

# 惊吓损害、健康损害与精神损害

## ——以奥地利和瑞士的司法实践为素材

谢鸿飞(中国社会科学院)

侵权法是发展最快的民法部门,也是民法教义学最难穿越的领域。这是因为:其一,侵权损害赔偿是法定之债,立法者必须依据公正等自然法理念,将其纳入环环相扣、首尾呼应的概念——规则体系,这对立法者的理性不啻为巨大挑战;其二,侵权法涉及无法财产化、市场化的人身利益,故很难如合同法一般,依据纯粹“经济规律”自如地设定规则,它还必须纳入诸多价值,这就有可能使法教义学的演绎与推理难以进行,无法按照数学逻辑构造其内容。因此,民法教义学面临的新挑战之一就是,如何将侵权法的新规则纳入传统体系。

本文的主要目的有二。一是从“林玉暖案”涉及的“第三人惊吓损害”出发,以奥地利与瑞士的司法实践为素材,探讨惊吓损害尤其是第三人惊吓损害的一般理论。这既关涉侵权行为的构成与赔偿范围,也关涉身份关系的侵权法定位。二是展示法教义学如何利用既有理论框架,解决社会生活中的新问题,尤其是如何最大限度实现“价值”(如限制责任扩张与权利保护)与“教义”的兼容。

### 一、“惊吓损害”的理论界定

侵权法理论对“惊吓损害”(Schockschäden)的界定,通常从第三人惊吓损害入手。较通行的定义是“因目击或嗣后闻知损害事故发生的事实,受刺激而导致精神崩溃或休克等情形所遭受的损害。”<sup>(1)</sup>这种定义明显受英美法影响。其一,它仅指构成精神疾病或生理疾病的惊吓损害,如神经性休克、精神创伤等,排除了只是普通精神损害的惊吓损害。其二,它将引发惊吓的源由限于突发性的、可以目睹的严重人身侵权行为,如希尔斯堡球场惨案等突发灾难、卧轨自杀、恶性交通事故等,同样造成严重人身伤亡的医疗过错等则被排除在外。<sup>(2)</sup>“惊吓”即这类行为产生的震撼力,它使受害人无法控制自己的反应。

与上述界定不同,冯·巴尔认为,惊吓损害是“介于死者近亲属丧失生活乐趣、歇斯底里反应和严重情况下甚至是精神病之间的一种突然、剧烈的情绪震动。”<sup>(3)</sup>意即惊吓损害的程度弱于精神疾病,但强于普通精神损害,这又排除了构成疾病的惊吓损害,且过于强调“一时”的精神打击,忽视了长期的精神损害。笔者认为,依传统法教义学的定义方法,惊吓

(1) 曾世雄《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第342页。“惊吓”(德: Schock; 英: shock)原意为“休克”,因其限于精神疾病,且更强调一时的精神打击,范围过窄,故本文不采。

(2) 如瑞士火车司机在其职业生涯中平均会遇到1.5起卧轨自杀事件,司机均因此受到严重精神创伤。Hardy Landolt, “Ersatzpflicht für Schockschäden”, in Franco Lorandi und Daniel Staehelin (Hrsg.), Festschrift für Ivo Schwander, Dike, 2011, S. 362. 以下引为“Schockschäden”。

(3) [德]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83页。

损害的界定无需事先附加价值判断(是否构成法律上的损害或是否可以赔偿),而应直接描述事实本身,故它应包括所有因受惊吓产生的损害。首先,惊吓来源于各类侵权行为(甚至财产侵权行为),而限于造成严重人身伤亡的侵权行为。如在“林玉暖案”中,被告张某殴打原告林某之子曾某,致其头部受伤倒地,血流满面,林某因惊吓致病,但张某的侵权行为未必严重侵害了曾某的健康权。其次,惊吓损害基本上是精神损害,但也可能是身体健康损害如心脏病发作等,甚至还可能是财产权损害,如母亲目睹孩子遭遇严重交通事故,手中的易碎物品坠地毁损等。最后,它包括受害人本身的惊吓损害与第三人惊吓损害——这是侵权法视域中最重要的惊吓损害,也是本文讨论的重点。

在“林玉暖案”中,法院认为,张某侵权行为的直接对象是曾某,故曾某的损害是直接损害,林某的损害为间接损害,依据是“损害事故直接引发的损害为直接损害,非直接引发而是由于其他媒介因素的介入引发的损害则为间接损害。”需要讨论的是,林某的损害是否为间接损害?

直接损害和间接损害(unmittelbarer/mittelbarer Schaden)是为了说明因果关系的一对范畴。两者的区分标准是侵权行为的“力的属性”:前者是侵权行为的力的直接作用后果(不作为侵权是没有出现干预损害进程的力);后者是第一次损害产生的力的作用后果。换言之,前者与侵权行为之间具有因果关系,后者与第一次损害之间具有因果关系。在瑞士法上,前者相当于英美法中“近因”产生的损害,后者相当于“远因”,即“远距损害(Fernwirkungschäden)”,但两者的区分是否完全取决于受害主体、行为与损害的时空距离,则存有疑问。<sup>(4)</sup> 瑞士法院认为,惊吓损害若构成健康权侵害的,为直接损害。<sup>(5)</sup> 奥地利法院则进一步认为,近亲属遭受的所有惊吓损害,无论是否构成健康损害,都是直接损害。<sup>(6)</sup> 从逻辑上说,直接损害与间接损害几乎无法区分,因它们最终都源于侵权行为,尤其是第三人目睹侵权行为产生的损害,很难说不是直接损害,最多可以说,知悉侵权结果而产生的惊吓损害为间接损害。笔者认为,区分直接损害与间接损害的意义甚微,因为可以为责任成立与责任范围的因果关系所替代。若一定要做区分,也宜依损害是否具有传递性为标准,即第一次损害传递的损害,可界定为间接损害。因人身损害不具有传递性,无法认定为间接损害,故间接损害只能存在于财产损害。因此,“林玉暖案”中原告所受的伤害应为直接损害。

与此相关的另一对范畴是直接损害与反射损害(direkter und Reflexschaden)。理论上通常不精确区分反射损害与间接损害,但在瑞士法上,它们是与侵权行为违法性相关的范畴:造成直接损害的侵权行为,不仅行为违法(违反了避免侵害他人绝对权的义务),后果也违法(侵害了法律保护的绝对权);在反射损害中,行为不违法(被侵害的权益不在行为规范的保护范围内),但结果违法。瑞士通说认为,死者近亲属抚养费损失《瑞士债法典》第45条第3款)为财产性反射损害。<sup>(7)</sup> 奥地利法院也认为,它并非死者的而是近亲属的损失。<sup>(8)</sup>

(4) Hardy Landolt, Ausservertragliche Haftung für die Verletzung absoluter Rechtsgüter Dritter in: Dritthaftung einer Vertragspartei: Beiträge der Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung, 2005, St. Gallen, S. 38. 以下引为“Ausservertragliche”。

(5) BGE 112 II 124; BGE 57 II 53. 来源: <http://www.bger.ch/> 2012年4月24日访问。

(6) OGH 8Ob127/02p. 来源: <http://www.ris.bka.gv.at/> 2012年4月24日访问。

(7) Bernhard Stehle, Der Versorgungsschaden: Dogmatik und Berechnung, Schulthess, 2010, S. 18.

(8) SZ 36/133.

笔者认为,反射损害应界定为:某人死亡或严重受伤时,其近亲属必然遭受的损害。导致这种损害的侵权行为同时侵害了人身权与身份权,由此,反射损害与间接损害的区别就在于以下两个方面。其一,受害人。间接损害的受害人可以是受害人本人(如财产被损害后不能使用的损失),也可以是他人(如挖断电缆时,用电企业不能营业的损失);反射损害则只能是与被害人具有特定身份关系的人。其二,损害类型。间接损害应限于财产损害,但反射损害可以是财产损害与非财产损害。奥地利与瑞士法院都没有明确惊吓损害是否为反射损害,但它们都认为惊吓损害不在行为规范的保护范围内。这就与其认定惊吓损害为直接损害存在矛盾。笔者认为,“反射损害”的价值不大,若将近亲属的惊吓损害归结为身份权侵害,则可避免这一矛盾(详见下文)。

## 二、“惊吓”损害与健康损害

传统侵权法上的健康限于生理健康,不包括精神健康,但医学已将精神健康纳入健康范围。<sup>(9)</sup> 奥地利与瑞士为处理惊吓损害赔偿问题,都借用医学成果,将健康权扩展为包括精神健康。《奥地利民法典》第1325条规定“无论何人,侵害他人身体的,都应赔偿受害人的康复费用及其收入损失;若受害人丧失劳动能力的,应赔偿未来的收入损失。应受害人请求,还应赔偿旨在改善受害人状况的、合理的精神损害赔偿金(Schmerzensgeld)。”奥地利法院对该条做了扩张解释,认为侵害健康权是对生命内在进程(inneren Lebensvorgänge)的侵扰。其逻辑是,生命是有机体的自然进程,身心无法分离,对身体或精神的侵害都会影响生命的自然发展,故侵害健康权包括侵害身体与精神的完整性。《瑞士债法典》对健康权的规定见于其第47条“侵害他人身体或致人死亡的,法官可以依据具体情形,判决向受害人或死者的近亲属支付合适金额的精神抚慰金(Genugtuung)。”瑞士法院也认为,健康是一个整体,包括身体与精神健康两部分。<sup>(10)</sup>

惊吓损害何时构成精神健康损害?奥地利法院认为,首先,精神不适如激动、难过、不安等,只是每个人日常都会经历的负面情绪,不构成健康权侵害;其次,侵害健康权无需外在的、可见的身体症状,神经、大脑受损(如失眠、激动等)可以构成健康损害,如恐怖性神经官能症、创伤后应激障碍症等人;<sup>(11)</sup>最后,是否需要医生证明已构成公认的精神疾病,并需要医生治疗?有学者认为,奥地利和瑞士采取的是医学标准,德国采取的是法学标准。<sup>(12)</sup>“法学标准”强调是否构成精神疾病应由法官酌情判断。在司法实践中,奥地利法院并不要求医生证明构成精神疾病,但要求应经医生治疗,即从医生角度判断损害是否对受害人的精神产生了“重大影响”,其标准是:若不经治疗,无法判定精神损害是否会自行消除。<sup>(13)</sup> 尽

(9) 国际上通行的精神疾病诊断标准为美国《精神疾病诊断与统计手册》与世界卫生组织的《国际疾病与相关健康问题统计分类》。

(10) BGE 97 II 339; 96 II 392; 88 II 111; 80 II 348.

(11) OGH 20b 79/00g; 2 Ob 111/03t; 2 Ob 91/99k; 2 Ob 79/00g.

(12) Ernst Karner, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung, Springer S. 100; Anita Maria Stiegler, Schmerzensgeld für schock- und trauerschäden. Rechtsvergleichende Analyse des Angehörigenbegriffes und der Mitverschuldensanrechnung, Böhlau Verlag 2009 S. 25.

(13) OGH 9 Ob 36/00k; 2 Ob 79/00g.

管如此,在实践中,侵害精神健康的惊吓损害(以下简称“精神疾病”)与不构成健康权侵害的惊吓损害(以下简称“精神损害”)往往难以辨别,近亲属类似的损害有时被视为健康权侵害,有时则被视为精神损害。<sup>(14)</sup> 瑞士法也区分精神损害与惊吓损害,但两者的边界同样不确定。<sup>(15)</sup>

我国理论与实践亦承认健康包括身体健康与精神健康。从已公布的为数不多的判决看,法院通常依据医疗机构的证明来判断是否构成精神健康权侵害。如40多岁的朱某醉酒后将同村村民打闹时,一声大吼致9岁女童罹患“受惊过度致神经功能紊乱”,法院调解结案,被告赔偿医疗费等。<sup>(16)</sup> 笔者认为,精神疾病宜采医学标准——我国目前通用的精神疾病标准是《中国精神障碍分类与诊断标准》(第三版),采用法学标准将使精神损害是否构成健康权侵害难以统一。

在惊吓损害构成健康权侵害时,受害人不同的赔偿也有差异。惊吓损害的受害人可以是侵权行为的受害人及其近亲属、其他目击者、援救人员等,故惊吓损害依其主体可分为两种:一是侵权行为受害人自身的惊吓损害;二是第三人的惊吓损害。

#### (一) 受害人自身的惊吓损害

受害人自身遭受惊吓损害,健康受损的,受害人当然应赔偿。瑞士法院认为,以威胁方式使他人陷入恐惧状态(Angstzustand),受害人应赔偿,并不要求一定要构成健康损害才能赔偿,而只要求侵权行为伴随显著的危险,即损害很有可能即时或事后发生。如瑞士联邦法院2004年9月2日判决:夜间入室抢劫者,应赔偿当时在家的母亲精神损害赔偿1万瑞郎,对两个孩子分别赔偿7000与3000瑞郎。<sup>(17)</sup> 奥地利的一个经典案例是:1997年,原告驾驶的汽车与一辆摩托车相撞,摩托车司机随即倒地,血流不止。原告目睹了惨景,回家后得知摩托车司机死亡。此后出现了头痛、失眠等症状,瘦了10斤,且陷入恐惧、不安中,生活乐趣全无,不敢滑雪、开车。摩托车司机对该起交通事故负全部责任。原告起诉被告的保险公司,要求赔偿精神损害15.4万先令。被告抗辩认为,原告并非死者的近亲属,且身体没有受伤,不符合民法典第1325条的保护目的,故判决其承担责任将不合理地扩大侵权责任。法院认为,原告是直接受害人,其健康权受到了损害,故判决被告赔偿15万先令。<sup>(18)</sup>

但是,可以获得赔偿的惊吓损害,必须是因人身侵权行为而不是财产侵权行为所致,如原告目睹其汽车在交通事故中被毁损,起诉要求赔偿其惊吓损害。奥地利法院驳回了其请求,理由是被告无法预见该损害及水闸理论。<sup>(19)</sup> 这一判决隐含了人身权保护优于财产权保护的价值判断“千金散尽还复来”,但“人死不能复生”,即便最严重的财产侵权行为,也不

(14) Anita Maria Stiegler a. a. O. S. 77.

(15) Hardy Landolt, Ausservertragliche S. 70.

(16) 郝传玺等《醉汉平地一声吼,女童受惊过度精神紊乱》,来源: [http://news.jcrb.com/jxsw/200911/t20091127\\_287051.html](http://news.jcrb.com/jxsw/200911/t20091127_287051.html) 2012年4月24日访问。

(17) Matthias Inderkum, Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe aus Persönlichkeitsverletzung, Schluthess, 2008 S. 153.

(18) OGH 2 Ob 120/02i. 该案也引起了媒体关注,参见 Thomas Höhne, Der Preis des Schocks Der OGH spricht bei psychischen Verletzungen schadenersatz zu trend, 5/2004.

(19) OGH 2 Ob 100/05g. 依据《奥地利民法典》第1331条,只有在加害人故意侵害他人财产构成犯罪行为时,受害人才可以请求赔偿物的“情感价值”。

会使人移情并受严重惊吓损害。

需要注意的是,英美法第三人惊吓损害的规则之一是“危险区域”,依此区分第一顺位的受害人与第二顺位的受害人。事实上,处于危险区域的人,很难说是第三人,而往往是侵权行为的直接对象。如甲在校园开枪扫射学生,没被子弹击中的在场学生若受惊吓罹患精神疾病,当然是直接受害人。又如原告与工友骑车回家,同伴遇车祸惨死,原告受刺激精神失常,法院适用公平原则判决被告补偿1500元。<sup>(20)</sup>但笔者认为,由于原告同样处于侵权行为的作用区域,其精神疾病是侵权行为的直接结果,因而应认定为健康权受损,当然无适用公平责任的余地。

## (二) 第三人惊吓损害

第三人在法律上包括两种:近亲属与近亲属以外的人。

近亲属以外的人遭遇惊吓损害,通常是因为目睹严重人身侵权行为。它源于人目睹同类受伤,因移情产生的恐惧感。即使已构成精神疾病,两国也均不赔偿,理由有二。

一是诉诸“诉讼水闸”这一公共政策。因引发惊吓损害的侵权行为通常发生在城市,目击者众,若许可赔偿,不仅将会使法院面临巨大的审判压力,也会使加害人不堪承受赔偿之重,从而引发宪法上的生存保障问题。

二是诉诸相当因果关系(大陆法)或可预见性(英美法)。认为这类损害是每个人应自己承受的普通生活风险(allgemeine Lebensrisiko),与侵权行为之间不具有相当因果关系;或认为加害人无法预见惊吓损害的发生,正常人的心理承受能力都不至于因惊吓而招致重大损害。

奥地利与瑞士法院都认为,近亲属遭受的惊吓损害,若构成健康权损害(Krankheitswert)的,可以获得赔偿。

奥地利法院较晚才使用“惊吓损害”这一术语,用于指构成健康权侵害的精神疾病,不构成健康权侵害的,则称“精神损害”。<sup>(21)</sup>奥地利法院以往不赔偿近亲属的任何惊吓损害。如1963年,一位已有五个月身孕的母亲因目睹孩子重伤,神经受损导致流产,请求赔偿其健康损害与精神损害,但各级法院都驳回了其请求。其理由是,《奥地利民法典》第1325条中的“任何人”(jedermann)是指违法行为直接受害人,不包括第三人。<sup>(22)</sup>直到1994年,奥地利才首次做了关于惊吓损害的判决,其案情如下。

1990年5月26日,母亲与刚满20个月的孩子在同一辆车中遭遇车祸。母亲严重受伤,住院两月;孩子受轻伤,额头被擦伤、出现淤血等。孩子起诉赔偿其精神损害(惊吓损害及和母亲分离的损害)2.4万先令(原告已支付6000先令)和美容费用5000先令。一审法院以精神损害为间接损害、只有身体受损才能依据民法典第1325条赔偿精神损害为由,驳回了诉讼请求。上诉法院同样依据第1325条,但认定孩子的损害为健康损害,故判决被告另

(20) 王常青《遇车祸同伴惨死 受刺激精神失常》,来源: <http://court.gmw.cn/html/article/200404/12/9994.shtml>, 2012年4月24日访问。

(21) 对不构成健康权损害的惊吓损害,奥地利法院称呼不同,如 Gefühlschaden、Trauerschaden、ideellen Schadens 或 rein seelischen Scherzen 等,大致都是“纯粹”精神损害之意。

(22) OGH 2 Ob 501/57; Filippo Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht: ein Handbuch mit Texten und Materialien* 3 Aufl. Springer, 2009, S. 1563.

行赔偿精神损害 2.4 万先令,但驳回了赔偿美容费用的请求。<sup>(23)</sup>

此后,奥地利法院一直坚持这种观点。在另一则案例中一名醉酒的司机交通肇事,致原告的女儿死亡。原告为此罹患精神疾病,瘦了 15 公斤,容貌日益苍老。由于原告为理发师,外形改变对其业务也有一定影响。原告起诉要求被告赔偿美容费与该手术造成的疼痛的精神损害。法院支持了原告的全部诉求。<sup>(24)</sup> 瑞士涉及惊吓损害的案例很少,其中最有名的是:联邦政府的军用飞机坠毁,致原告的两个儿子死亡,原告得知消息后神经分裂,法院认为原告的精神损害构成健康损害,应予赔偿。<sup>(25)</sup>

需要特别指出的是,既然构成健康权侵害的惊吓损害应予赔偿,那么,引发惊吓损害的行为就包括医疗过错等相对平和的人身侵权行为。换言之,它不强调近亲属一定要目睹惨景,亲历侵权行为,甚或处于侵权行为的危险区域。

正如冯·巴尔指出,英美法要求惊吓损害的受害人必须在侵权行为现场不合理。“一个失去孩子的母亲为什么必须位于事发地点旁,为什么她必须亲眼见到孩子的尸体,为什么电视实况转播不构成足够的诉因,为什么导致死亡事故的过错不能发生在精神打击损害发生之前,对于这些问题,除了在英国大概很少有人能理解。”<sup>(26)</sup>

与英国不同,奥地利与瑞士都认为,惊吓损害已经构成健康权伤害时,无论损害是因为目睹侵权行为还是事后得知消息造成的,都不影响赔偿。<sup>(27)</sup> 如 1994 年 7 月,母亲得知儿子在车祸中丧生的消息后,即开始服用镇定剂,经常需要看医生甚至有时必须急救,其工作能力显著下降,直至 1996 年末才开始工作。奥地利法院认为,原告目睹损害与事后得知消息不影响其获得惊吓损害赔偿。<sup>(28)</sup> 前述瑞士军用飞机坠毁案也采相同观点。且奥地利法院进一步认为,因医疗过错导致死亡,近亲属知悉消息后罹患精神疾病的,也可以赔偿。此外,引发惊吓的行为不限于致人死亡,也包括致人重伤。<sup>(29)</sup>

赔偿近亲属构成健康权侵害的惊吓损害,还需要解决如下两个问题。

其一,因果关系。若认定惊吓损害为间接损害,它是否满足因果关系的要求就存在疑问。瑞士法院或认为损害赔偿通常应限于直接损害,或认为间接损害必须满足相当因果关系的要求才可获得赔偿,<sup>(30)</sup> 所以,瑞士法院正是通过不断克服“反射损害禁止赔偿原则”,逐步将近亲属惊吓损害纳入赔偿范围的。为彻底解决因果关系问题,两国法院都认定,构成侵害健康权的惊吓损害是直接损害,如此一来,加害人就应对其行为造成的绝对权损害承担责任。但只有相当因果关系理论才能解释何以只有近亲属才能得到赔偿,其他第三人无法得到赔偿:依通常的亲疏远近观念,近亲属比其他人对受害人的感情要深厚得多,其惊吓损害程度也更深,完全可能因此导致健康损害。其他人最多只是基于“人类”的共同感受,进

(23) OGH 2 Ob 45/93; Karner, a. a. O. S. 102.

(24) OGH 2 Ob 7/05a.

(25) BGE 112 II 118.

(26) [德]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 92 页。

(27) René P. Vallaster, 'Ersatzansprüche Dritter bei Tötung: Insbesondere nach ABGB, EKHG sowie luftverkehrsrechtlichen Bestimmungen', Grin Verlag, 2009, S. 195; OGH 8Ob127/02p: 2 Ob 79/00g.

(28) Helmut Koziol, P. Bydliński, R. Bollenberger, Kurzkomentar zum ABGB Springer, 2007, S. 1521; OGH 2 ob 79/00g.

(29) OGH 2 Ob 2 Ob 53/05s.

(30) BGE 118 II 176; BGE 57 II 180.

行抽象的移情罢了,其伤痛程度不可能太深,即或其健康权受损,也可归咎于其自身的蒲柳之姿或情感的不堪一击,故与侵权行为之间不具有法律上的相当因果关系。如对别人失去亲人,中国人会轻描淡写地劝慰生者“节哀顺变”;古罗马人会说“这是生命的轮回”。但失去至亲时,每个人都会凄凄惨惨切切:“我好不幸啊!我好悲惨啊!”<sup>(31)</sup>

其二 违法性。奥地利法院一度不赔偿惊吓损害,理由是该损害不在健康权保护规范的范围内。但学界对保护他人身体不受侵害的规范,是否具有保护其近亲属精神不受侵害的功能,尚有争议。<sup>(32)</sup> 新近的判例认为,造成近亲属惊吓损害的侵权行为,其违法性并非在于加害人侵害了他人的身体健康权,即避免第一次身体损害的出现,而是因为它侵害了近亲属的绝对权——精神健康权。但这种解释明显背离了“规范保护目的”的因果关系理论:既然近亲属的精神健康权不在受害人身体健康权侵权规范的保护范围内,侵权行为的违法性何来?因果关系何来?故奥地利法院明确指出,违法性最终取决于利益衡量,其要义是如何在侵权责任的扩张与限制之间取得平衡:惊吓损害达到侵害健康权的程度时,行为人侵害的是受法律保护的健康权,且其请求权主体限于近亲属,故让加害人承担责任并非责任的不当扩张。<sup>(33)</sup>

### 三、惊吓损害与精神损害

无论惊吓损害是否构成精神疾病,都是精神损害的一种。精神损害一般区分为疼痛(pain)与痛苦(suffering)两种。“痛苦”的范围非常广泛,如各国普遍区分的丧亲之痛(bereavement)和丧失生活乐趣(loss of Amenity)等,完全可以包括“惊吓”。但在将精神损害区分为精神疾病与纯粹精神损害后,不构成健康权侵害的惊吓损害就是普通精神损害,它能否得到赔偿,是人身侵权中极为疑难的问题,以下分两种情况讨论。

#### (一) 受害人的精神损害

依《奥地利民法典》第1325条,只有在身体受到伤害时,受害人才能获得精神损害赔偿;没有身体伤害只有精神损害的,无法得到赔偿。<sup>(34)</sup> 如前所述,对受害人不构成精神疾病的惊吓损害,瑞士法的赔偿要求相对宽松一些。依我国《侵权责任法》第22条,侵害他人人身权益,造成“严重精神损害的”,受害人可以请求精神损害赔偿。至少就文义而言,它并不要求严重精神损害必然伴随身体伤害,只要受害人出现严重精神损害的,就可以单独请求赔偿精神损害。

#### (二) 近亲属的精神损害

依《奥地利民法典》第1325条,在人身伤害情形,近亲属不能请求赔偿自身的精神损害。第1327条规定了死亡时的损害赔偿,“侵害他人身体伤害导致死亡的,加害人应赔偿全部治疗费用,且应赔偿死者法定扶养者因此丧失的扶养费用。”本条没有涉及任何精神损害赔偿的内容。奥地利法院最初也奉行精神损害赔偿法定主义原则,认为近亲属自身的

(31) 参见[古罗马]爱比克泰德《沉思录》(下),陈思宇译,中央编译出版社2009年版,第20页。

(32) Helmut Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, Wien 1997, S. 263.

(33) OGH 8 Ob127/02p; Ernst Karner, a. a. O. S. 102.

(34) OGH 8 Ob127/02p.

精神损害为间接损害,不能赔偿。

2001年以来,奥地利法院弱化了这一要求,即将近亲属的惊吓损害区分为精神疾病与精神损害。<sup>(35)</sup>对精神疾病,加害人有轻过失即需赔偿。对包括惊吓损害在内的所有精神损害,奥地利法院对第1325条作了扩张解释,认为加害人有故意或重大过失的,可以赔偿;只具有轻过失或没有过失的,不能赔偿。<sup>(36)</sup>但在实践中,奥地利法院通常还要求只有在受害人死亡或“严重”受伤时,近亲属才能获得赔偿。如原告的丈夫是公车司机,某日遭遇车祸,8名乘客死亡,数人受伤,原告的丈夫身体无恙,但精神严重受损。原告认为其丈夫的精神损害已经构成需要治疗的精神疾病,因而请求赔偿自己遭受的精神损害。奥地利最高法院认为,只有直接受害人遭受“最严重的(schwersten)人身伤害”,且近亲属的精神损害已构成疾病时,近亲属才能获得赔偿,故驳回了其诉讼请求。<sup>(37)</sup>

《瑞士债法典》关于精神损害的规定有二:一是第47条,它规定健康权被侵害时,受害人享有精神损害赔偿请求权;受害人死亡的,其近亲属有精神损害赔偿请求权;二是第49条第1款“人格(Persönlichkeit)被侵害的,若损害到了合理的严重程度,且没有其他方式可以弥补损害的,受害人有权请求支付精神损害赔偿金。”法院认为,第49条是普通法,第47条是特别法,近亲属要求赔偿自己固有的精神损害时,应排除第49条的适用。<sup>(38)</sup>由于第47条没有规定重伤情形,因而近亲属一般还不可以请求赔偿其自身的精神损害。但1986年后,依据瑞士司法实践,受害人重伤的,其近亲属可以请求精神损害赔偿。<sup>(39)</sup>且“重伤”应被理解为:其后果“与死亡一样严重,甚至超过死亡”,如导致受害人残疾的严重交通事故。<sup>(40)</sup>

可见,两国在司法实践中都扩大了近亲属自身精神损害赔偿请求权的适用范围,这与1975年3月14日欧盟部长会议有关人身伤亡损害赔偿问题的决议一致:在受害人死亡或受害情形,近亲属遭受“特别严重的精神损害”(但并非必须构成健康损害)时,才能获得精神损害赔偿。欧洲民法研究小组起草的《致他人损害的非契约责任》在总结欧陆各国法制后也规定:在人身伤亡情形,关系特别亲密的人可以请求精神损害赔偿(第2:202条)。<sup>(41)</sup>

在司法实践中,构成健康权侵害的第三人惊吓损害需原告举证。不构成健康损害的惊吓损害是普通精神损害,在法定情形具备时,法律即推定第三人遭受了精神损害(无论事实是否如此),原告无须举证。

就惊吓精神损害的赔偿而言,尚有如下两个问题需要探讨。

一是惊吓损害若已构成精神疾病,受害人能否同时请求赔偿健康损害与精神损害?

首先,受害人本人因惊吓罹患精神疾病的。此时,奥地利与瑞士法院都将精神疾病与精

(35) René P. Vallaster a. a. O. S. 172.

(36) Filippo Ranieri a. a. O. S. 1572.

(37) OGH 2 Ob 53/OSs.

(38) BGE 112 II 220.

(39) Anita Maria Stiegler a. a. O. S. 25.

(40) Hardy Landolt, Schockschäden S. 372.

(41) Ch. von Bar, Non - contractual Liability Arising of Damage Caused to Another ( PEL Liab. Dam ), Sellier, et al, 2009, 389 ff.

神损害统一,仅赔偿精神损害。我国法院通常则只判决赔偿精神健康损害,不另行赔偿精神损害。如在“卫某与瞿某健康权纠纷上诉案”中,法院判决瞿某赔偿卫某身体健康损害后,卫某被诊断患有创伤后应激障碍,又起诉请求赔偿。法院判决赔偿医疗费与交通费,但没有支持其精神损害赔偿请求。<sup>(42)</sup>又如两调皮男孩扮鬼,惊吓胆小女生,致后者罹患“惊吓综合症”或“急性心因性反应”,法院只判决赔偿医疗费、交通费、误工费等。<sup>(43)</sup>其理由可能是,惊吓损害虽已构成精神疾病,但无非是精神损害的升级版,赔偿了精神健康损害,也就意味着赔偿了精神损害。而且,精神健康损害是财产损害,法院可以按照实际损害赔偿,这样还可以避免精神损害赔偿金难以评定的问题。但依《侵权责任法》第22条,若受害人已罹患精神疾病的,其精神损害不可谓不“严重”,法院不赔偿的理由很难成立。

在“林玉暖”案中,原告的惊吓损害似乎是身体健康损害,法院在判决赔偿健康权损害后,还判决“原告目睹儿子血流满面,精神必定痛苦,有抚慰的必要,法院酌定精神损害抚慰金2000元”。笔者认为,精神疾病与精神损害应予区分,对两者的赔偿可以并列理由是:其一,精神疾病可能治疗费用不高,若只赔偿财产损害,反而可能使其赔偿金低于普通的精神损害赔偿金,且精神疾病治疗具有特殊性,故精神疾病很难与身体损害一样,被视为财产损害;其二,精神疾病造成的损害完全可能超过身体损害,尤其是它往往导致受害人丧失劳动能力。受害人身体遭受严重伤害的,可以请求赔偿精神损害,遭受精神疾病的,不能请求精神损害赔偿,利益衡量难谓公平。

其次,近亲属因惊吓罹患精神疾病的。对此,奥地利法院仅赔偿健康损害,但往往以精神损害的名目进行赔偿。<sup>(44)</sup>瑞士的做法则有所不同。在前述军用飞机坠毁案中,父亲因得知两个儿子死亡的消息神经分裂,劳动能力丧失一半,起诉要求联邦政府赔偿健康损害与精神损害。法院判决赔偿其精神损害4万瑞郎、惊吓损害2万瑞郎。<sup>(45)</sup>在另一起交通事故中,妻子目睹丈夫失血过多死亡,神经受伤,丧失了工作能力。法院判决赔偿精神损害3.5万瑞郎、惊吓损害1.5万瑞郎。<sup>(46)</sup>在瑞士,一般而言,构成健康权侵害的惊吓损害,其赔偿金约为精神损害赔偿金的一半。<sup>(47)</sup>

我国法不承认近亲属固有的精神损害赔偿,《精神损害赔偿司法解释》第7条,死者近亲属的精神损害赔偿请求权应按法定顺序行使(与法定继承顺序一致),隐约表明该权利并非其自身固有的,而是对死者精神损害赔偿请求权的继承。对于重伤的情形,近亲属更不享有精神损害赔偿请求权(第8条)。因此,近亲属的惊吓损害即使构成精神疾病的也难以获得赔偿,遑论不构成健康损害的纯粹精神损害。但该解释第2条又规定,侵害监护权(按照《侵权责任法》第2条第2款的提法)“导致亲子关系或者近亲属间的亲属关系遭受严重损害”,监护人可以请求赔偿精神损害,其终极基础当然是身份权。但在受害人重伤或死亡

(42) (2011)沪一中民一(民)终字第732号民事判决。

(43) 于伟香《两调皮男孩扮鬼吓坏胆小女生》,来源: <http://old.chinacourt.org/html/article/200510/19/181947.shtml> 2012年4月25日访问。

(44) OGH 8 Ob 127/02p.

(45) BGE 112 II 118.

(46) Urteil BGer vom 12. 11. 2008(4A\_423/2008)

(47) Hardy Landolt, Schockschäden S. 381.

时,近亲属反而不能请求赔偿自身的精神损害赔偿,其合理性何在?故笔者认为,为利益平衡,在受害人死亡或重伤的情形下,近亲属应有权请求赔偿自身的精神损害。

二是近亲属的惊吓损害是否适用过失相抵制度?

在“林玉暖案”中,法院认为,“原告由于自身年老,又患有疾病,目睹儿子血流满面而昏厥,儿子受伤是外因,主要原因是原告自身患有疾病,因此,被告张建保应承担原告损失的20%的赔偿责任。”由此可见,法院适用了过失相抵制度。问题在于,因原告的特殊体质或疾病造成的损害,是否可以适用过失相抵?死者或重伤者有过失的,其近亲属的精神损害赔偿请求权是否适用过失相抵?

奥地利法院认为,第三人惊吓损害构成精神疾病的,为直接损害,因此,第一次损害中受害人的过错不予考虑。<sup>(48)</sup>但死者有过失的,其近亲属的精神损害赔偿应适用过失相抵。<sup>(49)</sup>瑞士法的结论也相同。<sup>(50)</sup>

在“林玉暖案”中,既然原告的健康损害为直接损害,能否适用过失相抵制度,就取决于原告对损害的发生是否有过错。认定原告因患有疾病而对损害的发生有过失,与情理似有不合,最多只能说原告的疾病是造成损害的原因力之一。但本案适用过错原则,在过错责任中纳入原因力,其妥当性容有疑问。当然,若认为原告对损害的发生有过错,依《精神损害赔偿司法解释》第11条,其精神损害赔偿应适用过失相抵。

#### 四、近亲属的司法认定与身份权侵权

奥地利与瑞士都将第三人惊吓损害的赔偿请求权主体限定为近亲属,但在侵权损害赔偿情形,两国都没有界定近亲属的范围,而交由学说与判决确定。

判断近亲属最简单的、最统一的标准是核心家庭成员,即配偶与子女。它是法律基于共同社会生活与普遍人性所作的推定,即亲疏远近取决于血亲与姻亲,如血缘必然伴随紧密感情,血缘越近,感情越深。但不容否认的是,相同身份的不同当事人之间,其感情浓度可能完全不同,而近亲属获得精神损害赔偿的依据是其与受害者事实上(而不只是法律上的)的感情联系,故近亲属的认定可以同时适用两个标准。

一是核心家庭标准,即推定当事人在亲人死亡或重伤时必然受到精神损害,无需审查当事人之间的真实感情状况,即使他们情同陌路甚或素未谋面,也可因为法律推定获得精神损害赔偿。如奥地利法院认为,仅有数面之缘的父子为近亲属;父亲亡故后才出生的婴儿也享有精神损害赔偿请求权,因父亲若不死亡,未来完全可能发展亲密的父子关系。

二是当事人之间的实际感情标准,即在个案中具体认定原告与当事人的感情是否与核心家庭成员间的感情浓度相当。奥地利与瑞士均同时采用了这两个标准。奥地利近亲属的认定依据包括事实上的生活关系、风俗、社会一般观念及医学标准。<sup>(51)</sup>从整体上看,奥地利实践中的近亲属的认定是具有弹性的,配偶、父母与子女(包括成年子女)当然是近亲属,其

(48) Helmut Koziol a. a. O. S. 264 Fn. 191.

(49) Filippo Ranieri a. a. O. S. 1575.

(50) Hardy Landolt, Schockschäden S. 375.

(51) Anita Maria Stiegler a. a. O. S. 34.

他亲戚是否为近亲属,则取决于个案判断,最核心的标准是紧密的感情共同体。<sup>(52)</sup>与奥地利一样,瑞士认定近亲属的核心要素也是关系的紧密程度。比较法上普遍认为,法国的近亲属概念过宽,瑞士则失之过窄,即只包括配偶、父母(包括养父母子女)、子女,但瑞士现在已抛弃了简单的形式标准,代之以形式标准与事实标准的结合。<sup>(53)</sup>近亲属不仅是生物学意义上的,也是事实上的。<sup>(54)</sup>事实上,欧洲各国在认定近亲属时都不强调形式上的家庭关系,而更强调是否在一起生活。<sup>(55)</sup>有争议的是如下几种身份。

一是同居者与未婚夫妻。1975年3月14日欧盟部长会议关于人身伤亡损害赔偿问题的决议规定,近亲属原则上不包括同居者。瑞士对此存有争议,奥地利则在特定情形下承认同居者的近亲属法律地位。奥地利最高法院2002年8月29日作了一个颇有影响的判决。该案的事实是:2000年,原告的同居伴侣因医生诊疗失误致血液中毒,不久即死亡。原告与死者共同生活了20年,伴侣辞世给原告造成了精神疾病,尤其是失眠。原告请求赔偿15万先令的扶养费用损失与25万先令的惊吓损害。奥地利最高法院驳回了第一项请求,认为同居者不属于《奥地利民法典》第1327条规定的扶养费赔偿请求权主体。但支持了第二项请求,法院认为,惊吓损害赔偿的主体——近亲属则可由法院认定。同居者是否享有惊吓损害赔偿请求权,取决于三个标准:一是与婚姻类似性(Eheähnlichkeit);二是是否形成生活共同体,即生活、经济与性的共同体;三是关系的持续性。但这三个特征并非必须兼备。<sup>(56)</sup>在另一个侵权案例中,法院认定同居伴侣为近亲属,可以请求赔偿探望受害人的费用。<sup>(57)</sup>瑞士法院也认为,同居者可以认定为近亲属。<sup>(58)</sup>未婚夫妻通常被认定为近亲属,但需证明双方关系的紧密状态及强烈的婚姻意向。<sup>(59)</sup>

二是祖父母、外祖父母、兄弟姐妹及其他亲戚。奥地利法院对此不设抽象标准,完全取决于个案判断。在一个案例中,爷爷因交通事故死亡,7个月大的孙子不在交通现场,孙子起诉要求赔偿丧亲之痛的损害。法院驳回了请求,认为原告既没有惊吓损害,也谈不上丧亲之痛,故无须查明加害人是否有重大过失。<sup>(60)</sup>又如原告的弟弟精神不正常,在一次交通事故中被一个醉酒司机交通肇事致死。原告已成家立业,弟弟与其母亲共同生活,但兄弟感情甚笃:家庭成员中就他一人照顾弟弟,每周去弟弟家两三次,为其打理生活事务,双方更似父子而非兄弟。弟弟去世后,原告非常悲伤,但没有罹患精神疾病。原告要求赔偿精神损害14800欧元,法院判决赔偿9000欧元。<sup>(61)</sup>奥地利法院总结认为,兄弟姊妹之间构成近亲属的标准有二:一是共同居住;二是长期共同生活。因此,已成年且分居的兄弟姐妹,除非有特

(52) OGH 2 Ob 90/05g; Anita Maria Stiegler a. a. O. S. 24.

(53) Anita Maria Stiegler a. a. O. S. 77.

(54) BGE 89 II 396.

(55) Filippo Ranieri a. a. O. S. 1574.

(56) OGH 8 Ob127/02p. 此判决也为该国媒体关注,如 Benedikt Kommenda, Lebensgefährte Als Angehörigen: OGH Fördert die Gleichstellung, Die Press, 28. 10. 2002.

(57) OGH 2 Ob 103/01p.

(58) BGE 88 II 455.

(59) Anita Maria Stiegler a. a. O. S. 77.

(60) OGH 2 Ob 41/03y

(61) OGH 2 Ob 90/05g.

殊生活事实证明,都不具有构成近亲属所需的亲密感情;但分开时间不长的,可以认定关系并不疏远。但即使他们之间有紧密的感情联系,其程度也不如配偶、父母子女之间的感情,故其精神损害赔偿金也相对低一些。此外,其他远亲也可以是近亲属,如叔伯将侄儿扶养成人的,彼此为近亲属。但朋友与熟人不具有法律承认的紧密关系。<sup>(62)</sup>在瑞士,兄弟姐妹也可以成为近亲属,前提是一起生活或有紧密关系,但岳父母不是。<sup>(63)</sup>

因为在惊吓案件中区分了精神疾病与精神损害,相应地,奥地利法院对近亲属的司法认定标准也因此有所差异:惊吓损害构成精神疾病的,本身就表明原告与受害人之间存在紧密关系;但精神损害则缺少这种客观标志,故形式上的家庭关系更为重要,父母子女、配偶与同居者通常可以请求赔偿,兄弟姐妹等则需要证明其关系的紧密程度。

最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第12条对近亲属采绝对的法定标准。《精神损害赔偿司法解释》第7条对死者近亲属的精神赔偿侵权采法定继承顺序,存在序列在前的近亲属时,在后的近亲属就没有精神赔偿请求权,而且全然排除了同居者、订婚者的权利。这与精神损害赔偿的宗旨似有不合。笔者认为,对近亲属的精神损害赔偿请求权,无需采取法定继承顺序。此外,宜结合法定标准与感情标准,在个案中具体认定近亲属。

需要指出的是,依据两国的司法实践,近亲属应分别请求赔偿各自的精神损害,而非作为一个整体请求赔偿。如奥地利的一个案例:被告死亡后,其父母与两个弟弟共同起诉,分别为第一、第二、第三和第四原告。他们都与死者一起居住,且死者在其父亲的公司工作,与两个弟弟感情紧密。终审法院判决,赔偿父母精神损害金各17000欧元,两个弟弟各8000欧元。<sup>(64)</sup>瑞士司法实践的做法也相同。<sup>(65)</sup>但依我国法,在受害人死亡时,同一序列的近亲属必须作为一个整体请求精神损害赔偿。笔者认为,既然每个近亲属都独立承受精神损害,将其作为一个整体请求赔偿未必妥当,故被法院确认的每个近亲属都应分别获得赔偿,且亲疏远近不应决定赔偿权利的有无,而只能决定赔偿金额的多少。因精神损害赔偿额只能采取酌定方法,故即便受害人与近亲属的精神损害赔偿请求权并行不悖,法院也可以通过减少赔偿数量的方式,减轻义务人的负担。

在解决近亲属的判定问题后,最后需要讨论的就是,赔偿近亲属(而不是其他人)的惊吓损害——包括精神疾病与精神损害——的终极依据到底是什么?

瑞士学者提出了一种新思路,认为近亲属精神赔偿请求权的正当性在于:家庭是一个独立的生产单位、财产单位与感情单位,在法律上也可视为一个整体,故其成员因侵权行为而死亡或受重伤,即构成对家庭整体的伤害。<sup>(66)</sup>瑞士法院也隐晦表达过这种观点。1977年,原告的妻子在苏黎世因车祸双目失明,长期处于深度昏迷状态,再也无法生育。原告与妻子结婚24年,事故发生后,原告的关节炎也因没有妻子照顾而加重。加害人对交通事故有重大过错,被刑事拘留14天、罚款500瑞郎。1985年,原告依据《瑞士债法典》第47条与第49

(62) Anita Maria Stiegler a. a. O. S. 40; S. 73.

(63) BGE 129 IV 22; BGE 118 II 404. BGE 88 II 455

(64) OGH 10 Ob 81/08x.

(65) BGE 90 II 79.

(66) Hardy Landolt, "Angehörigenschaden: Reflex- oder Direktschaden oder sogar beides?", HAVE 2009/1.

条,请求保险公司赔偿事故发生后其“身份关系”所受的损害4万瑞郎。其诉讼请求被苏黎世商事法院驳回,但获得了瑞士联邦最高法院的支持。最高法院认为,近亲属的绝对权被侵害是直接损害,这里的“绝对权”当然不是近亲属的健康权,而是其身份权。因为《瑞士债法典》第49条的人格侵害与《瑞士民法典》第28条的人格权异曲同工,身份权也是《瑞士民法典》第28条规定的绝对权。<sup>(67)</sup> 奥地利的判决亦多次提到,近亲属精神损害赔偿请求权的基础是因为感情共同体、生活共同体被侵害。

近亲属精神损害赔偿(包括惊吓损害)的终极依据可以解释为身份权侵害:家庭成员因侵权行为导致死亡的,其近亲属的身份权消灭;重伤的,其近亲属的身份权不圆满。在理论与实践,这一观点可以解决如下三个疑难问题。

一是近亲属的精神损害赔偿请求权是何种权益被侵害的结果?惊吓损害构成精神疾病的,受害人被侵害的是健康权,毫无疑义。但近亲属的精神损害对应的是何种绝对权,却一直一直是法学的难题。将其归于身份权,不仅可以为近亲属的精神疾病与精神损害找到赔偿依据,与侵权法理论体系更为协调(侵权法通常保护绝对权),而且可以解决一些侵权法实践难题。如在死亡情形,很多法域依据健康受损与死亡时间的间隔,判断死者有无精神损害:即时死亡的,死者就没有精神损害赔偿请求权。此时,为使近亲属获得精神损害赔偿,法学家不得不拟制“法学一秒钟”,确认死者必然遭受精神损害。但若认定身份权受损,则完全可以承认死者本身并无精神损害赔偿请求权,权利主体应为近亲属,这样就可以摆脱死者丧失主体资格后有无赔偿请求权、精神损害赔偿请求权能否继承等问题的纠缠。而且,因精神损害赔偿金只能酌定,故无论赔偿权利人是谁,义务人的赔偿范围都相差不大。

二是何以不赔偿近亲属以外的第三人的惊吓损害,包括已经构成精神疾病的损害?现行侵权法理论只能通过相当因果关系、法规保护目的等进行解释,但相当牵强。若将近亲属的精神疾病与精神损害解释为身份权侵害,近亲属以外的第三人当然就无法请求惊吓损害赔偿。

三是近亲属的惊吓损害是否为直接损害?如前所述,第三人的精神疾病被视为直接损害,但精神损害是否为间接损害或反射损害,理论与实践并未明确。若将其界定为身份权的侵害,则精神疾病与精神损害都是直接损害。需要指出,我国有判决认为,丈夫遭受某些严重人身伤害时,妻子性权利的损害是反射损害。<sup>(68)</sup> 这种损害本质上是精神损害的一种,即“丧失生活乐趣”,故也是直接损害。

将近亲属精神损害的赔偿依据确定为身份权侵权后,是否将惊吓损害区分为精神疾病与精神损害就无关紧要了。区分两者无非是为了通过健康权侵害论证惊吓损害的赔偿理由。但如前所述,两者在实践中往往难以区分,且奥地利与瑞士都承认,近亲属的惊吓损害不构成精神疾病的,在特定情形下也可以获得赔偿,故区分的意义就只体现在赔偿的成立要件上限。近亲属精神疾病的赔偿限制不多,精神损害则有诸多限制,但核心还是精神损害的严重程度。既如此,区分精神疾病与精神损害来解决赔偿依据的做法就存在矛盾,统一归结

(67) BGE 112 II 220.

(68) 杨春华《丈夫性功能受损害 妻子索要精神赔偿——间接性权利是否应予保护》,载《人民法院报》2009年4月14日第2版。

为身份权侵害在理论上则更为圆融。

如果将近亲属的各种精神损害的赔偿基础都归结为身份权,就可以理解何以奥地利与瑞士司法实践固然对近亲属的范围有所扩张,但还是限于以婚姻与血缘为主线的关系网络。尽管对婚姻的认定突破了一纸婚书,扩大到了未婚妻与同居者,血缘关系也扩大到旁系血亲及距离较远的直系血亲,然而,两国都没有全然采取感情标准:在法律上,朋友之间的感情再深厚,也敌不过那些感情淡薄的血亲。也就是说,两国都没有在根本上突破法律推定的近亲属范围,这也反过来说明了,两国近亲属精神损害赔偿请求权的潜在基础是法定的身份权被侵害。

## 五、结论

惊吓损害的核心问题是近亲属惊吓损害,若将其理解为精神损害的一部分,则惊吓损害并非新问题。正如冯·巴尔指出,惊吓损害的实质是,当事人能否以及在何种条件下可以请求赔偿自己因他人伤亡遭受的精神损害。<sup>(69)</sup> 奥地利与瑞士的司法实践也表明,其核心是近亲属能否请求赔偿自身的精神损害。

奥地利与瑞士处理惊吓损害的很多做法都相同或类似,基本思路都是将惊吓损害作一分为二处理,分为精神疾病与精神损害。两者的核心差别在于赔偿前提:前者构成绝对权侵害,故满足健康权侵害的一般要件即可请求赔偿;后者不构成绝对权侵害,故需满足其他要件,即加害人具有故意或重大过失(奥地利),受害人死亡与重伤(瑞士)的,方可请求赔偿。此外,因精神疾病是健康权侵害,故为直接损害,受害人是否目睹事故或亲历事故也就无关紧要。赔偿主体限于近亲属,近亲属的判断标准主要采取形式标准,兼顾个案中当事人的关系紧密程度。

两国法律都没有明确规定惊吓损害,而均是通过法院运用法教义学解决的。前文的分析也展现了两大法系处理这一问题的不同思路:因为英美法不存在统一的“一般侵权行为”(tort),只有各种具体侵权行为(torts),故英美法将惊吓损害视为一种独立的侵权行为类型。奥地利与瑞士则通过“绝对权侵害”这一关键论证环节,将惊吓损害部分纳入既有的法教义学框架中。这与英美法借助“危险区域”、“可预见性”等理论有所差别。两国还认为,近亲属的惊吓损害不构成健康权损害的,在一定条件下也可以赔偿,这样一来,以健康权为标准区分惊吓损害的做法,其意义就大打折扣。最后,两国司法实践对法教义学的一大贡献是,暗示近亲属所有类型的精神损害,其赔偿基础都是身份权被侵害,因为家庭是一个具有多种功能的共同体(经济、感情、生活)。这也提升了家庭在侵权法中的地位。

两国对惊吓损害的处理凸显了法教义学的优势:它可以通过法律解释等方法,在不突破概念法学本身的前提下,尽量将价值衡量纳入既有理论体系中,而无需如英美法一般,通过个案创制新规则。当然,法教义学也不可能通过演绎方法将新的价值判断全部兼收并蓄,并与既有体系并行不悖。如依个案具体认定“近亲属”,就难免突破其传统范围。这就体现了法教义学的另一个问题:若要用一个固定的逻辑体系包打天下,其概念必然至大无边,尽可能抽象与空洞,但这是以丧失精确性为代价的。

(69) [德]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83页。