

[文章编号] 1672-7320(2010)04-0540-05

共同危险行为与高空抛物之区分

史尊魁

[摘要] 高空抛物不具有行为的可控性,不能构成侵权法意义上可追责的“行为”,因此不应由建筑物所有人承担连带责任。而在共同危险行为制度中,参与人如果选择参与行为,那么就有了主观上的过错,从而具有了道义上的可责难性以及法律上的可归责性。从本质上分析,共同危险行为制度由侵权法调整;而高空抛物行为不应纳入侵权法调整的范畴,属于政府公共管理职能。

[关键词] 共同危险;高空抛物;侵权法;政府公共管理职能

[中图分类号] DF5 [文献标识码] A

高空抛物侵权行为,是指物品被侵权人从高空抛下,造成他人财产或人身损害的侵权行为。随着现代社会的发展,高空建筑物不断增多,高空抛物造成的重大人身、财产损失屡见不鲜。如何对高空抛物行为予以法律上的规制,是法学界研究的热点问题。《侵权责任法》出台前,最高人民法院对处理高空抛物侵权案件的意见认为此类案件属于非典型性的共同危险行为致人损害的情况,可参考共同危险行为致人损害的原理进行处理。共同危险行为,又称为准共同侵权行为,是指“数人不法共同侵害他人之权利,不知孰为加害人者,其关与侵权行为之人,视为共同侵权行为人”^[1](第175页)。本文认为,尽管高空抛物与共同危险行为中都无法查明谁是真正的加害人,但二者是不同的侵权行为,不能类推适用。

一、高空抛物案件的司法实践

《侵权责任法》出台之前,对高空抛物案件的处理在司法实践中有四种做法:

第一,根据《民法通则》第126条规定,判决建筑物所有人承担连带责任。如“重庆烟灰缸”案,法院判决20户住户均承担连带责任,依据是《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”。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第4项规定:“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、坠落致人损害的侵权诉讼,由所有人或者管理人对其无过错承担举证责任”。但该判决推理存在的问题是:高空抛“物”的“物”并不是《民法通则》第126条所调整的“物”,第126条意指“物的侵害”,而高空抛物则是“人的侵害”,二者有根本上的不同。

第二,类推适用共同危险行为制度。最高人民法院在《侵权责任法》颁布前的意见认为,此类案件属于非典型性的共同危险行为致人损害的情况,可参考共同危险行为致人损害的原理进行处理。共同危险行为制度是指当真正加害人不能确定的情况下,参与人共同承担连带责任的制度。其特点是:(1)不知道谁是真正的加害人;(2)参与人的范围可以确定;(3)在因果关系以及举证责任方面适用过错推定原则。在高空抛物案件中,适用共同危险行为规则,一度为司法界以及学术界所推崇,然而这样的做法混

淆了高空抛物行为与共同危险行为的本质，背离了共同危险行为制度的立法初衷，背离了侵权法“自由与限制”的精神，是对个人自由的极大侵害。

第三，判决由物业公司承担部分责任。如“深圳好来居大厦案”，法院判决物业公司承担30%的责任，其法律依据是《物业管理条例》的规定“对物业管理区域内违反有关治安、环保、物业装饰、装修和使用等方面法律、法规的行为，物业管理企业应当制止，并及时向有关行政管理部门报告”。物业公司的职责是管理和秩序的维护，但不应包括保障业主或路人的人身安全，这显然无限扩大了物业公司的义务。因此，法院的这一判决是值得商榷的。

第四，以高空抛物案件中没有具体的被告驳回受害人的立案请求。如“济南菜板案”的初审法院认为，原告在起诉中无法确认谁是真正的加害人，缺乏明确的被告，法院从诉讼法角度，驳回原告的诉讼请求。

二、高空抛物与共同危险行为制度：“表面”的相似点

（一）不知道谁是真正的加害人

在《侵权责任法》出台前，鉴于我国立法并没有明确规定高空抛物行为的法律适用，法官在裁判时往往采取“类推”方法，参考适用共同危险行为制度。主要原因之一，二者都无法找到谁是真正的加害人。但法院仅仅凭借“不知道谁是真正加害人”而类推适用共同危险行为制度的做法在理论上是值得商榷的。共同危险行为中，尽管不知道谁是真正的加害人，但可以确定危险行为的行为人，有明确的被告。但在高空抛物侵权案件中，没有明确的被告。因此，二者具有明显的不同。

（二）二者皆采用了“过错推定”原则

过错推定原则的初衷，是为保护受害人而专设。立法认为，在某些特定的侵权案件中，相对于侵权人的“强势”而言，受害人是“弱势群体”，处于“弱势地位”。高空抛物案件中适用过错推定原则在理论上没有大的争议。高空抛物侵权案件中，受害人是弱者，他（她）受到了严重的创伤，却无法（没有能力）举证谁是真正的加害人。因此，将举证责任导致给被告（即建筑物所有人）乃理所当然。

问题的关键是：如何认定“弱者”与“强者”的标准？无辜的被告相对于无辜的受害人而言一定是“强者”吗？实际上，整个事件中第一个损害赔偿者才是真正的最大受害者。对于受害人而言，法律是公正的，他的损失得到了赔偿。但对于第一个损害赔偿者，其面临的是另一个司法诉讼，将其他连带责任人诉至法庭，等待新一轮的司法程序。在类似上百户的案件中，很难想象他会得到最终全部的获赔。即使获赔了，诉讼中所花费的时间、精力，也让一个普通的无辜者承受了法律本不应予强加的义务。反过来分析，为何在共同危险行为制度中，立法会采纳过错推定原则对受害人予以倾斜保护？与高空抛物不同，共同危险行为制度对受害人的倾斜保护是基于所有被告（即参与人）在道德上都具有可责难性，每一个人在主观上至少有放任的过失。但是共同抛物案件中，准确地说，只有真正的加害人在主观上具有过错，其他人都是无辜的。

（三）承担连带责任

在责任承担方面，高空抛物与共同危险行为都采用了连带责任的方式。但二者背后的逻辑不同。共同危险行为中各行为人承担连带责任，学者们形成了诸多意见，比较典型的有“共同行为说”和“共同过失说”^[3]（第362页）。共同过失说主张行为人所实施的行为具有共同的危险，若无危险的存在则不可能发生实际的损害，行为人因共同过失使危险行为密切联系，构成一种整体；共同行为说主张各行为人的行为具有时间上、空间上的共同性，因此行为人承担连带责任。

高空抛物案件，主张所有被告承担连带责任主要基于公共安全观点。社会公共安全论认为，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（利益）发生冲突的时候，必须优先考虑社会利益。并且认为，第一，同情弱者是民法的基本立场，也是侵权行为法救济损害的基本规则；第二，民事责任的财产性，是决定抛掷物致害责任规则的基础；第三，保护公共安全，也是确定抛掷物致害责任规则的基本立场^[3]（第251页）。

笔者认为,“公共安全论”值得进一步推敲。公共安全论的逻辑是,受害人的利益属于社会利益,相关业主的利益属于个人利益,基于社会利益要高于个人利益,因此受害人的利益要高于相关业主的利益。进一步而言,法律如果不让相关业主承担连带责任,那么就是对高空抛物行为的纵容,人们的生活安全就无法得到保障。为了社会安全考量,由建筑物所有人承担连带责任,虽然对某些人而言是无辜的,但总体上维护了公共安全,是值得的。在行政法领域、私法领域(如《物权法》)等立法中,都规定了公共利益优先于个人利益。但是,该适用是有前提条件的:即必须通过正当程序,并且代表公共利益的政府必须给予个人公平的补偿。在这个层面上,才能论证社会利益高于个人利益。高空抛物威胁到了现代人正常的生活,导致我们生活在一个人人自危的社会中。建筑物所有人并没有法律上的义务预防、监测高空抛物行为,更没有义务为别人的行为去买单。

三、高空抛物与共同危险行为制度:“实质性”比较

高空抛物与共同危险行为制度在表面上行为了“相似”的皮囊,但实质上却是两种完全不同的制度。

(一)行为的“可控”与“不可控”

共同危险行为中,共同参与人被课以连带责任原因是共同危险中的“危险”状态,是参与人可控的状态,参与人对是否参加危险行为,具有主观意识上的选择权。参与人如果选择参与行为,那么就有了主观上的放任过失,从而具有了道义上的可责难性以及法律上的可归责性;如果他选择不参与行为,那么立法就不会将连带责任强加在他身上。高空抛物形成的并不是“危险”状态,而是一个直接的损害结果。对大多数人而言,这是一个意外事件,是一个依赖于政府解决的公共事件。高空抛物导致的损害,并不是建筑物所有人可以选择的。按照汉德公式,立法必须衡量预防成本与损害结果,才能判定是否构成侵权。在高空抛物侵权中,人们根本没法预防。

《德国民法典》第 823 条规定“故意或过失而不法侵害他人的生命、身体、健康、自由、财产所有权或者其他权利的人,有义务向他人赔偿由此而造成的损害。违反以保护他人为目的的法律的人,负有同样的义务”。德国联邦最高普通法院在对“行为的概念”中指出“由侵权行为而产生的赔偿损失的请求权的第一个前提……就是要有一个第 823 条中所称的那种行为。这是一种由意识所控制的、由意愿所引导的、可以掌握的人的行动……所以,被强制而做出的身体的动作或者因外力影响而产生的不自觉的反应并不是这里所称的行为”^[4](第 79 页)。高空抛物行为对建筑物所有人而言是不可控的行为,这样的“不可控行为”,不能构成侵权法意义上可追责的“行为”,不能由建筑物所有人承担连带责任。

(二)行为的本质属性:侵权法与政府公共管理

1. 共同危险行为属于侵权法调整的范畴。从罗马法伊始,共同危险行为制度就被纳入到侵权法调整的范畴。尽管时代变迁,制度本身有了新的内涵,在市场份额等案件中适用共同危险行为制度的情形也日益增多。但无论如何,制度的核心精神并没有发生变化。共同危险行为要求参与人必须有过错,这样才具有道德上的可责难性;制度本身必须基于无辜受害人与无辜害人利益的公平考量,而不是简单的选择。因此,共同危险行为制度一直遵循着侵权法精神,为受害人提供侵权法层面的法律救济。

2. 高空抛物行为不应纳入侵权法调整的范畴。侵权法在法律性质上是救济之法。西方法彦云“有损害必有救济”。侵权法最基本的功能之一就是填补损害,但并不是所有的损害都能由侵权法来填补。正如学者指出“侵权法除了有填补损害的积极功能之外,还有在权利救济和一般自由之间寻求平衡的消极功能。而这个消极功能经常被人遗忘,理论家也基本上忘记了侵权法的消极功能,就是对自由的保护”^[5](第 134 页)。法律必须调和“个人自由”与“社会安全”两个价值。高空抛物纳入侵权法调整,就意味着社会中每个人都有可能在从事任何危险行为的前提下被苛以法律的惩罚,是对个人合法权利的极大侵害。抛掷物责任制度试图建构一个邻里之间相互监督的社会机制,一来使邻里猜忌而破坏社会信任并导致社会关系紧张;二来因人们随时被监督而导致生活质量下降;三来为窥视隐私等行为提供了法律借口。即使那些支持抛掷物责任的人,想必也不愿意生活在周围都是雪亮的眼睛的社会环境中。

这样的社会究竟是一个民主自由的法治社会还是人人自危的警察社会?^[6] (第4页) 将高空抛物纳入到侵权法的调整范围, 本质上是将属于政府公共职能的问题强行纳入到侵权法的保护范围, 破坏了侵权法原有的体系和结构。侵权行为法体系可以被认为是一个决定某一特定侵害所带来的不幸应该由谁来蒙受的途径。侵权行为法和矫正正义都不涉及因自然力量而受到损害的人, 那只是一种单纯的不幸。无论一般的社会保险制度是否应该对他们所受之损害进行补偿, 但有一点是肯定的, 即不能指定由另外的一个人来代替他承担该损失。同样的, 如果某个人是由于他人的行为受到损害, 只要加害人对此已经予以了适当的注意, 他也不必承担这一损害后果, 这一不幸也应归于其最初蒙受的人。高空抛物现象并不能由侵权法予以调整, 侵权法也无法承担起这一重任。

3. 高空抛物行为应纳入《刑法》以及《治安管理处罚条例》的调整范畴。高空抛物, 在没有造成严重后果的情况下, 属于《治安管理处罚条例》的调整范围。但是, 一旦造成人身伤亡和重大财产损失的严重后果, 就可能涉及到犯罪和追究刑事责任的问题。根据高空抛物造成人身伤亡和重大财产损失以及抛物者的主观恶意程度, 可以认定的罪名有: 故意杀人罪、故意伤害罪、过失致人重伤罪、以危险方法危害公共安全罪。政府公共职能之一就是维护公共安全, 因此政府在预防高空抛物、惩治高空抛物加害人、为高空抛物受害人提供救济方面都具有比追究建筑物所有人连带责任更强的优势。在这方面, 香港特区政府的做法值得借鉴。香港特区政府对高层住户实施扣分制, 他们列出了19项有碍卫生清洁的违例行为, 并按严重程度分成三级, 扣除3至7分不等, 如果超过一定分数, 住户将被课以丧失公屋户籍的处罚。此外, 特区政府专门购置了高空抛物数码监控系统专门监测高空抛物行为, 只要镜头对准高空抛物黑点的目标单位, 当有物体下坠的时候, 系统便能感知, 并及时通知工作人员上楼把掷物者当场抓住。

四、《侵权责任法》第87条评析

《侵权责任法》对高空抛物的行为建筑物使用人承担“连带责任”予以了明确的规定。第87条规定“从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害, 难以确定具体侵权人的, 除能够证明自己不是侵权人的外, 由可能加害的建筑物使用人给予补偿。”。

首先, 按照法条字面分析, 《侵权责任法》将两类不同的侵权行为, 建筑物中抛掷物品和建筑物上坠落物品的行为, 规定在同一条文中, 适用同样的构成要件, 承担同样的法律责任。这样的立法模式, 显然值得商榷。从法理上分析, 前者是高空抛物, 后者是高空坠物, 二者是完全不同的侵权行为。高空抛物是人的行为, 而高空坠物是物的责任, 因此不宜将两者放在同一条文中予以规定。

第二, 条文明确了免责标准, 必须明确证明自己不是侵权人; 而不单单是自己的行为与损害结果之间没有因果关系。但是, 从举证层面讲, 行为人证明自己不是侵权人的可能性很低。

第三, 条文明确规定了由可能加害的建筑物使用人承担“补偿责任”。什么是补偿责任? 补偿责任是一种非过错归责, 是对《侵权责任法》第24条“公平责任”的具体化。民事补偿责任的构成主要从损害事实、损害结果、因果关系、社会公益原则、公平原则等诸方面考虑, 不要求责任人在主观上具有过错, 对不同种类的补偿责任, 有不同的要求。因此, 与一般民事责任的构成要件相比, 民事补偿责任的构成要求明显偏低。尽管立法用了“补偿责任”的字眼, 但仍然无法掩盖第87条对建筑物使用人而言的不公平性。《侵权责任法》起草小组成员张新宝教授认为“那条有关‘高空抛物责任’的规定, 尽管局势表明它将极有可能成为‘法律’, 但是打死我也无法认识到其中的正义性”^[7] (第498页)。无论用什么字眼, 第87条意味着生活居住在高楼大厦里每一个人随时可能被受害人告上法庭, 随时可能为别人的侵权行为买单。这样的社会效果只会导致侵权责任法不能承受之重。

五、余 论

按照法律经济学的观点, 立法的影响在于对当事人形成准确的激励机制, 通过立法使当事人的某一均衡行为成为焦点均衡(focal point) 立法通过影响或改变行为人的支付函数, 使得理性人行为合乎立

法者的意图。反观高空抛物现象和共同危险行为,在高空抛物案件中让建筑物所有人承担连带责任,只会造成一个人人自危的社会后果。这样的立法,不但未能形成足够的威慑效果,反而导致真正的加害人逃脱法律的制裁,使真正的加害人搭便车的行为。这样的立法、判决,只会间接鼓励越来越多的高空抛物行为。而共同危险行为中的参与人承担连带责任,则很好的形成了威慑效果,到达了预防目的。

从法理上分析,不法行为及损害结果是人们通过主观努力能够避免的,如果一个人达到了法律和道德所要求的注意程度,其行为便无可指责,因而不应被强制承担民事责任^[8](第 247 页)。侵权法不是万能的,司法救济也不是万能的。高空抛物是现代化进程中高层建筑不断普及的伴生现象。各国在对待高空抛物的问题上,首先将其定位为扰乱公共秩序、危害安全的行为,属于政府公共管理的职能之一。在高空抛物案件中,政府的积极作为才是解决问题的关键。在高空抛物案件中的救济方面,应该寻求更全面、全社会的保险救济体制,提供国家层面的救济。

[参 考 文 献]

- [1] 史尚宽:《债法总论》,北京:中国政法大学出版社 2000 年版。
- [2] 王利明:《民法》,北京:中国人民大学出版社 1993 年版。
- [3] 王利明:《中国民法典学者建议稿及立法理由·侵权行为编》,北京:法律出版社 2005 年版。
- [4] [德] 马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,北京:法律出版社 2004 年版。
- [5] 杨立新、张新宝、姚辉:《侵权法三人谈》,北京:法律出版社 2007 年版。
- [6] 陈 甦:《因相邻而连坐的现代法实践剖析》,载《人民法院报》2009-04-30。
- [7] 张新宝:《侵权责任立法研究》,北京:中国人民大学出版社 2009 年版。
- [8] 王卫国:《过错责任原则:第三次勃兴》,北京:中国法制出版社 2000 年版。

(责任编辑 车 英)

Distinction between Joint-dangerous Actions and Throwing Objects in High Building

Shi Zunkui

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072 Hubei, China)

Abstract: Action of throwing objects in high building can't be controlled, and it is not the concept of "action" in tort law, so it is unfair for building owners to undertake joint and several liability. For the joint-dangerous actions, persons who take responsibility can control their action, so it attributes the liability of morality and tort law. From the view of nature of institution, joint-dangerous action belongs to tort law, and throwing objects in high building should be treated by public management government.

Key words: joint-dangerous action; throwing objects in high building; tort Law; government public management