



论文精粹

[> 法学理论](#)[> 部门法哲学](#)[> 学术书评](#)[> 法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)

> 论文精粹

吴元元:法律父爱主义与侵权法之失

发表于: 2011-03-08 13:10 点击: 709

内容提要:

因法律父爱主义的影响,当代中国侵权法领域的异化现象日益呈现,侵权立法往往过度以侵权责任替代当事人的合约机制,或者对权利予以倾斜性配置,造成一系列既不公平、也不合理的利益再分配效应,并最终导致侵权法在宪政之维的价值失落。基于自治与强制之间的有效均衡,应当以负外部性、高度危险性以及信息偏在为标准,审慎对待法律父爱主义在侵权法中的适用。

关键词: 法律父爱主义; 侵权法; 个体自治; 权利倾斜性配置

一、问题及分析框架

作为私法的重要组成部分,自我决策、自主选择、自己责任是侵权责任法的基调。然而,近年的立法、司法实践中,却屡屡出现悖离侵权法制度逻辑的现象,诸如:危急患者本人或其近亲属表示拒绝抢救,立法上也对医疗机构课以强行实施相应医疗措施的义务,否则可能由其承担侵权责任;[1]“驴友”自愿参加自助探险活动死亡,法院判决其他“驴友”承担经济赔偿责任;[2]高空抛物致人损害无从找到加害人,法院判决事发所在楼房的全体“涉嫌”住户共同承担连带赔偿责任,除非能够证明自己与之无涉,[3]我国《侵权责任法》第87条也已确认“可能加害的建筑物使用人”要“给予补偿”;等等。凡此种种,不一而足,强烈冲击着侵权法的基本框架。上述现象,往往被解读为保护弱势群体的重大举措,是公平观念之体现;或者被作为“私法社会化”的重要表征,认为其标志着近代民法向现代民法的良性转型。这类解读要么只关注到对某些群体的局部保护,要么先入为主地认定“私法社会化”是可欲的目标追求。由于未能触及现象之下深层次的哲学基础,未能发掘出促成上述立法、司法选择的哲学观,因此,持上述观点的人自然缺乏一种整体主义的视角,无法洞察到上述案件和相关立法例给公民个体带来的制度性不利后果,也无法洞察到侵权法的价值失落。

当规范本身拙于应对社会实践的挑战时,我们也许不应当在法律材料中寻求回答具体法律问题的锐利方法,而应当诉诸一种哲学分析进路,一种“政治—道德”规范的解释范式。[4]也只有当人们对一个问题形成相当的哲学认知的时候,对它的分析、判断才有可能形成足够自信的学理基础。基于此,笔者提出法律父爱主义(legal paternalism)的分析框架。[5]它有助于考察侵权法的制度绩效失落、有助于考察侵权法的价值失落,更有助于考察侵权法异化与宪政之间的紧张关系。对于诸种“偏离”私法制度逻辑的现象,这应该是一个合适的智识回应。

二、何谓法律父爱主义

法律父爱主义是公权力主体为了保护公民个体免受伤害，增进其利益或福利水平而作出的强行限制和干预，是政府对于公民的强制的“爱”。在现代民族国家建构过程中，法律不再被视为一个自给自足的“物自体”，它必须服从、服务于现代民族国家的治理安排。与治理模式转型相伴随，国家与公民之间的关系也发生了嬗变，公民不仅有免于国家权力干预的自由，也可以要求国家给予积极保护并促进自身利益。公民基本权利的双重性质，[6]也为法律父爱主义的适用提供了契机。

（一）法律父爱主义的本质是强制

法律父爱主义可以界分为弱父爱主义和强父爱主义。[7]从保护公民免受自我伤害来看，如果人们由于能力不足无法从自己最佳利益出发来行动，并且当认知障碍清除后很可能同意法律对于自己行动的干预，那么法律的这种干预就是一种弱父爱主义形式；[8]倘若无论选择是否出于人们的清醒认知，只要法律为防止其做出有悖于自身最佳利益的选择而径直限制人们的行动，就是强父爱主义的体现。[9]

从增进公民利益或福利来看，社会群体利益分布不均衡是一种需要外力矫正的状态，法律可以强行介入，改变当事人之间的权利义务格局以提升弱势一方的福利水平。法律父爱主义常常会基于财富和权利再分配的理由干预个体自治，[10]这种干预以“抑强扶弱”为目标，通常是对强势一方的强行限制，“硬”色彩更为浓厚。

无论是何种类型，“父爱主义常常意味着强制”。[11]它们只是对行为自由选择的限制程度不同，但其核心都是一种基于权力的强制，具有单方意志和必须接受的特征，都是公权力主体单方意志的扩张与实现，都是以公权力主体的选择替代个体的自主决定和自我责任。不同于公权力主体的建议、指导，它不是从改善信息等维度入手，为个体选择提供帮助或更优的备选项，而是一种强行的替代，其实质在于对个体自治的否定、悬置。可以说，尽管法律父爱主义有很多界定方式，但是每一个定义的核心，或者说对每一个定义来说都不可或缺的内容是：人们的自由被限制，甚至在某种程度上被强制。[12]

（二）法律父爱主义是基于善意的强制

父爱主义（paternalism）它来自拉丁语pater，意思是指像父亲那样行为，或对待他人像对待孩子一样。[13]顾名思义，这是一种建立在

“爱”之上的强制。父爱主义的干预植根于同情与爱，[14]基点是“善意”，目标在于提高个体的利益或福利水平、免于自我伤害。唯有如此，强制的正当性才得以成立。不同于一般意义上的公权力主体的强制或干预，“善意”是父爱主义介入的根本依据。密尔著名的“过桥”例子对基于不同动机的强制进行了界分：倘若A阻止B过桥，是为了防止桥有坍塌危险时B会掉入河中，那么A的动机是父爱主义的；[15]如果A试图阻止B过桥是为了防止桥坍塌后自己还要花钱修建新桥，则是一种出于自利的考量，不能划入父爱主义的范畴。[16]

与之相类，国家可以出于两个目的进行强制：努力追求自身的“租金”最大化，或者使社会的总产出或总福利最大化。[17]区别于最大限度榨取“租金”的国家干预，作为法律父爱主义的强制只能经由后者获得正当性，即“父爱主义的目标在于提高人们的生活，如果他们的生活没有改善，就没有父爱主义行动的意义”。[18]

（三）法律父爱主义的价值通约立场

在法律父爱主义的语境里，自由、自治等并非是个人的最高权利，它们并不天然地享有优先于其他价值考虑的地位，它们与强制、干预力图促进的利益是可以通约换算的。如果自治所失去的固有价值可以用社会总体福利的增量来抵偿，自治、自由就应当向干预、强制让步。易言之，“如果一个人的行动偏离了他的客观利益，而通盘考虑之后，干预将增加他的客观利益，那么似乎就没有理由不干预”。[19]

这种价值的通约里有功利主义思潮的踪影，遵循的是利益计算筹划的卡尔多-希克斯标准：行动的原点是得失利弊的比较，不设定某种不可动摇的元价值。这一价值通约立场充分体现了它服务于现代民族国家治理战略的功能导向。法律父爱主义的实施是一种社会秩序的再建构过程。通过对个体意志的否定，对自主抉择的限制，减少、排除社会的利益非均衡状态，国家将个体整合进更大的秩序控制战略之中，推行自己的治理策略安排。国家这个“牧羊人”关注人们的健康、财富、安全并预防事故发生，照顾其身体和灵魂，目的在于使他们在此岸世界获得幸福，服务于更大的社会建构目标。[20]在这一意义上，法律父爱主义可以声称：“当个体与国家在关于哪些生活方式是有价值存在争议的时候，为什么国家不能强制个体去做国家认为对于个体来说是最好的事情？当然，父爱主义会引起反感，侵犯自治，但是，让某人做正确事情的收益将超过损失。”[21]

（四）法律父爱主义的两种基本假设

1. 个体的有限理性：防止自我伤害。法律父爱主义秉持认知优越论，认为“国家往往比个体更清楚其自身的利益”。[22]在这一哲学观看来，国家总是拥有信息的比较优势，总是比个体更能做出什么是最符合个体自身利益的合理判断。相反，个体却常常受到“有限理性” (bounded rationality) 约束。[23]尽管在社会活动中，人的行为是有意识、有理性的，但这种理性又非常有限，社会经济系统纷繁复杂，人们面临的是一个高度不确定的世界，对未来的把握能力相当有限。

基于人的有限预测能力和规划能力之前提，法律父爱主义认为人们做出的选择并不总是与他们的愿望和偏好相一致，生活中亦不乏众多判断能力不足的例子——“冲动，精神疾病，幼稚，特定的可补救的信息缺乏”。[24]不充分、不完备的信息都会导致人们的选择偏离其最佳利益，“有限理性”的个体很可能做出伤害自己的错误选择。因此，无论是基于信息能力、预测能力，还是把握未来的能力，为了个体真正免于伤害的后果，都有公权力干预自治的必要。易言之，个体经常无法处于最佳判断水平，不知道自己的行为选择会带来自我伤害的后果。法律父爱主义将之作为“愚者”对待，要保护他们免于伤害，就要对可能带来不良后果的自我选择予以限制、否定，课以相反的作为或不作为义务。典型的比如在公共安全和健康方面，强制骑摩托车者戴头盔、汽车司机系安全带，禁止患者服用某些药物；[25]在个体私域方面，禁止放弃某些合同条款不可撤销的原则，[26]规定上门销售的“冷静期”不得放弃。[27]这种父爱主义限制的是受益者本人，是一种直接的法律父爱主义。

2. 个体的强弱之别：增进弱者利益。在应然意义层面，法律面前人人人生而平等，不受年龄、性别、种族、财产、教育、职业等因素影响，强调的是抽象的人格平等。私法更是将之发挥到了极致：所有个体，一如罗马法中的“善良家父”（近代大陆法基本上继承了这一传统），或者就是英美法中的“合理人” (a reasonable man)，他是抽象的、无声的、作为“类”的人。[28]但是，在法律父爱主义看来，人有实然意义上强弱智愚的差别，社会由此呈现非均衡的态势，即便是私法，也已经开始了身份的再发现。正如布迪厄“将牌”或“资本

”理论所指出的，“不同将牌的大小是随着游戏的变化而变化的，不同种类资本（经济的、社会的、文化的、符号的资本）的等级次序也随着场域的不同而有所不同”，[29]如果一方拥有能够为其社会交往对象提供后者极其需要的某种利益，那么他就拥有了限制对方选择范围的“将牌”或“资本”，这里就有一方强制推行自己意志的权力空间，就有彼此间的强弱界分。

按照各类不同的社会博弈关系的情境特征，原本抽象无差别的人格可以进行差异化处理，形成消费者—生产者、劳动者—雇佣者、承租人—出租人、债务人—债权人、小股东—大股东等强弱二元模式。法律父爱主义的精义在于像一个有爱心、负责任的父亲一般行事，因此，就像父亲对家庭成员获益不均进行矫正那样，对于二元模式中的前者，因信息、财力、能力处于弱势地位，法律往往做出特别照顾与扶助；而后者则会受到“损自身有余，补他者不足”的对待。作为一种矫正机制，法律父爱主义意在“损有余、利不足”，以“抑强扶弱”来恢复个体之间的平衡，根据强弱对比关系对权利—义务进行反向的倾斜性安排，增进弱者一方的利益，这是法律父爱主义的题中应有之义。比如规定“买卖不破租赁”，限制出租人的私法自治，赋予承租人以对抗租赁物新买受人所有权的效力；为保护可能无房可住的承租人，规定最高房屋租金，限制出租人的价格选择权。最典型的莫过于对弱者身份突出的消费者、劳动者的倾斜性权利配置—确立产品侵权的无过错责任、规定最低工资标准、职业安全与卫生制度等。这一法律父爱主义加重强势一方的义务或缩减其权利，以此增进弱势一方的权利及附着其上的利益，限制的是受益者的相对方的自主选择，是一种间接的法律父爱主义。

三、侵权法中法律父爱主义的二元展开

正如哈特所指出的，“父爱主义的例子环绕我们的法律，无论民法还是刑法”，[30]在“福利国”的语境下，法律父爱主义深度渗入侵权法。与防止自我伤害、增进弱者利益的两种基本形态相对应，侵权法中的法律父爱主义一方面表现为否定自我选择效力，一方面表现为权利的倾斜性配置。

（一）否定自我选择效力

在高度不确定的现代社会里，人们借助各种各样的合约机制分配风险，划定权利义务边界，以完成人际互动或实现共同的事业目标。这些合约机制可以是狭义的，也可以是广义的，前者中人们以明示的允诺表明对于不可测风险的承担，后者中人们还可以借助默示的允诺认可对于不利后果的接受。无论狭义还是广义，都是人际互动“定分止争”的风险配置机制，只要不是出于欺诈、胁迫，不逾越法律基于基本社会道德设定的刚性框架，这类允诺就是当事人风险承担意愿的真实外现，是对各方权利义务格局的正当性的确认。这既是民法伦理人格的要求，也是自由社会秩序原理之所在。

因此，作为对个体自主决定如何处理其身体、财产等权益的尊重，“允诺阻却违法是各国公认的基本原则”。[31]因合理的医疗措施受到身体、健康损害，参加体育运动受伤，等等，均可以允诺阻却违法。

然而，为应对“肖志军拒签案”引发的社会争议，我国的侵权责任法依据反自主选择、自我负责的基本私法逻辑，规定医疗机构的强行救治义务，否定患者一方（包括近亲属）的自我选择阻却医疗机构承担法律责任的效力。医疗是一项高度风险的活动，救治危急病人，其实质仍然是“以医疗目的对身体的完整性进行侵害，……”

这种侵害性必须具备合法理由。除了正当的无因管理，还必须有病人的允许”。[32]为

为了确保病人意志得到充分、真实的体现，法律普遍将是否同意接受治疗设定为高度属人的自主决定。手术等医疗救治措施必须得到患者本人同意，只有本人不能为意思表示时，方可由特定的近亲属代行；[33]即使“病人不具有完全的行为能力，只要他有相应的认识能力，其做出的允许行为也应当有效”。[34]允许行为体现了病人对于医疗风险的承担意愿，是医患双方风险划分的认可，具有违法阻却效力。同理，如果病人一方明确表示拒绝医疗救治（签字表明不接受或者拒绝在同意书上签字），这种拒绝同样是其自身意志的外在反映，是医患双方风险分配格局的接受—只不过从同意之下的救治风险承担转化为拒绝之下的疾病风险负担。一旦患者一方以拒绝治疗表明自担疾病风险，这同样是允诺的一种形式，医方既不能因为未实施医疗措施承担侵权责任，也不能被课以强行救治的积极作为义务。

“驴友案”的判决也是对自我选择效力的否定。户外自助游不是商业旅游，其本质是野外探险，意在使参与者通过户外体力运动感受大自然的野趣，体验拼搏奋进的精神。由自助游“探险”特色所决定，参与者对于活动可能出现的风险都是可以预期或者应当预期的，能够理解自己可能遭遇的风险。明知风险而加入，这是默示的允诺，参与者用自己的参与行动表达了对野外活动风险的承担意愿，而其他成员可以从这一特定的参与行动推断出其愿意自担风险的允诺。伍彦在《自甘冒险的法律适用—源于两起自发性户外探险活动损害案件审理的法律思考》一文中认为，领队在接受制定出行线路、经费管理、协调成员意见等额外责任后，更重要的是其本身也是参与者之一，也承担类似的风险。各方都以自己的参与行为接受了风险的划分格局，形成一个为完成户外团体活动的合约机制，参与允诺足以阻却领队和其他参与者的赔偿责任。然而，与判决的内生逻辑同步调的是，《侵权责任法》同样没有将“自甘冒险”规定为免责事由。[35]

无论是《侵权责任法》对医疗机构课以强行救治的积极作为义务，还是司法判决“驴友”领队、其余参与者要对野外自助游中死亡的“驴友”承担赔偿责任，实质上都否定了个体作出的自担风险的允诺，是基于“爱”和“善意”而限制行为自治的产物。在法律父爱主义的立法观看来，这一自我选择不是一个具有合理智识水平和判断能力的“理性人”处于同等或类似情形下会做出的选择，当事人并不真正清楚自己选择的健康、生命后果，即使这一选择出于自愿，也不足以证成自身的有效。只要不能免于自我伤害，就可以排除自治，适用父爱主义式的制度安排。较之“有限理性”的个体，国家总是比个人还清楚其利益，也有更完备的信息和更准确的判断能力，避免伤害后果的目标取向足以用法律强制取代当事人的自我选择。

否定允诺阻却违法，不仅仅是限制行为自治，从更深层次而言是责任的转嫁。尽管出于“善意”的父爱主义，这类责任转嫁却引发了诸多不可欲的制度后果。

1. 个体选择与责任相分离，缺乏优化行动的激励。做出何种选择，就应当承担何种责任，行动自由必须与责任相匹配，这是自由秩序原理的内在规定性。适格主体做出的自我选择，经由否定允诺阻却违法的效力，得以与附着其上的责任分离，不良后果转由他者承担，这是自治逻辑的分裂，不符合康德意指的“自我自由与他人自由兼容”，也导致个体缺乏优化行动的充分激励。责任承担是影响人们决策的重要参数：一项行动，在无需承担可能出现的不良后果之际，将由于行动收益大于成本而成为当事人视角下的最优选择；加入责任这一变量，收益成本的对比关系逆转为本成本大于收益，理性的行动者将放弃之一“课以责任的正当理由，这种做法会对人们在将来采取的行动产生影响；它旨在告诉人们在未来类似的情形中采取行动时所应当加以考虑的各种因素”。[36]按照行为激励理论的“事前”（*ex ante*）视角，责任配置的功能在于内部化个人行为带来的各类损害成本，诱导个人在事前就主动选择社会最优的行为，[37]如果个体选择从一开始就受到自己责任的约束，得失利弊的衡量将会激励他避开可能具有伤害后果的策略。

父爱主义的用心在于防止自我伤害。但是，免于自我伤害的能力也要依靠个体在“试错”的经验教训中“习得”。个体作出了不负责任的选择（比如“拒签案”），或者作出了超越自身行动能力的选择（比如“驴友案”），但是却无需承担相伴而来的不利后果，如此一来，父爱主义的羽翼将使之丧失提高判断能力的机会，“对人课以责任，是为了使他本人发生变化。应当使他比此前有着更深刻的教训，即必须将发生这种后果的可能性牢记心头”，在大多数情况下，“人们都会受其对自己行动的种种后果的认识的引导”，[38]风险和责任的免除、转嫁异化了法律对于人们行为的指引作用。

可以想见，在一个无需更多考虑本应承担的“生命之轻”的环境下，人们更不可能像一个“理性人”般地负责任行事，哪怕以极低的规避成本就可以作出正确选择的情形一比如，“肖志军拒签案”中的作为丈夫的肖志军只需考虑医生更有专业判断优势和妻子危在旦夕这些简单事实，“驴友案”中的参与者明知野外活动的危险，只需要不参加或者以其他活动替代。正如密尔所言：“父爱主义地对待人们将剥夺他们从自己的错误中学习的机会，并会对他们发展为自治、负责任的人产生不利影响”，[39]法律父爱主义的良苦用心最终将适得其反，缺乏责任感的个体更加难以免于自我伤害，责任转嫁的损害赔偿并不能完全弥补自身的健康、身体生命损失。

2. 责任非正当性转移，破坏相对方的合理预期。现代风险社会，即社会学意义上的“陌生人社会”需要在“规则之治”的支撑下运行。在更多的短期博弈里，人们无法依据重复交往获得相对方的确切信息，必须依据事先划定的清晰的权利义务边界来决定自己的最优选择。只有在稳定的预期下，才能进行复杂社会里的交往和活动。允诺具有阻却违法之效力，是具有普适性的“共有知识”（common knowledge），已经成为“陌生人社会”人际交往的基本参数。对于自愿形成的私人关系来说，只要没有欺诈、胁迫和乘人之危，事先的风险一责任分配就像一部法律，[40]通过真实的允诺，各方为自己设立了承担风险的义务份额，据此来对未来事务进行规划安排。在这个意义上，允诺类似当事人的法定义务或责任，对人们的行动起着指引作用。仅仅基于对某一方爱护、对其免受伤害的考虑，随意改变允诺的效力，这是责任的非正当性转移；而让相对方为行动之时无从预期、无可预期的法律责任支付代价，无异于法律意义上的重大不公平。法律父爱主义对于防止一方自我伤害的保护，不能建立在对另一方造成不利益的基础之上。强行救治义务的设立和“自甘冒险”的免责事由在立法上的阙如，破坏了人们对于允诺功能的“共有知识”，将自愿形成的平等民事法律关系置于游移不定的状态中，当事人无法判断自己的风险边界到底止于何处，基于“爱”和“善意”的责任转嫁随时有可能导致未曾预期的风险负担，诸如强行救治不成功出现患者“医闹”，包括但不限于自发野外活动引发的赔偿责任，等等。

3. 削弱自愿形成的合约机制，减少社会福利产出。广义或狭义的各种合约机制是人们完成共同事业的常见工具。从知识论的角度来看，任何社会活动、事业关涉的知识永远是特定于具体时间、地点的，是一种高度个人化的知识；同时，除了可以编码化的明示知识，还关涉“只能意会，不可言传”的默会的知识，它们“多数是边学边干的产物，由无数不同的人分散化的试错选择过程中获得”。[41]个体不可能穷尽完成一项事业的全部知识，自愿、真实的合约机制，可以整合弥散化的个体知识，在分工的基础上形成知识的合作与互益，是一个各方运用自己独特的“地方性知识”的比较优势推进共同事业目标的过程。[42]

相形之下，公权力主体并不比参与合约机制的个体更有信息优势，并不总是比个体更清楚他们的利益所在，法律父爱主义的适用前提是可疑的。就立法者而言，“正如计划不可能穷尽一个社会中经济活动的一切知识或信息，不能获得关于人们偏好的一切知识一样”，[43]任何法治建设的规划也不可能穷尽一个社会中法律活动的全部知识和信息；就司法者而

言，由于采取的是外部视角，“在时间和地点上都远离我们所审理的诉讼”，[44]对于弥散化的知识同样没有太多优势。而自主选择形成的合约则很简单，个体总是自身利益的最关切者，只有当知识整合获致的收益高于其他风险的时候，合约机制才会发生，这时，“在社会总财富中将会存在一个价值的迅速攀升，除非对第三方存在着某种整体上的损失”。[45]从知识优势互补来看，没有限制自发合约机制分配风险的必要。

公正而有效率自发合约机制只能建立在各方权利义务清晰划分的基础之上。否定允诺违法阻却效力，以防止自我伤害为由重新安排当事人之间议定的权利义务分配，这是“侵权法以最直接的方式干预私人行为”。[46]把本可以由合约规则来处理的私人关系划入侵权法的范围，其实质是用事后的风险配置对当事人之间事前的权利义务安排进行规制，使得个体的责任边界模糊，势必削弱当事人参与合约机制的激励。知识创新、社会福利增加，都与人们对于风险分担机制的开发水平密不可分，民商事法律特别是海商法的发展即是明证。当法律父爱主义随意改变人们业已开发出来的风险分担机制之际，不确定的责任预期将使之采取规避策略，降低创新活动水平，给社会带来诸如更少的优质消费品、更低的医疗水平、更不便利的交通出行等福利削减现象。

（二）进行权利倾斜性配置

侵权法是区分“可为”与“不可为”和群己权界的私法手段。从其“结果责任—过错责任—过错责任为主、危险责任为辅”的历史演变来看，揭示出意志、道德可非难性的主导地位，折射的是矫正正义和个体平等的私法哲学。如果损害是个体自由意志的产物，个体对之可以预见并有一定控制力却导致了损害结果的发生，那么则属于“自由意志的滥用”，这里就具备了责任追究的基础；反之，对其课以法律责任将失却伦理基础，因为“在意志的行动中，仅仅以意志在它的目的中所知道的这些假定以及包含在故意中的东西为限，承认是他的行为，而应对这一行为负责。行动只有作为意志的过程才能归责于我”。[47]

作为“福利国”的表征，侵权法中的父爱主义色彩日渐浓重，表现为事先将个体进行“强”、“弱”区分，按照“抑强扶弱”进行责任配置。责任追究的基础不再是行为人的道德可非难性，而是哪一方具有信息、财力、能力优势，是父爱主义视野中的“强者”；责任追究目的不在于对可非难行为的制裁、对过错引致的损害的矫正式填补，而在于不幸损害的分配或转嫁，旨在实现分配正义。

“强”“弱”界分主要有以下两种模式。一是以预测力、控制力为标准，将可以更好预测、控制风险一方作为“强者”。现代社会有诸多高风险活动，诸如高压输电、机动车运行、航空、爆破作业等均在其列。实施者作为上述危险源的开启一方，与普通个体之间存在突出的信息不对称。普通个体对于此类活动的内在机理、规律知之甚少，也缺乏足够的信息和手段对之进行应有的防范和控制，以法律经济学的视角来看，其注意、谨慎程度影响不了活动的危险水平。[48]对于实施者而言，“对于这些活动或物品的性质有着最为真切的认识，也最具有能力控制危险的现实化”，[49]显然较之普通个体更有风险承担能力。二是以是否受到损害为标准，将未受损害一方作为“强者”。“无损害，无救济”的法理被置换为“有损害，有救济”，只要因为遭受了人身、财产损失处于不利益状态，就是需要扶助的

“弱者”，就需要侵权法履行损害填补功能。即使不能确定真正的加害人，也要在侵权法范围内为遭受的损害寻找补偿源，寻找得以分散损失的主体。既然损害的出现是一种不可欲的利益非均衡，未受损害一方是相对的“强者”，那么应当以一种父爱主义的保护，在二者之间进行利益再分配，以未受损害一方的相对地位作为重新配置风险的依据。

在第一种模式下，侵权法主要以民法典逐一列举或单行法、特别法单独规定危险责任；对于第二种模式，多借助过错推定的方式实现风险的转移。前者以危险作业或危险物为基础，涉及的多为特别的危险，是真正契合风险承担能力的“优者负担”的制度设计，业已成为侵权法二元归责体系的组成部分；后者以“受损害—未受损害”的对比关系为归责依据，人为认定未受损害一方具有风险分担优势，容易成为父爱主义施行过度的“弱者保护”的制度选择。近年来备受关注的高空抛物致人伤亡案件就充分展示了这一点。

高空抛物致害案件，典型的有广州扔废石渣致人受伤案、重庆扔烟灰缸致人受伤案、济南扔菜板致人死亡案。对于前两者，司法机关的主导性意见是判决“涉嫌”住户共同承担连带赔偿责任。在济南一案中，一审法院认为无法确定扔菜板的具体行为人，遂以没有明确的被告为由，裁定驳回原告起诉。二审法院以同样理由驳回上诉，维持一审裁定。当事人对此提出申诉，山东省高级人民法院经请示最高人民法院后认定如无法查明肇事者，15个被告人应平均承担赔偿责任。其中，对改判起到关键作用的是来自最高人民法院的意见——“从社会效果来考虑，也应该由被告举证（证明其未实施侵权行为）。如果被告不能举证，就应共同承担责任，否则不利于对受害人的及时救济或对受害人家属的赔偿，不利于弱势群体的保护以及社会善良风俗的建立”，[50]最后仍然是基于“受损—未受损”之比较进行过错推定，强弱二分的父爱主义逻辑胜出。与之相适应，《侵权责任法》对这一权利的倾斜性配置给予了制度化的确认。这类权利的倾斜性配置往往着眼于局部损害的填补，却很容易伤害整体的正义，并且父爱主义本欲保护的对象也很可能因为整体正义受损而无法获得保护收益。造成这一状况的原因如下。

其一，证明责任分配错位引致“万家诉讼”。之所以由原告一方承担证明对方过错的责任、并由此承担因证明不能而产生的诉讼不利益，主要目的在于防止恶意“滥诉”。是否提起、何时提起诉讼取决于原告，对于有可能成为被告的无辜者而言，往往不知诉讼何时袭来，如何发生。如果证明责任配置不当，无法约束恶意诉讼者的行动空间，无论被告如何努力提高注意水平，如何更加小心地行动，都无法改变极高的诉讼发生几率，体现在司法实践上，就可能是荒唐的诉讼义务：“这不是因为你做了什么，不是因为你有过错要承担诉讼上的义务，而是因为别人受了损害找不到人，你要去承担这种诉讼上的义务，这也就意味着任何一天都有可能被人告到法院去，天天都有可能。”[51]

法谚云：“分配了证明责任，就是分配了败诉风险。”仅以是否受到损害为标准，借助过错推定将风险向未受损害一方转移，很容易导致无辜者被随意卷入本不相干的纠纷——因为，受制于司法机制的“外部视角”，很多时候证明自己没有过错是非常困难的；而未受损害的状态并不意味着证据优势，也不意味着可以适用举证责任转移。

福柯曾指出：“判决的最终基础仍然是一些由证据和相关信息构建起来的有关案件的事实。没有这些证据和事实，法官就没有根据裁断，司法机器的实践话语就会卡壳。”[52]作为纠纷的“第三方治理”模式，法庭的裁判活动依赖于证据的可观察性、可检验性及其决定的信息费用，这是司法治理机制作为一种纠纷的外部解决方式在实际运行中难以避免的局限。[53]可观察性意味着证据必须是一种能为争讼双方、第三方裁判者共同感知的“共有信息”（common information）；可检验性则表明关于争讼的信息可以在外部裁判者面前客观地加以证实。循此，面对随时可能发生的诉讼，无辜的被告对自己没有过错的证明将很难同时满足证据的可观察、可检验要件。随着现代社会物理隔离设施增多及隐私的增加，个体之间日益疏离化，个体的日常行动无法像在“熟人社会”一样迅速为外部人“看在眼里”。因此要想在随时可能袭来的赔偿诉讼中证明自己的清白，人们就得通过诸如DV之类的技术手段将自己的生活情形巨细无遗地予以外现。但是，这又与文明社会弥为珍贵的隐私权形成难以化解的紧张关系——从保有最低限度私人空间的正常预期考虑，恐怕没有谁能够无时无刻生活在福

柯所说的“被看”状态。证明义务履行困难将导致无辜的个体无故深陷是非，官司缠身，基本的正常生活也成了一句空话。

其二，过度的利益再分配侵蚀侵权法的根基。侵权法的哲学根基在于矫正正义。“按照乔奇姆的话来说，如果一个小偷是位绅士，受害者是位乞丐（城邦内下等阶层的成员之一），这种等级差异与法律无关。法律所关心的一切就是眼前的这两人，一方获得了不公正的利益，而另一方受到了不公正损失。因此，这里存在着不公，需要补救，有一种不等，必须予以平等化”。[54]概言之，法律救济的要旨是加害行为的“不公”，即加害一方利益的非正当性增加与受害一方利益的非正当性减少。人作为理性主体，其内在规定性在于自由意志，如果损害的发生处于自由意志的预见和控制之外，那么即使该个体的行为是损害的一个因果媒介，按照矫正正义的理路，这里也没有亚里斯多德所意欲矫正的“不公”——以他人蒙受损害的方式获利。[55]因为，损害结果只是行动的产物，不是意志的产物。在这个意义上，自然法学者们的普适性共识是成立的：过错是规范侵权责任的最基本的原则。

矫正正义意在矫正“不公”，不考虑当事人的情境化、个体化特点，排除了分配因素，“法官只对伤害的特点一是否不公感兴趣，而对当事人的特点或功过（desert）不感兴趣；个人的道德优劣被忽略了”。[56]基于矫正正义的基调，侵权法归责的精神特质在于过错，借助对人们主观意志的规范评价，实现行为引导功能；相反，分散风险、转嫁损害的保险功能更多地属于分配正义的范畴，不宜在侵权法中过度渗透（当然，分配正义也应在侵权法中有一席之地，比如危险责任制度，但不宜过度，否则将改变侵权法的内在规定性）。以此观之，高空抛物致害案件中“连坐”的楼房住户并非明确的加害人，没有确实的证据证明其主观故意或过失，他们仅仅因为空间上的相关性承担损害赔偿义务。究其实质，这是一种分散风险的分配正义取向。在这一分配正义的视角下，有损害就一定有侵权法的救济，无论有无过错，也不管因果关系的远近，“总得有人负责”；而居住案发地段的住户，相对于此空间范围内的受害人来说，有一种“未受损害—受损害”的强弱对比，适宜作为损害填补的“终极变量”，这是一种“没有办法的办法”。从功能角度看，“连坐”的住户因为对风险转嫁机制的采纳，承担了额外的保险职能。但是，这种风险转嫁的强弱界分缺乏充分的合理性。仅仅是居住在案发范围（甚至有可能是租来的房子），就相对于受损者来讲是“强者”？诚然，其与受损者相比较，双方利益状态有差别，然而这种差别很可能与住户没有因果关联，并非是因“不公”或过错造成。以整体主义的正义观来看，利益差别就可以使得风险转嫁，那么在救济损害之际，也就是以局部的正义伤害了另一群体、甚至是整体的制度正义。

私法的精神气质在于“一视同仁”，不宜过多着眼于个体的经济、社会地位进行过度的利益再分配。如果确实需要区分，也应当由法律对区分类型——比如生产者 and 消费者——进行明确规定，并界定适用范围，否则，将动摇私法的价值根基。矫正正义与分配正义应当有各自适用的制度边界，私法、公法应当有匹配的职能分工，不宜随意进行“私法的公法化”或“公法的私法化”。循此，纠正强弱非均衡格局的法律父爱主义措施应当主要体现于社会性立法之中。更科学的做法是适当进行制度的切割，将相应的对策转为社会立法安排，而不要在私法领域过度扩张法律父爱主义。作为分配正义载体的工伤保险制度从传统民法中分离出去，成为现代劳动法的重要组成部分即很好地说明了这一点。

四、父爱主义还是私法自治：侵权法的宪政张力

提及侵权法的功能，人们容易将关注的焦点集中在损害填补这一积极的维度上。其实，作为权利救济机制，大多数权利侵害几乎都可以诉诸侵权法，其对于个体的行动自由有着极大的影响空间。因此，侵权法在权利救济和一般自由之间寻求平衡的消极功能更是界定其作用范围不可或缺的维度。然而它经常处在“被遗忘的角落”，立法、司法甚或学界也忘却了

由于权力的扩张性、单方意志性，从弥尔顿到伯克，到阿克顿和阿克伯特，无一不认为权力是侵害个体合法自由的“万恶之源”。传统的宪政制度建构和学理研究把关注点放在公民个体与国家权力的直接关系上，对国家公权力予以规则化的限制约束，防止其过度入侵个体的基本权利的范围，并认为如此则囊括了宪政的全部内容。这样一来，传统宪政警惕的对象就被局限于国家权力，宪政努力的方向就被狭义地理解为如何通过公法规则的建构，合理规划公民—国家各自意志的边界，划定哪些是“风能进，雨能进，权力不能进”的个体私域，并以基本权利的形式对之予以确认。但是，宪政的精义并不仅仅在于防范直接的公民个体—国家权力关系这一单一维度上，还应包括在与其他个体自由相兼容的条件下，不受制于他人意志。个体行为是自我意志的产物，只能服务于合法自我目的的推进；反之，如果只是他方意志、利益实现之工具，那么，无论这一“他方”是意指国家，还是个体自身之外的其余平等主体，都有损于宪政的要旨。概言之，个体必须有不受任何他者意志非法干预的“确获保障的私域”(assured free sphere)，[58]其与任何他者意志无关，只和自我意志相关。

循此，宪政可以沿着以下两个维度展开：一为公民个体—国家关系，一为公民个体—其余平等主体的关系，即群己权界之维，而后者则在传统宪政的视域中被遮蔽了。依循立体的宪政视角，侵权法应当承担双重职能：既要保证个体与国家之间关系的良性互动，也要合理规划群己权界。

一方面，“如果某种私人间的行动只会影响自愿的成年行动者，而不会影响其他任何人，那么仅仅是喜欢这些人的所作所为，甚或知道这些人因其所作所为而侵损了他们自己，都不能成为使用合法的根据”，[59]侵权法将之留待个体自我和彼此之间的合约解决，不予过问。其实，从更接近现实的认知分析框架出发，密尔式的意见更有说服力，“一个人不可能知道什么使得他人愉快或不愉快”，[60]“即使有时候人们确定地知道什么使他人愉快或不愉快，干预错误的概率也是很高的，以至于保证了对父爱主义的普遍禁止”。[61]

另一方面，个体对于其他主体的侵权责任承担只能以他可以做出合理判断的情形为限，他在采取行动时必须考虑他的预见力所及的责任对他的影响，他应当只对他自己的行动负责（或对那些由他监管的人的行动负责），而不应当对那些同样具有自由的其他人的行动承担责任。[62]除非故意或过失，或基于法定理由造成其他主体损害应承担赔偿责任，否则与他者无涉。如果确实需要溢出“自己责任”，那么亦应当有法定的因果关联—其或者是危险源的开启者、控制者，或者是活动的受益者，并且严格限制其适用的范围。

父爱主义支配下的侵权法偏离了个体行为自治的合理限度，与宪政之维形成紧张关系。使个体免受免于个体受到自我选择的伤害是父爱主义的行动原点之一。在这一目标导向下，不同价值之间是可以置换通约的，如果其他价值目标与这一取向相冲突，在取舍权衡中必是父爱主义逻辑胜出。加之对于信息能力和判断能力的过度自信，侵权法往往介入本属于意思自治的领地，对于个体“无涉他者”的自主选择予以限制，以侵权法的责任追究代替当事人之间的合约自我规制。同时，法律父爱主义为了推进弱者的利益保护，不合理地扩大私法之中的“身份再发现”，扩张基于身份的强弱类型区分。在此基础上，限定在侵权法范围内寻找损害的“最后负担者”，这一做法将个体责任承担异化为风险分散的保险机制，不当地扩大分配正义的适用范围，导致制度逻辑严重错位。因为，“在任何一个社会中，从来都不是有损害就有救济的。有些损害没有救济，有些损害是通过买保险来分担，主张有损害就有救济是错误的”[63]其实，尽管法律父爱主义是出于善意，但其实质还是一种强制，而“强制就是一种恶，它阻止了一个人充分运用他的思考能力”，[64]使之无法在实现自己的目标中充分运用其“地方性知识”或能力，无法充分实现自己意志；或将之拉入了原本无从预期的

风险承担之中，不知如何安排自己合理的行动边界。循此，本应由侵权法铸就的个体合理的自治界限却模糊不清，个体无从获得自决、自足、自我完满的“避难所”或“堡垒”，侵权法也在宪政之维上迷失了自己。

五、结论：审慎对待法律父爱主义

笔者秉持一种从强势型自由主义立场向温和型自由主义立场转变的观点。易言之，私法领域的父爱主义并非一律不可取；相反，在个体自主选择带来社会成本，或者当事人之间强弱过于悬殊、必须借助权利的倾斜性安排方能给予及时救济的场合，法律父爱主义的善意干预就有用武之地——但其前提仍然是不能颠覆私法的制度逻辑，否则私法将蜕变成社会性立法。在一个生活纷繁多变，各种利益诉求层出不穷的转型时代，公民不仅有要求国家不得侵犯自身的消极的基本权利，还有要求国家予以照顾的积极的基本权利。私法自身也发生了多重的裂变，把法律父爱主义彻底关在门外已经不是一个理性的现实选择。笔者认为重要的在于，法律应该审慎对待法律父爱主义，划定它不能介入个体“确获保障的私域”，对其适用条件予以明确规定，使之成为在保护个体与行动自由之间达成均衡的有力工具。

对于关涉他人、社会利益的自我选择，父爱主义可以介入规制。当一个人选择某种行动时不仅涉及个人的成本，而且可能给自己以外的其他人施加社会成本，这种行为就具有“负外部性”（negative externality）。如果某一行为造成其他主体或社会的损害，那么就需要法律规则的强制干预，迫使该行为人将全部社会成本都转化为自己的私人成本，对自己的行为承担完全责任，从而通过个体的最优选择实现社会的最优，实现激励兼容。[65]因此，为了免于自我伤害而施行的法律父爱主义，应主要限制于具有“负外部性”的自我选择上。[66]特别地，对涉及个体生命、健康的考虑也应当适当参酌“负外部性”的判断标准。以美国医疗紧急救治为例，有多个州将生命自主权放置在最高价值位阶，将身体的自主处置权留待当事人（或其监护人）终极处理，“大部分州的制定法已经承认‘活着的意愿’，或者是其他在某些情况下终止医学治疗的高级指示”。[67]即便是危机时刻，“只有涉及传染病或有其他重大公共（即所谓州的）利益，患者未成年或无医学上的行为能力，并且无法获得亲属的同意和签字，医院方可无需获得亲属或其他有权签字者的同意签字”。[68]也就是说，只有这种对身体的自主处置对社会产生了外部成本，即“负外部性”，法律方可否定自我选择的效力。

更重要的是，即使“负外部性”有可能使得父爱主义的干预获得正当性，但是其只是必要条件而非充分条件，还需要有包括公共利益在内的各类利益的权衡比较。只有公共利益是如此“重大”和“即刻”之时，方可排除个体自治，代之以强行救治，否则仍不足以否定自我选择的效力。比如美国著名的“迪布勒伊案”，患者不愿意输血，医院希望州以保护第三方利益为由授权强行给患者输血。佛罗里达州最高法院认为，这种情况并未证明州的利益超过了患者（自由选择）的宪法权利。循此逻辑，对“负外部性”的考量也必须高度审慎，不宜随意扩张解释。按照“负外部性”标准，面对越来越多的有伤害可能的自我选择，如免费搭乘试航飞机、演艺人员从事危险镜头的替身工作、绝症患者自愿接受处于试验阶段的药品治疗等等，法律应规定相对方可以免除民事责任承担。[69]

对于高度危险源的启动者、控制者，法律父爱主义可以将之与其他主体进行强弱界分，适度偏离“自己责任”转而适用“优者负担”规则，实现一定限度的风险再分配。由于责任主体与危险活动的相关性，由其承担风险分散并不损及整体正义，也符合风险配置的效率原则。私法主体的“人像构造”并不都是均一化的，但其强弱划分必须要有清晰的标准，不能为了给损害结果找一个“没有办法的解决办法”而牵强区分。是否为高度危险源的开启者、控制者，这是判断是否实行“优者负担”的操作性标准。高度危险活动“要么事故发生的可

能性极大（比如机动车辆交通），要么虽然损害发生的可能性极微，但危险一旦实现其影响范围特别大（比如核能或环境责任领域）”，[70]无论受害方如何努力提高注意水平，都难以防范损害发生，除非其与该类活动的关联性减少为零（比如不乘飞机、不从爆破现场经过），但这在现代人际互动陌生化的状态下是很难做到的。对活动方而言，他开启了对他人人身、财产权益有损害之虞的危险源，控制着活动的进程，从信息优势来讲，他对于这些活动或物品的性质具有最为真切的认识，也最具有能力控制危险的现实化，确实属于风险承担的“强者”，适宜施行权利的倾斜性配置。在消费品领域，风险在外观上不像航空、汽车等事故那样与“高度危险”相联系，但是，随着消费产品的日益复杂化，这一领域同样可以适用法律父爱主义进行保护。“今天的消费者比以往任何时候都要茫然。产品的科技含量越来越高，与产品的发展速度相比较，消费者的知识增长相对落后，其对产品的识别能力显著下降”，[71]生产者和销售者依据信息优势地位实际上控制产品的风险源，符合强弱区分的“强者标准”。循此，在产品责任领域实行权利的倾斜性配置，应和了适度法律父爱主义的内在规定性，既有利于保护在现代商品知识面前愈加“脆弱”的消费者，也能够有效激励生产者努力推动新技术、新产品安全性能的发展。

注释：

[1]我国《侵权责任法》第56条规定：“因抢救生命垂危的患者等紧急情况，不能取得患者或者其近亲属意见的，经医疗机构负责人或者授权的负责人批准，可以立即实施相应的医疗措施。”这一条文虽然使用“可以”来表述医方的紧急救治，但是，依据侵权法草案的专家解释意见，立法原意是对于医疗机构而言，这里的“可以”其实带有一定的强制性。法律已经规定了“可以”，实质上意味着义务，如果不履行，将要承担不作为的侵权责任。该条文在一定程度上受到“肖志军拒签案”的启发。参见杨立新、杨华云：《新草案提交人大审议》，载《新京报》2008年12月23日第3版。关于“肖志军拒签案”，参见袁正兵、吕卫红：《丈夫拒签手术，产妇胎儿双亡》，载《检察日报》2007年11月22日第1版。

[2]参见熊红明：《旅行者露营洪水夺命家属向“驴友”索赔35万》，载《南国早报》2006年10月20日第4版。

[3]参见茆琛、刘琳蕤：《空中杀手如何“惩罚”？》，资料来源：http://news.xinhuanet.com/focus/2009-03/16/content_10998545.htm，访问日期为2010年2月20日。

[4][美]理查德·波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第391页。

[5]Paternalism也可依字面含义直译为“家长主义”。考虑在中国语境下，“父亲”一词特有的权威、强制意蕴，本文将之意译为“父爱主义”。

[6]参见张翔：《基本权利的双重性质》，载《法学研究》2005年第3期。

[7]See John Kleinig, *Paternalism*, New Jersey: Rowman&Allanheld, 1983, pp. 8-14.

[8]See David L. Shapiro, *Courts, Legislatures, and Paternalism*, *Virginia Law Review*, Vol. 74, 1988, p. 528.

[9]See Anthony T. Kronman, *Paternalism and the Law of Contracts*, *Yale Law Journal*, Vol. 92, 1983, p. 763.

[10]Eval Zamir, *The Efficiency of Paternalism*, *Virginia Law Review*, Vol. 84, 1998

[11] Cass R. Sunstein and Richard H. Thaler, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, *University of Chicago Law Review*, Vol. 70, 2003, p. 1165.

[12] Gerald Dworkin, *Paternalism*, in *Morality and the Law*, Richard Wasserstrom ed., Wadsworth Publishing Company Ltd., 1971, pp. 108-113.

[13] 孙笑侠、郭春镇: 《法律父爱主义在中国的适用》, 载《中国社会科学》2006年第1期。

[14] David L. Shapiro, *Courts, Legislatures, and Paternalism*, *Virginia Law Review*, Vol. 74, 1988, p. 520.

[15] John Stuart Mill, *On Liberty*, reprinted in *On Liberty and Other Essays*, John Gray ed., Oxford University Press, 1991, p. 166.

[16] David L. Shapiro, *Courts, Legislatures, and Paternalism*, *Virginia Law Review*, Vol. 74, 1988, p. 525.

[17] [美] 道格拉斯·C. 诺思: 《经济史中的结构与变迁》, 陈郁、罗华平等译, 三联书店1994年版, 第23页。

[18] T. M. Wilkinson, *Dworkin on Paternalism and Well-Being*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 16, 1996, p. 437

[19] Eyal Zamir, *The Efficiency of Paternalism*, *Virginia Law Review*, Vol. 84, 1998, p. 239.

[20] 参见谢鸿飞: 《现代民法中的“人”》, 载北京大学法学院《北大法律评论》编委会编: 《北大法律评论》(第3卷第2辑), 法律出版社2001年版。

[21] T. M. Wilkinson, *Dworkin on Paternalism and Well-Being*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 16, 1996, p. 434.

[22] Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Self*, Oxford University Press, 1989, p. 23.

[23] 参见中国社会科学院经济研究所: 《现代经济辞典》, 江苏人民出版社2004年版, 第1165、1166页。

[24] See John. D. Hodson, *The Principle of Paternalism*, *American Philosophical Quarterly*, Vol. 14, 1977, pp. 61, 62.

[25] Eyal Zamir, *The Efficiency of Paternalism*, *Virginia Law Review*, Vol. 84, 1998, p. 230.

[26] See Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law*,

with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power, Maryland Law Review, Vol. 41, 1982, pp. 590-595, 624-638.

[27] Eyal Zamir, The Efficiency of Paternalism, Virginia Law Review, Vol. 84, 1998, p. 230.

[28] 参见谢鸿飞：《现代民法中的“人”》，载北京大学法学院《北大法律评论》编委会编：《北大法律评论》（第3卷第2辑），法律出版社2001年版。

[29] [法]皮埃尔·布迪厄：《反思社会学导论》，李猛等译，中央编译出版社1997年版，第135页。

[30] H. L. A. Hart, Law, Liberty, and Morality, Oxford University Press, 1963 . p. 32.

[31] 王泽鉴：《侵权行为法》（第1册），中国政法大学出版社2001年版，第240页。

[32] [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第162页。

[33] 参见王泽鉴：《侵权行为法》（第1册），中国政法大学出版社2001年版，第247页。

[34] [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第163页。

[35] 详见《中华人民共和国侵权责任法》第3章：“不承担责任和减轻责任的情形”。

[36] [英]哈耶克：《自由秩序原理》，邓正来译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第90页。

[37] 张维迎：《信息、信任与法律》，生活·读书·新知三联书店2003年版，第63页。

[38] [英]哈耶克：《自由秩序原理》，邓正来译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第88-90页。

[39] See John Stuart Mill, On liberty, reprinted in On Liberty and Other Essays, John Gray ed., Oxford University Press, 1991 . pp. 62-82.

[40] [美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》，张军等译，上海三联书店、上海人民出版社1994年版，第314页。

[41] [德]柯武刚、史漫飞：《制度经济学：社会秩序与公共政策》，韩朝华译，商务印书馆2000年版，第55页。

[42] [美]克里福德·吉尔兹：《地方性知识：事实与法律的比较透视》，载梁治平编：《法律的文化解释》，生活·读书·新知三联书店1994年版，第74页。

[43][英]哈耶克：《个人主义与经济秩序》，贾湛等译，北京经济学院出版社1991年版，第32页。

[44][美]亨利·马瑟：《合同法与道德》，戴孟勇、贾林娟译，中国政法大学出版社2005年版，第98页。

[45][美]理查德·A. 爱波斯坦：《简约法律的力量》，刘星译，中国政法大学出版社2004年版，第98页。

[46][美]罗伯特·考特等：《法和经济学》，张军等译，上海三联书店、上海人民出版社1994年版，第470页。

[47][德]黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1995年版，第119页。

[48][美]威廉·M. 兰德斯、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117页。

[49]程啸：《侵权法总论》，中国人民大学出版社2008年版，第123页。

[50]杨立新等：《侵权法三人谈》，法律出版社2007年版，第124页。

[51]杨立新等：《侵权法三人谈》，法律出版社2007年版，第134页。

[52][法]福柯：《法律精神病学中“危险个人”概念的演变》，苏力译，载北京大学法学院《北大法律评论》编委会编：《北大法律评论》（第2卷第2辑），法律出版社2000年版。

[53][日]青木昌彦：《比较制度分析》，周黎安译，上海远东出版社2001年版，第86页。

[54][美]理查德·A. 波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第393、394页。

[55][美]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16页。

[56][美]理查德·A. 波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第394页。

[57]参见杨立新等：《侵权法三人谈》，法律出版社2007年版，第134页。

[58]参见邓正来：《哈耶克法律哲学的研究》，法律出版社2002年版，第8页。

[59][英]哈耶克：《自由秩序原理》，邓正来译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第180页。

[60] John Stuart Mill, *On Liberty*, reprinted in *On Liberty and Other Essays*, John Gray ed., Oxford University Press, 1991, pp. 84, 85.

[61] Rolf E. Sartorius, *Paternalistic Grounds for Involuntary Civil Commitment*:

A Utilitarian Perspective, in *Mental Illness: Law and Public Policy*, Baruch A. Brody&H. Tristram Engelhardt, Jr. eds., D. Reidel Publishing Company, 1980, p. 137.

[62] [英]哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,生活•读书•新知三联书店1997年版,第99页。

[63]杨立新等:《侵权法三人谈》,法律出版社2007年版,第135页。

[64] [英]哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,生活•读书•新知三联书店1997年版,第165页。

[65]参见张维迎:《信息、信任与法律》,生活•读书•新知三联书店2003年版,第72页。

[66]即便是在理论层面争议较小的要求摩托骑士戴头盔的做法,由于与“负外部性”标准关联不大,实践中也不时遭遇否定。1960、1970年代,美国推行强制戴头盔的法律规定,但不少法庭以反对父爱主义的名义推翻了它。See David L. Shapiro, *Courts, Legislatures, and Paternalism*, *Virginia Law Review*, Vol. 74, 1988, p. 525.

[67] See Comment of Choosing How to Die: The Need for Reform of Oregon

原载于《华东政法大学学报》2010年第3期