

文章编号: 1674-5205(2018)03-0128-(012)

# 论合同中的人格利益损害赔偿

许中缘, 崔雪炜

(中南大学法学院, 湖南长沙 410012)

**〔摘要〕** 违约责任不能适用精神损害赔偿制度。违约损害赔偿责任应满足“因果关系”和“可预见规则”之双重构造。以合同之“中”而非损害发生之视角发现以合同为“载体”存在的“隐晦”的人格利益。对债权人积极实现和表达之“增量人格利益”构成的合同义务的违反是违约损害赔偿的法理基础, 可预见标准应为确定违约损害赔偿范围的法技术工具。保护包括涉及“人格物”利用、关乎精神享受和含有人格利益表达条款合同类型中被确认了的人格利益。

**〔关键词〕** 违约责任; 人格利益损害赔偿; 精神损害赔偿; 增量人格利益; 损害赔偿

**Abstract:** The liability for breach of contract cannot be applied to the system of compensation for mental damage. The liability for breach of contract should satisfy the dual structure of “causal relationship” and “foreseeable rule”. In the contract “in” perspective, rather than damage perspective, to find the contract as the “carrier” of the “obscure” personality interest. The creditor’s active realization and expression of “incremental personality interest” constitutes a contractual obligation, and the breach of this obligation is the legal basis of the breach of contract; The foreseeable criteria should be legal tools for determining the scope of the liability for breach of contract. The protection includes personal benefits that are recognized in the type of contract involving the use of “Personality”, relating to the enjoyment of the spirit and the expression of the personality interest.

**Key Words:** responsibility for breach of contract; damage compensation for personal interests; compensation for spiritual damages; incremental personality interest; compensation for damages

中图分类号: DF525 文献标识码: A

DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2018.03.049

违约适用精神损害赔偿是近期学术界争论比较多的一个话题,赞成者有之,反对者亦不少。笔者以“合同”“违约”“精神损害赔偿”等为关键词在“中国裁判文书网”查询到600多个案例,通过总结,发现原告基于合同违约要求精神损害赔偿之合同范围极为广泛:不仅包括违约责任和侵权责任竞合情形下对造成人身权益损害导致的精神损害要求赔偿,还涉及包括买卖合同在内的各类合同纠纷<sup>①</sup>中因违约行为造成的焦躁、不安或维权过程的身心疲惫等赔偿。然则,法院一般认为,“根据相关法律和司法解释的规定,当事人只有主张侵权赔偿责任的才得以主张精神

损害赔偿”、“合同之诉主张精神损害赔偿缺乏法律依据”、“违约造成的精神损害并非属于订约时可见见的损害范围”<sup>②</sup>。这反映了合同法的发展应对民事

<sup>①</sup> 笔者总结在中国裁判文书网中查询到的案例,提起精神损害赔偿请求的合同类型主要包括旅游合同、医疗合同、运输合同、保管合同、婚庆服务合同等,还包括一般买卖合同、法律服务合同、房屋租赁合同、物业服务合同、储蓄卡纠纷合同、旅店服务合同、承揽合同等各类合同。

<sup>②</sup> 陈功与被灵川县博大法律服务所法律服务合同纠纷,(2015)桂市民二终字第6号;武汉灵创科技有限公司与江苏奥雷光电有限公司买卖合同纠纷,(2015)苏审三商申字第00148号;党应博与宁波浙电物业经营有限公司物业服务合同纠纷,(2014)浙民申字第750号;曾大楠与张慧玲财产损害赔偿纠纷,(2014)川民申字第335号;李文金与张吉民、周德亮合同纠纷,(2016)黑民终360号;项祥礼与王秀婷租赁合同纠纷,(2014)浙杭民终字第3229号;李振东、中国建设银行股份有限公司广州新市支行储蓄卡纠纷二审,(2014)穗中法金民终字第397号;康世才与赖瑞燕买卖合同纠纷,(2015)深中法民终字第536号;陈水莲与安溪恒兴客运有限公司旅客运输合同纠纷,(2013)泉民终字第2803号;李玉英等诉岑巩县新兴高中毅骨科医院医疗服务合同纠纷案,(2014)黔东民终字第139号;汪正江与潜山县余井镇人民政府、王中苏殡葬服务合同纠纷,(2015)潜民一初字第02253号等,限于篇幅及案件性质重合率过高,在此仅作有限列举。

收稿日期: 2017-02-21

基金项目: 国家社科基金重大课题(14ZDC017)“民法典编纂重大疑难问题研究”

作者简介: 许中缘(1975—),男,汉族,湖南武冈人,中南大学法学院教授,博士生导师。

崔雪炜(1993—),女,汉族,河北保定人,中南大学民商法学博士研究生。

主体实践需求之不足。

司法实践仅对人格权侵权的行为适用精神损害赔偿会导致司法不能满足于实践需求,特别是在旅游合同、特殊承揽合同(如提供婚庆服务合同)、特殊保管合同(如骨灰保管合同)、医疗美容服务合同中,精神上的满足更是此类合同的本质追求。若允许侵权之诉主张人格利益损害赔偿同样具有法律救济实现不足的问题。比如说骨灰保管合同中就涉及到骨灰是否可以继承,婚庆服务合同中录像带的遗失会涉及到录像带的所有权等与案件无关但对案件具有实质影响的难题。而如果对这些合同适用精神损害赔偿又与现有法律精神损害赔偿功能实现存有差异,还会导致现有法律体系的混乱与精神损害赔偿的滥用。

如此情形,反映了传统合同法的本质是一种交易法,难以满足社会发展的需求<sup>①</sup>。合同是物质财富交换的工具,亦是创造精神财富和满足人们精神需求以实现人之价值的工具。<sup>(1)</sup>合同不再仅限于承载经济利益,合同间或已成为人格利益表达和实现的载体,促使人格利益积极实现之工具。如旅游合同是以精神产品为标的物的特殊“目的合同”,游客签订旅游合同旨在实现精神之愉悦和满足。<sup>(2)</sup>以人格利益损害赔偿实现其利益的救济,正是合同本质的需求,本文对此进行探讨。

### 一、我国违约精神损害赔偿存在的问题分析

对于违约导致非财产损失如何救济存在广泛争议。传统理论界通说否定违约的非财产性救济,而随着司法实践中判予违约精神损害赔偿的案件——“骨灰保管合同案”、“婚庆录像胶卷丢失案”等的出现,学术界逐渐承认违约责任适用精神损害赔偿。司法裁判中对合同法条文进行扩张解释,认为《民法通则》第111条和《合同法》第107条的规定均未将赔偿损失的范围限定为财产损失,或规定排除精神损失<sup>②</sup>;法学界主张通过判例和学说加以发展并通过“类型化”的路径限制违约精神损害赔偿的适用范围<sup>③</sup>。笔者认为,合同中的人格利益损害属于非财产性损害,并不能将其等同于精神损害赔偿。

(一)人格利益损害与精神损害赔偿制度的本质不相容

合同约定的人格利益之损害并非都能导致“精神损害”。精神损害来源于生理上和心理上的损害,是因人格权遭受侵害而引发的一种损害类型,并非直接的权利侵害。精神损害赔偿作为人格权受到侵害时的救济方式<sup>④</sup>,只能对人格权受到侵害导致的精神痛苦、生理疼痛以及其他不良情绪提供补偿,但并不

包括侵害的事实本身,即“精神利益”的丧失。<sup>(3)674</sup>人格利益损害较之精神损害范围更广,不仅包括受害人的精神痛苦,也包括外部名誉之损害(社会评价降低)、生命、健康等人身权益之损害本身,如客观上的“时间的浪费”自身属于非财产损害,而非精神损害。<sup>(4)144</sup>人格利益损害构成的“前因”与精神损害构成的“后果”并非等量对应,对于精神利益的侵害可能产生精神损害,也可能不产生此种后果,将两者混淆并非妥当。<sup>(3)676</sup>承认违约精神损害赔偿,仅是对合同约定的人格利益受损导致的精神痛苦、不安等不良情绪的补偿,并未实现对合同约定的“精神利益”或者“人格利益”的损害救济。

适用精神损害赔偿的本质在于无法通过恢复原状等救济措施使受害人恢复原有的精神状态,而提供金钱赔偿达到对受害人的抚慰及对加害人的制裁目的。一方面,受害人可使用精神损害赔偿金去购买服务或者享受,以减少或者消除受害人精神上的痛苦和不良情绪。通过精神损害赔偿使受害人感到正义得到伸张,对受害人遭受的精神痛苦予以抚慰。另一方面,通过金钱赔偿并不能使受害人的人格损害得到完全填补,但可使加害人失去一笔金钱,使其不敢再从事此类行为,从而承担对不法行为的制裁功能。<sup>(3)678</sup>因而,加害人的过错程度自然成为确定赔偿范围的考

① 该主张参见王利明《合同法的目标与鼓励交易》,《法学研究》1996年第3期,第96页。

② 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二审民事判决书,(2015)绵民终字第1970号。

③ 该类主张可参见程啸《违约与非财产损害赔偿》,载梁慧星主编《民商法论丛》(第25卷),金桥文化出版有限责任公司2002年版,第77-79页;李永军《非财产性损害的契约型救济及其正当性——违约责任与侵权责任的二元制体系下的边际案例救济》,《比较法研究》2003年第6期,第47-62页;尹志强《论违约精神损害赔偿的正当性及适用范围》,《中国政法大学学报》2014年第6期,第109-121页。

④ 精神损害赔偿以法律规定者为限或者应在法律规定的情形下进行赔偿,这已经是民法学界达成共识的规则。(参见张新宝《精神损害赔偿制度研究》,法律出版社2012年版,第57页。)目前我国法律中精神损害仅限于侵权责任领域:根据《民法通则》第120条规定,公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害时,受害人有权要求精神损害赔偿。司法实践中,法院将精神损害赔偿的范围扩大至生命健康权、隐私权等人格权。可见,对于精神损害赔偿的适用范围仅限于人格权受侵害之情形;根据《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4条的规定,精神损害赔偿的适用范围扩大至“具有人格象征意义的特定纪念物品”;根据《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。”

量因素<sup>①</sup>。但合同中约定的人格利益表达属于意思自治的范畴,债务人负有实现其人格利益表达的义务,因其违约行为导致表达受损,自然应当对此人格利益进行赔偿。例如,因旅游合同的违约导致游客“假期被浪费”,对其补偿仅限于合同责任,而如果因人身伤害而必须取消一个已经计划好的假期时,受害人则不能基于侵权行为要求侵权人对“浪费的假期”赔偿。

(二)违约责任中适用精神损害赔偿会破坏交易的基本法则

不论合同中是否掺杂人格利益,其始终反映交易的需要,缔约双方在了解交易风险的基础上分担责任。允许违约责任中适用精神损害赔偿,一方面会使非违约方获得合同之外的利益,违背交易基本原则<sup>②</sup>;另一方面,对于缔约当事人而言,很难预见到在违约行为发生后,非违约方是否会产生精神上之痛苦、焦虑等损害,也难以预见其损害程度,使其在缔约时面临极大的风险。例如,在买卖合同中,“卖方赔偿的违约损失可能完全超出其订约时的可预见范围,如对于未交货致买方头痛、失眠、家庭矛盾等精神痛苦并非卖方在签订合同时可以预见”。<sup>③</sup>

(三)违约造成的精神利益损害不能通过人格权保护提供救济

精神损害赔偿主要适用于人格权的保护。<sup>(5)4 (6)378</sup> 合同中的精神利益能否涵盖于一般人格权之中,并在人格利益受到损害时通过人格权请求权的方式得到救济?首先,一般人格权的创设考虑到在具体人格权之外必然会逐渐产生一些新型人格利益,作为兜底性条款为这些需要受法律保护的新型人格利益上升为独立的权利形态提供充分的空间。<sup>(7)437-442</sup> 《侵权责任法》第2条第2款规定的侵权责任法保护的人格权益范围不仅包括具体的人格权,还涉及其他的“人身权益”,一般人格权的存在即承担权利创设的功能。具体人格权作为绝对权,具有对抗所有人的效力;而一般人格权作为具体人格权的创设基础,必然同属于具有“排他性”的固有利益,只是在某项人格利益未被创设为权利之前只能在侵权责任法中作为“利益”来保护,呈现“法定化”属性。就此说明,一般人格权中的人格利益不能由当事人通过约定自由创设。而合同中的人格利益乃基于当事人之间自由约定创设产生、相对独立于债权人的固有利益而存在。合同中的人格利益是隐晦的、相对的,仅具有对抗相对人的效力,债务人对合同以及合同中人格利益表达条款约定的“人格利益”负有实现表达之义务,违背该项义务的行为构成对合同效力的直接违

反,同时产生损害“基于合同约定产生的人格利益”的结果。由此可见,合同中的人格利益基于合同约定而自由创设,只能对抗相对人而无法产生对抗第三人的效力,其与一般人格权中的人格利益具有本质差异,难以通过人格权请求权的形式获得救济。

(四)违约责任适用精神损害赔偿缺乏民法典之体系正当性

主张建立违约精神损害赔偿之论述是基于违约造成了生理的、精神的、心理的损害以及特定财产的损害,其与侵权适用精神损害赔偿制度的基础别无二致,皆是以“有损害就有救济”之角度展开。例如,有学者认为精神损害赔偿分为“基于违约导致的精神损害的合同法之救济”和“基于侵权导致的精神损害的侵权责任法之赔偿救济”两种。<sup>(1)</sup> “对于加害给付造成的精神损害,根据《合同法》第122条规定能够提起独立的侵权之诉的,可请求精神损害赔偿;不足以构成独立的侵权诉因的,由合同法提供救济。”<sup>(8)</sup> 学者对违约精神损害赔偿制度设立的正当性基础之阐述,是以“承认侵权责任法和合同法保护范围上的同一性”为基点将侵权责任中的精神损害赔偿移植到违约责任中。但问题是:

其一,将违约救济之损害范围扩大至侵害固有利益所致之精神损害将混淆民事责任的二元体系。合同法保护范围的确定是当事人通过合同安排的结果,属于通过合同欲加实现的“增量人格利益”,对其承担违约责任应遵循可预见规则,弥补因违约行为导致的非违约方对违约方适当履行之期待的落空,使非违约方处于合同得以适当履行的状态,即仿佛合同从未被违反的状态<sup>④</sup>。而侵权责任法旨在保护当事人人身和财产权益,通过侵权责任的承担使受害人重新恢复到倘无侵权行为时应处之状态。因而,如果适用侵权责任解决合同违约,只能使非违约方的状态处于合

① 行为人过错程度越重,其可能承担的精神损害赔偿越多。在比较法上,许多国家都承认精神损害要考虑过错。例如,奥地利法规定精神损害赔偿通常只在行为人具有故意或者重大过失的情况下才能适用。我国《侵权责任法》第22条规定的“严重精神损害”中就包括了过错因素的考量。《精神损害赔偿司法解释》第10条规定,在确定精神损害赔偿的金额时,需要考虑侵权行为人的过错程度等,即体现了对加害人主观恶意的惩罚功能。参见尹飞《精神损害赔偿》载王利明主编《人身损害赔偿疑难问题》,中国社会科学出版社2004年版,第635页。

② 精神损害赔偿不能与财产损害赔偿一样坚持“有损害,即有救济”之完全赔偿原则,主要是由于精神损害本身的不确定性,其损害程度主要取决于个人主观上所受精神创伤,根据具体情况确定,主体之间差异性往往导致判断受主观因素的影响。

③ 参见康世才与赖瑞燕买卖合同纠纷二审民事判决书,(2015)深中法民终字第536号。

④ 参见《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第9条对违约损害赔偿范围的详细规定。

同不存在的状态,并且缺乏对合同相应履行部分的返还与恢复的规定,其实质是对当事人意思自治的违反。

对受害人精神损害进行保护本就逾越了合同法通常保护的利益范围。合同法保护的是债权利益,违约损害赔偿主要对受害人履行利益进行补偿;而精神损害本属固有利益受损所致附带损害,应属于侵权责任法的保护范畴。一旦对精神损害给予违约救济,将混淆合同责任和侵权责任,亦是对责任竞合的否定。“假如合同责任也可以对精神损害作出赔偿,就使得责任竞合失去了存在的意义。”<sup>(9)400</sup>

其二,通过对《侵权责任法》第2条的扩张解释将侵权责任法之保护范围扩大到“债权”,难为违约精神损害赔偿提供正当性基础。《侵权责任法》第2条第2款列举的受保护的“民事权益”的范围非常广泛,由于该条对各类民事权利的详细列举以及其开放式保护的模态,导致侵权法的适用范围处于一种不断扩张的态势。<sup>(7)682</sup>但该条同时确认了侵权法主要以保护债权以外的私权利为目的,其必然以绝对权为主要保护对象,在该18项权利列举中省去“合同债权”并非立法的疏漏,而是立法者的精心设计。<sup>(7)685</sup>合同法以保护意思自治为核心,决定了其以合同债权为主要保护对象的格局。《侵权责任法》第2条的立法安排是妥适的,合同债权基于当事人约定产生,其内容也基于当事人约定而具有非典型公开性,除合同双方当事人之外,第三人很难了解到合同的约定内容。将侵害债权的行为定性为侵权行为,将极大地妨碍人们的行为自由;导致侵权法的过度扩张以致涵盖合同债权,对民法原有内在体系构成威胁。<sup>(7)685</sup>

其实,无论上述何种解决路径,仔细窥探即可发现,皆以损害发生之角度探讨,是站在合同之“外”以损害结果发生必须补救的视角阐述。如此,极易将不符合违约损害赔偿内在体系之损害概括其中,由于违约行为导致的损害结果发生并不一定在合同的可预见范围之内,必将导致合同中风险分担机制的失衡。违约导致的非财产损失范围要大于合同中人格利益的损害。违约损害赔偿的承担区间必须框定在:合同之“中”和合同之“外”的损害的重合范围内,亦即不仅需要损害与违约行为之间有因果关系,还必须是基于合同信赖基础产生的可以预见的损害。违约损害赔偿制度保护的是依赖合同履行欲实现的“增量人格利益”,也称“预期人格利益”。

## 二、违约非财产损害赔偿制度之域外考察与评鉴

比较法研究的作用在于发现共性,结合我国特色

形成适用于我国现行法律体系之表达。

### (一) 德国违约人格利益损害救济路径解析

#### 1. 从《德国民法典》第253条的修改为中心探讨违约之人格利益损害救济

《德国民法典》原第253条规定:“损害为非物质上的损害时,仅在法律有规定的情形下,始得要求以金钱赔偿损害。”原847条第2款规定:“在侵害身体、健康以及剥夺人身自由的情况下,受害人所受损害即使不是财产上的损失,亦可以因受损害而要求合理的金钱赔偿。”该条列于侵权行为的相关规定中,即此处的侵害身体、健康以及剥夺人身自由均建立在侵权基础上;第253条所指“法律有规定的情形”主要是第847条规定的情形,因而修改之前的德国法上“非财产利益损害”主要基于侵权行为的规定提供救济,合同法中不存在非财产利益的保护。

德国法院在判例中创设了“非财产权益商业化”路径,将某些实质上的非财产损失视为“商业化”后的财产损害对待,扩大了非财产权益的保护范围。最初对于旅游合同的“假期利益”保护即通过“假期商业化(Kommerzialisierung immaterieller Einbusen)”的方式实现。<sup>(10)</sup>所谓的非财产损害的商业化,即凡是交易上可以支付金钱方式“购得”的利益(如享受娱乐、舒适、方便),依据交易观念,此种利益即具有财产价值,从而造成的该利益损害属于财产上之损害,被害人得请求金钱赔偿<sup>①</sup>。司法实践对于违约造成的非财产损害救济具有一定助益,但将非财产价值的假期视为财产利益,人为拟制色彩过于浓重,这种商业化的方式使得财产上损害与非财产上之损害之间的区别暧昧,有无限定扩大赔偿责任之嫌,<sup>(11)59</sup>实不可采。时间的利用与个人的人格不可分离,不能加以商业化。时间即生命,无可替代,非能金钱购得。作为人格专属性质的时间,只能属于非财产性之法益。<sup>(4)127</sup>1979年修正《德国民法典》时增设了旅游合同,并在第651f条第1项规定:“游客在不影响其减少费用或者预先解约权的情况下,可以要求因不履行的损害赔偿,但旅游瑕疵是基于不可归责于旅游举办人的事由除外”;第2项规定:“旅游无法进行或者明显受损害时,游客可以因无益的使用休假时间而要求以金钱作为适当补偿。”该项规定至少承认在旅游合同中对于

<sup>①</sup> 我国台湾地区学者王泽鉴在其书中介绍了海上旅游案件、罗马尼亚旅行案件、假期车祸案件等非财产损失商业化的案件,具有重要参考意义。参见王泽鉴《民法学说与判例研究》(第7册),中国政法大学出版社2005年版,第122-125页;See James Gordley and Arthur Taylor Von Menren. An Introduction to the Comparative Study of Private Law, Cambridge University Press 2006, p. 541.

非财产损害的金钱赔偿不以身体或者健康损害为要件,认可了旅游合同适用违约人格利益损害赔偿。

2002年4月18日德国议会颁布了《关于修改损害赔偿法规定的第二法案》<sup>①</sup>对《德国民法典》第253条和第847条作出了重大调整。原253条变为两款:(1)损害为非物质上的损害时,仅在法律有规定的情形下,始得要求以金钱赔偿损害。(2)因侵害身体(body)、健康(health)、自由(liberty)或性的自我决定(right of sexual self-determination)而须赔偿损害的,也可以因非财产损害而请求公平的金钱赔偿,<sup>(12)86</sup>并取消了第847条的规定。原第847条位于《德国民法典》第2编(债的关系法)第8章(各种债的关系)第27节(侵权行为)中,属于债法分则;而合并后的第253条位于民法典第2编(债的关系法)第1章(债的关系内容)第1节(给付义务)中,属于债法总则。自此对于身体、健康、自由及性的自我决定方面,非财产权益的保护不再仅基于侵权责任,包括合同责任在内的其它债的责任同样可以为其提供保护之基础,此被称为《德国民法典》上非财产损害赔偿制度的一次“划时代变革”。<sup>(13)</sup>可以认为,德国司法及立法认定了合同中的人格利益损害赔偿。

## 2. 德国人格利益损害制度变革的深层次探究、剖析

德国学理上之所以倾向于承认人格利益的损害赔偿,是基于其对债的理论层面认识的加深,传统民法将债仅定义为财产性给付,而德国现代民法则建立了广义之债的概念,并根据诚实信用原则在合同建立的信赖关系基础上确立了附随性保护义务。<sup>(1)</sup>《德国债法》新增第241条第2款:“债务关系可以按其内容来说使任何一方负有顾及另一方的权利、法益和利益的义务。”按照此条款,债的关系中包含了“保护债权人人格利益的实现”内容,一旦违约当然可以请求损害赔偿。

笔者将以此为契机探究德国法变革前后合同责任对于非财产损害的地位和功能转变。修改后的第253条的规定仍将非财产损害赔偿的范围限于“侵害身体、健康以及剥夺人身自由的情况”,实质仍旧是对“固有利益”的侵犯救济,根本未涉及合同违约产生非财产损害赔偿的关键——即合同内容关涉人格利益的实现。即便对固有利益损害造成的人格利益损失进行了赔偿,却仍有尚未弥补的损害存在,尤其是无法解决违约行为尚未足以达到侵权标准时的损害赔偿问题。笔者认为,以此作为切入点,才能真正发现对合同违约进行人格利益损害赔偿的关键所在。德国创设的“非财产权益商业化”的路径,将非财产

权益视为财产权益虽说过于牵强,但其将非财产权益内化于合同之中,其实现依赖于合同履行的思路却值得借鉴。德国联邦司法部在在此次修改作出说明时提出,同样的非财产损害不能因为责任基础不同而实行差别对待<sup>②</sup>,可见其并未意识到违约责任基础上的非财产损害与侵权责任救济的非财产损害并非同一种类型的损害,违约责任救济的是“增量利益”,而侵权责任针对“存量利益”进行赔偿。即便《德国民法典》第651条f第2款“因无意义的浪费休假时间而请求适当的金钱赔偿”的规定,也并未体现合同法对期待利益的保护。根据文意,游客“购得”之“假期利益”必定大于“无益度过的休假期光”之利益状态,其司法判例运用中依据该规定的目的性解释以“假期享受之损害”衡量,可谓对此表达之纠偏。笔者认为,虽然德国此次修法是关于非财产损害赔偿的划时代变革,但其并未严格遵照合同法的本质——即建立当事人之间的信赖关系基础,并依赖这种信赖关系以实现缔约人人格利益的表达。对于第253条第2款的增加,并不是对依附合同而存在的人格利益的侵害救济,而是刺破合同面纱对缔约人所受直接侵害的救济,此项人格权益损害的实质应为精神损害,对其赔偿兼具抚慰和补偿功能。

## (二) 意大利以合同的“涉人身性”确定违约人格利益损害赔偿的范围

《意大利民法典》第2059条规定:“只有在法律特别规定的情况下才可以要求精神损害赔偿。”该条规定在“不法行为”章节中,而在合同相关章节中并没有类似的规定,因此通常认为只有在侵权之诉中可以要求精神损害赔偿。而《意大利民法典》第1174条规定:“债的标的的给付应当具有经济价值,并且应当与包括非财产利益在内的债权人利益相一致。”认为合同中存在非财产利益,同样应予以保护。在该条指引下,意大利私法中曾出现了“去财产化”的过程,合同不再简单地被看做是物质财富交换的工具,而且也可以成为创造精神财富、满足精神需求和实现人的价值的工具,即承认合同的“涉人身性”。该种情形下,违约行为可能直接损害债权人的人格利益由此可以导致人格利益损害赔偿。意大利最高法院适

<sup>①</sup> 联邦法律公报(BGBl) 2002年1第50号,第2674页,转引自韩赤风:《精神损害赔偿制度的划时代变革——〈德国民法典〉抚慰金条款的调整及其意义与启示》,《比较法研究》2007年第2期,第85页。

<sup>②</sup> 总结形成于韩赤风对“违约金条款的新调整”论述中,具体可参见韩赤风:《精神损害赔偿制度的划时代变革——〈德国民法典〉抚慰金条款的调整及其意义与启示》,《比较法研究》2007年第2期,第86页。

用“宪法相关性”创设“生存损害”概念确立了违约人格利益损害赔偿制度,将“生存损害”作为对侵害人格利益适用非财产损害赔偿的动态范畴标准,直接根据《民法典》第2043条<sup>①</sup>的规定加以保护。正如德国学者克里斯蒂安·冯·巴尔在其书中所言:“在欧洲所有法律制度中,发展到对受到保护的利益之损害本身当然地看作是可赔偿性损害这一高度的也只有意大利。”<sup>(14)24</sup>

而对于违约非财产损害的救济形成的最具有代表性的制度当属意大利包价旅游合同之人格利益损害赔偿制度。意大利于1995年3月17日颁布的第111号法律第15条规定:“旅游组织者应当对在包价旅游中因其部分或者全部没有履行义务而给旅游者造成的任何损失承担赔偿责任”,为旅游者因被毁坏的假期提起非财产损害赔偿提供了依据,“被毁坏的假期利益”作为存在于合同之上的一种特殊利益形式,其救济不再受到《民法典》第2059条规定的限制,“在包价旅游合同类型中,非财产性利益应当包含在合同的应有之意中,所以如果这种利益遭到损害就应当获得赔偿”。<sup>②</sup>同时根据《意大利民法典》第1174条的规定,“债的标的”不仅具有“经济价值”也可以承载“债权人的非财产性利益”,承认了合同之中存在非财产性利益。意大利于2011年3月23日颁布的第79号法律——《旅游法典》第47条明确规定:“如果未履行或者未正确履行包价旅游合同标的的给付,尚未符合《意大利民法典》第1455条<sup>③</sup>规定的对于另一方当事人利益的重要性,旅游者除能够单独要求合同解除之外,还可以就因假期时间的无益度过和失去机会的无法重复所造成的损害要求赔偿”,进一步承认在包价旅游合同中“合同目的”不能实现达到可以解除合同的程度时,旅游者可以对其假期的无益度过和失去机会的无法重复要求非财产性损害赔偿。根据旅游合同的目的——即获得假期愉悦——这一人格利益要素“在合同谈判时就已经构成了合同条款的应有之义”,体现出将“存在性利益”<sup>④</sup>这一“预期人格利益”要素内化于合同之中的趋势。在旅游合同签订时旅游营业人就已经默认承担确保旅游者充分享受假期愉悦的合同义务,对这一约定的违反当然构成合同违约,承担相应的赔偿责任。<sup>(15)</sup>

(三) 欧洲统一法中违约人格利益损害赔偿的规定

《欧洲合同法原则(Principles of European Contract Law)》第9.501条规定,由于对方不履行,非违约方可获得的损害赔偿包括:(1)非金钱损害和(2)合理的将会发生的未来损害;《欧洲合同法典(Code

Europeen des contrats)》第164条对违约非物质损害采取了如下法律概括“由于生理伤害或非物质利益(包括法人的非物质利益)的损害而造成的情感伤害”、“对已故亲属的怀念受到严重困扰”、“由于身体受伤导致的情感痛苦”、“对健康造成的伤害和在其它情形下相关的条款规定的伤害。”欧洲《共同参考框架草案(Draft Common Frame of Reference)》第3编第3:701条第3款规定:“非经济损失包括痛苦或创伤以及对生活品质的损害。”《欧盟法原则(Principi Acquis)》第8:402条第4款指明了违约人格利益损害赔偿的条件:“仅当债务承担的目的中包含了对于非财产性利益的保护和满足,并以此为限。”该《原则》对违约人格利益损害赔偿的适用范围进行了限制,弥补了前述规则在赔偿范围上失之过宽的弊端,也再次指明了违约责任对“合同约定的人格利益实现”的保护。

### 三、建立违约人格利益损害赔偿制度的必要性

我国学界及大陆法系国家的讨论仿佛都集中于从“有损害必有救济”的角度确定赔偿。然而,对非财产损害予以合同法救济的法理基础并不在于人格权益受到了直接侵害——这属于侵权精神损害赔偿的法理基础——而在于合同义务中已经包含了对非财产性利益的保护和满足。

#### (一) 合同本质的回归

探究违约损害赔偿的效力范围是否涵盖人格利益损害,关键在于理解合同效力的根源及正当化基础。自罗马法以来,“意志决定论”认为基于神明力量“允诺”得到遵守产生约束效力,保障法律后果的可预见性。而后,允诺穿上了“原因的外衣”——合同效力源于正当的缔结原因,使之变为可受诉权保护的契约。<sup>(16)</sup>19世纪末开始,传统合同随集体交易的出现以及社会制度的多元化出现了理论异化,富勒提出基于合同信赖关系产生的“三层”契约利益:基于对被告允诺之信赖对交付价值的返还利益(the restitution interest)、基于对被告允诺之信赖对改变处境所

<sup>①</sup> 《意大利民法典》第2043条规定“因任何故意或者过失给他人造成的不法行为,行为实施者要承担损害赔偿的责任。”

<sup>②</sup> 转引自宋超群《意大利包价旅游合同非财产上损害研究——兼论欧盟相关指令的影响与推动》,《法学论坛》2013年第4期,第136页。

<sup>③</sup> 《意大利民法典》第1445条“如果当事人一方不履行契约,但对另一方当事人的利益并不重要,则契约不得被解除。”

<sup>④</sup> 意大利将这种存在于旅游合同之上的假期愉悦称为“存在性利益”,对于包价旅游合同未履行或者未正确履行而引起的非财产性损害称为“存在性损害”。

付价值之信赖利益(the reliance interest)、对被告允诺履行之信赖产生的期待利益(the expectation interest)。(17) 合同效力正当性根源归结为基于允诺建立的信赖关系。

不能否认,合同法作为市场经济中调节资源配置的法律,承担交易法的终极使命。合同不必然承载经济利益而逐渐成为塑造私人生活目标的工具,其本质并不排斥非财产利益成为合同内容。合同正义始终以基于自愿交往的交换正义作为衡量标准<sup>①</sup>,合同双方基于价值判断在合理分配风险基础上允诺实现合同约定的人格利益表达,基于对允诺之信赖负有实现人格利益表达之义务。随着现代人精神利益追求的多样化与精神享受提供的商品化,这种通过合同形式实现“固有人格利益”的“增量”表达方式必将成为“以人为本”的社会观指导下实现人格利益的潮流。基于合同建立的信赖关系,违约救济应当为合同欲实现的“增量人格利益”提供保护。

## (二) 违约损害赔偿范围确定中的法律政策衡量

现代社会“危机四伏、充满损害”,损害赔偿责任的确定不仅关涉到加害人和受害人之间利益的调整,更关乎社会风险价值目标的实现。(18) 所谓“完全赔偿原则”也并非赔偿全部损失,而是在法律限定范围内经过多层过滤确定赔偿。违约救济损害赔偿范围确定应当以可预见性为标准进行限制,不得超过违约方在订立合同时预见或者应当预见到的违约后所造成的损失。可预见性规则作为确定违约损害赔偿范围最主要的法技术工具,应将加害人可能承担的损害赔偿范围限定在合理的区间,避免因个案中特殊的巨大损失使加害人承担过于沉重的责任。

1. 近代民法违约损害赔偿“最大限度的保护经济自由”的政策导向<sup>(18)</sup>已然转变

契约自由是当事人选择之自由,违约责任则关涉选择的风险,法律必须对这种风险加以约束避免风险配置失衡窒息选择本身的自由。在涉及人格利益合同中,现代合同已经承认了以无形利益作为标的的给付承诺,却未在有关合同的损害赔偿责任中规定必要的后果,<sup>(19)</sup><sup>84</sup>无疑是对损害赔偿法律政策的违背<sup>②</sup>。法律对经济自由极尽慷慨,必然导致对受害人的法律救济严重不足。现代法以实现人有尊严的生活为导向,体现人文主义的法思想基础,但对违约所致非财产性损害不予赔偿实质上确立了“拜物主义”的法律调整倾向,财产损失即使轻微也可获赔,而违约造成人格利益的极大落空却无救济之可能,“违约造成的非财产损害原则上不予赔偿的规则”实质上是对人类尊严的极大漠视。人固然依赖物质世界生存,但其

价值、幸福、尊严却取决于精神世界的实现与表达,忽视人本体需求的法律规则实际上是舍本逐末。

2. 违约损害赔偿之法思想的发展与法律政策的变化体现出建立违约人格利益损害赔偿制度之必要

随着人们主体意识的增强,法思想政策更加注重对人的主体关怀与对受害人最大限度的救济。“不幸与不法之间的界限发生了转变,即损害越来越少的被视为不幸接受。”<sup>(20)</sup><sup>14</sup>法律政策的转变更加关注对受害人实际损失的救济,违约造成的人格利益损害并非转瞬即逝的一时愤慨,而是对人生存尊严的严重漠视及人幸福感的丧失,违约中的人格利益损害广泛存在且对受害人意义重大,法律必将人格利益损害赔偿的范围扩大至违约责任领域。

3. 违约损害赔偿救济之人格利益当属合同之预期利益

合同的功能被经典性地限定在期待利益或者信赖利益的赔偿。<sup>(8)</sup>“基于对合理期待的保护才导致了合同法的产生。”<sup>(21)</sup><sup>34</sup>狭义上讲,合同法的功能在于保护“正值”的交易<sup>(22)</sup><sup>169</sup>——也称“履行利益”,即合同正常履行后可以获得的收益,违约损害赔偿的目的是使缔约人处于如同合同得到正常履行后之状态。从宏观的社会整体角度而言,合同法保护期待利益的功能在于鼓励人们从事促进生产的交易,促进整体经济利益的提高。合同的功能不再局限于实现标的物的交付,也不囿于保护受让人可期待经济效益,而在于构建社会整体信赖基础。

传统合同法对预期利益的保护建立在假定合同正常履行基础上,是一种假设或推测未来可以取得的而非真实发生的却被合同确认了的利益。预期利益系依附于合同履行所达之“正值利益”状态,而对于缔约人“固有益”的损害不应当亦不能由合同法提供保护。如在骨灰丢失赔偿案<sup>③</sup>中,通过青山殡仪馆寄存骨灰实现死者亲属的“悼念权”是死者亲属依赖合同履行欲达之目的,订立寄存合同是死者亲属积极

<sup>①</sup> 需要特别说明的是,该书中将“交换正义”译为“平衡正义”。参见(德)伯恩·魏德士《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第168页及以下。

<sup>②</sup> 从承认存在以无形利益为标的的给付承诺之现象,引出了合同损害赔偿法上对无形利益予以赔偿的必要后果,这一必要后果系指《德国民法典》第253条第2款,该非财产损害规定于债法总则,可以对合同发生效力,将对无形利益损害予以赔偿的思想在规则上一般化,使之不限于特定法益受损。参见(德)格哈德·瓦格纳著《损害赔偿法的未来——商业化、惩罚性赔偿、集体性损害》,王程芳译,中国法制出版社2012年版,第84页。

<sup>③</sup> 参见最高人民法院中国应用法学研究所《人民法院案例选(1992-1996年合订本)·民事卷上》,人民法院出版社1997年版,第83页。

实现和满足其人格利益的方式,该案中“增量利益”是依附合同履行旨在实现的“悼念权”,而非“骨灰”这一“人格利益体”。青山殡仪馆违约致使骨灰丢失,直接使骨灰承载的特殊人格意义受损,无法实现对死者哀思之表达。根据全国人大常委会法制工作委员会撰写的《合同法释义》第113条的释义,对于违约造成标的物损失的价格分为市场价格和特别价格,确定特别价格数额时往往考虑精神因素,带有感情色彩<sup>①</sup>。可见,《合同法》第113条的立法原意将“人格物”承载的人格利益或者精神利益作为损害赔偿的应有之意。因此,违约责任自然应当涵盖违约造成人格物灭失的人格利益损害赔偿。

(三)违约人格利益损害赔偿救济不会对民法现有体系产生冲击

法律效果的更新不仅对个案中责任承担产生影响,更对民法责任体系的构建和制度的衔接、协调等具有重要意义。在试图打破现有合同法保护领域时,应当考虑其是否会对现有违约、侵权二元责任体系造成冲击。将合同中的损害赔偿扩大至精神损害,将会使合同责任和侵权责任的划分丧失意义,侵权责任面临被合同责任吞并的危险。应当明确,合同中的人格利益是指隐含在合同约定之中、通过人格利益表达期待实现的增量人格利益,并非意图将所有的精神损失全部纳入到合同法责任中。合同法基于当事人约定而产生,具有创设权利义务的功能;而侵权法则重在确认权利,具有保护固有益的功能。“侵权法旨在维持人类的生命、健康、财产等权益,而合同法则促使其发展。”<sup>(23)</sup> 契约行为作为创设合同双方当事人权利义务的基本方式,是最重要的法律行为,当事人的意思就是契约的核心,“自由订立的契约就等于法律”,<sup>(8)</sup> 违约责任对人格利益损害赔偿提供救济非基于损害发生的角度,而是从违约责任之本质出发对以合同为“载体”存在的“隐晦”或者“隐而不显”的人格利益之损害提供救济,因而法律对基于契约自由产生的人格利益的约定实现进行保护乃基于合同法之本质属性所为,其与侵权责任法消极防御型保护具有截然区分,不会对违约责任与侵权责任二元划分的体系格局产生冲击。

(四)违约人格利益损害赔偿救济可以弥补“责任竞合”制度固有之缺陷

《合同法》第122条规定的“责任竞合”体制具有自身固有的缺陷,即在造成固有利益损害的同时导致精神损害的,只能放弃合同履行利益本身之损失通过侵权之诉实现对非财产损害的救济,不符合给予受害人最大限度救济的法律政策;若选择违约之诉只能获

得财产损害救济而难以救济固有利益损害,不符合法律对人之尊严的维护、违背人文主义之法治理念<sup>②</sup>。而将违约损害赔偿范围扩大至对合同中约定得以表达的“预期人格利益”之损害,可以弥补上述缺陷。以“美容案”为例,受害人甲与美容院乙签订医疗美容合同,约定乙向甲提供整容手术服务并承诺达到一定的美容效果,明确承诺“美容手术确保顾客满意”,结果手术失败致甲形成大面积麻斑。本案中,由于乙过失导致甲面部麻斑属于对其固有利益的损害,而甲乙之间存在医疗合同关系构成责任竞合。如允许甲提起违约之诉主张人格利益损害赔偿,对乙“未能按约定实现整容效果”造成甲期待人格利益的损失请求救济,赔偿内容从侵权救济必须造成“精神损害后果”转换为存在“期待整容效果承载的人格利益”之损害本身,是一种由“后果模式”向“原因模式”的转变,能够体现对受害人最大限度的救济。

#### 四、合同中的人格利益确认及违约人格利益损害赔偿制度的类型化适用

##### (一)合同中的人格利益之确认规则

1. 违约方仅对合同订立时可预见之人格利益损害提供救济

对于主张“违约造成精神损害的应当适用精神损害赔偿的规定”,实质是以损害发生的角度进行探讨,然而该损害极有可能是合同涵盖范围之外的损害。仅以精神是否受挫为判断标准存在与合同中人格利益的混淆,造成任何违约都可以提起精神损害赔偿,本质上并不符合违约赔偿的可预见规则。笔者认为,应以合同“中”的人格利益是否受损为视角判断是否进行损害赔偿具有合理性。可预见规则的适用是建立在合同内容基础之上或者是缔约时对合同目的的了解之基础上,而关涉人格利益表达的合同目的明显在于实现特定人格利益,因而违约造成的非财产损害不仅能够预见,甚至比财产损害的预见要容易得多。

对预见的内容只需预见损害的类型而无需预见

<sup>①</sup> 参见全国人大常委会法制工作委员会编著《中华人民共和国合同法释义》中第197页之条文释义。

<sup>②</sup> 责任竞合制度下,无论当事人选择何种救济方式,只能提起一种而不能提出两项请求,不能使受害人获得完全的补偿。具体论述可参见王利明《违约责任论》,中国政法大学出版社2000年版,第361页。



损害的原因及程度<sup>①</sup>。除非这种程度已经使得损害发生质变转化为另一种类型的损害。如旅游合同中,旅游者签订合同的目的在于实现“假期享受”,而旅游服务提供者作为专业的旅游服务机构对旅游者在签订旅游合同时对游客欲实现的“假期愉悦”明确知晓,对于合同违约不能达到对方预期的“人格利益实现”具备相当的预见能力,而对于游客因身体伤害造成严重精神损害的情形则已然超出合同约定的人格利益损害种类范围,该损害应当是其作为活动组织者未遵守安全保障义务所致损害,该精神损害应由侵权法救济。因而,对于合同目的即在于实现人格利益的“目的性合同”,可预见规则非但不是妨碍设立违约人格利益损害赔偿制度的理由,反倒是应当设立之有力论证,对合同约定实现的“人格利益”损害是完全应当并可以预见的,符合“预期利益+可预见性”的公式涵盖范围。<sup>(8)</sup>

可预见规则的适用应当遵循诚实信用原则。<sup>(24)</sup>合同原因理论同样主张合同发生和得以遵守的原因在于订约动机的明确表示,一般而言,订立合同的动机属于内心意思,只要没被表示出来任何人都不能知晓其内心;但是,如果动机在缔约时被明示即构成意思表示。<sup>(25)</sup>此点在涉及人格利益表达时体现的更为明显,缔约人如果未将合同约定内容对其具有的特定人格意义告知,相对人便无从知晓。若一项合同使对方处于特殊的风险中,一方就有义务告知对方,以便对方决定是否提高合同对价、或在合同中加入免责条款、或对其风险进行保险、或者根本就不会签订合同。<sup>(26)</sup>合同效力也仅以双方当事人在订立合同时知道或者应当知道的环境和风险为基础,债务人在履行合同时也会更加谨小慎微。因此,债权人应对合同欲实现的人格利益内容作出明确说明,保障相对人对人格利益的损害作出合理预见,使相对人在合理预知风险的情况下选择是否订立合同;如果守约方在订立合同时预见到了违约方不可能预见到的损失,但只要其未将此信息传递给违约方,违约方便无需对此承担责任。当然,根据合同类型已经足以判明合同中人格利益的除外。

## 2. 受合同法“特别保护”之人身权益所致精神损害应排除违约救济

债法保护的利益范围可以概括为固有利益、履行利益和信赖利益三种类型,履行利益和信赖利益属于合同法的保护范围属于学界的通说。但有学者在合同义务的“给付义务”和“保护义务”二元区分下主张固有利益的损失也属于合同维护的利益,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。<sup>(27)</sup>然而,这一观点却是源于对德国“保护义务”制度的错误传承,德国侵权法对固有利益的保护需要由受害人证明加害人具有过错,侵权法难以为固有利益提供有力保护才另辟蹊径发展出合同法中的保护义务制度,德国合同法对固有利益损害救济按照“违约行为—损害后果—因果关系—可归责性”的推定结构进行违约损害赔偿责任的构成要件配置,显然对违约责任救济固有利益仍以过错为要件。<sup>(28)</sup>而根据我国侵权法和合同法之分工,侵权法保护民事主体既有利益,合同法的基本功能在于保证民事主体之间交易关系的展开,<sup>(29)</sup>我国合同法适用无过错责任无法适应这种保护义务制度。

笔者认为,精神损害赔偿责任仍应作为违约责任和侵权责任的根本区别。原则上,合同违约责任只能对旨在通过合同实现并为对方所知晓的“增量”人格利益承担损害赔偿;但在例外情形下,也需由合同法救济固有利益,主要有:(1)固有利益的保护本身就是合同的履行内容,则该固有利益本身兼具“固有”和“期待”的双重属性而成为合同法保护的内容。此类合同包括保管合同以及以人身保卫为目的的保安服务合同;(2)固有利益本身并非履行内容,但其与履行利益的实现或履行利益丧失后的返还财产之间具有紧密联系,债务人因此负有保障该固有利益的义务,如《合同法》中已经规定的第290条运输合同中的承运人安全保障义务,第302条、第303条及第311条对旅客伤亡、自带物品或行李及货物灭失后的赔偿责任,第165条规定的承揽人妥善保管定作人提供的材料的义务。<sup>(28)</sup>上述情形可概括为造成“人格物”灭失或毁损(情形一)或者造成受害人人身损害(情形二)两种情形,固有利益表现为“人格物”承载之人格利益和人身利益,但并非全部适用违约人格利益损害赔偿。笔者认为,违约人格利益损害赔偿制度应当排除“因违反安全保障义务造成相对人人身损害致使严重精神损害”情形(即“情形二”),该种情形只能提起侵权诉讼请求精神损害赔偿,这不仅是现有精神损害赔偿法律规定的应有之意,也是基于民法体系正当性的最佳选择。

## (二)合同中的人格利益损害的构成及类型化

### 违约人格利益损害赔偿制度适用范围的确定应

<sup>①</sup> 在法国法中,不仅要预见损害的类型,还要预见损害的范围;而英美法中仅要求预见损害的类型,而无需预见损害的程度及数额的大小。我国学界普遍采用英美法观点。具体可参见范在峰、张斌《两大法系违约损害赔偿可预见性规则比较研究》,《比较法研究》2003年第3期,第21-22页;吴行政《合同法上可得利益赔偿规则的反思与重构——从〈中华人民共和国合同法〉第113条适用的实证考察出发》,《法商研究》2012年第2期,第69-75页。

当遵循“通过类型化和构成要件加以限制”或“通过判例加以类型化”的形成路径。笔者认为合同违约造成的可获赔偿之人格利益损害分为两类:第一类,涉及交付的人格物损坏或灭失的;第二类,关乎精神享受或精神安宁的合同中权利人积极实现的人格利益之损害。第一种情形属于违约责任和侵权责任竞合,第二类损害属于“由于单纯违约造成的”“合同‘中’并依附于合同实现而存在的”人格利益损害,完全可以适用违约人格利益损害赔偿制度;对于第一类损害则应当判定其是否属于前文所述合同法保护固有利益的特定情形以判断其是否超出合同法的特别规制范围,若不属于上述特定情形,则其本质上并不属于违约责任的救济范围,而仅属于侵权法保护的“固有利益”损害,应当由侵权责任法进行规制;在归属于上述特定情形情况下,应当允许受害人选择提起违约之诉主张合同中人格利益损害赔偿,或者提起侵权之诉主张“固有利益”损害所致精神损害赔偿。

具体而言,适用违约的人格利益损害赔偿的案件类型如下:

涉及“人格物”保管或利用之合同,如特殊的保管合同和特殊物的加工承揽合同等。保管物或者加工物等附着特定的精神利益,合同目的在于实现该特定人格物的人格利益表达,实现权利人的精神寄托,如骨灰保管合同和老照片影印冲洗合同。目前法院判决多依据《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》中“具有人格特征意义物品的毁损”的规定,为该人格利益损害提供侵权损害赔偿救济。毫无疑问,老照片和骨灰作为逝者或故人在生者心中具有人格象征意义的纪念物,对于生者怀念故人、寄托哀思具有不可替代的作用,其灭失或毁损致使权利人无法实现其在合同中约定实现的“悼念权”或者“怀念的特定方式”,即违约方的违约行为致使权利人积极实现或者满足其人格利益的路径受损,导致生者人格利益损害,违约方当然对合同中约定的旨在实现的人格利益的损害承担赔偿责任。《合同法》第165条规定承揽人有义务保护债权人提供的材料,同时对该标的物的保护本身即是合同法保护固有利益的特定类型;同时根据《合同法》第113条的立法意蕴,“对违约造成标的物损失的价格确定往往考虑精神因素”,可见对于“人格物”所承载的精神利益具备由《合同法》救济的正当性。因而,涉及“人格物”保管或利用之合同属于违约人格利益损害赔偿制度适用的合同类型。

2. 关乎精神享受的人格利益表达合同,是指缔约目的在于权利人积极实现或者满足自身人格利益

的合同,具体包括医疗美容合同、旅游合同、观看演出合同以及特殊的服务合同(如婚庆服务合同等)。例如医疗美容合同,一般而言,整形医疗的接受者是外表上有缺陷且心理上不能接受这种缺陷的人,一旦整形医疗失败,对其心理打击可想而知;旅游合同的目的即获得假期愉悦,这一人格利益要素“在合同谈判时就已经构成了合同条款的应有之义”;观看演出的目的即在于欣赏艺术、放松心情,合同履行能够带来的人格利益享受也是明确的,违约造成对人格利益表达的阻碍亦是明显的;对于特殊服务的合同,其提供的服务本身即承载着某种人格利益。上述合同作为实现“增量”人格利益表达的形式,违约导致的人格利益损害自应属于违约责任救济范畴。

3. 合同中含有人格利益表达条款的情形。此类合同特指合同主要目的本身并非实现人格利益的表达,只是在合同中约定了若干实现人格利益表达的条款。如房屋建筑合同中约定使用缔约人家乡青瓦建筑房屋以满足其思乡怀旧的心理寄托,该条款即可视为人格利益表达条款。此外,法人同样可以适用违约人格利益损害赔偿制度。法人不享有精神利益,但享有人格利益,如法人的商誉等。若法人签订合同中约定了人格利益实现条款以扩大自身企业影响力,合同相对方违约行为直接致使其合同目的难以实现,法人当然可以请求违约人格利益损害赔偿。

## 五、违约人格利益损害赔偿制度之体系性安置

### (一)“合同编”总则中相应规则之调整

1. “合同编”总则中设人格利益损害赔偿之一般性条款:【人格利益损害赔偿请求权】“当事人一方不履行或者不完全履行义务,严重损害合同中约定的人格利益实现的,应当承担损害赔偿责任。”该条款适用于“涉及人格物利用之合同”“关乎精神享受的人格利益表达合同”两种类型以及“含有人格利益表达条款”的合同。确定损害赔偿数额时,应当考虑以下因素:侵权人的过错程度(约定免责条款的除外)、违约行为所造成的后果、违约人承担责任的经济能力以及受诉法院所在地平均生活水平等,并综合认定合同的性质和内容、合同履行情况等,同时适用《合同法》第113条的可预见规则、第119条减轻损失规则和第120条解释的与有过失规则。

2. 对“合同编”总则部分条文进行扩张解释。对《合同法》第107条、第112条、第113条和第122条中相关的“损失”和“权益”作目的性扩张解释,即不仅包括财产损失(权益),还包括非财产损失(权益),为违约人格利益损害赔偿提供立法依据。

3. 《合同法》第122条“责任竞合”规则的适用应尊重当事人自由选择权并给予受害人最大程度之救济。承认违约人格利益损害赔偿前提下, 受害人有两种选择: 其一, 选择提起侵权之诉对造成固有利益损害(如人身损害、财产损失)导致的精神损害主张赔偿, 此种情形法官确定精神损害赔偿数额时应当将“违约情形和合同中约定的人格利益未能实现”因素考虑在内, 最大程度地发挥精神损害赔偿制度的弹性填补功能, 最大限度救济受害人之损失; 其二, 选择违约之诉, 对合同约定的人格利益损害主张一定数额的金钱赔偿, 最大程度的尊重当事人意思自治。存在违约责任与侵权责任竞合的主要有“涉及交付之人格物损坏或灭失的”和“违约造成人身伤害致使严重精神损害的”, 第二种情形主张精神损害赔偿只能适用侵权救济; 第一种情形应当分为两种情形: 其一, 人格物损坏或灭失, 但合同约定的人格利益表达实现的, 只能提起侵权精神损害赔偿之诉。其二, 人格物损坏或灭失致使合同约定的人格利益表达未能完全实现, 受害人可以选择侵权救济或者违约救济。

4. 违约人格利益损害赔偿具有独立于违约金条款之效力。违约金条款的设定本身具有惩罚性, 当事人约定的违约金数额超过实际损失的百分之三十可以请求适当减少, 此处“实际损失”应仅限于经济损失。人格利益损害本身缺乏量化标准, 若将人格利益损害纳入违约金衡量范围会形成过大的自由裁量权, 难以保障法官准确、公正的确定赔偿数额。因此, 在旅游、观看演出、骨灰盒保管等合同中约定了违约金的情况下, 损害赔偿确定中“支付违约金”和“人格利益损害赔偿”可以并用。<sup>(30)</sup>

## (二) “合同编”分则部分相应调整

1. 旅游合同中增设旅客“人格利益损害赔偿请求权”规定, 并明确其具体适用情形。旅游合同以精神产品为标的物, 以度假享受为给付对象, 旅客订约目的在于获得旅游带来的精神愉悦和满足, 是最为典型之“实现人格利益约定之表达”合同, 应对“旅游无法进行或者明显受损害时, 旅客无益度过休息时间”之损害适用“人格利益损害赔偿”。梁慧星教授民法草案建议稿中主张对旅客人格权受侵害或造成时间浪费的, 可以向旅行社请求精神损害赔偿, 但仅限于: (一) 因可归责于旅行社的事由导致游客遭受人身伤害; (二) 因旅行社代办手续或者证件有瑕疵导致游客不能出入境或者被羁押、扣留、遣返; (三) 因运输、住宿、餐饮等辅助服务有瑕疵导致严重损害游客健康的情形。笔者并不赞同此分类, 将旅客人格利益损害赔偿请求权仅限于造成人身伤害、严重健康损害以及

羁押遣返等严重限制人身自由的情形, 不仅混淆了违约责任与侵权责任的区分, 过分扩张违约责任范围, 人为增加了侵权责任与违约责任的竞合, 而且导致实践中诸多造成旅客人格利益损害的情形难获救济。因此, 笔者建议在《旅游法》中“旅游合同”部分或者未来合同编“旅游合同”部分增设条款: 【游客人格利益损害赔偿请求权】旅行社未按照约定的旅游服务标准提供服务或者旅游服务约定标准被严重更改, 致使旅客根本无法享受旅游乐趣的, 可以向旅行社主张人格利益损害赔偿。对于梁慧星教授建议稿中所列(一)(二)(三)项, 适用前文所述“责任竞合制度”之规定, 符合侵权行为构成要件的提起侵权诉讼主张精神损害赔偿。

2. 保管合同中增设“具有人格象征意义物品”之保管合同适用“人格利益损害赔偿”规定。在“保管合同”中应当增设: 【特殊物毁损或灭失所致人格利益损害赔偿】以具有人格象征意义物品为保管标的的, 保管人未尽善良管理人义务致使保管物毁损或灭失的, 保管人应承担人格利益损害赔偿赔偿责任。

3. 承揽合同中增设“人格利益损害赔偿”条款。《合同法》第265条规定承揽人负有妥善保管定作人提供的原材料及完成的工作成果之义务, 承揽人未尽妥善保管义务造成物品毁损、灭失的, 应当承担损害赔偿责任。笔者建议该条增设第二款: “定作人提供的材料以及完成的工作成果, 具有特定人格象征意义的, 承揽人未妥善保管造成毁损、灭失的, 应当承担人格利益损害赔偿赔偿责任。”该条可以适用于特殊物的加工承揽合同以及婚庆服务合同等。

## 六、结语

人文主义关怀的民法价值理念变化必然导致民法制度的发展与对民法既有制度的重新解读。<sup>(31)</sup> 对于人格权益的保护, 法国采取以侵权责任法全面保护的立法模式, 德国民法典也主要是通过侵权法的规则提供保护。我国一直以来也认为“人格权益由侵权责任法保护就已足够”, 将人格权益的保护放在消极防御的位置。但随着现代人精神利益追求的多样化与精神享受提供的商业化, 人们逐渐选择以一种更加积极的形式实现和表达自身人格权益; 随着人们对精神权利价值的重视加强, 产生了对精神创伤、精神痛苦等人格利益损害的救济诉求。过去, 我国民法典一直重视权利保护, 而忽视了利益发展。<sup>(32)</sup> 人格权益与人格相始终, 不可须臾分离, 人格不消灭, 人格权益不消灭, 准确的说人格权益是建立在人与人之间关系之上的权益, 因此, 对人格利益的保护不仅应在主体法

中彰显,更应在创设人与人之间关系的分则中具体体现。在民法典编纂中人格权难以独立成编的时代背景下,发现合同中的人格利益,并对违约造成的人格

利益损害提供合同法救济具有重要历史意义。这并不是模糊合同法与侵权责任法的界限,而是二者进行恰当区分的逻辑结果。

### 参 考 文 献

- (1) 陆青. 违约精神损害赔偿研究(J). 清华法学 2011,(5):143-154.
- (2) 幸红. 旅游合同损害赔偿责任法律思考(J). 云南大学学报(法学版) 2005,(6):81-84.
- (3) 王利明. 人格权法研究(第二版)(M). 北京:中国人民大学出版社 2012.
- (4) 王泽鉴. 时间浪费与非财产上损害之金钱赔偿(M)//王泽鉴. 民法学说与判例研究. 北京:中国政法大学出版社,1998.
- (5) 尹飞. 精神损害赔偿(M)//王利明. 人身损害赔偿制度疑难问题. 北京:中国社会科学出版社 2004.
- (6) 张新宝. 精神损害赔偿制度研究(M). 北京:法律出版社 2012.
- (7) 王利明. 民法典体系研究(第二版)(M). 北京:中国人民大学出版社 2012.
- (8) 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的二元制体系下的边际案例救济(J). 比较法研究 2003,(6):47-62.
- (9) 王利明. 违约责任论(M). 北京:中国政法大学出版社 2000.
- (10) 尹志强. 论违约精神损害赔偿的正当性及适用范围(J). 中国政法大学学报 2014,(6):109-121.
- (11) (日) 椿寿夫, 石近健男. 德国债权法总论(M). 东京:日本评论社,1988.
- (12) 《德国民法典》(Z). 陈卫佐,译. 北京:法律出版社 2006.
- (13) 韩赤风. 精神损害赔偿的划时代变革(J). 比较法研究 2007,(2):85-91.
- (14) (德) 克里斯蒂安·冯·巴尔. 欧洲比较侵权行为法(下卷)(M). 焦美华,译. 北京:法律出版社 2004.
- (15) 宋超群. 意大利包价旅游合同非财产上损害研究(J). 法学论坛 2013,(4):135-142.
- (16) 徐涤宇. 合同效力正当性的解释模式及其重建(J). 法商研究 2005,(3):43-51.
- (17) L. L. Fuller & Wiaaliam R. Perdue. The Reliance Interest in Contract Damages(J) ,The Yale Law Journal ,1936,(46):52-96.
- (18) 姜战军. 损害赔偿范围确定中的法律政策(J). 法学研究 2009,(6):91-105.
- (19) (德) 格哈德·瓦格纳. 损害赔偿法的未来——商业化、惩罚性赔偿、集体性损害(M). 王程芳,译. 北京:中国法制出版社 2012.
- (20) (德) 马克西米利安·福克斯. 侵权行为法(M). 齐晓坤,译. 北京:法律出版社 2006.
- (21) (英) P. S. 阿蒂亚. 合同法导论(M). 赵旭东,等译. 北京:法律出版社 2002.
- (22) Tony Weir. Complex Liabilities(J). International Encyclopedia of Comparative Law ,1976,(11):5-10.
- (23) 毛瑞兆. 论合同中的可预见规则(J). 中国法学 2003,(4):89-95.
- (24) 徐涤宇. 合同概念的历史变迁及其解释(J). 法学研究 2004,(2):57-70.
- (25) 范在峰, 张斌. 两大法系违约损害赔偿可预见性规则比较研究(J). 比较法研究 2003,(3):17-25.
- (26) 迟颖. 我国合同法上附随义务之正本清源——以德国法上的保护义务为参照(J). 政治与法律 2011,(7):128-139.
- (27) 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(J). 中国法学 2015,(4):206-225.
- (28) 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):107-123.
- (29) 崔建远. 精神损害赔偿绝非侵权法所独有(J). 法学杂志 2012,(8):22-30.
- (30) 王利明. 民法的人文关怀(J). 中国社会科学 2011,(4):149-223.
- (31) 王利明. 民法对人格尊严的保障应提高到更高位置(N). 北京日报 2016-09-19(018).

(本文责任编辑 肖新喜)