

法学论坛

## 破解离婚精神损害赔偿之法律对策新探

吴国平

(福建江夏学院, 福州 350108)

**摘要:**因婚姻不忠行为导致夫妻感情破裂而起诉离婚的是离婚案件中的典型情况,无过错一方在起诉离婚的同时要求有过错方精神损害赔偿的也不在少数。由于我国相关法律还不完善,造成诉讼过程中频频出现举证难、认定难和赔偿难的问题。应当从法律制度和审判机制入手进行改革,通过完善《婚姻法》相关内容和民事诉讼证据规则的适用机制,使法律救济措施更具有可操作性,切实解决离婚精神损害赔偿难的问题,为当事人提供有效的法律救济与保障。

**关键词:**离婚;婚姻不忠;精神损害赔偿;法律对策

中图分类号:DF551 文献标识码:A 文章编号:1674-9502(2016)04-016-10

近年来,我国离婚案件数量不断上升,其中,因婚姻当事人一方重婚、与异性同居生活等违反夫妻忠实义务而引发夫妻感情破裂导致离婚的,已成为当前离婚案件的一种典型情况。与之相联系的是,在向人民法院起诉时,无过错方除了离婚诉讼请求外,往往还会涉及精神损害赔偿的问题。2001年我国《婚姻法》(修正案)中首次以法律形式明确规定了离婚损害赔偿制度,司法解释也有更为细化的规定,为惩罚婚姻侵权行为提供了法律依据,但在精神损害赔偿制度方面的规定仍不完善,人们对此的认识也不一致,司法实践中离婚精神损害举证难、认定难和赔偿难的问题比较突出。本文在此就离婚精神损害赔偿的法律认定及其处理问题进行探讨,以期抛砖引玉。

### 一、婚姻不忠行为的特点及其危害后果

#### (一) 婚姻不忠行为的表现形式和特点

据媒体报道,我国离婚率已连续12年递增,2014年有360万对夫妻离婚,这个数字是10年前的两倍多;同期离婚率即每1000人中的离婚案数目也翻了一倍多。目前的离婚率已达2.7,远高于大部分欧洲国家,接近于离婚最普遍的西方国家美国的水平。专家分析称

作者单位:福建江夏学院 收稿日期:2016-06-07

徐志文:《离婚率正在中国迅速攀升 超一半由女方主动提出》, <http://news.sohu.com/20160124/n435648633.shtml>, 搜狐网, 2016年3月20日访问。

有5成离婚系因婚外情所致。本文在此将违反一夫一妻制的行为统称为“婚姻不忠行为”。它是指有配偶者在婚姻关系存续期间与婚外异性发生性关系的行为。婚姻不忠行为主要表现为重婚、有配偶者与他人同居、“一夜情”、通奸、卖淫、嫖娼、找情人、换妻等多种形式。其中，有配偶者与他人同居是指婚姻关系存续期间夫妻一方或双方与婚外异性保持稳定持续的共同居住的行为。该行为包括公开同居和秘密同居二种表现形式。其主要特点在于同居者双方均不以夫妻名义进行同居。“包二奶”和姘居是有配偶者与他人同居的主要形式。“包二奶”是指有配偶的男性以金钱、物质等经济利益为交换条件而与婚外异性同居生活或者保持较为固定的性关系的行为。姘居是指有夫妻任何一方与婚外异性共同居住生活的行为。对于姘居者而言，如果双方发展到公开以夫妻名义同居生活，则构成事实重婚。如近年来的广东等沿海一带出现的农民工“临时夫妻”现象，正是有配偶者与他人同居的典型例子。上述种种行为，从本质上看，都是违反我国一夫一妻制婚姻制度，违背夫妻忠实义务的行为，也不符合社会主义道德的要求。其中的重婚行为，不仅损害婚姻当事人的个人利益，而且还是对社会公共秩序和公共道德的违背。

从总体上看，婚姻不忠行为具有以下特点：（1）男性为主。在因婚姻不忠而引发的离婚诉讼中，原告多为妻子一方，被指有婚姻不忠行为的当事人即被告多为丈夫一方。（2）形式多样。近年来婚姻不忠行为呈现多样化样态，除我国《婚姻法》明文规定的重婚、有配偶者与他人同居这二种法定情形外，“一夜情”、通奸、卖淫、嫖娼、找情人、换妻等其他婚姻不忠行为也不断出现和增多，甚至出现以认“干爸”、“干女儿”为名的“婚外情”、“地下情”形式，有的还生育了子女。（3）行为隐蔽。除了换妻行为以外，绝大多数婚姻不忠行为都具有私密性、隐蔽性，配偶与外人一般难以发现和察觉。（4）日渐多发。由于物质生活水平的提高，思想观念的变化，价值导向的错位和社会大环境的日渐宽松，婚姻不忠行为有日渐增多的趋势。（5）成因复杂。婚姻不忠行为的不断发生，既与行为人家责任意识淡化、道德品质堕落、个人私欲膨胀、法治观念淡薄有关，也与人们对婚姻家庭认知变化、社会舆论约束弱化、法律保障程度不够有关。有的行为人特别是男性在有了一定金钱、权力或者地位之后，为了追求个人享乐，满足私欲，便过上了变相的“一夫多妻”生活。在这些人中，利用上下级关系的有之，利用权力地位的有之，利用金钱诱惑的有之，利用把柄要挟的有之，也有的是互相利用，不一而足。而有的女性特别是年轻女性，为了贪图享受而一拍即合，也有个别女性是为了达到个人某种目的而投怀送抱。不少人还不以为耻，反以为荣，甚至“羡慕”不已。以上种种行为表明，我国现行婚姻制度正受到严峻的挑战，配偶权受到侵犯的当事人更需要通过法律救济途径来捍卫自己的权益。

## （二）夫妻违反忠实义务产生的危害后果

婚姻不忠行为的产生，无论对夫妻双方还是子女都是一种严重伤害。具体体现在：

1. 伤害了夫妻感情。婚外性关系等婚姻不忠行为，是违反我国《婚姻法》规定的“一夫一妻”制的违法行为，也是对我国《婚姻法》规定的夫妻相互忠实义务的违背，更是对夫妻感情的一种背叛和伤害，因此，双方离婚是其必然的结果。

2. 给无过错方带来了精神痛苦。婚姻不忠行为的发生，粉碎了无辜的受害人一方对爱

佚名：《中国统计离婚率 2015 揭秘离婚原因及婚内出轨占离婚率 5 成》，<http://www.niubb.net/a/2015/12-06/1136181.html>，牛 bb 文章网，2016 年 3 月 20 日访问。

吴国平：《论农民工重婚行为的法律规制》，《广西大学学报》（哲学社会科学版）2014 年第 4 期，第 93-98 页。

情的信任以及亲情和幸福生活期盼，给她造成了巨大的精神痛苦和心灵创伤，这种痛苦与创伤有时远远比单纯的财产损失后果更严重。

3. 给子女成长带来了不利影响。不仅对婚姻当事人双方所生子女带来了巨大的压力与打击，而且有的案件中，有过错方还与第三人生育了子女。作为这些子女而言，他们是无辜的。父母之间的矛盾冲突与相互关系的变化，使其生活保障和情感依赖受到威胁，也会给其精神上、生活上带来很大的影响。尤其是处于少年儿童成长时期的子女而言，也是一种间接伤害，对其健康成长不利，至少是给她幼小的心灵留下了阴影。

4. 给婚姻家庭秩序造成严重破坏。如前所述，婚姻不忠行为违背了我国一夫一妻制的婚姻制度，败坏社会风气，影响家庭稳定，损害了婚姻的社会功能，破坏了我国婚姻家庭秩序，由此还诱发了各种民事纠纷和刑事犯罪，影响社会和谐稳定。

综上所述，婚姻不忠行为的发生，对家庭与社会都造成了危害。它不仅是对夫妻感情与忠实义务的背叛和违反，直接导致婚姻关系破裂，而且还侵犯了受害人的配偶权与人格尊严。

## 二. 离婚适用精神损害赔偿的理论和法律依据

在当今法治社会，人们的权利意识觉醒和维权意识的增强，使得人们对自身精神权益的维护和保障愈加重视，而案件的审理也涉及法律权威与司法公正问题。因此，在离婚案件时，精神损害赔偿问题是无法绕开和回避的。适用精神损害赔偿的目的在于通过责令加害人对受害人在经济（物质）上的赔偿以减轻或者化解其在精神上的创伤与痛苦，从而达到精神抚慰的效果。换句话说，就是通过这一法律救济措施，既惩罚违法行为人（加害人），也使受害人尽早从中解脱出来，开始新的生活。因此，笔者认为，当事人提出的精神损害赔偿请求是有法理依据的，应当予以重视与支持。

1. 加害人的违法行为伤害了夫妻感情。我国《婚姻法》第2条明确规定我国实行一夫一妻制，《婚姻法》第4条还强调夫妻应当履行相互忠实的义务，而加害人的婚姻不忠行为，不仅违反了《婚姻法》的规定，而且直接背叛了夫妻感情，导致婚姻关系破裂。

2. 加害人的违法行为所造成的危害后果主要体现在精神损害方面。从受侵害的对象（客体）来看，婚姻不忠行为严重侵犯了夫妻另一方的配偶权，给配偶一方带来精神上、心理上的无法愈合的伤害。一些受害人为此遭受的巨大打击而造成精神痛苦、心理崩溃、情感折磨和绝望是可想而知的。当然，在有的案件中可能还附带侵害到受害人的名誉权和生育权，这些权利都属于自然人的人格权范畴。因此，受害人完全有权主张精神损害赔偿。

3. 受害人的请求符合我国《侵权责任法》、《婚姻法》和相关司法解释的规定。我国《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。”《婚姻法》第46条也规定因“有配偶者与他人同居”而导致离婚的，无过错的当事人一方有请求损害赔偿的权利。与之相配套，最高人民法院《婚姻法司法解释（一）》第28条规定，《婚姻法》所规定的损害赔偿，包括物质和精神损害赔偿两个方面的内容。涉及精神损害赔偿问题的，应适用最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的有关规定。根据该《解释》第1条第2款的规定，受害人向人民法院提起离婚诉讼时，以对方当事人违反夫妻忠实义务为由同时向人民法院提出赔偿精神损失诉求的，人民法院应当受理。婚姻不忠这一违法行为应属于该条款规定的范畴。再

退一步说，我国法律上并不否认夫妻间的侵权构成损害赔偿责任。即便是运用一般侵权法对无过错当事人进行司法救济，在法律上也并无任何障碍。因此，受害人完全可以基于对方所为民法上的侵权行为而依法主张精神损害赔偿，这种主张是有法律依据的，同时也符合法理。

### 三、解决离婚精神损害赔偿难的法律对策思考

在我国司法实践中，追究当事人违反夫妻忠实义务法律责任的主要途径是通过离婚诉讼来解决的。因此，就当事人的诉讼权利而言，它不仅涉及离婚的诉讼请求权，而且还涉及离婚精神损害赔偿问题。

#### （一）进一步完善我国《婚姻法》的相关内容

1. 将夫妻忠实义务提升为法定义务。重婚、有配偶者与他人同居行为都是违反我国《婚姻法》所明文规定的“一夫一妻”制行为的典型表现形式，他们在本质上都属于违反夫妻忠实义务和侵犯配偶权的行为。而我国实行的是一夫一妻制的婚姻制度，《婚姻法》一方面在第3条中明确规定禁止重婚和有配偶者与他人同居行为，另一方面还在第4条规定了夫妻的相互忠实义务。这是从禁止性规定和倡导性规定二个不同角度对一夫一妻制原则的强调与补充。但是这些规定并没有实现我们制定《婚姻法》时的立法初衷。值得我们反思。因为《婚姻法》第4条的规定还仅仅是一条宣示性、倡导性的规定，对于夫妻忠实义务的具体内容、违反该义务所应承担的法律责任和后果等没有明确，加上最高人民法院《婚姻法司法解释（一）》第3条对当事人违反夫妻忠实义务的可诉性的限制，因此，使得现实生活中一些违反夫妻忠实义务的行为因有效责任追究机制的缺失而没有得到应有的处理，婚姻侵权法律救济不到位。目前我国法律对婚外同居等违法行为缺乏有效规制，导致一夫一妻制在实践中受到严重挑战。因此，为了使夫妻忠实义务能够得到很好的履行，并保护弱势一方的权益，有必要将该义务上升为法律义务，即以法律条文的形式予以具体明确。

2. 扩大重大过错行为的范围。《婚姻法》第46条规定的违反忠实义务的法定过错行为仅限于“重婚”和“有配偶者与他人同居”这二种情形。但在实际生活中，违反忠实义务的行为已远远突破了现有法律的规定。诸如“一夜情”、通奸、卖淫、嫖娼、换妻等婚姻不忠行为，也是对忠实义务的严重违背，也会伤害夫妻感情甚至导致婚姻关系破裂，给对方造成严重的精神损害和物质损害，其危害程度并不亚于重婚和与他人同居。已成为当前影响婚姻稳定与家庭和睦的重要因素，因此，建议未来立法应将这些行为纳入婚姻不忠行为的范畴，扩大离婚损害赔偿的适用范围，或者在《婚姻法》第46条中增加一个兜底条款，即“因其他严重过错导致离婚的。”这种列举加概括的立法条文模式，既能够适应社会发展趋势的要求，更加全面有效地维护社会主义婚姻家庭秩序和当事人的权益，也能够增强法律的针对性和可操作性，预防和制裁上述破坏婚姻关系的违法犯罪行为。

3. 将精神损害赔偿作为婚姻侵权的救济措施。婚姻不忠行为是婚姻侵权的一种典型方式，而离婚纠纷是婚姻不忠行为的派生产物和必然后果，其中，精神损害赔偿是婚姻侵权

马忆南、贾雪：《婚姻法第四十六条实证分析》，《中华女子学院学报》2016年第1期，第5页。

最高人民法院《关于适用 中华人民共和国婚姻法 若干问题的解释（一）》第3条规定：“当事人仅以婚姻法第四条为依据提起诉讼的，人民法院不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉。”

法律救济的必然要求。因为配偶一方违背了夫妻忠实义务，就必然会侵犯和损害配偶另一方的合法权益，就应当受到法律的惩罚。笔者主张，对婚姻不忠行为应当区分罪与非罪的界限，对于构成重婚罪的，应当依法追究犯罪嫌疑人的刑事责任，但“包二奶”、姘居、通奸等多数行为毕竟不是犯罪行为，对其纳入刑事制裁的范畴，处之以刑罚，有惩罚过重之嫌，显然不合适。理智与正确的选择应当是运用我国离婚损害赔偿（包括精神损害赔偿）制度来加以制裁，即通过适用我国法律规定的损害赔偿（包括精神损害赔偿）制度予以司法救济。

## （二）进一步完善我国民事诉讼证据规则

目前，“婚外情”和“家庭暴力”是婚姻侵权的主要形式。2001年我国《婚姻法》（修正案）规定了离婚损害赔偿制度，为惩罚婚姻侵权行为提供了有力的法律依据，但这一制度目前在司法实践中却陷入赔偿难的困境。特别是要证明配偶与“第三者”同居或存在出轨情况则更是难上加难。主要原因在于一方面，男女婚姻家庭生活属于公民个人隐私，他人负有禁止窥探的克制义务。作为住宅小区的物业管理公司，为了维护业主的隐私，其往往是守口如瓶。而邻居、朋友等则怕招惹是非，也不愿意作证。另一方面，有过错方与他人同居或者发生性关系大多采取比较隐秘的方式进行，或者为避免自身不利益，而事先隐匿、销毁对其不利的证据，而无过错方并不知情，也难以掌握（取得）证据。即便其有所怀疑而采用秘密跟踪、秘密拍照、录像录音、现场捉奸、聘请私家侦探“侦查”等方式取得了对方出轨、不忠的某些证据时，也因这些证据不具备合法性或者无法构成完整的证据链等原因而难以被法官采纳。而“举证难”也同时带来“认定难”、“赔偿难”的司法难题。因此，在司法实践中，提起离婚精神损害赔偿而成功获得人民法院支持的案例并不多，使《婚姻法》所规定的离婚损害赔偿制度在实践操作层面并没有得到全面有效的执行。但从制度完善的角度来看，离婚损害赔偿难的问题需要从制度设计上予以整体改革与完善。

### 1. 明确证据的范围与合法性要求

夫妻婚姻不忠行为的证据形式多种多样，概括起来主要有：（1）录音。即过错方与婚外第三人的通话记录，当事人在录音中提及出轨的事实。（2）录像。即过错方与第三人的不雅视频。（3）证人证言。即当事人及其亲朋好友、物业管理人（含地下车库管理员）提供的有关过错方与婚外异性同居合作举止亲密的情形描述材料。（4）书证。即过错方与婚外第三人往来信件、QQ聊天记录、通话记录查询单、过错方与婚外异性举止亲密的照片、过错方在出轨被发现后书写的保证书等。

关于证据的合法性问题，最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第68条提出明确的采纳要求，如果当事人以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法所获得的证据，属于非法证据，是不能作为人民法院认定案件事实的依据的，应当予以排除。据此可知，证据的合法性的认定关键在于是否侵害了他人的权益或者违反法律禁止性规定。因此，人民法院对于当事人自行采集的证据，特别是采用私录、偷拍或者偷录等形式而取得的证据，会依法做出不同的效力认定。主要包括以下情形：（1）在自己住宅安装监控设施（例如录像录音设备等），是完全合法的，不构成侵权；（2）未经他

陈朝晖、翁德辉：《困境与突破：离婚损害赔偿难的破解路径探究》，《海峡法学》2015年第4期，第82页。

张珊：《论离婚案件中“不忠证据”的认定》<http://zxsfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=1428#rd>，资兴市法院网，2016年3月7日访问。

胡明玉：《婚姻家庭法律问题专题研究》，法律出版社2015年版，第182页。

人同意私闯他人住宅取得的证据，这属于侵权行为，该证据不具有合法性；(3)在自己住宅内获得的证据是合法的，但如果在证据获取过程中对第三人进行了伤害，则构成侵权行为；(4)通过事先私自安装录音录像设备等非法手段在第三人住宅内获取的两人亲密照片、录音或录像的，则不具有合法性；(5)在他人的办公室、住宅或者酒店、宾馆等地安装录音录像设备，也属于侵权行为，不具有合法性；(6)在公共场所拍摄过错方与第三人活动的录像或照片等是合法的，不构成侵权。

## 2. 举证责任规则的调整与完善

### (1) 合理设置举证责任的分配

应适用举证责任转移或者举证责任缓和，通过合理设置举证责任的分配，适当减轻无过错方的举证责任。

首先，由于当事人起诉离婚或者正处于离婚诉讼过程中，这就涉及证明有过错方不忠的举证责任问题了。笔者认为，要解决诉讼过程中离婚精神损害赔偿举证难的问题，最有效的办法还是要通过完善立法来解决，即立法上应当适用举证责任转移或者举证责任缓和，通过合理设置举证责任的分配，适当减轻无过错方的诉讼举证责任。在司法实践中，离婚损害赔偿案件作为一般民事案件，举证责任方面遵循的同样也是我国《民事诉讼法》规定的“谁主张，谁举证”的证据规则。在人民法院庭审中，如果无过错方认为配偶他方有婚姻不忠行为，则其应承担相关事实的举证责任。该当事人不仅须对案件事实的存在与否收集和提供证据，还要在案件事实真伪不明时独自承担全部败诉的法律风险。但正如上文所分析，婚姻生活的私密性和婚外性行为的隐蔽性给无过错方自己取证带来很大的困难。因此，在无过错方证明确有困难时，应当适当减轻无过错方的举证责任。具体有两种途径可供选择：

第一，适用举证责任的转移。也称为举证责任的倒置。即先由受害人（无过错方）提供其配偶有法定过错行为的初步证明，由法官将举证责任转移给配偶他方，由其提出相关证据证明自己的清白；如果配偶他方无法证明的，则推定其有过错，由其承担损害赔偿责任。或者只要无过错方有证据对配偶另一方提出其违反忠实义务的合理怀疑时（例如配偶另一方与婚外异性亲密接触的视频、QQ聊天记录截图、照片、长时间与固定的婚外异性同居的录像视频和物业管理人员的证人证言等），则应由有过错方（即配偶他方）针对该怀疑提供修改证据予以反驳。

第二，由法官依职权进行调查。我国《民事诉讼法》第64条规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。”2001年最高人民法院《证据规定》第15~17条的规定，在特定情形下，人民法院可以依职权或者依当事人的申请来调查和收集证据。该《证据规定》第70条第1款第3项还规定，只要视听资料的获取不违反社会公共利益和社会公德，虽未经对方同意，也应当采信并作为定案的证据。因此，在离婚损害赔偿诉讼中，当

张珊：《论离婚案件中“不忠证据”的认定》<http://zxsfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=1428#rd>，资兴市法院网，2016年3月7日访问。

同注。

胡明玉：《婚姻家庭法律问题专题研究》，法律出版社2015年版，第183页。

受害人因某种原因自行收集证据确有困难，或者涉及加害人隐私时，可以依法申请人民法院进行涉案证据的调查收集。未来立法上应当考虑适当拓宽人民法院依职权调查取证的范围。这里需要指出的是：(1) 人民法院依职权调查取证须限制在法律规定的范围内。这是人民法院在民事诉讼中所处的诉讼地位所决定的，也是司法公正的要求。(2) 注意遵循“任何权利的行使都要尊重公共利益和他人权益”的原则。为了实现当事人之间举证责任的公平分担，以维护无过错方的利益，应当允许受害人以合法手段在必要范围内了解、获取或公开对方的隐私，这并不构成对他人隐私权的侵犯。但这以无损于他人和社会为限。至于受害人为维护自身权益，收集获取第三人（即与自己配偶同居或者发生性关系的“第三者”）破坏他人家庭致使自己的配偶权和夫妻忠实权利受到侵犯的证据时，也必须限定在必要且合法的限度内。对于所收集到的证据，只能提交人民法院作为证据使用，而不能私自传播或者透露给他人进行宣传报道或者扩散。否则，就会过错对“第三者”权益的侵犯。

其次，未来在条件成熟时，也可以通过立法来免除受害人精神损害的举证责任。只要有过错方实施了违反忠实义务的行为，法律就推定受害人精神损害的存在，唯有如此，才符合惩罚婚姻过错方的立法目的。

## (2) 科学设置证据的认定规则

第一，降低婚姻侵权事实的证明标准。在司法实践中，目前人民法院实行的是“高度盖然性”的证明标准，这就实际上就要求法官应根据逻辑上的高度可能性来审查认定案件的相关证据与事实。但由于当事人的婚姻不忠行为都具有隐秘性，难以为他人所察觉，因此，在离婚损害赔偿诉讼中，无过错方依靠个人力量一般是无法收集到有过错的配偶一方出轨的全部证据，原被告双方在诉讼力量上存在着天然性的差异。如果适用较高的证明标准，这对无过错方的权益保护明显不利。因此，为适度降低无过错方的举证责任要求，减轻处于弱势地位无过错方的证明负担，法官应从当事人双方诉辩能力的实际出发，对此类案件证据和事实的审查认定采用“较高程度的盖然性”的证明标准，并依职权对案件具体事实和当事人提交的证据的真伪进行综合判断与采纳。

第二，明确瑕疵证据的认定规则。如前所述，由于举证难度较大，无过错方在收集证明对方存在法定赔偿事由的证据时，经常会采用秘密跟踪、私录偷拍等方式隐蔽方法进行取证。而这些证据可能因不具有合法性而成为有一定瑕疵的证据。有过错方的婚姻不忠行为和过错方的取证行为均具有隐蔽和私密的特点。如何对待此类证据，是法官在处理离婚损害赔偿案件时经常遇到的一个问题。笔者认为，应采用“两权相害取其轻”的原则。对于无过错方获取的相关证据，虽然其取证方式手段不合法，但其可以成为证明有过错方不忠行为的直接证据。完全否定其效力，对保护无过错方权益不利，也影响案件的公正审理。如果完全肯定其效力，则在客观上会助长违法取证行为的滋生。这需要法官在两者之间进行价值评估与权衡。正如有的学者所言：证据收集行为如果对我国《宪法》上所保护的权

胡明玉：《婚姻家庭法律问题专题研究》，法律出版社2015年版，第184页。

张珊：《论离婚案件中“不忠证据”的认定》<http://zxsfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=1428#rd>，资兴市人民法院网，2016年3月7日访问。

陈朝晖、翁德辉：《困境与突破：离婚损害赔偿难的破解路径探究》，《海峡法学》2015年第4期，第84页。

同注。

同注。

利特别是公民的人格权造成侵犯时，原则上应当否定其证据效力。但如果仅仅是违反我国实体法的规定，则其证据能力不应轻易地加以否定。因此，法官在审查认定瑕疵证据时应按照以下规则进行操作：第一，积极效应大于负面效应的证据，应当予以采纳。即对在收集证据过程中，当事人只是轻微偏离应然程序标准而导致证据瑕疵，且在综合考量各种因素后认为采纳该证据的积极效应大于负面效应的，则应当采纳该证据；第二，严重侵权或者违反公序良俗的证据，应当不予采纳。即对于严重侵害他人人格权或者违反公序良俗而取得的证据，例如私自在他人住宅内安装摄像头、窃听器等设备所获得的证据，应当予以排除适用。

### （三）离婚精神损害赔偿规则的具体运用与完善

依照前文所述最高人民法院颁布的有关适用《婚姻法》的三个司法解释精神，在运用离婚时精神损害赔偿法律规则时应注意把握以下具体事项：

1. 离婚精神损害赔偿的权利主体。根据《婚姻法》和司法解释的规定，只有无过错方才享有离婚损害赔偿请求权，因此，当事人在离婚诉讼中依照离婚过错损害赔偿制度主张损害赔偿权利时，须以自己无法定过错为前提。

2. 离婚精神损害赔偿的义务（责任）主体。按照目前的法律规定和司法解释，有过错的配偶一方是离婚过错赔偿之义务主体（即责任主体）。

3. 精神损害赔偿请求权的行使。如前所述，离婚损害赔偿请求权归无过错一方享有。是否行使离婚损害赔偿请求权，由无过错方当事人自己决定。如果无过错一方并没有提出该项请求的，则人民法院不能主动干预和处理。如果当事人一方在婚姻关系存续期间不起诉离婚而单独提起诉讼要求对方当事人予以损害赔偿的，人民法院不予受理。

4. 提出离婚精神损害赔偿请求的时间。根据《婚姻法若干问题的解释（一）》第30条规定，如果有过错方的过错行为符合《婚姻法》第46条规定的法定情形并导致离婚时，人民法院应区别不同情况而分别处理：（1）对于无过错方作为原告的，须在起诉离婚时一并提出损害赔偿的请求，否则视为放弃；（2）对于无过错方作为被告的离婚诉讼，若无过错方既不同意离婚，也不提出损害赔偿请求的，则可在离婚后一年内就损害赔偿问题单独提起诉讼；（3）对于无过错方作为被告的离婚诉讼案件，如果在一审时被告没有提出损害赔偿要求，但在二审期间才提出该要求的，人民法院应当进行调解。调解不成的，告知当事人可在离婚后一年内另行起诉。此外，根据《婚姻法司法解释（二）》第27条的规定，如果当事人以协议离婚形式解除婚姻关系，且在协议离婚时已明确表示放弃离婚损害赔偿请求，或者在办理离婚登记手续一年后才提出离婚损害赔偿请求的，人民法院不予支持。这一规定明确了协议离婚时损害赔偿的适用问题。但该规定在实际操作上会遇到一些实际难题：（1）该条款规定的“一年”期间是除斥期间还是诉讼时效期间不明确。从该司法解释的文义来解释，这里的“一年”期间应为诉讼时效期间，而不是除斥期间。因为除斥期间的性质为不变期间，它仅适用于包括撤销权、解除权和同意权等在内的形成权。而诉讼时效期间是为债权请求权而设定的，而损害赔偿请求权就是一种典型的债权请求权，它只能适用

郭美松：《视听资料的证据能力及采信规则》，《现代法学》2004年第2期，第44页。

陈朝晖、翁德辉：《困境与突破：离婚损害赔偿难的破解路径探究》，《海峡法学》2015年第4期，第85页。

根据最高人民法院《婚姻法若干问题的解释（三）》第17条的规定，当夫妻双方均存在法定过错情形时，一方或者双方向对方提出离婚损害赔偿请求的，人民法院不予支持。《婚姻法司法解释（一）》第29条的规定，承担损害赔偿责任的主体是离婚诉讼当事人中的有过错方，且当事人的离婚是因一方的法定过错行为所致。



诉讼时效规则。为避免理解上的分歧,建议将该条款修改为“当事人在婚姻登记机关办理离婚登记手续后一年内,以《婚姻法》第46条规定的情形为由向人民法院提起诉讼要求损害赔偿的,人民法院应当受理。但当事人在协议离婚时已经明确表示放弃该项请求的,人民法院不予支持。”(2)规范性文件相互间衔接不到位。体现在该条款和《婚姻登记条例》中均未规定婚姻登记机关对当事人的告知义务。即告知当事人在规定期限内及时行使权利的义务。这对协议离婚的当事人是不公平的。在实践中,由于许多当事人不了解司法解释的规定,很容易丧失行使权利的机会。而对于诉讼离婚案件,根据《婚姻法司法解释(一)》第30条的规定,人民法院在受理离婚案件时,应将《婚姻法》第46条等条款中有关当事人权利义务方面的法律规定以书面形式告知双方当事人,以方便当事人及时行使权利。至于是否提出离婚损害赔偿诉请,则完全取决于当事人。

因此,为了确保协议离婚的当事人也能够及时行使权利,建议参照司法解释关于诉讼离婚的规定,在《婚姻登记条例》中增加关于婚姻登记机关附加告知义务的规定,或者由最高人民法院与民政部共同发布规范性文件的形式加以规定,告知当事人在规定期限内享有要求损害赔偿权利的义务,<sup>①</sup>并明确当事人行使权利的法定期间,以便当事人作出选择,切实维护和全面保障当事人各项权益。

5. 离婚精神损害赔偿的赔偿范围。离婚损害赔偿范围包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。物质损害是指因过错方过错行为所造成的无过错方实际财产利益的减少。如因家庭暴力行为致使无过错方身体受到伤害而支出的医药费、治疗费等。精神损害是指因过错方的侵权行为而给无过错方造成的精神痛苦和情感创伤等精神利益的损害。精神损害赔偿的目的就是为了抚慰受害人受伤的心灵。<sup>②</sup>根据一般侵权法理论,财产损害赔偿实行全部赔偿原则。精神损害赔偿由法官根据案件具体情况依法裁判。

6. 离婚精神损害赔偿金的给付。离婚精神损害赔偿金应由过错方从其个人财产中给付,且原则上应一次性给付完毕。如一次性给付确有困难或者有特殊情况的,也可以分期给付,但过错方必须提供相应的担保。

7. 离婚精神损害赔偿的责任形式。实行财产责任形式为主和全部赔偿的原则。由人民法院根据具体案情,从侵害一般人格权的角度判决婚姻不忠一方(过错方)赔偿受害人(无过错方)相应的精神损害抚慰金。对于个别案件性质比较恶劣,造成受害人名誉损失的,还可以一并适用赔礼道歉、消除影响和恢复名誉等民事责任方式。

8. 离婚精神损害赔偿的具体标准。一般而言,赔偿金额多少的确定,直接影响赔偿本身的法律效果。如果赔偿金额过高,可能会对加害人不公平,有的甚至导致加害人陷入生活困境,最终造成判决的无法执行。但如果赔偿金额过低,则在客观上无法起到抚慰的作用。因此,精神损害赔偿也应当有一个公平合理规范的参考标准。对此,境外民法典的规定提供了参考的样本。在世界上最早规定离婚损害赔偿制度的法律是1907年《瑞士民法典》。该法典第151条规定:“因离婚致无过失之配偶之财产权或期待权受损害者,有过失之配偶应予相当之赔偿。”在此之后,法国、德国、日本以及我国台湾地区等也在立法上确

---

吴国平、张影:《婚姻家庭法原理与实务》(第3版),中国政法大学出版社2013年版,第301页。  
同上注。

认了这一制度。《独联体成员国示范民法典》规定得更为人性化，该《民法典》第1025条第1款规定：“精神损害以金钱形式赔偿。”第2款规定：“精神损害赔偿的金额由法院根据给受害人造成的身体和精神痛苦的特点以及在过错作为赔偿依据的情况下致害人过错的程度确定。在确定精神损害赔偿的数额时应当考虑合理和公平的要求。”“身体和精神痛苦的特点由法院斟酌造成精神损害的实际情事和受害人的个体特性进行评价。”同条第3款规定：“精神损害赔偿独立于应当赔偿的财产损害。”这些规定很值得我们参考。

笔者认为，法官在决定精神损害赔偿数额时，除了认定受害人受损害的实际情事外，还必须考虑加害人的侵权程度及其财产实际状况。其中，加害人侵权程度是法官认定精神损害后果的主要标准。在确定精神损害赔偿的具体数额时，应当区别不同情况，采用不同的标准，并赋予法官必要的自由裁量权，充分发挥法官的主观能动性，并结合不同地区经济水平的实际状况，确定赔偿数额的具体数额，以进一步规范案件的裁判，使受害人能够得到合理的赔偿，以解决赔偿难的问题。

(1) 轻微级别损害。对于偶然发生的婚姻不忠行为只造成受害人轻微精神伤害的，应判决或者调解离婚，并责令加害人赔礼道歉、消除影响，不需要承担精神损害赔偿责任。(2) 轻级别损害。对于婚姻不忠行为已造成受害人一般性精神损害结果的，应从侵害一般人格权的角度判决加害人承担一定的精神损害赔偿赔偿责任。最低赔偿数额应控制在0.5-1万元之间。(3) 重级别损害。对于婚姻不忠行为已造成严重后果，但尚未构成犯罪的，应责令加害人赔偿受害人相应的精神损害赔偿抚慰金。最低赔偿数额应控制在1-3万元之间。(4) 严重级别损害。对于个别案件性质比较恶劣，已构成犯罪，并造成受害人名誉损失的，最低赔偿数额应控制在3-5万元之间。除追究刑事责任、赔偿较大数额的精神抚慰金外，还可以一并适用赔礼道歉、消除影响和恢复名誉等民事责任方式。鉴于此类纠纷的复杂性，在适用以上最低赔偿数额标准时，应赋予法官上下浮动10%的自由裁量空间，以有效保护受害人的合法权益，维护我国婚姻家庭制度与秩序。

此外，法官在审理案件时，如果发现当事人之间签订了忠诚协议，对一方违反忠实义务的赔偿数额进行了明确的约定，则可以通过法定程序确认该协议的法律效力。因为当事人事先签订的忠诚协议，这本身就可以作为一项重要的证据。同时，由于该协议明确约定了赔偿数额，在客观上就为法官审理此类案件提供了一个行使自由裁量权的依据和标准。因此，采用协议形式事先约定赔偿数额，不仅对保护无过错方的权益十分有利，而且也减轻了法官审理案件的压力，应当从立法上予以确认。至于当事人约定的赔偿数额是否恰当，这应当由法官来作出最终裁判。

(责任编辑：王建民)

例如，《法国民法典》第266条规定：“如离婚的过错全在夫或妻一方，则该方得被判赔偿损害，以补救他方因解除婚姻而遭受的物质和精神损害……”。我国台湾地区“民法”第1056条规定：“夫妻之一方，因判决离婚而受有损害者，得向有过失之他方，请求赔偿。前项情形，虽非财产上之损害，受害人亦得请求赔偿相当之金额。但以受害人无过失者为限。”

张建文译：《独联体成员国示范民法典》，法律出版社2014版，第242页。