

王利明:侵权行为法律实务(下) PDF转换可能丢失图片或格式
，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E7_8E_8B_E5_88_A9_E6_98_8E__c122_485368.htm 二，侵权和违约的区分标准 在很多情况下一行为究竟是构成了违约还是构成了侵权非常复杂，那么我们应当采用一种什么样的判断标准来区分什么是违约，什么是侵权，我想简单的谈一下。违约和侵权的判断标准主要有四种第一个标准就是从违反义务的性质上来区分，如果这个行为是违反当事人之间约定的义务，这种责任我们通常把它看做一种合同责任，而侵权责任的话它也是一种违反义务的后果，但行为人违反义务违反的主要不是约定的义务，而是一种法定的义务，这种法定的义务包括三个方面。第一个方面就是侵权法所设定的不得侵害他人的财产和人身的一种普通性的义务，这种义务在侵权法中又叫做不损害他人的义务。它是针对于所有的人，针对一切人设定的，也是无时不在，无处不在的，任何人没有合法的权利和正当的理由不得侵害他人的财产和人身，否则就违反了侵权法设定的义务。第二种义务就是侵权法设定具体“作为”的和“不作为”的强行性义务，我们说侵权法主要是一个裁判法，它主要是为法官裁判案件提供准则的，但是它同样也规定一些行为义务，作为的义务，比如说民法通则规定在这个公共场所道旁挖坑，应当设置明显的标准，这样实际上就确定了一个强行性的义务，就是说你在公共场所要挖坑就必须设置明显的标志，否则造成他人损害要承担侵权责任。造成了损害就是因为你违反了侵权法所规定的应该设置明显标志的义务。第三点就是侵权法之外的其他的法律、法规

所规定的作为和不作为强行性义务，比如说有关劳动安全保护的法律对于劳动安全保护的规定，这个消防的法规对有关单位应当采取消防措施的规定等等，这些都是一种特别法所规定的义务。所以侵权法一般来说它违反的义务都是一种法定的义务，这个可以说是和违约的一个重要区别。从实践来看，在区分违反的法定义务和约定义务的时候，还应当注意这么几个问题。第一点就是我们要考虑这个约定义务是不是已经成立，并且生效，已经对当事人产生了拘束力，这是我们判断是违约还是侵权因素的一个重要的标准，比如说一个人在商场里买衣服，那么他要买一件新衣服需要试穿一下，那么试穿的时候他必须先要把自己的大衣脱下来，那么当时他就问那个售货员他就说，我这个衣服脱了，放在哪儿，那个售货员说，你就放在这儿，他就把这个衣服放到这个地方就进去试穿衣服，结果一出来那自己的衣服丢了，然后在法院起诉告这个商店要求赔偿，商店就提出带这个案件首先就是遇到一个法律上的难题就是说这是一个违约的，还是一个侵权的案件，争论非常大。如果说是一个侵权的案件那么我们就要问他是不是违反了一种法定的义务，回到我们前面谈到的，是不是有一种保护保管的义务，商店能够对所有的顾客提供一种保护保管他们财务的义务吗？好象还不好这么说，如果是这样的话，那么这个商店的风险就太大了，商店每天来来往往这么多人，要由商店都对这些顾客，所有的人，甚至不是顾客提供这样安全保护的义务，或者财务看管的义务，那简直不得了，更何况它得到了什么好处呢？你说旅馆提供这样一种义务，那么它有一个对价，因为旅客是付了房费的，但是商店东西还没买的时候，你说有什么对价呀，

那么为什么要他承担这样一种义务，我觉得没有根据。不能考虑有一种侵权法上的保护义务，这个时候我们就要考虑，是不是有一种约定的义务存在，我觉得应该说有这样一种义务存在，就是说当这个顾客说，我这个衣服脱下来放在哪里，他说你就放到那个地方，就放在那里，从这个意思里面我就可以推定，这个售货员已经做出了一种保管的承诺，如果他不同意保管，我们说，他为什么说要把那个东西放在那个地方呢？同时这个意思也当然的使这个顾客产生一种合理的信赖，就是说信赖把这个东西放在那里是有人看管的，假如没有这种信赖他怎么可能把衣服脱下来就随便放在那边。所以，我觉得从这句话可以解释为已经做出了一种保管的允诺，不是说放在那里就没人管的，或者放在那里是谁也不管的，而放在那里的意思是说，有人看着它的，做出这种允诺，那么双方形成一种保管合同关系。这是一种约定的义务，违反了这种约定的义务构成违约，产生的是合同责任。第二点，我们要确定这个违反的义务是属于针对一般人的注意义务，还是针对特定人的注意义务，侵权的义务都是针对一切人的，针对所有人的，它不可能是针对特定一个人的，保护义务也是这样，它是保护所有的人，不是说保护某一个人的，如果这个单位它应当负有保护义务的话，他就应该对所有的人都要负有这种保护义务，但是，合同义务它是针对特定人的，所以从刚才我们讲的这个例子来看，我们也可以看出来，就是说如果是一个侵权义务，那同样遇到这个麻烦，这个商店能够对所有的人都提供这个保护的义务吗？提供看管财务的义务吗？显然不可能，对所有的人提供这样一种保管财产的义务，这是做不到的，但是真正针对一个特定的人，他

可能会有这种义务，像这个案件里面，你针对一个特定的人做出了这种允诺，那你应当对这个特定人负有这种保管的义务。第三点在确定这个义务的时候，我们也要考虑经济利益对于义务的影响，就是我们在区分这是法定的还是约定的义务的时候，有时候要考虑到经济利益对于合同的影响，合同本身是一种交易，既然是一种交易所以合同要考虑对价，要按照等价交换原则，要考虑到对价关系，所以合同的义务必然要受到经济利益的影响，要受到对价关系的影响。所以我们说在合同法上这个无偿的义务人他负有的注意义务，要比那个有偿的注意义务人要低的多，注意的程度要低的多，原因就是受到了经济利益的影响。当我骑着一辆车，我放到门口，我跟旁边一个看门的说，我说你帮我看一下，我就走，那么和我其中一辆车把它放到车棚里面交了一毛钱的车费，看管费，这两个不同的看管人他们对车的看管义务的注意程度是不一样的。你不能说你这个车就让我无偿的看管，那还得要我把什么事都搁下来不干了，专门来看着你的车，假如说我正在一边卖东西，不小心有人把它偷走了，你说还要我赔偿，说我没有尽到注意义务，这是做不到的。但是如果你是有偿收费的，那你当然你就得随时看着我这个车，不能一边干活，还一边看车，注意的义务有很大的区别。同样，如果当事人之间形成一种合同关系，一方为另一方提供某种服务或者劳务，支付了某种对价，那么另一方就可能要依据这种对价负有对对方的财产和人身的保护义务或者注意义务，这就考虑到了对价关系的影响。所以，如果旅客东西被抢了，被偷了，我觉得告合同责任这是可以的，同时也可以考虑侵权责任，因为根据这种对价关系他可能会产生一种保护

义务，就是因为这种对价产生了一种侵权法上的一种保护义务，但是在商店里面如果没有这种对价关系的时候，我们不好说它有这种保护义务存在的，侵权法保护义务的设定，我们想到了一个标准，就是根据对价关系来考虑，划定哪一些可能有，哪一些不应当有，可能是一个重要的依据，所以商店这个案件，后来他是告的侵权，我个人认为也可以成立。

第四点我想强调的就是不能把这个交易关系中的附属义务盲目扩大到侵权的领域。我们合同法引进了一个概念，就是附属义务的概念，就是根据诚实信用原则所产生的附属义务，合同法60条，还有合同法92条等等都确定了这个义务。比如，双方买卖纺纱，如果合同规定，交付30车纺纱，这个车的概念不清楚，现在发生了争执，纺纱的价格上涨了，一方出卖人不愿意多交，他就用103的车拖了几车去交货，买方说要东风牌的大卡车，出卖人提出来，这个车的含义怎么理解都可以，合同是这么写的，所以我们用板车，用什么都可以，摩托车都可以，不要说用103了，103的车还是不错的，买纱人说必须要按照东风牌的，要不然的话，那你这30车等于说交了15车还不到，出现了这种争执我们就要按照诚信原则来解决，就是作为一个诚实守信的商人你应当在这种情况下怎么理解车的含义，一个诚实守信的商人在这种情况下，他应当是用103的车还是用东风牌的车来交货，在确定这个诚实守信的商人交货义务的时候都要对交易习惯等等综合考虑。同时根据这个附属义务又引进了比如说通知的保密的，保护注意的等等各种义务，比如说你交付一个电热器，合同里面并没有规定必须要使用说明书，或者必须告诉使用方法，但是如果你没有讲清楚使用方法买

的人造成了损害也可以告你，根据什么来告呢？就是根据合同法诚信原则所产生的附属义务，根据诚实信用原则所产生的附属义务，你应当负有一种告知产品使用方法的义务，违反了这种义务就构成了违约。诚信义务是最基本的商业道德，所以我们的合同法特别强化了这种商业道德，做生意做买卖必须要遵守商业道德，这不是一般的道德规范，合同法上把它已经作为一种附属义务规定下来了，你们不这么做也可以造成违约，但是这样一种附属义务能不能扩大到侵权法里面来，这也是我们讨论侵权法的时候一个值得研究的问题。我个人的看法是合同法上的道德义务是针对于特定人的，因为双方有这种对价关系，所以特定的人应当负有这样一种交易中的商业道德，遵守商业道德的义务，但是在侵权法领域行为人如果负有这种义务的话，那么这种义务是针对所有的人，如果我们要求一个人他要针对所有的人都负有一种道德上的作为义务这就很麻烦了，这些可能会限制人们的行为自由。比如说我们讨论东管那个案例，这个小偷在车上把人抢了，司机没有主动的制止，现在告他侵权，有人认为，他负有一种见义勇为的义务，违反了这种义务就构成侵权，这实际上就把这个合同法诚实信用的原则产生的附属义务扩大到侵权法里面我觉得这个可能有一定的问题，我们说刚才讲的要考虑对价，但是这种对价可能不相称，因为可能我上这辆车就付一块八毛钱的车费，但是要我对所有人根据这个诚信原则提供保护也可能是有困难的，而且一旦扩大到对所有的人以后，这个义务确实是太大了，道德的义务和法律的行为标准是有区别的。法律的准则严格的讲，这个法律规范所确定一种行为标准应该是一种最低的行为标准，因为法律是要

求每一个人都做得到的，而道德所确定的行为标准通常是超过了法定的行为标准，因为道德的标准可能不一定是每个人都能做的到的，它可能是高于这个法定的行为标准，所以说一个守法的公民不一定是品行非常高尚的人，当然一个品行很高尚的人一定是一个守法的公民，因为法定的行为标准可能要高于一般的道德标准，所以，不是每一个人都能像雷锋这样的人物，但他可能是一个好的公民，法律的行为准则必须是绝大多数人能够做到的，所以它是一个最低的行为标准，在这一点上我们说它确实和道德的准则还是有差别的。所以如果我们在侵权法上经常采用这种道德的标准来确定作为的义务，可能是比较危险的，就是因为这个原因像刚才那个东管的案件，我比较倾向于认为他违反的是合同义务，但是不一定是违反了一种法定见义勇为的义务，因为法定见义勇为的义务不可能要求一个失守人员必须要这么做，法律不能要求每一个人都负有见义勇为的义务，那样的话就非常麻烦了，就要求特定的人，比如警察，要有这种见义勇为的义务。警察不能看到有，小偷在抢劫你不管，看到有人杀人你不管。现在已经出现了像这类案件，一个精神病人把一个人打死了，这个受害人多次到警察局，派出所去要求保护，派出所都没有保护，那么这个受害人到法院告这个派出所，这个我认为是违反了一种作为的义务，但是你不能说，所有的人都应当负有一种见义勇为的义务，这个我看是不能成立的。这是第一个区分标准。第二个标准就是从侵害的对象上来区分，通常我们说违约侵害的是一种合同债权，这种合同债权就是相对权，所谓相对权就是说它是在特定的债权人和债务人之间发生的。当事人具有一种相对性，权利人只有侵害与

他有特定合同关系的业务人对承担合同上的责任，而侵权行为所侵害的是一种绝对权，这个绝对权的意思不是说这个权利是绝对不受侵害的，而指的是权利的主体是特定的，而义务的主体都是不特定的，比如像物权，像所有权，所有权人是特定的，而义务人都是不特定的。比如说这个表是我的，那么我是权利人，那么所有的人，除了我之外的所有的人都是义务人，因为大家都富有不得侵害我这个表，或者妨碍我行使所有权的义务。为什么合同债权要受合同法保护，这个绝对权要受侵权法保护，就是因为合同债权双方之间有一种合同关系存在，合同已经确定了当事人之间的权利义务，所以发生争执以后，那么双方只能够依据合同法来行使权利，承担责任，合同法就是针对这个违反合同义务的行为而确立的一套责任规则。所以，如果是侵害了合同债权，只能依靠合同法来受到保护。但是侵权法主要保护的是一种绝对权利。由于侵权法所保护的权利范围现在也在逐渐的扩大，所以使得究竟哪一些权利的侵害，或者利益的侵害能不能当做侵权对待这是我们现在讨论且必须要确定的一个重要问题，也是我们区分违约和侵权需要解决的一个问题，比如刚才我们谈到在人装修房子里上吊自杀等等，像这些案例，能不能当侵权处理，还是应该作为其他的违法来处理，这个是我们需要认真的讨论的问题，我个人的看法就是必须在某一种权利和利益受到侵害后，能不能当做侵权来处理，首先就是我们前面谈到的要区分它是权利还是利益，如果是一种利益的话我们要以是不是故意或者是违背了善良风俗这种方式来确定行为人是不是应该承担责任，如果不是故意的那么不应当承担侵权的责任。第二点我想要强调的就是，我们考虑侵权

法能不能提供补救，这种权利或者利益是不是一种私法上的权利和利益，如果不是一种私法上的权利和利益的话，恐怕也不能用侵权法提供补救。前不久争论很激烈的所谓受教育权这个问题，最高法院做了一个解释，我个人有一点不同看法，像受教育权能不能提起侵权之诉，我觉得这个还需要认真的研究，因为严格的讲它不是一个私法上的权利，它是一个公法上的权利，是一个宪法上的权利，宪法上的权利大多不一定能够提供民事上的补救的，原因是什么呢？就是宪法上的权利它不是从事所特定的民事主体所享有的权利和利益角度来规定的，很大程度上从国家所应当承担的义务这个角度来规定的。我们说受教育权，公民有受教育的权利，表面上看好象这是规定了公民都有这种权利，实际上它不是从公民享有一种特定民事权利这个角度规定，它规定的实际上是从国家负有一种义务保障公民获得受教育机会这个角度规定的。宪法上规定劳动权不是每个公民就必须要有工作，而且是一种特定的民事权利而规定的是国家负有一种保障公民的这种能够获得就业机会实现这样一种权利，国家富有这种义务。你不能说因为我下岗了，所以我就可以告政府，同样，人权宣言上说每一个人都有获得食品的权利，那你不能说乞丐我也可以告政府，我没有获得食品，这显然不行，它是很大程度上是从这个政府所负有义务这个角度规定的，所以这个公法上的权利跟这个民事权利不是一回事儿，不能把它混淆了，民事权利都要获得侵权的补救，可以获得侵权法的补救，民事权利受到侵害以后都可以提供一种侵权的救济，但是宪法上的权利并不是这样，受教育权我个人看法也主要是一个宪法上的权利，用侵权的办法来解决恐怕是值得讨论、

值得研究，尽管已经做出了司法解释，因为在学理上现在争论也比较大，我认为还需要认真研究，这个问题在他们出台的时候我就提出过这个意见。第三点，就是某一种权利和利益是不是能提供侵权法的补救，要考虑这种权利和利益是不是具有确定性，特别是这种权利和利益能不能在民法上提供救济，首先就是这种权利和利益必须确定，如果这个权利和利益本身都不能确定，要提起侵权之诉这是非常困难的。比如说像配偶权这个概念，我觉得很多人呼吁一定要妻子拒绝与丈夫同居，拒绝和丈夫生活在一起，就是侵害了配偶权，妻子拒绝生孩子也是侵害了配偶权，还有因为出了车祸把这个嘴唇给碰坏了，所以侵害了他的亲吻权，这个权利内容怎么来确定呢？我自己我都搞不明白，我说这个作为一种权利和利益的内容究竟怎么确定。可以以别的权利受侵害或者利益受侵害的方式来起诉，比如说以身体权受到侵害来起诉，但是恐怕不能说还有一种什么侵害亲吻权这种提法。我要强调的就是是不是能够作为侵权起诉，一定要考虑能不能给他提供一种救济，就是对这样一种损害后果能不能提供一种民法上的补救，这是一个问题的关键。不能提供补救特别是不能提供一种损害赔偿补救的，原则上不能作为侵权处理，不能提起侵权之诉。所以你说这个妻子他不和丈夫同居，不愿意生孩子，你说怎么补救这个，怎么判，判决以后怎么执行，所以我经常问这个法官你把它当侵权案件受理了，你怎么判，怎么强制执行，它没有一种补救方式，所以我一直反对这种案件作为侵权处理。这是我想要谈的第二个问题。第三个分类标准就是根据当事人之间是不是事先存在一种合同关系来进行区分。如果当事人之间事先存在一种合同关系，那

么这个案件可能就要按违约来处理，如果当事人三间事先不存在一种合同关系，就可能按侵权处理，所以这也是一种重要的分类方法。很长时间以来，像医疗事故和交通事故这样的案件完全都是按侵权处理的，但是我们忽略了，在医疗事故和交通事故里面也可能存在着违约的情况，因为当事人三间可能事先存在一种合同关系。比如出租车司机开车不小心把人撞了，同时又把乘客给撞伤了，那么出租车司机和乘客之间就存在一种合同关系，这就有可能会有违约责任存在，同样公交车不小心翻到沟里面去了，那么受害人和公交公司之间也存在一种合同关系，医疗事故也是这样，病人和医院本身就有一种医疗服务合同存在，只不过是这种服务关系可能通常都是以口头的形式存在，表现出来的。所以在这里我想再一次强调合同的概念，我们有时候常常把合同这两个字，就理解成合同书，指的是合同文本，这个理解是不对的，合同指的是一种关系，一种法律关系，这种关系是一种合意的关系，就是一种民事权利义务的产生变更消灭所形成的一种合意，只要有这种合意关系存在，就有一种合同法律的关系存在，就有一种合同存在，而这张合同书只不过是证明这个合同关系存在的凭证，所以，合同关系可以以这张凭证证明出来，也可以没有凭证通过口头证据也可以证明它，所以书面的形式很大程度上是一种证据的效力，但是这并不能说没有这种书面合同就没有合同关系。所以医院之间可能就是一种口头的合同关系，那么发生了纠纷以后可能就会有违约责任存在，我一直认为我们把这些医疗纠纷，医疗事故和交通事故都当做侵权处理是有很大的问题的，在很多情况下不利于受害人的保护。以医疗事故来说，如果在某一些情况下

，这个受害人坚持以合同来起诉的话，可能对他是很有利的，至少可能有这么几个好处，第一个好处就是如果受害人因为医疗事故遭受损害以后，能够有证据证明这个医院或者这个医师已经违反了合同义务，或者违反了某种允诺，那么根本就不需要受害人再去做什么医疗事故的鉴定，就可以直接的到法院起诉对方违约，并且要求获得赔偿。合同责任跟侵权责任相比较有一个很大的差别就在于，合同责任实行的是严格责任，而且合同责任里面非违约方的举证负担是比较轻的，他只需要证明违约方的行为违反了合同项下的义务，违反就应该承担责任，除非是发生了不可抗力。这个不可抗力在我们合同法起草的时候要求进行严格的限制，而不是说出现了所有的不可抗力都要免责，还要看不可抗力是不是次序的发生，而且是对整个合同义务的履行产生影响才能够免责，否则的话只能是部分免责。所以像意外事故等等这些都不能成为合同责任的免责事由，你给人家交货你不能说现在堵车了，所以使我这个交货被堵了，因此发生交货迟延，这不是理由，不能成为免责的理由，这就是合同责任的严格性。所以我们当时讨论说，有人说一个演员定了演出合同，突然生病了演不了了，是不是应该被免除责任，如果不免除责任有人说这个对演员是不是太残酷了，我们说生病了可以免除实际履行的责任，但是，你不能够演出而构成违约你还应当承担违约金和损害赔偿的责任，这就是合同责任的严格性。但是合同法给你了一个机会，这个机会是什么呢？就是允许你可以事先订立免责条款，这就是说如果你预见未来你可能因为生病，而不能演出会造成违约责任的承担，那可以事先通过免责条款来免除将来一旦你生病而可能造成不能演出的

后果这个责任，把这个风险控制一定的范围内。合同法鼓励你也允许你可以使用这个免责条款免除风险，但是如果你没有采用这个免责条款来免除因为你生病造成的损害后果，一旦你到时候不能演出的时候你还应该承担违约责任，这就是违约责任的严格性。同时违约方的举证负担是很轻的，侵权责任就不是这样了。除非是特殊侵权可以实行举证责任倒置，但是在一般侵权行为里面你要证明他有过错，而且要证明有因果关系的存在。在侵权里面受害人举证的负担是很多的，我不想一一谈了。但是如果是违约的话这个举证的负担比较轻，这样假如我们说，我去到一个个体的诊所我要求去做整容，拉一个双眼皮，那么如果这个整容的医生跟我讲，我可以保证把你拉出一个非常漂亮的双眼皮出来，做出了这样一种允诺我们说，这就是一种合同义务，我接受了这个允诺，我同意你的整容是因为我相信你的允诺，但是最后你给我拉出来的不是双眼皮，甚至拉成一个大疤痕了，我都不敢出门了，我有没有必要还去做专家鉴定，鉴定是不是一个事故呢？如果是按侵权那你可能还要做专家鉴定，但是现在如果说我要起诉违约，我只需要证明你已经违反了合同，违反了你对我允诺就够了，剩下我都不需要证明了。所以受害人举证的负担是很轻的，当然，在医疗事故里面证明是不是违反了某种合同义务可能在很多情况下是很困难的，这就是因为如果这个医院没有明确的向你许诺必须要达到什么程度，说他违反了一种合同业务确实是很困难，医疗本身又有不确定性，又有风险性，但是也不排除在某些情况下，他确实对你做出了这种允诺，那直接就可以按合同来起诉。其次，就是如果当事人事先约定了赔偿的办法，或者数额的计算方

法，那么，按合同来处理的话，那当然比侵权更为合适，也更为简便易行，也没有必要再进一步证明是不是有过错等等。这是我想谈的第三个分类标准。第四个分类标准就是同侵害的后果来看，来进行区分。通常我们说这个违约的损害赔偿主要是一种财产损失的赔偿，因为合同本身是一种交易，所以违约造成的后果都是财产损失，所以，合同法对人身伤害和精神损害是不提供补救的，即使是财产损失在合同法上也有严格限制的，不是违约造成的所有的财产损失都要由违约方来赔偿，合同法采用了一个可预见性的规则，这个规则是非常重要的，这就是只有在这个损失是违约方在订立合同的时候可以预见到的违约所发生的后果才能赔偿，如果违约方在订约的时候不可预见对这个损失是不能赔偿的。这个为什么要用可预见性的标准来限制，说到底就是合同是一种交易。那么，合同法为了充分的鼓励交易就要为交易的当事人限制他们的风险，也就是说，一定要使这个交易的当事人在订约的时候对他们未来的风险尽可能做出预见。如果未来的风险是不可预见的，那么，交易的当事人就不敢做这种交易了。如果我要定了这个合同，定合同的时候我对于未来可能一旦我不小心违约了，我造成的损害我完全不可预见，不知道赔多少，这个风险太大，那么谁也不敢订合同。而侵权责任是不一样，侵权责任贯彻了一个重要原则就是全部赔偿的原则，这个全部赔偿的原则就是对于因为违约所造成全部的财产损失和人身伤害都要由行为人赔偿，不管这个损失是直接的损失还是间接的损失，行为人都有义务赔偿。同时，在侵权责任里面不仅是包括对财产损失的全部赔偿，而且也包括了人身伤害和死亡的赔偿以及对精神损害的赔偿，所以

我们的侵权法对人身伤害和精神损害、对于人身伤亡本身都要赔偿，就是说你造成了别人的死亡，赔偿这个死亡；造成了伤害，你就赔一笔残疾金，同时还有精神损害。这些赔偿是合同责任里面没有的。合同责任里面是不是应当有这个精神损害赔偿的问题，现在学术界也有不同的看法，在最高法院起草精神损害赔偿的时候，有一些人建议，合同法上是不是也应当引入精神损害赔偿的问题。从我们司法实践来看，确实已经出现了一些案例是赔偿了精神损害。比如说照相馆把人家父亲的遗照给搞丢了，照相馆和这个洗相片之间是一个合同关系，现在搞丢了是违约了，最后赔偿了精神损害，因为这是他父母的遗照，一种特殊有纪念意义的物，所以要赔偿，把人家的骨灰盒搞丢了，把人家的一个50年代的一个五一劳动奖章唯一的一张照片搞丢了最终都赔偿了，类似这些案件已经出现了。所以有很多学者呼吁在合同里面也要赔偿精神损害，经常有的人提出这个看法，借款是不是也能赔偿精神损害，现在这个借钱不还的现象，赖帐不还的现象非常严重，比如说拖欠我一百万，可能我就只有那么一百来万块钱，借了一百万，身家的财产都在这里，结果他就是不还，弄的我每天都吃不下饭，睡不着觉，非常的焦虑不安，这些损失是不是应该赔偿。所以有人甚至提出来说是，违约里面赔偿精神损害才能够对受害人提供全部的补救，我不赞成这个看法，我是历来不赞成对于违约也要实行所谓精神损害赔偿。首先我们必须强调精神损害这个概念，它是和人格权联系在一起的，精神损害只限于对人格权侵害提供补救，或者换句话说它适用的范围就是限定在人格权的侵害这种情况，不应当适用于财产权，包括对合同债权的侵害，违

约侵害的是一种合同债权，是一种财产权，根本不适用于对人格权的侵害，这是精神损害赔偿。甚至因为违约导致了一些具有特殊纪念意义的物品造成了损失，是不是都要赔偿精神损害我觉得这都是值得研究的。首先，就是什么是具有人格象征意义的特定的纪念物品，或者特殊的纪念物品的定义怎么界定，这个范围怎么界定，父母的遗照，或者像这个五一劳动奖章的照片都有特殊的意义，但是难道其他的物就不是吗？你说我这块表，我带的时候很长了，我对它有特殊的感情，现在你把它搞丢了，难道我就不心疼吗？这是不是就应该赔偿精神损害，是不是就是一种特殊的纪念物品，怎么界定？这本身存在很大的问题。其次我想特别强调的就是合同是一种交易，需要严格的遵循等价交换的原则，如果一方违约以后要支付极大的一种精神损害赔偿的费用，另一方从这个获得精神损害赔偿金里面取得了巨大的利益，这本身就破坏了等价交换的原则，本身就破坏了交易的原则。为什么说我借了你一百万不还，给你造成了巨大的精神痛苦，也不能再赔50万的精神损害赔偿金，道理在哪里呢？就是因为他破坏了这个等价交换的交易原则，因为他没有一个对价，合同讲究的就是一种对价，怎么会额外的你就会冒出来另外50万呢？他破坏了交易的基本原则。所以因为违约造成特定纪念物品的损失，你可以说财产损失怎么计算你可能说因为它具有人格的纪念意义，它的价值可能更大，那么应该多赔这是说得通的，但是你不能说赔偿了这一笔财产损失之外还要追加多少多少精神损害，这个是说不通的，否则怎么体现对价的原则，怎么体现等价交换的原则。第三点我们就说这种精神损害是违约方订约的时候不可预见的。精神损害是

不能规定上限的，人格的价值是不能用金钱和货币来限量的，你说人生命健康值多少钱，用多少金钱能力限量？这是没办法计算的，所以确定上限这是不符合尊重人格尊严一个基本理论的。但是正是因为这个精神损害本身没有一个上限，它只是有一些参考的标准，这样就使得如果我们在合同里面赔偿精神损害具有极大的不确定性，使得订约的当事人将面临巨大的风险，就是说我在跟你订合同的时候，如果一不小心我违约了，我将来赔偿巨额的精神损害赔偿费用，这个费用我又无法预测，所以我的风险是巨大的。甚至你要借钱给我，我都不一定敢要，为什么？一旦我将来还不起钱，我不知道要给你赔多少精神损害赔偿的费用，借钱我都不敢要了，那我还敢跟你再做什么别的交易，如果是这样的话，我们的法律规则究竟是起到一种鼓励交易还是限制交易的作用，这适得其反了，所以从合同法起草第一次会议我就呼吁，我们合同法的重要目标是鼓励交易，这是我们的确定应该是一个基本的原则，这才是市场经济所要求的合同法所应当具有的基本功能，如果我们的规则完全是起到一种和鼓励交易相反的作用，根本不是一个好的规则了，而且精神损害赔偿在违约里面一旦采用，给了法官过大的自由裁量的权利。所以我在上海的时候他们法院跟我讲，受审的一个案件，一审判决这个商店赔偿20万精神损害赔偿金，到了二审，因为审度社会上反映强烈，一下子就改到一万，改到一万以后这个社会上反映更强烈，说这个怎么一下子从20万到的1万，法官你们这有什么标准，后来讨论的时候，我说这个20万判决也不能说错误，1万判决也不能说他错误，为什么？因为这个精神损害赔偿本身是一个法官自由裁量的范围，因为

法律没有规定一个上限，也没有规定一个下限，你说他20万就错了吗？是个错案吗？不能这么说，你说1万就是错案吗？也不能这么说，但是这样的话如果在违约里面也要这样用，那就非常麻烦了，法官自由裁量权太大了，恐怕在中国现在的情况下这样做可能是不合适的。所以我的基本看法就是如果受害人要主张精神损害赔偿，那么，我们的律师就应该劝他，你去主张侵权，不能主张违约，如果你是单纯的主张财产损害的赔偿，那也可以考虑违约，也可以考虑侵权。上面讲了这四个标准归纳一下，就是说根据什么来区分什么是违约？什么是侵权？我们说从违反义务的性质是约定的义务还是法定的义务，从侵害的对象是合同债权还是一种绝对权，从当事人事先是不是存在一种合同关系，以及受害人是不是主张精神损害、人身伤害和死亡的赔偿来区分我们应该把它归纳到违约还是归纳到侵权。我们举一个例子把这个四个标准再归纳一下。一个人在饭店吃饭和服务员发生了口角争吵起来了，那么现在也说不清楚谁骂了谁，那个顾客的话就打了服务员一拳，被打以后服务员马上就拿了个铁盘对着这个顾客抡过来，结果这个顾客非常麻利，他一躲躲开了，这个盘子将旁边一个顾客的脸当场就砸开了一个血口子，后来缝了十几针，这个顾客就往外跑，服务员还在后面赶，然后又扔出一个铁盘，结果把旁边一个过路的一个行人也给砸伤了，正从这个门口走过，这个吃饭的人都非常的紧张，所以大家都不敢吃了，都走了，有的人正在喜事的，办了两桌，这喜事也办不成了，都不吃了，都走了。有两个被打的受害人在法院起诉要赔偿，还有办喜事的一家人，因为这个喜事没办成也要求赔偿，但是现在就这三个原告到法院起诉

究竟告什么？这个首先我们要确定怎么把它分类，哪些是违约，哪些是侵权，实际上就这两类，要不就是违约，要不就是侵权，我们就应当考虑，刚才我们谈到这个分类标准来进行区分。首先，可以考虑当事人之间是不是存在一种合同关系，首先按这个分类标准我们来进行分类，那么按照这样一种标准的话，那么坐在里面吃饭的顾客被打的，他和饭店之间有一种合同关系，还有在这边办喜事的人和饭店有一种合同关系，这个合同关系不一定说是付了款就形成的，在这种服务合同里只要他坐下来，这个饭店同意卖给他饭就可以了，这个合同已经成立了，显然这两个原告可以以合同来起诉，但是过往的行人，从门口走过去，他和这饭店没有合同关系，他不能以合同来起诉，所以第一步我们就可以把他排斥在合同违约之外了，他只能以侵权起诉，不能以合同起诉，这是从第一个分类标准进行区分。那么从第二个分类标准就从违反这个义务的性质来考虑，我们可以进一步的区分，对于因为挨打而造成了这个喜事没办成，吃饭也没吃成这一家人来说，他和饭店形成了一种合同关系，饭店现在因为他的服务员和人打架造成了他吃不了，造成了他喜事没法办成，我们说饭店违反了还是一种约定的义务，而不是一种法定的义务，就是说饭店违反了是一种什么样的约定义务呢？是违反了一种应当为顾客提供好的环境和必要服务这样一种义务，这样义务也是由服务合同的性质和目的所决定的，当然应该包括合同的主要条款，尽管它是一个口头合同，但是这种口头应当具备主要的条款。我到你的饭店吃饭，你应当给我提供最起码的一个安全的环境，我付了多少钱你应该给我一个，不要说非常好的服务吧，应该说过得去服务，现在你的服

务员打架闹事，最后搞的我饭菜都吃不了了，你当然是违反了这种服务合同最基本的义务，这是一种约定的义务，这是不是法定的义务呢？不是法定的义务，因为我们说它不是针对所有的人都应当承担这种义务，饭店能够有义务为所有的人提供这种安全，提供这样一种良好的服务吗？显然不是，它只是针对和他有合同关系这个另一方当事人才负有这样的义务，所以它是一种约定的义务，按照这种分类方法，我们可以确定这个饭店，如果是办喜事这一家他要告这个饭店的话，他只能以违约来起诉，他不能以侵权来起诉，这个侵权是不能成立的。但是对于被打的这个顾客来说，现在他要起诉就有多重的选择了，第一种选择我们说他可以告这个饭店违约，这个是没有问题的，因为他们之间有合同关系，第二个选择他可以告直接打他的人，因为他是直接的行为人，告这个服务员，就是以侵权来告这个服务员，但是现在他要告服务员的时候，恐怕和告饭店情况就不一样了。第三种选择就是他可以直接告这个饭店侵权，这个侵权是什么呢？就是一种我们前面谈到雇主对雇员的责任，就是一种转承责任，对他人的行为负责，就是因为你的雇主没有尽到选任监督上的注意义务，造成了你的雇员把人打伤了，你应该对这个雇员把人打伤的后果负责，这是一种侵权法上的责任。因为他违反了不仅仅是一种约定的义务了，这是一种法定的义务了，这是侵权法规定雇主承担的一种法定义务，所以我们说从这个违反义务的性质上，又可以把这两个原告的主张进一步来进行区分。那么第三个分类标准就是看他们侵害的对象是一个绝对权，还是一个相对权，对于办喜事这一家来说，其实侵害的还是合同债权，就是他没有吃好饭，这是一种合同

债权，这个合同债权是什么？就是说根据这个合同我应当获得一种良好的服务的这样一种权利，这不是一种绝对权利，这是一种从合同中产生的一种权利，那么，现在我遭受的侵害是因为我应该获得良好服务的这种权利没有得到实现受到了侵害，所以侵害的就是一种相对权。但是这个顾客被打遭受的是人身伤害，是人格权受到了侵害，这个是一个绝对权，所以应该受侵权法保护，应该把它归为侵权的范畴。那么按照第四个分类标准我们就可以进一步的来区分，因为不管是在饭店吃饭的人，还是过往的行人，他们遭受了损害以后，既有人身的伤害，同时有精神的损害，那么人身的伤害、精神的损害只能归纳到侵权的范畴去，你要主张精神损害，刚才我们谈了你只能按侵权来起诉，不能按合同来起诉，所以对挨打那个人来说，你现在尽管你既可以主张合同，也可以主张侵权，但是因为你既要主张精神损害赔偿，又要主张人身伤害的赔偿，所以你只能够主张侵权，而不能够主张合同。讲的不好请大家谅解，谢谢大家。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