

《民法典》背景下损害概念渊流论

徐建刚*

内容提要：《民法典》对侵害与损害的区别，给损害赔偿的体系带来了深远影响。如何理解损害的概念，是认识这一损害赔偿体系的基础。损害概念的发展历经差额假说、客观损害说及规范损害说的演变。差额假说在实践操作中具有便利性优势，且实质上是损害赔偿的填补功能及完全赔偿原则的规范表述，其作为通说的地位依然应当肯定。客观损害说及规范损害说的提出，突破了“差额即损害”的公式化倾向，在一定程度上对差额假说有所修正；但这种修正的法律基础，恰恰也在于损害填补功能的实现。损害概念的这一演变过程，可以清晰地揭示出损害赔偿的规范属性。这一规范性集中体现在损害赔偿的填补功能与完全赔偿原则，构成了损害赔偿法的价值基础，是理解司法实践不同案中损害类型及其范围确定的依据。

关键词：损害概念 差额假说 客观损害 规范损害

何为损害，无人不知；唯独法律人不然。

(Jedermann weiß, was Schaden ist-nur die Juristen offenbar nicht.)

——Schlechtriem, ZEuP 1997, 232.

一、问题的提出

《民法典》第 1165 条第 1 款明确区分了侵害与损害，将损害认定为侵害（民事权益）所带来的后果。而《侵权责任法》并未刻意对此加以区分，第 6 条第 1 款与第 7 条将二者等同视之，存在一定的混淆。侵害与损害之间既有联系也有区别，对二者的区分，将在损害赔偿法中带来体系性效应，如侵害一词强调违法性，对应的是违法性要件，而侵害与损害在因果关系判断上的不同

* 徐建刚，中央财经大学法学院讲师。

层次,对应的是责任成立与责任范围的两阶段因果关系问题。^{〔1〕}

侵害作为一种事实结果(Tatsachenergebnis),描述的是人身、财产权益所遭受的不利变化(Beeinträchtigung),主要是作为一个事实问题而出现;而损害则是侵害事实所造成的后果在法律上所面临的评价。^{〔2〕}区分二者的关键在于,法律上评价侵害后果的标准是什么,依据是什么,究竟什么是损害。

追问什么是损害,实质在于哪些侵害后果可以纳入法律的评价范围之内。损害有无及其范围确定,并非单纯的事实问题,而是具有深刻的价值立场:损害赔偿的纠纷,最终都能回溯到“保护谁”的两难价值选择之中。

本文以《民法典》对侵害与损害的区分为契机,围绕损害概念的历史与比较法发展,对差额假说、客观损害概念及规范损害概念的理论脉络予以梳理、反思,在此基础上,揭示侵权责任编中损害赔偿的基本价值立场,明确损害赔偿范围确定时的价值基准与路径选择。

二、差额假说的含义与质疑

在损害赔偿法的历史上,差额假说一直占据着重要的地位。某种程度上可以说,损害赔偿法的历史就是差额假说的发展历史。差额假说是认识损害概念与本质的起点。

(一) 差额假说的由来及含义

差额假说起源于蒙森(Mommsen)于1855年发表的《利益说》,其以拉丁文“id quod interest”为线索,追溯罗马法上关于利益(interest)的理解,认为在罗马法上其所表达的正是“二者之间”的含义。进而指出,所谓损害,指的就是两种状态下的利益差额,即实际财产状况与若致损事件未发生时的假设财产状况间的差额。^{〔3〕}该说一经提出,便在德国司法实践中占据主导地位,并成为通说。^{〔4〕}

差额假说意义下的损害概念具有如下特点:

其一,损害限于财产损害,指的是某种不利的财产影响,既包括现有财产的减少,也包括对

〔1〕 参见程啸:《中国民法典侵权责任编的创新与发展》,载《中国法律评论》2020年第3期。

〔2〕 Vgl. Fischer, Der Schaden nach Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Jena 1903, S. 37; Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967, S. 24; 程啸:《侵权责任法教程》,中国人民大学出版社2017年版,第94页。

〔3〕 Vgl. Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855, S. 4; Honsell, Differenztheorie und normativer Schadensbegriff, In: Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht - Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich: Schulthess 2010, 255, 259.

〔4〕 蒙森被认为是提出差额假说这一理论的鼻祖,在蒙森之前,普赫塔(Puchta)在《潘德克顿》教科书(1845年)中以及翁特霍尔茨纳(Unterholzner)在《债务关系》教科书(1840年)中,已经对损害有过类似的定义。《潘德克顿》教科书中的表述与蒙森极为近似:“利益…是当前、即损害事件发生后财产状况,与损害事件若未发生时之状况的差额,其指向的是包括显示损害与将来损害在内的财产减损(Minderung des Vermögens)。”比普赫塔还早半个世纪的时候,赫普夫纳(Höpfner)表达过类似的含义:“当某人负有债务但实际上没有向我交付物或支付金钱时,或偷窃、毁灭我的物时,我遭受的损害包括:a)物本身,b)一些其他的损害,c)本来可以获得的利益。”蒙森的贡献在于,从概念上将损害与利益对应起来,并对interest一词在罗马法上的含义进行了详细的考证,指出其在法律史上的渊源,最终将该说发扬光大。(Vgl. Keuk, Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972, S. 15; Schiemann, „Neues“ allgemeines Schadensrecht durch Rückfall hinter Friedrich Mommsen? Festschrift für H. H. Seiler, Heidelberg 1999, S. 261.)

将来财产增益的妨碍；非基于财产所生的损害，并非法律意义上的损害，尤其是情感价值（Affektionswert）应排除在外。^{〔5〕}

其二，损害系指整体损害。损害有无及其范围的确定，在于现实财产状况与假设财产状况的比较，是一种计算上的数额（rechnerische Größe），损害事故具体所造成的毁损破坏在损害概念中并无独立地位。^{〔6〕}在确定这种计算上的数额时，应将受害人的整体财产变动考虑在内。因此，差额假说认定的是一种整体的损害（Gesamtschaden），而非单个、具体的损害（Einzelschaden）。^{〔7〕}

其三，损害系指主观损害。财产价值有客观与主观之分：所谓客观损害，指的是财产对任何人都具有的价值；而主观损害是指对权利人所具有的特别价值。^{〔8〕}依照差额假说确定损害范围，“若致损事件未发生时”的假设财产状况必须将全部利益状况考虑在内，尤其是因权利人所处特殊地位而产生的利益。^{〔9〕}

其四，以差额取代损害类型的划分。通过区分损害类型来确定其赔偿标准，是比较法上认定损害赔偿范围的一种常见立法模式（如《法国民法典》第 1149 条、第 1151 条）。但这首先将面临损害类型区分标准的难题，典型如直接损害与间接损害的区分，在具体标准上存在巨大争议。^{〔10〕}而根据差额假说判断损害时，只考虑是否存在整体财产利益的差额，并不区分损害类型。^{〔11〕}如此一来，可避免损害分类标准的争议，有助于司法实践的操作。至于损害赔偿范围过宽的疑虑，则通过因果关系（Kausalnexus）的路径加以解决。^{〔12〕}

（二）差额假说的法律史疑云

对于 id quod interest 在罗马法上的含义，是否确如蒙森所称的那样，指的是两种财产状况的差额，洪泽尔（Honsell）与梅迪库斯（Medicus）对此存在不同看法。

洪泽尔认为，蒙森事实上误解了 interest 一词在罗马法上的含义，该词的真实含义是“此时的状况”（Was daran liegt），而非“二者之间的状况”（Was dazwischen liegt）。^{〔13〕}quod interest 实际上源自 quod in re est，后者指的是“物所处的状态”（Was an der Sache liegt）。^{〔14〕}罗马法上虽然有损害（damnum/Schaden）与得利（lucrum/Gewinn）的概念，但利益（Interesse）一词直到中世纪才开始出现；利益作为所受损失与所失利益的上位概念，则是在罗马—普通法时代

〔5〕 参见前引〔2〕，Mertens 书，第 18-19 页。

〔6〕 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 119-120 页。

〔7〕 参见前引〔4〕，Keuk 书，第 16-17 页。

〔8〕 Vgl. Brox, Allgemeines Schuldrecht, 41. Aufl., München 2017, § 31, Rn. 12f.

〔9〕 Vgl. Mot. II, S. 18, 21. 另参见前引〔6〕，曾世雄书，第 120 页。

〔10〕 参见前引〔6〕，曾世雄书，第 137 页；王利明：《合同法研究》（第 2 卷），中国人民大学出版社 2003 年版，第 603 页；〔德〕梅迪库斯：《直接与间接损害》，徐建刚译，载《财经法学》2017 年第 3 期。

〔11〕 参见前引〔2〕，Mertens 书，第 18 页。

〔12〕 参见前引〔2〕，Mertens 书，第 20 页。

〔13〕 Vgl. Honsell, Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht, JuS 1973, 69ff; 前引〔3〕，Honsell 文，第 255 页。

〔14〕 参见前引〔13〕，Honsell 文，第 70 页。

(im römisch-gemeinen Recht) 才发展出来的。^{〔15〕} 占主导地位的差额假说其实源于翻译的错误。^{〔16〕}

与洪泽尔的看法不同,梅迪库斯在考证罗马法上的相关文献后认为,蒙森对 id quod interest 的理解,并不存在翻译错误。

蒙森所引用的《学说汇纂》片段确实包含了差额的含义,指的就是“奴隶没有品质瑕疵时的价值与其真实价值间的差额”;将 id quod interest 看作是两种状态间的差额,在罗马法上还有其他例证。^{〔17〕} 但在罗马法上,这并非是一种计算公式 (Rechenformel),只需简单地把假设财产状况与真实财产状况进行比较,二者相减的结果就是损害。事实上,这仍然需要在个案中进行价值衡量。因此, id quod interest 与现代损害法上的损害概念并不具有同一性 (Identität)。^{〔18〕} 此外, interest 在罗马法上还有多种含义,如存在多个诉讼权利人时,作为一种分配原则 (Verteilungsprinzip),作为主给付的附加内容 (Zuschlag zu einer Hauptleistung),以及作为“原告得向被告告诉之内容”(这一用法大约占全部文本的 4/5) 等等。^{〔19〕}

从洪泽尔与梅迪库斯翔实的考证来看,即使不能说蒙森的翻译有误,至少在罗马法上, interest 具有多种含义,作为差额理解的 interest,并非常见。差额假说在罗马法上的历史依据,纵然不说毫无根据,但也难谓确实无疑。

(三) 对差额假说适用的批评与质疑

除了在法律史方面存在疑问,差额假说在具体案型中的适用,同样也面临批评与质疑。首先,从观念上看,将损害等同于利益差额,完全作为一种计算上的数额,而致损事件具体所造成的毁损破坏在损害观念中无独立地位,这与对损害概念的通常认知不相符合。其次,差额假说比较的是整体财产利益,必须考量受害人的全部财产变动,在具体操作上可能带来不便——计算某一微小损害时也将全部财产予以计算,过于复杂。^{〔20〕} 从实践来看,损害的确定,更多的是通过把各个损害项相加而确定,并非比较整体的利益差额。再次,差额假说意义下的损害难以与恢复原状优先原则相协调:如果损害只存在于财产上的利益差额,那么填补该损害最直接的方式只能是金钱赔偿原则。^{〔21〕} 而以恢复原状作为优先赔偿方式,其正当性恰恰在于对状态的维护,而

〔15〕 参见前引〔3〕, Honsell 文,第 258 页。

〔16〕 Vgl. Honsell, quod interest im bonae-fidei-iudicium: Studien zum römischen Schadensersatzrecht, München 1969, S. 63; 前引〔3〕, Honsell 文,第 259 页。

〔17〕 Vgl. Medicus, Id quod interest: Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes, Köln 1962, S. 300. 但洪泽尔认为,梅迪库斯对这句话的理解是有误的,这句话只是偶然地同时提到了买卖物无瑕疵时的积极与消极表述,其本意并非两种状态的比较,更不涉及作为比较结果的差额。(参见前引〔16〕, Honsell 书,第 63 页。)

〔18〕 参见前引〔17〕, Medicus 书,第 307、310 页。

〔19〕 参见前引〔17〕, Medicus 书,第 300 页以下。

〔20〕 参见前引〔6〕,曾世雄书,第 120-123 页。

〔21〕 在罗马法上,损害赔偿都是通过金钱给付 (Geldleistung) 的方式来实现,并不存在恢复原状的损害赔偿方式。金钱给付的计算取决于诉讼形式:在惩罚性诉讼 (Strafklagen) 情形,金钱给付的数额为被损坏标的物的 1~4 倍价值,而在填补财产不利的诉讼情形,金钱给付为受损物的客观价值,一直到优士丁尼时期,损害赔偿被限定为物之价值的两倍。差额假说的这种特征,是否与其罗马法上的渊源存在某种关联,不得而知。(Vgl. Weychardt, Wandlungen des Schadensbegriffes in der Rechtssprechung, Diss. Frankfurt a. m., 1965, S. 22ff; Möller, Summen- und Einzelschaden, Hamburg 1937, S. 22.)

非仅仅在于利益差额的填补。^{〔22〕}最后，如果认为损害存在于两种财产数额之间的差额，则损益相抵制度将丧失独立存在的基础，因为在认定假设财产状况时，所有因致损事件导致的不利益和产生的利益均能包含在利益差额之内。如此一来，损益相抵只是认定损害范围的一种计算方法，并非对损害的扣减。这显然与认为损益相抵是一项独立于损害计算之外的法律制度的通说相悖。^{〔23〕}

小结之，在 19 世纪实证主义思潮的影响下，损害概念呈现去价值化的趋势；而差额假说的计算方法，恰好具有排斥价值考量的作用（Wertungsfeindlichkeit des Differenzbegriffs）。^{〔24〕}这也许是差额假说兴起的时代背景。然而，损害本身就是规范的概念，具有价值属性。这种看似价值中立的损害概念，固然可以为司法实践操作提供极大的便利，但为操作上的便利而去除损害的价值内涵，将不可避免地遇到许多难题。

三、差额假说的客观化修正：客观损害说

正是因为看到差额假说的诸多不足之处，学界与司法实践对该说的反思与修正从未停止，客观损害概念（Objektiver Schadensbegriff）是对差额假说的重大修正之一。^{〔25〕}

（一）客观损害概念的发展历史

客观损害概念的提出最早可追溯到厄尔特曼（Oertmann），他认为损害的发生通常以物被侵夺、受毁损等真实形态出现，应承认这些真实损害（realer Schaden）的独立性。损害是法律主体因其财产之构成成分被剥夺或毁损，或其身体受侵害所遭受的不利益，而非观念上的数字。^{〔26〕}当然，厄尔特曼主要是在论述损益相抵制度中探讨这一问题，旨在论证损益相抵制度的独立性以及恢复原状优先原则，其损害概念聚焦于单个、具体之物，而非整体财产。^{〔27〕}

厄尔特曼关于损害的认识脱离了差额假说的束缚，其表述更接近自然意义下的损害概念。诺伊纳（Neuner）对此有更深刻的认识，在事实上推动了客观损害概念的出现，经嗣后学者的发扬，客观损害概念最终成为损害赔偿法历史上关于损害概念的重要学说。

诺伊纳首先将矛头指向差额假说，认为计算上的差额与通常观念上的损害概念并不一致。更重要的是，在诸多实践案型中，差额假说均面临不同层次的窘境，如真正与不真正连带债务人情形、第三人损害清算案型、专利侵权中的损害计算、超越因果关系情形以及非财产损害等等。^{〔28〕}在他看来，损害指“对具有财产价值之利益——在交易上得以金钱取得或让渡之物——的侵害”。具

〔22〕 这里的状态，并非仅仅指致损事件发生前的状态，而是指“若无致损事件时本应处于的假设状态”。（Vgl. Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl., Tübingen 2003, § 5, S. 215.）对于我国法上是否采纳了恢复原状优先规则，不同学者提出不同见解。（参见张新宝：《侵权责任法》，中国人民大学出版社 2013 年版，第 81-82 页；程啸：《侵权责任法教程》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 273 页。）

〔23〕 参见前引〔22〕，Lange/Schiemann 书，第 486-487 页。

〔24〕 参见前引〔13〕，Honsell 文，第 72 页。

〔25〕 曾世雄教授将其称为“组织说”。（参见前引〔6〕，曾世雄书，第 124 页以下。）

〔26〕 参见前引〔6〕，曾世雄书，第 124 页。

〔27〕 参见前引〔2〕，Mertens 书，第 28 页。

〔28〕 Vgl. Neuner, AcP 133 (1931), S. 277ff.

体而言,其基本主张为:(1)损害即利益的观点,应用起来难以解决诸多问题,故不可采;(2)损害是交易上以金钱取得或出售财物所遭受的直接侵害;(3)此项直接损害应依客观标准认定其存在与否及范围如何;(4)直接损害在任何情形下均应获得填补,无论其存在差额与否,而直接损害以外的损害(间接损害),仍然应考量差额存在与否。^[29]换言之,以客观损害概念对差额假说予以修正,仅限于直接损害情形;对于间接损害,仍然需要通过差额假说加以判断。

诺伊纳认为,承认客观财产损害概念,有助于解决以下问题:(1)在第三人损害清算情形,所有权人可以主张标的物的客观价值赔偿;(2)抽象损害计算可解释为“未提供给付的客观价值之计算方法(Modus)”;(3)使用利益丧失的赔偿,不取决于权利人是否使用;(4)损益相抵可作为一项独立的制度;(5)假设因果关系在确定直接损害时不予考虑,但在依差额说计算间接损害时,应考虑在内。^[30]由此,客观损害概念经由诺伊纳系统整理后,在学说与实践上持续产生重大影响,成为反思差额假说的一项利器,其内涵也进一步得到丰富。

在威尔伯格(Wilburg)看来,损害法建立在两项基础之上:客观价值及利益赔偿。^[31]相较于诺伊纳,威尔伯格的客观说立场更为彻底,认为客观价值本身就代表了受侵害的权利。基于客观价值即为最低损害赔偿之理念,若受害人主张的是受侵害物客观价值之赔偿,则应排除损益相抵。^[32]

比德林斯基(Bydlinski)进一步丰富了客观损害概念的内容。他认为,客观损害概念不仅适用于对物的损害,也可适用于人身损害情形。例如,对他人身体的侵害导致谋生能力(Erwerbsfähigkeit)的减损。和诺伊纳一样,比德林斯基也认为,客观损害原则上是须赔偿的最低损害,而且,对于假设因果关系应不予考虑,因为赔偿请求权直接因侵害而产生,在假设事件发生前已经存在,不因嗣后的假设事件而消灭。^[33]当然,比德林斯基的观点也有其不同之处。在他看来,客观损害的确定还是要通过差额计算的方法进行:损害作为一种不利的财产变化,始终要通过对不同状况的比较进行确定。对此,必须观察整体财产在损害事件前后的变化。利益概念的确定应尽可能涵盖致损事件对受害人财产的影响。差额计算时间点应尽可能推后(最后言辞辩论或自愿履行时)。^[34]

拉伦茨(Larenz)虽然没有直接表明其对“客观损害概念”的立场,但其有浓厚的客观损害说痕迹。拉伦茨指出,对特定权利或法益的侵害,除了造成该权利或法益的损害,还可能带来进一步的损害,如所失利益或用益丧失等。虽然根据完全赔偿原则,所有损害均须赔偿,但有必要对这两种损害加以区分,即发生在被侵害权利或法益自身的损害(直接损害或客体损害, unmit-

[29] 参见前引[28], Neuner文,第285页;另参见曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第125页。

[30] 参见前引[28], Neuner文,第297-298、302、306-307、310页。

[31] 在论证上主要跟随Neuner的观点。(参见前引[2], Mertens书,第56页。)

[32] Vgl. Wilburg, IherJb. 82, S. 132, 142.

[33] Vgl. Bydlinski, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, Stuttgart 1964, S. 24ff.

[34] 参见前引[33], Bydlinski书,第53页。

telbaren oder Objektschaden), 以及发生在受害人处的其他损害 (间接损害或财产结果损害, mittelbaren oder Vermögensfolgeschaden)。〔35〕 其中, 直接损害始终是一种真实的损害, 存在于相关法益的减损、恶化或灭失, 不需要进行整体财产比较、填补由此产生的差额, 而只需考虑被侵害法益本身的状况变化, 进行单个的价值衡量。而间接损害作为一种计算上的损害, 只能通过比较财产价值的计算而存在。〔36〕

(二) 客观损害概念的主要内涵

在客观损害概念下, 损害首先是权利人既有权益状态的恶化, 关注状态的变化而非单纯考虑差额, 与现实意义上的损害更为贴切, 避免将损害等同于差额的僵化。其次, 这种权益状态的变化, 是可以在交易市场上通过金钱予以衡量的。法律绝非对任何细微状态的变化均加以保护, 以“能否在交易市场通过金钱衡量”作为法律介入保护的判断标准, 为状态保护划定了下限。〔37〕 如此一来, 前述差额假说适用中遇到的难题, 可以借助客观损害说加以解决。例如, 对于差额偶然的移转情形, 标的物受侵害即产生利益状态的变动, 而其损害大小, 根据标的物的市场价值认定; 在因身体侵害使得劳动力丧失情形、假设因果关系情形, 可以通过将劳动能力本身进行市场价值的评估, 用金钱加以衡量。〔38〕

与差额假说不同, 客观损害理论关注的不是受害人整体财产变动以及是否存在利益差额, 而着眼于具体的受侵害标的物, 关注的是单个权利状态, 并将衡量结果 (直接损害) 作为损害赔偿的最低限度 (Mindestschaden)。〔39〕 之所以称之为“客观”, 理由有二: 其一, 损害在事实上已经发生, 是客观存在的 (而非以数字的形式存在于差额); 其二, 在认定损害范围时, 不首先考虑权利人的整体利益状态, 而是客观评估受侵害标的物 (在交易上) 的价值。〔40〕

(三) 客观损害概念的适用: 以使用可能性的丧失为例

标的物受侵害后, 对权利人而言, 其损害首先在于物本身受损, 对于该项损害, 得请求恢复原状或主张相应金钱赔偿。其次, 标的物在修理或重置期间, 权利人无法使用, 由此可能产生额外损害情形: (1) 标的物具有经营用途, 不能使用导致营业利润的丧失; (2) 权利人采取替代措施 (如租赁同类物), 以避免不能使用带来的不利后果; (3) 权利人并未采取任何替代措施, 单方面忍受不能使用的不利。前述第 (3) 种情形, 即产生使用可能性丧失之赔偿问题。

〔35〕 多伊奇 (Deutsch) 将其区分为法益损害及结果损害 (Rechtsgut- und Folgeschaden)。 (Vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, 14. Aufl., München 1987, S. 429f.)

〔36〕 参见前引〔35〕, Larenz 书, 第 430 页。

〔37〕 Vgl. Brinker, Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz, Berlin 1982, S. 205; 前引〔35〕, Larenz 书, 第 483 页。

〔38〕 有学者对客观损害概念提出质疑, 认为: 以市场价格为标准, 将损害通过金钱的形式“客观化”, 会使得损害的范围过度扩大, 尤其是对健康、自由或者名誉等, 也可能通过金钱加以衡量, 在此基础上, 精神损害将遭到不必要的扩张。此外, 市场价格本身就是一个非常不确定的概念, 受标的物、市场、地点等一系列因素影响。另外, 在适用客观损害概念的情形, 由于是以金钱作为衡量损害的标准, 一概排除了恢复原状的适用, 也与法典基本立场 (恢复原状优先原则) 不符。 (Vgl. Wolf, Die Unhaltbarkeit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Schadensersatz bei Totalschäden an Kraftfahrzeugen, Berlin 1984, S. 86ff.)

〔39〕 虽然都是对差额假说的突破, 与规范损害概念相比, 客观损害概念有着较为清晰的适用情形, 二者并不相同, 应予以区分。 (参见前引〔4〕, Keuk 书, 第 43 页。)

〔40〕 参见前引〔28〕, Neuner 文, 第 296 页以下。

从当前司法实践来看,标的物因无法使用所产生的损害,只在实际支出替代费用时,法院才支持其赔偿。换言之,单纯使用可能性丧失,权利人无法主张相应损害赔偿。^{〔41〕}而之所以否定使用可能性丧失时的损害赔偿,主要原因即在于:若受害人并未租赁替代物,则并不存在差额假说意义下的损害。因为按照差额假说的判断方法,受害人事实上的财产状态与假设的财产状态之间并不存在差额。^{〔42〕}前后的唯一不同之处在于,如果未发生致损事件,受害人本来可以使用其物。^{〔43〕}但不能使用本身,只是属于一种现实的状态,并不构成利益差额。^{〔44〕}对于受害人而言,其遭受的“不利益”仅在于因不能使用标的物而带来的“不方便”(Unannehmlichkeit)。有观点认为,这种“不方便”属于精神损害的一种类型,仅在法律有明确规定时方可请求赔偿。^{〔45〕}据此,使用利益丧失情形,如果没有租赁替代物、未产生替代费用,原则上不予赔偿。^{〔46〕}

而在损害客观化的视野下,(直接)损害的存在,必须能够在交易市场上通过金钱予以衡量,具有独立的经济利益(财产价值)。因此,使用可能性的丧失是否产生一项财产损害,关键在于:对标的物的使用能否在交易市场上通过金钱予以衡量、是否具有交易上的独立财产价值。

物的使用本身无疑具有独立的经济价值,标的物的使用通常得以金钱在市场上购得或让渡(租赁即为其典型)。从市场交易的角度上看,使用可能性的变化,对于标的物市场价值的认定具有直接影响。^{〔47〕}标的物因受损而无法使用,受害人遭受了(不利的)状态变化,而这种状态的变化是可以通过金钱加以衡量、能够在交易市场上予以实现的,具有客观价值的属性,能够成立一项可赔偿的财产损害。

四、差额假说的规范化修正:规范损害说

客观损害概念对差额假说的适用提出了有力的修正途径,但这种修正也仅限于特定案型,尤其是针对差额假说中“主观性”损害的理解,其适用的前提是存在可供客观评价的受侵害标

〔41〕 参见徐建刚:《论使用可能性丧失的损害赔偿》,载《法商研究》2018年第1期。

〔42〕 这里仅仅指使用可能性的丧失这一内容。汽车修理费及可能的贬值损失等其他财产损失,仍然可以在差额假说中得以体现,受害人可以主张其赔偿。

〔43〕 Vgl. Schmidt, Schuldrecht AT, 11. Aufl., Hamburg 2016, Rn. 934.

〔44〕 参见前引〔22〕, Lange/Schiemann书,第27-28页。

〔45〕 Vgl. Brückler, DRiZ 1963, S. 269f; Harke, Allgemeines Schuldrecht, Heidelberg 2011, S. 304. 而措伊纳(Zeuner)认为,在使用可能性丧失情形,若致损事件使得受害人产生一项额外需求(Bedarf),则可以考虑成立一项财产损害赔偿。但是对于这种需求具体是什么,并没有进一步的阐释。[Vgl. Zeuner, Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschaden? AcP 163 (1963), S. 380ff.]

〔46〕 大多数教科书在讨论使用利益丧失之赔偿问题时,都将其置于“财产损害与非财产损害”这一分目下,将该问题视为区分财产损害与非财产损害的一项难点。(参见前引〔8〕, Brox书,第29节,边码3; Jousen, Schuldrecht I: AT, 3. Aufl., Stuttgart 2015, Rn. 1109; Looschelders, Schuldrecht AT, 14. Aufl., München 2016 Rn. 1068.) 瑞士法上也持类似观点,认为用益丧失属于情感利益(Affektionsinteresse),不予赔偿。但对于相应支出的费用,可以请求赔偿。(Vgl. Keller, Haftpflichtrecht, 8. Aufl., 1984, S. 64. zitiert nach Flessner, JZ 1987, S. 271, 274.)

〔47〕 Vgl. Wilk, Die Erkenntnis des Schadens und seines Ersatzes, Berlin 1983, S. 26; Escher-Weingart, Nutzungsausfall als Schaden und sein Ersatz, Frankfurt a. M. 1993, S. 76.

的。而在一些情形中，这一前提可能并不存在，此时，客观损害概念的适用即面临困境。“规范损害概念”（Normativen Schadensbegriff）作为对差额假说的修正，推动了损害概念的进一步发展。

（一）规范损害的由来

规范损害概念较早由泽尔布（Selb）及施泰因多夫（Steindorff）提出，主要是为了应对司法实践中出现的一些疑难案例，尤其是适用差额假说难以给出妥当结果的情形。^{〔48〕}

德国联邦最高法院在 1968 年的一则判决中遇到的情形是：某家庭主妇因第三人过错遭受身体侵害，致使无法从事家务活动。对于受害人无法从事家务是否存在损害，存在分歧。^{〔49〕}如果受害人因此聘请了家政服务人员、产生额外支出，损害比较容易认定；但是在其他家庭成员承担本应由受害人负担的家务时，事实上并未产生财产上的不利益。此时，依照差额假说，难以成立一项赔偿请求权。^{〔50〕}在雇员身体受侵害情形也出现类似的问题：雇员因第三人过错侵害，一段时期内丧失工作能力；但根据德国《继续支付报酬法》（EntgFG）的规定，雇主仍然对雇员负有报酬给付义务。就工作收入而言，雇员并不因此遭受损害。此时，能否对加害人主张这一损害赔偿，也存在疑问。^{〔51〕}

前述案型争议的出现，都是由于将损害等同于差额、以差额有无作为损害确定的依据，但是因个案特殊性导致一项通常会产生差额的情形并未出现，使损害的存在产生疑问。对此，德国联邦最高法院明确指出：“损害概念应在此做规范性的理解。”^{〔52〕}由此产生规范损害的讨论。

（二）规范损害的含义

从德国法上的情形来看，“规范损害”这一概念在司法实践中出现时，法官并未就其给出明确定义，而只是指出“根据法典作出价值评判上的考量，从而确定损害”^{〔53〕}。学者对于这一概念的具体含义，也存在不同的理解。

1. 作为与自然损害相对的概念

拉伦茨认为，法律上的损害概念被深深烙上了价值评价的痕迹，就此而言，损害本身就具有“规范的”属性。他并没有明确指向“规范损害”这一概念，而是在区分“自然的损害”与“法律上的损害”时，笼统地揭示损害的规范属性，强调损害概念在法律上的理解应区别于先法律上的理解（vorrechtlichen Verständnis）。^{〔54〕}罗歇尔德斯（Looschelders）等也认为，规范损害概念

〔48〕 Vgl. Wendehorst, Anspruch und Ausgleich, Tübingen 1999, S. 61.

〔49〕 一开始，德国联邦最高法院基于《德国民法典》第 1356 条（旧法）的规定，即家庭妇女对其丈夫负有处理家务之义务，由于其身体受伤而无法履行其义务，结合《德国民法典》第 854 条，丈夫可以向加害人主张损害赔偿。[Vgl. BGHZ 4, 123 (130f.).] 但第 1356 条（旧法）中家庭妇女处理家务被看作是男性财产（Mannsvermögen）的一部分，明显带有男女不平等色彩，违反了《德国基本法》第 3 条第 2 款关于性别平等的规定。这一做法也被认为不妥。（Vgl. BGH NJW 1968, 1823.）

〔50〕 Vgl. BGH NJW 1968, 1823.

〔51〕 Vgl. BGHZ 7, 30ff.

〔52〕 Vgl. BGHZ 50, 304ff.

〔53〕 Vgl. Wolf, Grundfragen des Schadensbegriffs und der Methode der Schadenserkenntnis, FS Gerhard Schiedermair, München 1976, S. 545, 548.

〔54〕 参见前引〔35〕，Larenz 书，第 346 页以下；前引〔22〕，Lange/Schiemann 书，第 38-39 页。

是对自然损害概念进行规范修正 (nomartive Korrekturen) 的结果。^[55] 而非肯切尔 (Fikentscher) 的立场就更为鲜明, 他认为, 损害及其范围的认定只能从具体规范目的中探知, “无规范即无损害” (Ohne Norm kein Schaden)。^[56]

2. 作为所有情形下差额假说的修正概念

埃塞尔和施密特 (Esser/Schmidt) 在阐释规范损害时指出, 这是基于对 (严格的) 差额假说的修正与软化 (Auflockerung), 尤其在根据差额假说无法成立一项财产损害时, 借助 “规范损害” 这一概念, 软化差额假说的结果。除了前述情形, 还包括致损事件造成某种享受、需求或其他利益侵害时的损害认定。^[57] 哈根 (Hagen) 也同样秉持这一立场, 其进一步指出, 规范损害概念对差额假说并没有根本性的偏离, 因为从区分内部关系与外部关系的角度上看, 加害人与受害人之间仍然是存在财产差额的; 只有当考虑第三人因素 (如雇主) 时, 才发生对差额假说的突破问题。^[58] 大多数学者是在对损害概念进行客观化理解时, 使用了 “规范损害” 这一表述。^[59] 当然, 德国司法实践中, 法官在这一理解下对差额假说进行修正时, 有时也避免使用 “规范损害” 这一概念, 而代之以对差额假说的 “规范性补充” (normative Ergänzung)。^[60]

3. 作为特定情形下差额假说的修正概念

梅迪库斯认为, 对于 “规范损害” 的认识, 应结合司法实践判例, 在前述第二种含义基础之上进一步限缩, 将其理解为: 对差额假说某种特定情形的修正。具体来说, 主要是: 由于第三方的介入, 一项本来已经产生的财产差额得以填补; 或差额从一开始即被阻止, 从而并未实际产生。^[61] 布洛克斯 (Brox) 也认为, 规范损害的存在应具备两个前提: 其一, 财产减损由于加害人以外的其他方式得以填补; 其二, 基于法定评价, 此时不得使加害人免责。^[62] 如此一来, “规范损害” 作为对差额假说的修正之一, 具有较为明确的指向, 适用范围更为确定。

4. 本文对 “规范损害” 的认识

所谓的 “先法律意义上” 或者 “自然意义上” 的损害, 本身就是一个不甚明了的概念。与之相对的 “规范损害”, 也只能表明 “法律上的损害具有法律 (规范) 上的含义”。这其实不能看作是损害赔偿法上的问题, 而是属于一般法律理论问题, 对于损害范围的确定并无实益。^[63]

从对差额假说的修正角度上看, 损害概念在 “主观—客观” 之间徘徊, “规范性” 显然是其中重要的考量依据。但正如前述, “规范性” 作为一项一般性的法律命题, 具化到损害赔偿法上

[55] 参见前引 [46], Looschelders 书, 边码 961; Steindorff, AcP 158 (1958), 431, 453; Selb, Besprechung von Keuk „Vermögensschaden und Interesse“, AcP 173, 366ff.

[56] Vgl. Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 2006, Rn. 586. 梅迪库斯将其称为 “规范主义者” (Normativisten)。(Vgl. Medicus, Normativer Schaden, JuS 1979, 233, 237.)

[57] Vgl. Esser/Schmidt, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, Karlsruhe 1976, S. 135f.

[58] Vgl. Hagen, in: Festschrift für Hauß, S. 84ff.

[59] 参见前引 [2], Mertens 书, 第 50 页以下。

[60] Vgl. BGHZ-GS 98, 212, 221; Steffen, NJW 1995, 2057ff.

[61] 参见前引 [56], Medicus 文, 第 237 页。

[62] 参见前引 [8], Brox 书, 第 29 节, 边码 7。

[63] 参见前引 [37], Brinker 书, 第 212 页。

的“规范损害”，属于不同层面的概念。从损害概念的发展来看，“规范损害”概念的提出，主要指向的是对差额假说的修正，尤其是在一些特定案型中，由于差额偶然的未产生，为了实现对受害人的保护，例外地肯定一项损害赔偿请求权。^{〔64〕}在具体论述上，这种对损害概念规范化的理解，也体现在“客观损害”概念案型之中（曾世雄教授称之为“组织说”^{〔65〕}）。

当然，有学者指出，将“规范损害”概念界定为对差额假说修正的所有情形，无异于设置一项价值判断的概括条款，事实上将损害赔偿范围的权限系诸法官自由裁量，有范围过大之虞。^{〔66〕}正是基于这一顾虑，对“规范损害”这一概念也历来不乏批评。科伊可（Keuk）就明确指出，规范损害是一个多余的概念，其扩大了法官的自由裁量空间，有损法的安定性。^{〔67〕}梅尔滕斯（Mertens）也认为，所谓的规范损害，与其说是一种损害类型，毋宁是一种法学方法的表述，尤其是确定损害范围的一种方法。^{〔68〕}这种顾虑显然是正当的，如果规范性既是对差额假说修正的依据，同时也是修正的标准，必须进一步追问的是：损害的规范性，指的究竟是什么？

（三）规范损害的本质

1. “规范目的”及其依据

在前述第一种案型（家庭主妇受侵害案）中，德国联邦最高法院明确指出：家庭成员对损害后果的承受或克服，具有内部填补的属性，与加害人无关，尤其不能因此使加害人受益；就受害人与加害人之间的关系而言，受害人的损害并未得以填补，应该肯定家庭主妇对加害人的赔偿请求权。^{〔69〕}而在后一案型中（雇员受伤案），雇员因身体受侵害遭受包括工资收入在内的损害，雇主所负担的报酬给付属于因致损事件带来的利益，如此一来，问题便转换为该项得利能否扣减。答案当然是否定的：根据《继续支付报酬法》的立法目的，其并不具有使加害人免责之考量。因此，在确定损害时，应将该项得利排除在外。^{〔70〕}法官进一步指出，受害人因《继续支付报酬法》的保护，并未遭受经济上的损失，其损害并非两种财产状况的差额，毋宁仅仅源自立法目的考量。“损害只存在于观念上的、受害人在其具体劳动关系中通过劳动能力可持续获得的收入——虽然在丧失劳动力期间，事实上并未丧失这一收入。”^{〔71〕}

可以看出，立法目的考量是前述案型中规范损害得以产生的重要原因。而立法目的在此应包含两个层次的含义：其一，具体条文的立法目的，如前述《继续支付报酬法》中，财产差额的填补系因雇主继续支付报酬义务的存在，而该法并非旨在使加害人免责，因此可以基于立法目的，对其加以修正；其二，损害赔偿法的功能与目的，即基于立法者对损害赔偿法的功能定位，对个案中的损害概念加以修正，如前述家庭主妇受侵害案中，如果否定损害的存在，将造成家庭内部

〔64〕 Vgl. Honsel/Harrer, Entwicklungstendenzen im Schadensersatzrecht, JuS 1985, 161ff.

〔65〕 参见前引〔6〕，曾世雄书，第124页以下。

〔66〕 参见前引〔37〕，Brinker书，第214页。

〔67〕 参见前引〔4〕，Keuk书，第37-38页。

〔68〕 参见前引〔2〕，Mertens书，第51、87页。

〔69〕 Vgl. BGHZ 38, 55 (59).

〔70〕 Vgl. BGHZ 30, 49f.

〔71〕 Vgl. BGHZ 43, 378 (381). 根据德国《继续支付报酬法》规定，此时对加害人的赔偿请求权依然成立，但在雇主已经支付报酬情况下，该请求权移转至雇主。如此以避免雇员重复得利的问题。

的“损害”填补使加害人免责的结果,这不符合损害赔偿法“损害填补”功能。此时,“立法目的”所指向的是损害的填补。基于损害填补目的的实现而对损害概念加以修正,在损害赔偿法上具有更为普遍、也更为重要的意义。

2. “规范性”的中国语境:社会妥当性

中国法上,学者对规范损害的理解也各有差异。有观点认为,所谓的规范损害,指的是损害认定过程中,必须规范地加以评价,“损害认定是一个规范评价的过程,损害是一个经过评价的法律事实乃至立法事实,而非单纯的自然事实”^{〔72〕}。这一观点着重强调损害概念作为法律事实、而非单纯自然事实的属性。^{〔73〕}也有学者从法律技术的角度出发,认为“规范损害”这一概念主要以“克服差额假说价值评价功能缺失为主旨,揭示损害作为一个规范的概念”,从而将其作为差额假说的相对概念。“只要受害人受法律保护的权利或利益地位受到侵害(法律保护地位说)或因损害事故产生了利益状态的差异(事实状态比较说),原则上就构成损害,至于差额是否存在,在所不问。”^{〔74〕}

现行立法及司法实践中虽然没有出现“规范损害”这一明确表述,但在许多规定中,事实上存在这种理解。《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》(法释〔2020〕17号)(以下简称《人身赔偿解释》)规定了遭受人身损害时损害赔偿项。下文以误工费(第7条)及因伤致残时的收入损失(第12条)为例,对之加以详述。

按照差额假说的判断方法,在受害人遭受人身损害情形,其损害范围的认定须比较两种财产状态而定。就误工费而言,应根据受害人的务工时间及收入状况认定,相关释义认为,“误工费按照实际减少的收入计算”,与差额假说相符。但若受害人实际上处于失业状态,并无劳动收入,则在差额假说判断之下,其并未遭受误工费之损失,不得就该项损害主张损害赔偿。但释义显然并未认可这一结论,而认为,即使受害人无固定收入,也可主张误工费之损害赔偿。^{〔75〕}

同样,对于因伤致残遭受的收入损失,受害人可否主张赔偿,从学说上看,存在“收入丧失说”(也称“所得丧失说”)、“劳动能力丧失说”及“生活来源丧失说”三种观点。^{〔76〕}而根据《人身赔偿解释》的规定,是以上一年度城镇居民人均可支配收入或农村居民人均收入为计算标准,这显然摒弃了“收入丧失说”,与差额假说有所偏离。

护理费的赔偿也存在类似问题。例如,丈夫因他人过错而遭受身体损害,须在家静养,其妻本来也属全职太太,并无工作及收入。故丈夫所需之护理工作,由其妻子完成。此时,依差额假说,受伤之丈夫并未遭受护理费之损失,但根据《人身赔偿解释》第8条的规定,在护理人员没有收入情形,应“参照当地护工从事同等级别护理的劳务报酬标准计算”。这与前述规范损害之

〔72〕 徐银波:《侵权损害赔偿论》,西南政法大学2013年博士学位论文,第25页、第268页。

〔73〕 最新关于这一见解的论述,参见朱晓峰:《侵权可赔损害类型论》,法律出版社2017年版,第102页以下。

〔74〕 参见王志刚:《论民法上的损害概念的形成视角》,载《法学杂志》2008年第5期,第28页。

〔75〕 “受害人无固定收入的,按照其最近三年的平均收入计算;受害人不能举证证明其最近三年的平均收入状况的,可以参照受诉法院所在地相同或者相近行业上一年度职工的平均工资计算。”(最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2004年版,第251页。)

〔76〕 参见前引〔75〕,最高人民法院民事审判第一庭编著书,第253-254页。

论述，并无二致：由于第三人给付介入（妻子的护理），财产差额（护理费支出）自始未产生；但从保护受害人的角度来看（规范性评价），若认为此时因无差额而否定损害存在，将使加害人因第三人介入而获得额外好处——而这与第三人介入时的主观意图是相悖的。因此，此时虽然不存在财产差额，但仍存在一项“规范损害”，加害人对此须负赔偿义务。^{〔77〕}

在误工费或收入丧失并未实际产生的情况下，为何还应肯定该两项损害之赔偿？根据最高人民法院在释义中阐明的解释制定依据，除了“与过去的立法工作相衔接”“被审判实践所肯定并被社会普遍接受”外，还有一项重要原因，即“具有社会妥当性”。^{〔78〕}何谓“社会妥当性”？释义虽未作进一步解释，但其内涵显然比较容易探知：此时纵无财产上之差额，但受害人（偶然的）没有实际收入，不应使加害人免责；从保护受害人角度来看，应肯定其误工费及收入丧失之赔偿。

五、损害概念演变中的损害赔偿法功能

损害概念的演变主要源自于实践案中产生的疑难问题。面对损害赔偿纠纷，法官首先需要自问的是：应该使受害人回复至何种地位？对此，差额假说的回答是：应该回复至“如同损害未发生时之地位”。据此，不仅能在价值层面实现损害赔偿的功能（完全赔偿），也能在技术层面为法官裁判提供必要的准则。

恰如梅迪库斯所言：“（差额假说）并非一项正式的规则，毋宁是一项价值评判的原则（ein wertendes Prinzip）；其在个案中的适用，并非逻辑上的涵摄（Subsumtion），毋宁是一种具有创造性的构造（schöpferische Gestaltung）。”^{〔79〕}在差额假说的理解下，损害的本质是对受害人造成的财产上不利利益，财产损失对应的是利益而非数值上的差额；差额公式只是确定利益范围的方式（损害计算的方式）。^{〔80〕}虽然差额假说面临种种质疑与不足，并由此发展出对该说的重要修正理论，但这并不动摇该说作为通说的地位。表面上看，差额假说具有去价值化的特征，但差额假说对于损害的认识，并非仅在于数值上的差额，其实也包含了损害类型的区分。^{〔81〕}事实上，差额公式的判断方法本身就包含了重要的价值立场：全部赔偿之原则。假设财产状态的认定，不仅包括了受害人遭受的现实损害，也将可能的所失利益包含在内，如果仅仅考虑致损事件发生后的

〔77〕 当然，如果第三人给付本身具有免除加害人义务的主观意图，则可以适用损益相抵规则，在第三人给付范围内免除加害人赔偿义务。

〔78〕 参见前引〔75〕，最高人民法院民事审判第一庭编著，第260-261页。

〔79〕 参见前引〔17〕，Medicus书，第327页。

〔80〕 参见前引〔21〕，Weyhardt书，第22页以下；前引〔21〕，Möller书，第28、33页。

〔81〕 科伊可对差额公式进行拆分，发现其实际上是所受损失与所失利益的综合。计算所受损失时应确定的是财产状况与致损事件发生前相比减少了多少，而对于所失利益，则应该比较的是，由于致损事件财产在多大程度上未增加。对于前者，比较的是致损事件前的真实财产状况（a），与致损事件后的真实财产状况（b）；而对于后者，比较的是致损事件前的真实财产状况（a），与若致损事件未发生时的假设财产状况（c）。所以全部损害计算公式为： $S = (a - b) + (c - a)$ ，即， $S = c - b$ 。因此，将前述规则进行简化，全部损害即存在于致损事件发生后真实财产状况与假定财产状况之差额，这就是蒙森的差额说。（参见前引〔4〕，Keuk书，第17页。）

既有状态,则难以将所失利益包含在内。^{〔82〕}通过对差额损害的赔偿,使得受害人处于“如同致损事件从未发生之情形”,这正是完全赔偿原则的另一种表达方式。有学者明确指出,差额假说是“以一种特别强调的方式,生动地表达了完全赔偿原则”^{〔83〕}。因此,差额假说与损害填补功能的契合,正是该说长期以来屹立不倒的根本原因。^{〔84〕}

理论上的妥适性与实践操作上的便利性造就了差额假说一直以来的地位,但任何一项概念或制度,都无法承载损害赔偿中的全部价值取向。差额假说最大的价值即在于:其为损害的认定提供了一项可兹参照的重要标准。损害是否存在,首先应通过差额假说的公式,判断是否存在财产上的差额,若不存在差额,通常即不发生损害。^{〔85〕}但是,这一规则绝非必然。在个案中,即使不存在利益差额,也可能存在应赔偿之损害;反之亦然。^{〔86〕}但是,要推翻差额假说判断的结果,必须从个案情形及单个规范中推导出足够强烈的理由,法官对此负有更大的证成义务,而这正是差额假说作为损害概念通说意义之所在。

六、结 论

《民法典》第1165条第1款对侵害与损害的区分,给我们带来重新审视损害概念的契机。损害概念的背后蕴含的是损害赔偿法的价值立场与功能。对损害概念演变史的梳理与检讨,并非旨在寻找出一个“正确的”损害概念、创设一个可以适用于所有损害情形的概念、追求逻辑上的圆满——事实上,鉴于损害“规范性”的特质,这样一个损害概念是不存在的——毋宁是为了进一步揭示损害赔偿的功能,为损害范围的认定提供更为确切的标准。

差额假说将损害的认定简化为两种状态的差额,这种表面上去价值化的判断公式,为损害范围的确定提供了极为便利的操作方式,能够迅速获得司法实践的认可,并经久不衰。当然,将损害等同于差额,难免会出现无法周全应对的实践案型。对差额假说的批评与修正也随着实践的需要而不断发展。在这个过程中,损害的概念也显得越来越模糊,无怪乎人人皆知的损害落入法律人眼中却莫衷一是。

从差额假说到客观损害概念,乃至规范损害概念的提出,其实就是损害的规范性从幕后走向前台的过程。尤其是规范损害这一损害类型的提出,更是将规范性显露无遗。损害赔偿中最重

〔82〕 参见前引〔3〕,Honsell文,第260页。

〔83〕 Vgl. Sourlas, Adäquanztheorie und Normzwecklehre bei der Begründung der Haftung nach § 823 I BGB, Berlin 1974, S. 63. 另参见周友军:《我国侵权法上完全赔偿原则的证立与实现》,载《环球法律评论》2015年第2期;前引〔6〕,曾世雄书,第130-131页。

〔84〕 参见徐建刚:《论损害赔偿中完全赔偿原则的实质及其必要性》,载《华东政法大学学报》2019年第4期。

〔85〕 参见李昊:《损害概念的变迁及类型建构——以民法典侵权责任编的编纂为视角》,载《法学》2019年第2期。

〔86〕 不存在利益差额也可能存在应赔偿之损害,前述客观损害及规范损害,均属此类。反过来看,即使存在利益差额,也未必存在应赔偿之损害。典型情形即为所谓“纯粹经济损失赔偿”之案型。此时,利益差额纵然存在,但由于绝对权并未受到侵害,难以成立侵权法上之损害赔偿请求权。其最终衡量的是对受害人财产利益的保护与行为人的行为自由。当然,在不同的立法例下,立法者的价值立场有所差异,对此问题可能会得出不同的结论。参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第298页以下。

要的规范性，就是损害赔偿的基本价值立场。差额假说中两种状态的比较，指向的是损害赔偿填补功能的实现，与完全赔偿原则具有价值上的一致性。损害的填补以及由此所生的完全赔偿原则，正是损害赔偿中最基本的规范性，是差额假说得以成立的价值根源。如果抛弃这种基本的价值立场、否定基于填补功能的完全赔偿原则，将使得损害赔偿范围的确定只能回归个案的公平衡量，这无论对于损害赔偿理论体系的构建，抑或实践案例的裁决，均非良音。

Abstract: The distinction between infringement and damage in the Civil Code of China has a profound impact on the damage compensation system. The understanding of the concept of damage is the basis for understanding this damage compensation system. The development of the damage concept has gone through the difference hypothesis, objective damage theory and normative damage. The difference hypothesis has the advantage of convenience in practice, and it is essentially the standard expression of the compensation function of damage compensation and the principle of complete compensation. Its status as a general theory should still be affirmed. The proposal of objective damage theory and normative damage theory breaks through the formulaic tendency of “the difference is damage”, and to a certain extent has revised the difference hypothesis; but the legal basis of this modification lies in the realization of damage compensation function. The evolution of the concept of damage can clearly reveal the normative nature of damages. This normative is embodied in the compensation function of damage compensation and the principle of complete compensation, which constitutes the value basis of the damage compensation law, and is the basis for understanding the types and scope of damages in different cases in judicial practice.

Key Words: damage concept, difference hypothesis, objective damage, normative damage

(责任编辑：王叶刚 赵建蕊)