



可得利益的民法治理

一种侵权法的理论诠释

Future Interests Governance of Civil Law
A Theoretical Interpretation in Tort Law Perspective

杨彪 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

型扩张以及体系构建),或者(2)借助侵权法来弥补传统民法的不足。不言而喻,构建无形财产法体系的主张可以突破传统民法的桎梏、也可以增强法律的包容性。问题在于,将一切利益机会、资格、价值等财产化、商品化,很可能造成财产的泛滥无度,彻底动摇私权体系的科学基础。从本质上看,追加财产法是以抽象物代替具体物的嬗变过程。“允许私人通过财产形式掌控重要的抽象物,就会在社会上制造出许多人际依赖关系及其他一些问题。这将助长私人权势的膨胀。个人的消极自由,即不被干涉的自由,将面临更大的危险。一旦财产概念延伸到抽象物,就会发生许多危险。”^①在笔者看来,正是由于这些原因,更重要的问题其实是,能否在现存的有关财产的一般性阐释之外另辟蹊径,创建一种有别于传统的理论框架,在尽量不改变现有法律体系的前提下以弹性的方式应对不断变化的社会需求——既调节财产权,又不毁灭财产权。因此,本书将第二种选项作为课题,聚焦于侵权法视域下的民法财产观。

二、背景鸟瞰:侵权理论的模式转变

现代民法以私权为核心,而私权的实现则以获得救济为根本保证。作为私法的救济法,侵权法以保护权利为根本宗旨。传统理论认为,侵权法并不确认权利,仅在于对受到侵害的权利提供救济。但随着经济社会的发展,侵权法的理念也在不断发生变化。如今的侵权法,不仅为现有的人身权和财产权提供保护,也开始确认新的权利,成为“决定权利工具(a vehicle for determining rights)”^②。由此,侵权法的保护范围从既存的法律体系所明确承认的权利拓展到了所有私法上的利益,成为名副其实的权益保护法。

现代侵权法对私法权益保护的探寻,主要有两个方向:第一个方向是行为主义的进路,即通过对侵权行为的规制来完成。这一努力方向的主要特征是以过错责任为核心,注重对侵权行为的评价和限制,以此促使行为人谨小慎微行事,最大限度地降低侵权行为发生的可能性,行为合法性与违法性的

① [澳]彼得·德霍斯:《知识财产法哲学》,周林译,商务印书馆2008年版,第11页。

② B. A. Helple & M. H. Mitthews, *Tort: Cases and Materials*, Butterworths, 1991, p. 1. 随着社会的发展和文明的进步,对许多新型的人格权益(如名誉、隐私、肖像、信用等)和财产权益(如纯粹经济利益、商业利益等)加以法律保护显得十分迫切。但对大陆法系国家而言,受成文法本身特性的制约,以法典形式出现的侵权法并不能对侵害这些权益的侵权行为进行有效的规制以及提供充分的救济。于是,各国不得不在法典之外寻求应对的方法。以德国为例,德国法院在民法典之外通过判例的方式创设了“一般人格权”、“营业权”等权利,对民法典加以补充。这种创设,正是通过在司法实践中运用侵权法原理进行裁判而实现的。对此,Weir也曾指出:“侵权行为法除了补偿损害这一功能外还具有确认权利的功能,因此,侵权行为法既是补偿性的也是构建性的。”Tony Weir, *A Casebook on Tort*, Sweet & Maxwell, 2004, p. 7。

整性的维护,恰恰体现了法律的人文关怀精神。可救济性损害以侵权责任作为中心命题,强调损害救济的正当性和价值优位性,注重实现对受害人的损害填补,保障受害人的人身和财产安全,着重考察侵权损害事实的可赔偿性和赔偿方式,其核心是如何为应当予以救济的损害事实寻找正当的法律依据,将对受害人的损害救济放在了首要位置。可救济性损害以人文关怀的理念为指导,确定是否构成侵权责任的核心因素不再是行为人是否有过错以及是否侵权,而是受害人应否得到救济,如果衡诸受害人方面有进行法律救济的必要,则往往会通过各种途径去认定侵权责任的存在。这在很大程度上体现了裁判结果先行的法律规制方式,对受害人权益的保护具有重要意义。因此,在对私法权益的保护上,以可救济性损害为核心的责任主义研究思路,通过对侵权责任的认定和分配实现了对私法权益的直接保护,其价值核心在于实现对私法权益的法律救济。

从法哲学的角度看,以过错责任为核心的行为主义研究进路主要代表着自由利益,以可救济性损害为核心的责任主义研究进路则主要代表着安全利益,这两项利益均是法律最重要的价值。在侵权法中,这两项利益是共存的竞争关系,需要加以协调和平衡。研究侵权法的学者都热衷于探讨它们二者的关系,试图通过对“在历史上总是被作为侵权法核心内容”的自由和安全利益理解和分析,展开对侵权法实践的解释。诚如美国学者波斯特马所言:“对安全和自由利益进行衡量是侵权行为法的一项特殊任务,而且它已经被详尽地得到了贯彻,在该领域也得到了有意识的认可。”^①

而如何处理自由和安全两项利益的冲突和分歧,则成为了侵权法的最大难题。作为“特定文化阶段中伦理道德观念以及社会、经济关系,在极其特殊的程度上的产物和反映”^②,侵权法需要综合考察当时的社会经济文化背景,以寻求解决利益冲突的途径。“在私法的领域中,法律的目的只在于:以赋予特定利益优先地位,而他种利益相对必须做一定程度退让的方式,来规整个人或社会团体之间可能发生,并且已经被类型化的利益冲突。‘赋予优先地位’本身即是一种评价的表现,对此,立法者无疑尚须考虑一般的秩序观点(例如在规定法定方式,或确定期限时)、交易上的需求及法安定性的要求。”^③在近代法治产生初期,自由是法律最为基本的价值,整个法律和正义

① [美]马克·格斯特菲尔德:《经济学、道德哲学及对侵权行为法的实证主义分析》,载[美]格瑞尔德·J.波斯特马主编:《哲学与侵权行为法》,陈敏等译,北京大学出版社2005年版,第333页。

② [德]马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2006年版,第2页。

③ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第1页。

所受损害,又称为积极损害,是指既存财产之减少发生之损害;所谓所失利益,又称为可得利益或消极损害,是指现存财产应增加而未增加之损害。^①这种划分,仅在财产损害中才有意义,非财产损害并无所受损害和所失利益的区分。所受损害与所失利益的两分法,已为各国司法实践所普遍承认。^②在我国,这种财产损害的分野则被表述为直接损失和间接损失。^③与所受损害相比,可得利益在内涵和外延上均存在相当大的模糊性,是损害赔偿法亟待解决的疑难问题。诚如杨立新教授所言:“财物损害造成间接损失的情况比较复杂,无论是理论上还是实践上,都颇有争议。”^④这一命题有待进一步深入探讨。

在现代社会,财产往往被视为一种法律判断,是否能够获得救济是这种判断的核心。随着社会分工的深入和人们关系的契约化,财产更多地表现为对可获得利益的期待。^⑤可以预见,作为对未来财产利益的一种预测,可得利益在损害赔偿法中的地位将越来越重要,并将随着时间的推移呈现出不同的理论面貌。具体来说,笔者选取可得利益损害赔偿作为论题,主要基于以下几点考虑:

第一,可得利益是财产损害赔偿中最活跃的领域,走在侵权法回应社会经济生活变化的最前沿,对可得利益损害赔偿进行全面系统的研究,有利于加强对新类型侵权行为的规制和实现对新型财产权益的保护。在现代社会,人与人之间相互依存和相互信赖的关系不断加强,人们得以对社会生活和经济交往进行有效的预测,法律亦鼓励和保护这种信赖关系。由此,法律关于损害特别是财产损害的观念发生了巨大的变化。财产损害从仅限于现存

① 参见孙森焱:《民法债编总论》(上册),法律出版社2006年版,第361页。

② 在普通法系,所受损害与所失利益经常被表述为过去的损害(past loss)和将来的损害(future loss)。See Andrew Tettenborn etc., *The Law of Damages*, Butterworths, 2003. 在日本,亦有不少案例涉及现实损害与可得利益的认定与计算,如关于所有物的灭失与毁损,有最高裁判所1964年6月23日判决;关于身体残疾,有最高裁判所1967年11月10日判决。参见于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社2006年版,第363—370页。在我国台湾地区,这种分类亦不鲜见,如台湾地区“最高法院”1959年台上字第1934号判例:“民法第216条第1项所谓所受损害,即现存财产因损害事实之发生而被减少,属于积极的损害。所谓所失利益,即新财产之取得,因损害事实之发生而受妨害,属于消极的损害。本件被上诉人承揽之工程违约未予完成,应另行标建,须多支付如其声明之酬金,并非谓房屋如已完成可获得转售之预期利益,因上诉人违约而受损失,是其请求赔偿者,显属一种积极损害而非消极损害。”孙森焱:《民法债编总论》(上册),法律出版社2006年版,第388页。

③ 参见王利明主编:《民法·侵权行为法》,中国人民大学出版社1993年版,第582—595页。

④ 杨立新:《侵权法论》,人民法院出版社2005年版,第764页。

⑤ 美国学者斯蒂芬·芒泽在其个人著述《财产理论》一书中详细论述了财产与预期(expectation)之间的关系。他在该书第2章第4节“预期”中指出:“财产的部分心理学维度是个人拥有的一组法律预期。其社会学维度中的部分则是在富有成效的法律制度中大多数这样预期都和谐一致。”[美]斯蒂芬·芒泽:《财产理论》,彭诚信译,北京大学出版社2006年版,第26页。

益有明显不同。^①一些国内学者还尝试对纯经济损失进行了研究。^②在普通法系,可得利益不是一个严格意义上的法律概念。普通法系的侵权法注重对各种具体侵害权利的行为的研究,甚少关心利益损害的区分和逻辑体系。这种司法实践的进路必然影响理论上的总结。普通法系的学者大多没有严格的可得利益的概念,他们对损害的研究也多数集中在财产损害和非财产损害领域,而没有加以进一步划分。在财产损害领域,研究主要集中在经济利益或者是纯经济利益上,但他们所说经济利益与本书研究的可得利益在概念和范围上均有很大不同。在大陆法系,虽然可得利益的概念已被大多数学者所接受,但很少有学者专门就这一题目进行研究。可以说,对可得利益的研究综述表明这一课题仍有待继续深入。正因为如此,有人甚至将可得利益损害赔偿理论视为侵权责任法最具挑战性和最具理论难度的研究课题。目前,侵权法理论对可得利益的研究存在不少理论难题,主要有:(1)可得利益的概念和范围;(2)可得利益损害赔偿的理论基础;(3)可得利益损害赔偿的构成要件;(4)可得利益损害赔偿的类型化;(5)可得利益损害赔偿的运行机理;(6)可得利益损害赔偿与行为自由的平衡关系;等等。综上,基于可得利益本身的复杂性以及学者们对可得利益重要性认识的不足,选取可得利益损害赔偿为题进行系统研究颇具理论创新的意义。

第三,加强对可得利益损害赔偿的系统研究,是彰显可得利益的重要作用,充实和完善财产损害赔偿体系的需要,有利于实现法学方法论的进步。在财产损害体系中,所受损害与可得利益是二元对立的两个基本要素,分别以不同的形式和规则实现对财产利益的保护。德国著名法学家拉伦茨指出:“发现个别法规范、规整之间,及其与法秩序主导原则间的意义脉络,并以得以概观的方法,质言之,以体系的形式将之表现出来,乃是法学最重要的任务之一。”^③其表达的意思在于,构建合理完善的概念体系和规则体系是法学发展的重要基础。对财产损害而言,传统侵权法理论过分偏执于对所受损害的研究,而忽略了可得利益部分,致使其体系零散难辨。而随着民法赖以生存的社会基础的变化发展,可得利益开始凸显出其在财产损害中异乎寻常的重

① 主要有覃有土、晏宇桥:《论侵权的间接损害认定》,载《现代法学》2004年第4期;金丽婷:《论可得利益损失与赔偿额的确定》,载《学术交流》2003年第3期;田韶华、樊鸿雁:《论机会丧失的损害赔偿》,载《法商研究》2005年第4期;王跃龙:《解约可得利益赔偿之辨》,载《政治与法律》2006年第5期;浦礼俊:《可得利益的法律保护》,载《人民司法》2000年第7期等。

② 如李昊:《纯经济上损失赔偿制度研究》,北京大学出版社2004年版;张新宝、张小义:《作为法律技术工具的纯粹经济损失》,载《法学杂志》2007年第4期;张国宏:《纯粹经济损失研究》,中国人民大学2006年博士学位论文。

③ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第316页。

强调的,“事物的本质的思考是一种类型学的思考”^①。对可得利益而言,因其产生原因的多样性及赔偿规则的差别性,类型化的方法更有必要。按照受侵害的权益性质,可得利益可分为因侵害物权、债权、知识产权、人身权以及尚未形成权利的权益而造成的可得利益损失;按照受侵害的主体不同,可得利益则可分为对直接受害人的损害和反射性损害。在划分不同类型的情况下对可得利益损害赔偿的适用原则和规则进行分析,可以从不同角度揭示可得利益的本质和特征。围绕每种可得利益类型所形成的损害赔偿法律规范(构成要件),成为了受害人寻求损害救济的请求权基础。^② 缺乏一定的请求权基础的支持,受害人将无法获得侵权法的保护。严谨细密的请求权基础体系,是可得利益损害赔偿法律适用合理性、可预见性、统一性的保证。同时,为避免因对可得利益的有限列举而导致的侵权法体系的僵化,在进行制度设计时,应注意抽象请求权基础和具体请求权基础的平衡与协调,即处理好可得利益损害赔偿一般规定与具体列举之间的关系。

3. 坚持权利和利益的一体保护。当代侵权法发展的一个重要特征就是保护范围不断扩大,其保护对象从传统的民事权利特别是绝对权拓展到私法上的权益(权利和利益)。对于私法权益保护,学者提出:“私法上利益之保护,殊无区分为权利或利益之必要,利益之保护,亦不必限于有特别之保护法规或者故意背于善良风俗之损害。”^③ 这一观点准确地反映了现代侵权法的发展趋向,即对权利和利益实行一体保护,不再进行区别对待。广义上的可得利益,通常包括期待权和狭义上的可得利益。前者是指已被民事法律规范确定为民事权利的可得利益,即所谓的期待权^④;后者是指尚未被民事规范确定为民事权利类型的可得利益。从本质上来说,期待权与狭义上的可得利益并无实质区别,都是对未来财产利益的一种期待,都属于法律保护的财产利益,都应适用财产损害赔偿的原则和规则。因此,笔者认为,应坚持对各种类型的可得利益实行一体保护,不因可得利益是否形成权利而有所不同。但要特别说明的是,一体保护是指法律同等的保护态度而非相同的保护程度,也不意味着会采用完全相同的保护方式,不同类型的可得利益会因不同的损害原因而适用不同的责任认定规则(包括构成要件、损失数额的计算等),但损害本身并无不同,都属于财产损害,法律对它们的重视程度都是相同的。

① [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第347页。

② 关于请求权基础的理论研究方法,详见王泽鉴:《法律思维与民法实例——请求权基础理论体系》,中国政法大学出版社2001年版。

③ 邱聪智:《民法研究》(一),中国人民大学出版社2002年版,第58页。

④ 关于期待权的论述,参见申卫星:《期待权理论研究》,中国政法大学2001年博士学位论文。

中还存在其他与可得利益非常接近的概念,如间接经济损失、纯经济损失、机会利益损失等。《布莱克法律词典》将间接经济损失(consequential economic loss)界定为因瑕疵产品所产生的直接经济损失以外的经济损失,如利润的损失、善意的损失、商誉损失等。^①而纯经济损失,则是与间接经济损失相对应的概念,在外延上与大陆法系的可得利益有较多的重合。^②英美法上的机会利益损失(loss of chance)也被表述为未来损失(future loss),是指受害人因侵权行为所遭受的丧失未来获得某项经济利益的损害。广义上的机会利益损失可适用于侵权人造成了损害的风险、且该损害在未来是否发生并不明确的一切案件。^③

在国内学术界,通说认为可得利益又称为所失利益或逸失利益,与间接损害、消极损害的内涵基本等同。杨立新教授指出:“间接损失就是可得利益的减少。……财物的间接损失,是指加害人侵害受害人的财物,致使受害人在一定范围内的未来财产利益的损失。”^④张新宝教授认为:“间接损失是指由于受害人受到侵害,而发生的可得的财产利益的丧失。”^⑤中国社会科学院法学研究所主编的《法律辞典》是这样解释所失利益(Ceasing Gains)的:指妨碍既存财产和生活利益的增加,即应取得及可预期的利益。所失利益又称消极的损害,从与损害发生的原因事实角度讲,系如果没有原因事实即能取得的利益。^⑥对间接损害(Remote Damage),《法律辞典》则认为是指因债务不履行、不适当履行或侵害行为而间接导致的债权人的损害。间接损害与原因行为不具有直接必然的或相当的因果关系,而是依一般社会观念,仅在一定具体媒介情事介入下可以导致的损害,如因人身损害引起的误工工资损失等。^⑦

通过上述分析,我们可以概括出各国或地区关于可得利益概念的共同核心:财产损害、未来利益和利益实现的可能性。据此,我们基本可以将可得利

① “Economic loss that proximately results from a defective product and that is beyond direct economic loss. Examples include loss profits and loss of good will or business reputation.”, Bryan A. Garner *Black's Law Dictionary*, West Publishing, 2004, p. 552.

② 纯经济损失在性质上是一种纯粹的经济损失或金钱损失,它与原告所遭受的人身或者有形财产没有关联。See D. F. Bias & B. S. Markesinis, *Tort Law*, Clarendon Press, 1999, p. 88. 关于纯经济损失,后文详述。

③ 参见[美]David A. Fischer:《机会损失的侵权损害赔偿》,张远梁译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第36卷),法律出版社2006年版,第394页。

④ 杨立新:《侵权法论》,人民法院出版社2005年版,第764页。

⑤ 张新宝:《侵权责任法原理》,中国人民大学出版社2005年版,第56页。

⑥ 参见中国社会科学院法学研究所法学辞典编委会编:《法律辞典》,法律出版社2003年版,第1372页。

⑦ 同上书,第749页。

第五节 可得利益的范畴辨析

一、可得利益与经济损失、纯经济损失

在两大法系,人们都将财产利益和经济利益视为两种性质不同的法律利益。财产利益是指有形财产利益,通常以有形财产的现有价值为基础。经济利益是指无形经济利益,通常可分为两种:一种是因为侵害他人人身权或财产权而导致的受害人所遭受的经济上的损失,此种损失是由于受害人的有形损害(physical harm)而产生的,因此,它们虽然亦是经济利益的一种表现,但不是单纯的经济损失;另一种是指因为侵害他人人身权或财产权以外的无形利益而遭受的损失,此种损害虽然亦表现为一种经济利益,但是,由于他们是无形的、不依赖有形损害而独立产生,是纯粹的经济损失,因此,此种经济损失又被称之为“纯经济损失”。^①可见,所谓的经济损失(economic loss),就是指因经济利益受损而导致的损害,既包括了间接经济损失(consequential economic loss),也包括了纯经济损失(pure economic loss)。比照前述可得利益的第四种分类,经济损失这一概念同时涵盖了基于有形损害的可得利益(经济利益)和基于无形损害的可得利益(经济利益)这两类损害,在外延上已经接近于本书所说的可得利益了。在日常生活中,经济利益是一个带有很强实用主义色彩的用语,它可以根据需要用于一切涉及财产或金钱利益的场合,呈现出很强的变动性,缺乏相对固定的认识。在现代侵权法中,财产利益和经济利益的两分法受到了广泛的质疑,以此为基础的经济损失之概念正日益丧失其合理性。^②在

① 张民安:《过错侵权责任制度研究》,中国政法大学出版社2002年版,第521页。

② 这种划分的实质在于将财产利益等同于有形损害,而经济利益则等同于无形损害。在经济不发达的时代,有形财产占了人们财产总额很大一部分,这种观点在当时是具有合理性的。受此经济基础的影响,长期以来,经济利益的价值要比财产利益的价值低这种观念是根深蒂固的。因此,法律更愿意对他人遭受的财产利益加以保护。“与实际损失活生生的血泪比较而言,纯粹经济损失相对地缺乏了情感上的感召力。”〔意〕毛罗·布萨尼、〔美〕弗农·瓦伦丁·帕尔默主编:《欧洲法中的纯经济损失》,张小义、钟洪明译,法律出版社2005年版,第96页。但到了现代,随着经济社会的发展,无形损害的概念开始日益发达,许多侵权法学家都对这种区别进行了激烈的批判。他们认为,这种区分是毫无道理的,无论是财产损失抑或经济损失都是关乎原告整体财富的减少。在现实生活中,人们很难明确地区别某种利益的性质,很难将此种利益说成是财产利益,而那种利益是经济利益。无论是财产利益抑或经济利益,在性质上都是相同的,可以统一在财产损害或财产利益的概念之下。Stevenson法官曾经指出:“有些人认为,有形损害(人身损害和财产损害)和纯经济损失之间存在着基本的区别,因此,纯经济损失不应获得更多的保护……我认为这是难以令人信服的。虽然我认为,人比财产和预期利润的损失更重要些,但是,我看不出财产和经济损失之间有什么区别。”Canadian National Railway v. Norsk Pacific Steamship Co. (1992) 91 DLR 289, 383. 对此,有学者表示赞同,指出:“从历史上讲,财产权的保护曾经是侵权法的主要任务,至少就像它对人的生命和身体所提供的同等保护一样。但是,侵权法的此种历史性事实本身并不能满意地解释有形损害和经济损失之间目前存在的此种明显的区别。”B. S. Markesinis & S. F. Deakin, *Tort Law*, Clarendon Press, 1994, pp. 84-85.

的案件为例,索托认为,如果土地所有权人在庄稼还没成熟的时候就想出售,那么他原本可以这么做。而如果他并未出售,其目的只是为了收获成熟的庄稼,因此他的损失就是收获时庄稼的价值。他进一步指出:“如果一个人预期拥有某项物品的人并不相出售尚处预期的该物品,而是希望经历各种风险因素后实际拥有它,那么违背其意愿毁损了其物品的另一人不仅应赔付该预期利益的价值,而且看起来应是其将来实现时的价值。”^①但这一结论被许多学者所反驳。莫利纳认为,一个人毁损了某件物品,并不必须同时为该物品本身和该物品预期可以产生的收获支付赔偿。“因为在评估该物品被毁损时的价值时,就已经考虑了原本预期未来可以从它获得的收获、用途或利益。”^②庄稼的价值既反映了它成熟时的价值,也反映了种植成熟过程中的风险和劳动。莫利纳的观点和托马斯·阿奎那的观点非常接近,都认为应该扣除那些原本可能面临的风险和发生的费用。

但无论如何,可得利益在侵权法中的地位在这一时期得到了正式的确认。后来,格劳秀斯和普芬道夫继承和巩固了这一时期的研究成果,上升为侵权法的一般原则。格劳秀斯著名的侵权法基本原则是这样的描述的:如果因为……过错引致损害,就产生了一项弥补该等损害的义务。按照他的观点,造成损害的原因是过错行为,法律对损害本身没有什么限制,对可得利益损害赔偿采取了包容和肯定的态度。这无疑为《法国民法典》的编纂奠定了坚实的基础。

四、法国民法典时期到达顶峰

具有划时代意义的《法国民法典》是一部典型的自然法法典,其众多原则和规则都体现了当时盛行的理性主义和自由主义的理念和精神。^③此前自然法学派学者们对侵权责任的研究成果对法典的编纂产生了决定性的影响。在资产阶级革命的大背景下,对自由、理性的崇尚催生了过错责任这一基本原则,它强调有过错即有责任,无过错则无责任。同时,对私有财产保护的社会呼声促使产生了外延极度宽泛的损害赔偿原则。《法国民法典》对什么属于能够获赔的损害没有施加任何先决的限制条件。只要存在可归责于原告的过错,则被告的财产损害可以全部获赔这一规则几乎具有神谕般的效

① [意]毛罗·布萨尼、[美]弗农·瓦伦丁·帕尔默主编:《欧洲法中的纯经济损失》,张小义、钟洪明译,法律出版社2005年版,第27页。

② 同上书,第28页。

③ 参见[日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第177—179页;沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,第90—92页。

的权利或自由上来,将来可获得某项财产利益的法律预期也被纳入了财产的范畴之内,并应受到法律的保护。在侵权法上,如果说所受损害与现有的财产相对应,是传统“物”的财产的集中体现,那可得利益就与未来的财产相对应,是现代“价值”财产的集中体现。实际上,在经济发展相对成熟的社会,价值的权利似乎更为重要。很难想象,忽视对可得利益这种法律承认的“获利机会”的侵权保护会对生活和交易预期产生多大程度的破坏。

有人对过于宽泛的财产观表示了担忧,认为将一切利益机会、资格财产化,有可能动摇现代财产概念的科学基础,造成侵权责任的过分泛滥,阻碍了行为人积极进取的行为,从而影响社会的正常秩序。这种担心并不是没有根据的。在本质上表现为“获利机会”的可得利益能否与一般的财产权同等对待,不无疑问。一般意义上的财产权有三个标准:普遍性(university)、排他性(exclusivity)和可转让性(transferability)。^①虽说可得利益是具有经济价值的财产,但严格来说并不完全符合上述三个要件。这样,如何在法律上对可得利益进行规范和保护,就成为了理论上的一大难题。耶鲁大学法学院的卡拉布雷西(Calabresi)和梅拉米德(Melamed)从经济学的角度进行圆满的解释。他们提出权利可以分为适用财产规则的权利(entitlement with property rules)、适用责任规则的权利(entitlement with liability rules)以及不可让与的权利(inalienability rights)。适用财产法则的权利是指权利人有权决定是否出卖、卖给何人及售价高低的权利;适用责任法则的权利是指权利的价值是由社会共同决定的,权利人没有选择交易相对人以及决定售价的权利。换言之,前者的交易是可以约定的,后者的损害结果则是不可约定的。如决定权利价值的交易成本过高或有勒索要挟行为时,适用责任法则对权利进行保护能达到经济上有效益,这也符合分配正义的原则。社会共同决定的方式是由法院代表社会事后认定。^②此项理论用来阐述可得利益的法律保护颇为有效。一般的财产权可以随意处分,但可得利益这种责任财产却是法定的,只能由法院通过裁判才能最终确定。在法院依法对可得利益损害赔偿进行裁判前,仅存在预期的财产或曰“获利机会”,具体的价值为多少尚处于模糊阶段。在某种意义上讲,可得利益仅仅是事后救济意义上的财产,而不能作为事先的财产权来对待。这种财产法和责任法上的财产观念的分野,为可得利益损害赔偿提供了理论支持。借助法官在个案中的谨慎裁判,将可得利益这

① See R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 1977, pp. 29-31.

② See Calabresi Guedo & Melamed A. Douglas, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of The Cathedral, 85 *Harvard Law Review* 6 (1972).

特定社会的法律政策,具有较强的说服力。”^①在侵权法不对任何类型的预期经济损失进行预先排除的理论预设下,因果关系对损害赔偿责任的限制作用尤为突出。对于预期经济损失这种更为“遥远”的损害来说,因果关系的两分法无疑在法律技术上增加了灵活性。事实上的因果关系能够剔除与预期经济损失毫无关联或非决定性影响的因素,缩小预期经济损失的原因范围,并且通过课加原告举证责任来实现增加赔偿难度的目的;法律上的因果关系则可通过法律政策的衡量和生活经验的判断对行为和损害间的关系作出评价,或者否认预期经济损失与行为的关联性,或者否认部分预期经济损失与行为的关联性,由此在事实上的因果关系的基础上对赔偿责任作进一步的限制。

各国司法实践一般采用必要条件理论来判定是否存在事实上的因果关系。必要条件说认为,只有为结果发生所必要的、不可缺少的条件行为,才能成为侵权法意义上的原因,其余的均为条件。这一理论将构成结果的原因视为“充分且必要条件”,排除了众多的干扰因素。在英美法系,必要条件说又称为“but for rule”,即所谓“若无,则不”规则。必要条件说可理解为:若无被告之行为(作为或不作为),则损害将不会发生,则被告之行为为损害之原因。反之,若无被告之行为,损害仍会发生,则被告之行为非损害之原因。必要条件说将影响损害结果的因素区分为原因和条件,排除了不具有决定性影响力的因素,在法学方法论上具有重要的意义。在大多数的侵权案件中,必要条件说可以基本满足了认定事实原因的要求,但在可得利益损害赔偿案件中,必要条件说在事实因果关系的认定上就力不从心了。在涉及一个结果可能存在多个原因时,必要条件说将导致多个原因均不被认定作事实原因的结果。例如,在不当的工作推荐函案件中,在原雇主提供错误推荐函的行为、雇员应聘时的表现以及新雇主在人才发展上的远景规划等多种因素的共同作用下,雇主丧失了获得工作岗位的机会,仅依靠必要条件说显然无法实现对侵权责任的确认。为此,有学者毫不留情地指出:“必要条件理论的主要不足不是它将过多的事件列入了原因中去,而是它根本无理在原因和非原因之间进行区分。……既然如此,在作者看来,适用必然条件本身也是毫无意义的。”^②而且,必要条件说在应对可能性损害时,也缺乏灵活性。在现实生活中,侵权行为和损害之间的联系并不总是确定无疑的,如果严格适用必要条

① 张新宝:《侵权责任构成要件研究》,法律出版社2007年版,第399页。

② [德]克雷斯基安·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526—527页。

组成,全部项目的损害数额相加即为全部损害额;抽象损害是指对某一行为造成的损害不加细分,而是采取统一的损害概念,从整体上把握损害数额。从上述损害类型的区分可以引申出两种不同的损害计算方式:个别算定主义和抽象算定主义。前者是个别损害概念的延伸,主张在诉讼中原告对每个具体损害项目负证明责任,最后以具体项目累计的方式算定损害数额;后者是抽象损害概念的延伸,主张在诉讼中原告只需就整体损害负证明责任。实践中要注意区分可得利益的计算标准和算定方式。计算标准是实体法之规定,其目的在于为可得利益的计算提供明确的依据;而算定方式则更具程序法之意义,其目的在于明确受害人主张救济的路径和法官确定损害数额的方法。两者属于不同的范畴,具有不同的功能,外延上也存在相互交叉的地方。但从价值取向上看,个别算定主义是主观计算标准的延伸,抽象算定主义则是客观计算标准的必然选择。

(二) 比较与评析

学术界关于个别算定主义和抽象算定主义的讨论,主要集中于人身损害赔偿领域。在日本,个别算定主义一直都是可得利益算定方式问题上强有力的学说。该学说认为,在交通事故诉讼中,受害人所遭受的积极损害(住院治疗费、照料费、住院杂费、交通费等)、消极损害(停业损害额、劳动能力丧失导致将来收入的减少额等)以及精神损害(抚慰金等)均可构成算定对象。受害人须对上述各个损害负有证明责任,最后在总计这些个别损害项目的基础上计算出受害人因该交通事故造成的人身受害的损害数额。这一方式被认为是最理想的补偿损失、回复原状的规则,备受实务界的青睐。

然而,进入20世纪60年代以后,随着交通事故诉讼数量的剧增,个别算定方式受到了前所未有的挑战,学者们展开了激烈的批判。西原道雄教授倡导定额化说,掀起了抽象算定主义的风潮。西原教授主张,在人身伤害领域,以逸失利益为中心的财产性损害是无法真正确定的,这种方法把人看做生产利益的工具,违背了人类平等与尊重个人的精神。他还主张,以个人的未来收入为基础算定逸失利益的个别算定主义并不妥当。即使对于现在得到比较安定收入的工薪阶层来说,也不能确实地断言未来的收入,对自营业主等事业所得者预测未来的收入就更是困难的。因此,这种做法是建立在不可靠的盖然性数字的基础上的,尽管采用了表面上精密的外形,实质上不过是极其不正确的算定而已。^① 淡路刚久教授随后发文支持了西原教授的定额化

^① 于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社2006年版,第381—383页。

种,如房屋及地价税、土地增值税、营业事业所得税等。^①也有学者提出质疑,认为“损害赔偿金免纳所得税,其立法目的系在体恤被害人,若扣除所得税计算损害额,非但违背体恤被害人之立法本意,且反使加害人因而得有不当地利;且税率或税额时常修正,甚难确定,故扣除所得税,将使损害赔偿额之计算更加困难,故以采不扣除说为适当”^②。但总体而言,扣除说已被广泛地接纳,被认为是公平合理的。

除税收以外,适用损益相抵规则应在损害数额中予以克减的项目还有养路费、保险金、退休金和抚恤金及其他额外收益等。^③

2. 过失相抵规则。过失相抵,是指如果损害之发生或扩大赔偿权利人也有过失时,法院可以减轻赔偿金额或免除赔偿责任的规则。过失相抵规则的目的在于促使受害人遵守诚实信用原则,减免行为人的赔偿责任。“所谓过失相抵,不过为形容之语。其实为就义务者之过失与权利者之过失,两相比较量,以定责任之有无及其范围,并非两者相互抵消。”“过失相抵,与所谓因果关系中断,应为区别。因果关系中断,不问债权人过失之有无,不发生赔偿责任。反之,因过失相抵,赔偿义务人纵全然免其赔偿责任,并非所谓因果关系之中断。加害人之行为,仍为损害原因,惟因有债权人之过失,免负其责耳。”^④可见,受过失相抵规则影响的是赔偿金额的计算而非可得利益损害数额的确定。^⑤过失相抵原则在可得利益赔偿领域并无特殊之处,可依照一般规则适用。需要注意的是,受害人应为多元体,包括了受害者本人、法定代理人、代理人、使用人或与受害者有关系的第三人。^⑥过失相抵的效果是,“虽然依具体情况程度有所不同,但损害整体的几分之一或者几成的部分的赔偿金的金额将被减少”^⑦。

3. 责任减免规则。现代社会分工日益精细,经济利益、人身利益的关联

① 如我国台湾地区“最高法院”1982年台上字第4787号判决、1983年台上字第224号判决、1989年台上字第528号判决等。参见韩世远:《违约损害赔偿研究》,法律出版社1999年版,第415—416页。

② 曾隆兴:《详解损害赔偿法》,中国政法大学出版社2004年版,第448页。

③ 参见曾隆兴:《详解损害赔偿法》,中国政法大学出版社2004年版,第448—453页;韩世远:《违约损害赔偿研究》,法律出版社1999年版,第416—418页。

④ 史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第303—304页。

⑤ 实践中常在两种意义上使用过失相抵规则:一是用于损害数额的计算,即将过失相抵规则作为考察因果关系、过错等可归责性的政策因素,从而确定可得利益损害及其赔偿范围;二是用于赔偿金额的计算,即认为过失相抵规则对损害的成立及其范围并无影响,只能是在确定了损害数额的前提下扣减赔偿金额或免除赔偿责任。笔者倾向于在第二种意义上使用过失相抵规则。同理可类推于损益相抵规则、责任减免规则等责任限制的政策因素。

⑥ 参见曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第267—268页。

⑦ 于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社2006年版,第423页。

Purchas LJ 在 *Corbett v. Barking Havering and Brentwood Authority*^① 一案中总结出计算赔偿数额的五个重要标准:一是扶养者继续存活的可能性;二是被扶养者继续存活的可能性;三是扶养者提供资助能力的变化;四是被扶养者需求的变化;五是扣减后的真实赔偿数额。第一、第二个标准是对受害人和赔偿权利人年龄、健康状况和所处环境的综合考察,第三、第四个标准是对被扶养者可期待的经济资助的综合考察,第五个标准则是考虑了赔偿数额支付的利息因素。对受害人与赔偿权利人的各种个人因素进行综合考量,正是反射性财产损害赔偿个别算定方式的特点所在。

3. 损益相抵

在英美法中,判例法长期以来遵循的原则是,被告可依据损益相抵规则主张扣减赔偿权利人因受害人死亡而获得的额外利益。在 *Davies v. Powell Duffryn Collieries*^② 一案中, Lord Macmillan 指出:“除非法律作出明示相反的规定,否则,根据 1846 年死亡事故法而给予受害人生活上的依赖者的侵权损害赔偿金必须考虑此种生活上的依赖者因为死亡而获得的任何经济利益。仅仅是他们所遭受的净损失始构成被告承担责任的范围。”为此,在计算赔偿责任时,要扣减个人收入所得税、保险金、抚恤金、社会保障金以及抚慰金等。1976 年修订的《死亡事故法》对这一规则进行彻底的改变。根据该法第 4 条的规定,法院对损害赔偿的确定不应考虑因为受害人死亡而使赔偿权利人获得的或可能获得的利益,无论这种利益是源于受害人的遗产抑或源于死亡导致的结果。国内也有学者持同样的观点,认为此种情况一般不得适用损益相抵规则,同时法律应当对利益进行明确规定。^③

上述观点的出发点无疑是正确的,但其确定的规则过于绝对,欠缺灵活性。在这方面,德国联邦最高法院在实践中发展出来的对财产用途的甄别方法,值得关注。对于适用损益相抵规则时是否考虑遗产继承的情况,德国联邦最高法院在一个案件中指出,请求权人无须承受将遗产的自体计算在内,但必须承受将遗产衍生的利益计算在内的后果。^④ 但在随后的另一项判决中,联邦最高法院认为,前述判决所阐发的原则,即普遍地不把遗产自体计算在内,而总是将遗产所衍生的利益计算在内,是不恰当的。^⑤ 这一判决的理

① (1991) 2 QB 408.

② (1942) AC 601.

③ 参见张民安:《过错侵权责任制度研究》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 503 页。

④ BGHZ 8, 325, 329. 该案的主要案情是,作为女儿的原告和她死亡的父亲,在发生事故之前都依靠这位父亲的财产所衍生的利益而生活。

⑤ BGH NJW 1974, 1236, 1237.

由是:“与损失赔偿法的意义和目的相一致的只能是以下观点:只有是抚养义务人在死亡前也用于支付抚养费的财产价值,才可在被继承后(在计算加害人赔偿数额时)被计算在内,而这种财产价值是属于遗产本体还是遗产所衍生的利益,则无关紧要。如果遗产此前的用途无法确定,而且加害人也无法证明该财产或其衍生利益的其他用途,则应当推定,即使未发生致损事件,该财产的本体也会因其衍生的利益而不断增值,即便是在较迟的时间,但也终会归于有权被抚养的继承人,因而,这笔财产不应当作为利益而被计算在内。”^①

4. 过失相抵

尽管反射性财产损害赔偿请求权是一项独立的请求权,但赔偿数额仍受被害人过错的影响。在法国,1985年7月5日颁布的Badinter法第6条明确规定:“第三人因为交通事故中的直接受害人所遭受的损害而遭受损害时,如果请求侵害人承担损害赔偿,则在此确定此种损害赔偿时,应当考虑对直接受害人所取得的损害赔偿所做的限制或排除。”^②换言之,承担侵权责任的被告可以用其对抗直接受害人的一切抗辩手段去对抗间接受害人。此外,过失相抵规则中的过失还包括赔偿权利人的过失。^③例如,一名丈夫在车祸中丧生,妻子提起反射性财产损害赔偿之诉。当时驾驶者正是妻子,后妻子与肇事司机被确认为各负50%的责任,由此赔偿责任应抵扣50%。倘若丧生的丈夫因未系安全带而被判负有25%的过错,则抵扣的赔偿责任应为 $75\% \times 50\% = 62.5\%$ 。^④

四、反射性财产损害赔偿请求权的学理论争

(一) 反射性财产损害赔偿请求权之独立性^⑤

在人身受到伤害导致死亡或伤残时,都存在被扶养人因受害人劳动能力丧失或部分丧失而遭受可得利益损失的情况。但法律对两者却采取了迥异的保护方式。在受害人伤残的情况下,受害人的民事主体资格犹在,仍可就

① 该案刊登于《新法学周刊》1974年第1237页。参见〔德〕马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2006年版,第200—201页。

② 张民安:《过错侵权责任制度研究》,中国政法大学出版社2002年版,第499页。

③ Mulholland v. McCrea (1961) NI 135.

④ See Andrew Tettenborn etc., *The Law of Damages*, Butterworths, 2003, pp. 691-692.

⑤ 从权利机能的角度看,反射性财产损害赔偿请求权并不是一项独立的民事权利,它属于侵权损害赔偿请求权的下位概念,与其他类型的侵权损害赔偿请求权在权利效能上并无差异。所谓反射性财产损害赔偿请求权的独立性,仅具有相对意义,特指权利主体的独立,即第三人作为独立民事主体单独享有的损害赔偿请求权,无须依附于本人的损害赔偿请求权。

素的综合考量。但倘若该案情形稍加变动,如彼得是在人才市场上应聘某个工作职位,又或者大卫只是提供了一份较为主观但不是错误的不利推荐函,彼得的获赔则将变得困难许多。因此,我们不得不承认,政策因素是迄今为止侵权法上最难以捉摸的抽象概念。如何使法官对政策因素的考量变得透明而又具有可预测性,将有待侵权法学者深入探讨。

第五节 结 论

类型化是可得利益损害赔偿制度发展成熟的标志,也是侵权法理论与司法实践相结合的必然产物。可得利益损害赔偿的类型化是一项复杂的法律工程,构建科学合理的类型体系并保持准确清晰的运行脉络是其首要任务。但事实上,任何分类都只具有相对性,不同类型的可得利益损失常常以不同的形式交织在一起,让人无从辨别。^①当然,这种复杂性也有其积极的一面。法官可根据不同诉由下的不同责任认定规则对预期经济损失的获赔性进行相互印证,避免裁判的主观性和任意性。实践中,必须注意对各种诉由的协调,防止发生双重赔偿。原则上,原告选择了其中一种诉由就具有了排除其他诉由的效力。

^① 以卡车堵塞商业大厦入口案为例,法国将由此导致的利润损失视为商业机会利益损失,英国则视之为阻碍不动产导致的经济损失,而德国则将其作为侵害财产权导致的间接经济损失。又如,在错误推荐函导致工作机会丧失案中,侵害名誉权和侵害民事机会利益是两条有效的进路。可以看到,对同一可得利益或曰预期经济损失,原告可依据不同的诉由起诉,但并不影响获赔的结果。

时,定期金给付方式是另一重要选择。定期金给付的基本规则包括:(1)责任的认定规则。定期金的存续期限是以赔偿权利人的生存期或某一不确定期间为标准,其赔偿总额并不确定,而传统侵权法的责任认定规则又是以认定最终赔偿总额为宗旨的,因此在适用定期金给付的情况下,传统侵权责任认定规则无法直接适用,只能通过计算特定期间内赔偿权利人的收入水平或生活成本,乘以给付的总期数确定。当然,给付的总期数要到最后一期才能最终确定。(2)赔偿的标准。有人认为,定期金给付与一次性给付只是赔偿金给付方式的不同,赔偿金给付的计算标准不应因为给付方式的不同而有所差异。^① 这种看法并不正确。一次性给付应当采用已经考虑了法定利息扣除和通货膨胀等因素的计算标准,而定期金给付则无须过多地考虑其他因素,仅须在每期给付时根据当时社会经济发展水平、物价指数、赔偿权利人的收入状况做出相应的调整。(3)给付的时间和方式。定期金的给付时间可以以年为期,也可以以季或月为期。以季或月为期,给付次数较为频繁,一般来说以年为期较为合适。^② 至于给付是在每期期限开始前进行还是结束时进行,从理论上讲均无不妥,应由法官视具体案情而定。给付的方式多种多样,如银行划款、邮局汇款、直接支付等,法官判决时应以方便当事人为基本原则,选择支付成本最小的方式。但赔偿权利人和赔偿义务人意见有冲突时,应优先选择方便赔偿权利人的支付方式。

在某种意义上,定期金给付方式的优点正是一次性给付方式的缺陷,主要表现为:首先,能够比较真实准确地计算出损害赔偿额,排除一次性给付中过多的推测或虚拟的成分;其次,法院可以根据经济发展状况对定期金给付数额进行适当的调整,因此定期金给付方式能够适应形势的变化,尤其是解决一次性给付方式所无法克服的通货膨胀的问题^③;再次,可以避免因赔偿义务人的瞬间赔偿负担过重而引起的不良后果,保证全部赔偿金的顺利给付;最后,定期金给付方式能真正实现人身损害赔偿金对赔偿权利人的生活保障机能,防止赔偿金被挥霍、侵吞或挪用^④。从损害赔偿法的理想来看,定期金给付最符合完全赔偿原则的精神,也与公平正义的理念相吻合。诚如丹宁勋爵所言:“我以为在确定未来的损失——未来的支出以及未来收

① 参见刘竹梅:《论人身损害赔偿金的定期金给付方式》,载《中国人民大学学报》2005年第2期。

② 同上。

③ BGH 20 December 1960, BGHZ 34, 110.

④ 参见王利明主编:《中国民法典学者建议稿及立法理由(侵权行为法编)》,法律出版社2005年版,第374页。