

损害赔偿范围确定中的法律政策

姜战军*

内容提要：现实生活中的损害广泛和复杂，而民法只对有限范围内的损害提供救济。法律政策决定着民法损害赔偿范围的确定。在近代民法，通过过错责任、因果关系、非财产损害不赔偿原则、直接受害人理论以及违约责任中的可预见规则等法技术过滤工具，实现的是最大限度地保障经济自由、行为自由和最低限度地救济受害人的法律政策。随着民法向现代发展中法律政策强调有限的经济自由、合同风险更加公平的分担以及对人具体关怀下受害人最大限度的救济，各国法通过扩展无过错责任、扩大非财产损害赔偿的范围和可请求赔偿主体以及发展法定的一般注意义务来予以回应。我国损害赔偿法应明确其法律政策，并以此为前提确定更加合理的损害赔偿范围。

关键词：损害赔偿范围 法律政策 行为自由 受害人救济

一、导 言

在社会生活中，人类个体之间对生存资源的不合秩序竞争，以及人们为生存和生活而从事的各种活动，经常导致偶然或必然的他人损害的发生。在这些损害中，财产损害为常见之情形，包括受害人现有财产的损失和可得利益的丧失等，在人身财产损害发生的同时，还往往伴随无形之精神损害。并且，如果损害主要针对人们精神世界之尊严等感受，则会发生无有形损害伴随之单独的精神损害。另外，虽然多数情况下加害人只是加损害于单个人，但基于血缘、婚姻或仅仅是共同生活等特殊关系，抑或人类同类同情等之观感，对个人之损害可藉由这些关系扩散至受害人之亲属、朋友甚或不特定的一般人。在侵权领域，如加害人在公共场合残忍地杀害被害人之情事，不仅被害人受到伤害，被害人的亲属亦可能因过分愤怒、伤心而受到损害，现场目击的公众亦可能因加害人凶残的行为而受到惊吓。在合同领域，如花店因疏忽忘记递送玫瑰，致女友分手，订花之男抑郁成疾，其母怜爱至深，致所患旧疾复发而亡，则其母亦为违约行为之受害人。

以上种种均说明现实中损害发生的广泛性和复杂性，而伴随着现代工业的急剧发展，人们交往频率和接触可能性的大幅度提高，以及网络等新技术条件下人们交往和信息传播的革命性变迁，损害发生的广度和频度更是急剧增加：“这是一个危机四伏、充满损害的社会”，〔1〕损害已成为每个人生活的必然组成部分。民法损害赔偿制度在合理分配损害的分担、使其符合人类文明

* 华中科技大学法学院教授。

〔1〕 王泽鉴：《侵权行为法》第1册，中国政法大学出版社2001年版，第1页。

的发展方向方面扮演着关键的角色。民法损害赔偿制度尤其是损害赔偿范围的合理确定,不仅关乎加害人和受害人〔2〕利益的调整,而且关乎社会风险分配价值目标的实现,具有重大意义。

对受害人而言,如其所失能获得法律上救济而为弥补,则既可获得经济上的补偿,亦可获得精神上的慰藉,从而损害赔偿对受害人具有弥补其所失以矫正违背其意志的利益减少之积极意义。但就社会现实观察,由于损害几乎无时不在,如损害赔偿亦无时不存,则人类社会必将面对终日忙碌而为诉讼之“盛况”。果如此,则人人动辄得咎,行为自由与经济自由将受到极大之限制,而从社会观之,如此一来,社会自由亦恐丧失殆尽,社会发展难以为继,人类社会也终将无法存在。于是,从人类社会建立规则之初,便不曾选择对所有损害加以救济,而是在众多的损害之中撷取若干重要者,予受害人法律上之救济权利,而将大量的损害,经由法律之网加以过滤,使其成为人类共同生活所必须忍受之损害而由受害人自行承担,“任何一个法律制度都需要一个过滤器,以将可赔偿性损害从不可赔偿性损害中区分出来”。〔3〕因此,目击残忍伤害行为的公众,无论遭受多么严重的精神痛苦,几乎没有任何一个法律体系会给予其救济,而可以请求损害赔偿的受害人亲属在不同法律体系之下或者非常有限,或者干脆被完全否定。因为花店未能依约送花而失去爱情和遭受严重精神痛苦的某男,一般也仅能根据违约责任获得购买价金的返还,慷慨的法律体系可能会允许其请求有限的精神损害赔偿,而对于他的母亲,则即使最慷慨的法律体系也会拒绝她的任何请求。

因此,民法中的损害赔偿是经过裁剪的有限范围的救济,民法所谓“全部损害赔偿”,“实并非损害之全部,而只是其一部而已”。〔4〕为实现对现实中损害的法律裁剪,民法利用的是各种法律技术工具。在上述侵权案例中,可以借助没有法律上的因果关系排除对公众或受害人亲属的法律救济,也可以认为加害人没有伤害其他人的过错,或者认为法律只保护直接受害人。而在违约案例中,可以不可预见理论排除对某男及其母亲精神损害的救济,或者认为这些损害与违约之间没有法律上的因果关系,抑或如我国一些学者主张的,认为合同领域只涉及财产利益而排除非财产损害的救济。〔5〕总之,民法损害赔偿的范围远没有包括全部的损害,民法对损害的救济只是法律技术过滤后的有限救济。

民法对现实中损害的法律裁剪,虽藉由法律技术工具实现,但其背后却是法律政策的选择。除了极个别纯粹技术性规则外,法律制度均体现着一定法律秩序对当事人利益衡量后的不同取舍。此不同取舍即为法律政策的选择。损害赔偿范围的确定主要是法律政策选择的结果,是立法者根据本国经济、社会的发展状况,结合其文化和传统等而作出的选择和决定。法律政策在具体确定对某种损害是否给予救济时,经常将利益衡量作为确定责任归属或风险承担的主要工具,而利益衡量乃“立法者对各种问题或利害冲突,表现在法律秩序内,由法律秩序可观察而得之立法者的价值判断”。〔6〕利益衡量并不是在当事人之间确定一个绝对公平的规则,而是衡量受害方的利益和加害方的利益,如果受害人的利益更值得保护,则赋予其损害赔偿请求权,如果加害人的行为具有更大的正当性,则不产生损害赔偿。在此利益衡量过程中,决定是受害人利益更值得保护还是加害人行为具有更大正当性的实质上是一定法律政策下的价值优先性。如在侵权法,如果法律政策更倾向于最大限度地维护行为自由,则必然倾向于划定最小范围的侵权责任,比如要求严格

〔2〕 本文为行文方便,并考虑到违约导致他人损害的人也是加损害于他人的人,而因对方违约而受到损害的人也是财产或人身利益的受害人,因此统称为“加害人”和“受害人”。

〔3〕 [德]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31页。

〔4〕 曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第25页。

〔5〕 参见王利明:《违约责任和侵权责任的区分标准》,《法学》2002年第5期。

〔6〕 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第175页。

的过错和因果关系证明等。而如果法律政策更多地关注于受害者实际损害的救济，则上述所有的限定都可以部分或全部地放弃。在对待非财产损害赔偿的态度方面，从行为人角度出发的损害赔偿法可以行为人不可预见或合同目的仅在于实现财产方面利益或非财产损害无法赔偿等理由来排斥非财产损害的赔偿，但从受害人角度出发的损害赔偿法也可以受害人实际受到了非财产损害为依据而确定最大范围的非财产损害赔偿制度。

二、近代民法的损害赔偿范围及其法律政策

（一）近代侵权法的救济范围及其法技术工具

1. 过错责任

过错责任原则是近代侵权法过滤损害赔偿的第一个重要工具。以法国民法典第 1382 条为典型代表，近代侵权法将过错作为归责的基本原则，过错成为近代责任法的核心。于是，除了极个别情况，对于非因过错造成的损害，只能由受害人以“命运的不幸”而自行承担。将过错作为承担侵权责任的依据，在近代以来还被认为具有天然的正确性，被推崇为人类文明进步的重大体现，耶林之承担责任不因为有害，而因为有过错，如蜡烛燃烧之原因不在于有火而在于有氧的形象比喻，为后世所周知和广为传播。然而，如果放眼侵权法的历史发展，无论在早期法还是近现代法中，无过错承担责任亦为常态之存在，从早期之结果责任到现代之无过错责任，均为此种责任承担之体现。事实上，从损害产生的原因为加害人行为言之，使无过错而造成他人损害的人承担侵权责任之不正当性，就个人层面言要远低于使无过错的受害人自行承担损害的不正当性。^{〔7〕}而“不论在特别结合关系法上，还是在侵权行为法上”，“实行过错主义的法律政策原因，是要保障一般的行动自由，即尽交易上一切必要之注意者，自无需担心负担损害赔偿义务”。^{〔8〕}因此，过错责任，或仅就过错造成的损害承担赔偿责任，与其说是文明社会的自然法，毋宁说是有利于自由的法律政策的有效实现工具。

2. 损害结果与加害行为之间的因果关系

因果关系是近代各国法普遍采用的过滤损害的一个重要工具。^{〔9〕}在英美法，通过事实上因果关系和法律上因果关系（近因）的区分，侵权法将构成赔偿责任的原因限定在法律认可的因果关系范围内，大大限缩了可请求赔偿的损害范围。而大陆法则多通过相当因果关系之“相当性”判断，将大量损害排除在可救济范围外。在英美法，法律上因果关系为法律政策的实现提供了极便利的平台，法律可通过认为不具备法律上因果关系而排除侵权责任的构成，也可通过认定具有法律上因果关系而对受害人提供保护。正如赖特勋爵所言：“在变化多端的事态网中，法律须抽取一些相关的结果，并非基于纯粹的逻辑，只不过是出于实践的原因”，而如何挑选法律上的原因，“虽存有不断的理论分歧，但可被普遍接受的一点是，这主要是一个法律政策的问题”。^{〔10〕}在大陆法，“相当性”判断亦可方便地体现法律政策的价值。学者一般也充分肯定法律政策对因果关系判断的决定作用。^{〔11〕}我国也有学者明确提出，法律上的因果关系概念不是一种自在的性质，不是本质主义的，而是一种社会和法律制度的建构，其中隐含的是一系列特定的社会公共政

〔7〕 参见邱聪智：《从侵权行为归责原理之变动论危险责任之构成》，中国人民大学出版社 2006 年版，第 44 页。

〔8〕 [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢湛译，法律出版社 2004 年版，第 235 页。

〔9〕 参见前引〔3〕，冯·巴尔书，第 32 页。

〔10〕 转引自崔建远：《合同法》，法律出版社 2003 年版，第 262 页。

〔11〕 参见陈聪富：《因果关系与损害赔偿》，北京大学出版社 2006 年版，第 131 页。

策判断或价值判断。^{〔12〕}可以看出,因果关系理论亦被作为法技术工具,实现一定法律政策对可赔偿损害的过滤。

3. 非财产损失原则上不赔偿规则

作为以精神活动为中心的智力高度发达的生物,人类亦经常遭受精神上之损害。而近代法对此之态度是:非财产损失,除法律明确规定的极少数情形外,概不予以赔偿,德国民法典第253条即为其典型代表。依照该条规定,“损害为非物质上的损害时,仅在法律有规定的情形下,始得要求以金钱赔偿损害”。再配合德国民法典极其有限的规定,该法确立了几乎是排斥非财产损失赔偿的模式。这种对非财产损失赔偿的排斥在侵犯财产权的情况下则表现为完全拒绝。这种立法将权利主体视为冷漠、迟钝,对于财产没有任何情感投入的人。结果,现实发生的大量非财产损失被侵权法消弭于无形,人类痛苦的价值在近代侵权法上的利益衡量上远低于一个被毁损的椅子。

4. 直接受害人理论

按照近代侵权法理论,可请求侵权损害赔偿者,除法律极个别的例外规定外,仅为直接受害人,或称第一受害人,第一受害人之外的其他受害人,无论实际受到的损害多么严重,一般也只能自行承担。“所谓的债权人利益学理被视作没有疑义的出发点:一项损害赔偿请求权的债权人只能请求赔偿其自己的损害。”^{〔13〕}“第三人的财产损失只有在直接受害人死亡的情况下才给予赔偿”,“这一法律思想是各国法律条文中的默示要件(如德国民法典第842—844条、奥地利统一民法典第1325—1327条、葡萄牙民法典第495条、希腊民法典第928、929条)。”^{〔14〕}而就第三人的非财产损失,则多数近代法律体系完全予以否定。如对子女的残忍伤害,即使父母因目睹可怕的加害行为或场景而受有严重的精神损害,多数国家的法律仍然不给予任何法律救济。

直接受害人理论导致的结果是,尽管现实中存在大量因为第一受害人的受害而间接受到财产或非财产损害的第三人,但作为法律政策选择的结果,这些第三人的损害只在极其有限的情况下才可以获得法律的救济,而绝大多数间接受害人和间接受害人的绝大多数损害均被排除在侵权法的救济之外。

5. 违法性要件

违法性,也称侵权性,是指只有造成他人损害的行为是违法的,在法律上的评价是否定的,受害人才可以请求赔偿。在1804年法国民法典时期,由于法学理论的落后,只是强调对道德上应受谴责行为的制裁,规定过错造成他人损害的负侵权责任。德国民法典则清楚地意识到侵权责任的产生还系于法律上对行为的否定性评价,即行为的违法性,并以侵犯绝对权、违反保护他人法律、违反善良风俗构建了封闭的侵权责任构成体系,^{〔15〕}在此之外的行为,即使行为人故意造成他人损失,亦不负侵权责任。如此,许多因他人行为遭受的损害也被过滤在损害赔偿责任之外。

(二) 近代违约救济范围及其法技术工具

理论上,各国法在违约赔偿上贯彻所谓全部赔偿原则,即“致害人应当赔偿因使负有赔偿义务的事件而发生的一切损害(全部损害)”。^{〔16〕}但事实上,此种“完全赔偿”只是在法律限定范围内经过多重过滤的赔偿。

〔12〕 参见苏力:《司法解释、公共政策和最高法院——从最高法院有关“奸淫幼女”的司法解释切入》,《法学》2003年第8期。

〔13〕 前引〔8〕,迪特尔·梅迪库斯书,第457页。

〔14〕 前引〔3〕,冯·巴尔书,第220页,注〔1185〕。

〔15〕 参见〔德〕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21页。

〔16〕 前引〔8〕,迪特尔·梅迪库斯书,第430页。

1. 违约不赔偿非财产损失原则。违约损害赔偿仅限于财产损失赔偿，对因为违约造成的人身伤亡和精神损害，一般不由合同法提供补救，此为近代各国法的通例。其理由主要是认为此类损害十分主观，又无市场价值，并且担忧对此类损害的赔偿可能导致非财产法益被过度商业化而漫无边际，以至无法予以规范控制。^{〔17〕}王利明教授也认为，对精神损害提供补救违反了合同法的可预见性规则，实行精神损害赔偿不符合合同的性质和特点，不利于鼓励交易，且会给予法官过大的自由裁量权，因而赞同违约损害赔偿不包括非财产损失的赔偿。^{〔18〕}此外，尚有学者认为，非财产损失是无形的、主观的，不仅存在证明上的困难，也难以精确计算；并且认为给予非财产损失以赔偿，无异于对违约处以惩罚性赔偿。^{〔19〕}在上述各种理论的支持下，近代各国法对违约造成的非财产损失基本上采拒绝的态度，从而将非财产损失排除在违约救济的范围之外。

2. 合同相对性原则。近代法以来，大陆法和英美法均坚持合同相对性原则。根据此原则，除了立法已经规定的极其例外的情形，只有合同的相对方之间可以主张合同权利义务，第三人即使因为使用债务人交付的瑕疵物品而受到严重的人身损害，也不能依据合同提出任何主张。如此一来，债务人，尤其是交付物品的债务人承担违约损害赔偿风险得到了极大的控制，第三人可能因使用有瑕疵的合同标的物而受到的损害被合同相对性原则过滤了。因此，虽然合同相对性原则可以意志自由为其法哲学上的说明，但其防止合同责任的扩张、过滤债务人损害赔偿范围的作用无疑非常明显。

3. 过错责任原则和因果关系理论。近代违约责任原则上以过错责任为原则，将违约责任的承担限制在加害人道德上可谴责的范围之内，而由于加害人不可控制的原因造成的合同一方损失，则被排除在法律救济之外。通过过错责任原则的过滤，由意外原因导致的合同履行不能的风险被排除在可请求赔偿的范围之外。此外，违约赔偿的提出亦要求所受损失和违约行为之间具有因果关系，从而可借助于因果关系实现一定法律政策对损害分配的价值目标。

4. 可预见性规则。可预见规则的意义在于，将加害人可能承担赔偿责任的范围限定在可以预见的合理范围内，避免因个案的特殊巨大损失而使加害人负担过于沉重的责任。此规则最早由法国人提出并在立法中确立。1761年法国学者波蒂埃（Pothier）在其著作《论债法》中提出损害赔偿的预见性理论。波蒂埃认为，债务人如果不是故意，只承担缔约时可预见的损害赔偿责任；如果是故意，则不仅赔偿与合同标的有关的损害，还要赔偿与债权人其他财产有关的损害。就立法而言，法国最先在其1804年民法典中采用了预见原则。法国民法典第1150条规定，债务人仅仅对他在订立合同时所预见的损害承担赔偿责任，对于未预见到的损害不承担赔偿责任。法国司法判例对此所作的解释是：损害的不可预见性同损害的原因无关，即债务人不能声称他的过错是不能预见的，而仅仅是同损害的赔偿数额有关。^{〔20〕}德国立法虽然未使用“可预见规则”这一术语，但在判断损害后果与违约行为是否具有因果关系的相当性时，一般以损害过于“遥远”来排除对异常的不可预见损害的赔偿责任。^{〔21〕}在英美法上，可预见性规则也被广泛用来作为过滤损害的一个重要工具，只有当损害可预见的情况下，才可以要求加害人赔偿。并且，英美法对所有的违约，包括故意违约，都适用可预见性规则。

（三）近代民法损害赔偿范围中的法律政策

1. 最大限度地保护经济自由

〔17〕 参见前引〔10〕，崔建远书，第260页。

〔18〕 参见前引〔5〕，王利明文。

〔19〕 参见李永军：《非财产性损害的契约性救济及其正当性》，《比较法研究》2003年第6期。

〔20〕 参见张民安：《现代法国侵权责任制度研究》，法律出版社2003年版，第21页。

〔21〕 参见前引〔10〕，崔建远书，第265页。

近代资本主义的意识形态是将个人的自由视为整个社会价值的核心。^{〔22〕}在政治领域内体现为对国家权力的限制与警惕,在经济领域内体现为对经济自由的最大限度保护。所有的经济关系都是人与人之间的关系,经济自由的实现有赖于法律的切实保障,于是契约自由成为近代各国合同法共同和优先的选择。一般认为,契约的自由保证了当事人选择合同相对人和合同内容的自由,充分保障了经济自由的实现。契约自由固然为经济自由之基础,然而妥当的违约责任法律制度不仅亦为经济自由保障所不可或缺,而且在重要性上毫不逊色。契约自由是当事人选择的自由,而违约责任则关乎选择的风险,如果不将选择的风险加以约束,那么选择本身必将受到严重的限制甚至被窒息。任何一个合同,基于各种各样的原因,均有可能发生履行不能、履行不当、履行迟延等情形。由于现实世界因果关联的复杂性和多样性,如果让违约方承担因违约造成的所有损失,将导致其沉重的、有时甚至是无法承受的负担。果如此,必然导致选择的缩手缩脚:出于对选择可能结果的恐惧,行为人选择的自由将受到极大的限制,经济的流转也将受到极大的阻碍。此将与近代思潮对自由的鼓励和推崇背道而驰。于是,近代违约责任法选择了最低限度的违约责任立场,以最大限度地保障经济自由和当事人追求财富的自由。在各种过滤工具的共同作用下,违约方可能承担的责任仅仅是可预见到的、由其过错导致的、与其违约行为有直接因果关系的直接合同相对人的财产损失。这种损失是理性主义之下最小范围内的损失,也是社会公平正义观念所能接受的最小赔偿范围。通过对违约责任范围的限制,近代法实现了对经济自由的最大保障。

2. 最大限度地保护行为自由

除了经济自由,人的自由尚有其他社会生活中行动的自由。面对存在于社会的各类损害,法律对责任承担或分配的态度如何,不仅直接决定特定损害事件中当事人利益的取得或丧失,更关乎社会一般人的行为自由。由于侵权与违约的不同,可预见规则在侵权法领域一般不予适用,^{〔23〕}如果法律更多地保护受害人,则加害人必将承受沉重负担并进而束缚其行为自由。如果人的行为动辄得咎,且可能承担不测之风险,则社会一般人的行为自由将受到极大的限制。此亦为近代自由主义所不能容忍。于是近代侵权法通过一系列法技术过滤工具,规定了一个最低限度的、范围确定的侵权责任,从而为理性人的行为自由提供了最大的空间。在各种过滤技术的共同作用下,行为人可能承担的侵权责任是由其过错导致的、直接受害人的、与其加害行为具有因果关系的、绝对权受侵害的有形财产损失。这种责任范围可由理性予以预见,行为人的风险被最小化,从而为行为自由提供了最大的空间。

3. 最低限度地救济受害人

近代法对经济自由和行为自由极尽慷慨,必然导致对受害人的法律救济极为吝啬。面对某一行为造成的广泛和多样的损害,近代民法只是选择了最低限度的救济模式,只在最必要的限度内给予法律救济。在违约的情况下,近代民法不顾违约经常也会造成精神损害的现实,只考虑有形财产损失的救济;不顾违约可能导致第三人受损的事实,坚持排除第三人的损害赔偿;不顾合同相对人可能受到的广泛损失,只截取与违约行为直接相关的部分予以救济;不顾损害发生的事实,在违约方无过错时否认受害人的损害赔偿请求权。

在侵权行为致他人人身财产损害的情况下,近代民法首先将间接受害人排除在可请求救济的主体之外,由其自行承担“命运的不幸”;其次不顾侵权经常造成精神损害的事实,原则上排除精神损害赔偿的请求,只在极其例外的特别情形下给予救济;再次,受害人的损失必须和加害人的行为具有相当因果关系,其他“不相当”或过于“遥远”的损失亦不能获得赔偿;另外,在德

〔22〕 参见〔英〕安东尼·德·雅塞:《重申自由主义——选择、契约、协议》,陈茅等译,中国社会科学出版社1997年版,第11页。

〔23〕 参见前引〔4〕,曾世雄书,第100页。

国法模式下，损害还必须产生于绝对权受侵害，否则亦无法律救济之可能。最后，即使满足了上述所有条件，受害人还必须证明损害的造成是由于加害人的故意或过失，对虽有加害人行为涉入，但由其意志之外的原因造成的损害，或不能证明加害人有过错的，亦不予以救济。

三、法律政策的变化与损害赔偿范围的扩大

（一）近代损害赔偿法的不足和乐观的理性主义的失败

由于近代损害赔偿法专注于维护最大限度的经济自由和行为自由，而只给予受害人最低限度的救济，其必然结果是对受害人救济的严重不足。

首先，过错责任原则对赔偿范围的过滤产生了令人无法接受的后果。这种情况首先典型地反映在侵权法领域。由于现代社会生产和技术的复杂，因产品瑕疵受到损害的受害者几乎无法证明生产者过错的存在，而核工业、化学工业、飞机和汽车制造等的发展也前所未有地将广泛的危险带入了人们的生活，人们彻底告别了农庄、田园、水磨、风车等相对恬静而安全的生活，被动地进入了一个“危机四伏”的时代。在近代法的理念和规则之下，不能被证明有过错的“加害人并无损害赔偿责任，则其结果，损害无异由受害人承担，形成‘加害人逍遥法外，受害人忍气吞声’……之现象”。〔24〕过错责任适用的结果是大量无辜的受害人被排除在法律救济之外，自由主义的温情之下掩盖的是一个因受伤害而处境悲惨的受害人。在违约责任领域，过错责任的实质是将合同履行中的意外风险完全分配给债权人一方承担。但是，对无辜的债权人来说，让其承担风险的公正性令人怀疑：既然履行的义务由债务人承担，按照逻辑亦应由其承担因第三人原因等造成的履行风险，并且债务人可以采取一定的措施规避此种风险，让既无履行义务亦无风险控制能力的债权人承担损失是不合理的。

其次，间接受害人不予赔偿的原则罔顾间接受害人的利益，不符合社会公平。无论受害人是是否与加害人存在合同关系，或加害人是否直接侵害了受害人的人身或财产权益，事实始终是加害人的行为导致了损害的发生，排除加害人的责任既使受害人处于无助的境地，也有违社会公平，纯粹是近代损害赔偿法为保护加害人而作的制度设计。

再次，精神损害原则上不予赔偿的规则实质上是对人类尊严的极大漠视，也造成了极为奇特的现象：近代法是以推崇人、尊重人的人文主义精神为其思想基础的，但通过非财产损失不予赔偿的规则，却在实质上确定了“拜物主义”的法律调整倾向，即极度推崇财产，财产损失即使轻微亦可获得赔偿；忽视人的精神存在，精神痛苦即使严重也得不到赔偿。然而，人固然以财产为基础而生活，但人的价值、幸福、尊严却主要依赖于非财产的精神生活；人虽然经常地被物质所包围，但人在本质上是一个精神的存在。因此，过分痴迷于近代人文主义解放财产、肯定人的世俗生活的美好，近代损害赔偿法实际上确定了舍本求末、忽视人本体需求的法律规则。这种法律规则的不合理性越来越凸显，“非财产损失赔偿制度之不完全，依现代社会之法律感情衡量，已达于不能容忍其欠缺继续存在之情景”。〔25〕

最后，随着时代的发展，近代赔偿法通过因果关系理论过滤可赔偿损失的做法亦越来越不能被接受。无论有什么样美好的理由，那些过于遥远或不相当的损害毕竟亦为加害人造成，使加害人完全不承担责任而任由诸多受害人自行承担损失在很多情况下亦颇不公平。

近代损害赔偿法的制度设计，是以乐观的理性主义为其潜在前提的。体现在近代法中的自

〔24〕 邱聪智：《民法研究》（一），中国人民大学出版社2002年版，第93页。

〔25〕 同上书，第283页。

由主义的个人是理性的个人。此理性的个人在一般意义上被假设为自私的主体，为了自己的利益而在与他人的竞争中不懈努力。^{〔26〕}此即为被描绘的典型的近代资本主义自由竞争的社会。以亚当·斯密为代表的学者是这一模式的极力鼓吹者和缔造者。他们还设想，“自私的个人将与他人分享一切改良的成果”，^{〔27〕}自私的个人“追求自己的利益，往往使他能比在真正出于本意的情况下更有效地促进社会的利益”。^{〔28〕}从这些美好的甚至是有些幻想的描述中，可以发现这样一个潜在的理论前提：乐观的理性主义。乐观的理性主义不仅认为人有认识世界、理解世界及其未来发展的能力，而且认为理性人能深刻地理解人类共同存在和依存的现实，能够深刻理解财富的取得和所有乃共同体依一定规则分配财富的实质，从而能够正确地、合理地运用自己的财产，同时善待他人，对共同存在和依存的他人给予必要的同情和关心。^{〔29〕}既然促进最大自由的制度能够最好地促进社会福利最大化，理性的个人又能够善待同类，那么赔偿法对受害人保护的不足便可以最大限度地得到弥补。如此，赔偿法通过极大地降低赔偿风险而促进自由进而促进社会福利的正当性便无可置疑，其人文主义精神亦彰显无疑。因此，在乐观的理性主义的理论假设下，近代损害赔偿法在理论上是充满人性和对人的关怀的赔偿法。

然而，在损害赔偿法不断地凸显其不足，在理性主义的“美好”不断展现为违背人性、摧残人性的过程中，乐观的理性主义之下人文关怀的幻想被严酷的现实完全击碎了。于是，在哲学观念上，对理性主义的怀疑甚至否定渐渐成为社会的潮流，“在19世纪末20世纪初，生活完全是不合理的和不人道的，理性主义已信誉扫地了”。^{〔30〕}人们终于认识到，通过对人的抽象关怀无法实现人文主义的追求，要实现人文主义关心人、尊重人、把人作为目的的目标，必须关心每一个具体的人，并结合具体人的具体情形给予具体的关怀。

（二）法学思想的发展与法律政策的变化

进入19世纪后，在哲学思想上，社会学理论开始发展，学者观察社会，把社会作为一种对象进行研究。社会学的研究发展了实证的方法，社会学的实证主义精神渐渐代替启蒙哲学中的形而上学，对个人自由意志的重视逐渐为对社会现实需要的重视所取代。至19世纪末20世纪初，法国社会学家涂尔干开创了社会学研究的新局面，提出必须把社会事实当作“事物”来看待，通过经验的研究才能发现社会规律。由此，涂尔干创造了一种“整体论”，认为社会是一个有机的整体，它对个人是外在的、普遍的和有约束力的。涂尔干批评自霍布斯和卢梭以来的个人主义，认为个人主义只把个人当作唯一的实体，看不到社会对人的约束作用。他认为社会不是简单的个人相加，而是由人们结合而成的体系，社会现象的原因在于社会本身，而不能在个人身上寻找。^{〔31〕}涂尔干还提出了社会连带的观点，认为现代社会基于劳动分工，既分化又团结，如同器官一样各司其职，但又组成一个有机的整体。^{〔32〕}而狄骥则进一步强调了人与人社会连带的关系，并进而提出了人以权利来履行其“社会职务”的观点。^{〔33〕}

在实证主义思潮的影响下，法学思想发生了显著的变化，个人主义的法学思想在很大程度上被社会法学的思想所修正，社会法学思想“放弃对理性之肯定与强调，转而客观观察从众人实际

〔26〕 参见 [美] 罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制 法律的任务》，沈宗灵、董世忠译，商务印书馆1984年版，第7页。

〔27〕 [英] 亚当·斯密：《道德情操论》，蒋自强等译，商务印书馆1997年版，第230页。

〔28〕 [英] 亚当·斯密：《国民财富的性质和原因的研究》下卷，郭大力、王亚南译，商务印书馆1974年版，第27页。

〔29〕 参见前引〔27〕，亚当·斯密书，第5页，第24页以下。

〔30〕 [法] 祁雅理：《二十世纪法国思潮》，吴永泉等译，商务印书馆1987年版，第13页。

〔31〕 参见 [法] 涂尔干：《社会学方法的准则》，狄玉明译，商务印书馆1999年版，第119页，第134页以下。

〔32〕 参见 [法] 涂尔干：《社会分工论》，渠东译，三联书店2000年版，第33页以下。

〔33〕 参见 [法] 莱昂·狄骥：《拿破仑法典》以来私法的普遍变迁，徐砥平译，中国政法大学出版社2003年版，第19页，第27页。

生活情况上之需要或利益，并从其彼此间之相互关连，建立特定社会在特定时间之相对的妥当原理……不再强调个人理性之优越性，而以社会上众人之利益为思考之出发点……是19世纪后半叶法律思潮的一个转折点”。〔34〕社会法学家庞德认为，19世纪以来的法学思想把重点放在需求上而非意志上，把寻求最大限度地满足需要作为重点，而不是寻求最大限度的意志自由……强调具体人的具体要求，而不是抽象个人的抽象意志。〔35〕强调抽象平等和公平的形式正义的法律体系，也转变为“一种能够超出形式上的规则性和程序上的公平而迈向实质正义的法律体系”。〔36〕法学思想发生的这种深刻变化，必然会极大地影响法律政策的选择，促使法律政策发生改变。

1. 有限制的经济自由与合同风险更加公平的分担

新的法学思想导致了法律政策的重大改变，在违约责任领域体现为使债务人对违约造成的损害在更大范围内承担赔偿责任。随着乐观的理性主义的失败，近代所推崇的最大限度的经济自由也受到了强烈的质疑，其不仅没有产生亚当·斯密所幻想的共同福利最大化，反而导致了严重的贫富分化和不断的经济危机等严重的社会问题，建立在乐观理性主义之上的自由主义经济的道德正当性丧失殆尽。与自由主义经济丧失道德正当性相伴随，以这种正当性为其合理性基础的最低限度违约责任的法律政策也失去了道德合理性。在以抽象的意志自由为基础的乐观理性主义幻象破灭的情况下，法律政策必然选择重新分配合同风险的分担，不再过分强调每一个人均可以通过最大限度的合同自由实现经济利益最大化的形式正义的“互换性”，〔37〕而是取向实质正义，使债务人在更大范围内承担违约赔偿责任。

2. 对人具体关怀的思想与对受害人的最大限度救济

新的法学思想强调具体人的具体要求，而非抽象个人的抽象意志，在侵权法上体现为法律政策重视对具体受害人损害救济的实现，强调对受害人最大限度的救济。于是，对受害人给予具体救济的实质正义追求超越了对最大限度行为自由的形式正义的美好幻想。法学家们和法律政策终于认为，解决一个个受损个人的现实的救济问题，也许是实现人文关怀的更真实努力。在新的法律政策下，“不幸与不法之间的界限发生了移动，即损害越来越少地被作为不幸接受。损害通常更多地被看作是应得到补偿的，而进行补偿的一个手段就是认为有应予赔偿的不法行为存在”。〔38〕“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……法律所强调的重心已从承担过错转移到补偿损失。”〔39〕此种法律政策之下对侵权责任的论证是，不应从加害人行为的角度去探寻法律责任问题，而应站在受害人的立场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救济成为正当，也使法律对其加以保护成为正当。

当法律政策更多地关注受害人获得损害赔偿的实质正义，当补偿损失成为立法关注的中心的时候，损害赔偿法的变化便不可避免甚至轰轰烈烈了。由于新的法律政策关注于受害人所受实际损害的救济，违约和侵权中广泛存在且对受害人意义重大的非财产损害必然受到法律政策的重视，法律政策在扩大财产损失救济范围的同时，也必将大幅度地扩张非财产损害赔偿的范围。

（三）新法律政策下各国法的回应与损害赔偿范围的扩大

1. 无过错责任的扩张

〔34〕 前引〔24〕，邱聪智书，第69页。

〔35〕 参见前引〔26〕，罗斯科·庞德书，第65页。

〔36〕 参见〔美〕P·诺内特、P·塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会：迈向回应型法》，张志铭译，中国政法大学出版社2004年版，第111页。

〔37〕 参见梁慧星：《从近代民法到现代民法》，《律师世界》2002年第5期。

〔38〕 前引〔8〕，迪特尔·梅迪库斯书，第426页。

〔39〕 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4页。

现代民法在损害赔偿领域的一个重要变化是无过错责任的扩张。在具体的法技术层面,无过错责任的扩张是通过两种方式实现的:一是制定特别法或修改现有法律确定新的无过错责任类型,二是解释原法律规定使其成为无过错责任或接近于无过错责任。迄今为止,在世界范围内,无过错责任的类型已经包括各种危险活动的责任、产品质量责任、雇主责任、监护人对未成年人致人损害的责任、环境污染责任、动物侵权责任等多种类型。在这些责任类型中,许多类型是从过错责任发展而来的。如监护人责任,近代法、德等国的规定是典型的过错责任,监护人因未尽到监护义务而承担侵权责任,但现代以荷兰民法典为典型代表的发展已经使其成为或接近成为无过错责任。对此种变化,学者虽然提出了各种解释,但均不能掩盖其背后法律政策变化所起的根本作用。再如,产品质量责任长期以来为过错责任,受害人需证明生产者的过错,后逐渐发展为推定过错责任,由生产者证明其没有过错,再到今天的无过错责任,即使生产者就产品瑕疵的产生没有过错,亦需承担损害赔偿责任。^[40]这种发展变化的根本原因在于法律政策对消费者保护的日益重视,而与逻辑推理的改变完全无关。^[41]在违约责任领域,无过错责任原则也被越来越多的立法所肯定,尤其是以《联合国国际销售合同公约》、《国际商事合同通则》和《欧洲合同法原则》为代表的法律或规则已经明确采纳无过错责任原则,我国合同立法也采纳了此种立法原则。无过错责任的扩张,反映的实质上是法律政策重心的转移。当救济受害人成为法律政策之选择的时候,通过发掘特殊理由使一些特定的领域适用无过错责任,其主要意图在于使受害人的损失得到救济,而非对加害人非法行为的矫正。在适用无过错责任的许多情况下,与其说加害人行为不法或具有道德上的可谴责性,不如说法律通过利益衡量使其承担责任而已。不从这个角度理解无过错责任,就不能真正和深刻地理解其本质。

2. 非财产损害赔偿的扩展

在新的法律政策重视人的具体的真实的需求这一背景下,各国法均出现了非财产损害赔偿的扩展。英美法对非财产损害赔偿从不承认到逐渐承认,目前非财产损害赔偿已得到广泛的承认。^[42]法国法则很早就通过判例将损害的概念扩展到非财产损害,并适用于广泛的领域,包括合同领域。^[43]德国法首先通过判例扩大解释其民法典第823条和第847条,增加了非财产损害赔偿的情形,其次在旅游合同等领域通过判例和立法的共同努力肯定一定类型合同中的非财产损害赔偿,最终克服“法律政策的争执”,^[44]通过2002年8月1日的民法改革,增加第253条第2款,规定“若侵害身体、健康或性自主权应给予赔偿,则对非经济损失,可主张合理的金钱赔偿”。该条款适用于合同责任、侵权责任以及严格责任,而对人格权的非财产损害赔偿,德国司法实践已经依据其基本法第1条和第2条加以肯定。^[45]从而德国法也完成了对非财产损害赔偿范围的扩大,尽管这种扩大仍然远远没有跟上欧洲一些国家承认“对物之情感价值的赔偿”^[46]的步伐。非财产损害赔偿扩展的现实说明,当立法政策关注于具体的个人及其损害救济时,必然会发现造成人精神痛苦或肉体痛苦的损害在许多时候并非转瞬即逝的一时气愤,而是对人及人的

[40] 参见 [美] 肯尼斯·S·亚伯拉罕、阿尔伯特·C·泰特:《侵权法重述(纲要)》,许传玺等译,法律出版社2006年版,第278页以下。

[41] See J. Matthew Thompson, *A Policy Based Analysis of the Recovery of Economic Loss under Manufacturer's Products Liability in Oklahoma*, 47 Okla. L. Rev. 397.

[42] See Dan B. Dobbs, *Torts and Compensation*, 2d ed., West Publishing Co., 1993, pp. 432-433.

[43] [德] 冯·巴尔、乌里希·德罗布尼:《欧洲合同法与侵权法及财产法的互动》,吴越等译,法律出版社2007年版,第78页,第91页。

[44] 前引 [8], 迪特尔·梅迪库斯书, 第434页。

[45] 前引 [43], 冯·巴尔等书, 第80页, 第93页。

[46] 参见前引 [3], 冯·巴尔书, 第4页。

尊严的严重损害，关乎人的幸福，对其予以保护更能体现对人之平等保护。我国从理论界关于应否承认非财产损害赔偿的争议，^{〔47〕}到所谓的“精神损害赔偿第一案”，^{〔48〕}再到最高人民法院司法解释广泛承认侵害人格权的非财产损害赔偿，已经在很大程度上跟上了世界法律发展的步伐。在违约责任领域，尽管有权威学者仍然以合同为实现财产利益的工具、不涉及精神利益为由反对非财产损害赔偿，^{〔49〕}但司法实践已有突破，而更广泛范围内的非财产损害赔偿亦可期待。

3. 可请求赔偿主体向间接受害人的扩张

在近代损害赔偿法，受制于合同的相对性，第三人即使由于合同一方的违约行为受到损害，一般亦无从获得救济。为应对此种情形，德国法等发展了附保护第三人利益契约理论，“将合同之外的陌生人置于其保护范围”。^{〔50〕}而以法国为代表的国家则发展了“可转移的瑕疵担保责任”制度，对两类第三人进行救济：其一是与受瑕疵产品损害的买受人有密切关系的第三人，如买受人之父母、子女、配偶及其他家庭成员、家中客人等，另一类则是与瑕疵产品的买受人订立买卖契约，受让该瑕疵产品并受其损害之人。^{〔51〕}美国统一商法典则通过第2-318条规定的“对利益第三人所承担的明示或默示担保”制度实现对特定范围第三人的法律救济。^{〔52〕}

侵权法在传统的直接受害人之外，发展了一系列间接受害人可主张侵权责任类型，如侵害子女时父母的损害赔偿请求权，以及所谓的“震惊损害”或情绪悲痛损害类型等。^{〔53〕}“在许多国家中，第三人的精神损害赔偿请求权不以第一受害人死亡为前提，通常情况下第三人因自己所爱的人经受的痛苦而遭受的精神上的震撼也是具有可赔偿性的，而承认这种情况下第三人精神损害可赔偿性的国家一般也都认为，不仅受害人本人，而且受害人的配偶也能因无法和对方有性生活而要求精神损害赔偿。”^{〔54〕}关于提起精神损害赔偿请求权的第三人的范围，在各国民法上的规定不同，“如希腊法在其民法典第932条第3句中规定，补偿仅针对‘死者的家属’，而葡萄牙民法典第496条第2款则将请求权人规定为所有的家庭成员并详细罗列了其顺序，另外一些法律制度甚至还毫不犹豫地非婚姻生活伴侣给予了补偿，法律所要求的仅是与死者紧密和稳定的精神上的关系，这一点同样适用于受害者的旁系亲属”。^{〔55〕}而美国侵权法第二次重述第46条第2款之规定已经将可请求精神损害赔偿的第三人范围扩大到一定条件下的无亲属关系的第三人。

4. 法定的一般注意义务对损害赔偿法的革命

在近代侵权法上，以德国为代表的侵权构成模式原则上必须绝对权被侵害始构成侵权责任。然而这种模式在保护受害人方面范围太窄。随着法律政策向受害人保护的倾斜，各国均努力寻求突破。在德国，通过社会交往义务的发展，大量并非典型权利被侵害或不具有典型侵权构成要件但致人损害的类型被纳入到侵权法的调整范围内，更多的国家则通过不断认定存在各种对他人身或财产的注意义务而扩展侵权法的调整范围。1992年荷兰民法典则直接将“违反社会生活的不成文规则”作为构成侵权责任的一个类型，从而事实上引入了基于社会生活的一般注意义务，

〔47〕 参见梁慧星：《试论侵权行为法》，《法学研究》1981年第2期。

〔48〕 “贾国宇因卡式炉爆炸诉人身损害赔偿案”，参见杨立新：《侵权行为法案例教程》，中国政法大学出版社1999年版，第420页以下。

〔49〕 参见王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社2000年版，第435页以下。

〔50〕 前引〔43〕，冯·巴尔等书，第117页。

〔51〕 参见前引〔20〕，张民安书，第36页。

〔52〕 参见王泽鉴：《契约关系对第三人保护效力》，载其《民法学说与判例研究》第2册，中国政法大学出版社1998年版。

〔53〕 参见〔英〕彼得·凯恩：《阿蒂亚论事故、赔偿及法律》，王仰光等译，中国人民大学出版社2008年版，第88页以下；前引〔11〕，陈聪富书，第216页以下。

〔54〕 前引〔3〕，冯·巴尔书，第215页。

〔55〕 同上书，第214页。

违反此义务即构成侵权。这种侵权责任完全不以绝对权被侵害为前提,反映出侵权法的“非限定性”发展趋势,也实现了对“侵权”法的革命。在英美法,传统上侵权构成即不以绝对权被侵害为要件,而以义务的违反为核心。在法律的发展过程中,这种义务的范围亦不断扩大,成为一种对他人人身和财产的一般注意义务。^[56]上述大陆法系和英美法系在此领域的发展充分反映了现代侵权法对个人人身和财产保障的优先考虑,反映了对“人的安宁生活的感受,追求的是一种完全没有危险的理想秩序”^[57]的支持与尊重。

另一方面,在合同法领域,法国法通过创设“安全义务”理论并不断扩展其适用范围,最终确认了“在各种契约关系中均普遍存在”的对契约“另一方所承担的确保其安全的附属性义务”。^[58]这种义务要保护的是契约另一方生命和身体以及财产安全的完整性,实质上是一种对契约相对人固有利益的法定一般注意义务。德国法通过发展附随义务理论,引入了约定义务之外对合同当事人和第三人人身和财产的法定注意义务。由于德国侵权法的限定性,附随义务理论在其合同法上获得了充分的发展,附随义务可以存在于合同缔结之前,也可以存在于合同终止或履行之后,^[59]其强调的亦是对合同相对人和相关第三人人身及财产等固有利益的一般注意义务。并且,随着2002年1月1日德国新债法的生效,这种合同附随义务已经成文化。附随义务理论还为德国以外的许多大陆法系国家广泛接受,成为通过法定义务扩大对违约受害人保护的重要途径。

四、我国损害赔偿范围立法评价及法律政策选择建议

(一) 对我国侵权损害赔偿范围立法的评价

在侵权损害赔偿范围方面,我国立法主要表现为民法通则的规定。然而民法通则之规定至为简陋,除了其第119条规定“侵害公民身体造成伤害的,应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残废者生活补助费等费用;造成死亡的,并应当支付丧葬费、死者生前扶养的人必要的生活费等费用”外,对其他损害赔偿仅规定“赔偿损失”,几乎完全无法解决侵权损害赔偿的范围问题。于是,在民法通则之外,最高人民法院的一系列司法解释对侵权损害赔偿作了重要的补充和发展,包括《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》、《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》等。根据上述法律及司法解释,我国侵权损害赔偿的范围包括:1. 有形财产损害;2. 侵害人格权时的非财产损害;3. 侵害“具有人格象征意义的特定纪念物品”导致的非财产损害;4. 在可请求赔偿的主体方面,除直接受害人外,还包括“亲子关系或者近亲属间的亲属关系遭受严重损害”的监护人、被侵害致死者受有精神损害的近亲属等。

与德国法相比,上述规定大大扩大了可请求的非财产损害赔偿的范围,在可请求赔偿的主体方面,亦探索性地尝试向间接受害人的扩展,值得肯定。但现行规定仍存在明显不足:第一,缺乏法律政策的统一性和宏观的立法视野。即很多规定通过最高人民法院司法解释的形式颁布,未经过立法机关的立法程序,缺乏统一的法律政策指导,一些规定只是为解决现实问题应时而出,缺乏统一的规划。并且,司法解释的主要目的只是解决司法实践中面临的紧迫问题,难以也不可能从宏观的层面上从法律政策选择的高度对有关损害赔偿问题作出规定,因此必然存在司法解释

[56] See David G. Owen, *The Five Elements of Negligence*, 35 Hofstra L. Rev. 1671.

[57] 参见前引[39], 马克西米利安·福克斯书, 第101页, 注[295]。

[58] 前引[20], 张民安书, 第33页。

[59] 参见前引[43], 冯·巴尔等书, 第117页。

在法律政策上的不连贯、不一致甚至彼此矛盾。^{〔60〕}第二，侵害财产权时非财产损害赔偿的适用范围过于有限且不明确。对侵害财产权造成的精神损害，在法律政策越来越重视救济受害人实际损害的情况下，法律规则完全可以选择允许一定范围内的损害赔偿。目前我国对此只是简单地规定了“具有人格象征意义的特定纪念物品”被侵害时的非财产损害赔偿，范围仍然十分有限。第三，对间接受害人可请求赔偿的情形规定得过于简单和有限，且基本上只限于受害人死亡的情形。从世界范围看，间接受害人的非财产损害赔偿已呈逐渐开放的趋势，我国的规定无疑不能反映这一领域世界侵权法的发展趋势。

我国侵权责任法立法正在加紧进行。2009年10月27日至10月31日，全国人大常委会审议了侵权责任法草案（第三次审议稿）（以下简称“三次审议稿”），并向全社会公开征集意见。“三次审议稿”对原来提交审议和讨论的侵权法草案（第二次审议稿）（以下简称“二次审议稿”）进行了进一步的修改，也作出了一些新的规定。

在三次审议稿中，涉及侵权损害赔偿范围的主要是其第二章“责任构成和责任方式”中第16、19、22条的规定，第18条的规定也涉及损害赔偿的范围。其中，第16条是对人身伤害财产损失赔偿范围的规定：“侵害他人造成人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，还应当赔偿残疾生活自助具费和残疾赔偿金。造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。”此规定基本上是民法通则第119条和有关司法解释的重复，不同的是增加了赔偿“残疾赔偿金”和“死亡赔偿金”的规定，删除了关于“被抚养人生活费”的规定。此条与二次审议稿第18条完全相同。但是，三次审议稿完全没有涉及被抚养人生活费的问题，而二次审议稿第4条第1款规定，“受害人死亡或者残疾的，被抚养人有权请求侵权人赔偿生活费，但侵权人已支付死亡赔偿金或者残疾赔偿金的除外”，明确了残疾赔偿金和死亡赔偿金的赔偿可以代替被抚养人生活费的赔偿。虽然如此，根据二次审议稿的上述规定可以认为，三次审议稿的态度应是用对残疾赔偿金和死亡赔偿金的赔偿排除对被抚养人生活费的赔偿，不再允许被抚养人提出生活费丧失的赔偿请求。如此规定虽然明确了残疾赔偿金和死亡赔偿金赔偿作为财产损失赔偿的性质及其与被抚养人生活费赔偿之间的关系，但排除在我国司法实践中行之有效的对被抚养人生活费的赔偿，可能无法实现对作为间接受害人的被抚养人的救济，也不符合世界侵权法损害赔偿范围逐渐扩大到间接受害人的发展趋势。

三次审议稿第22条规定：“侵害他人人身权，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。”此条为三次审议稿关于精神损害赔偿的唯一条文。据此，所有“人身权”受侵害的情形均可适用精神损害赔偿，从而肯定了我国司法实践在此方面的发展，相较民法通则之规定进步明显，殊值赞同。然而，该条仍过分谨慎地将可请求精神损害赔偿的范围限定为“侵害人身权”、“造成严重精神损害”和直接受害的“被侵权人”请求（第18条规定的被侵权人死亡的情形除外），不仅与各国精神损害赔偿适用范围越来越开放的侵权法发展趋势不符，甚至与现行司法解释相比亦有明显的倒退：最高人民法院的司法解释允许在“人格利益”或“具有人格象征意义的特定纪念物品”受侵害时请求精神损害赔偿。

此外，三次审议稿第19条规定：“侵害他人财产的，财产损失按照损失发生时的市场价格或者其他标准计算。”此规定不仅完全没有反映侵害财产的赔偿范围在世界范围内逐渐发展到包括直接损失和可得利益损失甚至特定情形下的精神损害的趋势，甚至对直接损失的赔偿也原则上以财产被侵害时的市场价格为准。依此规定，如果主张侵权损害赔偿时受损财产的价格已经上升，

〔60〕 参见蒋大兴：《法院如何实现公共政策——围绕法〔2002〕21号之检讨》，《法学论坛》2005年第4期；前引〔12〕，苏力文。

受害人就只能自己额外增加金钱以获得相同的财产,其不合理性至为明显。

从上述分析来看,三次审议稿的相关规定虽较民法通则有所进步,但总体上仍存在明显不足,需要借鉴世界范围内损害赔偿法的发展趋势加以修改、充实和完善。

(二) 对我国违约损害赔偿范围立法的评价

我国对违约损害赔偿范围的规定主要体现于合同法第113条第1款:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定,给对方造成损失的,损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益,但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”因此,违约损害赔偿的范围包括实际损失和可得利益,但不得超过违约人可预见的范围。

合同法对违约造成的财产损失损害赔偿的规定总体上与以《国际商事合同通则》为代表的国际立法相一致,但在违约导致的非财产损害赔偿方面,则完全未涉及,与国际立法相比存在明显不足。而在我国司法实践中,由违约导致的非财产损害赔偿问题一再被提交到法官面前,从照相馆遗失照片案到旅游合同案,法院不得不对这一问题作出回答。对此问题,主流学者的回答是合同只涉及财产损失的赔偿问题,不涉及非财产损害,而在违约导致的非财产损害被广泛关注而无法回避时,许多学者又主张将这种损害交由侵权法处理,由受害人根据侵权法获得救济,合同法仅处理财产损失的赔偿问题。^[61]但是这种人为的分割方法并不可取。首先,这种处理完全是一种人为的法技术上的分割,是对现实情况的强行切割,难以为人们理解和接受。其次,此种处理方法将增加当事人和法院的讼累,增加实现救济的个人成本和社会成本。最后,此种分别诉讼的方法不利于维护受害人的利益。按照合同法规定,违约责任适用无过错原则,受害人无需证明加害人的过错,而侵权责任一般是过错责任,受害人必须证明加害人有过错,如此必然影响受害人损害救济实现的可能性。因此,在法律政策对立法技术的选择上,不宜采取分别处理的方法,而是应选择符合一般人常识、便于救济当事人的法技术方法,由违约责任统一处理。

(三) 对我国损害赔偿范围法律政策选择的建议

根据上文对法律政策演变分析,结合我国有关法律的发展及其趋势,本文对我国损害赔偿范围法律政策的选择提出建议如下:

侵权损害赔偿的范围应包括:1. 在侵害人身权或人身利益的情况下,除赔偿侵权造成的财产损失外,全面允许精神损害的赔偿,并且借鉴法国、美国等国的做法,在造成的非财产损害轻微或无法证明时,允许法院自由裁量,判决给予一定数额象征性的精神损害赔偿;2. 将可请求精神损害赔偿的主体扩大到与人身权或人身利益受到侵害的受害人有密切关系的第三人,此第三人原则上是受害人的近亲属,例外可包括有密切关系的其他第三人,但所有第三人以受到严重精神损害为限始得主张损害赔偿;3. 在侵害财产权的情况下,对财产损失的赔偿应包括实际损失和可得利益损失,造成严重精神损害的,受害人可以请求精神损害赔偿。

违约损害赔偿的范围应包括:1. 在赔偿直接损失和可得利益损失的基础上,原则上以所受损害严重为限,允许受害人主张精神损害的赔偿;2. 合同目的为精神需求的满足的,无论所受精神损害是否严重,均允许请求精神损害赔偿;3. 过失违约的,加害人以其可以合理预见的范围为限承担损害赔偿责任,故意违约的,加害人赔偿上述范围内的全部损失。

五、结 语

我国立法虽然历来在法典之始加上一些宏观指导的话语,但却实实在在缺乏对特定法律制度

[61] 参见王利明:《再论违约责任与侵权责任的竞合》(续),《中国对外贸易》2001年第4期。

应有法律政策的研究，从而也导致许多法律规定缺乏思想、缺乏灵魂，甚至存在彼此之间的矛盾。在未来构建损害赔偿法律制度中，尤其是正在进行的侵权责任法立法中，应充分考虑应选择的法律政策，并结合违约损害赔偿制度，构建合理的、先进的损害赔偿范围。这一范围首先要充分借鉴世界范围内侵权法、合同法发展的经验，充分反映损害赔偿法律政策对救济受害人实际损害的重视，扩大损害救济的范围；其次还要结合中国的国情，反映中国发展所处的历史阶段，不可过分超前。合理的损害赔偿范围将实现法律政策救济受害人的功能，也将实现法律政策对加害人利益、受害人利益以及社会利益进行合理衡量的价值目标。而为服务于受害人损害救济的实现，最高立法机关还应考虑突破目前部门法单独立法、分别考虑的模式，除了民法上的违约赔偿、侵权赔偿之外，其他法律救济模式如保险模式、社会保障基金救济模式应处于什么样的地位，这些民法外的救济途径与民法上的救济途径如何协调，^{〔62〕}都应通盘予以考虑，从而构建我国更为系统、合理的损害救济模式。

Abstract: Due to the coexistence of human beings and the universality of causal connections, damage is comprehensive and complex in real society. Nevertheless, only limited damage can be redressed in civil law after they are filtered by some legal skill tools. The scope of damages is determined to a great extent by the legal policy.

By the legal skill tools like fault, causation, the rule of no redress to non-property damage in general, the theory of direct victims, the theory of violation of absolute rights, the theory of privity of contract, and the foreseeability rule in contractual liability, etc., a great deal of damage is excluded from the scope of damages. By such means, the legal policy in modern compensation law, which are to maintain maximum economic freedom, to maintain maximum general freedom, and to minimize redress to victims, is fulfilled.

However, the modern law of damages focused too much on the freedom of act, thus resulted in a serious defect in the relief of victims. Following the failure of the optimistic rationalism, the emphasis of the relevance among human beings and the pursuit of the substantial justice other than abstract justice in the new legal thoughts, the legal policy determining the scope of damages turns to the emphasis of “limited economic freedom and more fair burden of contractual risk” and “maximum redress to victims under the theory to care for concrete persons”. Adapting to the transition of legal policy, many countries’ legislations or judgments extend non-fault liability and the scope of damages to non-property damage as their positive responses.

There are obvious deficiencies in the scope of damages in Chinese tort law and contract law, and the draft of the Tort Liability Law of PRC for Third Discussion has also little progress. To amend and perfect Chinese law of damages, the transition of legal policy in other countries and the corresponding developments in the scope of damages should be considered and used for reference. Only then can a more appropriate scope of damages be determined in the near future.

Key Words: the scope of damages, legal policy, freedom of act, relief of victim

〔62〕 关于民法救济模式与其他救济模式之间关系的比较详细的分析，可参见前引〔53〕，彼得·凯恩书，第6页以下。