

侵权可赔 损害类型论

朱晓峰 著

Die Typen von ersatzfähiger
Schaden im Deliktrecht



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中央财经大学基本科研业务费专项资金资助
Supported by Central University of Finance and Economics Scientific Fund

侵权可赔 损害类型论

朱晓峰
著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

侵权可赔损害类型论 / 朱晓峰著. —北京:法律出版社, 2017. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9299 - 7

I. ①侵… II. ①朱… III. ①侵权行为—赔偿—对比研究—中国、德国 IV. ①D923.84②D951.63

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 064156 号

侵权可赔损害类型论

朱晓峰 著

责任编辑 黄琳佳

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 26 字数 639 千

版本 2017 年 4 月第 1 版

印次 2017 年 4 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市龙大印装有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9299-7

定价:98.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

何以致学？因其有思

——为朱晓峰《侵权可赔偿损害类型论》序

孔子曰“学而不思则罔，思而不学则殆”，足见思与学的关系。在最为世俗的法学领域，思与学的这种互动关系同样非常重要。于是，这里便引出一个必须应该明白的区别，即法学并非律学。前者是有世界观和价值取向，有分析思考和批判扬弃的正当与否思考，后者则大体是对既有规则内容的诠释解说。就此而言，当代中国法学究竟起于何时可能还真是个问题。20 世纪上半叶甚至直到 50 年代，中国还是有法学的，至少可以看到和感觉到它的存在。可惜，由于历史的原因，既有的法学并没有得到持续生长。不过，到了 80 年代改革开放初期，却有“忽如一夜春风来，千树万树梨花开”，随之百花齐放、百家争鸣的法学气象。现今中国的许多法学家和律学家，都是当年法学的迎春花或梨花。几十年过去，迎春花也好梨花也好，或成了为人师表、割据一域的霸主或律学大师，或因情商智商不足而零落成泥碾作尘，还有一些则渐

渐步入“剩水残山无态度,被疏梅,料理成风月”的境界。其中,只有香如故,坚持真正学术且修成正果、自成一家的少之又少。多年前我曾写了一篇短文说中国法学的三个境界:注释法学、流转法学和游戏法学。套用古人治学三境界之句,大体可以说是“昨日法律凋碧树,独上经楼;衣带渐紧何须悔,为伊赚得人陶醉;蓦然回首,那鸟儿却在游戏中!”

令人欣慰的是,近些年来,众多法律人虽然还未能完全跳出上述三界的学术雾霾,但毕竟有了些给人希望的改变。一批年轻的、用心治学的法律人慢慢出现并成长,他们有更正规的学习经历、更规范的专业训练、更广阔的学习视野,尤其有尚未被学术雾霾污染的学子童心和学术理想;缺少独立人格、屈从甚至迎合政策或政治需要以获官场、行政打赏的律学,多多少少明暗暗暗地开始投向法学。朱晓峰博士的新著《侵权可赔损害类型论》便是这样一部可以嗅得到学与思的作品。我这样说,大体因其不拾人牙慧、不东抄西抄、有一手资料、有开阔视野、有专业品位、有思想支撑、有一家之论,从而表现出一种治学的态度和精神。所有读者看过他的这部著作之后,至少会留下一个深刻印象,发现关于“可赔损害”这个小问题居然涉及如此多的大问题,以至于可以写成这样一本大书。就我有限的阅读而言,国内法学界有关可赔偿问题如此系统、专业和深入的著述,这可能还是第一部。书中所展现的历史脉络和现实状况清晰且全面,所采用的资料既有理论也有实务,运用方法恰当而不玄虚。在阐述和分析基本理论的前提下,这部著作对于制定法规则的实践及实践对制定法的发展和完善给予特别的关注。作者搜集、整理并研究分析了国内各级法院尤其是最高人民法院公报公布的典型判决 300 余例;同时,以德国侵权法,特别是各级法院尤其是联邦最高法院判决为比较项,搜集、整理和分析研究了各类德国法院判决 200 余例。较为全面、客观地反映了国内外司法实践对可赔损害的原则和立场,从而使书中的观点和立论更有依据和说服力。

损害赔偿是人类社会最古老的正义,换言之,是一个远古有之的问题。但无论哪个时期和阶段,其核心内容无非两个,首先是“责”,其次是偿与罚;前者是对行为作出法律判断,后者是对行为后果作出规定,目的是达成一种物质或物理、精神或感情的平复,以彰显和维系社会正义与秩序。由此可知,第一,责与偿罚是两个不同的事物;第二,偿与罚也是不同的。当然,不同历史时期、不同社会阶段、不同社会活动领域的偿罚有不同的实现方式。一般而言,一个人的行为违背了当时的社会伦理、道德或法律对他人造成了损害,那么他的行为一定要受到谴责,但其行为导致的后果是否能够赔偿或可以赔偿,那则不一定。人类社会早期,民刑不分,责与罚几乎并存,而罚与偿又是混同的,最典型的表现形式就是同态复仇。但是,当财产观念出现之后,责与偿罚逐步分开;同时,罚与偿也开始分离。实际上,古罗马法中就已经对“损害”和“损失”做了区分。按照罗马法规定,损害并非总是有损失,而没有损失则无以赔偿。可见,损害发生时是否一定就可以赔偿,这是一个自古有之的法律问题。不仅如此,这个问题的复杂性和诱惑性还在于,人身损害一般难以量化赔偿,而非人身财产损害通常可以赔偿,其差别本是随着社会进步而被渐渐明确,但如今却又随着社会发展而重新模糊化和问题化。例如,纯经济利益、精神利益、人格利益(包括生前死后的人格利益)等,都经常引出是否可以赔偿的问题。所以,这个看似不大或不起眼的问题,实际散发着法学的魅力并往往能体现着法律思想的深度。我国侵权责任法虽然早已经颁行,但许多相关理论问题并没有得到明确和解决。这部著作系统、细致和严密地分析阐释了侵权损害与赔偿的规范关系及其正当性与合法性基础,并进而对现实的、规范的与可赔偿的损害这三个范畴予以分析、论证和立论。尤其难得的是,作者将民法学界尤其是侵权法学领域长期以来争论不休,大师们常欲以其昏昏使人昭昭的许多问题,合理恰当地收入本书囊中予以分析、精解和论

证,从而使本书命题下的内容更加丰富而有实际意义。我相信,所有读者,无论是法律的制定者和诠释者,还是法律的实现者或是受益者,应该都能从中得到一些有益的启发甚至是更清晰的认识。20世纪80年代改革开放之初,我们国家的法制建设极为紧迫,但基础又十分薄弱。因此,立法者有一个指导思想,即“立法宜粗不宜细”、“成熟一个制定一个”。所以,那时的立法可谓短平快,学理和学术没有太严格的要求。但是几十年过去,今日的立法已非当年的立法。所谓“君子乾乾,与日偕行”应是现今法律人应该具有的治学与建设精神。具体说,我们现今的立法应该有更多、更精致、更严谨、更技术、更有学术思想而非政策思想的内容。就此而言,读者眼前这部著作或许能够聊补相关立法颁行后科学阐释的不足。

当然,同许多专业或学术著作一样,这部著作也存在某些不足,尚有不少讨论的空间,但这是学术的属性,在所不免,免之则怪。学术的魅力与生命力在乎天外有天,山外有山。我希望,朱晓峰博士的这部著作能使读者有机会仰望更广阔的天空和攀登更高的山峰。古人有云:醉翁之意不在酒,在乎山水之间。我今所言,意也不在文章本身,而在乎文章之外的治学动机、态度和精神。

应请作序,始惶惶而终受之,皆为可以因之与学界同道共勉。



2016年4月11日于澳门海明湾畔

目 录

引 言 001

第一编 总论:可赔损害的理论 with 规范基础

第一章 损害的现实 with 规范类型 009

第一节 概述 009

第二节 类型化分析的理论前提 011

一、类型的界定 with 分类 012

二、类型化的方法 with 意义 015

第三节 现实损害的主要类型 021

一、因果关系标准 022

二、主观状态标准 027

三、损害对象表现形态标准 033

第四节 现实损害 to 规范损害的理论基础 040

一、概述 040

二、逻辑起点 041

三、基本过滤器 045

四、主要学说理论 060

五、评析	070
第五节 规范损害的基本类型	071
一、概述	071
二、财产损害	075
三、精神损害	082
四、生理损害/存在性损害	090
第六节 本章小结	096
 第二章 损害赔偿的正当性基础	097
第一节 概述	097
第二节 损害与赔偿的规范关系	098
一、金钱赔偿方式的出现与确立	098
二、金钱赔偿方式与规范损害的关系	100
第三节 损害赔偿的正当性基础	104
一、矫正正义理论	105
二、功利主义理论	119
三、评析	143
第四节 中国传统法制中损害赔偿的正当性问题	145
一、抑制损害赔偿制度发达的背景因素	146
二、损害赔偿规则的表现形式与特点	152
第五节 本章小结	163
 第三章 中国侵权可赔损害的规范基础	165
第一节 概述	165
第二节 初创的损害赔偿规则	167
一、概述	167

二、《大清民律草案》	167
三、《民国民律草案》	171
四、《中华民国民法》	173
五、评析	176
第三节 遭遇挫折的损害赔偿规则	177
一、概述	177
二、整体图景	177
三、民法草案中的可赔损害	178
四、评析	181
第四节 发展中的损害赔偿规则	182
一、概述	182
二、《民法通则》与相关司法解释中的可赔损害规则	183
三、《侵权责任法》中的可赔损害规则	196
四、评析	219
第五节 本章小结	225

第二编 分论(一):财产权益侵害中的 可赔损害类型

第四章 财产权益侵害中的财产损害 229

第一节 概述	229
第二节 所有权	233
一、概述	233
二、权利剥夺	234
三、扣押和使用非债务人之物	241

四、对物之实体的侵害 253

五、使用性侵害 261

六、继发性损害 271

七、其他所有权侵害形式 281

八、评析 286

第三节 所有权之外的其他财产权益 287

一、概述 287

二、绝对权性质的财产权益 289

三、相对权性质的财产权益 320

四、其他财产权益 330

五、评析 358

第四节 本章小结 361

第五章 财产权益侵害中的精神损害 363

第一节 概述 363

第二节 德国 364

一、理论分歧与实践立场 364

二、具体规则的适用与限制 368

三、评析 377

第三节 中国 378

一、立法实践的普遍态度 378

二、司法实践的主要立场 381

三、评析 392

第四节 本章小结 393

第六章 纯经济利益侵害中的损害 395

第一节 概述 395

第二节 德国 396

一、概述 396

二、作为参照的大的一般条款 397

三、小的一般条款的紧张与缓和 399

四、评析 402

第三节 中国 403

一、概述 403

二、制定法规定的类型 406

三、司法实践承认的类型 418

四、问题与表现形式 425

五、评析 431

第四节 本章小结 433

第三编 分论(二):人身权益侵害中的 可赔损害类型

第七章 物质性人格利益侵害中的损害 437

第一节 概述 437

第二节 财产损害 438

一、概述 438

二、《民法通则》中的规定与问题 439

三、司法实践的法之续造 443

四、评析 458

第三节 精神损害 459

一、概述 459

二、可赔损害范围扩展至精神损害 460

三、具体的损害赔偿规则 471

四、评析 503

第四节 本章小结 505

第八章 非物质性人格利益侵害中的损害 507

第一节 概述 507

第二节 标表型人格要素 508

一、姓名权 508

二、肖像权 517

第三节 自由型人格要素 536

一、德国 536

二、中国 538

第四节 尊严型人格要素 551

一、名誉权 552

二、隐私权 575

三、一般人格权 600

第五节 本章小结 633

第九章 身份权益侵害中的损害 635

第一节 概述 635

第二节 配偶权 636

一、概述 636

二、德国 637

三、中国 640

四、评析 661

第三节 亲权 662

一、概述 662

二、德国 663

三、中国 664

四、评析 666

第四节 社员权 667

一、概述 667

二、德国 668

三、中国 673

四、评析 681

第五节 本章小结 682

第十章 出生前死亡后人格利益侵害中的损害 684

第一节 概述 684

第二节 胎儿利益 685

一、概述 685

二、德国 687

三、中国 697

四、评析 731

第三节 死者人格利益 733

一、概述 733

二、德国 734

三、中国 738

四、评析 742

第四节 本章小结 744

结 论 747

参考文献 751

引 言

古往今来,人始终处于一种既无法完全准确地掌控现状,又无法精确预知未来的不确定环境当中。因此,理性的个体无论是依据自己的意志作为或不作为以确定自身在这个充满太多变数的环境当中的位置,还是被动地因他人的意志而确定在这种环境中的状态,都无可避免地会陷入这样的困境,即因为外在环境的作用致使己身或与己身相关的状态发生某种变化,而这种变化并非个体自主意志所欲发生的,并且个体如果预知这种变化,即会采取适当措施以避免其发生。这种变化对于当时的个体而言,即为损害。或者依据自然法学家格劳秀斯(Hugo Grotius)的定义,损害[damage/damnum (该词或许来自 demo)]就是当一个人所拥有的少于其无论是仅依据自然还是依据行为[例如依据所有权、契约、法律]所应当是的

一种状态。^①依据自然法则,这种因现实世界的不确定所导致的损害,属于一种已成事实的客观存在,并且因为时空的不可逆转性,使这种已生成的状态,在客观上已经无法再恢复为变化之前的状态。^②当然,损害客观状态上的不可回复性,并不意味着理性人以及因为理性人而构成的共同体,就不重视这种损害状态:对个体而言,如何通过自己理性地充分运用提高自己所处环境的相对确定性并追求理想的生活状态,至为重要,而损害的发生恰恰破坏了这种确定性;对共同体而言,降低个体生存于其中的共同生活体中的不确定性,保证社会成员的福祉,是共同体之所以形成和继续存在的前提基础。^③个体与共同体对于损害本身的重视,使通过具有普遍意义的社会规则对损害予以适当地调整,重建被破坏的生活环境的相对确定性,就获得了普遍性的正当基础。

在人类社会生活中,据以调整人所遭受的损害并维持人所追求的

① Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres* (1646), II. XVII-2. Quoted in: James Gordley/Arthur Taylor von Mehren, *An Introduction To The Comparative Study Of Private Law: Readings, Cases, Materials*, Cambridge University Press 2006, p. 239. 事实上,关于损害的定义,理论界主要有三种,除自然—社会损害说外,还有德国学者诺伊纳(Neuer)和维尔堡(Willburg)提出的“规范损害说”,该说坚持,损害并不是一种自然—社会的、实际的现象,而是从法律评价中推导出来的。这种评价允许在受害人的实际财产状况未发生变化时也赋予其损害赔偿请求权。介于规范损害说与自然—社会损害说之间的是默滕斯(Mertens)所提出的折中说,依据这种观点,也会导致与规范损害说同样的结果,即使某财产利益实质上并未有所减损,但利益的享有者因为他人的侵害不能如自己所计划的那样安排该利益,那么也构成损害。(参见 Arndt Teichmann, *Die Flugreise-Entscheidung-BGHZ* 55, 128, *JuS* 1972, S. 248.) 从本质上来说,规范损害说强调的是法律的评价,折中说强调损害与受害人主观意志之间的关系,而自然—社会说强调损害的客观属性。这三种学说分别对应本文的现实损害与规范损害两种类型。关于损害的三种学说的简要介绍参见傅广宇:《从“飞机旅行案”看德国的民法方法论》,载《华东政法大学学报》2013年第4期。

② 赫拉克利特(Heraclitus)所说的,人永远不能踏入两条完全一样的河流,亦表达了时空的不可逆转性和已经经过的存在无法再恢复到原来曾经经过的某个点的状态。参见 Heraclitus, *Fragments-The Collected Wisdom of Heraclitus*, Brooks Haxton tran., New York: Viking, 2001。

③ Aristotle, *Politics*, Benjamin Jowett tran., Ontario: Kitchener 1999, p. 5.