

试论共同危险行为中按份责任的可行性

高 乐

华东政法大学, 上海

收稿日期: 2022年11月3日; 录用日期: 2022年11月15日; 发布日期: 2023年1月18日

摘 要

共同危险行为是一种特殊的多数人侵权行为。关于共同危险行为人承担连带责任的学说混淆了行为人承担连带责任基础与行为人承担责任基础的区别。共同过失理论、危险理论以及推定的因果关系理论只能解释共同危险行为人需要承担责任, 但并不能解释其需要承担连带责任, 因此承担连带责任存在一定的不合理性。本文试图从否定连带责任的理论基础入手, 分析在共同危险行为中按份责任适用的可行性。

关键词

共同危险行为, 连带责任, 按份责任

On the Feasibility of Responsibility by Share in Joint Dangerous Behavior

Le Gao

East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Nov. 3rd, 2022; accepted: Nov. 15th, 2022; published: Jan. 18th, 2023

Abstract

As a kind of special tort of the majority, joint dangerous behavior has certain particularity. The theory of joint liability confuses the difference between the basis of joint liability and the basis of liability. The contributory negligence theory, the danger theory and constructive causation theory can only explain that the joint dangerous act tortfeasors needs to bear responsibility, but cannot explain the joint liability. There is some irrationality in bearing joint and several liability. So this paper tries to start from the theoretical basis of denying joint and several liability to analyze the feasibility of applying the liability according to share in joint dangerous acts.

Keywords

Joint Dangerous Behavior, Joint and Several Liability, Shared Liability

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 比较法上关于共同危险行为的考察

现代民法中的共同危险行为起源于罗马法的“倒泼和投掷责任之诉”[1]。在罗马时期，共同危险行为的出现主要是为了确保公共场所和道路交通安全。根据罗马法的规定，在有体物从共同住宅的窗户投下或坠落，造成他人损害同时又无法查明流出物为何人所为时，应当由共同住宅中全体居民负连带责任。

《法国民法典》并未对共同危险行为作出规定，早期法国学界和司法实务均不承认共同危险行为制度，主要理由在于共同危险行为中非加害人与损害结果之间并没有因果关系，如果责令加害人以外的人承担共同责任，对他们并不公平。

《德国民法典》第 830 条第 1 款规定：“数人因共同侵权行为加损害于他人者，各自对损害负赔偿责任。在数人中不能知其谁为加害人者，亦同。”其中第 2 句就是对共同危险行为的规定。德国联邦最高法院认为，在多人参与损害的行为中，常常无法查明其中何人造成了损害，共同危险行为规定的目的就是为通过减轻举证责任保护受害人，避免受害人因举证困难而无法受偿。有学者认为，判例一直将第 830 条第 1 款第 2 句所规定的择一行为人承担连带责任视为例外而否定类推适用的可能性。[2]通说认为，第 830 条第 1 款第 2 句不仅适用于加害人不明的情形，也适用于加害部分不明的情形。关于加害部分不明的情形，在我国立法中属于法律漏洞，我国立法并没有对此做出规定。我国也有学者主张加害部分不明的情形应适用共同危险行为的相关规定。[3]

《日本民法典》第 719 条第 1 款规定：“数人因共同侵权给他人造成损害时，各自对其损害的赔偿负连带责任。在不能知晓共同行为人中由何人加害时，亦同。”日本法上关于共同危险的责任规定与德国法大致相同，但德国法并没有直接规定数行为人之间的责任形态为连带责任，而日本法明确规定承担连带责任。日本法早期认为共同危险行为仅适用于加害人不明的情形，但是近年来的学说也开始渐渐认为共同危险行为同时适用于行为人份额不明的情形。这与德国通说保持了步调一致。我国学者也有认为加害人明确但加害份额不明的情形可以适用《民法典》1170 条，对此，本文的讨论重点并非在于此，而在于讨论共同危险行为人承担连带责任的正当性，因此不予赘述。

《韩国民法典》第 760 条规定：数人因共同不法行为给他人造成损害时，个人对于该损害负有连带赔偿责任。不构成共同侵权行为的数人行为造成了损害，却不知谁的行为造成的情况下，同前款。我国台湾地区“民法”第 185 条第 1 款规定：“数人共同不法侵害他人之权利者，连带负赔偿责任；不能知其中谁为加害人者，亦同。”

从上述有关各个国家的相关立法可以看出，多数国家的立法例均采用连带责任规制共同危险行为。除连带责任模式以外，还有混合责任模式和按份责任模式。其中美国法学会《侵权法第三次重述：责任分担》第 17 条规定：“若两个或两个以上之人的独立侵权行为构成某个不可分损害的法律原因，可适用的司法区的法律将决定其究竟承担连带责任、按份责任抑或某种连带和按份的混合形态的责任。”

2. 对《民法典》第 1170 条的解构

我国关于共同危险行为的相关规定最初是为了满足司法实践的需要,规定于最高人民法院司法解释:2001 年颁布的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 4 条第 7 款首次从诉讼举证责任的角度对共同危险行为中的举证责任倒置进行了规定,但此时还并无实体法上的规定,直至 2003 年颁布的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 4 条弥补了实体法上的空白,第一次从实体上明确了共同危险行为的责任形式和免责事由,但该条解释仅规定了共同危险行为在人身损害侵权领域的适用,并未涉及因共同危险行为侵害财产权的问题。2010 年侵权责任法正式颁布,其中第 10 条规定被《民法典》第 1170 条几乎原封不动延承下来。

《民法典》虽然构建了多数人侵权的责任体系,但其中有关《侵权责任法》的问题并没有得到解决,为此关于共同危险行为中连带责任的理论基础以及使行为人承担连带责任是否合理仍然具有讨论的价值。第 1170 条并非完全的共同危险行为条款,以是否可以确定侵权人,可以分为两部分讨论。具体来说,在前半部分中,可以确定侵权人的情况下,主要存在以下几种情况:第一种情况:侵权人可以确定且只有一个,此时不存在共同侵权的问题,该侵权人单独承担责任,属于单独侵权行为,应依照《民法典》第 1165 条的规定归责。第二种情况:侵权人可以确定且不只有一个,数个行为人之间存在意思联络。此时数个行为人之间不再是共同危险行为而转化为共同侵权,适用《民法典》第 1168 条承担连带责任。第三种情况:侵权人可以确定且不只有一人,但是数个行为人之间不存在意思联络,此时因为缺乏共同过错,数个行为人之间成立无意思联络的分别侵权行为,适用《民法典》第 1171 条和第 1172 条。因此可以看出第 1170 条并非完全的共同危险行为条款。

本文根据有无意思联络将共同危险行为分两种类型分析。根据法学术语,只有“共同故意”才称得上意思联络,一方故意他方过失,或共同过失均不能认为有意思联络。因为意思联络是当事人实施侵权行为的主观意志的横向联系,而在共同过失或一方过失时,过失者的行为均非出于行为人所愿,谈不上致害的主观联系。^[4]此处的意思联络只针对危险行为的实施,不针对损害结果的发生,如果数行为人对损害结果的发生存在意思联络,那么此时就不再是共同危险行为而是具有共同过错的共同侵权行为,适用《民法典》第 1168 条,这也是共同危险行为和共同过失型共同侵权行为的本质区别。

第一种类型:数行为人之间对危险行为的实施不存在意思联络。对此举例说明:三个互不相识的猎人在同一片树林打猎,三人均不知道另外两个行为人的存在,此时一位路过的老农不慎被打中,但不清楚是被谁开枪打中,在此案中,三人均实施了危险行为,且均存在过失,但三行为人对行为的发生不具有意思联络。因为在此种共同危险行为中,行为人之间互无意思联络,其可能都没有意识到有其他行为人的存在,对他人行为所造成的损害负担防止义务,过于苛刻。^[5]因此在行为人对共同危险行为不具有意思联络时,行为人不具有共同的注意义务,其当然不存在共同过失。

第二种类型:数行为人对危险行为的实施存在意思联络,这种类型的共同危险行为需要与共同过失型共同侵权行为相区分。针对这种类型对上述案例进行略微变动:三名猎人属于相约打猎,此时存在实施危险行为的意思联络,但是对损害结果发生并不具有意思联络。即便三个人对损害结果的发生存在过失,也不能构成“共同过失”,因为数行为人对损害结果的发生并没有相同的可预见并且可避免的内容为前提,其实质是独立的相同内容的过失,实施危险行为的每个人都有不损害第三人的注意义务,仅仅因为该行为之间存在客观关联性而形成共同危险行为,此处的“共同”实质上不过是“相同”罢了。因此与其将其称为“共同过失”不如称为“过失的共同”更为准确。例如,在猎人案中,三个猎人中其中一人隐约看到附近一个老农,但因相信自己枪技过人,不会打偏致行人受伤,而另外两个猎人在视线盲区,其根本不可能看到附近的老农,在此情况下,三名猎人构成共同危险行为,因为其对损害结果的发生并没有意思联络也不存在共同的过错。但若三人均发现附近有一个老农,但都非常相信自己的技术不会打偏抱着侥幸心理开

枪导致老农受伤，此时三人不再构成共同危险行为，而是构成共同过失型共同侵权行为。

3. 共同危险行为人承担连带责任的理论基础

3.1. 共同过失说

该学说认为，共同危险行为承担连带责任是因为共同危险行为人之间具有共同的过失。^[6]对于共同过失的理解，学界有不同的看法：一种观点认为此处的过失是针对危险形成的过失而非损害结果发生的过失，由于共同危险行为人都实施了危险行为，其对危险的造成具有主观上的过错，因而法律推定各行为人为人具有共同过失。^[7]但这种观点混淆了共同危险行为人对客观危险的过失和对损害结果的过失。民法上的过失都是在造成损害后果的基础上讨论的，没有损害后果无法谈及过失^[8]。因此在此学说下，非致害人虽然可能对危险行为的实施存在过失，但其因并无造成损害，所以其过失不具有可评价性，此时针对客观危险所存在的共同过失并不可以作为连带责任的理论基础。另外，如果认为行为人参与了危险行为就存在过失，那么行为人将不可以基于任何理由主张免责，这将与第 1170 条后半句的免责条款相冲突，其次共同危险行为可能涵盖严格责任侵权，如果以共同过失为归责前提，那么将使有利于受害人的过错推定或者无过错责任成为具文。^[9]

除此之外，还有学者认为此处的共同过失是指共同危险行为人之间具有共同的注意义务，他们不仅要防止自己的行为造成损害，而且应当督促其他共同注意义务人防止损害的发生，如果损害发生了，那么说明共同危险行为的数行为人违反了此注意义务，其需要对损害后果承担共同的侵权责任。^[8]在对危险行为的实施存在意思联络的情况下，是否可以因此将其看作一个整体，认为只要发生了损害就意味着其违反了注意义务或者防止其他人造成损害的注意义务而承担连带责任。笔者认为是不可以的，因为从上述的案例中可以看出，当事人存在共同的过失时承担连带责任，当事人不存共同的过失时也要承担连带责任对行为人是公平的。除此之外，此时，行为人对注意义务的违反只能作为其向受害人承担责任的理由，但还不足以作为承担连带责任的理由。

3.2. 危险理论

该学说认为共同危险行为承担连带责任的理论基础在于数个行为人所实施的行为具有客观危险。该学说在美国法上曾盛行，美国学者认为相比刑法上允许被告为其制造的虽未产生损害的危险承担责任，那么民法上也应当可以追究行为人制造危险的赔偿责任，这不仅可以威慑其他危险制造者，同时可以对受害人提供足够的保护。^[7]在危险理论下，因果关系要件不再需要，这是不符合侵权法基本构成要件的。其次，即便承认造成客观危险具有可归责性，这也仅仅解释了行为人需要对受害人承担责任，而证明承担连带责任还需要依据各个行为人之间的关联性。除此之外，在能够确定具体侵权人的情况下，非致害人因为实施了危险行为也不能免责，出现了共同过失说相同的问题。因此，危险理论也并不能作为连带责任正当性的理论解释。

3.3. 因果关系推定说

因果关系推定说是指在损害发生以后，数个行为人都有可能造成损害，但不能确定谁是真正的行为人，或者在因果关系难以确定时，法律从公平正义和保护受害人的角度出发，推定行为人的行为与损害之间具有因果关系。^[10]该学说主要基于对受害人的保护。通常情况下，受害人需要对其所指控的侵权行为承担举证责任，为了平衡行为人的行为自由与受害人的合法权益，法律不会贸然推定因果关系的成立。但在共同危险行为中，因多数行为人都做出了该危险行为，使受害人所处的环境危险系数增加，受害人受到损害的可能性与此同时也增加，所以法律有必要对受害人的合法权益倾斜保护，在具体侵权人不明

的情况下通过推定因果关系的存在来要求行为人承担赔偿责任。但此时推定的因果关系是相对独立的，其只能解决数行为人需要承担赔偿责任，但无法进一步证明其之间需要承担连带责任。是否应当承担责任与具体的责任承担形式属于两个层次的问题。

此外，还有学者认为共同危险行为属于“一因一果”的数人侵权，其中“一因”是指将共同危险行为抽象成一个整体，从而认定整体行为与损害结果之间具有因果关系。这种理论避免了分别确定单个危险行为与损害后果之间因果关系的不确定性。^[9]原则上，任何人不需要为他人实施的加害行为承担责任，将数个危险行为看作一个整体的正当性除了减轻受害人的举证责任，更重要的在于数个行为之间危险的共同性，正是因为这些危险行为相互作用，才加剧了案件中因果关系的不确定性，因此数行为人有义务来承担这种不确定性所造成的损害。这种思路实质上是将受害人收到的损害分为两个阶段，第一阶段：某加害人实际造成的损害，第二阶段是因为数个行为人均实施了该危险行为，导致原本可以明确的因果关系变得模糊，因此其他实施了危险行为但并未造成损害的行为人需要对因果关系证明造成的障碍(对证据的损害)承担责任。但这种思路并没有法律依据，我国并没有规定对证据造成损害需要承担相应的民事责任。

4. 按份责任模式的可行性

共同危险行为承担连带责任主要是出于对受害人的保护，准用共同侵权行为。但忽略了其特殊性，共同危险行为本质上是一种无意思联络的多数人侵权，与无意思联络数人分别侵权相比，共同危险行为中的行为与损害结果之间的因果关系无法确定，与共同侵权行为相比，其对损害后果不存在主观上的共同过错。^[11]经过上述对共同危险行为连带责任理论的梳理，可知现存理论都仅可解释行为人需要对受害人承担责任，而不能解释为何需要承担使负担附加的连带责任。下文将突破连带责任的桎梏，论证共同危险行为人承担按份责任的可行性。

4.1. 从立法体系中寻找正当性

《民法典》第 1168 条至第 1172 条是数人侵权的相关规定，其中第 1168 条和 1169 条分别规定共同侵权行为与教唆、帮助侵权行为，其承担连带责任的责任基础在于共同过错。而共同危险行为中行为人之间并不存在主观上的共同过错，其不应该承担相同的连带责任。其次第 1171 条规定了累积因果关系的分别侵权，行为人之间虽然不存在主观的共同过错，但每个行为人都实施了足以造成全部损害的侵权行为，即便没有其他加害行为的共同作用，单个侵权行为也完全可以造成这一损害。共同危险侵权属于无意思联络数人侵权，在责任配置上，规定仅具有造成损害结果可能性的共同危险侵权人与确定造成损害结果的无意思联络聚合因果关系侵权人承担同样的连带责任不符合法律逻辑。最后，第 1172 条规定的是共同因果关系的分别侵权，在行为人明确实施了损害行为的情况下都仅对其造成的损害承担相应的按份责任，而在共同危险行为中并没有造成损害的行为人在不能推翻推定因果关系或者查明真正侵权人的情况下需要对全部损害承担连带责任，存在着责任失衡的情况。

4.2. 从平衡受害人的合法权益和行为人行为自由角度分析

共同侵权人承担连带责任主要是以保护受害人利益为先，在受害人的合法权益和实施危险行为的行为人的行为自由之间，当然选择保护前者，但倾斜保护也需要有一定的限度，不宜矫枉过正。连带责任虽然可以实现对受害人利益的保护，但是在行为人角度，尤其是实际没有造成损害的行为人看来是十分不公平的。这种不公平在按份责任完全可以实现保护受害人目的的情况下被凸显了出来。按份责任与连带责任在责任人都具有足够清偿能力时并没有实质性差别，其主要在全或部责任人不具有清偿能力时出现差别^[12]。

假设共同危险行为人甲、乙对受害人丙需要承担赔偿责任,甲乙所需承担的最终责任份额相同(均为50%),假设赔偿金额为100万,其中甲没有赔偿能力。1)在连带责任形式下,受害人丙可以选择向有赔偿能力的乙请求赔偿责任,最终的结果是,丙获得完全赔付100万元,乙因为甲没有赔偿能力无法向其追偿,乙支出100万元,甲支出0元。2)在按份责任形式下,受害人丙可以分别向甲乙主张按份责任50万元,其中甲那部分50万因为甲没有清偿能力无法获取,最终丙获偿50万元,甲支出0元,乙支出50万元。就上述分析看来,可以明显的看出连带责任对受害人的保护更周全,最终无法受偿的风险由危险行为人承担比受害人承担也更合理。但是相比较侵权人明确的情况,就会发现这样的结果有失偏颇。在上述案例中,甲乙是是实际侵权人的概率均为50%,假设实际侵权人为甲,那么丙的损害无法获得赔偿,如果实际侵权人是乙,则丙可以获得100万的赔偿。因此在侵权人明确的情况下丙仅有50%的受偿可能性,与采取按份责任所实现的效果是一致的。由此可以看出,赋予共同危险行为人连带责任的情况下,受害人受偿不能的风险被降低了。不能清偿的风险是个别债务人客观原因导致的,无论是加害人还是受害人对此都没有任何过错,对于由此而导致损失的分配要根据民法上的公平原则在所有当事人之间进行分配或者通过社会保险制度予以解决,不能随意的分配给危险行为人。[12]除此之外,法律已经推定危险行为人与损害后果之间存在的因果关系,免除了受害人的举证义务,从公平角度出发,法律也应当对义务相对方的加害人予以优待,适用按份责任而非连带责任[9]。否则在举证责任与责任承担形式上均对受害人予以倾向性保护,会导致受害人与行为人之间的利益失衡,按份责任已经足以实现保护受害人的目的,同时也对实施危险行为的人有一定的惩罚功能。

4.3. 从制度设计的合理性分析

首先使共同危险行为人承担连带责任不利于确定具体侵权人。因为若共同危险行为人承担连带责任,连带责任本质是一种担保,那么意味着担保在受害人请求权的责任财产将是所有需要承担共同危险责任的行为人的总和。也就是说,不能确定具体侵权人时,无论是从责任财产的范围还是责任的承担方式上,受害人的请求权的实现将更有保障。这将导致一个荒唐的局面——受害人在侵权人不确定时比侵权人确定时所受的保护更周全。作为一个理性的受害人,完全没有动力去积极找寻具体侵权人查明事实真相。而在没有对共同危险行为的实施没有意思联络的情况下,危险行为人并不当然地比受害人更有发现具体侵权人的优势,其次,实施加害行为的侵权人自身,出于趋利避害的选择也会隐瞒自己是侵权人的事实,这样通过行为人发现具体侵权人的可能性就更小。[13]这样造成法律变相鼓励隐瞒实际侵权人的行为的荒唐局面。

其次,连带责任不利于推定社会公平正义,出现侵权法上“深口袋”现象。深口袋现象是立法的不得已和无奈,不应该扩大其适用范围。规定共同危险侵权人承担连带责任,会导致受害人在诉讼中仅仅对有经济能力的危险侵权人提起诉讼,而放弃对其他危险侵权人诉讼,形成“深口袋”诉讼,这样一方面不利于查明案情,另一方面会造成更多的诉讼。[14]规定共同危险侵权人承担按份责任,受害人为了获得更多的赔偿必然对所有可能的危险侵权人提起诉讼,能够避免或减少“深口袋”诉讼的存在。

5. 结语

对于共同侵权行为的责任承担,我国立法采用连带责任。比较法上大多国家也均采用连带责任,但是对于共同危险行为连带责任的基础存在争议。我国目前主要存在三种学说:共同过失说、危险理论和推定的因果关系说。这三种学并不能够解释行为人对外承担超出自己责任范围的连带责任,仅可以解释行为人需要向受害人承担赔偿责任,此时连带责任是否合理的疑问浮现在脑海中。通过将共同危险行为与共同过失型共同侵权以及无意思联络的分别侵权进行对比,在把握共同危险行为特殊性的前提下,分析连带责任存在的弊端。连带责任是法律的天平过于倾向于受害人保护,但优先保护受害人并不具有绝

对性, 侵权法应该平衡行为人的自由与受害人利益之间的关系, 对共同危险行为人赋予连带责任有矫枉过正之嫌, 在按份责任即可以满足受害人保护又能实现对危险行为人的适度惩罚的前提下, 连带责任的不合理性更为明显。

参考文献

- [1] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组. 中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2020: 69.
- [2] 叶金强. 共同侵权的类型要素及法律效果[J]. 中国法学, 2010(1): 63-77.
- [3] 孙维飞. 试论加害份额不明——以《侵权责任法》第 10 条与第 11、12 条之关系为中心[J]. 南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学), 2014, 51(6): 44-52.
- [4] 张新宝. 侵权责任立法研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 172.
- [5] 王利明. 侵权责任法研究(上) [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011: 375.
- [6] 曹险峰. 数人侵权的体系构成——对侵权责任法第 8 条至 12 条的解释[J]. 法学研究, 2011, 33(5): 54-69.
- [7] 阮神裕. 共同危险行为理论基础的重构与阐释[J]. 法学评论, 2018, 36(3): 44-56.
- [8] 孔祥俊. 民商法新问题与判例研究[M]. 北京: 人民法院出版社, 1996: 254.
- [9] 瞿灵敏. 共同危险行为的侵权责任承担——《侵权责任法》第 10 条之解构与重构[J]. 西南政法大学学报, 2014, 16(3): 86-95.
- [10] 王利明. 侵权责任法研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2016: 566.
- [11] 郭辉. 共同危险侵权责任之法律重构——按份责任对连带责任的替代[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2014, 32(1): 58-67.
- [12] 董春华. 论单独侵权致同一损害适用按份责任的例外[J]. 法商研究, 2022, 39(1): 187-200.
- [13] 朱岩. 侵权责任法通论(上册) [M]. 北京: 法律出版社, 2011: 210.
- [14] 霍海红. 论共同危险行为规则之无因果关系免责——以《侵权责任法》第 10 条之解释为中心[J]. 中外法学, 2015, 27(1): 60-78.