

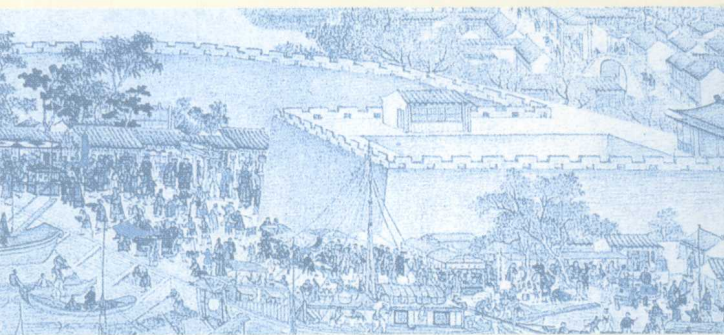


中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

雇主替代责任研究

曹艳春 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

河北省教育厅学术著作出版基金资助项目

河北省科技厅软科学研究计划项目

燕山大学博士基金项目

雇主替代责任研究

曹艳春 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

雇主替代责任研究 / 曹艳春著. —北京: 法律出版社, 2008. 4

(中国民商法专题研究丛书)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8289 - 6

I. 雇… II. 曹… III. 雇佣劳动—民事责任—研究—中国

IV. D923. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 031798 号

© 法律出版社·中国

中国民商法专题研究丛书

雇主替代责任研究

曹艳春 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 乔智炜

开本 / A5

版本 / 2008 年 4 月第 1 版

出版 / 法律出版社

总发行 / 中国法律图书有限公司

印刷 / 北京北苑印刷有限责任公司

印张 / 10.75 字数 / 276 千

印次 / 2008 年 4 月第 1 次印刷

编辑统筹 / 法学学术出版分社

经销 / 新华书店

责任印制 / 陶 松

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792/9779

网址 / www.lawpress.com.cn

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782

西安分公司 / 029 - 85388843

重庆公司 / 023 - 65382816/2908

上海公司 / 021 - 62071010/1636

北京分公司 / 010 - 62534456

深圳公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 8289 - 6

定价: 28.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《中国民商法专题研究丛书》总序

我于1988年起担任中国社会科学院法学研究所民法研究室主任,开始考虑学术发展和人才培养问题。时值20世纪90年代初,中国内地遭遇学术著作出版难,尤其未成名的年轻学者的学术著作出版更难。遂仿照王泽鉴先生担任台湾大学法律学系主任时编辑出版《台大法学丛书》的办法,编辑出版《中国民商法专题研究丛书》。预计用二十年时间,出版100部民商法专题研究著作。

其编辑宗旨是,从中国改革开放和发展现代化的市场经济的实际出发,广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说,深入研究民商法的基本理论和实践中的重大法律问题,为中国民商事立法的现代化和民商事审判实务的科学化提供科学的法理基础,提升民商法理论水平,推出民商法理论研究人才,使中国民商法理论研究尽快赶上发达国家和地区的水平。

著作之入选丛书,不论作者职称、地位、亲疏,以学术性为唯一考量。不约稿、不组稿、不需推荐,

概由作者自荐。欢迎自荐博士学位论文。丛书虽以“民商法专题研究”为名,其入选著作并不以民商法学为限。涵盖民法、商法、民事诉讼法、仲裁法、经济法、环境法、国际私法、国际经济法、民商事国际公约惯例等领域,而与广义之“私法学”概念相若。

自1994年推出第一部著作始,迄今已有十余年了,已出版著作50部。出版社方面注意到本套丛书在国内外已产生良好影响和社会效益,决定自第51部著作始,重新设计、增大开本、改变装帧,更加精编精印。特补述丛书编辑缘起及宗旨,作为总序。

梁慧星

于北京城南清芷园

2005年12月8日

序

曹艳春博士的新作《雇主替代责任研究》即将出版,邀请我作序。曹艳春博士是我的学生。她在中国人民大学读硕士研究生的时候,我就给她授过课;读博士研究生时,我是她的导师。为自己的学生新作作序,是一件高兴的事情。

说起来,曹艳春博士在读硕士研究生的时候,我并没有特别注意她。那时候,我还在最高人民检察院工作,作为兼职教授,我在中国人民大学法学院开设了侵权行为法课。课程结束时,学生的结课作业写得很好,我从中选择了几十篇文章,编辑出版了《侵权行为法热点问题研究》一书,其中就选择了曹艳春博士的一篇关于知情权及其侵权责任的文章。后来我才知道文章的主人,但在选择的时候并不知情。

有一次,我到北戴河给最高人民检察院的民事行政检察干部培训班授课,曹艳春博士也来听课。那时候,她已经硕士毕业,在燕山大学法学院任教有几年了。课余,她跟我谈起来,才知道她就叫曹

艳春,知情权文章的作者和本人终于对上了号。她跟我说了想考博的想法,我就问她准备的怎样,科研活动和科研成果怎样。她第二天就给我一张单子,详细列出了她近三年发表的论文。好几张纸,满满的,列的都是她近年来的研究成果,大约七十篇。我很惊叹!一位青年学者,既要进行教学工作,又要照顾家庭,还要挤出时间来进行科研活动,写出这么多文章,真的不容易。我又要了她发表的文章的复印件,有些文章确实写得不错。当时我就想,即使是她发表的这些文章都不怎么样,但是,就凭着她能够挤出时间写出这么多文章的这种精神和刻苦的态度,就可以进行高层次培养。就像一块未经雕琢的璞玉,经过精心的雕琢,就能够成为一件珍品。再加上原来不认识她的时候就欣赏她的文章,我断定,这是一个可堪造就之人。因此,我就鼓励她报考当年的博士,果不出所料,她的成绩很优秀,从此,她就开始了三年多的博士研究生生活。

在读博期间,曹艳春刻苦钻研,夜以继日,废寝忘食,因此,在攻读期间不断有新作发表。后来,我又鼓励、帮助她到美国康奈尔大学和加州伯克利大学访学,在莱斯教授及其他教授的指导下,又有不断的进步,对美国侵权法有了更深的理解,在访学期间不断报告其学术的进展。那时候我就想,这个学生的学术修养已经基本成熟了。

曹艳春博士做学问的特点,是孜孜不倦,不断进取。我曾经跟其他硕士研究生和博士研究生多次说起她的孜孜以求、不断进取的学术精神。在学校期间,她几乎没有更多的时间顾及家中的事情,每天都在图书馆和教室中度过,以至于很少与他人打交道。最后在博士毕业的时候,经过统计才知道,她在读期间发表的论文是最多的,质量也都很好,都有自己的独立见解,不像原来的七十多篇文章中有些文章那样属于应景之作。这些都是她自己刻苦努力的结果。我和她的同学说起来的时候,我就说,即使是一个人有些笨(当然不笨更好),只要有刻苦钻研的精神,也会成功的。曹艳春是一个聪明的学生,再凭着自己的刻苦和孜孜以求,当然就会有今天的研究成果。

本书研究的课题,是侵权责任法的一个常规课题,但我国学者对其

研究不够。她抓住这个课题,充分利用国外前沿的第一手资料,深入下去进行研究,通过纵横比较,提出了自己的完整看法,是写得很好的一个研究成果,代表了她目前的研究水平。这个研究成果,对于我国侵权责任法的立法、司法以及理论研究,都具有很重要的借鉴价值和参考意义。尽管其中还存在一些值得斟酌和继续研究的问题,但无疑是一本好的学术著作,有它应有的学术价值。因此,我向广大读者推荐这本书,希望读者喜欢它。

同时,我也向读者推荐我们中国人民大学法学院的这位博士,推荐她的孜孜以求的治学精神和刻苦钻研的治学态度,希望更多的青年学者,以及曹艳春博士本人,都能够在民法研究中兴的这个时期,有所作为,为我国民法事业的发展作出更大的贡献。

是为序。

教育部人文社会科学重点研究基地
中国人民大学民商事法律科学研究中心

杨立新

2008年1月15日

目 录

导言 / 1

一、研究的背景 / 1

二、研究的意义 / 3

三、研究的方法 / 4

第一章 雇主替代责任的基本概念 / 6

第一节 雇主及雇佣关系的概念 / 7

一、雇主与雇员的界定 / 7

二、雇主替代责任中雇主与雇员的类型 / 18

第二节 雇佣关系的界定 / 23

一、雇佣关系一般特性 / 23

二、雇佣关系的识别 / 25

三、特殊雇佣关系 / 28

四、我国的雇佣关系 / 34

五、雇佣关系与承揽关系的区别 / 37

六、雇佣关系和劳动关系的区别 / 39

第三节 雇主替代责任的界定 / 41

一、雇主责任 / 42

二、替代责任 / 43

三、雇佣人责任或使用者责任 / 44

四、雇主替代责任概念的确立 / 45

第四节 雇主替代责任的特征与本质 / 48

一、雇主替代责任的特征 / 48

二、雇主替代责任的本质 / 50

第二章 雇主替代责任的归责原则的历史流变及确立 / 54

第一节 雇主替代责任的归责原则之比较研究 / 54

一、罗马法中的雇主替代责任 / 54

二、德国法的雇主替代责任 / 55

三、法国法中的雇主替代责任 / 57

四、日本法中的雇主替代责任 / 59

五、俄罗斯法中的雇主替代责任 / 60

六、英美法中雇主替代责任 / 61

七、我国内地及台湾地区的雇主替代责任 / 66

第二节 雇主替代责任的归责原则之确立 / 70

一、雇主替代责任的归责原则的演变趋向 / 70

二、我国雇主替代责任归责原则的确立 / 73

第三章 雇主替代责任的理论基础 / 81

第一节 雇主替代责任的经济学分析 / 82

一、雇佣中风险承担的最佳者 / 82

二、雇佣关系中私下帕累托最优的合同 / 87

三、雇主替代责任的社会效益 / 90

第二节 雇主替代责任与个人责任之选择的经济学分析 / 93

一、雇员和雇主的行为影响 / 94

二、在个人责任下的分析 / 96

三、在替代责任下的分析 / 99

四、在企业责任和个人责任之间选择的考量 / 107

第三节 替代责任的理论的社会正当性 / 110

第四节 雇主替代责任的理论及评价 / 114

一、控制和监督理论 / 115

二、损失分散和“深口袋理论”(deep pocket) / 120

三、收益与风险一致理论 / 121

第四章 雇主替代责任的构成要件 / 125

第一节 致害人与雇主存在着雇佣关系 / 125

一、雇佣契约的存在 / 125

二、控制监督权的存在 / 127

三、利益归属理论标准 / 147

四、紧密联系因素 / 149

五、综合的判断标准 / 152

第二节 造成损害的行为发生在雇佣过程中 / 153

一、一般的判断标准 / 153

二、具体判断标准 / 158

第三节 损害是雇员的侵权行为造成的 / 171

一、雇员的疏忽侵权行为 / 172

二、雇员的故意侵权行为 / 174

第四节 雇员的侵权行为给第三人造成了损害 / 182

一、第三人的范围 / 182

二、给第三人造成了损害 / 184

第五章 特殊情况下的雇主替代责任 / 186

第一节 借用或者派遣雇员的雇主替代责任 / 186

一、劳动派遣基础法律关系的定论 / 187

二、比较法研究 / 191

三、我国法律上的确定 / 203

第二节 对志愿者的雇主替代责任 / 205

一、义务帮工和志愿者的概念 / 205

二、美国及我国的判例研究 / 208

三、志愿者雇主替代责任的适用问题 / 218

第三节 为独立合同工承担雇主替代责任的情形 / 221

一、一般的原则 / 222

二、例外的规则 / 224

三、边界情况下的政策选择 / 231

第四节 职场性骚扰的雇主替代责任 / 232

一、职场性骚扰的雇主替代责任的一般情况 / 232

二、性骚扰雇主责任的比较法研究 / 246

三、不同类型性骚扰的雇主替代责任 / 251

四、性骚扰雇主替代责任的经济学分析 / 256

五、雇主性骚扰替代责任的承担 / 263

六、我国性骚扰的雇主替代责任展望 / 264

第六章 雇主替代责任的承担 / 267

第一节 雇主替代责任的外部承担 / 267

一、从雇主与雇员的角度来讲 / 267

二、从受害人的角度来讲 / 271

第二节 雇主替代责任的内部承担 / 273

一、雇主对雇员的追偿权 / 273

二、雇主相互间的追偿权 / 279

三、雇员对雇主的求偿 / 280

第三节 雇主替代责任的抗辩 / 281

一、不可抗力 / 281

二、紧急避险 / 282

三、受害人过错 / 282

四、意外事件 / 283

五、正当防卫 / 283

六、自助行为 / 283

七、依法执行职务的行为 / 284

八、受害人同意 / 284

九、第三人过错 / 285

第四节 雇主替代责任的诉讼时效问题 / 286

第七章 我国雇主替代责任的现状及其展望 / 288

第一节 我国雇主替代责任的立法现状及评析 / 288

一、民法通则中规定的评述 / 288

二、《人身损害赔偿司法解释》第9条规定的评述 / 289

第二节 侵权责任法草案及建议稿规定的评述 / 293

一、官方草案的评述 / 293

二、学者草案建议稿的评述 / 299

第三节 关于我国侵权责任法之规定的建议 / 301

一、主体统一立法 / 301

二、对基本概念及基本的法律关系给予立法上的明确 / 303

三、关于是否应承担连带责任与追偿权问题 / 303

四、关于特殊情况下的雇主替代责任 / 307

参考文献 / 311

后记 / 324

导 言

一、研究的背景

在现代分工明细的社会及大规模的生产经营中,无论是企业还是个人不可能事必躬亲,均需借助他人的力量从事一定的工作或者事业。因此,在法律允许的范围内,雇佣他人从事某项工作已成为现代社会的一个显著特点,也大大扩展了一个人或者企业的活动能力范围。然而随之而来的一个问题是:受雇人在完成工作的过程中,由于故意或过失而损害他人的合法权益时,是由侵权行为人即受雇人承担责任呢,还是由其雇主承担责任?

例如,郑某经营维也纳音乐茶座,雇佣蒋某为音控师,2004年2月5日晚,原告安某与其朋友数人到维也纳音乐茶座喝茶唱歌,不慎将5张歌碟损坏,音乐茶座的工作人员韩某和蒋某等人就赔偿问题协商未果,韩某和安某即在音乐茶座门外发生争吵、抓扯。蒋某闻讯拿刀来参与纠纷,将安某刺伤后逃逸。安某受伤后即到医院住院治疗,经诊断为:左大腿刀刺伤,伴肌肉开放性断裂,花去医疗

费、住院费等合计 4510.42 元。

问题一:谁应为安某的伤害承担责任?

问题二:雇主郑某是否应该为安某的伤害承担责任?雇主是否应该为雇员的故意侵权行为承担替代责任?

问题三:蒋某是否应该承担责任?是单独责任还是与雇主的连带责任?

再如,叶某与陈某系表兄弟关系,与林某系朋友关系,2002 年 1 月 22 日,陈某与林某为叶某举办婚礼运送鞭炮,林某驾驶小货车车厢内乘陈某等 3 人及装载若干箱鞭炮,随同迎亲车队前往女方家。当天中午 12 时许,车刚启动驶出 20 米时,陈某被甩出车厢,造成陈某重伤的交通事故。经交警中队责任认定,林某负事故主要责任,陈某负次要责任。2002 年 8 月 26 日,陈某诉至法院,要求叶某与林某共同赔偿其损失 198,658 元。^①

本案责任到底该由谁承担?叶某、林某、陈某之间属于什么性质的关系?是否存在雇佣关系?这都是实践中存在的模糊问题。

诸如此类的案件在我国呈上升的趋势,而我国《民法通则》对雇主替代责任没有规定。2003 年最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《人身损害赔偿司法解释》)虽然在第 9 条与第 13 条对雇主替代责任有所规定,但其涵盖的范围及对一些基本概念、基本关系的认定远远不足以满足实践的需要。我国作为世界工厂,在商业日益繁荣的今天,在雇主雇佣他人获得额外利润的情况下,也应考虑在工业经营中受到无辜伤害的第三人。正值我国起草《侵权责任法》之际,雇主替代责任的研究就尤为重要,以免法律发展的失衡引起社会的不公。而法律的规定是需要理论依据为依托的,如何有效地救济无辜的第三人,以及如何运用法律手段减少、防止损害的发生,这是

^① 参见夏群佩、王新平: http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=102485&k_title=雇主责任&k_content=雇主责任&k_author=, 来自中国法院网, 2007 年 8 月 25 日。

我国侵权责任立法亟须解决的现实问题。

二、研究的意义

(1)理论意义:雇主替代责任是我国民法理论研究的弱点,雇主替代责任理论中的雇主、雇员与雇佣关系的基本概念,替代责任的归责原则、雇佣关系、雇佣过程的判定等问题在我国侵权法领域及劳动法领域都颇有争议。我国雇主的概念与其他国家雇主的概念上还有着一定的差别,雇主及雇佣关系概念的适用也很混乱,雇主对受害人所承担的侵权责任究竟是过错侵权责任还是严格责任,学者之间也各有主张,这对受害人很不利。对雇佣关系及在雇佣过程中的判断标准仍没有统一的认识。对特殊情况下的雇主替代责任,如借用人员、劳动派遣人员造成第三人损害的责任由哪一个雇主承担,在我国还属于研究上的空白,对我国存在的大量社会性志愿者的活动,还没有纳入雇主替代责任的立法范畴。这些问题都是在我国理论上需要深入探讨和研究的。本书的研究就是要从基本的概念和判断着手,理清各种关系的理论判断依据,解析雇主替代责任的构成要件,研究特殊情况下的雇主替代责任,构架我国的雇主替代责任理论基础。

(2)实践意义:雇主替代责任的研究不仅仅是一个理论层面上的问题,更是一个重要的实践问题。我国正在起草《侵权责任法》,要想完成一部体系完整、结构合理、具有前瞻性的侵权责任法,必须对各种侵权类型加以研究,合理划分其体系。雇主替代责任是我国社会经济发展中出现的一种重要的侵权类型,随着市场经济的深化,这种侵权类型的发生定不在少数。今天,这已经发展到如此的程度——“在公园中饲养狮子或其他野生动物比从事经营而涉及工人的雇佣更安全。”^①如果侵权行为法中缺少相应规定或规定不完整,那将是《侵权责任法》的缺憾,也不符合时代发展的需要。因此雇主替代责任的研究,可以为侵权行为法

^① Kay v. I. T. W. Ltd. [1968] 1 Q. B. 140, 155 per Danckwerts L. J. (citing R. F. V. Heuston, R. A. Buckley, *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, London, Sweet & Maxwell, 1992, p. 444.)

的制定提供坚实而有力的理论支持。另外,雇主替代责任的研究也是司法实践的需要。在司法实践中,审判人员面对雇主替代责任的侵权案件时,需要对雇佣关系及是否是执行职务行为等一系列相关问题进行判断,在此基础上才能判定雇主替代责任的承担。由于理论研究上的分歧,立法上的缺失,司法实践中对雇主替代责任的认识也缺乏统一的认定,导致了一定程度的实践混乱。对雇主替代责任的基本理论问题逐一剖析研究并试图构架未来我国侵权行为法中雇主替代责任的具体规定。如此一来,就使得雇主替代责任侵权案件的审判有理可依,有据可依,法律适用上也更具有可操作性,具有重要的实践价值。

三、研究的方法

雇主替代责任研究是个涉及民法、劳动法两个部门法学的理论问题,交叉性研究的方法一直贯穿全文。除此之外,主要采用以下的方法:

(1)比较研究的方法。在本书的写作中,采用多种比较分析方法,既有纵向的比较分析,对雇主替代责任的归责原则的发展历程进行比较;也有横向的比较分析,对我国大陆与台湾地区的相关规定、大陆法系与英美法系的相关规定进行比较。在这些比较的基础上,构建我国雇主替代责任的民法框架,使之适合我国国情。

(2)规范分析方法。规范分析是以一定的价值判断为基础的分析方法。本书写作中拟以此方法分析雇主替代责任的基本理论,得出雇主替代责任承担的客观价值判断的范畴。

(3)案例分析方法。案例分析法是法学研究中应用极为广泛的方法。大量研究英美的判例,尤其是美国的雇主替代责任的案例,归纳总结其雇主替代责任的判断标准及特殊情形下,雇主替代责任的承担情况。

(4)法律经济学的研究方法。法律经济学(law and economics、economics of law、economic analysis of law)是用经济学的方法和理论,而且主要是运用价格理论(或称微观经济学),以及运用福利经济学、公共