

《民法典》第 1170 条 (共同危险行为) 诉讼评注

任 重

(清华大学法学院 北京 100084)

内容提要:“因果关系推定”“因果关系拟制”以及“独立请求基础”三种规范模式均能在《民法典》第 1170 条中得到印证。立法者倾向于将共同危险行为作为独立请求基础的做法容易导出复数诉讼标的。“具体加害人不明”还将引发诉讼标的转化不畅以及“判非所请”等《民法典》实施难题。以“视为”为标识的“因果关系拟制”虽然不存在复数诉讼标的,但有扩大审理范围和诉讼构造复杂化之问题。“因果关系拟制”和“独立请求基础”可能诱使受害人和法官“向共同危险行为逃逸”。以《民法典》与《民事诉讼法》协同实施为基准,“因果关系推定”的诉讼实施更为顺畅,在程序转化方面具有自身优势。以“纠纷一次性解决”为导向,侵权责任编亟待“特殊→一般”之逆向化整理。对于请求内容相同的侵权之诉,法官应在同一诉讼标的内体系化地运用侵权责任规范。

关键词:民法典 侵权责任 共同危险 因果关系 法律推定 纠纷一次性解决

一、侵权责任编诉讼评注:请求权基础与诉讼标的之协同

侵权责任是民事主体侵害他人合法权益应当承担的法律后果。作为“社会生活百科全书”

作者简介:任 重(1985—),男,汉族,河北沧州人,清华大学长聘副教授、博士生导师,教育部青年长江学者,国家社科基金重大项目首席专家。

本文为 2022 年度国家社会科学基金重大项目“民法典与民事诉讼法的协同实施研究”(项目编号:22&ZD206)、2018 年度国家社科基金重大项目“民事司法智能化设计的理论方案研究”(项目编号:18ZDA142)的阶段性成果,受清华大学自主科研计划资助。

和“民事权利宣言书”,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第七编“侵权责任”以“一般→特殊”之体系结构对社会生活中已有的典型侵权行为加以规制,并为侵权行为类型的新发展提供系统接口,以在具体案件中切实保障民事主体合法权益,落实《民法典》第1条和第3条权利本位与权利导向之立法宗旨,^①调和民事权利保护与个人行动自由之间的紧张关系(第1165条第1款),在总体上预防和制裁侵权行为(第1167条),克服证明困境(第1165条第2款),分散不确定风险(第1166条)。

侵权责任编的多元立法目标为重点条文的诉讼评注提供了宝贵契机,即以《民法典》与《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)的协同实施为导向,为侵权责任编的理解与适用开启新视角。^②《民法典》第1170条诉讼评注在较为宏大的维度揭示出侵权责任编诉讼实施的原点问题:^③就侵权责任的请求基础而言,95个法律条文是否均可归入“一般→特殊”之法典结构,进而使侵权责任编不发生请求权竞合的实体法律现象(《民法典》第186条)和“请求权主张竞合”(诉讼法意义的请求权竞合)的诉讼法律现象。^④

《民法典》第1170条的诉讼实施受《民法典》第186条之实质影响,^⑤这集中表现为请求权基础竞合与请求权竞合之不同解释路径。从文义出发,综合考量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《证据规定》)第35条第1款和2019年全面修订的新《证据规定》第53条第1款,^⑥《民法典》第186条采取请求权竞合之处理方案。^⑦据此,当事人分别以违约责任和侵权责任提出的前后诉不落入《民事诉讼法》第127条第5项和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法解释》)第247条规定之

① 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典总则编解读》,中国法制出版社2020年版,第9页。

② 参见张卫平:《民法典的诉讼分析》,载《云南社会科学》2023年第1期;任重:《民法典与民事诉讼法的协同实施:回眸与展望》,载《当代法学》2023年第1期。

③ 关于实体规范的诉讼实施参见任重:《夫妻债务规范的诉讼实施——兼论民法典与民事诉讼的衔接》,载《法学》2020年第12期。

④ 参见叶名怡:《〈合同法〉第122条(责任竞合)评注》,载《法学家》2019年第2期;冯祝恒:《〈民法典〉第186条(违约与侵权请求权竞合)诉讼评注》,载《华东政法大学学报》2023年第1期。

⑤ 《民法典》第186条规定:“因当事人一方的违约行为,损害对方人身权益、财产权益的,受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。”

⑥ 2001年《证据规定》第35条第1款规定:“诉讼过程中,当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的,不受本规定第三十四条规定的限制,人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。”2019年全面修订的新《证据规定》第53条第1款规定:“诉讼过程中,当事人主张的法律关系性质或者民事行为效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的,人民法院应当将法律关系性质或者民事行为效力作为焦点问题进行审理。但法律关系性质对裁判理由及结果没有影响,或者有关问题已经当事人充分辩论的除外。”

⑦ 这也得到我国台湾地区学者的认同。参见黄茂荣:《侵权行为法(债法总论第五册)》,2022年自版,第156页。

“一事不再理”范围。^⑧

以违约责任与侵权责任呈现出的“复数请求权→复数诉讼标的”为模型,《证据规定》第35条第1款着眼于“当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力”与“人民法院根据案件事实作出的认定”之间的不一致,以事实主张和事实认定之不同事实维度拓宽了“复数请求权(主张)→复数诉讼标的”的适用范围,^⑨将实体法中不可能纳入请求权竞合的民事行为效力问题和部分法律关系性质问题囊括其中。^⑩新《证据规定》第53条第1款并未否定上述审理构造,而只是不再要求法官承担变更诉讼请求的释明义务。^⑪在此基础上,《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第23条第1款以及《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民会议纪要》)第36条和第49条针对具体场景作出细化规定。

以上述认识为基础,侵权责任类型(如过错责任、过错推定责任和无过错责任)是否呈现“复数请求权(主张)→复数诉讼标的”之对应关系,是诉讼评注必须实质回应的问题。类似的问题也存在于一般侵权与多数人侵权以及多数人侵权的不同形态。《民法典》第1168条到第1172条勾勒出多数人侵权的法定类型。^⑫然而,这是否意味着当事人在请求法院根据第1168条判决被告承担侵权责任未获得支持后,可再根据第1170条提起诉讼要求被告承担共同危险责任?从法官视角观察,在原告请求法院判决被告承担共同危险连带责任时,可否在诉讼中转而适用第1172条判决被告承担按份责任?^⑬进入《民法典》时代,上述问题有进一步探讨的必

^⑧ 《民事诉讼法》第127条规定:“人民法院对下列起诉,分别情形,予以处理:……(五)对判决、裁定、调解书已经发生法律效力的案件,当事人又起诉的,告知原告申请再审,但人民法院准许撤诉的裁定除外……”《民诉法解释》第247条规定:“当事人就已经提起诉讼的事项在诉讼过程中或者裁判生效后再次起诉,同时符合下列条件的,构成重复起诉:(一)后诉与前诉的当事人相同;(二)后诉与前诉的诉讼标的相同;(三)后诉与前诉的诉讼请求相同,或者后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果。当事人重复起诉的,裁定不予受理;已经受理的,裁定驳回起诉,但法律、司法解释另有规定的除外。”相关理论探讨参见张卫平:《重复诉讼规制研究:兼论“一事不再理”》,载《中国法学》2015年第2期;林剑锋:《既判力相对性原则在我国制度化的现状与障碍》,载《现代法学》2016年第1期;金印:《既判力相对性法源地位之证成》,载《法学》2022年第10期;任重:《民事判决既判力与执行力的关系——反思穿透式审判思维》,载《国家检察官学院学报》2022年第5期。

^⑨ 民事诉讼中的事实存在四个维度,即原告主张事实、被告主张事实、法院查明事实和客观真实,据此,在实体法语境下不并存的“请求权主张”得以共存于民事诉讼中。请求权主张竞合之适用范围大于请求权竞合。参见任重:《论民事诉讼案例分析框架:案例教学与研究方法》,载《法治现代化研究》2020年第1期。

^⑩ 参见曹云吉:《释明权行使的要件及效果论——对〈证据规定〉第35条的规范分析》,载《当代法学》2016年第6期。

^⑪ 参见任重:《我国新诉讼资料释明的反思与重构——以〈九民会议纪要〉与〈新证据规定〉为中心的解读》,载《当代法学》2020年第5期。

^⑫ 参见方益权:《共同加害行为与共同危险行为之区分》,载《华东政法大学学报》2006年第2期;梁慧星:《共同危险行为与原因竞合——〈侵权责任法〉第10条、第12条解读》,载《法学论坛》2010年第2期;史尊魁:《共同危险行为与高空抛物之区分》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2010年第4期;林耕宇:《市场份额责任模式之选择——从与共同危险责任的区分角度》,载《沈阳大学学报(社会科学版)》2013年第2期。

^⑬ 类似案例参见“潘文贵、胡凯等健康权纠纷一审民事案”,宜丰县人民法院(2021)赣0924民初1310号民事判决书。

要和空间,这也为侵权责任编诉讼评注提供了宝贵契机。^⑭

有鉴于此,本文选取《民法典》第1170条(共同危险行为)作为诉讼评注对象,主要着眼于共同危险行为之诉讼标的、程序构造以及以既判力为核心的前后诉关系处理,以对共同危险行为的规范目的、诉讼构造和体系定位加以再审视和再判定。与已有的《民法典》诉讼评注一样,本文无法替代《民法典》第1170条评注,而是着重从程序法视角和诉讼立场为《民法典》第1170条的正确理解与科学适用提供若干程序上的参考。

二、规范目的:跳出因果关系证明困境

(一)概念界定

受学说影响,全国人大常委会法制工作委员会释义丛书认为,“共同危险行为是指数人的危险行为对他人的合法权益造成了某种危险,但对于实际造成的损害无法查明具体是由何人所为,法律为保护被侵权人的利益,数个行为人被视为侵权行为人”。^⑮最高人民法院理解与适用丛书认同上述概念界定,并借助已有理论研究成果将其界定为“准共同侵权”,^⑯归入广义的共同侵权类型。^⑰相比上述理解,学界对共同危险行为的概念界定与基本特征存在多元化解读,如学者释评丛书认为,共同危险行为是指二人以上的行为人,每一个人都分别实施了危及他人人身、财产安全的行为,其四项基本法律特征分别是:(1)每一个人的行为都具有危险性,危及他人的人身、财产安全;(2)每一个人的行为都是积极的作为行为,都是侵害性行为,具有不法性;(3)每一个行为人的行为在危险性的种类和危险的内容上相同或相似;(4)分别过错。^⑱也有观点认为,共同危险行为是指二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为,其中一人或数人的行为实际造成了损害,但不能确定何人所致,故而由全体参与实施危险行为之人承担连带赔偿责任。^⑲共同危险行为更早被民法学界理解为二人及二人以上共同实施有侵害他人权利的危险行为,对所造成的损害后果不能判定谁是加害人的情况,并将其特征归结为以下四点:(1)行为是由数人实施(数量特征);(2)行为的性质具有危险性(质量特征);(3)具有危险性的共同行为是致人损害的原因;(4)损害结果不是共同危险行为人全体所致。^⑳

^⑭ 诉讼法学者对共同危险行为的已有探讨参见许可:《论我国侵权责任法上之共同危险行为构成要件与免责事由——基于诉讼的视角》,载中国法学会民事诉讼法研究会主办:《民事程序法研究》(第十三辑),厦门大学出版社2015年版,第63-75页;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》,载《中外法学》2015年第1期;任重:《民事诉讼视野下的共同危险行为》,载《法制与社会发展》2015年第6期。

^⑮ 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社2020年版,第27页。

^⑯ “准共同侵权”的概念考证参见程啸:《共同危险行为论》,载《比较法研究》2005年第5期;梁慧星:《共同危险行为与原因竞合——〈侵权责任法〉第10条、第12条解读》,载《法学论坛》2010年第2期。对“准共同侵权”这一概念表述的批评参见杨会:《论共同危险行为的定位与革新》,载《社会科学研究》2018年第4期。

^⑰ 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第69页。

^⑱ 参见张新宝:《中国民法典释评·侵权责任编》,中国人民大学出版社2020年版,第29页。

^⑲ 参见程啸:《侵权责任法》(第三版),法律出版社2021年版,第402页。

^⑳ 参见杨立新:《试论共同危险行为》,载《法学研究》1987年第5期。

上述定义和特征为《民法典》第 1170 条的文义解读提供了基本导向,但也埋下了概念分歧。例如,是否要求每个人都积极作为;再如,过错是否构成要件;又如,“共同”是否意味着“时空同一性”;复如,共同危险行为的特殊免责事由如何确定。^① 经过民法学界的持续推进,上述实体问题已经基本得到厘清。第 1170 条仅表述为“二人以上实施”,而并未如第 1168 条表述为“二人以上共同实施”,这背后的立法考量在于我国对共同危险行为并不要求时空上的共同性。^②

(二)规范构造

与实体理论问题的实质推进和基本厘清形成鲜明对比的是共同危险行为背后的诉讼实施分歧。^③ 全国人大法工委和最高人民法院共同使用“视为侵权行为人”之概念表述。“视为”是《民法典》中的法律术语,有其固定的内涵与外延。^④ “视为”通常表征法律拟制,而非法律推定。前者系立法者明知无而规定为有,而后者是立法者在不确定有无时暂时推定为有,并可通过被告证明(反面本证)被推定的事实不存在而予以推翻。与此不同,法律拟制的前提条件一旦具备,就无法在具体个案中被推翻,其效力源于法律直接规定,而非现实生活中的盖然性。若将上述“视为侵权行为人”理解为法律拟制,则被告无法通过证明其不是具体侵权人而免责。原因在于,触发法律拟制的条件是“实际造成的损害无法查明具体是由何人所为”。行为人仅证明非因其危险行为造成他人损害并未否定上述拟制前提,故而依旧要承担连带赔偿责任。值得注意的是,最高人民法院对《民法典》第 1170 条的上述界定改变了其对《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第 10 条的见解,“鉴于存在具体加害人不明这一因果关系证明上的困境,为了缓和受害人的举证困难,给受害人以充分的救济,法律要求共同危险行为人承担连带责任,从而构成所谓的‘法定的因果关系推定’”。^⑤

学者释评丛书认为“不能确定何人所致,故而由全体参与实施危险行为之人承担连带赔偿

^① 相关争点整理和讨论参见许可:《侵权责任法要件事实分析》,人民法院出版社 2018 年版,第 92 - 108 页;许可:《从诉讼法视角论共同危险行为之构成要件与免责事由——以〈侵权责任法〉第 10 条为中心》,载中国法学会民事诉讼法研究会主办:《民事程序法研究》(第十二辑),厦门大学出版社 2014 年版,第 243 - 252 页。

^② 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社 2020 年版,第 27 页。

^③ 随着检索范围的扩大,共同危险行为的理解还将呈现更多维度。参见李锡鹤:《论共同危险行为》,载《华东政法大学学报》2011 年第 2 期;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》,载《法律科学》2014 年第 1 期;叶金强:《共同危险行为争议问题探析》,载《法学论坛》2012 年第 2 期;原永红:《论共同危险行为》,载《法学论坛》2000 年第 4 期;刘凯湘、余文玲:《共同危险行为若干问题研究》,载《河南省政法管理干部学院学报》2005 年第 3 期;刘保玉、王仕印:《共同危险行为争议问题探讨》,载《法学》2007 年第 2 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》,载《福建师范大学学报(哲学社会科学版)》2010 年第 4 期;曹险峰、刘丽丽:《论共同危险行为》,载《法制与社会发展》2000 年第 6 期;高留志:《共同危险行为若干问题之我见》,载《信阳师范学院学报(哲学社会科学版)》2000 年第 2 期。

^④ 《民法典》中共有“视为”44 次,如第 16 条“胎儿视为具有民事权利能力”,第 18 条第 2 款“十六周岁以上的未成年人,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全民事行为能力人”,以及第 519 条第 1 款“连带债务人之间的份额难以确定的,视为份额相同”。

^⑤ 参见最高人民法院侵权责任法研究小组:《〈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 84 页。

责任”。这虽然在结果上与法律拟制(“视为侵权行为人”)类似,即均在“不能确定何人所致”时要求全体危险行为人承担连带赔偿责任,但“视为”之阙如表明,它并非在单独侵权或共同侵权的基础上拟制因果关系并导向连带赔偿责任,而是意图构建出独立于一般侵权和共同侵权,又有别于其他多数人侵权类型的独立侵权行为模式。其中,“不能确定具体侵权人”是其独特且核心的构成要件与法律特征。^{②⑥}是故,虽然其构成要件与拟制前提保持一致,且在法律效果上与拟制结果相契合,但却为受害人构建出了新的请求基础。前者可谓“因果关系拟制”,后者则是“独立请求基础”。

“因果关系拟制”和“独立请求基础”的规范模式均侧重受害人保护。^{②⑦}这同样能在抗辩事由的立法选择中得到印证。在“因果关系拟制”的规范模式下,“只有在确定加害人的情形下,其他行为人才可以免除责任”。^{②⑧}最高人民法院认同上述“因果关系确证”模式,^{②⑨}但在“审判实践中应注意的问题”中复认为,如果一损害后果是其中一人或数人的行为所造成,能够证明自己的行为与损害后果没有因果关系的行为人不承担侵权责任。^{③⑩}原因在于,在构成共同危险行为的情况下要求部分行为人确证具体侵权人,这虽然在立法逻辑上存在证明的可能,但在司法实务中几乎不存在成功证明的事例。^{③⑪}有鉴于此,学者对免责事由的上述立法选择也提出或委婉或明确的批评。^{③⑫}

总体而言,《民法典》第1170条沿用《侵权责任法》第10条之规范表述,使“因果关系确证”得到了立法上的再次强调,旨在为司法实践提供明确指引。^{③⑬}即便是学术批评也以立法明确选定“因果关系确证”作为逻辑前提。不仅如此,从《民法典》颁布实施后的学术论文观察,上述重申一定程度上抑制了对免责事由模式的再次争执。^{③⑭}

从文义出发,“不能确定具体侵权人的,行为人承担连带责任”并未明确指向“因果关系排

^{②⑥} 参见王利明:《论共同危险行为中的加害人不明》,载《政治与法律》2010年第4期;张新宝:《中国民法典释评·侵权责任编》,中国人民大学出版社2020年版,第31页。

^{②⑦} 参见刘凯湘、余文玲:《共同危险行为若干问题研究》,载《河南省政法管理干部学院学报》2005年第3期;高留志:《共同危险行为若干问题之我见》,载《信阳师范学院学报(哲学社会科学版)》2000年第2期。

^{②⑧} 黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社2020年版,第30页。

^{②⑨} “因果关系确证”也曾表述为“因果关系证明”。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》,载《法律适用》2004年第2期。

^{③⑩} 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第75页。

^{③⑪} 参进程啸:《侵权责任法》(第三版),法律出版社2021年版,第413页;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》,载《法律适用》2004年第2期。

^{③⑫} 参见张新宝:《中国民法典释评·侵权责任编》,中国人民大学出版社2020年版,第30-31页;程啸:《侵权责任法》(第三版),法律出版社2021年版,第412-413页。

^{③⑬} 《侵权责任法》第10条的立法模式未能解决共同危险行为的理论争议,这集中表现在免责事由模式上。相关观点梳理参见霍海红:《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》,载《中外法学》2015年第1期。

^{③⑭} 参见季若望:《〈民法典〉视域下共同危险行为规则解释论——基于案例统计的分析》,载《法学家》2021年第4期;杨钉、陈龙江:《共同危险行为侵权的免责事由》,载《人民司法》2021年第14期。

除”,但也并不能绝对得出“因果关系确证”。这毋宁是以比较法为起点,以受害人和被告之间的利益平衡作为实质考量的目的解释结论。全国人大法工委和最高人民法院采取“视为”而非“推定”之表达,这与《民法典》第1170条后段的免责事由在逻辑上保持连贯,即以“实际造成的损害无法查明具体是由何人所为”作为拟制前提,以“危险行为人承担连带赔偿责任”作为拟制结果。相反,对“因果关系确证”的批评一般以“推定”作为前提和语境,进而认为因果关系上的推定或称可能的因果关系、选择的因果关系或择一的因果关系必然要求行为人可以通过反面证明推翻上述法律上的事实推定。^⑤为了跳出“因果关系排除”模式,“因果关系拟制”和“独立请求基础”强调共同危险行为中“加害人不明”的构成要件属性。^⑥

(三) 诉讼功能

《民法典》第1170条明确选取“因果关系确证”模式,此为立法之实然选择。对此的应然判断须综合考量侵权责任体系、受害人利益与被告利益以及共同危险行为与“肇因原则”的关系调和。^⑦这背后是实体法的价值判断与体系考量,诉讼评注力有不逮。尽管如此,以第1170条的程序维度和诉讼功能作为新视角对共同危险行为加以考察,将可能对“因果关系确证”与“因果关系排除”之争提供若干更具技术化和中立性的参考。^⑧

《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)并未规定共同危险行为,但民法学界均承认该制度。《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》)颁布之前,人民法院就已经根据共同危险行为理论处理过相关案件。^⑨亦有学者认为,《民法通则》第130条等条文已可解释出共同危险行为规则。^⑩通过对《民法通则》第130条加以扩张解释,《人身损害赔偿解释》第4条确立共同危险行为规则,并就免责事由明确规定“因果关系排除”模式。在此基础上,《侵权责任法》第10条以国家立法的形式对共同危险行为作出规定,除将《人身损害赔偿解释》第4条的保护对象扩张至财产安全,还在免责事由上转向“因果关系确证”。由于实践效果良好,《民法典》第1170条全面吸收了《侵权

^⑤ 参进程啸:《侵权责任法》(第三版),法律出版社2021年版,第412-413页。值得注意的是,最高人民法院理解与适用丛书虽然认同“因果关系确证说”,但却将《民法典》第1170条理解为“法定的因果关系推定”。参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第73页。

^⑥ 参见王利明:《论共同危险行为中的加害人不明》,载《政治与法律》2010年第4期。对将“加害人不明”作为核心构成要件的反思参见刘凯湘、余文玲:《共同危险行为若干问题研究》,载《河南省政法管理干部学院学报》2005年第3期;参见许可:《侵权责任法要件事实分析》,人民法院出版社2018年版,第98页。

^⑦ 关于“肇因原则”参进程啸:《论共同危险行为的构成要件——以〈侵权责任法〉第10条为中心》,载《法律科学》2010年第2期。

^⑧ 虽然法律拟制和独立请求基础两种模式存在诉讼实施上的显著差异,但在特殊免责事由的设置上存在高度一致性,故而本文将二者合并为“因果关系确证”,以与法律推定的“因果关系排除”相区别。而对法律拟制与独立请求基础两种模式在诉讼构造上的差别将在后文详加展开。

^⑨ 参见最高人民法院中国应用法学研究所:《人民法院案例选:民事、经济、知识产权、海事、民事诉讼程序卷》(1992—1996年合订本),人民法院出版社1997年版,第757页以下。

^⑩ 参见孔祥俊:《试论共同侵权责任》,载《法学研究》1991年第4期。

责任法》第10条之规范模式和表述方式。^①上述以比较研究为起点,通过理论与实践的互动,以司法解释为突破口并最终在立法中正式确立的发展历程主要以实体法为视角展开,亦即为共同危险行为的受害人提供请求基础,充分保障其损害赔偿请求权得到满足。

厘清共同危险行为的诉讼困境及其出路,这是共同危险行为不可或缺的程序之维。无论是共同危险行为规则的入法初衷,抑或“因果关系确证”模式的理论证成,诉讼困境的解决都是其实质的考量因素。^②共同危险行为的受害人向法院起诉,要求法院判决被告承担人身或财产损害赔偿责任时,其是否会因为《民法通则》中共同危险行为规范之阙如而无法获得胜诉?无论是“因果关系拟制”抑或“独立请求基础”均采肯定见解,即受害人必然因加害人不明而无法获得胜诉判决并实现损害之填补。^③

以共同危险行为人为二人这一极简模型为例,受害人甲若认为共同危险行为人乙最具有赔偿能力,故而仅以乙作为被告提起诉讼且未将丙拉入诉讼,实则可满足《民事诉讼法》第122条之积极起诉条件且不存在第127条之消极起诉条件。特别是在党的十八届四中全会明确提出变立案审查制为立案登记制的顶层设计后,当事人起诉权已经得到更全面和更切实的保障。^④

共同危险行为中的“加害人不明”并不自然导出受害人对被告的选定困难:虽然对具体行为人的判定存在证明困境,但这并不影响受害人在诉状中选定危险行为人作为被告,并请求法院判决其承担损害赔偿责任。就被告的选取而言,《民事诉讼法》第122条第2项仅要求“有明确的被告”,而并不要求作为受害人的原告提供初步证据证明被告是具体加害人。^⑤而在实体审理阶段,与本案更为契合的请求基础并非《民法通则》第130条之共同侵权,而是一般侵权行为规范(《民法通则》第117条到第119条)。具体而言,在不法行为、损害后果、因果关系和过错四项构成要件的实体审理中,被告乙曾实施不法危险行为、原告受有损害后果以及过错方面均不存在审理困难,^⑥而是就因果关系存在证明困境,即原告难以证明系被告的危险行为具体造成了损害后果,这也是共同危险行为在比较法上被称为选择的因果关系且不被认为具有独

① 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社2020年版,第27页;最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第71页。

② 参见杨立新:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文解释与司法适用》,人民法院出版社2010年版,第61-62页。

③ 参见王利明:《共同危险行为若干问题研究——兼评〈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》,载《法学杂志》2004年第4期。对此的反思参见霍海红:《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》,载《中外法学》2015年第1期。

④ 参见张卫平:《民事案件受理制度的反思与重构》,载《法商研究》2015年第3期;冯珂:《民事诉讼驳回起诉的理论困境与功能转型》,载《法治研究》2022年第3期;曹云吉:《民事诉讼正当当事人判断标准的建构——兼谈起诉条件的“双重高阶化”》,载《北方法学》2019年第5期。

⑤ 参见任重:《我国民事诉讼释明边界问题研究》,载《中国法学》2018年第6期。

⑥ 共同危险行为也同样适用于过错推定责任与无过错责任,特此说明。

立性的原因。^{④7}相反,原告甲若要借助《民法通则》第130条克服诉讼困境,则须再对被告乙和被告丙之间的意思联络进行举证并承担证明责任。由于共同危险行为并不存在行为人之间的意思联络,故而原告甲经由《民法通则》第130条不仅无法克服因果关系的证明难题,反而会走进意思联络的死胡同而面临败诉风险。

对于共同危险行为损害赔偿之诉,原告甲更有利的诉讼策略是在一般侵权行为的请求基础上克服因果关系之证明困境。^{④8}2001年《证据规定》第4条第1款第7项为此作出专门规定,即“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”。该规则有效化解了原告甲以一般侵权行为要求被告乙承担损害赔偿责任的诉讼障碍,使甲跳出了因果关系的证明困境。

《证据规定》出台前,若干高级人民法院已就解决共同危险行为的诉讼困境进行了多元化探索,并开始呈现出“因果关系确证”和“因果关系排除”两种模式。前者如江苏省高级人民法院于1995年12月15日颁布的《关于审理人身损害赔偿案件若干具体问题的意见》,其第46条规定:“二人以上共同侵权造成他人人身损害,不能查明谁为侵害人的,应当由全体行为人承担连带责任。”后者如山东省高级人民法院于2001年2月22日颁布的《关于审理人身损害赔偿案件若干问题的意见》(以下简称《人身损害赔偿意见》),其第25条规定:“二人以上共同实施危险行为造成他人人身伤害的,如果当事人之间不能举证确定损害后果是哪人的行为造成的,可根据证据规则和过错推定原则,推定各个行为人为共同侵权人,由各行为人作为共同被告,对损害后果共同承担连带民事责任。”总体而言,《证据规定》第4条第1款第7项并未接受“因果关系确证”模式,而是更贴近“因果关系排除”方案。

相较《人身损害赔偿意见》第25条而言,《证据规定》第4条第1款第7项更为科学和有效地解决了受害人的诉讼障碍与证明困境。一方面,其未采取“根据证据规则”的模糊表述,也并未将共同危险行为制度理解为“过错推定”,^{④9}而是聚焦于“行为与损害结果之间不存在因果关系”的证明责任。另一方面,《证据规定》第4条第1款第7项不采取追加共同被告的诉讼方案,这为甲仅起诉乙的单独诉讼扫清了实践障碍,进而更充分地保护受害人。

以诉讼场景和程序语境加以考察和分析,《证据规定》第4条第1款第7项对共同危险行为产生实质规制功能,且与比较法理保持一致。较为遗憾的是,《证据规定》第4条第1款第7项并未得到足够重视。全国人大法工委将2003年《人身损害赔偿解释》第4条作为共同危险行为在司法解释中的首次确立。相反,《证据规定》第4条第1款第7项未能进入立法者视野。^{⑤0}学者释评丛书同样未将《证据规定》第4条第1款第7项纳入相关条文范畴。^{⑤1}最高人民法院虽

^{④7} 参见[荷]施皮尔:《侵权法的统一:因果关系》,易继明等译,法律出版社2009年版,第18页。

^{④8} 共同危险行为也被学界认为是在一般侵权行为的基础上发展而来。参见杨立新:《试论共同危险行为》,载《法学研究》1987年第5期。

^{④9} 关于共同危险行为之过错推定参见最高人民法院民事审判第一庭:《民事诉讼证据司法解释的理解与适用》,中国法制出版社2002年版,第49页;曹险峰、刘丽丽:《论共同危险行为》,载《法制与社会发展》2000年第6期。

^{⑤0} 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社2020年版,第27页。

^{⑤1} 参见张新宝:《中国民法典释评·侵权责任编》,中国人民大学出版社2020年版,第29页。

然指出《证据规定》第4条第1款第7项系司法解释的首次规定,但将其意义限定于证明责任的负担,在此基础上将《人身损害赔偿解释》第4条作为实体法意义上的首次确立。⁵²这是学界具有普遍性的看法。⁵³

以“独立请求基础”和“因果关系确证”为标准,《证据规定》第4条第1款第7项仅着眼于证明责任倒置,并未完整规定共同危险行为的构成要件,也未明确其特殊免责事由。《侵权责任法》第10条之实体构成与《人身损害赔偿解释》第4条并无本质差别。其中,删去“共同”乃强调共同危险行为与共同侵权在意思联络方面的实质区别,随后将保护对象从“人身安全”进一步扩展到“财产安全”。“其中一人或者数人的行为造成他人损害”系对择一之因果关系的再强调,以与《侵权责任法》第12条相区别。相较《人身损害赔偿解释》第4条,《侵权责任法》第10条还规定“能够确定具体侵权人的,由侵权人承担责任”。

经过诉讼场景和程序维度的分析与讨论,无论是“因果关系推定”还是“因果关系拟制”,抑或“独立请求基础”,都旨在保障受害人向加害人提起诉讼并获得胜诉判决,以在结果上充分填补损害。共同危险行为诉讼的关键制约是因果关系证明困境,三种不同路径在受害人保护强度上呈现“因果关系推定 < 因果关系拟制 = 独立请求基础”的相互关系,这集中表现为行为人能否通过证明其行为并未引起损害结果而免责这一核心问题上。

三、诉讼构造:法律上的因果关系推定

以诉讼维度观察,“因果关系推定”“因果关系拟制”以及“独立请求基础”三种规范模式均能实质解决受害人的因果关系证明困境。有观点认为,《民法典》第1170条并非独立请求基础。⁵⁴该见解与“因果关系排除”类似,均以《民法典》第1170条实为法律上事实推定作为逻辑前提,未能与反对观点产生实质对话。原因在于,《民法典》第1170条被理解为“因果关系拟制”或“独立请求基础”,而非“因果关系推定”。有鉴于此,《民法典》第1170条诉讼评注须以共同危险诉讼作为“试验场”,以期三种不同模式的实际运行提供程序维度的比较与判定。

(一) 因果关系推定之诉讼构造

以比较研究为起点,在学说倡导和司法实践的基础上,⁵⁵《证据规定》第4条第1款第7项系典型的因果关系推定,其并不意图实现共同危险行为的法律拟制或构建独立请求基础。虽然最高人民法院曾有“共同危险行为是指二人及二人以上共同实施了危险的行为,但不能确定损

⁵² 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第70-71页;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》,载《法律适用》2004年第2期。

⁵³ 参见王利明:《共同危险行为若干问题研究——兼评〈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》,载《法学杂志》2004年第4期;王利明:《论共同危险行为中的加害人不明》,载《政治与法律》2010年第4期;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》,载《法律科学》2010年第2期;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》,载《中外法学》2015年第1期;许可:《侵权责任法要件事实分析》,人民法院出版社2018年版,第92页。

⁵⁴ 参见程啸:《侵权责任法》(第三版),法律出版社2021年版,第405页。

⁵⁵ 参见张新宝:《中国侵权行为法》,中国社会科学出版社1998年版,第171页。

害后果是由谁造成的一种侵权责任的“表现形式”之表述,^⑤但其同样认为共同危险行为应具备“侵权行为”的四个要件,并在此基础上采取因果关系的举证责任倒置。^⑥有鉴于此,《证据规定》第4条第1款第7项并非独立请求基础,而系对一般侵权行为(《民法通则》第117条到第119条)之因果关系要件的证明责任倒置规范。^⑦

受害人甲起诉危险行为人乙要求其承担全部损害赔偿时,只需主张乙实施过危险行为,且甲的损害系由乙和丙实施的危险行为所致(选择的因果关系),即可满足因果关系要件的证明要求。此时,若乙不能成功证明其行为并未导致甲的损害,法院应根据《民法通则》第117条到第119条判决被告乙向甲承担全部损害赔偿。当然,上述诉讼进程也可能因为被告乙成功证明其并非具体加害人而使甲承受败诉后果。甲只得另行起诉丙才可能实现损害赔偿请求权。虽然这在结果上造成了多次诉讼,未能实现“纠纷一次性解决”,^⑧但此举本就是连带责任制度的应有之义,即为了受害人的利益而将被请求主体的选择权交由权利人决定(《民法典》第178条第1款和第518条第1款后段)。^⑨不仅如此,原告作为当事人和受害人,自然会选择偿债能力最优和胜诉可能性最大的行为人作为被告,故而将在总体上呈现出仅通过一次单独诉讼即可充分实现其损害赔偿请求权的最优结果。

即便原告甲因为诉讼策略失误而让乙成功证明其并非具体加害人,也存在《民事诉讼法》第59条第2款第2句之被告型无独立请求权第三人的适用可能,由人民法院通知丙参加诉讼并判决其向甲承担损害赔偿责任。被告型无独立请求权第三人虽然存在违背处分原则并与当事人主义诉讼模式不契合之固有问题,^⑩但却并未在受害人甲和行为人丙之间变动请求基础,其依旧停留在《民法通则》第117条或第119条。不仅如此,受害人甲可选择乙和丙作为共同被告以增加胜诉概率并扩大责任财产范围。^⑪然而,据此不能认定该诉讼为固有必要共同诉讼,也并不成立类似必要共同诉讼,而是根据《民事诉讼法》第55条第1款形成普通共同诉讼。^⑫在普通共同诉讼中,被告乙依旧可通过证明其并非具体加害人而要求判决驳回诉讼请

^⑤ 最高人民法院民事审判第一庭:《民事诉讼证据司法解释的理解与适用》,中国法制出版社2002年版,第48页。

^⑥ 参见最高人民法院民事审判第一庭:《民事诉讼证据司法解释的理解与适用》,中国法制出版社2002年版,第49页。

^⑦ 法律上的事实推定规范可被纳入证明责任倒置规范的语义中。参见任重:《民事诉讼视野下的共同危险行为》,载《法制与社会发展》2015年第6期。

^⑧ 关于纠纷一次性解决的模糊性及其概念界定参见任重:《民事纠纷一次性解决的限度》,载《政法论坛》2021年第3期,第94-103页。

^⑨ 参见任重:《反思民事连带责任之共同诉讼类型——基于民事诉讼基础理论的分析框架》,载《法制与社会发展》2018年第6期。

^⑩ 参见张卫平:《民事诉讼法》(第五版),法律出版社2019年版,第167-168页。

^⑪ 参见张卫平:《民事执行根据问题研究》,载《财经法学》2023年第3期;黄忠顺:《“执行力主观范围扩张”的深度透析》,载《中国政法大学学报》2023年第2期;任重:《我国民事执行基本原则:功能重塑与系统整合》,载《中国应用法学》2022年第5期。

^⑫ 参见任重:《重思多数人侵权纠纷的共同诉讼类型》,载《法律科学》2020年第3期。

求,此时仅被告丙作为具体加害人承担全部损害赔偿责任。由是观之,受害人甲选择单独起诉抑或共同诉讼,并不影响行为人可通过证明其行为与损害没有因果关系而免责。

以《证据规定》第4条第1款第7项为规范根据的“因果关系推定”可有效适配单独诉讼、前后诉以及共同诉讼等复杂诉讼构造。以“纠纷一次性解决”为制度功能的被告型无独立请求权第三人制度虽然能够减轻受害人的诉讼负担,^④但也存在超越处分原则和贬损第三人程序权利之弊端,对此可考虑预备合并或选择合并制度予以解决。^⑤不仅如此,《证据规定》第4条第1款第7项对一般侵权行为进行补充规定,而并未创设新的侵权责任类型和独立请求基础。若具体加害人并非本案被告,被告可通过证明其行为与损害不存在因果关系而避免败诉风险,据此为原告锁定具体加害人提供线索和为另诉完成准备。相反,若认为被告必须证明具体加害人方可免责,则其因为证明困难而极可能承受败诉风险,进而使具体加害人逃逸出侵权责任人的范畴。

(二)因果关系拟制之诉讼构造

《民法典》第1170条并未使用“视为”。尽管如此,全国人大法工委和最高人民法院均以“数个行为人被视为侵权行为人”作为共同危险行为的规范构造。如果将这里的“视为”与《民法典》第16条和第18条第2款意义上的“视为”作相同理解,^⑥则立法者旨在建立法律拟制规范,以克服共同危险诉讼中因果关系的证明困境,亦即以择一因果关系作为因果关系成就的充分条件,同时不允许行为人通过证明其行为并未造成损害后果而免责。^⑦与此同时,法律拟制并不旨在针对共同危险行为建立独立请求基础,而是对既有请求基础的特别规定。

以“请求基础→诉讼标的”的对应关系观之,因果关系拟制与因果关系推定的诉讼标的一致。据此,受害人甲同样不存在起诉条件障碍,且能成功克服证明困境。严格来说,法律拟制不存在证明问题,法官无权通过心证打破拟制效果。借助《证据规定》第4条第1款第7项,甲只需主张和证明可能因果关系,即可借助因果关系推定完成证明,同时产生证明责任倒置的法律效果,^⑧亦即在不能证明并非具体加害人时,乙或丙将根据《民事诉讼法解释》第90条第2款承担

^④ 参见杨雅妮、杨芳:《论无独立请求权第三人参加诉讼的方式及其诉讼地位》,载《甘肃教育学院学报(社会科学版)》2001年第2期。

^⑤ 参见张卫平:《主观预备合并之诉及制度建构研究》,载《政法论丛》2020年第5期。

^⑥ 《民法典》第16条规定:“涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的,胎儿视为具有民事权利能力。但是,胎儿娩出时为死体的,其民事权利能力自始不存在。”《民法典》第18条第2款规定:“十六周岁以上的未成年人,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全民事行为能力人。”关于“视为”规范的理论分析参见金印:《论信用卡合同中“视为本人”条款的法律效力》,载《东方法学》2015年第2期。

^⑦ 关于视为的因果关系和拟制的因果关系及其与必然的因果关系之间的联系参见刘凯湘、余文玲:《共同危险行为若干问题研究》,载《河南省政法管理干部学院学报》2005年第3期。

^⑧ 参见张卫平:《证明责任倒置辨析》,载《人民司法》2001年第8期;周翠:《〈侵权责任法〉体系下的证明责任倒置与减轻规范与德国法的比较》,载《中外法学》2010年第5期;胡学军:《证明责任倒置理论批判》,载《法制与社会发展》2013年第1期。

败诉风险。^⑥ 由于法律推定存在推定基础事实和被推定事实两个重要组成部分,故而存在两条否定推定效果的诉讼路径,即要么对可能因果关系予以反证,要么对因果关系的反面进行本证。《证据规定》第4条第1款第7项之所以强调行为人对不存在因果关系需提出本证,盖因推定基础事实的反证并未变动证明责任分配,司法解释无须对此作出特别规定。^⑦ 与此不同,因果关系拟制将“择一因果关系”拟制为“相当因果关系”,故而上述转换过程中并不存在法官对因果关系的事实认定,而是根据法律拟制视为存在因果关系之法律适用过程。此时,被告乙或丙无法通过反面本证免于承担侵权责任。^⑧

“能够确定具体侵权人的,由侵权人承担责任”之表述虽被认为是“因果关系确证”的规范根据,^⑨但以诉讼抗辩视角观之,其并未变动受害人对因果关系的证明责任,而只是对被告乙或丙否定法律拟制的提示,即只要行为人能通过反证使择一因果关系无法达到证明标准,即可避免法律拟制效果(相当因果关系)的发生。^⑩ 当法官对可能因果关系的心证陷入真伪不明时,并非被告乙或丙,而是由原告甲根据《民诉法解释》第90条第2款承担败诉风险。是故,《民法典》第1170条之特殊免责事由实为对法律拟制前提的否认,而非诉讼抗辩。虽谓免责事由,但其并未变动证明责任,也未超越受害人承担证明责任的构成要件范畴。

考虑到程序场景和诉讼构造,危险行为人免责的概率大幅降低,这源于三个方面原因。首先,被告的危险行为在客观上加剧了锁定“具体加害人”的难度,但这并不意味着被告较原告更有条件识别并证明具体加害人,否则将成立有意思联络的多数人侵权,司法实践中鲜有能成功证明具体加害人的实例。其次,法律拟制使诉讼构造更为复杂。与法律推定将争议焦点集中在受害人与被诉行为人之间不同,法律拟制将扩大审理范围,从被告是否为具体加害人转化为谁是具体加害人,促使单独诉讼向共同诉讼和被告型无独立请求权第三人诉讼转化。最后,“能够确定具体侵权人”这一规范表述乃基于法官的自由心证,在将心证状态停留在“不能确定具体侵权人”即可要求被告承担连带责任时,法官或将怠于认定具体加害人,特别是考虑到“案多人少”“诉讼爆炸”等司法环境因素,^⑪向共同危险行为逃逸的裁判风险较大。

^⑥ 《民诉法解释》第90条第2款规定:“在作出判决前,当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的,由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。”

^⑦ 参见任重:《罗森贝克证明责任论的再认识——兼论〈民诉法解释〉第90条、第91条和第108条》,载《法律适用》2017年第15期。

^⑧ 反面本证具体指被告对其行为与损害结果之间不存在因果关系的证明活动。关于反面本证参见任重:《民事诉讼视野下的共同危险行为》,载《法制与社会发展》2015年第6期。

^⑨ 也有观点认为该表述只是提示了共同危险行为的边界,而并不旨在规定共同危险行为的特殊免责事由。参见梁慧星:《共同危险行为与原因竞合——〈侵权责任法〉第10条、第12条解读》,载《法学论坛》2010年第2期;叶金强:《共同危险行为争议问题探析》,载《法学论坛》2012年第2期。

^⑩ 这一构造也被学者认为存在逻辑悖论甚至语病。参见李锡鹤:《论共同危险行为》,载《华东政法大学学报》2011年第2期。

^⑪ 参进程金华:《中国法院“案多人少”的实证评估与应对策略》,载《中国法学》2022年第6期;张卫平:《“案多人少”困境的程序应对之策》,载《法治研究》2022年第3期;任重:《“案多人少”的成因与出路——对本轮民事诉讼法修正之省思》,载《法学评论》2022年第2期。

(三)独立请求基础之诉讼构造

与法律拟制相比,共同危险行为作为独立请求基础更具实体法上的说服力。作为独立请求基础,它不再以一般侵权行为或共同侵权行为作为模板,不旨在共同危险行为中贯彻肇因原则,而是着眼于危险行为的整体性与危险行为人之过失,要求所有危险行为人承担连带赔偿责任,除非其能够指出并成功证明具体加害人,以跳出共同危险行为之请求基础。与法律推定模式相比,请求基础独立化方案对受害人提供了更周全的保护,并且在免责事由方面同样契合《民法典》第1170条之规范表述和立法选择。

尽管如此,独立请求基础仍会面临与法律拟制模式类似的诉讼困境与风险,即在总体上扩大审理范围,使危险行为人免责的概率大幅降低,并可能促使法院向共同危险行为之“不能确定具体侵权人”逃逸。除此之外,请求基础独立化还将诱发更严峻的诉讼实施难题。法律拟制经由“因果关系确证”给予受害人更优越的诉讼地位,但其请求基础依旧是一般侵权行为,并未动摇以四要件为基础的实体审理构造。^⑤ 据此,原告以《民法典》第1165条第1款请求法院判决被告承担侵权责任,并借助《民法典》第1170条对因果关系要件加以特殊化处理,使法官借助择一因果关系径行认定因果关系成立。上述审理构造虽然在司法实践中使受害人难以免责,但还是为可能的免责情形提供了稳定的实体基础,即被告具体指出并证明具体加害人另有他人,将使《民法典》第1170条之法律拟制不适用,进而导致《民法典》第1165条第1款之因果关系要件不具备,法官据此判决驳回原告的诉讼请求。这意味着,原告以《民法典》第1165条作为请求基础并得到法院实质审理后,法院的裁判对象将紧密围绕第1165条进行,这与《民事诉讼法》第13条第2款之处分原则作为基本要义的当事人主义高度契合。^⑥

请求基础的独立化导致上述稳固的审理结构发生动摇。由于《民法典》第1170条构成独立请求基础,且配置了“加害人不明”这一构成要件,这就在《民法典》第1165条的平行位置设置了构成要件独特且法律效果有别的请求基础,进而呈现出“复数请求权(主张)→复数诉讼标的”的递进关系。由于共同危险行为不同于一般侵权行为,且构成独立的多数人侵权责任类型,故而原告请求法院根据《民法典》第1170条判决被告承担侵权责任时,法院不得根据《民法典》第1172条作出判决,也不得在查明具体侵权人仅为一人时,适用《民法典》第1165条第1款作出判决,否则将落入《民事诉讼法》第207条第11项原判决、裁定超出诉讼请求之法定再审事由。

上述审理构造显然与共同危险行为的制度初衷相悖。根据《民法典》第1170条的规定,当法院经审理查明具体侵权人时,应判决侵权人承担责任,只有在不能确定具体侵权人的情况下,才能适用共同危险行为规则判决被告承担连带责任。上述明确法律表述要求共同危险行为的实体审理保持灵活性与可变性,即仅在法院经审理无法查明具体侵权人时,才能适用共同

^⑤ 参见最高人民法院民事审判第一庭:《民事诉讼证据司法解释的理解与适用》,中国法制出版社2002年版,第48页。

^⑥ 参见张卫平:《民事诉讼处分原则重述》,载《现代法学》2001年第6期;王次宝:《处分原则的限制及其路径》,载《北方法学》2019年第1期。

危险行为责任。这意味着,《民法典》第 1170 条的诉讼实施须另寻实体规范作为请求基础,并以此为轴线在构成要件判定的正反两侧分别设置加害人不明(共同危险行为规则)和加害人明确两种情形。

《民法典》第 1170 条难以作为独立请求基础,这也能得到我国诉讼标的理论的证实。所谓诉讼标的是当事人请求的对象和法院审理的客体,并根据处分原则由原告通过起诉行为加以划定。^⑦ 这就意味着,与诉讼标的存在对应关系的请求权主张须在起诉时即明确锁定。例如,原告甲根据《民法典》第 1165 条主张被告乙承担侵权责任,法院将在满足诉讼要件的前提下围绕实体审理事项分别对不法行为、损害后果、因果关系和过错展开审理和判定。^⑧ 据此,即便法官对事实的判定不同于原告的事实主张,也并未超越请求基础之构成要件范畴,这也是《民事诉讼法》第 12 条辩论原则的核心要义。^⑨

综上,以《民法典》第 1165 条为标准,第 1170 条也难堪诉讼标的之实体基础。与《民法典》第 1165 条为代表的请求基础相比,第 1170 条并非全然在客观真实语境下展开,而是以法院“经审理查明”作为视角,这尤其表现在“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”之法律表达。就客观真实而言,所有共同危险行为都存在明确的具体加害人,所谓“阳光底下没有新鲜事”。《民法典》第 1170 条“能够确定”和“不能确定”系基于裁判者视角,即指引裁判者经过实体审理后,面对“能够确定”和“不能确定”两种事实认定结果导出不同裁判内容。由于“不能确定具体侵权人”的语境是“经审理查明”,这就决定其适用阶段是在判决作出前,而非原告起诉时。

(四) 总结

《民法典》第 1170 条以有效解决因果关系证明难题作为规范目的。以此为导向,《证据规定》第 4 条第 1 款第 7 项呈现出“因果关系推定”模式,《人身损害赔偿解释》第 4 条则存在请求基础独立化之倾向。在此基础上,立法者认为《侵权责任法》第 10 条和《民法典》第 1170 条不再坚持因果关系推定,而是呈现“因果关系拟定”和“独立请求基础”两种解释路径。上述三种模式均能帮助受害人跳出因果关系的证明困境,在受害人保护强度上呈现“因果关系推定 < 因果关系拟制 = 独立请求基础”的相互关系。三种规范模式致使共同危险行为的免责事由存在理解分歧。坚持“因果关系推定”,就必然倡导“因果关系排除”,而排斥将免责事由提升到“因果关系确证”之高度。相反,坚持“因果关系确证”,就必然在逻辑上不支持“因果关系推定”,而是要么采“因果关系拟制”,要么着眼于危险行为本身的可归责性以实现请求基础的独立化。上述分歧一定程度上致使《民法典》第 1170 条的适用不统一,部分引发恣意裁判问题。^⑩

^⑦ 参见张卫平:《论诉讼标的及识别标准》,载《法学研究》1997 年第 4 期;曹志勋:《民事诉讼诉讼标的基础论》,载《苏州大学学报(法学版)》2023 年第 1 期。

^⑧ 参见曹云吉:《民事诉讼正当当事人判断标准的建构——兼谈起诉条件的“双重高阶化”》,载《北方法学》2019 年第 5 期;冯珂:《民事诉讼驳回起诉的理论困境与功能转型》,载《法治研究》2022 年第 3 期。

^⑨ 参见许可:《论当事人主义诉讼模式在我国法上的新进展》,载《当代法学》2016 年第 3 期。

^⑩ 参见季若望:《〈民法典〉视域下共同危险行为规则解释论——基于案例统计的分析》,载《法学家》2021 年第 4 期。

以我国民事诉讼立法和司法实践为基础,对三种规范模式的诉讼构造加以展开和对比后可以发现,《证据规定》第4条第1款第7项所采用的“因果关系推定”能更好地适配单独诉讼、共同诉讼和第三人诉讼,且较为科学地解决了前后诉关系问题。就单独诉讼而言,“因果关系推定”的审理范围限于受害人与被请求的行为人之间,不产生诉讼程序复杂化和法官向“不能确定具体侵权人”逃逸的实务风险。相反,无论是“因果关系拟制”抑或“独立请求基础”,都在我国语境下产生审理范围扩大化、诉讼构造复杂化以及法官怠于认定具体侵权人的可能。不仅如此,请求基础独立化还存在诉讼标的之转化困境。

四、体系定位:一般侵权行为的特别规定

《民法典》第1170条存在“因果关系拟制”和“独立请求基础”两条主要解释路径。与上述两种规范模式相比,“因果关系推定”的诉讼实施更为顺畅,在程序转化方面具有自身优势。须强调的是,上述诉讼评注的逻辑前提是传统诉讼标的理论或称旧实体法说。^①与德国民事诉讼法采诉讼法二分肢说不同,“法律关系性质”与“民事行为效力”在我国呈现出“复数请求权(主张)→复数诉讼标的”之对应关系。相反,诉讼法二分肢说超越了《民法典》规范构造,以更为生活化的“诉之声明”和“案件生活事实”作为识别标准,^②故而可在复数实体规范中概括出单一诉讼标的,也即“复数请求权(主张)→单一诉讼标的”的“多对一”关系。由此可知,在德国民事诉讼法语境下,《民法典》第1170条的三种解释路径只在免责事由方面有实质区别,而在诉讼标的上则保持统一,亦即无论共同危险行为是否具有独立请求基础,都因为请求内容相同和案件事实相同而构成单一诉讼标的。

我国采取传统诉讼标的理论,故而根据《民法典》之请求基础呈现“复数请求权(主张)→复数诉讼标的”之对应关系。《民法典》第1170条的规范性性质界定与构成要件分析须更为审慎,否则可能导致多次诉讼,并在结果上不利于受害人之权利保护。例如,原告甲向法院起诉,要求根据《民法典》第1165条第1款判决被告乙承担侵权损害赔偿责任。法院经审理认为原告仅能证明择一因果关系。若采“独立请求基础”规范模式,则法官不得径行根据《民法典》第1170条克服证明困境,而只能释明原告将诉讼标的的变更为共同危险行为责任。相反,若二审法院经过审理认为乙就是具体加害人,此时又须释明原告甲将诉讼标的的变更为一般侵权行为,二审法院甚至可能考虑到审级利益而根据《民事诉讼法》第177条第1款第3项撤销原判发回重审。^③这无疑将使受害人至少经历三次审理甚至四个审级才能获得胜诉判决并实现其损害赔偿请求权。同样,原告甲起诉被告乙、丙要求承担共同危险行为之连带责任,法院经审理发现乙和丙分别导致原告的损害,且依原因力大小可以确定乙和丙之各自责任范围,法官同样不能

^① 参见张卫平:《民事诉讼法》(第五版),法律出版社2019年版,第199-201页;任重:《论我国民事诉讼标的的与诉讼请求的关系》,载《中国法学》2021年第2期。

^② Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., C. H. Beck Verlag, 2018, § 94 Rdnr. 27; 曹志勋:《德国诉讼标的的诉讼法说的传承与发展》,载《交大法学》2022年第3期。

^③ 参见任重:《释明变更诉讼请求的标准——兼论“证据规定”第35条第1款的规范目的》,载《法学研究》2019年第4期。

径行根据《民法典》第 1172 条作出判决,而只能先释明原告变更诉讼请求为分别侵权的按份责任。⁸⁴ 如此往复,会徒增诉讼成本并引发当事人(包括受害人)不满,在总体上将进一步加剧“诉讼爆炸”“案多人少”,背离“纠纷一次性解决”之民事司法政策导向。

“因果关系推定”和“因果关系拟制”能避免在已有的侵权责任规范外建立独立请求基础,这在一定程度上克服了“独立请求基础”引发的多诉讼标的的难题。尽管如此,共同危险行为的请求基础依旧存在探讨必要。《证据规定》第 4 条第 1 款第 7 项虽然存在“因共同危险行为致人损害的侵权诉讼”之表述,但并未将共同危险行为与一般侵权行为以及其他多数人侵权责任严格界分,是故,《证据规定》第 4 条第 1 款第 7 项一般不被看作共同危险行为在司法解释中的首次确立。最高人民法院曾认为,共同危险行为须具备“侵权行为”的四个要件,在此基础上还有如下几个特征,即二人或二人以上实施,每个人的行为都具有危险性,损害结果既不是全体行为人所致又无法判明真正、具体的加害人。⁸⁵ 以此为基础,共同危险行为规则旨在变动证明责任,亦即受害人对“谁是实施共同危险行为的人”以及“自己因共同危险行为所受到的损害”承担举证责任,共同危险行为人对其“行为与损害结果之间不存在因果关系”承担举证责任。⁸⁶ 如是观之,《证据规定》第 4 条第 1 款第 7 项实乃建基于一般侵权行为的特殊规定,其并未在四要件之外创设独立构成要件,对“不能确定具体侵权人”的理解与适用应在因果关系要件的范畴内进行。

与《证据规定》第 4 条第 1 款第 7 项相比,《人身损害赔偿解释》第 4 条更贴近独立请求基础模式,其率先从实体法上对共同危险行为的构成要件和免责事由作出规定。⁸⁷ 与此同时,起草者亦认为共同危险行为应贯彻“肇因原则”。⁸⁸ 与《证据规定》第 4 条第 1 款第 7 项不同,《人身损害赔偿解释》第 4 条将共同危险行为引向《民法通则》第 130 条之共同侵权行为,亦即原告甲向法院起诉要求行为人乙承担共同危险行为责任的请求基础系共同侵权行为规范,而非一般侵权行为规范。这是《证据规定》第 4 条第 1 款第 7 项与《人身损害赔偿解释》第 4 条在共同危险行为之体系定位方面的核心差异。⁸⁹

在明确三种模式的诉讼实施问题后,共同危险行为在侵权责任编中的体系定位问题呼之欲出,亦即在诉讼实施的维度厘清一般侵权与多数人侵权以及多数人侵权之不同形态的相互

⁸⁴ 司法实践存在直接以按份责任判决的做法。参见“潘文贵、胡凯等健康权纠纷一审民事案”,宜丰县人民法院(2021)赣 0924 民初 1310 号民事判决书。

⁸⁵ 参见最高人民法院民事审判第一庭:《民事诉讼证据司法解释的理解与适用》,中国法制出版社 2002 年版,第 48 页。

⁸⁶ 参见同注⁸⁵,第 49 页。

⁸⁷ 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》,载《法律适用》2004 年第 2 期,第 5 页。

⁸⁸ 参见同注⁸⁷,第 6 页。

⁸⁹ 值得注意的是,从规范构造观察,《人身损害赔偿解释》第 4 条更接近《德国民法典》第 830 条第 1 款、《日本民法典》第 719 条第 1 款和我国台湾地区“民法”第 185 条第 1 项。

关系。⁹⁰《民法典》侵权责任编第一章乃具有总则性质的“一般规定”，随后在第二章规定“损害赔偿”，从而形成“构成要件→法律后果”的请求基础结构。而第三章到第十章都可谓对上述一般侵权行为的特殊规定。总体而言，上述章节设定反映出“一般→特别”的相互关系。在第一章“一般规定”中，也呈现出第1165条第1款作为一般规定，其第2款和第1166条进行例外特殊处理的构造。以上述法条逻辑为线索，单一行为人与单一受害人的侵权责任诉讼至少可分别导向《民法典》第1165条第1款之一般侵权行为、第2款之过错推定责任和第1166条之无过错责任。

上述“特殊→一般”之逆向整理的最终完成有赖于以下两个问题的解决：(1)一般侵权行为与多数人侵权之间是否同样存在“一般→特殊”关系；(2)过错责任、过错推定责任和无过错责任之间是否存在“一般→特殊”关系。如若均采肯定说，那么侵权责任编中的不同侵权行为类型完全可归入《民法典》第1165条第1款，进而在请求内容相同的单独诉讼中仅产生唯一诉讼标的，即受害人根据《民法典》第1165条第1款请求法院判决被告承担侵权责任，而不论行为人是否根据法律规定成立过错推定责任抑或无过错责任，也不问行为人是否单独实施抑或与他人共同、分别实施侵权行为。上述方案的诉讼实施具有显著优势，即作为原告的受害人无须在精细的侵权责任编中选定最契合的特别规定以划定诉讼标的，而是由法院在侵权责任编的体系内根据“一般→特殊”的法条关系进行法律适用，以作出支持或否定原告诉讼请求的判决。

相反，若对上述问题之一采否定见解，则会面临“独立请求基础”同样的程序难题和诉讼困境。当然，诉讼评注无法越俎代庖给出上述两个问题的最终答案。为了进一步落实“纠纷一次性解决”之民事司法政策，实体法学界亟须与诉讼法学界一起对侵权责任编的实体规范进行“特殊→一般”之逆向整理，使受害人提出的侵权损害赔偿之诉尽可能在一个诉讼标的内体系化地运用侵权责任规范加以解决。

连带责任虽然存在外部构造和内部特征，但“请求权(主张)→诉讼标的”的转化过程只着眼于外部结构。就外部构造而言，一般侵权行为与多数人侵权责任并不存在难以跨越的鸿沟，债权人向数个行为人的请求权主张和诉讼标的均为复数，对此不存在法律解释困难。按照这一思路，《民法典》第1168条到第1172条之多数人侵权责任体系可逆向归入《民法典》第1165条第1款。

以构成要件为着眼点，过错推定责任并未创设新的请求基础，而是与《民法典》第1170条之“因果关系推定”模式一样，只是对过错要件加以证明责任上的特别规定，其难谓与《民法典》第1165条第1款相并列的诉讼标的规范。

行文至此，本文第一部分所抛出的诉讼实施难题基本得到回应：当事人主张狭义共同侵权责任的，法院不应限于上述理论分类，而应全面检索侵权责任编，以科学判定原告的诉讼请求是否成立。与此同时，原告若主张《民法典》第1168条败诉后，不得再依《民法典》第1170条要求实体审理，而只能根据《民事诉讼法》第207条依“原判决、裁定适用法律确有错误”申请再

⁹⁰ 以实体法视角的体系化研究参见吴香香：《中国法上侵权请求权基础的规范体系》，载《政法论坛》2020年第6期。

审。从法官视角观察,原告请求法院判决被告承担连带责任,法官可根据“法官知法”原则寻求最契合的特别规定,在不存在加害人不明等情形并可通过原因力确定责任大小时,当然可根据《民法典》第 1172 条在各自责任范围内支持原告对行为人的损害赔偿请求。

作为本文未尽之问题,存在逆向归入困难的是《民法典》第 1165 条第 1 款与第 1166 条之间的关系处理。从实体构成的视角观察,《民法典》第 1165 条第 1 款与第 1166 条可能被解读为“一般→特殊”之体系关系,亦即一般侵权行为包含过错要件,无过错责任不包含过错要件。然而,考虑到过错责任与无过错责任不同的伦理基础以及应填补之损害的种类及其范围,过错责任与无过错责任并不呈现“一般→特殊”之相互关系,而有可能根据《民法典》第 186 条形成请求权竞合。^⑨ 对于上述问题的最终解决,诉讼评注力有不逮。尽管如此,其科学解决必将有赖于《民法典》与《民事诉讼法》之协同实施。

Procedural Commentary on Article 1170 of the Civil Code (Joint Dangerous Act)

Ren Zhong

Abstract: “legal presumption of causality”, “legal fiction of causality” and “independent claim” these three interpretation models all can be proved under article 1170 of the Civil Code. The legislators prefer to regarding joint dangerous act as an independent claim, which will easily resulting in plural claims in China. The fact that “the specific tortfeasor is unknown” also leads to difficulties in the implementation of the Civil Code, such as the poor transformation of the cause of action and “the judgment is beyond what plaintiffs request”. The “legal fiction of causality” model, marked with the word “deemed”, does not cause plural claims, but it does have the problem of widening the scope of proceedings and complicating the structure of litigation . The “legal fiction of causality” and the “independent claim” models both may induce the victim and the judge to “flee to joint dangerous acts”. Aimed at collaboration of the Civil Code and the Civil Procedure Law, the “legal presumption of causation” model is smoother in implementation, and has its own advantages on procedural transformation. Under the guidance of “one – time settlement of disputes”, the tort liability section of the Civil Code is in need of a “special to general” reverse arrangement. For tort actions with the same claim, judges should systematically apply tort liability norms within the same cause of action.

Keywords: the Civil Code; tort liability; joint dangerous act; causality; legal presumption; one – time settlement of disputes

(责任编辑:杨志航)

^⑨ 参见黄茂荣:《侵权行为法(债法总论第五册)》,2022 年自版,第 2 – 4 页。