

总第58辑 (2014.2)



中国审判指导丛书

# 民事审判指导与参考

奚晓明 主编

杜万华 副主编

最高人民法院民事审判第一庭 编

CHINA TRIAL GUIDE  
REFERENCE AND GUIDE TO CIVIL TRIAL

## 本辑要目

### 〔侵权专题〕

旅游经营者侵权责任研究  
医疗损害责任纠纷的审判理念、思路与模式

### 〔劳动争议专题〕

已达法定退休年龄者就业的相关法律问题研究

### 〔探索与争鸣〕

以物抵债若干问题研究  
完全赔偿之理想与实践

### 〔指导性案例〕

受托人知道他在委托协议上代其签名并按委托协议履行的，应认定委托协议对其有效

### 〔请示与答复〕

关于车辆实际所有人聘用的司机与挂靠单位之间是否形成事实劳动关系的答复

### 〔最高人民法院案件解析〕

民间借贷借据本金数额的真实性应综合全案证据和事实进行审查判断

### 〔裁判文书选登〕

广西嘉美房地产开发有限责任公司与杨伟鹏商品房买卖合同纠纷案

### 〔热点调研〕

关于房地产改改案件的调研报告

总第58辑 (2014.2)



中国审判指导丛书

# 民事审判指导与参考

奚晓明 主 编

杜万华 副主编

最高人民法院民事审判第一庭 编

## 图书在版编目 (CIP) 数据

民事审判指导与参考. 2014 年. 第 2 辑: 总第 58 辑/奚晓明  
主编; 最高人民法院民事审判第一庭编. —北京:  
人民法院出版社, 2014. 11  
(中国审判指导丛书)  
ISBN 978 - 7 - 5109 - 1074 - 6

I. ①民… II. ①奚… ②最… III. ①民事诉讼 -  
审判 - 中国 - 丛刊 IV. ①D925. 118. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 239596 号

## 民事审判指导与参考 2014 年第 2 辑 (总第 58 辑)

奚晓明 主编  
杜万华 副主编  
最高人民法院民事审判第一庭 编

---

责任编辑 兰丽专  
出版发行 人民法院出版社  
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)  
电 话 (010) 67550626 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)  
65223677 (读者服务部)  
网 址 <http://www.courtbook.com.cn>  
E - mail [courtpress@sohu.com](mailto:courtpress@sohu.com)  
印 刷 保定彩虹印刷有限公司  
经 销 新华书店

---

开 本 787 × 1092 毫米 1/16  
字 数 258 千字  
印 张 15.75  
版 次 2014 年 11 月第 1 版 2014 年 11 月第 1 次印刷  
书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 1074 - 6  
定 价 38.00 元

---

版权所有 侵权必究

## 《民事审判指导与参考》编辑委员会

编委会主任 张勇健

编委会副主任 程新文 冯小光 姚 辉  
沈秋媛

编委会委员 (以姓氏笔画为序)

王友祥 司 伟 关 丽

辛正郁 李明义 张进先

张雅芬 韩 玫 韩延斌

执行编辑 司 伟

执行编辑助理 王冬颖

## 特约编委

北京高院	朱春涛	湖南高院	吴文华
天津高院	刘 莉	广东高院	戴佛明
河北高院	胡华军	广西高院	林 立
山西高院	吉瑞田	海南高院	范 忠
内蒙古高院	麻新铎	重庆高院	喻志强
辽宁高院	王玉砚	四川高院	张兴全
吉林高院	张临伟	贵州高院	彭方艾
黑龙江高院	李晓晔	云南高院	凌 云
上海高院	吴 薇	西藏高院	赵桂英
江苏高院	夏正芳	陕西高院	张译允
浙江高院	蒋卫宇	甘肃高院	李 明
安徽高院	杨悍东	青海高院	杜春青
福建高院	段思明	宁夏高院	张 仁
江西高院	胡国运	新疆高院	祝 聪
山东高院	王永起	兵团法院	聂忠泽
河南高院	司晓森	军事法院	刘仁献
湖北高院	李 涛		

## 特约通讯员

北京高院	张朝阳	湖南高院	张乐夫
天津高院	杨宇	广东高院	金锦城
河北高院	宣建新	广西高院	肖海明
山西高院	王迪	海南高院	宋长清
内蒙古高院	梁静	重庆高院	林曦
辽宁高院	王刚	四川高院	蔡源原
吉林高院	虞大江	贵州高院	罗二
黑龙江高院	王洋	云南高院	赵锐
上海高院	洪波	西藏高院	德央
江苏高院	王淳	陕西高院	程翠萍
浙江高院	沈妙	甘肃高院	刘恒
安徽高院	鲍冬梅	青海高院	杨智建
福建高院	林琳	宁夏高院	李梅
江西高院	龚雪林	新疆高院	孙万里
山东高院	于军波	兵团法院	朱程文
河南高院	贺小丽	军事法院	李毅
湖北高院	李涛		

# 目 录

## 【侵权专题】

- 旅游经营者侵权责任研究 ..... 王毓莹(1)
- 医疗损害责任纠纷的审判理念、思路与模式 ..... 官 健(15)

## 【劳动争议专题】

- 已达法定退休年龄者就业的相关法律问题研究  
..... 肖 峰 王 婷(34)

## 【探索与争鸣】

- 以物抵债若干问题研究 ..... 江苏省高级人民法院民一庭(53)
- 完全赔偿之理想与实践 ..... 梁展欣(69)

## 【指导性案例】

- 受托人知道他人委托协议上代其签名并按委托协议  
履行的,应认定委托协议对其有效 ..... 最高人民法院民一庭(92)
- 是民间借贷还是商品房买卖 ..... 最高人民法院民一庭(96)
- 二审中发包方以一审判决作为新证据主张承包方起诉时  
已经超过诉讼时效期间的诉请应否予以支持  
..... 最高人民法院民一庭(104)

- 如何理解《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十一条  
所称的“实质性内容不一致”…… 最高人民法院民一庭(112)
- 人事档案纠纷是否属于劳动争议…… 最高人民法院民一庭(118)
- 债务清偿期届满后当事人间达成以物抵债协议但未履行  
物权转移手续,该协议效力如何确定… 最高人民法院民一庭(121)

### 【请示与答复】

- 关于车辆实际所有人聘用的司机与挂靠单位  
之间是否形成事实劳动关系的答复  
(2013年10月28日)…… (125)
- 《关于车辆实际所有人聘用的司机与挂靠单位之间  
是否形成事实劳动关系的答复》的解读…… 吴晓芳(126)

### 【最高人民法院案件解析】

- 民间借贷借据本金数额的真实性应综合全案证据和  
事实进行审查判断  
——曾志伟与襄阳市前方房地产开发有限公司  
民间借贷纠纷案…… 张颖新(131)
- 当事人合同中关于履行期限约定不明的,应按照合同法  
第六十一条、六十二条规定作出解释  
——上诉人长春市国土资源局与被上诉人吉林省良品柏宏  
房地产开发有限公司建设用地使用权出让  
合同纠纷案…… 李 琪(149)
- 合同内容只有违反了强制性效力性规定才应认定为无效  
——湛江市富昌实业有限公司、湛江市富昌休闲农庄  
有限公司、湛江市农业科学研究所湛江市农业  
承包合同纠纷再审案…… 王毓莹(159)



## 建筑容积率不能作为认定房屋权属的依据

- 广东省深圳市福田区南天一花园业主委员会与深圳市城市建设开发(集团)公司、深圳市城建监理有限公司、深圳市城建物业管理有限公司房屋侵权纠纷  
再审案 ..... 沈丹丹(173)

## 【裁判文书选登】

### 广西嘉美房地产开发有限责任公司与杨伟鹏商品房买卖合同纠纷案

- 中华人民共和国最高人民法院民事判决书  
(2013)民提字第135号 ..... (192)

### 沈阳市于洪区北陵街道包道村村民委员会与辽宁东川房地产开发

- 有限公司、沈阳银亿房地产开发有限公司  
合资合作开发房地产纠纷案  
——中华人民共和国最高人民法院民事判决书  
(2013)民一终字第91号 ..... (206)

## 【热点调研】

### 关于房地产发改案件的调研报告

- ..... 安徽省高级人民法院民四庭(223)

## 【地方法院传真】

### 江苏省高级人民法院

#### 审判委员会会议纪要

- (2014年4月14日) ..... (235)

## 【民事审判信箱】

### 建设施工合同的发包方能否以承包方以未开具发票作为拒绝支付

- 工程款的先履行抗辩的事由 ..... (238)

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第八条第三款中规定的“未经特别授权的代理人对事实的承认直接导致承认对方诉讼请求的除外”,是否仅适用于被告代理人 .....	(239)
合同上仅有法定代表人的签字,未加盖单位公章,单位是否应承担责任 .....	(239)
工程变更导致工程量发生重大变化,当事人对于该部分工程款结算达不成一致的,是否应当参照签订原合同时建设行政主管部门发布的工程定额标准或工程量清单计价方法结算工程款 .....	(240)
患有精神病的无劳动能力人在交通事故发生前一直未参加工作,现因交通事故致残,侵权人应否赔偿残疾赔偿金 .....	(241)
A公司的法定代表人能否同时作为B公司的委托代理人 .....	(241)

## 【侵权专题】

### 旅游经营者侵权责任研究

王毓莹\*

随着经济的发展与人民生活水平的提高,旅游成为人们休闲放松的主要方式。出现损害由谁来承担责任,能获得何种赔偿是旅游者最为关心的问题。对于旅游经营者来讲哪些损害由自己负责,哪些损害可以免责也至关重要,这直接决定了其经营风险的大小。由于旅游涉及的环节多,导致责任主体也比较多,如果损害赔偿主体规定不明确,容易出现互相推诿的情况,旅游者的权益难以得到有效的保障。而对于旅游经营者来讲,如果只要发生损害就要其承担责任,其难免面临倒闭的风险,也不利于旅游业的健康发展。而且过度保护旅游者会使旅游经营者将其经营风险转嫁到旅游者身上,最终受害的还是旅游者。因此,合理分配旅游中旅游经营者的法律责任有着极为重要的意义。近年来频频发生的旅游过程中的损害赔偿,由于责任认定不清晰、责任主体间相互扯皮,导致索赔困难,旅游者的合法权益也得不到保障的情况时有发生。

从旅游实践上看,组团出游,连接着旅游者“吃、住、行、游、购、娱”六大环节,由于其涉及的环节多、链条长、责任主体多元化,加大了对旅行社经营者在责任认定上的难度。

从旅游法理论研究上看,我国旅游立法滞后于旅游业的蓬勃发展,直至2013年10月1日,旅游法才颁布实施。对于旅游经营者承担侵权责任的依据与要件缺乏系统与深入的研究。虽然旅游经营者的责任承担包括民

---

\* 最高人民法院民一庭法官,中国政法大学民商法学博士。

事责任、行政责任与刑事责任。但是刑事责任并不具有特殊性,新出台的旅游法涉及刑事责任的规定,仅在所有责任规定的最后,以一条条文概括,即第一百一十一条:违反本法规定,构成犯罪的,依法追究刑事责任。而对于行政责任,更多地体现的是行政主管部门对于旅行社经营者的一种管理,也不具有普遍性。现在行政主管部门更强调的是“重服务,轻管理”的理念,这可以从《旅行社管理条例》更名为《旅行社条例》的过程中得到充分的印证。旅游经营者的法律责任更多地体现为民事责任的规定。民事责任是旅游经营者法律责任研究的重点。民事责任是在旅游活动中最具普遍性的责任,也是认定最为复杂的责任。旅游经营者承担的民事责任既包括违约责任,也包括侵权责任。囿于篇幅,本文仅对旅游经营者的侵权责任作一分析论证。

## 一、旅游经营者承担责任的理论基础

旅游经营者是否承担侵权责任,取决于其是否尽到安全保障义务。虽然看似简单,但如何判断旅游经营者是否尽到安全保障义务是个比较棘手的问题。大量的旅游纠纷案例显示,法院判决旅游经营者承担责任的依据是安全保障义务。这令旅游经营者颇为头痛,因为在其看来,是否尽到安全保障义务是个模糊的标准。准确界定安全保障义务的范围,可以有效地维护旅游者的合法权益,合理平衡旅游经营者的经营风险。

### (一) 旅游经营者的安全保障义务的理论基础

安全保障义务最初来源于德国法中的一般安全注意义务理论。德国普通法时期,民法学说就认可有先行为义务存在时,应对不作为造成的损害提供救济。该词最初产生于道路交通安全领域,后通过理论的扩展及判例的支持,逐渐抽象出一般安全注意义务的概念,即行为人因特定的先危险行为,对一般人负有的防止危险发生的义务,如果先危险行为人应作为而不作为,导致损害的发生,则应承担相应的责任。<sup>①</sup>现在一般安全注意义务已经扩展到一切私法交易范畴甚至是整个社会生活的安全,因此,在交通、宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所、旅游等公共场所或群众性活动等领域,安全保障义务都能找到适用的空间和施展的舞台。本条规定即是以一般安全注意义务理论为基础,并从中剥离,着重或具体强调旅游纠纷

<sup>①</sup> 王利明:《民法典·侵权责任法研究》,人民法院出版社2003年版,第90~91页。

特定领域中安全保障义务的适用。

安全保障义务的设置，考虑了调整民事及商业等私法活动与秩序的经济价值、社会价值、道德追求等各方面的诉求，是一个综合考量的架构与结果。为何旅游经营者要尽到安全保障义务，理论界认识并不统一，有如下几种理论。

### 1. 危险控制理论

相对旅游者而言，旅游经营者、旅游辅助服务者对其所从事的旅游及其相关活动具有无可比拟的控制力。一方面，旅游经营者、旅游辅助服务者具有专业知识，主观上比旅游者更具有应对旅游过程中的突发事件的能力。另一方面，旅游经营者、旅游辅助服务者因工作原因，相对而言离旅游活动中的危险源更近，最可能了解旅游活动中的实际情况，最可能预见可能发生的危险和损害，并且最有可能采取必要的措施防止或减轻损害的发生。基于上述原因，旅游经营者、旅游辅助服务者理应承担旅游活动中的安全保障义务，这种义务通常来源于他对危险源的控制能力。例如，旅游公司的导游，因其专业与职业原因，对旅游景区的危险地点比较熟悉，那么他只要在旅行过程中及时告知旅游者或干脆不带旅游者去极其危险的地方就有可能防止或避免危险的发生。同时，旅游景区的工作人员如在危险处树立明确标志予以警示与提醒，亦能达到同样的效果。自这种情形下，法律并不能要求旅游者对旅游景点的所有地方都非常熟悉与知晓，这样的要求是不合理的。从另一个方面看，法律也不可能要求社会上的每个人时时刻刻都十分小心谨慎，以免自己遭到不测。这样，必然导致人人自危，提心吊胆，怨声载道。那是一个没有丝毫人文关怀的社会。

### 2. 信赖理论

旅游者之所以选择旅游经营者、旅游辅助服务者，一个很重要的原因就是其有合理的理由相信旅游经营者、旅游辅助服务者凭借其经验、知识、职业要求能发现潜在的危险，并采取措施避免和制止危险从而达到使自己享受优美环境、宜人景色、厚重文化，获得怡人惬意精神享受的旅游目的。这种基于双方的合同及一系列宣传所形成的信任关系是旅游经营者、旅游辅助服务者承担安全保障义务的又一理由。

### 3. 收益与风险相一致理论

旅游经营者、旅游辅助服务者从事旅游经营活动，并以之作为收益来源，理应从收益中支付安全成本，安全成本的大小其实也是一种与其收益相一致的风险。具体而言，安全成本的支付方式，可分为积极支付和消极

支付。积极支付是旅游经营者、旅游辅助服务者以性能可靠的安全设备和周到严密的管理服务,主动保障旅游者的人身、财产安全。消极支付就是旅游经营者、旅游辅助服务者在未尽到安全保障义务的情况下,对旅游者的人身、财产损失予以赔偿所支付的费用。积极支付与消极支付呈反比关系,积极支付多则消极支付少,反之亦然。对从危险源中获取经济利益者课以相应的安全保障义务,符合收益与风险相一致理论。

#### 4. 经济分析和比较理论

从社会经济学的角度分析比较,将旅游经营者、旅游辅助服务者作为安全保障义务人,避免和减轻该危险损害发生的成本是最低的,对于节约社会总成本而言,其应承担必要和适当的安全保障义务。

#### 5. 诚实信用原则引导下公平分配正义理论

安全保障义务最初来源于德国法中的一般安全注意义务论,而一般安全注意义务论是在诚实信用原则之下基于公平分配正义的需要发展起来的,所以民法上的帝王条款——诚实信用原则亦是安全保障义务的终极来源。诚实信用原则要求正义的分配不仅要追求形式上的平等,更要追求实质上的平等。但由于诚实信用原则过于抽象,有必要加以具体化,以便操作;同时诚实信用作为民法的最高准则,主要起到补缺的作用,在有具体详细的规范时,不必引用这一原则,故在本条中对相对而言处于优势地位的旅游经营者、旅游辅助服务者,在规范层面上适当加重其责任亦合乎实质平等的民法理念。

## (二) 安全保障义务的法律性质

关于安全保障义务的性质究竟为何,理论界对此问题可谓众说纷纭。具体而言主要有以下几种:

### 1. 附随义务说

该学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。将安全保障义务定性为附随义务是自然而然的事:消费者在从事住宿、餐饮、娱乐、交通、旅游等活动时,或因上述经营单位照顾不周,或遭受第三人侵害而找不到第三人或第三人缺乏偿付能力。于此情形,法律理念告诉我们,应该让此类经营者承担赔偿责任,而其与消费者间往往存在合同关系,因而合同法上基于诚实信用原则而发生的附随义务恰好可以满足此种需要。于是,司法实践根据附随义务理论对

诸如旅客宾馆住宿被杀案、乘客乘车人身伤害案等作出了判决，该说一时遂成通说。

## 2. 法定义务说

该学说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地列举性规定，因此，原则上将安全保障义务定性为法定义务比较妥当。<sup>①</sup> 根据此种观点，既然安全保障义务属于法定义务，因而对其的违反承担的是侵权责任而非合同责任。

## 3. 竞合说

该学说认为经营者承担的安全保障义务的基本性质有两种：一是法定义务，二是合同义务。事实上，这两种义务是可以竞合的。经营者的安全保障义务既是法律规定的义务，也是合同约定的义务。经营者违反安全保障义务，既可能构成违约责任，也可能构成侵权责任，这就就会产生民事责任的竞合，受害人获得两个损害赔偿的请求权。为此，应当按照合同法第一百二十二条的规定，由赔偿权利人进行选择，选择一个最有利于自己的请求权，以便得到最佳救济。<sup>②</sup>

应当承认的是，理论界很多学者之所以将安全保障义务解释为合同法上的附随义务与我们对侵权行为法的研究不如合同法之周全，同时我国侵权行为法亦不如合同法之完善不无关联。但同时我们应当承认，合同法并不能从根本上解决安全保障义务的问题。首先，合同附随义务说很难解决那些与安全保障义务人没有合同关系的受害人的损害赔偿问题，我们不能因他们与安全保障义务人没有合同关系就简单、机械地将这些人排除在安全保障的范围之外。其次，附随义务一般要与主给付义务相连接，若根本就不存在什么主给付义务，附随义务往往便具有不确定性。再者，相比财产损失而言，违约责任对人身尤其是精神损害保护（这往往是遭受重大损害时受害人的重要诉求）存在弱点，不如侵权责任保护得力。同时，我们还应看到随着侵权行为法中过错责任的“严格化”适用已渐成趋势，对侵权人主观过错举证困难的问题不再那么尖锐，所以传统民法对违约责任较

<sup>①</sup> 张新宝主编：《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》，中国法制出版社2004年版，第100页。

<sup>②</sup> 杨立新：《侵权责任法原理与案例教程》，中国人民大学出版社2008年版，第186页。

之侵权责任对受害人而言更为有利的主要理由在目前也不像之前那样明显了。因此,我们认为虽然不能完全否认安全保障义务游离于合同责任与侵权责任之间,但从其定位出发,弱化合同责任的普遍适用,将安全保障义务定位于法定义务或侵权责任(或者说以法定义务为一般,以约定义务为补充)较为适宜。当然,应当明确的是,安全保障义务对义务人而言是其应当承担的最基本的义务,是其应达到的最低要求。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应当尊重当事人之间的约定意旨,可以按照其约定或者单方承诺处理。

### (三) 安全保障义务的内容

安全保障义务的内容比较丰富,其始终贯穿于旅游活动的始终。一般包括对于旅游者事前的告知义务,事中的保护义务,事后的救助义务。具体来说,安全保障义务体现在在行程前询问旅游者与旅游活动相关的个人健康信息,并对行程中可能危及旅游者人身、财产安全的事项向旅游者作出必要的真实说明和明确警示的义务;在旅游行程中,旅行社委派的导游、领队或其他工作人员,或者旅游辅助服务者,对可能危及旅游者人身、财产安全的事项,向旅游者作出必要的说明和明确的警示,并采取合理必要措施防止危害发生的义务;发生危及旅游者人身或财产安全的情形时,旅行社委派的导游、领队或其他工作人员,或者旅游辅助服务者,采取合理必要的保护和救助措施的义务。

这主要是基于诚实信用原则产生的义务。诚实信用原则是市场经济活动的一项基本道德准则和道德伦理基础,甚而至于市场经济的生命。诚实信用原则兼具有道德性规范和法律性规范的双重特点,虽然不是一项具体的制度,但作为一项抽象的原则,对于一切民事主体的一切民事行动发挥着制约作用。根据诚实信用原则,民事主体在实施民事行为时,应当讲究信用,严守诺言,不把自己利益的获得建立在损害国家、他人和社会利益的基础上,应当在不损害国家、他人和社会利益的前提下追求自己的利益。我国将诚实信用原则奉为民法的一项基本原则。民法通则第四条规定:“民事活动应当遵循诚实信用原则。”诚实信用原则是社会公德的法律



化，其在旅游活动中的具体内容是：旅游经营者应当对于旅游过程中可能出现的风险对旅游者进行告知，周全地保护旅游者的人身与财产安全，出现危险后对于旅游者及时地进行救助。安全保障义务的要求与旅游活动的特点紧密相连。

首先，旅游活动中，旅游者与旅游经营者、旅游辅助服务者之间相互的信息并不对称。旅游者对可能危及自身人身、财产安全的旅游项目显然不如旅游经营者、旅游辅助服务者了解，其对于当地的语言、风俗习惯与法律均缺乏相应的了解。对于当地哪些地方存在可能危及其人身财产安全的亦缺乏相应的了解。其次，旅游合同是一个人身信赖性较强的合同，所以有其特殊性。因此，旅游经营者负担的义务并不以合同为限。比如，旅游过程中旅行社对于生病、遇险、分娩的旅游者有救助的义务。虽然这不是旅游合同中规定的义务，但是违反附随义务，旅行社也应当依据其过错程度承担责任。旅游合同解除后无论是旅游者解除合同的，还是旅行社解除合同的，旅行社均应当协助游客办理回程的相关事宜。如有必要，旅游业者应垫付游客的回程费用。游客到达原出发地后，应附加利息返还旅游业者垫付的费用。即使在自由行过程中，旅游经营者也应当承担安全保障义务。依照旅游法第七十条第三款的规定：在旅游者自行安排活动期间，旅行社未尽到安全提示、救助义务的，应当对旅游者的人身损害、财产损失承担相应责任。

#### （四）违反安全保障义务的法律责任

##### 1. 违反安全保障义务的判断标准

安全保障义务相对而言是一个抽象出来的概念，其本身并未对注意的内容和标准给出确定的规则，判断是否违反了安全保障义务还需要借助其他法律法规的规定（法定注意义务）及理性人的（审慎管理人）的判断标准。通常以行为人是否尽到了同类交易情形下通行的注意义务作为衡量的尺度，如考虑安全保障义务人是否达到了主管机关所要求的安全保护标准，在执行这些标准规定时是否存在疏忽、纰漏，在发生损害时的处置措施是否妥当等。同时该种安全保障义务的内容还需要根据每个具体案件的实际情况加以确定，这样才能为法律创设更具有创造性的判例法提供可能，并因此而使法律与时俱进，符合社会的要求而不用担忧司法的专横。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 张民安：《过错侵权责任制度研究》，中国政法大学出版社2002年版，第299~300页。