

风险社会与现代侵权责任法体系

朱 岩*

内容提要:传统侵权法的内在体系建立在自然人过错侵权的基础上,无法满足现代风险社会的需要。从社会主体分化、风险来源、组织分工等社会基础出发,现代侵权法的归责体系应包括过错责任、危险责任和组织责任。其中过错责任日趋衰落,危险责任与组织责任成为风险社会中的重要归责事由。侵权法的外在体系应当反映其内在体系的本质结构,在立法模式上须围绕三元归责事由展开。

关键词:侵权法体系 风险社会 危险责任 组织责任 过错责任

导 言

工业革命不仅仅是一场社会革命,同样也是一场法律革命,尤其是一场民法的革命。^{〔1〕}大规模的工业生产模式改变了社会基本结构,带来了全新的生产、销售以及产权模式。法律作为反映现实社会基础的上层建筑,必须适应社会结构的变迁,并从体系上作出相应的调整。

体系源于整体与部分的区分,体现为原则的统一性。从哲学的角度来看,体系至少有如下两个层面的含义:第一,本质的,即事物、过程或者部分构成一体的相互关联,从而每个具体部分的意义取决于上位的、超越具体的整体;第二,逻辑的,即依据原则所编排的各个具体部分本身具有内在的逻辑联系,在体系内部形成相互关联的关系。^{〔2〕}从民法产生开始,对于体系的影响就存在内在价值取向与外在表现形式的区分。法律能够成为一个体系,最终还是源于生活的内在联系。一方面,法律必须受制于作为调整对象的生活关系的内在联系,尤其是民法,它建立在特定的社会伦理价值取向和经济基础之上,从而所有的规范必须反映核心的价值取向;另一方面,法律不可能与生活事实一一对应,否则法律不能成为一门科学。因此,在外在技术层面的安排与内在的价

* 中国人民大学法学院副教授。

本文系作者参与王利明教授主持的2008年度教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“中国侵权责任立法疑难点问题研究”(项目批准号08JZD0008)的阶段性成果。本文的写作得益于作者与王利明、杨立新、张新宝、姚辉等教授的多次交流,谨此表示感谢。

〔1〕 伯尔曼的《法律与革命》主要讨论了宗教革命对于近代西方世俗法律形成的影响,并没有具体讨论工业革命之后西方法律尤其是私法体系的变化。而德国学者Wolfgang Friedmann的*Law in a Changing Society*(1959)一书集中讨论了工业社会对私法的影响。就此可以参见该书的德文版*Recht und Sozialwandel*(1969)。

〔2〕 Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Duncker & Humholt/ Berlin, 1968, S. 11.

值体系之间形成了外在体系与内在体系的区分。所谓内在体系是指各单个法律素材之间的论证关联,体现为法的基本价值内在联系,构成法的发展或获取生命力的基础。外在体系体现为法的素材——规范的有机集合。外在体系是内在体系的表现形式,而内在体系是外在体系的核心价值。〔3〕

就民法而言,仅仅凭借外在的联系并不能够形成真正的体系,相反必须通过民法的核心价值——基本原则去导引、沟通具体的规范、制度,才能形成内在体系和外在体系的统一。具体而言,外在体系体现为法律的形式要求,而内在体系体现为法律的实质要求,过分侧重前者将形成“形式法”,强调后者则会形成“实质法”。内在体系与外在体系之间的联系绝对不是固定不变的,外在体系受到内在体系的制约,而内在体系依赖于外在体系的表象。

从历史发展来看,民法的外在体系经历了三次质的变化:从盖尤斯的法学阶梯到欧洲大陆法典化运动,再到当代民法体系的重构。其中,第二阶段仍然支撑并影响着绝大多数大陆法系国家的民法,而第三阶段方兴未艾。外在体系变化的背后隐藏着民法内在体系的变化,即从“人可非人”的早期商品经济下的民法价值到自由竞争社会模式下“抽象平等”的民法价值,再到风险社会中“权利本位兼顾社会本位”的价值取向。

侵权法的体系变化也同样隶属于上述民法体系变化的三个阶段。在外在体系表现上,罗马法中的不法之诉(*actio iniuria*)和阿奎利亚法(*Lex Aquilia*)〔4〕构成侵权法第一阶段的代表,也是当今欧洲大陆法系侵权法两个最重要的来源。欧洲大陆法典化运动中形成的侵权法构成侵权法发展的第二阶段,直至今日仍然构成当前侵权法的主要外在体系模式。侵权法发展的第三阶段建立在对第二阶段进行修订的基础上,表现为特别法迭出、判例法涌现以及最近几年来世界范围内的侵权法“再法典化”浪潮。〔5〕这些外在体系的变化深刻反映了建立在“磨坊风车时代”基础上的近代侵权法内在体系无法满足现代风险社会的需要,如预防损害、风险分配、劳工保护等,并且此种内在体系的变化直接对侵权法的外在体系提出了历史性的任务。〔6〕

一、传统侵权法的范式及其缺陷

(一) 近代侵权法的历史起源

人类社会的发展历史具有共性,在责任形态上最初都体现为“报应主义”。从起源来看,侵权法与刑法具有天然的亲缘关系,只是随着法学的发展,从罗马法的私犯(*delictus*)〔7〕中独立

〔3〕 内在体系与外在体系的区分首先由利益法学派的代表人物赫克(Heck)在20世纪30年代提出,此后得到了众多民法学者的认同。Vgl. Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932.

〔4〕 Reinhard Zimmermann, *Christian Thomasius, the Reception of Roman Law and the History of the Lex Aquilia*, in Margaret Hewett and Reinhard Zimmermann (eds.), *Larva Legis Aquiliae*, 2000, pp. 49 ff, 60ff.

〔5〕 从2000年以来,仅在欧洲大陆就出现了多个不同的侵权法草案,其中两个为欧洲侵权法统一的模范法典(欧洲侵权法原则与欧洲私法共同参考框架草案第六编的“合同外责任”),其余为欧盟成员国(荷兰民法典侵权法编、葡萄牙民法典侵权法、瑞士侵权法草案、奥地利侵权法草案、法国侵权法草案等)或者效仿大陆法系的其他国家的最新立法活动,如以色列民法典中的侵权法。

〔6〕 作者近年来一直专注现代侵权法的体系。在与国外侵权法学者的合作中,作者吸收了一些先进的侵权法思想,提出了在风险社会以企业责任为中心的侵权法体系构建思路。参见[德]布吕克迈耶尔、朱岩:《中国侵权责任法学者建议稿及其立法理由》,北京大学出版社2009年版。在与更多国内外学者的交流合作中,作者尝试综合吸收近年来世界各国和地区的侵权法研究与立法成果,这使得作者对侵权法体系的思考趋于“中庸”。本文即是作者在此前发表的专著和多篇相关论文基础上所形成的思想总结。

〔7〕 有关罗马法中侵权法的起源,参见Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, pp. 922ff.

发展出侵权法，并逐步与刑法相分离，成为民法的一个部门法。^{〔8〕}

从罗马法中的私犯发展而来的近代侵权法，包括大陆法系与英美法系的侵权法，在进入工业社会之前，其内在体系都是以两个单个的自然人，即加害人和受害人之间发生的故意侵权为核心的，在外在体系上以列举具体侵权形态为表现形式，如罗马法上的各种诉（*actio*），近代英美法中的令状制度（*writs system*）。^{〔9〕}

由于罗马法中的侵权法和早期英美侵权法建立在有限列举的基础上，^{〔10〕}导致侵权法始终处在与现实生活的高度张力中，结果在有限封闭的侵权类型之外不断出现各种新的侵权形态，如英国法中间接侵害之诉（*trespass on the case*）。不仅如此，各种列举主要针对直接故意侵权，导致过失责任的地位过低，并且损害赔偿的救济范围主要限于作为绝对权的所有权和生命、身体等人格法益，早期侵权法的内在体系因而单一、僵硬。

在经过长达数个世纪的“黑暗中世纪”之后，欧洲启蒙运动高举“自由”和“理性”的大旗，而自然法运动与理性法学派的一个重大贡献就是法典化的思想——一种全新的民法外在体系模式。与以具体列举侵权形态为特征的罗马法模式不同，近代欧洲大陆各国民法典中的侵权法普遍采取一般条款的立法模式，以过错为单一核心归责事由，并且确定了以保护绝对权为中心的损害赔偿救济范围，其典型代表就是1804年法国民法典第1382条和第1383条、^{〔11〕}1811年奥地利民法典第1295条、1896年德国民法典第823条。

自然法运动下的一般条款立法模式固然奠定了近代民法的基本原则之一——过错责任，但是从法律适用的角度来说，一般条款由不确定概念组成，并不能给日益增多的各种侵权案件提供充分的裁判依据。^{〔12〕}例如，在法国民法典第1382条中，到底什么是损害，是否包括财产损失、精神损害乃至纯粹经济损失的问题引起了激烈的争议。^{〔13〕}此外，一般条款的立法模式加剧了侵权法的判例法色彩，导致民法典中的侵权法逐步被“空心化”，作为“活法”的侵权法散落在特别法、判例法中。

（二）近代侵权法中过错责任的范式及其弊端

随着近代启蒙运动的发展，身份束缚下的人被解放出来，过错原则成为近代民法的三大基本支柱之一，构成民法内在体系一个核心要素。过错责任主导下的近代侵权法内在体系具有如下特

〔8〕 有关侵权与犯罪的早期史，参见[英]梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1996年版，第207页以下。从这一点来看，中国传统法律中的确缺乏独立的民事侵权法，“出礼入刑”体现了刑法对社会基本伦理价值的法律保障，侵权法缺乏独立的成长空间。

〔9〕 有关罗马法中诉与英美法中令状的比较法研究，参见Hans Peter, *Actio und Writ. Eine vergleichende Darstellung römischer and englischer Rechtsbehelfe*, Gesellschaft für Rechtsvergleichung; Fachgruppe für Grundlagenforschung Vol. 2., Tübingen; J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1957.

〔10〕 有美国学者详细计算了英美侵权法中的具体侵权类型。See s. Rudden, *Torticles*, 6/7 Tul. Civi. L.F. 105 (1991/1992).

〔11〕 早在法国大革命的20年前，法国权威私法学者让·多玛（Jean Domat）就于1777年提出了如下原则：“所有因某人的过失、轻微过失、应知而不知的行为，或者类似过错所致的损失和损害，即使这些过失再轻微，都应该由导致此项损失或损害的人赔偿。”Jean Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 1777, liv III, tit V; Mazeaud and Tunc (n 14), no. 36, cited from Gerhard Wagner, *Comparative Tort Law*, in Zimmermann (ed.), *Handbook to Comparative Law*, 2008, Chapter 31, p. 1008. 当然，法国民法典第1382条所确定的保护范围没有严格区分权利和利益，以一个概括性的“损害”概念统摄各种损害后果，但在实际效果上仍然以保护绝对权为中心。

〔12〕 有关民法典中一般条款的功能及其弊端，参见朱岩：《论民法典中的一般条款》，《月旦民商法》2005年第3期。

〔13〕 “法国民法典以‘损害’作为侵权责任的构成要件，但并不强调遭受侵害的‘受保护利益’。这似乎根本没有为区分‘人身利益和有形财产损失’与‘纯粹经济损失’提供任何基础。在这点上，有法国评论家甚至声称：‘纯粹经济损失对于一个法国的法学家来说是个难题，因为原则上说他并不了解这个问题，甚至连这种表达方式都不知道！’”Christian Lapoyade Deschamps, *La réparation due préjudicéconomic pur en droit français*, in Efsthathios K. Banakas (ed.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, 1996, p. 89.

征及不足：

1. 侵权法的功能

在人类社会的共同生活中，损害时常发生，但损害并不必然引起责任，相反，损害止于发生之处，^[14] 换言之，任何人都必须承担一般性的交往风险，而不能将遭受损害的风险随意加于他人。但依据罗马法以降所确立的“勿伤他人”（*alterum non laedere*）原则，^[15] 社会交往中的任何人不得可归责性地致他人遭受损害。侵权法的作用即在于确定在何种情况下向受害人提供何种救济。

过错责任占主导地位的传统侵权法为行为人参与社会生活、免受潜在不测之损害提供了自由的框架。因此，在保障体现安全价值的法益与行为自由之间，形成了侵权法利益裁量的动态空间，即侵权法为社会交往划定了彼此自由、合法追求个人利益的空间。这就是说，过错责任主导下的侵权法的首要目的不是预防损害或者抑制人的行为，而是维护自然人的行为自由，^[16] 以及在自然人违反“理性”的情况下提供事后补偿救济。此种思想深刻体现在深受自然法运动影响的欧洲大陆各民法典的侵权法一般条款中。^[17] 侵权行为被视为自然人的不法行为，即个人滥用自由的“反理性行为”，所以自己责任成为传统侵权法的核心，侵权法也被称为“不法行为法”。

随着风险社会的来临，侵权法中的损害赔偿从最初在当事人之间损失分配，发展为向多个共同参与人乃至整个社会分散损失，出现了集体化的损失分担趋势。针对后者，法律的经济分析方法具有较大的适用余地。该研究方法不再仅仅从两个当事人的角度出发确定损害赔偿责任，而是从如何降低整个事故费用、合理分担损失、促进整个社会利益出发，损害赔偿先由能够分摊赔偿成本的被告承担，再通过保险或者价格机制加以分散，由其他多数人承担，从而将损害赔偿的义务传导给加害人之外的第三人，体现为在宏观层面分配具体当事人的损害。^[18] 与之相比，近代侵权法无法从整个社会的宏观损害赔偿救济体系出发，科学处理其与关联法律部门的关系，尤其缺乏对可保险性之于侵权责任认定与损害赔偿影响的研究。

2. 加害主体

在侵权主体方面，道德法哲学、基督教伦理、哲学上的理性主义以及经济上的自由主义共同决定了近代侵权法中的人是一个具有天赋理性、责任能力的自然人。在近代民法体系中，单个理性的人应当能够依据自己的意志尊重他人的人身与财产，在此基础上积极参与社会的共同生活，如果他违反了一般理性人的行为要求，则就其过错（包括故意和过失）所造成的损害承担赔偿责任。

然而，在现代社会，受信息不对称、技术壁垒、经济垄断等各种不利因素的影响，“理性人”的原型已经逐步分化为各种需要法律“慈母”般保护的“角色人”，如消费者、行人、患者、老人等。不仅如此，近代侵权法也无法预测到一个法律上拟制的功能性质的人——企业——成为社会交往中危险的主要来源。

[14] W. Page Keeton et al., *Prosser and Keeton on The Law of Torts*, 5th ed., St. Paul: West Publishing, 1984, p. 20.

[15] 该原则为罗马法所确定的三个基本法律原则之一：诚实生活，勿伤他人，各得其所。D. 1. 1. 10 pr.

[16] 德国民法典第二草案起草委员会的议事录（Protokolle）明确指出：侵权行为法的职能和目的首先体现为“个人自由活动的保障”。

[17] 1804年法国民法典是自然法运动最重要的代表，此外，1794年普鲁士普通邦法和1811年奥地利民法典也深受自然法运动的影响。自然法运动影响下的侵权法将保护人的自由视为侵权法的首要任务，其次才是损害赔偿。

[18] 侵权法的经济分析主张侵权法的主要功能在于损失分散（loss spreading），而不仅仅是损害赔偿（compensation）。See G. Calabresi, *The Costs of Accidents, A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, 1970. 但需要指出的是，德国学者早在1888年即尝试以经济分析的方法研究侵权法，开创了侵权法经济分析的先河。Vgl. v. Mataja, *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie*, 1888.

3. 责任构成要件

近代侵权法中的过错责任具有以故意侵权为中心、^[19]自然人的不法行为、单一加害模式（一个加害人与一个受害人）的三大特征。在责任构成要件上，传统侵权法采纳了德国古典刑法理论中的犯罪构成要件理论，即首先是构成要件该当性，包括行为、损害与因果联系；然后是主观要件——过错；最后再加上一个至今仍然争议极大的不法性或者违法性要件。^[20]此种构成要件理论的简单移植一方面直接为侵权责任构成提供了理论基础，但同时也导致侵权法的责任认定理论直至今天仍被（无意识地）限定在刑法理论的框架中。^[21]以故意侵权为理论基础的侵权构成要件，留下了众多弊端，如在主观要件——过错中忽视了过失的核心地位；过度重视违法性要件，忽视了危险责任构成根本无需违法性等。

二、现代侵权法内在体系的调整及其不足

（一）现代侵权法对传统侵权法的调整

1. 从单一过错归责事由到过错责任与危险责任并重的归责事由

在现代风险事故社会中，随着各种危险活动成为社会共同生活中最主要的潜在加害来源，原来适用过错责任的一些领域转而适用危险责任，如道路交通事故、工伤事故、产品责任等。现代事故社会迫使侵权法内在体系从一元的过错责任过渡到以过错责任和危险责任为中心的二元归责体系。

危险责任是工业社会在侵权法上的产物，它从根本上改变了侵权法的体系，成为划分传统侵权法与现代侵权法的标识。危险责任的概念来源于德国法，德国学者吕梅林（Max Ruemelin）在1898年第一次使用了危险责任（Gefährdungshaftung）的概念，^[22]此后这一概念被理论和立法所接受。在德国法上，危险责任是指企业主体、具有特殊危险性的装置、物品、设备的所有人或持有人，在一定条件下，不问其有无过失，对于因企业经营活动、物品、设备本身所具风险所引发的损害承担侵权责任。危险责任的确立呈现了逐步摆脱过错责任的轨迹。^[23]

法国法在19世纪末由赛内伊（Saleilles）和约瑟朗（Josserand）两位学者引入了“风险理

[19] 由于现代社会中过失责任的地位已经远远高于故意侵权，致使有学者提出如下问题：在过失责任占主导地位的背景下，大量故意侵权还值得继续关注吗？See David Howarth, *Is there a Future for the Intentional Torts?*, in Peter Birks (ed.), *The Classification of Obligations*, Oxford University Press, 1997, pp. 233ff.

[20] 不法性作为侵权责任中的一个独立要件的争论可以回溯到德国法学家耶林所提出的“客观不法”与“主观过错”的概念。在小偷窃取他人的物品和善意占有他人的物品两个案件中，小偷和无权占有者都构成不法，但前者具有过错，后者在主观上不具有可非难性，当然也就没有过错。“引起责任的是过错，而不是损害”，因此，在善意占有的情况下不发生损害赔偿的侵权责任，而只能发生物权法上的返还问题。Vgl. R. v. Jhering, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, 1867, in ders., *Vermischte Schriften juristischen Inhalts*, 1879, S. 159. 最近有关违法性的中文文献参见程啸：《侵权法中“违法性”概念的产生原因》，《法律科学》2004年第1期；李昊：《德国侵权行为违法性理论的变迁》，《违法性与过失判断的一元化是共通的趋势》，载田士永等主编：《中德私法研究》2007年第3卷，北京大学出版社2007年版；于敏：《侵权损害赔偿中违法性概念的性质及其功用》，载前引田士永等主编书。

[21] 我国侵权法理论中侵权责任构成的三要件说、四要件说、五要件说都是对刑事责任构成要件的简单缩减，并没有独立的民法理论基础，较之于德国传统侵权法的客观要件、主观要件和违法性要件的三阶层理论，更加缺乏科学性。

[22] Ruemelin, AcP 88 (1898) 285, 301.

[23] 例如，1861年德国慕尼黑地区高级法院面临一个棘手的难题：火车在行使过程中产生的火花导致火灾致他人受损，而在当时的技术条件下，火车公司无法防止因火花四溅可能带来的损害。法院首先依据罗马法中的停止侵害（*actio negatoria*）设法保护铁路通过的周边土地上的财产免受此种损害。然而，虽然停止侵害请求权不要求行为人主观上具有过错，但是却无法要求行为人提供损害赔偿。法官在此案中显然面临一个无法回避的任务，即基于公平要求而必须给予受害人以损害赔偿的救济。此案的判决在当时的民法学界引起了很大的争论：国家特许的火车是否必须以具有过错甚至不法为前提承担责任？1871年德国帝国责任义务法最终承认火车公司应承担无过错的危险责任。

论”。^[24] 法国侵权法上依据法国民法典第 1384 条发展了具有一般条款性质的“物的责任” (fait des choses), 实际上也是危险责任, 只是以“旧瓶装新酒”的方式表述, 即用法国民法典第 1384 条所规定的物的责任来涵盖脱离了人的控制范围的各种危险物、危险活动。

大陆法系中的危险责任并不等于英美法中的极度危险活动 (ultrahazardous activity) 责任、高度危险活动 (highly dangerous activity) 责任或异常危险活动 (abnormally dangerous activity) 责任。在英美法中, 此种高度危险责任与产品责任、动物侵权责任等一起构成了严格责任, 类似于大陆法系的危险责任。1868 年发生在英国的 Rylands v. Fletcher 案奠定了普通法上的严格责任, 并且推动了责任的客观化发展。^[25]

我国民法通则没有使用“危险责任”这一概念, 而是使用了“高度危险责任”的概念。从比较法来看, 该条的规定与美国侵权法重述非常相似, 实际上仅仅规定了危险责任中的一部分, 与民法通则第 122 条规定的产品责任和第 124 条规定的环境责任等共同构成我国侵权法中的危险责任。

2. 过失标准的客观化

传统侵权法理论在民法典体系内, 尤其在过失责任的范围内, 始终尝试通过各种解释逐步从主观过失过渡到客观化的过失, 从而以“违反注意义务”作为整个侵权法体系的核心概念。客观化的过失起源于罗马法中的过失标准 (negligentia), 未尽到谨慎家父的注意义务就构成过失。自然法运动之后, 主观过失得到采用, 而德国民法典第 276 条第 2 款仍然坚持客观化的过失判断标准。虽然法国侵权法针对过失采取了包含道德要素的主观标准, 但目前已经转而针对民事过错采取抽象化的客观标准。^[26] 英美法也采用理性人这一客观标尺作为判断是否违反注意义务从而构成过失的基本标准。

当然, 客观化的过失标准还进一步取决于行为人所在的特定人群, 即可以在完全不同的层面上追求过错的客观化。换言之, 所选择的人群越广泛, 过错标准就越脱离主观性, 选择的人群越具有专业要求, 客观化的注意义务也越高, 如专家的注意义务。^[27] 过失标准的客观化反映了现代分工社会相互交往中人与人之间可期待的信赖。传统主观过失的影响主要局限于有关侵权责任能力的规定, 即在特定情况下对聋哑人甚至老人等作出特殊规定。

此外, 现代侵权法还创造了社会安全保障义务 (Verkehrssicherungspflicht), ^[28] 回应各种新型的侵权形态, 尤其是不作为侵权。社会安全保障义务一方面维系了过错责任的权威性, 保证了传统侵权法过错归责原则的扩张适用, 另一方面又起到了风险分散的作用。社会安全保障义务将各种不作为导致的风险纳入到一个“无所不能”的义务中, 实际上已经脱离了过错责任而接近于危险责任。

在 19 世纪 60 年代, 英美侵权法中也出现了过失侵权的一般类型 (negligence), 与大陆法系的侵权一般条款较为接近。此外, 二战以后, 美国侵权法从产品责任开始出现了对企业责任的探讨,^[29] 与传统侵权法相比, 企业责任运用了法律的经济分析方法, 通过比较危险控制成本与损

[24] H. & L. Mazeaud/Tunc, *Traité de la responsabilité civile*, Bd. I, 6 Aufl. 1965, N. 336—361; Viney, *Introduction à la responsabilité*, 2 Aufl., 1995, N. 49—50; zitiert nach Brüggemeier, *Haftungsrecht*, 2006, S. 16, Fn. 40.

[25] S. Ken Oliphant, *Rylands v. Fletcher and the Emergence of Enterprise Liability in the Common Law*, in H. Koziol/B. C. Steiniger (eds.), *European Tort Law*, Springer, 2004, pp. 81.

[26] 参见前引 [11], Gerhard Wagner 文, 第 1024 页。

[27] 比较法上的分析参见 Widmer, *Comparative Report on Fault as a Basis of Liability and Criterion of Imputation*, in Widmer (ed.), *Unification of Tort Law: Fault*, Kluwer Law International, 2005, p. 347 ff.

[28] Vgl. Christian v. Bar, *Verkehrspflichten. Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, 1980.

[29] Gregory C. Keating, *The Theory of Enterprise Liability and Common Law Strict Liability*, 54 *Vanderbilt L. Rev.* 1285 (2001).

害赔偿的效果，创造了研究侵权法的新方法，对现代侵权法产生了较大的影响。^{〔30〕}

3. 替代责任逐步脱离自己责任的框架

传统侵权法的内在体系以“一个自由理性的自然人”为主体形象，这主要归结于农业和工业社会缺乏多元的社会分工和复杂的社会组织结构的现实基础。在传统侵权法中，替代责任限于家庭以及日常社会交往，如法国民法典第1385条规定的家父对子女、老师对学生的替代责任。此种责任有别于自己就自己的行为所导致的损害所承担的“自己过错责任”，因而具有一定的独立性，但仍隶属于过错责任的范畴。

然而，在以分工为基础的现代社会中，雇佣关系（包括企业雇佣与国家雇佣）成为替代责任的核心。在分工社会中，每个人不仅仅处在家庭关系中，还同时处在各种形态的“替他人工作”的组织关系中，因雇员侵害他人而导致的归责问题，成为现代高度分工社会下独立的责任形态。

（二）调整后的侵权法体系仍存在的弊端

1. 危险责任与过错责任的混淆

虽然传统侵权法的一些调整范围已经让渡给无过错的危险责任，但在侵权法的内在体系中，过错责任的思维逻辑仍然不当支配着危险责任的领域，而二者在正当性、主体原型以及风险来源等多方面存在本质差异。

第一，责任正当性的差异。在危险责任中，经济理性的法理基础替代了自然人侵权责任中的伦理基础。企业通过风险测算，以成本内化或者外化的方式将风险赔偿转移到生产成本中，如通过提高产品价格，将企业风险成本转嫁给社会上的全体消费者。危险责任对不幸损害的合理分配有别于传统侵权法中的矫正正义，在一定程度上体现了分配正义。在危险责任中坚持过错责任的矫正正义，显然是忽视了风险社会中此种责任成立的正当性。

第二，主体原型与风险来源的差异。虽然罗马法中也有无过错责任，如船员、店主等对其管理的物品承担无过错责任，但此种无过错责任建立在担保责任的基础上。而家父对未成年子女以及奴隶的无过错责任与因科学技术发展所形成的工业风险社会没有任何必然联系，属于最早期的替代责任。

在现代侵权法体系中，适用于自然人的危险责任仅包括机动车侵权责任（包括其他各种以引擎动力制动的现代交通工具）和动物侵权责任。这深刻反映了危险责任是现代工业社会中企业经营活动的共生物。考虑到机动车侵权责任大量是由雇员驾车事故导致的责任，因此，个人危险责任的范围极其狭小。可见，过错责任的主体原型为自然人，而危险责任的主体原型为企业。

目前，虽然侵权法理论已经承认了过错责任与危险责任的二重归责体系，但并没有严格区分两种责任主体原型的差异，甚至以过错责任中以自然人为原型的主体范式去处理危险责任的问题，违背了事物的本质。

此外，就风险来源而言，过错责任以影响到人身与财产的自然人非理性行为为调整对象；而在危险责任下，危险来源转变为以企业活动为中心的各种危险活动。自然人的不法行为已经不再是现代侵权法最重要的调整对象，在社会分工中，众多自然人成为特定企业以及其他组织的各种雇员，被纳入到各种形态的组织中；企业组织经营活动所产生的各种风险成为社会共同生活中危险的主要来源。

第三，违法性要件的差异。危险责任与个人本位的过错责任最大的区别就在于，它所调整的对象不再具有“违法性”，而是各种合法投入使用的“特殊危险”，也恰恰是因为许可这些因科学

〔30〕 R. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. Law & Econ. 1 (1960); 前引〔18〕, G. Calabresi 书。

技术运用到工业生产所产生的特殊危险，才导致无过错责任的产生。因此，无论我国侵权法理论以及立法最终是否采纳违法性要件，首先必须明确，违法性要件只有在过错责任的框架内才有意义，它无论如何不能上升为整个侵权法的共同要件，这是违法性与所有侵权责任的两个共同要件——损害、因果联系的重要区别。

在实践中，当然并不排除危险保有人从事不法行为，如故意利用交通工具侵害他人生命，但就侵权归责而言，此种主观状态并不是责任成立的构成要件。所谓许可危险仅仅是指此种危险的存在乃至发生损害后果不具有法律上的可责难性，但不影响成立侵权赔偿责任。

2. 客观过失标准的多重性

如上述，侵权法中的过失标准经历了主观过失和客观过失两个阶段。早期侵权法针对自然人主体采取主观过失标准，过失被视为是“道德的可责难性”，而现代侵权法逐步采取客观过失标准，^[31] 但就判断“客观”的标准存在差异，如以行为人所在的特定人群还是以完全抽象的理性人为标准，影响到客观化的程度。当然也有学者指出，针对一个自然人，无论如何不能达到绝对的客观过失，主观标准或多或少存在于自然人过失标准中，因为某些自然人的禀赋可能根本无法达到一般人的注意要求，绝对的客观过失无法起到抑制不法行为的效果，防范损害发生的目的自然也无从谈起，甚至是否符合人权都值得怀疑。^[32] 这也是奥地利、瑞士、法国、捷克等欧洲国家侵权法中仍然固守主观过失标准的重要原因之一。

虽然无法适用于自然人，但针对以从事经济活动为目的、以各种组织形态出现的企业，通过成本收益分析可以采取绝对的客观过失标准。不仅如此，针对那些以企业形态出现的自然人——专家，同样可以采取绝对客观的过失标准，因为专家表现为完全从事经济活动、旨在获益的企业，也可以适用收益成本的经济分析方法。可见，即使同样采取客观过失标准，仍然存在自然人客观过失和企业客观过失，二者在“客观”的程度存在差异。

不仅如此，侵权法还经历了个人过失和组织过失的发展阶段，而现代侵权法理论在很大程度上忽视了此种区分。组织过失建立在违反组织义务的前提下。违反组织义务导致企业组织失灵 (organization failure)，是企业组织责任的核心构成要件。与自然人侵权中的过失不同，违反组织义务的过失是一个“去个人化”的过失。显然，组织过失不再是传统的过错责任，而是“准严格的企业责任”。^[33]

此种组织过失已经在立法上有所体现。2005年法国民法典债法修订草案中的侵权法草案第1353条规定：“法人的过错不仅包括法人代表的过错，也包括因缺乏组织和管理而导致的过错。”在现代医疗责任中，违反组织义务的医疗机构责任成为极为重要的医疗责任类型，即“医疗组织在医疗工作人员之外或者替代其承担医疗事故”，^[34] 同时也构成企业责任的一个具体应用。^[35] 此种责任通常采取严格的过失推定责任，其抗辩事由也有严格限制。

[31] 前引 [27]，Widmer 文，第 347 页。

[32] H. Koziol, Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes im Schadensersatzrecht? AcP 196 (1996) 593ff.

[33] 因此，有关“组织过错”的概念在德国侵权法学界引起了强烈的讨论，并且引起了许多学者对传统侵权法中个人化的过错概念的批评。Vgl. Matusche-Beckmann, Das Organisationsverschulden, 2001.

[34] William M. Sage, *Enterprise Liability and the Emerging Managed Health Care System*, 60(2) Law & Contemp. Probs. 159. 我国侵权责任法草案（二次审议稿）第 54 条也规定了医疗机构责任，有别于第 53 条的医疗人员责任。

[35] See Kenneth S. Abraham & Paul C. Weiler, *Enterprise Medical Liability and the Evolution of the American Health Care System*, 108 Harv. L. Rev. 381 (1994); Bary R. Furrow, *Enterprise Liability and Health Care Reform: Managing Care and Managing Risk*, 39 St. Louis U. L. J. 77 (1994); Clark C. Havighurst, *Making Health Plans Accountable for the Quality of Care*, 31 Ga. L. Rev. 587 (1997); William M. Sage et al., *Enterprise Liability for Medical Malpractice and Health Care Quality Improvement*, 20 Am. J. L. & Med. 1 (1994).

需要指出的是,现代侵权法中非常著名的汉德公式,^[36]本质上应当属于组织过失的范畴。依据汉德公式,在确定行为标准时,法官采取衡平测试方法,即衡量成本与收益,如果防止损害发生的成本少于可期待发生的损害,则从事后角度认定该行为具有过失。作为一个规则,该方法应主要适用于企业责任,因为自然人不可能在从事行为时如此复杂地运用经济理性。判断自然人是否具有过失更多地需要从每个具体被告的社会角色出发,结合案件具体情况确立“正确”的行为标准,低于该标准即有过失。由于法官适用汉德公式需要以掌握所有类似个案的信息为前提,这显然超出了法官的能力范围,一个公开的秘密就是,法官在运用汉德公式时享有非常大的自由裁量空间。

3. 替代责任的本质是组织责任

目前替代责任已经逐步被承认具有独立归责事由的地位,但替代责任的归责基础仍然被限于“自己责任”的窠臼。以德国民法典第831条为例,只有雇主在选任、监督以及指示等方面具有过错的情况下(过错推定),并且雇员从事了不法侵权行为,雇主才承担替代责任。^[37]显然,这是以自然人(雇员)直接侵权作为蓝本而设计的侵权制度。即使在采取无过失的替代责任模式的英美法中,替代责任仍然以认定具体加害人为责任成立的前提条件。

以上述“替代”责任的思路处理现代分工社会下的组织责任将面临较多的困境。在现代分工社会中,受害人根本无法查明复杂组织活动中的真正加害事由,按照“替代”责任的思路,受害人将无法获得救济。

从现代侵权法的角度来看,雇主就是企业,是一种营利性的组织,雇主责任就是建立在各种复杂程度不同的经营组织活动基础上的。雇主责任并不是真正的替代责任,雇主承担责任的真正基础在于:雇主为从事营利性活动雇用他人,给整个社会共同生活带来了组织活动风险,因此,就他人的侵权行为必须承担“组织风险责任”。所谓的替代责任是相对于传统侵权法中的直接侵权而言的,并非真正意义上的“替代他人不法行为责任”。

不仅如此,雇主责任背后隐藏着针对各种组织活动的一般责任形态,即组织责任,包括营利性组织如企业的责任以及非营利性组织如国家的责任等。仅仅从雇主责任或者替代责任的角度出发,尚不能揭示现代社会高度分工对现代侵权法的本质影响。

三、现代侵权法内在体系的基本结构

内在体系体现为民法及其部门法内在关联的正当性论证,反映了法律的基本价值定位,并构成外在体系(即法的外在编排模式)的基础。起草一部现代化的侵权法,首先必须查明其内在体系的基本结构,在此基础上才能作外在模式的选择。

(一) 侵权法在现代损害救济宏观体系中的定位

建构风险社会中的侵权法体系,首先必须找到它在整个损害救济体系中的“坐标”,厘清它与关联部门的交叉、补充抑或并行关系。这是构建侵权法体系的外部条件,体现为侵权法与其他救济途径的接轨问题。

[36] 汉德公式表述为: $N = B < P \times L$, 其中 N 表示 negligence, B 表示 Burden, P 表示 Probability, L 表示 Lost。如果防范损害发生的成本小于可期待发生的损害乘以损害发生的概率,则认定存在过失。中文文献参见王成:《侵权法的经济分析》,中国人民大学出版社2005年版,第97页以下。

[37] 最高人民法院人身损害赔偿司法解释第10条也体现了这种思想。该条规定:“承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的,定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的,应当承担相应的赔偿责任。”

侵权法作为损害赔偿法，以满足归责要件为前提，否则损害自担。19世纪法典化时期的立法者在起草侵权法时，从一个加害人侵害另外一个受害人的基本法律关系出发，将损害填补限于当事人之间。此种立法模式在当时无可厚非，但随着工业社会各种风险的不断增加，单纯依据传统侵权法所提供的个人赔偿已经无法救济日益增多的损害。世界各国为了向以工业事故为代表的事故受害人提供救济，逐步形成了一个较为完善的损害救济体系，在该体系中，侵权法与社会保障法、保险法以及公益救助基金等救济体系共同发挥作用。

1. 社会保障制度的兴起

工业革命的直接产物就是工伤事故的频繁发生，依据传统侵权法，雇主凭借与有过失、风险自担等免责事由，可以轻松地规避对工人因“机器侵权”所遭受的人身伤害的责任。此种极不利于工人的侵权法规则严重影响到社会稳定。从19世纪后半叶开始，所有发达的工业化国家都开始筹建以工伤保险为中心的社会保障法。虽然时间、程度不同，但在人身伤害救济方面，社会保障法的救济功能已经逐步超出了传统侵权法的范围。

社会保障法来源于19世纪的社会福利国家思想，以社会连带主义法哲学为基础，采取集体风险分担和无过错的法定损害赔偿的方式。从法律的经济分析来看，其事故管理成本远远低于当事人之间损害求偿所发生的成本，而赔偿能力却远远大于侵权法所提供的救济范围。

德国是第一个建立社会保障体系的国家，虽然其最初目的并不完全是为了工人阶级的福利，而是为了实现普鲁士对德国的统一。此后，受到社会民主思想的影响，整个欧洲大陆都逐步“左倾”，建立了相对完善的社会保障体系。从实际效果来看，在人身损害赔偿领域，社会保障法越发达，侵权法的救济功能就越减弱。虽然侵权法起到了最终确定责任归属的功能，但由于在工伤事故中责任追偿的比例日益降低，因而侵权法的功能日趋减弱。

1897年英国制定的工人补偿法（Workmen Compensation Act）是整个英美法系中第一个对工伤事故采取无过错赔偿的社会法，后来逐步被其他英联邦国家所接受。在美国，由于工伤事故赔偿法缺乏必要的正当程序，曾经一度被视为违宪。劳动意外事故直到20世纪初才开始由工人补偿法（Workmen Compensation Statute）调整。直到今天，美国近一半的州已经建立了以共同基金为基础的工人赔偿法，但在实践层面，商业保险与工伤事故保险仍然一并发挥作用。^[38]此外，在道路交通事故、刑事案件受害人补偿中，都出现了无过错的社会救济。值得注意的是，新西兰甚至尝试以整体的社会赔偿机制取代侵权法。

必须指出，社会保障法并不能够承担界定最终赔偿责任的任务，否则将发生损害社会化的后果，并完全抵消侵权法所追求的行为矫正和损害预防等功能。正是从此种意义出发，侵权法成为现代损害救济体系中的“代位追偿前提条件法”（Recht der Regressvoraussetzungen）。^[39]

目前，我国已经颁布了工伤事故保险条例，最高人民法院人身损害赔偿司法解释第11条和第12条也明确了工伤事故下人身损害赔偿适用法律的顺序。^[40]原则上，社会保障法在人身损害赔偿领域应优先适用。只有在法定的社会保障救济不能满足受害人的请求，尤其是精神损害赔偿

[38] A. Larson, *The Nature and Origins of Workmen's Compensation*, 37 Cornell L. Q. 233 (1952); F. B. Power/E. W. Shows, *A Review of Worker's Compensation: The Search for an Optimal Policy*, 8 Journal of Insurance Regulation 176 (1989).

[39] Kötz/Wagner, *Deliktsrecht*, 10 Aufl., Luchterhand, 2006, S. 21.

[40] 该司法解释依据“混合模式”规定了工伤保险和侵权损害赔偿救济的关系，即在用人单位范围内，以完全的工伤保险取代侵权赔偿责任。但如果因第三人致使劳动者遭受损害，则第三人不能免除侵权赔偿责任。参见陈现杰：《〈最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释〉的若干理论与实务问题解析》，《法律适用》2004年第2期。

的情况下,受害人才能依据侵权法主张进一步的损害赔偿。^[41]

我国侵权责任法草案(二次审议稿)并未专门规定人身损害侵权法救济与工伤事故赔偿救济的关系,未来的立法工作应当作出必要的增补,以协调侵权法与工伤事故赔偿法律的关系。

2. 保险对现代侵权法的影响

保险的历史远远短于侵权法,但是从其产生之日起就对侵权法产生了深远的影响。虽然个人本位之下的侵权法仍然可以通过加害人与受害人之间的救济实现损害填补功能,但在风险社会下,损害赔偿越来越不再是侵权法的专利,相反,保险法(社会保险与商业保险)在很大程度上侵蚀了侵权法的功能。

保险对侵权法的预防功能具有两方面的影响。一方面,由于被保险人通过成本外化的方式将损害风险让渡给保险人,导致其缺乏积极防范损害后果发生的激励,抑制了侵权法的预防功能。但另一方面,作为专业的风险控制与防范机构,保险公司通过风险区分(risk differentiation),针对不同的风险以及被保险人的行为纪录调整保费,重新形成激励机制促使被保险人增加防范风险的意识、提高注意程度,转而又提高了侵权法的预防功能。

更重要的是,可保险性对危险责任产生了深远影响。从危险责任的角度来看,此种新型责任并不是简单地将危险从受害人处转移到加害人处,因为事故所造成的损害后果远远超出了加害人自身的赔偿能力范围,这样责任保险就成为危险责任的共生物,并成为抑制企业风险的有效工具。在传统侵权法中,从未出现过以现代金融手段的方式平抑企业经营风险的工具,增加损害赔偿能力的最有效手段就是连带责任,而责任保险的出现从根本上改变了侵权法的损害填补功能。

不仅如此,可保险性还成为认定侵权责任的一个重要标准。这是因为,对企业经营风险无法采取自然人侵权中的注意义务、可预见性等标准;相反,企业作为完全理性运转的组织,应当合理地知道各种企业活动始终存在发生经营瑕疵或者组织失灵的风险,并且无论尽到多高的谨慎义务都无法绝对避免损害的发生。当企业可以通过成本外化的方式——投保各种责任保险规避自己的赔偿风险时,就较易认定其经营风险具有侵权法上的可归责性。相反,如果一个企业的经营风险无法通过责任保险的方式分解到社会层面,则此种经营风险在侵权法上是否具有可归责性,会成为立法政策和司法裁判上的一个难题。

当然,保险同样不能取代侵权法。虽然一些传统的福利国家,如瑞典和新西兰尝试在人身损害赔偿领域建立以保险为基准的救济体系,但由于商业的特殊目的以及自身赔付能力的限制,保险往往规定了最高限额,致使受害人不能获得全额赔偿,而侵权法的基本原则就是“全额赔偿”(不考虑现实中加害人的真正赔付能力),因此侵权法仍然在保险之外承担着最终的救济功能。最为重要的是,在保险理赔之后,保险人只能依据侵权法的责任认定进行“代位求偿”。

比较法上,在侵权立法中专章规定侵权责任与保险的关系不乏例证,其中以瑞士侵权法草案为代表。^[42]考虑到现代社会中侵权法与保险法的密切关系,建议在我国侵权法草案中至少规定一个有关损害赔偿请求权法定移转的条文,即在保险(包括商业保险以及社会保险)公司基于保险合同已经向受害人理赔之后,其在赔偿范围内取得受害人针对加害人的法定损害赔偿请求权。规定此种法定的代位求偿非常必要,因为只有这样,才能够保证实现侵权责任法的预防和遏阻等功能。

[41] 工伤事故与侵权损害赔偿的竞合理论主要有如下四种:替代模式、选择模式、兼得模式和补充模式。参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》第3册,中国政法大学出版社1998年版,第275页以下。我国学者就此存在不同观点,参见张新宝:《工伤事故赔偿请求权与普通人身损害赔偿请求权的关系》,《中国法学》2007年第2期。

[42] 参见瑞士侵权法草案第54条以下规定的内容(责任义务与商业保险),译文参见前引[6],布吕克迈耶尔、朱岩书,第299页以下。

3. 侵权责任法在整个损害救济体系中的定位

从公法与私法的区分来看,损害救济体系也可以分为公法上的救济与私法上的救济。从历史上看,在工业社会来临之前,私法救济一直承担着损害填补的功能,主要由侵权法来实现。在风险社会来临之后,出现了从私法救济向公法救济的发展轨迹。现代社会保障法与社会公益救助基金属于典型的公法救济,而侵权法与商业保险仍然保留在私法救济领域中,此外,责任保险兼有公法救济和私法救济的色彩。例如,在机动车第三者强制责任保险中,无论是易于引发道路交通事故的驾驶人还是极其谨慎的驾驶人,法律要求其都必须以同样的保费投保,虽然这样有违反“风险区分”的基本原则以及诱发“道德风险”的嫌疑,但以公益为目的,向潜在受害人提供基本的救济以及防止给加害人增加过度的负担,是此种强制责任保险的基本思想。

我国近期发生的众多大规模侵权案件,凸显了私法救济与公法救济在现代风险社会中的应有地位。以“三鹿”事件为例,由于数以万计的受害人所主张的损害赔偿远远超出了企业的赔偿能力,导致加害企业破产。而为了避免社会“公害”事件给社会稳定造成负担,国家通过公法性质的“垫付”方式预先向受害人赔付。由于国家以及地方政府承担此种“垫付”责任缺乏明确的法律制度支持,设立公益救助基金以及增设产品强制责任保险的呼声随之增大。从中可以发现,单纯依据侵权法无法解决风险社会的大规模侵权案件。

因此,必须从宏观的角度定位侵权法在整个损害救济体系中的地位。笔者认为,侵权法在整个损害救济体系中具有如下功能:

第一,认定责任。虽然无过错的保险以及社会保障制度大大增加了整个社会的赔偿能力,但从责任的最终认定来看,保险法以及社会保障法都缺乏确定最终责任人的功能,在代位求偿问题上,保险法以及社会保险法只能依赖于侵权法。

第二,在人身损害赔偿领域,尤其是工伤事故领域,侵权法的地位取决于我国社会保障制度的完善程度。由于社会保障实行无过错的赔付制度,从成本角度出发,受害人通常会首先向社会保障机关主张赔付。在社会保障无法完全填补受害人的损失尤其是精神损害的情况下,侵权法成为最终的救济途径。

第三,在其他众多领域,如精神损害赔偿以及惩罚性赔偿,侵权法依然承担着损害填补与行为矫正的核心任务。

总体而言,侵权法的损害赔偿功能空间在缩小,但其地位仍然坚实,在确定行为规范、划定人与人之间的自由边界、最终认定责任乃至惩罚性赔偿等方面,侵权法无可替代。

(二) 从现实社会基础出发建构侵权法内在体系

人类进入到工业社会之后,社会结构发生了根本性的变化,侵权法面临着内在体系的重构。

1. 侵权法中的“人”发生了剧烈分化。法律中的人同时具有多种面相,包括“抽象人”与“具体人”、“伦理人”与“经济人”、“生物人”与“法律人”。在现代侵权法中,“抽象人”让位于“具体人”,集中体现为产品责任中的消费者、工伤事故中的工人、医疗责任中的患者,有些国家甚至针对聋哑人、老人规定了特殊的侵权责任。^[43]此外,“伦理人”的原型已经逐步让步于“经济人”,集中体现在过失标准的客观化。可见,单一的主体原型已经无法满足侵权法内在体系的要求,现代民法也正体现了从“抽象平等交换的人”到“具体实际的人”的发展趋势。^[44]

[43] 依据法国道路交通安全法第3条,在受害人(包括行人、自行车驾驶人或者乘客)的极端错误行为是引发事故的唯一原因时,机动车保有人与驾驶人可以免责,但在受害人未满16周岁或者年满70周岁的情况下,加害人不享有此种免责抗辩事由。

[44] 参见梁慧星:《从近代民法到现代民法》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第7卷,法律出版社1997年版,第233页以下。

2. 各种组织形态尤其是企业改变了社会交往中的主体形态。从“生物人”到“法律人”的主体变化,集中体现在以企业为代表的法律上的组织人在现代侵权法中的核心地位。从社会现实结构出发,可以发现存在如下三个层次的责任主体:第一,私的自然人,即不从事职业或者经营相关活动、处于个人生活空间的一般的自然人;第二,以企业为中心的各种组织(包括国家),它们成为侵权法上危险责任与组织责任的主体;第三,处在各种组织分工下的个人,例如作为特殊自然人的雇员,从一般雇员到经营管理阶层等特殊雇员,都处在企业组织体系中。

日本著名民法学者星野英一对此认为:“在此期间,特别是19世纪后半叶以后,在先进国家,随着科学技术突飞猛进的发展,人可能遭受危险的几率急速扩大,现实生活中,可能受到来自他人的损害的机会大大增加。而控制和管理这些危险的主体又很少是个人,更多的是规模巨大的企业等组织。在今天的社会,个人与个人之间的关系主要体现在以家庭为中心的日常生活,而无论是个人还是家庭又都被这些组织和大型设备以及高速交通工具所包围。个人或者要同它们发生某种关系,或者要利用它们生活,于是就必然要每时每刻地置身于由此发生、而且不断增大的危险之中。”〔45〕

3. 企业风险活动成为现代侵权法的主要调控对象。虽然现代侵权法理论已经逐步承认了过错责任与危险责任二重归责体系,甚至将替代责任视为第三个基本归责事由。但在归责事由的重要性上,仍然以过错责任为中心,甚至在已经承认无过错的危险责任的领域还发生了倒退,如美国侵权法第三次重述中有关产品责任的规定。

而工业革命使人类社会进入到一个现代风险事故社会。19世纪末期,侵权法学者敏锐地感受到侵权法迎来了新的历史使命,他们基于社会基础的变迁,对过错责任提出质疑,正如德国著名侵权法学者冯·凯尔梅尔(v. Caemmerer)所言,当时的侵权法的社会基础中,“受惊的马与坍塌的脚手架是侵权法上的相关风险”。〔46〕新技术工业风险、意外事故的频繁出现(劳动意外伤害事故、道路交通事故)以及非个人化的大企业的出现,导致过错责任衰落。在美国,著名侵权法学者霍姆斯在其1897年的名著《普通法》中就指出,“使得我们的法庭应接不暇的侵权……主要来源于火车、工厂以及其他类似的对于人身和财产所造成的损害”。〔47〕

从比较法的角度来看,各种新型事故类型不属于以过错责任为中心的一般侵权法的调整范围。由于大陆法系民法典中的侵权法与现代风险社会处在不可调和的矛盾中,导致针对危险责任多采取民法典之外特别法的立法模式。此外,无论在大陆法系还是英美法系,危险责任都首先通过典型判例逐步发展起来,同样反映了以过错责任为中心的侵权法无法满足现代风险社会的需要。

四、现代侵权法外在体系的比较法考察

正因为传统侵权法单纯建立在自然人的过错责任基础之上,世界各国侵权法都面临着体系重构的任务。以目前世界范围内多个侵权法草案为例,可以发现,在侵权法内在体系变化的影响下,现代侵权法的外在体系已经完全摒弃了传统侵权法的单一过错责任体系,逐步采用过错责任、危险责任和替代责任的三元归责事由体系。此种三元归责的立法例也被我国学者所采纳。〔48〕

〔45〕 [日] 星野英一:《民法典中的侵权行为法体系展望》,渠涛译,《法学家》2009年第2期。

〔46〕 von Caemmerer, *RabelsZ* 42 (1978), S. 5.

〔47〕 O. W. Holmes, *The Paths of the Law*, 10 Harv. L. Rev. 457 (1897); reprinted in 110 Harv. L. Rev. 991, 999 (1997).

〔48〕 例如,杨立新:《中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明》,法律出版社2007年版。

（一）欧洲侵权法原则

欧洲侵权法原则^[49]开宗明义，在其第1:101条规定了三个并行的归责事由：其行为构成过错、从事异常危险活动以及本人就“辅助人在其职责范围内造成损失”的替代责任。依据该条的释义，三个归责事由没有位阶差别，在归责事由上完全平等。^[50]当然，欧洲侵权法原则在第4:101条的说明中，有所差别地强调了过错较之于危险责任与替代他人责任的重要性，尤其是在与有过失与共同侵权中，但从宏观结构来看，风险归责（危险责任）以及替代责任在整个侵权法体系中与过错责任具有同样的归责地位。

（二）欧洲私法共同参考框架草案

欧洲民法典研究小组起草的“共同参考框架草案”^[51]第六编“合同外责任”，在归责事由上具有一些特殊性：首先，在传统过错责任领域，放弃统一的上位概念“过错”，取而代之的是直接划分故意和过失归责事由。其次，对无过错责任不设定统一的归责事由，而仅仅在第1:101条中以一个笼统的“其他致害原因”概括各种无过错责任，并且在第2款中规定“只有在第三章规定的情况下，一方才须对非因故意或过失所引起的法律上的相关损害承担侵权责任”。而第三章采用了列举的规定模式，规定了如下责任类型：雇员和代表人致害的责任、不动产责任、动物侵权责任、产品责任、机动车侵权责任、危险物与放射物责任。需要特别指出的是，受到欧洲私法统一任务的限制，欧洲民法典“共同参考框架草案”中的“合同外责任”只能在目前可以达成共识的框架内起草相关参考规范，因此并没有完全从学术的角度提出一个理想的侵权法草案，这是它与欧洲侵权法原则的一个重大差别。所以，该第六编“合同外责任”不调整雇员的对外责任、国家责任等重要的侵权责任类型。

（三）法国侵权法草案

2005年法国侵权法草案规定了五个重要的归责事由，分别是行为人自己责任、物的责任、替代责任（第三人行为责任）、相邻关系侵权责任（不可量物侵害责任）以及高度危险责任。此种多重归责原则集中体现了法国侵权法在过去一百多年里的理论和实践成果，尤其是自己责任、替代责任以及物的责任的区分，反映出法国传统侵权法以过错责任为中心的归责体系已经不能完全适应现代工业社会的要求。

在侵权归责体系中，危险责任在2005年法国侵权法草案中占据了重要的位置：

1. 在物的责任中（第1354条、第1354-1条、第1354-2条），草案规定了典型的严格责任，即物的管理人承担法定的（de plein droit）严格责任，不存在通过举证证明自己尽到了注意义务而免责的可能。

2. 在高度危险活动责任（第1362条）中，草案明确规定了责任主体为企业，即企业应当就各种高度危险活动承担严格责任。依据该条第2款的规定，所谓高度危险活动是指导致严重损害的风险、并可能引发大规模损害的各种活动。法国法的高度危险活动在概念上与美国侵权法重述非常相似，尤其值得注意的是，此种责任的主体被明确规定为“企业”，从而在归责体系中明确依据主体划分责任形态。

[49] 欧洲侵权法原则由欧洲民法典研究小组起草。See European Group of Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Springer, 2005.

[50] 同上书，第1:101条，边码5。

[51] *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, Outline Edition, Prepared by the Study Group on an European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Sellier, European Law Publishers, 2009. 中文文献参见冯·巴尔：《〈欧洲共同参考框架草案〉及其第六编“合同外责任”——作为欧洲私法的“工具箱”》，朱岩译，《法学家》2009年第4期。

3. 在两个重要的特殊侵权责任形态,即道路交通事故责任和产品责任中,也以危险责任作为基础的归责事由。

也就是说,该草案将现代工业社会中的危险责任分解为三个部分,分别是作为严格责任的物的责任、高度危险活动责任以及两种特殊侵权责任形态(机动车责任和产品责任)。此外,该草案还较为详细地规定了雇主的替代责任(第1359条、第1359-1条以及第1360条),类似于英美法中的替代责任(vicarious liability)。

(四) 奥地利损害赔偿法草案

2008年奥地利损害赔偿法草案^[52]同样确立了三个核心归责事由,即过错责任(第一章第二节)、危险责任(第一章第三节)以及第三者责任与技术辅助手段责任(第一章第四节)。由于奥地利损害赔偿法的起草负责人与欧洲侵权法原则的起草负责人同为库奇奥(Koziol)教授,因此二者在归责体系上具有同样的立法思路。

(五) 瑞士侵权法草案

2004年瑞士侵权法草案第1条(基本归责条款)第2款明确规定了三个归责事由,包括因过错行为引发损害(第48条)、雇佣一个或者多个辅助人(第49条与第49a条)和从事特殊危险活动(第50条)。显然,该草案与欧洲侵权法原则的三个归责事由基本一致。

(六) 日本学者星野英一的现代侵权法体系设计

日本学者星野英一在参考了欧洲侵权法原则之后,提出了自己的侵权法体系。他同样将侵权归责体系划分为三种,即自己责任(过错责任)、源于他人行为的责任以及源于自己保管之物的责任。^[53]

(七) 美国侵权法第三次重述

美国侵权法重述^[54]受到英美侵权法判例法的影响,在归责体系上首先在第一章规定了三种过错责任:故意(Intent)、疏忽(Recklessness)和过失(Negligence)责任,其中疏忽近似于重大过失(gross negligence)。重述在第四章规定了严格责任,包括异常危险活动责任和三种动物侵权责任(Livestock/Wild Animals/Abnormally Dangerous Animals)。由于美国侵权法第三次重述将产品责任部分回归到过失责任领域,致使严格责任的适用范围大为减少。

从上述最新侵权法草案可以发现,侵权法在世界范围内更多地具有共性,而不是“民族差异性”,其根源就在于目前人们所共同面临的风险社会。因此,比较法的成果应当成为我国侵权责任立法的一个核心参照系。

五、现代侵权法立法体系的基本结构

现代侵权法的内在体系早已摆脱了传统的单一过错责任的归责事由,但由于立法活动的滞后,其外在体系仍然处在不断完善的探索中。总体而言,现代侵权法立法模式的发展趋势集中体现在:从一元过错责任向多元归责体系发展,危险责任与所谓的替代责任成为与过错责任并重的归责事由,但替代责任的形态仍然未臻完善,组织责任更加符合现代风险社会的需要。

一般条款构成侵权法的核心条款,处在整个侵权法的开宗明义的位置,通常明确列举归责事

[52] Vgl. Diskussionsentwurf der beim Bundesministerium für Justiz eingerichteten Arbeitsgruppe für ein neues österreichisches Schadensersatzrecht, Vorläufige Fassung (Ende Juni 2007). 具体分析可参见 Irmgard Griss/Georg Kathern/Helmut Koziol, Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts, Springer, 2006.

[53] 参见前引[45], 星野英一文。

[54] See Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm (Tentative Drafts), 2009.

由、责任成立共同要件（损害与因果联系）以及以损害赔偿为中心的法律后果，后者属于损害赔偿法的调整范围。在确立了上述基本结构之后，侵权立法模式就是围绕归责事由、保护对象（作为损害的前提）、因果联系以及损害类型和损害赔偿而展开的，世界范围内最新的侵权法立法模式概莫能外。因此，侵权法的立法体系必须围绕三个归责事由展开。

（一）过错责任

1. 明确区分故意责任与过失责任

在现代风险社会中，一般的过错责任的适用范围主要限于一般生活交往中的侵权行为，过错推定作为一种特殊的过错责任形态，其适用范围主要限于各种组织活动，它是从过错责任向严格责任过渡的灰色地带。在过错责任的框架内，必须区分故意责任与过失责任，二者在侵权法中的地位、性质等方面都存在本质差异。具体而言：第一，在故意侵权下，被保险人不享有保险保护，包括责任保险和社会保险等。第二，禁止约定排除因故意侵害人身与财产所产生的责任（如我国合同法第 53 条），也不得针对因故意侵权产生的受害人的损害赔偿请求权主张债权抵销。第三，如果承认惩罚性赔偿，它通常以故意侵权为前提。目前，侵权责任法草案（二次审议稿）在产品责任中（第 45 条）也采纳了此标准。第四，在保护范围上，尤其是针对非绝对权的法益（如债权、纯粹经济损失等），故意责任通常给予确认；而通常只有在商事侵权中，过失责任才能够适用于纯粹经济损失。第五，在替代责任中，雇员故意侵权的，不再享有免于对外责任的保护，甚至也排除适用劳动法上的特别规定。在比较法上，雇员故意侵权的，要么单方面对外承担责任，要么与雇主一并对外承担连带责任。第六，在免责事由上，受害人的故意可以导致自担风险，而过失只能适用过失相抵。此外，主观状态的区分对精神损害赔偿的计算也具有重要影响。

从比较法来看，德国民法典第 823 条已经开始区分故意侵权和过失侵权，最新的侵权立法活动也区分故意侵权和过失侵权，如欧洲侵权法原则第 4：101 条、奥地利民法典损害赔偿法草案第 1300 条第 2 款、瑞士侵权法草案第 48 条。欧洲私法共同参考框架草案“合同外责任”的态度更为鲜明，直接放弃了“过错”概念，转而直接规定故意和过失责任，其目的就在于避免“过错”概念的笼统性，突出故意侵权与过失责任的差异。^[55] 美国第三次侵权法重述亦是如此。

我国侵权责任法草案（二次审议稿）第 7 条仅笼统规定了过错责任，没有区分故意和过失，显然忽视了在过错责任的框架下，故意责任与过失责任的重大区别。

2. 过失责任地位的提高

过失侵权责任建立在对过失的判断基础上。认定过失取决于如下判断标准，即一个具体的加害行为是否达到了在具体案件情况中必要的行为标准。简单地说，低于此种标准的就有过失；反之，即使造成侵害后果，行为人也并不存在过失。在确定此种标准时，法院需要综合考察案件的各种情况。为了避免法官享有过度的自由裁量权，各侵权立法都给过失作出了较为明确的定义，如德国民法典第 276 条第 2 款。而我国侵权责任法草案（二次审议稿）第 7 条没有给过失作出任何解释性的说明，未来的司法活动将因此缺少必要的指导。

3. 应当增加两种特殊的过失责任

（1）违反社会交往安全保障义务责任

由于风险社会中事故频繁发生，导致违反社会安全保障义务的不作为侵权责任的地位逐步升高。此种“社会安全”并非针对“一般的社会交往”，而是针对社会交往中的“意外事故”。德国侵权法主要通过判例逐步形成了此种安全保障义务。我国侵权法立法应当增加有关违反安全保障

[55] Vgl. von Bar/Clive/Schulte – Nölke et al., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Outline Edition, München 2009. (Book VI)

义务的规定。目前二次审议稿在第35条已经作出了规定,但该条存在一些明显的问题,如归责事由被限定为“管理人”等特殊主体,有必要将其提升到一般归责事由的合适位置。

需要指出的是,过错要件在社会交往安全保障义务中也受到了挑战。因为此义务并不是在当事人之间真正构建了一个行为的准则,它并不要求行为人必须依此行为,违反此种义务并不是违反了法定的义务,而是体现为一种风险的负担与分配。^[56]民法上的义务以现实中具有可履行为前提,而社会交往安全义务并不以现实中针对危险是否能够采取有效的防范措施为认定标准。严格地说,社会交往安全保障义务只是承担责任的义务,而不是行为的义务。

(2) 违反保护他人法律的过失侵权责任

随着现代社会中管制规范的日益增多,如安全规范与技术规范,行政法乃至刑法在认定侵权责任方面也扮演着重要的角色。通过其保护他人法益的功能,这些管制规范成为侵权责任法对外接轨的“转致法”。^[57]无论是德国民法典第823条第2款还是英美法中违反法定义务的侵权,都反映了此种思想。

我国侵权责任法草案(二次审议稿)在第7条以下所规定的归责原则中并没有规定此种违反保护他人法律的特殊过失责任,但在一些特殊侵权责任中有所体现,如第58条规定的违反医疗法律法规的医疗侵权责任、第79条规定的违反规定饲养烈性动物的责任等。从审判实务的角度出发,增设此种归责基础的确具有合理性。

(二) 危险责任在现代侵权法中的地位及其立法模式^[58]

在传统侵权法理论中,作为无过错侵权责任的危险责任被视为过错责任的例外,仅仅通过特定的列举模式调整不断涌现的新型危险责任形态。从侵权法的发展历史来看,在工业革命之后,所有发达国家都出现了同样且史无前例的新型侵权问题,并且,工业事故从早期的例外现象成为现代社会中最常见的侵权形态,危险责任早已不是特殊侵权,而是最一般的侵权形态,只是较之于传统的过错侵权具有特殊性。

与传统侵权法中针对特殊侵权行为采取列举式的规定相对应,类推适用有关危险责任的特殊规定被禁止。德国、意大利和瑞士的司法实践都禁止类推适用危险责任,只有立法才能够规定具体危险责任的类型,并且针对每类特殊的危险责任规定了特殊的构成要件。^[59]例如,在历史上,德国司法机关针对飞艇不适用危险责任,^[60]也怠于将有关输电或者输气管线爆炸的无过错责任类推适用到水管爆炸案件中。^[61]禁止类推的根本原因仍在于,传统侵权法仅仅将危险责任视为过错责任的例外情况,不具有普遍性,当然也就不能随意扩张。列举式的危险责任立法给侵权法

[56] 德国法学家 Brodmann 在 1906 年对德国帝国法院引入一个所谓的“交往安全义务”提出抱怨:“我极力在各方面以善良家父的标准要求自己,但是仍然有可能发生如下情况:我在桌边长时间看书或者整理文件,其间天气可能发生变化,天上下雨、地上结冰。如果有人给我送货时在门前滑倒,可能会向我要求损害赔偿。当然我可能会委托女佣在冰面上撒一些沙子,但我也可能没有委托她,或者她工作太忙而忘记了此项任务。但我认为,对这种情况下的人不应当谴责其违反了善良家父的注意义务。我将有意识地在此种情况下坚持自己毫无过错,即使三级审判都判决我存在过错。” Vgl. Brodmann, Über die Haftung für Fahrlässigkeit, insbesondere über die Haftung des Schiffers, AcP (1906), 346 ff.

[57] 参见解亘:《论管制规范在侵权行为法上的意义》,《中国法学》2009年第2期。

[58] 有关危险责任立法模式的详细论述,参见朱岩:《危险责任的一般条款立法模式研究》,《中国法学》2009年第3期。

[59] Vgl. K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 2, Besonderer Teil, 1972, S. 536.

[60] 1908年,某乘客乘坐飞艇,因暴雨产生的气流而受伤,德国帝国法院认为德国民法典仅仅在第833条针对动物规定了无过错责任,而无过错责任属于例外情况,不能类推,飞艇公司就乘客的人身伤害没有过错,所以不承担损害赔偿的责任。RGZ 78, 171, 172.

[61] BGHZ 55, 229, 233 ff. 但德国在1977年修订帝国责任义务法,将对输电、输气的危险责任扩张到所有液态物质的管道运输中。

的体系带来了一些无法容忍的后果，例如，各危险责任的构成要件和免责事由存在很大差异，而这些差异没有合理的基础，造成侵权法内在体系的失调。僵硬的危险责任与其调整对象日益脱节，尤其当工业社会的发展呈现出加速度的趋势时，列举式的立法“疲于奔命”，即使在允许类推的奥地利，上述弊端也仅能够在有限的范围内得到弥补。

不仅如此，列举式的特别立法模式阻碍了侵权法外在体系的重构，过错责任在侵权法中仍占据核心地位，但司法实践却日益脱离此种核心归责原则，导致立法与司法相脱节。随着各种工业风险的出现和科学技术的进步，社会上不断涌现出新型的特殊危险，如基因克隆技术等，单纯的列举早已不能满足危险责任的需要。因此，规定危险责任的一般条款是现代侵权法的一个重要使命。

（三）组织责任成为现代分工社会的核心归责事由之一

组织责任是指企业或者其他组织在经营以及其他活动过程中，对因各种组织活动风险所产生的损害后果承担相应的侵权责任。相对于一个自然人，企业以及其他各种组织就其内部组织风险所产生的损害承担责任。此种组织责任可以归结为违反组织义务的组织失灵，即无法达到社会交往中对组织所付出的合理信赖。

虽然目前侵权法立法模式中多采“替代责任”的形式，但笔者认为，替代责任的概念存在如下一些问题：在语言学上，替代责任具有为他人承担责任、其本人本不应承担责任的含义。所以，很多学者将替代责任对立自己责任。但从替代责任的本质来看，无论是企业还是其他组织，其本身都应当就其之于自身利益的组织活动承担责任，归责的法理基础不是基于特殊关系而为他人承担责任，而是就自身的组织风险承担组织责任，也是一种“自己责任”。不仅如此，替代责任无法真正区分组织风险责任与特殊情况下的真正替代责任。传统的家庭内部或者其他个人或者组织承担的监护责任限于自然人侵权的情况，与现代工业社会中的组织责任具有本质差异：前者系于未成年人或者精神智力障碍者缺乏识别能力，而后者系于社会组织分工必然蕴含的组织风险，二者无论在适用范围还是责任认定上，都存在本质差别。

因此，笔者主张采用组织责任的概念。组织责任包括雇佣他人以及使用机器设备等各种组织活动所产生的侵权责任，包括如下具体类型：企业组织责任、国家赔偿责任、医疗机构的组织责任等。

结 语

当前，我国各种事故频繁发生，民事侵权案件中比例最高的是道路交通和医疗侵权，其中医疗侵权又主要分为特殊的产品责任——药品责任和医疗组织责任（因为我国目前几乎没有独立个人执业医师）。面对现实，放眼全球，一部 21 世纪的侵权法应建立在回应风险社会的各种挑战的基础上。恪守传统农业社会下的“自然人侵权法”，不仅无法制定一部具有世界领先地位的侵权法，而且会导致裁判机关“有法不能依”乃至“无法可依”，其结果就是我国将再现发达国家过去一百年的历史：判例法随意滋生，特别法尤其是行政法填补一般侵权法的不足，法典化的功能丧失殆尽。

通过分析现代侵权法内在体系以及世界范围内的最新侵权法草案，可以发现侵权立法的核心要素，这些要素也应当成为我国当前制定侵权责任法的基准。

1. 在一般条款中应明确列举三种归责基础：过错、危险活动（包括危险物质等）以及组织责任。我国民法通则以及侵权责任法草案（二次审议稿）仅仅规定“行为人没有过错，法律规定也要承担侵权责任的，依照其规定”，没有揭明“没有过错也要承担侵权责任”的真正归责事由，

无法体现现代侵权法的内在体系要求。此种立法模式将危险责任和组织责任置于非常低的位置,无法满足风险社会对现代侵权法所提出的要求。

2. 平衡一般条款与具体列举,妥善处理一般侵权法与特别侵权法的关系。目前,我国侵权立法工作的一个重要任务就是清理现有法律法规中各种实质意义上的侵权法规范,并以将来一般侵权责任法为核心,构建一个一般法、单行法、特别法的综合侵权法体系。是否规定医疗责任、网络侵权责任等问题,仅仅具有外在体系编排的意义,不影响侵权法的内在体系。

3. 考虑到在现代风险社会中存在多元的损害救济体系,立法者需要明确定位侵权责任法在整个损害救济体系中的地位,即其与其他私法救济和公法救济途径的依存、替代或者补充关系。其中与社会保障法、保险法的关系最为重要。是否需要在侵权法中明确规定侵权责任承担与保险赔付的关系,也是立法者应当回答的一个问题。

Abstract: The inner system of traditional tort law was based on the fault liability and concentrated primarily on wrongfully intentional harm conducted by a natural person as tortfeasor against another natural person as victim with the compensation result. After the society was gradually entering into a risk one full of new accidents due to industrialization, the inner system of modern tort law has correspondingly changed. Instead of the unitary fault liability, three liability grounds, namely, fault liability, endangering liability (Gefährdungshaftung) and organization liability make up the liability attribution system in modern tort law. As a result, the external system of tort law should also be set up upon the inner system correspondingly.

Endangering liability for traffic accident, abnormally dangerous activities, etc., has an inherent connection with risk society, while organization liability also reflects the basic characteristic of labor division in modern society. It is worth pointing out that the concept of organization liability would be better than the current one of "vicarious liability". Fault liability is still an important accountability ground, but its significance in today's risk society has decreased and it is basically applied to the cases happening between natural persons in private life.

The relief provided by tortious liability constitutes only a part of the whole macro indemnification system which is composed of social insurance, commercial insurance, liability insurance and social relief funds. But tort law has its specific functions such as offering incentive instruments to correct wrongful acts, deciding the final liable person, adopting punitive damage and providing non-pecuniary damage. From the experiences provided by comparative tort law, Chinese tort law legislation should adopt the above-mentioned three liability grounds. Particularly, lawmakers should attach important significance to the endangering liability and organization liability. In the framework of fault liability, it is necessary to differentiate the intentional and negligent liability. It is also of great importance to regulate the liabilities due to breach of the duty of care (Sozialsicherungspflicht) and breach of the statutory duty, so that tort law could become more elastic to meet the emerging demands.

Key Words: tort law system, risk society, endangering liability, organization liability, fault liability
