

【侵权法】

违反安保义务侵权补充责任的理论冲突与立法选择

谢鸿飞

【摘要】安全保障义务人依《侵权责任法》第37条第2款承担的补充责任无法纳入多数人侵权之债的任何形态,颇具中国特色。补充责任兼具侵权责任成立要件和责任形态两种功能,在第三人可承担侵权责任时,补充责任违反了自己责任原理,也弱化了安保义务人恪尽义务的动机。补充责任及责任人的追偿权均无法用外部体系解释,而只能诉诸内部体系,需权衡的因素包括安保义务的准公法义务特性、补充责任中危险的程度、故意侵权强烈的反社会性、完全赔偿等。在立法论上,若维持补充责任,应将其限定为第三人故意侵权情形,同时承认补充责任人对故意侵权人的追偿权。但更理想的方案是故意侵权的第三人与安保义务人承担混合责任,即第三人对全部损害承担责任,并对安保义务人应承担的责任部分承担连带责任。立法无法提供补充责任和第三人侵权的一般规则,只能作类型规定。《侵权责任法》第37条第2款体现了立法者特殊的价值决断,应优于《合同法》第121条适用,后者应增加“法律另有规定”的但书,以明确私法内部规则的适用顺序;为避免无益的法律适用冲突,《合同法》第302条应予废除。

【关键词】安全保障义务;补充责任;追偿权;故意侵权;《侵权责任法》第37条第2款;《合同法》第121条;《合同法》第302条

【作者简介】谢鸿飞,中国社会科学院法学研究所、中国社会科学院法学研究所私法中心。

【原文出处】《法学》(沪),2019.2.42~58

一、问题的提出

我国《侵权责任法》中的安全保障义务作为法定义务,其内涵与域外法并无实质差异,但也具有两个鲜明的中国特色,一是其并非法定的一般注意义务,仅规范公共营业或公共活动、教育机构开启的危险,故《侵权责任法》将其置于“关于责任主体的特殊规定”章。二是《侵权责任法》第37条第2款规定的第三人侵权和安保义务人侵权结合造成损失时,安保义务人承担“相应的补充责任”。补充责任在民商法域并不鲜见,据学者不完全统计,我国私法中的补充责任共有12种。^①然而,安保义务人的补充责任无法纳入任何一种多数人侵权之债的传统形态,就笔者目力所及,它仅见于中国法。

我国学界对这一创新的评价并不一致。赞成者认为,安保义务人的补充责任一方面顺应了现代侵权法扩大作为义务的潮流,满足了现代复杂社会强化受害人保护的需求;另一方面通过规定第三人和安保义务人承担责任的法定序位,将后者的责任范围限于其自身过错且又赋予其对第三人的追偿权,避免了连带责任和按份责任终局责任的分配困境,更能实现侵权当事人的利益衡平,彰显公平原则的要求。^②一言以蔽之,它精巧地平衡了行动自由和权益保护,与现代矫正正义观若合符契。甚至也有国外学者在讨论超越因果关系时认为,“中国法上的补充责任(bedingte Haftung)可能是最合适的方案”。^③反对者则诉诸自己责任、全部赔偿等侵权法基本理

念和实务中可能产生的道德风险,^④或认为第三人与安保义务人之间应成立不真正连带债务关系,否则将违背“类似问题类似处理”的平等原则。^⑤鉴于补充责任与其他多数人责任形态的复杂关联,补充责任到底在多大程度上具有中国特色亦存在争议。^⑥

《侵权责任法》涉及补充责任的条款仅见于第37条第2款、第34条和第40条,此外还有关于第三人侵权的大量规范,能否提炼出补充责任乃至第三人侵权的一般规范,扩充补充责任的适用范围,也是值得关注的一个思考面向。学界有将补充责任的适用情形提炼为“具有全部原因力的直接作为侵权+过失不作为侵权”的观点,^⑦还有参照一般补充责任的法律效力,“形成民法上完备的补充责任体系”的努力。^⑧另外,补充责任人之间的责任主次特征、对受害人无法全部受偿的隐忧和对诉讼便利的考量,也推动了整个民商法域关于补充责任(accessory liability)的研究。但是,即便在英美,这种研究也才开始,正如塞尔斯所指出的,有关“补充责任的研究应该提前150年”。^⑨

在我国民法典侵权责任编的编纂过程中,关于补充责任的争议集中在安保义务人有无对第三人的追偿权。对此,全国人大常委会法制工作委员会所起草的侵权责任编草案的立场反复不定,2018年2月25日草稿规定了安保义务人的追偿权,同年10月18日草稿予以删除,同年12月14日草稿又予增设。

本文首先分析第三人侵权与安保义务人侵权结合时两者对外承担责任的可能形态和侵权人内部的责任分担;其次从安保义务人补充责任的性质出发,探讨补充责任内在的理论难题及其是否构成“二律背反”,揭示其外部体系矛盾性和内部体系融贯性的可能性,并提供废除补充责任和保留补充责任的两种立法论方案;最后从民法典体系效应入手,细究补充责任对侵权责任编其他规则和合同编的影响。

二、违反安保义务与第三人侵权并存时的责任模式

关于安保义务人和第三人的侵权行为竞合时的对外责任承担,《美国侵权法重述(第三次)·责任分担》第17条提供了连带责任、按份责任和混合责任三种选择项,囊括了比较法上的全部责任模式。加之

中国法上的补充责任,两者的责任模式凡如下四种。

(一)连带责任

安保义务人和第三人承担连带责任是最普遍的规则,“竞合加害人被认定对造成的全部损害独立承担个人责任,这在欧洲现在是普遍的情况”。^⑩普通法上的连带责任源于1771年的“Hill v. Goodchild案”,法院判决两个独立实施侵权行为的被告对其造成的同一损害承担连带责任,^⑪学界迄今也多予认同。^⑫

连带责任残留了古代法中的株连观念,与自己责任理念多有不合。正如《德国民法典》债编主要起草人库贝尔(Kübel)所说,每个人只因对其自身的过错承担责任,连带责任是例外,^⑬故现代法普遍承认连带责任必须法定或约定。我国《民法总则》第178条第3款也明示了这一要求,而且即便法律规定连带责任也须有正当理由。认定安保义务人和第三人承担连带责任时,其正当理由有两种思路。

1. 依据“共同侵权=连带责任”公式

安保义务人违反安保义务和第三人侵权并存时,若两者均系故意,其行为相互补充和配合,成为统一的有机整体,无疑构成共同侵权行为。但是,安保义务人通常并没有侵权故意而仅有过失,安保义务人造成的损害也无法与第三人造成的损害相互分割。此时,判定两者的侵权行为是否构成共同侵权存在两种思路。

一是固守共同侵权的意思联络要件。如《德国民法典》第830条要求共同侵权的“共同”是共同故意,行为人对全部损害负责的基础是参与意思,但不以通谋为必要。“共同故意”要件的目的首先是惩罚和预防具有高危险性和高社会危害性的行为,^⑭其次是减轻受害人的举证负担,即其证明多个加害人具有共同故意即可,无需证明单个行为人造成了部分或全部损害;行为人也不能通过证明其行为并未直接造成损害而免责。

二是将共同侵权扩充至无意思联络的共同侵权。其核心理据是,共同犯罪与共同侵权的规范目的不同,在各侵权行为造成同一损害时,共同的、不可分割的因果关系足可将行为与损害结合为一个共同体,行为人的主观状态对共同侵权的构成没有决

定性影响。在比较法上,这是很常见的思路。然而,它无法解决的一个问题是:共同故意产生“部分行为全部责任”的效果,是基于行为人主观上追求全部损害的积极意志和行为客观上的相互补充、配合;无意思联络的“共同”明显缺乏这些要素,它将各单独行为纳入一个有机整体,未免有为施加连带责任而强行认定共同侵权之嫌。如两车相撞致人死亡和病人在交通事故致损后因医生错误诊疗死亡,虽然损害均由彼此无意思联络的两人造成,但行为的共同性显然有别,单以行为与损害之间的因果关联尚不足以确定连带责任。^⑮此时,对数人侵权的共同性作层次区分就成为很有吸引力的思路。如日本有学说区分“强关联共同性”和“弱关联共同性”,前者可依据社会一般观念认定为共同性,也可像共同故意侵权行为一样,直接认定各行为与损害之间存在因果关系,且不许行为人提出反证;后者则只推定行为与损害之间的因果关系,可以被反证推翻,^⑯更接近于因果关系的举证责任倒置。按照这种扩张共同侵权的思路,第三人的作为和安保义务人的不作为分别作为“起果原因”和“妨果原因”,两者的结合和互动提升了损害发生的风险并产生了同一损害,也可认定为共同侵权。

在立法论上,我国一直有将安保义务人的补充责任修改为连带责任的观点,^⑰但在侵权领域“连带责任=共同侵权”的理论氛围中,^⑱认定安保义务人和第三人共同侵权并非没有窒碍。《侵权责任法》第8条对共同侵权是否需要共同故意语焉不明,第11条要求只有在无意思联络的每个侵权行为“都足以造成全部损害”时,行为人才承担连带责任,且它未界定此时是否构成共同侵权,而第12条规定的又是多数人分别实施侵权行为造成同一损害时的按份责任。从体系上看,无意思联络的共同侵权成立的唯一途径是扩张解释《侵权责任法》第8条,立法机关的原意也是共同侵权包括无意思联络的多数人侵权。^⑲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《人身损害赔偿司法解释》)第3条也将共同侵权扩充至包括共同过失和无共同过失时侵权行为的“直接结合”。即便如此,在《侵权责任法》第37条第2款规定的情形,直接加害

的第三人与安保义务人过错的内容未必相同,且第三人的行为为积极行为,安保义务人的行为为消极的不作为,难以构成“直接结合”的共同侵权行为。^⑳

2. 依据不可分之债规则

《德国民法典》第830条对共同侵权作出严格限定,但其第840条第1款将多数人侵权的后果均规定为连带责任。后者并非独立的请求权规范,而是连接侵权责任规范与连带责任的枢纽,但在多数人无意思联络的侵权情形,却是受害人请求加害人承担连带责任的请求权规范。其规范目的在于减少受害人的讼累和不能获得清偿的风险。^㉑司法实践中较为典型的案例是安保义务人和第三人均为过失侵权,例如在青少年运动促进协会举办的自制木车比赛上,加害人因刹车过晚,车在终点打滑,冲入观众席造成损害,协会未在终点放置稻草之类的缓冲材料,亦存在过失;^㉒又如市政未开街灯,司机也没开车灯导致交通事故。^㉓在这两个案例中,法院均判决侵权各方承担连带责任。

这种连带责任成立的基本思路是,安保义务人和第三人虽无意思联络,但各自行为造成的损害是不可分的,双方对外的债务构成不可分债务。不可分之债通常准用连带责任规则(如《德国民法典》第431条、我国台湾地区所谓“民法”第292条等),两者的差异不过在于:前者取决于债务物理上不可分的客观事实,后者则系于债务人间的客观共同关系;前者可以由当事人约定,后者则不能。^㉔不可分给付在转化为损害赔偿之债后,在理论上即成为可分之债,不过依然保持连带责任的效力。但是,不可分之债比连带责任中当事人的共同性更强,德国有判决据此认定,在数人共同承担交付出租物义务时,即使该债务转化为金钱债务,依然不可分。^㉕在20世纪80年代中晚期的美国侵权法改革前,在多数过失侵权人造成不可分的损失时,普遍规则是承担连带责任。不可分包括客观不可分(如交通事故导致人身损害)和原因力不可分(如几位被告的动物破坏庄稼)。

依这种思路,多数人侵权无论是否构成共同侵权,行为人均承担连带责任。如此,主观共同侵权的惩罚性主要体现为受害人无需证明各行为人都造成

了损害,只需证明加害人的行为共同导致了损害。但在不可分之债或无意思联络的共同侵权中,受害人虽无需证明各加害人造成损害的大小,但需证明其行为造成了损害。

与《欧洲侵权法原则》第3:102条一致,我国《侵权责任法》第11条规定,在累积因果关系型情形,行为人承担连带责任。它规定的其实是不真正连带责任,日本也有学说将客观共同侵权之债解释为不真正连带债务。^⑤但连带责任与不真正连带责任的区分迄今依然是悬而未决的学术难题,两者的法律效力也并无根本差异。《人身损害赔偿司法解释》设计补充责任的基础即不真正连带责任,^⑥学界也有赞同者。^⑦但在安保义务人和第三人的侵权行为竞合时,至少安保义务人的行为不可能单独造成损害,故两者之间难以成立连带责任。此外,安保义务人和第三人对损害都只有部分原因力,均不足以造成全部损害,故受害人对侵权人均不享有独立的、给付内容相同的请求权,亦难成立不真正连带债务,何况补充责任人只是承担与其过错相应的责任,而非全部损害赔偿(下文详述)。当然,在第三人和安保义务人有意思联络时,双方成立共同侵权行为,无疑应承担连带责任。

(二)按份责任

按份责任要求安保义务人和第三人各自依其过错程度和原因力对受害人承担责任。若不考虑诉讼抗辩,按份责任实质上是一种单独责任,责任人仅对其造成的损害承担责任。其依据在于,任何一方均未造成全部损害,承担全部责任会背离自己责任原则,而且双方的损害赔偿之债体现为金钱赔偿,可按比例区分;无法区分比例的,也可均等承担。

按份责任主要见于英美法。在美国侵权法改革后,无意思联络的多数侵权人只对其自身行为的直接后果负责,即使无法区分原因力比例也仅承担按份责任,目前有绝大多数州如此。^⑧与我国法上补充责任理念存在根本差异的是,美国的很多判例都认定安保义务人承担的责任份额远高于故意侵权人,如前雇员枪杀证券公司经理,陪审团认定疏于承担安保义务的公司分担75%的责任,前雇员承担25%的责任;^⑨甚至还有陪审团将95%的责任分配给未尽

安保义务的公寓及其管理人,将4%的责任分配给侵害人身的故意侵权人,但法院以没有充分证据推翻陪审团的裁决。^⑩

此外,依据《魁北克民法典》第1478条、《路易斯安那州民法典》第2323条与第2324条、《欧洲侵权法原则》第3:102条和第9:101条,第三人和安保义务人通常也承担按份责任。即使在损害不可分时,按份责任也能成立,因为损害固然在物理上无法区分,但当其转化为同质化的金钱损害赔偿时,可依行为人的过错大小或原因力的比例分摊责任。

安保义务人和第三人分别违反不同的义务,造成同一损害,而我国《侵权责任法》第12条规定,二人以上分别实施侵权行为造成同一损害的,承担按份责任,因此,当第三人和安保义务人均均为过失时,很多法院事实上依据本条规范判决双方承担按份责任。一份对这种案型判决的统计表明,判决承担按份责任的比率高达40%,^⑪如因高尔夫球场有瑕疵的设施和第三人过失导致侵权时,法院判决两者各自担责50%。^⑫这表明很多法院有意将安保义务人的补充责任限定在第三人故意侵权情形。

(三)混合连带责任与按份责任

这种模式主要见于美国,其思路是混合连带责任和按份责任(joint and several liability),即部分被告对全部或部分损害承担连带责任和单独责任,其他被告仅对部分损害承担单独责任。^⑬其目的是平衡连带责任对侵权人的严苛和按份责任对受害人保护的不周。《美国侵权法重述(第三次)·责任分担》就多数人侵权的责任形态提供了五种混合方式,但并未作推荐。

在安保义务人过失侵权和第三人故意侵权竞合时,美国大多数法院都判决在故意侵权人无赔偿能力时,安保义务人承担全部责任,而非相应的过错责任。^⑭根据《美国侵权法重述(第三次)·责任分担》第14条,安保义务人应承担两部分责任,一是与故意侵权人对全部损害承担的连带责任,二是对自己过错承担的单独责任。该条文评注指出,这种责任安排的合理性在于保护受害人。当故意侵权人无履行能力时,安保义务人若不承担责任,其预防和阻止损害发生、扩大的动力将锐减,而其承担安保义务的成本

又最低,最符合经济理性。这一规则在逻辑上可适用于第三人过失侵权情形,但《美国侵权法重述(第三次)·责任分担》并未就此发表意见。^⑤

依《美国侵权法重述(第三次)·责任分担》规定的混合模式,安保义务人比故意侵权人承担的责任还要重,与中国法上的补充责任分处两极。但它提供了更为灵活的责任模式,比“全有全无”式的连带责任更有弹性。可以考虑的思路是:提取双方共同的原因力,双方就这一范围内的损失承担连带责任;其他损失则由各方单独承担责任。如故意侵权人单独承担80%的责任,并与安保义务人承担20%的连带责任。

混合责任成立的基础在于,对多数侵权人而言,受害人的损害可以分割为共同造成的损害和单独造成的损害;各方对叠加的损害部分承担连带责任,对单独致害承担单独责任。同时,连带责任与单独责任存在比例划分,故两者整体还又构成按份责任。我国法事实上也有这种模式的责任。如依《侵权责任法》第49条,在租赁、借用等造成机动车所有人和使用人分离的情形,发生交通事故后属于该机动车一方责任的,使用人承担全部赔偿责任,所有人承担过错责任。据此,机动车的使用人对全部损害承担责任,并对机动车所有人应当承担的责任份额承担连带责任。^⑥此外,根据最高人民法院《关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第3条第3款,当多个污染者分别侵权造成同一损害,部分污染者的行为足以造成全部损害,部分污染者只造成部分损害时,前者承担两部分责任,一是对共同造成的损害部分承担连带责任,二是对单独造成的损害单独承担责任。这显然也是一种混合责任。在安保义务领域,“周妙双与中国人寿保险股份有限公司南京市分公司等侵权责任纠纷案”类推了上述司法解释的规定,法院认为足以造成全部损害的侵权行为人除对全部损害承担责任外,还应与其他侵权行为人就共同造成的损害部分承担连带责任,因此判决第三人应当承担全部责任,同时对安保义务人的70%责任承担连带责任。^⑦

(四)补充责任

我国《侵权责任法》第37条第2款规定了违反安

保义务的补充责任,其核心是安保义务人享有“顺序利益”,只有在第三人下落不明、无法确认或无力赔偿时,才承担过错责任。^⑧与连带责任一样,补充责任也存在债权人和部分债务人之间发生的事项是否对其他债务人发生效力的问题。如在第三人全部赔偿或出现与清偿类似的事项(如免除债务、赔偿权利人主动抵销债务)后,补充责任即消灭;在侵权赔偿请求权罹于时效后,补充责任也消灭。

在比较法上,只有《德国民法典》第839条第1款第2项和《德国公证人法》第19条规定了侵权补充责任(Subsidiärhaftung)。前者规定,公务员因过失构成职务侵权的,仅在受害人无法以其他方式获偿时,才承担侵权责任,以保护公务员在执行职务时的决定自由,促进其工作热情。^⑨目前依据《德国基本法》第34条,这种责任已转由国家承担。^⑩后者由前者衍生,规定对公证员过失造成的损害,仅在受害人无法通过其他方式获偿时,公证员才承担赔偿责任。它调整的是公证员的个人责任而非国家责任,^⑪其合理性在于,公证员具有独立性且须参加强制责任保险;受害人在公证活动中不受国家权力支配,可以选择公证员,^⑫不宜过度保护。但我国《公证法》第43条规定,公证机构及其公证员因过错给公证事项的利害关系人造成损失的,由公证机构承担相应的赔偿责任,且未规定追偿权。司法实践中一般认定公证处承担的是自己责任,不能向实际加害人追偿。^⑬

需要指出的是,《瑞士债法典》第51条第2款规定的并非侵权补充责任,而是不真正连带责任人的内部责任关系。即当同一损害的责任基础不同时,内部责任的承担序位如下:首先是侵权责任人;其次是合同义务人,如果违约责任和侵权责任竞合,适用侵权责任;最后是基于法律规定承担责任的人,尤其是承担严格责任者。法官在个案中确有理由的,可以改变序位,也有权裁决各责任人在内部是否分担以及分担多少。^⑭

综上,数人侵权责任模式在实务中最大的差异是受害人不能受偿时的风险分配。若甲为第三人且无清偿能力,乙为有履行能力的安保义务人,其过错范围内的责任份额为30%,丙为受害人,则可出现以下四种风险分配结果。(1)在连带责任中,乙承担全

部风险,丙不承担风险。(2)在按份责任中,丙承担70%不能受偿的风险,乙的责任份额为30%。(3)在混合责任中,若甲、乙对30%的部分承担连带责任,甲对余下的70%承担单独责任,则丙承担70%的风险,乙的责任份额为30%。(4)在补充责任中,丙承担70%的风险,乙的责任份额为30%。可见,在第三人无法清偿时,除连带责任模式外,在补充责任、按份责任和混合责任三种模式中,安保义务人承担责任或风险的范围相同。这可能是部分学者对补充责任创新性评价不高的原因。然而,补充责任创新性更多体现在理念上,而非体现在责任人最终承担责任的份额或风险上。

三、违反安保义务侵权补充责任的理论审思

(一)违反安保义务侵权责任的构成及其性质

侵权责任的基本功能是维护以绝对权为中心建构的社会秩序,类似于古典国家对基本权利的消极义务,因而行为人单纯不作为通常并不承担消极后果。^⑥但社会分工的复杂化、交往密度和风险源的激增,逐渐将侵权法上的法定义务扩充到作为义务,即要求创设、维持、巩固或提升危险的行为人承担作为义务,以满足社会交往当事人对自身安全的规范期待和合理信赖,即便这些危险为法律所容许。安保义务引入的主要目的恰好就在于解决传统侵权法上不作为侵权的构成难题,^⑦它也渗透到侵权责任的诸要件中,无论是该当性、违法性和有责性等递进构成要件,还是行为、损害等扁平构成要件。其结果是使侵权领域内的作为和不作为被法律等值评价。

安保义务包括防止他人遭受义务人侵害和遭受第三人侵害两种类型,^⑧依据防范危险的措施,体现为作为义务和不作为义务。^⑨违反不作为安保义务的侵权,是通过积极行为违反禁止性规范,而违反作为安保义务的侵权,是以消极行为违反命令性规范。在前者,义务人实施了行为,但其方式或措施失当促成或扩大了损害。在后者,义务人怠于实施行为,导致损害发生或扩大。

安保义务的内容抽象,除法律规定(如《娱乐场所管理条例》等)外,必须在个案中依据损害的可预见性和回避的可能性、损害的类型和程度、社会期待安全的可能性、经营成本与收益等因素作出认

定。因此,一旦认定安保义务人有作为义务,而安保义务人未作为,则可径直认定安保义务人存在过错。换言之,安保义务本身是否存在的标准和过错判断的标准一致,这与违反不作为义务的直接侵权显然有别。《侵权责任法》第37条未明确安保义务人侵权责任的归责原则,解释上当然应适用过错原则。在第三人故意侵权时,安保义务人的过错通常体现为违反组织义务(Organisationspflicht),^⑩该义务旨在通过法人内部的人员分工、资源运用和经营安排等,防范危险转化为现实损害,从而使第三人不受法人内部沟通、权力位阶或决策程序的威胁。^⑪一旦提高对安保义务人的过错标准,安保义务就很容易成为较不作为义务标准更高的担保义务,进而成为介于过错责任与危险责任之间的责任。^⑫同样地,安保义务人不作为的违法性也无法直接依据权益受损这一后果就直接予以认定,而必须首先认定其应承担安保义务。^⑬

安保义务人通常以不作为的方式被动参与因果流程。与作为不同,不作为行为人并没有身体动静,其不作为处于正常的事务进程中,因此传统观点一直认为,不作为不能归入因果关系进程。在确立安保义务的德国“枯树案”中,帝国最高法院恰好就弃绝了这种观点。^⑭在中国有名的“王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆赔偿纠纷案”中,一审法院的判决也代表了这种观点,“王翰的死亡和财物被劫是罪犯全瑞宝的加害行为所致,银河宾馆并非共同加害行为人。银河宾馆在管理工作中的过失,同王翰的死亡与财物被劫没有法律上的因果关系”。^⑮实际上,安保义务人的不作为与损害之间的因果关系不过有其特殊性而已,但不能据此否认因果关系。这一特殊性首先体现在它将“若—非”因果关系规则改变成了“若有某种行为”,则“无损害后果”,其假设程度和评价因素远高于积极制造因果流程的作为情形。其次,“归因”与“归责”的区分更为明显。在认定安保义务后,义务人不作为即可被认定为现实、具体地支配了因果关系进程,导致权益损害的发生或扩大。可见,安保义务的认定是因果关系认定的核心,而安保义务的认定主要是“归责”的评价结果,已超越了“归因”的事实范畴。

既然违反安保义务符合侵权责任的构成要件,其责任性质即为自己责任。换言之,在侵权责任的构成要件之外,补充责任增设了独立要件,使第三人赔偿能力的有无和大小成为决定性的因素。若第三人能承担责任,安保义务人虽为侵权人,却无需承担任何侵权责任。它将责任成立系于第三人的履行可能性,不仅背离了制裁不法行为的侵权法目标,也违背了过错归责和自己责任的基本理念。^⑤这是补充责任最被诟病的症结。唯一可资辩驳的理由是,在实践中,直接责任人大多无法确定或无力赔偿,补充责任人几乎都将承担责任,而且还将承受追偿不能的风险。^⑥这显然是“书本法”和“行动法”两个层面的问题,而且,第三人不能赔偿的情形如若相当普遍,何不直接规定补充责任人承担自己责任?

正因为如此,安保义务人和第三人对外按照各自过失的大小或原因力比例承担按份责任,似乎理所当然;^⑦但是,它也遭遇到与安保义务人追偿权相同的诘难,即导致直接侵权人获益(下文详述)。^⑧

(二)安保义务人的责任范围

安保义务人责任的范围直接决定了其责任性质更接近于传统的连带责任还是按份责任。若补充责任的范围为第三人未承担的部分或全部,则其责任接近于连带责任。在《侵权责任法》出台以前,有学者认为,补充责任“补充”的是第三人应承担而未承担的部分,并不考虑补充责任人自身过错的范围,^⑨在《侵权责任法》颁行后也有学者支持这种观点。^⑩据此,在第三人未承担任何责任时,安保义务人将承担全部责任,在对外关系上,它与连带责任几无差异。还有学者或出于全部赔偿和救济受害人的考量,主张在适用补充责任时,法院应“尽可能给受害人完全的赔偿”。^⑪

《侵权责任法》规定安全保障义务人承担“相应的”补充责任。按照权威解释,“相应”并非对应于第三人未承担的全部范围,而是与违反安保义务的程度相应的责任份额,^⑫即其能防止或者制止损害范围内的责任。^⑬换言之,补充责任人并非终局责任人,若再否认其追偿权,则更接近于按份责任。而且,有学者认为,安保义务人行为的可责难性和对损害的原因力较小,立法应明确设置安保义务人的责任范

围,以限制法官的恣意裁量,例如不能超过40%。^⑭也有部分判决明确表示,补充责任人承担的责任范围应当比直接侵权人小。^⑮但是,既然安保义务人承担过错责任,就不宜明确设定比例,或径直认定安保义务人一定比第三人承担的责任少。若安保义务人未违反不作为义务,损害即可全部防止或制止,其承担超过一半的责任并无不可。如美容机构的员工忘记锁保险柜的门,导致顾客财物被偷;饭店员工看到小偷盗窃顾客手机,不仅未制止,反而任由其扬长而去等。

安全保障义务人仅承担“相应的”补充责任这一限制其实也体现了立法者对补充责任与自己责任冲突的调适。补充责任的本意是后序位责任人承担先序位责任人无法承担的全部责任,而不能按照过错或者其他标准承担责任,换言之,它是责任的移转。据此,补充责任规则就应设计为:安保义务人首先承担自己的过错责任,其次承担第三人未承担的责任;或者至少应承担第三人未承担的全部责任。但是,这两种责任配置都不符合立法者对责任的价值判断:限定“相应的”补充责任的规范目的,既是为减轻安保义务人的责任,也尽可能体现自己责任的理念。

(三)安保义务人的追偿权

《人身损害赔偿司法解释》第6条第2款规定了安全保障义务人承担责任后对第三人的追偿权。《侵权责任法》第37条第2款却未置可否,能否认为它承认了追偿权,解释论上存在争议。

肯定追偿权的主要理由是区分第三人与安保义务人对损害的“贡献度”:安保义务人的间接侵权行为对损害发生或扩大的原因力远不如第三人的直接侵权行为,它不过是为加害人提供了特定场所或其他条件;甚至认为第三人对损害的发生具有全部的原因力,其终局责任不应因加害地点的改变而变化。^⑯亦有学者将补充责任解释为不真正连带责任,从而确认安保义务人对终局责任人的追偿权。^⑰否定说的理据主要是,若没有安保义务人的不作为,损害同样不会产生,故安保义务人的侵权责任是自己责任,并非其替代第三人承担责任,^⑱从逻辑上说,如果安保义务人的不作为对损害没有原因力,则意味着安保义务形同虚设。另外,《侵权责任法》第37条

第1款已明确将安保义务人单独侵权时的责任界定为自己责任,这种定性不可能在该条第2款规定的第三人介入情形发生变化。在解释论上,还有一种思路是区分第三人侵权行为的故意或过失,主张安保义务人仅在第三人故意侵权情形才可追偿。^⑥在司法实践中,绝大多数判决都承认安保义务人的追偿权,即使在第三人过失侵权的情形也是如此。^⑦

追偿权是侵权补充责任最大的软肋,无论是否予以承认都会形成理论两难。承认追偿权意味着安保义务人最终不承担责任,这将违反过错归责和自己责任原则;否认追偿权表明安保义务人要承担部分终局责任,反过来意味着第三人在承担全部责任后,也可向安保义务人追偿,^⑧两者实际上构成按份责任关系,这又突破了“补充”责任的内涵。

(四)补充责任的正义性

侵权法必须妥洽平衡行为自由和权益保护,实现契合时代特征和民族精神的矫正正义,此点固无争议,但如何在侵权补充责任领域具体展开却仁智互见。

1. 实体问题

对补充责任最猛烈的攻讦是,它对受害人的权益保护不周,因为受害人无法请求安保义务人承担全部损害赔偿,而后者行为也是损害的原因。而且,安保义务人的经济实力通常比受害人强很多,且还可通过购买责任保险或提高服务费的方式将风险社会化。^⑨最后,安保义务人承担责任的序位性及其追偿权使得对其的制裁力度过弱,可能导致其逃避责任,无疑将侵蚀现代侵权法所具有的日益重要的预防功能,不利于遏制抽象危险。

2. 程序问题

对补充责任程序问题的批评主要在于,补充责任人享有先诉抗辩权,不仅将第三人无法查明和无法清偿的风险交由无辜的受害人承担,而且还剥夺了受害人自由和简捷获赔的权利。而安保义务人对损害的发生存在过错,由其承担寻找、调查积极加害人的风险更加合理。^⑩为矫此弊,《人身损害赔偿司法解释》第6条赋予赔偿权利人在第三人不能确定时直接起诉安保义务人的权利。最高人民法院在“罗放培违反安全保障义务责任纠纷申诉、申请民事裁

定书”中指出,受害人在第三人尚未查明时起诉安保义务人,符合法院立案条件,因为法院在立案阶段仅对案件进行形式审查,被告是否承担民事责任属于案件实体问题,不应在立案受理阶段予以审查。^⑪

肯定补充责任者认为,赔偿权利人首先起诉第三人,在第三人清偿导致侵权之债消灭时,第三人对安保义务人又没有追偿权,反而可以节约诉讼成本,减少讼累。^⑫但是,如果赔偿权利人必须先起诉第三人且在须经强制执行程序无法受偿后,才能起诉安保义务人,那么补充责任不仅无法减少讼累,还剥夺了赔偿权利人选择被告起诉的权利。为了强化对受害人的救济,有学者认为,只要受害人能够证明第三人没有足够的经济实力,即可请求安保义务人赔偿。^⑬实际上,先诉抗辩权只能在执行过程中主张,而不能在被诉时主张,因此,赔偿权利人完全可以同时起诉第三人和补充责任人。裁判文书写明首先执行第三人,在第三人的财产不足以全部清偿时,补充责任人应承担的责任大小即可。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第125条对一般保证人的先诉抗辩权即采取了这种做法。因此,补充责任在程序上并不会减损赔偿权利人的权利。

纵观学界对侵权补充责任的讨论,可以总结出如下两个特征:一是大多以第三人故意侵权为原型,而在司法实践中,第三人过失侵权更为普遍;^⑭二是倾向于认定第三人的故意侵权行为是损害形成的全部原因力,因为按照“若一非”规则,没有第三人的故意侵权,则不会出现损害。现有讨论似乎忽视了补充责任是过错责任,违反安保义务对因果关系的贡献体现在义务人没有阻断第三人的故意侵权,从而造成损害的发生或扩大;第三人的行为绝不是唯一的致害原因,在缺乏对方行为时,两者的侵权责任都不成立。对比无过错责任中的第三人故意侵权,结论将更为清楚。如《侵权责任法》第68条规定,在第三人导致污染时,由第三人和污染者承担不真正连带责任。其合理性在于污染者承担的是无过错责任,损害一旦发生,若无法定抗辩事由,其侵权责任就成立,它并不关注或至少忽略了无过错责任的因果关系。污染者和第三人对受害人的给付内容一

致,但责任产生的原因不同,可以成立不真正连带
责任。

四、违反安保义务侵权补充责任的立法选择及其体系效应

(一)违反安保义务侵权补充责任的立法选择

1. 区分第三人的故意和过失

在实践中,安保义务人怠于作为和第三人直接侵权的结合主要包括第三人故意侵权和过失侵权两种形态,但《侵权责任法》第37条第2款未予区分。这是造成补充责任理论困扰的根源。在解释论上,必须将其限缩为仅适用于第三人故意侵权情形;在立法论上,未来民法典也应如此明确限定。

在体系上,《侵权责任法》第8条至第12条有关多数人侵权的规定是一般规则,第37条第2款则是特别规则。在第三人过失侵权时,学界普遍认为,安保义务人应依据《侵权责任法》第12条承担按份责任。首先,在可归责的法律评价上,此时安保义务人的不作为和第三人的作为均为过失,两者处于同一层次或级别。甚至安保义务人的过失可能更大,如顾客不慎将香蕉皮丢在饭店地板上,饭店服务员在很长时间内没捡拾,其他顾客踩上后滑倒致损。其次,在原因力上,安保义务人和第三人同样积极制造和参与了因果关系的流程。^⑨安保义务人此时承担补充责任,不仅违反最基本的侵权归责原则,也有违社会朴素的正义感。而在第三人故意侵权时,结论正好相反。

《侵权责任法》第37条第2款未明确区分故意与过失,可能与现代侵权法对过错的不同种类和层次作同一评价的趋势有关。它强调侵权责任是私人之间的责任,宗旨是使受害人回到被侵权之前的状态,其模型是过失侵权而非古代法上的故意侵权。这意味着现代的节制和理性战胜了古代的复仇和激情,也标志着公法垄断了对侵权的惩罚功能。而且,现代私法和公法的分野、过错的客观化以及损害赔偿分散机制的发展,确实使侵权法没必要针对加害人的主观意图和过失层次细致而微地设计不同规范。侵权法也逐渐成为不同主体的权益衡平法,逐渐不再非难和谴责行为人,甚至对侵权行为本身持道德中立态度(如科斯所谓“权利的相互性”和成本内化

理论)。然而,与过失侵权相比,故意侵权制度涵蕴了更激烈的价值冲突和原则矛盾,^⑩如赔偿与惩罚、安全与自由、公域与私界等。但无论如何,故意侵权挑战现存社会秩序的反社会性质不能被侵权法抹煞,现代侵权法也往往将其作为侵权行为的一个“加重情节”,进而承认其诸多特殊性,如故意侵权责任不能通过合同减免;不适用受害人过失相抵规则;^⑪故意侵权客体包括不具有公示手段的权益;可适用加倍赔偿甚至惩罚性赔偿等。在故意侵权和人格权益这种越来越被现代社会珍视的权益结合时,甚至可能改变侵权责任的成立要件。晚近以来,《美国侵权法重述(第三次)·故意侵害人身权》草案就采取了这种做法。如医生因过失截肢导致病人自杀,无需承担责任,因两者不具有因果关系;医生系故意截肢侵权的,则应承担责任。^⑫安保义务人的补充责任体现了我国立法者刻意有别于《侵权责任法》第11条按份责任规定的价值抉择,但是,只有在第三人与安保义务人的过错层次不同时,这种抉择才有正当理据。此时,两个侵权行为不具有主观一致性和客观一体性,立法者才可以依据行为人主观恶性的迥异作出不同的责任设置。

2. 安保义务人补充责任的存与废

乌格尔(Unger)曾指出,侵权损害赔偿法基本是“特定文化阶段的伦理和道德观、社会和经济关系的产物和反映”。^⑬这一结论虽可用于任何法律,但用于侵权责任法尤为贴切。即便侵权当事人之间存在源于社会共同体的抽象结合关系,但侵权人和被侵权人之间通常不存在合意,在多数人不存在意思联络时,多数人责任的外部安排和内部划分都无法通过合意解决,而只能采取法定主义。可见,多数人侵权的责任规则受制于特定的社会土壤,不太可能存在抽象的普适规则,而只能取决于立法者在感知时代脉动和洞察民族精神后的决断。前述美国法上的混合责任代表了对侵权法预防功能的推崇,它对经营者等课以沉重的责任,激励其采取措施消弭所有风险隐患,但有预防过度之嫌;补充责任更关照行动自由,即促进经营和鼓励社会交往,但对侵权损害干涉不足、预防不力,过于将受害人的不幸归于命运。就其假定核心价值和预设的社会土壤而言,前者以

权益保障为核心,其假定是复杂社会的风险类型和规模剧增;后者则以行动自由为宗旨,其假定是社会领域的风险可控,经济发展和社会活力更值得追求。

中国民法典应将第三人故意侵权时安保义务人的责任规定为连带责任还是补充责任,抑或介于两者之间的责任形态,具体可衡量以下因素。

一是安保义务人开启和维持的风险对社会的影响程度。风险是现代性和现代社会的最重要关键词之一,现代侵权法的受害人救济导向、不法(Unrecht)与不幸(Unglueck)的趋同评价等莫不与此相关。安保义务的正当性基础之一也是风险制造与控制理论,但这一理论存在如下问题。首先,第三人故意侵权的风险并非产生安保义务场域(如酒店)的固有风险,它不仅与危险责任中的风险完全无法相提并论,而且是否超过了社会互动中的抽象风险,或者增加了主体权益被第三人侵害的风险,至少无法得出抽象结论。我们甚至可以说深夜在酒店往往比在大街上更安全。^⑧其次,对安保义务人课以重责的一个重要依据是其可通过投保实现风险转移,而保费最终由消费者承担。在责任保险发达和经营市场竞争不充分时,这种做法还可谓合理,但在中国是否妥适有待观察。最后,受害人进入这些场域虽不宜认定为自甘风险,但其规避风险的可能性通常大于危险责任。因此,补充责任与危险责任中的危险及其现实化不能等同,危险责任的正当性理由无法当然套用于补充责任。

二是社会情势和普遍的公正观念。对安保义务人课以重责,背后隐含的观念是“必须保卫社会”(借用福柯语)的风险焦虑和安全饥渴,或多或少忽视了社会机体自我治愈和风险消化的能力;如果说过错责任和自己责任暗含了优先发展商事经营和鼓励非营利社会活动的精神,补充责任则将这种思想推到极致。在中国目前的社会和经济发展阶段,可能还是不适合对经营者尤其是中小企业施加过重的安保义务。而且,若将经营者的责任界定为实质性连带责任,则意味着将经营者与故意侵权人尤其是犯罪行为人的主观恶性作等同评价,恐有株连之嫌并背离民众的法感情。此外,正如很多欧洲学者所指出的那样,如果法院认为在特定案件中适用连带责任

不公,它甚至可能不愿意判决被告承担侵权责任。^⑨补充责任作为过错责任,其前提是安保义务人能阻止和预防损害的发生或扩大,法院认定安保义务人有无过错的裁量权较大,若法院认为连带责任不公,很容易否认安保义务人的过错和责任,导致受害人无法得到任何赔偿,反而不利于救济受害人。

三是安保义务的性质。在社会生活中,个体只有在他人对其特定的社会角色(如特定身份关系人、先前行为人等)产生合理期待时,才有防范他人遭受第三人故意侵权的义务。按照通说,安保义务源于义务人的危险源制造者身份,但是,在补充责任中,危险并非源于义务人保有或管理的高度危险物或从事的经营行为,而是源于第三人的故意加害行为。而防范和阻止第三人的故意侵权行为属于国家的人权保障义务,不应由彼此不具有特定身份关系的民事主体承担。正如冯·巴尔所言,安保义务的实质是将国家义务转化为民事义务,有助于实现“私法的社会任务”(基尔克语)。^⑩我国最高人民法院民事审判第一庭的审判业务指导意见也认为,“保证旅客免受第三人等来自外界的不法侵害,属于治安管理范畴,不属承运人向旅客提供的运输服务范围”。^⑪即便专门承担保障公民不受第三人侵害职责的公安机关,在第三人无法查明或无力清偿时,通常也无需赔偿受害人的损失。此外,补充责任隐含了侵权损害赔偿中的“深口袋”(deep pocket)导向,即与受害人相比,经营者通常更有赔偿能力。安保义务的私法化和“深口袋”导向的共同理论基础都是企业的社会责任,但无疑这种责任不能过度。

综上,在法律要求经营者等承担安保义务时,违反安保义务的侵权责任为自己责任,义务人应直接承担与其过错和原因力相应的侵权责任,即按份责任,而非补充责任。但鉴于故意侵权的严重反社会性和安保义务的特殊性,我国未来民法典也可维持关于补充责任的规定。

3. 安保义务人的追偿权

在区分第三人故意和过失后,第三人过失侵权的,安保义务人承担按份责任,自然对第三人无追偿权。唯一遗留的问题就是在第三人故意侵权时,补充责任人有无追偿权。

补充责任强烈的价值判断色彩决定了其本身及追偿权都无法按逻辑规则或外部体系建构,而只能从价值融贯性或内在体系论证。追偿权规则的设计主要涉及以下三种价值。

一是填平损失或全部赔偿。按照矫正正义,受害人通过侵权责任得到的,恰好是其被侵权行为剥夺的,不能得到超出其损害的赔偿。

二是故意侵权的严重反社会性质。故意侵权人最终承担全部责任是比较法上较为共同的规则。英国在“Merryweather v. Nixan 案”中以“无人可从其故意加害行为中获利”为由,首先确认了这一规则。(88)《美国侵权法重述(第二次)》第 886 A(3)条也予以明确规定。在安保义务人不能向故意侵权人追偿时,将可能导致后者不当获利。如第三人从酒店盗窃价值 1 万元的财物,酒店赔偿了 3000 元,在查明第三人后,如安保义务人无法追偿,第三人将由此获利 3000 元。这显然可能变相激励潜在侵权人选择在公共场所实施侵权行为。

三是基于过错归责的自己责任。这是挑战补充责任及责任人追偿权的核心价值。

对上述三种价值比较理想的协调方式是仅在形式上突破填平原则。首先,全部赔偿是相对的,甚至是遥不可及的理想。法律上的损害一定小于受害人实际遭受的损害。人身损害自不必说,即便财产损失也难获得全部赔偿,如为主张权利支付的律师费用、因财物被损害产生的精神损失等。其次,扩大故意侵权情形应赔偿的损害类型和赔偿数额,是比较法上常见的做法。如罗马法曾规定,未在作案现场被抓获的小偷,应按照失主财物价值的双倍赔偿。耶林用赌博解释其合理性:如果小偷未被抓,就会获得盗窃物,相当于小偷赌赢了;如果被抓,当然也应双倍赔偿所有人,全部赔偿只能导致小偷毫发未损,相当于赌输了却不付出任何筹码,小偷就会“稳赚不赔”!^⑧这略带揶揄的言论倒深刻地说明了故意侵权人何以应多赔。向来重视区分加害人主观状态类型的美国法,对故意侵权人采取惩罚性赔偿、判决支付律师费、两倍或三倍赔偿的制裁方式,其中,多倍赔偿被视为最好方式。^⑨因此,对补充责任较好的替代方案是混合责任:受害人可以向第三人请求全部损

害赔偿(即 100%),同时还可以请求安保义务人承担相应责任(如 30%),安保义务人和第三人彼此之间均不存在追偿权。显然这种方案不可能被立法采纳。我国未来民法典若维持关于补充责任的规定,在内在体系上承认追偿权与补充责任的目标为限制安保义务人的责任显然最为协调。为避免不必要的争议,未来民法典宜明确规定在第三人故意侵权时,安保义务人享有追偿权。

4. 违反安保义务的损害类型

《侵权责任法》第 40 条将教育机构承担补充责任的致损类型限定为人身损害,而其他补充责任规范并未作此限制,这种权益类型的区分并不合理,且背离保护未成年人的社会目标,应予废除。

(二)违反安保义务侵权补充责任的体系效应

1. 侵权补充责任与《侵权责任法》的体系效应

(1) 补充责任的一般化

除了安保义务人的补充责任外,《侵权责任法》第 34 条、第 40 条还规定了其他情形的侵权补充责任。一些司法解释也规定了民商法领域的侵权补充责任。那么,有无可能将安保义务进一步提升为普遍的注意义务,并将补充责任提炼为一般规则呢?这种努力本可极大提升侵权法的体系化水准,然而,《侵权责任法》具有突出的决疑风格和实用精神,使这一努力即或成功,意义也不大;更何况补充责任和公平责任一样,需由立法者作出复杂的价值权衡和效果考量,决定其适用情形,因此,侵权补充责任只能特别规定,无法一般化。此外,《侵权责任法》将安保义务上升为侵权法域的一般行为义务也没有实质意义。原因在于,《侵权责任法》规定了侵权责任成立的一般要件,它将实质意义上的安保义务作了类型化规定,如建筑物和物件致损责任等,其中既有严格责任,也有补充责任。如在有名的“中国农业银行股份有限公司六盘水分行与刘晓鸣储蓄存款合同纠纷案”中,法院认定银行对储户的资金有实质意义的安保义务,在第三人盗窃资金时,银行应承担主要责任,而未考虑补充责任,^⑩显然认为银行虽然负有安保义务,但其与酒店等经营者的安保义务在强度上不可同日而语,违反义务的责任性质也迥异。

(2)第三人侵权的一般规则

我国《侵权责任法》第28条将第三人侵权作为独立的、一般性的抗辩事由。这在比较法上非常罕见,仅有《阿尔及利亚民法典》第127条等少数立法例。学界对我国《侵权责任法》第28条态度不一。有学者认为它“对司法实践而言,并无意义”,^⑧但有学者还进而将第三人侵权作为多数人侵权的类型之一。^⑨

本文建议删除《侵权责任法》第28条,理由主要在于以下两个方面。其一,在过错侵权中,“第三人侵权”不仅容易导致指代不明,而且还滋扰侵权责任的成立要件。首先,“第三人侵权”中的“第三人”在法律用语中有特殊涵义,不包括为他人行为承担责任中的“他人”(如被监护人和雇员),也排除了共同侵权人,^⑩但在普通语义中,从不同侵权人的观察角度,多数侵权人的其他人均为“第三人”。这就可能导致它与《侵权责任法》第8条至第12条关于多数人侵权的规则相混淆。其次,过错侵权中的因果关系和过错两个要件足可纳入对第三人侵权的判断:在构成要件该当性层面,第三人侵权的主要意义在于判断原有因果关系是否中断;在有责性层面,它主要影响过错是否成立的判断。将第三人侵权作为独立抗辩事由,不仅没有实践价值,而且还与因果关系和过错要件纠缠不清。但是,《侵权责任法》第37条第2款构成例外,这也是它何以需要专门规定的原因。其二,在无过错侵权中,第三人侵权行为客观存在,这是因为它与法律意图防范的危险存在主观关联或客观关联。它能否作为无过错责任的抗辩事由,取决于立法者对不同危险类型的情境化判断,只能由法律明确规定。^⑪因此《欧洲侵权法原则》第7:102条只是将第三人侵权作为无过错责任的一般抗辩事由;我国《侵权责任法》则针对不同危险物和危险活动作了具体规定,架空了《侵权责任法》第28条的规范意义。

在安保义务人和第三人故意侵权结合时,安保义务人可能承担补充责任,进一步可以思考的问题是《侵权责任法》能否提炼出第三人侵权时的一般性责任形态。对第三人侵权的效力,《侵权责任法》设计了不同的多数人责任形态。除补充责任外,还有不真正连带责任(如第68条、第83条)和中间责任(如

第44条、第85条、第86条第1款)等,这些责任配置体现了立法者的价值权衡,这或许恰好是侵权责任独立成编的意义所在。所以,统一责任形态既不可能,也无必要。

2.侵权补充责任与合同法的体系效应

(1)侵权补充责任与《合同法》第121条

安保义务既可以源于合同约定,也可以源于法律规定,如《侵权责任法》《消费者权益保护法》等相关条款。《合同法》第60条还将保护义务作为合同当事人法定的附随义务,大大增加了安保义务人的违约责任和侵权责任竞合的情形:在安保义务人承担补充责任的情形,其与受害人几乎都存在合同关系,违反安保义务即产生责任竞合。^⑫在第三人故意侵权时,《合同法》第121条加剧了安保义务人承担违约责任与侵权责任的法律效果冲突。一是归责原则。安保义务人承担无过错违约责任,而仅承担过错侵权责任。二是责任范围。违约责任的赔偿范围是全部损害,而侵权补充责任的最大赔偿范围是与义务人过错或行为原因力相应的损害。可见,如果允许受害人自由选择适用违约责任或侵权责任,受害人必然均将选择适用违约责任,安保义务人难以通过无过错抗辩免责,势必导致安全保障义务的绝对化。^⑬

为解决这一矛盾,比较合理的做法是区分合同类型,限缩《合同法》第121条的适用范围。一是保安服务合同。此时,受害人缔约的目的就是为了获得对方的安全保障服务,无论对方是否为法定的安保义务人,均适用违约责任;违约方和第三人之间成立不真正连带债务。二是其他类型的合同。违约方违反《合同法》第60条规定的通知、协助、保密等义务,构成违约责任和侵权责任竞合时,应承担侵权补充责任。其理由在于《合同法》第60条、第121条适用于所有合同,而《侵权责任法》第37条第2款适用于特定合同,体现的是特殊价值权衡。最高人民法院《关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》第7条第2款采纳了这种方案,规定在第三人造成旅游者人身损害、财产损失,旅游经营者、旅游辅助服务者未尽安全保障义务时,其应承担相应的补充责任。在立法论上,若保留《合同法》第121条,可增加

“法律另有规定”的但书,其目的并不在于容让公法,而在于明确私法内部有关安保义务规则的适用顺序,即《侵权责任法》第37条第2款优于《合同法》第60条适用。

(2) 侵权补充责任与《合同法》第302条

违反安保义务的责任竞合还体现在《合同法》第302条造成的法律适用冲突上。该条确认了客运合同的承运人对旅客在运输过程中的人身伤亡承担无过错责任,免责事由仅限于旅客自身的健康原因及其故意或重大过失。一些法院可能认为全部赔偿对承运人不公,大多判决承运人承担部分责任。^⑧在第三人故意侵害旅客人身、财产权益时,承运人若承担侵权补充责任,也会出现前述违约责任和侵权责任构成要件和赔偿范围的差异。对这一冲突同样应适用侵权责任优先原则。最高人民法院《关于审理铁路运输人身损害赔偿纠纷案件适用法律若干问题的解释》第12条规定,即使旅客选择违约之诉,也适用过错责任。其第13条第1款则明确规定铁路运输企业对旅客因第三人侵权遭受的人身损害承担补充责任,这明显是对《侵权责任法》第37条第2款的具体化。基于前述分析《合同法》第121条相同的理由,为避免不必要的法律适用冲突,《合同法》第302条应予废除。

注释:

①参见李中原:《论民法上的补充债务》,《法学》2010年第3期。

②参见张新宝:《我国侵权责任法中的补充责任》,《法学杂志》2010年第6期;王竹:《补充责任在〈侵权责任法〉上的确立与扩展适用——兼评〈侵权责任法草案(二审稿)〉第14条及相关条文》,《法学》2009年第9期。

③ Vgl. Helmut Koziol(Hrsg.), Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht, Jan Sramek Verlag, 2014, S.530.

④参见张民安:《人的安全保障义务理论研究——兼评〈关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释〉第6条》,《中外法学》2006年第6期。

⑤参见周友军:《侵权法学》,中国人民大学出版社2011

年版,第207页。

⑥参见孙维飞:《论安全保障义务人相应的补充责任——以〈侵权责任法〉第12条和第37条第2款的关系为中心》,《东方法学》2014年第3期。

⑦参见徐银波:《侵权补充责任之理性审思与解释适用》,《西南政法大学学报》2013年第5期。

⑧参见张平华、王圣礼:《侵权补充责任的独立地位及其体系化》,《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2015年第6期。

⑨See Paul S. Davies, Accessory Liability, Hart Publishing Ltd, 2015, Foreword, by Philip Sales, V.

⑩[德]克雷斯基安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》上卷,张新宝译,法律出版社2001年版,第72~73页。

⑪See 98 Eng. Reprints 465, 5 Buff. 2790(K. B. 1771).

⑫See Prosser, Joint Torts and Several Liability, 25 Cal. L. Rev.413, 432(1937); Jackson, Joint Torts and Several Liability, 17 Tex. L. Rev.399, 403(1939).

⑬Vgl. MüKoBGB/Wagner, BGB §830, Rn.1.

⑭参见张定军:《论共同侵权的“共同性”要件——规范目的与制度功能的视角》,《法治研究》2018年第4期。

⑮同前注③, Helmut Koziol 编著,第332页。

⑯参见[日]田山辉明:《日本侵权行为法》,顾祝轩、丁相顺译,北京大学出版社2011年版,第162页。

⑰同前注⑥,孙维飞文。

⑱例如认为,若将共同侵权仅限于具有意思联络的情形,“就很难解释一切新型的侵权行为中行为人是否应承担连带责任”。参见王利明、周友军、高圣平:《侵权责任法疑难问题研究》,中国法制出版社2012年版,第217页。

⑲参见王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》第2版,法律出版社2013年版,第64页。

⑳参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108页。

㉑Vgl. MüKoBGB/Wagner, BGB §840, Rn.1-2.

㉒Vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 1994, 413.

㉓Vgl. BGH NJW 1962, 484 f.

㉔参见齐云:《论我国多数人之债的完善——以不可分之债与连带之债的区别为中心》,《河北法学》2012年第3期。

㉕Vgl. RGZ 67, 273[275]; BeckOK BGB/Gehrlein, BGB §431, Rn.2.

㉖同前注⑩,田山辉明书,第167页。

⑳同前注⑳,最高人民法院民事审判第一庭编著书,第108页。

㉑参见杨立新:《论侵权责任的补充责任》,《法律适用》2003年第6期;同前注①,李中原文。

㉒See Edward J. Kionka, Recent Developments in the Law of Joint and Several Liability and the Impact of Plaintiff's Employer's Fault, 54 La. L. Rev. 1619, 1621(1994).

㉓See Rosh v. Cave Imaging Sys. Inc., 32 Cal. Rptr. 2d 136 (Ct.App. 1994).

㉔See Pamela B. v. Hayden, 31 Cal. Rptr. 2d 147(Ct.App. 1994).

㉕参见黎晓道:《补充责任按份化的实证分析》,《公共管理》2017年第18期。

㉖参见“海丰县海丽国际高尔夫球场有限公司生命权、健康权、身体权纠纷案”,广东省高级人民法院(2014)粤高法民一初字第31号民事判决书。

㉗See Robertson, The Common Sense of Cause in Fact, 75 Tex. L. Rev. 1765, 1790(1997).

㉘See Turner v. Jordan, 957 S. W. 2d 815(Tenn. 1997); Ozaki v. Association of Apt. Owners, 954 P. 2d 652(Haw.Ct.App. 1998).

㉙See Restatement of the Law, Third, Torts: Apportionment of Liability, Section 14.

㉚《侵权责任法》第9条对教唆人、帮助人和监护人的责任也采取了混合责任模式,杨立新教授将其称为“单向连带责任”。参见杨立新:《教唆人、帮助人责任与监护人责任》,《法学论坛》2012年第5期。

㉛参见江苏省高级人民法院(2015)苏商再提字第00075号民事判决书。

㉜同前注⑱,王胜明主编书,第226页;程啸:《侵权责任法》,法律出版社2011年版,第349页。

㉝Vgl. BeckOK BGB/Reinert, BGB §839, Rn.98.

㉞参见[德]梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢谔译,法律出版社2007年版,第752页。

㉟Vgl. Schippel/Bracker, Bundesnotarordnung, 9. Aufl., 2011, Rn.2.

㊱Vgl. Beck'sches Notar-Handbuch, 6. Aufl., 2015, Rn.7.

㊲参见“于敏丽与抚顺市公证处追偿权纠纷案”,辽宁省高级人民法院(2016)辽04民终1016号民事判决书。

㊳Vgl. Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Johannes Lu-

kas Hermann, Art. 51, Rn.14-17.

㊴See Ch. v. Bar and Eric Clive(eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference(DCFR), Vol.4, Sellier, 2009, p.3414.

㊵参见冯珏:《安全保障义务与不作为侵权》,《法学研究》2009年第4期。

㊶同前注⑱,王胜明主编书,第224页。

㊷Vgl. Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, 6. Aufl., Muenchen 2014, Rn.184.

㊸组织义务属于交往安全义务。Vgl. Kleindien, Deliktshaftung und juristische Person, Tuebingen 1993, S.300.

㊹同前注⑱, Ch.v.Bar, Eric Clive 编书,第3408页。

㊺Vgl. Ch. v. Bar, Verkehrspflichten: Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, Carl Haymanns Verlag, 1980, S.144.

㊻参见张金海:《侵权行为违法性研究》,法律出版社2012年版,第145页。

㊼Vgl. RGZ 52, 373, 376.

㊽《最高人民法院公报》2001年第2期。

㊾同前注④,张民安文;刘海安:《侵权补充责任类型的反思与重定》,《政治与法律》2012年第2期。

㊿同前注⑤,周友军书,第207页。

㊽参见杨垠红:《侵权法上的作为义务》,法律出版社2008年版,第244页。

㊽同前注⑦,徐银波文。

㊽同前注⑧,杨立新文。

㊽同前注②,张新宝文。该论者后来也赞成过错范围内的责任,参见张新宝:《侵权责任法》,中国人民大学出版社2010年版,第187页。

㊽同前注⑤,周友军书,第207页。

㊽同前注⑱,王胜明主编书,第226页。

㊽参见郭明瑞:《补充责任、相应的补充责任与责任人的追偿权》,《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2011年第1期;王利明:《侵权责任法研究》下册,中国人民大学出版社2011年版,第181页。

㊽同前注⑧,张平华、王圣礼文。

㊽例如“罗田县骆驼坳中心小学、徐枫教育机构责任纠纷案”,湖北省高级人民法院(2017)鄂11民终549号民事判决书。

㊽同前注⑳,最高人民法院民事审判第一庭编著书,第110页;同前注②,张新宝文;同前注②,王竹文。

⑧同前注⑤,周友军书,第207页。

⑨同前注④,郭明瑞文;同前注③,程啸书,第468页。

⑩同前注⑥,孙维飞文;李中原:《论安全保障义务的补充责任制度》,《中外法学》2014年第3期。

⑪例如“河南高速公路发展有限责任公司与韩山河追偿权纠纷案”,河南省新安县人民法院(2015)新民初字第449号民事判决书。

⑫参见朱岩:《侵权责任法通论》,法律出版社2011年版,第346页。

⑬同前注④,张民安文。

⑭同前注⑤,刘海安文。

⑮参见最高人民法院(2015)民提字第166号民事裁定书。

⑯同前注⑩,李中原文。

⑰同前注④,王利明书,第179页。

⑱同前注④,冯珏文。

⑲同前注⑥,孙维飞文;同前注⑩,李中原文;王蒙:《安全保障义务人与第三人责任分担的类型化展开》,载陈小君主编:《私法研究》第21卷,法律出版社2017年版,第187页。

⑳See Peter Cane, Mens Rea in Tort Law, 20 Oxf. J. Leg. Stud. 533(2000).

㉑但晚近以来,这种观念也有一些调整。参见董春华:《论比较过错制度在故意侵权中的适用》,《现代法学》2017年第1期。

㉒See Restatement(Third) of Torts: Intentional Torts to Persons, §101 Cmti(Am.Law Inst., Tentative Draft No.1, 2015).

㉓Vgl. Joseph Unger, Handeln auf eigene Gefahr: Ein Beitrag zur Lehre vom Schadenersatz, 3. unveränd. Aufl., G. Fischer, 1904, S.1.

㉔当然,立法者可能将安保义务人制造的风险上升为危险责任上的危险,如最高人民法院《关于审理铁路运输人身损害赔偿纠纷案件适用法律若干问题的解释》第13条第2款规定,车外第三人投掷石块等击打列车造成车内旅客人身损害的,铁路运输企业应先予赔偿,第三人承担终局责任,并未规定补充责任。尽管它有比较法的支持,甚至可能也契合中

国社会的需求,但这种风险难以解释为高速运输工具的固有风险。

㉕参见欧洲侵权法小组:《欧洲侵权法原则:文本与评注》,于敏、谢鸿飞译,法律出版社2009年版,第81页。

㉖同前注⑫,Ch.v.Bar书,第39页。

㉗关丽:《汽车运输合同中承运人应对第三人侵权造成的旅客人身伤亡承担责任问题研究》,载最高人民法院民事审判第一庭编:《民事审判指导与参考》2006年第4辑,法律出版社2007年版,第40~41页。

㉘See 8 Term Rep. 186, 101 Eng. Rep. 1337(1799).

㉙参见[德]耶林:《罗马私法中的过错要素》,柯伟才译,中国法制出版社2009年版,第30~33页。

㉚See Stephen J. Shapiro, Overcoming Under-Compensation and Under-Deterrence in Intentional Tort Cases: Are Statutory Multiple Damages the Best Remedy?, 62 Mercer L. Rev. 475 (2011).

㉛参见最高人民法院(2015)民提字第181号民事判决书。

㉜参见程啸:《论侵权法上的第三人行为》,《法学评论》2015年第3期。

㉝参见杨立新、赵晓舒:《我国侵权责任法中的第三人侵权行为》,《中国人民大学学报》2013年第4期。

㉞《侵权责任法》第8条至第12条有关多数人侵权的规定是否与第28条相容,理论界有不同看法。参见聂卫锋:《侵权法中的“第三人”:一般化还是情景化?》,《私法研究》2014年第2期。

㉟参见冯珏:《论侵权法中的抗辩事由》,《法律科学》2011年第1期。

㊱参见谢鸿飞:《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。

㊲参见解亘:《论〈合同法〉第121条的存废》,《清华法学》2012年第5期。

㊳例如“上诉人何青良与上诉人徐州市汴利客运有限公司城市公交运输合同纠纷案”,江苏省徐州市中级人民法院(2009)徐民二终字第501号民事判决书。