

全责、免责还是损害分配：故意侵权 案件中过失相抵的适用

李 鼎*

目次

- | | |
|----------------------------|-----------------------------|
| 一、故意侵权案件中如何适用过失相抵有待明确 | 四、故意侵权案件中适用过失相抵的适用方法 |
| 二、前提建构：统合故意侵权案件中适用过失相抵的可能性 | 五、我国《民法典》中故意侵权案件中适用过失相抵的解释论 |
| 三、“同种类过错才能相抵”的教义学基础和理论依据 | 结论 |

摘要 加害人和受害人一方或双方存在故意时，能否适用过失相抵存在判断困难。在加害人故意和受害人过失时，根据《民法典》第 1173 条的表述，应当适用过失相抵。但这否定了《民法典》颁布前排斥过失相抵的态度，没有充足理由，容易造成司法者的困惑。受害人存在故意时，既可适用第 1173 条减责，又可适用第 1174 条免责，缺少区分依据。双方均存在故意时是否适用过失相抵缺少法律明确规定，司法实践中也比较混乱。比较法上，从共同过失发展到过失相抵，教义学上的“同种类过错才能相抵”发展出了很多例外，但没有理论能够予以充分解释。法典规则的不同不影响普遍法理的抽象。通过归纳案例可以发现：行为人故意中的预见内容影响了法律适用的结果。一方当事人存在故意时，如果故意的预见内容包含了另一方当事人的过失，应当对损害承担全部责任，排除过失相抵的适用；作为例外，如果一方当事人故意的预见内容不包含另一方当事人的过失，则可以适用过失相抵；双方均存在故意时，如果可以互相预见到对方的行为，能够适用过失相抵。

关键词 过失相抵 受害人故意 故意侵权 可预见性

* 中国政法大学与德国波恩大学联合培养博士研究生。

一、故意侵权案件中如何适用过失相抵有待明确

过失相抵^{〔1〕}是指,根据受害人的过错程度依法减轻或免除加害人赔偿责任的制度。^{〔2〕} 本文所指“故意侵权案件”,泛指加害人或受害人一方或双方对损害的发生或扩大主观上存在故意的案件。此时如何适用过失相抵,我国《民法典》没有提供统一、清晰的答案。我国《民法典》第 1173 条规定,被侵权人对同一损害的发生或者扩大有过错的,可以减轻侵权人的责任。《民法典》第 1174 条规定,损害是因受害人故意造成的,行为人不承担责任。综合目前两个条文的表述,只有受害人故意对过失相抵的适用存在影响,加害人故意对此不存在影响。可以从以下三个方面分析该问题:

(一) 加害人故意、受害人过失时能否适用过失相抵并不明确

按照《民法典》第 1173 条的字面意思,加害人的主观状况不影响过失相抵的适用。但事实并非如此。我国法院在故意侵权中经常拒绝适用过失相抵。回顾法律适用的历史,在《民法通则》时代,法院一般援引《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 2 条,认定加害人的故意和重大过失与受害人的一般过失无法比较,此时不适用过失相抵。^{〔3〕} 在财产损害中,也有拒绝适用过失相抵的判决。^{〔4〕} 但根据最高人民法院《法释〔2020〕17 号》的规定,该条被删除。这是否意味着故意侵权中可以适用过失相抵? 实际上是不清晰的。

对此,通说认可《民法典》之前的司法实践,确定故意侵权中不适用过失相抵。例如,王利明教授认为,故意侵权中,受害人一般过失为加害人故意所吸收。^{〔5〕} 程啸教授也认为,加害人具有故意或重大过失,受害人具有一般过失的,不适用过失相抵。^{〔6〕} 但也有反对意见。董春华认为,过失相抵中越来越重视原因力的作用。因此,在“主观故意不明显的故意侵权”和“主观故意但有明显诱发原因的故意侵权”时可以适用过失相抵。^{〔7〕} 杨立新教授认为,一方故意一方过失时,加害人应当承担“主要责任”,在 95% 以上。^{〔8〕} 既然加害人并不承担全部赔偿责任,还是可以适用过失相抵。全国人大法工委在解释《民法典》第 1173 条中的“可以”时表示,如果损害主要是由加害人造成,受害人过错轻微的,可以不适用过失相抵。^{〔9〕} 从此推断,法工委似乎采用单纯的“原因力相抵”。加害人是否故意并不重要,双方对损害的贡献程度才是重要的评价点,故意侵权中可以适用过失相抵。

每种看法都有待提高其说服力。通说中加害人故意为何可以“吸收”受害人的过失? 少数说

〔1〕 过失相抵对应英文 comparative negligence, 德文 Mitverschulden 和日文過失相殺。英文本意为“比较过失”,德文本意为“与有过失”,日文本意为“过失相抵”。以上几种翻译在我国学术界均有学者采用。美国各州的 comparative negligence 并不统一,并不能完全对应 Mitverschulden 和過失相殺。但这在本文讨论的范围不会对结论造成影响。因此,本文统一为“过失相抵”。

〔2〕 王利明:《侵权责任法研究》(第 2 版),中国人民大学出版社 2018 年版,第 441 页。

〔3〕 河北省保定地区(市)中级人民法院民事判决书(2020)冀 06 民终 4518 号、河北省平山县人民法院民事判决书(2016)冀 0131 民初 453 号、辽宁省丹东市中级人民法院民事判决书(2020)辽 06 民终 1256 号。

〔4〕 贵州省铜仁地区中级人民法院民事判决书(2020)黔 06 民终 1890 号、山东省青岛市中级人民法院民事判决书(2019)鲁 02 民终 11709 号、山东省青岛市中级人民法院民事判决书(2019)鲁 02 民终 8433 号。

〔5〕 王利明:《侵权责任法研究》(第 2 版·上卷),中国人民大学出版社 2016 年版,第 513 页;张新宝:《侵权责任构成要件研究》,法律出版社 2007 年版,第 509 页。

〔6〕 程啸:《侵权责任法》(第 2 版),法律出版社 2015 年版,第 725 页。

〔7〕 参见董春华:《论比较过错制度在故意侵权中的适用》,载《现代法学》2017 年第 6 期。

〔8〕 参见杨立新:《侵权责任法》(第 3 版),法律出版社 2018 年版,第 101 页。

〔9〕 黄薇:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社 2020 年版,第 38 页。

也存在逻辑矛盾。从“原因力相抵”出发,如果受害人对损害存在贡献时,为何有的故意侵权能够适用过失相抵,有的故意侵权不能适用过失相抵?其所列两种故意侵权与其他故意侵权的区别对待如何被证成?解决以上问题,就必须首先回答,“故意侵权中不适用过失相抵”从何而来?原因力相抵在过失相抵中扮演了什么角色?

(二) 加害人过失、受害人故意时可否适用过失相抵并不明确

按照目前的法律规定,第1173条对受害人主观状态的表述为“过错”,适用范围包含了第1174条,导致受害人故意存在两种冲突的法律后果。受害人对损害的发生或扩大存在故意时加害人既可减责,又可免责,就同一法律事实存在不同的法律评价。对此,司法实践中有法院援引第1174条认定加害人不承担损害赔偿责任;^[10]也有法院援引第1173条认为应减少加害人的赔偿责任。^[11]从解释论看,应当对受害人故意做进一步分类,提取合理的区分标准。

全国人大法工委意识到“受害人故意”与“过失相抵”的竞合,并表示以因果关系区分两条。立法起草过程中曾经有人主张应当将《民法典》第1173条的“过错”改为“过失”,区分第1173条和第1174条。法工委没有采纳这一建议,对此表示,只有受害人故意是损害发生的唯一原因时,才会免责。否则只存在减责问题。^[12]也就是说,第1173条是过失相抵,第1174条是因果关系切断。通说支持这一观点。受害人具有故意,意味着损害纯粹是受害人单独引起的。即使加害人的过失行为先于受害人发生,也可以造成因果关系切断。^[13]但亦有观点指出,在加害人故意,或者加害人过失构成受害人故意的原因时,可以适用过失相抵。^[14]

此处以“唯一原因”为标准,教义学上的构造更为精致。但《民法典》第1174条中相较于因果关系更为重视对行为人故意的评价。该条表述为“损害是由受害人故意造成的……”。如果将其解释为“因果关系切断”,评价的重点就变成了因果关系而不是受害人的故意。这与法典的立场是否一致?值得思考。

(三) 双方均存在故意时对过失相抵适用的影响并不明确

如果双方都存在故意,是否能够适用过失相抵缺少统一结论。此时可以适用《民法典》第1173条减轻加害人的赔偿责任;可以适用第1174条免除加害人的赔偿责任,法律适用还受到“故意侵权如何适用过失相抵”解释结论的影响。可以从存在双方故意的互殴案件中^[15]感知法律适用的混乱。有法院认为,互殴双方之间的行为不存在原因竞合,其自身过错与损害结果没有因果关系,不适用过失相抵。^[16]也有法院认为受害人存在过错,可以适用过失相抵。^[17]对此全国人

[10] 如安徽省蚌埠市中级人民法院民事判决书(2018)皖03民终1903号、湖南省衡阳市中级人民法院民事判决书(2020)湘04民终38号、福建省三明市中级人民法院民事判决书(2014)三少民终字第8号。

[11] 福建省福州市中级人民法院民事判决书(2020)闽01民终1758号、江苏省徐州市中级人民法院民事判决书(2018)苏03民终5346号、辽宁省葫芦岛市中级人民法院民事判决书(2018)辽14民终397号。

[12] 见前注[9],黄薇书,第37—38页。

[13] 见前注[5],王利明书,第514页。

[14] 邹海林、朱广新:《民法典评注:侵权责任编1》,中国法制出版社2020年版,第116页。

[15] 互殴案件并非所有案件都存在双方故意,这里只讨论存在双方故意的情形。不存在双方故意的互殴案件参见山东省青岛市中级人民法院民事判决书(2019)鲁02民终8433号、(2019)鲁02民终11709号。

[16] 参见内蒙古自治区呼和浩特市中级人民法院民事判决书(2017)内01民终1078号、(2016)内01民终2936号、黑龙江省哈尔滨市中级人民法院民事判决书(2020)黑01民终8025号、山东省高密市人民法院民事判决书(2015)高法民重初字第12号。

[17] 参见北京市第一中级人民法院民事判决书(2020)京01民终7062号、辽宁省大连市中级人民法院民事判决书(2021)辽02民终286号、湖北省武汉市中级人民法院民事判决书(2020)鄂01民终10942号。

大法工委没有表态。在学术研究中,有观点承认此种情况下可以进行过失相抵。^[18]也有观点认为,应当由双方平均分摊损害。^[19]可见,此时能否相抵是悬而未决的难题。

(四) 问题的归纳

首先,从以上分析可以看出,“故意”和“因果关系”的交错是过失相抵适用的困难所在。以立法规定最为清晰的受害人故意可以展现这一评价复杂的逻辑关系。如果受害人故意只有是“损害发生的唯一原因”时才可以免责,那么免责的判断标准就与受害人故意无关,而是因果关系理论。这实际上回归了因果关系判断的一般理论,并无单独规定的必要。即使立法者希望画蛇添足,也没有必要以“受害人故意”作为构成要件。此时受害人故意到底对评价结果产生了什么影响?

其次,故意与因果关系之间的难解难分,因“原因力相抵”的介入变得更加复杂。法工委“损害主要是由加害人造成”的表述,足以看出其重视原因力的作用。但原因力作为损害分配的标准,与受害人的主观状况无关。如果受害人主观上是故意还是过失对过失相抵并无影响,这是否合理?

最后,目前的立法处理假定了加害人故意与受害人故意的异质。第 1173 条和第 1174 条都以“被侵权人”作为出发点,固定了受害人视角,假定受害人故意与加害人故意的评价机理不同。甚至,如果对第 1174 条做反面推论,则加害人主观是故意或过失对法律后果不存在影响。但这一解释结论并不合理。

因此,立法按照分析思维拆解了加害人故意和受害人故意,另立“受害人故意”制度,造成了解释论疑难。以“因果关系”技术并没能有效化解这一疑难。本文希望就加害人故意与受害人故意对适用过失相抵的影响提出统一的解决方案,形成中国法的解释论。但过错责任与无过错责任中所适用的过失相抵是不同的。既有研究往往对无过错责任中过失相抵的适用问题予以单独研究。^[20]本文只研究过错责任中过失相抵的适用问题。

二、前提建构：统合故意侵权案件中 过失相抵适用的可能性

如果想要就一方或双方的故意对适用过失相抵的影响发展出一般性的技术方案,首先应当存在两个前提:过失相抵的“相抵内容”必须与过错有关;加害人故意与受害人故意同义。如果行为人存在故意还是过失对适用过失相抵没有影响,或者加害人故意与受害人的故意并无同质性,统一解决方案就无从谈起了。

(一) “过错相抵”与“原因力相抵”的抉择

过失相抵素有“原因力相抵”和“过错相抵”之争。这一问题在比较法上就曾引起广泛讨论,但并未有定论。例如,作为在立法形式上较早规定过失相抵的《德国民法典》,其第一草案和第二草案分设不同立场,前者认为是“过错相抵”,后者认为是“原因力相抵”。^[21]这一争议也为我国学界所继受。^[22]通说为了搁置争议,往往以“公平”作为聚合点,进行“综合衡量”,在过失相抵中同

[18] 见前注[5],王利明书,第 512 页。

[19] 见前注[8],杨立新书,第 101 页。

[20] 参见程啸:《过失相抵与无过错责任》,载《法律科学》2014 年第 1 期;郑永宽:《过失相抵与无过错责任》,载《现代法学》2019 年第 1 期。

[21] 窪田充見「過失相殺の法理(下)」判例タイムズ741号(1991年)45—46頁参照。

[22] 认同原因力相抵的观点见徐建刚:《论损害赔偿中完全赔偿原则的实质及其必要性》,载《华东政法大学学报》2019 年第 4 期;认同过错相抵的如前注[8],杨立新书,第 99—102 页。

时衡量“原因力”和“过错”。

如果认为过失相抵本质上是原因力相抵,或者主要衡量原因力,此时重要的是行为产生损害的概率大小,主观存在的故意和过失失去了区分的法律意义。只有以主观过错作为双方相抵的内容,才会考虑故意和过失之间的实质差别。因此,有学者在评论学生自杀案件时指出,自杀作为学生本身的意思行为,学生是否应当承担减轻损害的义务,监护人是否存在懈怠,这些要素如何归于受害人,都取决于过失相抵的法理构造。^[23]

综合来看,过失相抵应当是“过错相抵”。

首先,原因力相抵有以下几个问题:

第一,将过失相抵处理为“原因力相抵”,混淆了主观的过错与客观的原因力。作为客观存在的原因力,评价内容并不包含行为人的认识;而过错则是针对行为人在行为时对损害的可预见性和可避免性,是主观存在的。第1173、1174条既然以行为人主观状况作为评价要点,将之“转换”为客观的原因力,与立法表述不符。

第二,不能反映故意侵权与过失侵权在评价中的不同。例如,一般认为,对于相同的加害行为,如果加害人对损害存在更强的可责性,特别是存在故意,应当承担比过失更重的责任。^[24]而根据“原因力相抵”,重要的是损害是由谁的行为造成的,关注点离开了故意和过失,不能得出合理的评价结果。

第三,原因力比例实际无法确定。现实中,多个原因造成损害,每个原因与损害之间的贡献度并非科学技术所能精确。如果能够予以区分,则损害可分,不属于共同因果关系,不需要适用过失相抵。在“原因力不明”的前提下适用“原因力相抵”,只能根据“贝叶斯定理”的概率技术或者法官对证据确信的“心证度”予以划分。^[25]

第四,从原因力角度观察,不仅加害人和受害人的行为会对损害的发生产生作用力,自然力和第三人行为也会对损害发生存在作用力。如果坚持原因力相抵,那么就会将受害人过错等同于自然力,无法体现出法律的价值判断,并不可取。

其次,以“公平”作为整合“过失相抵”中原因力和过错的标准并不可取。公平作为抽象的价值理念,具有高度概括性,并不仅适用于过失相抵,而是侵权法甚至整个民法的价值原则。以公平作为整合工具,只利用了公平价值无所不包的特征,却并没有给法官适用法律提供合适的标准。^[26]之所以运用模糊的公平概念,还是源于过失相抵到底相抵什么是不清晰的。通过高度概括性的“公平”把一切可能影响到的过失相抵的因素都统合进来。这带来了如下两个问题:

1. “过错”和“原因力”之间存在交叉地带,^[27]同时承认两个因素会导致重合部分的多次衡量;
2. 损害具体如何分配脱离了“过错”和“原因力”的束缚,失去了对裁量权的限缩,完全依赖法官

^[23] 石橋秀起「いじめ」による生徒の自殺と学校・加害生徒の責任」法律時報75卷7号(2003年)114—117頁参照。

^[24] 浜崎恭生=佐々木一彦「交通損害賠償訴訟における過失相殺運用上の諸問題」坂井芳雄編『現代損害賠償法講座7・損害賠償の範囲と額』(日本評論社,1974年)337—369頁参照。

^[25] 加藤新太郎「因果関係の割合的認定(交通損害賠償の諸問題17)」判例タイムズ633号(1987年)14頁参照。

^[26] 西原道雄「総論——過失相殺の思想」日本交通法学会編『過失相殺損害賠償社会保障』(交通法研究12号)(有斐閣,1984年)5頁参照。

^[27] 此种交叉参见周晓晨:《过失相抵制度的重构——动态系统论的研究路径》,载《清华法学》2016年第4期。

的主观判断。

因此,过失相抵本质上是“过错的相抵”,来自“自己责任原则”和“诚实信用原则”。在受害人与加害人共同造成“同一损害”时,如果认可加害人行为与损害之间的因果关系,出于完全赔偿原则,受害人就能获得全部赔偿。此时,由于受害人本应防止损害的发生或扩大,却因违反“对自己的义务”导致损害发生,应当受到法律的否定评价。如果受害人仍然能够获得全部赔偿,实际上将自己行为的后果转由加害人承担,是一种不诚信的行为。^[28] 其“自我矛盾”并非出于客观上对损害的贡献,而是主观上对损害的认识。基于此,应当按照过错比例减少其损害赔偿的数额。

最为典型的是双方故意导致的互殴案件。如果按照原因力相抵构建过失相抵,那么损害分配就不再成为可能:损害都是出自对方的攻击行为,来自单一的原因力,不存在“同一损害”。认为此类案件中不适用过失相抵的司法判决就来自这种思路。但如此认定案件并不合理。此时损害虽然并非受害人以自己的身体造成的,却有意让自己承担了不正当的风险。加害人所造成的损害是由其作为和受害人的不作为共同导致的。因此,此时应当适用过失相抵。两种裁判的根本区别在于,双方所受损害大小与其主观可责性并不完全匹配。如果双方故意程度相等,但不适用过失相抵,那么对遭受损害较大的一方并不公平。

(二)“受害人故意”与“加害人故意”同义

想要证明“受害人故意”与“加害人故意”对适用过失相抵的影响具有相似性,必须证明加害人和受害人的过错同义,或者至少在过失相抵规范目的中可视为同义。但恰巧学界通说给这一前提的证立设置了障碍。

通说并不认为双方的过错同义,受害人过错违反的义务是“不真正义务”。^[29] “不真正义务”是受害人保护自己的义务,加害人不能就此诉请履行。^[30] 由于“对自己”与“对他人”的根本不同,“不真正义务”就与“义务”存在不同。但这一观点缺乏足够的说服力。受害人是否具备行为自由与谁承担受害人行为自由的后果是两个不同的问题。承担法律后果并不会影响受害人的行为自由:受害人仍然可以选择损害自己利益。但受害人不能把该结果转由加害人承担。^[31] 如果受害人没有进行自我保护,就造成的损害向加害人主张损害赔偿,实际上通过违反诚实信用原则的方式对加害人施加了不当负担。受害人违反的并不是对自己的义务,而是不得让他人承担自己行为后果的注意义务。这一义务并不是针对其自己,而是加害人。^[32] 不能诉请受害人履行只是这一学说的反射后果。因此“不真正义务说”是站不住脚的。

决定“受害人过错”是否与“加害人过错”相同的标准应当是其判断方法。实际上,并没有专门针对受害人是否存在过错的判断方法,仍然需要准用加害人故意的判断方法。^[33] 有观点认为受害人过失只要构成“不注意”即可,其标准应当就加害人更低。^[34] 这是因为,在生理上,相对于避免加害他人,保护自己的思维会更早成熟。幼儿虽然不懂炭火会对他人造成多大损害,但会很快

[28] 窪田充見「過失相殺の法理(中)」判例タイムズ740号(1990年)39—53頁参照。

[29] 见前注[5],王利明书,第495页。

[30] Vgl.; HK-BGB/Reiner Schulze, 10. Aufl. 2019, BGB § 254 Rn 3.

[31] 沢井裕「損害賠償の方法,過失相殺」加藤一郎(ほか編)『注释民法 19』(有斐閣,1965年)352—356頁参照。

[32] 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』(日本評論社,1938年)209頁参照。

[33] Vgl.; HK-BGB/Reiner Schulze, (Fn. 30), Rn 3.

[34] 加藤一郎『不法行為(増補版)』(有斐閣,1974年)247頁参照。

学会避免炭火对自己的伤害。^[35] 这种不同可以被理性人建构技术的弹性所包容。可以说,加害人和受害人适用的是相同的“理性人建构技术”,只是因案情的不同而产生了不同的标准。如果在名义上存在“真正义务”与“不真正义务”的区分,但实际上适用相同的判断技术,则“不真正义务说”徒具其表,在实际的规则建构中早已被学界共识所抛弃。因此,受害人过错与加害人过错应当同质。那么问题就转化为:双方的故意和过失是否具有实质区别?为什么故意一方要承受更多不利?

三、“同种类过错才能相抵”的教义学基础和理论依据

我国有关过失相抵的规则来自对域外法的学习。将目光局限于本土的理论和实践不能找到规则的合理化依据。因此,本文通过考察域外法中“同种类过错才能相抵”的原则和例外,寻找为何故意和过失有时能相抵,有时不能相抵。通过对域外法规则实质法理的抽象,发展出故意与过失、故意与故意之间适用过失相抵的一般原则。最终根据这一原则形成中国法的解释论。

(一)“同种类过错才能相抵”的教义学演变

故意,即行为人明知其行为会发生侵害他人民事权益的后果,仍有意为之的一种主观心理状态。^[36] 过失,即行为人对侵害他人民事权益之结果的发生,应注意或能注意而未注意的一种心理状态。^[37] 这一定义也可以适用于受害人,只是改为对自己权益侵害的认识。故意与过失最大的区别在于行为人的目的。在故意侵权中,损害的发生和扩大是行为人的目的,是行为人主观所意图的结果。^[38]

由于可责性更强,故意和过失在评价中存在以下不同:1. 从惩罚功能的角度来看,一般只有故意才会带来惩罚性赔偿;2. 对利益的保护进行衡量时,故意还是过失会影响违法性的认定;3. 从补偿功能的角度来看,故意是精神损害赔偿重要的衡量要素,会提高精神损害赔偿额;4. 故意侵权中更容易认定因果关系存在。^[39]

评价上的不同反映了故意和过失之间的异质。故意与过失很难进行比较:两者所指不同,归责依据不同。前者是加害人的意思,而后者则是出于受害人的信赖。^[40] 在故意侵权中,加害人能够预见并追求损害的发生;而在过失侵权中,加害人只是应当预见而没能预见或者轻信能够避免损害,其本身并没有追求损害的发生。故意涉及的是善恶的问题,归实践理性管辖;过失涉及的是认识能力问题,归理论理性管辖。^[41] 故意重视行为人事实上的认识,而过失则注重理性人“应然”的行为,两者之间存在“实然”和“应然”的鸿沟。从这一差别入手,两者之间就是种类不同,而非程度不同。性质完全不同则自然不能比较,排斥过失相抵的适用。这种理论因此也被叫作“苹果和橘子”理论。^[42]

[35] 见前注[21],窪田充見文,45—46頁參照。

[36] 见前注[6],程嘯书,第264頁。

[37] 见前注[6],程嘯书,第267—268頁。

[38] 幾代通『不法行為』(築摩書房,1977年)25—26頁。

[39] 同上注,27—28頁。

[40] 錦織成史:「違法性と過失」星野英一編『民法講座6』(有斐閣,1975年)194—195頁參照。

[41] 徐国栋:《民法哲学》,中国法制出版社2009年版,第164頁。

[42] 见前注[7],董春华文。

以此理论为积淀,比较法上在教义学上存在“同种类过错才能进行相抵”:只有故意才能和故意相抵,过失才能和过失相抵,故意和过失不能进行相抵。“故意侵权不适用过失相抵”只是这一教义学思想的具体化。这早在《学说汇纂》中就有所体现:

D.9.2.9.4

然而如果人们在投掷标枪时扎死一奴隶,即得适用《阿奎利亚法》。不过,如果几个人在练习场上投掷标枪时这个奴隶由此经过,则不适用《阿奎利亚法》,因为他不应这时从练习场走过。当然如果有人故意地向他投掷标枪,那么投掷人理所当然地要依《阿奎利亚法》负责。^[43]

同样的还有 D9.2.52.1、D9.2.31。

在该片段(digest)中,投掷标枪时没有注意到路过的奴隶,构成过失;而奴隶不慎进入练习场,也存在过失。两种过失可以进行抵消,加害人不承担侵权责任。而在加害人存在故意时,不能进行此种抵消,就要承担赔偿责任。

D.2.10.3.3

如果要式口约人因为允诺人的恶意行为被阻碍出庭,并且允诺人也因为要式口约人的恶意行为被阻碍出庭,作为他们双方恶意的代价,裁判官不应当对双方中的任何一方进行救济。^[44]

该片段主要针对双方都是故意的情形。由于双方均存在故意,可以进行抵消,互相不承担赔偿责任。

根据以上学说汇纂的内容,中世纪的注释法学家抽象出了“过失相销”(culpa compensatio)以及“故意相销”(dolus compensatio),也就是“同种类过错才能进行相抵”。如果双方当事人对损害的发生存在同种类的过错,那么不能互相主张责任。例如,如果双方均对斗殴存在故意,则故意互相抵消,都不需要向对方负责。但如果一方当事人存在故意,另一方只有过失,则由于故意的主观恶性过大,会吸收过失,不能承认相抵,故意一方要承担全部赔偿责任。^[45] 罗马法上没有按照过错程度分配损害的制度,受害人过错被“全有或全无规则”评价。“相抵”即意味着豁免损害赔偿。“不能相抵”即意味着加害人要承担全部赔偿责任。

这一思路一直延续到现在。很多国家承认因故意和过失的实质区别而排除适用过失相抵。在奥地利、捷克、以色列和意大利,故意侵权中均不适用过失相抵;^[46]在希腊、南非、瑞士和西班牙,不论加害人还是受害人,一方当事人的故意会让其承担全部损害。^[47]在荷兰,受害人故意会排除其损害赔偿请求权。^[48]

因“种类不同”拒绝故意与过失比较,进而排除过失相抵,在英美普通法中被应用到极致。由于令状制度的残余,英美法中残留了多种“故意侵权”,因此存在多种类的过错。“同种类过错才能

[43] 《学说汇纂》(第9卷),米键、李钧译,[意]纪蔚民校,中国政法大学出版社2016年版,第25页。

[44] 《学说汇纂》(第2卷),陈晓敏译,[意]司德法校,中国政法大学出版社2016年版,第99页。

[45] E.G.D. van Dongen, *Contributory Negligence: A Historical and Comparative Study*, Boston Press, 2014, p.113-115.

[46] [德]U.马格努斯、[西]M.马丁-卡萨斯主编:《侵权法的统一:共同过失》,叶明怡、陈鑫译,法律出版社2009年版,奥地利在第19页;捷克在第70页;以色列在第153—155页;意大利在第170—171页。

[47] 同上注,希腊在第140页;南非在第233—234页;西班牙在第155—156页;瑞士在第301—302页。

[48] 同上注,荷兰在第194页。

相抵”使得众多案件都不能适用过失相抵。即使美国各州侵权制度并不统一,但这一思路仍被广泛认同。例如,在 *Dep't of Corr. v. Hill* 一案中,政府错误监禁了原告。陪审团认为原告有 25% 的过错。由于英美法上将错误监禁案件(false imprisonment)归为故意侵权,不属于“过失侵权”,两者不能比较,因此不适用过失相抵。^[49] 在 *Mazzilli v. Doud* 一案中,警察在禁毒过程中因误会杀死特工。法院认为,人身攻击和殴打侵权(assault and battery)属于故意侵权,不适用过失相抵。^[50] *Whitlock v. Smith* 一案中,被告在酒吧用拳头击打原告的脸。法院表示,殴打(battery)案件属于故意侵权,不适用过失相抵。^[51] *Munoz v. Olin* 案中,消防警察在没有足够理由的情况下开枪打死了疑似纵火犯。法院认为,由于并非过失诉讼,故意侵权和特权的案件中不适用过失相抵。^[52] *Carman v. Heber* 一案中,被告诱使第三人违约。即使初审法院认为原告对此也要承担 40% 的责任,上诉法院仍然认为故意侵权案件中(intentional wrongdoing)不得适用过失相抵。^[53]

甚至历史上曾因为过失和重大过失之间存在“种类不同”而不承认共同过失的适用。例如,在 *Schulze v. Kleeber* 一案中,法院将过错分为三类。一类是轻过失(slight),指行为人违背了特别谨慎的人会有注意;一类是一般过失,指行为人不像大多数人那样小心翼翼;第三类是故意和重大过失(reckless; wanton),指行为人履行注意义务严重不适当,实质等同于故意(intentional)。法院认为,第二种过失与第三种过失存在实质差别,被告的重大过失不能适用共同过失。^[54] 在 *Astin v. Chicago* 一案中,威斯康星州法院表示,从诉讼程序来看,重大过失诉讼与一般过失诉讼的程序不能互相转化,证明法律对重大过失与一般过失是区别对待的。如果加害人存在重大过失,就不能适用共同过失。^[55] 类似的案件还有 *Phelps v. Magnavox Co. of Tennessee*。^[56]

(二)“同种类过错才能相抵”的理论基础与制度根基

1. “种类不同”必须有法律评价的支持

故意难以与过失进行比较属于法律技术障碍。该障碍的存在并不意味着排除两者的比较具有足够的正当性。如果正义和公平要求故意和过失进行比较,那么即便技术上存在困难,也应当努力寻求突破。因技术困难而拒绝适用过失相抵本身是一种“鸵鸟心理”,并不具有足够的正当性。作为手段的法律,是为实现目的而存在的。“种类不同”必定内生于其当时的规范环境,具备制度上的可接受性。这一正当性才是“同种类过错才能相抵”真正的依据所在。

2. 共同过失是“同种类过错才能相抵”的制度根基

“同种类过错才能相抵”是在共同过失(contributory negligence)背景下出现的制度。所谓共同过失,就是受害人只要对损害的发生或扩大存在过错,就不能请求任何赔偿。这源于在《奥地利

[49] *Dep't of Corr. v. Hill*, 490 So. 2d 118 (Fla. Dist. Ct. App. 1986).

[50] *Mazzilli v. Doud*, 485 So. 2d 477 (Fla. Dist. Ct. App. 1986).

[51] *Whitlock v. Smith*, 297 Ark. 399, 762 S.W.2d 782 (1989).

[52] *Munoz v. Olin*, 76 Cal. App. 3d 85, 142 Cal. Rptr. 667 (Ct. App. 1977), vacated, 24 Cal. 3d 629, 596 P.2d 1143 (1979).

[53] *Carman v. Heber*, 43 Colo. App. 5, 601 P.2d 646 (1979).

[54] *Schulze v. Kleeber*, 10 Wis. 2d 540, 103 N.W.2d 560 (1960).

[55] *Astin v. Chicago, M. & St. P.R. Co.*, 143 Wis. 477, 128 N.W. 265 (1910), overruled in part by *Bielski v. Schulze*, 16 Wis. 2d 1, 114 N.W.2d 105 (1962).

[56] *Phelps v. Magnavox Co. of Tennessee*, 497 S.W.2d 898 (Tenn. Ct. App. 1972).

民法典》之前，并无按照原因力或过错分配损害赔偿的制度。由于不能对损害赔偿的数额进行裁量，是否能够相抵意味着哪一方承担全部的责任。该制度通过“全有或全无”规则评价受害人过错，不仅反映了民事法律的补偿价值，而且带有更多惩罚意味。这样的制度对受害人有失公正，但反而为“同种类过错才能相抵”的产生奠定了评价基础。对受害人过于残酷的共同过失和对加害人有失公平的“故意侵权中不得适用过失相抵”，共同保持了加害人和受害人的平等对待，维持了受害人和加害人之间微妙的利益平衡。^{〔57〕}

此外，由于比较可责性的结论直接会决定哪一方承受全部损害，法官必须在原被告之间做出选择。故意行为人由于相较过失行为人在主观上可责性更强，由其承担全部损害赔偿更合适，更符合该制度的惩罚目的。所谓“同种类过错才能进行相抵”，实际上等于“由可责性强的一方承担全部损害”。

3. “同种类过错才能相抵”是以可责性比较判断因果关系

共同过失之所以适用“全有或全无”规则，是因为其将所有受害人过错的评价均纳入因果关系判断。^{〔58〕} 教义学上的“同种类过错才能相抵”是共同过失的结果，也内生于因果关系判断。特别是在制度上欠缺过失相抵，难以调整损害赔偿数额时，因果关系判断的范围辐射了现今过失相抵的适用范围。在受害人存在过错时，不能在双方之间进行损害分配，只能选择受害人和加害人的过错行为哪一个才是损害的“近因”。如果在任何案件中都必须在“全赔”和“不赔”之间选择，由可责性更高的人承担全部损害就是更可取的作法。

从逻辑上讲，故意和过失只是行为人的主观可责性，与作为客观存在的因果关系存在区别。但通过法律因果关系的判断，可以将主观可责性与客观的因果关系联系起来。在法律上，故意的行为容易被认定为损害发生的真正原因。例如，由于加害人意图发生损害结果，一次行凶不成，还会行凶第二次。受害人应对是否存在过失，只影响加害人导致损害的途径，对结果不会产生实质影响。同样，受害人意图损害发生，则加害人是否存在过失对损害结果的发生没有影响。如果受害人清醒时希望自杀，躺到高速公路上被加害人轧死，即使没有加害人的过失行为，也可能有其他加害人的过失行为或者意外事件导致受害人所希望的损害发生。加害人是否存在过失，均不影响损害的最终结果，只影响损害发生的过程。因此，所谓故意“吸收”过失，实际上是由于故意的高度意志性，导致其他人的过失行为不足以改变事物的发展进程，认定故意行为才是损害的原因。“同种类过错才能相抵”实际上是通过可责性的比较来判断因果关系。

当然，是否只要行为人存在故意，就一定切断了其他行为与损害之间的因果关系？在共同过失背景下，缺乏损害分配的制度，没有更优选择，只能让故意行为人承担全部责任。但现代法废除了共同过失，普遍实行过失相抵，就没有必要一定让故意行为人承担全部责任。此时可以对教义学上的“同种类过错才能相抵”予以修正，针对不同的行为人故意予以区别对待。

四、故意侵权案件中过失相抵的适用方法

（一）域外实践对“同种类过错才能相抵”的突破

1. 通过“原因力相抵”承认故意与过失的可比较性

从重构过失相抵的角度予以回应，“相抵原因力”要求打破故意和过失的区隔。进而，决定损

〔57〕 Kevin J. Grehan, *Comparative Negligence*, 81 Columbia Law Review 1668 (1981).

〔58〕 参见王泽鉴：《损害赔偿法上的与有过失》，载《法令月刊》第 67 卷第 4 期（2016 年）。

害赔偿比例的是双方当事人的客观行为结果,主观是过失还是故意并不重要,直接比较双方原因力即可。^[59]

例如,在 *Santelli v. Rahmatullah* 一案中,法院认为,传统上故意和过失是“苹果和橘子”,双方性质不同,不能进行比较,否则有失公平。但是法院考察了印第安纳州的判例,认为从因果关系角度来看,如果没有受害人过失,那么加害人的故意行为就不可能发生,此时“因果关系的角色”超过了“故意的程度”,应当承认相抵。^[60] 在非法侵入案件中,由于属于故意侵权,原本不适用过失相抵。但法官认为,土地房屋人应当阻止别人进入房屋,否则侵权不会发生,其过失行为对损害存在贡献。以此为由通过比较原因力分配了损害。^[61] 比利时也以双方原因力分配损害,因此承认此时可以过失相抵。^[62] 我国学者在解释故意侵权中适用过失相抵的问题时,也求助于原因力相抵,并将其视为比较法上的趋势。^[63] 但可惜的是,如前文所述,“原因力相抵”并不符合过失相抵的内涵,不能为故意与过失之间的相抵提供依据。而且,“原因力相抵”意味着故意和过失要同等对待,与社会共识不符。对于同等原因力的原被告双方,一方过失而另一方故意,故意一方应当承担更多责任。

2. 故意与过失只有“程度差别”,可以适用过失相抵

教义学上的“同种类过错才能相抵”堵死了故意与过失之间的可比较性。特别是在故意侵权种类较多的普通法国家,这种解释方法的弊端更是显露无余。为此,有观点认为,故意和过失只有程度差别,并非种类不同。在 *Bonpua v. Fagan* 案中,法院拒绝接受故意与过失“性质不同”的概念,而采用“程度不同”。对此,法院解释认为,有些令人不快的行为的确会排除过失相抵的适用,但这应当结合故意行为的性质。^[64] 也有法院表示,故意侵权不能适用过失相抵是共同过失的遗留。如今应当将故意和过失的区别放到程度上,而不是种类上。^[65]

重大过失与过失之间的同质性也被承认。在过失相抵改革后,威斯康星州废除了重大过失侵权中不能进行损害分配的规则。在 *Bielski v. Schulze* 一案中,双方当事人之间发生汽车碰撞。针对加害人的重大过失,最高法院决定废除重大过失与一般过失存在实质区别的规则,适用过失相抵。^[66] 在 *Vaughn v. Baxter* 一案中,第三人开车超速,故意追赶被告所驾驶车辆进行挑衅,导致被告开车逃跑过程中超速并观察不足导致车祸,使车内的原告受伤。虽然被告构成重大过失,法院也认可了过失相抵。^[67]

但单纯从故意与过失之间是“种类差别”还是“程度差别”分析,有将评价问题简化为语义问题的嫌疑,也不利于引导法官思维。其背后仍然应当存在判断的实质理由。而且,认定故意与过失之间是“程度差别”,等于承认所有故意可以与所有过失进行比较。但此类案件全部适用过失相抵是不可能的。这就无法为有些案件中仍然排斥故意和过失的比较提供合理解释。

[59] 此种观点见前注[20],郑永宽文。

[60] *Santelli v. Rahmatullah*, 993 N.E.2d 167 (Ind. 2013).

[61] *Ibid.*

[62] 见前注[46],马格努斯、马丁-卡萨尔斯书,比利时在第 48 页。

[63] 见前注[7],董春华文。

[64] *Bonpua v. Fagan*, 253 N.J. Super. 475, 602 A.2d 287 (App. Div. 1992).

[65] *Bielski v. Schulze*, 16 Wis. 2d 1, 114 N.W.2d 105 (1962).

[66] *Bielski v. Schulze*, 16 Wis. 2d 1, 114 N.W.2d 105 (1962).

[67] *Vaughn v. Baxter*, 1971 OK 107, 488 P.2d 1234.

（二）协调故意与过失相抵的实质理论建构

随着越来越多的国家废除了共同过失，承认故意与过失的可比较性势在必行。因果关系判断的调整范围变窄，部分由过失相抵所替代。规范环境的变化呼吁着故意与过失比较技术的细腻化：教义学上的“同种类过错才能相抵”内部产生了张力。原本适用这一规则的案件，必须进一步区分为继续适用因果关系分析的案件和适用过失相抵的案件。这需要反思故意、过失与因果关系之间的关系。

在法律因果关系判断中，根据相当因果关系学说，站在最佳观察方角度可以预见的损害才能归因于行为人。英美法中的近因判断则转向加害人的角度，考察加害人应当多大程度上预见损害的发生。^{〔68〕}对此，有学者认为，两者本质上考虑的因素基本相同，殊途同归，实际上都是加害人可预见性的建构。^{〔69〕}从可预见性的角度看，想要判断加害人和受害人的行为哪一个才是损害发生的原因，应当结合预见能力和介入行为的异常性进行综合判断。

预见能力主要针对加害人。从预见能力来看，行为人掌握的信息越多，越能控制因果链的发展过程，预见能力就越强，反之就越弱。故意往往意味着更强的预见性。在故意侵权中，加害人掌握了受害人的更多信息，准备更加充分，对损害结果具有更强的控制力。如果故意一方预见到了受害人的过失行为，甚至是对方过失行为就是自己期待发生的内容，那么即使介入了受害人过失，也应当由加害人承担全部责任。可以说，此时加害人故意的内容包含了受害人过失的内容。故意侵权不适用过失相抵，是以此种案例为原型进行普遍归纳的结果。作为意欲发生损害结果的故意侵权人，经常可以预见到侵害过程中受害人的一些不理智反应，甚至提前做好了对安排，这些受害人过失不应当影响加害人的责任。但存在故意的加害人并非总能预见受害人的全部过失。如果受害人过失超出了加害人的预见范围，让其承担全部损害就有失公平，此时就可以考虑过失相抵。

行为异常性主要针对受害人。从行为的异常性来看，行为越靠近一般社会生活，越理性，发生概率越高，越可预见；越脱离一般社会生活，越不理性，发生概率越低，越不可预见。在行为的异常性上，故意和过失存在实质区别。受害人存在过失时，行为以日常活动为目的，损害只出于疏忽，行为偏离理性人标准的程度是有限的。受害人存在故意时，行为将大幅度偏离理性人的行为标准，很难被社会群体中的他人所预见。因此，受害人主观上是故意还是过失，会实质地影响到加害人的可预见性。在过失侵权中，受害人故意往往过于异常，不属于加害人的预见范围。认为受害人故意会免除加害人的赔偿责任，是以此作为案例原型进行归纳的结果。

但具体因果关系是否成立，是行为人预见能力和行为异常性综合衡量的结果。偏离程度再大，只要加害人预见能力强，也可能处于其预期中；相反，偏离程度再小，如果加害人预见能力够弱，也可能处于其预期外。有效发掘这一互动关系，就需要考量目的与结果，手段与原因之间的不完全对应关系。^{〔70〕}

因此，故意行为人发生损害的目的并不意味着其可以操控全部因果关系。损害目的能够多大程度上影响到损害的实现，受到行为人认识能力局限的影响。如果故意行为人的认识与客观状态存在较大差距，则其故意的意图并不能决定损害的发生。同样，过失侵权人也并非

〔68〕 参见刘文杰：《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。

〔69〕 参见李中原：《论侵权法上因果关系与过失的竞合及其解决路径》，载《法律科学》（西北政法大学学报）2013年第6期。

〔70〕 该关系见〔德〕施塔姆勒：《正义法的理论》，夏彦才译，商务印书馆2016年版，第159页。

不能预见任何受害人故意。在具备专业能力的情形下,预防受害人故意的自损行为可能是加害人的职责。此时,即使只有过失的加害人也应当预见到受害人的自损行为并做出预防。例如,在监狱看守、精神病治疗等过程中受害人故意的自残自伤就属于过失行为人应当预见的范围。

所以,故意和过失是否能够相抵,应当综合考量行为的异常性和行为人的预见能力。只不过在假定所有人预见能力相同时,行为异常性变成了最重要的评价标准。以大部分案件作为归纳原型,故意行为人总是能够预见全部损害的发生,才会得出教义学上的“同种类过错才能相抵”。随着社会生活的日益复杂化,行为人的预见能力开始为人们所关注,使得例外开始在规范层面逐渐暴露。上文学者所称“主观故意不明显的故意侵权”和“主观故意但有明显诱发原因的故意侵权”实际上就看到了这些例外。所谓“主观故意不明显的故意侵权”,实际上是指加害人预见能力不足,对受害人过失行为也没有足够把握;所谓“主观故意但有明显诱发原因的故意侵权”是指行为的异常性不足,仍然能够被过失行为人所预见。此时,将故意行为认定为损害的“唯一原因”自然有失妥当。

(三) 故意侵权案件中适用过失相抵的类型分析

故意侵权案件中,欺诈侵权、自杀案件和互殴三类案件最为典型。例如,在比利时,欺诈侵权不适用过失相抵;以色列法院认为,在结合案情的基础上,不可能成功的欺诈侵权、挑衅所致的故意侵权中可以适用过失相抵;荷兰法院认为,如果雇主存在法定保护义务,那么对受害人自杀应当承担赔偿责任;在加害人故意场合,如果受害人挑衅,可以承认相抵。从欧洲比较法的整体情况来看,受害人自杀如果发生在监禁期间或住院期间,加害人有防止自杀的义务,则只能带来损害赔偿减少。^[71] 日本司法实践中承认互殴可以适用过失相抵。^[72] 本文通过分析这些类型,对上文分析的结论进行具体化。

1. 加害人存在故意,受害人存在过失

此时最典型的是欺诈侵权。故意欺诈时,加害人倚仗专业的知识和资料,削弱受害人的警戒,意图造成损害后果。加害人欺诈行为的目的就是受害人的过失,很可能对全部损害后果具备可预见性。例如,在金融欺诈案件中,业务人员故意的内容就是投资者的过失。如果投资者没有过失,欺诈不可能成功。因此,此时受害人过失在欺诈行为人的预见范围内,不能过失相抵。相反,如果受害人过失并非因欺诈行为而生,就无法被欺诈行为人所预见,可以适用过失相抵。

域外司法实践可以证明这一结论。在 *Allen v. Sundean* 案中,开发商隐瞒了地面下沉的事实,故意欺诈消费者,构成故意侵权。随后,房屋买受人没有注意到地面下沉,对房屋进行了改装,造成损害扩大,存在过失。开发商主张适用过失相抵减轻赔偿责任,加州法院拒绝了这一要求。^[73] 这是因为,开发商应当预见欺诈结果是消费者改装房屋时造成损害。同样的还有 *Godfrey v. Steinpress* 一案。房地产公司隐瞒了房屋中有白蚁的事实,将房屋售卖。即使随后消费者对白蚁存在处置不当,法院也拒绝适用过失相抵。^[74] 这是由于,作为专业房屋买卖人,房地产公司在隐

[71] 见前注[46],马格努斯、马丁-卡萨尔斯书,比利时在第 48 页;以色列在第 153—155 页;荷兰在第 194 页;比较法结论见第 383—385 页。

[72] 见前注[31],沢井裕文,352—356 页参照。

[73] *Allen v. Sundean*, 137 Cal. App. 3d 216, 186 Cal. Rptr. 863 (Ct. App. 1982).

[74] *Godfrey v. Steinpress*, 128 Cal. App. 3d 154, 180 Cal. Rptr. 95 (Ct. App. 1982).

瞒事实时能够预见一般消费者没有能力处置白蚁。

日本法院的看法与此类似。例如，金融从业人员对消费者进行欺诈，消费者购买金融商品后因亏损导致损害。法院认为，即使投资者没有仔细检查金融商品的内容和风险，轻率地相信了从业人员的劝诱，也不应当适用过失相抵。^{〔75〕}但受害人过失必须处于加害人的预见范围内。如果加害人从事虚假陈述，受害人本可以识破骗术却仍然进行投机导致损害，可以适用过失相抵。例如，某公司资金状况恶化，勉力维持，在进货时签发了不能付款的支票。虽然董事和监事都存在重大过失，但是债权人既然已经怀疑了该公司的资金状况，仍然选取支票方式，没有要求担保，也存在过失，减少40%的损害赔偿。^{〔76〕}受害人发现欺诈后本应当避免损害，但仍然选择投机。加害人即便存在欺诈，也无法预见该投机行为。此时受害人过失的损害后果不应当全部由加害人承担，应当适用过失相抵。

我国司法裁判中也存在相似的判断思路。例如，在银行理财经理劝诱受害人购买银行理财后，受害人购买了超出自身风险等级的理财，且不知道回赎的手续费，最终因解除合同支付手续费造成损失。法院认为，商业银行有义务向客户提示理财风险，防止客户因信息不充分造成损失，本案不适用过失相抵。^{〔77〕}既然银行已经做了风险评估，理财经理就应当能够认识到受害人购买理财后会承担解约手续费。此时加害人应当预防受害人过失，却没能预防，与损害之间存在因果关系。相反，在购买不合格的“协议品尿素”之后，具有多年种植经验的受害人坚持使用该尿素施肥，造成大规模减产。法院认可了过失相抵的适用。^{〔78〕}由于购买者为有经验的农民，出卖人无法预见到其会明知假货而坚持施肥。这种自损行为并非出卖人所能控制，应当适用过失相抵。

除此之外，如果过失行为引起了故意行为，也可以适用过失相抵。一些过失行为在社会生活中与一些故意行为存在稳定的联系，可以引起故意侵权的动机，因挑衅而斗殴的案件就是典型。受害人的一般挑衅行为并不能完全引起加害人的故意侵权，应当适用过失相抵。而如果受害人进行了严重的挑衅行为，如以事先有预谋的侵权挑衅，则加害人的故意行为可能完全由其导致，构成正当防卫，免除加害人的赔偿责任。^{〔79〕}相反，受害人轻微的挑衅行为并不能有效引起加害人的故意侵权行为，应当拒绝过失相抵，由加害人承担全部赔偿责任。^{〔80〕}例如，在 *Bonpua v. Fagan* 一案中，原告嘲笑被告“同性恋”，导致双方互殴，最终原告被打伤，法院认为应当适用过失相抵。^{〔81〕}原告虽然不能完全控制故意行为的发生，却引起了故意行为，应当适用过失相抵。再如，在一起互殴案件中，双方因会车原因发生争执，X 率先挑衅并动手，Y 还手，将 X 打伤。法院认为，Y 超出了必要的防卫限度，应当承担赔偿责任。但根据过失相抵减少70%的赔偿额。^{〔82〕}本案虽是故意侵权，但 X 对 Y 的攻击行为具有一定的诱发性，能够预见到 Y 会还击，应当适用过失相抵。

〔75〕 东京地裁 2011 年 12 月 7 日判決，判例時報 1371 号 212 頁参照。

〔76〕 京都地方裁判所 1992 年 2 月 5 日判決，判例時報 1436 号 115 頁参照。

〔77〕 江苏省南京市中级人民法院民事判决书(2016)苏 01 民终 1563 号。

〔78〕 新疆维吾尔自治区克拉玛依市中级人民法院民事判决书(2019)新 02 民终 237 号。

〔79〕 窪田充見「過失相殺の理論と現実(1)」NBL496 号(1992 年)28—35 頁参照。

〔80〕 藤岡康宏「けんかの際の暴行につき正当防衛を否定したが過剰防衛を認め7割の過失相殺がされた事」判例タイムズ817号(1993年)65—72頁参照。

〔81〕 *Bonpua v. Fagan*, 253 N.J. Super. 475, 602 A.2d 287 (App. Div. 1992).

〔82〕 東京地方裁判所 1991 年 12 月 25 日判決，判例時報 1441 号 103 頁参照。

2. 加害人存在过失,受害人存在故意

此类典型案件主要是受害人受到伤害后自杀。受害人自杀作为故意行为,出于受害人的自由意志,具有较高的异常性。加害人往往不能有效预见,这将会切断因果关系。但如果加害人对受害人故意存在可预见性时,则不能切断因果关系,应当对损害结果承担部分责任。

如果加害行为给受害人带来巨大痛苦,导致受害人自杀行为不会超出可预见性的,仍然能够认定相当因果关系,但承认过失相抵的适用。例如,在受害人因事故自杀的案件中,事故后受害人因生理状态下承担了巨大痛苦,最终自杀。法院认为,本案中受害人遭受了巨大痛苦,已经部分失去自由意志,事故与死亡之间存在相当因果关系。但考虑到受害人自由意志并未完全丧失,减少50%的赔偿额。^[83] 如果加害人对受害人的自杀行为具有预防义务,对损害应当具有可预见性。此时受害人故意只能评价为过失相抵。在遭受校园欺凌后自杀的案件中,法院认定了学校的侵权责任,并承认70%的过失相抵。^[84] 如果加害人已经完全预见到受害人自杀,却没有采取预防措施,有可能要承担全部赔偿责任。此时主要防止因适用过失相抵而导致注意义务的“稀释或削弱”。^[85] 在学生自杀案件中,教师已经明知学生长时间被欺凌,仍然没有有效应对,最终学生自杀。法院认为学校对自杀行为具有可预见性,不适用过失相抵。^[86]

我国司法实践中的做法与此类似。例如,学生在未引起老师同学的注意下突然跳楼死亡。法院认为,其自杀是自我选择,学校无法预见,学校不应当承担责任。^[87] 相反,在受害人因精神疾病进入精神病院后,因自杀而死亡。法院认为,受害人本身具有自杀倾向,精神病院应当能够预见到受害人的自杀行为,应当承担60%的赔偿责任。^[88] 在前者,受害人自杀过于异常,切断了因果关系;而在后者,由于加害人应当预见到受害人自杀并予以预防,因此适用过失相抵。

3. 双方均存在故意

如果双方都对损害存在故意,即使根据“同种类过错才能相抵”,也能适用过失相抵。此时虽然双方行为都很异常,但对自己和对方的行为均有较高的可预见性。同时,由于不能让任何一方当事人因自己的背信行为而获利,应当适用过失相抵。例如,双方因激烈口角而发生互殴可归为双方故意侵害的案件。此时,双方均具有加害对方的故意,却又同时故意处于被加害的地位。此时,由于高度的意志性,双方形成了一个整体。每一个伤害均是加害人故意的作为和受害人故意的不作为造成的。由于损害是整体的结果,应当由双方共同承担后果。此时,双方虽然伤势不同,但主观恶性相同,适用过失相抵分担双方共同的损害更为合理。^[89]

五、我国《民法典》下故意侵权案件 适用过失相抵的解释论

故意侵权案件中过失相抵的适用问题虽然引起《民法典》立法者的注意,单设一条“受害人故

[83] 浦和地方裁判所 1987年9月25日判决,判例时报1253号99页参照。

[84] 东京高等裁判所 2002年1月31日判决,判例时报1773号3页参照。

[85] *Butler v. Acme Markets*, 89 N.J. 270, 445 A.2d 1141.

[86] 东京高等裁判所 1994年5月20日判决,判例时报1495号42页参照。

[87] 海南省第二中级人民法院民事判决书(2020)琼97民终2179号。

[88] 福建省福州市中级人民法院民事判决书(2020)闽01民终1758号。

[89] 参见河南省新乡市中级人民法院民事判决书(2016)豫07民终4659号、上海市浦东新区人民法院民事判决书(2019)沪0115民初76507号、贵州省贵阳市观山湖区人民法院民事判决书(2019)黔0115民初6721号。

意”，但由于技术局限，并不能有效解决法律适用的问题，不再赘述。可以通过对《民法典》第1173条和第1174条的解释，填平裁判规则与法律规范之间的缝隙。

（一）加害人故意，受害人过失时的法律适用

从我国《民法典》第1173条的表述来看，由于第1173条中没有对加害人故意侵权另设规范，即使故意侵权人应当预见受害人过失，也可以适用过失相抵。这使加害人可能逃避自己的行为责任，通过过失相抵获得不当利益。因此，该条的适用导致了评价矛盾，应当限缩适用范围。

这一限缩可以通过解释第1173条的“可以”完成。“可以”为授权性规范，允许法官根据裁量权决定是否适用过失相抵。据此，能够将故意侵权中不适用过失相抵的案件，通过“可以”一词的解释排除出去。只要受害人过失处于加害人故意应当预见的范围内，就解释为“可以不适用过失相抵”，排除过失相抵的适用。

其他情形，不论是超出加害人故意范围的受害人过失，还是引起加害人故意侵权的挑衅行为，都仍然适用过失相抵。但由于拒绝适用过失相抵还有故意侵权外的其他情形，不宜直接对“可以”或“不可以”作完全列举。例如无过错责任当中，受害人的一般过失就不能适用过失相抵。因此，只应将“加害人故意内容包含受害人过失”解释为“可以不适用”的情形之一。

（二）受害人故意，加害人过失时的法律适用

在受害人存在故意时，由于同时可以被第1173条和第1174条所涵摄，可能同时得出减责和免责的法律后果。第1174条法律后果为免责，相较第1173条更为严重，其所针对的受害人故意应当比第1173条的受害人故意在评价上更具备可责性。否则就会产生评价矛盾。从法工委的态度来看，“唯一原因说”也与法条的文字意义存在较大区别，这就要求对第1174条进行目的性限缩。因此，应当对第1174条的受害人故意予以限缩，与第1173条中“受害人存在过错”进行有效区分。

首先，第1174条应当针对过失侵权。如果加害人存在故意，不能因受害人存在故意而剥夺其损害赔偿权，应当适用过失相抵。其次，应当结合加害人注意义务的范围，确定受害人故意是否会切断加害人过失与损害之间的因果关系。综上，第1174条所指的受害人故意，应当解释为：过失侵权中，受害人故意造成损害发生，加害人对此不存在注意义务的，不承担损害赔偿责任。在第1174条之外的受害人故意，应当适用第1173条过失相抵。

（三）双方故意时的法律适用

如果双方存在故意，按照《民法典》现在的表述，法官既可以援引第1173条，也可以援引第1174条，还可以援引教义学上的“故意侵权中不适用过失相抵”。由于无法确定裁判大前提，法官必将左右为难。完全交由法官裁量，就会导致判决结果不统一。

首先，双方存在故意时，应当接受上文对第1174条的解释论结论，不能以第1174条进行涵摄。如果加害人构成故意侵权，不能因受害人存在故意而免除其损害赔偿责任。其次，“故意侵权中不适用过失相抵”针对的是因果关系判断。故意侵权中限制的过失相抵主要针对受害人过失，此时更有可能将受害人过失的结果归于故意侵权人。相反，受害人如果存在故意，不应当被这一规则涵摄，将其行为结果转由加害人承担。因此，此时应当适用过失相抵，援引第1173条进行裁判。

结 论

故意侵权案件中，能否适用过失相抵较为复杂，原则和例外交错。如果以请求权基础思维进

行拆解,借助请求、抗辩、抗辩排除的过程,能够使过失相抵适用的原则、例外和再例外充分展现出来。根据加害人所援引防御规范的不同,可能存在两种不同的诉讼策略。

第一,在故意侵权中,受害人主张损害赔偿,加害人就受害人过错主张过失相抵。受害人可举证加害人对损害的发生存在故意,对受害人过错存在可预见性,要求排除过失相抵。加害人可以进一步证明受害人对损害的发生也存在故意,适用过失相抵。

第二,在过失侵权中,受害人主张损害赔偿,加害人就受害人故意主张免除责任。受害人可以举证加害人对受害人故意存在注意义务,具有可预见性,适用过失相抵。

Abstract When one or both of the injurer and the victim have intention, it is doubtful whether the comparative negligence can apply. Under the current system, in cases where the injurer is intentional and the victim is negligent, it is only possible to apply the comparative negligence under Article 1173 of the Civil Code. This attitude contrasts with the pre-Civil Code attitude of rejecting comparative negligence, but without sufficient justification. It tends to the confusion of the judiciary. In cases where the victim is intentional, either Article 1173 can be applied to reduce liability or Article 1174 can be applied to exempt liability, making it difficult to determine the application of the law. There is a lack of clarity in the law when both parties are intentional. A look at comparative law reveals that the doctrine of “only the same kind of fault can adapt comparative negligence” has developed with many exceptions from contributory negligence to the doctrine of comparative negligence but there is not enough theory to explain it. In comparative law, as a principle, if one party’s intention can contain the fault of the other party, it shall bear full responsibility for the damage; as an exception, if the intent of one party does not include the fault of the other party, comparative negligence could be used. Therefore, there are hidden legal loopholes in Article 1173 and 1174 of the Civil Code, which can be filled through purported limitation.

Keywords Comparative Negligence, The Victim’s Intention, Intentional Tort, Predictability

(责任编辑:庄加园)