

# 损害赔偿的方法

程 啸 王 丹<sup>\*</sup>

---

---

**内容提要：**恢复原状与金钱赔偿是大陆法系民法中损害赔偿的两种基本方法，二者分别保护受害人的完整利益与价值利益。由于我国现行法将恢复原状中的许多内容独立出来，因此恢复原状不仅被狭隘地理解为对受损物品的修复，而且不被看作是损害赔偿的方法。此外，现行法上赔偿损失的范围过于宽泛，不仅包括了大陆法系的金钱赔偿，还包括了恢复原状的花费。未来我国民法典应取消现行法上对恢复原状各种具体方法的挂一漏万式列举，恢复“恢复原状”应有的涵义。此外，民法典还应当明确地将恢复原状与金钱赔偿规定为损害赔偿的基本方法，严格区分恢复原状请求权、恢复原状花费的请求权以及金钱赔偿请求权。惟其如此，我国民法方能确立真正的损害赔偿方法之平行规范结构，充分贯彻完全赔偿与禁止得利原则，实现损害赔偿法的补偿功能。

**关键词：**损害赔偿 恢复原状 金钱赔偿 赔偿损失 价值利益 完整利益

---

---

## 引 言

德国、瑞士、日本、韩国以及我国台湾皆在其民法典的债编中对损害赔偿的方法作出规定，如德国民法典第249—251条、日本民法典第417条、瑞士债务法第43条、我国台湾民法第213—215条。我国现行民事立法中无论侵权行为还是违约行为，产生的法律后果均非单纯的损害赔偿之债，而是所谓“民事责任”，即侵权行为产生侵权责任，违约行为产生违约责任，二者可以竞合。这起源于1986年颁布的民法通则。该法开世界民事立法之先河，单列“民事责任”一章（第6章），依次规定了“一般规定”、“违反合同的民事责

---

\* 程啸，清华大学法学院副教授；王丹，德国基尔大学法学院国家考试候选人。

本文是教育部人文社会科学研究规划基金项目“损害赔偿法基础理论之研究”（项目批准号：12YJA820009）的阶段性成果。

任”、“侵权的民事责任”与“承担民事责任的方式”四节。<sup>〔1〕</sup>民法通则第134条第1款更是详细列出了十种民事责任的承担方式——停止侵害，排除妨碍，消除危险，返还财产，恢复原状，修理、重作、更换，赔偿损失，支付违约金，消除影响、恢复名誉，赔礼道歉。这些承担民事责任的方式既可以单独适用，也可以合并适用（民法通则第134条第2款）。除民法通则外，合同法第107条、第112条，物权法第36—38条以及侵权责任法第15条，又分别对合同责任与侵权责任的承担方式作了专门的规定。

近年来，伴随物权法、侵权责任法的起草与相继颁布，我国民法学界对物权的救济模式、绝对权请求权与侵权责任的区别、责任承担方式与归责原则的关系等问题进行了深入的研究，澄清了不少误解，深化了认识。然而，在损害赔偿的方法这一领域，仍有许多基础性问题有深入探讨之必要。例如，民法通则第134条第1款列举的十种民事责任承担方式中，哪些属于损害赔偿的方法；应当如何理解“恢复原状”的涵义和性质；我国法上作为承担民事责任的一种方式的“赔偿损失”，是否等于大陆法系作为损害赔偿方法之一的“金钱赔偿”；在损害赔偿方法的适用关系上，我国法究竟采取了何种模式，等等。科学合理地回答这些问题，对于充分发挥损害赔偿法的补偿功能，完善我国损害赔偿的法律体系，具有重要意义。

## 一、价值利益、完整利益的区分与损害赔偿之方法

### （一）损害赔偿法的原则与价值利益、完整利益的区分

损害赔偿法旨在填补受害人的损害，故补偿功能为其基本功能。<sup>〔2〕</sup>补偿不仅意味着恢复受害人被减少的财产额，更意味着使受害人回到“倘若损害事件没有发生时应处的状态”，此乃各国损害赔偿法共通的、最高的指导原则。<sup>〔3〕</sup>为了实现补偿功能，损害赔偿法中遂产生了“完全赔偿”与“禁止得利”这两项基本原则。<sup>〔4〕</sup>所谓完全赔偿原则，也称“要么全赔，要么不赔的原则”，<sup>〔5〕</sup>是指在任何产生损害赔偿请求权的场合，不管损害的类型如何、加害人的过错程度如何，均应先确定受害人所遭受的损害，然后由赔偿义务人通过相应的赔偿方法为赔偿权利人提供一定的利益，以求全部填补损害，使受害人回复到尚未遭受侵害时应处之状态。所谓禁止得利原则，是指受害人不能因损害赔偿而获得超过其

〔1〕 参与民法通则制定的学者们都认为，将“民事责任”专列一章规定，既不同于传统民法，也不同于其他社会主义国家民法，乃我国民法之独创，具有中国特色，富有时代气息。参见王家福、谢怀栻等：《民法基本知识》，人民日报出版社1987年版，第279页；孙亚明主编：《民法通则要论》，法律出版社1991年版，第209页；金平主编：《民法通则教程》，重庆出版社1987年版，第380页；顾昂然、王家福、江平等：《中华人民共和国民法通则讲座》，中国法制出版社2000年版，第40页，第213页。

〔2〕 Vgl. MünchKommBGB/Oetker, § 249 Rn. 8; Staudinger/Schiemann, § 249 Rn. 1; Oliver Brand, Schadensersatzrecht, Beck, 2010, S. 19.

〔3〕 参见曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社2001年版，第14页以下。

〔4〕 我国民事立法中没有完全赔偿原则的规定，但学界都承认完全赔偿原则是损害赔偿法的基本原则。不过，很少有学者将禁止得利作为损害赔偿法的基本原则。参见王利明主编：《民法·侵权行为法》，中国人民大学出版社1993年版，第561页以下；刘士国：《现代侵权损害赔偿研究》，法律出版社1998年版，第105页以下；张新宝：《中国侵权行为法》，中国人民大学出版社2005年版，第468页以下；杨立新：《侵权损害赔偿》，法律出版社2010年版，第233页以下；周友军：《侵权法学》，中国人民大学出版社2011年版，第61页以下。

〔5〕 Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 18. Aufl., 2008, Rn. 624.

损害的利益。倘若赔偿带给受害人的利益超过了应予赔偿的损害之范围,就意味着受害人因侵害行为而获利,这是法律所不允许的。〔6〕

怎样实现完全赔偿与禁止得利的原则,换言之,赔多少才能既使受害人的损害得到完全的补偿,又不使其因赔偿而获利,这是损害赔偿法上最核心的问题。要解决该问题,首先应当正确认识损害,因为“不同的损害的观念决定了不同的赔偿方式”,〔7〕只有知道损害是什么、有多少,才可能有针对性地通过相应的赔偿方法加以填补。例如,当我们采取“差额假设说”来理解损害时,所谓损害就是受害人的“某时间点的财产额与该时间点假若未曾发生一定损害事实的财产额之差额”。〔8〕因该财产之差额可以金钱计算之,故此责令加害人向受害人给付一定数量的金钱以弥补该财产差额(即金钱赔偿),即可达到填补损害之目的。但是,如果人们对损害的概念采取的是“组织说”,则损害并非单纯地体现为财产受损,还包括由此给受害人造成的其他不利益。〔9〕以这种观念理解损害时,所谓填补损害就不限于用金钱弥补受害人遭受的可以用市场价值计算的财产差额,而是应当使受害人重新回到损害事件若没有发生时其应处的状态。下面试举两例说明之。

例1 A酒后驾车发生交通事故,致B崭新的机动车被撞坏,B有权向A行使损害赔偿请求权。倘若认为B的损害就是新车价格与受损车辆市场价格的差额(即采取差额假设说),则并不足以使受害人回复到假如侵害事件没有发生时应处的状态。这是因为,任何新车只要售出,其价值就会打折扣。即便是刚刚上路的新车,其所有人遭受侵害后,获得的赔偿金(新车价格与受损车辆市场价格的差额)加上卖车的钱,也不足以立即购买一辆全新的轿车。即便是在二手车市场上,恐怕也很难买到那种刚刚使用几天的所谓“旧车”。因此,受害人的完整利益并没有得到充分的保护,这不符合完全赔偿原则。

例2 受害人甲有一辆已行驶15万公里、车龄达八年之久的旧车,即使未遭受侵害,该车价值也所剩无几。乙不慎将该车撞坏。就甲的损害而言,如果法院以车的原有价格与受损后市场价格的差额为依据确定赔偿金,该笔赔偿金显然不够支付甲为了能重新使用该车而需支出的修理费。既然损害赔偿法的目的是要通过令加害人承担赔偿责任,最终使受害人重新回到往日的正常生活状态中,那么乙赔的钱就应当能够使受损的旧车得以修复,甲可以重新驾车出行。

通过上述例子可知,依据完全赔偿与禁止得利的原则,损害赔偿法不仅要回复符合受害人主观利益期望并以市场的“普通价值”为衡量依据的“价值利益”——即财产总额的减少,更要回复权利主体对于自己具体的权益乃至实际生活目的所拥有的利益——即“完整利益”。〔10〕在以德国为代表的大陆法系民法中,差额假设说与组织说是损害观念演变过程中的两种重要学说。这两个学说为全面观察损害提供了两个重要的视角,即价值利益的损害与完整利益的损害。

从这两个角度出发考察受害人的损害后会发现,价值利益的损害与完整利益的损害是

〔6〕 Vgl. Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Rn. 876. 古罗马法上就有“无人得凭他人之损害而不法得利(neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiore)”的法律规则。Pomponius D. 50. 17. 206.

〔7〕 李承亮:《损害赔偿与民事责任》,《法学研究》2009年第3期。

〔8〕 Mommsen, Zur Lehre vom Interesse, 1855, S. 3.

〔9〕 对组织说的详细介绍参见前引〔3〕,曾世雄书,第124页以下。

〔10〕 Vgl. Dieter Medicus, Naturalrestitution und Geldersatz, JuS 1969, 449.

有区别的。价值利益的损害可以通过市场价格加以计算。例如，加害人毁损了受害人的有体物时，该物的毁损导致了由损害事件开始至受害人请求履行损害赔偿为止财产的减额。这一减少的数额完全可以通过市场价格调查或评估报告等抽象计算方法或可归责于侵害事件的相关金钱支出等具体计算方法计算出来。我国侵权责任法第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方式计算。”所谓“市场价格”就是抽象计算方法的一种，而“其他方式”包括了各种具体计算方法。依据该条计算出来的财产损失就是受害人的价值利益的损害。然而，完整利益的损害并非都能通过市场价格计算出来。因为对完整利益损害的赔偿所关注的不仅仅是受害人财产的减少，而是更全面地关注受害人实际生活状态的恢复。单纯通过财产差额计算出来的价值利益的损害抹杀了受害人个性生活的色彩。例如，按照差额假设说，毫无交换价值之物即便被毁损，也无需赔偿（价值利益）。可是该物没有交换价值不等于没有使用价值，不等于它对于受害人的正常生活状态没有作用。

可见，完整利益与价值利益之间既非简单的并列关系，也非单纯的包含关系。有些时候，完整利益就是价值利益，价值利益也就是完整利益，对完整利益的损害进行了赔偿，同时就填补了价值利益的损害。例如，甲将乙刚买的一块价值1000元的手表彻底毁坏，甲赔偿1000元给乙，此时因乙的价值利益的损害与完整利益的损害相同，补偿了价值利益的损害就已经填补了完整利益的损害。但有些时候受害人并没有什么价值利益的损害，却有完整利益的损害，如前文例2的情形。还有些时候，完整利益的损害包括且大于价值利益的损害，此时完整利益不仅包括了物质利益，还可能包括精神利益甚至一些主观利益。仅仅赔偿价值利益的损害无法填补受害人完整利益的损害，但只要赔偿了受害人完整利益的损害，其价值利益的损害一般也就能得到填补，如前文例1的情形。

## （二）损害赔偿的方法及其适用关系

为了对应完整利益的损害与价值利益的损害，损害赔偿法中相应地有了“恢复原状”与“金钱赔偿”这两种不同的赔偿方法。其中，恢复原状保护的是受害人的完整利益，而金钱赔偿保护的是受害人的价值利益。<sup>[11]</sup>大陆法系民法中的完全赔偿与禁止得利原则，要求法官在审判中根据观察损害的不同视角，分别确定赔偿义务人须向受害人提供多少利益以填补全部损害。同时，法官还应根据适用恢复原状与金钱赔偿这两种不同的赔偿方法所体现的规范目的（恢复受害人实际生活状态或填补总财产差额），分别确定赔偿是否给受害人带来了“更多的”利益。当受害人主张完整利益赔偿时，在恢复实际生活状态的目的实现后，考察法律的整体规范价值结构，仍可能要返还给赔偿义务人一定利益。如果受害人主张的是价值利益的赔偿，只要赔偿义务人给付的金钱超过了受害人总体财产差额（即在事实上计算财产差额并考虑其他规范上的矫正因素后所得之损害额），就违反了禁止得利原则。总之，通过区分完整利益与价值利益，有针对性地采取恢复原状与金钱赔偿的方法来救济受害人不同的损害，大陆法系民法充分贯彻了完全赔偿与禁止得利的原则，实现了损害赔偿法的补偿功能。

就恢复原状与金钱赔偿这两种损害赔偿方法的适用关系而言，大陆法系民法中有恢复

[11] 参见前引〔5〕，Medicus/Lorenz书，边码625以下。

原状优先原则、金钱赔偿主义与自由裁量主义三种不同的立法例。恢复原状优先原则以恢复原状作为损害赔偿的首选方法，法律另有规定或契约另有约定的除外。德国、奥地利、我国台湾等采取了该立法模式。金钱赔偿主义根据损害的程度估计金钱，使赔偿义务人对于受害人给付金钱，从而填补损害。<sup>[12]</sup> 法国、日本、韩国采取了该立法模式。自由裁量主义是指法律既不以恢复原状为原则，也不以金钱赔偿为原则，而是采取平行规范结构，由法官在个案中根据案件具体的情形确定之。瑞士、俄罗斯采取了该立法模式。

恢复原状优先原则与金钱赔偿主义各有利弊。恢复原状优先原则最符合损害赔偿的目的，能充分实现完全赔偿之原则。因为该原则意味着损害赔偿法应优先保护完整利益（即受害人所有法益的完整性），重建受害人于加害行为尚未发生时应处之状态，而非单纯地恢复受害人的财产总额。<sup>[13]</sup> 对受害人完整利益的保护给受害人带来的好处通常高于对价值利益（财产的减少额）的保护。因为完整利益不仅包括了物质利益，还可能包括精神利益甚至一些主观利益。恢复原状在保障完整利益的同时，一般也就兼顾到了价值利益。<sup>[14]</sup> 当然，如果受害人为了恢复完整利益而苛求赔偿义务人，要求获得过度的赔偿，损害赔偿法就起不到优化整体经济秩序的作用。所以，法律需要对恢复原状花费的经济合理性作出规定（如德国民法典第251条第2款第1句、我国台湾民法第215条）。而且，恢复原状优先的原则也限制了受害人选择金钱赔偿的自由，因而在德国法学说上也受到了严重质疑。<sup>[15]</sup> 当然，就最早采取恢复原状原则的德国民法而言，采取该原则也与时代背景有关。德国民法典制定于19世纪末、20世纪初，那还是一个物质丰富程度远不如今的时代。在物质匮乏时，对受害人而言，由赔偿义务人调动一切手段来修理或更换被损坏的物，显然比单纯给受害人一笔钱款来得划算。<sup>[16]</sup> 然而，现代社会却是一个物质非常丰富、科技日臻发达的社会。成熟完善的市场经济体制总是可以最大限度地满足人们（包括受害人）的各种物质需求，而不一定要修理或更换。并且，有些恢复原状尚不容易强制执行。在这种情况下，持币待购或依赖于非常健全的保险赔偿金的给付对受害人来说更加合适，能够避免恢复原状的不确定性。

金钱赔偿主义简便易行、具有很强的操作性。<sup>[17]</sup> 一方面，各种损害皆可用金钱加以填补，另一方面，金钱给付的强制执行也很方便，且金钱之债本身也不会陷于给付不能。然而，金钱赔偿也有很大的弊端。首先，金钱并非万能，金钱赔偿不但无法剔除损害事故及因此而引起的损害曾经存在的事实，有时甚至无法使赔偿权利人置身于如同损害未曾发生的环境之中。<sup>[18]</sup> 其次，金钱赔偿保护的是受害人的价值利益，所谓价值利益是指能够以通常的市场价格加以计算的利益。在受害人的某些损害（如感情利益上的损害）难以用金钱计算的情形，因受到损害法定性、可计算性和市场性等因素的制约，金钱赔偿就无法填补

[12] 参见张龙文：《民法债权实务研究》，台湾汉林出版社1977年版，第78页。

[13] Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl., 2003, S. 213.

[14] Vgl. HKK/Jansen, 2007, § § 249 - 253, 255 Rn. 51.

[15] 参见前引[2]，Staudinger/Schiemann评注，第249条，边码213。

[16] Vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, S. 467.

[17] [日] 於保不二雄：《日本民法债权总论》，庄胜荣校订，台湾五南图书出版公司1998年版，第131页；[日] 我妻荣：《新订债权总论》，王纘译，中国法制出版社2008年版，第105页。

[18] 参见前引[3]，曾世雄书，第148页。

此等损害，这对于受害人是有害的。<sup>[19]</sup>

在金钱赔偿主义与恢复原状优先原则各有利弊的情况下，自由裁量主义显然更为可取。此种立法例将究竟采取何种损害赔偿方法的权限赋予法官，由其根据个案的具体情况，有针对性地确定最为合适的赔偿方法，能够很好地实现损害赔偿法中完全赔偿与禁止得利的原则。在我国，依据民法通则第134条第2款和侵权责任法第15条第2款，恢复原状和赔偿损失可以分别或合并适用，似乎亦采取了自由裁量主义，由法官根据个案具体情况确定相应的赔偿方法。然而，通过下文对我国法上恢复原状的涵义与性质的分析可以发现，由于我国民事立法与学说没有正确理解恢复原状的涵义与性质，加之未能区分金钱赔偿与恢复原状的花费，故此我国法律在损害赔偿方法的适用关系上实为金钱赔偿主义，产生了不少问题。

## 二、我国法上恢复原状的涵义与性质

### （一）我国学说上的争论

在我国法上，恢复原状属于民事责任的承担方式之一，民法通则第134条第1款与侵权责任法第15条第1款对此皆有明定。那么，作为民事责任承担方式之一的恢复原状，究竟指的是什么，其性质又如何？对此，我国民法学界有以下两种观点。

1. 独立责任形式说。此说认为，无论民法通则第134条第1款还是侵权责任法第15条第1款，它们规定的恢复原状皆非损害赔偿之方法，而是一种与损害赔偿相并列的、独立的民事责任形式。<sup>[20]</sup> 虽然与损害赔偿一样，恢复原状也属于救济性的民事责任，但二者在目的、是否有利于救济受害人、加害人支付的费用等方面有明显的区别。<sup>[21]</sup> 我国民法上的恢复原状，是指将损害的财产加以修复。具体来说，当所有权人的财产被非法侵害而损坏时，能够修理的，所有权人有权要求加害人通过修理，恢复财产原有的状态。<sup>[22]</sup> 例如，修理被撞毁的汽车、修缮被破坏的房屋、填平被挖掘的土地等。<sup>[23]</sup> 总之，民法通则等法律中的恢复原状不是损害赔偿的方法，只是针对物遭受损害情况而适用的民事责任，是保护财产所有权的一种责任形式。<sup>[24]</sup> 它既非针对给付行为，也非针对人格利益遭受损害的情形，而是与损害赔偿并列的、处于同等地位的民事责任形式。

2. 损害赔偿方法说。该说认为，民法通则第134条的恢复原状实际上就是大陆法系民法中的恢复原状。此外，依据民法通则第117条，我国法还承认物理性的恢复原状与修理性的恢复原状。该条第1、2款依次规定：“侵占国家的、集体的财产或者他人财产的，应当返还财产，不能返还财产的，应当折价赔偿。损坏国家的、集体的财产或者他人财产的，

[19] 参见朱岩：《什么是“恢复原状”？——兼评中国大陆侵权责任承担方式》，《月旦民商法》总第26期。

[20] 参见王利明：《侵权责任法研究》上卷，中国人民大学出版社2010年版，第641页；魏振瀛：《〈民法通则〉规定的民事责任——从物权法到民法典的规定》，《现代法学》2006年第3期；奚晓明主编：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2010年版，第118页。

[21] 参见上引王利明书，第642页。

[22] 参见王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社2012年版，第508页。

[23] 参见前引[1]，孙亚明主编书，第246页。

[24] 参见前引[1]，金平主编书，第443页。

应当恢复原状或者折价赔偿。”其中，第1款调整的就是“侵占”的“物理性的恢复原状”，第2款调整的是损害赔偿意义上的“修理性的恢复原状与金钱损害赔偿”。〔25〕

## （二）我国法上恢复原状的涵义及定位

笔者认为，民法通则第134条第1款、侵权责任法第15条第1款中的恢复原状不同于大陆法系民法中的恢复原状。在大陆法系民法中，作为损害赔偿方法之一的“回复原状”（也称“恢复原状”）来源于欧陆普通法中的“*restitutio in natura*”。〔26〕所谓恢复原状，是指恢复受害人假想的应有状态，即假设损害没有发生时受害人应处的状态。然而，人不能两次踏进同一条河中，丝毫不差地恢复应有状态显然不可能。因此，界定恢复原状的关键就在于根据立法本意、法律文义及体系，合理地确定其限度。例如，在德国法上，起初按照立法者的本意，就物的毁损而言，恢复原状仅指“修理”。但判例与学说逐渐进行了扩大性理解，发展出“同类、等值”意义上的恢复原状概念。〔27〕申言之，恢复原状与其说是重新制造出与受害人原来所处状态一模一样的应有状态，毋宁说是通过经济手段使受害人处于一种经济上“同等或等值”的状态。〔28〕如此一来，恢复原状的具体表现形式将会无限丰富多彩。因为对受害人完整利益的破坏有多少种表现形式，恢复原状也就相应地有多少种表现形式。例如，德国联邦最高法院判例认可的恢复原状的形态包括：（1）物被他人不法侵占时，返还该物；（2）侵害可替代物而致其灭失或毁损时，重新购买同种类且价值相等的物；（3）物被损坏而未灭失时，对该物进行修复；（4）缔约过失时消解契约效力；（5）免除具有某种拘束力的负担；（6）撤回错误的事实陈述；（7）不动产登记簿存在错误时所作的更正登记；（8）有价证券的回购等等。〔29〕再如，在我国台湾民法中，所谓回复原状，“除因回复原状而应给付金钱者（例如，侵占受寄之金钱而应返还金钱者）外，一般均解为事实上之修复。故身体、健康之损害应治愈之，物之灭失应回复或以同种类、品质、数量之他物代替之，物之毁损应修缮之，以维护被害人权益状态之完整”。〔30〕即便是人格法益受到侵害，也能适用恢复原状这一损害赔偿方法。例如，手术时误将纱布遗留患者体内应再行开刀取出，侵害他人名誉权时登报谢罪，偷拍他人裸体照片时应予返还或销毁等。〔31〕

与大陆法系民法中恢复原状的多种表现形式相比，我国民法将许多原本属于恢复原状的内容剥离出来，作为一类类单独的民事责任承担方式。首先，在侵害人格权法益尤其是名誉权时，加害人仅为金钱赔偿不足以恢复受害人受贬损的名誉，故此大陆法系民法针对侵害名誉权的情形，不仅要求加害人予以金钱赔偿，还“命为登报谢罪等适当处分，此为名誉受侵害恢复原状的一种特殊方式”。〔32〕例如，日本民法典第723条规定：“对于损坏他

〔25〕 参见前引〔19〕，朱岩文。

〔26〕 不过，罗马法是以金钱赔偿为原则，而不必为原状之回复。参见陈朝璧：《罗马法原理》，法律出版社2006年版，第148页。

〔27〕 Vgl. Haug, *Naturalrestitution und Vermögenskompensation-Der Stand der Rechtsprechung im Hinblick auf die geplante Gesetzesänderung*, *VersR* 2000, S. 1329 (1330 ff.).

〔28〕 参见前引〔2〕，*MünchKommBGB/Oetker*评注，第249条，边码314以下；前引〔2〕，*Staudinger/Schiemann*评注，第249条，边码182以下。

〔29〕 参见前引〔2〕，*Oliver Brand*书，第51页。

〔30〕 邱聪智：《新订民法债编通则》上册，作者自行印刷2000年版，第359页。

〔31〕 参见王泽鉴：《回复原状与金钱赔偿——损害赔偿方法的基本架构》，《月旦法学杂志》2005年第12期。

〔32〕 王泽鉴：《人格权法：法释义学、比较法、案例研究》，作者印行2012年版，第505页。

人名誉的人，法院根据受害人的请求，可以替代损害赔偿或与损害赔偿同时命令其作出有利于回复名誉的适当处理。”我国台湾民法第195条第1款后段也规定：“其名誉被侵害者，并得请求回复名誉之适当处分。”但是，我国民法通则第134条第1款明确将“赔礼道歉”作为一种独立的民事责任承担方式加以规定。<sup>[33]</sup>作为民事责任承担方式之一的赔礼道歉，不仅不属于恢复原状，而且其适用范围也不限于侵害名誉权。理论界与实务界认为，赔礼道歉原则上适用于那些给被侵权人造成精神损害（无论严重与否）的侵权行为，如侵害名誉权、肖像权、隐私权等人格权，侵害死者的肖像、隐私、名誉等人格利益以及其他一些包含明显的精神利益的权利，如著作权。至于财产权如物权、商标专用权和以财产利益为主的一些权利如专利权等被侵害，不适用赔礼道歉。<sup>[34]</sup>其次，“返还财产”、“修理、重作、更换”在大陆法系民法中原本也只是恢复原状的表现形式。其中，返还财产适用于侵夺物的占用的情形，受害人要求加害人返还该物，<sup>[35]</sup>修理、重作、更换则适用于物被毁损的情形。但我国民法通则第134条第1款将二者均规定为独立的民事责任承担方式。最后，我国学者一般将实物赔偿纳入赔偿损失的范畴。<sup>[36]</sup>正是由于民法通则将许多原本属于恢复原状的内容都规定为独立的民事责任承担方式，因此，该法第134条第1款中的恢复原状的涵义变得相当狭窄，只能简单地理解为对受损物品的修复，是专门用于保护财产所有权的一种民事责任方式。<sup>[37]</sup>

虽然我国法上恢复原状的涵义远没有大陆法系恢复原状的涵义那么广，可据此就将恢复原状作为一种完全特殊的民事责任承担方式排除在损害赔偿的方法之外，甚至否定恢复原状独立存在的价值，将之作为赔偿损失的特殊方式，显然极不妥当。

第一，将恢复原状排除在损害赔偿的方法之外，会使损害赔偿法的目的模糊不清，违反完全赔偿与禁止得利的原则。

在大陆法系民法中，恢复原状有两层涵义。除了作为损害赔偿的方法这一层涵义外，其另一层涵义与损害赔偿法的完全赔偿原则要表达的意思是相同的。<sup>[38]</sup>损害赔偿的目的就是要使受害人回复到如果损害事件没有发生时应处的状态。惟其如此，方能真正消除损害事件对受害人正常生活秩序的干扰，使受害人就其权益所受之侵害获得周全的救济。“应处的状态”并非“原来的状态”，它考虑了损害事故发生后的变动状况，与权利的继续功能密

[33] “赔礼道歉”这一民事责任承担方式的产生原因，参见前引〔1〕，顾昂然、王家福、江平等书，第245页。

[34] 参见最高人民法院民一庭编：《民事审判实务问答》，法律出版社2005年版，第134页；蒋志培：《在全国法院专利审判工作座谈会上的总结讲话》，载最高人民法院民三庭编：《知识产权审判指导与参考》第7卷，法律出版社2004年版，第17页；前引〔20〕，王利明书，第647页。

[35] 作为恢复原状情形之一的返还原物请求权是债权请求权，不同于物权法中作为物权请求权的返还原物请求权。二者的差别，参见前引〔19〕，朱岩文。

[36] 给付同样的物作为赔偿，称为“实物赔偿”。它是指用同种类、同等质量的实物赔偿受害人的损害。如果被毁损的财产为已经使用过的财产，则侵权人在实物赔偿时，应当考虑被毁损财产的实际折旧情况。参见郭明瑞、房绍坤主编：《民法》，高等教育出版社2007年版，第651页。笔者认为，将实物赔偿纳入赔偿损失的范畴显然是一种误解，因为实物赔偿乃是恢复原状的题中应有之义。

[37] 即便将恢复原状理解得如此狭窄，依然存在着其与“修理、重作、更换”等民事责任承担方式如何区分的问题。我国许多民法学者认为，“修理、重作、更换”是一种违反合同后承担的责任，只适用于买卖、加工承揽等合同关系。参见王利明、郭明瑞、方流芳：《民法新论》上册，中国政法大学出版社1988年版，第488页；前引〔1〕，金平主编书，第443页；前引〔1〕，顾昂然、王家福、江平等书，第245页。

[38] 参见前引〔19〕，朱岩文。



切相关。<sup>[39]</sup>这是因为,倘若受害人的权利不被侵害,它会持续存在。所以,损害事故发生后的变动对持续存在的权利的影响,在确定损害时也要考虑进去。

如果我国民法学说不将恢复原状作为损害赔偿的方法,不理解恢复原状的双重涵义,而是简单地将其等同于“对受损物品的修理”,那么恢复原状在整个损害赔偿法中所具有的作用将无法完全发挥,我国损害赔偿法将因此迷失方向。易言之,人们不知道通过责令加害人向受害人负担损害赔偿责任,究竟要达到什么样的目标。许多损害赔偿计算方法的产生,会变得仅仅是为了统一规则、减少麻烦而已。如此一来,实践中对受害人补偿过多或过少的情形都可能经常发生。例如,侵权责任法第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方式计算。”所谓“损失发生时”就是指侵权行为发生时,而“市场价格”指的是在侵权行为发生的那个时点被侵害的财产在市场上的价格。<sup>[40]</sup>显然,该规定完全没有考虑损害事件发生后的各种变动状况,如此计算出来的财产损失及其赔偿,在有些时候无法充分补偿受害人,而有些时候又可能使受害人因赔偿而获利。前一种情形如,甲在2010年3月1日将乙的一张市价1000元的邮票丢失。乙在2010年11月1日起诉要求赔偿。此时,该邮票市价已为1500元。如果按照损失发生时的市场价格,则甲只需要赔偿乙1000元,显然没有完全补偿受害人的损害,因为乙无法以这些钱重购同样的邮票。后一种情形如,A在2011年4月1日将B的某款手机摔坏,当时该手机市价5000元。B在2011年12月1日起诉A要求赔偿,此时因手机生产商推出了更新款的手机,故B被损坏的那款手机的市价只有3000元。如果按照损失发生时的价格赔偿5000元,B将因赔偿而获利。

第二,将恢复原状作为一种独立于损害赔偿方法的民事责任承担方式,会模糊恢复原状的性质,可能导致损害赔偿法归责原则体系陷于崩溃之境地。

过错责任是损害赔偿法的基本归责原则,只有法律有特别规定时才适用无过错责任原则(以及过错推定责任)。对此,我国民法通则第106条、侵权责任法第6条和第7条皆有明定。恢复原状和金钱赔偿既然属于损害赔偿的方法,原则上应当适用过错责任原则,例外地适用无过错责任。如果将恢复原状从损害赔偿方法中排除出来,使之与损害赔偿相并列,在理论上就会使人疑惑:恢复原状请求权的性质是什么?适用何种归责原则?

在如何理解物权法第36条中“恢复原状”的性质时,就产生了上述疑惑和争论。该条规定:“造成不动产或者动产毁损的,权利人可以请求修理、重作、更换或者恢复原状。”由于该条紧邻物权法对传统的物权请求权——返还原物、排除妨害与消除危险——作出规定的第34、35条,因此有学者认为第36条的恢复原状请求权属于物权请求权,“它不是通过价值的补偿来恢复原状,而是通过对物进行修理、替换的方式来恢复原状。恢复原状的功能就在于恢复对物的完满支配的状态,而此种状态的维持需要物在遭受毁损的情况下,通过诸如修理等方式,使物在遭受侵害后,不论从外观上还是功能上都能与侵害之前处于相当的程度,而这是损害赔偿等其他保护形式所不能实现的”,故此恢复原状本身不同于损害赔偿,不能为损害赔偿所替代。<sup>[41]</sup>然而,这种将物权法第36条的恢复原状理解为物权请

[39] 参见前引[31],王泽鉴文。

[40] 参见王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法解读》,中国法制出版社2010年版,第86页。

[41] 参见王利明:《物权法研究》上卷,中国人民大学出版社2007年版,第240页。

求权的观点，会在法律适用上造成严重的混乱，使损害赔偿法的归责原则体系崩溃。因为当恢复原状的请求权被界定为物权请求权后，受害人请求加害人恢复原状时既无须证明损害的存在，也不用证明加害人有过错。如此一来，本属于损害赔偿方法的金钱赔偿与恢复原状（至少在侵权法领域中）理应适用过错责任原则，可现在恢复原状却被看成物权请求权，不以过错和损害为要件。这样下去的话，在侵权损害赔偿纠纷中，只要受害人主张恢复原状的侵权责任，即无需证明加害人的过错，如此岂非所有侵权损害赔偿案件都可以适用无过错责任原则？民法通则第106条、侵权责任法第6条和第7条的规定又有何益？<sup>[42]</sup>

笔者认为，民法通则第134条第1款与侵权责任法第15条第1款将本应包含在恢复原状当中的诸多内容一一列举，单独规定为民事责任承担方式的做法并不可取。这样的列举不仅有挂一漏万之虞，还会使法官们在本属于恢复原状的那些民事责任承担方式应适用何种归责原则的问题上产生分歧，进而损害法律适用的统一性。例如，一种观点认为，侵权责任法第15条第1款规定的侵权责任承担方式与同法第6条第1款与第7条确立的过错责任原则和无过错责任原则的对应关系如下：赔偿损失与恢复原状一般适用过错责任；停止侵害、排除妨碍、消除危险与返还财产适用无过错责任；赔礼道歉、消除影响、恢复名誉适用过错责任。<sup>[43]</sup>另外一种观点却认为，侵权责任法虽然规定了多达八种侵权责任方式，但就归责原则与侵权责任方式之间的匹配关系而言，恐怕只能限于赔偿损失、恢复原状、赔礼道歉、消除影响、恢复名誉等方式，至于停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产，则难以与归责原则恰当对应。<sup>[44]</sup>在笔者看来，产生该争论的根本原因是我国民事立法将本来属于损害赔偿方法之一的“恢复原状”所包含的内容独立出来，作为民事责任的承担方式。这使得一些学者误以为被独立出来的这些民事责任的承担方式完全不同于损害赔偿，可以适用特殊的归责原则。只要将那些原本属于恢复原状的内容重新归入恢复原状，人们就会非常清楚：无论是归责事由还是归责原则，都仅仅与损害赔偿责任有关，解决的都只是损害承担的问题。所以，只有恢复原状与金钱赔偿才会产生适用何种归责原则的问题。至于那些本来不是损害赔偿的民事责任承担方式，如作为绝对权请求权的停止侵害、排除妨碍、消除危险，自然不存在适用何种归责原则的问题。令人感到欣慰的是，侵权责任法已经开始往这个方向努力了。该法第15条第1款并未将“修理、重作、更换”作为一种独立的侵权责任承担方式。根据参与立法的全国人大法工委有关人士的解释，就是因为“修理、重作、更换”实际上就是该法规定的恢复原状，没有必要再将之单独加以规定。<sup>[45]</sup>

### 三、赔偿损失、金钱赔偿与恢复原状的花费

#### （一）我国法上赔偿损失的涵义

大陆法系民法中，金钱赔偿是损害赔偿的基本方法之一。所谓金钱赔偿，是指由加害

[42] 在制定物权法的时候就有学者指出，如果将恢复原状请求权作为物权请求权，将会与适用过错责任原则的损害赔偿请求权发生不可调和的冲突。参见尹田：《论物权请求权的制度价值——兼评〈中国物权法草案建议稿〉的有关规定》，《法律科学》2001年第4期。

[43] 参见魏振瀛：《侵权责任方式与归责事由、归责原则的关系》，《中国法学》2011年第2期。

[44] 参见崔建远：《论归责原则与侵权责任方式的关系》，《中国法学》2010年第2期。

[45] 参见前引[40]，王胜明主编书，第66页。

人向受害人支付货币以弥补受害人的财产损失或精神损害。例如，机动车发生交通事故致行人死亡的，侵权人向赔偿权利人支付的丧葬费、死亡赔偿金等；过失将他人房屋烧毁，向受害人支付赔偿金等。民法通则第134条第1款与侵权责任法第15条第1款中都规定了“赔偿损失”这样一种民事责任的承担方式。然而，对于“赔偿损失”的性质却有不同观点。一种观点认为，民法通则与侵权责任法规定的“赔偿损失”，是指行为人因违反合同或侵权行为而给他人造成损害，应以其财产赔偿受害人所受损害的一种责任形式。赔偿损失的实质就是法律强制民事违法行为人向受害人支付一笔金钱，目的在于弥补受害人因违法行为所遭受的财产损失。<sup>[46]</sup>通常来说，赔偿损失意味着加害人以支付金钱的方式赔偿受害人的损失，但也包括给付同样的物作为赔偿方式。<sup>[47]</sup>我国民法上的赔偿损失既不同于大陆法系民法上的损害赔偿，因为“赔偿损失”不包括“恢复原状”；<sup>[48]</sup>也与金钱赔偿有别，因为我国法上的赔偿损失不仅可以赔偿受害人的价值利益的损失，也可以用于支付受害人恢复原状的费用（而在德国法上这属于恢复原状的范畴）。<sup>[49]</sup>另一种观点认为，我国法上的赔偿损失对应的就是大陆法系民法中的金钱赔偿。例如，民法通则第117条第2款规定：“损害国家的、集体的财产或者他人财产的，应当恢复原状或者折价赔偿。”该款中“折价赔偿”指的就是金钱赔偿，无非是术语上有差别而已，对制度的本质无任何影响。<sup>[50]</sup>

应当说，第一种观点更符合立法本意。由于我国民法学说上并不区分受害人的价值利益的损害与完整利益的损害，因此多数说认为，只要是赔偿义务人向赔偿权利人支付金钱以填补损害，都是赔偿损失。至于该金钱是恢复原状的费用，还是用于填补受害人具体财产的差额，在所不问。一些人甚至认为，由于恢复原状需要支出一定的费用，所以恢复原状实际上只是金钱赔偿的特殊方式而已。<sup>[51]</sup>故此，在我国法上，赔偿损失的范围不同于大陆法系的金钱赔偿，它既包括金钱赔偿，还包括了大陆法系原本属于恢复原状范畴的恢复原状的费用（而这两者正是需要严格加以区分的）。

## （二）金钱赔偿与恢复原状花费的区别与联系

恢复原状的本意是指加害人恢复原状，但考虑到“实践中加害人也多半不是自行恢复原状，而是付费交由他人承揽，因此如果将这一工作交由受害人自行处理，给予恢复原状所必要的费用，并无不妥。经由此一方式，被害人可以经由其信赖之人，如原厂指定的保养厂或家庭医生来排除损害”。<sup>[52]</sup>此外，在人身伤害或物品被毁损的情形，受害人对于加害人没有丝毫信任感可言，甚至充满了愤怒，此时要求受害人将自身或者被毁损的物品交给加害人（哪怕是交给加害人聘请的医生），显非妥当。<sup>[53]</sup>故此，为了更好地保护受害人，大陆法系民法赋予受害人向加害人请求支付恢复原状花费的请求权，即受害人有权向

[46] 参见前引[1]，王家福等书，第295页。

[47] 参见前引[36]，郭明瑞等主编书，第651页；前引[43]，魏振瀛文。

[48] 参见前引[43]，魏振瀛文。

[49] 参见前引[7]，李承亮文。

[50] 参见前引[19]，朱岩文。

[51] 参见魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2010年版，第677页。

[52] 黄立：《民法债编总论》，台湾元照出版公司2006年版，第386页。

[53] 参见前引[5]，Medicus/Lorenz书，边码628。

加害人请求给付恢复原状的花费以代替恢复原状。例如，德国民法典第 249 条第 2 款第 1 句规定：“因伤害人身或损坏物件而应赔偿损害者，债权人得请求回复原状所必要之金额以代回复原状。”我国台湾民法第 213 条第 3 款也规定：“第一项情形，债权人得请求支付回复原状所必要之费用，以代回复原状。”<sup>[54]</sup> 这些就是对受害人的所谓“替代权”的规定，即受害人可以立即向加害人行使“支付恢复原状所必需花费之金钱的请求权”，简称“恢复原状花费的请求权”。<sup>[55]</sup>

### 1. 金钱赔偿与恢复原状花费的区别

虽然恢复原状花费的请求权也以金钱给付为内容，但其性质上迥异于作为损害赔偿方法之一的金钱赔偿请求权，二者有如下区别：<sup>[56]</sup>

(1) 保护的對象和规范目的不同。金钱赔偿保护的是价值利益，价值利益是能够用市场价格加以衡量的。恢复原状的花费保护的是受害人的完整利益。作为各个具体权利、法益、生活目的总括的完整利益，其中必然包含受害人的情感利益，如继续驾乘汽车的愉悦、便利等。由于情感利益并不能以市场价格或者财产数额衡量，所以无法基于价值利益损害得到金钱赔偿。

(2) 请求权行使的要件不同。既然是恢复原状花费的请求权，那么受害人向加害人请求支付该费用的目的显然是为了实现恢复原状（即填补完整利益）的规范目的。如果不能恢复原状或者不用于恢复原状，则不得行使恢复原状花费的请求权。故此，受害人要行使恢复原状花费的请求权，须满足三个要件：可能性、目的拘束性及经济合理性。“可能性”要件，是指受害人主张的具体的恢复原状之形式有实现其应有生活目的之可能性。<sup>[57]</sup> 倘若事实上或法律上不可能实现受害人应有的生活目的，则属于恢复原状（包括恢复原状的花费）不能。此时，赔偿义务人只承担金钱赔偿责任（如德国民法典第 251 条第 1 款）。就物被毁损的恢复原状而言，通常只存在事实上的恢复原状不能，如修理不能。修理不能可分为客观不能与主观不能两种情形。客观不能的情形如物的“全损”，即物被完全毁损，根本不可能修理。此时，恢复原状只限于重新提供一个新物，即重置。<sup>[58]</sup> 主观不能的情形如，汽车受损后，车主将受损汽车售出或折抵重购新车价金。此时，受害人无论是主张修理机动车，还是主张修理的费用，都不符合“恢复原状须可能”的要件。“目的拘束性”要件意

[54] 我国台湾是在 1999 年修订民法债编时增加替代权规定的。其立法理由谓：“我民法损害赔偿之方法，以回复原状为原则，金钱赔偿为例外。然回复原状，若必由债务人为之，对被害人有时可能缓不济急，或不能符合被害人之意愿。为期合乎实际需要，并使被害人获得更周密之保障，爰参考德国民法第二百四十九条后段之立法例，增设第三项，使被害人得请求支付回复原状之费用，以代回复原状。”

[55] 替代权，也称补充权，是指义务人自始只拘束于一个给付内容，权利人行使该权能后，另一给付内容将取而代之，原给付义务不能的效力也会影响其替代内容。相反，在选择之债情形下，债务人作出选择后，其回溯地自始拘束于他的选择。选择的给付内容陷入不能后，其债务即因此而消灭。德国民法典第 263 条第 2 款、第 275 条第 1 款有明文规定。参见前引 [5]，Medicus/Lorenz 书，边码 212。

[56] 参见前引 [16]，Larenz 书，第 468 页。

[57] 恢复原状的“可能”与给付不能中的“可能”有交叉，但并不重合。因为给付不能关注的是给付内容、方式本身，而恢复原状的可能关注的是给付（损害赔偿）背后的目的（恢复应有生活状态）。

[58] 例如，依据《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2012〕19 号）第 15 条第 2 项，因道路交通事故造成车辆灭失或者无法修复，当事人有权请求侵权人赔偿“为购买交通事故发生时与被损坏车辆价值相当的车辆重置费用”。

意味着，受害人从加害人处获得了恢复原状的费用后，应将该笔金钱投入到满足其恢复原状目的的工作中去。换言之，请求恢复原状的花费应当符合恢复原状的目的，否则受害人不得请求支付恢复原状的费用。<sup>[59]</sup>“经济合理性”要件，是指恢复原状在经济上应当是合理的，恢复原状的花费不是无限度的，否则会造成受害人对加害人的需索无度。例如，德国法院认为，在车辆受损时，如果修理费用超过了重新购买一辆车的费用的130%，则不具有经济上的合理性。<sup>[60]</sup>就金钱赔偿而言，只要侵害事件造成受害人财产的差额，受害人即可向加害人主张金钱赔偿请求权，除此之外并不存在其他要件上的限制。

(3) 受害人是否必须实际支出金钱上的不同。就恢复原状的花费而言，既可以在实际支出该费用后请求加害人偿还，也可以在尚未支出费用前，向加害人预先主张之。例如，甲过失致乙的一幅名贵字画受损。修复该画所需之费用经鉴定评估需要50万元左右，而最终实际支出的修复费用也是50万元。既然无论如何都要用这50万修复费进行修复，就完全没有必要等到受害人实际支付了该笔金额后，才允许受害人向加害人主张赔偿。这是因为，加害行为一经发生，就在客观上给受害人造成了完整利益的损害，受害人也就取得了恢复原状花费的请求权，无待实际支出费用后方能请求。然而，就金钱赔偿请求权而言，受害人只有实际遭受了财产总额上的减少（符合差额假设说），构成损害，方能向加害人行使金钱赔偿请求权。因此在人身受伤害的情形，受害人只有实际支付了医疗费用，才构成财产总额的减少，才能向加害人行使金钱赔偿请求权。

(4) 风险负担的规则不同。研究恢复原状过程中产生的风险负担，有助于更清楚地理解恢复原状的花费与金钱赔偿之间的关系。此处的“风险”有特定涵义，是指因不可归责于双方的事由导致损害的扩大或使已产生的损害比恢复原状前的鉴定报告所预估的损失更严重。实践中，恢复原状的风险可能有以下三类：其一，无益的花费，即为恢复原状支付的金钱因修理失败而浪费。例如，因承揽业务的汽车修理厂的过错而进行了重复修理，纵使修理厂是由受害人挑选的，也不能将修理厂视为受害人的履行辅助人（即便是由受害人一方承担修理工作也并非意味着他向加害人履行给付义务）。<sup>[61]</sup>如果受害人选任修理厂时没有过错，即便由此增加了修理费也不应归责于他。其二，过度的花费。例如，受害人因暂时无力修理而向他人借款若干，为此负担的利息支出就属于过度的花费。<sup>[62]</sup>其三，评估风险。修理工作一旦启动，可能产生原鉴定报告未预计到的问题，实际产生的修理费用很可能超过原评估费用（如车损修理的复杂性大于评估）。此时，事后超出的部分并非为事前受害人或加害人可预计的，且评估人（如出具定损单的保险公司）也尽到了专业估价之责任。

[59] 就恢复原状花费的请求权所得金钱是由受害人自由支配，还是受到恢复原状的目的拘束，德国民法学界存在很大争论。德国联邦法院于1976年的一则判例中确定了“支配自由原则”。该案的受害人在事故后卖掉旧车，买入新车，却又主张抽象计算的修理费用，法院支持了该诉求。不过，支配自由的原则受到了理论界的严厉批评。参见 Köhler, *Abstrakte oder konkrete Berechnung des Geldersatzes nach § 249 Satz 2 BGB?*, 2. FS für Larenz, 1983, S. 349 (364 ff.); 前引 [31], 王泽鉴文。

[60] BGHZ 115, 375. Schiemann 教授更认为，应直接以重置费数额来限制修理费，参见前引 [2], Staudinger/Schiemann 评注，第 251 条，边码 22。

[61] 参见前引 [52], 黄立书，第 447 页以下。

[62] 参见前引 [13], Lange/Schiemann 书，第 226 页。

因为恢复原状是加害人的义务，所以由于恢复原状而产生更多花费的风险须由加害人承担。加害人要负责到底，直至恢复受害人应有的生活状态。“恢复应有生活状态”的含义辐射之广，就好像即使受害人承担了修理工作，却似乎又超然于恢复原状的过程；风险是随机的（即所谓事件），若由加害人恢复原状，他也得概括承担以上风险。但是，倘若加害人所负赔偿义务的内容为金钱赔偿，则恢复原状成功与否乃至是否恢复原状，就完全是受害人自己的事了。一言以蔽之，金钱赔偿不冒风险。

（5）应用计算方法的不同。依据受害人是否实际支出恢复原状的费用，对于恢复原状的费用要分别采取两种不同的计算方法。如果受害人没有实际支出恢复原状的费用，则采取“客观的计算方法”，即处于客观立场即“一般理性、有经济头脑的人站在受害人的立场”之上，<sup>[63]</sup>于恢复原状之前合理估算的、抽象的、假定的应为恢复原状所付出的金钱（即所谓拟制的修复费用）。<sup>[64]</sup>反之，如果恢复原状的工作已经由受害人自行实施，则采取主观的计算方法，即通过主观、具体、事后的计算方法得出金额。<sup>[65]</sup>

在运用客观的计算方法时，倘若计算出来的费用高于实际支出的花费，如受害人甲的汽车被乙撞坏，但甲本身就是汽车修理工或者甲属于设有维修部门的企业（如公交公司）。此时，乙在向甲支付了依客观计算方法（即修理厂相应修理业务平均收费）算出的恢复原状的费用后，当甲自行合乎质量规范地修理了受损的汽车，则按照客观计算标准得出费用中包含的人工工资（汽修工人自己修理时）、企业盈利、企业运营费用等部分就可以节省下来。不过，这部分费用无须返还给赔偿义务人乙，因为禁止得利原则是否得到遵守要根据从完整利益与价值利益这两个视角出发所探求的规范目的分别确定之。既然受害人甲请求恢复原状的花费，就表示他愿意拘束于恢复原状的目的，按质保量地完成修理工作。既然该目的已经实现了，赔偿义务人就没有主张返还所节省费用的请求权基础。换言之，纵然此时节省的费用使受害人甲的财产总额有所增加，法律也允许受害人甲保留这部分财产。因为他主张的不是金钱赔偿请求权，而是恢复原状花费的请求权。可是，如果受害人甲并没有实施修理工作，则恢复原状的目的没有实现，受害人甲向乙主张支付恢复原状的费用实际目的不再是要恢复完整利益，而是改为填补财产差额。此时，赔偿义务人乙就有权行使不当得利返还请求权，要求返还修理费用高于财产减值的部分金额。在受害人依据主观的计算方法计算出来的恢复原状的花费高于预估费用的情形下，如何处理须区分不同情形。例如，A将B的一张古画毁坏，经评估需要10万元修复费用，但最后实际支出的修复费用是12万元。如果受害人B对于事后2万元费用的增加并无过错，则可适用前文所述的风险承担规则，向A主张全部12万元的恢复原状的费用；如果B存在过错，则A有权依据过失相抵的规则要求减少赔偿数额。<sup>[66]</sup>

[63] RG 99, 172, 183.

[64] 参见前引[6]，Looschelders书，边码955。

[65] 德国学者普遍认为，对于人身伤害的医疗费用应当采取具体的计算方法，但德国联邦法院的态度不一致，有的支持原告请求拟制的医疗费，有的则否定之。Vgl. Grunsky, Der Ersatz fiktiver Kosten bei der Unfallschadensregulierung, NJW 1983, S. 2465, 2470. 另参见刘昭辰：《回复原状的金钱损害赔偿具体计算》，《月旦法学教室》第11期。

[66] BGH NJW 2012, 50.

与恢复原状花费的请求权的计算方法不同,在受害人向加害人行使金钱赔偿请求权时,虽然也可以适用上述客观的或主观的计算方法,但法律允许不同计算方法产生的差异。例如,某幅山水画原值10000元,受损后经鉴定机构确认残值为6000元。加害人随即赔给受害人减少的价值4000元。此后,受害人将该画卖出了7000元的价格。即便如此,也不能说受害人违反了禁止得利原则。因为金钱赔偿请求权一经履行即告消灭。此后受害人的财产总额如何变化,与金钱赔偿请求权的规范目的无关。

## 2. 金钱赔偿、恢复原状的花费与恢复原状的关系

恢复原状花费的请求权与金钱赔偿请求权之间属于择一竞合(Elektive Konkurrenz)的关系。所谓择一竞合,也称选择性竞合,是指某人享有两个甚至更多的规范内容相互排斥的请求权,权利人对这些请求权有权加以选择,但无论如何,其最后只能使其中的一种而非全部的请求权得以实现。请求权的选择性竞合不同于选择之债。在选择性竞合中,受害人可以从多个请求权中择其一行使之,而这种选择对于其他请求权的主张没有影响。也就是说,一时作出的选择的意思表示对赔偿权利人没有拘束力。赔偿权利人可以改变原先的选择,重新选择。例如,赔偿权利人虽然开始是向赔偿义务人主张金钱赔偿请求权,但嗣后认为这样不符合其利益,决定改选恢复原状花费的请求权,则赔偿权利人可以撤回原先的请求权并变更为其他的请求权。<sup>[67]</sup>

就恢复原状花费的请求权与恢复原状请求权之间的关系而言,二者也是择一竞合的关系。例如,甲将乙的手表摔坏,赔偿权利人乙可以向甲行使恢复原状请求权,如要求其负责修理手表,也可以选择要求甲支付恢复原状的花费,而由自己去修理该手表。

### (三) 我国法上应当区分金钱赔偿与恢复原状的花费

如前所述,我国民法学说不区分价值利益和完整利益,把所有用金钱来赔偿受害人损失的方式都称为“赔偿损失”。也就是说,无论是金钱赔偿还是恢复原状的花费,均为赔偿损失所涵盖。本文认为,这种见解很不妥当。我国民法应当严格区分恢复原状的花费与金钱赔偿,而非笼统地将它们纳入到赔偿损失中。否则,不仅赔偿损失的内涵会非常空洞、缺乏规范意义,还会违反意思自治与完全赔偿原则。

第一,区分金钱赔偿与恢复原状的花费,有助于使损害赔偿责任实现各自的规范目的,以免法律适用上的混乱。

金钱赔偿保护的是价值利益,而恢复原状保护的是完整利益,对两种利益损害的赔偿适用的是不同的要件。如果用赔偿损失来统辖规范目的、适用要件都不同的损害赔偿方法,就会导致司法实践的混乱,使法官产生“赔偿数额过多”的疑虑,以至于无法充分实现对受害人的补偿。从司法实务的角度来看,区分金钱赔偿与恢复原状的花费的“实益在于作为法官裁量加害人给付金钱的依据”。<sup>[68]</sup>民法通则第134条第2款、侵权责任法第15条第2款均规定,“以上承担民事(侵权)责任的方式,可以单独适用,也可以合并适用”。如果不能合理区分金钱赔偿与恢复原状的花费,就不能认识到“合并适用”恢复原状与赔偿损失的正确含义。在我国损害赔偿诉讼中,法院之所以对于机动车贬值损失的赔偿、租车

[67] 参见前引[5], Medicus/Lorenz书, 边码210以下; Palandt/Grüneberg, § 262, 2011, Rn. 6.

[68] 已有法官认识到这一点, 参见李超:《物之毁损的恢复原状与金钱赔偿——多种侵权责任方式下的解释论》,《法律适用》2012年第2期。

费用损害的赔偿等问题疑虑重重，<sup>[69]</sup>一些法院甚至以法律没有明确规定为由拒绝判令加害人赔偿受害人的机动车贬值损失与租车费用，<sup>[70]</sup>根本原因就在于未能正确区分恢复原状的花费与金钱赔偿。试举下例说明之：A购买了十几天的奔驰轿车因B的过失而被撞坏，经鉴定修复该车需要5万元，车损后该车市场交易价值降低6万元。修复后经过鉴定，该车的市场交易价值仍较车损前降低了2万元。对于5万元的费用，法院一般都认可这是受害人的损失，侵权人应予赔偿。但对于2万元的贬值损失，不少法院就认为不应赔偿，理由有二：其一，受损车辆通过修复或者支付修理费，受害人的损失已经得到了弥补，所谓汽车贬值损失并不明确，如果给予赔偿将使受害人获得双重利益。<sup>[71]</sup>其二，在受害人并未将车辆出售的情况下，贬值损失无法确定，因此不能赔偿。<sup>[72]</sup>笔者认为，这两个理由都不成立。汽车被毁损后为修复而支出的费用属于恢复原状的花费，给予受害人这笔费用，是为了保护其完整利益。而汽车修复后依然存在的交易价值的减少，不属于技术性贬值，而是交易性贬值，这种贬值是价值利益的损失，在车辆修复后还没有得到完全赔偿。技术性贬值应由恢复原状这一赔偿方法涵盖，而交易性贬值只能通过金钱赔偿加以救济。此外，在受损汽车存在交易性贬值这一客观的价值利益损害的情况下，如果只有当受害人将汽车出售后才给予赔偿，就会迫使受害人不情愿地过早出卖被毁损的物，有过分苛求受害人之嫌疑，不符合完全赔偿之原则。<sup>[73]</sup>区分完整利益与价值利益的损害，能够正确认识“合并适用”恢复原状与赔偿损失的规则，为赔偿机动车贬值损失提供合理充分的依据。

我国台湾法院也曾有过与我国大陆法院相同的错误认识。我国台湾1969年台上字第989号民事判决认为：“查损害赔偿之方法以回复原状为原则，不能回复原状，或回复原状显有重大困难者，以金钱赔偿其损害。原审既斟酌前往现场履勘之情形，认为房屋与围墙连接处尚未修复，命上诉人予以修复，是已达回复原状之目的，竟又再命赔偿贬值之损害，被上诉人岂非受有双重利益？”<sup>[74]</sup>显然，该判决并未严格区分受害人价值利益的损害与完整利益的损害。但2004年台上字第381号判决改正了这一错误。该判决明确指出：“于物被毁损时，被害人除得请求修补或赔偿修复费用，以填补技术性贬值之损失而回复物之物理性原状外，就其物因毁损所减少之交易价值，亦得请求赔偿，以填补交易性贬值之损失而回复物之价值性原状。”<sup>[75]</sup>可见，区分金钱赔偿与恢复原状的花费使法官在审判中可以

[69] 关于汽车贬值损失是否赔偿的争论，参见胡建勇：《车辆减值损失能否得到赔偿》，《人民法院报》2006年4月12日；郝兴军等：《对车辆减值损失能否得到赔偿一文的讨论意见（上）》，《人民法院报》2006年4月26日；韩炜：《对车辆减值损失能否得到赔偿一文的讨论意见（下）》，《人民法院报》2006年5月10日；杨立新：《车辆减值损失应当得到合理的赔偿》，《人民法院报》2006年5月17日；冯璐、陈敏征：《事故导致车辆贬值，肇事方应依法赔偿》，《人民法院报》2010年6月12日。

[70] 例如，《山东省高级人民法院2011年民事审判工作座谈会纪要》第13条规定：“机动车贬值损失一般是指机动车发生交通事故后，其使用性能虽已恢复，其本身经济价值却会因发生交通事故而降低所造成的损失，其实质为民法理论上所称的纯粹经济损失。对于因交通事故造成的机动车贬值损失是否予以赔偿，我国现行法律没有明确规定。由于没有相应的法律依据，且机动车贬值损失的认定受机动车本身状况、机动车的用途、市场价格等多种因素的影响，具有多变性和不可确定性。因此，不宜支持交通事故受害人要求赔偿义务人赔偿机动车贬值损失的诉讼请求。”

[71] 参见前引[69]，胡建勇文。

[72] 参见前引[69]，韩炜文。

[73] 黄茂荣：《民事法判解评释》，作者印行1985年版，第377页。

[74] 同上书，第369页。

[75] 前引[52]，黄立书，第385页。



明确这两种不同请求权的规范目的，避免违反完全赔偿或禁止得利的原则。

此外，在物的毁损的赔偿之场合，如果不区分金钱赔偿与恢复原状花费的请求权，还会出现违背完全赔偿原则的情形。如果认为只有加害人向受害人支付了金钱以弥补损害的，才能称为损害赔偿，<sup>[76]</sup>这样的观念会使法官在审理损害赔偿案件时机械地认为，只有当受害人遭受的损害能够以金钱加以衡量即具有市场价格时，才应当给予赔偿。如果损害无法体现为金钱利益上的损失，就不能给予赔偿。这种做法显然不符合损害赔偿法排除损害事件对受害人正常生活的干扰，使受害人重新回复到如果损害事件没有发生时应处之境地的目的。

第二，将恢复原状的花费与金钱赔偿统一纳入赔偿损失，剥夺了受害人自行恢复原状的权利，没有尊重当事人的意思自由。

损害赔偿的方法不仅是一种技术性规范，它还与“尊重当事人之自由意志，维持制度体系，注意社会生活的实况”息息相关。<sup>[77]</sup>在损害赔偿方法的运用上，只有赋予受害人一定的自主权，方能更好地维护受害人的合法权益，实现完全赔偿的原则。职是之故，在大陆法系民法中，受害人于恢复原状上享有自由选择的权利。申言之，受害人可以请求加害人恢复原状，如要求加害人为其修理受损的物品、返还原物等，也可以在物品受损或人身伤害时行使恢复原状花费的请求权以代替恢复原状。不仅如此，受害人还可以在能够证明价值利益损害之时，行使金钱赔偿请求权。如此一来，受害人就享有了三种请求权，即恢复原状请求权、恢复原状花费的请求权与金钱赔偿请求权。可是，倘若混淆恢复原状的花费与金钱赔偿，不仅会剥夺受害人在损害赔偿方法上的可能选择权（这种选择权可能是在恢复原状与金钱赔偿之间进行选择的权利，也可能是在恢复原状请求权与恢复原状花费的请求权之间进行选择的权利），还会造成其损害无法得到完全补偿的后果。因为金钱赔偿必须是在受害人实际遭受了财产总额上的减少（即价值利益的损害）后，加害人才应当承担的。而恢复原状的花费完全可以在受害人实际支付前向加害人提出请求。将二者混在一起，必然使法官误以为受害人只有实际支付了恢复原状的费用且该费用确实用于恢复原状后，方能请求加害人赔偿该等费用。例如，《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17条第1款规定：“受害人遭受人身损害，因就医治疗支出的各项费用以及因误工减少的收入，包括医疗费、误工费、护理费、交通费、住宿费、住院伙食补助费、必要的营养费，赔偿义务人应当予以赔偿。”依据该条，受害人在遭受人身损害后，只有因就医治疗“实际支出”的各项费用，赔偿义务人才应当赔偿。以医疗费为例，该司法解释第19条第1款与第2款第1句进一步规定，“医疗费根据医疗机构出具的医药费、住院费等收款凭证，结合病历和诊断证明等相关证据确定。赔偿义务人对治疗的必要性和合理性有异议的，应当承担相应的举证责任”；“医疗费赔偿数额，按照一审法庭辩论终结前实际发生的数额确定”。再如，受害人的车辆因道路交通事故而被损坏时，《最高人民法

[76] 参见前引〔4〕，王利明主编书，第170页；前引〔36〕，郭明瑞等主编书，第503页；前引〔37〕，王利明等书，第488页；前引〔1〕，王家福等书，第294页；前引〔51〕，魏振瀛主编书，第677页；王利明、杨立新、王轶、程啸：《民法学》，法律出版社2011年版，第171页；马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2011年版，第1025页。

[77] 转引自陈忠五主编：《新学林分科六法：民法》，台湾新学林出版股份有限公司2011年版，第B-244页。

院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第15条第1项规定，受害人有权请求侵权人赔偿“维修被损坏车辆所支出的费用”等损失。然而，“所支出的”一词表明受害人必须实际支出了该费用后，方能请求赔偿。只有正确认识恢复原状花费请求权的独立性，明确恢复原状花费的请求权可以客观计算、可以事先主张，才能从理论上厘清上述司法解释潜意识中的误区。

---

---

**Abstract:** Full compensation and prohibition of profit are the two basic principles in the law of damages. According to these two principles, the law of damages protects not only the value interests of the victims or creditors which can be calculated in the ordinary market price, but also the integrate interests of them which mean the interests on their own specific rights, legal interests, and even real-life purposes. For the purpose of protecting the integrate interests and the value interests, there are two methods of damage compensation, i. e., restitution for the integrate interests and monetary compensation for the value interests. The content of restitution is very rich. Besides repair physical form, restitution includes reworking, replacement, return of property and payment of the cost of restitution. Although both restitution and monetary compensation include the payment of money, they are different in the object and purpose of protection.

Because the value interests and the integrate interests are not distinguished in Chinese civil law, restitution has been narrowly understood as the repair of the damaged objects on their physical form. Furthermore, the cost of restitution is incorrectly classified as one type of monetary compensation in Chinese civil law. This results that the principle of full compensation cannot be carried out fully in our country. In the future, Chinese civil code should state that restitution and monetary compensation are both the methods of compensation, and the payment of the cost of restitution and monetary compensation should be strictly distinguished. The victims or creditors should have the right to choose between restitution and monetary compensation according to their own interests and wishes.

**Key Words:** compensation, restitution, monetary compensation, value interests, integrate interests

---

---