

合同保护义务的体系定位*

张家勇

内容提要:保护义务在私法体系中的定位是侵权法与合同法交错现象需要处理的问题之一,其目的在于协调两个私法领域以获得实质上妥当的调整效果。从合同法与侵权法的抽象功能定位的角度是无法得出保护义务只能作为侵权法上义务的结论的,而合同保护义务只有结合具体实证法背景才能获得充分理解。我国合同法先于侵权责任法确立了保护义务的合同义务地位,因此必须承认保护义务在我国法上具有合同义务与侵权法义务的双重属性。从实践的角度看,由于我国已形成宽泛的合同法与宽泛的侵权法对立并存的局面,且违约责任与侵权责任在责任构成与责任承担上存在差异,所以需要妥当解释保护性规范的私法效果,将相应的保护义务归入合同法或者侵权法,并避免因为归类方面的偶然性而造成不同的处理结果。我国立法与理论在未来所面临的任務,不在于将保护义务纳入统一的制度构造之下,而是在法律价值所容许的限度内,使依合同法处理的效果能够在最大程度上与依侵权法处理的效果协调一致。

关键词:合同保护义务 交往安全义务 特别约束关系 固有利益

张家勇,四川大学法学院教授。

一 保护义务的法律性质之争

保护义务的体系定位问题与其法律性质的不同认识有关,具体表现为合同性质说与侵权性质说的争论。合同性质说认为保护义务为合同义务的一种类型,应依合同法的原则加以调整,其理由主要是:第一,合同法本身具有保护固有利益或完整利益的功能;第二,保护义务以合同关系的存在以及当事人之间由此产生的特别信赖关系为前提,如将该等义务由合同分离,将造成统一合同关系的条块分割,即履行利益的损害根据合同法承担责任,而固有利益的侵害须适用侵权责任。与之相对,侵权性质说则将保护义务视为侵权法注意义务的表现形式,认为其应受侵权法规范,其理由为:第一,将保护义务作为侵权法上的义务,有

* 本文系作者主持的国家社科基金项目“合同法与侵权法中间领域调整模式研究:以制度互动的实证分析为中心”(08BFX069)的成果之一。

助于清楚地划分合同义务与侵权法上的义务,从而实现法的安定性目的;第二,保护义务在合同成立前就已存在,其因合同订立而由侵权法上的义务转化为合同义务,这在理论上无法自圆其说;第三,保护义务要救济的固有利益损害是当事人在订立合同时不可预见的,通过合同救济这种不可预见的损害将严重妨碍交易的正常进行。^{〔1〕}

这种争论可以简化为合同法与侵权法的功能定位与体系协调两个层次的问题。不难发现,将合同法限定于期待利益的创设与保护,将侵权法限定于固有利益的保护,只是某种未经实证化的理论构想,它以过度简化的功能区分为前提,难以满足法律实践的灵活需求。其原因主要有二:一是合同因其工具价值而具有保护固有利益的功能,此时,“保护”成为合同给付的对象。如果坚持将对固有利益的保护分配给侵权法,就要么否定这种合同目的正当性而妨碍私法自治,要么否认合同相对于侵权对当事人固有利益保护的强化效果,这两种结果显然均难以被正当化。二是这种保护客体取向的功能预设与合同法构造逻辑难相吻合。如果将固有利益损害确定由侵权法调整,就将人为地截断合同义务违反与某些损害后果之间的因果联系,将一个完整的事物过程分解为两个法律领域的规范对象。

即使排除合同目的本身在于保护固有利益的情况,将保护义务界定为侵权法上的义务,这样做虽然在相当程度上的确可以避免合同中固有利益损害的可预见性问题,但这并不代表对“固有利益损害总是不可预见的”命题的承认。从可预见性原则的运用来看,只要某种违反合同义务损害后果按照正常理智之人在同等情况下可以预见,那么,不论损害关乎履行利益还是固有利益,其都应作为应予赔偿的合同损害。例如,经营者明知或应知食品含有危害人体健康的添加剂而予销售,或者医师无相关资质而施行手术,或者车辆出租人明知或应知车辆刹车瑕疵而不告知承租人,却称由这些原因发生的人身或财产等固有利益损害无法预见,显然是不正确的。如果并非所有固有利益损害都是不可预见的损害,那么,就没有理由将其完全排除于可预见性之外。担心合同保护义务过度发展导致合同法负担过重或侵权法过分萎缩或虚化,并不能否定合同法对保护义务的规范功能。毕竟,这类问题可以通过适当确定合同保护义务而获得解决。^{〔2〕}

认为保护义务在合同成立前就已存在,不应因为合同订立而成为合同义务的看法,实际上是将结论隐含在前提假设之中:保护义务本身就是侵权法义务,不会因为合同订立而成为合同义务。这个假设将保护义务与侵权法上的注意义务加以等同,没有看到二者之间的差异。就此而言,合同性质说对保护义务人与受保护人之间特别信赖关系的强调应当赋予特殊的意义。申言之,侵权法一般注意义务的产生源自受保护利益和行为自由之间的权衡,它以利益的法定归属作为确定保护程度的核心标准,保护的程序不依赖于加害人与受害人之间关系的具体考量,因此是抽象一般的标准。我国学者有谓,侵权法上的义务是法律对行为人的基本行为要求,是最低的行为标准,反映的正是这个意思。^{〔3〕}反之,合同性质说则强调当事人之间的合同(或信赖关系)对于该种行为标准的强化效果或触发效果,也就是说,要是没有这种具体的合同或信赖关系背景,特定当事人之间通常就不会发生这种损害后果。当然,就侵权法上的交往安全义务来说,其判断也需考量当事人之间关系的具体特点以判断

〔1〕 参见叶榭平:《合同中的保护义务研究》,法律出版社2010年版,第115-118页。

〔2〕 叶榭平:《合同中的保护义务研究》,第119页。

〔3〕 参看张新宝、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。

义务之有无,与保护义务的判断较为相似。故而,有关保护义务性质的界定需要特别关注其与侵权法交往安全义务的关系,以及当事人之间特别关系对于确定这种义务的特殊意义。

二 合同保护义务与侵权法交往安全义务的关系

由于合同保护义务与侵权法交往安全义务(或安全保障义务)都以保护固有利益为目标,因此,如何看待二者的关系始终是理论争议的话题。^[4] 德国的部分学者认为,债之关系上的保护义务与侵权法的一般注意义务或交往安全义务是不同的义务类型,应维持二者的区别与体系地位。例如,Krebs 教授认为,保护义务虽然处于合同与侵权之间,涉及法定义务,但它以存在债之关系意义上的特别约束关系为基础,并适用合同法的规则,故与侵权法上的义务有别。^[5] 拉伦茨教授亦持类似看法。Looschelders 教授认为,债法上的保护义务在范围和强度上都根本超过一般交往中受侵权法制裁的行为义务,保护义务不仅可以保护一般财产,而且经由债务人对履行辅助人的行为负责的规则对权利人提供比侵权法更加有利的保护。^[6]

持相反看法的学者则认为,两种义务应作统一处理,即归入侵权法上的义务类型。如 Kramer 教授认为,以保护完整利益为目的的保护义务与交往安全义务在功能上具有一致性,且不依赖于具体的特别约束关系,而是以同样的强度针对每个人,在结构上涉及侵权问题。^[7] Stoll 教授认为,产生自社会接触的保护义务纯粹是侵权性的义务,为了避免侵权法弱点而使之隶属于合同责任,形成一种“假的和准合同性的保护义务”,这绝非德国民法学术的光荣。^[8] Brüggemeier 教授认为,交往安全义务的发展“并不限于侵权法,它们广泛延伸到了合同法和准合同法中,如作为保护合同当事人(通过积极侵害债权)、与合同当事人相关的第三人(附保护第三人作用的契约)以及谈判当事人(缔约过失责任)之维持利益的、根据交易目的相区分的‘合同上的交易安全义务’”,^[9]从而主张将合同法和准合同法中的保护义务交由侵权法管辖。^[10]

将债之关系中的保护义务作为侵权法的义务,不过是为了达到侵权法对固有利益的排他性保护目的,完全漠视合同与其他债之关系对固有利益的保护作用,其合理性值得怀疑。尽管有学者将信赖原则也作为侵权法交往安全义务的基础,^[11]但是,与交往安全义务相关的信赖原则,“是指潜在的受害人人群的一般的危险认识和危险预防能力,应当作为潜在的加害人注意水平的确定基础”。^[12] 这种信赖乃是基于制度规定的一般信赖,而债之关系中的信赖依附于具体债之关系,因而是一种具体的信赖。例如,就德国法上纳入缔约过失处理的“菜叶案”与“地毯案”而言,保持公共场所安全,避免进入该场所的人免遭损害,或者商场

[4] 有关德国的情况可以参见李昊:《交易安全义务论:德国侵权行为法结构变迁的一种解读》,北京大学出版社 2008 年版,第 167 页以下。

[5] 李昊:《交易安全义务论:德国侵权行为法结构变迁的一种解读》,第 167 页。

[6] Dirk Looschelders, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, Carl Heymanns Verlag 2008, S. 7.

[7] 参见李昊:《交易安全义务论:德国侵权行为法结构变迁的一种解读》,第 169 页。

[8] 李昊:《交易安全义务论:德国侵权行为法结构变迁的一种解读》,第 169-170 页。

[9] Brüggemeier, *Deliktsrecht*, S. 91. 转引自李昊,同注 4 引书,第 85 页。

[10] 参见李昊:《交易安全义务论:德国侵权行为法结构变迁的一种解读》,第 170 页。

[11] Vgl. v. Bar, *Verkehrspflichten*, § 5 II. 2; 周友军:《交往安全义务理论研究》,中国人民大学出版社 2008 年版,第 81-82 页。

[12] 周友军:《交往安全义务理论研究》,第 81 页。

工作人员应避免其行为危及他人安全,这类义务并不依赖于特定受害人是否买卖合同的当事人或潜在当事人的事实,因而将其由侵权法遁入合同法处理不过是基于克服侵权法由于自身缺陷而对受害人救济不足的考虑。相反,在“马料案”中,没有在先的买卖行为,有毒马料就不可能对特定的买受人造成损害,瑕疵给付行为当然包含了瑕疵结果损害的风险,因而要求出卖人负有更高的注意义务。^[13] 所以,将交往安全义务中的信赖等同于债之关系中的信赖,并进而否认债之关系这种特殊信赖对于确立保护义务的特殊性,是不妥当的。德国立法与司法实践并未对各种保护义务采取统一的侵权模式加以处理,也印证了这种判断。法国司法在各种经营性合同(如停车场合同、运输合同、住宿合同、咨询服务合同等)中,确认了广泛的结果性或手段性的合同保护义务,同样也可以否认将保护义务作为单一的侵权法义务对待的看法。^[14]

我国民法理论有关合同保护义务与侵权法交往安全义务的关系首先是围绕“安全保障义务”的性质讨论来展开的。部分学者认为,安全保障义务来源于既有法律规定,也有合同约定,违反义务得成立合同责任与侵权责任的竞合。^[15] 这种看法明显只适用于当事人之间存在合同关系的部分情况,事实上将保护义务与责任竞合直接联系起来是不适当的。另外一些学者认为,应当按照保护义务与不同合同关系的结合程度确定其性质,例如,运输合同中的安全保护义务是合同义务,违反义务即成立合同责任;劳务合同上的安全保护义务虽具有合同与侵权行为两种义务性质,但违反义务却只发生侵权责任;医院、学校(包括幼儿园)、国家的保护义务可能存在合同法与侵权法上的两种义务,但违反义务只适用侵权法而不适用合同法。^[16] 这种看法最大的问题在于,保护义务的属性为何因合同类型的不同而不同,特别是,为何违反某种被确定为合同义务或者兼有合同义务与侵权法义务两种属性的保护义务,只能产生侵权责任或只能适用侵权法。如果某种义务是合同义务,同时认为违反该种义务却不能成立合同责任是令人奇怪的。

王泽鉴教授认为,合同中的保护义务在性质上相当于侵权法上的交往安全义务,与给付义务较远,但是,债之关系作为特别结合关系,要求当事人依诚信原则善尽保护他方权益不受侵害。^[17] 韩世远教授所持看法基本相同,他认为,合同上的保护义务与侵权法上的安全保障义务“在本质上是没有任何差异的”。^[18] 应当看到,只有在合同保护义务与侵权法交往安全义务都具有“权益保护功能”这个意义上,两种义务才能被认为性质相同。如果强调交往安全义务对于不作为和间接侵权的特殊价值,^[19] 其范围就不仅要窄于侵权法一般注意义务,也要小于合同保护义务的范围,那么,对于合同保护义务与交往安全义务相似性的强调对于说明保护义务的性质并无太多帮助。而且,一方面强调保护义务与侵权法上的义务在性质

[13] “菜叶案”涉及一位陪同母亲去商场的未成年女孩踩到蔬菜叶而滑倒受伤的事件,而“地毯案”则涉及商场工作人员因疏忽致滚落的地毯砸伤一位准备购买地毯的女顾客的事件,德国联邦最高法院均以商场存在缔约过失为由判决其承担赔偿责任。“马料案”涉及出卖人交付的有毒马料致买受人的马因之死亡的事件,其被作为积极侵害债权的典型形态而能够依债务不履行原则处理。参看[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2004年版,第96、311页。

[14] 参见《法国民法典》(下册),罗结珍译,法律出版社2005年版,第825页以下。

[15] 参见杨立新主编:《类型侵权行为法研究》,人民法院出版社2006年版,第655页。

[16] 参见刘士国:《安全关照义务论》,《法学研究》1999年第5期,第61页。

[17] 参见王泽鉴:《民法研究系列:债法原理》,北京大学出版社2009年版,第32页。

[18] 参见韩世远:《合同法总论》(第三版),法律出版社2011年版,第251-252页。

[19] 周友军:《交往安全义务理论研究》,第29页。

上相同,另一方面又称债之关系作为特别结合关系对于确定保护义务具有特殊意义,就不免遭受“见解含糊,自相矛盾”的指责。^[20] 张新宝教授认为,违反安全保障义务主要产生侵权责任,但也可以引发缔约过失责任或违约责任。^[21] 这种看法实际上是认为,安全保障义务(或交往安全义务)并不预定违反义务的责任构成,必须结合既有法律规定将其分别纳入合同法或侵权法中加以规范。问题是,如果合同法与侵权法对于保护义务具有不同的调整规范(这实际上是保护义务性质之争中未被言明的前提假设),那么,在何种情况下保护义务可以被纳入合同中并与其他合同义务(给付义务)作统一调整,同样将问题引向了合同关系对于确定合同保护义务的规范意义问题上来。

三 合同保护义务与当事人之间的特别约束关系

如果说侵权责任构成的判断永远需要取决于具体的行为场景加以判断,侵权法注意义务或者安全保护义务也都要考虑当事人之间的具体关系,^[22] 那么,这种具体关系的属性差异就值得特别关注。

在理论上没有争议的是,合同保护义务不以给付义务为前提,据此可以推论,给付义务的成立与存续并不决定保护义务的成立与存续。合同作为一种有目的的行为,其意义在于给付义务的确定,只有在保护本身成为给付对象的有限场合,合同效力才与保护义务有关,在其他场合,合同关系的成立与存续对于保护义务就不会产生影响。从而,在合同不成立或无效的情况下,保护义务依然可以成立。这表明,对于认定保护义务具有规范意义的合同,不是因其内容而是因当事人之间事实上的接触关系而发生,^[23] 保护关系也因此不具有法律行为的性质,而是具有法定性质。由于截断了保护义务对于合同效力与内容的依附关系,那么,在合同关系发展的各个阶段——从缔约接触到合同成立以及合同履行甚至合同消灭后的阶段——所发生的保护义务在内容和结构上就没有差异,从而能够将其加以统一,“统一保护义务说”由此获得确立:所有的保护义务在统一的保护关系中找到其基础,这种保护关系形成于交易的接触过程,随着当事人之间关系的紧密程度的增加而增强;它的发生不取决于当事人的意志,即具有“法定”性质,其法律后果以信赖思想为基础,在实证法上以有关诚信原则的规定(如《德国民法典》第242条)为根据;合同缔结前后的所有保护义务的违反都被纳入统一的构成要件和法律后果之下,缔约过失、积极侵害合同以及附保护第三人作用的合同等都丧失其区分意义。^[24] 需要说明的是,“统一保护义务说”意欲统一的不过是各种债务关系特别是合同发展各个阶段中的保护义务,其没有也无意于将这种统一的保护义务与侵权法上的交往安全义务加以统一,^[25] 因此,其仍然维持了债务关系特别是合同关系中保护义务与侵权法交往安全义务或一般注意义务之间的区分,与我国个别学者所主张的将债之关系中的保护义务与侵权法安全保障义务(或交往安全义务)加以统一的“统一保护义务说”^[26] 是不同的。由于安全保障义务产生的基础并非当事人之间的特别结合关系,所以这

[20] 叶榭平:《合同中的保护义务研究》,第120页。

[21] 参见张新宝、唐青林:《经营者对服务场所的安全保障义务》,第86-87页。

[22] 参见《欧洲侵权法原则》第2:102条第4项。

[23] Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, *Ansprüche wegen, positive Vertragsverletzung bei nichtigen Verträgen*, JZ 1965, S. 476.

[24] A. a. O., S. 478 f.

[25] Claus-Wilhelm Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, S. 2.

[26] 参见邱雪梅:《民事责任体系重构》,法律出版社2009年版,第213页以下。

种全面统一保护义务的观点存在定性不当的问题,难以赞同。本文以下有关该说的讨论仍以卡纳里斯的“统一保护义务说”为基础。

由上可知,“统一保护义务说”涉及两个推论前提:一是保护义务既可以与给付义务结合,也可以与之分离,即二者均不以对方为存在条件。^[27]正是由于保护义务独立于给付义务而存在的特点确立了保护义务的独立地位,使之不受制于调整给付义务的规则约束,从而与违约责任相区别。二是保护义务以信赖思想为基础,以诚信原则为根据,所以,它的发生要以当事人之间存在信赖关系为前提,当事人之间的关系属性而非受保护者权益归属对于决定保护义务的发生具有决定性意义,从而使保护义务与侵权法一般安全注意义务相区别,使之不必遵循侵权法的调整原则。卡纳里斯还认为,不应将信赖作为责任基础的情况与责任与信赖相关的情况相混同,^[28]也就是说,只有信赖是责任的决定性因素,而非只是相关因素的场合,才能确立信赖责任。在这个意义上,由统一保护关系所生责任与基于信赖原理而确立的信赖责任应属二事,不可混同。奇怪的是,尽管卡纳里斯反对将“香蕉皮案”纳入缔约过失责任处理,认为在这种案件中并无可辨识的信赖责任的“外部要件”,即信赖方已因信赖做出或未做出一定的“处分”,对其“善意”与否的考察也意义甚微,但是,他还是将这类案件归入所谓“托付责任”,并将其作为“信赖责任”的一种类型,理由是,“受害人在法律交易的框架内使自己的法益处于对方干预可能性之下,并在这个意义上将自己‘托付’给了对方”,信赖思想由此在这种责任区别于更为严格的侵权责任中发挥了决定性的作用。^[29]1991年发表的《德国债法修正终局报告书》指出,当事人于缔约过失中负担的“保护义务”与侵权法上的“一般交易安全义务”并不完全一致,意即“在具有特殊照顾关系的当事人之间,当事人一方应尽的保护义务并不相当于其依侵权行为法所应提供的保护义务,如行为人一方并不属于债务履行辅助人时,在行为人之间就不存在‘债法上的特殊关系’,此时对他方当事人就只能发生侵权法上的交往安全义务。”也即,缔约过失上的保护义务与交易安全义务“最大的界限在于当事人间是否依契约关系或身份关系而处于‘特殊照顾关系’,若无,则充其量只能依交易安全义务而在侵权法中寻求救济,若有,则除了循契约法规定或缔约上过失规定寻求救济外,限于符合侵权行为构成要件之前提下,容许另依侵权行为法给予救济”。^[30]这样的看法按照“统一保护义务说”的逻辑,也可以扩展为所有保护义务与交往安全义务的区别。

对于合同保护义务的确立来说,合同关系不是因其内容而是因其作为特别约束关系的特性而具有意义。也就是说,如果没有当事人之间的合同关系存在,没有受保护方因为特别约束而向对方开启权利领域,就不会发生一方对另一方的照顾或保护义务。在这个意义上,保护义务发生的背景关系具有高度的个别化特征,其内容和强度都受制于这种关系的性质和密度。这种“关系性”特点使之区别于侵权法一般安全注意义务,并与债之关系或合同具有更多关联。

除此之外,恰如“统一保护义务说”的批判者(如梅迪库斯)所指出的那样,由于某些给付义务同时也是保护义务,从而无法将二者截然区分;合同约定的责任限制应同样适用于给

[27] Vgl. Canaris, *Ansprüche wegen, positive Vertragsverletzung bei nichtigen Verträgen*, S. 480.

[28] 如交往安全义务和因在先行行为引发作为义务等法定义务就属于后一种情况。Vgl. Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, S. 2 f.

[29] Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, S. 540.

[30] 参见林美惠:《侵权行为法上交易安全义务之研究》,国立台湾大学法律学研究所2000年博士论文,第307-308页。

付义务和保护义务,且保护义务能够影响到债之关系的效果,比如,违反保护义务也可以导致合同解除条件的成就。所以,割裂保护义务与给付义务的关联并不合适。^[31] 而且,将保护关系界定为法定关系虽然与多数情况下保护义务不取决于当事人意愿的事实相符,但是,将基于约定的保护义务与之区分却没有充分理由。^[32] 从而,将保护义务作单一定性难称妥当。由于保护义务与其所由产生的债之关系(或合同)存在这种一体化的关系,一旦在实证法上确立了债之关系中的归责(包括合同归责)与侵权法上的归责之间的区分,将违反保护义务的责任问题纳入一般债务不履行责任的结构之中就更为顺畅。由于德国债法采纳的是统一债务不履行责任与侵权责任而非合同责任与侵权责任的区分结构,所以,德国新债法虽然通过第 241 条第 2 款采纳了统一保护义务的结构,并经由第 311 条第 2、3 款对缔约关系中以及类似交易上接触关系中的保护义务加以进一步的具体化,但是,在规范效果上立法者仍然将其作了内部细分,即针对不履行的损害赔偿适用统一的规定(即第 280 条第 1 款和第 282 条),同时肯定违反保护义务得产生合同解除权(第 324 条)。^[33] 这样,就一方面在损害赔偿方面肯定了违反保护义务的统一构成要件,另一方面也顾及了合同保护义务对于合同目的的影响,以肯定解除权的方式将保护义务重新纳入合同关系的整体结构之中。

四 区分合同保护义务与安全保障义务的中国司法实践

合同保护义务与安全保障义务区分的重点在作为义务的违反情形,特别是损害系因第三人直接造成,合同当事人只是未能采取措施避免损害发生的情形。此时,纠纷性质究竟属于违约纠纷抑或侵权纠纷,即关乎相关义务的认定及其性质界定。如下以相关最高法院公报案例为例,从中国司法实践的角度对二者关系加以考察。

第一,既肯定合同义务,也肯定侵权法义务。在“江宁县东山镇副业公司与江苏省南京机场高速公路管理处损害赔偿纠纷上诉案”^[34]中,原告的驾驶员在被告管理的南京机场高速公路驾车行驶中,因不及避让第三人失落的防雨布而发生交通事故,造成车辆和人员伤亡。经交警部门认定,驾驶员无违章行为,该事故为意外事故。经调解,原告作为车主向受害人做出了一定赔偿。原告以被告未履行保障道路安全畅通的义务为由,就其所受相关损失要求被告赔偿。

法院认为,被告与原告之间因收收费用的行为而形成了有偿使用高速公路的民事合同关系,被告有义务依照《公路法》第 43 条的规定履行保障公路完好、安全、畅通的职责和义务,“高速公路管理处在收取费用后不能及时清除路上障碍物,致使副业公司的车辆在通过时发生事故,既是不作为的侵权行为,也是不履行保障公路安全畅通义务的违约行为。……高速公路管理处应当对自己的违约行为承担民事责任。”

就被告保障高速公路安全畅通的义务而言,其与高速公路使用合同的性质相关,高速公路上意外出现障碍物可能肇致交通事故损害,这属于违反保障安全通行义务的典型后果,是

[31] 参见邱雪梅:《民事责任体系重构》,第 210 页。

[32] 由保护义务能够基于当事人约定而发生的前提出发,推导出合同保护义务得经由合同解释或漏洞补充而确定的结论就没有什么困难。Vgl. Niklaus Lüchinger, *Schadenersatz im Vertragsrecht*, S. 144, Nr. 422.

[33] 《德国民法典》第 324 条:“在双无合同的情况下,债务人违反第 241 条第 2 款所规定的义务,并且不能再合理地期待债权人维持合同的,债权人即可以解除合同。”

[34] 《最高人民法院公报》2000 年第 1 期。

当事人在订立这种合同时可以预见的后果,因而构成合同义务。即使不考虑当事人之间的合同关系,因高速公路是向不特定公众开放的通行场所,其经营者也应保障安全畅通的义务,这种义务具有侵权法安全保障义务的性质。值得注意的是,本案尽管是作为合同纠纷处理的,^[35]但法院将《公路法》第43条关于政府交通管理部门保障公路完好、安全、畅通义务的规定解释为保护性法律规范,从中推导出代行管理权的高速公路管理处应承担私法上的安全保障义务,并进而明确肯定其违反该义务构成不作为侵权,具有明显的创新意义。不过,或许是表面的合同纠纷性质遮蔽了本案在侵权法上的创新意义,使其未能受到后来相关判决的充分关注,诚属憾事!^[36]

第二,肯定合同义务,排斥侵权法义务。在“王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆赔偿纠纷案”^[37]中,原告之女王输入住银河宾馆,期间遭犯罪分子杀害。法院认为,被告银河宾馆未尽住宿合同中的附随义务(保护义务),应承担违约责任。但是,对于原告基于侵权责任提出的主张,两审法院均作出了否定回答。^[38]在否定侵权责任时,两审法院将关注重点集中在因果关系和共同侵权两个问题上。即使不构成共同侵权,只要满足单独侵权的构成要件,被告的侵权责任仍然可以成立,而否定因果关系则可以同时否定单独侵权和共同侵权的可能性,因而更具根本性。从侵权责任构成原理上讲,只有肯定了加害行为的存在(即存在违反侵权法义务的行为)之后,才需要在侵权责任构成上讨论因果关系问题(其同为侵权责任“事实构成”的内容)。在本案中,原告主张被告负责的基础在于其未尽防止第三人加害的保护义务,故属不作为侵权问题。由此,原告侵权主张首先需要解决的问题是,被告是否负有防止第三人加害的侵权法上的“作为义务”?本案判决并未就此做出明确的回答,而来自二审法院的法官事后将这个问题的答案“补充”出来,即在违反合同义务造成固有利益损害时,只有违反行为本身以作为方式予以表现才同时构成侵权:“宾馆不履行保护义务系对合同义务的违反,而非对法定的住客人身、财产不受侵害的一般义务的违反。故宾馆未违反法定之义务,其行为不具有违法性,不构成侵权行为。而不似债务人之加害给付在违反约定的同时,又以作为方式侵害了债权人之法定人身权、财产权,因而构成侵权、违约二者之竞合之情形。上海银河宾馆未能防止损害后果的发生,不等于其直接造成了损害后果的发生。”^[39]如果承认以不作为侵权为特征的安全保障义务(或交往安全义务),并应依行为不法说判定违法性,^[40]那么,将前述认识——即只有作为方式的加害行为才可能违反合同同时又构成侵权——与因果关系问题结合起来,本案判决否定侵权责任的逻辑结论就是:未防止他人加

[35] 法院明确指出:“在第三人没有被追查出来的情况下,副业公司根据合同相对性原则起诉高速公路管理处,主张由没有尽到保障公路完好、安全、畅通义务的高速公路管理处先行赔偿,是合法的。高速公路管理处先行赔偿后,有向第三人追偿的权利。”

[36] 饶有趣味的是,在最高法院负责人主编的《最高人民法院公报案例大全》(沈德咏主编,人民法院出版社2009年版)中,本案分类为侵权案例,或许可以看作是对于本案的“重现发现”吧!

[37] 《最高人民法院公报》2001年第2期。

[38] 但是,两审法院所持理由略有差异。一审法院认为,被告非共同加害人,其管理过失与受害人的遇害没有法律上的因果关系,所以不承担侵权责任;二审法院则认为,被告的行为与第三人的犯罪行为“既没有主观上的共同故意,又没有客观上的行为牵连”,其行为不当之处不会“必然导致”受害人的死亡,因此不构成共同侵权,不承担侵权责任。可见,一审法院从共同侵权和侵权法上的因果关系两个角度否定被告的侵权责任,二审法院则仅从共同侵权角度否定被告的侵权责任。很明显,否定被告与第三人成立共同侵权,并不能排除被告单独承担侵权责任的可能性,二审法院在这个问题上的说理是明显不足的。

[39] 参看刘言浩:《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。

[40] 参看李昊:《交易安全义务论:德国侵权行为法结构变迁的一种解读》,第289-290页。

害的不作为行为与损害后果之间没有因果关系。

不过,这种结论是可疑的。从法院的判决说理中,我们看不出保护义务的证立与违反义务的确认过程在违约方面有何特别之处,以之证立侵权责任应当没有任何问题。法院既然认定被告应就违反安全保护义务的行为承担违约责任,也就必然确认了被告违反安全保护义务的行为与受害人的死亡后果存在因果关系,为何同样的义务在合同中与损害后果之间存在因果关系,而在侵权中则不存在因果关系呢?合理的解释只能是,违约责任与侵权责任在因果关系的判断上采纳的是不同标准,即侵权责任采纳的是更为严格的“必然因果关系说”,导致满足违约责任的义务违反行为无法满足侵权责任成立的因果关系要求。

在侵权责任构成上采“必然因果关系说”极为少见,理论上多采相当因果关系说或者法规目的说。^[41] 不仅如此,“必然因果关系”的判定标准也与此前最高法院公报案例所持立场并不一致。例如,在前述“南京机场高速公路案”^[42]中,同样是第三人行为造成合同当事人损害,但法院并未否认成立侵权责任的因果关系。事实上,在因第三人原因造成损害的案件中,如果采纳“必然因果关系说”,通常都将难以确立被告的侵权责任,这和侵权法上安全保障义务的进路适相对。对于交往安全义务或安全保障义务来说,由于具有“过失推定”、“因果关系推定”以及“违法推定”三重推定特征,具有将一般过失责任转化为过失推定责任的效果,^[43]因此,一旦确定了行为人存在违反安全保障义务的事实,被告责任的判定过程就被极大地“缩短”了。

于是,本案法院通过提高侵权责任因果关系的判定标准,“成功”地回避了对被告所违反的义务进行定性的难题。也就是说,即使退一步承认被告可以构成不作为侵权,由于其违反义务的不作为行为与损害后果之间没有因果关系,也不应承担侵权责任。这样,不作为侵权的问题就被因果关系的问题取代了,或许正是两审法院将因果关系作为否定被告侵权责任的理由的原因所在。本案法院把保护义务性质的界定转换为因果关系问题不过是“技术性地”回避了真正的实质问题而已。一旦在法律上解决了不作为侵权的根据问题(安全保障义务正好担当此任),本案判决对于被告侵权责任的否定理由就将失去说服力。^[44]对于安全保障义务来说,其始终应结合具体行为场景加以判断,当事人之间的债务关系(或合同)作为损害的事实背景对判定结果也会产生影响,在这个意义上,安全保障义务与合同保护义务的判断将趋于一致。

第三,肯定侵权法义务,未言明合同义务。在“吴成礼等诉官渡建行、五华保安公司人身损害赔偿纠纷案”^[45]中,受害人在被告官渡建行办理存汇款手续时,遭犯罪分子抢劫时杀害,其近亲属(原告)要求被告官渡建行以及提供银行保安服务的五华保安公司承担连带赔偿责任。法院认定官渡建行因违反对客户的安全保障义务应当承担赔偿责任,但否定了原告要求提供保安服务的五华保安公司承担责任的诉讼请求。

在本案中,法院纯粹从被告官渡建行的经营性质或特点入手确定其安全保障义务。尽

[41] 王利明:《侵权责任法研究》(上卷),中国人民大学出版社2010年版,第405-406页;张新宝:《侵权责任构成要件研究》,法律出版社2007年版,第409-410页。

[42] 《最高人民法院公报》2000年第1期。

[43] 参看林美惠:《侵权行为法上交易安全义务之研究》,第299页。

[44] 一个很有意思的现象是,在最高法院责任编辑的“公报案例大全”中,该案被编排于“民事侵权”案例部分,令人寻味,或许可以看作是司法实践部门对该案所涉问题的某种反思性处理吧。参看沈德咏主编《最高人民法院办公厅编:《最高人民法院公报案例大全》(上卷),人民法院出版社2009年版。

[45] 《最高人民法院公报》2004年第12期。

管在分析过程中也使用了“客户”这种暗含合同关系色彩的用语,但看不出这种义务与合同关系内容存在何种内在联系。因为,按照法院的说理,银行的安全保障义务针对的不是任何与其存在实际合同关系的“客户”,而是可以包括任何可能的“潜在客户”,这个意义上讲,该种义务具有针对不特定人的属性,不依赖于既存的银行与客户关系。不过,本案与“银河宾馆案”一样,都涉及第三人犯罪行为致受害人死亡的事实情况,被告承担责任的基础都是因其未尽安全保障义务,但两案在就被告侵权法义务认定上却截然相反,耐人寻味。在侵权法义务方面表现出这种差异的原因可能在于,“银河宾馆案”认定被告侵权法作为义务并无直接法律依据,而本案审理中最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(法释[2003]20号)已经发布,该“解释”第6条第2款明确规定,从事经营活动的主体对第三人侵权造成的损害后果,应在“其能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充赔偿责任”。尽管该“解释”尚不适用于本案,但明显会影响法院的审理,使其敢于在“创造性司法”方向上“先走一步”。进一步讲,如果在“银河宾馆案”中不考虑被告所作安全承诺,以及具体合同关系的内容(与四星级酒店更高的服务价格相应的服务标准),单纯“根据住宿合同的性质、目的和行业习惯”,将其中的保护义务确定为合同义务,反倒多少有些勉强。毕竟,这种情况下的安全保障义务更多与被告面向公众开放经营活动场所及其经营活动的特点相关,而与具体的合同关系无关。要是欠缺这种活动特点,安全保障义务就无从成立。本案法院否定原告要求提供银行保安服务的五华保安公司承担侵权责任的理由也正在于此,因为,五华保安公司只是基于合同向官渡银行提供保安服务,而非向一般社会公众提供保安服务,银行客户不过是银行与保安公司合同的间接受益人,并不能基于该类合同取得独立的请求权。

第四,肯定合同义务,未言明侵权法义务。在“王永胜诉中国银行南京河西支行储蓄存款合同纠纷案”^[46]中,原告王永胜在被告自助银行网点取款时,被犯罪分子通过在该网点门口刷卡处安装读卡器、在柜员机上部安装摄像装置的方式,窃取了借记卡的卡号、信息及密码,复制假的借记卡,从而使其卡内资金被支取及消费。法院认为,根据原、被告之间储蓄合同的性质,被告负有按照商业银行法的规定保证原告借记卡内存款安全的法定义务,并依原告的指示将存款支付给原告或其代理人。原告借记卡密码被犯罪分子所窃取,是银行未能履行其为储户提供必要的安全、保密环境的义务所致,故被告向犯罪分子错误支付资金的行为对原告不发生效果,其仍应依储蓄合同向原告支付相应的存款本息。^[47]

本案中,被告承担责任的原因是其未尽保护义务致原告借记卡密码被窃,卡内资金被第三人窃取。被告防止储户资金安全隐患的义务是否应被认定为合同保护义务,应视该义务所保护的利益性质而定。在第三人使用假借记卡从被告处支取资金的情况下,其受害人既可能是被告,也可能是原告(真正的持卡人)。如果认定被告向第三人支取资金的行为有效,则因第三人犯罪行为直接受害的主体是原告。此时,被告未尽安全、保密义务造成原告经济损失,该损失为固有利益损失,被告所负义务属合同保护义务。如果认定被告对第三人的支取行为对原告无效,则因第三人犯罪行为直接受害的主体是被告。此时,原告未遭受任何实质损害。但是,在第三人犯罪行为被查证前,被告的支取行为被推定为有效,这样,原告仍可能遭受经济损失。由此可见,无论被告对第三人支取资金行为最终是否被认定为有效,

[46] 《最高人民法院公报》2009年第2期。

[47] 类似案例也见“顾骏诉上海交行储蓄合同纠纷案”(《最高人民法院公报》2005年第4期)。

原告始终受有损害(实际的经济损失或可能的损失风险),据此可以认定合同保护义务的存在。不过,如采第一种解释进路,被告是否因未尽安全、保密义务而承担不作为责任,可能面临质疑(如被告提出的不对第三人犯罪行为引发的损害负责的抗辩^[48])而第二种解释进路则没有这种困扰,法院的论证负担较轻,解释结论更为确定。或许是基于论证负担的考虑,法院选择了第二种方式认定被告责任。在本案中,保护义务所维护的利益与合同主给付义务的内容具有同一性,即均为借记卡内资金本息,因此,相关义务的定性对于最终处理结果不生影响。

从本案案情来看,被告承担责任的基础是其未尽维护、管理义务致使犯罪分子通过安装读卡器和摄像装置的方式窃取了原告借记卡的卡号、信息及密码,由于被告并未直接向犯罪分子泄露相关信息,所以侵权方面只能考虑是否成立不作为侵权。本案中,原告明确基于合同提出请求,并未主张侵权责任,因此法院未就被告是否构成侵权加以说明。但是,被告提出了不对第三人犯罪行为的后果负责的主张。如果持取与“银河宾馆案”相同的判决理由,前述抗辩将否定侵权责任,但对于违约责任则无效果。

有观点认为,违反安全保障义务的后果应依据所受损害的权益属性以及该义务在合同中的地位分别两种情况处理:“一是经营者违反安全保障义务导致受害人纯财产损失,且该安全保障义务是合同主给付义务,则受害人只能提起违约之诉。如保管合同纠纷或保安合同纠纷。二是经营者违反安全保障义务导致受害人人身伤害或财产损失,但该安全保障义务不是合同约定的给付义务,则构成侵权和违约的竞合。受害人可以选择起诉。”^[49]按照这个标准,本案应满足违约和侵权竞合的条件。因为,本案原告所受损害为财产损失或者经济损失应属无疑,且安全、保密义务也非储蓄合同的主给付义务。但是,被告所负前述安全、保密义务只能依据原、被告之间的储蓄合同方可确立,无储蓄合同则无安全、保密义务,因而,应以否定侵权法上安全保障义务为当。

从以上案例可以发现,我国现行司法实践在合同保护义务与侵权法安全保障义务的确定上,具有立法引导的明显特征,也就是说,通过解释相关法律的保护性规定,确立相应的合同保护义务或侵权法安全保障义务。这种规范指示特征越明确,法院的判决结果就越确定。部分判决在对法律规定的解释过程中,表现出了明显的创造性(如“南京机场高速公路案”),但未能获得后来判决的足够重视,从而使我国法上的安全保障义务经历了更加曲折的发展历程。^[50]由于合同保护义务通过合同法首先获得立法承认,因此,在侵权法安全保障义务获得司法解释和立法承认前,法院更多倾向于通过合同保护义务进路对当事人的固有利益提供救济。总体而言,就合同保护义务与侵权法安全保障义务的认定,我国司法实践尚未形成清晰肯定的标准,二者的关系仍隐晦不明。

五 结 语

由于合同能够作为保护当事人人身、财产等固有利益的工具,合同法因此得以分享与侵

[48] 事实上,这种抗辩更多适用于侵权责任,而较少适用于合同责任,因为合同关系本身能够作为认定作为义务的依据,而在侵权法上囿于法律规定的限制,作为义务的认定较为困难且面临争议。

[49] 吴宏、丁广:《合同法视野下的金融机构安全保障义务》,《人民司法》2009年第12期。

[50] “银河宾馆案”本来可以将“南京机场高速公路案”关于不作为侵权的创新加以发挥,结果却转向了对合同保护义务的发展,(合同保护义务之幸耶?!)最终在“吴成礼案”中才重新延续了这一创造。

权法相同的保护功能。合同保护义务虽然与侵权法上的交往安全义务具有相同的功能与内容,但其发生依赖于当事人之间的特别约束关系,并由此决定了保护义务能够作为合同义务而被纳入合同法的调整。不过,合同保护义务的体系定位并非一个抽象的理论问题,只有将其置于特定实证法背景之下,它才能获得充分的理解。

从我国私法体系的结构来看,保护义务被分别纳入合同法和侵权法已成事实,在这样的结构之下,仍然坚持传统理论模型,试图将固有利益保护作为侵权法的排他领域,显不可取。鉴于保护义务在我国现行法上具有合同义务与侵权法义务的双重属性,其具体定性就只能取决于个案的具体情况。值得注意的是,虽然我国民事立法植根于大陆法传统,但其具有一个该法律传统下的私法体系通常所不具有的特征,即宽泛的合同法与宽泛的侵权法同时并存,使得合同法与侵权法在保护功能方面发生交错的可能性被极大地提高了。这样,为了达成实质上妥当的结果,司法实践所面临的问题,就不是通过将保护义务由一个法律领域遁入另一个法律领域,以弥补调整范围过于狭窄的法律领域对当事人救济之不足,而是应如何解释适用保护性规范的私法效果,将相应的保护义务归入合同法或者侵权法。由于我国现行法上违约责任和侵权责任在责任构成和责任承担方面存在差别,保护义务的不同归类就可能导致不同的法律后果,因而需要协调合同法与侵权法的处理规则,以避免因为归类原因而造成不同的处理结果,破坏侵权法与合同法所构建的平衡结构。

保护义务的体系定位问题以合同法与侵权法的对立结构为前提,其意义也仅止于此。我国立法与理论在未来所面临的任務,不在于是否将保护义务纳入统一的制度构造之下,而是在法律价值所容许的限度内,使依合同法处理的效果能够在最大程度上与依侵权法处理的效果协调一致。

[Abstract] The positioning of contract protection obligations in private law is one of the topics which should be handled in staggered field between contract law and tort law, and the purpose is to coordinate the two domains of private law to acquire substantively appropriate consequence. That contract protection obligations should be classified as duty in tort law couldn't be deduced from the abstract function of contract law and tort law. The contract protection obligations in contract law could only be fully understood in the context of concrete empirical study. Contract Law defines contract protection obligations as contractual obligations before Tort Liability Law, it must be admitted that contract protection obligations are contractual obligations as well as duties in tort law. From the practical perspective, as the opposite of broad contract law and broad tort law has taken shape in our legal system, and the constitution and assumption of liability for breaching the contract and tort liability are different, so we need to interpret the private effect of protective rules properly, to classify the corresponding contract protection obligations as contractual obligations or duties in tort law, and to avoid the different legal results on account of occasional classification. The task for the legislation and theoretical research is not to bring the various kinds of contract protection obligations into a uniform legal framework, but to coordinate the results from contract law and tort law as much as possible within the limitation of legal values.
