损害赔偿与民事责任

李承亮*

内容提要：德国法中损害赔偿的外延远远大于我国民法中的赔偿损害和赔偿损失。弄清损害观念的源流和德国民法中的赔偿方式，才能澄清由于将德国法中的损害赔偿等同于我国法中的损害赔偿所造成的误解。以德国损害赔偿法为参照，可以发现我国现行侵权责任方式的缺陷。侵权责任方式不应只停留在列举的层面，不同的侵权责任方式之间存在内在的逻辑关系。至少在侵权法领域，集中系统地解决民事责任的方式与范围问题是可能的。

关键词：损害赔偿　侵权责任方式　分离模式　恢复原状　价值赔偿

引言：侵权责任法与侵权损害赔偿法的差异

我国现行的侵权法是侵权责任法。[1] 根据民法通则第 106 条第 2 款，侵权行为的法律后果是“承担民事责任”。该法第 134 条第 1 款规定了十种承担民事责任的主要方式，除了重作、更换、支付违约金与侵权责任无关外，[2] 侵害人承担民事责任的方式尚有八种。这还只是承担民事责任的主要方式，理论上应当还有其他的次要方式。[3] 而德国的侵权法则是侵权损害赔偿法，德国民法典第 823 条以下规定的各种侵权行为都只有损害赔偿（Schadensersatz）这一种法律后果。[4]

这样一来，我国侵权责任法不仅要规定各种侵权责任的成立要件，还要确定各种侵权责任的承担方式；而德国民法典第 823 条以下的规定却能够专注于各种侵权损害赔偿请求权的成立要件，无须确定承担责任的方式。为了完成上述双重任务，民法通则采用了刑法分则的立法模式，针对不同的侵权形态分配不同的责任方式，甚至为了分配责任方式，规定了一些在构成要件上毫

* 武汉大学法学院讲师。

〔1〕 不仅如此，我国正在制定的侵权法极有可能仍是一部侵权责任法。全国人大法工委 2002 年 12 月 23 日提交第一次审议的《中华人民共和国民法（草案）》第八编的标题就是“侵权责任法”；王利明教授在第二届中欧侵权法国际研讨会上公开支持“侵权责任法”这个名称；而杨立新教授于 2007 年出版了《中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明》；2008 年 12 月 23 日，《中华人民共和国侵权责任法（草案）》二次审议稿提请十一届全国人大常委会第六次会议审议。

〔2〕 物权法第 36 条将重作、更换规定为侵害物权的救济方式，令人费解。

〔3〕 张新宝：《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社 1998 年版，第 182 页。

〔4〕 正因为这个原因，许多德国教科书将论述侵权行为之债的章节称为损害赔偿之债。Beispielsweise Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 14. Auflage, München 2007, S. 278.

无特殊性的侵权形态。[5]当然，德国民法典除了三个“小一般条款”之外，[6]也规定了很多具体的侵权形态，而且从条文的数量上看，并不比民法通则规定得少，但是，德国民法典规定的具体侵权形态是真正意义上的特殊侵权行为，这些特殊侵权行为都在构成要件上，特别是在归责原则上，不同于三个“小一般条款”规定的侵权行为。

损害赔偿在我国只是侵权责任方式的一种，而在德国却是唯一的侵权责任方式，这是不是表明我国侵权责任法保护受害人的程度高于德国侵权损害赔偿法？如果这种差异不是保护程度上的不同，又应当怎样去理解这种差异？德国民法典规定的损害赔偿与民法通则规定的八种主要侵权责任方式之间有没有对应关系？要回答这些问题，首先必须澄清德国民法中损害和赔偿这两个基本概念。

一、损害观念的源流

德国民法典没有定义损害的概念。[7]围绕如何定义损害概念的问题，学者们众说纷纭，成为德国损害赔偿法领域最重要的争议之一。考察近代以来损害赔偿法的历史，可以发现，关于损害赔偿请求权内容与范围的所有重大争议，几乎都可以归结为不同损害观念之间的分歧。[8]

（一）传统的自然损害概念

当代德国的损害观念起源于传统的自然损害概念。[9]传统的自然损害概念可以从下面两个方面去理解：

首先，它将损害理解为一个纯客观的事实。[10]根据这种观念，损害的产生以及程度是人们进行法律判断的已知条件，而不是法律判断的结果。损害作为一个客观事实，能且只能通过自然科学的方法去发现，而不应受人们价值判断的影响。罗马法谚有云：“利益存在的范围，是一个事实问题，而不是法律问题。”[11]罗马法的这个传统一直到20世纪上半叶还占统治地位。二战以后，人们逐渐认识到，自然的损害概念是不够的。当事人权益所遭受的某种改变是不是消极的，能不能看作是损害，看作是多大程度上的损害，是受一定的社会价值观念和一定的法律秩序影响的。而且，人们认识损害的思维过程，绝不只是自然科学式的机械逻辑过程，价值判断不可避免。受这种理论趋势的影响，新近的立法和著述在使用损害这个概念时，一般会强调损害的法律相关性和可救济性。[12]

---

〔5〕 如民法通则第117－120条规定的侵权行为相对于第106条第2款规定的侵权行为在构成要件上没有任何特殊性。这种在构成要件上特别是在归责原则上没有任何特殊性的侵权形态并不是真正意义上的特殊侵权行为。

〔6〕 即德国民法典第823条第1款、第2款和第826条。梅迪库斯认为德国侵权法有四个“小一般条款”，参见前引〔4〕，Medicus书，第282页。

〔7〕 有些国家的民法典规定了损害的法律定义。如奥地利民法典（AGBG）第1293条第1句规定：“损害是指对他人财产、权利或者人身所施加的不利益”。

〔8〕 对此，希曼（Schieman）教授批评道：“试图通过定义损害的概念来解决损害赔偿法总论（即损害赔偿请求权的内容与范围——本文作者按）领域的难题的做法，是不适当的”。Dazu vgl. Standinger/Schiemann，Vorbemerkung zu §§ 249 ff. Rn. 35.

〔9〕 费舍尔（Fischer）最早使用natürlicher Schadensbegriff这个概念。Dazu vgl. H. A. Fischer，Der Schaden nach dem BGB (1903)，S. 1.

〔10〕 我国学者一般将损害称为损害事实，并将其作为侵权责任的构成要件之一。

〔11〕 Quatenus cuius intersit，in facto，non in iure consistit. D 50，17，24.

〔12〕 1991年的荷兰民法典第6：95条规定，损害是指“依据法律救济义务必须予以救济的损害，包括财产损害和其他损害”。欧洲侵权法工作组（European Group on Tort Law）起草的《欧洲侵权法基本原则》第2：101条和欧洲民法典研究工作组（Study Group on an European Civil Code）起草的《欧洲民法典·侵权责任法草案》第2：201条分别在损害之前加上了“可受偿”和“具有法律相关性”的限定语。

其次，它着眼于具体权益事实上所遭受的破坏。损害可以从宏观、抽象或者从微观、具体的角度观察。宏观、抽象的角度将受害人所享有的全部权益看作一个整体，并根据其价值折算成一定的数额。这样一来，损害就只是意味着一系列数字的变化，受害人所享有各项具体权益有什么变化则被忽略。与此相反，微观、具体的角度不仅仅关注受害人的财产在价值上的变化，而且还关注它在事实上所遭受的破坏。例如，在一起交通事故中，某甲所有的价值十万元的汽车严重受损报废，报废回收价一千元。以宏观的角度看，受害人的损害就是总财产减少了九万九千元；而以微观的角度看，交通事故后，受害人所有的汽车变成了一辆不能用的报废汽车。传统的自然损害概念从微观的角度观察损害，关注受侵害的具体权益在事实状态上的变化。

（二）蒙森的“假设差额”理论

德国近现代损害赔偿法的开拓者和奠基人弗里德里希·蒙森（Friedrich Mommsen）通过定义损害的概念总结和简化了庞杂的中世纪损害赔偿法，创立了闻名于世的“利益说”。他在1855年出版的《利益论》中将损害定义为两个总数的差额。计算损害之时，人们要假设，如果致损事实没有发生的话，受害人现在的财产总额会是多少，然后将这个假设总额减去受害人现有的财产总额，所得出的差额就是损害。[13] 蒙森的理论建立在假设“损害事实未发生”的基础上，因此，从赫克（Heck）[14]开始，这种计算损害的方法又被称为“假设差额”（Differenzhypothese）理论。

必须强调的是，蒙森的损害概念从本质上说也是一种自然损害概念，因为他同样认为损害只是一个纯客观的事实，确定损害的过程应当排除价值判断的影响。人们在讨论蒙森的历史功绩时，都会提到他把纷繁复杂的旧损害赔偿法简化了。他之所以能做到这一点，就是因为他分离了损害本身与损害发生的原因。他指出，损害是否存在以及损害的程度仅仅取决于两个数字而已，至于损害是如何发生的，无关紧要。从这个意义上说，蒙森的学说正是一种试图用纯自然科学（数学）的方法避免法官价值判断的尝试。在蒙森的眼里，确定损害的过程就是做一个减法而已。正是这种倾向，使“假设差额”理论成了许多学者批评的对象。[15]

蒙森的损害概念与传统的自然损害概念最大的不同，就在于他宏观、抽象地观察损害。根据他的学说，受害人所遭受的消极影响仅仅表现为两个总额相减后的差额，至于受害人的哪项具体权益遭受侵害，遭受何种侵害，仅仅在确定损害是如何发生的和损害应由谁承担时有意义，在确定损害的存在与范围时则无关紧要。“损害之观念与外在具体破坏无关。”[16] 蒙森仅仅关心受害人所享有的权益作为一个整体的价值总额，被侵害的具体权益的主观价值和客观价值，都不直接决定损害的大小，它仅仅在确定被减数（假设损害未发生时受害人的财产总额）和减数（受害人当前的财产总额）时对损害的计算有间接意义。

蒙森的理论是建立在假设致损事实未发生的基础之上的。在他的减法公式里，只有减数（受害人现有财产总额）是一个现实的状态，而被减数（假设损害未发生时受害人应有的财产总额）则是一个在现实中从未存在过的假设状态。我国有些学者将蒙森的理论总结为“因为某项特定损害事实的发生使其丧失了一定的利益，事实发生后的利益状态与发生前的利益状态的差额，即受

〔13〕 Friedrich Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855, S. 3.

〔14〕 Heck, Schuldrecht, § 11 Nr. 4.

〔15〕 Zum Beispiel Honsell, Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht, JuS 1973, 69 ff.

〔16〕 曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社2001年版，第120页。

害人所遭受的损害”，[17]是不准确的。与蒙森的“假设差额”理论相比，这个公式中的被减数（损害发生之前受害人的财产总额）和减数（损害发生之后受害人的财产总额）都是确确实实地存在或者存在过的两个状态。这种“现实差额”理论[18]与“假设差额”理论的本质区别主要在于两者参照的时间点不一样：“现实差额”理论参照的时间点是损害发生之时，而“假设差额”理论将参照的时间点往后移了——决定损害大小的不是损害发生前后受害人的财产总额，而是在计算损害（理赔）时，[19]受害人现有的财产总额与假设未发生致损事实时受害人应有的财产总额。将计算损害参照的时间点往后移，大大丰富了损害概念的内涵，如在致损事实发生后损害的进一步发展、受损财产价格的波动、可得利益等因素都能在“假设差额”理论中得到体现。[20]

（三）德国民法典中的损害观念

蒙森的“假设差额”理论直接影响了德国民法典第249条以下的条文。第249条第1款是德国损害赔偿法的基础性条文和理论分析的逻辑起点。[21]它虽然没有将蒙森的损害概念明文规定为法律定义，却将“假设差额”理论中的大部分因素纳入到德国现行的损害赔偿法体系。一方面，该款建立在假设“引起损害的事实未发生”的基础之上，损害是假设状态和现实状态的差异。根据该款，损害赔偿义务人必须恢复引起损害赔偿义务的事实未发生时的应有状态。另一方面，该款也继承了蒙森归纳和简化中世纪旧损害赔偿法的成果。根据德国通说，德国民法典第249条第1款确立了全面赔偿原则（Totalreparation）。[22]根据这个原则，损害赔偿义务的范围一般与损害产生的原因、侵害的情节和侵害人的主观恶意等因素无关，而仅仅与损害本身的程度有关。[23]简言之，有多大的损害，就有多大的损害赔偿义务，既不能多赔，也不能少赔。这样一来，德国民法不仅仅将损害本身的程度与损害发生的原因分开来考虑，而且将赔多少的问题与赔不赔的问题分开来考虑。原则上，损害产生的原因、侵害的情节、侵害人的主观恶意等因素仅仅与损害赔偿义务的成立（赔不赔）有关；而损害赔偿义务的范围（赔多少）则只由损害本身的程度决定。正是因为奉行全面赔偿原则，德国民法典才能够将损害赔偿义务的成立与范围分开来规定：损害赔偿义务的成立根据损害产生原因的不同分散规定在民法典各编中，其中最重要的是第823条以下规定的侵权损害赔偿；而损害赔偿义务的范围则不论损害产生的原因集中规定在第249条以下的条文中。

---

〔17〕 王利明：《侵权行为法研究》上卷，中国人民大学出版社2004年版，第351页。王泽鉴先生也认为，损害“系指权益受侵害时所生的不利益。易言之，损害发生前的状态，与损害发生后的情形，两相比较，被害人所受之不利益，即为损害之所在”。参见王泽鉴：《不当得利》，中国政法大学出版社2002年版，第43页。

〔18〕 我国台湾民法第213条第1款就不是建立在假设“致损事实未发生”的前提之上，而是将损害发生前后的两个状态进行对比。

〔19〕 在诉讼实务中，德国法院以事实审的最后一次口头辩论结束的时间点为准。Dazu vgl. BGH，Urteil vom 2. 10. 1981 – V ZR 147/80 – BGHZ 81，385 (389)；vom 23. 3. 1976 – VI ZR 41/74 – BGHZ 66，239 (241/242)；vom 5. November 1952 – II ZR 47/52 = NJW 1953，337.

〔20〕 举例说明：甲为一辆价值七万元的轿车的车主，以开出租为业，月平均收入四千元。该车在一次交通事故中被乙撞毁，报废汽车回收价仅为一千元。此后，甲乙双方就事故责任以及损害赔偿的方式与范围发生分歧，三个月后才由相关部门确定责任并理赔。在这三个月中，二手车涨价，甲的轿车如未撞毁其价值将上涨到八万元。按照“现实差额”的算法，甲遭受的损害为交通事故发生前后财产的差额，即六万九千元。按照“假设差额”理论，如果没有发生交通事故，甲在计算损害的时间点（三个月以后）有一辆价值八万元的轿车，外加三个月的收入一万二千元，而实际上甲仅仅拥有一辆报废汽车，价值一千元，假设状态和现实状态的差额九万一千元就是损害。

〔21〕 Standinger/Schiemann，§ 249 Rn. 1；Medicus，Schuldrecht I，Allgemeiner Teil，17. Auflage，München 2006，S. 213.

〔22〕 Staudinger/Schiemann，§ 249 Rn. 1；上引 Medicus 书，边码585。

〔23〕 混合过错的情形例外：在受害人和侵害人对致损事实的发生都有过错的情形，双方过错的对比对于侵害人损害赔偿义务减轻的程度具有决定性的影响，从而侵害人的过错也例外地成为影响损害赔偿义务范围的因素。

尽管如此，德国民法典第249条第1款的损害观念与蒙森的“假设差额”理论之间也有一定的差异。蒙森观察损害的角度是宏观、抽象的，他关注的是受害人财产总额的变化，而对具体权益事实上遭受的破坏却视而不见。这种宏观、抽象的观察能使人们不仅仅局限于致损事实对于直接受侵害的某项权益的消极影响（直接损害），而且还能考虑到该事实对受害人其他财产的影响（间接损害）。[24] 考察受害人财产总额的做法在一定程度上扩大了人们观察损害的视野，同时也带来了很大的弊病。首先，在每个损害赔偿案件中，都要考察受害人的各项财产，成本似乎太高。一起普通的交通事故，受害人的汽车只是被轻微擦伤，而在计算损害时却要考虑远在异国他乡的不动产的价值，这是不是有必要？[25] 这种做法的合理性令人怀疑。其次，它仅仅关注财产损害，忽视了无法用金钱进行衡量的非财产损害。这种局限使蒙森的损害概念的外延与我国民法中狭义的损害（损失）相当，损害仅仅是“财产上的损失，至于人身损害，也是指因人身伤害所造成的财产上的损失”，[26] 受害人所遭受的精神痛苦因为与财产的增加和减少没有直接的关系而不属于损害的范畴。再次，“假设差额”理论关注的仅仅是受害人财产的总额，而不是受害人财产具体构成的变化。财产具体构成的变化也可能违背财产所有者的意愿，而这种违背所有者意愿的消极变化却在蒙森的“假设差额”中体现不出来，这样的结果显然也不利于保护受害人。[27]

蒙森这种考察受害人财产总额的做法本来是为了尽可能全面地考虑受害人所遭受的消极影响，但实际上却大大局限了人们观察损害的视野，不利于保护受害人。一项制度违背了创设的初衷，不能不说是一个致命的缺陷。德国民法典的制定者们看到了这个缺陷，他们在吸纳蒙森损害概念中合理因素的同时，有意识地回避了“财产总额”的提法。根据德国民法典第249条第1款，赔偿义务人的义务是恢复引起该义务的事实未发生时的应有“状态”（Zustand），而不是恢复引起该义务的事实未发生时受害人的应有财产。这样一来，德国现行民法中的损害观念就不仅仅着眼于受害人财产总额的变化，它更为关注受害人财产具体构成的变化和具体权益所遭受的事实上的破坏。从这个意义上讲，德国现行的损害赔偿法又回归到传统的自然损害概念，一方面吸取了蒙森理论的计算方法，另一方面借用传统自然损害概念观察损害的角度，德国现行民法中的损害观念是“假设差额”理论与传统的自然损害概念的“结合体”。[28]

二、德国民法中的赔偿方式

（一）恢复原状原则

不同的损害观念决定了不同的赔偿方式。“假设差额”理论看到的损害只是受害人财产总额的减少，在这种损害观念的指导下，赔偿义务人只需要保障受害人的“价值利益”，补上现实财产与“引起赔偿义务的事实未发生”的应有财产之间的差额就行了。而德国民法典的损害观念不

〔24〕 仍以交通事故为例：甲的轿车在一次由于乙的过错引起的交通事故中被撞坏，两周后，汽车修理厂将该车修好，花费两万元。在此期间，甲租用一辆与该车各项指标相符的替代汽车，租车费用一千元。如果从微观的角度出发，仅仅关注甲在这起交通事故中被侵害的具体权益（甲对轿车的所有权）所遭受的事实上的破坏，那么，就只会看到那两万元的修理费用。反之，如果以宏观的角度观察，关注受害人甲财产总额的变化，那么，一千元的租车费用就能被损害的概念自动涵盖了。

〔25〕 对“假设差额”理论的类似批评，参见前引〔15〕，Honsell文。

〔26〕 参见前引〔17〕，王利明书，第350页。

〔27〕 最极端的例子：甲有价值五万元之古董花瓶一件，乙将其据为己有，补偿甲五万元现金。根据“假设差额”理论，甲的财产总额并未因乙的侵害行为发生任何变化，因此，没有损害发生。但是，这样的结果显然是极其不公平的，它实际上赋予了侵害人强制购买受害人的权益的权利。Dazu vgl. Schiemann, Die Grenzen des § 249 S. 2 BGB, DAR 1982, 309 (311).

〔28〕 Dazu vgl. Standinger/Schiemann, Vorbemerkung zu §§ 249 ff. Rn. 35.

仅仅关注财产总额的变化，更关注损害事实对受害人财产具体构成的消极影响和受损的具体权益事实上所遭受的破坏。在这种损害观念的指导下，仅仅保障价值利益是不够的，更应当保障受害人的“完整利益”。也就是说，赔偿义务人必须恢复引起赔偿义务的事实未发生时的应有状态，而不能仅仅赔偿财产总额的减少。

根据观察损害的角度和保障受害人利益的不同，赔偿的方式分为两种：从宏观、抽象的角度保障受害人价值利益的赔偿方式，是“价值赔偿”；[29] 而从微观的角度保障受害人完整利益的赔偿方式，是“恢复原状”。[30] 因此，德国民法典的制定者们面临处理这两种赔偿方式之间的关系的难题。早在起草民法典第一草案时，第一委员会的委员们就未来民法典中的损害赔偿应当以恢复原状为原则还是以价值赔偿为原则进行了详尽的讨论。通过这场讨论，以温德沙伊特（Windscheid）[31] 和普朗克（Planck）[32] 为代表的恢复原状派战胜了支持以价值赔偿为原则的反对派，[33] 取得了第一委员会多数委员的支持。最终，民法典第一草案的第219条规定了恢复原状原则。[34] 根据该条，恢复原状为损害赔偿的首选方式，而价值赔偿作为一种补充的赔偿方式只有在特定情形下才能适用。第一草案确立的恢复原状原则在第二委员会起草第二草案时遭到许多委员的质疑，关于修订第一草案第219条的八个提案中有七个主张未来的民法典应当以价值赔偿为原则。[35] 但是，第二委员会在激烈的争论之后，最终还是坚持了第一草案确立的恢复原状原则。经过第二草案、第三草案，恢复原状原则最终被写进德国民法典第249条和第251条之中，它和前面提到的全面赔偿原则是德国损害赔偿法的两大支柱，是处于金字塔塔尖的最高原则。[36]

（二）恢复原状

1. 德国民法典第249条第1款规定的恢复原状

恢复原状原则意味着恢复原状是损害赔偿的首要方式。也就是说，赔偿义务人原则上必须恢复致损事实未发生时的应有状态。恢复原状关注受害人具体权益所遭受的事实上的破坏，关注受害人的完整利益，这决定了恢复原状的具体内容非常丰富——这种事实上的破坏有多少种表现形态，就有多少种恢复原状。[37] 在侵占他人之物的情形，恢复原状就意味着返还原物；在损坏他人之物的情形，恢复原状是通过修理来实现的；在致使他人之物全损或者灭失的情形，恢复原状

〔29〕 我国学者称之为金钱赔偿，参见《德国民法典》，陈卫佐译注，法律出版社2006年版，第85页；前引〔16〕，曾世雄书，第146页。价值赔偿指的是保障受害人价值利益的赔偿方式，这种方式是以支付一定的金钱来实现的。而通过支付一定金钱来实现的赔偿却不见得都是保障受害人价值利益的赔偿方式。如德国民法典第249条第2款第1句规定的赔偿方式虽然通过支付一定的金钱来实现，保障的却是受害人的完整利益。因此，笔者认为将保障受害人价值利益的赔偿方式称为价值赔偿比称为金钱赔偿更合适。

〔30〕 也有学者将Naturalrestitution翻译为回复原状，参见［德］梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢谌译，法律出版社2004年版，第432页。我国台湾学者根据我国台湾民法第213条第1款也称之为“回复原状”，如前引〔16〕，曾世雄书，第146页。按照字面理解，不管是恢复原状，还是回复原状，都有回到致损事实发生之前的状态（原有状态）的意思。德国民法典第249条第1款与我国台湾民法第213条第1款不同，是建立在假设“致损事实未发生”的基础上的。严格说来，德文的Naturalrestitution或者Naturalherstellung应当是恢复“应有状态”，而不是恢复“原状”。但这里笔者遵从翻译习惯，仍称之为恢复原状。

〔31〕 Zum Antrag Windscheids vgl. Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I, Berlin 1978, S. 83.

〔32〕 普朗克的提议参见上引Jakobs/Schubert书，第85页。

〔33〕 反对意见参见上引Jakobs/Schubert书，第86页。

〔34〕 Mot. II 19/20.

〔35〕 Prot. I 295.

〔36〕 这刚好就是温德沙伊特和普朗克在第一委员会提出确立恢复原状原则的初衷。参见前引〔31〕，Jakobs/Schubert书，第86页。

〔37〕 Lange/Hagen, Wandlungen des Schadensersatzrechts, Heidelberg 1987, 65 ff.

还可以表现为重置与被毁灭之物相当的替代物。[38] 而在人身特别是健康受到侵害时，恢复原状通常是各种各样的治疗手段。返还原物、修理、重置和治疗构成了侵权损害赔偿中几种最常见的恢复原状。在法律实务中，恢复原状还有许多其他形态。如果侵害人的行为使受害人对侵害人的某项债权罹于时效，那么恢复原状就意味着禁止侵害人行使该请求权罹于时效的抗辩。[39] 如果侵害人使得受害人对第三人产生债务，那么恢复原状的内容就是由侵害人替受害人偿还该债务。[40] 如果侵害人出于歧视拒绝了受害人的购买要约，那么强制侵害人恢复原状就是强制他承诺受害人的要约，强制他与受害人签订买卖合同；[41] 反之，如果侵害人利用欺诈手段与受害人签订合同，那么恢复原状的内容就是取消该合同。[42]

2. 支付恢复原状的费用

德国民法典第 249 条第 1 款规定的恢复原状是侵害人的义务，有赔偿义务的侵害人必须恢复致损事实未发生时的应有状态。从理论上讲，这样的制度安排既有利于保护受害人，减轻受害人的负担，也更符合逻辑——恢复原状作为一种赔偿方式自然应当由赔偿义务人实施。但是在实务中，由侵害人一方实施恢复原状在某些情况下会给受害人造成十分不便的后果：在人身伤害案件中，医生应该由侵害人来请；在物的损害案件中，应该由侵害人自己或请人来修理。也就是说，为了配合侵害人履行赔偿义务，受害人必须把本已遭受侵害人侵害的人身或者物托付给侵害人一方。这个结果对于受害人来说显然是不能接受的。为此，德国民法典的立法者们在第 249 条第 1 款后面加入了第 2 款。[43] 根据该款第 1 句，在人身伤害或者物的损害案件中，受害人可以拒绝由侵害人实施恢复原状，而由自己亲自或者请人实施，恢复原状所需的费用由侵害人承担。受害人请求侵害人承担恢复原状所需费用的权利，其内容虽然是支付一定的金钱，却不是一种价值赔偿请求权，而仍然是恢复原状请求权，因为它保障的不是受害人的价值利益，而是完整利益。

需要特别指出的是，支付恢复原状费用并不是与恢复原状、价值赔偿并列的第三种赔偿损害的方式。德国民法典第 249 条第 2 款第 1 句赋予了受害人自主实施恢复原状、对抗恶意的赔偿义务人的权能（Ersetzungsbefugnis）。[44] 因此，支付恢复原状费用只是一种特殊形式的恢复原状，它与德国民法典第 249 条第 1 款规定的恢复原状的区别仅仅在于具体实施的主体不同——一个是由受害人或者受害人指定的人实施，而另一个则是由侵害人或者侵害人指定的人实施。到底是由受害人一方还是由侵害人一方实施恢复原状，取决于受害人的意志，侵害人没有决定权。也就是说，如果受害人没有行使这项权能，那么侵害人就必须负责完成恢复原状，而不能只是支付恢复原状费用；反之，如果受害人行使了这项权能，那么侵害人就不能主张由自己一方完成恢复原状。

在这两种恢复原状中，支付恢复原状费用在侵权损害赔偿实务中的意义远远大于由侵害人一方实施的恢复原状，因为在人身伤害和物的损害案件中，恢复原状几乎毫无例外地掌握在受害人

---

〔38〕 将“重置替代物”（Ersatzbeschaffung）当作一种恢复原状并不是德国民法典制定者的初衷，而是在民法典生效以后各级法院解释适用的结果。经过德国法院的解释，民法典的制定者们所持的“事实恢复原状”观念被发展成了“经济恢复原状”观念。另外，将“重置替代物”作为一种恢复原状并不限于民法典第 91 条规定的可替代物。德国联邦最高法院认为，一辆旧车在交通事故中全损，赔偿义务人可以通过购置一辆与被损汽车各项指标性能相符的二手车来恢复原状。Dazu vgl. BGH，Urteil vom 5. 3. 1985 – VI ZR 204/83 – VersR 1985，593（594）.

〔39〕 RGZ 64，223.

〔40〕 BGHZ 59，148.

〔41〕 BGHZ 36，100.

〔42〕 这样一来，在意思表示人受欺诈的情形，适用意思表示的撤销规则与适用损害赔偿的规则可以得出同样的结果。

〔43〕 Zu den Erwägungen der Zweiten Kommission vgl. Mugdan II 513＝Prot. I 296/297.

〔44〕 BGHZ 5，109；63，184. Lange/Schiemann，Schadensersatz，3. Auflage，Tübingen 2003，§ 5 IV 3；Staudinger/Schiemann，§ 249 Rn. 215；Palandt/Heinrichs，§ 249 Rn. 3.

手中。尽管如此，德国民法典第249条第1款作为损害赔偿法基本条款的地位并未改变，在适用第249条第2款第1句时，同样要以第249条第1款为基础。根据第1款，恢复原状是侵害人的义务，而不是受害人的义务，这一点并不因为受害人行使了第2款第1句规定的权能而改变。也就是说，虽然受害人根据法律赋予的权能决定自己亲自掌握恢复原状的实施，但是，恢复原状并不是受害人的义务，而仍然是侵害人的义务。这一点对理赔实务具有非常重大的意义。首先，因为恢复原状从一开始就是侵害人的义务，所以，受害人虽然决定由自己一方实施恢复原状，却没有垫付费用的义务。也就是说，第2款第1句规定的理赔过程并不是受害人垫付费用后找赔偿义务人报销的过程。[45] 法律赋予受害人自己掌握恢复原状的实施的权能，目的是为了给受害人提供更周全的保护。如果他行使了法律赋予的权能后所得到的保护水平还不如不行使该项权能时第1款对其提供的保护水平，那么第2款第1句的立法目的就不能真正实现。[46] 其次，受害人根据法律赋予的权能将恢复原状掌握在自己的手中，并不是说恢复原状就一定由受害人亲自实施。第2款第1句规定的权能在实务中的意义主要体现在，亲自实施恢复原状的第三人由受害人指定，而不是由侵害人指定。具体说来，去哪家医院，找哪家汽车修理厂，由受害人决定，而不是由侵害人决定。但是，正因为恢复原状自始至终都是侵害人的义务，所以，受害人指定的具体实施恢复原状的第三人并不是受害人的“履行辅助人”，他在具体实施恢复原状的过程中由于自己的过错所造成的损失，不是由受害人来负责，而应当由侵害人来负责。[47]

（三）价值赔偿

德国民法典第249条第1款规定，赔偿义务人的原始义务是恢复原状。也就是说，在恢复原状和价值赔偿这两种赔偿方式中，恢复原状优先于价值赔偿，价值赔偿只是在特定情形例外适用。德国民法典第251条规定了例外适用价值赔偿的特定情形，只有在这些情形，法律的视线才从受害人的完整利益转向受害人的价值利益——赔偿义务人不必恢复致损事实未发生时的应有状态，而只须补偿根据“假设差额”理论计算出来的财产损失就够了。

德国民法典第251条第1款着眼于受害人的利益，规定了受害人不得不舍弃恢复原状转而求助于价值赔偿的两种情形。首先，在恢复原状事实上或者法律上不可能的情形，赔偿义务人至少要赔偿受害人财产上的损失。如一幢建筑被毁，不能修复；[48] 一件古董花瓶被砸碎；受害人在交通事故中右臂截肢或者双目失明等等。需要指出的是，价值赔偿这种方式仅能赔偿受害人所遭受的财产损失，而对于无法用金钱衡量的非财产损害则无能为力。在受害人右臂截肢或者双目失明的情形，受害人因为伤残而损失的收入可以通过价值赔偿的方式得到赔偿，而受害人所遭受的精神上的痛苦就不能通过这种方式赔偿——非财产损害本来就不能用金钱价值来衡量。其次，在恢复原状不足以赔偿受害人的情形，受害人也必须求助于价值赔偿。早在二战以前，德国帝国法院就认定了由于恢复原状所需时间过长而不足以补偿受害人的情形。[49] 而在今天，德国法院所认定的“恢复原状不足以赔偿受害人”的情形主要集中于“技术全损”和“非真正全损”两类案

〔45〕 Steffen, Die Rechtsprechung des BGH zur fiktiven Berechnung des Fahrzeugschadens, NZV 1991, 2.

〔46〕 前引〔44〕，Lange/Schiemann 书，§ 5 IV 2。

〔47〕 在一起由于乙的过错引起的交通事故中，甲的汽车被撞坏。经专家事先鉴定，修好该汽车需五千元。甲根据第249条第2款第1句赋予的权能，选定了一家汽车修理厂丙。丙修好汽车后，向甲开了一张一万元的账单。如果将受害人选定的汽车修理厂作为受害人的履行辅助人，那么，他就有义务审查汽车修理厂开具的一万元账单的合理性。根据德国联邦最高法院的相关解释，汽车修理厂并非受害人的履行辅助人，只要受害人在选定汽车修理厂的时候没有过错，关于一万元修车费用合理性的纠纷就应当由侵害人与汽车修理厂解决。Dazu vgl. BGHZ 63, 182; 72, 219.

〔48〕 Zum Beispiel BGHZ 102, 322.

〔49〕 由于采矿导致受害人所有的草坪下沉并被水淹没。按照当时的技术条件，排干积水并使草坪恢复原状是可能实现的，但需要五年的时间。Dazu vgl. RGZ 76, 146.

件。前者指的是由于损害过于严重导致恢复原状在技术上不能实现的情形；[50] 而后者是指恢复原状虽然在技术上、经济上可以实现，但恢复原状的结果对于受害人来说仍然是不能接受的。[51] 除此之外，德国联邦最高法院还发明了在恢复原状不足以补偿受害人时并不完全排除恢复原状的适用，而仅仅就不足部分适用价值赔偿的案件类型。[52] 发生过交通事故的汽车虽然被修好了，但其交易价值仍然会低于未发生过交通事故的同类型汽车。德国联邦最高法院认为，在这种情况下，赔偿义务人除了要恢复原状或支付恢复原状费用外，还应根据第 251 条第 1 款支付被修好的汽车与未发生过交通事故的同类型汽车的差价。

与德国民法典第 251 条第 1 款不同，该条第 2 款第 1 句的着眼点则是赔偿义务人的利益，它规定，如果技术上可以实现的恢复原状所需费用过高，赔偿义务人有权选择价值赔偿。它是法律在恢复原状费用过高时赋予赔偿义务人决定损害赔偿方式的权能。[53] 也就是说，在恢复原状费用过高的情形，侵害人既可以根据法律赋予的权能拒绝受害人恢复原状或者支付恢复原状费用的请求，仅仅赔偿受害人的价值利益的损失，也可以放弃法律赋予的权能，仍然通过恢复原状或者支付恢复原状费用来保障受害人的完整利益。而对受害人来说，这个规定则是一种限制，如果恢复原状费用过高，他必须顾及赔偿义务人的利益，根据赔偿义务人的要求放弃完整利益，仅仅满足于价值利益。德国联邦最高法院认为，恢复原状所需的费用是否过高，不能单凭恢复原状的费用高于重置费用的事实来判断，还应当考虑恢复原状的费用与受害人通过恢复原状所实现的利益之间的对比关系，只有二者的对比关系超出了经济理性的要求时，赔偿义务人才能主张恢复原状费用过高。[54] 另外，在确认恢复原状所需的费用是否过高的时候，还应当适当考虑到受损之物对于受害人的精神利益。最典型的例子就是第 251 条第 2 款第 2 句规定的情形：侵害人不能仅凭治疗受伤害的动物所需的费用远远超过该动物的价值，主张放弃恢复原状（治疗）而仅赔偿价值损失。[55]

（四）分离模式

上述分析表明，德国民法中损害赔偿的具体内容十分丰富，它同样存在以何种具体的方式实现的问题。德国民法典第 823 条以下关于侵权行为之债的条文之所以能够仅仅规定各种侵权损害赔偿的成立要件，而不需要确定侵权损害赔偿的具体方式，是因为包括侵权损害赔偿在内的所有损害赔偿的内容与范围问题都集中规定在德国民法典第 249 条以下的条文中了。这种将责任的成立与责任的承担分开规定的立法模式，可以称为“分离模式”。分离模式的基本理念就是将损害的性质和范围与损害发生的原因分开考虑，将怎么赔、赔多少的问题与赔不赔的问题分开规定。

---

〔50〕 在“技术全损”的案件中，恢复原状既是不可能的，同时也不足以补偿受害人。所以，有学者指出，德国民法典第 251 条第 1 款规定的两种情形（“不可能”与“不足以赔偿”）在有些时候很难区分。参见前引〔21〕，Medicus 书，边码 591。

〔51〕 如交通事故中受损的汽车是一辆新车或者几乎是一辆新车，对于受害人来说，重新获得一辆新车就比获得一辆修好的“事故车”有利得多。因此，恢复原状（修理）就不足以补偿受害人了。Dazu vgl. BGH，VersR 1983，659.

〔52〕 BGHZ 27，181；35，396.

〔53〕 德国民法典第 249 条第 2 款第 1 句是法律赋予受害人的权能；而第 251 条第 2 款第 1 句则是法律赋予赔偿义务人的权能。参见前引〔44〕，Lange/Schiemann 书，§5 VII 1。

〔54〕 德国联邦最高法院在 1998 年 12 月 8 日的一个判决中指出，对于旧车车主来说，通过恢复原状（修理）所实现的经济利益本来就大于重置一辆同类型的旧车所实现的经济利益。所以，仅凭修车所需费用超过重置费用的事实，并不能认定恢复原状所需费用过高。只有在修车所需费用超过重置费用的 130%的时候，侵害人才能行使德国民法典第 251 条第 2 款第 1 句赋予的权能，拒绝恢复原状。Dazu vgl. BGH，Urteil vom 8. 12. 1998 - VI ZR 66/98 - NJW 1999，500 (501).

〔55〕 这个规定也不是没有限制的。比勒菲尔德的州法院在 1997 年作出的一个判决中认定，治疗一只没有市场价值的猫所需的费用超过 3000 马克就达到了德国民法典第 251 条第 2 款第 1 句规定的“费用过高”的界限。Dazu vgl. LG Bielefeld，NJW 1997，3320.

它最重要的理论依据就是恢复原状原则与全面赔偿原则：根据恢复原状原则，损害赔偿的基本方式是恢复原状，而恢复原状就意味着不管损害是如何发生的，损害赔偿的内容（怎么赔）由损害本身的性质决定；而根据全面赔偿原则，损害赔偿的范围原则上仅与损害本身的程度有关，而与损害产生的原因、侵害的情节和侵害人的主观恶意等因素无关。这样一来，无论是赔偿的内容还是赔偿的范围，原则上都与损害产生的原因无关，自然可以集中加以规定。而对于损害赔偿的成立，也就是赔不赔的问题，损害产生的原因却至关重要，损害赔偿请求权的成立要件也就只能根据损害产生原因的不同分散规定在民法典的各编中。

三、我国的侵权责任方式

我国民法通则第134条第1款列举了十种承担民事责任的主要方式，其中包括赔偿损失，学理上通常也将赔偿损害作为一种民事责任方式。我国民法中的赔偿损失或者赔偿损害与德国民法中的损害赔偿是不是同一个概念？我国的民事责任方式与德国的赔偿方式之间有没有对应关系？另外，民法通则对民事责任方式只是简单列举，并未指出它们之间的内在逻辑关系和适用的一般规则，因而，能否借鉴德国的分离模式，至少在侵权法领域集中系统地解决民事责任的方式与范围问题？

（一）赔偿损失与赔偿损害

在我国，混用赔偿损失和赔偿损害这两个概念的现象十分普遍。〔56〕除了个别学者在特定情形下将“赔偿损失”和“赔偿损害”等同于德国法中的“损害赔偿”〔57〕和“价值赔偿”〔58〕之外，赔偿损失或者赔偿损害这两个概念所指的具体内容既不同于德国法中的损害赔偿，也不同于德国法中的价值赔偿。要找到赔偿损失和赔偿损害这两个概念与德国民法中的损害赔偿的关系，必须先找到我国民法学界定“损失”、“损害”和“赔偿”这几个概念的标准。

首先，学理上界定损失和损害主要有两种方法，一种是根据受侵害的权益的性质不同，将损失界定为侵害财产权的后果，而将损害界定为侵害财产权和人身权的后果。〔59〕而另一种方法则是根据损害本身性质的不同，将损失界定为财产损害，损失以外的损害是非财产损害。〔60〕无论是哪种方法，损害和损失都是属和种的关系，损失是一种特定的损害。比较这两种方法，以损害本身的性质来界定损失和损失以外的损害似乎更为可取。一方面，以损害的性质为依据比以损害发生的原因为依据更为直接；另一方面，从比较法的角度来看，财产损害与非财产损害的划分是“今天欧洲最普遍的、实际上也是最重要的分类方法”。〔61〕

其次，德文中的“Ersatz”这个词一般翻译为“赔偿”，但它是广义的，能涵盖填补损害的一切方式。如果在这个意义上使用“赔偿”概念，那么民法通则第134条第1款规定的所有侵权责任方式都是赔偿损害，赔偿损害就成了与我国民法中的民事责任处于同一个层次的概念，而不仅仅是承担民事责任的一种方式。而我国民法学界一般是在狭义上使用“赔偿”这个概念，仅仅

〔56〕 前引〔17〕，王利明书，第42页；张新宝：《侵权责任法原理》，中国人民大学出版社2005年版，第468页。

〔57〕 如张新宝教授指出：“在有一些西方资本主义国家，赔偿损失已近于惟一的承担侵权责任的方式，因此才有了侵权行为法是有关损害与赔偿的法律的理论”。参见前引〔3〕，张新宝书，第189页。这里的“赔偿损失”就等同于德国法中的“损害赔偿”。

〔58〕 如张新宝教授指出：“大陆侵权行为法确定的侵权的民事责任方式主要是恢复原状和适当条件下的损害赔偿”。参见前引〔56〕，张新宝书，第466页。这里的“损害赔偿”显然仅仅指“价值赔偿”。

〔59〕 前引〔17〕，王利明书，第351页。

〔60〕 前引〔3〕，张新宝书，第92页。

〔61〕 ［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183页。

指以支付一定金钱的方式填补受害人的损害。[62]

因此，民法通则中的赔偿损失指的是以支付一定金钱的方式填补受害人的财产损害。从外延上看，它虽然小于德国法中的损害赔偿，但却远远大于德国民法典第 251 条规定的价值赔偿。一方面，价值赔偿作为一种赔偿方式，对应的是宏观、抽象地计算损害的方法，它赔偿受害人财产总额的减少。这就决定了价值赔偿只能赔偿受害人的财产损害，也只能通过支付一定金钱的方式实现。所以，民法通则规定的赔偿损失在外延上能够涵盖德国民法中的价值赔偿。另一方面，我国民法虽然也规定了恢复原状这种民事责任方式，却没有赋予受害人自主实施恢复原状的权能。所以，支付恢复原状费用只能理解为以支付一定金钱的方式来赔偿受害人的财产损害，它在性质上属于赔偿损失，而不属于恢复原状。这样一来，支付医疗、修理等恢复原状费用所赔偿的就不是受害人所遭受的直接损害，而是事后由这些直接损害导致的间接损失。按照这个逻辑，在侵害他人人身的情形，侵害人并没有治疗的责任，受害人必须自己找医生治疗，并垫付医疗费用，等医疗费用产生以后，侵害人才有赔偿医疗费的义务。侵害人赔偿医疗费并不是赔偿受害人的人身损害，而是赔偿受害人因为垫付医疗费所导致的财产总额的减少。[63]

无论是赔偿受害人价值利益的损失，还是支付受害人恢复原状所需的费用（在德国属于恢复原状，在德国侵权损害赔偿实务中甚至是恢复原状的常态），在我国都只能通过赔偿损失这种民事责任方式来实现。这就是为什么赔偿损失（赔偿损害）被公认为我国“最主要最基本的侵权民事责任方式”。[64]

（二）停止侵害、排除妨碍、消除危险和返还财产

对于这四种侵权责任方式来说，充分认识侵权责任与物上请求权或者基于其他支配权（如知识产权）的请求权[65]之间的竞合是关键。以物上请求权为例，根据我国物权法第 34 条和第 35 条，受害人的物被他人无权占有，可以请求返还原物；受害人的物权被他人妨害或者可能被他人妨碍，有权请求排除妨害或者消除危险。但是，同样的结果也可以通过适用民法通则中关于侵权责任的相关规定得到。也就是说，受害人要想达到请求他人返还财产、排除妨害、消除危险的目的，既可以通过物上请求权这把“钥匙”来实现，也可以通过侵权责任这把“钥匙”来实现。允许物权性质的物上请求权与债权性质的侵权责任竞合，其实就是法律赋予受妨害的权利人在这两种性质的救济手段之间进行选择的权利，让他根据自己的实际情况作出最佳的判断。从这个角度来看，物上请求权与侵权责任的竞合加大了民法对受害人的救济力度。但是，从另一个角度看，也正是排除妨碍、消除危险和返还财产等侵权责任方式与物上请求权或者基于其他支配权的请求权的竞合，大大限制了上述侵权责任方式的适用范围。这主要是因为受害人主张物上请求权一般要比要求侵害人承担侵权责任便利得多，即侵权责任的成立要件比物上请求权严格得多。首先，无论是三要件说还是四要件说，侵权责任的成立都以侵权行为的存在为前提。[66]而物上请求权则没有这个要求，特别是停止侵害这种物上请求权，针对的就是侵权行为尚未实施的部分。其次，侵权责任的成立要求损害事实已经产生，[67]而物上请求权则不以确定的损害后果为前提。

---

〔62〕 前引〔56〕，张新宝书，第 468 页。王利明教授认为，赔偿不以金钱为限，也可以是赔偿义务人的其他财产。参见前引〔17〕，王利明书，第 42 页。

〔63〕 前引〔56〕，张新宝书，第 496 页。

〔64〕 杨立新：《侵权行为法》，复旦大学出版社 2005 年版，第 156 页。

〔65〕 如我国有学者指出，为有效保护知识产权，要建立知识产权的“物上请求权”。吴汉东：《试论知识产权的“物上请求权”与侵权赔偿请求权》，《法商研究》2001 年第 5 期。

〔66〕 前引〔17〕，王利明书，第 345 页；张新宝：《侵权责任构成要件研究》，法律出版社 2007 年版，第 12 页；王泽鉴：《侵权行为法》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 89 页。

〔67〕 前引〔17〕，王利明书，第 349 页；上引张新宝书，第 117 页。

最后，也是最重要的，物上请求权的行使不考虑相对人主观上是否有过错，而根据民法通则第106条第2、3款，侵权责任一般以侵害人有过错为要件，只有在法律规定的特定情形，侵害人才承担无过错责任。

在考察了侵权责任与物上请求权在构成要件上的差别之后，可以得出排除妨碍、消除危险和返还财产等民事责任方式与物上请求权或者基于其他支配权的请求权的竞合只是“部分竞合”的结论。[68] 因为侵权责任的成立要件比物上请求权严格得多，所以，必然会存在权利人仅能根据物上请求权的规定，而不能根据侵权责任的规定使相对人排除妨碍、消除危险和返还财产的情形。上述侵权责任与物上请求权在适用范围上的差别，是由它们各自不同的属性决定的。所以，我国有些学者为了扩大停止侵害、排除妨碍、消除危险和返还财产这几种侵权责任方式的适用范围所作的理论尝试，既是没必要的，也是不科学的。[69] 以返还财产为例。根据民法通则第106条第2款和第134条第1款，在自己所有之物被他人无权占有的情形，受害人只有在侵害人有过错的情形才能要求侵害人承担返还财产的民事责任。这个结果并不像有的学者所说的那样完全不能接受，[70] 因为受害人虽然不能要求无过错的侵害人承担返还财产的民事责任，但可以根据物权法第34条行使返还原物请求权，而后者恰恰不要求无权占有人主观上有过错。

德国民法典第823条以下的条文对侵权行为虽然只规定了损害赔偿这一种法律后果，[71] 但是，恢复原状这种赔偿方式的适用同样也会导致侵权损害赔偿请求权与物上请求权的竞合。因为排除妨碍、消除危险和返还财产等既可以是物上请求权的特殊形态，也可以是恢复原状的具体内容。以物上请求权中的返还原物请求权为例，受害人丧失自己所有之物的占有，当然是一种损害，用恢复原状的方式赔偿这种损害其实就是返还原物。排除妨碍和消除危险等情形也是一样的道理，被害人的物权或者其他的支配权所遭受的妨碍（害）和现实的威胁实际上也是一种损害，用恢复原状的方式赔偿这些损害其实就是排除妨碍和消除危险。从这个角度来看，民法通则第106条第2款与德国民法典第823条第1款并不存在“根本的区别”，[72] 也不是问题的关键所在。我国有些学者正是基于德国民法典对侵权行为只规定了损害赔偿这一种法律后果的事实，认为“归责”的“责”仅仅针对损害赔偿这一种民事责任方式，只有损害赔偿这一种民事责任方式才存在过错或者无过错的问题，而排除妨碍、消除危险和返还原物等不存在适用何种归责原则的问题。[73] 这种看法显然是将德国法中的损害赔偿等同于我国法中的损害赔偿所造成的误解。

（三）恢复原状

德国损害赔偿法适用恢复原状原则，恢复原状是首要的赔偿方式，是损害赔偿义务的原始内容，而价值赔偿只不过是在例外情形下补充适用的赔偿方式。同样的原则也适用于继受德国民法的我国台湾民法，损害赔偿“以回复原状为原则，金钱赔偿为例外，明白而无争”。[74] 而在我国，赔偿损失被公认是最重要和主要的侵权责任方式。[75] 与赔偿损失相比，恢复原状则处于相

〔68〕“部分竞合”的提法参见前引〔56〕，张新宝书，第532页。

〔69〕吴汉东教授指出，我国有些知识产权法专家将“停止侵害”和“赔偿损失”归结为无过错责任之后果。参见前引〔65〕，吴汉东文；郑成思：《民法与知识产权法》，《中国知识产权报》2001年5月23日。

〔70〕参见尹田：《民法思维之展开》，北京大学出版社2008年版，第9页。

〔71〕张新宝教授认为，大陆法系国家民法规定的侵权责任方式主要有恢复原状和损害赔偿两种，但是他这里的“损害赔偿”指的是德国民法典第251条规定的价值赔偿（他在脚注中举的例子也提到德国民法典第251条）。这样一来，他所说的两种责任方式正好就是前文提到的德国法中的两种赔偿方式。参见前引〔56〕，张新宝书，第466页。

〔72〕郑成思教授认为：“我国民法通则第一百零六条明明写的是无过错不负‘民事责任’，而不是‘损害赔偿责任’。这与《德国民法典》第823条、《法国民法典》第1382条等是根本不同的。”参见前引〔69〕，郑成思文。

〔73〕如前引〔70〕，尹田书，第13页；前引〔65〕，吴汉东文。

〔74〕前引〔16〕，曾世雄书，第153页。

〔75〕前引〔3〕，张新宝书，第189页；前引〔64〕，杨立新书，第154页；前引〔17〕，王利明书，第42页。

对次要的地位，它的适用有很大的局限性。恢复原状这种侵权责任方式在我国适用范围受限，主要是由以下原因造成的：

首先，我国学者一般将恢复原状解释为“回复到原有状态”。〔76〕而根据德国民法典第 249 条第 1 款，赔偿义务人要恢复到致损事实未发生时的应有状态。回复原有状态与恢复应有状态的区别主要体现在计算损害所参照的时间点不一样：前者参照的时间点是损害发生之时，而后者参照的时间点则是计算损害之时。相对于恢复应有状态而言，回复原有状态是将计算损害所参照的时间点往前移了。计算损害的时间点前移意味着可得利益等因素不能在损害的范畴之内考虑，从而限制了损害概念的内涵。因此，将恢复原状限定为回复到原有状态，也就会相应地限制恢复原状这种侵权责任方式的适用范围。

其次，我国学者区分广义和狭义的恢复原状，广义的恢复原状是指通过适当的方式尽最大可能使受害人的财产和人身状况回复到受侵害前的状态，而狭义的恢复原状则仅仅是指受到损害的财产（而且只能是有体物）通过修理等手段恢复到受损害前的状态。也就是说，广义的恢复原状是恢复财产和人身，狭义的恢复原状则仅仅指恢复财产。我国学者通常认为民法通则第 134 条第 1 款所规定的恢复原状仅仅是狭义上的恢复原状，只能在财产受到侵害的情况下适用。〔77〕人为地将恢复原状限定为财产受到侵害时的民事责任方式，必将导致民法通则第 134 条第 1 款关于侵权责任方式的列举出现无法弥补的重大法律漏洞。德国民法典第 249 条第 1 款很明显是在广义上使用恢复原状这个概念，并不区分到底是财产遭受损害还是人身遭受损害。从这个意义上讲，在财产遭受损害的情形，恢复原状最典型的形态是返还财产和修理；而在人身受到侵害的情形，最典型的恢复原状则是治疗。按照我国通行的狭义理解，恢复原状显然不能包括治疗。而且，民法通则第 134 条第 1 款所列举的主要的侵权责任方式也不包括治疗。民法通则的这个法律漏洞在逻辑上意味着：治疗要么不是侵权责任方式，要么是次要的侵权责任方式。一个物受到损害，侵权责任人尚且要承担修理的责任，而一个人受到伤害，相关责任人却没有治疗的义务，这样的结果显然是不能令人信服的。另一方面，修理一个受损害的物是承担民事责任的主要方式，而治疗一个受伤害的人却是承担民事责任的次要方式，这样的结果也是不能接受的。要弥补民法通则第 134 条第 1 款的这个法律漏洞，只有两个选择，要么修法，要么对恢复原状作扩大解释，从广义上理解恢复原状。

第三，民法通则未赋予受害人自主实施恢复原状的权能。前文提到，在人身损害和物的损害案件中，由侵害人以治疗、修理等方式赔偿受害人的损害，会给受害人造成非常不便利的后果：为了配合侵害人履行赔偿义务，受害人必须把本已遭受侵害人侵害的人身或者物托付给侵害人一方。具体说来，在人身伤害案件中，医生应该由侵害人来请；在物的损害案件中，应该由侵害人自己或请人来修理。所以在德国，人身或者物被侵害的受害人几乎毫无例外都会行使德国民法典第 249 条第 2 款第 1 句所赋予的权能，自主掌握恢复原状的实施。而在我国，法律并未赋予受害人类似的权能。如果受害人不愿意为了恢复原状将受侵害的人身或者财产托付给侵害人，就只能放弃恢复原状，使侵害人以其他方式承担侵权责任。这样，恢复原状这种侵权责任方式的适用自然就受到了限制。

（四）消除影响、恢复名誉和赔礼道歉

与赔偿损失不同，消除影响、恢复名誉和赔礼道歉是以支付金钱以外的方式保护受害人人身权的侵权责任方式。如果从广义上理解恢复原状，那么消除影响、恢复名誉属于恢复原状的具体

〔76〕 前引〔17〕，王利明书，第 42 页；前引〔56〕，张新宝书，第 537 页。

〔77〕 前引〔3〕，张新宝书，第 188 页；前引〔17〕，王利明书，第 42 页。

内容，因为消除影响、恢复名誉其实就是在一定范围内采取适当的方式消除对受害人名誉的不利影响，以使其名誉（尤其是名誉的客观方面，即社会评价方面）恢复到未受侵害时的应有状态。至于赔礼道歉，却只有部分内容能归入到广义的恢复原状中。这主要是因为赔礼道歉同时具有补偿受害人和惩罚侵害人的双层属性。从补偿受害人的层面上看，侵害人赔礼道歉，特别是公开赔礼道歉，可以在一定程度上使受害人的名誉得到恢复，这个意义上的赔礼道歉也是一种广义上的恢复原状。而从惩罚侵害人的层面来看，让侵害人承担赔礼道歉的民事责任，其实就是迫使其认错、谢罪，这个意义上的赔礼道歉就不单纯是一种恢复原状了，甚至也超出了侵权行为法的基本目的——填补损害。〔78〕

德国民法典虽然没有列举消除影响、恢复名誉和赔礼道歉，但是，侵权行为的法律后果——损害赔偿以恢复原状为原则。这里的恢复原状是广义上的恢复原状，已经包括了消除影响、恢复名誉，也部分地包括了赔礼道歉。正因为这个原因，德国民法典并非没有完整的用非金钱赔偿的方式保护人格权的民事责任方式。〔79〕德国民法典第249条第1款对受害人人格权的保护就是以恢复原状这种非金钱的赔偿方式为原则的，这种方式的具体内容十分广泛，包括消除影响、恢复名誉和赔礼道歉，却不以此为限。相比之下，民法通则的列举反倒显得不完整、不系统。

（五）我国侵权责任方式的缺陷

虽然民法通则第134条第1款列举了包括赔偿损失在内的八种主要的侵权责任方式，但这些侵权责任方式几乎都能被德国民法典中广义的损害赔偿所涵盖。与德国民法典第249条以下的规定相比，我国的侵权责任方式主要存在以下缺陷：首先，列举不周全。如民法通则第134条第1款提到修理，却遗漏了治疗。实际上，广义恢复原状的内容极为丰富，根本无法穷尽列举，民法通则这种一一列举的做法，其科学性颇令人怀疑。其次，就现有的侵权责任方式来看，也存在逻辑混乱、界限模糊、相互重叠的问题。如停止侵害、排除妨碍、消除危险和返还财产这四种侵权责任方式之间就存在这样的问题。又如，修理、返还原物在逻辑上很显然属于恢复原状的具体内容，而民法通则却将它们并列。最后，也是最重要的，我国的侵权责任方式仅仅停留在列举的层面，并未规定适用各种侵权责任方式的一般规则。这就使侵权法不得不像刑法分则那样，根据具体的侵权形态分配民事责任方式，甚至为了分配民事责任方式，规定了一些在构成要件上毫无特殊性的侵权形态。

结论：立法模式的差异

我国侵权责任法与德国侵权损害赔偿法之间的差异并不是保护程度上的差异。德国法上的损害赔偿是广义的，而民法通则中的损害赔偿则是狭义的。民法通则第134条第1款列举的八种侵权责任方式要么是恢复原状的具体内容，要么属价值赔偿，都属于广义的损害赔偿的范畴。

我国侵权责任法与德国侵权损害赔偿法之间也不存在双重任务与单一任务的差异。民法通则除了要确定各种侵权责任的成立要件之外，还要确定侵权责任人承担民事责任的具体方式，而德国民法在解决了损害赔偿是否成立的问题之后同样也面临确定赔偿方式与赔偿范围的问题。

虽然如此，民法通则和德国民法典在确定侵权责任方式或者损害赔偿方式时的做法却截然不

〔78〕 韩国宪法法院甚至认为，为了恢复原状采用赔礼道歉广告方式与宪法相矛盾。参见韩大元：《韩国宪法法院关于赔礼道歉广告处分违宪的判决》，《判解研究》总第7辑，人民法院出版社2002年版，第198页以下。

〔79〕 张新宝教授认为："大陆法系一些国家和地区的民法典虽然也对诸如'更正请求权'、'差止请求权'、'谢罪广告'等做出过零星的规定，但是并没有形成完整的用非金钱赔偿方式保护人格权的民事责任方式制度。"参见前引〔56〕，张新宝书，第538页。

同：民法通则仅仅停留在列举的层次上，既未找到各种侵权责任方式之间内在的逻辑关系，也没规定它们适用的一般规则，所以，只能像刑法分则那样，针对不同的侵权形态分配侵权责任方式；而德国民法典采用分离模式，在第823条以下的条文中针对各种侵权行为规定损害赔偿请求权的成立要件，集中解决侵权损害赔偿请求权是否成立的问题，而在第249条以下的条文中规定损害赔偿请求权的内容与范围，集中解决怎么赔、赔多少的问题。

从德国法的经验来看，不同的侵权责任方式之间存在一定的逻辑关系，它们的适用也是有规律可循的。要借鉴德国的分离模式集中系统地解决侵权责任的方式与范围问题，一方面要通过立法确定恢复原状和价值赔偿这两类侵权责任方式之间的优先顺序，另一方面要确立全面赔偿原则，使侵权责任的范围原则上仅仅取决于损害的程度。

Abstract: The difference between the tort liability under Chinese civil law and the damage compensation for tort under German civil law doesn't lie in the different protection levels. The concept of "damage compensation" is in the broad sense under German law and in the narrow sense under Chinese law. The eight methods of tort liabilities listed by § 134 of the General Principles of the Civil Law of China are either the concrete contents of restoration or the compensation in value, which belong to the broad sense of damage compensation. The difference between the tort liability under Chinese law and the damage compensation for tort under German law is also not the difference of "double tasks" and "single task". The General Principles of the Civil Law of China provides not only the establishment requirements for various kinds of torts, but also the concrete methods of tort liabilities, while German Civil Code, in addition to establish whether the damage compensation is tenable, also faces the problems of ascertaining the methods and scope of compensation.

However, it is entirely different between the General Principle of the Civil Law of China and the German Civil Code on how to ascertain the methods of tort liabilities or damage compensation. The former rests only on enumeration, and provides neither the internal logical interrelations of various methods nor the general principle of their applications, so it can only list the methods of tort liabilities according to different kinds of torts, which is in the same way as those specific provisions under the Criminal Law of China. German Civil Code adopts the separation model, first dealing with the problem of whether claim for tort damages is tenable through prescribing the establishment requirements of different kinds of torts under § 823ff., and then solving the problems of how to compensate through prescribing the contents and scope of damages under § 249ff.

According to the experience of German law, there exist certain logical interrelations between different methods of tort liabilities and there are some rules of their applications. In order to deal with the methods and scope of tort liabilities systematically, the Chinese civil law should on the one hand ascertain the priority order between the restoration and compensation in value, and on the other hand establish the principle of overall compensation, so that the scope of tort liabilities lies only on the extent of damage.

Key Words: damage compensation, method of tort liability, separation model, restoration, compensation in value