

《侵权责任法》应对大规模侵权的举措

杨立新

摘要 大规模侵权是指基于同一个侵权行为或者多个具有同质性的侵权行为，给为数众多的受害者造成人身、财产损失或者同时造成上述两种损害，须提供数额巨大的损害赔偿救济以及更好地进行预防和惩罚，来保障社会安全的特殊侵权行为。我国《侵权责任法》在侵权责任范围、归责原则、责任构成以及侵权责任类型等方面，确立了救济、惩罚和预防等全面应对大规模侵权的多项举措，可以解决大规模侵权法律适用的特殊需求。

关键词 侵权责任法 大规模侵权 侵权救济

作者杨立新，中国人民大学法学院教授、民商事法律科学研究中心主任。

《中华人民共和国侵权责任法》（以下简称《侵权责任法》）颁布实施之后，对于大规模侵权应当如何适用该法，存在不同意见。基于这一点对《侵权责任法》赞美者有之，^① 批评者亦有之。^② 作为立法的亲历者，笔者并不赞成后者的批评意见，而认为《侵权责任法》对于应对大规模侵权运筹帷幄，成竹在胸，已经规定了应对大规模侵权的必要举措。在制定《侵权责任法》的过程中，国内出现了影响巨大且损害后果广泛的“三聚氰胺奶粉”事件、“大头娃娃假奶粉”事件、“齐二药”事件等，这些都是典型的大规模侵权。在伴随当代工业发展而来的风险社会背景之下，在制定一部划定行为自由范围、增进社会福祉及降低社会危险程度的现代化的《侵权责任法》时，立法机关当然不会抛开大规模侵权而不顾，而是通过积极努力，以采取应对大规模侵权的各项法律举措。在我国《侵权责任法》规定的范围内，对于可能出现的大规模侵权行为，足以提供实体法的法律适用依据。下文将就此进行分析，并借此厘清大规模侵权的有关理论问题。至于救济大规模侵权的程序问题，不属于《侵权责任法》的调整范围，本文不予讨论。

^① 该观点认为，大规模侵权案件的发生“为侵权法的功能和对大规模侵权事故进行法律规范提供了检讨机会，为《侵权责任法》相关条文的起草制定提供了社会基础”。参见王成：《大规模侵权事故综合救济体系的构建》，载《社会科学战线》2010年第9期。

^② 该观点认为“我国目前关于大规模侵权的法律规范并不健全”。参见柯劲衡：《惩罚性赔偿制度在大规模侵权中的适用分析》，载《商业时代》2010年第31期。

一、《侵权责任法》第2条第1款规定的侵权责任范围包含大规模侵权

（一）大规模侵权包括在《侵权责任法》的侵权责任一般条款之中

依照我的理解，我国《侵权责任法》第2条第1款规定的是“大的侵权责任一般条款”。^③ 它概括的是我国《侵权责任法》所调整的侵权行为的范围，这就是“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任”的规定，其中包括大规模侵权。

近几年来，我国学者对于大规模侵权进行了深入研究。关于大规模侵权概念的界定，指出大规模侵权在美国侵权法中被表述为“Mass Torts”，是指基于一个不法行为或者多个具有同质性的产品服务，给大量的受害者造成人身、财产损害或者同时造成上述两种损害。例如美国的“石棉案件”。^④ 因此，大规模侵权通常发生在恶意产品侵权领域，具有受害人数众多、赔偿数额巨大的特征。对大规模侵权进行定义，需要从侵权案件的数量、受害人多数性、损害赔偿惩罚性等方面来考虑。

关于大规模侵权概念的具体界定，则有不同说法。有学者认为，大规模侵权是指造成多人损害的民事不法行为，如工厂排放毒气、商业客机相撞以及工业废物处理造成的污染等。^⑤ 这种行为可以是单个行为，如大楼坍塌，也可以由一段时间内的一系列相关行为所组成。有学者认为，大规模侵权是加害人实施了一个侵权行为而同时造成多人人身或财产损害，强调的是受害主体具有多数性。三聚氰胺奶粉事件属于典型的大规模侵权事件。^⑥ 另有学者认为，大规模侵权作为一种特殊侵权行为，其重要特征应当同时包括侵权案件的数量、损害赔偿的累积性、各单个侵权行为之间的“同质性”等。但是构成大规模侵权并不要求这些特征同时存在。据此，应当将大规模侵权定义为基于一个或多个相同性质的法律行为，使得大量的法益受到侵害并产生相应的损害。^⑦

上述对大规模侵权概念的界定都有一定道理，但均需要进一步斟酌。界定大规模侵权，还需要回到美国法对大规模侵权的概念界定的基础上进行考虑，应当突出以下四个基本特征：第一，基于一个不法行为或者多个具有同质性的产品或者服务致人损害的侵权行为，而不是仅仅指恶意产品侵权；第二，这种侵权行为给大量的、为数众多的受害者造成损害；第三，造成的损害包括人身损害和财产损害，或者同时造成上述两种损害，需要进行大量的赔偿救济；第四，在大规模侵权的救济损害中，必须注意对大规模侵权进行预防和惩罚。基于这样的考虑，笔者认为，大规模侵权是指基于同一个侵权行为或者多个具有同质性的侵权行为，给为数众多的受害者造成人身、财产损害或者同时造成上述两种损害，须提供数额巨大的损害赔偿救济以及进行更好地预防和惩罚，以保障社会安全的特殊侵权行为。

对于这种特殊侵权行为类型，《侵权责任法》确实没有明文规定。不过，在《侵权责任法》第

③ 关于“大的侵权责任一般条款”的相关论述，参见杨立新：《侵权责任法》，法律出版社2010年版，第14-15页。

④ 参见朱岩：《大规模侵权的实体法问题初探》，载《法律适用》2006年第10期。

⑤ 参见陈年冰：《大规模侵权与惩罚性赔偿——以风险社会为背景》，载《西北大学学报》2010年第6期。

⑥ 参见赵庆鸣、孟妍：《从三鹿奶粉事件看大规模侵权案之救济》，载《曲靖师范学院学报》2010年第5期。

⑦ 参见郭璐璐：《大规模侵权行为及其归责原则初探》，载《科技情报开发与经济》2009年第10期。

2条第1款的规定中就包含了这种特殊侵权行为类型。“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任”的表述，直接规范的是《侵权责任法》所调整的侵权责任的范围；如果从另一个角度上看，其实它也是对侵权行为的界定，可以理解为“凡是侵害民事权益”，依照侵权责任法的规定应当“承担侵权责任”的行为，都是侵权行为。

在这样一个侵权行为概念的界定中，当然包括大规模侵权行为。首先，大规模侵权就是规模较大的侵权行为，不论规模大小，凡是侵权行为，当然都在侵权行为的一般概念之中。换言之，规模大的侵权行为是侵权行为，规模小的侵权行为也是侵权行为，都包含在这个概念之中。其次，所谓大规模侵权，并不是侵权行为的质的规定性发生了变化，而是在侵权行为的质的规定性不变的情况下，主要是侵权行为造成损害的量的变化，即“大规模”化，是为数众多的受害人受到损害，且受到损害的原因是同一个侵权行为或者同质性的若干个侵权行为。这样的损害与通常的侵权行为相比，仅仅是损害数量的变化、损害规模的变化以及需要进行大范围的救济，并且需要进行有效的预防和惩罚。既然大规模侵权的特殊性不是侵权行为的质的改变，而仅仅是侵权行为造成后果的量的变化，那么，大规模侵权就仍然在侵权行为的一般定义之中。因此，凡是“侵害民事权益”，“依照本法应当承担侵权责任”的大规模侵权行为，都是侵权行为，当然就包括在《侵权责任法》第2条第1款的规定之中。属于《侵权责任法》调整的适用范围，却仍然认为“我国目前关于大规模侵权的法律规范并不健全”，^⑧显然值得商榷。

（二）大规模侵权的性质界定

大规模侵权在《侵权责任法》中的性质是什么，也是一个值得讨论的问题。许多学者提出，应当将大规模侵权界定为一种特殊侵权行为类型或者侵权责任类型，规定具体的侵权对策。^⑨也有学者反对这种意见，认为将一类侵权责任形态（应当是类型——作者注）划归为一种特殊侵权责任，则其归责原则必须是一以贯之的，大规模侵权无非是一类单独的侵权责任形态，无法将其归类于某项特殊侵权行为。^⑩对于后一种意见，其结论我是赞同的，对其论据则有异议。因为同一种特殊侵权行为并非都适用同一种归责原则，机动车交通事故责任、产品责任、医疗损害责任、饲养动物损害责任等特殊侵权，都不是适用单一的归责原则。例如机动车交通事故责任根据不同情况适用过错推定原则和过错责任原则；产品责任在基本适用无过错责任原则的情况下，销售者承担最终责任则适用过错责任原则；医疗损害责任的技术损害责任适用过错责任原则，医疗产品损害责任则适用无过错责任原则；饲养动物损害责任基本上适用无过错责任原则，但动物园动物损害责任适用过错推定原则。

大规模侵权确实不属于《侵权责任法》单独规定的一类特殊侵权责任类型，而是在该法规定的各种侵权责任类型中都有可能存在。在《侵权责任法》第4章至第11章规定的特殊侵权责任类型中，都有发生大规模侵权的可能性；即使在第6条第1款规定的一般侵权行为中，也有可能存在大规模侵权。因此，大规模侵权不能在特殊侵权责任和一般侵权责任的分类中找到自己的位置。

在很多学者的论述中，都将大规模侵权与单一侵权相对应，将它们视为对应的概念，也值得商

^⑧ 同注②。

^⑨ 参见注④。

^⑩ 参见张红：《大规模侵权救济问题研究》，载《大规模侵权法律对策国际研讨会会议资料》，2011年4月。

权。一是,“单一侵权”并非侵权法常用的概念;二是,“单一侵权”容易理解为单一侵权责任主体实施的侵权行为,对应的概念应当是“共同侵权行为”,而在非大规模侵权中也有主体为二人以上的共同侵权行为、共同危险行为以及无过错联系的共同加害行为等。因此,单一侵权无法与大规模侵权相对应。

如果从逻辑上说,大规模侵权概念最准确的对应概念应当是“小规模侵权”,但这不是法律概念,也不具有法律上的意义。

界定大规模侵权的性质,应当抛开这些不同的侵权行为类型的分类方法,采取其他的标准进行划分。因此,笔者建议,以侵权规模的大小为标准,将侵权行为分为普通侵权行为和大规模侵权行为,普通侵权行为是适用《侵权责任法》的一般规则确定责任的侵权行为。这样的分类,对于适用法律是具有积极意义的。任何试图将大规模侵权作为《侵权责任法》第4章至第11章规定的特殊侵权行为类型之外并与这些类型相并列的特殊侵权行为的主张,都难以成立。

二、《侵权责任法》规定的侵权责任归责原则考虑了 大规模侵权对归责基础的要求

侵权责任归责原则是侵权法的统帅和灵魂,是侵权法理论的核心。^①正因为如此,研究大规模侵权问题也必须首先解决其归责原则问题。

在研究大规模侵权的问题上,一般认为,既然社会基础结构已经发生了变化,侵权法的体系也必须随之变化。这就是,工业化社会的来临改变了整个民法的市民社会基础,就侵权法而言,社会共同生活的危险来源由单个人之间的个人侵权,逐步过渡到以企业活动为中心的危险活动,过错责任对此无能为力,因此,现代企业危险责任仍然是大规模侵权的最主要责任形态。^②在我看来,所谓的危险责任不过是对无过错责任原则的另外一种表述,即德国法的表述而已,^③即企业经营活动、具有特殊危险性的装置、物品、设备的所有人或持有人,在一定条件下,不问其有无过失,对于因企业经营活动、物品、设备本身风险而引发的损害,承担侵权责任。^④这一概念界定,与我们对无过错责任原则关于“无过错责任原则是指在法律有特别规定的情况下,以已经发生的损害结果为价值判断标准,由与该损害结果有因果关系的行为人,不问其有无过错,都要承担侵权赔偿责任的归责原则”的界定,^⑤没有实质差别,与《侵权责任法》第7条关于“行为人损害他人民事权益,不论行为人有无过错,法律规定应当承担侵权责任的,依照其规定”的无过错责任原则的规定完全一致。可以说,大规模侵权的归责基础完全在《侵权责任法》的视野之中,其归责原则已在立法者规范的范围之内。

无过错责任原则产生于19世纪被称为“机器和事故的年代”。对于工业事故责任,在工业社会初期也实行过错责任原则,在工业事故造成的损害面前,受害人必须证明事故的责任者即工厂主在

① 参见杨立新:《侵权法论》(第三版),人民法院出版社2005年版,第115页。

② 参见朱岩:《从大规模侵权看侵权责任的体系变迁》,载《中国人民大学学报》2009年第3期。

③ 参见王泽鉴:《侵权行为法》(第一册),三民书局1999年版,第17页。

④ 参见注②。

⑤ 参见注①,第143页。

主观上有过错后才能获得赔偿。工业事故为数众多的受害人因无法证明工厂主的过错而无法得到侵权法的保护。当时的侵权法拘泥于过错责任原则的后果即是在事实上剥夺了工人的一切保护，不仅受害人无法证明工厂主造成工业事故的“过错”，而且工厂主也会利用过错责任原则，借口“无过失”而拒绝赔偿受害人的损失，工厂主几乎不可能败诉。为了更好地保护工业事故中为数众多的受害人，侵权法一方面坚持实行过错责任原则，另一方面例外地就特殊损害事故承认无过错责任，在立法上出现了无过错责任的规定，即在特定的情况下，即使致人损害的一方没有过错也应承担赔偿责任。可见，无过错责任的产生其实就是为了救济工业事故的大规模侵权损害。

我国民事立法确立无过错责任原则的根本目的，在于切实保护民事主体的人身、财产安全，更好地保护民事主体的合法权益，促使从事高度危险活动和持有高度危险物的人、产品生产者及销售者、环境污染者等经营者以及动物的饲养人、管理人，对自己的工作高度负责，谨慎小心从事，不断改进技术安全措施，提高工作质量，尽力保障周围人员、环境的安全；一旦造成损害，也能迅速、及时地查清事实，尽快赔偿受害人的人身损害和财产损失。适用这一原则的基本思想，在于使无辜的损害由行为人合理负担，切实保护受害人的利益。这就是《侵权责任法》第7条规定无过错责任原则的立法宗旨，这里显然包括大规模侵权的归责基础。因此，按照《侵权责任法》的规定，产品责任适用无过错责任原则，只有在确定销售者承担最终责任、运输者及仓储者等第三人对产品存在缺陷应当承担最终责任时适用过错责任原则；环境污染责任适用无过错责任原则；高度危险责任适用无过错责任原则；除动物园动物损害责任之外的大多数动物损害责任都适用无过错责任原则。多数大规模侵权都发生在这个范围之内，《侵权责任法》明确规定适用无过错责任原则，对于这种特殊类型的侵权行为对众多受害人的权益损害的救济，能够发生重要作用，给受害人提供更加周全的保护，基本不存在法律调整不足的问题。

大规模侵权并不仅仅适用无过错责任原则，在很大的范围内还可能适用过错推定原则，以保护众多受害人的合法权益。尽管《侵权责任法》第6条第2款规定的究竟是不是过错推定原则存有争论，但其适用于特殊侵权责任，过错要件实行推定的规则却是达成共识的。在大规模侵权领域，除了一些适用无过错责任原则之外，还有较多的大规模侵权须适用过错推定原则。例如依照《侵权责任法》第48条和《中华人民共和国道路交通安全法》（以下简称《道路交通安全法》）第76条规定，机动车与非机动车驾驶人或者行为之间造成的机动车交通事故损害责任适用过错推定原则；依照《侵权责任法》第81条规定，动物园的动物损害责任的归责基础是过错推定原则；依照《侵权责任法》第11章的规定，绝大多数物件损害责任适用过错推定原则。在这些领域中发生的大规模侵权，其归责基础就是过错推定原则。

另外，在有些大规模侵权场合甚至还可能适用过错责任原则。例如，网络侵权中的大规模侵权依照《侵权责任法》第36条规定应当适用过错责任原则；证券侵权的大规模侵权应当依照《侵权责任法》第6条第1款规定适用过错责任原则；违反安全保障义务的大规模侵权应当依照《侵权责任法》第37条规定适用过错责任原则；机动车与机动车之间造成损害的，依照《侵权责任法》第48条和《道路交通安全法》第76条规定适用过错责任原则；医疗机构因医疗过失造成大规模侵权的，除了医疗产品损害责任适用无过错责任原则之外，按照《侵权责任法》第54条的规定，都适用过错责任原则。这些大规模侵权都以过错责任原则为归责基础，直言过错责任原则对大规模侵权无能为力的说法也有不妥之处。

因此，《侵权责任法》第6条和第7条关于侵权责任归责原则的规定，已经充分考虑了大规模

侵权的情形,并设定了相关归责基础的对策。至于随着各种新型风险的层出不穷,有学者关于侵权法不能完全通过单纯列举的方法规定危险责任,规定危险责任的一般条款是现代侵权法的一个重要使命的说法,^⑮尽管有其道理,但《侵权责任法》现行的规定也未尝不可,特别是《侵权责任法》第2条第1款关于“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任”的规定,其任务之一,就是为《侵权责任法》的具体规定中无法预料的将来出现的需要适用过错推定原则或者无过错责任原则的特殊侵权责任类型,提供请求权基础,预留了调整空间,^⑯可以概括大规模侵权的特殊侵权行为类型,也有把握应对大规模侵权。

三、《侵权责任法》规定的侵权责任构成包含了大规模侵权构成要件的要求

(一) 大规模侵权对责任主体的特殊要求

诚然,大规模侵权的责任构成在主体上的要求,主要是加害人的单一性或有限多数性。^⑰加害人的所谓单一性,即只有一个加害人,如某个生产商生产的产品导致大量消费者人身损害或财产损失。有限多数性是指加害人多数,他们往往具有某种类似的地位,表现在产品侵权中,多个厂家采用同样的有害物质、同样的生产流程生产同样的缺陷产品,多个销售商对此类产品进行销售,侵权者为生产或销售侵权产品的多个企业。^⑱这样的理解也有其道理。

但是,大规模侵权责任构成在责任主体的要求上,更重要的不是量的问题,而是质的问题,即大规模侵权的责任构成最主要的特点,在于大多数以企业作为责任主体。大规模侵权产生的社会基础在于现代工业社会,生产、销售与消费都体现出大规模的重复性,人类对科学技术的依赖性以及科学的不确定性,企业对高额利润的单纯追求,都是这个社会基础的特点。因此,研究大规模侵权,就要特别重视研究企业侵权;确定大规模侵权责任,就要特别注意确定企业侵权责任;预防大规模侵权,就是重点预防企业在社会安全中未尽责任发生大规模侵权。这就是传统侵权法多以单一的侵权模式作为侵权责任制度设计基础,而须改革的必要性和迫切性。

我国《侵权责任法》在这方面是有足够认识的,并且已经实现了这种改革。《侵权责任法》并不是仅仅规定了普通侵权的侵权行为,也考虑了大规模侵权责任主体的特殊性,在侵权责任主体制度中,既包括普通侵权的侵权责任主体,也包括大规模侵权的责任主体。这表现在三个方面:

第一,特别规定了企业作为侵权责任主体的多种情形。在立法目的上,《侵权责任法》特别强调企业应当加强管理,提高科学技术水平。其理由是我国已经进入比较发达的工业社会,侵权行为大量发生在企业生产经营中,如产品责任、环境污染、工业事故等生产安全事故等。《侵权责任法》通过损害赔偿等方式,促使企业提高产品安全性能,保护人民群众的生命财产安全,减少环境污染,加强安全生产管理,减少安全生产事故。^⑲在具体规定上,《侵权责任法》除了规定产品责任

^⑮ 参见注⑫。

^⑯ 参见杨立新:《侵权责任法:条文背后的故事与难题》,法律出版社2010年版,第29页。

^⑰ 参见注④。

^⑱ 参见注⑥。

^⑲ 参见王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2010年版,第20页。

中的生产者、销售者以及运输者、仓储者等第三人（这些责任主体都是企业）之外，还在其他部分规定了用人单位（第34条第1款），劳务派遣单位、接受劳务派遣的单位（第34条第2款），网络服务提供者（第36条），公共场所的管理人或者群众性活动组织者（第37条），机动车的所有人或者使用人（第6章），医疗产品的生产者（第59条），污染者（第8章），经营者（第70条、第71条、第73条），高度危险物的占有人、使用人（第72条），高度危险物或者高度危险区域的所有人、管理人（第74条、第75条），动物饲养人、管理人（第10章），建筑物的所有人、管理人或者使用人（第85条），建设单位和施工单位（第86条），有关单位（第88条），地下工作物的施工人或者管理人（第91条），等等。这些主体主要都是企业，相关规定无不体现了作为复杂组织形式的企业的经营活动成为现代社会重要危险来源的社会基础，^① 因此侧重围绕企业责任展开侵权责任主体的规定。这些主要是为了应对大规模侵权的责任主体而作的规定，或者说能够适应大规模侵权的责任主体主要是企业这个特点的需要。

第二，特别规定了作为复数主体的责任主体制度。《侵权责任法》规定责任主体，除了规定单一责任主体的情形之外，还规定了复数责任主体制度，以应对大规模侵权中“多个具有同质性的侵权行为”的责任主体的需要。这些规定包括：第8条规定的共同侵权责任制度，以应对构成共同侵权行为的大规模侵权；第10条规定的共同危险行为制度本身，就是产生于侵权责任主体不明的药品致害因无法确定真正侵权人而要求所有生产该种药品的企业共同承担连带责任的的大规模侵权；第11条规定的无过错联系的共同加害行为制度和第12条规定的叠加的共同侵权责任制度，也都能够应对大规模侵权对复数责任主体特殊性的要求。这些制度虽然并非专门为大规模侵权而设，但其实质都包括了大规模侵权的内容。除了共同侵权责任、无过错联系的共同加害行为之外，共同危险行为制度也为大规模侵权的市场份额规则的适用、^② 确定这种大规模侵权的责任分担提供了法律依据。

第三，特别规定了复杂多样的侵权责任形态。大规模侵权不仅需要在责任主体上有特别的法律规定，还需要规定更为多样的侵权责任形态，以应对大规模侵权对责任形态的特殊需求，更好地保护为数众多的受害人的合法权益。最为重要的责任形态规则包括：《侵权责任法》规定了替代责任形态，为应对企业对其行为以及企业员工职务行为造成他人损害的大规模侵权承担替代责任提供依据。对于共同侵权责任、共同危险行为等多数责任主体的大规模侵权，《侵权责任法》第13条和第14条规定了连带责任规则。为了应对不构成共同侵权责任但属于两个以上的企业无过错联系的共同加害行为造成数众多的受害人损害的，规定了按份责任规则。《侵权责任法》在产品责任、第三人造成环境污染损害责任、第三人造成饲养动物损害责任等领域，规定了不真正连带责任规则，以更及时地救济被侵权人的损害。针对第三人造成他人损害而安全保障义务人未尽安全保障义务、第三人实施侵权行为造成未成年学生损害而教育机构未尽保护义务有过错等情形，规定了补充责任规则。在运输者、仓储者等第三人因过错致使产品存在缺陷造成他人损害、建筑物等设施及其悬挂物、搁置物致人损害责任、建筑物等倒塌损害责任中的“其他责任人”承担责任，《侵权责任法》

^① 参见注⑫。

^② 参见王竹：《试论市场份额责任在多因大规模网络侵权中的运用》，载《政治与法律》2008年第4期。

规定了先付责任规则。^② 这些责任形态规则的规定,足以应对大规模侵权对侵权责任形态的多样性需求。

因此,应对大规模侵权,无论是加害人单一性及有限多数性,大规模侵权责任主体主要为 enterprise 的特点,以及复杂多样的侵权责任形态的需求,《侵权责任法》都有制度准备以应对大规模侵权法律适用在责任主体上的特殊需求。

(二) 大规模侵权对损害事实要件的特殊要求

大规模侵权责任构成的损害事实要件,主要表现在受害人的多数性和复杂性,这是区别于普通侵权的主要特征之一,也是识别大规模侵权的主要标志。受害人的多数性可能涉及几百人、上万人甚至成百上千万人。^③ 受害人的复杂性表现在直接受害人、间接受害人和潜在受害人等多层次上。不过,前者主要体现救济的诉讼程序的复杂性,涉及的是程序法而非实体法的问题;后者则对受害人的救济等产生重要影响,因为需要界定受害人的范围以及诉权问题。不过这些问题也非无法解决。直接受害人当然是赔偿请求权人;如果能够确认属于间接受害人,同时符合侵权责任构成要件要求的,也应当是赔偿请求权人;潜在受害人如果能够确定,无论在将来损害发生时予以救济,还是现在给以适当补偿,也都规定了适当的法律调整办法。

(三) 大规模侵权对因果关系要件的要求

大规模侵权的因果关系的主要特点是:一为复杂性。较之于普通侵权,大规模侵权案件的因果关系大多涉及技术性问题,企业产品、企业行为与损害后果之间的因果关系通常较难确定,还存在多数原因加之于损害成为共同原因等情形。对此,《侵权责任法》确实没有规定具体办法,但这不是立法问题,而是司法和学理问题。事实上,早在 20 世纪 60 年代前后,德国、日本等国家的侵权司法实务就提出了因果关系举证责任缓和的规则,适当降低原告的证明标准,在原告举证证明因果关系要件达到盖然性标准时,推定存在因果关系,而不是完全实行举证责任倒置。^④ 此外还有疫学因果关系说、^⑤ 表见证据规则、优势证据规则^⑥ 等。二为同质性。大规模侵权不仅涉及加害行为的同质性,还有损害事实的同质性,因而在认定大规模侵权的因果关系上,只要确定了某一加害行为与某一损害事实之间具有因果关系,根据同质性的特点,其他同质的加害行为与同质损害事实之间的因果关系就不必再进行证明,直接认定即可。因此,在大规模侵权责任中认定因果关系,既存在较大困难,也有其较为方便之处,不可将大规模侵权的因果关系认定视为艰难之至或难以认定,应当认识其有利之处。例如,确定了一起三聚氰胺奶粉造成儿童损害案件中存在因果关系,其他相同或相类似案件的因果关系还需要再证明吗?

^② 关于上述侵权责任形态规则的说明,在本文中无法展开,参见杨立新:《侵权责任法》(第二版),法律出版社 2011 年版。其中先付责任是我提出的概念,以《侵权责任法》第 44 条关于“因运输者、仓储者等第三人的过错使产品存在缺陷,造成他人损害的,产品的生产者、销售者赔偿后,有权向第三人追偿”的规定为代表,先付责任是指在不真正连带责任中,中间责任人首先承担直接责任,请求权人只能向中间责任人请求赔偿,中间责任人在承担了中间责任之后,有权向承担最终责任人追偿的不真正连带责任的特殊形态。

^③ 参见注⑤。

^④ 参见夏芸:《医疗事故赔偿法》,法律出版社 2007 年版,第 181 页。

^⑤ 参见注⑤,第 203-204 页。

^⑥ 参见[日]加藤一郎:《公害法的生成与发展》,岩波书店 1968 年版,第 29 页。

(四) 大规模侵权的过错要件问题

诚然,多数大规模侵权的责任构成因适用无过错责任原则而不必证明侵权人的过错,但在适用过错推定和过错责任原则的场合,还需要考虑过错要件。主要的问题包括以下几点:

1. 适用无过错责任原则时原告证明被告有过错的责任。在无过错责任原则的适用场合,原告不必证明被告的过错。但是,如果原告能够证明被告在损害中确实有过错,那么责任承担的后果是否有变化?《侵权责任法》对此没有规定,应存在漏洞。在大规模侵权中,适用无过错责任原则确定责任的侵权行为,多数设有限额赔偿规则,我国《侵权责任法》第77条也做了规定。在国外,在这样的情形下,如果原告能够证明被告的过错要件,则可以不适用限额赔偿的规则,而适用全部赔偿原则。^② 我们应当借鉴此种制度设计。

2. 适用过错推定原则时的过错推定规则。适用过错推定原则确定大规模侵权责任,原告不必证明被告具有过错,而是直接根据损害事实、违法行为和因果关系要件推定被告有过错。如果被告认为自己没有过错,则应当举证进行证明。能够证明自己对于损害的发生没有过错的,免除责任;不能证明者,过错推定成立。适用过错推定原则的范围,必须根据《侵权责任法》第4章至第11章的规定进行,这就是《侵权责任法》第6条第2款规定的“法律规定”的含义。

3. 适用过错责任原则时的过错证明。在网络侵权、违反安全保障义务侵权、证券侵权以及其他有关的大规模侵权中,应当适用过错责任原则确定侵权责任。这些情形应当依照《侵权责任法》第6条第1款的规定确定侵权责任,由原告证明被告过错要件。同时该条款也是这些大规模侵权的请求权基础。

四、《侵权责任法》规定的侵权责任类型包含了大规模侵权的类型要求

《侵权责任法》应对大规模侵权,规定了复杂的特殊侵权责任,这就是第4章至第11章规定的13种侵权责任类型。这些特殊侵权责任类型大部分都可以适用于大规模侵权,例如用人单位责任(包括劳务派遣责任)、网络侵权责任、违反安全保障义务的侵权责任、产品责任、机动车交通事故责任、医疗产品损害责任、环境污染责任、高度危险责任、饲养动物损害责任和物件损害责任等。

对于上述特殊侵权责任类型之外发生的大规模侵权,如何适用法律,笔者认为《侵权责任法》在以下两个方面可以提供应对措施:

第一,属于适用过错责任原则的大规模侵权,适用《侵权责任法》第6条第1款的规定确定侵权责任。例如,由于大众传播受众的广泛性,虚假广告、虚假新闻、低俗内容和有线电视广播低劣的传播画面和声音以及对媒体资源的滥用,都侵害了受众的合法权益,^③ 形成媒体的大规模侵权。

^② 参见杨立新:《德国和荷兰侵权行为法考察工作日记》,载杨立新主编:《中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明》,法律出版社2007年版,第398页。

^③ 参见王生智:《论群体性媒体侵权案件的诉讼模式》,载《西华师范大学学报(哲学社会科学版)》2009年第2期。

又如,随着最高人民法院2003年出台“虚假陈述”的司法解释,在证券领域引入集团诉讼的建议和争论更趋热烈,也形成了证券侵权的大规模侵权问题。^⑩这些大规模侵权尽管没有在上述侵权责任类型中做出明确规定,但属于适用过错责任原则的侵权行为,应当适用《侵权责任法》第6条第1款的规定确定侵权责任和侵权请求权。

第二,适用《侵权责任法》第2条第1款的侵权责任一般条款确定责任。诚然,各种新型风险的层出不穷,《侵权责任法》不能完全通过单纯列举的方法规定危险责任,规定危险责任的一般条款是现代侵权法的一个重要使命。^⑪因而有人曾经解释,《侵权责任法》第69条不是高度危险责任的一般条款,而是危险责任的一般条款。^⑫这种解释比较牵强。笔者认为,如果确实“随着各种新型风险的层出不穷”,而在《侵权责任法》第4章至第11章规定的侵权责任类型中无法涵盖的某种新型“风险责任”的大规模侵权行为出现,则如前文所述,完全可以适用侵权责任法第2条第1款规定的侵权责任一般条款,确认其适用过错推定原则或者无过错责任原则确定侵权责任,以应对新型大规模侵权损害救济的需要。^⑬

五、《侵权责任法》的立法目的和具体责任规则体现了对大规模侵权的救济、预防和惩罚要求

研究大规模侵权的学者通常指出,由于大规模侵权造成损害的广泛性、突发性和严重性,应当对大规模侵权的救济、预防和惩罚予以特别规定,以救济广泛发生的严重损害,惩戒大规模侵权的行为人,防范大规模侵权的发生,以保障社会安全。同时也指出,大规模侵权造成的损害,除人身、财产外,还造成众多受害人精神损害,甚至对社会也造成很大的负面影响,需要突出侵权法的威慑功能,借助惩罚性赔偿制度。^⑭对此,《侵权责任法》中有专门的应对措施。

(一)《侵权责任法》特别强调其救济、惩罚及预防功能

《侵权责任法》在立法目的的规定中,特别强调《侵权责任法》具有保护民事主体合法权益,预防和制裁侵权行为的功能。《侵权责任法》第1条规定:“为保护民事主体的合法权益,明确侵权责任,预防并制裁侵权行为,促进社会和谐稳定,制定本法。”这一规定明确了《侵权责任法》的三大基本功能,即救济功能、制裁功能和预防功能。在大规模侵权中,法律除了重视损害救济外,还特别注意对大规模侵权的惩罚和预防功能的发挥,这些都在《侵权责任法》的立法目的之中。这一条文中规定的“制裁”,主要是强调对侵权行为的惩罚,所谓制裁侵权行为实为惩罚侵权行为之义。《侵权责任法》通过对可归责的当事人课以责任,惩罚其过错和不法行为,对社会公众产生教育和威慑作用,从而可以预防侵权行为的发生,抑制侵权行为的蔓延。^⑮

⑩ 参见郭雳:《美国证券集团诉讼的制度反思》,载《北大法律评论》第十卷(2009)第二辑,第426-446页。

⑪ 参见注⑩。

⑫ 这是尹飞副教授的观点。参见民商法前沿论坛讲座:《〈侵权责任法〉一般条款和具体规则的适用》,载中国民商法律网<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=48483>,2011年5月14日访问。

⑬ 参见注⑩,第29页。

⑭ 参见注⑩。

⑮ 参见注⑩。

（二）《侵权责任法》规定的损害赔偿一般规则中包含了对大规模侵权的损害赔偿救济

《侵权责任法》第16条、第17条、第19条和第22条都考虑了大规模侵权的损害赔偿救济措施。《侵权责任法》规定损害赔偿一般性规则的这四个条文，分别规定了人身损害赔偿、财产损害赔偿和精神损害赔偿责任。在这四个条文中，第17条在规定死亡赔偿金时使用了“同一侵权行为造成多人死亡的”的用语，所指的就是大规模侵权。尽管其他三个条文没有这样的表述，并不表明它们不适用于大规模侵权。在大规模侵权中，对具有广泛性、严重性的损害进行救济，最主要的特点是要求及时、普遍且赔偿程序简捷，使受害人能够尽快获得赔偿以恢复其权利。当然，在救济中还要特别注意对为数众多的受害人给予足额、充分的赔偿，包括精神损害赔偿。对于这些，上述四个条文规定的损害赔偿的一般性规则中都已经包含，只是需要法官在具体适用中充分理解立法精神，准确适用法律，并不需要再对大规模侵权的损害赔偿做出特别规定。

应当特别强调的是，《侵权责任法》第4条第2款规定的“私权优先”规则，对于大规模侵权的救济具有特别意义。该条款规定：“因同一行为应当承担侵权责任和行政责任、刑事责任，侵权人的财产不足以支付的，先承担侵权责任。”这一规定被学者称之为私权优先规则，是指刑事责任、行政责任与侵权责任发生非冲突性法规竞合，侵权责任请求具有优先权，可以对抗同一违法行为产生的刑事责任、行政责任中的财产性责任。这种规定对大规模侵权的救济特别有价值。在企业作为责任主体而发生的大规模侵权中，基于企业同一行为经常发生刑事责任、行政责任和侵权责任的竞合，而侵权企业有限的资产又可能无法同时承担这些责任。适用私权优先原则，为数众多的受害人的损害赔偿请求权就可以对抗政府作为主体的行政责任或者刑事责任的财产要求，优先实现其损害赔偿请求权。

（三）《侵权责任法》强调对恶意产品侵权的惩罚性赔偿

《侵权责任法》第47条特别规定了对产品责任的大规模侵权的惩罚性赔偿责任。美国《侵权行为法重述》第908条规定，惩罚性赔偿为损害赔偿及名义上之赔偿以外之赔偿，系为惩罚极端无理行为之人而作之赔偿，且亦为阻遏该人及其他人与未来从事类似之行为而作之赔偿。^⑤ 惩罚性赔偿制度最主要的两大功能为威慑与惩罚。学者认为，法律在处理大规模侵权时的根本作用应当在于预防。惩罚性赔偿制度的威慑功能能够很好地满足这一需求。因此，惩罚性赔偿制度是能够适用于大规模侵权的，而且能够发挥遏制大规模侵权的发生以及充分赔偿受害者的作用。^⑥ 这些意见无疑是有道理的。在制定《侵权责任法》时，立法者的注意力集中在对恶意产品侵权的威慑与惩戒上，在第47条规定了关于恶意产品侵权造成人身损害的惩罚性赔偿责任规则。实事求是地说，学者对此提出的“惩罚性（赔偿）适用范围过窄，只能适用产品责任，而对恶意排污导致的严重环境侵权、证券市场恶意散布虚假信息造成广大投资人受损等案件类型无法适用”^⑦ 的批评，以及对没有规定惩罚性赔偿责任的具体适用办法的批评，^⑧ 都是有道理的。不过，作为大陆法系立法传统的我国《侵权责任法》，其实是很难接受惩罚性赔偿责任制度的。在目前情况下，先规定恶意产品侵权造成

^⑤ 参见《美国法律整编·侵权行为法》，刘兴善译，台北司法周刊杂志社1986年印行，第755页。

^⑥ 参见注②。

^⑦ 同注②。

^⑧ 参见注②，第175页。

人身损害的惩罚性赔偿责任,与《食品安全法》的相关规定相呼应,可以在具体实施后再总结经验,继续扩大适用范围,进一步改进惩罚性赔偿制度,以适应其他领域发生的大规模侵权的需要。

(四)《侵权责任法》关于预防性侵权责任方式的规定中包含大规模侵权

《侵权责任法》对侵权行为的预防主要体现在两个方面,对大规模侵权同样适用:

第一,通过对侵权行为课以损害赔偿责任以及惩罚性赔偿责任,发挥侵权责任的威慑作用,阻吓其他社会成员,使其畏惧实施侵权行为的法律后果,达到预防侵权行为的目。对此,立法机关的相关负责人在解释《侵权责任法》第1条中反复强调这一功能。这一点不言而喻,当然适用于大规模侵权。

第二,在具体的侵权责任方式适用上也体现了《侵权责任法》对大规模侵权的预防措施。在《侵权责任法》第15条规定的8种侵权责任方式中,停止侵害、排除妨碍、消除危险等都具有预防损害后果发生或者扩大的功能。除此之外,《侵权责任法》第21条和第45条的规定也包含了对大规模侵权的预防措施。第21条规定:“侵权行为危及他人人身、财产安全的,被侵权人可以请求侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任。”第45条针对缺陷产品致人损害的侵权责任又特别规定:“因产品缺陷危及他人人身、财产安全的,被侵权人有权请求生产者、销售者承担排除妨碍、消除危险等侵权责任。”据此,大规模侵权如果发生在产品责任领域,可以依据第45条规定主张采取排除妨碍、消除危险等救济措施,预防侵权损害结果的发生或者扩大。大规模侵权如果发生在其他领域,则可以根据第21条或者第15条规定,采取相应的救济措施。

【主要参考文献】

1. 王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2010年版。
2. 杨立新:《侵权责任法》,法律出版社2010年版。
3. 杨立新:《侵权责任法:条文背后的故事与难题》,法律出版社2010年版。
4. 杨立新:《侵权法论》(第三版),人民法院出版社2005年版。
5. 朱岩:《从大规模侵权看侵权责任的体系变迁》,载《中国人民大学学报》2009年第3期。
6. 朱岩:《风险社会下的危险责任地位及其立法模式》,载《法学杂志》2009年第1期。
7. 朱岩:《大规模侵权的实体法问题初探》,载《法律适用》2006年第10期。
8. 柯劲衡:《惩罚性赔偿制度在大规模侵权中的适用分析》,载《商业时代》2010年第31期。

(责任编辑:朱 岩)