

由五月花案件引起的理论思考兼论慰抚责任 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E7_94_B1_E4_BA_94_E6_9C_88_E8_c122_483272.htm 本案(“五月花”爆炸案简介)上诉人因为进入被上诉人餐厅消费而失子伤身，身心倾间遭受无比悲痛的打击，而餐厅也因为犯罪行为人的犯罪行为，硬件设施遭受损坏，经济损失巨大，更为严重的是，餐厅也痛失一名员工。他们都是无过错的受害人，他们的损害如何获得法律救济，此即本文所关注的问题。在我国目前尚未建立起统一的刑事被害人救济制度之前，按照目前的法律规定，对犯罪行为所造成的损害，一方面，在提起刑事诉讼的时候一并提起民事诉讼，此即刑事附带民事诉讼；另一方面，通过保险等转化风险，移转责任；再一方面，如果被告人的犯罪行为是在履行职务的过程中实施的，有时也存在替代责任，由责任的替代者承担全部或部分民事责任，如交通肇事罪民事赔偿等。从本案的情况看，不具有后二者所列情形，本案的损害后果的救济，唯一的办法或途径可能就是向刑事犯罪人追偿，面对这么严重、这么巨大的民事损害，恐有无力赔偿情形发生，其结果，受害人的经济损失无人赔偿，精神痛苦无人慰藉，社会正义、公平理念等定会大打折扣，对此我们必须从法律制度上进行检讨!首先，应建立我国的刑事被害人救济制度，因为他们都是纳税人主体，国家有义务有责任预防和打击刑事犯罪，保障他们的人身和财产不受刑事犯罪的侵犯，一旦受到刑事犯罪的侵害，就说明国家预防犯罪的国家义务没能履行充分，故国家一方面有义务将犯罪行为入绳之以法，另一方面，因为犯罪给受害人造成

无法弥补的物质损失时，即应“代位”承担部分民事补偿责任(此非本文讨论的重点)。其次，应建立我国的民事损害慰抚责任理论体系。所谓慰抚责任，是指合同双方当事人在履行合同的过程中，因为合同当事人以外的原因，致一方或双方当事人的人身权利遭受损害，在善意、诚信的当事人权利利用尽或权利无法行使时，仍不能得到赔偿的情况下，基于诚实信用原则，由营利的一方或经济地位比较好的一方，对他方所遭受到的人身损害给予适当补偿，从心理上或经济上慰藉受到较大人身伤害的诚实信用无过错一方，以达鼓励交易、诚信交易的目的。该责任的构成要件是：第一，该责任的基础是诚实信用原则，即双方主体是基于诚实信用原则而建立的关系当事人。诚实信用原则，最早在古罗马私法中体现出来。罗马法时代，对于诚实信用之观念，表现于一般的恶意抗辩诉权中。这种指导观念渐普遍化、原则化，至法国民法时，该法虽无一般恶意抗辩的规定，却有类似的制度规定。法国民法第一一三四条第三项规定：“前项合同应善意履行之”(合意应依诚信方法履行)，第一一三五条规定：“合意并不仅负意思表示所指之义务，其他依公平，习惯或法律依其合同之性质所附加之义务，亦应一并负责。”德国民法第一五七条规定：“合同应斟酌交易上的习惯，遵从诚实信用以解释之。”第二四二条规定：“债务人有斟酌交易上之习惯，遵从诚实信用，以为给付之义务。”该条文用正式使用“诚实信用”一语，该原则渐渐变为补充法律，解释合同的必要原则，并由债务人履行债务，扩张适用于债权人行使权利之上，且由债权债务关系，扩充至一般之权利及义务。诚实信用原则，乃以忠诚与信赖为基础，为成己、成人

、成物的至理。其作用在于调和共同生活，以形成具有自由意志人类之共同团体为目的。是以在现代个人与团体协同理念以达之下，诚实信用原则，其本质的秩序之规律作用，益形彰明，而被采用为近代私法体系中基本之指导原理。诚信原则本身富有充分的弹力性，在个别场合调节个人协合的利益，为实现正义公平的理念，而为法律的、伦理的综合原则，被确认为现代债权法的最高指导原则，学者称之为帝王条款。其含义深而广，交易习惯、或恶意抗辩的观念等，仅为诚实信用原则表现的片鳞半爪而已。其主要特征表现为：1、超条文规范的秩序；2、影射公平正义或分配合理的理念；3、是一种社会生活规范。正是由于上述特征，决定诚实信用原则内容的抽象性、不确定性、易变性等缺点。正是这些缺点，诚实信用原则内容不宜在法律条文中细化，反过来，又影响着人们，在日常交往中形成一种良好信念诚信为本，这正是社会伦理和法律所倡导的价值目标和社会存在，也正因如此，诚实信用原则适用于一切权利的行使和义务的履行，且在私法上的地位从未动摇。随着法律思想之变，与社会生活过程中实践上的必要，诚实信用原则已形成为债权法最高指导原则，除适用于合同的解释及权利义务的实行之外，在整个私法领域中，亦渐扩张其适用范围，应用于其他具体之事件上。如在民事诉讼法，强制执行法，劳动法以及其他公法之上，也有其精神存在。诚实信用原则，亦随着法律思想的变化而扩展。除了传统的在合同缔结时的前契约义务，在合同终了后的保密等随附义务即后契约义务，在合同履行中，尚应负有附随通知义务及其他协助义务，今天更应当有慰抚义务(责任)，即双方均为诚信无过错者，在履行合同的

过程中，基于合同当事人以外的他人的原因，致当事人一方或双方遭受人身损害，责任人又不能或无力完全承担责任，或无从发现责任人，在受害人用尽权利救济原则的情形下，由主侍营利或经济地位较强的一方当事人，对他方当事人所遭受的人身上的不幸给予适当慰藉的一种制度。如此，适合于社会的具体规范意思，皆透过诚实信用的理念而呈现出来，使得社会更显得有人情味。也正是鉴于诚实信用原则法律和社会价值，我国第四条，第六条规定了诚实信用原则，倡导民商事主体在进行民商事交易活动中，应当遵守诚实信用原则。第二，该侵害行为是为合同当事人以外的他人的原因造成的。亦即是第三人的原因造成合同当事人一方或双方的人身损害。如果是合同当事人的原因而造成的，在双方均无过错的情形下，则适用无过错责任原则，如果有过错的，则适用过错责任原则等。第三，该侵害行为必须是发生在合同的履行过程中，给当事人一方或双方造成的损害。且该原则效力所及范围，即应慰藉范围只限于人身伤害。至于财产损害或利益损失，则不在此列。这正是适用诚实信用原则的前提。如果损害是在缔约过程中，或在缔约后，由他人的原因而发生的，或非人身损害，则不能适用该原则。第四，受慰藉的一方，在合同履行过程中，在危害后果产生以前，必须诚实信用无违约等情形。即该原则慰藉的对象是诚实信用而善意无过失的当事人，如果受慰藉的当事人，在危害后果发生之前有违约情形(须为合同明确的约定)，承担慰抚责任的诚信而善意无过错当事人，恐难有心理平衡，甚至会有“如果他不违约，说不定也不会遇上此等倒霉事”之感，在此情形下，如果还是要诚信一方承担慰抚责任，则有鼓励违约之

嫌，自应为诚实信用原则所唾弃。第五，适用该原则，应遵循权利利用尽原则。即只有在法律规定的权利行使充分完全，或无法行使以后，对其人身伤害仍不能获得救济，在此情形下，方能向合同对方主张慰藉。如在本案的情况，如果上诉人已经在对犯罪行为提起刑事诉讼的过程中，提起了附带民事诉讼，但由于犯罪行为等直接侵权行为人没有能力赔偿，此即权利利用尽，则可以向有营利行为或经济条件比较好的合同对方当事人主张慰抚责任。但本案的上诉人放弃了刑事附带民事诉讼的权利，而直接向被上诉人要求赔偿，则实属权利未用尽的情形。此外，还有例外情形，即不能找到有过错的加害行为人的情况，此即权利无法行使情形。如，张某一日在一餐馆用餐，两青年在餐馆内打架，其中一人随手拣起一只碟子朝对方扔去，不料打在正在用餐的张某面部，致其三颗门牙脱落，眼镜掉在地上摔碎，花去医疗费、材料费等四千多元，但两个打架的人(行为人)却逃之夭夭，无法找到。此时，餐厅虽诚信无过错，但可以其与受害人合同关系(与餐厅间的服务合同)，真正的侵权行为人又无法找到(张某权利无法行使)，而张某是在履行合同中发生的人身损害，且其诚信、善意，在此情形下，可基于诚实信用原则，对张某所遭受的人身损害，由餐厅承担适当的慰抚责任。我国著名的民商法学家王利明教授也认为，在此情形下应当由营业人给予适当补偿是合理的，即“事故的发生是由有过错的第三人所引起的，但却不能找到有过错的当事人，而被告虽无过错，但其行为与受害人的损害却有一定的事实上的联系，故适当分担损失是合理的”。综上所述，建立我国的慰抚责任制度，既有现实性，又有可行性，而且还有法律的原则规

定，因而我们认为可行的。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com