

王利明:《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》中共同危险行为规则评析 PDF转换可能丢失图片或格式, 建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/484/2021\\_2022\\_\\_E7\\_8E\\_8B\\_E5\\_88\\_A9\\_E6\\_98\\_8E\\_\\_c122\\_484416.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E7_8E_8B_E5_88_A9_E6_98_8E__c122_484416.htm) 《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》第四条规定：“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一百三十三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。”（以下简称“解释”）关于共同危险行为据以考察的相关案例：案例一：甲乙丙三人在河边用石子进行打水漂游戏，比赛谁打得更远。正好有一个小孩丁在河对岸玩耍，正好被打过来的一个打水漂的石子击伤眼睛。到医院看病花去医药费5万元。受害人丁在法院起诉，要求甲乙丙三人负连带赔偿责任。甲提出抗辩，其是左撇子，按照水漂飞行的方位只能是右手打出的水漂击中了丁的眼睛，而不可能是左手打出的水漂扔出的水漂击中的。而乙提出抗辩，其只有15岁，没有足够的力量将水漂扔出50米开外，从而不可能达到河对岸。而丙提出抗辩，在事故发生前手臂受伤，尽管参与了扔水漂，但水漂打不远，不可能击中对方。案例二：甲乙丙丁四人出差外地，住宿某旅馆。晚上四人在一起打牌，一直玩到凌晨一点，后四人出去吃夜宵，随即其居住房间起火。经查明是遗留的烟头造成火灾。旅馆遂向法院起诉，要求四人进行赔偿。甲提出抗辩，其不会抽烟，不可能扔烟头。乙提出抗辩，其在半年前业已戒烟，在此次打牌过程中其没有抽烟。丙、丁提出

抗辩，尽管二人会抽烟，但是在此次打牌过程中没有抽烟。失火的烟头并非其所丢弃，因为在打牌过程中也有其他人进入房间，所以，不排除其他人进入房间时扔烟头的可能性。现代社会，人口稠密，社会关系复杂，基于人们共同行为致人损害的情形越来越多，当损害后果客观地发生了，囿于人类认识能力的有限、事实证明的困难，而在可能导致损害后果的共同行为人中无法确定真正的行为人，此时受害人的权益如何保护？现在法律条文上存在漏洞。此即构成所谓的共同危险行为问题。关于共同危险行为，我国《民法通则》以及最高人民法院关于《民法通则》的司法解释，都未作出规定。1986年《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。”但对共同危险行为，并无规定。但在我国司法实践中，已出现共同危险行为的案例。[i]2001年12月6日颁布的《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。”该条是司法解释中第一次对共同危险行为作出规定。不过由于该解释主要是从举证责任的角度对共同危险行为作出的规定，所以，它仍然不是从实体法规则上对共同危险行为作出的规定，因此，关于共同危险行为的实体法规则仍然缺乏。此次颁布的《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》明确规定：“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一百三十三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。”

该解释第一次以司法解释的形式从实体法规则的角度确立了共同危险制度，填补了我国目前适用规则上的空白，无疑具有重大的理论和实践意义。但就共同危险行为的概念、特征、要件、责任，特别是“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”的免责事由的规定，理论上尚存在争议，现结合《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》和《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》两解释，参以上述列举的两个案例，对共同危险行为制度展开探讨，并对《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》第四条进行论述、评析。

### 一、共同危险行为的概念

共同危险行为，又称为准共同侵权行为，德国民法典第830条第一款称为“Beteiligung”，也有学者认为，该词应当译为“参与共同侵权行为”，是指数人实施的危险行为都有造成对他人的损害的可能，但不知数人中何人造成实际的损害。共同危险行为造成损害实际上有两种情况，一是数人共同实施危险行为致他人损害，能够确定损害的结果是其中一个行为所造成的，但不知行为人是谁。例如，前述第一个案例中，甲乙丙三人在河边打水漂，结果有一个水漂打中了丁，但不知道该水漂是谁打出的。二是数人共同实施某种行为并造成了损害结果，数人的行为都有可能造成损害的发生，但不知道行为人具体是谁。例如，前述第二个案例中，数人在旅馆抽烟，随地乱扔烟头，导致旅馆着火，但无法判断谁是真正的行为人。共同危险行为与共同侵权、无意思联络的共同侵权等相关概念具有相似之处，在司法实践中极易造成混淆，试比较如下：

（一）共同危险行为与共同侵权行为从“解释”的规定来

看，该司法解释明确了两点：第一，共同危险行为在责任承担上，应当依照《民法通则》关于共同侵权行为处理，所以共同危险行为本身和共同侵权是有区别的，但其法律后果又是相同的。共同危险行为与共同侵权行为有相似性。一方面，无论是共同危险行为还是共同侵权行为，都表明数个危险行为人和数个侵权行为人具有共同过错。另一方面，从结果上看，他们都要承担连带责任。传统民法上一般认为，广义的共同侵权行为包括共同危险行为。但是，严格地说，共同危险行为和共同侵权行为是有区别的。主要区别在于：第一，是否具有共同的意思联络。在共同侵权的情况下，尽管并不要求都具备意思联络，但是大多数情况下，都需要意思联络。然而，在共同危险的情况下，必须是不具有意思联络。一旦各个行为人之间有意思联络，就构成了共同侵权。第二，各个行为之间是否在时间和地点上具有同一性。在共同侵权的情况下，各个行为人的行为可能在时间和地点方面并不具有共同性。而在共同危险行为的情况下，各个行为人的行为必须在时间和地点方面具有同一性。第三，在行为人是否确定方面不同。在共同侵权的情况下，各个侵权行为人是确定的、明确的。而在共同危险的情况下，只是数人都实施了危险行为，而真正的行为人是不能确定的。如果真正的行为人确定下来，就转化为一般的侵权或者共同侵权。第四，从行为与损害结果之间的关系来看，各个危险行为人的行为只是可能造成了损害后果，其行为与损害后果之间的因果关系是法律推定的，是一种“替代因果关系”。而在共同侵权的情况下，各个行为人的行为都确定地造成了损害后果，此种因果关系是确定的。（二）共同危险行为与无意思联络的数人

侵权行为 共同危险行为与无意思联络的数人侵权行为一样，行为人彼此之间都没有意思联络，非常相似，二者都不要求共同侵权人在主观上存在共同意思联络，其仅要求各侵权人的独立行为共同引发损害<sup>[ii]</sup>。例如，两人不约而同扔出的石子，同时击中了第三人，两个行为人都对损害结果的发生产生了作用，但是两个行为人在实施这一行为时，并没有共同的意思联络。此种情况常常被认为是共同危险行为。但我认为，此种情况不应当被作为共同危险行为处理。这是因为共同危险行为和无意思联络的数人侵权是不同的，二者的区别主要表现在：第一，真正的行为人是否确定。在无意思联络的数人侵权中，行为人是确定的。因此，就不存在一个推定行为人的问题。而在共同危险行为的情况下，虽然参与共同危险的行为人是确定的，但真正的行为人不确定的，所以，要推定所有参与危险行为的人承担连带责任。第二，从因果关系的角度来看，在无意思联络的数人侵权的情况下，每个人的行为与结果之间的因果关系都是确定的。而在共同危险的情况下，全部危险行为人的行为与结果之间具有因果关系，而具体每个行为人的行为都只是有可能导致结果的产生，因此，每个具体行为人的行为和损害后果之间的因果关系是法律推定的。第三，举证责任不同。对于无意思联络的数人侵权来说，每个行为人只要证明自己的行为与结果之间没有因果关系，就可以被免责。而对于共同危险行为来说，行为人仅仅证明自己的行为和损害后果之间没有因果关系还不能免责，还必须证明谁是真正的行为人才能免责。第四，责任后果不同。在无意思联络的数人侵权的情况下，如果能够确定其行为所造成的具体损害份额，则成立一般的单独侵权

，就其损害后果份额承担责任。如果不能确定具体的损害份额，就应当推定每个行为人根据其过错和原因力的大小承担责任。但是，在共同危险行为中，每个行为人都要承担连带责任。（三）共同危险行为与原因力不明的侵权区别 如果数人都对受害人施加了侵权行为，行为人之间并不存在意思联络，但由于数人对损害的结果所施加的作用不明，这种情况是否应当作为共同危险行为对待，值得探讨。例如，甲、乙二人打猎时，开枪误伤了丙，甲、乙射出的两颗子弹同时命中丙的大腿，由于丙所受到的该人身伤害所不可分的，因此无法查明甲乙二人就丙所受伤害的参与部分，再如，两头牛在打架，并造成第三人的损害。两头牛的所有人具有过错，但其对损害发生的原因力是很难确定的，也就是说，原因力不明，对此种情况，有学者认为应构成共同危险行为，因为受害人造成了同一损害，损害是不可分的，也不能根据因果关系确定原因力，因此应当根据共同危险行为要求其承担连带责任。[iii]我认为，不能简单将原因力不明的行为作为共同危险行为对待。其原因在于，一方面，在原因力不明的情况下，共同侵权人并未实施共同危险行为，或者说数个行为人不是在同一时间、地点实施了行为，例如甲将乙打伤，在送医院途中由于丙的过错造成的车祸而加重了伤势。对甲和丙而言，二人并未实施共同危险行为，但他们对损害结果的发生虽然不能确定其原因力，也不能作为共同危险行为对待。另一方面，在原因力不明的情况下，行为人是确定的，而在共同行为的情况下，真正的侵权人并未确定。我认为，在原因力不明的情况下，行为人是确定的，只是原因力不确定，此时可以通过推定原因力是均等的，而使各个行为人分别承

担责任。二、共同危险行为的归责原则和构成要件（一）归责原则“归责”（*Imputatio*、*Imputatio*，*Zurechnung*），在德国学者拉伦茨看来，是指“负担行为之结果，对受害人言，即填补其所受之损害”。[iv]共同危险行为人承担连带责任，其承担这种加重责任，其归责原则为何，值得探讨。有观点认为，共同危险行为人对于损害的发生不存在共同过错，只有实际致害人对其实际致害行为具有过错，未实际致害的其他行为人并无过错，让其承担责任实际上是一种严格责任，其目的在于充分保护受害人。[v]也有学者主张惹起人不明说，认为实际致害由一人或部分人所为，因不知孰为实际致害人，而由法律推定全体危险行为人承担连带责任。[vi]我认为，共同危险行为采取的是严格责任和过错责任的结合。严格责任实际上通过举证责任倒置的做法，只有在被告举证证明自己没有法定的免责事由的情况下，才能免责。之所以认为共同危险行为中采取了严格责任，因为一方面，在共同危险行为中受害人并不需要举证证明共同危险行为人在实施危险行为时主观上具有过错，而应当由行为人举证证明自己没有过错或其行为与损害结果之间没有因果联系。另一方面，对共同危险行为人举证证明自己没有过错的抗辩事由应当在法律上有特定限制。从这个意义上说，它确实适用地是严格责任。但共同危险行为不仅仅适用严格责任，也适用过错责任，共同危险行为的责任基础是共同过失，一方面，行为人所实施的行为具有共同的危险，这种危险是不正当的、不合理的，若无危险的存在则不可能发生实际的损害，对危险形成的过失是归责的重要前提。另一方面，行为人虽具有共同过失，但这种过失是

对危险的形成而言的，而不是针对实际的真正加害行为而言的，因为毕竟在共同危险行为中责任人并不都是真正实施加害行为的人，只是因为他们对实施共同的危险行为具有过错，且已经造成了实际损害，法律上推定各个行为人具有共同的过失。在侵权法中，这种过错原则上应为共同过失；若为共同故意，则表明行为人具有意思联络，因而构成共同侵权。共同过失使各危险行为密切联系，构成一个整体，据此，在实际的损害发生以后，且不能证明谁是加害人时，可以推定各行为人对损害的发生具有共同的过错。共同危险行为就其行为本身的归责来看，原则上大都应属于一般侵权行为，适用过错责任原则。根据“谁主张，谁举证”原则，过错的事实应由主张损害赔偿的受害人负举证责任，在共同危险行为中，受害人不可能就真正的加害人具有过错进行举证，因为一方面受害人根本不知道真正的加害人具体是谁，也常常难以知道损害是如何具体发生的。因此不可能就加害人就损坏的发生的过错进行举证。但这并不意味着受害人不负有任何对过错举证的责任。我认为，受害人举证证明谁是共同危险行为人，实际上已经完成了对过错的初步的举证责任。因为受害人证明谁是危险行为人，而实施危险行为本身就表明一定的过错，这就表明证明谁实施了危险行为，也就证明了谁具有过错。正是从这个意义上，我认为，共同危险行为仍然适用的是“谁主张，谁举证”的过错责任原则。（二）构成要件 根据“解释”第四条规定，共同危险行为的构成要件为：1. 数人实施了共同危险行为。所谓数人实施危险行为包括如下几个方面的内容：首先，共同危险行为的实施者是多数人，如果危险行为人为一人，则属于一般侵权行为，

应当按照一般的单独侵权处理。其次，危险行为人是确定的。在共同危险行为中，造成最终结果的行为人不能确定，但实施共同危险行为的行为人应当是确定的，否则不能使危险行为人承当连带责任。第三，数人的行为具有共同危险性。所谓共同危险性，是指数人的行为都在客观上有危及他人财产和侵害他人人身的可能。危险也必须是现实存在的，而不能仅仅是具有一种潜在的可能性或者或然性。该种危险性应当结合行为本身、周围环境等方面予以判断。尽管危险本身危及到他人的财产和人身，但这并不意味着危险行为都具有违法性。例如案例一中，数人在河岸边打水漂，并造成第三人的损害，但打水漂的行为本身并不具有违法性。需要指出的是，此处所说的“危险”，并非限于危险责任中所说的危险，所有的侵权行为形态都可以构成共同危险行为，其中包括过错推定责任和危险责任。共同危险行为的构成，必须是行为人在实施某种危险行为致受害人损害时，其危险行为的时间和地点具有同一性，即“多数人之行为间，应有一定空间与时间上关联之同类损害”。[vii]也有观点反对之，认为：共同危险行为人之赔偿义务，是由于各人对于导致结果具有可能性，即他们均做出具体的危险状态，此即由于不能确知致害人所做的危险行为，而科以共同危险行为人责任的根据所在。所谓“时间的、场所的关联”的基准即救济范围限制，应该予以否定。[viii]德国权威民法观点认为共同危险行为下，各具体参与共同危险行为的人在时间和空间上形成相互关联的关系，[ix]否则不能构成共同危险行为。理由是，在一些情况下，不同时间和不同地点发生的单独侵权行为都可以构成参与共同危险行为，例如：第一个人实施了某种危险

行为造成受害人人身处于危险之中，但其停止了继续实施，无意思联络的第二个人实施危险行为在原有的基础上最终造成了损害结果，此种情况是个因果关系的问题，实质上属于单独侵权。如果行为人实施的行为的时间和地点都不相同，只能视为分别致人损害，不能作为共同危险行为处理。我认为，共同危险行为的后果将导致行为人负连带赔偿责任，连带责任不应泛化，基于限制共同危险行为范围的必要，应当以行为时间、地点的同一性为必要。

2. 数人的危险行为均有可能造成损害结果。在共同危险行为中，行为人已经实施了危险行为，并且损害后果已经发生，只是不能确定具体的行为人。但是，在共同危险行为中，数人所实施的危险行为都有可能引发实际的损害，“惟虽不能确知何人之行为造成该损害之结果，而各人之行为均有可能，故又名之曰共同危险行为。”[x]所谓数人的行为都有可能引发损害，一方面，是指数人所实施的行为造成了损害后果只是一种可能性，各个危险行为人在实施危险行为时主观上都没有共同的指向，也并不是基于某种意思联络向受害人施加损害，损害发生的真正原因乃是数人中的一人或一部分人的行为，并不是数人基于共同的过错而实施共同的侵权行为。另一方面，如果某人所实施的行为并没有造成损害后果的可能性，则该人并不属于此处所说的共同危险行为人。所以，若数人中的一人证明其行为不构成危险，与损害结果无关，则应被免除责任。

3. 损害结果已经发生，但不知何人造成损害。共同危险行为的重要特点表现在虽有共同危险行为人但不能确定具体加害人，如史尚宽先生认为，“共同危险行为与纯粹之共同侵权行为人不同者，非因全体之行为使其发生损害，惟因其中之

某人之行为而使其发生结果，然不知其为谁之时也”。[xi]法律之所以使各行为人负责，乃是因为他们在实施危险行为中具有过错，且不能证明何人实际造成了损害。在共同危险行为中，多人分别独立地实施侵害他人法益的行为，但事实上，只有该多个独立的侵权行为中的一个真正引发了损害后果[xii]；但也不排除各个危险行为人都实际实施了加害行为。在共同危险行为中，每个单独行为都可能引发全部侵权损害后果；只不过是无法查明真正的侵权人[xiii]，也就是说，无法确定查明是哪个参与人的行为直接造成的损害后果，相反，如果能够查明单个参与侵权人的行为引起了最终损害后果，即二者之间存在因果联系，则其他参与共同侵权人将被免责[xiv]。在德国法中，参与侵权人和最终损害后果之间的关系被认为是一种“替代因果联系”[xv]。正是因为共同危险行为中加害人不明，故归责的基础之一，是法律对共同过错和因果关系的推定，即推定数人的行为与损害结果之间具有因果关系，推定数人对损害的发生均有过错。有观点认为，在不知何人为加害人时，可作为帮助的共同侵权处理。然而，帮助的共同侵权的成立，是以加害人明确为前提的，也就是说，只有在确知谁是加害人时，才能确定谁对谁提供帮助，不过，如果确切地知道实行人、帮助人时，则已不是共同危险行为而是共同侵权行为。4. 行为人没有法定的抗辩事由。共同危险行为人中，在共同危险行为发生后，在真正的行为人未确定以前，法律推定每个行为人都致人损害的行为人，并应当使这些行为人负责。但是，如果这些行为人中的一部分人具有法定的免责事由，则也可以免除责任。按照“解释”规定，“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。”这就是说，在共同危险行为中，因果关系不存在是免责的重要抗辩事由。当某个参与共同侵权人无侵权能力时，是否可以免除责任？在德国，权威学者卡纳里斯等人认为，如果某个参与共同侵权人不存在过失或故意，参与共同侵权责任亦无适用余地[xvi]。如果无侵权能力人是真正的侵权人，除非德国民法典第829条所规定的公平责任有适用余地，否则受害人无法从无侵权能力人处获得赔偿，其只能自己承担此种损害。如果受害人能够依据德国民法典第829条获得赔偿，则其他参与共同侵权人仅承担该范围内的责任。我认为，如果共同危险行为人欠缺责任能力，该行为人可不承担责任，但依据我国民法通则的有关规定，其监护人仍然应当承担赔偿责任。

### 三、共同危险行为的责任后果

对于共同危险行为，各国大都比照共同侵权行为对危险行为人科以连带责任。例如《德国民法典》第830条规定：“数人因共同侵权行为造成损害者，各人对被害人由此所受的损害负其责任。不能查明数关系人中谁的行为造成损害时，亦同。”其中所谓“不能查明数关系人中谁的行为造成损害时”，即指共同危险行为，“亦同”的含义就是指比照共同侵权行为而使其承担连带赔偿责任。德国民法的这一模式，为大陆法系国家相继采用，《日本民法典》第719条规定：“因数人共同为不法行为而对他人加以损害时，应各自连带负其赔偿责任。共同行为中，何人加其损害不能确知者，亦同。”我国台湾地区实行的民法典第185条也规定：“数人共同不法侵害他人之权利者，连带负损害赔偿责任。不能知其中孰为加害人者，亦同。”这是因为共同危险行为在责任承担方式上与共同侵权行为相同。因此许多学者也称

之为广义的共同侵权行为 根据“解释”第四条规定，共同参与危险行为的人承担连带责任。其主要原因在于：第一，根据过错责任原则，每个行为人都是有过错的。数个行为人共同实施了危险行为，而且每个人的行为对损害结果的发生都具有可能性，实施此种危险行为本身就表明其行为具有过错。在真正行为人没有确定时，各个行为人承担连带责任，符合过错责任原则。在判断数人的行为是否形成为不合理的危险时，应从行为性质本身、周围的环境以及损害发生的机率等方面进行考察。若数人的行为在正常情况下不会发生损害，只是因为某种自然力等因素的介入造成损害，而又不能确定谁是加害人，则不宜以共同危险行为对待，使无过错的行为人承担责任。第二，根据形成危险就应当承担危险的规则，由于每个共同危险行为人已经形成了一种危险，即使他人的财产和人身处于一种危险状态之中，所以按照危险形成者应该承担危险的原则，共同危险行为人应当对其危险行为负责。即使危险行为人中的某些人实际并未实施真正的加害行为，其也应当在无法具体查明真正加害人时承担责任。第三，从对受害人的保护来看，使共同危险行为人与共同侵权行为人一样，对受害人负连带责任，对于受害人的利益的保护是十分有利的。因为如果由共同危险行为人承担按份责任，其中某个责任人可能由于没有支付能力便将使受害人不能获得赔偿。第四，从效率上来看，让共同危险行为人承担连带责任是必要的，侵权法在很多情况下实际上实现的是一种风险的分配，合理的风险分配政策也有助于预防损害的发生，如“最后的机会”理论，将风险分配给最有机会避免损害发生的人，这样不但可以防止事故的发生，而且也是符合效率

原则的。按照学者的观点，监督者控制潜在危险的义务通常来源于他对危险源的控制能力。[xvii]共同危险行为人最接近损害发生来源，由其承担责任，可以促使共同行为人预防和减少不合理的危险行为，或谨慎从事，因而对整个社会来说十分有利。第五，从有利于发现事实真相来说，让共同危险行为人承担连带责任，可以促使各个行为人来证明真正的行为人，从实际情况来看，各行为人最能了解共同行为的产生和发展经过，因而有能力证明谁为加害人。总之，由于行为人可以通过证明有某种事实的存在而推翻对其过错的推定，这样，就不会对行为人强加某种不合理的责任。在某个或几个共同危险行为人承担了连带责任之后，是否在共同危险行为人之间产生一个分担之诉是值得探讨的。我认为，共同危险行为的行人不能证明何人造成损害，应负连带责任，但在承担连带责任之后，应当在行为人之间分担损失。由于共同危险行为人在实施共同危险行为时，致人损害的概率相等，过失相当，而且由于共同危险行为责任的不可分割性，所以在共同危险行为损害赔偿的承担上应平均负担，各人以相等的份额对损害结果负责，在等额的基础上实行连带责任。[xviii]所以在责任的分担上，原告上应当采取平均分担的办法，以相等的份额对损害结果负责，这样才能更充分体现公平合理的精神。但在例外情况下，也可允许斟酌具体案情，参照危险行为的可能性的按大小按比例分担，如美国辛德尔诉阿伯特化工厂案中，辛德尔患有乳腺癌，这是由于其出生前母亲服用了某种防流产药物，后来证明该药物可能导致乳腺癌。最后，法院判决当时生产此药的11家工厂按市场份额的多少对原告负连带责任。即各危险参与人并非平均分摊，而

是按照致人损害的可能性比例分担损害赔偿。有一种观点认为，各行为者造成的损害不可分，各自应当承担的份额无法确定的情况也应适用共同危险行为。[xix]我认为，在此情况下是否构成共同危险行为，值得探讨。共同危险主要是指，损害已经发生，但是加害人不明，而如果可以确定每个加害人，而只是不能确定每个加害人所造成的损害的部分时，此时只是加害人之间损害赔偿的份额的确定问题。加害人确定而损害的份额不确定，这种侵权形态应当具体分析、归类，如果行为人存在共同过错，则无疑构成共同侵权，负连带责任；而在不存在主观的共同过错的前提下，如果采用“客观共同说”理论，则也构成共同侵权责任，如果采用“主观共同说”，即共同过错说，则不构成共同侵权行为，台湾地区有学者主张类推适用共同侵权规则，[xx]但我认为，此时应当构成无意思联络的共同侵权，行为人依照各自的过错大小和原因力程度承担责任。

#### 四、受害人的举证责任在共同危险行为中

虽不能确定具体加害人，但考虑到共同危险行为人为人实施了共同危险行为，且每个人的行为都有可能造成损害后果，尤其因为受害人与损害源的距离较远，以及技术障碍、信息不对称等原因而造成举证困难，往往难以确定损害究竟是如何发生的，而行为人在同一时间同一地点参与了危险的行为，所以，在未发现真正行为人之前，法律便将共同危险行为人的行为视为一个整体，认定其应当承担连带责任。在此情况下，法律实际上是推定各个危险行为人都为行为人。作出此种推定的目的是为了充分保护受害人的利益。[xxi]由于法律推定全体共同危险行为人都为行为人，因此受害人不需要具体举证损害究竟是哪一个行为人的行为造成的，便可

以针对所有的共同危险行为人主张连带责任。《关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第7款规定：“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”。根据《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》，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，可以构成共同危险行为。据此受害人的举证责任主要包括如下两个方面：

第一，被告实际参与了共同危险行为，例如，在前述案例一中，原告必须要证明哪些人参与了打水漂的行为。在案例二中，由于被告提出在打牌过程中，也有其他人进入房间，所以，不排除其他人进入房间时扔烟头的可能性。这样原告必须要举证证明究竟是哪些实施在房间里有可能仍烟头的人，也就是要确定共同危险行为人。如果原告根本不能证明房间里究竟是谁，例如，该房间为会客室等公共场所，有很多人出入来往，那么对共同危险行为人的判断就更为复杂了。

第二，原告必须证明被告所实施的行为具有一定的危险性，即所谓“危及他人人身安全的行为”。例如，在前述两个案例中，在房间抽烟并任意抛掷点燃的烟头是危险行为是显而易见的。但是，在前述案例一中，打水漂的行为是否构成共同危险行为是有争议的。在一般情况下，打水漂不可能危及他人人身安全。但是，在办案中，如果行为人已经发现对岸有小孩在对岸玩耍，而仍然打水漂，这实际上是从事了有可能致他人损害的危险行为。所以，对危险的判断，应当根据周围的环境、造成危险的可能性等具体的情况来确定，此种行为是否有可能造成他人损害。如果行为人实施的行为不能构成危险行为，而只是日常的正当行为，那么就不能构成共

同危险行为。第三，受害人必须举证证明损害是由共同危险行为造成的，但是因为受害人必须要证明每个共同危险行为人的行为都可能引发损害后果，因此有学者认为，在此种情况下，一般侵权责任中因果联系被潜在因果联系所代替。此种潜在因果联系，实际上是指造成损害的可能的原因，对此种因果关系的确定要依据具体情况判断。例如，在前述案例一中，受害人只需要证明甲乙丙三人都扔过水漂，并且都可能造成损害，在案例二中，受害人必须要证明甲乙丙丁四人呆在房间，有相当的时间，而且确有人扔过烟头，有可能造成损害。如果受害人能够举证证明危险实施者实施的某种危险已经通过某种方式转化为具体的危险，该具体的危险可能引发损害后果，且危险行为人都参与了这些危险行为[xxii]，则可以认为其已经完成了因果关系的举证。从因果关系角度来看，受害人不必要举证证明具体哪一个行为人实施的危险行为和损害结果之间具有因果联系。共同危险行为本身是一种因果关系的推定。由于法律设置共同危险行为制度的目的就是为减轻受害人的举证负担。尽管对每个行为人的行为不是充分的原因，因果关系实际上也是推定的。在共同侵权的情况下，因果关系实际上是规定的，正如苏格兰法官Lord Trayner说：“我不知道你们中究竟是谁犯了我所抱怨的错误，但是我至少知道作出这个行为的不是你就是他。”

[xxiii] 五、加害人的免责事由 在共同危险行为中，究竟应当如何确定免责事由，值得探讨。毫无疑问，如果能够证明，某个具体参与共同侵权人实施侵权行为有合法或不可归责的基础、或者其无侵权能力，或者受害人自己作为潜在的加害人造成自己损害，也可以免责[xxiv]。加害人可以反证证明

自己没有过错和不是具体的行为人，是否可以免责，对此存在两种不同的观点。1．赞成说。此种观点认为，加害人只需要证明自己没有实施加害行为，就可以被免责，而不需要证明谁是真正的加害人。因为，从因果关系角度来看，加害人能够证明自己不是真正的行为人，就已经表明其行为和损害结果之间没有因果联系。至于证明谁是加害人，不是共同危险行为人应负的义务。法律也不要求最终确定确切的加害人，至于民事责任则应由剩余的被告来承担。[xxv] 2．反对说。此种观点认为，共同危险行为人不能仅仅只是证明自己没有实施加害行为，就可以被免责，还必须要证明谁是真正的行为人。不能因为共同危险行为人提出证据证明损害后果不是由其行为造成的即可免责，行为人必须提出证据证明损害是由其他人中具体哪个人造成了损害，才能够被免责。我国台湾学者郑玉波先生认为：“为保护受害人计，应从否定说。良以证明自己未有加害行为，并非当然他人应负责，若他人亦得证明未有加害行为而免责，则势必发生全体脱卸责任之现象，被害人将无法获偿矣。故仅能证明自己未有加害行为者，应不能免责，必须证明孰为加害人时，始得免责。盖法文明定‘不知’孰为加害人即应连带负责，因而虽能证明非加害人，但仍不能因之即“知”孰为加害人，故仍不能免责也。”[xxvi]在法国法上的一个例子是，A和B去射击，二人同时开枪，第三人C受伤。法官认为，只有一种方案是不允许的，即A不能通过证明损害不是他造成的，从而免责。[xxvii]《关于民事诉讼证据的若干规定》第四条第七款规定：“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”。该规定实际上认为，只要行为人证明其行为和损害后果之间没有因果联系，就可以被免责，而不需要证明谁是具体的加害人。《人身损害赔偿司法解释》第四条规定：“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一百三十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。”由此可见，最高人民法院仍然坚持了其关于证明规则的规定，采纳了赞成说。赞成说的主要优点在于，从因果关系的角度是较为合理的，即只要不存在因果关系，就可以免除责任。这也符合为自己行为负责的基本原理。在侵权法中，因果关系是责任构成要件中最核心的要件，只有在行为与结果之间具有因果关系的情况下，行为人才对损害结果负责，这是侵权法中为自己责任的体现，也现代法治反对株连、连坐的要求。但比较而言，我认为，后一种观点更为合理。因共同危险行为致人损害的侵权诉讼，实施危险行为的人不能仅仅就其行为与损害结果之间不存在因果关系就可以被免除责任，而必须要证明谁是真正的行为人方可免责。其主要理由在于：第一，从共同危险行为制度设立的宗旨来看，该制度设立的目的就是为了强化对受害人的保护，因为如果共同危险行为人都能够证明损害不是其过错造成的，都可以被免责了，受害人怎么办？例如，在前述两个案例中，被告都提出了各种理由证明自己的行为与损害结果之间没有因果关系，如果这些抗辩理由都能够得到认可，那么，危险制造者将可能全体卸责。如果行为人都证明自己的行为与损害结果之间不存在因果关系而被免除责任，则就没有人对其共同危险行为造成的损害后果负

责，而只能由无辜的受害人承担损害后果，这对受害人来说是极不公平的。第二，共同危险行为人毕竟实施了共同危险行为，此种危险行为的实施使他人置于一种极有可能遭受损害的危险之中，这表明共同危险行为人是具有过错的，如果其不能证明谁是真正的行为人，就应当共同对危险行为造成的后果负责。从事共同危险行为本身就是一种过错，因为共同危险行为人在从事某种危险行为的时候，已经使受害人处于一种他们的财产和人身将要造成损害的危险之中。在真正的行为人没有发现之前，都应当承担相应责任。虽然共同危险行为造成的实际损害只是共同危险行为人中的一人或几人所致，但因为加害人不明，则不能由某人或某些人对加害人负责，更不能使行为人均被免除责任，而使无辜的受害人自己承担损失。共同危险行为人中一定要确定出一个责任承担者，因为每个人都实施了危险行为，参与了危险的制造，其对损害的发生具有过错，当然应该承担相应的责任。第三，要求共同危险行为人必须证明谁是真正的行为人并非对共同危险行为人不公平。因为如果不能证明谁是具体的行为人，则共同危险行为人都应当负责，因为共同危险行为人都实施了危险行为本身表明其都有过错。反过来说，在共同危险行为的情况下，只要有一个人被证明为真正的行为人，其他人就应当被免除责任。或者只要其中一个危险行为人自己承认自己是真正的行为人，也可能免除其他人的责任。此时转化为一般的侵权行为。因为共同危险行为只是法律的一种推定，目的在于消除受害人的举证困难，而不在于为受害人寻找更多的债务人。如果结果已经确定是由一个人造成的，再去推定所有的行为人都承担责任，则确实不合理。除非各个共同危险

行为人具有共同的意思联络，才应当承担连带责任。但此时已经不是共同危险行为了，而是共同侵权行为。[xxviii]所以，法律要求每个共同危险行为都必须证明谁是具体的行为人才能免责，这也有利于查明事实真相。第四，加害人实施共同危险行为就是有过错的，就应该承担责任。民事证明理论要求一个“法律真实”。由于行为人距离危险行为更近，而受害人对此往往不太了解，因此，由共同危险行为人来证明谁是真正的行为人，更有利于发现事实真相。如果每一个共同危险行为人能通过证明把自己排除出去，那么这时加害行为就没有了，而损害却还客观存在。这在逻辑上是讲不通的。在上述两个案例中，在免责事由的认定上，还涉及到证据的判断、证明标准和法官自由心证的问题。例如，在前述第一个案例中，甲提出其是左撇子。而乙提出其只有15岁。而丙提出在事故发生前手臂受伤。这些理由对于反证否定推定的因果关系也不充足。比如说，甲说其是左撇子，但是，左撇子也未尝不可能将水漂扔到对岸。而且受害人也无法就该水漂的轨迹证明到底行为人是左撇子还是右撇子，至于丙认为其手臂受伤，也只是一种盖然性，并不必然表明其水漂不是他所为，毕竟丙的手臂是否真正受伤、受伤时间、受伤程度等，需要根据其自身状态准确判断，具有很强的主观性，不同的人在手臂受伤的情况下其扔出水漂的力量也是各不相同的。决不能仅仅因为其宣称手臂受伤就认定其与损害结果之间没有任何因果联系。至于乙提出其只有十五岁，不能将水漂扔得过远，因为水漂抛掷的距离还要受到风力、地势、行为人姿势等因素影响，因此即使可以测出其实际力量，也不能断定水漂不属其抛掷。在第二个案例中，甲提出其不会

抽烟。乙提出其在半年前已经戒烟。丙、丁提出打牌过程中也有其他人进入房间，所以不排除其他人进入房间时扔烟头的可能性。我认为，这些抗辩理由只是证明了当事人抽烟和丢弃烟头的概率很小，但均不能完全推翻因果关系的推定，很容易被反证推翻，其抗辩难以成立。从以上案例的分析来看，尽管对证据的认定是一个问题，但是，如果将因果关系作为一个免责的事由，由法官对于其抗辩事由的证据证明力自由心证，这就给了法官很大的伸缩余地。如此，是否具有因果关系，一切都由法官裁量决定，如果稍为因果关系把握不严格，上述案件中，被告都可能证明自己没有因果关系，就可能全体免责。事实上，共同危险行为制度的设立就是为了保护受害人，即只要受害人证明具体的行为人共同实施了危险行为，该危险行为与损害结果具有一定的因果联系，就完成了初步的因果关系的证明，行为人就应当承担责任。除非危险行为人有确切的证据证明自己根本没有参与共同危险行为，或者受害人的损害完全是因为外来原因造成的，否则不能被免除责任。如果危险行为人可以证明，损害是第三人的行为造成的，那么，实质上就打破了共同危险行为的认定，则所有的共同危险行为人可全部免责。

#### 六、小结 [1]

综上所述，《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》第四条规定确立共同危险行为制度，总结了多年的司法经验和相关案例，弥补了《民法通则》等法律的空白，符合社会经济生活的发展和完善法制的需要，该规定有利于有效抑制共同加害行为和危险行为的发生，从而预防事故的发生，维护社会秩序的安全。具体来说，该条规定的意义在于：首先，正式以司法解释的形式确立了共同危

险行为，并使其与共同侵权行为相区分，第二，明确了共同危险行为人所承担的连带责任，以强化对受害人的保护。现代侵权行为法日益突破自己责任的樊篱，向优先保护受害人方面转化，而连带责任体现了优先保护受害人这一趋势。第三，明确了共同危险行为人的抗辩事由，有利于保障法律适用的确定性和统一性，也有利于人民法院迅速、及时解决纷争。但是，应当指出的是，该“解释”第四条所规定的“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”免责事由未免过于宽泛，如上述案例表明，在司法实践中可能导致法官过大的自由裁量权和危险行为人能够获得更多的免责机会、受害人难以得到周延保护的状况，这未免与共同危险行为的保护受害人的立法目的不尽一致。\*

中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师、民商事法律科学研究中心主任。 [i] 参见《中国审判案例要览》，中国人民公安大学出版社1994年版，第599页。 [ii] BGHZ 30, 203, 206 [iii] 程啸：“试论共同行为危险行为”，载于《人民法院报》，2003年12月19日，第3版。 [iv] 王泽鉴：《民法学说与案例研究》第五册，台湾，1987年版，第272页。 [v] 参见孔祥俊：《民商法新问题与判解研究》，最高人民法院出版社1996年版，第250页。 [vi] 参见温汶科：《共同侵权行为之研讨》，载《民法债编论文选辑》（中册），台湾五南图书出版公司1984年版，第543页。 [vii] 黄立：《民法债编总论》，中国政法大学出版社2002年版，第291页。 [viii] 李木贵等：《共同危险行为之研究》，载《法学丛刊》第173期。 [ix] Esser/Weyers, Schuldrecht, BT § 60, I 1 b. Bydlinski, Haftung bei alternativer Kausalitauml.rten Verursachung, besonders nach

auml.rter Verursachung, JZ 1971, 5. Deubner, Zur Haftung bei alternativer Kausalitauml.ter, Nebentauml.digten, 48 [x] 钱国成：《共同侵权行为与特殊侵权行为》，第61页，载郑玉波、刁荣华主编《现代民法基本问题》，汉林出版社1981年版，[xi] 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第175页。[xii] Staudinger-Belling/Eberl-Borges, § 830, Rn. 67[xiii] BGHZ 25, 271, 274. 33, 286, 292. 67, 14, 19. 72, 355, 358. BGH NJW 1987, 2810, 2811[xiv] M ü nchKomm-Stein, § 830 BGB, Rn. 28 [xv] Staudinger-Belling/Eberl-Borges, § 830, Rn. 67 [xvi] Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2 § 82 II 3 a. M ü nchkomm-Stein, § 830 BGB Rn. 25 [xvii] (德) 克雷斯蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》(下)，焦美华译，法律出版社2001年版，第269页。[xviii] 参见刘士国：《现代侵权损害赔偿研究》，法律出版社1998年版，第88页。[xix] 参见于敏：《日本侵权行为法》，法律出版社1998年版，第265页。[xx] 参见黄立：《民法债编总论》，中国政法大学出版社2002年版，第290页。[xxi] 参见张新宝：《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社1995年版，第91页。[xxii] Bodewig, Problem alternativer Kausalitauml.den, AcP 185 (1985), 520[xxiii] Tony Weir: International Encyclopedia of Comparative Law, Vol.4, Torts, Chapter 12, Complex Liabilities, J.C.B. MOHR(PAUL SIEBECK, TUEBINGEN), 1975, p46.[xxiv] Palandt/Thomas, § BGB 830, Rn. 12 [xxv] 张新宝：《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社1995年版，第92页。[xxvi] 郑玉波：《民法债编总论》，三民书局1996年版，168页。[xxvii] Mazeaud and Tunc, no.1179.[xxviii] 参见黄立：《民法债编总论》，中国

政法大学出版社2002年版，第292页。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)