

文章编号:1674-5205(2022)05-0128-(010)

# 先行行为责任人的义务之源

## ——以江歌案民事一审判决为主要考察对象

程淑娟

(西北政法大学民商法学院, 陕西 西安 710063)

〔摘要〕江歌案中刘暖曦的行为是引发危险的先行行为。在江秋莲诉刘暖曦案中,欲准确适用法律,需要探究先行行为责任人的义务之源。安全保障义务因其主体类型的特定、义务人应承担的补充责任以及义务内容的无法确定而不存在适用的可能;但德国社会交往中的安全保障义务理论可以助力于法律论证。《民法典》中的法定救助义务也有被适用的空间,但面临着类推适用存在性质、程度和结果的障碍。对刘暖曦因其先行行为附加注意义务是适宜的,注意义务的核心是对风险应避免而未避免。当我们无法从具体义务中寻找更适宜的义务之源时,注意义务担当了侵权责任中一般条款的功能。刘暖曦的义务或许可以在关系性契约所要求的善意、合作和帮助中寻找找到更有力的支撑。

〔关键词〕江歌案;先行行为;安全保障;注意义务;关系性契约

**Abstract:** Liu NuanXi's behavior in Jiang Ge's case was a dangerous precedent. In the case of Jiang Qiulian v. Liu Nuanxi, in order to apply the law accurately, it is necessary to explore the source of the obligations of those responsible for the prior act. Due to the specific type of the subject, the supplementary responsibility that the obligor should undertake, and the uncertainty of the content of the obligation, there is no possibility of application of the security obligation; however, the theory of the security obligation in German social interaction can help in legal argumentation. The statutory relief obligation in the Civil Code also has room to be applied, but the dilemma it faces is that there are obstacles in the nature, extent and result of analogical application. It is appropriate to attach a duty of care to Liu NuanXi because of her prior behavior. The core of the duty of care is that risks should be avoided but not avoided. The duty of care functions as a general clause in tort liability when we cannot find a more appropriate source of duty from a specific duty. Liu NuanXi's obligations may find stronger support in the goodwill, cooperation and assistance required by the relational contract.

**Key Words:** Jiang Ge case; antecedent behavior; security safeguard; duty of care; relational contract

中图分类号:D923.3 文献标识码:A

### 一、江歌案中刘暖曦的“先行行为”定性

江歌案的基本案情是:刘暖曦(刘鑫)为摆脱前男友陈世峰向好友江歌求助,江歌让刘暖曦住进自己的公寓躲避。两个月后,陈世峰找到公寓继续纠缠刘暖曦,江歌当时在外上课,微信提议报警,但刘暖曦拒绝,并让江歌回来帮助解围。江歌回来把陈世峰劝离,自己回校继续上课。陈世峰离开公寓后,又向刘暖曦发来大量威胁信息,刘暖曦感到害怕但没有告诉江歌这些信息内容,还要求江歌在地铁站等她一同返回公寓。当夜零时许,二人进入公寓,事先埋伏好的陈世峰携刀与走在后面的江歌发生争执。走在前面的刘暖曦却打开房门,先行入室并将门锁闭。陈世峰在门外疯狂地用刀捅江歌颈部,江歌不幸死亡。法院基于查明的上述事实,认定江歌“接纳刘暖曦与自己同住长达两个月,为其提供了安全的居所,并实施了劝解、救助和保护行为,双方在友情基础上形成了一

收稿日期:2021-12-19

基金项目:国家社科基金西部项目(18XFX008)“民法典时代商事关系的法律适用研究”

作者简介:程淑娟,西北政法大学民商法学院教授,硕士生导师。

定的救助关系”。刘暖曦的上述先行行为,应被定性为“危险引入者和被救助者”。为此,江歌案民事一审(即江秋莲诉刘暖曦案)判决在论理部分认为,“作为危险引入者和被救助者,刘暖曦对江歌负有必要的注意义务及安全保障义务”;刘暖曦“没有尽到社会交往中的安全保障义务、注意义务”,因而应当对江歌母亲承担民事赔偿责任。<sup>〔1〕</sup>

江歌案发生在2016年11月,因法律溯及力的原因,针对江歌之母江秋莲的诉请,该案判决适用了1986年的《中华人民共和国民事诉讼法通则》(以下简称《民法通则》)第5条、第98条以及2009年的《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第6条。我们尊重且无意评判该判决的结果。不过需要进一步思考的是,既然民法崇尚权利,对于民事主体是否承担义务应保持审慎态度,特别是在社会舆论已经形成对刘暖曦的压倒性道德谴责的情形下,司法更应对刘暖曦的义务与责任保持中立且独立的判断。一个较为明显的问题是,该案判决论理部分既然认为刘暖曦违反了“安全保障义务”,为何却未在法律适用部分引用《侵权责任法》第37条第2款判决刘暖曦承担相应法律责任?假若该案发生在民法典时代,因《民法通则》第5条已经转化为《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第3条、第98条转化为《民法典》第1002条,生命权成为人格权中最重要的民事权利并被具体化为“自然人的生命安全和生命尊严受法律保护”,《侵权责任法》第6条也转化为《民法典》第1165条,这三个条文的适用总体上属于自然人的生命权不应被侵犯,那么该案是否还有可能适用《民法典》第1005条的规定?即当生命权、身体权、健康权受到侵害或者处于其他危难情形的,负有法定救助义务的组织或者个人是否有义务进行及时的施救?刘暖曦是否应负法定救助义务?此外,一审判决引用了《民法通则》第5条“公民、法人的合法的民事权益受法律保护,任何组织和个人不得侵权”,这就涉及对刘暖曦能否适用一般性注意义务的问题。

虽然侵权责任法的研究目前只需论证至被告有“义务之违反”的情形即可,<sup>〔2〕</sup>而无须论证义务之源;但正如考夫曼教授所指出的,裁判与医学类似,无疑是一种高度的技术。<sup>〔3〕</sup>竞合的法律适用规范相同或者相近,任择其一适用都指向同一准据法,对当事人权利义务的确定影响甚微,但极易造成法律选择的任意性,损害法律的权威性和严肃性。<sup>〔4〕</sup>实践科学有一个任务,不仅仅去证伪,还必须要证立;换言之,我们必须以经验为支撑。<sup>〔5〕</sup>侵权法不仅面临丰富的实践性,而且承担着特有的道德功能和价值追求,因而更应在实务案例中秉持理性、严谨与公平的态度。为此,本文“重拾”先行行为的义务之源问题并以此求教于学界同仁,共同致力于探讨江歌民事一审案件(江秋莲诉刘暖曦案件)法律适用的妥当方案。

## 二、刘暖曦承担安全保障义务的教义学困境

江秋莲诉刘暖曦案一审判决分别使用了“安全保障义务”和“社会交往中的安全保障义务”等理由,但很显然,判决中的“安全保障义务”应指后者。“安全保障义务”欲在法律实证角度被应用于本案,存有教义学困境:

### (一)从《侵权责任法》到《民法典》:并未扩张的安全保障义务主体

《侵权责任法》《民法典》中的安全保障义务,在立法体系上均属于针对“责任主体”的特殊规定,也即安全保障义务本身在侵权责任法中是与自己责任相并列的特殊主体责任类型。尽管学界多有改进建议,<sup>〔6〕</sup>但我国《民法典》第1198条依然沿用《侵权责任法》第37条并无变化。民法典时代,安全保障义务已经成为被立法高度定型化的制度。在《侵权责任法》及《民法典》中,最引人注目的便是安全保障义务的责任主体的相关规定。现有立法以列举的方法,将安全保障义务责任主体明确规定为三大类:一是宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐

〔1〕 参见(2019)鲁0214民初9592号民事判决书,载 [https://xw.qq.com/cmsid/20220112A08M6S00?autoopenapp=amp&kqw&pgv\\_ref=amp&ADTAG=amp](https://xw.qq.com/cmsid/20220112A08M6S00?autoopenapp=amp&kqw&pgv_ref=amp&ADTAG=amp),最后访问时间2022年3月12日。

〔2〕 董春华:《论侵权法中注意义务的“一般性”》,《中国政法大学学报》2020年第2期,第141页。

〔3〕 [德]阿图尔·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2011年版,第70页。

〔4〕 齐宸:《法律适用法条竞合研究》,《中国政法大学学报》2017年第3期,第138页。

〔5〕 [德]阿图尔·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2011年版,第195页。

〔6〕 刘小璇:《论公共场所管理人的安全保障义务》,《法学杂志》2019年第8期,第129-133页。

场所等经营场所的经营者、管理者;二是公共场所的经营者、管理者;三是群众性活动的组织者。对于安全保障义务的主体是否应予扩大,学界一直争论不休,但由于立法在划定主体范围时并无“等”字表述,因而只存在在这三类主体的子类型中进行扩展和解释的可能。例如可以将公园、博物馆解释为公共场所,将村委会解释为开放式景区的管理者,将住宅小区的物业公司解释为公共场所的管理者等,但并不能在这三类主体之外再行创造承担安全保障义务的其他主体。由这三大类主体承担安全保障义务,有其合理性。学界通常认为这三类主体是危险源的引发者、控制者和受益者,可以通过商品服务的价格机能和保险制度分散这些风险。<sup>〔7〕</sup>不过,江歌案显然不存在上述实定法对安全保障义务的场景描述,刘暖曦也根本不符合《侵权责任法》第37条所规定的承担安全保障义务的主体要件。

## (二)在第三人侵权的情形下,刘暖曦若承担安全保障义务则只能承担补充责任而非直接责任

《侵权责任法》第37条第2款以及《民法典》第1198条规定,在第三人侵权的情形下,经营者、管理者或者组织者未尽到安全保障义务的,承担相应的补充责任。这一规定与《民法典》第1175条确定的第三人造成损害应由第三人承担侵权责任的一般规定一致。民法典还规定,如果上述主体未尽到安全保障义务,则应对受害方承担补充责任并可以向该第三人进行追偿。在第三人侵权的情形下,学界对于安全保障义务主体是否承担补充责任有不同的理解。支持安全保障义务主体承担补充责任的观点更多是从侵权责任的因果关系出发,认为在第三人侵权的情形下,损害系由第三人造成,安全保障义务人违反安全保障义务至多只能构成损害发生的条件;而否认安全保障义务人承担补充责任,支持安全保障义务人是直接责任,并按混合过错确定民事责任的观点更多是从法典的体系化以及法律适用的便捷性视角考虑,认为《侵权责任法》第12条(《民法典》1172条)已经规定了多数人分别侵权按责任大小承担责任或者平均承担责任,安全保障义务人应与第三人一样,按其责任比例承担直接责任即可,无须借助补充责任。按过错比例确定经营者、管理者、组织者在损害中的责任,可以避免补充责任可能给受害方带来的向这些安全保障义务主体的二次追偿以及他们再向第三人追偿的讼累。<sup>〔8〕</sup>这两种观点都有其合理性。而《侵权责任法》第37条,尤其是《民法典》第1198条之所以在一定程度上放弃《民法典》第1172条构建的第三人侵权责任的体系性并选择补充责任,显然与安全保障义务背后对经营场所、公共场所经营者或管理者或者群众性活动组织者背后代表利益成本分析相关。立足社会公平的利益衡量,承担安全保障义务的主体在第三人侵权场合承担补充责任是可以接受的中性价值选择方案。从《侵权责任法》《民法典》的规定看,如果对刘暖曦适用上述《侵权责任法》第37条第2款或者《民法典》第1172条,将使本案的判决陷入难以自洽的逻辑矛盾。法院在判决时,无论是严格按补充责任,或者按比例原则确定刘暖曦的责任,都面临无法克服的障碍。因为加害江歌的凶手陈世峰已经被日本法院判处刑罚,江歌之母江秋莲对刘暖曦的民事赔偿诉讼与刑事案件无直接关联性。

## (三)安全保障义务的内容应限于管理、控制的合理范围

安全保障义务的内容有三种确定方法。第一种也即最为直接和方便的便是依法确定安全保障义务内容。由于经营场所、公众场所以及群众性活动场所存在显性风险,国家对于这些场所的消防、电梯等各个环节都有很多详细的行政管理法律规范。例如2007年国务院颁布实施的《大型群众性活动安全管理条例》明确规定大型群众性活动的场所管理者具体负责的安全事项包括:保障活动场所、设施符合国家标准和安全规定;保障疏散通道、安全出口、消防车通道、应急广播、应急照明、疏散指示标志符合法律、法规、技术标准的规定;保障监控设备和消防设施、器材配置齐全、完好有效;提供必要的停车场地,并维护安全秩序。这些安全管理规范或许在复杂的实践面前仍显欠缺,并且这些行政性的安全管理规范如何转化为民事义务性质的安全保障措施也值得提出疑问,但毕竟在有法定的相关安全管理规范时,司法更倾向于直接将这些行政性的安全管理规范认定为经营场所应承担的民事性质的安全保障义务。这类安全法律规范通常构造了典型的“行为模式+法律后果”的逻辑结构,行为模式是经营者、管理者、组织者必须遵守的具体行为范式,法律后果中最直接的是行政处罚乃至刑事责任。第二种

〔7〕 王泽鉴:《侵权行为法》(第1册),中国政法大学出版社2001年版,第16页。

〔8〕 洪国盛:《论第三人行为与违反安全保障义务的责任承担》,《法学》2020年第9期,第117-118页。

是依据当事人的约定确定安全保障义务的内容。第三种是依据抽象的标准确定。最高人民法院第140号指导性案例对确定安全保障义务内容给予了指导,并确立了善良管理人义务的安全保障义务履行标准:“安全保障义务内容的确定应限于景区管理人管理和控制能力的合理范围之内。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……”该指导案例明确,安全保障义务的内容应仅限于管理人管理和控制能力的合理范围,不能超越善良管理人的注意义务范围。本案判决中并未涉及事件发生时刘暖曦是否具备对江歌安全的管理和控制能力、义务问题。不过,立法在规定承担安全保障义务者的责任时,更多将安全保障义务承担者赋予受害方的对立面;有能力管理而不履行管理职责的情形下,系当事人对安全保障义务的违反,属过失并应被归责。

#### (四) 交往中的安全保障义务

在法教义学看来,江歌案判决中“安全保障义务”根本就不是我国《侵权责任法》或《民法典》中的安全保障义务。江歌案的判决说理运用的是德国侵权法理论中的交往安全义务理论。该学说在德国民法典中并无成文立法规定,是由典型案例中总结而来的,对我国学界影响很大,国内很多学者将该理论作为支持扩大安全保障义务的论据。所谓交往安全义务是指,开启或持续特定危险的人负有应当根据具体情况采取必要措施或可期待性防范措施、以使他人免遭损害的义务。<sup>[9]</sup>德国理论中的交往安全义务可分为两类:(1)危险源的开启者有控制该特定危险源的义务(危险源保护型);(2)因密切的人际关系以及明示或默示的法益保护承担行为产生保护特定人免遭不特定危险源伤害的义务(法益保护型)。<sup>[10]</sup>按照交往安全义务理论,管理人经营或管理宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所,属于“开启或持续特定危险的人”,有义务采取必要措施或可期待性防范措施,保障出入此类场所的人免受损害。在缺乏立法资源可资使用时,一审判决借用德国学说进行论理并不奇怪。与实证主义观点相反,法律的未完成性不是什么缺陷,相反,它是先天的和必然的。法律可能允许不被明确地表达,因为法律是为案件而创立的,案件的多样性是无限的。<sup>[11]</sup>但在教义学的视角下,这一论理值得反思。在法治过程意义上,法学的内部视角必须“视法律为方法”,奉规范为圭臬,即使法律不可避免地会涉及道德价值、经济关系、社会交往、政治决断、社团组织、人类生活甚至个人性情等无尽的其他社会因素,但法学内部视角应有的态度、姿态和方法却是:把这一切都置于法律解释和调整的框架下,而不是让这一切牵着法律的鼻子走;在这一视角之下,法律就不能仅被理解为一种功能性体系,而更多地被作为一种可以提出不同理据的规范性体系。<sup>[12]</sup>客观而论,尽管一审判决符合作为知识意义的法教义学,但却不尽符合作为方法的法教义学。作为方法的教义学,所要求的是特有的法律思维,即将个别法律判断建立在一般性权威命题的基础之上,因为法律论证应是一种受权威拘束的活动。<sup>[13]</sup>鉴此,我们有必要继续探讨判决中那些可能成为“权威拘束”的论理依据。

### 三、刘暖曦作为危险引入者承担法定救助义务存有类推障碍

#### (一) 《民法典》关于生命权、身体权和健康权的规定

如前所述,本案因溯及力的原因虽然不涉及《民法典》第1005条的适用,但并不妨碍我们在该条的框架内分析刘暖曦有无违反法定救助义务的问题。早在1986年的《民法通则》中,生命权就已经成为一项为民事立法所认可的人格权。《民法典》更是将生命权、身体权和健康权作为自然人享有的最基本的人格权,《民法典》第1002条规定,“自然人享有生命权。自然人的生命安全和生命尊严受法律保护。任何组织或者个人不得侵害他人的生命权。”生命权是一种绝对权,任何人都都有权维护自己的生命安全,当生命受到别人非法侵害时有权寻求救济。

[9] [德]克里斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上卷),张新宝译,法律出版社2005年版,第268-269页。

[10] 洪国盛:《论第三人行为与违反安全保障义务的责任承担》,《法学》2020年第9期,第122页。

[11] [德]阿图尔·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2011年版,第186页。

[12] 谢晖:《论法学研究的两种视角——兼评“法教义学和社科法学”逻辑之非》,《法学评论》2022年第1期,第19页。

[13] 雷磊:《法教义学:关于十组问题的思考》,《社会科学研究》2021年第2期,第11页。

并且《民法典》明确生命安全和生命尊严是生命权中相并列的权利内容。身体权的内容则是指自然人的身体完整和行动自由受法律保护。任何组织或者个人不得侵害他人的身体权。健康权不仅包括身体健康,而且包括心理健康。以上这三种人格权,因其与自然人人格的密切关系而受到《民法典》的特殊保护。从这三种人格权的基础看,由于人格权作为支配权、对世权的特性,具有可以对抗任何第三人的属性,只要权利人的利益利益的圆满支配状态受到不法侵害,他就有权提出相关请求,以恢复此种圆满支配状态,并且如果权利人提出关于人格权的救济主张,也必然是以已经构成人格权的侵权为前提;因此,人格权被侵害时,人格权法律规范本身就是人格权的请求权依据。<sup>[14]</sup>

## (二)对生命权、身体权、健康权的法定救助义务

不少国家的刑事立法规定了对他人的救助义务,不过民法典中规定法定救助义务的情形并不多见。1867年《葡萄牙民法典》系被公认的第一个在民法典中作出关于民事救助义务规定的民法典。该法典在“与刑事责任相关的民事责任”题下的第2368条中规定了见危不救者的民事责任:“遭受暴力攻击且有权自卫的人可以向当时在场的人要求民事救助,但这种救助不会使救助者自己暴露在危险之中为限;不愿意并且没有救助的旁观者应对损失承担补充责任。”结合《葡萄牙民法典》第2378条的规定来看,这部法典所规定的救助义务仅针对遭受暴力攻击的情形,并不是一项普通的、一般性的义务。不少大陆法系国家在其刑事立法中规定了意外事故、自然灾害等情形下对受害人的救助问题;在这种情形下,诸如警察等作为在职务上或业务上拥有特殊身份的主体是第一顺序救助义务主体,只有当受害人无法向警察求助的情形下,潜在的救助者才作为第二顺序救助义务主体出现,且其救助义务的内容限于向警察报警或者施以援手。且应注意,法定的救助者在空间位置上靠近受害者是救助义务产生的必要条件。<sup>[15]</sup>此外,要求救助者救助的前提是,不会使救助者自己暴露在危险之内,违反救助义务者应承担的损害赔偿责任为补充责任。在我国,《民法典》将生命权、身体权和健康权规定为最基本的人格权,这些权利应当受到来自国家、社会等各个方面的保护。为此《民法典》在这三项人格权的规定之后,在第1005条规定,当自然人的生命权、身体权、健康权受到侵害或者处于其他危难情形时,负有法定救助义务的组织或者个人应当及时施救。该义务就是法定救助义务,是一种积极的作为义务;若有违反则应毫无争议地引发民事责任。从表面上看,自然人的这三种权利是其个体的私益,但立法之所以赋予某些主体法定的救助义务,是因为通过对这些个体私益的保护,最终可服务和实现社会的公共利益。例如,对每个个人享有的生命权进行保障,最终将会促进整个社会对生命至上、生命尊严的理解和实现;对每个个人身体权的保护,可使全社会免于遭受被蔑视、被监视的尊严和自由;对每个个人健康权的保护,保护的是社会大众应有的生命质量等等。民法典也鼓励无救助义务者对他人的救助。《民法典》第184条规定:“因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的,救助人不承担民事责任。”这就是我国确立的紧急救助的免责条款,也称“好人条款”,该条规定即是对见义勇为者的法律保障。因此,《民法典》在赋予自然人主体上述三项人格权时,带有很强的法律规范力,即按社会福祉和法律秩序的要求,超越自然人孤立、片面的人格观念,将社会利益的需求作为上述三项人格权的权利规范力根据,也由此使得对这三项人格权的保护超越了个人利益的狭隘维度,获得了来自实在法的支持和积极回应。这就是《民法典》第1005条规定法定救助义务的内在逻辑。

## (三)《民法典》法定救助义务的履行及本案的类推障碍

然而,法定救助义务的主体究竟是以实定法为限,还是可以扩张,仍有疑义。在解释论上,实定法中承担法定救助义务多是指基于特别法明确规定的情形,如警察、执业医师、消防员、船长、机长等依法负有的法定救助义务。这类承担法定救助义务的组织或个人在履行法定救助义务时,应当尽到专业人士应有的注意。如《执业医师法》第3条规定的是执业医师的注意标准,即“医师应当具备良好的职业道德和医疗执业水平,发扬人道主义精神,履行防病治病、救死扶伤、保护人民健康的神圣职责”。第24条则规定了医师不得拒诊的义务:“对急危患者,医

[14] 王利明:《论人格权请求权与侵权损害赔偿请求权的分离》,《中国法学》2019年第1期,第224-225页。

[15] 黎宏:《一定条件下的见危不救入刑研究》,《中外法学》2018年第3期,第590-591页。

师应当采取紧急措施进行诊治;不得拒绝急救处置。”第37条规定的是执业医师违反法定救治义务的责任,医师在执业活动中,违反相关规定“由县级以上人民政府卫生行政部门给予警告或者责令暂停六个月以上一年以下执业活动;情节严重的,吊销其执业证书;构成犯罪的,依法追究刑事责任……”《民法典》第1005条发挥着法律适用的引致功能,将这些承担法定救助义务者的救助义务,转至依据特别法的具体规定来确定。

在一些社会关系之中,如监护关系、家庭关系、夫妻关系、恋人之间以及由于自己的行为而使他人处于危险状态下的见危不救行为,在刑法上早已经毫无争议地成立不作为犯罪。<sup>[16]</sup>在民法中,社会关系的当事人是否有法定救助义务仍需要进一步对社会关系予以类型化来确定。在特定的身份关系中,法定救助义务应属于该身份关系的内容组成部分,救助义务可由这些身份关系中的抚养、扶养、照顾等法定义务的扩张解释而来。例如《民法典》第1066条规定在婚姻关系存续期间,“一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治,另一方不同意支付相关医疗费用”的,夫妻一方可以向人民法院请求分割共同财产。而在缺乏特定身份关系的当事人之间,例如刘暖曦因其自身原因将江歌带入危险境地的先行行为,能否类推使用法定救助义务还存在如下法律障碍:1.在民法中是否可因先行行为而承担法定救助义务规范,仍缺乏实定法依据。学理上认为,先行行为引发的作为的救助义务分为两种情形。一是因行为人的某些积极作为,例如为他人提供了道德上的救助行为,那么该行为人就应在救助之后继续承担合理的救助行为,也即他应该善始善终地进行救助,即使他最先提供的救助并不是法定的义务,但也应承受该救助随后给他带来的不便和麻烦,而不能半途而废,将受害人置于比得到救助之前更糟糕的地位;二是行为人的先行行为开启或制造了某种可能加害于他人的危险,由此产生了避免此危险发生或在危险发生之后予以救助的作为义务。<sup>[17]</sup>先行行为并不一定是违法行为,既包括合法行为,也包括违法行为。违反基于不法行为产生的救助义务会产生刑事责任与民事责任,违反基于合法行为产生的救助义务则只产生民事责任。2.若本案可以按上述先行行为的学理适用法定救助义务,则本质仍只能作为类推法律适用。在类推适用的情形下,类似性判断将是无法绕开的论题。先行行为开启的危险,能否引发法定救助义务?最为相似、最可能被类推适用的情形仍是特定身份当事人之间的法定救助。一方面,刘暖曦在面临与江歌相同危险时固然出于生命本能需要自我保护,从承担法定救助义务的义务履行标准看,刘暖曦行为的性质、程度和危害结果与特定身份关系中法定的救助义务并不相当;另一方面,特定身份当事人之间的救助中,往往是被救助者面临的风险与救助者无关,救助者本人并非危险的开启者,也即救助者不应主动介入到危险与损害的因果关系中。但刘暖曦在当时的情景下并非消极地不参与江歌遇害的后果,从本案查明的事实看,反而有若干积极介入江歌遇害因果关系的情节。本案江歌与陈世峰并无任何恩怨瓜葛,陈世峰袭击的目标原本是刘暖曦而非江歌。江歌被陈世峰残忍杀害的后果,在因果关系上可以解释为因刘暖曦的一系列行为引起,包括她自己接到陈世峰威胁信息感觉害怕却没有告知江歌,拒绝报警,在陈世峰与江歌争执时独自进屋锁门,陈世峰对江歌行凶时闭门不出。因而可以认定本案中刘暖曦的行为在一定程度上积极介入了江歌遇害的因果关系,所以在类似性的判断方面,本案与特定身份当事人之间的救助仍有差距,类推适用存在障碍。如果适用《民法典》第1005条的法定救助义务来判断刘暖曦的责任,虽然与前述德国社会交往中的安全保障义务结果相似,并且在法律实证上,可以避免以比较法知识论证我国判决的些许尴尬;但是,如同前述安全保障义务的论证路径一样,刘暖曦何以对江歌承担法定救助义务仍有难解之处。

#### 四、注意义务:在泛化与具体之间渐趋清晰

##### (一)注意义务的泛化趋势与适用的应然性

江秋莲诉刘暖曦案件的判决引用了《民法通则》的第5条,即“公民、法人的合法权益受法律保护,任何组织和个人不得侵犯。”《民法通则》的这一规定与《民法典》第3条功能一致,隐含着任何人均承担着不得侵害他人权

[16] 于改之:《不作为犯罪中“先行行为”的本质及其产生作为义务的条件——兼论刑法第133条“因逃逸致人死亡”的立法意蕴》,《中国刑事法杂志》2000年第5期,第12-13页。

[17] 黎宏:《“见死不救”行为定性分析——兼论不真正不作为犯的作为义务的判断》,《国家检察官学院学报》2011年第8期,第63页。

利的实定法义务要求,也可以推导出任何人均应对他人权益的保护承担注意义务。因而在我国立法中,注意义务似乎已经成为一个不言而喻的存在。也有观点认为,安全保障义务的本质也是注意义务,<sup>[18]</sup>包括前述德国社会交往中的安全保障义务以及先行行为的法定救助义务,体现的仍是上述注意义务的具体化和类型化。

注意义务起源于英美法理论。1932年阿金(Arkin)勋爵在多诺霍诉史蒂文森(Donoghue V. Stevenson)案中提出一个著名的先导性判断:一个人要对其“邻居”承担注意义务;“你必须采用合理的关注避免作为或不作为,去合理地预测可能伤害你邻居的行为”;至于谁是邻居,阿金(Arkin)勋爵则解释为“受我的行为影响如此紧密和直接,以至于当我把我的注意力转向被主张权利的作为或不作为时,我应该合理考虑如此受到影响的人们”。<sup>[19]</sup>注意义务的含义是指对他人法益应以理性人的标准加以关注和在意,避免因自己的过失而损害他人的利益。注意义务是主体法益受保护原则下对义务人的要求,如果一般的理性人可以认识到风险并加以避免,那么义务人也应照此来预见和避免。在英美的判例法传统中,早期的注意义务是在个案审理中体现的。英美法上注意义务的来源包括法律(仅指公法)、习惯和惯例以及理性人的谨慎注意,其最大的特点是注意义务仅是在特定主体之间的、带有相对性的义务。<sup>[20]</sup>随着工业化的发展和危险源的增多,侵权案件的类型也逐渐增多,依据个案判断式的注意义务确立方式式微。于是,英国、美国逐渐推动注意义务的一般化。如美国2010年颁布的《实质性损害和精神损害重述》第6节规定:“如果行为人的过失是实体损害的事实原因,则行为人应当为责任范围内的全部损害承担责任,除非法院判定不适用普通合理关注义务。”第7节规定:“(a)当行为人之行为造成实体损害的风险时,行为人通常有义务行使合理关注。(b)在例外情形下,当有明确的对抗性原则或政策要求对特定种类案件中的责任加以拒绝或限制时,法院可以裁定被告无义务或者普通合理关注义务需要修正。”有学者指出,该规定意味着美国侵权立法中的注意义务已经由之前的相对性义务,转化为“一般义务”,<sup>[21]</sup>也就是当行为人造成实质性损害之风险时,注意义务被推定为是一般性的义务,无须特别加以考察;只有法院认定无义务时,才需依据政策考量。为此需要特别注意区分“注意义务”与“注意义务之违反”;因为后者已经先验地确定了注意义务的存在,故而只需要司法考量是否存在注意义务之违反。

注意义务何以成为一项一般性的义务?原因无非有以下几个方面:首先,民法不仅保护民事权利,而且保护那些符合民法价值的、超越实定法而存在的民事权益,并且后者已经呈现出较大的扩张趋势,特别是像生命权、身体权、健康权这样的人格权。在并不刻意追求侵权责任构成要件逻辑体系严整的英美,注意义务的一般化无非是该义务在丰富法律实践中被较高层次的立法抽象。这是复杂人际交往中社会关系的具体化与立法所需要的类型化、抽象化的必然发展趋势。其次,即使是强调侵权责任要件说以实现逻辑严整的国家,包括我国,注意义务本身在侵权责任构成要件中,也时常扮演着游走四方的精灵角色,事实上很难将注意义务归为哪一个具体的构成要件。注意义务在文义上可以被望文生义地解释为是一项法定的、对他人法益予以关照的义务,也可能因为“注意”本身的主观性而被归为侵权责任的过错要件,<sup>[22]</sup>或者将违反注意义务作为违法行为要件,<sup>[23]</sup>或者将注意义务之违反作为因果关系要件。在判断过失侵权、不作为侵权或者过错比较时,一旦有违反注意义务之处,便可以认定侵权责任的存在。甚至完全有可能通过判定行为人是否违反注意义务来认定其是否应承担民事责任,因此,注意义务在一定程度上瓦解了传统民事侵权四大构成要件之间相对独立的隔断,促使人们不得不缓和那些僵化、孤立的侵权行为构成要件,将注意义务作为一项承担侵权责任的万能之矢并得以从整体上优化对侵权责任的构成认识。第三,注意义务在很大程度上也是侵权法实现不作为侵权矫正正义的价值依托。既然社会交往中每个

[18] 王利明主编:《人身损害赔偿疑难问题——最高人民法院人身损害赔偿司法解释之评论与展望》,中国社会科学出版社2004年版,第270页。

[19] 徐爱国:《英美侵权行为法》,法律出版社1999年版,第75页。

[20] 毛大春、王枫:《英国侵权法上的注意义务评述》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第21卷),金桥文化出版(香港)有限公司2001年版,第451页。

[21] 董春华:《论侵权法中注意义务的“一般性”》,《中国政法大学学报》2020年第2期,第144页。

[22] 王利明:《中国〈侵权责任法〉采纳了违法性要件吗?》,《中外法学》2012年第1期,第16页。

[23] 董春华:《论侵权法中注意义务的“一般性”》,《中国政法大学学报》2020年第2期,第133页。

人的法益都需要保护,都需要避免来自外界的侵袭,那么每个人在关注自我的同时也要关注他人法益。信号预示的危险越异常、重大和急迫,则利益权衡的天平就越往法益安全一边倾斜,法秩序也越是期待行为人以更为慎重的态度关注危险的动向。<sup>[24]</sup>在不作为侵权的情形下,行为之所以要对他人承担侵权责任,是因为他违反了自己应当对他人承担的注意义务。这一标准,也符合社会大众价值取向的法律伦理。

注意义务在侵权法中的显性和泛化显然已经成为势不可挡的发展方向。当我们不能从具体义务中寻找更适宜的义务之源时,注意义务以其极大的包容性和灵活的解释空间,担当了侵权责任中一般条款的功能。

## (二)刘暖曦是否应承担对江歌的注意义务?

在我们论及注意义务作为侵权责任一般条款时,或许会认为该义务较为抽象。而一旦我们将视角转换至注意义务的履行标准,注意义务则是一个非常具体和实在的法律存在。注意义务的履行需要首先确立理性人标准,也即如果一个普通、正常理性的人在此种情况下可以注意到某种法益将被侵害,那么该行为人也被推定应当注意到这种危险;如果普通的、正常理性的人在此种情形下会采取某种措施避免或降低风险,那么行为人也应被推定应该采取这种措施。所以,注意义务的履行标准从社会角度看是法秩序的外在要求,也即立法要求各个主体应保持的应然状态,进而形成符合立法者要求的秩序,唯有此才能构建起符合人类理性和共同生活要求的法律秩序。<sup>[25]</sup>从个体角度看,注意义务的履行标准要求每个人都保持对他人的注意义务——如同他被他人对待一样。个体视角的注意义务履行固然体现了最原始的报偿理论,但要求每个个体都遵守自己的注意义务,他的法益才得以具备现实性和可期待性;可见注意义务无论过去、现在还是将来,对于个体法益的享有和实现都是公平且符合正义要求的。个体视角的注意义务是类型化、具体化的存在,需要在不同法律关系和具体个案中予以判断,甚至可以依据类型化、具体化的民事权利进行一一对照予以确认。本案判决将刘暖曦应承担的注意义务和安全保障义务作为两个并列的义务,同时也引用《民法通则》第5条民事权利不受侵害原则。法院的这一判断在理论上可以解释为刘暖曦之所以需要承担民事责任,是因为她违反了对江歌遇害应承担的注意义务,同时她所违反的安全保障义务也是交往中的注意义务而不是《侵权责任法》中的安全保障义务。此外,学界在将德国交往安全义务引入国内安全保障义务的解释路径与注意义务的具体化完全一致,即“因危险状态或危险活动威胁到他人权益时,有关当事人要负担保证他人权益安全的义务,”“使他人处于过度危险之中者就有义务尽快和尽可能地将危险降至法律所容忍的程度,否则他就必须承担责任”。<sup>[26]</sup>而运用注意义务作为刘暖曦承担民事责任的义务之源,相较于安全保障义务和法定救助义务路径,显然更符合法律论证所需要的稳定和道德预设的内在要求。该案判决将注意义务与安全保障义务并列使用,也可以在一定程度上以注意义务弥补安全保障义务学理属性不足的缺憾。

## (三)刘暖曦是否应承担对江歌的注意义务?

判断注意义务的有无,往往还需要考量注意义务履行的现实性。注意义务首先要求行为人本人具有和立法设想的理性人一样的能力,包括相当的智力、体力、知识、经验;并且行为人应与这个理性人一样,保持着应有的主观谨慎和对事物本身一般的认知能力,“超出能力所及范围的义务无效”。<sup>[27]</sup>民法之所以能够就某一损害事实要求行为人承担责任,并不是因该损害结果本身,而是因为对于这个行为人而言,对此种损害后果他原本有能力可以避免,但他却因为某种原因没有避免这个损害结果的发生。大多数情况下,面临他人的危难,单纯的袖手旁观并不会导致损害的发生,但若是先行行为致害,则行为人就被推定为有义务有能力避免该损害后果且这种避免并不会对行为人固有的权利或利益有损害,则先行行为人就应当采取措施避免损害后果的发生。

[24] 陈璇:《标准人的心素与注意义务的边界——与“杨存贵交通肇事案”二审裁定书展开的学术对话》,《清华法学》2020年第6期,第90页。

[25] 张义清、曾林翊晨:《法律秩序的“国家—社会”分析路径——基于法学方法论的探讨与反思》,《法治现代化研究》2018年第4期,第19页。

[26] 洪国盛:《论第三人行为与违反安全保障义务的责任承担》,《法学》2020年第9期,第119页。

[27] 陈璇:《标准人的心素与注意义务的边界——与“杨存贵交通肇事案”二审裁定书展开的学术对话》,《清华法学》2020年第6期,第90页。

本案的关键事实争点是,刘暖曦到底有没有避免江歌被害后果发生的可能?假若在当时的情景下,刘暖曦采用了正常人的处置方式——报警;假若刘暖曦如实告知江歌陈世峰向其所发的全部信息;假若刘暖曦与江歌并行而不是留江歌一人在身后,假若她没有在自己进门后锁门,那么会不会避免江歌被害?法学作为一门社会科学,从来都不可能做到如数理统计那样精确地计算,更不能从结果倒推原因。在特定的时点,任何一个人的注意能力总是有限的,按一般的社会生活习惯,不可能要求行为人将所有的注意力全部放在避免他人法益受损上,而至多只能期待他按与日常行为举止一样的处事方式,即可预见和避免损失,而他却没有能够预见和避免,此时他便违反了注意义务。民法中,违反注意义务之所以应被施加民事责任就是因为当时的情况下,行为人本来有能力避免损害的发生却未能采取措施加以避免。在悲剧发生前,刘暖曦和江歌一样,都面临着来自陈世峰的威胁;但是,从案件查明的事实看,相较于江歌,刘暖曦对结果的可预见性明显要更强,但她并没有报警,也没有将陈世峰发给她的威胁信息全部告知江歌,还为了自身的安全要求江歌陪她一起回住处;刘暖曦也有能力避免江歌遇害,她最明显的过失是在进屋之后关上了门,任留江歌在门外独自面临危险。尽管江歌的一系列行为,特别是关门这个行为无法被认定为是对江歌的直接加害,但足以认定这一行为显著提升了江歌被陈世峰杀害的风险。我们并不是要求刘暖曦在当时的情况下奋不顾身地与陈世峰展开搏斗以积极的行为保护江歌;判断刘暖曦违反注意义务的关键性判断因素是她已经在对危险有充分预见的情形下,没有采取任何回避风险的行为,进而又以积极的作为(关门)介入到陈世峰行凶杀害江歌的因果关系之中。因而在侵害江歌生命权这一损害结果发生时,刘暖曦就应对自己违反注意义务的行为承担相应的责任。

### 五、关系性契约中的善意、帮助与合作——刘暖曦的义务之源

责任常因义务之违反而产生,这是法律论证的基本逻辑。不过,注意义务如泛化,会让我们有一种错觉,似乎无须拷问义务之源就可以直接以违反义务为由判定民事责任。如果我们不探究注意义务之源,只引证“注意义务之违反”规则,就无法合理解释一般性的注意义务是否已经成为先验性的法律存在。其实,义务本身不适合成为先验性的法律存在,在民法中,适合成为先验性法律存在的,只能是法律价值。“除了正义,法律的理念不可能是其他理念……我们有权坚持正义,把它作为终极出发点,因为正义就像真、善、美一样,是一个绝对的价值,也就是说,不可能从其他价值中推导出来的价值。”<sup>[28]</sup>江歌案发生后,社会上形成了对刘暖曦强大的否定性评价舆论。但正因为如此,我们恰恰需要格外注意避免舆论对判决可能的不当侵扰,并应当保持法律人应有的理性和逻辑。江歌案判决中的一个重要表述是“双方在友情基础上形成了一定的救助关系”。该表述有意无意地契合了关系性契约理论对社会生活的关照逻辑。关系性契约是麦克尼尔提出的,他所说的契约是事实上的契约即有关规划将来交换过程的当事人之间的各种关系。<sup>[29]</sup>在关系性契约理论看来,以“承诺”或“意思表示一致”作为本质的古典契约只能是个别性契约。在个别性契约中,当事人之间除了单纯的物品交换,不会有其他任何关系。但关系性契约中的关系,却可以容纳无法被个别性契约所包含的人身关系;并且关系性契约也不受当事人人数的限制,当事人之间的关系可能无法以精确的度量衡进行计算,甚至不能度量。个别性契约中当事人的关系是临时的,离散的,而关系性契约则使当事人具备“契约性团结”,贯穿了与交换本身结成一体的力量,这些力量构成了契约性团结的基础。在个别性契约中,责任的来源是当事人的承诺,责任的确保却要来自“外部之神”;内容和责任均来自关系本身,是缓慢进化的习俗与法律模式的结果,个人的承诺只有微不足道的意义。<sup>[30]</sup>在关系性契约理论看来,无论是个别性的还是关系性的契约行为,都需要适用若干类型的规范。<sup>[31]</sup>社会是由千千万万的主体所组成的,主体之间具有交往关系,所以每个主体都不能仅听从内心的任性而行动,而是要在追求自身安全和行动自由的同时,防范因自己的行动侵害他人或者社会的利益,为此,主体只有在遵守“交往规范”即关系性契约的

[28] [德]拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2006年版,第32页。

[29] [美]麦克尼尔:《新社会契约论》,雷喜宁、潘勤译,中国政法大学出版社2004年版,第4页。

[30] [美]麦克尼尔:《新社会契约论》,雷喜宁、潘勤译,中国政法大学出版社2004年版,第10-16页。

[31] [美]麦克尼尔:《新社会契约论》,雷喜宁、潘勤译,中国政法大学出版社2004年版,第36页。

界限内才能获得最大限度的自由。<sup>〔32〕</sup>可见,关系性契约中的“契约”泛指一切特定人与特定人之间的关系,是从社会学视角对现实世界的描述,更能体现当事人之间契约关系的经验性、流动性和规范性。在关系性契约的视角下,实定法对当事人的约束,仅仅是很小一部分内容;但社会共同体的生活,却需要多样化的规范约束。从关系性契约的规范性看,约束关系性契约关系的规范,不只是法律,还包括习俗、传统、道德、组织、命令规则等。

《民法典》时代,我们固然要坚守合同作为意思表示一致的本质认识,但基于现实的法律适用需求,同时也需要关注社会关系中的其他规范。关系性契约并不是一个具体的契约或合同类型,而是对社会关系受到多方面规范制约的社会现象的理论提炼和描述。在关系性契约视野下,各方当事人的善意、合作和帮助意识,就是维持契约关系,避免关系破裂,促进人类共同体生活的内在要求。正如有学者指出的,关系性契约理论对于民法理论的意义在于:一是重新解释关系主义,在尽可能保持现有民法概念和规则的前提下,对关系主义的规范意义进行新的阐释;二是重新定位关系主义,对关系性契约的内容、结构、优先次序作出明确的显著性和附加性改变;三是用关系性契约理论在法教义学和不同法律渊源中进行大规模变更。未来也有可能让关系性契约理论被司法实务所接受,这样就特别需要法官理解不同的关系背景,避免机械僵化地适用法律;当然这并不意味着关系性契约将成为工具主义的大规模行动。<sup>〔33〕</sup>在国内充满各种“主义”“学说”“理论”的侵权法研究中,我们似乎也应该为关系性契约理论留有一席之地,因为或许在侵权法看来无须探究的义务之源,其实早已经深刻地隐含在各种复杂的关系性契约之中。尽管关系性契约理论自称不对实定法负责,认为实定法仅仅是解决契约纠纷的一种选择,与社会规范相比实定法甚至是次要的选择;关系性契约没有为当事人之间的契约如何产生实定法上的拘束力加以说明,甚至弱化了法律在契约关系中的作用。<sup>〔34〕</sup>但本案中,关系性契约却可以准确地用于描述江歌案中江歌与刘暖曦的关系以及刘暖曦作为先行行为责任人的义务。即使他们之间没有签署任何法律意义上的书面合同,或达成任何明确的文字共识,也不存在实定法中的合同,但江歌接纳刘暖曦同住、替刘暖曦劝解陈世峰、陪刘暖曦回家直至自己被害,基于友情、同情、同理心,她们之间也已经成立了关系性契约;刘暖曦在危难时曾受江歌帮助,但在江歌面临生命危险时却只顾自保,这在任何时代、任何国度都会被定性为违背善意、帮助和合作原则的行为,违背了社会交往中最基本的责任要求,在社会道德上应被谴责为自私和不负责任。保护生命权是民法持久不衰的话题。表面看来,所有的民事权利与民事义务都是对应的,这种对应关系是理性的,也是符合形式正义的,但实际上这种形式上的公平却收效甚微,因为总是不断有人只索取权利却不愿承担义务,或者将自己与他人原本平等的权利凌驾于他人之上。我们不得不接受的现实是:法律制度仅提供有限的侵权法支持,再精密的制度规范和精美的学说也只能如此,而这些已经是法律能做到的对民事主体生命权最大限度的公平保护了。<sup>〔35〕</sup>为此,在实定法之外,借助关系性契约中的善意、帮助与合作,我们可以弥补实定法义务规定的不足,且对于裁判的正当性具有较大支撑作用。当然,无论善意、帮助还是合作,都必须借助正当和正义的原则才能实现。只要我们不过分被法律适用“向一般条款逃逸”的思维方式所束缚,《民法典》中的基本原则如诚信、公序良俗当然可作为判定刘暖曦承担民事责任的依据。每一个人的选择都会引导他获得或失去一定类型的需要和愿望,个人对一种正义观念的选择,一定会产生于社会基本结构所鼓励的那些目标和利益。<sup>〔36〕</sup>在社会与人心变化难测的当下,重拾先行责任人的义务之源仍有其必要与意义。

(本文责任编辑 杨建军 孙尚鸿)

〔32〕 洪国盛:《论第三人行为与违反安全保障义务的责任承担》,《法学》2020年第9期,第119页。

〔33〕 王艳慧:《关系契约之非契约效力说明理论本质》,《学术交流》2018年第8期,第122-123页。

〔34〕 Tan Zhong Xing, Disrupting Doctrine? Revisiting the Doctrinal Impact of Relational Contract Theory, Legal Studies 2018, p18.

〔35〕 Steel Sandy, On the Moral Necessity of Tort Law: The Fairness Argument Oxford Journal of Legal Studies, 2021(3), p. 34.

〔36〕 [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社1988年版,第417页。