

安全关照义务论

刘士国*

一、问题的提起

安全关照义务是指在一定法律关系中当事人一方对另一方人身、财产安全依法承担的关心照顾义务,违反这一义务应承担损害赔偿赔偿责任。所谓“一定的法律关系”,是指雇佣关系、运输关系、服务关系及学校、幼儿园对学生的培养教育关系等。所谓“依法”,是指当事人一方对另一方的关照义务是法律规定的,而非当事人约定的,赔偿责任也是依照法律规定确定的。对此,国外著述颇多,某些国家法律也有规定,但适用范围和解释却不相同。由于我国现行法律对上述关照义务多无规定,或规定得不够明确,更没有使用“关照义务”的概念,民法理论上对此也无探讨,著作中也未见使用“关照义务”一词,致使在实践中发生的许多纠纷无法可依,更缺乏理论指导,解决颇感困难,成为疑难问题。本文拟从一个案例入手,探讨安全关照义务的若干问题,以与读者共商,期盼我国立法、司法解释创设“安全关照义务”制度。

汪令跃之子汪东(15岁),系青岛市59中学学生,1998年12月12日中午下课后乘104路公交车回家吃午饭,本应在彰化路下车,因呕吐然后昏迷,被拉至15公里之外的终点站沙子口车站。驾驶员徐某和乘务员谭玉清误以为汪东晕车,徐某遂叫来车站附近崂山职业中专学校在教室前打羽毛球的女学生杜某和张某,让她们看看晕车的人是不是该校学生,杜、张看后说不是,乘务员谭某从汪东书包中拿出文具盒和笔记本,发现是59中的。杜某说:“你们不如把他送到医院去吧?前面就有个409医院。”谭某说:“那就耽误班车了。”谭、徐欲将汪东扔下车不管,杜、张便叫来两个男生抬到班里,然后告诉政治老师王翠英。王一看认为不是晕车,说:“肯定有重病”,让学生不要乱动汪东,并抬汪入中,反应不大,立即与学生将汪东抬到409医院并根据汪东文具盒内的电话号码通知并派车接汪东父母到医院。医院急诊室进行了及时抢救,根据父母介绍汪东患有脑血管畸形病,医生断定是脑出血,因此急忙将汪东转往治疗条件较好的青医附院。青医附院将患者快速送进CT室。报告显示,汪东脑室充血,量很多,抢救小组施行脑室引流手术,因血液在脑室存留时间太长凝固成块,致引流不畅。为给脑室减压,又行开颅术,最终还是未能挽回汪东生命。经查,汪东1994年患脑血管畸形病,后经解放军总医院医治已基本痊愈,此次出血,若及时抢救,血不凝固,不会有生命危险,而这次汪东病情耽误多达四五个小时,出血量大且已凝固,基本救治无望。汪令跃夫妇多次找公交公司讨还公道,公司答复:“与自己无关”。后在律师帮助下诉讼于青岛市市南区人民法院,以公交公司未尽安全运送乘客义务和服务未保证人身安全为由请求法院责令被告赔偿损失。^[1]因现行有效

* 山东大学法学院教授

[1] 参见《齐鲁晚报》1999年4月23日《乘公交车引发人命官司》一文。

法律未明确规定“安全关照义务”，原告也只能依上述理由请求赔偿。

二、比较法上的观察

1. 法国的保安债务(obligation de securite)

法国法上的保安债务，广义是指不侵害他人财产、人身的关照债务，涉及不法行为和合同，合同上的保安债务多为附随义务(obligation accessoire)。在法国将为达到确定结果为目的的债务称结果债务(obligation de re'sultat)或确定债务(obligation determinee)，将作为达到手段的债务称为关照债务(obligation de soins)或手段债务(obligation de moyen)。一般将债务者应注意的义务解释为关照义务。保安债务区分为结果债务的保安债务与关照义务的保安债务。1898年4月9日关于劳动灾害的法律确认了雇主的安全保证义务。^[2]

2. 德国法的安全关照义务

1869年制定的北德联邦营业令第107条规定，一切营业经营者，应根据营业和事业场所的不同，根据对生命和健康造成的危险情况，为尽可能地保护劳动者，负有用自己的经费设置和维护全部必要设备的义务。这是安全保护义务的最初规定。^[3]

德国民法典第618条第1项规定，使用者对被使用者的生命、健康负有保护义务，第2项规定，雇主对家庭协同体内的劳动者的生活、劳动条件(居室、寝室、食事、劳动时间及休息时间)负有关照、改善义务。第617条第1项规定，雇主对家庭协同体内的劳动者的疾病负有给予必要的疗养和治疗义务。之所以作出上述规定，是因德国民法典制定之时，德国尚存家庭仆婢的封建遗制，基于对仆婢的保护，而规定了安全关照义务。^[4]之后，通过法解释和判例作为私法的一项原则，安全关照义务适用于一切雇佣关系。^[5]安全关照义务与安全保护义务虽规定在不同的法律或相同的法律的不同条文中，两种义务产生的历史或背景不同，即安全关照义务产生于对家庭仆婢的保护而安全保护义务产生于雇佣关系，但义务的存在目的和内容却是相同的。^[6]

3. 日本判例确认的安全关照义务

日本在二战前后法院的下级审判例中也使用过安全保护义务的概念。安全保护义务或安全关照义务在日本民法典中并无规定。最早使用安全关照义务概念的是日本最高法院1975年2月25日的一个判决(最判昭和五〇·二·二五民集二九·二·一四三)。该案，青森县八户自卫队员(公务员)A于1965年7月13日在自卫队驻地的车辆修理工厂修理车辆中，头部被B队员驾驶的一大型汽车倒车时的后车轮压过致死，A的贫困、病弱的父母受到精神及经济上的损害，因嫌依据国家公务员灾害补偿法支付的遗族补偿金过低而于四年后的1969年10月6日起诉至东京地方法院，要求自卫队按汽车损害赔偿法赔偿。自卫队以已支付灾害补偿费抗

[2] 参见[日]饭原一乘：《不法行为责任与基于违反安全关照义务损害赔偿责任的关系》，载下定森编：《安全关照义务法理的形成与展开》第86页以下，日本评论社1988年版。

[3] 参见[日]奥田昌道：《安全关照义务》，石田喜久夫、西原道雄、高木多喜男先生还历纪念论文集《损害赔偿法的课题与展望》，第20页以下，日本评论社1990年版。

[4] 参见[日]高桥真：《安全关照义务的研究》，成文堂1992年版，第10页、第111页；[日]白羽祐兰：《安全关照义务法理及其背景》，中央大学出版社1994年版，第5页以下。

[5] 前引[4]，高桥真书，第131页。

[6] 前引[3]，奥田昌道文。

辩。一审判决原告败诉。后原告上诉至二审东京高级法院,亦因补偿费已支付败诉,后上诉至最高法院。最高法院于1975年2月25日判决,认为国家对公务员为执行公务设置的一切场所、设施或器具的设置管理及公务管理,对公务员的生命及健康负有安全关照义务,因此,上诉人享有对国家的损害赔偿请求权,且应适用民法第167条规定的10年时效,判决上诉人胜诉。^[7]之后,日本通过判例及学者解释,使安全关照义务广泛适用于雇佣、劳动合同及承揽合同中的劳动灾害事故、学校事故、医疗事故、特别权力关系事故(如刑管所,少管所发生的收容事故)及其他事故(如出卖有瑕疵产品致买受人损害)。^[8]

日本最高法院1975年2月25日判决之所以改采“安全关照义务”用语,是因所涉案件不同于普通的雇佣合同关系(汽车修理工厂的劳动者与自卫队内部的车辆修理工厂的修理自卫队员工作相同,但前者是雇佣合同关系,后者是国家对自卫队员的关系),法官因此使用了与以往涉及雇佣合同关系使用的“安全保证义务”不同的概念。另以往下级审使用的“安全保证义务”是法国式的保安债务的用语,而德国的使用者的“安全关照义务”与劳动协同体内的劳动者的“忠实义务”是对应的基本性义务,为强调这种对应性,最高法院法官选用了“安全关照义务”一词。再则,法国的安全保证义务分为手段债务与结果债务,而德国的安全关照义务就是结果债务,为强调结果债务的性质而改用“安全关照义务”。最后一点,在日语中“关照”(日文原文是“配慮”)具有适用的灵活性,不只是“保证”,“防止”,而主要是“关心”、“照顾”,对义务人的要求更高。^[9]

4 我国法的相关规定

(1) 劳动法

在劳动法公布之前,天津市塘沽区人民法院处理的张连起、张国莉诉张学珍损害赔偿案于判决中肯定了雇主对雇员的劳动保护义务。此案,张连起之子张国胜受雇于个体工商业主张学珍(女)。张学珍转承包天津碱厂除钙塔厂房拆除工程后,让其夫徐广秋指挥施工。1986年11月17日,张国胜等拆除混凝土大梁,在大梁出现裂缝、折裂情况下,徐广秋仍指挥施工,后因梁身从中折断,站在大梁上的徐广秋本人和张国胜(均未系安全带)滑落坠地,张国胜受伤急送天津碱厂医院检查,诊断证明左踝关节挫伤,未见骨折,休息两天。11月21日,张国胜住进港口医院,治疗无效,于12月7日死亡。鉴定认为,张国胜系外伤所致脓毒败血症死亡,感染性休克,多脏器衰竭死亡,医院治疗无误。张连起与其女张国莉诉至法院,请求被告张学珍赔偿全部损失。塘沽区法院认为,我国宪法规定,对劳动者实行劳动保护,^[10]被告张学珍身为雇主,对雇员理应依法给予劳动保护,其在招工登记表中注明“工伤概不负责”条款无效,应对其全权代理人徐广秋违章指挥作业发生的事故依据民法通则第106条第2款过错责任的规定负责。经调解,达成被告赔偿18000元,鉴定费、诉讼费由被告承担的协议。^[11]此案,判决虽肯定了雇主对雇员的劳动保护义务,但依据是宪法的有关规定,而宪法规定的是国家保护劳动者

[7] 参见前引[4]白羽祐三书,第185页以下。[日]谈路刚久:《安全关照义务》,载广中俊雄、星野英一编《民法典的百年/总体的观察》第453页以下。

[8] 前引[4]高桥真书,第138页。

[9] 参见前引[4],白羽祐三书,第201页以下。

[10] 我国1982年宪法第42条规定:“国家通过多种途径,创造劳动就业条件,加强劳动保护,改善劳动条件。”

[11] 参见最高人民法院公报编辑部编:《最高人民法院公报典型案例和司法解释精选》,中华工商联合出版社1993年版,第183页以下。

的义务而非雇主保护义务的直接规定。这在当时法律不完善的情况下作出的扩大解释是完全必要的。

1995 年 1 月 1 日施行的我国劳动法第 52 条规定：“用人单位必须建立、健全劳动安全卫生制度，严格执行国家劳动安全卫生规程和标准，对劳动者进行劳动安全卫生教育、防止劳动过程中的事故，减少职业危害。”此条可以解释为是对用人单位规定了保证劳动者劳动安全、卫生义务。劳动法第 53 条第 1 款规定：“劳动安全卫生设施必须符合国家规定的标准。”此款可以解释为劳动安全卫生设施应符合保证劳动者生命、健康安全的标准。但本法没有统一规定用人单位违反上述规定应对劳动者承担赔偿责任的责任，仅在第 92 条规定了行政责任和刑事责任、第 89 条规定了用人单位制定的规章违反劳动法造成劳动者损害的赔偿责任、第 95 条规定了对女工和未成年工造成损害的赔偿责任，是本法规定之不足。

(2) 合同法

1999 年 3 月 15 日由九届全国人民代表大会第二次会议通过并于 1999 年 10 月 1 日施行的我国合同法，在客运合同中规定了承运人对旅客的安全告知义务和救助义务。合同法第 29 条规定：“承运人应当向旅客及时告知有关不能正常运输的重要事由和安全运输应当注意的事项。”对此，可解释为安全告知义务。第 301 条规定：“承运人在运输过程中，应当尽力救助患有急病、分娩、遇险的旅客。”对此，著述多据本条文字表述解释为“救助义务”，^[12] 仅有个别著述解释为承运人的“安全运送义务”。^[13] 后者的解释近于国外的安全保护义务，更具学理性。

值得一提的是，1997 年 5 月完成的我国合同法征求意见稿第 321 条规定：“旅店应当采取措施，防止顾客放置在客房的物品丢失。造成损失的，旅店应当承担民事责任，但顾客有重大过失的除外。顾客携带的贵重物品应当交付旅店保管；未交付旅店保管而在客房丢失的，旅店应当按照一般物品赔偿。”第 333 条规定：“旅行社提供的旅游服务造成旅游人的身、财产损害的，应当向旅游人赔偿损失。旅行社赔偿后，因第三人的过错造成旅游人的身、财产损害的，旅行社可以向第三人追偿。”第 378 条规定：“雇用人应当尊重受雇人的人格尊严，为受雇人提供合理的劳动条件和安全保障。”后来服务合同、旅游合同、雇用合同由于种种原因而被取消。但这几类合同必定是需要法律调整的社会关系，它将成为未来编纂民法典时完善合同法必须增加的内容。征求意见稿的前述 3 条规定，不仅是未来立法的基础，也是处理调整相关安全关照义务关系的应有规则，而且是现时生活中人们就应遵循的规则。

(3) 未成年人保护法

1991 年 9 月 4 日通过的我国未成年人保护法第 16 条第 1 款规定：“学校不得使未成年学生在危及人身安全、健康的校舍和其他教育教学设施中活动。”第 17 条规定：“学校和幼儿园安排未成年学生和儿童参加集会、文化娱乐、社会实践等集体活动，应当有利于未成年人的健康成长，防止发生人身安全事故。”但本法并非对学校、幼儿园安全保护义务的总体规定，仅适用于校舍、其他教育教学设施危及人身安全、健康和集会、文化娱乐、社会实践等集体活动，除这些方面，学校、幼儿园对学生、幼儿其他日常活动也应予以关照（如学校往往发生学生打扫卫生致人损害，学校亦应给予安全关照），这是本法立法之不足。

[12] 参见张桂龙等编著：《合同法详解》，人民法院出版社 1999 年版，第 556 页。全国人大法工委研究室编写组编：《中华人民共和国合同法释义》，人民法院出版社 1999 年版，第 443 页。

[13] 参见江平主编：《中华人民共和国合同法精解》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 237 页。

(4)最高人民法院的司法解释

我国民法没有临时监护制度的规定,制定民法通则时,虽有主张设立临时监护制度的意见,但因考虑到我国教育经费严重不足的事实而未作规定,但最高人民法院在《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16条中规定:“在幼儿园、学校生活、学习的无民事行为能力人或者在精神病院治疗的精神病人,受到伤害或者给他人造成伤害的,单位有过错的,可以责令这些单位适当赔偿。”此规定中的单位有过错,亦应解释为是违反安全关照义务的过错。

5. 立法比较的结论

我国现行法律均未使用安全关照义务的概念,法律规定仍停留在“安全保证义务”的水平上而未能对义务人规定更高的关心、照顾义务。对此,日本判例、学说经长期发展和对法德两国立法的借鉴,形成了“安全关照义务”法理,颇值我国借鉴。安全关照义务是对劳动者或旅客及幼儿、学生、精神病人整体性利益的保护,较之保护义务的规定更为强调义务人对权利人的安全予以积极主动地保护,不管立法使用与否,理论上均应确立这一更为积极的观念,作为劳动关系、运输关系、其他服务关系及学校、幼儿园对学生、幼儿的教养关系和精神病院对患者的治疗监护关系等特定社会关系的一项原则,本文开头所述案例,司机、乘务员因对乘客缺少积极的安全关照义务观念,当作晕车对待,才致乘客发生死亡结果。解决这一案件,也只有依安全关照义务法理才能准确地追究公交公司的责任。即使合同法生效,若发生同类案件,依合同法的救助义务规定,也不无问题,因救助应以明知乘客患有急病、分娩、遇险为条件,本案的司机、乘务员是误以为晕车而非明知患有急病,首先违反的是安全关照义务。实例说明,我国法律应明确规定安全关照义务。

确定安全关照义务,对学校、幼儿园增加了经济负担,但这可以通过与保险公司签订人身伤害保险合同解决。确立安全关照义务,在一定程度上也弥补了我国无临时监护制度的不足,但这当然不是取代临时监护制度,因监护人承担的是无过错责任,而违反安全关照义务承担的是过错责任。

三、对外国学说的评析

1. 附随义务说

此说认为,安全关照义务是基于诚实信用原则产生的附随义务。这种观点限于对劳动合同的解释。如日本学者我妻荣、广中俊雄在解释德国民法典第617条、第618条及日本雇佣合同时,持此观点。^[14]

2. 本质性义务说

此说为日本劳动法理论的通说,认为安全关照义务不是附随义务,而是劳动合同上的本质性义务,认为劳动者的生命、健康价值重大,对使用者来说是高层次的义务。日本和田肇等学者持此观点。^[15]

[14] 参见[日]我妻荣:《债权各论》中卷(二),岩波书店1981年版,第585页以下。广中俊雄:《债权各论讲义》有斐阁1995年版,第252页。

[15] 参见[日]和田肇:《雇佣与安全关照义务》,第122页。其他学者如桑原昌宏、冈权亲宜、林弘子、袴井常喜等(参见下定森编:《安全关照义务法理的形成与展开》,日本评论社1994年,第242页注〔6〕)。

3. 保护义务说

这是通说。此说认为,安全关照义务是合同义务,违反这种义务产生合同责任,但作为损害赔偿请求权,就同一事故而言,也有侵权行为法损害赔偿请求权存在的余地,依请求权竞合说,应适用合同法。日本学者北川善太郎、国井和郎持此说。^[16]

4. 义务两分说

此说认为,安全关照义务不限于保护义务,从另一方面看也是一种给付义务。后者是履行请求权的根据,前者是损害赔偿请求权的根据。因此,违反安全关照义务的责任是介于合同责任与侵权责任之间的中间责任,可综合适用合同规范与不法行为规范。就劳务给付而言,若使用者违反,劳动者有拒绝给付劳动的权利和请求履行的权利,受到损害有请求赔偿的权利。部分德国学者和日本学者宫本健藏持此观点。^[17]

5. 保护义务分类说

此说将保护义务分为:(1)作为主给付义务的保护义务。如警备合同,是根据合意产生的作为给付结果的完全性利益的保护;(2)作为从给付义务的保护义务。如医疗合同、在学合同,安全保护义务是作为给付结果这一合同目的的从属性义务,违反这一义务构成不作为侵权行为;(3)对因交易性接触产生的完全性利益的保护义务。指为实现给付结果而进行具体性行为之际对对方当事人完全性利益的保护义务;(4)对因特别的事实关系而产生的完全性利益的保护义务。^[18]

6. 不法行为说

日本学者平野克明倡此说,认为违反安全关照义务为脱离合同责任的债务不履行责任,应属不法行为责任。^[19]他更进一步认为,合同责任以保护建立在私法自治原则之上的私人自由创造和利益(给付利益)为目的,不法行为是以保护作为公共秩序的一般利益(给付外利益)为目的,而安全关照义务保护的是完全性利益,完全性利益是不法行为法保护的利益,因此违反安全关照义务是不法行为。^[20]

7. 两性责任说

此说认为,安全关照义务既是合同法上的义务,又是不法行为法上的义务,应属两种之中的哪一种没有必要争论,因为适用法律规范不取决于责任的性质,而应对利害对立状态选择最适当的规范予以解决。日本学者新美育文持此观点。^[21]

以上观点,均不无道理。就安全关照义务并不决定合同性质,与决定合同性质的主要义务(如劳务使用人支付报酬、学校从事教学、运送人运送等)相比确属附随义务,但从保护对方当事人生命、健康的重大价值而言,又属合同的本质性义务或高层次义务。安全关照的主要内容是保护,因此保护义务就也具科学性,但保护义务说主张发生合同法与侵权法上的请求权竞合时主张适用合同法,显然是受法条竞合适用合同法的以往理论的影响。义务两分说将安全关

[16] 参见[日]新美育文:《安全关照义务》,山田卓生编辑:《新现代损害赔偿法讲座》1总论,日本评论社1996年,第228页,238页注[9]。

[17] 参见[日]下定森:《国家的关照义务》,载《安全关照义务法理的形成与展开》,第238页以下。

[18] 参见[日]新美育文:《安全关照义务》,载山田卓生编:《新现代损害赔偿法讲座》,第230页。

[19] 参见[日]平野裕之:《安全关照义务的观念应朝什么方向发展》,载椿寿夫编:《现代合同与现代债权的展望》2,债权总论(2),日本评论社1991年,第33页以下。

[20] 参见[日]平野裕之:《完全性利益侵害与合同责任论》,《法律论丛》六〇卷1号,第43页以下。

[21] 参见[日]新美育文:《安全关照义务》,载山田卓生编:《新现代损害赔偿法讲座》,第232页以下。

照义务分为保护义务和给付义务具有科学性,但主张是介于合同责任与侵权责任之间的一种中间责任并可综合适用两种规范,易引起法律规范的混乱,与责任竞合中的规范竞合说类同,似不甚科学。保护义务分类说主张区分主给付义务、从给付义务、交易性接触产生的保护义务和因特别事实关系产生的保护义务确有实践意义。不法行为说认为合同法保护的是私人自由创造的利益(给付利益),不法行为法保护的是公共秩序的一般利益(给付外利益)也有一定道理,但认为安全关照义务均属不法行为法似与事实不符。两性责任说认为安全关照义务既是合同法上的义务又是侵权法上的义务并主张选择最恰当规范予以解决似有一定道理,但认为适用法律规范不取决于责任性质及无例外地认为安全关照义务均具有两种性质似不正确。

我个人主张根据实际情况区分合同法上的责任与侵权法上的责任而分别适用不同的法律。这也可以叫作两性责任区别说。之所以从责任上加以区分,是因为将安全关照义务简单归结为合同保护义务是不够妥当的,运送合同可以称作合同义务,因为安全运送是合同的本质性义务,而国家对其工作人员的关照义务,就不完全是一种合同关系,如军人是依照服兵役的义务应招入伍,是公法关系,不是民事合同。学校对学生、幼儿园对幼儿、医院对病员的关系,在我国也不完全是一种合同关系,如生病在本单位医院就医,就存在行政管理关系。幼儿到本单位的幼儿园入托、学生在本行政区划内指定的学校读书,也存在行政关系。即使将来完全变为一种自由的合同关系,此类安全关照义务的性质也是侵权法上的,而非合同法上的义务,因为世界通例均将医疗事故、国家责任、学校(包括幼儿园)事故按侵权行为对待,并无合同责任适用之余地。即使劳务合同上的安全关照义务可称合同义务与侵权法上的义务,但按各国通例发生事故也以侵权行为对待。因此,可以得出结论:运送合同中的安全关照义务是合同义务,违反即构成合同责任;劳务合同上的安全关照义务虽具有合同与侵权行为两种义务性质,但违反只发生侵权责任;医院、学校(包括幼儿园)、国家的安全关照义务可能存在合同法与侵权法上的两种义务,但违反只适用侵权法而不适用合同法。以上,并不否认合同责任与侵权责任的竞合,但依我的观点,此种竞合应适用侵权法。^[22]

四、履行辅助者、举证责任

1. 安全关照义务与履行辅助者

使用者一方的组织上的中间管理者违反注意义务时,被害人可否直接向使用者请求违反安全关照义务的损害赔偿,即为安全关照义务与履行辅助者的问题。履行辅助者即使用者一方的组织上的中间管理者。

对此,国外学说尚不统一,日本学者星野雅纪认为,履行辅助者履行的是债务者本来的债务,是债务者自体的行为,履行辅助者的故意和过失应视同债务者自身的故意过失,债务者所负的责任为使用者直接的固有的责任。^[23]饭原一乘则强调汽车司机和飞机驾驶员违反注意义务,与使用者违反安全关照义务性质不同,是履行辅助者固有的注意义务的违反,使用者仅

[22] 参见拙著:《现代侵权损害赔偿研究》第2章,法律出版社1998年出版。

[23] 参见[日]星野雅纪:《安全关照义务及其适用领域》,载下定森编:《安全关照义务法理的形成与展开》,第55页以下。

负教育训练不足或选任监督不当的责任。^[24] 后藤勇认为,使用者对履行辅助者有故意过失,应负违反安全关照义务责任,无故意过失,不承担违反安全关照义务责任。使用者没有违反安全关照义务,只构成履行辅助者违反注意义务的问题。因此,安全关照义务的履行辅助者违反注意义务,并不必然构成使用者违反安全关照义务,使用者是否违反安全关照义务,应根据事故的具体情况确定。^[25] 以上学说,均有判例依据。

我国因无违反安全关照义务观念,司法实践上往往在现行法律制度上寻找依据。如前引张连起、张国莉诉张学珍损害赔偿案,判决认为,徐广秋为张学珍的全权代理人,是将履行辅助者与使用者解释为代理关系,以此得出应由被代理人张学珍负责的结论。这也不失为一种学说,但不如解释为履行辅助者妥当,因为当事人间是使用与辅助的关系,并无明确的委托授权。

就理论而言,我比较倾向于日本星野雅纪的观点,但认识有所不同。我认为履行辅助者的行为既然是辅助,就与被辅助人(使用者)的使用行为结为一体,使用人的使用行为是主行为,履行辅助者的行为是从行为,使用者应负责任,履行辅助者负连带责任。这样,若发生违反安全关照义务事故,责任明确具体。如本文开头所引乘坐公交车引发的人命案,公交公司应负责任,乘务员、司机负连带责任,公交公司承担责任后,司乘人员的连带责任消灭,至于公交公司如何追究司乘人员的行政责任则属另外问题。这种履行辅助者单方的连带责任,为受害人获得赔偿多设了一层保障。

2 安全关照义务与举证责任

违反安全关照义务,诉讼中如何分担举证责任,较早的学说为德国学者 Rosenberg, Die Beweislast 为代表的规范说。该说主张以实体法法律条文的语言表述(措辞)、构造(规定的方法)为中心分为权利根据规定、权利障碍规定、权利消灭规定及阻止权利行使规定而类型化,权利的主张者必须证明构成权利规定的法律要件事实,相对方应证明权利障碍规定、权利消灭规定及阻止权利行使规定的要件事实。依据德国民法 618 条的规定,劳动者负责证明违反保护义务的事实、损害及两者的因果关系,使用者证明归责事由的不存在。实际是一种过错推定原则。后又出现危险领域说,主张在公害等领域,在要件事实真伪不明情况下,由加害人证明相反事实以减轻被害人的证明责任。^[26] 这些理论可资借鉴。

前述乘坐公交车引发的人命案,原告应证明被告履行辅助人乘务员和司机违反了安全关照义务、造成损害及两者的因果关系,被告应证明上述归责事由不存在,否则就应承担赔偿责任。当然,就因果关系而言,存在死者生前患有脑血管畸型病与司乘人员违反安全保护义务两种原因,当事人应就此分担责任。

[24] 参见[日]饭原一乘:《不法行为责任与基于安全关照义务违反的损害赔偿责任的关系》,载下定森编:《安全关照义务法理的形成与展示》,第 92 页以下。

[25] 参见后藤勇:《安全关照义务与履行辅助者》,下定森编:《安全关照义务法理的形成与展示》,第 169 页以下。

[26] 参见村上博巳:《证明责任》,载下定森编:《安全关照义务法理的形成与展开》,第 173 页以下。