

# 转承责任归责原则的复合性和构成要件的二重性

杨署东

(重庆大学 法学院, 重庆 400045)

**摘要:**转承责任不是单一归责原则而是复合归责原则的适用;责任人转承责任的归责原则主要是无过错责任原则,行为人侵权行为构成判断原则具有多样性和复杂性。归责原则的复合性决定了转承责任构成要件的二重性:责任人的转承责任构成要件和行为人的侵权行为构成判断要件不相同,责任人的转承责任构成要件也不同于其他特殊侵权责任。责任人的转承责任构成要件主要包括:责任人和行为人间具有特定的基础关系,行为人为侵权行为时居于基础关系约束的地位,行为人的行为构成侵权;行为人的侵权行为构成判断要件根据行为发生的不同情势,具有多样性和复杂性。

**关键词:**转承责任;归责原则;构成要件

**中图分类号:**DF5

**文献标志码:**A

**文章编号:**1008-5831(2008)06-0096-06

转承责任同其他替代责任和特殊侵权责任有极大的差异,转承责任的归责原则和构成要件与其他非转承责任之侵权责任也有显著的不同。转承责任的归责原则并非人们通常认为的是单一归责原则的运用,而是复合归责原则的适用;转承责任归责原则的复合性决定了其构成要件也非人们通常认为的单一性,而是具有二重性特征。弄清转承责任的归责原则和构成要件的这种复合性和二重性特性将直接有益于司法实践。

## 一、转承责任概说

转承责任,是指责任人因与他人间的特定基础关系而对该他人的侵权行为承担民事责任的一种责任形式,是一种基本的实体法律制度,转承责任属于特殊侵权责任,是替代责任中的一部分<sup>[1]</sup>。转承责任作为一种特殊侵权责任,其基本特征是:首先,责任人与行为人相分离,责任人为行为人所造成的损害对受害人承担民事责任;其次,转承责任的发生是基于行为人侵权行为发生之前就业已存在的行为人与责任人间的特定基础关系;第三,尽管转承责任涉及到受害人、行为人和责任人三方当事人,但在与受害人的民事责任法律关系中,行为人却不具有民事责任承担者的法律地位,不与责任人一起对受害人承担连带责任,也不承担不真正连带责任或补充责任<sup>[2]364-436</sup>。另外,在为责任人利益的转承责任中,责任人承担民事责任后,一般情况下,可向有故意或重大过失之过错的行为人行使追偿权,让其承担全部或部分民事责任;在为行为人利益的转承责任中,基于为行为人利益转承责任的基础关系的性质和目的,责任人承担民事责任后,无权向有过错的行为人追偿。

转承责任的概念和基本特征决定了转承责任不等同于替代责任和特殊侵权责任。当然,替代责任本身也不等同于特殊侵权责任。转承责任是替代责任的种概念,特殊侵权责任是替代责任的属概念。转承责任仅限于为他人的行为负责的特殊侵权责任或替代责任,不包括替代责任中的为自己管领下的物件致害的侵权责任,也不包括特殊侵权责任中的作业活动致害的侵权责任。转承责任类型是以转承责任这一范围为基础的,责任人与行为人间基础关系的分类决定

收稿日期:2008-06-10

作者简介:杨署东(1967-),男,四川渠县人,重庆大学法学院副教授,法学博士研究生,主要从事民商法学、经济法学研究。

欢迎访问重庆大学期刊网 <http://qks.cqu.edu.cn>

了转承责任的种类或类型。转承责任的基础关系一般可分为行为人利益的基础关系和为责任人利益的基础关系,由此,转承责任可分为为行为人利益的转承责任和为责任人利益的转承责任两大类。为责任人利益的基础关系实质上是责任人利用行为人劳务的关系,属一种使用关系,所以为责任人利益的转承责任实质上就是使用人转承责任。使用关系又可以分为支配的使用关系和利用的使用关系,因此,使用人转承责任又可分为支配关系的使用人转承责任和利用关系的使用人转承责任<sup>[3]</sup>。

## 二、转承责任归责原则

### (一)归责原则的复合性

所谓“归责”,是指责任的归属,即由谁来承担责任,其实质是决定侵权行为所引发的民事责任的归属或者决定何人对侵权行为的损害结果负责。所谓“归责原则”,就是确定侵权民事责任归属的标准和准则。

在侵权行为法律制度中,存在着多种归责原则。

第一,过错责任原则。过错责任原则是以过错作为价值判断标准,判断行为人对其造成的损害应否承担侵权责任。一般侵权案件,就是适用过错责任归责原则,由主观上有过错的行为人承担责任,缺少这一要件,即使行为人造成了损害事实,且行为人与损害结果之间有因果关系,也不承担民事责任。

第二,过错推定原则。过错推定原则是指在某些特殊场合,从损害事实的本身推定行为人(或责任人)有过错,并据此确定行为人(或责任人)责任。在适用过错推定原则的侵权案件中,受害人只需证明损害事实,违法行为和因果关系,如果行为人(或责任人)不能证明损害的发生自己没有过错,那么就从损害事实的本身推定行为人(或责任人)在致人损害的行为中有过错并为此承担责任。也有学者认为,过错推定原则,不是一独立的归责原则,只是过错责任原则的特殊表现形式<sup>[2]145</sup>。

第三,无过错责任原则。无过错责任原则是指在法律有特别规定的情况下,以已经发生的损害结果为价值判断标准,与该损害结果有因果关系的一方(行为人或责任人),无论有无过错,都要承担责任。受害人只需证明违法行为、损害事实和因果关系,行为人(或责任人)如果主张免责,应当承担举证责任,所要证明的不是自己无过错,而是受害人的故意或过失是致害的原因或具备其他法定的免责理由。否则,行为人或责任人就应承担侵权责任。

第四,公平责任原则。公平责任原则是指行为人(或责任人)和受害人都没有过错,在损害事实已经发生的情况下,以公平考虑作为价值判断标准,根据实际情况和可能,由相关各方公平地分担损失。

学者们普遍认为任何一种侵权责任不外乎是上述四种归责原则的单一归责原则的适用,但就某些具体侵权责任,尤其是特殊侵权责任,到底是哪一归责原则的适用,多有分歧。就转承责任而言,这种分歧也是存在的。众多学者认为,多数形态的转承责任都是适用无过错责任原则,如国家机关转承责任、法人转承责任和雇佣人转承责任;法定代理人转承责任则采用公平责任原则;定作人过失转承责任适用过错推定原则。

但是,杨立新先生在《侵权法论》等多部著作里

有不同的见解。他认为:除国家机关转承责任适用无过错责任原则外,其他转承责任,如法定代理人转承责任、法人转承责任、雇佣人转承责任和定作人过失转承责任,首先应当适用过错(推定)责任原则。其理由是:一是法律有明文规定。在国外立法中,相应的条文多有“雇佣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产生时”,不承担赔偿责任;“定作人对定作或指示有过失时”,始负推定责任的规定。二是适用无过错责任原则,对保护责任人的合法权益不利。如果责任人无论有无过错,均应负赔偿责任,不仅会使其放松对他人安全的注意义务,使社会危险状态增加,而且会养成责任人监督、选任、监护行为人的怠惰,疏忽大意等疏于职守的恶习,使责任人的合法权益受到侵犯。适用过错责任原则,既符合立法本意,又可以督促责任人精于选任,勤于管理,自觉履行注意义务,促使行为人忠于职守,减少社会危险状态。三是应当适用推定过错原则。适用严格的过错责任原则,受害人须举证证明行为人的主观过错,而受害人证明责任人的过错是困难的,还会使受害人处于不利地位;适用过错推定原则,即从损害事实中推定责任人疏于选任、管理、监护、注意之责的过失,实行举证责任倒置,由责任人证明自己无过错,方可免责,这使受害人处于有利的地位,使其合法权益得到有效的保护<sup>[2]360-361</sup>。目前,还未见有人论及在机动车驾驶学习中的教练员转承责任的归责原则问题。

尽管不同学者对某一具体形态的转承责任到底是哪一归责原则的适用存有分歧,但不难发现他们对归责原则的讨论都是基于某一具体形态的转承责任仅一个归责原则的运用,即单一归责原则适用。在非转承责任的其他侵权责任中,包括其他的替代责任和特殊侵权责任,单一归责原则适用的立论是成立的,正确的:在绝大多数侵权责任(非转承责任)中,某一具体侵权责任只存在一个归责原则的运用,归责原则之间是相互排斥的,非此即彼,要么是过错责任原则,要么是无过错责任原则,或过错推定原则,或公平责任原则。因为责任人和行为人是同一人,侵权责任的承担者和侵权行为的行为人是统一的,与受害人之间只存一个关系。而在转承责任中,因为责任人和行为人相分离,责任方(或行为方)存在两个独立的主体,侵权责任的承担者和侵权行为的行为人不一致,与受害人之间由此存在两个不同的关系,一个是行为人与受害人之间的事实致害关系,另一个是责任人与受害人之间的民事责任法律关系。责任人为行为人对受害人承担侵权责任,不仅要求责任人与行为人间存在特定基础关系和行为人为行为时居于基础关系约束的地位,还要求行为人的行为构成侵权,而不是只要行为人的行为造成了损害,就让行为人为行为时居于基础关系约束地位的特定基础关系另一方,即责任人来承担责任;行为人的行为尽管造成了受害人的损害,若不构成侵权,责任人也不承担责任。要确定责任人是否承担转承责任,首先得确定行为人的行为是否构成侵权。判断行为人的行为是否构成侵权,需按照一定原则或标准、准则进行,这个标准、准则就是所运用的归责原则,这就必须涉及到一次归责原则的适用,尽管这一次归责原则的运用不是为了让行为人承担责任;行为人的行为构成侵权时,还需再一次适用归责原则将责任归

于责任人之上。这两次运用的归责原则有可能是相同的,也有可能是不同的。例如,一商场职工为顾客送其购买的装饰建材至顾客家门前,在卸货时致一旁观人员受伤。很显然,在本案,该商场并不是无条件地承担该旁观人员受伤的侵权责任,首先得适用过错责任原则确定该职工卸货时的行为是否构成侵权,然后再按该商场为其职工从事职务活动侵权时承担责任的归责原则,即无过错责任原则,将侵权责任归于该商场之上。如果该职工的行为构成侵权,该商场不能以对其职工的监督、管理,甚至选任无过错来对抗受害人。如果受害人的受伤是自己的过错造成的,而该职工毫无过错,也不能因商场应承担无过错责任,而由该商场来承担赔偿责任。

因此,在转承担责任中,存在先后两次归责原则的适用,而两次归责原则适用时采用的完全可能是不同的归责原则。转承担责任不是单一归责原则的适用,而是复合归责原则的适用;责任人承担转承担责任的归责原则适用和作为行为人侵权行为构成判断原则的归责原则适用。

## (二) 责任人转承担责任归责原则

目前,侵权行为法理论上的转承担责任单一归责原则基本上就是讨论的转承担责任复合归责原则适用中的责任人转承担责任归责原则适用问题。

无论英美法系,还是大陆法系,不同国家或地区对同一转承担责任形态采用的归责原则各不同,甚至同一国家在不同的时期也采取了不同的归责原则,有的国家立法和司法实践做法都不一致。有采取过错推定责任归责原则的,如德国。德国民法第 831 条规定“雇佣他人执行事务的人,对受雇人在执行事务时违法施加于第三人的损害,负赔偿义务。雇佣人对于在任命受雇人时,并在其应提供设备和工具器械或者应当监督事务的执行时,对装备和监督已尽必要注意,或者即使已尽必要注意仍难免发生损害的,不发生赔偿义务”<sup>[4]</sup>。显然,德国民法采取举证责任倒置的方式,推定使用人具有过错,使用人仅能于举证证明尽到了对被使用人选任及监督上的注意时方能免责。日本和瑞士等国也采用此归责原则。日本民法第 713 条规定:“因某事业雇佣他人者,对受雇人因执行其职务而加于第三人的损害,负赔偿责任。但是,雇佣人对受雇人的选任及其事务的监督已尽相当注意时,或即使尽相当注意损害仍会产生时,不在此限。”<sup>[5]</sup> 瑞士债法典第 55 条规定:“营业的业主应当对其雇员或者其他辅助人在履行服务或者经营职责时造成的损害承担责任;但其能够证明在该条件下已经尽到避免损害产生的合理注意义务或者损害不管有没有尽到该注意义务均会产生的除外。”<sup>[6]</sup>

有采取过错推定原则与平衡责任原则相结合的归责原则的,如中国台湾地区。中国台湾民法典第 188 条:“受雇人因执行职务,不法侵害他人之权利者,由雇佣人与行为人连带负损害赔偿赔偿责任。但选任受雇人及其监督其职务之执行已尽相当之注意或纵加以相当之注意而仍不免发生损害者,雇佣人不负赔偿责任。如被害人依前项但书之规定,不能受损害赔偿时,法院因其申请,得斟酌雇佣人与被害人经济状况,令雇佣人为全部或部分损害赔偿。”<sup>[7]</sup> 该条第 1 款规定了过错推定原则,第 2 款紧接着就规定了平衡责任原则。中国台湾民法典第

187 条之规定也是如此:“无行为能力人或限制行为能力人,不法侵害他人之权利者,以行为时有识别能力为限,由其法定代理人负损害赔偿赔偿责任。前项情形,法定代理人如其监督并未疏懈,或纵加以相当之监督,而仍不免发生损害者,不负赔偿责任。如不能依前二项规定受损害赔偿时,法院因被害人之申请,得斟酌行为人与被害人经济状况,令行为人为全部或部分损害赔偿。前项规定,于其他之人,有无意识或精神错乱中所为之行为,致第三人受损害时,准用之。”<sup>[7]26-30</sup>

有采取过错责任归责原则的,如英美法系要求承担责任原则上必须以自身具有过错为前提,其过错就体现在未能尽到选任监督之注意义务上;法国法认为被使用人之过失为使用人自己过失,系属担保责任。

有采取无过错责任归责原则的,使用人就其被使用人因执行事务而加于他人之损失,应于负责,并无举证负责的可能。

但是,从责任人转承担责任归责原则的发展趋势看,各国侵权行为法理论和司法实践都倾向于采纳无过错责任原则。在日本和中国台湾地区,由于法院对使用人责任的免除要求极苛刻,基本上没有使用人举证免责成功的判例存在,这与无过错责任原则几乎没有实质差别。德国法院也通过一系列的判例修正了立法上的过错推定责任原则,还发展出了豁免雇工责任制度:如果雇主在执行委托给他的“具有危险性”的工作时致人损害,则以他不具有故意或重大过失为限,可请求雇主豁免其相对于第三人的损害赔偿义务。法院认为,雇工的失误虽然本身是可以避免的,但是雇主应当意识到此乃人类能力所限,因此,由该类失误引起的损害赔偿应归入雇主的企业经营风险,无论雇主能否提供免责的证明,都必须对雇工授权行为造成的损害承担赔偿责任。这些制度体现了转承担责任归责原则由过错推定责任向无过错责任发展的趋势。

中国的转承担责任中责任人的转承担责任归责原则也主要是采用与世界转承担责任归责原则发展趋势相一致的无过错责任原则。但在侵权行为法理论上,就中国转承担责任的归责原则,如前所述,呈众说纷纭之态,就同一具体形态转承担责任中的责任人承担转承担责任的归责原则认识也是不一致的。事实上,纵观中国转承担责任法律制度的法律法规规范和司法解释,除以利用的使用关系为基础关系的定作人过失转承担责任外,其他以支配的使用关系为基础关系和为行为人利益的基础关系的转承担责任都没有以“过错”为要件,也没有责任人举证证明自己尽到选任、监督等注意义务而免责的规定。因此,中国的转承担责任法律制度,除定作人过失转承担责任采用过错推定原则外,均不是采用过错责任原则或过错推定原则,而是采用无过错责任原则。例如,《民法通则》第 121 条规定:“国家机关或国家机关工作人员在执行职务中,侵犯公民、法人的合法权益造成损害的,应当承担民事责任。”《国家赔偿法》第 2 条规定:“国家机关和国家机关工作人员违法行使职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的,受害人有依照本法取得国家赔偿的权利。”2006 年 1 月 1 日起施行的修正后的《中华人民共和国证券法》第 146 条规定:“证券公司的从业人员在证券交易活动

中,执行所属的证券公司的指令或者利用职务违反交易规则的,由所属的证券公司承担全部责任。”《道路交通事故处理办法》(2002年9月1日起施行的《医疗事故处理条例》已代替了《医疗事故处理办法》)第31条规定:“……机动车驾驶员在执行职务中发生交通事故,负有交通事故责任的,由驾驶员所在单位或者机动车所有人承担赔偿责任……”《道路交通安全法实施条例》第20条规定:“学员在学习驾驶中有交通安全违法行为或造成交通事故的,由教练员承担责任。”《企业事业单位内部治安保卫条例》第20条规定:“单位治安保卫人员在履行职责时侵害他人合法权益的,应当赔礼道歉,给他人造成损害的,单位应当承担赔偿责任……”《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《人身损害赔偿案件解释》)第8条规定:“法人或者其他组织的法定代表人、负责人以及工作人员,在执行职务中致人损害的,依照《民法通则》第121条的规定,由该法人或者其他组织承担民事责任。”《人身损害赔偿案件解释》第9条规定:“雇员从事雇佣活动中致人损害的,雇主应当承担赔偿责任……”《人身损害赔偿案件解释》第13条规定:“为他人无偿提供劳务的帮工人,在从事帮工活动中致人损害的,被帮工人应当承担赔偿责任……”

值得注意的是,《医疗事故处理条例》对医疗机构在医疗事故中的转承责任之规定,强调的只是医护人员有过失才构成行为人行为侵权,此时医疗机构才承担转承责任,并没有规定医疗机构有过失才承担转承责任或可以举证证明医疗机构无过错而免责。

此外,还有《民法通则》第133条规定:“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,由监护人承担民事责任。监护人尽了监护责任的,可以适当减轻他的民事责任。”对《民法通则》第133条所适用的归责原则,学者们分歧很大。有学者认为该规定是采用过错推定原则,而不是无过错责任原则。其主要理由是,《民法通则》第133条虽然没有明文规定监护人“有过错”的字样,但明文规定监护人尽了监护责任的,可以适当减轻他的民事责任。那么,前段的赔偿责任,必须以未尽监护责任为必要条件,而未尽监护责任,即为有过失。就此认为适用无过失责任原则归责,与立法本意相悖<sup>[2][44]</sup>。笔者认为,该条规定的“监护人尽了监护责任的,可以适当减轻他的民事责任”本身就说明这只是一个减轻责任的条件,而不是一个免责条件,监护人尽了监护责任,也不能免责。“监护人尽了监护责任也不能免责”说明了监护人即使没有过错,也要承担责任,不能免责,这正是无过错责任原则的法律特征。因此,《民法通则》第133条之规定是无过错责任原则,而不是过错推定责任。

中国法律法规和司法解释将绝大多数转承责任规定为无过错责任,符合转承责任立法理由理论要求,适合中国实际情况,也与世界转承责任法律制度发展趋势一致,是较先进的法律制度。

### (三) 行为人侵权行为构成判断原则

在转承责任之外的其他侵权责任,包括其他替代责任和特殊侵权责任中,责任人和行为人合二为一,其侵权责任和侵权行为构成是统一的,侵权责任的归责,也就是行为人侵权行为构成的判断,但在转

承责任中,由于责任人与行为人相分离,责任人的转承责任归责与行为人侵权行为构成判断是分离的。因此,要将侵权责任归于责任人之上,首先必须对行为人行为是否构成侵权进行判断,判断行为人行为是否构成侵权必须遵循一定的标准、准则,其标准、准则就是所运用的归责原则。判断行为人行为是否构成侵权所适用的归责原则与责任人的转承责任归责原则是不一致的,各有自己适用的归责原则,其归责原则有可能是相同的,适用同一归责原则,如在行为人行为构成其他特殊侵权时,可能同为无过错责任原则;也有可能不相同,适用不同的归责原则,如在行为人行为构成一般侵权时,责任人的转承责任适用无过错责任原则,而判断行为人行为是否构成侵权时却适用过错责任原则。

行为人侵权行为构成判断适用的归责原则不像责任人的转承责任归责原则那样单纯:除定作人过失转承责任责任为过错推定原则外,其余均为无过错责任原则;而行为人侵权行为构成判断的归责原则要复杂得多,必须针对具体侵权情况予以确定。因为责任人的转承责任是一种特殊侵权责任,需由法律明文规定创设,因其具体形态也是有限的,法律完全可以逐一明确规定其归责原则,而行为人的侵权行为几乎涉及整个侵权行为法上的侵权行为,包括一般侵权行为和其他非转承责任的替代责任和特殊侵权行为。根据行为人侵权行为的情势不同,既可能是一般侵权行为,也可能是其他替代责任和特殊侵权行为。对其他替代责任和特殊侵权行为判断适用的归责原则,其种类和形态毕竟有限,法律自身是可以明确规定的,但就行为人的一般侵权行为而言,法律只能进行一般性的规定,不可能也不需要根据每一侵权情势来分别规定其判断适用的归责原则,只能抽象地规定为过错责任原则,如中国《民法通则》第106条第2款之规定:“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产人身的,应当承担民事责任。”

## 三、转承责任构成要件

### (一) 构成要件的二重性

侵权责任构成是指具备哪些条件或要求,行为人或责任人就应为该行为承担民事责任,又称侵权行为构成。所要具备的条件或要素就是侵权责任构成要件或侵权行为构成要件。侵权责任或侵权行为的构成要件是由其归责原则决定的,不同的归责原则,要求不同的构成要件。

在其他非转承责任中,侵权责任归责原则和侵权行为构成归责原则、侵权责任构成和侵权行为构成都是统一的,因此,侵权责任构成要件和侵权行为构成要件是一致的,侵权责任构成要件就是侵权行为构成要件。关于侵权责任构成要件,在中国侵权行为法理论上有不同的主张,但通说是四要件说。该学说认为,侵权责任构成须具备行为的违法性,违法行为人要有过错,要有损害事实的存在和违法行为与损害事实之间要有因果关系这四个要件。在一般情况下,具备这四个要件就构成一般侵权行为;适用过错推定原则的,其构成仍须具备损害事实,违法行为,因果关系和主观过错四个要件,只不过其主观过错是首先推定的,允许行为人举证证明自己没有过错而免责;适用无过错责任原则的,则勿须具备主观过错的要件,具备前三个要件即可构成侵权行为。

但特殊侵权行为的责任构成要件不是绝对的,具有特殊性,每一种特殊侵权行为只有具备法律规定的特殊条件时,才能构成。

用这些构成要件来分析非转承责任的侵权责任或侵权行为构成要件是适宜的,准确的。但是,在转承责任中,由于责任人与行为人相分离,责任人的转承责任和行为人的侵权行为构成判断适用的归责原则不统一,各自适用自己的归责原则,由其决定的构成要件肯定是不相同的。转承责任构成要件具有二重性特征:责任人转承责任和行为人侵权行为构成各有自己的要件。由于转承责任的特殊性,尽管责任人的转承责任也是采用过错推定原则和无过错责任原则,其责任构成要件却不同于其他采用过错推定原则和无过错责任原则的侵权责任构成要件,责任人的转承责任有自己的特殊构成要件;尽管责任人的转承责任构成要件有自己的特殊性,但转承责任中行为人侵权行为构成要件却是普通的,与其他非转承责任的侵权责任构成要件是一致的,这是由其适用的判断侵权行为构成的归责原则决定的。

## (二) 责任人转承责任构成要件

在转承责任中,必须具备以下要件,责任人的转承责任才可能发生。

第一,责任人和行为人间具有特定的基础关系。责任人与行为人间特定的基础关系是指行为人侵权行为发生之前就业已存在的与责任人间的某种身份关系,如无民事行为能力人或限制民事行为能力人与法定代理人间的监护关系,国家机关工作人员与国家机关间的委任、隶属关系,法人或其他组织的工作人员与法人或其他组织间的隶属、代理关系或组织成员与组织体的从属关系,被雇佣人与雇佣人间的雇佣关系,承揽人与定作人间的选任关系,机动车驾驶学习中教练员与学员间的教授受训(监督管教)关系。这些基础关系,除监护关系和机动车驾驶学习中的教授受训(监督管教)关系外,其他关系实际上均属于使用人与被使用间的使用关系。这种基础关系,既可以为行为人利益的关系,如监护关系和机动车驾驶学习中的教授受训(监督管教)关系,也可以为责任人利益的关系,如使用关系。这些基础关系并不与致害事实有直接的关系,因为这些基础关系存在,使责任人与致害事实发生间接的联系,责任人才为行为人的侵权行为承担责任,它是作为转承责任的基础而存在的。如果没有这种基础关系,就不可能发生转承责任,责任人不会无缘无故地去为他人的侵权行为承担责任。

须特别注意的是,机动车驾驶学习中的教授受训(监督管教)关系表面上看是一种师徒关系,但其实质却不同于通常称谓上的师徒关系:通常称谓上的师徒关系,其实质是类似于雇佣关系,徒弟侵权时,通常是在为师傅的利益而行为,是一种为责任人利益的关系,法律上不将其设置为一单独形态的转承责任,直接以雇佣人转承责任法律制度盖之。而机动车驾驶学习中的教授受训(监督管教)关系是种像监护关系“为保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人的利用而加重法定代理人的监护职责”一样,为了学员的利益而加重教练员的监督管教职责,是一种为行为人利益的关系。

考察行为人与责任人之间是否有特定的基础关系存在主要看:双方有无确定特定关系的事实或合同;

行为人是否受有责任人的报酬、抚育或教授;行为人的活动是否受责任人的指示、监督、教授管教或监护等约束;行为人是否是责任人组织体成员;行为人是否向责任人提供劳务。

第二,行为人为侵权行为时居于基础关系约束的地位。责任人与行为人间基础关系的存在并不必然意味着责任人转承责任的发生,责任人为行为人任何侵权行为承担责任。假如国家机关工作人员在与执行职务无关时,如在私人聚会上发生侵权行为,也由国家机关承担转承责任,其结果是不可想象的。责任人与行为人间有特定基础关系的前提下,还必须具备行为人为侵权行为时居于基础关系约束的地位,即行为人是为责任人的利益或受责任人监督管教或庇护下而为行为,至少不为他人利益而为行为。如无民事行为能力人或限制民事行为能力人被另一完全民事行为能力人故意指使,作为实施侵权行为的工具而致害他人,显然,此时行为人的侵权行为是在为他人利益而行为。承揽人为侵害他人行为时不是为完成定作人的定作事务,而是为完成其他事务而工作,法人的工作人员为侵权行为时与职务活动无关,被雇佣人为致害行为时不是在为雇佣人利益而工作,学员不是在机动车驾驶学习中,而是私自独立驾驶机动车造成交通事故等。这些均超出了责任人与行为人间基础关系约束的范围,责任人不为行为人承担转承责任,其侵权责任应由行为人自己或其他承受了利益的人承担。

考察行为人为行为时是否居于基础关系约束的地位,可以看行为人为行为时是否处于特定状态:当行为人属于责任人组织体成员时,行为人的特定状态是执行职务或从事职务活动,当行为人不属于组织体成员时,其特定状态是从事雇佣活动或无偿帮工活动,确定执行职务、从事职务活动、雇佣活动或帮工活动,应看行为的外在表现形态和与责任人利益的内在联系,即采用客观标准,如果行为在客观上表现为与按责任人指示办理事件的要求一致,就应认定为执行职务、从事职务活动、雇佣活动或帮工活动;当行为人完成定作人要求的加工时,行为人的特定状态是执行定作人的指示或为完成定作工作;当行为人为被监护人时,其特定状态是宽泛的,只要是在法定代理人监护之下即可;当行为人为机动车驾驶学员时,其特定状态是在机动车驾驶学习中,教练员教授监督管教下,而不是私自独立驾驶机动车之情形。

第三,行为人的行为构成侵权。责任人与行为人间存在基础关系,行为人为行为时也居于该基础关系约束的地位,并不必然意味着责任人就要为行为人承担转承责任,责任人并不对与之有基础关系,行为人为行为时居于基础关系约束地位的行为人的所有致害结果承担责任。转承责任的发生还必须具备另一个要件,即行为人的行为构成侵权。既然转承责任是一种侵权责任,那么只有行为人的行为构成侵权时,才会产生责任;若行为人致人损害而行为人享有免责抗辩权,其行为本身不构成侵权,行为人无须承担侵权责任,责任人也无须承担转承责任。

考察行为人的行为是否构成侵权,主要看其行为为发生的具体情势,以其适用的归责原则和构成要件来确定。

定作人过失转承责任除了具备这三个要件外,

还要求责任人对定作、指失或者选任有过失,即要求具备主观过错要件,只不过其主观过错是首先推定的,允许责任人举证证明自己没有过错而免责。

具备了这些要件,责任人就应承担转承责任。值得注意的是,使用人若使用无民事行为能力人或限制民事行为能力人,此时的转承责任应归于使用人之上,而不是法定代理人之上。

### (三) 行为人侵权行为构成要件

转承责任中的行为人侵权行为构成要件与其他非转承责任的侵权责任构成要件是一致的,由其判断适用的归责原则来决定。由于行为人行为侵权情形的多样性和复杂性,行为人侵权行为构成要件不可能是统一的,只能根据行为发生的不同情势,由其适用的归责原则来具体确定。

行为人的行为没有法律特别规定,是一般侵权行为,适用过错责任原则,其构成要件包括违法行为,损害事实,违法行为与损害事实之间的因果关系和主观过错。这里的主观过错,不仅仅是指行为人的主观过错,有的责任人对损害发生也有过错,或行为人本身没有过错而是因责任人的过错而造成行为人的行为致他人损害,这时视之为行为方有过错,满足了主观过错要件,行为人行为构成侵权。如雇佣人提供的工具本身有质量问题,而被雇佣人无过错正常使用,由此造成他人损害,此时行为人对致害行为本身毫无过错,而责任人有过错,视为行为方有过错,满足了主观过错要件。

行为人的行为在法律有特别规定的情况下,不管行为人有无过错(也不管责任人有无过错的情况),都构成侵权行为时,是特殊侵权行为,不适用过错责任原则,而适用无过错责任原则,其侵权行为构成要件只须损害事实,违法行为和因果关系。这里的因果关系往往采用推定,受害人只需证明具有一定联系存在,由对方举证证明其行为与损害事实间不存在因果关系而免责,不构成侵权行为。

行为人的行为在法律有特别规定的情况下,只要发生了损害,就推定行为人有过错,行为人若能举证证明其没有过错,予以免责,其行为不构成侵权,否则构成侵权,也是特殊侵权行为,适用过错推定原

则,其构成要件包括违法行为,损害事实,违法行为与损害事实之间的因果关系和主观过错。只不过此时的主观过错是首先推定的,行为人可举证证明自己无过错,而不构成侵权行为。

在法律有特别规定的情况下,不考虑行为人的主观过错,适用公平责任原则认定行为人行为构成侵权时,无须行为人主观过错要件,只需要有损害事实,违法行为,违法行为与损害事实之间有因果关系。如无民事行为能力人或限制行为能力人致害时,因无民事行为能力人或限制民事行为能力人无主观过错可言,法律为了保护受害人的利益,基于公平,认定行为人的行为构成侵权。

### 四、结束语

转承责任中,存在先后两次归责原则的适用,而两次归责原则适用时采用的完全可能是不同的归责原则,即责任人承担转承责任的归责原则适用和作为行为人侵权行为构成判断原则的归责原则适用;归责原则的复合性决定责任人的转承责任构成要件和行为人的侵权行为构成判断要件是不相同的。对转承责任归责原则和构成要件的研究仅是笔者在众多侵权法理论研究上的独自考量,有待侵权法通行的评判。对转承责任归责原则和构成要件这些理论问题还有待更多的志士进行更深入的研究。

### 参考文献:

- [1] 杨署东. 我国转承责任立法现状审视与完善[J]. 甘肃社会科学, 2007(1): 210.
- [2] 杨立新. 侵权法论[M]. 吉林: 吉林人民出版社, 2000.
- [3] 赵明昕. 转承责任具体形态研究[J]. 沈阳师范大学学报(社会科学版), 2004(1): 82-83.
- [4] 郑冲, 贾红梅, 译. 德国民法典[M]. 北京: 法律出版社, 1995: 87.
- [5] 王书红, 译. 日本民法典[M]. 北京: 中国法制出版社, 2000. 127.
- [6] 吴兆祥, 译. 瑞士民法典[M]. 北京: 法律出版社, 2002. 13.
- [7] 王泽鉴. 民法学说与判例研究(第1册)[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1998. 6. 26-30.

## On the Vicarious Liability's Liability - imposing Principles and Composition of Essential Elements

YANG Shu-dong

(College of Law, Chongqing University, Chongqing 400045, China)

**Abstract:** A compound liability-imposing principle is applied in a vicarious liability: most of vicarious liabilities of the liability bearers take no-fault liability-imposing principles; the application of liability-imposing principles is decided in light of the specific infringing circumstances when deciding whether the tortfeasor's infringement is a tort or not. The compound feature of the liability-imposing principle results in the duality feature of the composition of a vicarious liability's essential elements. The elements of the liability bearer's vicarious liability include a certain basic relation between the liability bearer and the tortfeasor, the tortfeasor's position controlled by the basic relation when infringing upon others and the tort establishment of tortfeasor's infringements. The elements of whether the tortfeasor's tort is established or not are decided by the applied liability-imposing principles according to different circumstances.

**Key words:** vicarious liability; liability-imposing principle; composition of essential elements

(责任编辑 胡志平)