

数人侵权的体系构成

——对侵权责任法第8条至第12条的解释

曹险峰^{*}

内容提要：我国侵权责任法上的数人侵权体系由“一因一果”数人侵权与“多因一果”数人侵权构成。“一因一果”数人侵权以侵权责任法第8条、第9条与第10条为代表：第8条以包括共同故意、共同过失及故意与过失相结合在内的共同过错体现“一因”性；第9条中，教唆人或帮助人的故意使其与被教唆人或被帮助人形成“一因”性的存在；而第10条则是以各行为人实施的共同的危险性行为体现“一因”性。“一因”性证成了连带责任的正当性及就行为整体进行因果关系判断的合理性。“多因一果”数人侵权体系由第11条与第12条组成：第11条以累积因果关系为特质，强调“分别实施”的数个行为都实然地造成了“同一损害”，并且每个行为都“足以”造成这一损害，其连带责任的承担源于自己责任及因果关系判断的特殊规则；第12条以部分因果关系为特质，调整除第11条以外的其他所有“多因一果”数人侵权行为。第8条至第12条构成了较为严密的数人侵权体系，在适用时，应注意它们之间的顺位与区别。

关键词：一因一果 多因一果 共同侵权行为 连带责任 按份责任

《中华人民共和国侵权责任法》第8条至第12条明确规定了包括共同侵权行为在内的数人侵权规则，但理论界与司法实务界对于各条规范范围的争论并未随立法的完结而终止，有进一步探讨的必要。

一、数人侵权体系的基本架构

侵权责任法第8条规定了共同加害行为，第9条规定了教唆、帮助行为，第10条规定了共同危险行为，第11条规定的是以累积因果关系表现的“多因一果”数人侵权，第12条规定的是

^{*} 吉林大学法学院副教授。

本文系2011年度国家社科基金一般项目“侵权责任法总则适用问题研究”（批准号：11BFX031）的阶段性成果之一。

以部分因果关系表现的“多因一果”数人侵权。^{〔1〕}前三者构成了我国现行法上的共同侵权行为体系,后者构成了除共同侵权行为之外的其他数人侵权体系。^{〔2〕}但这种未经抽象的列举性解读对于深层次理解数人侵权体系助益不大。笔者试以“一因一果”数人侵权与“多因一果”数人侵权的分类来把握侵权责任法上的数人侵权体系。

“一因一果”数人侵权强调侵权损害后果是由一个原因行为造成的,最为常见与典型的就是单一加害人侵害单一受害人民事权益的侵权行为。但加害人是一个人还是多个人并非确定“一因一果”侵权行为的关键。多个加害人既可能被侵权责任法看作一个统一的原因,也可能被看作多个原因,被看作一个原因的数人侵权就是“一因一果”数人侵权,而被看作多个原因的数人侵权就是“多因一果”数人侵权。在数人实施侵权行为的情形下,两者区别的实质在于:究竟是将数人的行为视为整体上的一个原因,还是将数人的行为分别视为不同的原因。^{〔3〕}

相较于“一因一果”数人侵权,“多因一果”数人侵权的构成情形较为复杂。最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(下称“人身损害赔偿解释”)第3条就从一个侧面诠释了“多因一果”数人侵权的分类。该条第1款后句规定了“直接结合”的数人侵权行为。所谓直接结合,是指数个行为结合程度非常紧密,对加害后果而言,各自的原因力和加害部分无法区分。也就是说,这种行为直接结合的认定基于数个行为的结合方式与程度,各行为后果在受害人的损害后果中是无法区分的。^{〔4〕}直接结合的数个行为因不能被视为损害结果发生的一个统一的原因,所以属于“多因一果”侵权行为,是“多因一果”数人侵权的表现形式之一。“多因一果”数人侵权的另一个表现形式就是“间接结合”的数人侵权,人身损害赔偿解释第3条第2款对此作了规定。在此类数人侵权中,也不存在共同的过错,数个行为偶然地结合在一起,无法被视为一个统一的原因。但直接结合之数人侵权强调数个行为与损害事实之间皆存在直接的因果关系,而在间接结合之数人侵权中,多个原因行为并非都是直接或必然地导致损害结果的发生,其中某些行为或者原因只是为另一个行为或者原因直接或者必然地导致损害结果的发生创造了条件,而其本身不会也不可能直接或必然引发损害结果,^{〔5〕}即造成结果的实际上只是部分原因,其他原因只是为此原因造成损害结果创造一定的条件,此原因对结果发生作用依赖于其他原因。将数行为分解来看,只有一个原因与损害结果之间存在直接(或相当)因果关系,其

〔1〕 关于第11条与第12条规范的名称,极不统一。例如,王利明先生将第11条称为以累积因果关系表现的无意思联络的数人侵权;将第12条称为以部分因果关系表现的无意思联络的数人侵权(参见王利明:《论共同危险行为中的加害人不明》,《政治与法律》2010年第4期);梁慧星先生将第11条称为“行为关联”共同侵权行为,将第12条称为“原因竞合”(参见梁慧星:《共同危险行为与原因竞合》,《法学论坛》2010年第2期);王泽鉴先生将第11条的情形称为“聚合因果关系或累积因果关系”,将类似第12条的规范情形称为“共同因果关系”(参见王泽鉴:《侵权行为法》第1册,中国政法大学出版社2001年版,第194页);陈现杰先生将第11条称为聚合(等价)因果关系,将第12条称为累积(竞合)因果关系(参见奚晓明主编:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2010年版,第94页)。笔者认为,从立法安排上来看,第11条与第12条很明显不是关于共同侵权行为的规定,其规范的是因果关系的特殊情况,但也可从多数人侵权的角度研读。笔者赞同王利明先生的用法,选取“累积因果关系”与“部分因果关系”指代第11条与第12条。同时,鉴于“无意思联络的数人侵权”或“无过错联系的数人侵权”范畴过大,在外延上可指称除有意思联络或过错联系之外的所有其他数人侵权,包括共同危险行为、多因一果、多因多果等数人侵权,不符合概念的特质化要求,故本文以“多因一果”数人侵权行为指代共同侵权行为之外的数人侵权(详细理由参见曹险峰:《论“多因一果”的侵权行为——兼论多数人侵权行为体系之建构》,《法律科学》2007年第6期)。

〔2〕 由于“多因多果”侵权行为往往仅是单个侵权行为的简单累加,故不在本文探讨之列。

〔3〕 参见前引〔1〕,曹险峰文。

〔4〕 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2004年版,第63页。

〔5〕 同上书,第65页。

他原因与损害结果之间只存在间接的因果关系。

依此,侵权责任法的规定即可被归纳为:第8条、第9条与第10条共同构成了(广义)共同侵权行为,对应着“一因一果”数人侵权;第11条与第12条则对应着“多因一果”数人侵权。区分“一因一果”数人侵权与“多因一果”数人侵权的重要意义在于如下两个方面:

第一,“一因一果”数人侵权体系下,受害人仅须就统一的原因与损害结果之间的因果关系负担举证责任。各加害人内部的行为方式、参与程度、造成的损害范围及类别等,皆由统一的原因所覆盖,受害人无须就每个行为与损害结果之间的责任成立因果关系、责任承担因果关系分别举证。传统侵权法遵循“肇因原则”,该原则要求受害人负担因果关系的证明责任,其要获得侵权赔偿,就必须证明加害行为与其权益受侵害之间存在因果关系,即责任成立的因果关系;同时还要证明权益受侵害与其遭受的损失之间存在因果关系,即责任范围的因果关系。^{〔6〕}共同加害行为作为最为典型的一类共同侵权行为,其规范目的就在于消除受害人因缺乏证明因果关系的证据而面临的困境。它是侵权法对肇因原则的突破,属于例外规定。^{〔7〕}“一因”使全体加害人的行为凝结成为一体,使受害人就整体举证而非就各个行为单独举证成为可能。

与此不同,“多因一果”数人侵权情形下,受害人需要就各个加害行为与损害结果间的因果关系承担举证责任。任何缺失将导致某加害人或脱离连带责任范畴,或脱离按份责任范畴,或根本脱离侵权责任的成立与承担范畴。“一因一果”数人侵权与“多因一果”数人侵权的这种区分反映了法律对加害人与受害人两极利益考量的不同。“一因一果”数人侵权之下,各加害行为累加的危害性、各加害人对彼此行为的可预期性及可利用性、各加害行为在道德层面的可谴责性与受害人分别举证的困难,构成了受害人仅须就一体性的“一因”举证的正当性基础。而在“多因一果”数人侵权之下,加害行为的危害性、可预期性、可利用性、道德层面的否定性评价等因素相对较小,此时仅凭受害人分别举证的困难不足以正当化受害人举证责任的减轻。

第二,这种区分有利于解释连带责任适用之正当性。“一因一果”数人侵权与“多因一果”数人侵权的这种区分,实质上也对应着共同侵权行为与“多因一果”数人侵权行为的区分:将某些数人侵权行为认定为共同侵权行为的实益,主要在于连带责任的适用,而将某些数人侵权行为认定为“多因一果”数人侵权行为,往往就意味着按份责任的适用。^{〔8〕}“一因”之下,各行为人对彼此行为及其结果都有合理预期并可能加以利用,故由其承担连带责任并不危及加害人之行动自由。“一因”之下,各行为人所造成损害及其影响会大于各单个加害行为危害的累加,故由其承担连带责任符合侵权法的惩罚与预防功能。“一因”之下,由加害人作为整体负担部分行为人丧失清偿能力之风险,较之由无辜受害人负担,更为公平、合理。同时,“一因”之下的连带责任还有利于受害人诉讼及执行上的便利,受害人无须分别向责任人寻求赔偿,而只须向最为便利执行、最有偿付能力与可能的责任人寻求赔偿,其获得赔偿的成本大为减少,获得赔偿的效率则大为提高。但是,对于此点区分意义不能作绝对的理解。“多因一果”数人侵权在某些情形下也存在连带责任,比如侵权责任法第11条的规定。但这种连带责任的理论基石并非在于原因的一体性,而在于因果关系累积时的特殊判断规则。^{〔9〕}易言之,“一因一果”数人侵权一般体现为连带责任,但连带责任却未必皆由此而来。

〔6〕 参见程啸:《论〈侵权责任法〉第八条中“共同实施”的涵义》,《清华法学》2010年第2期。

〔7〕 Vgl. Staudinger—Belling/Ebel—Borges, StaudingerKommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin: Sellier—de Gruyter, 2008. § 830 Rn. 1. 转引自上引程啸文。

〔8〕 参见前引〔1〕,曹险峰文。

〔9〕 参见前引〔1〕,王泽鉴书,第195页。

二、“一因一果”数人侵权的体系构成

侵权责任法第8条规定了共同加害行为,第9条规定了教唆、帮助行为,第10条规定了共同危险行为,三者共同构成侵权责任法上的“一因一果”数人侵权体系。下面分述之:

(一) 第8条与“一因一果”数人侵权

关于共同加害行为的规范范围,存在主观说之共同故意(意思联络)说、^[10]主观说之共同过错说、^[11]关联共同说、^[12]折中说、^[13]意思关联共同与行为关联共同兼指说、^[14]等等。同时,共同过错说内部也并非完全统一,有坚持共同过错包括共同故意与共同过失者,^[15]也有人认为,除共同故意与共同过失外,尚包括故意与过失的结合。^[16]

上述各学说系主要针对民法通则第130条所作的学理解释。由于当时立法规定模糊,故存在各学说争鸣的空间。但在侵权责任法的规定之下,应首先肯定客观说以及包含有客观说因素的学说皆与第8条相悖。其一,侵权责任法第8条规定,“二人以上共同实施侵权行为,造成他人损害的,应当承担连带责任。”此条中的“共同实施”与第11条和第12条中的“分别实施”形成鲜明对比。客观关联行为强调的正是行为由于偶发而结合在一起,属于比较典型的“分别实施”情形,因此第8条不存在解释出“客观关联共同”的可能性。其二,民法通则第130条规定,“二人以上共同侵权造成他人损害的,应当承担连带责任。”由于此条中使用了极度模糊的用语——共同侵权,故学说与司法实践关于共同加害行为的规范范围一直存有争论。人身损害赔偿解释依据民法通则第130条的抽象性规定,将共同加害行为解释成共同故意、共同过失及“直接结合”,反映了司法实践对共同加害行为归责基础的一种理解。但侵权责任法第8条将“共同侵权”改为“共同实施”,明显从立法上对共同加害行为作了一定限制。结合第一点理由,应认为客观说已被排除在外。

据此,目前对于侵权责任法第8条规范范围的学说争论,主要体现为共同故意说与共同过错说之争,核心在于是否认可共同过失的存在。

共同故意说的代表性观点认为,侵权责任法第8条中的“共同实施”仅限于共同故意实施,即只有数个加害人存在意思联络,他们实施的侵权行为方能构成共同加害行为。只有意思联络才能有效正确区分并适用共同加害行为与共同危险行为、无意思联络的数人侵权。如果数个加害人没有意思联络而实施侵权行为造成他人损害,需要根据具体案情判断他们是构成共同危险行为还是无意思联络的数人侵权,从而分别适用侵权责任法第10条、第11条或第12条。共同过失类型案件在德国法上应结合第823条第1款与第840条第1款,由加害人承担连带责任;在我国,则应由侵权责任法第11条、第12条规范。^[17]

共同过错说的代表性观点认为,所谓共同过失,就是数人对其行为所造成的共同损害后果应

[10] 参见前引[6],程啸文。

[11] 参见王利明:《侵权责任法研究》上卷,中国人民大学出版社2010年版,第525页以下。

[12] 参见杨立新:《〈侵权责任法〉悬而未决的十五个问题的司法对策》,《中国审判》2010年第7期。

[13] 参见张新宝、唐青林:《共同侵权责任十论》,最高人民法院民事审判第一庭编:《民事审判指导与参考》2004年第2辑,法律出版社2004年版。

[14] 最高人民法院坚持这种观点。参见前引[1],奚晓明主编书,第63页。

[15] 同上书,第60页。

[16] 参见王胜明主编:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文解释与立法背景》,人民法院出版社2010年版,第46页。

[17] 参见前引[6],程啸文。

该预见或认识,但因为疏忽大意或不注意而致使损害结果发生。此外,数人共同实施某种行为造成他人损害,虽不能确定行为人对损害结果的发生具有共同的故意,但可以根据案件情况,认定行为人具有共同过失。共同过失的主要特点是:1. 数个行为人不存意思联络;2. 数个行为人在实施某种行为时,对结果具有共同的可预见性;3. 因为数行为人共同的疏忽大意或过于自信而没能避免损害的发生。^{〔18〕}构成共同侵权,数个加害人均需有过错,或者为故意或者为过失,但是无须共同的故意或者意思上的联络,各个加害人过错的具体内容相同或者相似即可。^{〔19〕}

笔者认为,第8条中的“共同实施”应包括共同故意、共同过失与限定的“故意+过失”。值得注意的是,此处所述之共同过失是在通说基础上的修正,故暂且称之为“修正的共同过错说”。下面予以正面论证与反向推导。

一方面,共同过失与“多因一果”数人侵权存在本质区别,属于“一因一果”数人侵权的范畴。侵权责任法第11条和第12条无力调整共同过失类型案件,只有第8条具有调整共同过失的空间与能力。为说明问题,以下案例供对照分析:

案例1. 数个建筑工人一起抬着木头从屋顶往街上扔,他们都没有注意观察街上有无行人通过,结果砸伤了行人。^{〔20〕}

案例2. 被告A与B均为未成年人,事发时两人在高速公路上并行飙车竞赛,A因自己过失车辆失控偏离车道,与对面原告夫妇C所驾驶汽车发生对撞车祸,B当时并未偏离车道。原告将该两名飙车者列为共同被告,要求共同侵权行为之损害赔偿。^{〔21〕}

案例3. 在事前无商量且在对对方行为毫不知情的情况下,A与B分别往C的水杯中下毒,每一份毒药都足以导致C死亡,C饮水后毒发身亡。

案例4. 在事前无商量且在对对方行为毫不知情的情况下,A与B分别往C的水杯中下毒,每一份毒药都不足以导致C死亡,但结合在一起导致C毒发身亡。

案例5. 病人到医院看病后拿药,护士过失给错了药,医生在核对时亦因过失未能发现,病人由此遭受损害。^{〔22〕}

首先,案例3属于侵权责任法第11条调整的典型案例,案例4属于侵权责任法第12条调整的典型案例,这一点基本不会产生异议。^{〔23〕}侵权责任法第11条与第12条规范的“多因一果”数人侵权主要强调两点:“分别实施”与“同一损害”,只不过第11条要求的是分别实施的每个行为都足以造成同一损害,而第12条则是调整除第11条之外的符合“分别实施”与“同一损害”的情形。案例1和案例2与“多因一果”数人侵权不同。案例1中,数个建筑工人协力抛木头致行人损害,如果没有协力行为,损害结果不可能发生,故不同于案例3,其行为既非分别实施,每个行为也不足以造成同一损害。案例1较之于案例4,在没有他人行为的贡献就不可能造成损害这一点上两者相同,但案例1不同于案例4中的分别下毒行为,而是协力而为。案例2中,就直接因果关系而言,是A造成了C的损害。但如果没有B与A的飙车行为,就不可能产生这种对他人的危险状态,更不会实际造成损害后果。A与B的飙车行为造成了一种危险状态,

〔18〕 参见前引〔11〕,王利明书,第527页。

〔19〕 参见张新宝:《侵权责任法原理》,中国人民大学出版社2005年版,第81页。

〔20〕 这是德国学者Weckerle教授所举之共同过失案例。Vgl. Weckerle, Die deliktische Verantwortlichkeit Mehrerer, Karlsruhe: Versicherungswirtschaft Verlag, 1974, S. 70. 转引自前引〔6〕,程啸文。

〔21〕 参见潘维大主编:《英美侵权行为法案例解析》上册,台湾瑞兴图书股份有限公司1997年版,第250页。

〔22〕 这是德国学者Erwin Deutsch与Ahrens所列举之共同过失案例。Vgl. Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2009, Rn. 188. 转引自前引〔6〕,程啸文。

〔23〕 参见前引〔1〕,王泽鉴书,第194页;前引〔6〕,程啸文。

“每一个参加者均是共同促成或鼓动损害发生之原因之一”，^{〔24〕}两人都负有避免损害他人的注意义务，损害结果的发生应归于A与B共同实施的飙车行为所具有的共同过失。总体言之，案例1、2与案例3、4存在本质区别，不能将其认定为（侵权责任法第11条与第12条要求的）“分别实施”。至于案例5，其本质上与案例1相同，区别在于，案例1是数个加害人违反不作为义务而形成的共同过失，案例5则是数个加害人违反作为义务与不作为义务相结合而形成的共同过失。

按解释论的基本规则，案例1与案例2不属于侵权责任法第11条与第12条的规范范围。而在调整数人侵权的其他规则中，首先，它们不符合第9条关于教唆与帮助行为的规定，甚为明显；另外，“加害人确定”这一因素也使案例1与案例2脱离第10条共同危险行为的调整范围；同时，我国法上也不存在类似于德国民法典第840条之关于责任承担的一般规则。因此，从逻辑上而言，以案例1与案例2为代表的共同过失类型案件只能由侵权责任法第8条调整。可以说，只有第8条具有可被解释的空间。

另一方面，侵权责任法第8条之“共同实施”应包含共同过失。第一，在欧洲各国，共同加害主体往往被分为共同加害人与竞合多数加害人。共同加害人这一概念意味着数人对同一错误都有责任。共同加害人不仅包括那些已经同意共同实施不当行为的人，也包括数个违反共同义务的人以及所有那些“为了完成共同计划”而实施行为的人。除共同加害人之外，所有其他案件都涉及分别的多数加害人。在他们造成同一损害时，他们便是分别的竞合多数加害人，其典型案例是两个司机过失撞车，导致过路的行人受伤。但是这种区分在实践中鲜有意义，因为两种加害人都承担连带责任，这一基本规则在欧洲大陆任何地方都是通用的。^{〔25〕}如果说我国法对竞合的多数加害人也应课以连带责任，很明显只有第8条才能胜任，承担连带责任的依据就是共同过失。第二，主流观点与司法实践也提供了充分的支撑。共同过错说很早就成为主流学说，^{〔26〕}现在仍为众多学者所广泛承认。司法实践中，共同过失的存在亦得到广泛认可，其典型规定为《人身损害赔偿解释》第3条，这种行之有效的做法应予坚持。第三，面对相同或相似的案例，各国或各地区法虽然在规范范围上基本相同，却具有不同的解释路径，^{〔27〕}因此问题不在于对所谓“共同故意”的坚守，而在于适合我国规定的解释。我国侵权责任法第8条至第12条提供了全面的多数人侵权规则，由于第10条的规范范围被限定为“加害人不明”，第11条的范围被限定为“足以”，所以，将共同过失纳入第8条的范围最有利于多数人侵权规则的体系化，最符合我国侵权责任法体系的实际状况。第四，共同过失完全符合“共同实施”的条件与要求，此点从共同过失的内涵揭示中得以彰显。

所谓共同过失，包含“过失的共同”与“共同的过失”两个方面的要素。

“过失的共同”强调的是，数个加害人就损害结果的发生而言，应该具有共同的可预见性。损害结果的发生，无论是同一损害还是非同一损害，都必须是在各加害人共同的注意义务及注意义务违反的涵摄范围。以案例1的变形为例，假设建筑工人甲与乙抬木头从屋顶往街上扔的时候，木头将行人砸伤，而在扔木头过程中，甲的手机从兜内滑出，将街上另一名行人砸伤。此情形

〔24〕 前引〔21〕，潘维大主编书，第251页。

〔25〕 参见〔德〕冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》上卷，张新宝译，法律出版社2004年版，第401页以下。

〔26〕 参见佟柔主编：《民法原理》，法律出版社1986年版，第227页。

〔27〕 “由于立法的简约，各国共同侵权制度的发展均是透过解释论经由司法实践来推动的。日本法、台湾地区法基本借鉴了德国法的框架，但在解释发展上却选择了与德国法不同的路径。德国法是在坚持故意要件的同时，通过扩张共同危险行为的覆盖面、以及同时行为人（Nebentäter）制度的法官续造，来适应社会的发展；而台湾地区、日本则是在通过主观要件之客观化方式来吸纳更多的案型。”叶金强：《共同侵权的实质要素及法律效果》，《中国法学》2010年第1期。

下,对于被木头砸伤的行人而言,甲乙二人都是应注意(木头可能会危及街上行人安全)、能注意但未注意,具有共同的过失。但是,手机滑落砸伤人则不属于二人共同的注意义务的范畴,其是由于甲的过失造成的,乙对此损害结果并没有注意义务,因此无须为此承担连带责任。但如果对案例稍作变更,结论就可能有所不同。假设甲在扔木头时,不小心将屋顶瓦片踏碎,破碎的瓦片坠落砸伤街上的另一名行人(类似于案例2),此时就应该认定甲与乙的共同过失成立,因为瓦片被踏碎坠落伤人是在屋顶作业之各行为人应具有预见性的涵摄范围。“过失的共同”还意味着各加害人之内容相同或相似的过失,是在一个共同点上注意义务的违反,是对结果的共同预见性的疏忽或过于自信,因而共同过失并非单个过失的简单累加。以案例3与案例4的变形为例,假设A与B是过失投毒致C死亡,虽然A或B违反的注意义务的内容是相同或相似的,但由于没有共同的预见性,没有“过失的共同”,故不属于共同过失。至于“过失的共同”是否须有对损害认识之交流,^[28]或者只须在客观上应有共同的认识(案例1与案例2都符合此点要求)而无须交流,存在不同认识。^[29]笔者认为,一方面,共同过失强调的重点是共同的预见性,具有共同的认识已经足以达到此点要求,对损害认识之交流本质上并未改变共同的预见性要求,只不过强化了这一点;另一方面,从保护受害人的角度出发,对损害认识之交流这一限制条件亦既无必要与也无益处,故笔者坚持后说。

所谓“共同的过失”,强调共同过失的成立须有各行为人过失的结合,“共同过失的存在需要一个结合点,在那个点上数人共同引发了风险,同时均可以避免而未避免风险的实现”,^[30]即缺少任何行为人的过失(行为),结果就不会发生,或者结果虽然发生,但不属于共同过失的范围。以案例2为例,A与B的飙车行为造成了一种共同的危险状态,风险都在A与B(飙车的)过失的结合中孕育,缺少任何一方的过失,(过失结合下造成的)损害结果就不会发生。因此,只要损害结果发生,无论是A撞C还是B撞C,A与B皆应按侵权责任法第8条承担连带责任。这种“共同的过失”与共同故意的要求不甚相同。例如,ABCDE五人相约去抢劫,在现场,A心虚之下无任何动作,事后也没要其他四人抢劫的钱财,此时A仍应承担连带责任。这是因为,行为只要在共同故意的涵摄范围内,无论是把风、抢劫行为,甚至无丝毫抢劫动作,皆不影响“相约”之下共同故意(行为)的存在。与此相比,共同过失强调的则是数个过失行为的结合,共同构成了“一果”的整体原因,缺少任何一个过失行为,“一因”也就不会形成。上述案例3不属于共同过失的道理也在于此。还需要注意的是,案例4也不属于这种“共同的过失”。在缺少任何一方行为则结果不会发生这一点上,二者甚为相像,但二者的不同是主要的。以案例4为代表的第12条强调结果的不可分(同一损害),而非原因不可分;而共同过失强调的则是各过失行为的结合构成统一的原因,而不强调结果的不可分。换言之,以案例4为代表的第12条强调的是缺少任何一方加害人的原因,则结果不能发生;而共同过失强调的则是缺少任何一方的过失行为,则原因不能产生,结果自然也就不能发生。当然,“过失的共同”也是区分案例1与案例4的重要标准。

对于共同过错说内部之争论,即共同过错是仅包括共同故意与共同过失,还是尚包括故意与过失的结合,笔者认为,故意与过失的结合与共同过失的构造没有本质区别,都是构成损害结果

[28] 以案例1的另一个变形为典型,假设建筑工人A与B在扔木头之前曾经就街上是否有行人交流过,两人皆嫌麻烦而未观察,致损害发生。

[29] 参见前引[1],奚晓明主编书,第70页。

[30] 前引[27],叶金强文。

的一个整体原因,另依“举轻以明重”之法理,应认为故意与过失的结合符合侵权责任法第8条中“共同实施”的要求。考虑到存在故意吸收过失从而构成单独侵权的情形,有必要对故意与过失相结合构成共同加害行为的情形作出必要限定,是为限定的“故意+过失”。

共同过错说具有极强的道德说服力,体现了民法自己责任的基本理念。它寻求着受害人权益保护与加害人活动自由之间的平衡:既通过共同注意义务的违反放宽了共同侵权行为的成立,又通过共同过错这一主观要件限缩了行为人承担连带责任的范围。“共同过错说实际上在遵循这样一个逻辑思维模式:连带责任源于责任主体的整体性,责任主体的整体性则源于主观过错的共同性。”^{〔31〕}只有数个侵权行为人具有共同过错,才能使数个行为人的行为联结为一个不可分割的整体,共同对结果发生作用,因而当然要对损害结果整体上负责。将共同过错说指导下的共同侵权行为作为“一因一果”数人侵权的典型,其道理正在于此。共同侵权的损害后果可以是同一的,也可以是可分割的,只要此损害后果在共同过错的涵摄范围内即可。“在共同侵权中,不是从每个人的个别行为的原因力来判断的,而是从行为的整体对结果的原因力来判断的。”^{〔32〕}正是加害人主观上共同之过错的联系,决定了每个加害人对全部损害后果负有不可推卸的责任,这体现了法律对行为人主观过错的价值性否定和对受害人的充分保护。就受害人对于因果关系的举证而言,在共同故意情形下,故意涵盖了结果,可直接认定因果关系的存在,^{〔33〕}在共同过失情形下,受害人则须就共同过失与结果间具有因果关系加以举证。

(二) 第9条、第10条与“一因一果”数人侵权

侵权责任法第10条首次在法律上明确规定了共同危险行为。但问题是,要求共同危险行为承担连带责任的正当依据何在?笔者认为,其正当性依据在于危险性行为的实施与改变受害人不利举证负担的结合,即为减轻受害人的证明责任,将数个危险性行为整体化为一个原因,数个行为共同的危险性也正当化了这种“一因”性。

首先,损害结果只是由部分人所致,而非全体人所为,这是其与共同加害行为的区别。“加害人不明是区分共同危险行为与狭义的共同侵权的重要特点。”^{〔34〕}如果能够确定具体加害人,则已不属于共同危险行为的范围。^{〔35〕}依此要件,案例2因加害人确定,不属于共同危险行为。同时,这一要件也与“参与部分不明说”的定位有关。由于侵权责任法第10条将因果关系不明表述为“不能确定具体的侵权人”,且明确规定“能够确定具体侵权人的,由侵权人承担侵权责任”,因此,只有加害人不明方可适用第10条,属于共同危险行为。^{〔36〕}如果只是“加害部分不明”,则不构成共同危险行为,各个加害人之间究竟如何承担责任,则分为不同情形:如果能归属于共同过错的范畴,则应按第8条处理,否则应分别依据侵权责任法第11条或第12条规则处理。

其次,共同危险行为中不存在共同过失。因为过失的成立必须以损害结果的发生为前提条件,没有损害结果也就无所谓民法中的过失。尽管从数个行为人共同造成危险状态而言,共同危险行为人是过失的,但此种过失显然与对于损害结果的发生有过错是不同的。前者因没有损害

〔31〕 张铁薇:《共同侵权制度研究》,法律出版社2007年版,第129页。

〔32〕 前引〔11〕,王利明书,第512页。

〔33〕 因为“故意行为产生的后果总是有相当性的”,“加害原告的故意排斥了远因问题”。参见〔德〕冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》下卷,焦美华译,法律出版社2004年版,第572页。

〔34〕 前引〔1〕,王利明文。

〔35〕 参见前引〔1〕,梁慧星文。

〔36〕 参见程啸:《论共同危险行为的构成要件——以〈侵权责任法〉第10条为中心》,《法律科学》2010年第2期。

事实的发生,在民法上不产生任何具有否定性的效果,而后者之过错才真正具有可归责性。同时,按照多数说,无过错责任原则与过错推定责任原则也可适用于共同危险行为,^{〔37〕}因此共同危险行为的归责基础不能归于共同过失。

再次,共同危险行为人承担连带责任的基础在于法律对全体危险行为人都为致害人的推定。在共同危险行为中,多个行为都有致害的可能性(危险性),但最终只有一人或部分人的危险行为转化为现实的致害行为,其他危险行为仍停留在致害的可能性阶段,因此,部分人的致害行为才是损害结果发生的真正原因。但是受害人的举证能力所限,同时考虑到全体加害人有造成相同危险态势的行为,法律便将全部共同危险行为人的行为视为一个整体,要求所有共同危险行为人对损害后果承担连带责任。

最后,共同危险行为以数人侵权不构成共同加害行为为前提,即第8条与第10条的适用存在顺位。在共同故意致损情形下,有无实施具体加害行为、实施了什么样的加害行为以及损害结果是否可分,都不再重要,只要是在共同故意的涵摄范围之内,全体加害人都应承担连带责任。共同过失要求每个人都必须基于违反共同的预见性而实施了加害行为,谁的行为真正致害、损害结果是否可分以及加害的具体份额等,是划分连带责任内部比例的参照标准,而不影响连带责任的承担。这就是说,加害人不明与实际致害人只是全体人中的部分人之情形也可能构成共同过失。数行为因具有共同过失而凝为整体,整体性地与损害结果间具有因果关系,故无须因果关系推定规则的运用,某一加害人也不能以谁是真正的致害人这一举证而免责。所以,实质上构成共同过失但形式上表现为共同危险行为的情形,仍应适用侵权责任法第8条,而无适用第10条的余地。以案例2的变形为例,假设原告C所受损害不知(或不能证明)是由A还是B造成,此时,虽然从形式上看,该侵权行为符合共同危险行为的特征,如加害人不明(而非加害份额不明)、都有危险行为、危险行为的指向相等等,但由于A与B具有共同过失,故只能由侵权责任法第8条规范。由于我国侵权责任法中共同加害行为与共同危险行为分属两条,这种适用上的顺位要求体现得不甚清晰,但在首次明确规定两者的德国民法典中,此种顺位则可清晰地表现出来。德国民法典第830条第1款规定,数人通过共同实施不法行为导致损害的,每个人均对该损害负责。不能查明数个参与人之中系何人通过其行为导致损害的,亦同。从此条的结构可以看出,作为第2句的共同危险行为是以第1句的共同加害行为不能成立为其适用前提的。我国法亦应按此精神理解。

侵权责任法第9条第1款规定了属于数人侵权的教唆、帮助行为。就教唆行为而言,形式上是由被教唆人实施了侵权行为,但由于教唆人制造出侵权意图,故意教唆的存在使教唆人与被教唆人成为一个致害的整体原因。就帮助行为而言,无论被帮助人是否知道其受到帮助,帮助人都存在实质意义上的过错,帮助人帮助行为的存在加剧或便利了侵权,使其与被帮助人形成了一个共同的致害原因,从而应承担连带责任。教唆与帮助行为的内在机理是一样的。但是,过失教唆或过失帮助仅会在结果上有助于损害结果,不能构成与被教唆人、被帮助人一致的损害意图,不足以使教唆人的教唆行为与被教唆人的实施行为、帮助人的帮助行为与被帮助人的加害行为成为一个致害原因,连带责任的正当性基础不足。

〔37〕 这是德国法上的通说。Vgl. Staudinger/W. Belling/Christina Eberl-Borges (2002), § 830, Rn. 72f. 另请参见前引〔16〕,王胜明主编书,第54页;前引〔1〕,奚晓明主编书,第90页;前引〔27〕,叶金强文;周友军:《我国共同侵权制度的再探讨》,《社会科学》2010年第1期;王竹:《再论共同危险行为——以客观关联共同侵权行为理论为视角》,《福建师范大学学报(哲学社会科学版)》2010年第4期;前引〔36〕,程啸文。

三、“多因一果”数人侵权的体系构成

侵权责任法第11条规定了以累积因果关系表现的“多因一果”数人侵权，第12条规定了以部分因果关系表现的“多因一果”数人侵权。有学者将第11条概括为“分别实施、足以造成”；将第12条概括为“分别实施、结合造成”，^{〔38〕}这是十分准确的。之所以将这两条定性为“多因一果”数人侵权，是因为它们有共通性的规定：二人以上分别实施侵权行为造成同一损害。“分别实施”意味着各加害人的行为不是在共同意思结合的情况下而为的，此点与第8条的“共同实施”相区别，也对应着“多因”与“一因”的区别。“同一损害”意味着损害结果的不可分。值得注意的是，“多因一果”与“一因一果”数人侵权对结果的强调不同。“一因一果”中的结果，无论是否可分，只要是在各加害人共同过错的涵盖范围内即可；而“多因一果”中的结果则要求必须是同一损害，如果损害结果是可分的，各行为指向不同的互不关联的损害，就成为多个单独侵权行为的简单累加，连带责任或按份责任的承担也就丧失了基础。

为说明问题，并与上文所举之案例对照（尤其是案例3与案例4），特举如下案例供分析：

案例6. 建筑物的设计单位设计不当，足以导致建筑物倒塌；而施工单位在施工中偷工减料，也足以导致建筑物倒塌。后大楼在极其轻微的地震中倒塌。^{〔39〕}

案例7. A工厂在某水库旁有一废弃矿坑，因未及时清理，里面存有大量有毒的矿物残渣。某夜突下大雨，将矿物残渣冲入水库中，第二日，水库中的鱼全部死亡。后查明，下雨当晚，B工厂也将含有相同有毒成分的大量矿物残渣倾倒入水库中。A工厂与B工厂的矿物残渣都足以导致水库中的鱼全部死亡。

案例8. 甲投放毒药毒害乙的一条狗，三天之内毒性可以发作而致狗死亡。在投毒的第二天，狗被丙打死。^{〔40〕}

案例9. 在事前无商量且在对对方行为毫不知情的情况下，A与B分别往C的水杯中下毒，A下的毒药足以致C死亡，B下的毒药不足以致C死亡，C饮水后毒发身亡。

案例10. 某人撞伤他人，撞伤不足以致死，但医院治疗不当导致受害人死亡。^{〔41〕}

案例11. 被告甲所有的配电房既未设置隔离围墙或者栅栏，亦未设置高压危险的警示标志；从高压输电线路连接该配电房的高压连接头按原设计距配电房顶的垂直距离为2米，被告乙施工队在进行检修时擅自将高压连接头下移至距屋顶1.4米；被告丙紧靠该配电房违章建房，该违章建筑房檐与配电房顶处在同一水平面，且相距仅半米。受害人为捡拾落在配电房顶的风筝，先爬到被告丙的违章建筑房顶，再跨过半米距离到达被告甲的配电房顶，被距房顶仅1.4米的高压连接头放电击伤致双臂截肢。^{〔42〕}

案例12. 数家企业向河流排污，每家排放的污水都没有毒，但污水结合在一起产生了毒素，

〔38〕 参见前引〔1〕，王利明文。

〔39〕 转引自前引〔1〕，王利明文。王利明先生认为此案例应由侵权责任法第11条调整。

〔40〕 转引自前引〔1〕，王利明文。王利明先生认为，狗中毒后三天内必然死亡，所以，丙打死狗的行为不会导致因果关系的中断，甲仍应就狗的死亡负全部责任。但狗毕竟是被丙打死的，所以丙也应当对狗的死亡负赔偿责任。这样，甲和丙之间就狗的死亡向乙所负担的就是一种连带责任，应由侵权责任法第11条调整。

〔41〕 转引自前引〔1〕，王利明文。王利明先生认为，此案例应由侵权责任法第12条调整。

〔42〕 转引自前引〔1〕，梁慧星文。梁慧星先生认为，本案三个原因（配电房、违章建筑、将高压连接头下移）均不足以造成原告损害，三个原因相结合（竞合）方才造成原告损害，属于典型的“原因竞合”（即由第12条调整——笔者注）。

导致损害的发生。

(一) 第11条与“多因一果”数人侵权

第11条借鉴了比较法上共通的关于累积因果关系的处理规则,规定了以连带责任为责任形态的“多因一果”数人侵权行为,有学者将其称为“双重因果关系”。^[43]至关重要的是,除了“分别实施”与“同一损害”之外,第11条还隐含着一个关键的构成要素——每个“分别实施”的加害行为都必须直接作用于“同一损害”,必须符合(对于“同一损害”而言的)侵权责任成立的构成要件。分析如下:

第一,从文义解释角度来看,可将第11条理解为:前句“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害”是侵权责任成立的构成要件,也是本条适用的前提;中句“每个人的侵权行为都足以造成全部损害”是适用连带责任的条件,也是本条区别于第12条的核心;后句“行为人承担连带责任”是本条适用的结果,是关于侵权责任承担方式的规定。也就是说,“足以”不能脱离“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害”而单独存在,只有在侵权责任成立的情况下,才有进一步判断是否“足以”的必要与可能。

第二,如果认为第11条并不以每个行为人的侵权责任成立为前提,则会导致其与因果关系中断理论相冲突。以案例8为例,其一方面涉及所谓假设因果关系问题,^[44]丙的侵害行为与狗的死亡具有相当因果关系,属于真实原因,但即使没有丙的侵害行为,狗也会因为甲的投毒行为而死亡,故甲的侵害行为属于假设原因。“假设因果关系对损害的发生既无事实上的原因力,故其问题不在于因果关系,而在于损害的认定或计算。”^[45]从德国联邦最高法院的有关判例来看,如果受害人的物遭受了损失,在计算所受损害时不考虑假设原因,因为侵害已经发生,损害赔偿请求权已然成立,嗣后的假设原因并不产生消灭债务的效力。^[46]我国侵权责任法第19条确立的财产损害赔偿规则也肯定了这一做法。该条规定,“侵害他人财产的,财产损失按照损失发生时的市场价格或者其他方式计算。”以损失发生时为时间标准意味着损害的计算不考虑后来假设原因的影响,因此丙不能以不符合必要条件标准而脱离责任。另一方面,案例8还涉及因果关系中断问题。本案事实是否构成因果关系中断,虽尚有争论,^[47]但笔者倾向于肯定的答案。这是因为,侵权法的基本功能在于填补损害而非惩罚加害人,故其关注的重心不是所谓的“犯意”,下毒行为的正常进程被殴打行为所取代,下毒行为与狗死亡这一结果间的因果关系自然中断。

第三,从第11条的立法目的来看,一方面,与“一因一果”数人侵权乃是对肇因原则的突破不同,第11条之意并非在于减轻受害人之举证责任,而在于对普通因果关系判断规则弊端的防范。在相当因果关系说之下,条件关系的“若无则不”判断规则会使第11条规定情形下的各加害人都脱离责任承担,因而应限制此规则在此种情形中的适用,即应认定各加害人的行为都为损害的条件,从而成立连带责任。英美法与德国法皆持此种见解。^[48]另一方面,第11条规定连带责任之基础不同于共同侵权行为。共同侵权行为连带责任之基础在于行为的一体性与行为累积

[43] 参见前引[33],冯·巴尔书,第528页。

[44] 假设因果关系是指侵害人的行为导致损害发生,受害人因此受有损害,然而即使没有此侵害行为,同样的损害也会因独立于该侵害行为的其他事由发生(包括可归责于他人的侵害行为与不可归责于他人的自然事件等)。前者属真实原因,后者属假设原因。参见廖焕国:《假设因果关系与损害赔偿》,《法学研究》2010年第1期。

[45] 前引[1],王泽鉴书,第196页。

[46] 参见陈哲宏:《假设因果关系与损害赔偿》,台湾大学1984年硕士学位论文,第22页以下。

[47] 例如,有学者认为与本案例相似的情形应按双重因果关系认定,从而成立连带责任。参见前引[33],冯·巴尔书,第561页,注解199。

[48] 参见前引[1],王泽鉴书,第195页。

的危害性等方面,在无辜的受害人与有责的加害人之间,以受害人权益维护为中心,将某加害人丧失清偿能力的风险转由全体加害人负担。但第11条与此不同,并非主要着眼于对受害人权益的维护,而是更看重对加害人行为的否定性评价。由于每个加害行为都能造成全部损害,“除了自己还另有他人也实施侵权行为不构成抗辩事由”,^[49]故让加害人承担连带责任并没有脱离自我本应承担责任之范畴。

除上述理解外,在适用第11条时也应注意以下两个方面:

第一,第11条的适用以数人行为分别构成侵权行为为前提,但各自侵权责任的成立不以普通的过错责任原则为限,过错推定责任、无过错责任原则情形下的数人分别实施加害行为亦足以构成“多因一果”数人侵权。

第二,第11条要求每个行为都“足以”造成全部损害,就其可能适用的情形而言,案例3、案例6与案例7可兹说明。案例3中,A与B都实施了积极加害行为,每个行为都足以导致C死亡,故对应着数个作为加害行为结合的“多因一果”数人侵权;案例6中,设计单位未履行积极作为义务,施工单位亦未履行积极作为义务,每个人的侵权行为都足以造成全部损害,即每个行为都构成损害发生的充分原因,其对应着数个不作为加害行为结合的“多因一果”数人侵权;案例7中,A工厂怠于履行自己的作为义务,B工厂则实施积极加害行为,两者都足以且实然地造成全部损害,故对应着作为加害行为与不作为加害行为相结合的“多因一果”数人侵权。

(二) 第12条与“多因一果”数人侵权

第11条为“分别实施、足以造成”,第12条则为“分别实施、结合造成”,除责任类型这一后果区分外,“足以造成”与“结合造成”成为第11条与第12条区别的关键。第11条是“(全部)足以造成”,而第12条则对应为“非全部足以”,而非“都不足以造成全部损害”。^[50]前已述及,第11条应作每个侵权行为都直接作用于同一损害结果的解释,但问题是,第12条之“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害”是否也应作同一理解?对此,存在两种不同的解释路径:以形式逻辑推理为主的模式与以目的解释为主的模式。

就以形式逻辑推理为主的模式而言,其可能的解释路径为:第12条与第11条构成了一个整体,既然两者前提相同——二人以上分别实施侵权行为造成同一损害,而第11条前句应该被解释为数个侵权行为都直接作用于同一损害结果,因此使用相同语句的第12条前句亦应作如此解释。

相比较而言,笔者更倾向于以目的解释为主的解释路径。其一,对于第12条调整范围的理解,需要注意一个大的前提:我国侵权责任法中没有对因果关系判断特殊规则的规定,理论上常将此问题并入数人侵权体系中予以探讨,侵权责任法即采纳了这种思路,以数人侵权规则来代替因果关系判断的特殊规则。因此,在理解第12条时,要注意第8条至第11条的规定属于关于共同侵权行为与因果关系判断特殊规则的列举性规定,而第12条则担负着调整其余因果关系问题的重任。除单独侵权行为、“多因多果”数人侵权、“一因一果”数人侵权以及第11条以累积因果关系表现的“多因一果”数人侵权之外,所有其他“多因一果”数人侵权皆应由第12条调整,才符合侵权责任法第12条的立法目的。其二,对第12条前句作不同于第11条前句的理解,也是因为两者的法律效果不同。第11条适用连带责任,是建立在每个行为都确定地构成侵权行为的基础之上的,其实质为自己责任。第12条规定的是按份责任,这种按份责任的产生既可能是因为每个人的行为都对结果有直接作用;也可能是因为并列存有直接作用行为和在法律价值判断

[49] 前引[33],冯·巴尔书,第528页。

[50] 参见前引[1],梁慧星文。

中认为应受否定性评判的间接作用行为。其三,基于形式逻辑推理方法而得出的结论无法解决实践中的问题。案例10、案例11等所代表的实践问题,需要侵权责任法的正面回应,司法实践中若干成形的做法亦应得到继承。在“枣庄市山亭区中心医院、张广元与张永富、张文文、张宇等医疗损害赔偿纠纷案”、“吴文景、张恺逸、吴彩娟诉厦门市康健旅行社有限公司、福建省永春牛姆林旅游发展服务有限公司人身损害赔偿纠纷案”等类似情况中,我国法院的态度一般是依据各个加害人的过错大小以及原因力判定他们各自承担相应的赔偿责任,而不作为共同侵权行为处理。^[51]其四,对第12条作不同于第11条的解释,并非对第12条文义之背离,也不违反解释方法的基本规则。第12条要求“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害”,导致同一损害的不同行为可以存在直接结合(如案例9、案例12)与间接结合(如案例11)的不同样态。案例10的情况有些特殊,着眼于前者是撞伤而后者是导致死亡这一点,案例10的确不符合“同一损害”的逻辑,但就死亡后果而言,如果没有撞伤的事实作为基础,不当治疗也无法导致受害人死亡。^[52]因此,死亡也可看成是撞伤与不当治疗的同一损害。

从上述目的解释的立场来看,第12条因分别实施的行为形态及与最终损害结果关联程度的不同,其规范范围有四种可能的情形:

第一种情形:每个分别实施的加害行为都单独成立侵权责任。这是第12条最为典型的规范范围。案例4与案例9为其典型,分别对应两种情况:一是每个侵权行为都非足以造成最终损害,但累积到一起则造成了该损害;二是一个侵权行为足以造成损害,另一个侵权行为也对同一损害有原因力,只不过这种原因力可以被第一个行为的原因力所吸收,或对第一个行为的原因力有所强化(可以表现在加快毒发身亡等方面)。

第二种情形:每个分别实施的加害行为单独都能成立侵权责任,但从单独侵权的视角来看,其成立的侵权责任指向的对象是不同的,第二个加害行为对第一个加害行为所造成的损害结果的评估加以修正,但从数人侵权角度视之,后一损害后果也可归于第一个侵权行为。案例10为其典型,前一个损害是被撞伤,后一个损害是医治不当而死亡,后一损害修正了第一个损害。此时,法律上应考察的是第二个行为能否作为第一个行为的取代原因,还是仅仅作为中介原因,最终损害结果仍由第一个行为人承担责任。^[53]针对案例10的情形,美国大多数法院的看法一致,认为最初的侵权行为人应当对其行为之后的医疗过失造成的加重损害后果承担责任,因为医疗事故风险是获取治疗的内在组成部分,是前一个行为的“事物的‘正常’发展”。^[54]欧洲各国法在处理这一问题时与美国法一致。在判断类似案件时,法官对因果链的判断要依据“实际发生的结果根据一般经验是否是行为的正常和可预见性的结果”标准,“如果特定的结果总是跟随特定行为发生,以至于形成了一种为人们所信任的事件模式时,该特定行为就是特定结果的原因”。医疗过失通常会被归责于最初事故责任人,最初事故责任人的加害行为就是医疗过失所造成结果的没有被中断的原因。欧洲各国存有大量判例肯定这一结论。^[55]但如果医疗事故性质极其特

[51] 参见程啸:《侵权行为法总论》,中国人民大学出版社2008年版,第282页以下。

[52] 参见前引[1],王利明文。

[53] “中介原因是指在侵权行为发生之后才出现,并且对损害后果产生了积极影响的因素。……当某一中介原因取代了先前发生的侵权行为而成为损害后果的直接原因时,该中介原因就被称作取代原因,因为该原因的出现取代或者取消了先前行为人的侵权责任。”参见[美]文森特·R·约翰逊:《美国侵权法》,赵秀文等译,中国人民大学出版社2004年版,第127页。

[54] 同上书,第131页。

[55] 参见前引[33],冯·巴尔书,第565页,第567页注解224。

殊,不构成获取治疗的内在危险(如手术的对象错误),^[56]或者医疗事故为重大过失或治疗方式超越了受害者所需的程度,医疗事故也可能成为第一个行为的取代原因。总体看来,在案例10的情形下,应将医疗事故的结果作为第一个行为导致状况的正常发展,由第一行为人与第二行为人为人承担第12条规定的按份责任。类似情形也应作同样处理。^[57]

第三种情形:每个分别实施的加害行为(对于同一损害或前后两个相关联的损害)单独都不能成立侵权责任,但结合到一起产生了对同一损害的侵权责任。案例12为其典型。单独来看,无论是哪家企业的排污行为都不会造成损害结果,但数个行为的结合却产生了有毒污水,致损害发生。^[58]

第四种情形:第一个加害行为为第二个加害行为创造了条件,而其本身不能产生第二个加害行为所造成的损害。此种情况表现在案例11的部分情形中。违章建筑方本身不可能导致小孩触电身亡,但没有其存在,小孩也不会触电,故其为后续侵权行为创造了条件,而高压连接头下移行为是损害发生的直接原因。但在此种情形,也须考察前一行为是否应对后一行为所造成的损害后果承担责任,即前一行为与损害结果间是否具备法律上的因果关系。

对于侵权责任上因果关系的判断,通说持相当因果关系说。相当因果关系判断分为条件关系判断与相当性判断。就条件关系,其采用的判断规则是“若无则不”,而相当性则是指“以行为时存在而可为条件之通常情事或特别情事中,于行为时吾人智识经验一般可得而知及为行为人所知情事为基础,而且其情事对于其结果为不可缺之条件,一般的有发生同种结果之可能者,其条件与其结果为有相当因果关系”。^[59]因此,“法律上因果关系的问题通常也就是可预见性问题”。^[60]违章建筑方与配电房方的行为虽都符合必要条件标准,但在相当性的判断上,两者存在重要的分野——预见性的有无成为两者的最大区别。就配电房方而论,高压电是与配电房紧密连接的,预防高压电这一高度危险是其不可逃脱的义务。但就违章建筑方而言,很难认定其对最终损害结果的发生具有预见性。^[61]“违章建筑”并非民法范畴中的概念,其所谓的违法性也只存于行政法律关系之中,其存在本身并不意味着只要损害与之有所关联就当然具有注意义务与预见性。在本案情形下,小孩通过一个符合规划标准的房屋的屋顶而被电击,与通过违章建筑的屋顶而被电击,两者在预见性上不应该存在区别。而且,假设在案例11中被电击的小孩是从另一个违章建筑到

[56] 参见前引[53],约翰逊书,第132页。

[57] “这一规则甚至得以普遍化而适用于第三人合法介入的其他情形中”,如意大利最高法院在1974年的判决(事故后警察也扣押了无过错之原告的公司车辆,法院认可了被告对原告车辆被扣所导致的收入损失的赔偿责任)。参见前引[33],冯·巴尔书,第578页注解296。美国1955年的Marshall案就较早确立了这一规则,案情是:被告导致原告所乘汽车驶出了高速公路车道,原告到公路上提醒其他车辆注意,结果第三人驾驶的汽车因积雪路滑撞到了原告。法院认定无论是原告的行为还是第三人的行为都不属于“正常”范畴之外的特殊事件,因此肯定了被告的赔偿责任。参见同上书,第131页。

[58] 此案例与共同过失的相同点在于“共同的过失”,脱离任何人的行为结果都不会发生,但不同点在于“过失的共同”,即数家企业对于结果没有共同的预见性。此案例与案例4的区别在于,此案例中每个行为本身不构成侵权行为,只能是行为结合整体才构成侵权行为;而在案例4中,每个行为都针对阶段性损害(如被少量毒药毒伤身体而未死亡)构成侵权行为。

[59] 史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第163页。

[60] 前引[53],约翰逊书,第126页。

[61] 如果违章建筑是在高压电设置之前盖的,更加说明了此结论的正确性。即使违章建筑盖在高压电设置之后,法律也不能苛求违章建筑方,因为其没有相应的注意义务,法律不能从结果反推当事人有预见性。如果用人身损害赔偿解释的立场衡量,违章建筑方的行为应属“间接结合”,因违章建筑方对损害后果不具有预见性,故不应承担责任。较笔者以前立场,本文观点有所修正,但针对类似于违章建筑这种“间接结合”的理论批判,笔者仍持以前观点。参见前引[1],曹险峰文。

达本案中的违章建筑屋顶上的,那么另一个违章建筑方是否也要承担责任?又假如,在小孩被电击前,配电房本有之能起阻隔作用的围栏刚刚被某人过失撞倒,该人是否亦要对小孩被电击承担责任?推论的结果引人深思。正如有学者所指出的,“必要条件理论的主要不足不是它将过多的事件列入了原因中去,而是它根本无力在原因和非原因之间进行区分。……对必要条件测试而言,一切‘无之则无后来结果’的事件都是等同的,因此,他们都是结果的相当原因。在这样一个一切(或近乎一切)事件都相互关联的世界里,每一个事件都必然的成为另一个事件的原因”。〔62〕有鉴于此,该学者提出以“盖然性”重塑事实因果关系的判断,来增强对条件的甄别。与此类似,美国加利福尼亚州法院用重要因素标准取代必要条件标准,也可以看成是对必要条件标准弊端的反思。〔63〕总之,无论是在事实因果关系(条件关系)的判断方面增强对条件与原因的区分,还是在固守传统学说的基础上增强对相当性的把握,其核心判断都与可能性及预见性相关。可预见性应该是一种事前评价标准,而不是依结果反推的结论;应该是一种合理人的评判,而不是一味地对“加害人”的株连。因此,案例11中只有配电房方与施工方应按第12条承担按份责任,〔64〕违章建筑方因不具有预见性,不应承担侵权责任。

总结来看,第12条之“非全部足以”可按第一种情形到第四种情形的顺序予以展开。

第一种情形与第二种情形具有共同的特征,即从单独侵权视角来看,每个行为都构成了侵权行为,按份责任的承担依据在于其各自所为的行为造成了损害结果,是自己责任的一种表达。其责任承担原理与第11条基本相同,都是从加害人应承担自我责任的视角来规范责任的。两者的不同之处在于,第一种情形下责任成立判断规则相对简单,类似于各单独侵权责任的累加,每个加害人承担责任都来源于自己行为与损害结果间相对直接的因果关系;第二种情形下,前一行为与最终损害间的因果关系则稍显间接,尚须对后一行为是否构成取代原因作出判断。实质上,这种区分也大致对应着加害人行为可受否定性评价的不同程度。与前两种情形不同,第三种情形与第四种情形的共同特征在于,两者都不能从单独侵权视角看待,如果将数个行为分解,要么每个行为都不构成侵权行为(如案例12),要么仅部分行为能构成侵权行为(如案例11),因此须将数个行为作为整体考量因素来判断侵权责任成立与否。两者的不同之处在于,第三种情形下的数人行为与结果间的因果链相对直接,而第四种情形下前一行为与结果间的因果链相对间接。

对比侵权责任法第11条与第12条的规范范围与人身损害赔偿解释第3条的规范范围,形式上看,人身损害赔偿解释第3条中的“直接结合”规范范围被第11条与第12条所吸收,“间接结合”之一部分被第12条所规范。但严格来说,第11条并非承继“直接结合”从而规定连带责任,两者在处理结果(连带责任的承担)上的相同并不能掩盖两者的实质区别。在第11条中,连带责任的正当性基础在于每个加害人对自我责任的承担,来源于因果关系的特殊判断规则,而非加害人行为的“直接结合”。因此,第12条形式上承继了除第11条调整范围以外的“直接结合”情形,但从实质意义而论,第12条则承继了全部“直接结合”的情形,并将连带责任改为按份责任。对于“间接结合”情形,第12条只是吸纳了与损害结果具有相当因果关系的部分。

结 语

总体来看,我国侵权责任法于第8条至第12条规定了数人侵权行为,构筑了较为全面、系

〔62〕 前引〔33〕,冯·巴尔书,第551页。

〔63〕 参见前引〔53〕,约翰逊书,第111页。

〔64〕 但是,如果已经施工完毕、工程交付,则配电方与高压电连接头管理方原则上应属于一个主体,因其管理职权皆应归配电房方,此时的施工方不能成为小孩被电击侵权案件中的被告,配电房方在赔偿之后可以向施工方追偿。

统的数人侵权体系。该体系一方面关注于责任主体与损害赔偿责任类型的关联,将连带责任作为“一因一果”数人侵权的法律后果,将按份责任作为“多因一果”数人侵权的常态,只在各分别实施的加害行为皆“足以”且实然造成损害结果之特例,将连带责任亦作为“多因一果”数人侵权之后果。如此一来,“一因一果”数人侵权与“多因一果”数人侵权不同的立法观得以贯彻,责任主体的外部责任与内部责任也能很好地对接。另一方面,侵权责任法从数人侵权行为的角度规范了因果关系的常态与例外,将因果关系这一较为学理化的规则表达为数人侵权的不同样态,为司法适用提供了较为清晰的指南。可见,对数人侵权体系中某一制度的正确理解与准确定位,必须从数人侵权体系构成的角度出发,从因果关系理论运用的层面予以认识。

Abstract: The multiple tortfeasors system of Chinese Tort Liability Law is composed of the multiple tortfeasors of “one cause and one result” and the multiple tortfeasors of “multiple causes and one result”. They are different from each other in the burden of proof and the corresponding liability nature. The multiple tortfeasors of “one cause and one result” are represented by article 8, 9 and 10 of Chinese Tort Liability Law. In article 8, joint fault of multiple tortfeasors, including joint intention, joint negligence, and the junction of intention and negligence, makes multiple actions constitute one cause of the result. According to article 9, the intention of the instigator and accomplice makes them to constitute one cause along with the instigated and accompanied. While in article 10, the multiple actions with the same risk can also be seen as one cause of the result. One cause justifies the application of the joint and several liability, and the plaintiff needs only prove the causation between the multiple actions as a whole and the damage.

The multiple tortfeasors of “multiple causes and one result” are composed of article 11 and 12. Article 11 stresses that specific actions done separately actually caused a single damage with the feature of accumulated causation, that is, each action alone is able to cause the damage. The application of the joint and several liability is not originated from the integrity of actions, but from the special rule of causation and the self responsibility principle in civil law. Article 12 is featured with partial causation, and is to adjust all the other multiple tortfeasors of “multiple causes and one result” except those adjusted by article 11. Articles 8 to 12 constitute a quite close multiple tortfeasors system. In application, attention should be paid to the order and differences among different institutions.

Key Words: one cause and one result, multiple causes and one result, joint tort, joint and several liability, liability by shares
