经营者对服务场所的安全保障义务

张新宝　唐青林[X]

内容提要: 经营者在其服务场所对消费者等的人身和财产安全负有保障义务。这是一种法定义务, 包括硬件和软件两个方面的内容。经营者违反该义务发生消费者人身、财产损害的, 一般应当承担侵权责任。违反安全保障义务通常表现为消极不作为, 判断不作为行为与损害之间的因果关系应当采用特别规则。在第三人直接加害行为造成受害人损害而且经营者有过错的情况下, 经营者应承担补充的赔偿责任。

关键词: 安全保障义务　过错责任　因果关系　补充责任

近年来, 因服务场所不安全导致消费者人身、财产权益受侵害的案件层出不穷并屡屡见于报端。据报载, 两女子到北京一家麦当劳餐馆就餐, 与他人发生争执而遭到毒打, 该餐馆工作人员却视而不见, 致使两顾客身心受到严重伤害; [1] 河南一位法官到桑拿浴接受服务, 在滚梯处摔倒致重伤; [°] 上海的一位旅店住客在宾馆被犯罪分子抢劫、杀害; [»] 河南的一位乘客从列车上摔下, 其尸体在湖南的一车站站台上被发现。[¼] 实践中类似的事件不胜枚举, 而且已经有相当一部分诉诸法院。由于对这一问题的理论研究不够深入、法律规范零散, 各地法院在审理此等案件时所遵循的法律理念和适用的法律规定不尽相同, 审判结果也大相径庭。有些判决虽然达到了/ 结果公正0, 但是显然缺乏说服力。[½] 有鉴于此, 本文试图就经营者对服务场所的安全保障义务的基本理论做一探讨, 并提出相应的对策供有关部门参考。

X　张新宝, 中国人民大学法学院教授; 唐青林, 中国人民大学法学院硕士研究生。

[1]　5法制日报61998 年 9 月 3 日

[°]　5法制日报62002 年 11 月 15 日。

[»]　5最高人民法院公报6 2001 年第 2 期, 王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆赔偿纠纷案。

[¼]　5最高人民法院公报6 1999 年第 3 期, 刘有祥诉洛阳铁路分局洛阳列车段、长沙铁路总公司郴州车务段铁路旅客运输人身伤亡赔偿案。

[½]　如王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆赔偿纠纷案判决的 8 万元人民币赔偿就不知道是如何计算出来的。

一、经营者对服务场所安全保障义务的概念及其法理依据

经营者对服务场所的安全保障义务, 是指经营者在经营场所对消费者、潜在的消费者或者其他进入服务场所的人之人身、财产安全依法承担的安全保障义务。旅店、车站、商店、餐馆、茶馆、公共浴室(包括桑拿浴) 、歌舞厅等接待顾客的场所属于服务场所; 邮电、通讯部门的经营场所, 体育馆(场) 、动物园、公园向公众开放的部分属于服务场所; 银行、证券公司等的营业厅属于服务场所; 营运中的交通工具之内部空间属于服务场所; 其他向公众提供服务的场所, 也属于服务场所。

对服务场所负有安全保障义务的主体为服务场所的经营者, 包括服务场所的所有者、管理者、承包经营者等对该场所负有法定安全保障义务或者具有事实上控制力的公民、法人或其他社会组织。在出租经营场所的情况下, 承租人对承租的空间负有安全保障义务, 出租人对未出租(或者未明确约定) 的公共部分(如通道、楼道、厕所等) 承担安全保障义务。与此相对应的权利主体是: (1) 消费者; (2) 潜在的消费者; (3) 实际进入该服务场所的任何人。权利主体与义务主体之间的权利义务之主要内容是: 在特定的服务场所, 权利人的人身和财产安全应当得到保障, 义务人应当对这种人身和财产安全履行相应的积极作为或者消极不作为义务。

经营者为什么应当对消费者、潜在的消费者乃至实际进入服务场所的人承担安全保障义务呢? 我们认为具有以下法理依据:

第一, 收益与风险相一致原理的要求。服务场所的经营者所从事的是一种营利性的活动, 能够从中得到收益, 尽管有的消费者并不一定接受服务支付费用, 而只是参观甚至路过, 但是作为整体的消费者群无疑会对经营者支付费用而使其获利。经营者当然要为每一位潜在的消费者尽安全保障方面的义务。而如果每个经营者都做到了/ 各扫门前雪0的话, 虽然可能会增加经营成本, 但也会改善消费环境, 促进消费者走出家门去消费的兴趣, 进而间接地促进经济的繁荣。这样又会增进消费, 从而有利于经营者作为一个整体获得更大的长远利益, 这最终还是有利于经营者的。可见法律要求他们承担这个义务是合理的。除了特定信任关系也受侵权行为法保护的法律观念外, 从危险源中获取经济利益者也经常会被视为是具有制止危险义务的人。[¾] 因此, 根据收益与风险相一致的原则, 经营者应当对服务场所的安全承担保障义务。

第二, 危险控制理论的要求。经营者如果了解服务设施、设备的性能以及相应管理法律、法规的要求, 了解服务场地的实际情况, 就具有更加强大的力量和相关方面更专业的知识和专业能力, 更能预见可能发生的危险和损害, 更有可能采取必要的措施(如警示、说明、劝告、救助) 防止损害的发生或减轻损害。在属于不作为责任原始形态的对他人侵权行为之责任领域内, 监督者控制潜在危险的义务通常来源于他对危险源的控制能力。[¿] 因此, 根据危险控制理论, 经营者也应当对服务场所承担安全保障义务。

¾ 参见冯#巴尔:5欧洲比较侵权行为法6下册, 焦美华译, 法律出版社 2001 年版, 第 271 页。

¿ 上引书, 第 269 页。

第三, 节省社会总成本的要求。从经济学角度来看, 由经营者承担这一义务更具有经济合理性。如果一个损失可能会发生, 那么由谁避免该损失发生的成本最低就应由谁来承担这项义务。比如, 储户到银行取一笔数额比较大的款项, 如果不能确信银行大厅是安全可靠的, 为了保证安全, 就要带几个保镖前往。每天有很多的储户要来提款, 这样就很不经济也很不方便。而由银行配备专门的值班保安人员来保证营业大厅的安全, 当然更加经济合理。从整个社会的总成本来看, 由经营者承担服务场所的安全保障义务的成本耗费最低, 这样的义务设定也就最合理。

第四, 公司社会责任的要求。从社会学角度来看, 根据现代公司法社会责任理论, 公司(经营者) 不能仅仅以最大限度地为股东们赚钱作为自己唯一存在目的, 也应当最大限度地增进股东利益之外的其他所有社会利益, 包括消费者利益、职工利益、债权人利益、中小竞争者利益、当地社区利益、环境利益、社会弱者利益及整个社会公共利益。强化公司(经营者) 社会责任的理论依据在于公司的经济力量及其推动社会权实现的社会义务。公司的社会责任与人权中的社会权, 尤其是消费者权利紧密相连。[À] 服务场所是整个社会的一个重要构成部分, 如果每个服务场所都安全、可靠、无危险, 作为社会成员的消费者就会走到哪里都感到有安全感。这样就可以为社会公益、为民众建设一个安全、祥和的生存、生活环境。经营者作为一个社会的重要组成部分, 而且往往是强势群体, 应该尽到这个社会义务, 为社会公益作出自己应有的贡献。出于强化经营者对消费者的社会责任, 应当规定经营者要对其服务场所的安全负责。

第五, 实质平等理念的要求。世界民事立法思潮, 经历了一个由义务本位立法到权利本位立法, 再由权利本位立法到社会本位立法的发展; 经历了一个由所有主体一律形式上平等保护到立法注意对社会弱势群体(比如消费者、劳动者) 的保护, 从抽象平等的人格到具体的人格立法的进程; 经历了由形式平等到实质平等的变迁。消费者保护的立法和劳动者保护的立法即为其例。以往的立法一般都是基于双方地位平等的观念将经营者和消费者同视为交易双方给予平等的保护, 它无视消费者的弱小, 无视消费者和经营者的差别, 旨在追求消费者和经营者的形式平等和权利义务对等。现代消费者保护法则基于消费者具体人格识别, 在充分认识到消费者弱者处境的前提下, 站在消费者的立场上, 对消费者给予特殊的保护。因此, 它往往对于消费者一方规定更多的权利, 而对于经营者一方则设置更多的义务, 经营者和消费者的权利义务并不对等。现代消费者保护法具有与传统保护消费者的零星规定完全不同的价值取向。[Á] 因此在立法中倾向于保护消费者, 让经营者承担稍多的义务, 使经营者承担对服务场所的安全保障义务, 是符合这个世界立法思想潮流的。

第六, 国际民商事立法和比较法上的启示。从国际民商事立法和比较法的角度上看, 联合国有关机构和世界各国都纷纷在消费者保护立法中侧重于保护消费者, 纷纷在立法中规定消费者的安全权。1985 年联合国大会通过的5联合国保护消费者准则6, 把/ 保护消费者的健康和安全不受危害0亦列为首要条款。从这个角度来看, 我国消费者保护法规定经营者

À 刘俊海:5WTO 法律规则对我国市场经济法治的影响6, 载中国民商法律网(www1 civillaw1 coml cn)) 商事法学) 学者论坛 2002 年 10 月。

Á 参见李昌麒、许明月:5 消费者保护法6, 法律出版社 1997 年版, 第 28 页。

有对服务场所的安全保障义务是合理的。

二、经营者对服务场所安全保障义务的法律性质

(一) 比较法上的考察

从比较法的角度看, 国内外学说对经营者安全保障义务的法律性质存在以下不同意见: (1) 约定的义务或法定的义务; (2) 基础性义务(本质性义务) 或附随义务; (3) 单一的义务或双重的义务。

德国最高法院最早涉及安全保障义务的案件是著名的亚麻毯案件。一位妇女到一家百货公司购买亚麻地毯, 当售货员准备把这位妇女选中的亚麻地毯取下来时, 另外两卷先前放在一旁的地毯掉了下来, 砸伤了这位妇女和她的孩子。德国最高法院认为商店因其雇员的过失, 没有尽到照顾保护义务, 造成妇人和孩子的伤害, 应承担损害赔偿责任。[iii] 但是德国最高法院是用扩大合同关系(即认定存在一个/对第三方之利益具有保护性效果的合同0) 的做法来解决这一问题的。德国最高法院之所以这么做, 在很大程度上是由于德国侵权行为法递进列举方式的立法例的局限性造成的。[iv] 而德国民法典第 617 条、第 618 条第 1 项则就雇主对雇员的生命、健康之保护义务做出了明确规定。法国法上有所谓保安义务(obligation de securite), 广义上是指不侵害他人人身、财产的安全关照义务, 既涉及侵权行为法也涉及合同法。[iv] 但是对他人健康或者财产所有权之侵害的责任是以合同为基础还是以侵权为基础, 这一问题在任何地方都比不上在法国重要。这两个法律领域的界限在法国并不清楚, 所以充斥着对二者同等考虑的主张。[k]

在日本民法典中并没有关于安全保障(安全保障或者安全关照) 义务的明确规定。战后的判例使用过/安全保护义务0或/安全关照义务0的概念。有的日本学者认为违反安全保障义务产生违约责任, 但也存在侵权损害赔偿请求的余地。有的日本学者认为, 违反安全关照义务为脱离合同责任的债务不履行责任, 应当属于侵权行为(不法行为) 责任。有的日本学者则将安全保护义务在合同中的地位进行分类, 如果是合同中的主给付义务(如警备合同中的安全保护义务), 则违反该义务属于违约行为; 否则就构成不作为侵权。有的日本学者则认为安全关照义务既是合同法上的义务又是侵权行为法上的义务, 对二者进行区别并无必要。[y]

由此可见, 典型的大陆法国家的民法理论对安全保障义务的性质以及违反安全保障义务的法律责任之性质问题, 并没有统一的答案。之所以出现这种状况, 是因为: (1) 各国民法典对安全保障义务没有做出一般性规定, 其理论和法律规则都是在法典之外发展起来的, 这就容易发生歧义; (2) 具有侵权行为法性质的特别法规范, 对许多情况下的安全保障义务作

[iii] 参见屈茂辉、王泽功:5经营者先合同义务与消费者权益保护6,5消费经济61999 年第 4 期。

[iv] 参见冯#巴尔:5欧洲比较侵权行为法6上册, 张新宝译, 法律出版社 2001 年版, 第 582 页以下。

[iv] 参见刘士国:5安全关照义务论6,5法学研究61999 年第 5 期。

[k] 参见前引1112, 冯#巴尔书, 第 571 页。

[y] 参见[日] 新美育文:5安全关照义务6, 载山天卓生编:5新现代损害赔偿法讲座6, 第 232 页以下。转引自刘士国:5安全关照义务论6,5法学研究61999 年第 5 期。

出了明确规定, 使得这种义务成为/ 法定0义务; 但是也有一些具有合同法性质的规范, 对当事人的安全保障义务做出要求, 使其成为合同法领域的一个问题; (3) 侵权行为法的立法模式、侵权损害赔偿请求权与违约损害赔偿请求权的时效差异以及赔偿范围的差异也是造成这种理论上分歧的一个重要原因。

(二) 我国立法对经营者服务场所安全保障义务的规定

11 具有侵权行为法性质的法律、行政法规对安全保障义务的规定。这些法律、法规并非都是侵权行为法的特别法, 但是其中的部分规范属于侵权行为法的特别规范。这种性质主要体现为: (1) 规定经营者的法定义务; (2) 规定违反法定义务、发生消费者人身、财产损害时的赔偿责任。如消费者权益保护法第 7 条、第 18 条第 1 款; 铁路法第 10 条、第 43 条; 航空法第 124 条、第 125 条; 公路法第 43 条第 2 款等。

此外, 娱乐场所管理条例第 8 条第 3 项、旅馆业治安管理办法第 3 条和公共娱乐场所消防安全管理规定也对住宿和交易场所、文化娱乐场所等向公众开放的场所的安全保障义务问题做了直接或者间接的规定。

21 合同法中涉及安全保障义务的规定。

合同法第 60 条、第 122 条以及第 53 条的规定涉及经营者的这一义务。

(三) 对我国经营者对服务场所安全保障义务的进一步探讨

第一, 法定义务为原则, 约定义务为例外。

安全保障义务的目的在于避免他人的人身、财产遭受损害, 所以安全保障义务也可以界定为避免他人遭受损害的义务。/ 一般说来, 避免损害的义务通常以加害人和受害人或危险源之间的近因关系为前提。两者都会引起责任, 责任进而导致介入的义务。父母亲必须保护子女不受自伤之损害就属于典型的第一种情况。类似的安全(保障) 义务也产生于那些自愿对他人负责的个人或组织, 包括无合同基础而承担责任的情况。0[ł] 尽管理论上可以将部分安全保障义务解释为合同法上的附随义务, 但是从我国立法的实践来看, 法律、行政法规大量地规定了各种具体情况下经营者承担的安全保障义务, 而合同法却没有(也不可能) 对此做出明确的列举性规定, 因此将我国经营者对服务场所安全保障义务原则上确定为法定义务比较妥当, 符合我国现行法律、法规所建立起来的模式。

基于这种认识, 我国应当尽快完善对经营者安全保障义务的规定, 一方面是在基本法律(如民法) 中确认经营者的这一义务, 另一方面是在各种特别法律、行政法规和规章中对不同情况下经营者安全保障义务的具体内容和认定标准做出规定。法院在审理有关案件时, 应当以法定安全保障义务作为主要依据, 在判决加害人承担损害赔偿责任时应当重点考虑侵权行为的构成要件和责任范围。在法律规定中存在法定安全保障义务的情况下, 即使当事人之间的合同没有规定安全保障义务、安全保障义务规定不明确或者当事人的合同条款排除了法定安全保障义务的适用, 均应当按照法律规定处理。

安全保障义务的性质以法定义务为原则, 并不排除在特别情况下其具有约定义务的性质。这些特别情况包括: (1) 法律没有规定相应的安全保障义务, 而当事人之间的合同对此进行约定; (2) 当事人之间约定的安全保障义务高于法律规定的要求; (3) 经营者单方承诺的

ł 前引1 62, 冯# 巴尔书, 第 267 页以下。

安全保障义务高于法律规定的要求, 相对人默示方式接受这种承诺。在上述三种情况下, 当事人之间的相关纠纷可以按照其约定或者单方承诺处理, 安全保障义务因而具有约定义务的性质。

第二, 基础性义务为原则, 附随义务为例外。

对服务场所提供安全保障的法定义务, 是法律对经营者的基本要求。消费者和经营者可以通过合同规定经营者更加严格的义务, 比如可以要求经营者提供安全舒适的服务环境。但是如果没有这一类约定, 至少也应当符合最低的要求, 即经营场所必须是安全的。所以, 安全保障义务是法律要经营者承担的最基本的义务, 是对经营者的最低要求。[1]

某些情况下消费者和经营者可能就安全方面作一些特别的、高于法律法规的标准的约定, 或者经营者有这方面的特别的承诺。这些就约定和承诺在合同成立后就成为合同的一部分, 经营者必须履行这些合同所规定的安全保障义务。另外, 虽然合同义务主要是由当事人协商而定的, 但是法律为了维护公共秩序和交易安全, 也为当事人设定了一些必须履行的义务。尤其应该看到, 自 20 世纪特别是第二次世界大战以来, 大陆法系的判例和学说, 依据诚实信用原则提出附随义务的概念, 附随义务在内容上主要包括保护义务、注意义务、告知义务、照顾义务、忠实义务与返还义务等。[1]

第三, 积极作为义务为原则, 消极不作为义务为例外。

安全保障义务作为一种法定的义务, 经营者必须履行。这一义务要求经营者为积极的作为行为, 保障消费者的人身或财产安全。只有在特别条件下, 安全保障义务才可能表现为消极不作为义务。经营的消极不作为行为往往构成对其安全保障义务的违反。经营者不采用符合安全规范要求的设施或设备、不采取适当的安全措施、不设置必要的警示或不进行必要的劝告、说明, 不配备适当的保安或救生员等, 均属于违反安全保障义务的行为。在消费者发生人身或财产危险时见死不救或者不采取适当的措施, 更是违反安全保障义务。

三、安全保障义务的主要内容探讨

安全保障义务的内容包括两方面: 硬件方面的义务和软件方面的义务。

(一) 硬件方面的安全保障义务

11 物的方面之安全保障

服务场所使用的建筑物、配套服务设施、设备应当安全可靠, 有国家强制标准的应当符合强制标准的要求, 没有国家强制标准的, 应当符合行业标准或者达到进行此等经营所需要达到的安全标准。

首先是在建筑物的主体结构方面的安全要求。经营者所使用的建筑应当符合建筑法、建设工程质量管理条例的规定, 在投入经营使用前必须经过建筑行政主管部门验收合格等等。其次是符合消防方面的法律法规。这方面的法规一般要求经营者在服务场所内配备必要的消防设备并保证它们一直处于良好的状态。消防法第 12 条和公安部高层建筑消防管

[1] 参见前引[192], 李昌麒、许明月书, 第 100 页。

[1] 参见王泽鉴: 5民法学说与判例研究6第 4 册, 中国政法大学出版社 1998 年版, 第 95 页。

理规则第 4 条、第 26 条、第 31 条、第 33 条等都对此问题作了规定。国务院 1997 年 8 月发布的营业性演出管理条例第 11 条对营业性演出场所的条件也作了规定。再次, 符合经营场所的电梯安全的特别要求。1992 年, 劳动部发布了关于加强电梯安全管理的通知, 对电梯实行安全使用制度。经营者的电梯安全应达到这一要求。

上述/ 物0的方面之安全保障要求, 可以由有关行政主管部门在经营者开业前进行审查, 看是否达到有关安全标准, 作为其能否开业的一个重要条件。除了上述要求硬件设备应符合安全要求的静态的义务外, 建筑物、相关配套设施还必须由经营者经常的、勤勉的维护, 使它们一直处于良好的运行状态。这是对经营者的动态的要求。它要求在整个运营的过程中, 服务场所的建筑物、相关配套设施在经营过程中一直符合安全标准。

21 人的方面之安全保障

经营者对于可能出现的危险应当采取必要的安全防范措施, 配备数量足够的、合格的安全保障人员。国务院 1999 年发布的娱乐场所管理条例第 23 条规定, 娱乐场所应当根据其规模配备相应数量的保安人员, 而且保安工作人员必须是经过培训合格, 实行持证上岗。同样, 银行、证券公司也应当在其交易场所设置保安人员; 游泳场馆应当在池边设置救生人员, 且配备的救生员经过培训合格, 持证上岗; 根据劳动部的规定, 对电梯操作人员要进行培训、考核, 实行持证上岗制度; 经营者必须安排消防值班人员、防火巡查员, 而且消防值班人员、防火巡查员不得脱岗; 等等。

(二) 软件方面的安全保障义务

11 消除内部的不安全因素, 为消费者创造一个安全的消费环境

经营者向消费者提供的服务内容和服务过程应当是安全的, 如果服务内容或服务的过程存在对消费者人身或财产造成损害的危险, 就属于内部不安全因素。比如公共交通工具和浴池等没有定期的消毒, 引起传染病的传播; 存在不合理的惊险而不事先告知等等 。

21 外部不安全因素的防范, 制止来自第三方对消费者的侵害

主要是指通过经营者工作人员的服务工作, 照顾、保护消费者的人身、财产安全不至遭受来自外界、第三人的侵害。要求配备保安人员是一个硬件要素, 而在这里要求保安人员在日常工作中认真执行任务, 认真积极的履行保护义务, 防御来自第三方的侵害。

31 不安全因素的提示、说明、劝告、协助义务

经营者应当对各种可能出现的伤害和意外情况等做出明显的警示, 比如刚刚做过清洁的地板较滑, 应当明确警示/ 地板未干, 小心滑倒0字样的警示; 桑拿浴、浴室应当做出/ 醉酒者和精神病人、皮肤病人、传染病患者禁止入内0字样的警示。这样的警示或者是为了保护消费者安全所必要, 或者是为了公共利益之要求。经营者对于可能出现的危险应当对消费者进行合理的说明, 对于有违安全的消费者应当进行劝告, 必要时通知公安部门采取必要的强制措施。

对于已经或者正在发生的危险, 经营者应当进行积极的救助, 以避免损害的发生或减少损失。当消费者在经营者的服务场所受到外来侵袭发生危险时, 经营者的保安及其他工作人员, 应当采取适当的措施避免或减少损失的发生(比如帮助消费者共同对付发生的危险或正在侵袭的歹徒; 拨打急救电话 120 或匪警电话 110 等)。

四、经营者违反安全保障义务的责任类型

经营者违反安全保障义务造成消费者人身、财产损害的, 要承担民事赔偿责任。但是在不同的情况下, 这种赔偿的责任类型是不同的, 一般认为有以下三种类型。

(一) 侵权责任

我国经营者对服务场所安全保障义务的性质原则上为法定义务, 以约定义务为例外, 亦即在绝大多数的情况下经营者违反的是法定义务。所以我们认为经营者违反安全保障义务要承担的民事赔偿责任主要为侵权责任。大致可以分为三种情况:

第一种类型是经营者的硬件设备等不符合有关安全规范的要求直接导致消费者的人身、财产损害, 这一般是物上侵权或者产品责任。比如江西武宁县莆田乡潘平在该乡综合服务大楼下楼梯时, 用手扶铁制的扶手时触电身亡, 后查明是因为一楼的一个日光灯镇流器质量低劣漏电, 通过楼面钢筋传到扶梯上导致受害人触电死亡[l]; 或者在宾馆住宿被吊灯坠落砸伤, 就是这种物上侵权的情况。

第二种类型是经营者纯粹的不作为, 没有提供安全的消费环境, 导致消费者受到损害。/ 黄薛珠诉厦门肯德基有限公司在其餐厅就餐后在餐厅所设娱乐园玩耍时摔伤赔偿案0[k] 就是这种类型的典型情况。原告到被告的餐厅用餐, 就餐后在餐厅所设/ 儿童开心园0玩耍, 是一种生活消费行为。虽然该园不属于公共娱乐场所, 也不属于社会上有偿经营的娱乐场所, 但它是被告向消费者提供的餐饮及服务的一部分, 是为其餐饮商品销售目的的配套服务部分, 或者说是其提供的不同于其他餐饮经营者的特色服务的一部分。虽然法律对餐饮业内附设儿童游乐园是否应当设专人看护及造成损害的责任承担没有明文规定, 但是被告对到该园内玩耍的儿童负有保护、照顾的法律义务, 这种义务主要来自于业务上的要求, 即对园内儿童活动进行疏导、管理。但是被告却忽视了这些义务, 没有尽到管理者的责任。这种不作为因为有来自于业务上的要求的安全保障义务而构成不作为侵权行为。

第三种类型是因为经营者没有制止来自第三方对消费者的侵害而承担的侵权责任。这种类型的案例典型的有/ 谢雪芬因住宿被打无人制止诉晋江万通大酒店不履行保障顾客人身安全义务损害赔偿案0。[m] 原告谢雪芬在被告晋江万通大酒店登记住宿。当晚 11 时许, 原告在该店四楼走廊遇到四名不明身份的男子的调戏、殴打, 致其人身受到伤害。在原告遭受殴打的前后达十多分钟的过程中, 有数人进行围观, 其中有该店的保安人员和服务人员。尽管原告大声呼救, 却无人出来制止。事后四名男子扬长而去。原告被打后去晋江市医院治疗, 确诊为头部外伤综合症, 腹部及四肢多处软组织挫伤。在该案件中, 被告作为经营者, 对住宿该店的旅客负有保障其人身、财产安全的义务。为了保证住宿旅客的人身、财产安全, 被告应该有完善的管理措施, 明确其保安部门的职责, 并保证其职能部门认真履行职务。经营者在专门配备有保安人员的情况下, 其向住宿旅客提供的服务中就包括正常的保安服

---

[l] 参见中国消费者协会编:5保护消费者权益案例选编6, 工商出版社 1996 年版, 第 3 页。

[k] 最高人民法院应用法学研究所编:5人民法院案例选6民事卷中册, 第 194 号案例 , 第 952 页。

[m] 上引书, 第 195 号案例, 第 959 页。

务, 保安服务的范围应是保安人员力所能及的范围。被告的保安人员的不作为违反了法律要求其作为的规定, 有悖于其法定职责, 未尽到保障消费者人身、财产安全的义务, 致使原告合法利益遭受不应有的损害, 被告对此应当承担民事赔偿责任。在这里经营者承担的是一种补充责任。如果经营者没有过错, 尽到了应有的照顾、保护义务, 最终没能避免损害的发生, 就无须承担赔偿责任。在实践中, 大量的经营者承担违反安全保障义务之民事责任的案件均与第三人介入、经营者没有防范及制止第三人的加害行为有关。

(二) 缔约上的过失责任与违约责任

进入缔约阶段后, 经营者应当尽交易上的必要注意, 以维护消费者的人身和财产利益。在缔约过程中, 如果没有尽到保护照顾等附随义务, 因经营者一方过失导致消费者生命健康、财产安全受到侵害, 属于未尽保护、照顾义务, 经营者依法所要承担的就是缔约过失责任。

某些情况下消费者和经营者可能就安全方面作一些特别的、高于法律法规的标准的约定, 或者经营者有这方面的特别承诺。这些约定和承诺在合同成立后就成为合同的一部分, 经营者必须履行这些合同所规定的安全保障义务。另外, 合同义务虽然主要是由当事人协商而定的, 但是法律为了维护公共秩序和交易安全, 也为当事人设定了一些必须履行的义务。

五、违反安全保障义务的侵权责任: 过错责任与因果关系讨论

违反安全保障义务发生受害人人身、财产损害的, 经营者仅在自己有过错的情况下承担责任, 没有过错则不承担责任。之所以制度上要作这样的设计, 不使经营者承担无过错责任, 主要是为了平衡社会利益。法律制度平衡当事人的利益关系的结果, 影响到整个社会经济的发展, 甚至会导致一个行业或产业(如第三产业) 的兴衰存亡。因此, 我们应当清楚地认识到法律制度对社会利益的平衡作用, 并正确地把握这个平衡。一方面, 要给予受害人必要的充分的保护, 以使其受到损害的法定财产权或人身权得到补偿; 另一方面, 又必须考虑到大量的经常性的巨额的赔偿对社会经济可能产生的消极作用。就我国目前而言, 一方面要保护受害人(消费者) 的利益, 给予合理的补偿, 另一方面又要考虑目前经济发展的实际状况, 考虑到被告经营者(如企业、商家) 的经济赔偿的承受限度。[m] 权衡的结果就是让经营者仅在自己有过错的情况下才承担赔偿责任, 而不使经营者承担无过错责任。

经营者只承担过错责任而不承担无过错责任, 那么对于过错的举证责任应当由谁承担呢? 我们认为对过错的举证责任原则上应当由受害人一方承担, 只有在法律法规有规定由被告对自己没有过错承担举证责任方能免责的情况下, 才适用过错推定。

判断经营者有无过错的一般标准是: 其是否达到了法律、法规、规章或者操作规定等所要求达到的注意程度, 或者是否达到了同类经营者所应当达到的通常注意程度; 或者是否达到了一个诚信善良的经营者应当达到的注意程度。

经营场所的安全保障义务主要是一种积极的作为义务。这种作为义务具有多样性, 它

---

[m] 参见张新宝:5中国侵权行为法6, 中国社会科学出版社 1998 年版, 第 39 页。

的内容取决于不同案件的具体情况。如果一个人有保护他人免遭危险的义务, 那他在具体情形下应该做什么的答案应依据相关注意义务确定。从内容来看, 作为义务和避免危险之不作为义务一样具有多样性。[m]

冯#巴尔教授把危险控制义务分成两类。[n] 第一类就是那些得以使潜在的受害人对危险自己负责的义务。这里主要涉及的是一些警告或者告知的发出, 但在特别危险的情况下可能要求明示禁止或者提供必要的帮助及设备。第二类就是以直接排除危险源为目的的义务。如外墙地下室通道不是通过照明警示危险而是竖立障碍拦; 舞池地面滑时不是竖立指示牌而是应该涂上防滑剂等。区分上述两种注意义务的类型虽然主要是服务于归类目的, 但在为数不少的情况下却不仅限于此。因为通常来说, 履行了第一类注意义务所能提供的安全系数小于第二类注意义务的履行结果。因此履行了警告、指示、禁止或者类似措施义务尚不足以避免过失责任。但也存在一些警告和指示可能是唯一能被合理要求之场合。但是总的来说, 警告仍然是最弱的安全措施, 与直接作用于危险源的措施相比它比较简单、经济和无效, 警告通常不被他人重视, 因此就不能很好发挥作用, 特别是对孩子。而直接作用于危险源的排除危险的措施一般成本更高但是一般更有效。究竟经营者应该是仅仅发出一些警告和指示还是必须直接采取措施排除危险, 只能在案情中具体分析。如果认为经营者本应直接采取措施排除危险而他没有, 为了降低成本, 仅仅发出一些警告和指示; 或者甚至连警告和指示都没有发出, 就可以分别得出经营者有过失或者重大过失的结论。

过错的有无和大小的判断, 既要把握一般标准又要依靠个案分析。把个案中经营者的实际行为和法律法规的要求以及同类经营者所应当达到的注意标准或一个一般诚信善意之人应当达到的注意程度进行比较, 以确定案件中的经营者是否到达了/ 应当达到的注意程度0, 进而认定其有无过错。

在经营者违反安全保障义务、受害人遭受人身或者财产损害的案件中, 经营者大多没有实施任何积极的作为行为, 而是消极不作为。在不作为的侵权中, 加害行为就体现在有作为的义务而没有作为。如何认识消极不作为与损害结果之间的因果关系, 是理论界较少研究的问题, 也是因果关系理论的一个难点问题。

我们认为, 对此类案件的因果关系之认定应当注意两个方面的问题: (1) 对经营者不作为行为与损害后果之间的因果关系, 不应当从/ 是否加害行为导致了损害的发生0 这一事实上的因果关系层面加以理解, 而应当从/ 如果经营者达到了应有的注意程度、实施了其应当实施的作为行为, 是否可以避免或者减轻损害后果0 的角度来理解。如果经营者实施了其应当实施的作为行为, 损害后果就不会发生或者可以减轻, 则认为存在因果关系; 否则, 则不认为存在因果关系。/ 假如(but for) 没有被告的过错行为, 原告的损害就不会发生的话, 那么被告的过错行为就是损害发生的一个原因。这并不排除还存在其他相关的原因。0[o] (2) 此类案件因果关系的认定, 应当较多地考虑/ 近因关系0 理论和/ 法律上的原因理论0 的运用。近因(proximate cause) 理论是英美侵权行为法因果关系的一种理论。依有些学者的见解, 近

---

[m] 参见前引162, 冯#巴尔书, 274 页。

[n] 上引书, 第 275 页。

[o] Michael Al Jones, Textbook on Torts, Blackstone Press Limited, third edition, 1991, pl 126.

因一词大致包含了事实上的因果关系问题和可能被称为/ 法律上的原因0或者/ 应当承担责任的原因0问题两方面的内容, 但是更多的是指后者。严格说来, 近因方面的问题与时间与空间的远近关系或者因果关系不大, 只是在事实上的因果关系得到确认之后才发生近因方面的问题。只是在法律规则要求存在一个/ 法律上的近因0, 加害行为与损害之间存在一个在公平、公正意义上的/ 近距离0的时候, 近因一词才有意义。比如, 被告驾驶的汽车撞到另一辆汽车, 导致被撞的汽车脱离道路而撞倒一根电线杆。输电线被拉断, 该地区的供电停止。显然, 事实上被告的过错是引起停电造成损害的事实上的原因, 但是近因规则将在这一案件中被适用, 被告将至少被免除部分责任, 这只是由于公平的基本原理告诉我们: 这些损害已经被远远地排除在过失驾驶的危险之外。[m]

冯#巴尔教授指出: 一个被广泛接受, 甚至被成文法所规定的法治概念是: 不当行为责任要么是作为责任要么是不作为责任。这一两分体系的主要目的是避免归责中的一些问题。概括地讲, 作为就是指侵权行为人在受害人的法益上制造了危险; 不作为则是指未排除威胁到受害人的危险。精确一点就是: 在作为行为中被主张权利者自己启动了具有法律意义的因果链; 而在不作为中则是未中断这一因果链。一个法律制度将某一特定行为归属到此类或者彼类中并不就决定了责任(损害的可归责性)的承担与否: 行为构成作为并不表明行为的结果就能归责于行为人, 认定为不作为也不表明就不能对行为人施加赔偿责任。将一个行为归类到作为或不作为绝非仅是简单的一对一关系, 因为这一归类与赔偿责任上的原则(例外)关系相联。如果一个人导致了事件的发生, 通常必须承担责任; 相反对没有他的作用力而发生在别人身上的事件就无须承担责任, 除非他和受害人之间有特别紧密关系, 或者他对导致损害发生的危险源负有特别责任。因为, 虽然每个人都不能伤害他人, 但也不是每个人都有义务去保护所有他同时代的人免于遭受一切可能的危险。[n] 不作为责任的扩大可能会导致对自由的过分限制。为什么经营者要承担这个不作为的责任? 就是因为经营者在这个特定的场合和受害人之间有特别紧密关系, 或者他对导致损害发生的危险源负有特别责任, 他有义务排除威胁到受害人的危险, 但是他没有中断这一因果链, 因而被认为/ 不作为0与损害有因果关系。

不作为为什么在一定条件下要承担侵权责任, 必须着眼于该行为在社会上的价值的角度予以考察。考察不作为只有将之置于社会关系中才能找到实际内容。因为无论是作为还是不作为, 其否定的价值只有在社会关系中才得到体现。也就是说, 之所以说侵权的行为方式分为作为的侵权和不作为的侵权, 是因为特定情况下, 不作为同样侵害了一定的社会关系, 同样要被社会的一般价值观念所否定。由此可见, 仅仅从存在论的角度出发寻求为何不作为的行为方式同样可以构成侵权行为, 想解释不作为的行为性, 是无法得到圆满的、能自圆其说的结论。只有从价值论的角度出发, 为什么在特定条件下要不作为者承担民事责任, 不作为侵权是侵权行为方式之一种, 才能得到合理的解释。

不作为的侵权首先以有作为的义务为前提。这种作为义务的来源有以下几个: (1) 安全保障义务主要是法律明确要求的, 是一种法定的义务。(2) 在一些情况下, 来自合同的特别

---

[m] Edward Jl Kionka, Torts, 法律出版社 1999 年影印版, 第 77 页。

[n] 前引1 62, 冯#巴尔书, 第 261 页。

约定。(3) 来自于经营的实际情况和社会生活的一般常识。这种情况下的安全保障义务来自诚实和信用等民法的基本原则。经营者除了要达到法律法规明文规定的标准以及合同特别约定的安全保障方面的注意义务以外, 还必须以善良家父的注意, 尽到善良保护消费者人身和财产安全的义务。因为法律并不能穷尽一切, 合同约定也不可能周全。根据诚实和信用原则等民法基本原则, 不允许经营者因为故意或者过失、懈怠对消费者人身、财产的安全保障注意义务。

关于因果关系的举证, 我们认为, 要求证明不作为行为与损害后果之间存在因果关系往往是不可能的: 在多数这类案件中, 被告的不作为并不是损害后果发生的真正原因, 而损害后果之发生完全是由于其他原因如自然原因、受害人自己的过失等原因或者第三人的加害行为造成。被告不履行安全保障义务只是加大了损害发生的盖然性, 或者说如果被告认真履行安全保障义务, 则/ 极有可能避免损害的发生0。因此受害人无须证明消极不作为行为与损害之间存在因果关系, 而只需要证明: (1) 加害人或者对损害负有赔偿义务的人负有特定的作为义务, 如法定的安全保障义务; (2) 不履行该义务与损害之发生存在高度的可能性即盖然性, 如果被告履行了自己的作为义务, 损害就极有可能被避免。[m]

六、第三人的介入行为与经营者的责任

(一) 共同侵权、原因力理论之不适用

第三人过错行为介入, 导致消费者遭受损害是此类案件常见的情形, 如第三人在旅店将住店的旅客杀害、抢劫犯在银行营业场所抢劫顾客的钱财或伤害顾客的身体、一个股民盗用他人的账户和密码进行交易[n] 等, 均属于第三人过错行为之介入, 第三人过错行为是损害发生的直接的事实上的原因。多数这类案件中, 被告的不作为并不是损害后果发生的真正的事实上的原因, 而损害后果之发生完全是由于第三人的行为造成的。在这种第三人过错行为介入的情况下, 既不构成共同侵权也不适用原因力理论。

11 第三人介入的情况不构成共同侵权

共同侵权是指复数主体由于行为(或意思) 的共同性而共同侵权并因此各侵权主体承担连带责任的一种侵权形态。所以共同侵权必须有行为(或意思) 的共同性。由于在多数第三人介入的案件中, 经营者只是消极的不作为, 而损害后果之发生事实上完全是由于第三人的积极侵权行为所造成的, 经营者一般是过失违反安全保障义务, 而直接侵权的第三人则是故意或者过失违反不得侵犯他人合法权利的义务, 他们故意或者过失的内容并不相同, 与上述所列举的行为(或意思) 的共同性的任何一种情况都不符, 而且一个积极加害行为与一个消极不作为行为也不构成具有关联性的共同行为。因此, 此类案件不能适用共同侵权的理论, 经营者和直接加害的第三人不应当承担连带责任。

21 第三人介入的情况无法分析原因力

分析原因力的作用主要是用以确定加害人是否承担民事责任和承担多大的民事责任。

---

[m] 5中国民法典#侵权行为法编建议稿6第 8 条, 载5法学研究62002 年第 2 期。

[n] 关于这一问题的讨论, 参见张新宝发表在 2002 年 5 月23 日5人民法院报6上的相关文章。

在一些案件中可以进行原因力分析, 但是在有些案件中却无法分析原因力, 要分析究竟经营者的消极不作为的行为还是第三人的加害行为是损害发生的主要原因, 几乎是没有可能的: 如果没有第三人的加害行为, 损害不会发生; 如果经营者履行了安全保障义务, 损害结果也可以避免。这就给责任的承担和分配带来了困难, 难以用分析原因力的方法来分配第三人与经营者之间的赔偿份额。

(二) 补充责任的构想

11 补充责任的含义

我们认为, 在/ 经营者消极不作为+ 第三人的积极加害行为0的情况下, 作为安全保障义务人的经营者应当承担承担补充责任。[m] 补充责任的含义是: 在能够确定加害人时, 由加害人或其他负有责任的人(如加害人的雇主、监护人) 承担责任, 安全保障义务人不承担责任; 只有在加害人无法确定时, 由安全保障义务人承担全部责任; 如果能够确认加害人, 但是加害人或者对损害负有赔偿责任的人的资力不足以承担全部责任时, 则先由加害人或者对损害负有赔偿责任的人尽力承担责任, 剩余部分由负有安全保障义务的人承担。安全保障义务人对此承担的是推定的过错责任: 如果能证明自己没有过错则不承担责任。此外, 在承担了补充责任之后, 安全保障义务人获得对加害人或者其他赔偿义务人的追偿权。

21 设计补充责任的理由

在/ 经营者消极不作为+ 第三人的积极加害行为0的情况下, 对安全保障义务人的责任性质之认定, 在我国司法实践中颇多争议。有的认定为侵权责任, 有的认定为违约责任, 有的认定为加害人与安全保障义务人的连带责任, 有的认定仅由经营者承担责任。因此各地法院的判决结果也大相径庭。从我国的实际情况来看, 认定安全保障义务人仅承担违约责任, 似乎对受害人的保护太弱; 而认定安全保障义务人与加害人承担连带责任往往最终是由安全保障义务人承担全部赔偿责任, 这又太苛严。[n] 我们应当清楚地认识到法律制度对社会利益的平衡作用, 并正确地把握这个平衡。一方面要给予受害人必要的充分的保护, 以使其受到损害的法定财产权或人身权得到补偿; 另一方面, 又必须考虑到被告经营者的经济赔偿的承受限度。[M] 权衡的结果就是让经营者在这种有第三人积极加害行为的情况下, 经营者则承担补充责任。这样的制度设计一方面能够比较充分地满足受害人(或者其近亲属) 的损害赔偿请求, 另一方面又比连带责任、经营者的单独责任更为公平合理。

经营者在承担了补充责任之后获得对直接加害的第三人之追偿权, 有几个方面的依据: (1) 过错责任的要求。实施直接加害行为的第三人有过错(通常为故意或者重大过失), 当然应当对其造成的损害承担责任, 这种责任不因为经营者承担了补充责任而免除。在这样的案件中, 实施直接加害行为的第三人往往有重大过失, 经营者的过失比较轻微, 如果让经营

---

[m] 5中国民法典#侵权行为法编草案建议稿6第 13 条:/ 民事主体的人身或财产遭受损害的, 由加害人承担赔偿责任和其他相关责任。0/ 无法确认加害人或者加害人无资力承担赔偿责 任的, 由对受害 人的人身或财产 负有安全保障义务的人承担补充责任, 但义务人证明自己没有过错的除外0。5法学研究62002 年第 2 期。

[n] 在三星级旅店的住客被抢劫、杀害的案件中旅店有疏于履行安全保障义务的过错(加害人多次上下电梯, 被旅店方面发觉但是没有采取措施), 如果让旅店仅仅承担违约责任(返还住宿费用) 显然是不妥当的; 如果判决旅店承担全部赔偿责任而不考虑加害人的赔偿能力, 也是不妥当的; 如果判决旅店与加害人承担连带责任, 结果很可能与第二种判决一样。案情参见刘言浩: 5论宾馆对住客的保护义务6, 5法学研究62001 年第 3 期。

[M] 参见前引162, 冯#巴尔书, 第 39 页。

者承担全部责任后没有追偿的途径, 实际上是由较轻过失的当事人承担全部赔偿责任, 较重过失的人不承担责任, 这不符合过错责任原则尤其是比较过失规则的要求。(2) 民法基本原则公平原则的要求。公平原则作为民法的基本原则应当贯彻于民法始终, 较之连带责任, 经营者承担补充责任更为公平。(3) 不当得利规则的要求。直接加害的第三人本应承担全部赔偿责任, 只是由于未能在诉讼阶段找到该加害人或者其没有相应的资力进行赔偿, 才让经营者承担补充的赔偿责任, 直接加害的第三人实际上因此而获得了消极利益(没有支付或者少支付了赔偿金额的消极获利), 而且没有法律上和合同上的依据, [w] 因此应当返还。

结　　语

法律智慧在安全保障义务这一问题上似乎还没有发达到足以解决所有问题的水平, 但是朝着正确的方向的努力不应当停顿下来。而在这一进程中所必须坚持的原则是: (1) 强调对受害人的人身和财产权的保护, 尤其是人身权的保护; (2) 实现经营者在服务场所承担的安全保障义务及相应的法律责任与其作为一个群体在经营活动中的收益以及风险控制能力相平衡, 进而促进我国社会主义市场经济特别是服务行业的健康发展。本文讨论的只是涉及经营者安全保障义务的主要法理问题, 还有其他问题如免责减责的抗辩事由等, 限于篇幅没有展开讨论。

就在本文即将杀青的时候, 我们高兴地看到九届全国人大常委会第 31 次会议讨论的5中华人民共和国民法(草案)6第 8 编/侵权责任法0第 65 条对安全保障义务做出了规定: /旅馆、银行的客户以及列车的乘客, 在旅馆、银行、列车内受到他人侵害的, 侵权人应当承担侵权责任。0/在无法确认侵权人或者侵权人没有能力承担赔偿责任的情况下, 旅馆、银行、列车的所有者或者经营者尽到保护义务的, 不承担责任; 未尽到保护义务的, 应当承担补充责任。0官方草案吸收了学者建议稿关于经营者安全保障义务的基本构想, 这无疑是应当得到赞赏的, 但是其将义务主体局限于旅馆、银行、列车的所有者或经营者, 则不免过于狭窄。试想, 证券公司、餐馆、游乐园的所有者、经营者不应当承担同样的义务与责任吗?

Abstract: The operator of a service business has the duty to safeguard the personal and property security of consumers and other persons in its place of business operation. This is a legal duty with two aspects: hardware and software. An operator who violates such duty and results in damage to person or property of a consumer should take liability for tort. Violation of the duty to safeguard security usually takes the form of omission. Special rules should be used to deter2 mine the causal relationship between the omission and the damage. In cases where the damage is directly caused by a third party and the operator is also in the fault, the operator should take supplemental liability for compensation.

[w] 规定经营者的补充责任并不意味着免除、减轻直接加害的第三人之赔偿责任。补充责任只是为了满足受害人的损害赔偿请求权制度设计。