

关于共同危险行为法律制度的几点思考

——兼评《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》之第4条

方益权

(温州大学法政学院, 浙江温州 325035)

摘要: 2003年12月4日最高人民法院审判委员会第1299次会议通过的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》之第4条, 在新中国民法中首次确立了共同危险行为法律制度。但是, 由于人们对其比较陌生, 经常将它与其他侵权行为相混淆。深入研究其起源和发展状况, 有利于揭示该法律制度的创设意义和发展规律; 对其构成要件做深入分析, 有利于把握其实质, 并最终将其与其他侵权行为区分开来, 对于澄清理论误解, 引导司法实践, 都具有重要意义。

关键词: 共同危险行为; 溯源; 构成要件; 其他侵权行为

中图分类号: DF51 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-309X(2007)02-0049-06

共同危险行为也叫准共同侵权行为, 是指数人共同实施有侵害他人权利危险的行为, 其中一人或数人的行为致他人损害, 对所造成的损害后果不能判明谁是加害人的情况。^[1]共同危险行为是侵权法中比较年轻的侵权类型, 从最初出现至今也不过百余年时间。2003年12月4日最高人民法院审判委员会第1299次会议通过的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下称《解释》)之第4条, 在新中国的历史上第一次在民事侵权法中确立了共同危险行为法律制度。由于人们对其比较陌生, 经常将它与其他侵权行为相混淆。深入研究其起源和发展状况, 有利于揭示该法律制度的创设意义和发展规律; 对其构成要件做深入分析, 有利于把握其实质, 并最终将其与其他侵权行为区分开来, 对于澄清理论误解, 引导司法实践, 都具有重要意义。

一、共同危险行为制度之创设

共同危险行为理论与共同侵权行为理论有着基本相同的历史, 都是在一般侵权行为民事责任的基础上发展起来的。但是, 共同危险行为的出现显然比其他侵权行为晚近许多。

通说认为, 从立法史来看, 共同危险行为起源于罗马法。其原始的构想在于解决致害人不明时, 扩张赔偿责任人的问题, 以使无辜的受害人得到赔偿。在罗马共和国末期, 罗马市街道狭隘, 住宅密集, 屡见投下物、流下物造成损害。为了确保公众集会场所和交通道路的安全, 乃创设了“流出投下物诉权”, 规定在共同住宅(无论是自有、租赁、借住)内的居民, 不知何人, 有物体从窗户投下、坠落或有物流出, 到达道路或者其他场所, 造成行人或他人受损害, 究竟投下物或流出物为何人所为, 无法确知时, 应科以共同住宅全体居民负连带责任。在罗马法中, 该“流

收稿日期: 2006-11-16

作者简介: 方益权(1971-), 男, 浙江丽水人, 教授, 硕士, 研究方向: 民法学

出投下物诉权”，无须具备行为的共同性，而仅以实际致害人的不可确知性为要件。而后的1900年德国民法典第830条即源于罗马法“流出投下物诉权”，其他国家民法中关于共同危险行为的规定，则又源于德国法。^[2]

实际上，在罗马法中，即使是关于私犯和准私犯的规定，也缺乏一般性的抽象概括。而在1804年的《法国民法典》中，仍没有共同侵权行为和共同危险行为之规定。罗马法的“流出投下物诉权”乃是我们所说的抛掷物致人损害类侵权行为之法源，与现今国内外所理解的共同危险行为有较大差别。抛掷物致人损害类侵权行为，指的是一人实施侵害他人权利的行为，却不能判明谁是加害人的情况。如：重庆市綦江县倪某从家中出门上街，当他走到底层楼口时，一个泡菜坛子从天而降，砸中他的头顶，经医治无效身亡。倪父以共同危险行为将楼上26家住户告上法庭，要求赔偿倪某的医疗费、死亡补偿费等。在该案中，实际上仅一人实施侵权行为致他人损害，其他住户并未实施可能侵害他人权利的危险行为。而共同危险行为则是数人共同实施有侵害他人权利危险的行为，其中一人或数人的行为致他人损害，对所造成的损害后果不能判明谁是加害人的情况。该案与共同危险行为显然属完全不同性质之侵权行为。

并且，从严格意义上讲，德国于1888年发表的民法典草案第一次出现了关于共同危险行为的明确规定；但是，1898年颁布的《日本民法典》第719条的规定才是民法典中的第一次真正确认。《日本民法典》第719条“因数人共同实施侵权行为加害于他人时，各加害人负连带赔偿责任。不知数共同行为中何人为加害人时，亦同。”当然，该规定显然是参照德国于1888年发表的民法典草案而制订的。

在英美法系，也将共同危险行为作为共同侵权行为的一种，并以判例的方式得以确立。1948年美国加利福尼亚州的Summersv Tice案（原告和两被告同属于一个打猎协会的会员。某天外出打猎之时，两位被告因过失同时向原告所在方向射出了一颗子弹，其中一颗子弹击中了原告的眼睛却不知为谁），就属共同危险行为之典型案例。英美法系通过一系列判例，确立了共同危险行为的规则：如果某一损害后果的发生无法确定谁是加害人时，原告只须证明数被告中有一人的过失造成了损害；然后，每一个被告都要证明自己的过失不是加害的实际原因，如果不能证明，那么他们就要共同为原告的损害后果负责。后来，爱尔兰《民事责任法》第11（3）条则提供了制定法上的解决方案：“两个或两个以上的人有过错且其中之一人或数人对损害负有责任时，其他的人免于承担有因果关系之责任；但如果不能确定哪一个为原因时，这两个人或两个以上的人被认定为对该损害的竞合的多数不当行为人。”^[3]

二、共同危险行为制度在中国之发展

在我国，清末改律变法，《大清民律草案》第950条规定：“数人因共同侵权行为加害于他人者，共负赔偿之义务。其不能确知孰加损害者，亦同。”这是我国首次出现共同危险行为之规定。当然，该草案并未颁布实施而最终成为法律文件。因此，不能说共同危险行为制度在中国得到了法律确认。于20世纪30年代颁布实施，并至今仍在我国台湾地区施行的《中华民国民法》第185条规定：“数人共同侵害他人之权利者，连带负损害赔偿责任。其不能确知孰为加害人者，亦同。”这是我国第一次在法律中正式确立了共同危险行为制度。

新中国成立以来，在长期的立法和司法实践中，并未确立和实行共同危险行为制度。2001年12月6日最高人民法院审判委员会第1201次会议通过的《关于民事诉讼证据的若干规定》第

4条第一款明确规定：“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。”这是新中国历史上第一次在规范性法律文件中规定共同危险行为——当然，仅仅是从举证的角度作出了规定。2003年12月4日通过的《解释》之第4条，则第一次在民事侵权法中确立了共同危险行为法律制度。该条规定：“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。”

在民法典制定过程中，共同危险行为一直受到关注。中国人民大学民商事法律科学研究中心的《中国民法典·侵权行为法编草案建议稿》第15条、中国民法典立法研究课题组的《中国民法典·侵权行为编草案建议稿》第10条、全国人大常委会法制工作委员会2002年12月22日提交全国人大常委会第三十一次会议讨论的《中华人民共和国民法（草案）》之第八编“侵权责任法编”之第67条等都规定了共同危险行为。可见，将共同危险行为确立在未来我国的民法典中，是法学界的共识。

三、共同危险行为之构成要件

在法学研究和司法实践中，经常有人将共同危险行为与其他侵权类型相混淆。这说明要对共同危险行为作出科学而明确的界定，仅有概念是不够的。共同危险行为之构成要件，是正确界定共同危险行为，并将其与其他侵权行为相区分的重要前提。《解释》第4条虽未明确规定其构成要件，但笔者认为，从法学研究成果和该条之规定看，共同危险行为应有以下五个构成要件：

（一）实施共同危险行为的主体在二人以上

这是共同危险行为在加害人数量上的要求。显然，如果加害人是一人，就不可能构成共同危险行为。如果是一个具有相应民事行为能力的人教唆他人实施加害行为，而被教唆的人是无民事行为能力人，则仍认为加害人是一人。因为，诚如张新宝先生所说，“被教唆的无行为能力人、仅被利用作为工具的人不认为是加害人”，共同危险行为的主体不包括他们。如果被教唆的人是一个具有相应民事行为能力的人，则教唆者与教唆者构成了共同加害行为。

（二）二人以上主体所实施的行为具有相同危险性

这是共同危险行为在行为性质上的要求。通说以“共同危险性”表述。^[2]但笔者认为，“共同”体现的是统一性和一体性，共同危险行为之行为危险性仅“相同”而已。这种危险性可以从行为本身、周围环境以及行为人对致害可能性的控制条件上加以判断。第一，数人实施的行为皆具有侵害他人人身和财产之可能。如果行为皆不具危险性，则不构成共同危险行为。史尚宽先生在《论共同侵权行为与共犯》一文中亦指出：“例如数人于道路为投球，一人以球伤行人，或二人不注意以枪射野兽，一人之弹射伤在后追逐之人。但二人同宿一室，其中一人因失火酿成火灾，虽不能证明其中为谁，然不能视同共同侵权行为人，盖同宿一室，不能谓其已关与危险行为也。同样通行同一道路之甲乙两汽车，一车伤人，其为甲车抑或乙车不明时，亦然。”^[4]第二，并不强求行为、地点等的完全一致性。如数人在两楼顶各往同一区域扔东西，有的扔砖头，有的扔酒瓶，有的扔废铁，虽地点、所扔之物并不一致，但都有侵害他人人身和财产之可能，因而被认为具有相同危险性。第三，这种危险行为没有特定的、共同的指向，即没有人为的侵害方向。否则，即为共同加害行为。

(三) 具危险性的相同行为与损害结果之间有因果关系

就危险行为而言,在未致损害之时,仅具损害之可能,并不构成对任何人的侵权行为。然而,该损害危险一旦转化为现实的、客观的损害结果,即具有危险性的相同行为与损害事实之间产生了必然的因果关系,则可构成共同危险行为。当然,该因果关系属于“不确定的因果关系”(又称“择一的因果关系”),即受害人的损害是由该具有危险性的相同行为所致,但是又无法查明究竟是谁的行为所致,由于数人的行为都具有造成损害的可能,因此不是其中的一人,就是另外一人。如果根据民事侵权法关于因果关系的理论进行考察,该具有危险性的相同行为与损害事实之间并无必然的因果关系,则不构成共同危险行为。

(四) 损害结果虽非行为人全体所致,但无法判明谁是真正加害人

虽然,具危险性的相同行为与损害结果之间有因果关系,但是,并非每个人的行为都与损害结果具有因果关系,实际上只是其中一人或部分人为真正加害人,然不能判明谁为该真正加害人,此时适用共同危险行为,推定全部“惹起人”应承担连带责任,以使该受害人获得救济。如该损害系由全部行为人共同所致,则属共同加害行为;如能判明谁是真正加害人,则属该加害人之个人侵权行为。

(五) 共同危险行为人对损害结果之发生具有无意思联络之相同过失

通说认为,共同危险行为人在主观上具无意思联络之共同过失。^[5]对于共同危险行为人对损害结果之发生无意思联络,并无太多异议——如果有意思联络,则构成共同加害行为,而不是共同危险行为。但是,对于共同危险行为人具有“共同过失”,笔者不以为然。因为,“共同”强调的是行为的一致性,也蕴涵着意志上的互通和共识。既然共同危险行为之数人对其行为所致之损害结果均无意思联络,不存在意志上的互通和共识,何来“共同”之过失?仅“相同”之过失而已——一方面,行为人实施具危险性之行为时,应注意避免致人损害,但因疏忽大意,或因过于自信,致使违反该注意义务。这种过失存在于每个共同危险行为人之思想中。另一方面,行为人之相同过失是相对于危险的形成而言的,所有行为人之行为均足以形成致人损害之危险。如果行为人对其行为所致之损害结果有意思联络或无相同过失,均不构成共同危险行为。

四、共同危险行为与其他侵权行为之区分

《解释》分别规定了共同危险行为、共同加害行为和无意思联络的数人侵权行为,吸收了法学研究成果,也使司法实践关于这些侵权类型的区分不至于模糊和混乱。但是,《解释》并未明确规定抛掷物致人损害类侵权行为,这将使其与共同危险行为的关系继续处于模糊和混乱状态。在深入理解共同危险行为构成要件之基础上,充分吸收民事侵权法的理论研究成果和实践司法经验,对共同危险行为作出科学认定,并使其与其他侵权类型不至混淆,是非常重要的。

(一) 共同危险行为与共同加害行为之区分

共同加害行为又称狭义的共同侵权行为,是指2个以上的行为人,基于共同的故意或过失,致他人损害的行为。与共同危险行为相比,二者的区别主要在于:其一,共同加害行为之数个行为人不但在行为时具有共同之过错,并对其行为所致之损害结果亦具有共同之过错,并都有意思联络。而共同危险行为之数人不论对其行为或行为所致之损害结果,均无共同过失,仅具相同之过失;数人在行为时或有意思联络,或无意思联络,但对损害结果之发生,必无意思联络。其二,共同加害行为之数个行为人在客观上具有行为的共同性,数人的行为相互联系而构成一个致人损

害的原因, 数人的行为是统一的、不可分割的致人损害行为。而共同危险行为之数个行为人在客观上仅具有行为的相同危险性, 数人的行为并非一个致人损害之整体, 数人的行为皆独立存在并各自具有致人损害之危险。其三, 共同加害行为之数个行为人的行为可能对损害结果所起的作用会有所差异, 但与损害结果之间都具有因果关系。而共同危险行为之数个行为人的行为中, 只有一人或一部分人的行为与损害结果具有因果关系。其四, 共同加害行为之受害人在致害前具有确定性。而共同危险行为之受害人在致害前不具确定性。

(二) 共同危险行为与无意思联络之数人侵权行为之区分

无意思联络的数人侵权行为, 是指数人行为事先并无共同的意思联络, 而共同致同一受害人损害的侵权类型。因其与共同危险行为对其行为所致之损害结果在主观上都无意思联络, 因而容易混淆。二者的区别主要在于: 其一, 无意思联络的数人侵权中, 各行为人的行为单独不能致他人损害, 只有数人的行为偶然结合后才能致人损害。而共同危险行为中, 各行为人的行为都有致人损害之可能。其二, 无意思联络的数人侵权中, 各行为人既无共同的故意, 也无共同的过失, 甚至通常彼此之间无任何联系, 因而不可能认识到他人行为的性质和后果, 尤其是各行为人都不能预见到自己的行为会与他人的行为发生结合并造成对受害人的同一损害。也就是说, 使各行为人的行为结合在一起的因素, 不是主观因素, 而是行为人所不能预见和认识的客观的、外来的、偶然的情况。而共同危险行为中, 数人虽对其行为所致之损害结果在主观上都无意思联络, 亦无共同过失, 但各行为人对自己和他人的行为之致害危险性应有预见和认识, 但因疏忽大意或懈怠而未预见和认识。

(三) 共同危险行为与抛掷物致人损害类侵权行为之区分

这是当前在理论研究和司法实践中最容易混淆的两类侵权行为。正如前述, 很多人将抛掷物致人损害类侵权行为误认为共同危险行为。但是, 两者的区别非常明显。其一, 抛掷物致人损害类侵权行为, 源于罗马法的“流出投下物诉权”。而共同危险行为源于 1888 年的德国民法典草案之规定。其二, 抛掷物致人损害类侵权行为中, 实施抛掷行为致人损害的, 实际上仅一人而已。而实施共同危险行为的主体在二人以上。其三, 抛掷物致人损害类侵权行为中, 仅一人的行为具有危险性, 具有损害他人之过失, 其他住户等人的行为并不具有危险性, 损害必然只因一人的独立的抛掷行为所致。而共同危险行为中, 所有行为人的行为都具致人损害之危险, 对损害之发生具有相同之过失, 因而损害结果虽非行为人全体所致, 也无法判明谁是真正加害人, 但所有行为人都可能是加害人。其四, 抛掷物致人损害类侵权行为中, 住户承担法律责任的基础主要在于对弱者的同情, 从当前我国的法律规定看, 并不能将其纳入任何侵权类型中。(它显然并非一般的个人侵权行为, 否则责任只能由致害人个人承担; 也非共同加害行为、共同危险行为或无意思联络的数人侵权行为。这类行为不断出现, 法院判决五花八门, 应即予立法补漏。) 而共同危险行为中, 危险行为人承担法律责任的基础主要在于其对危险行为之相同过失, 因而将其纳入共同侵权之范畴。

参考文献

- [1] 王利明. 中国民法案例与学理研究[M]. 第 2 版. 北京: 法律出版社, 2003. 96.
- [2] 王利明. 共同危险行为若干问题研究[J]. 法学杂志, 2004, 25(4): 7-11.
- [3] 克雷蒂安·冯·巴尔(张新宝译). 欧洲比较侵权行为法(上卷)[M]. 北京: 法律出版社, 2001. 407.

- [4] 史尚宽. 论共同侵权行为与共犯[A]. 见: 郑玉波. 民法债编论文选辑(中册) [C]. 台北: 台湾五南书业出版公司, 1984. 522-523.
- [5] 王利明. 民法·侵权行为法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1993. 365.

Several Thoughts on the Legal System for Joint Dangerous Behavior —— Concurrent Comments on the 4th Article of *Interpretation Relating to Certain Questions Concerning the Application of Law to the Hearing of Person Damage Compensation Cases*

FANG Yiquan

(School of Law and Politics, Wenzhou University, Wenzhou, China 325035)

Abstract: On December 4, 2003, the 1299th conference of the judicial commission of Supreme People's Court passed *Interpretation Relating to Certain Questions Concerning the Application of Law to The Hearing of Person Damage Compensation Cases*, of which the 4th article establishes the legal system for joint dangerous behavior in the civil law of new China for the first time. People often confuse joint dangerous behavior with other joint infringement of rights because they have little known about it. A thorough study on its origin and the developmental conditions is advantageous to explain the establishment significance and the development rules of this legal system; meanwhile, a thorough analysis of its constituents is advantageous to grasp its essence and finally differentiate it from other joint infringement of rights, which is of great significance to clarifying the misunderstanding of theory and guiding judicial practice.

Key word: Joint dangerous behavior; Source; Constituents; Other joint infringement of rights

(编辑: 李颖)