

# 风险领域理论与 侵权法二元归责体系

叶金强\*

---

---

**内容提要：**近代民法上的过错责任原则包含“有过错就有责任”和“没有过错就没有责任”两个层面。近代以来，“没有过错就没有责任”原则逐渐被废弃，代之而起的是风险责任原则。风险责任以风险领域理论为基础，根据一定的标准判断风险发生于何人领域之内，进而确定无过错所致损害的分配。划定风险领域的考量因素包括利益获取、风险开启与维持、信赖保护、损害分散可能性、自我保护可能性等。现代侵权法归责二元体系由过错归责和风险归责构成，风险责任可涵盖现行的危险责任、交往安全义务中的无过错责任、公平责任等所有无过错致害责任。风险责任立法可采一般条款加类型立法的模式。

**关键词：**过错责任 风险责任 风险领域理论

---

---

## 一、问题的提出

侵权法的核心是归责，以什么样的基础来确定责任的归属，反映了基本的损害分配思想，构成了侵权法的灵魂。近代民法确立了过错责任原则，而近代以降，随着危险责任的发达，逐渐形成了侵权法的二元结构。德国法中，责任法二元结构理论可追溯到1953年埃塞尔（Esser）的论文，〔1〕其后，埃塞尔的理论很快成为了通说。〔2〕不过，在似乎截然对立的过错责任与危险责任之间，一直存在着边缘模糊的、流动的灰色地带。并且，危险责任背后之归责思想也带来了过错责任的内部调整。埃塞尔指出，过错责任与危险责任之间存在一个灰色区域，表面证据、举证责任转移、过错推定，均可以达到与危险责任相似的效果。〔3〕这样，结构性的分立背后，隐含的似乎却是归责思想的贯通性与流动性。

对此，维尔伯格（Wilburg）尝试了损害赔偿法的统一构造，对于损害赔偿法的基础，他试图在追求单一原理与听任众多责任基础无序排列这两极之间，发现一条中间道路，尝试由各种思

---

\* 南京大学法学院教授。

本文的写作获得了德国洪堡基金会（Alexander von Humboldt-Stiftung）的资助，特此致谢。

〔1〕 Josef Esser, Die Zweispurigkeit unsers Haftpflichtrechts, JZ 1953.

〔2〕 Nils Jansen, Tagespolitike, Wertungswandel und Rechtsdogmatik, JZ 2002, S. 966.

〔3〕 Erwin Deutsch, Das Recht der Gefährdungshaftung, Jura 1983, S. 619.

想的有机合作来形成共通的构造。维尔伯格主张通过许多相互联系、具有不同强度的要素来整合赔偿义务的基础，包括三个决定性要素和一个附加要素。决定性要素为：（1）通过侵害或者危险化而形成了对他人权利领域的利用；（2）因发生在责任者领域内的事情而引发了损害事件；（3）对前两种情况中发生在责任者领域之瑕疵的责难；附加要素为：责任者的经济能力或者办理责任保险的可苛求性。<sup>〔4〕</sup>他认为，这些责任要素可视为价值序列，根据各自的数量和程度，相互补充以发生损害赔偿义务。责任并非以全部要素或一定要素的同时存在为前提，而是可由要素的任意结合而发生。在四个要素同时发挥作用的情况下，每一个要素达到很低的程度就足以发生责任；相反，在例外情况下，具有特别强度的单一要素即可构成了损害赔偿义务的基础。<sup>〔5〕</sup>他主张，体系由损害赔偿义务的构成要素组成，并让这些要素发生动态的互动作用。在各个要素的评价中，保留了法官裁量的广阔空间，这使得判决与价值变迁相适应成为可能。<sup>〔6〕</sup>由此，维尔伯格表达了其著名的动态体系思想。

动态体系论于理论层面确实非常具有吸引力，不过，有学者认为，动态体系理论因过于复杂而在法院实践中无法适用。<sup>〔7〕</sup>动态体系论所触及的仍然是法律安定性与实质正义之间的紧张关系这一法学的永恒主题。于损害赔偿法领域，如何处理这样的紧张关系成为方法论层面的核心问题。需要什么样的框架以及框架的弹性化程度如何，均是值得探讨的问题。值得注意的是，德国法自其民法典公布之后，即通过判例发展出交往安全义务（Verkehrspflichten），该制度对过错责任、危险责任的框架性区分已形成了一定的冲击。虽然司法实践的推进并不一定要顾及现有理论体系的和谐，但是，对实践中的法给出体系化的解释，却是理论的任务。于实践中一点一滴演化着的过错责任、一步一步发展起来的危险责任以及交往安全义务，其背后起着定向功能的应是变迁中的侵权法思想，由此“历史上流传下来的概念和教义学框架是否仍然能够与责任法的现代功能和价值抉择相协调”，<sup>〔8〕</sup>这样的问题也进入了学者的视野。

我国侵权法上归责体系之理论主张主要包括：过错责任一元制，过错责任和无过错责任二元制，以及过错责任、过错推定、公平责任三元制，<sup>〔9〕</sup>过错责任、危险责任、公平责任三元制。<sup>〔10〕</sup>其中，过错责任与无过错责任/危险责任二元制为通说。不过，理论界并没有深入探讨无过失责任的归责基础，危险责任的基本思想也缺乏基础性的梳理，而公平责任的争议也只是停留于各执一词的局面。立法上，民法通则在规定过错责任的同时，也规定了危险责任等无过错责任，并且其第132条规定，双方均无过错时可根据实际情况由当事人分担责任。而最高人民法院在2003年的司法解释中规定了安全保障义务，<sup>〔11〕</sup>从制度渊源上观察，系借鉴德国法上的交往安全义务，但其范围要狭窄得多。

我国正在进行侵权行为立法，对于德国法现行的以1900年民法典为基础，经由司法实践发展起来的侵权法框架，零敲碎打式的跟进，显然不是妥当之举，而立基于现代侵权法理念，摆脱德国法因“路径依赖”等因素而形成的不必要的交叉与繁复，进行制度的整合与创新，当是有益的尝试。就侵权法归责体系而言，忽视归责基础变迁的思想性根基，局限于现行规定而形成的表

〔4〕 Walter Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts, Marburg: N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, G. Braun, 1941, S. 28.

〔5〕 同上书，第29页。

〔6〕 同上书，第101页。

〔7〕 Ewald Hücking, Der Systemversuch Wilburgs, Duisburg, 1982, S. 127.

〔8〕 Nils Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 2003, S. 27.

〔9〕 参见米健：《关于“公平”责任原则的思考》，《中外法学》1997年第1期。

〔10〕 孔祥俊：《论侵权行为的归责原则》，《中国法学》1992年第5期。

〔11〕 参见最高人民法院法释〔2003〕20号《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第6条之规定。

达,除了易陷于肤浅之外,也会使得变迁了的思想难于发挥指导功能,从而可能发生方向性的偏离。鉴于我国私法实践的历史尚短,基于比较法资料来进行制度性反思就十分必要,对他国实践的考察,可展现历史的纵深感,有助于把握现代法的脉动。笔者以为,归责思想现代变迁的基本脉络是过错责任的退让与风险责任的挺进。风险分配思想在修正过错责任的同时,不断地扩展自身的影响,形成了现代责任法中过错责任、风险责任的二元构造,被修正的过错责任理论和风险领域理论构建了现代责任法的归责基础。本文的中心任务,正是在反思与检讨的基础上,重塑现代侵权法的归责体系,并对已作出过初步讨论的风险领域理论,<sup>[12]</sup>进行详细的展开。

## 二、现有理论之构造及其局限

前已述及,侵权法理论系以过错责任和危险责任的二元结构论为通说,同时,德国法上通过司法实践发展出了交往安全义务,我国法上则尚有公平责任之主张。这里,拟先对危险责任、交往安全义务作简要的梳理,而过错责任之检讨则留待后来来完成。

### (一) 危险责任

#### 1. 定位

危险责任源远流长,罗马法上即有危险责任的规定。依照罗马法,饲养野生或驯服的动物,占有失修的房屋或者水利实施,均可能发生没有过错的赔偿责任。德国普通法、普鲁士普通邦法以及1838年普鲁士铁路法中,均有无过失责任的规定。<sup>[13]</sup>危险责任(Gefährdungshaftung)之表达是由吕梅林(Rümlin)于1896年创造的,<sup>[14]</sup>而危险责任的真正发达,仅是近代以后的事情。不过,危险责任并非根据统一的体系而导入现行法,而是基于不同的动机或多或少地杂乱发展起来的。<sup>[15]</sup>现在通说认为,危险责任不再属于不法行为,而是个案风险实现时的损失补偿,有些学者因此认为危险责任不再属于侵权法。<sup>[16]</sup>另有学者认为,可以确定的是,相对于侵权责任(Deliktshaftung),危险责任构成独立的归责原则;但尚不确定的是,作为原则之危险责任本身的内容限定和体系定位。<sup>[17]</sup>

对于危险责任的定位,贝兹(Bälz)认为,与侵权法的行为责任之责任基础以及相应的结果相区分,危险责任属于不当得利法上的状态责任体系。<sup>[18]</sup>危险责任不涉及行为不法和赔偿,而是涉及状态不法和赔偿。危险责任也是对不法(Unrecht)之责任,只是其针对的当然不是行为不法(违法性 Rechtswidrigkeit),而是状态不法(Zustandsunrecht)(即无合法根据 Rechtsgrundlosigkeit)。<sup>[19]</sup>早在1941年,埃塞尔即在其著作中尝试解决危险责任的理论定位及其与私法一般原理的关系。<sup>[20]</sup>从埃塞尔的该基础性著作开始,危险责任就被视为分配正义的体现,相应的过错责任则众所周知地被作为校正正义的表现形式。<sup>[21]</sup>盖正如延森(Jansen)所言,分配正

[12] 参见叶金强:《信赖原理的私法结构》,台北元照出版有限公司2006年版,第6章第3节。

[13] Gerd Rinck, Gefährdungshaftung, Verlag Otto Schwartz & Co. Göttingen, 1959, S. 2.

[14] Erwin Deutsch/ Hans-Jürgen Ahrens, Deliktsrecht, Carl Hezmanns Verlag KG. Köln, 4. Aufl., 2002, S. 162.

[15] 前引[13], Gerd Rinck书,第20页。

[16] J. von Staudingers, Kommentar zum BGB, Buch 2, § 823—825, 1999, S. 16.

[17] Ulrich Bälz, Ersatz oder Ausgleich?, JZ 1992, S. 62.

[18] 同上文,第69页。

[19] 同上文,第65页。

[20] Josef Esser, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1941, S. 69.

[21] C. -W. Canaris, Die Gefährdungshaftung im Lichte der neueren Rechtsentwicklung, JBl. 117 (1995), S. 15.

义不仅涉及财富的分配，同样也涉及负担的分配。<sup>[22]</sup>

危险责任基于特别危险的实现而发生，以特别立法的存在为前提，不以行为人的过错为必要，并无违法性的要求，一般会有最高赔偿额的限制。<sup>[23]</sup>但是，危险责任并非纯粹的原因责任，而是在必要的引发损害之外，尚有一系列的社会评价在发挥着作用。<sup>[24]</sup>笔者以为，作为风险分配的措施，危险责任当然可以不考虑违法性和过错，而最高额的限制、慰抚金的排除以及免责事由的设定等，均是一种平衡手段，与过错责任中的抗辩事由具有不同的旨趣。不过，在瑞士法和奥地利法中，危险责任中慰抚金之发生并不依赖于过错的存在。<sup>[25]</sup>黑尔（Hehl）认为，对过错责任和危险责任中的非物质损害赔偿请求权作不同的安排，没有正当的基础。<sup>[26]</sup>德国法上原本严格限制危险责任中的慰抚金请求权，但2002年通过的《关于修改损害赔偿法规定的第二法案》在德国民法典第253条中增加了一款，该款认可的慰抚金请求权适用领域包括危险责任。<sup>[27]</sup>

## 2. 基础

对于危险责任的基础，冯·卡梅尔（von Caemmerer）认为，危险责任的正当化系立于多种视角之下的、个案中或多或少且强度不同的各种因素的合力之上，具体的考虑包括：（1）只有尽管风险承担者采取了一切可能的措施也未能阻止损害之发生，危险活动的许可才是可容忍的；（2）风险承担者应将这些损害的风险作为营业费用的一部分计算在内，将其作为经营费用加以承担；（3）由控制危险源者承担责任是恰当的，这样可以诱导其做出一切可能预防损害或者减轻损害的行为；（4）意外事件往往是人的过错行为共同作用的结果，但局外的当事人通常无法查明，举证责任的转移也无济于事，故在事实上存在过错时，也只能空手而归；（5）控制和利用危险之人于市场中，可以将费用和 risk 通过价格向对其产品或服务感兴趣的客户进行分散；（6）就各个事故当事人而言，危险的发生完全是不可预见、不可计算的偶然，事故受害人并非可以将其作为现代技术世界的生活风险，通过一个一般性的事故保险来承受。<sup>[28]</sup>布莱施楚克（Blaschczok）认为，危险责任的基本考量因素包括：危险的许可性、特别的危险程度、由危险源导致损害、公众的无助、致害人对危险源的利益、致害人接近危险源及受害人举证困难、履行能力和保险可能。一些学者相信，通过上述角度的综合考虑可以对危险责任法作出说明。<sup>[29]</sup>

从历史发展的角度，林克（Rinck）归纳出的危险责任的正当化途径包括：（1）推定过错：将虽不可证明但也不可反驳的过错推定作为危险责任的正当化基础，认为没有过错的事故是不可想象的，每个损害事故均是以过错的存在为基础的，尽管可能无法证明。（2）基于利益状况：在追求其利益过程中损害他人者，须赔偿相应的损失。（3）基于典型危险：行为典型地使环境遭受危险的，启动、控制风险之人应承担责任。<sup>[30]</sup>黑尔则对危险责任的效力基础作了如下归纳：（1）分配正义：危险责任背后的思想为分配正义，即不可避免之风险的公平分配。（2）为许可的危险活动承担责任：就像危险许可的价格一样，危险引发者应就随之而来的后果承担赔偿责任。

[22] 前引 [8]，Nils Jansen 书，第 82 页。

[23] Vgl. Kötz, Wagner, Deliktsrecht, München: Luchterland, 10. Aufl., 2006, S. 190 ff.

[24] Vgl. Gert Brüggemeier, Gesellschaftliche Schadensverteilung und Deliktsrecht, Acp 182 (1982), S. 400.

[25] Susanne Hehl, Das Verhältnis von Verschuldens- und Gefährdungshaftung, S. Roderer Verlag, Regensburg, 1999, S. 109.

[26] 同上书，第 112 页。

[27] Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Verlag C. H. Beck, München, 65. Aufl., 2006, S. 300.

[28] Erst von Caemmerer, Reform der Gefährdungshaftung, De Gruyter · Berlin · New York, 1971, S. 15.

[29] Andreas Blaschczok, Gefährdungshaftung und Risikozuweisung, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1993, S. 46ff.

[30] 前引 [13]，Gerd Rinck 书，第 3 页以下。

(3) 危险源的控制和利益的获取：归责的基础在于危险源的控制和危险的引发，不管怎样，抽象的危险处于危险引发者手中；损害者作为危险维持中经济利益的获得者，理应对由此产生的后果承担责任。(4) 特别危险和公众的无助：特别危险具有特别大的损害可能性，涉及众多人身或者威胁特别重大的利益；特别危险强化了责任，同时特别的危险会形成公众的无助，使其失去防卫的可能性；当自我保护的可能性丧失时，与危险相连的损害赔偿请求权就应产生。<sup>[31]</sup>从上述学者的观点中，不难把握危险责任的基本归责要素。

### 3. 立法模式

危险责任制度中争议较大的是立法模式问题，即一般条款模式与特别立法模式之争。德国、奥地利等国采行的均是特别立法模式。在采行特别立法模式的国家，是否可以类推适用危险责任规则也存在争议。在德国法中，危险责任被看作一般性的过失责任之例外，司法中拒绝类推适用现有的危险责任类型。<sup>[32]</sup>因为类推适用是以存在法律漏洞为前提的，无漏洞则无类推的可能，而危险责任的规定作为过失责任原则的例外而存在，依其例外之特征自应局限于法定规则，故无法律漏洞可言，不可以通过类推加以扩展。<sup>[33]</sup>其他的反对类推的理由尚有：危险的标准相对模糊，将其作为一个责任基础不太合适；或基于当事人利益考虑，其需要事先知道是否可能发生无过失责任，只有这样才能通过责任保险来应对。<sup>[34]</sup>但是，黑尔指出，危险责任的类推适用，在奥地利判例和文献中却不成问题，而是早已得到了承认，因为危险责任的构成要件并非被当作特别规定来理解，而类推是一个合适的漏洞填补工具，可以避免责任法中出现对相同情况作不同处理的不理想状况。<sup>[35]</sup>多伊奇(Deutsch)认为，立法列举各个危险责任的要件，并不是作为过错责任之例外，而是构建了一个独立的责任原则，故在类似的情况下，存在可比较的特别危险时，通过类推来填补漏洞是合适的选择。<sup>[36]</sup>

就立法模式而言，施特克勒(Strickler)指出，危险责任的特别立法模式具有三个优点：法律的安定性、经济上的可承受性以及行为自由的维护；不足之处则在于：危险责任规则的无序状态和任意性，危险责任立法存在漏洞，司法实践在危险责任灰色地带中不得不另寻出路。<sup>[37]</sup>瑞士责任法修订委员会认为，支持一般条款的根本基础在于特别立法模式本身的缺陷，即不完整性、对相同类型作不同处理以及跟不上技术发展的步伐。<sup>[38]</sup>对于危险责任的改革，多伊奇建议，或者设立危险责任的一般条款，或者容许危险责任一般要件的类推适用，<sup>[39]</sup>施特克勒则建议一种次级的一般条款模式，即一般构成要件加列举的方式。<sup>[40]</sup>

## (二) 交往安全义务

### 1. 定位

德国民法典第823条以下并没有提及交往安全义务，交往安全义务系于判例中首先为应对不作为责任问题而发展起来的，后来也用于解决行为责任问题。人们将交往安全义务描述为民法典

[31] 前引 [25]，Susanne Hehl 书，第 86 页以下。

[32] 前引 [14]，Deutsch/Ahrens 书，第 166 页。

[33] Siehe Hanspeter Strickler, Die Entwicklung der Gefährdungshaftung; Auf dem weg zur Generalklausel? Jurist Druck + Verlag Zürich, 1982, S. 100.

[34] J. von Staudingers, Kommentar zum BGB, Buch 2, § 823—825, 1999, S. 18.

[35] 前引 [25]，Susanne Hehl 书，第 218 页。

[36] 前引 [3]，Erwin Deutsch 书，第 624 页。

[37] 前引 [33]，Hanspeter Strickler 书，第 42 页以下。

[38] 前引 [25]，Susanne Hehl 书，第 118 页。

[39] 参见前引 [14]，Deutsch/Ahrens 书，第 167 页。

[40] 参见前引 [33]，Hanspeter Strickler 书，第 140 页。

体系的野生物，司法实践将其视为侵权构成的必要补充。<sup>[41]</sup>冯·巴尔指出，民法中交往安全义务的生成，首先承担了这样的任务，即在当时已认可的作为义务之外，为不作为责任提供了新的基础。<sup>[42]</sup>交往安全义务的发展可追溯到1902年德国帝国法院枯树案的判决，<sup>[43]</sup>该案中被告所有的立于公共道路边的枯树倒下，给原告造成了损害。德国帝国法院认为，德国民法典第823条第1款可以用来规范此类违法的不作为行为，法院虽否定了土地占有者有随时防止树木产生危险的义务，但认为当占有者事先已被提醒注意一定树木的危险性时，对其过失的非难就可能成立。在1903年的另外一个案件中，<sup>[44]</sup>原告夜间在被告所有的石头阶梯上滑倒受伤，该阶梯缺少照明并且结冰光滑。德国帝国法院指出，任何人将自己的不动产供公共交通使用时，即负有依照保障交通安全所要求之方式行事的义务，以及进一步的照顾义务。<sup>[45]</sup>交往安全义务最初主要用来解决道路交通设施的安全问题，后逐渐扩展到交通安全以外的领域，成为一般性的安全保障义务，<sup>[46]</sup>其涉及的主要类型包括：街道安全、通道安全、铁路、运动项目、公共广场、楼梯、房屋、院子、游乐场等。<sup>[47]</sup>多伊奇指出，交往安全义务的发展，对责任和责任法具有根本性的意义，它显著地扩展了责任，几乎成为安全疏忽方面的一般条款。<sup>[48]</sup>

作为德国法院发展出来的制度，交往安全义务系产生于第823条第1款之解释，然而其功能却与第823条第2款十分相似。<sup>[49]</sup>通说认为，其体系定位应在第823条第1款，判例和学说也始终主张将交往安全义务置于第823条第1款，但是，其是否可以成为事实构成、违法性或者有责性的一部分，却是完全地不清晰。<sup>[50]</sup>不过，交往安全义务不仅保护第823条第1款规定的权利和法益，而且保护其他利益，当然，这样的利益必须是从法律角度而言被认为是值得提供侵权保护的。<sup>[51]</sup>第823条第1款所保护的利益本来就有限定，除了明确列举的权利之外，作为该款意义上的“其他权利”，在限制解释的基础上仅指这样的法律地位，即与该款明确列举的诸如所有权和健康这样的权利和利益相类似的状况，<sup>[52]</sup>这样，交往安全义务就明显扩展了侵权法的保护范围。此外，冯·巴尔指出，长期以来人们认为交往安全义务是应对不作为之难题的特殊措施，而在结果或行为关联之不法概念的讨论中，交往安全义务对间接侵害同样具有重要意义之观点得到了普遍认同；<sup>[53]</sup>现实要求人们更多地顾及他人的私人领域，而不作为责任的扩展，正是意味着对这种要求的法律保障；<sup>[54]</sup>交往安全义务在狭义上就是一项危险控制命令，即对不动产标的享有支配权之人应负担起对他人生命、健康和财产的保护义务。<sup>[55]</sup>

[41] 前引 [14]，Deutsch/Ahrens 书，第 123 页。

[42] Christian V. Bar, Verkehrspflichten – Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktrecht, Carl Heymann Verlag KG, Köln, 1980, S. 318.

[43] RGZ 52, 373.

[44] RGZ 54, 53.

[45] Vgl. Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts Band II/2, München; C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 13. Auflage, 1994, S. 400.

[46] 参见前引 [42]，Christian V. Bar 书，第 43 页以下。

[47] 参见前引 [14]，Deutsch/Ahrens 书，第 129 页。

[48] Erwin Deutsch, Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld, Köln; Carl Heymanns Verlag KG, 3. Aufl., 1995, S. 133.

[49] 前引 [14]，Deutsch/Ahrens 书，第 131 页。

[50] 前引 [8]，Nils Jansen 书，第 394 页。

[51] 前引 [48]，Erwin Deutsch 书，第 135 页。

[52] 前引 [45]，Larenz/Canaris 书，第 356 页。

[53] 同上书，第 401 页。

[54] 前引 [42]，Christian V. Bar 书，第 26 页。

[55] 同上书，第 45 页。

## 2. 基础

对于交往安全义务的正当化,许多学者从不同角度进行了尝试。冯·巴尔认为,交往安全义务的基础包括:危险的创造或维持、信赖保护、危险控制的可能性、危险领域的私人 and 共同体效用。前三者为发生交往安全义务最重要的基础,后者体现的是从危险中获益者应控制危险的思想。<sup>[56]</sup>值得保护之期待的落空,是交往安全义务发生、义务人确定以及义务方式和范围的核心标准之一。<sup>[57]</sup>拉布(Raab)认为,交往安全义务的正当化基础在于风险引发和风险控制之思想、利益和风险同在之思想以及信赖思想。<sup>[58]</sup>拉伦茨/卡纳里斯则认为,交往安全义务的主要基础为危险源的制造或维持,决定性的正义标准在于为所设置风险负责的思想,构成了领域责任(Bereichshaftung)。特定领域安全之责任的背后支撑,为责任与控制力相配套的思想。所有者原则上处于可以控制危险的地位,通常也从危险源中获益。<sup>[59]</sup>危险防免义务的第二项主要基础是任务的承担(Übernahme einer Aufgabe),诸如兽医、建筑师、施工负责人等,不仅对任务给予者(Auftraggeber)负有合同义务,而且原则上负有保护第三人生命、身体和财产的交往安全义务。对于任务承担之责任的正当化,危险制造、风险控制思想具有重要的意义。就危险制造而言,任务的承担使原义务人不再履行保护义务,并减少或排除了潜在受害人的自我保护;就风险控制而言,任务的承担者通常具有妥当履行的能力,至少会给第三人以这样的印象。此外,信赖思想也是重要的正当化基础之一,通常信赖的要求和提供与任务的承担联系在一起。交往安全义务还可以从先前行为中产生,此类先前行为具有引发特别大的风险之可能,行为人因而承担了防范风险义务。<sup>[60]</sup>最后,拉伦茨/卡纳里斯还从方法论的角度作了总结:危险制造思想、危险控制思想、风险承担与利益获取相配套以及信赖保护思想,可构成维尔伯格意义上的开放的、动态的体系,这些不同的归责基础以综合的方式共同发挥作用。<sup>[61]</sup>

### (三) 初步的批判

现行侵权法二元归责体系是随着危险责任的逐步发展而成形的,大陆法系近代的民法典以过错责任为基点,危险责任的兴起多在法典之外,因应实践的需要而产生。此类实践推动出来的制度,包括交往安全义务在内,往往会忽视理论体系的内在和谐,<sup>[62]</sup>故有学者指出,危险责任的归责原理并不清晰,<sup>[63]</sup>侵权责任法展现为不统一的图景,甚至于混乱。<sup>[64]</sup>但是,实践指引出来的方向,不是原有理论可以否定的东西,反而应是理论发展的定向仪。新实践的出现,理论上的说明总是会有的,但关键是当实践的变化累积为根本性的前行时,原有的理论框架便有可能失去解释的能力,或至多也只是能够提供一些牵强的解释。此时,对新实践基础的认识模糊,就会直接影响到正义的实现,实践基础之探明、理论之更新也便势在必行了。

那么,学者所言的欠清晰与混乱是什么呢?首先,危险责任、无过失责任表述本身并不包含

[56] 前引 [42], Christial V. Bar 书,第 112 页以下。

[57] 同上书,第 117 页。

[58] Thomas Raab, Die Bedeutung der Verkehrspflichten und ihre Stellung im Deliktsrecht, JuS 2002, S. 1044.

[59] 前引 [45], Larenz/Canaris 书,第 407 页以下。

[60] 同上书,第 408 页以下。

[61] 同上书,第 412 页。

[62] 此种忽视本身无可指责,盖个案判决以个案正义之实现为根本目标,理论本身只具有辅助功能,并且最终需要依当下正义理念之框架进行调整。在确信判决的妥当性之后,判决与现行理论的冲突、判决基础之论证理路的欠清晰,均不构成实质性的障碍。相反,是理论需要跟进,以帮助理清思路,发现本质,并最终由更新的价值理念拓展出顺畅的体系,以发挥理论的说明、贯彻等功能。

[63] 前引 [29], Andreas Blaschczok 书,第 139 页。

[64] Vgl. Hans G. Leser, Zu den Instrumenten des Rechtsgüterschutzes im Delikts- und Gefährdungshaftungsrecht, Acp 183 (1983), S. 576.

对归责基础的揭示，仅是类型特征的表层性描述，即分别为对危险的责任和在没有过失情况下发生的责任。同时，危险责任涵盖面有限，难于形成与过错责任对接的格局，这样形成的二元结构必然存在许多遗漏，出现法外空间。故有学者因此指出：危险责任的改革十分迫切，因为法院基于危险责任为例外规则的印象，必要的扩展迄今仍被阻断。<sup>〔65〕</sup>危险责任无法将其他无过错责任类型包含进去，而无过失责任只是对不需要过失之责任形态的概括，对各项不需要过失之责任的归责基础没有任何的揭示，更不可能提供一个统一的归责基础。

交往安全义务的发展则更进一步加剧了体系的混乱。虽然有学者认为交往安全义务的违反以及赔偿义务的发生以过错为前提，<sup>〔66〕</sup>但是，实际的状况是，许多交往安全义务案型更接近于危险责任。正如学者所言：交往安全义务将危险责任的归责标准转置到过错责任中，<sup>〔67〕</sup>越来越多地趋向于担保责任、风险责任，掏空了过错原则，<sup>〔68〕</sup>成为法官法上隐秘地进行危险责任法续造的工具。<sup>〔69〕</sup>从前文所述的交往安全义务的正当化理由来看，也不难看出其与危险责任的正当化基础有许多相似之处。这样，交往安全义务之中混杂了过错责任与危险责任两种形态，对二元结构体系的破坏也由此可见一斑。此外，冯·巴尔还提出了另外一个角度，他认为，责任法发展中过失责任与危险责任的区分不能成功，二者均立基于民法典侵权行为法中普遍存在的危险提升理论；危险责任是与危险程度相对应的、完全客观的不注意的责任。<sup>〔70〕</sup>

所有这些，似乎使侵权法重新回到混沌状态，过错责任的内在调整，危险责任、交往安全义务的实务发展，模糊了人们的视线。追随着正义观念而于历史中杂生出的制度，形成盘根错节之势，其各自赢得的力量阻碍着制度的整合。但是，中国法不存在这样的问题，司法实践的贫乏反而解放了人们的手脚，使人们可以也应当深刻反思侵权法的现代精神，尝试理论与制度的创新，而这样的任务要求进一步思考隐藏于这一切背后的东西。

### 三、过错责任之检讨：为什么将损失留在原处

#### （一）过错责任之内涵

过错责任原则系指有过错才有责任，没有过错就没有责任之原则，它将过错作为归责的基础。过错原则于19世纪取得了统治地位，法国民法典、普鲁士普通邦法以及奥地利民法典均以过错原则作为不容置疑之基础，<sup>〔71〕</sup>德国民法典也以过错责任为占据主导地位的原则。过错责任原则是近代私法基本原则中私法自治原则的当然体现，埃塞尔指出，私法由个人的自主决定和自己责任这样的原理，发展出作为独立的私法领域的“合同”和“不法行为”之概念，将合同视为意定的交易和基本的自由行使理论，将不法行为视为自由滥用的理论。<sup>〔72〕</sup>由此也不难看出过错责任在侵权法中的地位。

冯·卡梅尔指出，过错原则有积极的和消极的两个层面。积极层面为，谁因过错而损害了他人的，就必须承担相应的损失，这符合正义观念，显然已为世人所普遍接受；消极层面为，只有做

〔65〕 前引〔64〕，Leser文，第601页。

〔66〕 前引〔48〕，Erwin Deutsch书，第135页。

〔67〕 前引〔42〕，Christian V. Bar书，第319页。

〔68〕 Laurenz Voss, Die Verkehrspflichten, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 2007, S. 84, 85.

〔69〕 前引〔29〕，Andreas Blaschczok书，第93页。

〔70〕 前引〔42〕，Christian V. Bar书，第143页。

〔71〕 Ernst von Cammerer, Der Verschuldensprinzip in Rechtsvergleichender Sicht, RabelsZ 42 (1978), S. 8.

〔72〕 前引〔20〕，Josef Esser书，第51页。

出过错行为者，方应有责任，没有过错就没有损害赔偿义务，从而保障个人之必要的行为自由。<sup>〔73〕</sup>据此，多伊奇也认为，过错不仅是责任的基础，也是责任的边界。作为责任的基础，在一定的要件框架下，每个过错均导向损害赔偿请求权；过错同样构成责任的界限，自由之空间始于过错的对面，人们可以在其间进行价值创造。<sup>〔74〕</sup>对于过错责任的这两个层面，耶林也有精辟的论述：引发损害赔偿义务的不是损害而是过失，就像刑法中没有过失就没有刑罚一样，民法中也仅是主观上可归责的行为方才招致损害赔偿义务；没有这样的前提而发生损害时，则由遭遇这样的自然事件之人承受相应的不利后果。<sup>〔75〕</sup>

布里格迈耶尔（Brüggemeier）认为，19世纪私法之发展系受三种支配性思潮的影响：法律概念体系化的民法学、康德的理性自然法思想和德意志唯心主义哲学的责任伦理、亚当·斯密的经济自由主义之个人主义行为逻辑。<sup>〔76〕</sup>立足于这些思潮之上的私法中，自治的理念必然处于核心的地位。在侵权法中，由结果责任到过错责任的演变，从罗马法阶段即已开始，阿奎利亚法中过错责任已初见端倪，而正是到近代民法时期，过错责任达到了其发展的顶峰。此一时期的过错责任具有浓厚的伦理色彩，马顿（Marton）指出，法律领域中的过错是一个借用的概念，它最初发源于伦理领域；<sup>〔77〕</sup>每部教科书，无论是民事的还是刑事的，均一致地表明，对于过错不能作任何其他的理解，而是仅指确定的主观应受谴责性：由行为人内在的意志行为导致了一个确定的后果。<sup>〔78〕</sup>维尔伯格也强调，深深扎根于正义感的过错，于损害责任方面形成了这样的观点，即过错的伦理价值无可置疑。<sup>〔79〕</sup>值得注意的是，在过错责任的两个层面中，似乎与伦理有密切关联的只是其积极的层面，即“有过错就有责任”体现了伦理的评价，而“没有过错就没有责任”则更多的基于经济政策的考虑，<sup>〔80〕</sup>可能正是基于这个理由，埃塞尔认为，不是道德上的而是经济政策上的动机，构成了过错原则至高无上的基础。<sup>〔81〕</sup>

不过，过错责任从近代的顶峰开始，便确定了其“客观化”的方向，许布纳（Hübner）指出，在19世纪损害赔偿法中即已出现了确定的客观化趋势，<sup>〔82〕</sup>下文将尝试揭示此一动向的思想根源。就过错责任整体而言，如果说“有过错就有责任”是伦理评价的法律表达，那么“没有过错就没有责任”体现的则更多的是一种风险分配思想。现代社会中，“有过错就有责任”的伦理基础依然坚实，故值得检讨与反思的是“没有过错就没有责任”这样的风险分配思想。

## （二）为什么将损失留在原处

“没有过错就没有责任”的实际效果是，被告不负担任何责任，损失将留在原处，由原告自己消化。布里格迈耶尔指出，追随原子论市场社会之个人主义和自由经济模式的责任法，奉行“损失由所有人承受”、将损失留在原处之原则。所有人为其财产承担风险，谁遭受了损失，原则

〔73〕 前引〔71〕，Ernst von Cammerer文，第6页。

〔74〕 Erwin Deutsch, Die Fahrlässigkeit im neun Schuldrecht, AcP 202 (2002), S. 893.

〔75〕 Vgl. Regina Ogorek, Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert, Böhlau-Verlag Köln Wien, 1975, S. 42ff.

〔76〕 Gert Brüggemeier, Deliktsrecht, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 1986, S. 43.

〔77〕 G. Marton, Verschuldensprinzip Verursachungsprinzip, J. Schweitzer Verlag, München, Berlin und Leipzig, 1926, S. 16.

〔78〕 同上书，第5页。

〔79〕 前引〔4〕，Walter Wilburg书，第51页。

〔80〕 也许“没有过错就没有责任”与伦理评价的关系尚有进一步思考的余地。当伦理上将过错与责任牢固地联系在一起时，似乎“没有过错就没有责任”可以视为“有过错就有责任”的自然延伸。不过，若将过错责任作为对“损失由所有人承受”原则的调整，则“没有过错就没有责任”只是局部上对原有风险分配规则的保留。此外，“损失由所有人承受”原则与结果责任在思想史上的关系，值得探究。

〔81〕 Vgl. Hein Kötz, Haftung für besondere Gefahr, AcP 170 (1970), S. 4.

〔82〕 Jürgen Hübner, Schadenszurechnung nach Risikosphären, Verlag Duncker & Humblot, Berlin, 1974, S. 72.

上谁自己承担。而过错责任基于经济效率和通行责任伦理的考虑，对“损失由所有人承受”之原则作部分矫正。<sup>〔83〕</sup>此种矫正是指，在行为人有过错时，损失不再留在原处，而是移转到行为人处，由行为人承受。但是，为什么在没有过错时，要将损失留在原处呢？

对此，拉伦茨/卡纳里斯指出，施加责任意味着对赔偿义务人自由和财产的伤害，故需要一个合法的基础。因而，“损失由所有人承受”原则成为侵权法的起点，偶然事件的后果由遭遇事件之人承受。该原则反映了基本的正义内涵，即每个人均当然应承受自己的“一般生活风险”（allgemeines Lebensrisiko），不能简单地将其转嫁给其他私法主体。根据德国民法典，损害赔偿义务之基础建立在被请求人的过错之上。<sup>〔84〕</sup>而霍姆斯指出，将损失从受害人处转移到被告处，会发生附加的社会成本，诸如律师、法院和执行费用；因此，除非有合理的理由，损失应留在受害人处。<sup>〔85〕</sup>就经济政策上的根据而言，冯·卡梅尔认为，过错责任原则在19世纪的胜利，不仅归功于自然法传统，工业化时代的经济政策也发挥了作用。自由主义要求的行为空间，同样可服务于工业发展，可能阻碍经济和技术发展的附加责任负担被排除。<sup>〔86〕</sup>

诚然，在因自然事件而遭受损害时，所有人承担损失应是自然理性的当然体现，将此类损害归结为“一般生活风险”自也无可挑剔。但是，当损害可归因于人的行为时，仍简单地将损失留在原处，其奉行的价值取向就存在检讨的必要。此时，符合自然理性的恐怕应是行为人承担损害。实际上，19世纪盛行的个人责任伦理及经济自由主义思潮，在法律上形成了坚定的行为人视角。行为自由的强调、经济发展保障的需要，使法律将行为人的风险降到最低点，以确保行为自由的空间并提供经济发展的推动力。与此同时，法律却几乎完全漠视了受害人的安全利益，而且立基于行为人视角的制度框架，也会极度压缩受害人的利益空间，使其正当利益在法律上得不到应有的表达。<sup>〔87〕</sup>本来法律即以衡平为目标，私法更是重视当事人利益的平衡，这种因一定经济、社会思潮激发出来的制度，在相应的经济、社会条件发生变化时，也必然呈消退之势。翁格尔（Unger）于1893年即已指出，在很大程度上损害赔偿法是一定时代的伦理信念以及社会、经济关系的产物。<sup>〔88〕</sup>虽然不可否认过错责任具有确定的法伦理优势，<sup>〔89〕</sup>但其消极层面即“没有过错就没有责任”却并没有明显的伦理上的优势。时过境迁之后，社会经济背景的演进、思想基础的变迁，引发的将是对过错责任这一消极层面的彻底批判。

### （三）“没有过错就没有责任”原则之废弃

如果说“没有过错就没有责任”在近代私法中是一个坚定的信条的话，那么该信条也从那一刻起，即已开始了不断被削弱的历程。时至今日，排除对昔日辉煌信条的心理依恋，不得不承认，“没有过错就没有责任”原则已经被废弃，这不仅发生在思想层面，同时也发生在制度层面。

早在19世纪，宾丁（Binding）就已指出，无过失是排除刑罚的必要基础，但不是排除损害赔偿义务的必要基础。<sup>〔90〕</sup>福格特（Vogit）认为，损害赔偿义务独立于过失的现象十分古老，存在于每一个人们熟悉的私法体系的初始发展阶段，如希腊法、罗马法以及德国私法。不过，此时

〔83〕 参见前引〔24〕，Gert Brüggemeier文，第393页。

〔84〕 前引〔45〕，Larenz/Canaris书，第351页。

〔85〕 See George P. Fletcher, *The Search for Synthesis in Tort Theory*, 2 *Journal of Law and Philosophy* 63—88, 69 (1983).

〔86〕 前引〔71〕，Ernst von Cammerer文，第8页。

〔87〕 前述拉伦茨/卡纳里斯的观点，反映了典型的行为人视角，只考虑对行为人施加责任的正当性，但却忽略了这样的问题：受害人为什么要承担行为人没有过错而导致损害之风险？

〔88〕 参见前引〔64〕，Hans G. Leser文，第569页。

〔89〕 前引〔21〕，C. — W. Canaris文，第16页。

〔90〕 参见前引〔75〕，Regina Ogorek书，第124页。

的因果责任仅是粗糙的、不成熟的正义感的结果。但是,在现代法律秩序中,无过失损害责任的案件不再仅仅是法直觉的结果,而是理智的权衡。<sup>[91]</sup> 思想与社会的变迁是这一切背后的主因。布里格迈耶尔指出,随着自19世纪末开始的国家和社会关系的变迁,过错责任的双重合法基础,即经济自由主义和个人责任伦理,也失去了效力;随之而来的是形形色色的对过失原理的侵蚀。<sup>[92]</sup> 19世纪工业化阶段的经济自由主义理论,通过以过错责任为例外的将损害留在受害人处的支配性原则,以及损害和责任的私人保险,构建了损害赔偿法。随着工业社会的发展成熟,通过立法和司法措施对将损害分配于受害人这一早期工业社会的基础规则进行矫正,越来越多地受到了重视。具体而言,此类矫正包括:通过过失责任的客观化及公开或隐蔽的严格责任,将损害越来越多地分配给行为人;通过私人责任保险和社会安全体系来建构损害的社会分散形式。<sup>[93]</sup>

克茨也认为,19世纪中过失责任据以取得统治地位的古典自由主义思想已经在很大程度上失去了影响力,经过一个很长的过程,如今,由社会治国理念形成的观念已经在法律、经济以及社会政治中获得承认。<sup>[94]</sup> 市民的安全诉求构成了根本性的法律政策动机,来导入和持续扩张特别法,以建立严格的、脱离过失要求之责任。同时,安全需求还导致了过失责任的内部改造,诸如交往安全义务的发展、谨慎要求的提高等,使事故受害人的法律地位显著改善,常达到这样的程度,即过失责任和危险责任的区分实际上几乎不复存在。<sup>[95]</sup> 而卡策迈耶尔(Katzenmeier)则十分鲜明地指出:时代精神已从“损失由所有人承担”原则走向“损失由致害人承担”原则,即致害人比无辜的受害人更接近损害,因此更应当承担损害,这样的认识取得了影响力。<sup>[96]</sup>

自近代以来的过失客观化,实质上也是对“没有过错就没有责任”的否定,客观化了的过失已失去了伦理评价的功能,系将原本的无过失说成为过失,进而肯定赔偿责任。正如学者所言,客观过失标准之下,加害人原则上承担了从低于平均值的能力到无责任能力期间的行为风险。<sup>[97]</sup> 客观过失责任不再是过错责任,它包含了对社会期待之能力的绝对保证。<sup>[98]</sup> 此外,过失之推定也会使没有过失的被告因不能证明自己没有过失而不得不承担责任,从而走向“没有过错就没有责任”之反面。这些过失责任的内部调整,达到了以过失责任之名,行无过失责任之实的效果。布里格迈耶尔因此总结道,尽管侵权规范之文本没有改变,但如今将损害内化于行为人之原则于司法实践中已处于突出的地位。<sup>[99]</sup>

值得一提的是,我国民法通则第132条规定:“当事人对造成损害都没有过错的,可以根据实际情况,由当事人分担民事责任。”这被部分学者解释为公平责任原则。笔者认为,所谓公平责任原则之说,难于认同。实际上,该条隐含的思想也许正是对“没有过错就没有责任”原则的反思,其预见到行为人无过错时一概将损失留在原处之不妥,故而授权法官根据个案情境确定是否改变“将损失留在原处”的规则。这样,民法通则的规定与现代侵权法思想也发生了内在勾连。

[91] Kurt Voigt, Fälle der Causalhaftung des Bürgerlichen Gesetzbuches, Weimar. Druck von G. Uschmann, 1902, S. 96-97.

[92] 前引 [24], Gert Brüggemeier 文, 第 396 页。

[93] 同上文, 第 388 页以下。

[94] 前引 [81], Hein Kötz 文, 第 5 页。

[95] 同上文, 第 7 页。

[96] Christian Katzenmeier, Zur neueren dogmengeschichtlichen Entwicklung der Deliktsrechtstatbestände, AcP 203 (2003), S. 114.

[97] Claus-Wilhelm Canaris, Schutzgesetz—Verkehrspflichten—Schutzpflichten, in: Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1983, S. 33.

[98] 前引 [24], Gert Brüggemeier 文, 第 441 页。

[99] 同上文, 第 418 页。

传统的过错责任原则过度偏向于行为人自由的保障，忽视了受害人安全利益之价值。“没有过错就没有责任”给予行为人过度的鼓励，导致自由的过度膨胀，由此将提高社会成本，并危及一般的安全利益。而透过过错责任的内在调整以及外在的退让，法律的着眼点发生了重大变化，已由行为人视角转向了受害人视角。这样的视角转换，可以释放出巨大的能量，使长期被压抑的受害人正当利益得到应有的关注。私法中，视角选择并非纯粹的技术性问题，不同的视角反映了不同的取向，冯·卡梅尔早在上世纪70年代即已指出，私法上决定性的是受害人视角。<sup>[100]</sup>

侵权法在从近代向现代转换中，过失的客观化、过失之推定、交往安全义务的确立、危险责任的扩展，已使“没有过错就没有责任”丧失了作为原则的地位。不过，对过错责任的检讨与修正，基本上没有涉及“有过错就有责任”原则，被剥离的仅是过错责任原则中伦理色彩极弱的成分。那么，“没有过错就没有责任”之信条逐渐隐退，其背后的实质是什么？

#### （四）整合的基础与方向

由过错责任的演变、危险责任的发达、交往安全义务的扩张，不难看出侵权归责体系演进的整体图景。近代私法中，过错责任呈鼎盛之势，只有极少的过错责任之例外，“没有过错就没有责任”为处于强势的原则。近代以降，归责思想的演变轨迹，表现为“没有过错就没有责任”原则的逐步消隐，并最终被废弃。本来，在行为人没有过错的情况下，损害分配之实质就是风险的分配，“没有过错就没有责任”原则选择了将风险完全分配给受害人，而该原则的消隐，实质上就是基于理念的变迁，将风险越来越多地分配给行为人。<sup>[101]</sup>在这一过程中，源于风险分配思想的演变，杂生出许多的制度，形成近乎凌乱不堪的局面。对此，有必要进行相应的整合。

接下来的问题的是，于过错之外，应根据什么来确定损害的承担？过错之外的标准，是否可能给予统一的构造？对此，笔者认为，无过错行为导致损害之分配，实为风险之分配，可通过构建“风险领域理论”来解决这一风险分配问题。风险分配的基本考量因素，构成这一理论的核心，通过这些因素的综合考量，来确定损害发生在谁的风险领域之中，最终解决损害的分配问题。这样，责任法中可形成过错归责和风险归责的二元结构，该结构可以覆盖损害赔偿的全部领域，且二归责原则均有其各自相对清晰的轮廓。过错责任原则将过错作为归责之基础，在剥离了“没有过错就没有责任”之后，其实已演变为“有过错就有责任”原则。而风险归责的基本构造，将于下文详细展开。

## 四、风险领域理论之构造

### （一）内涵

风险领域理论是关于如何分配无过错导致之损害的理论，其根据一定的标准来判断损害发生在谁的风险领域之内，以此确定损害之分配。风险是指非因任何人的过错而发生损害的可能性，此种可能性的实现为损害的发生。而领域并非局限于空间意义上的定位，而是一种包含非时空性切割可能性的东西。“风险领域”乃是一种形象的、简化表达方式，和其他理论中的表达一样，领域不是一个事实性的，而是一个法律性的概念。<sup>[102]</sup>

[100] 前引 [71]，Ernst von Cammerer 文，第 19 页。

[101] 与多数学者观点不同的是，笔者认为，过错责任的变迁中，个人责任之伦理色彩并没有受到实质性的削弱。“没有过错就没有责任”本来就与伦理的牵连较弱，而更多的是基于经济政策考量而形成的风险分配思想。过错责任之变迁中，处于核心地位的主要的是风险分配思想的变迁。过失责任的内部调整也不影响上述结论的得出，盖现代过失责任中容纳的非过失责任，仅是基于风险分配思想发生之责任被置于过失责任名下而已。

[102] 前引 [8]，Nils Jansen 文，第 380 页。

埃塞尔指出, 责任法处于两个原理的紧张关系之下, 即个人承担责任的过错思想和社会公平分配不可避免之风险的思想。<sup>[103]</sup> 而与这两个思想相对应的正是两个归责原则, 即过错归责和风险归责。过错责任处理的是不法行为之责任, 而风险责任应对的是不幸事件之损害分配。由于风险被界定为非因过错而导致损害的可能性, 故不管过错被定位于何处, 二归责原则在逻辑上均可以无缝隙契合, 各自向各自的方向伸展, 并覆盖责任法全域。

风险领域理论可以覆盖现有的危险责任, 为危险责任提供正当化说明, 危险事故的发生可以视为从事危险活动者风险领域内的风险的实现。此外, 雇主责任、动物饲养人责任、产品责任以及交往安全义务的部分案型等, 均不难从风险领域理论角度加以正当化。我国民法通则第 132 条之规定虽并未具体化其价值判断, 而其所根据的“实际情况”可以理解为与风险领域判断标准相关的情况, 因而其确立的责任也可视为风险责任。可见, 风险领域理论可以为侵权法中的无过错损害责任提供统一的理论基础。

## (二) 划定风险领域之考量因素

### 1. 利益获取

风险领域理论的核心, 是确定损害系位于谁之风险领域内的判断标准。该判断标准不应是刚性的、封闭式的, 而只能表现为多种因素综合考量的弹性判断框架。对于这些具体的考量因素, 下文将逐一展开。

利益获取是划定风险领域之最为重要的考量因素。行为人应承担与其利益获取相关之风险的思想, 已深深地植根于人们的正义观念中。默克尔 (Merkel) 指出, 每个人都应当承担其获取利益的成本,<sup>[104]</sup> 风险损害成为获取利益所不得不支付的成本。拉伦茨/卡纳里斯认为, 危险责任中, 许可进行的危险活动为行为人带来利益, 承担风险责任则被视为对相应危险源许可的对价。<sup>[105]</sup> 盖风险与利益同在, 只要一个行为制造了一项风险, 而行为人从中实现了一定的经济利益, 则利益和风险一体化思想将发挥作用。<sup>[106]</sup> 在物之责任理论中, 有学者相应地提出了“利用——风险”原则, 认为损害发生时物在为谁所用, 谁就应该承担相应的风险。<sup>[107]</sup> 翁格尔也指出, 处理自己利益时损害他人权益者, 应当将其作为自己的危险, 即应承担由此导致第三人损害之责任, 而无论其是否有过失。<sup>[108]</sup> 这里的利益通常为经济上的利益, 不过, 冯·巴尔认为也可以包括精神上的利益。<sup>[109]</sup>

利益与风险一体性思想在我国现行法中也有体现, 最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》第 157 条规定: “当事人对造成损害均无过错, 但一方是在为对方的利益或者共同的利益进行活动的过程中受到损害的, 可以责令对方或者受益人给予一定的经济补偿。”该条是对民法通则第 132 条规定的具体化, 明确将利益获取作为决定风险安排的主要因素。

### 2. 损害分散的可能性

损害分散的可能性是划定风险领域的重要考量因素之一, 损害分散的可能性越大, 将损害分配给该当事人承担的合理性也就越大。此外, 分散损害的面积与方向也是重要的考虑因素, 最终

[103] 前引 [1], Josef Esser 书, 第 129 页。这两个原理之间是否存在紧张关系, 值得思考。笔者以为, 二者之间似乎并不当然存在此消彼长的关系, 个案中, 二者既可能是彼此对抗, 也可能是同方向的彼此加强。“风险”的概念形成了二者的界限, 但二者在理论上具备被构建为统一原理的可能性, 分立只是一种法技术性的安排。

[104] 参见前引 [77], G. Marton 书, 第 31 页。

[105] 前引 [45], Larenz/Canaris 书, 第 606 页。

[106] 前引 [58], Thomas Raab 文, 第 1044 页。

[107] Bernhard A. Koch, Die Sachhaftung, Duncker & Humblot Berlin, 1992, S. 61.

[108] 前引 [91], Kurt Voigt 书, 第 6 页。

[109] 参见前引 [42], Christian V. Bar 书, 第 125 页。

承担损害的人群越大，分配损害的合理性也越大，而在最终承担者存有多种选择可能性时，则需要考虑由哪一个方向的人群来承担损害更为合理。

现代社会为高风险社会，如何应对风险，是现代社会需要解决的重大问题。由于个体承担风险的能力非常有限，让个体来承受风险往往过于严苛，故而将风险分散开来由社会承受，已成为一个方向。王泽鉴先生指出，对于损害，传统侵权行为法系采取移转方式，而现代侵权法系采分散方式，其所关心的基本问题，不是加害人之行为在道德上应否非难，而是加害人是否具有较佳之能力分散风险。<sup>[110]</sup> 笔者以为，在现代侵权行为法中的过错责任领域，道德上的可非难性仍然构成责任的根基，而于非因过错导致损害の場合，即风险责任领域，对当事人本来即无道德上之责难，损害分散的可能性就成为风险安排的基本考虑之一。

损害的分散需要一定的连接点，处于连接点上的当事人就会成为法律上损害的承担者，而该当事人可继而实现其分散损害的可能性，通过一定途径将损害进一步分散出去。损害分散的基本途径为保险，多伊奇指出，在危险责任中保险可能性系最基础的考虑，保险有研细损害的效果，损失风险透过企业核算由公众承担，或者由全体投保人分担。<sup>[111]</sup> 保险本来就是集体承担风险的一项制度，保险可能性也是社会安排的一部分，相应险种的存在，提供了分散相应风险的管道。不过，在同样具有保险可能性的当事人之间，还存在要求谁去投保更为合理的问题。一般而言，企业等机构因其风险管理的专业化、类型化、行业风险的恒定存在等，多被认定为有义务通过保险防范风险。特定职业的从业专家也被认为有义务建立渠道，分散与其职业相关的风险。

除保险之外，企业还存在透过产品或服务的价格来分散风险的可能性。企业承担的交通事故责任可记入企业成本，通过产品或服务的价格，使损害最终由众多的消费者分担。这样，在企业为一方当事人的场合，让企业承担相应风险的理由相对充足一些。

### 3. 风险的开启与维持、风险控制的可能性

特定的行为或活动与特定的风险相联系，当行为人以其行为开启一定的风险，或者维持一定的风险状态时，若该风险实现（损害发生），行为人即难辞其咎。不过，开启或维持一定的风险状态并不意味着过错的存在，故所承担责任并非过错责任。风险的开启与维持往往基于一些正当的需要，而且，既为风险，本即具有与过错无涉的特征。

风险开启与维持作为考量因素，其力量系来源于因果律，盖开启或维持一定风险，提升了损害发生的可能性。就因果关系而言，福格特指出，德国民法典损害赔偿法中，过失责任原则占据了主导地位；而在罗马法及德国私法的早期发展阶段，损害赔偿法领域存在的却是完全不同的另一原则，即“引起（Verursachung、Veranlassung）原则”，谁导致了损害，谁就承担后果。行为与后果之间的关系已足以将损害归责于行为人。<sup>[112]</sup> 虽然“引起原则”在近现代已得到彻底的批判，造成损害并不当然确定责任，但因果关系本身的力量仍然存在，包括其伦理上的力量，即“你对你导致的损害负责”、“你承担你行为的风险”。这样，受害人已天然地处于优势地位，盖承担他人行为的风险应当有充分的理由。

风险虽然本质上具有无法完全被控制的特征，但总是具有一定程度的控制可能性，主体可以影响风险的进程。将风险控制可能性作为确定风险领域的考量因素之一，可诱导可控制风险之人尽可能地控制风险，降低风险发生的可能性，减轻损害或避免损害的产生。对风险的控制一般表现为：决定是否开启或维持风险及开启或维持的程度；安全措施之方式、范围的选择；谨慎注意义务的投入等。风险控制可能性作为考量因素，与因果律也有一定的关系，如果说风险的开启与

[110] 参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》（2），中国政法大学出版社1998年版，第165页。

[111] 前引〔3〕，Erwin Deutsch书，第617页。

[112] 前引〔91〕，Kurt Voigt书，第1页。

维持系从积极层面与因果律发生联系的话,风险控制可能性则是从消极层面与因果律发生联系,前者增加了风险发生的可能,后者则是没有适当减少风险发生的可能。

风险控制可能性作为考量基础的另一个理由是,在许多场合下,损害的发生是否系因有控制力之人的过失所致,难于证明,将控制可能性作为分配风险的基础,可以降低行为人是否有过失之争论的意义,减少行为人是否有过失问题的争议成本,从而退守于控制可能性,形成对受害人的有力保护。不过,这样会形成风险责任中暗含过错责任的可能。

#### 4. 合理信赖

受害人对领域安全性的信赖合理性程度,也是影响风险分配的因素之一。现代社会中,个体的安全不断受到威胁,大量未知的情事会使个体的财产或人身处于危险之中。社会需要为个体提供基本的安全感,避免其财产或人身遭受不测的风险,并在其遭受不测风险时提供相应的救济。合理信赖之保护的不断加强,为法律现代化进程中的主线之一,交易领域中自不必说,侵权领域中过失有无之判断也可以受害人可合理期待的理性之人的行为为标准,<sup>[113]</sup>以达到保护合理信赖的目标。在风险责任领域,保护合理信赖的思想同样构成责任的基础之一。

当受害人对环境等的安全性产生合理信赖时,不会预想到不测风险发生的可能,更不会有所应对。此时,其行为具有正当性,该正当性表现在法律上,就应当是不利益的排除。故风险实现时,损害就不应当分配给受害人承担。与此相应,就行为人角度而言,拉布指出,当某人将其影响、控制之领域供他人使用时,将唤起他人对进入该领域不会有任何危险之信赖,因此他应承担起危险监控义务,以免使相应的信赖落空。<sup>[114]</sup>

合理信赖的存在,意味着受害人的行为与法秩序相吻合,合理信赖的落空会使法秩序遭到破坏,而保护合理信赖、使受害人免担损失,也就避免了秩序的动荡。不过,信赖合理性具有程度的不同,信赖合理性程度越高,将风险分配给行为人的合理性也就越高,信赖合理性的程度将会与其他考量因素综合起来,共同影响风险的分配。而信赖合理性判断所采用的标准,也应当是以常人形象为核心的、依个案因素适度调整的理性人标准。

尚须探讨的是风险责任中的信赖因素与过错责任中的信赖因素的关系。对此,笔者认为,损害赔偿法中的信赖因素具有价值取向的一致性,不管处于风险责任中还是过错责任中,宣示的均是应当保护合理信赖之思想,只是因技术上的需要才于不同领域中产生了表现形式上的分立。更为重要的是,过失之信赖标准的采用,使过失责任中融入了部分的风险责任,实质上也体现了对传统“没有过错就没有责任”理念的否定。

#### 5. 受害人自我保护的可能性

自我保护可能性的大小应当影响风险的分配。拉布在论述交往安全义务时指出,需考虑潜在的受危险威胁之人是否以及在多大程度上可以认识到危险并通过谨慎之行为进行自我保护;自我保护的可能性会使得开启或维持危险源之人的交往安全义务完全地取消。<sup>[115]</sup>在受害人完全没有自我保护可能性的情况下,若不提供法律救济,受害人就会处于完全无助的境地,而这正是法律所应避免的。财产或人身处于风险之中,而自己又无能为力,法律此时给予适度的保护,就为受害人提供了基本的安全保障。此外,在没有自我保护可能性的情况下,受害人的行为也就没有任何不妥之处,自应在风险安排中处于有利的地位。故有学者指出,当自我保护的可能性丧失时,与危险相连的损害赔偿请求权就发生了。<sup>[116]</sup>

[113] 参见叶金强:《侵权过失标准的具体构造》,载江平主编:《侵权行为法研究》,中国民主法制出版社2004年版。

[114] 前引[58], Thomas Raab文,第1045页。

[115] 同上文,第1045页。

[116] 前引[25], Susanne Hehl书,第92页。

在许多重大风险面前，受害人往往处于无法逃避的境地，没有任何措施可以用来避免损害的发生。从受害人视角来观察，面对无法预测、无法避免的风险，他们本来即处于一种无助的弱势地位，若风险发生之后还要承担损害，显然与基本的正义观念不相吻合。不过，作为考量因素，自我保护可能性也有程度的不同，此种程度需结合其他因素综合加以判断。此外，一般认为行为人对儿童的关照义务更高，这应与儿童自我保护的可能性低相关，儿童的心智水平使他们难于预见危险的存在，也缺乏避险的能力。

受害人自我保护的可能性在过错责任中也是一个考量因素，体现在过失相抵的规则之中。但是，这并不妨碍于风险责任中也将此种可能性作为考量因素，就像信赖因素一样。这涉及对侵权法二元结构的理解，过错责任与风险责任并非截然对立的责任体系，一些价值判断在二者之中均占据一定空间，实属当然之理。

#### 6. 其他因素

除上述考量因素之外，尚有一些其他因素需要在风险分配中予以考虑。首先，风险责任中，行为的正面意义虽绝不能成为免除责任的当然理由，但仍然是影响风险分配的因素，尤其是在对一些个别性行为的评价中。行为对社会、私人的有用程度影响法律对它的评价，行为无益而又含有潜在的风险，法律的认可度相应地就低，让行为人承担更多的风险也就更为合理，而风险责任的承担，也会对该行为形成一定程度的遏制。

其次，当事人的财产状况也需要考虑，只是其影响力相对较弱。在维尔伯格主张的损害赔偿法动态体系中，当事人的经济能力也被作为考量因素之一。<sup>[117]</sup> 风险的分配应当考虑当事人的经济承受能力，这一方面涉及到裁决的执行，另一方面也可以避免附加当事人难于承受的经济负担。此外，当事人分担的损失数额与其财产总额之比，可以视为一项法律上的负效果指数，这样的负效果指数应当与个案中对当事人应否承担责任的整体评价相适应。如此，则在综合评定其他考量因素之后，结合当事人的财产状况，可得出相对妥当的损失承担数额。

再有，受害人遭受损害之权利的位阶也有一定的影响，位阶越高的权利受损，行为人承担损害的可能性或数量就越大。这一方面出于加强对高位阶权利保护的需要，另一方面，像位阶很高的人身权利受损时，损害的非物质性与物质性赔偿之间本来就有隔阂，即使在物质性赔偿完全到位的情况下，受害人也往往分担了一部分不利益，故在风险分配中应当考虑到受害人已然承担的东西。此外，《欧洲侵权法原则》第3:201条规定，责任范围的确定需要考虑生活中通常风险的程度，<sup>[118]</sup> 这与德国法中的一般生活风险理论<sup>[119]</sup>也有一定的牵连，这二者中内含的思想对风险的分配也有一定的影响。

#### (三) 体系的开放性、动态性

风险领域理论建构起来的应该是一个开放的、动态的体系。体系的开放性，体现在其随时准备吸纳新的价值取向，展现出面向未来的开放性。前文所述的考量因素，并不构成一个封闭的框架，随着正义观念的演进，必然会有新的考量因素出现，此时，风险领域理论会积极予以接纳。这样，基于更新的考量因素而作出的风险分配，将会符合当下的正义理念，可获得契合个案情境的妥当性。

同时，各考量因素的影响力不同，并且像信赖合理性、自我保护可能性、风险控制可能性等，均存在程度的不同。在具体的个案中可能涉及哪些考量因素，以及其相应的程度，均会有所

[117] 参见前引〔4〕，Walter Wilburg书，第28页。

[118] See <http://www.egtl.org/principles>.

[119] Vgl. Matthias Mädrich, Das allegemeine Lebensrisiko, Berlin: Duncken & Humblot, 1980.

不同。故正如维尔伯格指出的那样，每个案件均展现出迥异的画面。<sup>[120]</sup> 这样，个案判断实际上表现为以不同强度出现的不同考量因素之间的综合平衡，各考量因素的不同影响力及其具体的强度将共同发挥作用来确定风险的分配。由此，理论体系表现出显著的动态化、弹性化特征。

## 五、框架性立法建议

### （一）归责原则之间的边界

侵权法的体系构造是一项技术性的工作，作为价值基础的则是其背后的实质性考量因素。实质性考量因素是根本，但体系构造的技术也十分重要。维尔伯格尝试了一种将过错责任和无过错责任的所有类型都统一到一起的体系，此种体系在技术上并不具有优势。现有的体系也如前文所述，存有缺陷。而本文主张的过错责任、风险责任的二元结构体系则已克服了现有体系的不足，并具备立法化的条件。

在过错责任、风险责任的二元结构之下，过错责任是过错这一归责基础的实体化，在现代侵权法中，过错仍然具备独立支撑起一项归责原则的力量，作为考量因素，其影响力非其他因素所可比拟。不过，风险归责也并非过错归责之例外，而是并列的归责原则，一个以过错作为归责的基础，一个以风险分配思想作为归责的根基，二者核心区域的分界十分清晰。值得关注的是过失客观化问题，这里有两个层面需要强调。首先，过失的客观化并没有缩减传统过错责任的覆盖面，只是增加了以过错责任之名追究的责任的范围，增加的部分基本上是对“没有过错就没有责任”的否定。而且，过失标准变化之后包容进来的部分，也许只是一小部分，其拓展部分并不当然构成责任的主体，故仅因过失客观化现象即得出个案中的过失均已背离其原有本质的观点是错误的。过失责任的客观化并不意味着个案中承担责任的行为人均不具有主观过失。就此而言，过失的客观化并不构成对传统自治理念的根本性削弱，自治依然占据着显著的位置，仍是私法的核心。将过失的客观化视为传统私法自治衰落之表现，并不妥当。

其次，过失客观化的实际效果是将部分风险责任纳入到过错责任名下，对此，韦特赫尔特（Wiethölter）明确将客观过失实行的标准描述为风险标准。<sup>[121]</sup> 多伊奇也指出，当将义务提高到无法实现的程度时，事实上就成了结果责任。<sup>[122]</sup> 如此一来，过错责任、风险责任的二分法还有无意义？笔者认为，无论如何，过错责任与风险责任之间的划分只可能是逻辑界限上的清晰，而于实践中二者之间必然呈绵延不绝的状态。所谓的流动的边缘地带、<sup>[123]</sup> 无波动地彼此融合交错在一起等，<sup>[124]</sup> 均是对此种状态的描述。不管是过错责任还是风险责任，个案中的考量是连续体，并没有明确的边界，于幽微的边界处，两种归责原则背后的考量均需要走出来，进行精细的较量。但是，在核心地带，二者之间存在明确的区分，归责基础表现出显著的不同，故二元结构依然成立。那么，是否需要将过错责任中的风险责任成分分离出来，由风险责任来调整？对此，笔者持否定态度。具体而言，当下的过错责任在理论层面和制度层面上，均立基于客观化的过失标准之上，继续将这部分风险责任留在过错责任之中，可避免不必要的制度重组，维持理论与制度的稳定。而且，过失的客观化具有成本节约的功能，避免了个案中探明当事人具体能力之成本的

[120] Walter Wilburg, *Entwicklung eines Beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht*, Graz: Verlag Jos. A. Kienreich, 1950, S. 13.

[121] 参见前引 [82]，Jürgen Hübner 书，第 74 页。

[122] 前引 [3]，Erwin Deutsch 书，第 619 页。

[123] 前引 [33]，Hanspeter Strickler 书，第 70 页。

[124] 前引 [45]，Larenz/Canaris 书，第 610 页。

支出。因而，维持现有的过错责任格局具有明显的法技术上的优势。

## （二）风险责任的立法建议

在过错责任、风险责任的二元体系之下，立法可分别就二者设立一般条款。过错责任的一般条款并非本文主题，这里仅就风险责任的立法问题进行讨论。作为解决如何分配无过错所致损害的理论，风险领域理论的立法化系指向风险分配问题的全面解决。风险责任之一般条款设立后，德国法上的交往安全义务将被分解，分别为过错责任的一般条款和风险责任的一般条款所覆盖。我国法上的所谓公平责任也应废弃，同样为风险责任的一般条款所包容。在危险责任方面，危险责任的一般条款化和类推可能性之讨论将失去意义，风险责任的一般条款会起到兜底的功效。同时，就特别的风险类型可设立特别的规定，这样的特别规定可置于民法典之中，也可以置于民法典之外。特别立法将根据不同的风险类型，规定不同的免责事由、责任限制等，而风险领域理论则可以为这些特别立法之解释提供背景。

风险责任的一般条款可运用动态体系论的思想，在列举主要的考量因素的同时，保持体系的开放性与弹性。虽然动态体系论背负着破坏法律安定性的批判，但是，在无法具体化的场合，却只能保持弹性，并且，只有这样的弹性才能适应社会生活调整之需要。就像法律常常不得不使用类似“合理”这样的弹性表达一样，从立法技术上而言，许多领域也只能是动态体系的构造。卡纳里斯认为，动态体系是处于固定的事实构成与一般条款之间的状态，<sup>〔125〕</sup>而维尔伯格认为，能够弹性地规定决定性要素的立法，甚至可以形成更为稳固的架构。<sup>〔126〕</sup>实际上，在风险责任的规定中，确定的需考量因素之列举，可构成对法官的指引与限制，并形成可把握的框架。固然这样的框架的适用仍然存有广阔的弹性空间，各因素的影响力及其强度的综合判断也需要法官的自由裁量，从而难于达到十分精确的程度，但正如亚里士多德所强调的那样，在“实践哲学”里不可能有那种数学家所达到的高度精确性，要求这样一种精确性其实乃是一种错误。<sup>〔127〕</sup>

法律的弹性与安定性之间存在永恒的紧张关系，此种紧张关系只可能适度缓解而不可能彻底解决。从立法的层面看，在价值判断明确的情况下，就应尽可能地将价值判断表达出来，以增加法律价值上的安定性。故一般条款之下，当有明确肯定的价值判断存在时，均应当具体表达，一般条款的设立，并不排斥具体化的立法规定。风险责任立法中，除一般条款之外，就可类型化的特殊风险，可以单独条文加以规定，并将相应领域中的特殊考量表现出来，制定出符合该类型领域的妥当规则。这样，风险责任领域将展现为一般条款加类型立法的立法模式。

## 六、结 论

现行侵权归责体系以过错责任、危险责任二元论为通说，危险责任被视为过错责任之例外。但是，随着交往安全义务的发达、过错责任的演变、无过错致害之责任的进一步扩张，侵权体系呈现出混乱之景象，各责任的归责基础也逐渐模糊，通说已不能为现阶段的侵权法提供妥当的理论说明。这样，理论便面临着更新的艰巨任务。

理论的更新是以对实践的精确把握为前提的，现代侵权法到底发生了什么样的变化，侵权法理念的变迁轨迹、制度演进的方向等，均是值得思考的问题。自近代以来，随着经济社会格局的演变，过错责任受到了彻底的检讨，发生了深刻的变化。从现象上来看，于过错责任内部发生了

〔125〕 Claus-Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Duncker & Humblot, Berlin, 1969, S. 82.

〔126〕 前引〔120〕, Walter Wilburg书,第22页。

〔127〕 [德] 加达默尔著:《真理与方法》(上), 洪汉鼎译, 上海译文出版社1999年版,第402页。

过失的客观化运动，于过错责任外部则是不断扩张着无过错责任。而这些现象背后的实质是，“没有过错就没有责任”之近代法原则逐渐被削弱以至于被彻底废弃。这样，近代法上的过错责任原则被修正为“有过错就有责任”原则，而“没有过错就没有责任”原则的废弃，实质上意味着风险责任的发达。

侵权法从近代到现代发生了视角的转换，由行为人视角转向了受害人视角，由侧重于行为人为行为自由之保障，转为侧重于受害人安全之保障。在行为人无过错的场合，现代侵权法不再奉行“损失由所有人承受”之原则，而是将无过错导致之损害视为风险，根据风险分配的思想来确定损害的承担。风险分配思想可透过风险领域理论来贯彻，风险领域理论经由多个考量因素的综合评价，确定风险发生于谁的领域，进而确定损害的承担。以风险领域理论为基础的风险归责，可整合危险责任、公平责任以及交往安全义务中的无过错责任，形成与过错责任相并列的归责原则。这样，新的侵权法归责二元结构体系得以型塑。在过错责任、风险责任二元格局中，过错责任退回到“有过错就有责任”原则，同时基于法技术上的考虑，保留由客观化的过失所揽入的部分风险责任，风险责任则统合了无过错致害之责任，构建出统一的归责基础。立法上，可分别制定过错责任、风险责任之一般条款，风险责任立法采一般条款加类型立法的模式。

---

**Abstract:** The traditional liability imputation system of tort law is based on fault liability and danger liability, in which danger liability is considered as an exception to fault liability. The traditional fault liability principle consists of two facets, that is “Where there is fault, there is liability” and “No fault, no liability”. However, as the rising of intercourse safety responsibility (Verkehrspflichten), the evolution of fault liability and the expansion of liability without fault, the tort law seems to fall into a state of chaos. Behind the chaotic state, the evolution of liability imputation system of tort law demonstrates that the principle of “No fault, no liability” has been gradually replaced by the rising of risk liability.

This fundamental change means that the modern tort law no longer adopts the principle of “*casum sentit dominus*”, but distributes the liability of damage without fault between the parties by deciding who should carry on the risk. The elements of deciding the risk domains includes acquisition of interest, initializing and maintaining risk, reliance, possibility of damage distribution, possibility of self-protection, and so on. In addition, the theory of risk domain has the ability to establish an open and dynamic liability distribution system. In individual cases, it can reach the balance among different elements of considerations.

The new dual liability imputation system of modern tort law should consist of fault liability and risk liability, and the risk liability can replace all the liability without fault including the danger liability (Gefährdungshaftung), liability without fault in intercourse safety responsibility (Verkehrspflichten) and equitable liability. The legislation of risk liability can adopt the mode of combining general provisions with specific types of risk liability.

**Key Words:** fault liability, risk liability, liability imputation system, risk domain theory

---