

罗马法中客服设施经营人的承保责任 及其在现代法中的继受和发展

徐国栋*

摘要:古罗马的客服设施包括船舶、客栈、车马店三种,公元前2世纪,裁判官颁布告示,在把财物交给这些设施的经营人保管的情况下被盗时授予旅客对抗此等经营人的诉权,课加他们严格责任,按准私犯定性他们的行为。尔后,法学家不断扩张这一告示的适用范围,从而达成了对旅客财产的更完善保护。现代国家在民法典或商法典中继受了这一制度,并进一步扩张其适用范围,使其涵盖对旅客人身安全的承保。但多数国家把客服设施经营人的责任改为合同责任,按照紧急寄托处理,并设定了经营人责任的上限。我国关于客服设施经营人对旅客人身和财产承担的保全责任采用经验型立法方式,十分零碎,漏洞很多,而且采用过错责任,对旅客的保护强度不够。而继受型立法可以继承先驱者的经验,少走弯路,故未来民法典宜在客服设施经营人的承保责任问题上采用继受型立法模式,并课加经营人严格责任。

关键词:承保责任 客服设施经营人 严格责任 合同责任 准私犯责任

罗马法中客服设施经营人的承保责任是对旅客随身携带的物品的安全承担严格责任。它与当下得到热门研究的许多制度有关。这些制度有:(1)旅游合同履行辅助人责任制度。船舶经营人、客栈主、车马店主当然是旅游合同的履行辅助人,如果当时有旅游合同的话。(2)经营场所的安保责任制度,这是指经营者在提供商品或服务时,因为经营场所的安全未能达到保障消费者人身、财产安全的法定要求或者合同约定的标准,导致消费者人身、财产遭受损害,从而应当承担的民事责任。⁽¹⁾我国在这方面的研究成果很多,但少有人⁽²⁾研究这一制度的罗马法起源。(3)严格责任制度,这是一种结果责任和无过错责任,后文将述,罗马裁判官课加客服设施经营人的是严格责任。(4)不作为侵权制度。按照罗马裁判官的设计,客服设施的经营人什么都未做,只要在他们地盘内的旅客的财产蒙受了损害,他们就要担责,他们的这种无为而担责的情势是不作为侵权的类型之一。(5)为他人侵权行为代负责任制度。客服设施的经营人为其雇员的侵权行为甚至其他旅客的行为承担责任,有人认为是代负责任。⁽³⁾(6)消费者保护制度。客服设施经营人的承保责任是对服务的消费者的加强版保护。这六个制度的起源都可追溯到罗马法中的客服设施经营人的承保责任制度,但令我惊异的是,这六个领域的研究者都极少或根本未谈及这些制度的罗马法起

* 厦门大学法学院教授,法学博士。

(1) 参见汤啸天《经营者场所安全责任的合理边界》,载《法律科学》2004年第3期,第121页。

(2) 史尚宽这样做过。参见史尚宽《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第527页。

(3) 龚海阳的意大利语博士论文涉及这一方面(Hai Yang Dou, Responsabilità per fatto altrui, Università di Roma, Tor Vergata, 2009/2010)。另外, Claudia Alesandra dos Santos Madaleno的葡萄牙语博士论文也涉及这一方面(Responsabilidade Obrigacional Objetiva por fatto de Outrem, Universidade de Lisboa, 2014)。

源,为了填补这个空白,写作此文,在这方面做一些开拓,也为我正在以集腋成裘的方式撰写的《罗马商法要论》著作贡献一章。

一、客服设施经营人的承保责任制度产生的时代背景

公元前2世纪,裁判官颁布了关于船舶经营人、客栈主、车马店主的承保责任的告示。⁽⁴⁾它规定:经营船舶、客栈、车马店的人,要对发生在其经营场所的盗窃行为对旅客承担责任。⁽⁵⁾这个告示证明,在公元前2世纪,罗马人的旅行和旅游已十分普遍,船舶、客栈和车马店是基本的服务旅客的设施,其间经常发生盗窃旅客财产的事,为了保护旅客的利益,营造安全的旅行环境,裁判官才颁布了这个告示。换言之,在公元前2世纪之前,要么因为旅行尚不普遍,要么因为尽管旅行普遍但针对旅客的盗窃不普遍,裁判官没有必要颁布这样的告示,因为法律只调整形成了规模的生活事实。

那么,公元前2世纪是个什么时间,那个时候的罗马是个什么样子?只要看一下罗马史年表,就可快速回答上述问题。要言之,罗马人在这100年中做了以下大事。

其一,战胜陆上霸主马其顿。公元前200至公元前197年,罗马人在第二次马其顿战争中战胜菲利普二世。公元前196年,罗马人宣布希腊已摆脱马其顿的霸权。公元前171至公元前167年,战胜马其顿并把它分裂为四个小共和国。公元前147年,在巴尔干半岛组建马其顿行省。

其二,彻底毁灭自己的海上对手迦太基。在公元前146年完成此业,在迦太基的废墟上建立了阿非利加行省。

其三,修建艾米利亚大道改善意大利北方的道路系统。这条大道从里米尼开端,沿着亚得里亚海到波伦纳、雷焦·艾米利亚、皮亚琴察,然后用另外的名字,一头至帕维亚、奥斯塔以及皮科洛和格兰·圣·贝尔纳多的一些村庄,另一头至拉文纳、的里雅斯特和波拉。⁽⁶⁾

三件大事两武(其一和其二)一文(其三),实际上彼此关联,武为文因。征服自己的陆上海上对手,就改善了自己的陆上海上交通,过去去不得或如果去要护照签证的地方,现在可以自由去了。尤其是摧毁迦太基对于罗马人交通之改善的意义至大。曾几何时,地中海属于迦太基,故迦太基的大使说,没有我们的允许,罗马人不得在地中海洗手。⁽⁷⁾现在,罗马人把地中海变成了自己的内海(“我们的海”),从意大利出发,可以直航希腊。而艾米利亚大道除了具有经济意义外,也有军事意义。公元前2世纪,日耳曼人尚未被罗马征服(后来从未被征服,除了一些部分),这条大道对于运送军队和战争物资具有重要意义。

由于持续的征服,到公元前2世纪,罗马已有8个行省。它们是:科西嘉和撒丁(Corsica et Sardinia,公元前238年)、近西班牙(Hispania Citerior,公元前197年)、远西班牙(Hispania Ulterior,公元前197年)、马其顿(Macedonia,公元前146年)、埃皮鲁斯(Epirus,公元前148年)、阿非力加(Africa,公元前146年)、亚细亚(Asia,公元前133年)、以纳尔波为首府的高卢(Gallia Narbonensis,公元前121年)。⁽⁸⁾这些行省与意大利构成一个共同体,人财物可在其中自由流通。

在这样的条件下,公元前2世纪开启了罗马的商业时代,这一时代持续至公元3世纪。其时,罗马放弃

(4) Cfr. Aldo Petrucci, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, I, Giappichelli, Torino, 2007, p. 120.

(5) 参见《学说汇纂第四卷:恢复原状与责任的承担》,窦海阳译,中国政法大学出版社2012年版,第241页。

(6) 参见[意]格罗索《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第467页及以次。

(7) Cfr. Benito Mussolini, *Roma Antica sul Mare*, <http://www.romaeterna.org/altri/mussolini.html>, 2016年3月2日访问。

(8) 参见徐国栋《罗马公法要论》,北京大学出版社2014年版,第146页。

了农牧经济,以交换为基础的市场经济得到了形成和发展,营业(negotiatio)和企业(taberna instructa)的概念得到了法律承认,并且创立了与商业、金融、运输和服务以及小规模的生产门类的企业活动相联的制度和诉权。⁽⁹⁾

在这样的地缘政治条件下,罗马人为了经商或旅游,通过水路旱路来往于帝国的各个部分之间,为此要利用各种客服设施,在利用中发生问题,裁判官为此颁布告示进行调整,就不是什么奇怪的事情了。

二、公元前2世纪罗马的客服设施

裁判官告示中提到的客服设施有船舶、客栈和车马店三者,前者为水运客服设施,后者为陆运客服设施。以下按类分述。

(一)水运客服设施

水运客服设施即船舶。罗马人原为陆地人民,不谙造船。与迦太基人展开第一次布匿战争后,为海战的需要开始造船。取得地中海的制海权后,罗马人成为海上人民,制造并拥有多种船舶。计有:长船,它依靠划桨推行,但也有帆利用风力推进。⁽¹⁰⁾既然是长船,到底有多长?答曰最长35米,最短的15米。⁽¹¹⁾长船可用来运货,也可用来作战。其次有轻船(Liburnicae),它适合于快跑,原来为海盗所用,后来被借用过来。其三是重船(Onerariae),适合于运送商品。又次分为酒船、粮船和马船,分别用于运送其冠名商品。但也有综合重船(Corbitae),它是最慢最重的商船,用来运送其他种类的大宗商品。⁽¹²⁾其四是快船(Actuariae),它有桨,一可用来转运大船上的货物。例如,用大船从阿非利加运到奥斯提亚港口的小麦要在这里换快船才能溯台伯河而上到达罗马城。二可用来专门运客。⁽¹³⁾当然,除了如上类型的船外,还有渔船、河船和战船。⁽¹⁴⁾它们都不是海商法的调整对象,故存而不论。

重船的吨位从150吨到350吨不等。⁽¹⁵⁾到了图拉真皇帝时代,造船技术进步,运粮船的载重量提高到1200吨到1300吨。⁽¹⁶⁾

那个时候的运客船很少,客运航线也少,例如从现在的阿尔巴尼亚的Dyrrachium到布林迪西的航线处,在其中。多数的情形是货船带客。乘客像多数船员一样生活在甲板上或住在帐篷中。他们自带食材,可以在船上的厨房里煮熟。用水从大木槽中取。条件最好的是从埃及的亚历山大到罗马的运粮船。好处之一是直达;好处之二是空间够大,可以装几百人。⁽¹⁷⁾圣保罗坐过这样的船,他的同行乘客有287人。⁽¹⁸⁾

根据罗得海商法,乘客可带两个孩子同乘。男乘客可占用3腕尺的船上空间,女乘客可占用一腕尺。小孩可占用0.5腕尺。乘客可按量取水。他们不得实施威胁船只安全的行为,为携带的孩子买票,并进行

(9) 参见[意]阿尔多·贝特鲁奇《保护与企业主缔约的第三人制度的起源——对古典时期罗马法的一些规范的分析》,徐国栋译,载徐国栋主编《罗马法与现代民法》第3卷,中国法制出版社2002年版,第31页。

(10) Cfr. Enrico Gandolfo, *La nave nel diritto romano*, Genova, 1888, p. 87.

(11) See Lesly Adkin, Roy A. Adkin, *Handbook to Life in Ancient Rome*, infobase Publishing, 2014, p. 206.

(12) Cfr. Enrico Gandolfo, *La nave nel diritto romano*, Genova, 1888, p. 88.

(13) Cfr. Enrico Gandolfo, *La nave nel diritto romano*, Genova, 1888, p. 89.

(14) Cfr. Enrico Gandolfo, *La nave nel diritto romano*, Genova, 1888, p. 89.

(15) See Lesly Adkin, Roy A. Adkin, *Handbook to Life in Ancient Rome*, infobase Publishing, 2014, p. 206.

(16) See Julian Bennett, *Trajan, Optimus Princeps*, Routledge, London and New York, 1997, pp. 139s.

(17) See Lesly Adkin, Roy A. Adkin, *Handbook to Life in Ancient Rome*, infobase Publishing, 2014, p. 207.

(18) 参见《圣经·使徒行传》第27章,载《新旧约全书》,南京爱德印刷厂印,1988年,第188页及以次。

宣誓。⁽¹⁹⁾

为小孩买票的义务有一个例外。乌尔比安在其《告示评注》第 32 卷(D. 19 2 ,19 7) 中说,如果一个女乘客在被运送过程中分娩,她不必为新生儿付运费,因为为小小的孩子给付的运费微不足道,而且他们不能利用为乘客们提供的一切服务。⁽²⁰⁾

船舶经营人的承保责任只与客运有关,无关货运,但货运中也有船员带上船的财产被其他船员盗走的问题,这种情况不归船舶经营人的承保责任制度处理,而应按《罗得海商法》第 57 条处理:被发现的盗窃者要双倍赔偿受害人的损失,并丧失其所有的收益。⁽²¹⁾

船舶经营人并不见得是船舶所有人,而是经营船舶每日为收支的人,他们可能是船舶所有人,也可能是船舶的承租人(乌尔比安《告示评注》第 28 卷. D. 14 ,1 ,1 ,15)。⁽²²⁾ 其职掌在于选任人员并组织经营。在后种情形,船舶的所有人因为不参与选任人员和组织经营,不承担在经营中对旅客造成损害的责任。因此,船舶经营人承保责任制度采用的原则是“谁管事,谁负责”。

(二)陆运客服设施

上面讲到的船舶是水上客栈,因为在运送过程中旅客住在船上。在陆运中,旅客除了露营,就要住在客栈或车马店里了,前者为不驾车的旅人使用,后者为驾车的旅人使用。

陆上客运主要通过公路进行。公元前 2 世纪,罗马已有如下大道:阿庇亚大道(公元前 312 年),全长 212 公里,从罗马通往意大利南方的加普亚,后来延伸到港口城市布林迪西;奥里略大道(公元前 241 年),从罗马在第勒尼安海一侧通往意大利北方城市 Vada,后来延伸至比萨。弗拉米尼大道(公元前 220 年),从罗马在亚得里亚海一侧通往意大利北方城市阿里米昂,全长 368 公里。艾格纳提亚大道(公元前 147 年),又名东方大道,从罗马沿亚得里亚海岸通往马其顿,直达希腊北部。⁽²³⁾ 这四条大道,前三条在意大利的范围内,第四条就走出了意大利,远至希腊。对于旅行者来说,这是条国际公路。总之,这些大道成为后来的著名的罗马道路网的基础。这个网络的干线部分长达 8 万公里,包括 375 条大路,全部铺石板。加上只铺砂石的支线道路,全长有 15 万公里。⁽²⁴⁾

既然公路上行客运,自然要配备相应的设施,诸如餐馆、客栈和车马店等。公元前 2 世纪的这方面设施的情况如何,已不可考。公元 333 年,一位从波尔多往耶路撒冷朝圣的人留下的一份旅行地图 *itinerarium hierosolymitanum burdigalense* 记下了他途径之地的所有客服设施,作者用城门的图案表示城镇,用马厩的图案表示具备换马及马车修理设施的地方,用房屋的图案表示客栈,用葡萄酒杯的图案表示用餐的地方。基本的格局是客栈与车马店间隔设立。从都灵到瓦兰斯,凡 247 罗马里,合 365 公里。计有 11 个客栈,12 个车马店,12 个就餐点。⁽²⁵⁾ 算下来,隔 33 公里余有一家客栈,隔 30 公里余有一家车马店,并有一家餐馆。三种设施彼此独立,客栈似乎只提供住宿,并不供餐。车马店主要提供以马匹为中心的客服,也不供餐。公元前 2 世纪罗马公路的服务设施大概也是这样的格局。我这是以“近古”推“远古”了。

(19) 参见王小波《〈罗得海商法〉研究》,中国政法大学出版社 2011 年版,第 84 页及以次。

(20) 参见[意]阿尔多·贝特鲁奇《运送合同从古罗马到现行意大利民法典的发展》,徐国栋译,载徐国栋主编《罗马法与现代民法》第 1 卷,中国法制出版社 2000 年版,第 232 页。

(21) 参见王小波《〈罗得海商法〉研究》,中国政法大学出版社 2011 年版,第 218 页。

(22) See *The Digest of Justinian*, Vol. 1, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 416.

(23) 参见王允《浅析罗马道路建设及其历史作用》,东北师范大学硕士学位论文 2007 年,第 3 页及以次。

(24) 参见[日]盐野七生《罗马人的故事 X: 条条大道通罗马》,郑维欣译,三民书局 2004 年版,第 3 页。

(25) 参见[日]盐野七生《罗马人的故事 X: 条条大道通罗马》,郑维欣译,三民书局 2004 年版,第 75 页及以次。

裁判官关于客服设施经营人的承保责任的告示同时提到了客栈和车马店,两者的关系如何,学者们各陈己见。有人认为两者同义词,为了风格的关系裁判官并列两者。但也有人认为两者有别,客栈处在城镇中,而车马店处在郊区或沿路而设。⁽²⁶⁾从朝圣者留下的旅行地图来看,客栈与车马店不是一回事,两者被分别标示。但要说车马店都处在城郊,并不确切,因为都灵、苏萨、第戎、瓦兰斯四个地方的车马店都处在城中,而且这些地方都是既有客栈,又有车马店。

陆运客服设施的经营人也可以是它们的所有人,也可能是租赁这些设施进行经营的人。

三、客服设施经营人的承保责任

(一) 裁判官告示的文本以及法学家对它的解释

在上述客运条件下,裁判官于公元前2世纪颁布告示明确了客服设施经营人的承保责任。其辞曰:船舶、客栈、车马店的经营人,如果不返还任何人为保全而收受的财产,我将授予对抗他们的诉权。⁽²⁷⁾

这个告示明确了三种客服设施的经营人的承保责任,事实上,这个告示原来只规定了船舶经营人的此等责任,不久,扩展到客栈老板和车马店老板。之所以如此认为,乃因为这三种经营人的角色并不完全相同。按照罗马人的法律观,船舶经营人是工作的租赁中的出租人,而客栈经营人和车马店经营人是物的租赁的出租人。⁽²⁸⁾先规定船舶经营人的责任乃因为航运企业比关联的陆上服务企业重要。所以,上述告示是接续发布的系列告示的合成,后来的法学家把它们当作一个告示看待。⁽²⁹⁾尽管如此,从后世法学家对这个告示内容的阐述来看,船舶经营人承保责任仍是这个告示的核心,因为这种责任处在本座的地位,其他两种承保责任都具有准用的性质。

富有趣味的是,餐馆也是客服设施,这个告示却未言及餐馆老板对食客财物的承保责任,这可能因为旅客这餐馆逗留的时间较短,不过夜,所以,他们只好仔细看管好自己的随身财物。幸运的是,这个罗马人留下的漏洞被后世立法者填补了(参见后文)。

“不返还任何人为保全而收受的财产”指经营人本人或其辅助人(两者构成“任何人”)收受的旅客的财物,旅客托付此等财物的目的是求其安全,根据《罗得海商法》⁽³⁰⁾第32条的规定,旅客携带金币或其他物品登船,应交与船长保管。如果不交保管丢失,船长不负责人。⁽³¹⁾可以设想,旅客也有义务把自己的贵重财物交客栈主和车马店主保管。不交保管发生丢失的,客栈主和车马店主本可不承担责任。

但三大客服设施的老板接受了旅客交付保管的财物却不想返还的,就犯了詐欺了,这时,倒霉的旅客就遇到了黑船黑店。这是一种情形,第二种情形是想返还却不能,因为被保管物被盗了,或遭遇灾难灭失了。无论哪种情形,裁判官都授予诉权对抗他们。这时的诉权是事实诉权而非市民法诉权。这意味着市民法过去对此无规定,裁判官以这一告示填补了一个法律漏洞。

(26) Voir Marie - Adeline Le Guennec, *Le Stabulum romain, ecurie ou etablissement hotelier? La Langue juridique et l'usage a Rome*, En Aux Sources de la Mediterranee antique, 2014, Presses Universitaires de Provence, p. 220.

(27) D. 4 9 1pr.。参见《学说汇纂第四卷:恢复原状与责任的承担》,龚海阳译,中国政法大学出版社2012年版,第241页,译文有改动。

(28) See Stanislaw Kordasiewicz, *Receptum nautarum and «Custodiam praestare» revisited*, In *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, LVIII (2011), p. 195.

(29) Cfr. Aldo Petrucci, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, I, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 120s.

(30) 《罗得海商法》到8世纪才编成法典,但在公元前3世纪已经形成并被罗马人采用。参见王小波《〈罗得海商法〉研究》,中国政法大学出版社2011年版,第3页。

(31) 参见王小波《〈罗得海商法〉研究》,中国政法大学出版社2011年版,第215页。

上述告示的文句并未告诉我们授予的诉权的倍数。乌尔比安在对这一告示的评注中告诉我们,它是双倍罚金之诉(D.47.5.1.2。乌尔比安《告示评注》第38卷),这是课加给非现行盗窃者的诉权(1.4.6,23)。(32)这个倍数告诉我们,立法者把旅客交付的财物不还的经营者看作盗窃者。同时,这也是针对否认曾发生过寄托的保管人的诉权的倍数,这种雷同为后世人把承保责任纳入紧急寄托开了路。但否认别人曾让自己保管东西,也是盗窃的一种形式。(33)

在诉讼系属中原告或被告死亡了怎么办?在原告死亡的情形,其继承人可承担诉讼,这实际上是把被继承人开启的诉讼当作诉讼体物继承之。在被告死亡的情形,其继承人不必承担诉讼,因为他们并未实施引起责任的行为(D.4.9.7.6。乌尔比安《告示评注》第18卷)。

另外,如果很快发现了旅客财物的盗贼怎么办?对于客服设施的经营者来说,如果加害人是他雇佣的自由人,他要代其承担责任;但如果加害人是其奴隶,他可通过交出加害人使自己免除责任(D.47.5.1.5。乌尔比安《告示评注》第38卷),这意味着此等加害人将成为受害人的奴隶,直到他们劳动的价值达到了被盗物的价值为止。但如果经营人使用的是他人的奴隶,他要像使用自由人一样自己承担责任。可以想象,在加害人为经营人自己奴隶的情形,如果经营人选择损害投偿解决,一个行旅之中的人要携带一名奴隶赶路,是极为不便的。

但经营人的上述选择权是有条件的,即他们不知道自己的属员实施盗窃的情况,如果他们知情,甚至教唆或协助自己的奴隶去盗窃旅客,他们必须自己承担责任,不能通过交出实际实施加害行为的奴隶使自己免责(D.47.5.1.pr。乌尔比安《告示评注》第38卷;D.47.6.1.1。乌尔比安《告示评注》第38卷)。

在加害人为自由人的情形,并不见得一定是经营人承担责任,这要取决于受害人的选择,如果他选择诉追经营人,当然是经营人根据裁判官法先承担责任,然后他们对盗贼提起盗窃之诉;受害人选择诉追加害人本人的,他们可直接根据市民法诉追之。(D.47.5.1.3。乌尔比安《告示评注》第38卷;D.47.5.1.4。乌尔比安《告示评注》第38卷)。对于一个行旅之中的人来说,撂下正在进行的旅行去告一个贼,很不方便,而且此等贼的责任能力很可能不如一个老板的相应能力。由此可见,课加客服设施经营者责任的裁判官告示的主旨是方便旅客得到损失的赔偿。

那么,如果加害人是其他旅客,怎么办?这要看客服设施是船还是客栈和车马店。在船的情形,经营人不对旅客的行为负责,但他们参与了接受物品的情形除外。在客栈和车马店的情形,要看旅客属于哪种,经营人要长住旅客的行为承担责任,不对短住旅客的行为承担此等责任。对长住旅客的行为负责,乃因为经营人有选择是否接待他们的机会。不对短客的行为负责,就像不对乘船者的行为负责一样,是因为经营人不能选择旅客,作为公共服务设施,他们不能拒绝任何愿意利用的人,所以他们不能代加害旅客承担责任。所以,受害旅客只能诉追加害的其他旅客(D.47.5.1.6。乌尔比安《告示评注》第38卷;D.4.9.1.8。乌尔比安《告示评注》第14卷)。(34)

在罗马法中,诉权分为有期的和永久的,前者必须在一定的期限内行使,此等期限实际上就是诉权的除斥期间,后者可以无限期行使。承保之诉是永久性的(D.4.9.7.6。乌尔比安《告示评注》第18卷)。这种安排有利于旅客:遭受损失后由于任务的压迫必须赶下一段路程的,可以先赶路,等下一次再跟同样的

(32) 但课加否认紧急寄托者的诉权也是双倍罚金之诉。参见[古罗马]优士丁尼《法学阶梯》(第2版),徐国栋译,中国政法大学出版社2005年版,第469页。

(33) 罗马人的盗窃概念是“以获利为目的诈欺地接触物”。保罗《告示评注》第39卷(D.47.2.1.3),参见桑德罗·斯奇巴尼选编:《民法大全选译·债·私犯之债(II)和犯罪》,徐国栋译,中国政法大学出版社1998年版,第55页。

(34) 参见桑德罗·斯奇巴尼选编《民法大全选译·债·私犯之债(II)和犯罪》,徐国栋译,中国政法大学出版社1998年版,第73页。也参见《学说汇纂第四卷:恢复原状与责任的承担》,龚海阳译,中国政法大学出版社2012年版,第243页。

客服设施经营人打交道时再起诉他。“这一次”与“下一次”的时间间隔在罗马时代的旅行条件下(依靠人力畜力而已)可能很长,超过一年。

那么,在罗马法看来,旅客乘船也好,住店也好,都与这些客服设施的经营人订立了一个工作的租赁合同;如果物品是免费接收的,则成立一个寄托合同。这些合同也要给旅客提供一定的保障,为何裁判官不依据合同课加经营人责任,而是依据准私犯课加经营人此等责任呢? 乌尔比安在其《告示评注》第14卷中对此作出了回答:因为按照租赁合同,承运人只对过失负责;按照寄托合同,保管人只对故意负责。所以,这两种合同对于物的所有人的保护力度偏小,为了加大保护力度,裁判官课加客服设施的经营人特殊的看管责任,这是一种严格责任,收受物品的人即使无任何自己的过错,也要承担责任,发生不可抗力情形除外。这里的不可抗力,包括船难、海盗攻击等情形(D.4.9.3.1。乌尔比安《告示评注》第14卷)。(35)

但这种严格责任只是相对的,乌尔比安同时提到,一个允许如此坏的奴隶呆在船上的经营人不被定罪是奇怪的(D.47.5.1.5。乌尔比安《告示评注》第38卷)。这意味着,经营人还是有用人不当的过失,所以,从某个角度讲,上述严格责任实际上还是过错责任,或者像丁玫教授正确地指出的,是推定过错责任,其目的是避免旅客的举证困难。(36)

这样的举证豁免对于一个行色匆匆的旅客来说,是十分必要的。但对于船舶经营人来说是苛重的,所以,允许此等经营人使用免责条款:如果他事先宣布每个旅客应当对自己的物品采取安全措施,并宣布他不对损害负责,而且旅客同意此等宣告,则他免除承保责任(D.4.9.7pr.。乌尔比安《告示评注》第18卷)。(37) 由于要取得旅客的同意免责条款才能生效,免责条款严格说来是免责合意。但航运企业是强势的一方,旅客是弱势的一方,在前者要求免责的情况下,旅客要么同意,要么上不了船,从而完不成自己的旅行,所以只好同意。这样的情境暴露出古罗马就有格式合同问题,以及相应的消费者保护问题。当代意大利学者阿尔多·贝特鲁奇教授敏感地注意到了这一点,着力于研究罗马法对消费者的保护。贤哉斯人!现代法注意改变这一状况,故《埃塞俄比亚民法典》第2669条规定:任何排除或限制旅店主责任的规定无效。(38) 尽管该条的规制对象并非船舶经营人而是旅店主,但法意是一样的。

(二) 法学家们对告示的适用范围的目的性扩张

裁判官确立客服设施经营人的承保责任制度后,法学家们不断扩张其适用范围,以达成对消费者的更高保护。此等扩张包括保护客体的扩张、致害原因的扩张、加害人范围的扩张等方面。以下分述之。

有关裁判官告示保护的客体是什么?从告示的文句来看,是旅客交付经营人保管的物品,这种交付由旅客的“交”和经营人的“收”两个动作构成,换言之,旅客未交保管的随身物品,不在保护范围之内。但这是我的理解,奇怪的是无有先驱者。接近我的这一观点的是“旅客行李说”,为德国学者C. H. Brecht、智利学者古斯曼·布里托、意大利学者安托纽·瓜里诺所持。(39) 实际上,未交保管的物受裁判官告示的保护是1世纪末的学者维维安扩张的结果。他对裁判官告示中的“任何人为保全而收受的财产”一语进行解释,说此语“也包括商品类的物,诸如衣服和一切在船上日用的物”(D.4.9.1.6。乌尔比安《告示评注》第14卷)。(40) “衣服”无需解释,“一切在船上日用的物”中的最重要者是食物,在罗马时代,旅客是在船上的厨

(35) 参见《学说汇纂第四卷:恢复原状与责任的承担》,龚海阳译,中国政法大学出版社2012年版,第245页。

(36) 参见丁玫《罗马法契约责任》,中国政法大学出版社1998年版,第251页。

(37) 参见《学说汇纂第四卷:恢复原状与责任的承担》,龚海阳译,中国政法大学出版社2012年版,第251页。

(38) 参见《埃塞俄比亚民法典》,薛军译,厦门大学出版社2013年版,第380页。

(39) Cfr. Aldo Petrucci, Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori, I, Giappichelli, Torino, 2007, p. 127, nota 11.

(40) 参见《学说汇纂第四卷:恢复原状与责任的承担》,龚海阳译,中国政法大学出版社2012年版,第243页。

房自己做饭吃的,⁽⁴¹⁾所以得携带食材上船。这些物被作为运送的物的从物看待。按照这一扩张,旅客的随身行李,即使未交托经营人保管,后者也要承担看管义务。

致害的原因也得到了扩张。尽管告示的文句无明显言,它原初考虑的致害原因是船舶经营人手下人的盗窃,按照乌尔比安的解释,严格说来是经营人的手下人与盗贼相勾结实施的盗窃(D.4.9.1.1。乌尔比安《告示评注》第14卷)。盖尤斯对此扩张,不仅把盗窃,而且把损害也当作致害原因(D.4.9.5.1。盖尤斯《行省告示评注》第5卷),例如经营人的奴隶实施的损害,老鼠的咬坏,雨水的泡坏,等等。这样的扩张当然更有利于旅客。

加害人的范围得到了扩张。有关告示原本考虑的加害人是经营人的役使人(自由人或奴隶),乌尔比安把参与接受物品的乘客、长住旅客也扩张为加害人,经营人也要对他们的致害行为承担责任(D.4.9.1.8。乌尔比安《告示评注》第14卷)。

经营人的责任空间也得到了扩张。告示原来设想的经营人的责任空间是船上,这个空间的起点是上船,终点是下船,但乌尔比安把海滩扩张进了责任空间,即使被接收的物品在海滩上,其风险和危险都由经营人承担(D.4.9.3pr.。乌尔比安《告示评注》第14卷)。

基础关系的范围也得到了扩张。告示原来考虑的是有偿的客运关系或住宿关系,保罗把它的适用范围扩张到无偿的乘船或免费住旅店关系(D.4.9.6pr.。保罗《告示评注》第22卷)。

船的所指也得到了扩张。告示原来考虑的是运用较大的船舶实施的客运,未考虑木筏和河中小艇实施的同样业务,拉贝奥把告示的适用范围扩张到了后者(D.4.9.1.4。乌尔比安《告示评注》第14卷)。⁽⁴²⁾

(三) 客服设施经营人承保责任的归属定性

裁判官确立客服设施经营人的承保责任制度后,发生该制度在市民法体系中的位置问题。很容易的定位是把它作为合同责任的一种类型看待,正如现代作者大都是在“罗马法合同责任”的框架下研究该制度,⁽⁴³⁾但自公元前161年的盖尤斯《法学阶梯》起,它被作为准私犯的一种与法官错判案件、倒泼行为、悬挂物致人损害行为并列。⁽⁴⁴⁾优士丁尼《法学阶梯》从之。这意味着至少盖尤斯之后的罗马人不把客服设施经营人的承保责任看作合同法问题,而看作侵权法问题。这意味着罗马立法者不再把合同关系作为承保责任的基础,由此,经营人承担并违反的并非约定义务,而是法定义务。

准私犯就是我们现在讲的准侵权行为,客服设施的经营人毫无作为,怎么就侵犯了旅客的权利?现代学者杨垠红将此解释为不作为侵权。⁽⁴⁵⁾是为一说也。

那么,罗马人为何要把上述四个制度放在一起类称为准私犯?中世纪以来这就是一个聚讼纷纭的问题,比较有效的解答是上述四个制度中的责任人承担的都是无过错责任。⁽⁴⁶⁾我赞成此说,但要补充一点:每一种准私犯都是对一种私犯的类比,经营人的承保责任这种私犯类比的是盗窃这种私犯。确实,有关的裁判官告示最初考虑的旅客财产损失的原因是盗窃,而且是客服设施的经营人与小偷合伙实施的盗窃,经过法学家的积极解释,告示的内容才渐渐也涵盖非盗窃原因造成的旅客财产损失。当然,承保之诉的诉权

(41) See Lesly Adkin, Roy A. Adkin, Handbook to Life in Ancient Rome, infobase Publishing, 2014, p. 207.

(42) 参见《学说汇纂第四卷:恢复原状与责任的承担》,袁海阳译,中国政法大学出版社2012年版,第243页。

(43) 例如我如上引述其著作的丁玫教授就是如此。就意大利学者而言,有Vicenzo Arancio-Ruiz (Responsabilità contrattuale in diritto romano, Jovene, Napoli, 1933), Francesco M. de Robertis (Responsabilità contrattuale nel diritto romano, Cacucci, Bari, 1996), Adolfo di Majo (Responsabilità contrattuale, Giappichelli, Torino, 1997)。

(44) 参见[英]巴里·尼古拉斯《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2000年版,第235页。

(45) 参见杨垠红《不作为侵权责任之比较研究》,法律出版社2012年版,第60页。

(46) 参见[英]巴里·尼古拉斯《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2000年版,第236页。

倍数也暗示了该诉把侵害旅客财产的行为按盗窃处理。

四、现代法对罗马法客服设施经营人的承保制度的继受和改变

(一) 概述

现代国家和地区多数继受了罗马法客服设施经营人的承保制度,甚至有相关的国际公约或其草案实施了此等继受⁽⁴⁷⁾,但把该制度纳入自己法律体系的方式多种多样。第一种方式是把这个制度纳入民法典。又分为两种子方式。两种子方式都将其诸元打散。⁽⁴⁸⁾第一种子方式把船舶经营人的承保责任规定在租赁合同中,而把旅店主的承保责任作为紧急寄托处理,同时甩掉车马店主的承保责任制度——这或许反映了专门的车马店作为一种独立的客服设施已被淘汰。法国是这一模式的开创者,德国、意大利等国随之。第二种子方式是把船舶经营人(被一般化为水陆承运人)的责任规定在运输合同中,把旅店主的承保责任规定在侵权法中。马耳他是这一模式的开创者。第二种方式是把该制度纳入商法典,具体来说,也是把这个制度的诸元打散,把运送人的承保责任规定在运输合同中,把旅店主的承保责任规定在住宿合同中,例如日本、韩国、澳门等国家和地区这样做。第三种方式是分别在民法典和商法典中规定不同客服设施经营人的责任。把承运人的责任规定在商法典中,把旅店主的责任规定在民法典中,例如埃塞俄比亚这样做。

上述诸种方式的共同点是把经营人的承保责任定位为合同责任,这完全背离了罗马法把此等责任定位为推私犯责任的蓝本,只有马耳他是个例外。

以下分述各种继受模式。

(二) 民法典继受模式

1. 法国子模式

如前所述,裁判官把三种客服设施的经营人的承保责任捏在一起是有问题的,因为船舶经营人是工作的租赁中的出租人,而客栈经营人和车马店经营人是物的租赁的出租人。在我的阅读范围内,是《法国民法典》带头克服罗马人留下的逻辑缺憾,把船舶经营人的承保责任规定在运输合同(工作的租赁的一种具体形式)中,把客栈经营人的承保责任作为紧急寄托规定在寄托合同的名下。

《法国民法典》设有“水陆运输者的租赁”的单元,其第1782条规定:水陆运输者,对交付其保管与照管之物,负有与旅店经营者相同的义务。第1783条规定:水陆运输者,不仅对其已经接收、装入车船之物负有责任,而且对已交至码头或库房,等待装车、装船的货物负有责任。第1784条规定:水陆运输者,对已向其交付之物的灭失与毁损承担责任,但如其能证明物之灭失与毁损系由于意外事故或不可抗力造成者,不在此限。⁽⁴⁹⁾这些规定在细节上都忠实地继承了罗马法蓝本并发扬之。说“细节上”,乃因为这些规定的起草者在大方向上背离了罗马法蓝本,因为“蓝本”是把运输者的责任定位侵权责任的,“摹本”只把此等责任定位为合同责任。说“发扬”,乃因为“蓝本”只规定了水运者的责任,“摹本”补充规定了陆运者的同样责任,尽管仍未达到规定运输者对旅客的人身的责任的程度。

富有趣味的是,法国在1807年颁布了《商法典》,法国立法者却不把这些规定安排在商法典中。

至于旅店主的承保责任,如前所述,《法国民法典》把它作为紧急寄托看待。所谓紧急寄托,是在发生

(47) 例如,1978年,国际私法协会起草并原则通过了《关于旅馆合同的国际协定草案》。

(48) 也有例外,《阿根廷民法典》不打散两者,而是采用以旅店主的承保责任为主(第1118条),以承运人的承保责任为从的方式把两者在一起规定(第1119条)。这完全是反罗马法蓝本之道而行之。

(49) 参见《法国民法典》(下册),罗结珍译,法律出版社2005年版,第1331页。

灾害情况下把自己的物交给他人保管的行为。灾害的情形有船难、建筑物倒塌、海盗攻击等。⁽⁵⁰⁾ 把旅店主在平和情况下承担的看管旅客物品的责任纳入紧急寄托,有些不伦不类。但法国学者特罗龙(Raimond Theodor Troplong, 1795 - 1869年)为此辩解:旅客不能选择自己住的旅店,他们疲劳地抵达,不了解当地情况,只能信赖自己偶遇的旅店主,这种情景颇类似于紧急寄托者的情境。⁽⁵¹⁾ 特罗龙的这种说法至少在网络时代不适用,现在,人们可以网上订房,选择的范围很大,并能根据曾入住者的评价作出自己的选择。

那么,是谁最早把旅店主的承保责任改造为寄托的?是路易十四时代制定的1667年的《为了司法改革而制定的民事条例》,其第20题第4条规定:不得排除证人就寄托已在旅店实施、入住旅店的旅客已把寄托物交到男店主或女店主手中的证据,此等证据可以依据法官的命令,根据当事人的身份和行为的情境提交。⁽⁵²⁾ 该条在证据可采性的情境中规定旅店主的承保责任,明确使用了寄托的术语,而罗马法学家一直使用“看管”的术语,从而把“看管”寄托化了,进而把寄托紧急寄托化了,因为紧急寄托在灾害中实施,难免形式阙如或不完备,受寄托人很容易否认曾受领寄托物,所以需要举证曾发生这种受领,《民事条例》正是从这个角度切入旅店主的承保责任问题的。但证人可以作伪证。如果不曾发生紧急寄托,但无良的证人一口咬定发生了,则旅店主就处在百口难辩的地位,于是法官需要考虑证人的身份和行为的情境衡量其证言的真实性。通常情况下,身份越卑贱的人越容易说谎。情境越平和越容易查清真相,例如,如果旅店来往的客人不多,容易查清是否发生了寄托。相反,如果适逢大节,店内人潮汹涌,查清是否发生了寄托就难。在这种情形,如果一个证人说看到了寄托之实施,他的话就值得怀疑。

无论如何,《民事条例》通过使用寄托的术语把旅店主承担的准私犯责任改造成了合同责任,把一个本来的侵权法问题改变成了一个合同法问题,这样的改变成为以后的法国法学家立论的制定法前提。尽管这个前提有点不伦不类,因为把在平和中发生的旅店寄托财物与店主与在灾害中发生的把抢救出来的财物随手交给身边的人,情境的性质差异过大。而且这样的安排只考虑了旅客交付店家保管的财物,未考虑他们未交付店家保管的随身财物,由此缩小了罗马法规则的适用范围。

《法国民法典》的父亲之一波捷(Robert - Joseph Pothier, 1699 - 1772年)基于上述前提工作。在其《寄托合同》的专论中,在紧急寄托的节后安排了“旅店主寄托”的节,暗示两种寄托的同质性。并对《民事条例》第20题第4条的最后一句话作了解释。谓:此语旨在告知法官仅采用情境性的证据,例如涉及到旅店主或旅客品行好坏的证据,如果不加区分地采用各种人提供的证据,则旅店主就成了骗子宰割的对象:一个骗子入住旅店,诈称自己把物品交给了旅店主保管,如果同伙骗子证明旅店主受领了寄托物,那后者就陷入了悲惨的境地。⁽⁵³⁾ 时代真是变了,罗马人制定旅店主承保责任的时候主要考虑的是盗贼,法国人制定相应规则的时候主要考虑的是骗子,看来,同样是拉丁人民,犯罪在向智能型转化。

波捷对《法国民法典》有巨大影响,他的学说转化为《法国民法典》的相应条文。第1952条在寄托的标题下规定:旅馆或旅店主人对于寄居旅客携带的物品,负受寄人的责任;此种物品的寄托视为紧急寄托。第1953条规定:如旅客的物品被盗或被损害,不问出于旅馆仆人或雇佣人的行为,或出于其他出入旅馆之人的行为,旅馆或旅店主应负赔偿之责。第1954条规定:旅馆或旅店主对于携带武器或以其他不可抗拒的手段造成的损害,不负责任。⁽⁵⁴⁾ 这三个条文从实体法的角度规定旅店主的看管旅客随身携带物品的责任,

(50) 参见周榘《罗马法原论》(下),商务印书馆1994年版,第684页。

(51) Voir R. Theodor Troplong, Commentaire du prêt, du dépôt, du séquestre et des contrats aléatoires, Melin, Bruxelles, 1845, p. 391.

(52) Voir Oeuvres de Pothier, Tome Sixieme, Chanson, Paris, 1821, p. 52.

(53) Voir Oeuvres de Pothier, Tome Sixieme, Chanson, Paris, 1821, 53.

(54) 参见《拿破仑法典》李浩培等译,商务印书馆1979年版,第270页。

不仅交付店家保管的物品,而且未交保管的物品都是责任的对象,这比《民事条例》进步。旅店主不仅对自己的雇员的行为负责,而且对其他旅客的盗窃或损害行为负责,这比较符合罗马法。如果说,对于雇员的行为承担责任可以用用人不当的过错来解释,对于其他旅客行为承担的责任就不能如此解释了,所以,旅店主承担的还是罗马式的严格责任。最后,第1954条也把不可抗力作为旅店主的免责事由,另外还加了旅客武器致害的新的免责事由,这可能包括持枪抢劫对其他旅客的财产造成的损害。这是一点创新,但可惜没有星火燎原。持枪抢劫更可能杀人伤人,如此造成的损害如何承担?《法国民法典》对此沉默。

上述条文在1973年12月24日经受了修改。在维持旅店主责任在紧急寄托的框架内之余,对于第1953条,详列了旅客带进旅店的物品的类型:衣服、行李和其他物品。但波尔多法院1952年的判例对此扩张,把停放在旅店围栏内的旅客汽车也包括其中。对于第1953条,补充了第2款和第3款。其内容要言之,就是区分旅客带进旅店的物品的类型而定旅店主的责任。对于交付旅店主保管的物品或虽交保管但被无理拒绝的物品,让他们承担无限责任,也就是损失了多少赔多少,不许设立免责或限责条款。而对于旅客未交店家保管的物品,旅店主只承担有限责任,也就是赔偿额不得超过旅客住客房日租价的100倍。但损害由经营人或其役使人的过错引起的,不适用此等有限责任。对于第1954条,增加了物的性质或缺陷造成的损失免责类型。并吸收了波尔多法院1952年的扩张。并规定旅店主的承保责任不及于活的动物。⁽⁵⁵⁾不难看出,1974年的修改反映了当代人开车旅行、带宠物旅行的新现实。

显然,《法国民法典》瓦解了罗马人对水运旅客和陆运旅客适用统一的承保制度的做法,其模式至少有如下国家或地区遵循:意大利,其民法典第1681条规定承运人的承保责任,第1783条及以下数条规定旅店主的承保责任。⁽⁵⁶⁾菲律宾,其民法典第1754条规定承运人的承保责任,第1998条及以下数条规定旅店主的承保责任。⁽⁵⁷⁾俄罗斯,其民法典第796条规定承运人的承保责任,第925条规定旅店主的承保责任。⁽⁵⁸⁾魁北克,其民法典第2038条规定承运人的承保责任,第2298条及以下数条规定旅店主的承保责任。⁽⁵⁹⁾我国台湾地区“民法”第658条规定承运人的承保责任,第606条及以下数条规定旅店主的承保责任。⁽⁶⁰⁾

另外,如下民法典至少在紧急寄托的框架内规定了旅店主的承保责任。它们是《奥地利民法典》(第970条)、《德国民法典》(第701条及以下数条)、《智利民法典》(第2241条及以下数条)、《阿根廷民法典》(第1118条及以下数条)、《路易斯安那民法典》(第2941条及以下数条)、《西班牙民法典》(第1783条及以下数条)、《埃及民法典》(第599条及以下数条)、《阿尔及利亚民法典》(第599条及以下数条)、《荷兰民法典》(第7·609条)、《巴西新民法典》(第649条及以下数条)、《土库曼斯坦民法典》(第817条及以下数条)。

2. 马耳他子模式

1870年的《马耳他民法典》在运输合同的框架内规定承运人的承保责任。规定水陆承运人对在运输工具上的旅客之物(包括交付保管的、在运输工具之内的、在运输工具之外交付代运的)承担严格责任(第1628、1629、1630条)。另外在侵权与准侵权的框架内规定旅店主的承保责任。此等责任与未成年人和精神病人致人损害的责任、动物致人损害的责任、建筑物致人损害的责任等并列,完全脱离了合同法的语境。这样的安排十分符合罗马法。但把承运人的责任定为合同责任就不符合罗马法了。同样的情形,不同的

(55) 参见《法国民法典》(下册),罗结珍译,法律出版社2005年版,第1421页及以次。

(56) 参见《意大利民法典》(2004年),费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第401页,第424页。

(57) 参见《菲律宾民法典》,蒋军洲译,厦门大学出版社2011年版,第233页,第271页。

(58) 参见《俄罗斯联邦民法典》,黄道秀译,北京大学出版社2007年版,第280页,第319页。

(59) 参见《魁北克民法典》,孙建江等译,中国人民大学出版社2005年版,第251页,第281页。

(60) 参见吴庚等编《月旦六法全书》,元照出版公司2000年版,第2-153页,第2-143页。

处理,匪夷所思。

旅店主的责任分为无限责任和有限责任两种情形,前者适用于交付旅店主保管的物品,后者适用于未交旅店主保管的物品,责任额是174.7欧元(第1039条)。⁽⁶¹⁾如果考虑欧洲普通旅馆的日租价位100欧元以上,这个责任额很低。《法国民法典》把旅店主的责任额的天花板设定为所住房间日租价的100倍,那就是10000欧元多,以意大利的副教授月薪2500欧元计,相当于副教授四个月的工资,相当高了。

(三) 商法典继受模式

1899年的《日本商法典》在“运输营业”一章中规定了承运人的承保责任。另外,在同一法典的“寄托”一章中规定了“以招徕顾客为目的而设置的场所的主人的责任”(第594-596条)。在商法典中作这些规定很有道理,因为客服设施的经营人都是以营利为目的,是商人。故阿尔多·贝特鲁奇(Aldo Petrucci)等意大利教授在罗马商法的框架内研究客服设施经营人的承保责任。⁽⁶²⁾但在民商分立的国家,立法者并不一定把旅店主的承保责任规定在商法典中,例如德国、阿根廷、西班牙,就把这一责任规定在其民法典中。

《日本商法典》第590条规定了承运人对旅客人身损害的赔偿责任。⁽⁶³⁾这填补了罗马法的一个漏洞,因为罗马法是只考虑旅客的财产损失,不考虑其人身损失的,故非常进步。第591条规定了承运人对旅客已交托的行李的责任;第592条规定了承运人对旅客未交托的行李的责任。⁽⁶⁴⁾另外,在同一法典的“寄托”一章中规定了“以招徕顾客为目的而设置的场所的主人的责任”(第594-596条),其内容主要是旅店主的承保责任,但还包括饭店主、浴池主等的此等责任。⁽⁶⁵⁾如此,填补了罗马法不规定餐馆主人的承保责任的漏洞。《日本商法典》填补了罗马法两处漏洞,对于客服设施经营人承保责任制度的发展,贡献不小。

1962年的《韩国商法典》首先规定了承运人的承保责任。规定的要旨是:对于托运的行李的灭失或毁损,承担货运人的责任,对于未托运的行李,承担过错责任(第149、150条)。⁽⁶⁶⁾后一规定比罗马法退步,因为它对这种行李的灭失、毁损,也是课加严格责任的。

接下来,《韩国商法典》在公共接待业的框架下规定了旅店主的承保责任。公共接待业的外延大于旅店合同的外延,除了旅馆,还包括剧场、餐馆等众客集中的设施(第151条)。接待业者不仅要对旅客寄存的物品,而且要对未寄存的物品的灭失、损坏担责。对前种物品承担严格责任,只有不可抗力可导致免责,免责的宣告无效(第152条)。但旅客的贵重物品交付寄存时未表明其种类和价值的,接待业者不对其灭失、损坏担责(第153条)。⁽⁶⁷⁾

《澳门商法典》首先在旅客运送合同的框架内规定了运送人的承保责任(第758条)。其次,在旅客住宿合同的框架内规定旅店主的承保责任。第810条第1款规定:住客携带至旅舍之物品毁损、灭失或遗失,旅舍主须承担责任。非独此也,第809条第1款还规定:旅舍主须对旅客及其伴侣逗留旅舍及其附属建筑物期间之伤亡承担责任,但导致伤亡之原因不可归责于旅舍主者除外。⁽⁶⁸⁾此款把旅店主的承保责任扩及于旅客的人身损害。

须指出的是,上述制度安排系澳门原创,《葡萄牙商法典》并无旅客住宿合同的规定。

(61) 参见《马耳他民法典》,李飞译,厦门大学出版社2012年版,第223页。

(62) Cfr. Pietro Cerami, Andrea Di Porto, Aldo Petrucci, Diritto Commercial Romano: Profilo Storico, Giappichelli, Torino, 2004.

(63) 参见《日本商法典》,丁耀堂译,法律出版社1982年版,第167页。

(64) 参见《日本商法典》,丁耀堂译,法律出版社1982年版,第167页。

(65) 参见《日本商法典》,丁耀堂译,法律出版社1982年版,第168页。

(66) 参见《韩国商法》,吴日焕译,中国政法大学出版社1999年版,第31页及以次。

(67) 参见《韩国商法》,吴日焕译,中国政法大学出版社1999年版,第32页。

(68) 参见赵秉志总编《澳门商法典》,中国人民大学出版社1999年版,第241页。

(四) 民法典和商法典分别继受模式

首先,1960年的《埃塞俄比亚商法典》规定了运送人的承保责任。第590条规定承运人对旅客的登记行李的灭失承担责任,但第589条规定运送人对旅客的手提行李的灭失不承担责任。⁽⁶⁹⁾该条过分保护承运人。其次,也是1960年的《埃塞俄比亚民法典》把旅店主的承保责任作为旅店合同的一个条款处理,而旅店合同又是提供服务的合同的一种,属于此类的还有雇佣合同、学徒合同、附试用期的合同、住家家庭工合同、农业工作合同、承揽合同、脑力劳动的雇佣合同、医疗或住院合同、出版合同。不难看出,这些合同都属于罗马法中的工作的租赁。罗马法中的客服设施的经营人的承保责任是从租赁合同责任发展出来的,所以,《埃塞俄比亚民法典》的这种安排有认祖归宗之旨趣。其起草者勒内·达维德看出了《法国民法典》把旅店主的承保责任定位为紧急寄托的不伦不类,遂遵循《法国民法典》把运输者的责任定位为租赁合同责任的路子,把此等责任还原为租赁合同责任。尽管如此,它与《法国民法典》的选择具有相似性:都把承保责任定位为合同责任。

(五) 继受者相较于罗马法蓝本的新规定小结

前文已讲到过的继受者对罗马法蓝本的发展有:(1)增加了对旅客人身的承保责任。(2)把汽车纳入旅客带入物的范畴;(3)区分旅客携带物是否交店家保管后者是承担无限责任还是有限责任;(4)增加了拒绝接受保管的店家行为形态;(5)设定了以单日住宿费为基准以倍数计算的店家有限责任的最高限度,这对于保护公用事业的正常运作具有意义,并有利于消解严格责任制度的毒性;(6)排除旅客携带的活动物为店家的承保对象;(7)增加了物的自身缺陷造成的灭失作为店家免责的事由;(8)增加了持枪抢劫造成的旅客人身财产损害作为店家免责的事由;(9)把责任主体扩张到饭店主、浴池主、剧院老板、医院主、疗养院主、寄宿处主、卧铺车主等(自医院主到卧铺车主的规定来自《埃塞俄比亚民法典》第2671条)。⁽⁷⁰⁾

前文未讲到的继受者对罗马法蓝本的发展有:(1)增加了旅客诉权的消灭事由。旅客在其物遭受损害后不及时告诉店家的,请求权消灭(《德国民法典》第703条)。⁽⁷¹⁾(2)增加了蒙受财产损失的旅客证明自己已把财产带进旅店的责任(《埃塞俄比亚民法典》第2663条)或证明丧失的物的数量、质量和价值的责任(《智利民法典》第2244条第1款)。⁽⁷²⁾(3)增加了旅客向店家展示贵重物品、提醒其特别注意的义务,未尽此等义务的,店家免责(《智利民法典》第2245、2246条)。⁽⁷³⁾(4)增加了旅客行使诉权的消灭时效,例如6个月(《阿尔及利亚民法典》第601条)。⁽⁷⁴⁾(5)增加了客服设施由多人共有时承保责任的分担,令其承担按份责任(《阿根廷民法典》第1121条)。⁽⁷⁵⁾(6)增加了紧急寄托是有酬的规定,认为保管费包含在住宿费中(《巴西新民法典》第651条)。⁽⁷⁶⁾(7)增加旅客的伴侣、来宾故意或过失造成的损害为旅店主的免责事由(《台湾民法典》第606条)。⁽⁷⁷⁾

在继受者之间也有分歧,例如,《法国民法典》把旅客停在店家控制地面的汽车作为店家责任的对象,《德国民法典》就持相反的立场,规定车辆、留在车内的物不在承保的范围内(第701条第4款)。⁽⁷⁸⁾又如,

(69) See Commercial Code of the Empire of Ethiopia, p. 127.

(70) 参见《埃塞俄比亚民法典》,薛军译,厦门大学出版社2013年版,第380页。

(71) 参见《德国民法典》(第四版),陈卫佐译,法律出版社2015年版,第292页。

(72) 参见《智利共和国民法典》,徐涤宇译,金桥文化出版(香港)有限公司2002年版,第422页。

(73) 参见《智利共和国民法典》,徐涤宇译,金桥文化出版(香港)有限公司2002年版,第422页。

(74) 参见《阿尔及利亚民法典》,尹田译,厦门大学出版社2013年版,第82页。

(75) 参见《最新阿根廷共和国民法典》,徐涤宇译,法律出版社2007年版,第276页。

(76) 参见《巴西新民法典》,齐云译,中国法制出版社2009年版,第93页。

(77) 参见吴庚等编《月旦六法全书》,元照出版公司2000年版,第2-143页。

(78) 参见《德国民法典》(第四版),陈卫佐译,法律出版社2015年版,第291页。

《巴西新民法典》第 649 条规定抢劫(这当然包括持枪抢劫)不是旅店主的免责理由⁽⁷⁹⁾,但《法国民法典》把持枪抢劫作为此等事由。

由此看来,现代诸民法典或商法典并非机械地继受罗马法蓝本,而是颇有创新和发展。

五、中国法中的客服设施经营人的承保责任

(一) 实在法的规定

令人诧异的是,我国实在法关于客服设施经营人承保责任的规定极不均衡,关于承运人承保责任的规定较为完备,但关于旅店主承保责任的规定很不完备。

先看承运人责任方面的规定。《海商法》第 114 条第 1 款规定:“……因承运人或者承运人的受雇人、代理人在受雇或者受委托的范围内的过失引起事故,造成旅客人身伤亡或者行李灭失、损坏的,承运人应当负赔偿责任。该条比罗马法的相应规定进步,因为增加了船舶经营人对旅客人身的承保责任。另外,《合同法》第 303 条规定:“在运输过程中旅客自带物品毁损、灭失,承运人有过错的,应当承担损害赔偿责任;旅客托运的行李毁损、灭失的,适用货物运输的有关规定。”《海商法》和《合同法》的上述规定涵盖了水陆承运人旅客自带行李的灭失、毁损承担的责任,但采取过错归责标准,比罗马法的严格责任落后。

再看旅店主的承保责任。在这方面,只有一些接近的规定散布于众多的立法中。它们有:(1) 1987 年公安部颁布的《旅馆业治安管理办法》,其第 7 条规定:“旅馆应当设置旅客财物保管箱、柜或者保管室、保险柜,指定专人负责保管工作。对旅客寄存的财物,要建立登记、领取和交接制度。该条只涉及旅客交旅馆保管的行李问题,不涉及未交保管的行李问题,很不完善。它与我国旅馆的这样的告示形成呼应:“贵重物品请交前台保管,否则丢失概不负责。”(2) 《消费者权益保护法》,其第 7 条规定:“消费者在……接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。消费者有权要求……提供的服务,符合保障人身、财产安全的要求。”该条非常空泛,好歹可以与旅店主的承保责任扯得上。(3) 《侵权责任法》,其第 37 条规定:“① 宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者,未尽到安全保障义务,造成他人损害的,应当承担侵权责任。② 因第三人的行为造成他人损害的,由第三人承担侵权责任;管理人或者组织者未尽到安全保障义务的,承担相应的补充责任。该条甚至不要求宾馆管理人对第三人的行为造成的损害代负责任,非常落后,但把承保责任定位为侵权责任的做法符合罗马法蓝本。(4) 《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(2003 年),其第 6 条规定:“从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织,未尽合理限度范围内的安全保障义务致使他人遭受人身损害,赔偿权利人请求其承担相应赔偿责任的,人民法院应予支持。”该条只涉及旅店主对旅客人身的承保义务,不涉及对其财产的承保义务,但暗示公共接待业的经营人可以对第三人造成的损害代负责任。

(二) 学者民法典草案建议稿的有关规定

与实在法中关于客服设施经营人承保责任的零碎性规定形成对比的是三大民法典草案关于这个问题的系统规定。

梁慧星教授主持的民法典草案首先在客运合同的框架下规定了承运人的承保责任。第 1202 条规定对旅客人身的承保责任,要求承运人对他们的伤亡担责,除非此等伤亡是旅客自身的健康原因或故意、重过

(79) 参见《巴西新民法典》,齐云译,中国法制出版社 2009 年版,第 92 页。

失造成的。这明显是严格责任。第1203条规定对旅客行李的承保责任,只要求承运人有过错的才担责,⁽⁸⁰⁾这明显与《合同法》第303条的规定一致,而与罗马法的规定不一致。然后在住宿合同的框架内规定了旅店主的承保责任。其辞曰:(1)旅店业经营人应当提供物品寄存服务。(2)住宿人存放在住宿房间的物品丢失、被盗窃的,由旅店业经营人承担赔偿责任,但旅店业经营人证明该损失是住宿人故意或者重大过失造成的除外(第1390条)。⁽⁸¹⁾显然,第1款规定的是旅客交店家保管的物品,但未规定此等物品灭失或损害的责任。第2款规定的是未交店家保管的物品,规定了店家的严格责任。

王利明教授主持的民法典草案也首先在客运合同的框架下规定了承运人的承保责任,用了第1563条和第1564条两个条文,前者规定人身承保,采严格责任;后者规定财产承保,采过错责任。⁽⁸²⁾然后在住宿合同的框架内规定了旅店主的承保责任。其辞曰:(1)顾客在住宿期间遭受人身损害的,旅店业者应承担赔偿责任,但旅店业者证明自己没有过错的除外;(2)顾客随身携带的物品丢失、被盗的,旅店业者应承担赔偿责任,但旅店业者证明自己没有过错的除外。⁽⁸³⁾该条不仅规定了店家的财产承保责任,而且规定了其人身承保责任,对罗马法的规定是个发展。两种情形的店家责任都是过错推定责任。

我主持的《绿色民法典草案》首先在运输合同的框架内规定了承运人的安全保障义务。其辞曰:承运人应保障旅客的人身和财产安全,对其在运送过程中自带行李的毁损灭失承担赔偿责任,但旅客自身对此等损害的发生有故意或过失的除外(第八分编第963条)。⁽⁸⁴⁾该条课加承运人的是严格责任;其次在寄托合同的框架内规定了旅店主的承保责任。第八分编第903条辞曰:(1)商店、旅店、饮食店、浴室等营业场所的经营者对消费者带进的物品负有法定保管义务。(2)带进营业场所的物品包括:①消费者携入的置于经营场所内的物品;②消费者携带的置于经营者或其受雇人指定的经营场所外的物品;③消费者交经营者保管的物品。第八分编第904条辞曰:经营者对于消费者带进营业场所的物品的毁损灭失或被盗承担赔偿责任,但如果他们能证明有下列情形之一,不承担责任:(1)损失是由消费者及其同伴或探望者造成的;(2)由不可抗力造成的;(3)由物自身的性质造成的。⁽⁸⁵⁾显然,该条对旅店主课加的也是严格责任。

由上可见,以上学者民法典草案建议稿只有《绿色民法典草案》遵循了罗马法传统不加区分地对客服设施的经营人课加严格责任,梁慧星主持的草案建议稿只课加承运人针对旅客人身伤亡的严格责任,针对旅客的财产损失,只课加他们过错责任。对旅店主针对旅客的行李课加了严格责任。王利明主持的草案建议稿在承运人责任的课加方式上与梁慧星主持的草案建议稿一致。对于旅店主的承保责任,采用了推定过错的归责方式。这两个草案建议稿的规定都或多或少地背离了罗马法传统,在有的情形对消费者不利。

六、结论

客服设施经营人的承保责任无论在法史学者中还是在法学者中都有被作为商法问题处理的例子,由此可证罗马商法的存在。

罗马的客服设施的经营人是商人,他们以法人的方式运作。经营人是法人的法定代表人,其手下的奴

(80) 参见中国民法典立法研究课题组《中国民法典草案建议稿》,法律出版社2003年版,第232页。

(81) 参见中国民法典立法研究课题组《中国民法典草案建议稿》,法律出版社2003年版,第270页。

(82) 参见王利明主编《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版,第206页。

(83) 参见王利明主编《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版,第212页。

(84) 参见徐国栋主编《绿色民法典草案》,社科文献出版社2004年版,第633页。

(85) 参见徐国栋主编《绿色民法典草案》,社科文献出版社2004年版,第626页。

隶或自由人为其役使人。在经营人与役使人之间形成一种内部代理关系,役使人的行为被视为法人的行为,经营人出面承担责任。所以,客服设施经营人承保制度暗示罗马企业法人的存在以及代理制度的存在。

就船舶经营人的承保责任而言,罗马的一条商船上的所有人员构成一个法人,船舶经营人是法定代表人,其他船员是法人的机关,他们的行为被视为法人的行为,由法人承担责任。既然如此,经营人不是对第三人的行为承担责任,而是对自己的成员的行为承担责任,所以,那种把客服设施经营人的承保责任解释为对第三人行为的责任的观点,是可商榷的。

罗马的客服设施经营人只承保旅客的财产的安全,不承保其人身的安全。这里的人,是自由人,因为奴隶被作为物看待,他们如果随主人被客运,遭遇死亡、损害时,主人可以得到赔偿,但主人遭遇死亡时却不可赔偿,因为罗马人有自由人是无价的理念。⁽⁸⁶⁾《日本商法典》克服了这一理念,于是承保责任的范围扩张到了旅客的人身。

罗马的客服设施经营人的承保责任是客观责任而非过错责任,简言之,只要有损害就有责任,除非有不可抗力和受害人自身的原因作为抗辩。这种严格责任与工业化无关,它的存在对客观责任起源于工业革命的传统说法⁽⁸⁷⁾提出了挑战。实际上,客观责任不过是抑强扶弱的一种手段,它让强者对弱者承担更多的责任。

非独此也,在罗马法中,客服设施经营人承担的是准私犯责任,现代立法者大多只课加此等经营人合同责任,但有例外,《马耳他民法典》仍维持承保责任的准侵权责任地位。孰优孰劣?请看现代学者的评论:合同责任的保障力度有限,侵权责任具有更强大的保障功能,保护范围也更广泛。⁽⁸⁸⁾此乃因为侵权责任突破了合同相对性原则的限制。

客服设施的经营人的承保责任在罗马时代是一个统一的制度,到了近现代被打散为两支:承运人的承保责任和旅店主的承保责任。罗马人的承运人承保责任制度是以海运为中心的,这是一种缓慢、不安全的旅行方式,随着火车、汽车的发明与普遍使用,陆运逐步取得了重要的地位,所以,船舶经营人的承保责任演变为水陆承运人的相应责任。旅店主的承保责任也得到了扩张,发展为公共接待业者的承保责任。

在现代社会,乘飞机旅行变得日益普遍,不时有旅客的行李在客舱中被盗的报道,⁽⁸⁹⁾但似乎尚未见到研究飞机经营人对旅客行李的承保责任的研究成果,这需要加强。进而言之,人类未来要乘宇航器进行星际旅行,在这样的旅行空间里由宇航器的经营人承担旅客行李的安保责任,是一个可以未雨绸缪的问题。

客服设施的经营人的承保责任在当代被扩张为经营场所的安保责任,担责的地点也从船舶、旅舍扩展到剧场、银行、餐馆等经营场所。这也是发展。

或问,承保责任与旅游辅助人制度有何关联?答曰有关联。现代学者已证明古罗马有旅游业。⁽⁹⁰⁾假设那时候的旅行社与船舶经营人、住宿设施的经营人签订了协作合同保证旅游活动的顺利实施,它们构成旅游辅助人,一旦在这些辅助人的经营场所发生了旅客财产的被盗、毁损,预计的旅游岂不泡汤?如果旅客要求旅行社赔偿,旅行社在担责以后,岂不追究这些辅助人的责任?当然,这些只是推测,罗马的旅行社

(86) 《阿奎流斯法》只规定杀害他人奴隶和牲畜的赔偿,不规定杀害自由人的赔偿。只有裁判官在这方面有所突破,在抛掷物和倒泼物杀害自由人的情形,课加50个金币的赔偿(1.4.5.1)。

(87) 参见李仁玉《西方侵权法中严格责任的产生》,载《法学研究》1987年第3期,第84页。

(88) 参见李静《从合同责任到侵权责任:论违反安全保障义务的责任》,载《湖南医科大学学报》(社会科学版)2009年第2期,第87页。

(89) 例见余建文《飞机上也出现窃贼》,载 <http://news.cnnb.com.cn/system/2006/06/15/005127145.shtml> 2016年4月4日访问。

(90) Vgl. Michael Has, Klemens Ludwig, Martin Neuer, Der neue Tourismus, Beck Verlag, 1998, S. 30.

与客服设施的经营人法律关系的真相还需要进一步的实证研究来求得。

最后自问制定民法典时怎么处理客服设施经营人的承保责任问题?首先要解决基本思路问题。上述已证明,我国在这方面的经验型立法挂一漏万,采用继受的路子可省思维、省麻烦,把前人的经验教训尽为我用。其次要解决细节问题。基于多国的实践以及我国长期的传统,在我国未来民法典中,客服设施经营人的承保责任可以规定在其合同法部分,分别处于运送合同和住宿合同中,不宜再把旅店主的承保责任规定在寄托合同中,另外要课加经营人严格责任,改变现有法律对承运人针对旅客的财产只课加过错责任的做法,同时建立经营人对于未交保管的旅客行李只承担有限责任制度,以消解严格责任对于经营人的严苛性。

The Security Guaranty Liability of Customer Service Facility Operators in Roman Law and Its Reception and Development in Modern Law

Xu Guodong

Abstract: In ancient Rome, the customer service facilities include ship, hotel, stable. In the 2nd century BC, one praetor issued an edictum, and awarded passenger action against operator of the facilities when the property that they hand over to above – said operator for custody was stolen, making them to assume a strict liability, qualifying their actions as quasi delictum. Then, the jurists expanded constantly the scope of application so as to reach a more perfect protection to the property of passengers. Modern countries received this system or in the civil code or in the commercial code, and further expanded its scope of application so that it covers the personal safety of the passengers. But in most countries, the customer service facility operator's responsibility is viewed as a contract liability, dealing with it in the frame of emergency deposit, and setting the upper limit of liability of operators. China made legislation about the liability of safety of personal and property of customer service facility operator in experience way, and in fragmental way, so they have many loopholes, furthermore they only made the above – said operator assume a fault liability, resulting in an insufficient strength for protection of passengers. Meanwhile a legislation in way of reception may inherit the experience of pioneers and go less detours. Therefore, the future civil code of China should use the reception legislation pattern, making the operator assume a strict liability.

Keywords: liability of receptum; customer service facility operator; strict liability; contract liability; quasi delictum liability

(责任编辑:丁洁琳)