

The Study on the Duty to Act in Tort Law  
the Safety-guard Duty



# 侵权法上作为义务 安全保障义务之研究

杨垠红 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

**The Study on the Duty to Act in Tort Law**  
the Safety-guard Duty

# 侵权法上作为义务 安全保障义务之研究

杨垠红 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

侵权法上作为义务:安全保障义务之研究 / 杨垠红著. —北京:

法律出版社, 2008. 5

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8402 - 9

I. 侵… II. 杨… III. 侵权行为—民法—研究—中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 050870 号

© 法律出版社·中国

侵权法上作为义务  
——安全保障义务之研究

杨垠红 著

责任编辑 刘彦洋 田会文  
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2008 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 9 字数 232 千

印次 2008 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

---

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

---

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8402 - 9

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 序

杨垠红博士的新书《侵权法上作为义务——安全保障义务之研究》即将付梓,热情邀我作序。我作为她在中国人民大学法学院访学期间的导师,义不容辞,因而欣然应允。

现今社会生活中的法律关系日益复杂,而法律固有的滞后性和不周延性使得传统的侵权法难以应对某些新生问题。当前的一个突出问题是,人们因某些从事经营活动或社会活动的人怠于采取合理的防范措施而遭受人身或财产损害,却无法获得全部、及时的赔偿。针对这一问题,法官们借助手中的自由裁量权创设了为保障他人人身或者财产安全的积极作为义务,如德国法上的一般安全注意义务、法国法上的安全义务、日本法上的安全关照义务、英美法上的合理注意义务,以切实保护人们的人身和财产的安全。我国在借鉴国外做法和结合我国具体情况的基础上,出台了相关司法解释,明确规定了经营者和其他社会活动组织者的安全

保障义务。安全保障义务的提出,是对传统侵权法偏重积极侵权行为,忽视不作为侵权责任倾向的纠正,彰显了人的价值和对人权保护的重视。我国侵权行为法虽然提出了安全保障义务的规则,但尚不完善,在实践适用中亦遇到不少疑难问题,需要进行全面探究,为司法实践和立法提供参考和借鉴,以更好地维护社会成员的个人安全及社会的整体利益。

杨垠红博士在写作本书之前,曾经对侵权法中的诚信和不作为侵权责任等课题进行了专门的研究,并收集了相关资料,并撰写了初稿,举办了讲座,征求同仁的意见。在此基础上,她确定了《侵权法上作为义务——安全保障义务之研究》作为博士论文的题目,对素材精挑细选,完成了博士论文的写作,并且取得了法学博士学位。毕业后,她来到中国人民大学民商事法律科学研究中心做访问学者,认真查找文献,不断与同仁交流意见,补充、修正了原博士学位论文中不尽完善的地方,丰富论证,增加实例分析,终于著成本书。我作为她的导师,见到她每日像一只蜜蜂一样勤奋地研究着,经常为她的勤奋和辛劳而感动,看到她的作品问世,又觉得她的付出是值得的。为此,应当向她祝贺。

侵权法的安全保障义务是一个较为复杂的制度,我国司法解释确定违反安全保障义务的侵权行为类型的时间并不是很长,实践经验仍然不足,理论研究也还有待于继续深化。在本书中,杨垠红博士在阐述了确立安全保障义务的经济学、社会学和哲学理论依据后,对与我国安全保障义务相对应的大陆法系和英美法系的若干制度(尤其是英美法上的有限作为义务)进行了全面的比较和分析,对我国的安全保障义务制度进行了系统的探讨,并就我国司法解释对违反安全保障义务责任规定存在的问题进行了批评,进而提出了安全保障义务责任类型化的建议。我看到,该书引用的中外资料比较充分,在论述中注意理论与实践的结合,提出的意见对侵权法理论发展和司法实践操作都有积极意义。我希望大家喜欢她的作品。

是为序。

中国人民大学民商事法律科学研究中心 杨立新

2007年10月28日

# 目 录

<b>第一章 侵权法上安全保障义务的提出 / 1</b>
第一节 不作为侵权责任问题的引发 / 1
第二节 国外解决此类问题的路径 / 4
一、合同法上的解决方式 / 4
二、侵权法上的解决方式 / 8
第三节 比较分析的结论 / 29
第四节 我国的解决方式及安全保障义务的提出 / 32
<b>第二章 安全保障义务的释义及学理基础 / 37</b>
第一节 安全保障义务的释义 / 37
一、安全保障义务的含义 / 37
二、安全保障义务的功能及意义 / 39
第二节 安全保障义务的溯源 / 42
一、从具体制度的设计来看 / 43
二、从对不作为侵权的肯定来看 / 50
第三节 安全保障义务的学理依据 / 53

侵权法上作为义务

一、经济学上的理论依据 / 53

二、社会学上的理论依据 / 56

三、哲学上的理论依据 / 62

### 第三章 大陆法系的一般安全注意义务 / 66

#### 第一节 一般安全注意义务的概述 / 68

一、一般安全注意义务的源起 / 68

二、一般安全注意义务的基本内容 / 70

三、一般安全注意义务的相对性 / 73

#### 第二节 一般安全注意义务的类型化 / 75

一、根据侵权行为主体的不同所做的分类 / 75

二、根据侵害客体的不同所做的分类 / 76

三、根据侵害对象的不同所做的分类 / 77

四、根据侵权行为类型的不同所做的分类 / 78

五、根据一般安全注意义务的内涵所做的分类 / 79

六、根据一般安全注意义务产生的场合不同所做的分类 / 80

七、根据一般安全注意义务依据不同所做的分类 / 82

#### 第三节 违反一般安全注意义务的责任 / 84

一、责任构成要件之一——构成要件的符合性 / 84

二、责任构成要件之二——违法性 / 93

三、责任构成要件之三——过错 / 100

四、责任的承担 / 107

### 第四章 英美法系的注意义务 / 111

#### 第一节 英美法系的注意义务概述 / 111

一、英美法系注意义务的产生 / 111

二、注意义务标准的发展 / 114

三、英美法系的注意义务与大陆法系的一般安全注意义务的相似性 / 117

#### 第二节 英美法中的有限作为义务 / 122

一、有限作为义务的破茧而出 / 122



二、有限作为义务的具体阐释 / 130

### 第三节 违反注意义务的责任 / 148

一、责任构成要件的概述 / 148

二、对注意义务的违反 / 154

三、责任的承担 / 160

## 第五章 安全保障义务的比较分析 / 166

### 第一节 我国安全保障义务的规制现状 / 166

一、成文法的规定 / 166

二、司法解释及其解析 / 167

三、民法典或侵权责任法草案或建议稿的规定 / 172

### 第二节 安全保障义务的纵横比较 / 180

一、纵横比较的结论 / 180

二、比较结果对我国的启示 / 182

## 第六章 安全保障义务的理论探究和实证分析 / 196

### 第一节 安全保障义务的基本理论 / 196

一、安全保障义务的基本特征 / 196

二、安全保障义务的主要内容 / 197

### 第二节 安全保障义务的类型化 / 201

一、学校对学生承担的安全保障义务 / 210

二、雇主对雇员承担的安全保障义务 / 203

三、主人承担的安全保障义务 / 205

四、体育活动组织者的安全保障义务 / 209

五、旅游营业者对游客承担的安全保障义务 / 210

六、旅馆对消费者承担的安全保障义务 / 212

七、公共承运人对乘客承担的安全保障义务 / 213

八、物业管理公司对业主承担的安全保障义务 / 214

九、银行及其他金融机构承担的安全保障义务 / 216

十、医师承担的安全保障义务 / 218

侵权法上作为义务

第三节 违反安全保障义务的责任 / 220

一、责任的构成要件 / 220

二、安全保障义务与归责原则 / 231

三、责任的承担 / 234

余论 / 251

参考文献 / 253

# 第一章 侵权法上安全保障 义务的提出

## 第一节 不作为侵权责任问题的引发

在我国经济和社会迅速发展之时,人身或财产损害赔偿案件在类型上呈现多样化、复杂化,数量上亦日渐攀升,其中两类案件颇为引人注目:第一类案件是从事某些经营活动或社会活动的人未实施积极的行为而使他人遭受人身或财产的损失,受害人诉至法院要求这些人承担损害赔偿责任的案件。例如:2000年李晓静诉北京日盛达饭店案,<sup>①</sup>原告到被告处买早点时因饭店地面的积水而滑倒,头部撞在玻璃上,造成全身多处裂伤,原告因此要

---

<sup>①</sup> 贾琰:“公共消费场所遇伤害经营者担责(一)五大案例”,载 <http://www.ccn.com.cn/news/readnews.php?newsid=6163>, 2006年5月30日访问。

求被告赔偿;2001年董某等诉厦门集美学校委员会案,<sup>①</sup>集美大学学生董某在集美龙舟游泳池游泳时溺水,因未得到及时救助而死亡,其父母要求该泳池管理人即被告承担赔偿责任;2004年原告诉被告停车场财产损害赔偿案,<sup>②</sup>原告到被告的商场购物,将汽车停在被告免费的停车场,待原告购物出来后发现汽车被盗,因而要求被告承担赔偿责任;2007年单某诉请成名酒店赔偿损失案,<sup>③</sup>单某和他的同事在成名酒店吃晚饭喝酒后,一同下楼,在酒店二楼楼梯间拐角处,单某一脚踏空,身体失去平衡后翻过护栏,栽入天井致死。经查该护栏高度为0.82米,且楼梯间地面没有采取任何防滑措施,也没有设置防滑警示标志,故死者家人要求酒店承担损害赔偿责任。第二类案件是在从事某些经营活动或社会活动的人未实施某些积极行为的情况下,受害人因第三人的侵害行为而遭受人身或财产的损失时,要求这些人承担赔偿责任的案件。例如:1998年王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆案,<sup>④</sup>该案中,原告之女王翰为参加药品交流会入住于被告上海银河宾馆,因宾馆的保安监控措施的不完备致使王翰被外来的犯罪分子杀害,并被抢劫了财物,原告诉请法院要求被告对王翰的死亡和财产损失承担赔偿责任;2001年李萍、龚念诉广东珠海经济特区五月花饮食有限公司案,<sup>⑤</sup>该案中,二原告带其八岁的儿子龚硕皓去被告经营的五月花餐厅就餐,被告的礼仪小姐将他们安排在一间包房的外侧就座,一犯罪分子在这间包房内制造爆炸事件,包房的墙壁

---

① 杨立新:“在游泳池游泳溺水死亡谁应当承担赔偿责任”,载杨立新主编:《侵权司法对策》(2003年第1辑),吉林人民出版社2003年版,第131页。

② 樊怀礼:“停车场承担的安全保障义务”,载张民安主编:《侵权法报告》(第1卷),中信出版社2005年版,第312~313页。

③ 李彦:“酒店护栏低于相关规定 食客酒后坠楼获赔”,载 [http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=244505&k\\_title=酒店护栏低于相关规定&k\\_content=酒店护栏低于相关规定&k\\_author=](http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=244505&k_title=酒店护栏低于相关规定&k_content=酒店护栏低于相关规定&k_author=),2007年6月14日访问。

④ 唐德华主编:《最高人民法院人身损害赔偿司法解释条文释义》,人民法院出版社2004年版,第109页及以下。

⑤ 唐德华主编:《最高人民法院人身损害赔偿司法解释条文释义》,人民法院出版社2004年版,第120页及以下。

被炸倒下,造成龚硕皓死亡和李萍残疾的严重后果,原告因此诉请法院要求被告承担全部的损害赔偿;2005年物业公司未尽保安义务的赔偿案,<sup>①</sup>2005年由于上海中远两湾城小区保安员对大堂进出人员未仔细观察,没有警觉到未使用IC智能卡进门的刘伟等三名歹徒,致使这三名歹徒顺利进入社区并将业主李先生暴打致死,李先生的母亲认为是物业公司的过失导致了其儿子被害的结果,故要求该物业公司承担赔偿责任。

在现实社会中,此类案件颇多,<sup>②</sup>它们正好处在了我国民事立法特别是侵权行为立法的薄弱之处。详言之,在第一类案件中,如果受害人和被告之间存在合同关系,则似可以采用违约责任或缔约过失责任来处理,但受害人的全部利益如精神损害赔偿就无法得到全面保障。若通过侵权法的途径来解决,则存在这样一个疑问:受害人所遭受的人身或财产损害是由于被告的不作为造成的,而传统的侵权法注重于惩罚侵害他人利益的积极作为,那么消极的不作为是否会引发责任的承担?若须课加责任,首先要解决的问题是,被告是否负有安全保护的作为义务。在第二类案件中,被告并非是直接侵害原告人身权或财产权的加害人,只是直接加害人利用了被告没有积极的作为的条件,造成了原告人身或财产损害。被告是否会因他的不作为而承担赔偿责任?这一问题合同法所难以解决的,因为合同权利义务只发生在合同当事人之间,所以合同一方当事人不因第三人的侵害行为而对另一方当事人承担赔偿责任。那么这只得求助于侵权法。在侵权法中,认定该责任的先决问题,亦是被告是否负有安全保护的作为义务。所以解决这两类问题的难点和重点就在于这样一个问题,不作为的当事人在何种情形下需要承担赔偿责任?这个问题也可以理解为,什么人在何种情况下对哪些人负有保护他

---

<sup>①</sup> 刘宁:“业主家中遇害、物业被判承担相应责任”,载 <http://www.chinacourt.org/html/ajk/>,2007年10月18日访问。

<sup>②</sup> 仅通过中国法院网案件库查询,2001年以来直接关涉安全保障义务的重要案件就有一百五十多件。

人身安全与财产安全的义务,义务的内容是什么,此人是否履行了义务的判断标准如何,违反此等义务与侵权责任关系怎么确定,责任如何承担等。这些问题的探讨和解决对于我国司法实践具有重要的意义,对于我国相关理论的发展亦有积极的推动作用,因为此类案件往往具有一定的严重性、典型性,有些案件甚至涉及人的生命安全,大多数案件与人们的日常生活紧密相关,所以媒体对这类纠纷的裁判结果也非常关注并不断予以披露。但由于裁判依据的缺失或不明确使某些相同类型的案件因裁判法官认识上的差异而呈现出不同的判决结果,甚至出现不公平却又无可奈何的结果,这就极大地影响了法律的权威性和司法公正的形象。

在民法典制定过程中,立法者、司法者和学者均对此展开了热烈的探讨。其中一些人便将视线转向其他国家,考察国外解决这一问题的途径,希望从国外吸取一些有益的经验或得到某些启示。在国外,主要有两种途径来解决这一问题:一种是从合同法领域寻求破解方法,另一种则是利用侵权法理论来应对之。

## 第二节 国外解决此类问题的路径

### 一、合同法上的解决方式

#### (一)德国法的解决方式

在德国民法中,主要有缔约过失责任(*culpa in contrahendo*)、附保护第三人作用的契约(*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*)理论来解决不作为在何种情况应承担责任的问题。

首先来看缔约过失责任理论。该理论是鲁道夫·冯·耶林(*Rudolf von Jhering*)创立的,他认为,“从事缔结契约的人,是从契约交易外的消极义务范畴,进入契约上的积极义务范畴,其因此而承担的首要义务,系于缔约时须善尽必要的注意。法律所保护的,并非仅是一个业已存在的

契约关系,正在发生的契约关系亦包括在内,否则,契约交易将暴露于外,不受保护,缔约一方当事人不免成为他方疏忽或不注意的牺牲品!契约的缔结产生了一种履行义务,若此种效力因法律上的障碍而被排除时,则会产生一种损害赔偿义务。……简言之,当事人因自己过失致使契约不成立者,对信其契约为有效成立的相对人,应赔偿基于此项信赖而生的损害”。<sup>①</sup> 根据该理论,如果当事人之间因社会交往产生了一定的信赖关系,则一方当事人基于诚实信用原则的要求对另一方当事人负有先契约义务。该义务并非是合同的主要义务,而是一种附随义务,包括当事人为缔结契约而进行接触、磋商时产生的各种协助、通知、照顾、保护、保密和忠实义务等。根据其中的保护、照顾义务的要求,一方当事人对另一方当事人的人身、财产权益,甚至可能包括纯粹的经济利益,负有谨慎的积极注意义务。关于这方面,德国法院已做出了许多判例,其中最著名的当属德国最高法院 1911 年的“软木地毯案”。在该案中,一名妇女带着她的孩子到一家百货公司购买地毯,当售货员准备把这位妇女选中的地毯取下来时,先前放在一旁的另外两卷地毯却掉了下来,正好砸伤了这名妇女和她的孩子。德国最高法院认为商店因其雇员的过失,没有尽到照顾保护义务,造成此名妇女及其孩子的伤害,应承担损害赔偿赔偿责任。此外,还有一些类似的案例,如一名未成年子女陪伴自己的母亲前往自助商场,结果在商场内因蔬菜叶而滑倒的案件;一位意欲购买汽车者在试车时使待售的汽车发生毁损的案件。<sup>②</sup>

其次再看附保护第三人作用的契约。它指特定的契约一经成立,非但在契约当事人之间发生相应的权利义务关系,而且债务人对于债权人有特殊关系的第三人也负有照顾、保护等义务。债务人违反此项义务,就该特定范围之人所受之损害,应依契约法之原则负赔偿责任。质言

---

<sup>①</sup> Jehrings Jb. 41(1961), S. If., 转引自王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第 1 册),中国政法大学出版社 1998 年版,第 88~89 页。

<sup>②</sup> [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢谟译,法律出版社 2002 年版,第 96 页。

之,即特定契约关系兼具保护第三人之作用。<sup>①</sup> 附保护第三人作用的契约亦是基于诚实信用原则发展而来的,但如何确定受保护的第三人范围是一个颇为费神的问题。德国联邦最高法院的1968年判决中曾对此做出明确的规定:“并非任何因债务人违反注意义务(Sorgfaltsverletzung)以致受到损害的人,都能直接依据债权人与债务人之间的契约关系而提出自己的损害赔偿请求权。……附保护第三人作用的契约只有在下列情形中可以被接受,即债权人对该第三人负有保护照顾的义务,且与该第三人具有祸福与共的关系,以致该第三人的损害就是债权人的损害。这种具有为第三人利益的保护效果来源于债权人与第三人间的内部关系,而这种内部关系则完全是经由人格权法上的特质所彰显出来的,并非来源于债权人与其契约相对人之间的关系。”<sup>②</sup>附保护第三人作用的契约所保护的法益范围也是有限的,过去德国司法实践只是承认对人身损害的赔偿,但是此种限制使其适用范围过于狭窄,因此后来德国联邦最高法院将该范围扩张至第三人物的损害(Sachschaeden)以及财产损害(Vermögensschaeden),但是其认定的标准甚为严格。<sup>③</sup>

## (二)法国法的解决方式

在法国契约法上,是通过确立“安全义务”(obligation de securite)来解决这一问题的。<sup>④</sup>“安全义务”的概念产生于19世纪,其产生是为给因工伤造成人身伤害的工人提供及时和全面的救济。依此理论,一旦雇员在工伤事故中受到损害,他即可要求雇主对其承担契约性损害赔偿责任,因为雇主违反了对雇员应承担的安全保障义务,且在判断雇主是否

---

<sup>①</sup> 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第1册),中国政法大学出版社1998年版,第34页。

<sup>②</sup> BGHZ 51,91 = NJW 1969, 269, 转引自刘春堂:《契约对第三人之保护》,辅仁法学(4),第20~21页。

<sup>③</sup> 王利明主编:《人身损害赔偿疑难问题》,中国社会科学出版社2004年版,第254页。

<sup>④</sup> 关于法国法上安全义务的阐述参考了张民安:《现代法国侵权责任制度研究》(第2版),法律出版社2007年版,第33页及以下。



承担此等损害赔偿时,其过错认定是采用推定的方式,无须受害人举证加以证明。具言之,在19世纪,因为当时的法国民法典尚未规定严格责任,所以该法典对侵权责任问题采取完全的过错侵权责任。工人因雇主的机器等遭到人身伤害时,他必须根据法国民法典第1382条追究雇主的过错侵权责任,其中很关键又存在难度的一点就是他必须证明雇主有过错。这就降低了雇员在遭到工伤事故损害时所获得的损害赔偿的可能性并限制了他可能获得的赔偿数额。随着工业革命的迅速发展,工伤事故大量发生,19世纪末时法国最高法院开始在法国民法典中寻找能够给工人提供更好的人身保护的法律救济手段。法国最高法院在1896年6月16日的著名判决中抛弃了工伤事故中长期实行的过错侵权责任,根据法国民法典第1384条第1款责令雇主承担侵权责任,从而为改善工人在工伤事故中的地位、增加其诉讼的成功率进行了一次具有重要意义的努力。随着法国民法典第1384条第1款地位的逐渐提高,该款被重新做出解释,被认为它实际上包括了契约性的词语即“安全义务”,即契约一方当事人对另一方当事人承担确保另一方当事人人身安全的义务。运用到雇佣关系上,法院认为,一旦雇员在工伤事故中受到损害,他即可要求雇主承担违约损害赔偿,雇主的过错是被推定的,无须受害人举证。这样,“安全义务”因严格侵权责任而产生,并逐渐被拓展到契约责任中。然而以契约方式来处理工作事故纠纷则存在一个难以攻克的难题,即如果契约当事人之间并没有约定一方对另一方承担“安全义务”,那么法律依据什么可以要求一方当事人对另一方当事人承担安全保障义务?有些学者试图根据暗含意图理论来证明强加此种义务的正当性,有些学者则根据公平理论来证明此种义务的合理性,显然,这两类学者实际上均是根据法国民法典第1135条来解释这样做的正当根据。亦有些学者另辟蹊径认为,“安全义务”在法国民法典中无适当的根据,完全是司法所创设的一种理论。

然而,“安全义务”的契约性理论在19世纪末并没有得到司法的普遍支持,许多司法判例仍然根据民法典第1384条第1款责令雇主承担