



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



ISBN 978-7-301-24487



9 787301 244845 >

定价：36.00元



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

图书在版编目(CIP)数据

可得利益的民法治理:一种侵权法的理论诠释/杨彪著. —北京:北京大学出版社,2014.7

(国家社科基金后期资助项目)

ISBN 978 - 7 - 301 - 24484 - 5

I. ①可… II. ①杨… III. ①民法 - 研究 - 中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 154707 号

法律资料分享, docsriver.com

书 名: 可得利益的民法治理——一种侵权法的理论诠释

著作责任者: 杨 彪 著

责任编辑: 郭栋磊

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 24484 - 5/D · 3620

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

新浪微博: @北京大学出版社 @北京大学出版社法律图书

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 14.5 印张 252 千字

2014 年 7 月第 1 版 2014 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 36.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目,旨在鼓励广大社科研究者潜心治学,支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审,从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响,更好地推动学术发展,促进成果转化,全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求,组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

目 录 | Contents

导 论 重申方法:侵权伦理反思的路径意识与问题架构 / 1

第一章 理论概观:可得利益的基本原理 / 16

- 16 第一节 可得利益的概念阐释
- 20 第二节 可得利益的性质定位
- 25 第三节 可得利益的机理分析
- 30 第四节 可得利益的基本分类
- 35 第五节 可得利益的范畴辨析
- 42 第六节 小结

第二章 救济有理:可得利益的实践发展与理论范型 / 43

- 43 第一节 可得利益损害赔偿的历史嬗变
- 54 第二节 可得利益损害赔偿的实证比较
- 64 第三节 可得利益损害赔偿的理论支撑

第三章 制度表达:可得利益损害赔偿的理论建构 / 74

- 74 第一节 导论:一种平衡的责任观
- 75 第二节 作为侵权责任核心构成要件的可归责性
- 102 第三节 可得利益损害赔偿的基本原则

106	第四节	可得利益损害赔偿的量化分析
117	第五节	反射性财产损害赔偿
131	第六节	可得利益损害赔偿与民事证据规则
139	第七节	侵权抑或合同:从体系分析、模式抉择到方法整合
147	第八节	余论:一种有待解释的命运

第四章 类型区分:可得利益损害赔偿的体系构造 / 148

148	第一节	可得利益损害赔偿类型化概述
151	第二节	侵害财产权型可得利益损失
164	第三节	侵害人身权型可得利益损失
174	第四节	机会利益损失
183	第五节	结论

第五章 实证考察:可得利益损害赔偿的程序视角 / 184

184	第一节	损害赔偿给付方式概述
186	第二节	可得利益损害赔偿给付方式的比较法考察
189	第三节	损害赔偿的一次性给付方式
194	第四节	损害赔偿的定期金给付方式
198	第五节	结语:透过表象看本质

第六章 面向未来:可得利益损害赔偿的立法构想 / 200

200	第一节	引论
201	第二节	传统侵权法理论分析工具及其评价
205	第三节	侵权法理念的发展及其制度需求
208	第四节	可救济性损害理论的引入
216	第五节	可得利益损害赔偿的立法思路

跋 方法意识与开放姿态:可得利益的动态规制思路 / 219

参考文献 / 220

导论 重申方法:侵权伦理反思的路径意识与问题架构

侵权法既是一部有关责任的法律也是一部有关无责任的法律。

——温菲尔德、约洛维茨

一、逻辑起点:财产保护的法律路径

人类社会生活以各自拥有财产为前提。作为社会科学理论化进程中最基本的概念之一,财产及财产观念始终是人类文明古老信条中最根深蒂固的部分,甚至成为了现代人的一种深刻社会信仰。古往今来,无数学者为确认私有财产的合法性不厌其烦地寻找着各种辩护理由,支持私有财产的无懈可击的理论学说比比皆是。诚如爱泼斯坦所言,“私有财产的魅力已经在各个学科中没完没了地讨论过了”^①。如果我们接受这样一种理论预设,即财产是人类结群而居、共同生活的制度基石,那么不论从规范性的角度还是描述性的角度抑或解释性的角度看,为私有财产的现实存在和制度运行提供一种富有张力的理解框架,自然就是作为理性科学的法律尤其是民法的内在使命。

在民法上,最原始的财产概念是与物及其所有权联系在一起的。罗马法的传统强调对所有物的完全支配,后来陆续发展出所谓的他物权,如地役权、用益权等,与所有权一起形成了完整的物权体系。罗马法上的财产观念,正是随着“物”的含义变化而变化。及至近代,布莱克斯通、亚当·斯密、边沁等人,将法学上正统的财产权观念推到极致,将财产权看做是基于物所产生的、对抗世界上所有人的、绝对的权利,以期促进资源使用的安全和合理的预期。^②这种古典的财产观念对早期的资本主义立法产生了重大的影响,引申出“所有权绝对”的民法基本原则。19世纪中后期以来,各行各业的分工日益繁细,社会交换更加频繁,人们控制和掌握的社会资源形式趋于多样。其结果,私有财产所发挥的社会功能越来越大,对法律保护的要求也越来越高。

^① Richard A. Epstein, On the Optimal Mix of Private and Common Property, 11 *Social Philosophy and Policy* 17 (1994).

^② 边沁关于“能够从物当中获得一种利益的期待”的定义正是这一时期财产观念的典型代表。

但是,不得不承认,确认、维系和保护财产的法律机制却今不如昔,甚至已经变得非常脆弱——财产限于有形物的观念松动了,科学技术开始广泛运用于生产领域,对知识产品保障需求的迫切性挤压着立法者的神经,法定确定性和规则整合性明显降低。特别是社会整体信用逐渐增强,人际信任机制不断健全,对未来社会经济秩序的合理预期成为人们最重要的利益之一,由此所产生的制度需求却并非古典财产观念所能承受的。在社会变革的过程中,传统民法财产观念的禁锢妨碍着对无形财产和未来财产的处理,甚至引发私法整体的应对危机。

总之,一方面确认财产很有必要,另一方面规制财产困难重重,两者之间成反比,这是个极其深刻的悖论。正是为了摆脱这一困境,众多人文社会科学领域的学者为财产观念的转变提供了充分的知识注解和理论支持。有较大影响力的学说包括:庞德的利益理论^①、科斯的产权理论^②、波斯纳的经济分析理论^③、罗尔斯的正义理论^④等。这些学说,都通过不同程度地提示社会规则的工具性框架来探讨拓展财产概念的合法性与可行性,侧重于财产与社会秩序及法律治理的关系,着重论述财产安排的制度意义与优劣评价,即集中于民法的外部性解释。至于民法的内部性解释,国内外法学界最具代表性的论述为万德威尔德教授的新财产理论^⑤和吴汉东教授的无形财产权论^⑥。按照两位教授的观点,知识财产法律化带来了财产的“非物质化革命”,在现代科学技术和商品经济的推动下,非物质财富成为社会的重要财产类型,现代财产概念开始突破罗马法以来形成的私权体系,进而拓展到一切有价值的事物。

本书的视角有所不同。笔者认为,就民法的内部性解释而言,对私有财产的规制有财产法和侵权法两种基本路径:财产法着眼将来,侵权法着眼既往;财产法立足于权利的普适性,侵权法奠基于救济的特殊性;财产法遵循主客体相分离原则,侵权法遵循主客体相结合原则。当传统民法破绽导致法律背离社会现实之际,立法者的基本选择是(1)追加财产法(包括概念创新、类

① [美]罗斯科·庞德:《法理学》(第3卷),廖德宇译,法律出版社2007年版。

② [美]科斯等:《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》,上海三联书店1991年版。

③ [美]理查德·A. 波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版。

④ [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版。

⑤ 参见[美]肯尼斯·万德威尔德:《19世纪的新财产:现代财产权概念的发展》,载《世界经济体制比较》1995年第1期。

⑥ 参见吴汉东:《财产的非物质化革命与革命的非物质财产法》,载《中国社会科学》2003年第4期。

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.

界限是其研究的重点,此谓之私法权益的间接保护思路。第二个方向是责任主义的进路,即通过对侵权责任的规制来完成。这一努力方向的主要特征是以可救济性损害为核心,注重考察损害事实的可赔偿性和赔偿方式,籍此向受害人提供最大限度的损害救济,损害的可赔偿性和不可赔偿性的界限是其研究的重点,此谓之私法权益的直接保护思路。

过错责任对侵权行为的关注集中体现了经济自由主义的精神。德国学者福克斯指出:“在经济自由主义的世界观中,‘追求经济利益的人’处于中心的地位,这样的人,是在经济上无须他人监护并具有责任能力的公民。即使侵权行为法意图使其对自己的行为后果负责任,也不应阻碍其追求经济利益的动力。”^①对于过错责任,他表达了这样的观点:“过错责任包含这样一个可能产生各种各样后果的基本价值观:当维护法律地位和行为自由这两种利益发生冲突时,行为自由优先。行为自由对人和物的价值的形成是必不可少的,行为自由的优先也就意味着正在形成者相对业已存在者的优先。自由对于个人发展其人格,特别是从事其职业是必要的。新生代的人如若使自己得以充分发展,需要特别的活动空间。导致行为自由优先的原因也不仅应从单方面,而要 from 双方面考虑,即‘一个人在物质和利益方面所欠缺的东西,将在行为自由方面得到补偿’。”^②过错责任以行为人的侵权行为和积极正当的社会行为作为中心命题,注重限制侵权行为的范围,保障行为人的行为自由,将鼓励和倡导行为人的积极创造性放在首要位置。在行为人和受害人构成的侵权法律关系中,过错责任确立的“无过错则无责任”原则将行为人置于优势地位,受害人必须通过举证证明行为人具有过错方能获得补偿,而行为人还可以通过自身无过错、受害人有过错等抗辩手段减轻或免除赔偿责任。因此,尽管在对私法权益的保护上,以过错责任为核心的行为主义的研究进路,通过对侵权行为的否定性评价实现了对私法权益的间接保护,但其价值核心却在于保护行为自由。

可救济性损害对侵权责任的关注则集中体现了损害救济的人文精神。“私法责任之本意主要不是谈论要不要由加害人承担责任,更不是如何制裁和消灭侵权和违约行为,而是怎样合理分担受害人的损失。”^③对受害人进行必要的填补,使其得以在物质和精神上获得必要的满足,以维持其人格的完善,维持基本正常的生活,是私法责任的本质所在。对受害人人身和财产完

① [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。

② 同上。

③ 彭诚信:《主体性与私权制度研究——以财产、契约的历史考察为基础》,中国人民大学出版社 2005 年版,第 280 页。

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。

的哲学就是以自由观念为核心而建构起来的。约翰·洛克的名言“法律的目的并不是废除或限制自由,而是保护和扩大自由”正是这种观念的代表。这个时期,自由在法律的价值位阶体系中处于最高地位,具有压倒性优势。以维护和保障行为自由为根本宗旨的过错责任的出现和确立正反映了这种法哲学思潮。但到了现代,经济发展和科技进步给社会生活带来了众多不稳定因素,人们的矛盾和冲突开始增多,法律开始“被用来调和相互冲突的自由或被用来使自由的价值同社会秩序中相互抵触的目的达成平衡”^①。在侵权法中,行为人和受害人对自由的需求所产生的冲突进一步加剧。这时,法律对秩序价值的需求也空前强烈起来。民法上的秩序,意在保持民事生活自身进程的和平、稳定与安全。而安全则是秩序所包含的实质性价值,强调预期结果出现的确定性或者最大限度的可能性。^②安全价值在侵权法中凸显为对受害人人身或财产权益安定性的尊重以及受害人对获取损害救济的预期性。^③于是,私法责任就成为了法律追求安全利益的重要手段。以填补损害和实现救济为根本宗旨的可救济性损害理论的出现和确立反映了这种法哲学思潮。^④受社会本位的影响,自由价值逐步让位于秩序价值。由此,社会安全利益取得了对个人自由利益的优先地位。用一位学者的话来说,就是“不公正胜于无秩序”^⑤。斯言如是!

① [美]E. 博登海默:《法理学——法律哲学与法学方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第284页。

② 哈耶克(F. A. Hayek)在论述社会秩序两种渊源即“自生自发的秩序”和“人造的秩序”时,也将“秩序”描绘成对生活的预期性。参见[英]哈耶克:《法律、立法与自由》(第1卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第54页。

③ 近年来,学界对“风险社会”的研究逐渐升温。以“社会风险是现代社会的特征”为理论起点,学者们展示了现代法学体系的重大变迁,皆主张正统法学理论及其研究范式正面临着来自法律实践的严峻挑战,应适时改变,提升对安全价值的重视程度。对社会风险的忧虑和恐惧,“21世纪的法学必须面对风险性增大的现实、必须探讨和提供哪些能够减少乃至化解风险的方法和途径”。季卫东:《风险社会与法学范式的转换》,载《交大法学》第2卷第1期,上海交通大学出版社2011年版,第10页。从侵权法的角度看,传统侵权责任制度在面对不断涌现的新型侵权行为以及灾难性、大规模的人身损害事故时存在局限性,必须在功能定位、保障范围、加害事由、归责原则等方面对风险社会的现实状况和生活形态作出回应,尤其是要强化侵权法的救济功能。参见张俊岩:《风险社会与侵权损害救济途径多元化》,载《法学家》2011年第2期。在此背景下,因果律限制的放开、责任承担以及责任分担,将会司空见惯,并成为司法实践的常态。关于风险社会与法学变迁的理论谱系,参见[德]乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2004年版;劳东燕:《公共政策与风险社会的刑法》,载《中国社会科学》2007年第3期;陈兴良:《“风险刑法”与刑法风险:双重视角的考察》,载《法商研究》2011年第4期;程岩:《风险规制的刑法理性重构:以风险社会理论为基础》,载《中外法学》2011年第1期。

④ 关于可救济性损害的论述,详见[德]克雷蒂安·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1页以下;张新宝:《侵权责任构成要件研究》,法律出版社2007年版,第119—129页。

⑤ 尹田:《论“不公正胜于无秩序”》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第19卷),法律出版社2001年版,第307页以下。

三、视角切入:损害赔偿的地位凸显

从上述分析中我们可以得到启发,现代侵权法对私法权益的尊重和保护以及在其受到侵害时为其提供充分救济的做法,反映了法律对社会安全价值的需求。社会安全利益取得了对个人自由利益的优位性。基于这种判断,在侵权法的研究方法方面,责任主义的进路较行为主义的进路要更为科学,更符合现代民法的价值取向。按照责任主义的思路,责任要件在侵权法中占有极其特殊的地位,而损害赔偿又是侵权责任区别于其他民事责任的最基本因素。从各国司法实践和立法动态来看,损害赔偿在整个侵权法中的地位越来越重要,以至于损害赔偿逐步取代侵权行为成为侵权法优先考虑的对象。有学者指出:“损害赔偿法的重要性通过一种——可以说,是与社会化国家的观念的普及相关的——心态的变化,在一定意义上改变了不幸事件和非法行为的界限,即人们将损害视为不幸事件而加以忍受的情况越来越少见。更多的情况下,损失被视为应当得到补偿,为此的一个方法,就是将其视为应承担赔偿义务不法行为的后果。”^①随着工业革命的发展、新技术的投入使用、密集化的生产生活成为共同生活的元素,以企业责任为规制重点的危险责任逐步成为现代侵权责任的主流,学界对建立以过错责任为中心的个人责任和以危险责任为中心的企业责任二元体制的呼声越来越高。危险责任的彰显强化了侵权法的损害填补功能,也使得损害和损害赔偿受到了前所未有的关注。在所有的案件中,损害、损害赔偿和责任这三个问题相互交叉,难分彼此。从逻辑学的角度看,责任主义的研究思路必然促使损害赔偿在侵权法中地位的上升,进而导致损害替代过错成为最重要的侵权责任要件。

事实上,损害作为侵权责任重要的构成要件,从来就是侵权责任法的核心概念之一。“损害这一概念依赖于对它加以规定的法律制度,其作为系统化的标准有一个最大的方便:它使我们能够将侵权责任法与无因管理和不当得利法区别开来。”^②侵权法发展到今天,基于对社会安全的渴望和人权保护的 need,蕴涵着对矫正正义不懈追求的损害赔偿法的地位日益突出^③,责任的分配成为了侵权法的最大命题,损害逐步取代过错成为了侵权法的核心要件。针对这一转变,有学者指出:“法律的关注点是责任之有无和责任之大

^① [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5页。

^② [德]克雷蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上卷),张新宝译,法律出版社2004年版,第2页。

^③ 关于侵权责任、损害赔偿与矫正正义(corrective justice)的关系,详见David G. Owen, *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford University Press, 1995, pp. 53-72。

小,而不是行为或准行为。”^①对此,德国学者福克斯也表达了类似的观点:“一百多年后的今天,可以肯定,侵权行为法所倾向的重点已随着时间的推移而发生了变化。若探求责任法律制度领域最新的发展至当前的形态的动力,则我们不能回避公民对安全的要求以及由此产生的对社会安定的需求。人们期待侵权行为法和损失赔偿法能有助于保障个人的基本生存,并以此建立相应的社会化国家机制。事实上,正是在这种期待中,我们才能探察到侵权和损失赔偿法律制度发展至今的决定性动力。就此,法律所强调的重点已从承担过错转移到了补偿损失。”^②归纳下来,即在侵权构成诸要件中,过错的作用渐弱,损害的作用渐强。这种变化,充分考虑了“不同时期社会道德观念对关心他人人身、财产权益的不同期待,甚至必须考虑个案中对行为人的应有期待”^③,对私法权益的保护达到了前所未有的程度,受害人获得损害填补成为了法律实践的常态。在一定程度上说,损害赔偿法的发展和发达似乎又促使侵权法回归了以往“结果主义”的做法。^④

这种表面上向损害结果靠拢的趋势并不是简单的回归,而是一种经过否定之否定的发展历程从而实现过错责任的超越。现代侵权法对可救济性损害的重视,既不同于传统的过错责任制度,又不同于以往的结果主义的损害赔偿制度,它体现了其独特的制度优势:首先,与过错责任制度相比,可救济性损害注重从受害人角度探察侵权责任,将对私法权益的救济和保护放在优先的地位^⑤,通过对法律责任的重视而实现对侵权行为的超越,并为侵权法吸纳新的私法权益进入保护范围提供了空间。其次,与结果主义的损害赔偿制度相比,可救济性损害引入了“可救济性”这一具有明显政策导向性的限制措施作为损害“当止”的标准,为侵权法涵摄法律政策的判断,防止损害边界的漫无边际提供了技术工具,避免重复损害结果导致损害赔偿的简单的法律逻辑。其反映的是经过以过错责任为核心的行为主义思潮的百年禁锢后,侵权法勇敢地超越过错责任,超越对个人自由的渴望去追求社会生活的安定性和妥当性。

① 张新宝:《侵权责任构成要件研究》,法律出版社2007年版,第128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4—5页。

③ 参见姜战军:《侵权构成的非限定性与限定性及其价值》,载《法学研究》2006年第5期。

④ 结果主义的做法,即所谓的客观归责,强调“有加害事实就有责任”,对损害结果不加区分,统一予以赔偿。参见王家福主编:《民法债权》,法律出版社1991年版,第431—432页。

⑤ 法国学者Starck在1947年提出了侵权责任担保理论。其基本观点在于,人们在讨论法律制度的时候,不应从侵害人的行为的角度去探询法律责任的根据,而应站在受害人的立场去考虑法律责任的根据,正是由于他所遭受的权利损害使法律对他的损害予以赔偿成为正当;也使法律对其加以保护成为正当。参见张民安:《现代法国侵权责任制度研究》,法律出版社2007年版,第13页。

作为私权的救济法,侵权法一直是私法体系中最具活力和创新性的法律部门,一直走在私法回应变化中的社会生活的最前沿,扮演着改革者和先锋者的角色。21世纪是一个走向权利的世纪,同时也是人们的权利更容易受到侵害的世纪。随着经济社会的全面发展和科学技术的日新月异,权利意识和法制观念日渐深入人心,各种新型的人格权益和财产权益不断涌现,亟待侵权法加以保护。^①对各种人身权益和财产权益提供更充分的保护,籍此形成对法律秩序的合理期待,促使社会整体财富的增加,这应该是侵权法发展的应有之义。有权利必然有救济,救济应当走在权利之前。因此,损害赔偿在侵权法中的地位和作用将会愈发重要,将成为新的侵权法研究重点。在这种背景下,加强对损害及损害赔偿制度的研究,充实和完善损害及损害赔偿制度的理论体系,符合侵权法理论的发展趋势,必将极大地提高我国侵权法理论研究水平,对我国民法典的制定产生深远的影响。

四、主题确立:可得利益的理论价值

在现代社会,侵权法的研究重点已经转移到损害及侵权责任上来。将损害理论特别是可救济性损害理论的研究向前深入推进,是研究侵权法学者的神圣使命。作为未来财产利益在侵权法中的制度表现,以及可救济性损害的重要组成部分,可得利益无论在理论上还是实务上均具有重大的价值。对其进行全面系统的研究,实属必要。

在现代损害赔偿法中,财产损害和非财产损害是损害的基本分类,这已被世界各国法律所普遍采纳,并成为学者们的共识。^②无论是过去还是现在,财产于人们而言都具有异乎寻常的重要性。侵权法对财产损害的确认和救济,关系着社会经济秩序的稳定和受害人社会价值的实现,完整的人格尊严需要以财产作为保障。与非财产损害相比,财产损害的概念和界限均十分模糊。^③而且从体系上说,财产损害更为庞杂和凌乱。为此,学者们需要花费更多的心思在这一课题上。

按照损害性质的不同,财产损害可分为所受损害和所失利益两种。所谓

^① 人权观念和入权立法的发展对侵权法的影响不可低估,侵权法对权利的保护和确认的功能受到前所未有的重视。See Mark Lunney & Ken Oliphant, *Tort Law: Text and Materials*, Oxford University Press, 2000, pp. 24-28.

^② See Andrew Tettenborn etc., *The Law of Damages*, Butterworths, 2003; 曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版;王利明:《侵权行为法研究》(上卷),中国人民大学出版社2005年版等。

^③ 有学者洞悉,在确定受害人的损害上,非财产损害要比财产损害清晰且容易得多。See Andrew Tettenborn etc., *The Law of Damages*, Butterworths, 2003, p. 51.

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。

利益拓展到了包括现存利益和未来利益在内的各种财产上的不利益。^①从本质上讲,可得利益是一种对未来利益取得可能性的预期。如果说所受损害是面向过去的财富,那可得利益就是面向未来的财富。在标榜创新和发展的现代商业社会,可得利益的作用毫无疑问是更加重要的。而这恰恰又是新型侵权案件出现最为频繁的领域,对经济损失而言尤其如此。在商业领域,大量新近而颇具争议性的经济利益不断涌现。美国著名侵权法学家 Prosser 将这些与经济利益密切相关的制度称为商业诋毁 (disparagement)、侵害合同关系 (interference with contractual relation)、侵害预期优势 (interference with prospective advantage) 等。^②上述在商业领域中的经济利益大多不是商业主体拥有的现存的利益,而是对未来财产利益的一种期待,即本书所讲的可得利益。在人身损害赔偿领域,预期的收入损失和误工损失等可得利益的损害赔偿一直争议不断。此外,对各种机会利益的损失应否赔偿及如何进行赔偿,各国立法及学说判例分歧很大。一言以蔽之,可得利益与经济社会生活交织在一起,不可预测因素众多,长期缺乏统一的规则。对侵权法而言,可得利益是其确认或创设私权的重要生长点,亦是回应社会发展的重要领域。对可得利益损害赔偿进行系统研究,统一认识,为侵权法应对新型财产权益的出现预设理论架构,无疑将极大提高侵权法对财产利益的保护程度,具有很强的社会意义。

第二,迄今为止,国内外学术界对可得利益损害赔偿研究甚少,存在相当多的理论盲点,对其进行全面系统的研究,有利于填补理论空白,提升我国侵权法的理论研究水平。目前国内研究损害赔偿法最为权威的著作是台湾地区学者曾世雄的《损害赔偿法原理》。曾教授在书中将损害赔偿法分为两大部分:财产损害和非财产损害。曾教授在书中“赔偿客体之问题”和“损害赔偿之范围”两部分都提到了可得利益之损害赔偿,并对可得利益损害的类型、计算标准等做了奠基性研究。国内其他研究侵权法的学者也都对可得利益损害或者是间接损失进行了有益的探讨。^③在论文方面,以可得利益为题的论文不少,但对可得利益损害赔偿进行系统研究的仍然有所欠缺,而且有将可得利益置于合同法的范畴之内的倾向,与本书提及的侵权法上的可得利

^① 英国学者 Andrew Tettenborn 的观点颇具代表性:“从广义上讲,财产损失的涵义指的是原告现在或将来的财产利益的减损。” Andrew Tettenborn etc., *The Law of Damages*, Butterworths, 2003, p. 51.

^② See Prosser, *The Law of Torts*, West Publishing, 1971, p. 915.

^③ 参见王利明:《侵权行为法研究》(上卷),中国人民大学出版社 2005 年版;王利明:《违约责任论》,中国政法大学出版社 2003 年版;杨立新:《侵权法论》,人民法院出版社 2005 年版;黄茂荣:《债法总论》(第 2 册),中国政法大学出版社 2003 年版等。