

# 论雇主转承责任构成要件的理论基础与适用规则

尹海文

(长沙理工大学法学院, 湖南长沙, 410076)

摘要:各国的立法和判例对雇主转承责任构成要件的规定不尽一致。从理论上来说,雇主转承责任的构成要件可以归纳为三个方面:雇佣关系的存在、受雇人执行职务的行为、受雇人的行为是侵权行为。我国最高人民法院的司法解释对雇主转承责任构成要件进行了规定,但是不尽完善,未来的民法典需要对此予以完善,严格区分受雇人和独立订约人的界限,明确规定受雇人的职务范围。

关键词:转承责任;雇佣关系;职务行为;侵权行为

中图分类号:D923 文献标识码:A 文章编号:1672-3104(2006)03-0291-06

从各国的立法和判例来看,雇主转承责任的构成要件可以归纳六个方面的内容:一是雇主与雇工之间必须存在雇佣关系;二是雇工必须是在执行职务过程中;三是受雇人的行为必须是侵权行为;四是须第三人受有损害;五是必须不存在免责条件;六是行为人须是受雇人。笔者以为,第三人受有损害时雇主当然要承担责任,无需赘言,而受雇人的行为必须不存在免责条件和行为人须是受雇人并非构成要件,因此,雇主转承责任的构成要件应该归纳为三个方面:雇佣关系的存在、在执行职务过程中和受雇人成立侵权行为。其中,雇佣关系的存在是雇主转承责任的基础性构成要件,受雇人的执行职务是雇主承担转承责任的实质性构成要件,受雇人成立侵权行为是必要要件。

## 一、基础性构成要件:雇佣关系的存在

雇主转承责任的基础性构成要件是雇工必须是根据雇佣关系为雇主工作的受雇人,也就是说,考察雇主的转承责任首先要认定雇佣关系存在与否,在此基础上才能进一步讨论其是否负责任。

### 1. 受雇人的意义及认定标准

在各国立法和司法实践中,什么样的行为人才算是受雇人,说法是有所不同的<sup>①</sup>。依布莱克法律词典的解释,受雇人(employee)是指“根据明示或默

示的雇佣合同,为他人(雇主)工作或提供服务,雇主有权对其工作的具体完成进行控制的人。”<sup>[1](543)</sup>在台湾,依学理通说,凡雇佣人服劳务者,皆为受雇人,但受雇人不以与雇佣人存在雇佣或者其他书面契约为限,可以事实上之雇佣关系为标准。在实践中对受雇人的定义一般从三个方面来认定:1)以事实上的雇佣关系为标准,不因属临时性质而有异。亦不问有无成立书面契约或实际上应由何人给付薪金;2)构成受雇人的要件有二:一是因他人的选任而在其监督之下,二是提供劳务;3)不限于雇佣契约所称之受雇人,凡客观上被他人使用为之服劳务而受其监督者,均系受雇人<sup>[2](96)</sup>。因此,界定受雇人时,首先要看双方当事人之间有无订立书面的雇佣合同。如果有书面合同,据此即可认定存在雇佣关系。其次,如果没有订立书面合同,则要考察双方当事人之间是否存在事实上的雇佣关系。再次,认定存在雇佣关系之后,必须进一步研究受雇人是不是接受雇主的选任或监督<sup>[3](174)</sup>。

### 2. 受雇人与独立订约人的区分

在雇佣关系的认定中,最难处理和最为重要的是受雇人与独立订约人的区分。英国学者也曾认为,要对什么人受雇人,什么是独立订约人下定义是十分困难的<sup>[4](168)</sup>。笔者在此借鉴英美法的有关学说及判例加以阐述。

独立订约人(independent contractor)是指“受雇从事某一特定的工作或任务,但有自由实施所分

派的工作和自由选择完成工作的方法的人。”<sup>[1](774)</sup> 作为一般规则,雇主要为他的受雇人的侵权行为承担转承责任,但是,当侵权行为人是一个独立订约人时,独立订约人自己承担责任,雇主不承担转承责任,即“独立订约人在完成工作时即使犯错,也不对雇佣他的人引起责任”。这一原则确立于 19 世纪早期,美国法院通常的解释是:雇主缺乏对独立订约人完成工作方式的具体控制,这正是独立订约人本人最有能力防止危险的发生和吸收造成的损失。而且,独立订约人有更好的安全保障设备和措施,通常也加入保险,能更好地分散损失。因此事故防范和损失化解的双重因素决定了独立订约人的侵权行为应当适用自己责任<sup>[5]</sup>。尽管如此,但在某些特殊情况下,雇主也要为独立订约人承担“非代理责任”,也就是说,当独立订约人为雇主从事危险作业时,雇主并没有将自己的注意义务转让出去,他还要为独立订约人尽到合理注意义务,如果独立订约人造成了损害,雇主不享有豁免权。这是美国阿拉巴马州和其他许多州都认可的规则。其基本要点在于:如果独立订约人从事的活动是一种本质上的危险活动时,未尽注意义务的过失行为导致了他人的损害,雇主不能因此免责。美国侵权行为法重述了对这个规则的表达:一个人雇佣一个独立订约人从事一项工作,这项工作对其他人有特别的危险,而雇佣人知道或者有理由知道这项工作内在的或者通常的危险,或者,当他签订合同的时候考虑到或有理由考虑到这种危险性,在这种情况下,当订约人没有采取合理的措施而导致他人实际损害时,雇主就要承担损害赔偿赔偿责任<sup>[6](255)</sup>。可见雇主为独立订约人承担“非代理责任”的条件是侵权行为的结果必须产生于工作本身(即危险工作),而不仅仅产生于工作的方式。那么,如何确定转承责任下的受雇人是独立订约人还是受雇人,英国法院早期对于受雇人与独立订约人的区分标准是:雇主与雇员之间存在一个“服务合同”(contract of service),受雇人与独立订约人之间存在一个“提供服务的合同”(contract for service)<sup>②</sup>。前者是在服务合同的约束下从事工作,后者是在提供服务的合同条款下从事活动,也就是说,独立订约人是一种代理人,雇主雇佣独立订约人的目的是为了“生产出特定的结果”,雇主对于他“没有权力指导他如何工作”,而听任于独立订约人的自决<sup>[6](258-260)</sup>。根据英国司法判例,独立订约人与受雇人的区分标准主要存在两种:控制标准和综合标准。

控制标准是指受雇人是否接受雇主指示的约束

并接受其监督,具体是指受雇人在从事活动时,雇主会告诉受雇人“做什么(what to do)”和“如何去做(how to do)”。英美法系国家的判例认为,受雇人与独立契约人的主要区别在于雇主能否对受雇人的活动作出指示和控制。综合标准是丹宁勋爵提出的,按照丹宁勋爵的说法,侵权人是否是一位受雇人,应该决定他的工作对于雇主的商业行为而言是否是“完整的”或者“不可缺少的”。如果是,那么他就是受雇人;如果仅仅是雇主商业行为的“辅助物”,那么他就是独立订约人<sup>[6](259)</sup>。具体来说,法官要结合各种不同的因素对综合标准加以考察,考察的内容有双方当事人目的;控制程度;雇主与雇员连为一体的不可分割性;风险分配;等等<sup>③</sup>。

### 3. 雇佣关系中的借用规则

在实践中,对雇佣关系的认定还经常出现所谓的“一人受雇数主”(Servant to masters)现象。其形态主要有:共同雇佣、熟人分享一受雇人之劳务、一人独立为数人服务和借用他人的受雇人<sup>[7](17)</sup>。其中,关于共同雇佣、数人分享一受雇人之劳务、一人独立为数人服劳务等情况,王泽鉴教授已经作了精辟的论述,笔者在此不妄加评论,只就“借用规则”稍加探讨。

依笔者考察,在大陆法系国家民法典里,至今没有哪个国家对雇佣关系中的借用关系做过规定。其实,在现实生活中借用他人的受雇人的情况较为复杂,也难以处理,需要立法予以规定。

所谓“借用规则”,就是最初的雇主基于合同关系或者其他关系将其受雇人暂时转移给另一雇主而于执行职务时致使他人损害,那么损害应由最初的雇主来承担还是由第三人来承担。英美法系的司法判例一般认为,在这种情况下,受雇人被认为在为借入公司工作,因此应该由借入公司承担转承责任,而不是由借出公司承担责任。即使该受雇人是借出公司的职员,仍然由借入公司承担责任<sup>[6](254)</sup>。大陆法系国家的司法判例则认为,在此情形下,主要看雇主是否具有对“借工”发布指示并进行监督和控制的权利和义务。如果借出工人的雇主在借出之后依然保留了这种指示权,则赔偿责任仍应由他承担;反之,如果借入工人的雇主在借入之后就获得了对借用工人的指示权,则应由他来承担赔偿责任。法国的司法判例还发展出了另一条规则,即将借用工人的事务分成两个领域,每一个领域的事务受一个雇主指示的控制,借用工人的侵权行为则属于哪个领域,对该领域事务具有指示权的雇主就承担损害赔偿义

务<sup>[8]</sup>。但是法国学者认为,在此种情况下,法官应当探询在损害发生时两个雇主是谁在发号施令和施加有效的权威。如果两个雇主对这些问题有明确的约定,则贯彻民法的意思自治原则,按约定来决定。如果约定不明确,则应考虑各种具体情况予以补充,然后再来确定,如转让期限、当事人各方的技术能力以及所分配的利润等<sup>[9](254)</sup>。王泽鉴教授则认为,在此情形下,应斟酌雇主责任的基本思想,采两项标准决定之:一是在损害发生时,谁监督或控制受雇人的行为;二是受雇人究竟为谁的利益执行职务。如果这两项标准有疑义不能决定时,则给予政策上的考虑,由两个雇主承担连带责任<sup>[7](19)</sup>。

笔者以为,对于借用规则中雇主转承责任的认定应贯彻民法的意思自治原则,即如果两个雇主对这些问题有明确的约定,则按约定。如果约定不明确,则应考虑各种具体情况予以补充,然后再来确定应当由谁承担责任。

## 二、实质性构成要件:执行职务范围

在讨论雇主转承责任的构成要件时,我们应当考虑如何来界定“执行职务范围”这一概念。因为当雇佣关系确定之后,只有当受雇人的行为没有超出它的职务范围时,雇主才承担转承责任。这是司法审判实践中原被告双方兵戎相见时反复争执的焦点问题<sup>[9](480)</sup>,台湾学者邱聪智也指出,执行职务的概念,堪称雇主责任之重心及界限<sup>[10](132)</sup>。但是,对执行职务范围的认定远非法律上的一项既定原则或者单一标准所能成功,它要求在方法论上结合价值判断和事实判断综合平衡方能确定。

大陆法系国家民法对于如何认定执行职务,在价值判断及解释学上有五种学说:1)雇主意志说。该说认为,执行职务的范围应以雇主委托受雇人办理的事项为标准,超出这一范围就不是执行职务的行为。因其以雇主的主观意志为标准,对受害人的保护不利,支持者甚少。2)受雇人利益说。该说认为执行职务范围应以受雇人的行为乃为雇主的利益所为为标准,即凡不为雇主利益所为的行为不是执行职务的行为。该说显属一般价值判断,因为在进行雇主利益判断时难以确定,而且在不少情况下,受雇人虽有利益雇主的意思,也不能因此而令雇主负责。如公共汽车售票员因司机逾时未到,为疏散旅客擅自开车,致肇车祸损害他人。在此情形,售票员

之行为虽为利益雇主,但显然超越其职务范围。故该说难以作为判断之标准。3)行为外观说。该说认为执行职务不论雇主和受雇人的主观意思如何,只要在外观上为执行职务的行为即可,如果行为在外观上表现为与依雇主指示办理的事件要求不相一致,就不应当认为是属于执行事务的范围<sup>[11-14]</sup>。但是,该说不是根据当事人的明示意思来判断的,它具有明显的概括性和抽象性以及较大的灵活性和适应性,所以受到了学者的批判,认为不具有有效的说服力和科学性,没有提供实质性的判断依据<sup>[15](229)</sup>。4)内在关联说。王泽鉴指出,所谓职务范围应当指一切与雇主所命令执行的职务有通常合理相关联的事项。此种事项与雇主所委办事务,既具有内在的关联,雇主可得以预见,实现可加以防范,并且计算其损失与整个企业之内而设法分散<sup>[7](22)</sup>。该说与美国雇主责任的职务范围的观点基本一致。在英美法系国家,法院强调受雇人的行为与执行事务之间必须存在内在联系。比如在英国,受雇人的侵权行为发生于“雇佣工作期间”是通行的规则。所谓雇佣工作期间是指当受雇人的每一个行为都是在雇主的直接授权或者默示授权时,他就处于雇佣工作期间,而不管他的工作方式是否得到雇主的授权,或者工作是否不适当。如果受雇人实施了未授权的侵权行为,但是这种侵权行为与受雇人所得到的授权具有内在关联,以致构成“履行其责任的方式”的一部分,那么雇主将要承担转承责任。即使受雇人的行为被雇主特别禁止,或者完全为了受雇人自己的利益。但是,如果情况属于“受雇人受雇去如此做事”,那么雇主也要承担转承责任。这里的制度是:受雇人实施的“那种行为”是否是他受雇如此行为<sup>[6](262)</sup>。美国《代理法(第二次)重述》第228条也原则性地规定,在下列情况下,但不仅限于下列情况,受雇人的行为属于雇佣工作期间:其行为是履行职务行为;其行为主要发生在授权期间和授权地点;其行为事实是(至少部分是)出于为雇主服务的目的;如果受雇人对他人实施了暴力,那么这种暴力的使用并不是雇主不可能预见的。5)综合标准说。该说认为认定执行职务的范围应考虑上述各种综合因素。我国内地有学者持此种意见<sup>[16]</sup>。

事实上,上述各项价值判断因素的具体内容并不是很明确,相互之间存在矛盾和重叠的情况,特别是遇到具体案例时,根据这些因素有时难免做出不合理的判断。而且,判断受雇人之行为究竟是否属于职务范围,在很大程度上是根据各国具体情况所

作的政策性价值判断,因此,针对具体案例时可能见解不一致或相反。解决这一问题,有赖于法院判例的积累和学者的分类研究<sup>④</sup>,对各种事实要素作具体的分析。根据英美法的长期司法实践,笔者以为下列两个事实规则在认定执行职务范围时值得借鉴。

### 1. 授权规则(conferred authority rationale)

按照美国法院的传统逻辑推理,如果受雇人的行为没有受到来自雇主商业目的的任何影响,那么其行为就超出了职务范围。因此受雇人的侵权行为何时构成执行职务行为是依受雇人的行为增进雇主的商业目的去判断。那么又如何去认定商业目的呢?在美国法院看来,如果受雇人的行为受到雇主的直接授权或“默示授权”,其行为可以看成雇主委托办理之任务或与之有“一体不可分”之关系,因而产生的损害可视为因商业目的而产生的损害,而不论其工作方式是否得到雇主的认可或适当。比如,受雇人对第三人的性侵权行为,在美国法院曾经遵循截然不同的推理方式并由此得出两种不同的结果<sup>[17][193]</sup>。所以,授权规则要求授权确实存在的场合才能适用,但是要求授权“确实存在”,不利于保护受害人。由此美国判例把表见代理规则类推适用于授权规则,即推定授权,如果受害人有理由相信受雇人之行为是职务行为,则应认为受雇人之损害行为属于职务范围,即使从雇主与受雇人的内部关系看,受雇人之行为实际上超出了雇主明示之范围或受雇人有自己的私人目的。

### 2. 合理可期待规则

合理可期待规则是指,受雇人的行为如果是雇主可以合理期待者雇主即须负转承责任,但是雇主不需要对特定加害行为或受害事故的发生予以精确预期,只需对一般行为方式有合理期待即可。合理可期待规则对于受雇人所受雇从事的工作来说是否具有通常的一般预见可能性,是一个非常重要的因素,它不仅适用于受雇人的过失行为,也适用于受雇人的故意侵权行为。但这一标准不是绝对的,而是要具体情况具体分析。如雇主将汽车交给受雇人保管或使用,受雇人用它来做私事而出了事故造成损害,在许多国家雇主通常不负责任。受雇人的故意侵权行为一般不认为在工作范围内,但这不是绝对的,而应结合其他因素综合判断,如对交易性侵权行为或类似交易性侵权行为,受雇人之行为多数为故意,但出于对于受害人之信赖保护,雇主一般应承担转承责任,受雇人行为被认定为属职务范围内。又如保安因工作起因对第三人动武的行为,因其可看成为

雇主(默示)授权行为,是为雇主谋利益,认为在雇主支配范围内而认定属职务行为。对于受雇人故意侵权行为,其故意之具体内容及恶性之大小也是一个影响的因素。例如,司机寻仇报复,故意超车,阻挡他人之车,致使该人避让不及而受伤,台湾最高法院认为受雇人行为与执行职务有关。但如果伺机寻报复,直接故意撞死撞伤他人之行为,则不应认为执行职务所致,对前者可解释为仍在雇主支配范围内,而后者,则因司机之害人故意极为强烈直接,已超出雇主之控制范围,受雇人所使用之车辆仅充当其伤人之工具而已<sup>[18][109]</sup>。

此外,关于受雇人的利用职务之机会行为和是否为职务行为,国外存在不同的规定。比如《埃塞俄比亚民法典》第 2133 条规定:“有关职责仅为行为人提供了实施因其损害的错误的行为或不行为的机会的,不得认为责任是在履行职责时产生的。”笔者认为该规定值得我国立法时借鉴。

## 三、必要要件:受雇人成立侵权行为

受雇人的行为为侵权行为,是否为雇佣人承担民事责任的必要条件,国外立法有差异(如德国立法不以此为限)。笔者以为,若受雇人的行为不是侵权行为,也就不会发生雇佣人的民事责任。受雇人的行为如何构成侵权行为,应依受雇人从事的活动的性质和侵权行为的构成要件确定,并不是只要受雇人有不法侵害他人权利的行为,雇主转承责任即告成立,受雇人仍需具备其它侵权行为成立所需的主观和客观要件。比如,受雇人因执行职务所从事的活动属于适用过错责任的场合,只有受雇人主观有过错,才能发生雇主的责任,如果受雇人因执行职务所从事的活动属于适用无过错责任的场合,如在产品责任、高度危险作业责任等责任中,无须受雇人主观有过错,只要造成损害,雇主即应负责。

此外,关于与受雇人的侵权行为有关的性骚扰行为问题的处理规则,笔者认为也要予以明确。如前所述,在美国,对该问题的处理没有确立一般规则,比如针对教师对学生的性骚扰,美国加州法院判决学校不需要承担转承责任。我国有学者认为,从制止性骚扰行为,保护受害者合法权益出发,受雇人的性骚扰行为应由雇主承担责任,笔者对此持肯定态度。但是在处理性骚扰行为问题时可以借鉴英国的一般规则,即如果该犯罪行为被认定为该受雇人

实施其雇佣工作的一种方法,则雇主仍旧需要承担侵权法上的转承责任。如果与受雇人的本职工作毫无关系,受雇人则无需承担任何责任<sup>[4](175)</sup>。但同时应该充分考虑我国的国情,在归责原则上应适用过错推定原则。即一旦自己的雇员在工作中有性骚扰行为,雇主可以举证证明自己已尽到义务,如证明在选任、监督受雇人时已尽相当注意义务,作为自己的免责事由。如此,就能平衡雇主与受害人双方的利益,获得一个相对公正的结果<sup>[19]</sup>。

#### 四、我国民法典对雇主的转承责任构成要件的制度设计

由上可见,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《最高人民法院司法解释》)第9条关于雇主的转承责任构成要件的规定需要进一步完善,具体制度设计可以从以下几方面着手:

其一,对雇佣关系的认定要严格区分受雇人和独立订约人的界限,并且对借用雇佣关系予以明确规定。前已述及,在雇佣关系的认定中,最难处理和最为重要的是受雇人与独立订约人的区分,因此,在侵权法中,对于二者的责任承担要法律化。我们可以借鉴《埃塞俄比亚民法典》第2134条规定:“某人要求他人进行工作,后者在工作中犯有过失或者过犯的,如果后者不受前者制约,并被认为保持其独立性,则前者不对后者的行为承担责任。”对于借用规则,侵权责任法应当规定责任承担规则,即按约定,如果没有约定或者约定不明确,则应考虑各种具体情况予以确定。

其二,对于“执行职务”的范围作一般化和类型化的规定。一般化的规定可以参照《最高人民法院司法解释》第9条规定:“从事雇佣活动,是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。雇员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‘从事雇佣活动’。”同时要对“执行职务”的范围做类型化的规定,也就是说,要吸收英美法系的授权规则(表见授权规则)<sup>⑤</sup>、不可预见规则等内容,或者具体规定下列行为不属于执行职务:①违反禁止性规定的行为。雇主有明令禁止的行为而受雇人为之的,不属于执行职务行为。②擅自委托的行为。受

雇人擅自将自己应做的事委托他人的,雇主对于该人所为的侵权行为不负责任。③越权行为。在雇佣关系存续期间,受雇人执行职务包括为了实现其受雇职能的一切行为在内。但受雇人超越了他的职责范围而实施的行为,雇主不承担责任。④机会借用行为。受雇人利用职务提供的机会,趁机处理私事而发生的损害,如果行为与执行职务没有关联,不属于执行职务范围。

注释:

- ①例如,《德国劳动法》第5条规定:“受雇人谓劳动者及使用者,学徒包括在内。无劳动契约关系,基于特定的他人之委托,为其计算而给付劳动之人视同受雇人。”《新加坡就业法》第2条规定:“受雇人系指同雇主订有服务合同而劳动的人。”《菲律宾劳工法》第211条规定:“雇员系指受雇主雇佣的任何人,不限于某一特定雇主的雇员。”
- ②英国自由主义法哲学家哈耶克指出,受雇人与独立订约人的最大区别是他们对不同服务的恰当报酬应当以何种方式加以确定的认识。参见[英]弗里德里希·冯·哈耶克著,邓正来译:《自由秩序原理》,生活·读书·新知三联书店出版社1997年版,第149页。
- ③这些标准的具体内容请参见胡雪梅著:《“过错”的死亡——中英侵权法宏观比较研究及思考》,中国政法大学出版社2004年版,第168-172页。此外,关于独立订约人与受雇人的区分标准,还有学者认为是控制检验标准和组织检验标准。请参见毛瑞兆:《论雇主的替代责任》,《政法论坛》(中国政法大学学报),2004年第3期。
- ④具体内容请参见王永红:《论雇主赔偿责任》,郑州大学2003年度硕士论文,第20页。
- ⑤《埃塞俄比亚民法典》借鉴了此规定。该法第2131条规定:“错误的行为或行为是越权行为,或行为人被严格禁止实施该行为的事实,不得免除在法律上为其负责的人的责任,受害人知道或本应知道该事实的,除外。”

参考文献:

- [1] Bryan A Garner. Black ' Law Dictionary ( 7th Edition) [ Z ]. New York: West Group, 1999.
- [2] 林诚二. 民法理论与问题研究[ M ]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- [3] 林诚二. 民法债编总论——体系化解说[ M ]. 北京: 中国人民大学出版社, 2003.
- [4] 胡雪梅. “过错”的死亡——中英侵权法宏观比较研究及思考[ M ]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [5] 毛瑞兆. 论雇主的替代责任[ J ]. 政法论坛, 2004, ( 3 ): 129 - 136.
- [6] 徐爱国. 英美侵权行为法学[ M ]. 北京: 北京大学出版社, 2004.
- [7] 王泽鉴. 民法学说和判例研究(一)[ M ]. 北京: 中国政法大学出版社, 1998.

[ 8 ] 邵建东. 论雇主责任[ J ]. 南京大学法律评论, 1997, ( 1 ): 135 - 141 .

[ 9 ] 李响. 美国侵权法原理及案例研究[ M ]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004 .

[ 10 ] 邱聪智. 新订民法债编通则(上)[ M ]. 北京: 中国人民大学出版社, 2004 .

[ 11 ] 史尚宽. 债法总论[ M ]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000 .

[ 12 ] 杨立新, 韩海东. 侵权损害赔偿[ M ]. 吉林: 吉林人民出版社, 1990 .

[ 13 ] 肖燕. 试论雇佣人侵权责任[ J ]. 政治与法律, 1992, ( 4 ): 23 - 25 .

[ 14 ] 魏淼. 试论雇主转承责任[ J ]. 法律科学, 1995, ( 1 ): 87 - 88 .

[ 15 ] 于敏. 日本侵权行为法[ M ]. 北京: 法律出版社, 1998 .

[ 16 ] 房绍坤. 论雇佣人的民事责任[ J ]. 法学研究, 1992, ( 4 ): 88 - 97 .

[ 17 ] 文森特·R·约翰逊. 美国侵权法[ M ]. 北京: 中国人民大学出版社, 2004 .

[ 18 ] 陈聪富. 侵权归责原则与损害赔偿[ M ]. 北京: 北京大学出版社, 2005 .

[ 19 ] 吴寒青. 从性骚扰看我国雇主责任的构建[ J ]. 天津市政法管理干部学院学报, 2004, ( 1 ): 21 - 25 .

## Theory foundations and applying rules of construction element of employer's vicarious liability

YIN Hai wen

( School of Law , Changsha Technology and Science University , Changsha 410076 , China)

Abstract : There are different provisions of construction element of employer's vicarious liability in different countries and regions . There exist three aspects in the construction element of employer's vicarious liability : employing relations , the behavior of carrying out the job and the torting of job . Judicatory interpretation in China about the construction element of employer's vicarious liability is imperfect . The future civil code needs to be given perfect provisions , which should mark off employee and independent contractor strictly and stipulate definitely the job scopes of the employee .

Key words : vicarious liability ; employ relation ; job behavior ; torts

[ 编辑 : 苏慧 ]

(上接 290 页)

## The Theory of Rationality and viewpoint of rule of law ——from Plato to Habermas

ZENG Yun

( School of Law , Zhejiang University , Hangzhou 310012 , China)

Abstract : Rationality is always regarded as the original theory of the rule of law . It is true that the viewpoint of the rule of law is directly from rationality . Plato distinguished the phenomenal world and the ideal world , on the basis of which he established his viewpoint of the rule of law . Aristotle demonstrated causes from the view of the experience world , which constitutes five basic aspects of rule of law . Kant developed his metaphysical viewpoint of rule of law with his practical rationality . Weber distinguished formal rationality and essential rationality , whose formal law comes from formal rationality directly . Habermas constructed his law pattern of procedure creed on the basis of intercourse rationality .

Key words : the Theory of Rationality ; the viewpoint of rule of law ; rationality

[ 编辑 : 苏慧 ]