tort law; Virtue; Human Goods

---

---

[责任编辑: 朱 振 陈越瓿]