

周彬彬 著

Qinquan Yinguoguanxi Buqueding de Jiejue Lujing Yanjiu

侵权因果关系不确定的 解决路径研究

以美国侵权法为考察对象

绪论

美国侵权法在因果关系不确定问题上的基本立场

美国侵权因果关系不确定场合的证明责任转移制度

美国侵权因果关系不确定场合损害概念的重构

美国侵权因果关系不确定的解决路径对我国的启示

山东人民出版社

国家一级出版社 全国百佳图书出版单位

Qinquan Yinguoguanxi Buqueding de Jiejue Lujing Yanjiu

周彬彬 著

侵权因果关系不确定的 解决路径研究

以美国侵权法为考察对象

山东人民出版社

全国百佳图书出版单位 国家一级出版社

图书在版编目(CIP)数据

侵权因果关系不确定的解决路径研究:以美国侵权法为考察对象/周彬彬著.-- 济南:山东人民出版社, 2015.8

ISBN 978-7-209-09156-5

I. ①侵… II. ①周… III. ①侵权行为-民法-研究-美国 IV. ①D971.23

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第200885号

侵权因果关系不确定的解决路径研究

——以美国侵权法为考察对象

周彬彬 著

主管部门 山东出版传媒股份有限公司
出版发行 山东人民出版社
社 址 济南市胜利大街39号
邮 编 250001
电 话 总编室 (0531) 82098914
市场部 (0531) 82098027
网 址 <http://www.sd-book.com.cn>
印 装 莱芜市华立印务有限公司
经 销 新华书店

规 格 16开 (169mm × 239mm)
印 张 15.25
字 数 210千字
版 次 2015年8月第1版
印 次 2015年8月第1次
ISBN 978-7-209-09156-5
定 价 36.00元

如有印装质量问题,请与出版社总编室联系调换。

序

周彬彬的博士学位论文经修改后即将在山东人民出版社出版，作为导师我非常高兴。我与他的师生缘分可以说是由来已久，他在山东大学读本科时，我曾经教过他民法总论，还指导过他的毕业论文。后来他到中国政法大学读硕士，期间联系不多。真正深入的交往始于他回济南工作之后的一次学术会议，他在会上的发言引经据典、见解深刻、逻辑清晰，给我留下了良好的印象。以后的联系中，他表达了想在我的指导下攻读博士学位的愿望，我欣然应允。2009年他以优异的成绩通过了考试，被录取为山东大学法学院的博士研究生。入学之后，他刻苦学习、积极参加各项学术活动，还参与了《山大法律评论》的编辑工作。不过，由于种种原因，他在博士论文选题上并不顺利，迟迟无法确定题目，这也影响了毕业资格论文的撰写和发表。几经周折，他最终确定了“侵权因果关系不确定的解决路径研究——以美国侵权法为考察对象”这一选题，并围绕该主题陆续发表了数篇质量较高的论文，顺利完成了学业。

本书的选题较好，因果关系不确定广泛存在于环境污染侵权、医疗侵权等场合，是长期困扰司法实践的棘手问题。探寻该问题的妥当、可行的解决路径不仅具有较大的实践价值，还可以在理论上深化对侵权因果关系的研究。“他山之石，可以攻玉”，解决问题的妥当路径的提出离不开对其他国家或地区相关经验的借鉴。由于美国法院在侵权因果关系不确定问题的解决方面进行了大量有益的探索，其提出的很多规则一直以来备受瞩目，再加上美国侵权法中因果关系的实体判断标准、证明责任分配也与我国基本相同，因此，对美国法院所采行的解决路径进行细



致的梳理、总结和评判对我国应当具有较大的启示意义。本书最重要的学术贡献就在于此。作者以大量判例和新近出版、发表的英文著述为基础对美国侵权法中的相关制度进行了详尽的讨论，揭示了许多不为我国学界熟知的制度细节，比如市场份额责任的不同模式等；同时还澄清了诸多误解，比如选择责任之下各责任人的责任形态等。本书在详细考察了美国法之后，对我国相关制度的完善提出了建议，其中最值得关注的有以下两点：一是，作者认为，《侵权责任法》关于共同危险行为与无意思联络数人侵权中各行为人之责任形态的规定存在价值判断失衡之处，未来应予以协调；二是，应当借鉴美国法院的做法将环境污染侵权中的因果关系区分为“一般因果关系”及“个别因果关系”等层面，然后在原被告之间更加细致地分配证明责任。

不过，本书也存在一些不足之处：一是，部分英文文献的翻译有些冗长、难解；二是，还有些问题的论述不是很翔实，比如，对环境污染侵权案件中因果关系证明责任的细化配置问题仅提出了大体的理论框架，没有结合相关案例进行更细致的探讨；三是，因果关系不确定作为一个棘手的社会问题，其解决有赖于侵权法与其他制度的协力，囿于篇幅，本书没有讨论侵权法之外的制度设计，因而会影响到解决方案的系统性和整体性。希望周彬彬博士未来能在本书的基础上，对侵权因果关系不确定的各种解决路径进行更加深入、系统的研究，并结合我国实践提出更有针对性的见解，取得更大成绩。

是为序。

2015年7月19日于北京

目 录

序	刘保玉 1
绪论	1
一、侵权因果关系不确定的含义与类型	1
二、侵权因果关系不确定场合的棘手问题	8
三、国内外的研究现状	11
四、本书研究内容的限定	16
第一章 美国侵权法在因果关系不确定问题上的基本立场	18
第一节 基本立场的决定因素之一	
——事实因果关系的实体判断标准	18
一、显著因素标准在侵权法第三次重述中的衰落	21
二、“若无则不”标准	25
三、“数充分原因”场合的特殊判断标准	28
第二节 基本立场的决定因素之二	
——事实因果关系的证明责任	33
一、提出证据的责任	33
二、说服责任	37
第三节 诸因素综合决定之下的基本立场及其变通余地	38
一、基本立场	38
二、司法实践中的变通余地	40



本章小结·····	43
第二章 美国侵权因果关系不确定场合的证明责任转移制度·····	45
第一节 因果关系证明责任的转移制度之一	
——事实自证与推定·····	45
一、事实自证的创造性运用·····	45
二、因果关系推定·····	60
第二节 因果关系证明责任的转移制度之二	
——选择责任·····	69
一、选择责任的起源与发展·····	69
二、选择责任之下因果关系证明责任转移的前提·····	75
三、选择责任之下数行为人的赔偿责任形态·····	81
第三节 因果关系证明责任的转移制度之三	
——市场份额责任·····	87
一、DES 案件中的因果关系不确定难题·····	87
二、市场份额责任的不同模式·····	89
三、市场份额责任的实际适用状况·····	103
本章小结·····	108
第三章 美国侵权因果关系不确定场合损害概念的重构·····	111
第一节 医疗过失侵权中的机会减损赔偿·····	111
一、医疗过失侵权中的治愈机会减损案型·····	111
二、治愈机会减损案型的传统解决路径及其修正·····	112
三、机会减损赔偿路径·····	122
第二节 毒素侵权中以风险为基础的损害赔偿·····	129
一、毒素侵权的特殊事实结构·····	129
二、医疗监控费用赔偿·····	131
三、患病恐惧赔偿·····	143
四、风险增加的预期价值赔偿·····	153



本章小结	154
第四章 美国侵权因果关系不确定的解决路径对我国的启示	156
第一节 因果关系证明责任倒置或推定规范的完善	157
一、证明责任倒置与推定辨析	157
二、共同危险行为制度的完善	165
三、市场份额责任的继受问题悖议	176
四、环境污染侵权中的因果关系推定规范的解释论再构成	183
五、建筑物中的抛物或坠物致害责任的反思与检讨	204
第二节 损害概念重构解决路径的继受问题反思	210
一、医疗过失侵权中机会减损赔偿路径的继受问题	211
二、毒素致害案件中以风险为基础的损害赔偿路径的 继受问题	217
本章小结	221
结语	223
主要参考文献	225
后记	235

绪论

因果关系不确定 (uncertain causation)^① 正日益成为困扰侵权司法实践的棘手问题,近年来已经成为比较法上的热门话题。^② 不过,这一术语在我国学界的使用并不普遍,仅部分学者在阐述侵权法中的“择一或替代因果关系”(alternative causation)时顺带提及过该词,^③ 认为二者系同义语。^④ 问题是:侵权因果关系不确定的含义究竟为何?与替代因果关系是否完全等同?我国是否有必要引入这一“新词”?以下笔者将先对这些问题进行简要论述。

一、侵权因果关系不确定的含义与类型

(一) 侵权因果关系不确定的含义

国外侵权法学界虽然经常使用“因果关系不确定”一语,但并未对之进行严格的概念界定,而是仅从不同角度作了详略不一的描述。比如,

^① 因果关系不确定的英文表述很多,除 uncertain causation 外,还有 causal uncertainty、uncertainty over causation、indeterminate causation、causal indeterminacy、ambiguous causation 等。

^② 欧洲侵权法与保险法中心 (European Centre of Tort and Insurance Law) 对侵权因果关系不确定场合比例责任的适用问题进行了专题研究并出版了研究报告——Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives (edited by Israel Gilead, Michael Green and Bernhard Koch, Walter de Gruyter GmbH 2013)。

^③ 鉴于实际致害人可能是一人也可能是数人,因此“替代因果关系”的称谓更为妥当,以下除引用其他学者论述的原文之外,笔者将采纳该称谓。

^④ 比如,王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第189页;程啸:《侵权责任法》,法律出版社2011年版,第185页。



Ken Oliphant 教授认为, 因果关系不确定涉及以下案件, “其中能够据以评估因果关系存在与否的证据是微弱的, 从而无法确信地得出肯定抑或否定的结论”。^① Sandy Steel 和 David Ibbetson 教授认为, 因果关系不确定是指, “不能证明数竞合因素 (competing factors) 中的哪个是受害人遭受损害的真正原因”。^② Donal Nolan 认为, 因果关系不确定指向如下情形, 即 “无法确定地知晓被告的过失行为与原告的损害之间是否存在因果关系, 而只能宽泛地说, 该损害处于被告行为所制造的风险范围之内。不过, 如果尽管存在某种程度的因果关系不确定, 但是原告仍能依可能性占优 (balance of probabilities) 标准确立因果关系时,^③ 当然应允许其获得赔偿。成为问题的是不能如此的案件”。^④ Omri Ben-Shahar 教授写道: “损害发生后, 其来源可能模糊不清。造成此种不确定问题的原因可能有很多: 首先, 可能存在数项独立的因素, 它们同时制造了类似的风险, 实际发生的损害不能清楚地追溯到其中任何一个; 第二, 损害可能在风险制造出来或者事故发生很长时间之后才显现出来, 以致难以辨识其原因”。^⑤

综合这些见解来看, 应从如下方面理解侵权因果关系不确定的含义:

首先, 侵权因果关系不确定仅与因果关系的事实层面相关。侵权法中的因果关系一般被区分为事实与法律评价两个层面: 前者要求侵权行

^① Ken Oliphant, *Uncertain Factual Causation in the Third Restatement: Some Comparative Note*, 37 Wm. Mitchell L. Rev. 1599, 1600 (2011).

^② Sandy Steel and David Ibbetson, *More Grief on Uncertain Causation in Tort*, C. L. J. 2011, 70 (2), 451.

^③ “balance of probabilities” 可以直译为 “可能性权衡”, 有学者也作了类似的翻译, 比如, 齐树洁教授就译作了 “概然性权衡”, 其还引用英国学者的观点说明了该术语的含义: “英国学者雷德梅尼认为, 概然性权衡是指负有证明责任的当事人必须证明他所主张的事实存在的可能性大于不存在”。“摩菲认为, 概然性权衡意味着事实审理者斟酌全案证据后, 必须能够说已经表明当事人主张的事实存在的概然性大于不存在”。(齐树洁主编: 《英国证据法》, 厦门大学出版社 2002 年版, 第 201、203 页。) 笔者以为, “权衡” 一词无法表明具体的证明标准为何, 难以让人 “顾名思义”, 尚需要进行一番解释才能知其所云。鉴于 “balance of probabilities” 要传达的意思就是某事实存在的可能性大于不存在的可能性, 因此本书采用了更能传达其实质含义的翻译——“可能性占优”。

^④ Donal Nolan, *Causation and the Goals of Tort Law*, in: *The Goals of Private Law*, edited by Andrew Robertson and Tang Hang Wu, Hart Publishing 2009, p. 167.

^⑤ Omri Ben-Shahar, *Causation and Foreseeability*, in: *Tort Law and Economics*, edited by Michael Faure, Edward Elgar Publishing Limited 2009, p. 91.

为与损害之间应存在某种事实性联系；后者则涉及在事实判断为真的基础上进一步解决责任应否发生的问题，属于价值判断的范畴，考量的因素主要包括：损害的可预见性、损害的性质、过错的程度、法律的保护目的等。^① 事实层面因果关系的判断朝向“过往”，依赖于证据能否获得以及人类对因果律的认识，实践中难免会因为证据缺乏或认识欠缺等因素而陷入不确定状态。侵权因果关系的法律评价侧面则不会出现此种问题，虽然人们经常会对评价结果发生争议，但这种争议仅是立场不同所致，是对行为自由维护与受害人利益保护两个经常发生冲突的价值目标的不同权衡取舍，与确定与否无关。

第二，侵权因果关系不确定是相对于证明标准而言的，指向不能满足标准的情况。我们不得不承认的事实是，司法实践中的事实认定充满了“不确定”，诚如 Ariel Porat 和 Alex Stein 教授所言，“审判中的事实查证（fact-finding）是实践理性的一个分支，规律、经验及归纳法哲学均告诉我们，它是一个或然性而非确定性问题”。^② 有学者进一步指出，“法院通常无法 100% 地确定被告的侵权行为究竟是否系原告遭受损害的事实原因，其充其量只能够确定被告造成原告损害的可能性介于 1% 与 99% 之间”。^③ 对于此种带有普遍性的“不确定”问题，多数国家或地区一般运用证明标准（standard of proof）规则进行处理，若当事人的证明满足该标准的要求，法官或其他事实裁决者（如陪审团）就认定某事实（包括因果关系）存在。笔者以为，“因果关系不确定”中的“不确定”不应指向以上宽泛意义上的“不确定”，否则将使这一概念因涵盖范围过大而失去存在的价值；其仅应指向不能满足证明标准的情况。上述 Donal Nolan 的观点即体现了此点，其提到的“可能性占优”是英国侵权

^① See Jaap Spier, *Unification of Tort Law: Causation*, Kluwer Law International 2000, pp. 127 - 141.

^② Ariel Porat and Alex Stein, *Tort Liability under Uncertainty*, Oxford University Press 2001, pp. 16 - 17.

^③ Israel Gilead, Michael Green and Bernhard Koch, *General Report: Causal Uncertainty and Proportional Liability: Analytical and Comparative Report*, in: *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives*, edited by Israel Gilead, Michael Green and Bernhard Koch, Walter de Gruyter GmbH 2013, p. 4.



诉讼中所遵循的证明标准。此外，Israel Gilead、Michael Green 和 Bernhard Koch 教授也持这种见解，他们指出，“存在因果关系不确定的案件中，‘全赔或不赔’（all or nothing）规则的适用将导出以下结果：即使已经证明数被告从事了侵权行为并且该行为有可能造成了原告的损害，诸被告仍将免于承担责任”。所谓“全赔或不赔”规则是指，“被告造成原告损害的可能性不满足内国法所要求的证明标准时，法院将认定因果关系未确立，被告将无须对原告承担损害赔偿赔偿责任。在满足所要求的证明标准时，法院将认定因果关系存在；[若同时满足其他构成要件，]被告就必须向原告承担全部责任”。^①

第三，因果关系不确定场合，系争侵权事由必须具有造成损害的可能性，并且仅是可能的致害事由之一，损害亦可能因其他独立的事由发生。如果系争侵权事由不具有造成损害的可能性，则没有将之纳入考虑的必要性；而其他可能致害事由的存在则是因果关系不确定问题产生的根源。

综上所述，侵权因果关系不确定指向以下情况：系争侵权事由虽然具有造成损害的可能性，但是损害亦可能因其他独立的事由发生，从而无法依据证明标准确立因果关系。

由此可见，侵权因果关系不确定与我国学界所说的替代因果关系概念非常类似，那么二者是否存在区别？我国有无必要引入一个新名词？笔者以为，回答这些问题的关键在于理清两个术语的使用语境。

我国学界通说将替代因果关系与共同危险行为“绑定”。比如，王泽鉴先生认为，替代因果关系“实非属因果关系，而系其证明的问题。为保护被害人，减轻举证责任的困难，‘民法’第 185 条第 1 项后段规定，不能知其中孰为加害人者，连带负损害赔偿赔偿责任”。^② 该条款就是关

^① Israel Gilead, Michael Green and Bernhard Koch, *General Report: Causal Uncertainty and Proportional Liability: Analytical and Comparative Report*, in: *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives*, edited by Israel Gilead, Michael Green and Bernhard Koch, Walter de Gruyter GmbH 2013, p. 5.

^② 王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社 2009 年版，第 189 页。我国台湾地区法律中的“项”等同于大陆地区的“款”。

于共同危险行为的规定。^① 王利明教授认为“在共同危险行为中，从行为与损害结果之间的关系来看，各个危险行为人的行为只是可能造成了损害，其行为与损害后果之间的因果关系是法律推定的，是一种‘替代因果关系’”。^② 程啸教授认为，替代因果关系“在侵权法上构成共同危险行为，行为人应当承担连带责任”。^③ 在我国大陆及台湾地区，共同危险行为属于数人侵权的一种；相应地，从事具有致害可能的不法行为的人应为两个以上。

比较来看，侵权因果关系不确定场合之下，不法行为人可以仅为一。只要还存在其他可能的致害事由（比如自然原因等）并且受害人无法依证明标准证明该人的行为就是损害的发生原因，就出现了因果关系不确定问题。不过，值得注意的是，此时也要求存在一个与替代因果关系本质结构相同的“替代关系”，只是处于该关系之中的其他可能的致害因素不具有侵权性而已。换言之，如果将替代因果关系的涵盖范围扩大及不法行为人只有一人的情况，^④ 那么它将等同于因果关系不确定。鉴于学界对替代因果关系一词的使用语境已经“约定俗成”；为了便于统一研究具有共同本质特征的法律现象并为避免产生不必要的误解，笔者以为，应当有必要在学理上引入侵权因果关系不确定这一术语。

（二）侵权因果关系不确定的类型

侵权因果关系不确定的涵盖范围甚广，从不同的角度可以进行不同的类型划分。笔者以下将仅参酌国外学界的相关论述，阐述对本书而言最具有重要性的分类。

1. 不确定是否致害类型与不确定导致何人受损类型

这种类型划分的标准在于系争侵权事由是否实际造成了任何损害。

^① 王先生在论及共同危险行为时进一步指出，“共同危险行为涉及可能的因果关系，系数人的行为皆具侵害他人权利的可能性，但不确知孰为加害人，学说上称之为择一因果关系”。王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社2009年版，第368页。

^② 王利明：《侵权责任法研究》（上），中国人民大学出版社2011年版，第373页。

^③ 程啸：《侵权责任法》，法律出版社2011年版，第185页。

^④ 有学者即对替代因果关系的外延做了这种解释。参见[奥]海尔穆特·库齐奥：“替代因果关系问题的解决路径”，朱岩、张玉东译，载《中外法学》2009年第5期。



“不确定是否致害类型”指向以下情形，不能依据证明标准确立系争侵权事由与系争损害之间的因果关系，而该事由要么造成了该损害，要么没有造成任何损害。“不确定导致何人受损类型”指向以下情形，能够确定系争侵权事由确实给某个或者某些人造成了损害，但是无法依据证明标准确定其具体给何人造成了损害。

“不确定是否致害类型”可以细分为两种亚类型。亚类型之一为，全部可能的致害事由均具有侵权性；其适例为：D1、D2和D3在一个散步者经常光顾的树林里打猎，他们均因为想击落一只鸟而过失开枪。结果一颗子弹击中P，但不知其来自三人中的哪个。^①以下简称“打猎案”。亚类型之二为，部分可能的致害事由不具有侵权性或者系受害人自身应予负责的事由；其适例为：（1）登山者P被一块掉落的石头砸伤，另一块石头也同时掉下并差点砸中他。经查，其中一块石头掉落是D过失造成的，而另一块则是岩羚羊造成的，无法确定砸伤P的石头究竟是哪块。^②以下简称“落石案”。（2）D医生因过失未检查出病人P患有某种癌症。误诊当时，如果经过适当治疗，P生存的可能性为40%，但是后来其他医生做出正确诊断时，P已经没有生存的可能，并于随后死亡。^③以下简称“误诊案”。（3）三人进行一种危险性非常高的游戏，每人随机拿起一堆飞镖中的一支同时往天上扔，比赛谁扔得高。游戏进行了相当一段时间之后，一人的眼睛被一支飞镖击中，无法查明该飞镖系何人所扔。以下简称“飞镖案”。

“不确定导致何人受损类型”也可以细分为两种亚类型。亚类型之一为，全部事由均具有侵权性；其适例为：200余家公司均批量生产过一种预防流产用药品——DES，每家公司所生产的药品的化学结构相同。医生一度认为该药效果良好，并给大量孕妇开具了处方；但是后来的研究却表明，该药可能导致怀孕期间服用过它的妇女所生的女儿在青春期

① See Jaap Spier, *Unification of Tort Law: Causation*, Kluwer Law International 2000, p. 6.

② See Jaap Spier, *Unification of Tort Law: Causation*, Kluwer Law International 2000, p. 7.

③ See Jaap Spier, *Unification of Tort Law: Causation*, Kluwer Law International 2000, p. 6.



罹患一种严重的特征性疾病 (signature disease)。^① 由于服药与患病之间的时间间隔 (即潜伏期, latent period) 很长以及其他种种原因, 受害人无法证明其母亲服用的 DES 究竟系哪家公司所产。^② 以下简称“DES”案。亚类型之二为, 部分事由不具有侵权性; 其适例是: 某种严重疾病的正常患病率为 0.05%, 但是在一个有一万人口的小镇里, 1% 的人罹患了此种疾病, 这种异常高的患病率是附近一家工厂排放污染物造成的。不过, 由于该病属于非特征性疾病, 在现有的科技发展水平之下, 无法确定何人的疾病系工厂的污染物所致, 而何人的疾病与之无关。^③ 以下简称“污染案”。

2. 因科学认识不足而生的因果关系不确定与因普通证据缺乏而致的因果关系不确定

这是根据侵权因果关系不确定的发生原因所作的类型划分。因科学认识不足而生的因果关系不确定往往存在于某类案件的全体 (或绝大部分) 之中,^④ 构成所谓的系统性 (systematic) 因果关系不确定。^⑤ 其适例为“污染案”。

因普通证据缺乏而致的侵权因果关系不确定指向与科学认识不足无关的不确定, 其在实践中较为普遍, 并且通常仅存在于一类案件的某些个案之中, 属于所谓的偶发性因果关系不确定, “打猎案”即其适例; 不过, 在少数情况下, 这种不确定也可能是系统性的, “DES 案”就是为数不多的适例之一。

① 特征性疾病, 是指仅由某因素导致或者与该因素具有压倒性关联的疾病。与之相对, 非特征性疾病, 是指可能的致病因素众多的疾病, 比如肺癌, 其可能因吸入石棉纤维发生, 也可能因吸烟、遗传等诸多因素发生。

② See Israel Gilead, Michael Green and Bernhard Koch, *General Report: Causal Uncertainty and Proportional Liability: Analytical and Comparative Report*, in: *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives*, edited by Israel Gilead, Michael Green and Bernhard Koch, Walter de Gruyter GmbH 2013, p. 13.

③ See Jaap Spier, *Unification of Tort Law: Causation*, Kluwer Law International 2000, p. 6.

④ See Ariel Porat and Alex Stein, *Liability for Future Harm*, in: *Perspectives On Causation*, edited by Richard Goldberg, Hart Publishing 2011, p. 229.

⑤ See David Rosenberg, *The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A “Public Law” Vision of the Tort System*, 97 Harv. L. Rev 849, 858 (1983—1984).



3. 损害即时发生型因果关系不确定与损害潜伏期较长型因果关系不确定

这种分类的标准在于系争侵权事由与损害的发生之间是否存在较长的时间间隔或潜伏期。需要指出的是，潜伏期长短是相对的，这种分类是着眼于实践需要做出的，其并不具有逻辑上的周延性。笔者将潜伏期较短的情况都归入了“损害即时发生型”之中。

损害即时发生型因果关系不确定的适例为“打猎案”、“落石案”与“飞镖案”。损害潜伏期较长型因果关系不确定在毒素（toxic agent）致病的场合较为普遍，“DES案”与“污染案”为其适例。较长潜伏期的存在不仅增加了因果关系不确定发生的可能性，而且还会带来一系列其他问题，较为显著的是如下两个：一是，诸多可能的加害人会随着时间的经过而陷于破产或者不复存在，受害人可能会面临求偿无门的局面；二是，由于每个受害人的疾病潜伏期存在相当差异，系争领域中的赔偿问题将迟迟得不到最终解决，先患病者与后患病者之间进而会发生严重的利益冲突。

二、侵权因果关系不确定场合的棘手问题

侵权因果关系不确定场合存在诸多问题，其中最为棘手的是应当如何在以下对立的立场之间进行权衡抉择：

（一）赔偿抑或不赔

侵权因果关系不确定场合，由于无法依据证明标准确立因果关系，要求行为人赔偿可能会违背自己责任原则（即每个人仅须对自己的侵权行为所造成的损害承担责任）。特别是在“不确定是否致害类型”中，追究全部行为人的责任将肯定会导致部分甚至全部行为人对并非其自身所造成的损害承担赔偿责任。由于自己责任是现代侵权法的基石性原则，不救济受害人就理所当然地成为因果关系不确定场合的首要选择。

不过，一味不要求行为人赔偿也并非允当的方案。比如，就“不确定是否致害类型”的第一种亚类型而言，这种做法一方面可能违背民众的正义观念，此种观念通常倾向于将损害分配给不法行为人而非无辜的受害



人；其另一方面可能会妨碍侵权法的损害预防目标的实现，一律不追究赔偿责任可能无法促使欲从事具有致损风险的不法行为人的人将注意成本和行为水平控制在社会最优的水平之上，^①从而不能有效地预防损害的发生，这种状况在出现了系统性侵权因果关系不确定的场合尤为显著。再比如，在“不确定导致何人受损类型”中，既然侵权行为人肯定造成了损害，不要求其承担责任与民众的正义观念冲突会更大，同时损害预防的目标将更难实现。因此，在侵权因果关系不确定场合，例外性的要求行为人赔偿受害人的损失应是妥适的选择。问题是：在什么情况下允许？通过何种法律技术达到这种结果？值得注意的是，众多国家或地区已经创设了不少允许受害人在此种场合之下获得救济的例外性规范，但是理论界和实务界就这些规范的构成要件和法律效果却一直争议颇多。

总之，在侵权因果关系不确定场合，赔偿抑或不赔以及在什么情况下要求行为人承担损害赔偿 responsibility 仍是一个亟待解决的问题。

（二）全部抑或部分赔偿以及连带抑或按份责任

侵权因果关系不确定场合，若要求可能致害的不法行为人承担赔偿责任，又会衍生出另外一个问题——赔偿多少。在侵权损害赔偿问题上，比较法上通行的立场是“全赔或不赔”，^②将其适用于存在因果关系不确定问题的案件中，在逻辑上将导出以下结果，即此时行为人须承担全部赔偿责任。与此相对，理论界提出了比例责任的构想，即在侵权因果关系不确定场合，应当根据系争侵权行为与损害之间存在因果关系的可能性比例性地确定行为人的赔偿责任。这种观点逐渐成为有力说，并在相

^① 注意成本，是指从事某个可能导致损害的行为时，行为人采取预防措施所耗费的机会成本。注意成本支出最优意味着，所支出的边际注意成本等于事故减少所带来的边际收益。行为水平，是指选择参加可能导致损害的某活动的主体数量或每一主体从事这种活动的量。行为水平最优意味着，从参加边际数量的新行为中获得的社会边际收益等于该行为给社会所带来的边际损害。参见〔德〕汉斯-贝恩德·舍费尔、克劳斯·奥特：《民法的经济分析》（第四版），江清云、杜涛译，法律出版社2009年版，第126～129页。

^② See Israel Gilead, Michael Green and Bernhard Koch, *General Report: Causal Uncertainty and Proportional Liability: Analytical and Comparative Report*, in: *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives*, edited by Israel Gilead, Michael Green and Bernhard Koch, Walter de Gruyter GmbH 2013, p. 5.