

论美国侵权法“行为人 自担风险”规则

——兼论我国侵权责任原则的完善

黄立嵘

【提要】 自担风险、自负其责是为人处世的基本准则，权益保护与行为自由是侵权法努力平衡的两大目标。我国侵权法过于强调公平责任，导致行为人不担风险、加重赔偿责任、限制行为自由等弊端，需要加以校正，可供选择的路径之一，就是借鉴美国侵权法“行为人自担风险”规则。

【关键词】 侵权法 公平责任 行为人自担风险

【中图分类号】 D913 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1000-2952(2014)06-0081-05

在我国，侵权责任无论是立法还是司法均倾向于以受害者为核心的归责原则，有损害则必有赔偿或补偿，属于一种“扶弱助贫”、“劫富济穷”的模式。不论侵权主体过错大小，亦不论赔偿主体与损害之间的实际关系，甚至不论赔偿的最高限额，只要有侵权损害就必有赔偿或补偿，以达到均衡损失、均分责任的目的。^①而在司法实践中对于被侵权人利益的保护更是过犹不及，比如，涉及工伤事故的，凡牵涉有经济实力的主体即为赔偿主体；涉及交通事故的，所有车辆的保险者均为赔偿主体；涉及医患纠纷的，无论是否构成医疗事故，医方也得承担部分赔偿或补偿责任；等等。虽然我国侵权责任法尚有“过错责任”与“因果关系”作为要件以限制侵权行为与侵权责任的必然关系，但仍然忽视了受害者自身承担的风险责任，忽视了现代侵权法中“损失不超过经营预期资

本”、“行为人自担风险”等限责规则。

在侵权法最为完善的美国，也曾经历过侵权法发展的“阵痛期”，但依靠该国资深法官兼法学家的一些创设性案例及理论著作，为个人利益的保护及社会利益最大化提供了制度性保障，尤以19世纪末至20世纪初的“行为人自担风险”、“损失留在最初发生地”的理念最为盛行。本文借助于当时美国发生的典型案例，分析侵权法应设立限责原则的必要性和可行性。

^① 《侵权责任法》第6条关于“行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。根据法律规定推定行为人有过错，行为人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任”的规定、第7条关于“行为人损害他人民事权益，不论行为有无过错，法律规定应当承担侵权责任的，依照其规定”的规定，可见一斑，无论是否有过错，有侵权行为发生，侵权法律即可覆盖，即会产生侵权责任。

一、“行为人自担风险”规则的理论依据

1. “自由劳动”

“自由劳动”是美国总统林肯 1859 年秋天所作著名演讲的主题，林肯将自由劳动称为“希望的启示”。美国南北战争被认为是“建立自由劳动的战争”，其后颁布的宪法第十三修正案禁止“奴隶制”与“犯罪惩罚以外的非自愿劳动”，在国家根本法中确立了“自由劳动”的神圣地位。“自由劳动”意识形态，成为美国法区别于英国法的独特之处。多个世纪以来，欧洲人都把奴隶劳动与奴隶贸易看作财富和物质进步的手段，但 18 世纪中后期，本杰明·富兰克林与亚当·斯密这些启蒙思想家开始论证，奴隶生产要比自由劳动成本更高。^① 因为自由劳动在效率上优于各种形式的非自由劳动，自由劳动在美国内战之前即被认为是“最有效率的生产机制”。

为保障自由劳动，美国法官对于无过错的伤害行为基本判决为不因损害行为承担赔偿责任。例如美国首席大法官霍姆斯在其 1881 年《普通法》中提到的布朗诉肯道（Brown v. Kendall）一案，被告在用棍棒分开两只打架的狗时正好击中了原告。霍姆斯把这些可预见但非过失的伤害归入无救济损害的范畴。“即便个人事实上预见到他的行为可能会给他人带来伤害，但法律也有可能允许个人从事这些行动。”“公众通常从个人活动中受益。如果活动不能避免，且有助于公共利益，法律中显然不存在相关政策，要求行为者承担适当和必然的行为所带来的危险。”^②

“意外带来的损失，必须置于其落下的地方（loss from accident must lie where it falls）”，无过错损害所造成的损失应该置于它们发生的地方。美国在 1842 年判决的“法威尔诉波士顿与伍斯特铁路公司一案中，雷缪尔·肖法官认为，雇员应该承担雇佣活动中常见的风险，包括工友过失的风险。“如果伤害不可避免，被告的行为也不应受到责难，被告就不存在法律责任。……不能被证明为一种善的地方，国家的介入就是一种恶……一个人合法的权利不可能成为他人诉

讼的理由。”他在判例中大张旗鼓地保护“自由劳动”，强调工作中必然存在的风险以及工人的过错，并非所有的工伤事故均由企业主承担赔偿责任。

2. 统计学发生概率及过错责任

曾有记者这样指出，工业事故看起来是“高速运转的机器生产的必然附随物”，“虽然你可以通过注意与预防设施来降低这种比率……但残废的惊人比率还是存在，而且必将总是伴随着机器的使用。”^③ 事实上，统计法则让这些伤害显得无法避免。尤金·温鲍在《哈佛法律评论》中认为：“从行业的立场看，特定的危险，包括工人及其工友的过失，都是不可避免的。设计吊桥或许知道，经验图表已经提前告知工程过后会有多少工人死亡。”

来自人类错误的事故与来自“任何其他”原因的事故同样是“不可避免的”。侵权法的设计师们曾经希望消解“无救济的损失”这一颠覆性的范畴，尽可能地减少落入这一范畴的案件数量。但是，站在统计专家的视角，事故的常规伤亡，既不能归咎于受害者的过错，也无法归咎于施害者的过失。工作过程中的伤害并不存在着个人意义上的过错。它们实际上应归咎于工业的固有危险，犹如大陆法系的“不可抗力”概念，有些风险是不可预见、不可预防、不可避免、不可控制的。

3. 经济效率与社会整体利益

关于《工业事故法》的内容在美国曾发生了激烈的争议。诸如，在侵权法的框架中，个人的矫正正义目标与社会的经济效率目标之间存在着序位的竞争。一些人认为，侵权法可以为现代企业提供安全合理的行为激励，但在有些人看来，侵权法给新产品、新药物以及新医疗方案的发展带来了不适当的负担。换言之，对劳动者过于倾斜性的法律保护，将打击企业

^① David Brion Davis, *The Problem of Slavery in Western Culture*, 1966, p. 427.

^② Holmes, *The Common Law*, The Belknap Press, Reprint, 2009, p. 115.

^③ E. H. Downey, *History of Work Accident Indemnity in Iowa*, 1912, p. 2.

经营者及开发者的生产积极性，无限额的赔偿将拖慢企业发展的脚步，甚至将导致企业走向消亡。这样的结果，对于企业，对于员工，直至对于社会整体利益都是不利的。

二、美国“行为人自担风险”规则的典型判例

女雇工德扬诉雇主艾卫侵权案。^①

1896年，纽约州的工场法规定：年龄未满21周岁妇女“不得清理运转中的机器”。原告德扬为被告艾卫手下的一名女雇工，当时未满21周岁。事发时，德扬被工场主艾卫命令去清理仍在运转的机器。很不幸，德扬的手被卷入机器，以致严重的烧伤。随后，德扬提出了针对其雇主艾卫的侵权诉讼，理由是雇主违反了工场法的规定。

一、二审法院均驳回了德扬的赔偿请求，理由是“原告有意识地进行了被禁止的任务，因此放弃了制定法的权益”。

此案的判决体现了美国法学界的一种“默示的风险承担规则”，即个人通过契约来免除他人因过失所导致的伤害责任，其本身就放弃了由法律施加的侵权责任规则。如果雇主知会雇员机器存在特定缺陷，而雇员知道雇主在注意义务上的错失后未表示异议，雇员即被认为放弃了追诉雇主过失的权利。此案若发生在我国，雇主的赔偿责任势必在所难免。其一，雇员受雇主指使，其二，雇员行为为职务行为。但在美国法官居然判决雇主不承担责任，可谓匪夷所思。该判例发生在号称尊重人权及底层工人权益的美国，证明该规则并不涉及保护工人权益与否的问题，而在于如何合理处置工业自然风险问题，属于企业过错的由企业负责，属于员工过错的由员工自担责任，平衡了工人个体利益与企业自主经营的问题。

三、我国侵权责任原则的完善

1. 我国目前侵权法“扶助弱者”、“劫富济穷”的价值模式值得反思

由于我国社会主义体制的原因，对于弱势群体、尤其是被侵害的个体权益特别注重保护，以

体现对最底层劳动群众权益的保护。基于此，在立法上更倾向于保护被侵权人的权益，以期达到社会利益的平衡。例如，我国《民法通则》除了在第106条、第123条规定了“过错责任”和“严格责任”之外，还另行规定了“公平责任”原则，其立法原意是为了保护被侵权人（往往被视为弱势群体）的权益，在相对人无过错的情况下仍然应对被侵权人承担责任。公平责任原则在《民法通则》颁布的上世纪80年代，因缺少社会救济方式，故将侵权相对人牵连进来共同承担责任，在当时有现实存在的必要，但时至今日，随着社会救济方式的增加完善，该原则依然存在则显然有损法律的公正性，体现的是一种“扶助弱者”、“劫富济穷”的价值模式。

《民法通则》第132条规定：“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。”在公平责任原则的指导下，《〈民法通则〉意见》第155条规定：“因堆放物品倒塌造成他人损害的，如果当事人均无过错，应当根据公平原则酌情处理”；《道路交通事故处理办法》第44条规定，机动车与非机动车、行人发生交通事故，造成对方人员死亡或者重伤，即使机动车一方无过错，仍应当分担对方10%的经济损失。上述法律规定均由“公平原则”延伸而来。一方当事人常常因为与具体“侵权”事实无关的背景状况（如拥有或驾驶机动车）而被视为相对于其他当事人（如行人）的强者，被迫承担不该由他负责的弱者的损失。^②公平原则在我国工业飞速发展、社会经济实体在追求营利时罔顾生产者或生活消费者的背景下，应社会需求而产生，对于威慑并制止经营者侵害个人权益有明显效果。但从严格法律责任角度看，如此“和稀泥”的做法并不可取，混淆了法律救济与社会管理的职能。

^① De Young v. Irving, 38 N. Y. S. 1089, 1092 (App. Div. 1896), 该案例已被《工人补偿法》(Worker's Compensation Law) 所改变, 已失效, 但作为美国侵权法发展初期的重要案例, 体现了立法对于工业发展的保护以及对工人审慎义务的基本要求。

^② 许传玺:《中国侵权法现状:考察与评论》,《政法论坛》2002年第1期。

在照顾社会弱势群体的权益时，明显忽略了侵权责任法的法律调整功能，忽略了现代法律的经济效率目标，不但不能高效地解决侵权双方当事人的权利救济，而且严重地降低了社会经济效率。以机动车交通事故责任为例，机动车一方无过错，非机动车和行人一方遭受重大伤亡的情况下，立法者却要求机动车一方分担其部分损失，将导致无过错者因牵连而受罚，会出现职业骗子“碰瓷”的情况。从现今医院对患者的种种防范可以看到，医方对其自身民事责任的“严防死守”；从用工单位聘请员工时，“巧签”的种种劳动合同、劳务派遣，也反映了这一现象。概言之，正因为我国侵权立法对被害者的权益保护过于扩大，无视生产生活的正常风险，无视受害者自身的过错，以致伤害了生产经营者的积极性。从实施效果看，多是适得其反的作用。我国现行涉及的人身损害赔偿制度，已经造成潜在侵权者的极大恐惧，而这种恐惧并不是对合理制度的敬畏，而是对不合理制度不完善的恐惧。这种不合理恐惧导致的恶果，一是经营人“巧签”各种合同，积极规避侵权法；二是尽早退出经营，在发生工伤事故之后关门走人，逃避责任。这都不是一个市场经济国度所愿意看到的正当经营者的消极行为。

2. 我国侵权法引进“行为人自担风险”规则的必要性

这里所称的“行为人自担风险”与我国公平原则相对应，是指在严格区分过错责任的基础上，受害人自行承担因其行为自然风险所引发的事故责任，不捆绑无过错的行为人来分担其损失（但不排斥社会保险等救济方式）。

侵权法的一个本质内容就是，如何在保护民事权益与维护行为自由之间达到平衡。^①受害人一方的权益保护与可能的加害人一方的行为自由之间的矛盾，是侵权责任法所调整的一对基本矛盾。

“行为人自担风险”规则意味着，无论是侵权者，抑或被侵权者，均有积极行为的自由，对于自己行为所导致的权利受损的风险责任只能由自己承担。该规则的内容表面上似乎违反了侵权法的矫正正义功能，但实际上是对矫正

正义更深层次的维护。矫正正义要求侵权人承担相应的侵权责任，以使侵权关系的双方当事人恢复到未发生侵权事件前的权益平衡状态。“行为人自担风险”的前提条件是侵权人并无过错，是在合理注意义务范围内发生的侵权行为。如果一味强调对被侵权人受损权益进行弥补，就会完全牺牲侵权人积极行为的自由，无法实现矫正正义的目标。

正是由于我国现行侵权法的归责原则，有强烈保护“弱者”的色彩，故无论是过错责任原则还是无过错责任原则，均不关心被侵权人的过错责任及应承担的风险问题，将社会生活的强弱地位与法律意义的过错混淆在一起。一旦发生事故，只要被侵权人为“弱势群体”，即由“强势侵权人”担责。例如，工伤事故侵权赔偿案件中，只要受伤雇工能证明其为工伤，则用人单位就逃脱不了赔偿责任（现代工伤保险制度将该风险责任转移到社会保险机构），几乎无人考量雇工在其履行工作过程中所应自负的过错责任问题；在交通事故侵权赔偿责任中，行人与机动车之间发生的交通事故，依据《道路交通安全法》的规定，机动车首先需要对行人承担起救死扶伤的义务，即便行人负全部事故责任，机动车一方仍要承担10%的责任；在医疗事故侵权赔偿责任中，最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第4条规定：“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”，采取举证责任倒置的做法，要求“强者”医院一方更多地承担举证责任，以扶助作为“弱者”一方的患者取得诉讼上的优势。“扶弱抑强”作为现代文明的社会救济方式值得推崇，但在法律上如此强调，势必造成当事人诉讼地位的不平等，客观上形成新的法律不公。

侵权法作为私法，讲究的是个体行为的自治性，法律的善意干预有其必要，但不能破坏私法的制度逻辑，否则私法将蜕变成社会性立法。在现代社会，公民不仅有要求国家不得侵

^① 黄金刚：《我国侵权责任法的立法特质》，《理论与改革》2011年第2期。

犯其自由的消极的基本权利，还有要求国家对其予以照顾的积极的基本权利，侵权法必须在保护个体权益与行为自由之间达成均衡。如果某一行为造成其他主体或社会的损害，那么就需要法律规则的强制干预，迫使该行为人将全部社会成本内化为自己的私人成本，对自己的行为承担完全责任，通过个体的最优选择实现社会的最优化管理，实现激励与兼容。^①

3. “行为人自担风险”规则的具体改进

由于担心工伤赔偿责任过大，雇主对雇员丧失充分人事权，在我国“长三角”、“珠三角”地区，传统发达的劳动密集型企业在新劳动合同法颁布之后，为规避劳资关系的法律法规，选择不再直招工人，而是通过中介劳务派遣方式接受员工，将工伤侵权关系转化为劳务公司与工人之间的关系；而许多医院由于担心对患者的死伤风险承担无限侵权赔偿责任，宁可选择性接受病人，或在每一风险环节均以签订风险告知书或免责协议方式，规避责任；售卖产品时，商家要求买家签下免赔条款……上述种种规避侵权法现象反映出，我国侵权立法对于“弱者”民事权益的保护已经矫枉过正，已经对正常民事经营的行为自由形成抑制，损及社会整体利益。参照美国工业事故法例，在侵权法中引进“行为人自担风险”的理念和规则势在必行。

具体而言，可在立法上作出适当修改：（1）取消《民法通则》第132条规定的“公平责任”原则，保留过错责任原则、严格责任原则，以

杜绝“劫富济穷”式的司法救济，保证民事主体地位平等；（2）在《侵权责任法》实施细则中增加关于“过错”的判定标准，参照美国侵权法中“合理预见”规则，不让“过错”成为滥用自由心证的因素，避免让生产经营者承担过高经营成本及主观压力；（3）在现有的工伤保险、机动车保险制度框架下，确定被侵权人承担的过错责任份额，加重被侵权人自身的合理注意义务。

培养一种价值理念，不局限于个别法律条文的修改，更重要的是在人们头脑中植入一种新的观点立场。侵权法在我国若要顺应客观经济形势、符合法律内在逻辑，需要正视受害人权益救济和他人行为自由维护之间的关系，摒弃以前“劫富济穷”的价值模式，培养起“行为人自担风险”的价值理念。在侵权法的价值取向上，除了对被侵权人的损失予以弥补之外，还需要确定被侵权人“自担风险”的责任范围，以保障经济社会秩序高效而有序地运行。

本文作者：广东省高级人民法院法官，吉林大学法学院中国民商法专业博士研究生

责任编辑：赵俊

^① 参见张维迎：《信息、信任与法律》，生活·读书·新知三联书店2003年版，第72页。

On the Assumption of the Risk Rule in American Tort Law

——the Perfection of Tort Liability Principle in China

Huang Lirong

Abstract: At one's own risk and responsibility is mainly basic norm of human behavior. The protection of rights and the freedom of behavior are the two goals tort law tries to balance. Chinese tort law needs to be improved because it emphasizes too much on fair responsibility, which leads to behavior actor's taking no risks, increases the responsibility for compensation, and restricts freedom of behavior. One of the alternative path is to learn from American tort law rules — assumption of the risk rule.

Keywords: tort law; fair responsibility; assumption of the risk rule