

# 为他人行为侵权责任之归责基础

尹 飞\*

---

**内容提要：**为他人行为责任的基础在于赔偿义务人能够支配加害人的行为或者能够对直接加害人的行为产生重大影响，此即支配或重大影响说。该说不仅是在对为他人行为责任各具体责任形态的构成要件、免责事由等进行归纳的基础上得出的结论，而且还有着深刻的经济和社会原因，即民事法律关系中隶属关系的存在、客观上人格不平等的凸显、个人自由意志的削弱以及责任保险制度的发达。提出支配或重大影响说对于梳理侵权责任法为他人行为责任的理论体系和责任形态、确定不同的责任类型、细分同一责任的不同层次以及在当事人之间合理分配损害都具有重要意义。

**关键词：**侵权法 为他人行为责任 归责基础 支配或重大影响说

---

所谓为他人行为的责任，也被我国学者称为替代责任〔1〕、代位责任〔2〕、转承责任〔3〕、代理责任〔4〕或者间接责任〔5〕、准侵权责任〔6〕，是指加害人与赔偿义务人相分离的侵权责任形态。在此种责任中，赔偿义务人的行为与损害之间没有直接因果关系，赔偿义务人对损害的发生也不存在具体的过错，但仍然要依据法律的规定承担侵权责任，其典型形态包括雇主责任、监护人责任等。一般认为，这些为他人行为负责的责任是过错责任、物件致害责任（危险责任）之外的一类独立的侵权责任形态。

在侵权行为法中，某人为他人行为负责的制度可谓源远流长。按照学者的考证，在最古老的习惯法时期，同态复仇、血族复仇等复仇制度都包含有替代责任的影子。〔7〕在罗马法中，姑且

---

\* 中央财经大学法学院副教授。

本文系作者主持司法部国家法治与法学理论研究项目“侵权法替代责任研究”（项目批准编号 08SFB5019）的成果之一。

〔1〕 参见杨立新：《特殊侵权损害赔偿》，人民法院出版社 1999 年版，第 5 页；王利明主持：《中国民法学学者建议稿及立法理由·侵权行为》，法律出版社 2005 年版，第 95 页。

〔2〕 参见刘士国：《现代侵权损害赔偿研究》，法律出版社 1998 年版，第 310 页。

〔3〕 参见徐爱国：《英美侵权法》，法律出版社 1999 年版，第 247 页；杨立新：《侵权损害赔偿》，吉林人民出版社 1990 年版，第 158 页。但杨立新教授后认为采替代责任的表述更为精确。

〔4〕 参见上引徐爱国书，第 316 页；李仁玉：《比较侵权法》，北京大学出版社 1996 年版，第 205 页。

〔5〕 参见前引〔1〕，杨立新书，第 5 页；周友军：《安全交往义务理论研究》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 31 页。

〔6〕 参见张新宝：《侵权责任法原理》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 18 页。

〔7〕 参见法学教材编辑部《外国法制史》编写组：《外国法制史资料选编》，北京大学出版社 1984 年版，第 2 页。

不论主人对其奴隶以及家父对其子女负责的情形, 仅就自由人而言, 对于自己属员的盗窃或侵害行为, 船主、旅馆或客栈主人都要负双倍赔偿的责任; 旅馆老板还要对长期居住者造成的损害负责。<sup>〔8〕</sup> 罗马法已经形成了私犯 (对自己过错的责任)、准私犯 (对物件致人损害的责任以及为他人行为承担责任) 的侵权法体系。<sup>〔9〕</sup>

此种分类也为法国法所借鉴。通常认为, 法国民法典第 1382 条规定了过错责任或者说侵权行为的一般条款, 而第 1384 条第 1 款则是对准侵权行为的一般规定,<sup>〔10〕</sup> 该条以下各款具体列举了为他人行为承担责任的各种具体形态。在近现代其他主要民法典中, 也多规定了一些为他人行为负责的责任形态, 例如监护人责任、使用人责任或者说雇主责任等。

我国民法通则第 121 条和第 133 条分别规定了国家机关工作人员致害责任和监护人责任两种为他人行为承担责任的形态。此后, 司法解释又先后补充规定了法人工作人员致害责任、雇主责任、义务帮工责任等责任形态。

在侵权责任法的制定过程中, 学者普遍认为过错责任 (包括过错推定责任) 的归责基础在于过错, 也逐渐认可物件致害责任的归责基础在于危险。<sup>〔11〕</sup> 但对于为他人行为责任的归责基础, 学者之间分歧较大, 有学者认为该类责任属于过错责任,<sup>〔12〕</sup> 也有学者认为该类责任应当与物件致害责任一并作为无过错责任或者严格责任处理,<sup>〔13〕</sup> 还有学者认为应当根据具体责任形态分别探讨其归责基础。<sup>〔14〕</sup>

所谓归责基础, 即基于何种理由要求某人为他人所受损害承担责任。自己责任为侵权法之一般原则。作为例外, 法律究竟基于何种理由要求责任人为他人之行为承担责任, 是侵权法立法必须解决的问题。本文拟就此一抒浅见, 以期抛砖引玉。

## 一、为他人行为责任归责基础的各学说及评析

### (一) 过错说

此说为德国法系各民法典所采纳。在这些民法典中, 雇主基于选任和监督的过失对雇员的职务行为负责; 监护人基于其监督的过失对被监护人的侵权行为负责。<sup>〔15〕</sup> 虽然雇主责任和监护人责任在举证责任上实行过错推定和因果关系推定的规则, 但是雇主和监护人承担责任的基础仍然是过错, 尽管此种过错并非对具体损害后果的过错而只是一种选任、监督的过错。

此种认识虽然符合近代民法以过错责任为基本原则的时代背景和思潮, 但在现代民法中, 雇

〔8〕 参见 [意] 彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》, 黄风译, 中国政法大学出版社 1992 年版, 第 406 页。

〔9〕 参见 [英] 巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》, 黄风译, 法律出版社 2000 年版, 第 235 页。

〔10〕 关于准侵权行为的相关介绍, 参见 [德] 冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》上卷, 张新宝译, 法律出版社 2001 年版, 第 140 页以下。

〔11〕 认可危险责任的较新成果, 参见王利明:《论侵权责任法中一般条款和类型化的关系》, 《法学杂志》2009 年第 3 期; 尹田:《评侵权责任的独立成编与侵权行为的类型化》, 《清华法学》2008 年第 4 期。

〔12〕 如杨立新教授将国家赔偿责任、用人者责任、法定代理人 (监护人) 责任等典型的为他人行为责任类型均作为过错推定的侵权行为予以类型化。参见杨立新主编:《类型侵权行为法研究》, 人民法院出版社 2006 年版, 第 519 页以下。

〔13〕 王利明教授指出:“严格责任是过错责任以外的责任类型, 既包括诸如雇佣人责任等所谓的‘为他人行为’承担的责任即替代责任, 也包括物件致人损害的责任。”参见其《民法典体系研究》, 中国人民大学出版社 2008 年版, 第 676 页。

〔14〕 张新宝教授指出:“法律确认民事主体在一定情况下对他人或物件造成的损害承担责任主要是为了保护受害人的利益。而民事主体对这种损害承担责任, 总是基于一定的既有法律关系, 如监护关系、雇佣关系、所有权关系等等。”参见其《侵权责任法原理》, 中国人民大学出版社 2005 年版, 第 18 页。

〔15〕 参见德国民法典第 831、832 条; 日本民法典第 714—716 条; 我国台湾民法第 187—189 条。

主责任多为无过错责任，<sup>[16]</sup> 监护人责任也日益严格化，<sup>[17]</sup> 继续将过错作为为他人行为负责的依据，很难具有说服力。

而且，故意和过失的判断都是以对具体损害结果发生的预见义务和回避义务为内容的。<sup>[18]</sup> 故意的判断显然以行为人并未违反损害预见义务但有悖损害结果发生的回避义务为必要；而关于过失的判断，原先的过失理论强调行为人注意的内容为损害结果的发生，应预见且能预见的损害一旦发生即认为存在过失，而新的观点认为行为人注意的内容为损害结果的回避，即行为人采取了避免损害结果发生的合理措施，强调的是对行为是否合乎相应注意水平的考察。<sup>[19]</sup> 换言之，对具体损害结果的预见或者应当预见以及能够避免却未能避免，是构成过错的基本条件。过错的判断是以对具体损害的发生有预见可能性以及避免可能性为前提的，而且可预见和避免的对象应当是一种具体的损害结果。相反，如果认为可预见的损害为任何危险，则一方面预见可能性要件将被抽空，过错责任无异于无过错责任，另一方面也无法判断行为人的结果回避义务。<sup>[20]</sup>

而严格意义上的为他人行为责任，不仅意味着损害与责任人的行为没有因果关系，而且强调责任人对该具体损害的发生没有过错。所谓的雇主过错、监护人过错，是一种选任和监督的过失，而非对具体损害结果存在过失。此种过错与损害结果之间是否存在直接因果关系，也先由法律推定。<sup>[21]</sup>

故而，以过错来解释为他人行为责任，在学理上很难说得通。如果固守过错责任或者说维持形式上的过错责任，就不得不过分甚至无限制扩张过错概念，直至将过错扩张为一个大而无当的概念。<sup>[22]</sup> 由此，学说上一般不认为为他人行为责任系过错责任。<sup>[23]</sup>

## （二）违反社会安全义务说

社会安全义务是德国侵权法近年来最重要的发展之一。“所谓社会安全义务，是指开启或持续特定危险的人所应当承担的，根据情况采取必要的、具有期待可能性的防范措施，以保护第三人免受损害的义务。”<sup>[24]</sup> 按照学者的介绍，德国实务之所以创设社会安全义务，主要是由于德国法上的危险责任类型不发达，并不存在危险责任的一般条款，而实务上也拒绝对立法中逐一列举的危险责任进行类推适用。在此情况下，法院通过社会安全义务的创设，认定因危险状态和危险

[16] 近年来，在德国、日本、我国台湾实务中雇主责任实际上采用了无过错责任（参见前引 [10]，冯·巴尔书，第 239 页以下；王泽鉴：《侵权行为法》第 2 册，2006 年台湾自版，第 116 页；王泽鉴：《侵权行为法》第 1 册，中国政法大学出版社 2001 年版，第 21 页）。而法国法、英美法采无过错责任（参见张民安：《现代法国侵权责任制度研究》，法律出版社 2003 年版，第 251 页；[英] 约翰·弗莱明：《民事侵权法概论》，何美欢译，香港中文大学出版社 1992 年版，第 142 页）。

[17] 依据法国 1937 年 4 月 5 日法律，法国法上的监护人责任采过错推定，但实践中被发展为严格责任（see Jean Carbonnier, *Droit civil, les obligations*, Presse Universitaires De France, p. 433）。德国民法典第 829 条规定了监护人举证证明自己没有过错之后的衡平责任（see International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. 4, Torts, Chapter 2, *Liability For One's Own Act*, p. 99）。荷兰民法典第 6: 165 条则直接规定了监护人对 14 岁以下儿童侵权行为的无过错责任。

[18] 参见邱聪智：《民法研究》第 1 册，中国人民大学出版社 2002 年版，第 309 页。

[19] 参见曾隆兴：《现代损害赔偿法论》，1998 年台湾自版，第 433 页以下。

[20] 详细的论述，参见 [日] 森岛昭夫：《侵权行为法讲义》，有斐阁 1987 年版，第 191 页以下。转引自于敏：《日本侵权行为法》，法律出版社 1998 年版，第 125 页。

[21] 王泽鉴：《侵权行为法》第 2 册，2006 年台湾自版，第 144 页。

[22] 关于过失概念的扩张及其弊端，参见前引 [18]，邱聪智书，第 74 页以下。

[23] 关于日本学者的认识，参见前引 [20]，于敏书，第 212 页；前引 [2]，刘士国书，第 309 页。关于我国台湾学者的认识，参见王泽鉴：《雇佣人无过失责任的建立》，载其《民法学说与判例研究》第 1 册，中国政法大学出版社 1998 年版，第 8 页以下。

[24] BGH NJW 1975, 108. 转引自前引 [5]，周友军书，第 2 页。

活动威胁到他人权益者负有保证他人安全的义务；在其没有将危险降至法律所能容忍的程度而导致损害的情况下，则要求社会安全义务人承担责任。<sup>〔25〕</sup>“违反社会安全义务的责任的核心功能就在于避免和防止危险。”<sup>〔26〕</sup>而且，在认定违反安全交往义务的责任时，法官往往根据表象证据在因果关系和过错方面采取推定甚至举证责任倒置的方式，从而将过错责任严格化。<sup>〔27〕</sup>这样，社会安全义务就在过错责任的掩盖之下，对法律没有明文规定但实质上开启和控制危险源的人科以近似于危险责任的严格责任。因此，“社会安全义务系为弥补过度强调过失责任及抑制危险责任而生，其主要规范功能，则是过失责任与危险责任之桥梁”。<sup>〔28〕</sup>

有学者试图以违反社会安全义务来解释为他人行为责任，即用人者责任的产生原因是用人者因使用他人执行事务而开启了危险；监护人责任的产生原因是被监护人构成一种危险，而负有监护义务的人可以控制这种危险。既然他们都开启或持续了危险，并能控制危险，所以他们负有危险防免义务，即社会安全义务。<sup>〔29〕</sup>也有学者认为，“在现代社会，因他人的行为而承担的特殊侵权责任是建立在行为人控制他人义务的基础上，也是建立在被告与原告的特殊关系的基础上。”<sup>〔30〕</sup>可见，赔偿义务人之所以承担赔偿责任，是因为他们违反了社会安全义务，存在过错。故而，此说严格地讲也可以纳入过错责任说的范畴。

此说虽然不无道理，但是社会安全义务的核心在于将危险责任的思想移植到过错责任之中。<sup>〔31〕</sup>在此情况下，社会安全义务实际上已经扩张成包含传统过错责任和危险责任的一个庞然大物。这种过分的抽象，实际上已经使过错的内涵过于模糊，失去了其主观心理状态的本源意义。<sup>〔32〕</sup>在德国法没有危险责任一般条款且固守过错责任的情况下，这种做法不失为一条“通过民法典、超越民法典”、“托古改制”的稳妥之道，但在我国侵权法中存在危险责任一般条款（民法通则第123条）的背景下，殊无必要。

而且，社会安全义务以开启或持续危险为前提，正如下文将要指出的，危险同样无法成为为他人行为责任的归责基础。

### （三）危险责任说

对雇主责任等为他人行为的责任采无过错责任，是现代民法的一个发展趋势，因而也有学者试图以危险责任来解读为他人行为的责任。例如，在当今法国，有关民法典第1384条第5款所规定的雇主就其雇员的行为承担的法律责任的性质，民法学家大多趋向于危险责任理论，认为责任基础就在于雇主应对其活动产生的危险负责。“应当承认，长期以来，雇主就其雇员的行为所承担的法律责任并不是建立在雇主选择或监督他们应对其行为承担责任的雇员的活动中所具有的某种过错的基础上，雇主就其雇员的行为所承担的法律责任也仅仅是一种危险责任。”<sup>〔33〕</sup>在德国法中，就无识别能力人的侵权责任，也有学者认为属于危险责任。<sup>〔34〕</sup>

但是，危险责任的核心思想在于，“由开辟了某个危险源或维持危险源并从中获得利益的人

〔25〕 参见 [德] 冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》下卷，焦美华译，法律出版社2001年版，第264页。

〔26〕 [德] 马克西米立安·福克斯：《侵权行为法》，齐晓琨译，法律出版社2006年版，第102页。

〔27〕 Christian von Bar, *Verkehrspflichten: richterliche Gefahrssteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Koeln/Bonn/Muenchen, 1980, S. 103.

〔28〕 邱聪智：《新订民法债编通则》上册，中国人民大学出版社2003年版，第139页。

〔29〕 Vgl. Gert Brueggemeier, *Deliktsrecht*, Baden-Baden 1986, S. 514.

〔30〕 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359页。

〔31〕 前引〔27〕，Christian von Bar书，第103页。

〔32〕 对过错客观化的系统评论，参见前引〔18〕，邱聪智书，第129页以下。

〔33〕 Yvonne Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel, systemes d'indemnisation*, 3e edition 1996, Dalloz, 475.

〔34〕 Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2, Besonderer Teil*, 13. Aufl., Muenchen, 1994, S. 653.

来全部或部分地承担损害”。<sup>[35]</sup>因而危险责任在本质上是危险行为人或者危险物的持有人的责任。传统上的危险责任都是与“有体”的危险源如野兽、高速运输工具等相联系的，后来才逐渐扩展到危险行为。<sup>[36]</sup>也就是说，只有从事危险活动或者持有危险物，方可被认为开启了危险源，从而须对因此造成的危险承担责任。

基于此，笔者认为，不宜以危险责任作为为他人行为责任的基础，理由在于：

首先，危险源以存在一定的危险性为前提。而在为他人行为责任中，直接加害人往往是有意思能力的人，一般能够控制自己的行为，其致害行为通常也是有过错的。在职务行为致害时，通常也应考虑直接加害人是否有过错。因此，使用他人劳动并非危险活动，被监护人也并非危险物，直接加害人及其行为不能认为是危险责任中的危险。即便是无行为能力人，虽然在法律上被认为没有意思能力，但这只是为了保护其利益而作出的规定，他们显然也不能被视为危险物。

其次，危险源本身具有潜在的社会危害性，只是因为其对经济社会的发展有巨大的推动作用，法律方允许危险活动或危险物存在，但对危险行为人或者危险物的所有人科以严格责任。因此，危险责任要求开启或者持续危险源的人承担责任，带有对价的性质，或者说在一定程度上体现了报偿原理。“责成某人承担损害赔偿义务，是他为法律允许他经营这种具有特别危险性的设备所付出的代价。”<sup>[37]</sup>而在为他人行为责任中，报偿原理并不适用于所有情形，如父母对子女的监护更多的是基于伦理或者感情的要求，如果以报偿原理解释，显然是一种亵渎。尤其是在被监护人致人损害的情况下，如果认为监护人责任系危险责任，就等于把被监护人作为与野兽等同的危险物对待，在一定程度上也有辱未成年人和精神病人的人格。

第三，既然直接加害人通常具有识别能力，为他人行为责任通常以直接加害人的有责性为前提，那么赔偿义务人承担责任并不意味着直接加害人的免责，二者承担连带责任是各国立法的通常选择。而危险责任中，虽然损害系危险物所致或者危险行为所致，但是危险物本身并非民事主体，显然不承担责任。

第四，危险责任原则上采无过错责任或者严格责任，其构成要件并不考虑过错。为他人行为责任通常以直接加害人的有责性为前提，在其有识别能力的情况下，损害结果系直接加害人的过错所致，故而，为他人行为责任的成立，于法律没有特别规定的场合，仍然以直接加害人的过错为必要。<sup>[38]</sup>

第五，现代侵权法已经形成了过错责任、危险责任和为他人行为责任的三足鼎立之势。如果过分扩张危险责任，过分的抽象反而会失去通过抽象而实现类型化的意义。这样，不仅危险责任变得无所不包，而且危险责任的内涵更为模糊，甚至可能失去其本源的意义，危险责任固有的空间也可能被侵蚀。

综上，通过过错和危险这两种普遍为学界承认的归责基础来解释为他人行为责任，都存在比较明显的欠缺。这就有必要另辟蹊径，对此类责任的归责基础加以探索和揭示。

[35] [德] 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》上册，谢怀栻等译，法律出版社2003年版，第82页。

[36] 但总体而言，德国法上的危险责任还是以有体的危险源为主要调整对象。前引[34]，Larenz/Canaris书，第611页。

[37] 前引[35]，卡尔·拉伦茨书，第82页。

[38] 在直接加害人有意思能力的情况下，仅在特定场合，才不考虑直接加害人的过错。德国法认为，用人者责任产生的前提是，事务执行辅助人的行为满足了德国民法典第823条以下的客观构成要件。因此，事务执行辅助人的责任能力和过错都是不必要的。之所以如此，立法者的本意是为了避免用人者借雇佣无责任能力人执行职务而逃避责任。参见前引[23]，王泽鉴书，第6页。但也有德国学者结合判例对此提出批评，认为“如果不考虑德国民法典第831条措辞的话，即使根据德国法律，本人也只有在其下属的过失被证明的情形才能被认定负有责任”。参见前引[10]，冯·巴尔书，第254页。

#### (四) 为他人行为责任归责基础的其他学说及评析

在为他人行为责任中, 赔偿义务人为何要对自己并无具体的过错, 且与自己的行为没有因果关系的损害结果承担责任, 在传统的两种学说即过错和危险责任之外, 学理上还有多种解读。

##### 1. 报偿原理说

此种学说主要被用来解释雇主责任。该说认为, 雇主对雇员的职务行为承担责任, 其理论依据在于报偿原理。“受其利者, 需任其害”,<sup>[39]</sup> 雇员实施的侵权行为是在为雇主执行雇佣活动的过程中发生的, 而雇员执行雇佣活动是为雇主创造利益, 所创造的利益将为雇主所承受, 因而雇员执行职务的活动是雇主行为的延伸。基于权利义务相一致原则, 雇员执行职务中的风险也应当归于利益的享有者, 由此产生的责任也应当由利益的享有者即雇主来承担。早在 1891 年德国民法典起草过程中, 昂格尔 (Unger) 就指出: 那些为自己的利益雇佣劳动的人应当对雇佣承担风险——这是出于公共事业的要求, 因此要承担严格责任。<sup>[40]</sup> 尤其是主张对雇主责任等为他人行为责任采无过错责任的学者, 力倡报偿原理说, 认为“基于报偿原理, 令雇主对雇员因执行职务所致侵权行为承担赔偿责任, 乃近代比较法上的共同倾向”。<sup>[41]</sup>

笔者认为, 首先, 报偿原理说实际上只是公平原则的另一个具体表述而已。利益之所在即风险之所归, 是各种民事活动普遍奉行的原则。以之泛泛解释为他人行为责任, 并无不可; 以之泛泛解释危险责任甚至过错责任, 实际上也说得过去。<sup>[42]</sup> 民法理论具有高度的抽象性, 在抽象化过程中, “由于抽象化的对象存有差异, 作为抽象化产物的法律概念就会存在位阶性, 出现所谓上位概念和下位概念的区分”。<sup>[43]</sup> 因此, 以普遍适用于上位概念的报偿原理来解释作为下位概念的为他人行为责任的归责基础, 未尽妥当, 难以精细地阐明相关制度设立的立法论依据, 也难以作为解释法律的指导原则。

其次, 从另一个角度看, 报偿原理又无法解释各种为他人行为负责的情形。例如, 就监护人责任而言, 通说认为监护在性质上为一种职责而非权利, 很难说监护人从其履行监护义务的过程中能够获得利益, 自然也不能说监护人基于报偿原理对被监护人的行为负责。另一方面, 即便就雇主责任而言, 报偿原理也有其不足。依报偿原理, 在雇员进行相同职务行为的情况下, 雇员所获报酬越低, 雇主的收益就越大, 其责任也应当越发严格, 但从未有过此类立法例或者判例。相反, 我国最高人民法院认为, 雇主对拿报酬的雇员行为的责任, 应该重于被帮工人对不拿报酬的帮工人行为的责任。<sup>[44]</sup> 同样, 德国法院创设的企业责任也严格了作为一类雇主的企业的责任, 尽管按照常理, 企业雇员的报酬较之于非企业雇员的报酬要高得多。<sup>[45]</sup>

##### 2. 风险社会分担

这是英美法用来解释在为他人行为责任尤其是雇主责任中, 第三人对直接加害人的行为负责的理由之一。

在存在完善的保险制度的情况下, 通过保险就能够有效地分散风险。此种情况下, 在确定责

[39] 前引 [21], 王泽鉴书, 第 112 页。

[40] 转引自前引 [4], 李仁玉书, 第 206 页。

[41] 参见前引 [18], 邱聪智书, 第 103 页。

[42] 王泽鉴教授在介绍危险责任的理由时, 即作如是理解。参见其《侵权行为法》第 1 册, 中国政法大学出版社 2001 年版, 第 16 页。同说参见前引 [35], 卡尔·拉伦茨书, 第 82 页。

[43] 王轶:《对中国民法学学术路向的初步思考——过分侧重制度性研究的缺陷及其克服》,《法制与社会发展》2006 年第 1 期。

[44] 参见《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》(法释 [2003] 第 20 号) 第 9 条、第 13 条。

[45] 参见朱岩:《论企业组织责任——企业责任的一个核心类型》,《法学家》2008 年第 3 期。

任承担人或者说赔偿义务人时，考虑的不是谁有过错，而是怎样才能最有效地承担责任或者说谁更能实现风险的分散。在雇主、受害人和雇员之间，显然雇主最能够通过提高商品或服务价格来支付保险费或赔偿费用从而将损害转嫁到全社会，他是最适当的“风险吸收者”。<sup>[46]</sup>因此，即便雇主没有过失，对雇主强加法律责任也是非常恰当的，他有能力负责，而且能够把这些费用分摊出去（不管是直接加价还是支付保险费）。虽然雇主一般会通过保险制度来分散风险，但在保险费率市场化的情况下，保险公司会通过保费的增减来敦促雇主加强对雇员的选任、培训和监督，因而雇主不会怠于履行此项义务，而且雇主能够采取更严格的措施（如通过选任、监督和惩罚雇员）来避免事故的发生。<sup>[47]</sup>

这种学理解读的不足之处也与报偿原理近似：一是过分抽象，普遍适用于各种严格责任的解说；二是无法具体化、精细化，如商事主体之外的雇主、监护人很难说具有更强的风险吸收能力，很难通过价格来实现风险的移转；再者，无法以风险吸收能力来确定责任的严格程度，等等。

### 3. 深口袋

这一理由也是英美法为他人行为责任尤其是雇主责任的理论基础。<sup>[48]</sup>现代侵权法首先强调的是对受害人的补偿。相对于作为个人的雇员来说，雇主（尤其是大公司作为雇主的情况下）无异于一个“深口袋”（Deeper Pocket），由其承担责任对受害人的保护更为有力。实际上，除了个别被监护人、雇员更为富裕的情形，在其他各种为他人行为责任形态中，这一理由也都成立。

但是，这一理论只可以作为一项辅助的理由而存在。因为单纯以某人更加富裕、更能承担赔偿责任为由要求其承担责任，无异于杀富济贫的“梁山”规则。因而，必须另外寻找为他人行为负责的依据，在该理由能够单独解释为他人行为负责的原因的同时，再依据“深口袋”原理具体阐释其责任归属或者责任范围，更为妥当。

## 二、支配或重大影响说的提出及其内涵

自封建时代以来，“责归于上”就是一项基本的伦理。诞生于以“平等、自由、博爱”为口号的资产阶级大革命浪潮中的法国民法典，尽管将自己责任奉为圭臬，但是仍然在与自己责任（第1382、1383条）相并列的位置，于第1384条第1款明确宣示“任何人不仅对因其自己的行为造成的损害负赔偿责任，而且对应由其负责之人的行为或由其照管之物造成的损害负赔偿责任”，并在以下各款中逐次规定了父与母对与其一起居住的未成年子女的责任、主人与雇主对其家庭佣人与受雇人职务行为的责任，以及小学教师与家庭教师及手艺人对学生与学徒在受其监视的时间内造成的损害的责任。而在这些责任中，直接加害人与责任人之间实际上存在着不平等的关系，责任的基础显然与“责归于上”的伦理有关。<sup>[49]</sup>

英美法中的替代责任也是以“责归于上”为其理论基础的，即认为雇主使用雇员从事雇佣活动，实际上是以他人为自己的手足，雇员等于是雇主的替身，雇员的行为也就等同于雇主的行为。按照沃伦·西维的观点，雇员受雇于雇主的事实是雇主承担雇员侵权的责任的依据：“在有

[46] W. V. H. Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 16<sup>th</sup> ed., London: Sweet & Maxwell, 2002, p. 704.

[47] John G. Fleming, *The Law of Torts*, 6<sup>th</sup> ed., The Law Book Company, 1983, p. 340.

[48] 参见 [美] 文森特·R·约翰逊：《美国侵权法》，赵秀文等译，中国人民大学出版社2004年版，第3页；前引[42]，王泽鉴书，第8页。

[49] 参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第187页；前引[16]，弗莱明书，第142页。

关雇主和雇员的情形下，即使雇主并没有不适当地施加控制（即不存在个人过错），他也要承担责任。此时，在雇主和雇员的关系中，控制或者施加有形控制的权力成为最突出的因素。”〔50〕

笔者在归责于上的伦理观念的基础上，将之进一步具体化为“支配或重大影响说”。申言之，为他人行为责任的基础在于：赔偿义务人能够支配加害人的行为或者能够对直接加害人的行为产生重大影响。而在他人支配或者重大影响之下从事的行为不法致人损害时，该他人即便没有具体的过失，也应当对此承担责任。

所谓支配或者重大影响，包含着两层含义：一是二者之间通常存在一方支配或者重大影响另一方行为的特定关系。此种关系可以基于合同发生，也可以基于特定的身份关系甚至其他社会关系而发生，例如劳动关系、雇佣关系、亲权或者监护、负有管教义务，甚至基于某种教义对他人“洗脑”等等。既然此种关系的发生并非仅基于特定的身份，因而此种关系具有较大的灵活性，只要一方可以支配或者对他人行为造成重大影响即可，至于其中一方能否支配或者重大影响另一方，则应当依据合同内容、法律规定或者社会一般观念、交易习惯等来加以判断。惟须注意的是，特定关系的存在只是一种通常的情形，并非责任构成之必要条件。换言之，只要致害行为是在他人支配或者重大影响之下从事的，即可反推出特定关系的存在。

二是致害行为必须是在他人支配或者重大影响之下的行为。单纯存在某种关系，通常并不足以构成他人行为负责的基础。因为在为他人行为责任中，直接加害人通常也是有意思能力、能够预见损害后果及避免损害后果发生的人，特定关系的存在虽然可能在一定程度上束缚其行为，但是直接加害人仍然有独立的意思空间。如果直接加害人单纯出于自己的意志实施了加害行为，则特定关系的存在并无意义，仍然应当由直接加害人自己负责，否则对另一方未免过苛。因此，只有致害行为处于他人的支配或者重大影响之下，方可由他人承担责任。例如，在雇佣关系之中，只有雇员的职务行为致人损害方由雇主承担责任，而雇员与职务毫无关联的个人行为，自然不应由雇主负责。

对他人行为的支配或者重大影响，严格地讲，应当是通过对他人的意志的支配或者重大影响来实现的，例如利用相互之间的“命令—服从”关系，将自己的意志强加给对方，使之在他人的意志驱使或者双方意志共同的驱使之下从事特定的行为。但是，在特殊情况下如对无意思能力人，由于直接加害人并无意思能力，在观念上则径认为直接加害人的行为受到了他人的支配或者重大影响。

此外，为了保护受害人的利益，现代侵权法中出现了为他人行为责任“外观化”的趋势。即致害行为是否在他人支配或者重大影响之下，原则上应当视外在表现而定，只要致害行为在外观上处于他人支配或者重大影响之下，就可以考虑责任的成立。〔51〕

### 三、支配或重大影响说的理论依据

#### （一）实证基础：为他人行为责任各类型的归纳

支配或重大影响说并非学者的臆造，而是在对为他人行为责任各具体责任形态的构成要件、免责事由等加以归纳的基础上得出的结论。

〔50〕 Warren A. Seavey, *Principles of Torts*, 56 Harv. L. Rev. 78 (1942).

〔51〕 需要指出的是，在立法技术上，这种判断的标准可以根据一方对另一方的支配或者重大影响的程度来予以灵活掌握。在控制力较强的情况下，立法者可以明示采取客观说，以提高责任的严格程度；而在控制力较弱的情况下，如我国法律中的义务帮工责任，则可以考虑主客观相结合甚至主观说，以适当减轻责任。

以雇主责任为例，大陆法均要求责任承担人（雇主）与直接加害人（雇员）之间存在特定关系。法国最高法院认为，如果用人者“享有对其劳动者发号施令或指导的权力，并且这种命令或指导是关于这些劳动者如何完成其职务活动的的方法的命令或指导”，则用人者与劳动者之间存在劳动关系和隶属关系。<sup>[52]</sup> 在欧洲法上，如果上级有一般的下达指示的权力，二者之间的此种从属关系就存在；判断这一关系的关键因素是“对他人之授权行为的监督”。至于是被长期雇佣还是临时雇佣，二者之间是否存在合同关系，都不在判断标准之列。下属在履行本人分派给他的并对本人有益的任务时对他人造成损害的，这种从属关系也存在。<sup>[53]</sup> 日本法强调使用者责任的中心在于支配他人的劳动，所以使用者和被使用者之间必须有实质性的指挥监督关系，或者说服从关系、指挥关系，但是并不以有偿的关系、选任的关系为要件。<sup>[54]</sup> 英美法对劳动者的界定，其核心在于劳务提供方是否要按照另一方的指示进行工作并接受对方的监督，用人者可以告诉劳动者做什么以及如何去做。<sup>[55]</sup> 这里所言的发号施令、指示、指挥监督，本质上都是一方对另一方行为的支配或者重大影响。

再如，在监护人责任中，监护人有权教育、监督被监护人。在其违背此种义务的情况下，则应承担赔偿责任。故而，德国法系诸民法均要求监护人对被监护人的不法行为负责，监护人可以举证证明尽到监督义务来免责；但即便免责，仍然要承担衡平责任。<sup>[56]</sup> 法国法则直接采取了严格责任。<sup>[57]</sup> 英美法则认为，如果未成年人的侵权行为可以归因于父母对该致害行为疏于管教，或者该侵权行为的发生是父母明确授权的，或者父母批准了孩子的行为，父母要承担责任。<sup>[58]</sup> 可见，在这些责任的背后，隐含的仍然是监护人对被监护人的控制力。

其他的为他人行为责任形态，如我国法上的义务帮工责任、英美法上的独立契约人责任（即定作人指示过失责任）等，其责任成立要件也都强调一方对另一方特定行为的支配或者重大影响。

此外，如下文所述，支配与重大影响还体现在责任构造的严格性上。以德国法上的使用人责任为例，德国民法典采用了过错推定，但实践中法院发展出了企业的组织责任（Organisationspflicht），要求企业主建立完善的经营组织结构以保证事务和监督的有序进行，并使监督机关可以对下属进行持续控制。严密的组织责任就是要保证所有的员工都被谨慎地选任与监督。<sup>[59]</sup> 这实际上就是要求对雇员有着更强控制力的大企业承担更加严格的责任。

## （二）经济、社会背景的考量

以支配或者重大影响作为为他人行为负责的依据，有着深刻的经济和社会原因。

### 1. 民事法律关系中隶属关系的存在

民法本质上为私法，自无异议。作为例外，在民法调整的领域内也存在一定的隶属关系，“如在亲属法中就存在隶属关系，在私法上的公司及社团同它们成员的关系上也存在着这种关

[52] 转引自前引 [16]，张民安书，第 252 页。

[53] 参见前引 [10]，冯·巴尔书，第 244 页以下。

[54] 参见前引 [20]，于敏书，第 220 页。

[55] 参见前引 [3]，徐爱国书，第 248 页。

[56] 参见德国民法典第 829、832 条，我国台湾民法第 187 条。

[57] 法国 1970 年 6 月 4 日的法律规定：“父与母，只要其行使对子女的照管权，即应对与其一起居住的未成年子女造成的损害，连带承担责任。”参见前引 [21]，王泽鉴书，第 103 页。

[58] 前引 [46]，Rogers 书，第 833 页。

[59] Koetz/Wagner, Deliktsecht, 9. Aufl., 2001, S. 115f.

系”。〔60〕因此，尽管我国民法通则第2条采平等说，规定“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系”，但父母在行使监护权尤其是教育权的范围内，也可以要求未成年子女承担义务或限制他们的权利。实践中，农户与其所属的集体经济组织之间的农村土地承包合同、企业员工与其所属企业之间的企业承包合同，也不妨受民法调整。民法调整的社会关系中包括一定的隶属关系，是不争的事实。

在此种隶属关系中，上位者显然能够支配下位者的行为或者对其造成重大影响。例如，欠缺完全行为能力的未成年人和精神病人要服从监护人的管理和教育。〔61〕即便没有此种法定的服从义务，其智力或者精神状况也迫使其不得不听命于监护人。再如，雇员应当服从雇主的指令。〔62〕在工作时间，虽然雇员具有完全的行为能力，但是在繁忙的劳动之中和沉重的就业压力之下，其意思自主显然受到了很大限制。“无论雇主承担责任是基于身份理论，基于‘长期赌博’玩世不恭的思想，还是基于应当分散事故损失的实现，在这些观点中所强调的都是控制权。”〔63〕可见，在这些隶属关系中，一方往往能够轻易支配另一方的行为或者对其行为产生重大影响，故而，该方应当对其支配或者重大影响之下的行为承担责任。

## 2. 客观上人格不平等的凸显

近代民法以人格平等、私权神圣、意思自治和自己责任为基本原则，这些原则之间具有密切的联系。私权神圣确立交易的基础，意思自治提供了交易的手段，而自己责任则是前二者的直接后果。既然民事主体有权按照自己的意志处分自己的权利、变动自己所处的法律关系，对因此造成的损害即自己意志所能支配的行为造成的损害，自然应当承担责任。而这三大原则事实上都基于自由平等的人格或者说抽象的人格。法律确认抽象的人格，核心在于平等性和互换性，即各民事主体，无论是农民、手工业者、小业主还是小作坊主，在经济实力上都谈不到有多大的区别，尤其是在法律不承认法人的情况下，经济地位上的差别并不悬殊。而且，民事主体在市场交易中频繁地互换其位置，主体之间存在的并不显著的在经济实力上的差别或优势，因为主体不断地互换其地位而被抵消。

但自19世纪末期起，法人制度的确立、公司的发展导致富可敌国的大公司、大企业得以出现，使原本存在的经济实力上的差异被急剧扩大。各方在交易中的地位也得以固化，一方恒为经营者、用人者，另一方恒为消费者、劳动者。经济实力的巨大差异使弱势一方不得不接受对方单方拟定的合同条件，被迫服从于对方的意志。尤其是随着垄断的出现，以往在格式条款之下只是丧失决定合同内容自由的消费者和劳动者，还失去了选择对方当事人的自由，甚至是否订立合同的自由。

至此，从身份到契约的历史进程，在某种意义上出现了一定的回潮。“由于社会经济的发展，不得不承认在个人以外或超个人之上有一种新的团体的力量、组织的力量。这种力量的存在造成了个人本位逐渐地崩溃。”〔64〕虽然个人在很大程度上从传统的家庭、宗教和职业阶层的束缚中解放出来，但真正的个人决策权的范围受到了限制，亲自承担责任和风险的能力也相应地削弱了。

〔60〕前引〔35〕，卡尔·拉伦茨书，第1页。

〔61〕《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第10条规定，监护人的监护职责包括“对被监护人进行管理和教育”，这里使用的是“职责”，既为权利（权力），也为义务。显然，被监护人负有服从的义务。

〔62〕劳动法第3条规定：“劳动者应当……遵守劳动纪律和职业道德。”

〔63〕前引〔50〕，Warren A. Seavey文。

〔64〕谢怀栻：《外国商法精要》，法律出版社2006年版，第16页。

### 3. 个人自由意志的削弱

自己责任以行为人的自由意志为基础，在其过错造成他人损害的情况下，基于其主观上的可非难性要求其承担责任。而“对于被强制而作出的行为，行为人概不负责”。〔65〕但是，在现代社会，自然人的自由意志受到了很大削弱，除上面所指出的自然人在经济上依赖于所处的团体或者企业，从而受所在团体或者企业支配或者控制之外，其行为还受到了国家以及一些组织更为深入的干预。

为了消除大企业滥用合同自由、私权神圣和过错责任的弊端，矫正现代社会中民事主体恒为特定的具体人格这一社会裂解的趋势，自由资本主义时期作为“守夜人”的政府大大加强了对经济生活的干预力度。所有权的社会化、私法的公法化、契约自由的限制等等接踵而来。此种做法对于维护私法自治、矫正事实上的不平等、维护实质正义的意义，自然无可置疑，但不能否认，伴随而来的是国家越来越多地介入社会生活。在从国家手中获得福利、扶助的同时，个人意思决定也逐渐减弱。

在人们的自由意志更加容易受他人操控的情况下，即便操控者本身可能并未如教唆人那样直接作出加害他人的指示，甚至也很难认为其对直接加害人的行为造成的损害存在过错，但是仍然有必要责令其承担相应的责任。虽然过错责任领域更多地固守客观化的判断标准，拒绝以意志薄弱为由否认加害人的过错，但是基于实质正义的考虑，要求对直接加害人的行为具有支配或者重大影响的人承担责任，显然是有必要的。

需要强调的是，上述三个方面应当说只是对近代民法基本原则的挑战或者说冲击；形式平等或者说强式意义上的平等对待仍然是现代民法得以存续的基石，离开民事主体之间普遍平等的假定，不仅会使私法自治原则丧失存在的前提，也会使民法丧失其存在的正当性。在这种意义上，弱式意义上的平等对待构成了强式意义上的平等对待的例外。〔66〕奠基于形式平等基础上的过错责任，仍然是侵权责任最基本、最一般的归责原则。而本文所揭示的，只是作为例外，在特定的情况下，即一方支配或者重大影响另一方行为的情况下，方有为他人行为负责的基础。

#### （三）责任保险制度的影响

现代法中，为他人行为的责任日趋严格化。这与责任保险以及社会保障制度的发展和完备是分不开的。随着责任保险的发展，法官在个案中更敢于判令办理保险的赔偿义务人为他人行为承担责任，从而使法律条文上的过错推定责任转化为严格责任。反过来，立法和实务中对各种为他人行为责任归责原则的日渐严格化，也推动了相应领域责任保险的发展。此种制度设计，使雇主、监护人等投保的需求大大增加，促使保险公司适应市场需求，开发相应的险种。因此，二者实际上存在一种互为因果的关系。

## 四、支配或重大影响说的意义

对为他人行为责任归责基础的探讨，并非仅为在过错和危险之外给为他人行为责任提供独立的责任基础，以满足逻辑上的自洽。在制定侵权责任法的大背景之下，以支配或者重大影响说来解释为他人行为责任的归责基础，对于梳理侵权责任法为他人行为责任的理论体系、厘清各项制度规范，乃至确定损害的分担等，都具有其独特的意义。对这些意义的揭示，实际上也构成了证

〔65〕 前引〔64〕，谢怀栻书，第12页。

〔66〕 王轶：《民法价值判断问题的实体性论证规则》，《中国社会科学》2004年第6期。

立支配和重大影响说的实证理由。

### (一) 梳理为他人行为责任形态

明确为他人行为责任的归责基础为支配或重大影响说,有利于清晰地分辨不同责任形态的性质,并确定其在侵权责任法中的体系地位。既然为他人行为责任的归责基础在于责任承担人能够支配或者重大影响直接加害人的行为,那么在确定某类责任的体系地位时,就应当考虑该责任中是否有这一因素的存在。如果该责任形态中根本不存在支配或者重大影响的关系,则原则上不宜将之纳入为他人行为责任的范畴,而应当按照过错责任或者危险责任处理。

以侵权责任法草案(二次审议稿)为例,其第四章是“关于责任主体的特殊规定”,顾名思义,即除“自己责任”以外的为他人责任的相关规定。但从具体条文来看,第32条关于完全民事行为能力人因醉酒、滥用麻醉药品等造成他人损害和第34条关于网络服务者的侵权责任,只是在过错的认定上具有一定的特殊性,而第35条规定的违反安全保障义务的责任,是一种典型的不作为过错侵权责任类型。这些责任并不涉及“支配或重大影响”,不应归入为他人行为责任之列。第36条至第38条规定的是教育机构的责任,学界对其有“监护说”<sup>[67]</sup>和“特殊的安全保障义务说”<sup>[68]</sup>两种不同认识。应当说,基于教育机构对学生强有力的支配力,采监护说理由较为充分;教育机构的责任作为特殊的监护人责任,属于为他人行为责任并无不妥。但草案采取的却是“特殊的安全保障义务说”,按照这一观点,教育机构的责任作为不作为过错侵权责任显然应当纳入过错责任体系之下。

### (二) 确定不同的为他人行为责任类型

笔者之所以使用“支配或者重大影响”的表述,是因为在不同的法律关系中,一方对另一方的支配力是不同的。根据支配力的大小,支配一方为他人行为承担责任的严格程度也是不同的,支配力强,其责任应愈发严格;支配力弱,其责任就应当更为宽松。如果这种责任严格程度上的差异达到一定的程度,结合责任分担等方面不同的制度安排,就不妨将为他人行为责任区分规定为不同的责任类型。

#### 1. 一般的雇主责任和企业雇主责任

以雇主责任为例,作为雇主的企业对雇员的支配力远远超过作为雇主的普通自然人或者商自然人(个体工商户),因而企业雇主的责任较之于自然人雇主的责任应当更加严格。德国现代侵权法中提出了企业责任理论,企业雇主责任已经成为企业责任的一个具体形式。在一般的雇主责任中,雇主承担过错推定责任;而在企业作为雇主的情况下,则要求企业承担严格责任。<sup>[69]</sup>

最高人民法院关于人身损害赔偿的司法解释第8条、第9条分别规定了法人、其他组织工作人员职务行为致害责任和雇主责任。虽然这一做法就其本意而言,是沿袭我国固有的做法依据所有制而进行的划分,但是,如果不考虑目的解释、历史解释(“雇佣”、“雇员”、“雇主”等概念在我国语境下的含义),仅作文义解释,仍然不妨将其理解为不涉及所有制,而系针对法人及其他组织和自然人雇主分别作出的规定。<sup>[70]</sup>

在未来的侵权责任法中,不妨借鉴司法实践中的经验,分别规定企业雇主责任和其他雇主的

[67] 参见曹诗权:《未成年人监护制度研究》,中国政法大学出版社2004年版,第332页;梁慧星:《中国民法典草案建议稿附理由·侵权行为法编、继承编》,法律出版社2004年版,第71页。

[68] 参见前引[49],史尚宽书,第184页;褚启宏:《未成年学生人身伤害问题研究》,《北京师范大学学报》(社科版)2002年第1期;尹力:《试论学校与学生的法律关系》,《北京师范大学学报》(社科版)2002年第2期。

[69] 参见前引[45],朱岩文。但在论证理由上,本文与之有所不同。

[70] 张新宝教授即持此说,参见其《侵权责任法》,中国人民大学出版社2006年版,第198页以下。

责任；在职务行为的认定上，分别采取客观说和主客观结合说；在损害承担上，则不妨考虑企业雇员原则上不对外直接承担责任，普通雇员在故意或者重大过失时与雇主承担连带责任。<sup>[71]</sup>

## 2. 义务帮工责任的独立地位

虽然从比较法来看，一般并未区分用人者责任和义务帮工责任，<sup>[72]</sup>但是，从我国法律体系的衔接和我国现实环境来看，区分雇主责任与义务帮工责任仍然是有必要的。从我国劳动法第19条和劳动合同法第17条的规定来看，劳动报酬是劳动合同的必备条款，雇员或者劳动者的概念无法涵盖无偿提供劳务的义务帮工人。<sup>[73]</sup>尤其是雇主对雇员劳动的控制力远远强于被帮工人对帮工人的控制力。雇员要受到工作纪律的严格限制，雇员的工作时间、地点、岗位职责等往往有明确的规定。<sup>[74]</sup>而帮工关系则很难存在什么纪律约束。支配力上的差异以及由此导致的构成要件尤其是职务行为（帮工行为）认定上的差异，决定了雇主责任和义务帮工责任在性质上的巨大差别，<sup>[75]</sup>有必要将义务帮工责任作为一种独立的责任形态加以规定。

### （三）细分同一责任的不同层次

在同一责任形态下，亦不妨依据支配力的不同，细分责任的不同层次。以监护人责任为例，依据民法通则第133条，无行为能力人和限制行为能力人造成他人损害的，有财产的从本人财产中支付赔偿费用，没有财产的由监护人承担民事责任。但是，不同识别能力的行为人，监护人对他的支配力是不同的。随着被监护人识别能力（未成年人主要是年龄）的增长，其自主意识逐渐增强，监护人对他的支配力逐渐递减。如果完全“一刀切”地对监护人科以相同的责任，既不利于儿童的健康成长，也不利于督促监护人尽到监护职责。

从比较法来看，各国均依据识别能力的不同，对监护人责任加以细分。<sup>[76]</sup>被誉为“在区分父母责任的层次方面最为精确的法律”<sup>[77]</sup>的荷兰民法典首先以14周岁作为免责年龄，监护人对14周岁以下未成年人的行为承担无过错责任；其次，对于精神病人不予免责，而是要求其与有过错的监护人一起承担连带责任；第三，对于已满14周岁但不满16周岁的未成年人，则规定监护人对其行为承担连带责任，且为过错推定责任；第四，对于16周岁以上的未成年人，则规定其承担过错责任。<sup>[78]</sup>这种依据不同支配力分别规定责任层次的制度安排，亦可我国所借鉴。

### （四）平衡损害的分配

在直接加害人导致他人损害的情况下，基于支配力的强弱，能够比较合理地各方当事人之间分配损害。

[71] 详见尹飞：《用人者责任研究》，《法学杂志》2005年第2期。

[72] 例如，依据德国民法典第831条第2款：“以合同为使用人承担第1款第2句所称事务的处理的人，负同样的责任。”日本民法典第715条第2款也有类似的规定。据此即可解决义务帮工责任的问题，因为帮工也是一种合同关系，依据该合同，被帮工人取得了与用人者同样的法律地位。

[73] 参见王利明主编：《人身损害赔偿疑难问题》，中国社会科学出版社2004年版，第441页。

[74] 劳动法第25条、劳动合同法第39条均将“严重违反用人单位的规章制度”作为劳动合同为数不多的法定解除条件之一，从而在法律层面上强化了用人单位对劳动者的控制力。

[75] 详见尹飞：《论义务帮工责任的独立地位》，《法学杂志》2009年第3期。

[76] 就未成年人而言，依据德国民法典第828条和第832条，未满7岁的人，不承担侵权责任；已满7岁但未满10岁的人，对其在汽车、有轨交通工具或者悬空缆车的事故中加给他人的损害不负责任，但故意造成损害的除外。除上述情形外，其他未满18岁的人在实施加害行为时缺乏辨别责任的必要判断力的，也不承担责任。未成年人依法应当承担的责任由监督义务人承担。我国台湾民法第187条也有类似规定。英美法对4岁以下的儿童完全免责，4岁之上的未成年人则依据其是否违反了与其年龄相同的人合理的、谨慎的注意义务来判断是否承担责任；监护人则因推定过错而承担责任。参见前引[46]，Rogers书，第832页；前引[16]，弗莱明书，第24页。

[77] 前引[10]，冯·巴尔书，第182页。

[78] 参见荷兰民法典第6:164、6:165、6:169条。

### 1. 直接加害人与支配人之间的损害分配

为他人行为责任只是强调在特定情况下某人(赔偿义务人、支配人)为他人(直接加害人)的侵权行为承担责任,至于直接加害人自己是否也应当对受害人承担责任,则应当根据支配力的强弱来考虑。

以企业雇员而言,考虑到雇主对其支配力较强,不妨完全由雇主对外承担责任。而在一般的雇佣关系和义务帮工责任中,雇主或者被帮工人对雇员或者帮工人的支配力较弱,雇员或者帮工人的自主意思较强,在雇员或者帮工人因故意或者重大过失造成损害的情况下,则应当由雇员和雇主或者帮工人和被帮工人对外承担连带责任。从这一意义上讲,人身损害赔偿司法解释第8、9、13条的规定在制定侵权责任法时实值参考。

就监护人责任来说,现行法仅在被监护人有财产时允许监护人免责,而根本没有考虑监护人支配力的大小,这种做法对于有财产的被监护人尤其是无行为能力人来说是极不公平的。一方面,直接加害人根本没有识别能力,自然也无所谓过错,要求其承担责任缺乏归责的基础,如此规定无异于对有财产的被监护人的一切加害行为均科以无过错责任。另一方面,在此种情况下,被监护人的行为完全处于监护人支配之下,加害行为可以说是直接由于监护人未尽监护职责所致,其不承担责任或者仅承担补充责任,显然有悖公平。因此,参照荷兰民法典按照支配力的强弱分别规定被监护人的免责、连带责任,更为妥适。

### 2. 确定同一直接加害人的多个支配人之间的责任承担

实践中,一人受多人支配的情形屡见不鲜。此种情况下,究竟应当由哪个支配人承担责任或者哪些支配人分担责任?笔者认为,对此也应当依据支配和重大影响说来确定。

以雇主责任为例,在一个雇员受多个雇主雇佣而发生侵权时,应当根据该侵权行为受哪个雇主指示并受其监督等具体情况来判断责任的归属。<sup>[79]</sup>若雇员同时为数个雇主执行职务而损害他人,则各雇主应负连带责任。<sup>[80]</sup>

英美法中有多个判例支持这一原则。例如,海港委员会将一台起重机和一个司机租给 Coggins & Griffiths 公司,由于司机的过失致使第三人受伤。判决结果是海港委员会承担责任,因为它保留了对司机和起重机的操作指挥和控制的权力。<sup>[81]</sup>再如,某设备租赁公司向一钻井公司出租挖掘机及操作人员。钻井公司要求渠深达6英尺,挖掘机操作员警告说,如此深的沟渠如果得不到支撑,就会有坍塌的危险。但钻井公司坚持要求操作员继续挖掘。最后沟渠坍塌原告受伤。原审法院认定设备租赁公司对此不承担责任。而阿拉斯加最高法院则认为应当由设备租赁公司与钻井公司共同承担责任。<sup>[82]</sup>虽然法院的处理不同,但其说理均是围绕这两个公司对操作员的支配力展开的。

### 3. 在加害人与受害人之间合理分摊损失

在加害人与受害人均处于他人支配之下时,以支配力来判断责任的分摊也较为便利、公平。例如,无行为能力的精神病患者甲在妻子陪伴下外出散步,6岁顽童乙前来挑逗,甲受刺激追赶,甲妻竭力阻拦无效,甲将乙头打破。<sup>[83]</sup>本案中,甲乙都无行为能力,无法比较其过错,损

[79] 尹飞:《雇主责任构成要件之研究》,《中国青年政治学院学报》2006年第1期;同说参见曹艳春:《劳动派遣关系中的雇主替代责任研究》,《法律科学》2006年第3期。

[80] 前引[23],王泽鉴书,第18页。

[81] Mersey Docks & Harbour Board v. Coggins & Griffiths (Liverpool) Ltd. [1947] A. C. 1, 20. 参见前引[46], Rogers书,第711页。

[82] Kastner v. Toombs, 611 P. 2d 62 (Supreme Court of Alaska, 1980).

[83] 该案例改自1999年全国律师资格考试试题。为方便起见,将双方均限于无行为能力人。

害的发生双方都有同等原因力。若依据民法通则第 133 条, 甲妻作为监护人尽了监护责任, 可以适当减轻民事责任。故而损失主要由乙的监护人承担, 甲妻也应适当承担。但在本案中, 甲妻就在现场, 她对甲的支配力较之于乙的监护人对乙的支配力更强, 但其仍然没有避免损害的发生。从支配力的角度考虑, 要求甲妻承担主要责任可能更为公平, 也更有利于阻遏类似损害的发生。

---

**Abstract:** Tort Liability for the acts of others, such as vicarious liability and guardian's liability, is an important category of tort liability in modern law. There are different doctrines on the foundation of this category of liability, such as fault, breach of social security duty, abnormally dangerous activities, principle of fairness, loss spreading, deeper pockets, respondeat superior, etc. Based on the analysis of the above-mentioned theories, the author puts up a new doctrine, which can be called Theory of Domination or Significant Impact, that is, the foundation of tort liability for the acts of others is the relationship of controlling and being controlled. It means that if one can control the act of the perpetrator or has significant impact on perpetrator's act according to a contract or other relationships, he should take the compensation responsibility for the perpetrator's tort act under his control even he has no concrete fault.

This conclusion is based on the fact that the tort law of almost all the countries requires the existence of certain relationships between the compensator and the perpetrator. In the relationships such as employer—employee and parents—children, one can dominate or direct the other's act legally. Where there is no power of control, there is no tort liability for the acts of others.

This conclusion is also based on profound economic and social reasons. Firstly, while the principle of equality is the fundamental principle of civil law, there are still some subordinate relations in civil law. Since employees and children should obey the employers' and parents' orders, the consequences should also be taken by the superior. Secondly, the doctrine of Own Responsibility and Fault Liability is based on independent personality and free will. But in modern society, with the rapid expansion of enterprise scale, the strengthen of government intervention and the occurrence of kinds of means of mind control, in more and more occasions one cannot act according to his own will but acts under the orders or directions of others. Since the basis of Own Responsibility has been undermined, it is necessary that one assume the liability for the acts of others under his control or significant influence. Thirdly, the prosperity of liability insurance can disperse the risk of liability for acts of others, which encourage judges to deliver a verdict of liability for acts of others.

**Key Words:** tort law, liability for the acts of others, foundation of liability, theory of domination or significant impact

---