

“损害赔偿法理”之反思

——以酒店采光侵权案为素材

纪建文

(山东财经大学 法学院 山东济南 250014)

摘要: 从《中华人民共和国民法典》有关侵权责任的规定中抽象出来的“有损害即应有赔偿”的逻辑不仅不利于权利理论的精细化,也不利于正确的引导实践。借助于一个虚拟的酒店采光侵权案,重申了权利的相互性视角,认为此类案件中问题的实质应为:避免较严重的损害,应由权利的市场价值来决定谁将最终拥有权利。但这并不意味着利益受损的当事人一定会起诉维权,因为诉讼或索赔成本都是财产权的维护成本。即便当事人起诉,法官既可以依据权利规则,也可以依据责任规则来裁判案件。而如果选择了责任规则,原告的权利可能会继续受损。又由于模糊是法律的天性,权利冲突双方的力量对比一直处于变迁之中,权利边界的弹性进一步使赔偿处于不确定状态。

关键词: 损害;权利的相互性;权利规则;责任规则;权利边界的弹性

中图分类号: D90 **文献标志码:** A **文章编号:** 1009-8003(2022)04-0052-09

理论和现实的关系一直困扰着学术界。理论应以什么样的方式回应现实?波斯纳认为,理论不可能忠实复制真实世界的复杂性,否则它就不是理论,而只是描述。^①道金斯说,模型(理论)就是用虚拟的东西来解释真实的世界。对事实进行细致的描述显然不符合我们对理论的期待,一些有强大生命力的理论或多或少与现实有出入。无可否认的是,理论必须回应并且关注现实,必须对现实世界具有解释力。法学研究要想获得生命力和发展动力,就必须与现实问题关联,具备回应现实问题的能力,否则就会被法律实务界批评为“不接地气”“没用”。更可怕的是,倘若法学研究无视现实,忽略常识,^②构建高冷、不食人间烟火的理论,并用这样的理论指导制度实践,还会导致制度建构的偏差或失败。因此,理论要来源于现实,应在适度抽象的基础上回应现实、解释现实,并要能因足够简单而传播力更强、能节省人们的思考成本。

权利理论是法学的基础理论之一,该理论的良好直接关系着法学的研究质量和水平,并对制度构建和法治实践产生巨大影响。权利理论也应随着社会和实践的发展而不断发展,以保持其解释力。如同自由理论,权利理论可被简约地概括为两部分,即“享有……的权利(be free to do something)”和“免于……的权利(be free from doing something)”。^③对某种具体权利而言,前者描述的是权利的内容、边界;后

收稿日期: 2022-03-15

作者简介: 纪建文(1978-),女,山东邹城人,法学博士,山东财经大学法学院教授,主要研究方向:权利理论、法律经济学。

中国海洋大学法学院桑本谦教授曾就本文初稿提出过非常中肯的修改意见;本文第二次修改稿也曾提交至“第十七届全国民法/民族习惯法”学术研讨会,并受到广州大学、中南大学谢晖教授、南昌大学法学院蓝寿荣教授等诸位教授的指点;感谢审稿专家的中肯意见,在此一并谨致谢忱。当然,文责自负。

①参见[美]理查德·A·波斯纳《法理学问题》,中国政法大学出版社2002年版,第5-44页。

②刘作翔教授近来也撰文强调法理学研究应回归常识。参见刘作翔《回归常识:对法理学若干重要概念和命题的反思》,载《比较法研究》2020年第2期。

③霍菲尔德认为真正的自由(liberty)既应包含特权(privilege),即一种法律允许的但法律并不通过强加别人以义务来予以支持的自由;也应包含“请求排除干预”的权利。参见 Wesley Newcomb Hohfeld, Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning (1913) 23Yale Law Journal, 16.

者描述的是权利不得被侵犯及被侵犯时的损害赔偿。在《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)中,后者即由第七编《侵权责任》予以规范。值得注意的是,无论是过错责任还是无过错责任,抑或是过错推定责任,《民法典》规定责任承担的前提时使用的表达分别有“造成损害的”(第一千一百六十五条)、“造成他人……损害”(第一千一百六十六条、第一千一百七十九条)、“造成……损失的”(第一千一百八十二条)等,以上表达均没有规定“损害”或“损失”的严重程度。但请求精神损害赔偿的前提条件却是“……造成严重精神损害的”(第一千一百八十三条),多了“严重”这一表征程度的规定。

相对于精神损害赔偿,人身损害和财产损害更高频发生,^①在实务界也经常看到“有损害即应有赔偿”的操作。而在理论界,这一操作会被强化为“因为……权利受法律保障,所以侵犯……权利应予以补偿”的因果关系逻辑。然而,“吃亏是福”“宽容”“不要斤斤计较”^②等日常生活教义却提醒我们注意“轻微的损害不必要求赔偿”,其反面就是“受到轻微损害而要求赔偿的人是不宽容的、是斤斤计较的”。那么,到底哪个出现了偏差,是理论或司法实务,还是生活常识?出现偏差的原因又是什么?本文将酒店采光侵权案为素材,以权利相互性为基础,层层展开,对“损害”进行四重剖析。

酒店采光侵权案:A是一个旅游度假酒店,吸睛点在于阳光、海滩,充足的阳光大大提升了A酒店的价值。但之后不久,B在A酒店前方建了高楼,遮挡了A的采光,使A迅速贬值。A起诉B侵犯了其采光权。那么,A的权利可否得到救济?

一、权利相互性理论与损害赔偿

(一) B应该赔偿A吗?

按照“有损害即应有赔偿”的因果关系逻辑,该案的判决思路应为:因为A的权利(采光权)受到B的侵害(损害),所以B应该赔偿A,思路清晰明了。但如若逻辑如此简单,那城市里的B们为什么不吃一堑长一智,吸取教训,再也不去做遮挡A们阳光的事情?事实上,城市里一栋栋高楼拔地而起,新地标不断出现,遮挡阳光、遮挡视线等也都不是什么稀罕事。比较一下农业社会村镇的一览无余,城市化进程似乎就是以阳光、视线的被遮挡为代价的。

可见,在A和B的纠纷中,“A的权利(采光权)受到B的侵害(损害),所以B应该赔偿A”这一思路还应该建立在其它逻辑基础之上——比如,该案中A的权利是先存在的,所以应当受到保护。该逻辑其实描述的是作为权利取得方式之一的“先占”原则:A作为先占者,其权利主体身份比较易于识别,因B的经营行为所受到的损害也可以切切实实被大众观察到,是“站在舞台中央、聚光灯下的主角”,有足够强的“存在感”。而B后登上历史舞台,还没“混个脸熟”,如果因保障A的权利而让B排除妨碍,B受到的损害属于“预期收入损害”,需要法官及公众不怕麻烦动动脑筋、发挥想象力才能够感知到。因此,在A和B的权利较量中,B是很容易被忽视的一方,是“隐形人”。然而,先占者的权利能否得到保障及先占原则的有效性取决于资源的状况、先占者与他方的力量对比、是否需要合作、信息费用、权利的维护成本等诸多因素。^③这使得A因先占取得的权利并不必然具有优于B的权利的正当性,也意味着舞台中央、聚光灯下不仅应有A,也应有B,二者在权利冲突中是排名不分先后的主角。保障A的权利一定会损害B,而保障B的权利也一定会损害A。A和B互相伤害,该如何赔偿呢?

(二) 是允许A伤害B,还是允许B伤害A?

还是回到科斯。虽然曾于1991年获得诺贝尔经济学奖的科斯(Ronald H. Coase)在经济学界大名鼎鼎,“科斯定理”的分析基础也是“糖果商和医生”“牛群和谷物”等若干属于民法领域的相邻关系案

①如在中国裁判文书网案例库中检索“损害赔偿”,“民事案由”分类下“侵权责任纠纷”相关检索数量为1525906;但如果将检索关键词改成“精神损害赔偿”,该类型下检索数量为910062,为前一数量的59%。<http://www.lawyee.org/PubPage/List?PageID=21&SearchStr=%E7%B2%BE%E7%A5%9E%E6%8D%9F%E5%AE%B3&ColumnName=keyword>,2021年7月25日访问。

②近年来有学者对法谚在司法过程中的应用进行了卓有成效的探讨,如杨铜铜《论法谚的司法运用》,载《法学》2021年第7期;谢晖:《民间法谚与民间秩序》,载《原生态民族文化学刊》2018年第4期;王奇才《法谚与法理》,载《法制与社会发展》2018年第4期。

③笔者曾撰文研究过先占原则存在的制度基础及影响先占原则有效性的诸多因素,参见纪建文《法律中先占原则的适用及限度》,载《法学论坛》2016年第4期。

件。^①可在法学界,科斯却主要被法律经济学研究者认真研读和讨论,在民法学界并未掀起多少波澜。^②科斯怎样解决这些纠纷呢?——他将A和B互相伤害的状况称为“权利的相互性”(the reciprocal nature of the problem)——避免对A的损害将会引起对B的损害。因此问题的实质是:是允许A伤害B,还是允许B伤害A?关键是避免较严重的损害。与判断A、B两方谁的权利位阶更高的思路不同,科斯创造性地提出了一个市场化的解决方案:将A、B的权利共同置于市场中进行竞争。如果相对于B,A愿意以较高的价格购买(或维护)其权利,则法院会将权利配置给A,但A需要向B支付超过B权利市场估价的金钱。也就是说,A最终拥有采光权的前提是A、B之间曾经发生过一场交易,通过交易,A以更高的价格从B手中购买了权利。这表明:第一,A之所以拥有权利,并非基于天赋,A的权利也并非在权利位阶上高于B,A的权利是从B手中购买来的!第二,B虽然最终没有行使权利,但他却获得了超出其权利市场价值的补偿——B失去权利比自己行使权利的效用会更大!A、B的权利本无优劣之别,是竞争使A的权利最终胜出。第三,通过交易,A、B的效用都较之前有所增加。

由此可见,“有损害即应有赔偿”的因果关系逻辑武断地将A的权利置于前台,而将B的权利置于幕后,其实是忽视了A与B损害的相互性。如若同等对待二者的权利,将其放在同一个竞技场上,则会从社会整体利益最大化的角度,基于避免较严重的损害的目的,由A、B权利的市场价值来决定谁将最终拥有权利,而法官所做的只不过是像市场那样配置权利。

二、权利的维护成本与索赔

埃里克森教授在探讨牲畜越界争议解决时提出一种“自己活别人也活”的哲学,即居民应忍受一些轻微损失,对于偶尔发生的摩擦,应相互包涵一下。其现实理由是:第一,对于某农村业主来说,受到些微损害的现象很常见;其次,大多数居民知道,自己既可能造成越界事件,也可能遭遇越界事件。越界风险是对称的,因此相互忍受的好处就是谁都不用花费时间和金钱来解决纠纷。其实,“自己活别人也活”是所有建立在合作基础上的群体的基本生活逻辑,^③无论这个群体是人类社会还是群居动物。诺瓦克等曾分析了合作的五大机制,分别是:直接互惠、间接互惠、空间博弈、群体选择、亲缘选择等。^④

因此,如果A、B将来需要合作、需要通过商业聚集以聚拢更多人气,那么相对于未来的合作收益而言,B对A的损害可以忽略,甚至因为B对A的损害而使A在二者将来合作时占据谈判或心理优势,A可能更不会索赔。事实上,埃里克森也通过“邻人的账都记在心里”这样特别符合中国熟人社会语境的表达来标识这一现象。由于多次博弈而非一次性博弈的存在,村民们会在各种社会事务上相互弥补,并能忍受总账上有些许的不平衡,债权人也许实际上更情愿他人欠自己的。^⑤其实,“吃亏是福”“你敬我一尺,我敬你一丈”“滴水之恩当以涌泉相报”等都表明有可能多次合作的人和人之间不应过于算计,“损害”的背后是更长久的交往与合作,以及更大的预期利益和心理收益。

由此观之,纵使A、B之间存在相互损害,根据科斯定理也可以通过市场寻求到损害最小化的解决路径。但A、B之间,尤其是A,由于不愿花费时间和金钱用于解决纠纷,或者是更注重将来的合作利益等因素,可能根本不会维权,也不会提起诉讼。^⑥事实上,邻里之间的轻度损害,比如建筑公司的噪音、邻居装修、修剪草坪、孩子哭闹等,都会给自己造成干扰。但即使提起诉讼,法律也不支持这种索赔。然而,由于“为权利而斗争”逐渐成为法科学生接受的基本训诫之一,权利的绝对化、神圣化思想逐渐流行

^①R.H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 3 (Oct., 1960), pp. 1-44.

^②我国台湾地区“中央研究院”张永健研究员是将经济分析比较系统的用于物权法研究的学者。参见张永健《物权法之经济分析:所有权》,北京大学出版社2019年版。

^③2009年诺贝尔经济学奖获得者埃莉诺·奥斯特罗姆等曾用各种研究方法证明,在大多数计算实验中演化的行为不是盲目的追逐私利,而是有条件的合作。参见[加拿大]埃米·R·波蒂特等《共同合作:集体行为、公共资源与实践中的多元方法》,中国人民大学出版社2013年版,第175页。

^④参见[美]马丁·诺瓦克等《超级合作者》,浙江人民出版社2013年版,第33-143页。

^⑤参见[美]罗伯特·C·埃里克森《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》,中国政法大学出版社2003年版,第64-67页。

^⑥国内有许多学者撰文探讨“无讼社区”及传统社会的无讼。典型的如语和、秦启迪《家法族规中的“无讼”法律传统》,载《江苏社会科学》2018年第3期。

开来,并在制度及制度实践中获得回应。在司法实践中,很多案件曾在某种程度上激发了众人的狂欢。多年过去,我们有再反思的必要。最典型的是“一元钱官司”,这其实代表着一类案件。它包括“新华书店换书案件”^①“一元钱消毒餐具费用案”^②等许多为了小利益而动用司法资源的案件。学者们曾对“一元钱官司”大唱赞歌,称其意味着中国人权利意识的觉醒。

“新华书店换书案件”的基本案情是原告去某新华书店买书,回家后发现书缺页,于是折返书店找工作人员调换。书店工作人员按照规定给原告换了一本无瑕疵的新书。但原告又要求书店为其支付一元钱的往返车费,被工作人员以无规定为由拒绝。于是,原告打了一场旷日持久的案件,穷尽司法程序后,以两审终审胜诉。原告的行为值得赞扬吗?很多学者给出了肯定的答复。确实,原告保护了自己的权利——一元钱的利益。但稍微动用一下想象力,设身处地的想想:如果原告是我们的邻居,我们的策略或许是“惹不起,躲得起”。事实上,在目前网络购物逐渐普遍的时期,卖方是否需要为买方支付调换货的路费取决于双方之间的约定,以及最重要的,行业内部的竞争程度和利润空间。消费者虽然倾向于选择卖方承担退换货运费的卖家,但选择本身也意味着消费者不把视其为理所当然。

“一元钱消毒餐具案件”的大概案情是:原告去饭店用餐,结账时被告告知要对其使用的消毒餐具按照每套一块钱的标准收费。原告认为饭店提供消毒餐具是其基本义务,于是状告饭店不合理收费。原告胜诉了,媒体普遍表达支持、叫好,并告诉消费者:消毒餐具费属于饭店的不合理收费,以后可以理直气壮地拒绝缴纳。这起案件过去多年,我们的生活并未因为这起案件而有任何不同,外出就餐时还在为消毒餐具的使用支付各种形式的费用。基本的常识是,饭店当然要提供消毒餐具,方式可以是自己购买大型消毒设备自行消毒,向专门的公司购买服务或直接提供一次性餐具。这两种方式的共同点是提供消毒餐具是一项有成本的服务,作为一个经营主体,要将成本转嫁给消费者。当然转嫁方式可以多样:高档一些、有条件自行消毒餐具的饭店通常都以提高菜金的方式转嫁,而定位于大众消费、通常也是外包消毒餐具服务的饭店为了核算的方便,一般都在菜金之外对消毒餐具独立收费。也就是说,当消费者为一元钱餐具买单时,他只不过是在为自己所享受到的服务付费。了解到这个过程后,法院的判决及媒体的欢呼就显得匪夷所思了。

此外,以上两起案件还共同关涉一个重大问题:诉讼成本。除了必须支付的诉讼费用,所有的诉讼参加人、包括法官都为此支付了巨大的时间成本。尽管有学者以“权利意识的觉醒”等话语为以上案件正名,但代价不免太大。

“权利意识的觉醒”也或许是正确的,因为中国人慢慢变得爱打官司。法院,尤其是基层法院的人流络绎不绝了。为了更好的保障权利,立案审查制变成了立案登记制,而立案登记制同时又伴随着员额制的推进。因此,我们至少看到两方面的后果:其一,尽管立案容易了,但律师都明显感觉从立案到开庭的期限越来越长;其二,陪审员在案件审理中出现的频次越来越高。后果一和很多医院的儿科急诊一样:因为急诊无“名额”限制,挂号费也和普通门诊相似,很多原本挂不上普通门诊的病人会选择急诊,这使候诊时间无限延长。后果二也非常容易解释,“案多人少”,而最合法、成本最低的替代便是陪审员。因此,人民陪审员的出现近年来呈激增之势。2018年4月27日,中国历史上第一部关于人民陪审员制度的专门法律《中华人民共和国民事诉讼法》正式颁布施行,根据最高人民法院新闻网站的数据,至2020年12月,即该法施行两年多来,各地共新选任人民陪审员22万余人,现有人民陪审员总数达33.6万余人,与2018年4月新法实施前相比上升了58.1%。^③

对当事人来说,诉讼或索赔成本是财产权的维护成本。无论是英美法系,还是大陆法系,财产权都经历了巨大的历史变迁。^④但无论财产权的具体样态为何,财产权的维护成本都是曾经被忽视,但其实

^①参见李涛、郑科、王玉钰《5次进京为一元钱讨说法》,载《律师世界》1999年第9期。

^②参见《山东一律师打赢餐具消毒费第一案》,载新浪网,http://news.sina.com.cn/c/2008-03-15/091313577304s.shtml,2021年7月25日访问。

^③《人民陪审:促进和彰显司法民主的最佳途径——〈中华人民共和国民事诉讼法〉实施以来工作情况综述》,载最高人民法院网站,http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-276951.html,发布日期:2020年12月3日,2021年7月25日访问。

^④参见冉昊《财产权的历史变迁》,载《中外法学》2018年第2期。

是必不可少的变量。^① 我们支付的很多成本都是财产权的维护成本,如车价越高,对“车”这种财产的维护成本——保险费就会越高;房子越贵,缴纳的物业费也会越高昂。“亡羊补牢”通常被用来做贬义评价,但如若考虑到修建安全、坚固的围栏的高昂成本,放弃对“牢”的日常维护,待“亡羊”之后再“补牢”也未尝不是一个理性的策略。如果财产权的维护成本过高,比如超出从财产权中获得的收益,人们便会将财产置于风险状态。因此,“自己活别人也活”的逻辑使当事人在很多情况下都不会斤斤计较,无论是基于反复博弈、合作的未来收益,还是基于包括诉讼成本等在内的财产权维护成本都使当事人将自己的财产权置于风险状态。而不管是诉讼成本,还是财产权的维护成本都是当事人的机会成本,这些都是A在维护财产时必须真正考虑的变量。^②

三、法院的选择:权利规则与责任规则

根据交易成本的高低,可以将财产权的保护规则分成三类:权利规则、责任规则、不可剥夺性规则。其分类要旨是:第一,当交易成本比较低时,适用权利规则,当事人可以就权利进行自由交易,在同意的基础上进行定价,该规则可表达为“你可以侵犯我(把权利从我手中拿走),但必须征得我同意”。第二,当交易成本比较高时,适用责任规则,需要国家对损害标准及补偿方式统一做出规定,该规则可以表达为“你可以侵犯我,但必须赔偿我”我们也可以将其理解为:侵害在先,赔偿在后。第三,无论交易成本高低,均有一些权利不可被剥夺,也不能被交易,卡拉布雷西称其为不可剥夺性规则,涉及的权利有选举权、身体权等。^③

需要注意的是:首先,权利规则并不意味着政府不加干预或拒绝政府的干预。事实上,政府可以成为降低交易成本的重要力量,使原本因成本过高而被阻碍的交易得以实现。典型的做法如政府指导价、政府限价。其次,就责任规则而言,为便于司法及行政的计算,赔偿标准往往是一般标准。如误工费,虽然人与人之间月均工资差异极大,但效率的追求使司法只简单的识别职工收入的一般标准,并在此基础上计算赔偿数额,而不可能基于每个人的实际收入进行赔偿;同时,责任规则往往意味着缴纳适当补偿(或赔偿)后即可侵权。典型的例子如排污费,企业缴纳排污费,并非意味着不可排污,而是说可以在法律规定的范围或标准内排污。因此,缴纳排污费并不会促使企业节能减排。与之相比较,排污权交易才会使企业产生节能减排的激励,使政府在总量控制的前提下,通过市场化手段实现逐步减排的目标。

因此,A即使不惜耗费诉讼成本及未来合作的预期收益而起诉了B,法官的选择也可能有两种:第一,法官依据财产规则进行裁判。法官根据A、B权利的市场价值,在二者的价格区间范围内选择确定一个交易价格,并判决由A支付给B。此种情况下,法官担任了降低交易成本的角色,促成了A、B之间的交易。A以高于B本身权利的价格购买了B的权利,A、B实现了双赢,具体表现为A对采光权享有了独占性的使用权,B搬离。第二,法官依据责任规则进行裁判。法官判处B侵权,要求B支付给A一定的损害赔偿费用,具体表现为A接受了B支付的损害赔偿金,B继续营业、影响A的采光权。法官的第一种判法符合科斯定理和效率最大化原则,但因会造成B搬离的后果而“动静太大”,因此会大概率选择第二种判法。如果考虑到A所耗费的诉讼成本(不仅仅是诉讼费用,还包括付出的时间、机会等成本)和损失的未合作的预期收益,若A受到了第二种对待,则很可能得不偿失。因此,在案件类型上,此类案件一般都会被归为侵权责任纠纷,而非物权纠纷。^④然而,确权案件和侵权案件本质上并无太大区别,只不过确权案件在外观上被视为“全有或全无”,而侵权案件更像是折中的处理办法,因不会从根本上撕破脸面而更符合中国人的思维习惯。

^①参见[美]理查德·波斯纳《法律的经济分析》(第7版),法律出版社2012年版,第45页。

^②关于机会成本的理解,请参见张五常《经济解释》(卷二:收入与成本),中信出版集团2019年版,第128页。

^③参见Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, 'Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral', 85 Harvard Law Review (1972).

^④如同样还是检索“损害赔偿”,民事案由中“物权纠纷”有484856件,而侵权责任纠纷有1525906件,前者占后者总数的32%。<http://www.lawyee.org/PubPage/List?PageID=21&SearchStr=%E7%B2%BE%E7%A5%9E%E6%8D%9F%E5%AE%B3%E8%B5%94%E5%81%BF&ColumnName=keyword> 2021年7月25日访问。

从法律角度看,俗语“冤有头,债有主”指的是所有侵权(包括一般意义上的民事侵权和刑事犯罪^①)都可以找到责任主体。A和B之间的相互伤害都可以找到源头。A受到的伤害来自B,B受到的伤害来自A,A、B互为侵害对方的责任主体。然而,很多侵害的责任主体是不明确的。如随着生态环境的改善,城市里野猫、野猪甚至貉等野生动物越来越常见。也不乏特别关爱动物的热心人,经常给野生动物喂食,被野生动物抓伤的情况也不罕见。有的受伤者会想方设法找“责任人”。可谁是责任人?投喂食物的爱心人士、小区物业、政府……?不需要具备太多法律知识,仅凭常识就会知道此类伤害的后果大抵都是由受害人自己承担。这一结果的激励是受害人了解到最重要的事情是自保——保护好自己免于伤害,因此以后会远离野生动物,或在对待野生动物时保持必要的距离,有的还会购买意外伤害保险以分散风险。

前部分所提及的法官适用责任规则进行裁判时所依据的赔偿标准不是实际发生的损害,而是根据一般的、通常是当地平均的标准,因此“受害人”的受损利益不能全部得到救济;再考虑到执行过程中可能遇到的各种麻烦,^②可以发现司法对权利的救济非常有限。因此,在责任规则下,A的相当一部分利益被置于无保护的状态下。而诉讼时效、证据等因素,都会进一步加剧A的权利不受保护的风险。

以上说明,不是所有受到侵犯的权利都会得到救济,而在救济时,也不是所有的损失都会被同等对待。如果某权利无法被救济,或某些损失无法被补偿,就意味着法律事实上对一些侵犯无能为力,或者说权利的某些部分其实是被置于不受保护的风险地带。对于经由诉讼解决的纠纷而言,也不要忘记“案结事了”。程序虽然可能不完美,但会保证大部分案件获得正确对待,并会尽快恢复秩序。一些旨在增加审级以使案件结果更精确的建议事实上会使很多关系陷入崩溃。设身处地的为身处离婚案件中的当事人想想,无休止的追求“实质正义”可能会让案件当事人更焦急的等待程序结束。

“明天又会是新的一天”,事情总要有个结束,制度不鼓励人们总是生活在过去。“制度洁癖”主张零错案,且完全救济受损害的权利,看起来初衷是好的,但经不起仔细推敲。如果将错案视为一个事故,那么避免事故发生的成本可能高昂得不可想象:穷尽审级、案件审理时间大大延长等,这不仅会给当事人带来灾难,也会使司法无暇顾及其它或许更重要的纠纷。因此,理性的做法是将错案维持在一定比例之内。因此,虽然提出“错案终身责任制”,但由于实质错案难以观测、难以判断,可能被追究的错案也仅应当是违反司法程序的案件。以上分析表明,藉由司法实现的权利保障是一般性的,而很难恢复到权利被侵犯之前的状态,这进一步证明了损害无法被全部赔偿。

四、动态且模糊的权利边界

权利问题来源于生活,所以我们需要对那些司空见惯的现象和做法保持足够的好奇心,并思考其背后的道理。以下场景我们当再熟悉不过:在非常拥挤的环境下,A“不小心”踩了B的脚,之后发生的对话通常是:

A“对不起,我不是故意的。”

B“没关系。”

A“侵犯”了B的人身权,同时还可能侵犯B的财产权:B的鞋子至少被踩脏,甚至可能被踩坏(划伤或破损)。但A、B的瓜葛一般会因为这两句话而消除。这两句话的魔力何在?让我们细细分析背后的道理:第一,相对于B,A是运动的一方,他通常能以更低的成本避免这个事故,所以他确实应该承担责任。第二,A通常并不赔偿,因为赔偿的费用很高,大家都不赔偿,就都节省成本。因为在未来的时间里,A、B会互换位置,并且两者处在不同位置的概率是一样的,不赔更公平。

再来看“不小心”和“我不是故意的”。这两个表达共同指向“过失”一词,也就是说,A踩B的脚是过失行为。与学界通常的主观化解释不同,汉德法官对“过失”的客观化界定是: $B < PL$ 。如果将侵权称之为事故,过失指的则是事故的预防成本B小于事故的预期损害PL,也即相对于事故的预期损害来说,如果当事人的预防成本较小却没有采取预防措施,就可以认定为“过失”。显然在以上场景中,A声称

^①从法经济学角度看,犯罪也是一种侵权,其与民事侵权的不同在于,犯罪是一种犯罪人无赔偿能力的严重侵权。同前注波斯纳书,第312页。

^②参见任重《民事诉讼法教义学视角下的“执行难”:成因与出路——以夫妻共同财产的执行为中心》,载《当代法学》2019年第3期。

其不是故意的,有两种可能:其一,A认为踩B的脚这一事故的预防成本大于事故预期损害,事故无需预防,而是放任其发生,B的脚及鞋子事实上暴露于被踩踏的风险中;A既无过失,更无故意;其二,A认为事故预防成本小于事故预期损害,其有过失。A实际上包揽了或主动承担了判断其过失与否的权力。也就是说,因为判断者A为事故一方,而非中立第三人,其判断的“客观性”当存疑。但因为损害后果不那么严重,相对于因判断误差所导致的损害而言,寻求更权威判断的成本显然更高,因此判断误差在事实上是被允许的。也就是说,风险及判断误差使B的权利(关于脚及鞋子的权利)并非绝对,权利的边界其实是模糊的。就A而言,不管其在该事故上是否有过失,都要主动道歉,说声“对不起”。由此看来,A的权利边界也并不清晰;对B来说,除非其受伤很严重(伤势具备可观测性),否则,其必须对答“没关系”,否则就会受到道德的谴责。这使B权利范围的相当一部分被置于无保护状态。

“吃亏是福”。以上纠纷处理过程中,A可能为没错的事情道歉,同时,道歉也可能事实上无法补偿B所受到的损害,但如果不接受A的道歉,不说“没关系”,就会受到诸如“斤斤计较”“小肚鸡肠”等负面评价。也就是说,A及B都有可能吃亏。社会对吃亏的鼓励其实表明相对于判定清楚A、B的权利边界、精确的补偿他们各自的利益损害而言,A、B可能吃亏一事的社会危害其实没有那么大,而且迅速恢复A、B的关系的益处要远远比非要在他们之间判出个你对我错大得多。除以上分析中A可能为事实上并不存在的“错”道歉,拥挤的场合,想优先通过者通常也会说“对不起,借过。”此时,想优先通过者可能根本无错,但为了省去麻烦,通过首先道歉而获得优先通行权。从这个角度来看,传统舆论其实鼓励人们生活的不要那么精细且矫情,倘若每个人都宽容、稍微粗枝大叶一些,社会治理的成本就会更低。

前部分的分析表明,即使A、B的权利范围看似都界定得清清楚楚,但实践中当A“冒犯”B时,二者的权利边界其实都处于模糊地带。再扩展到整个国家、社会,当我们追求法治时,也应当意识到,法律的一般性特点意味着需要用法律去涵盖纷繁复杂的社会现实,而法律必须高度抽象,在寻求最大公约数的基础上才能实现这一目的——模糊是法律的天性。

流行的观点认为,法律的基本构成要素包括概念、规则及原则。其中,概念是基础。我们也都同意,任何概念的意义包括两部分:意思中心与意思边缘。“意思中心”通常是人们可以形成共识的意义领域,“意思边缘”地带则通常存在歧义。作为概念系统重要组成部分的权利概念的意义自然也由以上两部分组成。持绝对权利观念的学者显然忘了这一点。

比如相邻关系或相邻权。诚如前述,A和B之间其实是一种相邻关系,相邻关系能表征一个社会最基本的人际交往样态。邱本教授认为,相邻关系是人最重要的社会关系之一,社会关系是以相邻关系为中心展开的。^①其法律界定是人们基于相邻而产生的权利,其中包括采光权、排水权、用水权等诸多子权利。然而藉由主张相邻权之路径可以得到怎样的利益保障却是未知数。我们仅以采光权为例,侵犯采光权的案件曾经常见诸报端,也发生过多起因为权利被侵犯而获得赔偿的案件。^②然而,城市化进程的加快使土地资源日益稀缺,房屋也经历了从平房到多层住宅、小高层再到高层的类型化变迁。^③在这一过程中,社区的容积率越来越高,采光问题不再是普遍的以至于可以轻易满足的需求,而变成了奢侈的享受。^④与之对应,当土地资源相对丰富时,人们比较讲究房屋的朝向,比如一般强调房屋应坐北朝南;而当土地资源非常稀缺时,房屋朝向的要求就不再现实,如平地资源稀缺的城市里人们对房屋朝向及是否方便采光就不像平原地区那样在意。历史上,英国曾有判例支持远眺权,后来伦敦的类似诉讼却没有得到法官的支持,其理由是不能把伦敦夷为一片平地。以上现象说明虽然法律保障相邻权,但该权利内容正在随着社会生活的变化而时刻变化着。

因此,思考权利问题时应使其回归现实环境。现实中,采光权之所以成为一个法律问题,本身即源于

①参见邱本、王岗《再论相邻关系》,载《当代法学》2015年第6期。

②相关案例如《昆明中院化解首例采光权群体纠纷》<http://www.gy.yn.gov.cn/Article/Print.asp?ArticleID=16984>《阳光值多少钱,一道司法难题》<http://news.sina.com.cn/o/2005-11-18/08057471726s.shtml>《谁夺走了我的阳光——直击河北部分城市“采光权”之争》, http://news.xinhuanet.com/fortune/2013-10/09/c_117641861.htm等,2021年7月25日访问。

③参见陈越峰《城市空间利益的正当分配——从规划行政许可侵犯相邻权益案切入》,载《法学研究》2015年第1期。

④参见温世扬《〈民法典〉应如何规定所有权——〈物权法〉“所有权”编之完善》,载《法学评论》2018年第2期。

某种资源,尤其是土地资源的稀缺。也就是说,同一块土地需要服务于采光、新建房屋(即居住)等各种目的。按照科尔曼的社会理论,某人是否拥有某种权利其实取决于其他人的同意,A是否拥有采光权取决于周围人是否同意他拥有此项权利;倘若同意,则A的采光权的范围即是由周围人的居住权等权利的范围界定的。权利是斗争的结果。其他人之所以同意A拥有采光权,不是因为无私,而是因为周围人的居住权等权利在与A的权利斗争中失败了。失败的原因可能包括:相对于周围人来说,A更强势;初民社会中,A可能通过武力等方式获得了来自周围人的支持。“阳光”被赋予更美好的意义,占据了道德制高点,或者可能是当时社会的流行元素;采光权的市场定价更高,A愿意并且能够向周围的人支付更高的价格以保留其权利等。从这一被简单描述的采光权的历史变迁中可见,A及周围人的权利竞争一直存在,A、B的权利也一直处于变动状态。法律要保持稳定,无法回应权利之间一直相互竞争的现实,于是只能对权利概念内容的核心部分进行规定,而放弃界定非核心部分的努力,这更进一步证明权利界定的模糊性。

以环保为例,极端的环保主义者往往宣称要不惜一切代价保护环境,换取蓝天、白云。环境是一种稀缺的公共资源,环境问题之所以成为问题是因为存在竞争性使用,同一区域要服务于获取新鲜空气、驾驶的便利、通过生产而盈利等各种目的,因此发展出诸如环境权、驾驶权、生产权等诸项权利。根据科斯定理,如果真如极端环保主义者所愿,环境权最终胜出,那一定意味着居民一方对环境权的市场估价超过生产权、驾驶权等权利,居民一方有支付能力及支付意愿。这说明:第一,环境权较生产权、驾驶权等更昂贵;第二,居民环境权胜出的代价是能够给车主(驾驶权主体)、企业(生产权主体)以足够的补偿,而这些补偿不仅没有让企业、车主遭受损失,反而会因此效用增加。当然,由于居民一方人数众多,内部交易成本过高,与企业、车主之间的谈判不太容易达成,为了实现效率最大化目标,需要政府以立法者的身份出面,做出最有利于交易各方的安排,即让居民拥有环境权,而给车主、企业以补偿,补偿金的来源一般是税收,而补偿的形式可能包括对车主及企业的补贴、技术服务、税费减免等。当然,若居民一方虽然认为环境权很重要,即有支付意愿但无支付能力时,结果可能会反转:法律可能会将权利赋予车主及企业,并向居民支付适当补偿,从而实现双赢的结果。同样,车主及企业一方可能要承担更高的税费,而居民会享受相应的国家福利。这说明,“保护环境”的观念流行与否相当程度上取决于社会(居民)的富裕程度,与后者正相关。此外,权利竞争中无论是环境权获胜,还是驾驶或生产权获胜,都会造成“双赢”的后果,败下阵的一方的效用也得到增长。同时,“天下没有免费的午餐”,获胜的权利也付出了相应的支付代价。^①

以上权利竞争也表明权利关系是动态变化的。风水轮流转,如“买卖不破租赁”曾是著名的物权变动原则,借以保障租房者生活状态的相对安定。然而,今天租房者的地位是否还会像昔日那样?只要去房产中介稍微打听一下,有多少房屋所有权人会因为租约在身而暂缓出卖房屋?行业惯例是只要房屋所有权人提前(如一个月)通知承租人,就免于承担任何责任;倘若提前通知的时间不足,则只需支付一定数额的违约金(一般是一个月租金)即可。那么,实践中的承租权为何敌不过房屋买受人的权利?原因很简单:由于现代社会服务发达,搬家变得越来越容易了。大批量建造的新房使迅速找到其他房源成为可能;普遍存在的房屋中介机构大大降低了承租人再次找到合适房源的成本;搬家公司、更方便的交通使搬家比传统社会更容易了;而倘若承租人暂时找不到合适房源,也不至于像传统社会那样露宿街头,各种档次的酒店是备选。总之,承租权的机会成本大大降低。一直同市场打交道的房屋中介最先注意并捕捉到这一点,“买卖不破租赁”的生命力也因此岌岌可危。因此必须关注市场和现实,如果一个社会正处于迅速变化中,其各种权利关系也一定会做出相应反应,但这也意味着要给权利划定明确的边界是困难甚至是徒劳的,权利受损也因此成为相当具有弹性的概念,赔偿也更难发生。

小结

历史上,权利本位观念及“为权利而斗争”的口号和运动都是针对国家权力的,在此意义上可以推

^①关于碳排放权交易,学界已有许多讨论,碳达峰碳中和也成为热点问题,笔者亦曾撰文探讨。详见拙文:纪建文《从排污收费到排污权交易与碳排放权交易:一种财产权视角的观察》,载《清华法学》2012年第5期。

导出权利的绝对性特征。但市民社会中,当针对某种资源存在不同主体的竞争性使用时,简单的宣称某种权利的绝对性及神圣性、天赋性都会损害其他主体的自由及权利。借助于生活中的一些常见现象,我们发现不同主体的利益在现实世界相互交叉,纵横交错,权利的模糊性是常态。基于权利的相互性视角,酒店采光侵权案的裁判关键是避免较严重的损害,应由权利的市场价值来决定谁将最终拥有权利。利益受损的当事人不一定会起诉维权,因为诉讼或索赔成本都是财产权的维护成本。即便当事人起诉,法官既可以依据权利规则,也可以依据责任规则来裁判案件。如果选择了责任规则,原告的权利可能会继续受损。很多侵害的责任主体是不明确的。赔偿标准的一般性、诉讼时效、证据等因素,都会进一步加剧当事人的权利不受保护的风险。实践中,为了少找麻烦,人们通常故意放弃自己的一部分权利,使权利边界呈现不清晰的状态。在权利发展史上,权利冲突双方的力量对比一直处于变迁之中,权利边界的弹性进一步使赔偿处于不确定状态。因此,“有损害即应有赔偿”的逻辑应当适当修正,“不是所有的伤害都会被赔偿”才是符合现实的理论基础。

Subject: Reflexion on Jurisprudence of Damage and Compensation——Taking The Tort Case of Hotel Lighting as An Example

Author & unit: Ji Jianwen(School of Law , Shandong University of Finance and Economics , Jinan Shandong 250014 , China)

Abstract: The logic of "damage is due to be compensated" abstracted from the "Civil Code of the People's Republic of China" on tort liability is not only not conducive to the refinement of the theory of rights , but also not conducive to the correct guidance of practice. With the help of a virtual hotel lighting tort case , the reciprocal perspective of rights was reiterated , and the essence of the problem in such cases should be to avoid more serious damage , and the market value of the rights should be used to determine who will ultimately own the rights. But this does not mean that parties whose interests have been damaged will sue for rights protection , because the costs of litigation or claims are the costs of maintaining property rights. Even if the parties file a lawsuit , the judge can judge the case in accordance with the rules of rights and the rules of liability. If the liability rule is chosen , the rights of the plaintiff may continue to be damaged. And because ambiguity is the nature of the law , the balance of the two parties in the conflict of rights has been constantly changing , and the flexibility of the boundary of rights further makes the compensation in a state of uncertainty.

Key words: damage; reciprocal nature of rights; "live yourself and others"; liability rules; flexibility of rights boundaries

[责任编辑:魏治勋]