

正义与仁爱的双重考量

——高空抛物侵权连带归责方式的辩护

王凌峰*

目录

一、引言

二、正义、仁爱及其要求

三、风险的公平分配与损害的均等分摊

四、出于不正义的反驳

五、结语

摘要 《民法典》沿袭原《侵权责任法》有关高空抛物侵权连带的归责方式,但该制度的深层学理争议从未平息。“正义”和“仁爱”这两个道德价值可以为这一争论提供更为清晰和严格的框架,来收敛和重构诸多主张并展开更为深入的讨论。从正义的角度看,连带归责导致温和的不正义,个人归责则导致严重的不正义;从仁爱的角度看,连带归责可以在有效防止未来损害的同时填补现有损害,而个人归责无法实现这两种福祉改善的效果。从无辜者个人视角看,国家强制分散财产损失之举虽然并不满足正义的完备要求,但依然可以得到正当性辩护。这一辩护也将为司法实践中赔偿金额的上下限设定提供有力的合理解释。

关键词 正义 仁爱 高空抛物 连带责任 正当性辩护

一、引言

《中华人民共和国民法典》第 1254 条就不明抛掷物致害的侵权责任进行了系统且极富创造力的制度安排。与原《侵权责任法》相应规定相比,《民法典》第 1254 条增加了建筑物管理人以及公安机关的相应义务和责任,并原封不动地保留了原《侵权责任法》高空抛物连带责任的规定:“经调查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。”“东方快车谋杀案”式的集体意思联络高空抛物事件在现实中并不常见,这一规定在直觉上严重地挑战了人们对于侵权法功能及其正当性的通常理解,甚至突破了责任自理这一私法最基本的信念和原理。

近二十年来,学者就该连带归责形式存有持续的严重分歧。批评的学者往往指出该规定突破

* 浙江大学光华法学院副教授、法学博士。

了侵权法甚至民法的基本归责原理,违反自己责任原则,侵犯被告人的道德权利,^[1]也与“公平正义”的制度价值相悖离。^[2]但同时,我国独特的土地开发制度使得城市塔楼式高层建筑成了居民的主要住房形态。高空抛物事实证明的困难客观存在,固守侵权法的传统归责原则意味着高空抛物侵权的受害人惨遭厄运却救济无门。没有额外抑制抛物行为的激励存在也是纵容甚至变相鼓励抛物行为,势必难以有效禁绝。应对这些新兴社会问题,立法者应当适度超越学理分歧,通过民主程序做出抉择。但学理的根本分歧却也并不会因立法者意志的决断而自动得到圆满解决。我们依然有必要重新回到基本学理层面的讨论,深入考察高空抛物连带归责制度的正当性基础。

解决难题的第一步是清晰呈现和理解问题,本文首先将分析高空抛物案件所涉多种考量,并将其收敛到“正义”与“仁爱”两种基本的规范性价值之下,以此刻画实践困境。第二部分将处理两种替代性制度建议,探讨出于风险公平分配与损害均等分摊的两种考虑,指出其不足之处。论文第三部分以区分辩护对象群体的方式来切入,回应学者提出的出于不正义的反驳,并尝试建构一个完整的正当性辩护基础。

二、正义、仁爱及其要求

在开始正式的讨论之前,先对核心术语“连带归责方式”作简要的说明。

首先,此处的“连带”作广义理解,是指突破了自己责任或个人责任的归责方式,即责任人由于他人的所作所为而承担的责任。^[3]与民法上的狭义“连带责任”不同,狭义的连带责任与按份责任相区分,是指每个责任人都有义务向权利人承担整体应承担的全部责任。因此,本文的“连带归责方式”可以兼容于“按份责任”的责任形态。这也是目前司法实务中通行的做法。

其次,将这种责任归属的方式称作“归责方式”也有特定考虑。在已有的“归责原则”语境中,学者就此处的连带归责原则所涉的“推定”究竟是“过错推定”^[4]“因果关系推定”^[5]或“行为推定”^[6]有过相当的讨论。“推定什么”当然是个值得讨论的问题,但究竟是推定“过错”“因果关系”还是“行为”只是整个连带归责方式正当性辩护的结论,而非其论证过程。换句话说,论证次第有先有后,只有当连带的归责形式得到正当性辩护之后,才会需要处理推定对象是什么的问题。推定的对象“是什么”或“叫做什么”在学理上并不重要,不过是范畴归类上的细枝末节或言辞之争。反过来说,即便可以确定这种制度是“××推定”,这种推定形式并不构成任何有力的辩护,“为什么要推定”这个问题依然需要先行一步给予回答。

出于上面两点考虑,本文以比较中性和一般化的方式将这一制度称作“连带归责形式”。

为了更精确地刻画高空抛物制度所面临的实践困境,让我们先从案例“健身铁球砸死女婴案”^[7](以下简称“铁球案”)入手:

[1] 参见张谷:《烟灰缸伤人案与现代株连》,载《名牌》2004 年第 4 期,第 42 页。

[2] 参见张新宝:《民法分则侵权责任编立法研究》,载《中国法学》2017 年第 3 期,第 69 页。

[3] 对这种一般意义上连带责任的讨论可参见张维迎、邓峰:《信息激励与连带责任》,载《中国社会科学》2003 年第 3 期。

[4] 参见麻昌华:《高空坠物致人损害的法律救济》,载《法学论坛》2010 年第 2 期。

[5] 参见王利明:《抛掷物致人损害的责任》,载《政法论坛》2006 年第 6 期。

[6] 参见鲁晓明:《民事侵权行为的推定及类型化》,载《法律科学》2008 年第 4 期。

[7] 参见周煜、李洪英等与张治强等不明抛掷物、坠落物损害责任纠纷案,四川省遂宁市船山区人民法院民事判决书(2019)川 0903 民初 2259 号。

2016年11月11日,四川省遂宁市紫薇苑小区发生高空坠物事件。原告母亲李某用婴儿车推着女婴周某在小区外人行道上行走,周某被高空坠落的健身铁球砸中头部,抢救无效死亡。事发后,遂宁市公安局成立专案组调查核实事发地的楼层居住情况并试图确定肇事者,但最终未能查明铁球的归属。女婴周某父母周某、李某遂将事发地整栋楼的住户全部起诉至法院。遂宁市船山区法院于2020年4月7日做出一审判决:除家中确无人居住的不承担责任,其余121户业主每户赔偿原告3000元。

法院依据原《侵权行为法》第87条的规定做出以上判决,对这一判决的理由也略有展开:“从保护受害人角度出发,虽然实施侵权行为只有一人,法律为保护弱者,平衡各方利益,让所有可能实施侵权行为的人分担损失,既可以达到抚慰受害人的目的,又可以警示、惩戒、教育违法行为人,让公民在安全、规则、秩序的范围内活动,彰显社会的公平正义。”〔8〕

尽管法官提到了“公平正义”,但仅在非常模糊的意义上不加区分地使用“公平”和“正义”两个概念。大致上,这一段里面所涉及的所有价值都可以归入这种大而化之的公平正义之下。然而,在该案中“正义”问题确实是难以回避的首要考虑。这里的“正义”采取狭义或严格意义上的理解,指的是某种“应得关系”。在过错侵权的语境中,由于加害人的过错而使得受害人的权利受到不当侵害(但这种侵害未必严重到构成刑事犯罪)时,加害人的应得包括(但不限于):向受害人承担恢复原状、赔偿损失以及赔礼道歉的义务,以及接受受害人和社群内其他人相应的道德批评或者谴责;而受害人的应得则包括接受来自加害人的恢复原状、损害赔偿以及赔礼道歉并向其表达合理的义愤。然而,在这类高空抛物案件中,由于人的认知的有限性,我们无从知晓、判定并证明加害人是谁,这就使得“正义”的要求落空了——加害人没有承担相应的责任,无论是赔偿、道歉还是接受批评,并没有相应匹配的对待方式或后果落到他的头上去;而受害人也无从接受来自加害人的恢复原状、损害赔偿和赔礼道歉,更不必说找到合适的对象去表达义愤。

只要存在人的认知有限性,在这类案件中正义的不完美性似乎是必然的结果。无论制度选择“砸了白砸”还是“按份连带”,这种正义要求的不完美性始终存在。

在“砸了白砸”的情况下,加害人完全逍遥法外,彻底逃脱制度惩罚和道德谴责,不必承担任何实际不利后果,这是严重“不正义”关系的其中一边。而受害人则蒙受巨大损害。这飞来横祸还并非仅仅是自然机运所造成的灾难,而是他人的过错所致,这是严重“不正义”关系的另一边。

在“按份连带”的情况下,加害人承担了小部分应得的责任(经济上的赔偿),但在性质和程度上都离正义的理想要求有着极大的差距。在“铁球案”中,就责任的性质而论,真正的加害人只承担了经济赔偿这单一类型的责任,没有接受道德批评和谴责,更没有主动道歉。就程度而论,即便是受害人的经济补偿,也只做到部分满足。法院认定原告损失为792488.48元,而真正的加害人仅仅承担了其中微不足道的3000元。就受害人而言,损害或许得到了填补,但由于这些填补不是由应得的另一方,即真正的加害人承担,依然可以说是一种“拿无辜被告的财产做人情”的不正义。〔9〕对其他120户无辜被告来说,“人在家中坐,祸从天上来”,每户按份承担了3000元的经济补偿给予受害人。对于这个人数庞大的无辜人群来说,这显然也是一种不正义。

让我们归纳一下从“正义”视角如何评估两种制度选项:在严守个人归责从而“砸了白砸”的制度选项下,存在严重的不正义;而在连带归责的按份责任制度选项下,不正义依然存在,只不过这种不正义就程度而言似乎比个人归责来得略缓和一些。这种缓和体现在两个方面。一则真正的加害人毕竟承担了责任,而没有完全逍遥法外。二则无辜者付出的代价是有限的。3000块钱虽然不少,但不至

〔8〕 见前注〔7〕,周煜案。

〔9〕 见前注〔1〕,张谷文,第42页。

于实质性地影响到个人的生活水准或者决定他们的命运和人生走向。或许有人会追问,为何说每户 3 000 元共 121 户承担 363 000 元的经济补偿相比较而言是相对温和的不正义? 一个简单的比较足以说明这一点: 试比较在铁球案中 1 户无辜者承担了 792 488.48 元的经济补偿和真实案例中 120 户无辜者每户承担 3 000 元,显然前一种情形就不正义的严重程度而言远远高于后一种。不正义的严重程度似乎不依赖于单个不正义程度的累积加总,而总是更加敏感于落到单一个体的不正义程度。因而,通常而言,个人归责的制度安排所导致的不正义程度似乎胜过连带归责的不正义程度。

此处我们所说的正义关心的是过去有人做了什么或发生了什么,并构成特定主体可以理直气壮地对其他特定主体做什么或可以要求其做什么的应得关系。在道德和法律等领域中,正义和“权利”的规范性现象相联系,人们会以“正当(the right)”这一概念刻画这类规范性要求。然而,道德和法律领域的规范性要求不只有“正当”的侧面,还有追求“善好(the good)”这一面。通常而言,如果一个人做什么能让他人过得更好总是构成他做这件事的正面理由,我们将这类理由所构成的要求叫“仁爱”。简单地说,“正义”向后看,要求我们回应人们的“应得”;而“仁爱”向前看,要求一个人尽可能改进他人的“境况”、改善他们的“福祉”、回应他们的“需求”。^[10] 西方的经典功利主义正是从这样一种“仁爱”视角出发对道德要求的特定理论化处理,而古代中国的儒家思想,尤其是孟子所主张的一整套道德和政治理论,也是以仁爱这种规范性概念建构起来的体系。^[11]

“仁爱”的视角只关心人们的境况是否可以改进、福祉有无可能改善以及需要可否被满足。与正义相比,这一视角相对不那么聚焦于究竟是何种事由导致目前的境况,比如被考虑的主体究竟是自我负责范围内的咎由自取,还是出于外在因素或机运的无妄之灾。从仁爱的角度看铁球案,我们需要回应两个问题,并关心两类人群。

第一个问题是“损害”的配置问题,我们相应地关心现有受害者。当温和的不幸广泛散布和均摊在人群中的时候似乎要好过极端的厄运降临在少数个体身上。高空抛物案就具有这样的特征,被高空坠物砸中并致严重损害的只是极少的不幸者,而他们的命运和境况就此改变。仁爱的价值内含着某种正面福祉平等配置的要求,要求严重的不幸或损害尽可能被均摊和稀释。^[12] 当我们考察这种仁爱要求的强度时,有两个优先性因素需要考虑:

首先,优先考虑绝对境况较差的人群。相较于命运和境况相对没那么差的人群来说,那些处于更悲惨命运和艰难境况的人更应当受到救助,我们应当将有限的资源优先倾斜给境况最差的个体。^[13]

其次,在境况相似差的情况下,优先考虑自然机运所致的人群。越是不受个人控制的个体,因其谈不上任何自我责任,往往陷入悲惨命运,对这类个体的救助要优先于因自身错误选择而咎由自取的个体。^[14]

[10] 一般性的讨论可参见 Allen Buchanan, *Justice and Charity*, 97 (4) *Ethics* 558, 575(1987).

[11] 孟子的仁爱观所理解的福祉是一种美德式的理解,是指人充分的自我道德完善。在法理学上的讨论,可参见王凌峰:《孟子人性发展观及其法理意义》,载《法学研究》2013 年第 1 期。

[12] 平等主义者往往持有这一主张,但就如帕菲特指出的,真正重要的是福祉的均摊而非苦难的均摊。See Derek Parfit, *Equality and Priority*, 10 (3) *Ratio* 202, 221(1997).

[13] 类似给予处境最差者以优先性的讨论可参见 John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, p.65-70.

[14] 或许有人会质疑这种优先性要求是否单纯出于仁爱的考虑,因为这里涉及“向后看”,我们必须首先确认仁爱考虑的对象群体是否咎由自取。第一种可能是此处确实涉及仁爱与正义的双重考虑:即仁爱要求境况较差者得到境况的改善,而不问这种境况较差是如何发生的;但正义却将应得引进来,如果是咎由自取,那么比起无辜的运气欠佳,看上去运气欠佳者优先于咎由自取者。第二种可能是仁爱的考虑能够提供独立且充分的解说:如果境况较差者陷于目前的窘境是咎由自取,那么意味着境况较差者本可以避免这种境况所致的福祉减损,(转下页)

铁球案满足这两个优先性的条件：一方面，原本幸福美满的周某一家突遭丧女横祸，陷入丧女之痛。另一方面，在路上散步本就是极为正常的生活需要，原告周某一家并无任何可以苛责的地方，更谈不上咎由自取。因此，针对受害人的悲惨境遇，仁爱的价值将要求社群分散或重新分配这部分严重损害。当这部分损害在社群成员内部平均分摊到足够薄的时候，仁爱的要求就得到了相应（尽管并不圆满）的满足。

从已有损害配置的角度出发，结论清楚明了：连带归责方式显然能够更为有效地分散原本极为严重的损害；而“砸了白砸”的过错归责方式完全与这一考虑背道而驰。撰写判决书的法官显然意识到了这一问题，只不过判决书中使用的关键词“保护弱者”词不达意。在这里，法官真正想说的是均摊外界机运对特定个体造成的严重损害，“分担损失”从而“抚慰受害人”。^{〔15〕}

若我们真正在乎人们的福祉，除了分散严重损害之外，更值得做的似乎是防止未来将要发生的损害。在这里，我们关心潜在受害者。事先防火于未燃是比事后救火更理想的状态，与其在损害发生后再补救已经受害的人，不如一开始就杜绝损害。采纳仁爱视角的功利主义就从这一角度来考察法律中的“惩罚”机制。从功利主义的角度看，惩罚的功能或者意义就只在于提供了额外的动机或者激励来改变受惩罚者的行为方式，使得他们不再继续从事可能会受惩罚的行为，从而改善了整个社群的福祉。当然，我们不必完全采纳功利主义视角，但出于类似的思路，可以将“连带归责”理解为一种技术意义上的“惩罚机制”。仁爱的考虑要求尽可能杜绝未来可能发生的损害。

因此，从预防潜在损害的角度，结论同样清楚明了：“砸了白砸”的过错责任归责方式完全不具备预防损害的功能，这种制度选项甚至是在间接激励高楼上的住户随意往下抛掷物件；而按份均摊的连带归责方式却能够实现预防损害的功能，在前面的铁球案中，3 000 元的补偿金足以构成对高空抛物者的威慑，让他们下次不敢再以身试法。

同样，让我们归纳一下从“仁爱”视角如何评估两种制度选项：无论是从损害均摊的角度还是预防潜在损害的角度，连带归责的按份责任一边倒地优于严守个人归责从而“砸了白砸”的制度。

为了更清楚展现正义与仁爱这两种规范性价值视角下两种待选制度安排各自的优劣，不妨让我们用简单的矩阵（表 1）来表示：

表 1

制度选项 \ 价 值	价 值	
	正 义	仁 爱
传统归责方式	严重不正义	完全不仁爱
连带归责方式	温和的不正义	不完满的仁爱

讨论至此，假设我们仅仅比较“砸了白砸”的传统归责方式和按份责任的连带归责方式，其损益优劣可总结如下：就正义这一边而论，连带归责方式优于传统归责方式。因为在连带归责方式中，真正的加害人毕竟也向受害人承担了一定比例的损害赔偿，尽管就应得的性质与比例而言这并不满足完满正义的要求。但传统归责方式则是严重的不正义，加害人没有承担任何经济赔偿。

（接上页）对其境况的事后改善可能间接促成其他人做出不理性的选择。比如，在吸烟者和不吸烟者之间配置医疗资源的时候，如果一视同仁，或许会间接鼓励吸烟的行为，从而导致福祉的更大减损。本文采纳第二种解说，这就回应了上述不能“向后看”的质疑，因为“向后看”的考虑被收敛到了“向前看”的福祉考虑中。

〔15〕 见前注〔7〕，周煜案。

就仁爱这一边而论,连带归责方式能够近乎完满地实现更符合仁爱要求的损害均等配置结构和预防潜在损害的效果。

上面的这个论证并不复杂,其中的很大一部分,尤其是从仁爱价值出发展开的论证及两个附带的结论也已被许多侵权法学者反复讨论过。但此处有两个潜在批评需要处理,其中涉及“正义”与“仁爱”两个价值冲突与妥协的难题。笔者将在下文予以讨论,并以此方式进一步拓展和深化已有的关于“正义”与“仁爱”的论证。

三、风险的公平分配与损害的均等分摊

上文的论证预设着显见前提,即值得考虑的可行制度选项只有两种,分别是“砸了白砸”的传统归责方式和对可能致损害群体施加按份责任的连带归责方式。然而,除此之外还可以有其他不同群体范围的连带归责方式:

我们可以设想把均等按份分摊损害的群体扩大到更大范围的社群成员,而不同于可能抛掷物品的高层居民这一狭小人群范围,例如高层建筑的所有使用者。这个范围还可以是整个社区或行政区划,还可以用政府公共基金的方式来实现损害的填补,来更好地补偿受害者。在这些制度选项的支持者们看来,对于此类高空抛物侵权案件而言,真正重要的事就在于:1.合理风险的公平配置;2.尽可能广泛均等地分散损害。

从合理风险的公平配置角度看,许多人会认为居住在高层建筑中和驾驶机动车类似。这两种活动本身带来固有风险,事故和损害不可避免。事情的重点在于受益群体的收益和受损群体的损害在配置结构上是否公平。在这点上,机动车和高层建筑非常相似。虽然机动车上路总是会发生事故致人身或财产损害,但开车是满足人们出行需要的必要交通手段,现代生活方式带来的人类福祉改善完全建立在车轮上。那么,在使用机动车通行必不可少的前提下,既然开车主要是给开车通行者带来便利(福祉),他们就得通过承担相应损害赔偿的方式来分担事故带来的相应风险。此处的一般原理是,从事某项有致他人固定风险的活动受益的一方应当合理承担风险所带来的损害。类似的逻辑可以套用到高层建筑上。如果城市生活的繁荣和舒适依赖于高层建筑,那么得了使用高层建筑便利(福祉)的使用者就必须为高层建筑上掉下物品致人损害而承担相应赔偿责任。这种想法,我们将其称作“分配正义(distributive justice)”的损害配置思路。值得注意的是,这一思路不同于“仁爱”的思路,因为分配正义依然关注“应得”。分配正义关心在多人的合作性事业中,一方不能光受益而让他人受损,损益的配置应该满足某种恰如其分的应得要求。

在法解释学层面上,这一解释方案试图整体地理解《民法典》第 1253 条(有关建筑物坠落物致人损害责任的规定)和第 1254 条(有关高空抛物致人损害责任的规定),将搁置物和抛掷物掉落造成的损害都收敛到有关风险分配正义的考虑上。根据这种思路,与物件致人损害责任相比,“高空抛物行为主观恶性更重,社会危害性更大,举轻以明重,高空抛物更要适用过错推定责任”。^{〔16〕}

然而,有关固有风险的分配正义考虑并不能如此轻易地“举轻以明重”地从坠落物延伸到抛掷物。其中最关键的差异在于高层建筑的使用方式必然带来相应的坠落物致人损害的固有风险,然而,这些固有风险并不包含人为抛掷物品所致损害。就像开车必然带来相应风险,但这风险并不包含故意开车撞人或因疏忽大意而撞人。坠落物与高层建筑的正常或合理使用息息相关,但抛掷

〔16〕 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》,人民法院出版社 2020 年版,第 698 页。

物却与合理使用无关,反而可说是极为不合理的使用。在前者,高层建筑的使用人应当承担损害,而在后者,我们无法正当说明为何建筑物使用者应当承担这部分损害。分配正义的考虑以“城市形态下在高层建筑中居住”这个合作性的事业为前提,但“在高层建筑中不顾他人死活地往窗外丢铁球”显然并不是该事业的一部分。

此外,从解释学的角度看,《民法典》第1254条明确要求“可能加害”的建筑物使用人才承担经济补偿责任,这种试图将两个规定收敛到有关风险分配正义考虑的解释方案本身就不符合法解释学“受立法权威文本约束”的内在要求。

出于合理风险公平配置的反意见认为高空抛物行为也要依照“收益者承担风险所致损害”来安排侵权责任,将按份责任范围扩大到建筑物使用人的范围。在这里,损害分散的考虑收敛于“正义”的价值,具体来说是分配正义,而非出于仁爱。然而该反驳归于失败,因为高空坠物和高空抛物所涉行为具有完全不同的道德特征,前者是不可避免(或难以在合理成本内避免)合理使用固有的风险,而后者是完全可以避免且加害人具有道德过错的行为。

另一种可行制度选项是尽可能均等广泛地扩大损害分担的范围。有学者从孟子“恻隐之心”来理解这种损害分散的必要性,“当建筑物发生抛掷物、坠落物致害之时如果受害人实无救济亦可怜至极,相信建筑物的使用人和普通民众一样,都会动恻隐之心;如果组织道义捐赠予以救济,相信建筑物使用人仍然会愿意慷慨解囊”。^{〔17〕} 仅仅从仁爱价值看,将现有损害更广泛地均摊损害到整个社群是更优解,可实现更均匀和广泛的损害均摊效果。学者建议,可以用强制责任保险的方式来实现这种均等分摊,^{〔18〕}也可以采取某种公共基金的方式,让全社会分担风险。^{〔19〕} 从福祉最大化的角度看,强制保险或者公共基金在运作上效率更高,一旦有高空坠物发生——无论是人为抛掷还是坠落,补偿的程序可比现有的侵权诉讼程序更便捷高效,从而节省大量昂贵的司法资源。

尽管有上述福祉最大化的优势,广泛扩大损害分担人群的制度安排仍然有其不足之处:具有“恻隐之心”或仁爱美德的制度设计者不会仅仅考虑已有损失的填补。仁爱的人会中立地对待过去已发生的事与未来将要发生的事所致的损害。比起补偿已经遭受厄运的人来说,更重要的是防止类似的厄运再发生。过度均摊的损害不具有改变现有和潜在加害人行为的功能,无论是保险费用还是公共基金中的份额,这些轻微到可以忽略的经济负担不足以创造足够的行为激励。更何况,就填补的完备性来说,高空抛物所致损害大多是人身而非财产损害,再多的金钱赔偿也无法充分完备地弥补失去生命和身体损伤所造成的损害。对于这类无法弥补的损害,防患于未然才是正道。

最终,从仁爱或普遍福祉改善的观点看,现行制度优于更广泛扩张损害分担人群的制度,一个真正仁爱的制度设计者将会更在乎防止未来的严重损害,而不仅仅着眼于损害分摊上的些许改善。^{〔20〕}

本节考虑了另外两种可能的针对不同群体范围的连带归责方式,前一种从分配正义的视角入手,将高空抛物的损害看做是高层建筑使用的合理风险并在此基础上要求谁受益谁担责,建筑物

〔17〕 王竹、赵尧:《论建筑物抛掷物、坠落物致害道义补偿责任——兼论建筑物、坠落物强制责任保险制度的建立》,载《政法论丛》2010年第5期,第100、101页。

〔18〕 同上注,第103—104页。

〔19〕 参见《高空抛物伤人到底该由谁赔?》,载新华网2018年12月28日,http://www.xinhuanet.com/politics/2018-12/28/c_1123916091.htm。

〔20〕 现行制度也有广泛分担的机制。《民法典》第1254条规定了建筑物管理人的相应补充责任:“物业服务企业等建筑物管理人应当采取必要的安全保障措施防止前款规定情形的发生;未采取必要的安全保障措施的,应当依法承担未履行安全保障义务的侵权责任。”这个规定也起到了损害分摊的功能,近似相当于所有小区居民均摊了损害;同时这个规定也有一定的预防功能,但这部分预防功能极为有限。

使用人均等分摊损害责任;后一种从仁爱的视角入手,主张以保险或基金的方式来进一步均等地扩散风险,由更大范围的社群成员来均等分摊损害责任。然而,这两种思路都归于失败。分配正义的考虑不适用于高空抛物,而仁爱的立法者不止关心已经受害的人及其损害填补,更关心保护人们免于未来的损害。

四、出于不正义的反驳

上一节的分析旨在表明,出于正义和仁爱考虑的其他可能制度选项(扩大连带归责的人群)各有其致命缺陷,并不优于现行连带归责方式。但即便如此,现行的连带归责方式依然面临着严厉的道德批评。

学者批评的矛头直接指向将“仁爱”考虑作为国家强制力运用的正当性。侵权法固然要“补偿受害人,根据过错责任或危险责任的要求,实行损害的转移或分散”,但这么做有其前提,必须“顾及行为人的行动自由与财产的安全”。断不能“违反自己责任原则,拿无辜被告的财产作人情”,从而造成对“个人自由和财产权的践踏”。^{〔21〕} 用上文所建构的概念框架,这个批评可以作以下的重构。在侵权法上,损害的转移或分散基于两个正义考虑:1. 基于生命权、健康权、财产权等权利的正义要求;2. 基于共同合作性事业的分配正义要求。

侵权法中最常见的自己过错责任安排是出于第一个正义考虑。通过权利的指向性(存在某个主体的一项权利,必然地存在相应的义务和承担义务的主体),我们总是能够找到侵害权利的过错方,并正当地要求其承担相应损害责任。

危险责任则诉诸第二个正义考虑。如果某个合理的活动使得社群整体受益且必不可少,但这一活动必然地带来难以避免(或难以在合理预防成本内避免)的风险,那么分配正义将要求从这一活动中直接获益的群体分担风险带来的损害。

高空抛物的连带归责形式既不属于第一种正义要求,也不属于第二种正义要求,因此,在侵权法的语境内无法得到辩护。更严重的问题还在于显见的“不正义”。连带归责的方式将损害扩散到可能致害的无辜人群是“拿无辜被告的财产作人情”,^{〔22〕} 让人不禁感叹“打死我也无法认识到其中的正义性”。^{〔23〕} 在第一节的讨论中,我们从正义和仁爱两种价值来理解和把握传统“砸了白砸”和现行按份连带归责方式各自的优势和缺陷,但这种谈论两种价值的方式并不让人满意。对于在某种制度安排中处于劣势的个体,他们总是可以追问:“对谁而言”的正义?“关切何人”的仁爱?从虚无缥缈的一般价值(或法学家们所乐于使用的“利益衡量”)层面泛泛地谈论正义与仁爱并没有直面他们的问题。

仁爱和正义的视角存在一定的差异,从而导致这两个价值的关系无法以“衡量”的方式来简单粗暴地处理。仁爱的考虑总是从某种超越个人的一般视角出发来安排制度以实现福祉的优化,要么总的福祉增加,要么改善福祉配置结构。但正义却总是采取某种个人的视角。当一个安排对某一个或几个人是“不正义”的时候,这种出于个人视角的不正义抗辩通常都可以压倒更普遍的对于整个群体的仁爱考虑。因为归根结底,承受损害是以个人为边界的,他人又如何能够正当地辩护这种强制拿别人财产做人情的做法。^{〔24〕} 作为例子,不妨考虑“器官移植”的相应法律安排。一个健康人献出一个肾

〔21〕 见前注〔1〕,张谷文,第 42 页。

〔22〕 同上注。

〔23〕 张新宝:《侵权责任法立法研究》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 499 页。

〔24〕 See Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, 1974, p. 30-31.

脏可以救助另一个人的生命,而同时捐献者自己仍能健康生活。从仁爱的角度看,法律强制安排健康人献出肾脏满足仁爱的要求,救一条命显然要比少一个肾脏从利益或者福祉的角度来说来得“更重要”或者“更有分量”。但这一做法显然不正当。重点就在于,对于一个人自己的生命和器官完整性来说,生命当然比器官完整性重要,但我们在此考虑的是两个独立个体之间的关系。一方以自己的器官救助另一方固然是堪称道德圣人的仁爱之士,但国家并不能强制执行仁爱的要求。粗暴的“利益衡量”论忽略了个体和个体间福祉比较的道德意义:个体X可以选择较大利益a或较小利益b,当利益a和利益b不相容且只能实现一种利益的时候,X的理性选择应该是a或他应当选择a。通常而言,国家不需要介入个体X的选择,当个体X的选择极其不理性时,国家或许有强制介入的正当性。^[25]然后,在个体X的较大利益a和个体Y的较小利益b不相容且只能选择其中一种利益的情况下,看上去国家并不具有当然的正当性来强制牺牲Y的利益b以实现X的较大利益a。

在政治性的制度安排中,上述规范性现象可以被概括为“正当(the right)或者正义压倒善好(the good)”。在和仁爱发生冲突的时候,出于不正当或不正义的考虑具有某种压倒性,使得仁爱的价值被压倒,取消了仁爱在同一位阶上被权衡或比较的资格。一个人拥有自己的身体和相应的身体完整性的权利,未经他的个人同意,他人(包括国家)侵犯其身体权是不正义。在高空抛物中,类似的主张看上去也能成立:国家以强制方式慷他人之慨违背了正义,仁爱的考虑也将被正义压倒,现行高空抛物连带归责制度因而是不正当的。

然而,这种出于不正义的反驳忽略了高空抛物案件中不正义的对称性。不正义的考虑对于“砸了白砸”的制度同样有效。在“砸了白砸”制度下,被砸的原告也是无辜的受害者。在第一节中我们已经论证过“砸了白砸”制度下无辜受害者承受的生命、健康权的损害远远高于按份连带制度下无辜牵连者的经济损害,因而是一种更严重的“不正义”。或许有人会说,这种不正义是来自人类自身认识能力的有限性或自然的机运。然而,这里的疑问并不因为认识有限性或自然机运的存在而止步。关键不在于这里存不存在有限性或运气的成分,而在于“制度如何正当对待人固有的有限性或自然机运”。这就意味着,在高空抛物问题上并不存在制度安排上国家可以袖手旁观的选项,无论选择何种制度都是一种积极的挑边站。国家要么选择了这种不正义,要么选择了那种不正义,唯独不存在“中立”的说法。甚至在刑事制度中同样存在认识有限性和机运的问题。满足“排除合理怀疑”的确凿证据并不必然保证案件事实确实为真,而刑事司法制度似乎接受这种程度的证据来定罪。认知运气(epistemic luck)无处不在,即便现有证据的整体足以排除一切合理怀疑,但依然不能保证根据这些证据所推论或建构出来的事实就必然为真。^[26]“排除合理怀疑”这一标准应当被理解为一种制度安排正当性要求的一部分,是说国家要惩罚公民就必须对国家这一方设定更高的认知辩护标准,而不是完全排除认知运气的对“真”的无限追求。刑事证据证明标准的要求尚且如此,在只追求高度盖然性或优势证据的民法中更不必说。那么我们又为何孜孜不倦于必须抓到抛物的“真”凶?在刑法那里,我们需要辩护的是“国家惩罚个人的正当性”,在高空抛物中,我们也只需要为国家强制转移财产的制度安排提供充分的辩护。

当然,指出这种不正义的对称性并不意味着我们因此就可以忽视这种出于不正义的反驳。在笔者看来,对这种不正义的回应构成了一个论证或者辩护国家强制力运用的基本要求:通常而言,

^[25] “法律家长主义”实际上就是在处理这一问题。国家通过家长主义的强制干预即便是得到辩护的,辩护的条件也会非常严苛和复杂。

^[26] See Dario Mortini, *Knowledge, Individualized Evidence and Luck*, 179 (12) *Philosophical Studies* 3791, 3791–3815 (2022).

个人的财产个人做主,为何在高空抛物这类案件中,国家可以正当地要求无辜者承担损害?我们必须对于这个问题给出合理或正当的辩护,来说明这种慷他人之慨的制度实践是正当的。由于正义的考虑总是相对于特定的个人,我们不妨将高空抛物人群做一个群体的区分,并分别考察正当性辩护是否成立。^[27] 当特定案件已经发生并进入侵权之诉时涉及的人群有以下几类:

1. 加害人:基于正义的要求,真正的加害人本来应当承担全部的损害赔偿赔偿责任,甚至接受惩罚。在按份连带归责方式下,他们仅仅承担了其中一小部分经济补偿,因此在正义上,他们无法合理拒绝现行制度安排。

2. 受害人:对于受害人而言,由于真正的加害人无法找到,正义并未完全得偿。但在按份连带归责方式下,他们的损害得到了经济补偿,因此,他们也无法合理拒绝现行的制度安排。

3. (按份承担补偿责任的)无辜者:就如我们上文所讨论的,无辜者将最有资格提出基于不正义的抗议或表达愤慨,因为毕竟最终承受本不用承担的补偿义务的是他们。因此,对不正义的批评重点也将聚焦在这一人群以及他们的愤慨或抗议,然而,他们的愤慨或抗议的力量在以下两个方面被削弱了:首先,连带责任的形态仅仅是财产性质的经济补偿责任,而不牵涉其他人身权利。和器官移植事例不同的是,侵犯身体完整性和健康权所致不正义是一种涉及自然权利的不正义,但对财产的安排却完全可以出于某种仁爱、平等的考虑,典型的法律制度比如累进的个人所得税制度。其次,法律在字面上规定了这种责任是一种“补偿”责任。与过错责任下的“赔偿责任”不同的是,“补偿”在道德评价上是中立的态度,而不带有任何批评、谴责的语用效果。^[28] 换句话说,整个政治社群并未通过实行这样一种制度对无辜者表达任何负面的评价,而仅仅将这种补偿责任的设定视作是一个实用的制度安排。这不同于过错责任,因为“过错责任”在字面上就已经蕴含着负面的表达性态度。

持有不正义批评的学者们关注这些无辜者表达的不满或愤慨,尽管这些不满或愤慨因为上面两个因素而被削弱。然而,值得关注的是,无辜者的不满或者愤慨表达的关键时间点似乎是在事情发生之后。当有人因高空抛物而受严重损害,这些可能致害的居民将连带按份承担损害。时刻点是重要的:在商业彩票中,开奖后没有中奖的人并不能因为自己没抽中而提出抱怨或表达愤慨。事情的重点是在于这样一套抽奖的制度本身是否公正,而不是最后哪些人手气欠佳或者哪些人一夜暴富。这个类比当然并不精确,^[29] 在这里只不过是想通过类比的方式指出时刻点的重要性。同样,对于普遍制度安排的辩护并不能留待这一制度的后果在某个个体或者某个群体身上的特定体现。铁球案中那些无辜承担3000元补偿金的人群也不能在案件发生且制度性后果落到自己头上时才表达不满或者愤慨。真正重要的是,这样的制度在一般或普遍实践的意义上是否正当。

在自然机运的影响下,加害人、受害人、旁观者和无辜者的身份都可以互换。甲热衷于向外丢铁球并不妨碍他被别的铁球砸;今天乙不幸被砸,但或许明天却是丙被砸。只要高层建筑居住的城市化生活方式延续,每个人都会成为潜在的受害者,真正重要的问题是:如果每户人家成为潜在受害者的概率大致差不多,一个合理的制度安排究竟是“砸了白砸”还是按份连带?为了让这个问题更凸显出来,不妨在时间线上重新排列正当性辩护的时刻点:

对按份连带归责方式提出“不正义”批评的学者似乎倾向于认为,在一个制度性的实践中,正

^[27] 在辩护一个一般规则的安排是否得到辩护时,可以从不同受影响人群的角度来展开,借鉴了斯坎隆的策略。See Thomas M. Scanlon, *What We Owe to Each Other*, Harvard University Press, 1998, p.213-218.

^[28] 原《侵权责任法》将“赔偿”改为“补偿”就带着这样的意图,可参见全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2010年版,第576页。

^[29] 这两个例子差别之处在于抽奖往往是人们个体层面的自愿行为,而法律的规定却往往是公共参与(例如民主立法方式)的结果。

当性辩护的关键节点是在某个特定案件(如铁球案)发生后的 T1 时刻,那时候的无辜者将可基于不正义的考虑来合理拒绝按份补偿的责任。然而,根据前面的论证,制度性辩护的重要时刻应当是在没有任何人被砸到的 T0 时刻,整个社群将要事先确定怎样的制度安排合理正当。^[30]

在 T0 时刻,人们会对两种制度安排作基于自我利益(自利)和他人福祉(道德)的双重考虑。从自我利益的自利角度看,“砸了白砸”将会使得自己和家人置于严重的生命健康危险之下,合理的选择应当是按份连带,从而使得潜在的加害人不敢随意高空抛物伤及自己和家人。在最差的情况下,自己将是无辜者,但也仅仅承受数千元的损失而已。从关切他人福祉的道德角度看,我们有合理的理由去关心他人的命运,很小概率付出数千元的成本就能够拯救他人生命,似乎也是一桩道德上“合算的买卖”^[31]。合理的选择依然是按份连带,从而使得潜在的加害人不敢随意高空抛物伤及他人。如果社群中每个成员的自利和道德考虑都倾向于按份连带的归责形式,那么这一归责形式就得到充分的合理辩护,因而是正当的。

侵权法学者也承认“高空抛物会危及不特定多数人的权益”,^[32]但拒绝这样一种聚焦在 T0 时刻的正当性辩护思路。理由在于,只有某种损害特定化进而“造成损害时,才会被纳入侵权法的评价体系,此时,不特定多数人已然变为特定受害人”。^[33]然而这一批评似乎错失了要点。法律要做出特定的评价当然是在特定损害发生之后,因为只有特定损害发生之后特定的主体及其行为才能够被评价。然而,在已有规则的指引下进行“评价”不等于对该规则的一般“正当化”。侵权法规则的适用当然是在 T1 时刻,这和正当化辩护的关键节点在 T0 时刻并不矛盾冲突。

至此,我们较为充分地辩护了高空抛物中可能致害群体按份承担连带责任的正当性或者合理性。如果这一辩护成功,它也对相关法条在司法实践中的解释和运用构成了约束。

在我们的辩护中,仁爱的考虑是关键的,我们必须关心潜在受害者的福祉,因而必须形成某种威慑效应,分担补偿责任的住户各自承担的金额必须足以遏止真正的加害人和潜在的加害人继续抛掷物品。这可以被称作“预防的门槛要求”,与之相对应的则是“均摊的封顶要求”。在铁球案中,法官显然意识到了这一点,对每一户承担补偿的金额设定一个天花板。尽管损害总金额是 792 488.48 元,按份承担的业主有 121 户,严格按户均计算,每户应当承担 6 549 余元。^[34]然而,法官却运用了裁量,考虑到“户均分摊金额的多少,兼顾赔偿能力等,酌情确定每户业主或房屋使用人补偿 3 000 元为宜”。^[35]在铁球案中,这种赔偿金额的天花板限制或许不明显,但假设在该案中只有两户可能抛掷铁球,则每户要承担近 40 万元的补偿金额,对于其中的这位无辜者而言显然是不正义的,其无辜受累的程度足以影响他自己的生活和人生走向,这种严重的不正义使得整体的制度无法得到辩护。

仁爱设定的约束是“预防的门槛要求”,而正义设定的约束是“均摊的封顶要求”。在铁球案的判决中,由于女婴身亡所致赔偿金额巨大,法官将潜在的致害群体定为 121 户,并且以 3 000 元每

[30] 这一论证策略借鉴了朱迪斯·汤姆森(Judith Thomson)对标准电车难题的讨论,见 Judith Jarvis Thomson, *The Realm of Rights*, Harvard University Press, 2013, p.182-197.

[31] 此处“合算的买卖”指的是一个为道德动机所驱动的利他主义者也应当关心有限资源投入所产出的福祉,他会乐于以小概率偿付 3 000 元人民币的代价拯救他人的生命。

[32] 曹险峰:《侵权法之法理与高空抛物规则》,载《法制与社会发展》2020 年第 1 期,第 53 页。

[33] 同上注。

[34] 此案发生在《民法典》生效之前,尚不存在建筑管理人的责任。

[35] 见前注〔7〕,周煜案。

户的标准要求 121 户分担经济补偿责任。^{〔36〕}这正是“门槛要求”和“封顶要求”的体现。

五、结 语

本文以正义和仁爱这两个最基本的道德价值作为分析框架来理解和分析高空抛物的诸多可行制度安排,在回应“不正义”批评的基础上辩护了连带归责这种制度安排的正当性。但这种正当性辩护有三方面的限度:

首先,我们的论证预设着高空抛物案件往往致严重人身损害而不是财产损害。这一前提需要经验上的验证。在铁球案这类严重人身损害的高空抛物案中,正义与仁爱的考虑所构成的力量并不能当然地拓展到不那么严重的人身损害或财产损害案件中。在我们聚焦于 T0 时刻的辩护中,关键的点在于以一定概率承担 3 000 元的成本来换取自己及家人的人身财产安全(利己的考虑)和他人的人身和财产安全(道德或利他的考虑)是否合理。在我们所考虑的铁球案中,这种合理性显而易见,然而在轻微的人身损害或者财产损害情况下,这种合理性是否成立就不那么清楚了。例如,在高空抛物致楼下汽车玻璃碎裂的情况下,法官是否还可以要求承担连带的按份责任?在个案考虑中,“砸了白砸”带来的不正义变成了微小的财产损害,不正义的程度大幅削弱,同时以按份连带的归责方式来分摊这种损害的仁爱要求显然也近乎可以忽略。考虑到这两个特点,传统的过错归责方式似乎更可取。然而,法律的制定和适用是一般的,这种一般性要求把案件总体作为调整对象,并从整体的角度来考虑正义与仁爱这两个价值。在高空抛物致财产损害的情况下,司法判决中的法官应当考虑到下一次抛物可能致使严重人身损害。如果是这样,即便是轻微的财产损害也应当以一致的方式去对待,上文论证或许依然能够成立。当然,这一论证成立与否最终依赖于这类案件所致损害类型和损害程度的经验事实,如果致人死亡或者重伤的案件极为罕见,那么本文所搭建的论证即便成功也将是无的放矢。

其次,上述论证所建立起来的主张是“国家通过法律的方式以按份连带的方式来设定高空抛物补偿责任是正当的”,但这一主张并不当然蕴含着“侵权法以按份连带的方式来设定高空抛物补偿责任是正当的”。对前述学者出于不正义批评的另一种(同时或许也是更好的)理解是他们并不是主张“在一般的意义上按份连带补偿责任不正义”,而是“在侵权法中,按份连带补偿责任不符合侵权法意义上的两种典型正义”。这两种典型正义分别是过错责任背后的矫正正义和危险责任背后的分配正义,按份连带的制度无论如何也无法放置入这两种已有正义的理解中。那么侵权法就无法容纳这样一种制度安排。一旦采纳这样一种狭隘理解,那么本文的论证就不构成对这种批评的正面反驳。本文辩护的命题是更为一般的主张,对于已有侵权法体系(内部体系或外部体系)可否接纳这一安排的问题保持开放态度。^{〔37〕}

和上述问题相关的另一个限制是仁爱与正义双重考量的辩护在案件适用范围上极为有限,仅仅适用于认知资源配置存在天然高度不对称的案件中。初看起来,本文的辩护同样可以适用于“高空抛物”类似事例,比如“无法找到肇事者的交通肇事逃逸侵权案件”。在没有充分证据找到肇事者的情况下,可否以类似的思路来辩护一种连带的责任安排,要求可能的肇事者向受害人按份

〔36〕 见前注〔7〕,周煜案。

〔37〕 就内部体系(或价值体系)而言,过错责任和危险责任及其背后的价值考虑是否是同一个整体本身就是理论上开放的问题。我们将这两类安排都归入侵权法来调整或许也仅是一种实用考量的权宜之计或法律观念与制度的历史偶然,而非学理上深思熟虑的必然结论。

地承担相应的补偿责任? 答案是否定的。这类事例与“高空抛物”的差异在于,高空抛物中由受害人证明是哪一住户抛掷物品几乎不可能,侵权人和受害人认知(即找到充分证据证明相应事实)资源的配置存在高度不对称性。但在交通肇事这类事例中,不存在如此典型的认知资源高度不对称性。如此一来,连带的制度安排即便放置入“侵权法体系”也仅仅是作为侵权责任安排的极少数例外而非常态,对侵权法体系的冲击也极为有限。

最后,上文的论证并未考虑刑法中的高空抛物罪及其对潜在加害人的心理威慑作用。可以想象,刑法中高空抛物罪的有效执行所造成的心理威慑或许就可以充分地实现预防潜在损害的功能。潜在加害人由于害怕受到刑事追诉,就不会再贸然抛物,从而极大降低了高空抛物致人损害的风险。如此一来,人们在 T0 时刻的考虑也会大不一样(承担数千元的经济负担并不会真的促进自我和他人的福祉),本文论证所倚重的“仁爱”考虑就失去了其大半规范性力量(预防潜在损害功能将是多余的),从而影响整个论证的健全性。然而,高空抛物入罪实际上是否有这样的心理威慑作用本身需要进一步的经验考察。

尽管有上述的三个限度,本文的讨论依然有相当的实践意义。任何实践都内在地要求合理性辩护,更何况法律中的诸多规定都涉及公共权力甚至强制力的运用,因而总是需要更强的实践辩护。^[38] 这种辩护的重要性和紧迫性无论如何强调都不过分,而这些工作必须在更深层次的法理学层面展开。本文的讨论表明司法实务中的诸多重要问题——比如按份连带责任经济补偿的下限标准(“门槛要求”)与上限标准(“封顶要求”)问题——和法理论思考有着内在的联系,缺乏理论上的根本突破,实践上的困局将无从解决。

Abstract The Civil Code follows the several-liability scheme of the original Tort Liability Law concerning high-floor projectiles, but the deep theoretical disputes of this arrangement have never been resolved. The moral values of “justice” and “benevolence” can provide a clearer and more rigorous conceptual framework for these disputes. It will reconstruct many claims and thus may shed new light on this debate. From the perspective of justice, several liability leads to mild injustice, while individual liability leads to serious injustice. From the perspective of benevolence, several liability can effectively prevent future damage and compensate for existing damage as well, while individual liability cannot achieve these two effects of welfare improvement. From the viewpoint of the innocent individual, the state’s compulsory dispersion of property damage does not fully meet the requirements of justice, but it can still be justified. This defense will also provide a powerful and reasonable explanation for the upper and lower limits of compensation in judicial practice.

Keywords Justice, Benevolence, High-Floor Projectiles, Several Liability, Public Justification

(责任编辑:雷槟硕)

[38] 有关实践基本原理的进一步讨论可参见王凌峰:《实践的两个原理及其法理论意义》,载《浙江社会科学》2020年第5期。