

文章编号:1674 - 5205(2022)05-0110-(018)

# 因帮助他人而受害的私法救济

——以江歌案民事一审判决为例的考察

张平华

(山东大学法学院, 山东 青岛 266237)

**[摘要]** “江秋莲诉刘暖曦案”的事实特征是“因帮助他人而受害”。相关私法救济途径主要有两个:一是以情谊行为、见义勇为、紧急救助、无因管理为代表的合同导向式救济。其存在不同程度的自由意志因素,描述了法律事实的全貌,践行了社会主义核心价值观,便于向被帮助人主张权利,却不利于一次性解决三方主体的全部纠纷。二是围绕陈世峰的杀害行为和刘暖曦的未予救助行为的侵权救济。对不作为侵权的归责聚焦于行为人有无作为义务,存在因果关系难题,不同要件之间高度融合,进而导致阶层式构成要件理论的失灵,归责不得不过度倚重价值判断。为避免任意归责,有必要参考合同导向救济判定侵权救济中的积极义务、确定责任形态和责任范围。不作为和作为结合的侵权责任有连带责任、按份责任、补充责任,其中补充责任为原则。责任份额的确定应以原因力为主,兼顾过错程度。

**[关键词]** 江歌案; 合同导向; 私法救济; 见义勇为; 责任形态

**Abstract:** The character of the fact of “Jiang Qiulian v. Liu Nuanxi” is that “harmed by helping others”. There are two main types of civil legal remedies: firstly, contract – oriented remedies represented by friendship behavior, good samaritan act, emergency rescue and voluntary service. There are varying degrees of free will elements, which describe the full picture of the legal facts in a positive light and fully reflect the high importance attached to the core socialist values; it facilitates the obtaining of relief from the person being helped, but is not conducive to resolving all disputes among the three subjects at once. The second is that tort relief surrounding Chen Shifeng’s killing and Liu Nuanxi’s failure to render assistance. The tort of omission focuses on the existence of a duty to act and has the existence of causation problems, and the high degree of integration between the different elements, thus contributing to the failure of the three – tier theory of constituent elements and the over – reliance on value judgments for imputation. In order to avoid arbitrariness in imputation, it is necessary to refer to contract – oriented remedies to determine the positive obligations in tort remedies, the form of tort liability and the scope of liability. The forms of tort liability that combine omission and commission are joint and several liability, contributory liability and supplementary liability, of which supplementary liability is the principle. The share of liability should be determined by the predominance of causation, taking into account the degree of fault.

**Key Words:** Jiang Ge case; contract – oriented remedies; private law remedies; good samaritan act; forms of responsibility

中图分类号:D923 文献标识码:A

## 问题的提出

江歌案民事一审(即江秋莲诉刘暖曦案)引起了广泛的社会关注,以此为契机,法律人也在认真梳理现行民法的应对方略,反思其不足。本案事实可简明归纳为:江歌因帮助刘暖曦而被陈世峰杀害。刘暖曦与江歌为日本留学好友,在与男友陈世峰分手后搬到江歌公寓与其同住。两个月后陈世峰找到该公寓。当天,在刘暖曦的请求下江歌返回公寓劝离陈世峰。深夜刘暖曦请求江歌在地铁站等她一同回公寓。次日零时,走在前面的刘暖曦打

收稿日期:2022-03-10

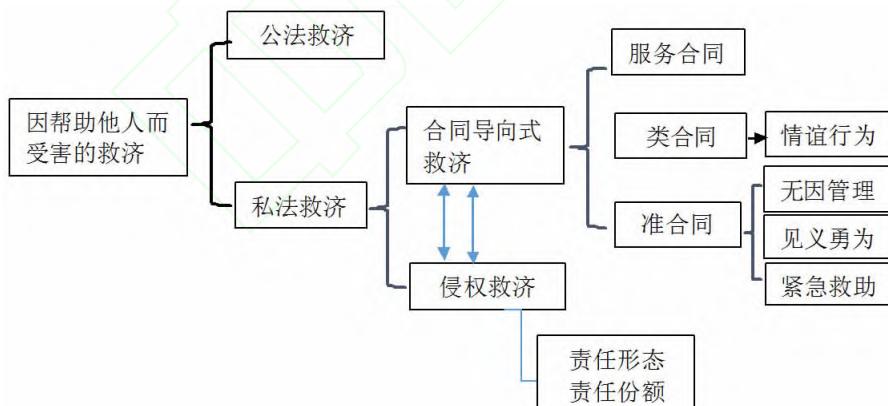
作者简介:张平华,山东大学法学院教授,博士生导师。

开房门,先行入室、将门锁闭,陈世峰携刀与走在后面的江歌发生争执,后杀死江歌。一审判决指出:刘暖曦引入侵害危险,没有对江歌告知和提醒,并在受到不法侵害的紧迫危险时,置他人生命安全于不顾,具有明显过错,应承担相应民事责任。因此,法院判决被告刘暖曦赔偿原告江秋莲各项经济损失 49.6 万元。<sup>[1]</sup>

“因帮助他人而受害”的案件融合了道德上的宣示(见义勇为)和法律上的归责(侵权责任),作为(杀害行为)和不作为(拒绝施救),是一个值得深入研究的法律问题。对此,公法、私法给出了不同的救济路径,而私法的基本救济手段是损害赔偿。损害赔偿立基于“合同”和“侵权”之二分,再细分、延展和完善,形成请求权基础之体系脉络。依此,私法救济整体上可以分为两大类:一是合同导向式的救济。所谓合同导向式的救济是一个开放式的学理概念,其规范化程度存在差别,但都以当事人的自由意愿为核心。帮助行为的发生原因,首先系基于服务合同、旅游合同、运输合同等合同而对当事人的帮助。此外,也包括了未成立合同但在结构上类似合同的情形,如准合同、类合同。准合同是准用合同规范治理的法定之债,在我国民法上主要限于无因管理和不当得利;学理上对见义勇为、紧急救助也多采无因管理说认定其结构。江歌为保护刘暖曦接纳其在公寓中居住,因阻挡陈世峰而最终被害属于见义勇为、无因管理、紧急救助中的受害行为。类合同指虽未构成合同但和当事人意志相关的行为,这种行为可以被法律调整,例如,无权代理法律关系、缔约过失责任关系;也可以在法律之外,如情谊行为。<sup>[2]</sup>江歌和刘暖曦之间存在情谊行为,江歌的受害行为属于情谊行为中当事人受到的损害。法律没有从正面规定情谊行为,但情谊行为并非法外空间,违反情谊行为法律也应给予救济。二是侵权救济。其以损害为起点,以行为人应受谴责的主观心态也就是过错为要素,进行事后、结果式救济;通过宽泛的要件覆盖侵权人(被帮助人、第三人)和被侵权人(帮助人)之间的关系,预设了按份责任、连带责任、补充责任等责任形态,并通过过错比较或原因力确定责任份额,有利于一次性主张全面救济。侵权行为有作为和不作为之分,陈世峰的杀害行为属于作为侵权,刘暖曦违反了积极作为义务未予施救,构成对江歌的不作为侵权。

按照请求权基础顺序理论,我们依次研究合同导向式的救济、侵权救济,最后落脚到从责任形态、责任份额角度介绍不作为和作为结合的侵权责任承担问题。

图 1 因帮助他人而受害的救济路径



## 一、因帮助他人而受害的合同导向式的救济

### (一) 情谊行为:并非法外空间

1. 基于“暂住”而产生的情谊行为。本案被告与江歌是同乡好友,因与陈世峰发生争执而向江歌求助,

[1] 原告江秋莲与被告刘暖曦生命权纠纷案,参见山东省青岛市城阳区人民法院(2019)鲁 0214 民初 9592 号民事判决书。

[2] 一般认为类合同请求权包括两种:缔约过失请求权和无因管理请求权。参见〔德〕梅迪库斯:《请求权基础》,陈卫佐译,法律出版社 2012 年版,第 109 页;王泽鉴:《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社出版 2001 年版,第 117 页。吴香香教授认为,基于情谊行为的请求权可以纳入类合同请求权。参见吴香香:《请求权基础:方法、体系与实例》,北京大学出版社 2021 年版,第 11 页。

两次到江歌公寓暂住,事发当时“暂住”江歌公寓。由于“暂住关系”并无对价,在市场经济环境下,以提供服务为标的的无偿关系是良好道德的表现,原则上应为情谊行为(又被称为好意施惠关系、君子协定),除非当事人旨在设定无偿委托合同或其他信任关系。这种关系也建立在“合意”的基础上,该“合意”无须明示,无设定民事权利义务关系之意思表示,不成立法律意义上的公寓借用合同、租赁合同。这种持续时间长又反复多次形成的非陌生人之间的特别约束关系,具有一定的社会共同体的性质。既然不是合同,就不产生主给付义务,没有积极意义上的强制拘束力,当事人无须尽法律所要求的较高的注意义务。<sup>[3]</sup> 本案中,刘暖曦请求到江歌公寓暂住而江歌同意的行为不产生合同拘束力,江歌不得因此向刘暖曦主张支付费用。

2. 情谊行为对合同的准用。情谊行为并非法外空间。当事人事实上存在“给付-受领”的关系,一旦给付并已受领就不会发生不当得利。此外,当前比较法上也存在强化道德义务的趋势。例如,《荷兰民法典》的自然债务含义广泛,足以包含情谊行为,<sup>[4]</sup> 其第6.3条明确规定:“当事人对他人负有一个某种不可推卸的道德义务时,尽管该义务是不可强制执行的,但是必须按照一般社会观念的要求像其现在就负有这样的法律义务一样地履行。”这是因为,情谊行为使当事人主观上产生了较高的预见可能性,形成了相当的信赖,进而就有必要产生较高的注意义务。同时,由于一方向他方开启权利领域,因情谊给付的提出而增强了彼此的损害风险,产生对对方的人身、财产的增强保护义务。<sup>[5]</sup> 可见,与当事人间并无接触的侵害关系不同,如果情谊受领人陷于危险,相对人负有保护义务。基于情谊行为派生的安全保障义务和合同附随义务具有类同的法理构成,义务强度上也难分彼此,不能说,因为是基于情谊行为的安全保障义务就在强度上一定弱于合同附随义务。更不能基于情谊行为的存在,径行排除适用侵权责任而只依据公平责任给予补偿。<sup>[6]</sup> 仅仅就保护义务的发生机制上看,为支持受害者救济,实务上绕道于基于情谊行为的先行行为,再派生安全保障义务,然后按照侵权责任进行救济。<sup>[7]</sup> 这一做法远远不如直接承认情谊行为产生保护义务,再准用“加害给付”的规定更为有力。由于给付积极效力的欠缺,情谊行为的“加害给付”所剩下的主要是侵权救济。可以讲,从救济角度而言,当事人之间是合同关系还是情谊行为对裁判结果并无实质影响。<sup>[8]</sup>

由于无因管理以具有利他管理意思为要件(《民法典》第979条),情谊行为也是合乎道德要求的利他行为,基于这种结构的类似性,实务上往往对情谊行为直接适用无因管理。<sup>[9]</sup> 而事实上,情谊行为未必具备管理意思、未必符合无因管理的要件。退一步讲,即便合乎无因管理的要求,又因为无因管理是准合同须准用合同。如此周折,反而不如对情谊行为直接准用合同,更为简明。

3. 情谊行为适用道德原则。法律不能直接赋予情谊行为强制拘束力,以防止其过度限制当事人的自由,消除生活应有的柔性与和谐;也不能完全放任由道德进行调整,特别是,当事人之间信赖之增加不仅提高了损害的可能性,而且使损害分担更加复杂,这些复杂化的后果必须依法律进行调整。这表明,道德和法律从来就不是泾渭分明,情谊行为一直处在法律之下,受制于与正式法律不同的中间性质的规范,<sup>[10]</sup> 即民法基本原则中的道德原则,如诚实信用、公序良俗等。因帮助他人而受害的情谊行为适用诚信原则还是公序良俗原则?一般而言,这两

[3] 有的法院认为作为情谊行为的好意同乘关系也产生法律权利和义务,这就混淆了情谊行为和法律行为。吕永征、田某3生命权、健康权、身体权纠纷案,参见河北省廊坊市中级人民法院(2020)冀10民终1394号民事判决书。

[4] 张雪忠:《自然之债的要义与范围》,《东方法学》2013年第6期,第64页。

[5] 张家勇:《因情谊给付所致损害的赔偿责任》,《东方法学》2013年第1期,第14页。

[6] 费宗莲与程巧兰等机动车交通事故责任纠纷上诉案,参见江苏省南京市中级人民法院(2009)宁民一终字第14号民事判决书。

[7] 陈千梯等诉傅舒琴等侵权赔偿责任纠纷案,参见浙江省平阳县人民法院(2016)浙0326民初1866号民事判决书。

[8] 张平华:《君子协定的法律分析》,《比较法研究》2006年第6期,第75页。

[9] 何希堂、王智辉侵权责任纠纷案,参见河南省洛阳市中级人民法院(2019)豫03民终6882号民事判决书。

[10] [日]河上正二:《民法学入门:民法总则讲义·序论》(第2版增订本),[日]王冷然、郭延辉译,北京大学出版社2019年版,第16页。

项原则存在下列区别:<sup>[11]</sup>其一,在适用场景上,诚实信用原则与交易的关联程度高,适用于和当事人允诺、信赖保护相关的场景,往往以合同有效成立或者旨在订立合同为前提。公序良俗与当事人允诺无关、不涉及信赖保护,与交易的关联程度低,以合同无效或被撤销、不以订立合同为前提,“是为那些针对完全陌生人的行为树立的标准”。<sup>[12]</sup>就此而论,江歌案中的情谊行为与交易无关,应适用公序良俗原则。其二,从被违反的结果看,诚信原则基本不涉及公共利益,于当事人之间派生较高层次的注意义务,在实践中比较容易被违反;公序良俗则涉及公共利益,并非高层次的注意义务,涉及经济公序、基本人权保障、家庭和两性伦理,是生活中的法律底线,不容易被违反。<sup>[13]</sup>背信的法律后果不如背俗严重,背信产生的法律关系并不当然无效,背俗的法律关系原则上无效。违反诚信原则与故意违反善良风俗的侵权相比,后者更容易涉及第三人,构成侵权;前者不容易构成侵权。前者主观上可以是故意或过失,后者主观上一般是故意。<sup>[14]</sup>本案中,刘暖曦打破了江歌的既有生活,引入危险,在陈世峰发现其居住公寓、追逐而来直至对江歌实施杀害进程中,刘暖曦将江歌拒之门外、不予帮助,违反公序良俗;从情谊行为角度看,应该赔偿因为江歌死亡而产生的损失。

## (二)无因管理:包含道德期许的准合同

即便存在情谊行为,江歌对刘暖曦负有道德上的管理义务、保护义务,这种道德上的义务须存在必要的限度、并不产生法律上的拘束力。就此而言,江歌的帮助行为并非履行法定或约定义务的行为,应可构成无因管理。<sup>[15]</sup>无因管理是民法对于好意处理他人事务给出的积极评价,为包含道德期许的准合同。<sup>[16]</sup>这种对合同的准用贯彻于从法律结构(管理意思)到归责(从归责原则到损害赔偿)的全过程,增强了无因管理制度的整体性。

1. 基于无因管理的损害赔偿归责原则。比较法上对这种责任的性质存在不同认识。在德国,多数说认为无因管理可以准用委托合同,无因管理中管理人受到的侵权损失可归类到非自愿的损失,进而请求本人予以返还;少数说则认为这种损害赔偿是无过错的风险责任。在瑞士,学者们认为该损害赔偿请求权并非侵权法意义上的损害赔偿,而是准合同的损害赔偿;当管理人为了本人的利益管理事务时,本人必须公平为限分担事务管理的损害风险,因此,这一责任是公平责任、风险责任。<sup>[17]</sup>我国审判实践上缺乏对无因管理准用合同的自觉,反而倾向于基于道德的正当性或优越性适用公平责任。有的让受益人给管理人予适当补偿,不过其基础是公平责任原则。<sup>[18]</sup>以上简明考察可见,无因管理损害赔偿按照道德上的正当性挣脱了合同责任的窠臼,以公平归责宣示了道德上的正当性。

2. 基于无因管理的损害赔偿范围。受准合同理念之影响,传统法上的无因管理重在规范管理人与受益人之间的“内部关系”,与第三人之法律关系并不在规范的调整范围之内。<sup>[19]</sup>后来,“内部关系”之内涵逐步拓展,以

[11] 王利明:《论公序良俗原则与诚实信用原则的界分》,《江汉论坛》2019年第3期,第129—131页;于飞:《公序良俗原则与诚实信用原则的区分》,《中国社会科学》2015年第11期,第153—157页。

[12] 于飞:《基本原则与概括条款的区分:我国诚实信用与公序良俗的解释论构造》,《中国法学》2021年第4期,第34页。

[13] 梁慧星:《民法学说判例与立法研究(二)》,国家行政学院出版社1999年版,第16—18页;〔德〕迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第511—536页。

[14] 〔德〕埃尔温·多伊奇、〔德〕汉斯·于尔根·阿伦斯:《德国侵权法》,叶名怡、温大军译,中国人民大学出版社2016年版,第113页。

[15] 何希堂、王智辉侵权责任纠纷案,参见河南省洛阳市中级人民法院(2019)豫03民终6882号民事判决书。

[16] 〔日〕北川善太郎:《日本民法体系》,李毅躲、仇京春译,科学出版社1995年版,第7页;吴训祥:《〈民法典〉中准合同制度的历史演变与体系效应》,《法制与社会发展》2022年第1期,第137页。

[17] 缪宇:《论被救助者对见义勇为者所受损害的赔偿义务》,《法学家》2016年第2期,第84页。

[18] 玉海爱等诉黄秋梅等无因管理纠纷案,参见广西壮族自治区百色市中级人民法院(2019)桂10民终720号民事判决书;邱岸红、杭州百世网络技术有限公司湖南分公司无因管理纠纷案,参见湖南省长沙市中级人民法院(2021)湘01民终691号民事判决书;蒋伯芳、三台县三元镇人民政府义务帮工人受害责任纠纷案,参见四川省三台县人民法院(2020)川0722民初4376号民事判决书。

[19] 吴从周:《见义勇为与无因管理——从德国法及台湾地区法规定评河南法院判决》,《华东政法大学学报》2014年第4期,第8页。

至于可覆盖费用返还和损失补偿,而所谓损失补偿可否包含因第三人侵权产生的赔偿责任?对此,比较法及中国的实践存在不同的做法。

一种做法是,基于合理预见判断第三人侵权损害应否予以赔偿。实务上,如果管理人遭受损害的数额相对较低,且通常是财产损害的情形下,往往法院会对全部损害予以支持;但是如果管理人遭受损害的数额相对较高,尤其是管理人遭受重大人身伤害或者丧失生命时,法院通常情况下会适用适当补偿的规定,并且补偿的数额一般较低。<sup>[20]</sup>对此,合理预见规则可以抛开损害范围高低问题,提高损害赔偿的规范化程度,有效避免机会主义做法。还可契合无因管理的准合同特点,保护被管理人的信赖,分担风险。《德国民法典》虽无明确规定,但德国联邦最高法院原则上承认受益人本人应补偿管理人基于“典型之风险伴随损害”,此种损害不仅仅要求事务管理与损害之间具有相当因果关系,还要依据管理事务之行为种类,以及管理事务实施当时的情状可得认识,并且有一定程度的发生概率。<sup>[21]</sup>由于一般情形下,管理人须尽善良管理人的注意义务,应该可以理性避免常规损害,而典型的风险伴随损害主要指紧急管理中的损害。<sup>[22]</sup>若损害是因管理人一般生活风险所致,则受益人不负有补偿义务。一般生活风险是指一般人在日常共同生活中应自己承受的危险。该风险与管理事务无关,是即使行为人未管理事务也可能遭受损害的风险。例如,甲在救助乙时,因癫痫发作而呛水受伤,原则上应由甲自己承担。<sup>[23]</sup>《欧洲示范民法典草案》第V-3: 103条(赔偿请求权)规定:“管理人的行为保护本人的人身、财产或利益免受危险的,且符合以下要件的,管理人就其在从事管理行为时所受人身伤害或者财产损害导致的损失,有权要求本人予以赔偿:(a)管理行为引发了或实质扩大了造成此种伤害或损害的危险;且(b)在可预见的范围内,此种危险与本人所面临的危险之间具有合理的比例。”该条明确地对本人的损害赔偿责任作出“可预见”“具有合理的比例”等限制。

第二种做法派生于第一种做法,其不以合理预见规则限制损害赔偿,而是将请求范围限定为所受损失。我国台湾地区“民法”第176条第1款规定:“管理事务,利于本人,并不违反本人明示或可得推知之意思者,管理人为本人支出必要或有益之费用,或负担债务,或受损害时,得请求本人偿还其费用及自支出时起之利息,或清偿其所负担之债务,或赔偿其损害。”对管理人得请求赔偿的范围,学者一般认为仅包括“所受损害”即现有财产之减少,而不包括“所失利益”也就是将来可得财产之减少;这样做,既符合管理人的处分权,因为参加无因管理意味着自始甘愿牺牲,<sup>[24]</sup>也可以避免同无因管理的道德追求相违,变相支持管理人的报酬请求权。<sup>[25]</sup>

第三种做法是综合考量多元因素确定补偿范围。《瑞士债法典》第422条第1款明确规定,遭受其他损害的管理人对本人享有损害赔偿请求权,但该赔偿请求权取决于法官在个案中的具体裁量,就绝对权益损害而言,不论是财产损害还是非财产损害,管理人并非必然能获得全部赔偿。具体来说,法官需要考虑的因素一般包括:危险的程度、法益的价值、当事人的财产状况、危险和事务风险的比例关系、事务管理的效果、管理人是否具有专业身份、当事人的过错、可归责于当事人的行为方式和情节等。<sup>[26]</sup>无因管理并非存在对待给付的债,即便管理事务未达到预期目的,也应该赔偿管理人的损失。就管理行为的效果即受益人所受利益而言,因《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)第15条明定“权利人请求受益人在受益范围内予以适当补偿”,我国部分学者认为受益人承担补偿义务的前提是其必须实际受有利益,这就将管理效果内设为无因管理的成立要件,混淆了无因管理和不当得利的关系,实际上只要存在管理行为有益于被管理人即

[20] 冯德淦:《论无因管理中管理人遭受损害的救济》,《财经法学》2021年第6期,第70页。

[21] 吴从周:《见义勇为与无因管理——从德国法及台湾地区法规定评河南法院判决》,《华东政法大学学报》2014年第4期,第17页。

[22] 吴训祥:《论无因管理本人的偿还义务——兼论〈民法总则〉第183条第2句的适用问题》,《法学家》2019年第2期,第86—89页。

[23] 易军:《无因管理制度设计中的利益平衡与价值调和》,《清华法学》2021年第1期,第161页。

[24] 孙森焱:《民法债编总则》(上),2001年作者自版,第127页。

[25] 邱聪智:《新订民法债编通则》(上),中国人民大学出版社2003年版,第64页。

[26] 缪宇:《论被救助者对见义勇为者所受损害的赔偿义务》,《法学家》2016年第2期,第84页。

可成立无因管理。受益人而不是管理人承担事务管理成功与否的风险。<sup>[27]</sup> 无论本人获益如何,对损害等均应照数偿还。<sup>[28]</sup>

受益人并未对管理人实施不法的侵权行为,且管理人所受损失难谓与受益人的行为有因果关系,因此不应使其对管理人承担完全赔偿责任。<sup>[29]</sup> 管理人因管理事务而死亡时,死亡是否属于通常的危险?通说持肯定说,认为应类推适用《德国民法典》第844条规定,使本人负担殡葬费或法定扶养费。<sup>[30]</sup> 也有学者认为,这里造成死亡的后果是否满足侵权损害赔偿的构成要件,符合被管理人“不法”侵害管理人,存在相当因果关系等要求,并非毫无疑问。而且,如果因此而要求本人承担死亡赔偿可能给本人或其亲属造成过重的负担。<sup>[31]</sup>

无论是归责原则还是损害赔偿都一定程度上体现了合同理念,准用了合同的架构,以图按照相对性的要求在管理人和受益人之间建构权利义务关系,不仅要求管理事务合乎被管理人的意愿和利益,而且要限缩无因管理的损害赔偿范围。但很明显,处理涉及第三人侵权的关系显然不是合同的专长。无因管理包含着道德上的期许,基于道德风尚实施利他行为而不是逐利行为。当这种期许转化为立法者的意志的时候,就会增加无因管理之债的法定色彩。比较而言,无因管理中的道德期许是最低限度的,远不如见义勇为、紧急救助来的强烈。

### (三)见义勇为、紧急救助:更为强烈的道德宣示

1. 见义勇为。我国民法上的见义勇为制度始终是在和无因管理缠绕交织之中向前发展的。《民法通则》高度重视道德和民法的融合,于第109条专门规定见义勇为,强调其特殊的目的和构成,“因为防止、制止国家的、集体的财产或者他人的财产、人身遭受侵害而使自己受到损害的”,由侵权人承担侵权责任,而受益人可以给予补偿,这种补偿是道德上的公平观念的体现。<sup>[32]</sup> 于无因管理,则是指一般意义上管理他人的事务者须由被管理者偿付的必要费用,解释上认为该处的必要费用包括了因第三人侵害产生的损失。管理人可以获得全部赔偿。见义勇为不能获得全部赔偿,只能获得适当补偿。<sup>[33]</sup> 由此而论,法律对无因管理人的保护反而要强于见义勇为人,其评价结论和立法者倡导支持见义勇为的立场相悖,其妥当性深受怀疑。<sup>[34]</sup> 实务上,在既成立无因管理又构成见义勇为的前提下,应承认构成责任竞合,救助者选择适用无因管理更为有利,<sup>[35]</sup> 这又会导致见义勇为的立法被虚置。

《民法典》承继了《侵权责任法》对见义勇为遭受损害者给予适当补偿的原则,第183条的规定:没有侵权人、侵权人逃逸或者无力承担民事责任,受害人请求补偿的,受益人应当给予适当补偿。除了强调“因保护他人民事权益使自己受到损害的,由侵权人承担民事责任外,受益人可以基于公平给予补偿”,还进一步明确“侵权人逃逸或者无力承担责任,被侵权人请求补偿的,受益人应当给予适当补偿”,强化了特殊情形下补偿的强制性。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》(法释〔2022〕6号)第34条规定:“因保护他人民事权益使自己受到损害,受害人依据民法典第一百八十三条的规定请求受益人适当补偿的,人民法院可以根据受害人所受损失和已获赔偿的情况、受益人受益的多少及其经济条件等因素确定受益人承担的补偿数额。”至此,见义勇为的立法规定一脉相承并无本质变化,受益人补偿责任居于补充地位,其适用条件及补偿范围越来

[27] 郑玉波:《民法债编总论》(修订2版),陈荣隆修订,中国政法大学出版社2004年版,第84页;孙森焱:《民法债编总则》(上),2001年作者自版,第127页;易军:《无因管理制度设计中的利益平衡与价值调和》,《清华法学》2021年第1期,第161页。

[28] 请求损害赔偿的范围不以本人所受到的利益为限,但管理人有过失的,应减轻本人的赔偿责任。参见阜阳市颍州区众鑫新型墙体材料厂与石锁龙等无因管理纠纷上诉案,江苏省镇江市中级人民法院(2011)镇民终字第128号民事判决书。

[29] 易军:《无因管理制度设计中的利益平衡与价值调和》,《清华法学》2021年第1期,第153页。

[30] 王泽鉴:《债法原理(第1册):基本原理·债之发生》,中国政法大学出版社2001年版,第347页。

[31] 杨芳贤:《民法债编总论》(上),三民书局2016年版,第109页。

[32] 佟柔:《中国民法》,法律出版社1990年版,第596页。

[33] 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第142条、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15条、《侵权责任法》第23条。

[34] 冯德淦:《论无因管理中管理人遭受损害的救济》,《财经法学》2021年第6期,第76页。

[35] 关涛:《救助他人行为的私法构造》,《法学》2017年第9期,第40页。

越明确。

问题是,《民法典》关于无因管理的损害赔偿(第979条)也改为“适当补偿”而不再是全面赔偿。于此情形下,我们又该如何理解见义勇为和无因管理的关系?一种观点认为,见义勇为是特殊的无因管理,二者价值基础、事实构成接近,但法律效果存在差别,第183条与第979条之间构成特别条款与一般条款的关系,由于见义勇为制度规定“没有侵权人、侵权人逃逸或者无力承担民事责任”的,承担强制性补偿责任,体现了见义勇为和无因管理的不同。<sup>[36]</sup>另一种观点认为,见义勇为是无因管理行为的类型之一,并不是立案受理无因管理纠纷案件的前提条件。管理人的行为是否属于见义勇为,并不影响法院的审理。<sup>[37]</sup>甚至说,见义勇为是立法上的赘言,透过“无因管理”的规定,足以解决所谓的见义勇为问题。见义勇为人得向被救助之本人请求补偿之依据则应为无因管理,而非抽象之公平原则或衡平原则。<sup>[38]</sup>法律除了道德宣示,规范上应保持一致,关键是如何对待两种制度的法律效果。由于第979条关于损害赔偿责任的规定比较简单,见义勇为与无因管理能否一致,还取决于对该条的进一步解释。

2. 紧急救助。《民法典》第184条设立了紧急救助条款,明确了紧急救助人在任何情形下都无须对被救助人承担责任,被称为比较法上最为宽松的救助条款,充分彰显了社会主义核心价值观,其和“见义勇为”条款一起组成了有中国特色的“好人法”。问题是,本条未规定应如何补偿紧急救助人遭受的损失,形成法律漏洞。由于紧急救助的目的是保护他人民事权益时,也构成见义勇为,属于特殊的无因管理。<sup>[39]</sup>在此基础上,学者建议用无因管理填补第184条的漏洞。<sup>[40]</sup>不过,紧急救助适用于紧急情况下,符合“紧急时无法律”的要求,属于见义勇为和无因管理的特别法,不应该适用见义勇为、无因管理的一般规定。特别是,紧急救助立法上强调其无须对被救助者承担责任,并不为过。相应地,如果紧急救助者因第三人侵权遭受损失的,也应该给予优越保护,例如,自身存在过失进而导致自身损害的发生或扩大的,也不应适用严格的过失相抵原则。

#### (四) 合同导向式救济的总体特征

1. 道德宣示超出技术合理标准。我国民法对于“因帮助而遭受损害”的合同导向式救济存在叠床架屋式的制度设计,充分体现出立法者对社会主义核心价值观的高度重视和充分践行。这可能损及法典的逻辑,造成一定的重复。见义勇为、紧急救助条款适用于特定的生活场景,其立法技术明显不同于无因管理,不强调法律结构的类似性而是生活事实的类似性;<sup>[41]</sup>不重视法律规范自身的技术合理性而偏重伦理上的妥当性。基于上述立法技术上的差异,无因管理完全可以从技术结构上涵摄见义勇为、紧急救助行为。由于情谊行为就其本质不可能得到立法的重视,其也可以适用无因管理,这样一来,无因管理就成为合同导向式救济的制度核心,见义勇为、紧急救助无非是其特殊制度。

2. 存在不同程度的当事人自由意志因素。合同导向式救济采取事前规制范式,从积极方面描述了法律关系的起因与全貌,有利于依托当事人的意志、基于相对性,使管理人向被帮助人寻求救济。情谊行为完全具备合同式的自由或同意,与合同结构最为类似,但长期处于立法规制之外,在救济路径选配上往往被忽略,进而丧失其应有的地位。审判实践中人们经常忽视当事人之间的情谊行为,实际上,如果能依托其他制度追究侵权责任,倒无所谓,例如,本案审理完全忽略了刘暖曦和江歌之间的情谊行为;问题是,有的时候忽略了情谊行为,可能漏设当

[36] 郭明瑞:《关于无因管理的几个问题》,《法学研究》1988年第2期,第51页。

[37] 玉海爱等诉黄秋梅等无因管理纠纷案,参见广西壮族自治区百色市中级人民法院(2019)桂10民终720号民事判决书。

[38] 吴从周:《见义勇为与无因管理——从德国法及台湾地区法规定评河南法院判决》,《华东政法大学学报》2014年第4期,第5页。

[39] 张庆福、张殿凯诉朱振彪生命权纠纷案,参见河北省唐山市中级人民法院(2018)冀02民终2730号民事裁定书。

[40] 易军:《中国法上无因管理制度的基本体系结构》,《政法论坛》2020年第5期,第104页。

[41] [德]梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第20—21页;黄立:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第16—17页。

事人、降低责任,终致结果不公。<sup>[42]</sup>

无因管理明显受到合同理念的影响,以合理预见规则限制损害赔偿的范围明显是借用合同制度之结果;基于损害类型所做的赔偿限制无非是对无偿委托合同的准用。几乎无人否定见义勇为、紧急救助是特殊的无因管理,因为它们体现了当事人管理他人事务的意志因素,且行为合乎良好的道德要求或动机。事实上,法律针对较高道德标准的行为所做的不应是规范行为本身,而应是防止英雄“既流血又流泪”。正因此,《民法典》第183条才设立了多层次的补偿制度、第184条才设立了紧急救助人的无条件免责制度。

3. 合同导向式的救济对侵权救济的依赖。理顺不同制度之间的关系是民法体系化的重要任务,这又可以从合同导向式救济体系的内部和外部进行考察。一方面,在合同导向式救济内部,见义勇为和紧急救助都立足于道德宣示、具有类似的生活事实基础,将二者结合起来,可以更加全面地调整帮助人和侵权人、帮助人和被帮助人的损害赔偿关系。在具体适用时,可以通过解释实现紧急救助、见义勇为、无因管理在法律效果、法律构成上的趋同,消除基于体系设计差异而可能给当事人造成的不公。例如,无因管理也要有紧急管理和一般管理的区分,对其中的紧急管理可以考虑适用紧急救助。另一方面,在合同导向式外部,合同导向式的救济离不开侵权救济,因为其受制于相对性,不利于在侵权人、被帮助人、帮助行为人三方主体中一次性解决全部纠纷。在这方面,越是意志因素不完整、不规范(例如,类合同、准合同不具备要约、承诺,意思表示等),法定之债的属性较强,对其越可以直接适用过错侵权责任。<sup>[43]</sup>此外,合同导向式救济提供了各具特色的场景,以此为前提可以发展出许多侵权制度。例如,如果不拘泥于文义,见义勇为制度不限于“保护他人的民事权益”,就可以拓展到保护他人的权益兼保护自己的权益、主要为保护自己的权益而兼顾保护他人的权益等场合,那么规定见义勇为制度的《民法典》第183条<sup>[44]</sup>就可以发展成为不作为侵权的一般条款。侵权救济对合同导向式救济还在责任形态上产生重要影响,对此,后文第三部分将予以进一步分析。

## 二、因帮助他人而受害中的侵权归责问题

侵权制度是对“因帮助他人而受害”的救济体系中的兜底制度,不需要行为人有独特的意愿(管理他人事务、见义勇为、助人为乐等),构成要件简单,规范含义宽泛。然而,既有的教义习惯了以作为为侵权典型,法律规范缺乏对不作为侵权的明确规定,不作为侵权的学理积淀不足,体系地位无法和作为侵权相提并论。本案中陈世峰的杀害行为是至为明显的作为侵权,而由于不作为侵权理论不足,导致人们对刘暖曦的不予救助行为该如何进行归责,存在不少分歧。

### (一) 因帮助他人而遭受损害的侵权归责原则

即便是积极作为和消极不作为构成侵权连带责任或者补充责任,积极作为的侵权并不因为有不作为的存在而转化为其他侵权,因为这些责任仍须以单独构成侵权责任为前提,仍应适用原有的归责原则,可以是无过错责任或过错责任。最值得探讨的问题是被帮助人侵权的归责原则。比较法上,德国、瑞士、奥地利等国对于归责原则大致存在两种思路:或者“准用委托合同”使被帮助人承担侵权法上特殊的无过错责任,或者承认基于公平原则让被帮助人承担“独特的风险责任”,就结果而言,殊途同归。<sup>[45]</sup>我国法律较少直接准用委托合同解释适用因帮助他人而遭受损害的归责原则,如果准用《民法典》第930条无因管理的规定,“受托人处理委托事务时,因不可归责于自己的事由受到损失的,可以向委托人请求赔偿损失”,也应适用无过错责任。受道德期许的驱使,人

[42] “2006年12月11日,匡小琴应‘粤汕头货2081’船船员李建和的邀请到该船上玩耍。晚上8时许,当李建和驾驶‘粤汕头货2081’船航行至韩江西溪下陈村河段时,舵把碰撞到停泊在旁边的被告陈沛鑫所有的挖砂设施的锚绳,致使舵把弹起,将站在船上的匡小琴打落水中,匡小琴溺水死亡。”此案法院关注的焦点是李建和的雇主陈业山的责任,而忽视了追究李建和的责任。方爱军等诉陈业山等船舶碰撞挖砂设施人身伤亡损害赔偿案,参见广东省高级人民法院(2008)粤高法民四终字第84号民事判决书。

[43] 阜阳市颍州区众鑫新型墙体材料厂与石锁龙等无因管理纠纷上诉案,参见江苏省镇江市中级人民法院(2011)镇民终字第128号民事判决书。

[44] 本文未明确标注条文具体来源的,皆来源于《民法典》。

[45] 缪宇:《论被救助者对见义勇为者所受损害的赔偿义务》,《法学家》2016年第2期,第81—85页。

们总体倾向于认为归责原则是公平责任、特定条件下的损失分担、特殊的无因管理之债、民法上独立类型之债。<sup>[46]</sup>《民法通则》出台后,解释论上一直持公平责任说,最高人民法院法官认为《民法典》生效后见义勇为中受益人的责任是公平责任,<sup>[47]</sup>部分法院在典型的见义勇为案件中不援引见义勇为条款,而直接适用公平责任条款。这些观点值得进一步讨论。

其一,准用委托合同可以解决因为第三人侵权,被帮助人须承担的代为清偿责任问题。依据《民法典》第930条规定,受托人因“不可归责于(受托人)自己的事由”受到损害的可以向委托人请求损害赔偿;但若受托人对损害的发生有过错的,则不享有损害赔偿请求权。<sup>[48]</sup>进一步讲,这里讲的受托人遭受“损害”的原因应指因为第三人的原因而不是委托人的原因、过错。从这一角度上说,所谓由委托人承担的损害赔偿责任主要是委托人代第三人承担责任,用于无因管理是指受益人代直接侵权人承担责任。

其二,如果受益人的侵权责任是独立的责任类型,原则上应适用过错责任。人们习惯了认定无因管理行为是对他人行为自由的干预,相应地,归责的重心是无因管理人自身是否对发生的损害存在过错,从而很容易忽略对被管理人过错的考量。例如,邱岸红基于无因管理帮助百世湖南分公司拉拽疏通传送带,并不存在故意和重大过失,其手指被卷进传动带皮带内属于意外事件。对邱岸红在本案中遭受的损失,其依法可以请求受益人即百世湖南分公司给予适当补偿。<sup>[49]</sup>实际上,此时完全可以考量被帮助人的过错。如这种过错并未超越因果关系相当性和法规目的,具有可救济性时,应该适用过错责任一般条款。有的案件混淆了安全保障义务的过错责任和无因管理的补偿责任,将二者同等对待:一审法院判决雇主承担违反安全保障义务的过错责任;二审法院维持一审法院判决结论,但认为雇员自行维修居住宿舍构成无因管理,雇主应承担适当的补偿责任。<sup>[50]</sup>这一做法并不可取。

其三,无过错责任应该存在特殊的危险,因帮助他人导致受伤害不涉及特殊危险,并无适用无过错责任之必要。管理人遭受他人侵害的损害赔偿和支出费用应按照同一性质对待,适用同样的归责原则。《民法典》第979条使用了“适当补偿”而不是“赔偿”语词,排斥了无过错责任的适用。

其四,如果第三人侵权尚属于无因管理规范射程范围,此时的不作为侵权和第三人侵权构成了竞合关系,管理人择其一进行主张即可。如果不属相当因果关系的损害赔偿、超越了无因管理规范射程范围,若被帮助人单独实施了超出帮助关系之相当因果关系的侵害,则属于另外的侵权事件,不构成竞合关系,当事人可另案起诉。

## (二)不作为侵权归责难题:因果关系

1. 不作为侵权独特的规范基础和立法模式。理想意义上,不作为侵权与作为侵权可被清晰地识别和界分,也具备明显不同的社会基础:作为侵权违反了消极义务,于价值判断上优先保护行为自由,体现了立法者对个人主义的坚守,在侵权人和被侵权人之间应是陌生人之间的关系;不作为侵权违反了积极义务,旨在优先保护弱者权益,实现公民安全或社会安全,<sup>[51]</sup>具有明显的共同体主义倾向,侵权人和被侵权人之间可以是伙伴关系、契约关系。<sup>[52]</sup>江歌和刘暖曦建立在朋友基础上的“暂住”关系,似乎属于伙伴关系,以此为基础,两人之间应该互负安全保护义务。但问题并非这么简单,因为理想模式给我们提供的只是宽泛的指引和大致的导向,并不足以确定在

[46] 王雷:《见义勇为行为中受益人补偿义务的体系效应》,《华东政法大学学报》2014年第4期,第86页。

[47] 参见黄松有主编:《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214—227页;《贺小荣出席首场全媒体直播访谈活动 在线解读〈最高人民法院工作报告〉》,人民法院报2021年3月9日,第9版;冯德淦:《论无因管理中管理人遭受损害的救济》,《财经法学》2021年第6期,第67页。

[48] 易军:《论中国法上“无因管理制度”与“委托合同制度”的体系关联》,《法学评论》2020年第6期,第47页。

[49] 邱岸红、杭州百世网络技术有限公司湖南分公司无因管理纠纷案,参见湖南省长沙市中级人民法院(2021)湘01民终691号民事判决书。

[50] 阜阳市颍州区众鑫新型墙体材料厂与石锁龙等无因管理纠纷上诉案,参见江苏省镇江市中级人民法院(2011)镇民终字第128号民事判决书。

[51] [德]马克斯米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2004年版,第4—5页。

[52] [英]彼得·斯坦、[英]约翰·香德:《西方社会的法律价值》,王献平译,郑成思校,中国法制出版社2004年版,第29—43页。

具体情势下刘暖曦对江歌是否应负安全保护义务及这种义务需要履行到什么程度,为确定这些问题还需深入侵权责任的构成要件中,特别是结合因果关系要件展开具体论证。

现实中,作为和不作为并非泾渭分明。例如,医生关掉了呼吸器导致病人死亡的行为:从该行为阻碍了氧气供给的角度说,他在作为;从他不再供给氧气的角度说,他又是在不作为。为化解区分难题,人们承认从危险角度划分行为的决定作用,作为增大了事实构成的实现危险、不作为未降低危险。<sup>[53]</sup> 从这一视角看,医生首先是在作为。<sup>[54]</sup> 再如,被告海德公司明知李宏生等人没有危险废物处置资质,仍将其生产过程中产生的废碱液,交给李宏生等人进行处置。后李又低价转包他人处置废碱液,承包者将废碱液排入长江及其运河,造成饮用水源污染,取水中断。<sup>[55]</sup> 就行为增加现实危险角度的整体看,海德公司实施了作为。就转包承包人将废液排入长江及其运河,而海德公司明知却予以放任而不加阻拦看,是不作为。由此而论,事先制造危险、将他人引入危险者,应承担积极作为义务,否则,构成不作为侵权。刘暖曦引入了危险,故负有积极救助江歌的义务,起码应该打开房门让其避险;至于这种救助要不要达到让江歌获得安全的结果,还需要进一步的判断或论证。

在立法模式上,作为侵权是侵权立法的原型,通过受害人享有的绝对权益或者通过法律的明文规定可以当然推导出不作为义务之存在,所以其可以采取一般条款立法模式。不作为侵权属于归责体系的例外,作为义务的来源分别是法律、合同、习惯或伦理,<sup>[56]</sup> 一般无法以一个一般条款予以概括而应梳理其类型。<sup>[57]</sup> 人们并不能直接从伦理道德直接推导出作为义务来,“道义上的作为义务不能成为不作为行为人从法律层面上承担侵权责任的法定事由”。<sup>[58]</sup> 法官不得随意认定不作为侵权责任,当事人应当对作为义务承担论证义务。例如,四被告与范某一同饮酒,范某酒后驾车发生车祸死亡,死者近亲属要求四被告赔偿;法院驳回了原告的诉求,因为四被告对范某并无安全保障义务,对范某的死亡并无过错。<sup>[59]</sup> 以此而论,江歌容留刘暖曦暂住,双方虽会在道义上互负作为义务,但不能当然判定刘暖曦负有救助江歌的法律义务。刘暖曦应负什么义务,还需要结合帮助所针对的危险、危险发生原因进一步予以探究。

2. 不作为侵权的因果关系难题。不作为侵权无法直接适用以作为侵权为典型构建之规则。若适用,则存在诸多规范难题,这鲜明地体现在因果关系要件及其判断上。在因果关系判断方法上,不作为与作为不同。人们通常对于作为侵权采用“剔除法”进行“若无,则不”进行假设性思考,判断如果没有该行为是否就不会发生对应损害。而这一方法对不作为侵权不尽有效,实务转而采用“替代法”,即以合法行为替代加害人之不作为后,再检视损害是否仍然会发生。在一个“因为第三人违章撞死受害人而自驾游活动组织者负有安全保障义务”的案件中,尽管组织者的行为不符合“若无,则不”法则,但也不能免责。<sup>[60]</sup> 在施工方推倒围墙压死墙内学生的案件中,学校没有对围墙隐患采取必要的应对措施,在举办校运会期间未通知施工方进行清理,仍在涉案围墙下设置校运会看台令学生处于危险之中,存在不作为侵权。总体而言,与“剔除法”相比,“替代法”对逻辑必然性的要求更低,这导致不作为侵权比起作为侵权中的因果关系更难确定;相应地,人们对不作为侵权因果关系中证明标准的要求

<sup>[53]</sup> Jennifer L. Groninger, No Duty to Rescue: Can Americans Really Leave a Victim Lying in the Street? What is Left of the American Rule, and Will It Survive Unabated?, 26 Pepperdine Law Review 353(1999), at 355; W. Page Keeton et al., Prosser and Keeton on the Law of Torts § 56, at 377 (5th ed. 1984).

<sup>[54]</sup> [德]埃尔温·多伊奇、[德]汉斯·于尔根·阿伦斯:《德国侵权法》,叶名怡、温大军译,中国人民大学出版社2016年版,第21页。

<sup>[55]</sup> 江苏省人民政府诉安徽海德化工科技有限公司生态环境损害赔偿案,载《江苏省高级人民法院公报》2018年第6辑,第49-60页。

<sup>[56]</sup> 参见我国台湾地区“最高法院”100年度台上字第328号、102年度台上字第1893号、106年度台上字第1148号民事判决书。

<sup>[57]</sup> 朱岩:《侵权责任法通论·总论(上册)》,法律出版社2011年版,第349页。

<sup>[58]</sup> Irit Samet, Proprietary Estoppel and Responsibility for Omissions, 78 The Modern Law Review 85(2015), at 90.

<sup>[59]</sup> 范树泉、韩克花生命权、健康权、身体权纠纷案,参见山东省东营市中级人民法院(2018)鲁05民终1025号民事判决书。

<sup>[60]</sup> 曾耀林:《含有营利目的的自驾游组织者负有安全保障义务》,载《人民司法(应用)》2007年第13期,第108页。

就不如作为侵权那样严格或那么高,进而依托“实质要素说”解决不作为侵权因果关系。<sup>[61]</sup>而决定是否为实质要素的不仅是纯粹的事实问题,而且包含着价值判断,故而无法完全解决因果关系的确定性问题。<sup>[62]</sup>在江歌案中,显然不能用“剔除法”判断刘暖曦的不作为与江歌死亡的因果关系,而一旦采用“替代法”,最终需要通过价值判断发现刘暖曦的不作为和江歌之死亡存在的某种实质关联并确定其关联度,这就难免使归责进入作为和不作为结合的侵权责任承担方式。

从事实本身看,不作为因果关系的范围并非像作为侵权那样的明显、可以预见。例如,受害人在某饭店饮酒后通过后门坠入饭店外的一个水坑中淹死;饭店经营者明知后门的设置使原本相对封闭的场地打开了一个入口,可能通向危险,未采取有效阻挡措施;案发水坑地带的管理者未在危险区域设置警示标志,也未采取有效的措施防止他人进入的,亦应承担相应责任。<sup>[63]</sup>一个特定损害经常滋生于多重基于不作为的因果关系之中,<sup>[64]</sup>例如,在施工方撞毁校园院墙导致学生伤亡的案件中,不作为的主体除了学校还有县教育局、市场监管局、城管执法大队,只不过,从因果关系的相当性看,他们并不是责任主体。<sup>[65]</sup>同一主体的作为和不作为时常交融在一起时,当作为违法后果严重,不作为仅仅是加强手段的,作为可以吸收不作为。例如,市场经营管理者明知他人实施商标侵权行为时仍为其提供仓储、隐匿等便利条件是作为;而发现场内经营者有违法行为也不予劝阻是不作为。<sup>[66]</sup>当不作为的违法目的明显,而作为仅仅是手段时,不作为行为则可以吸收其中的作为行为。本案中,刘暖曦有积极作为行为。例如,“先行入室并将门锁闭”;也有不作为,对陈世峰的杀害行为不予制止,此时,不作为更具目的性、可以吸收作为,刘暖曦的行为整体上应定性为不作为。就多个主体的行为来看,人们常见一方的不作为和他方的作为相伴组合在一起,很少见到两个不作为侵权的组合。<sup>[67]</sup>此时,不能像单一侵权主体那样适用吸收理论。本案中的刘暖曦的不作为是不应被陈世峰的作为吸收的,否则,将遗漏追究不作为人的责任。作为和不作为相对而生,作为侵权可以构成因果关系的中断,而不作为侵权通常不存在因果关系中断问题。

### (三)不作为侵权构成要件的特性:融合性和价值依赖

不同的构成要件可组成判定侵权的三阶层构成要件,其中损害、因果关系是事实性要件;过错等属于价值性要件;事实性要件和价值性要件的区分可以发挥明晰归责思路、降低思维成本的作用。例如,因果关系要件的作用就在于快速过滤掉与侵害结果完全无关联的行为,当没有因果关系时,法律适用者就无须再浪费资源进一步探讨其不法要件。<sup>[68]</sup>正因此,不仅要区分因果关系、不法、过错,而且应该先予检验因果关系。判定侵权的阶层理论对于作为侵权无疑是适用的,但是否可以同样适用不作为侵权?库齐奥(Koziol)教授持肯定说,他认为,不作为引发损害与是否存在作为义务是可以区分的两个问题,在因果关系认定上没有必要对不作为侵权作出有异于

<sup>[61]</sup> 实质要素说首先由美国耶利米·史密斯(Jeremiah Smith)提出,实质要素指“被告之侵权行为对于侵害之发生必须为一项实质因素”。《美国侵权法重述》第431条:行为人的过失行为是他人受伤害的一个法律原因,如果:(1)其行为是造成该伤害的一个实质因素;并且(2)没有法律规则能因为其过失造成该伤害的方式而免除行为人的责任。

<sup>[62]</sup> David Hamer, Factual Causation and Scope of Liability: What's the Difference, 77 Modern Law Review 155 (2014), p. 157.

<sup>[63]</sup> 蒋录应等与浙江中益机械有限公司生命权纠纷上诉案,参见浙江省绍兴市中级人民法院(2011)浙绍民终字第839号民事判决书。

<sup>[64]</sup> 王鹏翔:《不作为因果判断中的假设性思考问题》,《欧美研究》2019年第3期,第302—303页。

<sup>[65]</sup> 李竹茂、陈德云与始兴县始兴中学、邓小君、刘桃明等、中国人民财产保险股份有限公司韶关市分公司、欧朝燕生命权、健康权、身体权纠纷案,参见广东省韶关市中级人民法院(2020)粤02民终891号民事判决书。

<sup>[66]</sup> 科奇公司(COACH, INC.)诉上海兴旺国际服饰城市场经营管理有限公司侵犯商标权纠纷案,参见上海市第二中级人民法院(2009)沪二中民五(知)初字第151号民事判决书。

<sup>[67]</sup> 阿候巫哈、申果热举莫生命权、健康权、身体权纠纷案,参见四川省凉山彝族自治州中级人民法院(2020)川34民终385号民事判决书。

<sup>[68]</sup> 黄荣坚:《交通事故中的过失与因果关系认定——评高等法院高雄分院97年交上易字第314号判决》,《法令月刊》2010年第9期,第44页。

作为侵权的阐释。<sup>[69]</sup> 我们不赞成这一观点,应持否定说,因为不作为侵权中不同的构成要件高度融合,无法适用三阶层的构成要件理论。具体而言:

1. 构成要件的融合性。就一般的过错责任而言,因果关系是侵权行为的重要嵌入因素,行为的违法性和因果关系天然融合,所谓作为无非是触发了导致损害的链条,而不作为则未切断已经启动的因果链条。此外,为判断不作为侵权的因果关系,最为复杂和重要的就是确定行为人是否存在作为义务。<sup>[70]</sup> 而既然不作为是对积极作为义务的违反,而过失又是违反了避免结果发生的注意义务,不作为侵权的因果关系又自然贴近过错故易被过失所吸收。<sup>[71]</sup> 无论是因果关系还是过失的认定,关键都是看被告是否存在认知可能性。<sup>[72]</sup> 我国审判实践也普遍存在上述做法。例如,在“行为人与他人聚餐时饮用少量酒水,血液内酒精含量未达到酒驾标准,驾车回家后再次驾车外出发生交通事故身亡”的案件中,共饮者明知行为人少量饮酒,却对其驾车行为未尽必要的提醒、劝阻义务;然而,行为人驾车到家后再驾车外出发生交通事故,饮酒与再次驾车行为有相当的时间间隔,同桌共饮者对该危险的发生不具有可预见性,未尽提醒劝阻义务与行为人的死亡并无法律上的因果关系,不应承担赔偿责任。<sup>[73]</sup> 不作为侵权事实要件的融合势必导致归责进程的虚置,以至于实务上经常恣意地适用推定,甚至直接基于损害后果推定被告存在违反保护义务的情形,进而认定过错、承担责任,<sup>[74]</sup> 这一做法是应当予以避免的。

2. 侵权归责过度依赖价值判断。对不作为侵权而言,法律预设的各个构成要件过多包含了价值或规范属性。其中,积极义务之履行是否适当并不取决于外在的目的性而是在于结果相关性。<sup>[75]</sup> 行为人是否负有作为义务?个案中被告所采取的预防损害发生的措施是否合理?<sup>[76]</sup> 回答这些问题,因缺乏相关的硬性约束或规则,故人们只能从道义、功利、社会契约、自由-社群主义等角度予以论证,在综合要素中寻求平衡。<sup>[77]</sup> 在这一衡量中存在两种明显倾向:其一,无论是立法或学理上都倾向于从经济分析角度判断是否应该负担积极作为义务以及在多大程度上履行积极作为义务。在这一判断过程中,要考虑的因素有:基于某种情况可能发生事故而造成的后果,这种事故发生概率及可能性,为防止事故而采取措施的要求是否过于苛刻。<sup>[78]</sup> 审判实践中,人们在自然而然地适用经济分析理论。例如,在涉及网络公司的商标侵权案件中,法院指出:“若权利人就其商标权对百度公司作出声明,百度公司能够通过过滤等技术手段以低成本预防和制止侵权行为的发生,此时百度公司的注意义务应包含

[69] [奥]海尔姆特·库齐奥:《侵权责任法的基本问题(第1卷):德语国家的视角》,朱岩译,北京大学出版社2017年版,第132页。

[70] [德]埃尔温·多伊奇、[德]汉斯·于尔根·阿伦斯:《德国侵权法》,叶名怡、温大军译,中国人民大学出版社2016年版,第24页;冯珏:《安全保障义务与不作为侵权》,《法学研究》2009年第4期,第62页;王泽鉴:《侵权行为法(第1册):基本理论·一般侵权行为》,中国政法大学出版社2001年版,第96页。

[71] [德]埃尔温·多伊奇、[德]汉斯·于尔根·阿伦斯:《德国侵权法》,叶名怡、温大军译,中国人民大学出版社2016年版,第20页;[日]吉村良一:《日本侵权行为法》(第4版),张挺译,中国人民大学出版社2013年版,第46页。

[72] [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24-25页。

[73] 杨盛、谷昔伟:《江苏南通中院判决李某、周某诉戴某等生命权纠纷案——少量饮酒驾车回家后又驾车外出发生交通事故致死的责任认定》,《人民法院报》2018年4月12日,第6版。

[74] 赵某诉某机械制造公司侵权纠纷案,参见上海市松江区人民法院(2008)松民三(民)初字第2893号民事判决书;中信证券股份有限公司与重庆华能石粉有限责任公司证券经纪合同纠纷案,参见最高人民法院(2011)民提字第293号民事判决书。

[75] [德]埃尔温·多伊奇、[德]汉斯·于尔根·阿伦斯:《德国侵权法》,叶名怡、温大军译,中国人民大学出版社2016年版,第20页;朱岩:《侵权责任法通论·总论》(上册),法律出版社2011年版,第348页。

[76] [澳]彼得·凯恩:《侵权法解剖》,汪志刚译,北京大学出版社2010年版,第72-73页;W. Page Keeton et al., Prosser and Keeton on the Law of Torts § 56, at 377 (5th ed. 1984).

[77] Philip W. Romohr, A Right/Duty Perspective on the Legal and Philosophical Foundations of the No-Duty-To-Rescue Rule, 55 Duke Law Journal 1025 (2006), at 1028.

[78] [德]马克斯米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2004年版,第234页。

主动、及时采取手段防止侵权的发生。”<sup>[79]</sup>其二,从经验角度而言,不同权益、不同价值之间存在着高低位阶,位阶越高越值得行为人积极履行作为义务。由于生命权是位阶最高的权益,裁判上最容易接受保护生命权的作为义务。普通陌生人之间的见死不救虽于道义上不妥,但并不违法;特殊关系人之间,不保护生命权将违反法定义务。这些特殊关系有:(1)夫妻关系。例如,丈夫拒绝为生命垂危的妻子在剖腹产手术告知单上签字,最终导致胎儿和孕妇双双死亡,违反了基于生命权的救助义务。(2)社会交往关系。这种社会交往关系可以是合乎法律或道德要求的。例如,好友三人共同饮酒,酒后,甲邀约下河游泳,其余二人积极响应并率先下河,后甲溺水,其余二人不予救助。刘暖曦和江歌之间也存在社会交往关系。社会交往关系本身也可能是违法的。例如,共同吸毒者因未履行救助义务而导致损害结果产生的,应按份承担侵权责任。<sup>[80]</sup>生命权是人最为基本的权利,任何其他权利都应该为之让位,但是,如果双方都存在生命危险,则容易限于判断难题无法分清究竟何者应负救助义务。本案中,陈世峰多次威胁,且在行凶当日已经两次来到江歌的公寓。刘暖曦既应帮助江歌摆脱生命危险,同时又有保全自己生命的必要;但我们无法强制要求刘暖曦对陈世峰的行凶进行反击救助,因为这已经超出了积极作为义务的范围和限度,形成过分苛刻的要求,因为这样也可能会给刘暖曦带来严重的人身损害。由于两项义务的要求难以同时实现,被告陷入进退两难的境地,<sup>[81]</sup>两者均为良心选择。

#### (四)侵权救济对合同导向依赖

不作为侵权聚焦在行为人是否存在作为义务,存在因果关系难题;不同要件之间高度融合,从而使建立在区分事实性要件和价值性要件、事实判断和价值判断基础上的三阶层构成要件理论失灵,<sup>[82]</sup>归责不得不过度倚重价值判断。一旦价值判断上要求行为人履行积极义务,责任势必难以避免,但也易造成归责上的任意。在此情形下,有必要发挥合同导向具有的定性优势,整体研究当事人之间的关系。

1. 合同导向为判定侵权救济中的积极义务提供了参考。为了确定侵权损害赔偿,当事人只需举证证明特定的构成要件,这是因为其对构成要件之外的法律关系之全貌、发生原因难以全面掌握。但这种宏观上的不足反而不利于微观厘定当事人之间的关系。为克此弊,应通过“合同关系”“类合同”“准合同”,依据相关法律原则评判当事人之间是否负有“社会交往中应有之注意义务”。<sup>[83]</sup>为确定积极作为义务的边界,厘清其究竟是手段义务还是结果义务,需要更多仰仗合同导向的关系进行分析。刘暖曦为了躲避陈世峰而暂住到江歌的公寓,在这个情谊关系中,双方互负保护义务;从公序良俗角度看,这种保护义务不至于是结果义务。在履行情谊行为、进行无因管理的过程中,由于引入了危险,因此,刘暖曦对江歌负有保护义务。

2. 合同导向为确定侵权责任形态和责任范围奠定基础。可预见性决定了注意的文义“射程”,决定了过失之有无;也是判定因果关系相当性的关键,几乎贯穿于过错责任的每一个归责要件之中,事实上成为归责的核心。不同主体的预见情形决定了其过错形态以及是否存在共同过错,影响行为的整体性,进而影响侵权救济中当事人应承担的责任形态、责任大小的确定。<sup>[84]</sup>可预见性成为联结合同导向式救济和侵权救济的枢纽,其源头就是当事人的自由意愿;当事人之间的情谊行为、无因管理等,改变了完全陌生人的格局,互相产生了一定的信赖,赋予了当事人应有的预见性。

[79] 天津市企商科技发展有限公司、北京百度网讯科技有限公司、百度在线网络技术(北京)有限公司与天津市华夏未来文化艺术基金会、天津市蓝菲文化传播有限公司侵害商标权纠纷案,参见天津市第一中级人民法院(2014)一中民五终字第0020号民事判决书。

[80] 卢春海、曾菊英诉方佳慧、王燕青生命权纠纷案,参见浙江省衢州市衢江区人民法院(2015)衢民初字第236号民事判决书。

[81] [美]汤姆·L. 彼彻姆:《哲学的伦理学》,雷克勤等译,中国社会科学出版社1992年版,第186页。

[82] 德国刑法学者罗克辛早已指出:由于不存在自然科学意义上的因果关系,无论古典的阶层理论或者目的主义的阶层理论都无法解释不作为。参见车浩:《体系化与功能主义:当代阶层犯罪理论的两个实践优势》,《清华法学》2017年第5期,第58页。

[83] 贺栩栩:《侵权责任体系构造的方法论基础》,《私法研究》2015年第2期,第144页。

[84] 赵淑华与沈阳皇朝万鑫酒店管理有限公司、沈阳中一万鑫物业管理有限公司财产损害赔偿纠纷案,参见最高人民法院(2018)最高法民再206号民事判决书。

3. 合同导向救济的立法目的对侵权救济产生影响。不作为的因果关系不能在自然意义上而只能是在法律上构成,具有强烈的规范属性,<sup>[85]</sup>须受到某种规范限制。鉴此,“法规目的说”在协助判断基于不作为的因果关系上发挥着重要的作用。如果行为人及其行为处于法规目的外,则不得请求损害赔偿。在江歌案中,从民法体系上看,法规目的首先指向过错侵权责任一般条款(第1165条),由于一般条款含义宽泛并不能提供可供不作为侵权因果关系参照的规范目的,违反安全保障义务的侵权又适用于公共场所管理者和群众性活动组织者,而故该条不宜再予扩张适用。是否存在其他法条所提供的规范目的可以适用于本案?在侵权法之外,是否还需要考量合同导向式的规范目的,明确相关救济所提供的损害赔偿是否规范不作为行为?是否对帮助者江歌的死亡提供救济?救济的保护范围如何、是否要进行全面赔偿?比较稳妥的方式是参照见义勇为(第183条)、无因管理(第979条)以决定如何赔偿所失利害、如何综合确定损害赔偿范围。

可见,合同导向式的救济和侵权救济不是简单的救济竞合、择一适用问题,基于体系自身的要求,两种类型须进行必要的联合和借鉴。

### 三、不作为和作为结合的侵权责任承担

合同导向式的救济因未能达到合同的条件而可被列为法定之债,法律有充足的理由突破相对性,规范涉及侵权人的三方关系。从结果意义上讲,“因帮助他人而受害”的两大类救济高度趋同,并集中于如何将不作为和作为结合起来予以归责,从而既有助于在法律价值上同等对待作为和不作为,又便于在一次诉讼中对帮助者提供全面的救济。此外,合同导向式的救济在归责或裁判上过多强调道德渲染,比较而言,侵权救济的规范性更纯粹一些。侵权归责主要涉及两个层面的问题:一是责任形态,应强调三方主体的整体关系,解决对外的责任承担问题,是责任归属中的“质”的问题。二是责任份额,即在解决了三方主体的责任承担后于局部解决多数责任人内部之间的责任份额问题,是责任归属中“量”的问题。

#### (一) 责任形态

一般而言,不作为和作为结合所导致的责任形态可以有按份责任、连带责任、补充责任等,这些责任形态对于“因帮助他人而受害”的场合均存在适用可能,以下逐一分析:

1. 按份责任。不作为和作为结合型侵权以按份责任为原则,完全符合过错责任、个人责任的要求,得到了实践的支持。例如,叉车主人将钥匙插在车上,被告私自操作叉车在倒车中致使他人受伤,叉车主人须承担按份责任。<sup>[86]</sup> 在危险责任中,适用按份责任有利于合理分摊损失、化解风险。<sup>[87]</sup> 原则上,刘暖曦和陈世峰须对江歌的因侵害致死承担按份责任,这不同于各自承担责任,而是从整体上去一次性解决责任承担问题,化解纠纷。当然,从整体性角度而言,还要解决是否需要承担连带责任、补充责任等问题。

2. 连带责任。实务上较少发生不作为和作为结合起来实施的侵权连带责任。究其原因,法律上强调侵权连带责任的整体性,采取主观说(意思联络说、共同故意说、共同过错说)认定责任构成,而不作为和作为组合的整体性较弱,难以从主观上满足上列规范结构要求。即使存在主观共同,例如,作为者与不作为者通谋、利用消极不作为的机会实施侵害,因这种通谋难以显,故较难举证证明。例外是:其一,存在多位承担作为义务的主体,如果其均不履行作为义务的情形,例如,在多名董事高管都违反信息披露义务、多名股东都违反清算义务的,将会构成基于不作为的共同侵权;其二,一方存在监管义务的情形,例如,在网络侵权或知识产权侵权中,网络服务提供

<sup>[85]</sup> [奥]海尔姆特·库齐奥:《侵权责任法的基本问题(第1卷):德语国家的视角》,朱岩译,北京大学出版社2017年版,第133页;刘召成:《违反安全保障义务侵权责任的体系构造》,《国家检察官学院学报》2019年第6期,第60页;Sarah McGrath, Causation by Ommission: A Dilemma, 123 Philosophical Studies 123(2005), at 125.

<sup>[86]</sup> 杭州某某运输有限公司与周某等生命权、健康权、身体权纠纷上诉案,参见浙江省杭州市中级人民法院(2011)浙杭民终字第2350号民事判决书。

<sup>[87]</sup> 王某某、镇雄供电有限公司、范孝芳、范孝永与原审第三人何光从触电人身损害纠纷案,参见云南省昭通市中级人民法院(2017)云06民终1889号民事判决书;阿候巫哈、申果热举莫生命权、健康权、身体权纠纷案,参见四川省凉山彝族自治州中级人民法院(2020)川34民终385号民事判决书。

者或市场经营管理者负有积极作为义务,如果被监管者实施侵权的,双方构成共同侵权。江歌案中,刘暖曦和陈世峰不存在主观上的共同,也不符合例外的情形,因此不构成侵权连带责任。

3. 补充责任。因为帮助他人而受害是否应适用补充责任?自《民法通则》以来,我国民法于连带责任和按份责任之间逐步建立起了补充责任,违反安全保障义务的侵权为侵权补充责任之基本类型;其中,第三人直接侵害被保障人的,由第三人承担侵权责任;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(《民法典》第1198条)。参照这一思路,民事立法或实务上确认了一些新型补充责任。<sup>[88]</sup> 实务上,不限于违反安全保障义务的侵权,补充责任突破了法律的明文规定,并得到广泛适用,只要“事实基础和法理上”与上述规定是相同的,就可予参考适用。<sup>[89]</sup> 这是否意味着:凡是不作为和作为结合的案例,不作为人都要承担补充责任?<sup>[90]</sup> 答案是否定的。在多数人责任体系中,补充责任是居于连带责任和按份责任之中的责任类型,构造了阶层化的责任,使应受谴责性较低者也要候补性地承担责任;为避免对补充责任人不公,原则上补充责任应坚持法定主义,限于法律有明确规定的情形,限于特定主体范围才能承担补充责任。<sup>[91]</sup> 补充责任两大类救济方式在责任形态上应保持一致。因为就合同导向救济而言,依据《民法典》第183条的文义,受益人应承担补充责任:先由侵权人承担责任;没有侵权人、侵权人逃逸或者无力承担民事责任的时候,再由受益人给予补偿。<sup>[92]</sup> 无因管理制度虽然没有类似的前置条件限定,但如果存在第三人侵权的情形,学理上多认为侵权人与管理人之间构成不真正连带之债。<sup>[93]</sup> 实际上,不真正连带责任是不同责任主体偶然的结合,在外观上和连带责任并没有多大的区别;承认不真正连带责任将忽略不作为人和作为人的义务所存在的不同位阶,也就是说在无因管理中也应该让被管理人承担补充责任。

在当前审判现实中,选择适用按份责任更有利于保护帮助行为人。因帮助他人而受害既可以导致按份责任,也可以导致补充责任。在现实适用时存在实体和程序两个方向的选择考量:在实体法上要权衡补充责任和按份责任的轻重。对此,存在不同的看法。有的学者认为,按份责任不存在责任顺位划分,更有利于保护受害人的权益,责任要重于补充责任。<sup>[94]</sup> 而有的法院认为,补充责任重于按份责任,<sup>[95]</sup> 因为按份责任不须承担全部责任,而补充责任尽管处于责任承担的后位顺序,但因为种种理由前顺序往往不能承担责任时,补充责任人不得不承担全部责任。在程序上要尊重当事人的选择,一旦选择适用,应该允许补充责任人提出先执行第一顺位责任的抗辩,或许正是因为存在这种抗辩,实务上,本应适用补充责任的场合(例如,在违反安全保障义务的侵权领域),也出

[88] 例如,教育机构未尽管理职责的补充责任无非是对违反安全保障义务侵权的直接具体适用(第1201条);高楼抛掷物导致他人损害的,如果物业服务企业等建筑物管理人违反安全保障义务、未采取必要的安全保障措施的,应当承担侵权补充责任(第1254条)。

[89] 肖乐新:《物业公司补充赔偿责任的确定——湖北汉川法院判决星网咖公司诉汉正物业公司等财产赔偿案》,《人民法院报》2012年6月28日,第6版。周敏、周博华等财产损害赔偿纠纷案,参见广东省深圳市中级人民法院(2021)粤03民终31113-31128号民事判决书;福建省米兰春天量贩有限公司与祁某财产损害赔偿纠纷上诉案,参见福建省龙岩市中级人民法院(2009)岩民终字第391号民事判决书。

[90] 福建省米兰春天量贩有限公司与祁某财产损害赔偿纠纷上诉案,参见福建省龙岩市中级人民法院(2009)岩民终字第391号民事判决书;长城证券有限责任公司深圳深南大道证券营业部等与中国南航集团财务有限公司金融委托理财合同纠纷再审案,参见最高人民法院(2013)民抗字第20号民事判决书。

[91] 张平华:《〈民法典〉多数人侵权体系及相关法律适用问题》,《东南学术》2020年第5期,第44页。

[92] 李永军:《论我国民法典中无因管理的规范空间》,《中国法学》2020年第6期,第37页。

[93] 蒋言:《见义勇为救助人权益的私法保障——兼论〈民法典〉第183条与第979条之协调》,《河北法学》2020年第11期,第143页。

[94] 由长江:《利益衡量论视域下第三人原因引起的多数人侵权责任形态研究》,《中国政法大学学报》2021年第3期,第192页。

[95] 马俊华诉李秀芳等机动车交通事故责任纠纷案,上海市浦东新区人民法院(2006)浦民一(民)初字第3260号民事判决书。

现了大量放弃适用补充责任而承认按份责任的情形。<sup>[96]</sup>

## (二) 责任份额

在作为和不作为结合所致的侵权中,是否存在这样的对位关系:凡是作为,都是主要原因、直接原因,而不作为皆为次要原因、间接原因?<sup>[97]</sup> 凡是不作为,其责任就要轻?<sup>[98]</sup> 在江秋莲诉刘暖曦案件中,是否刘暖曦一定仅承担次要责任?在以往案例中,最高人民法院似乎持肯定意见。如“建设单位并非主动积极的行为致受害人权益受损,不承担主要责任”<sup>[99]</sup> 深圳市中级人民法院的判决也持类似观点:“物流电商平台经营者,并非侵权行为直接实施者,仅是信息服务业中介和交易媒介提供者,苛以过重的法律责任,与罚则相当原则不符,而且会抑制和阻碍互联网物流新业态经济发展。”<sup>[100]</sup>

上述观察结论并非绝对牢不可破的法则,在不同责任形态中不难找到反例。在连带责任中,对外没有必要区分责任大小,但原因为决定了内部责任之划分;不作为可以成为主要原因,产生主要责任。在按份责任中,不作为完全可以成为主要原因。例如,在“导游带游客游览景点,景点树木折断砸死游客”一案中,法院指出,牛姆林公司管理的马尾松折断致人损害、救助不力的行为系导致死亡后果的主要原因,两个因素的原因力酌定为 80%;导游的行为是导致死亡后果的次要原因,原因为酌定为 20%。<sup>[101]</sup> 补充责任虽有责任承担顺序之分,但仍有必要划分其责任份额。其一,补充责任人之间仍存在过错大小、原因为差异,责任份额的划分问题。承担补充责任者,其份额不能是 100%,否则,补充责任将近乎连带责任。<sup>[102]</sup> 其二,补充责任具有按份责任化的倾向,且一旦第一顺位的责任人不能承担责任或无法行使抗辩权,第二顺位责任人就需要承担责任,因此有必要确定责任份额,以防止补充责任人的责任过重。其三,多个补充责任人可以进一步承担连带的补充责任或按份的补充责任,且以按份的补充责任最为常见。例如,综合考量浦良公司、三鼎时代公司的侵权行为对画作被烧毁的原因力比例,浦良公司、三鼎时代公司对恒顺祥公司的赔偿责任分别承担 30%、20% 的补充责任。<sup>[103]</sup> 就征安详死亡这一损害后果,法院确定受害人自负 50% 的责任,九天餐饮公司承担 30% 的赔偿责任,芜湖船舶公司承担 15% 的赔偿责任,禹神公司承担 5% 的赔偿责任。<sup>[104]</sup>

撇开责任形态,单单讲责任份额,还有以下几点值得关注:

1. 过错对于责任份额的作用。有学者认为,过错不应该成为责任份额的决定因素,否则,将违反过错责任原则和自己责任原则,不利于侵权法之补偿功能与预防功能的实现。<sup>[105]</sup> 诚然,对于单一主体的过错责任而言,过错确实不应成为责任范围的决定因素,相反,无论过错大小,都应该全面赔偿损失;但在多数人侵权中,正是为了实现侵权法的补偿功能,才需要在不同责任人之间公平分担同一损害,过错程度应该对于责任份额起着重要作用。

[96] 朱晓莉诉新世纪渝东花园店等健康权纠纷案,参见重庆市第二中级人民法院(2012)渝二中法民终字第 1276 号民事判决书;马某某与乌鲁木齐市妇幼保健医院、马某某生命权、身体权、健康权纠纷案,参见新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院(2020)新 01 民终 2289 号民事判决书。

[97] A. P. Simester, Why Omissions Are Special 1 Legal Theory 311(1995), at 312.

[98] [德]埃尔温·多伊奇、[德]汉斯·于尔根·阿伦斯:《德国侵权法》,叶名怡、温大军译,中国人民大学出版社 2016 年版,第 21 页。

[99] 赵淑华与沈阳皇朝万鑫酒店管理有限公司、沈阳中一万鑫物业管理有限公司财产损害赔偿纠纷案,参见最高人民法院(2018)最高法民再 206 号民事判决书。

[100] 王某诉深圳依时货拉拉科技有限公司等机动车交通事故责任纠纷案,参见广东省深圳市中级人民法院(2020)粤 03 民终 943 号民事判决书。

[101] 吴文景、张恺逸、吴彩娟诉厦门市康健旅行社有限公司、福建省永春牛姆林旅游发展服务有限公司案,《最高人民法院公报》2006 年第 6 期。

[102] 李竹茂、陈德云与始兴县始兴中学、邓小君、刘桃明等、中国人民财产保险股份有限公司韶关市分公司、欧朝燕生命权、健康权、身体权纠纷案,参见广东省韶关市中级人民法院(2020)粤 02 民终 891 号民事判决书。

[103] 周敏、周博华等财产损害赔偿纠纷案,参见广东省深圳市中级人民法院(2021)粤 03 民终 31113–31128 号民事判决书。

[104] 马某、征学成等与徐州市九天游船餐饮有限公司、芜湖宏远船舶制造有限公司等生命权、健康权、身体权纠纷案,参见江苏省徐州市中级人民法院(2015)徐民终字第 4798 号民事判决书。

[105] 赵鑫:《论多因一果型数人侵权内部责任之分担》,西南政法大学 2016 年硕士学位论文,第 18–19 页。

按主体不同,过错可分为侵权人过错、受害人过错;在决定责任份额时,不同主体的过错应一视同仁,受害人自己也须承担相关风险或责任。为了精准归责合理分担责任,还应区分直接故意、间接故意,尽管通常情形下并无区分的必要;同理,通常情形下重大过失等于故意,但在此情形下应做区分。基于此,按照程度不同,过错可分为直接故意、间接故意、重大过失、一般过失、轻过失。其中,重大过失者严重欠缺一般人应具有的起码的注意,是近似于故意的极端疏忽或懈怠;一般过失者欠缺一般理性人的注意;轻过失行为人缺少极其谨慎而细致的管理人的注意。上述不同的五种过错的主观恶性程度意味着其可归责性依次为 100%、80%、60%、40%、20%,相邻两种过错的可归责性相差 20%,形成了比较细密的层级。<sup>[106]</sup> 在多数人侵权中,不同主体的行为发生在同一场景,针对同一损害而定,存在同一参照基准,其过错所占的比例相互之间也可以进行比较。如甲乙丙三人,每人确定的过错程度是直接故意、重大过失和一般过失即相应的百分比是 100%、60% 和 40%,因此三人依次承担的主次责任比例分别是 5:3:2,再考虑上述其他因素在其上下 5% 范围内浮动。<sup>[107]</sup>

2. 原因力对责任份额的作用。作为一般规律,原因力大小取决于与损害结果的距离远近,直接原因的原因力大于间接原因、主要原因的原因力大于次要原因。<sup>[108]</sup> 同理,应把受害人自己、侵权人、自然因素等原因力一视同仁,以利于受害人自担责任,排除侵权人不应承担的损害责任。<sup>[109]</sup>

人们在总结实践经验的基础上,基于描述现象之便利,将原因力划分为主要原因和次要原因、直接原因和间接原因。其中,主要原因是指对于损害结果之发生或扩大起主要作用、决定性因素的原因。次要原因是对于损害结果之发生或扩大起次要作用的原因。就发生损害的作用力而言,原因力又有直接原因和间接原因之分。直接原因直接作用于损害结果,它在损害的产生、发展过程中,表现出某种必然的、一定如此的趋向。间接原因对损害的发生不起直接作用,是偶然地介入了其他因素,并与这些因素相结合,才产生了损害结果。<sup>[110]</sup> 距离损害结果越远,原因力越小。陈世峰的杀害行为是直接原因,刘暖曦的不作为是间接原因。

仅仅是经验上的描述是不够的,原因力的划分还可以进一步地细化。例如,在医疗损害责任或法医学上,有学者在国际疾病分类(ICD)基础上结合我国实际将死亡与伤残原因统一扩展为 8 类:直接原因、根本原因、中介原因、辅助原因、诱发原因、协同原因、联合原因和无因果关系。<sup>[111]</sup> 根据《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释[2017]20 号、法释[2020]17 号)第 12 条,在鉴定意见中,诊疗行为或者医疗产品等造成患者损害的原因力大小可以表述为全部原因、主要原因、同等原因、次要原因、轻微原因或者与患者损害无因果关系等。按照广东省高级人民法院《关于人民法院委托医疗损害鉴定若干问题的意见(试行)》(粤高法发[2011]56 号)第 17 条,所谓全部原因指损害后果完全由侵害行为造成,参与度为 91% ~ 100%;主要原因指损害后果主要由侵害行为造成,其他因素起次要作用,参与度为 61% ~ 90%;同等原因指损害后果由侵害行为和其他因素共同造成,参与度为 41% ~ 60%;次要原因指损害后果主要由其他因素造成,侵害行为起次要作用,参与度为 21% ~ 40%;轻微原因指损害后果绝大部分由其他因素造成,侵害行为起轻微作用,参与度为 1% ~ 20%;无因果关系指损害后果全部由其他因素造成,参与度为 0。

<sup>[106]</sup> 南航财务公司对黎敏管理、控制和掌握资金过度授权的过错相比深南大道营业部未经审慎审核义务让黎敏提取保证金的过错更大;本案最终判决深南大道营业部应对本案好世纪公司不能偿还部分承担 25% 的补充赔偿责任。长城证券有限责任公司深圳深南大道证券营业部等与中国南航集团财务有限公司金融委托理财合同纠纷再审案,参见最高人民法院(2013)民抗字第 20 号民事判决书。

<sup>[107]</sup> 孙永红:《侵权主次责任比例分担考量要素研究——公正的运用数学术语界定责任比例》,载湖北省黄冈市中级人民法院网,<http://hgszy.hbfy.gov.cn/DocManage/ViewDoc?docId=504f7c31-0e81-4360-b004-1dc7c67d6344>,2022 年 2 月 26 日访问。

<sup>[108]</sup> 方志平:《论间接结合“多因一果”的侵权行为——以一个公交案例为视角》,《武汉理工大学学报》2006 年第 2 期,第 247 页。

<sup>[109]</sup> 王锡怀:《多因一果导致损害的责任承担——四川米易法院判决任俊冬诉程宽其、米易公路段健康权纠纷案》,载《人民法院报》2009 年 8 月 7 日,第 5 版。

<sup>[110]</sup> 张新宝、明俊:《侵权法上的原因力理论研究》,《中国法学》2005 年第 2 期,第 94 页。

<sup>[111]</sup> 刘佳丽等:《从 ICD 分类体系看我国病伤死亡原因分类》,《中国医院统计》2013 年第 2 期,第 150 ~ 152 页。

上述规范性做法很好地总结了实践经验,应具有广泛的参考价值。值得强调的是:其一,关于过错比例和原因为关系,存在不同的见解。杨立新教授认为,过错比例和原因为应该成正比,过错比例越大,原因为越大;张新宝教授则认为,未必成正比。<sup>[112]</sup>实际上,通常情况下过错比例和原因为成正比,但也存在例外,尤其是不作为侵权中,因为过错和因果关系一体化,无法精准确定损害。责任份额之确定以原因为大小为主,而以过错比例为辅。在上述规范性做法中,从轻微原因到主要原因基本上是每隔20%为因果参与度的一个等级,这一等级和实务上对过错程度的划分基本可以对应起来,反映了总体上过错程度和原因为的一致关系。其二,在全部原因和主要原因这两个档次中,特别限制了全部原因的幅度,相应地扩张了主要原因的幅度,这一做法符合现实的需求。因为低于90%,的确不宜称为全部原因。其三,不作为的原因力问题不仅是事实问题,而且包含着价值判断。张新宝教授认为,原因为是从纯粹的事实角度观察加害人的行为与损害结果之间的客观联系、作用程度,其中并不含有法律价值判断。<sup>[113]</sup>这也许对于作为是可行的,但不作为本身的确定需价值判断,其原因为的确定也离不开价值判断。正因此,前述每个参与度等级中存在低于20%的浮动,有利于法官根据实际情况进行裁量。正是从价值判断的角度看,不作为的因果关系也存在大量推定,其原因为也是建立在推定基础上的。<sup>[114]</sup>其四,为确定原因为应综合考虑多种因素将多方行为放在同一平台上进行比较。例如,如果作为者故意侵权甚至犯罪,不作为者只是存在一般过失(往往是作为者利用了义务人不作为者的缺陷),其责任范围要小得多。<sup>[115]</sup>

通过上述分析可以发现,刘暖曦的不作为是导致江歌死亡结果的间接原因、次要原因;再参照见义勇为(《民法典》第183条)、无因管理(《民法典》第979条)的规定,被管理人应赔偿的只是所受损失或者合理预见中的损害,因此一审法院判决被告承担40%的责任是合理的。

## 结 论

在“江秋莲诉刘暖曦案”中,江歌在帮助他人进程中反而成为需要被帮助的对象,被帮助者的不作为成为导致损害的重要原因。道德倡导离不开法律责任的硬性支撑,“因帮助行为而受害”之起因是见义勇为、助人为乐,这些帮助行为高度契合了社会主义核心价值观,但在归责或裁判上不应有过多的道德渲染,严谨的法律归责还须以准确的法律规范和私法法理为基础。私法救济可分为合同导向式的救济和侵权救济,这一区分有助于我们厘清不同制度的立法目的和构造特征,准确认识体系要素的相互作用。对于解决因帮助他人而受害的案件而言,合同导向式的救济和侵权救济两大类救济都存在规范不足的问题;救济规范间也并非简单的竞合,更多的应是不同制度之间的联合和借鉴。从合同导向式救济看,刘暖曦负有帮助江歌摆脱困境的义务,其关门闭锁不予以救助违反了积极作为义务,构成不作为侵权。基于现实考量,刘暖曦应承担按份责任而不是补充责任,一审法院认定的责任份额也较为合理。

(本文责任编辑 杨建军 孙尚鸿)

[112] 杨立新、梁清:《原因为的因果关系理论基础及其具体应用》,《法学家》2006年第6期,第107—108页;张新宝、明俊:《侵权法上的原因为理论研究》,《中国法学》2005年第2期,第97页。

[113] 张新宝、明俊:《侵权法上的原因为理论研究》,《中国法学》2005年第2期,第98页。如果不作为者尽到注意义务则损害根本不会发生,故其应承担损害赔偿,且赔偿范围与第三人完全一致。

[114] 郑州京科强直中西医结合医院诉王文举等医疗损害责任纠纷案,参见河南省郑州市中级人民法院(2018)豫01民终1408号民事判决书。

[115] 星网公司诉汉正物业公司等财产赔偿案,参见湖北省汉川市(县)人民法院(2011)川民初字第694号民事判决书。