

论安保义务人服务外包致损时的侵权责任

项 彦

(中南财经政法大学 法学院, 湖北 武汉 430073)

摘 要:安保义务人将相关服务外包的情形多有发生, 双方成立委托关系的前提下, 实践中对于受托服务提供方行为所导致的损害责任分担存有不同观点。安保义务不因合同关系而转移, 但转化为对服务提供方的选任与持续监督义务。德国法上交往安全义务囊括了各种作为义务之来源, 受限于我国《民法典》第 1198 条之文义与规范意旨, 安保义务课以特定主体承担, 受托服务提供方行为后果不可完全由委托方安保义务人承受, 但其可因未履行在先行为等引起的作为义务而承担侵权责任, 双方均具有过错时构成无意思联络之数人侵权。

关键词:安全保障义务; 服务外包; 事务辅助人; 无意思联络数人侵权

中图分类号: D923.6 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095-4824(2021)02-0091-07

任何人开放自己之场所, 必须努力将相关危险控制在尽可能低的程度上。^{[1]624} 此属于德国法上的往来义务, 在我国体现为安保义务。依《民法典》第 1198 条, 安保义务的主体被限定为特定场所管理人或活动组织者, 因此类场所或活动涉及不特定多数人的安全与财产安全, 故对于相应的危险控制者课以安全保障义务, 防范风险的发生, 维护公共安全。^{[2]460} 依自己责任原则义务人未尽相关义务而导致的损害自应由自己负担, 其归责原则为一般过错责任。

交往安全义务虽常常涉及所有权人, 但并不绝对, 其决定性的因素是危险的制造、维持以及控制。^{[3]120} 因社会发展使得分工细化, 安全保障义务人将相关业务外包给其他企业予以处理的情况愈发普遍, 依《民法典》第 770 条之规定, 承揽合同工作成果的范围虽不限于有形物, 亦可体现为相关工作或者劳务的完成。^[4] 但该条所列举的承揽范围一般不包括服务外包的情形, 其履行行为为承揽工作的完成, 目的在于获取一定的工作成果, 不排除存在安保义务人与第三方机构构成承揽关系的情形, 但长期性使用第三方完成相关服务一般而言非属于承揽合同关系, 双方往往构成委托合

同关系, 且依《民法典》第 1193 条, 承揽人因过错造成的损害一般由自己承担, 与现有司法实践中对于服务外包关系中责任承担的主流裁判结果也即原则上由原安保义务人承担责任相违背。故而本文讨论范围限于安保义务人委托第三方完成事务之情形。民事主体对自己的事务不可能事必躬亲, 通过委托关系可以弥补其自身在专业知识等方面的缺陷。^[5] 委托不限于法律行为, 事实行为亦可委托他方处理。由此衍生的问题在于因未充分履行安全保障义务也即受托方不当行为导致第三人损害时责任如何承担。在委托个人处理事务的情形下可通过雇佣关系、劳务关系中行为人造成本部第三人损害的规则消解纷争, 但委托独立第三方主体时, 因无明确的实证法依据, 导致司法裁判乱象。其争点在于委托关系的双方谁对危险源具有维持和控制力进而承担安全保障义务, 委托方是否因为委托关系而转移其所负有的安保义务等。

一、服务外包致第三人损害 责任承担之裁判分歧

服务外包情形下, 实践中对于受托方未充分

收稿日期: 2021-01-12

基金项目: 中南财经政法大学中央高校基本科研业务费专项资金资助(202110648)

作者简介: 项彦(1997-), 女, 安徽安庆人, 中南财经政法大学法学院硕士研究生。

履行相关义务导致第三人损害的责任承担问题主要有以下裁判观点:

1. 委托合同相对性下接受委托方对外免责。合同关系下外部第三人一般不受内部合同约定的拘束,安全保障义务人外包相关业务时,有法院认为委托关系双方受合同关系约束,以接受委托方与安全保障义务人所为之安保义务的第三人之间无任何关系来证成接受委托方无需承担外部侵权责任。如有法院明确指出小区物业服务单位与第三人之间签订保洁服务合同,将保洁服务工作外包给第三人时,该合同关系与各小区业主之间无任何关系,故物业单位应对原告的各项损失承担相应民事责任,受托方与第三人之间不存在任何关系,无需担责。^① 相关判决亦体现了此种裁判思路。^② 也有观点认为外包系履行管理职能的体现,故对外应先由委托方承担责任。^③ 合同关系仅对双方具有约束力属基本共识,但依此否定接受委托方无需对第三人所受之损害负责难以使人信服,侵权责任的承担需依照其构成要件进行分析,合同关系并不排除接受委托方与第三方受害人之间成立侵权之债,接受委托方往往是侵权行为的直接实施者,关键在于其是否符合责任成立各项要件。

2. 委托合同关系不免除原安保义务人之责任。原安保义务人将业务外包时,其安保义务能否随之转移理论上有不同的观点,后文将予以详述。在实践中,多认为安全保障义务人仍负相应的安保义务,认定其违背安保义务的情形下需承担侵权责任。有法院认为,受害人在物业公司安排的公用洗漱室中因地面湿滑而摔倒,事发地点属于公共场所,物业公司未能尽到合理限度内的安全保障义务,应当担责。一二审法院均明示无论安保义务人自行保洁抑或委托他人保洁,都属于管理方式的差异,并不改变其作为该场所管理人的身份,对外仍应以其名义享有权利和承担义务。^④ 此判决旨在明确委托关系并不改变安全保

障义务主体,同时否定了受委托方负有相应的安全保障义务,委托关系仅为安全保障义务人管理事务的方式。但亦有法院在肯定委托方负有安全保障义务的同时肯定了接受委托方所负有的安保义务。^⑤ 法院认为地下停车场的物业管理人与保洁管理人,均负有以积极行为的方式在公共场所尽力保障他人人身和财产安全的义务。但委托方因对此次事故的发生不存在过错,难以认定其未尽到安保义务,故其无需承担责任。^⑥

上述两则判例中接受委托方的保洁人员均存有过失,但对于接受委托方是否需担责却导向不同结果,争议在于委托合同关系是否为受托方创设相应安保义务,于此情形下委托方适当履行安保义务应如何判定亦需予以明确。

3. 委托合同关系下接受委托方亦需承担侵权责任。支持安保义务人将相关服务外包后所致的损害赔偿赔偿责任主体包括受托方时,司法实践中对于在二者之间的责任分担也即责任形式亦存在不同见解,或认定为连带责任形式,或为通过比例分配所体现的按份责任形式。

(1) 合同双方承担连带责任。在江苏美佳电梯有限公司与余春英、镇江市润州物业管理中心物业服务合同纠纷案^⑦中,一审法院认为专业的电梯维保单位接受委托后,有义务确保电梯安全运营,因其维保的电梯出现了故障致人损害,其与委托方应承担连带赔偿责任。其所适用的为《人身损害赔偿解释》第3条之规定,依共同侵权认定双方承担连带责任,法院并未对此进行详细阐释。该司法解释实为扩大共同侵权的规制范围,包括无意思联络数人侵权,但消极不作为难以与其他行为构成直接结合。^[6] 若依照《民法典》第1173条,分别实施侵权行为承担连带责任的前提在于每个人的侵权行为足以造成全部损害,服务外包情形下恐难作此认定,故而法院为何依此进行裁判值得商榷。类似也有判决援引相同法条认定合

① 天津市第三中级人民法院(2019)津03民终1978号二审民事判决书。

② 山东省烟台经济技术开发区人民法院(2019)鲁0691民初465号一审民事判决书。

③ 江苏省南京市中级人民法院(2019)苏01民终11037号二审民事判决书。

④ 浙江省杭州市中级人民法院(2020)浙01民终3598号二审民事判决书。

⑤ 山东省济南市中级人民法院(2020)鲁01民终4913号二审民事判决书。

⑥ 该案中,二审法院认为青苑公司虽系地下停车场的物业管理人,但其已将保洁服务外包给梦轩公司,且根据一审中事发现场的监控录像,损害后果的发生主要与梦轩公司工作人员在地面遗撒水渍有关,且地面遗撒水渍与事故发生时间间隔很短,青苑公司难以立即发现及消除该安全隐患,因此青苑公司对本次事故的发生不存在过错。梦轩公司作为实际侵权人,应对费海的受伤承担赔偿责任。

⑦ 江苏省镇江市中级人民法院(2020)苏11民终362号二审民事判决书。

同关系双方承担连带责任。^①

(2)合同双方承担按份责任。实践中亦有法院明确委托方以及受托方均对电梯的正常运行负有安全保障义务,因二者的过错导致第三人损害应当承担侵权责任。^②一审法院认为任何一方的侵权行为均足以造成损害结果的发生,故而需承担连带赔偿责任,但二审法院对此进行批驳,最终判决二者各自承担一定比例的赔偿责任,属按份责任形式。此裁判结果更具合理性,但法院认定前提是受托方违背了相应安保义务,需有更多理论支撑。

二、委托关系下安全保障义务人之界定

违反安全保障义务属于消极致害行为,未适当履行作为义务就会引发不作为侵权。关于安全保障义务之性质,本文支持安保义务既属于法定义务,又兼具合同义务性质之学说。

《民法典》第1198条系在当事人之间没有合同约定情形下课以特定主体以积极作为义务,可视为不作为义务来源的强制规定。^[7]当事人不可通过约定予以排除,但双方合同约定可以作为安保义务的来源,对于弱者的利益保护更加周全。就安保义务主体而言,依照《民法典》第1198条第1款之文义,其范围是否包括特定事务范围内的管理者未予明晰,能否转移自身安保义务亦无定论。

1. 委托方的安全保障义务不因合同关系而转移。就安全保障义务人承担责任的基础而言,理论上亦有多种学说。^{[8]174}过失说源于自己责任原则,即安保义务人需要为自己的过错对受害者负赔偿义务。控制说的理论基础在于危险控制理论。其对于所开启的危险源具有支配力,可予控制,且当其他人将会对正确的从事产生信赖,进而欠缺自己的注意时亦可创设往来义务。^{[1]624}经营者、管理者以及组织者对于相关场所以及设施的情况具有专业知识及强大的控制力,更有可能防止损害的发生。利益说则认为安全保障义务人所

从事的多为营利性活动,充分履行其安全保障义务可增加其经济利益,对于非营利性活动而言,管理和组织行为可以为社会整体带来利益。比较法上,多承认委托方负有安保义务,依照《荷兰民法典》第6:171条规定,确认了他人要对非下属的独立承包人的行为承担责任。《德国民法典》第278条规定了被使用人的过错可以归责于债务人,但此规定适用的前提是当事人之间已经存在特别的结合关系,交往安全义务是对于社会一般人的义务,原交往安全义务人和相对人之间不存在类似于合同法律关系。^[9]少数学者认为接受委托的第三人可以作为该条所规定的债务履行辅助人看待。但依照通说,德民第278条的适用范围限于依合同关系产生的给付义务,不属于原安保义务人承担责任的依据。在委托人知道或者应当知道受托人不可靠时,其视为违背了交往安全义务,依照《德国民法典》第823条承担责任。^{[9]240}德国法上在肯定委托方责任同时认定其仍负有安保义务。在我国,依照安保义务人承担责任之基础,安保义务人将业务外包情形下,从控制说以及利益说等角度而言,其均负有安全保障义务,恐难通过合同关系进行转移,争点在于其安保义务的范围如何。依照德国理论,对于原交往安全义务人的义务是否发生了转化存在两种观点:一是委托方的安全保障义务转化为对其所委托的第三人的正确选任和监督的义务。二是义务不变说,也即由利益第三人来履行义务时,原义务人仍然负担该义务。^{[9]164}其通说为义务转化说,任用他人为自己处理事务,就意味着开启了一个危险源,任用他人就负有交往安全义务。依此理论,委托人的义务在于对新开启的危险源之监控,其充分履行了选任和监督义务即为履行安保义务的体现。

在我国,亦存在不同的观点,有学者认为上述解释路径均有可能,但为契合《民法典》第1198条规范意旨,将安全保障义务理解为不因使用他人而转移之义务更具正当性。^③依此,安保义务只要未被充分履行,委托方就需为此负责。需明确的是,原安全保障义务人除需尽到选任义务外,仍需

① 陕西省西安市中级人民法院(2016)陕01民终1538号二审民事判决书。

② 湖北省武汉市中级人民法院(2020)鄂01民终4202号二审民事判决书。

③ 参见洪国盛《论使用他人代为履行安全保障义务之违反——基于73件判决的分析》,法治研究,2020(04)。其支持义务不变说的理由在于委托方若以谨慎选任第三人承担安保义务进行抗辩,则意味着其仅负责收取利润,无需为风险买单,进而通过合同关系免除自己对危险源的责任,且此举会削弱侵权法预防损害之功能,通过使用他人而免责是其在从事经营活动时无需考虑安保义务相关的经营风险,其因过错所承担的责任因被使用人的分摊而导致风险逸散,且其过错难以证明。

履行持续监督义务,在上述观点下,即使不支持义务转化说,最终被使用人仍需分担损害赔偿赔偿责任,并不会因为使用他人而导致风险逸散,受托人也会出于风险防范目的履行相关义务。仅需要考量原安保义务人的过错如何认定问题。在实践中,也并不会因为安保义务所要求的内容未被履行即要求原安保义务人负责,而应看其自身是否存在过错。

持义务转化说者认为安保义务人在选任时尽到相应义务并不意味着义务已经履行完毕,委托关系是将往来义务转变为监督受托人的义务。^[10]王泽鉴先生也认为,由他人承担防范危险措施时,如由外保公司负责清洁剂维修工作,义务人应就其选任及监督的过失负责。^[11]于此情形下,安保义务人的义务强度弱于义务不变说。这更符合自己责任原则,依照过失说,安保义务人仅需为自己的过错而负责,存在第三方服务提供方时,虽然二者之间具有牵连性,但此种牵连性更多体现在选任和监督义务上,在委托方没有任何选任或监督过失时课以沉重的负担有违自己责任原则。虽安保义务人与其所保护的主体之间存在特殊关系,相对人对场域的安全性具有合理期待,^[12]但在转化说下,安保义务源于义务人的危险源制造者身份。^[6]通过委托关系开启新的危险源,就必须对危险进行控制,原安保义务人的义务并非可以轻易规避,可通过加强其监督义务进行补足。司法实践中,亦体现出义务转化说理论,如有法院判决明确表明委托方不存在选任过失,不存在过错。^①故而,合同关系不可转移安保义务,即使合同关系双方约定免除安保义务人的损害赔偿赔偿责任,为体现对于受害者的救济,此约定不具有对抗效力,仅为内部责任分担依据。

2. 接受委托方并非《民法典》第 1198 条之安保义务主体。对于接受委托方的身份,其受托帮助义务人履行相关义务,类似于比较法上的事务辅助人。《德国民法典》第 831 条规定了事务主人对事务辅助人的责任,但若事务主人证明其在选任过程中已经尽到必要的注意义务,则无需为辅助人的不当行为负责。^[13]事务主人承担责任的基础并非对他人的过错负责,而在于自身具有缺失性的行为,如违背交易安全义务。^[14]有观点认为此属于雇主责任,选任和持续监督的前提是雇主

可以影响辅助人的行为方式,若为承包关系,委托人没有就具体事项对承包商进行指挥的权利,自然不属于事务辅助人。^{[3]152-153}故其多认为接受委托方不属于事务辅助人的范畴,《欧洲侵权法原则》亦确立了为辅助人负责的原则,但其也认为独立的受托人不属于事务辅助人之范畴。^[13]

在被委托参与事务处理的独立经营者不具有雇员的身份时,并不意味着其不受委托方的监督,只是该种牵连性弱于雇佣关系,对于委托方责任上述已作分析。至于受托方是否需要承担侵权责任,德国理论通说认为,义务承担人未履行交往安全义务,也即受委托而代他人履行交往安全义务的人致使原义务人遭受损害的情况下,其也需要承担侵权法上的责任。^{[9]166,251}至于受托方是否负有安保义务存有不同理解,有观点认为安保义务的承担人所负担的义务仅为原义务人对第三人所负担的义务,也即受托人需承担安全保障义务。^{[9]180}此属于侵权法上的义务,义务承担人对第三人负担侵权行为法上一般的行为义务,可依《德国民法典》第 823 条之规定请求其承担责任。亦有观点指出,交往义务多可以通过合同由他人承担,在委托关系下,受托方虽不属于提供劳务的个人,对于受托方而言虽建立了一种义务,但并非安全保障义务的转移,仅在承揽关系下才可能发生安全保障义务的合同承受。^{[3]126}

在我国,不同于德国法上的侵权责任设置规则,并未有关于侵权责任的三个一般小条款,亦无明确的事务辅助人制度。德国法上的交往安全义务系作为义务的总和。^{[9]182}故其极大地扩大了不作为责任之范围。但在我国,安全保障义务并非广泛适用于各个领域及主体。首先需要明确安保义务人将业务外包时受托人所造成损害的情形下,独立受托方是否需要承担责任。上述比较法上规则可以看出,受托方属于独立经营者时往往不属于事务辅助人的范畴,并非肯定其无需承担侵权法上的责任。依法理,一般情形下,受托人的行为可以归入事务主人的控制范围需要具有很强的牵连性,只有事务主人可以控制和指挥受托人时,才会产生控制性影响。^[15]故而,非雇员所造成的损害并非无疑义地纳入委托方范畴,其符合侵权责任成立要件时需要为自己的行为承担责任,但其承担责任的正当性基础需予以明确。

① 重庆市第五中级人民法院(2016)渝 05 民终 2366 号二审民事判决书。

究其作为义务来源,存在委托关系的前提下,首先需明晰受托方是否属于安全保障义务人。学理上,有观点认为在所有人委托他人进行管理时,按照委托合同的相关规定,受托人的行为后果应当由委托人承担。^[16]但在我国仅规定了提供劳务关系中接受劳务方需为提供劳务方的行为负责,此时受托人限于个人,并不包括独立经营者。持相反观点者则认为当使用人替代安全保障义务人履行安保义务时,其亦成为了《民法典》第1198条所规定的管理者,仅其管理事务的范围限于基于合同所承担的部分。^[12]实践中亦有法院作出此类判决。^①于此,能否将该条所明确的安保义务主体进行扩张解释需要通过安全保障义务的基础理论来予以分析。其一,从对危险的管理、控制力来看,业务承包方确具有通过自身专业服务或者技术知识预防损害发生之能力,但依法条之文义,因特定场所或服务之特殊性,其危险源的开启属特定场所管理者等主体所为,且受托方完成相应合同义务是受到委托方的监督与管控,并不具有很强的自主性。其二,安保义务人一般会从危险源中获取相应利益,受托方处理事务时通常不会因其履行义务的行为获取经济收益,其所获得的仅为提供劳务的对价,将其纳入安保义务人范围不符合风险与收益的一致性。其三,就不特定第三人的合理信赖而言,第三人进入特定场域,其所信赖的对象为特定场所的管理者,一般情形下外包关系未对外有所体现,故而将《民法典》第1198条所适用的安保义务人范围扩张至接受委托的独立第三方不符合规范意旨。

三、接受委托方承担损害赔偿责任之实证法依据考察

1. 接受委托方作为义务来源检视。服务外包时,委托方仍负有安全保障义务,此种安保义务转化为对履行事务的受托方的选任与监督义务,受托方的行为所造成的损害不可完全归入委托方责任领域,除非委托方自身存在过错。司法实践中不少案例亦认定受托方需要承担相应的侵权责任。受托方的侵权行为一般表现为不作为方式,其承担责任的前提是存在作为义务,其非安保义

务人的前提下,作为义务的来源需另行考证。在合同导致作为义务的情形下需谨慎认定,只有原告是合同中作为义务的债权人或者至少在合同保护义务范围之内,债务人此时自愿承担了相关义务才可认定其负有作为义务。^{[17]268}且只有合同义务所指向的为特定第三人时,违反合同约定才可承担不作为侵权责任。^{[9]185}因受到侵害的第三人并非债权人,且保护对象不特定,故而委托合同关系并不能为受托人创设对于任意第三人的保护义务。除特定的法律和合同导致的作为义务之外,在先行为亦属作为义务的重要来源,此源于在先行为诱发或开启了某种危险状态,消除该危险状态自然属于其义务范畴。^{[2]213}在服务外包的情形下,多会出现受托方开启在先危险进而导致他人损害的情形,如保洁人员未擦干清洁的水渍,此时其在先行为引发了相应危险,其自然需要为相关损害负责。但在先行为产生的作为义务之前提在于存在先前行为,当受托方纯粹不作为时,其作为义务来源一般不可为在先行为。依照现有法理,诚实信用原则亦可产生作为义务,如受害人有合理理由相信对方可以保护其利益,对于外部第三方来说,其一般难以识别安保服务提供方,其所产生的合理信赖往往针对安保义务人即委托方。依照上述分析,笔者认为,因安全保障义务所产生的作为义务在我国存在特定主体限制,接受委托方对外担责需先进行作为义务检视。在决定是否负有特殊义务时需综合考量对危险的控制、法律对诚实信用的保护、自愿的责任承担,包括对危险源有经济利益的事实等。^{[17]274}只有受托人的作为义务有正当性来源时,其才可能对外承担侵权责任,该实证法依据为《民法典》第1165条。无法认定其负有作为义务时,在委托方承担责任的前提下可依合同关系请求受托方承担违约责任。

2. 委托方与受托方承担责任的形式辨析。

(1)《民法典》第1198条第2款规范意旨分析。安全保障义务人将业务外包时,存在作为义务时,因受托方的不作为导致他人损害之责任依据能否为《民法典》第1198条第二款之第三人侵权需对该条规范意旨进行分析,也即探究受托方

^① 在侯玉敏诉重庆洁威清洁服务有限公司等违反安全保障义务责任纠纷案(重庆市巴南区人民法院(2016)渝0113民初14052号简易程序民事判决书)中,法院认为,宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人,未尽到安全保障义务,造成他人损害的,应当承担民事侵权责任。本案中,被告宿点公司作为涉案商场的物业管理单位,其将商场日常保洁业务外包给了被告洁威公司承做后,洁威公司即负有对合同范围内保洁区域的保洁工作的安全管理义务。

是否属于第三人范畴。张新宝教授认为,《民法典》第1198条第2款所指称的第三人仅指法律上完全独立于安保义务人的第三人,不包括安保义务人的雇员、被监护人。^[8]¹⁷⁸但未明确将安保义务人的被使用人排除出第三人范围之内。《旅游纠纷若干规定(2020修正)》第7条之文义意在将第三人界定为旅游辅助服务者等之外的人员。但旅游辅助服务者一般指协助旅游经营者履行合同义务的主体,如提供交通、餐饮等服务的人,依其所提供服务的性质,其本身便属于安保义务人之范畴。旅游辅助服务者与服务承包方在内部合同地位上虽具有相似性,但前者可纳入安保义务主体,自然不属于第三人。规定第三人之责任在于贯彻自己责任原则,当某主体与安保义务人具有很强的牵连性时,如雇员以及代理人所为之行为效果通常会归属于雇主或被代理人,此时其本身就需要为第三人的行为负责。有观点将《民法典》第1198条中的第三人限缩解释为与安保义务人无关的第三人,^[12]此解释过于宽泛,且在很大程度上缩小了第三人之范围,民法领域中,第三人一般仅排除了代理人、雇员等行为辅助人。经上述分析,安保义务人的过错需单独判断,受托方的行为后果不可完全由安保义务人承受,故而其理应属于《民法典》第1198条第2款所规定的第三人。对于安保义务人之外的第三人侵权,《民法典》第1198条沿袭《侵权责任法》之规定,另外增加了安保义务人承担补充责任后享有对第三人的追偿权,对于安保义务人与第三人之间的责任分配素有争议,在此不予赘述,依法条文义虽未区分第三人故意或过失之情形,但学理通说认为《民法典》第1198条第2款仅适用于第三人故意侵权,在第三人过失侵权时,为与自己责任原则相适应,宜认定构成共同侵权。^[18]服务外包构成委托关系时,受托方的过错形态鲜为故意,在其为故意侵权行为时,自然可适用第三人侵权规则,非为故意造成损害时,需依通说对《民法典》第1198条第2款进行限制适用,其不能成为分配委托关系双方责任的依据。

(2)无意思联络之数人侵权路径证成。在受托方主观状态非故意时,恐难与委托方构成有意

思联络的共同侵权。但安保义务人亦存在选任与监督过失时,其与受托方可能构成无意思联络之数人侵权,原因叠加行为中加害人的行为通常为积极行为,^[8]⁴⁹但并未将消极行为明确排除出规范领域。存在作为义务时,不作为与作为不应差别对待,违反作为义务的不作为与积极加害行为均具有可非难性,由此造成法律适用差异缺乏合理性。^[18]有法院也援引《侵权责任法》第12条之规定认定外包合同关系双方对于损害的发生均具有过错,各自承担一定比例的责任。^①申言之,安保义务人未尽其义务时,损害的发生是受托人行为与安保义务人行为相结合所造成的结果,安保义务人需要承担责任。^②二者的责任形式为连带责任抑或按份责任取决于造成损害的原因力大小,需有当事人约定或者法律明确规定时才得以适用连带责任形式。为了防止滥科连带责任,对《民法典》第1171条的适用条件应进行限制,需各个加害人的行为均足以造成全部损害,任何行为单独出现都与全部损害具有相当因果关系。^[2]³⁸³安保义务人将服务外包时,其与受托方专业服务机构均有过错的情形下,二者的过错通常难以单独导致全部损害的发生,其过错可能仅导致部分损害,故而不适用连带责任之规定,双方宜承担按份责任。

四、结 语

任何人均需为自己不当行为负责,服务外包时双方当事人之间的合同关系并非当然属于受托方的免责依据,需具体分析其行为所造成的损害是否符合侵权责任构成要件。相较于德国交往安全义务,我国安全保障义务范围较小,且其适用主体特定,依照法理,服务外包时仅委托方属于安保义务人,受托方行为所造成的损害赔偿赔偿责任不可纳入事务辅助人范畴无疑义地由委托方承担,服务提供方是否需要承担侵权责任则需考察其作为义务来源是否具有正当性,无法判断其作为义务时课以其损害赔偿赔偿责任缺乏合理性。对于委托方的安保义务履行与否,需考察其是否具有选任以及监督过失,此时可通过若无规则对因果关系进

① 重庆市渝中区人民法院(2016)渝0103民初21352号简易程序民事判决书。

② 例如:孙维飞:《论安全保障义务人相应的补充责任——以〈侵权责任法〉第12条和第37条第2款的关系为中心》,载《东方法学》2014年第3期;侯国跃,刘玖林:《安全保障义务:属性识别与责任分配——兼评〈民法典侵权责任编(草案第三次审议稿)〉第973条》,载《北方法学》2020年第1期;谢鸿飞:《违反安保义务侵权补充责任的理论冲突与立法选择》,载《法学》2019年第2期。

行检视,双方均存在过错时,受托方属于《民法典》第1198条第2款所规定的第三人,因该条款本身的适用便存有争议,径行依照无意思联络数人侵权责任理论分配双方责任既符合学理通说,亦可化解现有法条适用之困境。

参 考 文 献

- [1] 梅迪库斯.德国债法分论[M].杜景林,卢谟,译.北京:法律出版社,2007.
- [2] 程啸.侵权责任法[M].北京:法律出版社,2015.
- [3] 多伊奇.德国侵权法——侵权行为、损害赔偿及痛苦抚慰金[M].叶名怡,温大军,译.北京:中国人民大学出版社,2016.
- [4] 谢鸿飞,朱广新.合同编:典型合同与准合同3[M].北京:中国法制出版社,2020:6.
- [5] 谢鸿飞,朱广新.合同编:典型合同与准合同4[M].北京:中国法制出版社,2020:213.
- [6] 马聪慧.让与担保对物权制度的突破与其风险控制[J].湖北工程学院学报,2020(4):107.
- [7] 侯国跃,刘玖林.安全保障义务:属性识别与责任分配——兼评《民法典侵权责任编(草案第三次审议稿)》第973条[J].北方法学,2020,14(01):62-75.
- [8] 张新宝.侵权责任法[M].北京:中国人民大学出版社,2016.
- [9] 周友军.交往安全义务理论[M].北京:中国人民大学出版社,2008.
- [10] 薛杉.旅游纠纷民事责任配置若干问题研究——以“焦建军旅游侵权纠纷案”为中心[J].政治与法律,2014(07):23-31.
- [11] 王泽鉴.侵权行为[M].北京:北京大学出版社,2016:323.
- [12] 洪国盛.论使用他人代为履行安全保障义务之违反——基于73件判决的分析[J].法治研究,2020(4):111-117.
- [13] 考茨欧,陈丽婧.保障责任——责任法上的另一路径? [J].南大法学,2020(2):142-166.
- [14] 杜景林,卢谟.德国民法典全条文注释:下[M].北京:中国政法大学出版社.2015:675-676.
- [15] 考茨欧.侵权法中事务的所属人和行为人责任[J].环球法律评论,2015,37(4):5-16.
- [16] 刘小璇.论公共场所管理人的安全保障义务[J].法学杂志,2019,40(8):124-133.
- [17] 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.
- [18] 孙维飞.论安全保障义务人相应的补充责任——以《侵权责任法》第12条和第37条第2款的关系为中心[J].东方法学,2014(3):34-45.

The Tort Liability of Security Obligor in Outsourcing Service Relationship

Xiang Yan

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

Abstract: Security obligors often outsource related services. In judicial practice, there are different views on the liability for damages caused by the entrusted service provider. The obligation of security can not be transferred with the contractual relationship, but shifted into the obligation of selection and continuous supervision. Limited by the meaning of article 1198 of the Civil Code, the security obligation is undertaken by a specific subject. The consequences of the trustee's behavior can not be completely born by the security obligors, but they may bear the tort liability in certain circumstances.

Key Words: security obligation; service outsourcing; assistant of affairs; no intention of contacting multiple torts

(责任编辑:胡先砚)