

物件保有人责任研究

以《侵权责任法》第 85 条为解释对象

韩 强*

摘 要 《侵权责任法》第 85 条调整物件保有人责任,其责任人的范围包括所有人、管理人或者使用人。管理人应作狭义理解,仅指对国有财产承担管理义务的法律主体。至于建筑物的物业管理公司以及工作的承揽人等,应按照《侵权责任法》第 37 条规定的场所主人安全保障义务承担相应责任。而使用人则应作扩张解释,涵盖实际管领控制物件的占有人。第 85 条在立法例上兼采“所有人负责主义”和“占有人负责主义”,并且多重主体之间可能构成不真正连带责任。物件保有人责任所包含的具体加害形态也不应局限于法条列举的“脱离、坠落”,凡因管理、维护欠缺所产生的致害形态,都应扩张解释到第 85 条的适用范围之中,以达到充分救济受害人的目的。

关键词 物件损害责任 物件保有人责任 建筑物侵权责任 工作物侵权责任

一、问题的提出

《侵权责任法》第 11 章调整“物件损害责任”,其涵盖范围包括建筑物、构筑物、其他设施、堆放物和林木等。考虑到《侵权责任法》第 85 条和第 86 条系由《民法通则》第 126 条拆分而来,且分别调整两类最为重要的物件责任案型:物件保有人责任和物件设置人责任。本文仅以第 85 条规范的物件保有人责任为研究对象,力求运用民法解释学的方法,探求条文适用上的

* 华东政法大学副教授。本文系上海市教委第五期重点学科民法与知识产权(项目号 J51104)建设、上海市教委科研创新项目“损害赔偿责任的‘归责’要件研究”(12YS102)、华东政法大学科研项目“侵权责任构成研究”(项目编号 11HZK036)之阶段性成果。

妥当效果。

《侵权责任法》第85条系完全法条,构成要件和法律效果具足。但在两个方面仍存在争议:

第一,责任人范围问题。《侵权责任法》第85条在物件保有人的范围上列举了所有人、管理人和使用人,相较《民法通则》第126条增加了“使用人”。有争议的是管理人和使用人的具体范围。在《民法通则》施行的二十余年中,司法裁判和学术研究对管理人的范围始终未能形成共识。^{〔1〕}至于使用人的问题,由于《侵权责任法》颁布不久,亟需深入研究。同时,多数责任人并存下的责任形态问题也有待澄清。

第二,物件的范围问题和加害形态问题。《侵权责任法》第85条仅以建筑物、构筑物和其他设施及其搁置物、悬挂物发生的损害现象作为调整对象。而加害形态也仅限于脱落、坠落,属于较为狭义的保有人责任。^{〔2〕}但物件的脱离、坠落是否能够周延地涵盖保有人责任的全部可能形态?实践中出现的不属于脱离、坠落,又不属于其他物件损害责任类型的情况,应如何处理?

二、责任人范围的争议及其澄清

关于《民法通则》第126条和《侵权责任法》第85条中物件保有人的具体范围,长期以来困扰司法实务和学术研究。这里既有法律政策问题,也有法律技术问题。两者交汇纠缠,势必产生认识上的混乱。

(一)立法例上的简要考察

大陆法系关于物件保有人责任的归责对象,大致有三种立法例,分别是:^{〔3〕}

1. 所有人负责主义

原则上由物件所有人作为保有人承担侵权责任,典型者如《法国民法典》第1386条、《瑞士债务法》第58条和我国台湾地区“民法”第191条。所有人负责主义的法理根据在于所谓的“物主责任”规则。^{〔4〕}至于归责原则,法国法和瑞士法在解释上均被认为采无过错责任。^{〔5〕}

〔1〕 笔者通过北大法意案例数据库共收集了15个典型案例。这些案例所认定的管理人类别较为丰富。此外,学说上对于管理人问题也存在诸多争议,此点正是本文的重点研究对象。

〔2〕 所谓保管有欠缺,系指于建造后未善为保管,致其物发生瑕疵而言。王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,页491。

〔3〕 本文主要以大陆法系为考察对象,关于英美法物件损害责任的规定,参见Markesinis/Deakin, *Tort Law*, Oxford University Press 2007, pp.324-357。

〔4〕 为什么法国法针对建筑物坍塌采取单一的“所有人负责主义”,此点值得研究。根据《法国民法典》第1384条的规定,“物的行为”致人损害的侵权责任主体是物的照管人,其范围显然大于所有人。而第1386条却将责任人严格限定为所有人。这种责任主体的规定具有排他性,不论所有人是否为该建筑物的管理人,均应负责,即便建筑物的维护责任根据有关租赁契约由承租人承担,也是如此。参见张民安:《现代法国侵权责任制度研究》(第二版),法律出版社2007年版,页248-249。瑞士法也采取与法国法相同的立场,所有人作为一块土地的占有人、一个物的主人、一个企业或者设施的所有人,是非常清楚的。至于所有人是直接占有还是仅仅间接占有工作物,是不重要的。赔偿责任的主体也不是诸如使用承租人、用益承租人或用益权人。Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Aufl. (1) 2007, S.430。

〔5〕 参见罗结珍译:《法国民法典》(下册),法律出版社2005年版,页1115。另参见上注Basler Kommentar, 页429。

但是,法国法上有关于“保存之欠缺”、瑞士法上有关于“保管有瑕疵”之表述,在“客观过失主义”〔6〕标准之下,究竟是否仍为无过错责任,实值怀疑。与法国法和瑞士法不同,台湾地区立法例采过错推定责任,似乎更符合此类责任的本质。

2. 占有人负责主义

不考虑责任人的其他具体身份,只要其是致害物件的占有人,就承担侵权责任。这一立法例在罗马法上就已出现,〔7〕近代则以《德国民法典》第 836 条、第 837 条和第 838 条的规定为代表。《西班牙民法典》第 1910 条采取相似的立场。占有人负责主义的理论根据在于“实际控制者”负担风险的原理。至于为何物件的实际控制人应该负担风险?德国民法理论认为第 836 条蕴含了一项法定的交往安全义务(Verkehrssicherungspflichten),违反此义务是占有人被归责的根据。〔8〕又由于损害源自占有人所掌控的范围,所以应采取举证责任倒置,〔9〕因此德国法上采过错推定责任。

3. 折中主义

《日本民法典》第 717 条第 1 款显然是融合德国法和法国法的规定,物件的占有和所有人都是责任主体。但是日本法的特色在于,占有和所有人并非平行地承担责任,而是具有责任承担上的法定顺序,即先考虑占有人承担责任,采过错推定责任原则。此点完全仿照德国法;如果占有人能够证明无过错,则由所有人承担责任,对所有人采无过错责任。须注意的是,虽然对所有人采无过错责任,但仍要求满足“设置或保存上存在瑕疵”的要件,是一种以“瑕疵”(或缺陷)的存在为要件的特殊责任形态。〔10〕

比较言之,我们似乎可以得出一种印象:关于物件保有人责任的主体,非所有人即占有人,且两者无并立承担责任之可能。然而,事实并非如此。在采所有人负责主义的我国台湾地区,

〔6〕 过错的定义主要并不是以各个债务人所能尽到的注意为尺度,民法上的过错大多是从客观角度来确定的,参见 *Medicus/Lorenz*, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 18. Aufl. 2008, S. 173. 另根据日本学者的见解,工作物责任也是以在工作物的设置或保存上有“瑕疵”为要件,显然这是从客观的瑕疵推定主观的过失责任,或者以客观的瑕疵的形式将主观的过失定型化了的责任。参见于敏:《日本侵权行为法》(第二版),法律出版社 2006 年版,页 249。我国台湾地区“民法”第 191 条明确采过错推定责任,根据该条修正理由所阐述的立场,所谓过错推定,也是通过对客观的注意义务的违反,来推定行为人满足侵权构成所应具备的主观状态。其修正理由指出:“应推定其所有人就设置或保管有欠缺,被害人于请求损害赔偿时,对于此项事项无须负举证责任……但所有人能证明其对于建筑物或工作物之设置或保管无欠缺,或于防止损害之发生,已尽相当之注意……仍得免负赔偿责任”。陈忠五主编:《新学林分科六法:民法》,新学林出版股份有限公司 2008 年版,页 B-139。

〔7〕 在罗马法的“准私犯”(quasi delictum)中,有“落下物或投掷物致害”(effusum et deiectum)和“放置物或悬挂物致害”(positum et suspensum)两种类型,相当于近代的物件损害案型。根据优士丁尼法的规定,责任主体是建筑物的住户或居住者,即意味着应由占有人承担责任,而不一定由房屋的主人承担责任。参见黄风:《罗马私法导论》,中国政法大学出版社 2003 年版,页 345。

〔8〕 *Deutsch/Ahrens*, *Deliktsrecht*, 5. Aufl. 2009, S. 147.

〔9〕 (德)马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社 2006 年版,页 187。

〔10〕 于敏,见前注〔6〕,页 254。

其“民法”第191条的立法理由是将“所有人”作为“自主占有人”看待的,^[11]这与《德国民法典》第836条第3款将占有人限于自主占有人如出一辙。此点表明即使所有人负责主义的立法例,也强调责任人对物件的管领和控制。另根据权威学者的意见:“被害人得向工作物所有人或‘另有应负责任之人’请求损害赔偿(不真正连带债务),非谓其应先向或仅得向工作物所有人行使其权利。所谓另有应负责任之人,指就工作物瑕疵的发生,致侵害他人权利,应负责任之人,诸如工作物承揽人、工作物的承租人、借用人、无权占有人、典权人、前工作物所有人等。”^[12]如果这种观点代表了司法实务部门的见解,那么将给我们以重要的启示:物件损害责任主体在范围上并非截然对立,所有人负责主义和占有人负责主义本有融合沟通之处。德国法上的“自主占有人”在某种意义上已经可以被视作所有人。而《侵权责任法》第85条直接将三种责任主体并列,似乎也具有类似的优点,但其所引发的法律争议,却也必须清楚地加以解决。

(二)我国法的沿革,以及实践和学理上的争议

我国自《民法通则》第126条起便确立了物件损害责任主体的基本范围,这一范围被《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》(以下简称《人损司法解释》)第16条所沿袭。期间我国各级人民法院审理了大量的有关物件损害责任的案件。

1.《民法通则》及后续法律规范对责任人的规定

《民法通则》开我国物件损害责任立法之先河。在责任主体方面,第126条并列规定了“所有人”和“管理人”两类责任主体。关于所有人,《民法通则》第71条已经做出清楚的界定,没有争议。至于管理人的准确含义和具体范围,由于缺乏立法资料,故难以清楚了解。根据《民法通则》颁布后出版的学术研究著作,特别是参与立法活动的官员和学者发表的解释性著作,并结合立法的时代背景,似可推断《民法通则》中的管理人应作狭义理解。具体说来,彼时正值改革开放初期,财产的所有、占有和利用形式较之今日大为简单,因此,立法者没有考虑基于当事人合意产生的物之所有权和物之占有、使用相分离的情况,没有考虑到因盗窃等行为导致物的所有权与占有分离的情况。其所注重的是国有财产所有权与经营管理权相分离的财产权形式。^[13]据此,管理人专指被授权经营管理国有财产的国有企业、事业单位或社会团体。^[14]这些管理人实际上具有代表国家享有或行使所有权的地位。^[15]如果上述理解正确,那么我们基本上可以断定,《民法通则》关于物件损害的责任主体实际上采取的是所有人负责主义:由所有人,以及相当于所有人的管理人承担物件损害侵权责任。

2003年颁布的《人损司法解释》第16条在责任主体范围上完全延续了“所与人”和“管理人”并列的模式。但不可忽视的是,从1987年到2003年中国社会生活状况发生了巨大的变

[11] 我国台湾地区“民法”第191条立法理由:“谨按土地上工作物之自主占有人,不问其占有工作物之土地与否……然工作物所有人对于防止发生损害之方法已尽相当之注意者……”。在立法理由中,工作物之自主占有人和所有人的称谓是混用的。参见陈忠五,前注[6],页B-139。

[12] 王泽鉴,见前注[2],页499。

[13] 张新宝:《侵权责任构成要件研究》,法律出版社2007年版,页114。

[14] 参见孔祥俊:“建筑物或其他设施造成损害的民事责任”,《法律科学》1992年第5期。

[15] 佟柔主编:《中国民法》,法律出版社1990年版,页586(王卫国执笔)。

化,财产的利用形态日益丰富。至2009年《侵权责任法》颁布,第85条又增加了“使用人”作为责任主体。

2.司法实践中大量的案例都集中在对“管理人”的界定上,而对管理人的理解也较为宽泛。通过对现有裁判资料的类型化分析,我们可以了解在过去近二十年的时间里,司法机关曾经将下列主体认定为物件损害责任中的“管理人”。

(1)国有财产管理人。即各类被授权经营管理国有财产的国有企业、事业单位和社会团体。如上文所述,此种理解完全符合《民法通则》第126条之立法原意。只是具体到个案中,究竟哪个机关或组织是承担管理职责的人,仍有争议。比如在一起国有森林公园内石碑倾覆伤人的案件中,河南省洛阳市中级人民法院认为:

周灵王陵标志碑设在周山森林公园的园区内,洛阳市周山森林公园管理处对该标志碑具有不可推卸的管理、修缮和保养责任义务。洛阳市文物管理局作为政府承担文物保护工作的行政主管部门,对本行政区域内的文物保护负有实施监督管理的责任义务,且洛阳市人民政府作为一级政府也认为该标志碑的所有权和管理权归市文物管理局。为此,对本案因标志碑头倒塌砸伤人员的意外事故,洛阳市周山森林公园管理处和洛阳市文物管理局均存在一定的过错,均应承担相应的赔偿责任。^[16]

此案完整地回答了国有公园内标志石碑的所有权和管理权归文物管理局,同时公园管理处对石碑也负有管理义务,作为国有财产的所有人和管理人均十分明确。在与此类似的一起案件中,深圳市中级人民法院认定某国土局“作为国有土地的主管部门,负有对征用土地及地上建筑物进行管理的义务,现因其疏于管理,应依法对墙体倒塌致陈亚邦的死亡承担赔偿责任”。^[17]

(2)物业管理公司。在《民法通则》颁布的年代,几乎没有住宅小区物业管理服务的概念。物业管理作为一项产业是随着城市商品房市场的形成而逐步兴起的。司法实践及时回应了这一重要的财产管理,特别是建筑物管理的现象,在很多案件中明确判定物业管理公司是《民法通则》第126条上的“管理人”。较早地将物业管理公司认定为“管理人”的是1997年廊坊市中级人民法院的一则案例。在该案中,法院指出:“……上诉人廊坊市康庄物业管理有限公司对廊坊康庄居民小区行使物业管理权。”^[18]虽然判决书使用了“物业管理权”的表述,实际上是确认了物业管理公司承担管理义务。在另外一起案件中,郑州市中级人民法院也将物业管理公司认定为管理人:

被上诉人鑫苑物业公司亦已对该楼进行实际管理5个多月,鑫苑物业公司作为该楼的管理者,对该楼中所存在的安全隐患,负有安全检查、消除隐患的管理义务,因其未尽到相应的管理义务,致使支树强被楼顶坠落的建筑模板砸伤,对支树强因此所遭受的人身损

[16] (2008)洛民终字第1734号民事判决书。

[17] 资料来源:北大法意案例数据库。链接地址:[http://www.lawyee.net/Case/Case_Display.asp? ChannelID=2010100&RID=297620](http://www.lawyee.net/Case/Case_Display.asp?ChannelID=2010100&RID=297620),最后访问时间:2011年8月5日。

[18] (1997)廊民终字第283号民事判决书。

害,亦应当承担相应的赔偿责任。^[19]

在另外一则类似案例中,上海市长宁区人民法院更是明确阐述了物业管理公司作为建筑物管理人的地位,及其归责根据:

被告作为系争纠纷小区××号楼的物业管理企业,对其所管理的建筑物负有及时维护和修理之义务;被告对此负有作为的义务而不作为,应当依法承担过错责任。被告在发现其管理的建筑外墙裂痕而未及时修理,以致建筑物外墙坍塌,损坏车辆,造成原告损失,被告的过错与原告的损失之间存在因果关系,原告据此诉请,可予以支持。^[20]

(3)承租人。由于《民法通则》第126条规定的责任人中没有列举使用人,于是在《侵权责任法》颁布之前的判决中承租人往往被视为管理人。在一起由《最高人民法院公报》公布的案例中,酒店作为建筑物的承租人被认定对建筑物负有管理义务,但由于在该案中管理人对建筑物尽到了必要的管理义务,因此无须承担损害赔偿赔偿责任:“……无论是被告江苏展览馆还是古南都酒店,都已用事实证明,作为该建筑物的所有人、管理人,其已保证了建筑物的安全使用。”^[21]在另外一起类似的案例中,昆明市中级人民法院也将房屋承租人认定为管理人,但仅对其租赁的部分房屋承担管理义务,对其他部分则没有管理义务:“被告浩声公司与被告化轻公司签订房屋租赁合同,双方建立房屋租赁关系,被告浩声公司作为承租人只对其占有、使用的房屋负有管理的义务,但是本案坠落的玻璃位于公共通道,不在被告浩声公司的管理范围,故被告浩声公司不负有管理义务,其在本案中不应承担民事责任”。^[22]

(4)承揽人。将承揽人作为管理人看待,是我国司法裁判上的一个特色,^[23]且此类案例并不少见。虽然承揽人本不在《民法通则》第126条所设计的管理人之列,但承揽人在工作期间对建筑物等物件进行实际控制也符合占有人负责主义的精神。我国部分司法机关基于实际控制者承担风险的理念,判令承揽人承担侵权责任。在重庆市第一中级人民法院1997年的一则判决中,某家电经营部为某饮食店安装空调,后因空调脱落致人损害。对此,法院指出:“家电经营部在安装空调室外机时,在不了解墙体情况下,使用的膨胀螺栓锚固定强度不够,造成此次事故的发生,亦应承担一定责任。”^[24]在另外一起涉及房屋拆迁的案例中,拆迁人委托拆迁公司承揽房屋拆除工作,由于拆迁公司工作上的过错造成他人损害,萍乡市中级人民法院认为:“本案中,作为拆迁人的景昕房地产公司是被拆建筑物的所有人;腾飞拆迁公司在拆迁过程中,对被拆建筑物亦负有安全管理人的义务。”^[25]

(5)其他管理人。在司法实践中,有一类管理人较为特殊,比如在焦作市中级人民法院的

[19] (2009)郑民一终字第1443号民事判决书。

[20] (2010)长民二(商)初字第34号民事判决书。

[21] 《中华人民共和国最高人民法院公报》2006年第11期总第121期。

[22] (2006)昆民三终字第512号民事判决书。

[23] 在德国判例上,拆房公司(Abrbruchunternehmen)是被作为建筑物占有人纳入《德国民法典》第836条以下之调整范围的,BGH, NJW 1979, 309.

[24] (1997)渝一中法民终字第2133号民事判决书。

[25] (2007)萍民一终字第159号民事判决书。

一则案例中,房屋所有人死亡后,其继承人没有对房屋进行分割,而是由继承人之一实际占有该房屋,后该继承人也死亡,由其子女继续占有该房屋,并将房屋出租给他人。在租赁期间,房屋倒塌致人损害。法院认为:

丁字街 224 号毋俊登的遗产,其子女未对遗产进行继承。但其子女中只有毋大军之父母国良一家在本市居住,该院的钥匙也由毋国良掌管,毋国良理应对该院进行妥善管理。毋国良死亡后,该院的钥匙继续由其继承人掌管,其继承人也未明示放弃继承,对该院理应继续进行管理。而毋大军等三人却对该院疏于管理,致使该院的院墙在暴雨中倒塌,将从院门前路过的邱峰砸伤致死。邱峰死亡给邱银成造成的损失,毋大军等三人负赔偿责任。^[26]

此类管理义务的产生并无先前的某种法律行为作为根据,而纯粹是出于对建筑物的占有而承担管理义务。

通过分析案例资料,我们发现有两个重要的问题值得关注:其一,国有物件致人损害并由其法定管理人承担侵权责任的案件在数量上并不突出。推测其原因,可能是由于社会财产利用关系日益多元化,而国有财产在数量上和存在的空间范围上有所减少。这一状况完全超出《民法通则》立法者当时的设想。鉴于实践中物的所有和利用关系相分离的现象十分普遍,而《民法通则》又没有占有人或使用人负责的规定,法官便自发地对“管理人”进行了扩张解释,使管理人在范围上处于开放状态;其二,在上文援引的案例中,法院认定了种类丰富的管理人,且都指明以《民法通则》第 126 条作为裁判依据。这就意味着,各类“管理人”依法应承担过错推定责任。然而,上述案例的裁判文书并未完全体现过错推定责任之意旨,很多判决书在论证被告的归责基础时,已经不是过错推定,而是在认定过错了。^[27] 这种现象难免让我们产生一种怀疑:法院在形式上把被告认定为管理人,把案件归入特殊侵权类型,但其潜意识中却仍然按照一般侵权的过错责任原则来加以处理。也许法官在裁判过程中对这一背离完全无意识,但这一现象带来的思考却是:各种所谓的“管理人”在责任体系上是否处于同一位置? 对此疑问,将在下文作出回答。

3. 关于管理人范围的学理争议

由于《民法通则》未规定使用人,因此关于物件损害责任主体的学理争议主要集中于管理人的范围上。

(1) 狭义说。所谓“狭义说”就是基本上遵循《民法通则》立法意旨来界定管理人的范围。如上文所述,彼时的管理人指依照法律法规或行政命令对国有建筑物或其他设施享有固定的、带有永久性的经营管理权的人,它是依照法律法规或行政命令直接产生的,不同于当事人以出

[26] (2000)焦民终字第 1021 号民事判决书。

[27] 比如前引郑州市中级人民法院的案例,法院在判决书中明确指出:“鑫苑物业公司作为该楼的管理者,对该楼中所存在的安全隐患,负有安全检查、消除隐患的管理义务,因其未尽到相应的管理义务,致使支树强被楼顶坠落的建筑模板砸伤,对支树强因此所遭受的人身损害,亦应当承担相应的赔偿责任。”此时,法院显然不是在过错推定,而是已经在认定过错了。见(2009)郑民一终字第 1443 号民事判决书。

租、出借、出典等法律行为自愿设定的占有人(如承租人、借用人和典权人)。^[28] 在此种管理人的定义下,被管理的物件也基本上仅限于作为国有资产的建筑物、构筑物或其他设施。其典型形态,就是曾经在我国长期存在的公房管理机构,如房管所等,以及各类全民所有制企业、国家机关、国家举办的事业单位、社会团体等。随着改革的深入,房管所在城市内基本消失或者转制为物业管理公司,全民所有制企业在完成公司化改造之后,根据《物权法》第55条的规定可以取得完整意义上的财产所有权。而国家机关、事业单位和社会团体是否应该根据《物权法》第53条享有所谓的“公法上的所有权”,仍有争议。“狭义说”在当今主要面临两个问题:其一,范围是否过于狭窄?其二,具体案件中认定国有财产管理人可能会面临困难。在一起树木倒伏致害案件中,谁是乡村公路两旁栽种的树木的管理人就引起了很大的争议,究竟是交通管理部门,还是公路养护部门,抑或是树木所在地的集体经济组织?^[29]

(2)广义说:为解决“狭义说”的弊端,在《侵权责任法》颁布前,学理上形成了一种“广义说”的观点。该观点主张抛开我国特定历史时期形成的管理人定义,而是从更符合实际角度来界定管理人:所谓管理人,是指基于所有人授权或者其他事由对建筑物取得法律上或事实上之占有,以及承担维护保养义务的人。^[30] 从“广义说”的基本观点出发,又引申出来两个子观点:其一,“占有人即管理人”,亦即将管理人等同于占有人,无需对二者作严格之区分;或认为我国规定的管理人就是外国法意义上的“占有人”、“保养义务人”;^[31]其二,通过扩张解释,管理人可以包括“其他占有人”,即管理人范围本不包括占有人,但是为了特定目的而将管理人作扩张解释,从而涵盖其他占有人。^[32] 实际上,这两种观点都是为了解决国有建筑物的管理人过于狭窄的问题。因此,“广义说”的基本出发点是将占有人引入责任主体范围,毕竟当占有人实际管领物件时,比所有人更能控制风险。

关于“狭义说”认定管理人范围过于狭窄的问题,似乎在《侵权责任法》第85条增加了使用人之后得到了部分解决,而这正是“广义说”原本的价值所在。因此,也有观点认为在《侵权责任法》出台之后,管理人的定义应重新回归到比较狭义的理解上去,原先那种扩张管理人范围的作法既无必要,^[33]也违反法律解释的规则。^[34]

(三)对管理人和使用人的界定

在我国社会环境发生重大变化的背景下,正确界定管理人和使用人的范围,是正确适用

[28] 参见孔祥俊,见前注[14],页86。同时,全国人大法工委民法室和最高人民法院也秉持类似的态度,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,页344,以及奚晓明主编:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2010年版,页566。

[29] 资料来源:北大法意案例数据库。链接地址:http://www.lawyee.net/Case/Case_Display.asp?ChannelID=2010100&RID=363614,最后访问时间:2011年8月5日。

[30] 王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,页522(王卫国执笔)。

[31] 佟柔,见前注[15],页586(王卫国执笔)。

[32] 王利明:《人身损害赔偿疑难问题》,中国社会科学出版社2004年版,页494。杨立新也持类似观点,参见杨立新:《侵权法论》(第四版),人民法院出版社2011年版,页539。

[33] 奚晓明,见前注[28],页566。

[34] 参见王利明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,中国法制出版社2010年版,页436(尹飞执笔)。

《侵权责任法》第 85 条的重要前提。

1. 管理人的范围

在《侵权责任法》第 85 条增加了使用人的情况下,管理人的界定是延续《民法通则》时代的狭义理解,还是肯定司法实践长期以来的广义理解,实在不是一个单纯的法律解释学问题。

首先,应明确的是,狭义的管理人只要在我国社会生活中仍然存在,那么《民法通则》第 126 条的原本含义就应该被坚持。尽管狭义管理人的具体形态可能已经发生巨大变化,但其作为“准所有人”承担物主责任的立法政策仍然清楚地体现在《侵权责任法》之中。^[35]与此同时,原本在司法实践上被认定为管理人的一些情形,比如承租人等,则应纳入《侵权责任法》新增的“使用人”之中,无论如何不能再作为管理人看待了。

其次,目前围绕着管理人问题争议最大的莫过于工程承揽人和物业管理企业。因为这两类主体不属于典型意义上的使用人,基本上不可能以使用人的身份被归责。但如果考虑将这两类主体作为管理人,则面临两个严峻的挑战:第一,狭义说所代表的立法原意本没有将这两类主体作为管理人看待,如果将其认定为管理人,有悖于立法精神,造成法律解释上的随意性;第二,合同相对性原理的限制。^[36]由于承揽人和物业管理公司往往是根据与物件所有人缔结的合同关系而承担特定管理义务,此时要求行为人根据合同项下的管理义务承担侵权责任,有悖于民法原理。^[37]

对于承揽人和物业管理公司在工作过程中能否对外承担侵权责任,应分别加以讨论,方能得出较为确切的结论。①考察有关承揽人侵权的案例,我们可以发现,其加害行为在形态上可能表现为作为或者不作为。^[38]但无论加害行为的具体形态如何,承揽人在工作过程中由于欠缺必要注意造成他人损害往往是此类案件必备的要素。^[39]既然能够确定承揽人在工作上确有过错,那么就可以直接根据《侵权责任法》第 6 条承担一般侵权责任,^[40]完全没有必要再根据第 85 条适用过错推定责任。如果承揽人在工作期间并无过错,或者有无过错难以证明,则采第 85 条的过错推定责任,不仅在责任主体范围的解释上有诸多障碍,在归责的法律政策上对于承揽人也未免过于严苛。此时,应由定作人和承揽人根据合同关系解决其内部纠纷,对外则由定作人基于所有人身份负担侵权责任。需要指出的是,承揽人由于难以认定为建筑物或构筑物的管理人,因此不应归入第 85 条的调整范围之内。但在德国法上,根据《德国民法

[35] 参见全国人大法工委民法室,见前注[28],页 344。

[36] 此时,建筑物所有人根据《侵权责任法》第 85 条对外承担侵权责任,而物业管理公司则应根据物业管理合同对业主承担合同不履行的责任。这是满足债的相对性要求的处理思路。

[37] 尽管现代民法存在利益第三人合同等所谓相对性突破之例外情形,但其仍具有特定的适用条件,并不具有普遍意义。

[38] (2007)萍民一终字第 159 号民事判决书和(2000)镇民终字第 546 号民事判决书。

[39] 如空调安装人未能充分注意墙体状况,并且所使用的螺丝钉也无法保证空调外挂机箱的安全稳固,最终造成外挂机箱脱落致人损害。

[40] 《人损司法解释》第 10 条第 1 句也正是体现了这一思路:“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。”此点,法国法上的意见可资参考,根据法国最高法院民事二庭 1965 年 12 月 21 日作出的判决,对于正在建造中的建筑物不适用《法国民法典》第 1386 条规定的物件损害责任,对负责进行建筑的承包人应适用第 1382 条(即一般侵权行为条款)之规定,对其正在工作之物造成的损害承担责任。转引自《法国民法典》,见前注[5],页 1114。

典》第 837 条的规定,因权利的行使而在他人土地上占有建筑物或工作物的,将代替土地占有人承担而承担侵权责任。于是,安装脚手架的建筑企业作为承揽人也可以根据第 837 条承担侵权责任。^[41] ②与承揽人不同,物业管理公司在物件损害案件中往往表现为某种不作为的状态,即疏于对物件的维护和管理。此时,有过错的不作为能否够构成《侵权责任法》第 6 条的一般侵权行为,在理论上固然存在一定的争议。^[42] 依学说上较为有力的见解,不作为也能构成以过错责任为基础的一般侵权行为,其核心在于认定行为人违反“交往安全保障义务”。^[43] 对此,我们必须注意《侵权责任法》就安全保障义务规定了一项专门的请求权基础,即第 37 条关于“宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人”的规定。虽然法条也使用了与第 85 条一样的“管理人”,但此处的管理人显然更加宽泛,应包括各类公共场所的管理人,既可以是所有人,也可是承租人、承包人等等。^[44] 如果在解释上将物业小区视为物业管理公司“管理”下的公共场所,^[45] 则物业公司承担一般侵权责任的基础就不仅仅是《侵权责任法》第 6 条,更应该是第 37 条。^[46] 如此,也就没有第 85 条的适用余地。^[47] 同样地,如果不能证明物业管理公司存在过错,即在无法确定存在违反安全保障义务的情况下,径行适用第 85 条的过错推定责任,在政策上是否妥当深值怀疑。尽管有学者归纳了将物业管理公司认定为“管理人”的三大理由,^[48] 但仍然欠缺充分的说服力。物业管理的普遍存在,只能说明此类合同关系的流行,并不必然导致侵权责任的扩张;司法判决上的先例只能说明《民法通则》第 126 条在责任主体范围上的局限性,以及司法机关试图弥补这一局限的努力,但是否妥适仍缺乏论证;至于德国立法例的援引,虽然能够说明在德国实名的房屋管理人和业主共同体

[41] 福克斯,见前注[9],页 190。

[42] *Staudinger/j Hager* (2009) § 823 Rn. E2.

[43] *Deutsch*, 见前注[8],页 147。

[44] 参见奚晓明,见前注[28],页 272。

[45] 但必须指出,物业小区仅具有有限的公共性,即原则上对不特定之社会主体没有开放的义务。但由于任何物业小区又不能完全避免不特定主体之进入,比如访客、快递公司业务员、装修公司人员等,因此其仍具有一定程度的公共性。

[46] 有学者注意到了物件损害责任与安全保障义务之间的关系,参见韩世远:“物件损害责任的体系位置”,《法商研究》2010年第6期。

[47] 另外需要强调的是,《物业管理条例》也没有为此类侵权责任创设请求权基础,比如其第 46 条仅规定了“对物业管理区域内违反有关治安、环保、物业装饰装修和使用等方面法律、法规规定的行为,物业服务企业应当制止,并及时向有关行政管理部门报告”;其第 47 条也只规定了“物业服务企业应当协助做好物业管理区域内的安全防范工作。发生安全事故时,物业服务企业在采取应急措施的同时,应当及时向有关行政管理部门报告,协助做好救助工作”。

[48] 其一,社会发展,由物业公司提供管理服务已成为市民生活的常态(普遍性),物业公司是应运而生的专业主体(专业性);其二,我国司法裁判已经开此先河;其三,有比较法的支持,比如《德国民法典》第 838 条规定了建筑物或工作物维护义务承担人的责任,它以合同(如果合同已经成立)为前提条件,该合同的内容为相关的“权限”(Zuständigkeit)提供基础,比如说,它规定的是房屋管理人(Hausverwalter)或者住宅所有人联合体的管理人(Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft)。《德国民法典》第 838 条的典型规范对象当然是通过合同任命的房屋管理人。韩世远:“建筑物责任的解释论——以《侵权责任法》第 85 条为中心”,《清华法学》2011年第1期。

(Wohnungseigentümergeinschaft)的管理人^[49]属于《德国民法典》第838条规范下的责任主体,但这并不意味着物业管理企业当然就是《侵权责任法》第85条中的管理人。如果认定物业管理公司既非原本意义上的“管理人”,又显然不属于新规定的“使用人”,则只能从方便诉讼的角度来寻找论据。个案中,如果认定致害的建筑物及其搁置物或悬挂物属于物业管理公司的管理范围(往往属于建筑物区分所有权中的共有权部分),则由受害人直接起诉物业管理公司显然具有诉讼上的极大便利。否则,受害人必须要按照共有人连带责任的规定起诉个别业主或全体业主,如此一来,不仅诉讼程序复杂,而且个别业主的清偿能力也难以保证受害人顺利获得救济。因此,从方便诉讼、强化救济的角度上,在物业管理的范围内,允许受害人直接请求物业管理公司承担管理人的侵权责任,确实有其政策考量上的正当性。当然,这一诉讼上的便利是以物业管理公司承担过错推定责任,并且突破债的相对性原理为代价的,其政策上的取舍衡量仍应以稳妥为宜。

最后,关于其他各种类型的管理人,包括自然人之间基于委托合同而承担物件代管义务的人、^[50]无因管理人、失踪人的财产代管人、破产财产管理人、遗产管理人以及监护人等,如对物具有占有或使用之事实,则应归入使用人处理。如不能构成使用人,则仍应由物件之所有人承担第85条规范之下的侵权责任。总之,在《侵权责任法》增加了使用人的前提下,管理人的范围应以回归狭义解释为宜。各种扩张管理人范围的意见,必须经受审慎的政策检验。根据新近的司法案例,有的法院将以前曾经被认定为管理人的广告招牌安装承揽人明确排除在责任主体之外,而仅仅要求该物件的所有人或使用人负责。^[51]

2. 使用人的范围

《侵权责任法》第85条增加了“使用人”作为责任主体。这一立法上的转变,改变了过去长期秉承的所有人(或准所有人)负责主义的基本立场,引入了占有人负责主义的因子。但是,《侵权责任法》所采取的占有人负责主义并不彻底,因为它没有直接使用“占有人”来界定此类责任主体,而是使用了一个较为模糊的“使用人”概念。于是,围绕着使用人的认定标准和具体范围,又难免产生争议。

根据全国人大常委会法工委民法室的解释,“使用人”是指因租赁、借用或者其他情形使用建筑物等设施的人。^[52]依该解释,使用人的范围似乎仅指有权占有人,甚至仅限于债权性质的占有人,即基于租赁、借用等合同关系而产生的有权占有人。然而,在传统民法上占有是一个异常丰富且复杂的法律事实,除了基于债权关系产生的有权占有人之外,其他基于物权关系的占有人、基于法定原因获得占有之人,甚至无权占有人是否也属于《侵权责任法》第85条的使用人?因此,虽然第85条的文字表述是“使用人”,但考虑到使用与占有的天然联系,我们必

[49] Erman/Bearbeiter, BGB, 12. Aufl., § 838 Rn. 2.

[50] 杨立新明确主张,根据委托关系为所有人管理物件的人也是管理人,参见杨立新,见前注[32],页539。此点与《德国民法典》第838条所采观点相同,参见Deutsch,见前注[8],页147。

[51] (2011)润民四初字第86号民事判决书。

[52] 全国人大法工委民法室,见前注[28],页345。

须从占有的角度对使用人的含义和范围加以研究。

与“所有人负责主义”不同，“占有人负责主义”显然着眼于对物的实际控制之于风险防范上的意义。^[53] 如上文所述,《民法通则》第126条所规定的责任主体在范围上有一定的局限性,不能适应社会发展的新情况。因此,在《侵权责任法》立法过程中,有观点认为在赔偿义务主体中应当增加规定占有人或者实际使用人。但这一观点在历次草案中都未被采纳,而仍然是延续《民法通则》“所有人或管理人”的体例,直到《侵权责任法》草案最后一次提交讨论之后,才增加了“使用人”。^[54] 从立法的情形可以推断,使用人与占有人有着密切的联系。

(1) 债权性“使用人”。如人大法工委民法室在解释使用人时所作的列举,因租赁、借用等各类债权合同关系而获得对特定物件“使用”的人,属于第85条规范的侵权责任主体。这一理解反映立法原意,也得到司法实践的执行。在郑州市中级人民法院裁判的一起案件中,法院对第85条项下的使用人作出了界定:

张海卿的房屋受损是由店名字牌、彩钢瓦、角钢在风力作用下坠落造成的。李海燕作为鹿鸣村酒店的经营者,李海燕实际使用房屋屋顶的设施及所设置的店名字牌,具有安全隐患,已造成张海卿的财产损失,李海燕应承担相应的赔偿责任。^[55]

本案中的酒店经营者,就是房屋的承租人。需要说明的是,作为承租人或者借用人的使用人,其对物件承担必要的照管义务,并非来源于租赁合同或者借用合同,^[56]而是基于占有人地位承担的一般意义上的安全保障义务。^[57]

(2) 物权性“使用人”。某些用益物权和担保物权都可能使权利人取得对特定物的占有,而用益物权又可以使权利人获得对物的“用益”,包括使用。因此,基于物权关系而对特定物件占有和使用的人,也自然能够成为物件损害的责任主体,比如基于地上权获得对他人土地及其地上房屋的占有,或者基于居住权获得对建筑物的占有等等。^[58] 但这样一种由用益物权人承担侵权责任的图景在我国现有法律框架下却很难出现。根据物权法定原则,《物权法》第三编所规定的四类用益物权全部以土地为客体。而《侵权责任法》第85条所规范的物件损害则是指向建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物。这种差异意味着,由土地本身所造成的损害不在《侵权责任法》第85条的调整范围之内。

至于与占有和使用有关的担保物权也仅限于动产质权和留置权,其中对担保物的占有是上述权利的本质,而对担保物的使用则有诸多限制。由于建筑物、构筑物或者其他设施不可能成为质权和留置权的客体,此处无需讨论。只有当与特定建筑物、构筑物发生结合关系的搁置物、悬挂物,同时又是质权和留置权的客体时,此时如果发生脱离、坠落事件,才有可能探讨担

[53] 福克斯,见前注[9],页187。

[54] 奚晓明,见前注[28],页566。

[55] (2011)郑民二终字第694号民事判决书。

[56] 合同可能恰恰没有规定这类义务,法律上也没有这类义务。《合同法》第220条只明确规定了出租人的义务,虽然当然人与人之间可以另作约定,但显然不符合交易习惯。

[57] Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 33. Aufl. 2008, S. 543.

[58] Erman/Bearbeiter, 见前注[49],页3517。《德国民法典》第837条和第838条都有这个意思。

保物权人是否为物权性的“使用人”。当然,此种情况在现实生活中发生之概率极小,几乎可以忽略不计,没有深入讨论的价值。

(3)无权“使用人”。建筑物、构筑物或者其他设施的无权占有人,能否成为侵权责任的主体?毕竟《侵权责任法》第85条的规定只表述为“使用人”,而未表述为“使用权人”。推测《侵权责任法》的立法原意,使用人当指有合法权原的占有人即使用权人。在采“占有人负责主义”的《德国民法典》中,第836条未对有权占有和无权占有作出不同规定,仅在该条第3款中要求承担侵权责任的占有人须为自主占有人。这一规定意义重大,它表明德国法上的“占有人负责主义”也并非纯粹,“自主占有人”的规定就在一定程度上吸收了“所有人负责主义”的精髓。^[59]可见,两大立法例之间的区别并非泾渭分明,物主身份归责与实际控制归责两种政策考量一方面在现象上存在巨大的交集,^[60]另一方面两者在功用上完全可以形成有效之互补,^[61]以达到充分救济受害人之目标。基于此,通过对“使用人”作扩张解释,使之及于无权使用人(即无权占有人),符合占有人因实际控制而被归责的原理,也没有动摇《侵权责任法》第85条所设定的立法政策框架。

总之,虽然《侵权责任法》第85条使用了“使用人”的概念,但在尊重立法原意的基础上,为求得法律适用的最大效果,应将使用人解释为具有使用人地位的占有人。无论基于何种原因获得占有(有权占有或者无权占有),也不论占有之主观性质(自主占有或者他主占有),只要占有人对物件形成事实上的、相对稳定的使用,且应当承担意定或法定的维护义务,^[62]就应承担侵权责任。同时,应强调的是,间接占有人由于缺乏对物件实际的、直接的管领控制,于风险防控上可归责之基础甚为有限,因此,其在侵权责任法层面上不应被归入责任主体之列。^[63]

3.小结

《侵权责任法》第85条关于责任主体的规定富有特色,在世界范围内亦属创新之立法例。我国立法例之特色在于:所有人负责主义和占有人负责主义并列规定。在体现物主责任归责原理的同时,又在很大程度上吸收了占有人归责的法律政策。而且,我国《侵权责任法》与《日本民法典》第717条的规定也是存在显著的区别的,我国法律将所有人 and 占有人并列规定,没有在责任承担上设置任何顺位关系。另外,日本法对两类责任主体适用不同的归责原则,占有人适用过错推定责任,而所有人则适用无过错责任。我国法律对所有人 and 占有均适用过错

[59] 如上文所援引的我国台湾地区“民法”第191条之立法理由,就是将工作物所有人和自主占有人等量齐观的。

[60] 比如物主往往就是占有人,或者虽然不是物主,但以所有的意思而占有物件的人(自主占有人),从风险控制以及归责的角度上也可以视为物主。

[61] 当物主以占有委托关系将对物的实际控制授予他人时,占有人也同时继受了对此承担责任的风险。

[62] 在德国法上,归责原则虽采过错推定原则,但法律仍明确限定归责的根据在于建造瑕疵或维护、保养瑕疵,这也是推定占有人具有过错的重要依据。参见 *Esser/ Weyers, Schuldrecht Besonderer Teil, 6., völlig neubearbeitete Auflage, 1984, S. 504.*

[63] 但间接占有人同时作为所有人的除外。

推定责任。应该承认,日本法规定的模式是经过精心考虑的。^[64]但是,我国法的模式在充分救济受害人方面似乎也较为有利,但由于多种主体并列规定,又难免引起责任形态上的争议。

三、多数责任主体并存时的责任形态辨析

由于《侵权责任法》第85条并列规定了三类责任主体:所有人、管理人或者使用人,在物件损害案件中如果各类主体并存,则多数主体之间应承担何种形态的侵权责任?所谓“法律非经解释不得适用”,^[65]在这个问题又得到了充分的体现。

参考大陆法系各立法例,多采取单一责任主体的模式:法国为所有人负责,德国为占有人负责,在日本虽然占有和所有人均可负责,但由于规定了承担责任的先后顺序,因此也不发生责任形态的问题。需要注意的是,《德国民法典》第836条至第838条实际上也规定了三类可能作为责任人的占有人:土地自主占有人、建筑物或者工作物的占有人和建筑物或者工作物的维护义务人。根据学者研究的结论,土地自主占有人与维护义务人之间,以及建筑物或者工作物占有人与维护义务人之间可以构成连带责任。^[66]同时,如上文提到的,王泽鉴教授认为工作物所有人和其他责任人可以构成不真正连带责任。^[67]《侵权责任法》既然采复合主体并列规定的模式,则不能回避责任形态问题。

(一)司法实践上的观点

虽然从《民法通则》第126条开始,物件损害侵权的责任形态就不甚清楚,但这并不妨碍司法实践中法官就个案作出判断。在总结司法案例的基础上,可以归纳出三类典型的责任形态:

1. 连带责任说

采连带责任说的案例,显然是将法律列举复数主体的规定理解为构成共同侵权行为的必要条件。在前引萍乡市中级人民法院的案例中,法院要求拆迁人和拆迁公司对受害人承担连带责任。^[68]

2. 按份责任说

相对于连带责任说,现有案例显示,法院似乎更倾向于适用按份责任说,即按照各有关责任主体的过错程度或者原因力大小,判断其各自应承担的“相应”责任。在前引郑州市中级人民法院的案例中,作为酒店经营者李海燕同时也是房屋的承租人,实际使用房屋屋顶的设施及所设置的店名字牌,且具有安全隐患。法院指出:

少林居委会作为出租房屋的所有权人,未能有效尽到安全注意义务,且归少林居委会

[64] 一方面继受德国法“占有人负责主义”的体例,采取过错推定责任,明确了实际控制人承担工作物风险的立场;另一方面,又将所有人作为替补责任人,模仿法国采无过错责任。在占有和所有人为一人时,没有任何问题;在占有和所有人分离时,也能最大限度地为受害人提供救济。

[65] 王泽鉴:《民法思维——请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,页166。

[66] 韩世远,见前注[48],页38。

[67] 王泽鉴,见前注[2],页499。

[68] (2007)萍民一终字第159号民事判决书。

所有的房屋部分设施坠落,亦造成张海卿的财产损失,少林居委会亦应承担相应的赔偿责任。综合考虑本案的实际情况,酌定李海燕、少林居委会承担民事赔偿责任的比例为7:3。^[69]

另在前引重庆市第一中级人民法院的案例中,法院认为饮食店应对其安装在室外的空调外挂机坠落伤人承担责任,同时由于安装人在安装过程中存在过错,也应承担一定责任。^[70]

3. 单独责任说

相对于前两种观点,采单独责任说的判决更值得重视。所谓单独责任说,即仅要求所有人、管理人或者使用人之一单独承担侵权责任。在上海市第二中级人民法院的一则案例中,某包装材料公司向某经济服务中心长期租赁厂房使用,后又购买涉案厂房。在买卖手续办理期间,发生围墙倒塌致人损害的事故,对此法院果断地在所有人和使用人之间进行了责任分配:

上诉人某包装材料公司自2002年起就长期使用涉案厂房,原审法院认定其为房屋的管理人并无不当。现因某包装材料公司在使用涉案厂房期间,未尽管理人的维护、修缮职责,造成房屋围墙倒塌致人死亡的损害结果。对此,某包装材料公司显然存在过错,应承担赔偿责任……因损害发生前,某包装材料公司已向经济服务中心支付购房款,且有关房屋转让变更事宜正在办理中,某经济服务中心在此期间并未占有、使用涉案厂房,某包装材料公司要求不承担赔偿责任的上诉请求于法无据,不予支持。^[71]

此案的特点是完全以对物的实际控制作为归责的基础,在所有人不占有物件的情况下,仅由使用人承担责任。同理,前引洛阳市涧西区人民法院的判决也将广告牌安装人排除在侵权责任主体之外,而仅仅以广告牌的所有人作为责任人。^[72]

(二) 关于责任形态认定的理论分析

如上文所作的归类分析,三种责任形态在实践中均获得了一部分判决先例的支持。但三种观点是否都能够在理论上获得圆满论证,特别是在实践中能否取得妥适的法律适用效果,则需要仔细加以分析,难以一概而论。

1. 关于按份责任说

实践中,的确存在多数主体均对物件致害具有过错,或者各自的过错对于损害发生都具有原因力的情况。比如房屋承租人对房屋使用不当,而所有人对此也疏于注意。在各方的过错,以及过错对于损害结果之原因力比例能够被清楚证明的情况下,适用所谓“相应的”责任,即按份责任,在理论和实践上均无不可,《侵权责任法》上关于此类“相应的”责任的规定也很常见。^[73]但是这一观点忽略了一个前提,即物件损害责任是适用过错推定责任的特殊侵权行为,即只要被告不能证明自己无过错,就被推定为具有过错,并进而被归责。如果多个主体均

[69] (2011)郑民二终字第694号民事判决书。

[70] (1997)渝一中法民终字第2133号民事判决书。

[71] 吕国强主编:《损害赔偿案例精选》,上海人民出版社2007年版,页327。

[72] (2011)涧民四初字第86号民事判决书。

[73] 例如《侵权责任法》第12条、第34条第2款、第37条第2款和第40条。

须被归责,那就意味着多个主体都被推定为有过错。在法律技术上,过错固然可以被推定,但当事人间的过错比例是无法通过推定获得的,如果一定要推定,也只能推定各过错具有相同的原因力。^{〔74〕} 否则,就会违反关于过错推定的基本法则。

如果上述理解是正确的,那么《侵权责任法》第85条的适用效果就是:只要在某物件损害案件中所有人(或管理人)与使用人并存,如果能证明各被告的过错及其比例,则按照实际比例负责,如果不能证明各被告的过错及其比例(当然被告也不能提出反证),则推定各被告具有相同的过错比例,平均负责。应该说,这样一种导致绝对平均负责的侵权类型在整个《侵权责任法》中是绝无仅有的。法律永远不会,也不应该以这种机械的平均主义应对分配正义领域内的难题。虽然按份责任说在推理上似乎没有什么漏洞,但在法律技术上是拙劣的,在法律政策上也是懒惰的。另外,按份责任说从受害人保护的角度来看也有其局限性。

2.关于连带责任说

反对多数责任主体承担连带责任最有力的理由就是连带责任的法定性,即连带责任作为责任形态上的例外,仅以法律有明文规定为前提。显然,《民法通则》第126条和《侵权责任法》第85条都没有明确规定所有人、管理人或者使用人之间就物件损害承担连带责任。当然,法定的连带责任案型多以共同侵权为适用对象,^{〔75〕}在所有人和管理人,或者所有人和使用人分离的情况下,能否认定为共同侵权行为,并要求承担连带责任是值得讨论的。^{〔76〕} 因此,连带责任说无论在法律规范层面,还是在民法理论层面都难以成立。

3.关于单独责任说

有学者认为,《侵权责任法》第85条在连接三类主体时使用了“或者”一词,足以表明三者之间是选择关系,而非并列关系,不构成连带责任。^{〔77〕} 这是对法律条文所作的文义解释,自有其道理。另外,上文曾提出第85条在归责政策上采取“所有人负责主义”和“占有人负责主义”并存的态度。虽然两种立法例并存,但所有人和占有人始终是根据不同的归责基础来承担责任的:所有人根据物的归属关系负责,而占有人根据对物的实际控制负责。实践中,如果一个物件之上多类责任主体并存,即使要求各类主体都承担责任,他们也必定基于不同的归责事由。比如在所有人将房屋出租他人经营饭店的案型中,如果承租人自行在屋顶设置广告牌,后广告牌脱落致人损害。此时,就只能推定承租人作为房屋使用人具有过错,并单独承担责任,而房屋所有人对此无须负责。如果广告牌系所有人设置,由承租人继续使用,则在发生损害后应推定所有人和承租人均有过错。

〔74〕 关于此点,在学理上缺乏充分的研究。在规范上,似乎只能类推适用《侵权责任法》第12条后段之规定“难以确定责任大小的,平均承担赔偿责任”。

〔75〕 例如《侵权责任法》第8条、第9条、第10条、第11条和第36条。

〔76〕 参见蔡唱:《不作为侵权行为研究》,法律出版社2009年版,页159。

〔77〕 韩世远,见前注〔48〕,页38。

但所有人和承租人仍然不构成共同侵权,即使两者都适用第 85 条,但该条文中针对所有人责任和使用人责任规定了不同的请求权发生根据:所有人基于物主身份以及设置人身份负责,而承租人则是基于实际控制人负担的维护保养义务而负责。^[78]再比如公寓大厦外墙表皮脱落致人损害的案型。全体业主作为共有人承担责任,既符合《侵权责任法》第 85 条的规定,也符合《物权法》第 102 条的规定。而物业管理人无论是否被扩张解释为第 85 条项下的“管理人”,其根据第 37 条赋予的安全保障义务也应承担一般侵权责任。此时,业主和物业管理公司都会对受害人承担侵权责任,但归责基础完全不同。

总之,《侵权责任法》第 85 条对每一类责任主体,特别是所有人和使用人设置了不同的归责基础。^[79]各类主体最多只能对受害人承担不真正连带责任或者相应的补充责任。而这也恰恰符合不真正连带责任的本质属性,^[80]构成不真正连带责任之适例。

四、物件损害责任的加害形态研究

《民法通则》第 126 条列举了三种物件损害责任的加害形态:倒塌、脱离、坠落。《侵权责任法》对《民法通则》第 126 条的规定进行了拆分,将有关倒塌的所谓“设置人责任”交由第 86 条调整,同时将抛掷物、堆放物、竹木、地面施工等加害形态分别由第十一章其他条文加以规范。经过这样的调整,第 85 条所规范的“保有人责任”仅限于物件脱落、坠落两种加害形态。有疑问的是,现实中有关保有缺陷所造成的物件致害事件中,具体形态是否仅限于脱落和坠落?如果存在其他加害形态,是通过扩张解释第 85 条的加害形态予以解决,还是通过适用其他法律规范予以解决?

在比较法上,《法国民法典》第 1386 条规定的加害形态主要指建筑物的倒塌。以其字面表述来看,加害形态甚为单一。但在司法实践中,加害形态仍较为丰富。^[81]由此可见,法国法是通过倒塌进行扩张解释从而达到周延涵盖各类加害形态的目的。《德国民法典》第 836 条第 1 款所规定的加害形态为两种:建筑物和工作物的倒塌,以及建筑物和工作物的部分脱落。且不论倒塌问题,仅就部分脱落而言,显然不能涵盖各种致害形态。对此,德国司法实践也进

[78] 最高人民法院研究室的观点认为,在出租人、承租人均不能证明自己无过错的情况下,就应当根据侵权责任法第 11、12 条进行判断。如果每个人的行为都足以造成全部损害的,出租人、承租人承担连带责任。参见孙佑海主编:《侵权责任法适用于案例解读》,法律出版社 2010 年版,页 466。

[79] 参考法国和我国台湾地区的司法判决,即使建筑物被出租,也不当然免除所有人应承担的损害赔偿赔偿责任。至于承租人是否应对所有人承担赔偿责任,则属另一问题。参见法国最高法院民事庭 1936 年 1 月 28 日的判决和“九十三年台上字第 1175 号”判决。

[80] *Medicus*, 见前注[6], 页 408。

[81] 能够适用该条的情况包括:由于某一部件掉落,致使已经破败的建筑物完全倒塌或者使之进一步倒塌;用砖石建造的桥梁倒塌;一块木板掉落;阳台的护栏倒塌。这里的“倒塌”不仅应理解为建筑物的完全塌毁,而且应理解为整个建筑的部分毁损,或者其一部发生损坏,或者与建筑物结成一体的动产或不动产构建毁损。法国最高法院第二民事庭 1966 年 7 月 2 日作出的判决,转引自《法国民法典》,见前注[5],页 1115。

行了扩张解释。^[82]

与法国和德国那种具体规定加害形态的做法不同,《日本民法典》第717条、《瑞士债务法》第58条均将加害形态抽象概括为因设置或保有缺陷造成他人损害,而《荷兰民法典》第6编第174条第1款则将物件的加害行为概括为“对人和物构成危险”。应该说,这种概括规定的做法较为合理。任何对加害行为做具体列举的方式都面临扩张解释的后续工作,法国和德国的经验已经证明了这一点。

(一)关于脱离、坠落的问题

比较各立法例,《侵权责任法》第85条关于加害形态的规范更类似于法国和德国的做法:对加害形态进行列举,且仅限于脱离和坠落。对此,应有两点需要说明:

第一,“脱离、坠落”强调物体自发动作,区别于抛掷。一般侵权责任以规范人的不法行为为对象,而物件损害责任则首先表现为物件自发动作致人损害,尽管这里面也往往包含着人的不作为。由于存在人力介入的抛掷物加害现象已经由《侵权责任法》第6条以下的一般侵权行为和第87条规定的特殊侵权行为加以调整,所以,第85条规范下的脱离和坠落必须排除人力直接介入的事实,否则,也就没有适用过错推定责任之余地。

第二,强调因保有缺陷而导致脱离、坠落,区别于因设置缺陷造成的倒塌。保有缺陷在德国法上被视为“交往安全保障义务”的违反。但是,违反交往安全保障义务通常已经可以被认定为具有过错,而德国、日本、台湾地区和中國大陸在归责原则上均采取过错推定责任原则,显然,此处的过错并非从违反安全保障义务中推定出来的,而是从损害结果中直接推定出来的。^[83]同时考虑到《侵权责任法》第37条已经就违反安全保障义务作出了专门的规定,其适用过错责任原则也与第85条在归责原则上稍有不同。因此,所谓保有人责任并不刻意探求保有人(所有人、管理人或者使用人)在物件管领上的具体过失,只要发生损害并且能够确定保有人身份,则过错乃至因果关系的证明均由推定加以完成。^[84]究其本质,物件保有人责任更倾向于一种基于身份的责任。

虽然《侵权责任法》第86条(设置人责任)与第85条(保有人责任)在调整对象上作了分工,但如果因设置瑕疵导致物件脱离、坠落的,究竟应按哪一条处理?在这里,似乎存在一个法律适用逻辑上的障碍。由于第86条所调整的加害形态仅限于物件“倒塌”,因此无论什么原因

[82] 例如在一个德国联邦最高法院案例中,一家旅店的客房内的整体浴室是由一名装修工用成品部件安装的。一名住客使用淋浴间,在开门时,玻璃安全门破碎,导致该住客受伤。德国联邦最高法院阐明:“建筑物部分不仅仅指为了建成建筑物而使用的物,还包括固定建造于建筑物的物,并且按照交易中的一般认识,这种物已经隶属于建筑物的整体。本案中的整体浴室……即满足了……这一前提。它们实际上是不能……轻易地被安装或拆卸的……因为墙面砖、整体浴室的底盘、热水管道……都固定连接在一起了。”此案刊载于《新法学周刊》1985年版,2588页(BGH NJW 1985,2588),转引自福克斯,见前注[9],页188。

[83] 此处所涉问题较为复杂,关键问题就在于违反安全保障义务与过错之间的关系。如采“客观过错”认定标准,则违反安全保障义务就足以认定过错,便不再需要“推定”过错。因此,在此种理论支配下的过错推定责任,只能直接从损害结果中直接推定得出,至于加害人是否尽到安全保障义务只能作为推翻过错推定之事由。

[84] 王泽鉴,见前注[2],页489。

导致的“脱离、坠落”似乎都只能适用第 85 条。但又由于第 85 条采过错推定责任,那么设置上的瑕疵能否成为保有人主张自己没有过错的依据呢?如果保有人基于此而免责,那么必将导致受害人无法获得救济的不利局面。为此,应考虑两条出路:其一,扩张第 86 条“倒塌”的适用范围,将因设置瑕疵导致的脱离、坠落归入其中;第二,坚持保有人负责,并且保有人不得以设置上的瑕疵作为抗辩其无过错的理由。毕竟第 85 条第 2 句还规定,保有人承担赔偿责任后,有其他责任人的,可以向其他责任人追偿。此处的其他责任人显然就应该包括设置人。^[85]

(二)其他加害形态

在加害形态上强调脱离和坠落系受德国立法例之影响,但显然不能涵盖物件之各种危险状态。而在台湾地区,凡因物件瑕疵所致侵害他人权利,均包括在内,实值赞同。^[86]而前文所援引的瑞士、日本和荷兰的立法例,也没有采取列举加害形态的作法。实践中,物件发生塌陷、倾斜并造成损害的现象比比皆是。前引南京市中级人民法院的案例中,受害人就是因为攀越到酒店阳台之上,因阳台底部塌陷而坠落死亡的。^[87]但应注意的问题是,如果对《侵权责任法》第 85 条的加害形态不做限制,则必然会发生与该法第 37 条“场所管理人安全保障义务”的竞合问题。虽然竞合会给法律适用带来一定的困扰,但在我国采请求权有限制的自由竞合说的理论背景下,^[88]毕竟对充分救济受害人有利,所以对此类竞合应予以肯定。

五、结 语

《侵权责任法》第 85 条关于物件致害责任的规定,其核心是物件保有人的类型、归责根据和责任形态问题。所有人基于物权归属上的原因被确定为责任主体,而使用人则是因为实际管控上的原因被要求负责。这一规定体现了我国《侵权责任法》在物件损害责任问题上兼采“所有人负责主义”和“占有人负责主义”的创新立场,同时,由于占有人负责主义的引入,管理人的范围在解释上理应回归狭义理解。由于多种责任主体在物件损害责任中并存,且具有不同的归责根据,因此多数责任主体可能构成典型的不真正连带责任。第 85 条除责任主体问题需要澄清之外,关于物件具体加害形态的问题也需要正确界定。考虑到《侵权责任法》第十一章各条文在规范对象上的分工,第 85 条以法定的“脱离、坠落”为主要的加害形态,但司法实践应借鉴日本法和瑞士法的经验,对加害形态作必要的扩张解释,以求周延救济各类物件所引起的损害。

(责任编辑:薛 军)

[85] 参见奚晓明,见前注[28],页 570。

[86] 王泽鉴,见前注[2],页 489。

[87] 《中华人民共和国最高人民法院公报》2006 年第 11 期(总第 121 期)。

[88] 参见张新宝:《侵权责任法原理》,中国人民大学出版社 2005 年版,页 100。