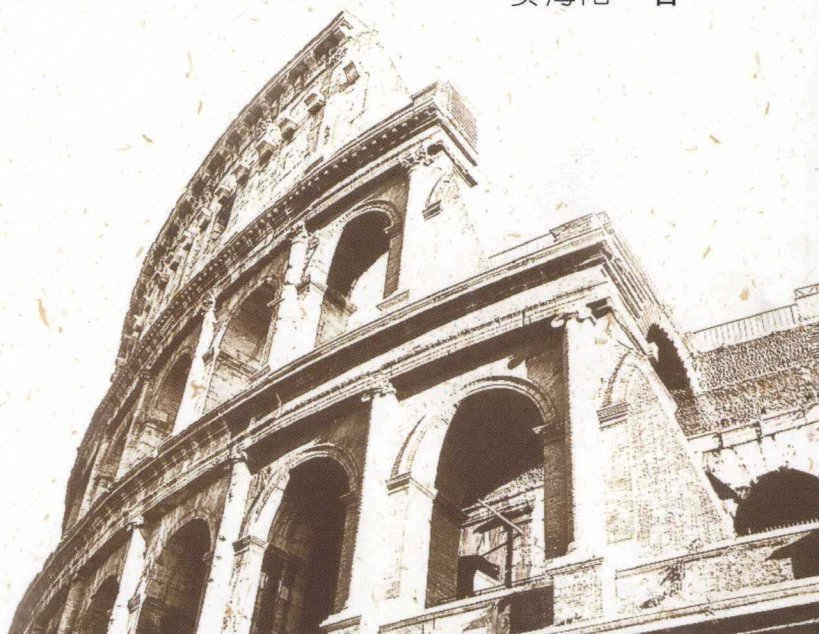


对 他人行为之侵权责任

——
以体系的角度为视角

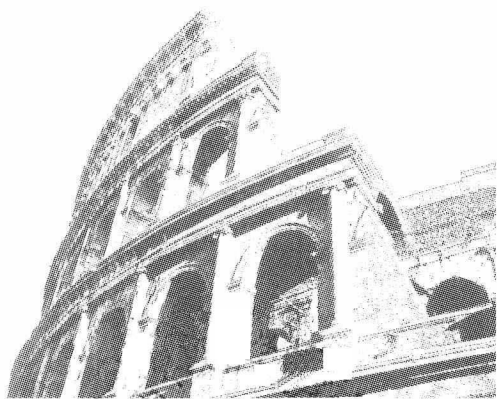
窦海阳 著



出版社

对他人为之侵权责任

——
以体系的角度为视角



窦海阳 著



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目 (C I P) 数据

对他人行为之侵权责任 / 窦海阳著. -- 北京 : 中国政法大学出版社, 2012. 11
ISBN 978-7-5620-4532-8

I. ①对… II. ①窦… 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(2012)第271614号

- 书 名 对他人行为之侵权责任 Dui Taren Xingwei zhi Qinquan Zeren
出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034 分箱 邮编100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325(发行部) 58908334(邮购部)
编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
承 印 固安华明印刷厂
规 格 880mm×1230mm 32 开本 9.5 印张 225 千字
版 本 2012 年 11 月第 1 版 2012 年 11 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-4532-8/D·4492
定 价 29.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

本书获“教育部留学回国人员科研启动基金”资助

序

《侵权责任法》自颁行已逾两年，但是仍然有很多问题需要深入研究，对他人行为之侵权责任就是其中之一。

对他人行为之侵权责任是侵权法中的一种特殊责任类型，即行为人的行为导致了他人的损害，这种损害所产生的侵权责任并不是由行为人本人来承担的，而是根据特殊的原因由其他的民事主体来承担。关于这种责任，从罗马法开始，经过长期的历史演变，在各国民法典中形成了各具特色的规定，无论是在体系上还是在具体规则上都存在着很大的差别。然而，在我国学界中却鲜有人注意到这个问题。正是由于我们对这种责任在历史演变以及比较法上的不同规定缺少深入的认识，才造成了我国法律在这个问题的规定上存在着很大的瑕疵。我们可以看到在《侵权责任法》第四章“关于责任主体的特殊规定”中杂糅了各种规定，甚至将关于责任能力的规定夹杂在对他人行为之侵权责任的相关条文之间，这损害了法条乃至整个侵权法体系的科学性。

窦海阳博士的专著从体系角度在总体上研究了对他人行为之侵权责任。他不仅梳理了历史上关于这种责任的形成与演变，而且还比较了各国民法典中的相关规定，总结出对他人行为之侵权责任在侵权法体系中的相同与不同，从而为在

II 对他人行为之侵权责任

中国法中建构这种责任提供了合理的参考模式。

该专著的研究无论是在理论上还是在实践上都具有很大的价值。

在理论上，该专著首先对他人行为之侵权责任制度的发展演进过程进行了系统性的梳理，这对丰富我国相关领域的理论研究具有基础性意义。其次，该专著在比较法的基础上，以侵权法体系为角度，寻找建构对他人行为之侵权责任的应然状态，这对于在民法典侵权法部分中建构起科学、合理的对他人行为之侵权责任制度具有重要的意义。

在实践中，该专著所研究的对他人行为之侵权责任包含了多种具体的责任类型，有父母对未成年子女的致害行为承担责任的情况，有学校等教育机构对未成年学生的致害行为承担责任的情况，有监护人对精神障碍者的致害行为承担责任的情况，有使用人对被使用人的致害行为承担责任的情况等。这些都是日常生活中经常遇到的问题，也是近年来我国司法实践中所面临的热点和难点。因此，该专著的研究对于解决这些实际问题也有重要的现实意义。

窦海阳博士是我的学生，曾于意大利罗马第二大学获得法学博士学位，现于中国社会科学院法学研究所民法研究室从事研究工作。这本专著是他在博士学位论文的基础上修改完成的，是一部具有相当研究水平的著作。我乐于向大家推荐该专著，也希望窦海阳博士能够继续努力，保持谦逊、勤奋的品格，在学术的道路上不断前行！

孙宪忠

2012年9月12日

目 录

序	I
引 言	1
一、问题 / 1	
二、研究的对象及其术语 / 2	
三、研究的角度及其方法 / 7	
四、本书的结构 / 10	
第一章 罗马法中的对他人行为之侵权责任	14
第一节 对他人行为之侵权责任的类型	14
一、家父或主人对家子或奴隶的私犯行为 所承担的责任 / 14	
二、监护人对无辨别能力人的致害行为所承担 的责任 / 25	
三、船东、旅店主、马厩主对其下属的私犯行为 所承担的责任 / 28	

2 对他人行为之侵权责任

第二节 对其他相关类型的讨论	54
一、与对他人行为之侵权责任相似的类型 / 54	
二、与对他人行为之侵权责任类型的比较 / 60	
第三节 在罗马法的侵权法体系中的对他人行为之 侵权责任	62
一、罗马法中的侵权法体系 / 62	
二、在侵权法体系中的对他人行为之侵权责任 / 66	
第四节 罗马法中的对他人行为之侵权责任对 现代法的影响	68
一、对整个体系的影响 / 68	
二、对具体类型的影响 / 69	

第二章 现代民法中的对他人行为之侵权责任

——以《意大利民法典》为考察主线	73
第一节 1804 年《法国民法典》中的对他人行为之 侵权责任制度 ——1865 年《意大利民法典》相关规定的 原型	73
一、波蒂埃关于对他人行为之侵权责任的论述 / 73	
二、1804 年《法国民法典》生效之初的对他人 行为之侵权责任制度 / 76	
三、关于对他人行为之侵权责任制度的变化 / 78	
四、总结 / 85	
第二节 1865 年《意大利民法典》中的对他人行为之 侵权责任制度	86

一、1865 年《意大利民法典》中关于对他人行为之 侵权责任制度的规定 / 86	
二、解析 1865 年《意大利民法典》中的对他人 行为之侵权责任制度 / 88	
第三节 《德国民法典》中的对他人行为之侵权责任制度 ——与 1942 年《意大利民法典》的规定 相类似	107
一、《德国民法典》中关于对他人行为之 侵权责任的规定 / 107	
二、解析《德国民法典》中的对他人行为之 侵权责任制度 / 108	
第四节 1942 年《意大利民法典》中的对他人行为之 侵权责任制度	118
一、1942 年《意大利民法典》中关于对他人行为之 侵权责任制度的规定 / 118	
二、解析 1942 年《意大利民法典》中的对他人 行为之侵权责任制度 / 120	
第三章 侵权法体系中的对他人行为之侵权责任	158
第一节 侵权法体系中的对他人行为之侵权责任： 历史角度的总结	158
第二节 侵权法体系中的对他人行为之侵权责任： 比较角度的总结	165
一、关于共同点的总结 / 165	
二、关于差异的总结 / 175	

4 对他人行为之侵权责任

第三节 侵权法体系中的对他人行为之侵权责任：

是否属于准私犯？ 178

一、准私犯的早期历史：罗马法的基础 / 180

二、准私犯的演变：中世纪法的相关发展及

格老秀斯的理论 / 183

三、对准私犯的继承与困境：法国模式 / 185

四、对准私犯的抛弃：德国模式以及《意大利

民法典》的转向 / 190

五、中国对准私犯的认识以及对相关模式的

选择 / 195

六、准私犯与对他人行为之侵权责任 / 197

第四节 侵权法体系中的对他人行为之侵权责任：

是否属于过错推定责任？ 198

一、罗马法中经典的侵权责任体系：不存在

过错推定责任 / 200

二、过错推定责任的隐现与确立：过错责任原则

扩张的结果 / 202

三、过错推定责任的缩小：对现实需要的反应 / 207

四、过错推定责任与对他人行为之侵权责任 / 216

第四章 中国法中的对他人行为之侵权责任制度 220

第一节 中国历史上各部民法典中的对他人行为之

侵权责任 220

一、民法典和草案的相关条文 / 220

二、对上述民法典和草案相关规定的解析 / 223

第二节 中国现行法中的对他人行为之侵权责任	228
一、《侵权责任法》之前的相关条文 / 228	
二、《侵权责任法》中的相关条文 / 229	
三、对中国现行法的相关规定的解析 / 231	
 第五章 在侵权法体系中建构对他人行为之侵权责任	244
第一节 对他人行为之侵权责任在侵权法体系中的总体框架	244
第二节 对他人行为之侵权责任的具体责任类型（一）： 对未成年人或精神障碍者行为的监护人责任 ...	248
一、责任人与行为人 / 248	
二、责任的基础 / 257	
第三节 对他人行为之侵权责任的具体责任类型（二）： 对被使用人行为的使用人责任	265
一、责任人与行为人 / 265	
二、责任的基础 / 269	
三、对其他相关问题的讨论 / 273	
 结 语	278
 参考文献	282
 后 记	287

引言

一、问题

当一个民事主体的行为导致了他人损害的时候，在一般情况下，侵权法都会规定由该行为人自己来承担侵权责任。^{〔1〕}然而，无论是在罗马法中，还是在现代民法中，除了这种一般情况之外，都还规定了在某些特殊的情况下由其他人来对该行为人所导致的损害承担侵权责任。^{〔2〕}尽管这种责任在从罗马法到现代民法的演变过程中经历了很大的变化，而且在各部现代民

〔1〕 在各部民法典侵权法部分或者专门的侵权法中，都对这种一般情况以一般条款的形式进行了规定，比如《德国民法典》第 823 条，《法国民法典》第 1382 ~ 1383 条，1942 年《意大利民法典》第 2043 条，《荷兰民法典》第六编第 162 条，《瑞士债法典》第 41 条，《日本民法典》第 709 条，《俄罗斯民法典》第 1064 条第 1 款，2003 年《巴西民法典》第 186 条，《葡萄牙民法典》第 483 条，《欧洲侵权法草案》第 1: 101 条，中国台湾地区“民法”第 184 条，《中华人民共和国民法通则》第 106 条，《中华人民共和国侵权责任法》第 6 条。

〔2〕 比如罗马法中的针对船东、旅店主或马厩主之诉，针对家父或主人的损害之诉，《德国民法典》第 831 条和第 832 条，《法国民法典》第 1384 条，1942 年《意大利民法典》第 2048 条和第 2049 条，《荷兰民法典》第六编第 169 ~ 172 条，《瑞士债法典》第 54 条和第 55 条，《日本民法典》第 714 条和第 715 条，《俄罗斯民法典》第 1068 ~ 1076 条，《巴西民法典》第 932 条和第 933 条，《葡萄牙民法典》第 491 ~ 500 条，《欧洲侵权法草案》第 3: 104 条、第 3: 201 条，《欧洲侵权法基本原则》第六章第 6: 101 条、第 6: 102 条，中国台湾地区“民法”第 187 条和第 188 条，《中华人民共和国民法通则》第 133 条，《中华人民共和国侵权责任法》第 32、34、35 条。

2 对他人行为之侵权责任

法典中通过条文所表现出来的具体形态也是千差万别的，但是要认识这种特殊的责任，必须要解决两个问题：一是责任的范围，也就是说，在哪些情况下，责任人要对他人的行为所导致的损害承担侵权责任？二是责任的基础，也就是说，在这些情况下，责任人为什么要对他人的行为所导致的损害承担侵权责任？因此，本书对于这种责任的研究也就围绕着这两个基本问题进行展开。

二、研究的对象及其术语

关于本书的研究对象，笔者将其限定在这样一种特殊的责任之中，即行为人的行为导致了他人的损害，对于这种损害所引起的侵权责任并不是由行为人本人来承担，而是由其他的民事主体来承担。对于这个研究对象，有必要在这里作一番界定和说明：

首先，本书的研究对象将集中于民事领域。事实上，在刑法领域、行政法领域或者其他的特别法律领域中也会产生与本书研究对象相类似的责任类型。比如在行政法领域，国家机关工作人员在执行公务的过程中导致了他人的损害，对于这种损害的赔偿责任是由该工作人员的所属机关来直接承担，这就是我们常说的“国家赔偿”。尽管这些其他法律领域的责任类型与本书的研究对象相类似，但是由于它们在主体、性质、基础等方面都是迥然相异的，因此，本书对此不作讨论。另外，本书对于这种民事责任的研究限于侵权责任之中，对于涉及合同等其他类型的相关责任，比如涉他合同等，本书也不作讨论。

其次，在本书所研究的这种责任中，损害是由人的行为所导致的。这里的“人的行为”是归因于一个民法上的主体而导致损害的事件^[1]，这包括了有意识的不法行为，比如有辨别能

[1] M. Bianca, *La responsabilità*, *Diritto Civile* (V), 1994, Milano, p. 573.

力人的不法行为，也包括无意识的致害行为，比如精神障碍者或无辨别能力的未成年人的致害行为，但是不包括损害是由无生命物或动物导致的情况。因此，本书的研究对象针对的是因人的行为所导致的责任，而不考虑因人以外的物或动物所导致的责任。

最后，这种特殊责任所具有的特点是实施致害行为的主体与承担责任的主体相分离，也就是说，损害是由行为人的致害行为直接导致的，但是，对于该损害的赔偿责任却并不是由该行为人自己来承担，而是由行为人以外的责任人来承担。根据这个特征，我们可以看到，在这种责任中，损害与行为人的致害行为之间具有直接的因果关系，而责任人与损害的产生却并没有直接的联系。尽管在有些情况下，责任人的某种可归咎行为可能是行为人实施致害行为的诱因，比如，在针对被监护人行为的监护人责任中，根据有的理论解释（该解释曾经是主流观点），监护人承担被监护人的行为导致他人损害的赔偿责任，是因为监护人没有尽到监管义务，在主观上存在着监管过失，所以，他对被监护人致害行为承担责任实质上是为自己的监管过失行为承担责任。但是，在这种情况下，作为责任人的监护人与损害之间也仅仅是一种间接的联系，损害是由作为行为人的被监护人的行为直接导致的，责任人并没有以自己的行为直接地导致这种损害，法律是基于一些特殊的理由而规定他应当对该损害承担侵权责任的。因此，确定某个责任类型是否属于本书研究范畴的关键在于承担责任的责任人与导致损害的行为人相分离。

针对本书的研究对象，在各国的法学中存在着不同的术语表述。在法国法和意大利法中，“对他人行为之侵权责任（la responsabilité du fait d'autrui 法国法，la responsabilità per fatto altrui 意大利法）”就是一种对本书研究对象进行统一概括的术语。

4 对他人行为之侵权责任

尽管学者们对于这个概念术语的内涵与外延至今还没有形成统一的观点,但是,他们都是通过这个术语来对本书研究对象中的各种具体类型进行概括的。^{〔1〕}除了这种概括性术语之外,意大利法还有一些术语是用于表述本书研究对象中的各种具体类型的,比如父母责任 (la responsabilità dei genitori)、监护人责任 (la responsabilità del sorvegliante)、教师责任 (la responsabilità degli insegnanti)、雇主和主人责任 (la responsabilità dei padroni e dei committenti) 等。在法国法中,情况也是如此。^{〔2〕}

相比法国法、意大利法而言,德国法更愿意使用一些属于这种责任的各種具体类型的术语表述,比如为事务被使用人而担负的责任 (Haftung für den Verrichtungsgehilfen)、监督义务人的责任 (Haftung des Aufsichtspflichtigen) 等,而并不倾向于使用类似于意大利法以及法国法中 “la responsabilità per fatto altrui, la responsabilité du fait d'autrui” 这样的概括性术语。^{〔3〕}然而,尽管如此,我们还是能够在一些德国著名法学家的著作中找到类似的概括性术语的使用,比如 “Haftung für pflichtwidriges Verhalten anderer”。^{〔4〕}

在中国法中,由于民法体系受德国民法体系的影响比较大,

〔1〕 对于父母责任、教师、手艺人责任、监护人责任、雇主或主人责任等具体责任类型,究竟哪些属于 “la responsabilità per fatto altrui” 这个术语的涵盖范围,意大利学者对此争论很大。笔者将在后面的章节中进行详细的论述。

〔2〕 Cfr. G. Viney, p. Jourdain, “Les Conditions De La Responsabilité”, in *Traité De Droit Civil*, Paris, 1989, p. 807 ss.

〔3〕 J. Fedtke, U. Magnus, “Liability for Damage Caused by Others Under German Law”, in *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Kluwer Law International, 2003, p. 107 f.

〔4〕 H. Kötz, G. Wagner, *Deliktsrecht*, Berlin, 2006, S. 106 f. 在该书中, “Haftung für pflichtwidriges Verhalten anderer” 这个术语是对 “Haftung bei Schädigung durch Gehilfen” 以及 “Haftung bei Schädigung durch Minderjährige” 这两类具体责任类型的概括。

因此,无论是在中国的法律文本中,还是在学说理论中,学者们也都更倾向于使用“未成年人致害责任”、“法人或其他组织的责任”、“雇主责任”等术语来对这种责任的各种具体类型进行分别地表述。然而,随着其他大陆法系国家的法学理论对中国法学影响的日益加深,也出现了如同法国法以及意大利法学中“la responsabilité du fait d'autrui、la responsabilità per fatto altrui”这种类似的概括性术语,并影响了相关的著作乃至学者的侵权法草案。^[1]在这些著作以及侵权法草案中所使用的名词一般是“对他人侵权之责任”或者“对第三人之责任”。笔者认为这两种表述并不准确,原因在于:首先,“对他人侵权之责任”这个表述中的“侵权”不太恰当。因为,根据这种术语所包含的范围来看,监护人对被监护人的致害行为导致的损害所承担的侵权责任也属于这个术语范围之内,然而,由于无辨别能力的被监护人的行为虽然在客观上具有不法性,但是,这种行为在主观上却无法满满足侵权行为的条件,所以与其说无辨别能力的被监护人的行为是一种侵权行为,倒不如说它是一种客观的致害行为。这正如法文的表述“le responsabilité du fait d'autrui”,意大利文的表述“la responsabilità per fatto altrui”,他们分别采用了“fait”和“fatto”(客观的行为),而没有用“illicite”或者“illecito”(涉及主观过错的侵权行为),原因就在于此。其次,“对第三人之责任”这个表述来源于翻译,^[2]语意

[1] 中国对于这类总括性术语的使用很大程度上是来自翻译国外的著作,其中影响最广泛的是张新宝翻译的 Christian Von Bar 的《欧洲比较侵权行为法》(法律出版社 2001 年版)中的相关名词的翻译。除此之外,还有国内学者自己概括的,可以参见梁慧星主持“中国民法典——侵权行为编草案建议稿”(载《法学研究》2002 年第 2 期)第三章的标题。

[2] 参见[德]冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上册),张新宝译,法律出版社 2001 年版,第 180 页。

非常模糊，对其所指非常不明确，从词语本身来看并不能确定是合同责任还是侵权责任，因此该词也不能准确地概括这种责任。

本书的研究对象包括了各种具体的责任类型，因此，对于这些具体类型进行分别的研究肯定是必要的。但是，如前所述，在不同的大陆法系国家中对于这种责任的表述存在着一定的差异，这是一种语言习惯所致，抑或是更深层原因使然？这种差异对于这种责任在侵权法体系中的建构有何影响？这都需要我们从总体上进行研究。因此，我们有必要选择一种能够统一概括这种责任各种具体类型的总括性术语。对此，笔者采纳意大利法中的“对他人行为之侵权责任（la responsabilità per fatto altrui）”这个术语来概括本书的研究对象。^{〔1〕} 尽管这个术语在意大利学者之间还存在着一定的分歧，但是，根据一种合理的且逐渐成为主流的观点，对于“la responsabilità per fatto altrui”这个术语应当根据导致损害的行为与损害之间的因果关系来确定，即这个术语所表述的侵权责任是指损害是由行为人的致害行为所导致的，而侵权责任却是由行为人之外的责任人来承担。^{〔2〕} 这与本书前面对研究对象的描述是一致的，因此，本书采纳这种观点，以“对他人行为之侵权责任（la responsabilità per fatto altrui）”这个术语来表述本书的研究对象。

另外，在一些国家的法学中，特别是在英美法中，存在着“替代责任（vicarious liability）”这个术语，^{〔3〕} 它与“对他人行为之侵权责任”这个术语一样，都是针对上述的情况，即因行

〔1〕 “la responsabilità (extracontrattuale)”：（侵权）责任；“fatto altrui”：他人的行为；“per”：针对……。这里的“extracontrattuale”一般会约定俗成地被省略。

〔2〕 F. Galgano, *Trattato di diritto civile* (vol. II), Milano, 2009, p. 980.

〔3〕 我国也有学者使用这个概念，参见张民安：《侵权法上的替代责任》，北京大学出版社2010年版。