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

刘 言 浩*

内容提要:住客在宾馆内遇第三人侵害,宾馆若疏于注意,应承担违约责任。宾馆之不作为违反的是合同义务而非法定义务,不能成为侵权行为法上的原因,宾馆之不作为与住客之损害不具备侵权行为法上的因果关系。宾馆不应承担消费者权益保护法上的责任。当事人不选择请求权基础时,法院应依据查明的事实独立进行法律上的判断,民事判决理由不必与当事人之诉讼理由一致。

关键词:保护义务　违约责任　侵权行为　请求权基础

一、问题的提出

1998 年 8 月 23 日下午 2 时 40 分左右,王翰因至沪参加药品交流会,入住上海银河宾馆 1911 客房。当日下午 4 时 40 分左右,王翰被罪犯仝瑞宝杀害于客房内。仝瑞宝还抢劫走王翰财物人民币 23,000 余元、港币 20 元及价值 7,140 元的欧米茄牌手表一块。仝瑞宝于当日下午 2 时左右进入银河宾馆,4 时 52 分离开。在此期间,仝瑞宝在上海银河宾馆内电梯七次上下,宾馆未对仝瑞宝进行访客登记,亦未注意其行迹。王翰所住的房间门上配有"窥视孔"、安全链及自动闭门器,门后张贴有安全告示,内有诸如"看清门外访客再开门"等内容。

上海银河宾馆系涉外星级宾馆,有规范的管理制度和安全监控设施。在上海银河宾馆自行制定的《银河宾馆质量承诺细则》中,有"24 小时的保安巡视,确保您的人身安全"、"若有不符合上述承诺内容,我们将立即改进并向您赔礼道歉,或奉送水果、费用打折、部分免费、直至赔偿"等内容。1998 年 9 月 28 日,被害人王翰的父母王利毅、张丽霞诉诸上海市长宁区人民法院,请求判令上海银河宾馆赔偿其经济损失人民币 798,860 元(其中王翰被抢劫财物 28,300 元、丧葬费 231,793 元、王利毅等为办理丧事所支出的差旅费、住宿费 95,967 元、对王翰生前的教育抚养费 442,800 元),并要求上海银河宾馆赔偿其精神损失费 500,000 元,并向其承认错

* 上海市第一中级人民法院助理审判员。

误,赔礼道歉。起诉时,王利毅、张丽霞同时要求上海银河宾馆承担违约责任、侵权责任及消费者权益保护法上的责任。本案存在以下几个必须解决的重要理论问题:(1)宾馆与王翰之间系何种法律关系?其内容如何?(2)若宾馆对王翰之死及其财物被抢的损失承担民事责任,则该责任系何种性质?是侵权责任?违约责任?抑或二者之竞合?宾馆之行为与王翰之死及其财物被抢之因果关系如何确定?(3)宾馆与仝瑞宝是否构成对王翰的共同侵权行为?(4)王翰是不是消费者,其若是消费者,则其亲属能否以消费者权益保护法作为请求权基础?(5)当事人不选择请求权基础、请求权基础不明或请求权基础选择错误时,人民法院如何处理?

二、当事人上诉要点及一、二审判决要旨

一审法院审理后认为,王翰之死与财物被劫系罪犯仝瑞宝所为,宾馆在管理工作中的过失与王翰之死及财物被劫无法律上的因果关系,上海银河宾馆并非共同加害行为人,故王利毅、张丽霞要求上海银河宾馆承担侵权赔偿责任无法律依据。王翰与上海银河宾馆之间构成合同关系,双方权利义务关系应由合同法调整,而不能由消费者权益保护法来调整。上海银河宾馆未兑现其关于服务质量的承诺,应承担违约责任,违约赔偿数额按照本案的实际情况酌定。遂判决上海银河宾馆赔偿原告人民币 80,000 元,驳回其他诉讼请求。

判决后,双方当事人上诉至上海市第一中级人民法院。王利毅、张丽霞上诉称:上海银河宾馆在管理中的过错与王翰之死有法律上的因果关系;王翰的死亡系由仝瑞宝的犯罪行为与上海银河宾馆的不作为行为共同造成;上海银河宾馆应承担侵权责任、违约责任及消费者权益保护法上的责任。上海银河宾馆上诉称,王翰住店不是一种生活消费,且不符合《消费者权益保护法》中消费者义务单一性和经营者责任单向性的特征,本案不应适用《消费者权益保护法》;其在王翰住店过程中不存在违约行为;上海银河宾馆即便有违约过失,但此过失也不足以造成王翰死亡,宾馆的行为与王翰之死没有必然的因果关系。

二审法院审理后认为,王翰与上海银河宾馆之间系以住宿、服务为内容的合同关系。宾馆应采取切实的安全防范措施,以使住客在宾馆内免遭非法侵害,否则即为违反合同义务,宾馆并应因此向住客承担违约责任。仝瑞宝之举动显属异常,上海银河宾馆疏于注意,致其监控、保安等用于履行安全保障义务的设置形同虚设,使住客王翰处于极不安全的境地,最后惨遭歹徒杀害。据此可以认定上海银河宾馆未能履行其对王翰的安全保护义务,其行为已构成违约。由于王翰未能充分利用宾馆提供的安全设施,对事件的发生亦具有轻度之过失,因此上海银河宾馆对本案的违约赔偿数额应酌情降低。故上海银河宾馆之违约赔偿范围应包括王翰死亡而发生的丧葬费、王翰家属为处理王翰丧事支出的合理差旅费及王翰个人合理的财产损失。

上海银河宾馆与仝瑞宝既无主观上的共同故意,又无客观上的行为牵连,两者不构成共同侵权行为,上海银河宾馆不应当承担侵权责任。本案中,王翰之死并非上海银河宾馆提供的服务直接造成,故本案不应适用《消费者权益保护法》。上诉人王利毅、张丽霞未能明确其诉讼请求之法律依据。法院依有利于权利人之原则确认本案损害赔偿之基础为违约责任。综上,二审法院遂作出驳回上诉、维持原判之终审判决。[1]

〔1〕 (2000)沪一中民终字第 2309 号判决。

三、宾馆与住客之法律关系的性质与内容

在日常生活中,吾人因旅游、公务等种种原因外出,常住于宾馆之内,宾馆与住客之间遂发生种种法律关系。然我国合同法中无此类合同之专门规定,若因此发生纠纷,竟无明确之法律加以规范,故有必要对此类法律关系之性质与内容从理论上加以明确,以资实务界参考。

(一) 宾馆与住客之间的关系系合同关系

住客入住宾馆,常先付费并缴纳押金,然后领取钥匙入住客房。其双方合意之性质至为明显。住客缴纳住宿费用为要约,宾馆交付客房钥匙为承诺,双方以行为的方式缔结了事实上的合同关系。关于合同成立的方式,我国合同法第 10 条规定,当事人订立合同,有书面形式、口头形式和其他形式。对"其他形式"应当如何理解?有学者认为,我国合同法第 10 条将合同分为法定形式与约定形式,各种具体合同形式要看法律有无直接规定或当事人有无特别约定。〔2〕据此类解释,则以行为的方式缔结合同并不符合我国合同法的规定。依拙见,我国合同法第 10 条中所指"其他形式"应包括当事人以行为方式默示订立合同之情形。在学说上,有"事实上之合同"之概念。〔3〕"事实上之合同"为德国赫普特(Haupt)教授于 1941 年提出,事实上之合同关系,指依事实过程而成立之合同。即在若干情形,合同关系得因事实过程而成立,非必依缔约之方式不可,故不用考虑当事人之真实意思。事实上之合同关系并非类似于合同之关系,而是具有合同的实质内容,仅成立方式与传统合同理论不同而已,故其内容仍应适用合同法之规定。德国联邦法院曾于 1956 年以此理论作出判例,认定在停车场停车之行为构成事实上之合同关系(BGHZ 21,319)。此后,下级法院纷纷以此作为判决基础。在日常生活中,常有种种类型化之大批量交易关系,如电力供应、公共交通等,合同条款均由供给一方拟定,相对人并无讨价还价余地。旅客与宾馆之间,亦属于此类情形。旅客进入宾馆,双方不会就互相之权利义务详加约定,故双方之关系实为前述事实上之合同关系。我国立法虽未吸纳事实上之合同理论,但在解释上不妨将此类合同解释为事实上之合同关系。双方之权利义务,应根据合同法之规定加以确定。

依前述理论,住客付费入住宾馆便与宾馆形成事实上之合同关系,然此类合同到底有何内容?必须考察双方之主观目的。住客入住宾馆,其目的无非是为了获取安全、舒适的休息场所并享受有关服务;宾馆接纳住客,亦是以提供客房设施及服务为手段赚取金钱。故住客与宾馆之间的合同关系应以住宿、保管、服务为主要内容。住宿实际上是短期租赁合同,住客就其带入宾馆之财产与宾馆形成保管合同关系,服务则属于无名合同。故住客与宾馆之间的合同为由租赁、保管及服务等内容构成的混合合同,其中双方当事人的具体权利义务应依据我国合同法分则中租赁、保管等合同内容并依据诚实信用原则加以补充,然后根据社会一般观念及伦理标准加以确定。〔4〕笔者拟根据这一准则,参酌外国立法例,对此合同之内容加以界说。

(二) 合同的主要内容

---

〔2〕 王利明、崔健远:《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 224 页以下。

〔3〕 原为"事实上之契约",为王泽鉴先生根据台湾法律所译,本文为行文之一致,将其改为"事实上的合同"。关于事实上之契约理论,详见《事实上之契约关系》一文,载于王泽鉴:《民法学说与判例研究》第 1 册,中国政法大学出版社 1998 年版,第 104 页以下。

〔4〕 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社 1995 年版,第 297 页以下。

1. 住客的义务。住客最主要之义务是付费。一般在入住之时,住客已预先支付了住宿费用,故此项义务之履行往往不会出现问题。住客之另一义务为合理使用宾馆内之设施,不得为不当使用或破坏。

2. 宾馆的义务。依合同法之理论、合同上之义务有主给付义务、从给付义务及基于诚实信用原则而生之照顾、保护、忠实、协助等合同附随义务。此外,随着合同义务的扩张,还有先合同义务与后合同义务。

(1)宾馆的主给付义务。宾馆应提供合于其收费及等级的宾馆设施及服务。宾馆设施包括宾馆外的停车场地、宾馆内的大厅、楼梯、电梯、走廊、客房内部设施及会所等辅助设施。宾馆服务包括就餐、行李、订票、保管及客房服务等。

(2)宾馆的从给付义务。宾馆应向住客提供客房钥匙、服务说明或服务手册。

(3)宾馆之附随义务。我国合同法第 60 条规定,当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。此即合同附随义务的法律根据:a. 照顾义务。宾馆在住客处于需要照顾之危难处境时,应对住客进行照顾。如住客生急病时代为寻找医院,在住客发生意外事故时代为通知其单位或家人等。b. 保护义务。宾馆应对住客的人身、财产负安全保护义务,宾馆应保证其宾馆设施和外部环境的安全性。宾馆设施之安全性指宾馆设施安全、适用、无明显或隐蔽的可导致住客人身或财产损害的物理瑕疵。宾馆环境的安全性指宾馆应采取与其等级相适应的安全保卫措施,包括保安措施的制订与执行、保安人员的配备以及安全监控设施的安装等。宾馆环境指在宾馆控制范围内,包括宾馆内部和虽在宾馆外部但宾馆可以控制的区域。宾馆环境之安全义务系为了保护住客在宾馆内不受外来不法侵害,如宾馆违反该项义务,未能防止住客在宾馆内受到不法损害,宾馆应承担违约责任。

宾馆对住客的人身保护义务指宾馆应确保住客不因其设施质量瑕疵而遭受人身损害,并应尽最大之谨慎注意义务防止住客在宾馆内遭受第三人之不法侵害。住客在宾馆内遭受第三人之不法侵害时,判断宾馆是否尽到注意义务应从三个方面进行:首先应看宾馆是否有合于其等级和收费标准的保安人员和安全监控设施;其次应看宾馆是否有完备、合理的安全保卫制度;最后应看宾馆保安人员是否切实利用了监控设备、是否切实遵守了内部安全保卫制度。如果不符合这三个方面的要求,则不能认为宾馆已尽到了最大的谨慎注意义务。

应当指出,住客支付费用入住宾馆,其对宾馆环境的安全性便形成一种信赖关系,特别是住客在选择较高档次的宾馆时更是如此。宾馆对住客之保护义务目的是为了保护住客的信赖利益。此项义务系平等主体之间的合同义务,不能类推至公法领域。

宾馆对住客之财产保护义务指宾馆应采取与其收费与等级相一致的安全措施使住客财产不因宾馆设施之物理瑕疵或第三人之不法行为而受损。据我国合同法第 374、375 条之规定,保管期间,因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的,保管人应当承担损害赔偿责任,但保管是无偿的,保管人证明自己没有重大过失的,不承担损害赔偿责任。寄存人寄存货币、有价证券或者其他贵重物品的,应当向保管人声明,由保管人验收或者封存。寄存入未声明的,该物品毁损、灭失后,保管人可以按照一般物品予以赔偿。这里对无偿保管采用了过错责任的归责原则,无偿保管中有重大过失时保管人才负损害赔偿责任。根据合同法总则之精神,有偿保管之归责原则应为严格责任。若为有偿保管,则若被保管之物品受损,保管方即应承担责任,只有在其能够证明已尽妥善之保管义务时方可免责。宾馆与住客之保管应为有偿合同,据此,住

客将财物交于宾馆保管后财物受损如被盗、被抢时,若宾馆保管不善即应承担责任。

值得探讨的问题是,住客未特别将财产交于宾馆保管或存于宾馆内的保险箱时,宾馆与住客的财产是否形成事实上的保管关系?笔者认为,宾馆对住客带入宾馆的财产的保管义务是基于诚实信用原则而生的合同附随义务,但根据我国合同法第 375 条之规定,寄存人寄存货币、有价证券或者其他贵重物品的,应当向保管人声明,由保管人验收或者封存。寄存人未声明的,该物品毁损、灭失后,保管人可以按照一般物品予以赔偿。因此对于未经特约宾馆即应负保管义务的住客财产的范围,不应包括货币、有价证券或者其他贵重物品。住客为生活之需要,不可能将全部货币交于旅店,故依拙见,住客随身所带之货币,在合理的数额范围内,无须特约宾馆亦应负保管之义务。合理的数额,应根据宾馆等级加以判断。如在五星级的宾馆内,住客随身携带数万元应为合理数额。包括德国、意大利与俄罗斯诸国民法中规定了宾馆对住客财产的法定保管义务。三国民法无例外地规定了宾馆与住客之间无须特约即形成财物保管关系,但范围有所不同。德国民法第 701 条规定,以供外人住宿为营业的旅店主应赔偿外人在该业务的经营中携入的物品因丢失、毁损或者损坏而造成的损害。〔5〕意大利民法典第 1783 条规定,旅店主对旅客带进旅店的物的任何毁损、破坏或被盗都要承担责任。〔6〕俄罗斯民法第 925 条规定,旅店作为保管人是无须与房客有特别约定,应对房客存入于旅店的物之灭失、短缺或者毁损承担责任,但金钱、有价证券与贵重物品除外。〔7〕相比之下,德、意民法规定的范围较宽,包括了旅客携入旅店、携往店主及其雇员指定地方或携往旅店以外由店主及其雇员负责照管的所有物品,甚至包括客人入住前或退房后的合理期限由店主或其雇员负责照管的物品。俄罗斯民法规定的范围较窄,与我国的法律规定基本相同。

有趣的是,在以过错责任为归责原则的德、意民法,却对宾馆与住客之间之保管合同采用了严格责任原则,若住客之物遭到毁损时,只有具备法定之免责事由方可免责。意大利民法规定的免责事由有(a)毁损、破坏是由住客本人、同伴、仆人或探望者造成的;(b)不可抗力;(c)物本身之性质。德国民法规定的免责事由亦与此基本相同。

德意民法在对旅店与住客之保管合同采用严格责任的同时,为防止旅店之责任过重,除规定了免责事由外,还特别规定了限额赔偿制。德国民法将旅店主的责任仅限于相当于一天住宿费 100 倍的金额,但最低不得少于 1000 马克,最高不得超过 6000 马克。意大利民法亦将旅店主的责任限在日租金的 100 倍之内。

相比之下,德、意民法与中、俄民法在平衡调整宾馆与住客的财物保管关系上各有特色。前者以严格责任和限额赔偿相结合,既保护了住客的权利,又不使宾馆的责任过重。特别是免责事由的规定,使宾馆的责任范围更为合理,也使得宾馆严格责任的承担更有道德上的根据。这种立法例,能在保护住客利益的同时促使宾馆最大限度地提高其安全管理水平,对社会服务之进步具有积极意义。中国、俄罗斯民法对此亦采取严格责任之归责原则,虽无限额赔偿之措施,但对财物的范围作了限制,金钱、有价证券及货币均排除在外,与德、意民法有异曲同工之妙。今日之社会,大企业垄断经济,个人之经济地位、缔约能力均无法与大企业抗衡,宾馆和住客同样如此。为促进社会进步,实现民法之平等理念,保护弱者已成为当代民法之发展方向。因而严格责任与限额赔偿制度相结合,实为此趋势之体现。我国虽采严格责任,但无责任限

〔5〕 郑冲、贾红梅译:《德国民法典》,法律出版社 1999 年版,第 170 页以下。

〔6〕 费安玲、丁玫译:《意大利民法典》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 456 页以下。

〔7〕 黄道秀等译:《俄罗斯联邦民法典》,中国大百科全书出版社 1999 年版,第 380 页。

额,而由法官依可预见性标准加以裁量。在目前之形势下,为减轻宾馆业之责任,分散风险,由宾馆向保险公司投责任险倒不失为一种可行的办法。

根据我国合同法严格责任之要求〔8〕,宾馆未尽对住客人身、财产的保护义务,应承担违约责任。但为实现宾馆与住客利益之平衡,若具备一定事由,宾馆亦可免责。宾馆之免责事由应有以下几种:(1)不可抗力;(2)住客之故意;(3)物本身之性质;(4)损害系由住客之同伴、探望者或由住客接纳同住之人造成。

除上述合同义务外,宾馆对住客还负有先合同义务与后合同义务。先合同义务指住客进入宾馆控制范围后至付费前,宾馆应保证住客不因宾馆设施的原因而受损害,如住客因宾馆设施的原因而受损害,宾馆应负损害赔偿义务。后合同义务指住客退房后的合理期间内,宾馆仍应对住客负照顾、保护等义务。与附随义务不同,先合同义务、后合同义务均系基于诚实信用原则而生的法定义务。

附随义务可因当事人的特约而上升为合同之主给付义务。在本案中,上海银河宾馆特别承诺其保证住客之人身安全,故此项安全保护义务已由附随义务上升为主给付义务。值得注意的是,合同附随义务是基于诚实信用原则而生的合同义务,宾馆即使不作特别承诺,亦不能免除此项义务。宾馆亦不得事先免除其责任。若宾馆有免责声明,则该声明无效。〔9〕

四、宾馆不履行保护义务与住客受害之因果关系

宾馆对住客之保护义务,属于约定的义务、作为的义务。宾馆不履行其对住客之保护义务,自应向住客承担违约责任。此义务必须以作为的方式履行。若住客在宾馆内遭第三人之不法侵害,判断宾馆是否违约,应看宾馆是否切实履行了保护义务。宾馆承担违约责任之首要前提是宾馆未履行其保护义务与住客之人身、财产受第三人侵害之后果有因果关系。

因果关系是民法理论中聚讼最多的领域之一,英美法以近因学说为判断因果关系的标准,大陆法则历来有条件说、原因说、相当因果关系说、典型说、现实说、必然说、必然偶然一体说、直接原因说、主要原因说等观点。〔10〕我国民法原受前苏联影响,以必然说为通说,该说认为,原因与结果之间应有客观必然的联系,应区别原因与条件,原因是必然引起结果发生的因素,条件则不是必然引起结果发生的因素,而是能够使原因存在的情况。〔11〕违法行为是损害的必然原因时,行为人应负民事责任。如甲致乙轻伤,在送往医院途中遇车祸身亡,则甲的行为与乙的死亡只存在偶然因果关系,没有必然的因果关系,甲对乙的死亡不承担民事责任。〔12〕现我国民法学界摒弃必然说之观点,转向各国通行之相当因果关系说。此说认为,有同一条件即能发生同一结果时,该条件与结果之间即有因果关系。确认相当因果关系,由"条件关系"与"相当性"两个阶段构成。在确认条件关系阶段,采"若无,则不(but - for)"之公式,即若"无此行为即无此损害",则此行为即为损害之条件。在确认相当性阶段,则以价值判断来确认具有

〔8〕 参见梁慧星:《合同法的成功与不足》(上),《中外法学》1999 年第 6 期。

〔9〕 参见我国合同法第 53 条、俄罗斯民法第 925 条。

〔10〕 关于民法中的因果关系理论,参见李仁玉:《比较侵权法》,北京大学出版社 1996 年版,第 76 页以下;张新宝:《中国侵权行为法》,中国社会科学出版社 1998 年版,第 110 页以下;王泽鉴:《侵权行为法·基本理论·一般侵权行为》,台湾 1998 年版,第 217 页以下;王卫国:《过错责任原则:第三次勃兴》,中国法制出版社 2000 年版,第 177 页以下;陈聪福:《侵权行为法上之因果关系》,《国立台湾大学法学论丛》第 29 卷第 2 期,第 175 页以下。

〔11〕 《中国大百科全书·法学卷》,中国大百科全书出版社 1990 年版,第 473 页。

〔12〕 参见王作堂、魏振瀛、李志敏、朱启超等:《民法教程》,北京大学出版社 1983 年版,第 113 页以下。

法律上之因果关系,即若"有此行为,通常即足生此损害",则行为与结果具有法律上之因果关系。〔13〕实际上,无论采取何种因果关系之学说,事实上均不免于法律政策之影响。法律上因果关系之确定为被告责任限制之问题,不能仅从事实上因果关系加以判断。为符合公平正义之要求,在个案判断被告责任范围时,应当参酌法律、社会或经济政策,妥为决定。〔14〕因此,在确定事实上之因果关系是否应为法律上之因果关系时,价值判断具有重要作用。

上述因果关系之学说,均是在侵权行为法之意义上讨论这一问题。对于合同法上之因果关系,学界较少研究。〔15〕现在的问题是,合同法上之因果关系,是否与侵权行为法上之因果关系完全相同?合同以给付为标的,在以作为形式给付的合同中,债务人之不作为是否与损害后果有因果关系?依拙见,讨论合同法之因果关系应以合同义务为基点,然后采用合理之因果关系理论,确定违约行为与损害后果之因果关系。宾馆有保护住客人身、财产之义务。若宾馆怠于履行此项义务,未能对第三人之外来侵害为有力之防范,而损害结果最终发生者,宾馆未尽谨慎注意义务为其债务不履行之客观形态。宾馆若作为则该损害必不发生,故其债务不履行构成损害发生之条件,与损害之发生存在事实上之因果关系。宾馆是否应对损害后果负赔偿责任,则应从价值方面加以判断。住客入住宾馆,便对宾馆的安全性形成了一种信赖,特别是住客选择档次、费用较高的宾馆时更是如此。宾馆也是以其安全性、舒适性来招徕住客并以此确定其价位与星级。宾馆不履行其对住客之保护义务,破坏了住客对宾馆的信赖,也对宾馆业的市场信用造成了危害,从保护住客之信赖,维持市场信用之角度出发,应让宾馆承担损害赔偿责任。因此,应当确定宾馆怠于履行安全保护义务与住客受第三人侵害之间存在法律上的因果关系。宾馆承担损害赔责任不是因为其直接侵害了住客的财产权、人身权,而是因为其未能采取切实有效的保护措施防止损害结果的发生。宾馆对住客承担损害赔偿责任的前提是其违反了合同义务,而不是违反了不得侵犯他人人身、财产的一般法律规定。由于损害系由第三人之不法行为直接造成,故宾馆在向住客承担损害赔偿责任后,可以向第三人追偿。

在宾馆损害赔偿责任的范围上,应采用我国合同法规定的可预见性标准,即不超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。对住客之财产损失,若住客未将财产交于宾馆保管,则应根据入住该等级宾馆之普通住客通常随身携带的财物数额由法官加以酌定;对住客之人身损害,则应包括医疗费、丧葬费等直接损失,精神损害赔偿及可得收入之减少则由于宾馆无法预见,应排除在赔偿范围之外。此外,若住客对损害之发生与有过失时,应适用过失相抵之规则,对宾馆损害赔偿数额予以相应减低。

五、宾馆不作为与共同侵权行为之构成

由于约定的作为义务之存在,不作为可以成为合同法上违约损害之原因,宾馆怠于履行对住客之保护义务与住客受害具有合同法上的因果关系。住客在宾馆内遭第三人不法行为侵害,宾

〔13〕 参见魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社 2000 年版,第 689 页以下。

〔14〕 参见陈聪福:《侵权行为法上之因果关系》,《国立台湾大学法学论丛》第 29 卷第 2 期,第 132 页。

〔15〕 在王利明教授《违约责任论》中,未对合同法中违约行为与损害后果之因果关系进行专题讨论。史尚宽先生在其《债法总论》中指出,应以相当因果关系说来判断违约行为与损害事实之因果关系。就债务不履行而言,以自债权成立至债务不履行时存在,依一般知识经验可得而知及债务人所知之条件为基础,一般地有发生同种结果之可能者,其条件与结果,为有相当因果关系。参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 294 页以下。

馆之不作为与住客受害之后果若存在侵权行为法上之因果关系,则构成侵权责任与违约责任的竞合。但宾馆怠于履行对住客之保护义务与住客受害是否具有侵权法上的因果关系呢?

不作为能否构成侵权行为法上的原因,历来有肯定与否定二说。肯定说认为不作为可以成为侵权行为法上的原因,至于此说之理由,又有诸多分歧。否定说认为,不作为是消极的静止,不会引起外界事物任何变化,不作为无引起结果发生之原因力,不作为不能成为侵权法中的原因。〔16〕"不作为没有行动,绝对无后果可言"。〔17〕就合同当事人违反约定作为义务而不作为而言,肯定、否定二说均未论及。依拙见,讨论不作为是否构成侵权的原因,必须从侵权行为本身的构成要件着手。一个行为若本身不为侵权行为,则该行为与损害结果自无法律上的因果关系可言。行为的违法性是侵权行为的构成要件之一,侵权行为的应受非难性在于其违法性,正是因为侵权行为违反了法律规定的一般社会义务,因而才给予行为人以法律上的否定评价。侵权行为所违反的乃是法定义务及基于公序良俗而生之具有普遍性之社会义务,而非特定当事人之间约定的合同义务。〔18〕英美侵权行为法学者甚至将侵权行为定义为"侵权行为系在合同关系之外的引起损害且无法定免责事由的行为"。〔19〕侵权行为侵害的对象是绝对权、对世权、支配权,而不是相对权、对人权、请求权。〔20〕一般说来,不作为侵权的成立以负有某种特定的法定义务为前提。〔21〕宾馆不履行保护义务系对合同义务的违反,而非对法定的住客人身、财产不受侵害的一般义务的违反。故宾馆未违反法定之义务,其行为不具有违法性,不构成侵权行为。而不似债务人之加害给付在违反约定的同时,又以作为方式侵害了债权人之法定人身权、财产权,因而构成侵权、违约二者之竞合之情形。上海银河宾馆未能防止损害后果的发生,不等于其直接造成了损害后果的发生。故宾馆之不作为与住客受第三人侵害之后果虽具备合同法上的因果关系,但不具备侵权行为法上的因果关系。此外,即使是宾馆以作为的方式侵权,第三人行为的介入也足以切断宾馆行为与第三人加重之损害后果的因果关系,更何况宾馆根本就没有作为呢?

在本案的讨论过程中,还曾有宾馆与第三人构成共同侵权行为之观点。依我国民法通则第 130 条之规定,二人以上共同侵权造成他人损害的,应当承担连带责任。何谓共同?应从主、客观两个方面进行判断,数行为人具有主观意思联络或数个过失行为关联共同即可构成共同侵权行为。数个侵权人之主观意思联络,指行为人有共同故意。共同侵权行为之关联共同,指数个侵权行为之客观牵连。客观牵连,指数个行为人之过失行为均为损害之共同原因,〔22〕数人之过失须内容相同。〔23〕除此之外,数个行为还必须分别构成侵权行为。宾馆怠于履行保护义务之行为因欠缺违法性而不构成侵权行为,且宾馆与第三人既无主观意思联络,又无客观

〔16〕 前引〔10〕,李仁玉书,第 101 页以下。

〔17〕 张文:《刑法因果关系论》,北京大学出版社 1986 年版,第 194 页。

〔18〕 前引〔10〕,张新宝书,第 80 页以下。

〔19〕 William L. Prosser, Law of Torts, 4th ed., West Publishing Co., pp. 1 - 2.

〔20〕 现代民法亦将债权作为侵权行为的客体,然仅限于第三人恶意侵害债权之情形。合同当事人之加害给付亦可构成侵权与违约之竞合。因此这种区别只具有相对意义。关于侵权责任与违约责任的区别,参见王家福:《民法债权》,法律出版社 1993 年版,第 415 页以下;王利明:《民法 侵权行为法》,中国人民大学出版社 1993 年版,第 18 页以下。

〔21〕 前引〔13〕,魏振瀛书,第 678 页。

〔22〕 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(3),中国政法大学 1997 年版,第 309 页。

〔23〕 前引〔10〕,张新宝书,第 168 页。

行为之关联共同,宾馆与实施不法侵害之第三人自不构成共同侵权行为。

我国合同法规定了侵权责任与违约责任竞合的情况。确定二者竞合之前提是同一行为同时构成违约行为与侵权行为。宾馆不履行保护义务系违约行为,并不符合侵权行为之构成要件,因而并不存在侵权与违约的竞合问题。

六、当事人请求权基础之选择与判决基础之确定

当事人起诉时还主张了宾馆的消费者保护责任。我国消费者权益保护法第 2 条规定,消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务,其权益受本法保护。据此,住客亦为我国消费者保护法之保护对象,住客在宾馆内遇第三人侵害能否适用消费者权益保护法?

分析我国消费者权益保护法第 41 至 49 条关于法律责任之规定,消费者保护责任并非独立的责任形态,而是侵权责任或侵权责任与违约责任二者之竞合。在经营者的产品或服务致直接购买商品或接受服务之消费者财产、人身损害时,我国消费者保护法中规定的经营者对消费者的责任为侵权责任与违约责任二者之竞合;在经营者的产品或服务致直接购买商品或接受服务的消费者之外之第三人财产、人身损害时,其责任为侵权责任。当事人在行使自己的权利时,只能按前述条件选择请求权基础。此外,我国消费者权益保护法中所指的经营者提供服务致人损害应限于经营者之服务直接侵害消费者人身或财产之情形。住客在宾馆内遭第三人侵害时,宾馆并无直接的侵害行为,故住客不能以消费者权益保护法作为其请求权基础。

当事人之请求权基础有多个时,由于法律水平所限或出于败诉风险的顾虑,当事人往往不愿或不能准确选择其请求权基础,在诉讼上即表现为当事人主张的诉讼理由过于笼统或错误。随着我国审判方式改革的进行,法院日益强调当事人的处分权。其后果是法院判决过于受诉讼理由的影响,严格按案由进行审理,当事人诉讼理由不当即驳回诉讼请求。若当事人以其他理由另行起诉,由于民事判决具有既判力,故禁止原告重复起诉。法院以“一事不再理”原则从程序上驳回原告的起诉,当事人的实体权利无法保障。程序的僵化也导致了诉讼成本的增加。如何正确把握民事诉讼中案由、诉讼理由、诉讼请求及判决的关系就成为一个重要的实务问题。

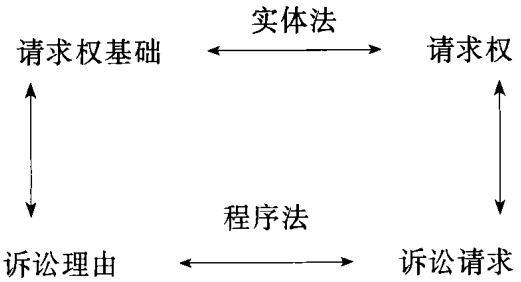
民事诉讼当事人诉至法院,其目的是为了通过国家权力来行使其实体法上的请求权。[25] 当事人享有请求权必有其法律上的根据即请求权基础。如请求对方当事人承担损害赔责任之权利为请求权,其法律根据(违约或侵权)即请求权之基础。民事诉讼中,当事人之请求权表现为诉讼请求如要求对方赔偿 100000 元的损失,当事人之请求权基础表现为诉讼理由如对方的侵权行为。二者结合即可表现出民事诉讼中诉的完整内容,如原告因对方当事人的侵权行为(请求权基础、诉讼理由)请求赔偿损失 100000 元(请求权、诉讼请求)。当事人提起之诉由诉讼请求和诉讼理由组成。[26] 民事诉讼中诉的构造可以用下图来表示:

---

〔25〕 本文仅在给付之诉的意义上讨论这一问题。

〔26〕 诉的构成是我国民事诉讼法学中最为复杂、也是最为混乱的问题。有二要件(诉讼标的、诉讼理由)、三要件(当事人、诉讼标的、诉讼理由)、四要件(当事人、诉讼标的、诉讼理由、诉讼请求)诸说,但上述学说未能与中国的司法实践结合起来且与实体法相脱节,因而未能起到应有的作用。

诉的构造示意图



根据辩论主义原则的要求,民事诉讼中法院的判决不得超出当事人诉讼请求的范围。但法院判决是否可以超出当事人的诉讼理由?我国法律虽无相应的规定,但我们可以进行比较法的考察,看一看严格奉行辩论主义的国家的作法。

在德国的民事诉讼中,判决可基于不是原告所提出的另外的权利根据作出,[27] 即判决理由可不同于当事人主张的诉讼理由。在 1956 年的停车费案中,原告以不当得利和侵权行为起诉,法院最后认定双方存在事实上的合同关系并依此支持了原告的诉讼请求。德国联邦法院在该案判决中指出:"原告系基于不当得利及不法行为主张支付请求权,但此并不妨碍法院从其他法律观点审查请求权的基础"。[28] 日本民法中,若当事人诉讼理由错误,法院亦可依职权以其他的法律理由支持当事人的主张。法院可以通过释明权的行使将当事人的侵权责任的请求改为违约责任的请求。只要不出现受害人固执地追究加害人的侵权责任的情况,法院不应被当事人主张的法律构成所左右,可以自主决定构成合同责任。[29]

我国司法实践中,法院常以当事人诉讼理由不当而驳回当事人之诉讼以请求,这种作法使不精通法律之当事人权利无法保障。若当事人可更换理由另行起诉,则势必造成讼累;若法院以一事不再理原则驳回起诉,当事人之权利就此丧失。在民事诉讼法中,法院只能在当事人诉讼请求的范围内进行审理,这是当事人处分权的必然要求。但诉讼理由并不属于诉讼请求,我国民诉法第 110 条亦将诉讼请求与理由分开表述,因而法院不能仅以当事人诉讼理由不当而驳回当事人起诉。若当事人主张的诉讼理由不当,法院可基于认定的事实进行独立判断。最高人民法院在《关于印发〈民事案件案由规定(试行)〉的通知》中指出,当事人起诉的法律关系与实际诉争的法律关系不符时,结案时以法庭查明的当事人之间实际存在的法律关系作为确定案由的依据。案由实际是当事人系争法律关系的简称,立案案由为当事人之诉讼理由,结案案由为人民法院的判决理由。民事判决应基于当事人主张的事实,但判决理由不必同诉讼理由相一致,而应是人民法院的独立判断,如此方能实现诉讼经济与实体正义。

七、余　论

在民事活动中,当事人之行为方式形态多样,加之民事法律之简略性、抽象性,相当一部分民事行为难以找到完整、明确、可直接适用的法律规定。此种案件,对法官而言,为疑难案件;对法律而言,为立法漏洞。法官不应抱残守缺,坚持教条,而应立足社会生活之需要,依据立法者之目的,运用法学方法论,填补法律漏洞,作出妥当、进步之判决,通过司法的能动性来推进

[27] [德]狄特·克罗林庚:《德国民事诉讼法律与实务》,刘汉富译,法律出版社 2000 年版,第 18 页。

[28] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(1),中国政法大学出版社 1997 年版,第 112 页。

[29] 参见于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社 1998 年版,第 21 页。

社会的进步,促进法律的成长。该判决具有以下实践意义:

(1)住客与宾馆之间法律关系之性质得到确定。因付费在宾馆住宿而形成的法律关系的性质为以住宿、保管、服务为内容之无名合同。我国合同法分则中对此类合同无明确规定,依据合同法之规定,此类合同应根据合同法总则的规定,并参照合同法分则中最相类似的规定确定合同当事人的权利、义务。我国合同法分则中与此相类似之合同只有租凭合同、保管合同,但租赁、保管合同中不具有服务内容。因此,此类合同之内容为租赁、保管与服务之混合合同,双方的权利义务应在此基础上依诚实信用原则加以确定。此类合同中,住客一方的义务主要是付费及合理使用宾馆设施;宾馆一方的主要义务是提供合于约定及收费标准的宾馆设施及服务。除此主合同义务外,双方当事人之间还有基于诚实信用原则所生之照顾、保护等附随义务。据此,宾馆应对住客负安全保护义务,即保护住客既不受外来之不法侵害,又不受宾馆内设施质量瑕疵之损害。若宾馆在其服务中曾公开承诺保证住客人身、财产安全,此义务即由合同附随义务上升为主合同义务。无论系合同附随义务或主合同义务,宾馆违反该义务致住客人身伤害或财产损失均应承担损害赔偿责任。

(2)住客在宾馆内遭第三人侵害时宾馆的违约责任问题得到解决。住客在宾馆内遭第三人侵害,若宾馆已采取与其等级与收费标准相符合之安全措施、已尽最合理之谨慎注意义务而结果仍然发生时,宾馆之合同义务已适当履行,宾馆无合同义务之违反;若宾馆未采取与其等级与收费标准相符合之安全措施、未尽最合理之谨慎注意义务或安全措施未得到切实执行时,若发生住客在宾馆内遭第三人侵害之结果,宾馆之合同义务未适当履行,应承担违约责任。

(3)住客在宾馆内遭第三人侵害时宾馆民事责任之性质得到界定。住客在宾馆内遭第三人侵害时,若宾馆与第三人事先无意思联络,宾馆之行为与第三人之行为亦无客观上的牵连时,宾馆与第三人不构成共同侵权;若宾馆与第三人事先有意思联络,或宾馆之行为与第三人之行为有客观上的牵连时,宾馆与第三人构成共同侵权。不作为之侵权应限于负有法定或约定之作为义务者明知其不作为会发生损害结果而仍不作为之情形。

(4)在宾馆与住客发生纠纷时消费者权益保护法之适用范围得以明确。消费者权益保护法中所指的经营者提供服务致人损害应限于经营者之服务直接侵害消费者人身或财产之情形。住客在宾馆内遭第三人侵害时,住客不能以消费者权益保护法作为其请求权基础。

(5)当事人不选择其诉讼请求之法律基础或诉讼请求之法律基础不明确时人民法院的处理规则得以确立。在当事人诉讼理由不当或不明时,人民法院应在查明事实的基础上,根据对当事人有利之原则而作出独立的法律判断。

Abstract: If a lodger is injured in a hotel by the third person owing to the carelessness of the hotel, the hotel should undertake the liability. The Hotel's non-action broke the contractual rather than legal obligations. Therefore, it may not become the cause of action in the law of tort, and has no cause-effect relations with the injury according to the tort law. The hotel should not be held for the liability provided for in the law of consumer protection. If the parties concerned did not choose the claim basis, the court should independently make the legal judgement according to the finding. Cause of action for civil judgement may not necessarily be in compliance with the cause of action for complain.