

安全保障义务与不作为侵权

冯 珏^{*}

内容提要：最高人民法院人身损害赔偿司法解释第6条引入了源自德国判例的交往安全义务。但法院在审判实践中遇到的真正困难在于不作为或间接侵权的结构特征所带来的因果关系难题。引入安全保障义务对解决这一难题的意义在于，如果安全保障义务的内容正是防止处于其保护范围内的人遭受第三人的侵害，或者防止处于其控制范围内的第三人侵害他人，那么认定义务人违反了此义务就可化解因果关系难题，但其意义也仅限于此。侵权责任法草案（二次审议稿）第14条对于第三人行为介入的各种情况欠缺考虑与准备，存在过度抽象之嫌，且一般性地否定了间接致害侵权存在的空间，将会带来严重的负面影响。

关键词：安全保障义务 不作为侵权 间接侵害 作为义务 因果关系

“近些年来，社会上出现了许多社会公众在住宿、餐饮、娱乐等经营场所或者其他社会活动场所遭受损害的事件。还有一些犯罪分子在上述场所实施严重侵害他人人身安全的侵害行为，但直接侵害人无法确定或者虽已确定但其无力承担赔偿责任”，面对这样的情况，“对如何正确确定责任承担者以及如何落实损害赔偿等一系列问题，裁判的法官们普遍感到缺乏依据”。〔1〕另一方面，随着我国学者对国外法律制度、学说和判例研究的进一步深入，对于源自德国判例的交往安全义务学说，〔2〕近年来学者们已经进行了若干有益的考察。〔3〕在实践需要和学理铺垫的双重

* 《法学研究》编辑。

〔1〕 黄松有主编：《人身损害赔偿司法解释的理解与适用》，人民法院出版社2003年版，第98页。

〔2〕 王泽鉴教授指出，Verkehrspflicht是德国侵权行为法上的重要概念，原指维持交通安全（Verkehrssicherungspflicht）而言，如房屋所有人就其所在地之石级任其坍塌或于交通之处，不设路灯，致他人因此受损害者，应负责任。其后扩张及于其他社会交往活动，另称为Verkehrspflicht，强调在社会生活上应负防范危害的义务，如何译成中文，颇费斟酌。参见王泽鉴：《侵权行为法》第1册，中国政法大学出版社2001年版，第94页，注2。本文采“交往安全义务”的译法。

〔3〕 如张新宝、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），张谷：《不作为侵权：消法18条的义务还是交往安全义务——评肖某诉石广饭店及其休闲中心人身损害赔偿案》（载张民安主编：《民商法学家》第2卷，中山大学出版社2006年版），周友军：《社会安全义务理论及其借鉴》（载梁慧星主编：《民商法论丛》第34卷，法律出版社2006年版），刘文杰：《德国侵权法上的一般安全义务》（载梁慧星主编：《民商法论丛》第37卷，法律出版社2007年版）等，或涉及对交往安全义务的理论揭示，或强调其实务适用。不仅如此，另有多位博士在其博士学位论文中对德国的交往安全义务作了全面的研究，相关研究成果可见李昊：《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；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；熊进光：《侵权行为法上的安全注意义务研究》，法律出版社2007年版；廖焕国：《侵权法上注意义务比较研究》，法律出版社2008年版。

推动下,2003年,最高人民法院在人身损害赔偿司法解释第6条规定了社会活动安全保障义务(以下简称安全保障义务),正式引入了源自德国的交往安全义务,并且将该学说加以制度化。^{〔4〕}该条分两种情况规定了两项内容:(1)如果相关从事社会活动的人疏于恪尽安全保障义务的不作为导致受害人损害发生,其应承担损害赔偿责任。(2)若受害人损害系由第三人的侵权行为所致,安全保障义务人有过错的,应当承担补充赔偿责任。该补充赔偿责任的范围应当与其能够防止或者制止损害的范围相适应。在承担了相应的补充赔偿责任后,安全保障义务人可以向实施侵权行为的第三人追偿。

在该司法解释公布后尚未正式实施前,昆明市中级人民法院一审、云南省高级人民法院二审终审的“吴成礼等五人诉官渡建行、五华保安公司人身损害赔偿纠纷案”(以下简称“官渡建行案”)^{〔5〕}已在审判实践中体现了安全保障义务的精神。《最高人民法院公报》的“裁判摘要”指出:“根据民法通则第一百零六条第二款的规定,商业银行在合理限度内未尽到安全保障的义务,致使存款人及其他客户在银行的营业场所遭抢劫遇害的,应承担与其过错相适应的赔偿责任。”司法解释“旨在解决安全保障义务人疏于该义务的不作为与损害结果的关系问题”之用意,在实践中得以实现。经过几年的司法实践,在我国制定侵权责任法的热潮中,安全保障义务也为立法机关所肯认。^{〔6〕}

如此看来,这当属一次成功的学说引进。情况似乎是,源自德国的交往安全义务经适当限缩其适用范围后,为我国侵权责任法在理论与实践中的疑难问题指明了出路。但是,笔者对于安全保障义务的引入及其价值,还是抱有一些疑问。比如说,在住宿、餐饮、娱乐等经营场所,经营者与进入该经营场所的人可以存在合同关系或者“消费者—经营者”关系,即使不具备此类关系,按照合同法理论的发展,经营者对于进入其经营场所的一般人也负有保护义务,在此种情况下,是否还须引入安全保障义务?按句话说,引入安全保障义务究竟是为了解决我国侵权法上的什么特殊困难?又如,在众多涉及安全保障义务的案件中,受害人之损害不仅系由第三人行为直接造成,而且该第三人行为实质上为犯罪行为,至少也是故意侵权,而人身损害赔偿司法解释第6条将这种审判实践一般化为“第三人侵权”,侵权责任法草案(二次审议稿)更将之一般化为“第三人行为”,是否存在过度抽象之嫌?再者,假设顾客到商店买东西,被商店的自动门夹伤,顾客在被送往医院的途中因第三人交通肇事进一步受伤,对于商店是否须对顾客的进一步损害承担责任的问题,虽然从事实构成上看也落在司法解释第6条的文义之内,但该条能否有效地解决这样的问题,还需仔细考量。为此,笔者不揣简陋,拟从功能主义的视角出发,对我国规定安全保障义务的背景、功能、可能存在的缺陷与应对等作一番检讨,权作抛砖之意。

一、安全保障义务:背景与需要

学者一般认为,^{〔7〕}对安全保障义务的实践需要,可以追溯至1998年的“王利毅、张丽霞诉

〔4〕 参见前引〔1〕,黄松有主编书,第99页。

〔5〕 《中华人民共和国最高人民法院公报》2004年第12期;《人民法院案例选》2006年第4辑,第108页。

〔6〕 2008年12月提交全国人大常委会第二次审议的侵权责任法草案第35条规定:“旅馆、饭店、商店、银行、娱乐场所等公共场所的管理人未尽到安全保障义务,造成他人损害的,应当承担侵权责任。在前款规定的公共场所因第三人的行为造成他人损害的,由第三人承担侵权责任。管理人尽到安全保障义务的,不承担侵权责任;未尽到安全保障义务的,承担相应的侵权责任。”

〔7〕 参见杨立新:《论违反安全保障义务侵权行为及其责任》,《河南省政法管理干部学院学报》2006年第1期;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。

上海银河宾馆赔偿纠纷案”（以下简称“银河宾馆案”）。这则案例公布在《最高人民法院公报》2001年第2期。随后，《最高人民法院公报》2002年第2期和第4期又公布了两则类似的因介入第三人行为造成损害的案例。除此之外，实践中还存在法官醉酒到洗浴中心接受服务时在楼梯摔倒致重伤、中央电视台女主持人在餐馆就餐坠楼死亡等不涉及第三人行为的案件。正是面对这样的案件，“对如何正确确定责任承担者以及如何落实损害赔偿责任等一系列问题，裁判的法官们普遍感到缺乏依据”。

按照最高人民法院的解释，拟定人身损害赔偿司法解释第6条，是为了解决安全保障义务人疏于该义务的不作为与损害结果的关系问题，以弘扬和合理分配社会正义。^{〔8〕}从司法解释第6条和侵权责任法草案的相关规定来看，其主要涉及“未尽安全保障义务”此种不作为样态。可以认为，我国引入安全保障义务，主要旨在解决不作为侵权的特殊困难。

不作为能否构成侵权行为，是两大法系都面临的理论与实践难题。从理论上讲，与积极作为侵权相比，只有在极其例外的范围内，行为人才须为其消极不作为承担责任。理由在于，与禁止作出危险行为相比，设定一个积极的作为义务对行为自由构成很大的限制。在禁止作出危险行为的情况下，规范所调整的行为人仍然具有从事其他各种行为的可能，而在负担积极作为义务的情况下，行为人则必须从事某种特定的行为。^{〔9〕}在普通法中，“好撒马利亚人”涉及的道德与法律的分际，讨论得沸沸扬扬；而依德国传统学说，作为不作为责任之基础的作为义务仅在有合同约定、法律规定或在先危险行为时才会产生。不作为责任的困难存在道德、法律等多方面的原因。一方面乃基于个人主义思想，避免因此限制人的行为自由。又因果关系认定困难，亦属理由之一：孩童落水，旁观者众，谁要负责？再者，“作为”制造危险，使人受害，“不作为”仅系因不介入他人事物而使其受益，二者在法律上的评价，应有不同。因此，法律须禁止因积极行为而侵害他人，但原则上不能强迫应帮助他人，而使危险相济的善行为成为法律上的义务。^{〔10〕}

因此，作为一般原则，单纯的不作为不能构成侵权行为，除非在当事人之间存在特殊关系，如合同关系、法定关系等。英国上议院在 *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd.* 案中确立了不作为责任的一般原则。^{〔11〕}在该案中，被上诉人买了一座电影院，意图拆后建一个超市。电影院是空的，某个孩子在里面玩火，失火后火势蔓延到上诉人的土地，损害了上诉人的房屋。以前也有孩子在里面玩火，但被上诉人并不知情。上诉人以过失侵权起诉被上诉人，但败诉了。高夫（Goff）大法官认为，一般原则是没有义务阻止他人故意侵害第三人，但有四项例外：1. 当事人之间存在有如合同关系之类的特殊关系；^{〔12〕} 2. 在被告与第三人之间存有特殊关系；^{〔13〕} 3. 被告

〔8〕 前引〔1〕，黄松有主编书，第99页。

〔9〕 海尔穆特·库奇奥：《损害赔偿法的重新构建：欧洲经验与欧洲趋势》，朱岩译，载《侵权责任法国际研讨会论文集》，2009年5月25—26日，第17页。同样的观点参见 *Deutsch, Haftungsrecht, Rz 108*；前引〔3〕，张谷文。冯·巴尔教授也指出，如果一个人导致了事件的发生，通常必须承担责任；相反对没有他的作用力而发生在别人身上的事件就无须承担责任，除非他和受害人之间有特别紧密关系，或者他对导致损害发生的危险源负有特别责任。因为，虽然每个人都不能伤害他人，但也不是每个人都有义务去保护所有他同时代的人免于遭受一切可能的危险。参见〔德〕冯·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261页。

〔10〕 参见前引〔2〕，王泽鉴书，第92页。

〔11〕 [1987] 1 All E. R. 710.

〔12〕 在 *Stansbie v. Troman* [1948] 1 All E. R. 599, 被告装修工人被要求在离开时锁门。被告没有锁门，小偷入室窃走了钱财。被告须对原告的损失负责。

〔13〕 在 *Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd.* [1970] 2 All E. R. 294, 由于上诉人雇员的过失，一群男孩从英国青少年教养感化院逃跑了。男孩们给被上诉人的财产造成了损害。上诉人有责任看管第三人（男孩们），对被上诉人负有注意义务。

过失地引起或允许危险源的产生，该危险源事后被第三人介入；^[14] 4. 被告知道或者应当知道第三人正在危及其财产，而没有采取措施制止。在本案中，被上诉人并不知道其建筑物存在火灾隐患，因而不承担责任。在另一案件中，英国上议院还表明，自愿承担责任也可以成为注意义务的基础。^[15]

在普通法中，过失被认为是对某种注意义务的违反，因此，在确定行为人是否要对他人承担过失侵权责任之前，需要首先确定行为人是否对他人负有注意义务。如果行为人对他人不负有注意义务，就当然不对他人承担过失侵权责任。可以看出，在普通法中，不作为要构成过失侵权行为，首先在注意义务这一要件上遇到了障碍。虽然英国法表现出了不断扩大不作为责任的趋势，但一般原则仍然是单纯的不作为不构成侵权行为。

在德国，在民法上要使不作为和作为等价，需要满足下列标准：（1）存在作为的义务；（2）存在结果避免的可能性。依照德国普通法的传统观点，作为义务可以产生于法律的规定、合同或在先危险行为。这里的在先行为或者导致了危险的升高，或者表现为对责任的事实上的承担。作为义务还可源自具体的生活关系（如婚姻、家庭、婚约、非婚姻的生活共同体、登山时的伙伴关系）。这一特殊的密切关系的标准，实际上也和合同法中的保护义务相关，因为保护义务即是基于当事人之间的特殊联系而产生的。^[16] 德国通说认为，交往安全义务作为法官发展的判例法，首先在不作为责任的扩大上发挥了重要的功能。^[17] 交往安全义务扩大了基于在先危险行为或状态的不作为责任，根据交往安全义务，在自己与有责任的领域内，开创或持续某一危险源之人负有依情形采取必要且具期待可能性的防范措施，以保护第三人免于遭受此种危险的义务。“在先的危险的（或潜在危险的）行为或事实状态也会导致注意义务的产生，这一观念成为不作为责任乃至整个侵权法发展的一个最丰沃的来源。从这一观念中，法院缓慢而沉稳地发展出了交往安全义务。”^[18]

在德国，除了在行为要件的满足上遇到上述困难之外，不作为责任的确立还在不法性的判断上存在特殊的困难。根据传统的结果不法说，不法性首先由“对法益的直接侵害”（unmittelbare Rechtsgutverletzung）所指明，此时被告应提出违法阻却事由。换言之，在德国民法典第 823 条第 1 款之下，不法性是指“直接侵害第 823 条第 1 款所规定的绝对权利或类似法益且不存在违法阻却事由”。^[19] 这是因为，按照结果不法说判断不法性，可能存在两个方面的不利影响：一方面，将指引不法的结果仅限于绝对法益受侵害，会极大地限制第 823 条第 1 款的适用范围；另一方面，仅通过结果就指引不法，在不作为与间接侵害的情况下，又会极大地扩展第 823 条第 1 款的适用范围。^[20] 因此，为了使结果不法说得出尚能接受的结论，将侵害第 823 条第 1 款绝对法益的方式限于直接作为，实属不得已之无奈之举。但是，从逻辑上说，从直接作为侵害绝对法益

[14] 在 Haynes v. Harwood [1935] 1 K. B. 146 中，一匹马在热闹的街区无人看管。孩子们冲马扔石子，马受惊奔跑。警察为了让马停下来而受伤。被告对警察负有注意义务。

[15] White v. Jones [1995] 1 All E. R. 691. 此案具体内容可参见前引 [7]，张民安文。

[16] Schwarz, Gesetzliche Schuldverhältnisse, S. 391; Fikentscher, Schuldrecht, S. 761. 转引自前引 [3]，李昊书，第 243 页。

[17] 参见前引 [3]，李昊书，第 78 页，第 242 页以下。据该书的介绍，交往安全义务扩大了不作为责任的范围，乃德国通说，von Bar, Brüggemeier, Hager, Günther Christian Schwarz 等教授均持此观点。

[18] Basil S. Markenisis & Hannes Unberath, *The German Law of Torts*, 4th ed., Hart Publishing, 2002, p. 86.

[19] 参见前引 [3]，刘文杰文。

[20] 我国台湾学者黄立也认为，结果不法说在面对日益增多的纯粹间接侵害时，由于结果已经不在行为过程的直接范围内，如此认侵害行为违法并不合理。在间接侵害中，虽仍然以侵害结果之发生为必要，但是并不能以此构成不法，否则将导致所有法律所容许的行为，都将因为作为后，产生未期待的侵害结果，而于事后变为违法，其不合理性昭然若揭。黄立：《民法债编总论》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 247、246 页。

构成不法,并不能得出除此之外的其他情形当然不构成不法的结论。也就是说,如果遵循以结果征引不法的思路,那么只有在直接作为侵害绝对法益的情况下才构成不法;但如果跳出这一思路,行为的不法性并非别无他路可走,此即建立在交往安全义务基础之上的行为不法说。行为不法说从行为本身来评价行为,如果行为违反了依情形具有可期待性的交往安全义务,也会被法律评价为“不法”,从而补充了以结果征引不法的思路。^[21]从这个意义上说,交往安全义务为评价不作为侵权的不法性提供了新的思路,从而也有利于不作为责任的扩大。

需要注意的是,与直接侵害相对的,应该是间接侵害。所谓的间接侵害行为是指开启了危险的行为,它导致了直接的侵害行为的发生,该直接侵害行为既可能是由另一人导致的(如母亲让孩子过长时间地吮吸含糖的饮料),也可能是由受害人自己导致的,也就是说,导致结果的最后的原因并非是由损害赔偿的义务人实施的,而是存在于受害人自己或第三人或一个外部的突发事件(如自然力)。这就使间接侵害与不作为具有极强的类似性。^[22]在普通法中,如果损害是由第三人直接造成的,加害人是否应对受害人承担责任的问题,同样与不作为的责任密切相关。加害人的责任与其未能对第三人施加控制有关。^[23]间接侵害行为与不作为的这种类似性也可以从人身损害赔偿司法解释第6条的两款中看出来,第1款规定的是典型的不作为责任,而第2款则规定损害是由第三人的行为造成的这种间接侵权责任。

在普通法中,存在疑问的是,在第三人的行为直接造成损害的情况下,究竟应该用过失侵权的哪个要件来决定责任的有无。虽然高夫大法官在 *Smith v. Littlewoods* 中的路径是否定存在一般的注意义务,但麦凯(Mackay)大法官和上议院的大多数成员却将过错(义务违反)作为决定性因素。此外,还有一种可能是主张损害过于遥远,即考虑第三人的行为是否中断了因果关系。^[24]与此类似,冯·巴尔教授指出,对那些提供施救措施者事后因事故的惨烈场景而遭受的精神损失,是在注意义务之违反、可赔偿损害还是在(“心理上的”)因果关系的范畴内讨论相关的可归责性问题,似乎具有很大的随意性。在母亲为女儿捐肾的案例中,德国法院认定了医生对母亲的赔偿责任。巴尔认为,将问题定位在因果关系上本身就对结果起着决定性的影响,倘若考察医生是否也违反了对该母亲的注意义务,结果大概就会有所不同。^[25]

如果在一个法律体系内部,还存在用哪个要件来决定责任有无的困惑,那么不同法律体系之间的可借鉴性,就更会成为一个问题。王泽鉴教授曾指出:“盖法律为一有机体,部分应与整体调和,始能实现其规范之功能。‘台湾地区现行法制’继受外国立法例者甚多,并有与日俱增之势,若个别法规之基本概念,皆因循其继受国家之法律理论,而不设法使之与整个体系相配合,融为一体,则法律秩序之崩溃,可计日而待也。”^[26]也就是说,在哪一个要件下处理某类问题,涉及法律技术与法律传统。因此,为了检验源自德国的交往安全义务能否很好地解决中国的问

[21] 梅迪库斯也认为,对于间接侵害,例如商品责任的案例,由于其侵害结果通常发生在与产品过程有时空间隔之后,因此必须伴随着“义务的违反”,才能界定违法性,任何人基于这些义务,均应该注意避免其他人受到侵害,这些义务即为“一般安全义务”。Dieter Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, S. 359. 转引自温世扬、廖焕国:《侵权法中的一般安全注意义务》,载王利明主编:《民法典·侵权责任法研究》,人民法院出版社2003年版。

[22] 拉伦茨/卡纳里斯教授认为,间接侵害行为与不作为具有极强的类似性,这首先存在于下述表象中,即最后导致结果的原因并非是由损害赔偿的义务人实施的,而是存在于受害人自己或第三人或一个外部的突发事件(自然力)。Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II/2, S. 401. 转引自前引[3],李昊书,第248页。

[23] John Cooke, *Law of Tort*, 5th ed., 法律出版社2003年版,第94页。

[24] 同上书,第94页。在德国,也有学者主张在因果关系要件中讨论交往安全义务,如梅迪库斯教授主张将交往安全义务置于责任成立的因果关系的层面来检验,以便将符合构成要件的非故意的侵害结果归责于一定的人。参见前引[3],李昊书,第104页。

[25] 前引[9],冯·巴尔书,第534页。

[26] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》第2册,中国政法大学出版社1998年版,第17页。

题,就有必要发掘和认识我国的立法、司法与学说,从而寻找讨论问题的出发点,探寻我国所面临的不作为侵权的特殊困难与解决之道。

二、合同义务、“消法”义务还是安全保障义务

在我国,不作为要构成侵权,又会面临怎样的障碍呢?从民法通则第106条第2款的规定来看,“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身的,应当承担民事责任”,并未将侵害的样态限于“作为”。但是,学理上一般有作为的侵权行为与不作为的侵权行为这种分类,并且认为,不作为构成侵权行为,须以存在作为义务为前提。^[27]关于作为义务的来源,学理原来多主张限于法律所特别规定的义务(如民法通则第125条规定的施工人设置明显标志和采取安全措施的作为义务),^[28]但也逐渐扩大作为义务的基础,包括由交易习惯、^[29]业务上或职务上的要求、行为人先前的行为^[30]等产生的作为义务。

在这样的立法与学理背景下,又考虑到我国民法与德国民法之间的继受关系,学者多认为,借鉴源自德国的交往安全义务学说,有利于我国侵权法上作为义务的扩张。^[31]而最高人民法院对于德国的交往安全义务学说扩大作为义务基础的强调,也易于使人们得出此结论。^[32]由于民法通则并没有明确规定行为人在什么情况下承担作为义务,并且从民法通则第117、118、119、120条来看,我国立法上以作为的方式致人损害为其规律的重点,共同宣示任何人不得侵害自然人、法人的绝对权的行为义务,倘若有人以积极的作为侵害自然人、法人的绝对权,致生损害的,须承担侵权损害赔偿责任,^[33]尤其是,从这些条文来看,交往安全义务所内含的“危险源的控制或维系”这样一个作为义务的基础并不明朗,因此,借鉴交往安全义务学说,有利于实现对民法通则第106条第2款的具体化,即具体考察行为人在什么情况下对他人承担作为义务,以“提示具体个案行为义务之考量因素与判断基准,使法律解释与适用,不致流于恣意与擅断”^[34]。

虽然理论上的推演确实能得出这样的结论,但遗憾的是,作为义务的来源问题却并非我国审判实践所面临的急迫困难。早在1992年,最高人民法院在《关于朱秀琴、朱良发、沈珍珠诉〈青春〉编辑部名誉权纠纷案的复函》中,就确认了基于在先行为的不作为侵权责任,认为青春杂志编辑部发表侵权小说以后,拒不履行为原告消除影响的义务,致使小说继续流传于社会,扩大了不良影响,这种不作为的行为,构成侵害名誉权。在“李彬诉陆仙芹、陆选凤、朱海泉人身损害赔偿纠纷案”(以下简称“李彬案”)中,^[35]无锡市滨湖区人民法院认为,根据消费者权益保护法第7、11、18条的规定,经营者对其提供的商品或服务行为直接造成消费者的人身或财产损害的应承担赔偿责任,在本案中,原告的受伤系第三人的不法行为所造成,并非被告提供的饮

[27] 参见王利明主编:《民法·侵权行为法》,中国人民大学出版社1993年版,第21页以下;王利明、杨立新编著:《侵权行为法》,法律出版社1996年版,第128页;马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社1998年版,第1003页;刘士国:《现代侵权损害赔偿研究》,法律出版社1998年版,第64页;魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社2000年版,第678页;李开国、张玉敏:《中国民法学》,法律出版社2002年版,第676页。

[28] 参见上引王利明主编书,第21页以下;上引王利明、杨立新编著书,第128页;上引魏振瀛主编书,第678页。

[29] 张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1997年版,第831页。

[30] 杨立新:《侵权法论》,吉林人民出版社2000年版,第187页。

[31] 参见周友军:《我国侵权法上作为义务的扩张》,《法学》2008年第2期。

[32] 前引[1],黄松有主编书,第99页。

[33] 参见前引[3],张谷文。

[34] 陈自强:《民法侵权行为法体系之再构成(上):民法第191条之三之体系地位》,《台湾本土法学杂志》2000年第16期。

[35] 《中华人民共和国最高人民法院公报》2002年第4期,江苏省无锡市中级人民法院2001年8月21日作出终审判决,维持原判。

食或服务直接造成。但是,依据诚实信用原则和对现行法律理念、原则的理解,权衡各种社会价值因素,经营者还应承担照顾消费者人身安全的合理的注意义务,即应当在其所能控制的范围内,在能力所及之处采取合理的措施防止消费者遭受不法行为人的侵害。^[36]无锡市滨湖区人民法院用诚实信用导出作为义务,在比较法上也有例可循。^[37]

并且,在作为我国引入德国交往安全义务学说的重要背景的另外两则案例中,也并不存在欠缺作为义务的情形。在银河宾馆案中,^[38]原告之女在入住被告宾馆时被罪犯杀害,原告要求被告赔偿。虽然二审法院认为原告之女的死亡并非由被告提供的服务直接造成,否认消费者权益保护法适用的可能性,^[39]但肯定了被告基于合同对死者负有一定的作为义务。根据住宿合同的性质、目的和行业习惯,避免旅客人身、财产受到侵害是此类合同的附随义务,并且在本案中,被告银河宾馆向旅客承诺“24小时的保安巡视,确保您的人身安全”,从而自愿将合同的附随义务上升为主给付义务。

在“李萍、龚念诉五月花公司人身伤害赔偿纠纷案”(以下简称“五月花餐厅案”)中,^[40]二原告带领8岁的儿子龚硕皓前往被告经营的五月花餐厅就餐,被安排在一间包房的外边就座,该包房内发生爆炸,包房的墙壁被炸倒下导致龚硕皓死亡、李萍残疾,二原告要求被告承担赔偿责任。一审法院认为,原告李萍、龚念到被告五月花公司下属的餐厅就餐,和五月花公司形成了消费与服务关系,五月花公司有义务保障李萍、龚念的人身安全。二审法院也认为,五月花公司作为消费与服务合同中的经营者,除应该全面履行合同约定的义务外,还应当依照合同法第60条的规定,履行保护消费者人身、财产不受非法侵害的附随义务。为了履行这一附随义务,经营者必须根据本行业的性质、特点和条件,随时、谨慎地注意保护消费者的人身、财产安全。

从现代合同法理论来看,合同关系不仅可以产生主给付义务,而且可以产生附随义务。按王泽鉴教授的观点,附随义务就其功能可以分为两类:促进实现主给付义务的附随义务与维护他方当事人人身或财产上利益的附随义务。^[41]第二类附随义务具有保护功能,其目的在于使当事人免于给付利益以外之其他法益的损害,即维护当事人的完整利益。正因为此类附随义务与合同目的的实现没有直接必然的关联,因此,与最高人民法院的理解与认识相反,^[42]学理认为此类附随义务的存在不以合同有效存在为前提,既非“附随”于主给付义务而存在,也不是“附随”于合同关系,既可以存在于合同有效成立前的缔约谈判磋商阶段,又可以存在于合同关系消灭之后。^[43]审判实践认经营者负有保护消费者人身、财产不受侵害的附随义务,符合现代合同法理论的发展。

[36] 根据无锡市滨湖区人民法院法官对此案的评析,此案之所以没有援引合同法中的附随义务作为经营者作为义务的依据,是因为原告选定消费者权益保护法作为其请求权基础规范,法官只能依此进行审理,无权根据自己对案件性质的认识,为当事人选择请求权基础。并且,评析者指出,本案也不存在银河宾馆案中明确约定的义务。参见《人民法院案例选》本案“评析”部分, <http://vip.chinalawinfo.com/case/displaycontent.asp?Gid=117462923&Keyword=李彬在饮食店就餐时遭第三人伤害诉业主陆仙芹等人身损害赔偿案>。

[37] 参见希腊雅典上诉法院第1773/1982号判决,载Arm. 37(1983)第125页(环境损害,根据主流的观点作为义务产生于法律合同和诚信);雅典上诉法院第1039/1979号判决,载NOB 27(1979)第984页(倘若诚实信用和交易惯例要求了作为义务,不作为就具有违法性)。转引自前引[9],冯·巴尔书,第270页。

[38] 《中华人民共和国最高人民法院公报》2001年第2期,上海市第一中级人民法院2001年1月17日作出终审判决。

[39] “消费者权益保护法规定,经营者提供商品或者服务,造成消费者人身伤害的,应当赔偿。此规定是指经营者之商品或服务直接导致消费者受到损害的情形。本案王翰之死,并非由上诉人银河宾馆提供的服务直接造成,故不属于消费者权益保护法规定的情形。上诉人王利毅、张丽霞主张对本案适用消费者权益保护法调整,于法有悖。”

[40] 《中华人民共和国最高人民法院公报》2002年第2期,广东省高级人民法院2001年11月26日作出终审判决。

[41] 王泽鉴:《债法原理》第1册,中国政法大学出版社2001年版,第41页。

[42] “附随义务一般要与主给付义务相联结,若根本就不存在什么主给付义务,随附义务便往往具有不确定性。”前引[1],黄松有主编书,第103页。

[43] 陈自强:《民法讲义II——契约之内容与消灭》,法律出版社2004年版,第79页。

并且,第二类附随义务还与交往安全义务具有密切的亲缘关系,“附随义务中的保护义务,论其性质,实相当于侵权行为法上的社会安全义务,与给付义务的关系较远”。^[44]这是因为它们都是以一定信赖为基础产生的行为义务,且都以维护当事人的完整利益为己任。最高人民法院也认为,交往安全义务可能体现为合同中的附随义务(有时也可能是主给付义务,如银河宾馆案),亦可能体现为侵权法中被违反的义务;有时是单独体现的,有时则表现为竞合。^[45]这样,违反合同的附随义务的行为,根据违约与侵权可以竞合的理论,亦可能构成侵权行为,按照合同法第122条的规定,遭受损害的一方有权选择要求对方承担违约责任或侵权责任。

此外,消费者权益保护法的规定也能成为经营者所负的作为义务的来源。从上文所引案例可以看出,我国法院多强调,根据消费者权益保护法第7、11、18条的规定,经营者对其提供的商品或服务行为直接造成消费者人身或财产损害的应承担赔偿责任,而案件中受害人的损害乃第三人的不法行为甚至犯罪行为所造成,而非经营者提供的商品或服务直接造成,故不属于消费者权益保护法规定的情形。这种分析推理事实上是违反法定义务侵权的一般分析路径,即实际发生的损害应处于法规的保护目的范围内,才能构成此类侵权。这种分析路径也得到了学者的赞同。^[46]但是,对消费者权益保护法作如此狭隘的理解,似与该法保护消费者合法权益的立法目的不符。

众所周知,经营者与消费者之间的合同受特别法的调整,在我国即为消费者权益保护法,而此举的目的,在于平衡消费者与经营者之间的不平衡关系。由于消费者与经营者之间存在强弱势差,消费者一般为弱者,而经营者一般为强者,因而合同法关于主体平等的预设在实践中恐难实现。使该类合同受特别法的调整,就是为了通过法律对消费者的倾斜保护,重建由于强弱势差被打破的平衡。在这样的立法目的指导下,消费者根据该法所获得的保护,至少应该不低于依合同法所受保护。在基于合同关系的附随义务得到普遍承认的情况下,也应该对消费者权益保护法的相关条款作较为宽泛的理解,始能符合该法保护消费者合法权益的宗旨。消费者在经营者的经营场所购买商品与接受服务的过程中,也应该享受到其人身和财产不受非法侵害的保护。正因为如此,无锡市滨湖区人民法院在消费者权益保护法的基础上,依诚信原则认经营者应承担照顾消费者人身安全的合理的注意义务,殊值赞同。

消费者权益保护法对于消费者的倾斜保护,还有利于解决最高人民法院的这样一个困惑,即合同义务很难解决那些与经营者没有合同关系的受害人的损害赔偿问题。根据消费者权益保护法第35条第2款、第41条及第42条的规定,受该法保护的人不以与经营者有合同关系为限,还包括“其他受害人”,这样,就突破了债的相对性的限制。当然,不容忽视的是,合同法理论所内含的“对第三方利益具有保护性效果的合同”,对此问题的解决也有一定的意义。

在这样的立法、司法和学说背景下,人们就有理由产生这样的疑问,即最高人民法院引入安全保障义务,究竟是为了解决不作为侵权的什么特殊困难?考虑到安全保障义务的有限适用范围,这样的疑问就愈发强烈了。按照最高人民法院的解释,司法解释只是“剥离出并着重调整那些尚未被法律法规等纳入规范范围的一般安全注意义务类型,将其命名为(社会活动)安全保障义务”。^[47]虽然“社会活动不以有偿(交易)为必要”,但“经营性社会活动中的安全保障义务人防止或者制止损害的范围要大于非经营性的社会活动”,且诸如银河宾馆案、五月花餐厅案、李彬案这样由《最高人民法院公报》公布的典型案例都发生在经营活动中,而侵权责任法草案所列举的公共场所,包括旅

[44] 前引[41],王泽鉴书,第42页。

[45] 前引[1],黄松有主编书,第101页。

[46] 参见前引[3],张谷文;张民安:《侵权法上作为义务的比较研究》,载张民安主编:《民商法学家》第2卷,中山大学出版社2006年版。

[47] 前引[1],黄松有主编书,第100页。

馆、饭店、商店、银行、娱乐场所,也仍然是用于经营活动的公共场所,所以,安全保障义务仍然主要适用于经营活动中。但上文的分析表明,正是在经营活动中,作为义务的来源颇丰,既有合同义务,又有消费者权益保护法规定的义务甚至是基于诚实信用原则产生的作为义务。在这样的领域中引入安全保障义务,并非一个好的契机。

虽然从理论推演来看,很可能或迟或早,知道或不知道德国法怎么样,我国司法系统都会提出“交往安全义务”,因为必须为不作为侵权找到作为义务的来源。但是,很明显,摆在法院系统面前的急迫困难,却并非作为义务的缺失。正如王利明教授早在1992年就已经指出的,我国的司法实践事实上并未被此问题所困。^[48]如果说现在在这个问题上有了困惑,那反倒是借鉴他国学说的结果。因而,即使安全保障义务具有扩张作为义务、具体化民法通则第106条第2款的意义,但如果过于强调此一方面的意义,而掩盖、遮蔽了原本要解决的、真正推动引入安全保障义务的问题所在,可能带来的负面影响也不容小觑。

三、不作为与间接侵害:因果关系的困境

让我们回到具体案例来考察我国司法实践在不作为与间接侵害中所遇到的特殊困难究竟是什么。在银河宾馆案中,存在一个关键性的事实,即死者王翰的死亡和财物被劫是罪犯仝瑞宝的加害行为所致。据此,一审法院认为,宾馆在管理工作中的过失与死者的死亡和财物被劫没有法律上的因果关系,不能要求宾馆承担侵权责任。二审法院也认为:王翰在宾馆内被害、财物被劫,是仝瑞宝犯罪的直接、必然结果。该犯罪结果所引起的刑事和民事侵权责任,只有仝瑞宝才应当承担。上诉人银河宾馆与仝瑞宝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,银河宾馆与仝瑞宝不构成共同侵权,不应当承担侵权的民事责任。

这个案件充分暴露了法院对于要求宾馆防范或制止抢劫、杀人等暴力犯罪行为的疑虑。在五月花餐厅案中,受害人一家在五月花餐厅就餐时被倒塌的木板隔墙撞压致死、致伤,而木板隔墙倒塌是犯罪分子制造的爆炸引起的。面对这样的案件事实,两审法院都认为,爆炸是第三人的违法犯罪行为所致,与五月花公司本身的服务行为没有直接的因果关系,五月花公司与犯罪分子不构成共同侵权。同样,在李彬案中,原告李彬的身体伤害是第三人的不法行为造成的,并非被告陆仙芹等提供的饮食或服务所致。

上述三起由《最高人民法院公报》在人身损害赔偿司法解释之前公布的案件存在一个共性,即直接侵害受害人人身权益的,是第三人的犯罪行为或故意侵权行为。面对这种情形,三个案件中法院的反应几乎完全一致,即认为损害不是由经营者的商品或服务造成的。从构成要件的角度来看,如果法院面对此类案件感到困难,难点在于因果关系的判定。^[49]

按照英美侵权法的基本理论,第三个因素的介入是否会中断因果关系,是因果关系理论中的一个重点和难点。哈特和霍诺里在他们的巨著《法律中的因果关系》一书中指出,对因果关系问题最简单形式的描述是,假定存在第三个因素的情况下,某一损害是否就是某一不当行为引起的。^[50]

[48] 王利明教授认为,“我国法律并未明确规定不作为的侵权的民事责任,但在司法实践中,向来承认不作为和作为一样都可以构成对他人的侵权。”王利明:《侵权行为法归责原则研究》,中国政法大学出版社1992年版,第255页。

[49] 张民安教授也认为,到了20世纪90年代末期,由于犯罪现象的大量发生,某些在商事经营场所受到第三人犯罪行为侵害的人开始向法院起诉,要求法院责令商事经营者就第三人实施的犯罪行为对自己承担侵权损害赔偿赔偿责任。此时,法院基于因果关系的考虑否定了原告的诉讼请求。参见前引[7],张民安文。

[50] H. L. A. & A. M. Honoré, *Causation in the Law*, 2d ed., Oxford: The Clarendon Press, 1985, p. 134.

麦克格雷杰 (McGregor) 赞同哈特和霍诺里的观点, 认为在所有因果关系存在疑问的案件中都可以发现, 在原告的损害和被告的行为之外还存在第三个因素……在这些因果关系问题中需要解决的总的公式是: 当存在第三个因素时, 原告的损害是否产生于被告的行为。^[51] 显然, 这种关于因果关系的“常识”也为我国的法官们所分享。而在拉伦茨看来, 最后导致结果的原因并非是由损害赔偿的义务人实施的, 而是存在于受害人自己或第三人或一个外部的突发事件 (自然力), 这是不作为和间接致害共同的结构特征。

事实上, 当存在第三个因素时, 原告的损害是否产生于被告的行为, 是各国都面临的因果关系难题。为此, 欧洲侵权法研究小组所拟定的问卷调查中, 专门设计了有关介入事件 (第三个因素) 的案例, 分为三类: 自然事件、第三人的作为或不作为、受害人的作为或不作为^[52] 或其他可以归责于受害人的原因。^[53] 按照德国学者对该问卷调查的回答, 从原则上讲, 第三人的独立的行为中断因果关系, 但是, 如果侵权行为人引发了第三人行为这种危险, 他就必须承担责任。^[54] 在奥地利, 以前的司法裁决认为, 如果第三人的独立行为介入, 且该行为并非被告最初行为的不可避免的结果, 那么被告行为与损害结果之间的因果关系中断。^[55] 但现在奥地利学者更愿意在相当性与法规保护目的的术语之下讨论这样的问题, 因而问题的关键在于被告行为与损害结果之间是否具有相当性, 或者这样的损害是否是保护性法规所要防止的。所以, 奥地利最高法院最近开始关注第三人的行为是否可预见的问题。^[56] 在英国, 介入事件是因果关系的一个重要问题。第三人行为中断因果关系的经典表述是, “即使 A 有过错, 他并不对陌生人 B 故意选择的侵害 B 的行为承担责任。虽然 A 可能为 B 的有害行为提供了机会, 但是 B 成为一个新的独立的原因”,^[57] 但是, 只有“异常的, 非正当的, 扰乱了事物发展进程的新的原因, 可以被描述为不合理的或外来的”行为或事件, 才能中断因果关系。^[58] 意大利最高法院也曾经表达过, 只要 B 是 A 通常的和必然的结果, B 就是由 A “导致”的, 除非事件 C 介入其中而使 A 的效果中立化。^[59]

在上文所举三个案例中, 直接造成原告损害的第三人行为或是犯罪行为, 或是故意侵权, 根据各国的学说和判例, 或者此类行为独立于被告违反义务的行为, 或者被告无法预见到此类行为, 或者损害结果与被告违反义务的行为之间不具有相当性, 或者损害不属于法规保护的范围之内, 因而此类行为一般能够引起因果关系中断的效果。这些也是我国法官在审判实践中的论理基础。

但是, 第三人的行为并非都能中断因果关系。如果第三人的行为可以视为对被告行为的合理“反应”, 那么这样的行为并不中断因果关系。普通法中的理想示例可见著名的古老案例 Scott v.

[51] McGregor, *Damages*, 16th ed., London: Sweet & Maxwell Limited, 1997, para. 140.

[52] 在我国, 因受害人行为中断因果关系的典型案例, 可见“马青等诉古南都酒店等人身损害赔偿纠纷案”, 南京市中级人民法院 2006 年 7 月 31 日作出终审判决, 载《中华人民共和国最高人民法院公报》2006 年第 11 期。《公报》所提炼的“裁判摘要”为: “根据最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 6 条规定, 安全保障义务人应当在合理限度内履行安全保障义务, 合理限度范围应当根据一般常识来确定。在安全保障义务人已经尽到安全保障义务的前提下, 具有完全民事行为能力的人因为自身判断错误导致损害事实发生的, 后果由行为人自己承担。”

[53] J. Spier (ed.), *Unification of Law: Tort*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 5.

[54] See Ulrich Magnus, *Causation in German Tort Law*, in J. Spier (ed.), *Unification of Law: Tort*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 67.

[55] OGH in SZ 3/107; [1976] JBI, 650; [1987] ZVR no. 77. Cited from Helmut Koziol, *Causation under Austrian Law*, in J. Spier (ed.), *Unification of Law: Tort*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 18.

[56] OGH in SZ 55/172; [1989] ZVR no. 130. 转引自上引 Koziol 文。

[57] Weld—Blundell v. Stephens [1920] A. C. 956, 986, per Lord Sumner.

[58] The Oropesa [1943] P. 32, 39, per Lord Wright.

[59] 前引 [9], 冯·巴尔书, 第 523 页。

Shepherd,〔60〕被告将爆竹扔进市场,接到爆竹的人出于自卫将爆竹扔到别处,爆竹爆炸致使原告的眼睛失明,被告应承担责任。如果被告不当地阻挡了公路,第三人希望通过公路而将障碍物移开放在人行道上,结果原告被绊倒受伤,第三人的行为就属于合理反应。〔61〕即使本身并不吵闹的迪斯科舞厅也是直至凌晨4点附近车辆、人群往来不息的原因:这种情形是人们司空见惯的。〔62〕奥地利因斯布吕克上诉法院认为,“动物保有者应该能够预见到,第三人看见跑散的动物时会扔些小木块让它叼住以转移其注意力,但却未注意到一个骑自行车者正位于他所扔方向的附近:因跑散的动物而使自行车者受伤是动物保有者不当行为的正常可能结果而非不正常结果。”〔63〕什么样的行为构成对被告在先行为的合理反应,是随着社会共同体认识的变化而不断调整的。与此相关,孩子的行为一般被视为合理的反应。如果被告过失地将炸药留在男孩们可能找到并偷走的地方,男孩们确实这样做了,在随后的爆炸中一个男孩丧生,被告不能主张损害是由男孩造成的从而自己不承担责任。但是,不合理或过分的反应不具有上述效果。如果因为一个无关紧要的谣言丈夫就离开了妻子,就需要考虑这种反应是否过分了。在荷兰最高法院1987年1月23日的判决中,被告的锻锤击穿了邻居夫妇住宅的一堵墙。他们不得不暂时搬出,住在一人群混杂的旅馆里。妻子无法忍受这一状况,两人离婚了。荷兰最高法院认为,这一结果不是被告造成的。〔64〕

这样,就暴露了侵权责任法草案(二次审议稿)第14条存在的第一方面的问题。该条规定:“损害是由第三人造成的,第三人应当承担侵权责任。法律规定有关单位或者个人承担补充责任或者相应责任的,依照其规定。”这样的规定显然是误以为只要介入了第三人的行为,因果关系就一律被中断。虽然人身损害赔偿司法解释颁布之前发生的典型案例可能强化了这种认识,但事实上,间接侵害这种侵权样态的存在,本身就说明了损害可以经由第三人的行为而发生。虽然该条第2句的规定可以在一定程度上缓解第1句所面临的前述诘难,但是在损害是由第三人直接造成的情形,加害人间接侵权的成立不应该受到“法律规定”这种列举式的限定,相反应该在个案中依具体情形确定。〔65〕更严重的是,仅凭“损害是由第三人造成的”这一点,并不一定能使第三人承担侵权责任,因为除了因果关系要件以外,侵权责任的成立还取决于过错等其他要件。这样,受该条第2句的限制,受害人很可能处于无处索赔的窘境。

在本文看来,草案第14条的这一错误源于一个普遍的误解,即认为在第三人过错行为介入的情况下,第三人的过错行为才是损害发生的真正原因。甚至也有学者认为:“在多数这类案件中,被告的不作为并不是损害后果发生的真正原因,而损害后果之发生完全是由于其他原因如自

〔60〕 (1773) 2 WB1 892.

〔61〕 Clark v. Chambers (1878) 3 Q. B. D. 327.

〔62〕 参见葡萄牙最高法院1995年10月24日之判决,载CJ(ST)Ⅲ(1995-3)第74页。转引自前引〔9〕,冯·巴尔书,第565页。

〔63〕 参见奥地利因斯布吕克上诉法院1995年11月16日之判决,载ZVR 1997/49(第126页)。转引自前引〔9〕,冯·巴尔书,第566页。

〔64〕 NedJur1987年,第555号,第1941页。转引自前引〔9〕,冯·巴尔书,第595页。

〔65〕 在国外的司法判例中,存在这样的情况:某人的机动车被他人盗走,盗窃人驾驶机动车发生事故。按侵权责任法草案(二次审议稿)第51条的规定,“盗窃、抢劫或者抢夺的机动车发生交通事故造成损害的,由盗窃人、抢劫人或抢夺人承担赔偿责任”,机动车主不承担责任。但是,如果机动车主对于车辆的失窃有过失,如车辆没有上锁,或者车辆停放的位置易于失窃,而附近有专门的停车场,可以考虑让机动车主承担责任。参见前引〔9〕,冯·巴尔书,第577页(涉及德国道路交通安全法);前引〔54〕,Ulrich Magnus文,第66页,注16;第70页,案例3。但法国法院的态度则不同,车主无须承担责任。Civ. 2, 11.01.1995, BC II n° 21, cited from Suzanne Galand-Carval, *Causation under French law*, in J. Spier (ed.), *Unification of Law: Tort*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 55.

然原因、受害人自己的过失等原因或者第三人的加害行为造成。”〔66〕按此观点，因为损害后果之发生完全是由第三人的行为造成的，所以被告的不作为并非损害发生的真正原因。于是，不仅安全保障义务人应该承担补充责任还是不真正连带责任成为争论的热点，而且在侵权责任法草案（二次审议稿）中，安全保障义务被安排在“关于责任主体的特殊规定”一章。这种误解的实质是，否定间接致害这样一类侵权存在的可能性，极大地限缩了不作为与间接致害侵权存在的空间。而这种误解的根源在于，饱受我国学者批判的必然因果关系说，仍然控制、支配着我国法院的司法实践，甚至也包括部分学者和立法者的头脑。按照必然因果关系说，只有直接因果关系才可能符合必然性判断，间接原因与损害结果只能存在偶然因果关系，因而并非真正的原因。这种陈旧的因果关系观念及其所支配的司法实践必须借侵权责任立法之机彻底清除，而非像现在这样使之死灰复燃。

关于此类案件中存在的因果关系难题，有学者指出，对经营者不作为行为与损害后果之间的因果关系，不应当从“是否加害行为导致了损害的发生”这一事实上的因果关系层面加以理解，而应当从“如果经营者达到了应有的注意程度、实施了其应当实施的作为行为，是否可以避免或者减轻损害后果”的角度来理解。如果经营者实施了其应当实施的作为行为，损害后果不会发生或者可以减轻，则认为存在因果关系；否则，则不认为存在因果关系。〔67〕但是，根据事实上因果关系的假若没有（but for）标准，没有A就不会有B时，A就是B的事实原因。在不作为案件中，为避免双重否定，通常反过来表述这个问题，但实质内容并无不同：如果遵守了义务损害就当然不会发生时，不法之不作为就是损害的条件。〔68〕也就是说，在确定被告的行为是否是原告损害的条件时，有两种判断方法：排除法和替代法，前者适用于被告的积极作为，而后者适用于被告的消极不作为。〔69〕在此方面，不作为的因果关系并没有什么特殊之处。

只是需要说明，回答“如果被告没有忽略从事某种作为损害是否会发生”的问题往往会比回答“如果被告没有从事某种作为损害是否会发生”遇到更多的困难。在要求行为人采取积极作为阻碍损害的发生时，涉及避害措施的充分性问题。因此，原告需要证明具体案件中的条件与标准情况没有差别，例如，气温不是如此之低，以至于防护性衣物也起不到作用。人们经常遇到这样的问题：某人在光线昏暗的楼梯上摔倒，问题是充分的照明能够防止摔倒吗？〔70〕当乘客不幸落水而船上居然没有救生圈时，人们可能要问，即使有救生圈，船上的工作人员会及时把救生圈扔向落水者吗？或者即使他们即时把救生圈扔向落水者，他能够抓住吗？如果海上风浪很大，水流湍急，能否说即使船上有救生圈落水者仍会淹死呢？〔71〕就此，德国法院认为，不作为与损害之间因果关系的证明可以适用略为降低的盖然性标准。〔72〕

因此，在笔者看来，此类案件中因果关系的真正困难，在于损害的发生往往有第三人行为或受害人自己行为的介入，并且第三人或受害人的介入行为是损害发生的直接原因，而这正是不作为或间接致害侵权的结构特征，该特征给人们带来了因果关系问题上的困难。就本文的主题而言，安全保障义务对于这一难题的解决有何意义呢？

〔66〕 前引〔3〕，张新宝等文。

〔67〕 参见张新宝等：《客人酒后就浴摔成植物人 休闲中心该不该赔》，载中国民商法律网(<http://www.civillaw.com.cn>)，2009年5月21日最后访问。

〔68〕 前引〔9〕，冯·巴尔书，第525页。

〔69〕 参见前引〔18〕，Markenisis等书，第104页。

〔70〕 这个假设的例子以Reynolds v. Texas & Pacific Railway, (1885) 37 La. Ann. 694案为基础。

〔71〕 BGHZ 12, 94, 转引自前引〔18〕，Markenisis等书，第104页。

〔72〕 参见前引〔54〕，Ulrich Magnus文，第65页。

四、安全保障义务与因果关系的判断

如果在银河宾馆案、李彬案和五月花餐厅案中，由于第三人的犯罪或故意侵权是损害结果发生的直接原因，因而法院面临着判断因果关系的难题，那么为什么在银河宾馆案中，两审法院最终以宾馆违反合同义务为由，判令其承担违约责任呢？

按照上海市第一中级人民法院刘言浩法官的看法，虽然银河宾馆的过失与损害结果之间不存在侵权法上的因果关系，却存在合同法上的因果关系。就合同法上的因果关系而言，刘法官认为，从价值判断的角度着眼，“宾馆不履行其对住客之保护义务，破坏了住客对宾馆的信赖，也对宾馆业的市场信用造成了危害，从保护住客之信赖，维持市场信用之角度出发，应让宾馆承担损害赔偿赔偿责任。因此，应当确定宾馆怠于履行安全保护义务与住客受第三人侵害之间存在法律上的因果关系”。〔73〕但是，何以侵权法与合同法要异其因果关系判断，却颇费思量。

按刘法官的观点，之所以不存在侵权法上的因果关系，是因为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。故宾馆未违反法定义务，其行为不具有违法性，不构成侵权行为，因此，该行为与损害结果自无法律上的因果关系而言。〔74〕这种论证逻辑是成问题的，因违法性要件的缺失不构成侵权行为，并不必然意味着因果关系要件同样无法满足。并且，侵权法上的作为义务可以来源于合同的约定，既有比较法的支持（参见前文对德国法与英国法的考察），也为我国合同法所承认，学者也多认为，在医生不采取必要的治疗措施致患者死亡的情况下，可以构成不作为的侵权行为。〔75〕因此，以宾馆违反的义务为合同法上的义务而非侵权法上的义务为由，否定宾馆的侵权责任，理由并不充分。事实上，在本案中，合同法上的因果关系与侵权法上的因果关系处于同一“战壕”之中，单纯向法律政策（保护住客之信赖，维持市场信用）的逃遁无法缓解人们在因果关系问题上的困惑。

通过仔细分析案例可以看出，在银河宾馆案中，两审法院的判决书在阐明宾馆不应承担侵权责任后，都详细论证了宾馆未能认真、全面地履行合同义务的理由，由此判令其承担违约责任，这样，对过失的认定巧妙地化解了因果关系的困局。与此相对，在李彬案和五月花餐厅案中，法院认为被告已经尽到了谨慎的注意和照顾义务，〔76〕由于被告没有过失，因而无法弥补因果关系要件的缺失而要求被告承担责任。

这种通过考察加害人所违反的义务的内容来判断第三人的行为是否中断加害人的行为与损害结果之间因果关系的做法，能够得到比较法的支持。冯·巴尔教授指出，虽然从原则上讲，第三人因（甚至是故意利用）被告的过失违反义务行为而出于重大过失、特别是故意加害了原告时，损害就不能再从因果关系的角度归责于被告：第三人通常会被认定为损害的原因。但得进一步考察被告所违反的义务的内容。因为倘若义务的内容恰恰是保护处于被告保护之下的对象不受第三

〔73〕 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。

〔74〕 参见上文。

〔75〕 参见前引〔27〕，李开国、张玉敏书，第676页；前引〔48〕，王利明书，第255页。

〔76〕 在李彬案中，一审法院认为，“根据本案事实，应当认为陆仙芹、陆选凤、朱海泉已经在力所能及的范围内，对原告李彬的人身安全尽到了谨慎注意和照顾的义务”；二审法院也认为，“陆仙芹、陆选凤、朱海泉确实进行了劝阻并报警。陆仙芹、陆选凤、朱海泉已经在经营者力所能及的范围对李彬实施了保护”。在五月花餐厅案中，一审法院认为，“在当时的环境下，五月花公司通过合理注意，无法预见此次爆炸，其已经尽了保障顾客人身安全的义务”；二审法院也认为，“根据本案事实，五月花餐厅通过履行合理的谨慎注意义务，不可能识别伪装成酒的爆炸物，因此不存在违约行为”。

人加害，或者制止处于其控制之下的人加害他人，以第三人的行为是基于重大过失或故意加害目的为由否认被告的义务违反行为与损害之间的因果关系就显得怪诞。^{〔77〕}用美国第三次侵权法重述的话来说，一方面由于行为人未能采取足够的措施防止可以预见的他人不当行为的风险而认定行为人有过失，另一方面又认为可受谴责的人类行为的介入构成替代原因从而排除行为人的责任，这是存在内在矛盾的。^{〔78〕}

正是在此意义上，安全保障义务对于解决不作为与间接致害所面临的因果关系难题具有一定的意义。也就是说，如果安全保障义务的内容正是防止处于其保护范围内的人遭受第三人的侵害，或者防止处于其控制范围内的第三人侵害他人，那么再以介入了第三人的行为为由，否定违反安全保障义务的行为与损害结果之间的因果关系，就是成问题的。因此，银行家之所以必须锁好客户的证券，正是因为它们可能被盗走；如果一条法律规定汽车主人把车停靠在公路上时必须把车锁好，它的目的可能也就是要防止汽车失窃。在一个英国案件中，承诺锁门的工人过失地没有锁门，该房屋遭夜盗。虽然工人主张夜盗者的犯罪行为隔离了原告的损害与被告的过失，但英国上诉法院毫无困难地对被告课以责任：这正是被告的承诺所要预防的。^{〔79〕}

在此有必要简要讨论一下违反安全保障义务与过失之间的关系。最高人民法院虽然认为除违反安全保障义务外，受害人一方还需举证证明安全保障义务人有过错，但又认为交往安全义务的逻辑起点和适用基础与英美法中的过失侵权极为接近。两者不仅概念类似，且具有功能上的同一性。^{〔80〕}从人身损害赔偿司法解释第6条的两款来看，第1款规定的“未尽合理限度内的安全保障义务”也对应于第2款“安全保障义务人有过错”的规定。德国学者埃塞尔（Esser）也认为，交往安全义务就是德国民法典第276条第1款第2句（现为第2款）中的一般注意义务的具体化。^{〔81〕}依此，交往安全义务即为过失范围内的注意义务，违反此等注意义务即同时成立“过失”。

本文以为，违反交往安全义务是否同时成立“过失”，取决于如何界定过失这一概念。如果将过失认定为一种主观的心理状态，违反交往安全义务只是客观的外在行为，当然无法与过失同视。但是，过失的客观化是两大法系共同的选择，在此须继续考察过失客观化的真正涵义。过失的客观化既可以如有些学者所理解的，意味着过失本来就是指对具体情况下必须施加的注意义务之标准的偏离，也就是说“过失=义务违反”；也可以如另一些学者所坚持的，过失的客观化仅是判断标准的客观化，而过失本身仍然涉及认识并避免损害发生的可能性。依后种观点，不法性是一般注意义务的违反；而过失则须考虑具体情事及行为人本身及其同等之人应具备的能力，即还需要按照一定的标准检验行为人对该义务内容能否预见及能否期待其践行该义务。^{〔82〕}

从欧洲两个侵权法草案来看，它们大致采纳了相同的立场，虽然不再严格区分违法性与过

〔77〕 前引〔9〕，冯·巴尔书，第575页。

〔78〕 Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm (Proposed Final Draft), 2005, § 34, Reporters' Note to Comment *d*.

〔79〕 Stansbie v. Troman [1948] 2 K. B. 48. Tucker L. J. 在裁决中说：“被告对原告负有离开房屋时锁门的义务的原因是，如果不锁门，窃贼或者不诚实的人可能进入房屋。在我看来，如果被告因没有锁门就离开房屋而有过失，并且我认为是这样的，那么窃贼通过没有锁的门进入房屋并且盗走贵重物品就是他的过失的直接结果。”又见 Marshall v. Rubypoint Ltd. (1997) 29 H. L. R. 850（房主过失没有修理破败公寓的前门导致夜盗）。

〔80〕 参见前引〔1〕，黄松有主编书，第104页、第100页。

〔81〕 Esser/Weyers, Schuldrecht, Bd. II, S. 178. 转引自前引〔3〕，李昊书，第305页。

〔82〕 有学者指出了在违反交往安全义务下判断行为人是否有过失的四个方面：（1）对带有一般安全义务色彩的社会情事有认识可能性。例如，驾驶中对街上嬉戏的孩童；房屋所有人对供他人利用的建筑物楼梯有瑕疵时等情事。又如，就药物有被混合实验的可能性，药商即应注意。（2）对一般安全义务违反有认识可能性。例如，滑雪场经营者游客撞击升降机时虽因欠缺缓冲装置致生损害，但因此义务无从认识，故不具有责任性。（3）践行义务有期待可能性，如非处于惊愕错觉等情绪下。（4）义务违反的避免可能性。参见前引〔21〕，温世扬等文。

失,但是在有责性判断中综合了两个层次的内容,一是注意义务的违反,二是对加害人本身主观预见能力的考察,包括未成年人、精神智障者的特殊问题以及侵权责任能力。就此而言,称交往安全义务与英美侵权法中的注意义务有异曲同工之妙,大概是不为过的。

此处得进一步思考这样一个问题,即对过失的认定为何能化解因果关系的困局?这是因为,过失的认定已经结合了实际发生的损害以及损害发生的具体方式(如介入了第三人或受害人的行为或自然事件),过失一旦得到认定,从理论上讲,应该在过失之前考虑的因果关系要件也应该是得到满足的。也就是说,在银河宾馆案中,法院在判断宾馆是否认真、全面地履行了其义务时,已经将损害是由第三人的犯罪行为所致这一点考虑进去,因而考察的重点也在于宾馆是否切实采取了有效的安全防范措施,认真履行最谨慎之注意义务,在自己能力所及的范围内最大限度地保护旅客不受非法侵害。法院还指出,考虑到刑事犯罪具有突发性、不可预测性和犯罪手段的多样化等特征,只有在宾馆未能认真履行保护旅客人身、财产不受非法侵害的合同附随义务的情况下,才能要求其承担责任。

反之,如果对过失的认定没有结合实际发生的损害以及损害发生的具体方式,那么即使过失得到认定,也无法发挥此种化解因果关系困局的功能。可以举例说明过失的这两种认定方式。假设装卸工人不小心把一块木板掉落在船舱里擦出了火花,船舱里有一种易燃气体,结果引发了爆炸。^[83]结合实际发生的损害,就需要判断在爆炸和船舶最后被烧毁这一点上,工人有没有过失。而如果不结合实际发生的损害,考虑到木板掉在船舱里可能会造成一定的损害,比如砸伤其他装卸工人或者砸坏船体,过失也可能被认定。但是只有按照前一种方式,过失的认定才考虑了损害发生的具体方式,才可能预先解决因果关系问题。

事实上,上述思维方式亦为我国法院所实践。在五月花餐厅案中,受害人一方提出餐厅的装修材料不符合标准,餐厅对损害的发生有主观过错。但是即使该(违反法定义务的)过失成立,也与第三人的犯罪行为无关。二审法院正确地指出,装修材料是否符合消防安全管理的规定,只能体现该材料的阻燃性能高低,不代表该材料的抗爆性能强弱,并且阻燃性能高的材料不一定抗爆性能就强;使用木板作餐厅包房的隔墙是否符合消防安全管理规定,与本案的损害后果之间没有必然的因果关系。而关于餐厅是否违约的问题,两审法院都考虑了损害发生的具体方式。

虽然结合实际损害的过失的认定有利于缓解因果关系的困局,但是考虑到损害确实是经由第三人的犯罪行为而发生的,因而判断经营者是否违反了安全保障义务,也并非轻而易举之事。虽然经营者依法律、合同或者诚信原则而负有保障消费者人身、财产安全的义务,但如果危险的来源是第三人的犯罪或故意侵权行为,那么经营者所负作为义务的具体内容,应该限于在其所能的范围内,采取能力所及的措施,预防、制止第三人犯罪或故意侵权,并且在此类事件发生之后,尽量救助受害人。这是因为,不仅要求经营者预见到第三人犯罪或故意侵权行为的发生存在困难,而且在险情发生时,要求经营者必须与歹徒作斗争也不尽合理,毕竟经营者的人身、财产安全与消费者的人身、财产安全同样值得保护。法律所规定的义务必须是人们应该且能够做到的。

这样,就可以理解,介入的第三人的犯罪行为一般可以中断因果关系这一原则,为何首先在经营活动这一领域得到了突破。最高人民法院指出,安全保障义务人“能够防止或者制止损害的范围”,应当遵循以下几方面的原则:经营性社会活动中的安全保障义务人防止或者制止损害的范围要大于非经营性的社会活动;获利多的社会活动安全保障义务人防止或者制止损害的范围要大于获利少的安全保障义务人;具有专业知识的安全保障义务人防止或者制止损害的范围要大于不具有专业知识的安全保障义务人;向社会开放程度高的安全保障义务人防止或者制止损害的范

[83] Re Polemis and Furness, Withy & Co. [1921] 3 K. B. 560.

围要大于开放程度低的安全保障义务人；并且，安全保障义务人的实际经济能力往往也是判断标准之一。^{〔84〕}申言之，正是由于经营者具有更加强大的力量和相关方面更专业的知识和能力，更能预见可能发生的危险和损害，更有可能采取必要的措施（如警示、说明、劝告、救助等）防止损害的发生或减轻损害，依据收益与风险相一致的原则，经营者甚至负有防范和制止第三人暴力犯罪的义务。

根据上述分析，在官渡建行案中，之所以银行违反安全保障义务这一点就能解决第三人行为介入导致的因果关系难题，是因为安全保障义务的内容正是要求银行采取必要且可行的措施，尽量防范客户在与银行交易的过程中遭遇被抢的危险，而一旦银行违反了此类安全保障义务且实际发生了客户被抢的结果，那么就不能再认为抢劫犯的行为中断了银行违反义务的行为与损害结果之间的因果关系。与此类案例形成鲜明对照的是“白建金等诉林华东道路交通事故人身损害赔偿案”。^{〔85〕}在该案中，被告将受害人撞倒在地的行为，虽然不可能直接或者必然引起受害人的死亡，但是它降低了受害人在公路这一危险地带躲避随时可能发生的危险的能力，给第二起事故——大货车碾压受害人——的发生创造了条件，应当认定被告的肇事行为与受害人的死亡之间存在相当因果关系。但是，按照侵权责任法草案（二次审议稿）第14条，受害人死亡这一损害结果显然是第三人（大货车司机）造成的，因此，在法律没有规定被告承担补充责任或相应责任的情况下，被告无须承担责任。但这种结论显然不符合我国的司法实践和人们的公平正义感。

这样，就暴露了侵权责任法草案（二次审议稿）第14条存在的第二方面的问题。如果被告的行为首先是由于他种损害的风险而构成过失，那么被告是否须对第三人的介入行为引起的额外损害承担责任，这个问题就不那么明显了，在这一点上，安全保障义务也失去了解决因果关系难题的能力。科茨/瓦格纳认为，加害人的义务违反只需与其行为引起的法益侵害——即所谓始发侵害——相关联，而无须与“继起损害”即因始发侵害而又招致的风险相联系。^{〔86〕}

这是因为，首先，在承认预见能力有限的情况下，对于用来判断过失的行为人在行为之时能够合理预见到的损害，就不能要求过多。如果认为过失驾驶之人应该预见到受害人嗣后遭遇医疗事故的可能性，那就是将可预见性概念的弹性发挥到了极致。法律所需要的，只是在繁忙世界中的普通预见。因而，一旦行为人能够合理预见到初始损害发生的风险，并且因为未能采取合理措施避免初始损害的发生而被认定有过失，人们就无须再考虑行为人是否能够合理预见到继起损害的问题了。其次，从侵权法的威慑功能来看，在行为就初始损害而言已经有过失的情况下，完全不必再考虑继起损害。用哈特和霍诺里的话来说，“在继起损害的危险来自于一个理性人不会去制造的那种有害形势（即初始损害）的情况下，去询问这种危险本身是否能够阻却一个理性人实施这种行为这一问题，在逻辑上是讲不通的”。^{〔87〕}

由于在理论上排除了结合继起损害认定过失的必要性，因此，即使过失得到认定，也不能化解因第三人行为的介入所导致的因果关系困局。也就是说，如果安全保障义务的内容与第三人的行为无关，第三人的介入行为是否会中断违反义务的行为与损害结果之间的因果关系，就不能通过考察义务人是否违反了安全保障义务来判断，而是必须回到因果关系问题的一般解决路径上来，依相当因果关系说而为判断。由此，因果关系要件对于确定义务违反人的责任范围，具有不可替代的功能，安全保障义务并不能解决不作为与间接致害侵权中的全部困难。

〔84〕 参见前引〔1〕，黄松有主编书，第116页。

〔85〕 福建省安溪县人民法院（2004）安民初字第371号（2004年5月26日），载《人民法院案例选》2005年第1辑，第269页。

〔86〕 Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Luchterhand Verlag, 10. Aufl., 2006, S. 77—92.

〔87〕 前引〔50〕，Hart & Honoré书，第264页。

五、结 论

在德国,交往安全义务对于不作为与间接致害侵权的作为义务基础、不法性与过错的认定以及因果关系的判断都发挥了重要的作用,在一定程度上化解了不作为与间接致害侵权的特殊困难,扩大了不作为与间接致害侵权的范围,因应了现代社会风险增大的现实,意义深远。我国试图引入源自德国判例的这一学说,并试图将之立法化,对于解决我国审判实践中面临的不作为与间接致害侵权的实际困难,也具有一定的意义。

从上文论述不难看出,我国适用安全保障义务的司法实践至少存在如下几个特征:(1)适用范围有限,主要涉及经营场所和公共场所,其他领域的适用较为少见;(2)在涉及安全保障义务的典型案例中,第三人行为往往是犯罪,至少是故意侵权,较少涉及过失;(3)除第三人行为直接造成的损害外,安全保障义务人违反安全保障义务没有引起其他损害,即较少涉及继起损害的问题。依本文所见,受此实践的局限,我国司法解释和侵权责任法草案规定的安全保障义务在以下几个方面存在缺陷与不足:

首先,对于我国在审判实践中面临的不作为与间接致害侵权的特殊困难,没有清醒的认识,有盲目照搬他国学说之嫌。从立法上看,民法通则第106条第2款并未排除不作为与间接致害侵权的可能性;从学理上看,作为义务的来源也并不限于法律的特别规定;从司法实践来看,在作为引入安全保障义务背景的典型案例中,法院也并未以作为义务的缺失作为裁判的基础。因此,虽然引入安全保障义务可以进一步深化对民法通则第106条第2款的具体化,但作为义务的来源问题并非我国审判实践所面临的急迫困难。事实上,法院在审判实践中感受到的特殊困难,源于不作为或间接致害侵权的结构特征,即损害的发生往往有第三人或受害人自己的介入行为,并且该介入行为是损害发生的直接原因,正是该特征给人们带来了因果关系问题上的困难。

其次,受安全保障义务适用范围的限制,安全保障义务在我国以法之明文(立法化)的形式进入最高人民法院的司法解释以及各学者和官方的侵权责任法草案,这种做法的必要性也值得怀疑。从理论上讲,交往安全义务对于不作为与间接致害侵权的各个要件,包括行为、不法性、过错、因果关系的认定都可能有所影响,可以说是侵权责任各个要件面向不作为与间接致害侵权的一次理论上和实践标准的发展,因而更适宜于反映在学说与判例之中。如果一定要反映在立法之中,那么在行为、不法性、过错、因果关系这些要件中都应有所体现,这正是奥地利损害赔偿法草案的做法,^[88]而非像目前这样在受到限制的适用范围内专门写一条或两条。我国侵权责任法草案所拟定的一般条款并没有一般地排除不作为与间接致害侵权的可能性,并且草案就侵权责任的各个要件亦未规定明确的判断标准,而是让诸判例、学说发展,在这种立法背景下,安全保障义务的立法化不单单是一种多余,更可能引来功能上的错位。

第三,对安全保障义务的误解所带来的最显而易见的结果,就是在侵权责任法草案中一般性地否定了间接致害侵权存在的空间,也即本文多次提及的草案第14条的规定。这一规定错误的根源乃过度抽象。由于实践中遇到的典型案例,尤其是《最高人民法院公报》公布的案例,都涉及第三人的犯罪行为或故意侵权,而这样的行为原则上能够中断因果关系,以此类行为作为抽象的基础,则确实能够得出这样的结论:损害结果是由第三人造成的,由第三人承担侵权责任。但是,实践中必然还存在大量第三人的行为只是具有过失或者根本无过错的情形,并且从其他国家的判例情况来看,这样的情形要远远多于第三人犯罪或故意侵权的情形。忽略了此类实践基础,

[88] 奥地利损害赔偿法讨论草案第1296条(注意标准)、1297条(作为义务)都涉及交往安全义务。

立法的抽象必然失之于偏狭。这一错误的结果是，名义上我国引入了安全保障义务，实际上却南辕北辙：在德国，交往安全义务是用来扩张不作为与间接致害侵权的，而在我国，却一般性地限制了经由第三人行为介入而发生的间接致害侵权存在的空间，采取了一个限制责任的立场。

第四，还应该看到，安全保障义务对于不作为与间接致害侵权的因果关系困境而言，同样存在“力有未逮”之处。虽然如果安全保障义务的内容正是防止处于其保护范围内的人遭受第三人的侵害，或者防止处于其控制范围内的第三人侵害他人，那么认定义务人违反了此义务就可化解因果关系难题，但是当安全保障义务的内容与第三人介入的可能性无关时，安全保障义务人是否须对因第三人行为的介入所发生的后续损害承担责任的问题，只能通过考察因果关系要件才能解答。这一点亦说明，草案第14条对于第三人行为介入的各种纷繁复杂的可能情况，欠缺考虑与准备。

Abstract: § 6 of the judicial interpretation of supreme people's court on compensation for personal injury has brought the theory of duty of care derived from German cases into Chinese Law. Such importation is of some significance for our judicial practice to resolve the difficulty it faces concerning liability for omissions and indirect infringement.

Although this theory can crystallize § 106 (2) of General Principles of the Civil Law on the problem of duty of act, such problem is not the urgent difficulty faced by our judicial practice. Firstly, § 106 (2) of General Principles of the Civil Law has not excluded the liability for omissions or indirect infringement. Secondly, the origins of duties of act are not limited to the special provisions of legislation according to our theory. Thirdly, in the typical cases as the background of such importation, courts have not ruled such cases on the absence of duty.

In fact, it is the structural feature of omission and indirect infringement that troubles our courts. That is to say, there are often intervening acts of third parties or victims before the occurrence of the damage, and such intervening acts are the direct causes of the damage. This feature has produced the difficulty on the problem of causation.

The duty of care can in some extent resolve the hard problem of causation. If the duty is to protect the person within its protective scope from infringed by a third party, or to prevent a third party within its controlling scope from infringing others, then once such duty is breached, the requisite of causation is also satisfied. On the other hand, if the duty has nothing to do with the act of a third party, then whether the causation between the conduct breaching the duty and the damage is interrupted or not, cannot be judged by whether such duty is breached or not.

§ 14 of the Draft of Tort Liability Law (proposed for the second discussion) has not taken into account and prepared for the various circumstances of intervening acts of third parties, has denied in general the existing space of liability for indirect infringement, and will bring about serious negative influence.

Key Words: duty of care, liability for omission, indirect infringement, duty of act, causation
