

论《民法典》视域下安全保障义务的境界

——对第 140、141 号指导案例的理论回应

汪 倪 杰*

摘 要:第 140、141 号指导案例传递出最高人民法院限缩安全保障义务边界的态度,此举有利于减少安全保障义务泛化的现象。我国安全保障义务泛化的根源在于:我国学者将《中华人民共和国消费者权益保护法》上的经营者义务排他性地认定为侵权义务,抽离了安全保障义务背后的合同属性;又受德国法上“一般交往安全义务说”的影响,将安全保障义务扩张为侵权法上的一般注意义务。在比较法上,“一般交往安全义务说”系少数德国学者基于想象的英美过失侵权提出的一家之言,与各国侵权法的通行理念均不符。欲重构安全保障义务,需回归物件型与债因型义务的基本类别,并将其置于《中华人民共和国民法典》侵权责任编的结构中,明晰其在一般侵权与特殊侵权中的角色,明辨其与一般过错责任及“过错(推定)一无过错”归责体系的交错关系。

关键词:安全保障义务 交往安全义务 违法性 过失侵权

一、引 言

最高人民法院在第 25 批指导性案例中,用第 140、141 号两个案例表明了限缩安全保障义务边界的态度,为规范安全保障义务的适用立下了一块界碑。并且,该批案例的发布时间正处于《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)通过之后、实施之前的过渡时期,更表明最高人民法院试图影响安全保障义务解释论的愿望。两则案例点出了司法适用中的关键难题:一是安全保障义务主体范围的确定。在第 141 号指导案件中,受害人外出遛狗,擅自进入永定河拦河闸消力池内溺亡。尽管二审人民法院认定,永定河管理处并非原《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第 37 条意义上公共场所/活动的管理者、经营者及组织者,但为何一审人民

* 复旦大学法学院讲师

基金项目:中国博士后科学基金面上资助项目(2020M681129)、上海市哲学社会科学规划项目(2020EFX001)

法院执意将其归入安全保障义务人的范畴?^① 结合我国人民法院早已出现的扩张安全保障义务主体范围的审判实践,背后缘由值得深究。二是安全保障义务内容的限定。在第140号指导案例中,广东省广州市中级人民法院认定:红山村村委会作为景区管理人,虽负有保障游客免遭损害的安全保障义务,但内容应限于管理人管理和控制能力的合理范围内。因杨梅树本无安全隐患,若要求管理人对景区内所有树木加以围遮、设置警示标志等防护措施,则显然超过善良管理人的注意标准。^② 在该案中,尽管人民法院强调安全保障义务有确定边界,但仍未点明义务内容与义务人的防控能力之间究竟有何关联。该问题与安全保障义务的来源相关。自原《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》(以下简称《人身损害赔偿解释》)第6条以来,原《侵权责任法》第37条及《民法典》第1198条均遵循安全保障义务产生于公共场所或群众活动的理论。而在第141号指导案例中,二审人民法院明确指出:安全保障义务存在特定的来源,须考虑对象与义务人之间的“紧密关系”。^③ 但“紧密关系”究竟所指何物,有待探明。

综上,两则指导案例都未明确安全保障义务的应然边界。本文聚焦于安全保障义务的范围问题,在归纳安全保障义务于规范和裁判层面泛化现象的基础上,深入剖析其成因,并在《民法典》框架内重构安全保障义务,既在法理层面确定安全保障义务的主体范围和范围边界,又探讨其在侵权责任编中的定位,以为司法裁判提供清晰的法解释体系。

二、我国安全保障义务泛化的现象

(一)安全保障义务主体的泛化

在司法裁判中,安全保障义务的主体不再局限于公共场所/活动的管理者、经营者与组织者,而是扩张至一般侵权场景。例如,在“李自国案”^④中,人民法院认定,行为人将堆放物置于邻里区域,且能够预见其可能会造成损害,未防范、消除安全隐患而发生损害结果的,可视为违反安全保障义务。其理由是邻里区域具有公共性,该区域的使用人因此负有相应的注意义务。此外,所谓的公共性甚至可以脱离实体场所,扩张至网络虚拟空间。例如,在“吴永宁案”^⑤中,吴某在花椒平台上注册账号,持续上传其攀爬高层建筑物的冒险挑战视频,后在攀爬时不慎坠亡。人民法院认定网络平台对用户的安全负有安全保障义务。其理由在于,因用户浏览、评论、点赞等行为具有互动性、公共性及群众性,故平台具有公共场所属性。可见,我国人民法院普遍认为,产生安全保障义务的真正原因是场所/活动的公共性。该司法观点亦广为学者所接受,尤其是在特殊侵权领域,众多学者开始使用安全保障义务概念替代注意义务。

(二)安全保障义务内容泛化

安全保障义务的内容,即为避免受害人人身、财产受损,义务人需采取一定的防控措施,但措施应达到何种强度,受制于义务来源。对此,我国学界提出了3种学说。(1)“危险控制说”,即经

① 参见北京市第二中级人民法院(2019)京02民终4755号民事判决书。

② 参见广东省广州市中级人民法院(2018)粤01民终4942号民事判决书。

③ 参见北京市第二中级人民法院(2019)京02民终4755号民事判决书。

④ 参见江苏省苏州市吴中区人民法院(2013)吴少民初字第0423号民事判决书。

⑤ 参见北京市互联网法院(2018)京0491民初2386号民事判决书。

营者因经营活动开启了对进入其经营场所者的危险,故负有控制该危险以避免其实害化的义务。^① (2)“附随义务说”,即经营者与消费者之间存在合同关系,依据诚信原则,合同当事人负有保障其相对人固有利益的附随义务/保护义务。该义务体现在侵权法上,即为安全保障义务。^② (3)“控制力说”,即公共场所/活动的经营者、管理者和组织者或因对服务设施、设备及场地的实际控制,或因对造成直接侵害结果的第三人具有管控能力,故负有对损害的防控义务。^③

大多数学者认为,只要符合以上原因之一就可触发安全保障义务。依此理解,安全保障义务实为一般注意义务,各原因仅是触发普遍义务的开关。由此,义务人可能被课以近似结果责任的极高注意义务。有学者指出,我国人民法院适用安全保障义务时,往往要求经营者“检索顾客身边的一切危险源”及“实施全方位的安全防御”。^④ 例如,在“官渡建行案”^⑤中,被害人在被告银行营业厅内办理业务时遭遇抢劫,为歹徒所杀。即便银行已采取设置保安、警戒线等防控措施,云南省高级人民法院依然认为:银行作为金融机构负有防范、制止危险发生,保障进入其营业场所客户人身、财产安全的义务。又如,在“陈千梯案”^⑥中,侵权人与受害人共同饮酒,劝阻后者不要驾车回家无果,后者最终发生交通事故死亡。人民法院认定共同饮酒是引发危险的先行行为,同饮者基于过错违反作为的安全保障义务,构成情谊侵权责任。显然,将共同饮酒视为创设抽象危险的原因,无异于对劝酒人设置了必须避免饮酒人损害发生的结果责任。

(三)小结

安全保障义务主体与内容泛化,均可归结为义务的来源问题,即基于场所/活动的公共性,其经营者、管理者与组织者应对他人负有安全保障义务。对公共性的强调极易将安全保障义务扩张适用于一切具有公共性质的交易/非交易场景;而未明确范围的他人,则极易造成安全保障义务人对不特定对象的人身、财产利益负有不特定的危险防控义务。以上法理直接源于原《人身损害赔偿解释》第 6 条,直至《民法典》未有根本修改。可见,原《人身损害赔偿解释》第 6 条本就含有安全保障义务泛化的基因。那么该条文从何而来?其背后的公共性法理又因何产生?

三、我国安全保障义务的概念形成史

关于原《人身损害赔偿解释》第 6 条的来源,最高人民法院在释义中写明:“本条以侵权法中的‘一般安全注意义务’理论为基础,规定了从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人或者其他组织的社会活动安全保障义务”。^⑦ 该条中的“一般安全注意义务”实为

^① 参见张新宝、唐青林:《经营者对服务场所的安全保障义务》,《法学研究》2003 年第 3 期。

^② 参见刘言浩:《宾馆对住客的保护义务——王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆损害赔偿上诉案评析》,《法学研究》2001 年第 3 期。

^③ 参见刘召成:《安全保障义务的扩展适用与违法性判断标准的发展》,《法学》2014 年第 5 期。

^④ 参见班天可:《安全保障义务的境界——以多伊奇教授对交往安全义务的类型论为视角》,载方小敏主编:《中德法学论坛》(第 14 辑下卷),法律出版社 2018 年版,第 179~180 页。

^⑤ 参见《吴成礼等诉官渡建行、五华保安公司人身损害赔偿纠纷案》,《最高人民法院公报》2004 年第 12 期。

^⑥ 参见浙江省温州市平阳县人民法院(2016)浙 0326 民初 1866 号民事判决书。

^⑦ 最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》,人民法院出版社 2004 年版,第 97 页。

我国学者对德国法上“一般交往安全义务说”的中文表述。可见,我国的安全保障义务是继受德国法学说的产物。其缘起与发展包含两个阶段:一是本土司法裁判催生了该学说,二是学说建构参照了德国法理论。这两个阶段对应了安全保障义务从合同领域走向侵权领域的总体趋向。

(一)从合同义务到法定义务

安全保障义务问题最初受到关注是源于司法裁判。在 2001 年的“银河宾馆案”^①中,原告在被告宾馆住宿期间为第三人所杀,其家属向人民法院提出基于违约、侵权及《中华人民共和国消费者权益保护法》(以下简称《消法》)上综合责任的赔偿。人民法院最终判决宾馆对原告之死负有责任,应赔偿其相应损失。该案的重要意义在于,上海市中级人民法院对经营者避免消费者人身伤害的义务(以下简称“经营者义务”)作出了定性。在合同法、《消法》与侵权法的交叉地带,人民法院选择合同路径的解释论,即被告基于原、被告间的服务合同关系,负有保护原告人身、财产安全的附随义务/保护义务。做此选择有两个理由:一是侵权法上没有此义务。参审法官认为,宾馆未履行保护义务,在侵权法上系不作为侵害,但其成立以行为人负有法定义务为前提。因无法律明文规定,该行为不构成侵权。^②二是《消法》虽规定了经营者义务,但仅限于其商品/服务直接导致消费者受损的情形(即产品责任),对消费者没有一般性的保护义务。产品责任以外的义务,因缺少《消法》上的连接点,只能被划入合同领域。以上观点在 2002 年的“五月花案”^③中发生变化。在该案中,原告与其儿子在被告餐厅吃饭,因隔壁包间爆炸而受重伤,其儿子身亡。该爆炸是因隔壁顾客自带白酒(实为他人所赠自制爆炸物)所致,原告提起侵权之诉。广东省高级人民法院排除合同、侵权在内的所有赔偿请求,并援引公平原则判决被告负有补偿责任。

值得深究的是法院排除违约及侵权责任的理由。就合同责任而言,人民法院认为,被告已履行合同上的谨慎注意义务,无法识别伪装成酒的爆炸物,不构成违约。就侵权责任而言,人民法院认为,依照《消法》的规定,经营者仅对自己提供的商品/服务承担责任,防控对象既不包括消费者自带的用品,也不包括消费场所的安全。并且,饭店与犯罪分子并无共同侵权行为,不能依据《消法》认定其侵权。可见,人民法院在限缩经营者义务的同时,还暗含将其定性为侵权义务的做法。换言之,经营者义务并非基于“经营—消费”合同关系产生的附随义务,而是《消法》直接规定的人身、财产保护义务。这一观点在 2003 年的“太阳城游泳池案”^④中表现得更为充分。在该案中,原告儿子在被告处游泳溺亡,人民法院认为:死者与被告形成服务合同关系,虽未明确约定双方权利义务,但根据订立合同之目的、行业要求及交易惯例,可推定被告具有提供安全游泳环境和保障游泳者人身安全的附随义务。但同时,人民法院认为其亦符合《消法》上的法定义务,即依据《消法》第 7、11 条的规定,经营者应对后者在接受服务过程中发生的人身伤害承担侵权责任。由此,该案构成合同、侵权责任的竞合。关键点在于人民法院对经营者义务采宽泛理解,即“接受服务过程中”产生的行为义务不限于产品/服务的质量缺陷,更辐射到一般交易过程。

以上裁判表明:从原《中华人民共和国合同法》颁布到原《人身损害赔偿解释》制定前,人民法

① 参见《王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆赔偿纠纷案》,《最高人民法院公报》2001 年第 2 期。

② 参见刘言浩:《宾馆对住客的保护义务——王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆损害赔偿上诉案评析》,《法学研究》2001 年第 3 期。

③ 参见《李萍、龚念诉五月花公司人身伤害赔偿纠纷案》,《最高人民法院公报》2002 年第 2 期。

④ 参见《谢福星、赖美兰诉太阳城游泳池有限公司服务合同纠纷案》,《最高人民法院公报》2003 年第 6 期。

院并未提炼出安全保障义务。但以《消法》为中介,对经营者义务的定性具有从合同义务向法定义务变迁的趋势。^① 其具体呈现出两个特点:一是人民法院并未对合同义务与法定义务作出截然对立的划分,而是认可经营者义务兼具合同、《消法》与侵权的属性;二是无论对经营者义务作何定性,其保护对象与具体内容都限定在“经营—消费”合同关系中,不存在对世的行为义务。

(二)从法定义务到“一般安全注意义务”

有学者对合同路径提出了质疑,认为经营者的保护义务具有法定性质,不应与违约责任混为一谈;且安全保障义务的本质是法定义务,即便承担违约责任,但因不含精神损害赔偿,对受害人不利,故也应回归侵权责任。^② 该观点产生的根本原因是对民事义务的二元论认识,即民事义务只能分为约定与法定两类。由此,合同、《消法》与侵权的交叉地带被硬性切割成契约或侵权属性,而《消法》则被解释为侵权法的特别法。在该思路引导下,经营者义务脱离了“经营—消费”合同关系,转而被理解为侵权法上的安全保障义务。关键点有二:一是将该义务排他定性成法定义务。^③ 二是义务主体须为经营者的要件发生松动,扩张至公共场所的控制人。场所的公共性转而成为义务基础,进而对场所及其区域内危险源的控制就成了归责事由。显然,此处的安全保障义务突破了消费合同的相对性,将合同当事人之间的保护义务扩展为行为人对世的注意义务。这一理念的转变并非无本之源,实为继受德国法理论的后果。

首先,20世纪80年代王泽鉴教授在《债之关系的结构分析》一文中引入德国学者卡纳里斯的“法定保护义务说”,认为保护义务的性质与给付义务关联较远,而与侵权法上的交往安全义务相同。该文亦受到德国学者丢勒的“社会接触说”影响,将保护义务的来源从合同之债引申至一般社会交往关系。^④ 以上观点导致我国学界对安全保障义务性质产生误解,即附随义务与交往安全义务性质趋同,是同一民事义务在各自法律领域内的不同表现。结合约定与法定义务的二元论,彻底切断了合同原因与安全保障义务的联系,加固了将后者排他性归入侵权义务的倾向。

其次,祖国大陆学者首次接触德国法上的交往安全义务理论有两个渠道:一是通过我国台湾地区学者的研究间接接触到德国学者卡默勒的有关学说,^⑤二是译介了德国学者巴尔的《欧洲比较侵权行为法》。^⑥ 二者均提出了“一般交往安全义务”概念,即以英美过失侵权为蓝本,将个案性的交往安全义务塑造为德国侵权法上的一般注意义务。受此影响,我国学者认为,我国侵权法亦有必要引入“一般交往安全义务”,并将其定性为:从事一定社会活动的主体,如该活动具有损害他人的危险,就有在合理限度内防止他人遭受损害的义务。^⑦ 这无异于建构了一般民事主体负有防范不特定危险的注意义务。原《人身损害赔偿解释》第6条和原《侵权责任法》第37条的

^① 参见赵红梅:《经营者义务:对谁负担的义务——〈中华人民共和国消费者权益保护法〉修订的社会法理路》,《法商研究》2010年第4期。

^② 参见张新宝、唐青林:《经营者对服务场所的安全保障义务》,《法学研究》2003年第3期。

^③ 参见张新宝:《最高人民法院公布的典型侵权百案类评(上)》,载张新宝编:《侵权法评论》(第1辑),人民法院出版社2003年版,第65页。

^④ 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(重排合订本),北京大学出版社2015年版,第378~379页。

^⑤ 参见林美惠:《侵权行为法上交易安全义务之研究》,博士学位论文,我国台湾地区台湾大学法律学研究所,1999年,第8~9页。

^⑥ 参见[德]巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下卷),焦美华译,法律出版社2001年版,第296页。

^⑦ 参见温世扬、寥焕国:《侵权法中的一般安全注意义务》,载王利明编:《民法典·侵权责任法研究》,人民法院出版社2003年版,第91页。

规定即体现了该见解,形成了我国侵权法上安全保障义务的独特属性,即义务主体相对狭窄,仅限于公共场所/活动的经营者、管理者与组织者;而防范对象却异常广泛,针对不特定人的不特定侵害。

(三)小结

我国安全保障义务的形成有两个关键点:一是将限于《消法》场景的经营者义务拓宽适用于一般经营场景,脱离了安全保障义务背后的合同关系;二是受德国“一般交往安全义务说”的影响,将安全保障义务扩张为侵权法上的一般注意义务,由此导致安全保障义务突破了经营者、管理者与组织者的主体限制,扩张至各类特殊侵权主体。但问题是,德国法上的交往安全义务究竟是何面貌?“一般交往安全义务说”在德国法上究竟处于什么位置?其所参照的英美侵权法是否真有所谓一般条款的存在?要回答以上问题,须深入比较法中一探究竟。

四、“一般交往安全义务说”之否定

(一)“一般交往安全义务说”之正本清源

“一般交往安全义务说”主要源于卡默勒和巴尔,但二者的观点存在区别。卡默勒认为,英美法上的过失侵权作为义务违反的判断标准,统合了直接侵权外的其他类型,而德国法则缺少此构造。因此,他试图将交往安全义务塑造为英美法上的过失侵权,重构德国侵权法的结构,即不再以3个小条款为标准区分不同的法益,而是将其拆分为《德国民法典》第823条第1款项下故意侵害他人绝对权,以及其他以过失侵害他人人身、财产权益的侵权类型。^①由此,卡默勒自认为替德国侵权法找到了一般条款,即每人须负有理性所期待的注意,以避免他人受到损害。而为支撑该见解,只能将交往安全义务定性为一种抽象的危险责任,即行为人因自身行为或管控设施造成一定危险,虽与最终损害没有相当因果关系,但为损害的直接原因提供可能,故须承担责任。

相比之下,巴尔走得更远。他认为保护义务、缔约过失与附第三人保护效力之债中的行为义务与交往安全义务性质相同。其理由在于:交往安全义务保护的核心法益正是受害人人身、财产的固有利益,与保护义务的对象重合。由此,在合同关系中的保护义务完全可以替换为交往安全义务,只不过由于债务关系的约束,其义务对象仅限于债之相对人。该观点的实质是企图用侵权法上行为义务的抽象化来反噬合同法,使合同利益成为侵权法上的第四类法益。^②

必须指出,“一般交往安全义务说”非德国法学界的通说。大部分学者不承认交往安全义务可充当一般注意义务,主张唯其类型化后方能确定义务内容。但就如何分类,分歧极大。例如,艾塞尔将交往安全义务分为:开启公共交通产生的责任,受控物件产生的责任,以及职业、经营与生产责任;^③菲肯切尔则将义务来源分为:危险性的经营设施与工作,铁路与道路交通,危险活动,危险机器、设备与材料,车辆、公共道路、街道、广场与水路,私人或公共建筑,从属关系产生的

^① Vgl. von Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, FS—Deutscher Juristentag, Bd.2, 1960, S. 80.

^② Vgl. von Bar, Verkehrspflichten. Richtliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, 1980, S. 312.

^③ Vgl. Josef Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., 1960, S. 869—875.

监督义务,人群聚集产生的危险以及参与公共交通。^① 各式分类着实混乱,源于该学说已是学者教义化后的理论产物。追根溯源,交往安全义务本为德国法院所首创,唯有查明法官在具体案件中的观点,方能透过教义学“迷雾”还原其本来面目。梳理案件,可明确为两种基本的义务类型:一是物件型,二是债因型。

(二)交往安全义务的基本类型

1.物件型交往安全义务。德国法上的交往安全义务源于“枯树案”^②与“撒盐案”^③两份判决,但德国法院并未正式提出这一概念。所谓交往,本意为交通、通行。在“枯树案”中,法院根据枯树管理人与该树所在土地具有占有关系,类推适用《德国民法典》第 836 条的规定,认定该管理人未尽交通中必要之注意,应承担侵权责任。基于同理,“撒盐案”中的受害人之所以在满是积雪的桥上摔伤,是因为桥的所有人没有尽到除雪(撒盐)或必要的照明义务,导致行人通行时遭受危险。而这层基于物件支配关系的说理在日后被进一步阐发,形成了“危险源开启说”,即谁创造某个危险源并使之延续,就应为保护他人免受危险采取必要措施。^④

2.债因型交往安全义务。除物件型交往安全义务之外,德国法院发展出了第二种义务类型。在“车厢管理员案”^⑤中,买卖双方就一批货物达成占有改定,买方在订约时即获得该物所有权,而卖方则委托运输公司承运货物。但在运输途中,货车只配备了一名司机,在其离开货车期间,货物被偷。由此,买方起诉该公司承担责任。法院开宗明义地指出:任何人对物权所有人不负有积极作为的义务,此种义务只能从合同中产生。买方虽非合同相对方,但也进入了公司的经营范围。而公司因开设相关业务,故需保护在其业务范围内从业者的安全,以及避免因该业务产生的危险对合同外的第三人造成损害。法院基于开启经营范围与对交通管控的相似性,套用了交往安全义务概念。上述观点蕴藏深层法理,即运输公司对货物的看管义务,最初产生于与卖方的委托合同,但此后辐射到一系列可能的合同相对人。这些拟制出来的合同相对人的总和就构成所谓的经营领域,形成大于特定合同关系但限于经营范围的责任边界,亦即交往范围。进一步说,合同关系是形成交往的前提,交往安全义务的实质是合同性的保护义务在交往关系内的扩大,可称其为债因型交往安全义务。

3.两类交往安全义务的区别。以上两类交往安全义务存在本质的区别。物件型交往安全义务源于行为人对自身领域的控制,即应将其控制下的特定物或设施维持在不造成第三人损害的状态,并以可承受的费用避免该损害发生。该领域的危险,源于受支配之物伤害与其发生接触者的风险,而其交往范围则是物件占有人支配该物所管控的区域。债因型交往安全义务则源于行为人从特定合同交易关系中产生的对合同相对人人身、财产法益的保护义务。通过将有可能参与交易的人拟制成交往区域,从而形成其防控义务范围,亦即该义务项下的危险边界。申言之,物件型交往安全义务是危险先导,由危险决定交往范围;而债因型的交往安全义务是交往先导,由交往决定危险范围。故在德国判例法上,从未形成一般交往安全义务。因为增设注意义务

^① Vgl. Wolfgang Fikentscher, Schuldrecht, 3. Aufl., 1971, S. 631—632.

^② Vgl. RGZ 52, 373(377).

^③ Vgl. RGZ 54, 53(56).

^④ Vgl. Gerhard Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., 2020, § 823, Rdn. 456.

^⑤ Vgl. RGZ 102, 38(42 f.).

意味着对民事主体意思自治的限制,须极为谨慎。^①

(三)英美过失侵权中注意义务的边界

“一般交往安全义务说”的提出,在很大程度上是参照英美法的结果。但与德国学者的期待相反,英美过失侵权通过判例层层限缩注意义务的边界,坚决遏制过失侵权一般化的苗头。该过程清晰地反映在近邻原则的限缩适用中。该原则起初仅设定,行为人须采取合理注意,避免合理预计下可能会损害其近邻的作为与不作为。而所谓近邻,限于那些非常紧密、直接受此行为影响的人。^②但英美法官认为该原则过宽,因而不断将其限缩。例如,在“米歇尔诉格拉斯哥市政厅案”^③中,法院就作为义务的判断提出如下标准:一是行为人需创造一个危险源,二是行为人对受害人负有责任或受其信赖。这成为不作为/间接侵权中注意义务的主要来源。

1.基于危险源控制的注意义务。与德国判例相似,在普通法中也有基于物件支配关系的危险防控义务。持通说者认为,特定土地或设施的占有人基于土地/设施本身的危险负有一定作为的义务。其理论依据是占有人对土地/设施的控制及其状况的知晓,故可“自然且正当”地认为,其对土地/设施中的人身、财产安全负有一定程度的义务。^④但该义务的成立有一前提,即土地占有人须知道或有途径知道特定危险的存在。^⑤故占有人并非对第三人造成的损害负有普遍的防控义务。可见,该类型与物件型交往安全义务基本类似。

2.基于信赖关系产生的注意义务。关于土地/设施以外的危险,在普通法中,尽管行为人处在可以消除危险的位置,但并不必然负有义务,除非受害人对其如此作为抱有信赖。所谓信赖,英美法官侧重对受害人实际处境的裁量,即他基于信赖关系或被剥夺从第三人处得到协助的机会,或丧失自己采取措施的可能性,或陷入某种虚假安全感,进而在毫无防备的情形下受损。构成信赖的常见情形有如下几类:(1)社会公共品的提供者与大众之间存在信赖关系,如排水基站未告知某一地块将被用来泄水,导致位于其上的房屋被淹,须承担责任;(2)特定职业、身份与相对人建立的信赖关系,如律师对客户应尽案件信息的保密或告知义务。^⑥但以上案例与合同关系紧密,社会公共品的提供者与大众之间往往存在长期性的事实合同关系,特定职业者与受害人之间也往往存在委托或服务合同关系。可见,信赖引发的注意义务与债因型交往安全义务的法理也极为近似,均可归结于基础性的合同关系。

(四)小结

“一般交往安全义务说”是少数德国学者以英美过失侵权为模板提出的一家之言。两大法系面临共同的问题,即在不作为/间接侵权中尽可能地协调侵权人行为自由与受害人法益保护的冲突。无论是将交往安全义务类型化为物件型与债因型的德国法院,还是选择以“危险源控制说”及信赖理论限缩近邻原则的英美法院,都作出了优先保护个人行为自由的选择。唯有在法律上存在充分理由时,才可对民事主体的行为自由加以限制。此即交往安全义务不可能无远弗届,不

^① Vgl. Laurenz Voss, Die Verkehrspflichten. Eine dogmatisch—historische Legitimierung, 2007, S. 89.

^② See Donoghue v. Stevenson [1932] AC 562, 580.

^③ See Mitchell v. Glasgow City Council [2009] 1 AC 874.

^④ See Commissioner for Railways v. McDermott [1967] 1 AC 169, 186 PC.

^⑤ See Goldmann v. Hargrave [1967] 1 AC 645 PC.

^⑥ See Christopher Walton, Charlesworth & Percy on Negligence, 12 ed., Sweet & Maxwell Limited, 2010, pp. 47—51.

应被冠以一般之名的根本原因。

五、我国安全保障义务的重构

(一)安全保障义务的应然境界

1. 义务来源的理论重构

我国持通说者认为,安全保障义务产生于场所/活动的公共性,但该说法未切中要害。参照交往安全义务的基本类型可知,公共场所/活动本身并不会产生注意义务,而是围绕其背后的物件支配或债权债务关系形成相应的危险/交往范围,进而产生行为人的注意义务。由此,用以解释安全保障义务来源的“危险控制说”“附随义务说”及“控制力说”各有瑕疵,应逐一反思。(1)“危险控制说”对危险的理解过于宽泛,应限于经营者或管理者基于对活动场所的物理性支配所开启的物件性危险。只有受控区域内的物件缺陷构成致人损害的风险,才能产生防控义务。但该义务应限于社会一般人能力所及的防控措施。(2)“附随义务说”的表述并不准确。首先,合同义务与侵权义务不能画等号。附随义务之所以能被确认为安全保障义务,是因为合同关系是形成交往的前提,此交往关系既产生附随义务,也产生安全保障义务。两者实为同一行为义务在不同法律区域内的差异评价。其次,安全保障义务的来源不限于附随义务。债因型安全保障义务对应于义务人因经营范围与受害人产生的债务关系,未必仅体现为合同关系。附随义务的产生限于履约阶段,而缔约磋商,乃至未开始磋商但进入经营范围者均应被纳入债因型安全保障义务的范畴。(3)“控制力说”则是浮于以上两种类型之上的笼统说法。所谓控制力,既可体现为对场所内设施的管控能力,归入物件型安全保障义务,也可体现为对直接侵权人的管控能力,如该侵权人是其雇员,或擅自进入其经营场所的第三人,归入债因型安全保障义务。故在通常情形下,“控制力说”仅在间接侵权场景中才有独立的适用价值,可视为债因型安全保障义务的子类别。

综上,我国安全保障义务的法理基础并未超过交往安全义务中物件型与债因型的基本类别。

2. 义务主体的扩张

因物件型与债因型为安全保障义务的基本类别,故其主体就不应限于公共场所/活动的经营者、管理者与组织者。原《人身损害赔偿解释》第 6 条的起草者早已将安全保障义务视为一般侵权层面的注意义务。条文中“其他社会活动的组织者、法人、其他组织”的表述表明了起草者认同安全保障义务的适用范围并不限于有偿交易关系,亦可及于参加非交易性社会活动的主体。同时,起草者亦意识到“社会活动”的概念过于宽泛,故强调对“社会活动”的把握,应“以具有特定时空范围的相对关系”为必要。但对于何为特定时空、相对关系,起草者并未言明。^① 笔者认为,特定时空是指行为人基于物件支配关系构建的危险管控区域,或基于合同关系与潜在交易对象建立的交往范围。相对关系是指基于特定危险或交往所形成的以避免受害人人身、财产损害为义务内容的侵权之债。此亦是指导案例中“紧密关系”的应有之义。由此,在《民法典》解释论层面大可承认一般民事主体均可在特定情形下负有安全保障义务,应限制的是其适用场景及范围。

3. 义务内容的限缩

^① 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》,人民法院出版社 2004 年版,第 113~114 页。

与扩张义务主体相反,义务内容应当限缩,关键在于解构场所/活动的公共性法理。具体而言,公共场所/活动既可以是物件型义务的连接点,也可以是债因型义务的连接点。在上述两种情形下,义务内容与强度存在重大的差异。就前者而言,公共场所/活动的经营者、管理者与组织者须基于对物件缺陷知晓的可能性来判断其义务是否存在,并以防控措施的可期待性判断义务强度。而就后者来说,义务的内容则取决于其与受害人的具体债务关系:有合同关系时,参照给付义务或附随义务;若无合同关系,则需考察受害人是否落入其开启的经营范围,将受害人拟制成交易对象,根据对应合同关系包含的行为义务,衡量其是否负有特定的安全保障义务。

以上模式亦可适用于间接侵权。在此场景下,安全保障义务人与受害人之间增加了直接侵权人。将此额外角色置于物件型/债因型中考察,要么理解为义务人对支配领域未管理义务,引入了外来的特定危险源,要么理解为义务人未能履行对受害人的契约性义务,为直接侵权行为提供了可能。在两类情形下,义务人对直接侵权行为的防控义务有本质的区别。就前者而言,直接侵权行为落入义务人对支配区域的管控范围。如果该行为非因该区域内的物件危险诱发,那么损害即便发生,也与义务人无关。而就后者来说,直接侵权行为需落入义务人与被侵权人开展交往而形成的特定照顾范围内。如果超过此范围,那么损害也与义务人无关。

(二)安全保障义务在一般侵权中的定位

义务主体的拓宽带来安全保障义务在一般侵权层面的定位问题。一是安全保障义务与一般过错责任的关系,二是安全保障义务与过错、因果关系等侵权责任构成要件的关系。

1.安全保障义务与一般过错责任。《民法典》第1165条第1款规定了一般过错责任,而第1198条规定了特殊主体违反安全保障义务的责任,二者存在互斥关系。违反安全保障义务作为一般过错责任的例外,排除第1165条第1款的适用。但就重构后的安全保障义务而言,既然其主体已不限于公共场所/活动的经营者、管理者及组织者,那么就可充当一般过错责任的子类型。而因其需要特定的义务来源构成注意义务的特殊判断标准,故安全保障义务构成第1165条第1款与第1198条之间的中间形态:一方面,由于义务主体不限于公共场所/活动场景,因此应作为一般侵权层面的注意义务;另一方面,该注意义务受制于特定的交往关系,由个案场景决定其内容及强度。在解释论上,违反安全保障义务侵权责任的请求权基础应直接为第1165条,而非第1198条。后者可作为安全保障义务在公共场所/活动情景中的特殊类型加以理解。

2.安全保障义务与过错。一般侵权层面的核心问题是澄清安全保障义务与过错的关系。首先需要理解过错在我国侵权法中的特殊功能。与德国法不同,我国侵权立法和学说均未承认违法性要件,但这并不表明其固有功能未得到体现。违法性与过错的区分,源于潘德克顿法学家对主、客观不法的区别。违法性评价行为人表现于外的不法性,而过错评价其内在状态的可谴责性。^①正因违法性概念的缺失,故我国侵权法中的过错概念超越了单纯对主观状态的评价,而被赋予违法性功能,对侵害行为客观层面的不法进行评价。但有学者指出,即便在过失客观化的背景下,违法性与过错的区分仍有重要意义。前者指向对一般注意义务的违反,后者则考虑具体情事及行为人或其同等之人应具备的能力,检验行为人对该义务内容的可预见性和可期待性。^②

^① Vgl. Rudolf von Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Verlag von Emil Roth, 1867, S. 4-5.

^② 参见冯瑛:《安全保障义务与不作为侵权》,《法学研究》2009年第4期。

这一细微差异对安全保障义务的定性至关重要,即尽管对安全保障义务违反的考察不再限于行为人的主观状态,但并非不考虑千差万别的个案情况,尤其是对其行为造成结果的认识能力与对危险的防控可能性应区别对待。如此一来,安全保障义务理应没有泛化的可能。但问题就出在我国片面继受“一般交往安全义务说”,将安全保障义务置于一般注意义务的位置。由此,完全忽略了过错要件本应包含的可预见性和可期待性,反向趋近违法性概念。故在一般侵权层面,违反安全保障义务应被视为满足过错要件,但前提是还过错以本来面目。

3.安全保障义务与因果关系。就学理而言,安全保障义务本身就决定因果关系的成立与范围:在直接侵权场景,违反安全保障义务既构成主观状态的评价,又构成因果关系中加害人对结果可预见性的判断,故义务违反即构成因果关系。而在间接侵权场景,因安全保障义务的内容本就包括防止受害人遭受第三人侵害,故直接侵权行为无法作为外部原因,切断安全保障义务人与受害人损害之间的因果关系。^①此外,安全保障义务的境界亦直接决定注意义务的高低,为义务人对损害结果预见性的强弱提供衡量标准。无端放宽安全保障义务的境界,将过度放大可预见性的范围。极限情形即行为人只有完全避免损害结果才能免责,就不得一般性地预防外来侵害,进而造成行为与损害结果之间因果关系的虚化。因此,当行为人虽已采取安全保障措施但仍无法避免外来侵害时,就将被视为未尽安全保障义务,须对受害人承担未尽义务之过错对应的补充责任。^②该现象正是因安全保障义务过于泛化而使外来因素无法中断因果关系所致的。

(三)安全保障义务在特殊侵权中的境界

在特殊侵权中,安全保障义务定位的关键是理清过错推定与无过错归责的联系。在一些德国学说中,交往安全义务已泛化并进入无过错责任领域,尤其是与危险责任相混淆。^③但在无过错责任案件中套用交往安全义务,是误解过错客观化的性质导致的结果。而以损害结果倒推违反交往安全义务,只能导致过错的拟制,使得过错责任与无过错责任相混同。因而,安全保障义务的境界须依据具体侵权情景,结合过错推定或无过错责任的归责原则区分讨论。^④鉴于特殊侵权行为千差万别、无法穷尽,此处仅选取我国学界争议较多的几类情形进行深入剖析。

1.用人者责任中的安全保障义务。就用人者责任而言,根据《民法典》第 1191 条的规定,用人者对工作人员因执行工作任务造成他人损害,负无过错责任。由此导出的用人者负有防止工作人员在职务期间侵害他人的注意义务,不应一概被认定为安全保障义务。原因在于无过错责任是法定的结果责任,故用人者对避免损害结果发生负有排除不特定危险的义务。仅当受害人处于用人者开启的交往范围内,该注意义务才会与安全保障义务重叠。在通常情形下,该交往由用人者的经营范围开启,受害人成为其现实或潜在的交易对象,受债因型安全保障义务的保护。该义务体现为雇主对雇员选任、监督的义务,其强度受制于雇主与受害人之间的具体债务关系。在例外情形下,受害人亦可能落入用人者的经营区域,受物件型安全保障义务的保护,其内容表现为基于防范物件缺陷而对雇员这一外来因素的防控义务。

2.网络侵权中的安全保障义务。《民法典》第 1194~1197 条规定的网络服务提供者对网络

① 参见冯珏:《安全保障义务与不作为侵权》,《法学研究》2009 年第 4 期。

② 参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社 2015 年第 2 版,第 467 页。

③ Vgl. BGH NJW 1969, 269(273 f.); BGH JZ 1971, 63(64).

④ 参见岳红强:《我国民法典中危险责任制度的建构》,《法商研究》2019 年第 6 期。

用户所负的注意事项,不能一概被认定为安全保障义务,须分为直接侵权与间接侵权两类来讨论。(1)就直接侵权而言,网络服务提供者并不是因网络平台的公共性负有安全保障义务,而是基于平台的物权性特征向进入其中的网络用户承担保护其人身、财产的安全保障义务,或基于平台与用户之间具体的合同关系而负有保护义务。该义务有其特定的边界。限于网络空间的虚拟性,原则上不应要求网络服务提供者采取实体空间下的安全保障措施,而应将内容限制在其能力范围内,一般包括审查、告知、删除、屏蔽、断开链接等技术手段。^①而在网络服务提供者与受害人之间存在合同关系时,或可突破上述限制,但仍应根据合同目的确定义务内容。(2)就间接侵权而言,《民法典》第1195条规定了网络服务提供者受被侵权人通知后,负有根据初步证据和服务类型采取措施的义务。而在实践中,人民法院已广泛认可网络平台在收到通知前对其用户侵权行为负有事先审查的义务,^②该义务的成立须以承认网络服务提供者负有安全保障义务为前提。根据义务强度,可决定平台审查的对象与范围。在一般情形下,网络服务提供者与受害人之间并不存在以合同为基础的交易关系,故网络服务提供者的作为义务源于对平台物权性的占有和控制,仅当其明知或应知存在特定危险时,才需在可期待范围内采取排除危险的措施。^③

3.产品责任中的安全保障义务。根据《民法典》第1202条的规定,因产品缺陷造成他人损害的,生产者应承担无过错责任。我国学者建议参照德国法学说,将生产者避免生产进入流通领域的义务作为安全保障义务。但从无过错的结果责任出发,对生产者课以避免加工、设计、指示等一切缺陷的义务,实为抽象的危险防范义务,非安全保障义务本意。相反,根据《民法典》第1206条的规定,如产品投入流通后发现缺陷,生产者、销售者负有及时采取停止销售、警示、召回等补救措施的义务。该义务是在行为人明知其掌控的危险之后才须采取的防控措施,当属物件型安全保障义务。但如一些学者所称,生产者无论是否知晓缺陷存在,在产品投入流通领域后仍一般性地负有防止损害发生的安全保障义务,则是将该义务抽象化的典型表现,应予以否定。^④

4.物件致害责任中的安全保障义务。在物件致害责任中,《民法典》的立法者直接提及安全保障义务的是高空抛物侵权。《民法典》第1254条新增物业等建筑物管理人防止高空抛物发生的安全保障义务。但建筑物管理人注意义务的性质与安全保障义务存在本质的区别。其原因在于:高空抛物并非物件占有人控制范围内的特定危险,要求建筑物管理人对无法预见的抛物行为进行防控,无异于防范抽象危险。而鉴于义务违反与损害结果之间缺乏相当性,该责任更接近于社会风险的分摊,而非损害的填补。

此外,其他物件致害亦可涉及安全保障义务的违反:如建筑物/构筑物/其他设施及其搁置物、悬挂物的所有人、管理人或使用人对其脱落、坠落的防控义务,是基于对物的实际占有形成的管理、维护义务(《民法典》第1253条);堆放物品的所有人或管理人防止堆放物出现倒塌、滚落或滑落的义务,是基于对堆放物的管控产生的管理义务(《民法典》第1255条);林木的所有人或管理人对林木折断、倾倒或果实坠落的防控义务,是基于对林木的掌控而产生的管理、维护义务

^① 参见北京市互联网法院(2018)京0491民初2390号民事判决书。

^② 参见北京市第三中级人民法院(2015)三中民终字第04810号民事判决书、北京市高级人民法院(2013)高民终字第2080号民事判决书。

^③ 参见刘文杰:《从责任避风港到安全保障义务——网络服务提供者的中介人责任研究》,中国社会科学出版社2016年版,第231~232页。

^④ 参见马一德:《论生产者的产品后续安全保障义务》,《法学》2015年第6期。

(《民法典》第 1257 条);而在公共场所或道路上挖掘、修缮安装地下设施的施工人负有设置明显标志和采取安全措施的义务,是基于其对施工场所的支配而产生的防止物理危险出现的义务(《民法典》第 1258 条)。^① 以上注意义务,均为物件的实际控制人为避免受控物件之危险实害化而产生的防控义务。《民法典》将各类物件致害中原本五花八门的归责原则统一为过错推定,表明立法者意识到此类侵权人的注意义务来源均有共性。由此,不妨在解释论上将其归入物件型安全保障义务,从而为散乱的物件致害侵权寻求统一的理论体系。

六、结 语

我国因片面继受“一般交往安全义务说”而形成了内容泛化的安全保障义务,不仅破坏了“侵权责任编”一般侵权与特殊侵权的总分架构,也冲击了以过错为原则、以过错推定及无过错为例外的归责体系。因此,对我国安全保障义务学说应作如下修正:(1)将安全保障义务主体从公共场所/活动的经营者、管理者与组织者拓宽至一般民事主体,不再以场所的公共性作为义务发生的前置条件。但须将安全保障义务的来源限缩为物件型与债因型,明确区分两者的差别,避免在适用中叠加解释,造成义务泛化。(2)在一般侵权层面,将违反安全保障义务设定为过错的评价标准。明确安全保障义务内容及强度的判断须结合受保护法益的种类、损害的可预见性、防控措施的可期待性等因素作个案判断,避免以过错判断之名行违法性裁量之实。(3)在特殊侵权层面,严格区分违反安全保障义务与过错推定、无过错责任的界限。尤其不应将无过错归责中的结果责任解释为排除一切危险的安全保障义务:如在用人者责任、网络侵权、产品责任、物件致害责任中,应明辨注意义务与安全保障义务之异同,维护侵权法从过错向无过错渐进的归责层次。

Abstract: Guiding Cases No. 140 and 141 convey the Supreme Court's attitude toward restricting safety-guard duty, which helps to correct the generalization of safe-guard duty. The root of its generalization lies in that, on the one hand, Chinese scholars exclusively identified the operator's obligation in the Consumer Protection Law as a tortious duty, which removed the contractual nature of safety-guard duty. On the other hand, influenced by the "Allgemeine Verkehrspflichten" in German law, they expanded safety-guard duty into a general duty in tort law. However, the doctrine of "Allgemeine Verkehrspflichten" is just a statement by few German scholars based on their imagined tort of negligence. To reconstruct the safety-guard duty, it is necessary to restore it to the basic types based on debt and property. Furthermore, it is still required to place it in the structure of the Tort Liability Book to clarify its relationship with general fault liability and the "fault (presumption)-no fault" imputation system.

Key Words: safety-guard duty, verkehrspflichten, rechtswidrigkeit, tort of negligence

责任编辑 张家勇

^① 参见韩世远:《物件损害责任的体系位置》,《法商研究》2010年第6期。