

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

霍海红^{*}

摘 要 无因果关系即免责是共同危险行为规则的题中应有之义,也是国际通行做法,我国《侵权责任法》第 10 条应作此解释。将《侵权责任法》第 10 条解释为“不许共同危险行为人证明无因果关系而免责、只有证明具体侵权人方可免责”,存在否定推定逻辑、夸大全体免责之忧、陷入查明加害人激励悖论、误解“不能够确定具体侵权人”、本末倒置“能够确定具体侵权人”、违背免责事由原理、过度制裁行为人、过分纠结于条文字面比较等缺陷。

关 键 词 共同危险行为 因果关系 证明责任 法律推定 免责

引 言

虽然对共同危险行为的司法实践探索早已开始,但其规则在我国亮相时已是 21 世纪。2001 年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《民事证据规定》)第 4 条从证明责任角度规定:“因共同危险行为致人损害的侵权诉讼,由实施危险行为的人就其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任。”2003 年《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》(以下简称《人身损害赔偿解释》)第 4 条则从实体法角度规定:

^{*} 吉林大学法学院副教授。本文系教育部社科基金项目(08JC820021)和国家社科基金重大项目(12@ZH017)的阶段性成果,并受到国家“2011 计划”司法文明协同创新中心资助。感谢曹志勋、任重的修改建议。

“二人以上共同实施危及他人人身安全的行为并造成损害后果,不能确定实际侵害行为人的,应当依照民法通则第 130 条规定承担连带责任。共同危险行为人能够证明损害后果不是由其行为造成的,不承担赔偿责任。”2009 年《侵权责任法》第 10 条作为民事基本法正式规定:“二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为,其中一人或者数人的行为造成他人损害,能够确定具体侵权人的,由侵权人承担责任;不能确定具体侵权人的,行为人承担连带责任。”

为缓解受害人证明困难而对因果关系作推定处理,是各国民法的常规技术,我国理论界和实务界对此也有共识,但对行为人能否因证明无因果关系而免责,理论界一直存在肯定说^[1]和否定说^[2]之争,^[3]并延续到《侵权责任法》的制定过程和之后的解释适用。理论界对《侵权责任法》第 10 条有三种解释立场:①第 10 条背离了《民事证据规定》和《人身损害赔偿解释》的立场,行为人不能因无因果关系而免责,只有证明加害人方可免责,并对新规则持肯定态度;^[4]②第 10 条采取了与《民事证据规定》和《人身损害赔偿解释》不同的立场,但新规则不合理且与国际通行规则不符,因而持保留态度;^[5]③第 10 条并未明文规定免责条件,但可自然推论出,证明加害人和证明无因果关系都只是推翻因果关系推定的具体途径。^[6]

就笔者所见的有限民事判决书,对《侵权责任法》实施后的共同危险行为案件,实务界存在四种法律适用类型:①单独或合并适用《民事证据规定》第 4 条和《人身损害赔偿解释》第 4 条,而不提《侵权责任法》第 10 条,这似乎表明了裁判者区别前者与后者为两种立场并支持前者,^[7]否则难以解释为何不适用作为“基本法”和“新法”的《侵权责任法》;②将《侵权责任法》第 10 条与《民事证据规定》第 4 条或《人身损害赔偿解释》第 4 条合并适用,这表明裁判者将前

[1] 参见张新宝:《中国侵权行为法》,中国社会科学出版社 1998 年版,页 172。

[2] 参见杨立新:《侵权法论》,人民法院出版社 2005 年版,页 607。

[3] 近年也有学者提出“补充说”,即共同危险行为人能够证明自己不是实际加害人的,免除其承担连带责任,但若受害人无法从所有连带责任人处完全受偿的,由免除连带责任的加害人承担补充责任。参见王竹:《侵权责任分担论》,中国人民大学出版社 2009 年版,页 283。补充说反映出寻求“折衷”的努力,但尚难作为一种折衷立场与肯定说和否定说并列:一是,补充说要求无因果关系之行为人在受害人无法完全受偿时承担补充责任,此时客观效果与否定说基本一致,补充说会与否定说遭受肯定说同样的质疑;二是,否定说主要基于对危险行为人全体免责之担忧(如果能够排除全体免责情形,否定说似乎不必坚持),而补充说主要基于受害人可能最终无法完全得到赔偿之担忧(虽然责任人是确定的),在此意义上,补充说比否定说走得更远。

[4] 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,页 561;杨立新:《侵权责任法》,法律出版社 2010 年版,页 107;全国人大法工委民法室:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社 2010 年版,页 42。

[5] 参见周友军:《侵权法学》,中国人民大学出版社 2011 年版,页 190。

[6] 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,页 87;程啸:《侵权责任法》,法律出版社 2011 年版,页 262;张铁薇:《共同侵权制度研究》,人民法院出版社 2013 年版,页 270。

[7] 参见顾建兵、张善华:“两司机因共同危险行为被判连带赔偿巨额损失”,载《人民法院报》2012 年 7 月 11 日,第 3 版;黄鸣鹤、郭静:“两狗互嬉撞人引发的民事责任承担”,载《人民法院报》2012 年 12 月 27 日,第 7 版。

者与后者视为同一立场;〔8〕③单独适用《侵权责任法》第10条,不提《民事证据规定》第4条和《人身损害赔偿解释》第4条,但肯定了免责立场。〔9〕④单独适用《侵权责任法》第10条,不提《民事证据规定》第4条和《人身损害赔偿解释》第4条,由于当事人无证据证明无因果关系甚至当事人未提该主张,因而无法确定法官的立场。〔10〕

无论从澄清误解、消弭争议、促进共识的理论角度,还是从正确适用、便于操作、避免僵化的实践角度,对《侵权责任法》第10条作符合“文义”和“原理”的解释不仅重要而且迫切。需要指出,本文的论证主要采取驳论式,即在指出“不免责”立场的逻辑矛盾和制度缺陷时,展示和论证“免责”立场的优势,并指出《侵权责任法》第10条应该也能够做出“允许免责”的解释。采取此种方式主要基于三个原因:第一,无因果关系能否免责在我国并非新问题,而是长期存在理论争议,在此背景下,仅仅依靠对免责立场的正面分析,很有可能陷入不免责立场者眼中的“自说自话”;第二,无因果关系是否免责在我国理论界的争论,远甚于德、日、我国台湾地区等,后者虽也有不免责学说,但目前明显处于少数说,因此从剖析和反思否定说入手才能真正解释我国法语境中争论的核心并作出符合我国国情的选择;〔11〕第三,之前的《民事证据规定》和《人身损害赔偿解释》都采取免责立场,并得到实务界的遵循,但之后的《侵权责任法》被认为转向不免责立场或者是立场模糊,因此,中心议题已不是前者的免责立场是否适当,而是后者的不免责立场是否立得住。

一、不许证据推翻的“推定”?

因果关系推定是共同危险行为规则的核心。共同危险行为规则“解除了受害人证明侵权

〔8〕 参见山东省烟台市中级人民法院(2013)烟民四终字第1705号民事判决书;湖北省黄冈市中级人民法院(2013)鄂黄冈民一终字第00615号民事判决书;江苏省宝应县人民法院(2014)宝民初字第298号民事判决书。

〔9〕 参见江苏省睢宁县人民法院(2013)睢魏民初字第0422号民事判决书;陕西省大荔县人民法院(2013)荔民初字第00672号民事判决书。

〔10〕 此种情形在实践中所占比例较大,有两个原因:一是从法律适用规则角度看,《侵权责任法》作为“基本法”和“新法”应当予以适用,而无需提及之前的司法解释;二是在危险行为人无法证明无因果关系时,《侵权责任法》第10条中无因果关系是否免责的争议问题尚无法进入法官视野,更不会体现在判决书中。

〔11〕 在我国台湾地区学界,王泽鉴、黄立、林诚二、孙森焱等多数学者支持肯定说,只有郑玉波持否定说。参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,页369;黄立:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2002年版,页291—292;林诚二:《民法债编总论——体系化解说》,中国人民大学出版社2003年版,页166;孙森焱:《民法债编总论》,法律出版社2006年版,页234;郑玉波:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2004年版,页144。在日本学界,存在客观共同说和主观共同说之争,客观共同说曾基于保护受害人和惩戒共同行为人而否定无因果关系免责。我妻荣教授就持此种观点,参见(日)我妻荣:《事务管理·不当得利·不法行为》,日本评论社1988年复刻版,页196。但近期学说更重视加害行为没有共同性而主张可免责。主观共同说则允许通过反证主张免责,参见(日)田山辉明:《日本侵权行为法》,顾祝轩、丁相顺译,北京大学出版社2011年版,页160、163。

责任成立的因果关系的举证责任,作为责任的基础,他只需要证明加害人的共同行为或参加行为”,^[12]“根据‘在不能知晓共同行为人中由何人加害时,亦同’,推定为个别的因果关系。因此,在这个场合,主张侵害权利和法益的结果和自己的行为之间不存在个别的因果关系的人,应主张根据的事实不存在和负担举证责任”,^[13]“以参与危险行为人具备侵权行为的要件,并就因果关系采推定的立法技术,以缓和被害人举证的困难”。^[14]美国侵权法第三次重述第28节(b)更明确指出:“当原告起诉多个行为人,证明他们都参与了使原告面临有形损害风险的侵权性行为,并且证明其中一人或数人的侵权性行为给原告造成了损害,但是无法合理期待原告证明哪个行为人造成了损害,事实原因的举证责任,包括提出证据的责任和说服责任,转移至被告。”

(一)允许反证推翻:推定的题中应有之义

站在民事证据法角度,共同危险行为规则中的因果关系推定属于法律上之事实推定,即法律规定以某一事实的存在为基础,据以认定待证事实的存在。诸共同危险行为与损害之间的选择因果关系是前提事实,各危险行为与损害之间具体的因果关系是推定事实。立法者设立该推定目的在于减轻或免除当事人的举证困难。由于推定事实未必为真,因此允许对方以证据加以推翻也是当然。^[15]《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》第VI-4:103条规定:“如果具有法律相关性的损害是由许多事件中的某一个或多个所引起且由不同的人对其负有责任,虽然可以确定损害系由其中之一所引起但无法确定是哪一个,则得推定对其中任一事件的发生负有责任的人造成了该损害,但该推定得举证推翻。”^[16]英美法学者甚至直接从“免责”的角度来表达这种推定技术:“被告都是不法行为人——都对原告存在过失。他们导致了一种情况,即他们中的一方伤害了原告,因此应该由他们自己每个人来免除自己的责任,如果他们能做到的话。如果要求受害方指出哪名被告造成了损害,哪名被告便将受害方置于不公平的地位。”^[17]我国《民事证据规定》第4条第6项的“由实施危险行为的人就其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任”,也只是因果关系推定技术的另行表达,^[18]而非为危险行为人另外特设免责事由。换言之,因果关系推定只是以证明责任转换规则客观上改变当事人双方的证明力量对比,但并未改变侵权责任构成的基本结构。

[12] (德)福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2006年版,页233。

[13] (日)潮见佳男:《不法行为法I》,信山社2009年版,页368—369。

[14] 王泽鉴,见前注[11],页372。

[15] 参见陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》(中),三民书局2009年版,页486。

[16] (德)克里斯蒂安·冯·巴尔、埃里克·克莱夫主编:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》(第五、六、七卷),王文胜等译,法律出版社2014年版,页609。

[17] (美)小詹姆斯·亨德森等:《美国侵权法:实体与程序》,王竹等译,北京大学出版社2014年版,页118。

[18] 参见李浩:《民事证明责任研究》,法律出版社2003年版,页178;李国光主编:《最高人民法院〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的理解与适用》,中国法制出版社2002年版,页69。

(二)否定反证推翻将导致侵权法的两个解释难题

第一,因果关系要件客观上被取消。^[19] 如果危险行为与损害结果之间的因果关系被推定且不容许行为人以证据加以推翻,说明因果关系要件已无实际意义,它的存在只是外观上维持了侵权责任的要件结构。以严格责任为例,如果按否定说的解释逻辑进行推演,严格责任其实只是过错责任的一种特殊形态,即过错“要件”存在,只是侵权人的过错被推定且不容许侵权人以证据加以推翻而已。尽管从受害人保护角度,从过错责任到过错推定责任再到严格责任,可视为在“过错”证明问题上对受害人一步步“优惠”、对侵权人一步步“严厉”,^[20]但到了严格责任,“质变”已经发生,作为“责任要件”的“过错”已无意义。我们通常将严格责任直接称为“无过错责任”,而将过错推定责任直接归为“过错责任”,就是这个道理。总之,如果否定说解释逻辑成立,共同危险行为规则应像严格责任取消过错要件那样,直接取消因果关系要件,然而共同危险行为规则真的能够或准备取消因果关系要件吗?^[21]

第二,共同危险行为规则客观上变成“固定更多债务人”之规则,有违消除受害人证明困难的初衷。^[22] 否定说存在一个“误解”,一个“忽视”。一个误解是指,将共同危险行为规则中的“行为人”仅理解为实施了危险行为的人,其实准确的理解应为实施了危险行为又无法被排除加害可能的人。^[23] 正常来说,圈定的危险行为人范围可能随时发生变化,它会随着受害人指证出更多行为人而扩大,也会随着行为人证明自己未实施危险行为而缩小,还会随着行为人证明自己非加害人排除而缩小。^[24] 然而,不许行为人推翻因果关系推定,强行地、选择性地阻挡危险行为人范围的正常调整,有偏袒受害人之嫌:受害人可证明新的危险行为人从而扩大

[19] 事实上,即使是因果关系推定,也有美国学者提出“证明负担转换还是取消因果关系要素?”的质疑。See John Goldberg, Anthony Sebok, Benjamin Zipursky, *Tort Law: Responsibilities and Redress*, Wolters Kluwer Law Business, 2008, p.262.

[20] 参见霍海红:“证明责任:一个功能的视角”,《北大法律评论》第6卷第2辑,北京大学出版社2005年版,页647。

[21] 日本学者称因果关系推定为“因果关系要件的缓和”,参见(日)加藤雅信:《事务管理·不当得利·不法行为》,有斐阁2005年版,页367;(日)内田贵:《债权各论》,东京大学出版会2011年版,页531。

[22] 我国台湾地区黄立教授就提醒,共同危险行为规则“是在无法查证情形下,消除受害人举证困难的问题,而不在于为其寻找更多的债务人”。参见黄立,见前注[11],页292。

[23] 日本学者解释《日本民法典》第719条第1款后段时就指出:“作为加害人,通过对因果关系全部不存在或者部分不存在进行举证,可以实现免责或减责。在因果关系不存在举证成功而免责的情形下,就不再是后段的‘共同行为人’。”参见(日)原田刚:“论‘共同侵权行为规定’之解释——以‘共同’的解释和加害人不明确情形的解释为中心”,罗丽译,《清华法学》2013年第3期。需要指出的是,我国《侵权责任法》草案征求意见时,有法官就建议将“行为人承担连带责任”修改为“由可能的加害人承担连带责任”(参见全国人大法工委民法室编:《侵权责任立法背景与观点全集》,法律出版社2010年版,页220),这从另一侧面反映出对“行为人”作“单纯行为”理解在我国仍有相当市场。

[24] 参见南京市溧水区人民法院(2013)溧洪民初字第15号民事判决书。实务界人士更指出:“原告在提起民事诉讼的时候,出于诉讼策略上的考虑,往往会将很多与损害没有关联性的当事人作为被告。……原告应当对可能加害人进行举证,当然应当允许被告提出抗辩或者反证,以帮助法官来对被告当中行为确实危及原告人身、财产的人进行确定。”参见沈志先主编:《侵权案件审判精要》,法律出版社2013年版,页180。

赔偿主体范围,而危险行为人却被禁止将自己排除在责任人之外,即使有证据证明自己绝非真正加害人。一个忽视是指,我们忘记了共同危险行为规则自身的局限,即危险行为人人数量越多,每个行为人造成损害的盖然性就越小,因果关系推定和连带责任也就越来越不那么顺理成章。^{〔25〕}也许我们已经走得太远,忘记了为什么出发。

二、被夸大的“全体免责”之忧

将《侵权责任法》第10条作否定说解释,一个重要考量是对“行为人全体免责、受害人求偿无门”结果之担忧,这也是否定说一直坚持的理由。^{〔26〕}尽管担忧之情形理论上并非不可能,但从制度设计角度看,该理由表现出过度理想化、运用双重标准等局限。

(一)被高估的免责几率

因果关系推定技术减轻了受害人证明具体因果关系的困难,但不等于危险行为人证明其行为与损害不存在因果关系必然很容易。事实上,一旦危险行为被确定,行为人要证明损害并非其行为所致往往十分困难。首先,数人的危险行为常常同质化程度很高,有时甚至连行为人自己都无法确定自己是否是加害人,更不用说向他人证明。比如,甲乙丙三人用相同猎枪、子弹打猎,造成他人伤害,但伤害仅由一颗子弹引起;数人路边扔石子儿玩耍,一颗石子击中受害人眼睛;在美国确立“市场份额规则”的辛德尔案中,虽然制药公司理论上有机会证明其产品个案中未造成损害,但实践中却做不到。^{〔27〕}其次,无因果关系的证明通常要做到足以否定行为人造成损害的可能性。比如,数人路上投球,一人以球伤人,其他人如能证明持球为软质根本不足以伤人,可以免责;^{〔28〕}多人一同打靶,有人在靶场500米外为流弹所中,所有人共同负责,但其中一人枪支无此有效距离,不负责任。^{〔29〕}再次,共同危险行为人互相指证对方为加害人情形常有,客观上为行为人无因果关系免责带来实际困难,若无充分证据,互相指证的行为人通常很难说服法官。^{〔30〕}最后,强调“社会效果”、注重“化解矛盾、案结事了”的司法政策取向将使法官在

〔25〕 参见冯珏:《英美侵权法中的因果关系》,中国社会科学出版社2009年版,页260。

〔26〕 参见郑玉波,见前注〔11〕,页168;王利明,见前注〔4〕,页561;杨立新,见前注〔4〕,页106—107;马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2010年版,页1020。

〔27〕 参见(英)H.L.A.哈特、托尼·奥诺尔:《法律中的因果关系》,张绍谦、孙战国译,中国政法大学出版社2005年版,页382。辛德尔案(Sindell v. Abbott Labs)中,原告辛德尔的母亲怀孕期间服用医生开出的处方药DES(当时人们不知该药物具有危险性),从而导致原告成年后患上生殖系统癌症。原告起诉到法院,但却无法指证哪一家制药公司生产的DES造成损害。加州最高法院判决,原告能从当时药物市场独自或共同占有重要份额的公司获得赔偿。

〔28〕 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,页176。

〔29〕 此为德国法判例,参见黄立,见前注〔11〕,页292。

〔30〕 参见国家法官学院编:《法律教学案例精选:2007年民事卷》,中国政法大学出版社2008年版,页187—189;广西壮族自治区来宾市中级人民法院(2014)来民三终字第75号民事判决书;安徽省淮北市中级人民法院(2014)淮民一终字第00040号民事判决书。

审查无因果关系免责时更为严格,因为受害人遭受损害是事实,行为人实施危险行为也是事实,受害人不能获赔将被认为纠纷未得到圆满解决。^[31]

(二)被忽略的“正面”功能

在理论上,行为人全体免责可区分两种情形:一是,圈定的数个危险行为人已包括全部或部分加害人,全体免责意味着全部或部分加害人通过无因果关系免责逃脱了“本应”承担的责任(当然,从一般侵权的角度看,即使按共同危险行为规则,他/他们也未承担全部责任,其他危险行为人分担了加害人本应全部承担的责任);二是,圈定的危险行为人中本就没有加害人,全体免责意味着本就“不应”承担责任的所有行为人成功摆脱困境,无因果关系免责因而成功扮演“纠错者”角色。因此,全体免责不能理所当然地假定为加害人逃脱责任而给予完全负面之评价,它反而可能具有使所有“无辜”行为人重获“清白”的正面功能(尽管从实施危险行为的角度看,加害人之外的行为人也具有可归责性,但从因果关系角度看,却无疑是无辜的)。全体免责甚至提供了继续查找和制裁加害人的可能,如果没有行为人全体免责,必定是危险行为人为“背黑锅”,而加害人永远逃之夭夭。也许有人会指出:如此极端的正面功能的发挥应该几率很小,甚至可忽略不计。这的确是事实,但这不正说明全体免责本身的几率很小而可以忽略不计吗?

(三)都是证明标准惹的祸?^[32]

有一种观点认为,民事诉讼证明标准的运用可能导致行为人全体免责而受害人求偿无门:由于证明标准低于“客观真实”,行为人只要以证据使法官形成心证就可免除责任,每个行为人都可能通过此方式免责。损害客观存在,而且的确由某危险行为人造成,但受害人却无法得到赔偿。^[33]该观点正确地指出两点:一是,依照现有证明标准,加害人通过无因果关系免责而逃脱责任存在可能性;二是,它提示我们在无因果关系免责问题上从严把握,^[34]因为加害人逃脱不仅弱化了对受害人的保护,而且增加了其他危险行为人的责任。然而,该观点却不足以否定无因果关系免责立场。第一,行为人全体免责更多停留在理论上的可能性,虽无法绝对排除,但实践中很难出现。^[35]第二,主张民事诉讼应区别于刑事诉讼并以“盖然性”作为证

[31] 黄宗智教授认为,中国法律思维有实用道德主义倾向,强调优先解决实际问题,而非贯彻抽象原则。参见黄宗智:《过去和现在:中国民事法律实践的探索》,法律出版社2009年版,页165。

[32] 美国学者也谈及行为人因证明标准逃脱责任,但与我国学者担忧的行为人全体免责并非同一问题。Summers v. Tice一案,两被告为加害人的比例均为50%,按优势证据标准(50%以上),双方都可能逃脱责任,受害人可能完全失去救济。为防止不公平结果,法院要求两被告承担连带的和严厉的责任。See Richard Epstein, *Torts*, 中信出版社1999年版(影印本), pp.226-227.

[33] 参见杨立新,见前注[4],页106-107。

[34] 强调严格审查无因果关系免责之举证,一直是实务界的主张。参见最高人民法院民一庭:《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,页76。

[35] 参见陈现杰:“《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》的若干理论与实务问题解析”,《法律适用》2004年第2期。甚至持否定说者也承认,我国司法实践中尚无此种案例。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,页58。

明标准已成学界共识。^{〔36〕} 盖然性标准固然不能保证每个诉讼中绝对真相的呈现,但我们曾经宣称和试图实践的所谓“客观真实”又何尝不是如此? 第三,具体案件中很难准确衡量盖然性,这取决于法官的裁量决定,^{〔37〕}因此,除非放弃盖然性标准,否则更现实和重要的问题是法官如何让无因果关系证明通过程序和证据规则的过滤而成为“看得见的正义”,以便说服受害人、其他危险行为人和社会公众,而不是试图回避证明标准固有的局限。第四,盖然性标准并非只适用于各危险行为人对无因果关系的证明,受害人证明和划定危险行为人范围同样要适用该标准。如果说盖然性标准可能放跑加害人,它同样可能导致未实施危险行为之人被错误锁定,危险行为的证明是一个重要却并不简单的问题。^{〔38〕}

三、“查找加害人”的激励悖论

将《侵权责任法》第10条作“危险行为人只有指证加害人才能免责”的解释,与我们赋予共同危险行为规则“查找加害人”的使命有关。有两个证据:一是,查找加害人和查明真相的确成为否定说的论证理由之一,因为行为人比受害人更容易证明加害人,要求行为人证明加害人对查明加害人、发现真相具有重要意义;^{〔39〕}二是,如果不是强调查找加害人,共同危险行为规则不必强调要行为人指证加害人,因为行为人的连带责任已确定,受害人的损害也即将填补。然而,证明加害人方可免责真能提供查找加害人的激励吗?

(一) 行为人更有可能指证出加害人?

危险行为人是否比受害人更容易证明加害人,其实很难一概而论。与狭义共同侵权行为相比,共同危险行为一定欠缺意思联络。既然无意思联络,危险行为人并不必然属于一个“共同体”。行为人之间可能熟识,如数人在旅馆房间打牌抽烟,乱扔烟头,致引起火灾,或者数人一起喝酒并均将酒瓶扔向楼下,其中一个酒瓶砸伤行人;也可能完全不认识甚至在实施行为时并不知道有其他行为人之存在,如并非结伴的数人打猎,朝同一方向射击,其中一颗子弹击中受害人。因果关系推定把“获取信息的担子全部转移到最容易获取信息的一方身上”,^{〔40〕}并

〔36〕 理论界对高度盖然性标准具有共识(参见张卫平:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2013年版,页174;李浩:《民事诉讼法学》,法律出版社2011年版,页231),最高人民法院2014年7月24日发布的指导案例“吴俊东、吴秀芝与胡启明、戴聪球交通事故人身损害赔偿纠纷案”也明确了高度盖然性标准。

〔37〕 (德)罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德:《德国民事诉讼法》(下),李大雪译,中国法制出版社2007年版,页838。

〔38〕 在“廖仟干等诉廖前干等人身损害赔偿”一案,围绕四被告是否实施危险行为,从一审、二审打到再审(参见国家法官学院、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览:2007年民事审判案例卷》,中国人民大学出版社、人民法院出版社2008年版,页378—385)。在“蒋金明、蒋金林、贾红根、徐红美与鞠井海财产损害赔偿纠纷”一案,共同危险行为的认定也经历了法院一审、检察院抗诉而法院再审的过程(参见江苏省泰州市中级人民法院(2014)泰中民再终字第0008号民事判决书)。

〔39〕 参见王利明,见前注〔4〕,页562。

〔40〕 (美)威廉·兰德斯、理查德·波斯纳:《侵权法的经济结构》,王强、杨媛译,北京大学出版社2005年版,页231。

不能绝对对应于对加害人的实际证明问题上。也许美国学者格兰依说得更直接:“法院将未造成损害的证明责任转移给被告们。当然,被告们并不比原告更能够证明谁的射击打中了他。所以结果是两被告均为损害负责。”^{〔41〕}另外,是否有合理原因让行为人承受证明加害人之负担,与证明加害人负担由受害人承受是否合理,这是两个问题。

(二)锁定加害人,还是排除非加害人?

共同危险行为规则以一顶因果关系推定的“帽子”扣住危险行为人,解决受害人无法证明损害究竟由何人所致的困境,其主要目标不在查找并制裁加害人,而在帮助受害人获得赔偿。对受害人而言,如果不考虑每个责任人的实际赔偿能力和制裁加害人的心态,圈定危险行为人与找到加害人并无实质区别,找到加害人反而可能增加受害人无法完全获得赔偿的风险(比如,加害人无赔偿能力,其他危险行为人却拥有很强的赔偿能力,且拥有连带责任的“优势”),而且危险行为人越多,增加的风险就相对越大。因此,受害人并无查找和指证加害人的强烈愿望。既然连受害人都无查明加害人的动力,强制要求危险行为人证明加害人是否强人所难?其实,无因果关系免责已经提供查明加害人的精致激励,只不过相对间接:排除无因果关系行为人,余下行为人就是加害人或者包含加害人,随着范围缩小,真相也越来越近。换言之,共同危险行为规则能胜任的是激励排除非加害人,而非准确锁定加害人。人贵在自知,制度又何尝不是?

(三)“适得其反”的激励

证明加害方可免责看上去提供了查明加害人的激励,并避免了绝对不许免责的极端印象,但却忽略了行为人的行动结构。在行为人无力证明加害人的情况下,无因果关系不免责将会降低行为人证明无因果关系之动力,而这将客观上降低侵权事实的揭示几率。比如,5人实施危险行为,其中2人有充分证据证明其行为与损害不存在因果关系,若无因果关系可免责,“真相”便是“剩余3人是可能的加害人”,但若无因果关系不免责,行为人不愿耗费成本去作“无谓的”证明,^{〔42〕}“真相”便是“所有5人是可能的加害人”。行为人范围的缩小标志着侵权真相的接近,范围越小,加害人实际承担其应承担责任的比重越大,甚至理想情况下,通过因果关系推定和无因果关系免责相结合,加害人完全承担责任,这是按照一般侵权规则和共同侵权规则无法完成的任务。无因果关系免责因为承认和尊重人的利己本性而具有发现真相的实际激励,而否定无因果关系免责并将证明加害人作为免责条件,表面上督促了行为人,实际效果却走向反面。

四、被误解的“不能确定具体侵权人”

“不能确定加害人”在共同危险行为规则中地位突出。在德国、日本、我国台湾地区

〔41〕 Joseph Glannon, *The Law of Torts*, Aspen Publishers, 2005, p.147.

〔42〕 难道行为人耗费成本证明自己非加害人只是为摆脱道德上的责难,即使其连带责任并未受丝毫改变?也许这是某个/些行为人的选择,却未必是大多数人的必然,证明成本越高就越是如此。

等民法典中,在狭义共同侵权行为规则映衬下,“不能确定加害人”几乎是共同危险行为规则的全部。我国《侵权责任法》第10条也有“不能确定具体侵权人”之表述,但对其含义和功能存在误解,这些误解为否定因果关系免责、证明加害人方可免责的观点至少是提供了“便利”。

(一)“前提”与“要件”

不能确定加害人是共同危险行为的构成要件之一,也是行为人承担连带责任的前提,否则就会按一般侵权行为或共同侵权行为处理,对此,法工委注释书已有说明:“如果受害人能够指认或者法院能够查明具体侵权人,就不能适用本条规定,只能要求具体侵权人承担侵权责任。”^{〔43〕}《侵权责任法》第10条“不能确定具体侵权人”,只是受害人、行为人、法院等都无法证明或判断加害人之“法官心证结果”,而共同危险行为规则对此提供了因果关系推定和连带责任的处置办法。共同危险行为规则本身无力关心谁是加害人,它只关注加害人是否“不确定”。然而,我们解释第10条时,却不知不觉背离“不能确定具体侵权人”的“前提”和“要件”定位,如有学者论证其否定立场时指出:“如果行为人仅能证明自己不是加害人,而不能证明谁是加害人的,仍不能确定责任的归属。”^{〔44〕}从一般侵权角度看,不能证明加害人的确无法确定责任归属,但这恰恰是共同危险行为规则的使命,而非难题。

(二)变了,还是未变?——对《侵权责任法》历次审议稿的分析

为正确解释《侵权责任法》第10条,有必要考察四次草案审议稿条文及其变化的蛛丝马迹。在否定说看来,第10条“不能确定具体侵权人”的主语“行为人”被删除,只是为避免重复,结论是四次草案审议稿条文并无本质变化。^{〔45〕}事实并非如此。第一次审议稿规定:“二人以上同时实施同一种类的危险行为,其中一人或者数人的行为造成他人损害,行为人能够证明具体侵权人的,由该侵权人承担侵权责任;行为人不能证明具体侵权人的,行为人承担连带责任。”行为人对加害人的证明被置于共同危险行为规则的中心,如果想摆脱责任的话,对加害人的证明成为行为人必须完成的任务。如果将这次审议稿解释为设置了“证明具体侵权人”免责条件,至少文义上并无问题。然而,后三次审议稿却一致采取与第一次审议稿不同的表述:一是将“证明”具体侵权人改为“确定”具体侵权人;二是将确定之主体“行为人”删掉。这两点变化传达出两个信息:一是,与“证明”的“行为”色彩相比,“确定”具有强烈的“结果”意味;二是,在语法上,行为人并非“不能确定”的主体,或者说“不能确定具体侵权人”并不需要主体。这些变化反映出后三次审议稿对第一次审议稿进行检讨,回归共同危险行为原理。共同危险行为规则解决受害人不能证明加害人时行为人的责任承担问题,而非解决由受害人、法院还是行为人证明加害人的问题。

〔43〕 全国人大法工委民法室,见前注〔4〕,页42。

〔44〕 马俊驹等,见前注〔26〕,页1020。

〔45〕 参见高圣平主编:《〈中华人民共和国侵权责任法〉立法争点、立法例及经典案例》,人民法院出版社2010年版,页151。

五、把“能够确定具体侵权人”放在合适的位置

对《侵权责任法》第10条解释时,“能够确定具体侵权人的,由侵权人承担责任”常被直接置于共同危险行为规则的核心,甚至被视为对否定说的直接描述。然而,事实并非如此。

(一)“必备的”规则?

共同危险行为规则是“加害人承担责任”一般原理之例外。由于“不能确定具体侵权人的,行为人承担连带责任”足以表达此定位,“能够确定具体侵权人的,由侵权人承担责任”有重复之嫌。^[46]《德国民法典》第830条也未明确规定“能确定加害人的由加害人承担责任”,但被视为理所当然:“第830条第1款第2句仅是要除去受损害人的证明困境:关于引致损害的不确定性不应当由受害人负担,而应当由致害人负担。由此同时得出:如果一个参与人单独对全部的损害负责任,则针对其他的参与人,第830条第1款第2句不再能够适用。”^[47]类似的,我国《人身损害赔偿解释》第4条也未规定“能够确定具体侵权人的,由侵权人承担责任”,但并不妨碍其被司法机关合理推论出来:“共同危险行为人之一尽管不能证明其行为与损害结果没有因果关系,但却举证证明其他行为人之一或者一部分为实际加害人且该证明能够成立的话,其同样可以免责。因为此时,该纠纷已经不是共同危险行为,而是单独侵权(一人为加害人)或者共同侵权(一部分人为加害人)。也就是说,一旦实际侵害行为人被确定,其他人即应免责。”^[48]

立法者之所以冒着被指多余的风险作此规定,更多是因为共同危险行为规则在我国长期缺位因而需要强调与其他侵权行为的区别。^[49]但增加该表述其实弊大于利,它客观上导致肯定说与否定说争议“升级”,^[50]使第10条立场模糊,因为它似乎是我国共同危险行为规则与国际通行规则表述上的唯一差异,是否定说唯一可能的“突破口”和“有力”证据,如果硬要从条文上寻找否定说依据的话。我们增加了一个并非必备却引发争议的条款,我们试图追求高度的确定与明晰,却发现事与愿违。其实,司法实践中真正突出的问题在于第10条与第8条(狭义共同侵权)的区分、第10条和第11条(无意思联络数人侵权的聚合因果关系)的区分并

[46] 朱岩教授就指出,“能够确定具体侵权人的,由侵权人承担责任”和“不能确定具体侵权人的,行为人承担连带责任”只是一个问题的两面,互为反面解释,第10条表述存在重复。参见朱岩:《侵权责任法通论·总论》,法律出版社2011年版,页221。张铁薇教授表达了类似观点:一个是反面排除共同危险行为的情形,一个是正面规定共同危险行为的条件。参见张铁薇,见前注[6],页272。

[47] (德)梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2007年版,页763。

[48] 最高人民法院民一庭,见前注[34],页76。

[49] 梁慧星教授指出,“能够确定具体侵权人的,由侵权人承担责任”之意义只在“强调区分、方便操作”。参见梁慧星:《中国民事立法评说:民法典、物权法、侵权责任法》,法律出版社2010年版,页355。

[50] 《侵权责任法》颁布之前,无因果关系是否免责虽有争议,但《民事证据规定》和《人身损害赔偿解释》有明确规定,争议程度和范围其实有限,真正使争议升级的是《侵权责任法》第10条“能够确定具体侵权人”表述。

不总是能够得到贯彻。^{〔51〕}在此意义上,我们似乎找错了重点。

(二)确认否定说之条款?

《侵权责任法》颁布前,“能够确定具体侵权人的,由侵权人承担责任”条款曾作为否定说的直接表述。《中国民法典学者建议稿·侵权行为编》第1845条规定:“二人以上共同实施危险行为致人损害,不能确定具体加害人的,行为人承担连带责任。行为人能够证明具体加害人的,由具体加害人承担侵权责任。”^{〔52〕}其“立法理由”明确指出:“共同危险行为人仅仅证明自己的行为与损害之间没有因果关系不能免除责任,而必须证明谁是真正的加害人方能免责,否则对受害人的保护不利。”^{〔53〕}于是,《侵权责任法》第10条中“能够确定具体侵权人的,由侵权人承担责任”,容易被视为对否定说的吸收和确认。虽然使用类似表述,但二者在各自条文中所处位置不同,解决的问题也不同。《侵权责任法》第10条中“能够确定具体侵权人的,由侵权人承担责任”位于“不能确定具体侵权人的,行为人承担连带责任”之前,是作为共同危险行为规则适用的排除条件而存在;《中国民法典学者建议稿》第1845条中,“行为人能够证明具体加害人的,由具体加害人承担侵权责任”则位于“不能确定具体加害人的,行为人承担连带责任”之后,解决适用共同危险行为规则后的“免责”问题。

六、证明加害人:奇怪的免责事由

如果说《侵权责任法》第10条否定了无因果关系免责,但它似乎并未走向绝对不许免责的极端,而是特别留下证明加害人仍可免责的“出口”。然而,该免责事由果真实现了“允许免责”与“不许免责”之间的折衷?它真的是一个合格的免责事由吗?

(一)造成“混同”的免责事由

共同侵权行为与共同危险行为的重要区别就是,危险行为人可通过证明无因果关系而免责,而共同侵权行为由于存在共同过错,即使某行为人并未直接造成损害,也被视为共同造成损害,因为“共同参与行为的意图消除了他与其他参与人的差异”。^{〔54〕}将《侵权责任法》第10条解释为否定无因果关系免责且只有证明加害人才能免责,不仅几乎封住了行为人的免责之路,而且使得共同危险行为与共同侵权行为在结果上“混同”:只要被确定为危险行为人,相当于直接适用共同侵权行为规则,因为行为人很难通过证明加害人而免责,于是共同侵权行为与共同危险行为的区分似乎只有“理论上的可能”。更严重的是,一旦混同大量出现,共同危险行为规则竟然可以迂回方式实现共同侵权规则的效果,而该案其实并不符合共同侵权要件。难道共同危险行为规则的设置是为保护受害人而降低共同侵权规则适用的门槛?日本学者原田

〔51〕 参见广西南宁市横县人民法院(2013)横民一初字第1837号民事判决书;浙江省诸暨市人民法院(2014)绍诸民初字第631号民事判决书。

〔52〕 王利明主编:《中国民法典学者建议稿及立法理由·侵权行为编》,法律出版社2005年版,页43。

〔53〕 同上注,页46。

〔54〕 福克斯,见前注〔12〕,页234。

刚曾认为,中国《侵权责任法》第10条没有使用“共同”二字,因而避免了《日本民法典》第719条第1款前段和后段都使用“共同”字样带来的解释和区分难题,更为清晰和妥当。^{〔55〕}但否定无因果关系免责之解释实际上使得这种清晰性和妥当性大打折扣。

(二)“无处安放”的免责事由

在民法理论上,抗辩事由(构成要件之外的抗辩事由,即狭义抗辩事由),分为正当理由抗辩和外来原因抗辩。正当理由抗辩是指损害虽由行为人所致,但因其行为具有合法性而不承担责任,如正当防卫、紧急避险等;外来原因抗辩是指损害并非被告行为所致,而是外在独立原因造成,被告行为与损害不具因果关系因而不承担责任,如不可抗力。^{〔56〕}按照该分类,“证明具体侵权人”无法安置。首先,它不属于正当理由抗辩。证明无因果关系意味着损害非该行为人所致,证明加害人也非行为合法性之证明。其次,它不属于外来原因抗辩。一方面,外来原因抗辩是要决定行为人和外来原因谁应负责,属于因果关系“二选一”,但证明加害人免责事由却非如此;另一方面,外来原因抗辩常发生在严格责任场合,因为严格责任不考虑过错要件,因而无法再像过错责任那样将受害人故意、第三人行为所致等情形于过错要件中考察,于是受害人故意、第三人行为所致等构成对严格责任局限的一种弥补。证明加害人免责事由显然与此无涉。既然证明加害人既非狭义抗辩事由,也不属侵权责任构成要件问题,它真是合格的免责事由吗?

(三)“模糊”的“不利”免责事由

如果行为人只有证明加害人才能免责,与其说这是将危险行为人从责任中解脱出来的路径,不如说是给行为人摆脱责任额外制造的障碍。所谓“免责”或许只是一种掩饰,掩饰《侵权责任法》并不真想让行为人免责,并希望受害人得到绝对充分的保护。既然“证明具体侵权人”是超出侵权责任构成要件范畴而另行增加的负担,而该负担又与各国民法通例和之前的《民事证据规定》和《人身损害赔偿解释》相悖,《侵权责任法》应明确作出特殊、清晰的规定,而非依靠极有争议或模棱两可的解释。指出这一点,并非试图以《民事证据规定》和《人身损害赔偿解释》的立场衡量或要求《侵权责任法》,这不符合法律适用和解释的位阶要求,但考虑到如下两个问题,《侵权责任法》必须给出明确的立场:一是,《民事证据规定》、《人身损害赔偿解释》和《侵权责任法》毕竟有时间上的先后顺序,前者不仅反映出特定阶段的理论共识,而且早已为司法实践所遵循;二是,我国司法解释具有“司法性立法”^{〔57〕}性质,如果不是和更高位阶的《侵权责任法》对照,它不仅仅是一个“解释”。另外,现代法治社会,某一行为非经法律明文规定,应以“法律禁止的行为是法律容许的行为”判定,而“法律不容许的行为是法律禁止的行为”只能适用于法律明文规定之情形。^{〔58〕}一句话,自由无须明文,负担必须明文。《侵权责任法》第10条既然未明确规定“证明加害人之负担”,应视为无此负担。

〔55〕 参见原田刚,见前注〔23〕,页176。

〔56〕 参见张新宝:《侵权责任法》,中国人民大学出版社2010年版,页65。

〔57〕 参见季卫东:《宪政新论:全球化时代的法与社会变迁》,北京大学出版社2005年版,页118。

〔58〕 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,页412。

七、制裁的限度

对《侵权责任法》第10条解释时,制裁和预防危险行为被提到特别高度。一方面,否定说解释常将制裁和预防危险行为作为“证明具体侵权人”免责条件的主要理由之一。^[59]另一方面,与第87条相比,第10条似乎体现出制裁和预防功能:前者是补偿责任,后者是连带赔偿责任;前者明确规定建筑物使用人可因证明非加害人而免责,后者却在是否允许证明非加害人而免责上立场“模糊”。虽然共同危险行为规则本身包含制裁危险行为人之功能,但证明加害人方可免责则超出了“必要”的限度。

(一)“过度制裁”的嫌疑

制裁和预防侵权行为是我国《侵权责任法》的重要目标。《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。”立法者说明时也强调:“《侵权责任法》通过对可归责的当事人科以责任,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。”^[60]然而,证明无因果关系不可免责或者证明加害人方可免责有“过度制裁”之嫌,因为共同危险行为规则已对危险行为人“制裁”两次。一次是因果关系推定,虽然未被受害人证明为加害人,但行为人实施了危险行为,受害人之损害未超出其预期,因此行为人在因果关系不明时被要求承担责任;^[61]一次是连带责任,它免除了受害人“某个/些行为人无赔偿能力”的风险。^[62]两次制裁后,受害人已得到充分保护,行为人也为其危险行为付出代价,无须额外制裁。对侵权行为的制裁至少有两个限度:一是,侵权法以“填补损害”为中心,而不是以制裁为中心;二是,侵权法的制裁以造成损害为前提,这与刑事制裁不同。A和B同时向C开枪,目的是伤害C。A的子弹未打中,B的子弹打中并且使C受伤。A对不良行为负有责任(刑事惩罚),B对不良行为(刑事惩罚)及不良后果负有责任(损害赔偿)。^[63]

(二)“选择性”制裁

如果将第10条否定无因果关系免责、证明加害人方可免责之解释,归结于制裁危险行为,合乎逻辑的做法应是:即使行为人证明了加害人并由加害人承担责任,加害人之外的其他行为

[59] 参见王利明,见前注[4],页562。

[60] 全国人大法工委民法室,见前注[4],页2。

[61] 有法官指出,因果关系推定是充分救济受害人和惩戒危险行为者双重目的的结果。参见国家法官学院案例开发研究中心编:《中国法院2014年度案例:人格权纠纷》,中国法制出版社2014年版,页159。

[62] 对于“危险行为人承担连带责任”,我们必须正视三点:第一,连带责任是与按份责任竞争优势的结果,而并非先天的理所当然;第二,连带责任并非完全不存争议,《欧洲侵权法原则》就采取了按份责任立场(参见欧洲侵权法小组:《欧洲侵权法原则:文本域评注》,于敏、谢鸿飞译,法律出版社2009年版,页82—83);第三,法律史上,受害人无法证明因果关系时危险行为人从不承担责任到承担责任有一个过程,比如法国最高法院20世纪60年代才开始采取肯定立场,此前否定立场是原则。参见(德)克里斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上),张新宝译,法律出版社2004年版,页83—86。

[63] 参见(澳)皮特·凯恩:《法律与道德中的责任》,罗李华译,商务印书馆2008年版,页207—208。

人也不能免除责任,因为他们毕竟实施了危险行为。的确有两种方案曾被提出,一种主张:“如果被告能够举证证明谁是直接加害人,则可发生责任不均等的后果,但不改变共同危险侵权行为的性质。”^[64]另一种建议:“在能够确定具体加害人时,由加害人承担侵权责任,其他行为人承担补充责任,这有利于预防和制裁危险行为。”^[65]《侵权责任法》显然未采取上述两种“将制裁进行到底”的方案。但证明加害人方可免责陷入“选择性制裁”的困境:在危险行为人均无法证明加害人时,它体现出对危险行为的制裁,因为行为人即使证明无因果关系也不能免责;在某行为人证明了加害人时,它对危险行为的制裁则完全消失,因为随着加害人承担责任,其他危险行为人也免责了。这难免引发质疑:如果制裁的论证成立,为何其实施要取决于是否找到加害人?危险行为的应遣责性在其发生时就已注定,不会因为找到或未找到加害人而有不同。“选择性制裁”暴露出,制裁危险行为只是“证明具体侵权人”的临时证成理由,却无法形成其理论基础。

(三) 喧兵夺主的“过错”

共同危险行为规则确立前,理论界强调共同危险行为以过错推定为基础,^[66]司法实践处理案件时也以“过错”为中心,原本关键的“因果关系”反倒被忽略,如:

“被告傅某、曹某、吴某在15层电梯间玩耍时,把三只酒瓶从高楼抛下,将二岁的孩子马某砸死,这是一种违法行为,有过错,应对此侵权行为造成的损害后果,共同承担民事责任,以各承担原告损失的三分之一为宜”^[67]。“按一般过错原则,原告应当负举证责任,而原告根本无法判明和证明加害人是谁,三被告本身也无法证明谁是真正的侵害人。一审法院针对三被告客观存在的共同危险行为,采用了推定过错原则。……如果被告方能举证证明自己没有过错,方可免除责任。这样有利于及时、有效地保护受害人的合法权益,制裁侵权人的违法行为。”^[68]

当时,这种处理思路可能与《民法通则》只规定了狭义共同侵权规则而无共同危险行为规则有关,通过强调危险行为人的“过错”可强化以共同侵权规则处理共同危险行为案件的正当性,毕竟在“侵权法充满了伦理术语”,^[69]“过错”构成基本的道德归责基础,是判决论证最为顺手的工具。不过,这并不意味着共同危险行为规则确立后,对过错的强调就消失了。事实上,《民事证据规定》和《人身损害赔偿解释》等司法解释确立共同危险行为规则以后,对过错的强调仍有不小的市场,部分法官或者强调“共同危险行为人对损害结果有过错的推定”,而不是

[64] 实务界的确曾有类似观点,参见最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》(1996年第3辑),人民法院出版社1996年版,页100。

[65] 全国人大法工委民法室,见前注[23],页113。

[66] 参见王利明主编:《民法·侵权行为法》,中国人民大学出版社1993年版,页363。

[67] 参见国家法官学院、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览:1993年综合卷》,中国人民大学出版社、人民法院出版社1994年版,页608。

[68] 最高人民法院中国应用法学研究所,前注[64],页98。

[69] (美)霍姆斯:《普通法》,冉昊、姚中秋译,中国政法大学出版社2006年版,页70。

真正核心的因果关系推定，^{〔70〕}或者在被告之一提出原告损害并非其造成时，以“未能举证证明其对原告遭受的损失无过错”而不予采纳。^{〔71〕}

过度强调过错而忽略因果关系难题，客观上掩盖了共同危险行为的特殊性，强化了对危险行为进行制裁的倾向。其实“过错”在共同危险行为规则中并不突出，至少与一般侵权或共同侵权不可同日而语。

首先，共同危险行为构成要件一般包括数人实施危险行为、其中一人或数人行为造成他人损害、具体加害人不能确定，^{〔72〕}过错通常并不被视为独立要件，因为无过错责任原则与过错推定原则也可适用于共同危险行为规则。^{〔73〕}

其次，共同危险行为之过错与一般侵权行为之过错不同：“从数个行为人共同造成危险状态而言，共同危险行为人是有过失的，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”。^{〔74〕}

最后，可能的因果关系加上相应领域的归责原理，正当化了危险行为人的连带责任，^{〔75〕}一旦因果关系被否定，相应归责失去载体。共同危险行为规则不顾已经被排除的因果关系而谈论行为人过错并要其承担连带责任，就像一般侵权规则要求未造成损害之行为人（小孩打水漂，石头从河对面小孩头上飞过）承担侵权损害赔偿责任一样。法律经济学家说的透彻：“因果关系这个基本要素把侵权和道德迅速地拉开了距离。”^{〔76〕}

八、字面对比的误区

将《侵权责任法》第10条作否定说之解释，否定无因果关系免责，可能源于对两个立法技术问题误解。

（一）《侵权责任法》第10条之于《人身损害赔偿解释》第4条是继承还是背离？

《侵权责任法》第10条未明确采用《人身损害赔偿解释》第4条“共同危险行为人能够证明损害后果不是由其行为造成的，不承担赔偿责任”之类的表述，因此似乎给人以《侵权责任法》已经放弃无因果关系免责的印象。尽管条文变化是探求立法真意的重要途径，但过分执着于

〔70〕 参见国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览：2011年卷》，中国人民大学出版社、人民法院出版社2013年版，页395。

〔71〕 参见河南省登封市人民法院（2012）登民一初字第595号民事判决书。

〔72〕 参见张新宝：《侵权责任法原理》，中国人民大学出版社2005年版，页87—88；全国人大法工委民法室，见前注〔4〕，页42。

〔73〕 参见全国人大法工委民法室，见前注〔4〕，页41；奚晓明主编，见前注〔7〕，页90。

〔74〕 曹险峰：“数人侵权的体系构成”，《法学研究》2011年第5期。

〔75〕 参见叶金强：“共同侵权的实质要素及法律效果”，《中国法学》2010年第1期。

〔76〕 （美）罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》，史晋川、董雪兵等译，格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2010年版，页305。

条文文字面比较,可能陷入机械和教条。从《侵权责任法》和《人身损害赔偿解释》制定者的基本角色以及大陆法系共同危险行为规则的常规表述来看,《侵权责任法》第10条是将《人身损害赔偿司法解释》第4条整体予以吸收,并按照国际一般表述重新表达。

首先,《侵权责任法》和《人身损害赔偿解释》属于位阶不同的规范,规范制定者也不同,这在一定程度上导致二者的条文表述差异。最高人民法院制定的《人身损害赔偿解释》明确规定“证明无因果关系可免责”,至少有如下两个解释:一是,该司法解释制定于我国民事基本法尚未规定共同危险行为规则的背景下,这就要求规范制定者最高人民法院必须将共同危险行为规则予以全景展现;二是,最高人民法院作为诸多司法解释的主要起草者,必然特别着眼于从具体操作的细节层面对各级法院的法律适用提供指引。全国人大常委会制定的《侵权责任法》则不同,它并非必须将无因果关系免责写在条文中:一是,《人身损害赔偿解释》再加上《民事证据规定》已经使得共同危险行为规则在我国民事规则体系内生根,无因果关系免责也早已被实践遵循,即使没有有条文中明确,也具有自然推演出来的理论、制度和实践基础;二是,全国人大常委会制定作为基本法的《侵权责任法》时,理论学说、司法实践和域外立法都是其参考资料,特别是条文表述必然会参考相关国家的成熟经验。

其次,从比较法角度看,大陆法系国家或地区多未在民法典明确规定行为人可以证据推翻因果关系推定,但这丝毫不影响推论出无因果关系免责。^{〔77〕}《德国民法典》第830条第1款规定:“二人以上以共同实施的侵权行为引起损害的,每一个人均为损害负责人。不能查明两个以上参与人孰以其行为引起损害的,亦同。”《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的,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。”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权利者,连带负损害赔偿责任。不能知其中孰为加害人者,亦同。”因此,《侵权责任法》第10条未采用《人身损害赔偿解释》第4条之表述,并不能说明采用否定说,它只是试图与德、日模式接轨,^{〔78〕}而放弃之前采用的荷兰模式而已。《荷兰民法典》第6:99条规定:“在损害可能产生于两个或者两个以上的人各自应当承担责任的案件时,如果能够认定损害至少产生于此等事件之一,这些人中的每一个人都对赔偿承担责任,除非他能证明损害不是由于他所负有责任的事件造成的。”客观地说,在中国语境下,明确规定可反证推翻推定可能是一个更为合适的选择,《侵权责任法》第10条引发的争议似乎也证明了这一点。不过这已经是另一个问题了。

(二)从第87条“明定免责”可反推第10条的否定说立场?

《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。”《侵权责任法》第10条未像第87条那样明确规定,“可能的加害人因证明自己非加

〔77〕 参见(日)大村敦志:《债权各论》,有斐阁2005年版,页256;王泽鉴,见前注〔11〕,页369。

〔78〕 《侵权责任法》颁布前,数个民法典学者建议稿采用了与德国、日本、我国台湾地区相同的条文表述,参见梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由·侵权行为编、继承编》,法律出版社2004年版,页15;徐国栋主编:《绿色民法典草案》,社会科学文献出版社2004年版,页706。

害人而免责”。第10条与第87条都面对“加害人不确定”难题，一般应作相同的条文技术处理。既然采用不同处理方式，涵义应视为不一致，因此不能认为第10条包含无因果关系免责。这很可能也构成了持否定说解释者的未说出的理由，否则，我们很难理解为何他们无法接受《侵权责任法》第10条把无因果关系免责作隐含处理的解说。必须承认，从立法技术角度看，对第10条和第87条是否明定免责事由采取不同处理方式，有“各自为政”而忽视整体协调的问题。但这只是立法技术问题，并不能从第87条表述反推出第10条采取了否定说。

首先，立法者对第87条关于免责的说明完全可以移用到第10条上。全国人大法工委注释书对第87条有如下说明：

根据本条规定，无法确定具体侵权人的，由被侵权人证明自己是被建筑物上的抛掷物、坠落物伤害的，由建筑物使用人证明自己不是侵权人。建筑物使用人不能证明自己不是侵权人的，要对被侵权人受到的损害进行补偿。如果有证据能够确定具体的侵权人，则其他可能加害的建筑物使用人无须再举证证明自己不是侵权人。^{〔79〕}

第10条完全可作相同表述：

根据本条规定，无法确定具体侵权人的，由被侵权人证明自己是被数行为人伤害的，由行为人证明自己不是侵权人。行为人不能证明自己不是侵权人的，要对被侵权人承担连带责任。如果有证据能够确定具体的侵权人，其他可能加害的行为人无须再举证证明自己不是侵权人，由具体侵权人承担责任。

其次，第87条明定免责是“特别强调”的结果，而非关于免责的“条文模板”。与第10条相比，第87条之所以明定“除能够证明自己不是侵权人的外”，主要是为防止出现“不允许免责”之误解而使第87条之固有局限扩大化，毕竟第87条自身争议太大。比如，在《侵权责任法》之前，司法实践对抛掷物致人损害案件主要有三种处理方式（依共同危险行为处理、依过错推定处理、依公平责任处理），却没有一个被公认合理，相反，均不同程度地招致质疑；《侵权责任法》起草过程中，民法学界对抛掷物致人损害是否应该以及如何通过侵权法加以解决有激烈争论，^{〔80〕}社会各界对于第87条应否存在以及如何修改也有诸多争论和不同建议。^{〔81〕}即使是《侵权责任法》颁布后，学者们也不得不强调第87条是我国社会保障体系不完善、公民道德水平有待提高等现实下的“不得已”。^{〔82〕}作为一个极具争议的条文，明确规定“证明自己不是侵权人便不承担责任”，而不是从“可能加害的建筑物使用人”表述推论出来，这将大大改善人们对第87条“牵连无辜”的不良印象。

九、结 语

无因果关系免责是共同危险行为规则的题中应有之义，它既尊重了民事证据法的推定逻辑

〔79〕 全国人大法工委民法室，见前注〔4〕，页355。

〔80〕 参见高圣平主编，见前注〔45〕，页797—803。

〔81〕 全国人大法工委民法室，见前注〔23〕，页35，页120，页241，页272。

〔82〕 参见朱岩，见前注〔46〕，页209；杨立新，见前注〔35〕，页266。

辑,也符合侵权法一般原理,同时与国际通行规则保持一致,^[83]我国《侵权责任法》第 10 条也应作“可免责”之解释。

将《侵权责任法》第 10 条作否定无因果关系免责、证明加害人方可免责之解释,至少存在如下困境:①违反推定允许推翻的证据法逻辑,并实质取消了侵权责任因果关系要件;②过分夸大行为人全体免责的可能性和负面效果,忽视其隐含的“查明加害人”的正面功能;③“证明具体侵权人”表面上具有查明加害人的激励方向,但更易导致相反的实际效果,而且为行为人设置高难任务,有“固定更多行为人”之嫌;④“不能确定具体侵权人”是共同危险行为的构成要件,是第 10 条的核心条款,它是“不能证明”之结果而非确定“是否不能确定具体侵权人”之过程,它与危险行为人无关;⑤“能够确定具体侵权人”并非共同危险行为规则的必备条款,其使命只在区别于其他侵权行为,就其在第 10 条的位置而言,也并非免责事由条款;⑥“证明具体侵权人”作为免责事由并不合格,它不仅导致共同危险行为与共同侵权行为“混同”,而且无法归入免责事由家族;⑦存在过度制裁、选择性制裁和过度强调过错之问题,有违共同危险行为规则合理保护(而不是偏袒)受害人的初衷;⑧存在条文字面比较的误区,《侵权责任法》第 10 条未像《人身损害赔偿解释》第 4 条那样明确规定无因果关系免责,并非立场发生变化,而只是遵循德、日等大陆法系国家民法的一般表述而已;《侵权责任法》第 10 条未像第 87 条那样明确规定无因果关系免责,并非其否定无因果关系免责的证据,而只是证明了颇有争议的第 87 条为明晰自身边界而作出“明示”规定而已。

Abstract: Noncasual relationship amounting to exemption of liability is incorporated in the rules of the joint dangerous conduct, and is the international customary practice as well. Article 10 of the Tort Law of the People's Republic of China shall adopt this kind of interpretation. Should article 10 be interpreted as that the joint dangerous actors cannot be exempted from liabilities by proving the existence of non-casual relationship, and that they are exempted only when the specific tortfeasor has been identified, there would be certain defects as follows, among others, denying the presumptive logic, exaggerating the overall exemption of liabilities, falling into the incentive paradox of ascertaining the tortfeasor, misunderstanding the meaning of “unfeasibility of determining the specific tortfeasor”, putting the cart before the horse by “feasibly determining the specific tortfeasor”, violating the Excusatio Principle, excessively sanctioning the actors, immersing in the literal comparison between the legal provisions etc.

Key Words: Joint Dangerous Conduct; Casual Relationship; Burden of Proof; Legal Presumption; Exemption of Liabilities

(责任编辑:许德风)

[83] 当然,与国际通行规则不一致不必然说明我们的规则不合理,但至少给了我们论证压力,毕竟“独有”并不等于“特色”。