

侵权损害赔偿效果的弹性化构造

郑晓剑

摘 要 完全赔偿原则的目的是实现对受害人的充分补偿。为此,传统的损害赔偿法构建了要件与效果相区分的原则,使损害赔偿效果不受责任基础的充实程度的影响,从而在效果上表现为全有或全无的择一判断模式。然而,这种做法存在价值实现上的断裂及逻辑上的自相矛盾,难以妥当地协调自由与安全等价值之间的紧张关系,在个案中容易形成极端情况。现代以来,随着社会关系的复杂化和利益主张的多元化,法的安定性逐渐让位于法的妥当性。因此,打通构建要件与法律效果之间在价值层面的隔绝,允许法官在综合考量过错程度、违法性程度、因果关系盖然性程度等构成要件要素的基础上,对损害赔偿效果作出弹性化的评价,使其能够获得契合于个案情境的妥当性,便成为妥当解决多元化社会中不同法律价值间之冲突的必然诉求。

关键词 完全赔偿原则;损害赔偿;弹性化;构成要件;法律效果

中图分类号 DF526 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2019)04-0138-12

基金项目 国家社会科学基金青年项目(16CFX039)

近年来,因豪车被撞所引发的天价赔偿案在全国各地屡有发生。这些案件在挑动社会大众的敏感神经之余,也在持续拷问着法律的正义。从民法角度看,这些案件背后所反映的实质问题是:不问情形,一律要求过失行为人对其造成的损害承担完全赔偿责任合理吗?这涉及如何认识及评价完全赔偿原则在侵权法和损害赔偿法上的地位。

目前,我国民法典侵权责任编的立法编纂正在顺利推进,有不少民法学者认为,为了充分发挥侵权法的补偿或救济功能,应当将完全赔偿原则确立为我国侵权法上关于损害赔偿的基本原则^[1](P117)^[2](P97-110)。笔者以为,完全赔偿原则固然以救济受害人为宗旨,然而其在逻辑、价值及法律效果等层面亦有较大不足,能否将其奉为损害赔偿的基本原则,似有可议之处。

在比较法上,完全赔偿原则并非一统天下。例如,奥地利和瑞士就在相关立法上确立了行为人的赔偿责任范围与其过错程度相关联的思想和原则(如《奥地利普通民法典》第1324条、《瑞士债务法》第43条第1款),这就为个案中实现损害赔偿效果的弹性化处理开辟了可能性,从而能够获得契合于个案情境的妥当性。作为欧洲私法一体化进程标志性成果之一的《欧洲侵权法原则》,也主张依据动态体系论对损害赔偿效果予以弹性的确定,而明确抛弃了过于僵化的完全赔偿原则^[3](P1-4)。

有鉴于此,笔者将在前期研究的基础上,对完全赔偿原则之不足进行初步探讨。在此基础上,尝试以“个案中之法益衡量”方法和动态体系论为方法论基础,实现侵权损害赔偿效果的弹性化构造,以期为我国的民法典编纂和相关理论研究之推进略尽绵薄之力。

一、弹性化构造的缘起

根据完全赔偿原则, 受害人要么得到完全的赔偿, 要么没有任何赔偿^[4] (P40)。所以, 人们也将这一原则称为“全有或全无原则”^[5] (P555)。在实务操作中, 要确保受害人能够得到完全的赔偿, 责任效果必须要独立于责任成立之基础。因此, 赔偿义务之基础与内容的分离, 便成为损害赔偿法的特征^[6] (P298)。这样, 完全赔偿便有实现的可能, 而法的安定性亦可确保^[7] (P251)。因为, 在责任基础与责任效果相互独立和隔绝的情况下, 即便最轻的过失也需要对全部损害承担补偿义务, 而无须顾及其经济上的履行能力^[8] (P256)。由于责任效果不存在任何量化安排的可能性, 这样, 法的安定性便建立了起来。

延森指出, 一部侵权法的历史, 就是一部侵权法律制度之功能的变迁史^[9] (P34)。完全赔偿原则契合了现代以来对无辜受害人进行充分救济的需要, 因而有着鲜明的伦理色彩。不过, 这一原则在价值、功能和适用效果等方面存在着诸多不足, 难以妥当地协调及解决现代社会中多元利益主体及法律价值之间的紧张关系。在我国民法典各分则的编纂已经全面展开的当下, 不宜将其奉为我国侵权法上关于损害赔偿的基本原则。

首先, 完全赔偿原则的适用效果较为极端。前已述及, 完全赔偿原则的适用效果是行为人要么全赔、要么全不赔, 二者必居其一。在实践中如果严格遵循这一原则, 往往意味着拒绝对受害人提供法律上的救济, 这在有关机会损失的案件中尤其如此。机会损失并不是一项确定的财产损害或健康损害, 而是避免损害的可能性的丧失^[10] (P146)。例如, 在某人罹患疾病的情况下, 若其得到适当的诊治, 则有 49% 的治愈可能性; 因治疗不当, 则导致其落下终身残疾。对此, 若坚持完全赔偿原则, 最终结果只有两种可能性: 受害人要么提供充分证据证明行为人构成侵权, 从而获得完全赔偿; 要么只能空手而归。但是, 这种全有或全无的择一模式过于僵硬、缺乏弹性, 既难以妥当地协调不同主体之间的利益关系^①, 也不能妥当地应对因果关系不确定或者存在部分因果关系的案件。

在这种背景下, 机会损失理论应运而生。该理论源于法国, 目前在比利时、奥地利、荷兰、西班牙等国家的司法实践中得到了广泛应用^[11] (P464-465)。这一理论所要回答的问题是: 该机会损失本身是否可获得救济。“若回答是肯定的, 则在赔偿数额方面, 受害人的损失只能在一定比例范围内获得赔偿; 若回答是否定的, 则受害人原则上得不到任何赔偿”^[12] (P73)。由于机会与所欲求之结果的发生概率具有相关性, 因而其构成受法律保护的价值^[10] (P146)。在这种情况下, 由于责任后果存在量化安排的可能性, 且责任范围受到因果关系之比例的限制, 这就打破了完全赔偿原则下责任基础与责任效果相区分的原则, 也为法官在个案中寻求为各方所能接受的裁判结果开辟了可能性。

其次, 完全赔偿原则的价值取向较为单一。完全赔偿原则致力于实现侵权法的补偿功能, 其所维护的是受害人方面的安全价值。为此, 传统的损害赔偿法构建了要件与效果相区分的原则, 在赔偿范围的确定上完全不考虑行为人方面的过错程度、行为价值、经济状况、履行能力等因素。不过, 这种完全漠视行为人自由价值的做法, 难谓合理。因为, 在侵权法的基本结构中, 无论是受害人方面的安全价值, 还是行为人方面的自由价值, 都处于受保护的基本权地位^[13] (P377)。阿蒂亚也指出: “即使原告通常也会怀疑这种把因为过失行为而导致的灾难性后果的责任完全归咎于被告的公平性。”^[14] (P184) 事实上, 在我国发生的多起豪车被撞案中, 面对肇事者在保险赔偿之外还需承担的巨额赔偿, 最终很多车主主动作出了减免。但是, 问题依然存在, 损害还会再次发生。完全赔偿原则的妥当性应受到根本性的检讨。

完全赔偿原则将损害风险完全分配给行为人承担, 其背后的伦理基础是: 只要受害人根本没有可责难之处, 行为人就需要对损害作出完全赔偿。然而, 这种一刀切的风险分配方式同时隐含着价值评价上的重大矛盾: 一方面, 在最轻微的过失与无过失之间仅有一线之隔, 但是二者的法律后果却有着全赔或

① 例如, 在坚持完全赔偿原则的前提下, 如果考量到救济受害人, 则相关立法可能采取举证责任倒置的方式, 以缓解受害人的举证困难; 如果考量到防止医疗机构承担过重之责任, 则法官可能倾向于认定行为与损害之间不具有相当因果关系, 从而驳回受害人的诉求。

全不赔的天壤之别;另一方面,轻微过失与故意之间存在着伦理评价上的巨大差别,这种差别本应在责任的量上得到体现,但是其法律后果却又完全相同。完全赔偿原则的不合理性,由此可见一斑。

最后,完全赔偿原则往往名不符实。在传统民法上,损害之有无及大小,主要依据差额说来确定,即将现有的利益状况与(假设)没有损害事件时的利益状况相比较,如果经由比较得出的是负的差额,那么就存在一项损害^[15](P357)。差额说统一了历史上形成的个别的、分散的损害赔偿论,形成了统一的损害赔偿论;其目的在于,以统一的损害概念及因果关系作为判断损害有无及范围的理论架构,实践全部赔偿原则,并排除法官的恣意,以保护被害人^[16](P64)。由是观之,差额说与完全赔偿原则之间具有紧密的内在关联。可以说,完全赔偿原则之所以存在前述之不足,在很大程度上是由差额说本身的缺陷所决定的。

大体而言,在非物质损害、使用利益损失、第三人损害、假设因果关系、违背受害人意志的财产变动以及侵害后受害人财产总额的增加等情形下,若适用差额说,将引起极不妥当的结果。这是因为,差额说具有先天之不足,其混淆了损害本质与损害计算两个不同层次之问题^[17](P139)。因此,强调损害判断中的价值因素、规范因素的规范损害论开始发展起来。在实践中,依据差额方法所得到的纯粹可计算的结果,必须要受到规范性的、符合损害赔偿之功能和目的的控制^[8](P261)。这样,经过规范性的评价和价值判断的斟酌,最终得出一项具有法律上可赔偿性的损害。显然,这种损害与受害人所实际遭受的损害在范围上并不一致。即使行为人要对这种经过规范性评价后得出的损害进行完全赔偿,其也迥异于基于差额说的完全赔偿,实质上只是部分赔偿。

事实上,人们已经充分认识到完全赔偿原则在逻辑、价值及法律效果等方面存在诸多不足,因而各种背离这一原则的规则和制度开始在侵权法上发展起来。即使在承认完全赔偿原则的国家和地区,也没有将这一原则予以绝对化的适用。面对众多的突破和偏离,完全赔偿原则早已千疮百孔、面目全非。如果将完全赔偿原则理解为经过各种限制手段削减后的损害,行为人应全部予以赔偿,这不仅自相矛盾,而且没有任何实际意义。当然,我们也不能就此认为,完全赔偿原则只是“立法、学说、判例所作出的虚假表述,其不应当、也没有存在于当今真实的法律生活之中”^[18](P164)。

前已述及,传统的损害赔偿法对补偿功能进行了较为彻底的贯彻,从责任基础与责任效果之区分、禁止得利要求之贯彻、损益相抵规则之确立、惩罚性赔偿之反对等具体的侵权法制度构造可以看出,完全赔偿原则不只是一种理论上的法律原则,它还对损害赔偿法的发展切实起着一种导向作用^[19](P6)。在实践中,即使面临着诸多的偏离和突破,完全赔偿原则的影响力依然存在,围绕这一原则所形成的一整套制度架构仍在运转,要件与效果之间仍呈隔绝状态,仅具有轻微过失的行为人难免要对削减后仍然巨大的损害承担赔偿责任,行为人的行为自由和人格发展自由仍难以获得可靠保障。

因此,要从根本上解决上述问题,只有抛弃名不符实的完全赔偿原则^①,打破要件与效果之间在逻辑及价值层面的隔绝状态,使损害赔偿效果可依责任成立基础的充实程度予以弹性而非僵化的确定,由此实现法的妥当性及个案的实质正义。对此之探讨,将在下文展开。

二、弹性化构造的方法论基础

随着社会关系的复杂化,人们的价值追求也日益多元。在社会交往中,人们必然会触碰到他人的利益,因而需要对与损害相关的风险进行合理的分配^[20](P119)。然而,完全赔偿原则选择将损害风险一刀切地分配给具有可归责性的行为人,而不考虑归责性之程度及其他相关因素,并在法律效果上呈现全有或全无的极端模式,因而极度压缩了行为人的自由空间,漠视了除补偿之外的其他法律功能。若全面贯彻完全赔偿原则,意味着在社会交往中共同生活的人们必须放弃其所有形式的生活表现^[20](P119)。

^① 在前期的相关研究中,笔者尝试透过比例原则来缓和完全赔偿原则的不足。不过,现在看来这种方法治标不治本,难以根治完全赔偿原则在逻辑、价值及适用效果等方面存在的根本性缺陷。

显然,这种极端、僵化的价值选择和法律效果与多元化的社会现实之间格格不入。

在比较法上,为了妥当地协调不同法律价值之间的冲突,学者们提出了两种具有代表性的解决方案,即拉伦茨所倡导的“个案中之法益衡量”方法及维尔伯格所主张的动态体系论。前者是指,“一旦冲突发生,为重建法律和平状态,或者一种权利必须向另一种权利(或有关的利益)让步,或者两者在某一程度上必须各自让步。于此,司法裁判根据它在具体情况下赋予各该法益的‘重要性’,来从事权利或法益的‘衡量’。”^[21](P279)后者则主张,“责任不应仅基于一个统一的理念,而是应基于多个方面的相互作用,在学术和立法中,这些方面可以用要素或者动态力量来表达。……这些力量并不是绝对的和僵化的,它们作为多变的要素间的相互作用之整体结果,展现了自身的影响”^[22](P112)。

具体而言,“个案中之法益衡量”方法的提出,主要是基于这样的认识,即人的确不可能依据哲学方法对那些应当得到法律承认和保护的利益作出一种普遍有效的权威性的位序安排^[23](P400)。既然人们不能直接依据立法上所作的权威性的位序安排来决定何种利益应优先受到保护,因此必须在个案中对相冲突之法益进行权衡。权衡之结果,或者是一种法益向另一种法益退让,或者二者各自退让。这样,冲突就能得到消除,法律秩序便可恢复和平。这一方法为法益冲突之妥当解决提供了可能性,不过其也有不足之处,那就是其不能为法官提供较为明确的指引,也无法对法官的裁量过程及结果作出较为有效的控制,因而法官不可避免地享有过大的自由裁量权。

为此,拉伦茨根据是否存在基本法上的价值秩序而提出如下应对之策:如果存在这样的价值秩序,则位阶较高的法益当然优先获得保护;如果相冲突之法益的位阶相同,或者不能进行抽象之比较,则此时要解决此种性质的法益冲突,一方面取决于应受保护法益被影响的程度,另一方面取决于假使某种利益须让步时,其受侵害程度如何;在这个过程中,须受比例原则的控制^[21](P285)。这样,自由裁量权就可得到较为妥当的规范和控制。因为,将比例原则作为利益衡量的指导和参考框架,既可妥当地约束法官的自由裁量,又能为法官和当事人提供较为明确的预期^[24](P157)。由此,透过比例原则之参与和检验,“个案中之法益衡量”方法便具有了可操作性。

动态体系论的提出则是基于这样的考虑:在损害赔偿法领域,无论是规定一般条款还是固定要件,均难以取得妥当的结果——前者过于模糊,因而可能被法官随意使用;后者过于僵化,在法律效果上要么全有、要么全无,因而极大地制约了个案中裁判结论的妥当性。有鉴于此,“动态系统论在固定规则和严格要件与模糊的一般条款之间选择了第三条道路:通过描述法官需要考虑的决定性因素,立法者能够实现更高层次的规则确定性和对法官自由裁量权的相当程度的限制”^[25](P43)。因此,动态体系论的核心在于:如何选择和确定应予评价的要素。在要素确定之后,再进一步衡量这些因素在个案中所具有的分量或权重,以决定法律效果是否发生及如何发生。在个案的判断中,这些要素能够相互影响、相互协调,某一要素如果具有特殊的强度,其自身就足以引发损害赔偿责任,相应地,对于其他要素之要求即可适度弱化。

在动态体系论中,由于相关要素并非被立法者予以事先固定,且不同的要素具有不同的分量,这样,对个案中相互结合的不同强度的要素进行综合评价后,便可妥当地决定法律效果是否发生及如何发生。据此,“每个案件都呈现出一幅特殊的图景,它源自这些力量的特殊结合和强度。……这一体系能够包容所有可以想象得到的情形及其特殊的性质。与先前的原则相比,它具有弹性,不会像玻璃物品那样易碎”^[22](P112)。维尔伯格主要是在责任构成领域探讨动态体系论,其目的是实现责任基础的动态化,而并没有将其进一步推进到责任承担领域,从而实现法律效果的动态化。这一任务主要是由考茨欧教授及其领衔的欧洲侵权法小组完成的^①。

① 《欧洲侵权法原则》第3:201条规定:某活动构成本章第一节规定的原因时,损害是否可以及在何种程度上可以被归责于某人,取决于下列因素:a. 一个理性人在活动时预见该损害的可能性,尤其要考虑致害活动与其结果在时空方面的接近性,或与这种活动通常造成的后果相比,该损害的严重程度;b. 受保护利益的性质和价值;c. 责任基础;d. 生活中通常风险的程度;e. 被违反之规则的保护性目的。

就“个案中之法益衡量”方法与动态体系论之比较而言,可以发现,这两种方法在价值及适用上均存在诸多的共通之处:二者均旨在追求个案处理结果的妥当性;二者在适用上均需对相关法益或要素的重要性进行考察和权衡,其法律效果均较具弹性。当然,这两种方法也有不同:“个案中之法益衡量”方法可广泛适用于法益冲突之解决的场合,而动态体系论则主要适用于立法没有预先给定固定框架的场合,如果立法者对法的安定性有着特别的强调,则动态体系论没有用武之地——“在法律的确定性是某一法律的特定目的时,不会有‘动态’适用的空间”^[25](P42-43);“个案中之法益衡量”方法较为抽象,若非比例原则与之配合,则不易展开和操作,而动态体系论的内容构成则较为明确。当然,什么是要素、权重或分量,同样需要在个案中予以具体化。

笔者主张,以上述两种方法为基础,共同完成损害赔偿效果的弹性化构造,理由如下。

其一,就“个案中之法益衡量”方法而言,其在损害赔偿法中具有广泛的适用余地。例如,无论是一般条款和不确定性概念的具体化,还是间接侵权和不作为侵权中的违法性认定,利益衡量方法均有着重要的方法论上的意义,法官需要仔细权衡个案中相冲突的诸种利益状况,在此基础上对利益保护作出恰当选择,以实现诸种利益之间的衡平。就损害赔偿的认定及承担而言,同样涉及非常复杂的利益关系,对此,“个案中之法益衡量”方法大有用武之地。

其二,“个案中之法益衡量”方法存在被滥用的可能性,若动态体系论与之相配合运用,则可相得益彰。根据动态体系论的基本原理,法官需要对若干较为明确、固定的要素进行判断,并分别赋予其一定的分量,经过综合权衡后得出一个较为弹性且妥当的结果,这就有助于增强相关裁判结果的可预见性及说服力,避免单纯适用“个案中之法益衡量”方法可能产生的恣意。

其三,在损害赔偿的确定方面,排除“个案中之法益衡量”方法,单纯地采用动态体系论,既不现实也不合理。一方面,动态体系论虽然不能与利益衡量划等号,但是就相关要素的具体化而言,仍不可避免地会涉及“个案中之法益衡量”方法;另一方面,法律利益并非呈现单一的面向,而是有着复杂的层次结构,动态体系论对此难以有效应对。因此,在损害赔偿的确定方面,有必要同时结合“个案中之法益衡量”方法和动态体系论,共同完成损害赔偿效果的弹性化构造。

具体而言,在个案中,如果一名行为人仅仅因为轻微的过失给他人造成了严重的损害,而该损害又没有被保险所覆盖或者没有被保险完全覆盖,如果不问情形,只要行为人有过错、符合侵权构成,就要求其损害作出完全赔偿,无疑会极大地限制其行为自由和人格发展自由,摧毁其未来生活及人格发展的基础。显然,若贯彻完全赔偿原则,将会导致安全价值与自由价值在法律上处于极不平衡状态,难谓合理。此时,运用“个案中之法益衡量”方法,安全价值须向自由价值作出一定的退让,以实现法益保护的均衡。至于作出多大程度的退让,则需借助于动态体系论完成。

根据动态体系论,法官在进行裁量时必须对责任构成的相关要素的满足度及其分量进行具体考察。法律效果是否发生及如何发生,取决于个案中不同构成要件的强度及其满足状况,从而有效地避免了完全赔偿原则之下僵化的全有或全无的择一模式,使法律效果能够获得契合个案情境的妥当性。这样就可以形成一个具体化的过程,同时起到限制法官自由裁量的目的,使其判决具有可预见性;并且,此种弹性规则也可以充分考虑现实生活的多样性^[26](P17)。

由此,仅有轻微过失的行为人便可免于承担具有压迫性乃至毁灭性的赔偿责任。这里的核心思想是:打破要件与效果之间在逻辑及价值层面的隔绝,使二者在逻辑上相融贯,在价值上相契合;在此基础上,赋予各个要件以一定的分量,在对要件进行综合考量和整体评价的基础上,最终弹性地确定行为人所承担的责任范围。这样,自由价值与安全价值之间的冲突可得到妥善之调适,而全赔或全不赔的择一模式下动辄引发的公平正义问题亦可迎刃而解。

需要强调的是,笔者的上述构想与传统的动态体系论并不完全一致,主要体现在没有刻意地强调要

素及要素的动态性,而是基于构成要件与法律效果在价值判断上的连贯性,主张应在综合考量各个要件之满足程度的基础上,对责任范围予以弹性化的确定。这里的考虑主要是:要件可以说是固定化的要素,因此运用动态体系论并无不妥;完全赔偿原则只在过错责任领域适用^[27](P155),而学界对过错责任的构成要件存在较大的共识,故透过要件的综合权衡以及在此基础上对责任效果所作的弹性化认定,足以实现损害赔偿效果的妥当化^①,而没有引入新要素的必要,如此也可避免引发一些不必要的反弹或争论。

三、弹性化构造的具体展开

本文主张,在损害赔偿范围的确定上,应同时结合“个案中之法益衡量”方法和动态体系论,共同完成损害赔偿效果的弹性化构造。其基本构想在于:打通构建要件与法律效果之间的隔绝状态,使二者在价值判断上相融贯,要件的满足度应当在责任的量上体现出来,由此打破完全赔偿原则下全有或全无的择一效果模式。因此,在责任成立的认定和责任承担的划分上,需要综合考量和评价过错程度、违法性程度、因果关系盖然性程度等构成要件要素,在此基础上,对损害赔偿效果作出弹性化的认定。

(一) 过错程度

根据过错程度确定责任范围,是一项自然理性的要求。过错体现了人们对于行为人的道德非难和负面评价。在价值判断上,对过错行为负面评价的程度与行为人过错的程度之间存在正相关关系,过错程度越高,伦理上的负面评价程度也越高^[28](P71)。故意与过失、重大过失与轻微过失在伦理的负面评价程度上存在着极大的差别。如果在法律效果上不体现这种伦理上负面评价的程度,而让行为人负担完全同等的法律责任,难谓完全符合法律的正义要求^[29](P322)。完全赔偿原则为了满足对受害人的补偿,要求行为人承担完全赔偿责任,而不问其过错程度如何,最轻的过失在法律效果上与故意相同。法律与道德、法律评价与伦理评价之间的撕裂与对立,由此可见一斑。

在1867年出版的《罗马私法中的过错要素》一书中,耶林就对主张责任效果独立于责任基础的完全赔偿原则作出了尖锐的批判,其认为:“这种观点很肤浅,即如果过错和损害得到了证明,那么完全的损害赔偿义务就是不言而喻的。但,这是一种谬论,而且极其危险。……只有过错和损害并不够,还要考虑到损害的程度,但是这并不绝对。那些知道并且故意给对手造成损害的人,不能逃脱完全损害赔偿的给付。因为,其之所为乃为其所知及所欲。因此,过错的程度决定了责任的范围:故意导致对全部损害进行赔偿的义务,而过失引起的赔偿义务则受到了某种程度的限制。”^[30](P55-56)

前已述及,完全赔偿原则在比较法上并非一统天下。布吕格迈耶尔指出,在完全赔偿原则之外,还存在一项自然法上的原则,即过错程度与责任范围之间应当合比例的原则,这一原则可以在1794年的《普鲁士普通邦法》和1811年的《奥地利普通民法典》等受自然法影响的法典中找到^[5](P556)。目前,在比较法上,明确规定责任范围取决于过错程度的立法例,主要有《奥地利普通民法典》第1324条和《瑞士债务法》第43条。此外,美国《侵权法重述·第三次》“身体和精神损害之责任”部分第6章第33条也体现了这一思想。

即使在奉行完全赔偿原则的国家和地区,也没有完全排除过错程度对责任成立及范围的影响,这突出体现在纯粹经济损失、非物质损失、混合过错等场合下的责任认定及承担上。纯粹经济损失并不是直接侵害人身权或财产权所导致的损失,对其能否获得侵权法的救济在比较法上存在争论。但是,所有法律制度都同意:如果相关行为是可归责、不道德且违背公共政策的,那么其故意所致纯粹经济损失应是可获赔的^[31](P8)。

非物质损失是不能以金钱衡量、评价的精神上或心理上的痛苦、折磨或损伤。因此,要对非物质损失进行完全赔偿是不可能的。同时,非物质损失的程度与行为人的过错程度也存在着紧密关联,故意在网

^① 需要注意的是,笔者的上述主张只限于过错原则下损害赔偿责任之确定。动态体系论在无过错责任领域或风险责任领域内的推进,则需要构建开放、动态的要素体系。

上传播他人裸照和不小心看到了他人裸照,对受害人的精神或心理所造成的创伤不可相提并论。因此,要实现慰抚金的赔偿功能,有必要考虑行为人的过错程度。混合过错是指对于损害的发生或扩大,行为人与受害人双方都具有过错。此时,要求行为人对损害承担完全赔偿责任,势必违背公平原则。因此,最妥当的做法是,根据双方的过错程度确定各自应予负责的范围,其后果便是过失相抵。

(二) 违法性程度

违法性,有的学者也将其称为不法性,是指加害行为违反法律或行政法规等规范性文件中的禁止性规定,或侵害受法律保护的民事权益尤其是绝对权利,以及与法律的基本原则、价值相对立^[32](P24)。违法性概念表现的是被告行为之社会反价值,亦即不合社会上期待之行为^[17](P54)。在我国,关于违法性的地位及其与过错的关系,学界存在一定的争论,不过主流观点认为二者是两种具有不同意义和价值的归责要素^①。比较法的考察结论也显示,“‘违法性’在依各国法律确定侵权责任的过程中发挥了决定性的作用”^[33](P170)。

就违法性之判断而言,德国民法通说根据被侵害权益的性质不同而将其区分为结果违法和行为违法两种:前者适用于绝对权被侵害的情形,后者则主要适用于侵害框架权和不作为侵权的场合^[34](P75-76)。在绝对权被侵害的情况下,此种权益侵害的结果就可以直接征引行为具有违法性,而在其他情形,违法性是否成立则需要结合个案作出具体判断。这样,违法性的判断便存在着程度上的不同。

具体而言,绝对权均具有典型的社会公开性,他人得以通过一定的公示方法知悉权利的存在,因此在行为时需要提高谨慎以避免侵害他人的绝对权,同时绝对权具有排他性,可以排除他人的不法侵害,故而在受法律保护的法益位阶中处于最高地位^②。相应的,其也应受到最高程度的保护,因而侵害绝对权的违法性最强。也就是说,任何侵害绝对权的行为,只要不存在正当防卫、紧急避险等正当化事由,都具有违法性。在这种情况下,对其他要素的判断要求就可适度降低。责任成立后,再综合考量行为人的过错程度、因果关系盖然性程度,对责任范围进行妥当之确定。

如果侵害的对象是绝对权之外的法益,则违法性是否具备尚须结合其他要素才能作出判断。这是因为,绝对权之外的法益种类众多且广泛存在,更重要的是,其并不具有典型的社会公开性。因此,为了避免钳制人们的行为自由,有必要对其保护提出更高的要求。这主要体现为:只有在行为人故意违反善良风俗或者违反保护性法律的情况下,相关的法益侵害才具有违法性。

我国也有学者主张:“不具社会典型公开性的利益,必须在具有‘故意’和‘违反善良风俗’要件的前提下,才能受到保护,以避免责任泛滥;若加害人仅有过失,则无须承担责任。”^[35](P113)例如,在市场竞争中,为打败竞争对手而采取降价促销的手段,这可谓是故意侵害他人财产利益,但是这种做法为法律所许可,只有当其采取不正当竞争手段,如捏造事实诽谤他人或者散布不利于他人的虚假消息,从而违反善良风俗时,由此所产生的法益侵害才具有违法性。

此外,违法性也与法律的保护目的或范围有关。也就是说,只有当损害处于针对侵害之规范的保护范围之内,其才能获得赔偿^[36](P8)。如果损害超出了相关规范的保护范围,则损害本身不仅不具有可赔偿性,而且行为也没有违法性。在比较法上,纯粹经济损失原则上不受侵权法的保护,原因即在于此。因此,违法性之判断不是简单的有或者无的问题,而是有着程度上的不同。对于债权、营业权之侵害,或纯粹经济上损失等侵权责任之成立,法律上之控制机制,就在于违法性程度之判断^[17](P55)。

与违法性程度相对应的,就是相关法益的价值位阶:越是高位阶的法益,如生命、健康、所有权等,受

① 主张违法性与过错相区分,主要有以下几个理由:第一,违法性是对人的行为进行评价,而过错本质上是一种主观状态;第二,否认违法性的存在,将影响违法阻却事由在侵权法体系中的定位;第三,这种区分在实践中具有意义。例如,一名疯子拿着刀从精神病院冲出砍人,此时其主观上并没有过错,但是其行为因与保护他人生命、健康的法秩序相违背,具有违法性,因此,可以对其实行正当防卫。如果主张过错吸收违法性,则难以解释和应对此种情况。

② 当然,这是将绝对权作为一个整体与其他不是绝对权的法益相比较所得出的结论。就绝对权内部而言,不同种类的绝对权之间也存在受保护程度的强弱之别。

法律保护的力度也就越大,侵害行为的违法性程度也越高,由此所造成的损害,无论是直接损失还是间接损失,也不论是物质损害还是非物质损害,均应获得全面的救济;而正在形成中的法益,则具有较弱的受法律保护性,行为的违法性程度也相对较弱。因此,违法性程度对于责任能否构成具有重大影响,这种差异在最终的损害赔偿效果上也应体现出来。

(三) 因果关系盖然性程度

因果关系从来不只是一个事实问题,其也是一种法律政策之工具,蕴含了侵权行为损害赔偿责任归属之法的价值判断^[37](P246)。因此,在损害赔偿法中,因果关系具有事实层面和法律层面的双重意义:在事实层面,只有侵害行为在客观上引起了相应的损害后果,行为人才需要承担侵权责任;在法律层面,并非行为人对其所造成的全部损害都要负责赔偿,而是只对与法益侵害之间具有相当性(大陆法)或者近因(英美法)的损害承担责任。

事实层面的因果关系决定责任能否成立,而法律层面的因果关系则关乎责任范围,无论在哪个层面,因果关系的判断都具有程度上的不同。尤其是在法律层面,为了妥当地限定责任范围,需要将因果关系的判断提升至相当充分的程度,以将“那些由偶然、客观上无法预见的各种情事相互作用所引发的非典型损害排除在责任后果之外”^[26](P278-279)。

根据因果关系的相当性程度来确定行为人是否承担责任及承担多大责任的做法,在一般情况下确实具有合理性,但是在实践中如果完全恪守这一教条则有失妥当。例如,在有关机会损失的案件中,当治愈机会为49%或51%时,判决行为人不承担任何责任(不具有相当性)或者要求其承担完全赔偿(具有相当性)均非妥当。因此,在机会损失案件和因果关系难以得到确切证明的特定侵权案件中,根据因果关系的盖然性程度确定行为人所承担之责任范围的比例责任学说,在比较法上开始发展起来^[3](P95)。

证据从不完备,不确定性永远存在^[38](P354)。除了盖然性极低的情况下可以否定行为人的责任,在大部分场合,因果关系的盖然性程度都难以达到100%。此时,较为妥当的做法是:以因果关系在事实上的盖然性程度为基础,综合考量行为人的过错程度、违法性程度,最终确定行为人应当承担的责任范围。如果盖然性程度较高,行为人主观上具有故意或者重大过失,被侵害的法益也具有较高的价值位阶,此时可以要求行为人作出完全赔偿。如果盖然性程度比较低,而行为人只具有轻微过失且违法性程度也较弱时,经过综合评价后便可作出不赔或者作出比例性赔偿的决定。

(四) 损害赔偿范围之最终确定

构成要件不仅是责任成立之基础,也是责任范围之界限^[39](P34)。在完全赔偿原则下,法律效果独立于责任基础,要件只需要满足最低程度的要求,就当然引起完全赔偿的效果。但是这种做法在效果上较为绝对,完全忽视了责任基础的满足程度对责任量的影响,因而存在价值实现上的断裂与自相矛盾,难以实现个案中的实质正义。因此,打通要件与效果之间的隔绝,使价值判断相融贯,便成为一项自然理性的要求。这样,损害赔偿范围便可依据个案中构成要件的满足程度予以弹性的确定。

在要件满足度的考察中,过错程度应当居于基础和主导地位。这不仅是因为过错程度直接体现了法律对行为人所作的伦理上的负面评价程度,也是由于过错程度与违法性的判断和因果关系的认定之间存在着密切的关联。例如,故意侵害他人或他人的权利总是违法的,这在各地都是不言自明的^[40](P77)。如果行为人主观上有故意,即使是在异常的事件中,因果关系也不中断^[41](P365)。因此,构成要件的诸要素间并非相互独立和彼此隔绝,而是处于一种动态的密切联系中。在对具有不同程度的构成要件诸要素进行综合评价后,便可对行为人应当承担的责任范围进行妥当的认定。当然,这里并不存在如同数学般精确的数值和方法,而是旨在通过对要件满足度的总体考察以取得一个能够为各方接受的、相对妥当的结果。

一般情况下,行为人承担损害赔偿的范围主要取决于其过错程度。如果行为人的过错程度严重、被侵害利益的受保护度高、因果关系较为明确,而受害人方面没有任何的可归责性,那么可以认定行为人对损害负有完全赔偿责任。如果行为人的过错程度非常轻微、被侵害利益的受保护度较弱,也可以认定行为人没有责任。在这两者之间,法官可以根据责任基础的充实程度,在个案中合理地确定行为人的责任范围。这样,就有效避免了完全赔偿原则仅仅因为细微的区别就摇摆于全部赔偿与完全不赔偿之间所引发的公平正义问题^[42](P3)。

不过,在机会损失案件和因果关系难以证明的案件中,除非行为人主观上具有故意或重大过失,否则,损害赔偿的范围应主要依据损害发生的几率或盖然性程度来确定。因为,在上述类型的案件中,行为人方面的过错程度与最终的损害后果之间往往并不成比例,即轻微或普通治疗过失也可能导致健康损害,而重大治疗过失不是必然造成损害^[43](P99)。因此,只有在要件满足度非常充分,且受害人方面没有任何可归责性的场合,才可要求行为人承担完全赔偿之责任。除此之外,行为人只承担与其过错程度、违法性程度和因果关系盖然性程度相符合的比例赔偿责任。这样,仅有轻微过失而动辄承担巨额赔偿的可能性便不复存在^①。如此,则要件与效果就能在价值上相融贯,而自由与安全亦可得到妥当之协调。

在比较法上,瑞士法就明确抛弃了严格僵硬的完全赔偿原则,而采纳了更为弹性的比例责任原则。《瑞士债务法》第43条第1款规定:损害赔偿的方法和范围,由法院裁判之,法院为裁判时,应衡量发生损害的具体情况及其过错程度^[44](P18)。这样,法官在个案中确定损害赔偿的方法及范围时,不仅要考虑过错程度,还应考虑其他因素,而其他因素在何种程度上影响最终的实际赔偿额确定,由法官裁量决定^[45](P110)。由于法官可综合过错程度和相关因素对损害赔偿范围进行更为灵活的确定,这样,比例责任便得以构建起来。

在比较法上有着广泛影响的《欧洲侵权法原则》也明确抛弃了完全赔偿原则,主张依据动态体系论对损害赔偿予以弹性化的认定。可以说,打通构建要件与法律效果之间在逻辑和价值层面的隔绝,允许法官在综合考量过错程度、违法性程度、因果关系盖然性程度等构成要件要素之基础上,对损害赔偿效果作出弹性化的评价,使其能够获得契合于个案情境的妥当性,将成为妥当解决多元化社会中不同法律价值间之冲突的必然诉求。

四、可能的质疑及回应

无可讳言,本文虽然对损害赔偿效果之弹性化构造的缘由及其方案进行了初步探讨,但是这种方案只是一种初步的理论构想,尚需进一步的论证。因此,上述构想将不可避免地遭遇如下之质疑:这种做法难以保护受害人,且过于灵活,难以操作。仔细分析,这些质疑有的看似合理,有的则难以成立。

前已述及,自由与安全等价值都处于同等的受保护地位,这就决定了一个国家建立的侵权责任法体系只有对受害人与加害人的保护是均衡的,才是正义的^[46](P185)。侵权法不只具有救济功能,其同时也应具有教育和预防等功能。完全注重对受害人的补偿,而不考量其他法律价值,不仅容易造成极端情况,也与侵权法的相关立法与实践不符^②。对此,基于构成要件满足度的损害赔偿效果的弹性化评价机制,既能够妥当地协调不同价值之间的紧张关系,实现个案中的实质正义,也能够最大限度地接纳和解释侵权法上对完全赔偿原则所作的各种缓和及突破之规定,并可为侵权法的未来发展留足空间。

从形式上看,这种损害赔偿效果的弹性化机制确实不易操作,法官在损害赔偿范围的认定上不可避免地享有一定的自由裁量权,因而有学者表达了这样有可能进一步弱化现行法对于法官的拘束作用的

① 即使在认可完全赔偿原则的国家和地区,为了避免因完全赔偿而影响行为人的生计或者为了公平起见,大多都规定了相应的酌减条款。但问题是:这些酌减条款的适用非常严格,只有在例外情形下才能矫正完全赔偿原则的不足,而不能彻底破解这一原则下因要件与效果相隔绝而产生的法律效果要么全有、要么全无的难题。

② 如果完全贯彻补偿功能,则惩罚性赔偿、非物质损害赔偿、衡平责任、危险责任中的最高额赔偿等制度在损害赔偿法上根本无从建立。

担心^[2] (P102)。这种担心不无道理,不过,这里的问题是:为了拘束法官而宁愿固守在逻辑和价值上并不妥当的完全赔偿原则,还是废弃这一原则并且对法官的自由裁量权予以妥当的规范?前者面向当下,而后者则着眼于未来。完全赔偿原则奉行全有或全无的择一判断模式,其背后体现了对法官的不信任,烙刻着追求形式理性及形式正义的概念法学的印记^[18] (P163)。

在利益诉求日趋多元的现代社会,这种形式化的教条难以保证获得妥当的裁判结果,因而为了避免引起极端结果,在个案中法官往往透过对构成要件的斟酌,而进行着实质上的利益权衡及价值裁量。但是,这种做法并不可靠,而且对于法律的稳定性和判决的可预见性是一种极大的损害^[25] (P45)。这意味着试图通过贯彻完全赔偿原则来拘束法官并不能奏效,否则只能倒退回概念法学一统天下的时代。

诚然,通过对构成要件满足度进行综合考量以确定损害赔偿范围的做法,确实具有相当程度的弹性,但是弹性不等于任性,法官需要向当事人及社会公开其作出决定时的考量因素及理由,由此对其自由裁量权构成更高的限制及约束。对此,需要理论上提供必要的支持和指引。在比较法上,瑞士法之所以能够建构起比例责任,允许法官可根据过错程度及其他因素来确定损害赔偿的方法和范围,这与瑞士法明确承认法官的自由裁量权并对其予以妥善规范的法制传统之间有着莫大的关联^①。对此,我们理应予以充分借鉴,而不能抱残守缺、墨守成规,更不能恪守教条、故步自封,就此放弃对法律适用精致化、法律效果妥当性等价值的追求^②。

此外,还可能有学者担心,这种弹性化的机制固然有助于实现个案实质正义,不过似乎也消解了损害赔偿法上的责任成立与责任范围之区分,因而未尽合理。笔者以为,传统理论区分责任成立与责任范围之目的,在于贯彻完全赔偿原则,使责任范围不受责任基础之充实程度的影响,从而有助于实现法的安定性。不过,现代以来,随着社会关系的复杂化和利益主张的多元化,法的安定性逐渐让位于法的妥当性,继续保持责任成立与责任范围之间的隔绝状态,在很多情形下难以获得妥适的法律效果。

因此,近代以来,各种突破完全赔偿原则的规则和制度,在侵权法上开始发展起来。种种迹象表明,完全赔偿原则绝非实现侵权法的利益协调功能和妥当的损害赔偿效果的最优选择,而纯正的完全赔偿原则也只停留在人们的想象中^[47] (P170)。有鉴于此,笔者主张,结合“个案中之法益衡量”方法和动态体系论,共同完成损害赔偿效果的弹性化构造。这种理论构想之目的,不是为了消解责任成立与责任范围之间的区分,而是为了打破二者在逻辑及价值层面的隔绝状态,使责任基础的充实程度可以在责任的量上体现出来,最终实现法的妥当性。当然,这种弹性化的机制不可避免地会对传统侵权法的理论架构形成一定的冲击,对此,尚需在理论层面进行深入的研究和论证。

五、结论

完全赔偿原则之目的在于实现对受害人的充分救济。为此,传统的损害赔偿法构建了要件与效果相区分的原则,并在效果上表现为全有或全无的判断模式。然而,完全赔偿原则恰恰在这两方面存在重大缺陷:一方面,过错、违法性、因果关系等构成要件均有典型的程度之维,其满足程度理应在责任的量上体现出来,而将要件与效果相隔绝,切断了这种价值判断上的连贯性,使得价值的实现不可避免地出现断裂及自相矛盾;另一方面,全有或全无的判断模式过于僵化和极端,拒绝对损害赔偿效果作出任何量化安排的可能性,难以妥当解决现代社会多元法律价值之间的冲突。完全赔偿原则的背后,体现的是对法官的不信任以及对法的安定性的过度强调。

① 例如,《瑞士民法典》第1条明确规定,在法无明确规定时,法官应依据惯例裁判;如无惯例,法官应依据自己作为立法者所提出的规则裁判,不过此时法官应参酌公认的学理和实务惯例。

② 完全赔偿原则以充分救济受害人为目的,因而有着伦理上的优势。在一些争议不大的侵权案件中,适用完全赔偿原则,的确可以较为迅速地确定责任、解决纠纷,但这只是以“差不多”作为判断标准,遮蔽了完全赔偿原则在逻辑、价值以及法律效果等方面所存在的痼疾。现代以来,随着社会关系的复杂化和利益主张的多元化,人们更加注重法的妥当性,全赔或全不赔的择一模式严重阻碍了个案实质正义的实现。由此,名不符实的完全赔偿原则应予抛弃。

现代以来,随着社会关系的复杂化和利益主张的多元化,法的安定性逐渐让位于法的妥当性。由于完全赔偿原则在适用中动辄引发极不妥当的结果,对行为人的行为自由和人格发展自由构成重大限制。因此,各种偏离和突破这一原则的相关规则和制度,在侵权法上先后发展了起来。但是,这些突破并没有从根本上解决完全赔偿原则所存在之痼疾:一方面,仅具有轻微过失的行为人可能要对经过削减后仍然巨大的损害承担赔偿责任;另一方面,在机会损失案件和因果关系难以证明的案件中,如果受害人不能证明因果关系达到了所要求的高度盖然性之程度,那么其只能空手而归。无论何者,继续恪守僵化的完全赔偿原则之教条,将难以妥当协调不同法律价值之间的紧张关系。

有鉴于此,笔者主张抛弃名不符实的完全赔偿原则,以“个案中之法益衡量”方法和动态体系论为基础,尝试实现损害赔偿效果的弹性化构造。这种构想的关键在于:打破构建要件与法律效果之间的隔绝,使二者在价值判断上相融贯,要件的满足度应当在责任的量上体现出来。据此,在责任成立的认定和责任承担的划分上,需要综合考量和评价过错程度、违法性程度、因果关系盖然性程度等构成要件要素,在此基础上,对损害赔偿效果作出弹性而非僵化之认定,使其能够获得契合于个案情境的妥当性。如此,则自由与安全等价值可得到妥当之协调,而全有或全无的极端模式亦将烟消云散。

参考文献

- [1] 程啸. 论未来我国民法典中损害赔偿法的体系构建与完善. 法律科学, 2015, (5).
- [2] 周友军. 我国侵权法上完全赔偿原则的证立与实现. 环球法律评论, 2015, (2).
- [3] 欧洲侵权法小组. 欧洲侵权法原则: 文本与评注. 于敏, 谢鸿飞译. 北京: 法律出版社, 2009.
- [4] Tilman Finke. *Die Minderung der Schadensersatzpflicht im Europa*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2006.
- [5] Gert Brüggemeier. *Haftungsrecht*. Berlin: Verlag Springer, 2006.
- [6] Dieter Medicus, Stephan Lorenz. *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*. München: Verlag C.H.Beck, 2010.
- [7] Friederike Schattka. *Die Europäisierung der Abschlussprüferhaftung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.
- [8] Klaus Budewig, Markus Gehrlein. *Das Haftpflichtrecht nach der Reform*. München: Verlag C.H.Beck, 2003.
- [9] Nils Jansen. *Die Struktur des Haftungsrechts*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 2003.
- [10] Gerald Mäsch. *Chance und Schaden*. Tübingen: Verlag Mohr Siebeck, 2004.
- [11] 伯恩哈德·A. 科赫, 赫尔穆特·考茨欧. 比较法视野下的人身损害赔偿. 陈永强, 徐同远等译. 北京: 中国法制出版社, 2012.
- [12] 克里斯蒂安·冯·巴尔, 乌里希·德罗布尼希. 欧洲合同法与侵权法及财产法的互动. 吴越等译. 北京: 法律出版社, 2007.
- [13] Michael Kittner. *Schuldrecht*. München: Verlag Franz Vahlen GmbH, 2002.
- [14] 彼得·凯恩. 阿蒂亚论事故、赔偿及法律. 王仰光, 朱呈义, 陈龙业译. 北京: 中国人民大学出版社, 2008.
- [15] Dirk Looschelders. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*. Cologne: Carl Heymanns Verlag, 2006.
- [16] 王泽鉴. 损害赔偿. 北京: 北京大学出版社, 2017.
- [17] 陈聪富. 侵权违法性与损害赔偿. 北京: 北京大学出版社, 2012.
- [18] 叶金强. 论侵权损害赔偿范围的确定. 中外法学, 2012, (1).
- [19] 王军. 侵权损害赔偿制度比较研究. 北京: 法律出版社, 2011.
- [20] Dieter Schwab, Martin Löhnig. *Einführung in das Zivilrecht*. Heidelberg: C.F.Müller Verlag, 2007.
- [21] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论. 陈爱娥译. 北京: 商务印书馆, 2003.
- [22] 瓦尔特·维尔伯格. 私法领域内动态体系的发展. 李昊译. 苏州大学学报(法学版), 2015, (4).
- [23] E. 博登海默. 法理学——法律哲学与法律方法. 邓正来译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [24] 郑晓剑. 比例原则在民法上的适用及展开. 中国法学, 2016, (2).
- [25] 海尔穆特·库齐奥. 动态系统论导论. 张玉东译. 甘肃政法学院学报, 2013, (4).
- [26] 海尔穆特·库齐奥. 侵权责任法的基本问题: 第1卷. 朱岩译. 北京: 北京大学出版社, 2017.
- [27] Christian v. Bar. *Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Zweiter Band*. München: C.H.Beck, 1999.

- [28] 叶金强. 论过错程度对侵权构成及效果的影响. 法商研究, 2009, (3).
- [29] 邱聪智. 从侵权行为归责原理之变动论危险责任之构成. 北京: 中国人民大学出版社, 2006.
- [30] Rudolf von Jhering. *Schuldmoment im römischen Privatrecht*. Giessen: Verlag von Emil Roth, 1867.
- [31] 毛罗·布萨尼, 弗农·瓦伦丁·帕尔默. 欧洲法中的纯粹经济损失. 张小义, 钟洪明译. 北京: 法律出版社, 2005.
- [32] 张新宝. 侵权责任法. 北京: 中国人民大学出版社, 2013.
- [33] H. 考茨欧. 侵权法的统一——违法性. 张家勇译. 北京: 法律出版社, 2009.
- [34] Maximilian Fuchs. *Deliktsrecht*. Berlin: Verlag Springer, 2009.
- [35] 于飞. 侵权法中权利与利益的区分方法. 法学研究, 2011, (4).
- [36] Erwin Deutsch, Hans-Jürgen Ahrens. *Deliktsrecht*. Cologne: Carl Heymanns Verlag, 2009.
- [37] 王泽鉴. 侵权行为. 北京: 北京大学出版社, 2016.
- [38] M. Stuart Madden. *Exploring Tort Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- [39] Erwin Deutsch. *Allgemeines Haftungsrecht*. Cologne: Carl Heymanns Verlag, 1996.
- [40] Ernst von Caemmerer. *Wandlungen des Deliktsrechts. Hundert Jahre deutsches Rechtsleben Band II*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1960.
- [41] 冯珏. 英美侵权法中的因果关系. 北京: 中国社会科学出版社, 2009.
- [42] 海尔穆特·库齐奥. 损害赔偿法的重新构建: 欧洲经验与欧洲趋势. 朱岩译. 法学家, 2009, (3).
- [43] 格哈德·瓦格纳. 损害赔偿法的未来. 王程芳译. 北京: 中国法制出版社, 2012.
- [44] 瑞士债务法. 戴永胜译. 北京: 中国政法大学出版社, 2016.
- [45] 海茵茨·雷伊. 瑞士侵权责任法. 贺栩栩译. 北京: 中国政法大学出版社, 2015.
- [46] 张新宝. 侵权责任法立法的利益衡量. 中国法学, 2009, (4).
- [47] 郑晓剑. 侵权损害完全赔偿原则之检讨. 法学, 2017, (12).

Flexible Construction of the Compensation for Damages

Zheng Xiaojian (Xiamen University)

Abstract The purpose of the principle of full compensation is to achieve compensation function. Therefore, the traditional damage law establishes the principle of distinction between constitutive elements and legal effects, as a result of which damages will not be affected by degree of the basis of liability and finally a certain judgment pattern as all-or-nothing approach is demonstrated in effect. However, there is fracture of value and self-contradiction in terms of the underlying logic of this approach, so it is difficult to properly coordinate the tension between freedom and security and probably cause some extreme results in specific cases. In modern times, with the complexity of social relations and the diversification of interest claims, the methodology of valuation has already gradually changed from the invariability in the modern civil law to the suitability in the contemporary civil law. Therefore, it will be a necessary and feasible solution to the conflict problem among different legal values in such a pluralistic society to abandon the principle of distinction and to make a flexible evaluation of damages suitable for specific cases, which is based on a comprehensive consideration of different constitutive elements such as the degree of fault, the extent of illegality and the probability of causation, etc.

Key words principle of full compensation; compensation for damages; flexibility; constitutive elements; legal effects

■ 收稿日期 2018-11-24

■ 作者简介 郑晓剑, 法学博士, 厦门大学法学院副教授; 福建 厦门 361005。

■ 责任编辑 李 媛