

风险社会大规模损害 责任法的范式重构

——从侵权赔偿到成本分担

刘水林^{*}

内容提要：风险社会是人类利用科技从事创造活动而产生的人为风险成为影响人类生活乃至生存和发展的主要因素的社会，如何缓解与分配风险损害成为风险社会的核心问题。风险社会的大规模损害以事故型和累积型大规模公害为主导。侵权法解决的损害问题是私人对私人利益的侵害，其主要功能在于补偿受害者，其制度运行有赖于损害的确定性、有限性、可计量性、可预期和可控制性、私人性。风险损害所具有的不确定性、无限性、不可计量性、不可预期性、不可控制性和社会公共性颠覆了这些条件，对风险损害主要以规制法予以事前防范。规制法防治私人对公共利益的侵害，其主要通过事前预防责任的分担降低风险损害，事后责任作为补充。规制法责任的实质是对风险成本的分担。分担应遵循社会分担、有效分担、平衡分担以及预防为主、救济为辅的原则。规制法的责任制度包括预防责任和补救责任。

关键词：风险社会 大规模损害 侵权责任 成本分担

近年来，全球频发各种大规模损害事件，并经网络媒体对风险的进一步放大，加大了人们对现代高科技产生的大规模风险损害的恐惧。一时间，德国社会学家贝克的“风险社会”被预设为法学论题的社会背景。但就既有研究所遵循的分析理路看，多数仍沿袭着应对传统工业社会损害的法律思维范式，其表现为：几乎鲜有学者对大规模损害的类型及其与风险社会的关系进行分析，一般都把“大规模损害”称为“大规模侵权”，并自觉不自觉

^{*} 上海财经大学法学院教授。

地依侵权责任法的思维范式应对风险社会的大规模损害。^{〔1〕}

不可否认,这种研究的思维范式及其提出的制度设计,用于防范一些大规模损害的发生仍具有一定的价值,但用于防范风险社会类型繁复的大规模损害,则力有不逮。基于此,本文首先对作为研究前提的“风险社会”的意蕴及其与大规模损害的类型的关系予以分析;其次,通过比较侵权法解决的社会问题与风险社会的社会问题,以及澄清风险社会损害的特性对侵权法的运行条件的颠覆,说明以侵权法防范风险社会的大规模损害并不匹配;再次,对风险社会规制法的根本问题予以阐述;最后,提出规制法的责任制度构造。

一、研究前提:风险社会与大规模损害的类型

任何法律都根植于它所处的社会和历史背景之中,只有扎根于其所处的社会现实性之中,才能真正理解该社会损害防范的法范式。因而,理解风险社会的意蕴及其与大规模损害类型的关联性,是重构风险社会大规模损害责任法范式的前提。

(一) 风险社会的意蕴

“风险社会”既是一个社会学概念,也是一种社会理论。社会学中对此有三种观念范畴,即现实主义、文化主义和制度主义。从法学研究看,制度主义的观点对法学最具启发意义,因而,本文在以贝克和吉登斯为代表的制度主义的意义上使用这一概念。^{〔2〕}

1. 风险社会的含义

据社会学中制度主义的有关含义和法学界对其的使用,本文“风险社会”的含义包括相互联系三个方面。

第一,风险社会是风险成为影响人类生活乃至生存和发展的主要因素的社会。贝克的“风险社会”概念就有此义。与此相应,此前的现代性社会,影响人类生活乃至生存和发展的主要因素是物质财富的短缺,而早期工业社会的工业发展是解决物质短缺的根本,也是影响人的生活乃至生存和发展的主要因素。正因此,贝克把风险社会前的现代性社会称为“工业社会”,并认为工业社会的核心问题之一是财富分配以及不平等的改善与合法化。而在风险社会,必须把风险损害的缓解与分配作为核心问题。

第二,风险社会是以人为风险为主导的社会。这是从社会中风险的主导类型来讲的。人为风险,指与传统社会中自然风险(如各种自然灾害)相对应的风险,“是人类主动创造

〔1〕 如朱岩:《从大规模侵权看侵权责任的体系变迁》,《中国人民大学学报》2009年第3期;王成:《大规模侵权事故综合救济体系的构建》,《社会科学战线》2010年第9期;陈年冰:《大规模侵权与惩罚性赔偿——以风险社会为背景》,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2010年第6期;张新宝:《设立大规模侵权损害救济(赔偿)基金的制度构想》,《法商研究》2010年第6期;张俊岩:《风险社会与侵权损害救济途径多元化》,《法学家》2011年第2期;张红:《大规模侵权救济问题研究》,载《大规模侵权对策国际研讨会会议资料》,2011年4月;杨立新:《〈侵权责任法〉应对大规模侵权的举措》,《法学家》2011年第4期。对此,不只中国学者如此思考,外国学者亦是如此。如德国学者冯·巴尔的著作《大规模侵权损害责任法的改革》(贺栩栩译,中国法制出版社2010年版)就说明了此点。虽然冯·巴尔教授指出“‘大规模侵权’并非法律概念。……将其简单理解为:涉及大量受害人的权利和法益的损害事实的发生”,但就其研究内容看,仍然是侵权法的范式。该书对我国学者研究大规模侵权的影响颇大,我国侵权法学者的相关研究几乎都可以从中找到根据。

〔2〕 这也是我国法学界一些学者的用法。参见劳东燕:《公共政策与风险社会的刑法》,《中国社会科学》2007年第3期;陈晓明:《风险社会之刑法应对》,《法学研究》2009年第6期。

出来的，是人类实践行为不可避免的伴随结果”，〔3〕是源于人类的行为与决策产生的风险。这种风险包括技术风险和政治、社会与经济等制度风险，且风险随着人类活动能力的增强而增大。

第三，风险社会是20世纪中叶以来，社会有机化高度发展的社会。〔4〕从理论产生的社会背景和指涉的时期看，一般认为，风险社会是科学技术迅猛发展及其在生产中广泛应用的结果。对风险社会的描述，其实质是对20世纪中叶后，第三次科技革命引起的人类社会经济、政治、文化领域的变革，以及人类生活方式和思维方式变革的反思性或警示性描述。

正因此，有学者认为，工业革命以来的现代性社会分为两个阶段，“第一阶段从17、18世纪工业化开始到20世纪早期，这一阶段工业和技术发展的益处被普遍认同，促进工业发展是社会主导的公共政策。……第二个阶段起源于20世纪中叶，工业社会的风险开始全面支配公共政治和私人讨论”。〔5〕可见，第二阶段也就是风险社会。这一阶段，从社会关系的特性与社会观念看，是社会成长为有机整体社会的时期。在一定意义上可以说，正是社会的有机整体化发展，裹挟着科技本身潜在的风险，才使风险从个体风险转化成社会风险，〔6〕才使人为的风险难以为人所掌控，从而使社会进入风险社会。

2. 风险社会的法律意义

与上述含义相应，风险社会对作为应对社会问题的制度之一的法律具有三点影响：

第一，风险社会所要解决的社会问题不同于传统工业社会的问题。这种不同亦即“例外问题”的产生，是导致风险社会法律范式转换的根本。

第二，风险社会的“风险”，其实质是人们利用高科技和发达的市场体系创造财富的过程中，高科技与发达市场（制度）体系本身隐含的风险的呈现。因而，它们是一种人为的行为风险。风险损害实质上就是风险行为的结果，但这种结果又是社会发展不得不承受的结果。这意味着，其与自然风险的偶发性、不可控制性不同，可以通过法律对风险行为的规范，降低风险社会的风险损害，或者把风险控制在合理范围内。

第三，风险社会不仅与科学技术隐含的风险有关，也与社会分工高度发展，交通、通信高度发达，社会有机整体化以致出现经济全球化有关。因而，我们应以有机整体主义的法理念，而不是主流法理的机械的个人主义法理念，来思考风险社会的风险损害及其法律应对。

（二）大规模损害的类型

任何法律在一定意义上讲都有其意欲防范的一定类型的损害，其制度设计都是与其所

〔3〕 见上引陈晓明文。

〔4〕 有机整体社会，即以相互依赖的有机关系和整体主义观念为主导的社会。对此社会的形成和发展的论述，参见刘水林：《反垄断诉讼的价值定位与制度建构》，《法学研究》2010年第4期。

〔5〕 前引〔2〕，劳东燕文。

〔6〕 个体风险，即影响范围较小，不具有流动性和传递性，而且有明确的承担主体的风险，如个人风险、家庭风险、组织风险等就是其典型代表。社会风险，即影响范围较大，具有流动性和传递性，并且没有明确的承担主体的风险。这两种风险并非截然分离，而是存在紧密联系。其中，个体风险是基础，是根本。如果每一个体都能够承担其风险，那么个体风险不仅不会转化为社会风险，相反还会减轻社会风险。反之，个体风险既有可能转化为社会风险，甚至可能加剧社会风险。而这种转化与社会关系的特性及制度有关。一般来讲，社会关系越紧密，社会越开放，制度约束越弱（致使个体承担风险的责任心小），个体风险就越易于转化为社会风险。

意欲防范的损害相匹配的。因而，对损害进行类型化研究，是寻求合理法律制度的起点。

法学上研究损害，必定涉及到主体、利益、损害和原因四个要素。本文对大规模损害的分类在顾及这四个要素的基础上，拟使用两个标准，即根据损害的利益类型标准和损害的成因标准进行分类。

1. 大规模公害与大规模私害

以损害的利益类型为标准，损害可分为对私人利益（简称私益）的损害和对公共利益（又称社会公共利益，简称公益）的损害。然而，在现实的法律、法规文本中，不仅社会公共利益有不同的称谓，如社会利益、公共利益、社会整体利益等，且各种概念涵盖的外延也不尽相同。即使法学理论中对私益和公益的界定，特别是对公共利益的界定，也是众说纷纭，莫衷一是。因而，要以利益为标准对大规模损害进行分类，必须对公益和私益的含义予以界定。

需要说明的是，此处对私人利益和社会公共利益的界定，并不追求科学准确，也不期望能得到法学界信服，只是彰明在本文此后研究中公益和私益的含义指涉。本文的公益是指以公共物品为客体的利益，其在分享上具有不可分性、不可排他性、非竞争性等特点。^{〔7〕}而私益则是指以私人物品为客体的利益，在分享上具有可分性、排他性、竞争性等特点。

据此，大规模损害可分为两种类型，即大规模私益损害和大规模公益损害。这种划分主要顾及到利益客体及受害人，二者的不同主要表现为受害主体和利益客体的不同。

第一，受害主体。大规模私益损害的受害主体具有闭锁性、有限性、即时呈现性、确定性等特点。闭锁性是指受害人随着损害行为的结束而确定，不会增加。有限性是指受害的人虽多，但数量是有限的、可清楚统计的。即时呈现性是指损害一结束，受害者所受损害的程度是看得见的、可检验的。因而，受害主体是确定的。

大规模公益损害的受害主体则具有开放性、无限性、历时呈现性、不确定性。开放性是指受害人数不因损害行为的结束而确定，还会增加。无限性是指，受害人是跨时空的，因而数量是无限的、不可统计清楚的。历时呈现性是指，损害行为虽然结束，但损害随时间推移而逐渐呈现。其原因有两方面，一方面，因一些损害具有潜在性，使有些受害者所受损害在损害发生时是看不见的、不易觉察的，只有经过时间推移才能发现，许多化学药品（包括农药）对人体的副作用就是如此。^{〔8〕}另一方面，因损害还在扩散，受害者在损害发生后的一段时间内持续出现。因而，受害主体是不确定的。

第二，利益客体。大规模私益损害的客体是私人物品，在经济上具有竞争性、排他性。竞争性是指增加一个人对该物品的消费，就必须减少另一个人对该物品的消费。排他性是指产品一旦被一个人消费，其他人就不能消费。私人物品在法律上是以财产和人身形式存在的，属于私权保护对象，在自然形态上一般是既存的、相对静态的。因而，大规模私害主要侵害的客体是个人的人身和财产。

〔7〕 英国有学者有近似的观点，认为公益是社会（集体）成员“享有分散的、所有人都根据无法区分亦无法分配的份额享有的公共利益”。[英] 保罗·P. 克雷格：《英国与美国的公法与民主》，毕洪海译，中国人民大学出版社2008年版，第158页。

〔8〕 对此，正如美国海洋生物学家 Rachel Carson 在其引发环境保护革命的著作《寂静的春天》中所说：“化学物质在改变世界以及生活的本来面貌的过程中是一个邪恶的并不易为人发觉的帮凶。”参见 [美] 蕾切尔·卡逊：《寂静的春天》，吕瑞兰、李长生译，吉林人民出版社1997年版，第4页。

大规模公益损害的客体是公共物品，具有非竞争性、非排他性。公共物品是以人们共处的系统形式存在的，如自然环境、社会环境（如市场秩序、产业结构等），需要所有社会成员履行社会责任来维持；在自然形态上，是互动形成的自然状态或社会关系状态，一般是动态的、变化的。因而，大规模公害主要侵害的是人们生存和发展所共同依存的系统，是系统传导的损害。正因此，有学者指出“公益不是静态的、既定的数目，公益随着程序的进行逐渐发展”。〔9〕

2. 事故型大规模损害与活动累积型大规模损害

以大规模损害的成因为标准，大规模损害可分为事故型大规模损害与活动累积型大规模损害。

事故型大规模损害，就是由具体事故、事件引起的大规模损害，如2008年的三鹿奶粉事件、2011年美国康菲石油中国有限公司作业的蓬莱19—3油田发生的渗漏漏油事件、2011年甬温线特别重大铁路交通事故等引发的损害，就属于此。

活动累积型大规模损害，就是由一些日常活动长期累积而形成的大规模损害。如美国次贷危机引发的金融风暴，以及大量发生的水污染、大气污染损害，〔10〕就属于此。

这一分类主要基于大规模损害成因及加害主体行为的不同，主要差异有以下三点。

第一，加害主体的确定性不同。事故型大规模损害往往能确定具体的肇事者，加害主体是确定的，而活动累积型大规模损害往往不能确定具体的肇事者，具体加害主体是不确定的。

第二，因果关系的确性不同。事故型的大规模损害与事故具有直接因果关系，原因具有唯一性，其因果关系是确定的。而活动累积型大规模损害中，造成损害的活动往往是众多主体合法的日常活动，往往是多因一果，损害与行为之间的因果关系难以确定。

第三，致害行为的性质不同。事故型大规模损害的致害主体往往具有一定的“违法性”，即引发事故的行为往往存在过错或违反法律的规定。而活动累积型大规模损害中，造成损害的活动往往是合法的日常活动。

上述两种分类方式和各自类型之间是相互联系、相互交织，不可截然分开的。上述两种分类理论上可组合成四种大规模损害，但累积型大规模损害一般不可能是私害，因而，大规模损害无非三种类型，即事故型大规模私害、事故型大规模公害、累积型大规模公害。

据上述分类，对我国研究大规模侵权的学者述必引用的冯·巴尔教授研究的五种形式予以分析，不难发现，其中的四种，即道路交通事故、大型载客运输工具事故、缺陷产品造成的大规模侵权、大型活动中的大规模侵权，都属于事故型大规模私害，环境事故则属于事故型大规模公害，被其排除的环境“累积性侵害损失”等则属于累积型大规模公害。

（三）社会发展与损害类型

大规模损害产生和发展的历史说明，产业革命以来不同类型的大规模损害存在于现代

〔9〕 [德] 施密特·阿斯曼：《秩序理念下的行政法体系建构》，林明锵等译，北京大学出版社2012年版，第143页。

〔10〕 特别是都市型大气污染损害，即“主要伴随着科学技术的突飞猛进，特别是汽车的普及，以汽车废气为主体导致的污染。尤其在人口密集的大都市，由于汽车的家庭化……城市汽车废气已成了当今一大环境难题”。冷罗生：《日本公害诉讼理论与案例评析》，商务印书馆2005年版，第233页。对这种损害在国外已有诉讼发生，如2002年日本东京地方法院审理的“东京大气污染案”。近年，北京频发的“雾霾”天气给市民造成的损害，就是如此。

性社会发展的各个阶段,但在社会发展的不同时期,不同类型的大规模损害对社会及人的生存和发展的影响却不尽相同。

从总体的发展趋势看,社会越发展,科学技术在生产中的应用越广、越深,社会分工越发达,市场体系越复杂,社会的有机整体化程度越高,大规模损害就不仅数量多,且主要以大规模公害为主。相反,社会发展落后,科学技术在生产中应用程度低,社会分工不发达,市场体系简单,社会的有机整体化程度低,大规模损害就不仅少,且以大规模私益损害为主。

据此,如果我们接受社会学把现代社会分为“工业社会”和“风险社会”的观念的话,可以说,工业社会的大规模损害主要是事故型的大规模私益损害,及少量的事故型大规模公害和极个别的累积型大规模公害(如英国伦敦“雾都”的形成)。而风险社会的大规模损害中,事故型大规模私害的绝对量虽然增加,但相对事故型、累积型大规模公害而言则相对下降,其对社会的危害也远远不及后两种。

二、侵权责任法的局限

侵权法应对风险社会大规模损害的局限,是由其所要解决的社会问题以及其制度特性和功能预设所要求的运行条件决定的。

(一) 侵权责任法所要解决的问题及限度

1. 工业社会的问题

中国现代侵权法“舶来”于西方,虽然在长期发展中渗入了本土气息,但其基本观念和制度架构与西方国家没有本质的不同。

在西方,现代侵权法与资本主义制度的确立和发展同步,其制度设计是以资本主义的理念解决工业社会的问题,这是其解决风险社会大规模损害问题限度之根本。

在人类漫漫的历史长河中,物质财富长期匮乏,一旦出现自然灾害,就会给人类带来巨大的痛苦和灾难。因而,克服物质匮乏是早期现代社会——工业社会的主要问题。

物质匮乏的克服,有赖于物质财富的有效创造,其实质就是如何结合不同生产要素并最有效地发挥其效用。由于生产要素属于不同的人,而人们投入生产要素的激励源于其对预期创造的财富的获取和保有,这意味着,创造出的物质财富如何分配,以及对获取的财富给予何种保护,成为制约财富创造的关键。

因此,工业社会需要制度调整财富的取得和分配,以及对人们已取得的财富予以保护,保证人们对自己从创造的财富中所获得的收益能有确定的预期,以激发人们创造财富的积极性。从功能意义上看,现代私法实则财富的分配法和保护法,其中物权法和契约法主要属于财富的分配法,而侵权责任法主要是财富保护法,^[11]其所要解决的问题,就是防止对

[11] 当然,侵权法也对人身权予以保护,但在工业社会资本主义观念主导下,由于市场经济的发展,一切都“商品化”了,人自身也不例外,不仅人的劳动成为交易对象,甚至人的器官、人身都成为交易对象,因而,人格权大多已财产化(有学者称其为“人格权的商品化”,参见[德]格哈德·瓦格纳:《损害赔偿法的未来——商业化、惩罚性赔偿、集体性损害》,王程芳译,中国法制出版社2012年版,第57页以下)。其主要表现就是几乎所有权利所包含的利益都可以货币计量,以至于损害赔偿责任成为侵权责任最主要的责任形式。

个人财富的损害。物质财富的属性决定了，侵权责任法防止的主要是对以既存物为利益客体的、确定的私益的损害。

2. 风险社会的问题

风险社会的含义说明，风险是内在于科学技术，呈现于使用科学技术创造财富的过程中或转移至所创造的财富中，并通过系统（自然或市场）传导或伴随着物质财富消费的潜在的、不确定的有害性。风险损害是风险爆发的结果，是高科技、社会化生产条件下财富生产的副产品，是社会为财富生产而付出的代价，或者说是财富生产的社会成本。^{〔12〕}

愈益频繁爆发的风险致害造成的大规模损害，成为人们不得不应对的社会问题。这一问题主要就是对“发达的现代性中系统地产生的风险和威胁，如何能够避免、减弱、改造或者疏导？……使它们在生态上、医学上、心理上和社会上既不妨害现代化进程，又不超出‘可以容忍的’界限”^{〔13〕}的问题。而这些都是要花费一定成本，需要有人承担的。贝克因此说：“风险和财富一样是要分配的东西。”^{〔14〕}这意味着，风险损害的成本分担是风险社会的重要问题。

风险社会中风险的特性，决定了风险损害多是事故型、累积型大规模公害。这种损害是以动态系统为客体的、不确定的损害，侵权法难以应对。

（二）侵权法的运行条件及其限度

侵权法的运行条件，是由侵权法的制度特性和功能预设决定的，其实质就是侵权法的功能得以发挥的条件。

1. 侵权法的功能

每一种法律因其应对的社会问题不同，都有其特定的价值目标，为此都有其功能预设。在侵权责任法中，责任是其制度的中心之一，其功能主要体现在其责任制度中。

任何法律责任制度都具有两个最基本的功能，即预防违法和补偿被害人，但二者的地位在不同法律责任制度中是不同的。这种不同是由法律的价值目标的差异决定的，也是对不同法律制度所防治的有害行为的损害特性以及对该行为的认知观念的反映。

侵权法的价值在于对个人权益的保护。这决定了其责任制度预设的功能重心在于补偿受害人，而不是预防违法，虽然其亦有预防效果，但多是附带结果。^{〔15〕}

这种法的价值追求和功能预设是对工业社会损害事实一般认识的折射，以及对人类理性普遍信赖的反映。工业社会的主流观念在私法中表现为这样一种基本信念，即自然的、美好的。这意味着，对被害人来说，其权利被损害前的状态是好的状态，否则，理性人会通过行动而改变。由此决定了，侵权法的目的在于对被害人予以补偿，使其回复到损害没有发生以前的状态。

〔12〕 这里的社会成本是在科斯的意义上使用的，指的是由产品（或财富）生产者之外的其他人为产品生产而付出的代价，亦即因生产的外部性给生产者以外的人造成的损害。参见〔美〕罗纳德·哈里·科斯：《社会成本问题》，载罗纳德·哈里·科斯：《企业、市场与法律》，盛洪、陈郁译，格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2009年版，第96页以下。

〔13〕 〔德〕乌尔里希·贝克：《风险社会》，何博闻译，译林出版社2004年版，第16页。

〔14〕 同上书，第25页。

〔15〕 特别在大陆法系的代表德国法学中，“赔偿功能被公认为主要作用，在其之后的预防功能最多只是‘次要’的期待目的”。前引〔11〕，瓦格纳书，第19页。

2. 侵权法的制度特性

(1) 侵权法防治私人对私人利益的侵害

在人类进入文明社会后,任何人都不可避免地两类主体发生关系,一类是拥有公共权力的国家机构,另一类是没有公权力的人。这意味着,任何人的利益都可能遭受这两类主体的侵害。同时,基于人的个体性和社会性两重属性,及其利益的私益和公益的二元构造,对人的利益的损害有私害和公害之别。

结合以上两方面,笔者认为,私主体的不法行为有两种,即私主体的私害行为和公害行为。侵权法作为私法旨在防止私人对私人利益的侵害,属于私的私害防治法。也正因此,冯·巴尔在研究大规模侵权责任时,排除了累积型大规模公害,而其提出改革的也主要是针对一些事故型大规模公害。^[16]这意味着,既有侵权法应对大规模公害存有局限。

(2) 侵权法是以被害人为中心的法

私法的主流理念决定了侵权法是以个人的利益为重心或基点而建立的,这在有关侵权法的实体规定和程序规定中都有体现。

第一,从实体法看,主要体现在损害责任的承担上,其中按什么样的原则归责是关键。从现代侵权法归责原则演化的历程来看,一般认为,现代侵权法的归责原则经历了从单一的过错责任原则,到过错责任、过错推定责任和无过错责任三原则并存的过程。从此演化中,我们不难看出其着眼于受害人救济的发展路径。而侵权责任的形式设计,从法律的规定看,多是为了使被害人回复到受害以前的状态。

第二,从救济程序看,私法奉行的不告不理原则决定了侵权并不必然承担责任,侵权人最终是否因侵权承担责任,以及承担什么样的责任,取决于被害人是否提起诉讼以及其提出的诉讼请求。因而,被害人是侵权诉讼的中心,离开了被害人(原告)的起诉和参与,侵权诉讼无从发动,无从进行。为便于被害人及时、足额获得补偿,现代民事诉讼法建立了举证责任倒置、简易程序、代表人诉讼以及有些国家规定败诉方承担胜诉方律师费用等制度。^[17]

可见,不论是侵权实体法的立法目的和主要制度内容,还是侵权诉讼程序的启动,以及程序运作过程中原告的权利赋予等各种制度设计,都是以受害人为中心的。

(3) 侵权法是事后责任法

以法律防止损害无非两种方式,一是通过事前的警示限制,使人不从事致损行为,二是通过事后的惩处,使人们此后不再从事有害行为。与此相应,在法律的发展过程中,产生了两种防止损害发生的规则:事前规制规则与事后责任规则。这两种规则能否很好地发挥其预防损害的功能,取决于不同的制约因素。

从理论上说,一般决定责任规则与直接事前规制功能发挥的因素有四个:^[18]其一,行

[16] 参见前引[1],冯·巴尔书。

[17] 美、英、德、法等两大法系国家都不同程度地认可了律师费用由败诉当事人负担的制度,律师费用由败诉当事人负担已成为现代民事诉讼的潮流。因此,我国民法学界许多学者认为,我国应尽快建立民事诉讼的律师费用由败诉当事人负担的制度,司法实践中也有此做法。参见龚赛红:《关于律师费用由败诉当事人负担的探讨》,《北京化工大学学报》2005年第3期。

[18] 参见[美]史蒂芬·夏维尔:《损害赔偿责任抑或安全规制》,罗玥译,载[美]唐纳德·A.威特曼编:《法律经济学文献精选》,苏力等译,法律出版社2006年版,第93页以下。

为主体与规制当局在有关行为损害风险的知识上可能会存在的差异。一般来讲，当行为人对自身行为的损害风险拥有信息优势时，责任规则预防具有优势。其二，行为主体是否具有赔偿其全部损害数额的能力。在行为主体不具备赔偿全部损害的能力的情形下，责任规则将无法提供足够的激励来控制损害风险，应使用直接规制。其三，行为人承担损害赔偿的概率。一般来讲，对承担责任概率低的损害行为，不宜使用责任规则，而应使用直接规制。其四，在运用责任规则或直接规制时，所引起的行政成本或费用。研究表明，对确知存在风险的特殊类型行为宜采取事前规制，而行为人的意志可控制的有害行为则宜采取事后责任规则。

私的私害行为造成的损害的特性，使其具备了有利于事后责任规则发挥作用的要素。因而，侵权法是以事后责任规则为中心的法。

3. 侵权法的运行条件

侵权法的运行条件，实则是对其产生时代的社会中多数损害的特性以及人们当时对损害认识的观念的反映，可概括为以下几点。

第一，损害的确定性。损害的确定性包括主体的确定性、客体的确定、数量的确定性和因果关系的确定性。主体的确定性是指受害人和加害人都是确定的，不管受害人和加害人有多少，其数量是可确定的。客体的确定性是指侵害的权利客体是既存之物或人身，而且是确定的。数量的确定性则是指受害人所受损害的程度即多少或大小是可以确定的，可货币化计量的。因果关系的确定性，即损害的原因是确定的。只有主体、客体、因果关系确定，才能确定原被告，才能确定责任承担者以及责任量的大小。

第二，损害的有限性。只有损害有限，损害者才有能力承担责任，损害赔偿才有意义，被害人才能得到救济。否则，当损害远远超过侵权人的承担能力时，赔偿责任不仅不能对侵权人产生约束其行为的激励，对被害人的救济也难以实现。

第三，损害可计量。只有可计量，才能通过货币补偿使受害者的效用没有减少，由此，损害赔偿规定才有意义，才能使受害者回复到犹如损害发生之前的状态。

第四，可预期性和可控制性。只有这样，行为人才能根据侵权法预期其行为后果，并选择是否违法，法律才能实现对人的行为的规范，侵权法的威慑预防功能才可实现。正因此，侵权法长期以过错责任为归责原则，即使现在，过错责任仍为一般原则，无过错责任为特殊原则。

第五，损害的私人性。私益具有可分性和排他性，这意味着，在私益保护上外部性不强，“搭便车”现象难以发生。加之理性人的本性决定其会充分利用法律保护其利益，侵权法遵循不诉不理原则，把获得救济的主动权赋予受害者。

4. 风险社会中侵权法运行条件的颠覆

风险社会中风险损害的特性以及人们对风险损害的认识，决定了侵权法运行的条件几乎遭到彻底颠覆。与上述分析的层面相对应，具体地讲有以下几点：

第一，损害的不确定性。这里的不确定性，不是指损害是否发生的不确定，而是指损害何时、因何发生的不确定，以及主体、客体、数量、因果关系的不确定。这是由于，风险损害多数具有潜在性，加之受害人难以感知，受害人的数量是不确定的。由于一果多因，许多损害是多种损害源多年累积的结果，加害者以及因果关系难以确定。客体的不确定性

是指侵害的权利客体或利益载体是动态的系统或体系，对其损害的程度往往是不确定的。数量的不确定性则是指受害人所受损害的程度即多少或大小是不确定的，不可以或难以货币化计量的。

第二，损害的无限性。风险社会中作为利益最主要载体的是人们生产或生活的环境系统，而系统是人们在长期互动中形成的，是动态变化的。这使得对以环境或社会系统为客体的侵害是扩散的、延展的，损害因而是无限的。

第三，损害的不可计量性。这是由损害的不确定性、扩散性决定的。

第四，损害的不可预期性与难以控制性。损害的控制需要两个前提条件：第一，必须认知到损害的存在。由于人对高科技认知的局限性，一些科技产品存在的副作用在当时因时间紧迫或代价过高而难以被认识。如2003年对萨斯（SARS）病人采取的激素疗法，因时间紧迫，没能认识到其副作用，致使所有幸存者都留下了骨坏死后遗症。第二，行为的有害性是明显的，且是人们不必从事的。然而许多损害是由多数人的无可非难的日常行为蓄积而成的，且是生产和生活所不可避免的。例如，汽车排出的尾气造成的光化学公害及其他复合公害就是如此。因此，隐含于这些行为中的风险损害是难以控制的。需要说明的是，这里的难以控制不是说风险行为难以控制，而是指风险行为一旦发生损害，损害就难以控制。

第五，损害的公共性。风险社会也是高度有机化的社会，人的利益中公益的权重越来越大。加之社群主义观念的影响，人们意识到存在一种超越私人利益之上的社会公共利益。这种利益的客体是这一社会人们互动形成的系统，每个人生存于系统中又影响着系统。因此，对系统的损害是一种公共性损害，及于该系统中的所有人，包括损害者自身。^[19]

上述分析说明，对风险社会的风险损害来说，侵权法运行所需的条件几乎难有一条具备，侵权法运行的条件成为侵权法应对风险社会大规模损害的局限。

三、成本分担法范式的根本

风险社会中风险损害的特性决定了，以侵权法的面向过去的事后责任范式来防范风险社会的大规模损害，不是一种匹配的制度安排。抛开上述限制使其难以发挥作用的情况不谈，即使一些具备其运行条件的损害形式，如事故型大规模私害，侵权法也只能解决因损害而减少的财富由谁承担的问题，并不能防止社会财富总量的减少。而以规制方式事前预防，则可以防止社会财富总量的减少，因而是一种较优的风险控制方式。正是在这种意义上，贝克认为：“作为对未来的威胁和诊断，风险也拥有并发展出一种与预防性行为相联系的实践联系。风险意识的核心不在于现在，而在于未来。在风险社会中，过去失去了它决定现在的权力。它的位置被未来取代了，因而，不存在的、想象的和虚拟的东西成为现在的经验和行动的‘原因’。”^[20]

目前人类既有的、以预防为主的应对风险的法律制度，就是风险规制法，从中不难提

[19] 正如贝克所言：“那些生产风险或从中得益的人迟早会受到风险的报应。风险在它的扩散中展示了一种社会性的‘飞去来器效应’，即使是富裕和有权势的人也不会逃脱它们。”前引[13]，贝克书，第39页。

[20] 同上引贝克书，第35页。

炼出其制度内核和责任分担的原则。这既是成本分担法范式的根本，也是解释既有规制法制度和建构新的法律制度的基础。这里的“范式”是从方法论视角对库恩有关“范式”含义的进一步提炼，^[21]意指在一定观念指导下思考问题的路径。据此，“成本分担法范式”是指：在把风险损害看作社会发展成本观念下，沿着如何最优分担成本的路径思考风险损害责任分配的思维方式。

（一）应对风险损害的法范式的内核

1. 风险规制法的本质

从风险社会的成因、风险损害的特点以及风险规制法规制的行为内容看，风险行为主要是运用高科技从事生产经营活动的行为，以及少量使用高科技产品从事日常活动的行为，如驾驶高速交通工具。因而，风险损害是一种因私主体的经营性行为以及日常活动中运用高科技产品而产生的对公共利益的损害，即私的公害。风险规制法主要就是防止风险损害，属于私的公害防治法。

2. 风险规制法的制度中心

纵观各类风险规制法的制度内容及其变迁，不难发现其制度设计和发展围绕着两个中心展开，即以社会责任为中心和以事前规制为中心。

第一，风险规制法是以社会责任为中心的法。这是由风险社会所面临的社会问题和风险社会的法观念决定的，风险规制法是以社会公共利益为重心或基点而建立的，而对社会公共利益予以保护的最有效规范手段就是社会责任。

这里的“责任”一词有两个相互联系的基本含义：一是处于社会关系中、扮演一定社会角色的个体分内（或按其功能预设）应做的事，往往与人的（角色）职务和功能有关，如“岗位责任”、“领导责任”等。这种责任源于人作为社会中的人，其在中因功能分工所扮演角色本身，是本体论意义上的责任，是元责任。这种责任预设于人的社会角色中，先于人的角色行为发生之前，笔者称之为事前责任。^[22]二是因没有做好分内之事（没有尽到角色应尽责任）而应承担一定形式的不利后果，即法律课责，笔者称事后责任，是派生责任。

从既有规制法的制度结构看，社会责任体现在风险的事前预防、事中控制和事后救济的各种制度中。从规制法的运行过程看，社会责任体现在规则制定、执法和司法的全过程。因而，风险规制法的核心内容就是责任的社会分担或者说是风险成本的社会分担。

第二，风险规制法是以事前规制为中心的法。按前述有关决定采用责任规则或规制规则防范有害行为的四个因素的理论，结合风险损害的不确定性、巨大性、社会性等特点可以看到，由于私人的财力有限，以事后责任规则防止风险损害，不仅对加害人的激励不足，

[21] 库恩“范式”的含义可参见[美]托马斯·库恩：《科学革命的结构》一书（金吾伦、胡新译，北京大学出版社2004年版，第9页）以及其《再论范式》一文（载[美]托马斯·S.库恩：《必要的张力》，纪树立、罗慧生等译，福建人民出版社1981年版）。

[22] 从内容看，这里的事前责任似乎与主流法理中的义务相同。但从观念基础看，主流法理中的义务是自由主义的个体主义方法论的产物。这种法思维的核心或中心是个人权利，个人权利是本质性的，是人作为人应该拥有的，而义务只是权利的派生对应物，因而，没有权利就没有义务。而事前责任的思维是整体主义的，这种责任的产生并不以某种权利的存在为条件，而是以个体人在社会中的角色与功能本身为条件。因而，这里的事前责任并不同于主流法律理论中所说的法律义务，不是词语的简单替换。

且常常难以实现对受害人的救济,即使救济能够实现,也不能避免社会财富的巨大浪费。因而,以事前规制为主预防风险发生比以事后责任为主救济受害人更为可取。这决定了风险规制法是以事前规制规则为主、以事后责任为补充的防止风险致害的法,是以事前规制为中心的法。

3. 风险规制法的功能

风险规制法的价值目标和制度中心,决定了其功能预设的重心在于预防风险发生对公益客体——自然和社会经济系统的损害,而不是对受害人的补偿,虽然其亦救济受害者,但多是实现法目的的辅助手段。

这种法的主要功能体现在制度设计中,就是大量事前预防责任制度的设立,以及事后责任制度中公法责任(刑事责任、行政责任)与私法责任的混合责任的出现。公法责任的主要功能在于预防自不待言,而属于传统私法责任的赔偿责任中出现的多倍赔偿(通常称为惩罚性赔偿),其实质就是私法功能从补偿向预防转化的表现。^[23]

这种法的价值追求和功能预设是对风险社会损害事实一般认识的折射,以及对人类理性普遍不信赖的反映。风险社会的主流观念在风险规制法中表现为这样一种基本信念,即风险损害一旦发生,是不可逆的、重大的,且任何人难以逃避的。这意味着,避免或减少风险损害发生是最优的法政策选择。由此决定,风险规制法的目的不在于对被害人予以补偿,而在于预防风险,减少风险损害的发生。

(二) 风险成本分担原则

风险的含义本身意味着风险不可避免,^[24]但并不意味着风险不能减小。经验证明风险损害的大小与预防程度成反相关。由此决定,社会应对风险的成本由两部分构成:预防成本和损害。风险成本的本质及其构成决定,风险责任的分担应遵循以下原则。

1. 社会分担原则

风险损害是社会发展的代价,因此,风险成本应由社会分担,而不仅仅由风险行为者承担。对风险成本的分担是社会责任。这里的社会责任是指:每个个体作为社会一员对社会整体承担的责任,其具有与“自己责任”——人只对自己行为负责——相对应的意味,可从以下三方面予以理解。

第一,社会责任是主体间相互对共生系统的维护责任,即从责任主体看,是主体间相互负有责任;从客体即从责任指向对象看,是对共生的系统负有的责任。

风险既潜在于科学技术之中,又依赖于人们所共生的自然或社会系统的传导,风险损害多是对系统的损害,而良好的系统作为公共物品,关涉所有人的利益,因而要求人人对社

[23] 如果研究多倍赔偿责任在现代法中的产生与发展,不难发现其主要出现在规制法领域,并被规制法学者广为接受。参见刘水林:《论民法的“惩罚性赔偿”与经济法的“激励性报偿”》,《上海财经大学学报》2009年第4期。民法学者中则有学者以其违反损害赔偿的私法性质提出反对,但也有民法学者认为“如果仅将预防目的作为惩罚性损害赔偿的判断标准的话,……许多反对理由都站不住脚了”。前引[11],瓦格纳书,第128页。

[24] 经验证明,无论风险控制水平多高,只会降低风险的程度,而不能彻底消灭风险。这种采取一系列安全控制和措施之后仍无法完全消除的风险就是残留的剩余风险(residual risk)。对于这种风险,我们要用其他方法转嫁或者只能予以承受。因此,规制就是要在相互竞争的各个规制标准中,选择残留的剩余风险最小的标准。参见[美]凯斯·R·孙斯坦:《风险与理性——安全、法律及环境》,师帅译,中国政法大学出版社2005年版,第287页。

会负责亦即人人相互负责，否则社会秩序就会被损害，产生社会性危害。罗斯科·庞德说：“在社会中，每个人都有自己要履行的某种职能。不能容许他不去履行这种职能，因为如果他不去履行，就会产生对社会的危害。”〔25〕

第二，社会责任需各类主体合作承担。这要求社会与国家之间责任领域的区分保持弹性。风险防范应由个人、社会组织与国家共同承担，并各尽其力。正如有学者所言：“合作原则是奠基在个人积极主动与认识了解之上。合作的形式包括国家与个人之间的合作，以及国家与利益团体联合组织之间的合作，例如技术规范之定订。此外公众参与亦属之。”〔26〕

第三，社会责任是人人（包括各类组织和个人）作为社会一员都可追究的责任。社会责任的实现固然有赖于各类主体自觉地履行，但由于人的理性固有的缺陷，社会责任往往难以有效履行。为了保证社会责任的实现，风险规制法设计了两种实施机制，即公共实施机制和私人实施机制，并通过授予所有主体的告发权，以及通过“扩大原告”范围，给诸多主体授予诉权，使各种主体在不同实现机制中发挥其智识和信息优势，促使风险规制法的良性运行。这使社会责任成为社会成员人人都可追究有责者履行的责任。

2. 有效分担原则

风险成本的有效分担，包括相互联系的两方面。

第一，责任总量最小化。有效分担意味着成本（责任）总量最小，这主要与事前预防责任与事后损害责任间量的比例关系有关，体现在法律中主要关涉预防标准的设定。按经济分析的观点，预防责任和损害责任的最佳节点在 $B \leq PL$ 处，式中的 B 表示预防成本， P 为风险损害发生的概率， L 表示风险一旦发生造成的损害金额。这一公式的意义是，只有当预防风险发生的成本小于风险可能造成的损害时，预防才是合理的，法律对风险成本的结构，即对预防责任与补救责任的分配应以此为标准设计。这种分担可激励双边预防，从而使预防总成本最小。

第二，预防成本最低者承担。由于不同类主体对风险的认知、控制能力不同，导致不同主体的防治成本不同。有效分担意味着法律应让能以最低成本防治同等风险的主体承担责任，这在反垄断法及环境法有关行为是否违法的判断准则中已有体现。〔27〕这意味着受害并不一定能获得补偿，当受害者承担有些损害对社会有利时，就应承担损害。正如普罗瑟论侵权时所说：“世界上总是有工厂、冶炼厂、炼油厂、有噪声的机器和爆破声，甚至在它们给毗邻的人们带来不便时，也要求原告为了大众利益而忍受出现的并非不合理的舒适。”〔28〕

3. 预防为主、补偿为辅原则

〔25〕 [美] 罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制 法律的任务》，沈宗灵、董世忠译，商务印书馆1984年版，第49页。

〔26〕 前引〔9〕，阿斯曼书，第111页。

〔27〕 反垄断法中的合理性原则，是指行为是否违法要依据行为限制竞争产生的后果判断，一般来说，行为带来的有益效果（收益）大于限制竞争的弊端（损失）就是合理的，不构成违法，不承担责任。而在环境公害案件中，对于违法性判断中的忍受限度论，则主要考虑加害行为的公共性，认为公共性越强，要求受害人的忍受限度相对高。参见前引〔10〕，冷罗生书，第89页。这意味着被害人承担的责任相对较重，实则是责任分担最优的体现。

〔28〕 See William L. Prosser, *Handbook of the Law of Torts*, 2d ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1995, pp. 398-399. 转引此前引〔12〕，科斯书，第118页。

第一, 预防是一种事先行为, 指借由适当的措施, 特别是通过预先使用符合技术水准的风险防范设备, 尽可能排除可避免的风险, 因而各主体的责任不限于已发生损害之排除、救济。此原则早在1990年联合国欧洲经济委员会通过的部长宣言中就被提出, 在1998年一次环保主义者会议上通过的温斯普瑞德(Wingspread)宣言中得到进一步主张, “当一种行为威胁到人类健康和环境时, 就应当采取预防措施, 尽管其中一些因果关系还不能在科学上得到验证。在这种情况下该行为的支持者, 而不是公众, 应当承担举证责任。”〔29〕据此, 有学者认为, “依照预防的想法, 在因果关系上或统计及经验上的关联性尚未认识或证明, 或尚未受充分认知与证明的情形下, 即可要求采取降低风险的措施”。〔30〕

第二, 补偿是一种事后行为, 指当某人的利益遭到他人损害, 不论这种加害行为是为私人利益还是社会利益, 只要受害者没有从该损害行为中受益(包括直接受益或间接受益), 或者所受损害超过容忍度, 则就应得到补偿。

风险损害有两重性, 即特别性和一般性。特别性损害往往表现为对特定个人的损害, 这种损害通常与受害者距离风险源的远近或者受害者对风险行为作用的系统的依存度有关。一般来讲, 距离风险源近, 或者对风险作用的系统依存度高, 受害的程度就大, 受害远远超过社会受害的平均水平和从风险行为中的受益程度, 而且受害明显。由于这部分损害超出了为社会发展而需个人容忍的限度, 因而构成特别损害, 按照公法因公共利益而给个体造成特别损害应得到补偿的原则,〔31〕这部分损害应得到补偿。一般性损害表现为对人们生存、发展所依赖的系统的损害, 是对社会成员共处的某种系统的损害。这种损害通常是看不见的、个人难以感知的、不可测度的, 且具有扩散性、不可逆性, 因而难以补偿。

在风险损害中, 这两种损害虽然都存在, 但从近年来发生的风险事故看, 不可测度的社会性损害更加重大。〔32〕这意味着, 在风险防范责任制度中, 应以预防为主, 以补救为辅。

4. 平衡分担原则

不同主体从风险行业发展中获得的利益不同, 以及对风险的认知、控制能力不同, 因而, 风险成本虽应由不同主体(社会)分担, 但并不意味着在不同主体之间平均分担, 而是按与不同主体在风险损害中的作用以及从风险行为中获得的收益相平衡的原则分担。

第一, 责任与行为人在风险损害中的作用相平衡。这里需考虑两种情况: 其一, 在由具体事故引发风险损害的情况下, 由于事故主体在风险损害中往往有过错或违法行为, 在事故发生中起主要作用, 因而应承担与其过错相应的责任, “剩余责任”则由其他主体承担。其二, 在累积型风险损害, 即由几个行业所有经营者的长期行为的作用引起损害的情

〔29〕 Rethinking Risk and the Precautionary Principle 3, Julian Morris, ed., Oxford: Butterworth-Heinemann, 2000, 转引自前引〔24〕, 孙斯坦书, 第126页。

〔30〕 Di Fabio, NuR 1991, S. 353 (357). 转引自前引〔9〕, 阿斯曼书, 第111页。

〔31〕 在德国学者看来, “对于那些为了公共福祉而牺牲自己的权利或利益的人们, 国家有义务进行补偿”。〔德〕康拉德·黑塞:《联邦德国宪法纲要》, 李辉译, 商务印书馆2007年版, 第357页。

〔32〕 如2008年发生在我国的三鹿奶粉事件, 产生大量“结石宝宝”, 对其身体健康的损害是看得见的、可测度的。但此事件对奶农、奶制品产业乃至我国经济和社会秩序所造成的损害更是无法估量, 这些是不可测度的。2011年6月, 发生在我国天津的美国康菲石油中国有限公司作业的蓬莱19—3油田发生渗漏漏油事故, 对相关流域的养殖、捕捞造成的损害是看得见的、可测度的。而看不见的、难以测度的是对这一流域生态系统造成的长时间难以恢复的严重破坏, 以及与之相关的旅游、航运等各项活动所受到的损害。

况下，责任分担要考虑行业差异、经营者的规模等因素，使责任与其作用相平衡。

第二，责任与收益相平衡。这意味着应以风险业者承担为主，其他社会主体辅助承担。一般来讲，产业经营者是该产业发展的直接获益者，也是最大获益者，其他社会成员则是该产业发展利益外溢部分的获得者。按法律的公平理念，风险业者应成为产业风险成本的主要承担者，亦即责任的主要承担者，其他社会主体只是辅助承担者。

四、成本分担法范式的制度构造

风险成本的结构及其分担原则，决定了风险责任分担的制度由相互联系的两部分构成，即预防责任分担制度和救济责任分担制度。

（一）预防责任分担制度

风险损害的特征决定了以预防为主原则和以事前规制为中心的制度，因而，分配事前预防成本的制度是规制法治理大规模损害的重要制度。

1. 预防责任分担的制度形式

在科技高度发展的现代社会，几乎所有行业或高科技产品的使用都存在一定的风险，都受到不同程度的规制。规制的目的就是通过对风险行业准入以及标准的规定，降低风险损害发生的概率。

对准入条件、标准的规制，不仅影响事前责任与事后责任的结构，影响风险的社会总成本，而且影响规制者（规制机关）、被规制者与社会大众承担责任的大小。规制法中的准入和标准制度的实质，就是预防责任分担制度。正因此，有观点认为，遵守标准是企业对社会承担的责任。^[33]

（1）准入规制。在规制法中通常表现为个人和企业为了从事一定经营活动，必须向规制机构申请执照或者许可的情形，主要包括三类制度：职业许可、产业许可和产品许可。

职业许可，指进入某种职业、从事某类工作的一种法定资质。这种资格的取得都有相关法律规定，其取得都须具备专门知识，且须经过考试或其他法定程序，如证券业从业资格、医生从业资格等。职业许可的基本理由是“信息缺乏和外部性”。^[34]首先是信息问题。高科技使服务在总体上成为“信用性”商品：即使通过消费也难以判定质量的优劣。而不合需求的低质量商品或服务造成的潜在福利损失可能很大，例如医疗服务可能产生健康和安全风险。其次是外部性问题。当潜在的危险损害非常分散时，诉讼成本使得采用侵权责任防止这种风险对公共利益的影响的可能性非常小。^[35]

从预防风险的内容或目的看，产业许可主要有两方面：第一，用来预防外部性的许可。许多产业生产往往会产生对环境的污染（如化工行业、电力等），或对资源的过度开发（如煤炭、石油等能源），可能导致生态环境的恶化，对子孙后代产生不利影响。对此，私法无

[33] 在日本的东京大气污染诉讼案中，东京地方法院认定，汽车生产厂家应该承担对社会的责任，其生产的汽车应符合国家规定的标准。参见前引〔10〕，冷罗生书，第267页。

[34] 参见〔英〕安东尼·奥格斯：《规制——法律形式与经济学理论》，骆梅英译，中国人民大学出版社2008年版，第119页。

[35] A. M. Dugdale and K. M. Stanton, *Professional Negligence*, 2d ed., 1989, pp. 77 - 81, pp. 97 - 107.

法提供有效保护。^[36] 第二, 用来预防灾难性损失的许可。其突出表现在高科技产业, 如核设施、生物技术(转基因、人体胚胎等产品)的误用都可能产生灾难, 私法性质的侵权法预防这种产业灾难的发生并不理想。这是因为, 企业的管理者可能决定将宝押在这种风险不会成为现实的“赌盘”上, 如果风险真的发生, 就宣告公司破产。^[37]

就产品许可而言, 风险存在于所有高科技产品中, 理论上讲, 许可应当被运用于广泛的产品之上。实践中, 对以化学和生物技术(特别是转基因技术)生产的产品, 特别是药品(医药和农药)和食品的许可尤为严格。其原因主要有三: 第一, 这些产品直接与人的健康和生命有关。第二, 这类产品的使用不仅会产生巨大的损害, 而且具有很大的外部性。在农药的案例中, 化学药物的余毒不仅存在于土壤里, 而且普遍侵入动物的躯体内并潜存下来。第三, 这类产品损害的因果关系几乎不可证明, 依靠私法难以使加害者承担责任。因而, 尽管事前许可制会产生一些弊端或存在不足,^[38] 但世界上许多国家对这类产品仍采取事前许可制。

(2) 标准规制。标准所针对的目标及功能是多元的, 比如旨在增进工作场所和产品安全, 带来更为清洁的环境, 以及向消费者提供更多的信息。其中多数具有防范风险、保障人的健康和生命安全的功能, 特别是产品质量及环境污染标准的防范风险功能尤为突出。

尽管缺陷产品的侵权责任在最近几年得到了加强, 但是, 由于诉讼资格及举证责任的制约, 私法对此远未提供完整的答案。^[39] 通过规制解决这一问题的方式之一就是产品标准——其中主要是目标标准。这种标准在法律中通常被表述为: 公开销售的产品不会对消费者构成不合理风险; 应向公众警示产品可能存在的危险……并且告知如何避免危险; 在市场上发现的不安全产品, 必须迅速撤回或修复。^[40]

在环境标准规制中, 环境目标标准是最主要的标准。环境目标标准在其特点和功能上与其他规制领域的目标标准有所不同。这种不同主要缘于环境问题是多种活动产生的诸多有害元素综合作用的结果, 因而, 构成其总体目标标准的子目标标准的内容复杂且不确定, 致使实现目标的技术条件和途径复杂且不确定。考虑到构成最佳污染的内在条件具有相当的复杂性和不确定性, 如果将上述标准作为对企业和私人设定的唯一法律义务, 多数情况

[36] 私法的保护是以私人权利为基础的, 而在环境污染或资源枯竭造成的损害中, 由于损害波及未来, 私人产权不能授予这些情形中的有些受害者(如子孙后代)。

[37] J. C. Coffee, *No Soul to Damn; No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, 79 Mich. L. R. 386, 390 (1981); S. Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, 1987, pp. 167 - 170. 转引自前引[34], 奥格斯书, 第232页。

[38] 主要有两方面: 一是以公共选择的“规制俘虏”理论为据, 认为许可证的产生往往是在位厂商游说规制者的结果, 因而限制了竞争。二是制约了产品创新。参见前引[34], 奥格斯书, 第240页。

[39] 其原因在于, 只有当产品存在的“缺陷”导致原告的人身或财产遭受损害的情况下, 私法才能介入。而且原告需要提出充分的证据证明产品存在缺陷且该缺陷与损害之间存在因果关系, 这一过程的成本甚至可能高于其所受的损害。

[40] 我国产品质量法第26条第1款规定, 产品应当不存在危及人身、财产安全的不合理的危险, 有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的, 应当符合该标准。第27条第5项规定: “使用不当, 容易造成产品本身损坏或者可能危及人身、财产安全的产品, 应当有警示标志或者中文警示说明。” 2013年修订的消费者权益保护法第19条规定: “经营者发现其提供的商品或者服务存在缺陷, 可能对人身、财产安全造成危害的, 应当立即向有关行政部门报告和告知消费者, 并及时采取停止生产、停止销售、警示、召回等消除危险的措施。采取召回措施的, 经营者应当承担消费者因商品被召回支出的必要费用。” 许多学者认为产品召回本身就是一种责任形式。

下会产生巨大的信息成本并且发生大量的错误。不过由于环境的污染程度至少在一定程度上是可以测量的，因而可以制定具体的定量的目标标准，通常称之为环境质量标准。

2. 预防责任分担的机制

风险发生的概率高低与规制规则（准入、标准）制定的合理性及其实施情况有关，而这又取决于不同主体在规制规则的制定和运行中花费的代价的大小。因而，预防责任的分担机制包括两方面：规则制定责任的分担机制和规则运行责任的分担机制。

（1）规则制定责任的分担机制

目前，世界上有两种不同的规则制定模式。第一种为机构模式，即将标准制定权授予独立的规制机构，由其根据专业的观点来判断特定行业的准入条件及所应当采取的最佳标准。另一种为准市场模式，即制定符合理性的准入条件或最佳标准的任务主要落在雇主或行业协会等私机构身上，但这一责任的承担，要求其必须向利益相关者提供充分的信息，并与利益相关者、专家代表进行充分的协商。

实践中，机构规制模式在一定程度上导致规制失灵。同时，对特殊风险，即那些可能引发特定灾难性后果、信息相对较难获得或更具争议的风险的防治，在准市场模式内并不能得到很好的解决。^[41]因而，发达国家多采取公私混合的协商模式。^[42]在此模式下，“规则制定的程序、种类和实体问题也随之发生了显著的变化。原先占据主要地位的立法机关立法，现在仅仅只是规定目标性标准，……然后具体的规则，无疑需要大量其他形式的规范来充实：制定法文件，经核准的行为守则，以及指导意见”。^[43]通过这样的程序，规制机关、被规制者、公共组织、利益相关者都能最优地承担责任。

（2）规则实施责任的分担机制

好的规则不一定有好的结果，规则结果与规则的实施和执行有关。在规制法的实施中，国家责任一直具有重要地位，但现代私人和社会组织与国家合作已成为重要的实施方式。

国家责任或政府责任传统上属于公法研究的范畴。“公法任务的所有光谱均涉及责任，同时并决定国家与私部门共同履行任务时国家所负责任种类与范围。……在这一光谱中，两端是‘履行责任’（Erfüllungsverantwortung）与‘补充责任’（Auffangverantwortung），在这两者之间还有‘担保责任’之类型存在。”^[44]由于“补充责任”多是一种事后责任，因而，国家在风险预防中的责任主要是履行责任和履行责任与补充责任之间的中间责任。

在风险预防的国家责任中，履行责任是指相关领域的风险由国家——尤其由专门规制机

[41] 对此，机构规制模式有三个优点。首先，由中央机构来收集和处理信息可以达到规模经济效应。其次，雇主和雇员之间的协议可能很难达成，尤其是在风险的性质具有不确定性的情况下。这时，相对于私人协议的形成，规制机构具有专业知识和长期的执法经验，更有利于规则及时、有效产生。再次，风险可能对第三人产生影响，存在外部性。私人间的协议形成的规则往往忽略第三人的利益，不能使社会成本内化为私人成本，从而使标准难以实现社会最优。而规制机构的规制标准通常考虑对第三人的影响，使社会成本内化为私人成本，从而使标准更合理、更有效。

[42] 如美国1990年通过《协商制定规则法》，通常当通过公开会议或非正式磋商确定受影响最大的团体具有足够的利益时，规制机关就启动协商制定规则程序。“然后指定一位召集人（行政官员或在纠纷解决方面富有经验的独立第三方），且让召集人决定哪些当事人应参与。……通常召集人会与产业的主要代表以及公共利益组织协商，确定还有哪些人可以包括在内。”[美]朱迪·弗里曼：《合作治理与新行政法》，毕洪海等译，商务印书馆2010年版，第56页。

[43] 参见前引[34]，奥格斯书，第188页。

[44] 前引[9]，阿斯曼书，第161页。

关来承担预防。履行责任表现为国家履行任务时,根据特定风险对人(专业能力)、技术与组织上的要求,依法设立专门机关,并授权该机关依法定步骤或程序从事执行、计划、监督等活动。履行方式则可区分为决策、提供实际给付及提供财源等。^[45]

国家的预防责任还有许多不同的中间责任类型。根据法律的规定,学理上把它们分为监督责任、观察责任、促进责任或称财务责任、咨询责任以及组织责任。如果规制机关的职能委托给社会或私人组织,则会产生结果责任,政府有责任观察风险发展状况并调整相关标准或委托事项,并弥补因认知不足所产生的照顾不足现象。

如果规制机关与社会组织进行密切合作,并有意将重要决策交给社会组织决定,或将一般性地承认其所为之行为,就如同允许某些行业协会制定技术规范那样,那么,基于组织责任以及广泛的正当性责任,应要求参与的社会组织在其决策机构中或通过决策机制的设计,使各种不同的利益均能广泛充分地表达出来。^[46]这意味着,参与实施的私人和社会组织也承担了责任。在这种参与实施的形式中,多方利益代表参与式契约是一种重要的制度。^[47]通过这一过程,“一套曾经静态的、难以理解的许可现在变成了一份活的文件,工人、资方与行政机关都有责任”。^[48]

另外,为了及时发现风险损害并防止损害扩大,风险规制法一般都赋予任何组织和个人向执法机关告发违法行为的权利,因而一般都有这样的规定,即“任何单位(组织)和个人都有权举报、揭发或控告违反本法的行为”。^[49]笔者称此为“赋权告发制度”,其实质是利于个人和单位(组织)履行社会责任的机制。

(二) 救济责任分担制度

大规模损害的形式不同,其救济的方式也不同。对于事故型大规模损害,由于具备适用侵权责任法的一些条件,因而可利用侵权责任、强制保险和建立赔偿基金等综合体系来确定责任分担。而对于累积型大规模公害,则主要以补偿基金分担。

1. 事故型大规模损害责任的分担

这类大规模损害发生后,除风险本身的损害(以下称元损害)外,为防止损害进一步扩大,以及给予受害人及时救济,有时需要启动司法程序。由于风险损害举证困难,诉讼成本往往很高,这也构成防止大规模损害的代价(以下称附随损害)。这意味着这类损害的责任分担有两种制度,即附随损害补偿责任和元损害赔偿责任。

(1) 附随损害补偿责任。这类大规模损害虽有公害、私害之分,但从诉讼的结果看,都有很强的公益性。而诉讼是有成本的,这就使得私人诉讼具有社会责任的意味,这在一些损害人数众多但每个人损害较少、受害人即使胜诉也得不偿失的大规模损害诉讼中,体现得尤为明显。在这类案件中,放弃诉讼实则没有履行社会责任,这是社会责任原则在程序运行中的体现。然而,损害具有多样性、复杂性,加之无法确定哪些主体对损害的信

[45] 参见上引阿斯曼书,第162页。

[46] 如 Hoffmann-Riem, IIVBl., 1996, S. 225 (230). 转引此前引[9], 阿斯曼书,第163页。

[47] 具有代表性的如美国环保法实施中的“杰出领袖协议”。参见前引[42], 弗里曼书,第80页。

[48] 同上书,第82页。

[49] 如我国食品安全法第10条、反垄断法第38条第2款、环境保护法第6条。这里的举报、检举、控告等权,与其说是权利,还不如说是为各类具有社会责任心的主体提供的履行社会责任的途径。因为从经济利益角度讲,它给行使人带来负担,当然,也不能否认具有维护公益偏好的人从中获得了一定的精神满足。

息及知识拥有优势，不可能强制社会成员提起诉讼履行社会责任。对此，规制法中建立了激励性规范，产生了两种激励各类主体提起诉讼的制度。

第一，激励受害人起诉的多倍赔偿责任制度。受害人对风险损害行为的发生拥有信息优势，但在一些案件中，单个受害人损害有限，且诉讼具有成本，按私法损害责任的补偿性，受害人提起诉讼将得不偿失，导致受害人没有提起诉讼的激励，使风险致害行为难于受到法律制裁，不利于制止风险行为损害的继续扩大。对此，法律设计出多倍赔偿制度，激励私人自己利益提起诉讼，间接实现维护公益的目的。^[50]

第二，激励律师提起诉讼的胜诉酬金制度，主要激励律师提起诉讼，实现公益目标。

上述分析说明，这些以主流法律观念看属于权利（资格）的制度，在规制法看来，其实是激励不同主体履行社会责任的制度。同时，这两种制度的建立，提高了对致害行为惩罚的概率，亦即提高了加害者违法行为的成本，有利于促使其预防风险的发生，履行社会责任。

（2）元损害赔偿。由于这类风险损害具有侵权的特性，加之既有法思维惯性的影响，在发达国家的实践中，对此多采用包括侵权责任在内的综合救济体系。据此，我国一些学者建议借鉴道路交通事故处理机制，构建侵权责任、强制保险及救助基金相互配合的大规模侵权事故综合救济体系。^[51]另有一些学者建议逐步建立一个由侵权责任法与社会保障法、保险法以及公益救助基金等救济体系共同发挥作用的损害救济体系。^[52]对于这部分制度，目前侵权法学者已作了大量研究，具体内容本文不再赘述，下面仅就这些制度设计的理念及局限作一说明。

其实，分析我国学者提出的这两种应对方式的理论及法律根据，不难看出，第一种制度设计是以事故型大规模私害——如道路交通事故——为应对模版。其根本理念，仍是以加害人或潜在加害人，即风险行为者自己承担责任为中心，其责任中心在于侵权责任，其目的在于对具体受害人的补救。社会分担，以及对受害的自然系统（如环境）或社会关系体系（如竞争秩序）予以恢复的理念，还没得到充分体现。其虽可应对事故型大规模私害，但难以应对事故型大规模公害。因为，这种制度设计只能对已呈现的受害人的身、财产损害予以补偿，而难以对潜在的、未来呈现的受害者予以补偿，也没顾及到对受害的自然系统或社会关系体系的恢复，而这两方面的损害在大规模公害中表现得尤为突出。第二种观念虽较第一种观念具有社会分担的意味，但根本理念仍是私法的，其责任中心仍是侵权责任。^[53]这种制度设计，虽可以应对两类事故型大规模损害，但不适合应对累积型大规模公害。

[50] 多倍赔偿制度发展的历史说明其主要用于防范具有社会性危害的行为，在现在法律中主要规定于食品安全（我国规定10倍赔偿）、消费者保护（我国规定3倍赔偿）、反垄断法（美国规定3倍赔偿）等规制法中。依笔者见，这种制度对加害人来说是一种赔偿责任，让其承担了对原告以外其他没有参与诉讼的受害人所受的伤害，增加了其违法成本，主要功能在于防止有害行为的发生。但对受害者来讲，不只是补偿其损失，而是一种激励受害人履行社会责任的机制。

[51] 参见前引[1]，王成文。

[52] 参见朱岩：《侵权责任法通论·总论（上册：责任成立法）》，法律出版社2011年版，第37页。

[53] 有学者认为：“在侵权人有能力拿出全部赔偿资金，或者保险赔付能够满足赔偿时，即不再考虑社会捐助与财政拨款。”张新宝、岳业鹏：《大规模侵权损害赔偿基金：基本原理与制度构建》，《法律科学》2012年第1期。

2. 累积型大规模公害责任的分担

这种损害往往是损害累积到一定程度,以一定的社会问题呈现出来的,对于此种损害,应建立损害赔偿基金^[54]分担责任。

这类基金,有的基于历史经验而对某类行为风险有一定认知,设立于风险发生之前;有的则设于特别事故发生之后,基于对这种行为风险的新认知而设立。设立这类基金的主要目的,不仅着眼于给受害者以及时救济,更主要的是面向未来,防止消费者因恐惧而减少对某一行业产品或服务的需求,或因受害者的对立情绪引发社会问题,影响某一行业的发展。如美国“9·11事件”后,美国国会为扶持航空业,制定了《航空运输安全与系统稳定法》,设立“9·11受害者补偿基金”。日本福岛第一核电站核泄漏事故发生后,日本国会通过《原子能损害赔偿支援机构法案》,设立“原子能损害赔偿支援基金”,要求各电力公司按一定比例向该机构缴纳赔偿负担金。这种基金虽设立于特定事件之后,但主要责任承担者是全部风险业者,而非与事故有明显关联的加害者,因而,风险业者群体为该产业发展分担社会责任。

这类基金一般由四部分构成:风险业者群体的出资、中央或地方政府的财政拨款、各种可得的保险赔付以及社会捐助。其中风险业者群体出资是主要的资金来源,这是因为该群体从该产业未来发展中获得的利益大于其他群体,且风险业者对行业的风险的信息及预防拥有优势。风险业者群体作为主要出资者既符合公正原则,也符合效率原则。中央或地方政府的财政拨款则是重要来源,这是因为国家(政府)作为一定区域内社会的组织形式,是该区域内社会利益的代表者。其不仅是社会管理者,也是所有社会成员公共财富的掌管者。以社会成员公共财富承担社会发展的成本,给社会发展中的特别受害者以补偿,也具有合理性。霍姆斯早在一个世纪前就指出:“国家可能有意地使自己成为中间性质的事故保险公司,使所有的社会成员分担其公民不幸的负担。”^[55]各种可得的保险赔付及社会捐助则起补充作用。

结 论

近年来,频繁爆发的大规模损害问题已成为法学研究不可回避的问题。对此问题的研究,不仅需要以既有侵权责任法范式解释新的制度,更需要结合社会问题、社会观念、损害类型与特征的变化,以新的思维范式审视、完善相关新制度。

目前的大规模损害多为风险损害,是风险社会的问题在损害上的体现。以风险社会的观念来看,大规模损害实则是高科技潜在的风险或负面作用在应用中的呈现,是人类利用科技促进社会发展、提高自身福利不得不付出的代价。由于所有的人——不仅当下的人而且后代——都从科技应用产生的社会成果中不同程度地获得利益,因而,社会应为此承担其产生的损害。这意味着对风险损害责任的承担问题,实质上是如何公平有效地分担风险成本

[54] 我国研究此问题的学者多为民法学者,加之对大规模损害的形式没有区别,因而通常称为“大规模侵权赔偿基金”,但笔者认为称为“大规模损害赔偿基金”,简称“损害赔偿基金”更为妥帖,因为这种损害没有侵权法上的侵权主体。对众多受害者来说,其所受损害只能看作是个人为社会发展而付出的特别代价。

[55] [美]施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,中国政法大学出版社1989年版,第289页。

的问题，而不是侵权赔偿责任问题。通过发展侵权法，扩张事后救济制度，虽可解决一些大规模损害问题，但其作用有限，只能发挥辅助功能。

就风险治理的制度设计来说，事后的救济责任虽然必要，但事前防范责任分担更重要，其不仅可以减轻受害者的损害，更重要的是能防止社会财富总量的减少。就受害人获得救济来说，其实质是对个人为社会发展所受特别损害的补偿。因而，在大规模公害中，受害人并不需要说明自己的何种权利受到侵害，只要说明自己受到了特殊损害即可。这意味着，是否存在侵权已不重要，因为获得赔偿“与归责于另一人无关”，^[56]这样可以节约大量诉讼成本。就责任承担者来说，承担责任并非有过错或违法，而是基于社会分担、效率及衡平的考量。

Abstract: A “risk society” refers to a society in which human risks arise as the result of creative activities carried out by human beings using science and technology, and in which human risks are the main factors affecting life, survival and development of the mankind. How to mitigate and distribute risks and damages has become the core issue in such a society. Most of the large-scale damages in a risk society are massive public damages of the nature of accident or of accumulative nature. The tort law mainly deals with infringements of private interests by private persons. Its main function is to compensate victims, and its operation depends on the certainty, finiteness, measurability, predictability, controllability and privacy of damages. The damages of risk, with its uncertainty, infinity, immeasurability, unpredictability, uncontrollability and the social public nature, subverts the above conditions and therefore should be mainly prevented in advance by regulatory law. Regulatory law prevents the infringements of public interests by private persons by using prevention in advance as the main tool and post responsibility as a supplement. The essence of liability of regulatory law is the sharing of the cost of risk in accordance with the principles of social sharing, effective sharing, and balanced sharing, and the principle of prevention first. The responsibility system of regulatory law consists of the responsibility of prevention and the responsibility of remedy. The sharing mechanism of the system of preventative responsibility consists of sharing of responsibility in the making of rules and sharing of responsibility in the implementation of rules. The responsibility of remedy varies from one type of damage to another.

Key Words: risk society, large-scale damage, tort liability, cost-sharing

[56] [德] 乌尔里希·马格努斯主编：《社会保障法对侵权法的影响》，李威娜译，中国法制出版社2012年版，第72页。