

抛掷物致人损害的责任

王利明

(中国人民大学, 北京 100872)

摘要: 抛掷物致人损害作为一种特殊类型的侵权, 具有自身的特点。对于这种侵权行为, 由受害人自己承担损失无论从哪个角度上讲都是说不通的, 而应当由可能致害的业主负责。这种归责原则的确定, 实际上采取了一种对于因果关系的推定机制。而对于责任承担, 各个可能造成抛掷物危险的业主应承担按份责任, 在赔偿范围的问题上适用公平原则。对此, 应建立完整的、综合性的抛掷物致害救济体系, 以实现社会的公平正义。

关键词: 抛掷物致人损害; 侵权; 归责原则; 责任承担; 赔偿范围

中图分类号: DF529 **文献标识码:** A **文章编号:** 1000-0208(2006)06-024-20

引言

现代社会, 住宅向高层化发展, 且城市人口日趋密集, 生活空间越来越狭小, 为了维持正常安全的生活工作环境, 要求高层住宅的每个居民具有必要的社会公德并注重他人的安全。否则, 随手从自家窗户或阳台上抛掷废弃物件, 必然威胁到楼下行人或住户的合法权益, 给社区和街道的公共安全造成较大的影响。近几年来, 各地法院受理了不少有关高楼抛掷物致人损害的案件。诸如重庆的“飞坛”案、辽宁丹东的“花盆”案及深圳的“建筑材料”伤人案,^① 这些案件中虽然致人损害的物件不同, 但在审理中遇到一些具有共性的问题, 例如, 不能确定真正的侵权行为人以及对受害人如何救济的问题。频繁出现此类案件表明, 此种侵权已经不是一种极端个别侵权事件, 而已经成为一种特殊类型的侵权, 但由于传统侵权法对此类特殊侵权类型缺乏必要的研究和论述, 在法律上却一直缺乏一套损害赔偿的规则对其进行规制, 各地法院的判决也极不一致, 所以为了保障公众的安全, 维护受害人的利益, 促进司法正义, 有必要在侵权法中建立一套合理的抛掷物致人损害的责任制度。本文拟对此提几点粗浅的看法。

一、抛掷物致人损害的侵权的特点

高楼抛掷物致人损害, 是指高层建筑的所有人或者其他居住人从其住所抛出物件致受害人损害, 但不能确定真正的行为人。抛掷物致人损害的现象在古老的法律中都已经明确的记载。例如, 在罗马法中, 物件致人损害, 包括了动物致人损害、建筑物倒塌, 物件坠落, 大树倒下, 抛掷物致人损害, 等。^② 查士丁尼《法学总论》中有关于抛掷物侵权的记载,^③ 例如《法学总论》特别提到, “关于投掷或倾注某物,

收稿日期: 2006-09-10

作者简介: 王利明(1960—), 男, 湖北仙桃人, 中国人民大学法学院教授, 博士生导师。

① 参见“高空抛物现象难杜绝, 菜刀也敢信手抛下楼”, 载《羊城晚报》2002年10月23日。

② Ferdinand F. Stone: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol 11, Torts Chapter 5 Liability for Damage caused by Things J. C. B. Mohr (Paul Siebeck Tuebingen), 1975 p5

③ 《法学总论》指出: “某人占用一楼房, 不论是自有的、租用的或借住的, 而有人从楼房投掷或倾注某物, 致对他人造成损害时, 前者被认为根据准侵权行为负责。”

经规定得诉请给付两倍于所造成的损害……基于公平原则所估计的金额为准则处罚金;在估计时,审判员应考虑支付医生的诊费和其他治疗上的费用,此外还应考虑由于丧失工作能力而在就业上所已受到和将受到的损失”^[1](P.204)。但在那个时候,一般不存在现代社会的高层楼宇与大厦,尤其是不存在现在社会的区分所有的建筑物的情形,即使出现抛弃物的致人损害的情形,不具有我们现在由于建筑物的构造的复杂不能确定侵权行为人的困难。即使出现了抛掷物致人损害的情况,也可以按照一般侵权来处理的。如果确因建筑物内的抛掷物致人损害,如果出现加害人不明的情形,由房屋的所有权人承担落下物致人损害的原则^[2]。

近代大陆法系国家民法典中也没有对抛掷物致人损害的情形作出特别规定。在法国,1804年《法国民法典》第 1386 条规定:“建筑物的所有人对建筑物因保管或建筑不善而损毁时所致的损害,应负赔偿的责任。”但这条规定并不能适用建筑物内抛掷物致人损害的责任。在法国的有关判例中,对于建筑物内的物致人损害,根据过错推定与严格责任来确定行为人的责任,但前提是行为人的侵权必须是确定的^[3](P.298)。该法典第 1384 条规定:“任何人不仅因自己的行为造成的损害负损害赔偿责任,而且对应由其负责之人的行为或由其照管之物造成的损害负赔偿责任。”该条在实践中法官扩大了对照看之物的解释,“照看”解释为因物引起损害的责任,与对物的适用以及对物的“监视”与对物的“控制”权力相联系,这三者体现了对物的“照管”的特征^[4](P.1099),由此来适用高层建筑产生的抛掷物致人损害的情形。在实践中,法国法院认为,如果物品是从大厦的某个部位抛掷出来的,在无法确定实际行为人时,由居住在该部分的所有的人平均承担赔偿责任。^①《德国民法典》第 836 条—838 条规定了建筑物的所有人和占有人对于建筑物致人损害的责任。但这些规定很难适用抛掷物致人损害的责任,在实践中,德国法院通过司法判例发展出来了社会安全义务 (Verkehrspflichten) 理论,从而可以根据该理论适用《德国民法典》第 823 条,在有关的案例中,就明显表明了通过社会安全义务 (Verkehrspflichten) 理论扩大物件致人损害责任的倾向。根据《意大利民法典》第 2051 条,应承担保有者责任,该条规定,“任何人对其保管之物所导致的损害,均应承担责任,除非能够证明损害是意外事故所致。”在意大利的一个判例中,一个物体从桥上扔到一辆小汽车上,找不到肇事者,法院根据该条的规定,判定行为人承担责任^[3](P.301)。需要指出的是,从现在大陆法系国家民法典的规定来看,基本上没有明确规定高层建筑物致人损害的责任。因此,这的确是一个侵权法上的新问题。

我国现行立法中也不存在着抛掷物致人损害的侵权责任的规定,与此种侵权责任较为类似的规定主要有以下两种:一是共同侵权和共同危险行为。民法通则第 130 条规定,两人以上共同侵权的,应该负连带责任。尽管在抛掷物致人损害的情况下,可能有多个行为人,有的法院也推定了建筑物内的业主共同承担连带责任,但严格地说,共同侵权以侵权人之间的共同过错为要件,共同危险行为需要有共同的危险参与行为,行为人是非非常确定的,二者都是与高楼抛掷物责任不同的。二是建筑物侵权责任。《民法通则》第 126 条规定,有关建筑物、其他设施上面的悬挂物、搁置物脱落致人伤害的,所有人或管理人应承担责任。但抛掷物显然不属于建筑物上的悬挂物或搁置物。因此,尽管现在法院在实践中已经处理了多起抛掷物致人损害的案件,但严格地说,抛掷物致人损害责任在现行法中没有依据。

抛掷物致人损害是一种新型的侵权。弗莱明指出,“今天工业的种种经营、交通方式及其他美其名曰现代生活方式的活动,逼人付出生命、肉体及资产的代价,已经达到骇人的程度。意外引起的经济损失不断消耗社会的人力和物资,而且有增无已。民事侵权法在规范这些损失的调节及其费用的最终分配的工作上占重要的地位。”^②危险责任的发展,正是因为各种意外事故致人损害,需要对受害人提供救济,对于高楼抛掷物致人损害问题,确实是现代社会的一种特殊的现象,传统的民法侵权行为模式和类

① 参见《国际比较法百科全书·侵权行为·物导致损害的责任》,第 33 页。

② John G. Fleming 著,何美欢译,中文大学出版社,1992 年版,第 1 页。

型源于古代罗马法,发展至近代完善成型,其社会背景是这样一幅图景:广阔的农庄、宁静的乡村、传统的市镇、孤立的住宅、低矮的楼房。高楼抛掷行为自然无从在这样的背景下产生,并成为严重的社会问题和独立的侵权类型纳入立法者的视野。而在现代社会,随着城市化进程的发展,城市人口日益密集,城市空间日益局促,建筑物高层化和建筑物区分所有日益普遍^{[2](P.129)},住户成千上万,社区街道公共安全也越来越突出,高楼抛掷行为才成为一个日趋严重的社会问题凸现出来。所以抛掷物致人损害责任是现代侵权行为法中的一个新问题,对于抛掷物责任不能拘泥于原有的侵权行为法的具体条文,否则是很难得到准确的解释的。因此,制定中的我国侵权行为立法应该从维护社会公共安全、保护受害人的角度,适当采用利益衡量的方法对这一现代社会新涌现出来的侵权类型予以调整。抛掷物致人损害之所以成为一种新的侵权,就在于此种侵权行为具有其自身的特点:

第一,高楼中抛掷的物致人损害。我们之所以称之为高楼抛掷物致人损害,一方面,是因为致人损害的抛掷物是从高楼中抛出的,因为是高楼中从上而下坠落的,所以即使轻微的物件砸在人身上之后,也容易导致他人损害。而且一旦有人抛掷物品,受害人对此也很难防范,查找真正的行为人非常困难。如果不是从高层建筑中抛掷的物件,而是从看台上往球场内抛掷物品,或者从观众席上抛掷奖牌等物件致人损害等,^①不是我们所说的抛掷物致人损害。另一方面,由于现代社会的建筑物大多采取的是区分所有的状态,不像以前独门独院那样非常容易判断侵权行为人,也不能于抛掷物在建筑物内抛出致人损害之后直接推定某一个业主承担责任,这就使这种侵权行为责任的认定较为困难。

第二,抛掷物致人损害。这就是说此种侵权是因为抛掷物致人损害产生的,所谓抛掷物就是由行为人通过人力抛掷出去而致人损害的物,抛掷物致人损害是人力因素所引发的事件,其中掺杂了人的行为,如果纯粹是自然原因引发的,如大风吹落外墙广告牌或者因为狂风暴雨致建筑物某部位脱落,而致某人损害,尽管也有可能归结于某人的过错,但并不掺杂某人的积极行为,所以它与抛掷物侵权有本质区别。如果因为建筑物自身的缺陷造成倒塌或者建筑物上的瓦片坠下或墙面脱落等致人损害,在法律上应该由建筑物的所有人或管理人来承担,其责任是非常清楚的。但是抛掷物致人损害的情况下并非建筑物自身的缺陷造成的,而是建筑物以外的物从建筑物向外抛出致人损害,而且这种损害难以确定真正的行为人,正是因为抛掷物侵权涉及到人的行为,因此在此种行为发生之后,就有必要在法律上确定真正的行为人。

第三,不能发现真正的行为人。高楼抛掷物致人损害之所以成为侵权法上的一个真空,乃是因为此种侵权行为致人损害以后,常常不能发现真正的行为人。如果能够找到直接的行为人,那么此种侵权不过是普通的侵权而已,按照一般侵权责任就可解决。抛掷物致人损害的最大特点还不仅仅在于抛掷物本身,而在于这种侵权行为虽然是人的积极作为所致,但在此种行为致人损害之后,又常常难以发现真正的行为人。一方面,因为从高空抛掷物致人损害,建筑物又归属于不同的区分所有人,甚至是成千上万的业主,因而无法推定应当由哪一个业主承担责任。假如建筑物仍然处于建造过程中,或者已经建造完毕但是还没有售出,此时,在找不到真正行为人的情况下,此时应当由施工单位或者开发商承担责任。但是,一旦销售给众多的业主之后,就无法采用这种推定的方式。另一方面,受害人在遭受损害的时候,他和行为人又相距遥远,不能辨认出行为人。在很多情况下,此种侵权行为致人损害以后,除非真正的行为人主动自己承认,否则受害人很难发现真正的行为人。如果能够找到直接的行为人,那么此种侵权不过是普通的侵权而已,按照一般侵权责任就可解决。例如,造成损害发生的物是某人正在进行房屋装修的特殊的建筑材料,该物只能为该装修公司所有,那么可以认定该装修公司以及业主都应对此损害承担责任。但抛弃物对于抛掷物致人损害的侵权而言,可以确定出可能的侵权行为人的范围,但通常无法确定具体的侵权行为人。因此,抛掷物侵权发生了致人损害,需要确定可能的侵权人。可能的侵权

^① 参见《现代球迷不文明祸及高雷雷抛掷物令其右脚受伤》, <http://sports.sina.com.cn> 新民晚报, 2005年 09月 12日。

人是指在因果关系上具有一定的关联性, 这些人都有可能承担责任。

第四, 受害人可能遭受重大损害。这就是说, 抛掷物致人损害的情况下, 因为抛掷的物品造成楼下的受害人财产或人身的损害。受害人的损害可能是重大的。几个已经发生的案例都表明了这一点。抛掷物致人损害, 也可能造成受害人的财产损失, 比如某人推车正好经过某人的楼下, 从建筑物内飞出一物, 将车上的花瓶砸碎。再比如, 某人开车经过某一小区, 被楼上飞出的物品击中, 导致其汽车毁损。但财物的损害发生得更偶然, 且在损害不大的情况下, 也往往不会引起人们的重视。但在抛掷物致人人身伤害的情况下, 则可能会给受害人造成重大的损害, 因为高空中飞下来的物, 一旦击中某人, 可能就是致命的。在发生了抛掷物致人损害之后, 实践中, 在绝大多数情况下都是人身损害。如果没有发生任何损害, 尽管此种抛掷物品的行为会受到道德的谴责或者违反物业管理规定, 但不涉及损害赔偿的问题。

一般来说, 在抛掷物致人损害的情况下, 受害人通常没有过错。因为受害人对于来自高层建筑抛掷物的袭击是无法预见, 也难以防范的。他在遭受侵害之前, 与行为人通常是素不相识, 即便受害人有过错, 例如未经许可而擅自进入小区, 此种过错与行为人的行为具有因果联系, 也不能因此而适用过失相抵规则。

抛掷物致人损害是一种侵权类型, 应当在我国侵权法予以规定。有人认为, 高楼抛掷行为可以通过行政法规解决, 从而否定其民事侵权责任。实践中, 针对高楼抛掷物件问题, 许多城市都相继出台了地方性法规予以规制, 例如广州市政府通过的《关于从重处罚在公共场所随地吐痰及丢弃废弃物等行为的通告》该通告第 2 条就规定, 不得从高空、建(构)筑物向外掷物、泼水。第 3 条规定, 乱倒废弃物的, 从高空、建(构)筑物向外掷物、泼水的, 责令其清除干净并处以 200 元罚款。但综合起来, 其实际效果并不理想, 与抛掷物的民事侵权责任相比, 其缺陷在于: 一是多头管理, 这种行为大都由各城市的环卫、城管部门行使管理权, 但权责并不明确, 往往互相推诿、扯皮, 不能有效地遏制抛掷行为的蔓延, 也不利于充分地保护受害人的利益; 二是环卫、城管部门的调查取证能力和执行、处罚权力都相对有限, 大多以劝诫教育或轻微罚款为主, 缺乏有力的强制措施; 并且行政部门主观上也没有足够的动力进行处罚, 不足以有效地对高空抛掷行为进行事前预防和事后惩戒; 三是行政措施并不能代替民事救济, 行政处罚也不能替代民事责任。公法上的责任与私法上的救济不应互相排斥, 否则可能“以罚代赔”, 无形中剥夺了当事人的诉权和请求民事赔偿的权利。因此, 即便对于高楼抛掷行为存在行政法上的规制, 也不能因此而否定民事赔偿责任的合理性。民事损害赔偿通过对受害人的损害进行补偿, 从而遏制其高空抛掷行为, 有效地保护受害人的权益, 维护社区公共场所的安全和宁静。

二、抛掷物致人损害是一种特殊的侵权形态

抛掷物致人损害的侵权之所以能够成为一种特殊类型的侵权, 不仅仅这种形态在实践中时有发生, 而不是极其偶然出现, 已成为一种需要在法律上规制的不法行为。更在于无辜的受害人遭受损害之后, 无法找到真正的行为人, 我们也不能够使无辜的受害人自己承担此种无辜的损害, 但如何通过侵权行为法向受害人提供救济, 确实是侵权法上的新问题。由于现行立法对其缺乏规定, 因此在司法实践中, 法院处理此类案件的做法各不相同, 除了判决由受害人承担损失外, 有的法院判决依据建筑物责任的规定, 由该建筑物的所有人(建筑物区分所有时, 责任主体为全体业主)承担责任; 有的法院判决依据共同危险行为的法理, 判决可能造成损害的部分业主承担连带责任。也有的根据物件致人损害的规则, 判决业主承担责任。可见, 就确定责任而言, 与抛掷物致人损害行为相类似的情况有以下三种: 一是物件致人损害, 二是建筑物致人损害, 三是共同危险行为责任。抛掷物致人损害的侵权不能为这几种所替代。

(一) 抛掷物致人损害的侵权不同于物件致人损害的侵权

所谓物件致人损害, 是指因为物件的脱落、倒塌以及物件的坠落等而致人损害, 《民法通则实施意见》第 155 条规定了堆放物品倒塌致人损害的责任, 此种责任属于我们所说的物件致人损害的一个类

型。抛掷物致人损害的侵权与物件致人损害的侵权一样,都是因为物件直接致人损害而导致侵权责任,但两者存在明显的区别。表现在:第一,在物件致人损害的情况下,物的归属是确定的,也就是说造成损害的物就是归属于某人,这时候应该根据民法理论,人的物件等同于其手臂的延长,所有人或者管理人就应该对物的损害的后果负责。但是在抛掷物致人损害的情形下,物尽管从建筑物内抛出来,但是不能确定真正的抛出房间,通常也不能确定物的归属,如果从楼上抛出的某物能够确定归属于某人,不可能为其他人所有,在此情况下可以推定该物就是该行为人所有或管理的物,就可以按照物致人损害的一般规则进行确定。但是不能确定某物归某人所有,就只能适用抛掷物致人损害的责任。第二,因为对物件致人损害而言,虽然此种侵权的形态很多,但在大多数情况下是因为行为人的过错造成的,也就是说,物件的脱落并不是某个人人为地利用此种脱落而致人损害,而只是未尽到维修、保养等注意义务而导致他人遭受损害,当然在发生此种行为之后,行为人在此种情况下具有过错,具体而言,具有过失,比如堆放物品违反安全的堆放规则而倒塌致人损害,堆放人具有过错必须承担责任。与物件致人损害不同,抛掷物致人损害主要是因为抛掷物侵权行为人实际实施了一种人为的行为,虽然致人损害的直接标的是物,但根本原因是人的行为所致,是侵权人利用物致人损害。物在造成损害的过程中有可能是因为人的行为造成的,例如因为没有尽到维护管理义务而导致建筑物及其设施致人损害。但是毕竟它和人的行为致人损害是不同的。因为在物件致人损害中,所有人和管理人本身并没有针对特定的人和财产实施一定的行为,直接造成他人财产和人身损害的仍然是物件而非行为,如果行为致人损害仍然是一般的侵权行为,而非特殊侵权行为。第三,物件致人损害的情况下,过错与因果关系大多是确定的,所以就不需要进行推定。但是在抛掷物致人损害的情况下,行为人从高层建筑物中抛掷物品,致他人损害,而又不能证明谁是真正的行为人。为了保护受害人的利益所以推定某些业主对此损害负责,所以无论是过错还是因果关系在法律上都是推定的。

(二)抛掷物致人损害的侵权不同于建筑物致人损害的侵权

所谓建筑物致人损害,是指建筑物及其组成部分发生倒塌、脱落、坠落而致受害人损害。^①《民法通则》第126条规定:“建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的,它的所有人或者管理人应当承担民事责任,但能够证明自己没有过错的除外。”这就对建筑物致人损害的责任作出了明确规定。从结果上来看,抛掷物致人损害的侵权与建筑物致人损害的侵权都是因空中某个物品的坠落而导致受害人损害,两者之间具有相似性。有学者认为,如果把抛掷物致人损害的责任认定为建筑物之抛掷物致人损害责任,那么就有法律依据责令全体建筑物的全体所有人或者使用人承担连带责任。但笔者认为,两者具有明显的区别:第一,建筑物责任是因自然原因而造成,是因物的瑕疵和不当维护以及管理等引起的侵权行为。尽管其所有人具有过错,但是,与抛掷物致人损害的侵权不同,造成损害的直接原因并非人的行为。因为抛掷物不是建筑物,也不是依附于建筑物的动产,其致人损害是基于人的抛掷行为,而非物本身,因此与其说是物致人损害,不如说是抛掷行为致人损害。第二,建筑物致人损害的行为人是确定的,即是建筑物的所有权人或使用人。责任人是确定的,即便是搁置物或悬挂物,其所有人和管理人也是确定的,而在抛掷物致人损害的情况下,加害人是无法确定的。在抛掷物侵权中,如果行为人能够确定,那么就构成了一般侵权,只有在行为人不能确定时,才构成特殊的侵权类型^{[2](P.129)}。第三,两种侵权形态中,致人损害的物件也存在区别。在建筑物致人损害的情况下,致害的物品是建筑物的组成部分或者其上的搁置物、悬挂物等。而在抛掷物致人损害的情况

^① 堆放物品致人损害,本质上属于动产,但是将动产堆放在一起可能造成危险性,所以通常应当采取必要的防护措施,对堆放物采取严格责任。

下, 致害的物品必须是建筑物以外的其他物。^① 建筑物以外的抛掷物致人损害, 如果是建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的, 则根据《民法通则》第 126 条的规定, 应当由建筑物的所有人或管理人承担责任。第四, 如果准用建筑物侵权责任的条款, 那么作为建筑物区分所有的全体业主都要承担连带责任, 即便是没有造成抛掷物危险可能性的业主也不能例外, 并且根据民法通则建筑物侵权的规定, 所有业主根据严格的过错推定归责, 承担全部的赔偿责任, 这对于建筑物业主的责任未免过于沉重, 且有失公平。

(三) 抛掷物致人损害的侵权不同于共同危险行为

共同危险行为, 是指数人实施的危险行为都有造成对他人的损害的可能, 但不知数人中何人造成实际的损害。因共同危险行为造成损害, 损害的发生只是与数人的危险行为有关联, 但数人的危险行为并非真正的共同侵权行为。例如, 数人在旅馆抽烟, 随地乱扔烟头, 导致旅馆着火, 但无法判断谁是真正的行为人。共同危险行为, 必须是行为人在实施某种危险行为致受害人损害时, 其危险行为的时间和地点具有同一性。或者说, 必须每个行为人的行为在时间和地点方面都具有同一性。最高人民法院 2001 年 12 月 6 日颁布的《关于民事诉讼证据的若干规定》第 4 条第 7 款规定: “因共同危险行为致人损害的侵权诉讼, 由实施危险行为的人就其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任。”这就在法律上确立了共同危险行为责任制度。有人认为, 抛掷物致人损害的侵权与共同危险行为具有相似性, 因为将这些有潜在可能性的业主作为被告, 其责任承担应类推适用共同危险行为, 在真正的行为人没有确定之前, 推定所有的业主为共同行为人^[5]。我认为, 类推适用共同危险行为确有一定的道理, 一是抛掷物责任与共同危险行为一样都采取了因果关系推定的方式。二是在共同危险的情况下, 真正的加害行为人并不确定, 责任人必须证明真正的行为人方可免责, 这一规则也可适用于抛掷物责任。但是两者是有区别的。因为第一, 共同危险行为中, 数人都实施了该种具有危险性的行为, 而不是一个人实施这种危险性的行为。而在建筑物抛掷物致人损害中, 只有一个人实施了加害行为, 而不是所有的人都实施了与加害行为有关的行为^[6]。例如, 如果在一栋建筑物内所有业主都从上往下抛掷物品, 其中一个物品造成了某个过往行人的伤害, 但不能确定该物品究竟是谁抛掷的。在此情况下, 应当按照共同危险行为的规则, 推定所有行为人承担连带责任^{[2] (P. 124)}。第二, 在共同侵权的情况下, 共同侵权人实施了共同的危险行为, 该行为尽管不是全体人实施的, 但是能够确定是其中的某一个人实施的, 但在抛掷物致人损害的情况下, 不仅找不到真正的行为人, 也不能找到实施危险行为的行为人^{[2] (P. 124)}。另一方面, 共同危险人要承担连带责任, 但在抛掷物中, 即便要由业主负责, 但不是使所有的建筑物区分所有人承担连带责任, 而是一种适当的补充责任。第三, 尽管在共同危险的情况下对因果关系采取推定的方式, 但是, 此种推定不能替代在抛掷物致人损害责任中的因果关系推定。

正是因为抛掷物致人损害具有特殊性, 所以, 笔者认为, 侵权行为法既不能纳入现有的各种特殊侵权行为, 也不能适用侵权法的一般规则来处理, 而应当将其作为一类独立的特殊侵权行为在侵权法中特别规定。2002 年, 全国人大法工委提交全国人大常委会审议的《中华人民共和国民法(草案)》对这个问题已明文规定, 在“物件致人损害责任”一章的第 56 条规定: “从建筑物中抛掷的物品或者从建筑物上脱落、坠落的物品致人损害, 不能确定具体的侵权人的, 由该建筑物的全体使用人承担侵权责任, 但使用人能够证明自己不是具体侵权人的除外。”该条款虽然在表述上尚有须探讨之处, 但其将抛掷物致人损害作为一种特殊侵权, 且注重对于受害人进行保护, 此种立法精神值得赞同。

^① 有学者认为, 多数国家民法典规定的建筑物责任, 都是规定建筑物倒塌、剥落的责任, 似乎都是建筑物本身所致损害的责任。其实, 凡是建筑物以及建筑物中的其他的物, 是不是都可以看作建筑物或者建筑物的物呢? 我认为可以的。在法典中没有规定建筑物中的物的损害责任, 如果发生这种损害, 当然只能通过解释这个规定来确定责任。那么, 规定建筑物的责任实际上也就包含了建筑物中的物的致害责任。参见: 杨立新: “对建筑物抛掷物致人损害责任的几点思考”, 载《判解研究》2004 年第 2 期。

三、受害人应当自担损失吗？

抛掷物致人损害的侵权责任的最大的特点就是找不到加害人,这种侵权又常常会引发对受害人严重的损害,所以在这种损害发生之后,从社会层面来看确实是一种不幸的事故,如果我们存在一种社会救助机制可以对这些不幸事故的受害人提供一种救济,那么即使找不到侵害人,受害人也是可以得到适当的救助的,但问题在于我国仍然是一个发展中国家,社会福利制度还不健全,因此也无法真正建立这样一种社会救助机制,这也就决定在今后相当长的时间内,仍然需要通过侵权法来对不幸事故的受害人提供救济。但是,对于抛掷物致人损害的案件,由于现行立法缺乏规定,因此在司法实践中,有一些法院在无法确定真正的加害人时,基于各种理由判决由受害人承担损失。^①

由受害人自担损失的主要理由在于,一是自担风险原则,有学者认为,在国家福利尚不能达到对任何损害都予以救济的层次时,原则上公民须自负所受的损害,除非他人具有可归责性,从而应赔偿受害人的损失,实现损害的移转^[7]。二是不能殃及无辜。就是说既然不能也找不到真正的行为人,也无法推定有过错的人对该行为负责,所以无法确定责任主体,在此情况下,不能为了保护受害人而殃及无辜,所以受害人只能自认倒霉,承担因此而导致的损害。而且受害人固然遭受了损害,但让无辜的业主承担责任,而他们又无法通过一定的措施分散风险,只有埋怨自己倒霉。^②三是并未穷尽救济手段,仍然存在获得其他救济的可能。让受害人自担风险的前提是所有的可能的侵权责任都无法适用,但在现代社会中,侵权行为法并非对受害人进行补偿的惟一途径,从制度架构的层面上说,完全还可以通过意外事故保险等其他补救方法而解决^[7]。

我认为,这些看法虽然不无道理,但是存在着可值商榷之处。所谓自担风险,也称为自甘冒险,是指受害人明知有风险仍然从事某种行为,从而自愿承担因此而造成的不利后果。在自甘冒险的情况下,尽管风险不一定要发生,但受害人应当意识到风险发生的可能。而在抛掷物致人损害的情况下,受害人根本没有从事任何自甘冒险的行为。如果建筑物正在施工或正在从事高空危险作业,作业人已经发出了警告,但受害人仍然坚持要从楼下行走,甚至不顾作业人的阻拦而强行经过,致使在作业区内因抛掷物而遭受损害,则受害人的行为构成自甘冒险。如果受害人明知前面某栋建筑物在装修,便绕过正在从事作业的大楼而从大路绕行,仍然遭遇抛掷物的损害,此种情况就不能认为受害人构成自甘冒险。即使受害人未经许可进入某个小区,也不能说受害人构成自甘冒险,因为受害人进入小区并不意味着他愿意承担飞来的横祸,且进入小区的行为本身也不是一种危险,所以不能以此为由要求受害人自己承担损失。

所谓不能殃及无辜的理论,确实体现了责任自负的原则,但关键要看这一理论适用的场合。在通常情况下,这一理论是正确的,但是在抛掷物致人损害的情况下,如果将受害人的请求以殃及无辜为理由简单驳回,这对于受害人显然是不公平的,也是对不能殃及无辜理论的曲解。正如我们在后面所讨论的,即使找不到行为人,但是让可能造成损害的业主负责,在法理上也是不无根据的。因为业主具有致害的可能,且其建筑物为致害提供了一定的条件,等等,所以有必要推定其行为与结果之间具有一定的因果联系。有人认为,在重庆市烟灰缸案件中,受害人虽然是无辜的,但他一个人的无辜用21户人家的无辜来弥补是不合理的,是否有“株连九族”的嫌疑?^③如果100个住户负责人,而实际上只有1个是真正的侵权人,则造成另外99个承担责任,这是不公平的,甚至推而广之,如果某人在万人大会上被他人

^① 济南市的一个案件说明了这一问题:2001年6月20日,受害人被楼上坠落的一块菜板砸倒后死亡,因找不到扔菜板的人,受害人子女将该楼二层以上的15户居民作为被告诉至法院,要求被告承担损害赔偿。一审法院认为,原告在起诉中无法确认谁是加害人,缺乏明确具体的被告,且菜板坠落前的位置也不明确,也无法确定所有人和管理人,因此驳回原告诉讼请求。原告不服提起上诉,二审驳回上诉。参见《今日说法故事精选》(2),中国人民公安大学出版社2004年版,第157页。

^② 贾桂茹,马国颖:“高空抛掷物致人伤害应如何处理?”载:《北京青年报》2002年09月24日。在讨论中有人认为:居住在建筑物里,是一个生命需要的一部分,它并不带有任何特殊的危险。因此,我们在判断是否构成侵权责任时没有理由偏离一个基本的理念,那就是对赔偿负有责任的人必须而且只能是引起损害发生的人。不能让一个可能是无辜的第三人承担责任,否则是完全不公平的。

^③ 参见《烟灰缸砸出26被告》,载《兰州晨报》2002年1月16日“社会纪实”栏目。

致伤,找不到行为人,是不是应当让集会上所有人都承担责任。这是否会冤枉好人?我认为,这样对可能的行为人并非不公平。抛掷物侵权之所以不适用传统民法的自己责任原则,有其内在的价值理念基础。从侵权法理念的发展来看,自己责任原则是建立在个人主义、自由主义的基点之上的,其宗旨主要在于保障个人自由。每个人只是对自己的行为和物件致人损害负责,而对他人的行为所致的损害不承担责任,这就使每个社会成员成为具有独立意志的主体,而且可以使得个人对自己的行为后果具有可预见性,并且也使得法律规则具有可预见性。自己责任原则包括两个方面的内容:一是对自己的过错负责,二是对因为自己的行为造成的后果负责,即行为与损害之间具有因果关系。因此,在判断行为人是否应当对自己的行为负责时,必须要确定行为人是否具有过错及其行为和结果之间是否具有因果关系。因此,在损害发生后,如要确定某人对损害负责,就必须具备这两个要件,侵权责任的构成要件是自己责任逻辑展开的必然结果。但是,自己责任的价值理念只是顾及到对个人行为自由的维护,而欠缺对公共政策的考量。就抛掷物的损害而言,没有考虑我们究竟是为了公共安全而牺牲部分业主的利益,还是为了业主的利益而牺牲公共安全?正如拉伦茨所言:“一旦冲突发生,为重建法律和平状态,或者一种权利必须向另一种权利(或有关的利益)让步,或者两者在某一程度上必须各自让步。”^{[8](P.313)}我认为,法律在面对这两种利益的考量时,必须要优先考虑公共安全。毕竟,一方面,相关业主的利益只是个人利益,而公共安全是社会利益,当两种发生冲突的时候,必须优先考虑社会利益。另一方面,保护受害人的利益在很多情况下不一定采用责任自负。例如,替代责任,就是由责任人为行为人承担责任^[6]。

关于并未穷尽救济手段的说法,也与我国目前的实际情况不完全符合,一方面,在意外保险制度尚不发达的情况下,受害人不能直接从意外保险制度中获得赔偿,或者意外保险制度不够完善,无法获得救济。尽管我国社会保障制度不断发展,适用范围越来越宽泛,但只能够在一定范围内提供救济。就抛掷物致人损害而言,恐怕目前政府或者社会还缺乏足够的财力来对之提供救济。另一方面,即便存在社会救济,也不应为此而否认侵权责任的意义。因为尽管直接侵权人难以确定,但是可能实施侵权行为的人的范围仍然是确定的,如果完全否认侵权责任,无异于是对这些人的加害行为的放纵。

我认为,在抛掷物致人损害的情况下,完全由受害人自己承担责任,不符合侵权法保护受害人的宗旨,也不利于预防损害的发生,维护社会的公共安全。具体来说:

第一,这种做法违反了宪法保障人权的基本精神。根据现代民法发展的趋势,生命健康等基本人格权应当具有优越于其他民事权利的权利,所以,在进行利益衡量的时候,人的生命或人性尊严与财产权相比较,具有较高的位阶^{[8](P.319)}。法治社会中,从集体人权的角度来看就是生存权,而从个体人权来看,最重要的是生命、健康不受非法侵害的权利,即人身安全的权利。这两种权利与抛掷物致人损害的情形都是联系在一起,如果对受害人不予补救的话,受害人的生存权得不到保障,生命健康权也不能得到维护,进而违反宪法保障人权的基本精神。尤其是从个体人权角度考虑,受害人在没有任何过错的情况下,无辜地遭受损失,甚至终身残疾乃至死亡。如果法律对受害人不能提供任何救济,并且因为无法确切地查明加害人就让受害人自认倒霉,这显然是违反正义的精神的。

第二,即使找不到行为人,不等于就当然由受害人负责。这里的关键是将对受害人的保护置于什么位置来考虑。现代侵权法是以救济受害人为中心的,确立这样一个中心的依据在于两个方面:一是人本主义,人的价值永远都是第一位的,是法律保护的最高法益。二是实质正义,因为在各种危险责任的事中,受害人相对于行为人而言,大多都是弱者,法律不能为了满足过错、因果关系等技术上的要求,使无辜的受害人投诉无门。否则,其结果只能是表面上看起来是公平的,实质上是严重的不公平。而在抛掷物致人损害的情况下,由受害人自己承担损害,不符合侵权法以救济受害人为中心的目标。因为高楼抛掷物致人损害的最大特点就在于,这种损害一旦发生以后,其对受害人造成的损害往往非常巨大,有时甚至是致命的。受害人一旦得不到任何救济,还要支付医药费,不仅如此,受害人可能还会因此而失去劳动能力,从而可能造成自己甚至家人今后整个生活的困顿。如果法律对这样的受害人不能提供任

何救济,无辜受害人的损失不能得到补偿,这对受害人是极不公平的^[6]。如果受害人本身就是一个经济上贫困的人,更无异于雪上加霜。所以法律不能为了满足过错、因果关系等技术上的要求,而使无辜的受害人投诉无门。否则,尽管可能满足了法律的形式正义要求,但却不能满足社会妥当性的要求^[6]。正如有学者所说,建筑物的抛掷物造成受害人损害,受害人就是受侵权行为法保护的弱者,救济其损害是侵权行为法的根本宗旨。

第三,即使找不到行为人,也不能说就找不到任何可以对该行为负责的人,从侵权法的角度来看,随着现代社会的科技进步和社会发展,危险活动急剧增加,不仅导致对过错的认定和因果关系的判断显得极为复杂,在很多情况下,甚至对加害人的判断都变得十分困难^{[9](P.137-138)}。因为受害人与损害发生的原因距离较远以及技术障碍、信息不对称等,常常造成受害人举证的困难。在现代侵权法中,归责依据是多样化的,归责的目的已从教育、制裁不法行为人向保护受害人发展,出于“对作为弱者的受害人进行保护”的理念,现代侵权行为法发生了一系列变化,诸如过错的客观化、过错的推定、因果关系的推定以及严格责任、公平责任、替代责任的出现和扩张等。这些现象都表明,侵权法正在日益突破自己责任的樊篱,向优先保护受害人方面倾斜。正是为了实现这一价值目标,现代侵权法进行了种种制度突破与创新,归责原则的多元化、因果关系推定等,都是为了实现这一目标的技术手段。因而问题的关键不在于是否能找到真正的行为人,而在于将受害人的保护放在什么样的位置。因为在现代侵权法中,很多情况下都是找不到行为人的,但并不能因此就使受害人自担损失。比如说某人在旅馆住宿,被人打成重伤,虽然找不到真正的侵权行为人,但旅馆如果未尽安全保障义务,仍然应当承担责任。这也说明找不到真正行为人,并不一定要由受害人自担损失。如果确实是将受害人的保护置于最重要的位置,将其作为归责的目的来考虑,那么通过各种技术手段是不难找到责任主体的。反过来说,一旦查找责任主体有困难,就要由受害人自担责任,那么现代侵权法发展出来的一些新的规则也就没有存在的必要了。

第四,由受害人自己承担损害,就忽视了侵权法基于公共政策的考量而保护受害人的功能。人们在社会中生活,首先必须要维护社会秩序的安全,社会生活空间需要最基本的安全保障,这是人类生存的起码条件。安全保障本身,就可以看成是公共利益的组成部分。^①为了维护此种安全保护义务,在德国法中通过扩张合同义务而设定保护义务,法国法中的保安义务,日本判例在战后也出现了安全关照义务。这些侵权法的新发展表明了安全保障在现代侵权法上的重要性,安全是侵权法所要追求的重要价值之一。社会的安全与个人自由和财产相比在价值序列中居更为重要的地位,假如没有一个安全的公共环境,那么无论如何强调对个人财产和自由的保护,其效果将导致个人人身和财产安全的丧失,公众在公共空间不敢越雷池一步,个人自由最终也无法实现。抛掷物侵权中优先保护受害人只是问题的一个方面,在救济受害人的背后还隐含着对公共安全的考虑和利益衡量^[10]。因为完全由受害人承担损失,不利于预防和防止损害的发生。一方面,抛掷物致人损害在许多情况下依靠现有的技术水平和勘查手段还难以查明,抛掷物究竟是从何处抛出、抛掷物的所有人是谁,但从公共安全考虑又不能因为事后找不到抛掷人而坐视不管,完全由受害人负责显然采取的是一种放任态度。另一方面,抛掷物常常不是针对一个特定的人实施的,往往是针对不特定的人实施的。高楼住户不道德地抛掷物品,往往对不特定的第三人带来危险,尤其是对社区居民造成危险。一个受害的行人,因为抛掷物被砸伤甚至砸死,就其遭受损害本身而言,是一个特定受害人,但是他遭受损害本身就表明社会公众的安全受到威胁,因为每个人从这里路过都可能面临此种危险,即被抛掷物砸伤。如果采纳由受害人承担损失的观点,那就意味着,任何人从楼上抛下东西,只要其事后难以查清即可免责,那么就会诱发严重的道德风险。在不能查

^① 参见:谢哲胜,高层建筑物坠落物致人损害的责任,载《月旦民商法》杂志,2005年第9期,第140页。但也有学者认为:公共安全理论完全把民法的调整民事权利义务关系的功能与政府职能混同了。参见:金夏,抛掷物致人损害责任之研究, <http://hoipda.vicp.net/news/chinalawinfo/>

清抛掷人的情况下则无人负责, 将会大大刺激不守道德的业主肆无忌惮, 高楼抛掷行为将会泛滥成灾。

第五, 这种做法违反了举证责任分配的基本精神。不正当地强加了举证责任给受害人, 从而漠视了对受害人利益的保护。一旦抛掷物致人损害, 尤其是造成严重的损害以后, 几乎没有人承认自己是真正的行为人, 而受害人在造成损害的刹那间, 很难发现抛掷物来自于哪一个具体的位置, 更不可能确定具体的行为人, 并就此举证。尤其是在许多情况下, 受害人遭受突然人身侵害之后, 因为意思昏迷精神紧张, 根本无法及时寻找行为人。即便受害人在事后能够举出一定证据, 证明某物是从某一房间扔出, 但是因为难以具有其他佐证, 也难以得到法庭的支持。正是因为抛掷物致人损害的情况下, 找不到真正的行为人, 要求受害人必须能够确定真正的侵权行为人, 这给受害人强加了过高的举证责任, 实际上是使受害人因无法举证不受保护。

第六, 从侵权法的角度来看, 要受害人自己承担责任, 前提就是受害人自身具有过错, 且受害人的过错是损害发生的主要原因。就抛掷物致人损害的责任而言, 受害人通常是没有过错的, 完全由受害人承担损失对受害人来说也是无辜的。对受害人的义务的标准并不是一个很高的标准, 因为我们不能期待受害人为了加害人的利益而使自己的利益陷于危险之中。^①

总之, 我认为, 由受害人自己承担损失, 无论从哪个角度上讲都是说不通的。

四、应当由可能致害的业主负责

在抛掷物致人损害的情况下, 受害人显然是无辜的, 不可能由其承受无法预测的不法损害。但在无法找到真正的侵权行为人的情况下, 就提出了一个法律上的问题, 即究竟谁应该对受害人承担损害赔偿? 有人认为, 抛掷物致人损害可能涉嫌刑事犯罪, 因此在发生严重致人损害的情况下, 必须及时通知警察予以侦查, 决定是否涉及犯罪行为并确定真正的犯罪嫌疑人。^② 问题在于如果能找到犯罪行为人, 也就意味着找到了侵权行为人, 因而就能找到责任人。即使不能找到犯罪嫌疑人, 如果能找到对损害发生有过错的人, 也能够令该有过错之人承担责任。例如, 有人在家中从事装修, 十多个工人在房间里施工。后来有一件装饰材料从楼上抛出致人损害。虽然事后无法确认究竟是谁丢弃的物件, 但仅仅因为只有这家装修的业主有这种装饰材料, 而且只有这一家装修公司在此地进行装修, 所以由业主或者装修公司承担责任, 这是有法律依据的。但实践中常常发生的问题是, 在一个建筑物里可能有许多家在进行装修, 无法判断究竟是哪一家抛出的装饰材料, 所以这就提出了一个法律上的难题, 究竟应该由谁对受害人的损害承担责任?

全国人大法工委提交全国人大常委会审议的《中华人民共和国民法(草案)》第 56 条规定: 在此情况下, 应当由该建筑物的全体使用人承担侵权责任。该规定引发了很多争议, 我认为: 该规定因为强调对受害人的保护, 确有其合理之处, 但是, 在抛掷物致人损害的情况下, 如果确实不能找到真正的行为人, 也不能找到有过错的人, 由该建筑物的全体使用人承担侵权责任, 范围过于宽泛^{[9](P.140)}。比如说, 既然是高楼抛掷物致人损害, 那么住在一楼的住户就不太可能造成受害人的损害, 所以将一楼住户也拉进来承担责任, 未免对其过于苛刻。我认为, 可以考虑由所有理论上具有实行致受害人损害侵权行为的建筑物里的业主承担责任。所谓可能的致害人是指有可能会从建筑物上抛掷物品致人损害的业主, 这里所说的业主实际上就是所有人。这些所有人可以通过查阅有关的登记资料来确定。我们说, 业主只是指所有人, 不包括承租人和临时的房屋借用人, 也不包括来访的客人、旅店的旅客等, 即使在客人或者旅客实施真正侵权行为, 但无法查明的情况下, 也应当由业主或者店主承担替代赔偿责任。如果受害人没有查清所有的业主, 法院也应当有权追加全体可能致害的业主为被告。

由业主承担责任, 并不是说所有的业主都可能致人损害, 因为在一个社区内业主数量往往极为众

^① Mayne and McGregor no. 158.

^② 金夏, 抛掷物致人损害责任之研究 <http://hotpda.vicp.net/news/chinalaw/info/>

多,许多业主与损害的发生完全没有关系,只有那些在物理上有可能造成受害人损害的部分业主。具体来说,从距离上判断,一般来说与受害人距离越近的,损害发生的可能性越大。如果距离比较远,从物理上不可能抛掷物品致人损害的,应排除在外。另外,从方位与高度上,应当判断抛掷物的来源方向以及高度。如果抛掷物致人损害的坠落高度也可以大体上确定一个范围,至少一楼的住户没有致人损害的可能。即使一楼的业主利用抛掷物品致人损害,也属于故意侵害他人人身的侵权行为,属于一般侵权行为,与高层建筑致人损害有本质区别。因此,从我国法院的司法实践来看,将一楼的住户排除在被告之外是有道理的。所谓发生的地点是指受害人在何处遭受损害,如果相距遥远,根本无法发生抛掷物侵权,例如在一个小区里面具有多个楼盘,具体发生抛掷物的侵权地点在某个具体的楼盘前,那么其他楼盘的居民通常无法构成抛掷物侵权人。二是抛掷物所抛掷的方向,从抛掷物方向判断受害人是十分重要的,受害人可能无法看清抛掷物的方向,可能有第三人作为证人证明抛掷物的具体方向,有可能从建筑物的某个窗户抛出,有可能从地面抛出,需要考察抛掷物在空间上的物理运动方向。四是要确定抛掷物的物理属性,如一个质量很小的物体通常无法致人损害,但同时应考虑到空间的距离,如从高处抛掷的烟灰缸可能砸伤行人并导致脑震荡。因此,在确认损害时,必须考虑到物件自身质量以及抛掷物的高度。再如,致人损害物件本身是外墙壁,因此在此种情况下,无法构成抛掷物侵权。

从罗马法以来,对于抛掷物致人损害时如果找不到真正的行为人,那么就由所有人承担责任。在建筑物区分所有的情况下,虽然无法确定具体的加害人,但是由于损害要么是从业主的专有部分,要么是从共有部分内抛掷的物品造成的,但是无论如何都是在小区内或者建筑物周围,就如同建筑物致人损害一样,小区的全体业主应该对损害负责。一方面,业主是有共有财产的,也有一些共同收入,这些是可以用来承担责任的。如果能够找到真正的行为人,那么毫无疑问,由真正的行为人承担民事甚至刑事责任。但如果不能找到真正的行为人,只能由有可能造成损害的业主承担责任。另一方面,之所以要由业主负责,是因为他们和损害的发生是具有关联的。因为抛掷物只能从建筑物的某一个房间或空间抛掷下来的。另外建筑物的存在本身就有一定的危险性,也就是说它为这种抛掷物致人损害创造了条件。尽管抛掷物是一种人为的行为,但它毕竟借助了建筑物本身,利用了建筑物的高度而且具有相当程度的隐蔽性,所以要求区分所有权人承担责任并非是毫无关联的。这里并不是说享有专有部分就具有过错,而是说其专有部分提供了可能性。如果抛掷物是从上而下的,通常情况下是在二层以上的才有可能,在通常情况下可以排除一层主体作为侵权人的可能,但如果抛掷物致人损害的方向是平行方向的,则一层居住人有可能是侵权人。

我认为,之所以由可能的致害的业主承担责任,其理由还在于:

第一,损失分担。从风险的负担和分散的角度而言,应当由业主负责。从公平分担损失的角度而言,现代侵权法的发展趋势,就是从强制制裁过错行为到强化补偿功能,转向以强化保护受害人为中心。其中比较典型的学说就是所谓“损失分担理论”。按照“损失分担理论”,当某种损害发生以后,法官不应当过多地注重过错的可归责性,而应当考虑在行为人和受害人两者之间由谁分担这个损失更为公平,更为合理。现代侵权行为法所关心的基本问题,不是加害人之行为在道德上应否非难,其所重视的是,加害人是否具有较佳之能力,分散损害^{[11](P.16)}。损失分担需要寻找一个“深口袋”(deeper pocket),有能力分散损害之人,并体认到这是一个祸福与共的社会,凸显损害赔偿集体化的发展趋势^{[12](P.8)}。而在抛掷物致人损害的情况下,由业主负责是一种损失分担的方式,因为相对于受害人而言,应当承担责任的业主是一个集体,其更具有分担损失的能力,使其负责更为公平。受害人毕竟势单力薄,已经遭受了不幸的损害,不能由其再负担全部损失。并且,业主集体相对于受害人来说,更有分散风险的能力。一方面,物业的业主往往都组成了业主委员会,并且收缴一定的费用作为物业基金,业主集体可以通过业主基金、向保险公司投保等社会化的机制分散此种物业风险,而受害人作为一个孤立的个人,其很难通过集团化、社会化的方式分散高空掷物的不测风险。另一方面,业主可以采取责任保险或者提供小区物

业管理费用等方式分散可能承担的责任,但受害人不具有这种能力^{[9] (P.140)}。还要看到,由业主承担责任,并不是纯粹的具有明显的惩罚性质的责任,而在很大程度上只是具有道义上的补偿性质,责任负担相对比较轻,能够承受,不会给责任人造成生活上的困难。

第二, 损害预防。从预防事故发生的角度而言,由可能致害的业主承担责任是最有效率的。侵权法在很多情况下实际上实现的是一种风险的分配,合理的风险分配政策也有助于预防损害的发生,如“最后的机会”理论,将风险分配给最有机会避免损害发生的人,这样不但可以防止事故的发生,而且也是符合效率原则的。^①按照学者的观点,在属于不作为责任原始形态的对他人侵权行为之责任领域内,监督者控制潜在危险的义务通常来源于他对危险源的控制能力^{[13] (P.269)}。一方面,由业主承担责任,最有可能形成一种激励机制来预防损害的发生。因为现代社区都有业主自治组织对社区进行管理,而且业主自治组织还聘请了专业的物业管理公司,因此由可能致害的业主可以使得业主自治组织采取措施避免损害的发生。而无辜的受害人不可能控制或者避免这种突如其来的损害。另一方面,业主最接近损害发生的原因,通过让业主承担责任,可以从损害发生的源头上进行治理。发生任何一个抛掷物致人损害事件要求业主承担损害责任,给所有的潜在有可能实施侵权行为的业主,包括真正实施侵权行为的业主也或多或少地增加了一定的成本,这对其无疑也是一种警告,可以督促小区业主采取必要的保护措施,以维护公共安全^[9]。相反,如果由受害人自行负责,无助于起到预防损害发生的效果,因为受害人在自己承担责任之后,既不可能阻止将来发生类似的抛掷物致害行为,也不可能因此阻碍其他人从发生损害的地方路过或负有更高的注意。

事实上,如果法律将此种不测损害单方面由受害人承担高楼抛掷物致人损害的危险,由受害人负担预防成本,即使受害人有能力负担,其预防成本也是巨大的,如此则意味着每个人在公共场所行走时,必须抬头仰望或者头戴钢盔等,这在实践中是匪夷所思的,因为行人本身是不可能进行此种投资或采取有效的措施。相反,业主可以通过约束住户的行为、装置监视系统查处真正的行为人等各种措施以防止损害,这样可以较低的成本预防损害^{[9] (P.137-138)}。业主也可以采取必要的措施减轻损害,如制定公约、社区宣教、树立提请注意的标示、设置栅栏、搭建遮蔽沿棚等,而这些举措是作为公共场所不特定第三人的受害人无法做到的。所以,从整个社会的效率考虑,由行人去预防损害社会负担的成本很大,欠缺经济上的合理性和实际的可操作性。

第三, 公共安全。从维护公共安全的角度考虑,公共安全,就是公众的安全^[6],现代社会中任何人都应当享有基本的安全,当小区成千上万的业主居住在一起的时候,他们之间和外来的人只有存在基本的安全,才能和谐地生活与交往。一方面,当社会公众的每一个人在楼下行走时,每个人应当具有一种合理的期待,相信在高层建筑物下行走或者从事其他活动不会遭受楼上抛掷物的损害。这种合理的期待就是公共安全的一个重要组成部分。假如说我们从楼下行走,发生抛掷物致人损害后,没有任何人对损害后果负责,那么就不存在公众这种期待,在楼下行走必然要变得非常紧张,随时担心面临不测之灾和飞来横祸,这就没有什么公共安全可言。另一方面,针对抛掷物致人损害的危险,国家当然有义务采取措施予以防止,但毕竟小区原则上是小区业主自治的地方,国家不可能投入巨大资金来保障不发生任何损害。每个业主应当参与维护社会交往公共安全、预防损害的发生。假如在无法查明真正的加害人的时候,业主也无需承担责任就会出现没有人对损害负责的情形,必将进一步引发更严重的道德风险,从客观上鼓励了致人损害行为的发生。在抛掷物致人损害的情况下,如果由楼道的住户负责,对于某些人来说也许是无辜的,但这样做维护了公共安全,也是值得的。还要看到,维护公共安全和维护业主的利益也是一致的。因为小区的公共安全的最大受益者是业主。假如此种抛掷物品的行为不能得到遏制,最大的受害人还是业主。因为在小区之中最经常行走、漫步的还是业主本身,如果抛掷行为不能得

^① Calabresi & Hirschoff Toward a Test for Strict Liability in Torts 81 YALE L. J. 1055, 1060 (1970).

到遏制,人身受到威胁最大的还是业主自身。业主为公共领域第三人的安全负有的保障义务,其实也是社区居民对自己的义务,如果由业主承担适当的责任,有利于防止损害,遏制不良行为,保证安全卫生的社区环境,则业主全体其实是真正的受益者。

第四,真实发现。从发现损害发生的真实原因的角度上看,令业主承担责任也可以促使业主提供证据来发现真实情况。毕竟抛掷物是从楼道中扔出的,与楼的所有人和使用人有一定的联系。尽管绝大多数业主不可能了解甚至根本不清楚损害是如何发生的,但毕竟损害的发生是业主中的某一个或者是有可能造成损害的人,因此相对于受害人而言,业主更有能力进行举证。相反,如果由受害人来证明加害行为,那么受害人在损害发生期间常常都是处于无证据的状态。如果要受害人证明,那么最终的结果就是由无辜的受害人自己承担损害。

应当由建筑物的所有人或使用人承担民事责任。这是否与传统民法的责任自负理念相悖呢?自己责任原则是建立在个人主义、自由主义的基点之上的,其宗旨主要在于保障个人自由。每个人只对自己行为和物件致人损害负责,而对他人行为所致的损害不承担责任,这就使每个社会成员成为具有独立意志的主体,而且可以使得个人对自己的行为后果具有可预见性,并且也使得法律规则具有可预见性。自己责任原则包括两个方面的内容:一是对自己的过错负责,二是对因为自己的行为造成的后果负责,即行为与损害之间具有因果关系。因此,在判断行为人是否应当对自己的行为负责时,必须要确定行为人是否具有过错以及其行为和结果之间是否具有因果关系。从民法上来看,为了强化对受害人的保护,责任人不一定是行为主体,责任人也可能为他人的行为负责,如替代责任就是此种典型责任形式^[6]。由业主承担责任,是因为业主和损害的发生也有某些关联性。正如我在前面所分析的,在抛掷物致人损害的情况,不能找到真正的行为人,也不能让无辜的受害人承担责任,因此推定业主与损害结果之间具有一定的因果联系,这种推定的考虑因素就在于致害的可能性、关联性以及建筑物的危险性。

我们说由业主承担责任,是指由建筑物区分所有的所有人承担责任。在房屋出租的情况下,如果具有承租人抛掷物致人损害的可能,则在业主承担责任的情况下,可以由业主与承租人之间进行内部分担。除了业主承担责任之外,也不完全排除其他人承担责任。例如,在抛掷物致人损害的情况下,物业管理人等本身可能违反了一种保护小区内的人身和财产安全的义务。比如,在一个小区内,发生了多起抛掷物致人损害的事件,但小区并没有采取有效的手段防止此类事件的发生,在此情况下表明,该小区物业管理人等没有尽到社会交往中的安全保障义务,应当承担由此造成的损害赔偿责任。

五、因果关系的推定及其免责事由

我们说,由可能致害的业主承担责任,实际上在法律上采取了一种推定的机制,而不是说,实际上每一个业主都与此种损害具有事实上的因果关系。因为可能致害的业主不是单独的一个人,在建筑物采取区分所有的情况下,一个建筑物具有成百上千的居民,那么造成损害的潜在加害人也成百上千,但并不是所有的业主都是事实上的加害人,法律上无法认定每一个人都是事实上的加害人,所以,只能采取因果关系推定的方法,在无法举证证明自己不可能实施现实侵权行为的情况下,推定所有其他人都与损害的发生具有法律上的因果联系。

(一)采用因果关系推定的必要性

所谓推定,是指根据已知的事实,对未知的事实所进行的推断和确定。1804年《法国民法典》第1349条规定:“推定是法律或法官从已知的事实推论未知事实而得出的结果。”从民法上来看,推定具有两种情况,一种是加害行为的推定,即在原告无法证明加害事实情况下,由法官根据有关法律规范和客观事实来推定某种加害行为的存在^{[9](P.137-138)}。在法国的有关判例中,对于建筑物内的物致人损害,法官常常根据推定原则来确定行为人的责任^{[3](P.298)},但这种责任的前提是推定的基础事实是存在的。如果建筑物为一人所有且是由一人使用,那么在抛掷物致人损害后,可以采取事实推定的方式,推定高

楼的所有人和管理人员具有过错并应当承担责任。在我国司法实践中,有的法院便采取了此种做法。^①但是,在小区采取建筑物区分所有的情况下,一栋建筑物有成千上万的居民,很难确定究竟是从哪一家、哪一户抛掷的物品致人损害,因为基础事实不确定,无法对行为人及其过错进行推定。正是因为这一原因,我认为抛掷物致人损害也无法适用事实推定。

另外一种推定是因果关系的推定。因果关系推定是指在发生现实损害和事实上的侵权行为之间,推定二者之间具有法律规定意义上的因果联系,是受害人在证明其损害结果与行为人的行为之间有初步的因果关系的基础上,由法官对因果关系的存在进行推定,而同时也允许行为人举证予以推翻。由于某些侵害行为与其损害结果之间的因果关系的复杂性和复合性,在诉讼中处于弱势地位的受害人很难举证证明因果关系的成立,因此有必要实行因果关系的推定。因果关系推定主要适用于一些产品责任、医疗事故责任、环境污染责任等侵权案件。例如,公害案件中,受害人就因果关系举证的能力有限,甚至根本无法举证,此时若遵从一般的举证规则,对受害人极为不利,所以,在特殊情况下也实行因果关系的推定。加害行为的推定属于事实推定,而因果关系的推定属于法律上的推定。^②因果关系推定最典型的例子是美国产品责任中的“市场份额 (Market Share)”责任理论,就是由生产引发妇女乳腺癌药品的几个企业依据其药品市场销售份额承担相应比例的赔偿责任。^③

因果关系推定,即意味着受害人在因果关系的要件上,就不必举证证明,而是由法官推定因果关系的存在。在高楼抛掷物侵权的情况下,数个行为人都可能造成损害,但是不能确定谁是真正的行为人,此时法律从公平正义和保护受害人的角度出发,推定每个人的行为与损害之间都具有因果关系。在真正的行为人未被发现之前,推定每一个潜在的业主都与损害事实具有因果联系。为什么在抛掷物致人损害的情况下,要实行因果关系的推定?这当然首先是因为无法确定真正的侵权人,也无法确定对损害发生具有过错的人。为了强化对受害人的保护,有必要找到一种恰当的机制,为这种责任的建立提供必要的法律理论基础。那么,因果关系的推定,就是此种恰当机制的基础。具体而言:

首先,从价值取向上看,实行因果关系推定是为了保护受害人的需要。在抛掷物致人损害的情况下,建筑物采取区分所有,很难确定真正的侵权人,但不能由受害人自己承担损失,所以,法律必须采取一种公平的损害分担机制。何况,在法律推定的层面上,推定范围内的潜在的业主都具有侵权的可能,法律令其承担责任也并非没有公平合理的依据。

第二,有助于发现真正的行为人。法律上之所以采取因果关系推定,通过此种机制具有两方面的作用:从积极方面来看,可以激励业主主动举证证明谁是真正的所有人;从消极方面来看,业主也具有充分的能力来证明损害的发生与自己没有关系,从而排除自己不属于潜在的侵权人范围,至少有助于法院最大范围缩小承担责任的业主范围,在最大程度上公平地令其他业主承担责任。因为,相对于受害人,所有业主更有利于了解事情的真相,所以推定业主与损害之间具有因果关系,有助于法院发现真相。

^① 2001年5月11日凌晨约1时40分,重庆市民郝某与朋友李某在街上谈事情,被临路楼上坠落的烟灰缸砸中头部,当即倒地,被送至急救中心抢救。郝某后被鉴定为智能障碍伤残、命名性失语伤残、颅骨缺损伤残等。公安机关经过侦查现场,排除了有人故意伤害的可能性。2001年8月,郝某将位于出事地点的两幢居民楼的产权人以及两幢居民楼一定楼层以上的25户居民告上了法庭,要求他们共同赔偿自己的医药费、精神损失费等各种费用。重庆市渝中区人民法院经审理,反复查证,仍难以确定该烟灰缸的所有人。一审法院认为,难以确定该烟灰缸的所有人,除事发当晚无人居住的两户外,其余房屋的居住人均不能排除扔烟灰缸的可能性,根据过错推定原则,由当时有人居住的王某等有扔烟灰缸嫌疑的20户住户分担该赔偿责任。最后判决,郝某的医药费、误工费、护理费、伤残补助费、生活补助费、鉴定费、精神抚慰金共计178233元,由王某等20户住户各赔偿8101.5元,在判决生效后立即付清;案件受理费及其他诉讼费,也由22名“嫌疑”被告分担。判决后,王某等住户不服,提起上诉。二审法院判决维持原判。参见“高空抛掷物致人伤害应如何处理?”,载《北京青年报》2002年09月24日“法律圆桌”第89期。

^② 因果关系推定在我国司法实务中业已得到采用,例如2002年4月1日实施的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第8款规定:“因医疗行为引起的侵权诉讼,由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。”

^③ 例如,在美国,1980年著名的“辛德尔诉阿伯特实验室”案件中,由于真正的行为人难以确定,受害人的母亲在多年前服用了一种安胎药而导致了受害人患上癌症,但因时过境迁已经无法确定服用的究竟是哪一个厂家的药物。

第三,可以从宏观层面上促进小区安全保障义务意识的提高。小区业主不仅仅是区分所有人,而且具有共同密切的生活关系,任何一个业主的故意或者过失行为都有可能给全体小区业主带来较大的损害和影响,从楼上坠落的抛掷物不仅仅针对其他受害人,而且给全体业主带来生命财产安全的威胁,所以,推定潜在的业主承担责任可以强化全体业主的安全保障意识,减少类似案件的发生。

由业主承担责任实际上采取的是一种推定因果关系存在的责任,其基本原理与共同危险行为是相同的,无非共同危险行为中参与危险行为的人是确定的,而在抛掷物致人损害的时候只是存在一个加害人,其他的业主并没有实际从事危险行为。但是,之所以抛掷物致人损害也采取因果关系的推定就是因为建筑物所存在的对他人人身或财产安全的危险性,在共同危险的情况下对因果关系采取推定的方式,但是,此种推定不能替代在抛掷物致人损害责任中的因果关系推定,其区别主要表现在:一方面,在抛掷物致人损害责任中,并非所有的行为人都参与了共同危险行为,可能只有其中某个人造成了危险;而在共同危险行为中,虽然不能确定真正的加害行为人,但是可以确定所有的共同危险行为人都参与实施了危险行为。另一方面,抛掷物责任的因果关系之所以采用推定的办法,主要是基于一种价值判断,大多是出于一种公平的考虑——不能使无辜的受害人蒙受损失,这种推定法律没有明文规定,是一种裁判中的推定;而在共同危险行为中,对因果关系的推定是基于法律的直接规定,有明确的法律依据。此外,在共同危险行为中,每个行为人都要承担连带责任,这对于抛掷物责任中的业主未免过重。

(二)法律上推定因果联系的构成要件

不是说一旦发生了抛掷物致人损害的情况,就要采用因果关系推定的方法。是否适用因果关系推定也要确定是否存在相关的条件。

第一,受害人必须遭受了现实的损害,又无法确定具体行为人。因为如果能够找到确定的行为人,此时可能适用一般的过错责任,也可以适用民法通则第126条的规定。如果能够找到有过错的当事人,也不适用因果关系的推定,例如数人在建筑物外墙施工,某人随手将工具抛下致路过的行人损害,而又无法找到具体的行为人,此时可以推定该数人为共同危险行为人,因此适用共同危险行为责任,无需进一步进行因果关系的推定。

第二,受害人处于无证据的状态,无法举证证明真正的加害行为人。其无法举证证明具体的行为人,也无法指认抛弃物从哪一户抛出的,即便其指认了,也往往没有确实的证据加以证明。因果关系推定的理论本身就是为了减轻受害人的举证负担,申言之,通过这样的一种机制,可以有效地保护受害人,使得受害人避免因无法证明加害行为人而自甘损害。但是,如果受害人能够举证证明,例如受害人拥有证据证明导致其损害的物品为何人所有,那么就根本不需要采取因果关系的推定方法。

第三,因果关系的推定必须是推定那些具有导致损害发生的可能性的业主与损害之间的因果关系,而不是漫无边际地推定所有业主的行为与损害之间的因果关系。可能的责任主体的范围的确定,从空间范围来看,究竟是一个单元、整个大楼还是社区所有业主,实务中并不明确。推定的业主必须具有事实上从事侵权的可能性,一旦出现了发生了,存在进行这种因果关系推定的可能性就在于业主具有致害的可能性。如果业主根本不可能从事抛掷行为致受害人损害,就不可能构成危险来源,抛掷物责任是因果关系的推定,如推定的责任主体能够举证证明其不可能是加害原因,或是其他原因造成的损害,如居住在建筑物一层、或与损害发生地距离遥远等,则可以推翻因果关系的推定,从中脱身。一般来说,从高楼抛掷物体必然给周围的行人带来危险,楼层越高,危险越大,但是住在顶层的业主,未必就能够抛掷特定物致行人损害,必须从抛掷物的力量、路线等物理上的因素来判断,确定是否是可能造成损害的业主。

我认为,责任主体必须是与危险有关联的那部分业主,其范围的确定首先需要依据受害人的方位、抛掷物的类型、建筑物的状况、损害事实的发生等具体情况确定抛掷物危险来源的可能范围,然后在此基础上确定特定范围内的业主,推定其与损害的发生具有因果关系,从而使其承担赔偿责任。该特定范围的确定,在个案中根据具体情况有所不同。一般来说,如果仅仅是在小区内特定的建筑物前发生的损

害,则被告只能限于该栋建筑物内的业主,而不能任意扩大化。即便是在一个特定建筑物内,如果能够 将抛掷物的危险来源锁定在特定的单元,则由该单元的业主承担责任。如果抛掷物是从上而下抛落,则 应排除一楼的业主。如果不能作完全的排除,则应该将凡是有潜在可能性的业主全部列为被告。如果 能够确定具有过错的行为人,受害人根本没有遭受损害或者只是受到轻微的惊吓,应当对该行为进行谴 责,属于道德的范围,没有必要进入到侵权法的领域,所以,更没有必要进行因果关系的推定。

第四,如果可能造成损害的侵权人仅仅是确定的一部分人,这可能适用共同危险行为责任或者其他 责任。比如说,数人在室内施工,向室外扔出建筑材料,虽然无法确定具体抛掷人,但可以确定,抛掷人 属于在屋内施工人所为,直接可以推定,这些施工人为共同危险侵权人。又如,数个小孩在屋顶玩耍,向 楼下抛掷瓦片,导致行人受伤,可以推定他们的监护人都具有过错,应当承担民事责任,但也不属于抛掷 物致人损害责任。

第五,直接引发损害的物件只能是抛掷物,而不能是建筑物倒塌及其部件坍塌或者悬挂物脱落。如 果是建筑物或者建筑部件脱落导致行人受伤,则适用一般的侵权规则,没有必要适用抛掷物的责任。

此外,如果涉及到物业公司违反了相关注意义务,例如建筑物的公用部分,如电梯房中的物品坠落 造成损害,则应当直接追究其责任,而不能适用抛掷物责任。

(三) 因果关系推定的抗辩事由

既然是推定的因果关系就说明,作为被告的业主是可以通过举证证明来推翻此种因果关系的推定 的。这就是业主的免责事由问题。我赞成抛掷物侵权应当适用严格责任,理由在于:第一,抛掷物侵权 与一般的搁置物、悬挂物致人损害相比具有更大的危险,在地上物致人损害采取过错推定的情况下,抛 掷物致人损害的归责原则只能更为严格。第二,与地上物致人损害相比,抛掷物致害的情况下,受害人的 举证也更为困难,甚至在有些情况下几乎无法就行为人有过错加以举证。而相反,高层建筑的所有权人 则就其没有过错加以举证也更为便利。为保护受害人的利益,有必要采严格责任,限制免责事由的范围。 第三,在高空抛物致人损害的情况下,行为人本身就是不明的。在此情况下,要求受害人就过错进行 举证显然更为困难。这些问题是过错责任包括过错推定责任所无法解决的,只能通过严格责任,通过 限制行为人的免责事由来加以解决。例如,有学者认为,“证明在发生损害的时候,自己没有在该建筑 物之中。既然发生损害的时候自己没有在现场,当然就没有实施该种行为的可能,当然可以排除其责 任。”^[6]我认为,仅仅证明这一点是不够的。因为在特殊情况下,即使业主能够证明他不在自己的房间, 但并不排除该业主可能从其他人的房屋抛掷物品,也有可能将建筑物出租给他人。在这些情况下,能够 证明自己不在房间,也无法排除该物是从自己的房间抛掷出去的。所以对抛掷物致人损害的免责事由, 应该进行严格限定。第四,抛掷物致害时,引起损害发生的是积极的行为;而在一般的地上物致害责任 时,地上物的所有权人只是没有尽到保护义务,直接导致损害发生的只是其消极的不作为。在通常情况 下,消极不作为的侵权行为,在主观上通常为过失,而以积极行为发生侵权损害后果的,通常在主观上具 有故意,从这一点上讲,对抛掷物致害的规制应当比一般的地上物致害更为严格。

基于严格责任原则,抛掷物致人损害免责事由主要包括如下几种:

一是从建筑物所在的位置与损害地点来看,不具有发生损害的可能性,例如二楼的业主证明即便是 其抛掷的物品,从物理上讲也不可能造成此种损害,那么二楼的业主的行为与损害之间完全没有任何关 联性,应当排除在因果关系的推定之外。再如某一个楼房与损害发生的地点相距遥远,不可能从该楼中 抛掷物品致受害人损害,因而该楼的业主可以免责。

二是从业主所有的房屋与损害发生的关联性来看,如果没有任何抛掷物品的可能性,应当可以被免 责。例如某业主的房屋因被法院查封,根本没有办法住人在里面,自然从该户中不可能抛掷出任何物

品。或者房屋已经长期无人居住,并且不可能进入。^①

三是抛掷物不可能不为某人所有。例如,抛掷烟灰缸,这个物品可能所有的业主都会有,但如果抛掷的物品是一种特殊的物品,只能为某一个人所有,也可以使他人免责。如某种装修材料,不一定是所有的人都有。如果证明该建筑材料只能由某人所有,则可以使其他业主免责。

四是如果能够举出真正的行为人,那么其他人可以被免责。推定因果关系的目的,就是通过推定去发现真正的行为人。如果业主仅仅证明其本身没有过错是不能被免责的,但如果他能够证明其他人为真正的行为人,比如他能够证明某个物品就是为某人所有,甚至能够证明该人抛掷了该物品致人损害,那么就可以使自己和其他业主免责。

六、抛掷物致人损害的责任承担

毫无疑问,抛掷物侵权人应当依据严格责任的归责原则承担责任,但仍有两个问题值得探讨,一是就责任的承担方式来看,各个可能造成抛掷物危险的业主承担按份责任还是连带责任?二是就损害赔偿的范围来看,究竟是全部赔偿还是部分赔偿?

如前所述,如果能够直接找到抛掷人,则对责任的承担无疑应当由抛掷人承担责任。但是,一旦推定有可能造成损害的业主承担责任之后,直接现实问题就是,业主应当承担什么样的责任。

(一) 业主承担按份责任

关于业主应当承担的责任方式,有两种不同的观点,一种观点认为,各个业主对受害人已经构成了共同侵权或者共同危险行为,应当对受害人承担连带责任^[5]。也有人认为各个业主基于他们在小区中的居住关系和共有关系,损害发生在共有财产内,因而应该由他们承担连带责任^[6]。第二种观点认为,虽然全体业主应当对损害承担责任,但毕竟各个业主之间不构成共同侵权,所以,不能让所有业主承担连带责任,而应当分别承担责任。即由全部的产权人就全部损害平均分摊责任。

我不赞成基于共同侵权或者共同危险行为而适用连带责任,因为抛掷物责任与共同侵权是完全不同的:首先,从客观方面来看,各个业主并没有共同实施抛掷物致人损害的行为并致受害人损害。在共同侵权行为情况下,数人的行为相互联系,构成一个统一的致人损害的原因。从结果来看,任何一个共同侵权行为人的行为都对结果的产生发挥了作用,即各种行为交织在一起,共同发生了作用,因而由行为人承担连带责任是合理的^{[14] (P. 168)}。但在抛掷物致人损害的情况下,业主不可能共同实施抛掷物的行为,甚至不可能存在着一个业主实施侵权行为、其他人提供帮助的情况。其次,从主观方面来看,业主之间对于损害的发生也没有共同的过错。主观过错的共同性,也就是说共同侵权行为人具有共同的致人损害的故意或过失是连带责任的基础^{[15] (P. 227)}。传统上共同过错仅指行为人具有共同故意,即意思联络。但随着对受害人保护的强化,共同侵权行为的范围也有进一步扩大的趋势,现代各国法律大多认为共同侵权可以包括共同过失,而限于共同故意。正是因为行为人主观上具有共同过错,才使数个行为人的行为联结为一个整体,并使行为人共同对行为的结果承担连带责任^{[16] (P. 50)}。但在抛掷物致人损害的情况下,各个业主彼此之间不可能事前有任何的意思联络,也不可能对损害的发生具有可预见性。所以无法确定各个业主对损害的发生具有共同的过失。尤其应当看到,如果采用共同侵权,而由各个业主承担连带责任,这就可能导致由某一个业主来对全部的损害负责,其结果会是可能使得无辜的业主承担了全部赔偿责任。这不仅对其是不公平的,而且在实践中很难操作。

抛掷物致人损害也不同于共同危险行为,我们在前面的分析中,已经指出了它们的区别。在实践中,建筑物本身就是一种危险,每个业主居住在小区中,抛掷物本身对行人构成危险,抛掷物发生突然,借助于建筑物又会给行人造成损害,我认为,虽然建筑物对抛掷物致人损害提供了一定的条件,但不能

^① 在重庆的烟灰缸案件中,法院就认为,有两户因长期无人居住,该业主应当免责。参见《北京青年报》2002年09月24日“法律圆桌”第89期。

说,居住在高层建筑物内就对行人产生了危险,并据此要求其承担共同危险行为的责任^[2]。也不能够基于共同危险行为来责令全体业主承担连带责任。

我也不赞成,仅仅根据业主具有共同的居住关系和生活关系而使其承担连带责任。毫无疑问,区分建筑物的业主之间存在一种共同生活的关系,也存在一种共有的财产关系,但是这种关系还不足以成为使各业主承担连带责任的依据。他们只是因为恰好居住在一栋建筑物之间而已,彼此之间也没有特殊的血缘、亲情或者利害关系。全体业主虽然具有一种共同关系,但这并不意味着应该承担连带责任。一方面,毕竟抛掷物致人损害并不是建筑物致人损害,直接致人损害的物件不属于共有财产,与共有财产致人损害具有很大区别。另一方面,业主居住在其购买的房屋内并没有过错,建筑物本身也不是一种危险物件,他与抛掷物致人损害的后果没有必然的联系。事实上,虽然建筑物对损害的发生起到了一定的作用,但抛掷物致人损害根本上不是物致人损害,而是一种积极行为致人损害。此外,在抛掷物致人损害发生后,如果要求各业主承担连带责任,则某一个业主承担了全部责任,而此后其追偿遇到了困难,则对其是很不公平的。至于共有财产作为责任的基础也是不成立的,因为抛掷物本身不是共同财产,不能要每个业主对抛掷物的损害共同承担连带责任。所以,以共同生活关系和居住关系作为承担连带责任的基础是不妥当的。

当然,从对受害人保护的角度出发,连带责任确实有利于保护受害人,但是我们说保护受害人也是有一定限度的,不能因此而将各个业主置于不堪重负的地步。使业主承担严格责任已经在充分保护了受害人,没有必要进一步加重业主的责任。比较而言,采用按份责任还是更为合理一些,一方面,这种做法在对受害人进行充分保护的同时,也兼顾了业主的利益。另一方面,尽管按份责任需要确定每一个业主对损害发生的原因力进行综合判断,但实际上在抛掷物致人损害的情况下,既然因果关系本身就是推定的,这也表明原因力的大小也是很难确定的,只能采取一种大体均等的方式推定各个业主与损害结果之间具有相同的原因力。

(二)关于责任的范围

对此存在着两种不同的观点:一是全部责任说。此种观点认为,抛掷物致人损害,仍然属于物件致人损害的一种类型,与推定与否没有关系,因此全体业主应当对全部的损害承担责任,不考虑业主的经济能力、负担方面是否存在差别。在我国司法实践中,有的案例确实采纳了此种观点^{[17] (P. 157)}。二是部分责任说。此种观点实际上是从民法通则第 132 条的公平责任出发的,认为尽管要保护受害人,但是毕竟多数业主的责任乃是基于因果关系的推定而产生的,除了隐藏在其中的真正加害人之外,其他业主在某种程度上也是无辜的,所以基于公平责任的考虑,要求相关业主承担部分的赔偿责任是比较妥当的。

我认为,无论是全部赔偿还是部分赔偿,首先应当考虑在确定责任范围时所依据的归责原则。对此,我赞成实行公平责任,由行为人对受害人依据公平原则进行适当的补偿。公平责任,又称衡平责任(Billigkeitshaftung),是指当事人双方在对造成损害均无过错的情况下,由人民法院根据公平的观念,在考虑当事人的财产状况及其他情况的基础上,责令加害人对受害人的财产损失给予适当补偿。我国《民法通则》第 106 条第 3 款关于“没有过错,但法律规定应当承担民事责任时,应当承担民事责任”和第 130 条关于“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”的规定,是公平责任原则的重要法律依据,此外民法通则则在多个条文中都规定了公平责任。从而使公平责任上升为一项归责原则。之所以在确定责任范围的时候要考虑公平原则,主要有如下几个依据:

第一,公平原则的适用,具有明确的法律依据。按照公平尺度衡量当事人之间的经济利益,使民事责任符合公平正义要求。抛掷物责任的实体法依据为民法通则第 132 条规定的公平责任,受害人可以以该条款为请求权基础主张权利,但是由于该条款过于宽泛,应当予以类型化、具体化,而抛掷物责任就是在现代社会基于城市化发展而涌现出来的公平责任类型化的一种。抛掷物致人损害,适用一般侵权的过错责任将导致重大不公,但法律又无明文规定其属于严格责任和过错推定责任的特殊侵权类型,因

此,在这种情况下,只能依据公平责任原则根据实际情况由当事人分担损失。还要看到,由于我国目前社会经济水平尚不发达,社会保障和社会保险机制尚不完备,因此公平责任原则仍有其独特的法律价值,弥补过错责任和无过错责任的不足,缓和侵权法规范的弹性,调整侵权行为中当事人之间的财产状态和利益关系。公平确定赔偿数额,是与社会主义道德准则的要求相一致的,同时也符合中华民族传统的善良风俗。公平分配损失,在许多情况下也有利于民事纠纷的合理解决,避免矛盾的激化和增进社会的安定团结。

第二,适用公平责任兼顾了业主和受害人的利益衡平。所谓利益衡量,也称为利益的考量、利益的平衡等,实际上是对当事人之间的利益,以及当事人与社会公共利益之间,进行考量,以寻求各方利益的平衡,从而维护社会实质正义的实现^{[18](P.175)}。其实质上是赋予法官自由裁量权,以公平解决法律纠纷。利益衡量要求法官在裁判案件时,以立法者的角度考虑各种利益的冲突而对法律的适用加以取舍。抛掷物致人损害的责任归属实质上即是一个利益衡量的问题。抛掷物侵权责任的确定,涉及到损害分担、对受害人基本人权的保护以及通过配置责任达到公共福利和社会效益的最大化,促进社会和谐和公共安全。那么在进行利益衡平的时候,需要适当兼顾各方的利益。一方面,之所以考虑要由业主承担责任实际上就是兼顾了受害人的利益,另一方面,由可能造成损害的业主负责,并不是说,要他们对其过错行为负责。就对受害人的损害而言,绝大多数业主可能都是没有过失的,如果把他们确定为过错行为人,这也是他们完全不能接受的。但是,如果采用公平责任,那么,只是说基于经济负担能力等方面的考虑来适当地承担补偿责任。法律上并没有说他们就是过错行为人,这种责任本来就是基于利益衡平而对受害人进行的补偿,而并非基于业主的过错而进行赔偿,这也容易为他们所接受。此外,在责任范围的确定上,因为不是完全的赔偿,且每个人都只是适当地分摊,一般也不会超出其负担能力。如果完全由业主承担损失,则业主的责任可能过重,而未能达到利益衡平的目的。

第三,公平责任也给予了法官一定的自由裁量权。公平责任是一个弹性条款,可以在无法适用一般侵权和特殊侵权的条件下,由法官公平裁量,酌情赔偿。公平责任依赖法官内心的公平观念在归责时发挥作用,可见,公平责任是一项较为弹性的责任,这充分体现了我国司法中所贯彻的原则性与灵活性相结合的原则。在抛掷物致人损害的情况下,适用公平原则实际上就是要由法官根据具体情况来确定赔偿数额,使确定责任的范围更具有合理性。一方面,对这种损害发生后是否全部赔偿,可以由法官根据具体情况来考虑。法官在确定抛掷物致人损害的赔偿范围时,其要考虑的基本因素就是受害人所受损害的程度、经济状况,业主的范围、负担能力等。如果受害人受害的程度并不重,而业主人数众多,则每一业主承担的数额就相对较少;如果受害人受到的损害巨大,而相关业主人数较少,则每一业主承担的赔偿数额就比较多。比如受害人有一定负担能力,而业主则普遍比较贫困,则可以考虑受害人自行承担一部分损失。如受害人遭受的损害较重,且根本无力承担损失,就应当由业主承担主要部分损害。另一方面,在公平责任的情况下,一般不要求赔偿精神损害,因为精神损害赔偿本身具有一定的惩罚性,而抛掷物致人损害责任的核心是补偿,不应使责任人受到惩罚。

无论法官根据何种裁量标准,赔偿的数额不能过低。我们说要承担部分责任并不是少量责任,对受害人无法起到救济的作用。即便受害人具有一定的承担损害的能力,法官也应当尽可能提供适当的救济。总的来说,在确定损害赔偿具体数额时,应当向受害人保护倾斜。

既然我们确定了抛掷物致人损害责任在赔偿范围的问题上适用公平原则,因此,在损害赔偿的范围上既不是全部赔偿,也不是按份赔偿,究竟应当采取何种赔偿方式,则委诸法官基于受害人的受害状况、各方经济地位等个案中的实际情况,来综合考虑,判令业主作出适当的赔偿。我们要由业主承担责任,首先要由法官基于公平考虑,确定出一个应当对受害人进行补偿的总的数额,然后在业主之间进行分摊。业主之间的分摊应当根据业主的专有部门所占的面积来确定,也可以考虑采用平均分摊的方法。

七、结束语

高空抛掷物件的行为无疑是一种严重违反道德的行为, 高楼抛掷行为问题仅仅依靠当事人的自律是不够的, 在诉诸道德和业主自律的同时, 法律作为人们共同生活的规范, 必须对此种侵权行为做出相应的对策, 探究有效的制度安排, 充分保护受害人的合法权益和公共安全。但从长远来看, 仅仅通过侵权法的救济是不够的, 这种手段也是不得已而为之的办法, 应当考虑在侵权法救济途径之外, 建立起比较完善的社会救助体系, 对抛掷物致人损害的受害人给予一定的救济。也可以考虑对高层建筑物的业主在购房款中提取一定比例的金钱, 建立抛掷物致人损害赔偿基金, 从而多管齐下, 建立起完整的综合性的抛掷物致害救济体系, 努力实现社会的公平正义。

参考文献:

- [1] [古罗马]查士丁尼·法学总论[M].北京:商务印书馆,1997.
- [2] 关涛.对高层建筑物落物致害案件中集体归责问题的研究[J].月旦民商法杂志,2004(9).
- [3] [德]冯·巴尔·欧洲比较侵权行为法(上)[M].张新宝,译.北京:法律出版社,2004.
- [4] 罗结珍,译.法国民法典(下册)[Z].北京:法律出版社,2005.
- [5] 贾桂茹,马国颖.高空抛掷物致人伤害应如何处理?[N].北京青年报,2002-09-24.
- [6] 杨立新.对建筑物抛掷物致人损害责任的几点思考[J].判解研究,2004(2).
- [7] 麻锦亮.抛掷物侵权责任[J].判解研究,2004(2).
- [8] [德]拉伦茨·法学方法论[M].陈爱娥,译.台北:五南图书出版公司,1996.
- [9] 谢哲胜.高层建筑物坠落物致人损害的责任[J].月旦民商法杂志,2005(9).
- [10] 张俊岩.抛掷物致人损害的责任主体与归责原则[J].判解研究,2004(2).
- [11] 王泽鉴·民法学说与判例研究(第2册)[M].北京:中国政法大学出版社,1998.
- [12] 王泽鉴·侵权行为法(第1册)[M].北京:中国政法大学出版社,2001.
- [13] [德]克雷斯蒂安·冯·巴尔·欧洲比较侵权行为法(下)[M].焦美华,译.北京:法律出版社,2001.
- [14] 张新宝·中国侵权行为法(第2版)[M].北京:中国社会科学出版社,1998.
- [15] 佟柔,主编·民法原理[M].北京:法律出版社,1986.
- [16] 王泽鉴·民法学说与判例研究(第1册)[M].北京:中国政法大学出版社,1998.
- [17] 今日说法故事精选(2)[Z].北京:中国人民公安大学出版社,2004.
- [18] 杨仁寿·法学方法论[M].北京:中国政法大学出版社,1999.

Liability for Personal Damage Caused by Throwing Objects

WANG Li-ming

(Rem in University of China Beijing 100872)

Abstract As a special type of tort the personal damage caused by throwing objects has its characteristics. For whatever cause it is unreasonable that the victim should bear the loss. Instead the property owner who probably caused the damage should. This assumed liability is determined actually by a presumption on causation. Each of the property owners which may cause the danger of throwing objects shall be liable on pro rata basis and compensate for the damage so caused under the principle of equality. Therefore a comprehensive remedial system should be established for any damage caused by throwing objects so as to achieve social equality and justice.

Key Words Personal Damage Caused by Throwing Objects; Tort; Principle of Assumed Liability; Liable; Compensation

(责任编辑 寇丽)