

特殊主体侵权责任研究

程 萍 著

红旗出版社

17923
826

特殊主体侵权责任研究

程 萍 著

红旗出版社

图书在版编目(C I P)数据

特殊主体侵权责任研究 / 程萍主编. — 北京 : 红旗出版社, 2013.12
ISBN 978-7-5051-3407-2

I. ①特… II. ①程… III. ①侵权行为 - 民法 - 研究 - 中国
IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 016689 号

特殊主体侵权责任研究

程 萍 著

★

红旗出版社出版发行

(北京市沙滩北路 2 号 邮编:100000)

杭州名师文化传播有限公司印刷

★

850mm×1168mm 1/16 17 印张 340 千字

2013 年 12 月第 1 版 2013 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5051-3407-2

定价:40.00 元

版权所有 侵权必究

前言

多年来,我一直在浙江工商大学从事民商法教学工作,在讲授侵权责任法时,觉得有许多问题尚不明确,在教学过程中无法讲述的更为详细,使我觉得应当对此进行更深入的研究。本书针对特殊主体的侵权责任问题,以我国现行法律规定为研究对象,对比国外法律规定,从理论上对六种特殊主体的侵权责任进行深入的分析研究。

《侵权责任法》第四章的标题是“关于责任主体的特殊规定”,从法条的规定来看,其包括监护人责任、用工责任、网络服务提供者的责任、安全保障义务人的责任、教育机构的责任、暂时无意识者的责任。其特殊性主要体现在归责原则、责任主体、责任承担方面。侵权责任法第四章规定所适用的归责原则具有多样性,并不是仅适用一种归责原则,而是根据不同的情况,适用不同的归责原则。我国法律将其归入到特殊侵权中是因为其大多数的责任人与侵权行为人都是分离的,承担责任的主体不是侵权行为人,但因为某种原因,法律规定由责任人承担民事责任,是替代责任。这类侵权责任的承担具有特殊性,责任人是由法律条文明确规定的人承担,并且承担的责任性质和责任的顺序等都是由法律的特别规定,不能按照总则的规定来确定,所以,第四章所规定的内容有其特殊性,应当是属于特殊类型的侵权责任,是一类基于法律规定为解决行为人或第三人的不法行为之责任承担问题的特殊侵权责任。本书旨在对《侵权责任法》第四章“关于责任主体的特殊规定”进行分析研究,以期为侵权责任法的学习和司法实践中特殊主体的侵权责任提供帮助。

本书共分七章,第一章概述,后六章对《侵权责任法》第四章规定的六种特殊主体的侵权责任作详细论述。第一,监护人责任,监护人责任是替代责任,当无民事行为能力人或者限制民事行为能力人实施具体的侵害行为,侵害了被侵权人的权利,造成了被侵权人的人身损害或者财产损失,由监护人替代实施加害行为的行为人承担侵权责任。有财产的被监护人,从本人财产中支付赔偿费用。不足部分,由监护人赔偿,可见,监护人支付赔偿费具有次位性。《侵权责任法》第32条第1款确立的是监护人的无过错责任,而不是过错推定原则。如果是过错推定的话,必定有如果能证明其无过错的可以不承担责任之表述,但本条并无此表述,可见我国《侵权责任法》所规定的监护人责任并不是过错推定。采用无过错责任能更好的保护受害人利益,适用无过错责任体现责任分担理念,体现法律对公平正义的追求。从立法目的看,该条款的设立就是为了让监护人承担责任,并不需要考虑监护人的过错,这与我国自《民法通则》确立了监护人的无过错责任原则是一致

的。第二,暂时心智丧失人的责任。暂时心智丧失的原因是多种多样的,行为人在实施行为时的主观态度也存在较大差异,如果侵权法对其加以区分而作不同的对,。侵权人承担因过错导致暂时心智丧失致人损害的赔偿责任,对自己暂时心智丧失没有过错的分担责任。第三,用人者责任。《侵权责任法》将用人者责任规定为三种类型,即用人单位责任、劳务派遣责任和个人劳务责任。本书就这三种情况下承担构成要件、赔偿责任等进行分析,我国侵权责任法只规定了用人者的责任,我们认为,受害人可以根据自己的具体选择或者起诉用人者或者起诉被用人者,要求他们对自己单独承担侵权责任,或者同时起诉雇主和雇员,要求他们承担共同责任和连带责任。第四,网络侵权。网络服务提供者的责任是过错责任,其过错是在接到受害人的通知以后,拒绝采取措施,或未及时采取措施,网络服务提供者与网络用户应当承担连带责任。网络服务提供者和网络用户对内是按各方过错分担责任的,任何一方对受害人承担全部责任后,所承担的超出自己份额的责任,享有对网另一方的追偿权。被控侵权的一方应当享有反通知权,以维护自己的利益,如果事后证明,被删除的信息不构成侵权,应当由申请删除的“受害人”承担侵权责任,网络服务提供者不需要承担责任。第五,违反安全保障义务的责任。安全保障义务性质有不同观点,我们认为,安全保障义务的性质是一种侵权责任法层面的法定的作为义务,其归责原则是过错责任。安全保障义务的种类很多,并没有一个一般的、通行的标准来普遍适用于各种情形,只提供了一个价值指引,即应在“合理限度”范围内承担安全保障义务,这是一个很抽象的概念。本书的观点是:首先应当考虑的是依法律、法规、规章或者操作规定等明确规定的标准,然后是同类经营者所应当达到的通常注意程度,如无以上二种标准,则依理性人的标准来认定安全保障义务,并且适用理性人标准必须考虑多种因素。第六,教育机构的责任。我国《侵权责任法》以三个条款专门规定了教育机构的责任。教育机构主要对未成年学生依法负有教育、管理和保护的义务,其不是未成年学生的监护人,所以,也不应承担监护人的责任。教育机构对无行为能力人和限制民事行为能力人在教育机构学习生活期间受到人身损害的或未成年学生造成他人损害,分别适用过错推定责任和过错责任原则。教育机构对第三人致害的责任是过错责任,而不考虑被侵权人是无行为能力人还是限制行为能力人。

本书对《侵权责任法》第四章规定的六种特殊主体侵权责任尽可能的作了较为详细的分析研究,有些问题限于水平未作深入的论述,提出的观点只是一家之言,错误他疏漏之处敬请批评指正。

程 萍

2013年10月于浙江工商大学



目录 CONTENTS

第一章 特殊责任主体的侵权责任概述	1
一、我国《侵权责任法》的立法体系	1
二、《侵权责任法》在立法结构	2
三、《侵权责任法》第四章责任主体的特殊规定	3
四、特殊责任主体的替代责任	6
第二章 监护人责任	18
一、监护人责任的概念和特征	18
二、监护人责任制度的比较研究	20
三、监护人责任的归责原则	23
四、监护人责任的构成要件	36
五、承担侵权责任的监护人种类	46
六、监护人责任的承担分析	48
七、监护人的责任减轻	67
第三章 暂时丧失意思能力人的责任	73
一、暂时丧失心智损害责任概念和构成要件	73
二、暂时丧失心智损害责任的归责原则	74
三、暂时丧失心智损害的责任承担	75
第四章 用人者责任	78
一、用人者责任概述	78
二、用人者责任的比较研究	82
三、用人者责任与类似责任	74
四、用人者责任的归责原则	88
五、用人者责任的构成要件	104
六、用人者责任的承担分析	124
七、用人者与被使用者间责任承担分析	132
第五章 网络侵权责任	139
一、网络侵权责任概述	139
二、网络侵权单独责任	145
三、网络用户和网络服务提供者在通知规则下的连带责任	149
四、知道规则下网络服务提供者的连带责任	160

第六章 违反安全保障义务的责任	167
一、安全保障义务责任的概述	167
二、安全保障义务理论产生和发展	173
三、国外安全保障义务的理论	175
四、安全注意义务的法理依据	184
五、违反规定安全保障义务责任的归责原则	188
六、违反安全保障义务侵权责任构成要件	190
七、违反安全保障义务的类型	197
八、安全保障义务的认定标准	215
九、违反安全保障义务的责任承担	222
第七章 教育机构的责任	229
一、教育机构的责任概述	229
二、教育机构责任的归责原则	241
三、教育机构责任的构成要件	243
四、教育机构的责任的承担	252
参考文献	261

第一章 特殊责任主体的侵权责任概述

一、我国《侵权责任法》的立法体系

(一)两大法系侵权责任法立法模式

大陆法系侵权法采取的立法模式是一般化方法。从《法国民法典》第 1382 条和《德国民法典》第 823 条规定,都反映了法国和德国采用了此种立法模式,还有《埃塞俄比亚民法典》第 2027 条也采用此种立法模式。德国、法国式的一般条款,只概括一般侵权行为,而不是概括全部侵权行为。一般我们把这种立法模式称之为小的一般条款。而埃塞俄比亚式的一般条款,所概括的是全部侵权行为,分为过错责任的侵权行为、无过错责任的侵权行为以及替代责任的侵权行为三类,在各分类中再对每一种具体的侵权行为作出具体规定。这种立法模式的一般条款,我们通常称为大的一般条款,是一种概括全部侵权行为的一般条款。总之,侵权法一般化立法模式就是规定一个侵权责任一般条款,这个一般条款基本概括大部分或概括全部侵权行为并被称之为一般侵权行为,这种立法模式使侵权法的内容简明、概括。

英美侵权法的立法模式是类型化方法。在英美侵权法中,对侵权行为的规定都是类型化的规定,没有一般化的规定。英国侵权法分为 8 类侵权行为:非法侵入、恶意告发、欺诈害性欺骗和冒充、其他经济侵权、私人侵扰、公共侵扰、对名誉和各种人格权的侵害和无名侵权。《美国侵权法重述》把侵权行为分为 13 类侵权行为:故意侵权行为、过失侵权行为、严格责任、虚假陈述、诽谤、侵害的虚伪不实、侵害隐私权、无正当理由的诉讼、干扰家庭关系、对优越经济关系的干扰、侵犯土地利益、干扰不同的保护利益和产品责任。英美法系的侵权责任法都是采用对侵权行为类型进行的具体规定,立法模式没有抽象规定、没有一般性规定,而是采用完全的类型化。

2009 年 12 月 26 日通过并于 2010 年 7 月 1 日实施《中华人民共和国侵权责任法》在立法模式上借鉴了大陆法系和英美法系侵权法立法经验,既有一般性规定,又有类型化的规定。

(二)我国《侵权责任法》的立法模式

我国《侵权责任法》既有一般性规定,即侵权责任一般条款的规定,又有具体规定,即侵权行为类型化的规定,兼采两大法系侵权责任法的立法模式,融合了大陆法系和英美法系立法

模式之长处,形成了一部在大陆法系侵权法一般化立法模式的框架下,吸收融合英美法系侵权法的类型化的新型侵权法。我国《侵权责任法》这种既有一般化的规定,又有类型化的规定,使《侵权责任法》具有更大的弹性和包容性,具有更好的可操作性。

我国《侵权责任法》将大陆法系与英美法系侵权法立法模式的融合,确立了一个具有更多展开侵权行为类型化空间的侵权责任一般条款,并在此基础上实现侵权行为类型化。

《侵权责任法》第2条第1款明确规定“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任”《侵权责任法》,第6条第1款规定的是,因过错侵害他人权益的,应当承担侵权责任,如果《侵权责任法》没有其他更加概括性的规定,将这个条文作为侵权责任一般条款,概括的仍然是一般侵权行为,一般侵权责任在法律适用中,就仍然像适用《民法通则》第106条第2款那样,直接适用《侵权责任法》第6条第1款的规定,无须寻找特别规定作为法律根据。因为我国《侵权责任法》第四章至第十一章规定了侵权责任的类型化,即规定了大部分侵权责任的类型,但对于一般侵权责任,并没有特别规定,仅仅在第四章中规定了几种适用过错责任原则或过错推定原则的侵权责任。使得在法律适用上缺少请求权的法律基础。所以,《侵权责任法》第6条第1款应当作为一般侵权责任请求权法律基础的一般条款。

二、《侵权责任法》在立法结构

我国《侵权责任法》在结构体例上,采用的是总分结构,即分为总则、分则,总则采用大陆法系侵权法的一般性规定,分则采用英美侵权法的类型化规定。《侵权责任法》一共有12章,大体上分成两部分:第一部分为第一章到第三章,是侵权法的总则部分,规定了侵权责任的一般规定、责任构成、责任方式以及不承担责任和减轻责任的抗辩事由。从第四章开始属于分则规定,第四章关于责任主体的特殊规定中规定的是一般侵权行为中责任主体特殊的侵权行为类型;第五章到第十一章规定的是特殊侵权责任类型。可见,我国侵权责任法对两大法系侵权法的立法结构都有借鉴。因为大陆法系侵权法通常都只有一般性规定,条文较少。而英美侵权法都是对侵权行为类型的具体规定,较少有抽象性规定,就如同我国侵权责任法中分则。当然我国侵权责任法对分则的类型化还不是很完美,仅相当于英美法系中的一个不完善的侵权法分则。

我国《侵权责任法》的适用规则是,一般侵权责任适用总则的规定,如果分则作出特殊规定的,则适用分则的特殊规定;特殊侵权责任适用分则规定,同时适用总则的相应规定。我国的立法结构明确,在实践中用起来也方便,容易掌握。

三、《侵权责任法》第四章责任主体的特殊规定

《侵权责任法》第四章是关于责任主体的特殊规定,与《侵权责任法》第五章到第十一章有所不同,是一般侵权行为中责任主体特殊的侵权行为类型。

《侵权责任法》第四章的特殊性不在于归责原则的特殊,而在于责任主体的特殊,归责原则也大多采用过错责任原则,在本质上不属于特殊的侵权行为,但我国法律将其归入到特殊侵权中是因为其大多数的责任人与侵权行为人都是分离的,所以第四章是以特殊的责任主体为依据划分的。这种类型化有助于我们认识和把握各种侵权责任的构成要件、归责原则、责任的承担,增强在司法实践中的可操作性,也是侵权责任法体系化、类型化的要求。

(一)特殊责任主体属于特殊侵权责任

对《侵权责任法》第四章特殊责任主体的规定有以下不同的观点:

第一种观点认为,本章是针对特殊主体所作的规定。但本章所规定的不是以侵权行为主体的特殊性来划分,而是以责任主体的特殊性来划分,即责任主体与侵权行为主体相分离的情况所作的规定,所以本观点虽然有一定的合理性,但不够准确。

第二种观点认为,本章是基于归责原则构建的体系,所规定的责任人大都不是侵权行为人,其承担责任的归责原则是替代责任;此种观点将替代责任作为一个与其他三大归责原则一样的归责原则,即替代责任原则是一种独立的归责原则。此观点要认定替代责任是一种独立的归责原则,替代责任是指第三人因与侵权行为人存在某种特殊关系而对受害人的损害承担侵权责任。这种人行为发生的侵权责任而承担的侵权责任被称作替代责任(vicarious liability)。就是说,行为人不是就本人的侵权行为引起的损害对别人承担侵权责任,而是就第三人施行的侵权行为对别人承担的侵权责任。雇主就其雇员施行的侵权行为对别人承担的侵权责任是替代责任。而归责原则是侵权责任法中承担责任的基本规则,是指在行为人的侵权行为致人损害时,根据何种标准和原则确定行为人的侵权责任。这是侵权责任法的核心,我国侵权行为的归责原则通说是两个归责原则,包括过错责任原则、无过错责任原则,对公平责任原则是否是归责原则上是有争议的,而主张替代原则是归责原则的更加少了。因为如上所述,归责原则是确定承担责任的基本规则,则依据归责原则我们就能认定责任人、责任范围等,但实际上《侵权责任法》第四章所规定的类型中有适用过错认定责任的,也有适用过错推定的,那实际上就是说适用了替代责任归责原则后,还要再适用过错责任的归责原则,这从法理上是说不过去的。另外,如果说第四章作为单独一章是关于特殊的归责原则的规定,即适用了替代责任原则,那在侵权责任法中的其他章节中也同样有适用替代责任的内容,怎么就不归入到第四章中,而是单独列为一章,如交通事故、医疗责任等。所以,第四章关于特殊主体的规定并不是以归责原则来划分的。

第三种观点认为,本章是通过类型化来确立的侵权责任,是新型的侵权责任类型,这种观点有较多的人主张。特殊侵权民事责任,是指当事人基于自己有关的行为、物件、事件或者其他特别原因致人损害,依照民法上的特别责任条款或者民事特别法的规定仍应对他人的人身、财产损失所应当承担的民事责任。特殊侵权民事责任与一般的侵权民事责任有所不同,其侵权责任的构成要件、举证责任的分配上、免责事由、责任的承担等都有其特殊性,责任主体和行为主体存在分离现象。如监护人对被监护人致人损害所承担的民事责任也应当是特殊侵权责任的一种。我国侵权责任法第四章的标题是“关于责任主体的特殊规定”,可见,是对承担侵权责任主体的特殊规定。从法条的规定来看,其包括监护人责任、用工责任、网络服务提供者的责任、安全保障义务人的责任、教育机构的责任、暂时无意识者的责任。这些责任都有其特殊性,主要有归责原则、责任主体、责任承担方面。

第一,归责原则具有特殊性。侵权责任法第四章规定所适用的归责原则具有多样性,并不是仅适用一种归责原则,而是根据不同的情况,适用不同的归责原则,如监护人侵权责任适用无过错责任,用工责任采取的是无过错责任原则、网络服务提供者适用的是过错责任原则、安全保障义务人的责任采取的是过错责任原则、教育机构适用的是过错推定和过错责任原则。总之,其归责原则的特殊性表现在以下两个方面:一方面,本章所包含的侵权行为种类较多,而且各类侵权行为适用不同的归责原则,而其他各章节的特殊侵权责任只有一种侵权行为,大多适用单一的归责原则;另一方面,同一种类的责任中适用了多种归责原则,如教育机构适用的是过错推定和过错责任原则。

第二,责任主体的特殊性。承担责任的主体不是侵权行为人,但因为某种原因,法律规定由责任人承担民事责任,这是第四章与一般侵权责任的一个重要区别。在侵权责任中大多是侵权人自己承担侵权责任,对不是因自己行为而造成的损害是无需承担民事责任的,又称责任自负原则,责任自负原则是与过错责任原则有密切联系的,因为过错原则是指行为人应该对自己的违法行为负责,对造成的损害有过错才承担民事责任,而这个过错往往指的是行为人自己的过错行为。不能让没有违法行为的人承担法律责任,无责任人受到法律保护,要保证行为人受到法律追究,承担民事责任。责任自负原则是现代法的一般原则,从株连九族到责任自负体现现代法的进步。而侵权责任法第四章规定的特殊责任主体是替代责任,是责任人要为他人的侵权行为承担民事责任,这不是一种退步,这是一种进步,是为了维护法律尊严和财产的安全完整,而产生的责任转承或分摊。

第三,侵权责任的承担具有特殊性。因为本章的责任人和行为是分离的,则会涉及三个问题,一是责任人是谁,当侵权行为侵害他人的民事权利,则由谁来承担责任不是随便定的,而是由法律条文明确规定的责任人承担,即侵权责任法第四章中所规定的人承担。二是责任人承担什么样的责任,以及责任的顺序,如第三人侵权时责任人的责任,是补充责任还是连带责任,这都需要法律的特别规定,不能按照总则规定的一般侵权责任来确定。三是责任人应当分担多少责任,如责任人承担的补充责任是多少,是否有限制,这都由法律条文来规定的。综上所述,第四章所规定的内容有其特殊性,应当是属于一类特殊类型的侵权责任,是一类基于法律规定而归责于行为人或第三人责任人不法行为的特殊侵权责任。

(二)第四章是属于分则部分

学界对《侵权责任法》第四章属于总则还是分则有以下两种观点:

第一种观点认为属于总则,该观点认为第四章虽然是关于替代责任的规定,但替代责任不是一种具体的侵权责任类型,而其本身就是一种归责原则,即对替代责任的规定是一种具有普遍适用性的规则。能够归入总则部分的规定,应当是能够普遍适用于各类具体侵权形态之中,具有概括性,《侵权责任法》第一章到第三章就是属于总则的规定,因为这些规定可以适用于分则的一些内容,或者适用于一部分内容,所以这即是总则部分。《侵权责任法》第四章在适用上具有广泛性,对后面的特殊侵权都有很多的应用价值。如违反安全保障义务责任,在医疗事故责任中、交通事故中都有涉及,在高速公路上因遗洒物而发生事故的,找不到遗洒人时,负有安全保障义务的公路管理人就要承担的责任。所以,《侵权责任法》第四章应当归入总则。

第二种观点认为,第四章应当属于分则。分则是指被类型化的特殊侵权类型,分则的规定可以说都是对总则规定的具体化,侵权责任类型化其实也就是对一般规则的具体化。理由如下。一是我国《侵权责任法》分则部分又称为特殊侵权责任,主要是适用于过错责任之外的特殊归责原则的侵权责任形态,一般侵权责任形态主要是以过错作为主要的判断标准,而特殊的侵权责任则不以过错作为承担责任的主要判断标准或者不以原告证明过错为依据。归责原则是侵权责任法分则体系的中心。如我国《侵权责任法》第五章到第十一章规定了各种具体类型的特殊侵权形态,通常不采用过错责任作为归责原则,大多适用无过错责任原则或过错推定原则上。适用过错责任的都是一般侵权,属于总则内容;凡是适用过错原则之外的特殊规则原则的,如严格责任、过错推定责任等都是分则的内容。在第四章中,关于责任主体的特殊规定中,有关监护人的责任、用工责任适用严格责任。可见,将第四章归入分则部分是与我整个侵权责任的体系相吻合的。二是《侵权责任法》第四章的内容是关于具体侵权的规定,其概括性抽象程度没有为达到总则的要求,如同《侵权责任法》第六条第一款的那样高度概括。第四章是一种特殊的侵权规则,其适用有严格的限制,有严格的界限,明确的责任构成要件,明确的适用范围的限制。三是第四章规定是适用三大归责原则的类型化的特殊侵权形态。第四章的规定的替代责任不是一个单独的归责原则,它仍然是受三大归责原则的指导而产生的特殊的侵权形态,所以还不能上升为总则。四是第四章的适用上要依据前三章的规定。从第四章与前面三章的关系上看,前面三章对第四章基本上是可以适用的,包括责任承担方式等,大多情况下,它仍要回到前面三章所规定的,把它放在分则,更有利于理解它和前三章的关系。五是第四章关于特殊责任主体的规定并不是按照归责原则上来划定的一种特殊类型的侵权责任。后面几章特殊侵权责任大多按特殊的归责原则来划分的,不是以一个简单的归责原则来划分总、分则,第四章关于特殊责任主体的规定适用的替代责任无法简单地适用一个特殊的归责原则,所以说,我认为,第四章与其他特殊侵权类型不同的是其不以归责原则为划分标准,而是以责任人与侵权行为人分离为标准,这种不同并不能否认其是一种特殊类型的侵权责任,只是在类型化上,第四章有其特殊性,并且其类型化的程度更抽象一些。

第四章关于特殊责任主体的规定究竟是归入总则还是分则的争论并无有定论,但大多数学者倾向于归入分则。

四、特殊责任主体的替代责任

(一)替代责任的界定

1.替代责任的概念

替代责任是指行为人同第三人之间存在某种特殊关系或者如果行为人同受益人之间存在特殊关系,当第三人对别人施行某种侵权行为并因而招致别人蒙受损害,行为人该就第三人施行的侵权行为对受益人承担侵权责任。行为人承担的此种侵权责任被称作替代责任(vicarious liability)、优势责任(respondeat superior)、被强加的过失责任(imputed negligence)、间接责任(responsabilité indirecte)或者因他人的行为承担的侵权责任(responsabilité d'autrui)。① 替代责任的特殊性在于责任人之所以承担责任,不是因其本人的侵权行为致人损害,而是就第三人施行的侵权行为对别人承担的侵权责任。

2.替代责任的比较研究

(1)大陆法系对替代责任的界定

法国和比利时不运用替代责任这一概念,运用就别人的行为承担侵权责任(responsabilité d'autrui)这一概念。依据法国主流学讲,侵权责任可以基于三种致害行为而发生:因团体行为而发生的侵权责任(responsabilité d'autrui personnel)、因物的行为而发生的侵权责任(responsabilité d'autrui choses)以及因别人的行为而发生的侵权责任。①因团体行为而发生的侵权责任是指行为人外行为的时分违背了对别人承担的留意义务并因而导致别人蒙受损害,行为人就本人施行的过失行为对受益人承担的侵权责任。②因物的行为引起的侵权责任是指物的管理人或许控制人在其管理或许控制的物件引起别人损害的时分,就其物件引起的损害对别人承担的侵权责任。③因别人行为发生的侵权责任是指行为人该就其控制的第三人施行的侵权行为对受益人承担的侵权责任。

在德国和奥地利,对替代责任也存在争议。有观点以为,替代责任是指行为人就另外一团体的行为对别人承担的严厉责任,假如行为人仅仅就另外一团体的行为对别人承担过失侵权责任,则行为人承担的侵权责任不是替代责任。依据此种观念,雇主就其雇员施行的侵权行为对别人承担的侵权责任是严厉责任,因而,雇主承担的此种侵权责任是替代责任;父母就其未成年子女施行的侵权行为对他人承担的侵权责任是过失责任,因而,父母承担的此种侵权责任不是替代责任。还有观点主张,只需行为人是就他人施行的侵权行为对他人承担侵权责任,则行为人承担的侵权责任就是替代责任,无论他们承担的此种侵权责任是过失责任还是严厉责任。依据此种观念,不只雇主就其雇员施行的侵权行为承担的侵权责任是替代责任,就算是父母或其他机构就未成年子女施行的侵权行为承担的侵权责任也是替代责任。

① 参见张民安:《侵权法上的替代责任》,北京大学出版社2010年版,第1页。

(2)英美法系国家对替代责任的界定

在英美法系国家普遍运用替代责任,但对替代责任的界定也存在争议。Epstein 指出,替代责任普通是指一团体就另外一团体的行为承担的侵权责任。Salmond 在其《侵权法》著作中对替代责任作出了阐明,他指出:“主人要就其仆人在职务范围内施行的任何侵权行为承担共同责任和连带责任。主人承担的此种侵权责任是法律认可的最重要的替代责任。所谓替代责任是指,一团体取代另一团体的位置对别人承担侵权责任。”^① 依据 Clerk & Linsell 的观念,替代责任仅仅树立在雇主就其雇员施行的侵权行为的根底上,只要在雇佣关系中,雇主承担的侵权责任才契合 Clerk & Linsell 所界定的替代责任的构成要件。Rogers 指出,替代责任这一词语是指:A 就 B 施行的过失行为或其他侵权行为引起的损害对 C 承担侵权责任。依据 Prosser 教授的意见,替代责任的唯一表现方式是雇主就其雇员施行的侵权行为对受害人承担的侵权责任。Prosser 关于替代责任的观念虽然同 Rogers 关于替代责任的观念存在类似的地方,也存在差别。一方面,依据 Prosser 教授的意见,替代责任仅有一种方式,就是雇主就雇员的侵权行为承担的侵权责任;而依据 Rogers 的观念,替代责任除了雇主承担的替代责任之外还包括其他行为人承担的替代责任。另一方面,依据 Prosser 教授的意见,替代责任虽然被看作严厉责任,但是本质上依然是过失责任;而依据 Rogers 的观念,替代责任是一种严厉责任。Heuston 和 Buckley 在其侵权法著作对替代责任这一词语停止了界定:替代责任并不是一种独立的侵权行为,它是一种顺序,经过该种顺序,法律可以责令行为人就另外一团体施行的某种侵权行为承担侵权责任。依据 Heuston 和 Buckley 的意见,替代责任主要是雇主就雇员的侵权行为承担的侵权责任。^②

(3)我国学者对替代责任的界定

我国虽然在《民法通则》、《侵权责任法》的法条中和最高人民法院的有关司法解释都没替代责任这个词,但在我国学界运用替代责任这一概念是很常见的。我国关于替代责任的界定有三种观点:广义替代责任、狭义替代责任和折中替代责任。

①狭义替代责任

狭义替代责任主张,替代责任就是雇主就其雇员的侵权行为承担的侵权责任,雇主应就其雇员在从事雇佣活动时形成的损害对受益人承担侵权责任。张新宝教授指出,替代责任为英美法系国度侵权法上的概念,其根本含义是委托人就其代理人的侵权行为对别人承担侵权责任,主人或雇主就其仆人或雇员的侵权行为对别人承担侵权责任。我国民法通则虽然没有运用替代责任这样的词语,但是最高人民法院在 1990 年的《有关贯彻民法通则若干问题的意见》中规定了替代责任,该意见第 175 条规定的雇主责任是替代责任。此主张之不足在于,一是范围过小,将替代责任等同于雇主责任,排除了其他情况下替代人对他人施行的侵权行为承担的侵权责任,所包括的范围过小,无法顺应社会发展的要求。二是主张雇主就其雇员的侵权行为承担的替代责任是严厉责任,不以雇主存在过失为条件。

②广义替代责任

广义替代责任主张,我国《民法通则》规定的各种特殊的侵权责任制度,包括行为人就他

① R.F.V.Heuston and R.A.Buckley, Salmond and Heuston on the Law of Torts (twentyfirst edition), Sweet & Maxwell Ltd., 1996, P.430.转引自张民安:《侵权法上的替代责任》,北京大学出版社 2010 年版,第 3 页。

② 参见张民安:《侵权法上的替代责任》,北京大学出版社 2010 年版,第 5 页。

人的行为承担的侵权责任,诸如国家机关就其机关工作人员的侵权行为承担的侵权责任,监护人就被监护人无行为能力人、限制行为能力人施行的致害行为承担的侵权责任;法人就其成员施行的侵权行为承担的侵权责任,也包括行为人就其致害物件引起的损害承担的侵权责任。主张该观点的学者认为,^①虽然民法通则规定的特殊侵权责任未必完全是替代责任,但民法通则规定的特殊侵权责任主要表现为替代责任,包括替代责任人就他人的行为引起的损害承担的侵权责任,也包括替代责任人就其致害物引起的损害承担的侵权责任。替代责任是指责任人为他人的行为和他人的行为以外的自己管理下的物件所致损害承担的侵权赔偿责任形态。这一概念几乎概括了所有的特殊侵权责任。^②

广义的替代责任实际存在的问题有三:一是此替代责任的范围太过普遍,除了普通侵权责任之外,一切特殊的侵权责任制度都被归属在替代责任之中,使替代责任成为应有的侵权责任制度。二是广义的替代责任学说违背了两大法系国家侵权法的普通规则。两大法系国家都以替代责任仅仅是就他人的行为承担的侵权责任,不包括就物件引起的损害承担的侵权责任,除了法国认定一切物件引起的损害适用严厉责任之外,两大法系国家的侵权法依然以为,行为人就其物件引起的损害承担的侵权责任要么是过失侵权责任,要么是严格责任,承担严格责任需要制定法明确规定。三是广义的替代责任实际也违背了替代责任的实质要求。从各国的法律规定来看,虽然替代责任是过失责任还是严格责任存在着争议,但两大法系国家都认为,就别人的侵权行为承担的侵权责任不能够是公平责任,广义替代责任说则认为替代责任能够是过失责任、严格责任或公平责任。

③折中的替代责任

我国一些学者以为,替代责任就是就他人行为承担的侵权责任,此种侵权责任只能建立在本人过错行为的基础上,行为人承担的替代责任仅仅是过失侵权责任。行为人承担的替代责任除了传统意义上的雇主责任、父母责任、公司就其董事承担的侵权责任之外,还包括其中众多相似的侵权责任。为了满足在我国社会发展和变化的需求,为了树立合理的侵权责任制度,替代责任是指行为人就与本人有某种关系的第三人施行的侵权行为对受害人承担的侵权责任。^③

本书比较赞同广义的替代责任,认为替代责任是替代责任人就其他人的行为及自己管理下的物件所致损害承担的侵权赔偿责任的形态。虽然这一概念几乎概括了所有的特殊侵权责任也存在上述所说的三个问题,但比较而言,此学说更合理一点。第一,替代责任虽然普遍,但并非一切特殊的侵权责任制度都被包括在替代责任之中,也不是整个分则的部分都是替代责任。第二,替代责任是无过错责任还是过错责任并不会影响到其替代责任的性质,目前我国侵权法中特殊责任主体承担的替代责任都是无过错责任,而对物件引起的侵权责任,则规定不一,比如动物致人损害的归责原则,规定了多种归责原则。当然,学者对此也存在着争议,但不管怎样,因物件引起的侵权责任的责任人承担的责任并不是就其自己的行为承担责任,是替代物来承担责任。本书所论述的是特殊责任主体中的替代责任,主要是对人的替代责任。但

① 王利明教授和杨立新教授都主张此观点。

② 杨立新:《侵权责任法》,法律出版社2012年版,第106页。

③ 张民安就持折中的替代责任观点,参见张民安:《侵权法上的替代责任》,北京大学出版社2010年版,第7页。

第四章特殊主体的替代责任中,也会涉及对物的替代责任,如安全保障义务对其所有、管理的场所和设施承担安全保障义务,如造成他人损害,则需要承担责任,这就是对物的替代责任。^①

(二)替代责任的法律特征

1.责任人与加害人相分离

在一般侵权行为中,责任人与加害人是一致的,加害人要对自己的行为负责,由加害人自己承担责任。当致害的是物或其他事物时,责任人与该物或事物有一定的关系,或是所有人,或是管理人,或是对此物的安全保障负有义务的人。

替代责任人本无致害他人的直接致害意图,致害的直接原因是责任人以外的加害行为人,或是责任人行为以外的、与责任人有特定关系的物件、事物。这种责任人与加害人、致害物相分离的情形是产生替代责任,并且也是赔偿责任转由责任人替代承担的基础。

在替代责任中,有三个当事人,一个是实施侵权行为的致害行为人,又称为加害人;一个是对该人施行的侵权行为承担替代责任的责任人,有时也可被称作行为人;还有一方当事人就是受害人,也称为他人。

2.替代责任人和致害行为人之间存在特定关系

(1)替代责任人和致害行为人之间存在利益关系

责任人为加害人或致害物承担责任须以他们之间的特定关系的存在为前提,这种特定关系,在责任人与加害人之间,表现为隶属、雇佣、监护等身份关系;在责任人与致害物之间,表现为所有、占有、管理等物权关系。从致害的角度上看,这些关系并不表现为直接的联系,但却具有特定的间接联系。这种特定的间接联系,或者超出这种特定的间接联系,是责任人承担替代责任的前提。例如,某人教唆他人实施侵权行为,这超出了特定的间接身份联系,成为共同侵权行为;某人见某动物致伤某人而不援救,他因与该动物没有特定的关系,只应受到道义的谴责,而不承担侵权赔偿责任。从利益上看,替代责任人和致害行为人之间的特定关系是利益关系,如在监护人责任中,加害人是未成年人或者精神病人等被监护人,由监护人承担责任,就是因为他们之间具有监护关系。在用人者责任中,用人单位和其工作人员之间的特殊关系就是劳务关系,这种关系具有一定的利益。在责任人与致害物之间,则在责任人和致害物间有管领、所有或者支配的关系,责任人从中获取一定的利益;从侵害关系上看,隶属、雇佣、监护等身份关系与损害的结果并无直接因果关系,责任人和致害物间的关系与损害的结果也并无直接关系。正因为存在这种特定关系,所以法律才会将责任导向责任人,使替代责任人承担赔偿责任。所以,也有观点说这种关系是责任人与损害结果之间发生间接联系。没有这种间接联系,或者超出这种间接联系,就不能产生替代责任。

(2)替代责任人占据支配地位

替代责任人和致害行为人之间存在特殊关系,并且在这种特殊关系中,占据支配地位的那方才是替代责任人。表现为替代责任人在其与加害人间的特定关系中所处的带有支配性质的地位,表现为替代责任人对致害物的有支配性质的人,这种支配性使替代责任人负有为加害人或致害物的损害后果负责的义务。我们以对人的替代责任为例,责任人都对致害行为

^① 安全保障义务人是对其所有或管理的物、场所等负有安全保障义务,还是因与受害人有特殊关系而负有保障义务还存在着争议。

人具有支配的、管理的或者约束的权力,替代责任人地位明显高于致害行为人。如用人单位的工作人员在执行工作任务中致人损害由用人单位承担责任,是因为用人单位是其工作人员的单位、组织或者团体,他们之间具有隶属关系,致害行为人的行为是以替代责任人的命令之下而为之,责任人方是支配者,致害行为人是被支配者,受到管束,他们的地位是不平等的,加害人的活动受到责任人的指示、监督或监护等约束。在监护人的责任中,监护人对被监护人而言,是管教、管束、教育者,双方的地位是不平等的。当责任人处于这种特定关系中的特定地位时,责任人应当为加害人或致害物的损害后果负责。对于致害物而言,责任人处于所有人、占有人、管理人的地位。责任人对于致害物享有支配权,在事实上具有支配致害物的权利。只要确定是致害物的占有人,即明确了责任人对于致害物的地位。

3. 替代责任人承担赔偿责任

替代责任限于财产责任,人身责任是不能替代的。在一般侵权行为中,权利人的请求权指向加害人,加害人为责任主体。在替代责任中,无论致害的是人还是物,权利人请求权的指向都是未直接致害而与行为人或致害物具有特定关系的责任人。替代责任人不是侵权行为的行为人,本不应当承担,只是因为其与真正的侵权行为人或物有一定的关系,才承担责任的,如在被监护人致人损害的情况下,其监护人为责任主体,受害人请求权并不指向具体的加害人,替代责任人并不需要承担除了财产责任以外的其他民事责任,而且大多并不适用连带责任。

(三) 替代责任人承担侵权责任的四个要件

1. 替代责任人并未实施侵权行为

替代责任人没有直接对受害人施行侵权行为,施行侵权行为的人是之外的第三人,替代责任人之外的第三人对受害人施行了侵权行为并因而招致受害人蒙受损害,依法承担责任。对物的替代责任中,替代责任人也没有实施针对受害人的直接侵权行为,但其所管理物和事物造成他人损害,或在其所有和管领的场所中,受害人受到了伤害。

2. 承担侵权责任的人是替代责任人

没有对受害人直接施行侵权行为的替代责任人要就他人的侵权行为对受害人承担侵权责任,这是替代加害人向受害者承担民事责任。如监护人向受害者就被监护人的侵害行为承担的侵权责任,至于加害人是否与替代责任人一起承担责任,则各国有不同的规定。有些国家规定,假如加害人对受害人施行了侵权行为,除了责令替代责任人就加害人的侵权行为对受害人承担替代责任之外,法律也会责令加害人就其施行的侵权行为对受害人承担侵权责任。而有些国家,法律仅责令替代责任人就加害人施行的侵权行为对受害人承担侵权责任之外,不会责令加害人对受害人承担侵权责任。在我国,替代责任人与加害人间的责任分配,规定不一,一般是替代责任人承担侵权责任后,加害人是无需对受害者承担责任的,如监护人承担责任后,被监护人则无需承担责任。而教育机构的责任中,如果是学生间发生的伤害,则教育机构未能尽到教育管理义务的,要承担责任,而伤人方的监护人也应当承担监护责任,涉及替代责任人与加害人间的责任分配,但对教育机构的责任是否是替代责任还是有争议,有观点认为教育机构只是为其自己未能尽到教育管理义务的过错行为承担责任。

3. 替代责任人与加害行为人之间存在某种特殊关系

承担替代责任的责任人要为他人的行为承担侵权责任,则二者必须有特定的关系,否则