

王利明 主编

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办

- 王利明 共同侵权行为的概念和本质
陈现杰 最高人民法院人身损害赔偿司法解释精髓诠释（下）
高洪宾 从一起杀人案件的量刑看事实婚姻的存废
杨立新 适用人身损害赔偿司法解释的疑难问题及对策

第 3 辑
2004

人民法院出版社

2004年第3辑(总第17辑)

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办

王利明 主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

判解研究. 2004 年. 第 3 辑: 总第 17 辑/王利明主编.
北京: 人民法院出版社, 2004. 7
ISBN 7-80161-837-8

I. 判… II. 王… III. 审判-研究-中国
IV. D925

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 068740 号

判解研究

2004 年第 3 辑(总第 17 辑)

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办
王利明 主编

责任编辑 吴秀军 兰丽专
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市朝阳区安慧北里安园甲 9 号(100101)
电 话 (010)65290578(责任编辑) 65290516(出版部)
65290558 65290559(发行部)
网 址 www.courtpress.com
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店
开 本 787×1092 毫米 1/16
字 数 261 千字
印 张 15.25
版 次 2004 年 7 月第 1 版 2004 年 7 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80161-837-8/D·837
定 价 25.00 元

加強判解研究
推進司法改革

肖揚

二〇〇〇年

七月一日

《判解研究》编辑委员会

主 任：王利明

委 员：(以姓氏笔画为序)

王运声 王彦君 龙翼飞

江 伟 刘春田 杨润时

吴汉东 张晓秦 姚 辉

郭明瑞 奚晓明 董安生

葛行军 蒋志培

执行主编：姚 辉 吴秀军

编 辑：兰丽专 马 特

熊谓龙 周友军

电 话：(010) 65290571 62514868

传 真：(010) 65290586

E - mail: caselaw@sohu.com;

caselaw@sina.com

支持单位：北京市乾坤律师事务所

网 址：www.qiankun.com.cn

E - mail: qiankun@qiankun.com

目 录

专 论

共同侵权行为的概念和本质

- 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》第三条…………… 王利明 (1)

司法解释之窗

最高人民法院人身损害赔偿司法解释

- 精髓诠释(下)…………… 陈现杰 (15)

法学专论

关于证券市场投资公众保护水平问题 的探讨

- 以英美证券法为中心…………… 刘慧敏 (49)

从“均来事件”看香港的商品房预售

- 制度…………… 陈文浩 (63)

- 论共同抵押…………… 戚兆岳 (75)

法官论坛

房屋承租人优先购买权若干实务问题

- 研究…………… 王 忠 (91)

商品房认购书的若干法律问题研究

- …………… 俞里江 (105)

判例评析

从一起杀人案件的量刑看事实婚姻的 存废

——兼评婚姻法司法解释(一)	
第5条	高洪宾 (118)
违约与精神损害赔偿	
——兼评程鹏诉紫薇婚庆服务社婚	
庆服务不到位应退还部分服务	
费和赔偿精神损失案	张晓军 (128)
被控侵权标识为在后注册商标时的	
侵权认定	
——北京恒升远东电子计算机集团	
诉北京市恒生科技发展有限公司及	
北京市金恒生科技发展有限公司	
侵犯商标专用权及不正当竞争	
纠纷案评析	刘晓军 (149)
政府为公司涉外融资出具安慰函的	
性质及其责任研究	
——交通银行香港分行诉伟顺拓展	
公司、龚平、何礼添、顺德市	
均安镇人民政府、中国工商银	
行顺德支行涉外融资担保纠纷	
案评析	易新华 刘子平 梁翔梅 (178)
论股权买卖中的瑕疵责任	
——评三九啤酒厂诉卡成居案	许德凤 (190)
综述	
适用人身损害赔偿司法解释的疑难	
问题及对策	
——“人身损害赔偿案件疑难问题	
暨司法解释适用研讨会”综述	
	杨立新 (200)
海外判例选介	
美国法中胎儿损害赔偿案的特别类型	
——“不当出生”、“不当生命”	
与“不当受孕”	冯 恺 (225)
编辑后语	(234)

共同侵权行为的概念和本质

——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》第三条

王利明*

《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》(以下称《解释》)第3条第1款规定:“二人以上共同故意或者共同过失致人损害,或者虽无共同故意、共同过失,但其侵害行为直接结合发生同一损害后果的,构成共同侵权,应当依照民法通则第一百三十条规定承担连带责任。”第2款规定:“二人以上没有共同故意或者共同过失,但其分别实施的数个行为间接结合发生同一损害后果的,应当根据过失大小或者原因力比例各自承担相应的赔偿责任。”该条款是对民法中共同侵权行为概念的解释,首次以司法解释的形式确立了共同侵权行为的构成要件和法律后果,对于法学研究和司法实务具有重要的指导意义。但关于共同侵权行为的构成中关联共同性的判断标准,其导致的责任后果即连带责任与按份责任的界定区分,仍有一些值得商榷之处。因此,有必要就共同侵权行为的概念和本质加以梳理、廓清,对《解释》第3条的本旨、效果、利弊得失加以探讨,保障该司法解释在实践中得以正确地理解与适用。

* 中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师、民商事法律科学研究中心主任。

一、共同侵权行为的概念

民法通则第 130 条规定：“二人以上共同侵权造成他人损害的，应当承担连带责任。”该条规定并没有对共同侵权行为的概念作出更明确的界定，一般认为，所谓共同侵权行为也称为共同过错、共同致人损害，是指数人基于共同过错而侵害他人的合法权益，依法应当承担连带赔偿责任的侵权行为。德国民法第 830 条、日本民法第 719 条、意大利民法第 2055 条以及俄罗斯民法第 1080 条和第 1081 条规定共同侵权行为为责任、共同危险行为（加害人不明的责任承担）以及教唆、帮助人责任等。

共同侵权行为与单独的侵权行为相比较^①，具有如下特征：一是主体的复数性，即共同侵权行为人必须是两个或两个以上的人，当然，既可以是自然人，也可以是法人。二是主观过错的共同性，即共同侵权行为人具有共同致人损害的故意或过失。传统民法上的共同过错仅指行为人主观上须具有共同故意或者意思联络的情形。三是行为的共同性。共同致害行为既可能是共同的作为，也可能是共同的不作为。但数人的行为必须相互联系，构成为一个统一的致人损害的原因。从因果关系上来看，任何一个共同侵权行为人的行为都对结果的产生发挥了作用，即各种行为交织在一起，共同发生了作用，各人的行为可能对损害结果所起的作用是不相同的，但都和损害结果之间具有因果关系，因而由其承担连带责任是合理的。在数个行为人的行为中，共同行为并不要求每个行为人都实际地共同从事了某种行为，可以是两个人共同决定，由一个人完成，也可以是一个人起主要作用，另一个人起到辅助作用。每个人的行为和结果之间并不一定有直接的因果联系。所以，在共同侵权中，不是从每个人的个别行为的原因力来判断的，而是从行为的整体对结果的原因力来判断的。四是结果的同一性，所谓结果的同一性，首先是指共同侵权行为所造成的后果是同一的，如果各个行为人是针对不同的受害人实施了侵权行为，或者即使针对同一受害人，但是不同的权利分别遭受

① 共同侵权行为是一般的侵权行为还是特殊的侵权行为，学理上有不同的看法。我认为，尽管共同侵权行为在责任的主体多元性、因果关系的推定以及责任的连带上具有其特殊性，但毕竟共同侵权行为仍然属于过错责任的范畴，确定行为是否承担责任的基础依然在于行为人是否具有主观过错。尽管随着危险责任的发展以及对受害人救济的强化，出现了这样一种趋势，即淡化行为人的主观过失而注重行为人的行为的客观关联性，但我认为，这不能成为放弃共同侵权行为主观要件的理由，从这个意义上说，共同侵权仍然属于一般侵权即过错责任的范畴。

侵害,损害后果在事实上和法律上能够分开,则有可能构成分别的侵权行为或并发的侵权行为,而非共同侵权行为。因此共同侵权行为的特点就在于数个侵权行为造成了同一的损害后果。^①换言之,数个共同侵权行为与损害结果是不可分割的,如果行为本身是可分的,那么就是单独行为,而不是共同侵权。当然,在数个行为人中,可能行为人事先具有明确的分工,也可能事先并没有分工;数人发挥的作用也可能有大小的区别,但只要他们具有共同的过失,就并不影响数个行为人的行为的统一性和不可分割性。即使有人只是参与策划,而没有实际地从事共同侵权行为,也应推定其行为与损害后果之间具有因果关系。如果各个人的行为与加害行为之间具有关联共同性,即使是各个人的行为与损害的相当因果关系未得到认定的场合,也应推定各人的行为与损害之间存在因果关系。

结合《解释》第3条第1款和第2款的规定,可见最高人民法院在区分共同侵权行为和无意思联络的数人侵权时,采用直接结合和间接结合的方法,对共同侵权行为的概念作出了解释,即如果数个侵害行为直接结合,发生同一损害后果的,构成共同侵权;如果数个侵害行为分别实施,间接结合发生同一损害后果的,构成无意思联络的数人侵权。如何理解直接结合和间接结合,对此存在着不同的解释。一种观点认为,直接结合是指数个行为结合程度非常紧密,对加害后果而言,各自的原因力和加害部分无法区分。虽然这种结合具有偶然因素,但其紧密程度使数个行为凝结为一个共同加害行为共同对受害人产生了损害。^②另一种观点认为,应当从时空的统一性上区分直接结合和间接结合,即如果数个致人损害的行为在时空上是一致的,就构成直接结合;如果数个行为在时空上是不一致的,则构成间接结合。例如,甲被乙打伤,在送往医院的途中因丙开车肇事而死亡。乙和丙的行为在时空上不具有一致性,因此,属于间接结合。我认为,虽然这两种观点都不无道理,但它们并没有能够严格区分直接结合和间接结合,并以此说明共同侵权行为与无意思联络的数人侵权之间的区别。第一种“结合程度说”对于所谓“直接”、“间接”的区分过于模糊和抽象,而不同的责任形态对于当事人利害关系甚巨,这极大的损害了司法解释应有的确定性和操作性。结合的紧密程度只能依赖法官判断,赋予了法官过大的自由裁量权,法官实际上可

^① 参见张新宝:《中国侵权行为法》,中国社会科学出版社1995年版,第89页。

^② 黄松有主编:《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2003年版,第63页。

以自由认定直接和间接标准,任意选择适用连带责任和按份责任,可能有权力滥用之虞。第二种“时空一致说”很难界定共同侵权行为和无意思联络的侵权行为,因为,共同侵权行为中的时间、空间的同一性要件已受到质疑,德国主流民法观点拒绝在认定参与共同侵权行为时要求各具体参与共同侵权行为在时间和空间上形成相互关联的过程,^①理由非常简单,因为在一些情况下,不同时间和不同地点发生的单独侵权行为都可以构成参与共同侵权行为,例如,事后发生损害或损害后果扩大的情况。史尚宽先生也认为,数人行为之时或地,无须为同一。……行为异时对于一个结果,与以条件或原因者,例如名誉毁损之事实,由他人传播,其传播与当初之毁损行为在于相当因果关系者,就传播后之损害,当初之毁损这与传播者为共同侵权行为人。^②再如,教唆与实施行为可能不具有时空上的同一性,可这丝毫不影响其共同侵权行为的成立。律师、会计师等专家的审查过失与上市公司的虚假陈述在我国通说也认为构成共同侵权行为而承担连带责任,定作人与承揽人的共同过失也可能构成共同侵权行为,等等,但其行为大都不具有时间、空间的一致性。此外,就无意思联络的数人侵权行为而言,各个行为对结果的原因力和加害部分也可能无法区分,数个行为也可能在时空上具有一致性,所以很难根据这些标准使之与共同侵权相区分。

上述司法解释,用直接结合和间接结合来区分共同侵权和无意思联络的数人侵权是不妥当的。因为直接结合是指行为和结果之间的直接因果关系,而间接结合只是表明间接的因果关系。事实上,共同侵权和无意思联络的数人侵权是很难从因果关系的角度进行区分,因为一方面,无意思联络的数人侵权可能是行为结合在一起直接造成损害后果的发生(如两个各有瑕疵的产品直接结合在一起造成同一损害),而共同侵权也可能是行为间接结合在一起造成损害后果的发生(例如,数个工厂向同一河流排放污物构成共同侵权,二者的行为仅是偶然结合在一起造成公害)。另一方面,从原因力的角度来区分直接和间接,更为困难。因为数人侵权时,数个行为结合在一起共

① Esser/Weyers, Schuldrecht, BT § 60, I 1 b; Bydliniski, Haftung bei alternativer Kausalität - Zur Frage der ungeklärten Verursachung, besonders nach österreichischem Zivilrecht, JurB1 1959, 12; Bauer, Die Problematik gesamtschuldnerischer Haftung trotz ungeklärter Verursachung, JZ 1971, 5; Deubner, Zur Haftung bei alternativer Kausalität, JuS 1962, 385 f.; Brambring, Mittäter, Nebentäter, Beteiligte und die Verteilung des Schadens bei Mitverschulden des Geschädigten, 48

② 史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第174页。

同造成损害后果的发生,而损害后果本来就是难以分割的。在许多情况下,各个行为人对结果所起的原因力无法明确区分。

有观点认为,该条规定是将一部分无意思联络的数人侵权纳入了狭义的共同侵权范畴,在一定程度上混淆了二者之间的区别。^①我认为,这种观点不无道理。上述司法解释没有澄清共同侵权的概念,其原因在于:一方面,该概念采纳了双重标准,将共同过错与客观共同都视为共同侵权,因此导致难以界定共同侵权的内涵。另一方面,它不能区分无意思联络的共同侵权和共同侵权。一般认为,由于共同侵权行为人具有共同的过错,所以它不同于无意思联络数人侵权和并发的数个单独侵权。所谓无意思联络的数人侵权,指数个行为人事先并无共同的过错,而因为行为偶然结合致同一受害人同一损害。在日本,对于本来是独立的侵权行为只不过单纯地“共同”实施的情况,过去一直是作为共同侵权行为处理,但近来学者认为对这种类型应该按照日本民法第709条的原则处理,在各侵权行为者的事实性因果关系所及范围内负担赔偿责任。^②例如,原告购买淋浴器和漏电保护器各一台,结果原告之妻在淋浴时遭电击死亡。淋浴器及漏电保护器产品质量均有缺陷,但两种产品只有结合在一起使用时才有可能导致损害结果,而两个生产者在生产产品时,并不知道他们各自生产的产品有可能被消费者购买来结合使用,所以应当构成无意思联络的数人侵权而非共同侵权。尽管无意思联络侵权和共同侵权行为在客观上都是几个行为结合在一起,但从主观上来看,无意思联络数人侵权只是数个行为的偶然结合而致人损害,行为人在主观上并没有共同过错。无意思联络的共同行为人通常并没有任何身份关系和其他联系,彼此之间甚至互不相识,因而不可能认识到他人的行为性质和后果,尤其是各行为人不能预见到自己的行为会与他人的行为发生结合并造成对受害人的同一损害,所以无意思联络的数个行为人彼此间主观上没有共同的预见性。所以,在无意思联络数人侵权时,应当根据其过错各自承担责任,而不能适用连带责任。

然而,无意思联络的行为人对自己行为的后果负责,是以各人的损害部分能够单独确定为前提的。若各人的损害部分不能单独确定就使上述规则在

① 程啸:《无意思联络的数人侵权》,载王利明主编:《人身损害赔偿疑难问题——最高人民法院人身损害赔偿司法解释之评论与展望》,中国社会科学出版社2004年版,第188、189页。

② 参见于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社1998年版,第276页。

运用中发生困难。有的人认为,“数人主观上无意思联络,仅因行为偶合导致损害后果发生,若各人的加害部分无法单独确定则应以共同侵权论,各人对损害应承担连带赔偿责任。”^①我认为,此种看法是欠妥当的。严格地说,无意思联络的数人侵权属于单独侵权而非共同侵权,因为行为人之间主观上并无共同过错,各个行为人的行为也只是单独的行为,因而不能按共同侵权处理。事实上,损害不可分,只是各人造成的损害事实、各人的行为与各自造成的损害后果之间的因果关系不确定的问题,而并非过错和过错程度难以区别和确定。只要过错程度和原因力可以确定,就可以根据过错程度和原因力合理地确定各行为人所应负的责任范围,而不能笼统地使各行为人对受害人负连带责任。民法对一般共同侵权行为人规定连带责任,是因为数个侵权行为人之间具有共同过错,主观上的共同过错使数个行为人之间的行为结成为一个整体,因而各行为人应负连带责任,但是当某人仅因为自己的行为与他人的行为偶然竞合造成了同一损害,就使其负连带责任,则难免过于苛刻,且与侵权法的基本规则相悖。而依过错程度和原因力确定责任,意味着根据案件的情况具体确定各行为人在损害发生时所具有的不同程度的过错,使过错程度重的行为人承担较重的责任,过错程度轻的行为人承担较轻的责任。此种做法也符合为自己行为负责的基本原则。在我国司法实践中,也大都根据过错程度和原因力来确定责任的。实践证明这种做法是行之有效的。

二、共同侵权行为的本质

《解释》也未能够澄清共同侵权的本质。共同侵权在德语中称为“eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung”。根据王泽鉴先生的解释,共同侵权行为中“共同”二字,是从德文“Gemeinschaftlich”翻译而来,原出自于《德国民法典》第823条规定。根据该条规定:“数人因共同侵权行为造成损害者,各人对被害人因此所受的损害负其责任。”该条文中所称的“共同”,系指主观的共同,即有共同的意思联络。^②依据德国法院之判例及权威学说,该句中的“共同”是指“共同的故意(vorsatzliches Zusammenwirken)”,也称“共谋”,即多个行为人存在意思联络,他们都明知且意欲

① 蓝承烈:《连带侵权责任及其内部求偿权》,载《法学与实践》1991年第1期。

② 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究(1)》,中国政法大学出版社1998年版,第58页。

追求损害后果的发生。^① 德国侵权行为法理论仍然采用的是刑法 25 条 2 款关于共同犯罪的规定,来解释共同侵权,要求行为人必须要有共同的意思联络。德国民法典第 830 条的适用要求共同侵权行为人主观上必须是故意的。但实际上,随着近年来产品责任、专家责任等的发展,完全采取共同故意未免过于狭窄,所以德国学者常常认为,此种情况下应当适用特别法来调整,不适用民法的共同侵权原则解决。按照卡纳里斯的解释,在缔约过失的情况下,共同行为人不要求具有共同故意,他认为,缔约过失是一种特殊的关系,受害人的范围受到了限制,而且这是一种与合同责任相类似的责任,责任范围本身就有限制,所以采用共同过失来确定共同行为人的责任也是合理的,这在某种程度上已经扩大了共同侵权中共同过错的内涵。^②

德国的立法例为瑞士、奥地利、日本等大陆法系国家所采纳。例如,《瑞士债务法》第 50 条规定:“如果数人共同造成损害,则不管是教唆者、主要侵权行为人或者辅助侵权行为人,均应当对受害人承担连带责任和单独责任。”按照法官和学者的解释,“共同”应当是指具有共同故意。《日本民法典》第 719 条规定:“因数人共同实施侵权行为损害于他人时,各加害人负连带赔偿责任。”据日本明治 40 年 6 月 22 日大审院的判例,共同侵权行为中的“共同”系指“必要的共谋”。然而,日本判例在学说在近几十年来对共同侵权行为具有许多新的发展。由于《日本民法典》第 719 条规定所称的“共同”并没有特指主观的共同,所以不少学者认为,共同侵权行为的构成不以行为人主观上具有意思联络为必要,只要数人的共同侵权行为与损害结果具有相当因果关系即可。现在,日本民法学界通说认为这里的“共同”指的是客观共同。申言之,共同侵权行为的宗旨不在于确定共同行为人主观性的联系,而在于确定客观的关联,即使是与他人行为竞合发生损害の場合,只要由该竞合发生的结果处于相当因果关系之上,就应该对其结果的全部负责应该说是当然的事情。采取客观关联说的主要原因就是为了对受害人提供充分的救济。^③

英美法国家一向采主观说,即以加害人之间的意思联络为共同侵权行为

① Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 55. Aufl., 1996, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München, 992.; Esser, Schuldrecht, II, 1969, S. 446f.; Larenz, Schuldrecht, II, 1968, S. 406f.

② F S: Giger, 1989, p95.

③ 于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社 1998 年版,第 179 页。

的构成要件。英国著名侵权法学者约翰·萨尔曼德在总结英国侵权法时指出：“数人若没有共同实施不法行为，但造成共同的损害结果，应对此结果在法律上和事实上负责。”然而，他们只应“分别对同一损害负责，而不是共同对同一损害结果负责”。

我国学者对共同侵权行为中的“共同”的含义历来有不同的学说：

1. 主观说。此种观点认为，共同过错的本质特征在于数人致人损害，其主观上具有共同的过错。没有共同过错，数人的行为不可能联结成一个整体，也不能使数人致人损害的行为人负连带责任。^① 所以，无意思联络的数人侵权并不是共同侵权。对共同侵权行为，“法律上所以加重规定者，乃因其既有行为之分担，复有意思之联络或共同之认识，同心协力，加害之程度必较单一之行为为重，故应使之负担较重之责任。否则若未同心，焉能协力，既不能协力，则虽有数人，其所为者与由各个人单独为之者何异，故无使负连带责任之理。”^② 在主观说中，又分为共同故意说和共同过错（故意或过失）说。前者仅承认共同故意为共同侵权的本质特征，后者认为共同过失也构成在共同侵权。

2. 客观说。这种观点认为，如果各加害人的违法行为产生同一损害，各行为人之间虽无共同通谋和共同认识，仍应构成侵权行为，其理论依据是，共同侵权行为“总是同共同加害行为紧密联系，不可分割。每一个加害人的行为与共同行为又具有不可分割的性质”^③。所以，考察共同侵权行为应从行为本身出发来确定。客观说的另一个根据是，刑事责任以行为人的主观罪过为惩罚对象，但民事责任实际上侧重于填补受害人的损失。申言之，“民法上之共同侵权行为与刑法上之共同正犯，非尽相同。刑法上之共同正犯，除有共同之犯罪行为外，必须有共同意思之联络。盖以刑事责任以犯意为中心观念，在民事责任，则以补偿损害为目的，如其损害之发生系由于行为人之共同行为，纵使其无意思之联络，应即使负连带责任。反之，如其损害之发生非由行为人之共同行为，则纵使其有意思之联络，除其应负教唆或帮助之责任外，要难使其负共同加害行为之责任。”^④ 所以，不管共同加害人之间是否具有共同故意或认识，只要其行为具有客观的共同性，就应使其

① 佟柔主编：《民法原理》，法律出版社1986年版，第227页。

② 郑玉波：《民法债编总论》，（台湾地区）台北三民书局1998年版，第166页。

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

④ 王伯琦：《民法债编总论》，（台湾地区）台北国立编译馆1997年版，第80页。

负连带责任,有利于保护受害人的利益。根据客观说,无意思联络的数人侵权,亦为共同侵权。

最高人民法院《解释》第3条第1款规定:“二人以上共同故意或者共同过失致人损害,或者虽无共同故意、共同过失,但其侵害行为直接结合发生同一损害后果的,构成共同侵权,应当依照《民法通则》第一百三十条规定承担连带责任。”从该解释规定看,实际上最高人民法院认为,数个行为入主观上即使不具有共同过错的也构成共同侵权,因而实际上是放弃了共同侵权的主观说,而采纳了客观说。

3. 折中说。折中说认为,判断数个加害人的侵害行为是否构成共同侵权行为,应从主观和客观两个方面来分析,单纯的主观说或客观说都不足采,正确的理论应当是把握加害人与受害人之间的利益平衡,而不可偏执于一端。在共同侵权行为的构成要件上既要考虑各行为入的主观方面,也要考虑各行为入的行为之间的客观联系。这就是共同侵权行为构成要件上的折衷说。这种观点认为,从主观方面而言,各加害人应均有过错,或为故意或为过失,但是不要求共同的故意或者意思上的联络;过错的内容应当是相同或者相似的。从客观方面而言,各加害人的行为应当具有关联性,构成一个统一的不可分割的整体,而且都是损害发生不可或缺的共同原因。^①

应当看到,对共同侵权行为共同性的理解直接决定了其责任构成要件,而共同侵权行为责任构成要件的不同又决定了对其所确立的责任的不同。如果采用严格的主观说,即要求行为入必须具有意思联络,那么给受害人证明行为入是否具有意思联络强加了过重的举证负担,并且导致共同侵权行为难以成立,对受害人的保护确有不和。但如果采用客观说的话,则又过分地保护了受害人的利益,而对行为入过于苛刻。所以我认为,将上述三种理论作比较,主观说中的共同过错说更为合理。共同侵权行为的本质特征在于数个行为入对损害结果具有共同过错,表现在:

第一,在共同侵权行为中,各行为入主观上具有共同过错是其依法应负连带责任的基础。共同侵权行为中,各行为入都认识和意识到了其共同行为所可能造成的损害结果。因此,各行为入的损害行为构成集体行为,损害后果是由集体行为而非各行为入的单独行为所致。如果从客观行为出发来解释

① 张新宝:《中国侵权行为法》(第二版),中国社会科学出版社1998年版,第167、168页;张新宝、李玲:《共同侵权的法理探讨》,载《人民法院报》2001年11月9日。

连带责任的基础，则不仅不能对共同侵权行为人对外负连带责任的原因作出合理的解释，而且极易不适当地扩大共同侵权行为的范围，不合理地给当事人强加连带责任。

第二，客观说不符合为自己行为负责的原则。在民法中，连带债务或者连带责任之所以只有在法律明确规定或者当事人明确约定之时方能产生，根本原因就是侵权行为法所一贯坚持的自己责任原则，即每个人只能也只应对自己行为所造成的损害后果负责，而无须对他人行为的后果负责。在共同侵权行为情况下，如果不考虑主观过错，那么尽管事实上损害后果可能是不可分的，但在法律上完全可以根据各个行为对损害后果所起的原因力来确定各个行为人的分别责任，而不能适用连带责任。否则将使侵权行为人为他人承担了责任，这显然违背了“为自己行为负责任”的基本原则。

第三，如果不考虑主观过错的共同性，就不能将共同侵权与无意思联络的数人侵权作出区分。如前所述，作出此种区分是十分必要的，而区分的标准就是主观的标准即共同过错。如果坚持《解释》第3条的体例，既采纳客观说，又采纳无意思联络的数人侵权，无疑是叠床架屋，可能会造成构成要件不清，责任形态畸轻畸重的结果。

第四，从对受害人的保护来看，尽管客观说减轻了受害人的举证责任，但它仍然要求受害人证明因果关系，也就是要证明行为和结果之间具有严格联系，但事实上在一些特殊的共同侵权行为中，这种因果关系是很难证明的，而常常采取推定的形式。例如共同侵权行为的帮助者，其行为对结果的发生所起的作用可能并不大，但他们仍然要为自己的行为承担责任，甚至在团伙致人损害的侵权中，团伙的首要分子即便并不知道其团伙的成员是否实施了侵权行为，也应当承担责任。如果采取客观说的话，因果关系都要由受害人来举证，受害人必然会遇到实际上的举证困难，从而产生对其不利的后果，从这个意义说，客观说也不一定就都比主观说更有利于受害人。^①

三、关于共同过错的内涵

值得注意的是，《解释》承认共同过错中可以包括共同过失，这是侵权法理论上的一大突破。共同侵权行为中，所谓主观的共同是仅指共同故意还是包括共同过失，值得研究。过去，为了限制连带责任，侵权法里面规定共

① 程啸：《论意思联络作为共同侵权行为构成要件的意义》，载《法学家》，2003年第4期。