

风险社会视域下大规模侵权的重新定位

——侵权责任的正当性基础比较分析

焦富民 沈琥天

内容提要 单一侵权责任的正当性基础在于矫正正义,其通过双极性的结构意在平衡侵权人和受害人之间的利益,追求的是个人正义,并依据矫正条件的不同更倾向于实现个人自由抑或个人安全;大规模侵权责任的正当性基础在于分配正义,其通过三层分配的结构旨在尽可能恢复被行为破坏的社会秩序,追求的是社会正义,偏重于社会安全的实现。风险社会背景下大规模侵权不能被单一侵权所涵盖,侵权法应当确立其独立地位。作为一类新型的侵权行为,大规模侵权应适用严格责任原则,且是一种更为严格的归责原则。

关键词 风险社会 大规模侵权 矫正正义 分配正义 严格责任

经济的快速发展和科技的广泛运用极大地改变了人类的生存方式和生活水平,现代文明社会逐步迈入“风险社会”,大规模侵权(mass torts)在众多领域时有发生。针对风险社会背景下频发的大规模侵权案件,法学界特别是民法学界给予了特别的关注,展开了深入的研讨。大多数学者认为应将大规模侵权作为特殊问题处理,应对受害人采取多元化的救济模式与方式。至于大规模侵权如何定位,民法学界是有分歧的,只有少数学者明确将大规模侵权视为一类独立的侵权行为。定位问题主要涉及大规模侵权和传统侵权的关系。笔者以为,大规模侵权已然成为现代风险社会中的公共事件,其定位问题不能以单一侵权的类型为建构依据,而应当回归到对侵权责任正当性基础的判断上。

单一侵权责任的正当性基础:矫正正义

研析单一侵权责任的正当性基础,首先要准确理解和科学把握侵权责任的正当性基础。侵权

责任基础的核心内容应当是对当事人承担侵权责任的伦理基础研究,是对侵权责任实现的价值目标及其制度运行的道德基础的哲学研究。而正义是侵权责任正当性基础的最为本质的因素。博登海默指出:“正义有着一张普洛透斯似的脸(a Protean face),变幻无常,随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌。当我们仔细查看这张脸并试图解开隐藏其表面背后的秘密时,我们往往会深感迷惑。”^①同时,他认为:“从最为广泛的和最为一般的意义上讲,正义的关注点可以被认为是一个群体的秩序或一个社会的制度是否适合于实现其基本的目标。如果我们并不试图给出一个全面的定义,那么我们就有可能指出,满足个人的合理需要和主张,并与此同时促进生产进步和提高社会内聚性的程度——这是维持文明的社会生活所必需的——就是正义的目标。”^①正义的理念是随着社会的变迁而不断发生变化的,其内部的价值秩序也应随之作出相应的调整。正是正义的这种变化,侵权法能够采取不同的责任制度来适应社会

不断变化与发展的需要。依据亚里士多德的伦理学,正义即公正,可分为总体的正义和具体的正义:在德性的总体意义上,“公正最为完全,因为它是交往行为上的总体的德性”^②;“具体的公正及其相应的行为有两类。一类是表现于荣誉、钱物或其他可析分的共同财富的分配上(这些东西一个人可能分到同等的或不同等的一份)的公正。另一类则是在私人交易中起矫正作用的公正”^③。前者,即为后世所称的分配正义,后者即为后世所称的矫正正义。据此,总体的正义即是侵权责任所追求的正当性,但不同时期的正当性具有不同的正义价值的优位性和优先性,这是社会要求的正义;为了实现总体正义,需要构建有关的具体的侵权制度,特定侵权责任所体现的正当性即是具体的正义。因此,确切地说,前者是目标的正义,后者是方法的正义,两者共同构成侵权责任伦理上的正当性基础。总体的正义为侵权行为类型化的构建明确了目标;具体的正义作为方法论层面上的正义,为建立基于责任的行为类型提供了基本依据,尤其是对大规模侵权与单一侵权的区分做出了道德基础的实质判断。

依据亚里士多德的学说,矫正正义是针对“违反交易的正义”而言的,包括以下三项重要内容:第一,矫正正义实现的是算术的比例。“私人交易中的公正——虽然它也是某种平等,同样,这种不公正也就是某种不平等——依循的却不是几何的比例,而是算术的比例。”^④第二,以“所得”与“所失”为基本衡量因素。“法律只考虑行为所造成的伤害。它把双方看作是平等的。它只问是否其中一方做了不公正的事,另一方受到了不公正对待;是否一方做了伤害的行为,另一方受到了伤害。既然这种不公正本身就是不平等,法官就要努力恢复平等。如果一方打了人,另一方挨了打,或者一方杀了人,另一方被杀了,做这个行为同承受这个行为这两者之间就不平等,法官就要通过剥夺行为者的得来使他受到损失。”^⑤因此,在亚里士多德看来,“矫正的公正就是得与失之间的适度”^⑥。第三,找法官就是找公正。“平等是较多与较少的算术的中间,就是由于这个原因,人们把这种做法称为公正,因为这个词的意思就

是平分的两份。这就好像是说,公正就是平分,法官就是平分者。”“我们应当在较少的一份上加上它不足于中间量的部分,从较多的一份中拿掉它多出中间量的部分。”^⑦基于亚里士多德对矫正正义的解释,“正义完成于从一方当事人到另外一方当事人资源的直接转化。转化的资源同时代表了原告的不当受伤状况和被告的不当伤害行为”^⑧。也就是说,当一方当事人对另一方当事人实施了不当侵犯时,矫正正义的目的就在于通过“资源的直接转化”恢复双方的平等地位。矫正正义连接着不公正的所得与不公正的所失,通过侵权人和受害人两者相互结合的个案结构解决损害结果的承担问题,表明了矫正正义的双极性特征。“以相关所得和所失来表达这种双极性,矫正正义突出了特定的原告和特定的被告,使一个人的义务对应于另一个人的权利。”^⑨也正是通过这一双极性,矫正正义能够在“所得”与“所失”的交互作用中完成矫正,即通过责任机制,责令侵权人承担侵权责任以补偿受害人的损失,单一侵权责任的正当性基础正是基于此。

现在问题的关键是如何认识矫正正义适用于以严格责任原则为归责依据的单一侵权?依据亚里士多德的正义学说,“公正只存在于其相互关系可由法律来调节的人们之间。而法律的存在就意味着不公正的存在,因为法律的运作就是以对公正与不公正的区分为基础的”^⑩。就矫正正义而言,其制度功能的发挥必须以“不公”行为的存在为前提,只有因行为“不公”导致的损害才能通过矫正正义得到赔偿,若不是“不公”行为,行为人无需承担责任,因此“损害的矫正总是与特定社会对行为的评价联系在一起”^⑪。在传统的侵权法理论中,“不公”行为的判断标准就在于行为人的过错。对于亚里士多德来说,“一个人作为人要依理性和意愿进行行为,因此不对意外事件负责,而只是对源自其理性和意愿的后果负责”^⑫。由于严格责任并不以过错作为责任承担的要件,引起了严格责任的基础是否属于矫正正义的争议。王泽鉴明确主张严格责任的“基本思想在于‘不幸损害’的合理分配,乃基于分配正义的理念”^⑬。其实,对行为“不公”的判断应当与

侵权行为的“违法性”联系起来。在现代社会,同一主体的日常生活领域与经济生活领域已相对分离,新的社会事实对侵权法体系产生了巨大影响。行为的违法性不再只是基于行为人的道德的可非难性,而是基于对人的共同生存需要之必要注意义务的违反,在侵权法中就表现为对法定义务的违反。“合理注意的缺失和伤害随后的发生,是从行为到遭受过程的两个极端。”“没有出自行为人之手的伤害,就不存在行为人对之承担的遭受者。没有不当风险与遭受之间的事实连接,就不存在对遭受负责的行为人,因此也不存在按照矫正正义而获得赔偿的遭受者。”^⑭因此,对行为之“不公”的理解,不应单纯以过错作为衡量标准,即便是适用严格责任的行为仍然因其义务的违反而属于不公行为。总之,单一侵权责任的正当性基础在于矫正正义,所欲实现的是个人总体的正义,只不过,单一的过错侵权责任注重保障的是侵权人的行为自由,追求的是个人自由;而单一的严格侵权责任强调的是对受害人权益的保护,体现的是对个人安全的重视。

大规模侵权责任的正当性基础:分配正义

关于“分配正义”,亚里士多德也提出三个主要的观点:第一,公正至少包括四个项目。“既然不公正的人与不公正的事都是不平等的,在不平等与不平等之间就显然存在一个适度,这就是平等。因为,任何存在着过多过少的行为中也就存在着适度。如若不公正包含着不平等,公正就包含着平等。”“既然平等的事是一种适度,公正的事也就是一种适度。然而平等又至少是两个东西之间的平等,所以,公正必定是适度的、平等的(并且是与某些事物相关的)。作为适度,它涉及两个极端(过多与过少);作为平等,它涉及两份事物;作为公正,它涉及某些特定的人。所以,公正至少包括四个项目。因为,相关于公正的事的人是两个,相关的事物是两份。而且,这两个人之间以及这两份事物之间,要有相同的平等。”^⑮第二,公正在于成几何比例。“因为比例不仅仅是抽象的量,而且是普通的量。比例是比率上的平等,至少包含四个比例项。”“合比例的才是适度

的,而公正就是合比例的。”这种比例数学家们就称为几何比例。“分配的公正在于成比例,不公正则在于违反比例。”^⑯第三,分配公共财富。“分配公共财富的公正要依循上面说明过的比例(因为如果要从公共物中分配,就要按照人们各自对公共事业的贡献来进行),同这种公正对立的不公正是对这种比例的违反。”^⑰

通过对亚里士多德分配正义观的分析,温里布认为“分配正义是按照某些标准分配利益或者负担。分配正义的运作包括三个元素:被分配的利益或者负担,接受分配的人员和分配的标准。该标准决定了每个特定分配之下当事人的相对价值。分配标准之下的特定当事人价值越高,在被分配物中该当事人的份额就越多。因此,分配正义对应于这样的数学运算:平等比率将相对份额与相对价值排列起来。”^⑱分配正义存在于比率的平等,而矫正正义表示着数量的平等。所以,分配正义与矫正正义的差别就在于结构,这也使得具体正义的两种形式不能够统一成一种更广泛的形式。传统法伦理学对于分配正义和矫正正义在法律制度特别是在私法中的角色分工存在刻板印象,认为“在分配正义中,分配的标准表达着团体的公共单元,该标准是把人与财产及他人联系起来的原则。它代表着作为分配参与者之当事人的共同目的。依此标准的财产份额是其支配标准的具体表达”;而“在矫正正义中,原告—被告关系的统一性存在于行为和伤害结果的那个相关性”^⑲。这也就意味着分配正义调整财产法,矫正正义调整侵权法。近现代侵权法始终建立在以单一侵权典型案件模型为研究对象的侵权责任的基础上,因此,对于正义基础的探讨一般限于侵权人与受害人双极性的原型。而亚里士多德关于分配正义的论述长期被认为仅仅是社会财产利益分配的正当性理论源流,“在侵权法领域,分配正义是被长期有意或无意忽略的。这种学术传统的沿袭,印证了学术研究的路径依赖问题”^⑳。然而,亚里士多德关于分配正义和矫正正义的分类是概念的而非经验的,二者的差别不在于主题,而在于结构。“个人伤害的法律制度既可以按照矫正正义组织起来,也可以按照分配正义组织起来。”^㉑

只不过,在矫正正义中,当事人间的交互作用是直接的;而在分配正义中,当事人间的交互作用是间接的,即通过他们所共享的利益或负担把所有的人连接起来。与此相对应,在矫正正义语境下,不当行为人直接减少了受害人的财产,一个单一的运作就使得侵害者牺牲了受害人的利益而获得了财富,这一“非正义”隐含着—个特定的受害者;而在分配正义语境下,非正义则是公共资源的一种透支,它减少了有利于参与分配的其他人的利益。因此,“分配正义的标准具有自己的活力,它不局限于它所分解统一性的交易。而且,它广泛地容纳了在其独立支配之下的所有人员”^②。

大规模侵权是风险社会的产物,社会成员的地位不具有互换性,侵权人与受害人之间不再体现为简单的“双极性结构”,“一对多”或“多对多”的侵权成为经常发生的现象,而且受害人具有不确定性,与侵权人对应的不只是现实的受害人,还包括潜在的受害人,其不仅导致私人权益遭受严重侵害,还使公共利益受到直接侵害。^③具体正义不仅仅使侵权人与受害人之间的得与失得到矫正,还应实现所有关系人利益的平衡。与此同时,大规模侵权侵害社会公共利益,破坏社会秩序,威胁社会稳定,因此责任制度所追求的正义当然应当包括社会正义的内容。大规模侵权责任的正当性基础显然不再只是矫正正义,而主要是分配正义或者说是矫正正义基础上的分配正义。面对现代社会已然成为风险社会的事实,法律制度对于分配正义的实现,不仅仅包括对财富和权利等利益的分配,同时也应包括对风险和损害等不利利益的分配。在侵权法中,分配正义主要根据当事人和当事人以外的关系人距离损害发生源的远近以及采取预防措施的可能性大小等不同的比例分配行为所造成的损害。分配正义作为大规模侵权责任的正当性基础体现在以下三个层次:第一层次,侵权人与现实受害人之间的分配。大规模侵权的现实受害人通常不是有限的数人,所分配的损害并不是单纯的“所失”,而是依据受害人的具体情形所需明确的侵权法应当认可的损害;由于分配正义是对不利益本身的分配,实行分配的基础更主要是现实损害的发生,大规模侵权责

任更体现为一种结果责任。第二层次,侵权人、现实受害人、潜在受害人之间的分配。大规模侵权发生后,由于地理分布的分散性及损害时间的差异性,受害人很难在短时间内予以确定,直接导致分配正义不可能一次性完成。对于潜在受害人,当发现自身受害后,随即转变成现实受害人而介入第一层次的分配,在程序法中就表现为集团诉讼的扩张效力;对于现实受害人,由于人数不断增加,分配正义更倾向于损害分配的统一性与整体性,从而淡化几何比例的运用;对于侵权人,其责任的承担变得更为复杂,极可能陷入一个“无法预见和无法核算的损害填补的无底洞”中,即引起第三层次的分配。第三层次,所有关系人之间的分配。这里的“关系人”不仅包括侵权人、现实受害人及潜在受害人,还包括潜在的侵权人等其他主体。由于大规模侵权造成的损害巨大,受害人具有多数性和不确定性,侵权人往往没有能力承担,为了避免分配正义的落空,有必要将潜在的侵权人等纳入分配的主体,使损害在更大范围内实现分配。进一步来说,大规模侵权侵害社会公共利益,其产生的损害可以直接被视为社会损害,理应通过采取责任保险等社会化救济方式弥补受害人的损失,大规模侵权的社会化救济更体现出一种强制性。可见,第三层次的分配实质上是侵权法与其他责任救济相互协调并相互融合的分配。分配正义对大规模侵权责任具有充足的解释力,应当作为其正当性基础。与此相应,对于总体正义,从分配正义实行分配的结构中就可以发现,其最终意欲实现的就是社会安全。社会安全强调的是社会整体的秩序,并不局限于对受害人权益的保护。社会安全是现代社会中侵权法所蕴含的一种新的安全价值。

总之,单一侵权责任和大规模侵权责任分别以矫正正义与分配正义作为正当性基础,前者追求的是个人正义,并且依据矫正的条件具体表现为个人自由或个人安全;后者追求的是社会正义,具体表现为对社会安全的重视。正是由于责任正当性基础的本质差异,单一侵权并不能包容大规模侵权,大规模侵权应当被确立为一类独立的侵权行为。在现代化的进程中,随着社会的发展和

科学技术的广泛运用,危险和潜在威胁的释放达到了一个空前的程度,侵权法的正义理念愈发重视安全的价值。大规模侵权正是风险社会所特有的侵权类型,其频频发生及其造成的严重损害后果势必要求法律制度做出相应规制。同时,大规模侵权所体现的受害人的多数性与不确定性和行为对社会公共利益的侵害性,俨然突破了传统侵权责任以矫正正义为基础的“双极性”结构,其归责显然不能仅依据单一侵权责任的要件,需要法律构建新的责任制度。“一定程度上讲,现代责任法律制度的发展动力乃在于公民对于安全的要求以及社会安全的需求。”²⁴因此,确定大规模侵权的独立地位,将分配正义纳入侵权责任的正当性基础,是侵权法为实现社会安全的正义理念所做出的不二选择。

大规模侵权的归责原则: 严格责任

在确定大规模侵权是一类独立的侵权行为后,还需要进一步明确其归责原则,以在现有的侵权行为体系中找到其应有的位置,从而厘清其与其他侵权行为的关系。根据我国《侵权责任法》第6条、第7条的规定,侵权法采取了过错责任与严格责任的二元归责体系。从责任的正当性基础来看,大规模侵权应当适用严格责任,而且是一种比单一侵权责任中的严格责任更为“严格”的归责原则。

一般认为,严格责任的归责依据在于行为人的活动形成危险,并能够从活动中获得利益。为什么在风险异常之高的情况下,被告要承担责任?依据亚里士多德矫正正义做出的解释,那是因为,他以使原告蒙受损害的方式获得了利益。然而,现代侵权法认为,社会中的一切个体都享有程度大致相同的免受风险的权利。美国法院对从事“异常危险”的行为,诸如爆破、储存爆炸物或者大量的水、喷洒杀虫药以及飞行器可能造成的地面损害和原子能造成的损害,施予责任;德国法院尽管没有确认一般性的原则,但被告在专门的制定法规定的情形下要承担严格责任。²⁵我国学者王利明教授也明确指出,“形成危险的人应当对自己的危险活动负责,从危险活动中获益的人应

当对危险的后果负责”²⁶。严格责任追求的是安全的正义理念,旨在“保护因社会需要而处于危险状态之中的无辜的社会大众”²⁷,故严格责任不仅适用于“特别危险”致害的情形,对于产品瑕疵等一般危险活动产生的损害也应有严格责任适用的空间。严格责任可以广泛适用于过错责任以外的危险致害情形,而且“严格”只是一个比较性的概念,并不像“过错”一样具有实在内涵和法律价值判断而能将归责原则统一起来,严格责任在不同的适用情形中呈现出不同的特性。法国学者卡尔瓦对其做了精辟的概括:“所谓的严格责任并不是一个同质的范畴,它包含着非常不同的领域,既有纯客观、几乎绝对的责任,也有模糊的严格责任。后者要么允许远因抗辩,要么让受害人承担举证义务:不仅要证明损害与被告的活动或监管之物存在因果关系,而且还要证明该物或活动存在某种特征,比如说导致危险的建筑物或产品存在缺陷。”²⁸由此,严格责任是一个从相对严格责任到绝对严格责任的多层性的归责集合体。

大规模侵权是现代社会发展过程中所遇风险的一种极端表现。对于这样的侵权,以过错作为责任依据的过错责任显然不能有效保护受害人的权益,因为受害人往往不能证明侵权人有过错,即使对过错进行推定,也容易被侵权人推翻。同时,大规模侵权使得大量不确定的受害人遭受损害,侵害社会公共利益,造成严重的消极影响,法律出于对后者的特别保护,有必要使侵权人承担更为严格的责任。“严格责任在受害者与行为人之间通过落实责任的方式实现损害的补偿,即通过权利义务的配置与责任的落实对社会资源进行再次分配,融入道德判断,积极发挥价值引导功能。”²⁹损害在不同的主体之间予以分配,其分配的实行与侵权人的过错并没有直接的联系,分配正义注重的是现实损害。而且,严格责任的适用范围具有开放性,不仅涵盖传统严格责任的基本类型,还包括诸多具有时代特征的侵权行为领域。而大规模侵权对于严格责任的适用,一方面,是将大规模侵权确立为一类独立侵权行为的归责需要,进而丰富严格责任的适用类型;另一方面,由于不同种类的单一侵权都有可能转化为大规模侵权,在此

意义上,严格责任的适用不局限于特定的领域,即其适用具有普遍性,我们有理由提高严格责任在侵权法中的地位。严格责任应统一适用于大规模侵权,而不论行为发生的领域依据单一侵权的归责是否应适用严格责任。若行为发生在过错责任领域,单一侵权适用过错责任,但当行为转变成大规模侵权后,就应适用严格责任;若行为发生在严格责任领域,单一侵权的严格责任与大规模侵权的严格责任也是不一样的。

作为一种新的归责类型,与通常认为的单一侵权的严格责任相比,大规模侵权的严格责任应当是更为严格的责任,或者说它是严格责任的归责集合体中最为绝对的责任。第一,虽然适用严格责任的各类单一侵权,其内部的危险程度有很大的差异,但在整体上,单一侵权的危险性并不及大规模侵权。具体来说,在行为的预防方面,由于单一侵权与大规模侵权具有同源性,两者的可预防程度应该说是一致的,但在行为的危害方面,单一侵权直接危及的只是个人的人身和财产权益,可以称为私害,而大规模侵权所导致的“量”的大规模与“质”的大规模远远超出单一侵权的损害范围,已然成为公害。第二,矫正正义以其双极性的结构意在平衡侵权人和受害人间的利益,单一侵权的严格责任虽然比过错责任更强调对受害人进行救济,但还是会考虑侵权人的行为自由;而分配正义以其三层分配的结构旨在尽可能恢复被行为破坏的社会秩序,对大规模侵权归责的根本目的是通过使侵权人承担更为严格的责任来维护社会公共利益,至于侵权人的行为自由就很少被顾及。第三,不少学者基于行为的严重后果赞成在大规模侵权中采用惩罚性赔偿制度。笔者以为,面对如此众多的受害人,侵权人的赔偿能力本来就有限,若要求侵权人承担惩罚性责任,侵权人只能破产,这就进一步恶化了受害人的处境,而且不同受害人之间也会产生新的争议。而相比较单一侵权的严格责任,法律通过适用更接近绝对责任的严格责任同样具有惩戒大规模侵权

人的功能,即对侵权人的免责事由作出极为严格甚至苛刻的限制,使侵权人在一般情况下都应对损害负责。进一步说,大规模侵权责任的免责事由应仅限于受害人的过错,包括故意和重大过失,且针对的只是特定受害人。侵权人对个别受害人责任的减轻或免除不影响其对其他受害人责任的承担,不可抗力不应被作为免责事由,而从社会公共利益受侵害的角度,大规模侵权责任可以说不存在免责事由。

①[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261页。

②③④⑤⑥⑦⑩⑬⑭⑮⑯[古希腊]亚里士多德《尼各马可伦理学》,廖申白译,商务印书馆2003年版,第131、134、137、137、138、138~139、148、134、135~136、137页。

⑧⑨⑪⑫⑬⑭⑮⑯⑰⑱⑲⑳㉑[加拿大]欧内斯特·J. 温里布《私法的理念》,徐爱国译,北京大学出版社2007年版,第58~59、79、160~161、67、76、74、78页。

㉒孙文恺《亚里士多德正义分类的理论与现实基础》,《河南师范大学学报》(哲学社会科学版)2009年第4期。

㉓⑳[美]詹姆斯·戈德雷《私法的基础》,法律出版社2007年版,第317、338~339页。

㉔王泽鉴《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第15页。

㉕王竹《侵权责任分担论》,中国人民大学出版社2009年版,第116页。

㉖参见张平华《揭开集合侵权的面纱——从术语翻译到制度建构的追问》,《法律科学》2013年第6期。

㉗㉘吴元国《矫正正义观现代转向的法理学思考》,《学术交流》2013年第1期。

㉙王利明《我国〈侵权责任法〉归责原则体系的特色》,《法学论坛》2010年第2期。

㉚邱聪智《从侵权行为归责原理之变动论危险责任之构成》,中国人民大学出版社2006年版,第211页。

㉛KOCH, B. A. (Eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 128.

作者简介:焦富民,1964年生,法学博士,南京财经大学党委副书记、教授、博士生导师;沈墟天,1986年生,江苏省吴江区机构编制委员会干部。

(责任编辑:范旭斌)