

论单独侵权致同一损害适用按份责任的例外

董 春 华*

摘 要:单独侵权不足以致全部损害时,应适用连带责任还是按份责任并无定论。连带责任将部分侵权人不能清偿的风险转嫁给其他侵权人,有利于保护受害人,却让过错比例较小的侵权人承担过重的责任;按份责任可避免过错程度与责任不相称,却将部分侵权人不能清偿的风险转移给原告。这使连带责任或按份责任作为一般规则设置例外显得必要,由此形成两种模式:连带责任为一般规则、按份责任为例外与按份责任为一般规则、连带责任为例外。多数国家采纳前者,我国采纳后者。排除政策性连带责任,网络服务提供者承担连带责任属于我国“按份责任”一般规则的例外,但其适当性欠妥,司法实践将环境侵权、医疗侵权作为例外情形有其合理性。

关键词:单独侵权 同一损害 连带责任 按份责任 例外情形

一、问题的提出

依据大陆法系和英美法系传统侵权法,不可分伤害是适用连带责任的领域之一。^①不可分伤害是指各个行为人对原告造成的无法在合理的基础上加以划分的损害,最典型的是引发火灾、造成受害人死亡或者瘫痪的情形。例如,由于两辆汽车司机的过失引发交通事故,导致车内乘客被摔出受伤。^②多数国家使用“不可分伤害”,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)使用“同一损害”一词,不可分伤害可指代同一损害。

针对单独侵权致同一损害的情形,依据单独侵权是否“足以”致全部损害这一标准,《民法典》第 1171 条规定“足以”致全部损害时适用连带责任,第 1172 条规定“不足以”致全部损害时适用按份责任,故当单独侵权人足以致全部损害时应适用第 1171 条,不足以致全部损害时则适用第

* 华东政法大学知识产权学院教授
基金项目:上海市哲学社会科学规划项目(2020BFX005)

① See J.P. Ogilvy, *Inside Torts: What Matters and Why*, Wolters Kluwer, 2016, pp.124-125.

② 参见张铁薇:《共同侵权行为的概念要素》,《内蒙古大学学报》(人文社会科学版)2006年第1期。

1172条。^① 本文所探讨的单独侵权致同一损害仅指第1172条不足以致全部损害适用按份责任的情形,所探讨之例外,即单独侵权人不足以致全部损害但仍对其适用连带责任的情形。

单独侵权不足以致全部损害的情形适用按份责任,为我国传统民法学理论所坚持,即无意思联络单独实施侵权行为的数侵权人对外承担按份责任,按照侵权人各自的过错比例承担相应的责任。^② 有学者肯定这一规则的正当性,认为其并未违反单独侵权因果关系的评判规则,^③能够防止过失份额较小的侵权人承担过重的责任,在理论上不存在重大疏漏。^④

《民法典》第1172条规定单独侵权不足以致全部损害时适用按份责任。这是一般规则。《民法典》“侵权责任编”责任主体的特殊规定章、特殊侵权责任各章规定了单独侵权不足以致全部损害时适用连带责任的情形,其中存在大量无意思联络数人侵权的条文,在适用范围上与第1172条也存在一定的交叉。^⑤ 例如,在网络服务提供者致害、高度危险物致害、建筑物等设施倒塌致害、拼装、报废机动车致害等情形下,除却政策性连带责任外,“网络服务提供者承担连带责任”应属一般规则的例外。因而,我国侵权责任法将按份责任作为“多因一果”数人侵权责任分担的一般规则,将连带责任作为其例外。^⑥ 由此形成的单独侵权不足以致同一损害的责任分担模式是:适用按份责任为一般规则,适用连带责任为例外。

世界绝大多数国家都规定,单独侵权致同一损害适用连带责任为一般规则,特殊领域适用按份责任为例外(有些国家无例外)。例如,《意大利民法典》规定单独侵权致同一损害适用连带责任,但在《意大利航运法典》中则规定船舶碰撞适用按份责任。与我国类似,美国适用纯粹按份责任或者修正按份责任的州,在单独侵权致同一损害适用按份责任的一般规则之下,选择了一些特殊领域保留适用连带责任。

我国单独侵权不足以致同一损害适用按份责任经历了怎样的发展?一般规则与例外情形的两种模式孰优孰劣?我国侵权责任法如何在按份责任一般规则下选择正当性依据更充分的领域作为例外情形适用连带责任?既有例外情形是否有充分说服力?这些是本文尝试回答的问题。

二、数人侵权规范、学说演变:一般规则的形成

20世纪80年代以来,我国学术界围绕“共同侵权”阐释数个侵权人导致损害的相关问题。2002年,“数人侵权”这一术语在我国学术论文中首次出现。^⑦ 单独侵权不足以致同一损害适用按份责任这一一般规则,历经30年发展,最终在《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权

^① 《中华人民共和国侵权责任法》第11条和第12条首次以法律的形式对单独侵权致同一损害的责任分担作出规定,分别被《中华人民共和国民法典》第1171条和第1172条所继承。

^② 参见孙维飞:《单独侵权视角下的共同侵权制度探析》,《华东政法大学学报》2010年第3期。

^③ 参见曹险峰:《〈侵权责任法〉第12条之按份责任正当性论证——兼论第12条与第37条第2款的关系》,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2014年第2期。

^④ 参见冯德淦:《〈侵权责任法〉第12条适用范围之厘定》,《法治研究》2018年第5期。

^⑤ 参见冯德淦:《〈侵权责任法〉第12条适用范围之厘定》,《法治研究》2018年第5期。

^⑥ 参见曹险峰:《〈侵权责任法〉第12条之按份责任正当性论证——兼论第12条与第37条第2款的关系》,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2014年第2期。

^⑦ 参见张艳、马强:《试论无意思联络的数人侵权》,《河南省政法管理干部学院学报》2002年第5期。

责任法》第12条得以明确,《民法典》第1172条沿用了这一规则。

(一)数人侵权规范的演变

1984年8月30日,最高人民法院颁布的《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第73条首次规定了数人侵权。该条第1款规定共同致害人之间份额的分割,第2款规定教唆人和帮助人的连带责任,第3款规定对外意义上的连带责任。虽然对于共同造成损害的文义理解存在争论,但是通常认为,该《意见》确立了共同侵权的“补充性连带责任”。^① 1986年颁布的《中华人民共和国民事诉讼法通则》(以下简称《民法通则》)第130条以简易的语言规定了共同侵权,《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见》第148条规定了教唆人、帮助人为共同侵权人承担连带责任,但两者均未对“共同侵权”做进一步的解释。

此后十余年间,直至2001年最高人民法院颁布《关于审理触电人身损害赔偿案件若干问题的解释》(以下简称《解释》),未再有规范性文件涉及此问题。《解释》第2条第2款规定了“高压电致人损害由多因致害时行为人责任的承担”。依据“原因力”理论,该条款规定对多个原因造成同一损害的情形适用按份责任。

2003年,最高人民法院颁布的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《人身损害赔偿解释》)第3条对数人侵权作出规定。它明确虽无共同故意或共同过失,但行为“直接结合”也可构成共同侵权适用连带责任,“间接结合”的单独侵权适用按份责任。与以往相比,这一规定扩大了连带责任适用的范围,使“多因一果”的数侵权人在行为直接结合时也承担连带责任。不过,该种区分仍然难以厘清何为直接结合,何为间接结合。^② 直接结合与间接结合界限不清楚和操作困难,引起了理论界和实务界的争议。

2009年12月通过的《侵权责任法》第8条至12条,分别规定了共同侵权、教唆人、帮助人连带责任、共同危险责任以及单独侵权连带责任和按份责任,形成了我国数人侵权责任承担较为完备的体系。这一体系被《民法典》第1168条至1172条直接沿用。

从数人侵权的规范演变可以看出,我国数人侵权的发展经历了以“共同侵权”为核心,适用连带责任的范围不断扩大的演变过程。《人身损害赔偿解释》将两个及以上单独侵权行为直接结合致同一损害的情形纳入连带责任,《侵权责任法》则以“是否足以导致全部损害”作为单独侵权致同一损害是否适用连带责任的依据。相应地,两个及以上单独侵权行为间接结合致同一损害时适用按份责任,单独侵权人不足以致全部损害时承担按份责任,《人身损害赔偿解释》和《侵权责任法》在范围上有所差别,但结果都是将单独侵权致同一损害的部分情形纳入连带责任,保留部分情形适用按份责任。《侵权责任法》第11条和第12条以“是否足以”的标准代替了《人身损害赔偿解释》“直接结合和间接结合”的标准,在单独侵权不足以致全部损害时适用按份责任,也是数人侵权唯一保留适用按份责任的领域。

(二)数人侵权学说的演变

1.以“共同侵权”为中心扩张连带责任的学说史。由于我国最早的民法教科书和司法实践都将共同侵权的范畴局限于共同故意,适用连带责任,因此,自20世纪80年代开始,我国民法学者开始探讨共同侵权是否只限于共同故意,是否可以包含共同过失。

^① 参见尹田:《论民事连带责任》,《法学杂志》1986年第4期。

^② 参见刘凯湘、王永霞:《论无意思联络数人侵权行为》,《政法论丛》2009年第6期。

支持“共同过失属共同侵权”学说的学者认为,共同故意说与民法上的过错责任原则相抵触,共同过失不应被排斥在共同侵权之外。^① 反对“共同过失为共同侵权”学说的学者认为,共同过失不是也不可能成为共同侵权行为的主观要件,责任主体既没有指向侵权目标的意思联络,也不存在作用于损害结果的共同行为,不是连带责任的主观依据。对共同过失的侵权行为所致损害,过失行为人无须承担连带责任,只能根据过错大小由其各负其责,若过错及损害不能分别确定,则由责任主体平均分担责任。^② 共同过失否定说将共同过失排除在共同侵权范围之外,直接对其适用按份责任,若无法确定过错和损害的比例时,则平均分担责任。

除了论证共同过失,学者开始注意并讨论多因一果或行为偶然结合的数人侵权。多数学者认为,该种情况实难构成共同侵权,因而不能适用连带责任。多因一果的侵权人应各自承担责任,而非承担连带责任,多因一果的受害人只能分别要求数位侵权人赔偿他们各自所应赔偿的份额,不能请求数个侵权人中的一人或数人赔偿全部损失。^③ 有学者进一步强调,多因一果或偶然结合的侵权行为,各行为主体只能根据自己的过错比例分别承担责任,无须承担连带责任。^④

与规范和学说的发展相适应的是,在民事审判实践中,20 世纪 80 年代早期便在共同故意构成共同侵权适用连带责任外,逐渐认可共同过失也可适用连带责任。直至 90 年代初,民事审判实践对于准共同侵权损害赔偿制度的确立基本上持否定的态度。^⑤ 其主要原因是,从《民法通则》第 130 条难以推出共同危险行为可适用连带责任,损害也并非所有行为人造成,让全部行为人承担连带责任违背过错责任原理。

2. 围绕“共同侵权”形成的 3 种学说。除上述依时间线索梳理的学说发展,学者以“共同侵权”为中心形成了 3 种不同的学说。持“共同侵权主观说”者认为,意思联络是共同侵权的本质特征。持“共同侵权客观说”者认为,数人所为侵害致他人同一损害,各行为人无意思联络,仍构成共同侵权。持“折中说”者认为,要构成共同侵权行为,各侵权人在主观上应均有过错,或故意或过失,但不要求共同的故意或意思联络;过错的内容应是相同或相似的;各侵权人的行为在客观上应当具有关联性,形成一个统一不可分割的整体,都是损害发生不可或缺的原因之一。^⑥ “折中说”被《人身损害赔偿解释》所采纳,但《侵权责任法》背弃了《人身损害赔偿解释》的精神,对于共同侵权的构成从“客观说”转向了“主观说”。《侵权责任法》关于共同侵权连带责任在立法政策上的转向,在侵权人与受害人之间作出了重大的利益调整,^⑦ 部分侵权人无须对连带责任之下的全部损害负责,受害人对承担按份责任的侵权人的求偿可能发生困难,导致损害赔偿请求难以实现,但这并不意味着侵权人的行为自由得到了更多的保护。《侵权责任法》对单独侵权致同一损害的责任分担以“是否足以造成”取代“直接结合与间接结合”,并不能由此得出“侵权人一方自由得到保护”的结论。因为不足以致全部损害适用按份责任,其范围并不必然大于间接结合致同一损害适用按份责任,存在大于、小于或等于 3 种可能性。

① 参见邓大榜:《共同侵权行为的民事责任初探》,《法学季刊》1982 年第 3 期。

② 参见伍再阳:《意思联络是共同侵权行为的必备要件》,《法学季刊》1984 年第 2 期。

③ 参见张明福:《共同侵权民事责任浅析》,《山东法学》1987 年第 3 期。

④ 参见沈幼伦:《试析共同侵权行为的特征》,《法学》1987 年第 1 期。

⑤ 参见张庆东:《准共同侵权损害赔偿制度》,《法学》1994 年第 7 期。

⑥ 参见张新宝:《中国侵权行为法》,中国社会科学出版社 1998 年第 2 版,第 167~168 页。

⑦ 参见张新宝、庄超:《扩张与强化:环境侵权责任的综合适用》,《中国社会科学》2014 年第 3 期。

从我国数人侵权责任的发展演变可以看出:以“共同侵权”为中心发展起来的数人侵权责任体系,呈现的是连带责任适用范围不断扩大、按份责任适用范围不断萎缩的趋势。几十年来,数人侵权责任发展的目的是扩大连带责任并为其寻找正当性,单独侵权不足以致同一损害是数人侵权适用按份责任唯一保留的领域。这与两大法系传统侵权法连带责任的发展趋势不同,它们关于侵权连带责任的发展模式是在既定连带责任的基础上,探寻按份责任的正当性及其范畴,与我国侵权连带责任的发展呈现相反的发展趋势。这导致我国侵权法关于单独侵权不足以致同一损害的责任分担模式与绝大多数国家的都不同。

三、一般规则与例外情形的两种模式

各国对单独侵权不足以致同一损害适用责任分担的规则可分为两种模式:连带责任为一般规则、按份责任为例外,按份责任为一般规则、连带责任为例外。

(一)连带责任为一般规则、按份责任为例外的模式

在大陆法系和英美法系各国传统侵权法中,单独侵权导致同一损害适用连带责任是一般规则,适用按份责任为例外。

1.大陆法系主要国家。在德国,《德国民法典》第830条规定了共同侵权,但未提及连带责任,仅规定数人共同实施侵权行为导致损害时,每一个侵权人均对损害负责;第840条规定,数人对侵权行为导致的损害均负有责任的,作为连带债务人承担责任。将第830条和第840条结合起来,可得出数个共同侵权人应承担连带责任的结论。^①依德国通说,当数个侵权人导致的损害可明确分割时,他们仅就其加害部分承担责任;当各自加害部分无法确定时,为保护受害人,各侵权人应承担连带责任。德国曾尝试通过立法在单独环境侵权中确立按份责任。《德国环境责任法》(草案)第8条曾将数侵权人侵权责任限制至各自份额,排除数人单独侵权致同一损害适用连带责任的情形。1990年10月,德国立法院下议院通过了该草案,但上议院删除了第8条,任何单独侵权人都将基于该法第6节第(I)款的因果关系被推定对受害人的全部损害负责,不管归咎于他的实际份额是多少。^②因此,环境领域的数人侵权仍遵循一般侵权规则,包括《德国民法典》第840条规定的连带责任。德国试图在连带责任一般规则之外规定例外情形,最终未成功。

法国的数人侵权制度是通过判例发展起来的。法国的司法界以及理论界通常不去探讨如何理解共同侵权中的“共同”,而是将该问题转化为因果关系的问题进行讨论。^③在侵权行为是数人的过错造成的,且每个人的过错都是受害人遭受的整体损害的直接原因时,若无法确定侵权人造成损害的相关份额,则受害人可能向任一侵权人主张全部的损害赔偿。^④20世纪40年代至50年代,连带责任遭到批评,以“损害不可分”作为数个侵权人承担连带责任的理由被认为不成立。在可归责原因与意外原因(如海难、水灾等)共同导致损害的案件中,法国法院的商事法庭拒

^① 参见叶金强:《旅游纠纷中的连带责任——以“焦建军与中山国旅等旅游侵权纠纷案”为参照》,《法学》2015年第2期。

^② See William C. Hoffman, Strict Pollution Liability under Germany's New Environmental Liability Act, 3 Environmental Claims Journal 487, 493(1991).

^③ 参见张铁薇:《共同侵权制度研究》,人民法院出版社2013年版,第118页。

^④ 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2001年版,第75页。

绝对过错方追究连带责任,而仅判决其承担部分赔偿。^① 20 世纪 70 年代后,法国最高法院推翻按份责任的判决,再次重申单独侵权致同一损害的数人侵权案适用连带责任,该争点自此基本再无争议。

在意大利,《意大利民法典》第 2055 条规定了侵权连带责任:损害事实可归责于数人的,数人应当对损害赔偿承担连带责任。这被解释为可归责于数人的损害可分时,不适用连带责任,损害不可分时,适用连带责任。意大利在特殊领域设置了数人单独侵权致同一损害的例外情形。《意大利航运法典》第 484 条规定:除死亡和人身损害外,碰撞船舶各方应按照各自过错的严重性和相关后果的严重性分别承担责任;不确定的,按均等责任赔偿。意大利侵权连带责任体系是典型的“连带责任为一般规则、按份责任为例外”的模式。

2. 英美法系主要国家。在英国,根据普通法的传统,数人侵权被划分为共同侵权人侵权和竞合侵权人侵权,两类侵权人都承担连带责任,数人侵权适用连带责任并未受到很多的批评,数人单独侵权致同一损害一直适用连带责任。20 世纪 80 年代至 90 年代,会计协会曾经发起过反对连带责任的运动,但贸易和工业部法律委员会在 1996 年提交的一份有关“连带责任的可行性调研”报告中,赞成保留该项传统规则。^②

在澳大利亚,20 世纪 90 年代,连带责任遭受攻击,但在 1990 年、1997 年和 1999 年,新南威尔士州法律改革委员会拒绝了按份责任。^③ 1996 年,澳大利亚的“英国法委员会普通法小组”建议不改革连带责任,并给出结论说:这基本是公平的,按份责任仅仅是从对被告的严苛转向对原告的不公,按份责任会阻碍庭外和解。^④ 加拿大的情形与此类似,并未从根本上改革传统侵权法中的连带责任。只有《魁北克民法典》第 1478 条第 1 款规定,当损害由数人引起时,依据每个人过错的严重程度分担责任。20 世纪下半期前,美国传统侵权法遵从单独侵权致同一损害适用连带责任的规则,各州比较过错和连带责任的改革改变了这一局面,不少州选择不同程度地在单独侵权致同一损害情形下适用按份责任,以改变“连带责任使份额较少的被告对所有损害负责”带来的不公状况。

(二)按份责任为一般规则、连带责任为例外的模式

规定“数人单独侵权不足以致同一损害适用按份责任”为一般规则,最为典型的是《民法典》第 1172 条。从我国侵权连带责任的发展看,自 20 世纪 80 年代开始,连带责任呈不断扩大之趋势,以共同侵权为基础,共同故意、共同过失、共同危险行为、单独侵权足以致同一损害的情形,都适用连带责任。第 1172 条规定单独侵权不足以致同一损害的情形适用按份责任,成为单独侵权不足以致同一损害责任分担的一般规则。排除特殊侵权责任各章中的政策性连带责任,《民法典》第 1195 条规定网络服务提供者在未及时采取有效措施时对扩大的损害承担连带责任,成为第 1172 条的例外情形。这是典型的“单独侵权致同一损害适用按份责任为一般规则、连带责任为例外”模式。

^① 参见李中原:《多数人侵权责任分担机制研究》,北京大学出版社 2014 年版,第 21 页。

^② See W. v. Horton Rogers, Multiple Tortfeasors under English Law, in W. v. H. Rogers (Ed.), Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors, Kluwer Law International, 2004, p.71.

^③ See Kit, Barker, etc., The Law of Torts in Australia, Oxford University Press, 2015, p.799.

^④ See Kit, Barker, etc., The Law of Torts in Australia, Oxford University Press, 2015, p.799.

美国传统侵权法也遵从单独侵权致同一损害适用连带责任的规则,但 20 世纪后半期,美国侵权法发生了大变革,很多州首先通过立法进而通过法院判决在侵权法中废除或者不同程度地限制连带责任的适用。虽然有学者称,对连带责任的立法修正代表了侵权法的自然进化,^①但是这一变革是连带责任遭遇的重创,按份责任在很多领域已占据重要地位。美国连带责任存废之争,主要针对“单独侵权致同一损害是否适用连带责任”这一情形,其他适用连带责任的领域并无争议,如协同行为致害导致连带责任的法理依据是,连带责任侵权人为所有损害负责是履行他自己对原告的责任,并非把破产的侵权人的责任转嫁给他。^② 采纳按份责任为一般规则的州,选择在一些特殊领域保留适用连带责任,形成“按份责任为一般规则、连带责任为例外”的格局。

(三)一般规则内部结构的剖析及设置例外的缘由

确定连带责任为一般规则有两个依据:技术上难以分割责任比例,通过证据技术也不能达到公平;给受害人以足够的赔偿。确定按份责任为一般规则也有两个依据:没有违反单独侵权因果关系的评判规则,^③防止比较过失份额较小的侵权人承担过重的责任。

1. 一般规则内部结构的剖析

(1)正当性依据的剖析。由于文化、社会背景的不同,因此各国在对侵权行为进行规制时,相应地选择了不同的立法模式和立法体例,侵权责任法也就担负着不同的使命,反映着不同的价值判断,践行着不同的法的价值观。^④ 例如,《法国民法典》第 1382 条和第 1383 条关于侵权责任的规定体现的是个人行为自由最大化,不限制侵权责任法保护利益的范围,是非限定性的侵权构成。^⑤ 《德国民法典》第 823 条关于侵权责任的一般规定以“违法性”为基础,责任构成严格,明确列举权益范围。在涉及单独侵权致同一损害是否适用连带责任这一问题上,连带责任和按份责任同样体现着不同的价值取向。

连带责任以保护受害人为中心,受害人不承受部分侵权人破产不能清偿的风险,受害人获得完全赔偿的可能性更大。按份责任保护了份额较小侵权人的利益,防止过错比例较小的侵权人承担过重的责任。连带责任尊重了责任比例无法分割的客观事实,按份责任依据过错分割责任也没有违反因果关系的规则。

(2)利益平衡之下对两种责任的剖析。侵权法学者倡导侵权责任法的平衡保护,对受害人的民事权益与侵权人的行为自由应予以均衡的、恰当的保护,一个国家制定的侵权责任法只有对受害人与侵权人的保护是平衡的,才是正义的。^⑥ 受害人与行为人的利益平衡是侵权法的永久话题,全面救济受害人是规制侵权法追求的价值理想。连带责任和按份责任谁更能体现利益平衡?

^① See Thomas J. McLaughlin, Bradley L. Fisher, Apportioning the Indivisible: Comparative Liability, 27 Gonzaga Law Review 207, 208(1991).

^② See Richard W. Wright, Throwing Out the Baby with the Bathwater: A Reply to Professor Twerski, 22 University of California Davis Law Review 1149, 1153(1989).

^③ 参见曹险峰:《〈侵权责任法〉第 12 条之按份责任正当性论证——兼论第 12 条与第 37 条第 2 款的关系》,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2014 年第 2 期。

^④ 参见解维克:《侵权行为一般条款的规范构成评析——比较法视野中的价值判断与法的适用》,《江苏社会科学》2008 年第 5 期。

^⑤ 参见姜战军:《侵权构成的非限定性与限定性及其价值》,《法学研究》2006 年第 5 期。

^⑥ 参见张新宝:《侵权责任法立法:功能定位、利益平衡与制度构建》,《中国人民大学学报》2009 年第 3 期。

在数个侵权人均有赔偿能力或均无赔偿能力的情形下,受害人得以圆满赔偿或根本无法得到赔偿,无论适用何种责任规则,结果均无分别。区别在于,部分侵权人无赔偿能力或根本无法被找到时,两种责任就会产生不同的结果。假设受害人甲为行人,乙和丙的车辆碰撞造成甲的死亡。若该种情形适用连带责任,则乙或丙都要为甲的死亡负全部责任;若该种情形适用按份责任,则乙和丙依据各自过错对甲的死亡负按份责任。若乙有赔偿能力,丙无赔偿能力,在连带责任之下,乙仍然要对甲的死亡负全部责任,而在按份责任之下,乙仅对甲的死亡负部分责任。从甲的角度看,他基于按份责任只能获得部分赔偿。因此,在部分行为人无赔偿能力时,连带责任的优势就凸显出来了。

2.一般规则之下设置例外的原因

(1)一般规则的正当性依据都不足以保证所有情形的公平。伤害在技术上不可分以及受害人的劣势说,均不足以成为将连带责任作为一般规则的有说服力的依据,对连带责任正当性的解释无法让人信服。就结果而言,连带责任又加重了侵权人的责任,特别是加重了过错比例较小的侵权人之责任。最典型的案例是美国“华特迪斯尼世界诉伍德案”^①,陪审团将14%的过错分配给原告,将85%的过错分配给原告的未婚夫,而将1%的过错分配给被告华特迪斯尼世界,并让其对86%的损害承担连带责任。连带责任之不公可见一斑。因此,反对保留连带责任的主要依据是,连带责任鼓励原告向最深口袋的一方寻求全部赔偿,而不是向对造成损害有最大因果贡献的一方寻求赔偿。^②在该种依据及不利结果下,在连带责任为一般规则的前提下,寻求特殊领域适用按份责任作为例外成为不少国家侵权法的目标之一。

在按份责任为一般规则的情形下,按份责任避免了“过错比例较小的侵权人承担全部赔偿”带来的不公后果,却将部分侵权人破产的风险转嫁给受害人,对受害人保护明显不利。这是从对侵权人的严苛转向对无辜受害人的不公。因此,为了弥补按份责任带来的不公后果,有必要在特殊领域保留适用连带责任作为例外。

(2)我国按份责任为一般规则、设置连带责任为例外的缘由。在价值判断和法律政策的抉择中,连带责任与按份责任都不完美,都需要例外情形以缓解其不公。“按份责任不利于受害人”这一结果与我国侵权责任法的价值取向并不一致。我国侵权责任法大致遵循“受害人中心”的发展路径,强化对受害人的全面救济,^③强调侵权责任法的基本功能是对受害人的损害提供救济,不断扩大的权益保护范围和在特殊情形下保护受害人的倾向都体现了这一特点。对单独侵权不足以致同一损害适用连带责任并非不可触碰的原则。因此,我国选择在单独侵权不足以致同一损害侵权中适用按份责任,应在这一立场的基础上,反思在哪些特殊情形下可适用连带责任,这样才能兼顾保护受害人的理念,完善我国数人侵权责任的按份责任体系和连带责任体系。

四、《民法典》中按份责任的例外情形

在《民法典》第1168条至1172条关于数人侵权责任体系之外,《民法典》侵权责任编还规定

^① See *Walt Disney World v. Wood*, 515 So.2d 198(1987).

^② See *Larry Presler & Kevin v. Scheiffer*, *Joint and Several Liability: A Case for Reform*, 64 *Denver University Law Review* 651, 652(1988).

^③ 参见王利明:《走向私权保护的新时代——侵权责任法的功能探讨》,《社会科学战线》2010年第9期。

了其他适用连带责任的情形:网络服务提供者之连带责任(第 1195 条),拼装、报废车发生事故出
卖人与买受人之间的连带责任(第 1214 条),盗窃人、抢劫人或抢夺人与机动车使用人之间的连
带责任(第 1215 条),高度危险物致害所有人与管理人、非法占有人的连带责任(第 1241 条、第
1242 条),以及建筑物倒塌时建设单位与施工单位的连带责任(第 1252 条)。

(一)政策性连带责任

1.拼装、报废机动车导致事故的连带责任。对导致事故的拼装车、报废车出卖人与买受人适
用连带责任,完全出于政策考虑。套牌车、拼装车以及报废车等机动车上路行驶,为《中华人民共
和国道路交通安全法》第 100 条所禁止,此类机动车不仅自身存在很大的安全隐患,事故率高、危
害大,而且给其他交通参与人也造成极大的风险,因此应利用连带责任来加重出卖人与买受人的
责任。

2.盗窃人、抢劫人或抢夺人与使用人的连带责任。机动车被盗窃、抢劫或抢夺时,盗窃人、抢
劫人或抢夺人处于管理人的地位,第三人驾驶机动车造成他人损害,盗窃人、抢劫人或抢夺人对
损害承担连带责任。在此种情形下适用连带责任主要考虑是:盗窃人、抢劫人或抢夺人属于非法
管理人,他们可能从机动车运行中获益。

3.危险物致害产生的连带责任。对因危险物致害对所有人和管理人适用连带责任,主要有
两个方面的考虑:(1)加重所有人、管理人的责任。依据高度危险物相关安全规范,所有人或者管
理人对其占有的高度危险物要尽高度注意义务,采取严格的安全措施,妥善保管高度危险物,以
防高度危险物被盗或以其他方式非法流失。加重所有人、管理人的责任,能够督促其尽到最高注
意义务。(2)非法占有人无赔偿能力。高度危险物非法占有人可能并无赔偿能力,不让所有人或
管理人承担连带责任,受害人很难得到合理的赔偿和保护。

4.建筑物倒塌致害导致的连带责任。建筑物等设施倒塌如楼房倒塌、桥梁桥墩坍塌、电视塔
折断、烟囱倾倒等致害,建设单位与施工单位承担连带责任。其主要理由在于:这些建筑物因质
量问题倒塌造成的人身财产伤害通常都很大,《中华人民共和国建筑法》第 55 条、《人身损害赔偿
解释》第 16 条都规定所有人、管理人以及施工人承担连带责任,《中华人民共和国刑法》第 137 条
也对此类行为作出了规定。可见,适用该种连带责任的主要依据是伤害的严重性和广泛性,并非
基于数人真正实施侵权行为而导致损害。

以上 4 个领域适用连带责任的主要依据是损害严重、损害范围广泛,拼装车致害、高度危险
物致害以及建筑物倒塌致害均属该种情形。除了直接行为人,其他连带责任主体并无致害行为,
如拼装车、报废车出卖人对造成事故无直接关联。这些领域适用连带责任,政策考量胜过理论逻辑,
它们都不属于《民法典》第 1172 条单独侵权不足以致同一损害适用按份责任的例外。

(二)非政策性连带责任

与政策性连带责任不同,网络服务提供者与网络用户的侵权行为“结合”导致了受害人伤害。
相比其他行为结合致同一损害的情形,网络服务提供者的致害原因是“不作为”,承担责任的依据
是违反作为义务。

1.网络服务提供者的连带责任之例外性质。网络服务提供者的“不作为”与网络用户的“作
为”结合导致受害人的损害扩大。在接到受害人以合理形式发出的通知后,网络服务提供者应该
删除相关内容,从而避免损害的进一步扩大。网络服务提供者的“不作为”与网络用户的“作为”
都不能单独造成受害人的损失,两者又无意思联络,都不足以造成全部损害,不应适用《民法典》

第1171条,但符合第1172条单独侵权不足以致同一损害适用按份责任的情形,《民法典》却单独规定对其适用连带责任,因此构成第1172条一般规则的例外。

2.网络服务提供者责任承担之争议。学界对于网络服务提供者是否应承担连带责任存有争议,有“肯定连带责任说”和“否定连带责任说”两种学说。

(1)“肯定连带责任说”。该学说基于不同的理论基础,分为“共同侵权说”和“公共政策说”。1)“共同侵权说”是通说。^①“共同侵权说”又有“客观说”“主观说”及“折中的关联说”之分,其中“折中的关联说”影响最大。该说以“关联共同说”构建共同侵权制度,^②可解释网络服务提供者承担连带责任的正当性。但“关联共同说”来源于《人身损害赔偿解释》,以“直接结合”和“间接结合”作为判定行为人是否承担连带责任的依据,而这一标准已为《侵权责任法》“是否足以”标准所取代,并被《民法典》所沿用。因此,“关联共同说”并不适合作为网络服务提供者承担连带责任的依据,关联行为界定过于广泛,无法使网络服务提供者承担连带责任具有充分的正当性。2)持“公共政策说”者认为,网络服务提供者实施的是一个间接侵权行为,其性质类似于《侵权责任法》第37条第2款规定的第三人违反安全保障义务的侵权。^③政策性连带责任并不能有效引导网络侵权直接侵权人的行为,无法达到从源头上遏制侵权行为的立法目的。^④虽然网络服务提供者在承担赔偿责任后享有追偿权,但是在实践中,承担了连带赔偿责任的网络服务提供者从未向网络用户进行过追偿。^⑤

(2)“否定连带责任说”。该学说的依据是不作为与作为很难构成连带责任。^⑥相比网络用户实施的侵权行为,网络服务提供者的不作为与网络用户的侵权行为对损害结果的原因力相差甚远,让两个原因力根本无法匹配的责任主体承担连带责任,在理论上是完全错误的。^⑦这里的焦点问题是,不作为之主体是否可与作为之主体对同一损害承担连带责任。不作为致害是指在特定情形下,行为人负有特定的作为义务而未履行其义务,从而导致他人遭受损害。^⑧从古罗马法开始,侵权责任主要以“作为”为规制对象,将“不作为”当作一种侵权样态,是现代侵权法发展的例外情形,即行为人违反“作为义务”致害也要承担责任。从外观上看,作为与不作为的区别在于是否有作为,实际损害通常由作为引起,不作为是放任或者给作为提供机会。法律要求不作为之主体承担责任的基础是“违反了避免该损害的义务”。由于在无第三人参与的情况下,不作为之主体违反作为义务承担侵权责任并无争议,因此,不作为之主体是否承担责任、是否与第三人承担连带责任,依据是不作为之主体违反了作为之义务导致损害,第三人是否参与已无关紧要。

^① 通说认为,网络服务提供者与网络用户承担连带责任的理论基础在于共同侵权。参见徐伟:《网络服务提供者连带责任之质疑》,《法学》2012年第5期。

^② 参见邓勇、蔡睿:《网络服务提供者连带责任的法理基础——以“行为关联”的共同侵权为视角》,《上海政法学院学报》(法治论丛)2015年第2期。

^③ 参见杨立新:《〈侵权责任法〉规定的网络侵权责任的解释与适用》,《国家检察官学院学报》2010年第2期。

^④ 参见张凌寒:《网络服务提供者连带责任的反思与重构》,《河北法学》2014年第6期。

^⑤ 参见徐伟:《网络服务提供者连带责任之质疑》,《法学》2012年第5期。

^⑥ 参见蔡唱:《网络服务提供者侵权责任规则的反思与重构》,《法商研究》2013年第2期;张凌寒:《网络服务提供者连带责任的反思与重构》,《河北法学》2014年第6期。

^⑦ 参见马新彦、姜昕:《网络服务提供者共同侵权连带责任之反思——兼论未来民法典的理性定位》,《吉林社会科学学报》2016年第1期。

^⑧ 参见王利明:《侵权行为法归责原则研究》,中国政法大学出版社2003年版,第260页。

原因力理论也不能奏效,压死骆驼的最后一根稻草,也要为骆驼的死亡负重要责任。

3.网络服务提供者依据过错承担责任。网络服务提供者是否应当承担连带责任,不能套用与共同侵权行为或客观结果有关联的理论,因为这两种理论都不能合理解释连带责任的正当性,并且政策性考量的论证也不充分,不能形成规范性的统一政策。此外,网络服务提供者的“不作为”也不能成为否定连带责任的依据。网络服务提供者应该依据以下规则承担责任。

首先,按份责任适用于网络服务提供者致害具有合理性。体现普遍性的价值考量,始终伴随着规则的细化,价值考量应在规则制定和个案考察中占有一席之地。连带责任可督促网络服务提供者更加谨慎行事,鼓励他们积极审查传播内容、规范网络用户行为,但连带责任在督促网络服务提供者谨慎行事的同时,也加重了其责任,并不利于网络服务提供者积极改善网络服务。给网络服务提供者施加不适当的负担和成本,会导致他们破产或者增加用户费用,直到他们觉得提供网络服务再也无利可图。^①

其次,网络服务提供者应基于过错比例承担责任。网络侵权责任是一般侵权责任,行为人有过错是侵权责任构成要件之一。在收到受害人以合理方式发出停止侵权的通知后,在合理的时间内,网络服务提供者既未答复受害人也未采取措施,即存在过错。其过错对导致全部损害占多大比例,就承担多大比例的按份责任,即依据其过错比例追究责任。

五、司法实践中按份责任的例外情形

除了《民法典》对单独侵权不足以致同一损害适用按份责任的例外规定,司法实践是否完全遵循一般原则? 人民法院是否对某些特殊情形下的单独侵权不足以致同一损害也适用连带责任?

(一)单独环境侵权致同一损害

我国最早直接规定环境侵权数个侵权人致害的是《侵权责任法》第67条。^② 据全国人大常委会法工委民法室解释,该条是关于“两个以上污染者造成损害的责任”的规定。^③ 学者对该条有3种不同的解释:无意思联络并承担按份责任的单独侵权,承担按份责任的共同侵权,依据污染者责任份额确定责任。^④ 2015年通过的最高人民法院《关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第3条规定,单独环境侵权不足以致同一损害时适用按份责任。因此,依据我国相关立法和司法解释,单独环境侵权不足以致同一损害适用按份责任。

单独环境侵权不足以致同一损害的司法实践却有不同的做法。据学者统计,《侵权责任法》实施前的司法实践适用连带责任,之后绝大多数案件适用连带责任,少数适用按份责任。这说明立法对司法实践产生了一定的影响,但可能因为数人导致环境污染承担连带责任一直是司法实践普遍坚持的做法,所以法官已形成习惯性处理模式,当事人也对该种处理方式形成了相对稳定

^① See Robyn Roseman, Natasha Brison, Internet Service Provider Defamation Liability for Third Parties, 13 World Bulletin 187,196(1997).

^② 该条文被《中华人民共和国民法典》第1231条继承。

^③ 参见王胜明:《中华人民共和国侵权责任法解读》,中国法制出版社2010年版,第336页。

^④ 参见孙佑海、唐忠辉:《论数人环境侵权的责任形态——〈侵权责任法〉第67条评析》,《法学评论》2011年第6期。

的司法预期。^①在“周某诉北京市辉成公司、北京市彩色公司案”^②中,周某基于辉成公司和彩色公司堆放废弃橡胶、化工原料桶、破布等的垃圾池和堆放大量废弃的化工原料桶释放有害气体致白血病提起诉讼。因为两被告向垃圾池内堆放垃圾难以分清数量,人民法院判决两被告承担连带责任。依据相关立法,当数位被告污染数量难以区分,应该平均分配责任,但人民法院坚持适用连带责任。这虽然与《侵权责任法》施行前环境侵权的司法实践适用连带责任有关,但是环境侵权的特殊性更为人民法院适用连带责任提供了正当性。

首先,环境侵权中的当事人地位不平等。在环境侵权这一相对新型的现代侵权现象中,侵权人多是在财力、信息等方面具有优势的公司,受害人多是没有防御能力和监测能力的自然人,当事人在地位上有明显的不平等性。从20世纪下半叶消费者运动的迅速发展开始,行为人与受害人地位的不平等是侵权法在特殊领域适用特殊制度的重要依据,严格责任适用于产品责任、环境侵权即是重要体现,当事人地位不平等也是将连带责任适用于环境侵权数人侵权的重要依据。

其次,环境侵权人多有保险,可通过保险分散损失。环境污染责任保险是以企业发生污染事故对第三者造成的损害依法应承担的赔偿责任为标的的保险。根据保险法的基本原理,它是关于环境污染赔偿责任的一种商业保险行为。^③发达国家以及一些发展中国家都通过法律规定了环境污染责任保险,有不少国家还规定了环境污染强制责任保险。我国也已在特定行业试行环境污染强制责任保险,并尝试进行相关立法。当下环境的污染和破坏,人类深受其害。让环境侵权人承担给环境造成损害的责任,是最大限度保护环境的必然要求,多数环境侵权人都能通过保险将该部分损失分散出去,通过社会机制来缓解环境侵权损害后果的赔偿压力。

最后,归责原则的特殊化与适用连带责任具有同一逻辑。世界绝大多数国家都将严格责任、无过错责任或者危险责任适用于环境侵权责任。虽然有学者将这些责任状态称为社会责任,是相对于传统侵权法的自己责任而言的,^④是成本的外化,但是其逻辑同样适用于对调整侵权人行为有重要意义的连带责任。连带责任与严格责任构成环境侵权的特殊法律制度体系,两者相得益彰,威慑环境侵权人、全面保护环境。

在比较法上,大多数国家都对环境侵权中单独侵权致同一损害适用连带责任,即便在美国废除或限制连带责任的那些州,对环境侵权特别是危险废弃物的处理仍适用连带责任,环境的重要性和环境侵权的特殊性决定了在环境侵权中数人侵权致不可分伤害适用连带责任具有正当性。

(二)单独医疗侵权致同一损害

《侵权责任法》和《民法典》均未单独规定医疗侵权责任分担,在发生单独侵权不足以致同一损害时,医疗责任主体承担按份责任。但单独医疗侵权不足以致同一损害的司法实践并不统一,有适用连带责任者、有适用按份责任者。适用连带责任的判决如“杨淑清与磐石市医院、磐石市烟筒山镇中心卫生院、磐石市烟筒山镇中心卫生院南庆村第三社区卫生服务站医疗损害赔偿责任纠纷案”^⑤,原告因头痛先在被告一处进行治疗,发生药物过敏,转入被告二处治疗,后被诊断

^① 参见齐健:《数人环境污染连带责任的证立及其展开——〈侵权责任法〉第67条的解释论》,载程雁雷主编:《安徽大学法律评论》(2015年第1辑),安徽人民出版社2014年版,第57页。

^② 参见北京市高级人民法院编:《审判前沿新类型案件审判实务》,法律出版社2013年版,第106页。

^③ 参见熊英、别涛、王彬:《中国环境污染责任保险制度的构想》,《现代法学》2007年第1期。

^④ 参见郑少华:《试论环境法上的社会连带责任》,《中国法学》2005年第2期。

^⑤ 参见吉林省吉林市中级人民法院(2013)吉中民再字第41号民事判决书。

为双侧股骨头缺血坏死。人民法院判定,磐石市医院、磐石市烟筒山镇中心卫生院各承担 50% 的责任,且相互承担连带责任。有的人民法院在类似情形下判决不适用连带责任的理由是不构成共同侵权,如“罗某甲与开封市儿童医院、开封市肿瘤医院医疗服务合同纠纷案”^①,原告因肠肿瘤到被告处诊断治疗,各被告均存在过错导致损害。人民法院认定,在对罗某的诊疗过程中,儿童医院和肿瘤医院不存在共同故意和共同意思联络,不构成共同侵权。也有人民法院依据《侵权责任法》第 12 条判定按份责任,如审理“兴隆台区振兴街道科研社区卫生服务站、辽河油田总医院与张萍萍医疗损害责任纠纷案”^②的人民法院认定,根据鉴定意见对医疗过错和因果关系的认定,油田总医院对损害负有 40% 的责任,卫生服务站负有 10% 的责任。因卫生服务站、油田总医院系分别实施侵权行为,且能够确定各自责任,不应承担连带责任。为何《侵权责任法》实施后,仍有人民法院在单独医疗侵权不足以致同一损害的责任分担中适用连带责任?

与环境侵权一样,医疗侵权领域的当事人也具有明显的不平等性:一方是作为自然人的患者,另一方是医疗机构,后者在财力、专业技术等方面都有明显的优势。在证据保存和举证能力上,患者与医疗机构更是不可同日而语,患者处于明显的劣势地位,这是适用举证责任倒置规则的重要依据。这一不平等性使医疗侵权责任分担特殊化具有正当性。在数个医疗侵权人导致同一损害的情形下,由医疗机构对损害承担连带责任,意味着是侵权人而非患者承受其他侵权人破产、不具有赔偿能力的风险。

各个国家还规定医疗机构、医务人员的强制责任保险,保险在医疗侵权损害纠纷的解决中扮演重要的角色。医疗责任保险是分散医疗行业风险、平衡医患利益、缓和医患矛盾、保障医疗事业健康发展的重要手段,^③已被美国、日本等发达国家的经验所证明。^④ 2000 年,中国人民保险公司首次在全国推出医疗责任保险产品,历经 20 余年,其在化解医疗纠纷、管理医疗风险等方面发挥了重要的作用。对数个侵权人不足以致同一损害适用连带责任,增加了医疗机构承担赔偿责任的可能性,责任保险却分散了侵权人损害赔偿风险,负担相对减轻。连带责任的根本目的是由侵权人承担其他侵权人破产的风险,承担连带赔偿责任后的医疗机构请求其他医疗主体分摊的难度不高,医疗机构承担全部损失的风险远远小于其他领域的侵权人。另外,尽管美国有些州废除或者限制适用连带责任;但绝大多数州都在医疗侵权领域保留适用连带责任,如印第安纳州的《比较过错法》排除医疗事故侵权的适用,^⑤该领域仍适用连带责任;密歇根州法院在“拜尔诉伦医药公司案”^⑥中主张,应由医疗机构而非无辜的原告承受不能清偿的侵权人破产之风险。

^① 参见河南省开封市中级人民法院(2015)汴民终字第 420 号民事判决书。

^② 参见辽宁省高级人民法院(2014)辽民一终字第 00037 号民事判决书。

^③ 参见吕群蓉:《我国强制医疗责任保险制度的构建——以无过错补偿责任为分析进路》,《法学评论》2014 年第 4 期。

^④ 参见林暖暖:《美国无过错医疗责任改革:制度缘起与法理启示》,《中国社会科学》2010 年第 2 期;王柯△、万立华:《日本医疗纠纷防范处理措施研究》,《医学与哲学》2009 年第 12 期。

^⑤ See Bruce D. Jones, Unfair and Harsh Results of Contributory Negligence Lies in Indiana: The Indiana Medical Malpractice System and the Indiana Comparative Fault Act, 6 Indiana Health Law Review 107, 108(2009).

^⑥ See Bell v. Ren-Pharm, Inc., 269 Mich. App. 464, 713 N.W.2d 285(2006).

六、结 论

我国侵权责任法数人侵权连带责任的发展成不断扩大的趋势,单独侵权不足以致同一损害是数人侵权唯一保留适用按份责任的领域。《侵权责任法》第 12 条以立法的形式对此加以明确规定,并被《民法典》第 1172 条继承。作为“单独侵权不足以致同一损害适用按份责任为一般规则、连带责任为例外”模式的代表,《侵权责任法》《民法典》在“责任主体的特殊规定”章中规定了适用连带责任的例外情形,即网络服务提供者未及时采取必要措施,对损害的扩大部分与网络用户承担连带责任,我国法律未再规定其他例外情形。在司法实践中,不少人民法院在单独环境侵权和单独医疗侵权不足以致同一损害的责任分担中适用连带责任,是为“适用按份责任一般规则”之例外。司法实践中存在的例外情形,具有一定的合理性,应基于对《民法典》第 1172 条的限缩解释或通过司法解释,为其寻找立法依据。

Abstract: Whether the joint liability or several liability should be applied where the indivisible injury is caused by independent torts is still controversial. Joint liability will transfer the risk of some tortfeasors' bankruptcy to other tortfeasors, which is beneficial to the victim, but the tortfeasor whose negligence is smaller will assume too much liability. The several liability can avoid the disproportion between the negligence and the liability but transfer the risk of some tortfeasors' bankruptcy to the plaintiff. There is necessity to take joint liability and several liability respectively as the general rule with exceptions and two models are formed: joint liability is the general rule while the several liability is the exception and several liability is the general rule while the joint liability is the exception. Most countries take the first model while China takes the second one. Excluding the joint liability due to policy, the joint liability for internet service provider falls in the exception of the several liability in China, but the joint liability in this scenario is not proper. Environmental tort and medical tort taken as the exceptions in judicial practice are more reasonable.

Key Words: independent tort, indivisible injury, joint liability, several liability, exceptions

责任编辑 张家勇