

论我国侵权法上 使用人替代责任的谱系化建构

——兼论对“雇佣关系”概念的改造

王竹^{1,2}, 张恒¹

(1. 四川大学 法学院, 成都 610207; 2. 中国人民大学 民商事法律科学研究中心, 北京 100872)

摘要:《侵权责任法》改变了《人身损害赔偿司法解释》规定的使用人关系体系, 实质性地废除了“雇佣关系”概念。在我国侵权法上使用人替代责任的理论基础中, “控制力说”具有主导性, “深口袋理论”具有辅助性, “利益风险一致说”具有补充性。应该重新赋予“雇佣关系”更广的内涵, 用来概括承揽关系之外的其他全部使用人关系类型。应该根据使用人替代责任的谱系合理配置归责原则、承担责任的情形、赔偿范围、强制责任保险和受益补偿责任五种立法技术。

关键词:《侵权责任法》; 谱系; 使用人; 替代责任; 雇佣关系概念

中图分类号:DF47 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-5315(2013)05-0033-08

《侵权责任法》第三十四条是对用人单位和用工单位替代责任的规定, 第三十五条是对个人劳务替代责任的规定, 二者共同构成了我国侵权法上使用人替代责任的基本规定。而仍然有效的《人身损害赔偿司法解释》^①第八条规定的法人或者其他组织替代责任、第九条规定的雇主替代责任、第十条规定的定作人责任和第十三条规定的被帮工人替代责任, 却无法与这一新的立法体系直接对应, 从而造成了司法适用的困难与混乱。因此, 有必要以《侵权责任法》第三十四条和第三十五条的规定为基准, 对我国侵权法上的使用人替代责任作全面的谱系化研究, 检视每种使用人替代责任规则设置的正当性, 并作出必要的修正和创设。

一 我国侵权法上使用人替代责任的体系变迁效

应与主要问题

(一) 我国侵权法上使用人关系的范围与类型

我国侵权法上使用人关系范围在学理上存在一定的争议, 直接体现为对使用人替代责任的不同界定, 主要分为“狭义说”和“广义说”。“狭义说”认为, 使用人替代责任是指用人单位(使用人)应对其工作人员(被使用人)因执行工作任务而造成他人损害的行为承担侵权责任^[1], 从而将使用人关系限定为“用人单位”与其“工作人员”之间的关系。“广义说”认为, 使用人替代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, 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^[2]。

本文在采纳“广义说”的基础上, 考虑到《国家赔偿

收稿日期: 2013-06-13

基金项目: 本文系司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目“侵权法与劳动法双重视角下的使用人赔偿责任体系化研究”(12SFB3028)和国家社科基金青年项目“我国侵权法上公平责任适用研究”(11CFX037)中期成果。

作者简介: 王竹(1981—), 男, 四川成都人, 四川大学法学院副教授, 中国人民大学民商事法律科学研究中心侵权法研究所副所长, 研究方向为民法;

张恒(1989—), 男, 四川南充人, 四川大学法学院硕士研究生, 研究方向为民法。

法》与《侵权责任法》之间的关系,排除国家赔偿责任,认为使用人关系包括劳动关系、劳务派遣关系、单位劳务关系、个人劳务关系、雇佣关系^②、无偿帮工关系、承揽关系、实习关系、志愿者服务关系、师徒关系和承揽派遣关系等^③。其中在劳务派遣关系、实习关系和承揽派遣关系中,使用人的确定在学说上存在争议,我们将这三种使用人关系作为非典型使用人关系。下文先对典型使用人关系进行分析,再将非典型使用人关系纳入考虑范围。

(二)我国侵权法上使用人替代责任的体系变迁效应

1.《人身损害赔偿司法解释》上使用人替代责任的体系梳理

《人身损害赔偿司法解释》第八条规定:“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,依照民法通则第一百二十一条的规定,由该法人或者其他组织承担民事责任。”第二款规定:“属于《国家赔偿法》赔偿事由的,依照《国家赔偿法》的规定处理。”该条的适用范围,是《国家赔偿法》分离出的国家赔偿责任之外的国家民事赔偿责任。主要包括三种类型:(1)国家机关工作人员的职务侵权行为所引起的民事赔偿责任;(2)除机关法人之外的其他各类法人的法定代表人或其工作人员的侵权行为所引起的民事赔偿责任;(3)不具备法人资格的其他组织(非法人的经济组织或社会团体)的负责人及其工作人员的侵权行为所引起的民事赔偿责任^{[3]141.143}。

《人身损害赔偿司法解释》第九条第一款规定:“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赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的,可以向雇员追偿。”从文义上看,该司法解释第八条和第九条在适用范围的界限上并不清晰。笔者认为,应当参考《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》第四十五条规定的“个体工商户、农村承包经营户、合伙组织雇佣的人员在进行雇佣合同规定的生产经营活动中造成他人损害的,其雇主是当事人”,并结合《民法通则》第二章“公民(自然人)”第四节“个体工商户、农村承包经营户”和第五节“个人合伙”,以及第三章规定“法人”的规定,认为第八条和第九条的适用范围区分在于当事人之间是隶属的劳动关系还是平等的劳务关系。

《人身损害赔偿司法解释》第十条是对承揽关系中定作人责任的规定^④:“承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的,定作人不承担赔偿责

任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的,应当承担相应的赔偿责任。”《合同法》第二百五十一条第一款规定:“承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作,交付工作成果,定作人给付报酬的合同。”可见第十条规定的承揽关系与第八条和第九条最大的差异是承揽人提供给定作人的是工作成果而非劳务。

《人身损害赔偿司法解释》第十三条规定:“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。被帮工人明确拒绝帮工的,不承担赔偿责任。帮工人存在故意或者重大过失,赔偿权利人请求帮工人和被帮工人承担连带责任的,人民法院应予支持。”该条与第八至十条规定的三种使用人关系共同的差别是无偿性。与相对类似的第九条规定的雇佣关系差别在于,帮工人非基于合同的提供劳务,而被帮工人接受劳务。

根据上述分析,可以用表1来说明这四种使用人责任的关系。

表1

	是否有偿	有偿	无偿
被使用人行为性质			
基于劳动关系提供劳务		第八条	(未规定)
基于劳务关系提供劳务		第九条	第十三条
基于承揽合同提供劳动成果		第十条	(未规定)

2.对《侵权责任法》第三十四条与第三十五条关系的分析

《侵权责任法》第三十四条第一款规定:“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。”草案起草机关编写的权威解读指出:“用人单位”包括企业、事业单位、国家机关、社会团体等,也包括个体经济组织等。“工作人员”既包括用人单位的正式员工,也应当包括临时在单位工作的员工^{[4]160}。因此,该条适用于用人单位与工作人员之间的劳动关系和单位与临时员工之间劳务关系^[5]。

第三十五条规定:“个人之间形成劳务关系,提供劳务一方因劳务造成他人损害的,由接受劳务一方承担侵权责任。”草案起草机关编写的权威解读认为:劳务关系是指提供劳务一方为接受劳务一方提供劳务服务,由接受劳务一方按照约定支付报酬而建立的一种民事权利义务关系。“个人之间形成劳务关系”应该理解为“接受劳务一方”仅指自然人,个体工商户、合伙的雇员因工作发生的纠纷,按照该法第三十四条用人单位的规定处理。该条规定不包括因承揽关系产生的纠纷^{[4]165-167}。

根据上述分析,可以用表2来说明第三十四条和第

第三十五条规定的使用人替代责任的关系。

表 2

当事人	劳动关系与劳务关系	
	劳动关系	劳务关系
用人单位与工作人员	第三十四条 替代责任	第三十四条 替代责任
个人之间	(不存在)	第三十五条 替代责任
基于承揽关系提供劳动成果	(未规定)	(未规定)

3.《侵权责任法》实质性地废除了“雇佣关系”概念

最高人民法院编写的权威解读认为:《侵权责任法》第三十五条中的“劳务”与“雇佣”在我国立法及司法实践中含义已无本质区别^{[6]258}。但在司法实践中却出现了适用上的混乱,有的法院同时援引《人身损害赔偿司法解释》和《侵权责任法》裁判案件^⑤;有的法院继续适用《人身损害赔偿司法解释》^⑥;有的法院使用了“劳务雇佣关系”的表述^⑦。

对比表 1 和表 2 可以清晰地看到,《侵权责任法》第三十四条的调整对象,既包括《人身损害赔偿司法解释》第八条规定的劳动关系,也包括第九条规定的雇佣关系中的单位雇佣关系。《侵权责任法》第三十五条的调整对象,既包括《人身损害赔偿司法解释》第九条规定的雇佣关系中的个人雇佣关系,也包括第十三条规定的无偿帮工关系^[7]。另外,《侵权责任法》在术语体系的选择上,草案起草机关特别考虑到第三十四条的调整范围包括国家机关工作人员因工作发生的侵权行为,而国家机关与工作人员不是雇佣关系,所以未使用“雇主”和“雇员”的概念^{[4]160}。质言之,作为一种体系变迁效应,《人身损害赔偿司法解释》第九条规定的“雇佣关系”,在《侵权责任法》上根据雇佣一方是“用人单位”或者“个人”,被拆分到了第三十四条和第三十五条,已经被实质性地废除了。

(三)我国侵权法上使用人替代责任的主要问题

第一,《侵权责任法》未对承揽关系作出明文规定。就定作人的定作、指示或者选任过失责任,如果造成了人身损害,可以适用《人身损害赔偿司法解释》第十条;如果造成了财产损害或者精神损害,只能直接适用《侵权责任法》第六条第一款过错责任一般条款^[8],具体规则并不清晰。

第二,所有类型的使用人替代责任法律效果同一化。无论是《侵权责任法》还是《人身损害赔偿司法解释》,均将所有的使用人责任无差别地规定为替代责任,归责原则均为无过错责任原则,承担的赔偿责任范围均

为全部损失,没有体现出不同使用人替代责任的差异。这种同一化的法律效果设置,对于个人劳务关系,尤其是无偿帮工关系的使用人来说,显得过重。

第三,使用人承担责任的情形规定得不够明确。就使用人承担责任的情形,《侵权责任法》第三十四条规定为“因执行工作任务”,第三十五条规定为“因劳务”;《人身损害赔偿司法解释》第八条规定为“在执行职务中”,第九条规定为“在从事雇佣活动中”,第十条规定为“在完成工作过程中”,第十三条规定为“在从事帮工活动中”,其中仅有第九条第二款对“从事雇佣活动”作了明确的定义,其他使用人关系中的承担责任情形均较难以把握。

第四,缺乏对部分典型使用人替代责任类型的明文规定。实习关系、志愿者服务关系和师徒关系等典型使用人关系类型,在实践中均较为常见,但立法或者司法解释尚未明确其使用人替代责任规则,这造成了司法裁判依据的混乱。

二 我国侵权法上使用人替代责任的理论基础

(一)使用人替代责任的理论基础

使用人为他人的行为承担替代责任的理论基础,主要有“控制力说”、“利益风险一致说”和“深口袋理论”三种学说。“控制力说”认为,使用人选任被使用人从事职责范围内的活动,则应当对使用人的行为加以控制,防止其损害他人行为的发生^[9]。使用人与被使用人是控制与被控制关系,因此使用人在被使用人控制的范围内致他人损害,应当由使用人承担责任^{[10]115}。“利益风险一致说”认为,既然法律允许使用人通过使用他人来扩展其业务范围,使其有获得更高利润的机会,就应当承担更大范围的风险,被使用人执行使用人所委托的事务的过程,包藏着被使用人实施侵权行为而侵害他人权利或利益的风险,这种风险理应由使用人承担^[11]。“深口袋理论”认为,使用人比被使用人有着更深的“口袋”,具有损失的承担能力,而且使用人可以通过更高的商品和服务价格来面向社会分散风险^{[10]120}。

(二)我国侵权法上使用人替代责任理论基础的内部关系

笔者认为,尽管上述三种理论均被认为对使用人替代责任的正当性具有一定的解释力,但三种理论在理论基础内部的地位却是不同的。

1.“控制力说”是主导性理论基础

笔者认为,在使用人为他人的行为承担替代责任的理论基础中,“控制力说”具有主导性。主要理由是:在使用人关系中,个人意志自由不同程度地受到他人限制,不能完全按照自己的意愿从事活动,因此被使用人

作出的行为导致损害后果,应当由对行为人享有控制力的主体承担^[12]。不仅如此,控制力大小还决定使用人关系的类型化,其表现在使用人是否有权对被使用人发出指示,使用人是否有权对被使用人进行奖惩,工作的时间、方式是否由被使用人来决定等。决定控制力大小的因素主要有两个方面:一方面是地位因素,即使用人与被使用人地位是否平等,隶属关系中的使用人控制力强于平等关系;另一方面是成本因素,即使用人付出的成本高低,有偿关系中使用人的控制力强于无偿关系^⑤。

2. “深口袋理论”是辅助性理论基础

“深口袋理论”也有一定的合理性。由具有较强风险防范能力的主体承担责任^[13],一方面对受害人的保护更为有力^[12],另一方面也不会导致使用人因承担责任而经济处境明显下降。但其也存在明显的问题。第一,“深口袋理论”以“口袋深”为适用前提,以商业企业为原型^[14]。但使用人替代责任中,并非所有使用人都符合这一原型预设,尤其是在无偿帮工关系中。第二,按照该学说,如果被侵权人的“口袋”更深,损害就应该由被侵权人自己部分甚至全部承担,这显然不符合使用人替代责任的基本规则。因此,“深口袋理论”主要在考虑使用人赔偿能力强弱的情形下,具有辅助性的论证效果。

3. “利益风险一致说”是补充性理论基础

“利益风险一致说”具有较强的公平色彩。使用人通过控制被使用人,既得到了利益,又创造了风险,那么最公平的做法就是将风险分配给利益获得者。这一理论的缺陷主要体现在:第一,该学说只能检验论证结论的正确性,即对得到了利益但不承担风险的法律后果进行“不公平”意义上的否定,但不能仅仅凭借评价某一法律规则“利益风险一致”而具有决定性的论证作用;第二,按照该学说,如果我们认为使用人是理性的,将会推导出承担替代责任的风险不能超过利益的推论,这不适用于大多数的使用人替代责任类型。因此,“利益风险一致说”在论证效果和适用范围上只具有补充性。

三 我国侵权法上使用人关系的谱系化建构方式

既然“控制力说”是使用人替代责任的主导性理论基础,那么决定不同使用人替代责任规则之间差别的主要因素就是使用人对被使用人的不同控制力,因此就存在将不同使用人关系按照控制力大小进行排序的必要性。笔者将这种根据“控制力说”,按照控制力大小进行排序的体系化建构方式称为“谱系化建构”。

(一)对“雇佣关系”概念的改造

从比较法上来看,英美法系在使用人关系领域的基本区分是“雇主—雇佣”关系和“定作人—独立承揽人”关系^⑥。定作人责任制度最早确立于1876年英国的

Bower v. Peate 案^⑦。据日本学者推测,《日本民法典》的起草人之一穗积陈重博士早年留学英国,采纳英国判例,在《日本民法典》第七百一十六条对定作人责任进行了规定^⑧。后被我国台湾地区“民法典”第一百八十九条继受,并影响到了我国侵权法理论^[15]和《人身损害赔偿司法解释》的起草。早期大陆法系国家民法典鲜有关于独立承揽人的明文规定,但在学说和实务上都认为使用人关系领域的基本区分是“雇主—雇佣”关系和“定作人—独立承揽人”关系,后者的一般规则是不存在侵权法上的替代责任^{[16]306}。根据笔者的了解,《韩国民法典》第七百五十七条、《埃塞俄比亚民法典》第二千一百三十四条和新《荷兰民法典》第一百七十一条明文规定了定作人责任,《波兰民法典》第四百二十九规定的委托者责任在学说上也被认为可以适用于定作人责任^{[16]193}。

鉴于《侵权责任法》实质性地废除了《人身损害赔偿司法解释》规定的“雇佣关系”概念,而最高人民法院民事一庭编写的权威解读也认为,《人身损害赔偿司法解释》第九条意义上的雇佣关系包括人事关系、劳动关系及劳务关系中的各种雇佣情况^{[3]159}。笔者建议,应该对“雇佣关系”概念进行改造,赋予其更广的内涵,用来概括承揽关系之外的其他全部使用人关系类型,其共同特点是使用人对被使用人享有一定的控制力,而在承揽关系中定作人对独立承揽人是不进行控制的^⑨。这样在体系上就确定了“控制力说”的解释适用范围主要是雇佣关系,而中国侵权法上的使用人关系领域的基本区分也与比较法上通行的区分方式保持一致。作为一个集合概念,雇佣不单独参与使用人关系的控制力排序。

(二)雇佣关系体系中控制力的谱系化

使用人关系谱系化研究过程中需要考量的因素,包括使用人控制力大小和使用人是单位还是个人两方面因素。如前所述,控制力大小是由地位因素和成本因素共同判断的结果。按照这种思路,我们将各种典型雇佣关系类型纳入表3。

表 3

		平等	隶属
有偿	单位	(3)单位劳务关系	(1)劳动关系
	个人	(4)有偿个人劳务关系	(立法排除) ^⑩
无偿	单位	(5)志愿者服务关系	(立法排除) ^⑪
	个人	(6)无偿帮工关系	(2)师徒关系

为了对表3中的六种典型雇佣关系的使用人对被使用人的控制力进行谱系化的大小排序,我们还需要确定决定控制力大小的地位因素和成本因素的相互关系。

笔者认为,较之成本因素,地位因素在决定控制力

大小时起决定性作用。以具备隶属、无偿属性的师徒关系与具备平等、有偿属性的个人劳务关系^⑤为例进行对比说明。师徒关系中,徒弟为学得一技之长,甚至将其作为今后生活来源的保障,宁愿接受或不得不接受师傅的控制,尽管其付出的劳动是无偿的,师傅的控制力却较强。有偿个人劳务关系中,提供劳务一方从接受劳务一方处获得报酬,但其在提供劳务过程中仍享有较大的自主性,其所得报酬是提供劳务的对价,不必完全遵守接受劳务一方的指示,接受劳务一方的控制力较弱。可见,地位因素较之成本因素对控制力的决定作用更强。按照这样的判断,我们能够得出典型雇佣关系中使用人对被使用人的控制力(1)>(2)>(3)=(4)>(5)=(6)的结论^⑥。

四 我国侵权法上使用人替代责任的谱系化建构

(一)我国侵权法上使用人替代责任谱系化建构的立法技术工具

笔者对我国侵权法上使用人关系进行谱系化研究,目的在于将这种谱系化研究的结论与相应的立法技术对应起来。如前所述,在使用人替代责任的理论基础中,“控制力说”具有主导性,“深口袋理论”具有辅助性,而“利益风险一致说”则具有补充性。相应的,我国侵权法上使用人替代责任谱系化建构的立法技术工具分为如下四组共计五项。

第一,对于在控制力判断中作为主要因素的地位因素,其对应的立法技术是归责原则。比较法上,雇主替代责任的归责原则有的规定为无过错责任,例如《法国民法典》和《意大利民法典》;有的规定为过错推定责任,例如《德国民法典》、《瑞士债务法》、《日本民法典》和我台湾地区的“民法典”。这说明,使用人替代责任并非必须适用无过错责任原则,也可以通过适用过错推定责任原则进行缓和。在隶属地位的使用人关系中,应该适用无过错责任原则,而在平等地位的使用人关系中,则可以适用过错推定责任原则^⑦。

第二,对于在控制力判断中作为次要因素的成本因素,其对应的立法技术是承担责任情形的范围大小。例如,劳动关系中执行工作任务的范围较之师徒关系中的从事师傅交代的工作任务范围就更大,有偿劳务关系中的从事劳务的范围较之志愿者服务关系和无偿帮工关系中从事劳务的范围就更大。

第三,与辅助性的“深口袋理论”对应的立法技术是使用人承担替代责任的范围和强制责任保险制度,能够在控制力相同的情况下,根据“口袋的深浅”确定责任的严格程度。一般来说,单位比个人的赔偿能力更强,所以原则上单位使用人替代责任为全部赔偿;而个人使用

人替代责任在被使用人故意或者重大过失的情形下,可以由被使用人和使用人共同分担责任,或者由被使用人自行承担。在不得不由“不深的口袋”承担赔偿责任的情形,应该考虑适用强制责任保险制度。在上文典型雇佣关系控制力大小排序(1)>(2)>(3)=(4)>(5)=(6)的结论基础上,我们可以进一步根据“深口袋理论”确定在替代责任的严格程度上,(3)>(4),(5)>(6),因此我国侵权法上典型使用人替代责任的严格程度完整排序为(1)>(2)>(3)>(4)>(5)>(6)>承揽关系。

第四,补充性的“利益风险一致说”对应的立法技术是受益补偿责任。《人身损害赔偿司法解释》第十四条第一款规定:“被帮工人明确拒绝帮工的,不承担赔偿责任;但可以在受益范围内予以适当补偿。”第十五条规定:“为维护国家、集体或者他人的合法权益而使自己受到人身损害,因没有侵权人、不能确定侵权人或者侵权人没有赔偿能力,赔偿权利人请求受益人在受益范围内予以适当补偿的,人民法院应予支持。”尽管这两项规定均是针对被侵权人自身受到的人身损害,但其作为公平补偿责任^[17]所体现的“利益风险一致说”仍然值得借鉴。

(二)我国侵权法上典型的使用人替代责任的谱系化建构

1. 劳动关系使用人替代责任的法律适用

劳动关系使用人替代责任适用《侵权责任法》第三十四条第一款的规定,劳动者在劳动过程中造成他人损害的,由用人单位承担全部的赔偿责任。“在劳动过程中”应该从宽把握,劳动者的行为超出职务范围,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“在劳动过程中”。

2. 师徒关系使用人替代责任的规则构建

建议将师徒关系使用人替代责任规定为无过错责任并从严把握适用范围:“徒弟在从事与所学技艺有关的师傅交代的工作任务中致人损害的,由师傅承担赔偿责任;徒弟因故意或重大过失致损害发生的,与师傅承担连带责任。徒弟实施与师傅交代工作任务无关的行为致人损害的,应当由徒弟承担赔偿责任。”

3. 单位劳务关系使用人替代责任的规则改造

建议将单位劳务关系使用人替代责任规定为过错推定责任并从宽把握适用范围:“未与用人单位建立劳动关系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,但用人单位能够证明其尽到监督、管理职责的除外。工作人员的行为超出工作任务范围,但其表现形式是与执行工作任务有内在联系的,应当认定为是在执行工作任务。”

4. 有偿个人劳务关系使用人替代责任的规则改造

建议将《侵权责任法》第三十五条规定的有偿个人劳务关系替代责任改造为过错推定责任,对提供劳务一方有故意或者重大过失时参与责任分担作出规定,并从严把握适用范围:“个人之间形成劳务关系,提供劳务一方因劳务造成他人损害的,由接受劳务一方承担侵权责任,但接受劳务一方能够证明其授权和指示没有过错的除外。提供劳务一方实施与劳务无关的行为致人损害的,应当由提供劳务一方承担赔偿责任。提供劳务一方因故意或者重大过失致人损害的,应当与接受劳务一方承担连带赔偿责任。”

5. 志愿者服务关系使用人替代责任的规则构建

志愿者与接受志愿服务的组织之间是无偿委托合同关系^[18]。为促进志愿事业的发展,保护志愿者从事志愿活动的积极性,同时分散志愿服务过程中可能产生的致他人损害的风险,建议国家建立强制责任保险制度。在侵权法上,建议将志愿者服务关系替代责任规定为过错推定责任和例外的公平补偿责任:“志愿者在从事志愿服务过程中造成他人损害的,由接受志愿服务的组织承担侵权责任。接受志愿服务的组织能够证明其组织志愿服务活动没有过错的,或者志愿者的行为超出了志愿服务的范围,由志愿者根据公平原则予以适当补偿。”

6. 无偿帮工关系使用人替代责任的规则改造

建议将《人身损害赔偿司法解释》第十三条规定的无偿帮工关系替代责任规定为过错推定责任,从严把握适用范围,并规定特殊情况下的受益补偿责任:“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。帮工人实施与帮工活动无关的行为致人损害的,应当由帮工人承担赔偿责任。被帮工人能够证明其指示没有过错,或者帮工人因故意或者重大过失致人损害的,由帮工人承担赔偿责任;不足部分,由被帮工人在受益范围内予以适当补偿。被帮工人明确拒绝帮工的,由帮工人承担赔偿责任。不足部分,由被帮工人在受益范围内予以适当补偿。”

7. 承揽关系使用人责任的规则改造

建议将《人身损害赔偿司法解释》第十条规定的定作人责任扩展到所有损害类型:“承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害的,定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的,应当承担相应的赔偿责任。”

(三)我国侵权法上非典型使用人替代责任的谱系化建构

我国侵权法上非典型使用人替代责任法律适用的

基本规则是比照控制力最接近的典型使用人替代责任处理,并考虑“深口袋理论”和“利益风险一致说”的适用。

1. 劳务派遣关系使用人替代责任的法律适用

劳务派遣关系使用人替代责任适用《侵权责任法》第三十四条第二款的规定:“劳务派遣期间,被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的,由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任;劳务派遣单位有过错的,承担相应的补充责任。”^⑧“执行工作任务”应该从宽把握,被派遣工作人员的行为超出职务范围,但其表现形式与执行工作任务有内在联系的,应当认定为是在执行工作任务。

2. 承揽派遣关系使用人责任的法律适用

在租赁关系,尤其是工程机械租赁关系中,承租人如果没有合适的工作人员驾驶该工程机械,往往由出租人协助联系驾驶人。如果驾驶人与承租人直接签订服务合同,根据合同的内容可以分别适用劳务关系或者承揽关系。如果驾驶人是与出租人签订服务合同,但根据该合同内容,驾驶人接受承租人的现场指挥。在这种情形下,驾驶人与出租人之间的关系应该被认定为承揽关系。驾驶人与承租人之间尽管没有合同关系,但实质性的接受其指示。对这种三方法律关系学说上缺乏研究,鉴于其兼具承揽合同关系和派遣合同关系的性质,笔者将其命名为“承揽派遣关系”。参照定作人责任的规则,在承揽派遣关系中,出租人是“选任人”和“定作人”,而承租人是“指示人”,因此被派遣的承揽人在完成工作过程中如果对第三人造成损害的,出租人和承租人都不承担赔偿责任。但出租人对定作或者选任有过失,承租人对指示有过失的,应当承担相应的赔偿责任。

3. 实习关系使用人替代责任的法律适用

实习关系在我国法律体系中并没有明确的定位,人力资源和社会保障部倾向性地认为,“全日制普通大专院校和中等职业学校在校学生,到企事业等单位实习,实习学生与实习单位的关系不属于劳动关系”^⑨。2009年,教育部、财政部、保监会就中等职业学校学生实习责任保险联合下发通知,其中要求将学生实习第三者责任纳入保险范围,投保经费原则上由学校负担,学校和企业达成协议由企业支付的,从企业成本中列支^⑩。笔者认为,国家应该建立实习生强制责任保险制度。在侵权法上,实习关系中实习单位对实习生的控制力也体现出多样化的特点,不能一概而论。如果控制力较强,则应该比照单位劳务关系处理;如果控制力较弱,则应该比照志愿者服务关系处理。

注释：

- ①关于《人身损害赔偿司法解释》在整体上和具体法律规则的有效性判断，参见：王竹《论实质意义上侵权法的确定与立法展望》，《四川大学学报（哲学社会科学版）》2011年第3期。
- ②本文涉及到对“雇佣关系”概念的改造，此处的“雇佣关系”是指《人身损害赔偿司法解释》第九条意义上的雇佣关系。
- ③“承揽派遣关系”是指基于承揽合同的劳务派遣中的定作人、承揽人和接受劳务派遣人之间的关系，详见本文第四部分的分析。
- ④《人身损害赔偿司法解释》第十条的规定应该被理解为定作人不承担“替代责任”，但该条后面的规定中关于承担的到底是替代责任还是自己责任，在学说上存在争议。参见：杨立新、尹艳《试论定作人指示过失的侵权责任》，《河北法学》1991年第2期；汪渊智《论定作人的侵权责任》，《法学杂志》2007年第3期；杨丽珍《论定作人之责任》，《西北大学学报》（哲学社会科学版）2010年第1期。本文限于篇幅和主旨，只对该条规定的不承担的“赔偿责任”是“替代责任”进行确认，对其例外承担的“相应的赔偿责任”的性质，笔者将另行撰文进行说明。
- ⑤参见：“龙治付等与张光辉等身体权纠纷上诉案”，湖南省常德市中级人民法院（2012）常民四终字第142号民事判决书。
- ⑥参见：“项某某与赵甲生命权、健康权、身体权纠纷上诉案”，浙江省舟山市中级人民法院（2012）浙舟民终字第14号民事判决书。
- ⑦参见：“常某诉上海某建筑工程有限公司劳务（雇佣）纠纷案”，上海市金山区人民法院（2012）金山民初字第326号民事判决书中。
- ⑧此处所谓的“无偿”，是指不提供对价性质的劳动报酬，而非完全不提供任何补助或者餐食。
- ⑨⑩Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, § 55, Comment b.
- ⑩Bower v. Peate, 1 Q. B. D. 321 (1876).
- ⑪参见：（日）前田达明《不法行为法》，青林书院新社1988年版，第156页。转引自：王泽鉴《侵权行为》，北京大学出版社2009年版，第456页脚注1。
- ⑬《劳动法》第二条规定：“在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织（以下统称用人单位）和与之形成劳动关系的劳动者，适用本法。国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者，依照本法执行。”《劳动合同法》第二条对劳动关系的使用人一方有类似规定。可见，我国立法明确排除了个人劳动关系。
- ⑭《劳动法》第四十八条第一款规定：“国家实行最低工资保障制度。最低工资的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定，报国务院备案。”可见，我国立法明确排除了无偿劳动关系。
- ⑮此处以个人劳务为例，是考虑到师徒之间也是个人关系。使用人是单位或者个人的差别，主要是根据“深口袋理论”影响赔偿责任的范围，详见后文。
- ⑯“(3)=(4)”和“(5)=(6)”的原因是，不能认为使用人是单位，其对被使用人的控制力就一定强于使用人是个人，使用人是“单位”与“个人”的差别主要体现为对“深口袋理论”的适用，请参见后文分析。
- ⑰某种意义上，如果认为定作人过失责任也是替代责任的话，也可以认为这种替代责任的归责原则被缓和到了过错责任的程度。
- ⑱该“补充责任”实为“不真正补充责任”，参见：王竹、张恒《劳务派遣工作人员的侵权责任——兼论“不真正补充责任”的确立与扩展适用》，载《法学》2013年第2期。
- ⑲人力资源社会保障部《关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见（征求意见稿）》公开征求意见的通知。
- ⑳《教育部 财政部 中国保险监督管理委员会关于在中等职业学校推行学生实习责任保险的通知》（教职成〔2009〕13号）。

参考文献：

- [1]姚辉,梁展欣.使用人替代责任相关问题探讨[J].政法论丛,2010,(5).
- [2]刘士国.使用人替代责任疑难问题探讨[J].辽宁大学学报(哲学社会科学版),2006,(6).
- [3]黄松有.最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2004.
- [4]王胜明.中华人民共和国侵权责任法解读[M].北京:中国法制出版社,2010.
- [5]潘杰.《侵权责任法》上用人者责任制度的司法适用——立法与司法解释的比较与适用衔接[J].法律适用,2012,(2).
- [6]奚晓明.《中华人民共和国侵权责任法》条文理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2010.
- [7]周宏.《侵权责任法》中劳务关系之认定[J].唯实,2011,(11).
- [8]姬新江,王燕军.论定作人的指示过失责任[J].当代法学,2007,(1).

- [9]章亮明. 派遣劳动者职务侵权时的雇主责任[J]. 法学论坛, 2009, (4).
- [10]曹艳春. 雇主替代责任研究[M]. 北京: 法律出版社, 2008.
- [11]杨署东. 转承责任基本理论问题新探[J]. 重庆大学学报(社会科学版), 2010, (4).
- [12]尹飞. 为他人行为侵权责任之归责基础[J]. 法学研究, 2009, (5).
- [13]胡伟强. 反思《侵权责任法》第35条第1款之规定——从法律经济分析的视角解读[C]//2012年度(第十届)中国法经济学论坛论文集, 2012.
- [14]Robert MacCoun. Is there a “deep-pocket” bias in the tort system? [R]//The concern over biases against deep-pocket defendants. Santa Monica, Calif.: RAND(1993).
- [15]杨立新, 尹艳. 试论定作人指示过失的侵权责任[J]. 河北法学, 1991, (2).
- [16]J. Spier (ed.). *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others* [M]. Kluwer Law International, 2003.
- [17]王竹, 郑小敏. 我国侵权法上公平责任的类型化研究[C]//最高人民法院民一庭. 民事审判指导与参考, 2007, (4). 北京: 法律出版社, 2008.
- [18]袁文全, 王文娟. 志愿服务行为的法律关系与法律责任解构[J]. 西南大学学报(社会科学版), 2011, (4).

On the Construction of the Pedigree of Vicarious Liability of Hirer in Tort Law of China

WANG Zhu^{1,2}, ZHANG Heng¹

(1. School of Law, Sichuan University, Chengdu, Sichuan 610207;

2. Research Center for Civil and Commercial Jurisprudence, Renmin University of China, Beijing 100872, China)

Abstract: *Tort Liability Law* has changed the hirer-auxiliary relationship defined by Judicial Interpretation of personal Injury Compensation. It also has substantially abandoned the concept of employer-employee relationship. The theoretical base of the vicarious liability of hirers in tort law of China is dominated by the theory of controlling power, supported by deep pocket theory and supplemented by congruity between interest and risk theory. It is suggested that a broader meaning be introduced into employer-employee relationship to include all other types of hirer-auxiliary relationships except the independent contract relationship. Legislative techniques should be applied to different types of vicarious liability of hirers according to the pedigree, giving fully consideration to imputation principles, circumstances in which liability should be borne, scope of compensation, compulsive liability insurance, and benefit-remedy liability.

Key words: *Tort Liability Law*; pedigree; hirer; vicarious liability; the concept of employer-employee relationship

[责任编辑: 苏雪梅]