

特殊体质受害人的侵权法救济^{*}

——兼评指导案例 24 号

傅 强

摘 要: 指导案例在司法实践中是如何被“参照”的,体现了指导案例独特的约束力。指导案例 24 号的规则和域外的蛋壳脑袋规则在体系结构和内容上存在明显不同。以中国裁判文书网中的相关民事判决为样本,对其中参照和没有参照指导案例的判决加以比较,发现指导案例不仅在交通事故领域,在人身权侵权、医疗侵权等领域也有影响力。司法实践通过损害是否可以预见、区分体质和疾病、将特殊体质的作用归类为“诱因”等方式,拒绝在一些案件中参照指导案例。这种偏离指导案例时的正当化说理其实是案例区分技术的中国版本,其恰恰证明而非否定了指导案例的约束力。

关键词: 特殊体质 蛋壳脑袋规则 指导性案例 侵权责任法

中图分类号: DF521 **文献标识码:** A **文章编号:** 1673 - 8330 (2017) 04 - 0070 - 11

DOI:10.13893/j.cnki.bffx.2017.04.006

一、问题的提出

指导案例起指导作用的方式,是法院在审理类似案件时会“参照”。对于“参照”一方面要分析其普遍性,即指导案例如何改变了法院的说理方式,扭转了一类案件的判决结果。但更重要的是,分析法院是如何在类似案件中区分指导案例和手头案件的不同,划定指导案例的适用范围的。具体而言,指导案例 24 号^① 有三个方面需要分析:(1) 蛋壳脑袋规则包括因果关系模式和与有过失模式两种规定方式,而指导案例 24 号是通过适用《侵权责任法》第 26 条达到和蛋壳脑袋规则相同的效果,采用的是与有过失模式。因此,有必要分析蛋壳脑袋规则和与有过失规则的异同。(2) 从结果上看,指导案例第 24 号所确立的规则和域外的蛋壳脑袋规则是相同的,然而在论述途径上迥然有别,这之间的区别是否具有实质上的重要性,需要分析。(3) 从司法实践角度看,在指导案例第 24 号之前被侵权人体质常被理解为损害的原因之一而减轻侵权人的责任,但在指导案

^{*} 本文关于蛋壳脑袋规则的讨论,特别受到笔者于 2014 年 2 月在美国北卡罗来纳大学教堂山分校法学院讲授“亚洲法律纵览”课程时和学生讨论的启发,谨此致谢。

[作者简介] 傅强,西北大学讲师,法学博士。

^① 指导案例 24 号即 2014 年 1 月 26 日发布的“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”,具体内容见《最高人民法院关于发布第六批指导性案例的通知》(法〔2014〕18 号)。

例之后,除了多数参照最高人民法院的判决外,也开始出现区分手头案件和指导案例的判决。分析这些没有严格参照最高人民法院判决的判决,能够帮助我们进一步理解指导案例的约束力。

二、指导案例 24 号与蛋壳脑袋规则的关系

笔者分析蛋壳脑袋规则的目的是为了从比较法的角度阐述指导案例 24 号的特殊性。其一,指导案例 24 号规则和蛋壳脑袋规则之间是什么关系,能否认为指导案例 24 号将蛋壳脑袋规则引入我国司法实践?在最高人民法院案例指导工作办公室的介绍文章中提到指导案例 24 号“所作结论也是‘蛋壳脑袋理论’在交通事故责任纠纷案件中的具体适用,具有法理基础,有一定普遍性”。^②经过比较法分析可以发现,蛋壳脑袋规则实际上包括流行于欧美的因果关系模式和日本的与有过失模式。指导案例 24 号的特殊性在于,其论述方式和日本的与有过失模式接近。其二,指导案例 24 号和其之前的司法实践对比,最重要的改变就是从原来的部分赔偿变成全部赔偿,那么比较法上蛋壳脑袋规则的实质是否也是要求侵权人赔偿被侵权人的全部损失?

(一) 解决特殊体质问题的模式选择

采用原因力理论只赔偿扣除特殊体质造成损害之外的部分、适用与有过失规则、类推适用与有过失规则、不得适用与有过失规则,这构成了可供选择的四种路径。直接适用与有过失规则是困难的,因为很难认为特殊体质是一种侵权法意义上的过错。不过,倘若受害人明知存在特殊体质而没有采取恰当措施,那么就可以直接适用与有过失规则减轻赔偿责任。^③类推适用与有过失规则减轻责任的观点,理论上学者主张、比较法上也有支持,只是从制度层面看如何区分疾病和特殊体质会成为一个比较棘手的问题。

1. 因果关系模式。“蛋壳脑袋”规则是关于因果关系的规则,围绕蛋壳脑袋规则有效性的一场著名争论非常明确地揭示了这一点。1961年,英国在 *Wagon Mound* 一案中接受了可预见性规则作为对近因的检验。^④在考虑了可预见性规则和蛋壳脑袋规则的冲突后,蛋壳脑袋规则的有效性于一年后的 1962 年被确认。该案的法官认为,由于蛋壳脑袋规则广受尊敬, *Wagon Mound* 中的可预见性规则不应被认为影响到该规则“检验并非这些被告是否能够合理地预见到烧伤会引起癌症并最终导致死亡,问题在于这些被告能否合理地预见到损害的类型,即烧伤。”^⑤这就限制了可预见性规则的适用范围,确保了蛋壳脑袋规则的有效性。

可以看到,通过调和蛋壳脑袋规则和可预见性规则之间的冲突,可预见规则成为近因判断的一个通用标准。正因如此,对于那些接受可预见性规则的侵权法来说,界定蛋壳脑袋规则的方式就必须从因果关系的角度切入,肯定侵权人对不可预见的身体损害仍要承担责任。例如在美国侵权法的第二次“重述”中,蛋壳脑袋的规则是这样界定的:尽管对于被侵权人的身体状况既不知道也不应当知道,对于作为理性人的行为人本应预见到的其行为所造成的损害更严重的损害,过失行为人对该损害承担责任。^⑥在第三次“重述”第 31 条则规定:由于被侵权人先在的身体、精神状况或者其他特质,行为人的侵权行为导致了比合理预见的伤害程度更加严重或者不同类型的身体损害,行为人仍需对所有损害承担责任。^⑦由于实际发生的损害从结果回溯过去,任何难以思议的结果都

^② 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12期。

^③ [日]吉村良一:《日本侵权行为法》,张挺译,中国人民大学出版社2013年版,第131页。

^④ *Overseas Tankship (U. K.) Limited v. Morts Dock & Engineering Co. Ltd., The Wagon Mound*, [1961] A. C. 388.

^⑤ *Smith v. Leech Brain & Co.*, [1962] Q. B. 405.

^⑥ *Restatement (Second) of Torts* § 461, 1965.

^⑦ *Restatement (Third) of Torts: Liab., Physical Harm* § 31 (p. F. D. No. 1, 2005).

和初始的事件存在普通意义上的因果关系。法律制度为了否定此种特殊情形下的侵权责任,既可以选择否定这种通常意义上的因果关系是非法律上的因果关系,也可以认为侵权人没有法律上的义务预见此种因果关系。而作为例外的蛋壳脑袋规则是通过法律因果关系来解决此类问题的,其方法就是以预见损害的种类而非具体损害作为判断法律上因果关系的标准。在欧洲示范民法典草案的 VI-4: 101 (2) 中规定: 在人身伤害或者死亡的情形,不考虑和损害的类型或者程度相关的被侵权人体质。^⑧ 该条文规定在“因果关系”这一章的第一条“一般规定”里。这个体系位置表明,在 DCFR 的起草者眼中,蛋壳脑袋规则和因果关系问题有着非常紧密的联系。事实上,法国、比利时、希腊、荷兰等国家都是从特殊体质不会打破因果关系链条这个角度来界定蛋壳脑袋规则的。^⑨

综合以上的材料可以发现,蛋壳脑袋规则和指导案例 24 号规则在结构上是很不同的。蛋壳脑袋规则是在侵权人的行为和损害之间存在因果关系这个大前提下的例外规则。从诉讼过程的角度看,只有确立了被告侵权责任成立,才有必要进一步考虑被告关于原告与有过失应减轻其责任的抗辩。在被侵权人特殊体质产生异常损害的情形,被告应对这些异常损害负责,其举证责任在原告。而蛋壳脑袋规则就是用来帮助原告论证被告的行为和异常损害之间存在法律上因果关系的。只有在原告使用蛋壳脑袋规则确立了被告侵权责任的情况下,被告才有必要考虑与有过失抗辩的必要。而指导案例 24 号是从被侵权人角度分析的: 在确认具备事实上的因果关系后就直接否认了法律上的因果关系进而否认了原告方有过错。比较起来,蛋壳脑袋规则的聚光灯在被告,而指导案例 24 号规则的着眼点在原告。因此,蛋壳脑袋规则要求具备法律上的因果关系,而指导案例 24 号规则恰恰否定了法律上的因果关系。

2. 与有过失模式。在指导案例 24 号中,法院认为被侵权人的体质不是“过错”,因而不能适用与有过失规则来减轻侵权人的责任。但是从比较法上看,日本的实践恰恰构成一个重要的反例,即特殊体质问题可以通过类推适用与有过失规则。《日本民法典》第 416 条第 2 款规定: 虽因特别情事产生的损害,但当事人已预见或可以预见该情事时,债权人也可以请求赔偿。日本旧判例就是适用该条,在特殊体质可以预见时允许赔偿。不过这样的处理带来两个问题: 预见标准过于严格导致不能妥当赔偿被侵权人,同时全有或全无的赔偿方式过于机械。此后,日本最高法院采用了类推适用与有过失的方法,根据特殊体质的作用比例而减少赔偿额的观点成为有力说。然而也还有其他认为原则上不应考虑被侵权人特殊体质的观点。日本最高法院则在一个判决中区分了疾病和体质,对于体质不允许类推适用与有过失减少赔偿额。结果是就特殊体质和疾病而言,日本最高法院在能否类推适用与有过失问题上并不一致。^⑩ 由此可见,日本侵权法在特殊体质问题上是从预见可能性的因果关系模式演进至类推适用与有过失规则的模式。

3. 指导案例 24 号的模式。指导案例 24 号是关于如何适用与有过失规则的。其一,指导案例 24 号“相关法条”部分指明该案例涉及的是《侵权责任法》第 26 条,而该条就是规定与有过失规则的。其二,指导案例 24 号“裁判要点”是这样表述的“交通事故的被侵权人没有过错,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。”而与有过失规则恰恰属于减轻侵权人责任的法定情形。两相对照,“裁判要点”是对被侵权人体质状况能否适用与有过失规则的判断。可以佐证上述判断的是出现在“关键词”部分的“过错责任”。将这个“过错责任”理

^⑧ 中文对此法条的翻译过于强调了受害人对损害的影响,参考英文和该书的相关论述,似应采弱化受害人影响的翻译表述。参见 [英] 克莱夫、[德] 巴尔主编《欧洲私法的原则、定义与示范规则: 欧洲示范民法典草案: 全译本. 第 5 卷、第 6 卷、第 7 卷》,王文胜、唐超、李昊译,法律出版社 2014 年版,第 583、588—589 页。

^⑨ 前引^⑧ [英] 克莱夫、[德] 巴尔主编书,第 600—603 页。有意思的是,我国司法实践中也出现了这样特殊体质不打破从因果关系角度论证的判决,参见 (2015) 贺民商初字第 24 号。

^⑩ 前引^③,第 130—131 页。

解为《道路交通安全法》第79条第1款第2项的机动车一方责任是说不通的,因为尽管对于机动车交通事故责任责任的归责原则有很多争论,但没有观点认为归责原则是单纯的过错责任。^⑪那只能认为该过错责任指的是被侵权人的过错责任了。事实上,就与有过失的理论基础来看,一直存在这样一种观点,认为之所以在与有过失的情况下可以减轻侵权人的责任,是因为此种情况下被侵权人也相当于造成自己损害的侵权人之一。^⑫从这样一种观点的角度来看,“过错责任”指的就是被侵权人的过错责任,其自然的推论就是按照一般人标准要求被侵权人,在被侵权人有高血压、心脏病的情况下承担更高的照顾自己的义务,否则在遭受损害时就会基于与有过失减轻侵权人的责任。^⑬因此,指导案例24号这种将被侵权人和侵权人等同的观点并不利于实现保护特殊体质人活动自由的目的。^⑭

最高人民法院之所以采取了比较法上少见的与有过失模式,可以从以下三个角度来理解:(1)我国的司法实践大多是从与有过失这个法条的适用来处理类似问题的;(2)因果关系的判断标准是一个非常容易引起争论,难以统一认识的问题,法院不愿意就这样一个棘手的问题给出自己明确的见解;(3)指导案例24号规则在字面上是以被侵权人没有过错为条件的,^⑮这就保留了在被侵权人有过错情况下减轻侵权人责任的可能性,直接将因果关系和与有过失之间的关系问题一并解决。这从“裁判理由”第二段的分析中就可以看出来:荣宝英之所以无需承担责任,是因为正常行走在人行横道上的他无法预见到被机动车碰撞。反过来讲,如果其可以预见到自己任意横穿马路有可能被机动车碰撞,那么当然可以适用与有过失规则减轻侵权人的责任。

可见,指导案例24号对特殊体质问题的处理方式和日本的与有过失模式相同。区别在于,日本实践采取了类推与有过失规则的方式,而指导案例24号则采取否定与有过失规则可用性的方式。然而从逻辑的角度看,最高人民法院的这个独树一帜的思路是有一些缺陷的。法院确实论证了被侵权人的体质状况不属于“过错”,和损害结果之间没有法律上的因果关系。但是与被侵权人特殊体质有关系的严重损害并不因此就和侵权人的行为之间存在法律上的因果关系,而这个问题才是比较法上讨论的重点。

(二) 全部赔偿还是部分赔偿

指导案例24号的“裁判要点”是“交通事故的被侵权人没有过错,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。”该要点中最为核心的要求是不能因为特殊体质而减轻侵权人责任,即侵权人需要承担全部损失的赔偿责任。^⑯然而,部分赔偿损失其实也是常常出现的选择。在著名的Wagon Mound一案中,由于考虑到即使没有烧伤原告也可能会罹患癌症,法官就削减了很多赔偿金。^⑰而在美国法中,由于损害赔偿金的确定是由陪审团完成的,因此蛋壳脑袋规则究竟是要求“必须”全额赔偿,还是说是否全额赔偿属于陪审团自由裁量权的领域,这一点在各个州之间仍然是有不同的。^⑱可见,美国法中对法官和陪审团权限的划分是放在程序法中

^⑪ 王利明、周友军、高圣平《中国侵权责任法教程》,人民法院出版社2010年版,第552—557页。

^⑫ [德]克雷斯蒂安·冯·巴尔《欧洲比较侵权行为法》(下卷),焦美华译,法律出版社2004年版,第622页。

^⑬ (2014)浙衢民终字第340号;(2014)徐民终字第2301号。

^⑭ 也有相反的观点认为,蛋壳脑袋的人就应该戴个头盔,否则受到侵害时可以认为其与有过失而减轻侵权人的责任。参见 Cees van Dam, *European Tort Law*, Oxford University Press, 2006, p. 344.

^⑮ 有一审判决就直接认为被侵权人无过错是指导案例适用的前提,即倘若被侵权人有过错就可以考虑被侵权人的体质状况,但这种观点被二审判决否定。参见(2015)宜民一终字第00980号。后文的分析也表明,被侵权人是否有过错在宏观上看并不影响法院参照指导案例的比率。

^⑯ 最高人民法院认为不能因蛋壳脑袋减轻赔偿责任是学界通说。前引②。

^⑰ P. J. Rowe, *The Demise of the Thin Skull Rule?* *The Modern Law Review*, Vol. 40, No. 4 (Jul., 1977), p. 384.

^⑱ John C. p. Goldberg, Anthony James Sebok, Benjamin Charles Zipursky, *Tort Law: Responsibilities and Redress*, Wolters Kluwer Law & Business/Aspen Publishers, 2008, pp. 468—469.

的，而损害赔偿金的确定恰恰是由陪审团最终完成的。如果在分析时忽略了这个重要的程序法事实，就容易误以为存在法律上的因果关系就一定意味着全部赔偿。

此外，蛋壳脑袋规则特别容易引起误解的一点是，其并不要求侵权人对侵权事故发生之前的体质状况负责，其仅需要对因其侵权行为而加重的损害负责。^{①9} 澄清这一点对于中国的司法实践有着特别重要的借鉴意义。部分是由于指导案例 24 号中“裁判要点”的表述，很容易让人产生“不得考虑体质状况”，即必须赔偿被侵权人所有损失的错误印象。这就使得法院在很多被侵权人本身就罹患严重疾病的案件中，为了避免让侵权人承担过重的责任，采取了下文论述的多种区别技术。在欧洲，虽然原则上应由侵权人赔偿所有损失，但是根据案例的具体情况，仍有可能因为受害人已经存在的身体状况而减少赔偿额。例如，在法国和荷兰等国，被侵权人的特殊体质都会影响到损害赔偿的数额。^{②0} 而日本侵权法恰恰是为了将全有或全无的赔偿方式改成灵活的部分赔偿，所以才演进至类推适用与有过失规则的模式。蛋壳脑袋规则是关于因果关系的，其适用范围仅仅在于因果关系的成立。而责任成立和责任范围本来就应当是分别评价的两个阶段。因此，对损失赔偿数额的判断当然成为一个可以单独考察的问题。

三、研究样本及解释思路

(一) 研究样本库

在指导案例之前的一些研究结果表明，实践中的主流做法是在侵权人和被侵权人之间按照原因力的比例分摊损失。^{②1} 而本文的研究重点，则是指导案例之后各级法院是否严格参照。对于“应当参照”有很多不同的解释，这并不利于司法统一。而什么样的案件和指导案例类似到了应当参照的程度，也难以完全说清楚。为了简明起见，下文以是否不考虑特殊体质判决全部赔偿作为判断是否参照指导案例的标准。

截至 2016 年 3 月，以“民事案由”为关键词，可以从中国裁判文书网获得 712 万件裁判文书。以“特殊体质”为关键词进一步检索，共获得 381 件裁判文书。再经过人工筛选，可以获得 2014 年以后的有效文书 263 件。这构成了本文分析指导案例 24 号影响的样本库。需要说明的是，倘若以“指导案例 24 号”为关键词检索，只能获得 35 件裁判文书。之所以会出现这样的现象，是因为大量的判决都没有直接提到“指导案例”，其“参照”形式是在说理中大量援引指导案例 24 号中的段落。《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》（法〔2015〕130 号）（以下简称《实施细则》）第 11 条规定“在裁判文书中引述相关指导性案例的，应在裁判理由部分引述指导性案例的编号和裁判要点。”由于该细则是 2015 年年中才公布，而本文样本库中的多数案件都是在这之前审结的，所以很多文书依照细则的规定看并不规范。在这 263 个判决中，机动车交通事故责任纠纷有 180 个，占 68.4%。如果算上因交通事故而产生的保险合同纠纷和运输合同纠纷 13 个，那么交通事故相关的判决就有 193 个，占 73.4%。生命权、健康权、身体权纠纷有 37 个，占 14.1%。医疗侵权有 30 个，占 11.4%。其他案由的案件 3 个。可见，关于特殊体质的案件在案由上是高度集中的，主要包括交通事故、人格权和医疗纠纷三个领域。

《实施细则》第 9 条规定“各级人民法院正在审理的案件，在基本案情和法律适用方面，与最高人民法院发布的指导性案例相类似的，应当参照相关指导性案例的裁判要点作出裁判。”指导

^{①9} Dan Dobbs, *Law of Torts (Hornbook Series)*, West Academic, 2008, p. 465.

^{②0} 前引⑧ [英] 克莱夫, [德] 巴尔主编书, 第 589—603 页。

^{②1} 周小锋 《特殊体质被侵权人损害赔偿问题研究》，载《人民司法》2012 年第 13 期；龚海南 《特殊体质受害人侵权赔偿争议》，载《法律适用》2012 年第 8 期。

案例的“裁判要点”和“关键词”部分都包含“交通事故”，那么是不是非交通事故案件就不属于在基本案情方面和指导性案例类似呢？实践中给出的回答是法院很快就在其他案件中参照指导案例。在机动车交通事故责任纠纷领域的193个案件中，明确参照了指导案例的是149个，占总数的77.2%。可见在交通事故领域，大多数案件都参照指导案例，没有因特殊体质而减轻责任。在37个生命权、健康权、身体权纠纷案件中，明确参照了指导案例的是13个，占总数的35.1%，即这个领域只有刚刚超过三分之一的案件明确接受了指导案例的说理。而在30个医疗侵权案件中，明确参照了指导案例的是5个，占总数的16.7%。可见，在医疗侵权这个领域，不考虑特殊体质仍然属于少数观点。

之所以指导案例24号在不同案由的案件中影响力不同，一方面当然是因为从形式上看，指导案例中的案例是关于交通事故的，“裁判要点”和“关键词”部分都明确提到了“交通事故”；另一方面则是因为指导案例24号规则的理由在不同领域说服力不同。指导案例24号规则在交通事故造成的侵权案件中具有更大的正当性。其一，被侵权人的特殊体质不是自己选择的，难以认为是法律意义上的过错；其二，倘若认为被侵权人的特殊体质违反了义务是一种过错，那么就必然对特殊体质的人施加了较一般人严格的保护自己的义务，这对特殊体质的被侵权人是不公平的。从法律政策的角度看，与其减少被侵权人获得的赔偿金，不如通过保险制度将损害社会化。因此，和特殊体质相关的绝大多数交通事故侵权案件最终都参照指导案例判决侵权人承担了全部责任。

蛋壳脑袋规则同与有过失规则存在明显区别，前者是被侵权人不能控制的自身特质，而后者则必须基于过失。^②在英美法中，比较过失和蛋壳脑袋是两个独立的规则。因此即使适用了蛋壳脑袋规则要求侵权人承担责任后，仍可以适用比较过失规则分配责任。^③指导案例24号“裁判要点”虽然也明确要求被侵权人没有过错，但其实被侵权人有过错并不影响参照指导案例24号。例如46个被侵权人也有责任的交通事故案件中，参照指导案例24号的则有35个。

（二）部分赔偿的解释思路

考察指导案例24号的影响，最重要的反思是理论层面对原因力作用范围的精确理解。侵权责任的归责可以分成责任构成和责任分配两个阶段。在责任构成阶段，考察的重点是各个要件的有无，缺乏任何一个要件都意味着对责任的否定，是一个“全有或全无”的阶段。而在责任分配阶段，考察的重点是各个要件的强度，进而综合决定责任的大小，这是一个“或多或少”的阶段。拿“原因力”这个概念来说，原因力既然是一个强度概念，那么就不属于责任构成阶段，而是责任分配中的一个因素。澄清上述概念框架后，就可以清楚地看到，指导案例24号规则并不会影响到责任成立与否，因而只是一个责任分配要素。

在指导案例的“判决理由”中说“本案中，虽然原告荣宝英的个人体质状况对损害后果的发生具有一定的影响，但这不是侵权责任法等法律规定的过错，荣宝英不应因个人体质状况对交通事故导致的伤残存在一定影响而自负相应责任”。这段说理有两个问题。其一，《侵权责任法》第26条中的过错是责任分配阶段的过错，而指导案例用的却是责任构成阶段的过错概念。其二，按照指导案例的逻辑，难以解释在大多数医疗侵权案件中，受害人的体质又被允许参与责任分配。

对于上述问题有两种解释方法。第一种解释方法牵涉到对侵权责任法中责任的理解。侵权责任的前提恰恰是“损失落在其发生的地方，除非有法律上的理由让其他人承担”。采取这样一种解释

^② 有学者认为可以将减轻加害人责任的理由分为两大类，即被侵权人的行为和其他事由。参见葛云松《过失相抵以及减轻侵权损害赔偿责任的其它事由》，载王洪亮、张双根、田士永等主编《中德私法研究》（总第4卷），北京大学出版社2008年版，第65页。也有学者在接受这种基本区分的情况下对案例的复杂性加以分析，参见前引①，pp. 383—385。

^③ Brandon J., in *The Calliope*, [1970], p. 172.

路径,就可以认为因被侵权人体质自然产生的后果本来就应当由其自己承担,故侵权人当然仅就其新造成的损害承担责任,而对于那些不应归责于侵权人的损害,则留在被侵权人处由其自身承担。这种解释方法的问题是采取了因果关系模式的蛋壳脑袋规则,而指导案例 24 号并未采取这一模式。第二种解释方法是结合责任构成和责任分配这一概念框架来理解原因力的作用范围。责任构成阶段没有原因力而只有原因,因此因果关系的“因”在一般侵权中必须是法律上认可的过错行为,而被侵权人的体质不能被理解为是一种法律意义上的过错。^{②④}而原因力是责任分配阶段的概念,这里的“因”就可以是任何参与责任分配的因素,因此,特殊体质也可以是这里的“因”。这样,责任构成阶段的解释可以对应指导案例 24 号的独特模式,而责任分配阶段因为是法官综合考虑决定的阶段,可以容纳不考虑特殊体质和考虑特殊体质两种情况。是否考虑受害人体质对损害的原因力必须结合侵权人的过错程度、受害人自身的过错程度、侵权人行为的社会价值及其风险等因素综合考量。因此,指导案例 24 号规则并非法条的逻辑推演,而是机动车拥有可以分散风险的保险、违章行为不具有社会价值、受害人没有过错等多种因素共同作用的结果。当不具备这些因素的时候,受害人的特殊体质又会被接受为可以减轻侵权人责任的原因力。这样解释,就可以突破全有或全无的模式,兼顾侵权人和被侵权人的利益。^{②⑤}

四、司法实践中的区别技术

指导案例的约束力,借用英美法中的判例理论,不仅仅体现在法院系统遵循指导案例,也体现在当法院需要拒绝参照指导案例时,必须给出自己的正当化理由。^{②⑥}例如有法院被上诉人参照指导案例的要求逼得没有办法,以至于在判决书中写上“最高人民法院发布的案例对于法院在审案件仅具有指导意义,并非严格适用于每一起案件,本案与最高人民法院第 24 号指导案例的基本案情并不完全相同”这样语气颇为强烈的措辞。^{②⑦}这样的措辞恰恰显示了指导案例的约束力。并且,法院就为何不参照指导案例越是反复分析、详尽说理,就越是说明指导案例的约束力强。反过来,倘若参照指导案例会造成个案的不公平,那么这种相伴指导案例而生的区别技术恰恰有助于司法实践达成稳定性和灵活性的平衡。

由于上述原因,下文的分析难免要涉及判决书中给出的具体理由。为了避免研究者剪裁研究对象可能带来的问题,笔者通过检索中国裁判文书网中所有直接处理指导案例 24 号中特殊体质问题的判决书,对其分类讨论。

(一) 预见可能性

指导案例 24 号是由江苏省无锡市中级人民法院推荐,经江苏省高级人民法院审核后在 2013 年 9 月向最高人民法院案例指导工作办公室推荐的。^{②⑧}有意思的是,也是在 2013 年,浙江省高级人民法院在内部的规范性文件中就特殊体质问题是这么解答的“具有特殊体质(包括身体型和精神型

^{②④} 有一审法院就以此为理由拒绝考虑被侵权人的特殊体质,但是二审法院更改了这一判决,在考虑被侵权人特殊体质等情况后减轻了侵权人的责任。(2014)湛中法民一终字第 819 号。类似案件:(2015)宁民终字第 6177 号、(2015)常民四终字第 69 号。

^{②⑤} 日本侵权法中从预见可能性决定是否赔偿演进至类推适用过失相抵的判例通说,其中一个重要原因就是预见可能性或赔或不赔的处理结果不具备部分赔偿的灵活性。参见前引③,第 130—132 页。

^{②⑥} Douglas E. Edlin, *Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review*, University of Michigan Press, 2008, p. 36.

^{②⑦} (2015)青民五终字第 2212 号。再如(2015)滨中民一终字第 461 号判决书认为“最高人民法院第 24 号指导性案例与本案案情并不相同,上诉人主张适用该案例的请求无法律依据,本院不予支持。”按照《实施细则》第 11 条第 2 款的规定,“案件承办人员应当在裁判理由中回应是否参照了该指导性案例并说明理由”,像上述法院那样笼统回答案情不同不知是否满足了“说明理由”的要求。

^{②⑧} 前引②。

特殊体质,以及先天遗传或后天衰老、患病型体质)的受害人遭受侵害的,赔偿义务人原则上应对受害人所遭受的全部损害承担赔偿责任。赔偿义务人以受害人所遭受的损害系其自身特殊体质诱发为由进行抗辩的,一般不予支持。但损害后果超出正常情形下可预期范围且侵权人不存在故意或者重大过失的,可综合考量侵权人过错程度、侵害的手段、行为方式等具体情节、侵权行为通常可能造成的实际损害后果之间的差距、侵权人承担责任的 经济能力等因素适当减轻赔偿义务人的责任。”²⁹ 这个解答明确规定了例外情况。

在指导案例出台之后论及上述解答的 12 个案件中,³⁰ 有 4 个案件认为其审理的案件属于解答中所说的例外情况而减轻了侵权人的责任,拒绝了指导案例的逻辑。³¹ 需要特别强调的是,上述 4 个拒绝参考指导案例的案件都有下文所述的体质与疾病的区别、仅仅是诱因等特殊的案件事实,而引述解答不过是为了进一步加强法院论证的权威性罢了。做出上述解答的浙江省高级人民法院在 2015 年也采取这种观点支持了下级法院的判决:虽然自身疾病并不属于被侵权人的过错,但由于被侵权人自身体质导致损害后果的扩大,损害后果超出正常情况下的预期范围,原判在此情况下酌情减轻侵权人的责任,在被侵权人的残疾赔偿金中做相应酌减,应属合理。³² 对比可知,指导案例中的“裁判要点”是从被侵权人角度出发界定特殊体质和被侵权人过错的关系,而上述判决中却是从侵权人是否可预期角度分析,并将多种因素纳入法院是否作出减责的判决考虑范围。

从蛋壳脑袋规则的适用角度来看,是否可预期的问题仅在特殊情况下有探讨之必要:同样的行为却因为主观状态的不同被分别评价,这是以该行为对普通人来说根本不是侵权行为为前提的。在美国法中,作为一般规则,如果被告的行为本不会导致普通人的任何伤害,那么除非该被告对于被侵权人的特殊体质是明知的,其不对该被侵权人的损害后果承担责任。但是如果他的不当行为达到了违反对普通人义务违反的程度,那么他就必须要对原告的所有损害承担责任,即使由于原告的特殊体质,这些损害特别严重。³³ 可见,讨论侵权人主观状态仅仅在那些侵权人的行为没有违对于一般人的注意义务,不构成侵权的情况下才是必要的。笼统认为只要侵权人知悉被侵权人的特殊体质就需要承担更高的注意义务是不准确的。³⁴ 例如在指导案例 24 号中,即使机动车驾驶人甲知悉被侵权人的特殊体质而乙并不知情,他们的注意义务也都是减速慢行、避让行人,并不会有什么不同。因而只要行为已经构成侵权,实际上并无讨论主观状态的必要;而损害后果超出可预期范围却需要承担责任,恰恰才是蛋壳脑袋规则的要义。因此,浙江省高级人民法院的解答将超出可预期范围作为一般规则的例外,和指导案例 24 号有着显著区别。³⁵

(二) 体质与疾病的区别

早在罗马法中,就已经发生类似“蛋壳脑袋”情形的案件:“某人如果将一有病的奴隶加以轻伤而该奴隶死亡,那么拉贝奥正确地认为,此人要依《阿奎利亚法》负责,因为他的行为发生了致前者死亡的作用。”³⁶ 用今天的眼光来解读,《阿奎利亚法》的蛋壳脑袋规则和法律上的因果关系

²⁹ 《关于特殊体质受害人的人身损害赔偿问题》,载《浙江省高院民事审判法律适用疑难问题解答》(2013年第17期),参见(2013)温龙民初字第850号。

³⁰ (2013)温龙民初字第850号;(2014)杭建民初字第698号;(2014)杭江民初字第1444号;(2015)湖淦双民初字第312号;(2014)绍民初字第208号;(2014)衢开民初字第287号;(2014)杭富民初字第412号;(2015)浙绍民终字第2271号;(2015)浙温民终字第2686号;(2014)浙绍民终字第396号;(2014)浙杭民终字第1890号;(2015)嘉海民初字第1349号。

³¹ 参见(2015)嘉海民初字第1349号;(2013)温龙民初字第850号;(2014)衢开民初字第287号;(2015)浙温民终字第2686号。

³² (2015)浙民申字第726号。

³³ 262 N. C. 663 (1964).

³⁴ 不同观点,参见孙鹏《被侵权人特殊体质对侵权责任之影响》,载《法学》2012年第12期。

³⁵ 实践中甚至有再审高院明确要求下级法院查清侵权人是否事前知悉被侵权人特殊体质的,参见(2015)吉民申字第771号。

³⁶ D. 9, 2, 7, 5. [意]桑德罗·斯奇巴尼选编《债法私犯之债阿奎利亚法》,米健译,中国政法大学出版社1992年版,第9页。

无关，其仅仅暗示了罗马法中的因果关系仅仅要求必要条件检验（*conditio sine qua non*）就可以成立。^⑳ 不过有意思的是，上述经典案例中出现的恰恰是“有病的奴隶”而非体质差的奴隶。

任何一个具体的人都难以在所有方面都是“标准体质”，因此仅仅因为一定程度上偏离标准体质就减轻侵权人的责任对被侵权人显然是不公平的；但是另一方面，倘若此种特殊体质本来就已经是被侵权人不得不治疗的疾病，那么因为一个偶然的事故将本来应当由被侵权人承担的医药费转嫁给侵权人也是不公平的。例如在某交通事故侵权案件中，原告在事故前就是一级伤残的身体状况，二审法院支持了一审法院在部分赔偿项目上考虑参与度问题的做法。^㉑

在很多案件中，法院的最终判决虽然是侵权人赔偿全部损失，但是其在说理中仍然区分了体质和疾病。在一个初审案件中，法院做出了这样的界定：“在受到外因作用之前，既往症和加龄性变化已经导致机体出现临床症状的话，因果关系的判断当然应该综合考虑。”^㉒ 可见，该下级法院尽管在该案中最终参照了指导案例，但是仍然保留了在因果关系判断中引入损伤参与度的空间。^㉓ 同样，在另一个案件中，虽然一审和二审法院都认为应参照指导案例全部赔偿，但是其理由是被侵权人自身颈椎疾病程度较轻，在伤前缺乏单独产生上述颈部病理改变的依据。^㉔ 这里的区分标准是涉案侵权事件发生前被侵权人的特殊体质状况已经明显到“出现临床症状”或者能够单独产生病理改变的程度。^㉕ 另一个一审法院结合残疾赔偿金的性质论证了考虑损伤参与度的必要性：“残疾赔偿金，是对被侵权人因人身遭受损害致残而丧失全部或者部分劳动能力的财产赔偿。如被侵权人伤前就存在其他疾病或特殊体质，在交通事故的作用下才导致了伤残，若没有原有疾病的参与，受害者不会构成伤残，造成身体功能障碍，所以必须考虑损伤参与度。”^㉖ 区别对待特殊体质和疾病在个别案例中得到了两审法院的一致认可。^㉗ 在另一起交通事故案件中，鉴定意见认为车祸为死亡的辅助因素，建议参与度 30%~40%。法院考虑人的生命价值因素，将比例调整为车祸 70%，疾病 30%。二审法院支持了一审法院的判决。^㉘

从操作层面来看，自最高人民法院发布第 24 号指导案例之后，很多法院不再允许保险公司提出参与度鉴定申请。^㉙ 但是如上所述，倘若任何投保人全责的案件其都要保险公司承担全部医疗费，那么难免会有被侵权人搭便车治其他病的情况出现。为了避免这种道德风险，出现了一种新的关于医疗费的参与度的鉴定，以此绕过指导案例 24 号形成的减责壁垒。例如在一个初审案件中，鉴定意见认为保险金中的 41170.10 元与交通事故存在间接关联性，参与度拟在 15% 左右。被侵权人要求法院参照指导案例 24 号判决承担全部赔偿责任。被告则努力区分指导案例和审理中的案件，认为指导案例涉及的是体质差异，鉴定内容是伤残参与度；而审理中的案件涉及的是被侵权人的疾病，鉴定内容是医疗费参与度。法院最终酌定被告（原文为原告，应是笔误）在 41170.10 元中

^⑳ *Digest of European Tort Law Vol. 1. Essential Cases on Natural Causation*, Edited by Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, Reinhard Zimmermann, Springer-Verlag/Wien, 2007, p. 12.

^㉑ (2015) 芜中民一终字第 01025 号。

^㉒ (2014) 泰姜民初字第 0943 号。该判决得到 (2014) 泰中民终字第 00803 号终审判决支持，然而同一法院后来在类似案件中并未支持这样的区分，如 (2014) 泰中民终字第 00827 号。

^㉓ 类似处理可以参见 (2015) 迎民一初字第 00736 号。

^㉔ (2014) 成民终字第 5982 号。

^㉕ 可资参照的是 (2014) 仓民初字第 846 号判决中，因鉴定意见认为风湿性心脏病和交通事故无因果关系而免除了该部分医疗费用的赔偿。

^㉖ (2014) 松民一初字第 01410 号，但二审法院认为该理解是错误的并参照指导案例加以纠正，参见 (2015) 宜民一终字第 00980 号。

^㉗ (2015) 延中民一终字第 375 号。

^㉘ 参见 (2014) 长中民一终字第 01863 号。类似案例：(2015) 济中民三终字第 290 号、(2014) 沪二中民一（民）终字第 2829 号。

^㉙ (2015) 泰民三终字第 45 号；(2014) 肥民初字第 1470 号；(2014) 常民终字第 1698 号。

承担20%的赔偿责任。^{④7} 在另一案件中,法院一方面否认了特殊体质可以认为是受害人的过错,但是另一方面又允许医疗费结合鉴定意见加以扣减。^{④8}

影响司法统一的问题在于,体质与疾病的区分并不确定,常常取决于具体法院的理解。例如某案件中,一审法院接受了鉴定意见的判断,判决侵权人承担部分赔偿责任。但二审法院没有接受体质状况与自身疾病区别对待的做法,改判侵权人承担全部责任,认为被侵权人自身疾病对损害后果的影响不应作为减轻机动车交通事故责任侵权人责任的事由。^{④9} 而当事人试图通过区别体质和疾病来避免参照指导案例的努力也常常遭遇否定。^{⑤0} 在一个案件中,鉴定意见认为“交通事故损伤在导致现存后果中起轻微作用,参与度为5~15%左右”,上诉人主张区分自身疾病和体质状况而减轻责任,但法院仍然坚持参照指导案例判决其承担了全部赔偿责任。^{⑤1}

(三) 诱因

在指导案例24号中,法院和交警对于事故发生原因的理解是一致的,鉴定结论中个人体质因素占的比例较小,^{⑤2} 这些都为法院最终让侵权人承担全部责任的作法提供了正当性。这一点单纯从指导性案例中是难以发现的,我们可以结合两个指导案例之前的案件考虑这个问题。

在第一个案件中,侵权人和执行工作任务的收费员发生争执,挥拳打伤收费员面部,不久出现严重的损害结果。被侵权人的主要损害结果,经公安局法医学鉴定书判断,无证据显示和侵权人的致害行为有直接因果关系,而与侵权人的自身体质、原所患疾病直接相关。就被侵权人的赔偿请求,法院从侵权人的致害行为与被侵权人损害结果在时间上的连续性与顺序性等角度分析,认为侵权行为对被侵权人的潜在性疾患具有诱发或加重作用,故侵权人应对其过错行为承担相应的民事赔偿责任。综合涉讼各方的行为或事实状态与损害结果间的原因力远近等因素,法院酌定侵权人承担40%的赔偿责任。^{⑤3} 在第二个案件中,初一学生因琐事将同学脸部打伤致鼻、唇出血,被侵权人几天后入院诊断为白血病并最终死亡。鉴定意见认为该外伤的参与度为5~10%,一审法院综合确定被告承担30%的赔偿责任。二审法院则将比例降为和鉴定意见一致。^{⑤4}

在上述两个案件中,被侵权人完全没有法律意义上的过错而且损害特别严重,侵权人则是故意的,并且加害行为和损害结果之间的时间很短。这些因素都迫使法院难以做出侵权人不承担任何责任的判决。上述案件损害发生的原因并不完全清楚,但损害的是保护程度最高的人身权利,主观状态是谴责程度最高的恶意;这两个要件满足程度如此之高,以至于因果关系这个责任阻碍要件不得不适当放松。毕竟损害赔偿领域的基本原则就是身体和健康损害被归责于行为人的条件要比财物损害宽松。^{⑤5} 另一方面,和指导案例24号不同,这些案件或者已经由有权机关就没有因果关系做出了判断,或者有鉴定意见明确认为外伤参与度非常低,让侵权人承担全部赔偿责任也是非常困难的。因此,在这些案件中以原因力理论让侵权人承担部分责任就是一个可行的选择。

^{④7} (2014)广民二初字第00658号。类似案件:(2014)厦民终字第3842号、(2013)绍诸民初字第1905号。还有案件直接鉴定出部分费用与案件无关,法院直接剔除,如(2014)仓民初字第846号、(2013)辉民初字第2303号。

^{④8} (2015)绍越民初字第199号。类似案件:(2015)浙绍民终字第2271号、(2015)银民终字第911号。

^{④9} (2014)东民一终字第147号。

^{⑤0} (2015)锦民终字第01134号,(2015)莱中民一终字第50号,(2014)泰中民终字第00827号,(2014)浙绍民终字第1533号。在这些案例中,上诉人明确要求法院区分个人的特殊体质和疾病,但都未能获得上诉法院支持。

^{⑤1} 参见(2014)济民四终字第892号。类似案件:(2015)鄂随州中民一终字第00214号、(2014)沪一中民一(民)终字第2569号。

^{⑤2} “裁判理由”第一段提到个人体质状况“损伤参与度评定为75%”,这和“基本案情”最后一段中陈述的鉴定结论为“个人体质的因素占25%”以及一审法院判决残疾赔偿金扣减25%明显不符,从上下文分析这很有可能是一个笔误。

^{⑤3} (2004)佛中法民一终字第270号。

^{⑤4} (2010)浙舟民终字第7号,该案也凸显了在指导案例之前鉴定意见的重要性。

^{⑤5} 前引⑫,第554页。

在指导案例之后，法院仍然会遇到和上述案件类似的情况，只不过因为指导案例明确了特殊体质不是法律上的因果关系，让侵权人承担全部赔偿责任又明显不公平，此时“诱因”就屡屡出现在这些因果关系不是很确定的被侵权人特殊体质经鉴定对损害后果起主要作用的案件中。例如在某案件中，一审法院认为侵权人被告与被侵权人的争吵造成被侵权人死亡的结果，争吵、厮打是被侵权人死亡的诱因，其本身的疾病或其特殊体质是主要原因。因此，对被侵权人的死亡，被告应承担次要的责任，被告承担 30% 的赔偿责任比较适宜。二审法院肯定了一审法院的判决，认为争吵与厮打只是其死亡的诱发因素，一审法院判决侵权人承担 30% 的赔偿责任并无不妥。^{⑤⑥}而在类似的交通事故侵权案件中，也会以诱因为由来避免参照指导案例让侵权人承担全部赔偿责任。^{⑤⑦}

Tort Remedies for Victims of Special Constitutions —Comment on Guiding Case No. 24

FU Qiang

Abstract: The way how the guiding cases are referenced to in judicial practice reflects the unique binding force of them. The rules governing Guiding Case No. 24 is obviously different from its overseas counterpart, namely Eggshell Skull Rule, both in form and content. Basing on samples of related civil judgments collected from China Judgments Online, this study makes a comparison and contrast between verdicts taking or without taking the guiding cases for reference thus concludes that the guiding cases have influenced not only in transportation accident cases, but also in personal rights infringement, medical tort and other fields. The guiding case is refused to be referred to in some cases with reasons such as unpredictable damage, disease rather than weak constitution, remote cause instead of proximate cause. The justification of the deviation from the guiding case is actually the Chinese version of the legal technique of distinguishing cases, which proved rather than denied the binding force of the guiding cases.

Key words: special constitutions Eggshell Skull Principle guiding cases tort liability law

^{⑤⑥} (2015) 大民一终字第 02186 号。类似这样的人格权侵权案件还有很多，例如 (2015) 曲中民终字第 801 号、(2015) 浙台民终字第 569 号、(2014) 莒民一初字第 45 号、(2015) 鄂蕲春民一初字第 01808 号、(2015) 高坪民初字第 2209 号、(2014) 贺民一终字第 138 号。

^{⑤⑦} (2015) 济中民三终字第 290 号；(2014) 临民一终字第 694 号；(2014) 浙绍民终字第 642 号。