

我国民法典中危险责任制度的建构

岳红强*

摘要:在现代社会的风险图景下,安全成为社会公众的基本需求和秩序期待。如何平衡和协调行为自由与权利保护之间的关系,实现自由与安全价值层面之辩证统一,是现代侵权法必须回应的社会难题。以风险分配为核心意蕴的危险责任担负着现代侵权法规制和预防社会风险、补偿救济受害人之重任,成为划分传统侵权法与现代侵权法的主要标识。以风险社会理论审视现行侵权法和危险责任规范,其在实践中和制度上仍然存在着诸多困境和缺陷。民法典应对社会风险挑战在侵权法上应以危险责任的地位强化和立法完善为着力点,在侵权责任编中应确立危险责任“一般条款+类型化”的立法模式,采用统一危险责任概念,明确“危险”的判断标准,赋予受害人归责原则适用选择权,适度扩张惩罚性赔偿的适用范围,提升限额赔偿规范的立法层级和赔偿额度,构建风险预防与权利保障多元化机制,实现多部门法之间的协调与互动。

关键词:危险责任 民法典 风险社会 归责原则 过错责任

一、问题的提出

现代社会是一个风险社会,社会风险问题已成为全球化时代的重要议题。随着工业化和新技术的快速发展,食品安全风险、生产事故、环境污染等各种危险层出不穷,直接威胁到个人的生命、健康及社会秩序的稳定。德国社会学家乌尔里希·贝克所著的《风险社会》是对现代生活图像的客观描述,警示法律制度应积极变革以应对现代工业科技伴生的新型风险。折射到私法领域,人们期待侵权法从维护民事主体的行为自由转向与权利保护并重,积极发挥风险预防和权利救济功能,保障公众的安全健康和维护社会的和谐有序。在这种期待和需求下,我国侵权法的现代化转型成为预防和应对社会新型风险的重要一极。归责原则是侵权法最为核心和基本的问题,既是立法的指导原则,又是司法适用至关重要的法宝。^①在风险社会下,传统过错责任在应对社会新型风险时逐渐捉襟见肘,以风险分配与社会安全为核心的危险责任开始登上历史舞台,勇担起风险预防与损害赔偿的重任,推动现代侵权法的基本理念从单纯矫正正义向矫正正义与分配正义并存转变,^②成为划分传统侵权法与现代侵权法的主要标识。《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)采取危险责任与过错责任并重立场,既反映了当代世界侵权法的最新发展趋势,又体现了我国应对风险社会的现实需求。

“问题就是时代的口号,是它表现自己精神状态的最实际的呼声”。^③从社会演化史的角度分析,在现代化进程中,“财富一分配”社会的社会问题会或早或晚与“风险一分配”社会的相应因素结合起来。^④经

* 河南大学法学院(知识产权学院)副教授、河南大学环境与民商法研究所研究员

基金项目:河南省哲学社会科学规划项目(2016BFX008);河南省高等学校青年骨干教师培养计划项目(2017GGJS027)

① 参见胡雪梅:《“过错”的死亡——中英侵权法宏观比较研究及思考》,中国政法大学出版社2009年版,第185页。

② 在危险责任中,当事人双方在损害发生时实际上处于一种不平等的状态,侵权行为人和受害人在控制损害发生方面并不具有平等的能力,双方信息不对称,因此,这种损害责任的确定并非以恢复平等状态来实现公平正义,而是通过损害的分配来实现公平正义,这属于分配正义的范畴。参见郭明瑞:《危险责任对侵权责任法发展的影响》,《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2016年第1期。

③ 《马克思恩格斯全集》(第40卷),人民出版社1982年版,第289页。

④ 参见[德]乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2004年版,第17页。

济增长与风险扩张的悖论构成现代社会可持续发展的一个根本性障碍。随着我国社会主义市场经济的深入发展与社会转型加速,诸多工业危害和科技风险将进一步累加,而《侵权责任法》应对新形势下社会风险的挑战却缺乏有力的制度弹性。因此,在编纂民法典侵权责任编时,我们迫切需要对现行危险责任制度的缺陷进行审视,积极探寻侵权责任编应对社会风险危机的路径和出路,为我国民法典编纂中侵权责任制度体系的完善提供有益参考。

二、社会转型期侵权责任法应对风险挑战的实践困境

中国正处在社会转型期,具有传统因素和现代因素共同作用的异质性特征,新旧思维的冲突和碰撞愈加频繁和激烈,社会安全等领域受到严峻的挑战。^① 风险是一个关系范畴,是一种不确定性的可能状态。与传统工业社会相比,风险社会具有不确定性、人为性、结构性、长期潜伏性、国际性、外部性等基本特征。^② 风险社会理论开辟了从风险整体转型视角审视当代社会发展的新维度。贝克教授曾对中国的社会风险形势作出分析,认为当代中国因巨大的社会变迁正步入风险社会,甚至将可能进入高风险社会。^③ 在这个意义上,推动保持经济社会的良性发展和预防控制社会风险的无序扩大是当前中国经济社会领域面临的两大任务。

(一)大规模侵权中侵权法的权利救济功能弱化

党的十九大报告强调,坚持“推动新型工业化、信息化、城镇化、农业现代化同步发展”的发展思路。核电技术、生物工程技术、网络信息技术、采矿挖掘技术、转基因技术、人工智能技术等新技术的广泛应用正在加快形成新的经济发展方式,成为促进我国经济社会持续健康发展的重要动力。这些新技术在推动社会进步的同时,也潜伏着规模空前的安全事故、生态环境破坏、不安全食品致害等诸多社会风险。许多企业片面追求经济利益,无视安全生产与管理制度约束,在生产经营中偷工减料、非法添加有害物质、违法排污,减少风险预防成本投入,给社会制造了大量危险因素和安全隐患。一旦这些危险发生,就将给社会与公众带来无法挽回的灾难。例如,天津港“8·12”瑞海公司危险品仓库特别重大火灾爆炸事故、2019年江苏响水“3·21”化工企业爆炸事故等,均造成大量的人员伤亡和巨大的经济损失。即使侵权企业处于破产境地,也往往无法使所有受害人得到及时、充分的权利救济和损害赔偿,侵权责任救济功能的实效被弱化,无奈之下只能寻求政府的救助补贴。

民法法系的形成过程是法律理性化的过程。理性化的结果是传统民法具备了两种理性品格:一谓形式理性,即法典;二谓价值理性,即对人的终极关怀。^④ 现代侵权法应充分体现人本主义精神,其基本制度和规则都应适应“以保护受害人为中心”而建立,最大限度地体现对人的终极关怀。^⑤ 危险责任制度在现代侵权法中的生成和地位强化便是侵权法人本主义精神的明证。但在应对大规模侵权方面,当大规模损害远远超过侵权企业的赔偿能力时,仅靠危险责任“单打独斗”将无法有效发挥其损害赔偿和权利救济功能,因而,其对人的终极关怀目标的实现需要与完善的社会保险、社会救助等社会保障制度有机结合。

(二)风险预防与责任惩戒功能消减

价值问题虽然是一个困难的问题,但它是法律科学所不能回避的。即使是最粗糙的、最草率的或最反复无常的关系调整或行为安排,在其背后总有对各种互相冲突或互相重叠的利益进行评价的某种准则。^⑥ 从经济角度分析,危险责任与过错责任适用不同的经济标准。概括来说,主要表现在3个方面:第一,过错责任中的信息成本高于危险责任,而危险责任中的请求权成本大于过错责任。在过错责任中受害人必须

① 参见孙万怀:《风险刑法的现实风险与控制》,《法律科学(西北政法大学学报)》2013年第6期。

② 参见岳红强:《风险社会视域下危险责任制度研究》,法律出版社2016年版,第39~42页。

③ 参见薛晓源、刘国良:《全球风险世界:现代与未来——德国著名社会学家、风险社会理论创始人乌尔里希·贝克教授访谈录》,《马克思主义与现实》2005年第1期。

④ 参见[美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国法制出版社2005年版,第262页。

⑤ 参见王利明:《侵权责任法研究》(上卷),中国人民大学出版社2010年版,第105页。

⑥ 参见[美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵译,商务印书馆1984年版,第50页。

有充足的证据证明加害人主观上具有过错,而这些证据和信息的收集需要付出较大的成本;危险责任中受害人虽无须证明加害人是否具有过错,但仍要证明侵权行为、损害事实以及因果关系等客观责任要件,由于大多危险损害的认定和因果关系具有复杂性、专业性等特点,因此危险责任的请求权成本往往高于过错责任的请求权成本。第二,危险责任对受害人的保护高于过错责任。过错责任对潜在的受害人给予保护和补偿权限定于侵害人具有过错的情形中;而危险责任保护突破了过错责任保护的主观要件,即使侵害人尽了合理注意义务也无法避免的特定危险领域仍然给予受害人保护。第三,在事故的预防方面,危险责任重在关注潜在加害人的活动水平和赔偿能力;过错责任关注的重心则在于侵害人的行为注意程度。例如,在“城市服务公司诉佛罗里达州案”^①中,被告为了开采磷酸盐矿石,在土坝的后面堆积了数以十亿加仑计的黏土,导致大坝损毁给周围居民造成大量损失,法院判定被告对损害负有危险责任。潜在的受害人在避免或减少损失时明显无助,而虽然被告不是疏忽,但危险责任的适用能够给予受害人救济和保护,并能促使加害人重新考虑建造新的土坝的决定。^②

关于危险责任和过错责任竞合情况下责任如何区分,《侵权责任法》并未作出规定,导致我国司法实践中很少在责任承担上将因过错造成的危险责任和因无过错导致的危险责任加以区别对待。在大规模侵权事故中,考虑到社会舆论,政府部门会第一时间积极介入,查清事故的真正原因,追究相关责任人的公法责任。例如,2004年“安徽劣质奶粉案”、2008年“三鹿奶粉案”即属此类。如果是一般的危险事故,那么法院为了尽早结案,往往减少司法成本,很少投入时间和精力去查证侵权人是否存在过错。在法院看来,适用危险责任,原告无需对“过错”这一主观要件举证。例如,“颜志国诉黄启标、黄其建、张兴海、王英祥非法占有高度危险物损害责任纠纷案”^③中,烟花所有人(非法经营和加工人)非法占有具有明显的过错,但在司法裁判中这些并非调查的重点,仅适用危险责任不考虑行为人过错从而认定责任的构成,裁判的重点在于赔偿数额的确定。有的法院为了息诉止争,不论侵权人是否存在过错,通常采用调解方式结案,一方面让受害人做出让步,另一方面让侵权人及时支付赔偿金。这种裁判方式和理念,虽然节约了诉讼成本,但并未对法律事实调查清楚,不利于类似危险损害的惩戒和预防。

英国约克大学珍妮·斯蒂尔教授经过对尚未实际发生风险的前瞻式兴趣(体现为控制和管理)与已经实际发生风险的后顾式兴趣(体现为归咎与救济)之间的对比与相互作用研究认为,归咎和救济在总体上不如事前控制和管理重要。^④ 根据近年来对某些典型危险责任事故的新闻报道,大部分危险责任事故中侵害人都或多或少存在过错,真正无过错的情形较少。有些事故的过错,取证和判断较为容易,但在某些事故中,事故发生的原因较为复杂,取证较难。在“时改娃、王占召诉蜡笔小新(福建)食品工业有限公司等侵害生命权纠纷案”^⑤中,果冻食品因质地光滑且特性柔软,儿童在食用时易被卡住而具有一定的危险性。虽然果冻的生产符合国家、行业标准,亦在食品包装上注明一定的警示标语,但未对具体的食用方法及如何防止危险的发生作出具体说明,印有的警示标志不足以阻止危及儿童人身安全的危险发生,难以发挥合理警示作用,故由生产者对该食品存在缺陷造成受害人死亡的后果承担赔偿责任。就责任承担而言,如果因过错产生的危险责任与无过错导致的危险责任在赔偿责任上无差别的话,不利于督促侵害人加大预防成本的投入和风险防范意识的强化。即使在因过错而导致的危险事故中,过错的程度不同,如故意、重大过失和一般过失,其责任承担也应有所区别,这才能真正彰显侵权法的正义理念。《侵权责任法》第47条规定明知产品存在缺陷、造成他人死亡或健康严重损害的情形下适用惩罚性赔偿,反映了我国对产品责任主观状态区别对待的立法态度与追求实质正义的价值目标,在一定程度上强化了侵权法的惩戒与预防功能,但该理念在现行侵权责任法其他危险责任领域中并未得到体现。

① See *Cities Service Co. v. State*, 312 So. 2d 799 (Fla. Dist. Ct. App. 1975).

② 参见[美]威廉·M.兰德斯、[美]理查德·A.波斯纳:《侵权法经济结构》,王强、杨媛译,北京大学出版社2005年版,第127页。

③ 参见江西省萍乡市中级人民法院(2014)萍民一终字第42号民事判决书。

④ 参见[英]珍妮·斯蒂尔:《风险与法律理论》,韩永强译,中国政法大学出版社2012年版,“总编序”第4页。

⑤ 参见河南省洛阳市中级人民法院(2012)洛民终字第1198号民事判决书。

(三)风险规制类型化与法定化缺乏应对新风险的制度弹性

美国法学家爱泼斯坦曾指出,侵权法可谓最简单、但同时也是最复杂的法律领域之一。^① 危险责任产生之初在责任机制上处于过错责任的补充或例外地位,时至今日,危险责任的适用范围日渐扩张,这印证了德国学者沃尔夫冈·多伊布勒的观点,扩展危险责任符合整个欧洲范围内的趋势。^② 虽然危险责任依然会通过“列举”方式予以实现,但随着各种危险活动成为社会生活中常态化的潜在加害来源,其适用范围的“概括表述”将逐步实现,侵权法将从一元的过错责任归责真正过渡到以“过错责任和无过错责任”为中心的多元归责体系。^③ 从风险视角分析危险责任的发展,其重要价值在于弥补了过错责任无法调整的危险类型,改变了过去对危险活动侵权类型救济滞后的做法,为侵权责任法拓展了新的发展空间。类型化的思维使人们对法典体系性及适应性的需求得到了满足,但对于危险责任类型化的思考同样是我国侵权责任法不得不面对的一个问题。在我国民法典编纂过程中,如何使侵权责任编达到体系性与适应性的要求,甚至如何满足法典整体的美感,都需要我们深思熟虑。现行的危险责任严格法定及类型化模式显然无法应对未来的新型危险,构建“一般条款+类型化”的立法模式是兼顾民法典固有稳定性与应对新型风险开放性的应然选择。

每一次社会转型必然伴随着某种不确定因素的增加和新型风险的加剧。危险产生与新兴技术投入生产生活具有密切的正向比例关系。危险是一种易于导致损害的状态,但危险责任中的“危险”并非指一切危险活动和危险物品,而是指特定的危险。所谓特定的危险,是指由法律明确规定的具有较大损害发生可能性、不可知性和后果严重性的危险活动、危险物质以及危险设备等危险。^④ 例如,“谢正松与华金虎、都邦财产保险股份有限公司上海分公司机动车交通事故责任纠纷案”^⑤中,交警部门虽将事故认定为交通意外,双方均无责任,但因行驶中的机动车给非机动车驾驶人或行人造成潜在危险故而适用危险责任,机动车驾驶人仅在有证据证明受害人有过错的条件下才能免责或减轻责任。案件中驾驶人未能充分证明受害人在事故中存在过错,故机动车驾驶人应承担全部赔偿责任。危险责任具有严格的法定性特征,其严格适用于法定范围内。对此,《葡萄牙民法典》第483条Ⅱ规定,危险责任应当限于法律明确规定的案件。^⑥ 虽然现代风险大多源于技术风险漏洞,但法律调整的对象并不是技术本身,而是人对技术的控制、利用等行为,可以表现为作为或不作为。在某种意义上,危险责任是在寻求对允许从事危险行为的一种合理平衡,^⑦有助于平衡科学技术应用与公众合理信赖利益之关系,实现不幸风险损害的合理分配。

三、风险社会下我国现行危险责任制度的缺陷分析

风险社会下,现代侵权法强化危险责任既是应对危险损害的救济手段,也是一种预防和遏制危险的风险控制工具。随着现代工业规模的不断扩大与科学技术的快速发展,新的风险类型将不断萌生,危险责任应对新风险的滞后性以及本身的制度缺陷将更为明显和突出,亟待民法典侵权责任编予以正视与回应。

(一)危险责任、无过错责任与严格责任概念的使用胶合难辨

在归责二元体系理论下,与过错责任原则相对应的究竟为何种归责原则?这一问题在我国侵权法立法、司法实务及学理探讨中并未得到彻底解决,危险责任、无过错责任、严格责任三者始终纠缠在一起混淆难辨、无法完全界分,形成一种胶合状态。

① 参见[瑞]彼得·高赫:《侵权法的基本概念》,常鹏翱译,载田士永等主编:《中德私法研究》(第3卷),北京大学出版社2007年版,第122页。

② 参见[德]沃尔夫冈·多伊布勒:《德国损害赔偿法的改革》,朱岩译,载南京大学—哥廷根大学中德法学研究所编:《中德法学论坛》(第1辑),南京大学出版社2003年版,第22页。

③ 参见马树生:《侵权责任法诸问题与新展望》,人民出版社2010年版,第124页。

④ See Larenz/Canaries, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2·Besonderer Teil, 13. Aufl., München, 1994, S.607.

⑤ 参见上海市第一中级人民法院(2009)沪一中民一(民)终字第4091号民事判决书。

⑥ 参见[德]克雷蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上卷),张新宝译,法律出版社2004年版,第36页。

⑦ See Esser, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 2. Aufl., 1969, S.97.转引自[德]马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2006年版,第256页。

“危险责任”概念来源于德国,大陆法系国家大多称为“无过错责任”,英美法系国家则称之为“严格责任”。^①它是在社会化大生产引发大量危险损害背景下提出的与过错责任相对应的一个概念,最初处于过错责任原则的补充地位。日本民法和我国台湾地区“民法”通常称为“无过错责任”,由于我国近现代民法理论大多引鉴于日本和我国台湾地区,因此多数民法学者和司法实践中惯用“无过错责任”概念。^②进入21世纪前后,我国侵权法理论积极借鉴英美侵权法,故而有相当一部分民法学者认为“严格责任”概念比“无过错责任”概念更具合理性。^③随着中西法律文化交流的日益频繁和深入,部分学者留学欧美,对侵权法归责原则在西方的发展历程和真实内涵已有深入探讨,认为危险责任、无过错责任、严格责任是不同法系的不同国家在其现代侵权法理论发展中使用的不同概念。三者适用的范围大致相同,都是适应新的工业社会和应对风险社会提出的与过错责任相对应的侵权归责原则。^④但无过错责任和严格责任两个概念的最大缺陷在于简单排除“过错”主观要件和采用比较方法表述,且均未指出归责的基础和根据何在。而危险责任则直接明确了归责基础在于侵权行为本身导致的危险,更符合归责原则确立的根据和标准,具有较强的科学性与严谨性,反映了概念产生的风险社会根源,有利于提高社会公众的风险认知与风险防范意识。因而,部分学者更赞同用“危险责任”概念代替“无过错责任”和“严格责任”概念。^⑤

对此,有学者提出质疑,认为采用“危险责任”概念有一个至关重要的前提问题没有解决,即“危险”的范围和标准如何确定?任何一种侵权行为对受害人而言都具有一定的危险性,那么是否过错责任也可以纳入危险责任的范畴?^⑥事实上,侵权法上的“过错”“违法性”“损害”等诸多概念都存在着一一定的模糊性,但这不能否认其作为法律概念的合理性。危险责任中“危险”的判断标准和适用范围在西方国家侵权法中大多是通过法定的概念、要素或者类型化来解决的,这也为危险责任和过错责任两者的适用范围划定了一个相对明确的界限。我国现行侵权责任法在立法上已通过类型化方式明确危险责任的适用范围,除高度危险责任外,产品责任、环境污染责任、饲养动物损害责任和部分机动车交通事故责任均适用危险责任。

(二)归责基础与根据不明晰

《侵权责任法》第7条的模糊之处在于仅从构成要件上排除了过错要件,并未指明责任承担的根据和基础。这与《侵权责任法》第6条以过错为责任根据形成了强烈的反差,这种立法表述在域外侵权法上很少见到。通过排除过错要件来确立危险责任,在一定程度上反映了《侵权责任法》仍然延续以过错责任为中心、危险责任为例外的归责体系,而这种归责体系显然不能适应现代风险社会的基本结构。^⑦虽然《侵权责任法》第69条规定了高度危险责任的一般归责依据是从事高度危险作业,但这一表述不够全面和严谨。理由在于,高度危险责任不仅包括高度危险活动责任,还包括高度危险物责任。危险行为人更有能力获取风险信息的途径,并评估危险的可能性与预防危险发生。产品生产者能够认识到制造产品所存在的缺陷,甚至能够通过保险应对常规性反复出现的风险。^⑧在“那仁满都诉中国移动通信集团内蒙古分公司高度危险责任纠纷案”^⑨中,被告移动公司辩称自己非高压输电线路的作业单位,火灾因不可抗力引发,但法院最终认定被告作为用电人负有管理职责和高度注意义务,虽起火点附近风力较大,但电线因瞬间风力较大出现短路引起燃烧应在其预见风险范围之内,而用电人并未采取及时合理措施免于电线因大风而燃烧,导致危险外溢,故应担责。在风险社会下,危险责任无论从数量上还是损害的严重后果和影响范围上,都完全可以与过错责任相提并论,在社会危害程度上更能引起社会的高度关注。危险责任归责基础和根

① 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第一册),中国政法大学出版社1998年版,第8页。

② 参见张新宝:《侵权责任法原理》,中国人民大学出版社2005年版,第34~35页。

③ 参见王利明:《侵权责任法研究》(上卷),中国人民大学出版社2010年版,第245~247页。

④ 参见程啸:《侵权行为法总论》,中国人民大学出版社2008年版,第120~121页。

⑤ 参见周友军:《侵权法学》,中国人民大学出版社2011年版,第32页;参见车辉、李敏、叶名怡:《侵权责任法理论与实务》,中国政法大学出版社2012年版,第35~36页。

⑥ 参见麻昌华:《侵权行为法地位研究》,中国政法大学出版社2004年版,第19页。

⑦ 参见朱岩:《侵权责任法通论·总论》,法律出版社2011年版,第389页。

⑧ 参见[美]G.爱德华·怀特:《美国侵权行为法:一部知识史》,王晓明、李宇译,北京大学出版社2014年版,第219页。

⑨ 参见内蒙古呼和浩特市赛罕区人民法院(2013)赛民初字第1350号民事判决书。

据在于特定危险,只有在立法中强调“危险”这一概念,才能使行为人和责任人真正意识到风险社会下责任承担的理由和根据,提高风险防范意识。

(三)一般条款表述粗略与定位模糊

从立法上看,《侵权责任法》第7条只是认可了法律特别规定情况下不以行为人的过错为责任构成要件,表述比较模糊,容易引起歧义。根据相关解释,该条只是一个宣示性条款,不能直接作为裁判依据,其适用的具体范围必须由法律明确规定。该条究竟单指危险责任?是否还包括替代责任和公平责任?立法上未予以明确。笔者认为,按照文义解释,第7条只是危险责任的一般规定,不应作为替代责任和公平责任的立法根据。首先,替代责任主要包括监护责任和用人单位责任(又称雇主责任)。替代责任是一种责任主体和行为主体相分离的特殊责任形态,核心在于责任承担,而第7条侧重点在于侵权责任的认定与构成。从《侵权责任法》第32条规定来看,监护责任本质上是一种特殊的过错推定责任,这也符合民法监护制度的立法理念。其次,用人单位责任本质上是一种代理责任。其责任承担的前提是其工作人员在执行工作任务中造成他人损害,也即只有在用人单位从事法定危险活动造成他人损害的情形下才具备危险责任的适用条件。在“重庆市长寿区龙河镇盐井村1组诉蒙城县利超运输有限公司、新余市广城汽车运输有限责任公司等大气污染责任纠纷案”^①中,驾驶人在从事雇佣活动中造成他人损害,依法应由雇主对外承担侵权责任。行为人驾驶载有高度危险物的车辆与第三人驾驶的车辆发生碰撞,致使危险物泄露造成了环境污染。虽然污染事件系因第三人过错所致,但因污染行为人在污染事件发生后未采取相应措施避免损害后果的发生,故应适用危险责任承担侵权责任。诚然,污染者在履行赔偿义务后,有权向第三人追偿。再次,《侵权责任法》第24条并未将公平责任作为一种独立的归责原则,只是双方均无过错这一特殊情形下的一种损失分担规则,其并不处于《侵权责任法》第7条的涵盖范围。故而,替代责任和公平责任都是侵权法上的特殊责任形态,不属于归责层面上的概念,无法纳入归责原则的逻辑体系。由此可知,《侵权责任法》第7条立法目的在于从构成要件上为危险责任提供一般意义上的立法依据,进而为分则中具体危险责任类型的确立奠定前提基础。

关于《侵权责任法》第7条是否危险责任的一般条款,学界存在不同观点,这主要归因于对《侵权责任法》第7条和第69条的不同理解。部分学者认为,第7条是广义上无过错责任的一般规定,不能成为危险责任的一般条款。^②关于《侵权责任法》第69条的法律地位,有人认为其是高度危险责任的一般条款;有人认为应作为危险责任的一般条款来理解和看待。^③笔者认为,虽然《侵权责任法》第69条规定的责任基础在于高度危险作业活动,未包括高度危险物,在立法表述上不够全面和科学,但根据其位置,可以推断其应作为高度危险责任的一般条款来看待。就《侵权责任法》第7条与第69条之间的关系而言,第7条是整个危险责任的一般条款,第69条则是高度危险责任的一般规定,两者并不冲突。第7条的立法目的在于为所有危险责任类型的特别规定奠定立法依据,也为未来危险责任类型的分化和扩张提供适用空间;而第69条能够在不单独增加新的危险责任类型与不改变现行立法规范的情况下更灵活地应对新型高度危险损害。因此,两者虽都具有一般条款的法律地位,但其适用范围不同,发挥的功能和作用也不尽相同。侵权责任法作为民法部门中极具复杂性的法律,^④其立法观念和结构体系不能故步自封,应当秉持一种开放的姿态最大限度地保护受害人的合法权益。

(四)惩罚性赔偿适用类型单一与赔偿标准不明

① 参见重庆市长寿区人民法院(2011)长法民初字第00690号民事判决书。

② 参见朱岩:《侵权责任法通论·总论》,法律出版社2011年版,第388页。

③ 参见王利明:《论高度危险责任一般条款的适用》,《中国法学》2010年第6期。

④ 一方面,侵权行为广泛地发生在多个领域中,不仅发生在传统的人身关系和财产关系领域,而且也发生于劳动关系、生态环境保护关系、自然资源管理关系等其他领域。只要有人类生活和活动的场所,就有侵权行为发生的可能。另一方面,侵权行为与犯罪行为、行政违法行为之间竞合的现象大量存在。实践中,大多数犯罪行为与违反治安管理造成损害的行政违法行为也构成侵权行为。此外,侵权责任法的法律渊源也极为复杂,法律规范的内容、立法层次各不相同。由于侵权责任法所调整的侵权行为和自身的规范形式极为复杂,因此侵权责任法是一个极具复杂性的法律。

传统侵权法以“损害—补偿”为救济模式,通过让侵权行为人补偿受害人的损失实现双方的利益平衡。补偿性赔偿重在关注双方利益失衡关系的填补与修复功能,而较少关注赔偿责任承担对类似侵权行为的预防与遏制功能。惩罚性赔偿在危险责任领域的引入于某种程度上弥补了补偿性赔偿的上述功能缺陷。实践中,由于企业相对来说财力雄厚,补偿性赔偿难以对其制造和销售缺陷产品的行为起到遏制作用,因此需通过惩罚性赔偿进行惩戒来保护消费者的合法权益。英美法系国家普遍确立了惩罚性赔偿制度,尤以美国最为典型。美国《侵权法重述·第二次》《联邦职业安全与健康法》等都对惩罚性赔偿作了明确规定。大陆法系国家由于存在公法与私法的严格划分,因此为了维护民法体系的逻辑性和严密性,长期以来拒绝将惩罚性因素纳入民法范畴中,但近年来德国法院的态度有所变化,基于某些人身侵权案件适用补偿性赔偿无法遏制该类不法行为,对严重侵犯人格尊严的案件实施惩罚性制裁。在计算赔偿数额时将侵权行为人获利情况作为考量因素,显然体现了私法上的惩罚性质。^①

在我国,《侵权责任法》颁布之前,《中华人民共和国消费者权益保护法》(以下简称《消费者权益保护法》)第49条、《中华人民共和国食品安全法》(以下简称《食品安全法》)第96条等法律规范已有惩罚性赔偿的相关规定。《侵权责任法》第47条首次在产品责任中确立了惩罚性赔偿,并对惩罚性赔偿的构成要件作出了明确规定,对风险社会下制裁和遏制恶意制造危险产品的行为具有重要意义。从个案上来看,受害人可以通过司法途径获得较高的赔偿数额,警示生产者负有保证产品质量的注意义务。从实施社会效果来看,该规定有利于调动全社会消费者与恶意产品侵权行为作斗争的积极性与主动性。

根据《侵权责任法》第47条规定,惩罚性赔偿仅适用于恶意产品责任领域,且对惩罚性赔偿金的计算标准没有明确规定,而是交由法官自由裁量。在实践中,主要适用的是《消费者权益保护法》《食品安全法》以及《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》等特别规定,以商品或服务的价款以及已付购房款为计算标准。学界对惩罚性赔偿的适用范围持不同观点。有学者认为,鉴于民事权利的平等性,惩罚性赔偿应适用于所有的恶意侵权行为;还有学者主张应在侵权法中规定惩罚性赔偿的一般条款,单独增加1条或1款:法律规定惩罚性赔偿的,依照其规定。^②《中华人民共和国民法总则》第179条采纳了这一建议,其第2款明确规定:“法律规定惩罚性赔偿的,依照其规定”。昭示出未来民事立法秉持对惩罚性赔偿适度扩张适用的态度。关于惩罚性赔偿金的计算标准,采用倍数限制是多数学者建议的通行做法。笔者认为,惩罚性赔偿适用范围的扩张是风险社会下侵权法发展的一个必然趋势。针对我国当前大量存在的恶意产品侵权、恶意破坏生态环境、恶意知识产权侵权、恶意超速违章、饲养烈性动物等现象,均应采用惩罚性赔偿以遏制恶意侵权行为的发生。关于惩罚性赔偿金的计算标准,不应简单地以产品服务价格或损失额度为标准,而应由法院结合当地经济发展水平,综合考虑侵权行为的性质、情节及危害程度具体确定赔偿数额,以警示行为人提高其注意义务,进而防止类似恶意侵权行为发生。

(五)限额赔偿规范形同虚设

关于危险责任应否适用限制赔偿,这是立法政策考量的重要问题。在欧洲多个国家,侵权法上都有危险责任限额赔偿的立法规定。最高限额赔偿以德国法为代表,1909年《德国机动车法》最早引入了最高限额赔偿,德国目前大部分危险责任领域均有关于限额赔偿的相关规定。例如,《德国道路交通安全法》第12条、《德国航空交通法》第37条、《德国赔偿义务法》第10条、《德国药品法》第88条等。在德国产品责任中,依据《德国民法典》第823条规定的过错责任产生的赔偿请求权与依据《德国产品责任法》产生的危险责任的赔偿请求权在赔偿范围上是不同的。前者的赔偿范围是受害人的全部实际损失,没有上限;后者的赔偿范围,企业的最高赔偿限额为8500万欧元,所有的受害人在该限额内平均受偿。^③责任限额可以更好地为危险责任中的风险提供损害保险,但德国法中限额赔偿额度各不相同,并没有一个清晰和通行的规划。^④

① 参见[德]克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上卷),张新宝译,法律出版社2001年版,第744页。

② 参见郭明瑞、张平华:《侵权责任法中的惩罚性赔偿问题》,载王利明主编:《中国民法年刊》,法律出版社2009年版,第75页。

③ 参见杨立新:《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,第395~398页。

④ 参见[德]马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2006年版,第260~261页。

从西方国家最高赔偿限额的实施效果来看,只有当责任构成与责任填补之间具有完全比例关系时,危险责任才具有现实意义,否则,加害人达不到承担全部责任的赔偿能力,不利于受害人的权益保护。^①

《侵权责任法》第77条规定:“承担高度危险责任,法律规定赔偿限额的,依照其规定。”可见,我国危险责任中限额赔偿制度仅适用于高度危险责任中法律明确的个别类型,并非适用于整个高度危险责任领域和危险责任类型,在立法上采取以无限额赔偿为原则、限额赔偿为例外的一种立法态度,在一定程度上缓和了特定行业适用高度危险责任的责任承受风险。我国现行关于限额赔偿的规范性文件主要有《关于核事故损害赔偿责任问题的批复》[国函(2007)64号]、《铁路交通事故应急救援和调查处理条例》《国内航空运输承运人赔偿责任限额规定》《港口间海上旅客运输赔偿责任限额规定》等四个规范性文件。从其立法层级来看,其属于行政法规、部门规章或行政规范性文件,立法层级较低,并不属于严格意义上法律的范畴,能否适用存在争议。况且,《港口间海上旅客运输赔偿责任限额规定》制定至今已20余年,赔偿限额标准过低,不利于保护受害人的合法权益,有违公平正义之嫌。司法实践中,由于上述限额规定的立法层级较低,因此一般不予采用。在学界,有学者积极论证限额赔偿的合理性,甚至提倡在整个危险责任领域实行限额赔偿。^②也有学者认为,限额赔偿只适用于高度危险责任领域,受害人可以根据不同的归责原则选择适用。如果受害人选择适用危险责任原则,有限额赔偿规定的,按照限额进行赔偿;如果选择适用过错责任原则的,损害赔偿不应受到限额赔偿的限制。^③另有学者从高度危险责任制度的设立目的以及节约社会成本等角度分析,认为限额赔偿制度在理论上缺乏正当性,根据西方国家的立法和修正趋势,应当废除。^④可见,关于限额赔偿制度的合理性和适用范围仍是学界争议的焦点问题。

《侵权责任法》第77条首次在侵权法上规定了高度危险责任限额赔偿规则,为部分限额赔偿司法适用提供了法律依据,是基于特定行业经济发展与权利保护之间利益平衡的一种立法考量。例如,核电技术、民用航空事业、铁路运输等领域都是当今社会发展所必不可少的,一旦发生大规模事故损害,造成的危害将是巨大的和无法估量的,直接危及该行业可持续发展。笔者认为,核电、民航、铁路、海运等行业领域关系到国民经济和社会的重大发展,是社会进步所必须发展的重要领域。国家对这些领域的安全问题高度关注并单独立法,但这些领域本身往往伴随着高风险,部分事故是由不可抗力因素造成的,如果实行完全赔偿,那么可能会制约和阻碍该行业领域的良性发展。因此,在某些特殊高度危险责任领域适用限额赔偿具有一定的合理性和正当性,但不能在整个危险责任领域全面适用。需要注意的是,如果经营者对侵权行为的发生存在故意或重大过失,则不应适用限额赔偿,应进行完全赔偿,体现法律对不同主观状态下经营者的不同制裁程度要求。

四、我国民法典中危险责任制度的建构路径

我国仍处于发展的重要战略机遇期和社会矛盾凸显期,各种风险和矛盾交织叠加于变革过程中,而体制创新和利益调整需要在全面依法治国基础上逐步推进。民法典在回应与应对社会风险现实方面应有所作为,并有力彰显正义。侵权责任编作为民法典回应风险社会的关键领域,应以危险责任制度的地位强化和立法完善为着力点顺应当代侵权法的最新发展趋势。目前,按照编纂民法典采取“两步走”的工作思路,民法典各分编编纂工作正在有序推进,民法典侵权责任编(草案)已由第十三届全国人民代表大会常务委员会第五次会议和第七次会议进行了两次审议,虽然针对侵权法领域出现的新情况作了一些补充和完善,但对危险责任制度缺乏体系化建构,因此,笔者建议侵权责任编编纂中应按照以下路径对其加以建构。

(一)采用危险责任“一般条款+类型化”立法模式

对于将危险责任和过错责任作为我国侵权责任法的二元归责原则,在学术界和实务界已获得多数认

① 参见朱岩:《侵权责任法通论·总论》,法律出版社2011年版,第425页。

② 参见杨立新:《〈中华人民共和国侵权责任法〉精解》,知识产权出版社2010年版,第288页。

③ 参见王利明:《侵权责任法研究》(下卷),中国人民大学出版社2011年版,第612~614页。

④ 参见胡艳香:《高度危险责任限额赔偿制度研究》,《湖南师范大学社会科学学报》2012年第1期。

同。但就危险责任的立法模式而言,究竟是采用一般条款还是特别立法模式,抑或是采取中间道路,成为争议的焦点。从西方发达国家侵权法的最新发展来看,德国学术界呈现出危险责任从“特别法”向“许可类推”到“一般条款”的动议;《法国司法部责任法草案(2016)》尝试设置特殊高度危险责任的一般条款,希冀满足司法实践的需要;《瑞士侵权责任法草案》第50条规定了危险责任一般条款;《欧洲侵权法原则》第1:101条规定:“损害可归责于:a)其行为构成过错并造成损失的一方;或b)从事异常危险的活动且造成损失的一方;或c)其辅助人在其职责范围内造成损失的一方。”将危险责任与过错责任、替代责任相并重;《美国侵权法重述·第三次》延续了第二次第502条有关异常危险活动的立法模式。可见,无论是大陆法系国家还是英美法系国家在危险责任的立法模式和法律技术上逐渐趋同,共同尝试和寻求危险责任一般条款模式的立法构建。在即使采取了所有合理安全措施仍然无法避免活动会产生损害的实质性风险时,危险责任即为合理的制度安排。^① 风险社会下,新型风险会不断产生,如果我国侵权责任编中未设立危险责任一般条款,危险责任将与过错责任一样落入捉襟见肘的窠臼,步入制度危机。

虽然我国民法学界对《侵权责任法》第7条有不同的理解和解读,但笔者认为,其实质上相当于危险责任的一般条款,只是在表述上过于强调不考虑行为人的过错这一主观构成要件以及适用范围严格法定,其最大缺陷在于未明确归责基础。针对该条款存在的上述缺陷,笔者建议,在民法典侵权责任编中明确设立危险责任一般条款,采用危险责任一般条款与类型化相结合的立法模式。可将《民法典侵权责任编(草案二次审议稿)》(以下简称《二审稿》)第945条修改为危险责任的一般条款,具体可表述为:“行为人因从事危险活动或实施危险行为侵害他人民事权益造成损害的,不论行为人有无过错,法律规定应当承担侵权责任的,依照其规定”。事物本质的思考是一种类型学的思考。^② 侵权责任编应沿用现行《侵权责任法》的类型化模式,对现实生活中典型的危险责任类型分类进行规定,构建危险责任“一般条款+类型化”的立法模式,形成危险责任制度“总一分”的结构体系。《二审稿》第945条作为危险责任一般条款,统摄分则中危险责任的具体类型和适用范围。当然,该条一般情形下不得单独作为危险责任适用的直接依据,在个案中必须与危险责任具体类型的明确规定相结合适用。如司法实践中针对未规定的特殊新型危险类型须适用危险责任时,可请示全国人民代表大会常务委员会给予立法解释或通过最高人民法院相关司法解释适用第945条之规定,以此来达到限制法官自由裁量权和保护受害人合法权益的目的。

(二)采用统一危险责任概念与明确“危险”的判断标准

概念乃是解决法律问题必不可少的工具。由一个法律制度所确定的概念,主要是用来形构法律规则和法律原则的。一些法律规范往往是围绕着某个单一概念而展开的。^③ 笔者认为,危险责任是指实施特定危险活动或危险行为之人,因该活动或行为之危险造成他人损害时而依法承担侵权责任的一种归责原则和责任形态。如果民法典中能够明确危险责任一般条款的法律地位以及归责基础及适用范围,一方面,在法律上确立了危险责任作为法定概念的确定性和合理性;另一方面,能够正本清源,消除学术界和实务界对危险责任、严格责任、无过错责任三个概念使用混乱的局面,强化话语和概念的一致性和共通性。更为重要的是,危险责任概念通过危险责任一般条款的立法确认,将是我国民法典在私法领域应对风险社会的一大特色和进步,为世界其他国家侵权法确立危险责任一般条款树立典范。

关于“危险”的范围和标准如何确定?这是“危险责任”概念能否确立和得到肯认的关键问题。法具有形式理性和实践理性。如果危险责任一般条款满足了其形式理性要求,那么危险责任的具体类型、危险的标准和要素则需要满足实践理性的要求。美国《侵权法重述·第二次》第520条列举了考量异常危险活动标准的6项要素,为司法实践提供了易于操作和适用的指导规则。虽然这6项要素中有的比较抽象,仍需在具体案件中结合实际进行判断,但这无疑是一种较好的尝试。从《荷兰民法典》第六编第三章“侵权行为

① 参见[德]格哈特·瓦格纳:《当代侵权法比较研究》,高圣平、熊丙万译,《法学家》2010年第2期。

② 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第347页。

③ 参见[美]E.博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第504~509页。

为”第175条规定^①来看,《荷兰民法典》规定了高度危险责任一般条款,高度危险具体标准参照《荷兰危害环境物质法》第34条第3款规定的标准和方法进行确定。《欧洲侵权法原则》第4:202条将产品的缺陷界定为产品或服务违反了可以合理期待的标准。该标准其实是美国《侵权法重述·第二次》第520节异常危险活动6个考虑因素的“翻版”。从国外关于危险判断标准的相关规定来看,其主要对“异常危险”和“高度危险”的标准进行了规定,而未对整体意义上的危险标准进行衡量。原因在于危险责任大多采用单行立法或类型化的立法模式。诸如产品责任、损害生态环境责任、饲养动物损害责任、机动车交通事故责任中的危险性比较直观和具体,已得到公众和社会的认同和理解,司法实践也比较容易判断,无须再明确其危险的具体标准。唯有高度危险责任中的危险种类异常复杂,涉及范围较广,在司法适用中较难判定,故需要立法明确其考虑因素或认定标准,方便司法适用。

规范上的价值判断必须担负起事实上加以具体化的任务,这一任务的实现即是风险规制的目标之所在。《侵权责任法》仅使用“高度危险责任”这一概念,并未使用“危险责任”概念。其是在《中华人民共和国民法通则》基础上对高度危险责任作出的进一步具体类型化划分,而未对“高度危险”设计一个抽象意义上的判断标准或考虑因素。虽然《侵权责任法》第69条对未来新型高度危险责任适用预留了扩张的空间,但对于“高度危险”的判断,需考虑到高度危险责任特定的适用环境,严格限定其适用范围,不能随意扩展。^②鉴于《侵权责任法》第7条危险责任适用的严格法定性,将来如何扩张适用在司法实践中仍是一个法律难题。参照国外侵权法的做法,侵权责任编有必要对“危险”确立一个较为抽象的判断标准。可在《二审稿》第945条设置第2款规定:“行为人从事的活动或实施的行为具有下列情形之一的,视为具有危险因素:(一)从事工作活动或占有、管理物品本身具有严重危险程度;(二)危险发生的概率较高;(三)行为人即使尽到了较高的注意义务和合理的预防措施,仍具有不可预见的、极高的风险。”需要强调的是,危险标准的开放性和抽象性必须通过个案中法律事实关联而得以具体化。如“王言峰诉山东栖霞市电业局等触电人身损害责任纠纷案”^③中,受害人通过电力设施附近的堆放物攀爬至电力设施上而被高压电击中后受伤致残。因电力设施产权人未尽到消除安全隐患的责任,加之高压电供电人在从事高压电活动过程中未消除电力设施的安全隐患,且对电力设施附近的堆放物疏于监管,为受害人攀爬至电力设施创造了危险可能性机会,故电力设施产权人与供电人的共同危险行为造成了他人损害,二者应依据各自行为原因力的大小来判断责任承担比例。因而,只有当具体案件中合法权益面临着危险侵害,才能做出一个盖然性的预测,判定该危险是否属于侵权法规制的范畴。

(三)赋予受害人归责原则适用选择权

依据构成要件判断,危险责任与过错责任分属不同的归责原则和责任形态,立法上比较容易区分。但在具体实践中,危险责任与过错责任竞合的现象经常发生。在两者竞合情形下如何处理?大多数国家都允许受害人在过错责任和危险责任之间选择。在德国法上,危险责任一般有最高赔偿限额,但并不否认过错责任的有效性。受害人可以通过过错责任请求超过最高限额的其他损失。^④理由在于,虽然危险责任有利于减轻受害人的举证责任,但赔偿数额往往有最高限额限制,故而无法充分救济受害人的损失。

由于《侵权责任法》仅在第九章“高度危险责任”中规定可以适用法律特别规定的最高限额,而且目前只有民用航空器、铁路、民用核设施、港口运输四个领域规定有限额赔偿,因此大部分危险责任类型没有限额赔偿的限制。一般情况下,受害人都会优先选择适用危险责任,但不能因此回避和否认受害人在危险责任与过错责任竞合情形下的选择权。《二审稿》第1020条规定:“承担高度危险责任,法律规定赔偿限额

① 参见《荷兰民法典(第3、5、6编)》,王卫国主译,中国政法大学出版社2006年版,第207页。

② 从外部界限来看,高度危险区别于不被允许的危险;在内部考量方面,应当结合不可控制性、非通常性、损害后果的严重性或致害概率的高度性,以及物品的性状、活动方式等因素综合判断。同时,对“高度危险”的判断不可僵化,应根据社会的发展通过对判断标准的调整保持动态化。参见窦海阳:《〈侵权责任法〉中“高度危险”的判断》,《法学家》2015年第2期。

③ 参见最高人民法院(2008)民抗字第7号民事判决书。

④ See Basil S. Markesinis, Hannes Unberath, The German Law of Torts: A Comparative Treatise, 4.ed., Hart Publishing, 2002, p.717.

的,依照其规定,但是行为人有故意或重大过失的除外。”可见,目前《二审稿》在一定程度上给予受害人在高度危险责任和过错责任竞合情形下的选择权,适用范围仅限于行为人有故意或重大过失的高度危险责任的限额情形,行为人存在一般过失的被排除在外。如果将来限额赔偿适用的危险责任类型增加,惩罚性赔偿制度适用范围扩张,赋予受害人归责原则适用选择权对于其损害的救济就显得意义不同。因而,从维护受害人利益和救济最大化的角度出发,民法典中应当赋予受害人自由选择归责原则的权利。《二审稿》第945条可考虑增加第3款:“被侵权人能够证明侵权人对危险的发生存在过错的,其赔偿请求权不受限额赔偿特别规定的限制。”

(四)适度扩张惩罚性赔偿的适用范围

危险责任立法本意在于调整法律许可的特定危险行业和生产领域,即使行为人尽到较高的注意义务,其危险也仍无法根本消除。当危险造成损害时,基于公共安全政策和公平正义理念,由行为人承担侵权责任,从而间接预防和遏止危险事故发生。虽然相关生产与经营活动是经济社会发展所必不可少的,由法律许可或特别授权,行业活动和发展本身不具有“违法性”,但在实践中并不排除行为人以法律许可之名从事不法行为或漠视安全生产。风险社会中,侵权法的预防功能日益强化,尤其在生态环境保护、食品安全、交通事故中,针对严重的社会危害,预防功能的重要性已经超出了事后无法完全恢复和弥补的补偿功能。^①这为惩罚性赔偿制度引入危险责任制度提供了正当性基础。惩罚性赔偿与生俱来的制裁和遏制功能迎合了侵权法强化预防功能的立法趋势。基于人权的尊重和强化生命健康权的保护,惩罚性赔偿在侵权责任补偿基础上相对有机会给予受害人更充分的救济。

与英美侵权法惩罚性赔偿的适用范围相比,我国惩罚性赔偿的适用范围较为狭窄,仅在恶意产品侵权致人死亡或健康严重损害的情形下适用。目前,我国环境污染、矿难事故、工业事故所涉及的行业领域,适用补偿责任往往无法制裁和遏止经营企业的违法行为,对其施加一定数额的惩罚性赔偿能够在一定程度上限制其片面追求利益最大化,督促其增加事故预防成本投入。值得赞许的是,《二审稿》除恶意产品侵权责任外,将惩罚性赔偿的适用范围作了适度扩展,在恶意损害生态环境责任和恶意侵害知识产权责任领域引入了惩罚性赔偿。^②考虑到我国经济发展的现实国情,笔者建议,除了恶意产品侵权责任、恶意损害生态环境责任和恶意侵害知识产权责任3种类型外,侵权责任编还应将惩罚性赔偿扩张适用到恶意高度危险责任以及恶意饲养烈性动物致害责任领域。

关于惩罚性赔偿的数额,《二审稿》均表述为“相应的惩罚性赔偿”,立法赋予了法官较大的自由裁量权。但如果对其数额计算标准不予限制,则有可能导致法官自由裁量权的滥用,偏袒于一方当事人。对此,《中华人民共和国食品安全法》第148条第2款规定,消费者除要求赔偿损失外,还可以向生产者或经营者要求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金;增加赔偿的金额不足一千元,为一千元。这一规定既在某种程度上限制了法官的自由裁量权,也在一定程度上激励消费者维权的积极性,值得侵权责任编中相关惩罚性赔偿条款的借鉴。另外,侵权责任编中应借鉴美国关于确定惩罚性赔偿数额的考虑因素:一是侵权人的财产、经济状况;二是侵权人过错的性质;三是侵权人从该危险行为中是否获利;四是损害后果的严重程度。^③同时,主观过错除故意或明知情形外,还应包括重大过失;损害的客体不应局限于生命健康权的严重损害,还应包括一切生命健康权的侵害和重大财产的损失。在惩罚性赔偿金的分配问题上,《二审稿》第961、981、1008条仅将惩罚性赔偿请求权赋予被侵权人。笔者建议,为了充分调动受害人和政府机关抵制和制裁恶意侵权行为的积极性,可以借鉴部分国家惩罚性赔偿金合理分配激励机制,在立法上尝试将惩罚性赔偿金在受害人与国家之间按一定比例进行分配。

(五)完善限额赔偿的立法层级与赔偿额度

① 参见[德]布吕格迈耶尔、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,第27页。

② 《民法典侵权责任编(草案二次审议稿)》第961条之一规定:“故意侵害知识产权,情节严重的,被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。”第1008条规定:“侵权人故意违反国家规定损害生态环境造成严重后果的,被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。”

③ 参见王利明:《侵权责任法研究》(下卷),中国人民大学出版社2011年版,第299页。

在高度危险责任领域适用限额赔偿,主要基于4点原因:第一,适当缓和危险责任的严苛性;第二,引导行为人是否开展高度危险活动;第三,有利于保护特定的行业发展;第四,行为人均需参加法定的责任保险。^①但《侵权责任法》将其限定于特别法明确规定的情形。我国民用核设施、铁路运输、民航、港口海上运输四个领域限额赔偿的规范性文件立法层级较低,与《侵权责任法》第77条要求的法律层级不相符,在司法适用中容易引起争议。另外,部分限额赔偿的数额和标准明显较低,不利于保护受害人的合法权益。笔者建议,侵权责任编在吸纳《侵权责任法》第77条的同时,立法机关应对相应特别法进行修改,将现行的限额赔偿规范吸收、整合到相关特别法中,结合社会现实适度提高限额赔偿额度,保证限额赔偿制度有效发挥作用。例如,将铁路运输的限额赔偿规范纳入《中华人民共和国铁路法》、将民航致害的限额赔偿归入《中华人民共和国民用航空法》、将港口海上旅客运输的限额赔偿并入《中华人民共和国海商法》调整。目前,我国还未制定原子能法,但我国的核电事业处于高速发展期,2016年我国核电总装机容量位居世界前列,核电年发电量稳居世界前三。^②如何加强核电安全,完善民用核设施损害责任制度,受到学界的高度关注。西方核电事业发达的国家均颁布了规制核能利用的法律,我国学界主张抓紧时间制定原子能法的呼声越来越高。我国将来出台的原子能法应对核设施损害限额赔偿规范进行明确规定,在积极推动核电行业发展的基础上最大限度地保护社会公众的人身财产权益。

鉴于某些特殊行业乃是社会发展所必需的,为了保障该类行业的有序发展,应通过单独立法允许其适用限额赔偿。为防止限额赔偿范围的无序扩大,其适用必须符合3个方面的条件:一是必须有法律的明确规定。这里的法律仅包括狭义上的法律和行政法规,而不包括地方性法规和部门规章,防止个别地域、部门和行业为保护其自身利益而滥用限额赔偿制度。二是当受害人能够证明加害行为人存在故意或重大过失的,受害人可以排除危险责任限额赔偿的适用,要求全额赔偿,形成一种责任追究激励机制。三是限额赔偿的最高额度应随着社会发展的变化实施动态调整,以更好地平衡受害人权益保护与行业持续发展之间的关系。目前,我国部分行业现有的限额赔偿额度偏低,如铁路交通事故中旅客人身伤亡的赔偿限额仅为15万元,海上旅客运输事故中旅客人身伤亡不超过4万元,不利于受害人合法权益的救济,亟待立法提高相关赔偿额度标准。

(六)构建风险预防与权利保障多元化机制

侵权法在制度属性上与行政法、刑法等公法以及保险法、社会保障法等社会法有着明显的区别。但法律的根本目的在于达成公平正义,维护社会安定秩序。在这一点上,制度的目标存在着一致性。^③为了弥补危险责任预防功能的不足和救济功能的滞后,需要在外部体系上寻求与其他部门法的互动与协调。一方面,针对危险责任制度预防功能的不足,实现侵权法与刑法、行政法等公法部门的协作和互动;另一方面,针对危险责任制度救济功能的不足,建立和完善责任保险、专项基金、社会保障等多元化救济机制。最终,通过内部和外部双重体系实现对风险社会下社会风险的预防和规制,充分有效救济和保护受害人合法权益,满足人们的基本安全需求和实现社会和谐发展。

风险的不确定性是国家对经济自由进行干预的前提条件。^④针对大规模侵权的挑战,西方国家行政法领域中不断扩张国家干预的范围,更多的行政职权延伸到风险防范中,普遍将风险防范原则作为行政法或公法领域的一个重要原则。^⑤2014年新修订的《中华人民共和国安全生产法》对新技术风险作出回应,

① 参见王利明:《侵权责任法研究》(下卷),中国人民大学出版社2011年版,第610~611页。

② 参见《核电行业迎来快速发展机遇 2020年装机将达到58BW》,http://np.chinapower.com.cn/201612/08/0054383.html,2017-01-16。

③ 为社会共同体及其成员提供安全保障是现代民族国家的主要任务和目标之一。在现代风险社会下,一个具有风险防范意识的社会正在形成,一种对政府规制行为以及国家规划采取“普遍信任”的状态正在发展成为对无风险环境的需求。参见[英]卡罗尔·哈洛:《国家责任——以侵权法为中心展开》,涂永前、马佳昌译,北京大学出版社2009年版,第154页。

④ 当国家对基本权利所保障的经济自由进行干预时,为第三方更高位阶的法益提供保护使得国家干预具有了正当性基础。参见刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》,法律出版社2012年版,第227页。

⑤ 参见赵鹏:《风险、不确定性与风险防范原则——一个行政法视角的考察》,载姜明安主编:《行政法论丛》(第12卷),法律出版社2009年版,第48~52页。

在与特别法相衔接的同时,强化企业主体责任和风险防范意识,与侵权法协作规制风险,共同实现制度的预防功能。^① 风险社会背景下,刑法所关注的重点在于行为人所制造的风险,通过风险的禁止来避免和降低风险的出现,从而保证生活共同体的安全。2011年通过的《中华人民共和国刑法修正案(八)》将涉及危险物质的犯罪行为大量入刑,细化了危险物质的范围和行为类型。刑法对新型危险犯罪行为的惩罚和预防从国家公权力层面有力地正面回应了风险社会,与侵权法共同协作预防危险事故的发生并对已发生的危险行为进行惩戒,这一趋势将会进一步明显加强。

现代侵权法对于危险责任并非仅以侵权人对受害者加以赔偿来进行救济,而是出现了救济多元化、构建综合救济机制的发展趋势。^② 责任保险制度与某些危险责任类型相伴而生,它在分担危险责任损害的同时,在某种程度上也会弱化危险责任预防功能的发挥。如何促使被保险人采取预防措施防止或减少危险事故的发生? 最优办法即是将保险费的计算与事故发生的概率和次数予以结合,依照事故发生率来确定保险费的额度。但如何合理确定事故发生率与保险费率之间的比例关系,使之既能分散风险,又能更好地督促行为人尽最大注意义务防止事故的发生,则是理论与实践中的一大课题,可以充分利用大数据和云计算技术来寻求最佳解决方案。针对高档车被撞引发的天价赔偿难题,可以考虑将高档车所有人缴纳的第三人强制责任保险的额度与高档车价格相匹配,采取阶梯额度来预防风险损害。在一些高风险的危险事故领域,通过设立专项损害救济基金已成为多个国家救济公共风险受害人的一种途径和方式,主要存在于环境和医药领域。在环境领域,主要有美国的超级基金、日本的公害健康补偿基金以及部分国家设立的船舶油污损害赔偿基金等。在医药领域,如德国药事赔偿基金、日本医药救济基金、美国国家儿童疫苗损害赔偿计划等。^③ 《侵权责任法》第53条规定的道路交通事故社会救助基金类似于上述专项损害救济基金模式,侵权责任编可以借鉴扩展到环境侵权与特定危险行业领域设立专项损害社会救助基金。

五、结语

中国社会的全面转型是一个充满了风险和矛盾的过程。社会进程中国家经济的良性运行、社会生活的和谐稳定和科技文化的繁荣发展都离不开有效的风险防范措施和系统的风险治理手段。随着现代工业社会和科学信息技术的日新发展,新的风险类型将不断产生,导致现行危险责任制度对危险事故的规制具有滞后性。侵权法作为现代民法中调控侵权法律关系法律,担负着应对社会风险不可替代的历史使命和责任。为使现代侵权责任法跟上时代的步伐,必须对现行危险责任制度进行不断的调试和完善,最大限度地预防新的风险事故和救济受害人的合法权益,这对正处于社会转型期的中国而言显得尤为重要。风险社会强化和转变了危险责任在现代侵权法中的地位和功能,民法典侵权责任编编纂中对危险责任制度的建构则是新常态下对风险社会所伴生的危险损害的有力回应。发展仍然是当代中国经济和社会的主旋律。发展与风险的关系成为中国现代化进程中必须正确处理的重大问题。在构建和谐社会和实现中华民族伟大复兴的历史进程中,我们必须在科学发展和可持续发展原则的指导下,立足中国实际,正确处理好改革、发展、稳定之间的关系,增强民事主体的风险防范意识,培育风险责任伦理,最大限度地预防和规制人为风险的产生和损害,为实现人的全面发展提供前提基础和生存空间。

责任编辑 温世扬

① 行政许可是国家对具有高度危险性的生产经营活动进行监管的主要措施之一。《中华人民共和国安全生产法》第16条规定:“生产经营单位应当具备本法和其他有关法律、行政法规、国家标准或者行业标准规定的安全生产条件。不具备安全生产条件的,不得从事生产经营活动。”《安全生产许可条例》第2条规定:“国家对矿山企业、建筑施工企业和危险化学品、烟花爆竹、民用爆破器材生产企业实行安全生产许可制度。企业未取得安全生产许可证的,不得从事生产活动。”与此相配套,国家制定和出台了20余个安全生产许可证实施办法和安全管理条例。参见程啸:《侵权责任法发展的影响》,《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2016年第1期。

② 参见郭明瑞:《危险责任对侵权责任法发展的影响》,《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2016年第1期。

③ 参见傅蔚冈:《合规行为的赔偿机制——基于风险社会的视角》,载季卫东主编:《交大法学》(第2卷),上海交通大学出版社2011年版,第151页。