

# 自助游发起人法律责任分析

王 威

[厦门大学法学院法律系,福建 厦门 361005]

**摘 要:**自助游是一种新兴事物,在自助游法律纠纷日益增多的情况下,我国还不存在相对应的法律法规去应对。各地各级法院面对此类问题,往往找不到任何直接的法律依据,只能从法理方面进行分析,形不成统一有效的判决。参与自助游属于一种自冒风险的行为,参与者应对自己的行为负责,不应使发起人承担过多的责任。

**关键词:**自助游;安全保障义务;自冒风险

doi:10.3969/j.issn.1008-3928.2011.01.021

中图分类号:DF522

文献标识码:A

文章编号:1008-3928(2011)01-0080-04

## 一、自助游概述

自助游是近年来兴起的一种旅游方式,是一种旅游者按照自己的意愿自主安排行程,以“张扬个性,亲近自然,放松身心”为目的,注重体验和休闲且没有全程领队或导游介入其中的参与性很强的旅游方式。

目前国内的自助游主要有两种形式:一种是旅行社牵头或者自助游俱乐部牵头,由其提供旅游的信息、安排专业的自助游组织者、装备等服务,自助游爱好者报名参加而组成自助游团体;另一种是完全由自助游爱好者牵头,自发组织形成的自助游团体。在第一种形式的自助游过程中发生的纠纷因权利义务关系比较明确,因而我们很容易根据具体协议予以解决,而在第二种情况下,因为没有法律的明确规定,一般也没有签订具体的合同,在产生纠纷的时候往往无法可依。本文讨论的自助游仅指第二种情况的自助游。这种自助游,通常由经验相对丰富的旅游爱好者作为牵头人,通过互联网发帖或广告

栏发布信息等方式召集共同爱好者一同出游,牵头者一般被称为“驴头”,其他参与者被称为“驴友”。该种旅游方式具有如下特点:活动者自由结合、自愿参加;由一个或数个组织者(或称领队)负责安排活动路线、出发时间和行程等事宜,组织者同时也是活动的参加者,对于其他参加者没有绝对的管理权力;活动费用由参加者平均负担,即所谓的“AA制”,活动不具有营利性质。

自助游作为新型的户外运动形式如火如荼,但由于国内对自助游相关法律规定的缺失,当在自助旅游过程中发生人身伤亡时,谁有责任,承担什么样的责任令人困惑。司法实践中,已经发生过许多“驴友案”,各地各级法院的判决各异,引起了人们的广泛争议。如著名的2006年广西南宁“驴友第一案”,南宁市青秀区法院判决“驴头”具有过错,赔偿死者父母16万,其余11名驴友共赔偿4.8万,2009年2月25日,广西南宁市作出二审判决,几乎颠覆了一审判决,认定“驴头”梁某不存在过错,根据民

收稿日期:2010-12-11

作者简介:王威(1986-),女,江西上饶人,厦门大学法学院2009级民商法硕士研究生。

法通则所规定的公平责任的规定适当补偿,判定梁某承担3000元,其他每名“驴友”各承担2000元。

## 二、自助游发起人的责任现状

自助游发起人,即“驴头”,由于其“经验丰富”,常常作为这一松散的临时的旅游团队的组织者。自助游发起人一般不是营利性的组织者,也是单个的个人,同参加者一样都是旅游爱好者,自助游所产生的费用一般采用AA制,发起人并未从中获利。所以对于这种发起人,我国法律并未为其确认相应的法律地位,与旅游相关的法律法规也只规定了旅行社与导游人员的法律地位,找不到关于“驴头”的规定,因此追究“驴头”法律责任是没有现成的法律依据的。此外,由于“驴头”与“驴友”之间往往不会签订合同,仅仅是结伴出行旅游,所以他们之间的权利义务也相当模糊,法律的缺失和权利义务的模糊使得法院在认定自助游事故责任时面临巨大的困境,即使许多法院认为“驴友”之间存在互相帮助的义务,但这种义务到底是法律上的义务还是道德上的义务,也是存在争议的。如果是法律上的义务,法律依据却是模糊的,如果纯粹是道德义务,那么“驴友”不救助的行为,仅仅只能受到道德的谴责,法律不能追究其责任。

## 三、自助游发起人的责任分析

理论界关于自助游发起人对参与者的伤亡是否承担赔偿责任存在很大争议,有的观点认为,户外运动中,组织者对参与者负有安全保障义务,未尽合理限度范围的注意义务,应承担过错责任;有的观点则认为,户外运动本身就是一种具有较高危险性的活动,出现事故应由参加者自行承担后果,即所谓的自冒风险。

### 1. 安全保障义务

安全保障义务是指行为人如果能够合理预见他人的人身或财产正在或者将要遭受自己或者与自己有特殊关系的他人实施的侵权行为或者犯罪行为侵害,即要承担合理的注意义务和采取合理的措施,预防此种侵权行为或者犯罪行为的发生,避免他人遭受人身或者财产损害。<sup>[1]</sup>概言之,安全保障义务是特定关系人之间的合理限度范围内的安全注意义务。这种特定关系包括经营者与顾客之间、雇佣者与被雇佣者之间等,产生这种特殊关系的基础在于法律的规定或合同的约定。

在我国学术界,关于安全保障义务的性质究竟

是什么,可谓众说纷纭。通说认为安全保障义务性质上属于附随义务,此种义务广泛存在从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他活动的当事人之间,其根据为合同法上的诚实信用原则。<sup>[2]</sup>另有观点认为,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的安全保障义务,而合同法却没有也不可能对此作出明确的列举性规定,因此原则上将安全保障义务定性为法定义务比较妥当。<sup>[3]</sup>根据此种观点,既然安全保障义务属于法定义务,因而违反该义务应承担的是侵权责任而非合同责任。第三种观点则认为,虽然可将安全保障义务分为为防止特定的人遭受义务人侵害的安全保障义务和为防止特定的人遭受第三人侵害的安全保障义务,但它们都既非法定义务亦非附随义务,而是类似于英美法上的“注意义务”,对其违反均需承担侵权责任。<sup>[1]</sup>而另有学者则持多元说,认为安全保障义务的来源具有多元性,它既可源于法律的直接规定,也可源于合同的约定和诚实信用原则。<sup>[4]</sup>我国《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》第六条第一款首次规定了安全保障义务,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,人民法院应予以支持。随后《侵权责任法》第37条第一款又规定: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。根据我国法律的规定,我国安全保障义务人实际上可以划分为两类:一类是宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人。公共场所包括以公众为对象进行商业性经营的场所,也包括对公众提供服务的场所。比如上述列举的宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等,除了上述列举的这些场所外,机场、码头、公园、餐厅等也都属于公共场所。另一类是群众性活动的组织者。群众性活动是指法人或者其他组织面向社会公众举办的参加人数较多的活动,比如体育比赛活动,演唱会、音乐会等文艺演出活动,展览、展销等活动,游园、灯会、庙会、花会、焰火晚会等活动,人才招聘会、现场开奖的彩票销售等活动。自助游发起人是否属于这两类主体呢?即

自助游发起人是否属于群众性活动的组织者呢?在判断是否属于之前,笔者认为先需对这些概念进行界定。

(1)群众性活动的界定。群众性活动是一种集体性的活动,必须具有群众性,参与人员起码达到三人以上。也有学者认为,《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》第6条所规定的“社会活动”应具有与社会公众接触的主动性和客观上的可能性、现实性。此解释虽然仍具有一定的模糊性,但可得出社会活动的一个特征,即与社会公众接触。依据这些标准,笔者认为,自助游作为户外运动的一种应属于社会活动,“驴头”在网上发帖子或以其他方式发布信息,一般公众都可以参与其中,其对一般公众都是开放的,具有与社会公众接触的主动性和客观上的可能性与现实性。

(2)组织者的界定。“组织”在现代汉语词典中解释为:“安排分散的人或事物使具有一定的系统性或者整体性。”笔者认为,组织者的最大特征在于对整个社会活动应该具有一个具体的活动方案、计划,组织者对整个活动享有决定权,组织者与被组织者应该属于管理与被管理的关系。从现行国内自助游的形式看,“驴头”虽然通过发帖子等形式做了路线、时间、任务分配等规划,费用也由其保管,但他和其他“驴友”一样都属于自助游中平等的一员,重要事项需要全体参与者讨论通过才能决定,旅游经费也明细记账,多退少补,平均分摊。“驴头”不具有决定权,只是活动的发起人,若要说其与其他“驴友”有何不同,笔者认为就在于其是活动的发起人,在团队中的威信或许会比较大,大家对他的信赖程度会比较高,在决策时他的意见或许往往比较容易占优势,但这并不能成为将其判定为组织者的依据。

## 2. 自冒风险

自冒风险(*assumption of risk*)又可称为自甘风险,是指行为人即被害人原可预见损害之发生而又自愿冒损害发生之危险,而损害果真不幸发生。<sup>[5]</sup>自冒风险源自罗马法格言“对自愿者不构成伤害”(Volenti non fit injuria)。这条格言包括两个内容:一是作为故意侵权抗辩的受害人同意;另一是作为过失侵权抗辩的自冒风险。

自冒风险依同意形式可分为明示自冒风险和默示自冒风险。明示自冒风险指冒险人(原告)与冒险相对人(被告)明示约定,免除被告对原告的注意

义务,对被告的过失行为造成的任何未来的损害不起诉,自己承担风险。默示自冒风险指冒险人(原告)对于免除冒险相对人(被告)的未来责任没有明示同意,但基于其自愿参加这种带有固有风险的活动,而推定原告有对被告免责的同意。默示自冒风险又可分为基本型默示自冒风险和派生型默示自冒风险,前者指原告通过行动表明自愿承担活动本身所固有的风险,被告对原告不负有消除这种固有风险的义务。由于被告对原告不负有或不违反义务,被告没有过失,原告也就没有过失侵权的诉权。后者是被告对原告负有注意义务,且已违反了这种注意义务,原告在知悉存在被告违反义务造成伤害的风险的情况下,仍自愿选择面对这种风险。由于原告参加活动的可归责性,构成比较过失,可以相应减轻被告的责任。构成自冒风险必须具备一定的要件:

(1)风险或危险的存在。风险是指损害发生的不确定性。对冒险人来说,指从事某种冒险行为导致自己人身伤亡的一种可能性。风险包括固有风险和其他风险两种:

固有风险是指活动本身所具有的风险,即该风险是活动的组成部分,与活动不可分离。这种风险是参加者希望面对的,就是该风险才吸引着参加者参与活动。或是这种风险是不可避免的,既不是参加者所希望的,也不是相对人所能控制的。<sup>[6]</sup>

其他风险是指可以避免的风险,冒险相对人有检查、发现、警告和消除的义务,在此属于自冒风险,冒险人受伤时,相对人仍存在过失,可以比较冒险人的过错,减轻相对人的责任。

(2)冒险人的认知。活动之前,冒险人必须了解活动的性质、活动所需要的技能和身体素质以及活动所需的其他条件,同时,还必须了解活动可能的风险。当然,对风险的了解只能是大致的了解,而非精确的了解,因为风险本身具有不确定性,不可能那么精确。认定冒险人是否了解风险可以通过正常人标准以及冒险人的年龄、经历等其他证据综合考虑。

(3)风险的现实化。即风险从可能性转换为现实性,风险在现实中确实实地发生,造成了原告现实的损害。在此,现实发生的损害与风险应具有因果关系,即损害是风险经由风险事故所导致的。而且此损害必须是属于原告自愿承担范围内的,以原告已经或应当预见的损害为限。此处的对“预见”

的判断可以借用徐爱国在其《名案中的法律智慧》中所举的一个有趣的例子:泰森与霍利菲尔德进行拳击比赛,霍利菲尔德一拳打在泰森头上,致其轻微脑震荡,泰森一口咬掉霍利菲尔德的耳朵。拳击比赛的危险性是每个拳击运动员所知道的,如果他愿意参加比赛,那么正常比赛造成的伤害他就不能要求对方赔偿。在此轻微脑震荡是拳击比赛的正常伤害无需承担责任,而泰森咬霍利菲尔德的耳朵则是参加比赛的选手所不能预见的,需要承担赔偿责任,不属于选手自冒风险的范围。

#### 四、自冒风险原则在自助游发起人责任中的适用

“驴头”在发帖时往往会有免责声明。例如,城市行囊网站的活动发布中一般都附有下列内容的免责声明:(1)凡报名参加者均视为具有完全民事行为能力人,如果在旅游过程当中发生了人身损害和经济损失的后果,自助游组织者不承担赔偿责任,由受害人依据法律规定和本声明依法解决,凡报名者均视为接受本声明;(2)代他人报名者,被代报名参加者如果遭受人身损害和经济损失,自助游组织者同样不承担赔偿责任;(3)本声明中关于免除自助游组织者赔偿责任之约定有效力,同样及于本次活动其他参与人员。注意:在本帖报名时表示你已经同意此免责条款。这就是一个典型的自助游组织者的免责声明。其实就是一个“风险自负”的声明。

自助户外运动是有风险的,队员明知有风险还要去参加,风险一旦发生变成了危险,这个后果原则上要自行承担。既然是去探险就不要怕出风险,个人召集活动中的“驴头”也是普通人,不是专业人士,让其承担过多的责任是不公平的。因此笔者认为,自助游属于自冒风险行为。除非事先声明或有约定,同行队友的地位是平等的,权利义务也是相同的,参与者不应要求他人对自己负起安全责任,也不必对他人负有安全保障义务,这是户外探险活动约定俗成的。尽管户外探险活动一直倡导同舟共济、遇险救助的精神,但这应该是基于自身安全的情况下才能实施的救助行为。且这种精神属于道德规

范,不属于法律范围内的强制义务和责任,没有法律约束力。当然如果发起人或者其他参与者对于损害的发生有过失,则另当别论。如果没有过失,不得责令其承担责任。只有这样,才能够体现民法通则和侵权责任法的公平。否则,自冒风险,却在危险发生时责令无过失者承担侵权责任,与民法和侵权责任法的公平原则相悖,显然不妥。

自助户外运动作为一项合作性的体育活动,与组织参加体育活动并无二异,从这个道理上说也应该参照体育活动“自担风险”的原则处理。生活中也有很多类似的情况,譬如亲戚、朋友互相邀请外出旅游、同学之间网上发帖找旅伴分担费用等等,所以“驴友案”的处理结果会对人们的日常生活产生息息相关的影响。鲜活生命的消逝的确让人痛心,但生命的消逝不代表就必须有人为此负责。驴友之间的救助只是道德义务,道德不等于法律,我们只能从道义上进行谴责。民法的基本原则是:“法不禁止皆自由”。自由组队,自由出行,不是盈利组织,每个人对自己的行为负责,因此,就自助户外旅游来讲,组织者不该承担过多的安全保障义务。

#### 参考文献:

- [1] 张民安. 侵权法报告:第一卷[M]. 北京:中信出版社,2005.
- [2] 王利明. 人身损害赔偿疑难问题[M]. 北京:中国社会科学出版社,2004.
- [3] 张新宝. 人身损害赔偿案件的法律适用——最高人民法院法释[2003]20号解读[M]. 北京:中国法制出版社,2004.
- [4] 杨立新. 人身损害赔偿——以最高人民法院人身损害赔偿司法解释为中心[M]. 北京:人民法院出版社,2004.
- [5] 曾世雄. 损害赔偿法原理[M]. 北京:中国政法大学出版社,2001.
- [6] 汪传才. 自冒风险规则研究[J]. 西北政法学院学报,2009(4).

(责任编辑:登 臣)