

## 合同履行中的人身侵权及民事责任

——基于《最高人民法院公报》人身损害赔偿案例的考察

杨建军

**内容提要:**在合同履行中,如果发生人身损害,当事人又以人身侵权提起诉讼,对此类案件,既不宜以违约判定合同当事人承担违约责任,又难以以一般侵权构成要件判定当事人承担侵权责任,因为目前我国司法实践认定一般侵权构成的关键性依据,仍然是要求行为与损害之间形成“必然因果关系”。因此,本文主张运用“法规目的说”判定合同违约行为与人身损害之间是否构成“合同法上的因果关系”,如果构成,则可以结合其他要件,认定合同履行中的人身侵权成立,继而判定合同当事人在履行合同过错的范围内承担人身侵权法律责任。

**关键词:**合同 人身损害 法规目的说 合同法上的因果关系

杨建军,西北政法大学副教授,法学博士。

在传统民法中,对于人身损害案件,通常是借助于一般或者特殊侵权理论来判定当事人对民事责任的承担,但如果在合同履行中发生人身损害,而当事人又以侵权为案由提起诉讼,则传统侵权理论或者合同违约理论在处理该类纠纷中就都存在局限性。在实践中,的确是存在着大量的与合同履行有关的人身侵权纠纷,如从1985-2007年计23年间,在《最高人民法院公报》公布的15件人身伤害案例中,有12件属于与合同履行有关的案件,其中10件案件是以侵权提起诉讼的。这10件案例中有2件可归属于特殊侵权案件,<sup>[1]</sup>另外8件则属于合同履行中的人身侵权纠纷。这8件案例的公布,为我们在理论上考察和反思合同履行中的人身侵权案件的判决取向提供了资料和依据。

### 一 合同履行中人身侵权案件的类型表现

在《最高人民法院公报》公布的裁判文书中,吴成礼等五人诉官渡建行、五华保安公司

[1] 这两个案件是:张连起、张国莉诉张学珍损害赔偿纠纷案,参见《最高人民法院公报》(1985-1994年卷),人民法院出版社1999年版,第672-673页;以及刘有祥诉洛阳铁路分局洛阳列车段、长沙铁路总公司郴州车务段铁路旅客运输人身伤亡赔偿纠纷案,参见《最高人民法院公报》(1995-1999年卷),人民法院出版社2000年版,第671-674页。

人身损害赔偿纠纷案(以下简称判决1);<sup>[2]</sup>吴文景、张恺逸、吴彩娟诉厦门市康健旅行社有限公司、福建永春牛姆林旅游发展服务有限公司人身损害赔偿纠纷案(以下简称判决2);<sup>[3]</sup>吴凯诉朱超、曙光学校人身损害赔偿纠纷案(以下简称判决3);<sup>[4]</sup>方金凯诉同安医院医疗损害赔偿纠纷案(以下简称判决4),<sup>[5]</sup>确认了合同履行中人身侵权案件的基本形态。

最高人民法院判决认定,在判决1中,由于昆明市官渡建行疏于防范,以致原告的亲属吴艳红携款到官渡建行办理存款和汇款手续过程中,遭罪犯抢劫,遇害身亡。在判决2中,原告的亲属张渊等17人在参加由被告康健旅行社组织的牛姆林二日自驾游过程中,在天色恶劣的情况下,因导游的导引不当,以及牛姆林旅游公司的管理不善、救助不力,致使张渊被一棵折断的马尾松砸伤倒地,后经抢救无效死亡。在判决3中,原告吴凯和被告朱超均不满10周岁,同为江苏省淮安曙光双语学校小学生,原告吴凯在被告曙光学校的寝室里休息时,被被告朱超乱扔的橘子砸伤眼睛。伤害事故发生后,曙光学校不仅未给吴凯提供及时有效的治疗措施,且滞后10多天才向监护人通知吴凯受到伤害的情况,导致吴凯伤情加重,虽经多家医院治疗,仍留下残疾。在判决4中,方金凯因小腿被搅拌机搅伤在被告处治疗,被告医院在第一次手术中清创不彻底的手术行为与方金凯伤口感染并发骨髓炎之间存在因果关系,导致原告的左下肢小腿缩短3.3厘米。

## 二 不构成合同履行中人身侵权的案件类型

在最高人民法院公布的判决中,王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆赔偿纠纷案(以下简称判决5);<sup>[6]</sup>李彬诉陆仙芹等人身伤害赔偿案(以下简称判决6);<sup>[7]</sup>贾国宇诉北京国际气雾剂有限公司、龙口市厨房配套设备用具厂、北京市海淀区春海餐厅人身损害赔偿案(以下简称判决7);<sup>[8]</sup>李萍、龚念诉五月花号公司人身伤害赔偿纠纷案(以下简称判决8),<sup>[9]</sup>虽然同为合同履行中发生的损害,但是法院判决并没有认定其为合同履行中的人身侵权案件。

法院认定不构成侵权的关键性事实是:判决5中,由于银河宾馆对于宾馆内的安全不负责任,致使原告的女儿王翰在入住宾馆期间被犯罪分子杀害,财物被劫。<sup>[10]</sup>但是,“王翰在宾馆内被害、财物被劫,是全宝瑞犯罪的直接的必然结果”,“上诉人银河宾馆与全宝瑞的犯罪行为既没有主观上的共同故意,又没有客观上的行为牵连。银河宾馆的行为虽有不当之处,但这些行为不会必然地导致王翰死亡。因此,银河宾馆与全宝瑞不构成共同侵权,不当应当承担侵权的民事责任”,不过,“宾馆没有全面、认真地履行合同义务,自应承担违约责任”。<sup>[11]</sup>判决6中,原告在被告开办的餐厅中吃饭时,遭遇到身份不明的人入店寻衅滋事,

[2] 参见《最高人民法院公报》2004年第12期,人民法院出版社,第28-34页。

[3] 参见《最高人民法院公报》2006年卷,人民法院出版社,第443-451页。

[4] 参见《最高人民法院公报》2006年卷,人民法院出版社,第522-527页。

[5] 参见《最高人民法院公报》2004年第2期,人民法院出版社,第36-40页。

[6] 参见《最高人民法院公报》2001年卷,人民法院出版社2003年版,第219-225页。

[7] 参见《最高人民法院公报》2002年卷,人民法院出版社2003年版,第270-272页。

[8] 参见《最高人民法院公报》1995-1999年卷,人民法院出版社2000年版,第545-547页。

[9] 参见《最高人民法院公报》2002年卷,人民法院出版社2003年版,第222-227页。

[10] 在本案中,法院将被告行为认定为违约行为,但是相较于判决1,我们可以发现,这两个案件其实属于同类案件,而本判决将其认定为违约存在很大问题,判定为侵权是更为合理的结论,对此后文将进行论证。

[11] 参见《最高人民法院公报》2001年卷,人民法院出版社2003年版,第223-224页。

与店老板发生口角并打砸,致使原告被打伤。但被告作为经营者在发生第三人滋事的时候,进行了劝阻,并报了警,已经力所能及地履行了义务,所以不应承担赔偿责任。<sup>[12]</sup> 判决 7 中:19 岁的女孩贾国宇,因在春海餐厅用餐中使用的卡式炉燃气罐突然发生爆炸,面部及双手严重烧伤,容貌被毁并留下残疾,诉请三被告气雾剂公司、厨房用具厂和春海餐厅共同赔偿。北京市海淀区人民法院委托国家技术监督局组成专家鉴定组对该事故原因进行技术鉴定后认定:(1)被告气雾剂公司生产的“白旋风”牌边炉石油气气罐没有根据气罐承压能力科学安全地按比例成分装填气体,充装使用方法的中英文标注不一致,内容互相矛盾,属于不合格产品,上述质量问题是造成此次事故的基本原因,气雾剂公司无可推卸地应当承担 70% 的责任。(2)“众乐”牌卡式炉燃气瓶与炉具连接部位存在漏气可能,使用时安装不慎漏气的可能性更大,存在危及人身、财产安全的不合理危险,且不符合坚固耐用不漏气的行业生产标准,质量存在缺陷。在炉内存有小火酿成事故的因果关系中,漏气环节是一个不可或缺过错诱因,因此被告厨房用具厂也负有 30% 的责任。(3)没有证据证明被告春海餐厅提供服务存在过错,也没有证据证明被告春海餐厅提供服务与事故发生有因果关系。所以春海餐厅作为合同相对人,不存在任何过错,不承担责任。<sup>[13]</sup> 判决 8 中,原告 8 岁的儿子龚硕皓在五月花号餐厅就餐时,因隔壁包房内发生爆炸,龚硕皓被炸死亡、原告李萍受伤,但由于爆炸是第三人的犯罪行为所致,损害行为与五月花号公司的服务行为之间没有“直接的因果关系”,而被告五月花号餐厅使用木板做餐厅包房的隔墙这一点是否符合安全管理规定,与本案的损害后果之间没有必然的因果关系,所以被告不需承担由此产生的法律后果。<sup>[14]</sup>

### 三 合同履行中人身侵权的认定标准

在上述 8 件判决中,虽然个案事实的表现存在不少差异,但也有诸多共性。共性主要体现在:(1)都是以侵权作为案由提起的诉讼;(2)损害都发生在合同履行中;(3)发生的损害都属于人身损害;(4)这些案件都很难简单地用违约或者传统侵权理论去解决。如对于判决 5,法院虽然用违约理论去解决,但是情况完全相同的判决 1 却被认定为侵权。从判决 5 中,我们看到了法院判决的困境:首先,此类案件无法适用违约理论来处理。如若视为违约,如何确定违约人的法律责任?因为合同法并没有规定违约造成人身损害所应当承担的人身损害责任的范围。但同时,此类案件也无法适用传统侵权理论来处理,因为其中的人身损害并不是履行合同不当直接造成的,要认定该行为构成一般侵权,就会面临如何论证违约行为与人身损害后果之间存在侵权法上的因果关系的重大难题。对此,本文主张,对上述案件可以依照合同履行中的人身侵权案件的思路来处理,从而避免按照传统违约或者一般侵权案件的思路来处理面临的上述困境与尴尬,避免案件类型认定与法律责任归责的前后矛盾。而认定合同履行中的人身侵权,一般有以下四个构成要件:

#### (一) 存在合同关系

存在合同关系是认定合同履行中人身侵权的前提。在判决 1 中,储户进入银行储蓄网

[12] 参见《最高人民法院公报》2002 年卷,人民法院出版社 2003 年版,第 272 页。

[13] 《最高人民法院公报》1995-1999 年卷,人民法院出版社 2000 年版,第 546-547 页。

[14] 《最高人民法院公报》2002 年卷,人民法院出版社 2003 年版,第 226 页。

点开展储蓄业务,即与银行产生了储蓄合同关系;在判决2中,受害人张渊与康健旅行社形成的是旅游服务合同关系;在判决3中,学校与受害人之间存在的是教育服务合同关系。因为原告吴凯与被告朱超的监护人分别与曙光学校签订了入学协议书,并缴费进入学校,教育合同成立、有效并开始履行。在判决4中,同安医院与方金凯之间存在的是医疗服务合同关系。在判决5中,宾馆与受害人王翰之间存在住宿合同关系;在判决6李彬与陆仙芹等人身伤害赔偿案中,判决认定双方存在消费合同服务法律关系以及合同关系的竞合。判决7与判决8,形成了以消费与服务为主要内容的合同关系。反之,不存在合同关系时,就不构成合同法上的人身侵权,此时,应援引一般侵权、特殊侵权或者违约理论去解决。

## (二)合同当事人履行合同存在过错

第一,过错的表现。合同当事人履行合同存在过错,是认定合同法上因果关系存在的重要依据。这种过错,可能是作为(履行不当),也可能是不作为(应当履行而未履行或者履行合同不全面)。但在本文研究案例中,主要是以不作为表现出来的。

如判决1中认定官渡建行的过错主要表现在:(1)官渡建行虽然按照《安全防护规定》设置了相应的安全防范设施,但是不能就此证明,它已经按照该规定安排了专人值守这些安全防范设施,导致这些设施不能够发挥相应的预见、制止或者减少损害的作用。官渡建行虽然在营业厅内安排了一名保安人员值班,但作案人在营业厅内来回走动、窥视被害人填写存单、违规进入“一米线”等明显反常行为始终未引起值班保安人员的警惕,以致在作案人开始抢夺钱袋并开枪伤人时,保安人员不能及时制止犯罪或给被害人以必要的帮助。值班保安人员没有履行维护营业厅安全、防范危害事件突发的职责;在作案人员逃离时,值班保安人员也无任何制止犯罪行为的表示。<sup>[15]</sup> 判决2中认定,康健旅行社和牛姆林公司的过错主要在于:导游不顾恶劣天气坚持带游客冒险进入林区,被告牛姆林公司管理不善致使马尾松折断伤人,事件发生后又未尽最大救助努力。这三个方面既是当事人的主要过错表现,也是导致被害人张渊死亡后果发生的原因。<sup>[16]</sup> 判决3中认定,本案的损害发生在学生应当熄灯就寝的时间,依照学校的制度,学校里专门负责学生生活的老师应当对学生休息情况进行巡视,而吴凯、朱超等人超过规定时间未入睡,对这一异常情况,曙光学校没有及时发现并管理,以致本可避免的伤害事故最终发生。曙光学校对未成年学生没有充分履行教育、管理和保护的义务,主观上有一定过错。对朱超的加害行为,其监护人虽然无过错也应承担责任,但应承担次要责任。伤害事故发生后,曙光学校不仅未给吴凯提供及时有效的治疗措施,且滞后10多天才向监护人通知吴凯受到伤害的情况,以致吴凯伤情加重。<sup>[17]</sup> 判决4则是依据过错推定规则,确认同安医院的医疗行为与损害后果之间存在因果关联。<sup>[18]</sup> 判决5中认定,被告银河宾馆的过错主要体现在:(1)没有对进入住宿区的不熟识的人(罪犯全宝瑞)进行必要的询问;(2)在住宿区没有配备专门的接待人员,将旅客置于极不安全的境地;(3)没有对罪犯的异常举动给以密切注意。罪犯全宝瑞在2个小时内曾经7次上下宾馆电梯,但是宾馆工作人员却没有给予足够的重视。<sup>[19]</sup>

[15] 《最高人民法院公报》2004年第12期,人民法院出版社,第34页。

[16] 《最高人民法院公报》2006年卷,人民法院出版社2007年版,第448页。

[17] 《最高人民法院公报》2006年卷,人民法院出版社2007年版,第524-525页。

[18] 《最高人民法院公报》2004年第2期,人民法院出版社,第40页。

[19] 《最高人民法院公报》2001年卷,人民法院出版社2003年版,第224页。

而在判决 6、7、8 中,法院分别认定合同当事人陆仙芹、北京市海淀区春海餐厅、五月花号公司不存在过错,所以法院没有认定这三个合同当事人的合同行为构成侵权。

第二,判定合同履行存在过错的主要依据。合同关系的存在,决定了合同相对人法律义务或者约定义务的存在。分析上述判决,我们就会发现,合同相对人是否尽到相应的义务与责任,是判定合同履行是否存在瑕疵的关键,同时也是确立合同法上因果关系是否存在的关键。这就需要首先确认合同相对人的义务范围。而判断合同相对人的义务,可以有以下几种依据:(1)法律规定的义务。如判决 1 中商业银行保护客户人身以及财产安全的责任,就源于法律对于商业银行的规定。判决 1 指出,作为金融企业法人,官渡建行负有防范、制止危险发生,保障银行自身及进入银行营业场所客户的人身、财产权利安全的义务。<sup>[20]</sup> 换句话说,银行的法定义务既包括对于储户储蓄信息保密、依法按期支付本金利息的合同义务,也包括在建立储蓄合同的前、后过程中银行应当履行的法律义务、合同附随义务等,以保障存款人的人身、财产等合法权益不受损害,维护良好的交易秩序。(2)合同约定的义务。如判决 5 中,银河宾馆向旅客承诺“24 小时的保安巡视,确保你的人身安全”,就是自愿将合同的附随义务上升为合同的主义务。(3)合同附随义务。(4)收取合同费用的大小、获取利益的高低,也是判定合同相对人法律责任与义务大小的一个依据。例如判决 5 中,法院认为,宾馆是否有符合其等级和收费标准的保安人员和安全监控设施,也是判定其存在过错与否的根据。再如在判决 6 中,法院认为,经营者应当在其所能控制的范围内,采取其力所能及的合理措施保护消费者。而本案被告陆仙芹、陆选凤、朱海经营的西风饮食店是一家“规模小、收费低、设施简陋”的个体饭店,因而认定,陆仙芹等人在力所能及的范围内,已尽到了谨慎注意和照顾的义务。<sup>[21]</sup> (5)合理注意义务。在判断合理注意义务时,必须区分普通人员义务和专业人员义务的差别,专业人员的义务大于一般人员的义务。如判决 1 中法院认定,官渡建行聘请的保安负有“高度”义务,因为“保安人员职业的特殊性,决定了其对有涉公共安全的事项负有高度注意义务,不是其他人对此类事项的一般关注”。<sup>[22]</sup> 判决 2 中法院同样阐明:“导游对恶劣天气的防患意识应当高于旅客,且负有保障游客安全的责任,应以游客安全为第一宗旨。”<sup>[23]</sup>

确立了合同的义务范围以后,如果义务人没有履行该义务,就可以判定其履行合同存在过错。反之,如果合同相对人履行了该义务,就不能认定合同履行行为存在过错。如在判决 6 中,法院认为,被告人作为经营者在发生第三人滋事的时候,进行了劝阻,并报了警,已经力所能及地履行了义务,所以不应承担赔偿责任。此外,当受害人本人存在部分过错时,并不影响对合同相对人合同过错的认定。如在判决 5 中,受害人王翰没有充分利用宾馆提供的安全设施,自身存在一定过错,但是,并不能以受害人的过错去否认宾馆的合同履行过错,进而否认合同当事人(宾馆)的履约行为与人身损害后果之间的因果关联以及法律责任。受害人自己的过错,仅仅可以作为适当减轻合同相对人法律责任的依据。

### (三)有人身损害结果的发生

在判决 1 至判决 8 中,法院认定,合同履行中的侵权损害结果主要是人身损害。判决 1 中,储蓄人吴艳红被持枪的罪犯开枪杀死,钱款被劫。判决 2 中,原告亲属张渊被折断的马

[20] 《最高人民法院公报》2004 年第 12 期,人民法院出版社,第 30 页。

[21] 《最高人民法院公报》2002 年卷,人民法院出版社 2003 年版,第 271 页。

[22] 《最高人民法院公报》2004 年第 12 期,人民法院出版社,第 34 页。

[23] 《最高人民法院公报》2006 年卷,人民法院出版社 2007 年版,第 446 页。

尾松砸伤,经治疗无效死亡。判决3中,小学生吴凯的右眼睛遭受“钝挫伤、右玻璃体积血、右视网膜脱离致右眼低视力1级,伤残程度为10级”。判决4中,患者方金凯因感染造成骨髓炎和骨头坏死,后又在骨头移植手术中造成左腿比右腿短几厘米,终身残疾。判决5中,宾馆住宿人王翰遭罪犯杀害,财物被劫;判决6中,李彬被第三人打伤。判决7中,花季少女贾国宇面部及双手被严重烧伤,容貌被毁并留下终身残疾。判决8中,李萍被炸伤、其子龚硕皓被炸身亡。

#### (四)合同违约行为与人身损害后果之间存在合同法上的因果关系

在上述8件判决中,判决1、2、3、4确认合同行为与人身损害后果之间存在因果关系。判决5则确认合同相对人银河宾馆违约。判决6、7、8认定合同行为与人身损害之间不存在因果关系。从认定存在因果关系的前4件判决来看,法院认定的因果关系有三种情形:

第一,合同违约行为不是损害发生的直接原因,第三人的行为与损害后果之间构成“必然”因果关联,合同违约与当事人的人身损害之间不构成侵权法上的因果关系,但是构成合同法上的因果关系。如在判决1中,持枪罪犯枪击吴艳红是吴艳红死亡的直接原因;但法院同时认定:(1)官渡建行在履行合同中存在过错、不当。(2)官渡建行的不当管理行为与吴艳红死亡之间,并不存在“必然”因果关联。(3)虽然法院没有明确指明官渡建行的行为与损害之间存在因果关系,但法院认为官渡建行没有履行法定义务,致使受害人死亡,所以判决官渡建行承担部分人身损害责任。从法院的论证逻辑上我们可以看出,法院是在按照侵权构成要件去论证合同相对人官渡建行的法律责任,其判决书中虽然没有明示,但对合同当事人官渡建行的人身损害赔偿责任的确立,意味着法院确立了合同行为与人身损害后果之间存在因果关系。但显然不是传统侵权构成中的“必然因果关系”。

第二,原因竞合。<sup>[24]</sup>即第三人的行为与合同当事人的行为同为造成损害的直接原因,但第三人的行为与损害后果之间构成侵权法上之“相当”因果关系,而合同违约行为与损害后果之间构成“合同法上之因果关系”,对此应区分主要与次要原因,分别承担责任。如判决2中,法院确认张渊死亡发生的三种原因是:导游不顾恶劣天气坚持带游客冒险进入林区的错误行为,被告牛姆林公司管理不善致使马尾松折断伤人,事件发生后又未尽最大救助努力,这三个因素均是导致被害人张渊死亡后果发生的原因。(1)牛姆林公司既是旅游项目的经营者,又是旅游景区树木的管理者,对于景区林木负有谨慎管理和注意的安全保障义务。但是由于其疏于防范,导致损害后果的发生,应当说构成了“相当因果关系”。(2)康健旅行社导游的不当导游行为和事故的发生之间是否具有因果关系呢?法院认定,导游的错误“导游”行为是事故发生的次要原因,将其“原因力”定为20%;而牛姆林公司管理不善致使马尾松折断以及事后救助不力,是事故发生的主要原因,故将“原因力”酌定为80%。(3)由于本案导游既代表康健旅行社,又代表牛姆林公司,所以基于本案导游的错误导游行为而产生的责任,康健旅行社与牛姆林公司各承担10%。<sup>[25]</sup>判决3中,法院认定,由于曙光

[24] 所谓原因竞合,即数个原因间接结合发生同一损害结果,即多因一果。原因竞合的构成要件是:(1)各行为人的行为均为作为,或者为作为与不作为的结合,但是对于损害的发生均有“原因力”;(2)各行为人的行为间接结合,判定间接结合的标准是,数个行为作为损害发生的原因不具有同时性,通常是相互继起,各自独立,但互为中介;数个行为分别构成损害结果发生的直接原因或者间接原因;(3)各行为人没有共同的意思联络,且各行为人主观上非属于故意侵权或者故意犯罪;(4)损害结果同一。参见祝铭山主编:《人身损害赔偿纠纷》,中国法制出版社2005年版,第98页。

[25] 《最高人民法院公报》2006年卷,人民法院出版社2007年版,第448页。

学校实行封闭式管理,学校对于本案加害人和受害人,都负有教育管理和保护义务。事故发生以后,校方的不当管理加重了损害后果。所以认定曙光学校未充分履行此项义务,其行为是导致本案伤害事故发生的主要原因,曙光学校的主观过错较大,应当对伤害后果承担主要的赔偿责任。

第三,推定存在因果关系。如判决 4 中,二审法院认定,同安医院的“第一次手术不彻底与伤口感染并发骨髓炎之间存在因果关系,这是显而易见的事实”。考察民事诉讼证据规则可以看出,法院认定“因果关联”是“显而易见的事实”,其依据应当是 2001 年 12 月最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 4 条第(8)款,“因医疗行为引起的侵权诉讼,由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任”。该规定基于“医疗机构及医务人员具备专业知识和技术手段,掌握相关的证据材料,具有较强的证据能力,患者则处于相对的弱势地位,依据举证责任分配的一般规则,患者往往因举证不能而无法获得相应的赔偿。为平衡当事人利益,更好地实现实体法保护受害人的立法宗旨”,<sup>[26]</sup>确立了举证责任倒置的分配规则。本案中,法院就依据该规则直接认定了医疗行为与损害结果之间存在因果关系,而对认定的依据没有做具体的进一步说明。但实际上,这一“案件事实”的认定与后来法院判定医院不承担“法律责任”的结论之间存在冲突,值得商榷,对此,后文将展开分析。

在上述判决 1、2、3、4 中,法院都认定合同行为与人身损害后果之间存在因果关系,而在判决 6、7、8 中,法院又认定合同行为与人身损害之间不存在因果关系,判决 5 则陷入了“违约”的认定思路。那么,判决 5 认定合同当事人违约是否合理呢?司法实践中,法官判定合同法上的因果关系应当依据什么标准作为参照呢?

纵观民事立法,世界上绝大多数国家的成文法典都没有对因果关系问题做出定义,<sup>[27]</sup>我国的民事立法同样如此。而且传统意义上对于民事因果关系问题的讨论,也主要限于侵权领域内,而对于合同法上的因果关系问题的探讨则较少。<sup>[28]</sup>那么,本文主张的合同法上之因果关系问题为什么会存在呢?从现有判例来看,合同履行中,在发生人身损害后果以后,出于诉讼策略的考量,当事人往往选择以“侵权”作为诉讼案由进行起诉。而无论认定构成或者不构成侵权,“因果关系”问题都回避不了。在此情形下,对因果关系的考量,实际上主要转换成了对于合同行为与损害后果之间因果关系的考量。也就是说,传统侵权法理论或者违约理论无法单独适用于这类案件,我们也无法单独援用传统的侵权法理论或者违约理论去解释和建构合同违约行为与损害后果之间的因果关系问题,这就需要在合同法层面上讨论因果关系问题。那么,依据什么标准来判断合同违约行为与损害后果之间是否存在因果关系呢?在民法理论上,判断因果关系有不同的学说,<sup>[29]</sup>多数国家以及我国台湾学

[26] 最高人民法院民事审判第一庭:《民事诉讼证据司法解释及相关法律规范》,人民法院出版社 2002 年版,第 38 页。

[27] 参见曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 95 页。

[28] 参见祝铭山主编:《人身损害赔偿纠纷》,中国法制出版社 2005 年版,第 68 页。

[29] 中外法学理论以及法律实践中的困惑与探索昭示我们,因果关系问题,很难在抽象的理论层面一劳永逸地找出一个判定标准,该问题实际上已经留给了法院、法官,让他们在具体案件中去探索。在纯粹的理论研究日益走向困顿的情形下,法国民法学界则走向了个案论证的研究路子。在英美刑事法律研究领域,学者们对于该问题的研究也日益抛开纯粹的哲学分析,而是注重从以前生效的判决中寻找处理因果关系的具体原则,以指导具体案件的处理。参见曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 112 页;张绍谦:《刑法因果关系研究》,中国检察出版社 1998 年版,第 4-5 页。

者采用“相当因果关系说”,而前苏联以及我国大陆学者则采用“必然因果关系说”,<sup>[30]</sup>除此之外在德国还兴起了“法规目的说”。

(1)目前,“必然因果关系”理论在我国民事审判实践中还占据主导和支配地位。但是,“必然说”的局限性相当明显,它强调损害结果发生的必然性,强调必然性是一种客观存在,实际上混淆了哲学上的因果关系理论与法律上的因果关系理论。贯彻该理论,将使得许多受害人无法得到法律保护,违反民法精神和社会公平正义观念。<sup>[31]</sup>结合本文引征案例来看,合同履行中发生的人身损害赔偿,很难在合同违约行为与人身损害后果之间建立侵权法上的“必然”因果关系。尤其当损害是由第三人直接造成时,法官就更难认定合同履行不当与损害后果发生之间存在“必然因果关系”了。(2)为此,不少民法学者主张使用“相当因果关系说”。确认相当因果关系分两步走:其一,确认条件关系。其公式是,若“无此行为即无此损害”,则此行为就是损害的条件。其二,确认相当性阶段。如果“有此行为,通常即足生此损害”,就可以判定该行为与结果之间具有法律上的因果关系。<sup>[32]</sup>即“有同一条件即能发生同一因果关系”时,则认定该条件与结果之间存在因果关系。但是该理论的缺陷也相当明显:第一,判断“盖然性”,不太容易;第二,全有全无式的赔偿模式,不合理;第三,该理论往往是“倒果为因”,因为损害已经发生,只好肯定因果关系存在。<sup>[33]</sup>可见,对合同履行中发生的人身损害赔偿,相当因果关系理论也无法普遍适用。如考察判决1与判决5,我们很难在合同的不履行与损害后果之间判定存在“相当因果关系”。因为相当因果关系理论强调的最基本的条件是“盖然性”,但从这两件案件来看,在不履行合同的情形下,发生“被罪犯杀害并死亡”事件的盖然性实际上是很低的。也就是说,从概率角度分析,同样的情形(宾馆未认真检查、银行没有尽到充分的安保义务)再发生100次,发生后果的几率也不可能超过50%。所以,相当因果关系理论也不适合作为判定合同不履行与损害后果之间存在因果关系的依据。(3)法规目的说。法规目的说主张,行为人对于损害是否承担责任,不在于探究行为与损害之间是否具有相当因果关系,而应探究法规(包括契约)的意义与目的。也即行为与损害之间的关系,核心问题在于判定行为人是否对于其行为所引发之损害负责任。法规目的说的价值取向是,依据法律或者契约的目的与内容去决定因果关系是否存在,而淡化衡量因果关系的具体标准。法规目的说之合理之处在于:其一,可以简化或者淡化抽象却没有统一答案的因果关系问题;其二,有助于平衡合同中的权益与义务:如火灾烧毁房屋而殃及承租人时,出租人就火灾所负责任就不应及于承租人违反租赁契约携入承租房屋因而被烧毁之物品。<sup>[34]</sup>

本文主张,在认定合同履行与人身损害之间是否存在因果关系时,“法规目的说”是一种适当的因果关系理论。因为其一,合同法上之因果关系,关注的是合同债务人不履行债务的行为(违约行为)与损害后果之间是否存在因果关系,并据此确立法律责任。其二,确认合同法上的因果关系问题,目的不在于发现一种全能的、普适的因果关系理论,而在于“从结果倒推出”(追溯)原因,并比照哪些原因是法律规范要求承担责任的要素,进而确立法律

[30] 参见梁慧星:《梁慧星文选》,法律出版社2003年版,第582页。

[31] 参见梁慧星:《梁慧星文选》,法律出版社2003年版,第584-585页。

[32] 魏振赢主编:《民法》,北京大学出版社2000年版,第689-691页。

[33] 参见曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第104-105页。

[34] 参见曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第112-117页。



责任。所以,追寻因果关系的问题就部分地转换成了拷问“契约的目的”问题了。而依据“法规目的说”的认定逻辑,如果合同目的没有达到,同时存在合同违约行为,就刚好可以判定违约行为与损害后果之间存在“合同法上的因果关系”。

如判决 2 中,法院将康健旅行社的导游行为与损害发生之间的原因力仅仅定为 10%。可见,不当导游的违约行为与人身死亡之间,既不构成“必然”因果关系,也不构成“相当”因果关系(因为在理论上,构成“相当因果关系”的条件是,同一行为下,损害发生的概率应当超过 50%)。那么,康健旅行社的导游行为与损害后果之间构成了何种意义上之因果关系呢?显然,对此只有运用“法规目的说”认定存在“合同法上的因果关系”,从而为确立民事责任奠定基础,才是适当的认定与选择。

判决 3 中,如果我们用必然因果关系,同样难以解释学校的行为与学生受伤害之间的逻辑关联,作为合同当事人一方的曙光学校的管理不当行为与吴凯的受伤和残疾之间并不存在直接的必然关联。而对于相当因果关系,虽然我们似乎可以感觉认定学校的管理不善与吴凯受伤害之间具有此种关系,但是该结论得出的主要原因仅在于我们“认为”与“感觉”学校的合同过错比学生朱超的过错更大而已。但是如果用概率分析,我们同样很难得出:有了学校管理不善的过错,发生该种伤害的盖然率就会超过 50%。所以,必然说与相当因果关系说也不适用于判决 3,适用判决 3 的,只能是“法规目的说”。

容易引发争议的是判决 4 与判决 5。两判决都存在认定因果关系与确立民事责任的逻辑悖论。判决 5 认定不存在因果关系,但是却“酌情”要求合同当事人承担 8 万元的民事责任,判决的随意性太大。而判决 4 则认定存在因果关系,却又没有要求合同当事人同安医院承担任何民事责任。这些显然都不符合人们对于侵权理论的一般认识。

判决 5 中,法院一方面认定银河宾馆的合同履行存在瑕疵,另一方面认定违约行为与损害后果之间不存在因果关联。一、二审法院均认为,犯罪行为是仝宝瑞所为,王翰死亡是其行为直接的、必然的结果。银河宾馆的行为虽然也有不当之处,但这些行为不会必然地导致王翰死亡。显然,法院是依据“必然因果关系理论”,判定银河宾馆在管理工作中的合同过失与王翰的死亡以及财物被劫之间不存在“法律上的因果关系”。表面看来,这种认定似乎是合理的,但它却为后面法律责任的归责造成了障碍。由于认定不构成侵权,法院只好按照“违约”来确认银河宾馆的法律责任,但是,法官在合同法中又找不到违约造成人死亡所应当承担责任的法律依据(法院很牵强地引用了《合同法》第 131 条;但是,违约的损失计算却是任意的),所以只好“自由裁量”为“8 万元”。

实际上,比较判决 1 与判决 5,我们会发现二者属于同类案件:(1)第三人的侵害行为是造成损害的直接因素,该行为与损害之间存在必然的因果关联。(2)合同相对人,如银河宾馆、官渡建设银行二被告,都不存在直接伤害受害人的行为。(3)判决 5 中,旅客入住宾馆,即与宾馆在事实上形成了合同关系,宾馆负有保障宾馆设施的安全性以及保护住客不受外来不法侵害的义务。<sup>[35]</sup>判决 1 中,官渡建行同样负有保障储蓄人的人身安全的义务。按照法规目的说,虽然二被告履行合同不当与当事人死亡之间不存在“必然”的因果关系,甚至不构成“相当因果关系”。但只要它们作为合同当事人存在履行合同的过错(未尽到相应的责任),我们就可以判定合同行为与人身损害后果之间存在因果关系。因为,正是合同当事

[35] 参见祝铭山主编:《人身损害赔偿纠纷》,中国法制出版社 2005 年版,第 63 页。

人的这些过失,使得某种可能性较大的伤害从“可能”变为了“现实”。反过来,我们可以逻辑地推导出,如果合同当事人很好地履行了法律义务或者合同义务,第三人的加害就不会成为现实。法官可以据此认定,合同当事人的不作为与人身损害后果之间虽然不存在侵权法上的因果关系,但是构成了“合同法上之因果关系”。<sup>[36]</sup>事实上,判决1与判决5的分歧正表明,认定合同行为与人身损害之间是否存在因果关系、侵权是否构成,关键看认定者采取什么样的因果关系理论。本文主张,为了保持同案同判,在判决5中以合同履行中的人身侵权做出判决更为合理,这样关于“因果关系”的论证才更有说服力,损失计算也更富有坚实的法律依据,而不至于简单地说“违约赔偿的数额应当参照本案的实际情况酌情而定”。

判决4中,法院虽然肯定合同行为与人身损害后果之间存在因果关系,但最终却没有要求合同当事人承担任何法律责任。这一认定存在的问题同样是“事实认定”与“责任归责”前后不一致、逻辑不合理。实际上,如果在认定因果关系时直接依据“法规目的说”,认定同安医院的医疗行为与方金凯腿缩短之间不存在因果关系,倒是一种简易的做法。因为法官可以通过运用法规目的说,解释与阐明同安医院履行医疗合同不存在任何过错(包括医疗方案的选择),直接判定医疗行为与人身损害之间不存在因果关系,进而可以逻辑地确认医院不承担任何责任。

综上,在认定“合同法上的因果关系”时,“法规目的说”是一种有效、简易、具有可操作性的理论。如果(1)合同义务人没有履行合同义务;(2)合同履行中发生了人身损害(不论该损害是由合同当事人还是第三人直接造成的);(3)该合同履行中发生的损害不属于民法特殊侵权中的人身损害,此时就可以按照“法规目的说”判定合同履行与人身损害之间存在“合同法上之因果关系”,进而认定为合同履行中的人身侵权,依据侵权法的相关规定,考量合同履行过错的大小,兼顾公平原则,确立合同当事人的民事责任。

## 四 合同履行中的人身侵权责任不同于合同违约责任、一般侵权责任或者特殊侵权责任

### (一)合同履行中的人身侵权与一般侵权的区别

第一,一般侵权多为故意或者过失,而在合同侵权中,合同义务的不履行大多出于过失。

第二,一般侵权行为与损害后果之间多属于直接关联,而合同不履行与损害后果的发生之间大多不存在直接关系,而属于间接关联。

第三,确认因果关联的依据不同。确认一般侵权,可以依据“必然因果关系”理论或者“相当因果关系”理论,但是确认合同法上之因果关系,如上所述,无法应用“必然因果关系”或者“相当因果关系”,而应当运用“法规目的说”来确认。在我国判例实践中,一般侵权案件中我国法院强调的是“必然”因果关系,并据此确立法律责任。如王烈凤诉千阳县公路管理段人身伤害赔偿案,陈梅金、林德鑫诉日本三菱汽车工业株式会社损害赔偿纠纷案,马旭诉李颖、梁淦侵权损害赔偿纠纷案等一般侵权案件中,法院首先是确立“必然因果关系”的成立,在此前提下,才要求过错方承担民事责任(当然,在存在多人侵害时,法院会区分主要

[36] 参见祝铭山主编:《人身损害赔偿纠纷》,中国法制出版社2005年版,第70页。

与次要原因,并据此确立法律责任)。<sup>[37]</sup>而在合同侵权案件中,合同不履行与损害后果的发生之间大多不属于必然关联。尤其是当存在第三人侵权行为的介入时,我们更是难以推导出合同违约行为与人身损害发生的必然性来,所以“必然说”无法运用于该类案件中。法官应当依据“法规目的说”,阐明合同的目的,当合同目的没有达到,且合同当事人存在履行合同的过错时,就可以认定存在合同法上之因果关系。

第四,承担责任的范围不同。一般侵权如果构成,侵权人应当承担全部损害责任。而合同履行中的人身侵权如果构成,合同违约人只在合同过错范围内承担责任,也即承担的是部分侵权责任。

## (二)合同履行中的人身侵权责任与合同违约责任的区别

第一,构成要件不同。在大陆法系国家,合同违约行为的构成要件有二:有违约行为、主观上存在过错(故意与过失),但这种行为大多表现为“作为”。而合同履行中的人身侵权,作为构成要件的“合同行为”大多属于“不作为”,多属于“过失”。

第二,归责原则不同。合同法中对违约行为的归责原则是以严格责任为主,过错责任(推定)为辅。<sup>[38]</sup>而在合同履行中的人身侵权案件中,判定民事责任的依据仍是侵权法,故实行的是一般侵权责任的归责原则——“过失责任”。

第三,侵害客体不同。违约行为侵犯的是合同相对人的权利,主要是财产性权利,而本文所说的合同侵权,侵犯的权利多属人身性权利。

第四,承担责任的形式不同。合同当事人违反合同义务以后,承担违约责任的具体方式主要有:实际履行,赔偿损失,支付违约金,其他补救措施如修理、更换、重做、减少价款或者报酬、退货等补救措施。其中,赔偿损失,指的是违约行为给对方造成财产上的损失时,对对方的财产损失承担补偿责任。<sup>[39]</sup>也即,违约责任主要指的是对对方财产造成损失时应当承担的补偿责任。而合同履行中的人身侵权,承担的是人身损害赔偿的法律后果,包括精神损害赔偿,即,其损害计算的法律依据主要是人身损害赔偿的相关法律规定。

## (三)合同履行中的人身侵权责任不同于特殊侵权责任

一般认为,《民法通则》第123条规定的“从事高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性、高速运输工具等对周围环境有高度危险的作业造成他人损害的,应当承担民事责任;如果能够证明损害是由受害人故意造成的,不承担民事责任”,为民法特殊侵权的规定,特殊侵权案件,适用民法特殊侵权规定。<sup>[40]</sup>而从《最高人民法院公报》公布的案例来看,在合同履行中,

[37] 王烈凤诉千阳县公路管理段人身伤害赔偿案,载《最高人民法院公报》(1985-1994年卷),人民法院出版社1999年版,第681-682页;陈梅金、林德鑫诉日本三菱汽车工业株式会社损害赔偿纠纷案,载《最高人民法院公报》(2001年卷),人民法院出版社2003年版,第225-230页;马旭诉李颖、梁滢侵权损害赔偿纠纷案,载《最高人民法院公报》(1995-1999年卷),人民法院出版社2000年版,第539-340页。这些案件不属于合同侵权案件。

[38] 参见曹三明等:《合同法原理》,法律出版社2000年版,第289页。

[39] 参见曹三明等:《合同法原理》,法律出版社2000年版,第270-298页。

[40] 最高人民法院公布的特殊侵权案件如:张连起、张国莉诉张学珍损害赔偿纠纷案,参见《最高人民法院公报》(1985-1994年卷),人民法院出版社1999年版,第672-673页;刘有祥诉洛阳铁路分局洛阳列车段、长沙铁路总公司郴州车务段铁路旅客运输人身伤亡赔偿纠纷案,参见《最高人民法院公报》(1995-1999年卷),人民法院出版社2000年版,第671-674页。对第一件案件,梁慧星先生认为该案本质上并非属于违反合同的行为,而属于违反法律义务的侵权行为,且属于特殊侵权案件,应当适用严格责任原则。参见梁慧星:《梁慧星文选》,法律出版社2005年版,第578-581页。第二件案件根据《民法通则》第123条的规定,“从事高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性等对周围环境有高度危险的作业而造成损害的,应当承担民事责任”。“周围”一词,按照当然解释,不仅应包含“火车车体之外,也应当包含车内”,所以该案也属于特殊侵权案件。故本文不将这两个案件作为合同侵权案件来研究。

如果发生的人身损害与民事特殊侵权相竞合,直接适用民事特殊侵权原理去解决民事责任问题即可,无需论证合同行为与民事损害之间的因果关联。

## 五 合同履行中人身侵权案件的归责

### (一) 构成合同履行中的人身侵权,在过错范围内承担侵权法律责任

在判决1中法院认为,官渡建行不承担全部责任,而是部分责任,即官渡建行承担的是一种补充赔偿责任,要求官渡建行在“死亡赔偿金”、“丧葬费”、“死者生前抚养人的抚养费”等方面给予补偿。在适用法律上,由于该案一审判决时间是2003年12月,最高人民法院自2004年5月1日以后开始生效的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》此时还没有生效,所以法院只好参照《关于审理触电人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》,来确定赔偿标准。但归责的总体思路依然是依照侵权来判定民事责任。判决2中,法院确认两被告的行为间接结合构成了“侵权”。法院先依据最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》以及《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任的若干问题的解释》,根据两被告的过错以及“原因力”,支持了原告的丧葬费、被抚养人生活费、死亡补偿费、误工费、交通费、精神损害抚慰金等诉讼请求。并根据过错大小判决合同当事人康健旅行社承担10%的责任,同时判定两被告互负连带责任。判决3确认被告应赔偿医疗费、护理费、误工费、住院伙食补助费、残疾赔偿金、交通费、住宿费、精神损害赔偿金、鉴定费等等。然后,根据过错大小判决合同当事人曙光双语学校承担70%的责任。

值得探讨的是判决5的判决理由。判决5确认,合同当事人履行合同存在瑕疵,所以其应承担“违约责任”。但是,确认合同当事人承担违约责任的范围、计算依据是什么?法院虽然引用了《合同法》第113条,但最后却又说“酌情”确定赔偿8万元。这样的判决依据是存在明显缺陷的:判决1与判决5没有做到同案同判,判决5认定合同当事人承担违约责任,而判决1判定合同当事人承担的是侵权责任。而其他类似案件如判决2、3,判决4,判决6、7、8,都是以侵权作为分析框架的。实际上,判决5中银河宾馆的行为,既与一般侵权不同,也与违约不同(人身损害不是违约直接造成的),这可能恰恰是本案在判决银河宾馆承担法律责任时找不到法律依据的主要原因。找不到裁量依据,法官只好运用下述理由与判决论证逻辑:“考虑到银河宾馆在提供服务过程中虽有一定的违约过失,但王翰之死及财物被劫毕竟是罪犯仝宝瑞所为,故违约赔偿的数额应当参照本案的实际情况酌情而定。”但显然,这样的理由难以说服双方当事人,是一个原被告双方都不能接受的判决。对被告来说,判决他违约,他不会有意见,但是,确定如此违约责任的依据是什么呢?判决书中的“违约责任”计算标准和依据是任意的,理由含糊不清、语焉不详。而原告的不满意之处可能在于,原告的诉请理由是侵权,诉讼中自始至终坚持的也是侵权,但是法院一方面以侵权案件来认定王翰的死因(认为死亡是由罪犯的侵权造成的),另一方面却以找不到法律或者合同依据的违约责任来判定宾馆仅仅承担8万元的责任,导致该判决产生了“事实认定”与“责任归责”的自相矛盾。一个案件以“违约”及“侵权”两个案由来表述,表明法官的认识存在着严重自我分裂。实际上如前所述,对于判决5,以合同履行中的人身侵权进行判决,不失为一种适当的选择。

合同当事人履行合同过错的大小,是判定法律责任大小的依据。如判决2、3,法院进行

了法律责任的比例划分。换句话说,在可以量化过错大小的情况下,法院需要进行“原因力”的“量化”考量与评判,以确立与过错大小相适应的法律责任。

(二)当事人履行合同无过错,合同行为与损害后果之间不存在合同法上之因果关系,不承担侵权责任

如判决 6、7,由于认定合同当事人的行为不构成合同履行中的人身侵权,所以没有判决合同当事人陆仙芹、春海餐厅承担任何侵权责任。

判决 6 与判决 8 的意义还在于,阐明了《消费者权益保护法》的适用前提:损害必须是由消费行为本身导致的。消费过程中发生的第三人造成人身损害的情形,不适用《消费者权益保护法》,而适用侵权法。如在判决 6 中,法院虽然认为存在消费服务合同关系与一般合同关系的竞和,但是法院认为,损害不是消费导致的,因为消费损害指的是“经营者因其提供的商品或者服务造成人身或者财产损失时,经营者应当承担责任”。<sup>[41]</sup>而本案中的损害不是由于消费造成的,而是由第三人直接造成的。判决 8 中,法院同样认为不适用《消费者权益保护法》,因为适用该法的前提是经营者因提供商品或者服务造成伤亡,而本案中,原告 8 岁的儿子龚硕皓被炸死是由第三人的犯罪行为导致的而不是经营者五月花号餐厅导致的。

(三)合同当事人的追偿权

判决 1 确认,官渡建行在吴艳红死亡事件上有过错,所以判令其在“本应达到却没有达到的安全防范标准范围内”承担补充赔偿责任。“待作案人缉拿归案后,官渡建行可就自己承担的赔偿责任向作案人追偿。”<sup>[42]</sup>该判决实际确认了合同当事人先承担责任,然后依法向第三人(加害人)追偿。此外,官渡建行还可以向五华保安公司行使追偿权。因为法院认定,保安的失职行为应当视为银行的职务行为,由此产生的法律后果,也应当由官渡建行承担。但是,官渡建行与五华保安公司之间签订了《保安服务合同》,在五华保安公司履约失当的情形下,官渡建行当然也可以向它的合同义务人五华保安公司追偿。同理,判决 5 中,合同相对人银河宾馆在向原告支付 8 万元的人身损害赔偿费以后,享有向加害人全宝瑞的追偿权。

(四)合同行为与损害后果之间不构成侵权法上之因果关系,也不存在合同法上之因果关联,但是依据公平原则,承担部分侵权责任

判决 8 表明,最高人民法院判例直接创立了一种“不构成因果关系但是承担责任”的例外情形。该判决没有以违约或者侵权的法律规定判决五月花号公司承担民事责任,而是以公平原则进行利益衡量,要求五月花号餐厅向原告“补偿 30 万元”。从法律方法的角度来看,该判决实际上已经突破了普通的侵权理论。即最高人民法院通过判例直接确立了一项规则:合同当事人的行为与损害后果之间不存在因果关联时,也可能承担一定的民事责任。

值得注意的是,判决 7 贾国宇案件与上述判决 8 龚硕皓诉五月花号公司案件实际上属于同类案件,合同相对人(春海餐厅以及五月花号餐厅)都没有过错。但是最终,情形相同的两个合同当事人承担的法律责任却有很大不同。判决 7 没有判令合同当事人春海餐厅承担法律责任,而判决 8 则让五月花号公司承担了 30 万元的补偿责任。同类案件不同判决的

[41] 《最高人民法院公报》2002 年卷,人民法院出版社 2003 年版,第 271 页。

[42] 《最高人民法院公报》2004 年第 12 期,人民法院出版社,第 31 页。

基础是什么?法官的不同考虑可能在于,龚硕皓诉五月花号餐厅一案中,第三人即罪犯没有责任能力,受害人家属难以得到补偿,所以让无过错的合同相对人五月花号餐厅承担部分责任,以维护法律的公平。而贾国宇一案中,受害人贾国宇已经从其他两被告那里获得了赔偿,个案法律正义已然维护,自然就不存在合同相对人的“公平”责任问题了。

(五)合同行为与损害后果之间构成合同法上的因果关系,但是不承担侵权责任的情形

判决4是最高人民法院通过判例确立的另一种例外情形:合同行为与损害后果之间构成合同法上之因果关联,但是不承担法律责任。判决4说明:行为和后果之间即便存在因果关联,特定情形下也可能不承担责任。因为上诉法院虽然认定,同安医院第一次手术中清创不彻底与方金凯伤口感染并发骨髓炎之间存在因果关系,但是在归责的时候,法院却阐释了一种新观点:同安医院是否应当承担责任,不仅要看因果关系,更要看导致同安医院不能履行彻底清创职责的原因是什么。法院认为,在本案中,方金凯的伤情决定了如果要保住受伤的腿,就难以一次性彻底清创。在截肢和保腿之间,医院“两害相权取其轻、两利相权取其重”,选择了保腿而不是截肢的治疗方案,而要保腿是有医疗风险的,当医院告知了方金凯手术后可能的并发症时,方金凯及其亲属仍签字同意手术,所以就应当自己承担责任。从法律方法的角度来看,该判决摒弃了概念法学的逻辑推理模式,而使用价值衡量的方法进行了实质推理,采用了目的解释而不是文义解释方法。不过在笔者看来,本案如果运用法规目的说,认定同安医院的医疗行为与方金凯的人身损害之间不存在因果关系,同样可以判决同安医院不承担侵权责任。这样做出的判决结果虽然与法院的判决结果殊途同归,但也许是一种更具有普适性的判决思路。

---

[ Abstract ] In a case in which a person is injured in the fulfillment of a contract and files a law suit against the other party for tort, the court can not hold the other party liable for either the breach of contract or for tort because in the current judicial practice in China, the key criterion for the determination of tort is still the “necessary causal relationship” between an act and a damage. This article suggests that in such cases, the court should apply the “doctrine of the purpose and objectives of the law” and determine whether there is a “causal relationship in Contract Law” between the breach of contract and the personal injury. If yes, the court can find an act of tort in the fulfillment of contract and determine the tort liability of the party to the contract within the scope of his fault in the fulfillment of the contract.

---

(责任编辑:冉 昊)