论共同危险行为的定位与革新

杨 会

〔摘要〕 将共同危险行为向共同侵权行为看齐的旧定位并不妥当，因为共同危险行为人之间没有意思联络，对其妥当定位应是分别侵权行为。共同危险行为的定位革新能够理顺数人侵权行为的内部逻辑体系，脱绑共同侵权行为与连带责任的必然关联性，并区分逻辑意义上的连带责任与技术意义上的连带责任。共同危险行为的定位革新具有重要的立法价值，不仅可以弥补《侵权责任法》第10条的不足，对我国司法实践也有指导意义。

〔关键词〕 共同危险行为；定位；共同侵权行为；分别侵权行为

〔中图分类号〕D923.7 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1000－4769（2018）04－0064－09

如果说共同侵权行为理论是数人侵权这座海岛上最高大的、名为傅毅的那棵树，那么共同危险行为理论就是这座海岛上最雄伟的、叫作班固的那一棵——学界较多的研究成果也印证了共同危险行为理论的魅力。笔者在中国知网以“关键词”为检索词对“共同危险行为”进行检索，截止到2018年2月10日，检索结果为602条。①在共同危险行为的定位上，不论是理论界还是实务界，主流观点都是将其向共同侵权行为看齐，或置于狭义共同侵权行为的范畴[1]，或置于广义共同侵权行为的范畴②；在定义共同危险行为时每一个著述也都会写道：“它又被称为准共同侵权行为”。

对于学界的主流观点，笔者实在是不敢苟同。实际上，共同危险行为既不是共同侵权行为，也不是准共同侵权行为。众所周知，共同危险行为的定位是共同危险行为理论研究的重要基石，它对共同危险行为理论的其他方面都有着深刻的影响。因此，笔者不揣浅陋，撰写本文，找寻共同危险行为的准确定位，从而为提高我国共同危险行为理论研究水平尽绵薄之力。

一、共同危险行为的旧定位不妥：欠缺意思联络

（一）共同危险行为不是共同侵权行为

笔者曾经认为，共同侵权行为是指数个侵权行为人基于意思联络实施的数个侵权行为和数个侵权行为人实施的同一侵权行为，包括意

① 不仅民法学界，民事诉讼法学界也对共同危险行为理论进行了深入的研究。如许可《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》，张卫平主编《民事程序法研究》第13辑，厦门：厦门大学出版社，2015年，63－75页；霍海红《论共同危险行为规则之无因果关系免责》，《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》，《法制与社会发展》2015年第6期，等等。

② 因为有太多的学者持这种观点，本文就不再一一列举出处。

〔作者简介〕杨会，成都理工大学法学院副教授，博士，四川 成都 610059。

思联络型共同侵权行为和同一行为型共同侵权行为。[2]现在看来，同一侵权行为属于共同侵权行为理所当然、天经地义，没有研究的价值和必要，为了研究上的便利，笔者将其排除出去；如此一来，共同侵权行为就是指意思联络型共同侵权行为。关于“共同”的理解，笔者采“意思联络说”，前述著述已经详细介绍了原因，此处不再赘述。

共同危险行为是指数个行为人都实施可能危及他人权益的危险行为，其中一个行为实际造成损害，但是不知哪个危险行为人是实际造成损害的具体侵权人。[3]共同危险行为的客观要件是数个行为人都实施了危险行为，并且每个人的行为自己就能够、就足以造成损害结果的发生，无需借助其他人的行为；共同危险行为的主观要件是数个行为人都在各自意志下实施危险行为，相互之间并没有进行意思联络。由其主观要件可以发现，数个侵权行为人之间并无意思联络，因此，共同危险行为不是共同侵权行为。

不得不承认的是，在打水漂或投掷石头等一些共同危险行为中，数个共同危险行为人之间可能存有默契，甚至也可以把这种默契理解为沟通、商量；但必须明确的是，这种沟通、商量并非意思联络。意思联络是指数个侵权行为人通过沟通、商量而就接下来要实施的侵权行为可能造成的损害后果形成一致认识，是对他们的侵权行为可能造成的损害后果这种意思的联络。但是在共同危险行为中，数个行为人之间所谓的沟通、商量仅仅是对他们接下来要实施的危险行为进行沟通、商量，而非对他们危险行为可能造成的损害后果这种意思的沟通、商量：有的共同危险行为人能够预见到自己接下来实施的危险行为可能会导致损害后果的发生，有的共同危险行为人预见不到自己接下来实施的危险行为可能会导致损害后果的发生，有的共同危险行为人不会预见到全体危险行为可能会导致损害后果的发生。既然如此，对于那些没有预见到的危险行为人来说，他就不可能就此与其他共同危险行为人进行沟通、商量，进而达成一致的认识；所以，在共同危险行为中并不存在意思联络。

（二）共同危险行为不是准共同侵权行为

笔者发现一个奇怪而有趣的现象：在定义共同危险行为时，不论是论文还是著作，不论是专著还是教材，不论作者是理论界的学者还是实务界的专家，都有这样一句话：“它又被称为准共同侵权行为”。这种观点并不妥当，不宜把共同危险行为称为准共同侵权行为。

“准”字放在某个名词或者概念后面，不仅日常生活上出现（如军衔中的准将、把哥哥的女朋友称为准嫂子），在法律上也出现（如准占有、准物权）。虽然很多学者在自己的著述中使用“准”字，并没有多少人认真研究法律上“准”字的含义，但崔建远教授是个例外。他在《准物权研究》一书中专门研究了以“准”字作为标志的法律概念，认为大体可以分为四类：一是它与原概念之间共性大于个性，法律效果基本相同；二是它与原概念在本质上虽然不同，但在法律效果上却大多准用；三是它与原概念之间个性大于共性，法律效果方面差异巨大；四是它与原概念之间具有本质的不同，法律效果大相径庭。[4]

对于崔建远教授的分类，笔者有两个看法。

其一，第一类和第二类不易区分，第三类和第四类不易区分。“个性大于共性”与“本质的不同”很难区分、表达的意思其实相同，而法律效果很容易确定；所以，从法律效果的角度来区分更为妥当。如此一来，以“准”字作为标志的法律概念其实就包括两类：第一类，它与原概念之间共性大于个性，法律效果基本相同；第二类，它与原概念之间个性大于共性，法律效果差异较大。

其二，上述的第二类可能有所不妥。在汉语中，“准”的意思是指“和某类事物差不多，如同，类似”“程度上虽不完全够，但可以作为某类事物看待”[5]，使用该字往往意味着两个事物非常相似或相近；如果两个事物并不相似或并不相近，不应该也没有必要用“准”来表明它们之间的联系。如此看来，只有第一类大同小异的情形符合常理，第二种同小异大的情形并不适宜用“准”字——实际上，崔建远教授所举的“准合同”的例子，在当今学术用语中已不复存在。

学界主流观点将共同危险行为称为准共同侵权行为，也是出于第一类“准”的考虑；即二者小异（是两种不同的数人侵权行为）大同（都是能够导致连带责任产生的数人侵权行为）。实际上并非如此，共同危险行为与共同侵权行为之间个性远远大于共性，法律效果也有差异，是同小异大：前者是同质行为后者是非同质行为，前者没有意思联络（分别过错）后者有意思联络（共同过错）……虽然二者的共性在于都能够导致连带责任的产生，但使用“准”仍然不妥：（1）共同危险行为导致的是逻辑意义上的连带责任，而共同侵权行为导致的是技术意义上的连带责任，

它们是数人侵权领域中的两种不同的连带责任。①（2）在分别侵权行为中，能够导致连带责任产生的数人侵权行为包括《侵权责任法》第 10 条的共同危险行为、《侵权责任法》第 11 条的并发侵权行为②、《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《人身损害赔偿司法解释》）第 3 条第 1 款的直接结合行为，若按照学界主流观点的逻辑，也应该把并发侵权行为、直接结合行为称为准共同侵权行为，实际上并没有任何一个著述持这种观点。[6]

由此可见，共同危险行为与共同侵权行为之间同小异大，并不适合用“准”字来描述二者的关联，准共同侵权行为的称呼并不可取。

二、共同危险行为的新定位：分别侵权行为

（一）分别侵权行为的合理界定

理论界和实务界使用“分别侵权行为”来指代某些数人侵权行为比较少见③，广泛使用的表述是“无意思联络数人侵权行为”“无过错联系的共同加害行为”。而杨立新教授是一个例外，他在数篇论文和著作中提及该概念并且详细论述[7]，因此接下来本文只对杨立新教授的观点进行评析。

杨立新教授认为，分别侵权行为是指数个行为人分别实施侵权行为，既没有共同故意，也没有共同过失，只是由于各自行为在客观上的联系，造成同一个损害结果的多数人侵权行为。如此界定的结果就是分别侵权行为与共同侵权行为、竞合侵权行为和第三人侵权行为一道构成多数人侵权行为体系，进而建立多数人侵权行为与多数人侵权责任之间的对应关系，即共同侵权行为对应连带责任，分别侵权行为对应按份责任或连带责任，竞合侵权行为对应不真正连带责任，第三人侵权行为对应第三人责任。[8]

毫无疑问，“分别侵权行为”的表述优于“无意思联络数人侵权行为”“无过错联系的共同加害行为”；因为这样与“共同侵权行为”字数相同，也有“侵权行为”四个字，符合美学的对称要求。④ 尽管同属一个阵营，但笔者并不赞同杨立新教授对分别侵权行为的界定。

在汉语中，“共同”是指“一起”，分别是指“各自”；而在法律上呢？在法律上使用某词语当然可以与日常用语不同，但应该尽可能地与之保持一致，从而避免法律用语的桀骜晦涩，有助于普通老百姓的理解。⑤ 所以，简单地说，共同侵权行为就是数个行为人一起实施侵权行为，分别侵权行为就是数个行为人各自实施侵权行为。

然而，如何理解法律意义上的“一起”“各自”？如前所述，本文对共同侵权行为中的“共同”采“意思联络说”，所以，就用意思联络来理解法律意义上的“一起”“各自”。易言之，有意思联络就是一起实施，没有意思联络就是各自实施。如此一来，用意思联络作为区分标准，可以将数人侵权行为分为两类：共同侵权行为与分别侵权行为。其中前者是指侵权行为人进行了意思联络而实施的数人侵权行为，后者是指侵权行

---

① 所谓逻辑意义上的连带责任是指基于法律逻辑而产生的连带责任。这种连带责任的产生，是法律逻辑使然，基于一定的事实和法律的逻辑体系，必须让数个责任主体承担连带责任；如果不让数个责任主体承担连带责任，就会违反法律的逻辑体系。所谓技术意义上的连带责任是指基于法律技术的考虑而设立的连带责任。这种连带责任的产生，并不是基于法律逻辑体系得出的结论，而是法律基于一定的政策考量让数个责任主体承担连带责任；这种连带责任的施加主要是一种技术上的选择，而逻辑体系上的考量较少或没有。二者的详细介绍参见杨会《逻辑意义上的连带责任和技术意义上的连带责任：一对新概念的提出》，《南昌大学学报（人文社会科学版）》2014 年第 1 期。

② 关于《侵权责任法》第 11 条规定的数人侵权行为形态，不同学者对其有不同的称呼。最高人民法院侵权责任法研究小组将其称为“并发侵权行为”（参见最高人民法院侵权责任法研究小组编著《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》，北京：人民法院出版社，2010 年，91 页），本文从之。

③ 在笔者有限的阅读范围内，只见到以下文献提及“分别侵权行为”这个概念：杨震主编《侵权责任法》，北京：法律出版社，2010 年，115 页；宋华祥《分别侵权行为的责任认定》，《安徽审判》2016 年第 3 期。

④ 实际上，由于《侵权责任法》第 11 条、第 12 条使用了“分别实施侵权行为”字样，越来越多的人使用“分别侵权”这个表述。

⑤ 实际上，让法律规范浅显易懂是世界大多数国家立法的追求。日本债法修改过程中的口号之一是“让普通老百姓易于理解”，法国法典化高等委员会设立的目标之一是“致力于法的单纯化与明确化”，瑞士民法立法当初也明确表明以法典的通俗化为其追求，欧洲私法统一过程中《欧洲示范民法典草案学者建议稿》在语言风格上也尽量追求“普及性和可理解性”；而《德国民法典》在语言方面的艰深晦涩、深奥抽象，受到了不少学者的批评。参见周江洪《论民法典透明度的实现及其障碍》，《法制与社会发展》2015 年第 6 期。

为人没有进行意思联络而实施的数人侵权行为。由于有意思联络和无意思联络是一种完全区分，不存在除此之外的第三种情形，因此，共同侵权行为和分别侵权行为的区分是一种完全区分，一个数人侵权行为要么是共同侵权行为，要么是分别侵权行为，除此之外并无其他。

因此，只要数个侵权行为人在实施侵权行为时没有进行意思联络，它就是分别侵权行为，其外延包括《侵权责任法》第 10 条的共同危险行为、第 11 条的并发侵权行为、第 12 条的一般分别侵权行为、《人身损害赔偿司法解释》第 3 条第 2 款的间接结合行为。

杨立新教授笔下的数人侵权行为体系除了分别侵权行为与共同侵权行为，还有第三人侵权行为、竞合侵权行为。笔者认为，让第三人侵权行为、竞合侵权行为和分别侵权行为并列，并不妥当：不仅与中文表达习惯不符合，其分类标准也不统一，还复杂①；而本文的分类既符合中文表达习惯，又简明扼要、一目了然。此外，杨立新教授建立的数人侵权责任体系与数人侵权行为体系也不是一一对应关系，因为分别侵权行为能够导致按份责任和连带责任两种数人侵权责任形态的产生。②

实际上早在 2012 年，笔者就使用共同加害行为与分别加害行为的表述[9]，其内涵外延与共同侵权行为、分别侵权行为完全相同；当然在语言表述上，它们略逊于共同侵权行为与分别侵权行为，所以笔者抛旧用新使用该表述。

（二）共同危险行为是分别侵权行为

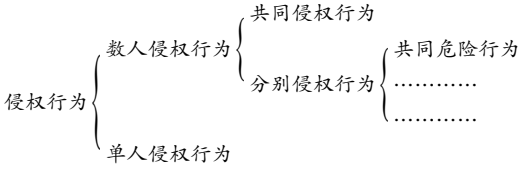
因为有数个共同危险行为人，所以共同危险行为是数人侵权行为而非单人侵权行为；而从数人侵权行为的内部来看，它是分别侵权行为而非共同侵权行为。因为不论是一起打水漂还是一起投掷石头抑或其他共同危险行为，数个行为人在主观上并没有进行意思联络，他们之间并没有形成一个整体意志，每个行为人实施危险行为都是基于自己独立的、分别的意志，而没有受到其他行为人意志的影响。所以，尽管数个共同危险行为人在客观上都实施了导致受害人遭受损害的危险行为，但在主观上他们没有进行意思联络，自然而然的结论就是：共同危险行为是分别侵权行为。

实际上，本文的这种理解也符合《侵权责任法》的立法本意。在《侵权责任法》出台之前，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 4 条第 1 款第 2 项、《人身损害赔偿司法解释》第 4 条已经规定了共同危险行为；其中《人身损害赔偿司法解释》第 4 条的文字表述是“二人以上共同实施危及他人人身安全的行为”，而《侵权责任法》第 10 条的文字表述是“二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为”。通过对比可以发现，《侵权责任法》第 10 条删去了“共同”二字，这就表明，共同危险行为不是《侵权责任法》中的共同侵权行为。如前所述，由于共同侵权行为与分别侵权行为是一种完全区分，它既然不是共同侵权行为，自然就是分别侵权行为。

当然，在数个共同危险行为人要对受害人承担连带责任，这并不影响其分别侵权行为的法律属性；如前所述，分别侵权行为在特殊情况下也会承担连带责任，而共同危险行为就是其中的一种特殊情况。

（三）小结

上述分析表明，共同危险行为在法律属性上是数人侵权行为中的分别侵权行为；图一表明了它在侵权行为体系中的位置。



图一

① 有学者建立的数人侵权行为体系是让竞合侵权行为和共同侵权行为、分别侵权行为并列，参见郑志峰《竞合侵权行为理论的反思与重构——与杨立新教授商榷》，《政治与法律》2015 年第 8 期。这也存在同样的问题。需要说明的是，郑志峰还认为《侵权责任法》第 67 条也是竞合侵权行为，其数人侵权责任形态应当是按份责任。实际上《侵权责任法》第 67 条的规定存有不足，合理的数人侵权责任形态是连带责任。对《侵权责任法》第 67 条的详细分析参见王丽萍、李宁《无意思联络环境污染者对外责任研究——以〈侵权责任法〉第 67 条为展开》，《政法论丛》2017 年第 1 期。

② 需要说明的是，杨立新教授之前建立的数人侵权责任体系与数人侵权行为体系是一一对应关系，分别侵权行为只会产生按份责任这一种数人侵权责任形态。参见杨立新《多数人侵权行为及责任理论的新发展》，《法学》2012 年第 7 期。

三、共同危险行为定位革新的理论意义

与学界主流观点不同，本文将共同危险行为定位为分别侵权行为，这样的定位革新具有重要的理论意义，具体体现在以下三个方面。

（一）清晰数人侵权行为的划分，理顺数人侵权行为内部逻辑体系

众所周知，科学的分类要依据合理的标准进行，唯有如此，分类结果才能清晰，并且不存在重合；如果分类结果不清晰或者存在重合，这样的分类就不合理、不科学。

学界主流观点将共同危险行为向共同侵权行为看齐（笔者称之为旧定位），这就无视二者之间的区别。尽管它们有着很多相同之处，但个性大于共性，区别还是比较明显的：仅就损害赔偿责任的构成要件而言，除了损害后果要件之外，二者在行为要件、因果关系要件、过错要件上都存在着诸多区别，由于笔者已经撰文论述，此处不再赘述。①

学界主流观点的旧定位无视二者的区别，自然而然的后果就是无视共同危险行为与其他类型的分别侵权行为的区别，进而混淆它们。如并发侵权行为，《侵权责任法》第 11 条中“二人以上分别实施侵权行为”的表述，清晰地表明了其是分别侵权行为，本来该与共同危险行为并列、属于同一阵营；但是按照学界主流观点的旧定位，一个位于共同侵权行为的楚河、一个位于分别侵权行为的汉界。由此可见，学界主流观点的旧定位不仅模糊了共同危险行为与共同侵权行为区分，也模糊了它与其他类型分别侵权行为的界限，如此一来，就使得数人侵权行为内部体系产生紊乱。

本文的新定位以数个侵权行为人之间是否有意思联络为标准对数人侵权行为进行区分，区分结果就是将其分为共同侵权行为与分别侵权行为两类；数个共同危险行为人之间没有进行意思联络因而属于分别侵权行为，数个并发侵权行为人之间没有进行意思联络因而也属于分别侵权行为。这样的分类结果一目了然、十分清晰，并且将不同类型的数人侵权行为置于应有的位置，自然就理顺了数人侵权行为内部的逻辑体系，实现了数人侵权体系的内在和谐与外部圆通，消除了旧定位在此方面的缺陷。

如前所述，在《侵权责任法》出台之前学界有“无意思联络数人侵权行为”的表述，与之对应的就是“有意思联络数人侵权行为”，即共同侵权行为。尽管学界对于该概念的内涵与外延存有分歧，但数个侵权行为人之间没有意思联络这点已达成共识。姑且不论无意思联络的数人侵权行为可能导致的数人侵权责任形态是连带责任还是其他责任、是否与有意思联络的数人侵权行为所致责任相同，单看有意思联络数人侵权行为与无意思联络数人侵权行为这种区分就非常明确、一目了然，通过意思联络这个标准，清晰了数人侵权行为的内部体系。而实际上，前者就是共同侵权行为，后者就是分别侵权行为，这种区分非常科学合理。

（二）把共同侵权行为与连带责任脱绑，认可连带责任起源的多样性

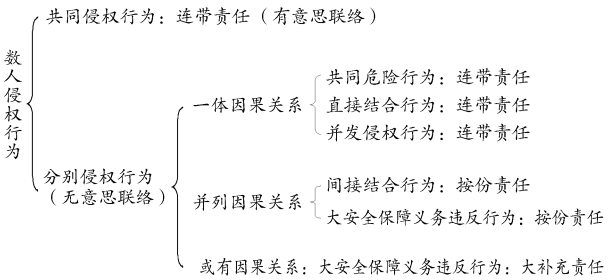
不论是理论界还是实务界，很少有人使用数人侵权责任的表述，大家更多被使用的是连带责任；而在连带责任的来源上，学界主流观点又将其与共同侵权行为捆绑起来，认为只有共同侵权行为才能产生连带责任。这种观点比较常见②，基于篇幅的考虑，此处仅举两个例子。曹险峰教授说道：“从理论的倾向性与实践的要求性上来看，学说与司法实践关注的往往是（广义的）共同侵权行为，这更多的是因为共同侵权行为为连带责任的代名词，……”[10]“将某种数人侵权行为认定为共同侵权行为的实益，主要在于连带责任的适用，而将某些数人侵权行为认定为‘多因一果’数人侵权行为，往往就意味着按份责任的适用。”[11]丁海俊教授说道：“在传统侵权行为法中，连带责任与共同侵权行为（广义）是对等的关系。共同侵权行为是与单独侵权行为对立的侵权行为样态，这种侵权行为样态对应的侵权责任形态即是连带责任。因此，若共同侵权行为成立，必生连带责任；而若是因侵权行为而承担连带责任，则必是构成了共同侵权行为。”[12]

---

① 二者在行为要件方面区别的详细论述参见杨会《浅论共同危险行为责任的行为要件》，《广西政法管理干部学院学报》2012 年第 6 期；二者在因果关系要件方面区别的详细论述参见杨会《论共同危险行为责任的因果关系要件》，未刊稿；二者在行为过错方面区别的详细论述参见杨会《论共同危险行为人的过错》，《淮南师范学院学报》2012 年第 6 期。

② 需要说明的是，在《侵权责任法》出台之前，这种观点比较流行；《侵权责任法》出台之后，支持这种观点的人逐渐减少。

这种将共同侵权行为与连带责任捆绑的观点明显不当。第一，数人侵权责任形态是多样的，不仅有连带责任，还有按份责任和大补充责任——图二就是数人侵权行为所致的数人侵权责任形态①——连带责任仅仅是数人侵权责任形态的一种，尽管是其中最主要的一种。[13] 第二，如前所述，不仅共同侵权行为能够导致连带责任的产生，另一种数人侵权行为，分别侵权行为也可以。



图二

本文的新定位通过科学地厘定数人侵权行为的体系，在此基础上合理地确定每种数人侵权行为的责任形态，从而准确地确定不同情形下的数人侵权责任。如此一来就摈弃了把共同侵权行为与连带责任捆绑的错误思维，将二者脱绑，承认分别侵权行为也能够产生连带责任，从而丰富了连带责任的来源。

（三）区分两种连带责任，符合连带责任的内在机理

学界主流观点将共同危险行为称为准共同侵权行为，一个重要的原因是它和共同侵权行为一样能够产生连带责任。殊不知前者是技术意义上的连带责任，后者是逻辑意义上的连带责任；二者在产生原因、争议性、道德基础、激励机制、所处地位等方面都存有差异，不容混淆。② 而学界主流观点的旧定位无视这些差别，不承认技术意义上的连带责任的存在，让技术意义上的连带责任一直寄居于逻辑意义上的连带责任中，明显不当。

本文的新定位不仅将技术意义上的连带责任从逻辑意义上的连带责任中独立出来，还赋予其新的名称；实际上分别命名不仅仅是称呼问题，而是要凸显出技术意义上的连带责任的特殊性，即它在成立上有“门槛”，即过错到一定程度和责任份额到一定比例的侵权行为人才承担连带责任。[14] 数人侵权领域存在两种连带责任，一个是共同危险行为等分别侵权行为产生的、技术意义上的连带责任，另一个是共同侵权行为产生的、逻辑意义上的连带责任。这样的区分是遵循连带责任的内在机理，同时也丰富了连带责任的制度内涵，更为合理。

四、共同危险行为定位革新的实践价值

与学界主流观点不同，本文将共同危险行为定位为分别侵权行为，这样的定位革新不仅具有重要的理论价值，还具有重要的实践价值，对于我国的立法和司法都有所裨益。

（一）新定位的立法价值

本文对共同危险行为的新定位将会对《侵权责任法》起到一定的完善作用，改变《侵权责任法》目前在规范共同危险行为方面的不足。具体说来就是两点：一是将第 10 条的表述改为“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，每个侵权行为都有可能造成损害但不能确定具体侵权人的，行为人承担连带责任”，二是将第 10 条与第 12 条的顺序进行调换。

1. 条文表述的变化

本文将共同危险行为定位为分别侵权行为，因此它和第 11 条、第 12 条都是分别侵权行为，是并列关系；而第 11 条、第 12 条开头的几个字都是“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害”，那么第 10 条开头的表述就应当与第 11 条、第 12 条的开头保持一致，否则就违反形式对称原则。妥当的表述就是“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，每个侵权行为都有可能造成损害但不能确定具体侵权人的，行为人承担连带责任”。如此一来，第 10 条、第 11 条、第 12 条清晰明确地成为三种不同的分别侵权行为，与第 8 条、第 9 条两种不同的共同侵权行为相并列。

这样的变化其实符合《侵权责任法》的立法本意。前文已述，《侵权责任法》第 10 条删去“共同”二字，而这样的删除，《侵权责任法》立法者并非一时的疏忽大意，而是认真思考后的处理；对此他们说道：“在起草过程中，有的人提

① 当然，笔者也修正了自己之前的观点。笔者之前的观点参见杨会《数人侵权责任研究》，北京：北京大学出版社，2014 年，310 页。

② 上述区别的详细介绍参见杨会《逻辑意义上的连带责任和技术意义上的连带责任：一对新概念的提出》，《南昌大学学报（社科版）》2014 年第 1 期。

出需要加上‘共同’二字，即‘二人以上共同实施……’。经研究，在共同危险行为制度中，‘共同’的含义主要是要求数个行为人的行为必须是在同一时间、同一场所的行为，即‘时空上的共同性’，如果各被告的行为在时间上、场所上发生了分离，就不属于共同危险行为。本法第八条有关共同侵权规定中的‘共同’与此处的‘共同’的含义不一样，在同一部法律中，不宜出现表达相同但含义不同的法律术语。所以，没有采纳这一建议。”[15]这段话清楚地表明了《侵权责任法》立法者的态度，他们认为，共同危险行为的“共同”与共同侵权行为的“共同”存在本质的区别，不宜将共同危险行为称为“二人以上共同实施”。不是“共同实施”就是“分别实施”，所以，本文对第 10 条的表述上的改变符合《侵权责任法》的立法本意，比较妥当。

2．条文顺序的调整

将共同危险行为定位为分别侵权行为，再加上条文表述的变化，第 10 条、第 11 条、第 12 条在顺序上的不科学也就显而易见。《侵权责任法》从第 8 条到第 12 条规范的是数人侵权行为导致的数人侵权责任，其中第 10 条、第 11 条、第 12 条是分别侵权行为；在分别侵权行为内部，三个条文是并列关系。基于立法科学性的要求，作为并列关系的第 10 条、第 11 条、第 12 条不能随意安放，而是要遵循一定的逻辑顺序。

《侵权责任法》第 10 条、第 11 条、第 12 条规范的数人侵权责任形态并不相同，第 10 条是连带责任、第 11 条是连带责任、第 12 条是按份责任。如前所述，分别侵权行为中每个行为人都是在自己的独立主观意志支配下而实施侵权行为，基于责任自负理念，每个行为人都只对自己所为的侵权行为所致损害后果负责，而不对其他行为人实施的侵权行为所致损害后果负责，除非有特殊原因。易言之，分别侵权行为原则上只导致按份责任，导致连带责任属于例外。如此一来，第 10 条、第 11 条都是例外的、特殊的分别侵权行为，第 12 条才是一般的分别侵权行为。基于“先一般、后特殊”的逻辑顺序，第 12 条应该置于分别侵权行为之首，它应当放在第 10 条的位置，而原第 10 条的共同危险行为应调到第 12 条的位置。

实际上第 12 条的条文表述也体现出其作为分别侵权行为“首领”的特质。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。”该条要求数个侵权行为人承担按份责任并无前提条件，不像第 11 条有“每个人的侵权行为都足以造成全部损害的”的条件、也不像第 10 条有“不能确定具体侵权人的”的条件——当然，“能够确定责任大小的”和“难以确定责任大小的”两个所谓的条件是规定两种不同情形下数个侵权行为人的责任份额，并非承担按份责任的条件。

在解读第 12 条时，《侵权责任法》立法者说道：“本条的适用范围与本法第八条有关共同侵权制度的适用范围呈现互补关系。第八条规定要求数个行为人共同实施侵权行为，而本条要求数个行为人分别实施侵权行为。”[16]由此可见，在《侵权责任法》立法者眼里，第 12 条，而非第 10 条、第 11 条，才代表着分别侵权行为与代表共同侵权行为的第 8 条相提并论。遗憾的是，《侵权责任法》立法者尽管认识到这点，在确定条文顺序时并未遵循“先一般、后特殊”的逻辑顺序，错误地将第 10 条置于分别侵权行为之首。本文以共同危险行为的新定位为依据，对第 10 条、第 12 条的顺序进行了调整，这样就完善了《侵权责任法》中的分别侵权行为的规定，使其更加科学。

（二）新定位的司法价值

本文对共同危险行为的新定位不仅对立法起到一定的完善作用，对司法也具有重要的意义：它既能够避免连带责任的滥用，又能让共同危险行为人正常免责。

1．避免了连带责任的滥用

在我国目前的司法实践中，数人侵权领域的连带责任已经被滥用，大量案件中数个被告被判决向原告承担连带责任，而实际上数个被告本不该承担连带责任。之所以出现这样的现象，固然与我国现阶段社会综合救助体系薄弱、侵权法一定程度上承担着分担损害的作用有关[17]，甚至是法官缓解维稳、结案与考核压力下的便宜选择[18]；但学界对共同危险行为的不当定位也给法官带去了错误的指引。法官面对可能是共同危险行为的案件，由于旧定位将共同危险行为基本等同于共同侵权行为①，而他们又有把共同侵权行

① 在刘华顾与刘华富等人身损害赔偿纠纷上诉案〔一审案件文书号：广东省增城市人民法院（2006）增法民一初字第 566 号民事判决书；二审文书号：广东省广州市中级人民法院（2007）穗中法民一终字第 1952 号民事判决书〕中，数个侵权行为明明构成共同侵权行为，而法院判决构成共同危险行为。

为与连带责任捆绑的传统思维，他们就会做出数个被告向受害人承担连带责任的判决，导致连带责任的滥用。

本文的新定位将会使法官厘清共同危险行为的性质，将其与共同侵权行为隔开，清晰二者之间的界限；如此一来，法官一看到可能是共同危险行为的案件就不会本能地、立刻地、轻而易举地联系到共同侵权行为，也不会本能地、立刻地、轻而易举地判决数个行为人承担连带责任；而是在没有它的干扰下，以事实为依据、以法律为准绳，结合具体的案件进行利益衡量①，给数个侵权行为人课以相应的、合理的侵权责任。如此一来，数人侵权案件中连带责任的数量就会减少，为人诟病的连带责任滥用也就会减少；实际上这样也会增强裁判文书的合理性和可接受性，让裁判文书更加说理。[19]

2．让共同危险行为人能够正常免责

在我国目前的司法实践中，某人一旦被起诉并且法官认定共同危险行为成立，他很难通过抗辩而免责，尽管他提出了足够的证据证明自己并非实际造成损害的具体侵权人。之所以出现这样的现象，固然与法官对共同危险行为免责事由采“肯定说”有关，但学界对共同危险行为的不当定位也给法官带去了错误的指引。某一数人侵权行为被法官认定为共同危险行为之后，被告本可以通过多种方式进行抗辩（比如自己实施的侵权行为与他人实施的侵权行为不具有同质性、自己没有过错、自己实施的行为不可能造成损害后果的发生），但由于法官将共同危险行为向共同侵权行为看齐，即使被告提出了足够的证据证明自己并非真正实施致害行为的侵权行为人，他也要证明自己没有和其他被告进行意思联络才能免责；这无疑增加了被告的举证难度，致使被告事实上很难免责。

本文的新定位将会让法官在处理共同危险行为案件时避开了共同侵权行为的干扰，在被告抗辩时法官不会再要求被告对意思联络进行举证，这自然就降低了被告的举证难度；与此同时，被告的抗辩事由会增加，这也降低了被告的举证难度。如此一来，共同危险行为人就能够正常免责。

五、结语

关于共同危险行为，学界主流观点将其向共同侵权行为看齐，进而就认为二者在是否能够确定实际加害人方面不同，更有甚者认为加害人是否明确是共同危险行为与共同侵权行为最本质的区别。[20]实际上并非如此。在共同危险行为中，实际加害人并不确定；在共同侵权行为中，也可能实际加害人并不确定。比如甲怀疑自己的妻子与乙有染，找到好朋友丙、丁，三人商量去乙的家里教训乙，在乙的家里甲、丙、丁三人每人用刀捅了乙一下，乙心脏中了一刀死亡（剩下两刀都捅在非致命部位）；由于甲、丙、丁三人使用的刀相同，无法查明到底是谁用刀捅死了乙。本案中由于甲、丙、丁三人之间有意思联络，实际加害人明确与否都不会影响认定此种情形构成共同侵权行为。所以，实际加害人是否明确并不是二者的区别。

基于此，可以推导出如下两个结论：第一，加害人不明并非共同危险行为的特征，因为在共同侵权行为中也可能存在加害人不明的情形。大部分著述在论述共同危险行为的特征时往往都会提到加害人不明这点，而实际上加害人不明并非共同危险行为的特征。

第二，在判断某一个具体的数人侵权行为是共同侵权行为还是共同危险行为时，首先看行为人是否进行了意思联络，而不是看实际加害人是否确定。因为只要侵权行为人之间进行了意思联络，那就是共同侵权行为，至于实际加害人确定与否根本就无需考虑。

我国的民法典编纂正在如火如荼地进行中，《民法总则》已在2017年3月15日出台，它将统领接下来的物权编、合同编、侵权责任编等分编②；各分编的制定也在有序地进行中。就其中的侵权责任编部分，2017年10月31日全国人大法工委民法室制定了“室内稿”，2018年3月15日全国人大法工委制定了“内部征求意见稿”，两个草案第7条都是关于共同危险行为的规定，该规定与《侵权责任法》第10条相比只是最后加上免责的但书，条文表述与条文顺序与《侵权

① 关于司法者或司法性的利益衡量，有学者对其程序、方法、原则和边界等内在微观问题进行了详细的分析。参见李可《利益衡量的方法论构造——以司法性利益衡量为中心》，《上海政法学院学报（法治论丛）)》2017年第2期。

② 实际上，《民法总则》作为民法典的总则编，对各分编有着重要的影响。详细论述参见朱广新《〈民法总则〉的特色及其对民法各分编的影响》，《中国海商法研究》2017年第4期。

责任法》第 10 条相同。由此可见，这两个草案对共同危险行为的定位仍然采取学界主流观点，这令人遗憾。根据立法惯例，不久的将来全国人大常委会将向全社会公布侵权责任编草案并征求意见，期盼其中的共同危险行为部分能够以分别侵权行为的定位为基础；如此一来，最终出台的《中华人民共和国民法典·侵权责任编》就能够对共同危险行为做出科学合理的规定。

〔参考文献〕

〔1〕程啸．侵权责任法教程〔M〕．北京：中国人民大学出版社，2014：124.
〔2〕杨会．共同侵权行为的新界定〔J〕．西南石油大学学报：社会科学版，2013（1）；杨会．数人侵权责任研究〔M〕．北京：北京大学出版社，2014：38.
〔3〕〔7〕〔13〕〔17〕杨会．数人侵权责任研究〔M〕．北京：北京大学出版社，2014：159，181，32，205.
〔4〕崔建远．准物权研究〔M〕．北京：法律出版社，2012：18－21.
〔5〕中国社会科学院语言研究所词典编辑室编．现代汉语词典〔K〕．北京：商务印书馆，1996：1658.
〔6〕杨立新．多数人侵权行为及责任理论的新发展〔J〕．法学，2012（7）；杨立新．论竞合侵权行为〔J〕．清华法学，2013（1）；杨立新，陶盈．论分别侵权行为〔J〕．晋阳学刊，2014（1）.
〔8〕杨立新主编．多数人侵权行为与责任〔M〕．北京：法律出版社，2017：第三章；杨立新．论竞合侵权行为〔J〕．清华法学，2013（1）.
〔9〕杨会．数人侵权责任研究〔D〕．北京：北京大学博士学位论文，2012.
〔10〕〔11〕曹险峰．论“多因一果”的侵权行为———兼论多数人侵权行为体系之建构〔J〕．法律科学，2007（5）.
〔12〕丁海俊，吴克孟．论作为法律技术的连带责任——兼评我国《侵权责任法草案（二次审议稿)》第 12、13 条及相关条文〔J〕．政法论丛，2009（4）.
〔14〕杨会．逻辑意义上的连带责任和技术意义上的连带责任：一对新概念的提出〔J〕．南昌大学学报：人文社会科学版，2014（1）；杨会．数人侵权责任研究〔M〕．北京：北京大学出版社，2014：206.
〔15〕〔16〕全国人大常委会法制工作委员会民法室编．中华人民共和国侵权责任法条文说明、立法理由及相关规定〔M〕．北京：北京大学出版社，2010：41，49.
〔18〕侯雪梅．侵权连带责任制度研究〔M〕．北京：北京大学出版社，2016：85－86.
〔19〕黄现清．裁判文书说理的法理分析〔J〕．政法论丛，2016（1）.
〔20〕阳雪雅．连带责任研究〔M〕．北京：人民出版社，2011：164.

（责任编辑：周中举）