

论无过错联系之数人环境侵权行为的类型

——兼论致害人不明数人环境侵权责任承担的司法审理

竺效*

内容提要 致害人不明数人环境侵权是指两个或两个以上环境侵害行为中的全部或者部分导致了一个完整不可分的损害,但无法查明实际致害人的侵权行为形态。就其责任承担和分担而言,司法实践中,若案件中数环境危害行为人间存在意思联络、共同过失或者故意与过失结合的情形,则应将之定性为共同侵权行为。反之,则可应用“无过错联系之数人环境侵权行为划分理论”,即可再根据其中“单个行为是否均能够造成环境侵权损害”和“最终所表现的同一不可分的环境侵权损害是否能够由导致损害的某单个行为独自造成”两个因素,将涉案行为分为四类,其中环境聚合危害行为应定性为多数人无过错联系但承担连带责任的分别侵权行为;环境加算危害行为和环境叠加危害行为应定性为多数人无过错联系承担按份责任的分别侵权行为;环境择一危害行为则应推定为共同危险行为。进而分别适用《侵权责任法》相关责任条款。

关键词 环境侵权 致害人不明 无过错联系 责任承担 责任分担

一、问题和命题的提出

本文所讨论的致害人不明数人环境侵权是指两个或两个以上(即数个)环境侵害^①行为中的全部或者部分导致了一个完整不可分的损害,但无法查明实际致害人的侵权行为形态。^②如果根据环境侵权责任承担主体的数量不同,将环境侵权责任形态^③分为环境侵权单独责任^④和环境侵权共同责任^⑤,则致害人不明数人环境侵权责任就属于后一类,其责任承担理论需解决数致害人对受害人的侵权责任负担问题和致害人间最终责任的分担问题。^⑥

在司法实践中,环境侵权单独责任承担相对简单。一般情况下,责任人为自己所管领的物件(如,污染设施、设备、污染物)导致的环境侵权损害承担赔偿责任。无论最终实际承担赔偿责任主体的数额如

* 中国人民大学法学院副教授,法学博士。

- ① 陈泉生教授将其定义为,“因人为的活动,致使生活环境和生态环境遭受污染或破坏,从而侵害他人或相当地区多数居民的生活权益、环境权益及其他权益,或危及人类的生存和发展的法律事实”。参见陈泉生《环境法学基本理论》,中国环境科学出版社2004年版,第274-275页。
- ② 王竹博士认为致害人不明数人侵权指“数个致害性行为中的全部或者部分导致了损害的发生,但无法查明实际致害人的数人侵权行为形态。致害人不明数人侵权行为包括但不限于共同危险行为”。参见王竹《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,第251页。也有学者使用并界定了其他类似或相关的语词,如叶金强教授使用了“因果关系不明的状况”这一表述。参见叶金强《共同侵权的类型要素及法律效果》,载《中国法学》2010年第1期。
- ③ 杨立新教授认为,侵权责任形态,是指侵权法律关系当事人承担侵权责任的不同表现形式。参见杨立新《侵权法论》(第二版),人民法院出版社2004年版,第474页。
- ④ 本文简称“单独责任”,是指环境侵权损害仅有一个加害人,并由其对环境侵权损害承担赔偿责任。
- ⑤ 本文简称“共同责任”,是指两个或两个以上的环境危害行为人(即加害人)共同就所造成的环境侵权损害承担连带责任或按份等责任。
- ⑥ 王竹博士认为,侵权责任分担制度包括最终责任分担制度、受偿不能风险分担制度、受偿不能风险实现制度和致害人不明数人侵权责任分担制度。参见前引②,王竹书,第82-83页。

何之多^⑦，只要导致环境侵权损害的加害行为（环境危害行为）的实施主体仅一个，即属于单独责任的范畴。倘若加害主体为两个或两个以上的多数，只要损害可分割^⑧，就可被化解为单独侵权，进而转化为单独责任问题。

但是，两个或两个以上的环境危害行为人共同就所造成的损害承担连带或按份责任的司法问题相对较为复杂，可能涉及环境共同侵权行为、共同环境危险行为或无过错联系的多数人环境致害行为的责任承担问题。倘若不考虑多个行为主体的主观过错联系因素，案件的具体形态就可表现多。如：数个加害主体的单个行为均足以导致同一个环境侵权损害，但事实上数个主体均实施了加害行为的情形；数个环境危害行为相互作用方能导致一个不可分割的损害的发生，而非其它环境危害行为的存在，则不会发生环境侵权损害的情形；数个环境危害行为单独发生均会造成同样性质的损害，但又都不足以单独造成某一完整不可分割的环境侵权损害，而事实上数个环境危害行为均对最终的损害结果做出了实际贡献的情形；或者，数个环境危害行为单独发生均会造成同样性质的环境侵权危险，但究竟数个加害行为中的哪个或哪几个实际导致了环境侵权损害结果难以确定的情形。若再结合数个行为主体的主观过错情形，则案件将变得更为复杂。

《侵权责任法》已于2010年7月1日起实施，一旦法官在实践中遇到上述情形，这些致害人不明数人环境侵权的案件中，如何确定数个环境加害行为人的损害赔偿之负担或分担？

本文主张，可以以考察数个致害人间的过错联系因素和划分导致同一环境侵权损害行为的类型^⑨为基础，解决其中所涉的侵权责任实体法的解释和司法适用问题。即就其责任承担和分担而言，司法实践中，若案件中数环境危害行为人间存在意思联络、共同过失或者故意与过失结合的情形，则应将之定性为共同侵权行为。反之，则可再根据其中“单个行为是否均能够造成环境侵权损害”和“最终所表现的同一不可分的环境侵权损害是否能够由导致损害的某单个行为独自造成”两个因素，将涉案行为界分为环境聚合危害行为、环境加算危害行为、环境叠加危害行为和环境择一危害行为四类，进而分别研究各类行为的法理性质及如何承担侵权法律责任。

笔者认为，上述命题得以证成的理论基础是，环境危害行为人间不存在过错联系时，致害人不明数人环境侵权行为的类型划分。因此，下文的证明将从“无过错联系之数人环境侵权行为的划分理论”开始。结合前文“致害人不明数人环境侵权”的定义，此处，无过错联系之数人环境侵权行为，是指两个或两个以上的环境危害行为人间不存在过错联系的致害人不明数人环境侵权。为了提高此划分理论在将来司法实践中应用价值的阐述效率，本文第二部分也将一并依次论述各类行为的侵权责任承担方案。在此基础上，本文第三部分将提出致害人不明数人环境侵权之侵权责任承担的司法审理建议方案，以验证“无过错联系之数人环境侵权行为划分理论”的可信性。

二、无过错联系之数人环境侵权行为的种类及其责任承担

若数个环境危害行为人间不存在主观上的过错联系，则可根据案件中“单个行为是否均能够造成环

⑦ 例如在确定加害人的环境侵权损害赔偿责任后，通过环境责任保险或环境侵权损害赔偿基金进行损害分散（loss spreading），而使得实际承担赔偿责任的人数超过一个。参见竺效《生态损害的社会化填补法理研究》，中国政法大学出版社2007年版，第153-155页。

⑧ 参考美国《侵权法（第二次）重述》第433条A的评述，损害可分割指可以对损害进行逻辑的、合理的或者实际的分割。参见[美]文森特·R·约翰逊《美国侵权法》，赵秀文等译，中国人民大学出版社2004年版，第231-232页。也有学者指出，“损害是否可分，是指是否能够清晰地确定加害人的行为与损害部分的因果关系”，“损害在事实上的不可分，并不必然导致在法律上的不可分；事实上可分，并不是法律上可分的前提”。参见焦艳红《无意思联络的数人侵权——以类型化研究为目的》，载《安徽大学法律评论》2007年第1辑。

⑨ 杨立新教授对侵权行为为何需要分类、如何分类进行概括时认为，理清侵权行为的分类问题，最终还是为了解决侵权责任的不同表现形式。参见前引③，杨立新书，第465-467页。本文所议以行为类型划分为主要基础的方案，正是以解决致害人不明数人环境侵权责任承担的司法审理问题为目标，而非为了对多数人环境侵权行为进行分类而分类。

境侵权损害”和“最终所表现的同一不可分的环境侵权损害是否能够由导致损害的某单个行为独自造成”两个事实因素的区别,将致害人不明数人环境侵权行为分为环境聚合危害行为、环境加算危害行为、环境叠加危害行为和环境择一危害行为四类。以下表一将有助于理解这四类行为之间的区别。

表一:环境聚合危害行为、加算危害行为、叠加危害行为和择一危害行为的区别

行为类型	单个行为是否均能够造成环境侵权损害	最终所表现的同一不可分的环境侵权损害是否能够由导致损害的某单个行为独自造成
环境聚合危害行为	√	√
环境加算危害行为		
环境叠加危害行为	√	
环境择一危害行为		√

图例:√表示肯定; 表示否定。

(一) 环境聚合危害行为及其侵权责任承担

环境聚合危害行为也可称为环境重叠危害行为,指两个或两个以上无过错联系的环境危害行为同时造成一个不可分割的损害事实,即使没有其他加害主体的加害行为,每一个加害主体的环境危害行为均足以造成同一损害后果。^⑩例如,化工厂甲和化工厂乙分别向同一条河流丙排放有毒工业废水,造成丙河流鱼类和浮游生物大量死亡,河流生态系统遭到破坏,进而导致环境侵权损害发生,如果甲或乙所排放的有毒工业废水均足以造成该损害,则甲和乙的排放行为属于环境聚合危害行为。

现代大陆法系侵权法发展中,通过共同关系理论、^⑪“弱的关联共同”与“强的关联共同”学说、^⑫客观关联共同说等对传统的侵权法上连带责任适用范围进行了扩张,^⑬欧洲侵权法小组起草的2005年《欧洲侵权法原则》第3:102条建议,“在存在多个活动时,如同一时间每个活动都可以单独造成损害的,则每个活动都为损害的原因”,结合第9:101条第(1)款b项“受害人遭受的全部损害或可明确区分的部分损害归责于两个或两个以上的行为人时,行为人负连带责任。有下列情形之一的,行为人负连带责任:……b) 某人的单独行为或活动造成了损害,而同一损害也可归因于另一人;……”的内容,可以得知符合上述第3:102条的情形应适用连带责任。^⑭《侵权责任法》第11条的规定也适应了这一趋势。

《侵权责任法》第11条是关于多数人无过错联系但承担连带责任的分别侵权行为^⑮的规定,其适用

^⑩ 此处借鉴了因果关系的理论。有关“聚合因果关系”的定义,参见张新宝《侵权责任构成要件研究》,法律出版社2007年版,第330页;有关“重叠因果关系”的定义,参见刘士国《现代侵权损害赔偿研究》,法律出版社1998年版,第74页;有关“等价因果关系”的定义,参见奚晓明主编《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2010年版,第92-95页。

^⑪ “即认为只要数个侵权行为成立共同关系,就能够免除个别因果关系的证明而适用连带责任。”前引②,王竹书,第43页。例如,学者将《德国民法典》第830条的功能解释为,“解除了受害人证明侵权责任成立的因果关系的举证责任,作为责任的基础,他只需要证明加害人的共同行为或参加行为”。[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,第233页。

^⑫ 日本四日市哮喘公害案判决认为,“弱关联共同性是指在结果的发生上,根据社会一般观念,被认定为整体乃一个行为的一体性场合的关联共同;强关联共同性是指具有更紧密的一体性的场合,在该场合,某人的行为和结果发生之间即使没有因果关系,只要具有紧密一体性的共同侵权行为者中的一个人的行为和结果发生之间存在因果关系,则认为各行为者不得免除责任。”这两种关联性在该案判决中被认定适用《日本民法》第719条第一款前段就共同侵权的规定。参见[日]圆谷峻《判例形成的日本新侵权行为法》,赵莉译,法律出版社2008年版,第339-341页。

^⑬ 王竹博士梳理和归纳了大陆法系侵权法上共同侵权行为适用连带责任范围的扩张趋势,也考证和分析了美国侵权法上连带责任适用范围的近代扩张和现代萎缩。参见前引②,王竹书,第40-46、17-26页。

^⑭ 参见欧洲侵权法小组编著《欧洲侵权法原则:文本与评注》,于敏、谢洪飞译,法律出版社2009年版,第5、12、82、200页。

^⑮ 杨立新教授主张使用“无过错联系的共同加害行为”这一概念,并将其定义为“是指数个行为人事先既没有共同的意思联络,也没有共同过失,只是由于行为的客观联系,而共同造成同一个损害结果的侵权行为”。参见杨立新《〈中华人民共和国侵权责任法〉精解》,知识产权出版社2010年版,第71页;也有学者使用“无意思联络的共同侵权行为”。参见张新宝《侵权责任立法研究》,中国人民大学出版社2009年版,第245页等等。本文使用“多数人无过错联系但承担连带责任的分别侵权”和“多数人无过错联系(承担按份责任)的分别侵权”这种表述方法。

条件为:二人以上分别实施侵权行为;造成同一损害后果;每个加害人的侵权行为都足以造成全部损害。^⑩当案件同时具有本文第三部分所列三个适用前提,且符合前述环境聚合危害行为定义的情形时,数个环境危害行为人间不具有主观上的过错联系,每个环境危害行为人在实施侵权行为前和实施过程中既无与其他人的意思联络,也没有认识到还有其他环境危害行为人在实施类似的侵权行为,则不论每个环境危害行为是否都实际造成了全部损害,只需证明即便没有其他环境危害行为的共同作用,单个环境危害行为均有独立造成全部损害的能力,就可以适用该条的规定。因此,对于环境聚合危害行为而言,应由数个环境危害行为人承担连带责任。进一步分析,由于每个环境危害行为均足以造成同一不可分的损害,责令其中任何一个承担赔偿责任均不为过,所以依法责令环境聚合危害行为人间相互承担连带责任是公平的。

此外,笔者主张,此类案件同时应适用《侵权责任法》第13条、14条,并可参照适用第67条的规则。需要特别予以分析的是,虽然环境聚合危害行为中数加害人的行为均存在足以造成全部损害的能力,但毕竟数个加害人的实际致害比例无法判明,否则就可能转化为单独侵权案件。所以,仍应遵循第14条,依据主观过错程度和行为客观原因力确定加害人间内部责任的分担,而第67条则在立法上无明确细化规定时,为司法确定数环境聚合危害行为人的行为客观原因力提供了考察因素的参考。本文第三部分“无过错联系之数人环境侵权行为划分理论的司法应用”将详细论证。

(二) 环境加算危害行为及其侵权责任承担

环境加算危害行为指两个或两个以上无过错联系的加害主体的单个加害行为均不足以造成损害的发生,只有当这些单个的危害行为结合在一起时,才能造成一个不可分割的损害事实。^⑪环境加算危害行为还可以细分为“量的加算”和“质的加算”两种。

“量的加算”指两个或两个以上无过错联系的加害主体的单个加害行为在量上均不足以造成环境侵权损害的发生,只有当这些单个的危害行为结合在一起,当污染物的量累积到一定程度时,才造成了一个不可分割的损害。例如,化工厂甲和化工厂乙向同一条河流丙排放相同成份的有毒工业废水,如果仅其中甲或乙的单独排放,其有毒物质数量均未超出河流短期自净能力范围,不会造成环境侵权损害的发生,但两者共同排放的总量却超出了河流的自我净化能力,进而造成周边鱼塘丁某所养殖的鱼因水污染而大量死亡,丁某的此种渔业损失属于财产损失,甲和乙的排放行为属于环境加算危害行为。

而“质的加算”则指两个或两个以上无过错联系的加害主体的单个加害行为在性质上均不足以造成环境侵权损害的发生,只有当这些单个的危害行为结合在一起,发生相互作用,使污染相对于单个排污行为产生质的变化时,才造成了一个不可分割的损害。例如,化工厂戊和化工厂己分别向同一条河流丙排放经污水净化处理的液体,其中分别含有成份为A、B的化学残留物,当A、B单独存在于水体中时,均不会导致水体中的鱼类死亡,但混合后发生化学反应将造成庚河流的生态功能的明显下降,进而导致周边鱼塘辛某所养殖的鱼因水污染而大量死亡,则戊和己的排放行为也属于环境加算危害行为。^⑫

从理论上分析,加算危害行为属于无过错联系的数人分别侵权。应由各个加算危害行为人承担按份赔偿责任。因为,无过错联系的各个加算危害行为人没有共同过错、共同过失或故意与过失相结合,故不能将之归为共同侵权行为而令各行为人承担连带责任。又因全体行为主体均对损害有实际“贡献”而区别于共同危险行为(并非全体行为主体均实际致害),也不能将之归为共同危险行为而追究其连带责任。对这类案件应适用《侵权责任法》第12条关于多数人无过错联系分别侵权行为承担按份赔偿责任的规定,并依据该法第67条确定数人各自承担的环境侵权责任份额。

^⑩ 参见王胜明主编《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53-54页。

^⑪ 此处借鉴了因果关系的理论。为了避免与“环境共同侵权行为”相混淆,本文使用“环境加算危害行为”这一表述。

^⑫ 王利明教授将本文所分类的“量的加算”和“质的加算”这两种现象分别称为“累积的因果关系”和“结合的因果关系”。参见王利明《侵权行为法研究》(上卷),中国人民大学出版社2004年版,第706页。

对于《侵权责任法》第 67 条所提到的“污染物的种类、排放量等因素”是用以确定该法第 12 条前段“责任大小”的细化规定,目前基本以成为共识。^①因此,应根据各个行为人所实施的行为对所致环境侵权损害的原因力来确定各自对受害人应承担的赔偿份额。确实无法依据前述规则确定的,则应根据公平原则确定各个加算危害行为人应对受害人负担的环境侵权赔偿责任,而该法第 12 条后半段所谓的“平均承担赔偿责任”仅是其中一种选择,而并非依据公平原则所能派生出的裁判规则的全貌。但无论如何,我们必须在理论上明确,环境加算危害行为人之间不承担连带赔偿责任。

(三) 环境叠加危害行为及其侵权责任承担

环境叠加危害行为指两个或两个以上无过错联系的加害主体分别实施的单个环境危害行为均可能导致一定程度的性质相同的损害发生,但其中任一单独行为均无法导致最终的损害结果,然而这些环境危害行为恰好同时发生,一起作用导致了一个完整不可分割的损害结果,而这些行为之间的损害“贡献”比例无法确定。^②例如,化工厂甲和化工厂乙向同一条河流丙排放相同成份的有毒工业废水,假使仅其中甲或乙的单独排放都可单独造成相同性质的侵权损害后果的发生,但两者的分别单独排放却导致发生了一个无法分割的损害结果,且无法确定甲或乙对这一完整的侵权损害在量上的具体“贡献”值,则甲和乙的排放行为属于环境叠加危害行为。

虽然环境叠加危害行为与前述环境聚合(重叠)危害行为中的单个行为均能够造成环境侵权损害,但是两者存在显著区别。环境叠加危害行为中任一单个危害行为均无法独自造成全部(最终)损害,致害叠加后表现为最终的损害;而环境重叠危害行为中的任一单个危害行为均足以导致全部(最终)的损害。为了便于比较,可以假设环境叠加危害行为与环境重叠危害行为均有三个单独的行为组成,其可能的单独致害程度分别为 A、B、C,而最终造成的实际损害均为 D,则仅从可能致害程度与实际损害范围的关系角度进行比较,对于环境叠加危害行为而言,应为 $A + B + C = D$; 而忽略不计 A、B、C 可能超过 D 的部分,对于环境重叠危害行为而言,则为 $A = B = C = D$ 。

此外,环境叠加危害行为与前述“量的加算”的环境加算危害行为也存在明显差异。环境叠加危害行为中数个加害主体分别实施的单个环境危害行为均可能独自导致一定程度的性质相同的环境侵权损害发生;而“量的加算”的环境加算危害行为中,因其污染物“危害量”的致害能力不足,数个加害主体的单个加害行为而均无法单独造成环境侵权损害的发生,只有当这些单个的危害行为结合在一起,当污染物的量累积到一定程度时,才造成了一个不可分割的损害。

根据本文对环境叠加危害行为的界定,由于数环境加害行为主体间无过错联系,但两个以上的行为所造成的损害同一不可分割,对这类行为的责任追究应适用《侵权责任法》第 12 条的规定。对此,可能存在一种疑惑,即应否适用该法第 10 条有关共同危险行为的规定。

在论证共同侵权行为与原因为不明的侵权之区别时,王利明教授也曾介绍,对于原因为不明的侵权,德国一些权威学者主张此种情况也可能适用共同危险行为责任。^③但本文主张,环境叠加危害行为不应定性为共同危险行为。共同危险行为与本文所讨论的环境叠加危害行为存在明显的区别,共同危险行为的“损害结果不是由全体危险行为人所致”,^④部分危险行为人虽实施了共同危险行为,但客观上没有造成损害后果,而就环境叠加危害行为而言,虽具体致害情形不明,但数人均造成了实际损害中的

^① 参见前引⑥,王胜明书,第 337-338 页;前引⑩,奚晓明书,第 466 页;杨立新《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文解释与司法适用》,人民法院出版社 2010 年版,第 455 页;王利明主编《中华人民共和国侵权责任法释义》,中国法制出版社 2010 年版,第 330 页。

^② 此处借鉴了因果关系的理论。有关“叠加因果关系”的定义,参见前引⑩,张新宝书,第 331 页。

^③ Staudinger - Belling/Eberl - Borges, § 830, Rn. 68. 转引自前引⑩,王利明书,第 709 页。

^④ 参见前引⑮,杨立新书,第 661 页。

部分;前一种情形,真正的侵权行为人并未确定,而后一种情形中致害的行为人则是确定的。²³因此,正如程啸博士所主张,“致害人明确但各个加害人的加害部分不明的情形,不能作为共同危险行为,而应当分别依据《侵权责任法》第11条或第12条处理。”²⁴

在共同危险行为中,损害结果不是共同危险行为人全体所致,只是因不能判明实际上的因果关系人,而推定其共同的行为作为一个整体与损害结果具有因果联系而已。故我们还可以进一步分析采用连带责任对加害人、受害人以及对加害人赔偿责任社会化的潜在影响,以增强对环境叠加危害行为人承担按份责任的法治先进性的认识。

传统民事侵权法理论一般认为,“侵权行为法的机能在历史发展中迭经变迁,如赎罪、惩罚、威吓、教育、填补损害及预防损害等,因时而异,因国而不同,反映着当时社会经济状况和伦理道德观念。”“填补损害系侵权行为法的基本机能。”²⁵杨立新教授指出,传统侵权行为法的主要调整功能在于:补偿、惩罚和预防,我国侵权行为法的基本功能是补偿。²⁶可见,学者们较普遍地认同传统侵权责任法以补救为基本功能。

关于预防与补救功能的相互关系,日本学者后藤孝典在《现代损害赔偿论》一书中指出,“给付被害人金钱只是作为手段”,“请求赔偿权,同时是权利人对自己的义务,也是对社会的义务,必须为权利而斗争,自己的赔偿要求就是为防止加害行为再发生的社会正义所作出贡献”。²⁷环境侵权损害发生在现代化的生产和生活方式下,而在现代社会中,法律作为一种制度,制度的供给和运行必须是有效的,包括法律效力、经济效率和社会效益。所以,应在确保基本公平的前提下,更加注重法律救济措施的有效性问题。笔者认为,在现代社会,在处理环境侵权损害赔偿责任的预防功能和补救功能之间的关系时,以补救功能作为环境侵权责任法的唯一功能定位是无法想象的,应以补救功能为主,以赔偿责任威慑潜在环境侵害行为人,从而同时发挥环境侵权责任法律制度的预防功能。

众所周知,连带责任的主要特点是连带责任人对外承担一个完整的责任,具有整体性,各连带责任人均有义务先对受害方承担全部赔偿责任,而不论其损害“贡献”程度。因此,假设《侵权责任法》设定环境叠加危害行为人就所致的环境侵权承担连带责任,则看似将有利于保护受害人的权益,使得他们更易事后获得及时、充分的赔偿救济,同时将提高这种责任制度对潜在环境危害行为人的威慑力,即为了避免“替别人埋单”,须采取必要的预防措施来避免环境侵权损害的发生或者缩小损害的范围。

但是,就发生自现代工业社会以来的环境侵权而言,侵权损害的赔偿和补偿责任向加害人以外的主体转移已经成为现代社会的一种必然趋势。日本著名的侵权法学者平井教授就认为“现代社会生活中交通工具、企业设备、工作物等的发展及巨大化与人口的集中,显著地提高了损害发生的危险性和扩大化的可能性,其结果,使得既要要将损害赔偿的范围限制在确切妥当的范围内,其反面又要通过危险分散的法律技术谋求损害填补可能性的切实化和广泛化成为现代损害赔偿法的课题”。²⁸王泽鉴先生也主张,“侵权行为法不应成为填补损害的唯一或主要制度,而应与其他制度共存,担任着不同的任务。”²⁹

譬如,作为环境侵权损害赔偿责任社会化³⁰的主要方式之一的环境责任保险制度,就对保险标的提

²³ 也有环境法学者认为,“无意思联络的数人环境侵权不是共同危险行为”。参见伊媛媛《略论无意思联络的数人环境侵权及其责任》,载《法学评论》2007年第1期。本文认为,需要具体讨论,例如环境择一危害行为中的数加害人可能属于共同危险行为,下文将进一步详细分析。

²⁴ 前引¹⁸,王利明书,第55页。

²⁵ 参见王泽鉴《侵权行为法》(第一册),中国政法大学出版社2001年版,第7页。

²⁶ 参见前引³,杨立新书,第38-41页。

²⁷ 参见[日]后藤孝典《现代损害赔偿论》:日本评论社1984年版,第163页。

²⁸ 于敏《日本侵权行为法》,法律出版社1998年版,第199页。

²⁹ 前引²⁵,王泽鉴书,第36页。

³⁰ 环境侵权损害赔偿责任的社会化指通过法律制度使得环境侵权损害赔偿责任由环境危害行为人(加害人)以外的主体完全或部分的承担。参见前引⁷,竺效书,第159-163页。

出了可保险性(insurability) 的要求, 它是对投保人(加害人) 的环境侵权损害赔偿提出的最基本要求, 其中包括风险的可预见性。^① 环境侵权损害有可能非常巨大, 完全可能令单个或几个存在连带赔偿责任关系的加害人因一次赔偿而破产, 所以需要通过保险制度来降低赔偿责任制度对加害人的“毁灭性瞬击”。但是, 如果让环境叠加危害行为人之间相互承担连带赔偿责任, 就将因损害赔偿程度的不确定性而大大降低其风险可预见性, 从而不利于通过环境责任保险在类似的潜在环境危害行为人间(即同一环境责任保险产品的投保人之间) 分散赔偿责任。因此, 我们必须探求如平井教授所畅想的能提高环境侵权损害赔偿可能性的切实化和风险分散的广泛化的制度设计, 以使得环境责任保险等环境侵权损害赔偿社会化制度更好地与环境侵权责任制度相共存、配套。基于上述分析, 本文主张, 应令环境叠加危害行为人承担按份责任, 并进一步建议采用比例份额责任来确定《侵权责任法》第12条前段所言的“责任大小”。

比例份额责任(proportional share liability) 理论是美国学者在市场份额责任(market share liability) 理论基础上进一步发展提出的。1980年, 美国加利福尼亚州最高法院在 *Sindell v. Abbott Laboratories* 一案中首次采纳了市场份额责任理论。^② 市场份额责任理论, “是指在复数企业的缺陷产品致人损害而又不能证明具体是哪个企业的产品致害时, 由生产企业按其产品占有市场之份额对被害人承担赔偿责任的理论”。^③ 此后, 美国至少有8个州明确在DES系列案件中适用了某种意义上的市场份额责任。^④

但Allen Rostron教授却认为, 市场份额只是比例份额责任理论中用于合理确定责任份额的方式之一, 当产品具有相同的致害风险率时, 市场份额责任是一种较为理想的责任划分方式, 一旦各厂家的产品致害风险率明显不一致时, 仅依靠市场份额很难合理划分责任, 此时, 适用比例份额责任理论可以通过综合使用各种可获得的信息来合理划分责任, 以使得较为公平地反映被告行为的致害概率和风险贡献率。市场份额责任适用的关键要件是产品间的“可替代性”(fungibility), 其判断因素包括功能上的互换性、物理上的不可分辨性、风险上的一致性(uniformity of risk)、企业同等行动与替代性之间的关联性(例如, 共同遵循某一通用化学标准、通用商标或产品名称)。当然, 如果能代之以充分计算不同企业产品的致害风险水平来划分责任, 风险上的一致性因数将不再重要。*Sindell* 案后, 1984年, 威斯康星州高等法院在 *Collins v. Eli Lilly Co.* 一案中,^⑤ 最接近于将比例份额责任适用于非替代性产品, 法院明确市场份额仅是责任划分的考虑因素之一, 但法院仅指出可以将之扩展到与DES事实上类似的产品, 而未能进一步解释是否可以适用于风险水平不同的产品领域。其实, 在致害风险水平不同的产品领域, 可以通过产品测试数据(product test data) 所显示的相对风险、专家对相对风险的评估证言、计算产品相对危险度等数据来调整基于市场的份额, 而确定责任划分。例如1987年, 新泽西州高级法院上诉法庭在

① 风险一般指事件发生的概率与可能导致的不利后果的乘积, 因此, 保险人必须能够事先预见投保人依法所应承担的环境侵权损害赔偿发生的概率和损害可能达到的程度。一般情况下, 这两个方面因素结合保险市场的结构、预期利润、行政管理费用、附加保险费(loading costs) 等构成了保险费的主要计算依据。如果无法根据确定的环境侵权赔偿制度和可信的统计数据事先对环境侵权损害发生的概率和损害赔偿可能达到的程度作出判断, 保险人就无法提供保险产品, 多数法则也就无法发挥作用。参见竺效《试论环境侵权损害赔偿责任的可保险性》, 载《中州学刊》2007年第3期。

② *Sindell v. Abbott Laboratories*, 607 P.2d 924 (Cal. 1980)。在该案中, 原告辛德尔因母亲服用DES(diethylstilbestrol, 乙炔雌酚) 而罹患癌症。但是, 到原告起诉时已经无法查明到底是哪些厂家的DES导致了她的损害, 原告于是以5家当时占有市场份额最大的企业为被告提起诉讼。加利福尼亚州最高法院的法官认为, 5名被告所生产的DES产品占当时市场份额的90%, 故其产品有90%的可能为原告母亲所服用并造成损害, 其因果关系的程度超过了盖然性(more likely than not) 标准, 只要被告不能证明其产品没有或者不可能导致损害发生, 被告就应按照其产品占有市场的份额比例承担损害后果。既然药品引起之损害不是由原告的过失所致, 则只要被告的产品在相关市场中占有足够的份额, 被告就应按照其产品占有市场的份额对原告承担赔偿责任。参见鲁晓明《论美国法中市场份额责任理论及其在我国的应用》, 载《法商研究》2009年第3期。

③ 前引②, 鲁晓明文。

④ 参见王竹《试论市场份额责任在多因大规模网络侵权中的运用——以“艳照门”事件为例》, 载《政治与法律》2008年第4期。

⑤ *Collins v. Eli Lilly Co.*, 342 N.W.2d 37 (Wis. 1984)。

Shackil v. Lederle Labs. 一案中,^③采用了“改良风险市场份额分析”(risk - modified market share analysis) ,即允许当被告举证证明其产品致害率低时 ,减少其赔偿责任比例。^④此外 ,美国侵权法重述还提出了“风险矫正市场份额责任”(Risk - adjusted Market - share Liability) ,^⑤可以在比例确定上引入以致害可能性为基础的“风险矫正理论” ,可以考虑适用“风险矫正市场份额责任” ,不但考虑市场份额 ,还考虑不同厂家生产的产品因剂量、浓度差别而导致的不同损害大小 ,通过综合计算确定风险比例。^⑥

1992年 ,荷兰最高法院 ,提出了“选择性原因”(alternative causation) 归责理论 ,由所有生产DES的企业共同负担全部的赔偿责任 ,如果他无法证明自己可以免责 ,就应按照市场份额承担责任。^⑦可见 ,市场份额责任在大陆法系也有适用的可能性。

市场份额责任看似为连带责任 ,但它们的不同在于 ,市场份额责任中数个加害人按各自份额对外承担责任 ,而不对其他加害人应承担的责任负连带赔偿责任。就市场份额责任可否拓展适用于环境侵权案件而言 ,鲁晓明副教授在分析美国市场份额责任的客体特征后认为 ,“事故损害和环境污染损害不宜适用市场份额责任理论” ,“在环境污染损害中” ,“主要应综合各种学说来确定因果关系 ,而不宜适用市场份额责任理论”。^⑧王竹博士则认为 ,“在各种市场和服务市场之外 ,也存在大量类似市场份额责任的适用空间 ,最典型的就环境污染可以按照排污量进行衡量” 。并主张我国应在数人侵权责任分担形态一般规则层面上确立比例份额责任 ,“在比例的确定上 ,要考虑危险行为的数量和致害可能等多种因素”。^⑨

笔者认为 ,鉴于美国传统的市场份额理论对可替代性尤其是风险一致性有比较严格的要求 ,而现代诸如化学药品、生物制剂、环境污染等侵权案件中数侵害行为的致害风险并非完全一致 ,所以不宜刻板适用市场份额责任 ,但如果数人环境侵权行为中 ,各危害行为具有同质致害性和风险可比较性 ,则可以适用比例份额责任。环境叠加危害行为所致损害应承担的按份责任 ,也须根据各个行为的原因力来确定此种情形下各危害行为人所须承担的赔偿责任份额 ,只有在无法根据原因力确定份额时方才根据公平原则由法院裁判承担平均份额。而使用比例份额责任制度则能尽可能避免将科技的不能所导致的困惑最终留给法官。

综上所述 ,对环境叠加危害行为人采用比例份额责任将更有利于提高环境侵权损害赔偿责任的可保险性 ,同时可将环境风险监管的政府义务通过市场“分散”给保险人及其代理人—专业的环境风险评估和监管公司。从而 ,必将更有利于环境保护事业的发展。因而 ,由数环境叠加危害行为人承担比例份额责任相对更合理。而《侵权责任法》第12条前段所规定的按份责任与该法第67条^⑩的结合 ,则为将来在司法审理中适用比例份额责任创造了可能性。

对于《侵权责任法》第67条所提到的“污染物的种类、排放量等因素”能否作为确定比例份额的指标值 ,仍需讨论。如果没有其他须考量的表征因素和表征值 ,则将来的司法解释至少应对污染物排放种类、浓度、排放量与最终换算可得的行为人间“污染物排放对比量”之间的逻辑关系进行梳理。应以某个时间段内在某一地理范围内 ,某单个环境叠加危害行为人的某种污染物排放浓度及该种浓度的污染

^③ Shackil v. Lederle Labs. , 530 A.2d 1287 (N. J. Super. Ct. App. Div. 1987) , rev'd , 561 A.2d 511 (N. J. 1989) .

^④ See Allen Rostron , Beyond Market Share Liability: A Theory of Proportional Share Liability for Nonfungible Products , 52 UCLA L. Rev. 154 - 155 , 163 - 170 , 174 - 177 (2004) .

^⑤ Restatement (Third) of Torts: Liab. for Physical Harm (Basic Principles) 28 cmt. o (Tentative Draft No. 2 , 2002) .

^⑥ 参见前引^②王竹书 ,第295 - 296页。

^⑦ Faure Michael & David Grimeaud , “Financial assurance Issues of environmental Liability” , in Faure Michael ed. , Deterrence , Insurability , and Compensation in Environmental Liability: Future Developments in the European Union , New York: Springer - Verlag/Wien , 2003 , p. 160.

^⑧ 参见前引^③鲁晓明文。

^⑨ 参见前引^②王竹书 ,第294、296 - 298页。

^⑩ 杨立新教授认为该条确立的是环境污染责任的市场份额规则。参见前引^⑨杨立新书 ,第453 - 455页。

物实际排放量,或者不同污染物间可换算的环境损害的致害风险率及其等致害风险率的某种污染物某一浓度的排放量为基础,换算出一个可以用以与其他各环境叠加危害行为人的相应行为进行对比的“污染物排放对比量”,^④并根据两个以上环境叠加危害行为人各自的“污染物排放对比量”之间的比例关系来确定他们各自所应承担的比例份额责任,即具体应承担的环境侵权赔偿责任的份额,且这种份额之间的比例关系应对应于前述“污染物排放对比量”之间的比例关系。

(四) 环境择一危害行为及其侵权责任承担

环境择一危害行为指两个或两个以上无过错联系的加害主体的单个环境危害行为均有导致损害结果发生的危险,但并非全部单个的行为均实际造成了损害,而究竟其中哪个或哪几个行为与损害结果有因果关系无法确定。^⑤例如,某地盛产水泥,虽然政府主管部门要求水泥生产企业将废弃的放射性物质铯封入统一定制的特制铅罐中,交于当地有害固废集中保管处置中心统一管理处置,但由于运费和保管处置费用较高,加之防范意识薄弱,存在侥幸心理,同镇的两家企业甲、乙私自将各自使用后废弃的三个(共六个)封存有铯的铅罐填埋于一个废弃的水塘中,并用土填死该水塘,数年后其中一个铅罐破裂,发生辐射物泄漏,导致土壤和地下水辐射污染,进而造成周围居住地群众人身伤害,但其他五个铅罐均完好无损。假设,由于这六个铯是同一厂家同型号同一批次生产的,且均未作足以区别的标记,且用于封存的铅罐也是同一厂家同型号同一批次生产的,且无任何有效证据指明当年甲、乙的具体填埋地点,因此,无法辨认造成环境侵权损害后果的那个破损的铯铅罐的所有者是甲还是乙,则甲和乙的行为属于环境择一危害行为。

笔者认为,根据前文假设,虽有数个环境危害行为人间不存在主观上的过错联系的条件限制,实践中,仍应将环境择一危害行为推定为共同危险行为,而应令数行为人承担连带责任。主要理由为:首先,传统理论认为,共同危险行为连带责任可以适用于采无过错责任原则的特殊侵权。^⑥其次,《侵权责任法》第10条其实隐含了对两个以上加害人共同过失的推定,而非数个行为人事上真的存在共同过失。

《侵权责任法》第10条关于共同危险行为的构成要件包括:二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为;其中一人或数人的行为造成他人损害;不能确定具体侵权人。^⑦共同危险行为中须数人实施了共同危险行为,其危险性表现为每个共同危险行为人都有过失,但无须故意,也无须具有意思联络,过失的内容是相同的,^⑧这些过失共同形成了客观上危及他人人身、财产安全的现实危险性。该条隐含了对数个加害人共同过失的推定,^⑨因此,可以根据原告举证之基础事实推定两个以上的择一危害行为人间存在共同过失。受害人通过举证证明谁是共同危险行为人,实际上就已经完成了对过错的初步举证责任,实施危险行为就表明行为人具有一定的过错,^⑩这种过错是一种因疏忽大意而未能预见致害的危险,或因懈怠而轻信能够避免致害的危险。即只要原告能证明数环境择一危害行为人分别实施具有相同环境危险性的行为,本应注意避免致他人损害,但却因疏忽或懈怠而违反注意义务,则可推定数行为人间具有共同过失,而适用共同危险行为的责任规则。

但须认识到,经由推定存在共同过失的环境择一危害行为人依据《侵权责任法》第10条所承担的连带责任的内部部分担具有一定的特殊性。正如杨立新教授所言,“由于共同危险行为人在实施共同危险

^④ 笔者建议,可以类似于排污收费制度中,将各种污染物换算成“污染当量”作为计算依据的思路,采用无单位的纯数值比较的“污染物排放对比量”设计。参见2003年7月1日起施行的《排污费征收使用管理条例》和《排污费征收标准管理办法》的有关规定。

^⑤ 此处借鉴了择一因果关系理论。参见前引^②,王泽鉴书,第195页;前引^⑩,刘士国书,第74页。

^⑥ 参见前引^⑩,奚晓明书,第90页。杨立新教授等也认为《侵权责任法》第10条适用于实行无过错责任原则的场合,参见前引^⑮,杨立新书,第69页;前引^⑲,王利明书,第53-54页。

^⑦ 参见前引^⑮,王胜明书,第50-51页。

^⑧ 参见张新宝《侵权责任法原理》,中国人民大学出版社2005年版,第88页。

^⑨ 张铁薇副教授也认为,共同危险行为的主观要件是推定的共同过失。参见张铁薇《共同侵权制度研究》,法律出版社2007年版,第225页。

^⑩ 王利明教授认为,共同危险行为采取的是严格责任和过错责任相结合的归责原则。参见前引^⑲,王利明书,第744-745页。

行为中,致人损害的概率相等,过失相当,而且由于共同危险行为的责任的不可分割性,所以在共同危险行为人的责任划分上,一般是平均分担,各人以相等的份额对损害后果负责,在等额的基础上,实行连带责任。”^①笔者主张,如果环境择一危害行为人之间可被推定存在共同过失,就行为人之间赔偿责任的内部份额划分而言,应以承担平均份额赔偿责任为原则,以根据行为人各自原因力确定各自份额为例外,即以非平均份额为例外。只有这样才能更加符合这一情形下环境侵权的本质特征。

此处,环境择一危害行为人的主观因素将他们连接为一个“共同”的侵权整体,共同危险行为人为整体承担连带责任是推定规则所使然,但终不可否认并改变“并非全部单个的行为均实际造成了环境侵权损害,而究竟其中哪个或哪几个行为与环境侵权损害结果有因果关系无法确定”的客观事实,因此,在客观因素不足以确定各自行为对损害的原因力的情况下,基于主观因素,采用同一致害概率而适用平均份额赔偿责任是可取的。

但是,如果其中部分择一危害行为人的排污量存在计算的可能性,且根据其中一个或多个环境择一危害行为人的实际污染物排放量、综合污染物排放浓度等客观因素,足以推定其可致环境侵权损害的程度小于已实际发生的该整体的损害,则相对于其他一旦致害可达到或超过已实际发生的该整体的环境侵权损害之全部的择一危害行为人而言,令他们承担平均份额的连带责任,对加害人而言将有失公平。故当各个择一危害行为人的污染物排放对比量可确定时,应综合污染物排放与环境侵权损害行为发生的地理位置关系、污染物迁徙路径及其他自然影响因素等个案客观事实,来确定环境择一危害行为人之间的具体赔偿份额的承担比例,而非适用平均份额赔偿责任规则。庆幸《侵权责任法》第14条和第67条已给这种通过个案的司法审理,寻求明察秋毫留有空间。

不过,考虑到这种能够明察秋毫的情况的概率较低,建议将来的司法实践仍应以平均份额为原则、非平均份额为例外,以确定连带责任的内部分担。可以说这种“特殊连带责任”规则是基于环境择一危害行为的特性而对《侵权责任法》第14条第一款的适用与第67条的参照适用所作之适度司法突破。

三、无过错联系之数人环境侵权行为划分理论的司法应用

在前文“无过错联系之数人环境侵权行为的划分理论”构建,以及环境聚合危害行为、环境加算危害行为、环境叠加危害行为和环境择一危害行为之侵权责任承担方案设计的基础上,笔者以下将通过致害人不明数人环境侵权责任承担的司法审理思路的建言,来验证“无过错联系之数人环境侵权行为的划分理论”的合理性和司法应用价值。

(一) 致害人不明数人环境侵权责任承担司法审理的总体方案

笔者认为,凡数个环境侵害行为污染环境,并以环境为媒介导致同一不可分的民事权益损害,此两个以上环境侵权行为人(或称“数环境危害行为人”)均无法举证证明其行为与该损害之间不存在因果关系的,就个案中致害人不明数人环境侵权责任具体承担的司法裁判可以分为两大步骤:

步骤一:判明案件中数环境危害行为人间是否存在过错联系,若存在共同过错,则应考虑是否属于共同侵权行为而适用《侵权责任法》关于共同侵权责任的有关条款。

步骤二:经过步骤一的司法考量,若数环境危害行为人间不存在过错联系,则再应用前述“无过错联系之数人环境侵权行为的划分理论”,来判明致害人不明数人环境侵权案件具体属于环境聚合危害行为、环境加算危害行为、环境叠加危害行为或环境择一危害行为中之何种,进而考虑如何适用《侵权责任法》。

(二) 致害人不明数人环境侵权责任承担的司法审理方案之应用前提

本文以上所勾勒的致害人不明数人环境侵权责任承担的司法审理方案须同时具备以下三个应用前提:1. 环境侵害行为主体的复数性。即存在两个或两个以上污染环境的环境侵害行为。2. 损害结果的

^① 前引③,杨立新书,第549页。

同一性。即数个环境侵害行为以环境为媒介导致了一个不可分的民事权益损害,这一损害具有同一性、整体性。因损害不可分而无法确定单个行为与部分可分损害间的因果联系,而排除转化为数个环境单独侵权的可能性。3. 数环境危害行为人均无法举证证明其行为与该损害之间不存在因果关系。《侵权责任法》第66条规定,“因污染环境发生纠纷,污染者应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任。”该条规定了环境侵权因果关系举证责任的分配规则,即采用举证责任倒置。^{⑤2} 该条规定将原本应由原告(环境侵权受害人)负担的证明被告(环境侵权加害人)的污染环境行为与原告的损害事实之间存在因果关系的举证责任分配给了被告,一旦被告无法证明其行为与损害之间不存在因果关系,或者当诉讼结束时,该因果关系的事实尚处于不明状态,则由被告承担败诉或者不利后果。^{⑤3} 因此,符合本前提时,数环境危害人才存在承担环境污染侵权责任的可能性。

(三) 环境共同侵权责任承担规则的司法应用

《侵权责任法》第8条规定,“二人以上共同实施侵权行为,造成他人损害的,应当承担连带责任。”该条是关于共同侵权的规定,但对于其中“共同”的理解需要结合我国学者就共同侵权的主观说、客观说和折中说的学说发展演化背景。^{⑤4} 根据前文推知的历史解释,应当基于共同过错的主观说,^{⑤5} 将此处“共同”理解为包括共同故意、共同过失或者故意行为与过失行为相结合。^{⑤6} 这种理解符合体系解释的规律,《侵权责任法》第8、9条和第10条分别规范了广义共同侵权行为的三种类型,即“共同侵权行为”、“教唆、帮助行为”和“共同危险行为”,而第11条和第12条则对两人以上没有过错联系分别实施侵权行为造成同一损害的责任作出了规定,从逻辑体系上分析可知,立法者在第8条安排的是有过错联系的共同侵权行为的责任规则。^{⑤7}

在共同环境侵权中,数加害人存在共同的故意或共同过失,即各个环境危害行为人可能预见到自己行为的危害后果,仍然希望或者听任它发生,此为共同故意;各个环境危害行为人可能预见到自己行为的危害后果,应当预见或者能够预见而没有预见,并由于疏忽或懈怠而共同疏于对他人的权利保护的注意义务,构成共同过失。^{⑤8} 而故意与过失相结合则指数环境危害行为人对损害的后果都具有同质的可预见性,都认识到某种损害后果可能会发生,但有的希望损害结果的发生,有的则对损害结果处以懈怠或疏忽的心理状态,这些故意与过失相互结合为一个整体,成为造成不可分损害的共同主观原因。

目前,环境法学理论通说主张环境侵权属于特殊侵权,其应采用无过错责任原则。《侵权责任法》第八章“环境污染责任”首条(第65条)宣称“因污染环境造成损害的,污染者应当承担侵权责任”。可见,立法者接受了环境侵权采无过错责任原则的方案。

但是,作为特殊侵权,采用无过错责任归责原则的环境侵权能否成立共同侵权。持否定说的王利明

^{⑤2} 就该条所确立规则的解释,目前主要有三种观点:其一,认为该条确立了环境污染侵权因果关系的举证责任倒置规则(参见前引^{①6},王胜明书,第330、335页);其二,认为该条确立了环境污染责任的因果关系推定规则(参见前引^{①5},杨立新书,第263、266-268页);其三,认为该条确立了因果关系的举证责任倒置,并认为是因果关系推定在我国环境侵权案件中的具体落实(参见前引^{①9},王利明书,第323页)。不可否认,较采用因果关系事实推定而言,采用举证责任倒置将更有利于保护受害人(参见刘璐、缪宇《环境污染责任的构成与举证责任的分配——〈侵权责任法〉第8章“环境污染责任”的理解与适用》,载《政治与法律》2010年第5期)。

^{⑤3} 参见邹雄《论环境侵权因果关系》,载《中国法学》2004年第5期。

^{⑤4} 鉴于本文的论证重点,有关学说的梳理和评论参见前引^{①8},王利明书,第690-696页。

^{⑤5} 即认为共同侵权行为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。共同侵权行为中各行为人之间的意思联络不以共同故意为限,还包括共同过失。参见前引^{①8},王利明书,第685、698-699页。

^{⑤6} 参见前引^{①6},王胜明书,第42页。但也有学者认为,该条没有表述共同侵权行为的本质特征,在学理上和实践中,应当以关联共同说作为解释共同侵权行为本质特征的基本立场。参见前引^{①9},杨立新书,第52页。

^{⑤7} 参见前引^{①0},奚晓明书,第67页。

^{⑤8} 一般而言,共同故意指不仅每一行为人对其他加害行为都存在个别认识上的故意,而且行为人相互之间还存在必要的共谋,即相互之间具有共同的意思联络;共同过失指数行为人对损害发生的可能性有共同的认识,但均有回避损害的自信。前引^{①0},奚晓明书,第69页。

教授认为,“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客观关联性”,“这不能成为放弃共同侵权行为主观要件的理由”。^⑨持肯定说的陈现杰法官则认为,“无过错责任原则的本意,并非行为人没有故意、过失,而是侵权行为的成立不以行为人有无故意、过失为要件”,“无过错责任的加害人不仅可以因故意、过失致人损害,同样也可以事先通谋策划”因此就《侵权责任法》第8条而言,“在无过错责任的特殊侵权中,只要能够证明数行为人存在共同故意或者共同过失,依据本条规定能够成立共同侵权”。^⑩

从更有利于环境保护角度考虑,笔者比较赞同上述肯定说的结论,环境侵权行为中的共同加害人存在共同的过错联系应当也构成环境侵权损害赔偿,而环境侵权损害赔偿不以加害人主观过错为要件则属于责任构成的法律底线要求,环境侵权行为与环境共同侵权行为之间的包含与被包含关系并未与之矛盾。^⑪

因此,当案件同时符合前述三个应用前提,并可以判明案件中数环境危害行为人间存在共同故意、共同过失或者故意与过失相结合时,则此数环境侵权人属于共同侵权行为人,^⑫应适用《侵权责任法》第8条而承担连带责任。并且,与所有承担连带责任的侵权案件一样,此类案件的受害人可以依据该法第13条的规定,请求部分或者全部连带责任人承担责任。根据该法第14条的规定,连带责任人根据各自责任大小确定内部责任分担;难以确定责任大小的,平均分担赔偿责任;支付超出自己赔偿责任范围的连带责任人,有权向其他连带责任人行使追偿权。

但须探讨的是,该法第14条第一款关于连带责任人内部责任分担的规则与该法第67条之间的关系,即第67条“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”的规定是否是对第14条第一款前段所言的“各自责任大小确定”在环境侵权领域的细化规定?

就共同加害人之间最终如何分担赔偿额的问题,多数民法典对此没有作出专门规定。^⑬对于共同侵权责任内部赔偿责任的分担,本文主张应主要依据共同加害人自身的主观过错和行为客观的原因力来确定。^⑭较之于《侵权责任法》草案二审稿第16条第一款“连带责任人承担责任后,根据各自过错确定相应的赔偿数额;难以确定的,平均承担赔偿责任”的方案,《侵权责任法》第14条第一款的改进给适用上述两因素确定的方案留下了空间。显然,《侵权责任法》第14条第一款“责任大小”的措辞需要

^⑨ 前引^⑧,王利明书,第689页。

^⑩ 前引^⑩,奚晓明书,第73页。在司法上采客观关联说的我国台湾地区,也有学者主张“如加害人应负无过失责任者,则纵无过失复合而造成损害者,仍应类推适用共同加害行为之规定”。邱聪智《新订民法债编通则(上)》,中国人民大学出版社2003年版,第122-123页。

^⑪ 全国人大常委会法制工作委员会民法室所编著的释法文本在解释《侵权责任法》第67条时也指出,“如果污染者之间有意思联络”,“应由本法第八条规定的‘二人以上共同实施侵权行为,造成他人损害的,应当承担连带责任’所调整”。参见前引^⑩,王胜明书,第338页。也有学者认为存在环境共同侵权行为,并界定其学理概念,但未详细陈述对传统民法关于共同侵权的主观要件要求突破的理由。参见康钦《环境共同侵权责任构成及其救济》,载《湖北生态工程职业技术学院学报》2007年第1期;于铭洋《浅析环境共同侵权》,载《法制与社会》2009年第9期(上)。

^⑫ 可将《侵权责任法》第8条就共同侵权责任所规定的构成要件理解为主体复数性、共同实施侵权行为、侵权行为与损害后果之间具有因果联系和受害人具有损失。参见前引^⑩,王胜明书,第42-43页。

^⑬ 参见中国民法典立法研究课题组《中国民法典草案建议稿附理由:侵权行为编·继承编》(课题组负责人:梁慧星),法律出版社2004年版,第16页。但也有个别立法尝试具体规定之,例如《俄罗斯联邦民法典》第1081条第2款规定“对共同致害负担了赔偿责任的致害人,有权请求其他致害人依每人的过错程度给付其应向受害人给付的相应份额。当过错程度不能确定时,份额应均等。”《俄罗斯联邦民法典》,黄道秀译,北京大学出版社2007年版,第371页。

^⑭ 参见前引^③,杨立新书,第553-554页。这一法理的立法例如《澳门民法典》第490条第二款,该款规定“负连带责任之人相互间有求偿权,其范围按各人过错之程度及其过错所造成之后果而确定;在不能确定各人之过错程度时,推定其为相同。”《澳门民法典》,中国政法大学出版社1999年版,第123页。但徐国栋教授则主张,在行为人有过错的情况下,应依据“过错程度”来确定共同侵权人的最终内部承担份额;在行为人均无过错的情况下,由法院按公平的方式确定之。参见徐国栋主编《绿色民法典草案》第1510条,社会科学文献出版社2004年版,第706页。

更清晰的立法或司法界定,不过,将共同加害人自身主观过错和其行为客观原因力作为确定责任大小的主要考虑因素应是一种相对客观、合理的解释方案。^⑥

就此条“责任大小”的确定,有学者指出,“首先看法律对责任大小有无明确的规定”,“如果法律没有明确的规定,此时应当按照各个连带责任人过错和原因力的大小来确定责任的大小”。^⑦笔者认为,这种理解比较科学。

不过,究竟《侵权责任法》第67条是否属于对第14条第一款前段所言之“责任大小”确定方法的立法明确规定,虽然目前多数观点认为第67条仅是对该法第12条关于无过错联系数人造成同一损害承担按份责任中判明数环境侵权人“责任大小”的特别规定。^⑧但最高人民法院侵权责任法研究小组在解释该法第67条时认为,“如果万一出现两个以上污染者存在意思联络共同实施环境污染行为的特殊情形,则构成狭义的共同侵权,应按照本法第八条的规定判令这些污染者承担连带责任,但污染者之间的内部责任可按照本条规定判定。”^⑨这其实主张,对于环境共同侵权案件,可以根据《侵权责任法》第67条来确定该法第14条第一款前段所提到的“责任大小”,只是未给出理由而已。

笔者认为,根据对侵权法术语的一般理解,从《侵权责任法》第67条所用“污染者承担责任的大小”的措辞来推理,第67条仅就环境侵权按份责任划分作了规则设计,即仅是在环境侵权案件中具体适用该法第12条前段的规则。

但是,如果在没有法律明确规定的情况下,适用该法第14条第一款前段来确定环境侵权案件中的连带责任内部份额时,确有参照该法第67条的规则以判明原因力的可能性。仅从学理探讨的角度,笔者认为,可以将该法第67条“污染者承担责任的大小”中的“责任”理解为最终责任,即两个以上的环境加害人中,每一责任人最终应负担的损害赔偿之债的数额。根据王竹博士的观点,“可以将损害赔偿责任中,赔偿义务人应当向赔偿权利人承担的与最终赔偿责任相等的责任部分称为‘最终责任’(Ultimate Liability);将超过最终责任而实质上是承担了受偿不能风险的责任部分,称为‘风险责任’(Vicarious Liability)”,“最终责任,实际上就是侵权损害赔偿之债与侵权损害赔偿重合的部分;而风险责任,就是在连带责任形态中侵权损害赔偿超过侵权损害赔偿之债的部分,或者是在不真正连带责任形态和补充责任形态中纯粹的侵权损害赔偿而无侵权损害赔偿债务的部分”。^⑩既然该法第67条并未明文使用“按份责任”的术语,将其理解为“两个以上污染者污染环境,污染者承担(按份)责任的大小,根据污染物的种类、排放量等因素确定”或者“两个以上污染者污染环境,污染者承担(最终)责任的大小,根据污染物的种类、排放量等因素确定”,应属于两可的应有之意。^⑪而第67条所述“污染物的种类、排放量等因素”其拟解决的便是各加害人行为对损害后果的原因力的考量因素问题。

从理论上分析,根据证明因果关系的科学实验,可以明确导致环境侵权损害的具体污染物的种类。将来实践中,如果实际导致环境侵权损害的污染物可以被识别,即可被特定化地判定为数人中的某个加害人所排放的,则不属于此处所讨论的致害人不明数人环境侵权的情形,可以化解为单独责任情形。但在致害人不明数人环境侵权情形中,往往可能将难点集中于无法识别的同种或异类污染物所致环境侵权损害的原因力的比较问题上。

^⑥ 目前,多数释法解释或学理解释均认为应根据加害人各自过错和原因力的比较来确定该条所规定的“责任大小”。参见前引^⑩王胜明书,第62页;前引^⑩奚晓明书,第114页;前引^⑩杨立新书,第76-77页。

^⑦ 前引^⑩王利明书,第64页。

^⑧ 参见前引^⑩王胜明书,第337-338页;前引^⑩王利明书,第329-333页。

^⑨ 前引^⑩奚晓明书,第468页。

^⑩ 参见前引^⑩王竹书,第99-100页。

^⑪ 杨立新教授认为,本条后段明确规定了“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”,已经明确了按份责任的性质。参见前引^⑩杨立新书,第454-455页。鉴于《侵权责任法》并未严格区分“承担”与“分担”两个立法术语,例如,该法第14条第一款后段的“承担”实际上表达的是“分担”的含义。因此,除非立法者予以历史解释,而从学理上进行文义解释,不可否认用“最终责任”理解该条中的“责任”也是可行的。

实践中,加害人所排放致害污染物与被损害客体^①的接触需要经过一个污染物迁徙的过程,所以仅依据污染物的种类、排放量很难客观公正地反映加害事实,需要综合考虑污染物排放点与被损害客体之间的距离和方位关系、排放方式、排放持续时间、污染物迁徙方向、迁徙路径、污染物的致害特性以及风向风力等可能影响迁徙过程的自然因素。故本文建议,将来可以通过司法解释使得《侵权责任法》第67条关于原因力考量因素的设计在司法细化中尽量全面、科学、适度具体,以尽可能避免个案适用该法第12条后段的“等额按份责任”或第14条第一款后段所规定的“平均内部分额”的裁判规则。

也许以上观点还会遭致与因果关系的判断重合的质疑。稍加分析,我们便可消除这一疑虑。如果能够根据以上所综合考虑的因素认定其中某一加害主体的环境加害行为与最终的损害事实之间不存在因果关系,则可将其排除。如果排除后仅剩下一个与损害事实具有因果关系的加害行为,便可以将问题回归到单独责任的承担。

而本文以上所提出的关于环境共同侵权责任承担的份额分担问题,恰恰并非仅剩一个与损害事实具有因果关系的加害行为的情形,而是两个以上的加害行为均无法排除与环境损害事实之间存在因果关系,但可证明或推知其各自对损害后果的实际贡献份额因污染物排放量、排放浓度、污染物迁徙等客观事实而并非一致。此时,若仅依据污染物的种类、排放量的比值关系就草率地分割赔偿责任的内部份额,难免有不公的嫌疑。因此,需要再次考量此前可能在认定事实因果关系时已被使用的某些事实因素,这种再次考量并不与因果关系的认定(证明)相重复,因果关系的认定(证明)是进行这种再次考量的前提,再次考量这些因素是在环境共同侵权危害行为人之间公平划分连带赔偿责任内部份额时,对有关客观事实因素的充分考虑,是以事实为依据原则的要求所使然,是对共同加害人之间公平承担责任的一种趋近。

(四) 无过错联系之数人环境侵权责任承担规则的司法应用

概括本文第二部分已分类详细论证的无过错联系之数人环境侵权责任承担规则,若数环境危害行为人间不存在主观上的过错联系,则可根据其中“单个行为是否均能够造成环境侵权损害”和“最终所表现的同一不可分的环境侵权损害是否能够由导致损害的某单个行为独自造成”两个因素,将致害人不明数人环境侵权案件分为四种类型。就环境聚合危害行为而言,应定性为多数人无过错联系但承担连带责任的分别侵权行为,而适用《侵权责任法》第11条、13条、14条,并参照适用第67条;环境加算危害行为应定性为多数人无过错联系承担按份责任的分别侵权行为,而适用该法第12条和第67条;环境叠加危害行为也应定性为多数人无过错联系承担按份责任的分别侵权行为,而适用该法第12条和第67条,但司法中宜应用比例份额责任理论来确定各按份责任人的具体责任份额;环境择一危害行为应推定为共同危险行为,而适用该法第10条、13条、14条,并参照适用第67条,但应以平均份额为原则,以行为人各自根据原因力确定其份额比例为例外,来具体分担连带责任人间的内部责任份额。理由此处不再赘述。

四、结论

致害人不明数人环境侵权是指两个或两个以上环境侵害行为中的全部或者部分导致了一个完整不可分的损害,但无法查明实际致害人的侵权行为形态。其中,无过错联系之数人环境侵权行为,是指两个或两个以上的环境危害行为人间不存在主观上的过错联系的致害人不明数人环境侵权,可以根据此类行为中“单个行为是否均能够造成环境侵权损害”和“最终所表现的同一不可分的环境侵权损害是否

^① 无论大陆法系还是英美法系的传统民法,一般均将“损害”或“损害事实”作为民事侵权责任的构成要件,也有学者在表述时,同时使用“客体”和“损害”两个语词,例如史尚宽先生分别从“行为”、“违法性”和“被侵害之客体”三方面具体阐述“违法性之行为”这一构成要件,其中明确使用并指出“被侵害之客体,在权利之侵害,其客体为权利,在保护法律规定之违反,其直接侵害之客体为法律规定,间接的为法律所保护之个人权益(法益)。在违背良俗之侵害,为个人之一切利益。”参见史尚宽《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第131页。而王小能教授在阐述财产损害时使用了“对象”一词,将“财产损害根据侵权行为侵害的不同对象分为三类”,此处对象其实也有“客体”的意味。参见魏振瀛主编《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第688页。本文此处所用“客体”特指环境加害行为具体作用的对象。

能够由导致损害的某单个行为独自造成”两个因素 将之细分为环境聚合危害行为、环境加算危害行为、环境叠加危害行为和环境择一危害行为四类。

“无过错联系之数人环境侵权行为的划分理论”为设计解决致害人不明数人环境侵权的责任承担问题的司法审理对策提供了理论基础。如果案件同时符合三个应用前提,即具有两个或两个以上环境侵害行为、损害结果具有同一性、具有两个或两个以上环境危害行为人无法举证证明其行为与该损害之间不存在因果关系,就可以应用无过错联系之数人环境侵权行为的划分理论,并可将此类案件的司法裁判分为两大步骤:

步骤一:判明案件中数环境危害行为人之间是否存在过错联系,若存在意思联络、共同过失或者故意与过失相互结合的情形,则应将行为定性为共同侵权,并适用《侵权责任法》第8条、13条和第14条的有关规定,且该法第67条也可理解为,当缺少立法细化规定的前提下,在环境共同侵权案件中适用第14条第一款前段有关连带责任内部份额确定的客观原因力考量因素的参照性规则。

步骤二:若数环境危害行为人之间不存在过错联系,则再根据其中“单个行为是否均能够造成环境侵权损害”和“最终所表现的同一不可分的环境侵权损害是否能够由导致损害的某单个行为独自造成”两个因素,将致害人不明数人环境侵权案件分为四种类型,其中属于环境聚合危害行为的,应适用《侵权责任法》第11条、13条、14条,并参照适用第67条;环境加算危害行为应适用该法第12条和第67条;环境叠加危害行为应适用该法第12条和第67条,且司法实践中宜采用比例份额责任来确定各按份责任人的具体责任份额;环境择一危害行为应适用该法第10条、13条、14条,并参照适用第67条,但应以平均份额为原则、非平均份额为例外来分担连带责任人间的内部责任。

本文所建议的致害人不明数人环境侵权责任承担的司法审理方案可以从应用角度证明无过错联系之数人环境侵权行为划分理论的可信性和可行性。

除均可能适用《侵权责任法》第65条和第68条等条款外,此类案件司法审理思路的应用前提、司法技术过程和各类行为的侵权责任规则适用结果可以列表二进行比较,以助理解。

表二:致害人不明数人环境侵权责任承担理论的司法应用结果比较

应用前提	应用步骤	行为类型	数行为人的主观过错联系状态	适用《侵权责任法》条款	特殊司法技术
1. 具有两个或两个以上环境侵害行为; 2. 损害结果具有同一性; 3. 数环境危害行为人均无法举证证明其行为与该损害之间不存在因果关系	步骤一	具有过错联系之数人环境侵权行为	意思联络、共同过失或者故意与过失相互结合	适用第8条、13条、14条;参照第67条	
	步骤二	环境聚合危害行为	无过错联系	适用第11条、13条、14条;参照第67条	
		环境加算危害行为	无过错联系	适用第12条、67条	
		环境叠加危害行为	无过错联系	适用第12条、67条	采用比例份额责任理论来确定各按份责任人的具体责任份额
		环境择一危害行为	无过错联系,但可根据基础事实推定存在共同过失	适用第10条、13条、14条;参照第67条	以平均份额为原则、非平均份额为例外,来确定连带责任人间的责任份额的内部分担

Abstract: Several persons' environmental tort without the identified violator refers to the situation of the tort behavior that the total or part of two or more than two environmental tort behaviors cause an integral harm, but it is difficult to identify the practical violator. With regard to liability bearing and apportionment, in judicial practice, it should be qualified as joint tort in case the environmental violators have intention liaison, common negligence or the combination of intentional tort and tort of negligence. On the contrary, the "theory of classifying environmental tort behaviors of the several persons with no-fault liaison" should be applied, that is, the relevant behaviors can also be classified into four types according to the two factors that "whether one behavior can cause environmental tort damage" and that "whether the final integral environmental tort damage can be caused by only one behavior leading to the damage", the environmental collected damage behavior should be characterized as the respective tort behavior of the several persons taking joint and several liability with no-fault liaison. The environmental accumulated damage behavior and the environmental overlapped damage behavior should be qualified as the respective tort behavior of the several persons taking shared liability with no-fault liaison. The environmental chosen damage behavior should be presumed as the common dangerous behavior. Thus the relevant liability provisions under the Tort Liability Law should be applied respectively.

(责任编辑:王莉萍)