

《厦门大学法律评论》第8辑

厦门大学出版社 2004.12 版

《日本侵权法中的因果关系理论述评》

第 185 页～第 222 页

日本侵权法中的因果关系理论述评

周江洪*

目 次

- 一、成立要件上的事实因果关系
- 二、赔偿范围认定中的相当因果关系
- 三、日本因果关系理论的评价
- 四、小结

关于因果关系理论,正如张新宝先生在其主持起草的侵权法学者草案理由书中所表述的那样,“侵权行为法建议稿没有明确指出采用哪种学说,而将这一问题的答案留给司法解释和学说”,从而使得因果关系的问题必将成为民法解释学的一个重要领域,因此本文将对日本相关理论作一简单的整理和评述,并结合民法通则和官方民法典草案的法律规范构造,以图对中国将来该领域研究的进一步深入发展起到一定的参考作用。

一般认为,在日本侵权行为法中,通说将侵权行为法中的因果关系区分为“侵权行为责任成立要件上的因果关系”和“与侵权行为责任赔偿范围确

* 周江洪:厦门大学法学院讲师,现为日本神户大学法学研究科博士生。

定相关的因果关系”^①。前者又被称为“事实因果关系”^②(自然因果关系),即“若无A则无B”式的条件关系,A为B的原因,B为A的结果。后者称为“相当因果关系”(或者按照其他标准确定损害赔偿的范围),作为民法第416条(债务不履行)的类推适用,适用于侵权行为法领域^③。本文也将在该传统通说的基础上,对日本侵权行为因果关系理论作一简单介绍。

一、成立要件上的事实因果关系

所谓事实因果关系,意味着原因和结果之间的自然法则上的关联性,也正因为如此,原本意义上应具备反复性·必然性的特征,但在诉讼上却是一个不可能实现的要求,因此只好通过“若无A则无B”式的验证进行判断^④。但按照条件关系认定事实因果关系,也会出现一些无法回避的现实困难。

1. 条件关系理论存在的问题

利用条件公式“若无A则无B”来判断侵权行为是否存在事实因果关系,一般情形并不存在问题。但是在下列情形中,该条件关系也存在着明显的逻辑纰漏。

A. 假定因果关系

① 应该指出的是,日本民法学界对于该二分法的合理性也存在着质疑。同时,因果关系是否作为损害赔偿范围确定的标准也存在着争论。关于这方面的论述,详见后文。

② 需要注意的是,日本许多判例中将该阶段的因果关系也表述为相当因果关系,具体参见后文。

③ 作为确定责任范围的相当因果关系,现在在日本司法判例中仍然占有通说的地位,但在学说上,对于责任范围的认定问题,存在着各种学说,但基本上否定了将第416条类推适用的相当因果关系说。后文将有简单评述。

④ [日]泽井裕:《教科书·事务管理·不当得利·不法行为》,有斐阁2001年版,第197页。需要说明的是,泽井教授虽然承认事实因果关系和保护范围“二分法”在理论上的明了性,但主张因为存在着一些非常偶然因素导致损害的特例,而有重新评价“相当因果关系”理论价值的必要性,也就是说,泽井教授是在其“相当说”理论的基础上来理解事实因果关系概念的。另外,正如本文中所指出的那样,日本民法学界对于事实因果关系概念存在着各种不同的理解,此处引用的概念只是众多概念中的一类概念而已。

设例如下:某大学校园内,学生甲正在教室内复习考研,学生乙和丙在教室外玩棒球掷球游戏。甲因考研复习心烦,一气之下把教科书向窗口砸去,窗户玻璃被砸碎。但此时窗外的乙因手滑不小心将球掷飞,球从被教科书砸坏的窗户飞入教室^⑤。从整个过程来看,事实上打碎玻璃的并不是乙掷飞的棒球,也就是说,乙的行为与玻璃破碎之间并不存在着因果关系。但是,若假设甲没有打碎玻璃,玻璃将被乙掷飞的球打碎。因乙已作出足以打碎玻璃的行为,因此诸如其行为与玻璃的破碎之间存在着因果关系之类的考量并不是完全不可能。即“若无甲的行为,乙的行为将成为现实的原因”,这就是所谓的假定因果关系。

但是,对于假定因果关系,如果从前述“若无 A 则无 B”的条件公式去验证,则即使没有乙的行为,玻璃破碎的事实也仍然发生。从该角度来说,假定的因果关系并不成为所谓的事实因果关系。

但另一方面,甲的行为又该如何呢?若按照“若无 A 则无 B”条件公式进行验证,若无甲的行为,则玻璃破碎之事实仍然会发生。而事实上玻璃是因为甲的行为所致。这就会陷入了条件公式的诡辩之中,因此,此类假定因果关系的存在,应作为条件公式的例外进行考察,不能以条件公式来否认该因果关系的存在。但是,也有人认为,因为有假定因果关系的存在,可以斟酌该特殊情形,适当减轻甲的赔偿责任^⑥。

B. 时间先后无法证明的因果关系

比如,上述例子中,甲和乙各自都主张对方先打破了玻璃,而事实上也无法证明孰先孰后时,若按照条件公式来判断,则会陷入无法证明和判断的情形。在这种情况下,与其说是因果关系的问题,还不如说是其证明问题。该种情形,只要能够证明二者之共同行为(包括偶然竞合的共同行为)与结果之间存在着因果关系,就可以按照日本民法第 719 条 1 项的规定处理,即

^⑤ [日]内田贵:《民法Ⅱ:债权各论》,东京大学出版会 2003 年版,第 355 页。

^⑥ 前引^⑤,内田贵书,第 356 页。但内田贵教授认为,考虑到与甲和乙的行为同时发生时要求两者承担全部责任情形之间的平衡,并不存在着适当减轻甲的责任的理由。

“……不能知道谁为加害主体时”，双方各自负连带责任。

C. 原因竞合

与上述情形类似，假设存在着以下 X 和 Y 两个原因，引起了 Z 事实的发生。从逻辑学角度来说，一般存在着以下几类情形：

(1) X 或 Y，其中任何一个都足以引起 Z 事实的发生。该类型又被称为择一型原因竞合^⑦。该情形若根据前述条件公式判断，X 或 Y 任何一个与 Z 之间都不存在着事实因果关系。但是，该判断却违反我们的直觉或常识，因此，在该情形下，上述条件公式存在着纰漏。

(2) X 或 Y，其中任何一个都不足以引起 Z 事实的发生，但二者结合发生了 Z 事实。该类型又被称为相乘型原因竞合。根据条件公式判断，X 或 Y 都足以构成事实因果关系中的原因。但是，若上述 X 或 Y 行为，任何一个行为本身只能引起使人受伤的结果，但两者共同作用则导致了受害人的死亡。此种情形之下，引起 X 或引起 Y 行为的人，是承担“受伤”这一损害后果的赔偿责任，还是承担“死亡”这一损害后果赔偿责任，不无疑问^⑧（但结合本文后述相关论点，这属于损害赔偿额算定的问题，而不一定是因果关系的问题）。

(3) X 或 Y，其中 X 足以发生 Z 事实，Y 单独并不足以发生 Z 事实。根据条件公式判断，X 构成事实因果关系中的原因，而 Y 不构成事实因果关系中的原因。

另外，择一型原因竞合与前述假定因果关系的界限十分模糊，再加之如果是三个以上复数原因结合引起某事实的发生时，各原因之间的相互关系

^⑦ [日]大村敦志：《债权各论编》③：因果关系——以原因竞合的事例为中心》，《法学教室》2004年第291号。

^⑧ 前引^⑦，大村敦志文。

就更为复杂^⑨。

因此,从以上情形来看,引起结果发生的数个原因存在时,条件公式的判断会陷入不周延的境界,上述公式也存在着不能很好适用的例外情形。针对该情形,民法学者提出了部分因果关系理论以及比例因果关系理论^⑩,另外也有学者指出“不能以他人的侵权行为否定自己的侵权行为与后果之间的条件关系”。

D. 不作为型侵权行为

最近,一些新的案件也对上述“若无 A 则无 B”的条件公式提出了新的挑战。比如,日本最高裁判所 1999 年 2 月 25 日判决的案件^⑪。该案中,因医生未尽到与当时医疗水准相当的注意义务^⑫,致使未能在早期发现肝癌,后来该患者因肝细胞癌而死亡。虽然最高裁判所认定“患者在该时间内的死亡”与医生的“注意义务违反”之间存在着“高度的盖然性”,从而认定了“因果关系”的存在。但是,学界却存在着各种争论。毕竟,大部分医疗行为只具有一定概率的治疗效果,而且对于癌症的治疗来说,其治疗效果也并不

⑨ 最近,日本最高裁判所就判决了一个与原因竞合相关的十分有名的案件。该案中,受害人发生交通事故,后在医院治疗过程中,发生医疗事故,导致死亡。也就是说,按照条件公式,若无交通事故,则不会发生死亡的后果;但若得到合适的治疗,足以抢救生命(若不存在医疗事故,则不会死亡)。受害人家属向法院提起诉讼,要求承担赔偿责任死亡这一后果的侵权责任。本案中,最高裁判所认定其为相乘型原因竞合,从而否定了各侵权行为人之间根据其对死亡后果所起的作用分配责任的加害人的请求,而要求其承担全部责任。日本最高裁判所判决 2001 年 3 月 13 日民集 55 卷 2 号 328 页。

⑩ 部分因果关系理论来自滨上教授。针对从来因果关系理论都只是要么存在着因果关系要么否定因果关系的二者择一式的绝对化判断,滨上教授认为,因果关系可以按照部分或比例关系进行考虑,也就是说,在事实因果关系层面上,被告的行为对结果的发生到底有多大程度的贡献,按照其范围确定其损害赔偿范围〔日〕滨上则雄:《损害赔偿上的保证理论和部分因果关系理论》,《民商法杂志》,1972 年第 66 卷 4 号、5 号)。比例因果关系理论则来自野村教授〔日〕野村好弘:《因果关系的本质》,《交通事故损害赔偿的法理和实务》,1984 年版,第 64 页)。

⑪ 〔日〕民集 53 卷 2 号第 235 页,判例时报 1668 号第 60 页。

⑫ 医疗水准理论已经成为日本医疗诉讼案件中判断医生和医院是否违反注意义务的重要标准。

都是很高。也正是如此,由于该治疗效果的低下性,也就很难证明“如果实施该医疗行为,就能治愈或缓解疾病”的高度盖然性^⑬,也就是说,类似“若无医生的不作为,就没有患者的死亡”之类的医生的不作为与死亡的后果之间的高度盖然性很难得到证明^⑭。因此,通说也认为在不作为事例中,事实因果关系的判断具有特殊性^⑮。

E. 自然科学上的因果关系

随着公害、药物损害、食品损害等问题,无法从实验科学的角度来证明其100%的逻辑确信,也就是说,无法证明“若无A则无B”式的条件关系。但在这方面,日本学说和裁判所判例发展出了后述诸学说,在一定程度上解决了该问题。

2. 盖然性说

因果关系的证明,特别是公害、药物损害、食品损害等新的侵权行为现象的发展,即使辅之以非常先进的科学方法也无法证明的案件层出不穷。如果要求严密的科学方法证明其因果关系,不仅耗费时日,而且甚至可能永远无法证明,许多案件的审理将陷入“不可知论”式的“自然科学审判”的泥沼,无法对受害人尽快作出损害的救济。

刑事责任中的“存疑不罚”原则,是为了保障被告人的人权。但民事责任则关注如何公平分担已经发生的损害。因此,当事人之间的经济地位、被害程度、被告的赔偿能力、损失的转嫁能力等应予以重视。也正是因为如此,“盖然性说”也就成为判断侵权行为责任成立要件上的因果关系是否存在支配性因素。

^⑬ [日]新育美文:《因果关系的证明》,《民法判例百选Ⅱ》(第5版),有斐阁2001年版第169页。

^⑭ 实际上,就该案而言,为了克服该类因果关系的问题,学者们也提出了各类理论。比如新美育文教授的“延命利益丧失论”或“期待权侵害论”([日]新美育文:《患者的死亡和医生的责任》,《法学家》第787号,第78页);吉田邦彦教授的“机会利益丧失理论”[《判例评论》第490号(判例时报第1688号)]等。

^⑮ [日]野村和喜:《不法行为中的事实因果关系的法律模型》,《同志社法学》2003年第55卷3号。

也正是如此,事实因果关系的判断并不要求如同自然科学上的因果关系一样的100%的确定程度,而是经由法律判断所形成推定因果关系。在东大医院案件中,日本最高裁判所确立了这一原则。在该案中,患有化脓性髓膜炎的3岁男孩,在实施腰椎骨髓穿刺提取和注射后,很快痉挛发作,并引起运动障碍、言语障碍和智能障碍等后遗症。原审裁判所认为存在着引起上述症状的其他可能性,而否定了该骨髓穿刺疗法与上述症状之间的因果关系。但是,最高裁判所则认为,在有关因果关系的科学机制无法完全辨明的情况下,作为事实关系的“综合考察”的结果,“若不存在其他特别情形”,则肯定“经验规则”上的因果关系是合适的,从而利用经验规则对因果关系作出了事实上的推定。该案判决主旨中阐述了事实因果关系证明的一般原则,即“诉讼上的因果关系的证明,并不是不允许一点疑义都没有的自然科学上的证明,而是依据经验规则、综合考察所有证据的基础上,特定的事实导致特定的结果发生的高度的盖然性的证明。其判断应具备通常人不带怀疑程度的对真实性的确信,且据此判断足已。”^⑩

3. 确信概率说

针对上述盖然性说,也存在着许多批判,其中最有力的莫过于其本身的模糊性。比如,盖然性说到底是来自经验规则的事实上的推定,还是试图下降证明要求程度,并不能清楚地区别开来。而且无论是所谓经验规则的推定,还是证明要求程度的降低,都存在着以较低的证明程度来肯定全面的因果关系。这一环节本身存在着问题,也就是说,存在着“全无全有”的问题^⑪。比如,既然不需要100%的确信,到底是60%的确信还是80%的确信就足以认定因果关系的存在;或者是本来需要80%的确信,但以60%的确信就认定了因果关系的存在;或者是能不能以仅仅具有20%的确信而否定其因果关系。盖然性说就是以该盖然性来认定事实因果关系的存在,这样一来,就难以避免产生以下的疑问,即“与事实因果关系认定的概率相一致,

^⑩ [日]最高裁判所判决1975年10月24日民集29卷9号,第1417页。

^⑪ 根据盖然性说,行为人的行为造成损害的可能性若达到特定的标准,则应承担侵权责任,反之,若没有达到该特定的标准,则完全不构成侵权责任。

能不能以该比例关系来确定赔偿额度呢？”例如，法官对于因果关系的确信为60%，能不能以此作出只支持原告请求额的60%的判决呢？这就是备受争议的“概率性确信说”或“因果关系比例认定说”。

该学说可以说是将法律上的因果关系似乎重新还原到了自然科学上的因果关系，认为既然不可能证明100%的因果关系，那能不能以该百分比来确定因果关系，并以该百分比来确定与此相适应的侵权赔偿责任的百分比。日本东京地方裁判所判决中曾经运用了该原理。该案中，某交通事故的受害人对事故发生2年后发作的后遗症提起损害赔偿诉讼，关于该事故和后遗症之间的因果关系，该裁判所审理后认为，“肯定因果关系存在的证据和否定证据并存时，经综合考虑可以认定70%的相当因果关系的存在，并依此肯定其损害额的70%”^⑳。

但是，该理论受到了学界的强烈批评，因而在以后的案件审理中也很少得到援引。其中最有力的批评认为以百分比来表示法官内心的确信度本身不可能，从而使得该方法的科学性大打折扣。虽然如此，也并不能否定该理论所具有的一定的合理性。例如，美国著名的DES^㉑案件，也在另一角度说明了该方法一定的合理性。该案基本案情如下：用于保胎的某药物，从1949年开始销售到1971年停止生产为止，有150万~300万孕妇服用。但科学证明，服用该药物所产女婴，约10年到12年后就会患癌症。据说有数千人受害。但是，该药物的制造商超过200多家，而大部分母亲并不能证明到底服用了哪一家公司所产的药物。也就是说，这些生产商中的任何一个，与受害人所遭受的损害之间的因果关系并不能很好地得到确认。为此，加州最高法院依各制造商的市场占有率要求其承担损害赔偿 responsibility。

该案件经常被引用，被认为是共同侵权行为的一种特殊表现，即共同危险行为。但是，如果从因果关系角度来说，该案件无法认定通常的因果关系，而只能进行概率认定的场合，根据概率的比例来确定损害赔偿 responsibility 这点

⑳ [日]《民事诉讼法判例百选Ⅱ》第123件判例评论，东京地方裁判所1971年6月29日，高田昌宏评，有斐阁1998年版。

㉑ 药物名，防止流产用的女性荷尔蒙人工合成剂。

上,与前述日本判例十分类似。从该角度来说,确信概率论,虽然不能证明高度的盖然性,但却能够证明因果关系的一定的概率的情况下,并以赔偿额反映出该概率,有一定的合理性,因此,存在着重新评价该理论的余地^②。

4. 流行病学因果关系论

所谓流行病学上的因果关系,指就流行病学可能考虑的若干因素,利用统计的方法,调查各因素与疾病之间的关系,选择相关性较大的因素,对其做一综合分析,由此判断该因素与结果之间有无联系。流行病学上的因果关系,并不是细胞层次上对受害人进行病理学或临床上的因果机制的问题,而是从集团现象全体对因果关系的进行统计学上的认定。在日本一些判例和判决中,也采取了与此相类似的另一概念,即统计上的因果关系。

所谓流行病学上的因果关系,应具备以下流行病四原则^③:

(a) 该因素在发病前产生作用。

(b) 该因素起作用的程度越明显,疾病的发病率就越高(即量和效果之间的关系)。

(c) 从该因素分布及消长方面能够没有矛盾地说明流行病记载上观察到的流行特性(即去除该因素时,疾病发病率随之降低,没有该因素影响的集团或人群,疾病的发病率非常低等等)。

(d) 在生物学上能够无矛盾地解释该因素作为原因发生作用的机能。

根据以上四原则进行综合判断,依据统计结果,作出合理程度的宏观判断即可,而无需证明其病理学上的严密的微观层次上的因果关系。在这方面,日本现有判例也比较多^④,这里以其中比较著名的一件来说明该理论在

^② 前引^⑤,内田贵书,第364页。

^③ [日]加藤雅信:《新民法大系:事务管理·不当利得·不法行为》,有斐阁2002年版,第268页。在所述四日市案件的判决中,裁判所具体阐述了该四项原则。

^④ 从1971年“富山疼痛病案”一审首先采用该理论以后,该理论经常运用于公害、药物致害等案件中。除了后述四日市案件之外,直接引用该流行病学因果关系论(或统计学上的因果关系论)或与此相关的日本主要判例有:富山地方裁判所判决1971年6月30日“富山疼痛病案”、横滨地方裁判所判决1981年3月19日“集体感染大肠杆菌案”、最高裁判所判决1969年2月6日“X光过度照射导致皮肤癌案”等,都在一定程度上用了统计学上或者是流行病学上的因果关系论。

日本司法实务中的具体运用。

作为日本四大公害诉讼案件之一的四日市大气污染致发哮喘病案^③中,在因果关系的认定上,日本裁判所采用了该理论。该案基本案情如下:原告为四日市第一工业园区以南的矶津地区居民,被告为该工业园区的6个公司,原告主张自己所患哮喘病是由于被告公司排出的大气污染所致,从而请求相应的损害赔偿。从因果关系来看,该案至少应证明以下几个问题:

- ① 矶津地区的大气污染是由于被告公司所排出的煤烟所致。
- ② 矶津地区哮喘病的集体发病是由于该大气污染所致。
- ③ 原告等的哮喘病发作属于该集体发病的个案之一。

其中,第一个因果关系用自然科学的方法也可以认定。问题集中在第二和第三点上。

针对第二点,裁判所采取了流行病学上的因果关系论,逐一说明了上述四原则。首先,在该案中,在哮喘病前、被告等排出大量的硫酸化合物[前述(a)因素];硫酸化合物浓度越高的地区、支气管哮喘病的累计患病率就越高[前述(b)因素];经流行病学调查,大气污染地区和非污染地区的累计患病率存在着巨大的差异,污染地区的患病率明显高于非污染地区;而且在该工业园区工作后患病的患者,搬家或者转到空气清新的房间后,病情明显好转,而在此之前并没有观察到这些患者病情的好转[前述(c)因素];另外,对部分动物实验也表明,能够解释硫酸化合物对人体加以影响的机能[前述(d)因素]。因此,裁判所最后认为,该硫酸化合物所导致的大气污染乃是该案中哮喘病发病的主要原因。

针对第三点,裁判所认为,“既然原告等居住在上述地区、暴露于大气污染之中等……若无其他特殊情势,可以认定乃是大气污染的影响所致。”据此,裁判所考察了原告等的具体情况。比如哮喘病的既往病历及家族患病史的有无、过敏体质、抽烟等因素的有无等。虽然不能说原告等不具备这些个别特征,但都不足以否认该大气污染致病的影响,并据此而最终认定大气污染是原告等患病的主要因素。

^③ 津地四日市支判1972年7月24日,《判例时报》第672号,第30页。

从以上案情以及裁判所的分析来看,流行病学理论从根本上来说,是以流行病学理论为证明手段,并结合前述盖然性说,是利用经验规则而不是科学实验方法确定因果关系的表现之一。也就是说,该理论将流行病学作为认定因果关系的经验规则之一,也是一种减轻举证责任的手法之一^④。从这一角度来说,该理论只不过是以经验规则为基础的盖然性理论的进一步发展。而对于因果关系的证明的问题,并不能仅仅停留在流行病学的理论上,除了流行病学,还应尽可能的去发现可以用于证明因果关系的盖然性的其他经验规则或手法。

5. 间接反证理论

所谓“间接反证理论”,指在举证因果关系这一要件事实时,负有举证责任的原告只要证明能够推定因果关系存在的某事实,经验规则上来说推定其他事实也存在,此时,若被告反过来不能证明得以推定因果关系不存在的事实,就承认因果关系的存在。也就是说,要证明因果关系,原告没有必要证明所有的事实,只要证明一定的事实,而对方无法举证明推翻该事实就应当认定因果关系的存在。所谓间接,乃是针对被告直接举证明原告所举证之事实不存在的直接反证而言,被告若用得以证明要件事实不存在的其他的间接事实来证明要件事实的不明状态则被称为间接反证。比如,前述四日市大气污染案件中,裁判所在判决中也应用了该理论,即“若无其他特殊情势,可以认定乃是大气污染的影响所致”。该案就在一定程度上运用了间接反证理论。另外,在新泻地方裁判所判决 1971 年 9 月 9 日的公害案件判决中,裁判所也使用了该原则^⑤。要证明被告的工业生产排出的原因

^④ [日]淡路刚久:《公害损害赔偿理论》(增补版),有斐阁 1978 年版,第 38 页。
[日]森岛昭夫:《不法行为法讲义》,有斐阁 1987 年版,第 301 页。但也存在着不同意见,比如,松浦以津子教授就认为流行病学因果关系理论或者是统计学方法乃是在不存在经验规则(依教授的见解,经验规则应具备周知的要件)的情况下,无法利用经验规则进行“若无 A 则无 B”的条件判断,而只能采取此等方法。[日]松浦以津子:《因果关系》,山田卓生主编:《新·现代损害赔偿法讲座第 1 卷:总论》,日本评论社 1997 年版,第 139 页)。

^⑤ 民集 22 卷 9、10 号别册第 185 页。

物质与受害人的疾病之间的因果关系,主要包括以下具体环节:

- (a) 受害人疾病的性质与其原因(病因)物质;
- (b) 原因物质到达受害人的途径;
- (c) 加害企业原因物质的排出。

原告即使不能完全证明以上所有要件事实,原告证明了其中的 ab,而对污染源的查找到了工业企业的门前,对企业来说,若不能证明自己的工厂不是该污染源,则推定 c 事实上存在,从而间接的证明了所有的要件事实^{②6}。

二、赔偿范围认定中的相当因果关系

在日本有关判例或以前的著述中,针对发生的损害,经常可以发现如下表述,“Y 的行为与被害人 X 的失明之间虽然存在着相当因果关系,但与其妻的流产之间并不存在着相当因果关系,并不能成为赔偿的对象”、“受伤后刻意去美国接受治疗,由于其治疗费用处于相当因果关系之外,因此赔偿额只能限定在通常的医疗费用之内”。另外,针对“其他原因介入”引起的损害(比如发生车祸后,在医院治疗过程中,由于医生的过失而导致的损害),往往根据“因果关系中断论”,认为“受伤与失明之间,由于介入了医生独立的治疗行为,存在着因果关系的中断”。

在这些表述中,都引用了“因果关系”,用因果关系的相当性或中断来限定赔偿的范围。但是,此处所谓的相当因果关系,真的是所谓“因果关系”吗?若按照前述判断公式,两者之间的因果关系可以十分清楚的发现。比如“没有受伤,也就不会去美国治疗”等等。而对于因果关系的中断来说,“中断”前的行为不存在,也就不存在着“中断”后发生的损害,其中的因果关系也显而易见^{②7}。

因此,所有这些判断本身,严格上来说,并不是因果关系的判断,而是从法政策学角度,只是针对存在因果关系的所有损害到底应该在什么范围内

^{②6} 前引^{②4},松浦以津子文,第139页。

^{②7} 前引^{②7},内田贵书,第360页。

赔偿的问题,即对于欠缺公平感的部分不予赔偿的一种法技术方法。从这层意义上来说,相当因果关系并不是因果关系的问题,而只是赔偿是否具有“相当性”的问题。该问题留待后文具体介绍,此处就不详述。

1. 日本相当因果关系说及其由来

依日本民法第 709 条规定,“因故意或过失侵害他人权利者,负有赔偿因其(权利侵害)所生之损害之责任”^⑳。在该法条中,存在着两处“因”,即“过失和权利侵害之间的因果关系”以及“权利侵害与损害之间的因果关系”,前者被理解为侵权行为成立要件的因果关系,而后者则被认为是关于侵权行为成立后应在什么范围内承担填补责任的因果关系问题^㉑。在以前的通说中,不管是前者还后者,都被称为“相当因果关系”^㉒。也就是说,所谓相当因果关系,首先针对是否存在因果关系进行判断,尔后用“相当性”来限制其因果关系。在现在的日本判例中,“相当因果关系”概念仍然被频繁使用,在许多教科书中也仍然使用“相当因果关系”的概念(虽然其意义可能各不相同)^㉓。而在确定侵权行为应赔偿范围时,通说和判例都基本上在采用相当因果关系理论的基础上,用民法第 416 条的类推适用来判断其相当性^㉔。但是,在日本民法学中,该相当因果关系理论又是如何形成的呢?

日本民法第 416 条规定,“(1)损害赔偿的请求,以使其赔偿因债务不履

⑳ 需要注意的是,2004 年 12 月 1 日公布(公布后 6 个月之内施行)的日本新民法中,该条文内容发生了一定的变化。虽然说本次民法修改主旨乃是对晦涩难懂的民法条文进行现代口语化改革,不进行实质上的修法。但就第 709 条而言,却可能存在着实质上的修法“嫌疑”。口语化后的第 709 条为,“因故意或过失侵害他人权利或法律上受保护利益的人,负有赔偿因其所生之损害的责任”。该新条文中明确规定了“法律上受保护利益”,而不仅仅是旧民法所说的“权利”。但由于该新法尚未施行,因此本文仍从旧法。

㉑ 矶村保:《“相当因果关系”的理论和现实(1)》,《NBL》1992 年第 510 号。

㉒ 前引^⑳,森岛昭夫书,第 273 页。以及前引^㉑,矶村保文。另外需要指出的是,在现在日本民法学说和判例中,对于相当因果关系,存在着各种理解。

㉓ [日]北川善太郎:《民法讲要Ⅲ:债权总论》(第 3 版),有斐阁 2004 年版;前引^⑳,加藤雅信书。

㉔ 前引^㉑,矶村保书:《“相当因果关系”的理论和现实(1)(2)》,《NBL》1992 年,第 24 页,第 511 号 48 页。

行而通常应生之损害为标的；(2)即使因特殊情形(特别情势)所生之损害，若当事人预见或得以预见该情形的，债权人可以请求该赔偿。”

从该条的立法意图来看，当时并没有被适用于侵权行为法中。依当时民法起草学者的一般思考方式，认为由于侵权行为存在着与债务不履行相异的各种各样的情形，何为通常损害并不明确，而且加害人要先预见某特别损害也相当困难，而没有设计如同第416条一样的特别标准，对侵权行为损害赔偿范围并没有确立特定的界限，而委之与法官的判断，初期的学说也是认为关于侵权行为责任并不存在如同第416条一样的规定，也就是说关于侵权行为损害赔偿并不存在特别的限制性规定^③。但是，此后不久，就出现了认为债务不履行与侵权行为分别设计并不具有理论上的理由、因侵权行为所致损害也应类推适用第416条等主张。其中鸠山博士认为，第416条并不仅仅是类推适用的问题，而且是作为确定损害赔偿范围的一般标准的相当因果关系，以及认为416条的内容与相当因果关系说内容一样，在侵权行为中也应以第416条为判断基准加以适用，即所谓的“第416条=相当因果关系”^④。此后，学说和判例都慢慢地发展成以“第416条=相当因果关系”来确定损害赔偿的范围^⑤。

也就是说，当时的日本学界和判例，直接采用德国的民法理论来解释日

^③ 前引^②，森岛昭夫书，第309页。关于本条的立法过程及其立法思想，可以参考[日]中田裕康：《民法第415条·416条》，《民法典的百年Ⅲ：个别的观察(2)债权编》，有斐阁1998年版，第11页。

^④ 前引^②，森岛昭夫书，第310页。这里需要指出的是，鸠山博士在后来的研究中，发现了该条与德国的相当因果关系并不一致，但“相当因果关系=第416条”的理论还是被学界和实务界沿袭适用。

^⑤ 鸠山博士的理论，经1926年5月22日的富喜丸案得到了裁判所的支持，并成为此后判例上的通说。该判例中，确立了以下原则，即“其损害，应通常观察上得以认可其为相当的范围”。

本民法的相关规定,形成了日本式的相当因果关系理论。与德国不同的是^⑥,德国是在完全赔偿原则的基础上,从公平的角度对赔偿范围作一限制,用学说发展出了赔偿责任限制论,而日本则是对第416条有关不履行限制性赔偿责任规定进行扩张解释,类推适用于侵权行为法领域。

但是,该通说受到了强烈的批判,其中最具代表性的是来自平井宜雄教授的批评^⑦。按照平井教授所说,日本民法学说和判例中关于损害赔偿的范围依相当因果关系确定以及“第416条=相当因果关系”等认识,是将德国民法学中引进的德国式相当因果关系概念用日本式的解释方法与日本民法相调和的结果。但是,在德国民法中,针对损害赔偿,由于对法官不信任以及与此相关的对赋予法官自由裁量权的消极态度,民法采取了完全损害赔偿原则(即对存在事实因果关系的所有损害承担赔偿责任),而相当因果关系概念的由来,则是为了避免该完全赔偿原则所导致的赔偿范围过于宽泛而引起的不公平而采取的一种法技术而已^⑧。也就是说,日本民法中并不存在类似的完全赔偿原则问题。另一方面,日本民法第416条的规定被认为是英国判例法的继受^⑨,该条与德国法上的相当因果关系没有任何必然的联系。

而且,将第416条规定类推适用于侵权行为法中,本身存在着是否妥当的问题。第416条规定原本上是对契约之债中债务不履行的赔偿责任而

^⑥ 按照日本学者的理解,德国式的相当因果关系与日本式的相当因果关系的区别主要在于:日本以第416条直接作为相当因果关系的规定类推适用;德国则认为,某行为,从一般意义上来说加大了损害发生的客观可能性时,行为与损害之间存在着相当因果关系(Traeger, Der Kausalbegriff in straf- u. Zivilrecht, 1904, S. 159),而且按照德国民事诉讼法上自由心证的原则,不仅不存在着日本民法第416条一样的通常损害和特别损害的区别,“当事人的预见可能性”也只不过是裁判所据以斟酌的具体情形之一。[日]加藤一郎:《注释民法》,有斐阁1965年版,第44页。

^⑦ [日]平井宜雄:《损害赔偿法的原理》,东京大学出版社1971年版。此处只对平井教授的理论做一简单介绍。

^⑧ 前引^⑥,平井宜雄书,第453页;[日]平井宜雄:《债权各论Ⅱ:不法行为》,弘文堂1992年版,第81页;前引^⑤,内田贵书,第396页。

^⑨ Hadley v. Baxendale (1854)判决中确立的原则。

设计。对于形成新的契约关系的当事人来说,可以在契约缔结阶段预测若不履行契约自己将在多大程度上承担赔偿责任,也就是说以债务人的预见可能性来确定损害赔偿的范围。但对于当事人之间并不存在事先合同的侵权行为来说,因为加害人并不一定以其预见为前提进行相关的行为,特别是对突发的侵权行为来说,要求加害人对于被害人方面的情况有事先的预测,本身并不妥当。因此,对于侵权行为的损害赔偿范围来说,还不如说是为了公平起见,在加害行为所导致的全部损害中,对于欠缺公平感的损害,不应该要求其承担赔偿责任^⑩。因此,用第416条的可预见性规则来确定损害赔偿的范围本身并不妥当。

2. 确定损害赔偿范围的标准

(1) 学说

A. 义务射程说(保护范围说)

平井教授在对相当因果关系提出批评后,以对美国侵权行为法学界影响很大的格林教授的理论为原型,构筑了下述新的理论框架:(1)被告的行为和损害事实之间存在的、原则上不包含法的价值判断的“若无A则无B”式的“事实因果关系”;(2)具有事实因果关系的损害中,作为在什么范围内使其赔偿才是妥当的政策判断以及考量的“保护范围”;(3)在上述保护范围之内,如何将其损害转换成“金钱评价”的问题。并在此基础上进一步指出,对于故意侵权行为,除了因异常事态的介入而引起的损害之外,原则上应对具有事实因果关系的所有损害进行赔偿(也就是说完全赔偿的原则)^⑪;而对于过失侵权行为的损害赔偿范围,则认为由作为过失判断标准的行为义

^⑩ 最高裁1973年6月7日民集27卷6号第681页中的少数意见中明确指出了该问题。

^⑪ 前引^⑩,平井宜雄《债权各论Ⅱ:不法行为》书,第125页。

务^{④②}(损害回避义务及其前提预见义务)所及的范围来决定^{④③},即所谓的“义务射程说”。

也就说,依平井教授的见解,损害赔偿范围的确定并不是由因果关系来确定,而是由过失及其判断标准来确定。该理论与其“过失一元论”相一致,而在一定程度上否定了日本判例和学说将因果关系作为损害赔偿范围的判定依据。平井理论犹如给当时的通说扔下了起爆剂,对以后的日本侵权行为法产生了巨大影响^{④④},甚至可以说,不管是接受还是批判,现在的日本侵权行为法学说基本上都是围绕平井理论展开。

到目前为止,在日本被广泛使用的体系书和教科书中,平井理论的影响十分显著。例如:①有斐阁系列教科书《民法IV:债权各论》^{④⑤}中,完全认同了平井教授对传统学说和判例的批判,认为“赔偿范围的确定,并不是因果关系,而是有关加害人的可归责性的问题,……若从被害人的角度来看,则是被害人的保护范围的问题”,并应回避使用多重含义的“相当因果关系”概念^{④⑥},并在此基础上将平井教授的“义务射程说”列为确定赔偿范围的基本

^{④②} 这里需要注意的是,平井教授的过失论乃是客观过失理论,而不是以主观心理状态为基准的主观过失论。其具体的判断标准是汉德公式,即:①被告的行为引起的损害发生的危险程度以及盖然性的大小;②被侵害利益的重大性;③使其承担损害回避义务所牺牲的利益和①②中的因素的利益比较衡量。也就是说,“回避成本(B) < 损害发生的盖然性(P) * 被侵害的利益的重大程度(L) → 存在过失”的判断公式。该客观过失论已成为日本侵权行为法中的通说。

^{④③} 前引^{④②},平井宜雄《债权各论II:不法行为》书,第123页。这里的行为义务所及范围的“义务射程”,与美国侵权行为法中的“责任范围”(scope of duty)基本一致。(前引^{④②},平井宜雄书,第123页)。

^{④④} [日]加藤雅信等编:《日本民法施行百年纪念:民法学说百年史》,三省堂1999年版,第569页。

^{④⑤} [日]藤冈康弘、矶村保等:《民法IV:债权各论》,有斐阁2003年补订版,第285页。

^{④⑥} 前引^{④⑤},藤冈康弘、矶村保等书,第295页。

方法之一^{④7}。②内田贵教授的《民法Ⅱ：债权各论》中，也完全认同了平井教授对传统学说和判例的批判，并明确指出，“将第416条称为相当因果关系既没有必要，将其类推适用于侵权行为又更不妥当”，并在其后的详细论述中直接采用了平井教授的“保护范围说”（义务射程说），对于由于他原因介入引起的损害是否应赔偿，按照客观义务违反的过失角度进行判断^{④8}。③几代通教授的《不法行为》也追随了该学说，认为保护范围的决定基准乃是作为行为人的过失构成的注意义务（损害回避义务）的范围^{④9}。

B. 危险性关联说^{⑤0}

针对前述“义务射程说”，也存在着各种批判，其中最有力的是来自石田穰、前田达明、四宫和夫等教授的批评。他们认为，对于某侵权行为来说，对于第一次损害发生后的后续损害是否应该赔偿和如何赔偿的问题，“义务射程说”并不能提供具体的判断基准^{⑤1}，为此提出了“危险性关联说”或“危险范围说”。根据石田教授的见解，将某侵权行为所生之损害作为第一次损

^{④7} 该教材中还介绍了另一方法，即“后续损害的归责性”判断，该方法从法的价值判断角度入手来确定赔偿范围。即针对第一次损害引起的扩大损失，采用“危险范围说或危险性关联说”（第一次损害所导致的特别危险）来确定是否应列入赔偿范围（前引^{④5}，藤冈康弘、矶村保书，第301～302页）。该危险性关联说乃是石田穰教授首先提出的学说（[日]石田穰：《损害赔偿法的再构成》，东京大学出版社1977年版，第48页），乃是指“后续损害……除了介入了偶然性因素以及被害人自身的危险行为以外，一般承认其与第一次损害之间存在着危险性关联”。

^{④8} 前引^{④5}，内田贵书，第397页。

^{④9} [日]几代通：《不法行为》，筑摩书房1977年版，第134页。针对几代通教授的理解，平井教授认为该说与自己的义务射程说存在着一定的区别，该说并没有揭示赔偿范围的具体标准（前引^{④3}，平井宜雄《债权各论Ⅱ：不法行为》书，第118～119页。）。

^{⑤0} 关于该理论的整理和评论，可以参见：[日]泽井裕：《侵权行为中的因果关系》，星野英一主编《民法讲座第6卷：无因管理·不当得利·不法行为》，有斐阁1985年版，第259～321页。

^{⑤1} [日]前田达明：《民法Ⅳ：不法行为法》，青林书院1980年版，第298～299页。例如，因甲之过失引起的交通事故导致Y受伤，在送往医院途中不幸再次碰上交通事故，或者是到医院以后由于医生的过失，在检查中没有发现其严重的脑损伤，X回家后病发死亡（若当时在医院能够检查出来，并接受治疗，一般不会引起死亡）等等诸如此类的后续损害，“义务射程说”并不能很好地解释。

害,该损害是否应该赔偿以加害人的故意或过失的有无来判断(即侵权行为为成立要件的问题,同时也可以看出其与平井理论“义务射程说”的相近性),而对于第一次损害后发生的后续损害是否应予赔偿,则应根据第一次损害对后续损害具有什么样危险性的评价来决定^⑳。但是,石田教授同时认为,日本民法第416条能够说明危险性关联的观点,并因此得出同条规定准用于侵权行为法(依石田教授的说明,第416条所谓“通常损害”,乃是不以行为人的认识可能性为问题出发点的、而与第一次损害之间存在危险性关联的后续损害;“特别损害”则是,以认识可能性为前提的、与第一次损害存在危险性关联的后续损害)^㉑。

为此,同样支持该理论的前田教授则明确指出,对于侵权行为损害赔偿范围,法律并没有规定特别的标准,民法起草者将其委于法官的自由裁量,“危险性关联”或者“危险范围”判断标准已足以判断其具体的范围,没有必要类推适用第416条关于债务不履行的规定。并同时指出,第一次损害适用“义务射程说”,“后续损害”则适用“危险性关联说”^㉒。

四宫教授则在综合石田说和前田说的基础上,为避免让加害人承担过大的风险,立足于公平理念,从社会政策上的考虑、对个人或团体的行动自由的尊重、损害的公正分摊等侵权行为具体目标^㉓出发,将该理论进一步精密化和体系化。依照日本民法第709条规定的语法结构,四宫教授将侵权行为的结构分解为“故意或过失→‘权利’侵害→损害的发生”三个层次,并以此为依据,将侵权行为的成立要件和损害赔偿请求权的发生要件分开加

^⑳ 前引^⑭,石田穰书,第141页。这里需要注意的是,石田说将侵权行为分为意思责任型侵权行为(以行为人的—定样态的意思为归责根据的侵权行为)和行为责任型侵权行为(以行为人行为的客观性质作为归责根据的侵权行为),后者又具体细分为客观责任型侵权行为(非为了防止损害发生的相当的客观行为不能免除责任的侵权行为)和结果责任型侵权行为(即使是为了防止损害发生的相当的客观行为仍不能免除责任的侵权行为)(前引^⑭,石田穰书,第13页)。

^㉑ 前引^⑭,石田穰书,第143页。

^㉒ 前引^⑮,前田达明书,第301~302页

^㉓ [日]四宫和夫:《不法行为》(现代法律学全集),青林书院1987年版,第450页。

以说明^⑤。同时,四宫教授还严格区分了“‘权利’侵害”和“损害”的概念。为了能够说明四宫教授的赔偿范围理论,此处亦做一简单的介绍。

四宫教授主要适用了以下几对概念:(1)“第一次‘权利’侵害”和“后续侵害”,前者指加害人的故意或过失对受害人的打击(例如,交通事故中的受伤),该第一次权利侵害导致的进一步的权利侵害(例如,医疗过失导致被害人死亡,或者是对雇佣受害人的企业造成损失,比如该被害人为公司的执行董事),则为后续侵害;(2)“侵害损害和结果损害”,前者指与侵害(如身体侵害)密切结合、不可分的损害(如受伤本身),后者则指权利侵害波及于受害人的总体财产所生之损害(如转卖利益的丧失、律师费用的支出),无论在第一次权利侵害还是后续侵害中,两者都有可能存在;(3)“后续损害”则是第一次权利侵害的结果损害和后续侵害的侵害损害及结果损害的总称,也就是说,除第一次权利侵害中的“侵害损害”以外,都属于后续损害的范畴^⑥。对于第一次权利侵害中的“侵害损害”,属于成立要件层次上的因果关系,赔偿范围的标准是规范的保护目的,也就是说按照故意或过失所违反的客观保护义务(规范)来确定;对于后续损害,并不要求有故意或过失,对于“结果侵害”,以损害发生的“确实性”^⑦以及“必要性”^⑧为标准进行判断;而对于“后续侵害”,则以第一次侵害引起的特别危险的范围以及危险性关联为标

^⑤ 前引^⑤,四宫和夫书,第286页。

^⑥ 前引^⑤,四宫和夫书,第435~436页。

^⑦ 例如,因甲对乙的木材的违法扣押,导致乙对第三人的债务不能履行,以致乙不得不支付违约金时,因该违约金具备事前的确实性,乙可以请求甲予以赔偿(大判大正6年6月4日,民录23辑102页)。

^⑧ 因母亲交通事故受伤,正在留学中的女儿不得回国照顾,因具备必要性,因此认定该损害(最高裁判所判决1974年4月25日民集28卷3号447页)。

准,结合违法性评价^⑤进行判断^⑥。因此,四宫教授的理论虽然仍然冠以“权利侵害和后续损害之间的因果关系”的标题,但实际上不仅已经否定了相当因果关系的判断基准,而且在一定程度上也离脱了“因果关系”的判断,而直接委之以危险性关联和违法性判断。

该理论也对后来的日本侵权行为法发生了重大影响。例如,潮见佳男教授的《法律学的森林:不法行为法》中,在损害赔偿范围的确定上,将平井教授的理论理解为“规范的保护目的说”或“保护范围说”,并同时结合了石田教授的危险性关联说来认定其赔偿范围,也就是说,对于第一次损害,则直接使用“义务射程”说,而对于后续损害则采用“危险性关联说”^⑦,并直接采用了平井理论第三层次上的“损害的金钱评价”方法。而在有斐阁系列教科书《民法 IV:债权各论》^⑧中,也直接采用了该标准作为“义务射程说”的补充标准来判断损害赔偿的范围。

但是,该理论也受到了学界的批判。例如,所谓危险性关联标准,只不过是用以说明结论的概念性工具,“即使将赔偿范围的决定求诸于抽象概

^⑤ 依四宫教授的理解,违法性判断乃是利益衡量性的义务违反评价,第一次侵害增加了后续侵害的危险性,“从法秩序的立场来看,一般来说应加以非难、谴责”(前引^⑤,四宫书,第305页)。

^⑥ 对于危险性关联的问题,四宫教授举了以下例子加以说明。交通事故受伤住院,住院后感染流行性感冒而死亡,一般来说,对被害人来说,这只不过是“一般生活上的危险”的实现,不能追究加害人的责任;但是,如果因交通事故受伤导致抵抗力下降而感染流感死亡的,与第一次侵害之间的危险性关联被肯定。同时,四宫教授认为,因医疗行为本身包含了特定的风险,除非存在医生的重过失等特殊情形(此时,第一次侵害的加害人的责任被中断),第一侵害与医院接受治疗之间存在着危险性关联,第一侵害的加害人应承担赔偿责任。另见前引^⑤,四宫和夫书,第447~462页。

^⑦ [日]潮见佳男,《法律学的森林:不法行为法》,信山社1999年版,第175、220页。该著作在对平井教授理论的理解上可能存在着一一定的误读(平井说与潮见佳男教授所谓的规范目的说存在着一定的区别,潮见教授的见解应该说在一定程度上吸收了四宫和夫教授的主张,见前引^⑤,四宫和夫书),但在对相当因果关系的否定上,与平井理论存在着明显的一致,而且直接采用平井教授所倡导的“损害的金钱评价”方法来展开具体的损害赔偿额等则是该著作的特色之一。

^⑧ 前引^⑤,藤冈康弘、矶村保书,第285页。

念,也并不是从其概念得出其结论,而是综合考虑了诸要素(当事人的地位、与加害相关的社会关系类型、损害的种类、社会观念等),也就是说只能从‘公平’的观念得出其结论”,“所谓保护范围说、危险性关联说以及相当因果关系说,所有概念本身都不能直接得出在什么范围内应予以赔偿的结论”,“就目前来说,到现在为止的相当因果关系说、危险性关联说,都只不过是為了使结论正当化的概念而已”^⑭,也就是说,如果从“赋予结论正当化的理由”这一角度来说,以第416条为出发点的相当因果关系理论,对于得出公平妥当的结论来说并不能说不具有合理性。

另外,针对该学说,平井教授也进行了反驳,认为:首先,该学说所提倡的权利侵害和损害之间的区别,乃是建立在过失和违法性严格区别的德国式民法的基础之上的,日本民法第709条以及判例实务中并不存在该区别(平井教授主张过失一元论),因此,所谓“结果不法”还是“行为不法”之类的定式化分析在日本侵权行为法中不仅缺乏理论意义,也不符合判例的实际。其次,该学说并没有揭示损害的区分的具体标准。因此,平井教授认为,虽然从损害赔偿的角度出发论述赔偿的概念基本上是合适的,但并没有提出否定传统损害概念、分化损害概念的充分根据^⑮。

C. 相当因果关系的重新评价

基于上述批评,圆谷教授进一步指出,围绕损害赔偿范围的讨论,如同关于侵权行为成立要件的过失·违法性之间的讨论^⑯一样,日本侵权行为法越来越陷入“混迷”状态,而事实上,即使否定相当因果关系、采用新的理论构成,结论上和采用相当因果关系的场合并没有大的差别,因此,在侵权行为领域,原则上应当在采用相当因果关系理论的同时,再结合原因竞合的情形,灵活运用过错相抵的原则来解决。而这也与民法典起草当时的理解相一致。同时,与德国法中的规范目的说相似的义务射程说,在一定范围内

^⑭ 前引^⑭,森岛昭夫书,324~325页。

^⑮ 前引^⑮,平井宜雄:《债权各论Ⅱ:不法行为》,第119~120页。

^⑯ 详细的概括请参照国井和郎:“过失和违法性”,载《法学演习》2003年10月号586号。

也是合适的。比如,在专家责任领域,律师等专家的错误说明、处理等导致顾客受损时,虽然双方之间存在着合同关系,但实践中经常以侵权行为责任处理。此时,依专家所负义务射程范围确定其赔偿责任是妥当的^⑥。

在另一方面,将责任范围的确定直接归结为相当因果关系的认定的学者也并不少见。

例如,泽井裕教授认为,在认定事实因果关系时,除了“若无 A 则无 B”的条件验证以外,还有必要作一“相当性”的法律验证,对于损害赔偿范围,则为了纠正完全赔偿原则所带来的不公正,不仅应排除通常不可能存在的异常事态,同时应立足于危险性关联或规范保护目的以及“日常危险和特别危险的区别”等验证其相当性。也就是说,规范保护目的或危险性关联说不过是相当性的判断标准之一。因此,泽井裕教授认为与其说是相当因果关系说,还不如说是“相当性说”^⑦。从这里也可以看出,泽井裕教授否定了自己以前主张的第 416 条基础上的相当因果关系概念,而主张应根据侵权行为本身的特征修正适合侵权行为的相当因果关系理论,并在一定程度上吸收了保护范围说和危险性关联说的相关理论。另外,该新相当因果关系说或者说“相当性说”,在承认事实因果关系和赔偿范围问题的区别的基础上,也认为存在着广泛的难以区别其界限的领域,这一点也是值得注意的^⑧。

再如,加藤雅信教授的《新民法大系》中,明确阐述了相当关系的内涵。依教授的见解,所谓相当因果关系,即“相当+因果关系”,也就是说,是“事实因果关系+归责相当性判断”的规范构造^⑨。并进一步指出,归责相当性判断,则具有“限定赔偿范围”(依归责相当性判断限制赔偿范围)、“否定因果关系”(虽具备事实因果关系,但以归责相当性判断否定其因果关系

⑥ [日]圆谷峻:《救济方法》,《新·现代损害赔偿法讲座第 1 卷:总论》,日本评论社 1997 年版,第 176~177 页。

⑦ 前引⑥,泽井裕书,第 208 及第 211 页。

⑧ [日]淡路刚久:《差额说·相当因果关系说背景下的侵权行为损害论的最近动向——面向有关损害论的新讨论的准备性考察》,山田卓生主编:《新·现代损害赔偿法讲座第 6 卷:损害与保险》,日本评论社 1998 年版,第 24 页。

⑨ 前引②,加藤雅信书,第 256 页。

的存在)、“扩大因果关系”(虽然不具有事实因果关系,但依归责相当性判断肯定其整体上的因果关系)三种功能,而作为限定赔偿范围这一功能来说,类推适用民法第416条的规定是考察归责相当与否的一种方法,从而主张维持传统相当因果关系的框架^①。

(2) 判例

与学说上对损害以及损害赔偿的范围存在激烈争论相反,在日本判例实务中,相当因果关系概念则仍被频繁地、在多重含义上被运用^②。

首先,相当因果关系在事实因果关系的意义上被使用,即相当因果关系乃是加害行为及过失与权利侵害及损害发生之间的事实因果关系。虽然这从语言使用上来说并不妥当,但并不能说明目前日本裁判所仍然将事实因果关系和相当因果关系混同,因为在最近的交通事故判例中,判例与学说已经不再对立,判例也越来越倾向于在责任限制范畴内使用相当因果关系概念。

其次,作为责任限制范畴的相当因果关系概念的运用。在日本判例中,经常可以看到此类相当因果关系概念伴随着“预见可能性”的概念出现,特别是在交通事故后自杀案件中,频繁地被使用。虽然判例中的相当因果关系,在法律构成上被认为是作为债务不履行责任的民法第416条的类推适用的结果,但此处所谓的预见可能性,并不是具体的、个别的加害人和被害人之间的预见可能性,而是一般性的、抽象的判断,是说被害人的自杀可能性并不是不能预想。而且,对于受害人的自杀,在判例中也有不适用预见可能性概念,而直接用相当因果关系概念进行判断的。因此,此处所谓的相当因果关系,在很多判决上已经不再是日本民法第416条意义上的相当因果

^① 前引^②,加藤雅信书,第257~265页,加藤教授的主张比较引人注目的地方是对归责相当性的功能的明确说明,而以前学界通常从限制赔偿范围角度来考虑相当因果关系或相当性的问题。

^② 前引矶村保论文,对日本判例中使用的相当因果关系概念作了详细地整理和分析。另外,前田阳一:《损害赔偿的范围》(山田卓生主编:《新·现代损害赔偿法讲座第6卷:损害与保险》,日本评论社1998年版,第84~85页)一文也对二战后日本最高裁判所的判例作了列举式梳理。

关系,而是更加接近于德国式的责任限制范畴的相当因果关系概念。但到了1996年,仍然存在着在第416条意义上使用相当因果关系概念来确定损害赔偿范围的最高裁判所判例^⑳。

第三,在损害后果上,受害人支出的金钱,是否应该予以赔偿以及在多大程度上赔偿,其实质判断乃是根据该支出的必要性以及相当性的程度来判断。而且,在金钱损害的额度上,加害人的预见可能性并没有成为其理论构成的基准。比如,律师费用的问题,要看实际支出的律师费用是否属于相当的额度来决定是否予以赔偿以及多大程度上进行赔偿。也就是说,此种意义上的相当因果关系说,类似于前述“归责相当性”或“相当性”说。

第四,作为成立要件意义上的相当因果关系,以反复可能性的频度作为相当因果关系存在与否的一个重要依据。也就是说,判例中也在反复可能性的意义上适用相当因果关系的概念^㉑,即当该行为与结果的发生之间具有反复可能性时,认定其因果关系的存在是“相当”的。

第五,值得注意的是,在最近的一些地方裁判所判决中,除了仍然在多重含义上使用相当因果关系概念以外,在事实因果关系层次上,也存在着使用“法律因果关系”或直接使用“因果关系”概念的^㉒,这也在一定程度上说明了学界对传统相当因果关系说的批判对司法实务也具有一定的影响力。

另外,在最近的判例中,除了法定监督义务人的损害赔偿案件以及医疗事故赔偿案件,将相当因果关系作为成立要件上的因果关系对待的判例并不多见。也就是说,在最近的日本判例中,虽然仍然使用相当因果关系概念,但在事实因果关系层次上,学说和判例之间并不存在严格的对立,最近的判例将事实因果关系和相当因果关系明确区别的也在逐渐增多。而且,在赔偿范围问题上,对于民法第416条所谓的“预见可能性”要件,判例中也逐渐加以舍弃,要么在更加抽象意义上使用“预见可能性”概念,要么不适用“预见可能性”判断,直接适用“相当因果关系”概念加以实质判断。另外,用

⑳ 日最高裁判所判决1996年5月28日民集50卷6号1301页。

㉑ [日]水野谦:《因果关系的意义和界限》,有斐阁2000年2月版,第252页。

㉒ 前引⑳,泽井裕文,第206页。

频率来判断因果关系的存在,也在一定程度上说明了日本裁判所的判例试图在预见可能概念以外用新的方法来解决相当因果关系中的“相当性”的问题。也就是说,在日本判例中,虽然其具体走向尚不明朗,但一定程度上吸收了学界对于传统日本相当因果关系理论的批判,已逐渐朝着新的“相当因果关系”理论方向发展。

三、对日本因果关系理论的评价

1. 对事实因果关系理论的评价

事实因果关系理论具有十分重要的理论贡献。从平井教授开始,已经有越来越多的人主张该理论的合理性。即使在坚持相当因果关系的学说中,也采用了事实因果关系的概念,比如前述加藤雅信教授的相当因果关系理论就明确将相当因果关系区分为事实因果关系和归责相当性判断。甚至可以说,围绕侵权行为成立要件的因果关系,事实因果关系基本上已经成为日本学界的通说^⑥。而判例虽然仍然保留相当因果关系的概念,但成立要件上却是在事实因果关系的意义上使用相当因果关系的概念,因此并没有本质上的区别。但是,对于事实因果理论,日本民法学界最近也有一些文章开始反思其合理性。

首先,学界反思了平井教授事实因果关系概念的由来。一般认为,平井教授的事实因果关系概念来自于美国侵权行为法教授格林的理论。在当时的美国,因果关系的判断通常以是否属于近因来判断。但是,格林教授对此提出了自己的异议,认为基于法官和陪审团的权限的区别,因果关系应该限定在事实因果关系中。按照格林教授的见解,侵权行为有下述诸要素构成:(1)权利和义务;(2)过失;(3)因果关系;(4)损害。权利和义务的问题,乃是原告的利益是否属于应被保护的范畴;过失则是被告的行为违反了保护原告利益的义务;因果关系则是被告的行为是否是造成原告损害的原因;损害则是损害额的确定问题,包括认定损害的金钱评价问题^⑦。从中也可以看

^⑥ 前引^④,松浦以津子文,第132页。

^⑦ 前引^④,松浦以津子文,第153页。

出,平井教授的理论 with 格林教授的理论十分相像,但平井教授则根据日本侵权行为法本身的性质,将权利和义务、过失二者合一,直接用“保护范围”来说明。上述问题中,(1)属于法律问题,应属于法官判断的问题;但是,(2)(3)(4)则属于事实问题,应当属于陪审团判断的范畴。但是,按照作为当时通说的近因理论,近因乃是包含法的价值判断的概念,法官可以自己加以裁决。因此,法官通过近因理论将因果关系作为法的价值判断来处理,在一定程度上剥夺了陪审团的权限,这对对陪审制度抱有积极评价的格林教授来说简直是难以容忍。因此,格林教授认为因果关系乃是纯粹的事实问题,应该属于陪审团的职能范畴。也正是如此,基于事实因果关系的由来,学者认为日本法中并不存在类似的陪审制度,将因果关系限定在事实因果关系的主张没有现实理由。

其次,在因果关系的判断上,不仅仅是事实判断的问题,规范判断也同时存在。事实上,在美国,针对格林教授的见解,也存在着诸多反对见解。例如,Wex Malone 教授就认为,某行为是否为受害的事实原因,不仅仅是从证据(事实)能够推导出来的,为了能够说明该行为乃是原因,有必要对证据做一定的评价(规范判断)。而且,在许多案件中,原因结果关系的判断本身就是对过去发生的事实的判断,因此必然伴随着一定的推测性,而在用条件关系进行判断时,也隐含着是否应当予以归责的判断,也就是说,事实判断和政策判断(规范判断)本身很难区别开来^⑳。而且,松浦以津子教授也指出,用条件关系判断事实因果关系时,并不仅仅是确定事实之间的连锁关系的问题,最高裁判所所谓的“高度的盖然性”本身包含了一定的法的价值判断过程^㉑。四宫教授和潮见教授的见解,也是认为事实因果关系概念中本身存在着实体的、规范的判断,而泽井教授也认为,事实因果关系无法消解其否定相当因果关系后残留的评价问题^㉒。事实上,在现在的日本民法

^⑳ [日]野野村和喜:《事实因果关系的正统性——成立和普及的实相》,《同志社法学》2002年第52卷5号,第115~117页。

^㉑ 前引^⑳,松浦以津子文。

^㉒ 前引^㉑,野野村和喜文,第144~145页。

学说中,虽然大多承认事实因果关系概念,但大部分人认为在概念范畴下仍然包含着规范判断,从而可以说日本的事实因果关系理论与格林教授的事实因果关系存在着区别,也在一定程度上对平井教授的事实因果关系作了某种程度的修正。

第三,事实因果关系的多义性。平井教授虽然采用了事实因果关系的概念,但并没有对事实因果关系的具体内涵作深入探讨,甚至被认为只是为了实现其否定相当因果关系、形成赔偿范围确定论的理论目的而创造的一个替代概念或副产物而已,或者说是为了排除相当因果关系理论而使用的“分析工具概念”而已,是作为否定相当因果关系理论后的波及效果的一部分而出现的副产物^④。也正是出于其多义性,在平井教授以后的诸多理论中,对事实因果关系也存在着各种各样的理解,本身并没有一个统一的概念。

例如,几代通教授认为事实因果关系乃是“在观察纯粹事实的、自然性的、机械的、没有价值的事物形成发展的过程时……因 Y 的行为的存在引起 X 的损害的发生的……具体的、现实的关系”^⑤;森岛教授则认为是“加害行为事实与损害事实之间存在的‘若无 A 则无 B’关系,又被称为条件因果关系、自然因果关系”^⑥;四宫教授则认为,“侵权行为法中的因果关系乃是……事实因果关系,是与‘相当因果关系’不同的、而且并不是从法政策判断角度限制其赔偿范围意义上的法律因果关系”,同时,为确定因果关系,应确定两方面的事实,即:(1)起点是被告的故意或过失,(2)终点是具体、个别对待的权利侵害^⑦。也就是说,四宫教授的事实因果关系论中包含了经过法律评价的“事实”,本身包含了法律价值判断的内容^⑧;泽井裕教授则将事实因果关系理解为“具有反复性、必然性”的“原因和结果之间的自然规律式的关联”,而在一些侵权行为案件中,“原因行为的起因力很弱,或者是发生的

④ 前引^①,野野村和喜文,第 102 页。

⑤ [日]几代通、德本伸一:《不法行为法》(补订),有斐阁 1993 年版,第 118 页。

⑥ 前引^②,森岛昭夫书,第 277 页。

⑦ 前引^③,四宫和夫书,第 409~413 页。

⑧ 前引^④,野野村和喜文,第 83 页。

反复性(概率)很低”,二元论中所谓的事实因果关系并不合适,也就是说,在这些场合,可以考虑否定事实因果关系的概念,而回到传统的相当因果关系概念^⑧;北川善太郎教授则认为,“作为原因和结果之间的连结意义上的因果关系”,“侵权行为与损害的发生之间的因果关系虽然作为事实上的因果关系的问题,但更不如说是法律判断,而且将因果关系限定在一定程度和范围的法律基准更是必要,这也意味着利用与此相关的概念,即相当性”^⑨,也就是说,北川教授所谓的因果关系乃是具备成立要件和确定赔偿范围双重功能的因果关系,把二者作为一个因果关系来处理,这也说明北川教授在一定程度上否定了事实因果关系作为独立概念的存在;以上概念要么强调把事实因果关系作为赔偿范围确定的对象,要么意识到了事实因果关系概念无法消解的法律价值判断问题,或者是从事实因果关系和赔偿范围的确定两者之间所具有密切的联系角度来理解,而最近潮见教授则更进一步指出,“需要确认的重要一点是,即使称之为事实因果关系,并不仅仅是过去的事实关系的复原,而且在其基础上用事后性、回顾性的角度判断事实因果关系时,乃是对权利侵害结果与行为人的行为之间能否连结的判断……结果,事实因果关系之下的结果和行为之间的连结——而且是事后性、回顾性——的法律判断(规范价值判断),与以过失和故意为代表的归责事由前提下的对行为的法律判断(规范价值判断)——规范的保护目的·义务射程说所相关的事前的法律判断——之间具有异质性”^⑩,也就是说,在潮见教授看来,与前面所谓的事实因果关系中的价值判断相比,事实因果关系的法律评价并不仅仅是过失或故意判断时的法律评价,而是事实因果关系本身的价值判断,但遗憾的是,潮见教授此处的价值判断本身并没有具体明确,仍有待探讨;而最近水野谦的力作《因果关系的意义与界限》与泽井裕教授的事实因果关系概念具有相似性,也认为“正如本书一贯主张的那样,(事实上的)因果关系,首先应在过去反复发生的事实和具有将来的反复可能性的基础

⑧ 前引⑤,泽井裕文,第195页。

⑨ [日]北川善太郎:《债权各论》(第2版),有斐阁1995年版,第252页。

⑩ 前引⑥,潮见佳男书,第127页。

上来说(换句话说,若不是反复的,就不能说具有因果关系),‘若无A则无B’条件关系的判断,也以其本来的反复可能性为前提,为证明个别的因果关系而使用的方法”^⑳。

因此,平井教授将相当因果关系否定以后所引导出来的事实因果关系概念,到底具有什么样的内涵,本身仍处于不明确状态。但是,从上述概念的表达也可以看出,法律价值判断的存在以及反复可能性的强调有可能会成为未来日本侵权行为法中事实因果关系的重要要素,而前述的条件关系论则在一定意义上成为只是判断这种反复可能性以及盖然性的方法之一。

第四,因果关系概念的局限。水野谦认为,对于人与人之间相互交往^㉑且无法确认其反复可能性的有无的事例,义务射程说基础上的因果关系,或者是危险性关联说基础上的因果关系以及扩张后的因果关系理论都没有说服力,在这方面,难以看出立足于事实因果关系和损害赔偿范围确定之间的二元区别论的“事实因果关系的普遍性”^㉒,在这种情况下,也说明了法律上的因果关系理论的局限性,而只能从受害人的心理角度出发去判断能否给出要求加害人承担责任的足够的法律价值判断^㉓。

2. 对赔偿责任范围理论的评价

从前述介绍中也可以看出,自从平井教授以来,有关侵权行为的赔偿范围,目前日本存在着义务射程说(保护范围说)、危险性关联说、相当因果关系说、第416条类推适用说以及对赔偿范围基准确定本身的怀疑论、再加之

^⑳ 前引^{①⑥},水野谦书,第280页。该书在分析了英美法过错侵权行为法的基础上,用比较法学的方法对日本侵权行为因果关系的判例及学说作了十分详尽的分析,质疑了日本侵权行为法中的事实因果关系和赔偿范围确定二元论的通说,并力图指出构建侵权行为归责理论的新的方向,该书是目前日本有关侵权行为因果关系和赔偿范围研究领域非常有名的著作,在学界引起了很大反响。

^㉑ 所谓人与人之间相互交往的事例,按照水野谦的理解,乃是指A的言行对B来说,乃是给了其行为的动机或机会,或者是B利用了A的言行的事例(前引^{①⑥},水野谦书,第214~215页)。

^㉒ 所谓“事实因果关系的普遍性”,乃是指“在所有类型的损害中,都是可以而且必须确认事实因果关系的有无”(前引^{①⑥},水野谦书,第193页)。

^㉓ 前引^{①⑥},水野谦书,第345页。

平井教授对其他学说的反驳等等诸多学说,日本民法学有关侵权损害赔偿范围的论述正处于众说纷纭的“混迷”状态^③,但换个角度来看,也说明日本侵权行为法因此面临着一次结构转换的机会。关于赔偿范围理论,目前,判例仍采取其“相当性”标准判断,而学界则一般倾向于将义务射程说和危险性关联说结合起来确定赔偿范围,或者是在支持或反对民法第 416 条的基础上对传统的日本民法中的相当因果关系理论作一些新的阐述。因此,在这庞杂的混沌体系中,要对其做出客观的评价显得十分困难,这里主要结合一些学者的论述,对目前的理论状况作一简单的评述。

首先是对二元论本身的质疑。这方面的代表主要是松浦以津子教授。松浦以津子教授认为,若从事实因果关系本身也存在着法律价值判断过程这一角度出发,事实因果关系和损害赔偿范围之间并没有本质的区别,从实际操作来看,只不过是特定的场合作为事实因果关系来处理,而在另一场合又可能以赔偿范围的问题来处理,因此对两者之间区别的二元论的必要性保持怀疑态度^④。若从该角度出发来考虑,侵权行为法本身将面临一个更大的挑战,而且对赔偿范围确定理论的影响也是可想而知的,但遗憾的是,教授并没有在此基础上作进一步的说明和阐述。

其次是对危险性关联说的一些批判。对于平井教授的保护范围说的批判,前述介绍中已有所涉及,此处只对危险性关联说的相关讨论作进一步的介绍。对于危险性关联理论,在前述批判的基础上,船越隆司教授还引用了德国文献来说明危险性关联说存在的另一个问题^⑤，“石田教授和前田教授有关第一次损害与后续损害之间区别的见解,应该说相当困难,特别是在身体侵害、医疗过失、公害问题等场合更是如此,即使能够明确区分两者的情况下,危险性关联说或危险性范围说还是存在重大疑问”,接着教授就举了 Stoll 的论述来说明该疑问的存在。文中首先引用了 1949 年的一个案例,即某甲推行李车经过一道院门的时候,由于甲的不注意,行李车轻轻地碰了

③ 前引⑦,前田阳一文,第 81 页。

④ 前引④,松浦以津子文,第 155 页。

⑤ [日]船越隆司,《民事责任的构造和证明》,尚学社 1992 年版,第 425 页。

一下该院门处的石柱,该立柱已处于中空龟裂状态,虽然只用很小的力,但该柱子倒塌并砸死了在该柱子后站着的乙,而且也无法事先认识到该柱子的中空龟裂状态。对此,Stoll 评论说,“行为规范的保护目的作为责任成立要件对于第一次侵害的归责是有意义的,而后续损害则主要是与由该第一次有责侵害作出的危险状态的评价相关”,若从该危险责任范围说出发,石柱倒塌(第一次侵害)与乙的死亡(后续侵害)之间明显存在着危险性,也就是说,被告甲应对乙的死亡承担责任。对此,Stoll 评价说,“到现在为止,后续损害的归责问题,经常作为因果关系理论的试金石来使用。……后续损害的归责,也是面向有责、违法性行为的归责……在这里所用的后续损害的概念本身,也是带有规范性特征的事物,不应该被纯粹机械地理解……”,同时,“在因果上支配第一次侵害的中间因素的偶然性即使那样模糊时,将权利侵害的扩大作为行为人的第二个独立的结果来评价也许是正当的,而对该同一行为人科以‘二重侵权行为’责任时,每一个侵权行为都必须符合其各自的一般构成要件”⁹⁵。遗憾的是,船越教授虽然引用了该文献,但并没有对该文先做过多的评述,但从上述文献中我们也可以看出,上述主张与四宫和夫教授的危险性关联说存在着一定的不同。比如,对“有责·违法性”等规范评价的强调⁹⁶以及对二重侵权行为可能性及其相关的“每一个侵权行为都必须符合各自的一般构成要件”等论断都在一定程度上与四宫教授的论述存在着差别。而后述二重侵权行为概念的导入,则可能由于是坚持过失一元论还是过失和违法性判断二元论,而在理论上形成一些质的区别。因此,危险性关联说仍然存在着需要完善的地方。

另外,森岛教授则在分析了相当因果关系、义务射程说、危险性关联说

⁹⁵ Hans Stoll, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, 1968, S. 14 ~ 31. 转引自船越隆司书,第 426 页。

⁹⁶ 四宫教授也认为后续损害的归责判断也是一种违法性判断,但认为该违法性判断乃是对前一权利侵害导致的面向另一权利侵害的危险性的设定,而后续侵害则是一种新的权利侵害,只要前一权利侵害设定了后一权利侵害的危险性,就认定其具有违法性;但教授认为后续损害与故意、过失无关,并没有像 Stoll 一样强调后续损害乃是一个不能机械地理解的规范性概念。

等诸说以后,认为任何一个概念都无法直接推导出赔偿范围的问题,而只是针对与不同的实施类型所作的说明,只在一定的范围内有效。比如,“义务射程说对于某一加害行为对同一受害人所造成的个别具体的损失的问题,并没有纳入损害赔偿范围的视野内……该说乃是针对与加害行为直接作用的主体相区别的另一主体造成损害的事例而进行的分析说明”,即所谓间接受害人的问题,“在这点上,该说具有其说服力”;与此相对,危险性关联说主要是针对同一主体的问题进行说明,也就是说,某加害行为对同一主体所引起的一个接一个的具体个别的损害在什么范围内赔偿的问题;而与此相关的相当因果关系乃是对同一主体还是相异主体不加区别的考虑方式,这种不区别的态度也正是导致其理论混乱的重要因素之一。基于上述分析,教授认为目前各种学说都无法很好地给出赔偿范围的具体确定标准,因此除非对蓄积的判例作一类型化分析,否则无法得出具体的判断基准^⑧。另外,针对危险性关联说,森岛教授还特别进行了分析,认为加害者的行为并不一定以直线型的事实因果关系而展开,可能存在着非常复杂的过程,若从应用法学的实用性角度来讲,对于所谓的第一次损害的直接损害和所谓后续损害的间接损害之间的区别,不得不抱怀疑态度。比如,在公害、药物损害等案件中,不仅要有较长时间的经过,而且各种各样的要因交织在一起形成了最后的损害,并不一定能甄别第一次损害与后续损害之间的区别;而且,“‘危险’、‘实现’、‘关联’等概念,并不能在同一含义上决定某一损害是否应予以赔偿,还不如说只是作为说明结论或使其结论具有说服力的工具而已……并不能直接得出某损害是否应予赔偿”^⑨。

除此之外,水野谦沿着森岛教授提示的类型化思考方法,对目前日本侵权行为法中的事实因果关系和损害赔偿二元论的通说提出了尖锐的批判,认为该二元论只适用于特定的侵权行为类型或场合,即“加害行为和损害之间,不能判定原因的介在的,且无法认定其违反抽象的危险防止义务的情形”(此时义务射程说具有说服力)和“即使能够认定加害行为和损害之间具

⑧ 前引④,森岛昭夫书,第323~325页。

⑨ 前引④,森岛昭夫书,第321~322页。

有原因介在的,但原因的介在方式非常偶然的情形”(此时危险性关联说以及德国式的相当因果关系可以有效地解决)。其他的情况则都没有必要固执于二元论的方法,一般应以条件关系式的事实因果关系判断公式为基础,采用更加扩张化的因果关系概念,从而可以将过失概念从义务射程说的制约中解放出来并赋予其明确的位置,以及可以更灵活地纳入被所谓“危险的实现”的被限定的视角以外的归责要素(如相当性评价);而对于人与人之间相互交往的事例,如前所述,水野谦不仅否定了事实因果关系的普遍性,而且认为这已经到了法律上因果关系的临界点,无法在法律上得到很好地说明^⑩。水野谦的理论不仅用类型化的方法分析了不同类型侵权行为的因果关系和赔偿范围的问题,而且也在一定程度上指明了未来侵权行为法归责理论的方向,既立足于因果关系概念的局限性,采用扩张化的因果关系概念理论为前提,并如何与广泛意义上的“损害”概念相结合,重新构建未来的侵权行为法归责理论。

四、小结

综上所述,日本有关侵权行为因果关系理论的研究,存在着一个继受法发展特有的现象,也就说存在着从继受到反思再到形成自己理论的发展过程,而在这过程中,可以明显地看出学说变迁和比较法学的互动过程,但同时也标志着日本民法至少从学科角度来说,已经慢慢成长为一个成熟的日本式的民法解释体系。而该发展过程以及现在正在进行的讨论,对我国侵权因果关系法的研究和审判实践都具有一定的借鉴意义。结合上述介绍以及我国侵权行为法的法律规范构造,我们认为有关中国侵权行为法因果关系的问题,至少可从以下几方面出发来考虑。

首先,在是否选择二分法的问题上,从现有法律规范和官方民法典草案来看,中国侵权行为法至少存在着“侵权责任的成立”和“侵权责任的承担”的双重构造。因此,二分法并不存在法律规范构造上的障碍。但这里需要明确的是,该二分法并不一定是“因果关系”的二分法,也就是说并不是“侵

^⑩ 前引^⑦,水野谦书,第344~345页。

权责任成立上的因果关系”和“损害赔偿范围确定的因果关系”双重构造^⑩。就因果关系层次上而言,则至少存在着两种可能的方向:赔偿范围上放弃因果关系的概念和保留因果关系的概念。对于前者来说,因为民法通则并没有提供因果关系作为赔偿范围确定标准的依据,而按照民法典官方草案来说,则可以按照其第10条的规定类推扩张解释,确立“合理性”标准;对于后者来说,官方民法典草案第12条^⑪为其提供了存在的理论可能性。但是,笔者以为,第12条可以理解为民法典关于损害赔偿的特殊规定,只不过是就该类特殊现象所作的一种特别规定,也就是说,将因果关系作为确定赔偿责任范围的标准只在特殊情况下适用,比如第12条的情形以及民法典草案第76条关于共同危险行为的规定^⑫,而在其他情况下一般并不构成确定损害赔偿范围的依据。也就是说,笔者主张在一定程度上放弃将因果关系概念作为赔偿范围确定的基准,除非特殊情形,而将其限制在责任成立要件上。

第二,关于成立要件上的因果关系问题。这里其实没有必要采用事实因果关系的概念,因为“事实”二字乃是建立在美国陪审团和法官不同职能的区别上的理论,而且在因果关系的认定上,不仅包括事实的判断,还包括规范性价值判断,这也是诸多学者批评事实因果关系概念的一个很重要的

^⑩ 我国民法通则乃是规定“由于过错侵害……应承担民事责任”的单层构造。在民法典官方草案中,也基本上是沿袭了民法通则第106条的规定,即只规定了“因过错而承担责任”的构造方式

^⑪ “受害人得到赔偿后发现新病情或者健康严重恶化,赔偿数额明显难以补偿损失,如果证明与侵权人的行为有因果关系的,受害人有权请求增加赔偿费用。”该条中将因果关系作为确定损害赔偿范围的一个确定标准来规定,辅之以该法第5条关于因果关系乃成立要件的规定,也在一定程度上说明了因果关系二分法具有一定的法律规范基础,但对因果关系与损害赔偿范围之间的关系问题并不存在总则性的规定,该条只是针对特殊情况所立的特别规定,其适用范围比较狭窄,是否可以扩大解释仍需进一步考察。

^⑫ 该条规定了共同危险行为人的连带责任,但对其具体连带责任的份额问题,在共同危险行为人之间也具有重要的法律意义。而该份额的确定,前述比例因果关系理论具有一定的意义。

理由。因此,使用事实二字,不仅不符合我国的实践,而且也没有实际意义。关键的是,不管是采用事实因果关系的概念也好,还是相当因果关系的概念也好,都需要解决其证明问题。在这层含义上来说,传统意义上的“相当因果关系”(相当可能的因果关系)具有其合理性,也就是说关注因果关系的盖然性问题。但是,如前所述,相当因果关系概念会引起诸多误解,因此应该加以回避,不如直接采用“因果关系”的概念,而把重点集中在因果关系如何证明的问题上。一般可以用前述事实因果关系的各种证明方法来确定因果关系的存在。

第三,在赔偿责任范围的确定问题上,可以将官方法律草案第10条的规定扩大解释,将“合理性”标准确定为赔偿责任范围的基准,而将因果关系概念限制在特定的范畴之内。在“合理性”的判断上,还应分化出具体的标准,比如现在日本民法教科书中经常引用的“义务射程说”和“危险性关联说”相结合的主张,具有一定的实践意义。另外,日本新相当因果关系说中的“相当性判断”,考虑侵权行为中的各种情形,如当事人的状况、社会政策、损害发生的各种因素等综合性判断标准也具有其合理性。规范性目的说也具有一定的意义。但是,正如前所述,采用上述理论的时候,也必须要注意到过失的认定标准、是否承认违法性要件等其他理论体系的一致性。

第四,类型化思考方式的重要性。如前所述,日本侵权行为法关于因果关系和赔偿责任范围的研究,已逐渐走向类型化的思考方式,比如,四宫教授的“损害类型化”以及水野谦的类型化因果关系论等等,对于我国将来的研究都具有一定的参考作用。而笔者前述因果关系和赔偿责任范围的有关表述,也隐含了这一思考方法,比如,在因果关系的证明上,公害案件中的流行病学因果关系论、不作为侵权行为因果关系的证明问题、共同危险行为中的比例因果关系理论,以及特殊情形下将因果关系作为损害赔偿范围确定的基准,都隐含着这一想法,而中国侵权行为法的司法解释中,也是针对不同的案件,确立了不同的损害赔偿范围问题,也体现了这一类型化的思路。但是,在具体的走向上,在因果关系角度或者损害赔偿范围认定上,这一类型化的研究还需要做更深入的研究。

第五,比较法学的方法的问题。作为继受法国家,日本民法关于侵权行

为因果关系的学说和判例历程对我们具有重要的借鉴意义。作为经验也好、作为教训也好,如何在本国民法的基础上借鉴、移植外国学说应是一个非常慎重的过程。目前的日本民法学研究中,对其用德国法学说解释法国法内容的民法解释学方法进行了很多反思,可以说是不断地去重新发现日本民法。比如,前述第416条的规定,本身参考了英美法系的规定,但却被冠之以相当因果关系说,本身就是当时比较法学尚不够成熟的一个表现,也就是说,用外国的民法学说解释本国的民法规则,具有一定的合理性,但同时也会出现一些生搬硬套的问题。中国民法的未来或许也会面临这个问题,因此,未雨绸缪,在民法比较法学方法论上也应是一个需要去研究的课题。也就是说,不管如何,本国的法律构造、规范体系以及司法实践等等都是进行比较借鉴时不应该被忘记的重要内容之一。而在这一点上,是目前在我国民法学界还没有得到重视的一个重要内容。

除此之外,在日本侵权行为法学中有关因果关系理论的研究过程中,也逐渐注重法学各学科之间的相互交叉。除了前述间接反证等与民事诉讼法学的相互交错外,也逐渐开始注意刑法中有关因果关系的论述,认为有关违法行为所应承担的责任方面的研究,刑法学积累了丰富的理论知识,值得侵权行为法学借鉴^⑩。

另外需要指出的一点是,在民法典官方草案中,关于侵权行为的一般条款的第1条中规定了“由于过错侵害他人的……”,这里用到了“由于”二字,应该可以理解为存在着“因果关系”的含义,而该草案第5条有关因果关系的证明,则用了“受害人应当证明侵权行为与损害结果之间存在着因果关系”。也就是说,前者所表述的是“过错”与“侵害他人”之间存在着因果关系,而后者表述的是“行为”与“结果”之间的因果关系。此处“过错”与“行为”之间是不是存在着冲突?或者说受害人在证明了“行为”与“结果”之间的因果关系后,还要证明“过错”与“侵害他人”之间存在因果关系?如果是

^⑩ 前引^⑦,大村敦志文。另外,关于民法学与刑法学之间的对话,佐伯仁志、道垣内弘人:《刑法和民法的对话》(有斐阁2001年版)一书具有丰富的启迪意义。

这样的话,与日本民法第709条规定之间就具有了相似性^⑨。另外,如果将“过错”解释客观过错说或是采用主观过错说,这两个因果关系之间具有什么样的联系?也就是说,若将来民法典采纳该草案的规定,因果关系到底是什么与什么之间的因果关系的问题,也需要在侵权行为法整体理论框架下作进一步的研究。

^⑨ 日本采用如下构造:“过失→权利侵害→损害”,并规定加害人应赔偿该损害。也就是说,与中国上述规定的规范构造还是存在着区别的。