

法学名篇小文丛

损害赔偿法的未来

—— 商业化、惩罚性赔偿、集体性损害

[德] 格哈德·瓦格纳 | 著

王程芳 | 译

熊丙万 李翀 | 校

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

法学名篇小文丛

损害赔偿法的未来

—— 商业化、惩罚性赔偿、集体性损害

Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht -
Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden

[德] 格哈德·瓦格纳 | 著

王程芳 | 译

熊丙万 李翀 | 校



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

损害赔偿法的未来：商业化、惩罚性赔偿、集体性
损害/ (德) 瓦格纳著；王程芳译. —北京：中国法制
出版社，2012. 11

(法学名篇小文丛)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4155 - 1

I. ①损… II. ①瓦… ②王… III. ①赔偿 - 法的理
论 IV. ①D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 257297 号

策划编辑 张岩

责任编辑 王佩琳

封面设计 蒋云羽

损害赔偿法的未来

SUNHAIPICHANGFA DE WEILAI

著者/ (德) 瓦格纳

译者/王程芳

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/850 × 1168 毫米 32

印张/ 7.25 字数/ 132 千

版次/2012 年 11 月第 1 版

2012 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4155 - 1

定价：26.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：66038139

市场营销部电话：66017726

邮购部电话：66033288

Neue Perspektiven
im Schadensersatzrecht -
Kommerzialisierung,
Strafschadensersatz,
Kollektivschaden

Gerhard Wagner

©Verlag C.H. Beck oHG, München 2006

北京市版权局著作权合同登记号：图字01-2011-5030



目 录

导读	(1)
----------	-----

A. 当前民法学说中的损害概念

I. 不确定性	(13)
---------------	------

II. 差额假说	(14)
----------------	------

1. 莫姆森的学说	(14)
-----------------	------

2. 《德国民法典》中的差额假说	(15)
------------------------	------

B. 损害赔偿法的基本原则

I. 补偿原则与得利禁止	(17)
--------------------	------

II. 刑罚、赔偿、预防	(18)
--------------------	------

C. 损害赔偿法的挑战

I. 损害赔偿法律体系的竞争	(20)
----------------------	------

II. 欧洲法律一体化	(22)
-------------------	------

III. 欧洲法院的司法实践：损害赔偿的法律	
实现	(24)
IV. 法律的经济分析	(27)
1. 通过责任法规范行为	(27)
2. 对损害赔偿法的影响结果	(30)
D. 补偿原则的观点：损害的商品化和货币化	
I. 商品化作为损害赔偿法上的论据	(35)
1. 争论情况	(35)
2. 商品化论据的两大功能	(37)
II. 损害结果的商品化	(37)
1. 讨论情形	(37)
2. 恢复原状请求权与财产利益	(45)
3. 损害结果的补偿	(51)
III. 人格权的商品化	(57)
1. 讨论情形	(57)
2. 财产权的数量限制	(59)
3. 财产权的标准	(62)
4. 商业化的界限	(64)
5. 结论	(66)



IV. 基于合同的商品化	(79)
1. 非财产性损害的一般合同责任?	(79)
2. 丧失的机会	(88)
V. 案语：生命的价值	(101)
1. 失去生命的损害赔偿	(101)
2. 家属精神损害赔偿金	(103)
VI. 财产性和非财产性损害的区分——过时的 概念吗?	(108)
E. 补偿原则的另一重要议题：惩罚性损害赔偿	
I. 比较法上的总结分析	(112)
1. 美国	(112)
2. 欧洲	(114)
II. 德国法律现状	(119)
1. 对惩罚性损害赔偿的拒绝	(119)
2. 惩罚性损害赔偿的桥头堡	(120)
III. 惩罚性损害赔偿的赞成和反对意见	(124)
1. 反对惩罚性损害赔偿的论据	(125)
2. 支持惩罚性损害赔偿的论据	(125)

IV. 徘徊于刑罚和预防之间的惩罚性损害

赔偿 (127)

1. 对不正义行为的惩罚专属于刑法领域 ... (127)
2. 预防是民法的任务 (128)
3. 私法规范行为的优势 (131)
4. 预防性损害赔偿的合宪性 (133)
5. 对美国模式中的惩罚性损害赔偿的限制 (134)

V. 以预防性损害赔偿替代惩罚性损害赔偿 (136)

1. 任意性论点 (136)
2. 超出补偿范围的损害赔偿的正当性 ... (136)

VI. 对营利性侵权行为的利润剥夺 (138)

1. 防止营利性侵权行为 (138)
2. 现行法中的利润剥夺规则 (140)
3. 两类剥夺利润情形 (144)
4. 保护漏洞及其类型 (147)
5. 剥夺利润的进一步发展 (158)
6. 建议 (162)

VII. 损害赔偿请求权行使缺陷的弥补 (163)

1. 加倍赔偿原则 (163)

2. 得利禁止	(165)
3. 作用局限	(167)
4. 其他的应用领域	(171)
5. 建议	(175)

F. 集体损害赔偿

I. 概念及功能	(176)
II. 分散损害：有形捆绑	(178)
1. 问题	(178)
2. 集体诉讼与联合会诉讼	(178)
3. 功能	(181)
4. 例子：《反不正当竞争法》第 10 条 ...	(185)
5. 发展可能性及建议	(192)
III. 大规模损害	(200)
1. 基本原则：程序捆绑	(200)
2. 实例：投资者标准程序法	(201)
3. 发展前景	(207)
4. 建议	(211)
IV. 共同财产损害	(211)
1. 个体和集体损害	(211)

2. 主体合法化	(212)
3. 损害计算	(214)
4. 发展潜力	(218)
结论	(218)



导 读

《损害赔偿法的未来——商业化、惩罚性赔偿、集体性损害》一文系瓦格纳教授在第 66 届德国法学家大会上所作的主题报告。此次大会于 2006 年在德国斯图加特召开。该报告德语版本于 2006 年由慕尼黑黑贝克出版社出版，具体出版信息为：《损害赔偿法的新视角——商业化、惩罚性赔偿、集体性损害》，第 66 届德国法学家大会，慕尼黑黑贝克出版社 2006 年版。

本文致力于讨论一种新的损害赔偿法观念，以及实现该观念的方法论和具体制度设计。作者提出了大量对德国损害赔偿法的重大创新观点，其中很多内容是对传统德国民法的颠覆性修正。

本文所关注的“损害赔偿”远不限于大陆法系一般语境中的侵权损害赔偿问题。本文在一个宏观的私法框架下，讨论了包括侵权损害赔偿、合同损害赔偿和不正当竞争损害赔偿等更为广泛的损害赔

偿议题。

自罗马法以来，尤其是 19 世纪欧洲大陆法以来，法律人创造了日益精细的法律部门划分。公法与私法，民法与经济法，刑罚与民事责任，侵权损害赔偿与合同损害赔偿，侵权损害赔偿责任与不正当竞争损害赔偿责任，合同责任与侵犯消费者权益责任，凡此等等。在法律认知和操作活动中，人为创造的大小法律部门划分给法律人带来了诸多认识论上的便利，但同时也不断给法律人带上了无形的思想枷锁。因为在讨论某一个或者某一类实际问题的法律治理策略时，法律部门划分很可能变成教条主义，将法律策略的构筑空间限于某一个或几个狭小的法律部门，或者某一法律部门的一个或者几个分支。

如果将法律部门划分本身当成真理，对法律部门划分予以盲目崇拜，不仅会阻碍法律人去思考更为全面、更为有效、更为实用的社会治理模式，而且可能致使一些法律人乐此不疲地讨论那些可能永远没有结论的伪问题。例如，某议题究竟是法律问题还是经济学问题，是公法问题还是私法问题，是民法问题还是经济法问题，是侵权法问题还是合同问题？对违法行



为的预防应当是刑法的任务还是民法的任务？

瓦格纳教授关于“损害赔偿法的未来”的思考，是一次打破法律部门划分的教条主义风险的积极尝试。本文对于损害赔偿法相关的诸多议题展开了讨论。为便于读者更好地了解作者思想和主张，现将本文籍以展开的多条主线及其相互关系予以简要概括：

1. “预防”是损害赔偿法的使命吗？

在德国的传统民法学说中，损害赔偿责任法立足于“补偿原则”和“得利禁止”这两个互为表里的原则。损害赔偿法的任务主要在于填补受害人所遭受的损害，这主要包括恢复原状和金钱赔偿两种模式。得利禁止原则意味着受害人所获的补偿不得多于其损失。相应地，传统学说还认为，对损害行为的预防职责不应当由民事责任法来承担，而应当通过刑法来实现。

瓦格纳教授提出，应当强调损害赔偿法的多种功能，特别是预防功能。他认为，传统学说不仅忽视了民事损害赔偿责任制度在事实上发挥的重要预防功能，而且阻断了法律人去构想更好的损害赔偿法律制

度的机会。一方面，无论是刑罚，还是损害赔偿責任，都将减损违法行为人的利益和幸福，构成从事特定违法行为的成本。只不过，刑事责任和民事责任给行为人带来的不利益在度量上存在差别而已。尤其是，对责任人而言，刑事罚金和民事赔偿金几乎没有太大实质性的区别（当然，累犯等特殊情形除外）。但无论在哪一种责任制度下，当行为人面临的潜在利益减损超出其可能收获时，其一般就会因为此种威慑而克制自己从事该行为。刑事责任和民事责任都在事实上起到了损害行为预防功能。另一方面，以“补偿原则”和“得利禁止原则”为基础的损害赔偿法着眼于过去实际发生的个体损害，而忽视了那些可以更为有效地预防潜在损害的制度设计，减损了法律增进社会福利的功能，是一种不经济的行为。^{〔1〕}

〔1〕 从我国新近侵权责任法的立法论辩中可以看出，“补偿原则”和“得利禁止原则”仍然是主导我国损害赔偿法学的原则，而损害赔偿法的预防功能尚未得到重视。这一点可以从众多民法学、侵权责任法教科书中看出。一个代表性专题论述，可参见王利明：“我国侵权责任的体系构建——以救济法为中心的思考”，载《中国法学》2008年第4期。一个倡导预防功能的论述，参见石佳友：“论侵权责任的预防职能”，载《中州学刊》2009年第4期。



2. 有效实现损害赔偿法预防功能的方法论——法律的经济分析

强调损害赔偿法的预防功能并不等于追求预防的最大化。预防并不是为了保证绝对的安全性，而是要要求采取那些最为经济有效的损害预防措施。当行为入再投入的注意成本超出了其所增加的可避免损害值时，就不再投入更多的注意成本了。如果为了避免损害所付出的成本超过了所避免的损害本身的价值，那就是浪费了有限的社会资源。

法律经济分析方法是瓦格纳教授用于设计预防性损害赔偿责任制度的一个主要工具。现代法律经济分析方法源于功利主义，自 20 世纪六七十年代以来在美国得到蓬勃发展。尽管法律经济分析方法所遭受的

批评从未停止过，^{〔1〕}且法律经济分析者之间也在不少问题上存在争论，但其在美国高等法律院校已经形成

〔1〕当然，其中大量批评源于法学家对经济学、尤其是对福利经济学的长期误解。在很多方面，法律经济分析方法的发起人之一波斯纳法官当属造成大量误解的“罪魁祸首”。波斯纳法官于20世纪70年代末80年代初在美国法学界引入经济学分析方法，但其本人并不具备专业的经济学、尤其是福利经济学背景。其向法律界介绍的部分经济学知识和分析方法与专业的经济学知识存在较大偏差。但遗憾的是，无论是美国法学家还是中国法学家，其所关注的法律经济分析者主要限于波斯纳法官。波斯纳法官甚至成为了法律经济分析的代名词。如此一来，美国法学家以及中国法学家在讨论法律经济分析方法过程中所批评的对象很可能不是专业的经济学论点。波斯纳法官后来也逐步意识到这一点，并在不断演进其法律经济分析方法。参见 Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness Versus Welfare*, 114 Harv. L. Rev. 961, 996, especially note 68 (2001) (中译本可见：[美]路易斯·卡普洛、[美]斯蒂文·沙维尔：《公平与福利》，冯玉军、涂永前译，法律出版社2007年版)。

今天，美国法律经济分析方法的操练者远不止当初的业余经济学家。大量法学院的法经济学研习者具有专业的经济学知识背景。例如，在哈佛大学法学院从事法律经济分析的路易斯·卡普洛 (Louis Kaplow) 教授和斯蒂文·沙维尔 (Steven Shavell) 教授分别拥有哈佛大学和麻省理工大学的经济学博士学位，前者同时拥有哈佛大学法学博士学位 (JD)。这在美国其他一流法学院也并不罕见。在美国，从相关学者的法律经济分析作品的被引证率来看，卡普洛教授和沙维尔教授远远超过了其他学者。此外，一些大学经济系的教授也将法律经济分析作为其重要的研究领域，如哈佛大学经济系的奥利弗·哈特教授 (Oliver Hart)。

当然，这一注释的目的并不是说波斯纳法官的法律经济分析作品不值得参考，更不是说由那些专业经济学家开展的法经济学研究就是真理。我是说，中国法学家对法律经济分析的借鉴和批评，需要不断扩大对这门学问的新近发展的关注。如此，我们的学术讨论就可以避免像大量美国法学家那样，走一些不必要的弯路。



了系统的法学教育课程^{〔1〕}，在政治哲学、法哲学和应用法学研究中成为讨论者难以回避的话题。^{〔2〕}即便是那些秉持最为传统的价值判断方法的论辩者，也一般会遵守如下共识：很难说不讲社会效率和公共福利的制度设计是一个好制度。

今天，欧洲大陆法国家也日益受到法律经济分析方法的影响。被整个欧洲社会乃至国际社会所关注和参考的《欧洲民法典草案》明确将效率作为一项与自由并列的私法基本价值，^{〔3〕}其不仅要求起草者在具体制度设计时有意识地提高制度的效率价值，还设置了

〔1〕 例如，哈佛大学法学院单独开设，或者由法学院与经济系合作开设的关于法律经济分析的课程有“法律经济分析基础”（Foundations of Economic Analysis of Law）、“专题研讨：法律与经济”（Seminar: Law and Economic）和“研究性专题研讨：法律、经济和组织”（Research Seminar: Law, Economics and Organization）等。

〔2〕 一篇为法律经济分析方法正当性的新近辩护，可见 Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness Versus Welfare*, 114 Harv. L. Rev. 961 (2001)。

〔3〕 尽管《欧洲民法典草案》将效率明确列为现代私法的基本原则，但有学者进一步认为，效率价值仅在该草案比较有限的条文中得到了体现，需要在整个草案中予以全面贯彻。For the principle see Christian von Bar, E Clive, H Schulte - Nölke (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (Interim Outline Edition, Seillier, München 2008), Introduction [29 - 30]; 关于批评意见 Horst Eidenmüller, Florian Faust, Hans Christoph Grigoleit, Nils Jansen, Gerhard Wagner und Reinhard Zimmermann, *Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht*, JZ, 11/2008, SS. 535f.