

精神损害赔偿制度的解释论框架

叶金强

摘要 根据《侵权责任法》第 22 条的规定，精神损害赔偿请求权可广泛适用于各种“人身权益”被侵害的情形，不受个案归责基础的影响，但设有轻微损害排除规则。人身伤害导致受害人死亡或其他严重损害的场合下，受害人的近亲属可就因此所遭受的精神损害请求物质赔偿。精神损害赔偿数额的确定，需综合考量与损害事实、责任基础、金钱评价等相关的所有因素，并参考既往类似案件之判决。

关键词 精神损害赔偿 近亲属抚慰金请求权 抚慰金数额

作者叶金强，法学博士，南京大学法学院教授。

一、问题的提出

我国《侵权责任法》首次在立法层面使用“精神损害赔偿”之表达，^①通过其第 22 条的规定，确立精神损害赔偿制度，意义重大。在此之前，1986 年的《民法通则》第 120 条规定，姓名、名誉等权利被侵害的，可以请求“赔偿损失”，解释论上认为其中包括精神损失。其后，最高人民法院在一系列司法解释中不断完善精神损害赔偿制度，尤其是 2001 年的《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》，更是作出了详尽的规定。

《侵权责任法》已经生效实施，现亟需解决的问题是，解释论上，我国现行精神损害赔偿制度可以作怎样的展开？精神损害赔偿请求权的限度何在？对此，以往的立法、司法及学说可以提供有益的参考。但是，新法的规定为解释论设定了新的起点，其背后的立法思想以及面向社会生活的具体化方向，均是新的解释论课题。为此，本文拟以精神损害赔偿请求权为主线，经由请求权范围与限度的讨论，来勾勒我国精神损害赔偿制度的基本架构，具体探讨的问题是：请求权发生的条件、适用领域，请求数额确定的价值与技术，请求权的主体范围等。借鉴大陆法系、英美法系的理论，结合我国的社会、文化背景，来尝试构建我国的精神损害赔偿制度，为司法实践提供必要的理论支持。

二、精神损害赔偿请求权的发生条件

在何种情况下，可发生精神损害赔偿请求权，涉及精神损害赔偿制度的适用领域及其发生条

* 教育部新世纪优秀人才支持计划（项目编号：NCET-10-0465）、南京大学 985 工程三期项目成果之一。

① 本文中，精神损害与非物质损害、非金钱损害、非财产损害，精神损害赔偿请求权与抚慰金请求权，均作为同义词来使用。

件。比较法上,法国法对适用领域未设一般性的限制,其《民法典》中的一般条款,保留了宽广的解释可能性。日本法则是正面肯定了精神损害赔偿请求权的普遍性,根据其《民法典》第709条、710条的规定,抚慰金的覆盖范围包括:人格利益、身份利益以及财产权因受到不法侵害时产生的精神损害。^②而德国法却是一直坚持限制的法政策,即使2002年损害赔偿法的修订,也仍然将精神损害赔偿限定于法律规定的法益侵害类型;但修法后,合同和危险责任领域也可以请求非财产损害的金钱赔偿了。^③根据《德国民法典》第253条第2款的规定,仅身体、健康、自由以及性自主受到侵害的,可请求非物质损害赔偿。而作为法官法的一般人格权制度,被认为是基于基本法发展出来的,独立于第253条,虽未为该条所列举,但遭受侵害时仍可请求非物质损害赔偿。此外,通过商业化方式,至少在纯粹私人领域之外,可将非财产利益转换为财产利益,^④从而获得保护。德国法的立场受到许多批评,被认为落后于其他欧洲国家。例如,在生命权的保护方面,《德国民法典》第253条在侵害生命的场合,并没有赋予抚慰金请求权;^⑤仅在受害人短暂生存,以及近亲属因惊吓而遭受重大健康损害的情形下,方才不排除抚慰金请求权。^⑥德国联邦法院副院长也已曾质疑《德国民法典》对生命的保护是否充分,认为德国法有变革之必要。^⑦

《侵权责任法》实施之前,我国的状况是:姓名权、名誉权、肖像权、荣誉权被侵害的,根据《民法通则》的规定,可发生精神损害赔偿请求权;后经司法解释的大幅度扩张后,生命、健康、身体、隐私、亲属权等,几乎所有的人身权益被侵害,均可发生精神损害赔偿请求权,并已扩展到纪念物品之侵害。^⑧同时,司法实践一直认可无过错责任领域的精神损害赔偿,例如,在许多高压触电事故案件中,法院均判付了精神损害赔偿金。^⑨残疾赔偿金、死亡赔偿金被定位于精神损害抚慰金,但死亡赔偿金请求权是亲属固有的请求权还是继承来的请求权,并不清晰;而致残案件中亲属的抚慰金请求权,并未得到承认;人身伤害之损害未达到残疾标准时,对于受害人抚慰金请求权,司法实践也有否定的倾向。^⑩

现行《侵权责任法》第22条规定:“侵害他人人身权益,造成他人严重精神损害的,被侵权人可以请求精神损害赔偿。”该条规定具有弹性,“人身权益”可以将所有的人格权益、身份权益包括进去;设定的唯一限制条件是精神损害的严重性,而损害“严重”与否,又取决于法官的自由裁量。对于这样的弹性规则,在解释论的展开上,刚性的逻辑约束几乎不存在,解释结论的妥当性将成为决定性的因素,价值上的衡量因而显得尤为重要,规则由此也获得了与社会变迁相适应的能力。下面拟围绕第22条规定中的三个核心概念“人身权益”、“严重性”、“被侵权人”的解释,来展开讨论。

② 参见罗丽:《日本的抚慰金赔偿制度》,载《外国法译评》2000年第1期。

③ Vgl. J. von Staudingers/ Gottfried Schiemann, Kommentar zum BGB, Buch 2, § 249 - 252, Sellier-de Gruyter Berlin, 2005, S.275.

④ 参见注③,第279页。

⑤ Vgl. Jäger/Luckey, Schmerzensgeld, ZAP Verlag, 4. Auflage, 2008, S.5.

⑥ 参见注⑤,第102页。

⑦ Vgl. Gerda Müller, Neue Perspektiven beim Schadensersatz, VersR 2006, S.1290.

⑧ 参见2001年最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第1、2、3、4条。

⑨ 例如,江苏省南通市中级人民法院(2006)通中民一终字第0952号民事判决、内蒙古准格尔旗人民法院(2009)准民初字第337号民事判决、重庆市第一中级人民法院(2007)渝一中民终字第1355号民事判决,针对触电人身损害赔偿案件,均判付了精神抚慰金。

⑩ 例如:海南省三亚市中级人民法院(2002)三亚民终字第40号民事判决,维持了一审法院否定原告精神损害赔偿请求权的判决,该案中,原告头颈部受伤住院80天,法医鉴定其所受脑震荡等损伤为轻微伤,一审判决所持理由为:原告系轻微伤,经治疗可以治愈,未达到导致引起精神痛苦后果,故不予支持。广东省惠州市中级人民法院(2001)惠中法民一终字第220号民事判决,也是维持了原一审法院否定抚慰金请求权的判决;一审判决的理由是:原告属轻微伤,并未造成严重后果,不在民事侵权精神损害赔偿范围内。

首先，“人身权益”可以包括所有的人格权益和身份权益，这些权益被侵害并导致严重精神损害时，抚慰金请求权就将发生，至于损害是由过错侵权导致，还是无过错侵权导致，并不影响请求权的发生。“权益”包括权利和法律保护之利益，权利类型以现行法的规定为准，而利益是否受法律保护，则端赖具体场景下的价值权衡，需在要件满足程度综合考量的基础上给出结论。人格权益包括精神性人格权益和物质性人格权益。^① 精神性人格权益被侵害时，首先发生的便是精神损害，此时抚慰金请求权的发生，没有疑义。物质性人格权益主要是生命、身体、健康等权益，受到侵害时会导致物质和精神损害；对此，旧法倾向于仅承认死亡和伤害致残场合下的精神损害赔偿请求权，那么，新法是否应当作出同样的解释呢？笔者认为，显然不应当将精神损害赔偿限定于致残以上的严重伤害，未导致永久性损伤的身体、健康侵害，同样可能发生严重的精神损害后果，此时没有不予赔偿的理由。第 22 条规定中的精神损害“严重性”要求，已经可以达到将轻微精神损害排除出去的效果，完全没有必要再于有无严重永久性损伤之处，设定另一个门槛。

侵害身份权益的场合，问题复杂一些。旧法认可“监护权”侵害场合的抚慰金请求权，^② 人大法工委民法室在对新法的释义中，也认为第 22 条规定的“人身权益”包括“监护权”。^③ 那么，“监护权”之外的其他身份权益呢？有学者指出：哪些身份权被侵害可以适用精神损害赔偿是一个立法政策问题，诸如亲权、配偶权等受到损害时，权利人在何种程度上受保护，理论研究和司法实践都远没明确。^④ 身份权益的特殊性在于，其包含的利益是透过亲属关系相对方的行为来实现的，但同时，其利益实现又可能被第三人的行为所破坏。这样，身份权益的侵害，既可能来自于亲属关系相对人，也可能来自于第三人。笔者认为，身份权益受侵害而导致严重精神损害时，根据第 22 条的规定，抚慰金请求权当然发生。比较法上近些年激烈讨论的问题是，在人身侵害的场合，受害人近亲属是否享有抚慰金请求权？对此，我国现行规则解释论同样会给予肯定的回答，具体的讨论将在后文展开。

接下来，简要讨论一下与保护范围相关的另外两个问题：物的侵害和违约导致的精神损害赔偿问题。首先，对物的侵害也可能导致精神损害。欧洲法上，奥地利和法国承认涉及物的非财产损害的赔偿可能性；^⑤ 我国最高人民法院在司法解释中也曾规定，“具有人格象征意义的特定纪念物品”被侵害的，支持受害人精神损害赔偿之请求。那么，第 22 条的规定能否将此情况涵盖进去呢？对此，有学者持否定意见，认为物的“情感价值”可通过《侵权责任法》第 19 条规定的确定财产赔偿数额的“其他方式”，来获得保护。^⑥ 笔者认为，在侵害物的场合，表面看来，物所负载的是财产利益，显然非“人身权益”所能覆盖；但是，在这些案件中，既然有精神损害发生，说明受害人的精神世界也被侵入了，必然有相应的“人身权益”受到侵害。此时，若具备侵权构成的其他要件，人身权益侵权即已构成，当然可依第 22 条发生抚慰金请求权。^⑦ 侵害物导致精神损害的场合，

^① 参见张俊浩主编：《民法学原理》（第三版上册），中国政法大学出版社 2000 年版，第 139 页。

^② 2001 年最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第 2 条规定：非法使被监护人脱离监护，导致亲子关系或者近亲属间的亲属关系遭受严重损害，监护人向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。

^③ 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2010 年版，第 81 页。

^④ 参见谢鸿飞：《精神损害赔偿的三个关键词》，载《法商研究》2010 年第 6 期。

^⑤ See U. Magnus, Comparative Report on the Law of Damages, in U. Magnus (Ed.), Unification of Tort Law: Damages, Kluwer Law International, 2001, p.192.

^⑥ 参见注④。

^⑦ 原司法解释尚存的不妥之处在于，未将精神利益侵害的侵权构成要件作为抚慰金请求权发生的前提，因而可能会导致精神损害赔偿的过度扩张。例如，在过失导致他人的纪念物品灭失的场合，纵然受害人有严重精神损害发生，若受害人不知道、也不应当知道灭失之物具有特殊纪念意义，就不应当让其承担精神损害赔偿赔偿责任。

财产利益侵权的构成和人身权益侵权的构成,可分别加以判断。对物的侵害同时侵害到人身权益,并满足了人身权益侵权要件时,抚慰金请求权就会发生。至于违约导致精神损害赔偿,属于契约法问题,非属《侵权责任法》调整范围,^⑮现行法上可通过对《合同法》第107条、113条中“赔偿损失”的解释,来达到肯定赔偿请求权的结论。^⑯但是,第三人侵害合同关系而导致债权人精神损害的,可以根据侵权法规则来判断是否应发生抚慰金请求权。

抚慰金请求权是否应以精神损害达到一定程度为条件,比较法上有不同的选择。德国损害赔偿法第二次修正过程中,在2001年的政府草案里,曾经有抚慰金请求权的免赔限额条款,规定仅在考虑了损害的类型和持续时间后得出损害并非微不足道时,请求权才发生,但在法律委员会推荐及通过的法律中没有该条款。^⑰不过,德国有学者认为,尽管如此,法官仍保留了此种可能性,即通过“公正”赔偿概念的解释来发展出轻微损害的界限。^⑱实践中,本着“法官不问琐事”原则,判例形成了对所谓轻微损害赔偿的限制,运用于身体和健康轻微损害场合。^⑲对此,法经济学理论也认为,当非金钱损失足够地小,以至于让侵害人承担责任可获得的利益,小于损失估算的行政成本时,应例外地否定精神损害赔偿。^⑳我国《侵权责任法》第22条确立了精神损害的“严重性”要求,基本值得肯定。之前的司法解释也曾规定“严重性”条件,司法实践中的许多判决,法院均系以精神损害未达到严重程度,而否定了抚慰金请求权。^㉑现行法之下,“严重性”要求,宜解释为“轻微损害不赔”的规则。实践中,一方面,需要纠正在人身侵害案件中,将精神损害赔偿和残疾等级判定简单挂钩的做法;另一方面,在精神性人身权益侵害案件中,需要考虑损害赔偿的权利确认功能。对此,比较法上的名义上损害赔偿,具有一定参考价值。有学者指出:一般而言,有事实上的损害,才会有赔偿责任,但是,许多欧洲国家法律上存在名义上或象征性损害赔偿,其功能在于宣示尽管没有具体的损害发生,但已有权利被侵害了。^㉒如此,在没有损害的情况下,为宣示权利仍可判令赔偿;那么,当精神损害尽管较小,如因确认权利存在的需要,也不应囿于“严重性”的要求,而应肯定抚慰金请求权。

根据第22条的规定,抚慰金请求权享有者为“被侵权人”,这易被理解为所谓“直接”受害人。但是,已有学者指出:对非财产上损害并无作直接损害与间接损害区分之必要,亦无作此区分之可能。^㉓精神利益客体的无形性,决定了所谓的直接侵害、间接侵害之标准本身已有问题。而且,虽非“直接”受侵害,但精神损害已因行为人的行为而发生,赔偿请求权显然也不能仅因此种“间接性”而被否定。考虑到精神利益的非物质实体属性,甚至可以认为所有导致精神损害的行为,均已构成“直接”侵害。这里的“被侵权人”可以包括所有因他人行为而遭受精神损害之人,故诸如人身伤害案件中受害人的近亲属、惊骇损失的遭受者等,均属于这里的“被侵权人”。不过,继承人虽可以行使继承而来的抚慰金请求权,但并非自身固有利益被侵害之人,不属于这里的“被侵

^⑮ 新法制定过程中,已有学者指出:侵权责任法无需对违约情况下的精神损害赔偿作出特殊规定。参见张新宝:《从司法解释到侵权责任法草案:精神损害赔偿制度的建立和完善》,载《暨南学报》2009年第2期。

^⑯ 参见叶金强:《论违约导致的精神损害的赔偿》,载《安徽大学法律评论》2002年第2期。

^⑰ Vgl. Hermann Lange/Gottfried Schiemann, Schadensersatz, 3. Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2003, S.432.

^⑱ Vgl. Christian Katzenmeier, Die Neuregelung des Anspruchs auf Schmerzensgeld, JZ, 2002, S.1034.

^⑲ 参见注⑮,第32页。

^⑳ See Jennifer Arlen, Tort Damages, in: Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), Encyclopedia of Law and Economics, Volume II. Civil Law and Economics, Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p.713.

^㉑ 值得注意的是,“轻微损害不赔”和“严重损害才赔”之间,仍然有所不同,对处于“轻微”与“严重”之间的部分,二者会做出不同的选择。

^㉒ 参见注⑮,第187页。

^㉓ 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305页。

权人”。

最后，附带讨论一下精神损害赔偿请求权的可移转性问题。台湾地区《民法》第195条规定，抚慰金请求权不得让与或继承，但以金额赔偿之请求权已依契约承诺或已起诉者，不在此限。此系借鉴于德国民法，我国司法解释也曾作出相似的规定，^⑦显然是受到德国法的影响。对此，台湾地区学者的解释是：最可接受的理由是，人格权或身份权为专属权，其受侵害而蜕变出之非财产上损害赔偿请求权自然亦具有行使专属权性；另可接受的理由为，当被害人认为金钱不具调整抚慰功能不能减少其痛苦时，自然会不行使赔偿请求权，故行使上有专属性。^⑧但是，被借鉴的德国法已作出了修正，《德国民法典》原847条第1款第2句规定，抚慰金请求权不可转让和继承，除非被侵害人死前已诉讼或者侵害人已承认。该规定已于1990年7月1日被废除，故抚慰金请求权像所有财产请求权一样可继承、可转让、可抵押。^⑨笔者认为，抚慰金请求权作为财产权，当然可以被继承，权利人也可以进行处分。《侵权责任法》未作出限制，应是妥当的选择，将来司法解释也不应当创设限制性规则。

三、近亲属的精神损害赔偿请求权

受害人受到侵害时，其亲属是否可以就其遭受的精神损害请求相应的物质赔偿，是比较法上颇有争议的话题。这主要发生在侵害物质性人身权益的场合，具体又可分为侵害致死和侵害导致其他严重损害两种类型。^⑩对于侵害致死场合下亲属抚慰金请求权问题，有学者于比较考察之后指出：许多欧洲国家的私法承认死者近亲属抚慰金请求权，并独立于亲属自身健康的侵害，在法国、比利时、卢森堡、意大利、西班牙等这些罗马法系国家中，此种安排占据着完全的统治地位；而普通法国家经历了踌躇与摇摆之后，亲属抚慰金请求权在英国、苏格兰、爱尔兰均已为立法所承认。^⑪但是，奥地利法上，死者亲属因丧失亲人而导致的精神损害的赔偿请求，仅在达到病态的程度时才会得到支持；不过奥地利最高法院于2001年主张，在生存亲属没有达到因健康损害而致病的程度时，至少在重大过错致害的场合，应给予保护。德国法则是一如既往地将亲属精神损害赔偿请求权和严重健康损害联系起来。^⑫荷兰法迄今为止也是完全否认亲属的抚慰金请求权。^⑬

对于侵害致伤的案件，比较法上同样存在明显的分歧。有学者指出：在英国、苏格兰、爱尔兰、葡萄牙、希腊、意大利，严重或最严重伤害场合下的亲属抚慰金请求权未为立法和司法所承认；而法国、比利时、卢森堡、西班牙，并未将亲属抚慰金请求权限制于死亡场合，司法裁判支持严重伤害场合亲属的抚慰金请求；《瑞士债法》第47条仅规定了死亡场合亲属的抚慰金请求权，但瑞士联邦法院自上世纪80年代中期开始，依据《瑞士债法》第49条的规定判决支持严重伤害场合下的抚慰金请求；而《瑞士损害赔偿法修正草案》第45条则规定，死亡或特别严重身体伤害的场合下亲属享有抚慰金请求权。^⑭意大利的司法实践也已发生变迁，其最高法院于2003年指出，不仅

^⑦ 参见2003年最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第18条。

^⑧ 参见注⑥，第314-317页。

^⑨ 参见注⑥，第448页。

^⑩ 侵害精神性人身权益的案件以及仅导致轻微损害的侵害物质性人格利益案件中，对受害人近亲属抚慰金请求权之否认，似均没有疑义。侵害死者精神性人身利益的场合下，死者近亲属赔偿请求权的讨论会涉及其他问题。

^⑪ Vgl. Thomas Kadner Graziano, Angehörigenschmerzengeld in europäischen Privatrecht-die Schere schließt sich, ZeuP (2002), S.842-843.

^⑫ Vgl. Helmut Koziol, Die Tötung im Schadenersatzrecht, in Helmut Koziol/Japp Spier (eds.), Liber Amicorum Pierre Widmer (Tort and Insurance Law Vol.10), Springer Verlag, Wien NewYork, 2003, S.204.

^⑬ 参见注⑥，第846页。

^⑭ 参见注⑥，第844-845页。

已故受害人的近亲属而且被严重致残者的近亲属也应当获得精神损害赔偿。^⑤ 日本法在重度后遗症的场合下,除认可受害人本人的后遗症抚慰金外,也认可近亲属抚慰金。例如,1983年东京地方法院在一个交通事故导致双下肢瘫痪、双上肢各关节活动障碍的案件中,判予受害人妻子300万日元、孩子150万日元的抚慰金。^⑥

我国法上,旧法承认致人死亡场合下近亲属的抚慰金请求权,但未承认侵害致伤的场合下近亲属的抚慰金请求权。《侵权责任法》第16条规定了伤害致残、致死场合,侵权人的残疾赔偿金、死亡赔偿金支付义务,但“两金”的性质不明,死亡赔偿金请求权是死者近亲属固有的还是继承来的,也不清晰。笔者倾向于将“两金”定位于物质损害赔偿,^⑦而将精神损害赔偿问题完全交由对第22条的解释来解决。而能否从第22条规定中解释出亲属抚慰金请求权,取决于逻辑与价值两个方面的因素。逻辑上,第22条规定的“人身权益”包含人格权益和身份权益,亲属关系中的身份利益当然在该条保护范围之内,故只要对亲属关系之侵害导致的精神损害达到“严重性”程度,抚慰金请求权就可以发生。可见,像第22条这样的弹性规则,为解释提供了充分的逻辑空间。

价值衡量上,需要权衡的问题是,因伤害事件引发的受害人近亲属的精神损害是否应当给予赔偿?比较法上,反对承认亲属抚慰金请求权的理由主要有:真正的精神痛苦不具有可赔偿性;责任泛滥的危险;估量的困难和复杂的法庭外规则;非财产损害可赔偿性之妨碍自由效果等。^⑧笔者认为,这些理由均难于成立:精神痛苦的可赔偿性在精神损害赔偿制度确立之时,就已经不是一个障碍;责任泛滥的防止则可以通过轻微损害排除规则来实现;估量困难在受害人精神损害赔偿中同样存在;而对导致他人精神损害之行为自由进行适度约束,应是妥当的选择。实际上,精神利益在法价值体系中的位阶很高,并处于进一步升高的趋势之中,现代欧洲法上对近亲属抚慰金请求权之态度的转变,正是精神利益价值不断提升的反映。近亲属遭受的精神损害,系侵权行为导致的不利益的一部分,构成了行为的社会成本,让行为人对近亲属精神损害负责任,经济上也是有效率的;而亲属抚慰金请求权立法上的否定,为侵害人适度预防提供了错误的信号。^⑨故无论从法伦理的角度还是从经济分析的角度,均应肯定近亲属的抚慰金请求权。

在近亲属精神损害赔偿的法律构成上,应采身份权侵权模式。比较法上,德国学者有建议从亲属一般人格权的角度,来尝试死亡或严重伤害场合下亲属的保护。^⑩另有学者同样认为,亲属抚慰金请求权的基础可以是侵害亲属的一般人格权。^⑪我国法上不存在德国法意义上的一般人格权制度,而且,亲属精神利益已被置于身份权或亲属权的框架之内,构成亲属权所保护的利益内容。所以,亲属抚慰金请求权的基础应是侵害亲属的身份权。^⑫在侵权的构成上,与侵害其他权益的侵权构成

^⑤ 参见[意大利]恺撒·米拉拜利:《人身损害赔偿:从收益能力到人格尊严》,丁枚、李静译,载《中外法学》2007年第1期。

^⑥ 参见于敏:《日本侵权行为法上的抚慰金制度研究》,载《外国法译评》1998年第2期。

^⑦ 新法之前,最高人民法院曾于2001年在《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第9条中,明确将残疾赔偿金、死亡赔偿金作为精神损害抚慰金加以列举。

^⑧ Vgl. Stephanie Pflüger, Schmerzengeld für Angehörige, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2005, S.94-125.

^⑨ 参见注⑧,第61页。

^⑩ 参见注⑧,第846页。

^⑪ Thomas Kadner, Schmerzengeld für Angehörige: Angemessener Ausgleich immaterieller Beeinträchtigungen oder exzessiver Ersatz mittelbarer Schäden, ZEuP (1996), S.153.

^⑫ 德国、奥地利法上,鲜见身份权侵权问题之讨论,身份利益也被置入人格利益之中来寻求保护,也许这背后真正起作用的是文化因素。西方受个体主义思想的影响,身份关系中的精神利益也被从个体的角度理解为属于一般的人格领域。而中国文化中,“身份”占据着重要的位置,我国大陆民法认有身份权侵权制度,台湾地区民法第195条也明确规定了“身分法益”被侵害时的抚慰金请求权。

基本一致,^③ 仅于因果关系判断和损害结果严重程度要求上有其特殊之处。因果关系方面主要是侵害“间接性”的跨越,侵权行为是着力于直接受害人的人身,其侵害结果引发了受害人近亲属的精神损害,侵害具有“间接性”,但是,侵害行为与近亲属精神损害之间的事实因果关系十分明确,而法律上的因果关系基于一定价值判断的指引,也会不成问题。至于损害结果的严重性程度要求,虽不同于物质损害赔偿请求,却是源于第22条规定的对所有精神损害赔偿请求的一般性要求。

侵害致死的场合,受害人亲属所承受的失亲之痛,乃人之常情,对其严重性程度之高也存在社会共识。有学者指出:家庭是基于婚姻建立的自然共同体,受宪法保护,因近亲属死亡而导致的非财产损害赔偿,涉及感情、家庭成员之间的相互信任、依赖以及家庭中自我价值的实现。^④ 我国法上,对侵害致死场合下近亲属抚慰金请求权的承认,没有异议。有争议的是侵害人身而导致其他严重后果的情况下,受害人近亲属是否也享有抚慰金请求权。以往的学说以沉默的方式表达了否定的态度,而这样的选择忽视了受害人近亲属同样可能遭受严重精神损害的事实。比较法上,瑞士联邦法院于1986年在一个妇女因交通事故被严重伤害致残的案件中,支持了受害人丈夫的抚慰金请求;瑞士联邦法院认为,因受害人致残而需要高强度的照顾,原告迄今为止的生活关系被完全颠覆,婚姻共同体被毁坏,原告自身受保护的绝对权受到侵害,故依据《瑞士债法》第49条,支持了原告请求。^⑤ 事实上,在侵害人身导致瘫痪、陷入植物人状态等严重后果的场合,对受害人近亲属的亲属关系必将造成打击,此时没有理由不为近亲属的精神利益提供保护。否定说难以回答的问题是:与侵害致死相比,对近亲属而言,同样的是身份权益受侵害、同样是严重的精神损害,为何法律救济上却截然不同?其实,在立法已设定了“严重性”要求的情况下,完全没有必要将亲属抚慰金请求权限定于侵害致死的情形。对于侵害致伤,也许有人会认为,扩大对幸存受害人的赔偿会是不错的选择;另已有学者指出,非死亡案件中受害人可以获得可观的非金钱损失赔偿,并可直接或间接地有利于家庭成员。^⑥ 但是,不可忽视的是,受害人遭受的损害和近亲属遭受的损害,是分别独立存在的不同损害。将不同的损害混在一起,会失去精细考量各项损害赔偿之影响因素的机会,难以得出妥当的赔偿数额。

四、数额确定的价值与技术

精神损害赔偿请求权,是通过一定数额的金钱支付来实现的。而如何确定应赔偿的金钱数额,已成为解释论上不得不面对的问题。该难题源于精神损害与金钱之间的不可通约性,实践中,如何在不可通约的两者之间建立联系,便是这里要探讨的问题。

精神损害在概念界定上,会强调其非物质性、非财产性、非金钱性,认为是非金融性的不利益。^⑦ 英美法上更是使用金钱、非金钱损害之表达,来区分财产损害和精神损害。而精神损害赔偿所要做的事情却正是,用一定数额的金钱来赔偿非金钱损失。那么,如何可能完成、又如何来完成这样的任务呢?这里,先考察一下比较法上三种不同的方法:

^③ 亲属权的构造与债权有相似之处,均是处于一种相对性的关系之中,侵害均可能来自于相对人和第三人。但在侵权构成上,第三人侵害债权的构成需要第三人违背善良风俗,恶意地以侵害债权为目的,而亲属权侵权的构成则无此要求。对此,理由有二:亲属权所保护的利益位阶更高、合同关系不具有社会公开性;这二者中前者的影响力更大。

^④ 参见注③。

^⑤ 参见注④,第142页。

^⑥ See Horton Rogers, Comparative Report, in Horton Rogers (eds.), Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective, Springer Verlag New York, Wien, 2001, p.263-264.

^⑦ Vgl. Otfinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I: Allgemeiner Teil, Schlöthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 5. Auflage, 1995, S.423.

首先,是置换的方法。主张此种方法的学者认为,虽然不是全部,但确实有一些非财产利益可以通过金钱的帮助来获得,从而至少在某种程度上可通过一定的金额来表现;^④判付的赔偿即使不能弥补受害人的损失,至少可让其负担得起一些愉快的活动,来帮助他忘记所遭受的痛苦;^⑤抚慰金使受害人可以实现一些事情来让自己感到愉快,诸如音响、电视、汽车、私有住房的购买,自己房子的改建,长途旅行等;^⑥所遭受的痛苦可以通过生活上的舒适而得以弥补——用取得的慰抚金来获得,以一项生活上的乐趣抵去消失的乐趣,然后据此目的来计算慰抚金之数额。^⑦可见,置换的方法试图通过获得某种精神利益的金钱成本,来评估遭受侵害的精神利益的金钱价值。

其次,是经济分析的方法。学者认为,非金钱损失构成社会成本,其减少了受害人的效用,为了让侵害人将其行为的全部社会成本考虑进去,侵害人应当对金钱、非金钱损失均承担责任;^⑧至于承担责任的数额,有学者建议陪审团从一个事前的视角,考察一个理性人愿意支付多少,来消除导致精神损害的危险,^⑨以此为基础来确定抚慰金数额。另有学者也主张,当从损害预防的角度来考虑抚慰金应当多高时,就会根据避免身体损害的费用应为多少来确定,希望将那些针对被损害者为避免意外发生而作出的事先的付款准备,作为事先的损害赔偿金来计算;^⑩抚慰金支付的目的不在于补偿被侵害的非物质损害,而在于激励损害预防,因此,抚慰金估算并非以事后观察为方向,而是考虑潜在的侵害人可承受的,为了适度降低损害风险,所可动用的资源成本。^⑪

再者,是表格参照法。主张编制详细的以往判例汇总表格,供法官判案时参考。英国自1992年起,司法人员培训委员会编辑出版“人身伤害之一般损害评估指南”,每两年更新一次,其中包括各类案件中法院判定的赔偿数额,该指南已成为人身伤害案件中非金钱损害评估的重要工具。^⑫德国的司法实践以抚慰金表格为指引来确定抚慰金数额,表格中包含了大量已决案件信息,通常包括损害的类型和严重程度,受害人的年龄、性别、职业状况等。^⑬实践中,有不同版本的抚慰金表格,并会不断地更新,例如,由Hacks/Ring/Böhm共同编写的此种工具书,2010年已出版到第29版,其中包括了3000个判决。^⑭有学者指出,持续调整的抚慰金表格,在实践中被普遍视为具备有价值的方向性指导功能。^⑮

以上方法中,置换的方法实际上还是取向于市场的思路,试图通过寻找市场、发现价格,来确定赔偿的数额。当某种精神上的愉快,可透过一定的金钱支付来实现时,精神利益与金钱之间某种程度上的可通约关系便确立了起来。这与德国法上的“商业化”实践,^⑯在方法上非常接近。“商业化”的思路是:“这些非物质需要现在比百年前在更大程度上可通过有偿支付来满足,因此可以

^④ Vgl. Franz Bydliński, Die “Umrechnung” immaterieller Schäden in Geld, in Helmut Koziol/Japp Spier (eds.), *Liber Amicorum Pierre Widmer* (Tort and Insurance Law Vol.10), Springer Verlag, Wien NewYork, 2003, S.41.

^⑤ See Suzanne Galand-Carval, Non-Pecuniary Loss under French Law, in Horton Rogers (eds.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Springer Verlag NewYork, Wien, 2001, p.94.

^⑥ 参见注⑦,第426页。

^⑦ 参见[德]迪特尔·施瓦布:《人格权之侵害与慰抚金》,席智国译,载《研究生法学》2005年第1期。

^⑧ 参见注②。

^⑨ See Mark Geistfeld, *Placing a Price on Pain and Suffering: A Method for Helping Juries Determine Tort Damages for Nonmonetary Injuries*, 83 Calif. L. Rev. 773 (1995), p.775.

^⑩ Vgl. Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer, *Schmerzensgeld bei Körperverletzungen*, JZ (1990), S.567.

^⑪ 参见注④,第573页。

^⑫ See Harvey McGregor, *McGregor on Damages*, London: Sweet & Maxwell, 17th. 2003, p.1300.

^⑬ Vgl. Kötz, *Wagner, Deliktsrecht*, München: Luchterland, 10. Aufl. 2006. S.277.

^⑭ Vgl. Hacks/Ring/Böhm, *Schmerzensgeldbeträge 2011*, Deutscher Anwaltverlag Gm, 29. Auflage, 2010.

^⑮ 参见注②,第440页。

^⑯ 德国法上,“商业化”是作为一种扩展抚慰金请求权范围的工具而被使用的。通过“商业化”途径,非物质损害被拟制为物质损害而获得救济,民法典第253条第1款关于抚慰金请求权限于法律规定的规则因此被突破。

有较易确定的市场价格，从而可将非物质价值换算为金钱。”^① 这里，置换的方法在有些场合下，确实可以部分解决不可通约的难题，但是，可发现的“市场”十分有限，许多精神损害的金钱评价问题，仍然无法通过此种方法来完成。而经济分析的方法的困难在于，如何确定为预防损害而支付的合理费用？事实上，合理预防费用最终还是需要回到可能导致的精神损害的物质评价上，有了精神损害的金钱评价数额之后，才可能判断出为预防具有一定发生可能性的、被评价为一定数额金钱的精神损害，应支付多少预防费用。这样，该方法陷入了循环之中，反首咬住自己的尾巴，却声称找到了方向。参照表格对法官判案确有助益，但此种方法也存在类似的问题：先前判决确定的数额是如何得出的？为什么不置重先前判决的价值和方法？实际上，先前的判决只能是提供参照，根本的问题在该此种方法中并未得到解决。

那么，精神损害赔偿的数额到底应如何确定呢？笔者认为，和物质损害的赔偿一样，精神损害赔偿问题的解决也是需要三个问题：损害事实问题、责任基础问题、损害的金钱评价问题。作为责任基础的价值取向，构成了一个弹性的评价体系，通过对事实上的损害进行过滤，来确定哪些损害应由行为人承担。这样，损害赔偿数额的确定过程表现为：以损害事实的确定为起点，经弹性价值体系的过滤，得出应赔偿的损害，再经由损害的金钱评价而最终确定赔偿的数额。^② 不同于物质损害赔偿，精神损害赔偿的特殊之处在于，事实上损害的确定、以及损害之金钱评价的复杂性。正如学者所言：精神损害赔偿所引发的困难是，没有清晰的方法可用于将无形的非金钱损害转换为金钱赔偿；同时，没有客观的标准来测量受害人精神损害的严重性。^③ 所以，精神损害赔偿数额的确定，就是要在上述框架之内，面向这两个难题，来寻找出路。

精神损害事实上之有无及严重性的确定，主要涉及主观、客观判断的问题，而法学上的主观、客观标准，长期以来被研究者们误读着。实际上，所有的标准均是客观标准，所谓的主观、客观标准的不同，其实只是标准中是否考虑以及考虑了多少具体当事人特殊状况的不同。精神损害并不因为其是一种心理感受而失去客观性，精神领域中“主观的”就是“客观的”，试图通过“指责”精神损害的心理性来弱化其赔偿正当性的观点，是不妥当的。精神损害赔偿的真正困难在于证明的困难，并且此种证明困难一定意义上是无法克服的，因为精神损害本来就具有内在性。当你主张你承受了比常人更大的痛苦时，你无法进行证明，可以证明的仅是受害人外在的、客观的特殊情况。所以，对精神损害的有无及严重性的判断，只能通过设想一个理性之人处于受害人的位置时，会遭受什么样的精神损害来完成。这是一个“客观”标准，但是，受害人的特殊情况应被考虑进去。例如，丧子之痛会因受害人有无其他子女而有所不同，瑞士的判例因而推定，在父母失去唯一孩子的场合，产生更大的痛苦。^④ 这样，受害人只有这么一个唯一子女的“主观”情况被考虑了进去。至于受害人的特殊情况被考虑进去的限度，涉及判断标准具体化的程度问题。鉴于精神利益位阶的崇高性，可能增加精神损害程度的受害人的特殊情况，会被尽可能多地考虑进去，只是行为人是否可预见这些特殊情况的存在，仍然会对过错程度、因果关系贡献度的判断发生一定的影响。不过，对于可能减少精神损害程度的受害人特殊情况，是否也置入判断标准之中，则应相对谨慎地加以考虑。例如，在伤害导致昏迷或其他缺乏感知能力的场合，不能因此而认为精神损害降低了。^⑤ 这

^① 参见注③，第278页。

^② 对于该问题，笔者将另有专文《论侵权损害赔偿范围的确定》进行探讨。

^③ 参见注⑤，第781页。

^④ 参见注③，第235页。

^⑤ 在日本法上，对不具备接受了金钱支付就得以使苦痛得到抚慰这样的精神感受能力的婴儿和已经无法感觉苦痛的植物状态的人，也并不否定其获得抚慰金的权利。参见注⑤。

里,对于精神损害程度的判断,有学者在比较考察的基础上指出:许多被考察的国家存在一种强劲的趋势,即对损失进行客观的评估;同时,认为在客观或标准化方法之下,均须适度允许法院考虑具体原告的特殊情况。^⑥考虑到“客观”的实际所指,该观点与本文的结论应属基本一致。

精神损害的金钱评价,面对的是一个不可通约的难题。但回想一下物质损害的金钱评价过程,对于那些不存在相应市场的物品,又是如何确定其金钱数额的呢?例如,你去非洲旅行时获赠的一个原始部落宗教仪式中的祭祀物品被他人毁坏时,应如何确定赔偿数额呢?这其中的困难,甚至不低于精神损害的金钱评价。^⑦只是,这样的情况在财产损害赔偿中十分少见,而在精神损害赔偿中却是常态而已。由于损害的量化评价最终走向一定量的货币,而货币本来就是市场体系的一环,所以,在利益周边存在市场的情况下,就会尽可能地将该市场纳入考虑范围,这一倾向并不因物质损害、精神损害的区分而有所不同。前文所述的置换的方法以及“商业化”途径,都是于存在与一定市场建立联系的可能性时,试图透过市场来解决该问题。而完全没有可能和任何市场建立联系的场合,只能放弃以市场为参照的方法,但这并不意味着问题就无法解决了。其实,在基于一定价值判断而得出对精神损害也要进行金钱赔偿的结论时,具体个案中应赔多少的问题也已注定不会是不可逾越。价值判断的融合力,可以消弭所有技术性的障碍。此时,在确定影响数额确定的考量因素的同时,授权法官决定符合个案情境的赔偿数额,将是妥当的选择。《德国民法典》第253条也是授权法官来确定一个公正赔偿。

再回到前面所述的损害赔偿的三个基本问题——即事实上损害的确定、构成责任基础的价值体系的过滤、损害的金钱评价,来进一步具体讨论这些问题所涉及的基本考量因素。精神损害赔偿数额的确定,是在所有这些考量因素综合衡量的基础上,法官自由裁量的结果。比较法上,对考量因素的列举,往往并未根据究竟是从上述哪个问题中延伸出来的而加以区分。例如,德国法上法官应考虑的因素主要有:损害的类型和持续时间,受害人个人状况,包括受害人自身参与在内的行为状况,受害人和行为人之间的个人关系,赔偿义务经济上的重要性,保险,以及迄今为止可比较案件的判定金额。^⑧日本法上,法院在算定抚慰金赔偿数额时所斟酌的因素包括以下各种情况:事故发生的原因、事故的状况、受伤的部位、程度、后遗症的程度、事故发生后加害人所采取的措施、受害人所接受的慰问的金钱和贵重物品,劳灾保险金、生命保险金、退職金的数额、当事人双方的年龄、性别、社会地位、职业、经历、资产、收入的程度、与财产的请求权之间的关系等。^⑨我国有学者列举了诸如行为人过错程度、侵权后的态度、侵权行为的具体情节、损害的后果、行为人的经济承担能力、获益情况、以及受害人有无过错、精神损害程度、受害人年龄和经济条件等考量因素。^⑩这里,由于最终还是要进行综合判断,故此种不区分要素背后支持点的方式不会带来很大的问题,但是其逻辑上不够明晰,且在细节上也容易犯错。

为此,下面分别在上述三个基本问题的框架下,来探讨相应的影响因素。首先,与事实上损害

^⑥ 参见注④,第253-254页。

^⑦ 实际上,无法和任何市场“攀上或远或近的亲戚关系”之物的价值评定,常会转向精神利益诉求,从而进入精神损害判定的模式之中,例如,你出生时留下的泥制脚印之价值的确定。但是,当你成为一个名人,有许多人希望得到该泥制脚印时,市场价格就可能形成,价值评估难题也迎刃而解。这里,追随者的情感价值,被物化为金钱了。而在原初阶段,所有的物质价值可能均是立足于精神性的评价。

^⑧ 参见注③,第286页。

^⑨ 参见注②。

^⑩ 参见郑海军、刘凯:《精神损害赔偿中的利益衡量》,载《法学杂志》2010年第8期。2001年最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第10条规定的确定精神损害赔偿数额所需要考虑的因素包括:侵权人的过错程度;侵害的手段、场合、行为方式等具体情节;侵权行为造成的后果;侵权人的获利情况;侵权人承担责任的经济能力;受诉法院所在地的平均生活水平。

相关的因素有：损害的类型、严重性程度、持续时间、加害方式、侵害的影响范围、人身伤害后遗症的有无等。具体个案中，法官还要考虑个案特殊情况对事实上损害大小的影响。不同类型的案件，事实上损害的影响因素也会有较大的差异，例如，物质性人格利益侵害案件和精神性人格利益侵害案件，就会有较大的不同。此外，有争议的是加害人主观状况的影响。法国法上，已确立的原则是，非金钱损失的赔偿不受被告行为的影响，赔偿不承担惩罚的功能，评定的唯一基础是所遭受损失的程度。^①而德国法上的观点曾发生变化，1952年，德国联邦法院认为，在将抚慰金的功能定位于单纯的补偿时，抚慰金数额的确定就不应考虑义务人的财产状况，而仅考虑受害人的损害后果；1955年联邦法院在补偿功能之外，提出抚慰功能，从而认为法官在进行衡平考量时，需要顾及所有相关的状况，包括致害人的过错程度、双方的经济状况，包括保险的事实等。^②但奥地利法上则是主张，侵权行为人的特殊过错仅在其扩大了受害人的非金钱损失时，在赔偿数额的计算中才需考虑。^③瑞士法认为，受害人所遭受的痛苦的性质和强度、人格侵害的程度，自然应在可能的考虑框架之内；责任人的过错也应考虑。^④笔者认为，行为人的过错可能影响精神损害的程度，故在发生此种影响的情况下，当然应当考虑过错程度对事实上损害大小的判定。此外，过错程度也应在责任基础层面发挥作用。除行为时的主观状态之外，比较法上还有强调行为人事后的主观态度对损害程度的影响，例如，日本法认为，由于在损害赔偿时，加害人的真诚与否对受害人所受的精神痛苦具有重大影响，因此，在算定抚慰金赔偿数额时，应该斟酌该要素。^⑤波兰法上可基于对侵权之后被告的不良行为的考虑，而增加赔偿数额。^⑥这些考虑，均有一定的合理基础。

其次，关于作为事实上损害过滤工具的弹性价值体系问题。事实上的精神损害并非决定抚慰金数额的唯一因素，所谓的“全部赔偿原则”，在物质损害、精神损害赔偿领域，均已丧失了作为原则的地位。损害赔偿实际上表现为，由责任基础饱满程度决定的损害之分配。个案之中应保障各项要件的具体满足程度发挥作用的空間，如果不考虑要件满足程度之损害分配，必将陷入价值判断上的自相矛盾，导致价值实现的偏离。具体而言，需要考虑的因素主要有：行为人过错的程度以及其他归责性因素，因果关系的贡献度，被侵害利益的保护力度，行为的正当化程度等。^⑦过错、因果关系、违法性，作为要件均非简单的有无问题，而是均存在于一定的量度之上，只是，法技术上采取了“设定门槛”的方法，达到一定量度以上时，就认为相应要件具备了。但是，这之后，要件的量度不应随即就被遗忘，作为责任基础的这些考量因素的满足程度，仍然实质性地影响着责任的量，这一点并不因导致的是物质损害还是非物质损害而有所不同。对此，以往的理论缺少系统性的思考。不过，比较法上的实践，也未见整体的图景，只有零星表达。例如，德国法上，根据普遍的认识，损害在施惠关系、尤其是好意同乘之中发生时，有减少抚慰金数额的效果。^⑧

最后，是金钱评价问题。对精神损害的金钱评价，不会因二者之间的不可通约属性而踟躇不前，价值实现的需要可以超越不可通约性难题。在该问题领域，同样需要确定相关的影响因素。这里，当地的基本生活水准是一个非常重要的影响因素，生活水准是维持正常精神生活的物质条件，

^① 参见注④，第99页。

^② Vgl. Ute Walter, *Geschichte des Anspruchs auf Schmerzensgeld*, Ferdinand Schöningh, Paderborn, 2004, S.437ff.

^③ See Ernst Kerner/Helmut Koziol, *Non-Pecuniary Loss under Austrian Law*, in Horton Rogers (eds.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Wien: Springer Verlag, 2001, p.23.

^④ 参见注④，第430页。

^⑤ 参见注②。

^⑥ 参见注④，第256页。

^⑦ 被侵害利益的保护力度和行为正当化程度，处于违法性要件之下，由二者的分量来决定违法性要件是否具备以及相应的满足程度。

^⑧ 参见注④，第443页。

成为精神世界的物质评价的基本背景。精神利益在人类价值体系中的位置的演变，也是考虑因素之一。此外，币值和通货膨胀因素同样应予以考虑，其因金钱评价系最终以一定数量货币来表达，而获得重要性。与上述不同的是市场因素，现实生活中实现相关精神利益的价格，应是重要的考量因素，当存在某种类似的精神利益的市场价格时，就应当参照该市场情况来考虑个案中精神损害的金钱量化评价，这是直接破解不可通约性的合理途径。

综上所述，个案中精神损害赔偿数额的确定，需要在前文分析的三个基本问题的框架下，考虑损害事实确定、责任基础、金钱评价这三方面的重要因素，在综合权衡的基础上给出答案。这些考量因素包括但不限于：损害的类型、严重性程度、持续时间、加害方式、侵害的影响范围、行为人过错的程度以及其他归责性因素、因果关系的贡献度、被侵害利益的保护力度、行为的正当化程度、当地生活水准、币值和通货膨胀等因素。此种判断模式具有弹性，其在保障个案判决妥当性的同时，也会引发法律安定性问题。对此，典型损害的金钱赔偿定额化，也许不失为一种方法。此外，既往抚慰金判决参照表格的编制，也很有价值。可以考虑编制全国范围内或各高级法院辖区范围内抚慰金判决分类表格，定期进行更新，为法官判案提供参考，并强化作出过度偏离既往判决案件之裁判者的说理义务，来合理限制法官的自由裁量权。

五、结 论

《侵权责任法》第22条的规定具有包容性和弹性，为我国精神损害赔偿制度的展开提供了良好的立法基础。弹性规则所释放出的逻辑空间，微观上可保障个案判决妥当性，宏观上使得法律能够适应社会变迁；同时，弹性规则之下，以实质性价值判断为指引，可以构建出妥当的学理框架。

现行精神损害赔偿制度，适用于所有人格权益和身份权益被侵害的场合，以侵害导致的精神损害后果具有“严重性”为必要。这里的“严重性”要求可解释为轻微损害排除规则。在人身侵害案件中，不应当将抚慰金请求权简单地与伤残鉴定挂钩，而应根据个案受害人所遭受的精神损害程度来具体判断。人身侵害导致死亡和其他严重后果的案件中，受害人近亲属对其因此所遭受的精神损害，应享有请求物质赔偿的权利。

抚慰金的数额确定，面对着精神利益和金钱相互之间不可通约的难题。但是，法价值与技术可以超越该难题，并得出个案妥当的赔偿数额。赔偿数额的确定涉及三个基本问题，即损害事实、责任基础、金钱评价。在这三个基本问题之下均有不同的考量因素，需要在综合权衡的框架中发挥作用。法官需根据个案情境，综合考虑各项影响因素之有无及量度，并参考过往判决，来合理确定抚慰金数额。

【主要参考文献】

1. Hermann Lange/Gottfried Schiemann, Schadensersatz, 3. Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2003.
2. Jäger/Luckey, Schmerzensgeld, ZAP Verlag, 4. Auflage, 2008.
3. J. von Staudingers/Gottfried Schiemann, Kommentar zum BGB, Buch 2, § 249 – 252, Sellier-de Gruyter Berlin, 2005.
4. Stephanie Pflüger, Schmerzensgeld für Angehörige, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2005.
5. Horton Rogers (eds.), Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective, Wien: Springer Verlag, 2001.
5. Kötz, Wagner, Deliktsrecht, München; Luchterland, 10. Aufl. 2006.
7. 曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社2001年版。
8. 于敏：《日本侵权行为法上的抚慰金制度研究》，载《外国法译评》1998年第2期。

(责任编辑：朱 岩)