

论非营利性公共场所安全保障义务之合理限度

——基于安全保障义务之泛化引发的思考

寇枫阳

(中南财经政法大学 法学院, 武汉 430073)

摘要:《民法典》第1198条第1款将“公共场所”分解为“经营场所+公共场所”,将经营场所之外的非营利性场所囊括其中,存在未区分二者的义务标准和限度的问题。非营利性公共场所与营利性公共场所责任基础上具有异质性,因此其安全保障义务的标准与限度应较低。非营利性公共场所安保义务之作为来源可分为诚信原则和服务合同关系,它们在作为义务之标准上应区别对待:二者均需按照法定标准履行义务,无法定标准时仅需履行一般的警示、提醒注意、防护和事后防止损害扩大之义务即可,其中防护义务并非强制,应根据防护的现实可能性和成本加以考量,但来源于服务合同关系的安全保障义务应在服务场所内安排专门人员、设置安保设施。在责任承担上,非营利性公共场所之责任应限于合理的预见可能性,且采用先前类似犯罪行为理论作为推定标准。

关键词: 民法典;非营利性公共场所;安全保障义务;责任基础;合理限度

中图分类号: D923.204 **文献标志码:** A **文章编号:** 1672-349X(2021)01-0035-13

DOI: 10.16160/j.cnki.tsxyxb.2021.01.0006

On the Reasonable Limit of Security Obligation for Non-profit Public Place: a Reflection over its Generalization

KOU Feng-yang

(School of Law, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan 430073, China)

Abstract: In the first paragraph of Article 1198 in *Civil Code*, the “public place” is separated into “business place+ public place”, including non-profit place other than business place, where their obligation standards and limits are not distinguished. Compared with the profit-making public place, the non-profit one is heterogeneous for the responsibility basis, so the standard and limit of its security obligation should be lower. The source of security obligation in the non-profit public place can be divided into the principle of faith and the relationship of service contract, which should be treated differently in the aspect of obligation standard. Both of them need to perform their obligations in accordance with statutory standards. When standards cannot be set, they only need to perform the duties of general warnings, reminders, protections and post-mortem obligations to prevent damage from expanding, among which protection obligations are not mandatory and should be considered based on the realistic possibility and cost of protection. However, as for the security obligation derived

作者简介: 寇枫阳(1996—),男,河南禹州人,硕士研究生,主要从事民法学研究。

from the service contract relationship, specialized personnel should be arranged and security facilities be set up in the service place. In terms of liability, the liability of non-profit public place should be limited to reasonable foreseeable possibility, and the previous similar crime theory should be used as the presumption standard.

Key Words: Civil Code; non-profit public place; security obligation; responsibility basis; reasonable limit

一、问题的提出

《民法典》第 1198 条第 1 款规定了安全保障义务,在《侵权责任法》第 37 条第 1 款“宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所”的基础上,将之扩大至“宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经营场所、公共场所”。此处将“公共场所”分解为“经营场所+公共场所”,将经营场所之外的非营利性场所囊括其中,由此扩张了安全保障义务适用的空间范围^①。应当代社会对危险的防范和控制要求,拓宽注意义务的范围,构筑保护行为安全的堤坝,体现了新时代《民法典》的人文关怀。

值得注意的是,《民法典》规定的安全保障义务在创新的同时,仍具守正之特点,沿用了《侵权责任法》第 37 条第 1 款“未尽到安全保障义务”之标准,但忽视了对安全保障义务限度与边界的明确。在《民法典》编纂的背景下,在《民法典》安全保障义务之空间二分为经营场所与非营利性场所的现实情况下,学界对安全保障义务之合理限度的研究立足于《侵权责任法》第 37 条第 1 款之“公共场所”,并未区分营利性和非营利性,忽视了非营利性公共场所安保义务标准的特殊性^②。

学术研究忽视非营利性公共场所的安全保

障义务,并不意味着实践中不存在该种情况。2020 年最高人民法院公布的“大力弘扬社会主义核心价值观十大典型民事案例”中,“村民私自上树摘果坠亡索赔案”^③即为非营利性公共场所安全保障义务的明证。该案中,受害人私自攀爬与游览服务无关的杨梅树,导致坠落身亡,该景区系 3A 级开放式景区,不收门票,具备非营利性,一审、二审均认为景区管理人“应意识到攀爬杨梅树采摘果实存在可能危及人身财产安全的情况,但其未对此作出警示告知,存在一定的过错,依法应承担次要责任”;再审则从安全保障义务之限度、法律上的因果关系及受害人自甘风险三方面,否定管理人违反安全保障义务,认为不应承担责任。再审法院关于安全保障义务限度之理由是“红山村景区属于开放式景区,未向村民或游客提供采摘杨梅的活动,杨梅树本身并无安全隐患,若要求红山村村民委员会对景区内的所有树木加以围蔽、设置警示标志或采取其他防护措施,显然超过善良管理人的注意标准”。对所有树木均设置警示和防护措施显然超过非营利性公共场所安全保障义务之限度,但是否意味着无须任何的警示和防护措施?再审法院并未回答,留待理论发现和实践探索。2019 年下半年热点之一“冰上

① 有观点认为,安全保障义务应采单一“公共场所”表述,在前面列举时应采“营利性场所+非营利性场所”的方法,由此可为非营利性公共场所之解释提供依据。笔者认为,虽然两种方式均可为非营利性公共场所提供解释依据,但《民法典》之方式更优,因为该方式更为简洁且更具概括性,避免列举造成的遗漏与不周延,徒生解释难题。

② 虽无根据非营利性公共场所标准确定安全保障义务之合理限度,但有针对性对特殊的责任主体之不同展开的研究。

③ 参见“李秋月、李月如违反安全保障义务责任纠纷案”,广州市中级人民法院(2019)粤 01 民再 273 号民事判决书。

遛狗溺亡案”^①,一审法院判决安全保障义务人不承担责任,但是在说理中认为“安全保障义务系针对经营性公共场所管理人的法定义务”,则是暴露出司法实践中并未意识到非营利性公共场所的安全保障义务,仍以营利性公共场所之标准为裁量基准,由此突出非营利性公共场所的安全保障义务研究之必要性。

司法实践中此类案件不胜枚举,非营利性公共场所安全保障义务之限度认定混乱,同案不同判的现象乃为常态。如下面两则案例。

案例一:在“晋城市儿童公园与陈某1、司某等违反安全保障义务责任纠纷案”中^②,受害人在晚上9点酒后进入开放性、公益性的儿童公园,后落水死亡。一审法院认为儿童公园虽履行警示义务,但保安员未尽到巡检义务,因而未履行安全保障义务,应承担40%的责任;二审法院认为“安全保障义务是指合理限度范围内的相关义务,而非绝对的安全保障义务”,儿童公园已尽到相应的安全保障义务,故撤销一审判决,驳回起诉。

案例二:在“卫正华、卫某与黑龙江省饶河农场公共场所管理人责任纠纷案”中^③,受害人在晚上8点40分进入非营利性全天对外开放的水上公园,后落水身亡。一审法院认为水上公园虽尽警示义务,但未配备巡视安全员,存在过错,应承担15%的责任;二审法院以“安排适当的人进行巡查以防止有人攀爬打闹出危险也有一定的必要性”,存在管理上的瑕疵而未尽安全保障义务,维持了一审判决。

上述两则案例案情相同,但终局结果截然

不同,且案例一中一审、二审判决结果大相径庭。表面缘由在于法院对非营利性公共场所安全保障义务的标准认识不一,其实质症结在于缺乏营利性和非营利性公共场所之区分,反映出非营利性公共场所安全保障义务之特殊性研究供给不足。足见非营利性公共场所之安全保障义务亟待研究与讨论,笔者在此尽抛砖引玉之力。

二、扩张与泛化:安全保障义务的现代趋势

无论大陆法系抑或英美法系,最初均因工业产生对雇员危险之现实化,催生出工业生产的安全保障义务,后来演变为由开创或维持危险源之人所负必要且合理的保障措施之义务^[2-3],在我国甚至成为基于法定、约定乃至政策等因素而推定出的避免或减少损害的作为义务^[4]。安全保障义务适用范围逐渐扩大之趋势已成各国侵权责任的通例,甚至有过度之倾向。

(一)扩张:比较法上的安全保障义务

安全保障义务在德国法中被称为“交往安全义务”^{④[5]85},肇始于“枯树案”和“亚麻毯案”^{[6]146},当时并无交往安全义务,德国最高法院便通过合同义务之扩大解释,采用缔约过失责任以保护受害人^[2]。后该种保护义务被吸收进《德国民法典》,于823条第2项明定“违反保护他人为目的之法律者”承担赔偿责任,违反该种义务产生之责任是独立的侵权责任^{⑤[7]}。因此,交往安全义务成为法定义务。德国普通法院认为交往安全义务来源于法律规定、合同约定和先前行为,法官通过判例法将交往安全义

① 参见“支某等与北京市丰台区永定河管理所等生命权、健康权、身体权纠纷案”,北京市丰台区人民法院(2018)京0106民初2975号民事判决书。

② 参见山西省晋城市中级人民法院(2019)晋05民终888号民事判决书。

③ 参见黑龙江省农垦中级人民法院(2016)黑81民终362号民事判决书。

④ 有学者将之称为“交易安全义务”。笔者认为,交易安全义务意指为了交易之目的而产生的义务,其范围过窄,并不能准确表达德国法中此种义务,交往安全义务反而并非局限于交易之目的,因此更为准确。

⑤ 我国台湾地区所谓“民法典”第184条第2项是移植《德国民法典》,违反保护他人法律产生的责任为独立的责任。

务之不作为责任进行了扩张^{[5]78}。交往安全义务不仅仅是法定、约定之义务,法官亦可借助自由裁量确定^[8]。如此一来,交往安全义务交由法官自由裁量,将使该义务之来源、范围与限度具有不确定性,根据案件需要确定交往安全义务可谓极大的“扩张”^{①[1,9]}。

在大陆法系的另一代表国家——法国,安全保障义务被称为“保安义务”,法国民法将债务区分为结果债务和手段债务,前者是为承担责任而设置的,后者是为设立义务而设置的,保安义务兼具二者之性质^[10]。换言之,结果债务为责任承担,手段债务为义务来源,而保安义务既有义务来源,亦须承担责任。然而,保安义务并无法定和约定之区分^{[6]571},义务来源并不重要,重要的是义务之合理性证成,即其合理性采“善良家父”之标准^[11]。《法国民法典》第 1374 条规定“管理人应以善良管理人的注意管理事务”。众所周知,“善良家父”或“善良管理人”的注意义务之标准要高于一般人或理性人,保安义务之合理性具有极大的证成可能性,可见其扩张性更甚。加之法国民法出现诸多保安义务并非契约化运动^[12],因此在保护受害人导向下,保安义务之扩张势在必行。

英美法系中的安全保障义务为“注意义务”。英国的注意义务源于 Donoghue V. Stevenson 案^②,该判例确定了基于特殊关系而产生注意义务的“邻人规则”,后增加预见可能性加以限制^{[13]25},但基于社会之复杂性与变动性,注意义务之标准不断更新,增加公正、合理等因素加以考量^[1],以缓和预见可能性之限制。美国的注意义务始自契约之违反所造成的损害,后通过 Palsgraf V. Long Island Railroad 案^③,

注意义务发展为普遍性的义务,侵权领域亦适用于此。职是之故,受制于判例约束的英美法系之注意义务,虽发展缓慢,但仍具义务逐渐扩张、适用范围不断扩大之特点。

(二)泛化:我国理论与实践中的安全保障义务

我国安全保障义务首次规定在《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,以下简称《人身损害赔偿司法解释》)第6条,以“经营活动或其他社会活动”作为安全保障义务的范围,“其他社会活动”作为兜底,以便给解释适用留下空间。虽然以“合理限度范围”加以限制,但仍存在泛化与滥用的情况^{[14]169}。

为杜绝上述情况,《侵权责任法》第37条第1款规定的安全保障义务的空间限定于“宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所”。根据同类解释规则,《侵权责任法》第37条第1款列举的公共场所均为营利性场所,“等公共场所”亦为营利性场所,此处的“等”字应为“等内”,而非“等外”^{④[14]151-152}。仅限于营利性场所固然不能达到安全保障义务之立法目的,学界通常运用目的性扩张之方法,将“公共场所”解释为包含非营利性公共场所:通过探求《侵权责任法》第37条第1款之规范目的,若对受害人之保护是制定法施加的义务,则法院应判令被告未履行安全保障义务而承担责任^[15];或从公平责任角度出发,将之解释为“经营一定事业或从事其他工作或活动之人”^[8];或认为“公共场所”系不确定概念,根据《中华人民共和国公共场所管理条例》第2条对公共场所之定义,公共场所

① 效法德国法的日本,将安全保障义务称为“安全关照义务”,始于1975年公务员履行职务过程中受损害,经由判例发展,如今将之广泛应用于合同和侵权领域,虽安全关照义务之前提为先行行为引发之义务,但已然呈扩张之势。

② See Donoghue V. Stevenson, (1932) A. C. 562, 580 (HL).

③ See Palsgraf V. Long Island, R. R. Co., 248 N. Y. 339, 162 N. E. 99 (1928).

④ 《侵权责任法》第37条第1款之“公共场所”应为营利性公共场所的理由。

既包括营利性场所,亦将非营利性场所纳入其中,如公园、体育场等^[16]。据《侵权责任法》起草者所言,“本条列举的宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等,除了本条列举的这些场所外,机场、码头、公园、餐厅等也都属于公共场所”^[17],由此将公园等非营利性公共场所确定为司法上的安全保障义务之空间。

囿于《侵权责任法》第37条第1款“公共场所”之争议,司法实践通常将《侵权责任法》和《人身损害赔偿司法解释》第6条并用,以弥补《侵权责任法》之潜在不足^①;或通过扩大解释《人身损害赔偿司法解释》第6条之“其他社会活动”,将非营利性场所纳入其中;或直接将《侵权责任法》第37条第1款之“公共场所”扩大至非营利性、公益性之场所^②;更有甚者,直接将道路视为公共场所,两旁的沟渠致人损害的,亦违反安全保障义务,承担一定比例的责任^③,实谓荒唐。

《民法典》第1198条第1款为平息理论之争、实践之乱,明确将经营场所和公共场所加以区分,非营利性公共场所之安全保障义务成为法定义务。但“未尽到安全保障义务”为实践中义务标准与限度确定之混乱埋下了伏笔。毋庸置疑,实践中为平息受害人及其亲属的伤痛,难免让经营场所和公共场所承担一定比例的责任,造成“谁受伤害谁有理”的社会风气,毋宁说是导致安全保障义务的进一步泛化。

除却安全保障义务在传统公共场所中的泛化与扩张,理论界根据社会发展和技术革命,将之引入其他领域,使安全保障义务的适用空间更进一步扩大,如网络空间中网络服务提供者的安全保障义务^[18]、网络金融领域^[19]、产品责任等^[20]。有学者甚至将安全保障义务作为不

作为侵权的一般条款^[21],《侵权责任法》无明文规定的侵权责任,最终均归入安全保障义务之射程。

三、异质性:非营利性公共场所的责任基础

综观比较法和我国法,安全保障义务在理论与实践中的扩张与泛化之趋势尤甚。法院但凡遇到不作为侵权之诉,无法律明定之侵权类型时,即将之划入安全保障义务范围,义务人承担不作为之侵权责任,以慰藉受害人及其亲属。这种不区分安全保障义务空间、主体和保护对象的责任,实同《侵权责任法》第87条之高空抛物产生的公平责任,其结果难谓公平。《民法典》编纂过程中对高空抛物之责任进行了修改,是一大进步与亮点,但并未意识到《侵权责任法》第37条第1款之安全保障义务在实践中的弊端,将之扩张至非营利性公共场所带来的后果更是缺乏斟酌。安全保障义务之引入,为公共场所施加了公益性责任,有利于防范和化解风险^[22]。笔者并非反对非营利性公共场所的安全保障义务,而是认为在扩张与泛化的同时,应根据其性质差异或特殊性,对安全保障义务划分不同的等级,而非设置统一的义务标准。

(一)安全保障义务的责任基础

安全保障义务的责任基础众说纷纭,结合中外侵权责任(行为)法之研究成果,将其分为以下四个方面。

1. 危险源的产生或控制责任^[23]

法律上的危险可以分为高度危险和一般危险^[3]。高度危险作为侵权责任法的特殊侵权类型,我国将之明确规定在“高度危险责任”一章

① 参见“杨国清、湘潭市岳塘区市容环境卫生管理所公共场所管理人责任纠纷案”,湘潭市中级人民法院(2018)湘03民终1135号民事判决书。

② 参见“肖建霖、王龙腾与福建省香柏树体育服务有限公司、福州市鼓楼区文化体育局违反安全保障义务责任纠纷案”,福州市中级人民法院(2016)闽01民终3856号民事判决书。

③ 参见“临汾市汾西水利管理局与王峰山、王君明等生命权、健康权、身体权纠纷案”,山西省高级人民法院(2018)晋民申2123号民事裁定书。

中;一般危险责任即为安全保障义务违反之责任,其本质为开启危险或持续控制危险,应保证危险不现实化的义务^[3]。对此可从两个角度加以理解:其一,对于其他人来说,义务人对产生的危险具有控制力、管领力^[24],其先前行为产生的风险将由其自身承担,为防止该风险出现,对其应施加安全保障义务;其二,危险的管领和控制者具有专业性,其预见性和防止能力比其他人更强^{[13]71},若未尽到安全保障义务,危险之发生与其不作为之间具备因果关系^[21],其不作为具有可责难性。

2. 收益与风险并存理论

安全保障义务人之所以产生或控制危险,原因在于其在营利过程中产生了风险或通过制造风险而营利。根据权利义务一致之原则,因获利而产生的风险应归于义务人^[25],若不承担责任,即应防范或维持风险不发生。基于此,获益之人须承担安全保障义务^[26],甚至需要承担制止第三人侵权之义务^[2]。

3. 公平责任理论,有学者将之称为“实质平等理念”^[26]

安全保障义务之设置是为解决不作为行为与损害结果之因果关系问题,安全保障义务之不履行系违反法定义务,以此表征义务人之过错,从而认定与损害结果之间存在因果关系。使义务人负担危险责任,是基于分配正义之考量,将个人之损害由产生或控制危险的义务人共同负担,达到弘扬社会正义之目的^{[27]98}。此外,安全保障义务人之经济能力、负担能力通常较受害人强,且义务人制造的危险原本就是损害结果的必要条件,由其承担安全保障义务不会给其带来过重负担,且可以平衡社会利益。因此,公平责任是强者与弱者之间的平衡器^[4]。

4. 成本收益之考量

法经济学主张制度设计要符合激励成本小于损害成本的要求,以达至制度效能之最大化^[4]。危险的产生或控制者对于预防危险发生成本极低,因为危险并未转化为实害结果,义务

人若未履行安全保障义务,造成的损害对受害人来说成本极高,而对义务人来说,机会成本并不高(危险造成的损害概率很低,不履行义务带来的收益却很高)。依汉德公式来看,受害人不能为义务人的机会成本买单,履行安全保障义务之成本远低于受害人所受损害,课以义务人以安全保障义务,其带来的预期效果更具经济性。因此,成本收益之考量成为安全保障义务的责任基础之一。

此外还有信赖原则、企业社会责任和节省社会总成本说,但均是在上述四种责任基础之上展开的细分,信赖原则可归属于危险源的产生或控制责任、企业社会责任可归属于收益与风险并存理论、节省社会总成本说可归属于成本收益之考量。

(二)非营利性公共场所安全保障义务之异质性

1. 非营利性公共场所责任基础之特殊性

安全保障义务设立基础在于危险源的产生或控制责任、收益与风险并存理论、公平责任理论和成本收益之考量四方面,诚然,无论是传统公共场所抑或网络空间、网络金融和产品领域,均可依之引入安全保障义务。但是否可以此作为非营利性公共场所之安全保障义务的基础,不无疑问。在非营利性公共场所的空间范围内,现对安全保障义务的责任基础一一展开检视,以探求其责任基础。

第一,危险源的产生或控制责任的差异。为了提高生活舒适度、便民程度和环境质量,在公园中增加人工湖、喷泉,在一定范围和区域内建造公共厕所,在河流或自然湖泊中修建水库等,这些非营利性公共场所之设立均是公益性质,服务于不特定群体,任何人均可自由进出。毋庸置疑,人工湖、喷泉、公共厕所和水库具有潜在的溺亡、摔伤危险,其日常管理和维护系市政管理部门或环境卫生部门之职责,并有安全

保障义务^①。不容忽视的是,这些部门虽负安全保障义务,囿于工作内容、工作时间,其与危险源之间的控制和管领关系并不紧密,其义务内容(日常管理和维护)和标准(维持功能)并不能同营利性公共场所相提并论。

第二,收益与风险并存理论的不适用性。安全保障义务的基础在于因危险之存在而获取利益^{[4]271},由获益之人承担责任契合“损益一致”之民法原理^②。而非营利性公共场所系为不特定人提供休闲、便利之场所,加之市政管理部门或环境卫生部门日常管理维护系非获利性支出,并未从中获取收益。非营利性公共场所存在之利益反而为进出场所的不特定群体所享有,最终造成的损害由日常管理或维护之人承担并不合理。因此该理论无法为非营利性公共场所之责任基础提供理论支撑^[16]。而且企业社会责任是以企业之营利本性为出发点,亦无法证成非营利性公共场所之安全保障义务。

第三,公平责任理论的合理性支撑。相较于对非营利性公共场所承担管理维护责任的政府部门或政府委托的组织,受害人作为一般人,其经济条件和能力明显要弱得多。毕竟是政府部门或其委托的组织管理维护不周,让其承担安全保障义务,似契合公平责任理论。政府部门设立非营利性场所的费用来源主要为税收,因此场所费用实则为不特定群体负担。在发生场所致害责任之时,政府部门或其委托组织之损害赔偿金仍系财政支出,损害赔偿金仍由不特定群体负担。非营利性公共场所设立费用和赔偿金均由社会不特定群体负担,将风险转化为不特定群体之风险,起到了类似保险的作用,本质上是公平理念之践行。

第四,成本收益之考量的同一性。安全保障义务之法定化,其目的就在于通过法律强加给义务人以谨慎小心的注意义务,在控制场所风险时承担硬件和软件两方面的义务^[26]。安全保障义务贯穿始终,事前降低危险发生可能性,事中提醒进入场所之人注意,事后及时防止损害扩大,在事前、事中和事后的全过程中,义务人只需付出很少成本即可避免损害或减少损害发生^{③[27]101-102}。非营利性公共场所建造时应使场所各种硬件设施符合质量标准,使用过程的日常维护管理中应注意保持对危险之防护,这些措施仅需尽到一定的谨慎和“善良管理人”义务即可降低乃至预防危险。无论营利与否,安全保障义务是公共场所应尽之注意义务,可见成本和收益具有同一性。

一言以蔽之,非营利性公共场所的安全保障义务并不能适用收益与风险并存理论,其对危险源的管领和控制并不紧密,仅公平责任理论和成本收益之考量可为其责任提供支撑,因此其安全保障义务不同于传统的安全保障义务。

2. 非营利性公共场所安全保障义务应当“减负”

正因为非营利性公共场所之责任基础具有特殊性,对危险源的管领和控制不密切,其承担的义务应较一般的安全保障义务轻。然而理论界和司法实践并未认识到这一点,导致法院判决强加于非营利性公共场所不应承担之义务。

如前述案例一,受害人晚上9点酒后进入公园,后跌入湖中溺水而亡,一审法院认为公园虽设有警示牌,履行了提醒注意义务,但并未安排巡视员,提醒注意义务并未完全落实,遂认为

① 安全保障义务之范围极广,多行业、多主体均有此义务,法律无法列举穷尽。参见北大法宝网,“中华人民共和国侵权责任法释义(第2版)”,http://www.pkulaw.cn/CLink_form.aspx?Gid=125300&Tiao=37&km=siy&subkm=0&db=siy,最后访问日期2020年12月18日。

② 参见“黄树金、代昌秀与蒋德龙违反安全保障义务责任纠纷案”,四川省中江县人民法院(2015)中江民初字第1538号民事判决书。

③ 通过经济学中成本收益之比较分析,安全保障义务法定化实有必要。

公园应承担责任。案例二中,两审法院均认为公园是 24 小时开放,与定时、定点开放的公园不同,其安全保障义务应为 24 小时,巡视员之设置亦应与开放时间相配合,仅在工作时间安排巡视员尚不足以完全履行安全保障义务。易言之,公园的提醒注意义务应包括警示设施之设置和巡视员之安排两方面。殊不知,公园作为公益性便民场所,其管理人仅是保持日常清洁和设施维护,安排巡视员之义务实为苛求。公园虽 24 小时开放,但并非 24 小时均有人进入,夏季中午无人,午夜时分更是如此,即使安排巡视员,其提醒注意义务也应仅限于工作时间^[28]。

法院为弥补受害人损害成为滥觞,导致司法实践陷入非营利性公共场所安全保障义务过高之误区^①。如在“肖建霖、王龙腾与福建省香柏树体育服务有限公司、福州市鼓楼区文化体育局违反安全保障义务责任纠纷案”中,游泳场是公益性、免费开放的非营利性民生工程,并且有固定的开放时间,且履行关闭提醒和警示义务,并配有救生员,受害人系成年人,于非开放时间进入游泳场游泳而溺亡。一审法院认为管理者已履行安全保障义务,要求管理人员在非开放时间警示下水者,不适当加重安全保障义务人之责任,超过合理限度,有违公正。二审法院却根据当时季节为夏季,管理人明知市民有晨泳习惯,不能以非开放时间而免责,且未规定救生员巡视频率和时间,未尽到安全保障义务^②。本案二审法院在场所开放时间之外课加安全保障义务,扩张义务范围,明显不合理;要求非营利性场所配备巡视员,并细化巡视频率,为判决结果加重安全保障义务之不妥;况且,巡视频率和时间存有空隙,仍不能排除在空隙中发生损害之可能,唯有 24 小时不间断巡视,方为完全尽到义务,有非营利性场所安全保障义务之标准高于营利性场所之嫌,因此为非营利

性公共场所“减负”势在必行。

四、限度与标准:非营利性公共场所安全保障义务的二元构造

安全保障之作为义务来源于法律规定、合同约定、先前行为、惯例和诚信原则^[2]。立足于其来源确定了安全保障义务之标准,如法律标准、行业标准、“善良管理人”标准^{[27]115-116},并结合责任基础如综合获利情况、风险来源情况、成本支出情况等对义务标准加以修正^[29]。虽以上标准均为参考,并非圭臬,须结合具体案情对个案进行判断^[21],但应以可预见性加以限制^[30],避免安全保障义务之要求过于严苛。这些标准颇具抽象性,具体判定仍交由法院根据个案认定,难以统一。

实践中,非营利性公共场所管理人之为义务并非由法律规定,危险亦非先前行为产生,只能是依诚信原则和惯例产生,至多来源于某些公益性场所因提供有偿服务所发生的服务合同关系。职是之故,上述标准并未区分营利性和非营利性,导致在判断非营利性公共场所安全保障义务时,本来就具抽象性和混乱性的标准更加乱象丛生。有必要借助司法实践、依安全保障之作为义务的来源不同,重新梳理、确定非营利性公共场所安全保障义务的限度与标准。

(一)基于合同关系产生的安全保障义务之合理限度

非营利性公共场所安全保障义务的来源之一为合同关系,但此种来源较为少见,主要集中于医疗服务合同领域,管理人为公益性医疗机构,如医院、社区卫生服务中心等,该医疗服务合同为强制缔约合同,不能拒绝。此类机构与公园这样的非营利性公共场所所有不同,因为合同服务关系扩大了其安全保障义务范围,但

① 笔者在“无讼案例”网,以“《中华人民共和国侵权责任法》第三十七条”“非营利性”为关键词,共搜索到 62 件案例,其中非营利性公共场所承担安全保障义务的案件有 54 件,占比 87%。

② 参见福州市中级人民法院(2016)闽 01 民终 3856 号民事判决书。

小于诸如商场等营利性公共场所之义务。

首先,须根据法定标准,在医疗服务场所中设置门卫和安保措施,以履行相应的安全保障义务。在“喻俊清与泸州市纳溪区中医医院违反安全保障义务责任纠纷案”中,法院认为医院之服务包括尽职医疗和一定程度上保护人身和财产安全的责任,医院建立了专门的安全保卫制度和值班制度,对于携带凶器行凶报复之人“应当进行必要询问,但保安人员疏忽大意,未尽到相应的职责”^①。同样是在医院行凶报复的“张彬、欧阳与重庆市合川区第二人民医院违反安全保障义务责任纠纷案”中,法院却以“医院作为一个公共场所,允许公众自由出入,并无明确规定要求医院设置监控设施对所有进出医院的人监控到位,且医院是否设置监控及监控是否到位与受害人死亡之间不存在因果关系”^②为由否定医院的安全保障义务,这值得商榷。公共场所,尤其像人群密集、流动性大的场所,安装监控设施是国务院部门规章之要求^③。法定标准为非营利性公共场所明确了安全保障义务之标准,违反即应承担不作为之责任。

其次,对于医疗服务场所范围之外的领域,并无设置门卫和安保措施之义务。如在“中国人寿财产保险股份有限公司杭州市中心支公司与江山市峡口中心卫生院保险代位求偿权纠纷案”中,受害人在卫生院就医,将车辆停放在院内停车场,后因第三人点燃的蜡烛导致车辆燃烧受损,根据《侵权责任法》第37条第2款要求卫生院承担补充责任。但法院以卫生院系非营

利性事业法人,其职责在于治病救人,停车场具有开放性和无偿性,不能要求其设置门卫和安保措施,认为“按照一般性经营活动管理人的标准来要求被告对于停车场的管理承担过高的安全保障义务并不合理”^④。

再次,无论在医疗服务场所之内抑或之外,安全警示、告知和基本的保护措施是基于合同产生的附随义务,亦为最轻的注意义务。因为这种义务是最低的注意义务,是公众合理的、应予以保护的信赖与期待^{[5]117}。在“黄萍与伊犁哈萨克自治州友谊医院违反安全保障义务纠纷案”中,在天寒路滑、积雪甚多的环境下,医院虽张贴公告以警示地面易滑,但并未采取如铺设防滑垫的基本保护措施,未尽到应尽之义务,摔伤与安全保障义务之不履行具有因果关系,应承担相应责任^⑤。

最后,发生损害之后,医疗服务场所应及时采取措施避免损害扩大。在“郭必雷与苍南龙城中医院违反安全保障义务责任纠纷案”中,在受害人遭到第三人侵害后,医院及时进行救治,履行事后避免损失扩大的安全保障义务,法院以“原告的受伤与被告提供的医疗服务没有因果关系”^⑥为由,认定医院不承担责任。

(二)依诚信原则和惯例产生的安全保障义务之合理限度

依诚信原则和惯例产生的安全保障义务,因并无其他关系,二者之间的紧密性不强,其注意义务之要求应更低。但应当注意,并非进入

① 参见泸州市纳溪区人民法院(2012)纳溪民初字第2223号民事判决书。

② 参见重庆市合川区人民法院(2018)渝0117民初4700号民事判决书。

③ 参见《国家发展改革委、中央综治办、科技部、工业和信息化部、公安部、财政部、人力资源社会保障部、住房城乡建设部、交通运输部关于加强公共安全视频监控建设联网应用工作的若干意见》(发改高技[2015]996号)。

④ 参见江山市人民法院(2013)衢江峡商初字第245号民事判决书。

⑤ 参见新疆维吾尔自治区伊犁哈萨克自治州塔城地区中级人民法院(2014)伊州民三终字第58号民事判决书。

⑥ 参见苍南县人民法院(2016)浙0327民初04041号民事判决书。

依诚信原则负担安全保障义务之非营利性公共场所均负较低的注意义务。

首先应考察是否有其他关系存在,譬如将进入非营利性公共场所作为营销手段,使之服务于营利之目的,此时的注意义务之标准应提高。还应注意非营利性公共场所的服务对象,若是老年人或未成年人,其安全保障义务标准亦须提高。在“姜淑玲与沈阳传之德医疗器械有限公司生命权、健康权、身体权纠纷案”中,公司邀请老年人进入非营利性公共场所游玩,但目的是吸引老年人以便宣传产品,后老年人摔倒受伤,法院认为“被告组织参加集体活动的对象系针对老年人,老年人的身体健康状况、活动能力、思维活跃程度等方面均具有特殊的特点,这就导致针对老年人的集体活动,组织者应承担更高标准的安全保障义务”^①。

1. 法定标准优先,违反法定标准即未尽到安全保障义务

无论是营利性场所还是非营利性场所,其在硬件方面的注意义务即为建造质量、设计标准须符合法律、法规、规章和规范性文件之要求,若未达到相应标准,应承担责任。如在“温兰、温燕等与东莞市城建工程管理局等违反安全保障义务责任纠纷案”中,公园绿道坡度设计过高(10.62%),超过《广东省城市绿道建设规划设计指引》之限度(8%),不符合法定标准,违反安全保障义务^②。在“王某、付大根生命权、健康权、身体权纠纷案”中,法院亦根据《公园设计规范》等规定判定公园坡度、宽度符合要求,尽到了安全保障义务,不需承担责任^③。

软件方面的注意义务即为配备专门人员、设立警示牌提醒注意之要求,在有相关规定的情况下,亦须履行相关义务。在“杨国清、湘潭市岳塘区市容环境卫生管理所公共场所管理人责任纠纷案”中,公共厕所管理人未履行《公共厕所管理人职责》之规范性文件的要求,未按时履行清洁义务,应承担安全保障义务之不作为责任^④。在“王毓芳与杨俊贤深圳市宝安区西乡街道办事处生命权、健康权、身体权纠纷案”中,深圳市政府曾发布《深圳市养犬管理条例》,禁止宠物狗进入公园,而公园未设立禁止牌或张贴公告,未尽到禁止犬只进入公园之义务,导致受害人被犬撞到摔伤,应承担责任^⑤。在“焦作市广利灌区管理局、李嘉侵权责任纠纷案”中,法院认为设置的提醒注意之警示标志,亦应符合国家规范^⑥。

综上,在有法定标准时,应按照法定标准履行安全保障义务,违反即应承担责任,完全履行即不承担责任。

2. 无法定标准时,尽到一般的警示、提醒注意和防护义务即可

无法律、法规、规章和规范性文件作为安全保障义务之依据时,并不意味着非营利性公共场所无须履行安全保障义务。在“中国石油天然气股份有限公司青海油田分公司与罗三行、张家蓉等生命权、健康权、身体权纠纷案”中,因前者未履行警示提醒义务,法院认为“在可能发生跌落等事故的危险区域未设置安全警示标志,一定程度上影响了受害人对地形地势的判断,也降低了受害人对危险区域的戒备心,应当

① 参见沈阳市沈河区人民法院(2016)辽0103民初14101号民事判决书。相同判决,参见“白云善、任松、任松林与和龙市八家子镇中南村村民委员会侵权责任纠纷案”,延边朝鲜族自治州中级人民法院(2015)延中民一终字第449号民事判决书。

② 参见东莞市第一人民法院(2017)粤1971民初10715号民事判决书。

③ 参见杭州市中级人民法院(2017)浙01民终362号民事判决书。

④ 参见湘潭市中级人民法院(2018)湘03民终1135号民事判决书。

⑤ 参见深圳市宝安区人民法院(2016)粤0306民初8150号民事判决书。

⑥ 参见济源市中级人民法院(2017)豫96民终1206号民事判决书。

对受害人跌落并死亡的损害结果承担次要责任”^①。但是,不能施加过重的警示提醒义务,应以合理、现实为必要^②。警示、提醒义务之履行必须谨慎、理性,应定期检查、维护,保持警示醒目,发挥应有的效果^③。

仅有警示标识或安全提示,对可能出现的伤害和意外情况等作出的警示或提示达不到足够的安全保障的要求,还需根据开放情况和危险情况,设置具有阻拦功能的护栏等安全设施^④,但须考虑为避免危险而设置安全设施的现实可能性及其成本,即所谓的平衡理论^[31]。在“王贵友、敖永禄违反安全保障义务责任纠纷案”中,法院即以要求在水库周围均安装一定高度的防护栏以杜绝穿越、进入等行为过于苛刻为由,驳回了受害人的诉讼请求^⑤。

作为非营利性公共场所,来源于诚信原则和习惯的安全保障义务仅限于一般的警示、提醒注意和防护义务,不能要求过高,不能为弥补受害人损失而肆意施加安全保障义务。前述案例二中,法院认为非营利性公共场所之义务应包含配备专业人员,就过于苛刻。一方面,配备专业人员是基于合同关系产生的安全保障义务的应然范围,在无合同关系时,义务人和受害人之间不存在相应的信赖关系,义务人所负安全

保障义务的限度应当较低。另一方面,从成本与收益相一致的角度来看,来源于诚信原则和习惯的安全保障义务是无偿关系的最低限度标准,配备专业人员对义务人来说负担过重,大大增加非营利性公共场所提供福利的成本,反而不利于公共服务质量的提高。因此,来源于诚信原则和习惯的安全保障义务仅限于一般的警示、提醒注意和防护义务即可。

(三)合理的预见可能性:责任承担的原则与底线

非营利性公共场所的安全保障义务仅限于法定标准及一般的警示、提醒注意、防护义务,其责任承担应以预见可能性作为原则和底线,且必须合理,如“安全保障义务人如果可以预见到自身或第三人可能对游客实施侵害时,应当采取合理措施预防或制止自身或第三人的侵害行为”^⑥。在合理的预见可能性之外,将不承担责任。然而实践中有法院却未注意到义务人的预见可能性是侵权责任承担的前提,在出现受害人自甘风险情况时,仍以安全保障义务履行不到位而要求非营利性公共场所承担次要责任^⑦,完全忽视受害人自甘风险已超出安全保

① 参见海西蒙古族藏族自治州中级人民法院(2017)青28民终510号民事判决书。

② 法院认为,“水库管理者、经营者的危险告知义务及安全管理职责并不意味着其需在水库库区范围内每一处均设置警示牌,对来往人员均需逐个进行安全告知义务……上诉人要求蒋德龙在库区周边遍设警示牌也不符合常理”。参见“许治柏、舒绿英诉蒋德龙违反安全保障义务纠纷案”,德阳市中级人民法院(2015)德民一终字第669号民事判决书。

③ 参见“邓丽苹、龚亚刚等与玉溪市江川区前卫镇杨家咀村民委员会第一村民小组等违反安全保障义务责任纠纷案”,玉溪市江川区人民法院(2017)云0421民初841号民事判决书。

④ 参见“石河子市市容环境卫生管理处、王瑞太与赵卫江、武友锋、张凤英违反安全保障义务责任纠纷案”,新疆生产建设兵团第八师中级人民法院(2014)兵八民一终字第192号民事判决书。该类判决均要求在池塘和蓄水池设置防护设施,均是基于范围小、成本低而作的考量,并不能任意扩大。

⑤ 参见贵州省兴义市人民法院(2017)黔2301民初5256号民事判决书。相同判决,参见“张学凯、吴永淑违反安全保障义务责任纠纷案”,贵州省兴义市人民法院(2017)黔2301民初5257号民事判决书。

⑥ 参见“吉红卫、冯聚然与南乐县水利局违反安全保障义务纠纷案”,河南省南乐县人民法院(2015)南民初字第1406号民事判决书。

⑦ 参见兴义市人民法院(2017)黔2301民初5256号民事判决书;黔西南布依族苗族自治州中级人民法院(2018)黔23民终128号民事判决书。

障义务之合理预见范围而根据《侵权责任法》第 27 条可以免责的情况。

在已有危险现实化导致损害的先例存在时,可以推定义务人具有合理的预见可能性,不能以超出预见之外的受害人自甘风险而免责,此为先前类似犯罪行为理论^{①[31]}之嫁接适用。实践中亦有法院以此作为合理的预见可能性之标准,如“先前多次发生事故,义务人并未进一步采取措施降低危险”^②。

除了以上标准,事后及时采取措施防止损害进一步扩大,亦应属于安全保障义务的合理范围。

五、结语

《民法典》第 1198 条第 1 款通过“经营场所+公共场所”的模式,将经营场所之外的非营利性公共场所囊括其中,由此扩张了安全保障义务适用的空间范围,拓宽了注意义务的范围,构筑起保护行为安全的堤坝,体现了新时代《民法典》的人文关怀。但学界对安全保障义务之合理限度的研究立基于《侵权责任法》第 37 条第 1 款之“公共场所”,并未区分营利性和非营利性,忽视非营利性公共场所安全保障义务标准的特殊性。反映到司法实践中,则是对非营利性公共场所安全保障义务之限度认定的混乱,产生了同案不同判的后果。

通过考察安全保障义务在主要代表国家中的理论和实践情况,可以发现:无论大陆法系抑或英美法系,均存在将安全保障义务扩张之趋势;我国理论和实践均将安全保障义务泛化。安全保障义务适用范围逐渐扩大之趋势已成各国侵权责任的通例,甚至有过度之倾向。通过对安全保障义务责任基础的追本溯源,排除了非营利性公共场所之责任基础为收益与风险并存理论,危险源的产生或控制责任也具有不完全适用性,仅公平责任理论和成本收益之考量

可为非营利性公共场所提供责任基础。因此,非营利性公共场所安全保障义务之标准应低于其他场所,为非营利性公共场所“减负”势在必行。

非营利性公共场所安全保障义务之作为来源可分为诚信原则和服务合同关系,在作为义务之标准上应区别对待:二者均需按照法定标准履行义务,无法定标准时仅需履行一般的警示、提醒注意、防护和事后防止损害扩大之义务即可,其中防护义务并非强制,应根据防护的现实可能性和成本加以考量,但后者的安全保障义务应在服务场所内安排专门人员、设置安保设施。在责任承担上,非营利性公共场所之责任应限定于合理的预见可能性,且采用先前类似犯罪行为理论作为推定标准。

唯有区分营利性和非营利性公共场所的安全保障义务标准与限度,根据作为义务来源不同,厘清非营利性公共场所之内的安保义务之不同,方能衡平受害人和安全保障义务人之利益,不偏不倚地贯彻《民法典》之人文思想。

参考文献:

- [1] 刘小璇. 论公共场所管理人的安全保障义务[J]. 法学杂志, 2019(8): 129 - 130.
- [2] 冯珏. 安全保障义务与不作为侵权[J]. 法学研究, 2009(4): 62 - 79.
- [3] 吴祖祥. 不作为侵权责任若干问题研究: 以《侵权责任法》第 37 条为视角[J]. 求索, 2011(5): 166 - 168.
- [4] 麻昌华. 论作为义务的配置基础与类型[J]. 法商研究, 2008(3): 62 - 70.
- [5] 李昊. 安全保障义务论: 德国侵权行为法结构变迁的一种解读[M]. 北京: 北京大学出版社, 2008.
- [6] 克雷斯蒂安·冯·巴尔. 欧洲比较侵权行

① 所谓先前类似犯罪行为理论,即在被告控制的领域或相邻领域内,曾经发生过相同或类似犯罪行为,则推定被告具有合理预见原告遭受损害之可能。

② 参见济源中级人民法院(2017)豫 96 民终 1206 号民事判决书。

- 为法:上卷[M]. 张新宝,译. 北京:法律出版社,2001.
- [7] 王泽鉴. 民法学说与判例研究[M]. 北京:北京大学出版社,2015:502.
- [8] 廖焕国. 论安全保障义务的制度设计:《侵权责任法(草案)》第37条为中心的考察[J]. 求索,2010(4):128-130.
- [9] 王家福. 中国民法学·民法债权[M]. 北京:法律出版社,1991:244.
- [10] 刘士国. 安全关照义务论[J]. 法学研究,1999(5):55-62.
- [11] 徐快华,乐文红,俞奇. 论违反安全保障义务的构成要件[J]. 江西社会科学,2006(9):221-225.
- [12] 叶名怡. 法国法上的“安全义务”:兼与德、中两国法比较[J]. 东方法学,2015(5):138-151.
- [13] 杨垠红. 侵权法上作为义务:安全保障义务之研究[M]. 北京:法律出版社,2008.
- [14] 王利明. 侵权责任法研究:下卷[M]. 北京:中国人民大学出版社,2016.
- [15] 张民安. 过错侵权责任制度研究[M]. 北京:中国政法大学出版社,2003:352-353.
- [16] 邹启钊. 第三人侵权情形下的安全保障义务探析[J]. 兰州学刊,2013(4):167-171.
- [17] 王胜明. 中华人民共和国侵权责任法释义[M]. 北京:法律出版社,2010:201.
- [18] 陈访雄. 浅析网络服务提供者的安全保障义务:以“网红坠亡”案为例分析[J]. 法律适用,2019(16):19-26.
- [19] 李晗. 大数据时代网上银行的安全保障义务研究[J]. 当代法学,2016(4):118-127.
- [20] 周友军. 论侵权法上的产品跟踪观察义务[J]. 法律科学(西北政法学院学报),2014(4):127-132.
- [21] 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[J]. 法学,2014(5):69-79.
- [22] 程啸. 中国侵权法四十年[J]. 法学评论,2019(2):28-41.
- [23] 马克西米利安·福克斯. 侵权行为法[M]. 齐晓琨,译. 北京:法律出版社,2006:102.
- [24] 克雷斯蒂安·冯·巴尔. 欧洲比较侵权行为法:下卷[M]. 焦美华,译. 北京:法律出版社,2001:269.
- [25] 张民安. 侵权法[M]. 广州:中山大学出版社,2005:55.
- [26] 张新宝,唐青林. 经营者对服务场所的安全保障义务[J]. 法学研究,2003(3):79-92.
- [27] 黄松有. 最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用[M]. 北京:人民法院出版社,2003.
- [28] 汤啸天. 经营者场所安全责任的合理边界[J]. 法律科学(西北政法学院学报),2004(3):121-128.
- [29] 王利明. 人身损害赔偿疑难问题:最高法院人身损害赔偿司法解释之评论与展开[M]. 北京:中国社会科学出版社,2004:273-275.
- [30] 郭尔绚. 车辆停放法律关系辨析[J]. 法律适用,2013(3):107-112.
- [31] 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[J]. 中外法学,2006(6):669-693.

(责任编辑:李秀荣)