

高空坠物的法律规制研究

——从罗马法、近现代民法到我国《侵权责任法》

齐 云

摘 要：高空坠物法律规制的核心问题是在抛掷人不明的情况下如何处理保护受害人利益和维护居住人自由之间的关系。罗马法上的抛掷或倒泼之诉，将受害人利益视为公共利益，让居住人承担了一种不要求其过错的客观责任。由于时代背景的变迁、过错责任的坚持以及私法与公法的划分等原因，后世绝大多数大陆法系国家的民法典中都没有做出类似于罗马法的规定，只有少数沿袭了其相关规定，我国《侵权责任法》第 87 条也是属于此等少数派。通览我国学者从各个视角的分析论证可知，我国高空坠物的法律规定过于偏向利益保护，极大压制了行为自由，其正当性、合理性和实效性都值得反思。鉴于此条已为成文的立法，现在唯一的办法是尽量在适用地点、对象、方式等方面限缩其消极影响，一定程度软化其规定，而最终的解决办法是在将来的修法中删除之，并加强其相关的配套制度的建设。

关键词：高空坠物；抛掷或倒泼之诉；利益保护；行为自由

我国《侵权责任法》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。”此立法规定无疑给加害人不明的高空坠物案一个明确的解决方案，有利于终结在我国该类案件“同案不同判”的尴尬境况，但关于此条的正当性、合理性和实效性的讨论并没有因为立法的明确规定而终结，相反却激起了更多的学者投入论辩中来，因此该条也成了《侵权责任法》中最具争议的法条之一。

纵观我国此主题的数量庞大的专题文章，有以下三个特点：第一，从起源论的角度来看，大家都将上述第 87 条追溯到罗马法，但遗憾的是对于罗马法的介绍都过于简单和粗糙，无法真正做到以史为镜；第二，从比较法的角度来看，大都选择性地介绍法国和德国以及拉美一些国家的立法，但是其选择的介绍对象比较随意，并且都是点到即止，不够全面和深入；第三，从方法论的角度来看，不同学者随机地采用了不同的论证方法，从不同角度来阐述自己的观点，但缺少一个清晰和综合的宏观视角。

本文力图在他们的丰厚的研究成果基础之上，针对他们在研究中的不足，并借鉴国外的同

作者简介：齐云，厦门大学法学院助理教授，法学博士。

基金项目：本文受中央高校基本科研项目“民法典多数人之债基本理论研究”经费支持。

类研究成果,对《侵权责任法》第87条的来龙去脉做一个综合性的全面研究,以达到正本清源以及面向未来的目的。

一、罗马法:抛掷或倒泼之诉

我国学界公认《侵权责任法》第87条关于高空抛掷物和坠落物的法律规定,最初的雏形应该来源于罗马法,^[1]它在罗马法上被称为“抛掷或倒泼之诉”,其具体内容主要规定在优士丁尼的《学说汇纂》的第9卷第3题(D. 9, 3)^[2]以及其《法学阶梯》的第4卷第5题(I. 4, 5)^[3]之中,其中“抛掷”针对的是固体而言,而“倒泼”针对的是液体而言。

(一) 立法背景

此诉的产生与罗马的城市化进程以及多层建筑的发展息息相关。早期的罗马人的住宅被称为“domus”(独栋房屋),住着单一的家庭,通常是不向外人开放的,一般经济条件较好的贵族阶层多住在此种房屋里。但公元前387年,在罗马遭高卢人入侵被毁之后,在重建城市时,除了建这种独栋房屋外,随着人口的增长、土地的紧张以及经济条件有限,还建造了很多“insulae”(多层公寓),在此种房屋里经常有数个家庭居住,^[4]它们通常临街被建在一些不富裕的区域,一般有四、五层高,一层为商铺,二层及以上住人,并且在其里面没有下水道,中低阶层的人多住在此种公寓里。在这些多层公寓的区域,街道狭窄,生活垃圾,甚至是人的排泄物,经常被从这些高层建筑扔到街道上,严重威胁到了行人的安全。

(二) 立法理由

面对这种高空坠物伤人频发的状况,呼唤相关的法律来规制它。针对不同的情况,罗马人发展出了不同的应对方法:如果是可以找到具体的抛掷人,此时可对此抛掷人提起《阿奎流斯法》诉讼(actio legis Aquiliae),此时是在市民法的框架内解决问题,相对比较简单。但我们知道,不同于罗马早期的独栋房屋,由于多层公寓中通常住有多个家庭,具体的抛掷人是很难找到的(参见D. 9, 3, 2),因此在市民法的框架内,受害人理论上是有但实际上通常没有救济途径。正是在这种情况下,裁判官通过告示的形式创造性地设置了抛掷或倒泼之诉,让居住人而不是抛掷人来承担责任。^[5]这样,就形成了通过市民法与裁判官法解决高空坠物问题的二元机制:前者在可以找到抛掷人时适用,后者在无法找到抛掷人时适用。

[1] 比如,杨立新教授和王利明教授的文章就持此观点,参见杨立新:《对建筑物抛掷物致人损害的几点思考》,载《判解研究》2004年第2期;王利明:《论抛掷物致人损害的责任》,载《政法论坛》2006年第6期。

[2] 米健,李钧译,纪蔚民校:《学说汇纂(第九卷)·私犯、准私犯与不法行为之诉》,中国政法大学出版社2012年版。本文中所有援引《学说汇纂》第九卷的原始文献的中译文,都是来自此中译本,并参照拉丁文以及其他语言的译本稍有修改,以下援引不再注明。

[3] 徐国栋:《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》,北京大学出版社2011年版。本文中所有援引优士丁尼的《法学阶梯》的原始文献的中译文,都是来自此中译本,并参照拉丁文以及其他语言的译本稍有修改,以下援引不再注明。

[4] Sandro Schipani, Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale, Torino: G. Giappichelli editore, 2009, p. 104.

[5] D. 9, 3, 1pr. 乌尔比安《告示评注》第23卷:“就那些抛掷或倒泼某物的人,裁判官说:‘如果某物被抛掷或倾倒在人们经常通行或站立的地方,我将授权针对居住在那里的人提起所生损害的双倍赔偿的诉讼。若此行为造成一名自由人死亡,我将授予50枚金币的诉权;若只是给受害人造成损害而未导致其死亡,我将授权由法官来确定一个公平的赔偿金额的诉权。若致损行为出自一名奴隶,并且其主人对此并不知晓,我将在判决中进行追加或进行损害投偿。’”

之所以让可能并没有实施抛掷行为的居住人承担责任的理由，就是为了“行人安全”这种“公共利益”，〔6〕按照意大利著名的罗马法学者斯奇巴尼教授的观点：“公共的一词，含有‘大众的’意思，它使得通过该道路的人们被作为一个具体的整体而特定化”〔7〕。也就是说，裁判官通过告示设立此种诉讼，关注的不仅仅是作为个体的行人的安全，而是将所有的行人当做一个社会整体来看待，因此，这体现的不是一种个人主义观念，而是一种团体主义观念。

（三）责任主体

若物件被从建筑物抛掷或倒泼出来造成损害的，根据抛掷或倒泼之诉承担责任的人，不是抛掷人，也不是此建筑物的所有权人，而是其居住人。因此，确定什么样的人“居住人”就成了确定责任主体的最关键的因素，我们分单数主体和多数主体这两种情形来讨论：

第一，若为单数居住人，坚持一个控制力原则，即“谁对所居住的房屋有控制力，谁就从它中被抛掷或倒泼的物件致损承担责任”，因此，由居住人，而不是其客人承担责任，因为前者为常期居住，后者为临时暂住，只有前者对房屋才有实际的控制力，至于说居住人是在自己的、租赁的或他人免费提供的房屋里居住，在所不问。〔8〕

第二，若为多数居住人，其居住情况又下分为两种：一种是共同居住，另一种是分开居住。在前一种情形，若数人以“共同居住”的方式使用同一高层房屋，所有的人对整个损害（in solidum，或译为连带地）负责，因为事实上几乎不可能知道是谁实施了抛掷或倒泼行为，并且其中一个清偿了罚金，其他人免除责任。〔9〕在后一种情形，若数人以“分开居住”的方式使用同一高层房屋，此倒泼或抛掷之诉仅针对发生倒泼或抛掷的那部分住宅的居住者提起。〔10〕可见，在多数居住人的情形下，不管是共同居住，还是分开居住，在由谁负责上，仍然坚持了控制力原则。

（四）归责原则

在倒泼或抛掷之诉中，居住人承担责任需要有过错吗？对此，学者之间争议很大，主要有过错责任说、客观责任说和不同时期不同说三种观点，这是因为罗马法原始文献本身也很模糊和不一致。对于第一种观点，有罗马法学家保罗的观点做支持，〔11〕居住人不仅因为自己的过错，也因为家人的过错承担责任，这样肯定了居住人承担责任需要过错。对于第二种观点，应

〔6〕 D. 9, 3, 1, 1 乌尔比安《告示评注》第 23 卷：“没有人否认，裁判官发布这一告示是最有好处的，因为每个人没有恐惧和危险的行走是公共利益之所在”。

〔7〕 [意] 桑德罗·斯奇巴尼：《桑德罗·斯奇巴尼教授文集》，中国政法大学出版社 2010 年版，第 263 页。

〔8〕 D. 9, 3, 1, 9 乌尔比安《告示评注》第 23 卷：“所谓‘居住’，是指他在自己的、租赁的或免费提供的房屋里居住。当然，客人不能成为被告，因为客人并非居住于此，而仅仅是做客；但是，邀请其做客的人应承担全部责任。在此情况下，居住人和客人存在很大差别，就像谁常住在此而谁只是路过一样”。

〔9〕 D. 9, 3, 1, 10 乌尔比安《告示评注》第 23 卷：“若多数人共同居住在发生了倒泼或抛掷物损害的同高层住宅，则可以对他们之中的任何一个人提起本诉讼”。D. 9, 3, 3 乌尔比安《告示评注》第 23 卷：“毋庸置疑的是，每个人对整个损害负责。但是，若针对其中一人起诉，则其他人将免除”。

〔10〕 D. 9, 3, 5pr. 乌尔比安《告示评注》第 23 卷：“事实上，若数人分户居住在同一栋高层住宅内，则只应针对发生倒泼的那部分住宅的居住人提起诉讼”。

〔11〕 D. 9, 3, 6, 2 保罗《告示评注》第 19 卷：“居住人不仅要为他自己的过错承担责任，同时也要为他家人的过错承担责任”。

该说得到国外大多数学者的支持,他们认为,居住人承担的是一种客观责任或严格责任,^[12]也就是说,只要有从居住人所住的房屋抛掷或倒泼物件致损的事实发生,居住人就要承担责任,无需证明他有故意或过失。甚至有些学者认为,出于保护行人安全的需要,使得居住人的行为与损害之间因果关系的确认也成为不必要了,^[13]因为此时显然不需要证明居住人有抛掷或倒泼的行为。

对于第三种观点,学者从“添加”的角度来进行解释,即认为优士丁尼的编纂者在编纂《学说汇纂》时采用了大量古典时期的法学家的著作,并且根据新的时代精神对它们进行了“添加”,因此《学说汇纂》很多矛盾或冲突的地方,很可能正是古典法与优士丁尼法的差别。在我们关注的领域,意大利学者卢伊兹认为,在古典法中,抛掷或倒泼之诉,没有特别要求这个主观要件,但是在优士丁尼法中,跟随了在后古典法时期的一个变革,开始要求过错。比如,在D. 9, 3, 1, 4中,前后部分文意上有矛盾(前部分说居住人有过错,后部分说抛掷或倒泼之诉不要求过错),^[14]“事实上,这是前者的过错”这一句应该是添加的。^[15]的确如此,意大利学者梅里利也认为,在这些原始文本中提到的过错,是优士丁尼的编纂者的一种添加,其目的是为了将抛掷或倒泼之诉系统地放入到“准私犯”的体系之下,因为他们将“过错”看成是准私犯的共同要素,但实际上这仍然无法改变它是一种客观责任。^[16]

(五) 类型扩展

在《学说汇纂》(D. 9, 3)“关于那些倒泼或抛掷的人们”这一题中,除了包括抛掷或倒泼之诉外,其实还包括放置或悬挂之诉(*actio de posito vel suspensio*),这其实也是后世之所以将坠落物与抛掷物放在一起规定的最初的雏形。

首先,有关悬挂之诉,按照罗马法学家乌尔比安的观点,一个物件在被悬挂时坠落,类似于“被抛掷”,因此可以参照抛掷之诉的告示来处理。^[17]可见,其实这里运用了我们现在称为“类推适用”的立法技术,而且它们造成的核心结果也是类似的:某物件落下造成他人损害,而找不到具体的行为人。

其次,有关放置之诉,乌尔比安进一步谈到,仅仅是将某个物件放置在民众通行的地点的屋檐上,从而可能坠落而给他人造成损害的,即使没有实际造成损害,对物品的放置人(参见

[12] Hans Ankum, Uplian D. 9. 3. 5. 4: The Recourse of the Habitor against His Guest Who Threw Something down onto the Street, *Fundamina*, 2002 (8), p. 9; Esref kukuk, L' " actio de effusis vel deiectis" nel diritto romano classico, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Chile, Valparaíso, 2008 (30), p. 110; Hans Ankum, L' édit du préteur de his qui deiecerint vel effunderint, *Studia iuridica*, Varsavia, 2003, XLI, p. 8, etc.

[13] Provera, voce Actio de effusis et deiectis, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. I, Torino, UTET, 1957, p. 261.

[14] D. 9, 3, 1, 4 乌尔比安《告示评注》第23卷:“本事实诉讼针对的是在发生倒泼或抛掷损害事实那时在此居住的人,而非房屋的所有权人:事实上,这是前者的过错。然而,这里并未提及过错以及被告对事实的否认,以便适用适用双倍罚金之诉,虽然这两个要素是不法侵害之诉所要求的”。

[15] Vincenzo Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli: Casa editrice dott. Eugenio Jovene, 2006, p. 261.

[16] Emanuele Melilli, D. 9. 3. Tutela e sicurezza della circolazione urbana nel diritto romano, *Tesi di Dottorato*, Milano, Università degli studi di Milano, 2009, pp. 40-41.

[17] D. 9, 3, 1, 3 乌尔比安《告示评注》第23卷:“若某物在被悬挂时坠落,应视为‘被抛掷’;而对于悬挂物坠落的情形,更好的观点是也应参照抛掷物处理。因此,若某物自悬挂物中倾倒而出,即使不是人为倒泼,也应该适用此告示中的规定”。

D. 9, 3, 5, 8) 或容忍此种放置的人 (参见 D. 9, 3, 5, 10) 提起事实之诉, 并应判罚 10 枚金币。^[18] 因此, 实际上, 此处所谈的放置或悬挂之诉, 被归入了广义的抛掷或倒泼之诉, 因此对它大致参照适用狭义的抛掷或倒泼之诉的规定, 而在优士丁尼的《法学阶梯》中也没有详细介绍它, 也认为它与狭义的抛掷或倒泼之诉类似。^[19]

另外, 一般来说, 抛掷或倒泼之诉, 通常针对的是发生在用来居住的“高层建筑”中的事件, 原始文献中常用“Cenaculum”来指称此种地点,^[20] 但不是用来居住的建筑物, 在类似的情形, 也可以通过“扩用之诉”来适用本诉, 比如, 仓库的主人、储藏间的租赁人、船长等。这样, 就扩大了本诉可以针对的责任主体的范围。

(六) 责任性质

在《学说汇纂》(D. 9, 3) 中, 虽然对抛掷或倒泼之诉进行了极为详细的介绍, 但并没有明确指出其责任性质, 而在《法学阶梯》(I. 4, 5) 中, 它明确将倒泼或抛掷之诉归入“产生于准私犯之债”的类型。之后, 罗马法学者将之简称为“准私犯”(quasi ex maleficio), 从而与私犯(maleficio)相对应。在 I. 4. 1~5 中, 列举了四种私犯和三种准私犯, 前者包括: 盗窃、抢劫、损害和侵辱; 后者包括: 法官误判致害、抛掷或倒泼致害和自己的属员致害。^[21] 但私犯与准私犯二者如何区别呢? 归入准私犯的各种类型有何共同点呢? 对此, 争议颇多:

观点一, 以“市民法”来调整的为私犯, 以“裁判官法”来调整的为准私犯; 观点二, 以“故意”为构成要件的为私犯, 以“过失”为构成要件的为准私犯;^[22] 观点三, 以“过错”为构成要件的为私犯, 以“过错推定”为构成要件的为准私犯;^[23] 观点四, 准私犯多为“替代责任”, 即替他人的行为承担责任, 而私犯不是; 观点五, 私犯为以故意或过失为基础, 而准私犯为一种严格责任;^[24] 观点六, 私犯与准私犯, 二者本质上没有性质上的区别, 纯粹是由于历史发展而产生的, 在前产生的称为私犯, 之后又新产生的类型称为准私犯。^[25]

总之, 对此学者之间无法达成共识, 各种理论都有缺陷。甚至, 后世学者, 比如, 意大利学者彭梵得认为这个准私犯不具有可定义性, 而德国学者孔克尔认为这种类型绝对缺少科学价值。^[26] 因此, 由于准私犯本身性质的模糊性, 虽然在《法学阶梯》中抛掷或倒泼之诉被归入准私犯的范畴, 但很难通过此种定性来确定抛掷或倒泼之诉的归责原则, 但这种概念的区分对后世民法的侵权行为的分类产生了深远影响, 后文再述。

[18] D. 9, 3, 5, 6 乌尔比安《告示评注》第 23 卷: “裁判官说: ‘任何人都不得在用于民众通行或逗留的地点上方的屋棚或檐口上放置坠落后可能给他人造成损害的物体。违反此规定者, 我授权适用事实之诉, 判罚 10 枚金币’”。

[19] I. 4, 5, 1: “……于此类似的是, 在人们经常通行的地方放置或悬挂如果落下可能伤害他人之物体的人, 对于这种情况, 规定了 10 个金币的罚金”。此片段在谈论了抛掷或倒泼之诉后, 通过“于此类似的是”引出了放置或悬挂之诉, 一句话带过, 显然对它们是类推适用抛掷或倒泼之诉的规定。

[20] 这个“Cenaculum”, 它可用来指一个建筑物的全部, 也可指建筑物的一部分, 比如, 一个顶层阁楼或一个独立的房间。Cfr. Esref kucuk, L’“actio de effusis vel deiectis” nel diritto romano classico, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Chile, Valparaíso, 2008 (30), p. 106.

[21] 同前引 [3], 第 465—496 页。

[22] Mario Talamanca, Istituzioni di Diritto romano, Milano: Giuffrè editore, 1990, p. 632.

[23] Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations: Roman Foundation of the Civilian Tradition, New York: Oxford University Press, 1996, p. 1129.

[24] T. Wallinga, Effusa vel deiecta in Rome and in Glasgow, Edinburgh Law Review, 2002 (6), p. 120.

[25] 周栢:《罗马法原论》(下册), 商务印书馆 2001 年版, 第 846 页。

[26] 同前引 [16], 第 15 页。

二、近现代民法：扬弃或继承

罗马法作为最有影响力的法律体系之一，对西方世界产生了深远影响。但欧陆国家以及受其强烈影响的其他国家，在继受罗马法的时候，在抛掷或倒泼之诉这个领域，根据各自不同的时代背景和理论，呈现出了不同的状况，分述之：

（一）扬弃派

在欧洲的两大范式民法典中，都没有如优士丁尼的《法学阶梯》一样有关高空坠物的明确规定，虽然它们的体系与具体规定强烈地受到了前者的影响。

1. 《法国民法典》。1804年的《法国民法典》第四编第二章是“侵权与准侵权”，它在术语上明显是仿优士丁尼的《法学阶梯》中使用的“私犯与准私犯”。但是在《法国民法典》中二者如何区分呢？按照沃森的观点，不论是在理论上，还是在司法实践中，关于侵权与准侵权的五个条文都是最矛盾的，根本没法区分二者，这可能要么是因为其起草者无助地混淆了二者，要么是他们没有一致的观点。^[27]应该说，这是《法学阶梯》中对于“私犯与准私犯”定性与区分不准的一种延续。但不管有多少争议和矛盾，需说明的是，法国法学家的主流观点是：《法国民法典》坚持以“过错责任”为唯一的归责原则，其中第1382条规定的是“侵权”，以故意为归责原则；第1383条规定的“准侵权”，以过失为归责原则，这两条构成了其基础。另外，其第1384条规定的物的责任和因他人的行为引起的责任、第1385条规定的动物的责任以及第1386条规定的建筑物责任，都适用的是“过错推定”的原则。^[28]

而之所以在《法国民法典》中没有如罗马法一样明确规定抛掷或到泼之诉的原因，学者有以下可能的解释：因为个人主义和理性主义的影响，如上所述，《法国民法典》中坚持以过错责任为唯一的归责原则，而罗马法上的抛掷或倒泼之诉实际上是坚持的“客观责任”，因此《法国民法典》中最终没有规定它，虽在其之前的草案中也曾经明确尝试以两条来规定之。^[29]

2. 《德国民法典》。由于德国学者认为罗马法上的“私犯与准私犯”的划分缺乏科学性，他们并没有如《法国民法典》一样区分所谓的“侵权与准侵权”，1900年《德国民法典》也因此并未区分二者，仅在第二编债务关系法第八章具体债务关系第二十七章规定了侵权行为。

作为《德国民法典》之父的温德沙伊德在其《潘德克吞教科书》就没有利用“准侵权”这个概念，他也谈到了罗马法上的抛掷或倒泼之诉，并将这种类别归入“由他人和动物导致的损害”之中。^[30]之后，1866年的德累斯顿草案（Dresdener Entwurf）的第1020~1022条对它

[27] Alan Waston, Roman law & Comparative law, The University of Georgia Press, 1991, pp. 184-186.

[28] 罗结珍：《〈法国民法典〉规定的准侵权行为辨析》，载《法学杂志》2012年第1期。

[29] 第16条：“如果从一个由数人居住的房屋中，水或其他物品被抛掷导致行人受到损害，居住在抛掷出物品的公寓的人应连带地负责，但若已知悉实施抛掷行为的人，仅此人自己对此等损害赔偿负有义务”。第17条：“如果客人仅仅是居住在抛掷出物品的房屋里，他们不负有填补损失的义务，而是由给他们提供房屋的人承担责任，但证明是此等客人实施了上述抛掷行为的，不在此限”。同前引 [27]，第192页。

[30] Bernardo Windschied, Diritto delle Pandette, VoL. II, Tradizione italiana da Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, Torino: UTET, 1930, p. 768.

进行了规定，放在了因他人过错的责任之中；^[31] 这种规定经过细微修改后保留在 1888 年的第一草案（Erster Entwurf）的第 729~733 条中，被放在了侵权行为之中。但在最终的《德国民法典》中，不再有此种规定，之所以这样取舍的理由是：“居住建筑物里是生命需要之一部分，它并不带有任何特殊的危险，因此没有充足的理由偏离基本理念，即对赔偿负责任的唯一的人就是引起损害的人。”^[32] 而且，罗马法中传统的无过错责任的例子基本上没有被《德国民法典》接受，“无过错，无责任”的过错归责原则在《德国民法典》得到确定，这是 19 世纪德国的法律界占优势的理论。^[33] 另外，另一个可能的原因是：出现了关于民事规范与刑事和警察规范的区分，有学者认为，将这种规范保存在民法里面是不合适的，如果这样做，只不过是对于罗马法规范的一种不合适的偏好罢了。^[34] 也就是说，将高空坠物的问题交由警察或刑事法去调整，由国家公力救济来保护行人安全。

总之，欧洲影响最大的两大范式民法典，虽然在其制定过程中都曾尝试采用罗马法上的抛掷或倒泼之诉的规定，但最终二者都没有明确规定它。这种做法也极大地影响了受两大民法典影响的其他国家的民法典，绝大多数国家因而在民法典中一般以不涉及的方式未对此问题提供解决方案，进而没有继受罗马法上的相关规定。

（二）继承派

尽管这样，但仍然有少数国家的民法典受到了罗马法的影响，做出了基本类似于罗马法上抛掷或倒泼之诉的规定，特别是拉丁美洲国家的民法典，更是如此，分述之：

1. 《奥地利民法典》。1811 年的《奥地利民法典》未区分侵权与准侵权，它在第 1294 条给“损害”下了一个定义，然后区分了八类损害，而在其第五类——“通过他人行为而造成的损害”中，做出了类似罗马法上的抛掷或倒泼之诉的规定。《奥地利民法典》第 1318 条规定：“由于危险放置或悬挂之坠下，或自住宿处将物掷出或倒出，致使人受到损害时，致使人受到损害时，自其住宿处该物被掷出或倒出，或坠下之人，对损害应负赔偿责任”。^[35] 其第 1319 条规定：“若一个招牌、容器或其他东西被悬挂或放置在一个经常通行的地方之上，可能落下并造成行人伤害的，对于此种可能的危险，任何人都无权提起法律诉讼，但是基于一般安全的考虑，每个人都有权向警察当局反映此种危险”。^[36] 此两条，显然是对罗马法上的相关规定的完全继承：第一，承担责任的人是居住人，并且不以过错为要件，为一种客观责任；第二，规定了两种类型：抛掷或倒泼以及放置或悬挂，并致他人损害；第三，在放置或悬挂的情形，若

[31] 第 1020 条：“从临街建筑物上抛掷或倒泼物品而使他人遭受损害的，受害人可以对造成损害的建筑物的占有人主张赔偿请求权，当建筑物包括多个可以分隔的部分时，受害人也可对造成损害的那部分建筑物的占有人主张赔偿请求权。如果建筑物占有人能够证明损害是由他人所造成，不负赔偿责任”。接着第 1021 条规定了连带责任，第 1022 条规定了免责事由，第 1023 条规定了悬挂物问题。同前引 [4]，第 120 页。

[32] [德] 克雷蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》（上册），张新宝译，法律出版社 2004 年版，第 8 页，注释 30。

[33] 同前引 [23]，第 1129—1130 页。

[34] 同前引 [4]，第 120—121 页。

[35] 王绍培译：《奥国民法》，文武有限公司 1977 年版，第 228 页。此处未采用周友军等的译文，是因为他们将责任主体译为“住宅的所有人”，其实应该是居住人，而不一定是所有人。

[36] General Civil Code; For All the German Hereditary Provinces of the Austrian Monarchy, Translated by Joseph M. Chevalier de Winiwarter, Vienna; Rudolph I' Echner, 1866, p. 285. 需注意的是，1811 年的《奥地利民法典》的此条，现在已被关于建筑物倒塌伤人的新的第 1319 条所代替，内容完全不同了。参见周友军、杨垠红译：《奥地利普通民法典》，清华大学出版社 2013 年版，第 217 页。

损害未发生，任何人虽不可起诉，但有权向公共机关举报：第四，根据其第1313条的规定，居住人承担责任后，若找到真正的抛掷者，可向其追偿。

2. 《智利民法典》。1857年的《智利民法典》第四编债的通则和各类合同第三十五题为“侵权行为和准侵权行为”，显然是采《法国民法典》的体例，并且同它一样以故意和过失标准来区分侵权与准侵权。但与《法国民法典》不同的是，它如罗马法一样对高空坠物现象进行了规制，其第2328条规定：“自建筑物的高层部分坠落或投掷的物件引起的损害，应归责于一切居住于建筑物的该部分的人，赔偿金在所有这些人中分摊，但损害事实经证明仅可归因于某人的过失或恶意时，该人应单独承担责任。处于建筑物高处或其他高地的某物有坠落和损害之虞时，建筑物或该地的所有人、承租人，或该物的所有人、使用人，都有义务搬掉该物；民众中的任何人都有权请求搬掉该物。”^[37] 需注意的是，此处作为责任主体的居住人，承担的是按份责任，与罗马法上数居住人承担的连带责任不同。

3. 《阿根廷民法典》。1869年的《阿根廷民法典》虽然在立法上没有明确采用“侵权与准侵权”的术语，但其实际上也采用了该区分，也是以故意和过失为区分二者的标准，并且将高空坠物相关的规定放在了准侵权之中，其第1119条第3款规定：“房屋的主人、全部或部分租赁房屋的承租人，在将物投掷于街道、他人土地或设有通行役权的自己的土地上，或者以可能坠落的危险方式悬挂或放置某物，从而对路经者造成损害时，亦适用前条规定。两人或数人居住于该房屋时，如不知该行为来自哪一房间，所有居住之人均对造成的损害负责。如果知晓何人投掷该物，仅由该人承担责任”。第1121条规定：“旅店或公寓属于两个或数个所有权人时，或者存在两个或数个船长或船主时，或者房屋的主人、承租人为两人或数人时，不对损害赔偿承担连带责任；此等人应按其享有的份额按比例负责，但证明该行为仅由其中之一引起时，应由有过失者对损害负责”。^[38] 此种规定的特点在于：第一，它明确规定了若有数个居住人，抛掷人不明，由数个居住人共同承担；第二，它明确指出此时数居住人构成的是一种“准侵权”，即此时数人无损害的意图（故意），而只有有损害的意图才能构成“侵权”，因此《阿根廷民法典》的作者萨尔斯菲尔德在其注释中指出此时不应采用罗马法的做法——让数人承担“连带责任”，而是应承担“按份责任”，因为在准侵权中，不存在应受惩罚的意图。^[39]

4. 《西班牙民法典》。1889年的《西班牙民法典》虽未采用“侵权与准侵权”的术语，但它关于侵权行为这章的法条，基本上照抄自《法国民法典》，不过它在此章最后专门增加了一条来规定高空坠物的问题，这就是第1910条，其规定为：“居住在一幢房屋或其中一部分的屋主，对于从其中抛掷或倒泼的物致人损害承担责任”。^[40] 此条实际上来自于其1852年草案的第1904条，其规定更为明确一些：“所有作为主人居住在一幢房屋或其中一部分的人，应对从其中被抛掷或倒泼出来的物造成的损害承担责任。此等人为数人，并且不能确定谁造成了此等损害的，所有人的共同对赔偿负责”。对于该草案的此条，按照西班牙的法学家戈耶纳的解释，它做出了不同于《法国民法典》的规定，它实际上应属于警察法的范围，因此在现代民法典中有些不再规定它，之所以这样规定是借鉴《奥地利民法典》的结果，并且此处明确规定在不知

[37] 徐涤宇译：《智利共和国民法典》，中国法制出版社、金桥文化出版社（香港）有限公司2002年版，第433页。

[38] 同上引，第275—276页。

[39] 同上引，第276页。

[40] 潘灯、马琴译：《西班牙民法典》，中国政法大学出版社2013年版，第466页。但是译者将此条的关键信息全译错了，此处由引者根据西班牙原文重译。

具体导致损害之人时，数个居住人承担连带责任。^[41]

另外，除了上述列举的国家，还有一些其他的拉丁美洲的民法典中也有类似的规定，比如，1851年的《秘鲁民法典》第2197条，1917年的《巴西民法典》第1529条，1987年《巴拉圭民法典》第1851条，1988年的《古巴民法典》第93条，等等，不赘引。

（三）英美法系

其实，罗马法上的抛掷或倒泼之诉的相关规定，对一些采用判例法的英美法系国家也曾有相应的影响，或者说可以作为对照的立法例。

1. 苏格兰。1953年8月26日，在苏格兰的格拉斯哥，一个11岁的小男孩从一幢房屋旁经过，有人从房屋高层的窗户中向外倾泼尿液，这些东西正好倒在了他的头上，由于此房屋被用作无家可归之人的避难所，因此即使可以找到肇事者也没有诉讼价值，于是其父亲作为其监护人向法院提起了小额诉讼，要求该房屋的已登记的保管人和占有者承担责任。^[42]

对此案，苏格兰的法学家深入地讨论了罗马法上的抛掷或倒泼之诉是否可以适用，苏格法是否继受了此种诉讼以及此种诉讼的性质如何等问题。苏格兰学者戈登认为，苏格法继受了前述诉讼，这是可以肯定的。但是，需注意的是，苏格法接受罗马法也会受到民法作者对于罗马法文本的解释，而这在一定程度上，也与原来的罗马法本来的面目有很大的差别了。而且虽然说苏格法继受了上述诉讼，也有两个相关的政策问题需关注：第一，在现代的条件下，在很多方面已经不同于罗马，这些诉讼已经不那么合适了。第二，在过去严格责任的地方，现在都是过错责任。^[43]也就是说，罗马法上的抛掷或倒泼之诉的相关规定，无疑给了苏格法以灵感并提供了解决方案，但古代的罗马与现在的苏格兰毕竟不同，其适用需根据时代而调整：最终，法院以被告没有过错，从而判决被告不承担责任。

2. 美国。1945年8月14日，全美正在疯狂庆祝二战胜利，劳尔森女士沿着大街走到圣弗朗西斯酒店门前，被一把从天而降的椅子击中头部当场失去知觉，受到严重的身体伤害。事后实地勘察证实：此椅子应是从该酒店掷出，但无法查知由谁掷出。于是，劳尔森女士对该酒店的主人提起诉讼，要求赔偿相应的损失。一审法院判决被告胜诉，原告上诉，但上诉法院维持了原判。^[44]

此案件的焦点是：是否可以适用“事实即证据原则”（*Res ipsa loquitur*），从而让原告免除举证责任。在审理中，原告举证证明了：椅子是从被告饭店抛掷出，并且自己受有损害，并因此要求法院适用“事实即证据原则”，判定被告承担责任。但在 *Gehart v. Southern California Gas Co.* 一案，法院曾规定如果要适用“事实即证据原则”，必须符合三个条件：有意外事实之发生；导致意外发生的物品在意外发生时处于被告绝对控制之下；若被告在意外发生时曾尽一般注意义务（*duty of care*），意外即不至于发生。但很显然，在本案中，即使酒店尽到一般的注意义务，意外仍可能发生，椅子怎么也不可能处于酒店的“绝对控制”之下，因为酒店的客人或访客任何时候都能将椅子抛掷出酒店，如果酒店想要万无一失的防止客人们朝窗外扔家

[41] 同前引 [4]，第 119 页。

[42] *Gray v. Dunlop* (1954 SLT 75 SC), See William M. Gordon, Roman Quasi-delicts and Scots Law, in *Roman Law, Scots Law and Legal History: Selected Essays* (Edinburgh Studies in Law), Edinburgh University Press, 2007, pp. 149-150.

[43] 同上引，第 162-163 页。

[44] *Larson v. St. Francis Hotel*, 参见潘维大：《英美侵权行为法案例解析》，高等教育出版社 2005 年版，第 125 页。

具,那么必须在每一个房间都安排一名保安24小时看守,但显然这是不可能和不合理的,因此,不能说酒店没有尽到一般的注意义务,因此不能适用“事实即证据原则”。〔45〕

这里所谓的“事实即证据原则”,又称“事实自证”,类似于大陆法系所说的“过错推定”,即在某些特定的案件中,从事故发生这一事实本身即可做出一个推论:被告有推定过错,从而对被告即可成立“初步证实的案件”(prima facie case)。在此类案件中,部分事实是清楚的,部分是不清楚的,而不清楚的部分往往与被告的行为相关,因此在被告没有提供解释或其他证据之前,推定被告的过失行为导致了该事故的发生。在此类案件中,如前所述,有一个特别重要的前提:即被告必须对于造成伤害的物有“绝对控制”,否则不可适用此原则。〔6〕而正是这一前提要求,使美国对这种高空坠物案件的处理结果与罗马法上的抛掷或倒泼之诉的规定,形成了鲜明对比:如前所述,罗马法实际上也要求只有对所居住的房屋有控制力的居住人才承担责任,但其对控制力的程度要求远没有美国法的要求高。

三、对我国《侵权责任法》第87条的分析

在我国,关于高空坠物的法律规制,无论在《侵权责任法》颁布之前还是之后,都是我国侵权法理论与实践中最有争议的问题之一,学者们以不同的视角和不同的方法对它进行了深入的论述,形成了赞成派和否定派两大截然对立的阵营,下面结合前述的纵向历史探源和横向的比较研究,针对我国的一些典型案例,来对我国《侵权责任法》第87条进行分析。

(一) 典型案例

在2009年《侵权责任法》颁布之前,有关高空坠物的案例很多,其中最有典型性的是如下三个案例:即2000年的重庆烟灰缸案、2001年的济南菜板案和2006年的深圳玻璃案,它们高度相似的案情,截然不同的判决,视角迥异的说理,引发了众多的讨论。

在这三个案件中,作为受害者的原告都不知真正的抛掷人是谁,都将建筑物的数名居住人告上法庭,但判决结果却截然不同:在前者,法官以过错推定原则判决由可能加害的居住人按份承担责任;而在中者,法官以被告不确定以及原告举证不能驳回起诉;在后者,一审法官以居住人无过错、物业有过错为由,让物业承担部分责任。

(二) 基本共识

为了明确我们所研究的对象,必须界定一些基本的概念,形成一些基本共识,这样才能开展进一步讨论。分述之:

1. 类型问题。首先,我们要解决什么是“致害物”的问题。到底是抛掷物,还是坠落物,或者二者都是我们应调整的对象?如《侵权责任法》第87条所述,它包括抛掷物和坠落物两种,这显然与前述的罗马法以及一些近现代民法典一脉相承。但有些学者主张,抛掷物致损是行为造成的损害,而坠落物致损是照管之物造成的损害,二者性质不同,应该区别二者,进行认为第87条混淆了二者,坠落物致人损害应由其第85条来调整。〔47〕的确,仅从概念来看,抛掷物是指由人力抛掷而掉下之物,坠落物是指非由人力从建筑物中坠落之物。但其实不管是抛掷物,还是坠落物,只要可以找到其明确的责任人(前者为抛掷者,后者为物的所有人、管

〔45〕 同上引,第126页。

〔6〕 St. John's Law Review, "Torts—Res Ipsa Loquitur—Exclusive Control (Larson v. St. Francis Hotel, et al., 188 P. 2d 513 (Cal. App. 1948)),” St. John's Law Review; Vol. 22; Iss. 2, 1948, Article 20, p. 297.

〔47〕 方益权、钟哲斐:《对高空抛掷物致人损害救济规则的思考》,载《政治与法律》2010年第3期,第76页。

理人或使用人),这都是很容易解决的简单案件;而只有在此等责任人不明的情形下,才有为它设立特别规则的必要,因而此种案件的关键不在于致害物是抛掷物,还是坠落物,而在于责任人不明。^[48]在这个意义上,其实采比较中性的概念——“坠物”,更具包容性,既包括因抛掷(或倒泼)而坠落,也包括因放置(或悬挂)而坠落。

2. 地点问题。其次,我们要解决的是“坠物地点”问题。建筑物,还是其他地点亦可?在罗马法上,最初只包括用来住人的高层住宅,但之后又通过“扩用之诉”类推适用,扩展到了其他类型的建筑上(如仓库)。但在罗马法上,总体上坚持了一个“控制力原则”——即只有对坠物有控制力的居住人,才对它造成的损害承担责任,所以上述地点都可以包括。现在,有学者主张,此类坠物发生的场合,除了建筑物,还可能包括飞机、缆车、火车、道路、桥梁等。^[49]由此种观点,可进一步发问:第87条仅仅将发生的地点限制在“建筑物”上是否妥当呢?是否可以将第87条扩展适用到上述地点呢?对此,应该给予否定性回答。理由在于:在这些地点,人数众多,不像建筑物里的居住人对于进入建筑物里的人,是有一定控制能力的,而在此种的场合,显然里面的人,对于伤害的发生是一点控制力都没有的,科加给其责任太不合理。因此,在此种场合发生加害人不明的侵权,不应类推适用第87条的规定。另外,还需指出,此条中的“建筑物”,应作狭义理解,不应包括“构筑物”。^[50]

3. 性质问题。最后,还要将这类案件与建筑物责任的案件区分开来。《法国民法典》第1386条和《德国民法典》第836条,都是有关建筑物责任的,即建筑物整体或其一部分倒塌或脱落造成他人损害的责任,与它们对应的是《民法通则》的第126条以及《侵权责任法》第85条,它们的共同特点是:致人损害的建筑物的所有人或管理人是确定的。在此点上,二类案件区别明显,不可混淆。我国很多学者花大力气介绍国外建筑物责任,并讨论建筑物责任是否包括这里所说的“加害人不明的建筑物坠物致害”,就是没有认识到此点,白费功夫。

因此,对于此类侵权案件,最准确的概述应为:“加害人不明的建筑物坠物致害”案件,这包含三层含义:地点发生在建筑物上;有抛掷或放置的物件坠落;加害人不明。为了简洁以及尊重传统的原因,我将之称为“高空坠物”案件。

(三) 理论观点

对于第87条,支持者提出了一系列理论观点,来论证此种规定的合理性与正当性,主要包括如下观点:推定过错说,共同危险行为说,保护公共安全说,损害分担说,同情弱者说,公平责任说,预防损害说,等等;与之相对,反对者对这些观点逐一进行了批驳。对于这些完全对立的观点可以按照其视角与方法的不同分门别类,然后再逐一深入分析。

1. 从法教义学角度。高空坠物伤人而加害人不明这种现象,是随着我国高层建筑越来越多这种状况出现的,因此,在《侵权责任法》颁布之前,其实我国并没有明确的法律来调整它。这时候我国的法官就发挥其能动性,开始在当时的法律框架下,尝试提出一些理论来解决此种问题。

(1) 过错推定说。此说是由前述的2000年重庆烟灰缸案的判决书提出的,由于无法确定

[48] 韩强:《论抛掷物、坠落物致损责任的限制适用》,载《法律科学》2014年第1期。

[49] 王成、鲁智能:《高空抛物侵权行为探究》,《法学评论》2007年第2期。有学者还进一步列举可能发生类似情况的场合,比如体育场、剧场看台、火车和汽车等等,参见前引[48]。

[50] 《侵权责任法》第87条所称“建筑物”,主要是指那些可供人日常办公或生活使用的建筑物,而非道路、桥梁、隧道等供人们通行的构筑物。参见王竹、赵尧:《论建筑物抛掷物、坠落物致害道义补偿责任》,载《政法论丛》2010年第5期。

烟灰缸的所有人,所有居住人均无法排除扔烟灰缸的可能性,因此法院依据过错推定的原则,根据《民法通则》第126条,判定由住户分担赔偿责任。但适用《民法通则》第126条的前提是:责任人明确,即依据《民事诉讼法》第108条第2项的规定,必须有明确的被告,所以此案并不可适用该条,此案并不是一种建筑物责任。^[51]这也是2001年的济南菜板案坚持的观点,法官以被告不明驳回了原告的起诉。

(2) 共同危险行为说。此说参照共同危险行为的原理,认为抛掷物尽管不是建筑物所有业主抛掷的,但由于该建筑物中的居民都有抛掷的可能性,并且各个住户抛掷该物品的概率相等,因此应当由全体住户承担连带赔偿责任。所谓“共同危险行为”,是指数人共同实施侵害他人民事权益的危险行为,但对所造成的后果不能判明谁是侵权人的侵权行为。但正如刘士国所说:“不能将共同居住在一幢楼或一幢楼的某一个单元当做共同危险行为,居住本身并不构成危险行为,不能将危险行为的解释无限放大”,^[52]在这种案件中,只是一个人实施了与案件相关的行为(抛掷或放置物品),其他的人只不过居住在此建筑物中,因此这种学说无法成立。

(3) 公平责任说。此说认为高空坠物责任应是适用“公平责任”类型之一,它适用一般侵权的过错责任将造成极大不公平,又不是法律明文规定的属于严格责任和过错推定责任的特殊侵权的类型,在此种情形下,只能依据公平责任根据实际情况由当事人分担损失。^[53]但对于所谓的“公平责任”是不是侵权法的归责原则,学者之间争议本身就非常大,并且即使承认之,由于此原则是一个极具弹性的原则,赋予了法官极大的自由裁量权,在司法实践中有滥用现象,应警惕这种现象,并且对于为何此时可适用公平责任的正当性说明依然不明。

总之,在《侵权责任法》颁布之前,我国立法对于此类高空坠物案,实际上是一个立法空白,不同的法院尝试在当时的法律框架下解决此问题,但其说理与推论显然都不是很成功。但也正是这些法院的判决,引发了学者的关注和争议,从而推动了学理讨论,进而在制定《侵权责任法》的过程中展开激烈交锋。这与罗马法上的抛掷或倒泼之诉是一种裁判官法,是裁判官对于现实中出现的难题在市民法未做规定时的一种创造性司法,极其类似。

2. 从法政策学角度。正是看到在当时的法律框架下,无法让根本没有实施抛掷行为的建筑物使用人为高空坠物承担责任找到合理理由,一些学者开始突破当时法律的框架,从法政策学等宏观的角度来进行思考,为这种新的规则提供正当化的理由,进而进行新的立法。

(1) 公共安全说。此说认为,这种案件涉及的是公共安全,虽然伤害的只是一个特定的受害人,但是它针对的是不特定的大多数人。为了保护公共安全和公共利益,尽管不能确定谁是真正的加害人,但应当由有嫌疑的建筑物使用人共同承担赔偿责任。^[54]显然,这种论证的理路与罗马法上的抛掷或倒泼之诉如出一辙,让我们不由想到了前引罗马法学家乌尔比安那句著名的论断:“每个人没有恐惧和危险的行走是公共利益之所在”。这涉及到了个人自由与公共安全这两种价值如何协调的问题。

(2) 损失分担说。此说认为,从公平分担损失的角度而言,现代侵权法的发展趋势,就是从强调制裁过错行为到强化补偿功能,以强化保护受害人为中心,并且按照“损失分担理论”,

[51] 关涛:《对高层建筑坠落物致害案件中集体归责问题的研究》,载王文杰主编:《侵权行为法之立法趋势》,清华大学出版社2006年版,第156—157页。

[52] 刘士国:《楼上落下物致人损害加害人不明的法律救济》,载《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2006年第19卷第3期。

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

[54] 杨立新:《对建筑物抛掷物致人损害的几点思考》,载《判解研究》2004年第2期。

当某种损害发生以后，法官不应当过多地注重过错的可归责性，而应当考虑在行为人和受害人两者之间由谁分担这个损失更为公平，更为合理。现代侵权行为法所关心的基本问题，不是加害人之行为在道德上应否非难，其所重视的是，加害人是否具有较佳之能力来分散损害。^{〔55〕}

上述两种学说，其实都涉及到对受害者的权益保护与行为人的个人自由二者关系的处理与协调问题。权益保护与自由保护二者之间是一个“此消彼长”的关系，侵权法的目的就是使二者达到一种合理的平衡，而《侵权责任法》的第87条，无疑是极大地偏向对受害者权益的保护，违背了责任自负的原则，极大损害了行为人的行为自由，此种价值取向值得质疑。

3. 从法经济学角度。另外，还有些学者，从法经济学的角度，关注了在具体肇事者不明的情况下，让或是不让使用人对受害人承担责任的不同后果，从而提出了不同的观点，可从三个方面来分析：

(1) 预防损害。肯定论者认为，让建筑物的使用人承担责任，最有可能抑制损害的发生，因为他们才能对危险源进行控制，他们可以通过自治组织对于社区进行管理，并且可以通过制定公约、设立提示、设置栅栏、搭建屋檐等措施，来最大程度地抑制高空坠物的发生，今后他们也可以更谨慎地行事。^{〔56〕}但否定论者认为，此种“集体归责”的方式，会使真正的加害人因他人分担了本应由其全部承担的责任而幸灾乐祸，而其他无辜的使用人也可能因为其承担了不能预见的责任而产生绝望和消极的情绪，对以后谨慎从事也丧失了信心，这样根本也就达不到预防损害的目的。^{〔57〕}

(2) 发现真实。肯定论者认为，让建筑物的使用人承担责任，是因为相对于受害人而言，他们更有能力来发现肇事者，肇事者很可能就是他们中的一个人，而受害者通常是很难举证的；而且由于中国人“多一事不如少一事”或“事不关己，高高挂起”的处世哲学，一般人都 unwilling 作证，但若他们不作证自己也要承担责任的话，他们可能就会积极举报，这样更有利于发现案件的真实。^{〔58〕}但否定论者认为，这种规定类似我国古代的“保甲”制度，它使“邻居变警察”，可能会造成邻里关系紧张，是“宁可错杀一千，不可放过一人”思想的体现，邻居为了使自己免负责任极可能恶意或过失地举报他人，容易诱发道德风险。在绝大多数这种案件里，找到真正的肇事者往往只是一个理想，实际上绝大多数案件是根本找不到肇事者的。

(3) 预防成本。肯定论者认为，让建筑物的使用人来预防高空坠物的发生，比由路人来预防更有效率，成本也更为低廉，因为不可能要求行人生活在一种无处不在、防不胜防的风险中而让他们采取相应防护措施（比如，行走时总是戴安全帽）。^{〔59〕}否定论者认为，当损害的发生完全取决于个别人的意志，而其他人都要无端地事前支付防范成本，或者事后支付补偿成本，对他们而言，无论采取何种行为选择在经济学的考量上都是相差无几的，而且事先采取各种预防措施也非常繁琐和复杂，也具有相当的经济代价。^{〔60〕}

可见，即使采用同样的视角，由于持论者都没有一个严格的得到大家一致认同的法经济学的分析框架，双方都是各说各话，学者之间无法达成共识。

4. 从法部门划分的角度。正如前述《德国民法典》等法典起草过程中的讨论民法与行政

〔55〕 同前引〔53〕。

〔56〕 同前引〔53〕。

〔57〕 同前引〔51〕，第160页。

〔58〕 同前引〔53〕。

〔59〕 张世鹏：《不明行为人高楼抛掷物致人损害的处理》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2007年第6期。

〔60〕 同前引〔48〕。

和刑事法的区分一样，有学者也从法部门的划分以及不同法部门的功能不同的角度来讨论，在作为民法一部分的《侵权责任法》中为高空坠物制定相关规则是否合理的问题。

(1) 部门划分。有学者认为，发生高空坠物以后，公安部门应该主张积极地去侦查破案，找到真正的肇事者，不能查明加害人的案件只是少数。^{〔61〕}也就是通过刑事法规和公安机关来调控之。另外，针对高空坠物现象，很多城市出台了地方性行政法规予以规制，比如广州2003年通过的《关于从重处罚在公共场所随地吐痰及丢弃废弃物等行为的通告》，该通告第2条规定不得从高空、建（构）筑物向外掷物、泼水，第3条规定从高空、建（构）筑物向外掷物、泼水的，责令其清理干净并处以200元罚款。因而，有学者主张高空坠物可通过行政法规来解决，而否定其民事侵权责任。^{〔62〕}但王利明教授认为，通过行政法规和行政机关来处理高空坠物问题，有以下缺陷：第一，多头管理，权责不明；第二，措施有限，动力不足；第三，行政措施不能代替民事救济。^{〔63〕}

(2) 救济方式。一旦损害产生了，由谁来承担，以什么理由让其来承担责任，是侵权法所要研究的中心问题。但需注意的是，“侵权行为法并非填补损害的唯一途径，填补损害不仅是侵权行为法的任务，也是责任保险和社会保障制度所应该解决的问题”。^{〔64〕}因此，对于加害人不明的高空坠物产生的损害，众多学者主张，基于责任自负（过错责任）的原则，让没有实施抛掷或放置行为的建筑物的使用人承担责任，有违侵权法的基本原理。而此时，可以通过责任保险和社会保障制度来给予受害人相应的补偿。针对此种观点，王利明教授认为，正是由于我国是一个发展中的国家，社会福利制度还不健全，责任保险和社会保障制度不完善，这决定了在今后相当长的时间内，仍需通过侵权法来对不幸事故的受害人提供救济。^{〔65〕}

5. 从法社会学的角度。从研究方法来看，绝大多数的研究者，都是采用了纯粹理论分析的方法，几乎不会通过实际调查和统计数据等法社会学的方法，来研究高空坠物的现象，但也有极少数的例外，这就是“重庆市第三中级人民法院课题组的调查报告”，它通过实际调研的方法来研究高空坠物案的社会影响，其主要调查结果如下：“从某市2011年1—6月的调研情况看，92%以上的被告选择了上诉，总体执行标的不到2.8%，35.6%的当事人不服判决信访”^{〔66〕}。这一结果可从三个角度来分析：

首先，受害人基于便利的考虑，往往会选择直接到法院起诉。发生高空坠物伤人事件后，受害人可要求公安机关立案调查，但可能因为“侦查困难”而不了了之，但现在有了《侵权责任法》第87条，受害人可以很方便地通过此条获得法院的支持判决，让众多可能加害的建筑物使用人承担责任。所以，这也导致他们寻找真正肇事者的动力下降。

其次，作为承担责任的建筑物的使用人，往往抵制判决。由于“冤有头，债有主”的传统观念，他们总觉得自己是无辜的，认为这种判决有悖社会常识，他们是因为肇事者的行为而受到了“株连”，因此对判决的执行有很大的抵触情绪。对于判决，他们要么上诉，要么上访，要么置之不理。由于高昂的成本，他们也很少或不可能去积极地寻找“真正的肇事者”。

〔61〕 同前引〔52〕。

〔62〕 同前引〔53〕。

〔63〕 同前引〔53〕。

〔64〕 同前引〔51〕，第164页。

〔65〕 同前引〔53〕。

〔66〕 参见重庆市第三中级人民法院课题组：《权衡与博弈：高空抛物致害责任的路径选择——兼评〈侵权责任法〉第87条》，载《法律适用》2012年第12期。

再次，判决实际得不到执行，损害了双方的法情感。受害人当然是赞成此种判决的，但由于被告众多以及抵制判决的态度，虽然获得胜诉判决，执行起来非常困难，执行成本也很高，执行率很低，这样反而使受害人产生了沮丧和不满的情绪；而被判承担责任的建筑物使用人，也往往基于朴素的是非观念，认为自己没有做任何事情却要为他人的过错而买单，认为此条规定为“恶法”，从而抵制判决。

总之，从上述的调研结果来看，适用第 87 条的实际社会效果并不好，不仅没有解决纠纷，反而在一定程度上激化了社会矛盾，影响了社会稳定，造成双方当事人的对立。

四、结论

总之，我国《侵权责任法》第 87 条无疑来源于继承了罗马法上的抛掷或倒泼之诉的精神的那些国家的近代民法典的相关规定。在加害人不明的建筑物坠物致害的情形，无论是罗马法，近现代民法，还是我国的《侵权责任法》，都必须处理对受害者的权益保护与维护行为人的行为自由二者的紧张关系。罗马法上的抛掷或倒泼之诉将公共安全放在了个人自由之上，更偏向对受害人权益的保护，虽然它仍然通过“控制力原则”尽量限缩责任主体的范围。在近现代绝大多数国家的立法中，由于坚持个人主义和个人自由，过错责任（或自己责任）成为主要的归责原则，因而一定程度上更偏向于对行为人的行为自由的维护。所以，罗马法上的相关规定逐渐式微也就不奇怪了，虽然由于历史惯性有些国家保留了它，但已不是主流的规定，而《侵权责任法》第 87 条无疑也被归入到这一少数派之中。

我们知道，维护自由与保护权益是一个“此消彼长”的关系，侵权法在设置其规范时必须二者之间追求一种平衡，从而达到“合理限制行为人的活动自由，同时适度保障被害人的权益”的目的。^[67]我国的《侵权责任法》第 87 条极大地偏向保护受害人的理念，体现了一种分配正义，而非作为侵权法根基的矫正正义，它体现了对权益进行倾斜性配置保护的“法律父爱主义”，它着眼于局部损害的填补，却伤害了整体的正义。^[68]这也体现了欧洲学者所归纳的中国立法者的“损害赔偿的焦虑”，即为了对受害人进行充分救济，尽可能扩大责任主体的范围，而不顾其设定规则的合理性与正当性。从而最终也导致了此条规定在我国民众中被视为“恶法”，得不到民众的认同与尊重。总之，《侵权责任法》第 87 条的规定，无论从其正当性、合理性与实效性中的任何一方面来看，都是失败的。

由于《侵权责任法》第 87 条已是成文的立法，短时间看不到废除它的希望，现在唯一的办法是通过限缩性解释的方法尽量消除其不良影响，一定程度软化其规定，这包括：在适用地点上，应严格限定为建筑物，不能无限扩大；在适用对象上，应严格限定在可能的加害人上，排除一些不相关的加害人；在补偿责任上，应坚持部分补偿，而非完全赔偿，受害人的损害不应由居住人全部赔偿；在责任形式上，数居住人承担的应是按份责任，而非连带责任；在追偿权问题上，若之后找到真正的肇事者，应该允许已向受害人赔偿的居住人向肇事者追偿。与此同时，并不排除通过行政和刑事的手段，在事前加强对高空坠物现象的控制，减少此种现象的发生，以及在事后尽量找到真正的肇事者，从而尽可能避免《侵权责任法》第 87 条的最终适用。当然，个人的意外伤害的商业保险制度也应推广，国家的综合社会保障机制也应进一步加强，分配损害的任务本来就不能全部科加给侵权法，否则就会成为侵权法不能承受之重。

[67] 陈聪富：《侵权违法性与损害赔偿》，元照出版社 2008 年版，第 394 页。

[68] 吴元元：《法律父爱主义与侵权法之失》，载《华东政法大学学报》2010 年第 3 期。