

论《民法典》中合同与侵权的开放边界

——以附随义务的变迁为视角

汪倪杰

摘要 《民法典》颁布后，合同、侵权两编的界限有待澄清。我国学者主张将保护义务排他性地划入侵权法，导致我国合同法救济范围收窄以及侵权法虚胖，在合同、侵权之间形成多层次竞合的复杂局面。从私法史看，该观点实为潘德克顿法学既有路径的重现。其背离了罗马法上合同、侵权自由竞合，中间地带以合同法调整为主，侵权法为辅的开放边界。现代德国法以附随义务学说实现了对潘德克顿法学的修补，向罗马法传统回调。据此，我国《民法典》应允许适度竞合的存在，但在交错区域应超越传统竞合理论，尽力统合违约及侵权责任的构成要件，达成统一的法律评价结果。

关键词 附随义务 保护义务 安全保障义务 法律竞合 民法典解释

作者汪倪杰，法学博士，复旦大学法学院讲师。

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2022.04.008

依据《民法典》合同编和侵权编体例，我国债法体系维持合同、侵权的二元结构。但两编关系仍不清晰：一方面，侵权编的后置模式与原《侵权责任法》异曲同工，表现出立法者构建大侵权法的意图，^① 将侵权法的保护范围扩张至宽泛的民事权益，触及合同法保护的客体；^② 另一方面，合同编保留原《合同法》框架，相关合同义务亦触及侵权法领域。两者交错地带的核心问题正是附随义务的定性。

有一种观点在学界渐成主流，即主张将合同法中的保护义务划入侵权法。^③ 该观点旨在消除合同、侵权的竞合可能，在两者间划定一条泾渭分明的边界，即合同履行利益的保护归合同法，固有利益的保护归侵权法。其在维护合同、侵权二元模式的基础上基本实现逻辑自洽，但仍有两大缺陷：一是保护义务所涉利益无法为侵权法完全覆盖。保护义务概念无法脱离合同附随义务孤立把握。附随义务是指在合同履行期间，债务人所负给付之外的其他行为义务，包括辅助给付义务实现的义务（从给付义务），以及虽与给付无关，但避免当事人人身、财产固有利益遭受损害的保护义务。^④ 乍看之下，保护义务的客体仅为侵权法保护的固有利益，但因保护义务概念为结果导向，其

* 本文系上海市哲学社会科学规划项目（2020EFX001）、中国博士后科学基金面上资助项目（2020M681129）的阶段性成果。

① 参见杨立新“侵权责任法回归债法的可能及路径——对民法典侵权责任编草案二审稿修改要点的理论分析”，《比较法研究》2019年第2期，第23页。

② 参见王胜明主编《中华人民共和国侵权责任法释义》，法律出版社2013年版，第26页。

③ 参见王文胜“论合同法和侵权法在固有利益保护上的分工与协作”，《中国法学》2015年第4期，第206页以下。

④ Vgl. Dirk Looschelders, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 16 Aufl., München: Franz Vahlen, 2018, § 1 Rn. 11–14.

表现形式仍是附随义务中的协助、通知、保密等行为。在合同交易场景中，违反上述义务引发的损害不限于固有利益，亦可涉及履行利益。就后者，侵权法难以调整。二是该观点缺乏历史视野，对比较法的考察似是而非。我国民法学界广为流传一个未经查证的“都市传说”，即德国法发展出附随义务，是因其侵权法过于狭窄，而不得不扩张合同法，对其鞭长莫及的领域作出回应。^⑤ 而反观我国，因采取大侵权法模式，无须重走德国法老路，可将保护义务直接纳入侵权法。以上观点未顾及合同、侵权边界的划定有其深厚的历史逻辑，并不存在终极答案。附随义务在某一时期内属于合同法，在另一时期内则属于侵权法。其性质与合同、侵权的边界构成联动。

由此可见，“都市传说”与历史逻辑之间存在根本矛盾，两者孰是孰非？要回答该问，需进行如下作业：首先，须探明我国学界“都市传说”的成因，即保护义务侵权化的观念从何而来；其次，须厘清合同、侵权边界变动的历史逻辑，指出保护义务侵权化的本质缺陷；在此基础上，笔者试为《民法典》合同、侵权的边界划定提供新的方案。

一、我国合同、侵权实然边界之探明

保护义务侵权化的观点在我国学界由来已久，涉及对合同与侵权义务关系的通盘把握。基于立法与学说考察，我国合同、侵权边界呈现两方面特征：一是合同法内附随义务的限缩，导致合同边界收窄；二是大侵权法背景下行为义务扩张，导致侵权法虚胖。

（一）附随义务限缩引发合同法边界收窄

我国附随义务规定于《民法典》第 509 条第 2 款（原《合同法》第 60 条第 2 款），即应遵循诚实信用原则，根据合同性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。但仔细考察，该款性质仍有诸多争议。

从立法看，该条有别于《德国民法典》（以下简称《德民》）第 241 条以给付概念为基础划分为给付义务与保护义务的构造，更接近于 1994 年版《国际商事合同通则》（以下简称《国际通则》）第 5.1、5.2 条中明示义务与默示义务的划分。^⑥ 将原《合同法》第 60 条第 2 款解释为附随义务，首见于法工委释义，后为学界接受，表现出立法者及学者将合同法总则当成债法总则的意图。由此，可嫁接德国法学，在解除、抗辩权及清偿制度中适用给付概念。附随义务仅为以上思路的副产品。该解释路径被称为“债的视角”。^⑦

一旦采用附随义务概念，合同法相关制度就会随之呈现德国法影响。最直接的是违反附随义务与损害赔偿的关系。大陆法的传统学说为债务转型论，即在给付义务陷入履行不能时，债的关系转型为给付等价利益的赔偿。但我国《民法典》第 584 条采用了《国际通则》中的可预见性标准，而非相当因果关系说。^⑧ 可见，我国合同法并未将损害赔偿视为给付内容的等价利益，而将附随义务当作明示义务的同类义务，共同纳入《民法典》第 577 条的一般违约条款，不再区分给付义务/附随义务的违反。而在衡量损害赔偿时，则参照《国际通则》第 7.4.2 条对赔偿范围作宽泛解释，

^⑤ 参见注③，第 208 页。

^⑥ 参见汪倪杰“我国《民法典（草案）》中附随义务体系之重构——以中、德附随义务学说溯源为视角”，《交大法学》2020 年第 2 期，第 88 页。

^⑦ 解亘“我国合同拘束力理论的重构”，《法学研究》2011 年第 2 期，第 74 页。

^⑧ 参见注⑦，第 80 页。

对固有利益的损害给予救济。^⑨这一解释路径被称为“合同的视角”。

综上，尽管存在债与合同视角的解释论分歧，但仍可确定，履约中的附随义务为《民法典》合同编所包含。该义务不仅包括配合、辅助主给付义务实现的从给付义务，也包括与给付无涉的保护义务。然而，我国学界对附随义务的认识与立法并不同步。在原《合同法》制定前，学界即受我国台湾地区学者史尚宽与王泽鉴影响，间接触及德国学者艾内克鲁斯（Enneccerus）及拉伦茨（Larenz）的附随义务学说。^⑩二人均将保护义务视为合同附随义务的一部分。^⑪但在2002年德国债法改革后，保护义务作为《德民》第241条第2款的最新解释学说被介绍到国内，学界兴趣迅速转向，聚焦于卡纳里斯（Canaris）的“法定统一保护关系”说。由此，学界普遍接受了目前德国的通说，即保护义务是对于给付义务存在的、由诚信原则产生的债法义务。

但该观点未关注附随义务的学说史，忽略了保护义务的契约属性，片面认为：因保护义务维护的是合同当事人的固有利益，故和侵权法上的安全保障义务（以下简称“安保义务”）性质相同。^⑫进而，附随义务被拆分为契约属性的从给付义务及侵权属性的保护义务。但该理解与《民法典》中的违约责任不相契合。强行将保护义务理解为侵权义务，不可避免地收窄了合同责任的范围。

保护义务侵权化的倾向对缔约过失的理解也产生影响，导致了立法和学说错位。立法上，缔约过失与附随义务的关系并不紧密。《民法典》第500、501条保留了原《合同法》第42、43条缔约过失责任与保密义务分立的结构。从渊源上看，这两条是对《国际通则》第2.15、2.16条改写的产物。如其官方注解所述，两者均属恶意磋商（negotiation in bad faith）。虽然《国际通则》的起草人认为，该表述不限于恶意，亦包括违反诚信，^⑬但原《合同法》的立法者仍简单地将恶意要件具体化为恶意磋商与故意隐瞒重要事项。故我国的缔约过失本质上更接近于缔约故意。^⑭

因与《国际通则》的亲缘关系，立法者将缔约过失视为与契约履行无关的独立责任（*sui generis*），^⑮并未顾及其与附随义务的联系。又因违约责任被界定为无过错责任，而缔约过失责任以当事人恶意为要件，二者的性质差异更为明显，使前者更接近于侵权责任。尤其是缔约阶段中的保护义务被归入侵权，故涉及固有利益的损害赔偿在我国司法实践中往往只用侵权法救济，被排除在缔约过失责任之外。^⑯其救济内容仅存消极利益，即缔约人因合同未能成立而遭受的损失。甚至有学者认为，因原《侵权责任法》未限定保护绝对权，消极利益等纯粹的财产利益也应包含于侵权法。^⑰上述现象说明：我国缔约过失制度的契约属性不断削弱，不仅与履约阶段的附随义务彻底割裂，也与侵权法的界限格外清晰。

（二）对附随义务违反的过度救济导致侵权法虚胖

我国学界之所以为保护义务披上侵权外衣，重要原因是大侵权法构想下行为义务的扩张。所有非给付性的合同义务都被纳入侵权法。此外，《民法典》第1164条虽取消原《侵权责任法》第2条

^⑨ See Art. 7.4.2 Comment PICC (1994).

^⑩ 参见注⑥，第87—88页。

^⑪ 参见史尚宽《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第348—349页；王泽鉴《民法学说与判例研究》（第四册），中国政法大学出版社2003年版，第94页以下。

^⑫ 参见张新宝《侵权责任法》，中国人民大学出版社2016年版，第172页。

^⑬ See Stefan Vogenauer ed., *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2 ed., Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 544—545.

^⑭ 参见梁慧星《中国民法典草案建议稿附理由：合同编》（上册），法律出版社2012年版，第99页。

^⑮ 参见孙维飞“合同法第42条（缔约过失责任）评注”，《法学家》2018年第1期，第180页。

^⑯ 参见注⑮，第191页。

^⑰ 参见李中原“缔约过失责任之独立性质疑”，《法学》2008年第7期，第138页。

对民事权益的列举，采取概括表述，但仍未改变囊括宽泛民事权益的立法取向。^⑯ 在此背景下，附随义务的违反是否受到侵权法规制，亦即合同法保护的利益是否纳入侵权法，需仔细辨析。

1. 安保义务对附随义务的“越界吞并”

最易判断的是固有利益侵害，因其指向当事人本有的人身、财产权益，当属绝对权保护的范围。由此，缔约/履约中的保护义务违反可为侵权法救济。难点在于：附随义务是否当然构成侵权义务？特殊侵权中，法律往往规定侵权人的特定义务；但一般侵权并无注意义务的概括规定，仅以过失要件设置违反交易必要之注意的抽象标准。此外，附随义务通常表现为协助、告知、保护等积极作为，对应不作为侵权，其义务来源往往与安保义务相关。

我国安保义务不同于德国法上的交往安全义务（Verkehrspflichten），并非源于以物件/区域控制为基础的危险源开启说，而是源于合同附随义务的直接类推。其原因是《合同法》立法早于《侵权责任法》，当时可用的法律依据只有原《合同法》第 60 条第 2 款。在“银河宾馆案”中，法院将旅店避免旅客人身损害的义务解释为住宿合同中的保护义务，确立了以附随义务论证经营者对消费者人身安全责任的司法先例。^⑰ 但随后，学界即出现在侵权法上寻找对应义务的呼声。如张新宝教授认为：违约责任对受害人的保护太弱，应构建侵权法上的安保义务；^⑱ 且经营者的保护义务具有法定性质，不应与违约责任混为一谈。^⑲ 在此背景下，安保义务开始脱离保护义务赖以存在的“经营—消费”合同关系，义务主体须为经营者的要件开始松动，扩张至公共场所的控制人。^⑳

以上见解受德国学者巴尔（von Bar）的影响。其认为，德国法上的保护义务是因其侵权法的不足而产生。^㉑ 该观点配合国内学者构建大侵权法的期待，促使后者将保护义务直接划归侵权法。同时，巴尔出于比较法目的，将交往安全义务视为不作为侵权中的一般注意义务，给我国学者造成错误印象，即交往安全义务是类似于英美法上过失侵权的一般注意义务，^㉒ 而忽略了其以“危险监控型”与“法益保护型”义务为主要类型的固有边界，^㉓ 最终导致我国学界“一般安全注意义务”概念的出现。其含义是从事一定社会活动的主体，如该活动具有损害他人的危险，就有在合理限度内防止他人遭受损害的义务。^㉔ 这无异于使一般民事主体负有防范不特定危险的注意义务。

这一见解直接影响了《人身损害赔偿司法解释》第 6 条的起草，并进一步为原《侵权责任法》第 37 条所继承，形成了我国侵权法上安保义务的独特性，即义务主体相对狭窄（限于公共场所经营者、管理人/群众性活动组织者），而防范对象的范围却异常广泛（针对不特定人的不特定侵害行为）。^㉕ 这也造就了附随义务与安保义务之间的微妙关系：就义务主体，二者重叠区域有限。仅当合同当事人正好支配/管理公共场所，或经营/组织群众活动，两种义务方可重合。但就内容，安保义

^⑯ 参见杨立新“民法典对侵权责任规则的创新发展”，载微信公众号“中国民商法律网”https://mp.weixin.qq.com/s/mRxmtZF__bQllMmprZqqQ，2022 年 4 月 10 日访问。

^⑰ 参见“王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆赔偿纠纷案”，《最高人民法院公报》2001 年第 2 期；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，第 151 页。

^⑱ 参见张新宝、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，第 91 页。

^⑲ 参见张新宝“最高人民法院公布的典型侵权百案类评（上）”，载张新宝主编《侵权法评论》（第 1 辑），人民法院出版社 2003 年版，第 65 页。

^㉑ 参见李友根“经营场所安全保障义务研究——基于最高人民法院公报判例的回顾”，载漆多俊主编《经济法论丛》（第 17 卷），中国方正出版社 2009 年版，第 33 页。

^㉒ 参见〔德〕冯·巴尔《欧洲比较法侵权行为法》（上卷），张新宝译，法律出版社 2001 年版，第 582 页。

^㉓ 参见〔德〕冯·巴尔《欧洲比较法侵权行为法》（下卷），焦美华译，法律出版社 2001 年版，第 297 页。

^㉔ 参见班天可“安全保障义务的边界——以多伊奇教授对交往安全义务的类型论为视角”，载方小敏主编《中德法学论坛》（第 14 辑下卷），法律出版社 2017 年版，第 172 页。

^㉕ 参见王利明主编《民法典·侵权责任法研究》，人民法院出版社 2003 年版，第 91 页。

^㉖ 参见注㉕，第 181—182 页。

务则成了行为人防范抽象危险的注意义务，故附随义务的内容在理论上完全可为安保义务覆盖。

但安保义务虽被赋予如此宽泛的内容，保护客体却仍限于受害人的固有利益，未扩张至附随义务本应覆盖的消极/履行利益。因而，即便侵权法上的行为义务得到极大扩张，仍无法替代合同附随义务。

2. 纯粹经济损失侵权救济的“力不从心”

而合同的消极/履行利益是否为侵权法覆盖，需进一步考察纯粹经济损失的救济。从立法上看，二者均不属于我国侵权法保护的当然范围。目前仅有最高人民法院《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）》等司法解释和原《道路交通事故处理办法》《医疗事故处理条例》等法规零星提及交通费、误工费、住宿费、伙食补助费等性质上可归入纯粹经济损失的赔偿内容。^{②8} 但上述规定仅针对特定案情，并无普遍意义。

从学说上看，纯粹经济损失为比较法上的舶来品，强调绝对权损害之外的财产性损失。^{②9} 在理论上，当事人的侵害行为完全可能破坏进行中的缔约/履约过程，损害消极/履行利益，构成绝对权损害之外的纯粹经济损失。但是否受侵权法保护，须判断其是否满足特定构成要件。就此，我国研究仍停留在考察比较法的阶段，认同纯粹经济损失不属于侵权法的固有领域，须满足故意悖俗侵权的构成要件，才可成为例外的救济方式。^{③0}

尽管如此，我国已有零星司法实践：有法院认为，纯粹经济损失是民事利益的一种类型，属于侵权法的保护范围；^{③1} 也有法院将其认定为原《侵权责任法》第19条中“他人财产”的一种类型，为财产损害的当然范围；^{③2} 但也有法院认为，纯粹经济损失需由特别法律规定，方可保护；^{③3} 甚至有法院额外强调，损害的发生须达到确定性标准，即受害人采取积极措施，具备实现利益的基础和条件。^{③4} 可见，我国法院对纯粹经济损失的认定慎之又慎，无法充分覆盖违反附随义务涉及的消极/履行利益。

一些学者认为：就纯粹经济损失的侵权救济不利问题，可打破传统侵权法中“要件—效果”的刚性模式，代之以要素组成的动态体系，综合考虑可预见性、受法律保护利益的性质和价值、责任的基础、生活中通常风险的程度、被违反之规则的保护目的等要素间的协同作用，在侵权法既有框架内实现弹性法律效果，覆盖纯粹经济损失的救济。^{③5} 诚然，动态体系论或为一种解决方案，但其赋予法官过大的裁量空间，故应作为解释论的最后一道防线，仅当现有规范下的要件体系无法给出妥当方案时，才可援用。^{③6} 就纯粹经济损失问题，应首先在既有债法规范的要件体系下寻找方案；唯其不能解决时，方可谨慎采用动态理论，进而维持债法的稳定性及其适用结果的确定性。

（三）小结 “都市传说”影响下合同、侵权的多重竞合

保护义务侵权化的初衷是彻底划清合同、侵权边界，消除竞合可能。但现实结果却适得其反。

^{②8} 参见《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143—147条，《道路交通事故处理办法》第36条，《医疗事故处理条例》第50条。

^{②9} 参见姜战军“论纯粹经济损失的概念”，《法律科学》2012年第5期，第77页；施鸿鹏“债权的侵权法保护及其法理构成”，《法学家》2022年第1期，第44页。

^{③0} 参见于飞“违背善良风俗故意致人损害与纯粹经济损失保护”，《法学研究》2012年第4期，第59页。

^{③1} 参见最高人民法院（2019）最高法民终1534号民事判决书。

^{③2} 参见辽宁省大连市普兰店区人民法院（2018）辽0214民初1779号民事判决书。

^{③3} 参见上海海事法院（2018）沪72民初899号民事判决书。

^{③4} 参见“张某诉李大某饲养动物损害责任纠纷案”，《人民司法·案例》2014年第20期，第87页。

^{③5} 参见欧洲侵权法小组《欧洲侵权法原则：文本与评注》，于敏、谢鸿飞译，法律出版社2009年版，第97页。

^{③6} 参见解亘、班天可“被误解和被高估的动态体系论”，《法学研究》2017年第2期，第51页以下。

在该观点影响下，我国债法形成了合同、侵权二元格局下极其复杂的多层次竞合关系：就固有利益保护，立法上体现为合同、侵权二元格局下的竞合模式，但学说上则表现出侵权排斥合同的倾向；就消极/履行利益的保护，体现为合同法内（缔约过失亦为合同法制度）的一元格局，侵权法原则上不涉及，仅在纯粹经济损失的个别案件中有所体现。

而造成以上现象的根本原因是我国学界对保护义务契约性质的剔除以及对安保义务的泛化。两者分别对应于德国法上的附随义务与交往安全义务学说。换言之，问题源头指向我国在继受德国学说时产生的误读，形成了所谓的“都市传说”。这一观点，究竟是查之有据，抑或不足为信？要回答该问，须回到德国法的历史语境中正本清源。

二、合同、侵权封闭边界之成因

从私法史角度看，保护义务的侵权化并非新观点，而是潘德克顿法学的重现。其时虽无附随义务/保护义务概念，但对合同当事人固有利益的保护问题始终存在。潘德克顿法学将附随义务划归侵权法，并非基于法律实践的抽象，而是体系建构的人为结果。其植根于萨维尼（Savigny）对债的基本理解。

（一）主观权利及有机体说与合同、侵权边界的封闭化

萨维尼对债的理解有两个基点：一是主观权利说；二是有机体说。主观权利说从静态层面定义债的性质，即债权人对债务人自由意志的支配关系。由此产生的行为义务即给付义务，是债的唯一内容。^⑦ 有机体说则从动态层面塑造债的内部转化机理，形成债务转型论的雏形。由此，债成了自洽、周延的封闭系统，任何变化均包含于内。^⑧ 而债务人的过错则使债从给付义务向损害赔偿的形态转化，两者具有等价关系。^⑨

而在债的外部，合同与侵权的界限被拉开：因有机体说影响，违反合同义务的损害赔偿仍是合同关系的延续。而侵权关系因不存在第一性的给付义务，成为例外的独立债务关系。由此，债务人因不履行给付义务导致的损害赔偿均落入契约内部；而给付外的其他行为产生的侵害则被排除合同救济，归入侵权。

（二）给付不能学说与附随义务的侵权化

在教义学层面落实上述理论的是蒙森（Mommsen）的给付不能学说。他以缔约为界，将给付不能分为自始与嗣后两类。自始不能涉及缔约阶段的债务人义务。蒙森以不能是否由债务人原因所引起，分为主观与客观不能。^⑩ 主观不能可归责于债务人，故不免除给付义务，无法履行的债务转化为履行利益的赔偿。而客观不能不可归责于债务人，故发生免除履行义务的效果，导致合同无效，引发消极利益赔偿。^⑪ 如买卖禁止交易物，将导致卖方无法完成交付。此为客观形势，不可归责于

^⑦ Vgl. Friedrich Carl von Savigny, *Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin: Veit & Comp., 1851, S. 4–5.

^⑧ Vgl. Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin: Veit & Comp., 1840, S. 393.

^⑨ 参见注^⑦, S. 294; Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 3, Berlin: Veit & Comp., 1840, S. 4–5.

^⑩ Vgl. Friedrich Mommsen, *Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig: C. A. Schwetschke & Sohn, 1853, S. 3.

^⑪ 参见注^⑩, S. 107.

卖方，但他负有告知买方的义务。如出于故意/过大过失未告知买方完整的交易信息，则构成欺诈之诉（actio de dolo）。以德国普通法观点，该诉为侵权诉讼，故卖方缔约时的责任被理解为侵权责任。由此，卖方在缔约中违反告知义务的行为被移出合同法。

而嗣后不能涉及履约阶段的债务人义务。蒙森以债务人过错将其分为无过错与过错不能。前者套用罗马法上“无人须对事变负责”（casus a nullo praestantur）的法谚，免除责任；^⑫而过错不能则遵循债务转型论，将损害赔偿限定于给付的等值利益。^⑬由此，履行阶段违反附随义务，亦无法由合同法救济。如卖方交付瑕疵标的物，最终导致买方损害。卖方本应负有就标的物瑕疵的告知义务。但因蒙森不承认给付外的行为义务，却又无法回避卖方过错与瑕疵结果责任间的关联，故认为：产生责任的，并非卖方对合同义务的不履行，而是其故意隐瞒瑕疵的行为。由此，卖方的欺骗行为与标的物产生的损害构成因果关系，直接产生侵权之债。该理解导致履约中的附随义务也被归入侵权。

（三）缔约过失学说与合同外行为义务的契约化

耶林（Jhering）提出缔约过失理论，为客观不能项下的消极利益赔偿提供了新的解释。他认为：卖方赔偿责任的主观要件，不应限定为故意/重大过失。禁止交易物的买卖中，买方遭受损害，是因卖方未告知标的物的交易属性，受到欺骗。就此，卖方未必出于故意，完全可能出于过失，但客观上造成欺骗效果。^⑭此即缔约过失，而其责任属性应从合同中寻找。

由此，问题就变为合同无效与有效的区别为何？耶林认为：无效并不代表合同效力完全丧失：有效时，因合同目的是实现给付，故由履行形成合同拘束力；而无效时，履行虽落空，但合同仍能以其他方式产生拘束力。故禁止交易物作为标的物瑕疵，仅在法律上排除履行可能，但并不否认双方已达成合意。合意之下，仍产生不以给付为目的的义务。

进而，卖方的主观过失与客观上对合同义务的违反相联。^⑮尽管合同无效对应消极利益，但卖方过错与买方的损害结果之间并无直接联系，而是造成丧失履行功能的合同关系。由此，消极利益被牢牢限于合同内部。耶林发现了契约关系中存在给付外的其他义务，触及了附随义务问题的根本。

（四）小结：附随义务的侵权化和合同、侵权边界的绝对化

潘德克顿时代附随义务的侵权化与债法的体系化密不可分。在主观权利与有机体先验论的支配下，合同、侵权形成非此即彼的封闭边界，并因给付不能理论进一步固化：一是规定缔约与履约阶段判然有别的法律效果。将缔约阶段的损害赔偿责任归入侵权，忽视缔约阶段存在给付外的行为义务；二是在合同存续情形下，明确债务转型论的教义学路径，将违反附随义务对应利益的赔偿从合同法中剔除。缔约过失理论仅为温和改良，并未撼动“萨维尼—蒙森”债法的基础。

由此可见，附随义务并非天生带有侵权属性。相反，它本就是合同义务，只因受概念法学影响，才被不适当当地挤出合同法。潘德克顿法学是上承罗马法，下启现代德国法的特殊阶段。但分别居于其前后的二者均未将附随义务排他性地归入侵权法。相反，其合同、侵权边界呈现开放性，附随义务既可受合同法规制，亦可受侵权法规制。但这一格局的形成究竟是巧合，还是必然，须深入罗马法与现代德国法的底层逻辑，探明究竟。

^⑫ 参见注⑩，S. 232.

^⑬ Vgl. Friedrich Mommsen, *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig: C. A. Schwetschke & Sohn, 1855, S. 9.

^⑭ Vgl. Rudolf von Jhering, *Culpa in Contrahendo*, Bad Homburg v. d. H.: Gehlen, 1969, S. 13.

^⑮ 参见注⑭，S. 31.

三、合同、侵权开放边界之溯源

(一) 附随义务的雏形与合同义务的统一性

罗马法上没有与附随义务完全匹配的概念。从功能主义看，其虽未发展出以给付义务为基础的现代债法体系，但同样出现了类似于“给付义务—附随义务”的二元结构。这本质上是由程式诉讼特征所决定的，即法官仅能决定原告的给付请求（*intentio*）是否被程式套语所包含，并围绕请求内容裁判被告责任。^⑯ 故此处的请求内容带有给付义务的雏形色彩。

但诚信诉讼（*iudicia bonae fidei*）中，法官被赋予依据诚信原则裁判的权力，往往参照“依据诚信应当给付之所有利益”（*quidquid dare facere oportet ex bona fide*）标准，^⑰ 或在衡量受害方利益时援引“在此情形下的利益”（*id quod interest*）原则，^⑲ 对损害内容加以展开。故损害赔偿可能会超过给付请求的等价利益，从中可推论被告在给付义务外还负有其他行为义务。此即罗马法上附随义务的影子。

然而，罗马法上的给付义务与附随义务雏形并无明显的性质区别。在钱款判罚（*condemnatio pecuniaria*）原则的支配下，义务作为责任的对应物，在裁判效果层面表现出统一性的特征，故对违反附随义务的救济途径，不仅出现在合同法中，也出现在侵权法及其与合同法交叉的区域。

(二) 合同诉讼对附随义务违反的救济

合同法对附随义务的规制主要体现于各种诚信契约的合同诉讼中。该规制方式有两个特点：

一是债务人对附随义务的违反首先表现为过错，其强度影响责任范围。在罗马法中，过错并不单纯表现为故意或过失的主观状态，而更接近于主观状态支配下的侵害行为。^⑳ 如在买卖契约中，卖方出卖的标的物具有瑕疵，买方在请求赔偿时，需要区分卖方知情（*sciens*）与不知情（*ignorans*）两种情形：如卖方明知标的物有缺陷而隐瞒或欺骗买方，即故意逃避就标的物瑕疵的告知义务，需承担由契约产生的所有损害，包括标的物本身的价值，及其瑕疵造成买方固有利益的损失（即瑕疵结果责任）；但如卖方不知情，即因过失未尽告知义务，则只需赔偿标的物的价值。^㉑

二是对缔约与履约阶段的行为义务并不严格区分，可由一个合同诉讼统一规制。当事人缔约时的行为义务违反可通过合同诉讼的扩张得到救济。如买卖禁止交易物的合同在罗马法上归于无效，但公元 2 世纪的法学家默德斯汀认为，仍可适用买物之诉，救济买方未受欺骗情形下拥有的利益。^㉒ 其逻辑是：禁止交易物的买卖虽无效，但双方仍受原契约关系约束，即卖方虽无给付义务，但仍须赔偿买方因受骗而签订契约所受的损失。该表述暗藏卖方在缔约时负有告知买方标的物具有禁止交易性质的义务。而买物之诉实现了对缔约时行为义务违反的规制。

^⑯ Vgl. Heinrich Honsell, *Römisches Recht*, 7. Aufl., Berlin: Springer, 2010, S. 84–85.

^⑰ 参见注^⑯, S. 86.

^⑲ Vgl. Dieter Medicus, *Id Quod Interest*, Köln: Bochlaus, 1962, S. 2.

^㉑ Vgl. Johann Christian Hasse, *Die Culpa des Römischen Rechts. Eine civilistische Abhandlung*, 2. Aufl., Bonn: Adolph Marcus, 1838, S. 13.

^㉒ Vgl. Okko Behrends/Rolf Knütel/Berthold Kupisch/Hans Hermann Seiler (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung*, Bd. 3, Heidelberg: C. F. Müller, 1999, S. 526–527.

^㉓ 参见注^㉒, S. 462.

(三) 非合同诉讼对附随义务违反的救济

除合同法外，侵权及二者中间地带，也存在相应救济措施，形成了从合同向侵权过渡的连续光谱。

一是与合同诉讼最近的欺诈之诉。但该诉的性质既非侵权诉讼，也非合同诉讼，而是就欺诈行为特制的兜底程式。该诉最初即适用于规制买卖合同磋商中的卖方欺诈。^⑫ 欺诈的实质即故意违反重要交易信息的告知义务。故缔约阶段的行为义务违反为该诉所覆盖。

二是事实诉讼（*actio in factum*）。该诉的本质是裁判官在告示中找不到可用的程式时，依据案件事实生造一份程式以供救济。^⑬ 就买卖禁止交易物的情形，若卖方对标的物不能交易的性质应知而未知，由于合同无效，无法适用买物之诉，又因卖方无明显恶意，亦无法适用欺诈之诉。乌尔比安给予事实诉讼，以覆盖卖方过失违反交易信息告知义务的责任。^⑭ 此即缔约过失理论的雏形。

三是离合同诉讼最远的侵权诉讼，主要限于对合同当事人违反保护义务，造成相对人固有利益的损害：如被租赁的奴隶偷盗了承租人的物品，则落入《十二表法》中的盗窃之诉（*actio furti*）。^⑮ 而租赁物本身的损害则归入《阿奎利亚法》中的不法侵害之诉（*damnum iniuria datum*）。^⑯ 此外，如租赁物是归属于某人的奴隶或动物，其在租赁期间侵害承租人的人身、财产权益，承租人还可提起受役者之诉（*actio noxalis*），要求该奴隶或动物的所有人承担赔偿责任。^⑰ 而对受害人人身、人格的侵害，则以侮辱之诉（*actio iniuriarum*）救济。

以上侵权诉讼中的损害赔偿均围绕实际损失展开：如侮辱之诉的金额由法官考虑其抚慰效果加以估定（类似于精神损害）；^⑱ 盗窃之诉的损害赔偿额度则根据其行为内容，限于被盗物的二倍或四倍价值；^⑲ 不法侵害之诉的额度则更贴近受害人的实际损害：如杀死受害者的奴隶或牲畜，须赔偿该物在过去一年所拥有的价值，或受害人在发生损害赔偿后三十日内所应有的损失。^⑳ 可见，侵权诉讼与合同诉讼中衡量利益的方式有本质区别：前者关注损失的当下状态（*status quo*），后者则关注损失的将来状态（*status ad quem*）。因而，侵权诉讼虽可在某些方面涉及对违反保护义务的救济，但无法在一般层面覆盖违反附随义务的对应利益。

(四) 合同诉讼对侵权诉讼功能的吸收

以时间为轴，《十二表法》及《阿奎利亚法》中的侵权规则最早出现，配合以事实诉讼及扩用诉讼（*actio utilis*）的适用，^㉑ 界限不断扩张；而随裁判官法的发展，市民法上逐步发展出诚信契约，并产生配套的诉讼形式。随着民商交易日趋发达，不断有介于侵权与契约诉讼之间的问题出现。其或采用带有浓重类推色彩的事实诉讼权宜处理，或通过欺诈之诉的兜底诉讼补足漏洞。但最终的解决办法是依靠合同法的扩张。

^⑫ Vgl. Marcus Tullius Cicero, *De Officiis* 3, 58–61.

^⑬ Vgl. Max Kaser/Karl Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., München: Beck, 1996, S. 238.

^⑭ 参见注^㉓, S. 31.

^⑮ Vgl. Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, Bd. 1, München: Beck, 1955, S. 515.

^⑯ Vgl. Herbert Hausmänner, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, Wien: Manz, 1987, S. 18–19.

^⑰ 参见注^㉓, S. 527 f.

^⑱ Vgl. Max Kaser/Rolf Knütel/Sebastian Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 21. Aufl., München: C. H. Beck, 2017, § 51 Rn. 23.

^⑲ 盗窃之诉中区分为现行盗窃之诉（*actio furti manifesti*）以及非现行盗窃之诉（*actio furti nec manifesti*）。前者施以被侵权财产四倍价值的罚金，后者施以最高二倍价值的罚金，其基础可以是被侵占财务的价值，有时也可以是其所致损害的价值。参见注^㉔, § 51 Rn. 2 – 5.

^㉑ 参见注^㉓, S. 169.

^㉒ 扩用之诉是指裁判官就手头案件没有完全匹配的程式可用时，基于案件事实与既有程式之间相似性，在旧程式基础上修改、删除或增加某个要件，以类推方式提供新的诉讼。参见注^㉓, S. 329 – 330.

就法技术，诚信诉讼中的欺诈抗辩（*exceptio doli*）吸收了欺诈之诉及一系列侵权诉讼的功能。抗辩事项包括两类：一是原告在提起诉讼前所处法律关系中存在恶意行径（*factum sit*），如缔约欺诈；二是将原告提起诉讼视为恶意或违反信赖的行为（*fiat*），即恶意履约。^②由此，欺诈之诉就缔约人的欺诈行为所提供的救济，为欺诈抗辩所包含；而合同存续期间，对合同标的物或当事人固有利益的侵害被视为对诚信原则的违反，囊括于合同诉讼。此过程中，欺诈抗辩的含义逐步改变，从欺诈/恶意向违背信赖过渡，最终在合同诉讼中确立了诚信原则。^③

（五）小结：合同法主导下的开放式边界

罗马法上合同法与侵权法的边界近似于让各类救济手段自然生长、博弈，允许当事人用脚投票，自由选择，形成你中有我，我中有你的情形。在此背景下，附随义务的规则呈现从侵权向契约流动的态势。

以上趋势的内在动力在于侵权/合同诉讼衡量损害赔偿的不同机理。同一行为在不同的社会交往场景下可能造成不同损失：侵权场景下，其产生的损失是受害人人身、财产的当下价值（固有利益）；在合同磋商情形下，则额外包括未能缔约所产生的损失（消极利益）；而在合同交易场景下，其后果还包括履行合同产生的将来利益的损失（履行利益）。无论出于司法效率或交易习惯，用一个合同诉讼一揽子解决交易纠纷，无疑最为经济和自然。

而潘德克顿法学对罗马法传统的背离，源自片面追求法学体系化，忽视了法律在自然演变过程中形成的功能。法律制度的演化有其自身规律，强行变造只能形成一时痕迹，最终仍会被历史规律支配，重现其本来面目。现代德国法的发展某种程度上实现了向罗马法的回调，恰恰印证了这一规律的巨大力量。

四、合同、侵权封闭边界之改造

以潘德克顿法学为基础的旧《德民》在颁布后即遇到问题：一方面，以主观权利学说为基础的合同法缺少对给付外其他行为义务的关注；另一方面，侵权法侧重保护绝对权及规制作为方式的侵害，形成相对狭窄的保护范围。^④由此，附随义务的违反问题遭遇合同法及侵权法均不得充分救济的难题。在此背景下，合同法与侵权法各自扩张，打破了潘德克顿法学预设的边界。

（一）附随义务学说的建构与合同法边界的扩张

自史韬布（Staub）的积极违约理论指出《德民》给付障碍法的缺陷后，^⑤德国法学家意识到以给付概念为基础的债法结构才是问题根源。由此，附随义务学说应运而生，但其构造存在罗马法与日耳曼法路径的区别，重构了合同法边界。

1. 罗马法路径下的附随义务学说与合同义务扩展

所谓的罗马法路径是指回归债务人过错要素影响损害赔偿范围的罗马法传统。希尔伯（Siber）

^② Vgl. Gaius, *Institutiones* 4, 119; 注^⑧, S. 205.

^③ 参见注^⑤, S. 524.

^④ Vgl. Gottfried Schiemann, *Kommentar zum § 823–830, 842–853*, in: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, Rn. 16 ff., 80 ff.

^⑤ 该理论的核心观点是旧《德民》的给付障碍法中存在漏洞，即在当事人以积极行为违约或以积极行为违反不作为义务，或当事人虽完成给付但负有瑕疵等情形下，并无条文可予救济。Vgl. Hermann Staub, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Bad Homburg v. d. H.: Gehlen, 1969, S. 93.

从过错的反面构造出谨慎义务（Diligenzpflicht），以此充实萨维尼奠定的给付概念。其内容不仅包括给付结果，也包括达成结果的行为。^⑯ 但他意识到旧《德民》采纳了债务转型论，债务人过错只是给付内容向损害赔偿转化的条件。故他将谨慎要求不再视为主观过错的对应物，而是给付内容的本有特征；而违反该义务，可造成独立于给付结果的额外赔偿。^⑰ 但该理论与债务转型论存在根本冲突。

为规避该问题，艾内克鲁斯将附随义务嫁接于诚信原则。他认为：出于诚信要求，债务人负有附随于给付的行为义务，即向债权人展示/告知重要事项或维护其法益。^⑱ 但诚信原则亦不能隐藏债法机理的不协调。在教义学上，附随义务概念随即分裂为辅助给付实现的附随义务（独立可诉）与脱离给付目的的附随义务（非独立可诉）。此区分表明艾氏仍依赖给付概念基础上的债务转型论：前者类似给付，得类推适用给付不能规则；后者异于给付，仅产生损害赔偿。^⑲ 可见，附随义务的分裂根源，仍是罗马法路径与潘德克顿法理之间难以调和的矛盾。

2. 日耳曼法路径下的保护义务与合同义务收束

罗马法路径之所以难以成功，是因后民法典时代的德国法学已转向解释论。而潘德克顿法学已完成罗马法的形式主义继受，无法推倒重来，由此只能通过日耳曼法丰富债法义务。

以基尔克（Gierke）为首的日耳曼派强调团体主义的伦理观，对法典解释产生了潜移默化的影响。施托尔（Stoll）提出保护义务理论，借用纳粹的人民共同体思潮间接引入日耳曼派的共同体说，^⑳ 构建基础性的信赖义务（Treupflichten），即债的当事人皆从属于社会共同体，不能只顾及自身利益，也应致力于社会整体福祉。进而，债务人的义务不再是债权人主观权利的对应物。债权人的利益不仅包括通过交换关系旨在实现给付结果的给付利益（交换说），也包括为实现契约目的相互合作，避免固有利益损失的保护利益（信赖说）。^㉑ 由此导出保护义务。

保护义务的构造一定程度上解决了违反给付外的行为义务如何转化为损害赔偿的问题。因其对象本就是当事人的固有利益，故义务违反的结果自然涉及该利益受损。但该理论因未触碰或有意规避以给付概念为基础的债法框架，对债法上的义务作了过度清晰的划分，衍生出一系列后果：一是保护义务和合同关系的距离拉得过开，忽略了附随义务中辅助给付义务实现的内容；二是忽视了履约与缔约阶段行为义务的同质性或牵连性。

保护义务进一步的孤立源于卡纳里斯的“统一法定保护关系”说。他将债务关系严格区分为给付关系以及由诚信原则产生的保护关系，^㉒ 且将缔约过失、积极违约及附第三人保护效力之债都并入保护关系之中。由此，法定的保护关系成了侵权法与合同法之间的独立区域。该学说一定程度上为德国债法改革所吸收，故现行《德民》表现出明显的保护义务法定化倾向。^㉓

罗马法与日耳曼法路径的交替运用，记录了德国法改造潘德克顿体系的曲折过程。与早期的附随义务学说相比，保护义务未能囊括给付外的所有契约性义务，但至少保留了合同属性，达成了将缔约过失中保护固有利益的行为义务划归合同法的效果。但以卡纳里斯学说为基础，赋予保护义务乃至附随义务侵权属性，则有以偏概全之嫌。

^⑯ Vgl. Heinrich Siber, *Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht*, Leipzig: Hirschfeld, 1903, S. 171.

^⑰ 参见注^⑯, S. 172 – 173.

^⑱ Vgl. Ludwig Enneccerus/Heinrich Lehmann, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Bd. 2, 15. Aufl., Tübingen: Mohr, 1958, S. 20.

^⑲ 参见注^⑱, S. 21.

^㉑ Vgl. Heinrich Stoll, *Die Lehre von den Leistungsstörungen*, Tübingen: Mohr, 1936, S. 10.

^㉒ 参见注^㉑, S. 27.

^㉓ Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, “Ansprüche wegen positive Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen-Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtenverletzung”, *Juristenzeitung*, 15/16 (1965), 475, 478.

^㉔ 参见注^㉓, 第 83 – 84 页。

（二）附随义务学说引发的侵权法扩张

因附随义务的发展，德国侵权法中的行为义务出现相应扩张。概括而言，有三处变化：一是交往安全义务的扩张；二是纯粹经济损失救济的丰富；三是雇主责任立法缺陷的规避。其展现了合同义务与侵权义务互动的图景。

1. 附随义务引发交往安全义务扩张

德国法上，交往安全义务的缘起与附随义务并无直接联系。但其扩张过程中发展出了“法益保护型”义务，即行为人因与被害人之间存在某种特殊联系，而对其特定法益负有保护义务。^⑭ 此种联系或为紧密的任务、身份关系，但更常见的是合同关系。如在“车厢管理员”案中，一家货物运输公司受卖方委托给买方送货，在货车上只配备了一名司机。在其无法照看车辆期间，货物被偷。帝国法院认定运输公司对买方违反照顾货物的义务。

法院认为：该公司与买方虽无合同关系，但他既然对卖方负有委托合同上的货物照看义务，因买方和卖方一样进入公司的经营范围，故对买方也有同样的义务。^⑮ 其背后的逻辑是义务不会凭空产生，需由特定的债务关系加以创设。运输公司对买方的注意义务，在内容上实为基于其与卖方运输合同关系产生的货物照看义务。尽管买方尚未成为合同相对人，但因进入公司的经营范围，成为其潜在的交易对象，受到侵权法保护。故附随义务突破合同相对性，在特定的交往关系内成为有限对世性的义务。正因此，交往安全义务的范围受到行为人与受害人之间债务关系的约束，并非侵权法上的一般注意义务。而将附随义务视为交往安全义务在合同法的投影，则是本末倒置。

此外，交往安全义务亦未完全覆盖附随义务所涉利益。仅在个别案件中，因行为人违反其职务匹配的义务，受害人可请求赔偿其固有利益之外的损失。^⑯ 其功能仍限于：在绝对权侵害案件中，构建不作为/间接侵权与损害结果之间的因果关系，而非扩大侵权法的保护范围。

2. 纯粹经济损失无法全面覆盖附随义务违反

纯粹经济损失主要由《德民》第 826 条解决。就其构成要件，除损害外，还需满足行为人主观状态为故意，及行为违反善良风俗（*gute Sitten*）。通说认为，缔约中的恶意欺诈行为亦落入该条范围，赋予受害方从缔约关系中解放的权利，免除其合同履行与费用偿还的义务，并可要求欺诈方赔偿其损害。^⑰

但该损害涉及履行利益还是消极利益，存有争议。帝国法院起初认为，可给予履行利益赔偿，将受害人利益回复至对方意思表示真实的状态。^⑱ 但其随后将赔偿范围限于消极利益，以避免用侵权法替代合同法实现契约性价值的期待。如卖方通过欺诈销售存有缺陷的汽车，德国法院认定受害人可获得标的物对自身财产造成的损失（固有利益），并要求欺诈方返还其已履行的给付内容（消极利益），但不包括履行合同可期待的利益（履行利益）。^⑲ 可见，德国法保留了较为保守的姿态，从未将侵权法视为合同法的映射。由此，履约中的附随义务问题，除非涉及固有利益保护，原则上不属于侵权法的管辖范围。

3. 雇主责任归责的缺陷与保护义务的产生无关

最后提及的是德国法上的雇主责任。“都市传说”认定保护义务的产生源于侵权法的不足，主

^⑭ Vgl. Gerhard Wagner, Kommentar zum § 823, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl., München: C. H. Beck, 2013, Rn. 318.

^⑮ Vgl. RGZ 102, 372, 374 f.

^⑯ Vgl. Christian von Bar, *Verkehrspflichten. Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Köln: Heymann, 1980, S. 206 f.

^⑰ Vgl. Gerhard Wagner, Kommentar zum § 826, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl., München: C. H. Beck, 2013, Rn. 56.

^⑱ Vgl. RGZ 59, 155, 157.

^⑲ Vgl. BGHZ 57, 137, 142.

要论据在于《德民》第831条的缺陷。他们认为：雇主仅当选任/监管雇员存在过错，才对雇员的侵权行为负责，导致侵权法上的归责不利，从而刺激合同法上保护义务的产生，即直接援用《德民》第278条履行辅助人的规定，规避证明雇主的过错，以违反合同义务对其归责。但实际情况并非如此。

一方面，《德民》第278条规定：债务人须对履行辅助人的过错，负有与自己过错同一范围内的责任。该条确实弥补了第831条的不足，但无法证明是后者倒逼保护义务的出现。相反，正因附随义务的保护对象扩张至侵权法上的固有利益，才填补了后者体系上的不足。如被国内学者当作论据的“油毡地毯案”不应理解为侵权义务丰富了缔约过失责任，而是帝国法院首先认定受害人与店员在缔约阶段已存在准合同关系，后者才对前者的生命、安全负有照顾义务。^⑩在此基础上，店主才需对店员在职务行为内的过失负责。

另一方面，尽管《德民》第831条造成受害人举证不便，但德国法院在民法典颁布后即为规避该条规定，在第823条第1款基础上适用交往安全义务。早期案例中，帝国法院提出企业责任说，即企业虽在雇主责任的框架下不负有指导和监督雇员的义务，但在第823条项下却负有监管中的审慎义务（*diligentia in custodiendo*）。^⑪该观点随后扩张为一般原则，即雇主负有管理内部秩序（如指导、监督委任事项实施）的义务，以避免在特定范围内发生雇员侵害他人的行为。^⑫由此，法院绕过雇主责任中的免责规定，在企业的不作为与雇员造成的他人损害之间建立起直接的因果关系。^⑬故第831条的缺陷已为交往安全义务修补，无须借道合同法上的保护义务。

（三）小结：德国债法向罗马法传统的曲折回调

德国债法出现附随义务学说，是因潘德克顿僵化的债法体系导致合同法救济范围过窄，刺激合同义务群的发展，进而反哺侵权法的缺陷。具体体现为如下两点：首先，附随义务学说从合同法内部修补了给付概念，对给付外契约性义务的承认，扩展了合同义务边界；其次，合同义务的发展刺激侵权法上交往安全义务的发育，架空了雇主责任的既有规则。而纯粹经济损失尽管有所扩张，但限于故意悖俗侵权的责任构成，仍不足以救济违反附随义务引发的履行利益。可见，德国法从合同、侵权截然对立的状态走向了如下模式，即承认二者存在竞合区域，但其调整方式以合同法为主、侵权法为辅。该过程实为对潘德克顿体系的悄然否定与逐步扬弃。而我国学界将保护义务归入侵权法的观点，无异于重走潘德克顿法学的老路。但德国法的后续演进已明示此路不通。

五、《民法典》中合同、侵权开放边界之实现

（一）重回合同、侵权的开放边界

综上，我国学界将保护义务划归侵权法的观点，应放在私法史中重新评估。

罗马法上虽有合同法及侵权法雏形，但范围狭窄，经生长交汇，形成了合同法扩张，覆盖部分侵权法功能的格局。故附随义务问题总体上落在合同法内解决，但并不排斥侵权或准侵权诉讼对特定情形进行救济。但该结构为潘德克顿法学破坏，在一般债法层面形成严苛的给付概念及机械的债

^⑩ Vgl. RGZ 78 , 239 , 240.

^⑪ Vgl. RGZ 53 , 53 , 58.

^⑫ 参见注^⑩ , S. 96.

^⑬ 参见注^⑩ , Rn. 79.

务转型论，将附随义务踢出合同法，造成给付障碍法的漏洞。仅有缔约过失理论缓解此格局，在合同、侵权之间创造出类契约关系。

此后，为补救该漏洞产生的附随义务学说，通过建构债务人过错与损害赔偿责任之间的关联，意图修正给付概念，但未获完全成功。由此产生突破既有债法结构的保护义务理论，但促成合同内、外的行为义务部分割裂、部分结合的矛盾现象。其根本原因在于附随义务具有合同/侵权的双重属性。越想对其单向归类，越易割裂债法的统一性，陷入难以自圆其说的逻辑困难。

基于此，我国《民法典》对附随义务的处理不妨回归历史主义，承认其复合性质。但如此，必然导致竞合区域的出现。故进一步的问题是如何协调竞合？

（二）《民法典》中合同、侵权竞合区域法律效果的统一

就目前研究，竞合问题的解决方法可归纳为法律竞合说、请求权竞合说及请求权基础竞合说。细究三者，各有弱点：首先，法律竞合说强调竞合对象是合同、侵权规范，而非损害赔偿请求权。为避免累讼，须将二者置于一般法与特别法序列，择一作为请求权基础。但合同、侵权难谓先后，人为排序难以提供舍此趋彼的根本理由。^{④4} 其次，请求权竞合说则认为：由附随义务违反的事实产生彼此独立的违约/侵权责任请求权，可择一主张。但因二者规范的法律效果不同，选择不当造成的救济不利，由当事人自己承担。由此，出现了请求权相互影响说。据此，当事人可借用合同/侵权规范中更有利于自己的要件，达到救济最大化。^{⑤5} 但该理论并未保证法律评价的一致性，选择风险仍在当事人。最后，请求权基础竞合论认为：合同、侵权的竞合规范仅造成请求权基础有所区别，但以损害赔偿为给付内容的请求权本身并无二致。但该理论未顾及违约/侵权责任构成要件的区别，^{⑥6} 对尚未统一损害赔偿法的我国《民法典》，并不适合。

以上理论存在共同问题，即竞合区域在合同/侵权法内的评价不同。故关键点不在于消除竞合，而在于消除竞合区域的评价差异，即需从合同、侵权构成要件中寻找共性。就合同编，违反附随义务即合同不履行，落入违约责任的构成要件：违反附随义务（违约行为）；债权人损害；行为与损害间的因果关系（可预见性原则）；归责事由（无过错责任）。而就侵权编，如仅考虑一般侵权，构成要件则为：违反附随义务（侵害行为）；受害人损害；行为与损害间的因果关系（相当因果关系说）；过错归责。可见，二者相同的是损害和行为，不同的是归责原则及因果关系的判定方式。要消除该区别，须做解释论上的修正。

1. 违反附随义务过错归责的统一

按照《民法典》合同编规定，违反附随义务引发违约责任，并不要求过错要件。但附随义务就其性质，分为两层：一是与给付无关的保护义务；二是与给付相关的从给付义务。在前者情形下，违反保护义务即侵害当事人固有利益，构成侵权责任，故与侵权法保持一致的过错归责；而在后者情形下，此义务是由诚信原则、契约的性质、目的以及交易习惯导出，额外施加于当事人，其性质更接近于违反“不成文的客观法”，^{⑦7} 具有准法定性质。故对此类行为的评价，仍需考察行为人的主观过错。仅当其未尽必要的注意义务时，方可归责。由此，违反附随义务违约责任的归责就同一般侵权保持一致。

同时，为实现违反给付义务与附随义务的差别化归责，需转变《民法典》第 577 条的定性，将

^{④4} 参见段厚省《请求权竞合要论——兼及对民法方法论的探讨》，中国法制出版社 2013 年版，第 154 页。

^{⑤5} Vgl. Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin: Springer, 1995, S. 91.

^{⑥6} 参见注^{④4}，第 156 页。

^{⑦7} Vgl. Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. 1, 14. Aufl., München: Beck, 1987, S. 109.

其视为针对违约责任可归责性的解释规范，即条文中“不履行合同义务或履行合同不符合约定”的表述仅表明，债务人须满足合同违反的客观要件，但未明确其主观状态，从而规避明确违反附随义务所生责任的归责标准，在学说上采纳过错归责创造空间。

此外，侵权义务与附随义务的判断亦可统一。我国《民法典》第1165条第1款就一般侵权的损害赔偿责任仅规定过错要件，但此概念结合了违法性与过错的功能，既评价行为人外在的不法性，亦评价其内在的可谴责性。具体而言，即顾及个案情境，判定侵权人是否预见其注意义务，及是否有能力避免/消除对义务的违反。^⑧ 在竞合区域内，附随义务的违反可从违法性与主观过错角度综合评价：就违法性，附随义务的违反，或体现为直接侵害合同当事人固有利益的结果不法，或体现为未尽诚信原则/交易习惯衍生义务的行为不法；就主观过错，附随义务的内容本就是合同双方依据特定交易情境确定的行为义务，必然落入侵权人可预见、可期待的范围。由此，过错的考量与附随义务的具体范围直接相关，两者实为一枚硬币的两面，互为映射。

2. 可预见性与相当因果关系规则的统一

第二点区别在于损害赔偿的范围，即违反附随义务的行为与损害之间的因果关系。其背后的问题是可预见性与相当因果关系规则的融合。

就合同编，《民法典》第584条规定，违约引发的损害赔偿不得超过违反合同一方订立合同时预见或应当预见可能造成的损失。这表明：违反附随义务引发的损害赔偿范围以违约方的预见能力为限。就立法来源，该条是对《国际通则》第7.4.2条第1款与第7.4.4条的拼接。^⑨ 在《国际通则》体系内，可预见性规则与第7.4.2条（全面赔偿原则）及第7.4.3条（损害确定性原则）构成整体。^⑩ 故合同法上可预见性规则的含义应结合《国际通则》三个条文全面把握，即违反附随义务引发的损害赔偿既包括既有损失（包括固有利益），也包括可得利益。而后者范围须受两方面限制：一是损害须有客观确定性；二是限于违约方的可预见范围。《民法典》沿用这一机理，导致违约赔偿并非给付的等价利益，而是不履行导致的所有损失。

而侵权编未明确损害赔偿的机理。侵权法的功能主要在于填平损害，故适用完全赔偿原则，即侵权人的行为方式、主观状态、损害可否预见等因素对损害赔偿范围均无影响，其仅由行为与损害结果间的因果关系决定。^⑪ 而为避免条件说下因果关系的过度延伸，我国采纳相当因果关系说，强调依据侵权事件的通常发展过程，损害不可避免或极可能发生，则认定侵权行为与损害后果间具有相当性。^⑫ 由此观之，相当性是对损害客观可能性的判定，与可预见性无关。

但二者在深层次互有关联。相当性的判定有主、客观视角。德国法院采客观说，认为相当性的判定须以最优观察者（optimaler Beobachter）视角，判断自始发生的损害是否落入行为人的认知范围。^⑬ 所谓最优观察者，即掌握人类全部知识，且知晓案件所有细节的人。^⑭ 此为拟制，现实中最近接该角色的无非法官本人。故相当性的本质是在以条件说为基础的客观因果关系上，加入法官的价值评价。^⑮ 可见，客观说其实并不客观。故拉伦茨提出批判，认为相当性应从主观视角判定，即

^⑧ 参见冯珏“安全保障义务与不作为侵权”，《法学研究》2009年第4期，第75页。

^⑨ See Art 7.4.2, Art 7.4.4 PICC (1994).

^⑩ See Art 7.4.4 Comment PICC (1994).

^⑪ 参见叶金强“论侵权损害赔偿范围的确定”，《中外法学》2012年第1期，第156页。

^⑫ 参见王利明《侵权责任法研究》（上卷），中国人民大学出版社2016年版，第385—386页。

^⑬ Vgl. Hartmut Oetker, Kommentar zum § 249, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., München: C. H. Beck, 2012, Rn. 111.

^⑭ Vgl. Hans-Joachim Muiselak, “Kausalität und Schadenszurechnung im Zivilrecht”, Juristische Arbeitsblätter, 2013, 241, 241.

^⑮ 参见李中原“论侵权法上因果关系与过错的竞合及其解决路径”，《法律科学》2013年第6期，第99页。

以处于行为人位置的理性人在案发时掌握的全部知识为评判标准。^⑯ 换言之，应以社会一般人的标准去衡量侵权人对损害结果能否预见。该说虽强调应从行为人视角出发，但裁判标准却是带有客观色彩的社会一般人。可见，主观说亦不主观。相当性判定的基本问题仍是裁量行为人对损害结果的预见能力，主、客观说的区别仅在于裁判者的知识与立足点不同。^⑰

由此，相当性与可预见性规则具有功能上的相似性：后者强调违约方视角，主要顾及违约方最先知道违约事实及其造成的损害，从而尽可能扩大损害的裁量范围，保护守约方的利益。^⑱ 同时，可预见性的衡量也带有很强的客观性，并非完全取决于违约方的主观认知，而须由法官考察在通常条件或合同特定情势下能够合理预见的范围。^⑲ 而相当性规则，无论采主观说/客观说，均强调赔偿范围覆盖行为人合理认知范围内的损害，并以客观化的第三人标准对赔偿范围进行限缩。因而，两者看似南辕北辙，但达成相近的法律效果。

违反附随义务，既可能涉及履行合同可得的利益，也可能涉及固有利益。因后者为当事人本有，无需对其预测。故合同法与侵权法就固有利益损失范围的衡量并无不同。

而就可得利益，合同法与侵权法的保护范围存在差异，以前者为主，后者为辅。在纯粹经济损失情形中，赖以排除侵权责任的工具仍是相当因果关系，但对其加入额外限制，即可预见性的衡量。如“宋正辉案”中，法院判断因果关系存在的依据有二：一是行为人与受害人关系的密切性。两者关系越紧密，受害人对行为人的依赖性就越强。申言之，造成受害人损失原因离行为人越近，则法益保护的范围就越大。二是行为人对损害的预见能力。本案中，即助动车销售人的虚假表示直接导致消费者误以为该车为非机动车，从而没有缴纳交强险。^⑳ 可见，在可得利益情形下，可预见性与相当性规则的适用同样相互渗透，彼此统一。此亦反映出法院在适用侵权构成要件时进行了动态权衡，对合同、侵权各自领域的赔偿范围作了有意识的统合。

采竞合模式，兼有技术与价值考量。就前者，因民事案由制度限定一个诉讼仅有一项案由，竞合请求权的选择风险归于原告。竞合模式统合交叉区域的法律评价，从根本上消除请求权的选择必要。就后者，该模式亦克服合同、侵权体系对同一行为的差异化评价，回归事实与规范的自然联系；并消解竞合区域内责任要件的差异，压缩法官的裁量空间，维护了债法体系的安定性。

【主要参考文献】

1. 王文胜 “论合同法和侵权法在固有利益保护上的分工与协作”，《中国法学》2015年第4期。
2. Christian von Bar, *Verkehrspflichten. Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Köln: Heymann, 1980.
3. Dieter Medicus, *Id Quod Interest*, Köln: Boehlau, 1962.

(责任编辑: 高圣平)

^⑯ 参见叶金强 “相当因果关系理论的展开”，《中国法学》2008年第1期，第46页。

^⑰ 参见注^⑯，第47页。

^⑱ 参见潘玮璘 “构建损害赔偿法中统一的可预见性规则”，《法学家》2017年第4期，第62页。

^⑲ See Art 7.4.4 Comment PICC (1994).

^⑳ 参见重庆市沙坪坝区人民法院(2012)沙法民初字第06218号民事判决书。

ABSTRACTS

The Centennial Development of the Rule of Law Discourse System of the Communist Party of China: Focusing on the Integrated Innovation of Xi Jinping Thought On the Rule of Law

LIAO Yi • 1 •

The construction of the rule of law discourse system in contemporary China cannot be separated from the practical logic of the historical subject. Over the past century ,the Communist Party of China has continuously deepened its understanding of the rule of law in the journey of saving ,founding ,enriching and rejuvenating the country ,and has generated the rule of law discourse system with Chinese style. The rule of law discourse of CPC is reborn in the revolutionary ideal and developed in the practice of revolutionary struggle , showing the dialectics of revolution and rule of law. The expansion of the discourse of rule of law from “ideal type” to “institutional type” is shaped gradually ,reflected in twists and turns ,continued in reform ,and gradually realized the integration of value principles and institutional norms. In the new era ,CPC’s discourse has moved from “institutional type” to more thoughtful and integrated innovation ,and the core essence of its system construction can be concentratively reflected in Xi Jinping Thought on the Rule of Law. The rule of law discourse system generated by CPC in the past century has not only met the institutional requirements in the sense of “thin rule of law ”,but also opened the construction of theoretical and cultural system in the sense of “thick rule of law ” ,showing a consistent three-dimensional balanced construction logic and development character.

Key Words Communist Party of China; Xi Jinping Thought on the Rule of Law; Discourse System of the Rule of Law; Socialist Legal System with Chinese Characteristics; Comprehensively Implement the Rule of Law

Liao Yi ,Ph. D. in Law ,Professor of Wuhan University Law School.

On the Open Boundary between Contract and Torts in China’s Civil Code:

From the Perspective of the Transformation of Accessory Obligation

WANG Nijie • 15 •

After the promulgation of China’s Civil Code ,the boundary of contract and torts needs to be clarified. One popular view claims that the obligation of protection should be exclusively classified from contract into torts. But it causes the functional contraction of contract and the puffiness of torts as well as the multi-level competitions between them. From the perspective of the history of civil law ,this opinion is the recurrence of the Pandectists ,which departed from the open boundary in Roman law ,in which contract and torts were allowed to compete freely ,but the crossing area was mainly regulated by contract with the supplement of torts. But modern German law repaired the defects of Pandectists by developing the doctrine of accessory obligation and turned back to the Roman tradition. Accordingly ,China’s Civil Code should allow the existence of moderate competition in the crossing area but go beyond the traditional theories by integrating the factors of contractual and tortious liability to reach a unified legal result.

Key Words Accessory Obligation; Obligation of Protection; Obligation of Security; Legal Competition; The Compilation of the Civil Code

Wang Nijie ,Ph. D. in Law ,Lecturer of Fudan University Law School.