

“蛋壳脑袋”规则之反思与解构

孙 鹏*

内容提要 “蛋壳脑袋”规则在道德上并非天然正当,在经济上未必充分合理,其作为普适性的规则大有疑问。面对素因竞合时之“异常损害”,应立足于类型化思维,斟酌素因之程度、当事人对素因信息之支配状态以及统御素因的能力等要素,理性解构“蛋壳脑袋”规则。

关键词 蛋壳脑袋 侵权责任 素因竞合 异常损害

一、问题之提出

“蛋壳脑袋”规则(egg - shell skull rule)为素因竞合时之责任承担规则。素因(predisposition)系偏离“标准健康人”的个性化体质因素,可区分为身体素因和心理素因,身体素因包括疾病、特异体质(如过敏体质)与生理素因(如加龄性变化)^①;心理素因包括神经症以及对外部事件过于敏感等性格缺陷。素因竞合乃素因与侵权行为直接结合引发同一损害。当受害人为“标准健康人”时,侵权行为可能不会产生损害或仅产生较小损害(以下称“通常损害”);但在素因竞合时,同一侵权行为却将产生损害或产生更剧烈的损害(以下称“异常损害”)。“蛋壳脑袋”规则不考虑素因在损害形成中的作用,由加害人对全部损害承担赔偿责任,其法律构成为:

第一,素因保有者遭遇侵权。素因保有者虽极易受损害,但损害未必因侵权而发生。例如,受害人突闻他人狗吠,受惊吓而摔倒。单纯狗吠乃日常事件,与其他偶发声晌并无不同,不构成侵权。^② 唯在涉及受害人素因之损害赔偿案件,认定被告行为是否侵权时也易滋疑问。在(2013)东中法民一终字第553号判决中,针对员工郭某工作违纪行为,公司部门主管袁某进行了书面警告,郭某因此患上“急性应激性精神病”,法院

* 西南政法大学民商法学院教授。

① 参见[日]木戸拓史:《素因減責論の一考察——過失相殺の類推適用の制限の検討》,载《北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル》1997年第4号。

② See RG JW 1908,41.

认为袁某行为构成职务侵权。^③事实上,本案乃公司对违纪员工合理、必要之管理,难谓侵权。在被告不构成侵权时,无论素因保有者损害如何巨大,均不能援引“蛋壳脑袋”规则追究被告之责任。

第二,素因参与损害之形成。受害人虽为素因保有者,但其素因未必参与损害之形成。若素因未参与损害之形成,纵使损害特别巨大,亦为“通常损害”。针对侵权行为引发特定损害,且纵无侵权行为,素因也必将导致同一损害之情形(如存活期仅一个月的绝症患者因加害人枪击而死亡,即便其不遭枪击,也必将在一个月后因绝症而死亡),比较法上亦有称其为素因竞合者。然而前例中,枪击系受害人死亡之唯一真实原因,绝症虽对受害人生命构成巨大威胁,但终因枪击之超越未发展为现实原因,而沦为受害人死亡之“假设原因”。素因作为“假设原因”之“竞合”与素因参与损害形成之竞合存在根本性差异,前者为素因重叠竞合,后者为素因必要竞合^④,前者为“典型素因事例”,后者为“非典型素因事例”^⑤。“蛋壳脑袋”规则从属于“非典型素因事例”,与“典型素因事例”并无关联。

第三,侵权行为与“异常损害”存在事实上因果关系。若加害人证明诉称损害在侵权行为发生前已经存在,或侵权行为发生后之加重损害为受害人此前疾病自然发展之结果,或损害可归因于侵权行为后之介入或替代性因素,则侵权行为非“异常损害”之事实上原因,受害人不能依“蛋壳脑袋”规则要求加害人对全部损害负责。德国联邦最高法院(以下简称BGH)1968年6月7日判决中,交通事故受害人手术治疗时因发现患有脑动脉硬化症而被雇主提前辞退;^⑥地方高等法院(以下简称OLG) Braunschweig 1996年2月19日判决中,患酒精依赖症的受害人住院治疗时因医院断酒而再患谵妄症,^⑦有学者将此作为“蛋壳脑袋”规则之例外^⑧。然而,被提前辞退乃脑动脉硬化症之自然结果,谵妄症可归因于医院断酒之合法介入行为。两例中受害人之“异常损害”均与加害人侵权行为无甚关联,法院判决加害人对“异常损害”不承担责任并非“蛋壳脑袋”规则之例外,而因本无适用“蛋壳脑袋”规则之余地。

我国对“蛋壳脑袋”规则曾较为排斥,很长一段时间内,法院普遍认为素因与侵权行为皆为损害之原因,进而判决加害人与受害人分摊损失。也许不满于此“中庸之道”^⑨,2014年1月26日,最高人民法院发布了第24号指导案例,其裁判要旨为:交通事故受害人体质状况对损害后果的发生虽具有一定影响,但其仅为事故造成后果的客观因素,而非《侵权责任法》等法律规定的过错,且与损害无法律上的因果关系,不属于可以减轻

③ 参见广东省东莞市中级人民法院(2013)东中法民一终字第553号民事判决书。

④ 参见[日]永下泰之:《损害赔偿法における素因の位置(六)》,载《北大法学論集》2014年第1号。

⑤ See Vgl. Reiner Schulze (Hrsg.), BGB: Handkommentar (Nomos Kommentar), Nomos Verlagsgesellschaft, 6. Auflage 2009 S. 264 Rn21.

⑥ See BGH JZ 1969, 702.

⑦ See OLG Braunschweig VersR1996, 715.

⑧ 参见前引④,永下泰之文。

⑨ 参见周小锋:《特殊体质受害人损害赔偿问题研究》,载《人民司法》(应用)2012年第13期。

侵权责任的法定情形。

但第24号指导案例并未成为审理侵权案件之普遍准则,以素因为由减轻加害人责任之判决仍不时出现,例如:

“撞死老人案”:小学生陈某将老人杜某撞倒致其右股骨骨折,七个月后杜某死亡。法院认为陈某撞伤杜某并非其死亡之唯一原因,撞伤在死亡结果中有20%的原因力,加之杜某子女未善尽监护义务,对损害发生亦有过错,判决陈某监护人承担10%的死亡赔偿金。^⑩

“蜂毒过敏死亡案”:李某雇佣陈某为驾驶员为赵某搬运蜂箱。装运蜂箱时,陈某被一只蜜蜂蛰伤后因蜂毒过敏休克死亡。法院认为陈某过敏体质构成损害之加重原因,判决其分担25%的死亡赔偿金。^⑪

“吵死人案”:朱某与何某夫妇的土地纠纷本在村委会主持下达成了调解,但何某夫妇仍无端上门与朱某争吵,争吵中朱某突然倒地不省人事,抢救无效死亡。法院认为何某夫妇之侵权行为系朱某死亡之诱因,朱某自身体质因素才是死亡的主要原因,判决何某夫妇赔偿30000元损失。^⑫

前述三则案例表明,虽然第24号指导案例貌似确立了“蛋壳脑袋”规则,但在具体适用时仍有界限。问题在于,作为损害赔偿之一项原理,“蛋壳脑袋”规则有无正当性?若其正当性不足,又应如何解构呢?

二、“蛋壳脑袋”规则之形成与发展

“蛋壳脑袋”规则是古代侵权法向近现代侵权法分化发展后之“遗物”,这在英国侵权法的演进过程中尤为突出。中世纪以后在英国得以发展的侵权法表现为严苛的法律,其基本逻辑为“人必须对自己的行为承担风险”,该逻辑浓缩了“蛋壳脑袋”规则的精髓。然而,伴随基于令状的侵权诉讼之衰退以及侵权现代类型化之兴起,针对事实因果链是否足以决定被告应对原告的伤害承担责任,英国法通过对两套关联事实的不同评价,发展出详密的近因理论。针对原告身体外之事实,以风险理论、可预见理论限制被告责任,从而去除了早期法律之严苛性;针对原告体内之事实,则承袭此前严苛之法律,若加害行为引发了伴有加重损害的“直接”损害,则避开可预见理论之限制^⑬。可见,作为可预见理论之例外,“蛋壳脑袋”规则并非人们普遍认为的20世纪早期之法学发明,而乃英国古老法学传统中少有的至今未曾改变的存活因素之一。作为英国古老法律之遗产,面对具有鲜明时代特征的可预见理论,“蛋壳脑袋”规则在现代侵权法中堪

^⑩ 参见2014年7月24日最高人民法院发布的四起侵权纠纷典型案例之陈某某人身损害赔偿案。

^⑪ 参见安徽省合肥市中级人民法院(2014)合民一终字第00571号民事判决书。

^⑫ 参见广西壮族自治区贺州市中级人民法院(2014)贺民一终字第138号民事判决书。

^⑬ See Gary L. Bahr & Bruce N. Graham, The Thin Skull Plaintiff Concept: Evasive or Persuasive, 15 Loy. L. A. L. Rev. 428-429 (1982).

称“立于鸡群之怪鸭”。有趣的是,尽管透过英美侵权法之历史,“蛋壳脑袋”规则系与可预见理论异质的法理,但也有观点认为,可预见理论仅要求预见损害之类型,无须预见损害之程度^⑭,素因竞合之“异常损害”为损害程度问题,“蛋壳脑袋”规则仍在可预见理论射程之内。Smith v. Leech Brain & Co. 一案中,Smith 被溅出的碎钢烧伤,诱发其体内恶性细胞,三年后因癌症死亡。Parker 法官认为熔炉溅物伤人是可以预见的,死亡仅仅是伤害程度问题。^⑮ 然而,将“烧伤”与“死亡”作为同类损害,显然是在人身损害这一概括性概念上进行判断的。而若在判断损害是否为同一类型时使用过于抽象化的概念,实际上架空了可预见理论,从而使此种协调可预见性的尝试沦为门面装饰。^⑯ 无独有偶,在大陆法系,也一直存在将“蛋壳脑袋”规则解释为法律上因果关系理论之例证而非例外之冲动。例如,心脏病患者为避突入快速行驶车道之幼儿紧急刹车后心肌梗塞死亡。^⑰ 德国联邦法院认为,依相当因果关系说,无论如何也不能否认本案侵权行为增加或改变了受害人的危险状态,而且无论如何也不能将心肌梗死排除在一切可能性之外(哪怕几率仅为 1:100000),最终认定侵权行为与损害之间存在相当因果关系。^⑱ 依法规目的说,法律赋予亲权人对幼儿的监护义务,旨在回避幼儿行为对他人身体和生命带来危险,受害人因侵权人疏于监护义务而死亡,属于《德国民法典》第 832 条之保护范围。^⑲ 然而,相当因果关系除要求侵权行为“提高结果发生的可能性”外,还要求该可能性达到依“事件正常发展进程足以引发损害”之程度,而这正是可预见性之要求。侵权行为与法规目的外之损害无因果关系,也因为法规目的外之损害超越了侵权人通常可预见之范围。故在可预见这一点上,两大法系因果关系理论实际上并无差异,从“合理性人”的预见能力出发,“异常损害”与侵权行为应无法律上因果关系。

作为古老的法律遗产,早在基督教传入前,一度于爱尔兰生效的凯尔特法典(Celtic Code)布莱恩法(the Brehon Law)中即出现了“蛋壳脑袋”规则之踪迹,规定“若曾受伤的人已部分或全部复原,其在后续伤害中的法律地位不会变得更差,后续伤害的行为人不能主张将该受伤者评价为一个受伤的主体”。^⑳ 1875 年,美国爱荷华州最高法院宣称,“若原告易受伤体质学说曾被法院认可,为了人道,越早将其摒弃越好!”。^㉑ 而 1901 年英国 Dulieu v. White & Sons 一案,更以“蛋壳脑袋”案件(egg-shell skull case)闻名于世,判决称“加害人不能以若受害人头盖骨并非异常单薄,或者其心脏不是特别脆弱,其

⑭ See Mark F. Grady, Proximate Cause Decoded, 50 UCLA L. REV. 293,323(2002).

⑮ See Smith v. Leech Brain & Co. Ltd. [1962] 2 QB 405.

⑯ 参见[英]H. L. A. 哈特、[英]托尼·奥诺尔:《法律中的因果关系》(第 2 版),张绍谦等译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 247 页。

⑰ See OLG Düsseldorf VersR 1992,1233.

⑱ 参见[日]谷口聪:《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。

⑲ 依法对因未成年或因精神上或肉体上的状况而需要监督者负有实施监督的义务的人,就需要监督的人所不法加给第三人的损害,负赔偿义务。

㉑ See Gary L. Bahr & Bruce N. Graham, *supra* note 13.

㉒ Allison v. The C. & N. W. R. Co., 42 Iowa 274, 281 (1875).

受损害程度可能更低为由,对抗受害人的赔偿请求”。^② 1959年 *Love v. Port of London Authority* 一案将该规则进一步表述为“加害人必须接受受害人现状”(a tortfeasor takes his victim as he finds him)^③。美国《第二次侵权法重述》将“蛋壳脑袋”规则成文化,其第461条规定“有过失的行为人应对他人所受的伤害承担责任,虽然该他人的一种行为人不应当知道的身体状况使该伤害比行为人作为一个正常人应当预见到的伤害更加严重。”在英美法系,至今几乎不存在拒绝适用“蛋壳脑袋”规则之判例。^④ 在大陆法系,德国帝国法院1937年4月26日的一则判决中,明确提出“任何对身体脆弱者实施不法行为的人,无权要求获得与侵害身体健康者相同的待遇”之原则^⑤,并为后来的联邦法院所沿袭。在法国,自破毁院刑事部1972年2月23日判决以降,判例对人身损害进行归责时,不再考虑受害人素因。^⑥ 2006年法国《债法修订草案》第1379条也直接规定“若素因在侵权行为发生时并未表现为现实之损害,则在对身体损害进行归责时应无视该素因之存在”。^⑦ 奥地利、比利时、意大利、南非等也称“侵权人必须对受害人的遭遇感同身受”,必须对“异常损害”负担责任。^⑧

起初,“蛋壳脑袋”规则仅适用于侵权行为与身体素因竞合引发异常物理损害之情形,近几十年来,不少判例认为“象蛋壳一样脆弱的头盖骨和象蛋壳一样脆弱的性格并无本质区别”^⑨,将“蛋壳脑袋”规则扩大适用于心理素因。*Fryermuth v. Lutfy* 一案中,受害人之更年期精神病本已缓解,交通事故使其复发,马萨诸塞最高法院认为受害人因“无法抗拒的冲动”自杀不构成加害人之抗辩事由^⑩。而在 *Stoleson v. United States* 一案,侵权行为使受害人产生心脏疾病,多愁善感的受害人因医师对其病情的夸大陈述而患上忧郁症。上诉法院认为,加害人必须对其造成的损害负担全部责任,即便该损害因第三方的治疗(甚至过失治疗)行为而扩大。^⑪ 美国《第三次侵权法重述》第31条规定,“因受害人在先的身体或精神条件或其他特征,侵权损害比可合理预期的更为严重或不属于同一类型时,侵权人仍需对全部损害承担责任”,也将“蛋壳脑袋”规则扩大适用于心理素因。宗教信仰是否为受害人心理素因,进而适用“蛋壳脑袋”规则? *Pomeroy* 认为,宗教信仰并非人之外在“服饰”,而乃类似于人“肤色”的不可改变、不能回避的个性化特征,其先于理性而存在,是人固有的精神世界之组成部分,与心理素因并无本质区

② *Dulieu v. White & Sons* [1901] 2K. B. 669.

③ *Love v. Port of London Authority* [1959] 2 Lloyd's Rep. 541(Q. B.).

④ See Restatement (Third) of Torts: Liab. for Physical & Emotional Harm § 31 cmt. b, reporters' note (2005).

⑤ RGZ 155, 37, 41.

⑥ 参见[日]竹村壮太郎:《素因減責の理論的課題——フランス法との比較検討から(1)》,载《上智法学論集》2011年第52号。

⑦ 前引⑥,竹村壮太郎文。

⑧ 参见[荷]J. 施皮尔:《侵权法的统一——因果关系》,易继明等译,法律出版社2009年版,第22、37、117、138页。

⑨ See *Malcom and another v. Broadhurst* [1970] 3. All ER 508(Q. B. D.).

⑩ See *Fryermuth v. Lutfy*, 376 Mass. 612, 382 N. E. 2d1059 (1978).

⑪ See *Stoleson v. United States*, 708 F. 2d 1217 (7th Cir. 1983).

别,因宗教信仰而扩大之损害亦应适用“蛋壳脑袋”规则。^③但在 Carlson 看来,宗教信仰系人类意识支配下自愿生成之现象,其不会使受害人处于易受伤害之状态,不能作为心理素因看待,并无适用“蛋壳脑袋”规则之余地。^④就裁判实践而言,目前各国法院均拒绝将宗教信仰视为心理素因,该领域也尚未被“蛋壳脑袋”规则所覆盖。^⑤

三、“蛋壳脑袋”规则之法理基础

关于“蛋壳脑袋”规则的法理依据,美国爱荷华州最高法院曾将其归结于由加害人负担“异常损害”能更好地实现正义与衡平^⑥。但问题在于,为什么加害人负担“异常损害”更衡平、更正义呢?

(一)“蛋壳脑袋”规则之道德正当性

加害人为什么必须对素因竞合之“异常损害”承担责任,或许能从 Prosser 的论述中获得启示:“如果损失与被告的行为不成比例,那么其与原告的无过错不成比例的程度毫不逊色。如果让被告承担其所不能预见的损失是不公平的,那么让原告承担其同样不能预见的损失,而该损失并非缘于其过失,而是缘于被告的过错,其不公平性也毫不逊色。”^⑦即加害人过错侵权时,使其对不能预见的损失承担责任确实有些无辜,但相对于完全无辜的受害人,加害人就不那么无辜了。^⑧

前述论旨将素因竞合时“异常损害”之分配与可责性发生勾连,“蛋壳脑袋”规则也伴道德的彰显而发展为不朽的理论。这可通过一些 19 世纪的“蛋壳脑袋”案例获得证明。法院甚至追溯到 17 世纪的刑事案件以探寻“蛋壳脑袋”规则在道德上的正当性,诚如英国早期刑法学者 Matthew Hal 所言:如果一个人患上了某种按自然规律将在半年内结束其生命的疾病,另外一个人激发其病情使之发作得更加猛烈和迅速,从而造成了加速其死亡的创伤或痛苦。就发生在他身上的情况而言,这种加速其死亡的行为就是造成其创伤或痛苦的凶杀或谋杀。因为他并非仅仅由于自然的原因而死亡,而是受到伤害后加速其死亡,并且侵犯者不能要求受害人分摊他本身的错误。^⑨

1888 年 Louisville & NA. Co. v. Jones 一案中,列车出轨事故与受害人肺炎共同导致其死亡,法院更是直接将刑事裁判援引为先例,认为:如果伤害系因铁路公司过失所

^③ See Jeremy Pomeroy, Reason, Religion, and Avoidable Consequences: When Faith and the Duty to Mitigate Collide, 67 N. Y. U. L. Rev. 1152-1153 (1992).

^④ See Beth Linea Carlson, “Blood and Judgment”: Inconsistencies Between Criminal and Civil Courts When Victims Refuse Blood Transfusions, 33 Stetson L. Rev. 1081-1082 (2004).

^⑤ See Steve P. Calandrillo & Dustin E. Buehle, Eggshell Economics: A Revolutionary Approach to the Eggshell Plaintiff Rule, 74 Ohio St. L. J. 375 (2013).

^⑥ See Dennis Klimchuk, Causation, Thin Skulls and Equality, 11 Can. J. L. & Jurisprudence 115, 116 (1998).

^⑦ William L. Prosser, Proximate Cause in California, 38 Cal. L. Rev. 369, 397 (1950).

^⑧ See Camille A. Nelson, Considering Tortious Racism, 9 DePaul J. Health Care L. 905, 957 (2005).

^⑨ See Gary L. Bahr & Bruce N. Graham, supra note 13, 419.

致……并且该伤害促成并加速了她的死亡,那么该公司就难辞其责。这在刑事诉讼中将是如此,在民事诉讼中也必须至少同样如此。实际上,在这样的案子中,过错和伤害是死亡的原因。^③

通过与刑事诉讼之类比,在“加害人过错,受害人无过错”的侵权结构中,道德性因素使“蛋壳脑袋”规则获得了特别的力量支持。相对于完全无辜(无过错)的受害人,不那么无辜(有过错)的加害人必须负担全部损害。尽管这样可能导致加害人之责任与其行为强度、过错程度比例失当,但“行责相当”本非损害赔偿考量之对象。现代侵权法之过错责任,普遍舍过失比例主义而采纯粹过失主义。^④ 过失仅为责任成立之要件,责任一旦成立,责任原因与责任范围之联系即被切断,加害人应赔偿受害人全部损失。^⑤ 加害人侵害素因保有者时赔偿“异常损害”,与侵害“褴褛的百万富翁”(shabby millionaire)时赔偿巨额逸失利益并无不同。^⑥ 在此意义上,“蛋壳脑袋”规则顺应了民事责任之本质!

与加害人道德可责性密切关联的是,受害人素因虽参与了损害之形成,但其既非行为,亦非事件,仅为单纯的客观状态和侵权行为发生时的环境因素,如同演员现场演出前之“舞台道具”。^⑦ 相对于不可抗力,素因具有被动性。不可抗力可独立引发损害,而素因本身并不表现为损害,也不能单独引发损害。在遭遇侵权行为前,素因并无活力,只有侵权行为发生后,其才被强制卷入损害形成之序列,并对损害的产生或扩大发挥“加功”作用。^⑧ 即便这一“加功”,也应归结于侵权行为,素因对损害形成之影响实为侵权行为影响之一环。由于素因对损害之影响包摄于侵权行为中,从寄予度角度而言侵权行为的寄予率为100%。故与其说素因是与侵权行为平行之“竞合”原因,毋宁说侵权行为使素因成为了损害“原因”之一部分。正因为侵权行为与素因之间的使役关系, Sabard 认为侵权行为系损害之唯一原因,素因仅为单纯事实现象^⑨。西垣道夫律师亦指出,素因不构成侵权行为之共动原因,将素因与侵权行为作为同一层次的原因进行评价,忽视了素因寄予损害时,侵权行为寄予素因这一基本事实。^⑩ 最高人民法院第24号指导案例认为“受害人体质状况对损害后果的发生虽具有一定影响,但其仅为事故造成后果的客观因素,与损害无法律上的因果关系”,亦与此同。既然素因在损害形成中的作用处于侵权行为原因力之延长线上,那么由可归责之加害人承担全部责任更凸显了

^③ 83 Ala. 376, 3 So. 902 (1888).

^④ 参见[日]前田陽一:《不法行為法における損害公平分担の理念と素因減額論に関する一考察》,《日本民法学の形成と課題/星野英一先生古稀祝賀論文集》(下),有斐閣1996年版,第914頁。

^⑤ 参见[日]平井宣雄:《損害賠償法の理論》,東京大学出版会2004年版,第25-26頁。

^⑥ See Richard A. Epstein, Cases and Materials on Torts, at 524 (Aspen Publishers, 2000).

^⑦ 前引⑥, H. L. A. 哈特、托尼·奥诺尔书,第156、163頁。

^⑧ 参见前引⑥, 竹村壮太郎文。

^⑨ 参见前引⑥, 竹村壮太郎文。

^⑩ 参见[日]西原道夫:《“鞭打症”における損害算定の諸問題》,载有泉亨:《現代損害賠償法講座(7)》,日本評論社1974年版,第319頁。

其道德上之正当性。

(二)“蛋壳脑袋”规则之经济合理性

损害赔偿时考虑受害人素因,不仅使受害人群体受偿不足,而且对加害人群体也阻吓不足。^{④7}就特定的侵权行为而言,若其中为数不多的特别强健的受害人(resilient victims)损失为1,同样罕见的特别脆弱的受害人损失为1000000,而各类受害人平均损失为100000。由于受害人特别强健时,加害人仅需按实际损失赔偿,若受害人特别脆弱时加害人按平均损失赔偿,则加害人承担责任的总量将低于受害人平均损失的总量,必然对加害人激励不足,其行为往往难以达到社会期待的注意程度。^{④8}

而依“蛋壳脑袋”规则,加害人赔偿受害人的实际损害,能促使潜在加害人将全部损害内部化,从而形成有效避免损害的激励,优化侵权法的预防功能。例如,某人饲养了一条容易伤人的猛犬,若90%的“标准”受害人被狗咬的损失为100,10%的“脆弱”受害人被狗咬的损失为10000。假设遛狗场所的人群密度将影响狗咬人的概率,若饲养人不承担任何注意在人群密集的邻域遛狗,狗咬人概率为30%;若尽到中等程度之注意(为此支出成本10),在人群不那么密集的区域遛狗,可将狗咬人的概率降低为10%;若高度注意(为此支出成本20),驱车去人烟较少的小镇遛狗,可将狗咬人的概率降低到5%。表一、表二显示了是否采用“蛋壳脑袋”规则对饲养人注意程度之不同影响。

表一:注意程度 侵权行为 社会成本(不采“蛋壳脑袋”规则)^{④9}

注意程度	注意成本	侵权概率	预期损失	预期成本
不注意	0	30%	$30\% (90\% \times 100 + 10\% \times 100) = 30$	$0 + 30 = 30$
中等	10	10%	$10\% \times (90\% \times 100 + 10\% \times 100) = 10$	$10 + 10 = 20$
高度	20	5%	$5\% \times (90\% \times 100 + 10\% \times 100) = 5$	$20 + 5 = 25$

表二:注意程度 侵权行为 社会成本(采“蛋壳脑袋”规则)^{⑤0}

注意程度	注意成本	侵权概率	预期损失	预期成本
不注意	0	30%	$30\% (90\% \times 100 + 10\% \times 10000) = 327$	$0 + 327 = 327$
中等	10	10%	$10\% \times (90\% \times 100 + 10\% \times 10000) = 109$	$10 + 109 = 119$
高度	20	5%	$5\% \times (90\% \times 100 + 10\% \times 10000) = 54.5$	$20 + 54.5 = 75.5$

表一、表二显示,若不采“蛋壳脑袋”规则,饲养人尽到中等程度之注意时预期成本最低,而“蛋壳脑袋”规则下饲养人高度注意时预期成本最低,显然“蛋壳脑袋”规则能

^{④7} See W. Landes & R. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, at 247 (Harvard University Press, 1987).

^{④8} See Vincent R. Johnson & Alan Gunn, *Studies in American Tort Law*, at 416 (Carolina Academic Press, 1999).

^{④9} See Steve P. Calandrillo & Dustin E. Buehle, *supra* note 34, 12.

^{⑤0} 参见前引④9。

为饲养人提供善尽注意的充分激励。而且,“蛋壳脑袋”规则在影响饲养人注意程度的同时,还能进一步优化其行为选择。依表二之数据,饲养人每次遛狗时高度注意的成本为20,预期损失为54.5,设饲养人每天第一次遛狗的收益为100,第二、三次遛狗的收益分别为50和30,下表显示不同行为选择时的社会净收益。

表三:行为安排 收益 社会成本^⑤

行为安排	总收益	注意成本	预期损失	总成本	净收益
0	0	0	0	0	0
1	100	20	54.5	$20 + 54.2 = 74.5$	$100 - 74.5 = 25.5$
2	150	40	109	$40 + 109 = 149$	$150 - 149 = 1$
3	180	60	163.5	$60 + 163.5 = 223.5$	$180 - 223.5 = -43.5$

表三显示,饲养人每天只遛一次狗,既实现了自身利益最大化,也满足了社会对其行为选择的期待。前述经济分析证明,贯彻“蛋壳脑袋”规则,能激励潜在的加害人善尽高度注意义务,并作出社会最优的行为选择。

四、对“蛋壳脑袋”规则法理基础之质疑

(一)“蛋壳脑袋”规则具有道德正当性?

将“蛋壳脑袋”规则的道德正当性归结为受害人比加害人更无辜,这在“加害人过错,受害人无过错”之侵权结构中确有显现。然而,“蛋壳脑袋”规则植根于早期侵权法之严格责任,且至今在严格责任领域仍普遍适用。^⑥ 严格责任中,责任构成本不以加害人过错为要件,其对道德主义而言几乎是一个敌对的世界。而且,即便是在过错特别是故意侵权中,道德化的解释也具有基本的瑕疵。由于道德化解释关注加害人道德上的可责性,而过失的道德可责性不同于犯罪和故意侵权。虽然过失中不乏道德因素,但在过失中的可责性不那么显著的情况下,道德可责性就很不充分。且不论过错推定责任中加害人之“过错”出于法律之强制推定,其与道德可责性几无勾连。即便在一般过错侵权行为,其责任成立要件也日渐松弛,往往并非受害人举示的证据客观“证明”行为人有过错,而乃法院为救济受害人而“认为”行为人有过错。何况,适法行为与侵权行为之界限愈发模糊,素因保有者遭受损害时,行为人侵权与否亦摇摆不定。设若引致素因保有者“异常损害”的行为被法院“随性”确定为侵权,所谓行为人过错并非被“证明”而仅出于法院之“认为”,则行为人更无道德可责性。“蛋壳脑袋”规则在严格责任、过错推

^⑤ 参见前引⑩。

^⑥ See Gary L. Bahr & Bruce N. Graham, *supra* note 13, 426.

定责任、轻微过错责任等领域均适用的事实表明,该规则虽可能与道德可责性相关联,但其本质上并不依赖于道德价值。19世纪判例法推崇道德原理对“蛋壳脑袋”规则之粉饰,是一种较为晚近的解释,混淆、扭曲并隐藏了该规则的本质。^{⑤3}

不仅如此,“蛋壳脑袋”规则使加害人对其不能预见之“异常损害”负责,乃对其“不公平之突袭”(unfair surprise),本身有违道德。诚如 Viscount Simonds 所言,若只要一项行为具有过失,行为人就对由此产生的所有损害承担责任,无论过失多么微小或可以宽恕,也不论损害多么严重或无法预见,这显然不符合当代的公平或道德观念。哈特和奥诺尔亦指出,“法律人强调可预见性对责任问题的重要性并不令人惊异,因为即使在法律领域外,损害的发生是否可以预见,也经常是就这一损害进行谴责或原谅的一个重要因素。一位母亲给一个哭喊的孩子服用浓烈的药物,如果她明知或者应该预见有可能造成损害结果,那她将会因这些结果而受到谴责;而如果不能期待她预见这一结果,那她会得到原谅。”^{⑤4}不能预见的损害根本不受人控制,也不能影响行为主体之决定。要求行为人对其不能预见、不能控制之损害承担责任,对行为人是自由、不公平和不道德的。唯有损害可预见性与行为人行事时考虑是否做出该行为实现无缝连接,才能基于道德底线定义人与人之间的义务、违法行为及其责任程度,并成为使他们紧密相连的物质。^{⑤5}

就“蛋壳脑袋”规则秉持的完全赔偿理念而言,同样存在道德正当性问题。诚然,近代侵权法坚持完全赔偿原则,只要损害赔偿责任成立,即无视侵权行为及可责性之强弱,甚至无视加害人对损害价值能否预见,即便侵害异常昂贵之标的物或收入畸高之受害人,也必须按实际损失赔偿,即所谓“真值”规则(true value rule)。然而,在加害人侵权行为轻微,而受害人收入畸高或被侵害标的异常昂贵,侵权行为的危害性与损害后果严重失衡,加害人赔付能力与损害数额极其悬殊,且受害人有能力消化部分损失时,若仍使加害人承担巨额赔偿责任,则填补受害人损失之利益远低于对加害人生存之危险,使其因偶然的疏忽而承受巨额赔偿无穷无尽之压迫,对加害人是极不人道的。相反,适当限制赔偿额有助于抑制权利人将自身的高额利益置于易生摩擦的公共空间,并尽量投保以分散因社会摩擦而产生的巨大风险。有鉴于此,现代侵权法基于受害人生计考量而酌减加害人之责任。而且,即便加害人完全赔偿无碍其生计,若赔偿对加害人不合理的严厉,亦可出于个案之公正,斟酌损害范围、责任种类、当事人关系、受害人利益、有无保险等因素,酌情减轻或免除责任。^{⑤6} 伴随“生计酌减”和“公平酌减”的大量适用,可以说,当代法所谓完全赔偿原则,只是立法、学说、判例之虚假表述,其不应当、也没有存

^{⑤3} See *Id.*, 421, 422, 424.

^{⑤4} 前引⑤③, H. L. A. 哈特、托尼·奥诺尔书, 第 81 页。

^{⑤5} See David G. Owen, *Bending Nature, Bending Law*, 62 FLA. L. REV. 569, 610 (2010).

^{⑤6} 参见徐银波:《论侵权损害完全赔偿原则之缓和》,载《法商研究》2013 年第 3 期。

在于真实的法律生活之中。^{⑤7}

在“真值”规则中,加害人并非不能预见损害后果,而仅预见不到损害之金钱价值;在“蛋壳脑袋”规则中,加害人则连损害后果也不能预见;“真值”规则中受害人特性与损害之形成全无关联,而“蛋壳脑袋”规则中受害人特性则参与了损害之形成。^{⑤8}既然“真值”规则已“摇摇欲坠”,“蛋壳脑袋”规则又何以“独善其身”?诚然,素因不仅不会使受害人“增值”,反而可能使受害人“贬值”;保有素因的受害人非但缺乏消化损失的优势,而且其往往为社会同情的对象。在素因竞合时,未必会出现加害人支付能力与损害数额极其悬殊的情形,完全赔偿也未必对加害人之生计构成实质性威胁,但“异常损害”与加害行为危害性之比例仍可能严重失衡。也就是说,素因竞合引发“异常损害”时,加害人责任纵然不能“生计酌减”,也尚存“公平酌减”之空间。

至于素因竞合时,素因仅为被动的环境因素,其被侵权行为强制卷入损害之形成,从而处于侵权行为原因力的延长线上,不能按原因力分割损害,该观点不无道理。然而,且不论素因是否皆被动卷入损害之形成,也不论将存在于受害人自体之素因作为环境因素是否妥当,即便是单纯的外部环境因素,也可能对损害赔偿的数额发生影响。例如,加害人不知受害人站在悬崖边上,其轻微行为致受害人跌下悬崖,加害人承担全部责任即有失公允。^{⑤9}就受害对象自体缺陷而言,除受害人素因外,还包括被侵害标的物自身的脆弱性。针对侵害特别脆弱的标的物之情形,虽亦有判例类推适用“蛋壳脑袋”规则^{⑥0},但主流的立场是依可预见规则限定加害人之责任^{⑥1}。对此,可能的解释是相对于财产利益,法律政策更注重人身健康和安全。^{⑥2}然而,法律政策缘何更注重人身健康和安全,却无以言明,此种解释不过是任性的想象而已。故以素因被动卷入损害形成为由否定其原因力,在法律思维上并不一贯,而以此强化“蛋壳脑袋”规则之道德性,更显牵强。

(二)“蛋壳脑袋”规则具有经济合理性?

从表二、表三不难发现,“蛋壳脑袋”规则激励行为人善尽高度注意,作出社会最优行为安排,是以行为人对侵权概率、预期损害、注意成本等拥有充分信息为前提的。而且,即便行为人信息充分,“蛋壳脑袋”规则之激励也仅存于严格责任中。因为在过失责任,只要行为人尽到法定注意,即无须对损害负责,不可能产生提高注意程度和优化行为选择之动力。若行为人对素因全然无知,即便在严格责任,“蛋壳脑袋”规则也难以形成行为人善尽注意之有效激励。在前述经济分析模型中,若饲养人不知10%的“脆弱”

^{⑤7} 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。

^{⑤8} See P. J. Rowe, The Demise of the Thin Skull Rule, 40 Mo D. L. REV. 378 (1977).

^{⑤9} Id., 382.

^{⑥0} Colonial Inn Motor Lodge, Inc. v. Gay, 680 N. E. 2d 407 (Ill. App. Ct. 1997).

^{⑥1} 参见陈聪富:《侵权违法性与损害赔偿》,北京大学出版社2012年版,第233页。

^{⑥2} 参见[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555-558页。

被害人存在,更不知其被咬将损失 10000,而误信所有被咬受害人之损失均为 100,因其低估侵权损害后果,预期成本与表一完全相同,从自身利益最大化考虑,饲养人仅会选择中等程度之注意,并依此注意程度安排其行为,如表四:

表四:加害人不知受害人“脆弱”时之行为安排^③

行为安排	总收益	注意成本	预期损失	预期成本	预期净收益
0	0	0	0	0	0
1	100	10	10	$10 + 10 = 20$	$100 - 20 = 80$
2	150	20	20	$20 + 20 = 40$	$150 - 40 = 110$
3	180	30	30	$30 + 30 = 60$	$180 - 60 = 120$

尽管社会期待的最优行为安排是饲养人每天遛一次狗,但表四显示,饲养人不知受害人“脆弱”时,将因低估预期损失并选择更低程度之注意,使其每次遛狗增加的预期收益高于预期成本,最终选择每天遛狗三次。

在加害人虽知受害人“脆弱”,但对损害严重程度的信息不完整时,“蛋壳脑袋”规则也不能为潜在加害人提供最优行为激励。若加害人低估损害,将降低注意程度和更积极地行为。若加害人高估损害,将过分提高注意程度并不当抑制其行为。总之,只要对素因本身以及素因风险程度存在信息不完整问题,“蛋壳脑袋”规则皆难以使加害人行行为达到社会最优。而且,由于素因风险之不确定,行为入也不能精确判断其保险需求,并通过购买保险消化风险。^④

不仅如此,在受害人知道或应当知道其素因且能采取自我保护措施时,“蛋壳脑袋”规则对受害人也不能形成有效的激励,其降低甚或排除了受害人自我注意和保护义务。设例中,若仅由饲养人控制猛犬咬人风险,其行为实现社会最优时(高度注意、每天仅遛狗 1 次)的成本为 $74.5[20 + 5\% \times (90\% \times 100 + 10\% \times 10000)]$;相反,在受害人知道或应当知道其素因时,其发现素因之成本为零,若受害人穿上价值为 200 的抗狗纤维裤即能达到“标准健康人”水准,则预防一次狗咬的预期成本为 $45(20 + 10\% \times 200 + 5\% \times 100\% \times 100)$ 。^⑤加之素因保有者极为罕见,“蛋壳脑袋”规则下成千上万的行为人群体为避免可能的“异常损害”而支出的总成本也极易超越本就“罕见”的受害人群体之防护成本。总之,当受害人掌握充分的素因信息且有能力自我保护时,受害人比加害人具有更强的风险防范能力,但在“蛋壳脑袋”规则下,受害人损失能获得完整弥补,其将缺乏发现素因和自我保护的动力,损害防免的社会成本因此提高。

^③ See Steve P. Calandrillo & Dustin E. Buehle, *supra* note 34, 13.

^④ See Michael Murray, The Law of Describing Accidents: A New Proposal for Determining the Number of Occurrences in Insurance, 118 Yale L. J. 1484, 1491 (2009).

^⑤ 参见前引^③。

五、素因斟酌之理论与实践

基于对“蛋壳脑袋”规则法理基础之质疑,废弃该规则并将其汇入可预见洪流之主张也不绝于耳。Schulze 从危险领域角度出发,认为素因在侵权行为发生时已经存在,不可能为侵权行为所引发,系一般生活上危险,加害人仅应对可预见的那部分损害负责。^⑥ Calandrillo 和 Buehle 则主张受害人特别脆弱和强健时均适用可预见规则,即对“钢铁脑袋”(steel skull)之受害人,加害人除赔偿其实际损失外,还应继续赔偿实际损失外的“通常损害”。将超越“钢铁脑袋”受害人实际损失的那部分赔偿作为特别基金,以弥补对“蛋壳脑袋”受害人赔偿之不足。由于“钢铁脑袋”比“蛋壳脑袋”更不寻常,且侵害“钢铁脑袋”者时不会发生损害或仅发生极小之损害,受害人往往缺乏提起赔偿诉讼之动力。即依可预见规则,从“钢铁脑袋”受害人处结余之赔偿金,往往不足以补偿“蛋壳脑袋”受害人未获得赔偿的那部分损失,Calandrillo 和 Buehle 同时提出了通过商业保险和社会保险分散受害人素因风险的可能路径^⑦。立法上,匈牙利、波兰、葡萄牙对“蛋壳脑袋”规则一直持谨慎态度。苏格兰法院以可能性理论,限制受害人素因导致的损害赔偿请求权^⑧,希腊基于充分因果关系(*causa adequata*)原则,以素因竞合时侵权行为不构成“异常损害”之充分原因为由否定受害人之赔偿请求^⑨。

在素因斟酌方面,日本判例和学说堪称典型。早期大审院判决曾短暂追随“蛋壳脑袋”规则^⑩,但自 1965 年以来,下级审判例渐次斟酌素因减轻加害人责任,并发展出相当因果关系说、确率心证论、比例因果关系论、寄予度减责论、过失相抵类推适用说、一般条款援用说等素因减责之法律构成论。相当因果关系说将素因竞合时之“异常损害”作为“特别损害”,若加害人不能预见,其行为与该损害无相当因果关系,从而将加害人责任限定在“通常损害”内。^⑪ 为克服相当因果关系说在责任承担上“全有全无”之绝对性,确率心证论主张素因竞合时,依法官心证程度确定因果关系的概率,并依此概率决定加害人责任之大小。^⑫ 与确率心证论按概率认定相当因果关系不同,比例因果关系论重视事实因果关系层面各原因事实与损害后果之原因力,并将该原因力直接反映到损

⑥ Schulze, a. a. O (Fn. 144), S. 135.

⑦ See Steve P. Calandrillo & Dustin E. Buehle, *supra* note 34, 16-21.

⑧ 参见陈聪富:《因果关系与损害赔偿》,北京大学出版社 2006 年版,第 57 页。

⑨ 参见前引②, J. 施皮尔书,第 104 页。

⑩ 参见大判大正 2 年 12 月 8 日新聞 918 号第 28 頁、大判昭和 21 年 10 月 9 日判例總覽民事編 1 卷第 17 頁。

⑪ 参见[日]小川竹一:《心因的要因競合事例における因果關係の割合認定の当否》,载《判例タイムズ》1985 年第 567 号。

⑫ 参见[日]倉田卓次:《被害者の素因との競合》,载《交通法研究》1985 年第 14 号。

害赔偿中。^{⑦③} 与前三项法律构成单纯从因果关系角度斟酌素因减责相反,寄予度减责论将素因作为实体法问题,在损害金钱评价层面斟酌减责,其所谓寄予度非单纯事实因果中的原因力,而乃斟酌事实原因力、加害人过失程度、行为强度等诸般情事,由法官综合裁量是否减责及减责之程度。^{⑦④} 过失相抵类推适用说也立足于损害之金钱评价,但其关注重心并非事实上之原因力,而是借助过失相抵在金钱评价上的创造和裁量性格,从而赋予法官更为灵活的裁量权。^{⑦⑤} 应当说,前述诸项法律构成虽未言明,但其底流之思想均为损害之公平分配,一般条款援用说即将该底流外在化,其全然抛开因果关系、过失等技术概念,而直接以公平理念、诚信原则为价值依据,裁量确定素因竞合时之加害人责任。就判例之大体走势而言,1970 年到 1985 年十余年间,比例因果关系论影响甚巨,法院多斟酌侵权行为和素因事实上之原因力确定加害人责任。^{⑦⑥} 但自 1975 年以降,过失相抵类推适用说在下级审裁判中渐为风行^{⑦⑦},经最高裁判所 1988 年 4 月 21 日判决^{⑦⑧}、1992 年 6 月 25 日判决^{⑦⑨}、1996 年 10 月 29 日判决^{⑦⑩}之沉淀,最终形成了支配性的判例理论。即素因竞合时,无论心理素因或身体素因、无论疾病或特异体质,只要法官认为加害人全部负担“异常损害”有失公平,均可类推过失相抵使受害人分担部分损害。具体而言,当竞合素因为受害人单纯身体特征时,若该身体特征在个体差异范围内,则不能减责,但若身体特征极度特异且大大增强受害危险性,可例外成为斟酌减责之对象。而竞合素因为疾病时,无论侵权行为发生前疾病症状是否已经发作、无论疾病是否疑难杂症、无论受害人罹患疾病是否具有可归责性、无论侵权行为冲击之强弱、无论素因保有几率之大小,均可类推过失相抵减责。值得注意的是,本世纪以来,日本判例在素因减责上呈现出稍许缓和之迹象。在最高裁判所 2000 年 3 月 24 日电通过劳死事件判决中,最高裁判所认为,不独体质素因,心理素因也应视其是否在其个人差范围内而斟酌减责与否。^{⑦⑪} 而且,相对于加害人、受害人之间关系稀薄的交通事故,在工伤事故中,劳资双方联系紧密,作为加害人之雇主之注意义务相应扩张,受害人正常的个体差异范围因此扩大,素因减责的可能性由是降低。在 2008 年 3 月 27 日日本电报电话公司(NTT)东日本北海道支店事件判决中,最高裁判所指出,在斟酌素因减责时必须将受害人素因与侵权行

^{⑦③} 参见[日]野村好弘:《因果關係の本質——寄与度に基づく割合的因果關係論》,载《交通事故損害賠償の法理と実務》,株式会社ぎょうせい1984年版,第204頁。

^{⑦④} 参见[日]能見善久:《共同不法行為責任の基礎的考察》,载《法学協會雜誌》1985年第12号。

^{⑦⑤} 参见[日]中野貞一郎:《相当因果關係の蓋然性と損害賠償額》,载《別冊ジュリスト》(統民事訴訟法判例百選),有斐閣1972年版,第169頁。

^{⑦⑥} 参见[日]谷口聡:《寄予度減責理論の展開と本質的課題》,载《法学研究論集》1996年第5号。

^{⑦⑦} 参见前引④,永下泰之文。

^{⑦⑧} 参见最判昭和63年4月21日民集46卷4号第243頁。

^{⑦⑨} 参见最判平成4年6月25日民集46卷4号第400頁。

^{⑦⑩} 参见最判平成8年10月29日交民29卷5号第1272頁;最判平成8年10月29日民集50卷9号第2474頁。

^{⑦⑪} 参见最判平成12年3月24日民集54卷3号第1155頁。

为样态作相互关联之判断,若侵权行为较为严重,即便竞合素因为疾病,也可不予减责。^②

六、“蛋壳脑袋”规则之解构

有趣的是,无论“蛋壳脑袋”规则或素因斟酌论,最终均归结为公平这一“普遍本质”,从而展开了围绕公平之“神仙争辩”。^③ 前文之分析足以说明,“蛋壳脑袋”规则在道德上并非天然正当,在经济上未必充分合理,其法理难以证成。在“蛋壳脑袋”规则遭遇广泛质疑之背景下,最高人民法院第24号指导案例期图将其作为我国人身损害赔偿领域的一般性规则,多少有些草率和机械。然而,“蛋壳脑袋”规则之瑕疵未必构成素因斟酌论之优势,法律并非只能在二者之间作非此即彼的选择。事实上,加害人与受害人谁负担“异常损害”更为无辜,并能更有效地形成优化双方行为之激励,本不能一概而论,其受素因类型、当事人对素因信息的支配状态和统御素因的能力等因素影响,有必要斟酌此等因素,对素因竞合时之赔偿责任为类型化、柔软化的处理,从而为第24号指导案例的适用确立合理的界限。

(一)素因程度之类型化

1. 无须斟酌之素因:正常个人差

在前引日本最高裁判所1996年10月29日“长脖子”事件判决中,最高裁判所指出,“人的体格或体质并非均一同质,具有诸如极端肥胖等显著背离通常人平均值的身体特征者,由于易因摔倒等而遭遇重大伤害,在日常生活中的确应比通常人更为慎重地行动,但若身体特征尚未及至该程度,则属于不同个体间正常的差异……受害人脖子虽较常人更长……但此既非疾病,亦未达到极易受伤而须慎重行动之程度,即便其与加害行为竞合使损害发生或扩大,也不应斟酌减轻赔偿数额”。该判旨被前引最高裁判所2000年3月24日电通过劳死事件判决发扬光大,即除体质素因外,正常个人差范围内之心理素因也不能成为斟酌减责之对象,且正常个人差范围随加害人、受害人双方关系之密切程度而扩张。因此,心性脆弱的广告商职员因超负荷加班而抑郁自杀,由于加害人系受害人之雇主,对受害人负安全保障义务,属于其责任领域的受害人素因之范围因此扩张,受害人不堪过度劳累之心理脆弱性仍在正常个人差范围内,加害人不能以此减责。不少学者支持正常个人差范围理论,^④且进一步指出,日常性疾病(如感冒)以及生理素因中的加龄性变化,因其普遍性存在,并非特别的个体化现象,也应从减额对象中排除。^⑤ 针对受害人年老骨质疏松,以及退行性关节炎、颈部椎间盘退行性改变等伴随

^② 参见最判平成20年3月27日判時2003号第155頁。

^③ 参见[日]石橋秀起:《賠償責任の割合的軽減と公平の理念——ドイツ法との対比において》,载《立命館法学》2001年第276号。

^④ 参见[日]橋本佳幸:《過失相殺の法理の構造と射程(五)》,载《法学論叢》1996年第3号。

^⑤ 参见前引①,木戸拓史文。

年龄增长自然出现的退行性病变,我国最高人民法院第24号指导案例及相关判例均不支持加害人的减责请求,也是因为此等素因尚在正常个人差范围内。而前引“撞死老人案”中,法院在未查明受害人具有何种正常个人差范围外素因的情况下,仅因受害人年老体衰、余命不长将加害人责任限定于其损害参与度之内(20%),实在是缺乏正当性。年老体衰等加龄性变化为无须斟酌之正常个人差,而老年人余命不长亦在计算死亡赔偿金时作了相应扣减,不能成为损害赔偿时重复减额之事由。

2. 应予斟酌之素因:缺乏最低限度抵抗力和赔偿性神经症

比较法上一种普遍的认识是:若侵权行为微不足道,受害人极度脆弱,加害人行为强度与受害人损失程度之不均衡不可理喻时,加害人对“异常损害”承担责任。^⑥所谓受害人极度脆弱,指其不仅未达到“标准健康人”水准,而且缺乏参与社会生活的最低限度抵抗力。人类社会绝非无害空间,其总伴随着大大小小的风险,任何人参与社会生活均不免遭遇磕磕碰碰,故社会参加者皆应具备立足于风险社会的最低限度抵抗力。欠缺最低限度抵抗力为一般生活危险,乃个人的悲剧与不幸,受害人应无奈地接受命运之安排,而不能将本该由自身承担的不幸转嫁给偶然遭遇的侵权人,在不支付任何对价的情况下使侵权人沦为自己悲惨命运的保险人。所谓侵权行为微不足道,指侵权行为的致害力度与受害人在风险社会中必将遭遇的其他日常性风险并无差别,欠缺最低限度抵抗力的受害人即便不遭遇该侵权行为,也必然或早或晚地面对同等力度的生活风险,并遭遇同等程度的损害。也就是说,侵权行为虽与“异常损害”存在条件关系,但其与素因之竞合非常偶然,仅仅为素因引发损害提供了机缘,成为发生“异常损害”之“结晶点”。纵然将侵权行为置换为其他适法行为(生活风险),损害也将因其他适法行为而生,即侵权行为与一般生活危险具有“交换可能性”,该“交换可能性”切断了侵权行为与“异常损害”之目的性关联。^⑦例如,生活中发生口角极为寻常,虽恶语相向可以构成侵权,但通常仅使对方短暂不快,其负面影响力甚至低于其他日常生活危险。因此,针对受害人与他人口角突发心肌梗塞之事例,柏林高等法院认为其不过为一般生活危险之现实化,加害人无须对心肌梗塞的后果负责。^⑧在前引“吵死人案”,何某夫妇无端与朱某争吵致后者死亡,贺州中院亦认为何某夫妇之侵权行为仅为朱某死亡之诱因,朱某自身体质因素才是死亡的主要原因,从而仅判决何某夫妇赔偿30000元。

赔偿性神经症多发生在工伤、交通事故后,受害人所受伤害在临床上本已治愈,但由于受伤后获得了很多照顾和利益,回想往日生活之艰辛,受害人潜意识中不愿失掉这些利益,基于“从疾病中获益”之心理,想象自身症状持续存在,致使轻微症状无限放大,

^⑥ See BGHZ 132, 341, 346; BGHZ 137, 142; 前引④, 永下泰之文。

^⑦ 参见前引④, 永下泰之文。

^⑧ See KG VersR 1987, 105.

最后弄假成真,发展为固定之顽疾。自BGH 1956年2月29日判决⁸⁹以降,德国联邦法院一直将赔偿性神经症作为“蛋壳脑袋”规则之例外,并得到学界的广泛认可⁹⁰。立足于损害赔偿之意义,特别是衡平之理念,患赔偿性神经症之受害人本有逃避生活艰辛、“从疾病中获益”之不当欲念,使加害人承担全部责任将“固化”受害人身心回复的不利状态,而若限制受害人之赔偿请求,以“断念”方式迫使受害人克服其不良欲望,反有助于其早日康复。即便受害人身陷赔偿性神经症而不能克服其不良欲望观念,也应否定对该欲望观念扩大损害之赔偿请求,因为受害人的不当心态和欲念本就不能成为加害人之负担。

(二) 素因信息支配之类型化

1. 加害人知悉或应当知悉受害人素因

若加害人知悉或应当知悉受害人素因,无论受害人是否知悉或应当知悉该素因,均应依“蛋壳脑袋”规则,使加害人对全部损害承担责任。此种情形下,加害人对素因信息之支配与受害人相同甚至处于更优越的地位。从道德角度而言,只要受害人对侵权行为之发生本无过错,其必然处于较加害人更无辜之状态。从损害预防角度而言,尽管加害人仍面临信息不完整问题(虽知受害人素因但不知素因介入损害之严重程度),但该问题对受害人同样存在甚至更为严重,故使加害人负担更高的注意义务,虽将提高加害人的注意成本,但损害预防的社会总成本并不会因此而增加。比较法上,捷克法即规定加害人知悉受害人素因时对受害人的全部损害负赔偿责任。⁹¹前引2008年3月27日NTT东日本北海道支店事件判决中,最高裁判所亦指出,雇主(加害人)知道或应当知道雇员(受害人)之疾病,即不得让该雇员从事易使其疾病恶化之工作,若雇主疏于该安全保障义务,应对雇员疾病扩大的工伤损害承担责任。遗憾的是,我国法院似缺乏前述意识。在(2013)临民初字第02028号判决,卢某高大肥胖,其在高温湿热天气下在刘某某的建房工地上搬砖突然昏厥,送医后因呼吸循环衰竭死亡。临潼区法院认为,卢某从事体力劳动,理应熟悉个人身体情况并采取相应措施,对身体肥胖介入的危急而亡应自负10%的责任。⁹²然而依前文分析,本案中刘某也知悉卢某肥胖这一体质素因,损害防免的注意义务应全部分配给刘某一方,在卢某对工伤事故发生本无过错的情况下,无须对自身素因予以额外注意,法院不应斟酌受害人素因减轻责任。

2. 仅受害人知悉或应当知悉其素因

近现代民法以可预见规则限定违约方和加害人之责任,系建立在相对于违约方或加害人,非违约方或受害人在损害判断上具有信息优势这一假定之上。“蛋壳脑袋”规

⁸⁹ See BGHZ 20,137.

⁹⁰ 参见前引①,木戸拓史文。

⁹¹ [德] U. 马格努斯、[西] M. 马丁-卡萨尔斯:《侵权法的统一:共同过失》,叶名怡等译,法律出版社2009年版,第76页。

⁹² 参见陕西省西安市临潼区人民法院(2013)临民初字第02028号民事判决书。

则不认同这一假定前提,认为素因存在于受害人内部,即便受害人也不易察觉和理解^⑧,受害人并无相对于加害人之信息优势。然而,虽然受害人确实有可能不知道且不当知道其素因,但在更多情况下受害人是知悉或应当知悉其素因的。若仅受害人知悉或应当知悉其素因,受害人在预防“异常损害”方面处于比加害人更为优越之地位,保有素因的受害人因此应负担比“标准健康人”更高的自我注意和保护义务。受害人疏于该更高的注意和保护义务,则其对“异常损害”之发生有过失,其在伦理上不再“无辜”,甚或不如加害人那样“无辜”。此刻,无论基于道德正当性或经济合理性,均应由受害人负担“异常损害”。例如,BGH 1981 年 9 月 22 日判决中,联邦法院指出,“体质特异的受害人在人多拥挤处不穿紧身衣或收腹带,可认定为有过失,因在其自由决定之领域,疏于损害之预防。”^⑨又如,不少心理素因乃受害人不良情绪的过度堆积,甚至为受害人刻意扭曲其精神之结果。与对身体素因无能为力不同,受害人对心理素因通常可进行能动性支配^⑩,对注入其中的不良情绪进行有效的节制、矫正和排除,若受害人放纵其情绪,对怠惰、欠缺反省或自杀足以自行控制而未加以控制时,极易被认定为过失,并因此免除加害人对该部分损害之责任^⑪。

虽然知道或应当知道其素因的受害人应善尽自我注意和保护义务,但这也应以受害人对素因之统御可能性为前提。若受害人对侵权行为缺乏预见可能性,或虽能预见侵权行为,但缺乏为回避侵权行为及“异常损害”而采取措施的实行可能性^⑫,法律显然不能强其所难。而且,即便受害人存在预防“异常损害”发生之可能性,其预防成本未必总低于不知悉其素因的加害人。例如,若前文之抗狗纤维裤价值不止 200 而为 1000,则预防一次狗咬的预期社会总成本为 125 ($20 + 10\% \times 1000 + 5\% \times 100\% \times 100$),显然超出了受害人不加任何额外注意,仅由饲养人防控狗咬风险的预期社会总成本(74.5)。也就是说,纵然仅受害人知悉或应知悉其素因,若其对素因缺乏统御可能性或统御成本过于高昂,其将失去预防“异常损害”之优越地位。因此,判例和学说在认定素因受害人过失方面非常慎重。只有受害人过于将自己暴露在危险中,或很容易采取防范措施而疏于采取才能认定为过失。若受害人行为仅一般性地增加了其受损害的危险(抽象危险),而未明显增加其受损害的危险(具体危险),则受害人实施此等行为并不违背注意义务。在 OLG Koblenz 1986 年 5 月 5 日判决,血友病患者搭乘友人摩托遭遇车祸而受伤,科布伦茨高等法院指出,“的确,摩托车驾驶员或同乘者遭遇事故较为频繁,但这并不意味着血友病患者不能搭乘摩托车。摩托车为法律允许的,年轻人常用的交通手段。何况,受害人所在地公共交通并不特别方便,搭乘他人车辆出行的现象也较为普遍……

^⑧ See Gary L. Bahr & Bruce N. Graham, *supra* note 13, 421, 422, 429.

^⑨ BGH NJW 1982, 168.

^⑩ 参见[日]内田贵:《民法Ⅱ債權各論》(第3版),有斐閣2011年版,第443頁。

^⑪ 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。

^⑫ 参见[日]窪田充見:《過失相殺の法理》,有斐閣2004年版,第83頁。

参加道路交通,无论系何种形态,皆为人间通常生活形态。要求血友病人不乘摩托车,限制了其一般的行动自由”。⁹⁸ 毕竟,素因保有者作为社会之一员,有权利也有必要参与社会生活。正义的法律不仅不能将他们排斥于社会生活之外,而且还应为他们全面融入社会积极创造条件。限制或剥夺素因保有者参与社会之自由,是文明社会无法接受的,也是缺乏人性的。

3. 加害人、受害人均不知且不当知悉受害人素因

加害人、受害人均不知且不应知悉受害人素因,以及虽仅受害人知悉或应当知悉其素因但缺乏统御素因之能力时,双方对素因之支配处于均势。面对“异常损害”,受害人总体上更显“无辜”,原则上应坚持“蛋壳脑袋”规则,但仍需综合考量相关因素作出灵活之判断。第一,侵权行为强度。侵权行为强度包括行为严重性程度及其与损害之原因力大小两方面。侵权行为显著轻微,是否构成侵权尚有争议,且其与损害之原因力较小时,应积极考虑素因减责。如“蜂毒致人死亡案”,一只蜜蜂叮蛰本不严重,且与受害人死亡之原因力较小,故应斟酌素因减责。侵权行为较为严重且其与损害之原因力较大时则在素因减责上应更为消极甚或不予考虑。机动车交通事故责任纠纷中法院普遍排斥素因减责,即因此类侵权行为通常较为严重,而且与损害之原因力较大,以至于受害人素因在损害形成中的作用可被忽略。但绝不能因此认为机动车交通事故责任纠纷已彻底沦为“蛋壳脑袋”规则之“领地”,此类纠纷中若交通违法行为轻微或对“异常损害”之原因力较小,仍有素因减责之余地。例如,(2015)温瓯民初字第578号判决中,滕某交通肇事致倪某受伤住院后死亡。鉴定显示倪某直接死亡原因为重症肺炎感染性休克等病理因素,车祸致其活动受限、被迫卧床、诱发和加重其肺部感染,其外伤参与度约20%—30%。瓯海法院认为本案受害人死亡已超出正常情形下可预期范围,仅判决滕某承担30%的损害赔偿责任。⁹⁹ 第二,加害人过错程度。一般情况下,加害人过错程度与侵权行为强度呈正相关性,加害人过错越大,侵权行为越严重,此刻过错程度应为侵权行为强度所吸收。但也可能出现侵权行为较为严重而加害人过错较小,或侵权行为较为轻微而加害人过错较大之情形。有学者认为,在涉及受害人特殊体质的侵权案件中,若加害人故意或重大过失,加害人应对全部损害承担赔偿责任,而不能援引受害人素因减责¹⁰⁰。此种观点甚值商榷,在侵权行为轻微之情形,只要加害人不知道也不应当知道受害人素因,即便其侵权行为出于故意(如打人耳光),也不应妨碍素因减责,而仅仅降低减责之比例和程度。与此同理,侵权行为极其严重时,即便加害人过错很小甚至无过错,法院也可能不支持加害人素因减责之请求。第三,素因在损害形成中的主动性与独立性。若素因在侵权行为“役使”之下被动卷入损害之形成,其与“异常损害”之因

⁹⁸ See OLG Koblenz VRS 72 (1987), 403. 转引自前引④,永下泰之文。

⁹⁹ 参见浙江省温州市瓯海区人民法院(2015)温瓯民初字第578号民事判决书。

¹⁰⁰ 参见前引⑨,周小锋文。

果联系较为间接,在损害形成序列中原因为力亦不突出,在减责问题上应高度慎重。相反,若素因具备独立发生损害之能力,且其主动参与损害之形成,则可更为积极地斟酌素因减责。在医疗损害责任纠纷中,我国法院普遍斟酌受害人素因减轻医疗机构的责任,即便在第24号指导案例发布后,法院仍近乎100%地斟酌疾病“参与度”减轻加害人责任。其实,医疗损害责任纠纷中普遍素因减责,并非基于医疗侵权之特性,而乃与医疗侵权竞合之疾病本已相当严重,且已具有独立发生损害之能力,其主动参与损害之形成,而非被医疗侵权强行卷入损害发生的因果序列。在(2014)昆民三终字第88号判决,孕妇在医院待产时出现面色青紫、呼吸困难、心跳骤停现象,抢救无效死亡。经鉴定,医院存在医疗过失,孕妇系羊水栓塞(严重分娩并发症,发病率4-6/100000,死亡率80%以上)致急性呼吸循环衰竭死亡。受害人羊水栓塞这一严重分娩并发症显然构成与医疗过失完全独立的、平行的致害原因,其本就有导致受害人死亡的巨大可能,法院据此判决被告仅须对原告死亡承担70%的责任。^⑩ 必须指出的是,在医疗损害责任纠纷中斟酌疾病“参与度”减责也应有所节制,若在医疗侵权发生前,受害人疾病本不严重,并未影响受害人的日常生活,也并不具备独立引发损害之能力,则不能以此等疾病减轻医疗机构之责任。第四,素因形成之原因。在素因因受害人不当行为生成或持续时,虽受害人之行为发生于侵权行为前,不能直接纳入损害原因之范畴,也很难评价为受害人统御素因方面之过失,似不应成为影响素因减责之要素。然而,受害人在素因形成和持续中的不当行为,将降低其在素因竞合时的“无辜性”程度,即便此等行为与损害之间缺乏原因力,基于损害分配之政策考量,不妨使受害人分担部分“异常损害”。这与加害人存在伦理上的可责性即过错时,纵其过错与损害无原因力,法院也常使该加害人分担部分损害之法理如出一辙。

Abstract: The egg-shell skull rule is not naturally legitimate in morality, not reasonable enough in economy, and is in doubt as a universal rule. With abnormal damage in predisposition concurrence, based on typed thought, the degree of predisposition, the litigant's dominant state of predisposition information and the capacity to command the predisposition should be considered, and then deconstruct the egg-shell skull rule.

(责任编辑:王莉萍)

^⑩ 参见云南省昆明市中级人民法院(2014)昆民三终字第88号民事判决书。