

消费安全视角下消费者与经营者 民事责任合理分配探析

□何仲新

[摘要] 现行法在消费安全上对消费者采取了倾斜性保护的立法政策。倾斜性保护并非纵容消费者,也非牺牲经营者。消费者的安全受到损害都由经营者承担民事责任,对经营者不公平。应综合采用不同的归责原则,针对消费者安全受损害的不同情形,在消费者与经营者之间合理分配民事责任,以实现消费者权益保护法所追求的实质公平的价值目标。

[关键词] 消费者;经营者;消费安全;民事责任

[中图分类号] D927.18 [文献标识码] A [文章编号] 1673-8179(2017)01-0134-08

Rational Apportionment of Civil Liability between Consumers and Operators from the Perspective of Consumption Security

HE Zhong-xin

(Xiamen University, Xiamen 361005, China)

Abstract: In terms of consumption security, the existing laws adopt a legislative policy preferential on the consumers' side, which neither indulge consumers nor sacrifice operators. It is unfair for operators to undertake all the civil liability when consumers' security is damaged. This paper holds that according to different cases of consumers' security damage, different doctrines of liability fixation should be adopted to rationally apportion the civil liability between consumers and operators, so as to realize the essentially fair value and goal which is the pursuit of the Law on the Protection of the Rights and Interests of Consumers.

Key Words: consumer; operator; consumption security; civil liability

一、问题的提出

消费安全是消费者在消费活动中最为关注的问题。由于认知能力、应变能力等的差异,消费者在消费活动中,人身、财产等容易受到损害。

最近几年,中国发生了许多典型的消费者安全受损案件,如珠海五月花酒店爆炸案[1999年10月24日,李萍、龚念(系夫妻关系)及其儿子龚硕皓(8岁)一家三口与朋友到珠海五月花餐厅就餐时,隔壁“福特”包房发生巨大爆炸,导致龚硕皓死亡、李萍二级残废、龚念轻伤。爆炸是因为一名犯罪嫌疑人蓄意想伤害某医院的一名医生,故将自己制造的炸弹伪装成酒送给了该医生。该医生也到五月花餐厅就餐,并把这瓶伪装成酒的炸弹带入了餐厅,当五月花餐厅的服务员开启酒瓶盖时引起了爆炸。该服务员当场被炸身亡。该制造炸弹的犯罪嫌疑人后被公安机关抓获。法院依

公平原则对该案进行了判决。杨立新主编:《民法总则案例教程》,北京:知识产权出版社2005年,第12~13页]、荆州市安良百货商场电梯安全事故案[2015年7月26日上午10时许,荆州市沙市区北京路安良百货商场发生了一起电梯安全事故,一名30岁的女子被卷入手扶电梯身亡。据现场目击者介绍,事发于该商场7楼自动电梯处,当时,一名30岁的女子带着孩子乘坐手扶电梯上楼,临近楼层地面时,电梯与楼面接触部分突然断裂,女子卷入电梯前将孩子推出,自己被电梯卷入遇难,孩子无恙。荆楚网:《荆州女子卷入商场扶梯身亡,最后一刻举出3岁幼童》,http://news.163.com/15/0727/07/AVH0RIL400014AEE.html,访问时间:2016年7月26日]、山东招远麦当劳快餐店顾客被打致死案[2014年5月28日21时许,张某等六人在招远市“麦当劳”快餐店内就餐,与同在该店就餐的吴某发生口

法

学

何仲新 / 消费安全视角下消费者与经营者民事责任合理分配探析

角。张某等六人对吴某进行殴打,致吴某受伤,后经抢救无效死亡。发生纠纷的原因是行凶者向被害人索要电话号码被拒,致其被5~6人打死。现场多人无一人出手相救。“麦当劳”也无人采取任何制止的措施,导致顾客吴某被殴致死。案例来源:网络报道]、2016年轰动全国的7·23老虎伤人案[2016年7月23日下午14时许,赵某驾速腾车与其夫刘某、母周某和其子(2周岁)到八达岭野生动物世界游览。14时17分该车通过二次检票口开始游览。15时00分07秒~33秒,刘某将车停在距东北虎园西北门出口19米左右柏油路中间,赵某从副驾驶位置下车,向车头前方绕行。位于速腾车右前方约13米的标号为3号的巡逻车司机发现赵某下车,立即用车载高音喇叭警示喊话要求其上车。同时,速腾车左后方的两辆自驾车按响车喇叭进行警示。随后赵某绕到速腾车主驾驶室门外,并侧身向车尾方向张望。此时,位于速腾车西侧约13米平台上的第一只虎窜至赵某身后,咬住其背部,并拖回该平台,该平台的另一只虎撕咬赵某面部右侧。刘某下车,向前追赶几步又返回。15时00分32秒,周某打开左后车门与刘某追至该平台坡下。15时00分33秒,标号为3号的巡逻车拉响警报冲上柏油路,对虎进行驱赶。同时用对讲机呼叫标号为8号的巡逻车进行支援。事故导致周某死亡、赵某重伤。案例来源:网络报道及北京相关部门的通报],等等。这些案件社会影响巨大,往往造成了消费者的人身伤亡,对消费者个人或者家庭造成巨大不幸。还有无数的消费者受损案件,尽管没有造成消费者的人身伤亡,但也往往导致消费者个人或家庭生活的不便或者心理上的阴影,极大地影响了消费者的消费行为,对社会经济的发展、社会的稳定造成很大不利。

消费者权益保护法以保护消费者为己任,并为此构建了较为完整的制度体系。中国修改后的《中华人民共和国消费者权益保护法》(简称《消法》)甚至通过增设消费者的无条件后悔权制度、加重对经营者的惩罚性赔偿责任等,以彰显对消费者特殊保护的态度和决心。基本共识是,消费者在消费活动中权利受到损害的,经营者应当承担民事赔偿责任。然而,消费者权利形式和内容丰富,受损害的权利类型不同,受损害的具体情形不同,民事责任的承担应有所差异。这在消费安全的问题上尤其明显。消费者的安全受到损害,是完全由经营者承担民事责任;还是视具体情形,依据一定的原则,在经营者和消费者之间进行合理的分配;甚至在一定情形下应由消费者自行承担,是消费者权益保护法应加以解决的问题。

本文试对此进行探讨,以期对消费者权益保护法的实施有所裨益。

二、消费者权益保护法在消费安全上的制度缺陷

消费者权益保护法上的消费安全是指主体的安全,即消费者在消费活动中,具有充分的安全感,人身、财产、信息

不会因为消费行为而受到损害。消费者的安全受损害,是在生活消费中造成,消费者的安全受损与消费行为有因果关系(消费行为既可能是现实的,也可能是潜在的)。不是在生活中消费中受到损害,不属于消费安全的问题,不受消费者权益保护法保护。

秉承消费者是弱者,是“弱而愚”的受害者的假设,消费者权益保护法从出现,便为消费者设计了一套特殊的保护制度,出现了所谓“从平等走向倾斜”^[1]的立法倾向,制度框架以“消费者权利——经营者义务——经营者责任”为逻辑线索进行展开。在消费安全的问题上,也是如此。在1962年3月15日肯尼迪总统发表的特别咨文所提出消费者的四项基本权利中,第一项即为安全权。各国(地区)的消费者保护法对消费者保护的焦点,也是消费者的安全问题。把消费安全放在消费者权益保护法的第一位进行规定,是全球消费者权益保护立法的共识。^①

中国《消法》也是按此逻辑进行制度构建。《消法》规定的消费者九项权利,第一项便是消费者的安全权。同时,规定了经营者的安全义务,以及消费者安全权受损害时经营者所应承担的包括民事责任在内的法律责任。

消费者权益保护法并未按传统“权利——义务对应”“义务——责任”相连的关联关系^[2]来构建消费安全的保障体系,造成经营者与消费者的法律待遇在形式上不公平的状态,目的在于对消费者进行倾斜性保护,使消费者与经营者之间从形式公平而实质不公平的状态,拉回到形式的不公平而实质上公平的状态来,这样的制度设计,立法理念和方向无疑是正确的。然而,理念和方向的正确,不意味着制度本身尽善尽美。实际上,即使修改后的《中华人民共和国消费者权益保护法》,在消费安全的保障制度上,仍然存在着严重的缺陷。表现在:

(一)安全权的内容不能适用现代信息社会的需要

人身安全和财产安全是传统农业社会、工业社会之下的基本安全理念。随着网络技术和大数据技术的产生和突飞猛进的发展,人类社会进入了信息时代,包括消费者个人信息在内的各种信息不仅仅具有交流、传递等功能,更为重要的是信息已经财产化、商品化,信息具有重要的商业价值。消费者的个人信息,比如消费者的个人情况、职业、消费能力、消费习惯、消费记录等,对经营者而言往往具有重大的商业价值。而消费者的个人信息,往往是消费者的个人隐私,一旦泄露,将为消费者带来巨大的麻烦,甚至引起消费者人身、财产安全的损害(2016年8月29日晚上11时许,清华大学一教授,被冒充公检法电信诈骗人民币1760

^① 中国台湾地区的《消费者保护法》所规定的“消费者权益”,第一位是“健康与安全保障”,日本《消费者保护基本法》所规定的“关于消费者保护之措施”,第一位也是“危害之防止”,即消费安全的规范。《联合国消费者保护指南》所规定的“指南之目的”,第一位也是“保护消费者免于健康及安全之危害”。

万元,据报道该 1760 万元是教授刚刚出售一套住房的款项,而教授卖房的所有信息,骗子掌握得一清二楚。1760 万元款项进账的第二天骗子即打电话给教授,致使教授受骗)。因此,在当今信息时代,消费安全除传统的人身安全和财产安全之外,还应关注消费者个人信息的安全,并确定为消费者的一项法定权利,即消费者个人信息安全权(消费者的个人信息安全,是在消费者的隐私权中还是在消费者安全权中进行制度安排,有待讨论。本文认为,放在安全权中,作为消费者的信息安全权,更为恰当)。

(二) 权利、义务、责任三者之间缺乏足够的应性

消费者权益保护法并没有规定消费者的义务,以及经营者的权利,这种倾斜性、“拉偏架”的立法模式,总体上并没有错误。消费者权利众多,如果说在某些问题上这种倾斜性的立法有合理性,在消费安全则应重新审视。事实上,在消费安全问题上,消费者在享有安全权的同时,应承担足够的安全义务,反过来,经营者在承担安全义务的同时,应有相应的权利,比如消费者不顾自身或他人安全而消费时,采取应急措施或者补救措施的权利。

当今信息社会和风险社会,消费者个人信息保护应当纳入消费者权益保护视野,中国修改后的《消法》对此已有回应。比如第 29 条关于经营者安全义务的规定。^①但是经营者的这个安全义务,并未对应地在消费者安全权中体现出来。尽管规定了消费者的个人信息权,但它是放在消费者受尊重权,即 14 条中规定的。^②信息安全在现行《消法》的规制是混乱的,不成体系的。笔者认为,把个人信息受保护的权力作为消费者受尊重权的一个组成部分,是不恰当的,因为个人信息权并不是隐私权,两者性质完全不同。把消费者个人信息受侵犯的民事责任与消费者人格尊严受损害的民事责任等同看待,也不尽合理。权利、义务与责任之间的对应关系,也有不完善的地方,比较明显的是,消费者是在消费商品或者服务中,其安全可能受到损害,那么法律责任,应区分商品导致的损害和服务导致的损害,两种损害在责任承担上有很大不同。而目前的《消法》的责任制度主要是针对商品消费活动的法律责任。有学者建议“关于经营者承担民事责任的情形中增加‘服务存在缺陷的’的内容”^[3],是有一定合理性的。

(三) 民事责任在不同主体之间的分配缺乏明确的规定,没有可供操作的规则

义务的后果是责任,有义务便有责任,无义务便无责任。在消费者权益保护法中,基于“消费者权利——经营者义务”的关联结构,似乎消费者并没有义务,而经营者只负有义务,并没有相应的权利。在此结构之下,民事责任由法律义务的承受者——经营者——来承担,便是顺理成章的事。正是在这样的逻辑前提下,中国《消法》在第七章“法律责任”一章中,只规定了经营者的包括民事责任在内的法律责任,从第七章规定的字面上,是看不出消费者要不要承担或者如何承担民事责任的。

如果说在有些情形下消费者权利受损应由经营者完全

承担民事责任有其合理依据的话,消费安全问题上一概由经营者承担责任,则不见得真正体现了法律的公平,甚至造成新的不公平。正如学者所指出的那样,“消费者权利体现出‘权利——无义务’‘无义务——责任’;‘权力——无责任、责任——无权力’这样一种矛盾的法权结构,使得消费者权利的权利构成具有关联结构与矛盾结构的双重属性。”^[2]消费安全中民事责任的类型主要为侵权责任,无论是侵权责任的法理,还是侵权责任的制定法,侵权责任都有一个归责的问题,也就是法律责任在不同主体间的合理配置问题。大量的实际案例也可印证,消费者在人身、财产或者信息受到损害时,法律责任的承担上既可能完全由经营者承担,也可能应则经营者与消费者分担,甚至由第三人承担。因此,消费者安全权受到损害的民事责任,应在不同主体之间进行合理的配置,但现行消费者权益保护法并没有显现出这种法律思想,是中国现行消费者权益保护法在消费安全问题上制度的一大缺陷。

三、合理分配消费者与经营者民事责任的法理依据

消费者相对于经营者而言,存在“经济实力的不对等、争讼成本外部化转嫁能力的落差、财富转移的负面效应、市场结构的不均衡以及消费者集体维权的高额成本”^[4]等种种问题,导致消费者处于弱者地位,以致专门制定消费者权益保护法,以保护消费者这个弱势群体。消费者权益保护法的出现,使消费者这种法律主体不同于传统民法中的自然人这种民事主体,消费者与经营者的关系也不仅仅受合同关系的约束,甚至可以打破传统民法中的平等、公平原则的限制,打破合同相对性的限制,在法律上只单一规定消费者对经营者的权利、经营者对消费者的义务;使与经营者不具有合同关系的商品使用者或者服务接受者、未支付任何对价的商品使用者或者服务接受者,也可受消费者权益保护法之保护。^[5]消费者权益保护法如此立法的原因在于,由于上述问题的存在,消费者与经营者之间形式上的平等关系,掩盖了实质上的不平等,出现了经营者对消费者的“店大欺客”等现象,消费者权益保护法通过倾斜性的制度设计,强行将消费者与经营者间的实质不平等关系拉回到实质平等的正常状态来,使市场交易得于健康发展。

应当明确的是,消费者权益保护法所秉承的“从平等走向倾斜”“从契约到身份”的价值理念,目的在于使消费者与经营者之间的关系从不正常状态回到正常状态,而非为倾斜而倾斜,并不是将消费者与经营者的关系从一种不平等

^① 《中华人民共和国消费者权益保护法》第 29 条:“经营者应当采取技术措施和其他必要措施,确保信息安全,防止消费者个人信息泄露、丢失。”

^② 《中华人民共和国消费者权益保护法》第 14 条:“消费者在购买、使用商品和接受服务时,享有人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利,享有个人信息依法得到保护的权利。”

转向另一种不平等。

法律制度都是在一定价值理念的支配之下加以制定并实施,消费者权益保护法也是如此。消费者与经营者的关系,传统观念认为是合同关系,受合同法的调整。而合同关系的基本价值理念是公平、自由。这种理念在传统农业社会甚至工业社会的早期,用于规范商品交易活动中的买卖双方关系,并据此构建规范买卖关系的法律制度,是足以充分反映当时的社会现状,并充分保护买卖双方的利益的。然而,人类社会进入高度发达的工业社会,直至今天的信息社会以后,商品交易的范围、程度不断扩张与扩展,传统民法对商品经济关系甚至更为复杂的市场经济关系的调整出现了捉襟见肘的状况。表现在,简单商品交易活动中的主体,主要为个人或者简单的经济组织,交易双方在交易活动中不仅在形式上,而且在实质上能够保障公平与自由,由此在法律主体上,体现为单一的自然人,或者反映工业社会初期特征的市场主体——法人。自然人或者法人,传统民法主要是从自然经济或者简单商品经济的属性而非市场经济的属性加以确立,这些主体在交易中受传统合同法规则制约,在具体的交易活动中则往往遵守两个基本的民法规则,即权利义务的对等性和合同的相对性。然而,人类社会进入高度工业化以及信息化以后,传统的自然人——法人主体结构不能适应社会发展的需要,由此建立的规则不能充分保障各方利益。由此,即使民法本身,为适用社会的发展,对其主体体系也进行了丰富,在传统自然人——法人结构之外,构建了更能反映市场经济特征的主体体系,即消费者——经营者主体结构,甚至为弥补传统民法对现代社会调整之不足,出现了类似经济法、劳动法、环境法等新兴法律部门,并构建了不同于传统民法的新的主体体系,如竞争者、劳动者等。新主体的确立,打破了传统民法对主体之间法律关系的规范原则,形成了一些新的规则。比如,特定交易活动中的主体,在权利义务上的不对等,比如消费者只享有权利而不承担义务等。并且,权利义务关系不受合同相对性的限制,而是直接依据一定的身份(从契约到身份)即可与另一主体建立,比如消费关系,即是如此。

本文无意讨论消费者权益保护法的立法理念,但认为,无论消费者权益保护法在立法上如何倾斜,如何对消费者采取特殊的保护,都不能背离以下基本理念:

(一)消费者权益保护法的立法目的在于保护消费者,而非纵容消费者

消费者权益保护法的立法目的在于保护消费者,使消费者权益受到经营者的损害时,可依消费者权益保护法所确立的特殊制度得到充分的救济。但并非说,消费者的权利可以无限扩张,可以任意甚至“任性”行使。事实上,消费者在消费活动中,是有一定的义务的。有不少学者认识到了消费者权益保护法在消费者义务规定上的不足,^[6]甚至发出“何处寻找消费者义务”^[7]疑问,应当说这些学者认识到了消费者权益保护法在保护消费者上的基本态度。当然,法律上是否有必要明确规定消费者对经营者的义务,有

待商榷,但是消费者在消费活动中的隐含义务,是显而易见的。这个义务便是,作为一个理性的,具有正常判断能力的消费者在消费活动中的基本注意义务。消费者权益保护法的目的在于保护消费者,而非纵容消费者,这就要求消费者在消费活动中,既要尽到其基本的注意义务,同时也不能过度行使权利,甚至滥用法律所规定的权利。

消费者权益保护法的目的在于保护消费者,而非纵容消费者。对消费者的纵容,既不是现代法治社会的正常法律理念,也会对包括消费者在内的市场主体造成伤害,损害了法治的精神,损害了经济的发展。

(二)消费者权益保护法的目的在于保护消费者,而非牺牲经营者

消费者与经营者是一一对应的法律主体,他们处于商品交易活动的两端,消费者所需要的商品或者服务由经营者提供,经营者所生产的商品或者服务只有通过消费者的消费而实现价值,实现“惊险的一跃”。消费者与经营者都是理性的“经济人”,都是为实现自身利益最大化而从事交易活动的主体。因而,从交易关系的形式上看,两者之间具有矛盾的一面,消费者在消费时尽量通过“货比三家”、压价、砍价等方式,从经营者处以最低的价格取得最多的商品或者服务;而经营者则通过优质的商品或者服务,甚至通过垄断、欺诈等手段,以尽量高的价格向消费者出售商品或者提供服务。因而,从经济利益的角度讲,消费者与经营者是“敌对”关系,消费者的福利以“牺牲”经营者的利益为代价,经营者的利益与“牺牲”消费者福利为条件,两者之间在经济利益上似乎存在此消彼长的关系。

消费者与经营者之间这种“敌对”关系,只是经济利益上所反映。事实上,两者的矛盾只是事物的一方面,而且是一种表象。消费者与经营者之间更为重要的是相互依存、相互合作、互通有无的关系。没有经营者提供商品或者服务,消费者便无从消费,没有消费者的消费,经营者的商品或者服务便失去了价值,成为无人问津的废品。

当今社会,私人消费品的绝大部分,是由以公司为主的种种经营者所提供,经营者所提供的消费品的数量和质量,决定了一个国家的消费水平,决定了一个国家的发展水平,甚至决定了一个国家的国民素质。在市场经济中,只有经营者正常发展了,这个国家的经济才能正常发展,因为它是所有消费者的提供者,是市场经济活动中的“供给侧”,经营者在经营活动中受到任何制度的不公,或者执法的不公,都是对经营者的伤害,都对国家的发展造成不利影响。任何法律制度,如果其立法目的或者宗旨是以牺牲经营者为出发点的,这样的法律注定是错误的法律,是“恶法”而非“良法”。

消费者权益保护法也是如此。消费者权益保护法是保护消费者,给消费者以特殊保护,倾斜性保护为特点的法律。但消费者与经营者之间并非敌人,而是处于一个利益共同体的朋友。在消费者与经营者之间并不是非此即彼的关系,并不是说保护消费者便要牺牲经营者。消费者权益

保护法的本意并非损害甚至牺牲经营者,而是在保护消费者的同时,也保护经营者。

总之,消费者权益保护法是通过特殊的制度构建以实现消费者与经营者之间的利益平衡,而非造成新的失衡,并不是要“制度所造成的不平等凌驾了自然的不平等”。^{[8](P90)}

在消费者的人身、财产或者信息安全受损害的情况下,一概由经营者一方承担民事责任,或者是纵容了消费者,或者损害了经营者,或者兼而有之,这都不是消费者权益保护法这个以追求“实质正义”为宗旨的法律所要达到的结果。只有遵循一定的归责原则,依据案件的具体情形,在经营者与消费者之间,进行民事责任的合理分配,才能实现消费者权益保护法所要追求的价值目标。

四、消费安全中民事责任分配的归责原则

(一)归责原则的多样性

消费者安全权受损害,民事责任的性质是侵权责任。侵权责任都需要依据一定的归责原则,在不同的主体之间进行合理的分配。《中华人民共和国侵权责任法》所规定的归责原则包括过错责任、无过错责任、过错推定责任。另外,依《中华人民共和国民法通则》还有公平责任。消费者安全权受损害,在民事责任的承担与分配上,所涉及的归责原则应包含侵权责任法中的所有归责原则。消费者安全权受损害的情形不同,所采用的归责原则有所差异。通过这些归责原则的合理采用,可以达到消费者与经营者之间民事责任合理分配的效果。

(二)消费者安全权受侵害的内容不同,归责原则有所不同

1. 消费者人身、财产安全受侵犯,应分别不同情形而适用过错责任、无过错责任、过错推定责任,或者公平责任。消费者人身、财产安全受损害,既可能是消费者自身的原因所造成,也可能是经营者原因所造成,甚至是其他原因所造成。既可能是消费客体所造成,也可能是消费环境所造成。应根据消费者人身、财产安全受损害的不同原因,分别适用不同的归责原则,从而达到民事责任上的公平合理配置。

2. 消费者信息安全受侵犯,应适用无过错责任或者过错推定责任。消费者信息与普通的个人信息有相通之处,现实生活中绝大部分的个人信息受侵犯都是由于其在生活消费活动中向经营者提供了有关个人信息而导致。因此,严格讲,消费者信息与个人信息是重合的,两者是一回事,只不过放在不同的语境中而表述不同。

个人信息受侵犯时民事责任的归则原则,《中华人民共和国侵权责任法》未作明确规定,学者持不同意见。笔者认为,在信息社会和大数据时代,消费者的个人信息往往成为不法人员随意侵犯消费者的工具,消费者甚至完全暴露在不法人员之下任其蹂躏,使消费者受到巨大的伤害。在消费者个人信息的保护措施上,应采用一些特殊的手段,建立

一些倾斜性的保护制度,以彰显消费者权益保护法在保护消费者信息安全上的决心和态度,也与消费者权益保护时立法宗旨相符。

基于此,笔者认为消费者的信息安全受到侵犯,应适用无过错责任或者过错推定责任。第一,消费者能够指明所受侵犯信息的来源或者具体的侵权人,消费者只需证明其与经营者存在消费关系,便应由经营者承担侵权责任,而不考虑经营者是否存在过错。在清华大学教授被骗案中,教授被骗是因为教授刚刚卖掉一套房,而骗子很快便得知了教授卖房的信息,说明教授卖房的信息已经通过相关的经营者(房地产交易中介机构)泄露,教授作为服务消费者的个人信息受到侵犯,在此情形下他(她)只需证明与中介机构的消费关系,并且受侵犯的信息来源于此消费关系,则经营者便应承担侵权责任。当然,卖房信息不只是中介机构掌握,除中介机构外的其他人,比如产权登记机关、税务机关,甚至买房者都可能掌握卖房者的个人信息,消费者信息受侵犯可能是来自经营者之外的第三人,在此情况下消费者仍然可追究与其有直接消费关系(房屋中介合同关系)的经营者的无过错责任,经营者承担后可再向真正的侵权人追偿。第二,消费者无法确定受侵犯信息的来源,或者侵权行为的具体来源,应由适用过错推定原则,由经营者举证,证明其无过错,不能证明的,视为有过错,承担赔偿责任。如果所涉及的经营者众多,消费者可以选择其中之一要求赔偿,也可要求众多的经营者承担连带责任。比如,消费者收到诈骗电话,电话明确指明消费者的旅游信息,但未指明是哪一次旅游,而消费者由于旅游次数众多,无法确定泄露其旅游信息的具体经营者(旅行社),则可任意选择一个曾与其有旅游消费关系的经营者进行赔偿,经营者如不能证明其无过错的,则应推定有过错,也就是推定是其泄露了消费者的信息,由其向消费者承担赔偿责任。消费者也可要求所有曾与其有旅游消费关系的经营者赔偿,由他们承担连带责任。当然,如果消费者收到的诈骗电话明确指明了某一次旅游的具体信息,则应适用无过错原则,直接追究此次旅游消费中经营者的赔偿责任。

(三)消费客体不同,归责原则有所不同

消费客体也就是消费品,包括商品和服务两大类。消费者安全权受损害,既可以在消费商品的过程中引起,也可以在消费服务的过程中引起。这两种情形导致消费者安全受损,归责原则有所不同。

1. 因商品消费而受损害,适用无过错责任。商品不符合质量要求,有缺陷和瑕疵两种情形。缺陷商品可能导致消费者的人身、财产安全受到损害,瑕疵商品一般只会影响商品的使用效果,而不会导致消费者安全权的损害(消费者安全权中的人身、财产损害,是指消费者在商品或者服务消费活动中导致的消费品之外的人身或者财产损害。当然,经营者向消费者提供的商品有缺陷或瑕疵,缺陷或瑕疵商品本身对消费者而言也是财产损失,但这种财产损失应由消费者与经营者之间的消费者合同加以解决,法律责任属

于合同责任而非侵权责任。对于产品自损的赔偿责任问题,马一德:《论消费领域产品自损的民事责任》,《法商研究》2014年第6期)。对于缺陷商品,产品质量法、侵权责任法等明确规定采取无过错责任原则进行归责。

2. 因服务消费而受损害,应适用过错原则或者过错推定原则。服务包括物型服务、行为型服务和叠加型服务三种类型。^[9]对于因服务消费而导致消费者的安全权受损害,应如何归责,学者有不同看法。有学者认为,“应当根据不同的服务类型,分别适用无过错责任原则或者过错推定原则,在特别的情况下适用过错责任原则”。^[9]有学者认为,“对缺陷服务提供者给消费者造成的人身、财产损害施以无过错责任”。^[3]

与商品不同,服务只有缺陷,而不存在瑕疵的问题。服务缺陷,既可能导致消费者的人身或者财产安全受到损害,如推拿按摩导致骨折等;也可能仅仅使消费者的消费感受受到影响,如降低了消费的舒适度、刺激感等;也可能达不到消费者对服务消费的预期目的,如看病误诊等。服务缺陷与消费者安全之间的关系非常复杂,有些服务缺陷导致消费者安全权受损害,有些服务缺陷则仅仅影响消费者的消费感受。只要服务缺陷,经营者便承担赔偿责任,将会置经营者无法生存的境地,这与本文所提出的“保护消费者而非损害经营者”的理念不符。因此,对于服务缺陷,如法律无明确规定,应依过错原则进行归责,即有充分证据证明服务缺陷是由于经营者的过错造成,并且服务缺陷导致消费者安全受损害的情况下,经营者承担赔偿责任,否则应依公平原则进行处理。当然,有些特别法可能对某些类型的服务,在归责原则上明确规定采取过错推定原则,则应依特别法的规定处理。如医疗事故的民事赔偿责任,依相关法的规定,采取过错推定原则。

(四)特殊情况下,可适用公平原则

《中华人民共和国侵权责任法》并未规定公平原则,但《中华人民共和国民法通则》作了规定。公平责任在消费安全的归责上,具有更为重要的意义。许多情形下,消费者的安全受损害,不能适用无过错原则,也无法以过错原则或者过错推定原则进行归责。造成这种情形的原因在于,消费者的安全受损害,尽管是在消费活动中造成,但造成损害的原因既不是经营者,也不是消费者自己。造成损害的原因可能是不可抗力、偶发事件等,比如旅游时突遇自然灾害致消费者伤亡等;也可能是第三人的原因,如消费者在消费时遇偷或者遇抢等,甚至可能出现类似珠海五月花爆炸案这样的情形导致消费者与经营者均受损。这些情形的财产损失,完全由经营者承担显然不公平。但消费者的损害与经营者有某种程度的关联,比如损失是在经营者所提供的消费场所造成、损失是在商品或者服务消费活动中造成,等等。此时尽管经营者没有过错,但这些损失全部由消费者自行承担,不符合消费者权益保护法对消费者进行倾斜性保护的立法精神,也会导致经营者失职从而给消费者造成其他损失的可能。因而,这些情形之下消费者的损失,应适

用公平原则,在经营者与消费者之间进行合理的分配,以使消费者的损失得到一定程度的弥补;同时也体现出经营者的人道主义精神,体现经营者的社会责任。当然,公平原则并不是惩罚过错,而是在于分担损失,也就是说公平原则要求经营者承担了其不应当承担的责任,因而公平原则应严格限制,不能滥用,不能使经营者陷于严重的财产负担之中。

五、过错认定在责任分配中的作用

许多情况下,对经营者和消费者主观过错的认定,影响了两者之间民事责任的分配。消费者的安全权受损害,是在消费者的商品消费或者服务消费中导致的,也就是现实的消费者在消费活动中安全权受损害,那么应依所过错责任、无过错责任或者过错推定责任,以及公平责任原则进行归责。除适用无过错责任的情形,如缺陷商品的情形,过错的认定对经营者与消费者之间民事责任的分配没有实质性影响之外,其他几种归责原则都有一个过错的认为问题,这是区分经营者和消费者责任的关键。再则,消费者权益保护法所指的消费者,不仅仅指现实的消费者,也包括潜在的消费者,比如消费者就餐时还未点餐即因餐馆地滑而摔倒造成身体伤害、消费者在商场未购物而遇偷盗或抢却造成人身或财产损失等,这些也属于消费者,受消费者权益保护法的保护,他们的人身或者财产损失也应依一定的原则进行分配。

认定过错的作用在于,除适用无过错责任原则进行归责的情形外,消费者安全权受损害的,都应根据经营者或者消费者的主观过错来分配民事责任。属于经营者一方过错的,由经营者向消费者承担民事责任;属于消费者自身过错的,应由消费者自行承担,经营者是否对消费者进行人道主义救助取决于经营者自身的愿望,法律不应强行规定,法院也不应强行判决;双方都有过错的,应根据过错程度在经营者与消费者之间进行合理的分配;双方都没有过错而消费者又有人身或者财产损害的,则应依公平原则在经营者与消费者之间进行合理的分配。

(一)经营者过错的认定

经营者是否存在过错,主要看其是否承担了消费者权益保护法所明确规定的义务。一般而言,可从以下几方面判断经营者是否履行了安全义务:

1. 消费客体是否符合要求。《消法》明确规定:“经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。”^①这是经营者所应承担的保障消费客体安全的义务,也就是物的安全义务。经营者向消费者所提供的商品有缺陷的,应依相关法按无过错责任原则归责;商品有瑕疵的,一般不会造成消费者安全的损害。因而商品消费中,过错的认定对民事责任的分配没有意义。消费者只需证明消费关系的存在,并按规定程序确认商品存在缺陷,则应完全

^① 《中华人民共和国消费者权益保护法》第18条。

由经营者承担赔偿责任。

服务消费则不同。服务消费中只有经营者存在过错的,才向消费者承担赔偿责任。经营者提供服务是否存在过错,主要判断依据是经营者在提供服务时是否符合法律规定的,或者其他相关规则规定的(如行业规则),或者经营者自行通过店堂告示、服务合同等形式向消费者承诺的服务规程或服务流程。符合这些规程或流程的,经营者则没有过错,消费者在接受服务时人身或者财产安全受损害的,应由消费者自行承担责任或者采用公平原则进行处理。有些服务即使符合规定的规程,但由于服务本身的性质,也可能造成消费者的不安全,如医疗服务,再怎么完备的规程,无论如何遵守规程,都有可能误诊、手术失败等事件;一些冒险性甚至危险性服务项目,如漂流、蹦极等,本身就存在极大的危险性,随时可能发生事故而危及消费的人身安全,对于这些类型的服务,只要经营者完全遵守了操作规则,则应不存在过错,消费者安全受损的,或者属于“容许性危险”,或者是消费者“知情同意”,^①经营者没有过错,不应承担赔偿责任,或者仅承担公平责任。

由于服务类型多种多样,判断经营者提供的服务是否符合规范要求,是否存在过错较为困难。我们认为可区分服务的不同类型,综合考虑各种因素进行判断。一般而言,物型服务、叠加型服务中,服务物化的成果存在不合理的危险,则应认定经营者有过错。行为型服务,经营者是否存在过错,则应综合各种因素加以考虑。比如按摩,按摩师完全按操作规程操作,但按摩所用力度不同,都可能影响消费者的心理、身体感受,甚至影响消费者的身体健康。在此情况下,可依结果反推过错,即只要消费者人身受到损害,则应推断经营者存在过错,承担相应的民事责任。

2. 消费环境是否符合安全性要求。消费环境包括硬环境和软环境两大类。消费硬环境包括消费场所、消费设施等,对于宾馆、商场等具有公共经营场所的经营者而言,消费硬环境的安全是经营者最基本的安全义务。比如商场营业大厅是否存在墙体脱落、电线是否外露、电梯是否存在安全隐患等。湖北荆州电梯案,属于典型的消费硬环境存在缺陷导致的安全事故,过错完全在经营者一方。

消费软环境,是消费场所、消费设施等硬件之外,不一定具有物质载体的消费环境,或者物质载体仅仅是消费环境的外在表现。消费软环境主要体现的是经营者在人文关怀或者精神情感上对消费者安全的关注,但这种关注也是经营者安全义务的有机组成部分。主要表现为对于消费者可能忽视的安全隐患尽提示、告诫等义务。比如,天气潮湿可能导致地板打滑,经营者应在醒目之处有提示标志、经营场所所有小偷出入应提醒顾客加以注意、银行自动取款机对于顾客注意保护密码等提示标志等。可能是如警示等。

在过错认定和责任承担上,消费硬环境是主要因素,消费软环境是参考因素。硬环境存在不合理的危险,导致消费者受损,则完全由经营者承担责任;消费软环境符合正常的安全要求,消费者安全受损的,则应看消费者是否尽了合

理的安全注意义务,否则消费者也应承担相应的责任。

3. 安全防范措施是否及时、得当。包括事前、事中、事后防范三个方面。事前防范,比如对于安全隐患是否采取了消除或防范措施;是否提前告知了消费者,是否向消费者传授了相关的安全防范措施等。对于危险的消费,是否采取和提示、告知等措施。实践中对于一些存在危险的消费项目,比如野生动物园游览、漂流、医疗手术等,经营者在提供消费之前都会要求消费者签订相关的格式合同,合同中有注意事项以及免责条款等,这样的格式合同即使依消费者权益保护法或者合同法是无效合同,但也可以认为经营者预先采取了安全防范措施,如消费者受到损害,可以此为证据认定经营者没有过错。

事中防范。正在进行的消费遇上危险是否及时采取措施以消除危险、正在遭遇的其他危险是否采取的必要的措施加以制止等。没有采取措施或者措施不得当、不及时,应认定经营者存在过错。

事后防范,消费者一旦遇上危险,如按摩时受伤,就餐时食物中毒等,是否采取了送医等措施。《消法》第19条规定:“经营者发现其提供的商品或者服务存在缺陷,有危及人身、财产安全危险的,应当立即向有关行政部门报告和告知消费者,并采取停止销售、警示、召回、无害化处理、销毁、停止生产或者服务等措施。”此条规定即为事后安全防范措施。

经营者没有采取安全防范措施导致消费者安全受损害,应认定其有过错。采取了安全防范措施,则要看其防范措施是否及时、得当。及时,就是应在合理的最快时间内采取相关措施,以阻止消费者安全的进一步受损;所谓得当,就是所采取的措施是否在理论上或者事实达到阻止消费者受损的效果。

(二)消费者过错的认定

法律未规定消费者的安全义务,并不意味着消费者没有安全义务。消费者的安全义务,从法理上讲,类似合同法上的默示担保条款,法律不作明确规定或者当事人之间不作明确约定,但事实上应当承担这种义务或者责任。消费者未尽安全义务而导致的损害,应认定其自身存在过错,应与经营者的过错状况相结合,在两者之间就民事责任进行合理分配。

消费者的安全义务,指消费者的基本安全注意义务,也就是一个正常的、理性的消费者在正常消费中对安全性判断、危险承受能力、危险的控制能力、处理能力和应急能力所应具备的最基本的注意义务。这种注意义务是消费者的最低的义务,消费者只要尽到了这样义务,便没有过错。

消费者的基本注意义务,应依不同情形而有所差异。

^① 有学者认为,在医疗事故中,“容许性危险”和“病患知情同意”属于医疗机构免责抗辩情形,也就是此类医疗事故,医院不应当承担赔偿责任,本文赞同此种观点。王者洁、李楠:《论医疗事故民事损害的归责原则及赔偿范围》,《天津法学》2015年第4期。

第一,消费者自身状况的不同,基本注意义务不同。(1)无行为能力人不承担基本注意义务,但无行为能力人与有行为能力人共同消费,基本注意义务由有行为能力人承担。无行为能力人的消费通过有行为能力人而实现,基本注意义务也由有行为能力人承担。限制行为能力人应根据其自身状况、消费环境、消费客体等确定其基本注意义务的层次。完全行为能力人应承担最高层次的基本注意义务。(2)消费者的知识水平、受教育程度、阅历与社会经验等,应当作为基本注意义务的一个参考因素。(3)消费项目的差异,对基本注意义务也有影响。日常生活的基本消费,比如对酱米油盐的消费,应承担最低水平的注意义务;一些专业产品或者服务的消费,则要求更高的注意义务,比如对药品、保健品的消费等;冒险性消费,则要求更高水平的注意义务。

一般而言,应从以下方面判断消费者是否尽到基本注意义务:是否了解所要消费的商品或者服务的基本知识;是否注意经营者在经营场所的警示等标记;是否关注经营者在提供商品或者服务时的告知、提醒等,包括经营者提供的格式条款的内容;是否对自身的人身、财产安全,包括信息安全采取基本的安全保障措施;对一些具有危险性的消费,是否有预知、是否在消费前掌握专业性知识;面临危险时,是否自己在合理范围内采取了处理措施;等等。

六、结语

法律的价值目标是实现公平与正义,消费者权益保护法也是如此。消费者的安全受损害,情形复杂,原因多样,都由经营者承担民事责任,对经营者不公平。应综合采用不同的归责原则,针对消费者安全受损害的不同情形,在消费者与经营者之间合理分配民事责任,才能真正实现消费者权益保护法所追求的实质公平的价值目标。

山东招远案中,消费者的人身安全受损害的时,经营者未采取任何制止措施,没有尽到其对消费者的基本安全义务,过错完全在经营者一方,民事赔偿责任应由经营者承担。而北京7·23老虎伤人案,经营者向消费者提供的是

旅游服务,民事责任分配中的归责原则为过错责任原则。本案经营者提供的服务符合国家的规定,经过国家有关部门许可。经营者提供的消费环境,符合安全要求,消费者遇险时经营者也及时采取了相关措施,因而应当认为经营者在本案中不存在过错。而消费者作为具有完全行为能力人,在消费时没有尽到基本的安全注意义务,具有过错。从现有证据看,相关部门认定本案不属于安全事故是正确的。民事责任应由消费者自行承担。□

【参 考 文 献】

- [1]李友根.从平等走向倾斜——对消费者保护法的回顾与展望[J].法学论坛,2008(3).
- [2]钱玉文.消费安全的法律规制——达芬奇事件引发的思考[J].现代法学,2011(6).
- [3]孙颖.现代风险社会消费者安全权的扩张与保护[J].西部法学评论,2013(2).
- [4]刘俊海,徐海燕.论消费者权益保护理念的升华与制度创新——以我国《消费者权益保护法》修改为中心[J].法学杂志,2013(5).
- [5]孟勤国,戴盛仪.论“消费者”之界定要件[J].理论月刊,2015(2).
- [6]覃有土,晏宇桥.论消费者之义务[J].中南财经政法大学学报,2004(1).
- [7]张永忠.消费者主体地位的理论反思与制度重塑[J].法商研究,2009(3).
- [8]卢梭.社会契约论[M].北京:商务印书馆,1997.
- [9]杨立新,杜泽夏,吴焯.消费者保护中的服务及其损害赔偿[J].法律适用,2016(5).

收稿日期 2016-05-15

[责任编辑 黄世杰]

[责任校对 黄一清]

【作者简介】何仲新(1977~),女,福建漳州人,厦门大学法学院2015级诉讼法学博士研究生。福建厦门,邮编:361005。