

# 論作為侵權法哲學的“亞氏正義觀”及其應用

黃清華\*

## 一、引言

亞里士多德(Aristotle)把正義分為分配正義、矯正正義和威懾正義的觀點(本文簡稱為“亞氏正義觀”)<sup>1</sup>，歷史久遠，影響廣泛而深遠。自亞里士多德仙逝後，兩千多年間，優秀法學家輩出，各種正義觀念不斷湧現。學說上，客觀正義與主觀正義，理性正義、神學正義與法規正義，形式正義與實質正義，實體正義和程序正義，等等，不一而足。在這些正義觀念之中，本文認為，就侵權法理論建設和實踐指引而言，“亞氏正義觀”最具有認識論和方法論意義，在法律評論(或法學研究)、立法實踐和司法審判方面，提供了一種極具思想力量的分析工具和批判武器。

為了培育中國建設公平正義社會所需的法律文化，增強法律公職人員制定良法、實施善治的能力，本文以“亞氏正義觀”在英美侵權法(改革)中的應用為主綫，介紹、分析“亞氏正義觀”在英美等國侵權法理論研究、制度建設和司法實踐中的應用，進而探討其對於中國在侵權法領域追求制度正義和司法正義的思想理論價值。

## 二、“亞氏正義觀”的侵權法哲學含義

在亞里士多德看來，法律體現正義，正義是法律的目的。在“亞氏正義觀”中，分配正義(distributive justice)、矯正正義(corrective justice)和威懾正義(deterrent justice)各有其含義和應用價值。

### (一) 分配正義、矯正正義和威懾正義的含義

分配正義涉及財富、榮譽、權利等有價值的東西的分配，要求“對不同的人(情況)給予不同對待，對相同的人(情況)給予相同對待。”分配正義強調各取所值，按照各自的價值進行分配，正義就是一種比例，一種“幾何比例”。<sup>2</sup>這樣的分配方式即為正義。因此，分配正義基於不平等上的正義。後世學者對於分配正義的理解有所發展。福塞斯(Forsyth)認為，符合正義的分配標準包括五種類型，即按照公平(equity)、平等(equality)、權力(power)、需要(need)和職責(responsibility)這些原則進行分配。<sup>3</sup>

與分配正義相對應，矯正正義強調的是均等，遵循的是一視同仁和“算數比例”。矯正正義認為，如果在行為人與承受者之間形成了不均等，就需要正義來矯正，通過懲罰使其均等，或者剝奪其所得，也就是剝奪行為人所得來補償承受人的所失。矯正的正義就是所得與所失的中間，正如對一條分割不均的綫段，他從較長的綫段取出超過一半的那部分，增加到較短的綫段上去，於是整條綫就分割均勻了。矯正正義涉及對被侵害的財富、榮譽和權利的恢復和補償，要求無論誰是傷害者，也不論誰是受害者，傷害者補償受害者，受害者從傷害者處得到補償，即為正義。因此，“矯正正義基於平等的正義”。<sup>4</sup>

在具體的運用中，亞里士多德舉例：A出資 99 元，B出資 1 元做生意。一年後，除本金後資產再增 100 元，這新增 100 元怎麼分？或者說，如何分配才可以稱得上合乎“正義”？AB是父子與AB是夫妻之間，正義的分配方式是否存在數額上的差距？<sup>5</sup>

\* 英國謝菲爾德大學法學博士、中國綜合開發研究院特聘研究員、首都醫科大學講座教授

按照亞里士多德的說法，存在兩種合乎正義的分配方式。一種分法是A99元B1元，即按照出資額分配；另外一種分法是每人50元。如果A是父親B是兒子，就按照第一種分法，因為父與子地位不平等，不平等的前提決定了差異的平等，差異的平等也是一種正義；如果A是丈夫B是妻子，就按照第二種分法，因為丈夫和妻子對家庭中的作用是被認為是平等的，通過矯正的方法達到一種平等。<sup>6</sup> 因此，在亞里士多德看來，這兩種分配方式體現了兩種正義，第一種為“分配的正義”，第二種為“矯正的正義”。<sup>7</sup>

亞里斯多德的這種正義觀，從政治學的角度可理解為，在不同的社會中，正義的內容是不一樣的。平等的社會多強調矯正正義，而不平等的社會更強調分配正義。威懾正義發軔於犯罪與刑法領域，後逐漸擴展到侵權法領域。威懾正義是以採用懲罰作為一種威懾來阻止犯罪和(或)侵權違法，“要求懲罰應當與罪錯相適應成比例。”<sup>8</sup> 威懾正義觀念的應用有兩個關鍵假設：第一，假設對侵權違法者施加懲罰措施會阻止他們實施進一步的侵權違法行為；第二，對懲罰的恐懼會阻止他們實施進一步的相似的侵權違法。<sup>9</sup> 這一定義表明，威懾正義並不僅僅適用於刑法領域，也是侵權責任法的法哲學基礎。

威懾正義與報復主義(retributivism)常常是截然不同的，後者認為懲罰是違法犯罪的一種必然後果，應當按照違法犯罪的嚴重性(gravity)來“計算”報復措施的力度。<sup>10</sup> 因此，不應當將基於威懾正義的懲罰等同於報復主義。

## (二) 侵權法思維中的“亞氏正義觀”

在亞里士多德那個年代，“法學並沒有從哲學、倫理學、政治學中獨立出來。許多學者，包括亞里士多德都是從政治理論和倫理思想中來闡述自己的法律觀。”<sup>11</sup> 因此，在亞里士多德的著作中，很難找到有關其正義觀在侵權法中如何應用的論述。這為後世學者討論這一話題提供了廣闊的空間。

在中國內地學術界，有學者認為，如果把亞里士多德舉例的正義分類應用到法律領域，那麼分配正義因為是基於不平等上的正義，所以適用於犯罪和刑罰；而矯正正義因為是基於平等的正義，所以適用於

平等地位的當事人之間，適用於違約與損害賠償。<sup>12</sup>

為了說明這一觀點，學者為此舉例，在犯罪與刑罰的場合，例如搶奪與搶劫，“搶奪侵犯的是財產，搶劫侵犯的是生命安全和財產，搶奪的社會危害性因此小於搶劫的社會危害性。因為社會危害性程度不同，兩種犯罪所遭受的刑罰也就不同。刑與罪相適應，體現的就是分配的正義。”而在侵權賠償的場合，以海事為例，“被告船主在暴風雨天氣裏將船固定在原告的碼頭上，被告犧牲了碼頭小的損失挽回了船的大損失。被告雖然是一種緊急避險的行為，但是他仍然要賠償碼頭主的損失。其中的法律理由就在於矯正的正義。船衝撞了碼頭，而不是碼頭衝撞了船，船是碼頭所受損害的原因，這就足以讓船主承擔損害賠償的責任。”<sup>13</sup> 應用法律來矯正這種侵權所導致的不平等，就是一種正義，是一種矯正的正義。

然而，在英美法專業人士的法律思維中，亞里士多德對於正義問題的政治學理解，並不妨礙後人對於具體的法律問題，從分配正義、矯正正義和威懾正義三個維度進行分析。換句話說，無論分配正義、矯正正義，還是威懾正義，都是可適用於違約與損害賠償案件的分析和處理的；而在具體案件中，對分配正義、矯正正義和威懾正義如何理解、解釋和適用，往往成為問題的關鍵。<sup>14</sup> 這與中國內地有的學者認為“矯正正義為過錯責任的法哲學基礎”，“分配正義是嚴格責任的法哲學基礎”，“威懾正義僅適用刑法領域”，存在明顯的認知差別。從某種意義上說，中國內地的侵權法哲學還處於比較初級的發展階段。

其實，主張威懾正義與分配正義和矯正正義同屬侵權法的法哲學基礎，這一觀點在發達國家或地區已有經年。在台灣，王澤鑒教授認為，侵權法的重要機能有二，即填補損害(compensation)和預防損害(prevention)。而威懾正義的法哲學目標主要就是為了預防損害。為此目標，侵權法確立行為人應遵行的規範，並通過損害賠償和懲罰性賠償的實施而威懾侵害行為，以“預防並制裁侵權行為”。<sup>15</sup>

在歐美發達國家，法與經濟學(law and economics)理論更強調侵權法的威懾機能。Prof. Michael G. Faure<sup>16</sup>認為：“……經濟學家傾向於強調侵權法的威懾功能。另外，法學家亦提及此種威懾功能，但更加

重視侵權法的填補損害的目標”，“法學家傾向於關心侵權問題的事後(expost)救濟……而經濟學家則會從事前(exante)的視角觀察侵權問題。”法與經濟學文獻主張，“能夠在一開始就避免侵害的發生才是保護受害人的最佳途徑”，“在一個侵權場合，事後的責任承擔會如何激勵潛在的當事人在事前採取注意措施。”<sup>17</sup>

### (三) 侵權法的經濟分析與“亞氏正義觀”

20世紀60年代以來，“科斯的社會成本理論和卡拉佈雷西的事故成本理論開創了法律經濟學的時代，漢德公式的出現帶來了侵權行為法經濟分析的新思維，而到了波斯納，則把矛頭直指亞里士多德的正義論。”<sup>18</sup>這突出表現在侵權行為法的矯正正義論受到了某些挑戰。

波斯納在他的《法理學》著作中，認為亞里士多德的正義論存在着三個方面的缺陷<sup>19</sup>：首先，矯正正義認定不當行為的受害人有權力啟動由法官操縱的矯正機器。而在波斯納看來，這是古代社會復仇的相近替代物，是一個多餘的陳腐的正義概念。其次，矯正正義不考慮受害人和侵權行為人的特點和社會地位，也就是“不考慮個人的特點”。波斯納認為，這種正義實際上是一種形式的正義，而不是一種實質的正義，結果與法律的實踐並不相符，也並未真正實現正義。最後，波斯納認為矯正正義是一種自然法，從這個正義的觀念，後代的學者延伸出了西方法律同等對待的法治概念，而按照波斯納的一貫看法，他對於法治概念持否定的態度。

波斯納奇怪亞里士多德為甚麼“被看作是一種進步，並且多少世紀以來一直有反響”？並認為亞里士多德的正義論是“貧瘠”的；而在《法律經濟分析》和《正義的經濟學》等著作中，波斯納試圖用成本—效益的經濟學公式解決侵權法的問題，把道德問題轉化為經濟資料的計算。<sup>20</sup>

然而，波斯納的這些觀點和嘗試，實際上並沒有也不可能成為英國侵權法教科書的主流觀點，“亞氏正義觀”所代表的道德判斷和價值判斷，仍然主宰英美侵權法的基本思維<sup>21</sup>，“成本—效益”分析等經濟學公式只是在方法和技術層面，為人們在工業化等某

些複雜的環境下，判斷行為人是否存在過失或者過失程度或者計算損害賠償數額的一種分析工具，並不能替代“亞氏正義觀”三分框架的侵權法分析思路。

究其原因，在社會人文科學的領域，亞里士多德仍然是諸多學科受人尊重的權威。其理由也許是人文科學尚未達到數理和自然科學認識的水準，也許是人文科學永遠不能夠成為精確的科學，也許是人類無法真正地科學地認識自身。一個科學主義者會在法律科學的領域寄希望於將來的人類智力，一個懷疑論者則會對法律科學感到絕望。不管怎樣說，只要科學不能夠完全征服法律領域，亞里士多德的名字就會幽靈閃現般地出沒於法律學的文獻。<sup>22</sup>

下文以例證說明和演示，“亞氏正義觀”的這些法哲學原理在有關侵權責任法的法學研究(評論)、法律制度建設和司法裁判中，都具有很高的應用價值，是指導侵權責任法理論建設、制度創新和司法實踐的分析工具和批判武器。

## 三、“亞氏正義觀”在英美侵權法中的應用

### (一) 用於法律評論

在侵權責任法領域，“亞氏正義觀”首先是法律制度評論中的分析工具。下文以對醫療過失責任法的評論為例，予以說明。

在英美近代侵權法中，依據自由主義、理性主義和私法自治原則，形式上自由平等的個人可以根據自己的意思，通過民事法律行為追求自己的最大利益。由此發生的損害，亦應由個人對自己的行為承擔責任，即過失責任。過失責任是近代民法的三大原則之一，被認為具有邏輯力量、道德觀念、社會價值及人類尊嚴四種價值，並具有淳化道德風尚、確定行為標準、預防損害發生、協調利益衝突四種功能。<sup>23</sup>

基於過失責任原則，近代醫療領域實行過失損害賠償被廣泛地接受為一項基本的醫事法制度。<sup>24</sup>根據這一法律制度，在醫療過程中受到損害的病人若能證明損害存在和醫療過錯，並且這種損害與醫療過錯之間具有某種因果聯繫，那麼，醫療過錯責任人對此負有相應的賠償責任。然而，20世紀70年代以來，英

美等發達國家法學界和/或醫學界，運用“亞氏正義觀”觀察、思考和分析生活中的法律運作(law in practice)，逐漸認識到，在醫療領域，過失責任法遠非想像的那樣完美。

首先，醫療過錯賠償責任強調過錯和因果關係的證明，由此帶來了分配正義問題。因為它可能對原告造成相當大的困難。基於過錯責任，賠償不是根據損害或需要，而是按照贏得案件的能力(例如，能夠證明被告的過失)進行分配的。其實，多數病人很難獲得醫生願意作為專家證人的服務與證詞。過失賠償責任的這種缺陷造成了兩個社會問題：一是只有不足20%到30%人遭受醫療損害的病人，可通過醫療侵權訴訟獲得賠償，其成功率比其他人身傷害訴訟明顯較低；二是該制度不僅在賠償分配上是一種很不準確的法律機制，類似的醫療傷害在損害賠償上結果可能會差異很大<sup>25</sup>，而且，其運作效率同樣也是極低的。

第二，侵權責任法的威懾正義在醫療過錯訴訟中也難以實現。作為一種對抗性的法律程序(adversarial legal process)<sup>26</sup>，醫療過錯訴訟極易產生一種積極的反效果(counter-productive)，從而為不報告、掩蓋錯誤或舞弊的醫療行為提供了一個明確的動機。因此，傳播事故原因的資訊很少，沒有人可以從中吸取教訓，其他病人則可能接觸到或暴露於相同或類似的(臨床)風險。當病人診療情況出錯時，這種對抗性的法律程序也促使醫生和衛生當局很少將真相告訴病人及其親屬。其結果，醫患雙方之間的猜疑更加激烈，當事人之間缺乏合作常常比其他許多領域的訴訟更為嚴重。此外，索賠的財務影響並不易被那些犯醫療錯誤的人感受到。

第三，醫療過失責任法也很難達到法律矯正正義的目標。就侵權責任法而言，法律矯正正義的目標在於及時填補被侵權人遭受的損害。然而，醫療過失賠償通常須經歷一個漫長而昂貴的訴訟程序。例如，在英國，為解決索賠的平均時間為4年<sup>27</sup>；而且，訴訟成本與醫療過失損害賠償尤其存在過高的比例失調，特別是對於那些小額索賠案件。在美國，醫療過錯賠償責任將近60%的賠付被用於營運支出(主要是法律服務費)，是勞工工廠工傷賠償—經費比率的兩倍。<sup>28</sup> 這種漫長而昂貴的訴訟過程給參與其中所有的

人帶來的，極可能是長期的痛苦和不愉快的記憶。

基於“亞氏正義觀”的上述批判和分析，以英美為代表的發達國家對醫療過失責任法律制度逐漸開始了侵權法社會化改革，以期實現制度正義。

## (二) 用於法制改革

制度正義作為法律科學面臨的首要問題，是英美法系侵權法改革的內在動因。“亞氏正義觀”正是推動這場改革的一個重要思想武器。這是因為，由分配正義、威懾正義和矯正正義所構成的法律正義觀，作為衡量、評價侵權法律制度正義性的三個維度，已被英美法學界普遍接受。<sup>29</sup> 在侵權法制度的改革與重建中，評價各項侵權責任法律制度的客觀效果，從而為相關社會難題尋救更好的解決方案，當然也離不開這三個分析維度。下文仍以醫療過失責任法在發達國家的兩次改革與發展為例予以說明。

在醫療領域，侵權法改革在英美法系國家已經歷了兩個發展階段：第一階段(1970-2004年)從過失賠償過渡到無過失補償，其標誌性事件是新西蘭無過失醫療傷害補償計劃(no-fault compensation scheme for medical injuries)的頒佈實施。第二階段(2005至現在)從無過失補償發展為一種深刻社會化的“組合方案”，其標誌性事件是美國2005年《病人安全法》(*The Patient Safety and Quality Improvement Act 2005*)的頒佈和次年英國《國民保健服務申訴法》(*NHS Redress Act 2006*)的出台。這兩次變革，都反映出“亞氏正義觀”思想力量的推動作用。

### 1. “亞氏正義觀”在第一階段的推動作用

在過失賠償過渡到無過失補償階段中，為實現社會正義，體現對弱者的保護和對人自身的終極關懷，許多國家如新西蘭、瑞士和美國弗吉尼亞州和佛羅里達州等將無過失責任引入醫療損害處理中，對醫療損害實行無過失補償。

所謂無過失責任，是指當損害發生以後，既不考慮加害人的過失，也不考慮受害人過失的一種法定責任形式，其目的在於補償受害人所受的損失。“無過失責任之基本思想乃是在於對不幸損失之合理分配，即Esser教授特別強調之‘分配正義’。”<sup>30</sup>

各國無過失醫療傷害補償計劃(no-fault

compensation scheme for medical injuries)有如下共同特點：①所有計劃都有因果關係或可用性測試。新西蘭和瑞典包括類似於英國過失侵權使用的博萊姆測試(the Bolam test)的疏忽測試；②要獲得補償，病人醫療損傷的程度必須達到規定的最低水準(這往往是參照殘疾或住院天數決定)；③關於補償，存在類型限制，例如，痛苦不予補償，補償上限水準亦有限制，補償金額通常比英國法院判決的要低；④“無過失補償”計劃發揮“充值(top-up)”的作用，經濟補償的主要來源是保險金、保險金收益支付或適用於國家資助的醫療照護(benefits or state funded care)。⑤限制獲得補償者向法院提起訴訟。<sup>31</sup>

相對於傳統的醫療過失責任制度，無過失補償制度具有某些優勢，一定程度上實現了社會弱者對分配正義的期盼：①通過消除在法庭上解決醫療疏忽、過錯爭端的需要，加快了案件的解決；②增加了原告獲得補償的確定性；③減少了臨床醫師與病人之間的衝突；④降低了處理每個案件的行政和法律費用；⑤臨床醫師更願意(接受)。<sup>32</sup>

然而，研究顯示了無過失補償制度的缺點可能會更多，威懾正義和矯正正義同樣難以實現和保障：①將很難將疾病的自然轉歸與一個錯誤的診斷和治療區分開來，顯然不利於從錯誤的診療中學習；②導致基於診療護理標準的醫療問責制的不足或缺乏<sup>33</sup>；③醫療總費用高於過錯賠償責任(a fault-based liability)制度下的醫療運行，因為可能提出索賠的人數將明顯增加；④為了保持費用在可負擔的範圍內，授予的補償額可能減少到一個不可接受的水準，如補償不足，個人可能不得不轉向申請國家救濟；⑤一個無過失補償計劃本身並不能保證原告得到釋疑或道歉，而這往往是許多病人(家屬)十分看重和需要的；⑥無過錯補償方案的引進是否將限制運用法庭(解決爭端)，以及由此帶來的(負面)影響，也引起了一定程度的關切。

以上說明，醫療過失責任法律制度第一輪改革，雖然一定程度上改善了分配正義問題，但威懾正義和矯正正義的社會目標仍然難以實現。這就為醫療過失責任法律制度更深刻的社會化改革埋下了伏筆。

## 2. “亞氏正義觀”在第二階段的推動作用

為了實現矯正正義的目標，美國於2005年7月

頒佈《病人安全法》，鼓勵公眾(包括病人、家屬和醫務人員)自願和保密的病人安全事件的報告，標註着聯邦政府致力於促進病人安全文化建設，強調病人安全事件和(或)醫療差錯資訊的“主動報告、公開、透明和同業間交流，主張從錯誤中學習，從而避免自己和同業者再犯”<sup>34</sup>，以消除傳統侵權法在醫療領域客觀上形成的責備文化的不良影響，朝侵權法的社會化邁出了一大步。

受其影響，英國華納勳爵經過仔細權衡無過錯賠償方案的利弊後，為了徹底實現“亞氏正義觀”，於2005年11月向上議院建議引入一個國民保健服務申訴條例法案(*NHS Redress Bill*)，對患者的醫療損害作出補救，啟動了醫療侵權法第二輪改革。<sup>35</sup>該法案並提出了一種“組合的方法”，其突出特點是侵權法深刻而堅實的社會化，為的是既克服過錯侵權責任的缺點，又彌補無過錯補償的不足，以期在醫療傷害問題上能實現分配正義、威懾正義和矯正正義，代表英國醫療侵權責任法的發展趨勢。

該法案2006年獲得通過成為英國一項頗具影響的成文法，要點包括：①建立一個國民保健服務(national health service，也譯為國家衛生服務)補救計劃，適用於國民保健服務出現醫療差錯時的調查、補救治療、康復和護理、解釋和道歉，以及某些情況下的經濟補償。

②國民保健補救計劃應對神經功能損害嚴重的嬰兒，包括嚴重腦性麻痺者，採取照顧和賠償補救措施，其他有關機構應考慮為無論何種原因神經功能嚴重受損和肢體殘疾兒童，提供更方便的高品質但成本較低的設施；③應在國家一級建立經營和管理國民保健救濟計劃之經濟補償費用的國家機構；④經過一段合理時間後，經評估應考慮提高經濟補償標準，將這一計劃擴展至一個更高的補償門檻(monetary threshold)。⑤病人或其親屬有權選擇通過訴訟追究或向國民保健計劃申請救濟。然而，病人接受該補償計劃後，將不能夠對同一損害再訴至法院；⑥對國民保健服務投訴事件進行分析檢討後，應及時設置新的診療護理標準；⑦應向國民保健服務人員在投訴的溝通方面提供培訓，內容包括從最初的投訴，到向病人和家屬提供解釋和調解等解決方案。；⑧應發展人身傷

害(包括由醫療事故引起的)的有效康復服務(rehabilitation services)；⑨通過立法，防止醫生的資訊披露和道歉(dislosures and apology)被用於作為針對他們的訴訟證據；⑩制定病人安全法，為報告給指定的病人安全機構的資訊的提供法律保護；⑪開展對醫療責任制度替代方案的示範專案，促進病人的安全和透明，並為受傷的病人提供迅速補償(swift compensation)；⑫鼓勵調解和早期提供解決方案的持續發展；⑬禁止私密和解(confidential settlements)和所謂的“保密條款(gag clauses)”；⑭提倡由法院指定的獨立專家證人，以減輕專家證人證詞(expert witness testimony)的偏見。

《病人安全法》和《國民保健服務申訴法》第1、2、3、5、9、10和11條措施，顯示出典型的醫療過失責任法社會化傾向，即以社會(立)法或人權法的理念、原則和方法對醫療過失責任法進行改造，謀求患者利益與醫療行業利益、個人利益與社會利益的調和。如果將它們置於更高的位置上和更廣闊的視野下考量，其意在於探討如何在醫療領域全面實現侵權責任法應有的分配正義、威懾正義和矯正正義，不僅防範各類醫療過失，而且及時化解因各種原因產生的醫療傷害引發的社會矛盾，從而實現社會正義。

過錯侵權責任法的發展脈絡清晰地顯示，“亞氏正義觀”是推動侵權法改革的強大思想力量。英美侵權法的這種變革，典型地表達了英美法不是要把民法學做成“形而上”的“學問”，醉心於法典的結構、條文的嚴密、概念的演化，而是要服務於“形而下”的目標，即以最符合正義的方式方法解決民事事某一領域的社會問題，這樣一種顯著特點。

### (三) 用於司法實踐

“亞氏正義觀”不僅是推動(侵權)法律制度改革與發展的重要理論武器，對於處理侵權與損害賠償等民事司法中的疑難案件，也具有極強的應用價值：在法無明文規定或無先例可循的情況下，運用它可以回答如何根據正義原理科學地處理疑難的民事案件，以此駕馭法官的自由裁量權，這樣一個具有普遍方法論意義的司法問題。

鑒於這個問題的特殊重要性，現以 *McFarlane v.*

*Tayside Health Board*(1999)案，來說明英國上議院(House of Lords, 最高法院)如何運用“亞氏正義觀”這一現代民事司法應有的正義內涵裁判案件。

本案中，被告方的醫生，根據一份錯誤的關於原告(Mr McFarlane)生殖能力的檢驗報告，告知原告其所接受的輸精管結紮術(vasectomy)已有效地阻斷了他的生殖能力。事實上，該項手術失敗了，原告仍能正常生育。由於該醫生的錯誤建議，原告不再避孕。結果，原告又添了一個他並不希望生育的孩子。於是，原告訴請被告(Tayside Health Board)支付養育孩子至成年人的全部費用。官司一直打到上議院。

英國上議院認為，因無先例可循，本案法官行使自由裁量權的核心問題，在於如何理解和適用“亞氏正義觀”：矯正正義意味着本案被告有義務承擔養育這個原告並不希望生育的孩子長大成人的全部費用。分配正義要求社會成員之間公平地分配負擔、損失和風險。根據分配正義的原理，原告難以勝訴。“為甚麼呢？因為孩子的出生正是我們所有人不得不承擔的風險之一：一些夫婦求子而不得，另一些夫婦不想要卻得之。這就是生活！”威懾正義要求“罰當其錯”，即懲罰應當與罪錯相適應成比例。本案如要求被告承擔這個額外出生的孩子長大成人的全部費用，則顯然超出了醫生過失的程度。

基於上述分析，英國上議院認定被告對違背原告意願的懷孕和孩子出生帶來的痛苦和經濟損失負有義務應予賠償，但對原告孩子出生後長大成人的撫養費並無義務，應不予賠償。因此，本案在對正義原則的具體考量中，基於分配正義和威懾正義的觀點，戰勝了基於矯正正義的觀點。本案是在“亞氏正義觀”層面對現代侵權與損害賠償領域司法實踐進行科學分析的經典案例。

該案的經典意義在於，在侵權與損害賠償領域，立法通常總是滯後於司法實踐，強調民事司法中的科學精神就顯得特別重要。以科學精神貫徹民事司法政策，要求裁判者在立法滯後的情況下，善於應用“亞氏正義觀”的一般原理、原則受理並裁判案件；但凡存在受損的民事權益，即存在民事司法救濟的必要性；但凡遇到法無明文規定的案件，裁判者有義務運用“亞氏正義觀”的一般原理、原則裁判案件，定紛

止爭，使紛爭回歸文明秩序。

因此，在侵權損害賠償司法實踐中，善於運用分配正義、威懾正義和矯正正義這種正義觀三分法分析、處理司法案例，對於強調私權的私法保護，對於合理救濟受損的權利，具有方法論意義。

#### 四、以“亞氏正義觀”反思中國的侵權法問題

以上關於“亞氏正義觀”作為英美法系國家侵權法哲學的內涵及其在法律評論、制度建設和司法裁判中的應用情況，提示我們在法哲學理論建設上，重視“亞氏正義觀”對於中國侵權責任法理論建設和立法與司法實踐的指導意義，將其作為一種強大的思想力量、分析工具和批判武器。

##### (一) 以“亞氏正義觀”分析中國侵權法問題

首先，應當重視“亞氏正義觀”對於完善侵權責任法的作用。中國《侵權責任法》的頒佈實施，從法學發展階梯的角度來看，只是初步搭建了一個侵權責任法律制度的“架子”。這個“架子”中已有的各種具體法律制度，如醫療損害過錯責任制度，在中國是否確實具有“淳化道德風尚、確定行為標準、預防損害發生、協調利益衝突”四種功能，需要運用“亞氏正義觀”觀察、分析其實際運作，以某種法律上可行的定性和/或定量的研究方法，從分配正義、矯正正義和威懾正義的角度，考察各種具體的侵權責任法律制度是否確實能實現，多大程度上能實現，以及如何才能實現其所追求的公平正義，這一侵權責任法的核心目標。這個“架子”中還沒有建構的法律制度，例如侵害債權制度和可普遍適用的懲罰性賠償制度<sup>36</sup>，是否應當及時補建，同樣需要運用“亞氏正義觀”觀察問題、分析問題並解決問題。以是否應當及時建立可普遍適用的懲罰性賠償制度為例，對這個問題的爭論和思考，從法哲學的層面來看，涉及對中國侵權責任法的功能定位，即除了填補損害實現矯正正義、協調利益衝突實現分配正義的功能以外，中國侵權法是否應當對“違反誠信和公平交易的默示義務”，“故意

地實施不道德的行為”<sup>37</sup>實施懲罰以實現其威懾正義的功能。只有解決好這些頂層價值取向問題，才能較好地完善中國的侵權責任法。

其次，應當善用“亞氏正義觀”分析某些司法現象。近年來，某些地方法院出現了一種限制民眾訴訟權利的現象。例如，有些法院自行規定：不受理因為拆遷引起的糾紛，不受理因為征地引起的糾紛，不受理因為證券欺詐交易引起的糾紛，不受理……，不受理諸多類型的官民糾紛，等等。<sup>38</sup>這些不被受理的糾紛，絕大多數涉及侵權和損害賠償問題，按照“亞氏正義觀”來分析，其本質就是法院在丟失或放棄正義的守護功能，模糊人們的道德判斷，侵害社會的善良風俗，未能從司法(程序)上維護和諧社會建設必需的分配正義、矯正正義與威懾正義。因此，這種丟失或放棄，不論出於何種原因，也不論是被迫還是自願，其社會效果都是難如人意的。長此以往，就是在累積社會動盪風險因素。

第三，應當善用“亞氏正義觀”裁判具體案例。在對具體案件的裁判中，一些法官欠缺運用“亞氏正義觀”分析、裁判案件的能力。表現為審理具體案件時，常常機械地適用法律條文和(或)司法解釋，因而，案件的裁判結果可能符合司法形式正義的要求，卻背離了司法追求實質正義的目標。

這種現象，在那些惡意欠薪、惡意拖欠小額貸款等債務案件中，頗為常見。之所以稱之為“惡意拖欠”，是因為這類案件債務人對於到期債務應該支付、能夠支付而出於賴帳的動機拒不支付，在法理上屬於“違反誠信和公平交易的默示義務”，“為了一個不誠信的目的，故意地實施不道德的行為”，其本質是侵害交易對方的債權。因此，這類案件形式上是合同糾紛，實際上卻演變成侵權問題。有一種觀點認為“惡意拖欠適用侵權責任，與中國侵權責任法保護範圍相悖”。惡意拖欠“不是侵權法問題，而是訴訟法之費用負擔一般問題”。這一觀點正確與否值得認真討論。簡言之，第一，通過完善訴訟法之費用負擔制度，既不能完全有效地解決“惡意拖欠”侵害債權問題，也不能從制度建設層面完善我國侵權法追求“公平(交易)”的經濟價值和“誠實信用”的社會價值。第二，中國侵權法的實然不等於它的應然。因

此，可通過完善《侵權責任法》解決惡意拖欠問題。第三，如果承認美國法將合同關係的一方“違反誠信和公平交易的默示義務”的某些行為升格為侵權法問題具有合理性，為甚麼不借鑒呢？如果善用“亞氏正義觀”進行分析，就應當從法院維護公平正義的一般職能出發，在現行中國私法制度框架下，依據民法公平和誠實信用的法律原則（中國《民法通則》第4條），判令被告承擔相應的侵權責任。這樣可以積極有效地防控各種“惡意拖欠”行為。

以上說明，對於中國侵權法及其實踐的觀察和評論，“亞氏正義觀”同樣具有強大的思想力量，是很準確的分析工具和很有力的批判武器。

## （二）案例實證

為了把以上觀點講透，下文以故意侵害財產權和過失侵害人身權的真實案例予以說明。

### 1. 故意侵害財產權案例

以惡意拖欠小額貨款案為例，在湖南衡陽王某訴廣東東莞張某支付手工藝品貨款人民幣 5,300 元一案中<sup>39</sup>，被告張某依約應當在收到原告交付的手工藝品之日起一個月內付清全部貨款。但被告認為王某一名弱女子，且遠在異鄉，出於賴帳的動機，在完全有支付能力的情况下，被告既不支付貨款，也不返還原告貨物近兩年之久。其間原告多次電話催要無果。為追討這筆貨款，原告不得不遠赴東莞找被告商談、請律師、起訴、開庭、申請執行，前後往返四次，最後通過法庭獲得的貨款加延遲支付的利息損失，在扣抵維權支出後，僅剩 1,000 元左右。當原告王某向筆者訴說其對於司法的認識和感受時，充滿着疑惑、無奈和不信任，認為本案所涉法律和判決結果，均不能有效維護公平正義。

運用“亞氏正義觀”分析本案案情及其判決，可以認為被告的“惡意拖欠”行為，不僅侵害原告的合法債權，而且明顯地“違反誠信和公平交易的默示義務”，為社會一般道德觀念所不容，應當受到能夠滿足分配正義、矯正正義和威懾正義要求的民事侵權制裁。這樣才能有效防控諸如此類的“惡意拖欠”行為，才能實現維護誠信與公平交易的社會政策目標。然而，受案法院將這一案件僅僅當作一起買賣合同糾

紛處理，只是要求被告償還貨款和按同期存款利息計算的貨款延遲支付造成的原告損失。<sup>40</sup> 這種判決的司法效果和社會效果所及，一定程度上導致當前社會心理對民事司法的某些疑惑、無奈和不信任，民事司法的公信力受到損害。

從法理上分析，這種判決明顯地忽略了處理故意侵權案件應當考慮的矯正正義與威懾正義問題，實際上揭示出中國侵權責任法立法上的不完善，以及民事司法上的嚴重不足。

在立法層面，中國《侵權責任法》應當完善侵害債權的法律制度。由於被告的拖欠行為沒有任何正當理由，本案的性質已由合同之債轉化為侵權之債，即在已有的合同之債基礎上，被告的惡意拖欠行為對原告的合法財產權另構成一個侵權之債。原告不僅有權依合同之債要求被告支付貨款，以及按貸款利息計算的貸款利息損失，而且有權依侵權之債要求被告賠償因不守誠信行為造成的經濟損失，包括為追討貸款數次往返湖南和廣東兩地的費用，用以填補原告因此遭受的經濟損失；此外，在填補性損害賠償金不足以懲罰被告、遏制其他潛在侵權人、表明法院對這種行為的否定態度這些場合，原告還應有權依維護誠信與公平交易的社會政策目標的要求，向被告主張懲罰性賠償。這是美國法上不守誠信訴訟(bad faith lawsuit)<sup>41</sup>給我們的一個法理上的啟示，值得中國立法機構借鑒。有一種觀點認為，中國民法繼受大陸法系民法的制度和制度文化，因而對於在侵權法中能否引進美國法上不守誠信侵害債權的賠償制度表示懷疑。這種觀點認為，以“正義觀反思我國侵權法問題時，作者不能忽略我國已形成的大陸法系侵權法的體系現狀而主張借鑒英美法立法思想，免使法律有失體系”。本文認為，中國民法現代化的過程，應當採取為我所用的靈活態度，致力於解決經濟和社會生活中突出的法律問題，而不應當拘泥於大陸法系思維定勢和成法。為此，在私法領域，要擺脫中國學員(含學生、律師和教師等)研習民法法系國家的法律譯文譯著，而民法法系國家的學員則研習英美法系國家的法律原文原著，這樣一種被動局面。<sup>42</sup>

然而，中國《侵權責任法》對於像類似本案被告這樣的不守誠信行為，缺少相應的處理機制，既導致

原告訴請被告賠償因追討貸款產生的各種合理開支的請求難以得到支持，以致矯正正義無法實現；又導致原告主張懲罰性賠償以實現對被告“惡意拖欠”行為的威懾正義於法無據。因此，本案的判決結果，使守法守約的人遭受損失的同時，卻使不守誠信違反公平交易原則的人佔盡便宜。這說明中國《侵權責任法》需要建立並完善侵害債權的法律制度。

在司法層面，本案判決提示在民事審判中如何引導、規範法官能動地行使審判權，是一個急待解決的具有重要現實意義的法律問題。當前，一些法官缺乏運用“亞氏正義觀”分析、處理侵權與損害賠償案件的能動性、願望和水平，導致不少民商事案件的判決結果難以實現個案具體的正義和社會妥當性。因此，似有必要通過司法制度建設，引導法官在涉及民事侵權與損害賠償案件的審判時，運用“亞氏正義觀”分析、處理原告與被告訴爭的問題。這應是規範、指引法官能動地行使審判權的一個重要方面，值得重視。

## 2. 過失侵害人身權案例

運用“亞氏正義觀”的三維分析框架，不難發現實際運作中的中國大陸醫療過失責任制度同樣難以實現其應有的分配正義、矯正正義和威懾正義。例如，因醫療過錯嚴重腦癱的患兒，中國損害賠償的額度曾出現過從幾萬元到一百多萬元的巨大差別。2000-2010年天津、湖北、江西和廣東發生的數起腦癱患兒醫療索賠案可予證明。這說明實施中的醫療過失責任制度存在分配正義問題。當前，中國醫療過失責任糾紛居高不下，《侵權責任法》實施後接二連三、此起彼伏、愈演愈烈、不斷升級的醫鬧暴力事件，醫患關係中公知的“砍殺門”、“錄音門”、“棄嬰門”、“八毛門”事件，說明侵權責任法應有的分配正義、矯正正義和威懾正義功能並沒有在中國大陸醫療領域得到貫徹和實現。因此，必須嚴肅思考中國醫療過失責任制度的發展方向，解決其何去何從問題。建議參照美國《病人安全法》和英國《國民保健服務申訴法》的相關經驗和制度。

總之，在民事侵權與損害賠償領域，善用“亞氏正義觀”分析、思考問題，對於中國侵權責任法的完善和民事司法正義功能的實現，均具有重要意義。

## 五、結語

“亞氏正義觀”歷時二千餘年，長盛不衰。時至今日，在以侵權法為重點的民商法領域，“亞氏正義觀”能得到英美法系國家法學界的普遍認同和廣泛應用，說明它是關於正義問題一種好的理論和方法。它好就好在具有合理性和科學性，能將一般化的正義理念轉化為追求制度正義和司法正義的思想力量、分析工具和批判武器，對於民商法領域實現立良法、行善治，仍具有極強的指導意義。

究其原因，現代民商法由追求形式正義轉而追求實質正義，由追求抽象的完美轉而追求具體的經濟技術性和實用性，注重法律實施的效果，強調“好的法律應該提供的不只是程序正義”<sup>43</sup>，而“亞氏正義觀”對實質正義所作的三分法解構，在民事侵權與損害賠償領域正好可用於建構民商事立法和司法中的實質正義，可滿足社會對於追求實質正義的需要。

當前，中國正在着力建設和諧社會。在法律人看來，和諧社會就是在立法和司法環節都能體現公平正義的社會。如何運用科學的、好的正義觀指導中國的立法和司法實踐，顯然不只是一個理論問題，它關係到國家的穩定與發展，關係到每一個身在其中願思考的人對社會和國家的認同度。

建議從四個途徑將“亞氏正義觀”融入中國《侵權責任法》的立法完善和司法實踐之中：其一，在法哲學層面，通過民法/侵權法教科書明確分配正義、矯正正義和威懾正義均為中國《侵權責任法》追求的價值；其二，在立法層面，為彌補現行《侵權責任法》對“故意地實施不道德的行為”缺乏威懾力量之不足，應在《侵權責任法》之中建立一種可普遍適用的懲罰性賠償制度，通過民事罰款的方式制裁那些社會一般道德觀念不能接受的“違反誠信和公平交易的默示義務”的行為；其三，《侵權責任法》修訂之前，最高人民法院可通過對《民法通則》第4條的司法解釋，將“亞氏正義觀”的法哲學含義貫徹其中；其四，最高人民法院和各高級人民法院可在其管轄範圍內發佈能夠貫徹“亞氏正義觀”的指導性案例。

## 註釋：

- <sup>1</sup> 國內有的學者認為亞里斯多德的(特殊意義)正義觀，僅指分配正義和矯正正義，沒有包括威懾正義，是一種誤解。
- <sup>2</sup> 亞里斯多德：《尼各馬可倫理學》，苗力田譯，北京：中國社會科學出版社，1990年，第85-88頁。
- <sup>3</sup> Forsyth, D. R. (2006). Conflict. In Forsyth, D. R. (2006). *Group Dynamics* (Fifth Edition). Belmont: CA, Wadsworth, Cengage Learning. 388-389.
- <sup>4</sup> 亞里斯多德：《政治學》，吳壽彭譯，北京：商務印書館，1965年，第232-234頁。
- <sup>5</sup> 徐愛國：《分配正義與矯正正義》，載於《法制日報》，2007年12月9日。
- <sup>6</sup> 同上註。
- <sup>7</sup> 同註2。
- <sup>8</sup> Dugdale, A. M., V. E., Bermingham and M. P., Furmston (2002). *'A' Level Law* (Forth Edition). London: Butterworths. 286.
- <sup>9</sup> Summerfield, M. Evolution of Deterrence Crime Theory. 18<sup>th</sup> May, 2006.
- <sup>10</sup> *Ibid.*
- <sup>11</sup> 蔣清華：《論亞里斯多德的法律思想》，載於法律資訊網：<http://law.law-star.com/cac/25004463.htm>，2014年8月23日。
- <sup>12</sup> 同註5。
- <sup>13</sup> 同上註。
- <sup>14</sup> *McFarlane v. Tayside Health Board* (1999) 3 WLR 1301.
- <sup>15</sup> 王澤鑾：《侵權行為》，北京：北京大學出版社，2009年，第8頁。
- <sup>16</sup> 荷蘭馬斯特里赫特大學法學院法與經濟學方向著名學者。
- <sup>17</sup> Dute, Jos et al. (2004). *No Fault Compensation In The Health Care Sector*. New York: Springer . 7.
- <sup>18</sup> 徐愛國：《亞里斯多德法律正義論的思想史探索》，載於《中外法學》，2004年第4期，第20-29頁。
- <sup>19</sup> 同上註。
- <sup>20</sup> 同上註。
- <sup>21</sup> Harpwood, V. H. (2005). *Modern Tort Law* (Sixth Edition). London: Routledge-Cavendish. 240-242. Also see Michal June (2008). *Torts* (Eighth Edition). Oxford: Oxford University Press.
- <sup>22</sup> 同註18。
- <sup>23</sup> 王澤鑾：《民法學說與判例研究(二)》北京：中國政法大學出版社，1996年，第145-146頁。
- <sup>24</sup> Studdert, D. M., Michelle M., Mello, and Troyen, A. Brennan (2004). Medical Malpractice. *The New England Journal of Medicine*, Volume 350, Number 3. 283-292.
- <sup>25</sup> McHale, J. and Marie Fox (2007). *Health Care Law: Text and Materials* (Second Edition). London: Sweet & Maxwell。這一現象在中國同樣存在。例如，因醫療過錯嚴重腦癱的患兒，中國損害賠償的額度曾出現過從幾萬元到一百多萬元的巨大差別。2000-2010年天津、湖北、江西和廣東發生的數起腦癱患兒醫療索賠案可予證明。
- <sup>26</sup> McHale, J. and Marie Fox (2007). *Health Care Law: Text and Materials* (Second Edition). London: Sweet & Maxwell. 218.
- <sup>27</sup> Meclean, A. D. (2002). *Medical Law*. Oxford: Oxford University Press. 16.
- <sup>28</sup> Phillips, R. L. et al. (2004). Learning from Malpractice Claims about Negligent, Adverse Events in Primary Care in the United States. *Qual Saf Health Care*, Volume 13. 121-126.
- <sup>29</sup> Studdert, D. M., Michelle M., Mello, and Troyen, A. Brennan (2004). Medical Malpractice. *The New England Journal of Medicine*, Volume 350, Number 3. 283-292; Meclean, A. D. (2002). *Medical Law*. Oxford: Oxford University Press. 16.
- <sup>30</sup> 王澤鑾：《民法學說與判例研究(二)》，北京：中國政法大學出版社，1996年，第162頁。

- <sup>31</sup> McHale, J. and Marie Fox (2007). *Health Care Law: Text and Materials* (Second Edition). London: Sweet & Maxwell. 217-222.
- <sup>32</sup> *Ibid.*, 224.
- <sup>33</sup> For this reason, the scheme in New Zealand incorporates tests of “medical mishap” and “medical error” for maintaining “reasonable standard of care and skill”. See McHale, J. and Marie Fox (2007). *Health Care Law: Text and Materials* (2<sup>nd</sup> Edition). London: Sweet & Maxwell. 224.
- <sup>34</sup> 黃清華：《維護市場經濟法治精神須完善合同法——剖析深圳“問題商鋪”買賣合同案》，載於《海峽法學》，2013年第1期，第71-77頁。
- <sup>35</sup> McHale, J. and Marie Fox (2007). *Health Care Law: Text and Materials* (Second Edition). London: Sweet & Maxwell. 224-230.
- <sup>36</sup> 同註 34。
- <sup>37</sup> Harrington, S. and Gregory Niehaus (2003). *Risk, Management and Insurance* (Second Edition). New York: McGraw-Hill/Irwin. 268.
- <sup>38</sup> 秋風：《法院無公信，信訪死結仍難解》，載於《東方早報》，2010年4月20日，第2版。
- <sup>39</sup> 這是筆者2006年在廣東外語外貿大學法律英語系訪問學習時聽到的一個真實案例。原告當時也在該校學習英語，她向筆者陳述案情是為了表達其對訴訟經歷的感受。
- <sup>40</sup> 中國《合同法》第112條規定：“當事人一方不履行合同義務或者履行合同義務不符合約定的，在履行義務或者採取補救措施後，對方還有其他損失的，應當賠償損失。”在現行中國私法制度框架下，本案法院即使正確地適用了這一規定，判決被告另賠償原告維權的合理支出，也僅僅是實現了分配正義和矯正正義，威懾正義問題仍未解決。這是因為，只有對本案適用懲罰性賠償，才符合前述關於應用威懾正義觀念的兩個關鍵假設。
- <sup>41</sup> *Neal v. Farmer’s Ins. Exchange* (Cal.1978).
- <sup>42</sup> 黃清華：《“走出去”戰略與中國法律人才培養——關於國際化複合型中華情法律人才的思考》，載於《中國法學教育研究》，2012年第2期。
- <sup>43</sup> 諾內特·塞爾茲尼克：《轉變中的法律與社會》，北京：中國政法大學出版社，1994年，第82頁。