



西北民商法学术文库  
Northwest Academic Library of Civil and Commercial Law

# 非财产损害 赔偿问题研究

车辉 \* 著

The Study of the Non-property Damage Compensation Questions \*



西北民商法学术文库  
Northwest Academic Library of Civil and Commercial Law

\*

陕西省社会科学基金项目（立项号06F004Z）

# 非财产损害赔偿问题研究

· The Study of the Non-property Damage Compensation Questions ·

车辉 \* 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

非财产损害赔偿问题研究 / 车辉著. —北京: 法律出版社, 2011. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1980 - 2

I. ①非… II. ①车… III. ①赔偿—研究—中国  
IV. ①D920. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 050308 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏

装帧设计/孙 杨

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京民族印务有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/10 字数/252

版本/2011 年 3 月第 1 版

印次/2011 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1980 - 2

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 西北民商法学术文库编辑委员会

编委会主任:李少伟

编委会副主任:高在敏 赵旭东

编委会执行主任:张 翔

编委会委员(以姓氏笔画为序):

车 辉 李少伟 张 伟 张 翔  
赵旭东 赵林青 高在敏 韩 松  
董少谋

## “西北民商法学术文库”总序

“西北民商法学术文库”是西北政法大学民商法学院从本院教师的学术研究成果中遴选、编辑,由法律出版社出版的学术丛书。

西北政法大学民商法学院是以从事民法学、商法学、民事诉讼法学教学和科研为主要任务的二级学院,是我国民商事法律研究和教学中规模较大、学科门类齐全、民商事实体法学和程序法学相结合的专门学院。

学院目前设有一个法学(民商法学方向)本科专业,民商法学、民事诉讼法学两个硕士学位点,现有在校学生近 2000 名。学院师资力量雄厚,50 名专任教师中三分之二以上具有高级职称,具有博士学位和在读博士的教师 20 多名,有 13 名教师分别在中国法学会各专门研究会担任副会长、常务理事、理事等学术职务。

学院所辖的民商法学科和民事诉讼法学科都是陕西省重点学科,并设有两个省级重点学科建设和陕西省妇女/性别研究与培训基地。学院设有民法学、商法学、民事诉讼法学、亲属法学等教学研究机构,设有私法文化与法典化研究所、物权与土地制度研究所、侵权法研究所、商事治理法律机制研究所、妇女与家事法律研究所、民商事判例研究所、民事权利救济机制研究所、民事司法改革研究所、公司纠纷法律对策研究所和律师制度与执业规则研究中心、仲裁制度与实务研究咨询中心等学术研究机构。

经过多年建设和发展,民商法学科在民法基础理论、商法基础理论、物权法理论、债权法理论、公司与证券法理论和婚姻家庭法理论方面,民事诉讼法学科在民事诉讼法理论、仲裁法学、公证律师法学、多元纠纷解决机制以及民事强制执行制度等方面的研究取得了丰硕的学术成果,初步形成了私法文化与法典化、物权法与土地制度、商法基础理论与公司制度、婚姻家庭事制度、侵权法律制度、多元纠纷解决机制、民事司法制度改革等领域的研究特色,在学术界具有一定影响。

目前学院承担国家社科基金研究项目 9 项,项目内容涉及集体所有权

## 2 非财产损害赔偿问题研究

法律机制、民法价值、民法文化与民法法典化、婚姻家庭新问题、商法价值与商事制度构建、侵权责任法危险责任体系、商行为制度、侵权救济、保险制度等研究领域。学院还承担有省、部级研究项目 30 余项。

学院今后将以国家和省部级科研项目为支撑、以专门研究机构为平台、以培育和打造科研特色为目标,进一步推进学科建设和科学研究工作,为法学学术发展和国家法治建设作出积极贡献。

“西北民商法学术文库”是近期及今后一段时期我院以专著形式形成的科研成果的系列展示,内容涉及民商事实体法和程序法的理论研究和实务研究成果。所选取的成果,或为省部级及其他科研项目的结项成果,或为我院学科建设科研规划项目成果,或为我们认为具有学术价值且富有特色的研究成果。本文库编辑、出版的目的在于强化学术交流,为繁荣法学学术研究,进而推进我国民商事法律制度和法律实践的进步做出虽然绵薄但却应有的努力。

本文库的出版受到“陕西省重点学科建设专项资金”的资助,受到法律出版社的大力襄助,在此谨致谢忱!

“西北民商法学术文库”编辑委员会  
2010 年 9 月

## 前 言

在早期侵权行为法中只承认财产损害,随着社会发展和人权意识的提高,非财产损害赔偿制度在两大法系的成文法和判例法中逐渐得到适用。不同国家对不同表现形式的非财产损害能否获得赔偿有不同的范围限制,各国对非财产损害赔偿的范围和前提条件规定不一,但都承认了对非财产损害的赔偿,诸如对肉体痛苦和疼痛的赔偿以及对各种形式之生活乐趣丧失的赔偿。

非财产损害赔偿问题是我国《侵权责任法》立法过程中存在重大争议、且在《侵权责任法》中也是没有得到合理解决的重要法律问题。关于可请求非财产损害赔偿的请求权范围,关于可请求非财产损害赔偿的权利主体范围,关于死亡赔偿金的性质与确定,关于非财产损害赔偿的确定与计算以及可否考虑惩罚性的非财产损害赔偿,关于在违约的情况下是否可以适用精神损害赔偿等问题,在《侵权责任法》通过并生效的今天仍然处于悬而未决的状态。目前有关非财产损害赔偿问题的研究,国内学界更多关注的是精神损害赔偿且研究的成果形式主要是精神损害方面的论文,而系统全面地以专著形式研究非财产损害赔偿问题的成果在国内是空白。同时,由于我国司法实践中非财产损害赔偿客体处于不统一的状况,哪些侵权产生的非财产损害应该救济,应该救济的数额是多少全靠法官的勇气或个人的喜好,不同法院或不同法官作出的判决也会大相径庭,非财产损害赔偿制度价值难以体现的现实。鉴于此,《非财产损害赔偿问题研究》这一项目研究成果在考察已有的各国立法现状的基础上,从中借鉴并更好的设计了完整的非财产损害赔偿制度。

非财产损害是与财产损害相对应的概念,是对损害所作的重要划分。但是,对于非财产损害概念的内涵、外延,非财产损害与精神损害的区别,学界众说纷纭,引起理论和实践中的混乱。《非财产损害赔偿问题研究》这一项目研究成果认为,精神损害是纯为客观意义上特定精神利益的丧失,表现

## 2 非财产损害赔偿问题研究

为对人格尊严的贬低或威信的下降,精神上的痛苦、不安,以及其他方面表现出来的损害,是与人格利益、其他类别的非财产损害如时间上的浪费并列的一种非财产损害类型。精神损害无法代替非财产损害。首先,在主体范围上,非财产损害包括了有主观感受的自然人和无主观感受的法人、精神病人、胎儿等主体的非财产利益损害;而精神损害的主体仅限于自然人。其次,在调整对象范围上,非财产损害包括了侵权行为造成的诸如时间上的浪费或丧失对特定权利的享受等非财产损害,而精神损害仅指自然人的痛苦、绝望、怨恨、悲伤等情感损害的精神状态。

关于合同领域的非财产损害赔偿的问题,国内目前虽然有许多关于此方面问题的研究,但普遍存在研究不够深入或过分拘泥于自己设定的藩篱、未能充分反映世界范围内此问题的发展趋势等不足。《非财产损害赔偿问题研究》这一项目研究成果主张,不应以合同与非合同、过错与非过错的区分以及是否构成犯罪等为基础来决定是否适用。应将非财产损害赔偿适用范围从原来的侵权行为法领域扩展到合同法和危险责任领域。在合同法领域,在缔约过失情况下,如身体受到损害可以请求非财产损害赔偿。缔约过失引起的非财产损害赔偿不应由合同法调整而应适用侵权责任法,违约行为导致非财产损害应当允许适用非财产损害赔偿。

关于非财产损害赔偿适用的主体范围,由于非财产损害的无形性,其损害的影响远较财产性损害广泛,在不直接接触受害人、造成其有形损害的情况下,大量的当事人可能因一个加害行为而受到非常严重的非财产损害,国外司法实践中的“震惊损害”为其典型。法律应明确规定反射性损害,尤其是侵权致人伤残的反射损害受害人立法应支持其非财产损害赔偿请求权。

关于非财产损害赔偿的客体范围,在非财产损害赔偿制度建立之初,非财产损害赔偿范围仅限于侵犯生命、身体、自由等具体人格权所引起的非财产损害。由于我国立法传统上没有明确规定身份权制度,我国侵权法研究长期以来事实上是忽视了侵害身份权的研究。国内除了杨立新教授一直倡导研究身份权侵权制度外,其他学者基本没有对该领域的研究给予应有的重视,也导致在《侵权责任法》立法中该问题几乎“无争议”地没有多少反映。然而,如果缺乏身份权的支撑,人身权制度就只剩下了人格权制度,这样的忽视是完全缺乏合理性基础的。《非财产损害赔偿问题研究》这一项目研究成果明确主张将身份权纳入侵权法保护的范畴,并主张给予非财产损害赔偿的保护。

关于死亡赔偿金及非财产损害赔偿请求权让与和继承。死亡赔偿金的问题在媒体“同命不同价”的舆论氛围中成为了一个超越社会热点的“社会沸点”问题,大量的报道、大量的批评、大量的质疑在各类媒体上迅速传播,而为回应社会的质疑,《侵权责任法》也以第17条“因同一侵权行为造成多人死亡的,可以以相同数额确定死亡赔偿金”作了滑稽的回应。《非财产损害赔偿问题研究》这一项目研究成果对此问题以专节进行研究认为,此问题背后的原因主要是理论上对死亡赔偿金的性质认识不清,也过分地受到德国模式的既有理论的束缚。同时,提出在符合特定条件的前提下,应该允许非财产损害赔偿请求权的让与和继承。

关于非财产损害赔偿的计算问题,我国理论与实践一直把损害赔偿的计算作为一事实问题,忽视损害赔偿问题之法律问题性。赔偿的计算取决于法院对具体案件的把握,而无一定法律规定可依据,其计算因而大多取决于法官之个人评价。《非财产损害赔偿问题研究》这一成果认为,损害赔偿之计算,兼具事实、法律二问题之性质。作为法律问题,损害赔偿之计算应考虑损害赔偿计算的根据,计算的方法等。

关于刑事附带民事诉讼中精神损害赔偿问题。我国过去的审判实践和相关法律、司法解释都排除刑事附带民事诉讼中受理精神损害赔偿请求,也排除受害人在刑事诉讼终结后另行单独提起精神损害赔偿诉讼,此做法在司法实务界一直争议不断。《非财产损害赔偿问题研究》这一项目研究成果认为在对待刑事被害人主张精神损害赔偿的问题上,受害人精神损害赔偿能否依据《侵权责任法》的相关规定而获得支持,关键是如何理解《侵权责任法》第4条、第5条规定的确切含义以及如何与刑事附带民事诉讼中精神损害赔偿有关规定相协调?如何看待刑事附带民事诉讼和独立民事诉讼的相互关系问题。我们应该根据《立法法》第83条中的“新法优于旧法”的原则,适用《侵权责任法》第3条、第4条、第22条的规定,准许刑事被害人提起精神损害赔偿之诉请,《侵权责任法》的立法宗旨才能得以充分实现。赋予刑事被害人主张精神损害赔偿的权利,是认真贯彻、实践“以人为本”、“执法为民”的社会主义法治理念的必然要求,是“尊重和保障人权”的宪法原则的生动体现。

《非财产损害赔偿问题研究》这一项目研究成果采取实证分析的和比较的方法,对非财产损害内涵的进行分析,比较国内外现有的非财产损害赔偿立法与判例,对我国现行的非财产损害赔偿制度进行考察,在此基础上借

#### 4 非财产损害赔偿问题研究

鉴和吸收国外制度中有益和合理的成分。就我国现行立法中存在的非财产损害赔偿的立法缺陷和不足进行分析,同时,查阅搜集并应用实务中的一些典型案例,完善了现有的非财产损害赔偿制度理论,建立了自己的理论体系,并提出自己的见解。该研究成果的突出特色体现在理论研究紧密结合中国的立法与实践,是沿着理论—实践—理论的研究路径展开,既有深层次的理论研究,又密切结合中国的立法与司法实践。填补了国内系统、全面研究非财产损害赔偿问题的理论研究空白。作者希望该研究成果能对完善我国侵权责任立法,对司法实践中法官的审判实践,以及切实、有效保护非财产损害的受害人都具有积极指导意义。

车 辉

2010年11月于西北政法大学雁塔校园

# 目 录

|                                     |    |
|-------------------------------------|----|
| <b>第一章 非财产损害的辞义</b> .....           | 1  |
| <b>第一节 非财产损害的含义</b> .....           | 1  |
| 一、损害的概念 .....                       | 1  |
| 二、财产损害与非财产损害 .....                  | 8  |
| <b>第二节 非财产损害与精神损害</b> .....         | 16 |
| 一、精神损害 .....                        | 17 |
| 二、精神损害与非财产损害辞义辨析 .....              | 20 |
| <b>第三节 非财产损害的类型</b> .....           | 26 |
| 一、直接的非财产损害与间接的非财产损害 .....           | 26 |
| 二、本人非财产损害与反射性非财产损害 .....            | 27 |
| 三、侵害人身权益的非财产损害与侵害财产权益的非财产损害 .....   | 41 |
| <b>第四节 非财产损害与非财产损害赔偿</b> .....      | 43 |
| 一、非财产损害与非财产损害赔偿 .....               | 43 |
| 二、非财产损害赔偿的实践和发展 .....               | 44 |
| 三、非财产损害赔偿的分类 .....                  | 48 |
| <br><b>第二章 适用非财产损害赔偿的行为范畴</b> ..... | 54 |
| <b>第一节 侵权行为与非财产损害赔偿</b> .....       | 54 |
| 一、过错侵权行为 .....                      | 54 |
| 二、过错推定侵权行为 .....                    | 65 |
| 三、无过错侵权行为 .....                     | 71 |
| <b>第二节 违约与非财产损害赔偿</b> .....         | 81 |
| 一、违约非财产损害赔偿法理依据 .....               | 81 |
| 二、国外对违约非财产损害赔偿的立法 .....             | 83 |
| 三、我国对违约非财产损害赔偿的立法及理论研究现状 .....      | 88 |

## 2 非财产损害赔偿问题研究

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| 四、违约非财产损害赔偿 .....            | 91  |
| <b>第三章 非财产损害赔偿主体</b> .....   | 97  |
| 第一节 非财产损害赔偿的权利主体 .....       | 97  |
| 一、自然人的非财产损害赔偿 .....          | 97  |
| 二、法人的非财产损害赔偿 .....           | 113 |
| 第二节 非财产损害的责任主体 .....         | 117 |
| 一、过错侵权行为导致非财产损害赔偿的责任主体 ..... | 117 |
| 二、无过错责任原则下的非财产损害赔偿责任主体 ..... | 130 |
| <b>第四章 非财产损害赔偿的客体</b> .....  | 142 |
| 第一节 人格权益 .....               | 144 |
| 一、一般人格权 .....                | 145 |
| 二、具体人格权 .....                | 158 |
| 第二节 身份权益 .....               | 172 |
| 一、身份权否定说 .....               | 173 |
| 二、身份权肯定说 .....               | 174 |
| 三、身份权的特性 .....               | 175 |
| 四、三种传统的身份权 .....             | 177 |
| 第三节 几个争议的人身权益 .....          | 185 |
| 一、关于监护权 .....                | 185 |
| 二、关于著作人身权 .....              | 190 |
| 三、关于荣誉权 .....                | 194 |
| 四、关于专利权 .....                | 198 |
| 五、关于发现权 .....                | 199 |
| 第四节 财产权益 .....               | 200 |
| 一、侵害财产权非财产损害赔偿制度的产生 .....    | 200 |
| 二、侵害财产权非财产损害赔偿责任的适用条件 .....  | 202 |
| <b>第五章 非财产损害赔偿的计算</b> .....  | 206 |
| 第一节 非财产损害赔偿计算的基本原则 .....     | 206 |
| 一、国外关于算定非财产损害赔偿的原则 .....     | 206 |

|                                |            |
|--------------------------------|------------|
| 二、我国算定非财产损害赔偿的原则 .....         | 207        |
| 第二节 非财产损害赔偿计算的方法 .....         | 211        |
| 一、外国算定非财产损害赔偿的方法 .....         | 211        |
| 二、我国算定非财产损害赔偿的方法 .....         | 214        |
| 三、对我国非财产损害赔偿计算方法的建议 .....      | 215        |
| 第三节 非财产损害赔偿的计算的标准 .....        | 224        |
| 一、非财产损害赔偿的计算根据 .....           | 224        |
| 二、非财产损害赔偿的计算标准 .....           | 227        |
| <b>第六章 非财产损害的救济方式 .....</b>    | <b>236</b> |
| 第一节 非财产损害救济的方式概说 .....         | 236        |
| 第二节 非财产损害的金钱救济方式 .....         | 237        |
| 一、非财产损害的金钱救济方式概述 .....         | 237        |
| 二、侵害人格权的金钱救济方式 .....           | 249        |
| 三、侵害身份权的金钱救济方式 .....           | 256        |
| 四、侵害特定财产的金钱救济方式 .....          | 260        |
| 第三节 非财产损害的非金钱救济方式 .....        | 261        |
| 一、非财产损害的非金钱救济方式概述 .....        | 261        |
| 二、停止侵害 .....                   | 263        |
| 三、消除影响、恢复名誉 .....              | 264        |
| 四、赔礼道歉 .....                   | 264        |
| <b>第七章 非财产损害赔偿请求权的特性 .....</b> | <b>267</b> |
| 第一节 非财产损害赔偿请求权的专属性 .....       | 267        |
| 一、非财产损害赔偿请求权的专属性 .....         | 267        |
| 二、关于非财产损害赔偿请求权附条件的让与和继承 .....  | 268        |
| 第二节 关于非财产损害赔偿请求权抵销的可能性 .....   | 271        |
| <b>第八章 非财产损害赔偿的法律适用 .....</b>  | <b>274</b> |
| 第一节 民事诉讼中的非财产损害赔偿 .....        | 275        |
| 一、司法实践中应扩大非财产损害赔偿诉讼的范围 .....   | 275        |
| 二、非财产损害赔偿民事诉讼的举证责任 .....       | 275        |

#### 4 非财产损害赔偿问题研究

|                                        |     |
|----------------------------------------|-----|
| 第二节 刑事附带民事诉讼中的非财产损害赔偿·····             | 276 |
| 一、我国刑事附带民事诉讼中的精神损害赔偿的<br>立法与实践的问题····· | 277 |
| 二、立法规定刑事附带民事诉讼允许精神损害赔偿的意义·····         | 279 |
| 三、《侵权责任法》第4条规定的理解和适用·····              | 285 |
| 第三节 国家赔偿诉讼中的非财产损害赔偿·····               | 287 |
| 一、修订前的国家赔偿法对非财产损害赔偿的<br>立法不足及弊端·····   | 288 |
| 二、新修订的《国家赔偿法》中对非财产损害<br>赔偿的立法及意义·····  | 293 |
| 后记·····                                | 299 |

# 第一章 非财产损害的辞义

## 第一节 非财产损害的含义

非财产损害赔偿萌芽于罗马法发展的法典编纂时期,但直到1900年《德国民法典》第253条规定了“非财产上之损坏,以法律有规定者为限,得请求金钱赔偿”,现代意义上的非财产损害赔偿才确立和发展起来,即从世界范围来看,现代民法上的非财产损害赔偿制度是伴随着《德国民法典》而诞生的。近代非财产损害赔偿制度的形成,是沿着两条并行的路线发展的。一条路线是沿袭罗马法的侵辱估价之诉的做法,建立了对民事主体精神性人格权的民法保护;另一条路线是对物质性人格权的民法保护。

非财产损害是与财产损害相对应的概念,是对损害所作的重要划分。尽管理论上研究非财产损害赔偿制度的著作和文章较多,但对于什么是非财产损害,非财产损害与精神损害之间的关系,非财产损害赔偿的分类,学界众说纷纭,存在较大的争议,引起理论上和实践上的混乱。这种认识上的不一致在一定程度上导致了人们对非财产损害赔偿制度的误解,制约了该制度应发挥的功能和作用。

### 一、损害的概念

损害是侵权行为法的核心,对非财产损害进行赔偿虽然仅仅是民商法的一个具体问题,但却涉及几乎每个人,关系到现代社会的几乎每一个领域。这就是现代社会对人的重视,对人的权利的重视,对人的民事权利的重视的表现。因此,我们在研究非财产损害的含义时,在理论

## 2 非财产损害赔偿问题研究

上首先有必要明确何为损害,进而对非财产损害进行全面深入的分析,以期得出逻辑周延,含义科学的概念。

### (一)事实层面上的损害

为了准确认识损害的含义,有必要考察其词源和词义。在汉语中,“损”和“害”具有不同的含义,“损”的本源含义是“减少、丧失、伤害”,<sup>〔1〕</sup>《说文解字》解释为:损,减也。“害”的含义是“伤害、祸患、妨碍”,<sup>〔2〕</sup>《说文解字》解释为:害,伤也。损害作为含有两个语素的词,应该理解为利益的减少、丧失或受到的伤害、妨碍,是一种后果,一种事实状态。

损害的事实方面的本质特征,首先要求损害为客观真实的事实,而不是虚假的事实;损害的客观真实性还要求其相对的确定性。客观真实性是损害作为侵权责任构成要件的本质特征之一。它要求:(1)损害事实是实际发生的受害人一方财产、人身(或者是受到侵权责任法保护的民事权利、利益)方面的不利后果,而不是一方当事人杜撰、臆想、假设的不利后果。损害是已经发生的事实,而非尚未发生的事实。(2)损害事实是确定的或相对确定的。这就要求任何人主张侵权责任法上的救济,不仅有义务证明损害客观存在,而且有义务证明损害的种类、范围和大小(程度)。当然,由于人们在一定的时间和空间条件下的认识能力包括对损害事实的范围、大小和程度等方面的认识受到限制,对案件的损害之揭示和证明过程应当是动态的,这也就必然允许一方当事人对损害举证的细化和深化。

在事实层面,损害还包括其另一个质的规定性,即损害是不利于受害人的客观真实的事实,具有不利性。这种不利性往往表现为受害后的财产、人身状况发生了不利于受害人的改变。不利性之财产损害,具体表现为已有财产的减少、可得财产利益的丧失等;不利性之非财产损害,具体为社会评价的降低、时间的浪费、机会的丧失以及精神损害(痛苦、疼痛)等。仅有加害行为或准侵权行为作用于受害人的权利或

---

〔1〕 夏征农主编:《辞海》,上海辞书出版社1999年版,第1235页。

〔2〕 夏征农主编:《辞海》,上海辞书出版社1999年版,第848页。

法益,并不必然导致损害。只有受害人的权利或者受到侵权责任法保护的法益遭受侵害并使其发生财产或者人身方面的不利后果时,才认为存在损害。而是否不利的判断主要是事实方面的问题,以生活常识、经验法则等为依据作出判断,法律不可能也不必要作出规定。

作为例外,法律规定某些情况下受害人一方无须对损害进行举证和证明,即可以判决加害人一方承担相应的责任。表面看来,这可能对侵权责任构成要件中损害这一要件的否定或忽略,实际上它有更深刻的法理基础:(1)在这样的案件中,加害人一方通常承担的是停止侵害一类的责任而非赔偿责任,即使是赔偿责任也是名义上的赔偿,而非实际损失之赔偿;(2)在这样的案件中,有些也存在损害(尤其是精神损害),只是举证和证明比较困难或者对其证明没有诉讼上的价值,因此在逻辑上推定损害存在而不要求受害人一方进行证明。

## (二) 法律层面上损害的含义

### 1. 损害的概念

“损害”(德 Schaden/英 damage)一词,来源于拉丁文“Damnum”。损害是“侵权行为法的核心”,<sup>[1]</sup>也是侵权责任构成的一个要件。有学者指出,比较法研究的结果表明,几乎没有一个早期的欧洲国家的民法典尝试过对损害的概念做出精确的定义。何谓损害?对此,有如下几种学说。

#### (1) 利益说(差额说)

在早期侵权行为法中,由于只承认财产损害,所以对损害多采取差额说,即以受害人损害事实发生前的财产与受害后的财产相比较所生的差额,即是损害。此学说乃德国学者蒙森(Mommsen)首创。依此学说,损害系指被害人因特定损害事实之发生所导致的利益损害,此利益损害为损害事实发生前与损害事实发生后之差额。此学说以损害事实之发生时间为界限,以受害人受损前和受损后财产状况的变动衡量损害之存在和大小,如果损害发生前之利益与损害发生后之利益相较其

[1] [德]克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下),焦美华译,张新宝校,法律出版社2001年版,第3页。