

使用人责任疑难问题探讨 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E4_BD_BF_E7_94_A8_E4_BA_BA_E8_c122_485309.htm

【摘要】使用人责任是侵权责任法的基本类型，我国制定侵权法应予规定。使用人责任从总体而言，是自己责任，其被用者“执行职务”应采外形理论。使用人与被用人之间是不真正的连带债务，使用人对被用者的追偿应限于被用者的重过失。使用人责任是使用人对被使用人在执行职务活动中给他人造成损害而承担的民事责任。使用人责任，是侵权责任法的重要类型之一。它包括企业责任、国家赔偿责任、其他作为社会团体或个人因使用他人而承担的责任。我国民法通则第43条规定了企业法人对其工作人员执行职务致人损害的责任，第121条规定了国家赔偿责任，而没有使用人责任的统一规定。究其原因，系因改革开放初期，企业法人或国家机关之外的社会团体和个人，使用他人的情况虽有所发展，但尚未成为基本的社会问题，在1984年民法典草案基础上制定的以民法总则内容为主的民法通则，在其制定过程中未对使用人责任予以研讨，故而不可能在“宜粗不宜细”的民法通则中加以规定。在改革开放的28年中，特别是实行社会主义市场经济的13年里，企业法人和国家机关法人之外的社会团体大量涌现，自然人个人使用他人的社会关系也大量发生，司法实践中也处理了大量相关案件。因此，新形势下制定中国的侵权责任法，有必要对使用人责任进行深入研究，以期立法作出确切规定，妥切规范相应社会关系。

一、使用人责任究竟是自己责任还是代位责任 使用人责任究竟是自己责任还是代位责任，是

颇为疑难的争论问题之一。有学者经研究认为，古罗马法贯彻行为人对自已的故意、过失行为负责的自已责任原则，对他人行为不负责任。而日尔曼法采结果责任主义，家长对其孩子和同居的人的行为承担无过失责任的代位责任。法国民法典第1384条规定：“主人与雇主，对其仆人及受雇人因执行受雇的职务所造成的损害，应负赔偿的责任。此规定继受了日尔曼法的结果责任主义（无过失责任）。德国民法第831条规定：“11雇用他人执行事务的人，对受雇人在执行事务时不法地施加于第三人的损害，负赔偿的义务。21雇用人在受雇人的选任，并在其应提供设备和工具器械或应监督事务的执行时，对装备和监督已尽相当的注意，或纵然已尽相当的注意，也难免发生损害者，不负赔偿责任。”此规定继受了罗马法的自已责任主义[1]。日本民法仿效德国，其第715条（一）项规定：“因某事业雇用他人者，对受雇人因执行职务而加于第三人的损害负赔偿责任。但是，雇用人对受雇人的选任及其事业的监督已尽相当注意时，或即使尽相当注意损害仍会发生时，不在此限。”就近代资本主义国家立法而言，其起草者的意图是明确的，即法国采用无过失责任，使用人对他人行为承担的是代位责任，德、日等国采用过错责任主义，使用人承担的是对被用者的选任、监督过错承担的自已责任。日本判例，以被用者的行为满足民法第709条（过错责任）的条件为前提，且根据民法715条的规定，使用人承担责任后原则上可以全额向被用者追偿，有代负之意，故解释为代位责任。但这种代位责任又以使用者选任监督义务的违反为条件，又具有自已责任的要素，而日本国家赔偿法规定的责任与选任监督注意义务的有无没有关系，不是使用

者代负，而是作为自己的不法行为承担的直接责任 [2]。使用者责任，是基于使用者自身利益的归属、危险的支配事由而对外承担的责任，而且被用者的加害限于使用者的事业活动及其危险，使用者是终极的责任承担者，应为自己责任 [3]。在英美法中，学者论及雇主对雇员的责任时称“替代责任”，但未见立法使用这一概念，美国的《侵权行为法重述》也未使用这一概念。德国学者克雷斯蒂安#8226.巴尔在论及这一问题时说：“普通法称之为替代责任（Vicarious Liability）。尽管这一表述根深蒂固，但是并不恰当：真正的替代责任是由于代理关系而产生的。雇主责任并不是替代而是补充雇员的责任；雇主和雇员为竞合的多数加害人（参见爱尔兰《民事责任法》第11 [2][a]条），并因此作为共同加害人承担责任” [4]。不仅“替代责任”不恰当，用“代位责任”表述法国民法第1384条的规定也同样不恰当。无论法国、德国、日本还是英国、美国，立法均未使用“代位责任”、“自己责任”、“替代责任”的概念，我国侵权责任法亦应避免使用这些概念，但可用“使用人责任”表述。我国学者建议稿和民法典草案都使用“替代责任”一语，实为不妥。依愚所见，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，而是两者兼而有之。不管立法采过错责任还是无过错责任都是相同的。如果不是代位责任，使用人承担责任后为何可向被用人追偿？如果不是自己责任，又为何被用人的责任首先由使用人承担？如果从根本上说，笔者倾向于使用人责任是自己责任，除源于使用他人的报偿及危险外，更有理由如下：（一）对使用人责任无论采无过失责任（如法国民法）或过错推定责任（如德、日民法），从法律适用分

析，都十分接近。过错推定责任，是介于过错与无过错两种责任之间的中间责任，从仍以推定的过错为要件，属过错责任，从推定的过错，使用人究竟有无过错还是不一定分析，属无过错责任。这两种十分接近的责任主义，在适用中如果过错推定对使用人严格适用，则与无过错责任几无区别。日本只在第二次世界大战前有7例认可使用人证明无选任监督过错而免责的案例，第二次世界大战之后至今没有免责的案例，法律的免责规定实际已成空文 [5]。德国新近的民法学说，主张改采无过错责任 [6]。因此，从司法实践看，对使用人责任采无过失主义是一种趋势，不管现行立法如何规定，均不可依立法断定其责任究为代位责任亦或自己责任。（二）使用人责任，虽有无过失责任之趋势，但在这种无过失责任领域，又呈现过错、无过错责任交错存在的现象。即从实行无过失责任分析，虽法律规定不以使用人过错为要件，但如果使用人有选任、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，断无机械适用无过失责任之理由。因过错责任最能表明归责之原因，最能体现社会正义，最能指出责任人之过错予以谴责之。实践中，使用缺乏信义之他人或不具相应能力或资质之他人时有发生，使用人对被用人监管不力甚或与之同谋损害他人者均有之，诸如此类，均当优先适用过错责任。在美国，主人承担责任（*Yespondeat Superior*）虽为无过错责任，但过失雇佣（*Negligent Hiring*）原则排除这一原则的适用。如果一所学校雇用了一名有暴力记录的教师，如果这名教师殴打学生，那么学校就可能被法院判为承担过失雇佣的责任 [7]。这种主人承担的责任与过失雇佣责任均适

用于雇主对雇工执行职务造成他人损害。故，对两种责任交错存在之使用人责任，更不能统论其属于代位责任还是自己责任。著名案例Indiana Harbor Belt Railroad诉American Cyanamid Co判决写道“当过失责任可以解决问题时，……就没有必要求助于严格责任制度。” [8]（三）本文之所以主张在使用人责任可说代位与自己两种责任兼而有之，且认为从总体上应认使用人责任为自己责任，是从不同层面而言。就使用人责任内部而言，如使用人承担责任而向被用人追偿，其追偿的基础是已代位或替其承担了相应的责任，就使用人与被害人的关系而言，使用人必须首先承担，则表现为自己使用他人的危险责任或报偿责任，为自己应承担之责任。所谓从总体上看，着眼于加害者一方与受害者一方的关系，加害者一方对受害人首先由使用人负责，然后才可向被用人追偿，总体上是使用人自己的责任，是对其业务活动承担的责任，因此就其根本而言是自己责任。

二、使用人责任的法律地位

使用人责任的法律地位，取决于使用关系的范围。使用关系的存在是使用人责任积极的构成要件。使用关系，是使用人为某种事业而使用他人形成的社会关系。其事业，包括一时性的和连续性的，营利的和非营利的，合法的和违法的，有效的和无效的，有偿的和无偿的。因此，这种使用关系是一种事实关系，并非全是基于法律和合同形成的关系 [9]。使用关系，也不以雇用关系的存在为必要 [10]。就具体的种类而言，大体包括第一部分：企业对其职员执行职务的责任、国家对其工作人员执行职务的责任、非企业社会团体对其工作人员工作行为的责任、个人雇主对雇工执行受雇行为的责任、帮工形成的使用人责任、暴力团伙首领对其团员从事

团伙侵权的责任。广义上甚至包括第二部分：被代理人对代理人代理行为的责任、订做人对承揽人完成工作中致人损害的责任、汽车供用人责任及医院对医护人员诊疗过误致人损害的责任。对后一部分责任因法律有特别类型的规定而与使用人责任形成竞合，而狭义的使用者责任包括第一部分，这一部分首先应有使用者责任的一般规定，然后是所涉及的企业责任、国家责任、其他团体责任的特别规定，且不可能一一列举，使用者责任的一般规定即为此一类型的一般条款。使用者责任在侵权法中具有基本类型的地位。我国民法典学者建议稿及民法典草案，关于使用人责任虽有规定，但因未进行深入研究，其规定甚为不妥，应予修正。中国民法典立法研究课题组的建议稿，其第五编侵权行为第二节，依次规定了法人和其他社会组织（第一千五百九十四条）、替代责任（第一千五百九十五条）、国家机关及其工作人员造成损害的赔偿责任（第一千五百九十七条）。其替代责任就是使用人责任。除“替代责任”用语不妥，应改为“使用人责任”外，此种体例安排是在与团体责任、国家责任并列的狭小范围理解使用人责任，降低了使用人责任的应有地位。因此，应修正为将此节统称“使用人责任”，并首先规定使用人责任一般条款，然后规定法人及其他社会组织、国家赔偿责任等。暴力团伙组织者的责任，似应在此规定[11]。中国人民大学民商事法律研究中心的建议稿，其第八编侵权行为第三章名之“替代责任”，其中三节依次为国家机关及其工作人员致人损害、用人者的责任、监护人的责任。本章亦应改为“使用人责任”并对此种责任首先作出一般条款的规定。另，监护人责任与使用人责任不是一类，监护

人监护被监护人不是为了某种“事业”而使用他人，监护人责任也不是平常所说的“替代责任”“，替代”以被用人有行为能力为条件，而被监护人是没有行为能力或者没有完全行为能力的人。监护人责任为与使用人责任并列的独立种类[12]。中国民法典草案仅在第八编侵权责任法第六十二条规定法人的侵权责任，没有规定使用人责任的一般条款，亦未见国家赔偿责任的一般规定，显系不足。

三、被用者执行职务的认定 被用者“执行职务”的认定，是适用使用人责任的关键。王利明先生主编的民法典建议稿第一千八百九十二条规定：“执行职务，是指劳动者从事用人者授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。劳动者的行为超出授权范围，但其表现形式是履行职务或者与履行职务有内在联系的，应当认定为履行职务。”[13]这一规定是基本妥当的。对此，法、德、日民法均未作规定，为解释论之问题，我国侵权责任法，可以对此加以规定，因有国外经验可值借鉴。国外司法实践，经历了一个从“一体不可分说”到“外形理论”形成的过程。所谓一体不可分说，主张被用者的加害行为必须与执行职务密切联系，一体而不可分，使用人才承担责任。对其联系性，严格从执行职务的时间、地点及行为的职务性界定，即只有在执行职务的时间、地点为职务上的行为，才能成立使用者责任。这是较早的理论。我国20世纪六七十年代的台湾著作，大陆改革开放初期关于法人责任的研究，均为一体不可分说。由于此说对使用者有利，而对受害人不利，国外司法判例逐渐扩张适用表见代理的外形理论，先是对交易的不法行为逐渐适用外形理论，之后又扩张适用于事实的不法行为。所谓外形理论，即从行为的外观上

看，是执行职务的行为，而不严格限于执行职务的时间、地点或行为的性质。所谓交易的不法行为，指被用者的行为是民事交易行为。如股份公司的职员伪造股票或票据损害他人，从外形看是职务行为，所谓事实的不法行为，指交易外的侵权行为，如公司司机在工作时间外办私事开车发生事故损害他人，从外形看也是职务行为。交易的不法行为，违背被害人交易外观的信赖，是被用者超越权利或滥用权利，使用人应负危险责任或报偿责任。事实的侵权行为，并非违反人们对交易外形的信赖，而是取决于使用人的支配领域内的危险，故使用人亦应对此负责。当然在适用外形理论时，应考量加害行为与其职务的关联性，使用人对被用人危险支配的可能性，尤其对事实的不法行为，如完全脱离使用人的支配领域，则不能成立使用者责任 [14]。

四、使用人的追偿权

使用人责任，是多数人之债，并且是多数债务人之债。使用人对被害人承担赔偿责任后，可否向被用人追偿以及如何追偿，主要有以下不同学说 [15]：

（一）轻过失不可求偿说。此说认为，被用者的轻过失是其事业中的产物，不过是伴随其事业的危险。在采过错推定责任的立法，认为使用人选任监督上的过失吸收被用人的轻过失，而被用人故意或重过失，则不能被使用人过失吸收，故对轻过失不可求偿，对故意、重过失可予求偿。

（二）权利滥用、诚实信用违反说。此说认为，如被用者违反诚信原则，滥用权利，使用者可相应追偿。

（三）过失相抵说。此说认为，如使用者对被用者在选任、监督、提供劳动条件方面有重过失，则应考虑工资低廉、劳务过度、企业设施欠缺、工作程序不规则也构成加害行为的原因，应适用过失相抵规则，对应予相抵的部分不能

追偿。此学说也不承认被用者对被害人直接赔偿后向使用人的逆求偿。（四）共同不法行为说，此说认为，在使用人与被用人对造成损害均有过失时，构成共同的不法行为，使用人对被害人承担责任后，对被用人应承担的部分有追偿权。

（五）不真正连带债务说。此说认为，使用者的责任和被用者的责任只是在目的上具有共同关系，是不真正的连带责任，因此，以两者各自负担的部分作为求偿的对象。所谓不真正的连带责任，是因法律或合同没有连带的规定，并且被用者责任是基于一般过错责任的规定，使用者的责任是根据法律的特别规定，两责任的法律根据不同，使用人与被用人也无连带的意义，也不存在相应负担的部分[16]。既然非连带责任，法官就应考虑使用者承担的防止事故的善管义务、履行业务时的合理注意义务公平决定各自的负担部分，并且应考虑违反契约义务的原因力以及被害人轻过失时否定求偿是公平的。（六）固有责任说。此说认为，使用人责任的根据是危险责任和报偿责任，使用者对受害人承担的责任是直接的、全面的，被用者对受害人没有责任。因此，不存在使用人向受害人追偿的问题。（七）区分内部义务是否违反及违反情况说。日本学者潮见佳男在其新近出版的著作中，主张如被用者为图自己利益滥用职务权限，故意加使用者财产上之不利益而实施加害行为，与被害人之间就不具有业务执行性，对此，使用人向被害人承担责任后，可向被用者全额追偿；被用者如有轻过失而违反义务，可斟酌使用人选任监督过失与被用者的轻过失决定两者的负担比例，并予允许追偿；被用者在对被害人实施不法行为之际没有违反规范使用人与被用人的内部关系的义务时，则不允许使用人向被用人追

偿 [17]。我国民法典学者建议稿（梁慧星等建议稿及王利明等建议稿）规定，被用人有重大过失的，使用人承担责任后可向其追偿，为轻过失不可求偿说之主张。然而学者建议稿之规定，均采无过失责任，与德、日民法采过错推定不同，非使用人选任监督过失吸收被用人轻过失，而是使用人责任的危险主义、报偿主义吸收被用人轻过失之主张。重过失之所以承担可予追偿，系因重过失超出使用人危险责任容忍限度，被用人严重违反使用关系之义务。对为谋取个人私利之重过失，因不具执行业务性，使用人可全额追偿。对确属以执行业务为目的之行为，纵有重过失，使用人只能相应追偿。对此两点，立法亦应作出规定。同时，我国立法还应吸收不真正连带债务说，鉴于使用人责任根据法律的特别规定，而被用人责任根据过错责任的一般规定，从而不存连带责任，立法不应像有的学者建议稿那样规定为连带责任。与使用人追偿权相类同的，是被用人的逆求偿，即被用人承担责任后，可否向使用人追偿问题。对此，国外立法未见规定，但实务中涉及。理论上认为，基于报偿责任原则，支付赔偿的被用者有权向使用者追偿。也有学者认为，因使用者欠缺赔偿能力，被害者一般会选择使用人请求赔偿，加之被用者过失重大时，往往其逆求偿不被承认，因此，逆求偿欠缺实效性 [18]。对此，立法虽可不作规定，但实务中如发生被用者向受害者赔偿，其对使用人的逆求偿有理由时，法院应予支持。其理由，根据不真正连带债务应由使用人承担的部分，即为可逆求偿部分。【注释】作者简介：作者系复旦大学法学院教授 [1] [日]井上英治.现代不法行为论〔M〕.日本：中央大学出版部，2003. P149-150 [2] [日]泽井裕.事务管理?不当

得利?不法行为(第2版)[M].日本:有斐阁,1996.P282 [3] [日]四宫和夫.不法行为[M].日本:青林书院,1985.P682 [4] [德]克雷斯蒂安?冯?巴尔.欧洲比较侵权行为法上卷[M].张新宝,译.北京:法律出版社,2001.P419 [5] [日]井上英治.现代不法行为论[M].日本:中央大学出版部,2002.P150 [6]梁慧星.中国民法典草案建议稿附理由[M].北京:法律出版社,2004.P76 [7] [美]文森特?R?约翰逊.美国侵权法[M].赵秀文,等,译.北京:中国人民大学出版社,2004.P192-194 [8] [美]文森特?R?约翰逊.美国侵权法[M].赵秀文,等,译.北京:中国人民大学出版社,2004.P198 [9] [日]泽井裕.事务管理?不当得利?不法行为(第2版)[M].日本:有斐阁,1996.P285-286 [10]潮见佳男.不法行为法[M].日本:信山社,1999.P355 [11]梁慧星.中国民法典草案建议稿附理由[M].北京:法律出版社,2004.P75以下 [12]王利明.中国民法典草案建议稿及说明[M].北京:中国法制出版社,2004.P243以下 [13]王利明.中国民法典草案建议稿及说明[M].北京:中国法制出版社,2004.P246 [14] [日]潮见佳男.不法行为法[M].日本:信山社,1999.井上英治.现代不法行为论[M].日本:中央大学出版部,2002.山田卓生、国井和郎.新?现代损害赔偿法讲座[M].日本:日本评论社,1997. [15] [日]山田卓生,国井和郎.新?现代损害赔偿法讲座4[M].日本:日本评论社,1997.P113以下 [16] [日]泽井裕.事务管理?不当得利?不法行为(第2版)[M].日本:有斐阁,1996.P297 [17]潮见佳男.不法行为法[M].日本:信山社,1999.P366 [18] [日]井上英治.现代不法行为论[M].日本:中央大学出版部,2002.P164-165 100Test 下载频道开通,各类考试题目直接下

载。详细请访问 www.100test.com