

财产损害算定的基本原理与规范内涵

——《民法典》第 1184 条的解释论展开

王 磊

内容提要:《民法典》第 1184 条作为财产损害的算定规范,在确定赔偿对象与损害量化的逻辑构造中发挥量化赔偿项目的功能,并未秉承完全赔偿主义而将赔偿范围与损害算定一体化对待的思路。就规范理念而言,第 1184 条没有采取在主观计算方法之上做“减法”的思路,而选择在客观计算方法的基础上做“加法”的思路,并通过“其他合理方式”的表述呈现出财产计算方式的多元化倾向。也就是说,第 1184 条除了明文规定以市场价格标准为基础的客观计算方式之外,还可以通过“其他合理方式”的表述衍生出主观计算方式及其他多元化的算定方式,从而展现出财产损害算定方式的非定式化图景。此外,当面临计算不能的情形时,损害额酌定制度可以发挥量化损害的功效,与损害的算定存在相同的性质,在损害额酌定制度规范基础缺失的情况下,可以将其归入第 1184 条,通过“其他合理方式”的开放性表述确立损害额酌定的条文依据。

关键词: 财产损害 市场价格标准 客观计算 主观计算 损害额酌定

王磊,贵州大学法学院副教授。

一 引言

损害赔偿为侵权责任的主要形式,推动损害赔偿的合理判定对于侵权责任的落实而言可谓意义重大。在损害赔偿的判定机制中,损害的算定是落实损害赔偿的关键环节,应加以精意覃思。《民法典》颁布之前,学界对该论题已作出有益的探讨,⁽¹⁾总体而言触及了损害算定的基本领域,但仍存在不足,大致体现在两个方面:其一,损害算定基本原理与

(1) 参见叶金强《论侵权损害赔偿范围的确定》,《中外法学》2012 年第 1 期;王军《侵权法上财产损害的计算标准》,《法学》2011 年第 11 期;田韶华《侵权责任法上的物之损害赔偿问题》,《法学》2013 年第 2 期。

具体规则的脱节,未搭建起法原理与法规相互映射的整体构架;其二,损害算定规则未趋于体系化,未搭建起回应生活实践的多元规则体系。《民法典》颁布之后,第1184条成为损害算定环节的条文根据,如何在阐述该条文的过程中弥补既有研究的不足,属于重要问题。事实上,损害的算定并非纯粹的数字计算问题,在简单的数学任务之上更在于损害算定的规范评价,该种特性也使得看似简单的第1184条实则内涵庞杂,其基本原理与规范内涵均需进一步厘清。特别是第1184条在客观计算标准之外授权法官通过“其他合理方式”对损害的计算藉由评价加以补充,这一法内漏洞的补足无疑需要付诸解释论的努力。凭借第1184条中法内漏洞的填补,有意识地对本土资源的累积加以提炼,剖析出损害计算规范体系的内涵,系为努力的方向。

二 《民法典》第1184条的规范功能与理念

法规范与法原理是相互映射、相互协调的对置体系,法规范是法原理与具体类型的对接而作出的安排,无时无刻不受到法原理的支配,对于规范形态的理解最终都要回到法律原理。损害的算定作为损害赔偿法的当然构成,无疑受到损害赔偿法基本原理的辐射。就损害赔偿的原理而言,大致存在完全赔偿原理与限制赔偿原理的并立,前者从客观层面出发,将因果关系与差额说作为法技术构成;后者从主观层面出发,注重有责性的规范作用。基于德日法之影响缘故,我国理论界倾向于采纳完全赔偿原理。然而值得注意的是,完全赔偿原理本身备受质疑,纵使明确采纳该原理的德国学界也指出,“损害赔偿法学说未能在这一领域中确定有说服力的指导性基本原则,更没有可供学术界和司法裁判者适用的思考方法和理解方式。”⁽²⁾我国对完全赔偿法理的接纳更多是出于单纯的借鉴思维,未注意到本土损害赔偿规范对完全赔偿原理的超越,进而难以觉察损害赔偿法的中国法体系的脉络与影响。就财产损害的计算方式而言,《民法典》第1184条事实上已然蕴含着损害算定机制的本土雏形。

(一) 《民法典》第1184条的规范功能

按照完全赔偿的基本原理,损害赔偿法的建构取决于两个基础:其一为全关联说,即关于应赔偿的损害范围,不法加害人应对其不法行为第一次侵害造成的损害与所有的后续损害承担赔偿责任;其二为“差额说”,即关于赔偿的程度,不法加害人对损害的赔偿应使财产状态回复至原状。⁽³⁾换言之,回答加害人在何种范围内对结果负责(即责任范围)时,利益的赔偿范围应以责任事实与损害之间的因果关系为准,除此以外的其他基准皆不足以成为划定赔偿范围的手段。⁽⁴⁾然而,此种评价机制将应当赔偿的损害项目完全转移到损害的算定程序,从表象来看赔偿范围的确定与损害的算定被一体化对待从而演变为

(2) [德]格哈德·瓦格纳著《损害赔偿法的未来》,王程芳译,中国法制出版社2012年版,第14页。

(3) 笹倉秀夫「平井宜雄『損害賠償法の理論』考:法解釈学と法の基礎研究」早稲田法学85卷3号(2010年)499-500頁参照。

(4) 樫見由美子「ドイツにおける損害概念の歴史的展開:ドイツ民法典成立前史」金沢法学38卷1号(1996年)226-227頁参照。

相互交融的过程。⁽⁵⁾ 尽管完全赔偿原理具备相当的积极意义,但以因果关系与差额说所构筑的损害赔偿架构却将重点置于差额说的评价,忽视了赔偿范围的制度设计。差额说的主要关切是受害人请求损害赔偿的“量”的问题,而不是赔偿项目的“质”的问题。⁽⁶⁾ 如此,差额说对损害事故发生前后利益状态的过度重视,导致损害赔偿对象的确定难以被独立为有效的评价阶段;赔偿对象的确定与损害的算定本来属于逻辑界限明确、规范功能独立的不同内容,却因强调利益状态的整体评价而被混同。⁽⁷⁾

《民法典》第 1184 条作为计算财产损害的规范根据,强调可以按照损失发生时的市场价格或者其他合理方式计算损失,性质上应属于损害算定规范,并不发挥确定赔偿对象的功能,我国实际上是将损害算定程序加以独立规定。也就是说,针对赔偿对象与损害量化两大步骤,第 1184 条的规范目的在于解决损害的金钱评价问题,发挥着量化赔偿项目的规范功能,其规范构造并未将赔偿范围与损害算定加以一体化对待,而是强调损害算定的独立规范地位。进一步而言,第 1184 条量化损害项目的逻辑前提在于,损害项目不应从赔偿范围转移到损害算定程序,否则就不存在单独规定损害算定规范的必要。损害赔偿范围的确定应注入规范考量,因为只有通过规范评价筛选出应予以赔偿的损害,才能避免损害赔偿的“描述性”,单纯的因果关系技术根本无法承载此任务。这一观点也可以结合其他条文加以印证:一方面,第 1179 条、第 1181 条第 2 款等规定均旨在解决所受损害或所失利益的赔偿范围问题,并未直接关涉损害的算定,从而赔偿对象的确定与损害的算定得以明确区分;另一方面,使赔偿对象与损害算定得以区分的关键问题是对因果关系法技术的放弃,转而以极具弹性评价空间的“合理费用”标准为法官的自由裁量提供可能。这样一来,赔偿对象的确定与损害的算定依附于不同的条文,在损害赔偿法中构筑起独立的判定机制。我国也有学者从司法实务中觉察到此种差异,认为我国实务界很少采纳类似差额说的思路,法官并不倾向于审查受害人“利益”的总量,而是直接探究受害人遭受的具体损害,然后对具体损害进行金钱评价。⁽⁸⁾

综上,《民法典》第 1184 条并没有把总体利益状况作为算定基准,而是对具体的赔偿项目按照法定的算定方式分别加以量化,此种思路显然与完全赔偿原理融合赔偿范围与损害算定的机制有别。由于第 1184 条将损害算定环节单独予以规范,只聚焦于损害计算的“量”的问题,没有将其与赔偿范围的“质”的问题混同,因而赔偿范围与损害算定的逻辑界限甚为明确,这就避免了损害项目从赔偿范围被完全转移到损害的算定程序,与完全赔偿的基本原理实非同一系谱。

(二) 《民法典》第 1184 条的规范理念

损害的构成存在普通因素与特别因素之分,普通因素是指不会因被害人而发生变动

(5) 笠井修「損害賠償額算定の理論と規範(1)」中央ロー・ジャーナル12 卷1 号(2015 年)4 頁参照。

(6) 参见汪志刚《民法上的损害概念》,载梁慧星主编《民商法论丛》(第 41 卷),法律出版社 2008 年版,第 313 页。

(7) 潮见佳男「人身侵害における損害概念と算定原理——『包括請求方式』の理論的再検討(二・完)」民商法雑誌 103 卷5 号(1991 年)720 頁参照。

(8) 参见姚辉、邱鹏《侵权行为法上损害概念的梳理与抉择》,载陈小君主编《私法研究》(第 7 卷),法律出版社 2009 年版,第 42 页。

的恒定构成,特别因素是指因被害人的个性而存有差异的变动构成,损害算定时仅考察普通因素者为客观计算方式,同时斟酌普通因素与特别因素者为主观计算方式。⁽⁹⁾ 完全赔偿原理以救济受害人为目标,但凡对受害人存在特殊利益的因素均予以考量,各国一般采纳主观的计算方式。⁽¹⁰⁾ 然而,单一的损害算定规则无法应对复杂的现实,损害算定规则的僵化势必使其无法有效发挥规范社会生活的体系效应。取而代之,算定规则应该走向多元化、灵活化,例如《荷兰民法典》第6-97条就在立法层面开放地授权法官以最符合损害性质的方式对其进行评定;日本法面对个别计算方式的固有缺陷则在解释论上凭借精神损害赔偿的调整机能“迂回”地弥补单一算定方式的不足,以此谋求损害赔偿总额的社会妥当性。⁽¹¹⁾ 事实上,采纳完全赔偿法理的国家即使将主观算定规则作为基准,但其优先性也并不是绝对的,客观计算方式并非被绝对排斥,这一定程度上已成为无法回避的事实。

有学者指出,损害的计算应依损害的性质加以决定。在法的一般发展过程中,法律体系对损害算定方式的选择未必恒定存在区分主观计算与客观计算的问题意识,此种区分多半源于概念化的需求。损害算定实质上受制于具体社会环境,一以贯之的单一计算方法并不存在。⁽¹²⁾ 如果深入分析主观计算方式与客观计算方式的实质就会发现,两者的应用或许并不在于质的区别,而在于出发点的不同。将主观计算方法作为基本原则只是在主观计算方法之上根据结论的妥当性做“减法”;反之,以客观计算方法为起点也不意味着对主观计算方法不予以考量,特定情况下其也在客观计算方法的基础上做“加法”。两种路径虽然出发点不同,但最终都是朝着共同的目标前行,均不失为可以选择的路径。⁽¹³⁾

根据完全赔偿原理,损害的计算要对受害人的特殊利益加以考量,实质是在主观计算方法之上做“减法”,此种进路也得到我国部分观点的赞同。⁽¹⁴⁾ 然而,《民法典》第1184条似乎并未采纳此种损害算定路径,因为其规定,财产损失的主要标准是按照损失发生时的市场价格标准计算。有学者指出,纵然该条提供了“其他合理方式”,但为了避免法官过多自由裁量权带来法律适用的不统一,在与市场价格标准的适用关系上还是要优先适用后者。⁽¹⁵⁾ 所以,我国基本的损害计算方法应该是客观计算标准,在特殊情况下为了保障结论的妥当性可以通过“其他合理方式”对客观计算方法加以突破,路径选择应该是在客观计算方法之上做“加法”。此点与完全赔偿原理确有不同。

此外,第1184条中的“其他合理方式”除了发挥突破客观计算方式的机能之外,也给损害算定的理念带来更新。损害计算方式的概念区分源于作为分析工具的定型化需求,

(9) 参见曾世雄著《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第161、164页。

(10) 参见[德]马格努斯主编《侵权法的统一:损害与损害赔偿》,谢鸿飞译,法律出版社2009年版,第283页。

(11) 吉村良一『市民法と不法行為法の理論』(日本評論社,2016年)360-361頁参照。

(12) 参见韩世远著《违约损害赔偿研究》,法律出版社1998年版,第444页。

(13) 参见叶金强《论侵权损害赔偿范围的确定》,《中外法学》2012年第1期,第161页。

(14) “在一般情况下,对于财产损害应当考虑包括可得利益损失在内的所有后果,尽量具体地加以确定。不能具体确定的,可以通过参照损害发生时受害客体的市场交易价格等方式抽象地加以确定”。参见于敏、李昊等著《中国民法典侵权行为编规则》,社会科学文献出版社2012年版,第616-617页。司法实践中通常表现为未提供证据证明主观损害时,退而参照抽象损失认定损害。参见福建省高级人民法院(2017)闽民申95号民事判决书。

(15) 参见张新宝著《侵权责任法》,中国人民大学出版社2020年版,第115页。

真正合理的损害算定实则受制于具体的社会环境,社会生活的复杂性决定了,损害算定方式的僵化势必造成事实上的不公。而“其他合理方式”的开放性为损害的灵活算定创造了可能,这一“授权补充的漏洞”实质上为损害的算定提供了“衡平规则”。⁽¹⁶⁾ 如此,第 1184 条借助“其他合理方式”发挥的重要规范功能还在于,其拒绝损害计算标准的单一化,在损害算定的规范体系中植入外部世界的回应机制,从而推动损害算定方式的多元化,提升损害算定机制的实践应对能力。

三 财产损失市场价格标准的规范内涵

(一) 财产损失市场价格标准的内在原理

《民法典》第 1184 条规定财产损害的算定标准是损失发生时的市场价格,财产损害的量化额度应当按照市场价值加以确定,一般以被侵害财产受损前的价值减去被侵害财产受损后的价值,而确定被侵害财产受损前后价值的基准是客观的市场价格。⁽¹⁷⁾ 所谓市场价格,通常是指一个有意愿的买家所要支付给有意愿的卖家的金额,⁽¹⁸⁾ 其以统一的市场机制对损害进行算定,损害额不会因被害人的个性发生变动,性质上应属于客观计算方法。目前,市场价格标准的客观计算方式业已成为我国司法实践中量化财产损害的重要标准,即使未直接采纳市场价格标准者,也会以个案中的损害算定结论是否违反市场标准来判定其有效性,例如原告主张的租金标准是否高于市场标准、⁽¹⁹⁾ 同期政府指导租金标准对市场标准的参考⁽²⁰⁾ 等。更为甚者,受损财产实际价值能否客观地被体现,亦成为判断损害算定有效性的因素。⁽²¹⁾

就市场价格标准的正当性而言,权利效力继续理论认为受害人财产遭受侵害后,其对受损财产的权益继续存在于其后的损害赔偿请求权;由于法律共同体对所保护的权益均实施一般性的价值评价,所以要依据一般的交易价格来计算损失。换言之,出于受损财产本身享有的特定价值,即使受害人遭受的主观损害低于客观价值,权利人仍享有以客观抽象方式计算该法益的权利,加害人必须依据客观抽象的标准履行赔偿义务。⁽²²⁾ 从市场实际来看,市场价格标准实质上是完整补救原则以替换毁损财产为目的的赔偿要求。⁽²³⁾ 当被害人的财产受到非法侵害后,理应允许受害人获得相应的金钱在毁损之日或之后的合理时间内购置替代物,而购置替代物一般是以客观的市场价格在市场上获得,赔偿额因而是购入同等代替物的市场价格。⁽²⁴⁾ 在市场经济条件下,市场价格标准的统一性与客观性

(16) 参见邹海林、朱广新主编《民法典评注:侵权责任编(1)》,中国法制出版社 2020 年版,第 235 页。

(17) 参见咸宁市中级人民法院(2020)鄂 12 民终 65 号民事判决书。

(18) See Berenholz v. United States, 1 Cl. Ct. 620, 632 (1982); United States v. Miller, 317 U.S. 369, 373 (1942)。

(19) 参见湖南省高级人民法院(2020)湘民终 1028 号民事判决书。

(20) 参见广东省高级人民法院(2014)粤高法民二破终字第 58-71 号民事判决书。

(21) 参见潍坊市中级人民法院(2016)鲁 07 民终 2604 号民事判决书。

(22) 参见[奥]海尔姆特·库齐奥著《侵权责任法的基本问题——德语国家的视角》(第一卷),朱岩译,北京大学出版社 2017 年版,第 80 页。

(23) 参见李世刚著《法国侵权责任法改革——基调与方向》,人民日报出版社 2017 年版,第 123 页。

(24) 参见[日]望月礼二郎著《英美法》,郭建、王仲涛译,商务印书馆 2005 年版,第 265 页。

有利于促进责任程度的相对确定,有利于商业活动参与者预估投资决策的责任后果,从而保障商业活动的顺利进行。⁽²⁵⁾ 此外,市场价格标准的客观计算方式由于采用统一的客观尺度,避免了受害人对损失算定在举证上的困难,达到了简化赔偿金计算的效果,对计算的便宜与确定具有相当的积极意义,此点在司法实践中也被加以强调。⁽²⁶⁾

(二) 市场价格机制的规范基准

1. “可供买卖市场”作为规范前提

市场价格标准认为财产受到非法侵害的受害人可以购置替代物,而购置替代物又要以客观的市场价格在市场上予以完成,所以市场价格标准实际上蕴含着固有前提,即以市场价格购置替代物应当存在可供买卖的市场,否则市场价格标准就缺失实施的基础。换言之,市场价格标准无法适用于难以衡量市场价值的场合。⁽²⁷⁾

所谓“可供买卖市场”,就是可以进行替代性交易的场所,⁽²⁸⁾该场所应当具备足够数量的交易反映客观的供需关系,受损财产的替代购置价格会根据供求关系而变动。⁽²⁹⁾ 以此,可供买卖市场的前提决定了能否根据客观的供需价格购置到受损财产的替代品,损害赔偿法之所以强调交易市场,其真正指涉的在于市场价格标准能否得以实施。有学者在判定损害的可赔偿性时将相关交易市场也作为具体要件,实则混淆了市场价格标准的规范定位,因为交易市场的存在与否指向的并非损害的可赔偿性,而系市场价格标准的应用问题;纵使不存在相关交易市场,损害也未必就失却可赔偿性,此时损害或许仍然可以得到赔偿,只是无法通过市场价格标准来算定损害额而已。⁽³⁰⁾

既然市场价格标准的应用以可供买卖市场为规范前提,则受损财产若不具备可供买卖市场就无法援引市场价格标准来实施损害算定,⁽³¹⁾例如家传的古董由于不存在市场价格,只能按照有关部门的评估价格计算。⁽³²⁾ 有学者指出受损财产还应区分新物与旧物,其要旨也是可供买卖市场的有无问题,新物因为存在交易市场便可以根据购买同类物品的价格实施损害算定,旧物因不存在交易市场一般只能以相关鉴定机构评估的鉴定价格而算定损害。⁽³³⁾ 司法实践中,可供买卖市场的存在与否也被认为是适用市场价格标准的重要准则,凡是不具有可供买卖市场的产品,不得以市场价格标准进行损害算定。⁽³⁴⁾ 比如,生产设备如果是根据客户要求的参数加以单独设计、制造,就不属于市场上的常规通用产品,无法采用市场价格标准进行损害算定。⁽³⁵⁾ 再比如,被征收房屋在不具

(25) 参见王军《侵权法上财产损害的计算标准》,《法学》2011年第11期,第78页。

(26) 参见北京市高级人民法院(2017)京民辖终450号管辖裁定书。

(27) See Christopher Serkin, The Meaning of Value: Assessing Just Compensation for Regulatory Takings, 99 *Northwestern University Law Review* 677, 683 (2005).

(28) See E. Allan Farnsworth, *Contracts*, Aspen Publishers, 2004, p. 784.

(29) See *British Motor Trade Association v. Gilbert*, 2 All E. R. 641 (1951).

(30) 参见徐建刚《论汽车贬值损失的损害赔偿》,《清华法学》2017年第4期,第147页。

(31) See *Times Newspapers Ltd v. George Weidenfeld & Nicolson Ltd* FSR 463 (2002).

(32) 参见周友军著《侵权法学》,中国人民大学出版社2011年版,第76页。

(33) 参见程啸著《侵权责任法》,法律出版社2015年版,第699页。

(34) 参见广东省高级人民法院(2019)粤民申10900号民事裁定书。

(35) 参见中山市中级人民法院(2019)粤20民终5204号民事判决书。

有成交实例对比的情况下也不能采用市场价格标准评估损害,只能采用收益法的损害评估手段。⁽³⁶⁾ 可见,市场价格标准的实施尚需具备可供买卖市场的规范前提,可供买卖市场的缺失会阻却市场价格标准的运行,可供买卖市场就成为适用第 1184 条中市场价格标准的潜在规范前提。

至于可供买卖市场的选择,倘若受损财产存在明确的可供买卖市场,就只能选择受损财产的同类市场,不得以其他类似市场加以替代。例如被侵害财产是白银矿山资源的开采权,选择铅精矿或锌精矿的市场平均价格计算损害就不能得到支持;⁽³⁷⁾ 房屋占有损失也只能参照周边同类房屋的租金加以算定。⁽³⁸⁾ 当然,受损财产不存在明确对应的可供买卖市场并不意味着绝对不能适用市场价格标准,当受损财产存在与之相关的交易市场时,亦可以援引相关交易市场的价格标准。例如吊车和货车虽然属于不同种类的财产,但因性质的类似性可以按照统一的市场标准认定停运损失。⁽³⁹⁾ 可供买卖市场的选择还应考虑所属行业,当交易市场具有明显的行业属性时,不同行业的交易市场就存在特定的价格基准,例如建筑行业由于其专业性即存在特定的价格标准,建筑行业内的财产损害一般选择该行业的市场价格。⁽⁴⁰⁾

2. “损失发生时”作为基准时点

(1) “损失发生时”的规范意义

按照差额理论之意旨,损害的算定应观察被害人财产状况的变化,根据算定财产状况的时间基准可以区分为“现实差额”与“假设差额”。“现实差额”参照的时间点是损害发生之时,“假设差额”重在评价假设损害事件没有发生受害人的应有财产状况,将参照的时间点后移至理赔时。⁽⁴¹⁾ 在我国,损害赔偿的目的似乎更倾向于使受害人的损失回复至损失发生时的状态,从而将损害算定基准时确定为损失发生时。⁽⁴²⁾ 司法实践中常见表述如“离损害事实发生的时间最为接近,能如实反映当时的客观情况”。⁽⁴³⁾ 以此,损失发生时通常被当作损害算定的一般基准。⁽⁴⁴⁾ 另一方面,与损失发生时的市场价格存在偏离者,则被认为不能准确反映损失发生时的受损价值而不能得到支持。例如有判例指出,受损期间虽然从 2013 年持续至 2019 年,但损失计算时点应该以 2013 年的损失发生时为准,以 2019 年作为损失评估基准时的做法违背了损失发生时的准则。⁽⁴⁵⁾ 同样,依据未来的市场价格估算损失额度也会因背离损失发生时的基准而无法得到支持。⁽⁴⁶⁾

(36) 参见青海省高级人民法院(2019)青民终 225 号民事判决书。

(37) 参见“茅德贤、成县茨坝须弥山实业有限公司、甘肃有色地质勘查局 106 队、成县恒兴矿业有限公司与白银有色金属公司采矿权纠纷案”,《最高人民法院公报》2012 年第 3 期,第 24-37 页。

(38) 参见杭州市中级人民法院(2017)浙 01 民终 3888 号民事判决书。

(39) 参见成都市中级人民法院(2019)川 01 民终 6071 号民事判决书。

(40) 参见辽源市中级人民法院(2019)吉 04 民终 878 号民事判决书。

(41) 参见李承亮《损害赔偿与民事责任》,《法学研究》2009 年第 3 期,第 138 页。

(42) 参见廖焕国《假设因果关系与损害赔偿》,《法学研究》2010 年第 1 期,第 93 页。

(43) 参见海南省高级人民法院(2018)琼民终 304 号民事判决书。

(44) 参见最高人民法院(2020)最高法民申 775 号民事裁定书;吉林省高级人民法院(2019)吉民终 348 号民事判决书。

(45) 参见河南省高级人民法院(2020)豫民申 6037 号民事裁定书;湖南省高级人民法院(2020)湘民终 565 号民事判决书。

(46) 参见最高人民法院(2017)最高法民申 618 号民事裁定书。

《民法典》第1184条前半句以“损失发生时”作为基准时点,将回复“现实差额”作为赔偿方案,损失发生后产生的事实变动不影响损害的算定。之所以选择此方案,有观点指出该方案有助于侵权损害赔偿时间点的相对统一,不但可简化赔偿金额的计算,而且可减轻受害人的举证负担。⁽⁴⁷⁾即使面对“损失发生时”无视受损物价格上涨的批评,支持者也认为以“损失发生时”计算赔偿重置费用已然填补了客观价值损失,倘若将损失发生后的价格变动纳入损害的算定,则可能会出现受害人“择时起诉”的局面,大大增加赔偿责任的不确定性。⁽⁴⁸⁾

(2) 市场价格下降时“损失发生时”的适用

事实上,按照《民法典》第1184条之意旨,既然“损失发生时”的基准时意在阐述市场价格的计算时间点,则个案中“损失发生时”的法律适用亦应受市场价格机制影响。按照市场价格标准之原理,当财产受到非法侵害后,应允许受害人以替换受损财产为目的购置替代物,基准时的实质就在于要求受害人在哪个时间点购置同等代替物。

按照“损失发生时”的预设基准,当同等替代物价格下降的,加害人不能按照赔偿价格下降后的实际价值进行赔偿,而应赔偿价格下降前“损失发生时”的价值。从整体的时间维度来看,要求加害人赔偿价格下降前“损失发生时”的价值一定程度上会使受害人“获利”,受害人相较加害人而言得到优待。不过,从市场价格标准的规范原理来看,此种优待亦存在其正当基础,因为既然在价格上涨时要求受害人立即购置替代之物以减损加害人可能会增加的赔偿负担,那么在价格下降时同样也应允许受害人在市场上通过出售标的物的方式来避免自身损失的扩大。如果不存在加害人的侵害行为,受害人或许本可以通过转卖或出售的方式避免市场价格下降带来的损失,加害人的侵害行为却使受害人丧失避免损失的可能性。从这个角度来看,要求加害人赔偿受损物价格下降前“损失发生时”的价值具有其合理性。因此,一味认为“损失发生时”的基准时点无法实现完全赔偿并不准确,“损失发生时”的基准时点在受损物价格上涨时或许不利于受害人的完全救济,但在价格下降时使受害人恢复到损害发生时的财产状态,则更有助于侵权损害的完全赔偿。⁽⁴⁹⁾

既然受害人可以通过转卖或出售的方式避免市场价格下降遭受损失,就存在受害人是否存在转卖意图或出售可能性的问题。如果加害人能证明受害人自始不存在出售受损物的主观意图,或者根据受损标的的性质受害人通常会长期持有或持续使用,抑或受损物客观上不存在出售的可能性,就意味着不存在通过转卖或出售的方式避免损失的可能。此时,市场价格下降的情况下适用“损失发生时”的正当性就会存疑,妥当的方式或许是适用市场价格下降后的时点计算损害,以平衡受害人与加害人的利益。就条文根据而言,则应诉诸《民法典》第1184条后半句规定的“其他合理方式”实施规范再造。

(47) 参见付春杰《侵权损害赔偿计算时间点与范围的确定》,《人民司法》2014年第4期,第81页。

(48) 参见田韶华《侵权责任法上的物之损害赔偿问题》,《法学》2013年第2期,第80页。

(49) 有案例指出,以损失发生时的价格为准能够更准确地体现损失多少赔偿多少的精神,不会因计算时间点后移而产生惩罚性后果。参见山东省高级人民法院(2020)鲁民再278号民事判决书。

(3) 市场价格上涨时“损失发生时”的适用

在市场价格上涨的情况下,“损失发生时”的基准预定势必剥夺受害人对上涨部分价值的赔偿可能,受害人只能按照市场价格上涨前的价值获得赔偿。既然基准时的实质在于要求受害人在哪个时间点购置同等替代物,“损失发生时”意味着受害人应当在受损时购置同等替代物,而非在损失发生之后替代物价格上涨时才加以购置。该做法的实质在于受损人在发现侵害行为后应立即通过购置替代物的方式将损失加以“冻结”,倘若损失发生后受害人怠于行动,则面对受损物市场价值的上涨,其就应当承担不利后果,上涨部分的价值不应转嫁给加害人。无疑,受害人“冻结”损失将有利于损失的后期计算,“损失发生时”的基准时预设了受害人的减损义务,即受害人在知悉受损事实后应尽量从市场上购置替代物,避免因市场价格上涨带来额外支出。⁽⁵⁰⁾

应当注意的是,在加害人与受害人的利益衡量中,对加害人具有更为强烈的归责需要,而受害人是应当加以保障的主体。因此,对于受害人知悉受损事实后所负担的减损义务不能设置过高的标准,而应限于理性人在同样情况下应当采取的措施范围之内。倘若一个理性受害人在相同境地中根本无法通过购置替代物的方式履行减损义务,那么在市场价格上涨的情况下“损失发生时”的基准时则无适用可能。例如受害人根本无法及时发现受损的事实、受害人所处环境不存在立即购置替代物的条件等,此时一般不存在履行减损义务的条件,构成适用“损失发生时”基准的限制,转而应以《民法典》第 1184 条规定的“其他合理方式”为依托选择可以购入替代物的恰当时间点,实施规范再造。

3. “损失发生地”作为价格基准地

损害额的计算除了受基准时的影响外,还受到基准地的影响,不同基准地的市场价格预示着损害赔偿的不同额度,作为财产损害计算规范的第 1184 条理应对其加以明确。遗憾的是,该条并没有明确基准地,构成需要加以补充的“真正的漏洞”。一般认为,既然是对受害人实际损失的赔偿,计算地点应以“损失发生地”的价格水平为准。此点不仅得到理论的认同,⁽⁵¹⁾ 也被司法实践所认可,例如侵占土地应参照所在地市场计算经营损失、⁽⁵²⁾ 人防车位的租金损失应参照所处区域停车位市场价格加以计算。⁽⁵³⁾

四 “其他合理方式”的规范再造:多元的损害计算方式

损害的计算包括客观计算方式与主观计算方式,《民法典》第 1184 条对客观计算方式加以明文规定,主观计算方式却不见踪影。作为常见的损害算定方式,主观计算方式不得不依托第 1184 条中的“其他合理方式”实施规范再造。⁽⁵⁴⁾ 进一步而言,第 1184 条中“其他合理方式”的功效也不应仅限于为主观计算方式提供根据,藉此开放性的规范构造

(50) 参见最高人民法院(2019)最高法民终 1856 号民事判决书。

(51) 参见史尚宽著《债法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 323 页。

(52) 参见阳泉市中级人民法院(2020)晋 03 民终 306 号民事判决书。

(53) 参见北京市第一中级人民法院(2019)京 01 民终 3601 号民事判决书。

(54) 参见王利明主编《中华人民共和国侵权责任法释义》,中国法制出版社 2010 年版,第 90-91 页。

能否打破损害算定方式的定式化思维,推动损害算定方式的多元发展,亦值得展望。

(一) 财产损害的主观计算

1. 主观计算方式的规范内涵

除了只考虑普通损害因素的客观计算标准之外,尚存在考虑特别损害因素的主观计算标准,主观计算方式之所以谓之“主观”,在于其将个案中受害人的具体情况纳入损害计算,在客观标准之外加入受害人个体因素的考量。例如,人身损害残疾赔偿金根据劳动能力丧失程度抽象地确定所失利益,而非根据受害人实际收入的减少情况具体计算所失利益,此乃客观的计算方式。相反,《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7条规定误工费的计算根据受害人的实际收入状况而定,为确定实际收入状况,一般应当向法院提供劳动合同、社保缴费记录、收入减少证明、个人所得税完税证明、工资发放记录等相关证据。这属于主观的损害计算,其结果根据受害人的个体差异而有不同。⁽⁵⁵⁾

尽管第1184条明文规定了市场价格标准,但受害人的主观因素并未被摒弃,原因不仅在于该条中“其他合理方式”的表述为主观计算预留了规范可能,更在于主观计算标准本身的有用性。从司法实践来看,主观标准的采用颇为常见,例如房屋侵权损失的计算会考量受害人与案外人就案涉房产签订的承包合同、⁽⁵⁶⁾ 机动车交通事故的营运损失以受害人提供的租车协议价格为准、⁽⁵⁷⁾ 股权侵害的损害赔偿以股权的实际转让价款为准,⁽⁵⁸⁾ 均折射出财产损害的主观算定。再比如,针对可得利益损失等因个人经营能力的不同势必产生差异的赔偿项目,以受害人实际情况为计算标准的做法得到普遍采用。⁽⁵⁹⁾ 主观计算标准之所以能在无明确条文规定的情况下得到赞成,在于受害人的全面保障,其除了能填补受害人通常情况下会受到的损失以外,还对受害人的个体因素加以考量,从而充分实现“原状”的回复。正因如此,部分法制在客观标准与主观标准之间选择优先适用主观标准,只有确实无法考量受害人的个体因素时才退而求其次采用客观标准,此种在主观标准之上做“减法”的进路虽然与第1184条在客观标准之上做“加法”的进路不会造成结论的实质性区别,但思维方式上的确存在差异。有观点指出,市场价格标准只是损失计算的一项“分规则”而已,损害算定的大原则仍然指向“复原”,倘若市场价格标准的分规则无法做到损害救济的“复原”效果,就要作出退让与其他规则共同配合推动受害权益的全面救济。⁽⁶⁰⁾ 此种阐述对第1184条的解释论而言不失为需要谨守的大方向。

除了算定标准的差异外,主观计算方式还将损害发生后的情事纳入损害算定的考量,导致基准时点的选择势必晚于损害发生时,而推迟到最后完成损害算定之时。此种计算

(55) 参见张永平、周宏:《人身损害赔偿中误工费的认定和计算》,《人民司法》2017年第10期,第55页。

(56) 参见最高人民法院(2019)最高法民申932号民事裁定书。

(57) 参见石家庄市中级人民法院(2018)冀01民终11719号民事判决书。

(58) 参见贵州省高级人民法院(2019)黔民终570号民事判决书。

(59) 参见河南省高级人民法院(2017)豫民终495号民事判决书;山东省高级人民法院(2016)鲁民终1834号民事判决书;青岛市中级人民法院(2015)青民五终字第1184号民事判决书;贵阳市中级人民法院(2014)筑民一终字第522号民事判决书。

(60) 参见杨良宜著《损失赔偿与救济》,法律出版社2013年版,第840页。

方式遂以判决时或言辞辩论终结时为准,特别是在损害发生后价格上涨的场合,以判决时或言辞辩论终结时为算定基准将有利于受害人的完全赔偿。有观点指出,在商品价格不断上升的通货膨胀时代,判决时的损害评估日期对受害人来说是合理的,这种解决办法更能使受害方尽可能回复至如果损害没有发生的位置,所以具有决定性作用的日期应当是判决日。⁽⁶¹⁾ 该基准时的选择与主观计算标准得以形成联动,从横向与纵向两个层面全面评价在特定时间区域内受害人遭受的主观损害变动;此种诉求于司法实践中亦得以反映。⁽⁶²⁾ 如此,摒弃主观计算方式实非良策,《民法典》制定过程中,鉴于主观计算方式的缺失,也有观点指出“其他合理方式”的具体类型不明确,建议将“判决作出时价格”作为财产损失确定标准。⁽⁶³⁾ 尽管现有文本并未采纳此建议,但一定程度上也为从“其他合理方式”中导出主观计算方式的解释论路径提供了论据。

2. 主观计算方式的适用限制

就主观计算与客观计算的关系而言,一般认为市场价格的客观标准不利于受害人的保护,反之,主观计算以受害人的权益保障为核心。该种对置凸显出两种计算方式价值取向的差异。损害赔偿法对个人利益范围的保护意味着对他人利益范围的限制,权益保护与行为自由处于一种“此消彼长”的博弈状态,此乃损害赔偿法的核心关切。于此,行为自由与权益保障的博弈相当程度锚定了损害赔偿法的外在规则体系,主观计算与客观计算的分立亦不例外。客观计算方式一来采取不考虑受害人个体因素的市场标准,二来采取不考虑侵害事件后续情事的“损失发生时”基准,加害人对损害的算定具有相当的可预见性,凸显出对行为自由的维护。与此相反,主观计算方式不但将受害人个体因素纳入考量,而且将侵害事件之后的情事归入损害的评价,旨在推动受害人的充分保障。基于主观计算与客观计算的对立,任何单一计算方式的采纳均会导致行为自由与权益保障的失调,主观计算纵然有助于受害人的保护,但绝非唯一的价值导向。

按照该思路,主观计算方式的主张并非任意,尽管一定情形下能最大程度实现被害人的权益保障,但亦会受到行为自由维护之束缚。纵使第 1184 条的开放构造为主观计算方式提供了规范空间,但主观计算方式的适用也应该受到限制,法技术应该匹配合理限制主观计算的调控机制。例如《奥地利普通民法典》第 1332 条规定“损害系由较轻之过失或疏忽所致者,应赔偿物于损害发生时所具有的普通价值”,就在于通过过错程度实现对主观计算方式的调控,凡轻过失或疏忽者,就无法援引主观的损害算定方式。事实上,主观计算区别于客观计算的核心在于受害人个人情事的作用以及损害发生后不确定情事的考量,无论在损害算定中考查受害人的个人情事,还是考查损害发生后的不确定情事,对行为人而言均具有相当的不可预测性,倘若要求行为人对该不可预测的情事负责,自然意味着行为自由的不当压缩。基于此,比较法上存在将预见可能性作为主观计算方式调控手段的做法。就价格基准而言,倘若行为人应当知道侵权行为会导致转卖不能进而丧失高

(61) See Uri Yadin, The Date of Judgment for the Assessment of Compensation for Damage to Movable Property, 13 *Israel Law Review* 111, 114 (1978).

(62) 参见广东省高级人民法院(2017)粤民终1813号民事判决书。

(63) 参见《民法典立法背景与观点全集》编写组编《〈民法典〉立法背景与观点全集》,法律出版社2020年版,第763页。

价转卖的利益或者蒙受的高额违约金,就应承担赔偿责任。⁽⁶⁴⁾就基准时而言,侵权行为发生后的不确定情事对损害算定产生影响的,例如价格上涨,倘若请求以侵权行为后的上涨价格计算赔偿额,受害人需要证明行为人存在预见可能性。⁽⁶⁵⁾我国司法实践中预见可能性的限制也得到承认,例如行为人明知自己非实际权利人而故意处置他人房屋时,赔偿金额就包含案涉房屋价格上涨而产生的升值。⁽⁶⁶⁾有案例明确指出在不动产市场价格上涨时,计算此类财产的损失应当在考虑行为人的可预见性之后才能以提起诉讼之日作为价格鉴定基准日。⁽⁶⁷⁾

至于可预见性的判断,受害人应根据标的物的种类与性质结合行为人的相关情事,具体地对行为人的可预见性进行举证,例如加害人于行为时作为理性人应该知道的情事及实际知悉的情事、标的物系投资性物品还是消耗性物品、受损物的价格波动性等因素。当然,受害人通过证明行为人存在预见可能性的途径虽然可以主张适用主观计算方式,但也存在一定的限制,因为损害的主观算定对受害人个人情事与损害发生后的不确定情事加以考量,受害人存在恶意利用其有利地位进行市场投机的可能。例如受害人放任价格上涨迟迟不买进替代物,通过迟延履行诉讼的方式增加赔偿金额,从而将市场价格上涨的后果强行转嫁给行为人,此时,倘若行为人能对受害人的恶意意图加以证明,则可以主张拒绝适用主观计算方式。

(二) 财产损害算定方式的多元发展

1. 财产损害算定的开放体系

就财产损害的算定方式而言,一般认为存在客观计算方式与主观计算方式之分,客观计算方式被第1184条所明文采纳,主观计算方式虽然在该条中未得到明确规定,但基于该种计算方式本身的有用性,司法实践并未加以摒弃。鉴于此,主观计算方式只能依托该条规定的“其他合理方式”实施规范再造,主客观的计算方式由此均具备规范基础;客观计算方式以损失发生时的市场价格作为算定标准,主观计算方式以判决时或言辞辩论终结时的主观价格作为算定标准,各自发挥规范作用。然而,损害计算方法的基本出发点在于特定社会环境之中的赔偿目的,法律体系对计算方法的选择未必就局限于主观计算方式与客观计算方式的类型区分,所谓主客观计算方式的区分也只是在特定赔偿目的的指导下为了实用操作的需要与具体类型相对接而作出的安排,本身并非终点,计算方式的抉择仍要回归至所服务的赔偿目的。倘若将主观计算方式与客观计算方式先验性地作为“教义”加以应用,似乎存在舍本逐末之嫌,因为将源于社会现实的类型划分片面地用于指导社会现实,无疑会产生割裂社会生活的副作用。

详言之,客观计算方式以市场价格为标准将基准时锁定于损失发生时,主观计算方式以主观价格为标准将基准时锁定于以判决时或言辞辩论终结时,均是方便了损害计算的操作而类型化的结果。但是,损害计算绝非该两种计算方式能加以穷尽,在市场价格与

(64) 我妻荣『新订债权总论』(岩波书店,1964年)124页以下参照。

(65) 参见[日]良村吉一著《日本侵权行为法》,张挺译,中国人民大学出版社2013年版,第123页。

(66) 参见山东省高级人民法院(2020)鲁民再278号民事判决书。

(67) 参见北京市第一中级人民法院(2021)京01民终2946号民事判决书。

主观价格之间到底采取何种基准时,实则根据赔偿目的的实现可以呈现出不同的形态。例如从侵权行为实施之时到判决损害赔偿之时,其间价格处于变动状态,有观点指出一切损害的算定均应以其间的最高价格为准,⁽⁶⁸⁾从而拒绝固守侵权行为实施时与判决损害赔偿时的二元选择。如前所述,无论是第 1184 条明文规定的客观计算方式还是依托“其他合理方式”衍生出的主观计算方式均存在适用上的局限,为了克服该局限就不得不转向财产损害的灵活算定。正所谓“针对不同的被侵权人、被侵害物,应有状态迥然不一,就基准时间问题不可能有绝对统一的答案,强制地确立统一基准时间、刻意地追求司法统一,不过是违背客观事实的一厢情愿,恰会弄巧成拙”。⁽⁶⁹⁾主观计算方式与客观计算方式设定的计算标准与基准时对损害赔偿目的的实现固然值得采纳,但是当该类型化的算定方式在个案中无法有效实现公平的赔偿目的时,就应该允许法官灵活地认定计算标准与基准时。

事实上,主观价格标准可以锁定于损失发生时、提起诉讼时、言辞辩论终结时、判决时等时间点,市场价格标准也无需强行锁定于损失发生之时,其也可以与提起诉讼时、言辞辩论终结时、判决时加以组合,此点在司法实践中也得到了印证。《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 12 条第 2 款规定,“受害人因伤致残但实际收入没有减少,或者伤残等级较轻但造成职业妨害严重影响其劳动就业的,可以对残疾赔偿金作相应调整。”有判决指出该款规定即授权法官根据案件具体情况按照主观计算与客观计算相结合的原则计算残疾赔偿金。⁽⁷⁰⁾理论上也有观点指出,受损物在损害发生时到提出诉讼请求时之间价值变化较大的,法官应从司法政策的角度予以适当调整,避免算定方式的僵化。⁽⁷¹⁾可见,我国的损害算定机制已然蕴含以结论妥当性为中心的灵活思路,强行遵循主客观计算方式的类型区分势必压制财产损害计算的创造性,无益于结论的妥当性。主客观计算方式或许仅是财产损害算定的典型方式,但并非仅有的选择,复杂的社会事实必然要求财产损害计算方式从定式化向非定式化转变,法官籍此方能回应现实生活的多元需求。有观点基于损害计算方式的政策调控功能进一步主张,为了尽量实现受害人的公平救济,法官对基准时的择取不应受到过多束缚,转而应创造性地发挥自由评价功能,从而瓦解固定基准时的实体法意义。⁽⁷²⁾或许正是认识到这一点,第 1184 条才以“其他合理方式”的开放性表述为多元的损害算定提供空间。所谓“其他方式”并无固定模式可言,损害计算方法和计算标准之抉择,实质上是法官用来追求结果妥当性的调控手段。⁽⁷³⁾

2. 财产损害的多元算定方式

第 1184 条旨在为财产损害的算定搭建一套开放的规范体系,通过非定式的损害评价

(68) 参见黄立著《民法债编总论》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 401 页。

(69) 徐银波《论计算财产损失的基准时间》,《北方法学》2015 年第 1 期,第 83 页。

(70) 参见兰州市中级人民法院(2017)甘 01 民终 3199 号民事判决书。

(71) 参见张新宝著《侵权责任构成要件研究》,法律出版社 2007 年版,第 157 页。

(72) 平井宜雄『損害賠償法の理論』(東京大学出版会,1971 年)492 頁参照。

(73) 参见田韶华《侵权责任法上的物之损害赔偿问题》,《法学》2013 年第 2 期,第 79 页。

思维获取结论的妥当性,以增强现行规范体系对生活世界的回应能力。然而,开放的损害算定体系意味着法官获得较为广阔的裁量评价权限,裁量权限的扩大一来会使法官面临评价负担过大的法政策批判,⁽⁷⁴⁾二来也会招致破坏法安定性的批判。为此,纵使第1184条秉承多元算定财产损害的开放理念,但对平衡个案结论的妥当性与法安定性之关系仍应作出必要的努力。

首先应予以注意的是,所谓财产损害方式的多元化,并非法官选择算定方式的任意化,多元化所强调的是损害算定方式的复数性,即现行规范体系为复杂的社会事实提供复数的损害算定方案,确保司法实践不会因为规范方案的供给不足而滞后于社会的发展。以此为前提,就法官对财产损害算定方式的选择而言,从第1184条的文义观之,市场价格标准应该属于财产损害算定的起点,原则上应以市场价格标准作为基础算定方式对法官形成初步的束缚,算定方式的多元化一定程度上是对市场价格标准的准则作出的突破。至于对市场价格标准予以突破的限度,则需要根据前文提取的各种法技术加以判断:其一,若市场价格下降的,只有加害人证明受害人对受损物不存在出售意图或出售可能时才能加以突破;若市场价格上涨的,只有受害人证明“冻结”损失的减损义务标准过高时才能加以突破。其二,就主观计算方式的适用,只有受害人证明行为人的预见可能性,才能摒弃市场价格标准实施主观算定。此种思路也与第1184条的规范思路相吻合,即第1184条并非是在主观计算方式的基础上做“减法”,而是站在市场价格标准的立场上做“加法”,而是否能做“加法”的重要判断标准在于预见可能性。可见,纵使财产损害的算定存在非定式化的特点,但也是围绕着市场价格标准作出的延展,能否选择其他算定方式会受到各种法技术的限制,这对损害的算定形成基本的约束,法官对复数算定方式的选择并非完全的任意。

当然,既然第1184条在市场价格标准之外设置了“其他合理方式”的开放领域,就说明立法者对财产损害的算定并未完全限制评价的权限,在必要的范围内法官对损害算定方式的裁量本来就符合立法本意,这不是立法者对法安定性的摒弃,而是考虑到法安定性与个案公平之间的紧张关系作出的必要退让。在个案中突破市场价格标准的法技术限制之后,在多元化的损害算定方式之中,法官必然要考虑个案公平进行结论的“发现”,此时法官拥有裁量权是毋庸置疑的,但即使如此也不意味着法官是恣意的。因为损害评价方式的选择首先是“结论发现”的过程,法官内心的结论发现尚未加以正当化,所以还须开启“结论正当化”程序,也就是理性的法律论证。法律论证推动法安定性的核心在于将裁判背后的实质性因素进行明示,法官在明示裁判实质因素的过程中会受到案件基本事实的约束,要就各个案件因素与结论的关系作出解释及论证,以防止主观恣意对结论客观性的任意侵蚀,从“结论”到“论证”使得个案公平与法安定性得到一定程度的调和。这样,裁判者虽然通过“其他合理方式”衍生出指向公平的多元算定方式,但对合理计算方式的选择仍然应立基于标的物的性质、标的物的种类、价格变动等具体情事并加以说理与论证,并非不受约束的自由裁量。如此,“其他合理方式”的开放文本在理性论证的约束下,

(74) 近江幸治『債權總論』(成文堂,2005年)105頁參照。

虽然法安定性在形式上作出了退让,但却获得了稳定的价值内核。

五 “其他合理方式”的规范再造: 损害额酌定的兜底功能

(一) 损害额酌定的规范内涵

无论是客观计算方式还是主观计算方式,抑或是其他算定方式,均是在具有计算可能的情况下选择其一加以展开。然而,特定情况下纵然损害确已发生,却存在根本无法诉诸上述计算方式算定损害额的情况。按照“谁主张、谁举证”的程序法规则,受害人即使能证明损害的发生,但倘若无法证明其损害额,则也会面临不能得到救济的风险。此种严格要求证明损害额的模式对受害人保护颇为不利,进而引发所谓“损害赔偿诉讼的危机”。为了消除该危机,一般辅以损害额酌定制度加以应对,即在无法确定损害额的情况下授予法官通过综合考虑案件情况对损害额作出裁量的权限。⁽⁷⁵⁾

是以,体系上应分别提供损害额算定与损害额酌定的制度应对,在计算可能时辅以多元的损害算定方式加以规范,在损害确已发生却无法证明损害额时辅以损害额酌定加以处理。当然,基于限定法官裁量权的需要,损害额之酌定存在特别的适用条件。一方面,损害额酌定应以计算不能为前提,倘若通过既有算定方式能实现损害额的算定,则不存在损害额酌定的适用可能。另一方面,通过裁量的方式确认损害额还需要受害人证明损害确已发生,受害人只是不承担损害额的证明责任而已,在无法证明损害发生的情况下并无适用酌定制度的可能,所以还存在“损害已发生”的要件限制。以此来看,损害额酌定的应用并非全无限定,尽管法官在应用该制度对损害进行量化时具有相当的裁量权限,但该制度的启动条件还是存在基本的要求,以保证损害额酌定仅发挥量化损害的“兜底机能”,避免法官的随意援引导致体系的瓦解。

鉴于损害额酌定制度的有用性,其在我国司法实践中已得到广泛应用。⁽⁷⁶⁾ 值得注意的是,《民法典》并未对损害额的酌定设置针对性条文,其规范基础仍未确立,由此形成司法实践与规范体系的脱钩,如何确立损害额酌定的规范基础自然成为解释论的课题。

(二) 损害额酌定作为损害算定的“其他合理方式”

就规范目的而言,损害额酌定旨在将损害转化为赔偿额度,在此过程中法官虽然只能考量相关因素加以综合权衡,其量化损害的机制并非如主客观计算那样明确,但还是通过法官的裁量权限实现损害的量化。按照确定赔偿对象与量化损害的逻辑划分,损害额酌定的功能并非赔偿对象的确定,而系对损害的量化,从这一层面观之,损害额的酌定与第 1184 条的规范事项并无难以跨越的鸿沟。既然第 1184 条所发挥的功能在于损害的量化,“其他合理方式”的条文构造也展示出损害量化方式的开放性,同时损害额酌定也发

(75) 宮里節子「損害賠償訴訟における立証軽減——ZPO 二八七条の意義について」琉大法学 28 号(1981 年) 451 - 454 頁参照。

(76) 参见最高人民法院(2020) 最高法行赔申 319 号赔偿裁定书; 辽宁省高级人民法院(2020) 辽民申 4271 号民事裁定书; 山东省高级人民法院(2020) 鲁民申 4799 号民事裁定书。

挥着量化损害的作用,只是其在量化损害的流程中发挥着兜底的功能,那么在缺乏规范基础的情况下似乎正好可以与第 1184 条中的“其他合理方式”进行对接,从而在规范体系上确立司法实践中被广泛应用的损害额酌定制度。按照该思路,第 1184 条中“其他合理方式”的规范内涵得到进一步扩充,不仅容纳财产损害的多元算定方式,而且衍生出损害额酌定制度形成补充,共同构筑起损害量化的体系。

有观点认为损害额酌定的性质在于降低自由心证所要求的高度盖然性要求,代之以优越盖然性作为证明标准,从而赋予法官根据生活盖然性确定损害额的自由,其作用原理在于降低法官的心证度,⁽⁷⁷⁾例如《德国民事诉讼法》(ZPO)第 287 条、《日本民事诉讼法》第 248 条。按照证明度减轻说的观点,损害额酌定规范只是在证据规则上对损害的量化作出让步,并非授权法官自由裁量损害额的实体法规范。⁽⁷⁸⁾在该思路下第 1184 条作为量化损害的实体法规范,显然不属于旨在降低法官心证度的程序法规则,损害额酌减规范势必不能依托该条确立其规范基础。但是,也有观点认为损害额的酌定并非基于自由心证实施的心证让步问题,而系法官作出的法律评价,从而采取授予法官裁量权的实体法模式,例如《瑞士债务法》第 42 条第 2 款、《意大利民法典》第 1226 条、第 2056 条等。按照裁量评价说的以上观点,损害额的酌定规范本身属于授权法官自由裁量的实体规范,将其归入第 1184 条的法解释论不存在障碍。

事实上,证明度减轻说与裁量性评价说的性质认定并非完全排斥,一定程度上反而互为补充,证明度高的情况下裁量性评价的余地就较小,证明度低的情况下裁量性评价的余地就较大。通过证明标准的降低与裁量性评价的互动,法官可以综合案情衡平地酌定损害额。⁽⁷⁹⁾有观点中肯地指出,损害额酌定过程中证明度减轻与裁量性评价的对立实质上是作用阶段的不同,因为损害额的酌定存在当事人就损害额进行主张举证的阶段与法官评价损害额的阶段,一旦将损害额酌定区分为两个阶段,就可以发现证明度减轻说是力图减轻当事人对基础事实的证明负担,裁量评价说是说明法官依据被证明了的基础事实实施裁量性评价。⁽⁸⁰⁾以此,损害额酌定与第 1184 条的实体规范并不存在实质冲突,损害额酌定必然存在裁量评价的内容,其与作为实体规范的民法是统合的,将损害额酌定导入《民法典》并无不妥。⁽⁸¹⁾特别是在我国民事程序法与民事实体法均未确立损害额酌定规范的情况下,通过第 1184 条的解释论确立损害额酌定的规范基础,甚为必要。

六 结 语

损害的算定并非纯粹的数字计算问题,《民法典》第 1184 条结构较为简单,需要厘清

(77) 藤原弘道『民事裁判と証明』(有信堂,2001 年)122 頁参照。

(78) 例如当事人提交的证据不足以证明预期利益损失,法院只能以提交的合同等初步证据酌定预期利益,法院对损失的酌定仍受到初步证据约束。参见最高人民法院(2016)最高法民申 2395 号民事裁定书。

(79) 参见毋爱斌《损害额认定制度研究》,《清华法学》2012 年第 2 期,第 119 页。

(80) 伊東俊明「損害額の認定についての一考察」岡山大学法学会雑誌 61 巻第 1 号(2011 年)第 57-60 頁参照。

(81) 参见[日]圆谷峻著《判例形成的日本新侵权行为法》,赵莉译,法律出版社 2008 年版,第 212 页。

其基本原理与规范内涵,以描绘出我国财产损害计算方式的全貌。从条文表述来看,第 1184 条规定的财产损害计算方式包括市场价格标准与“其他合理方式”,前者属于客观计算方式,后者属于需要填补的法内漏洞。就市场价格标准而言,解释论工作需要明确可供买卖市场的规范前提、明晰“损害发生时”基准的适用原理、补足“损失发生地”的基准地漏洞,方能确保市场价格标准的良好运行。就“其他合理方式”的规范解析而言,大致可以分化出三部分内容:其一是主观计算方式的规范续造。由于第 1184 条未明确规定被司法实践所广泛应用的主观计算方式,其不得不从“其他合理方式”中导出。其二是财产损害的多元算定方式。社会现实的复杂性决定财产损害的计算方式不能为了概念化的需要而作机械区分,只有多元化的损害算定方式才能实现规范体系对生活世界的灵活应对,第 1184 条中的“其他合理方式”正好显示出我国损害算定方式的开放性。其三是损害额的酌定规范。当遭遇损害额的证明不能时,只能授权法官裁量权限以实现损害的量化,我国民事程序法与民事实体法均未确立此种授权性规范,在损害额酌定与第 1184 条的规范功能并无实质性沟壑的情况下,通过第 1184 条中的“其他合理方式”确立损害额酌定的一般规范,可谓恰如其分。

[本文为作者参与的 2018 年度国家社会科学基金项目“侵权法所保护利益范围的确
定模式研究”(18BFX117)的研究成果。]

[Abstract] Article 1184 of the Chinese Civil Code, as the rule on property damage calculation, serves the function of quantifying damages in the logical construction of determination of the object of compensation and quantification of damages, but does not adhere to the idea of integration of the scope and the calculation of damages in the theory of full compensation. As far as the normative philosophy is concerned, Article 1184 adopts not the idea of “subtraction” on the basis of subjective calculation method, but the idea of “addition” on the basis of objective calculation method, and demonstrates the tendency of diversification of calculation through the expression of “other reasonable methods”. That is to say, in addition to explicitly stipulating objective calculation method based on market price standards, Article 1184 can also lead to subjective calculation method and other diversified calculation methods through the expression of “other reasonable ways”, thus showing a non-formulaic picture of calculation methods. In addition, when facing the situation of incalculability, discretion of damages, which is of the same nature as the calculation of damages, can perform the function of quantifying damages. In the absence of normative basis, it can be incorporated into Article 1184 and its legal textual basis can be established through the open expression of “other reasonable ways”.

(责任编辑:余佳楠)