

【法学研究】

违约责任与侵权责任竞合中的精神损害赔偿

郑永宽

摘要:违约责任与精神损害赔偿并非天然存在不可逾越之鸿沟。合同法具有保护功能,对于属于固有利益损害的精神损害片面地拒绝违约责任救济,缺乏有效的法理依据。《民法典》第996条应解释为认同违约精神损害赔偿,受害人亦可另行通过侵权之诉主张精神损害赔偿,只是在违约之诉中一并主张违约精神损害赔偿,可能一次全部实现损害救济,避免讼累及程序上的繁难,且主张违约责任,过错构成要件相对宽松,并可分享合同自由所可能蕴含的各种价值。

关键词:违约责任;侵权责任;竞合;违约精神损害赔偿

中图分类号:D923

文献标识码:A

文章编号:1003-0751(2022)11-0063-09

一、问题的提出

一直以来,主张违约责任能否请求精神损害赔偿,在我国理论界与实务界分歧颇多,尤其是违约责任与侵权责任竞合时是否支持违约精神损害赔偿,争论本即不小,近来这一问题更因《民法典》第996条的规定再掀波澜。该条规定:“因当事人一方的违约行为,损害对方人格权并造成严重精神损害,受损害方选择请求其承担违约责任的,不影响受损害方请求精神损害赔偿。”其中,何为“不影响”,可谓语义不明。根据《民法典》第186条的规定,因当事人一方的违约行为,损害对方人身权益、财产权益的,受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。如此,受损害方选择主张违约责任的,不影响其请求精神损害赔偿,至少可作以下两种解释:其一,坚持精神损害属于侵权法保护范畴,只是在违约诉讼之外,受损害方可另诉主张精神损害赔偿^①;其二,第996条将精神损害纳入合同违约救济范畴,当事人在违约之诉中可一并主张精神损害赔偿^②。

早些年,民法学界的主流理论反对违约责任包

括精神损害赔偿^③,但此通说事实上缺乏实证法强有力的支撑。在侵权法方面,《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条第1款规定:“自然人因下列人格权利遭受非法侵害,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:(一)生命权、健康权、身体权;(二)姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权;(三)人格尊严权、人身自由权。”《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。”二者均未规定违约精神损害赔偿,乃侵权法规范本身的立法技术使然^[1]。而在合同法层面,《民法通则》第111条规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件的,另一方有权要求履行或者采取补救措施,并有权要求赔偿损失。”《合同法》第113条第1款规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定,给对方造成损失的,损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益,但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”二者也均未明确否定违约精神

收稿日期:2022-08-10

作者简介:郑永宽,男,厦门大学法学院教授(福建厦门 361005)。

损害赔偿。所以,对于主张违约责任不支持精神损害赔偿的所谓通说,理论与实务上一直不乏质疑与反思。

当前,在学界,主张例外情形应肯定违约精神损害赔偿的学说逐渐占据主导地位^[2];在实务层面,多有司法裁判在旅游合同、旅客运输合同、医疗服务合同、摄影服务合同、骨灰保管合同等类型合同纠纷中支持违约精神损害赔偿^④。这些例外支持违约精神损害赔偿的裁判多发生在以满足精神利益为目的的合同类型中,理论上常以履行利益或增量人格利益的路径阐述其正当性^⑤。这种做法可能会部分地回应有关违约精神损害赔偿违背合同交易本质、难以预见与证明、不利于鼓励交易等方面的质疑^⑥。但是就整体而言,对于违约责任与侵权责任竞合中的违约精神损害赔偿,基于《民法典》第 996 条的规定,尽管已有裁判持肯定态度^⑦,但国内学界与实务层面仍存在分歧看法与否定声音。否定竞合中违约精神损害赔偿的核心理由是损害之难以预见,认为合同旨在追求经济效益,双方关于未来风险分配的约定往往无涉精神损害,故违约责任制度难以直接容纳精神损害赔偿规则^[3]。而之前的反对理由更多地聚焦于责任竞合,认为竞合情形应将精神损害交由侵权法救济,否则将失去竞合的意义^⑧。因此,在违约与侵权竞合中精神损害应该如何救济,既涉及精神损害赔偿的可能路径,也事关责任竞合制度适用的现实疑难问题,故本文拟结合《民法典》第 996 条和第 186 条的规定,着力探究违约责任与侵权责任竞合中精神损害赔偿的实现,如此或可推导出对于《民法典》第 996 条较为妥适的解释论观点。

二、违约责任与侵权责任竞合中精神损害赔偿的比较法例

域外法对于违约精神损害赔偿的态度,大致遵循从最初整体偏于消极否定到现今较多有限肯定的演变进程,支持情形除了在我国同样多例外肯定的以精神利益满足为内容的合同中的精神损害赔偿外,另一种主要类型则是违约责任与侵权责任竞合情形的违约精神损害赔偿。

在德国法中,其民法典在属于债法通则给付义务的第 253 条明确规定,非财产上之损害者,除有法律规定外,始得请求以金钱赔偿之。2002 年德国债

法改革,将民法典中原本属于各种债的关系中的侵权法部分的第 847 条移位,调整为第 253 条第 2 款,内容为:因侵害身体、健康、自由或性的自我决定而须损害赔偿的,亦可因非财产损害而请求公平的金钱赔偿。由此看来,2002 年《德国民法典》第 253 条的变革使得侵害人格权的非财产损害可径由合同责任提供保护,被称为非财产损害赔偿制度的“划时代变革”^⑨。

法国法对于非财产损害的赔偿未作特别规定。法国法院对于违约精神损害赔偿的认可最初颇为消极,现如今则显得积极大度,这种显著变化可能与《法国民法典》第 1382 条关于侵权法保护权益的概括性规定有关。当前,法国学界更流行的观点认为,侵权与违约范畴的损害赔偿在性质上没有差别,合同责任下的损害赔偿既包括财产损害,也包括非财产损害^{[4]91}。

美国《合同法重述》(第 2 版)第 353 条规定:不允许对精神损害获取赔偿,除非违约同时造成了身体伤害,或者合同或违约使得严重的精神损害成为一种特别可能的结果。由此看来,因违约造成人身伤害是美国法肯定违约精神损害赔偿的主要类型之一,以至于学理上将其归纳为“人身伤害依附论”^[5]。

在其他国家或地区,也有关于侵权与违约精神损害赔偿的不同规定与处理方式。根据《瑞士债务法》第 99 条第 3 项的规定,合同之诉中也可准用侵权的规则,对违约精神损害予以救济。所以,因违约侵害生命、身体及其他人格关系,对于非财产上之损害亦应赔偿。意大利最高法院统一裁判庭通过 2008 年 11 月 11 日的判决确认如下观点:如果宪法所保护的人格权益和基本人权遭受违约侵害,因此造成的精神损害可以直接在合同之诉中获得赔偿,无需再提起侵权之诉^[6]。而比利时、西班牙、瑞典均认同:对于精神损害赔偿,合同责任与侵权责任原则上没有差别^{[4]91-93}。我国台湾地区“民法”债编修正后,新增第 227 条之一有关债务不履行侵害人格权之损害赔偿的规定,肯定了竞合时的违约精神损害赔偿。

此外,在国际合同法规规范层面,根据《国际商事合同通则》第 7.4.2 条的规定,受损害方当事人对由于不履行所遭受的损害有权得到完全赔偿,此损害可以是非金钱性质的,包括肉体或精神上的痛苦。

《欧洲合同法原则》第 9.501 条规定：“对由对方不履行而造成的且依 8.108 条未得免责的损害，受害方有权获取损害赔偿。可获取损害赔偿的损害包括：(a) 非金钱损害，和 (b) 未来可能发生的合理的损害。”而《欧洲合同法典》第 164 条专门对可赔偿的非财产损害作了详细的规定，其中包括对身体、健康伤害等造成的生理痛苦、情感伤害。欧洲《共同参考框架草案》第三编第 3 章 701 条关于有权利请求赔偿的损害的规定，同样包括痛苦、创伤以及对生活品质的损害。

综上所述，对于违约行为损害人身权益造成精神伤害的，以上所述各个国家或地区的立法、司法及国际合同法规范基本上将其列为有限肯定违约精神损害赔偿的主要类型，美国更是以“人身伤害依附论”推动违约精神损害赔偿的实践，未见有在竞合情境仅因责任基础不同而差别对待非财产损害救济的法例。

三、竞合中的违约精神损害赔偿 应得到肯定

1. 对“精神损害订约时难以预见”的反驳

反对违约精神损害赔偿的核心理由是：违约导致的精神损害赔偿不具有可预见性，违约方对此精神损害不负赔偿责任^⑩。但是，在以满足精神利益为目的的合同中，违约将导致精神损害，显然具有可预见性，正因为如此，现今主流观点普遍认可此情境应肯定违约精神损害赔偿。而在违约行为侵害人格权造成精神损害的场合，可预见性是否足以构成违约精神损害赔偿的强有力障碍，仍有待辨析，毕竟可预见性理论系属合同违约损害赔偿的主要限责工具。反对违约精神损害赔偿的理由颇多，包括证明与估算困难、法官自由裁量权过大、影响交易安全等。姑且不论这些理由是否具有说服力，但就针对性而言，这些理由或者涉及精神损害赔偿的固有难题，而非仅限于违约精神损害赔偿，或与竞合情形的违约精神损害赔偿无多大关联，故本文对此不拟详细评析^⑪。

我国《民法典》第 584 条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益；但是，不

得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。”此条款对应于《合同法》第 113 条的规定。一般认为，第 584 条确立了违约损害的完全赔偿原则及违约损害赔偿的可预见性规则限制。

根据完全赔偿原则，赔偿对象包括所受损害与所失利益，前者指因违约行为使得非违约方固有权益的减少，后者指合同适当履行后本可实现的利益因违约行为而未能取得。尽管第 584 条的规定并未明言可预见性规则的赔偿限制对象，但其应是主要针对所失利益即期待利益赔偿的限制，目的在于将赔偿责任限制在可预见范围内，防止责任无限扩张，以鼓励交易。违约行为侵害人格权造成的人身损害与精神损害，皆应属于非违约方固有权益的损害。尽管精神损害属于无形的非财产损害，但痛苦和创伤与人身损害相伴，当事人可以切身感受，对其救济应主要受制于违约与损害之间的因果关系，而非可预见性规则。只要确认合同保护人身权益，伴随人身损害产生的精神损害即应在其保护范围内，两者在违约诉讼中应共进退^[7]。所以，违约精神损害赔偿是否应该获得支持，关键不在于精神损害可否预见，而在于合同法对于固有权益保护的现实性与必要性。

2. 合同法对于竞合中的精神损害应当予以救济

曾经有观点认为，合同的损害赔偿责任主要是财产损失的赔偿，不包括对人身伤害的赔偿和精神损害赔偿^[8]。但是，对于合同法是否提供对于当事人固有权益的保护这一问题，我国理论界与实务界比较一致地认同，在债务人不完全履行场合，特别是在加害给付场合，债权人拥有对固有权益损害或瑕疵结果损害的赔偿请求权^[9]。然而，对于《民法典》第 996 条所规范的“当事人一方违约行为损害对方人格权并造成严重精神损害”的情形，我国以往的司法实践通常在合同之诉中对各种人身损害予以救济，却否定违约精神损害赔偿。这是对违约责任不应包含精神损害赔偿的根深蒂固的偏见，这种偏见有如一种法学“原教旨主义思潮”^[10]，“已经先人为主地在精神损害赔偿与违约责任之间制造了一道难以逾越的鸿沟”^[11]。侵权或合同范畴只不过是一种能将那些在受保护利益、受制裁行为和制裁措施方面具有共同特征的诉因集中在一起的便利性阐述工具，不应被赋予任何处置性的意义^[12]。

在责任竞合的情形下,受制裁的行为与受保护的权益事实上是一样的。自逻辑而言,损害赔偿的正当性来源于可归责于、可归因于他人的损害^[13]。故无论依违约或侵权,二者救济的后果不应有别。而合同法既已确认保护人身权益,同一违约行为损害人身权益且造成精神损害,二者同属受害人的固有益,依违约之诉,为何只救济人身损害却不赔偿精神损害,并没有充分有效的论证,只有不知所以的区别对待。事实上,精神损害赔偿并非先验的属于侵权法领域,不应拘泥于概念法学或成见而剥夺违约受害人权利^[14]。而且,强制以侵权之诉处理合同当事人之间因违约而产生的人格权侵害行为,意味着将合同当事人之间特殊的关系模式以及更高程度的注意义务,降格为普通的社会成员之间的关系模式,在决定是否给予受害人精神损害赔偿及数额的时候,可能导致不合理的结果^[15]。自此而言,违约精神损害赔偿可受肯定,当无疑义,核心理据应在于合同法具有对固有益的保护功能。

有学者从应然层面对合同法的规范功能提出反思,认为合同法应剥离保护义务内容,保护功能应原则上回归侵权法,因为在我国合同法上确认存在保护义务,对于受害人固有益受侵害后的救济并无实益,反而会造成合同法与侵权法之间在适用范围上的大面积竞合,给民法规范体系带来混乱^⑫。毫无疑问,这种涉及合同法与侵权法规范功能分工的立论若得到认可,必将对《民法典》第 584 条不很清晰的违约损失救济范围规范的解释论产生重大影响,故不得不察。

关于合同法与侵权法,人们普遍认为,合同是当事人之间基于合意形成的权益义务安排的载体,承载着当事人对交易利益的期待,合同法旨在保护其中的期待与信赖;而侵权法属于社会共同体规范,旨在维护社会基本的人伦与财货秩序,保障人类的生命、健康、自由、财产等权益^⑬。所以,比较法流行的观点认为,合同法是创造性的,其确认交易利益,旨在改善当事人的经济现状;侵权法则是保护性的,通过保护当事人的既有利益,使其现状不至于更糟^[16]。与如此功能区分的认知相应,上述质疑竞合的观点旨在对债法主要保护的利益类型作出相对清晰的分工,使得合同法专职本分地保护履行利益和信赖利益,侵权法则坚守其保护固有益益的底色。这是理想化的功能区隔,立论成立与否的关键在于

保护义务的应然归属。

一直以来,人们相信,合同义务不只有给付义务,还包括保护义务,违约方应对违反保护义务造成相对人人身、财产的固有损失负赔偿责任。王泽鉴先生一再向我们展示“债的关系义务群”观念^⑭,但有学者认为,该观点是对源于德国的“保护义务”制度的错误传承。在德国,因侵权法“权益差序保护”格局,且在过错证明、时效及代替辅助人承担责任等方面对受害人的固有利益保护不力,才在合同法中发展出保护义务制度,以加强对受害人的救济。但是,在我国侵权法规范及保护层面并不存在这些问题^⑮。相比于古典的交换论的契约理论,现代合同理论更多强调双方当事人之间的保护、协助以及照顾义务^[15]。但合同法的保护义务被认为与侵权法的注意义务并无根本区别,从内容上看,保护义务源于诚信原则,与侵权法一般注意义务相同,要求合同当事人保持应有的谨慎,二者的目的和功能均在于保障他方的固有利益。因此,德国《慕尼黑评注》指出,合同保护义务之违反,涉及一般性完整利益,在结构上究其实乃侵权的问题^⑯。如此,争论问题的焦点为:合同法应否包容保护义务的存在。

事实上,合同法的保护义务并非想象的那样纯粹,亦并非完全源自“信赖责任思想”。自根源而言,保护义务多出于法定或基于诚信原则的解释推论,但也不排除源于合意约定。如果按照合同法来裁断保护义务,实质上就是“以合同原理来安排侵权责任”^⑰,仍可能保有合意安排较具灵活个性、合同责任构成及责任范围易于确定等方面的价值。而自内容观之,合同法的保护义务与给付义务有时并不必然地存在关联,如缔约附随义务中的保护要求;但有时保护义务也可能与给付义务紧密关联,甚至内嵌于给付义务,如在客运合同、医疗合同、保管合同等情形中,给付义务不履行可能同时违反保护义务,构成加害给付。当保护义务与给付义务紧密关联时,如在客运合同中,将旅客安全送达约定地点,属于给付义务亦包含保护义务,因为若非安全,运送到达将无价值。所以,在承运人未将旅客安全送达目的地的情况下,执意将旅客期待安全到达的履行利益丧失与其人身伤害的固有益受损害相分离,使同一事件所发生的损害纳入不同法律范畴分别进行法律评价,人为制造法律适用的割裂,其可能引发的评价不一及增加的程序繁难,恐怕比竞合情

境更难以应对。

总而言之,合同法的保护功能已深深融合于合同实践,剥离这种保护功能而将其归入侵权法的解构操作,相当于将合同法与侵权法视为不可调和的对立双方,忽视了二者之间无法抹除的动态过渡地带^[17]。合同法不只是促进财货交易和融通的“生产型”法律,也是兼顾当事人固有利益的“保护型”法律^[7]。自此而言,当违约行为侵害对方当事人人格权造成严重精神损害时,受害人可以基于违约之诉主张人身权益受损的救济,包括精神损害赔偿。

以上论述回应了“精神损害在订约时难以预见因而不容于违约责任”的质疑,肯定了合同法对于精神损害予以救济的正当性。至于违约与侵权竞合时精神损害赔偿是否交由侵权法处理,则涉及下一层面的问题,即竞合时由侵权法规范精神损害赔偿问题是否更优。这一问题攸关对于责任竞合的妥当认知,我们将于下文分析比较。

四、竞合中选择违约精神损害赔偿的实益

1. 竞合情形通过违约之诉更可能一次实现全部损害救济

在民法上,如果同一行为符合多种民事责任的构成要件,是否可以成立几种民事责任?受害人该如何选择请求?“民事责任竞合”即是针对此类问题的理论或规范设计。最常见的民事责任竞合是违约责任与侵权责任的竞合,主要发生在加害给付或违反保护义务致害的情形。

传统民事责任竞合理论主要有三种:法条竞合说、请求权竞合说、请求权规范竞合说^⑩。法条竞合说主张,侵权责任是违反权利不可侵犯一般义务的责任,而违约行为违反的是基于合同而产生的特别义务,故竞合时只能请求违反特别义务的违约责任。请求权竞合说认为,违约与侵权竞合时,应就各个规范加以判断,产生的两个请求权独立并存。请求权竞合时又分为请求权自由竞合说与请求权相互影响说。请求权规范竞合说则认为竞合时只产生一个请求权,但可有合同关系或侵权关系两个法律基础。

我国《民法典》第186条规定:“因当事人一方的违约行为,损害对方人身权益、财产权益的,受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。”对于这一规定,通常的看法认为应当采用“请

求权有限自由竞合说”,即同一事实符合违约责任和侵权责任的构成要件,分别产生两个相互独立的请求权,但两个请求权不能分别转让亦不得同时主张^⑪。而在责任竞合中,对于未获赔偿的损害,可否另行提起诉讼获得赔偿,不同学者之间则存有争议。肯定者主张,在违约责任与侵权责任竞合情形,两种请求权既可以在同一诉讼中同时主张,亦可以在一诉之后另行起诉,并不违反“一事不再理”原则^⑫。否定者认为,根据“择一消灭模式”,当事人对违约之诉中未获支持的部分提起侵权之诉的,构成对同一行为的重复起诉,有违“一事不再理”原则^⑬。司法裁判中亦多有持此立场者^⑭。

民事责任竞合制度意在充分尊重受害方的选择,体现出强烈的受害人中心主义思想^{[18]346},目的在于“对受害人的权益进行全面的保护”^[19]。以此为导向,无论采用何种竞合理论,竞合的实效都应该确实有利于受害人救济。受害人若只能择一请求,除非任一诉求均足以实现全部救济,否则,受害人非此即彼的“被迫”选择只是徒有其名,却不得不忍受得不到充分救济之弊。但是,按照目前对违约责任及侵权责任的规定及认知,二者之救济实际上是有侧重及区隔的。违约责任重在救济履行利益,以保护义务兼及对固有权益的保护;而侵权责任主要是对于固有权益尤其是绝对权的保护,但原则上无法保护合同不履行所导致的经济损失。因为债权、纯粹经济损失等利益具有高度不确定性,可预见性极差,如果普遍保护将大大缩减行动自由^⑮,对此的赔偿甚至被认为相当于惩罚性赔偿^[20]。就此而言,违约责任与侵权责任的竞合实际上只体现在固有权益的救济部分,二者保护的覆盖面并非总能重合。有时,履行利益与固有利益的关系还可能是相互独立、包含与被包含、相互交叉的关系^{[18]347},受害人任一诉求可能均不足以救济全部损害。在这种情况下,究竟属于竞合还是聚合,抑或是只容择一请求,其合理性均值得反思和质疑。因同一原因事实而发生两个以上请求权,若其内容不同,得为并存,此时发生请求权的聚合;其内容同一时,则发生请求权竞合,由权利人选择行使之^⑯。有观点因此认为,《民法典》第996条作为特别规则,突破了第186条的规定,确定了违约责任与侵权精神损害赔偿责任可以聚合^{[18]62}。

两相比较,应当肯认违约精神损害赔偿,它不只

是如过往之司法实践那样仅片面地救济人身权益损害,违约责任救济范围整体上将受害人更为有利。而侵权责任始终面临如何兼顾自由活动与权益保护的难题,其救济条件难免严格,救济范围终究有限,对于利益的救济尤其谨慎受限。当违约行为侵害人格权,若既有履行利益损失,又有人身损害及精神损害,肯定违约精神损害赔偿,受害人依违约之诉即可基本实现全部损害救济。所以,笔者认同,当违约行为同时损害履行利益与固有权益时,可以考虑原则上优先适用合同法规范方案,也有学者将其称为“新法条竞合”方案²⁵。有学者因此认为,责任竞合并没有实体法上的意义,依合同而非侵权处理对受害人并无不利²⁶。

至此,我们确认《民法典》第 996 条可解释为肯定违约精神损害赔偿,但是,这并不妨碍仍可将其解释为,违约行为造成的精神损害可以通过另案提起侵权之诉获得救济,只要违约之诉并未包含精神损害赔偿。笔者认为,“择一消灭模式”应该予以摒弃,理由在于竞合之下的择一行使不必然可使受害人一次完全实现救济,这有违责任竞合充分救济受害人权益的规范目的。有支持“择一消灭模式”的学者意识到此模式不足以充分救济受害人的弊端,但为了维持“择一行使”,主张不法行为造成受害人人身伤亡和精神损害的,应当规定法院必须把受害人提出的主张按侵权处理,以便保护受害人利益。如果受害人因选择一项请求权不能充分实现其利益,法官可以酌情给予其更充分的补偿,但不能允许当事人根据另外一项请求权起诉²⁷。但很显然,如此苦心运作有违法官中立,可能造成法官过度干预。而在程序法上,当违约和侵权发生竞合时,精神损害赔偿可以在违约之诉外另案通过侵权之诉提出请求。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 247 条第 1 款规定:“当事人就已经提起诉讼的事项在诉讼过程中或者裁判生效后再次起诉,同时符合下列条件的,构成重复起诉:(一)后诉与前诉的当事人相同;(二)后诉与前诉的诉讼标的相同;(三)后诉与前诉的诉讼请求相同,或者后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果。”由于侵权之诉与违约之诉的诉讼请求和诉讼标的并不相同,应确认不构成重复起诉。据此,违约行为的受害人可以同时或先后提起两诉。对于前者,处理案件的法官可以合并审理;对于后者,因涉及两个不

同的诉讼,法官需进行两次不同的审理^[21]。如果致受害人严重精神损害的违约行为因第三人引发,那么第三人与违约方将构成多数人侵权,受害人还可同时根据《民事诉讼法》第 55 条诉讼标的的共同事由的规定,一并请求第三人承担侵权精神损害赔偿^[3]。

综上所述,对于违约行为侵害人格权造成的严重精神损害,受害人既可以直接提起违约精神损害赔偿,亦可以另案通过侵权之诉请求救济。但很显然,受害人直接提起违约之诉通常即可实现全部损害的救济,避免形成讼累而浪费各方资源^[22],在程序上也可以回避管辖权、诉的合并等方面的争论与疑难。

2. 违约精神损害赔偿的过错要件相对宽松

违约责任与侵权责任竞合的基础在于二者存在区别。二者的主要差别除了上述的责任范围,还体现在过错要件。有学者对于违约责任与侵权责任在过错要件、责任范围、责任减免、时效及管辖等方面的实质差异作了批判反思,认为二者差异极小,竞合实益较为有限²⁸。在我国,违约责任一般采严格责任,只要债务履行不符合约定,即需要承担违约责任,除非有免责事由。但有学者指出,各国理论与实践多认可以合同义务属行为义务还是结果义务之性质区分作为不同归责原则的基础。当合同义务为结果义务时,如卖方提供约定商品的义务,违约责任采严格责任;当合同义务为行为义务时,如医疗合同中医方的诊疗义务,采过错责任原则;当合同义务作为强化的行为义务时,采过错推定责任^[13]。由此看来,违约责任与侵权责任在归责原则上似乎没有多大差异,但事实上,违约责任的成立主要以约定为准^[7],约定即属于当事人的担保、承诺,无论标准为手段或结果,只要未达到约定标准,即属于违约而需要承担责任。即使在合同义务为行为义务时,如医方提供诊疗服务,受害人需要证明诊疗未尽到应有的注意或技能构成违约,事实上同样以诊疗行为未达到明确或经解释的默示约定标准为据来裁断。“在一方不履行时追究其违约责任,不过是执行当事人的意愿和约定而已。”^[23]由此而言,违约责任名副其实乃“违反约定”的客观责任,只需要审查履行行为是否与“约定”相符,称其为“严格责任”,应不为过。

具体就本文主题而言,所需要探究的问题为:违

约精神损害赔偿可否比照一般违约责任适用严格责任原则。否定观点认为,违约精神损害乃违反保护义务所致,保护义务系属行为义务,其违反判断应采过错责任原则,遵循责任与过错对等原则,否则,有鼓励滥诉之嫌^②。但事实上,前文已述,合同法保护义务不全然是缔约中的附随义务之一,而论及违约责任在与侵权责任的竞合中保护义务的违反,此保护义务需作用于合同存续期间,与给付义务合二为一或紧密关联,有如客运合同中安全运送旅客到达约定地点的义务。在此,违反保护义务致使固有权益损害,并非“与合同履行无关”^[13]。只要保护义务系合同内容之所属,当事人必得依约践行,违约担责之条件不应因损害隶属财产、人身或精神而有别。无论是违反给付义务导致履行利益损害,还是违反保护义务导致固有权益损害,违约损害赔偿的正当性均只在于债务未依约而履行,无需探寻“未依约履行”背后可能存在的更深层的可责性原因。这也是合同当事人因相互高度信赖而需要担负强于侵权法的注意义务的体现。合同当事人在追求自身交易利益时,如果在较强程度上威胁到他人人身或其法益,可以期待行为人采取较高的注意义务标准,其正当性体现在信赖责任基本思想中^③。至于违约行为致精神损害若确属无过错,在确定精神损害赔偿数额时可予以考量,但影响的不应是责任之有无。

3. 违约精神损害赔偿可以分享合同意定可能蕴含的价值

合同作为当事人合意安排的相对关系,可以包容灵活、弹性、确定及个性化等价值。这些价值源于私法自治的肯认,具体可以体现为当事人对于违约金、免责条款、约定管辖或仲裁条款以及约定强化或削弱的注意义务等方面。违约精神损害赔偿作为合同关系演化的可能结果之一,自然可以分享合意化有别于法定化所蕴含的诸多价值。在违约精神损害赔偿被认同渐或形成共识的过程中,私人合意亦可直接围绕违约精神损害赔偿而设计,例如赔偿的数额、计算方式、免责事由等,均可交由当事人合意约定,如此更可收获自治的价值。在实务中,只要当事人在订约时估量合同履行过程不排除侵害一方人格权或精神利益的可能,为避免出现精神损害是否予以违约救济及其赔偿数额等方面的分歧,当事人可以预先在合同中约定违约精神损害赔偿的确定或排除情形以及赔偿数额的确定方法等条款。此等约定

只要不违反法律、行政法规的强制性规定或公序良俗,通常即可确认其具有法律拘束力,如此亦可缓解裁判者在确定精神损害赔偿时因模糊而产生的裁断疑难。

结 论

违约责任与精神损害赔偿并非天然地存在不可逾越的鸿沟。对于违约行为侵害人格权导致严重精神损害,无论是出于可预见性考量,还是出于其他政策性考量,均不足以成为拒绝承认违约精神损害赔偿的正当性理由。精神损害属于确实存在的固有权益损害,尽管其不易确定,难以衡量,但精神损害赔偿并非惩罚性赔偿。只要确认合同法存在保护义务、包容保护功能,对于属于固有权益损害的精神损害片面地拒绝违约责任救济,即始终缺失区别对待的有效理据。

当前,随着人的保护的观念在民法理念中的不断渗透,违约精神损害赔偿制度渐成现代法律发展之趋势。王泽鉴先生认为,《民法典》第 996 条的立法目的在于肯定违约责任与侵权责任的竞合,强化对人格权的保护^④。有鉴于此,不应再简单以责任竞合为名否认违约精神损害赔偿的现实意义。第 996 条应解释为认同竞合中的违约精神损害赔偿,则当事人在违约之诉中一并主张违约精神损害赔偿,即可一次全部实现损害救济,且主张违约精神损害赔偿,过错构成要件相对宽松。而受害人亦可另行通过侵权之诉主张精神损害赔偿,但可能遭遇讼累及程序上的繁难。所以,在第 996 条构设的竞合中支持违约精神损害赔偿,可确保受害人损害救济充分、高效地实现;而且,当事人可借由合意预先确定违约精神损害赔偿的相关问题,减免法律裁判的疑难困境。

注释

①具体论述参见中国审判理论研究会民事专业委员会编著:《民法典人格权编条文理解与司法适用》,法律出版社 2020 年版,第 61—63 页;杨立新:《中华人民共和国民法典条文要义》,中国法制出版社 2020 年版,第 698 页;柳经纬:《违约精神损害赔偿立法问题探讨——以〈民法典各分编(草案)〉第七百七十九条为对象》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2019 年第 4 期;曹险峰、程奕翔:《因违约而生之精神损害的救济路径》,《北方法学》2022 年第 3 期。②具体论述参见肖建国、丁金钰:《程序法视域下民法典违约精神损害赔偿

制度的解释论》，《苏州大学学报》（哲学社会科学版）2020 年第 4 期；张红：《〈民法典（人格权编）〉一般规定的体系构建》，《武汉大学学报》（哲学社会科学版）2020 年第 5 期；薛军：《〈民法典〉对精神损害赔偿制度的发展》，《厦门大学学报》（哲学社会科学版）2021 年第 3 期；陈甦、谢鸿飞主编：《民法典评注·人格权编》，中国法制出版社 2020 年版，第 48—52 页；黄薇主编：《中华人民共和国民法典人格权编解读》，中国法制出版社 2020 年版，第 36—40 页；最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组：《中华人民共和国民法典人格权编理解与适用》，人民法院出版社 2020 年版，第 82—85 页。③具体论述参见梁慧星：《民法》，四川人民出版社 1988 年版，第 420 页；王家福：《中国民法学·民法债权》，法律出版社，1991 年版，第 247 页；王利明：《合同法研究》（第 2 卷），中国人民大学出版社，2003 年版，第 670—674 页；王利明：《侵权责任法与合同法的界分——以侵权责任法的扩张为视野》，《中国法学》2011 年第 3 期。④旅游合同，如“盈科美辰国际旅行社有限公司、亚太财产保险有限公司深圳分公司旅游合同纠纷案”，山东省淄博市中级人民法院（2020）鲁 03 民终 3425 号民事判决书。旅客运输合同，如“连某诉乔某某、郑州交通运输集团有限公司、中华联合财产保险股份有限公司郑州中心支公司、中国太平洋人寿保险股份有限公司河南分公司旅客运输合同纠纷案”，河南省许昌市魏都区人民法院（2015）魏北民初字第 00148 号民事判决书；“肖祥富与祝海根、邵阳市凯达运输有限公司等公路旅客运输合同纠纷案”，湖南省邵阳市中级人民法院（2020）湘 05 民终 1750 号民事判决书。医疗服务合同，如“瑞金市人民医院与钟祥民等医疗服务合同纠纷上诉案”，江西省赣州市中级人民法院（2010）赣中民三终字第 78 号民事判决书；“林倩、福州现代妇产医院有限公司医疗服务合同纠纷案”，福建省福州市中级人民法院（2020）闽 01 民终 5536 号民事判决书。摄影服务合同，如“叶书铭、刘娅琴与四川墨晟文化传播有限责任公司服务合同纠纷”，四川省绵阳市中级人民法院（2015）绵民终字第 1970 号民事判决书。骨灰保管合同，如“杭存俊与马鞍山市卧龙山公墓有限责任公司保管合同纠纷案”，安徽省马鞍山市花山区人民法院（2019）皖 0503 民初 2206 号民事判决书。⑤具体论述参见吴奕锋：《论精神性履行利益的违约损害赔偿——从 62 份婚礼摄影合同判决展开的理论建构》，《华东政法大学学报》2019 年第 4 期；陆青：《违约精神损害赔偿问题研究》，《清华法学》2011 年第 5 期；许中缘、崔雪炜：《论合同中的人格利益损害赔偿》，《法律科学》2018 年第 3 期。⑥关于违约精神损害赔偿的质疑与反思，具体可参见王利明：《侵权责任法与合同法的界分——以侵权责任法的扩张为视野》，《中国法学》2011 年第 3 期；纳尔森·厄农：《违约与精神损害赔偿》，肖厚国译，见梁慧星主编：《民商法论丛》（第 16 卷），金桥文化出版（香港）有限公司，2000 年版；崔建远：《精神损害赔偿绝非侵权法所独有》，《法学杂志》2012 年第 4 期。⑦具体内容参见“安阳市北关区星源养老院、中国人民财产保险股份有限公司安阳市分公司等服务合同纠纷案”，河南省安阳市中级人民法院（2021）豫 05 民终 4802 号民事判决书；“雷琴与北京公共交通控股（集团）有限公司第一客运分公司城市公交运输合同纠纷案”，北京市朝阳区人民法院（2021）京 0105 民初 64111 号民事判决书；“张富海、张富荣等合同纠纷案”，山西省运城市盐湖区人民法院（2021）晋 0802 民初 632 号民事判决书。⑧具体论述参见李永军：《非财产性损害的契约性救济及其正当性——违约责任与侵权责任二元制体系下的边际案例救济》，《比较法研究》2003 年第 6 期；王利

明：《合同法研究》（第 2 卷），中国人民大学出版社，2003 年版，第 673 页；许中缘、崔雪炜：《论合同中的人格利益损害赔偿》，《法律科学》2018 年第 3 期。⑨具体论述参见许中缘、崔雪炜：《论合同中的人格利益损害赔偿》，《法律科学》2018 年第 3 期；海尔姆特·库齐奥：《侵权责任法的基本问题（第一卷）：德语国家的视角》，朱岩译，北京大学出版社 2017 年版，第 104 页。⑩具体论述参见王利明：《违约责任和侵权责任的区分标准》，《法学》2002 年第 5 期；曹险峰、程奕翔：《因违约而生之精神损害的救济路径》，《北方法学》2022 年第 3 期。⑪具体的质疑与反思，可以参阅崔建远：《精神损害赔偿绝非侵权法所独有》，《法学杂志》2012 年第 4 期。⑫具体论述参见王文胜：《论合同法和侵权法在固有利益保护上的分工与协作》，《中国法学》2015 年第 4 期；许中缘、崔雪炜：《论合同中的人格利益损害赔偿》，《法律科学》2018 年第 3 期。⑬具体论述参见谢鸿飞：《违约责任与侵权责任竞合理论的再构成》，《环球法律评论》2014 年第 6 期；张红：《〈民法典（人格权编）〉一般规定的体系构建》，《武汉大学学报》（哲学社会科学版）2020 年第 5 期；许中缘、崔雪炜：《论合同中的人格利益损害赔偿》，《法律科学》2018 年第 3 期。⑭具体论述参见王泽鉴：《债法原理（第一册）：基本理论债之发生》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 34—49 页。⑮具体论述参见许中缘、崔雪炜：《论合同中的人格利益损害赔偿》，《法律科学》2018 年第 3 期；王文胜：《论合同法和侵权法在固有利益保护上的分工与协作》，《中国法学》2015 年第 4 期。⑯⑰Kramer 的观点，转引自叶名怡：《违约与侵权竞合实益之反思》，《法学家》2015 年第 3 期。⑱关于民事责任竞合理论的介绍，具体可参照韩世远：《合同法总论》（第四版），法律出版社 2018 年版，第 888—890 页。⑲具体论述参见韩世远：《合同法总论》（第四版），法律出版社，2018 年版，第 892—893 页；谢鸿飞：《违约责任与侵权责任竞合理论的再构成》，《环球法律评论》2014 年第 6 期。⑳具体论述参见王文胜：《论合同法和侵权法在固有利益保护上的分工与协作》，《中国法学》2015 年第 4 期；肖建国、丁金钰：《程序法视域下民法典违约精神损害赔偿制度的解释论》，《苏州大学学报》（哲学社会科学版）2020 年第 4 期。㉑具体论述参见王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社，2003 年版，第 359 页；吴庆宝：《论侵权责任与违约责任竞合的限制》，《法律适用》2002 年第 8 期。㉒例如“张家港泰富石油仓储有限公司与江苏苏美达国际技术贸易有限公司侵权纠纷再审案”，最高人民法院（2011）民提字第 74 号民事判决书；“襄阳市襄城区蕾蕾幼儿园与襄阳市第四十一中学排除妨碍纠纷、违约损害赔偿纠纷上诉案”，襄阳市中级人民法院（2016）鄂 06 民终 231 号民事判决书；“天津世拓科技有限公司与浙江中联建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案”，天津市高级人民法院（2017）津民终 53 号民事判决书。㉓具体论述参见葛云松：《〈侵权责任法〉保护的民事权益》，《中国法学》2010 年第 3 期；王利明：《侵权责任法与合同法的界分——以侵权责任法的扩张为视野》，《中国法学》2011 年第 3 期；海尔姆特·库齐奥：《侵权责任法的基本问题（第一卷）：德语国家的视角》，朱岩译，北京大学出版社 2017 年版，第 95 页。㉔具体论述参见王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 93 页。㉕具体论述参见谢鸿飞：《违约责任与侵权责任竞合理论的再构成》，《环球法律评论》2014 年第 6 期。㉖具体论述参见张家勇：《论责任竞合的逻辑与经验》，龙卫球、王文杰主编：《两岸民商法前沿》，中国法制出版社 2013 年版，第 604 页。㉗具体论述参见王利明：《违约责任论》，中国政法大

学出版社 2003 年版,第 356 页。⑳具体论述参见叶名怡:《违约与侵权竞合实益之反思》,《法学家》2015 年第 3 期。㉑具体论述参见叶名怡:《违约与侵权竞合实益之反思》,《法学家》2015 年第 3 期,第 130 页;杨显滨:《违约精神损害赔偿制度的中国式建构》,《当代法学》2017 年第 1 期;王文胜:《论合同法和侵权法在固有利益保护上的分工与协作》,《中国法学》2015 年第 4 期。㉒具体论述参见海尔蒙特·库齐奥:《侵权责任法的基本问题(第一卷):德语国家的视角》,朱岩译,北京大学出版社 2017 年版,第 95—96 页。㉓具体论述参见“燕大元照”微信公众号 2022 年 6 月 10 日王泽鉴《民法典的中国特色与理论创新》。

参考文献

- [1] 崔建远.精神损害赔偿绝非侵权法所独有[J].法学杂志,2012(4):22-30.
- [2] 吴奕锋.论精神性履行利益的违约损害赔偿:从 62 份婚礼摄影合同判决展开的理论建构[J].华东政法大学学报,2019(4):178-192.
- [3] 曹险峰,程奕翔.因违约而生之精神损害的救济路径[J].北方法学,2022(3):17-25.
- [4] 巴尔,德罗布尼西.欧洲合同法与侵权法及财产法的互动[M].吴越,王洪,李兆玉,等译.北京:法律出版社,2007.
- [5] 龙著华.违约责任中的精神损害赔偿[J].政治与法律,2006(1):80.
- [6] 陆青.违约精神损害赔偿问题研究[J].清华法学,2011(5):143-154.
- [7] 谢鸿飞.违约责任与侵权责任竞合理论的再构成[J].环球法律评论,2014(6):5-26.
- [8] 王利明.合同法新问题研究[M].北京:中国社会科学出版社,2003:744.
- [9] 韩世远.合同法总论:第四版[M].北京:法律出版社,2018:892.
- [10] 梁慧星.民商法论丛:第 25 卷[M].香港:金桥文化出版(香港)有限公司,2002:106.
- [11] 黄金桥.违约精神损害赔偿的理论障碍及其克服[J].北方法学,2007(3):62.
- [12] 凯恩.侵权法解剖[M].汪志刚,译.北京:北京大学出版社,2010:225.
- [13] 叶名怡.违约与侵权竞合实益之反思[J].法学,2015(3):124-137.
- [14] 马维麟.损害赔偿法之原理[J].法学丛刊,1996(161):40-60.
- [15] 薛军.《民法典》对精神损害赔偿制度的发展[J].厦门大学学报(哲学社会科学版),2021(3):91-100.
- [16] WEIR T. Complex Liabilities[M]. International Encyclopedia of Comparative Law. Tuebingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1975:5.
- [17] 库齐奥.侵权责任法的基本问题(第一卷):德语国家的视角[M].朱岩,译.北京:北京大学出版社,2017:95.
- [18] 中国审判理论研究会民商事专业委员会.《民法总则》条文理解与司法适用[M].北京:法律出版社,2017.
- [19] 王利明.侵权责任法与合同法的界分:以侵权责任法的扩张为视野[J].中国法学,2011(3):122.
- [20] WIEBER LENS J. Honest Confusion: The Purpose of Compensatory Damages in Tort and Fraudulent Misrepresentation[M]. 59 Kan L. Rev. 2010,pp.231-284.
- [21] 陈甦,谢鸿飞.民法典评注·人格权编[M].北京:中国法制出版社,2020:51.
- [22] 张红.《民法典(人格权编)》一般规定的体系构建[J].武汉大学学报(哲学社会科学版),2020(5):155-173.
- [23] 梁慧星.民商法论丛:第 8 卷[M].北京:法律出版社,1997:7.

Mental Damage Compensation in the Concurrence of Liability for Breach of Contract and Liability for Tort

Zheng Yongkuan

Abstract: There are not insurmountable gaps between liability for breach of contract and compensation for mental damage. The contract law has the protective function, and it lacks effective legal basis to unilaterally reject the relief of liability for breach of contract for the spiritual damage that belongs to the inherent interest damage. *Article 996 of the Civil Code* should be interpreted as in favor of the compensation for mental damage caused by breach of contract, and the victim can also claim compensation for mental damage through tort action. Claiming compensation for mental damage through action for breach of contract can realize the damage relief completely at one time, and avoid the procedure difficulty. Moreover, the constitutive element of fault of liability for breach of contract is relatively loose, and claim for mental damage compensation through action for breach of contract can share the values of freedom of contract.

Key words: liability for breach of contract; liability for tort; concurrence; compensation for mental damage for breach of contract

责任编辑:一鸣