

雇主责任的归责原则与劳动者解放

班天可^{*}

内容提要：我国学界的多数观点认为雇主责任是无过错的替代责任，而我国“人身损害赔偿司法解释”第9条不以雇员的侵权责任为雇主责任的要件，并规定轻过失的雇员可以免责，与替代责任说的原理相矛盾，因而遭到学界的批判。于此相对，我国司法实务界多认为雇主责任是过错责任，学界与实务界在问题意识和基本立场上存在着明显差异。结合对德国、日本和英国的比较法研究，笔者发现，纯粹无过失的雇主责任是不存在的，替代责任并非世界法律发展的潮流。雇主责任的本质是组织过失责任，其根源在于雇主在企业组织上的瑕疵，因此雇主责任的成立无须以雇员的侵权责任为要件，倘以之为要件反而会招致诸多弊端。雇员的轻过失只是雇主组织瑕疵的衍生物，为雇主的经营行为所吸收，雇员可以从赔偿责任中解放出来。“人身损害赔偿司法解释”第9条体现的正是劳动者解放的法理。

关键词：雇主责任 替代责任 组织过失责任 求偿权的限制 劳动者解放

劳动者解放，指当劳动者在劳动过程中因过失导致雇主或第三人损害时，可以向雇主请求从赔偿责任中解放出来的法思想，德国法上称之为劳动者解放请求权（Freistellungsanspruch，或称免责请求权）。在我国，劳动者解放可能还是一个较为生疏的概念，但它已出现在我国的司法实践中。

蔡燕（被告）是上海仲品房地产投资顾问有限公司（原告）的雇员，担任出纳工作。2004年4月30日，被告受原告指派将15万元人民币兑换为港币。在两位同事的陪同下，被告与他人进行私下的货币交易，在交易过程中15万人民币被调包。公司在对被告进行扣发工资、奖金等内部处罚之后向法院起诉，要求被告赔偿损失。终审法院认为，“如果蔡燕处于故意时，须负全责；具有重大过失或通常过失时，可依照过失程度，确定分担损害；仅有极轻微过失时，仲品公司不得向蔡燕追偿。本案中，尽管蔡燕有两位同事陪同，亦小心行事，但人民币还是不慎被人调包，发现被骗后又及时报警，蔡燕的此种行为应当属于极轻微过失。仲品公司明知私自买卖港币系违法行为，还要求蔡燕按照工作指示正常行事，仲品公司不得向蔡燕主张损害赔偿。”〔1〕

* 日本北海道大学法学研究科博士课程生。

〔1〕 国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览》（2006年民事审判案例卷），中国人民大学出版社、人民法院出版社2007年版，第515页以下（评注执笔法官俞波，上海市浦东新区人民法院）。案号：上海市第一中级人民法院（2005）沪一中民一（民）终字第2018号。

这是一个大胆的判决,因为关于劳动者给雇主造成损失时应否赔偿的问题,现行法中并没有直接规定。本案的法官未援引任何实体法条文就直接作出了判决,而且提出了清晰明快的判决标准:将过失区分为重大过失、通常过失和轻微过失;当雇员仅有轻微过失时,雇主无权主张损害赔偿。主审法官王剑平著文指出,该判决的法理依据就是劳动者的“免责请求权”,可惜其未能进一步说明“免责请求权”的解释论依据究竟在何处。^[2]

既然司法实践已透露出意欲减轻劳动者赔偿责任的价值判断倾向,那么揭示判决的理论内涵并为其寻找解释上的依据是理论研究的使命。^[3]我国法律中存在着一旨在减轻劳动者赔偿责任的条文,这就是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》(下称《人身损害赔偿解释》)第9条。该条第1款规定,“雇员在从事雇佣活动中致人损害的,雇主应当承担赔偿责任;雇员因故意或者重大过失致人损害的,应当与雇主承担连带责任。雇主承担连带责任的,可以向雇员追偿。”^[4]依反对解释,当雇员因轻过失致第三人损害时,雇主向第三人赔付之后无权向雇员求偿。但在雇员直接加害雇主所致损失的情形,能否准用《人身损害赔偿解释》第9条,限制雇主的损害赔偿请求权,使轻过失的雇员从损害赔偿中解放出来?

该问题的解决有赖于学者对《人身损害赔偿解释》第9条背后的法理的认知。但现实是,理论界不仅未予以应有的关注,有些学者甚至从替代责任论的基本立场出发,对该条持批评态度。本文的目的在于揭示《人身损害赔偿解释》第9条背后蕴含的劳动者解放的思想,论证传统的替代责任理论已与上述思想相脱节,并以企业组织责任对《人身损害赔偿解释》第9条进行再构成,缓解我国民法雇主责任领域实践先行而理论滞后的现状。

一、我国法的现状

(一) 概念的说明

我国学者在论述雇主责任问题时,无论立场如何,多使用“替代责任”(或称“转承责任”、“代位责任”)的概念。然而,替代责任是英美法和法国法上的思想,即认为雇主责任的本质终究是“对他人行为的责任”,而不在于雇主自身的行为,雇主主观上纵无过错,赔偿责任依然能成立。法国法上,雇主责任的归责基础是担保,即视雇主为雇员的担保人,使其就雇员的侵权行为负连带责任。英美法上,雇主责任的归责基础是一种基于报偿理论和风险理论的法政策。^[5]与此相反,德国法中,雇主之所以承担责任,并不是因为雇员的侵权责任被“转嫁”到自己身上,而是因为雇员的加害行为的背后是雇主自己在选任、监管上的过失,责任的根源仍是雇主自身的行为,故被称为“自己责任”或“过错责任”,理论上允许雇主通过证明自己在选任、监管上没

[2] 王剑平:《用人单位对劳动者损害赔偿请求权的限制——上海仲品房地产投资顾问有限公司与蔡燕劳动合同赔偿纠纷案》, http://www.a-court.gov.cn/platform/Data/infoplat/pub/nolcourt_2802/docs/200511/d_419006.html, 2012年3月29日最后访问。

[3] 参见解亘:《免责条款对履行辅助人之效力》,载韩世远、[日]下森定主编:《履行障碍法研究》,法律出版社2006年版,第394页以下;李昊:《交易安全义务论》,北京大学出版社2008年版,第459页以下。整体而言,我国对该问题的研究尚属薄弱。

[4] 关于雇主责任的问题我国法相当长一段时间欠缺明确的规定。民法通则第43条规定了企业法人的无过失责任,但使用范围仅限于法人的法定代表人和其他工作人员的经营行为。1992年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(下称《民诉法意见》)第45条规定雇员在进行生产经营活动中造成他人损害的,其雇主是当事人,间接规定了雇主的赔偿责任。

[5] 报偿理论认为,利益之所在即责任之所在,雇主通过雇佣行为获利,理应承担风险。危险理论认为,雇主是经营风险的制造者,而且雇主的地位更易于控制和分散风险,如提高商品价格或投保责任险等,令雇主承担责任更有效率。关于替代责任的归责基础的文献,参见尹飞:《为他人行为侵权责任之归责基础》,《法学研究》2009年第5期。

有过失而免责。概言之，一边使用“替代责任”的术语一边主张过错责任或过错推定责任的学说在逻辑上不免有自相矛盾之嫌。

既然替代责任只是雇主责任的一种理解方式，为避免误解，笔者在文中使用更中性的雇主责任概念。^{〔6〕}

（二）学说和立法的整理

关于雇主责任的归责原则，我国理论界有五种立场：1. 无过错替代责任说。^{〔7〕} 2. 过错推定责任说。^{〔8〕} 3. 过错推定与衡平责任相结合说。^{〔9〕} 4. 过错替代责任说。^{〔10〕} 5. 替代责任与自己责任共存说。^{〔11〕} 但细究起来，其中的3、4、5都可以归结到1、2之中。

采立场3的立法例是我国台湾民法第188条第2款：“被害人依前项但书之规定，不能受损害赔偿时，法院因其声请，得斟酌雇佣人与被害人经济状况，令雇佣人为全部或一部之赔偿。”不过该条第2款在台湾的司法实务中已成具文。^{〔12〕} 我国民法通则中本就备有公平责任的条款，因此将“过错推定与衡平责任相结合”作为雇主责任的独立归责原则意义有限，可以划归到2之中。立场4认为，“雇主的侵权责任系一种附属性的责任，必须以雇员侵权责任的存在为条件……雇主的过错建立在雇员的过错基础之上”，因此雇主替代责任在根本上没有超出过错责任的范畴，不算是无过错责任。^{〔13〕} 这一观点混淆了“过错责任”概念的参照系，没有在通常语义上使用这一概念：雇主责任领域，过错责任一般指的是雇主自身行为中的过错，而不是指雇员的过错。^{〔14〕} 由于其承认一旦雇员的侵权行为成立，雇主自身行为纵无过错，雇主责任依然成立，可以说其本质依旧是无过错责任，可以划归到1之中。立场5的观点是，“使用人责任不完全是一种代位责任或替代责任，也不完全是自己责任，而是两者兼有之。”之所以替代、自己责任兼而有之，是因为“如果使用人有选任、监管上明显之过错，仍应优先适用过错责任。无过错责任之适用，是以难以认定使用人过错为条件的，如其过错明显，断无机械适用无过错责任之理由”。^{〔15〕} 由于其承认当雇主的过错不明显时依然可以适用无过错责任，本质上应属无过错责任说，可以划归到1之中。

〔6〕 有学者已注意到“替代责任”用语不妥的问题。参见刘士国：《使用人责任疑难问题探讨》，《辽宁大学学报》（哲学社会科学版）2006年第6期。

〔7〕 参见邵建东：《论雇主责任》，《南京大学法律评论》1997年春季号；张新宝：《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社1998年版，第162页；毛瑞兆：《论雇主的替代责任》，《政法论坛》2004年第3期；秦秀敏：《雇主责任研究》，载杨立新主编：《民商法前沿》第2辑，法律出版社2004年版，第148页；易有禄：《雇主替代责任刍议——评“关于人身损害赔偿司法解释”第9条》，《江西财经大学学报》2004年第6期；孙少森、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。

〔8〕 参见魏森：《试论雇主转承担责任》，《法律科学》1995年第1期；环建芬：《雇主责任的归责原则和雇佣活动的适用范围辨析》，《政治与法律》2007年第1期。

〔9〕 参见杨立新：《试论雇佣人的转承赔偿责任》，《当代法学》1987年第3期。侵权责任法出台后，杨立新教授对侵权责任法第34条的解释仍旧是过错推定责任。参见杨立新：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文解释与司法适用》，人民法院出版社2010年版，第199页。

〔10〕 参见王利明：《侵权行为法归责原则研究》，中国政法大学出版社2003年版，第155页以下；张民安：《侵权法上的替代责任》，北京大学出版社2010年版，第210页以下。

〔11〕 参见刘士国：《侵权行为法重大疑难问题研究》，中国法制出版社2009年版，第175页以下。

〔12〕 我国台湾民法第188条第2款“实际上则属具文，盖实务上严格认定雇佣人的举证免责，殆无此项责任适用的机会，在吾人查阅所及的裁判资料，迄未见相关案件。”王泽鉴：《民法丛书·侵权行为法》，台湾三民书局、台大法学院福利社2009年版，第556页。

〔13〕 前引〔10〕，张民安书，第212页。

〔14〕 相关批判参见曹艳春：《雇主替代责任研究》，法律出版社2008年版，第74页。

〔15〕 前引〔11〕，刘士国书，第175页。

1和2之间,过错推定责任说曾一度占有优势。但从上世纪90年代中期起,无过错替代责任说开始占据主流,持续至今。^[16]2010年起施行的侵权责任法第34条原则性地规定,“用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的,由用人单位承担侵权责任。”在雇主责任的归责原则上,侵权责任法第34条和《人身损害赔偿解释》第9条一样,都未规定雇主的免责抗辩,而关于雇主求偿权,侵权责任法第34条则只字未提。实践中真正发挥规制功能的依旧是《人身损害赔偿解释》第9条,争论并未因新法的实施而画上休止符。^[17]

需要指出的是,侵权责任法对雇主求偿权未作规定并不意味着立法者对雇主求偿权的限制持反对态度。立法者的初衷是,雇员免责的标准可以依职务的性质不同有所浮动,即对于某些工作轻过失未必能免责,而对于另一些工作重过失也可能免责。^[18]可见立法者试图将裁量权交给法官。但是现实中当法官缺乏法创造的动力时,《人身损害赔偿解释》第9条就成了唯一的标准提供者。而新法的贡献就是以其不反对的态度将第9条的标准扩展到财产损害领域,并以其不区分法人组织和个人合伙组织、民营企业的态度将第9条的标准扩展到法人侵权的领域。

(三) 理论争点的梳理

针对《人身损害赔偿解释》第9条的批判主要集中在以下四个方面:

1. 雇主可否通过证明已尽到选任、监管的义务而免责

《人身损害赔偿解释》第9条未设雇主免责抗辩,带有一定的替代责任说的色彩,因此也受到来自过错责任说的批判。过错责任说认为,雇主之所以负赔偿责任,是因为自身在选任、监管上有过失,如果雇主能够证明已尽到义务,当然可以免责。^[19]与此相对,替代责任说不允许雇主免责,其依据除了传统的报偿理论和危险理论外,还有比较法上的理由:日本和德国立法时都设有雇主免责条款,实践中罕有举证免责成功的案件,依此可证无过错责任是世界法律发展的趋势。^[20]

2. 雇主责任是否以雇员的侵权责任成立为要件

由于《人身损害赔偿解释》第9条对此未作任何规定,批判主要来自替代责任说。替代责任说认为,雇主责任的成立理应以雇员的侵权责任为前提,“‘皮之不存,毛将焉附?’如果雇员本身都不用就其侵权行为对受害人承担侵权责任,雇主如何就雇员的侵权行为对受害人承担侵权责任?”^[21]相反,过错责任说则认为,只要雇主在选任、监管上有过失,雇主责任即成立,雇员是否构成侵权行为在所不论,有违法性足矣。^[22]

3. 雇员为轻过失时,受害人可否直接向雇员请求损害赔偿

《人身损害赔偿解释》第9条规定,“雇员因故意或者重大过失致人损害的,应当与雇主承担连带责任。”经反对解释可得,雇员仅为轻过失时,由雇主单独对受害人承担责任,雇员可从责

[16] 1995年魏森提出了一种“双过错推定”的观点,即雇主不仅须证明自己主观上无过错,还须证明雇员主观上亦无过错才能免责。这种观点看起来是在主张过错推定说,但实质上却超出了过错推定说的范畴,向无过错责任说作出了致命的妥协。因为所谓无过错责任或过错推定责任,都是以雇主的主观样态为评价对象,而根据“双过错推定说”,雇主即便自己没有过失也仍须负责任。1997年邵建东对德国法的总结是,“司法判例确立的有关法律制度虽然没有明确将过错责任改成无过错责任,但就这些制度的效果而言,他们实际上就是一种无过错责任”。德国法研究者尚有如此论断,更加速了学界滑向替代责任的趋势。参见前引〔8〕,魏森文;前引〔7〕,邵建东文。

[17] 参见朱岩:《侵权责任法通论·总论》上册,法律出版社2011年版,第461页。

[18] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《中华人民共和国侵权责任法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2010年版,第133页。

[19] 参见前引〔8〕,环建芬文。

[20] 参见前引〔7〕,邵建东文;前引〔7〕,易有禄文,注释②。

[21] 张民安:《雇主替代责任在我国未来侵权法中的地位》,《中国法学》2009年第3期。

[22] 参见郭明瑞、房绍坤、於向平:《民事责任论》,中国社会科学出版社1991年版,第270页。

任中解脱出来。该规定招致来自替代责任说的猛烈攻击，因为依替代责任的原理，雇员才是责任的第一承担者，雇主只是代人受过而已，“替代”不等于“免责”。第9条的规定等于免除了雇员作为第一承担者的责任，“颠倒了责任主体之间的相互关系……容易使人产生误解，认为雇主是责任的渊藪”。〔23〕张民安教授更明确主张，“我国未来侵权行为法或民法典应当放弃最高人民法院2003年司法解释第9条的规定……当受害人选择起诉雇员，要求雇员就其实施的过错侵权行为对自己承担侵权责任时，雇员应当对受害人承担侵权责任，他们不得因为自己的侵权行为是为了雇主的利益实施的而拒绝对受害人承担侵权责任。”此外，张民安教授又补充了一个现实理由，即“此种规定显然过分保护了雇员的利益而牺牲了受害人的利益。因为……如果雇主应当承担侵权责任而没有足够的清偿能力或者雇主在应当承担侵权责任的时候已经资不抵债、破产，则受害人将无法获得完全的损害赔偿”。〔24〕

4. 雇主是否只有在雇员故意或重过失时才有求偿权

《人身损害赔偿解释》第9条规定，雇员因故意或者重大过失致人损害时，雇主可以向雇员追偿。毛瑞兆教授批判说，“雇主和雇员的内部关系是建立在雇佣合同基础上的，雇主对第三人造成的损害承担责任后，是否有权向雇员追偿，或什么情况下可以向雇员追偿，这是雇佣合同和合同法所规定和解决的问题……如果侵权法对此问题作出具体的硬性规定，就越俎代庖地侵犯了合同法的调整范围，造成了侵权法的‘侵权’。”〔25〕

（四）司法实务

当替代责任说渐渐占据主流，并对《人身损害赔偿解释》第9条大加攻伐之时，实务界却是另一副态度。

1. 雇主可否通过证明已尽到选任、监管的义务而免责

案例1 杨翠兰等诉冯兆忠在受雇期间发作精神病伤害致死人命赔偿案

被告冯某患有偏执型精神病，农忙期间受雇于第三人潘某从事农业劳动。吃饭休息时冯某与被害人发生口角，因精神病发作伤害被害人致其死亡。被害人亲属提起诉讼，要求被告及其监护人承担赔偿责任。诉讼中被告辩称，被告是在干活时发病致死被害人，雇主潘某未予阻止亦有责任，因此雇主也应承担赔偿责任。二审法院认为，被告致被害人死亡的行为发生在吃饭休息时间，并非是在为雇主潘某劳动时，以此为由否定了雇主潘某的责任。

评论：“按推定过错原则，雇佣人对受雇人致人损害的，雇佣人应承担责任，这主要是基于雇佣人对受雇人的选任、监督或管教的过失的推定而确立的，但雇佣人可基于举证来推翻这种过失的推定而免责。所以，本案雇佣人潘素民如果事先知道（包括监护人告知和从其他渠道得知）受雇人患有精神病的事实，则说明其起码发生有选任不当的过失；选任后未尽充分、谨慎注意义务也为一种过失（选任后就发生这种义务），雇佣人即应当承担责任。如果在监护人不知就无从得知受雇人患此病事实的情况下，潘素民雇佣冯兆忠就不发生选任不当及选任后的义务的问题，本案所发生的损害对潘素民来说就是无法预见、无法防止、无法制止的意外事件，其就没有责任。”〔26〕

本案二审法院以“非职务执行”为由否定了雇主潘某的责任，没有触及归责原则的问题，但案件的评论人明确主张，雇主责任的归责原则是过错推定，并认为应追加雇主为共同被告以查明

〔23〕 前引〔7〕，易有禄文。

〔24〕 前引〔21〕，张民安文。

〔25〕 前引〔7〕，毛瑞兆文。

〔26〕 案件事实、判决与评论参见《人民法院案例与评注》编写组编：《人民法院案例与评注》（民事第8卷），中国法制出版社2006年版，第52页以下。

其是否过失，而不是以损害发生在休息时间还是劳作时间来区分雇主责任的有无。之所以如此定性，是根据对民法通则第133条第1款的体系解释。因为根据该条，监护人责任的归责原则都是过错推定，雇主责任的归责原则也应比照此规定确定为过错推定。

2. 雇主责任是否以雇员的过错为前提

案例2 徐凤珠诉留敏群和其雇工致人损害雇主应负转承赔偿责任纠纷案

被告雇佣两名雇工拉一辆装有稻谷和打稻机的板车，因在前面拉车的雇工没有控制好车头，被告和另一名雇工在后面也没能拖住车尾，致使板车滑坡失控撞伤原告，事后两名雇工逃逸。对于此案，一审法院认为，被告和两雇工拉车配合不当，致原告受伤，损失应由被告和两名雇工平均分担。两名雇工的身份和下落均无法查明，其赔偿问题可另行处理。遂判决被告承担三分之一的损失。二审法院认为，因被告与两雇工系雇佣人与受雇人关系，故被告除应承担自己的侵权赔偿责任外，还应对雇工造成的损害负转承赔偿责任。原判将受害人的医疗费分由雇工和雇主三人平均负担，将雇工的赔偿部分另行处理，显然不当。遂撤销原判决，令被告赔偿全部损失。

评论：“转承责任又有两种情况，一是受雇人致人损害在主观上有过错时，雇佣人与受雇人连带承担赔偿责任，雇佣人赔偿受害人的损失后，即对受雇人取得求偿权，受雇人应当赔偿雇佣人因赔偿受害人的损失所造成的损失，形成一个新的损害赔偿法律关系。二是受雇人主观上没有过错，则由雇佣人单独承担赔偿责任，雇佣人对受雇人不能取得求偿权。”〔27〕

评论人的立场十分清晰：雇员主观上没有过错不影响雇主责任的成立。理由虽然没有详细阐述，但是从本案的事实或可窥得一斑：雇员在案发后下落不明，受害人根本无法特定直接加害人并证明其有过失。如果采替代责任，则不得不承受这样的副作用，即“对于受害人而言，要想让雇主负责任就必须举证雇员的过错（甚至是侵权行为成立），而后还需证明雇主责任的其他要件，这无异于要突破两道防线才能追究到雇主责任……这样受害者往往得不到救济，反倒会与无过失责任加重雇主责任的立法初衷相违背”。〔28〕

3. 雇员为轻过失时，受害人可否向雇员请求损害赔偿

案例3 吴作先、吴文涛诉符晖侵权赔偿案

符晖系某校电教室人员。1992年暑假期间，由于该校负责收发工作的人员放假而由符晖等人暂代收发工作。符晖在收发工作过程中，丢失上诉人的包裹通知单。法院认为，学校在选任符晖代替收发工作上有过错，且没有及时对符晖的工作进行岗前培训及指导，缺乏必要的监督、管理，没有尽到应有的义务。根据《民法意见》第42条规定，学校应成为赔偿义务主体，应当承担转承赔偿责任。遂驳回起诉。〔29〕

本案是2003年《人身损害赔偿解释》出台前的案件，法院直接援用了《民法意见》第42条裁定雇员不具备承担赔偿责任的主体资格。《民法意见》第45条和第42条的构造相同，我国实务界在处理受害人直接向雇员请求损害赔偿的案件时通行的处理方法就是驳回起诉。〔30〕虽然学界通常认为《民法意见》第45条只是一个程序法规范，但实务界往往认为其“包含了雇工执行职务致人损害，应由雇主承担民事责任这一实体法上的丰富内涵”。〔31〕可见，当雇员致害时，雇主单独承担赔偿责任而雇员免责的立法思想有着长期的实践背景。

〔27〕 参见前引〔26〕，第39页以下。

〔28〕 王忠伟：《关于雇佣人侵权责任的几个问题》，《法制与社会》2010年第8期。

〔29〕 参见前引〔26〕，第48页以下。

〔30〕 参见扬州市中级人民法院一庭：《雇主赔偿责任案件的调查与思考》（2003年9月“雇主赔偿责任案件”调研课题组成果），<http://www.zwjkey.com/onews.asp?id=1181>，2012年3月29日最后访问。

〔31〕 曹登润：《雇工执行职务致人损害的认定及处理》，《法学》1995年第4期。

4. 雇主是否只有在雇员故意或重过失时才有求偿权

案例4 张玉新诉耿念东雇主求偿权纠纷案

被告耿某与被害人李某同为原告张某的雇员。2001年12月14日夜，张某要求耿某夜间驾驶农用运输车为其运送货物，途中耿某因过失与诉外第三人宋某的车辆相撞，致使同行的李某受伤。原告在为被害人李某支付医疗费等费用之后向耿某追偿。法院认为，被告系按原告要求深夜行车，原告未对行车安全采取有效措施，且原告系经商营利，其所获收益要远远大于其向被告支付的工资，理应承担赔偿责任，故对事故所支付的各项费用，应由原告自行承担。

评论：第一，与雇主通过经营活动获得的利益不同，雇员的工资是固定的，因此对雇员的赔偿责任应采用严格过错责任，即求偿权是否能够行使，取决于雇员对所造成的损害是否具有故意或重过失。第二，原被告之间的责任，法官要从双方的雇佣关系的实际状况入手来分析研究，不能以交警的责任认定书为依据。对于夜晚行车的风险原告是知道的，但原告为了追求利益要求被告夜晚驾车，未对行车安全尽到相应的义务，如配备两名司机轮流驾驶。第三，关于求偿额度，法院应综合考虑雇主雇员的过错以及双方的受益情况和经济状况，进行自由裁量，如雇主未给雇员购买保险，导致本来该转嫁给保险公司的部分责任未能实现。^[32]

还有案例5，即本文开头提到的案件。

司法实务中，有关雇主求偿权限制的议论历史悠久，我国法官早在上世纪就提出过轻过失不可求偿的观点。^[33]案例4正说明了该观点在实践中的生命力，也说明了《人身损害赔偿解释》第9条的内在价值。

另外，我国司法实务中开始出现案例5这样的案件，即雇员在执行职务过程中因轻过失直接导致雇主损害的案型。法官已感觉到，雇主的损害赔偿请求权必须加以限制，但苦于解释依据的欠缺。案例5中，法官直接引用程序法条款作出了判决，大胆之举的背后也能读出一丝无奈。《人身损害赔偿解释》第9条所规定的“轻过失不可求偿”的标准可否用于解决雇主对劳动者的损害赔偿请求权的限制，是我国法学发展始终绕不过的难题。

（五）小结

关于雇主责任，无论从基本立场还是问题意识，我国的学界与实务界之间存在着严重的隔阂。

第一，学界多认雇主责任为替代责任，而法院多采过错推定责任。法院在实践中会遇到这样的案件，如案例1中雇员是无责任能力人，案例2中雇员下落不明，其过失难以认定。如依替代责任的“皮之不存，毛将焉附”的逻辑，雇主责任不能成立；想追究雇主的责任必须重回侵权行为的一般条款，此时受害人须承担举证责任。对于这样的情况，主张替代责任说的学者未曾给出过有说服力的解释。

第二，学界主流观点多从替代责任的原理出发，认为雇员才是最终的责任承担人，雇主只是暂时“替代”雇员垫付赔偿而已，雇主在赔偿后可以向有过失的雇员求偿，而无论雇员是轻过失还是重过失。同理，受害人可以选择直接起诉雇员。相反，司法实务没有那么多原理上的束缚。如案例3中，法官根本不将雇员的轻过失加害行为作为独立的侵权行为看待，案例4中法官则明确表达了“减轻雇员责任”的价值判断。考虑到案例3和案例4甚至是《人身损害赔偿解释》第9条出台之前的案件，可以说这些案件是《人身损害赔偿解释》第9条的根基所在。对于实践中“减轻雇员责任”的倾向，学界缺乏应有的回应。

[32] 参见郑汝伟：《从一起道路交通事故赔偿案看雇主向雇员的求偿权》，<http://old.chinacourt.org/html/article/200301/15/31582.shtml>，2012年3月29日最后访问。

[33] 参见前引[31]，曹登润文。

第三,当雇员直接致雇主损害时,实务界所考量的因素,除了雇员行为是否为轻过失外,还包括“企业的危险性、企业的效益如何、用人单位对劳动者执行职务是否曾加指示、损害事实的发生是否因用人单位管理上的缺失所致、企业设备是否完备、劳动者的工资是否低廉、劳动是否过度”。^[34]这些考量与案例4、5异曲同工:案例4中雇主命令雇员开夜车是限制雇主求偿权的因素;案例5中雇主为了节省手续费而命令雇员进行高风险的外汇黑市交易是限制雇主损害赔偿请求权的因素。此时,《人身损害赔偿解释》第9条是否可以成为解决案例5案型的线索是实务界所面临的问题,而学界却未能予以关注。

综上,学界与实务界的隔阂导致《人身损害赔偿解释》第9条饱受学界的非难,而隔阂的原因恰恰在于学界对实务界的问题意识未能助以积极的思考。批判第9条的学者往往从原旨主义的替代责任论展开论证,即先断言雇主责任就是替代责任,再批评第9条不以雇员的侵权责任为要件以及雇员仅在故意和重过失时承担连带责任的规定违反了所谓“两大法系国家侵权法的基本精神”。^[35]

二、德国法

(一) 雇主责任的归责原则

德国民法典第831条规定,“雇佣他人执行事务者,就该他人于执行事务时不法致第三人之损害,负赔偿责任。雇主于选任雇员时,以及于其应提供设备器具或应指挥事务执行时,就选任、设备器具之提供及事务执行之指挥已尽交易上必要之注意,或纵加以注意仍不免发生损害者,雇主不负赔偿责任。”

德国民法典的立法过程中,替代责任论和过失责任论之间曾展开激烈的争论,但最终德民一草和二草都采纳了以雇主的过失为基础的归责原则。^[36]理由是,基于报偿理论的责任应规定在特别法中,而且应以保险为支援,既然民法中未规定雇主强制责任险,贸然规定雇主的无过错责任可能会伤害到中小企业和农业。^[37]至于雇主责任的成立是否以雇员的侵权责任为前提,肯定说在一草的起草过程中曾一度受追捧,但后来为判例所否定。^[38]判例的立场是,第831条所规定的“违法性”与第823条(侵权行为的一般条款)一致,都是“结果非法”,雇主责任的成立不以雇员的故意或过失为要件。^[39]

民法典实施后,在免责举证的问题上,第831条曾经走过一段弯路,这就是德国帝国法院的“免责举证的分散”(dezentralisierter Entlastungsbeweis)的法理。^[40]根据该法理,现代企业的雇员人数众多,雇主不可能亲自选任并监督每一个雇员,因此雇主没有一般性的监督义务。雇主如果能证明自己已经负责任地选任并监管了中间雇员,即介于末端的雇员和雇主之间的中、高层雇员,就可以免责。“免责举证的分散”背后是旧有的“过失”概念(对他人权利的具体注意义务)

[34] 前引〔1〕,国家法官学院等编书,第519页。

[35] 前引〔21〕,张民安文。

[36] Vgl. Seiler, Deliktische Gehilfenhaftung, JZ 1967, S. 525.

[37] Vgl. Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs/im Auftrage des Reichs—justizamts bearbeitet von Dr. Achilles, Dr. Spahn, Dr. Gebhard, Unerlaubter Handlungen, S. 2780f.

[38] Vgl. Sachregister zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und den dazu herausgegebenen Motiven nebst Inhaltsübersicht über die fünf Bände der Motive/bearbeitet vom Ober—Amtsrichter Jatzow, Bd. II, S. 736.

[39] BGH 29. 6. 1956, NJW 1956, 1715.

[40] RG 14. 12. 1911, RGZ 78, 107.

与企业组织规模化之间的必然冲突，法院本应以此为契机对雇主责任中“过失”的内涵加以反思，但帝国法院却用“分散”的形式减轻了雇主的举证责任，导致企业越大雇主越能轻易免责的恶劣后果。

为了绕开“免责举证的分散”，德国帝国法院和联邦最高法院相继在第 831 条之外摸索出新的救济途径，这就是“组织过失责任”（Organisationsverschulden）。〔41〕

组织过失责任从交往安全义务中发展而来，与其互为表里。在 1902 年的一个判例中，某路人在火车站的入口摔倒了，原因是火车站的工作人员忘记了开路灯。判决中，德国帝国法院绕过第 831 条，直接从第 823 条第 1 款抽出了雇主的交往安全义务，认定火车站的所有权人铁路公司负有照明义务，即有义务实施管理，确保照明（RG 1902, RGZ 53, 53, 下称判例 1）。〔42〕该案中，由于受害人和火车站之间有潜在的契约关系，因此并未完全超出交往安全义务的射程。真正突破拟制的契约关系，发展出“企业组织瑕疵”概念的是著名的“农场少年纵马案”。

判例 2 BGH 25.10.1951, BGHZ 4, 1

被告 Y 是农场的所有权人，但负责日常经营管理的是诉外人 A。某日，A 差使在农场打工的 16 岁的少年 B 骑马去拿汽油，结果马不听 B 的驾驭撞伤了原告 X。X 向 Y 提起诉讼，请求 Y 赔偿，但 Y 举证主张自己在选任 A 的时候已尽到第 831 条但书所规定的选任、监管义务（“免责举证的分散”）。德国联邦最高法院认为，如果只谈第 831 条的义务，Y 只要举证自己负责任地选任了中间雇员 A 就足够了。“但是，雇主必须充分监督和管理企业的经营，以保证业务能够有秩序地进行。虽然对农业劳动者的直接监督义务只是中间雇员的个人义务，但监督管理企业保证业务有序进行的任务仍然在雇主那里。如果组织上存在瑕疵，雇主须负违反第 823 条第 1 款所规定的一般性监管义务违反的责任。”

根据组织过失责任的法理，雇主必须建立起完善的企业经营结构，使监管部门能够不间断地对雇员进行督导，保证企业有序地运转；如未尽到上述义务，就说明企业的组织上存在瑕疵，雇主须负赔偿责任。德国法上，组织过失责任有两种法律构成方式：一是企业既然有交往安全义务，那就有确保该义务被履行的监管义务。二是企业所负的交往安全义务下移至末端的雇员，当雇员的行为违反该义务时，企业负保证责任。〔43〕无论采何种构成，组织过失责任在本质上是交往安全义务的产物，企业的义务才是责任的根源，因此雇员行为的过失与否不影响雇主责任的成立。比如，判例 1 中，如果不是企业的交往安全义务，雇员自己是没有为不特定他人照明的义务的；判例 2 中，即使马的脱缰并非因少年的过失所致，Y 也未必不负组织过失责任。

因法院在第 831 条之外另辟蹊径，使得在雇主责任的问题上第 831 条和第 823 条双轨并行。有的学者认为两者的适用范围应严格区分；〔44〕有的学者认为应扩大解释第 831 条，将组织过失责任并入其中；〔45〕而有的学者则认为第 831 条所规定的监管责任已经淹没在组织过失责任之中，第 831 条已没有存在意义了。〔46〕不过这些只是条款功能的争议。无论德国法的解释论走向何方，以组织过失责任解决雇主责任问题的判例法理已不可动摇。现实中，一旦损害发生，法官经由经

〔41〕 关于德国法上的企业组织过失责任，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。本文只在必要范围内作概括性介绍，将重点放在劳动者解放的部分。

〔42〕 1902 年出了一系列被认定交往安全义务的判例，详见 Brüggemeier, Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Springer 2006, S. 128f.

〔43〕 Vgl. Matsusche-Beckmann, Das Organisationsverschulden, Tübingen 2001, S. 91.

〔44〕 Vgl. Brandes, Die Haftung für Organisationspflichtverletzung, Frankfurt am Main [u. a.] 1994, S. 223.

〔45〕 Vgl. Esser/Weyers, Schuldrecht II, Teilband 2, Heidelberg [u. a.] 1979, S. 185.

〔46〕 Vgl. Schlechtriem, Organisationsverschulden, In: Festschrift für Wolfgang Heiermann zum 60. Geburtstag, J. Doerry, H. G. Watzke, Miesbaden 1995, S. 281.

验规则即可以完成企业组织体中存在某种瑕疵的心证，此时雇主唯有证明企业组织即便完美无缺损害也难免发生才可能免责（BGH 1967. 10. 17, NJW 1968, 248, 下称判例 3）。〔47〕此时的过失推定责任不是以雇主的某项具体注意义务为对象的责任，而是以企业组织体的完善程度为对象的客观化的过失推定责任，亦称准严格责任。通过组织过失责任，“免责举证的分散”所招致的难题被克服，被害人既无需直接举证雇员的具体加害行为和过失，也无需直接举证雇主的组织过失，比起替代责任更大程度上保护了受害人的利益。

（二）劳动者的解放

将劳动者从轻过失赔偿责任中解放出来的思想早在德国民法典之前就存在。Hasse 在 1838 年的论文中就提到，“如果债务人的给付是符合诚实信用的，那么在判断过失之时，应当要求更有意义一点的过失，不能像对待没有契约的情况那样，找到一个轻过失就心满意足了。理由很简单：在工作中有些过失非常容易发生，如果允许债权人一一数落这些小小的过失，对于诚实信用的债务人而言就太严酷了。”〔48〕在 1892 年的一个案件中，一位秘书在誊抄文件时漏掉了一句话，给雇主带来了 1800 马克的损失。汉堡高等地方法院否定了雇员的赔偿责任，理由就是，秘书被委派的工作是纯粹的机械性工作，机械性工作在性质上就伴随着不可避免的不注意（Versehen），这样的不注意不是过失（Schulden）。〔49〕

可是，德国民法在立法时走了弯路，这就是饱受诟病的德国民法典第 840 条第 2 款。本来，雇主求偿权可以有两种构成方式：一是共同侵权行为，二是雇员的债务不履行。依前者，雇主和雇员是连带债务人，内部的求偿关系适用民法典第 426 条平摊；依后者，雇主也不可能全额求偿，因为雇主自己也有监管上的过失（第 831 条）。但第 840 条第 2 款却将上述两种构成都排除了，径直规定在第 831 条的适用领域，有过失的雇员须向雇主百分之百全额赔偿。第 840 条第 2 款反映了立法当时的一种教条，即加害人的直接过失比雇主在监管上的过失更有可归责之处。

德国帝国劳动法院和联邦劳动法院先后发展并完善了劳动者解放请求权的判例法理，在司法实践中纠正了民法典的立法失误。判例法理以雇员直接致雇主损害的案件类型为出发点，近七十年中经历了如下变革历程。

1936 年的 Plauen 地方劳动法院的判决中，法官指出轻过失的雇员应予免责，并陈述了解放劳动者的思想，即“鉴于人类在本质上的不完美，无论何等仔细周到的人，如将其长期置于精神紧张的状态，都会犯错误”。〔50〕之后，1940 年的帝国劳动法院判决中，劳动者解放的依据被定为民法典第 611 条。根据该条，雇员对雇主负忠诚义务，相应地，雇主对雇员负照料义务，因此雇主向雇员主张全额赔偿有违反照料义务之嫌。〔51〕1959 年的“停车场撞车案”中，雇员停卡车时因手刹未拉紧，撞坏了雇主的其他车辆，被雇主扣了工资。在这个讨薪案中，联邦劳动法院明确了雇员解放的要件：a. 雇员的职务行为；b. 职务行为属危险性劳动；c. 重过失时雇员负完全赔偿责任，一般轻过失时考量具体案情由双方按一定比例分摊，轻微过失时由雇主单独承担损失。〔52〕

〔47〕 BGH 1967. 10. 17, NJW 1968, 248—249. 本案中，一对夫妇驾驶的汽车因零配件瑕疵突然逸出车道，致丈夫受伤，妻子遂向零件生产商提起诉讼。关于举证责任，法官在判决中写道，“如果被告供应的零件对行车安全至关重要却暗藏瑕疵，而且生产和检验管理明显不足的情况下，即便根据生活经验也能得出在被告的组织领域存在着基于过失的瑕疵。”

〔48〕 Hasse, Die Culpa des römischen Rechts, 2. mehrte Aufgabe, Bonn 1838, S. 231.

〔49〕 OLG Hamburg Seuff. Archiv Bd. 48 Nr. 181, S. 285 f.

〔50〕 ArbG Plauen 4. 11. 1936, ARS 29, 62.

〔51〕 RAG 18. 12. 1940, RAGE 24, 199.

〔52〕 BAG 19. 3. 1959, BAGE 7, 290. 过失三分论已开始影响我国的民法学，我国判例 5 中法官就使用了“过失三分”的标准，但与德国判例略有不同。此外，王泽鉴教授也是过失三分论的支持者，见前引〔12〕，王泽鉴书，第 554 页。

但是，“停车场撞车案”所确立的要件随着时间的推移而逐渐瓦解。在1983年的联邦劳动法院判决中，轻过失免责说重回历史舞台，过失三分论被指欠缺法的安定性和明确性，因为一般轻过失时雇员的责任范围完全沦于具体案件具体分析。^[53]在1994年的联邦劳动法院判决中，危险性劳动要件也被废止。^[54]如今，劳动者解放的要件只剩下两个：职务行为和行为系轻过失。^[55]

德国法上，当雇员致雇主损害时——无论是直接损害还是经由雇主责任的间接损害，只要行为是基于轻过失，雇员就可以向雇主主张解放。解放有三种形态：第一，面临雇主的损害赔偿请求权或追偿权，雇员可以抗辩。此时多称“雇员责任的限制”（privilegierte Arbeitnehmerhaftung）。第二，面临来自第三人的损害赔偿请求，雇员可以要求雇主承受债务，从而使自己从责任中解放出来，以达到和受害人只起诉雇主时相同的效果。此时称“免责请求权或（狭义的）解放请求权”（Freistellungs- oder Befreiungsanspruch）。第三，如果在雇主履行解放义务之前雇员已对第三人作出了赔偿，那么雇员可以向雇主逆求偿。此时，免责请求权转化为“偿还请求权”。根据判例，三者都源自雇主的照料义务。^[56]现实中，受害人很少直接向雇员索赔，而是转而扣押雇员的解放请求权。雇员也很乐意让受害人扣押，甚至索性将解放请求权转让给受害人，以便尽早从纠纷中解脱出来。

历经多年的判例积累，劳动者解放的法理已相当成熟，但并不意味着德国法不存在问题。德国法上的劳动者解放请求权的构造十分奇特，或者说别扭。因为，如果说轻过失的劳动者可以从赔偿责任中解放出来，那么直接允许雇员向受害人主张免责即可。劳动法院的制度设计实际上绕了一个大圈子。之所以如此，是因为劳动者解放的制度是劳动法院建立的。劳动法院不可能越俎代庖地触动劳动关系之外的民法问题。受害人对轻过失的雇员是否仍保有损害赔偿请求权的问题必须由联邦最高法院来决定。民法内部若不作出调整，雇员只得走“解放”或“费用偿还”的路线，兜一个圈子才能解放出来。这条路上，如果雇主的责任因某种原因受到限制，如免责条款、时效等，雇员是否还能够行使解放请求权就成了问题。例如，甲教授从乙公司租借了一台实验设备，双方约定甲如因过失导致设备毁损可以免责，而甲教授处的工作人员丙在实验过程中因轻过失造成设备毁损，此时丙可否援用甲乙间的约定请求免责？本来，这个问题只停留在对契约相对性的立场之争，但劳动者解放请求权的存在使对立陡然尖锐起来，因为即便不承认雇员对免责条款的援用（即坚持契约相对性），雇员在赔偿之后仍然可以依据劳动者解放请求权向雇主请求补偿，结果免责条款等于失去了价值。这才是德国法当下的问题意识之所在。

解亘副教授在论文《免责条款对履行辅助人之效力》中对于该问题曾有过详尽的论述，指出，“真正的契机始终蕴藏在契约的相对性原则和分别人格的法理之中”。^[57]申言之，雇员丙之所以可以免责，一是因为免责条款的效力及于雇员，二是因为雇员的职务执行行为被雇主的经营行为所吸收。“契约的对第三人效”和“雇主雇员的人格一体化”的要求在上述案件中恰巧竞合了。下面，我们抽掉“契约的对第三人效”一探究竟。

判例4 BGHZ 7.2.1968, BGHZ 49, 279

[53] BAG 23.3.1983, BAGE 42,130.

[54] BAG 27.9.1994, NJW 1995, 210.

[55] 地方法院出现过支持重过失免责的判决，学界中也出现过重过失免责说。Vgl. ArbG Reine 3.11.1981, DB 1982, 708; Kohte, Die Bedeutung der Unfallversicherung für das Recht der Arbeitnehmerhaftung, AuR 1983, S. 229.

[56] 关于劳动者解放的理论依据，学界众说纷纭，比较有力的学说是危险责任说。Vgl. Canaris, Risikohaftung bei Schadensgeneigter Tätigkeit in fremdem Interesse, Recht der Arbeit 1966, S. 41f; Däubler, Die Haftung des Arbeitnehmers—Grundlagen und Grenzen, NJW 1986, 869f.

[57] 解亘论文的立意是通过劳动者解放请求权使免责条款对第三人效力的问题表面化，催促学界放弃契约相对性的教条，但呈示给中国法学的问题意识绝对不止于此。参见前引〔3〕，解亘文。

原告 X 将自己的汽车租赁给诉外人 A 公司，A 公司的雇员 Y 依 A 的命令驾驶该车出差，在路途中因过失引发事故造成该车毁损。事故两年后，X 向 Y 请求赔偿。此时 X 对 A 的基于租赁契约的损害赔偿请求权已罹于 6 个月的短期时效（德国民法典 606 条）。联邦最高法院认为，短期时效的利益应及于雇员，因为雇员在赔偿之后仍可向雇主主张劳动者解放请求权，那么短期时效制度就丧失意义了，据此驳回了原告的请求。

本案中，雇主的责任限制并非来自免责条款，而是来自法律规定，因此契约的对第三人效力解释不了为什么雇主的时效利益能够及于雇员。人格一体化是唯一的答案。申言之，雇员的职务执行行为是雇主行为的延伸，雇员轻过失行为的致损风险为雇主的经营风险所吸收，因此在雇主责任之外不存在独立的基于轻过失的雇员责任。

然而，德国民法中还残留着第三人对雇员轻过失的损害赔偿请求权。正由于此，本案的原告 X 才得以绕过雇主 A 直接起诉雇员 Y。这一案件恰好暴露了允许第三人直接向雇员请求损害赔偿的传统民法与劳动者解放思想之间的矛盾，逼得联邦最高法院不得不作出妥协。实际上，允许雇员援用雇主的免责事由意味着雇员的轻过失行为在雇主责任的范围之外不构成独立的侵权责任。联邦最高法院等于在一定程度上承认了劳动者解放请求权对受害人的损害赔偿请求权的限制效力。

三、日本法

（一）雇主责任的归责原则

日本民法第 715 条第 1 款规定，“经营中雇佣他人者，就受雇人因执行职务而加害于第三人之损害，负赔偿责任。雇佣人就受雇人的选任以及经营的监管已尽相当之注意，或尽相当之注意损害仍不免发生时，不在此限。”第 3 款规定，“前两项规定不妨碍雇佣人或监督人向被雇佣人行使求偿权。”

根据立法资料推测，负责起草该条的立法委员穗积陈重在斟酌了当时欧洲各国立法例之后，放弃了法国的模式，而选择了瑞士旧债务法、巴伐利亚民法草案和德国民法第一、第二草案的模式。^[58]立法初期的学者大多认为，雇主责任的归责基础在于雇主在选任、监管上的过失，雇主如能证明已尽到上述义务，当然可以免责。^[59]至于雇主责任是否以雇员的侵权行为为前提，立法中并没有意识到这个问题。但立法初期的学说和判例大多认为，雇主责任不以雇员的过失及责任能力为要件，雇员的加害行为有违法性就足够了。^[60]

然而，自鸠山秀夫起，理论界逐渐走向替代责任。鸠山说本身可以用诡异来形容。根据鸠山说，日本法和德国法有两点不同：第一，日本民法在第 715 条中专设第 3 款规定雇主有求偿权，而德国法却在第 831 条之外，即在第 840 条中解决雇主求偿的问题，而第 840 条是共同侵权行为的求偿条款。这说明德国民法第 831 条雇主责任的成立并不以雇员的侵权行为为条件，而日本民法的条项设计则意味着雇主原则上都是有求偿权的，这必然以雇员的直接加害行为本身是侵权行为为前提。第二，日本民法第 715 条第 1 款但书只提到了雇主在“选任”和“监管”雇员上的义

[58] 田上富信：《使用関係における責任規範の構造》，有斐阁 2006 年版，第 37 页。

[59] 参见冈松参太郎：《注釈民法理由》下册，有斐阁书房 1897 年版，第 482 页；富井政章：《債権各論》，信山社 1994 年复刻版，第 193 页；横田秀雄：《債権法大意》，清水书店 1913 年版，第 636 页。

[60] 参见川名兼四郎：《債権法要論》，金刺芳流堂 1915 年版，第 735 页；晔道文芸：《民法第 709 条ト第 715 条トノ関係》，《京都法学会杂志》12 卷 6 号（1917 年）；长岛毅：《被用者ニ不法行為成立ノ主觀的要素が存セザル場合ト使用者ノ責任》，《新报》27 卷 11 号（1917 年）；大判大正 8 年 2 月 21 日民录 25 辑 321 页。

务，而德国民法第 831 条还提到了雇主对“企业设备”的义务。日本民法第 715 条将雇主的免责限制在“选任”和“监管”，说明第 715 条中可以通过反证而免责的过失和侵权行为的一般条款（第 709 条）所规定的法益侵害的过失不一样。雇主的免责只限定在这两种过失上，对其他种类的过失不能主张免责。^{〔61〕}

鸠山说的结论是，日本法的立法不同于德国法，雇员的侵权行为是雇主责任的前提，雇员的侵权行为只要成立，雇主责任原则上随之成立，不能轻易地允许免责，第 715 条第 1 款但书所规定的两种免责的情形只是例外。结果，本来是典型的过失责任的条款被解释成替代责任。由于免责的存在，鸠山说亦被称为“附免责条件的替代责任说”。该学说诞生后，赢得了包括胜本正晃、石田文次郎、我妻荣、加藤一郎在内的大批支持者，成为学界通说，第 715 条第 1 款但书几成具文。^{〔62〕}

上世纪 60 年代，替代责任的弊端开始显露，学界内展开了根本性的反思。走在前沿的是年轻学者神田孝夫和田上富信。根据神田和田上的整理，替代责任的理论缺陷集中在以下方面：^{〔63〕}

1. 替代责任说以雇员的侵权责任为雇主责任的前提，当雇员无责任能力时，雇主当然无需负责。这往往成为雇主洗脱责任的口实，甚至招致不可思议的逻辑悖论：雇佣成年人的雇主须负赔偿责任，而雇佣未成年人的雇主却逍遥法外。为了寻求对被害人的保护，法院不惜扭曲对责任能力的判断，日本的判例中甚至出现过为判定雇主责任将 11 岁的少年认定为有责任能力的现象（大正 4 年 5 月 12 日判决民录 21 辑 692 页，下称判例 1）。^{〔64〕}这种扭曲不是因为保护被害人的价值判断是错误的，而是因为替代责任的构成本身有缺陷。2. 由于替代责任以雇员的侵权行为为前提，雇员的过失与否成为官司成败的焦点。实践中，法院不仅在责任能力，甚至在过失的判定上也进退失据。为了救济被害人，法官不得不“拟制”出雇员的过失来使雇主责任成立。如，在“输血梅毒感染案（最高裁昭和 36 年 2 月 16 日判决民集 15 卷 2 号 244 页，下称判例 2）”和“澡堂锅炉失火案（最高裁昭和 42 年 6 月 30 日判决民集 21 卷 6 号 1526 页，下称判例 3）”中，上述倾向非常明显。^{〔65〕}3. 在“拟制”出雇员的“责任能力”和“过失”后，受害人得到了救济，看似问题得以圆满解决，但实际上噩梦并没有结束。因为依替代责任说，雇员是终极的责任承担者，雇主在“垫付”赔偿金之后可以通过求偿权的行使将损失转嫁给雇员。替代责任论以雇员为最终责

〔61〕 鸠山秀夫：《民法第七百十五条ニ依ル使用者ノ責任ハ被用者ノ過失ヲ要件トセサルカ》，《日本法制新志》第 1 卷 4 号（1917 年）。

〔62〕 胜本正晃：《使用者賠償責任の進化と民法七一五条の基礎觀念》，《民法研究一卷》，岩松堂 1932 年版，第 328 页；石田文次郎：《債權各論》，早大出版社 1947 年版，第 272 页；我妻荣：《事務管理・不当利得・不法行為》，日本评论社 1939 年版，第 163 页；加藤一郎：《不法行為》，有斐阁 1974 年版，第 167 页。

〔63〕 参见神田孝夫：《企業の不法行為責任について：被用者による加害を中心として》，《北大法学论集》第 21 卷 3 号；田上富信：《被用者の有責性と民法七一五条：代位責任説克服のための一試論》，《鹿儿岛法学论集》第 8 卷 2 号。

〔64〕 与雇主责任的情形相反，法院在判定监护人责任时，12 岁、14 岁的少年反而被认定为无责任能力（大审院大正 10 年 2 月 3 日判决民录 27 辑 193 页、东京地裁昭和 37 年 11 月 2 日判决判例时报 324 号 26 页）。这一反常现象无非是因为雇主责任的判定以雇员有责任能力为前提，而监护人责任的判定以被监护人无责任能力为前提。

〔65〕 输血梅毒感染案中，供血人持血清反应阴性的检查证明书和血液斡旋所的会员证到医院供血，医生也进行了问诊，但结果是供血人的血液中含有未被检查出的梅毒病毒，导致受血人的感染。由于血液斡旋所的会员证都是在身体和血液检查之后才发放的，所以医院往往不会重复检查。如果说供血的过程中哪里有问题的话，不是医生问诊的行为有过失，而是医院放弃重复检查这个制度。但在替代责任之下，医院的责任须以医生的过失为前提，法官不得不绞尽脑汁炮制当值医生的“过失”。澡堂锅炉失火案中，锅炉中的火星溅出导致火灾，当值的锅炉工人没有处理好，过失肯定是存在的，但很难说是重过失。但是在日本法上，因轻过失引起火灾的行为人可以免责（失火责任法第 1 条），而根据替代责任，如果雇员只有轻过失，雇员自然不负赔偿责任，雇主也跟着受益，所以法官又不得不绞尽脑汁地炮制锅炉工人的“重过失”。

任承担人的教条与减轻劳动者责任的潮流相左,学说上称之为“替代责任的悖论”。〔66〕4. 现代社会中,加害形式和加害原因可能非常复杂,比如,企业的废水污染了农户的土地,出租车司机撞伤了路人逃逸等,受害人连具体的加害人都难以特定,就更不用说证明具体过失了。替代责任说所设下的“雇员的过失”要件反而成为受害人寻求救济的障碍。〔67〕

为跳过“雇员的侵权行为”要件,日本民法学者有主张适用侵权行为一般条款的(民法709条适用说),有主张类推适用工作物责任的(民法717条类推适用说),还有主张适用法人代表责任的(民法44条类推适用说),不一而足。近期的学说倾向是多元化,即雇主责任领域内不存在一统天下的归责原则,民法第715条所适用的案例中,依案件类型的不同,替代责任和过失责任的部分同时存在。〔68〕依濂川信久教授的观点,日本判例虽然在表面上坚持替代责任原则,否定雇主的免责抗辩,但现实中“执行职务性”的要件在一定程度上担负了“免责”的功能。替代责任的合理适用领域仅限于“执行指示型=过失侵害”案件,而在“执行指示型=依指示侵害型”、“超越指示型”、“不作为型”案件中,法官往往以“高度化的注意义务”作为判断“职务执行性”的标准,实质上采用的仍是过失责任。〔69〕下面举两个具体案例加以说明:

判例4 东京地裁昭和56年3月25日判例时报1016卷81页

诉外人A是被告Y的雇员,A夜间潜入Y公司从保险柜里盗走法人代表的印信和票据用纸,伪造Y公司票据并转让给原告X,X持票取款遭到拒绝,遂起诉Y应负雇主责任。法院认为Y公司在A的选任监督上尽到了义务,直接援用第715条第3款否定了雇主责任成立。

判例5 东京高裁平成9年11月20日判例时报1673卷89页

被告Y1委派职员A到旗下全资子公司被告Y2处任营业所长,结果A在任上骚扰女同事。对于Y2的责任,法院认为A的行为是以Y2的职务执行为契机,与Y2有紧密联系,认定了Y2的雇主责任;对于Y1的责任,法院则认为,Y1对Y2有业务命令和人事调配的权限,但“没有实质上的指挥监督关系”,否定了Y1职务执行性。

上述两个判例都是“超越指示型”案例,雇主的责任都被否定。很多学者误以为日本民法第715条第3款在战后就再也没有被用过。实际上,最高院虽然没有用过,但地方法院的援用例是有的,判例4就是其中之一。不过,绝大部分法院不会直接援用第715条第3款,而是会像判例5那样,在考察雇主的注意义务及其履行可能性之后,否定雇员加害行为的职务执行性。司法实践中,雇主的免责抗辩并未消失,其功能只是转移到职务执行性要件上而已。

(二) 劳动者的解放

早期日本学者大多认为雇主赔偿受害人损失后向雇员求偿是理所当然的。立法委员之一的梅谦次郎将求偿权理解为基于雇员违约责任的损害赔偿。〔70〕不过,如果采债务不履行构成,雇员至少可以向雇主主张过失相抵(日本民法第418条),雇主的求偿不可能百分之百地实现。对此,鸠山秀夫持反对态度,他认为雇员的行为是权利侵害而雇主的行为不是,雇主只是未尽选任监督义务而已。由于两者的过失性质不同,雇员自身的不法行为责任不会因雇主责任而减轻;根据第

〔66〕 内田贵:《債権各论》,东京大学出版社2007年版,第456页。

〔67〕 神田孝夫:《使用者の故意過失》,乾编《現代損害賠償法講座》第6卷,日本评论社1974年版,第64页。

〔68〕 锦织成史:《使用者責任の事例群の分化と帰責構造》,《法学论丛》第163卷2号(2008年);濂川信久:《〈事業執行性の展開と使用者責任の多元化〉》,载藤冈康宏先生古稀纪念论文集《民法学における古典と革新》,成文堂2012年版,第533页以下。

〔69〕 2009年濂川教授曾就同一题目和观点在中日民法法学会上做过报告。详见濂川信久:《社会发展与使用人责任的多元化》,载渠涛主编:《中日民法研究》第9卷,法律出版社2010年版,第217页以下。

〔70〕 梅谦次郎:《民法要議卷之三》,明法堂1898年版,第897页。

715 条第 3 款，无论雇主有过失与否，雇主都可以向雇员百分之百求偿。^{〔71〕}不难看出，鸠山说和德国民法典第 840 条第 2 款如出一辙。

鸠山说在上世纪 20、30 年代曾风靡一时，但后来学说开始转向对雇主求偿权的限制，一直持续至今。我妻荣认为，在判案时须综合考虑雇员工资的高低、劳动强度、企业设备和管理规范等因素，用过失相抵限制雇主求偿权（过失相抵说）。^{〔72〕}石田文次郎认为，在危险经营中获益的企业向雇员求偿有可能构成权利滥用（诚信原则说）。^{〔73〕}加藤一郎认为，雇主的义务和雇员不同并不妨碍共同侵权行为的成立，雇主求偿时只能就雇员的贡献部分求偿（共同侵权说）。^{〔74〕}潮见佳男认为，即便是从替代责任的归责原理，即报偿理论和风险理论，也能得出限制雇主求偿权的结论。因为雇员是在雇主的风险管理和指挥监督之下执行职务的，但执行职务的利益并没有归自己而是归雇主，所以说，如果贯彻“风险+利益=责任”的归责原则，那么在内部求偿关系上也应当由雇主最终承担责任（报偿、风险理论扩张说）。^{〔75〕}

诚信原则说的弱点是赋予法官过多的裁量权限。过失相抵说虽然提出了具体的考量因素，但会导致一种不平衡的结果，即当受害人起诉雇主时，雇员可以基于雇主的过失限制雇主的求偿权，而当受害人直接起诉雇员时，雇员将承担一切损失，因为从过失相抵中解释不出雇员的逆求偿。采用共同侵权行为说，解释论上虽有逆求偿的余地，但只要是雇员的加害行为基于过失，哪怕是轻微过失，雇员也不可能像在德国法中那样从纠纷中完全解放出来。既能解释出逆求偿权又能解释出轻过失免责的，就数报偿、风险理论扩张说了。但须指出的是，此时的报偿理论和风险理论已不再是“替代”责任的归责基础，而是雇主作为最终责任承担人的“自己”责任的归责基础。

学界的意见在 1976 年为法院所接受，这就是著名的最高裁昭和 51 年 7 月 8 日判决。

判例 6 最高裁昭和 51 年 7 月 8 日判决民集 30 卷 7 号 689 页

被告 Y1 是原告 X 公司的司机，第二、第三被告 Y2、Y3 是被告的保证人（Y1 的父亲和哥哥）。Y1 在执行职务过程中因过失引发追尾事故，造成 X 公司的车辆毁损，影响公司正常经营。X 遂向三名被告请求赔偿汽车的修理费和因车辆修理而造成的经营损失。一审和二审都以请求违背了诚信原则，系权利滥用为由，只认可了 25% 的请求额，原告上诉。最高法院认为，在雇佣人因被雇佣人执行职务之加害行为而遭受损失之情形下，无论所受之损失系被雇佣人直接造成抑或基于雇佣人赔偿责任，雇佣人唯在损害的公平分担之视角下亦被认可系合乎诚信原则之限度内，始得向被雇佣人请求损害赔偿或行使求偿权。是否有悖乎诚信原则之判断须考量企业经营之性格、规模、设备状况、被雇佣人的职务内容、劳动条件、工作态度、加害行为之样态、雇佣人对预防加害行为或分散损失之重视程度及其他诸般情况。遂驳回了原告的请求。

在劳动者解放的大潮中，本案迈出了划时代的一步，一是明确了雇主求偿权应予限制的大方向，二是将雇主直接受损的情形和因承担雇主责任而受损的情形一并处理。然而，即便如此，价值判断上的进步仍遮掩不住理论构成上的保守。最高法院表面上采用了诚信原则构成，但在具体的判断标准上却与过失相抵说相差无几。可见，法官在诚信原则构成与过失相抵构成之间徘徊踌躇，最终也未敢越雷池一步。因为如果采过失相抵构成，则意味着雇主的义务和雇员的义务是同质的，这等于是告别了鸠山说，从而危及到替代责任的解释论基础。最高法院虽然想使用过失相

〔71〕 鸠山秀夫：《增订日本债权法各论》下册，岩波书店 1924 年版，第 922 页。

〔72〕 前引〔62〕，我妻荣书，第 178 页。

〔73〕 前引〔62〕，石田文次郎书，第 283 页。

〔74〕 前引〔62〕，加藤一郎书，第 190 页。

〔75〕 潮见佳男：《法学の森・不法行為法》，信山社 2004 年版，第 365 页。

抵构成或共同侵权行为构成所提供的解释武器，却不愿意为背离长久以来的判例和通说负政治责任，只得祭出诚信原则敷衍了事。由于最高法院的这种暧昧态度，雇员的轻过失免责问题与逆求偿问题仍然处于无解的状态。

四、英国法

（一）雇主责任的归责原则

人不为他人行为负责是普通法的大原则，但也有例外，这就是替代责任（vicarious liability），主要适用于雇佣和代理。英国法上，雇主的替代责任以雇员的侵权行为成立为要件，不允许雇主举证免责。但是在现实中，不仅有允许雇主免责的判例，也有不以雇员的侵权行为成立为要件的判例。

判例1 Twine v. Bean's Express Ltd. [1946] 1 All E. R. 202

被告Y是运输公司，由于公司的卡车司机经常让陌生人搭车，Y怕招惹麻烦，于是明令禁止司机搭载路人，并在车上张贴“发生事故拒不负责”的标识。Y的雇员A无视公司的命令搭载路人X，并因过失导致车祸。在车祸中受伤的X依据雇主的替代责任请求Y赔偿损失。一审法官认为，“雇主的义务和雇员的义务的内容是什么要视具体情况而定。大部分案件中雇主的义务和雇员的义务是一样的，但这只是巧合而不是法律规则……在与被告的关系上，原告只是卡车的非法入侵者。这种情况下，被告对原告是否有营运卡车的高度注意义务呢？我认为被告没有这种义务。”遂判决被告无赔偿责任。上诉审法官没有提到雇主的注意义务的问题，而是以搭载路人不是执行职务为由判决被告胜诉。

如果站在替代责任的立场上，本不该考虑雇主的注意义务，因为只要雇员的行为是侵权行为，雇主就不能免责。但本案中，被告为避免损害的发生做了一切能做的事情。所以一审法官特别强调本案中雇主的注意义务和雇员的注意义务不一样，即雇员的注意义务违反并不直接导致雇主的责任，雇主责任的成立须考虑雇主自身的注意义务内容。显然，一审判决与替代责任的原则水火不容，虽然判决的结论为上诉审所采纳，但法律构成被更改为“并非执行职务”。

判例2 Broom v. Morgan [1953] 1 Q. B. 597

被告Y经营一家酒店，原告X和她的丈夫A都在这家酒店工作。A到地窖运啤酒桶时忘记盖地窖的盖子，致使X不小心掉进去摔伤。X依据雇主替代责任请求Y赔偿，而Y则依据已婚妇女财产法主张，夫妻之间的损害依法应相互免责，既然直接加害人A是X的丈夫，按照替代责任，A自身都无须负责，雇主当然也没有责任。上诉审中，丹宁勋爵说道，“雇主对雇员行为的责任向来被称作‘替代责任’，我可不这么认为。雇主责任的依据不是雇主有钱雇员没钱这么一个单纯的经济上的理由。雇主责任的基础在于雇主对雇员的监督义务，即监督雇员是否认真地执行职务的义务……即便雇员被制定法免责，也不意味着雇主能够免除赔偿责任。雇主的责任是他自己的责任，哪怕雇员被免责，雇主责任也仍然继续存在。”

除了上述“雇主责任是过失责任”的主张之外，丹宁勋爵还有一个预备的主张，即如果过失责任的主张不被采纳，依替代责任也能够得出上述结论。因为已婚妇女财产法第12条所规定的夫妻不相互起诉只是程序上的规则，并不意味着丈夫在实体上一定没有责任。预备主张受到了英国学界的欢迎。^[76]由于丹宁勋爵当时只是上诉法院的法官，本案未能给英国法带来根本性的变化，但在比较法上却意义重大。因为从这则案例可以清楚地看到，雇员无过失、无责任能力或免

[76] See Winfield, *Tort*, 6th ed., Sweet & Maxwell, 1954, p. 176.

责的情况始终是替代责任的“百慕大”，只要进入了这一区域，连英国的法官也不禁放弃替代责任而向过失责任寻求帮助。

（二）劳动者的解放

英国法上，雇主向受害人作出赔偿之后，理论上享有对雇员的百分之百的追偿权，因为传统上认为雇员的过失比雇主的过失更有可归责之处，不适用与有过失的规则。^[77]“理论上，承担替代责任的雇主的确有向有过失的雇员追偿的权利。但幸运的是，雇主的追偿权在实践中从来没有被用过。”^[78]实际上，判例中只有一次例外，不过主张求偿权的并不是雇主本人，而是保险公司。

判例 3 *Lister v. Romford Ice & Cold Storage* [1956] 2 Q. B. 180

原告 X 和他的父亲 A 都在被告 Y 公司工作，是翻斗车的驾驶员。一天，A 在指挥 X 倒车时被 X 撞伤，A 遂起诉 Y 请求赔偿。被告投保责任险的保险公司在对 A 作出赔偿之后，未经 Y 的许可直接代位 Y 向原告 X 追偿。X 辩称，雇主因雇员的过失而受损害时不向雇员请求损害赔偿是业内的习惯，X 和 Y 之间的雇佣合同中应存在雇员免责的默示条款。上诉法院认可了保险公司的请求。Birkett 法官和 Romer 法官认为，基于雇佣契约，原告有不给雇主招致损害的注意义务，如果双方没有明确约定，不能允许默示免责条款的存在。但丹宁法官提出了反对意见：“他（原告）十七岁的时候，主管要他去学开车，他通过了考试，被命令驾驶公司的翻斗车。从那开始，他就一直从事驾驶翻斗车的工作。公司从来没有建议过他要投保。他当然会认为有什么事情雇主会揽下来。公司主管显然也是这么想……雇主因雇员的过失而承担责任的不少，但从来没见过他们向雇员索赔过。一个显而易见的原因是不值得让他们这样做。因为雇主无权克扣雇员的工资：这等于是掏取雇员的积蓄让他们破产，残酷无人道。另一个原因是，好的雇主不会将风险转嫁到雇员身上。这些风险应当作为整体承担下来，而不是一个个分散到犯错误的雇员头上，尤其是他们操作的还是雇主的机器。雇主从使用机器的过程中获利，那就应当承担机器带来的损害，即便损害可能肇发于人的误操作。”

Lister 案虽然在上议院被驳回，却引发了对雇主求偿权的反思。^[79]本案之后，英国政府以斡旋的方式要求保险公司在这类案件中克制代位请求的行使。现实中虽尘埃落定，但理论上与丹宁勋爵的追求相去甚远。因为判例在法律上并未否定雇主的求偿权，雇主不起诉雇员只是所谓的“君子协定”，现实中雇员的解放状态只是暂时的。

当下的英国学界也传出变革的呼声。如 Gray 在新版教科书中明确指出，“*Lister* 案所呈现的问题令人震惊，促使人们反思雇主求偿权的法律基础。过去大多数学者都承认雇主的求偿权（包括本书第一版的作者）。我认为，承认雇主的求偿权是错误的，因为雇主求偿权与越来越被认为是正确的替代责任的基础相冲突。”^[80] Gray 所说的“正确的替代责任的基础”指的就是雇主的自己责任。他认为，“实务中以雇主为替代责任‘最终责任承担人’的这一现实，从各种观点看都是一件好事情。将责任转嫁给有过失的雇员不啻于给他们以（经济上）的重击，就像事故之于受害人一样，等于让雇员和他的家庭破产。雇员不具备通过责任保险或其他手段分散损失的条件，而且现实中没人这样做。我们现有的经济以及商业活动的构造和制度并没有使雇员比雇主更易于吸收或分散风险。如果让雇员承担风险甚至会招致工业经营的工资成本飙升。进一步而言，

[77] See Harper, James and Gray, *Torts*, 3rd ed., Vol. 3, Wolters Kluwer 2007, p. 69, at note 59.

[78] 同上书，第 174 页。

[79] See Williams, *Vicarious Liability and the Master's Indemnity*, 20 Mod. L. Rev. 220, 437 (1957); Steffen, *The Employer's "Indemnity" Action*, 25 U. Chi. L. Rev. 465 (1958).

[80] Harper, James and Gray, *Torts*, 3rd ed., Vol. 5, Wolters Kluwer 2008, p. 7, at note 12.

从事故预防的观点看,雇主比雇员能够更敏感地感受到来自侵权责任的压力。”〔81〕当下,英国学界正处于变革的前夜,学者开始抛弃雇员是最终责任承担人的教条,报偿理论和风险理论也逐渐扩张到雇主和雇员的内部关系中。当报偿、风险责任论从说明雇主为何要替雇员“垫付”赔偿的理论转变为说明雇主为何要“最终承担”责任的理论之时,替代责任就走到了尽头。

五、比较法视角下的《人身损害赔偿解释》第9条

(一) 雇主责任的归责原则

1. 功能主义的比较法综论

雇主责任究竟是替代责任还是过错责任,不能从法条的标题是否带有“替代责任”四个字来判断,也不能单从法条中是否规定了雇主免责来判断。

德国民法典虽然明文规定了雇主的免责抗辩,但判例却在第831条之外发展出组织过失责任的法理。根据该法理,一旦损害发生法官很容易得出企业组织中有瑕疵的心证(德判例3),雇主的免责抗辩被严格限制。日本民法典也明文规定了雇主的免责抗辩,但法典实施后学界和判例却走向了替代责任。如今,判例虽然在表面上坚守替代责任,但现实中“职务执行性”要件却暗中发挥着免责抗辩的功能(日判例5)。以“非执行职务”为由免除雇主责任的解释技巧,英国法院也使用过(英判例1)。这是采替代责任的国家的法官在价值判断上觉得不应让雇主负责却又不愿意为推翻旧有的理论体系负政治责任时所惯用的手法。“雇主的注意义务”要件与“职务执行性”要件之间互通有无的关系在我国判决中也能观察到,有着相当的普遍性(我国案例1)。

综上,德国法中雇主免责受到限制并非因为德国法例向了替代责任,而是因为过失的概念本身发生了变化;采无过错替代责任的英国法和日本法中同样存在着允许雇主免责的案件,只不过披上了“非职务执行”的外衣。可见,绝对不允许雇主免责抗辩的解释论是不现实的,纯粹的无过失替代责任说只是空中楼阁。

此外,由于替代责任说在原理上以雇员的侵权责任为雇主责任的前提,现实中必然遭遇下述难题:(1)替代责任解释不了雇员无责任能力、无过失或免责的案件。采替代责任的国家中,如遇有上述情况,法院为保护受害人不得不用“拟制”来敷衍:雇员无责任能力时法院就“拟制”出责任能力(日判例1),雇员无过失或无重过失时法院就“拟制”出过失或重过失(日判例2、3),雇员被免责之时法院就“拟制”出雇员在实体法上的责任(英判例2)。(2)替代责任应对不了加害人难以特定的案件。尤其是大规模的现代企业中,加害行为复杂,受害人无法特定具体的加害人,更不用说证明其具体过失了(德判例3)。此外,即便不是大企业,直接加害人逃逸的情况也时有发生(我国案例2)。如果按照替代责任的思路判案,等于拒绝保护受害人。(3)替代责任有悖于劳动者解放的时代要求。以日本判例2为例,案件中医生对供血人只进行了问诊而没有复检,是因为供血人持有血液斡旋所的会员证,这是医疗制度的问题,很难说是医生的过失,但在替代责任之下法院为了追究医院的责任不得不“拟制”出医生的过失。而医院向受害人作出赔偿后,反而可以向这些被“拟制”出过失的医生求偿。医生们或可依过失相抵等为由主张医院与有过失以求降低求偿额,但不可能减到零。由于雇主的求偿往往不是在法庭中,而是以扣发工资、奖金等形式在内部消化掉,因此劳动者解放的需求不像受害人保护那样尖锐地曝露于外,而是深伏在社会肌体之中,时而引起阵阵钝痛。

从整体趋势而言,替代责任并不是雇主责任的最终归宿。能够最大程度地限制雇主的免责抗

〔81〕前引〔80〕,Harper等书,第7页以下。

辩，同时又不以雇员的侵权责任为要件，并能顾及劳动者解放的雇主责任构成才是趋势所向。从这个意义上说，德国法上的企业组织责任理论与英国法、日本法上的报偿、风险责任的扩张理论在功能上殊途同归，而传统的替代责任已远远落后于时代。

2. 我国法上雇主责任的归责原则

鉴于上述比较法研究的结论，笔者认为，我国《人身损害赔偿解释》第9条所规定的雇主责任在本质上是一种特殊的自己责任，即组织过失责任。理由如下：

第一，组织过失责任符合我国司法实务的倾向。组织过失责任中雇主的注意义务不是传统的对具体权益完整性的注意义务，而是保证整个组织体安全经营的一般性注意义务，雇主仅靠证明自己尽到选任和监管的义务是不足以免责的。这样，组织过失责任在最大程度上限制了雇主的免责抗辩。这与我国司法实务采过错责任说的倾向不谋而合。当雇主为组织体的安全运营穷尽了一切手段而仍不免发生损害之时，雇主可获免责，这样的情况即便在采替代责任的传统国家中也客观存在。《人身损害赔偿解释》第9条未规定雇主免责抗辩条款并不能成为雇主责任就是替代责任的有效证据。

第二，组织过失责任符合我国司法解释的构造。《人身损害赔偿解释》第9条规定，仅有轻过失的雇员可以拒绝雇主的求偿。根据替代责任说，雇员的行为是责任的根源，而雇主责任只是第二性的、附属的责任，因此雇主的求偿权是理所当然的。相反，组织过失责任的构成与旨在减轻雇员赔偿责任的立法思想更具亲和力。雇员的过失成为企业运营过程中不可避免的现象。由于雇员过失的频率能够依企业的风险控制和组织管理而减小，所以由这些过失引发的损害最终应作为一个整体归责于雇主在组织上的瑕疵。因此，雇员的过失行为根本不发生独立的侵权责任，雇员可以从赔偿责任中解放出来。其实，上述论证思路在我国的司法判决中已经有所体现（我国案例4、5）。

（二）劳动者的解放

1. 功能主义的比较法综论

无论是德国法、英国法还是日本法，历史上都曾有过一段时间允许雇主向雇员百分之百求偿，而且在价值判断上假定雇员的过失比雇主的过失更可归责。这个假定的前提是雇主和雇员在人格上的独立：雇员的加害行为是个人对个人的加害，雇主责任是雇主对“他人行为”的责任。

然而，这样的法律思想早已不容于现代社会。首先，企业加害已成为现代社会的常态，此时雇员的行为只是企业经营活动的一环，不应看作独立的加害行为。其次，劳动工具的高风险性导致的损害往往超出雇员的赔偿能力。再次，随着经营规模的扩大，某些典型的经营风险会以一定概率反复出现。企业虽然不可能禁绝该类损害的出现，但能够通过优化企业的组织控制风险以减少失误的频率。因此，雇员的所谓“过失”的背后隐藏着雇主在企业组织上的缺陷。与传统社会相反，现代社会中雇员的过失并不比雇主的组织过失更具可归责之处。

针对这样的现实，德国劳动法院提出了劳动者解放的法理：由于雇主对雇员有照料义务，不能就自己的损害向仅具轻过失的雇员行使求偿权；如果受害人直接向雇员求偿，雇员可以请求雇主承担赔偿责任，或先垫付赔偿后再向雇主求偿。可见，劳动者解放旨在追求雇员轻过失免责的效果。但由于德国民法上残存着受害人对雇员的直接损害赔偿请求权，劳动者解放并不完整。当雇主的责任因意定或法定的原因而减免时，雇员可否援用雇主的免责抗辩就成了问题。因为如果允许援用，则意味着受害人的直接请求权也受到了限制。实际上，德国联邦最高法院已经承认雇员可以援用雇主的免责事由（德判例4）。可以说德国法距离完全的劳动者解放仅有一步之遥，但这最后一步将走得万分艰难。

日本法上，限制雇主求偿权的思想为判例所承认（日判例6）。在判例中，日本最高法院明确了雇主求偿权的限制因素，并指出限制的射程及于雇主的直接损害和因雇主责任而受的损害两

者。但从整体脉络看,日本的判例还停滞于诚信原则构成,学界还纠结于雇员对雇主的所谓逆求偿。依功能主义解释,逆求偿相当于德国法上的偿还请求权,这个问题在德国早就被克服了。可见,在雇主流求偿权的问题上日本判例的法理形成相当滞后。究其原因,就在于替代责任论坚持认为雇员自身的侵权行为是雇主责任的根源,而在这样的框架下根本解释不出逆求偿权。

2. 我国法上的劳动者解放

《人身损害赔偿解释》第9条规定了雇员的轻过失免责。也就是说,雇员因轻过失导致损害时,不仅雇主无求偿权,被害人也不能向雇员请求损害赔偿。尤其是结合《民诉法意见》第45条看,受害人对雇员不仅欠缺实体法上的请求权基础,连民事程序上都不能将雇员列为被告。可见,我国司法实践中劳动者解放的传统由来已久,而且是完全意义上的解放:雇员的轻过失行为根本不被看作是独立的侵权行为。这样,《人身损害赔偿解释》第9条使我国民法轻松跳过了日本法苦苦纠结的逆求偿问题,同时也不必像德国法那样绕个弯子才能使雇员获得解放。

唯一的疑问就是雇主无资力的情况。但这仅仅是技术问题。在现实中,雇主无资力的情况可能会出现,但不会成为大问题。原因在于:(1)雇主濒临破产而雇员十分富有的情况微乎其微;(2)我国有公平责任的条款,法官有权判决轻过失的雇员作出经济上的适当补偿;(3)法官可以通过调节重过失的解释,保护受害人。^[82]

此外,《人身损害赔偿解释》第9条作为劳动者解放法理的载体应获得广阔的适用空间:不仅适用于雇员致第三人损害的情形,也应准用于雇员致同事损害或直接致雇主损害的情形。劳动者解放的思想首先就是在雇员直接导致雇主损害的类型中发展起来的,后来才及于第三人损害的情形。雇主的损害赔偿请求权的限制依据和雇主流求偿权的限制依据也是一致的:德国判例中,两者都受限于雇主的照料义务,而在日本判例中,两者都受限于诚信原则。不过我国法与德、日两国有所不同。我国法上,雇员的轻过失职务执行行为被雇主的经营风险所吸收,视作雇主自身的行为。既然雇员身上不存在单独的赔偿责任,无论是雇主的求偿权还是雇主的损害赔偿请求权,都没有行使的余地。

结 语

综上所述,围绕雇主可否通过证明已尽到选任、监管的义务而免责,雇主责任是否以雇员的侵权责任成立为前提,受害人可否向轻过失雇员请求损害赔偿,雇主是否只有在雇员故意或重过失时才有求偿权,雇员直接致雇主损害时可否向雇主主张轻过失免责等五个问题,本文的结论如下:

1. 替代责任并非“两大法系国家侵权法的一般原则”,绝对的无过错替代责任是不存在的。雇主责任的归责原则应是组织过失责任,应通过改革传统过失概念最大限度地限制雇主的免责抗辩。此时,雇主须对组织体不存在瑕疵负一般性举证责任,仅靠证明自己已尽到选任和监管的义务不足以获得免责。

2. 由于替代责任以雇员的侵权责任的成立为前提,因此不可避免地伴随下列缺陷:逻辑上解释不了雇员无责任能力或被免责的情况,解决不了现代企业的加害行为愈发复杂的现实。过分强调雇主责任的“替代性”,与劳动者解放的潮流背道而驰。一言以蔽之,《人身损害赔偿解释》第9条不以雇员的侵权责任为雇主责任的要件是明智的。

[82] 我国近期的基层法院判决中,违反交通规则可以被认定为重过失(南阳市卧龙区人民法院(2011)宛龙梅民初字第368号),互殴致人轻伤也被认定为重过失(上海市闵行区人民法院(2011)年闵民一(民)初字第5336号),认定重过失的幅度很大。

3. 从组织过失责任的角度解释，雇主在组织体的风险控制和组织管理上的失策才是雇主责任的渊藪，而雇员的过失只不过是企业组织瑕疵的副产品，应为雇主的行为所吸收。

4. 基于劳动者解放的法理，雇员的轻过失加害行为不发生独立的侵权责任，雇主不能向雇员行使求偿权。

5. 作为劳动者解放法理的载体，《人身损害赔偿解释》第9条不仅适用于雇员致第三人损害的情形，也应准用于雇员致同事损害或直接致雇主损害的情形。

劳动者解放不是具体某一个国家或某一位学者的价值选择，而是伴随着企业规模化以及雇员在生产经营过程中独立地位的丧失所必然产生的具有普遍意义的思想。《人身损害赔偿解释》第9条所规定的“雇员轻过失免责”可以看作是对这一思潮的积极回应。

Abstract: The prevailing view of Chinese civil law scholars regards employer's liability as vicarious liability without fault. However, Article 9 of the Judicial Interpretation for Liability of Personal Injuries provides that the employer should be strictly liable for compensating the loss of the injured whilst the employee, who caused the injury in mere light negligence, should be privileged from not only the indemnity to the employer but also the claim from the injured party. It is in practice usually so construed that the liability of tort by the side of the employee is not a necessary condition for the liability of the employer. In short, the employer may be liable although the employee is not, which is obviously incompatible with the fundamental idea of vicarious liability and severely criticized by the advocators of the vicarious liability theory.

The paper finds that the vicarious liability theory is no longer the development trend of employer's liability and as a matter of fact there exists no pure liability without fault. Even in England and Japan, where employer's liability was traditionally considered as vicarious liability, the courts after taking the duty of the employer into consideration nevertheless tend to exempt the employer from liability only on the ground that the employee was not in execution of his employer's business. The employer's liability is essentially the liability for organizational negligence and derives from the defect of the organization of enterprise. So the employee's liability of tort is not required as a necessary condition for the liability of the employer, otherwise would lead to harmful effects. The light negligence of the employee may only be a by-product of the defect of organization and therefore can be dissolved into the management activities of the employer. Generally speaking, employees in light negligence should be released from the liability of any compensation. In conclusion, Article 9 of the Judicial Interpretation for Liability of Personal Injuries is the one which develops on the basis of the theory of liberation of employee.

Key Words: employer's liability, vicarious liability, liability of organizational negligence, limitation of indemnity, liberation of employee
