民商法评论

MINSHANGFA PINGLUN

第5卷

(2013)

主编 / 李明发 田土城 刘保玉

郑州大学出版社

需要全本请访问 www.ertongbook.com

河南省人文社会科学重点研究基地建设项目

民商法评论

第五卷

主编　田土城　刘保玉　李明发

郑州大学出版社
·郑州·

图书在版编目(CIP)数据

民商法评论. 第5卷/李明发,田土城,刘保玉主编. —郑州: 郑州大学出版社,2014.3

ISBN 978-7-5645-1786-1

Ⅰ.①民… Ⅱ.①李…②田…③刘… Ⅲ.①民法-中国-学术会议-文集②商法-中国-学术会议-文集 Ⅳ.D923.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第033066号

郑州大学出版社出版发行
郑州市大学路40号　　邮政编码:450052
出版人:王　锋　　发行部电话:0371-66966070
全国新华书店经销
郑州文华印务有限公司印制
开本:710 mm×1 010 mm　1/16
印张:18.25
字数:374千字
版次:2014年3月第1版　　印次:2014年3月第1次印刷

书号:ISBN 978-7-5645-1786-1　　定价:46.00元

本书如有印装质量问题,由本社负责调换

《民商法评论》编辑委员会

主　编　李明发　田土城　刘保玉

编委会　(按姓氏笔画排序)

田土城　刘保玉　李　勇

李明发　汪　晖　汪利民

张卫彬　高留志　董翠香

焦艳红

目　录

侵权责任法实施问题研究/1

限额赔偿制度研究:规范目的、类型化与适用中的几个问题　赵志钢/1

《侵权责任法》第24条的理论操纵及其还原　高留志/12

我国校园群体伤害事件的预防对策研究　吕斌/27

不作为侵权类型化研究　李宗录　梁子薇/37

侵权之债实现方式的完善　张星晨/49

民以食为天,食以安为先——探析餐饮行业特许经营中的产品责任　王晓萍　李周洋/55

公司法实施问题研究/67

亚国家法视野下公司规章制度对劳动者效力探讨　张景峰/67

析受让瑕疵出资股权后的法律救济——从一起瑕疵出资股权转让纠纷说起　汪晖/85

需要全本请访问 www.ertongbook.com

跨国公司社会责任问题研究　张彬楠/90

农村土地法律问题研究/99

农村土地承包经营权的继承问题探析　刘保玉　李运杨/99

国外土地权利体系比较及对我国土地制度

完善的启示　郑志军/114

农村土地流转的法律风险与防范　胡建/123

当前我国农村土地确权的不同类型及其方案　石凤友　金明成/133

农村土地征收纠纷解决机制之完善　晏宝光　章青山/139

农村宅基地使用权流转问题研究——以法定租赁权为切入点　佘延宏

吴先雄/153

农宅继承下的宅基地使用权法律制度完善　陈红兰/162

论集体土地所有权的内在缺陷及解决路径　徐凤真/172

小产权房适法化探析　姜瑜/181

浅谈城镇化建设进程中如何规范农村土地流转问题　李生巧/186

民间金融法律问题研究/194

民间借贷纠纷中借贷主体的法律规制及其风险防范　程健/194

关于个人住房担保贷款问题的研究　任大书/205

民间借贷纠纷案件疑难问题研究　李全昌/214

商业银行垄断协议行为规制问题初探　王磊/225

中、小型企业融资困境及所需法律保障　聂艳　蔡涛/232

其他部分/237

非法转包违法分包和挂靠合同的效力认定与处理　孙瑞玺　信鸿狄/237

不动产物权登记效力及司法适用　金光　徐畅玲/251

对我国个人信息保护立法现状与完善的几点思考　谢珺/262

生育权与人格权立法　于大水/268

破解城镇化进程中垃圾围城的法律保障机制　朱玉胜　张镇/273

后记/281

限额赔偿制度研究：规范目的、类型化与适用中的几个问题

赵志钢①

【内容摘要】 限额赔偿制度是损害赔偿法律制度的重要组成部分，以有法律的明文规定为适用前提，其宗旨在于维护社会公众的利益，并寻求赔偿权利人与社会公众利益之间、不同的赔偿权利人利益之间的平衡，有对赔偿义务人赔偿总额的限制、对具体的赔偿权利人可得赔偿的总额限制等多种类型。确定赔偿权利人或受害人的实际损失时，并不以实际发生的损失为限，客观上实际发生的损失也并非全部计入实际损失，且应适用损益相抵规则，不应适用过失相抵规则。法定赔偿限额之外，符合构成要件的赔偿权利人是否得请求精神损害赔偿，需要立法机关早日明确。实际损失大于法定赔偿限额时，无须赔偿义务人主张，法官得径向适用限额赔偿。

【关 键 词】 限额赔偿　限额赔偿的规范目的　限额赔偿的类型化　限额赔偿的法律适用

限额赔偿，指不论赔偿权利人实际受到损害的大小，赔偿数额都不得超过法定赔偿限额的损害赔偿制度。我国多个法律、法规和最高人民法院的司法解释

① 赵志钢，男，山东政法学院教授，山东省省级人文社会科学研究基地民商事法律与民生研究中心研究人员，研究方向为民商法。

中规定有这一制度①，国务院有关部、委、局、办根据国务院的授权制定并经国务院批准发布的多个部门规章②中也具体规定了限额赔偿制度。限额赔偿部分改变了损害赔偿法“完全赔偿”的基本理念，且这种改变对民生有重大影响。与存在众多现行有效的法律规定相比，相关理论与应用研究却令人遗憾地付之阙如。期望本文对于限额赔偿制度研究的开展，能够起到一定的促进作用。

一、限额赔偿的规范目的

依照限额赔偿制度，损害事故发生后，如赔偿权利人实际受到损害小于法定赔偿限额，则依实际损害予以赔偿③；而当赔偿权利人受到的实际损害大于法定限额时，或者实际损失不易确定时，仅仅依法定数额予以赔偿。因此，当受害人实际受到的损害大于法定赔偿限额时，赔偿权利人实际可以获得赔偿为法律规定的赔偿限额。显而易见，这时限额赔偿也已背弃了民事损害赔偿“完全赔偿”的基本理念。制度变异的背后，必然存在着相应的法理根据。限额赔偿的法理依据和规范目的何在？

限额赔偿制度的宗旨在于：特定条件下，通过牺牲赔偿权利人的部分利益，防止提供社会公共产品或服务的主体因巨额赔偿而破产，或者限制其价格提升的冲动，以维护社会公众的利益，并寻求赔偿权利人与社会公众利益之间、赔偿权利人利益之间的平衡。具体说来有以下几种。

第一，巨额赔偿，可因赔偿义务人之破产或提高产品或服务价格而对社会公众产生不利影响。涉及公共服务的企业，如民航、铁路旅客交通、水上旅客运输、邮电、核电站等，发生损害赔偿事故，如果仍然坚持完全赔偿的损害赔偿制度，很可能因巨额赔偿而导致这类企业的破产，使原本可为社会公众提供交通、通讯、电力等事涉民生的公共服务或产品减少，从而不利于社会公众；即使这些服务或产品的提供主体不因此而破产，其势必于支付巨额赔偿后产生巨大的提高服务或产品价格的冲动，将巨额赔偿分散地转嫁给以后接受服务或购买产品的社会公众，同样不利于社会公众。

第二，限额赔偿导致赔偿权利人利益的部分牺牲。限额赔偿制度中，当受害

---

① 《侵权责任法》(第77条)；《民用航空法》(第128条)；《海商法》(第117条以及第210条)；《邮政法》(2012年，第47条第1款)；国务院《铁路交通事故应急救援和调查处理条例》(2012年，第33条)；国务院《关于核事故损害赔偿责任问题的批复》(2007年，第7条第1款)；最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(2003年，第28条第2款)；《国家赔偿法》(2012年，第34条)。

② 根据《海商法》(1992年)第117条、第210条的规定，交通部制定并经国务院批准的《港口间海上旅客运输赔偿责任限额规定》(1993年，第3条)；根据《民用航空法》(1995年)第128条的规定，中国民用航空总局制定并经国务院批准的《国内航空运输承运人赔偿责任限额规定》(2006年，第3条)。

③ 参见《邮政法》第47条第1款第(二)项。

人所受损害大于赔偿限额时，以法定赔偿限额作为赔偿权利人[①]可得请求的赔偿数额。对于赔偿权利人而言，势必有一部分损害得不到补偿。对于赔偿权利人而言，这无疑是一种因法律的特别规定而生的牺牲。

第三，通过牺牲赔偿权利人的部分利益而维护社会公众的利益，是理性的，也是民法基本原则的要求。在法制文明国家，受害人因接受服务或购买产品而受到损害，理应获得包括损害赔偿在内的法律救济，甚至是接受服务或购买产品之外的人也不例外。但是这种救济应当是适当的和有限度的。完全赔偿最符合道德上的要求，相当程度上也被法律所认可。[②] 但是，维护社会公众的利益，既是道德上的要求，也为民法“公序良俗”之基本原则所涵摄。当完全赔偿与社会公众利益冲突时，选择牺牲赔偿权利人的部分利益而保护社会公众的利益，虽是残酷的但却是理性的，也是“任何具体制度不得与民法的基本原则相抵触”所要求的。完全赔偿规则作为一项具体的法律制度，自然不能与民法维护社会公共利益之“公序良俗”的基本原则相冲突。

第四，限额赔偿制度的本旨在于追求赔偿权利人利益与社会公众利益之间的平衡。限额赔偿制度并非全然背离完全赔偿，只是在实际损害大于损害数额时，以法定赔偿限额予以赔偿。当受害人所受到的实际损害小于法定赔偿限额时，以所受实际损失予以赔偿，这时并未牺牲赔偿权利人的利益。因此，从总体上观察，只是在赔偿数额（可分为赔偿权利人支付的赔偿总额、每个赔偿权利人可得的赔偿总额或者是某一赔偿权利人某具体赔偿项目的赔偿数额，相关类型见本文第二部分）超过立法者所认可的限度时，才对超过限额部分的赔偿不予准许，并非全然不考虑赔偿权利人的利益而单纯维护公众利益。因此，限额赔偿制度所追求的无非是赔偿权利人利益与社会公众利益之间的平衡。

第五，限额赔偿也可实现赔偿权利人之间的利益平衡。在核泄漏事故、铁路旅客运输事故等导致多人伤亡时，各赔偿权利人可得赔偿的数额，应同时受限额赔偿制度和《侵权责任法》第17条[③]规定的调节和规范，各死亡受害人的近亲属可得赔偿数额相同，从而在赔偿权利人之间实现了（结果）公平，实现了赔偿权利人之间的利益平衡。此在对赔偿义务人赔偿总额进行限制的场合特别具有意义。

值得注意的是，限额赔偿制度毕竟在一定范围内限制或排除了赔偿权利人

---

① 受害人与赔偿权利人通常是重合的。当受害人死亡时，赔偿权利人为受害人的近亲属，这时出现受害人与赔偿权利人的分离。

② 由于在完全赔偿之外，还存在着可预见性规则、减损规则、损益相抵规则等调整损害赔偿数额的众多规则，因此，完全赔偿只是确定实际损害赔偿数额的一个过程性规则，或者可以称之为确定实际损害赔偿数额的基本理念。

③ 《侵权责任法》第17条规定“因同一侵权行为造成多人死亡的，可以以相同数额确定死亡赔偿金。”

的权利，因而属于基本民事制度的范畴。依照我国《立法法》第8条第(七)项之规定，原则上只能以法律的形式加以规定。《侵权责任法》(第77条)、《民用航空法》(第128条)、《海商法》(第117条以及第210条)、《邮政法》(2012年，第47条第1款)、《国家赔偿法》第34条的相关规定即属此类；依照《立法法》第9条的规定，全国人民代表大会及其常务委员会有权做出决定，授权国务院可以根据实际需要，对其中的部分事项先制定行政法规，因此，国务院经授权也可规定相应制度。国务院《铁路交通事故应急救援和调查处理条例》(2012年，第33条)、《关于核事故损害赔偿责任问题的批复》(2007年，第7条第1款)属于此类。至于国务院有关部、委、局、办经国务院授权制定的一些实施细则属性质的规定，程序上必须满足国务院获得授权以及这些规定经国务院批准这两个条件，方属有效。交通部《港口间海上旅客运输赔偿责任限额规定》(1993年，第3条)、中国民用航空总局《国内航空运输承运人赔偿责任限额规定》(2006年，第3条)属于此类。最高人民法院的司法解释中规定的赔偿限额，如《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(2003年，第28条第2款)，其合法性权源与前述法律、国务院的法规均不相同，为最高审判权中所附有的解释权。

我国法律上规定的限额赔偿之数额，有绝对数额和相对数额两种类型。绝对数额，表现为法律将赔偿数额明确限定在某一具体数额，如40万元、15万元等；相对数额，则表现为将赔偿数额限定在某一变化性基准的倍数关系，例如国家上年度职工年平均工资的二十倍。两者相较，应以限定相对数额为优。随着社会经济水平的发展和物价水平的上涨，限定的绝对数额往往因立法调整频度的限制而过于滞后，以至于出现21世纪初铁路运输致人死亡依规定仅赔偿300元还不如一头猪的价格的闹剧。因此，当限额为绝对数额时，立法机关应随着国民经济水平的变化而及时调整。否则，理论上而言可构成立法机关的不作为，受害人得向立法机关请求国家赔偿。

二、限额赔偿的类型化

根据研究对象相关的不同要素，将其进行分类并建立不同类型之间的逻辑关联，是为类型化。类型化既是梳理和全面把握研究对象的重要工具，又是表征研究程度的深度计。“一个国家或者地区的民法学研究类型化的程度，其实就对应着这个国家或地区对于民法问题进行讨论深入的程度。”[①]那么，我国法上的限额赔偿制度应当进行怎样的类型划分与类型关联？

① 王轶《情势变更制度在建筑施工合同中的运用学术研讨会的发言》，载商都法律网，http://www.shangdufalv.com/layeradmin/shownews.asp?sid=4843&page=2，2010年11月20日。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

(一) 对赔偿义务人赔偿总额的限制和对具体赔偿权利人可得赔偿数额的限制

根据限额赔偿时限额的客体不同,可将限额赔偿划分为对赔偿义务人赔偿总额的限制和对具体的赔偿权利人可得赔偿数额的限制两种。前者是指根据法律的规定,不论赔偿权利人人数的多少以及每个受害人受到的实际损害的大小,赔偿义务人赔偿的总额依法限定在某一法定范围。例如,国务院《关于核事故损害赔偿责任问题的批复》(2007 年) 第 7 条第 1 款规定:"核电站的营运者和乏燃料贮存、运输、后处理的营运者,对一次核事故所造成的核事故损害的最高赔偿额为 3 亿元人民币;其他营运者对一次核事故所造成的核事故损害的最高赔偿额为 1 亿元人民币……"后者则是指对任何赔偿权利人,不论其受到的实际损害大小,但其可以获得的损害赔偿数额均应依法限定在法定范围之内。例如,《国内航空运输承运人赔偿责任限额规定》第 3 条规定:"国内航空运输承运人(以下简称承运人) 应当在下列规定的赔偿责任限额内按照实际损害承担赔偿责任,但是《民用航空法》另有规定的除外:(一) 对每名旅客的赔偿责任限额为人民币 40 万元……"

之所以存在上述两种不同类型的限制,是因为某些与国民生计高度相关但又高度危险的生产活动,如核电站的运营等,一旦发生核泄漏等事故,受害人的范围以及所受损害的大小,均难以事先准确估量,核电站所处地理位置的人口分布状况,甚至核泄漏时的风向、风速等随机因素,对于受害人数都可产生巨大影响。因此,为实现限额赔偿制度的宗旨,对于事故发生就连所造成的受害人数事先都难以估量的,应对赔偿义务人的赔偿总额加以限制。而对于可能的受害人数可以事先估量的情形,如可根据飞机、火车的定员情形估算出受害人最大范围,则仅仅限制赔偿权利人可得赔偿数额,即可实现限额赔偿的宗旨。

(二) 对人身损害赔偿的限制与对财产损害赔偿的限制

损害赔偿法上,损害可划分为人身损害和财产损害。相应的,损害赔偿可表现为人身损害赔偿和财产损害赔偿之不同形态。在既可以发生人身损害又可发生财产损害的情形,限额赔偿制度往往对人身损害赔偿限额和财产损害赔偿限额分别作出规定。例如,国务院《铁路交通事故应急救援和调查处理条例》(2012 年) 第 33 条规定:"事故造成铁路旅客人身伤亡和自带行李损失的,铁路运输企业对每名铁路旅客人身伤亡的赔偿责任限额为人民币 15 万元,对每名铁路旅客自带行李损失的赔偿责任限额为人民币 2000 元。"其中,15 万元为人身损害的赔偿限额,2000 元为财产损害的赔偿限额。

之所以区分人身损害赔偿限额和财产损害赔偿限额,是因为并非所有的损

害发生情形，均同时出现人身损害与财产损害。例如，在铁路交通事故发生时，无任何自带行李的旅客，基本上就不存在财产损害。分别对人身损害赔偿限额和财产损害限额作出规定，有利于实践中正确适用限额赔偿制度，在实行限额赔偿的情况下，于赔偿权利人之间实现公平。

（三）对人身损害赔偿总额的限制与对人身损害某一赔偿项目赔偿额的限制

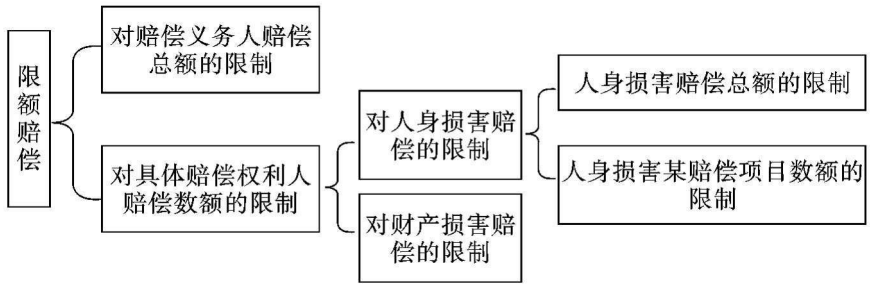
法律对人身损害赔偿总额的限制，于立法中较为常见。例如，前述民用航空事故人身伤亡赔偿总额40万元、铁路旅客运输人身伤亡赔偿总额15万元的规定等。但就人身损害赔偿的某一具体赔偿项目总额进行限制，亦非鲜见。例如，《国家赔偿法》第34条将死亡赔偿金、丧葬费的总额，限定为国家上年度职工年平均工资的20倍；将残疾赔偿金限定为不超过国家上年度职工年平均工资的20倍等。再如，根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国侵权责任法〉若干问题的通知》（法发［2010］23号）第4条“人民法院适用侵权责任法审理民事纠纷案件，如受害人有被抚养人的，应当依据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第28条的规定，将被抚养人生活费计入残疾赔偿金或死亡赔偿金”之规定①，《侵权责任法》实施后，最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第28条仍然适用。依据该解释第28条第2款“……被扶养人有数人的，年赔偿总额累计不超过上一年度城镇居民人均消费性支出额或者农村居民人均年生活消费支出额”之规定，计算残疾赔偿金或者死亡赔偿金（均属于人身损害赔偿）中被扶养人的生活费时，不论被扶养人人数的多少以及被扶养人的其他抚养人的多少，是项赔偿的年赔偿总额，累计不得超过上一年度城镇居民人均消费性支出额或者农村居民人均年生活消费支出额，从而构成了人身损害赔偿中的结构性限制——对某一具体赔偿项目赔偿额的限制。

应该说，对于被扶养人生活费总额的限制，法律制度更加注重的是其防弊功能。按照我国目前的社会状况，在具体案件中确定残疾损害赔偿金或死亡赔偿金时，原告向法庭提供出关于被扶养人数量的、形式合法但与真实情况不符的证据可能性非常大。种种原因，法官或被告也往往无力或基于同情无法查明。对被扶养人生活费总额进行限制，可从制度上避免（或减轻）损害赔偿义务人的利

① 将本规定与《国家赔偿法》第34条第1款第（二）项后句、第（三）项后句的规定（分别为“造成全部丧失劳动能力的，对其扶养的无劳动能力的人，还应当支付生活费”；“对死者生前扶养的无劳动能力的人，还应当支付生活费”）相比较，最高人民法院的规定显然不同。比较而言，最高人民法院的规定与死亡赔偿金、残疾赔偿金之受害人“纯粹经济损失”的性质更为相符，国家赔偿法的规定显然忽视了这一点。但国家赔偿法的规定，可能更容易为一般民众所接受。

益。在同一损害事故导致多个受害人时，尤其是在与社会公众生计有重大关系的高度危险活动中出现的大规模人身伤亡的情形，更可以在不同赔偿权利人之间实现公平。

为方便快速通览限额赔偿的各种具体类型，全面把握限额赔偿，在上述分类的基础上，根据不同分类之间的逻辑递进关系，兹将限额赔偿的类型化结果如下图所示。



限额赔偿类型

三、限额赔偿制度适用中的几个问题

(一) 关于实际损害的确定

鉴于限额赔偿制度系将受害人所受的实际损害与法定赔偿限额比较，以便决定赔偿权利人可得赔偿数额，因此，如何计算实际损害，对于赔偿权利人的利益影响甚巨。然而，关于实际损害的确定，并非不存在探讨的余地。

1. 实际损失是否仅限于实际发生的损失

损害赔偿法上的损害，是法律规范评价的结果，已非纯粹客观意义上的损害。[①] 换言之，并非只有实际发生的损害才能作为应予赔偿的损害，如将来很大程度上必定发生，则以法律有明文规定为限，于实际发生前亦可请求赔偿。例如，最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第19条第2款规定，根据医疗证明或者鉴定结论确定必然发生的费用，可以与已经发生的医疗费一并予以赔偿。客观上严格说来，可得请求赔偿时，后续治疗费用之财产损害并未发生，甚至说，受害人在获得赔偿后，即使根本不将赔偿款用于后续治疗，亦不影响将此项赔偿数额纳入实际损失或应得赔偿总额。再如，根据

① 王泽鉴《损害概念及损害的分类》，《月旦法学》2005年第9期，第212页。

《合同法》第108条的规定，在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以要求其承担包括损害赔偿在内的违约责任，但这时，现实生活中客观的损害很大程度上并未发生。事实上，《合同法》第113条“……包括合同履行后可以获得的利益……”之强调，也是基于同样的理由。因此，实际损害并非仅仅包括已经发生的损害，将来必定发生的损害亦应包括在实际损害之内。

2. 客观上实际发生的损失，是否均为法律上的实际损失

损害赔偿法上，实际发生的损失，并非全部属于可得请求赔偿的损失。无损害就无赔偿，但有损害不一定就有赔偿。我国《民法通则》第114条确定的违约损害赔偿中的减损规则，对侵权损害赔偿同样适用。

所谓减损规则，指损害发生后，受害人应当采取有效措施防止损害的进一步扩大，否则就扩大的损失无权要求赔偿的限缩赔偿范围的规则。减损规则本质上属于确定可得请求的赔偿范围的规则，效果上将受害人应当采取有效措施而未采取措施，或未采取有效措施而造成的损失排除在可得请求的范围之外。换言之，在限额赔偿，无论是依法定最高限额赔偿，还是按照实际损失赔偿，都不应包括受害人应当采取有效措施而未采取措施，或未采取有效措施而扩大的损失。这是由这种损失的不予赔偿的本质属性所决定的。因此，计算实际损失时，尽管这种损失客观上已实际发生，但也不应该计入法律上的实际损失。

因实际损失的范围属于案件事实问题，赔偿义务人自得也必须为相应抗辩。

3. 应否适用损益相抵

损益相抵规则指赔偿权利人因损害的同一法律上的原因而受有利益的，确定实际赔偿额时，应从与其加害行为有因果关系的赔偿范围中扣除所得利益的赔偿范围限缩规则。损益相抵规则是“任何人不得从损害赔偿中获得任何额外的利益”之法律准则的最好体现，只有将所受利益扣除后，所受其余部分的损害才是“净损害”。最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第31条规定：“买卖合同当事人一方因对方违约而获有利益，违约方主张从损失赔偿额中扣除该部分利益的，人民法院应予支持。”这是我国法上关于损益相抵规则的首次明文规定。这一规定虽然是针对买卖合同做出的，但鉴于损益相抵净损失计算方法的本质属性，以及损害赔偿中全面赔偿(不少、不多)的原则要求，因而其并非仅仅是合同法上的规则，而应属于整个损害赔偿法的规则。既如此，侵权法领域自然亦得适用损益相抵规则。因此，计算实际损失时，如受害人因损害的同一法律上的原因而受有利益的，应将该所受利益扣除。

因赔偿免予纳税，所免税收应否损益相抵？《国家赔偿法》第41条第2款规

定“对赔偿请求人取得的赔偿金不予征税。”基于“同等情势同样处理”的法律原则，国家之外的其他主体所为赔偿亦应免予征税，以体现法律和政府之人文情怀。对于免征的税收应否损益相抵，本文认为：不应适用损益相抵。理由为：加害人给付数额的多少，并不能对是否征税产生影响，免税可能导致的利益，并非与加害人的给付直接关联，而是基于法律的规定，毕竟加害人向受害人为损害赔偿给付，与国家是否向受害人征税属于不同的法律关系。从另外的角度看，如在计算损害赔偿数额时扣除所得税，则有违免征税收法律之立法本义，更使加害人享有不当利益。

4. 应否适用过失相抵

尽管过失相抵规则同减损规则、损益相抵规则一样，均属于对责任范围的因果关系所确定的、损害赔偿之范围的再调整，但在计算受害人的实际损失时，绝无过失相抵规则适用的可能。过失相抵指受害方就损害的发生也有过错的，除法律另有规定的外[①]，应相应减少赔偿数额的限缩规则。本质上而言，过失相抵规则系关于损害分配规则，是在赔偿权利人与赔偿义务人之间分配损害时应当采用的一般规则。但在限额赔偿中，法律规范改而采用以实际损失或法定赔偿限额作为赔偿数额的特殊做法，实质上属于法律规定的、在赔偿权利人和赔偿义务人之间分配损害的一种特殊分配规则。按照特殊优于一般的法律适用原则，这时自无一般规则的适用。因此，计算实际损失时，即使受害人对于损害的发生亦有过错，也不论采行的是过错责任原则抑或是无过错责任原则以归责，都决不可适用过失相抵规则。

5. 实际损失是否包括精神损失

依照《侵权责任法》第 22 条“侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿”之规定，被侵权人或者死亡受害人的近亲属，有权请求精神损害赔偿。精神损害赔偿是否应受限额赔偿制度的规范？换言之，实际损失当中应否包含精神损害，限额赔偿之外是否尚得请求精神损害赔偿？我国法律对此缺乏规定，构成漏洞。

① 无过错责任中是否适用过失相抵，需要有法律的明文规定：法律规定可以过失相抵的，可以适用；法律没有明文规定的，则不得过失相抵。其中的缘由在于：既要防止因一概适用过失相抵而导致无过错责任原则救济受害人之立法目的落空，又要防止赔偿权利人和赔偿义务人之间的利益严重失衡。无过错责任中何时应适用过失相抵、何时不应适用，是立法者的判断问题。

理论上而言，精神损害与人身损害、财产损害不同，其本质上为非物质性的损害，而属于精神性的损害——实质是精神利益的损失或精神利益的应该获得而未获得。[①] 相应地，精神损害赔偿既非对人身遭受损害的赔偿，也非对财产遭受损害的赔偿。关于精神损害赔偿与残疾赔偿金、死亡赔偿金的关系，我国法上经历了一个大幅摇摆、变化的过程，但从《侵权责任法》第 16 条、第 22 条规定的体系解释出发，目前，残疾赔偿金或者死亡赔偿金确定无疑地不属于精神损害赔偿。

限额赔偿制度中的限额，是关于人身损害和财产损害的赔偿的限额，与精神损害赔偿无涉。限额赔偿制度中所说的实际损失，也不包括精神损失。因此，限额赔偿制度对精神损害赔偿没有任何规范意义。进一步而言，满足精神损害赔偿的构成要件时，赔偿权利人在实际损失或法定赔偿限额之外，理论上而言，仍可请求精神损害赔偿。

但问题的另一面在于：从限额赔偿制度的宗旨和限额赔偿的实现途径上考虑，限额赔偿时，赔偿权利人的利益必有所牺牲。但这种牺牲中应否包含对赔偿权利人所遭受的精神损害的赔偿，实为一个立法政策问题。

综上，关于限额赔偿之外是否尚得请求精神损害赔偿的问题，需要国家有权机关尽早予以明确。

（二）适用限额赔偿制度的程序法问题

1. 依法定赔偿限额予以赔偿的启动

赔偿权利人举证证明其（受害人）所遭受的实际损失大于法定赔偿限额时，是否需要赔偿义务人主张依法定限额予以赔偿？

答案是否定的。在审理查明受害人所受实际损失大于法定赔偿限额的场合，不需赔偿义务人主张，法官得径向判决适用法定赔偿限额予以赔偿。理由在于经审理查明受害人所受实际损失大于法定赔偿限额之后，适用法定赔偿限额予以赔偿的事实要件业已满足，案件审理所面临的是法律适用问题。如何适用法律是法官的职责，自然不需要赔偿义务人主张。当然，在法庭审查受害人诉说受损害的过程中，对于赔偿权利人的主张，必要时赔偿义务人必须进行反驳和抗辩。

---

① 如旅游已成为人们休闲娱乐、释放压力、提升心情的主要方式，但旅游者因旅游经营者的侵权行为，非但没有达到精神愉悦的目的，还给旅游者“添堵”。此种情形，可谓精神应当愉悦而未愉悦，旅游者得依照法律规定请求精神损害赔偿，此已为最高人民法院《关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》（2010 年）第 21 条所确认。

需要全本请访问 www.ertongbook.com