

多因不明侵权中比例责任之适用*

杨垠红

摘要:现代社会普遍存在着因果关系不明之侵权,我国立法对于此类侵权,采取“推定因果关系、适用连带责任、或推定平均责任”方式,在某些情形下这将导致过度威慑或对受害人保护不周。对此,可借鉴域外已广泛探讨和长期实践的比例责任,根据侵权行为作为损害结果必要条件的可能性比例分担责任。在共同危险责任与无意思联络分别侵权中,比例责任的适当引入有助于发挥侵权法适度威慑与矫正正义功能。

关键词:多因不明侵权;比例责任;共同危险行为;无意思联系分别侵权;责任分担

传统因果关系理论,即“全有或全无”之因果关系理论,仅判断因果关系存在与否,而不论因果关系是否“可能”存在。申言之,在因果关系的认定上,传统的理论仅存在“有”或者“无”之别,而不存在“一定比例因果关系”之问题。如此理论与民事举证制度相结合,在某些情形下难以应对当今社会普遍存在的因果关系不明之侵权。

一、比例责任研究之缘起——对因果关系不明侵权的回应

(一) 我国现有解决因果关系不明侵权制度的遗缺

对于民事纠纷的举证,我国一般采用传统的“谁主张,谁举证”的证明责任方式。原告提供的证据达到法律要求的标准,法院则据此判令原告获得全部的赔偿。然而,倘若原告的举证无法达到法律所要求的标准,则他无法通过法院的胜诉判决来获得救济。关于民事诉讼的证明标准,我国民事诉讼法及相关证据规则的规定是模糊的、容易引起歧义的。但是我国理论界普遍认为民事诉讼法第64条暗含了立法者对证明态度的态度。^①该条要求当事人对其诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的,由负有举证责任的当事人承担不利后果。人民法院应当向当事人说明举证的要求及其法律后果,促使当事人在合理期限内积极、全面、正确、诚实地完成举证^{[1] (P. 100)}。由此可见,民事诉讼采用与刑事诉讼一致的“事实清楚,证据确实充分”的证明标准,也就是说,“按照我国现行法律的规定,三大诉讼的证明标准没有区别,都是‘证据确实充分’”^{[2] (P. 53-54)}。这是与我国职权主义模式相对应的。然而最高人民法院出台的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》似对此标准有所松动,其第73条的规定在理论界引起了极大

作者简介:杨垠红,法学博士,福建师范大学法学院副教授,硕士生导师。

* 本文系教育部课题《多国不明侵权中比例责任理论及其司法适用》(13YJC820092)的阶段性成果。

① 我国民事诉讼法第64条规定“当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据,或者人民法院认为审理案件需要的证据,人民法院应当调查收集。人民法院应当按照法定程序,全面地、客观地审查核实证据。”

的关注和肯定。^①有学者认为,该规定“确立了法律真实下的高度盖然性证明标准”^{[3] [P. 31-32]}。其“明显大于”之措词成为许多学者解读最高人民法院实际采用高度盖然性的证明标准的依据^[4]。有些学者则持不同的观点,将此规定解读为“优势证据”(preponderance of the evidence 或 balance of probabilities)的证明标准,认为最高人民法院关于证明标准的态度已经从要求当事人必须将案件事实证明到“事实清楚,证据确实充分”的程度,转变为“只需要一方当事人所提供证据的证明力明显占优势即可让优势一方胜诉”,即只要法官可以清楚的判断出待证事实的真实性大于(非小于或约等于)其不真实性,就应该认定其达到了证明标准,这实则作为一种优势证据规则的体现^{[5] [6]}。虽然在我国司法实践中逐渐确立了“法律真实”的司法证明要求,承认了民事司法证明是一盖然性的问题,允许一定差错的存在,但司法实践中仍然采取了高要求的证明标准——高度盖然性的证明标准^{[7] [P. 461-462]}。综上观之,虽有部分学者认为我国司法解释采纳了英美法系的盖然性的证明标准(或者说是优势证据的证明标准),但主流观点或做法仍是奉行大陆法系奉行的高度盖然性的证明标准。

高度盖然性的标准在应对因果关系不明的案件时显得越发拙劣。高度盖然性的证明要求往往会对一些原告获得应有的赔偿造成阻碍。具言之,当被告造成原告损害的可能性未达到我国法所规定的证明标准时,尽管原告已能证明被告有侵权行为并且被告的侵权行为可能是导致原告损害结果的原因,但是一旦法院将“全有或全无”规则运用于因果关系不明的案件,则会判决因果关系不成立,被告不承担责任而原告无法获得赔偿。立法为了避免此等缺陷引发的不公正,则采取“推定因果关系、或适用连带责任、或推定平均责任”、辅以程序法上“证明责任倒置”等方式予以补救,如此之“好意”如同在天平一侧添上过重的砝码,有时适得其反地向部分无辜的“侵权人”过度苛责。因而如何在因果关系难以确定的案件中,有效地保障原告、适度地遏制侵权行为、平衡双方之间的权益,是我国当前所面临的一个棘手问题,亟待合理的责任分配的理论来解决此类难题,弥补立法的欠缺,比例责任则恰是一种适当的可供选择的补充路径。

(二) 比例责任之界定

比例责任或许在我国尚属较为生疏之词,但域外对此的理论研究或实践运用并不鲜见。人们对比例责任的使用较为随意,故而它具有多种含义。就广义而言,比例责任是指在被告和原告双方之间,在每个被告之间分配既定损害的负担,不管是基于比较过错,比较原因力,或者两者兼有之。助成(比较)过失的抗辩事由和涉及多个侵权人之间的分摊规则是比例责任在广义上的基本形式。^②

本文主要着眼于研究与解决因果关系不明侵权密切相关的一类比例责任。在比例责任下,侵权人承担的责任是根据侵权行为作为损害结果必要条件的可能性在1%到99%之间进行分配。它与基于比较过错和比较可责难性进行分担是不同的。基于此,本文倾向于使用欧洲侵权法小组最近对 Causal Proportional Liability,即因果型比例责任的研究中采用的定义。将比例责任定义如下:比例责任是依据被告的侵权行为已造成原告的全部损害或者部分损害或者将来将会造成损害的因果关系的可能性,就原告遭受的全部损害或者部分损害或者可能遭受的损害,向被告苛加的侵权责任。^③下文若无特别说明,其所称比例责任即因果型比例责任。

在比例责任下,因果关系应依据被告行为发生损害的可能性认定,亦即传统的“全有或全无”因果关系理论已不再适用,仅依据因果关系可能性比例,判断因果关系,并相应于该比例计算被告应赔偿之

^① 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第73条规定“双方当事人对同一事实分别举出相反的证据,但都没有足够的依据否定对方证据的,人民法院应当结合案件情况,判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力,并对证明力较大的证据予以确认。因证据的证明力无法判断导致争议事实难以认定的,人民法院应当依据证明责任分配的规则作出裁判。”

^② 欧洲学者关于此项内容的最新成果,参见 Aggregation and Divisibility of Damage (Ken Oliphant ed., 2009), *Tort and Insurance Law*, Vol. 26, Edited by the European Center of Tort and Insurance Law together with Institute of European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences. 转引自 Michael D. Green, *Causal Uncertainty and Proportional liability* (March 2012), forthcoming.

^③ See Michael D. Green, *Causal Uncertainty and Proportional liability* (March, 2012), forthcoming.

数额^[8] (P. 196)。本文所称的比例责任以比例因果关系的适用为基础,两者是密切联系的。

二、比例责任确定之基础——比例责任的合理性与科学性

(一) 符合实现侵权法价值的要求

侵权法的目标或价值主要包括两项,即威慑目的和矫正正义。就威慑目的而言,只有那些采取措施就能够避免损失的人,才是能够加以威慑而使其不造成能被避免的那些损失的人。矫正正义则是反映了“恢复”或者“改正”已经被扭曲状态的一种愿望^[9] (P. 35-38)。

根据传统的全有或全无的理论,当事人一方举证存在因果关系的可能性达到规定的标准,则对方当事人应对全部损害承担责任。但如果当事人一方的举证略低于规定的标准,即没有达到法律的要求,则对方当事人无须承担任何赔偿责任,这显属不公。从法律威慑效果来看,倘若被告的侵权行为与损害结果之间仅有51%的因果关系^①,却须承担全部的赔偿责任,将会导致过度威慑之法律后果;反之,倘若被告行为与损害结果之间有49%的因果关系,却无须承担任何侵权赔偿责任,这将会导致威慑力不足的法律后果,二者均致使被告不愿采取适当的预防损害以避免损害发生的措施,故而无法达到最佳的威慑力效果。^②

一些国家的法院认为,在某些案件中,因原告举证未达到法律的要求而被告被判免责的结果是难以令人接受的。对此,他们采用了比例责任的规则,即根据被告的侵权行为导致原告受损的比例来对原告进行赔偿,即使这个比例不足以达到证明标准的要求。采用比例责任的做法使得原告获得了部分的赔偿,较毫无所获而言,比例责任的做法彰显了侵权法的矫正正义之功能,并且对被告产生了一定的威慑力,迫使其之后对可能引发损害的侵害行为采取适当的防范措施。例如,因被告过失行为导致100件损害,虽然无法确定该行为是否确实造成该100件损害的任何一件,但被告过失行为导致每一件损害的可能性是50%。换言之,被告的过失行为与其中50件损害之间确实存在因果关系,但对于其余50件损害,被告的过失行为却无因果关系。倘若依传统因果关系理论,因因果关系证明未达51%以上,被告无须对损害承担赔偿责任,致使原告应获得赔偿而无法获之。然而,倘若适用比例因果关系理论,任何原告均可获得50%的损害赔偿,全部损害赔偿数额即与被告应负责任相同。^③

从“全有或全无”规则向比例责任规则的转换影响的不仅仅是“全无”,而且也影响到“全有”。从逻辑上说,如果被告可以证明其行为与原告损害之间的因果关系比例非为100%,而仅有60%,那么,被告仅就该比例承担侵权损害赔偿赔偿责任。比例责任的运用让侵权人得到了应有的而不是过分的处罚。例如,3人投掷石头,同时有2块石头从天而降,导致路人甲受伤。在此类存在多个被告并且无法确定是谁造成了损害结果或者是无法确定被告的侵权行为造成了多大的损害结果的情形,有些国家在优势证据规则下,对此适用证明责任倒置并同时适用连带责任的规则。此时,可能导致此三名被告对全部损害后果承担连带责任,即使此三名被告与原告损害之间的因果关系可能性仅为60%!于此情形下,若适用比例责任,根据各被告的侵害行为与原告损害结果之间的因果关系可能性比例分担责任,则由每名被告承担20%的赔偿责任。正如有学者所言,从矫正正义的立场出发,比例责任规则比优势证据规则在实现侵权法中保护权利的价值目标上毫无疑问是更有效果的。比例责任通过可能性扣减了因其他侵权人、无可责难的原因抑或原告自身造成损害的这部分赔偿。因此,比例责任规则让侵权人对根据自己行为公平分配给自己的既不多也不少的损害承担责任。^④比例责任的理念在于,应当承担责任的人必须赔偿由他造成的损害。他不应对损害中是或可能是由其他活动造成的部分负责,不管这些活动是由他

^① 英美法系采用的是优势证据规则,即负有证明责任的当事人所主张的事实其真实性应大于不真实性,通常认为当裁判者认定一方当事人待证事实的真实性超过51%时,裁判者才会作出此方胜诉的判决。

^② See John Makdisi, *Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability* 67 N. C. L. Rev. 1603, 1073, pp. 1067-1072 (1989).

^③ Id. pp. 1073-1074.

^④ See Ariel Porat & Alex Stern, *Tort Liability under Uncertainty*, Harvard University Press, p. 106 (2001).

人、受害人或自然事件所造成的^{[10] (P. 80)}。因此,比例责任的适用可有效地平衡原被告之间的利益,实现适度的威慑效果与矫正正义之功效。

(二) 域外的先进理论与成功经验

《欧洲侵权法原则》已经吸纳了比例责任。^①欧洲侵权法小组牵头组织的“比例责任国家报告”及“整体报告”已涉及了美国、法国、意大利、波兰、西班牙、瑞士、奥地利、英国、以色列、荷兰、德国、挪威、捷克共和国等国家,这些国家均根据欧洲侵权法小组所预设的三种主类型、七种子类型,阐释了比例责任在各自国家的实践运用与理论探讨。

欧洲侵权法小组关于比例责任的类型化详述如下:^②

1. A 类型及其子类型。在 A 类的情形下,因果关系的不确定性在于被告的侵权行为是否是原告已经受到损害的事实原因。这一情形可以分为 5 个子类型:

(1) A1 子类型“选择性责任”——侵权人不确定。在此子类型下,存在多个被告,且每一被告都可能是造成原告损害的原因,但并非所有被告均是造成损害的原因。最典型的例子便是“猎人案”。三个猎人在同一时间在森林里打猎并且同时向他们误以为是猎物的人开枪。原告被子弹射中之后,向三个猎人提起诉讼,但没有证据证明是哪一个猎人的子弹打伤了自己。

(2) A2 子类型“市场份额责任”——侵权人与原告之间不具有因果关联性。在此子类型下,多名侵权人导致多名原告受损,但竟是哪一名被告导致原告的损害却是不确定的。最为典型的例子便是“DES 案”。假设 200 家公司生产和销售一种叫做 DES 的通用药品,该药品用以预防流产。每一公司所销售的 DES 化学结构相同,因而可能会造成的危害亦是相同的。在此药品销售数十年后,研究者发现如果妇女在怀孕期间服用了此种药物,其女性后代罹患癌症的可能性很大。于是罹患了癌症的后代提起诉讼,但她们无法证明哪家生产商的 DES 药品被其母亲服用并导致了她们的损害,遂她们仅起诉了部分的 DES 生产者。

(3) A3 子类型“环境污染或药品案件”——受害人不确定。在此子类型案件中,环境污染、药品或类似的危险源进一步地增加了罹患某种疾病的人数,同时非侵权的因素也导致了部分损害。例如,制药公司生产了某种药物用来控制怀孕妇女的糖尿病,在此药销售数年后,研究人员发现服用此药的怀孕妇女的后代(原告)出生时有先天缺陷的可能性比未使用此药的人高出 40% 或者 101%。

(4) A4 子类型“疑难案件”。此子类型包括那些不确定单独的原告是侵权行为的受害人,也不确定单独的被告尽管有侵权性的行为,但并未实际导致了任何人的损害,很可能原告既不是侵权行为的受害人而被告也不是侵权人的案件。例如,被告是一位房东,因其过失,没有更换其公寓楼梯上的灯管。而原告正好在楼梯间摔倒并受伤。在本案中,无法确定原告摔倒是因为没有灯,还是因为她自己的笨手笨脚或者是在楼梯上发现的一包被碾碎的西红柿。但可以确定,其中的一项原因导致了原告损害。

(5) A5 子类型“机会丧失”。在此子类型下,侵权人导致原告所受的损害是原告不遭受该损害的机会减少。这一减少构成“丧失”可能获得全部赔偿的“机会”的独立损害。例如,作为被告的医生因其过失未能诊断出原告的癌症,原告的病症加重后求助于另一位医生,并被确诊得了癌症。但由于之前的漏诊,原告的疾病无法医治,不久便去世了。倘若第一位医生诊断出了癌症,则原告可能会有 30% (或 85%) 的机会获得治疗并存活,但因为第一位医生的漏诊而丧失了此等机会。

2. B 类型及其子类型。在 B 类型中,根据证据规则可以确定被告的侵权行为导致了原告的损害,但因果关系不明之处在于无法确定哪部分损害是由被告的侵权行为造成的,哪一部分是其他因素造成的。

(1) B1 子类型:原告的全部损害由负有责任的多名被告造成。在此子类型下,根据证据规则可以

^① 参见《欧洲侵权法原则》的第 3:103 条、第 3:105 条、第 3:106 条和一定程度上的第 3:104 条。

^② 关于比例责任类型化的阐释,参见 Michael D. Green, *Causal Uncertainty and Proportional Liability* (March, 2012), forthcoming. 或 Michael D. Green 和杨垠红“论比例责任”,载《侵权法的比较与发展》,北京大学出版社 2013 年版。

确定原告的全部损害是由多个被告的侵权行为造成的,但并非其中之一侵权行为造成了全部的损害。例如,原告被三只狗攻击、咬伤,这三只狗分别属于不同的主人,无法确定特定损害部分是由哪一只狗造成的。

(2) B2 子类型:原告损害的一些部分由其他因素造成。在此子类型中,根据证据规则可以确定原告的部分损害是由一个或者数个侵权人造成的,而其他部分则是由非侵权性要素或者原告的过失造成的,此时,无法确定那些部分损害是由哪个要素造成的。如上例,增加一种因素即其中一只狗是流浪狗、没有主人。

3. C 类型。在 C 类型下,因果关系的不确定性在于被告的侵权行为是否会引起将来的损害。它可以分为两个子类型,一类是无法确定被告的侵权行为将来是否会对原告造成损害(C1 子类型);另一类是根据证据规则的要求可以确定被告的侵权行为导致了原告过去的损害,或者会对原告造成将来的损害,但无法确定这一损害将来会发展到的程度(C2 子类型)。例如,原告由于被告雇主的过失而职业性的接触一种已知的有毒物质。在提起诉讼时,原告尽管尚未受到身体伤害,但是有 12% 或者 85% 的可能性在将来患病(C1)。再如,由于被告的过失导致原告遭受严重骨折,在初审时,不确定原告的情况将来是否会恶化(C2)。

4. 复合案例

前文的类型化并未穷尽所有可能的 CPL 情形,显然,有些情形具有一个以上的类型或者子类型的特征,因此也不能单独地归入上述的任何一个“格子”,便以此类作为兜底类型。

在具体适用上,一些国家如法国、意大利、波兰、西班牙和瑞士等,虽未正式承认比例责任作为解决因果关系不明纠纷的一项规则,但事实上却适用之,尤其是在“机会丧失”的案件(上述 A5 子类型)中。这些国家适用比例责任的范围是不同的。例如,法国似广泛地适用比例责任,其丧失生存机会比例原则的适用不仅涵盖了过去各种损害,还包括了避免将来损害的丧失机会情形(C 类型情形)。一些国家部分承认且部分适用比例责任,这些国家如奥地利、英国、以色列、荷兰和美国。但由于没有严格地界定其恰当的适用范围,导致比例责任的适用出现突破性和退缩性并存的情形。^①

(三) 我国立法与理论研究的有利基础

就我国而言,比例责任并非是完全陌生、毫无根基的。事实上,我国立法已有相关体现,最为突出的表现在侵权责任法第 67 条关于环境污染责任的规定,即“两个以上污染者污染环境,污染者承担责任的大小,根据污染物的种类、排放量等因素确定。”当两个以上的污染者所制造的污染物质造成污染环境的后果,却不能确定损害是由谁造成时,数个污染者均有造成损害的可能性。依侵权责任法第 10 条的规定,共同危险行为应承担连带责任,但立法者却认为,承担连带责任虽然能更好地保护原告,但从社会公平的角度来说,值得商榷。污染损害发生后,原告从赔付能力考虑,一般会起诉经济能力较强的大企业,而大企业由于处理污染物能力较强,不一定比小企业排放污染物多,规定连带责任会加重企业的负担,不利于社会公平,也不利于排污多的小企业积极治理污染。同时,部分排污者承担连带责任后,还需另行起诉,根据污染物排放量等因素在排污者之间追偿,增加诉累。因此,应当规定按份责任,直接根据污染物的种类、排放量等确定排污者责任的大小^[11] (P. 340-341)。该规定蕴含着比例责任的精神,因为环境污染者分担责任的主要依据是各自排放污染物的种类、排放量多少。污染物种类是指导致损害结果的污染物的具体类型,有的污染物具有更大的危险性,有的直接可以导致损害发生,有的需要与其他物质结合才能导致损害。在计算排放量时,既要考虑排放污染物的总量,也要考虑排放浓度,排放量是排放污染物的总量乘以排放浓度^[12] (P. 514-515)。据此可以确定污染者各自造成损害后果的可能性大小。因此可以

^① See Michael D. Green, *Causal Uncertainty and Proportional liability* (March, 2012), forthcoming.

推论出, 污染者根据其行为与损害后果之间的因果关系可能性比例来分担相应的责任。^①

学术界对比例责任的研究主要体现在丧失存活机会责任和市场份额责任领域。近些年来, 已有不少学者在比例因果关系的基础上对丧失存活机会损害赔偿展开了探讨, 指出在医疗侵权纠纷中, 传统因果关系理论无法应对存活机会低于 50% 以下的丧失问题, 必要条件理论失灵、优势盖然性理论失衡、全有或全无规则失效, 比例因果关系是化解此等困境的有效出路。我国立法应当借鉴比例因果关系下的丧失存活机会规则, 为医疗纠纷的妥善解决提供良策^{[13][14]}。甚至有些学者在此基础上进一步主张, 存活机会丧失规则的适用不应仅限于医疗侵权领域, 其所蕴含的比例因果关系、比例责任理论可以在更广泛的领域中得以运用。^②

我国学者对市场份额理论的研究至少有十多年的历史, 有学者已于 1999 年就建议在我国产品责任领域适用市场份额理论^[15]。目前我国学界基本赞成在产品质量领域适用市场份额责任, 相关权威学者亦在侵权责任法专家意见稿中对此予以规定^{[16] [P. 235] [17] [P. 235]}。还有一些学者以市场份额为基础, 拓展分析比例责任, 并建议我国立法予以采纳。例如, 有学者指出, 为了克服市场份额的适用限制, 美国学术界提出了“比例份额责任”(proportional share liability) 的观点。该观点认为, 法院在被告间分配责任时, 市场分额并不是惟一可以被参考的因素, 法庭应该综合多种因素(如不同产品间危险程度比例) 以便在被告产品不具有一致的危险性时, 仍可依据市场份额为基础推知被告造成损害的可能性比例。在美国《侵权法重述·第三次》产品责任部分, 已经使用比例责任(proportional liability) 这样的词语, 并且在论述中也没有明确可替代性要求^[18]。有学者, 进一步分析了从“市场份额责任”向“比例份额责任”扩展适用的可能性, 并建议在我国侵权责任法上确立“比例份额责任”, 即在侵权责任形态一般规则层面上确立“比例份额责任”, 并适当地限定其适用范围^{[19] [P. 296以下]}。

综上所述, 我国完全有可能、亦有必要借鉴域外比例责任之理论, 采纳比例责任作为解决因果关系不明侵权纠纷的补充路径。

三、完善立法关于因果关系不明侵权之规范——比例责任的适当引入

我国侵权责任法的颁布具有重大的意义, 增加了对许多新型的侵权行为的规制, 加强了受害人合理权益的保障, 并对因果关系难以确定的纠纷作出了相应的调整。虽然此等做法值得称道, 但其具体规定仍有可推敲之处, 在适用连带责任、平均责任解决因果关系不明侵权之同时, 有适当辅以比例责任之必要。

(一) 共同危险行为责任分担之选择

我国侵权责任法第 10 条对“共同危险行为”作出了规定, “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。”其所规制的情形类似上文提及的 A1 子类型的情形。在这一情形下, 数个行为人中必有其中之一或若干造成了原告的损失, 但原告却无法举证具体是何者实际引致了损失, 此时若依高度盖然性的证明标准, 则原告无法得到赔偿。面对如此之不公平、不公正, 侵权责任法施以“因果关系推定”和“连带责任”给予原告有力的救济。

因果关系推定是指在损害发生后, 数个行为人都可能造成损害, 但又不能确定谁是真正的行为人时, 法律从公平正义和保护原告的角度出发, 推定每个人的行为与损害之间都具有因果关系^{[20] [P. 742]}。连带责任的苛加, 使所有可能性的被告被视为一整体对损害后果共同承担责任。连带责任制度一方面

^① 亦有学者持与笔者相同之观点, 如李显冬主编《中华人民共和国侵权责任法条文释义与典型案例详解》, 法律出版社 2010 年版, 第 356 页。李教授指出, 多个污染者承担的责任大小, 则按照“市场份额规则”, 由行为人根据污染物的种类和排放量等因素确定。

^② 田韶华、樊鸿雁“论机会丧失的损害赔偿”, 载《法商研究》2005 年第 4 期。陈志杰“‘治愈或存活机会丧失’损害赔偿问题研究(下)”, <http://www.civillaw.com.cn/Article/default.asp?id=39447>, 最后访问时间: 2012-01-08。陈聪富《因果关系与损害赔偿》, 北京大学出版社 2006 年版, 第 212 页。陈聪富教授对此持相对谨慎的态度, 他认为, 机会丧失理论, 在侵权行为案件中, 除纯粹经济上损失之案件外, 原则上仅适用于医疗纠纷案件, 而非所有侵权行为案件均予以适用。

将由原告承担的风险转移给了共同危险行为人,另一方面将原告自行承担赔偿不能的风险转化为由共同危险行为人承担内部求偿不能的风险。正如德国著名侵权法学者福克斯教授所述“在多人参与的损害行为中,经常无法查明是其中的哪一个人造成了损害。而这一规定《德国民法典》第830条第1款)^①的目的正是为了克服这种情况下原告的举证困难。这里的基本观点是,在多人参与的侵权行为案件中,当无法完全准确地确定真正的被告本人时,原告的请求权不能因此而无法实现。”^{[21][P.234]}这无疑为原告的利益提供了一道强劲有力的保护,是相当值得肯定的。

但这一规定难以应对存在无可责难的原因(如自然力)介入时,共同危险行为人如何承担责任的难题。如上文提及的若三人实施共同危险行为投掷石块,恰逢自然力作用落下两块石块,路人被砸伤。此时,三人投掷行为和自然力必有其一造成路人损害,若适用传统因果关系理论,则原告将因无法举证何者是真正的侵权人而无法获得赔偿;若适用因果关系推定和连带责任,则三被告应对全部损害承担赔偿责任,然而其引发损害的可能性却只有60%。不难看出,我国侵权法的规定纵然减轻了原告的举证负担,为原告获得及时救济提供了便利,但是它在一定程度上是以牺牲被告的利益作为代价的,即由于因果关系的不确定性,连带责任的无限制苛加会导致被告可能要对不是由自己行为造成的损害承担责任,从而过度地张扬了侵权法的威慑功能。在此情形下,比例责任的适用可以缓解这种不公平性,根据各被告的侵害行为与原告损害结果之间的因果关系可能性比例分担责任,即由每名被告承担20%的赔偿责任,使被告受到应有的惩罚、原告获得应有的赔偿,实现两者利益的平衡。

另外,在许多实例和案件中,责任和非责任之间的界限存在相当大的灰色区域。欧洲侵权法原则、欧洲各国法和普通法也如此。在灰色领域,日常生活中可能很多案例,其中支持责任成立的理由与反对责任成立的理由几乎旗鼓相当。而且,受害人或者侵权人意想不到的事情(或坏运气),经常扮演重要角色。从这一角度看,在某些案件中,适用连带责任或许不利于受害人。毕竟,如果法院认为在特定案件中采用连带责任将是不公平的,它可能不情愿确认责任^{[10][P.81]}。例如,两名被告各投掷一块石块行为,恰好四块石头因不可责难之原因从天而降,一路人被六块石块之一砸中。法院在考虑此等共同危险行为时,很可能不愿意适用侵权责任法第10条所规定的苛刻的连带责任,随之可以选择的只能是让受害人自己承担不利的后果。这显然不利于保护受害人的权益。此时,比例责任则可以发挥其积极作用,藉此可要求两被告按照其与原告损害后果之间的因果关系比例承担相应的赔偿责任,即各承担1/6的赔偿责任。这既使实施危险行为人得到了其本应承担的惩罚,又不因此过度保护受害人的权益。

即使是在适用连带责任可行的情形下,比例责任的分担方法可以用作计算连带责任人内部责任大小的依据。数个责任主体承担连带的侵权责任后的内部追偿,根据我国侵权责任法第14条的理解,一般遵循比较过错原则、比较原因力原则和衡平考虑原则^{[22][P.45]}。共同危险行为与一般的共同侵权行为不同,各侵权人与损害结果之间的因果关系是无法确定的,即无法明确究竟是何者的行为造成了被侵权人的损害,所以在此等情形下,难以用比较过错、比较原因力来分配侵权人之间的责任;若以平均责任苛加之,又无法体现出各个侵权人各自对促成损害后的危险性。此时,比例责任的适用则可实现侵害行为引发的危险大小与损害责任承担的多少基本一致,从而实现侵权法上适当威慑与矫正正义的功能。

(二) 无意思联络分别侵权之规制

我国侵权责任法第12条规定“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害,能够确定责任大小的,各自承担相应的责任;难以确定责任大小的,平均承担赔偿责任。”此条所规制的情形类似上文提及的B类型情形,如因前后而来的交通工具使得他人受伤,但是不知道各个加害人对受害人造成的损害的确切份额^{[23][P.63]}。该条欲解决的是当两人以上分别、独立地实施侵权行为,各个行为对损害后果的发生分

^① 我国《侵权责任法》第10条的规定正是借鉴德国法所制定的,通说认为共同危险行为制度起源于德国民法,后为各国立法所确认。

别产生了作用,并造成性质相同、内容具有关联性的损害结果时,各侵权人责任大小确定的问题。^①对此立法,主要有三种不同的解释:第一种观点是如果能够确定各自的加害部分,则依据该条第一句,加害人各自承担相应的责任;如果难以确定,依据本条第二款,平均承担赔偿责任^{[11] (P.62)}。第二种观点是各行为人对各自的行为所造成的后果承担责任,即在损害结果可以单独确定的前提下,应当责令各行为人就其行为所造成的损害承担赔偿责任。在无法确定各行为人的行为所造成的后果时,按照各行为人所实施行为的原因力,按份额各自承担责任。无法区分原因力的,应当平均承担责任,确定各行为人应当承担的责任份额^{[24] (P.72)}。第三种观点是根据各个侵权行为对造成损害后果的可能性(盖然性)来确定责任份额。判断这种可能性,可以综合各个行为人的过错程度、各个侵权行为与损害后果因果关系的紧密程度、公平原则以及政策考量等因素。在某些情形下,由于案情复杂,很难分清每个侵权行为对损害后果的作用力究竟有多大,可以借鉴其他国家和地区的做法,由各个行为人平均承担赔偿责任^{[11] (P.70)}。

笔者认为,上述三种观点均有其合理之处,但亦存在些许缺憾。第一种观点在各侵权行为人分担设计上略显简单,能确定各自加害部分的,各自承担按份责任;无法确定的,直接适用平均责任。第二种观点在第一种观点基础上加入了原因力的考量因素,即侵权行为人先按各自加害部分承担按份责任,损害份额无法确定的,再依原因力分担责任,无法区分原因力的,最终平均承担责任。原因力判断标准的嵌入,避免了过早适用平均责任的“平均主义、一刀切”的弊端。第三种观点则添加了更多的确定各侵权人的考查因素,包括行为人的过错程度、各个侵权行为与损害后果因果关系的紧密程度、公平原则以及政策考量。其中“各个侵权行为与损害后果因果关系的紧密程度”可以视作比例责任的实质精神的体现,但更准确的说,应该是各个侵权行为与损害后果因果关系可能性比例,可能性比例较高,行为与损害后果之间的因果关系越为密切。然采可能性比例方式,能依该比例更准确地确定各侵权人的责任份额,而非仅是“紧密程度”这一模糊的标准,并且能实现从因果关系判断依据到赔偿责任承担标准的连贯性过渡。但是需要指出的是,该观点认为“有的学者将这种可能性称为‘原因力’”这一观点是不可取的,它混淆了依原因力进行的责任分担与比例责任之间的差别。原因力(causative potency)指在导致受害人同一损害后果的数个原因中,各原因对于该损害后果的发生或扩大所发挥的作用力^{[25] (P.93-94)}。在适用比较原因力时,其前提仍是传统的“全有或全无”的因果关系理论。而在比例责任下,传统的因果关系理论已不再适用,因果关系应依据被告行为发生损害的可能性认定,并相应于该比例计算被告应赔偿之数额。前者着眼于“作用力大小”,后者着重于“因果关系可能性比例”。当然,两者也存在一定相似性,“因果关系、原因力以及相近的概念都是客观的。”^②综之,可以结合三种观点之长,对我国侵权责任法第12条作出如下解释:二人以上分别实施侵权行为造成同一损害,倘若可以确定各自的加害部分,则各行为人就其行为所造成的损害承担赔偿责任;各自损害份额无法确定的,可以根据各侵权行为人过错、侵权行为的原因力、侵权行为与损害结果之间因果关系的可能性、公平原则以及政策考量等因素确定侵权行为人各自应承担的赔偿责任份额;仍无法确定责任大小的,各个侵权行为人平均承担赔偿责任。

四、结论

比例责任是一种新型的责任分担解决路径,这种方式是相当创新的^{[10] (P.80)}。无论是涉及面较小的单个原告的情形,还是涉及面较大的大规模侵权的情形;不论是具体被告情形不明的状况,或是具体加害份额不确定的状况;无论是在我国,抑或是在域外国家,比例责任均有其适用的合理之处。作为一种崭新的因果关系认定方式及责任分担的确定方法,它无疑都具有开拓性和一定的合理性,它的补充适用可以为因果关系不明的侵权案件的处理提供比传统方式更具优势性的解决思路。比例责任最宜适用于

^① 所谓的同一损害,并非为相同的某一损害。而是指数个侵权行为所造成的损害的性质是相同的,都是身体伤害或者财产损失,并且损害内容具有关联性。参见王胜明主编《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2010年版,第67页。

^② John F. Meadows, George J. Markulis: *Apportioning Fault in Collision Case*, University of San Francisco Law Journal Summer 1989.

因果关系概率为70%及以下的重复性案件中,以及可以得到关于因果关系的概率的可信赖的证据且考虑到此类案件所涉及的利害关系时提供这些证据的费用是合理的案件。^①但它不能取代传统的因果关系理论,正如卡拉布雷西法官关于新情况与传统规则关系所作的具有启发性的说明“在那些引人注目的并包含热点问题的案件中,案件各方有一种倾向,即认为自己提出了(与原有的法律背景相比)具有显著不同的新问题。但实际上,这些案例通常最好依照最为传统的方式被看待。在考虑扩展传统的法律范畴或者创造新的概念范畴是否必要且适当以前,法院必须考虑如何适用传统法律使此类案例获得调整。”^②作为一种新生的事物,比例责任在我国理论体系构建并不健全,其司法实践运作并不完善,笔者望通过此文起到抛砖引玉之作用,有待更多的学者展开更加深入的探讨与研究,更多的司法实践者提供宝贵的建议与经验。

参考文献:

- [1] 全国人大常委会法制工作委员会民法室编《〈中华人民共和国民事诉讼法〉条文说明、立法理由及相关规定》(2012修订版),北京大学出版社2012年版。
- [2] 何家弘“论司法证明的目的和标准——兼论司法证明的基本概念和范畴”,载《法学研究》2001年第6期。
- [3] 汪颜芬“重构我国民事诉讼证明标准”,载《集美大学学报:哲学社会科学版》2004年第1期。
- [4] 李浩“证明标准新探”,载《中国法学》2002年第4期。
- [5] 张家骥“对证明责任和证明标准的理论反思”,载《法制与社会发展》2012年第2期。
- [6] 徐步林“民事诉讼证明标准新论”,载《河南师范大学学报》2011年第5期。
- [7] 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。
- [8] 陈聪富《因果关系与损害赔偿》,北京大学出版社2006年版。
- [9] [美]H. L. A. 哈特、[美]托尼·奥诺尔《法律中的因果关系》(第2版),张绍谦、孙战国译,中国政法大学出版社2005年版。
- [10] 欧洲侵权法小组编《欧洲侵权法原则:文本与评注》,法律出版社2009年版。
- [11] 王胜明主编《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2010年版。
- [12] 王利明《侵权责任法研究》(下卷),中国人民大学出版社2011年版。
- [13] 董念清“‘机会丧失’与损害赔偿——对少女截肢事件的法律分析”,载《中国民用航空》2006年第4期。
- [14] 吴秉范“医疗损害赔偿之新思考——机会丧失理论之引入”,载《湖北警官学院学报》2011年第1期。
- [15] 金晓晨、冯益娜“外国产品责任法对中国的启示”,载《河北学刊》1999年第6期。
- [16] 王利明主编《中国民法学者建议稿及立法理由——侵权行为编》,法律出版社2005年版。
- [17] 杨立新主编《〈中华人民共和国侵权责任法〉草案建议稿及说明》,法律出版社2007年版。
- [18] 谢远扬“论受害人不明的大规模产品侵权责任:以市场份额责任为中心”,载《法律科学》2010年第4期。
- [19] 王竹《侵权责任分担论:侵权损害赔偿责任人分担的一般理论》,中国人民大学出版社2009年版。
- [20] 王利明《侵权行为法研究》(上卷),中国人民大学出版社2004年版。
- [21] [德]马克西米利安·福克斯《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2006年版。
- [22] 张新宝《侵权责任法》(第2版),中国人民大学出版社2010年版。
- [23] 金勇军《民法判例研究》,中国政法大学出版社2002年版。
- [24] 杨立新《中华人民共和国侵权责任法精解》,知识产权出版社2010年版。
- [25] 张新宝、明俊“侵权法上的原因力理论研究”,载《中国法学》2005年第2期。

(责任编辑 寇 丽)

^① Michael D. Green, *United States Report on Proportional Liability*, forthcoming (January, 2012). 笔者根据 Green 教授的建议,结合我国的民事证明标准作了些修改。

^② Calabresi, J., *dissenting*, *McCarthy v. Olin Corp.*, 119 F. 3d 148, 161 (2d Cir. 1997).