

## 侵权法中事务的所属人和行为人责任<sup>\*</sup>

[奥]赫尔穆特·考茨欧

**内容提要:**不同法律制度对待辅助人的侵权性不当行为的方式有很大差异,为了在整个连贯的法律系统中确立责任的正当性,必须始终以合乎情理的方式考虑并权衡归责的理由。在侵权法领域确立事务所属人的一般严格责任的规则是不合理的。事务所属人无需对其雇佣的应当独立开展工作且未受其指示的人的所有致害行为负责。事务所属人负责的理由可能是辅助人不称职,也可能是活动的特殊危险性,还可能是其在选任和监督其辅助人方面存在过错。对那些处于重要地位并有权在事务所属人行为范围内发出指令的人,事务所属人应承担更加严格的责任。此外,事务所属人就取代人类辅助人的技术设备应类推适用辅助人规则而承担相应责任。就行为人的责任来说,让实际上实施了过错行为的人承担责任是合理的,但是,在事务所属人破产或损害主要是源于活动的危险性等特殊情况下,则应当根据相关利益设计恰当的解决方案。

**关键词:**辅助人 事务所属人责任 行为人责任 严格责任 过错责任

[奥]赫尔穆特·考茨欧(Helmut Koziol),维也纳大学法学院教授,世界侵权法学会主席。

### [示例]

P(事务所属人)请他的朋友A(行为人,辅助人)给自己生病的母亲送饭,A一边骑车一边沉思着第二天将参加的侵权法考试,结果撞倒了未成年人C(原告),造成C严重受

<sup>\*</sup> 此文系作者专投本刊首发。译者:张家勇,四川大学法学院教授;周奥杰,四川大学法学院博士研究生。

“事务所属人责任”在本文中有“liability for agents”、“principal’s liability”以及“liability for auxiliaries”等多种表达形式,直译为“为他人行为所负责任”、“本人责任”以及“为辅助人承担的责任”,本译文将其统一译为“事务所属人责任”。例外地,如根据上下文有明确所指时,则将其译为汉语法律文献通常所称的“雇主责任”。需要注意的是,本文中所称的“事务所属人”,不仅包括通常委托-代理关系中的本人,还包括不具有这种关系的“企业主”或“雇主”,甚至包括在社会交往中因技术设备致害而应当承担责任的“物主”,其范围要比汉语法律文献中的“雇主”范围更加广泛。类似地,“行为人”(agents)不仅包括委托-代理关系中的代理人,还包括“auxiliary”(辅助人)、作为组织体机关的“代表人(representative)”以及其他享有管理权限的人员,有鉴于此,我们将“agent’s liability”译为“行为人责任”。——译注

伤。C 对 P 有权要求赔偿吗？

某建筑物所有人 P 与屋面修理工 A 订立了合同。A 在修理屋顶时，因疏忽而弄掉几片屋面瓦，砸中了偶然路过的 C，造成其头部受伤。P 应当承担责任吗？

P 是一家化工厂的老板。其雇员 A 因过失引起爆炸，造成 20 多人受伤，邻近的房屋也被毁坏。P 是否应承担替代责任？

P 是一家化工厂的老板。因其电脑故障而引起爆炸，导致 20 多人受伤，邻近的房屋也被毁坏。P 是否应承担替代责任？

## 一 事务所属人责任

### (一) 比较法概观

我认为，讨论最好是从侵权法上“为辅助人负责”这一规定的比较法概观着手。应先强调的是，我将不会讨论依合同法为辅助人承担的责任——与中国法相反——其在很多欧洲国家的法律制度中受不同于侵权法的规定调整。我只想指出，就此存在广泛共识的做法是：如果某人使用助手去履行自己对他人的义务，他就得为其所使用的助手有过错的履行行为负责，就如同他对自己的过错负责一样。<sup>[1]</sup>

先来看中国法的情况。《中华人民共和国侵权责任法》第 34 条第 1 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。”此外，第 35 条第 1 款规定了行为人为自然人时的责任：“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，由接受劳务的一方承担侵权责任。”

尤其令欧洲的法律人感到惊讶的是，中国侵权责任法对用人单位和接受劳务的自然人进行了区分，而不是对企业主（既可以是单位也可以是自然人）和非企业主的“私人”进行区分。而且这样的规定被认为留下了许多开放性的问题：替代责任是否真的仅限于由雇员造成的损害，而对于其他辅助人造成的损害根本不用承担任何责任？这个规定是适用于包括国有企业在内的所有单位，还是仅针对私人企业？这个规定背后的基本理念和认定雇主责任的条件是什么？是不是只有雇员造致损害的因果关系是唯一的考虑因素，而完全无需考虑雇员的不当行为和违法性问题？这些都是非常根本性的问题，我希望通过介绍欧洲对这些问题的讨论，能够对中国语境下的探讨提供有意义的启发。

为此，我将转向欧洲及其他一些法律制度的介绍。<sup>[2]</sup> 例如，在德国法关于合同外责任的规定中，对于为辅助人负责的规定（《德国民法典》第 831 条）有很大的保留：雇主可以证明其在选任和监督雇员的过程中已经尽到了必要的注意义务，而免于对辅助人的不当行为负责。波兰和匈牙利的法律<sup>[3]</sup>与之类似，事务所属人要对选任和监督中的过错承

[1] 详见 Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Jan Sramek Verlag, 2012 (下文简称为 Basic Questions I) no 6/102 ff.

[2] 参见 Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective*, Jan Sramek Verlag, 2015 (下文简称为 Basic Questions II) no 8/250 ff.

[3] Ludwichowska-Redo, Poland, in: *Basic Questions II* no 3/123; Menyhárd, Hungary, in: *Basic Questions II* no 4/129.

担责任,并且这种过错是被推定的。<sup>[4]</sup> 在奥地利法中,<sup>[5]</sup> 事务所属人的责任更重,只要他使用了一个不合适的辅助人,不管在选任时有无过错他都要承担责任。也就是说,他的严格责任是以特殊危险源的创设为基础的(《奥地利民法典》第 1315 条)。

通过考察其他法律制度,我们可以发现,一些法律走得更远,在侵权领域中,事务所属人要可对归责于辅助人的任何损害承担责任,其是否存在过错则在所不问,从而,事务所属人承担的是严格责任。这种观念追随了国际上逐渐流行的“归责于上”(respondeat superior)的处理方式。<sup>[6]</sup>

对此可以举出一些例证。比如,法国《民法典》第 1384 条规定,一个人要对应由其负责之人的客观不法行为担责。<sup>[7]</sup> 在挪威,<sup>[8]</sup> 雇主对于雇员在职务范围内以可归责的方式引起的损害承担责任。雇主承担严格责任的根据在于如下事实:雇主和雇员之间为谋求雇主的利益形成了紧密而持久的关系。不过,对于“非常短期的无偿服务,如邻居帮忙买面包”等情形,则不会引致这种严格责任。在日本,事务所属人的过错却再度成为关注的对象。但是,由于过错是推定的,要证明没有过错几乎是不可能的,这最终还是导向一种不取决于过错的责任。<sup>[9]</sup>

从英美法的情况来看,我们可以发现事务所属人在英国承担的是严格责任。<sup>[10]</sup> 奥利芬特(Oliphant)是这样解释的:“雇主承担责任的根据存在很大争议,但人们普遍接受的观点是,其正当性建立在不同考虑因素的结合基础上,包括对损失的有效分担,对受害人提供公正可行的救济以避免其无法得到赔偿,并促使雇主通过选择受雇者和控制其行为而预防将来的损害。”然而,奥利芬特没有指出,为什么这种规定能够被认为是公正的。同样地,美国<sup>[11]</sup> 也采纳“归责于上”的原则:“雇主要对雇员在雇佣范围内造成的侵权性质的损害承担替代责任。因此,雇主承担的是严格责任,但该责任的成立要求雇员一方存在过错。”

为了支持“归责于上”的原则,很多观点被提出来以说明它的正当性:一般而言,基本原理被认为存在于——抽象的——控制可能性中。此外,也有观点提及威慑观念:事务所属人被要求在选任和监督辅助人的时候格外细致和谨慎;他将被激励去约束他们的不当

[4] 由于选任行为不可能是违法的,它就不能被视为真正意义上的过错,这样的认识是没有根据的:实际上——恰如在我们在讨论德国法时提及的那样——这里存在一种“交往安全义务”(保护他人免受其行为或物件引发的危险的义务),即在选任辅助人时善尽注意义务以避免他们引发对第三人的致害危险。

[5] 就此有详细介绍的近期文献请参见 Ondreasova, *Die Gehilfenhaftung* (2013) 97 ff.

[6] 参见 Galand-Carval, *Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others*, in: Spier, *Unification of Tort: Liability for Damage Caused by Others* (2003) 289, 306; Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective* (2010) 6 ff; Harrer/Neumayr, *Die Haftung des Unternehmers für Gehilfen*, in: Reischauer/Spielbüchler/Welser (ed), *Reform des Schadenersatzrechts II* (2006) 137 ff; Jaun, *Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung* (2007) 378 ff; Renner, *Die deliktische Haftung für Hilfspersonen in Europa* (2002); G. Wagner, *Reform des Schadenersatzrechts*, JBl 2008, 2, 11 f.

[7] Moréteau, France, in: *Basic Questions II* no 1/180.

[8] Askeland, Norway, in: *Basic Questions II* no 2/87.

[9] Yamamoto, Japan, in: *Basic Questions II* no 7/630 ff.

[10] Oliphant, England and Commonwealth, in: *Basic Questions II* no 5/133.

[11] Green/Cardi, USA, in: *Basic Questions II* no 6/143 ff.

行为。而且,他还会被鼓励用机器去替代辅助人。但是,这些观点不能被认为具有充分的说服力:第一个论据,也就是抽象意义上的控制可能性,也可以通过过错责任来实现——尤其是在结合了举证责任倒置之后;第二个论据,即激励事务所属人在选任和监督辅助人的时候格外细致和谨慎,不过这也是第一个观点的变体。最后,第三个论据,也就是鼓励事务所属人用机器去替代雇员,以使之被淘汰掉,这与我们社会的一般目标不一致,在这个高失业率的时期更是如此。

尽管缺乏充足的理由,欧洲侵权法原则(第 6:102 条)和欧洲民法典框架草案(第 VI. -3:201 条)还是顺应这一国际潮流,规定了对辅助人不当行为的全面责任。欧洲侵权法原则第 6:102 条规定:“为辅助人承担的责任:(1)任何人应对其辅助人在他们职权范围内违反必需的行为标准造成的损害承担责任。(2)依据本条的规范目的,独立承揽人不视为辅助人。”

## (二)设计合理的替代责任规则的考虑因素

前述简短的概观表明,不同法律制度对待辅助人不当行为的方式有很大的差异。既然一个人不对第三人的行为负责这个规则被普遍接受,<sup>[12]</sup>那么,在辅助人明显偏离这个规则之时就需要有力的论据:只有在存在可归责的重大理由时,为第三人行为负责的规则才能在整体连贯的法律系统中被认为是正当的,就像规定一个人为自己可归责的行为承担责任,或者对危险物承担责任时一样。<sup>[13]</sup>有关归责理由的整体框架必须被考虑到,为他人行为承担的责任不能建立在比所有其他责任类型更弱的基础上。进而言之:由于并非一般情况,为他人行为所负责任不太可能建立在单一的基础上,而是需要一揽子具有不同重要性的理由。<sup>[14]</sup>

但是,这对我们关于替代责任的问题有什么意义呢?要求辅助人客观上有疏忽行为无疑是首要的条件。确实,立法者一直以来都考虑到了这一点:恰如前述,在法律上承认可以偏离任何人不对第三人行为负责的原则,是基于可归责的损害处于某人的责任范围内的认识,故而,辅助人客观的不当行为被认为是出发点。于是,辅助人正当合理却造成损害的行为不能证成事务所属人责任的正当性:被害人不享有任何对抗这种无过错行为的保护,它不满足须有不法行为这一事实要件,因此,即便事务所属人自己实施这个行为,他也不会承担责任<sup>[15]</sup>。

尽管为辅助人承担的责任建立在事务所属人应为辅助人的不当行为负责的认识基础上,因为他安排辅助人为他的利益而执行事务,并据此把辅助人纳入到他的责任范围中,弗朗茨·比德林斯基(Franz Bydliniski)还是正确地强调指出,<sup>[16]</sup>就如下问题,即为什么这

[12] 参见《奥地利民法典》第 1313 条:“如未参与其中,一个人通常不对第三人的不法行为负责。”(translated by B. C. Steininger, Austria, in: Oliphant/Steininger (eds), *European Tort Law: Basic Texts* (2011) 5.)

[13] 参见 Koziol, *Basic Questions I* no 6/95 ff.

[14] 就此请参见 Giliker, *Vicarious Liability* 244 ff.

[15] 这也适用于不受意志控制的行为造成损害的情形,如辅助人心脏病发作或突然失去意识。就这种情形,人们虽然还是可以认为在事务所属人责任范围内存在客观缺陷,但这不足以对事务所属人课以责任。如果(事务所属人)在选任和监督辅助人方面无可指责,且辅助人也未实施任何不法行为,那么,损害事件应被看作是意外事件,如同其发生与辅助人无关一样,不能产生受害人的要求赔偿的权利。

[16] *System und Prinzipien des Privatrechts* (1996) 212.

种不当行为的认识能够独立满足责任要件,且能够将辅助人的各种不当行为都归责于事务所属人,迄今为止还没有具有说服力的论据被提出来。<sup>[17]</sup> 有些人试图为这种责任提出正当化理据,他们主张说,对辅助人的每一次利用都产生一种增加的危险,这对于责任的证成是具有决定性作用的。<sup>[18]</sup> 但是,这种想法是不正确的:无论如何,将某个任务托付给他人并不总是会导致危险的增加;事实上,将任务托付给一个更有能力的人通常反而会减少危险。因此,委托一个有能力的人不能被作为施予事务所属人额外责任的理由;相反,应该考虑到的是,如果雇佣一个专业人士,实际上伤害第三人的危险是被降低了。例如,如果我不是自己修车,而是让一个能胜任的朋友或者一个专业的帮手来修,对第三人的危险就会小很多。

再者,如果考虑到如下日常事例,即某人请朋友帮忙送东西,朋友在骑自行车的过程中因疏忽大意而引发交通事故,对于是否存在将损害归责于事务所属人的充分理由问题,人们会产生很大的疑虑。由于代送东西的人完全像通常情形一样参与到交通中,在这种情形下事务所属人显然没有创设任何特殊危险。因此,我们就只是面临这样的情况,即第三人是按照事务所属人的意愿和利益从事活动;但是,这不能在缺少其他标准的情况下,仅仅因为辅助人是在谋求事务所属人利益的过程中发生不当行为的事实而证成事务所属人责任的正当性。这种归责理由显然远不如那些对自己可归责行为的责任,或者——在被认可的限度内——对特殊危险源的责任所必需的理由坚实。毕竟,事务所属人既没有以不合法的方式从事相关行为,也没有创设高度危险源。

正如比较法的概观所显示的那样,事务所属人对于为其利益而行为的人的任何不当行为都是可归责的,这样的看法无论如何不能被普遍地加以适用。相反,一个人能否实际上被看作是处于另一个人的责任范围中,从而让后者为前者的不当行为负责,是具有更大的重要性的问题。每个人原则上只对自己的行为负责,在没有附加理由的情况下并不为他人的行为承担责任,持取这样的一般观念看起来是合理的。显然,这方面的国际性讨论还必须在细节上更加深入。<sup>[19]</sup> 不过,在一些法律制度中,由于非常短期的无偿服务不能产生将辅助人的过错转嫁的效果,所以这方面已经有了一些进展。但是,为了帮助生病的朋友而付钱让人给他送药,这种完全利他的行为能否作为将辅助人的责任强加给事务所属人的理由? 当一个人因自己缺乏能力而雇佣一个职业经理人,他明显无法给职业经理人提供如何行事的指示,这样的情形是否对责任的认定有足够的影响力?

进一步讲,为辅助人负责是否也不取决于辅助人与事务所属人的责任范围结合的程度,<sup>[20]</sup> 譬如,事务所属人是否具有对还在路上的辅助人的行为施加影响的可能性? 所以,对独立的和非独立的辅助人加以区分似乎是合理的。无论是在概括承认为辅助人负责的

[17] 也见 Harter/Neumayr in: Reischauer/Spielbüchler/Welser, Reform II 142 ff, 其仅提出了比较法的考察结果,但没有作理论上的证成。

[18] Renner, Die deliktische Haftung für Hilfspersonen in Europa (2002) 181 ff.

[19] 就此也见 Giliker, Vicarious Liability or Liability for the Acts of Others in Tort: A Comparative Perspective, JETL 2011, 31, 54 ff.

[20] 就此也见 Giliker, Vicarious Liability or Liability for the Acts of Others in Tort: A Comparative Perspective, JETL 2011, 31, 54 ff.

法律制度中,还是在限制性地承认这种责任的法律制度中,这种区分都被考虑到了:事务所属人无需对其雇佣的应当独立开展工作且未受其指示的人的所有致害行为负责。<sup>[21]</sup> 由于事务所属人无法指挥辅助人从而不能控制危险,在这个意义上,其无法对辅助人施加影响,因此这种对责任的限制看起来是合理的。据此,得到广泛认可的观点是,只有在事务所属人能够指挥辅助人的情形下,辅助人的行为才一般性地被纳入事务所属人的责任范围内,因为正是通过这种控制性影响的方式才将辅助人的行为并入到事务所属人的可控制范围并给他控制危险的能力。<sup>[22]</sup> 这个观点从中国法来看也是重要的,因为中国《侵权责任法》第 34 条不适用于辅助人依据“劳务合同”提供服务的情况。

就奥地利法来看,这些原则在《奥地利民法典》(修订草案)第 1306 条<sup>[23]</sup> 第 3 款中也有所体现,其规定独立辅助人的不当行为责任不受辅助人责任的特别规则调整,而是受一般原则调整,即要求事务所属人在选任和监督辅助人方面存在个人过错。这保证了与一般责任原则的一致性,而且——这绝不能被认为是理所当然的——它同时明确了事务所属人在选任和监督独立辅助人时应受注意义务的约束。

关于事务所属人责任范围的界定,值得一提的是法国的卡塔拉草案(Catala draft)。<sup>[24]</sup> 该草案第 1360 条<sup>[25]</sup> 包含一个非常重要但很少被讨论的问题,也就是母公司对其下属子公司的责任;这个问题在把母公司替换为我们的父母时是一样的。虽然附属公司(即子公司)是一个独立的法律主体,但在特定情况下为何这应被看成是有区别的,就此存在很多理由。特别是,当一个附属公司在很大程度上受它的母公司影响的时候,从辅助人责任规则的角度看,它就不再是一个独立的公司。相反的推论则意味着,投资人承担有限责任的组织体可以被用来从事可能会造成损害的活动,从而在实质上将风险从母公司转移走。

有趣的是,对于非独立的辅助人,《奥地利民法典》(修订草案)(第 1306 条)并没有被限于事务所属人自己存在过错的责任场合,这种情况与一般原则具有明显的一致性。它

[21] 见 Galand-Carval in: Spier, *Unification: Liability for Others* 306; Giliker, *JETL* 2011, 39 ff.

[22] 参见 F. Bydliński, *System und Prinzipien* 212.

[23] 《奥地利民法典》(修订草案)第 1306 条(事务辅助人(Besorgungshelfen)): (1) 在事先与受害人不存在债务关系情形,仅在受害人能够证明辅助人不胜任,或者事务所属人(Geschäftsherr)对其未合理选任或充分监督时,事务所属人才对其辅助人的不当行为承担责任。如果事务所属人为企业,则由其承担证明责任。

(2) 在存在特殊危险(第 1303 条)或高度危险源(第 1303 条)情形,事务所属人应对辅助人的任何不当行为承担责任。

(3) 独立从事工作的人不是本条意义上的事务辅助人。事务所属人仅在对其未尽合理注意予以选任或充分监督时才承担责任。

(4) 对于像使用辅助人那样使用的技术设备发生故障所致损害,只要受害人能够证明该设备是不适合的,事务所属人对其未尽合理注意予以选用,或者未予适当监控,事务所属人即应承担赔偿责任。如果事务所属人为企业,则由其承担证明责任。

(5) 并且,事务所属人亦应对那些在其活动范围内处于主导地位并能够自主作出决定或发布指示的人的不当行为承担赔偿责任。企业组织体始终应对其组织机关的活动负责。——译注

[24] 参见 Moréteau, France, in *Basic Questions II* no 1/185.

[25] “卡塔拉草案”第 1360 条:“即使本人和行为人之间不存在法律关系,对他人行为负有监督或组织义务并从中获取利益的人,仍应对后者行为所致损害承担赔偿责任。尤其是,医疗机构应对其雇佣的医师所致损害承担责任。原告应当证明,其要求赔偿的损害产生于相关行为。”“同样,一个人应就其所控制的非独立职业人士的经济或财产行为承担责任,尽管后者是为自己利益而行为,但只要受害人能够证明其所受损害与控制行为相关即可。在母公司为下属子公司,或许可人为被许可人所致损害承担责任时尤其如此。”——译注

没有追随不加区分地适用“归责于上”原则的潮流,而是提出了一种差别化的、中间性的解决方案。这似乎是适当的,因为,它目的在于通过责任基础的总体权衡,将事务所属人为辅助人承担的责任纳入整个系统中。

《奥地利民法典》(修订草案)通过以下方式实现这一目的:除了事务所属人对自身过错的责任外,该草案依循《民法典》第 1315 条的原有规则,专门规定了在辅助人不称职的情形下,事务所属人要对辅助人造成的损害承担严格的无过错责任。如此规定的基本考虑是,事务所属人通过将工作托付给不合适的人而创设了特殊的危险源。<sup>[26]</sup> 因此,辅助人的行为客观上违反了义务,这就已经满足了在事务所属人的责任范围内存在严重缺陷的一般要件。并且,这个理由还被辅助人不称职的事实而予以补充。既然事务所属人客观上通过对一个不称职的辅助人的有缺陷的任命而增加了危险,并导致损害的发生,他被认为应对这种损害承担责任,这看上去就是合理的。

由于《奥地利民法典》(修订草案)规定了对企业的证明责任倒置(第 1306 条第 1 款第 2 句),一般来说,这些为辅助人负责的规则在这个领域的适用就更加严格。这种区分企业和非企业并对前者施加更严格的辅助人责任似乎是正当的,因为,企业有着更加复杂的组织系统,外部人可能因此要面临显著的证明困难。再者,企业可以将责任负担转嫁给其客户,并最终适用如下原则,即尽可能产生“损益同归”的效果。<sup>[27]</sup>

除了前已阐述的对独立或非独立辅助人的责任外,《奥地利民法典》(修订草案)第 1306 条第 2 款还以类似于严格责任的规定方式,进一步强化了事务所属人的责任,并且也要作类似适用,<sup>[28]</sup>只是不再限于企业主:在特殊危险情形下,事务所属人要对其辅助人的任何行为承担责任。人们通常有充分理由认为,如果辅助人造成损害的行为与事务所属人责任范围内的某种抽象危险源——比如一家危险的化工厂——有关,从而导致了风险的增加,那么,辅助人造成的损害就可归责于事务所属人。<sup>[29]</sup> 在这种情况下,发生的损害不仅可归责于辅助人的行为,还可归责于事务所属人的控制范围,因为事务所属人控制范围内的危险源促成了损害的发生,或至少在某种程度上促成了损害。即使不存在产生抽象危险的事物或设施,而是事务所属人控制范围内的某个瑕疵产生了某种具体的致害危险,从而使得辅助人的行为具备了一种特殊的风险性,那么,前述事务所属人的可归责性也同样适用:<sup>[30]</sup> 尽管这种由瑕疵引致的危险没有一般危险行为那么严重,<sup>[31]</sup>但事务所属人依然会因为他控制范围内的瑕疵而受牵连。

总之,在我看来,针对辅助人(行为人)的行为,在私法领域确立事务所属人的一般严

[26] 参见 Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/1: Das Recht der Schuldverhältnisse<sup>2</sup> (1928) 688; 也见 Iro, Besitzerwerb durch Gehilfen (1982) 206.

[27] 相关讨论参见 Koziol, Basic Questions I no 6/105.

[28] 相关讨论参见 Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (KBB), Kurzkomentar zum ABGB<sup>4</sup> (2014) § 1315 no 6, 并附有参考资料。

[29] 请比较 F. Bydlinski, System und Prinzipien 213; Ehrenzweig, System II/1<sup>2</sup>, 691; Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht II2 (1984) 359 ff.

[30] 参见 Wilburg, Die Elemente des Schadenersatzrechts (1941) 88; 也见 Jabornegg, Die Dachlawine als Haftungsproblem, ZVR 1974, 321, 327 f.

[31] 相关讨论参见 B. C. Steininger, Verschärfung der Verschuldenshaftung (2007) 35 ff.

格责任的规则是完全不合理的。

即使考虑到上文提到的限定规则,即合同外领域可归责的行为仅限于非独立辅助人的不当行为,<sup>[32]</sup> 确立事务所属人的一般严格责任制度的理由也是不充分的。我仍然相信,建立在对辅助人选任与监督的推定过失基础上的相对狭窄的事务所属人责任规则总体来看要更好些。但是,也可以在前述宽泛的反对立场上做出某种让步,即,如果辅助人是不称职的,且由此产生某种特殊的危险源,那么,更加严格的无过错责任就可以被认可。这正是奥地利法所采取的做法。并且,在辅助人从事造成特殊危险的活动的情况下,事务所属人的严格责任也应得到认可。

除此以外,认为企业对其辅助人的责任应当更加广泛,这样的看法是能够成立的。不管怎样,人们可以提出更加有说服力的严格的企业责任的看法:<sup>[33]</sup> 一方承受的风险应当与其获得的利益相一致;而且,企业可以通过将成本纳入其产品或服务的价格中而分散损失。此外,处于企业控制范围的严重瑕疵,也即辅助人在履行对企业义务过程中的不当行为,也支持将损失分配给企业。最后,还应该考虑的是,对于事务所属人希望从事的活动(并为此雇佣了辅助人)所造成的损害,事务所属人是否应当承担最终责任。<sup>[34]</sup>

### (三)为董事及高级职员承担的责任

在完成对辅助人责任的一般讨论后,我将转向为董事及高级职员承担的责任这个特殊领域的讨论。由于法律组织体不能自主行为,它们总是需要自然人的协助,所以,不可能存在它们对自己行为的责任。然而,如果法律组织体只在一般辅助人责任(《奥地利民法典》第 1315 条以下、《德国民法典》第 831 条)范围内对其辅助人的不当行为负责的话,那是不够的。将辅助人的行为归责于法律组织体,其背后的决定性观念体现在奥地利民法典第 26 条中,该条是关于法律组织体和自然人“平等对待”的条款<sup>[35]</sup>。不过,要是法律组织体只受为辅助人行为负责的一般规则调整的话,它们将被置于比自然人更好的地位。因为,和自然人不同,它们原则上无需为自己的过失承担责任,因此,损害只在相当有限的情况下才归责于它们。有鉴于此,《德国民法典》第 31 条规定,社团为其依章程选任的机关负责。虽然奥地利法律中还没有这种明确的规定,但是,从民法典第 26 条的“平等对待”规定中可以大体上推断,法律组织体应就其机关的所有过错负责。<sup>[36]</sup> 据我所知,在中国,法人对其机关的责任问题还处于讨论中。

根据奥地利法律规定,在此背景下的机关不仅是指依章程选任的法律组织体的代表人,<sup>[37]</sup> 因为这一地位只在其参与交易时才有意义。而且,将责任限于依章程选任的机关

[32] 参见 Koziol, Basic Questions I no 6/96.

[33] 参见 Koziol, Basic Questions I no 6/169 f, 192 ff.

[34] 参见 Ondreasova, Gehilfenhaftung 119 ff.

[35] 对此问题,见 F. Bydlinski, Die Verantwortung juristischer Personen in der Gesellschaft, in: Götz/Seifert (eds), Verantwortung in Wirtschaft und Gesellschaft (2000) 55 ff; Kleindieck, Deliktshaftung und Juristische Personen (1997) 231, 478.

[36] F. Bydlinski in: Götz/Seifert, Verantwortung 3 ff; B. A. Koch in KBB, ABGB<sup>4</sup> § 26 no 16, 对每一种情形都附有参考资料。

[37] 这与瑞士法的情况不同,参见 Ofinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht II/1<sup>4</sup> (1987) 274 f. 更早的英国判例法,参见 Elliot, Institutional Responsibility for Employee Frauds in the Banking Sector: The Position in English Law, in: Koziol, Zurechnung ungetreuer Bankmitarbeiter (2004) 103 no 8.

会使法律组织体在很大程度上操控其责任。今天的主流观点是,“机关”也包括在《奥地利民法典》第 337 条意义上的掌握权力者,即在组织内承担领导、监督或其他职能的人。<sup>[38]</sup> 在德国,判例法和学说很久以来就已经偏离了民法典第 31 条关于依章程选任的代表人的限制规定。<sup>[39]</sup>

法律组织体为其掌握权力者的过错承担责任的意义,不仅表现在这些掌握权力者自身参与致害行为的情形,而且表现在损害是由其他辅助人造成,但不论是依《奥地利民法典》第 1313 a 条还是第 1315 条,都无法将损害归责于法律组织体,而掌握权力者们在组织、选任或监督有关辅助人方面却存在可归责的过错情形。<sup>[40]</sup>

《奥地利民法典》(修订草案)第 1306 条第 5 款不仅规定了针对法律组织体的有趣的扩展责任,而且在与自然人相关方面也相应扩展了为辅助人负责的观念。相比于目前的规定,这不应被认为是对辅助人责任的并非无关紧要的扩展:恰如法人组织体在“核心区域”要承担全面责任一样,根据奥斯特海姆<sup>[41]</sup>极具说服力的看法,如果自然人通过权力的授予而扩张自己的行为范围,那么,它们就应受到与法律组织体相同的对待。据此,《奥地利民法典》(修订草案)现在规定,事务所属人——不论是法律组织体还是自然人——要对如下这些人的不当行为全面负责:它们处于重要地位并有权作出决定,在事务所属人的行为范围内能够发出指令。

#### (四) 替代人力的技术设备

在转向行为人责任之前,我想强调一下关于事务所属人责任的另一个方面。最近一段时期,特别是在银行业领域,<sup>[42]</sup>就企业是否应对其所使用的电脑或机器人在软、硬件方面的故障承担无过错责任,已经引起争论。供考虑的方案是,类推适用对辅助人责任的规定(《奥地利民法典》第 1313a、1315 条,德国民法典第 278、831 条)。<sup>[43]</sup> 出于赞同类推的考虑,可能提出的看法是,在使用技术设备的情形,也应适用为辅助人负责的一般原

[38] B. A. Koch in KBB, ABGB<sup>4</sup> § 26 no 16, 附有参考资料; 另见 Ostheim, Organisation, Organschaft und Machthaberschaft im Deliktsrecht juristischer Personen, in: Gschnitzer-Gedenkschrift (1969) 328 ff; 奥地利联邦最高法院最近的判例参见 7 Ob 271/00d in JBl 2001, 525; 2 Ob 273/05v in RdW 2007, 725.

[39] 请比较 Reuter in MünchKomm, BGB I/1<sup>6</sup> (2012) § 31 no 3 ff and 20 ff.

[40] 参见 Aicher in Rummel, ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 26 no 26; Ostheim in: Gschnitzer-GedS 331 ff. 相关讨论也请参见 Spiro, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (1984) 410 ff.

[41] Ostheim, Weisungsdelegation als Haftungsgrund, JBl 1969, 535; idem, Gedanken zur deliktischen Haftung für Repräsentanten anlässlich der neueren Rechtsprechung des OGH, JBl 1978, 57, 64 ff. 另见 F. Bydlinski, Die deliktische Organhaftung juristischer Personen; Europäisches Rechtsgut oder überholte Theorie? Koppenssteiner-Festschrift (2001) 569, 580 f.

[42] 相关讨论参见 H. Berger, Schadensverteilung bei Bankbetriebsstörungen (1980); Köhler, Die Problematik automatisierter Rechtsgänge, insbesondere von Willenserklärungen, AcP 182 (1982) 126; U. H. Schneider, Das Recht des elektronischen Zahlungsverkehrs (1982); Koziol, Die Haftung der Banken bei Versagen technischer Hilfsmittel, ÖBA 1987, 3, 附有参考资料。

[43] 例如,卡纳里斯即持这种的看法,参见 Canaris, Bankvertragsrecht I<sup>3</sup> (1988) no 367; G. Graf, Rechtsfragen des Telebanking (1997) 67; Janisch, Online Banking (2001) 241; Möschel, Dogmatische Strukturen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, AcP 186 (1986) 197 ff; Spiro, Erfüllungsgehilfen 209 ff; 相反看法参见 U. H. Schneider, Zahlungsverkehr 82 f.

则:<sup>[44]</sup>如果相比于事务所属人自己的过错或者其辅助人的过错,设备的功能性缺陷不会引致任何责任,那么,就如同在使用辅助人情形一样,通过使用这种技术设备,事务所属人就为其自身利益而扩展了他的活动范围,并因此能够改善其处境。另一方面,必须记住的是,我们的法律制度主要将事务所属人的责任与人的行为以及对不法行为的强烈责难关联。严格责任(即不取决于过错甚或基于客观过失的责任)仅规定在使用特殊危险物(如机动车)的情况下。但是,电子信息系统肯定不属于这个范畴。

如果要采取更加严格的责任,可以提出的论据是,奥地利立法者不久前对涉及土地登记和商事登记管理(《不动产登记簿转换法》第 27 条,《商事登记法》第 37 条)的计算机数据处理方面,以及司法活动中使用信息技术设备方面(《法院组织法》第 89e 条)已经引入了无过错责任。这些规定表明,如果说技术设备替代人类辅助人的话,那么,我们的法律制度的确承认了为技术设备负责的规则。但是,要证成这种责任还面临一定困难,为技术设备负责的理由似乎不如为人类辅助人负责的理由充分:事实上,在这种情况下欠缺了在辅助人方面对不法行为的强烈指控因素。不过,比德林斯基<sup>[45]</sup>强调指出,这个问题涉及到在技术发展过程中,某些事物取代了之前由人来完成的智识功能,并且,从规范的角度看,这种情况偶然地改变了责任构成的状况。这个问题可以被称之为“功能改变”,为了在新的事实情况中维持既有的法律评价和法律效果,对法律作出新的解释或改变是必要的。在我们选取的解决方案中,采取的是将为辅助人负责的规则类推适用于具有智识功能的技术设备的做法。

为了支持这种类推,可以主张,即使在为辅助人负责的领域,关键点也不在于辅助人是否从事了可归责的疏忽行为,而在于这种行为即使由事务所属人自己实施也是可责的。在使用计算机或者其他技术设备的情况下,仍然可以对事务所属人作出假想的指控:如果同样的错误发生在事务所属人身上,就一定存在可以据以对他加以指控的缺陷。因此,在这类案件中,具有决定性的因素是在事务所属人责任范围内存在某种缺陷,这种缺陷要是在事务所属人自己实施这种涉案程序时发生,其可被视为是不法行为。

这种观点基本上被奥地利民法典修订草案中有关损害赔偿的新规则所采纳,该规则类似于为辅助人负责的规定。该修订草案第 1306 条第 4 款规定,事务所属人要像对辅助人行为负责那样对其使用的技术设备的故障承担责任。但是,与为辅助人负责的规则一致,只有在受害人证明了<sup>[46]</sup>该设备是不合适的,事务所属人在选用时未尽合理注意,或者未作恰当维护的情况下,这种责任才能被认定。

奥地利实证法上有关计算机的责任规定还留下一个问题。当损害是因不可避免的事件所引发时,前面提到的有关计算机数据处理的无过错责任规定实际上会导致责任的免除,这种事件既非源于设备维护状况的缺陷,也非源于设备构件的故障。因此,它所包含的免责理由通常仅见于严格责任情形。但是,由于这个特殊问题并不涉及一般与特定危

[44] 参见 Koziol, Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> 336; Spiro, Erfüllungsgelhilfen 57 ff.

[45] System und Prinzipien 215 f.

[46] 如果事务所属人是企业主,则举证责任倒置。

险类型相关的责任,而且为辅助人承担的责任也不存在类似的免责事由,所以放弃采纳这一免责事由是可取的。

## 二 行为入责任

在讨论完事务所属人为其辅助人承担责任的几个问题后,现在我将关注造成损害的行为人的个人责任问题。<sup>[47]</sup> 这个问题,也就是辅助人是否要与事务所属人一起对其行为承担个人责任——在所有相关要件都满足的范围内——在不同国家的法律制度中有着不同的解决方式。<sup>[48]</sup> 一些法律制度规定双方当事人应承担连带责任,另一些法律制度则规定辅助人无需担责。不过,中国侵权责任法未对雇员是要担责还是免责作出任何规定。

不规定辅助人免于承担个人责任似乎是公平的,至少初步看来是这样:没有任何理由让一个侵权人仅仅因为别人也要承担责任而被免于责任的承担。而且:有人会说,仅仅因为对事务所属人施予了责任就不允许受害人对辅助人主张权利,就此并没有令人信服的理由。尽管事务所属人通常会比他的辅助人更有能力支付赔偿,但也不必然是这样,而且,仅仅因为其他人也应担责这个理由,并不能说明受害人对主要的侵权行为人不能主张赔偿的正当性;至少在事务所属人破产的情况下,辅助人应当承担补充责任。

不过必须承认,在事务所属人破产的情况下,辅助人可能会面临不能被认可的负担。如果辅助人无法向事务所属人追索,且损害作为事务所属人责任范围的直接后果是极其巨大的,结果就会是这样。这尤其可能会发生在辅助人在属于事务所属人的危险工厂——如引导性事例中所提及的化工厂——工作这样的情况。稍一走神就可能与其过失不成比例的、毁灭性的赔偿责任。对于这些特殊的情形,某种责任减轻条款——考虑归责理由的分量以及受害人和侵权行为人的经济条件——将会是根据相关利益设计解决方案的恰当方式。

行文至此,我想总结一下本文提出的一些主要观点。首先,我们必须记住,这里存在两个可能要承担损害赔偿责任人,也就是事实上造成损害的行为人和他的事务所属人。然而,必须要有充足的理由将辅助人的侵权性的不当行为归咎于事务所属人并归责于他。这些理由既可能是辅助人不称职,也可能是活动的特殊危险性。事务所属人的责任还可以基于其在选任和监督其事务行为人方面存在过错而成立。此外,有令人信服的理由让事务所属人就取代人类辅助人的技术设备承担责任。就行为人的责任来说,让实际上实施了过错行为的人承担责任一般看来是合理的;但是,这个看法在损害主要是源于事务所属人活动的危险性的情况下应该被重新审视。据此,在确定事务所属人或者行为人的责

[47] Koziol, Basic Questions I no 6/100 f.

[48] 关于德语国家的情况,参见 Koziol, Basic Questions I no 6/100; 另见 Basic Questions II: Moréteau, France no 1/180; Ludwichowska-Redo, Poland no 3/124; Menyhárd, Hungary no 4/136; Green/Cardi, USA no 6/138; Yamamoto, Japan no 7/643. 也请比较 Brüggemeier, Haftungsrecht (2006) 119 ff; van Dam, European Tort Law<sup>2</sup> (2013) 512 f; Galand-Carval in; Spier, Unification: Liability for Others 304 f; Giliker, Vicarious Liability 30 ff; Schelp, Die Haftungsbelastung des Arbeitnehmers bei Schädigung Dritter (2003) 8 ff.

任时,必须始终以合乎情理的方式考虑并权衡将责任归诸于二者之一的理由。

---

---

[ **Abstract** ] The approaches taken by different legal systems regarding tortious misconduct of auxiliaries vary significantly. When establishing the principal's or the agent's liability within a consistent overall system, the reasons for attributing liability to either of them must always be called to mind and weighed up in a reasonable way. It seems completely unreasonable to establish a general strict liability rule for auxiliaries in tort law. The principal is not responsible for all damaging caused by persons who have been employed by him, but are supposed to carry out the task independently and without further instructions. The justifications for principal's liability might be the auxiliary's incompetence or the special dangerousness of an activity, or the principal's fault in selecting or supervising his agents. The principal is comprehensively liable for the misconduct of persons who have a leading position and give directions within the principal's field of activity. In addition, the principal is liable for technical equipment replacing human auxiliaries through an analogous application of the provisions on liability for auxiliaries. Regarding the agent's liability, it seems generally reasonable to hold the person liable who actually engaged in the faulty behavior, but an appropriate solution in proportion to the interests at stake should be facilitated in situations where the damage results from the dangerousness of the activity as well as from the principal's insolvency.

---

---

(责任编辑:姚 佳)