

## 特殊体质侵权损害赔偿的实体审视与方法更迭\*

王磊

(贵州大学法学院,贵州贵阳 550025)

**摘要:**在我国司法实践中有相当数量的裁判对最高人民法院指导案例24号强烈实施了有力的限缩适用,说明被害人特殊体质全然不影响损害的分担并不具有绝对正当性。基于方法论的审视,无论本土还是域外均显示出特殊体质的侵权损害赔偿不应被束缚于素因减责论与素因不考虑原则的立场抉择,而应转向于影响特殊体质损害分担的原理剖析,以问题思维导向的论题学结构实施归纳—诠释学的非演绎衡量。从学说与判例的互动来看,特殊体质损害赔偿的规范原理有四个方面,即素因的重大性、素因的寄与度比例、加害行为违法性程度、加害人过错程度。素因减责与否及范围均取决于这四个原理的“配合解释”,法结论应在各原理的动态权衡中汲取正当性。当然,动态评价的思维模式并非意在解构法教义学,而是对法教义学的补充,权衡结论最终应回归现行法体系,以尊重制定法的拘束力。鉴于过失相抵或类推过失相抵均无辐射特殊体质损害赔偿的法理可能,素因减责的教义学归结最终只能落脚于具有漏洞填补功能的诚信条款。

**关键词:**特殊体质;指导案例;素因减责;素因不考虑原则;侵权行为法

**中图分类号:**DF529 **文献标识码:**A **文章编号:**1005-9512(2020)07-0137-14

**DOI:**10.15984/j.cnki.1005-9512.2020.07.011

被害人特殊体质的侵权损害赔偿情形,<sup>①</sup>大体可分为两种类型:一是作为假定因果关系的素因事例;二是加害行为与被害人特殊体质的竞合。<sup>②</sup>在前一类型中,虽然被害人特殊体质的自然发展大多会产生既定损害,但加害行为提前了损害的发生,致使特殊体质沦为假设原因,此时一般均认可特殊体质的考量而减轻赔偿责任。<sup>③</sup>在后一类型中,加害行为与被害人特殊体质相结合共同导致损害发生或扩大,应当如何实现损害的妥当分担,素有争论。特别是最高人民法院指导案例24号发布后,该论题进一步得到我国学界的广泛关注。从我国的既有解决方案来看,研究者大多围绕着素因减责论与

作者简介:王磊,贵州大学法学院副教授,法学博士。

\* 本文写作受贵州大学引进人才项目“侵权损害赔偿范围的确定路径研究”[项目编号:贵大人基合字(2019)024]资助。

①司法实践中,对于特殊体质多强调被害人与正常人相比易于形成更严重损害的状态,医学上称为“素因”,即容易诱发疾病的原因(predisposing cause of disease)。日本法围绕素因减轻或不减轻加害人的损害赔偿,形成了素因减责论与素因不考虑原则的对立。为论述之便,本文中笔者不区分特殊体质和素因这两个概念。

②Vgl. Schulze, Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 6. Aufl., Baden 2009, S.264.

③Vgl. Esser/Schmidt, Schuldrecht, Band I, 6. Aufl., Müller 1984, S.534f.

素因不考虑原则的对立做出立场的选择,至多再以例外论作为补充,抑或以类型论说明之,在实体争辩中很少有研究者从方法论层面谈及该论题的实质原理,由此导致内在体系与外在体系的阻断。有鉴于此,针对加害行为与被害人特殊体质的竞合,笔者拟于本文中在实体抉择的基础上进一步添加方法论的考量,以期对该论题进行新的解构,一者为特殊体质损害赔偿的解决提供方法路径,二来为法学方法的更迭提供实体证成。

### 一、我国司法实践中指导案例 24 号的限缩适用

在最高人民法院发布指导案例 24 号之前,就特殊体质的侵权损害赔偿问题,无论是“牵强附会”地将其认定为受害人过错,还是“笼统地适用”一般规定,抑或是“完全回避”实体法规范径行裁判,我国司法实践“几乎都判令侵权人与受害人分担责任”。<sup>④</sup>直到指导案例 24 号指出“交通事故的受害人没有过错,其体质状况对损害后果的影响不属于可以减轻侵权人责任的法定情形”,<sup>⑤</sup>我国法方确立受害人特殊体质不影响损害分担的指导原则。其后,该判例不仅被适用于其他不同类型的案件,而且成为司法实践中应用频率最高的指导案例。<sup>⑥</sup>按照此种态势,我国法似乎业已确立起受害人特殊体质不影响赔偿责任的通行规则,指导案例 24 号应予以参照。

然而,从指导案例 24 号发布之后的司法实践来看,受害人特殊体质不影响赔偿责任虽然得到大幅度的遵循,但相当数量的裁判在论证受害人特殊体质对损害赔偿的影响时,也对指导案例 24 号实施了有力的限缩,<sup>⑦</sup>特殊体质对赔偿责任的影响一定程度上已成为“法院共识”。<sup>⑧</sup>对指导案例 24 号的限缩路径,大致可区分为两种。一种是以指导案例 24 号拟定的具体要件为基准,凡与指导案例 24 号适用要件存在差异的,即拒绝参照适用。比如指导案例 24 号中存在加害行为对损害的发生发挥主要参与度,被害人特殊体质仅属于次要原因,或者仅加害人一方存在过错,受害人一方不存在过错等要件,而待判案件中受害人特殊体质提供了主要参与度,加害行为转换为次要原因,或者损害的发生并非加害人存在唯一过错,受害人方亦存在过错等。<sup>⑨</sup>另一种则不强调指导案例 24 号拟定的适用要件,以指导案例 24 号之外的其他论点证成特殊体质对赔偿责任的影响。比如,风险领域标准、<sup>⑩</sup>加害行为的违法性程度、<sup>⑪</sup>素因的严重性、被侵害权益与特殊体质的关联性等,<sup>⑫</sup>均属此列。<sup>⑬</sup>总之,尽管指导案例 24 号指出不得以被害人特殊体质影响损害的分担,《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第 7 条也规定“最高人民法院发布的指导性案例,各级人民法院审判类似案例时应当参照”,但该

<sup>④</sup>参见龚海南《特殊体质受害人之侵权赔偿刍议》,载《法律适用》2012 年第 8 期。

<sup>⑤</sup>最高人民法院案例指导工作办公室《〈荣宝英诉王阳、永诚财产保险股份有限公司江阴支公司机动车交通事故责任纠纷案〉的理解与参照——个人体质特殊不属于减轻侵权人责任的情形》,载《人民司法》2015 年第 10 期。

<sup>⑥</sup>关于 24 号指导案例的详细引用情况,参见郭叶、孙妹《最高人民法院指导性案例司法应用情况 2017 年度报告》,载《中国应用法学》2018 年第 3 期;赵晓海、郭叶《最高人民法院民商事指导性案例的司法应用研究》,载《法律适用》2017 年第 1 期;郭叶、孙妹《指导性案例应用大数据分析——最高人民法院指导性案例司法应用年度报告(2016)》,载《中国应用法学》2017 年第 4 期。

<sup>⑦</sup>笔者以“24 号指导案例”、“特殊体质”为关键词进行检索,为确保案例的权威性,将法院层级限定于高级人民法院,在无讼案例网检索到 78 份文书,排除与本文研究对象无关的案例,获得 42 份判决书与裁定书。通过逐个分析发现,遵循指导案例 24 号的共计 17 例,其中明示援引的 10 例,隐性援引的 7 例;未遵循指导案例 24 号而采取素因减责的共计 25 例,总占比为 60%。

<sup>⑧</sup>江秋伟《特殊体质受害人的权利保障之司法证成》,载《甘肃政法学院学报》2019 年第 3 期。

<sup>⑨</sup>参见浙江省高级人民法院(2019)浙民申 192 号民事裁定书;湖南省高级人民法院(2018)湘民再 33 号民事判决书;四川省高级人民法院(2018)川民申 4202 号民事裁定书;湖北省高级人民法院(2017)鄂民终 253 号民事判决书;北京市高级人民法院(2015)高民申字第 03287 号民事裁定书;山东省高级人民法院(2013)鲁民申字第 1287 号民事裁定书。

<sup>⑩</sup>参见广东省高级人民法院(2017)粤民再 51 号民事判决书。

<sup>⑪</sup>参见山东省高级人民法院(2016)鲁民申 975 号民事裁定书。

<sup>⑫</sup>参见江苏省高级人民法院(2018)苏民申 911 号民事裁定书。

<sup>⑬</sup>参见四川省高级人民法院(2019)川民再 521 号民事判决书。

案例仍然受到司法实践相当程度的限缩适用。

对于我国司法实践中针对指导案例 24 号的限缩适用,或许应该做出更为深刻的反思,虽然被害人特殊体质不影响损害分担存在正当性,但此种正当性尚未被推崇至无可挑剔之程度,此点在我国既有研究成果中已被深入讨论。不过,倘若被害人特殊体质一定情况下可以作为减轻赔偿责任的事由,那么在素因减责与素因不考虑之间,应当如何构筑妥当的判定框架,又如何将此种判定框架纳入法教义学体系,就值得进一步深入研究。

## 二、特殊体质损害赔偿的路径反思

### (一) 我国司法实践中限缩适用的正当性证成

就指导案例 24 号的立论依据而言,最高人民法院民一庭认为存在如下几个方面:受害人个人体质原因不能视为过错;加害行为的违法性具有承担全部责任的伦理基础;符合相当因果关系与规范目的的判断;契合域外法上“蛋壳脑袋”的通说。此外,“侵权民事责任是一种事后补救性质的责任,更多的是考虑保护被侵权人的合法权益,一般遵循‘填平’原则,对于侵权行为造成的全部损害后果,侵权人都应当承担赔偿责任。在交通事故责任纠纷中,以被害人体质‘参与度’作为减轻侵权人责任的依据,属于对刑事处罚和民事赔偿的混淆和误用”。<sup>⑭</sup> 这些立论依据在理论界得到了一定程度的赞同。比如,有学者指出指导案例 24 号的正当性在于,特殊体质并非法律意义上的过错,倘若将此作为过错实施减责,必然对被害人施以较一般人更严格的自我保护义务,这明显是不公平的。<sup>⑮</sup>

然而,值得注意的是,虽然被害人特殊体质不影响责任分担有其立论根据,但亦非不可突破。

首先,从法技术层面观之,被害人特殊体质不影响责任分担的首要论点在于特殊体质并非过错,与此形成鲜明对比的是加害人的过错行为带有明显的可归责性,在“加害人过错,受害人无过错”的侵权结构中素因不考虑原则获得了特别的道德支撑。<sup>⑯</sup> 然而,该论点仅关注到加害人与受害人之间过错有或无的问题,并未深入到过错的内部实施精细化的量度评价。事实上,随着客观归责的演进,现代社会中客观过失、推定过失被广泛应用,加害人过错的道德评价已转换为受害人救济的社会性评价,真正从道德层面去强调加害人可责难性的少之又少,加害人承担的几乎是一种“无过错”的过错责任。为此,有观点指出,在赔偿日渐高额化的当下,即使加害人仅具有轻微过失也会因为赔偿问题而陷入孤苦的境地,为了实现有责性与赔偿额的均衡,素因减责论存在其必要性。<sup>⑰</sup> 作为该观点的映射,司法实践中加害人过错程度已成为反对素因不考虑原则的重要缘由。<sup>⑱</sup>

其次,指导案例 24 号是将相当因果关系与规范目的作为立论依据,认为被害人特殊体质经得起相当因果关系与规范目的的考察,这已受到来自理论和实践的挑战。就相当因果关系而言,“最佳观察者”的判断基准导致损害的归责范围相对较广,被害人特殊体质原则上无法被排除于归责范围之外。<sup>⑲</sup> 然而,相当因果关系“最有经验的观察者”的基准已遭受到相当的批评,其被认为招致了难以忍受的宽泛归责范围。<sup>⑳</sup> 况且,相当因果关系作为归责的法技术被指出已不再是盖然性的证明问题,而

<sup>⑭</sup>同前注⑤,最高人民法院案例指导工作办公室文。

<sup>⑮</sup>参见傅强《特殊体质受害人的侵权法救济》,载《北方法学》2017年第4期。

<sup>⑯</sup>参见孙鹏《“蛋壳脑袋”规则之反思与解构》,载《中国法学》2017年第1期。

<sup>⑰</sup>参见木戸拓史《素因減額論の一考察:過失相殺の類推適用の制限の検討》,载《北大法政ジャーナル》1997年第4号,第60頁。

<sup>⑱</sup>参见山东省高级人民法院(2013)鲁民申字第1287号民事裁定书。

<sup>⑲</sup>Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 18.Aufl., München 2008, Rn 641.

<sup>⑳</sup>Vgl. Medicus, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 7.Aufl., München 1993, S.270-271.

是属于裁判官的法评价,被害人特殊体质的损害赔偿更多地是通过评价来进行归责的。<sup>21</sup> 进一步言之,虽然有规范目的论者认为被害人特殊体质促成的严重损害并非“一般生活风险”,而系加害行为提高的特别危险,<sup>22</sup>但以规范目的论支持素因减责论也有不少。比如,有法院指出医疗行为本身伴有局限性与风险性,某种程度上被害人因其特殊体质必然要承担此部分风险,所以特殊体质据此发生或扩大的损害应当被害人自行承担。<sup>23</sup> 有法院进一步认为人类社会总伴随着大大小小的风险,任何人参与社会生活皆应具备立足于风险社会的最低限度的抵抗力,欠缺最低限度抵抗力的一般生活危险不能转嫁给偶然遭遇的侵权人,要求侵权人承担全部责任不符合公平原则。<sup>24</sup> 总之,“之所以要求侵权人就间接损害承担责任,源于侵权行为增加或改变了受害人的危险程度,侵权人需对新增风险引发的损害承担责任。同理,受害人亦需对自身固有的生活风险所致损害承担责任。间接损害系侵权行为引发的特定危险与受害人素因带来的生活风险共同作用的结果,侵权人与受害人应按比例分担损失”。<sup>25</sup>

此外,指导案例 24 号认为减轻加害人赔偿责任属于刑事处罚和民事赔偿的混淆与误用,其理论基础在于损害赔偿法的主要功能是补偿损害,作为去惩罚化的产物,惩罚机能只是补偿功能的反射效果而已。<sup>26</sup> 然而,纵然损害赔偿法的目的在于救济损害,但被害人救济的内容也并非固定不变,而是随着时代、事例而变化,损害赔偿目的的应然地位并非法理论所决定,而与法政策有关。<sup>27</sup> 一般而言,特殊体质是否可以作为减责的根据在于公平分担损害的理念,公平分担损害到底是偏向于权益保障还是行为自由,根据时代的变化有所不同。传统损害赔偿法大多以救济损害为目标,伴随着不法行为成立要件的缓和化,责任的归结走向客观而易于成立,“损害的公平分担”持续迈向被害人的保障,不过,一味以权益保障为目标忽视行为人利益的必要维护实际上已经“过头”了,需要予以反省。<sup>28</sup> 因此,针对被害人特殊体质对赔偿责任的影响,若忽视责任成立“稀薄化”的倾向而科以全部损害的赔偿责任,从公平分担损害的理念来看就会出现出问题。<sup>29</sup> 事实上,完全赔偿的理念已遭到多方的批评,<sup>30</sup> 再以完全赔偿原则为由强调被害人救济,已不能成为有效的论据。

## (二) 规范进路的初步反思

如前所述,被害人特殊体质对损害分担的影响是什么,无论是司法案例还是理论学说均未达成实体共识,素因减责论与素因不考虑原则均存在其价值基础,并辅以充分的论证技术。这里值得反思的是,面对结构如此复杂、价值如此多元的法律领域,是否一定要在立场上二者选其一,最终实现一体化的规范。从我国既有的司法实践来看,指导案例 24 号已明确被害人特殊体质不影响损害的分担,并且还存在着“应当参照”的权力支持,这无疑反映出指导案例 24 号的价值正当性,纵然如此,相当一部分法院仍未遵循指导案例 24 号的规范思路,其原因恐怕并非这些法院的恣意裁判,而是公平分担损害的实质要求。有研究者指出,“特殊体质对侵权责任范围的影响是非常复杂的,司法者需要考虑诸

<sup>21</sup> Vgl. Kötze, Deliktsrecht, 7. Aufl., Neuwied 1996, S.62. 有日本学者指出,德国法上的相当因果关系已从该行为引起该当结果是否存在“异常性”的盖然立场转换到以责任平衡、规范的目的为基础的法评价立场。参见潮見佳男《不法行為法 I》,信山社 2009 年版,第 352-353 頁。

<sup>22</sup> Vgl. Huber, Normzwecktheorie und Adäquanztheorie, JZ, 1969, 681.

<sup>23</sup> 参见广东省高级人民法院(2018)粤民申 9142 号民事裁定书;浙江省高级人民法院(2009)浙民终字第 48 号民事判决书。

<sup>24</sup> 参见山东省青岛市中级人民法院(2018)鲁 02 民终 1690 号民事判决书。

<sup>25</sup> 徐银波《侵害特殊体质者的赔偿责任承担》,载《法学》2017 年第 6 期。

<sup>26</sup> Vgl. Janssen, Präventive Gewinnabschöpfung, Tübingen 2017, S.3f.

<sup>27</sup> 参见小賀野晶一《素因競合と割合的認定》,载《千葉大学法学論集》2010 年第 2 号,第 88 頁。

<sup>28</sup> 参见木戸拓史《素因減額論の一考察:過失相殺の類推適用の制限の検討》,载《北大法政ジャーナル》1997 年第 4 号,第 60-61 頁。

<sup>29</sup> 参见石橋秀起《賠償責任の割合的輕減と公平の理念》,载《私法》2005 年第 67 卷,第 131 頁。

<sup>30</sup> 关于完全赔偿原则的反思,参见郑晓剑《侵权损害完全赔偿原则之检讨》,载《法学》2017 年第 12 期。

多相关因素才能在个案中准确确定侵权责任范围。这也许就是各国侵权责任法律普遍回避该问题的深层原因”而指导案例 24 号“无论是裁判要点的具体内容,还是从具体案情中概括出抽象规则,最高人民法院直接而明确选择一种观点的做法,在实体意义上有些仓促和草率。当然,这一选择也并非绝对错误,只是不够全面和细致,没有完全考虑到相反观点的诸多重要理由”。<sup>①</sup>因此,面对此种需要考量诸多要素才得以实现妥当评价的法律问题,“一刀切”的思路显然无法为多元的实践需求提供足够的裁判路径,强行以法技术机械割裂社会现实,只是逻辑上的以问答问、论证上的无限循环而已。

传统思维对法结论的获取形成了条件模型的规范定式,然而全有或全无的裁判论证模式并不能触及问题的实质,以致结论获取与私法的基本体系缺乏内在联系而无法掌握“法”的本质,从规范构造来看,其原因应归结于私法体系的结构未取得发展,从司法思维来看,则应归咎于评价基础的单一与评价结构的僵化。有鉴于此,针对演绎裁判论证业已失灵的复杂领域,妥当的路径应是以问题的导向在既有法律评价视点的基础上实施归纳—诠释学的非演绎衡量,即转向问题思维模式的论题学结构。<sup>②</sup>当然,由于论题学导出结论的理由存在无限开放性的特点使法律决断容易走向不可控,为了避免法律评价的无序,就需要事先列明评价的基础。就特殊体质损害赔偿评价基础的提取而言,在立法者完全未予指示的情况下,只能通过案例研究从既有司法判例中获取,形成从判例累积中构筑评价的机制,再以此辐射后续司法裁判的进路。此点在我国《民法典》已出台的背景下对于中国民法学的形成无疑具有积极意义,正如学者所言“中国民法学形成的关键,在于形成一套中国的民法解释论体系。法律与理论居于上,本土案例居于下,上下层之间的血肉联系,就是本土的法解释论。”<sup>③</sup>

### 三、特殊体质损害赔偿的德国法与日本法考察

指导案例 24 号还将域外法上“蛋壳脑袋规则”属于通说作为证立理由,不过,尽管“蛋壳脑袋规则”在域外法上得到相当的赞成,<sup>④</sup>但各国是否均无一例外地接纳了素因不考虑原则,采纳素因不考虑原则的法制是否绝对不考虑被害人体质对赔偿责任的影响,答案似乎并不明确。

#### (一) 日本法: 素因减责与素因不考虑的立场模糊

若单纯从立场的争论来看,大部分国家均倾向于素因不考虑原则的基本立场,但并非绝对,日本法即采纳了素因减责论的一般原则。针对被害人素因导致损害的发生或扩大,日本法最初通过相当因果关系(《日本民法典》第 416 条)进行处理,倘若加害人对被害人素因这一特别情事的预见可能性得到承认,相当因果关系得以成立,加害人负担全部损害的赔偿;反之,若相当因果关系无法满足,则损害由被害人自行承担。

然而,相当因果关系秉承全有全无的判断模式,无法对赔偿责任施以灵活处理,为了使责任的比例认定成为可能,自 20 世纪 60 年代左右起,比例减责开始被作为处理被害人素因问题的技术手段,“相当性判断架构”的思维模式被摒弃。<sup>⑤</sup>1988 年日本最高法院面对患有外伤性头颈部症候群素因的被害者在加害事故后发展成重度鞭抽式损伤的赔偿问题,认为加害行为与损害之间存在相当因果关系且损害超过通常的严重程度时,鉴于被害人的心理素因对损害的扩大具有参与力,按照损害赔偿法公平分担损害的理念可类推适用《日本民法典》第 722 条第 2 款(过失相抵)的规定,在相当程度内

<sup>①</sup>孙光宁《司法实践需要何种指导性案例》,载《法律科学》2018 年第 4 期。

<sup>②</sup>参见[奥]恩斯特·A·克莱默《法律方法论》,周万里译,法律出版社 2019 年版,第 251 页。

<sup>③</sup>参见于飞《经由案例研究,形成“中国”民法学》,载赵万一、郑佳宁主编《月旦法学民事法判例研究汇编》,北京大学出版社 2016 年版,序言部分。

<sup>④</sup>See Restatement (Third) of Torts: Liability, Physical Harm § 31, 2005; Restatement (Second) of Torts § 461, 1965.

<sup>⑤</sup>参见小賀野晶一《素因競合と割合の認定》,载《千葉大学法学論集》2010 年第 2 号,第 68 頁。

减轻素因扩大部分的赔偿责任。<sup>③⑥</sup> 同样,在处理被害人疾病素因时,日本最高法院再次从公平分担损害的角度指出应当考虑素因的影响,并通过类推适用过失相抵的法律构成实现加害人赔偿责任的减轻。<sup>③⑦</sup> 与此相应,理论上也指出全有或全无的救济方式无法妥当实现责任的分配,为了灵活地导出法结论,应当根据因果关系的程度实施比例的认定来得出结论。因为因果关系的判断除了全有与全无这样“白与黑”的二元选择外,还存在中间的灰色地带,比例因果关系作为一种量的判断可以有效规范该灰色地带。<sup>③⑧</sup> 据此,被害人素因导致损害的发生或扩大时,日本法根据损害的公平分担理念,以类推适用过失相抵的规定形成了素因减责的学说。

当然,日本法虽然形成了素因减责的支配见解,但亦不乏批判之声。西垣道夫指出,素因虽对损害的发生或扩大发挥了作用,但被害人对此并没有自行选择的权利,素因的诱发乃不法行为强制而成,若让受害人负担此部分损害,有违公平理念,况且被害人的素因原则上处于加害人义务射程的保护范围之内。<sup>③⑨</sup> 同样,平井宜雄也认为素因的斟酌意味着对生命、身体等重大利益负有一般回避义务的加害人得以减轻责任,对于受害人而言代表着其在自身利益或安全的防护上不得承受比一般人更多的负担,这一结论难谓公平。<sup>④①</sup> 实务上,日本最高法院面对非病患的特殊体质亦否定了减责的主张,其认为即使被害人具有有别于平均体格或通常体质的身体特征,但如果该特征不属于病患也不属于特别情事,则确定损害赔偿额时不应该考虑素因。这是因为人的体格或体质肯定不会均具有同质性,除非诸如极端肥胖这样显著背离通常人的身体特征需要受害人更加谨慎的行为,在此之外的身体特征只要存在于各人的正常个体差异范围之内,就当然应该被预见,不能作为减责的理由。<sup>④②</sup> 鉴于素因不考虑原则的理论主张在实务判例中得到支撑,与素因减责论相对立,素因不考虑原则也形成了有力的主张。

由此可见,日本法虽已采纳素因减责的基本立场,不过理论学说与司法实务均未将素因作为减轻赔偿责任的绝对理由,双方见解都以损害的公平分担为依归形成减责与不减责的对立局面。当然,尽管素因不考虑原则与素因减责论存在基本立场的对立,但处理结果的外延却正在不断靠拢。因此,有学者指出今后的课题并非是在减责与不减责之间进行抽象的争论,而应该围绕实际案例总结出什么样素因才能作为减责事由,以此为基础构筑起实质的判断基准。<sup>④③</sup>

## (二) 德国法: 素因不考虑原则的松动<sup>④④</sup>

德国法上,素因竟合被作为损害赔偿范围的问题对待,损害赔偿范围的认定一般诉诸于完全赔偿原则,被害人特殊体质无疑要受该原则的指导。也就是说,损害赔偿法中立法者的意图在于受害人救济,这与英美法上的“蛋壳脑袋规则”类似,加害人故意或过失致他人受伤者,应使受害人恢复至完全的健康状态。<sup>④⑤</sup> 法政策上,虽然被害人特殊体质导致损害的发生或扩大,但与加害人相比更值得同情,同时加害人相对于受害人也更容易通过保险制度来分散损害。<sup>④⑥</sup> 据此,债权人纵然因特殊体质而

<sup>③⑥</sup> 参见最判昭和 63 年 4 月 21 日民集 42 卷 4 号,第 243 页。

<sup>③⑦</sup> 参见最判平成 4 年 6 月 25 日民集 46 卷 4 号,第 400 页。

<sup>③⑧</sup> 参见野村好弘《寄与度に基づく割合的責任》,载《私法》1988 年第 50 号,第 137-138 页。

<sup>③⑨</sup> 参见西垣道夫《『鞭打ち症』における損害算定場の諸問題》,载有泉亨编《現代損害賠償法講座 7》,日本評論社 1974 年,第 314 页。

<sup>④①</sup> 参见平井宜雄《債權各論—不法行為》,弘文堂 1992 年,第 159-160 页。

<sup>④②</sup> 参见最判平成 8 年 10 月 29 日民集 50 卷 9 号,第 2474 页。该判决之旨意也得到后续裁判的继承,参见大阪地判平成 9 年 12 月 19 日交民集 30 卷 6 号,第 1796 页。

<sup>④③</sup> 参见田口文夫《「素因」の斟酌に関する基礎的考察》,载《専修法学論集》2006 年第 98 号,第 85 页。

<sup>④④</sup> 本文中关于德国法上受害人特殊体质侵权损害赔偿的论述,参见谷口聡:《ドイツ不法行為法における素因不考虑原則の再検討》,载《法学研究論集》1998 年第 8 号;谷口聡:《ドイツ損害賠償法における素因に関する一考察》,载《高崎経済大学論集》2012 年第 1 号;永下泰之《損害賠償法における素因の位置(三)》,载《北大法学論集》2012 年第 1 号。

<sup>④⑤</sup> Vgl. Kötz / Wagner, Deliktsrecht, 10. Aufl., München 2006, S.87ff.

<sup>④⑥</sup> Vgl. Deutsch / Ahrens, Deliktsrecht, 5. Aufl., Köln 2009, S.27.

处于异常脆弱的状态,但债务人的加害行为引起了损害的发生或扩大,所以债务人不能免责,原则上应由债务人负担债权人特殊体质引发的风险。从法技术观之,法官据以裁判的相当因果关系采用了非常广泛的“最有经验的观察者”作为划定基准,具体情形下受害人既有的疾病或脆弱的健康状况均没有排除相当性。即使“最有经验的观察者”的基准过于宽泛而采取“一般经验的观察者”标准,加害人同样不能对被害人特殊体质造成或扩大的损害免责。<sup>④⑥</sup>当然,有观点指出,即使受害人特殊体质产生损害的概率比十万分之一更小,相当因果关系也能得到承认。这实际上与相当因果关系一般预见可能性的基本命题相背离,因为通常情况下相当性并不会考虑罕见结果,一般人对此也没有预见可能,这只能从规范保护目的的角度来解释,规范的保护范围一般比相当性的保护范围更广,立法者的预测范围也比通常人的预见可能性更高。<sup>④⑦</sup>

然而,应予以注意的是,德国法中素因不考虑原则虽然得到普遍赞成,但并不意味着被害人特殊体质绝对不影响赔偿责任。一方面,在稀有素因的极端案例中,加害人可以主张根据被害人的特殊体质减免赔偿责任,<sup>④⑧</sup>比如从最佳观察者角度也不存在预见可能的损害。另一方面,加害人赔偿责任也会因被害人特殊体质属于一般生活风险而得到减免。<sup>④⑨</sup> Schulze 指出,作为不法行为责任的限定,应该严格区分一般生活危险产生的损害与不法行为特别产生的损害,若不法行为发生之时被害人已经存在病理素因,该素因就不属于不法行为的特别危险而应承认减责。与此同时,作为共同体的人类在共同生活中必然存在一般生活危险,当被害人高度个性化的素因充当了一般生活危险的角色时,损害并非全然归责于加害人,加害人仅对其存在预见可能性的部分损害承担责任。<sup>⑤①</sup> Stoll 从假定因果关系出发指出,如果能证明作为假定因果关系的素因在将来会“确实地”实现,显然对素因的考虑应该持肯定态度,并且,以确实性与盖然性的概念来衡量,假定因果关系中素因的考量与素因竞合并不存在质的差别,只是程度的差异问题而已。<sup>⑤②</sup> 因此,在人身损害场合,若被害人自身疾病或者产生疾病的体质是损害发生的部分缘由,就应该从“危险的提高”角度一体化把握假定因果关系中的素因与素因竞合,以全额赔偿为基础扣除相当于危险实现程度部分的数额。<sup>⑤③</sup> 事实上,德国法中持素因不考虑原则的论者虽然没有如 Schulze、Stoll 那样明确提出素因减责的主张,但通常在素因不考虑原则之上也承认素因减责的例外适用,<sup>⑤④</sup>两种论点之间最终在法结论的获取上并无多大实质性差别。可见,德国法中围绕被害人特殊体质对损害赔偿的影响无疑存在处理模式的相左,但是,纵使素因不考虑原则的立场尚处于优势地位,被害人特殊体质的斟酌仍是损害赔偿法未忽视的问题。<sup>⑤④</sup>

### (三) 立场的相左与目标的共通

从本土视角观之,无论是理论学说还是司法裁判均倾向于素因减责论,当然,素因减责论并不意味着但凡被害人存在特殊体质均应减责,减责与否仍应符合既定的判断标准。反之,纵使素因不考虑论者也主张在原则之外还有例外,从而为素因减责的实施提供可能。于域外法上同样可以观察到

<sup>④⑥</sup> Vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 13. Aufl., München 1982, S.407-408.

<sup>④⑦</sup> Vgl. Deutsch / Ahrens, Deliktsrecht, 5. Aufl., Köln 2009, Rn 59.

<sup>④⑧</sup> Vgl. BGH NJW 1976, 1143; BGH NJW 1992, 2884; OLG Karlsruhe VersR 1966, 741; OLG Nürnberg Vers R 1999, 1117.

<sup>④⑨</sup> Vgl. GHJZ 1969, 702; KG VersR 1987, 105; OLG Karlsruhe MDR 1993, 29; OLG Braunschweig VersR 1996, 715.

<sup>⑤①</sup> Vgl. Schulze, Die Haftung des Schädigers bei besonderen Eigenschaften (Abnormitäten) des Opfers im deutschen und englischen Deliktsrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Peter Lang Verlag 1984, S.134-135.

<sup>⑤②</sup> Vgl. Stoll, 'The Wagon Mount' - Eine neue Grundsatzentscheidung zum Kausalproblem im Englischen Recht, Festschrift für Hans Dälle, Tübingen 1963, S. 399.

<sup>⑤③</sup> Vgl. Stoll, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, Tübingen 1968, S.42ff.

<sup>⑤④</sup> Vgl. Grüneberg, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Bd 7, 69. Aufl., München 2010, S.277; Schiemann, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 § § 249-254, Berlin 2005, S.80; Oetker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Band 2a § § 241-432, München 2003, S.340ff.

<sup>⑤④</sup> 参见谷口聪:《ドイツ不法行為法における素因考慮原則の再検討》,载《法学研究論集》1998年第8号,第186頁。

此种倾向,日本法作为少有以素因减责为原则的法制明确承认被害人特殊体质对赔偿责任的影响,但同时受到素因不考虑论者的强烈冲击。德国法作为采纳素因不考虑原则的典型代表也存在素因减责的强烈主张,为了缓解素因不考虑原则带来的不公,例外论不断地被承认。为此,就被害人特殊体质的侵权赔偿而言,减责论的主张总的来说并没有被否认,只是不同立场所采取的进路存在差异而已。素因减责论采取的进路是先承认减责的前提,再根据具体情况收紧减责的范围,素因不考虑原则采取的进路是在否认素因减责的基础上通过例外论打开减责的通道,两种立场从表面上看似处于两极,事实上却在各自的主张下向中间靠拢,最终实现损害的公平分担。这也是为什么有观点指出单纯地在减责与不减责之间决出立场的胜负并无意义,真正重要的其实是围绕裁判实务提取出影响素因减责与否的实质原理,以此构筑妥当的评价框架。就规范进路而言,特殊体质侵权损害赔偿的重点似乎不在于先验性的立场选择,而在于内在法原理的列明,并围绕法原理为素因减责的判断提供评价框架。当然,内在于法律论题之下的实质原理并非单一,倘若仅从单一原理出发去实施法律,就无法摆脱模式的僵化,进而无法达到结论的妥当,这也是指导案例 24 号在我国司法实践中不能得到全面实施的真正原因。在此,必须予以注意的是,法律体系之下的实质原理具有复数性的特点,其相互之间还存在要么冲突要么协作的动态机制。<sup>55</sup> 法结论正是在复数原理的协同作用之中实现妥当性,相应地,法官通过法原理的权衡得以寻求公正合理的解决方案。<sup>56</sup> 这不仅是解决特殊体质损害赔偿所应当贯彻的方法论,而且是指导案例保障规则供给能力与维持制度运行的正确方向。

#### 四、特殊体质损害赔偿的评价框架

##### (一) 素因减责的内在原理

##### 1. 特殊体质的重大性

所谓特殊体质,或者素因,从医学层面观之,是指预先存在身体内部、易于导致疾病的生理状态或病理状态。在司法领域,特殊体质一般是指与加害行为结合导致损害发生或扩大的部分原因。当然,到底什么是特殊体质或者素因,实质上并没有确切的定义。法律适用中特殊体质的表述大致存在两种进路。一是“描述法”,即从特殊体质本身的类型、状态、特征等方面出发,根据此类体质在损害事件中的具体样态描述其更易于诱发损害的特质。二是“比较法”,该进路从与正常损害事故的对比出发,强调特殊体质引发更严重损害的特质。<sup>57</sup> 然而,不论采取何种方法描述特殊体质,应予注意的都是,每个个体的具体情况总会存在差异,不同损害事故中每个个体的体质都发挥着与众不同的作用,期望在不同损害事故中根据个体特征实施绝对个性化的评价既无可能性也无必要性。也就是说,鉴于任何个体不存在划一的“标准体质”,基于“特殊”体质的一定偏离就要求被害人承担相应损害,显然不公平,同时,倘若被害人体质区别于标准体质而异常特殊,仅因一个偶然事故或者可责性极低的加害行为就迫使加害人承担全部风险,亦非妥当。据此,针对被害人特殊体质引发或扩大损害的赔偿,尽管特殊体质之外尚存在其他原理,但不应否认的是,特殊体质本身的状况对于赔偿与否及范围具有重要影响,特殊体质越重大者减责可能性应越高,反之,特殊体质越平常者则越无减责可能性。

我国有学者以“素因程度的类型化”为题在无需斟酌与应予斟酌的视角下提出了“正常个人差”与“缺乏最低限度抵抗力”的标准,<sup>58</sup>事实上该标准就是从特殊体质本身出发实施损害赔偿的法评价。如前所述,任何个体均存在与众不同的“特殊”体质,损害赔偿事故中既无可能也无必要对被害人的

<sup>55</sup>See Helmut Koziol, Harmonising Tort Law in the European Union: Advantages and Difficulties, 2013 ELTE Law Journal. 87 (2013).

<sup>56</sup>See Bernhard A Koch, Principles of European Tort Law, 20 King's Law Journal.207 (2009).

<sup>57</sup>参见木戸拓史《素因減額論の一考察: 過失相殺の類推適用の制限の検討》,载《北大法政ジャーナル》1997年第4号,第59頁。

<sup>58</sup>参见前注<sup>16</sup>,孙鹏文。



全部特殊体质实施个性化评价,只有超出必要限度内的特殊体质才存在独立评价的意义,必要限度之评判即在于“正常个人差”。但凡个体之间正常范围内的体质差异,预测可能性是当然存在的,行为人需对此负有特别的损害回避义务,否则应对该体质发生或扩大的损害承担赔偿责任。若被害人体质的特殊性超出正常人的一般范围,加害人则不对该部分损害负赔偿义务。司法实践中“正常个人差”已成为限缩指导案例24号适用范围的有效基准。比如,有法院认为指导案例24号秉承素因不考虑原则的原因在于被侵权人的特殊体质是年老型骨质疏松,该体质系人体正常衰老发展过程的表现,故不影响加害人的赔偿责任,而待决案例中的特殊体质指向于严重的冠心病,与指导案例中的正常体质有别,所以判决被害人特殊体质应当减轻赔偿责任。<sup>⑤</sup>与此相对,诸如被害人年老体弱的体质素因、高度近视的生理素因及胸椎轻度骨质增生的病理素因,均属于正常个人差范围内的特殊体质,应当秉承素因不考虑原则。<sup>⑥</sup>当然,与“正常个人差”相伴的还有一般生活风险标准,即社会活动的相互联系必然存在社会运作所必要的常规风险,正常情况下一般社会活动参与者面对社会运作的常规风险应具备最低限度的抵抗力,否则就会因缺乏最低限度抵抗力导致特殊体质异常重大,被害人自然应当负担该风险导致的损害。

## 2. 加害行为与特殊体质的参与度比例

一般来说,责任范围的划定借助于因果关系的法技术工具,其从条件关系到相当因果关系存在两个判定步骤,条件关系以“若无则不”(“but-for”)的检验法进行事实认定,相当因果关系以加害行为是否一般性地提高损害发生的可能性进行通常性认定。其中,条件关系秉承“若无既不”规则,通常不需要触及因果关系的参与度问题,相当因果关系的实质虽是一种可能性判断,但只需满足事物正常发展进程的判断即可,无需绝对证明可能性的比例标准。证明因果关系所要求的并非科学意义上的精确,只要达到加害行为大致可能引发损害即可。<sup>⑦</sup>可见,条件关系与相当因果关系的判断基准虽然相异,但两者存在共同的倾向,即秉承“要么全部,要么没有”(“all or nothing”)的思维模式,参与度比例并非考察的重点。<sup>⑧</sup>然而,从我国既有的案例积累来看,被传统思维模式所忽视的参与度比例对素因减责的判断属于重要的判定原理,其不仅是划定责任比例的重要依据,而且对于特殊体质是否属于减责事由的认定具有直接的规范作用。

与特殊体质的重大性类似,我国司法实践中损伤参与度也成为限缩指导案例24号的有效工具。比如,在加害行为与特殊体质造成直接损害场合,有法院认为指导案例24号中加害行为参与度为75%,待决案件中加害行为的参与度为12.5%,对损害仅起到轻微作用,两者认定的事实无可比性,故而判令素因减责。<sup>⑨</sup>在间接损害场合,受害人因交通事故住院治疗,其后因自身原有疾病再次住院治疗,法院认为,二次损害由交通事故的外力与被害人自身疾病间接结合而成,但第二次住院治疗与交通事故的因果关系并不明显,仅具有30%的参与度,不适用指导案例24号,责令加害人承担30%的赔偿责任。<sup>⑩</sup>纵使加害行为与特殊体质的原因力大小同为50%,亦存在减轻加害人赔偿责任的可能性。<sup>⑪</sup>此外,在部分司法裁判中,法院并未明确说明加害行为的参与度比例,只是大致指出,若没有受害人自身原有疾病的参与,正常情形下将难以导致待决案件中的严重损害,这与指导性案例24号加

<sup>⑤</sup>参见江苏省高级人民法院(2018)苏民申911号民事裁定书。

<sup>⑥</sup>参见江苏省高级人民法院(2018)苏民申1184号民事裁定书;广东省高级人民法院(2017)粤民申8395号民事裁定书;湖南省高级人民法院(2014)湘高法民再终字第102号民事判决书。

<sup>⑦</sup>See Gerald W. Boston, Toxic Apportionment: A Causation and Risk Contribution Model, 25 Environmental Law 631 (1995).

<sup>⑧</sup>有法院指出,损伤参与度与民事损害赔偿并不完全等同,损伤参与度作为加害行为作用于损伤的定量分割,是一个纯粹技术方面的概念,而非民事损害赔偿划分的比例。参见新疆维吾尔自治区高级人民法院(2013)新民一提字第00025号民事判决书。

<sup>⑨</sup>参见江苏省高级人民法院(2018)苏民申911号民事裁定书。

<sup>⑩</sup>参见四川省高级人民法院(2018)川民申4202号民事裁定书。

<sup>⑪</sup>参见江苏省高级人民法院(2018)苏民申522号民事裁定书。

害行为直接导致损害的情形不同,故不具有参照性,<sup>66</sup>或者认为加害行为只是造成损害的辅助因素,被害人特殊体质才是主要原因,故采用素因减责的处理模式。<sup>67</sup>与此相反,若被害人特殊体质仅是损伤的辅助因素,加害行为作为主要原因具有较大的参与度比例,自然导向了素因不考虑原则。<sup>68</sup>依此,从我国司法实践来看,到底选择素因不考虑原则还是素因减责论,加害行为与特殊体质的参与度比例属于重要的规范原理,尽管因果关系的参与度非传统损害赔偿法的关注点,但在被害人特殊体质场合,若忽视我国司法实践的既有积累,则不甚妥当。

### 3. 加害行为的违法性程度

从责任成立法观之,违法性作为评价行为正当程度的原理,旨在对违反法秩序的行为实施客观的负面评价,区别于行为人的有责性评价其预示着对行为本身的责难。<sup>69</sup>谈及违法性概念,其通常是作为判定责任成立与否的要件存在,少有触及责任效果的认定机能。违法性要件于责任成立法的机能仅关涉违法性“有”或“无”的问题,无论是个人的轻微加害行为,还是企业的严重危害行为,在责任成立领域只需要满足最低限度的违法性即可,至于违法性的严重程度,则在所不问。然而,从实质层面观之,加害行为的违法性尚存在程度之分,比如,公共道路上从事挖坑、修缮活动的危险性就远远大于在封闭院落内从事类似活动的危险性,非法占有高度危险物的危险性也远大于占有其他普通物品的危险性,针对危险性越高的加害行为,行为人应负有越高的注意义务,有义务采取越充分的防范措施。<sup>70</sup>面对违法性程度无法得到妥当评价之困境,应该承认损害赔偿阶段违法性概念属于重要概念,即使在完成责任成立的评价机能之后,违法性的高低不同还应对损害赔偿额的确定具有指导意义。<sup>71</sup>据此,基于机能的差异,责任成立法无法承载违法性程度的全面评价,理应将该部分任务诉诸责任效果法,将违法性程度的高低反映到责任范围的宽窄上。

就特殊体质的侵权损害赔偿而言,加害行为的违法性程度亦发挥了相当的规范机能。有观点指出,针对社会所需求的、总体上有利于促进公共福利的行为,法律应当充分保护行为自由,比如,医疗损害赔偿领域医疗行为就因其公益性而不同于其他单纯的侵害行为,根据鉴定机构认定的损伤参与度认定比例责任有其合理性。<sup>72</sup>此点在我国既有判例中已得到证成。一方面,司法实践倾向于将行为类型的抽象危险性作为特殊体质损害赔偿的判定机理。例如,有法院认为不同于单纯作为加害行为的道路交通事故,医疗侵权行为存在相当的社会有益性,医疗行为通过医学技术对人身形成干预本身就具有必然的局限性与风险性,且其对被害人乃至社会整体均具有公益性,违法性程度显然有别,面对受害人的特殊体质应当减小责任范围。<sup>73</sup>另一方面,除了抽象危险性之外,个案中加害行为因行为方式、侵害手段、影响范围等方面的差异在具体危险性上也存在高低,这在特殊体质损害赔偿的考察中均应予以综合衡量。<sup>74</sup>可见,就素因减责的判定而言,加害行为的违法性程度应具有重要的规范作用,特别是加害行为与被害人特殊体质结合产生的间接损害,由于有责性原理对间接损害的辐射作用较弱,此时就更需要以加害行为的违法性程度作为替代基准。

### 4. 加害人的过错程度(有责性)

<sup>66</sup>参见湖北省高级人民法院(2017)鄂96民终253号民事判决书;山东省青岛市中级人民法院(2018)鲁02民终1690号民事判决书。

<sup>67</sup>参见浙江省高级人民法院(2019)浙民申192号民事裁定书;浙江省高级人民法院(2017)浙民申203号民事裁定书。

<sup>68</sup>参见江苏省高级人民法院(2016)苏民再79号民事判决书。

<sup>69</sup>Vgl. Stathopoulos, Bemerkungen zum Verhältnis zwischen Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeit im Zivilrecht, in: Canaris/Diederichsen (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 80. München 1983, S.645.

<sup>70</sup>参见程啸《侵权责任法》,法律出版社2015年版,第284页。

<sup>71</sup>参见後藤孝典《现代损害赔偿论》,日本评论社1982年版,第32-33页。

<sup>72</sup>参见周小峰《特殊体质受害人损害赔偿问题研究》,载《人民司法》2012年第13期。

<sup>73</sup>参见广东省高级人民法院(2018)粤民申9142号民事裁定书;山东省高级人民法院(2016)鲁民申975号民事裁定书。

<sup>74</sup>参见浙江省温州市龙湾区人民法院(2013)温龙民初字第850号民事判决书。

与违法性程度旨在谴责加害行为本身不同,有责性评价指向加害人的主观状态,有责性的规范作用以过错程度来影响赔偿责任范围。理论上,作为私法自治的应有之义,有责性标准无可争议地被作为判定特殊体质侵权赔偿责任的内在原理之一。<sup>⑤</sup>司法实践亦然,损害后果的正常预期范围、是否可以预见到死伤后果、过错程度的高低等标准均被作为特殊体质损害赔偿的判定依据。<sup>⑥</sup>

故意或重大过失场合,基于加害人严重的主观恶性,理应倾向于赔偿受害人遭受的全部损害;在非重大过失场合,鉴于过失程度的强弱有别,不同的有责性应当赋予差异化的责任评价。就过失程度的判断而言,尚需结合预见可能性与结果回避义务的内部构造。首先,可预见性的内容“不要求对伤害预见到极为具体的程度,只要能够一般性地预见到伤害的现实可能即为足够”,<sup>⑦</sup>作为可能性的程度概念,无疑存在可预见性的高低问题。根据具体行为人的智力、精神、能力、相关社会经验等因素,天资聪慧或经验丰富者可以充分预见致害可能性,与“合理人”相比更应该采取合理行动避免损害的发生,否则可归责性就更高;反之,能力低下者由于自身的局限无法有效预见致害的发生,可归责性相比之下应该更低。其次,行为人在预见致害可能性后还负有积极的调查义务,并采取合理措施避免损害的发生。至于行为人应采取何种合理行为,“系以一般具有相当专业知识经验且勤勉负责之人,在相同之情况下是否能预见并避免或防止损害结果之发生为准”,“认定过程,系将具体加害人之‘现实行为’衡诸善良管理人在同一情况的‘当为行为’,若有差距,即加害人之行为低于其注意标准时,即属有过失”。<sup>⑧</sup>结果回避义务的判断即在于“现实行为”与“当为行为”的比较,当“现实行为”没有达到“当为行为”之标准时,即违反了结果回避义务。这里同样存在程度高低的评价,因为根据“现实行为”的具体样态,有的行为只是轻微地背离了“当为行为”之标准,有的行为则是严重地背离了“当为行为”之标准,甚至行为人根本就没有“现实行为”,若分别评价不同的“现实行为”就可以看出,行为人所为之不同行为在可归责性上是不同的。这样,鉴于预见可能性与结果回避义务均存在程度的差异,此种特性为过失的严重性提供了具体评价路径,从而成为加害人有责性的判断依据。

## (二) 素因减责的动态权衡

从方法论观之,从概念法学到评价法学的变迁注重规则的实质化考察,规则之下的原理作为多元的存在,以法原理为基础的正当化论证即在于原理的均衡化衡量。换言之,法解释的实质就是原理之间的权衡,通过法原理的衡量,“法”的真正意义才得以确定。<sup>⑨</sup>在特殊体质的侵权损害赔偿中,加害人与被害人的责任分配亦取决于内在于问题表象的多层次原理,此等原理的体系关联决定了特殊体质损害赔偿的规则界定,个案中到底是应当秉持素因减责论还是应当采取素因不考虑原则,只有在法原理的动态权衡中才能汲取正当性。

特殊体质侵权损害赔偿的法原理有四方面:素因的重大性;素因的参与度;加害行为违法性;加害人有责性。前两者从被害人角度注重素因的考察,后两者从加害人角度注重责任原因的溯及。既然法解释的实质在于法原理的权衡,特殊体质的侵权损害赔偿亦未逸出这四大原理的评价范围。

其一,支配素因减责的法原理并非概念式“有”或“无”的判断,而是“多”或“少”的量度权衡。按照阿列克西的观点,原理作为一种最优化的命令,与“全有或全无”的性格特质不同,其可以在不同程度上被满足,满足的程度不仅依赖于实际的可能性,还依赖于法律的可能性。<sup>⑩</sup>具体而言,特殊体质

<sup>⑤</sup>参见孙鹏《受害人特殊体质对侵权责任之影响》,载《法学》2012年第12期;前注④,龚海南文;周小峰《特殊体质受害人损害赔偿问题研究》,载《人民司法》2012年第13期。

<sup>⑥</sup>参见四川省高级人民法院(2018)川民申3625号民事裁定书;浙江省高级人民法院(2015)浙民申字726号民事裁定书;山东省高级人民法院(2013)鲁民申字1287号民事裁定书。

<sup>⑦</sup>刘文杰《论侵权法上过失认定中的“可预见性”》,载《环球法律评论》2013年第3期。

<sup>⑧</sup>陈聪富《侵权归责原则与损害赔偿》,北京大学出版社2005年版,第45-46页。

<sup>⑨</sup>参见平野仁彦《法の解釈と原理衡量》,载《立命館法学》2012年第3号,第1451页。

<sup>⑩</sup>See Robert Alexy, Constitutional Rights and Proportionality, 22 Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law. 52 (2014).

若超出“正常个人差”的范围越大,素因的参与度比例越大,就越应该减免赔偿责任,加害行为违法性程度与加害人有责性亦然,各原理均具有正反方向的伸缩可能性。法原理的此种评价方式与概念的条件程式显然有别,呈现出“……越多,……越多”、“……越多,……越好”、“在……的情形,……更多”、“在……的情形,……更好”的比较命题。基于此,作为评价基础的法原理在形态上体现出“阶段化可能性”的性格特质,阶段化可能性强调评价要避免有或无的选择,转而注重原理的满足程度,在这种以充足度为重心的评价机制中,指导案例 24 号一刀切的僵化机制得以避免。

其二,特殊体质到底能否减轻赔偿责任的回答实非任意单一原理的推演,而是多个原理的协动。鉴于法原理阶段化可能性的特质,个案中每个法原理并非都可以一体化地达到所要求的平均程度,其在满足程度上必然高低有别。此时,在以满足程度为中心的判定框架中,法律效果的有无就依赖于原理之间的“配合解释”,即使诸多原理中的一个原理不明显或者不甚明显,但其他原理非常典型时,仍然可以认定存在相应的法律后果,因为纵使法律后果的判定要求评价所有原理的程度,但并不是要求所有原理都需要达到平均程度,即使部分原理未达到或者根本不符合标准,也会因其他原理充足度的满足而得到弥补。<sup>①</sup>事实上,为实现责任的公平分担,此种非定式化的思考方式已被部分法院采纳。从裁判方法来看,有法院明确指出责任比例的划分“应当兼顾比较当事人主观过错及其行为对损害后果的原因力因素,结合双方当事人的注意义务、行为发生时加害人对被害人的特殊体质是否知悉、加害人对损害后果的可预见性等情形,全面考量行为人的过错程度及受害人的基础疾病因素后进行综合判定”。<sup>②</sup>从各原理的互动来看,有法院指出,虽然加害行为对损害后果的发生属主要原因,被害人的特殊体质属次要原因,但加害行为所引发的部分风险本身应当由被害人的特殊体质承担,从而,该法院判令比例减责。<sup>③</sup>可见,案中素因作为次要原因在参与的充足度上未达到一般标准,评价上应该更倾向于素因不考虑原则,但如果加害行为的违法性程度较低,又弥补了素因参与度的不足,最终会把结果拉向素因减责。这里呈现出的是素因参与度与加害行为违法性程度两大原理的互动,当然也存在素因参与度与加害人有责性的互动以及其他协动机制。<sup>④</sup>总之,关于特殊体质的损害赔偿,个案中的法律评价应当充分挖掘内在于其中的法律原理,以各个法律原理的充足度为基础实施相互之间的动态权衡,并在动态权衡的过程中选取妥当的法律效果。

事实上,在素因重大性的基础上结合素因参与度、违法性程度及有责性程度实施责任范围的动态衡量并非特殊体质侵权损害赔偿所独有,有学者以我国立法与司法笼罩着浓厚的概念法学色彩为背景,业已提出以损害为基础结合违法性程度、归责性程度与因果关系奉献度动态评价损害赔偿范围的一般作用机制,并进一步认为“各种量度的影响并不是简单叠加,而是在综合考量之后,寻找一个价值判断上可以接受的点。目标不是要达到数学上的精确,而是价值上的妥当”。<sup>⑤</sup>此种一般性的作用原理与特殊体质侵权损害赔偿所提取出来的判定框架几乎没有太大差别,对笔者于本文中主张的方法论更迭具有证成作用,在某种程度上也可以认为这就是损害赔偿范围一般判定原理在特殊体质赔偿领域的具体实施。值得注意的是,特殊体质的损害赔偿问题在损害赔偿法中具有特殊性,素因参与度的法原理虽然得到证成,但是否就可以将素因参与度扩张为因果关系奉献度作为损害赔偿的一般原理,仍需证实,因为在其他案例类型中,因果关系的奉献度似乎并未成为普遍的规范原理。

<sup>①</sup>参见[奥]海爾姆特·庫齊奧《侵权责任法的基本问题(第一卷)——德语国家的视角》,朱岩译,北京大学出版社 2017 年版,第 15 页。

<sup>②</sup>吉林省高级人民法院(2015)吉民申字第 771 号民事裁定书。

<sup>③</sup>参见浙江省高级人民法院(2009)浙民终字第 48 号民事判决书。

<sup>④</sup>参见北京市高级人民法院(2015)高民申字第 03287 号民事裁定书。

<sup>⑤</sup>参见叶金强《论侵权损害赔偿范围的确定》,载《中外法学》2012 年第 1 期。

## 五、素因减责的教义学归结

尽管笔者于本文中主张通过法原理的动态权衡构筑素因减责的评价框架,但应予以注意的是,动态权衡仅是导出法结论的手段而已,其本意在于弥补漏洞,而非解构制定法。也就是说,纵使通过动态权衡之途径获取了适宜的法结论,也要以妥当的路径融入教义学体系,其最终仍指向现行法体系。从这个角度来看,动态权衡并非意在代替法教义学而是对法教义学形成补充。<sup>⑧</sup>从立法论来看,素因减责的明文化有两条路径:其一,直接以素因减责为规范内容在立法层面加以明确;<sup>⑨</sup>其二,素因减责的实质乃公平分担损害,以公平分担损害为规范目的的构造无疑指向损害的公平酌减条款,其规范意旨在于,“如其损害异常重大,令其负担完全赔偿,对赔偿义务人而言,属于重大不公者,则法院得限制赔偿义务之范围”。<sup>⑩</sup>然而,遗憾的是,我国《侵权责任法》忽视了这两条道路的规范建构,我国《民法典》侵权责任编对此论题也未着墨,属于自始的认知性漏洞。也许正是因为对该规范漏洞的放任,既有司法裁判实施素因减责时大多不会明确阐述法律构成,而是单纯根据素因的寄与度认定赔偿数额,素因减责在法教义学上的体系地位尚需补漏订讹。

有观点认为,特殊体质对损害的发生具有参与时,考虑到被害人体质的异常,若其怠于做出避免危险的措施,则可适用过失相抵(《德国民法典》第254条)实现损害的分担。<sup>⑪</sup>不过,适用过失相抵相当于将特殊体质与过错同等对待,被害人因此负有更高层次的注意义务将不合理地限制其行为自由,导致其社会交往范围受限,这样做的价值评判或伦理基础皆缺乏正当性。<sup>⑫</sup>尽管特殊体质难以与过错等同评价,但有观点认为可通过类推适用过失相抵的方式实现损害的公平分担。类推过失相抵论者认为,过失相抵可以从被害人分担损害赔偿与加害人责任减轻两个观点解读,且重要者并非在于被害人是否可归责,而在于加害人责任是否应当减轻。在被害人特殊体质场合,加害人行为的非难可能性或违法性较低,因而可类推适用过失相抵减轻赔偿责任。<sup>⑬</sup>然而,虽然过失相抵一定程度上承担了公平分担损害的机能,类推适用过失相抵亦可以实现损害的公平分担,但就受害人过失的类推而言,无论如何也需要被害人存在注意义务的违反或者可归责性,仅仅对损害存有参与力的特殊体质似乎并不满足最低限度的可归责性,特殊体质也不足以与加害行为置于同一层面同等对待。<sup>⑭</sup>有日本学者指出,因被害人的可归责性减轻赔偿责任要求被害人对此类损害具有回避可能性,否则就不应对被害人方面的事由做出类似于事故危险行为的评价。素因竞合事例中被害人根本没有回避可能性,实质上与过失相抵的法理相抵触,素因减责问题已然超越了过失相抵的可能射程。<sup>⑮</sup>因此,鉴于被害人的不注意、可非难性或可归责性作为类推适用过失相抵的根本要求,特殊体质损害赔偿对过失相抵的类推适用不过是为了公平分担损害而实施的条文借用而已。<sup>⑯</sup>

<sup>⑧</sup>参见石田喜久夫:《ひとつの動的体系論》,载《京都学園法学》1998年第2号。

<sup>⑨</sup>关于素因减责的立法建议,参见阿部讓等《新時代における過失相殺法理の在り方》,载《法律学研究》2016年第55号,第120页。此外亦存在素因不考虑原则的明文化。参见欧洲民法典研究组、欧洲现行私法研究组《欧洲示范民法典草案:欧洲私法的原则、定义和示范规则》,高圣平译,中国人民大学出版社2011年版,第320页。

<sup>⑩</sup>邱聪智《民法研究(一)》,中国人民大学出版社2002年版,第110页。

<sup>⑪</sup>Vgl. Kötz, Deliktsrecht, 7. Aufl., Neuwied 1996, S.62

<sup>⑫</sup>参见程啸《受害人特殊体质与损害赔偿责任的减轻》,载《法学研究》2018年第1期。

<sup>⑬</sup>参见陈聪富《侵权违法性与损害赔偿》,元照出版公司(台北)2008年版,第304页。

<sup>⑭</sup>参见石橋秀起《交通事故における素因減責の本質》,载《立命館法学》2012年5・6号,第128页。

<sup>⑮</sup>参见窪田充見《過失相殺の法理》,有斐閣1994年版,第282页。

<sup>⑯</sup>参见北河隆之《素因減責論の現状と課題》,载日本交通事故紛争処理委員会編《交通事故訴訟の理論と展望》,1993年119-120页。

据此,既然过失相抵不可采用,类推适用过失相抵也非恰当,只能退而诉诸于具有漏洞补充功能的诚实信用条款。诚信条款作为弥补漏洞、发展法律的“软性”机制已为现代法制所明确承认,<sup>⑤</sup>面对规范漏洞补充手段的不足,诚信条款应当承担起调整特殊体质案件中损害分配的任务。此外,作为法律漏洞的补充手段,为了尊重制定法的拘束力,与诚实信用条款相比,类推制度无疑具有适用优先性,但如前所述,被害人特殊体质根本没有类推适用过失相抵的法理可能,将诚实信用条款作为素因减责的教义学归结点并无不妥。

(责任编辑:陈历幸)

## Compensation for Tort Damage involving Special Constitution: Substantive Review and Method Alteration

Wang Lei

**Abstract:** Guiding Case No. 24 is strongly restricted in its application in judicial practice, which indicates that there is no absolute justification in the rule that the special constitution of the victim does not affect the sharing of the damage at all. Based on the methodological examination, both the local perspective and the comparative perspective show that the compensation for tort damage involving special constitution should not be bound to position choice between the theory of reducing liability due to special constitution and the principle of not considering special constitution. Instead, the correct approach should be to analyze principles that affects the sharing damage involving special constitution, and carry out induction (the non-deductive measure of hermeneutics) with the topic structure oriented by problematic way of thinking. From the interaction between theories and cases, there are four normative principles of compensation for damage involving special constitution, namely the significance of special constitution; the proportion of special constitution to tort; the degree of illegality of tort; degree of fault of tortfeasor. Whether or not the liability is reduced due to special constitution and the degree of reduction are determined by the "cooperative interpretation" of the four principles, and the legal conclusion should be justified from the dynamic weighing of all principles. Of course, the way of thinking of dynamic evaluation is not intended to deconstruct legal dogmatics but to make a supplement, and the weighing conclusion should be made by returning to the current legal system, so as to respect the binding force of positive laws. Since there is no possibility in the jurisprudence to let contributory negligence or analogical contributory negligence cover the compensation for the damage involving special constitution, the dogmatic conclusion of liability reduction due to special constitution can only be based on the good faith clause which has the function of loophole filling.

**Keywords:** Special Constitution; Guiding Case; Liability Reduction due to Special Constitution; Principle of Not Considering Special Constitution; Tort Law

<sup>⑤</sup>参见陈甦主编《民法总则评注(上)》,法律出版社2017年版,第48页;王利明主编《中华人民共和国民法总则详解》,中国法制出版社2017年版,第34页;梁慧星《裁判的方法》,法律出版社2003年版,第176页。