



行·思

广州律师论文精选

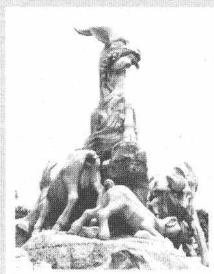
Selected Essays of Guangzhou Lawyers

■ 广州市律师协会 编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

D926.5-53
20122

阅 览



行·思

广州律师论文精选

Selected Essays of Guangzhou Lawyers

■ 广州市律师协会 编



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

行·思：广州律师论文精选/广州市律师协会编.
—北京：中国法制出版社，2012.3

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3616 - 8

I. ①行… II. ①广… III. ①律师业务 - 中国 - 文集
IV. ①D926.5 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 038864 号

策划编辑：戴蕊

责任编辑：戴蕊

封面设计：杨泽江

行·思：广州律师论文精选

XING · SI: GUANGZHOU LVSHI LUNWEN JINGXUAN

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

版次/2012 年 4 月第 1 版

印张/41.75 字数/641 千

2012 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3616 - 8

定价：90.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址：<http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话：66017726

传真：66031119

编辑部电话：66065921

邮购部电话：66033288

编委会成员名单

主 编：庄伟燕

副主编：钟闻东 詹礼愿 邢益强 唐健锋 朱宝莲 钟 睿

编 委：（排名不分先后）

全朝晖 许奋飞 张白沙 陈 敏 游植龙 魏济民

陈 默 肖胜方 何 伟 刘孟斌 田子军 詹小彤

唐耀强 陈晓朝 马晓艳

编 辑：邢一艳 卞嘉莉

序

赵秉志*

在我国，律师行业得到了蓬勃的发展。据有关统计，截至目前，成立于1986年的中华全国律师协会现有团体会员31个（即各省、市、自治区律师协会），会员25万人，律师事务所1.7万家。从事律师执业活动的专职或者兼职律师，以其法律专业知识和良好的职业素养，向社会提供法律服务，在我国社会主义法治社会的构建与发展过程中发挥了重要作用，使律师职业在我国社会生活和经济发展中处于重要的地位。正如司法部副部长赵大程同志在第九届中国律师论坛（2011年10月18日）上所指出的，现阶段我国律师工作的发展方向更加明确，律师制度日益完善，律师队伍日益壮大，律师工作职能作用进一步凸显，律师事业呈现出蓬勃发展的良好势头。

律师行业的作用不仅体现在国家执法、司法活动中，而且在国家的各种立法活动和社会生活中也显著地存在。而律师行业之所以能够发挥如此积极的作用，与国家司法机关、律师协会的规范化管理不可分割，与律师不断提高自身执业质量、优化职业素养也有着紧密的联系。不管是有关单位对律师的规范化管理，还是律师行业不断提高自身职业素养，都非常重视律师个人法律知识的教育和理论研究能力的提升。不少律师和律师事务所在积极地从事法律服务的同时对遇到的各种法律、社会问题进行深入的研究。这不仅有助于相关问题的解决，也有利于促进我国法律和法治的完善，乃至对于法学研究的繁荣和法学理论的发展也有着显而易见的促进作用。

当前，各级律师协会乃至国家司法机关也通过各种形式支持律师、律师事务所开展法律问题和社会问题的理论研究。广州市律师协会在此方面尤其值得肯定。近年来，在大力支持律师、律师事务所开展法律和法学研究方面，广州市律师协会采取了多种多样的措施（如举办专家讲座、专题研讨会、法律法学沙龙和各种法学学术年会等），投入了相当多的精力及财力物力，成就和效果非常显著，受到广大律师会员和律师事务所的一致肯定与良好评价。而在此方面也值得赞扬的举措是广州市律师协会第七届业务发展委员会决定选编优秀的案例评析、法学论文出版并推向社会。这既

* 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、博士生导师，法学博士，中国刑法学研究会会长，国际刑法学协会副主席暨中国分会主席。

是发现、分析和解决现实问题，总结办案经验的有效方式，也是对广州市律师协会、广州市律师行业及广州不少优秀律师、先进律师事务所的最好宣传。目前呈现在读者面前的这套丛书，正是广州市律师协会经过严格选编，由肯于钻研的广州一线执业律师撰写的案例评析、法学论文所汇集而成的。

浏览本丛书，我认为，本丛书具有如下几个值得读者特别关注的鲜明特点：

第一，全面性与深刻性相结合。本丛书选编的文章在主题上涉及民事法律、婚姻家庭法律、房地产法律、建筑法律、行政法律、劳动法律、环境法律、公平贸易法律、保险法律、公司法律、破产法律、金融证券法律、刑事法律、知识产权法律、医事法律等，内容广泛而全面。但是，每篇文章并非是对相关法律进行宏大、宽泛的研究，相反，它们所具体研究的问题体现出“小切口、深层次”的特点，具有重要的现实意义，并曾在司法实践中引起较大的争论和公众的关注。诸位作者对存在的具体疑难问题从法律理论的角度进行分析，提出相应的对策，并进行充分的研究和论证，体现出相当的学术水准，有一定的理论深度。

第二，实务性与理论性相结合。尽管本丛书分为论文精选和案例精选，分别对理论问题、疑难案例进行研究，但是，每本书在内容上都体现出理论联系实际的风格。文章作者大都比较敏锐地发现了实际工作中所存在的复杂问题或者值得研讨的特定法律现象，并对法律服务工作的实践经验进行了必要的总结，进而结合我国当前法学理论基本原理及其前沿问题，深入进行研究，将实务经验与理论知识充分地予以融合，言之有物，内容严肃但不刻板，具有较强的可读性，能够引起读者的兴趣。这表明作者们能够从律师职业的实际特点出发来研究问题，也体现出各位作者良好的法律素养和文字功底。

第三，选编标准和程序都很严格，保证了文章的质量和水平。本丛书所收录的每一篇文章，基本上都达到了选编的标准，固然不能说均为上乘之作，但也不乏佳品。而这无疑要归功于编辑本丛书的广州市律师协会业务发展委员会。该委员会制定了文章遴选标准和严格的选编程序。编入本丛书的文章均经过了工作小组的两次审查和评议。而且，业务发展委员会还邀请了在文章主题所属法律法学领域中素有研究或者确有专攻的专家，对其进行点评。这些点评也能切中要害，言之有理，既能让读者较快地发现文章的闪光之处，又能从专业的角度保证所选文章符合选编的标准，具有一定的学术理论水平，从而从整体上保证了本丛书的质量。

基于上述特点，我愿意向读者们推荐本丛书，并希望读者们能以此丛书为媒介，积极关注和了解律师职业的发展，支持广州市律师行业的发展进步。

是为序。

2012年3月

于北京师范大学刑事法律科学研究院

目 录

序	赵秉志 / 1
---------	---------

一、民事法律篇

1. 论侵权责任法中的第三人责任	马晓艳 / 3
2. 浅论注册会计师虚假陈述民事责任的构成要件	王林洲 / 9
3. 旅游合同法律关系与实务浅议	邢伯伟 / 25
4. 电子签名认证机构的法律责任及风险防范	游植龙 / 40
5. 高空抛物法律困局的思维转换	詹礼愿 / 47
6. 国际商事仲裁中的国籍问题探析	张庆元 陆 薇 / 57
7. 经营性网络服务商的合理注意义务 ——从一则电子商务网站侵权谈起	张春耀 / 65
8. 与博客相关的几个法律问题初探	朱建芬 / 70
9. 《婚姻法》司法解释三（征求意见稿）之我见	游植龙 / 77

二、房地产法律篇

1. “国十条”可否作为购房者解除合同的正当事由?	王春平 / 87
2. 建设用地使用权流转刍议	许奋飞 / 92
3. 成立业主委员会选举表决权面积应按照包含公共分摊面积的建 筑面积计算	张琦彬 / 100
4. 关于广州市旧房加建电梯的几点法律思考	安娜 / 107
5. 当前广东省各地政府解决农村集体建设用地上厂房未办证历史 遗留问题的政策选择	徐清波 / 111
6. 浅谈商品房预售制度存在的问题和弊端 ——应尽快取消商品房预售制度	李 丽 / 128
7. 房地产项目并购重组中几种法律风险防范 ——基于经办案例分析	邹 阳 / 134

8. 关于现行房产税制度改革必要性及若干重点问题的探析 陈作科 汤捷婷 / 140
9. 合同无效 竹篮打水一场空
——建设工程合同无效收缴财产若干问题的探讨 李洪军 / 149
10. 如何化解工程结算与工程款催收风险 林松舟 / 155
11. 建筑与招投标存在问题的剖析及完善 陈 宁 / 162

三、行政法律、劳动法律篇

1. 国际法视野下行政合同司法审查的思考 周 军 / 171
2. 我国行政强制立法取得的成就及存在问题 邢益强 张文智 / 179
3. “行政强拆”到“司法强拆”的转变
——兼谈转变给律师实务操作带来的机遇 陈镇慧 / 185
4. 未签订书面劳动合同的双倍工资问题研究 肖胜方 刘继承 / 190
5. 关于经济补偿金的计算与支付若干实务问题研究 肖胜方 刘继承 / 196
6. 金融危机下劳动争议案件处理存在的问题及对策 肖胜方 刘继承 / 202

四、环境法律篇

1. 环境公益诉讼制度探析 陈 敏 / 209
2. 环境民事公益诉讼之诉讼主体的初探 何海琼 / 215
3. 浅议环境民事公益诉讼的诉讼请求 胡仕波 / 222
4. 检察机关担当环境公益诉讼主体问题研究 黄秋练 / 227
5. 现有制度下对环境公益诉讼的探讨 李素敏 / 233
6. 水域污染损害有关监测及评估鉴定问题 许光玉 龙玉兰 / 238
7. 论环境侵权因果关系的认定 罗春霖 / 244

五、公平贸易法律篇

1. 隐蔽垄断协议的调查分析方法 张白沙 / 251
2. 美国国际贸易司法审查制度评述与借鉴 詹礼愿 / 272
3. 论反垄断法域外适用的法律问题 吴 凯 / 301
4. 论反垄断法中的相关市场界定
——难以琢磨的相关市场 张白沙 / 311

六、保险法律篇

1. 试论交强险诉讼案件的困与解 饶芙蓉 傅海玲 / 333
2. 保险代位求偿诉讼中的几个疑难问题 吕建平 / 341
3. 论保险利益在立法与司法实践中的不足与对策 李 欣 / 347
4. 我国机动车第三者责任强制保险制度的完善 姚昌辉 / 356

七、公司法律篇

1. 试论股东知情权的限制与保护
——以真功夫知情权诉讼为例 方 昀 / 365
2. 上市公司董事勤勉义务若干问题的探讨 华青春 / 372
3. 论股权承包的法律效力 李小宁 / 386
4. 有限责任公司清算赔偿责任探析
——基于对小股东利益保护的视角 陈建华 / 391
5. 中国移植独立董事制度反思 谢玲丽 张 钧 / 411
6. 论破产程序中撤销个别清偿行为的立法完善
——对新破产法第三十二条完善之我见 黎晨辉 陈 洲 / 416

八、金融证券法律篇

1. 非诉讼项目中律师与会计师的合作 张 平 / 423
2. 当前申请 IPO 企业的常见问题和对策建议 陈 默 陈涵涵 / 427
3. 广东省农村信用合作联社改制法律问题分析 王 鹏 / 433
4. 矿业权如何取得才属合法
——矿业企业上市之律师重点核查问题解析 卢旺盛 / 440
5. 知识产权质押融资的法律探讨 吕 晖 / 446
6. 论金融消费者权益及法律保护 胡育新 / 450
7. 试析银行卡技术缺陷引致的民事责任承担 汪洪生 陆丽梅 / 457
8. 中外合资基金管理公司适用法律混乱的原因分析与对策 沙奇林 / 466

九、刑事法律篇

1. 关于刑事诉讼证人证言问题的立法思考 黄卓童 / 475
2. 论网络犯罪的新形式
——网络非法经营犯罪 蔡海宁 陈稚华 / 481

3. 社区矫正：经验趋向成熟，“主角”地位可期 陈勇儒 / 490
4. 死刑案件辩护的新机遇 潘少华 / 499
5. 论死刑案件中非法证据排除规则的构建 邬 德 谭晓莉 / 506
6. 刑事和解蕴含的价值理念 张成勇 / 515
7. 假冒洋酒案与知识产权的刑法保护 陈晓朝 伍志坚 马 然 / 520

十、知识产权法律篇

1. 问题专利的实证研究
——以专利侵权和无效案件为线索 曾旻辉 / 535
2. 试论技术转让合同中的技术改进条款 李治国 / 542
3. 卡拉 OK 经营者侵犯版权的行为性质及责任形式 刘孟斌 宁崇怡 / 551
4. 网络转载摘编法定许可的重新思考 饶卫华 / 557
5. 浅议工业产品的著作权保护 任 琳 / 562
6. 百度文库法律问题及解决方案
——以 50 名作家的联名投诉为例 李治国 / 567
7. 从五羊雕塑案看室外公共艺术品的著作权保护问题 吴 翔 / 580
8. 与网站相关的若干著作权问题思考 张豫侃 / 586

十一、医事法律篇

1. 对医疗事故技术鉴定合法性、合理性的质疑 曹培杰 / 593
2. 浅议医疗损害赔偿纠纷案中的举证责任倒置 程跃华 / 599
3. 简论医疗产品责任中的缺陷认定 邓华明 / 608
4. 产前诊断技术拓展运用的法律意义 周丹青 / 613
5. 论患者知情同意权的法律保护 朱秀恩 / 618

十二、综合法律篇

1. 强制打捞清除若干法律问题探讨 许光玉 李振海 / 625
2. 新《律师法》实施两年回顾与展望 梁淑军 / 632
3. 浅谈律师事务所经营模式的转型 丛伟华 / 636
4. 海事部门溢油清污费用的法律救济 许光玉 林晓媚 / 649

- 后记 657



一

民事法律篇

论侵权责任法中的第三人责任

马晓艳*

我国《侵权责任法》第三章规定了行为人“不承担或减轻责任的情形”，其中情形之一就是第28条规定的“损害是因第三人造成的，第三人应当承担侵权责任”。该条被认为是有关第三人责任的原则性规定。从该条所处的位置和条款内容来看，第三人作为阻断或加强行为人对受害人所造成后果的一个原因力，能减轻或免除行为人的责任。但至于第三人该如何承担侵权责任，其承担的侵权责任与行为人的责任之间有何关系，该条并没有明确。本文试图通过对《侵权责任法》中与第三人相关的规定，探寻第三人责任的法理依据。

一、现行有关第三人责任的解读分析

(一) 有关第三人责任，目前对《侵权责任法》进行解读的主要观点有：

1. 第三人过错共同侵权说

全国人大法工委认为第28条是关于“第三人过错”的规定，其立法背景为：“第三人过错”是指原告（受害人）起诉被告后，被告提出的该损害完全是或部分是由第三人的过错造成，从而免除或者减轻自己责任的抗辩事由。第三人承担责任的条件是，第三人与被告之间不存在任何隶属关系，损害完全或部分原因是第三人造成的。第三人责任与被告责任之间的关系，不同于“有意思联络的共同侵权”关系（第8条）、“共同危险行为”关系（第10条）、“与行为直接结合的共同侵权”关系（第11条），但在“被告的过错”与“第三人过错”分别构成同一损害原因的情况下，第三人与被告之间的关系可以理解为“行为间接结合的共同侵权关系”（第12条），承担按份责任。^①

* 马晓艳，广东合邦律师事务所合伙人。

① 王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法解读》，中国法制出版社2010年版，第131-135页。

2. 第三人过错无意思联络共同加害说

杨立新认为第 28 条规定了第三人过错的一般规则,同时,第 37 条、第 40 条、第 68 条和第 83 条规定了第三人过错的特殊规则。第三人过错,是指受害人和加害人之外的第三人,对受害人损害的发生和扩大具有主观过错,其主要特征是主体上的特殊性,即过错主体是第三人,造成损害的过错不属于加害人或受害人的任何一方。加害人在诉讼中如果认为第三方有过错,则应就第三人的过错举证,加害人如果不能举证或证明不足,则就由加害人负责。“在有些情况下,第三人和加害人的行为可能构成无意思联络的共同加害行为,这不是共同侵权,各自应分别按照按份责任对受害人负责。”但在特殊规则的情形下,第三人过错承担不真正连带责任或补充责任。^①

3. 第三人原因责任冲抵说

王利明认为第 28 条是对第三人原因造成损害的规定。第三人原因,是指除原告和被告之外的第三人,造成了原告损害的发生和扩大,第三人应当承担侵权责任。也就是说,行为人在实施某种侵害行为以后,介入了第三人的行为,这一行为可能导致行为人与受害人之间因果关系的中断,使行为人被免除责任。本条是从被告的角度将第三人原因作为一种减轻或免除自己侵权责任的抗辩事由。第三人是指行为和受害人以外的人,第三人和被告并非基于共同的故意或过失造成对原告的损害,即不构成共同侵权,而只是因为行为的偶然结合或相互作用,共同造成了对原告的损害。在这种情况下,就应该根据第三人和被告的过错程度,来减轻被告的责任程度,而相应由第三人承担。在法律特别规定下,并不考虑第三人是否有过错,如第 86 条建筑物倒塌责任和第 73 条高度危险责任,只要是第三人原因造成的,第三人就要承担责任。^②

(二) 以上观点在对第三人责任的解读上

1. 存在如下共同点:

(1) 首先基于诉讼程序,将第三人作为原告和被告之外的另一个主体来界定其责任,第三人过错或第三人原因,是被告免除或减轻责任的抗辩理由,举证责任在被告。

(2) 在损害后果完全是由第三人造成的情况下,可免除被告的责任,由第三人承担全部侵权责任;在损害后果部分是第三人造成的,则可减轻被告的责任,由第三人承担部分侵权责任。

2. 上述观点的最大的分歧在于,第三人责任是否以第三人过错作为归责的唯一原则,前两个观点直接将第 28 条解读为第三人过错,从第三人的主观因素来确定第三人是否承担责任。而第三个观点,将第三人的行为仅作为导致损害后果的一个原因力来

^① 杨立新著:《中华人民共和国侵权责任法精解》,知识产权出版社 2010 年版,第 119-122 页。

^② 王利明著:《中华人民共和国侵权责任法释义》,中国法制出版社 2010 年版,第 122-126 页。

考量,而不强调第三人是否有过错。在加害人(或行为人)承担举证责任的情况下,第三个观点在免除或减轻加害人(行为人)责任上,更容易实现。

(三)笔者认为,在上述对第三人责任的解读中,存在的局限性在于:

1. 将第三人局限于诉讼中原告和被告之外的另一主体,是对第三人地位的扭曲。这一立足于程序法来考量实体法中责任归属的方式,必然存在着难以克服的悖论。因为,在民事诉讼中,往往是以原告提起诉讼的对象来确定被告的身份的。被原告选择直接作为起诉对象的主体就当然成为被告,而被告之外参加诉讼的人则成为第三人。也就是说,原告的选择权是确定第三人地位的关键因素。尤其是在损害后果只是由一个主体的原因力所造成的情况下,由于原告的选择错误,原本是被告的侵权行为人却变成了第三人。这就导致在诉讼中始终存在着被告和第三人身份转换的可能性,从而使侵权责任法中有关第三人的规定失去了存在的价值。

2. 从减轻或免除被告责任的抗辩事由的角度考虑第三人责任,会过分关注第三人的过错或原因,从而直接得出第三人责任适用一般过错归责原则的结论,机械地割裂行为人和第三人责任。然而,在侵权责任法其他与第三人侵权相关的典型行为中,均是将受害人、行为人、第三人纳入一个侵权事实的整体来考虑损害后果的责任承担机制的,从而使侵权责任法在前后规定上出现明显的矛盾。

二、第三人责任的法理依据

人大法工委《中华人民共和国侵权责任法解读》和王利明《中华人民共和国侵权责任法释义》中均引用了同一个案例,即甲在骑车下班途中,碰巧乙和丙在路边斗殴,丙突然把乙推向甲,甲躲闪不及,将乙撞伤。故丙在该案例中是典型第三人。笔者也利用这个案例,对第三人责任进行分析。

(一)第三人责任产生的前提是,行为人和受害人之间存在着侵权的基础关系

行为人与受害人之间,基于直接的加害行为建立了基础的法律关系。比如,在上述案例中,甲直接作用于乙,将乙撞伤,甲作为行为人对于乙这一受害人之间是侵权的基础法律关系。这种加害行为,既可以是作为,也可以是违反了作为义务的不作为。比如,在幼儿园受伤的孩子,幼儿园和孩子之间就是基于不作为而产生的侵权基础关系。

(二)第三人行为是作用于侵权基础关系中的加害行为上的一个原因力

第三人的行为首先作用于侵权基础关系,并且与行为人的加害行为结合起来,阻断或加强行为人的加害行为,从而形成侵权行为。如果只有“第三人”的行为单独作用于受害人即可造成伤害,则该“第三人”就是行为人,而非真正的第三人。第三人行为如果阻断加害人(行为人)行为的原因力而直接加诸于受害人,则第三人承担全

部的侵权责任。第三人行为的原因力如果成为加强加害人（行为人）行为的原因力，则第三人承担部分的侵权责任。上述案例中，如果只有丙将乙推向路边的行为，并不一定构成侵权，且即便构成侵权也只是丙作为行为人直接加害乙的行为。而当丙的行为作用于甲的行为之上时，才基于甲的行为造成了损害后果。在甲正常行驶无过错的情形下，甲不可能预见到有人突然撞上来，丙作为第三人直接实施了将乙推向甲的行为从而阻断了甲对乙造成侵害的因果关系，丙承担第三人侵权责任。如果甲有违章行为，如过马路仍快速骑行，本身对乙的伤害有过错，而丙将乙推向甲的行为，致使乙的伤害扩大，则甲与丙均应承担相应的侵权责任。

（三）第三人侵权的归责原则

由于第三人侵权是通过基础关系而作用于受害人的原因力，第三人侵权首先要符合一般意义上的侵权行为的构成要件，即：

1. 加害行为：第三人实施了加害行为，只是该加害行为借助了基础关系中行为人的行为而成立。
2. 损害后果：受害人在基础关系中产生了损害后果。
3. 因果关系：第三人的行为与损害后果产生之间有因果关系。
4. 过错：第三人在实施加害行为时有过错，即故意或过失。

但当第三人侵权的归责原则并不限于过错责任原则。当第三人通过作用于基础关系而与受害人相联系形成的归责事由符合过错推定责任事由或无过错责任事由的，则第三人侵权责任也适用过错推定原则和无过错责任原则。因此，在《侵权责任法》第28条中，并没有将第三人过错规定为第三人承担侵权责任的必要前提。

（四）第三人责任和行为人责任的关系

由于第三人行为和行为人的行为结合最终导致受害人损害后果的发生，其损害后果是唯一的，基于损害后果所产生的赔偿也是确定的。但由于第三人与行为人并不是共同侵权，则第三人责任和行为人责任之间存在怎样的关系？

笔者认为，应当将行为人、第三人、受害人之间所产生的赔偿责任确定为一个整体责任。第三人承担责任的形式，由基础关系本身的归责原则决定。

1. 当基础关系适用过错责任原则时，行为人的责任是以其是否有过错来确定。当行为人没有过错时，第三人的过错是损害发生的唯一原因，则第三人的行为实际上起到阻断行为人与受害人因果关系的效果，因此是由第三人承担全部侵权责任；当行为人也有过错时，第三人行为实际上是扩大受害人损害后果的原因，则根据第三人原因与行为人的过错造成损害后果的程度按份承担责任。此时，被害人要证明行为人的过错，而行为人要证明第三人的过错导致损害后果。如上述案例。

2. 当基础关系适用过错推定归责原则的，对行为人的责任要求相对较严，即在损

害事实发生后,基于某种客观事实或条件推定行为人具有过错。行为人负有证明自己没有过错的义务。如果发生第三人侵权,行为人不仅要证明自己没有过错,还要证明损害后果是第三人原因造成的。当有第三人原因的,第三人应承担侵权责任。当行为人过错和第三人原因并存时,行为人对第三人责任承担补充责任,在第三人不能确定或者第三人没有足够的清偿能力时,由行为人承担侵权责任。

3. 当基础关系适用无过错归责原则的,由于对行为人的责任要求严格,即无论行为人是否有过错,只要符合侵权责任成立的要件,侵权责任即可成立。这种情况下,如果受害人选择行为人承担责任的,行为人不能以第三人过错或原因为自己抗辩,行为人首先要承担赔偿责任。当行为人能证明当第三人确有过错的,行为人可以通过追偿的方式将自己承担的责任转由第三人承担。

三、侵权责任法中有关第三人责任的具体规定分析

从上述第三人责任的法理依据来解读《侵权责任法》,就容易理解现行有关第三人责任的规定。

(一) 原则性规定: 损害是因第三人造成的, 第三人应当承担侵权责任

《侵权责任法》第28条规定:“损害是因第三人造成的,第三人应当承担侵权责任。”该条首先确立了第三人的地位,是相对于基础关系中的行为人和受害人而言的。其次,规定了第三人是造成损害的原因,并不以有过错为前提。第三,第三人的原因力加诸于受害人导致损害发生或扩大,则第三人就应当承担侵权责任。

该条规定同时也可以作为基础关系为过错归责原则情况下的普适性规定。

(二) 基础关系为过错推定原则的第三人责任规定

1. 《侵权责任法》第37条规定:“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。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。”该条第二款是关于安全保障义务中第三人责任的规定,对安全保障义务侵权责任的过错认定,采用的是过错推定原则。以此为基础关系的第三人侵权,在第三人责任和安全保障义务人责任并存的情形下,安全保障义务人承担的是补充责任。

2. 《侵权责任法》第40条规定:“无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间,受到幼儿园、学校或者其他教育机构以外的人员人身损害的,由侵权人承担侵权责任;幼儿园、学校或者其他教育机构未尽到管理职责的,承担相应的补充责任。”该条是关于学生伤害事故中第三人责任的