

旅游纠纷中的连带责任

——以“焦建军与中山国旅等旅游侵权纠纷案”为参照

● 叶金强*

【内容摘要】 旅游公司擅自转让旅游业务的行为,在合同法上符合并存的债务承担之要件,发生转让人与受让人连带承担债务之效果;于侵权法上,存在构成共同侵权而承担连带责任的可能性。旅游辅助服务提供者,在合同法上属于履行辅助人,其履行行为由债务人负责;于侵权法上属于事务辅助人,当构成侵权时债务人与辅助服务者应承担连带责任。数人依据不同的规范基础应对同一损害承担责任时,即可发生连带责任;对于同一损害,一方基于违约而应承担违约责任,另一方基于侵权而应承担侵权责任时,二者可构成实质上的连带关系。

【关键词】 旅游纠纷 擅自转让 辅助人 连带责任

在现代社会生活中,旅游合同的重要性在不断提升。在法律层面上,1999 年我国《合同法》分则中并无旅游合同,但 2013 年实施的《旅游法》已使得旅游合同有名化了。在旅游合同中,旅行社除了需要提供旅游服务之外,对旅客的人身和财产安全同样负有义务,而旅客的人身、财产安全也在侵权法的保护范围之内,这使得旅游纠纷之中经常会出现违约与侵权的竞合。在实践中,旅游服务常借助于旅游辅助人等来完成,转让旅游业务的情形也十分常见,法律关系因此变得更为复杂。而在责任主体为复数的情况下,其是否应当承担连带责任,则成为问题的关键。在合同责任中,何时可能发生连带责任,侵权责任中连带责任的构成,以及部分被告构成违约、部分被告构成侵权的场合,是否也可成立连带责任等,这些问题均有待深入探讨。为此,本文以“焦建军与江苏省中山国际旅行社有限公司、第三人中国康辉南京国际旅行社有限责任公司旅游侵权纠纷案”(以下简称“焦建军案”)^①为蓝本,结合《旅游法》以及最高人民法院相关司法解释之规定,寻找现行法框架下的解决方案。

一、据以研究的案例案情与裁判要旨

2008 年 12 月 15 日,焦建军与中山国旅签订了《出境旅游合同》。而从当月 21 日开始,实际上系由第三人康辉国旅组团出境旅游,被告中山国旅并未就此征得原告的同意。在旅游期间,原告在乘车返回泰国曼谷途中因交通事故受伤,伤情被鉴定为十级伤残;旅游车驾驶员对该交通事故负有全部责任。

一审法院认为,旅游经营者擅自转让其旅游业务,旅游者在旅游中遭受损害,请求与其签订旅游合

* 作者单位:南京大学法学院。本文的写作受 2013 年度司法部部级科研项目(项目编号:13SFB2031)、南京大学 985 三期项目资助。

^① 参见《最高人民法院公报》2012 年第 11 期。以下关于该案案情和判决的介绍均来自该出处,恕不一一标出。

同的旅游经营者和实际提供旅游服务的旅游经营者承担连带责任的,应予支持。在原告、被告之间形成旅游合同关系后,被告未经原告同意将旅游业务转让给第三人,该转让行为属于共同侵权行为。原告选择以侵权之诉作为其请求权基础,要求被告与第三人承担连带赔偿责任,符合法律的规定。法院由此判令被告与第三人赔偿医疗费、残疾赔偿金、精神抚慰金等共计24万多元。

中山国旅不服一审判决提起上诉,认为擅自转让旅游业务只是一种违约行为,旅游业务的转让与交通事故以及损害后果的发生并无必然因果关系;一审法院认定业务转让的行为属于共同侵权行为,没有事实依据。即使按照《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《旅游纠纷若干规定》)第7条^②之规定,康辉国旅选择的泰国车队具有合法运营资质,发生交通事故是驾驶员的过错所致,焦建军的损失应由泰国车队承担赔偿责任,中山国旅没有实施侵权行为,主观上也没有过错。一审法院在没有证据证明中山国旅未尽安全保障义务的情况下,判决中山国旅与康辉国旅承担连带责任不当。

二审法院在认定一审所认定事实之基础上,认为中山国旅所提供的服务应当符合保障旅游者人身、财产安全的要求;中山国旅未经旅游者同意擅自将旅游业务转让给他人系违约行为,其所负有的安全保障义务不发生转移的效力。康辉国旅作为实际提供旅游服务的旅游经营者,所提供的服务亦应当符合保障旅游者人身、财产安全的要求,同时应受中山国旅与焦建军签订的旅游服务合同的约束。在本案中,泰国车队的侵权行为可直接认定为康辉国旅的侵权行为,焦建军在旅游过程中遭受人身损害后,选择要求康辉国旅承担侵权责任,符合法律规定。中山国旅虽非本案直接侵权人,其擅自转让旅游业务的行为亦属违约行为,根据《旅游纠纷若干规定》第10条^③的规定,其应当与实际提供旅游服务的旅游经营者承担连带责任。此处的连带责任既可以是违约责任的连带,也可以是侵权责任的连带,该司法解释并未对连带责任的性质作出限制。此外,《旅游纠纷若干规定》第7条规定的“第三人”,应该是除旅游经营者、旅游辅助服务者之外的第三人。本案中焦建军的损害系泰国车队的侵权行为所致,泰国车队作为康辉国旅选定的旅游辅助服务者,不属于该司法解释所称的“第三人”。故二审判决驳回上诉,维持原判。

《最高人民法院公报》对该案归纳出的“裁判要旨”如下:旅游者与旅行社签订旅游合同后,双方形成旅游服务合同关系,旅行社所提供的服务应当符合保障旅游者人身、财产安全的要求。同时,旅行社委托的旅游辅助人所提供的食宿、交通运输等服务系旅行社履行旅游服务合同义务的延续,应认定为是代表旅行社的行为,旅游辅助人的侵权行为可直接认定为旅行社的侵权行为。旅游者在旅游过程中乘坐旅行社提供的车辆发生交通事故导致人身损害、财产损失的,构成违约责任和侵权责任的竞合,旅游者有权选择合同之诉或侵权之诉要求旅行社承担相应民事赔偿责任。旅行社擅自将其旅游业务转让给其他旅行社的,与其签订旅游合同的旅行社和实际提供旅游服务的旅行社应承担连带责任。

二、擅自转让旅游业务之效果

(一) 合同法上的效果

在旅游合同实践中,经常会发生旅行社擅自转让旅游业务的情形,“焦建军案”也是如此。擅自转让旅游业务的基本事实是,旅行社与受让人未经旅游者同意,直接签订合同,约定由受让人履行旅游合同中的义务。对于这样的事实,法律上可作什么样的解读,进而将其涵摄进何种要件事实之中,决定着其可能发生的法律效果。

^② 《旅游纠纷若干规定》第7条规定:“因第三人的行为造成旅游者人身损害、财产损失,由第三人承担责任;旅游经营者、旅游辅助服务者未尽安全保障义务,旅游者请求其承担相应补充责任的,人民法院应予支持。”

^③ 《旅游纠纷若干规定》第10条规定:“旅游经营者将旅游业务转让给其他旅游经营者,旅游者不同意转让,请求解除旅游合同、追究旅游经营者违约责任的,人民法院应予支持。旅游经营者擅自将其旅游业务转让给其他旅游经营者,旅游者在旅游过程中遭受损害,请求与其签订旅游合同的旅游经营者和实际提供旅游服务的旅游经营者承担连带责任的,人民法院应予支持。”

从合同法的角度观察,合同的转让涉及合同权利、义务的概括移转,需要三方当事人形成合意,擅自转让显然不符合该要求;而旅游合同中旅游者的主要义务为支付价款,该义务通常在旅行开始前即履行完毕。^④ 所以,擅自转让旅游业务通常所转让的仅是旅游服务义务,具有债务承担的特征。但是,我国《合同法》上规定的债务承担也需要有债权人的同意,方才发生法律效力,而且其法律构成要件限定为原债务人退出、受让人承担同一债务,学理上称之为“免责的债务承担”。^⑤ 擅自转让显然欠缺债权人的同意,不符合我国《合同法》所规定的要件。

不过,与“免责的债务承担”相并列的尚有所谓“并存的债务承担”。对此,我国现行法未作规定。并存的债务承担又称债务加入,加入者承担清偿债务之义务,同时原债务人仍然负有清偿义务,其效果类似于保证;但不同于保证的是,承担之债务为与原债务并立之自己债务,保证债务则为附属于主债务之债务。并存的债务承担可依承担人与债务人之间之契约而成立,无须债权人同意即可发生法律效力。^⑥ 承担人和债务人达成债务承担的合意,无须债权人承认。^⑦ 这样一来,擅自转让旅游业务的行为,符合并存的债务承担的要件,可定性为并存的债务承担。^⑧

对并存的债务承担,我国现行法上虽无明文规定,但依据私法自治原则,第三人的加入并不损害任何人的利益,第三人承担债务的意思应当可以发生相应的法律效果,即债务承担之效果。^⑨ 而对于承担之债务与原债务的关系,日本相关通说认为成立连带债务关系,但也有学者主张成立不真正连带,^⑩ 而我国台湾地区相关学说与判例认为发生连带债务关系。^⑪ 在我国现行法下,二人同时负担同一债务,同样可以认为发生连带债务之效果。由此,在“焦建军案”中,中山国旅擅自将旅游业务转让给康辉国旅的行为,可定性为并存的债务承担,康辉国旅因加入债务关系而应承担履行旅游服务之债务,原旅游合同所确立的旅游服务义务由中山国旅和康辉国旅连带负担。

(二) 侵权法上的可能效果

“焦建军案”一审判决认为,中山国旅擅自将旅游业务转让给康辉国旅的行为构成共同侵权;而中山国旅上诉称,旅游业务的转让与交通事故及损害后果的发生并无必然因果关系,擅自转让仅能构成违约,不构成侵权。对此,有学者认为,擅自转让业务的行为由两家旅行社共同完成,此行为必然加大旅游者的风险,但两者对于该风险均持放任或轻信能够避免的主观态度,因此可以认为两者在主观意思上构成共同过错,依据我国《侵权责任法》第8条之规定,两者的行为构成共同侵权,应对焦建军因此所遭受的损害负连带赔偿责任;^⑫ 但其并未说明两家旅行社所构成的共同过错是共同故意还是共同过失。

笔者认为,我国《侵权责任法》第8条规定的“共同实施”可解释为“基于共同的行为安排而作出相应行为”,作出共同行为安排时行为人均具有致害他人的意思,则表现为共同故意型共同侵权;没有共同致害的意思,但共同行为中含有可预见并可避免的致害危险,则表现为共同过失型共同侵权。^⑬ 擅自转让旅游业务之中含有“共同的行为安排”,即由受让人具体提供相应的旅游服务,但该共同的行为安

^④ 虽不排除可能存在旅游者在旅游结束时才支付旅游费用的约定,但实践中的通常情形均是旅游者在旅行前一次性支付旅游费用。我国《旅游法》在制定时也潜在地受该实践背景的影响,其第65条规定“旅游行程结束前,旅游者解除合同的,组团社应当在扣除必要的费用后,将余款退还旅游者”。该条规定预设旅行社已收取了全部旅游费用。

^⑤ 参见我国《合同法》第84条、第85条、第86条之规定。

^⑥ 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第751页。

^⑦ 参见崔建远:《债法总论》,法律出版社2013年版,第253页。

^⑧ 在旅行社擅自转让旅游业务时,若旅游者仍然对旅行社负有债务,也不影响债务承担的进行;旅行社若欲转让其对旅游者的债权,需形成债权让与的合意并通知旅游者,否则,旅游者仍对原旅行社负有债务。

^⑨ 我国《合同法》之所以仅规范“免责的债务承担”,可能是因为原债务人退出之效果需经债权人同意方可发生,这需要立法加以明确。而在并存的债务承担情形,不存在此种需求,新债务人的加入不会损害债权人的利益,不需要征得其同意。

^⑩ 参见[日]我妻荣:《新订债权总论》,王燮译,中国法制出版社2008年版,第509页。

^⑪ 同前注^⑩,史尚宽书,第753页。

^⑫ 参见薛杉:《旅游纠纷民事责任配置若干问题研究》,《政治与法律》2014年第7期。

^⑬ 参见叶金强:《解释论视野下的共同侵权》,《交大法学》2014年第1期。

排中显然没有致害他人的意思,不会构成共同故意;至于共同行为之中是否含有可预见并且可避免的致害危险,关键在于受让人的资质条件、服务水平。如果受让人不具备承接所转让旅游业务的资质,或者按照其现有服务水平明显无法妥善履行相应义务,则双方所作出的行为安排中即含有其均可预见的致害危险,在该危险发生时,双方构成共同过失型共同侵权,应承担连带责任。但在“焦建军案”中,受让人为具有相应资质的国际旅行社,转让业务之共同行为安排,并没有增加损害发生的危险,两家旅行社不具有共同过失,不构成共同侵权,因此擅自转让旅游业务的行为无侵权法上的意义。

三、辅助人行为与违约及侵权之构成

(一) 违约的构成

第三人行为与侵权、违约构成的关联,是一个非常复杂的问题,现行法尚未给出合理、明晰的安排,现行法解释论上也存在广泛的分歧。在此仅就“焦建军案”涉及的相关问题予以初步探讨。泰国车队接受康辉国旅的安排提供运送旅客的服务,其与康辉国旅之间存在合同关系,其所负担的仅是提供相应运送服务的义务,其与旅客之间并不存在合同法律关系。这样一来,泰国车队与康辉国旅之间的法律关系可定位为履行承担,即第三人与债务人达成的承担履行债务人所负债务的合意。^⑭ 有学者指出,履行承担的效力为承担人对债务人负清偿义务,债务人可请求承担人对债权人清偿,但债权人无请求权。^⑮ 由此,泰国车队的履行行为即为康辉国旅的履行行为。

与上述履行承担关系相对应,泰国车队在旅游合同中的角色可定位为履行辅助人。《德国民法典》第 278 条以及我国台湾地区“民法”第 224 条均规定债务人对履行辅助人的履行行为负责。履行辅助人系基于债务人意思而事实上为债务履行之人,^⑯ 辅助人可以是法人以及辅助人之辅助人。^⑰ 我国民法上未设立债法总则,尚未一般性地规定履行辅助人规则。但《旅游纠纷若干规定》使用了“旅游辅助服务者”的概念,《旅游法》则使用了“履行辅助人”之表达,并将其界定为“与旅行社存在合同关系,协助其履行包价旅游合同义务,实际提供相关服务的法人或者自然人”;其中“与旅行社存在合同关系”的限定,可能与旅游服务关系的实践状况相关。在现行法解释论上,有学者认为,《合同法》第 121 条关于“当事人一方因第三人的原因造成违约的,应当向对方承担违约责任”之规定包含了履行辅助人规则。^⑱ 此外,《合同法》第 65 条关于“当事人约定由第三人向债权人履行债务的,第三人不履行债务或者履行债务不符合约定,债务人应当向债权人承担违约责任”之规定,也可以为债务人对辅助人行为负责提供规范依据。这样一来,泰国车队作为履行辅助人,当其履行行为不符合合同约定时,康辉国旅即构成违约,泰国车队与康辉国旅的法律关系依据两者之间的合同确定,但泰国车队并不对旅客承担合同责任。

(二) 侵权的构成

在“焦建军案”中,泰国车队因驾驶员过错引发交通事故导致原告受伤,可构成侵权,^⑲ 车队系因履行承担而介入旅游合同关系,这并不构成阻却其侵权构成的理由;已有学者指出,履行辅助人在其行为具备侵权行为之构成要件时应负侵权责任。^⑳ 而“事务辅助人”概念的引入,可进一步明晰其间的侵权法律关系。事务辅助人是辅助他人完成一定事务之人,德国学者认为,一个人可以同时是履行辅助人

^⑭ 履行承担与并存的债务承担之间的界限并不十分清晰,笔者以为其间的关键区分点可能在于,在相应的交易背景之下,承担者是否有愿受债权人直接请求权约束的意思;这与第三人利益合同理论存在内在的联系。

^⑮ 同前注^⑭,王泽鉴书,第 511 页。

^⑯ 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》第 6 册,中国政法大学出版社 1998 年版,第 73 页。

^⑰ 同上注,第 76 页。

^⑱ 参见周江洪:《合同法第 121 条的理解与适用》,《清华法学》2012 年第 5 期;解亘:《合同法第 121 条之存废》,《清华法学》2012 年第 5 期。

^⑲ 该结论是依据中国法得出的,不过,本案的侵权事实发生在泰国,是否应适用作为侵权行为地的泰国法,涉及国际私法的规则,一审与二审法院对此均未予考虑。本文的讨论以中国法为背景,暂且忽略该情节。

^⑳ 同前注^⑱,王泽鉴书,第 83 页。

(Erfüllungsgehilfen)和事务辅助人(Verrichtungsgehilfen)。例如,对应于乘客的合同请求权而言,受雇用的出租车司机为履行辅助人;而对应于乘客的侵权请求权而言,司机则为事务辅助人;而在与行人的关系上,司机仅为事务辅助人。^② 事务辅助人是否同时为履行辅助人,取决于事务的完成是否同时系在为他人履行一项债务。在“焦建军案”中,泰国车队于契约关系中为履行辅助人,而在侵权关系中则为事务辅助人。不同性质的辅助人概念,导向不同类型法律关系中不同的框架。对于事务辅助人导致的损害,传统侵权规则采用使用人过失责任规则,^③但过失推定的安排已使得其与无过失责任极其接近。事务辅助人处于为他人行事的地位,从立法论的角度来看,使用他人来完成自己之事务者,应对事务辅助人在处理事务过程中导致的损害承担责任,此即所谓报偿责任理论。至于事务辅助人是否应同时对第三人承担侵权责任,因事务辅助人类型的差异,可能会得出不同的结论。其中对劳动者权益保护的考量,可能会阻却劳动者直接责任、甚至包括其被迫偿的可能性。^④ 不过,我国台湾地区“民法”第188条规定的却是连带责任。^⑤

在旅游活动实践中,事务辅助人常为法人,又涉及旅游者利益的保护,这样的特殊交易形态和背景会直接影响责任的安排,并可能由此形成事务辅助人侵权的亚类型,进而在法律效果上作出特别的规定。依《旅游纠纷若干规定》第14条的规定,辅助者在导致旅游者人身、财产损失时应承担侵权责任,而旅游经营者仅在未尽谨慎选择义务时,才承担相应的补充责任。^⑥ 该规定应该是受到德国法系相关传统规则的影响,但用于旅游纠纷的解决是否合适,尚有商榷的余地。不过,我国《旅游法》第71条第2款之规定已改变了该规则,其不以组团社未尽谨慎选择义务为前提,赋予旅游者请求辅助者及组团社承担侵权责任的选择权,使两者对侵权损害承担了连带责任。^⑦ 《旅游法》的此项规定采取连带责任的安排,更具妥当性;而连带责任人的内部关系,可依其相互之间的合同予以确定。

四、违约责任与侵权责任成立连带关系之可能

(一)同时请求的可能性

上文讨论的侵权、违约的构成问题,在具体案件中便会表现为受害人的选择可能、侵权与违约的交叉、连带责任的范围等复杂问题,最终指向于个案纠纷的综合解决方案。在“焦建军案”中,如前所述,擅自转让旅游业务于合同法上的效果为由债务加入引起的连带债务,故在债务不履行的情况下,两个旅行社应当连带承担责任。但是,在康辉国旅同时构成侵权,而中山国旅只是构成违约的情况下,^⑧在受害人选择追究康辉国旅的侵权责任时,中山国旅应当如何承担责任,不无疑问。原告是否可以在请求康辉国旅承担侵权责任的同时,请求中山国旅承担违约责任?进一步的问题是,违约责任与侵权责任是否可构成连带关系?

对于上述第一个问题而言,既然中山国旅构成违约没有疑义,原告当然可以请求其承担违约责任,违约损害赔偿请求权具有坚实的实体法支撑。而康辉国旅构成违约责任与侵权责任的竞合,依《合同

^② Vgl. Dieter Medicus/Stephen Lorenz, Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 19. Auflage, C. H. Beck Verlag, 2010, S. 174.

^③ 参见《德国民法典》第831条、《日本民法典》第715条之规定。

^④ 参见班天可:《雇主责任的归责原则与劳动者解放》,《法学研究》2012年第3期。

^⑤ 相关讨论可参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第420页以下。

^⑥ 《旅游纠纷若干规定》第14条规定:“因旅游辅助服务者的原因造成旅游者人身损害、财产损失,旅游者选择请求旅游辅助服务者承担侵权责任的,人民法院应予支持。旅游经营者对旅游辅助服务者未尽谨慎选择义务,旅游者请求旅游经营者承担相应补充责任的,人民法院应予支持。”

^⑦ 《旅游法》第71条第2款规定:“由于地接社、履行辅助人的原因造成旅游者人身损害、财产损失的,旅游者可以要求地接社、履行辅助人承担赔偿责任,也可以要求组团社承担赔偿责任;组团社承担责任后可以向地接社、履行辅助人追偿。但是,由于公共交通经营者的原因造成旅游者人身损害、财产损失的,由公共交通经营者依法承担赔偿责任,旅行社应当协助旅游者向公共交通经营者索赔。”

^⑧ 中山国旅是否确定地不可能同时构成侵权,尚有进一步思考的余地,其因契约而承担了保障安全的义务,在处于自己意思之内、后续的他人履行行为构成侵权时,是否也应承担侵权责任,值得讨论。

法》第 122 条之规定,原告可择一行使请求权,选择请求康辉国旅承担侵权责任是原告的自由。同时,对康辉国旅提出侵权损害赔偿请求,并不妨碍原告对中山国旅提起违约损害赔偿请求,两项请求权是分别独立发生的,彼此不会形成排斥关系。《合同法》第 122 条之规定,也不会成为原告同时提出针对中山国旅违约诉请之障碍,因为这里存在两个不同的被告,所谓的择一行使,在针对康辉国旅的关系中已经作出,择一之限制仅是针对“当事人一方的违约行为”同时构成侵权时数请求权之主张而设。

既然中山国旅的违约构成和康辉国旅的侵权构成均不存在问题,原告应可以同时提出这两项请求,至于其在诉讼上的实现,则应依照民事诉讼规则。根据共同诉讼理论,当事人一方或双方为二人以上,且诉讼标的是共同的,为必要共同诉讼;所谓诉讼标的,依“传统说”是指双方当事人存有争议的、请求法院审理的民事法律关系,依“纠纷说”是指当事人之间的纠纷,^{②③}“焦建军案”为必要共同诉讼无疑。

(二) 违约责任与侵权责任连带关系的构成

在原告同时提出针对康辉国旅的侵权请求和针对中山国旅的违约请求时,两项请求之间的关系颇值探讨,主要的问题在于两个被请求人构成连带责任的可能性。这需要从连带责任的本质属性及发生基础谈起。连带责任的核心特征为权利人可选择请求任一责任人承担全部责任,在权利人的权利实现时数责任人的责任同时消灭。连带责任实质上可视为一种法律效果类型,此种效果安排有利于权利人利益的实现。立法上需要考虑的是,具体连带之安排是否妥当。这涉及连带责任的发生基础,根据我国《民法通则》第 87 条之规定,连带责任的发生,或依当事人约定或依法律规定。^④ 因此,连带责任的妥当性问题实际上是依两分法予以解决:在当事人通过约定选择连带责任时,私的自治原理为连带责任的发生提供了充分的支持;而在无约定的情况下,法律基于具体场景下的考量来确定是否作出连带责任的安排。例如,在共同侵权场合,立法者会认为连带责任的安排合理,于是确立了共同侵权人连带承担责任的规则。约定之外的连带责任,基本上在具体场景下各别价值判断的体现。

在连带责任之下,各连带责任人的责任基础是否应为同一类型,有待进一步讨论。就约定之连带责任而言,若当事人选择不同责任基础之责任来构成连带,法律自应予以尊重,此处不存在否定私的自治的理由。就法定的连带责任而言,则可通过具体条文的考察加以分析。我国《合同法》、《侵权责任法》中规定的连带责任,基本上是针对同一性质的责任而设;^⑤但对于《民法通则》、《公司法》、《证券法》等法律,仔细分辨之下也不难发现违约责任与侵权责任之间的连带安排。例如,《公司法》第 20 条第 3 款规定:“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。”由此,公司对债务人的债务多为合同之债,而股东对公司债权人的责任基础只可能是侵权,故在公司应承担的是违约责任时,形成的便是违约责任与侵权责任的连带关系。可见,我国现行法并不排斥违约责任和侵权责任之间的连带安排。

接下来需要讨论的问题是,在没有法律规定和当事人约定的情况下,违约责任与侵权责任构成连带关系的可能性。对此,德国法可提供有益的参考。在德国,对于侵权的连带责任,不是由法律各别作出规定,而是通过《德国民法典》第 840 条之规定形成一种开放性的安排。规定共同侵权的《德国民法典》第 830 条并未提及连带责任,仅是规定数人共同实施侵权行为导致损害的情形下,每一个人均对损害负责;而第 840 条规定,数人对侵权行为导致的损害均负有责任的,即作为连带债务人承担责任。将《德国民法典》第 830 条和第 840 条结合起来,可得出数共同侵权人应承担连带责任的结论。通过这种方式确立连带责任,在法技术上非常值得肯定。而对于此种连带责任的成立方式,相关判例又予以拓展:在

^② 参见严仁群:《诉讼标的之本土路径》,《法学研究》2013 年第 3 期。

^③ 我国《民法通则》第 87 条规定:“债权人或者债务人一方人数为二人以上的,依照法律的规定或者当事人的约定,享有连带权利的每个债权人,都有权要求债务人履行义务;负有连带义务的每个债务人,都负有清偿全部债务的义务,履行了义务的人,有权要求其他负有连带义务的人偿付他应当承担的份额。”

^④ 参见我国《合同法》第 90 条、第 267 条、第 272 条、第 313 条、第 409 条之规定,以及《侵权责任法》第 8 条、第 9 条、第 10 条、第 11 条、第 36 条、第 51 条、第 74 条、第 75 条、第 86 条之规定。

一人基于合同之外的原因、另一人基于合同而导致损害时,也可构成连带债务。^①有学者指出,通过类推适用,可将《德国民法典》第840条扩展适用到数致害人中一人因侵权行为承担责任,其他人因合同而承担责任的案型。^②侵权行为所生请求权与基于其他原因产生的请求权并存时,同样发生连带债务;如果一个债务人因合同、另一个债务人因侵权行为而对同一损害承担责任时,其为连带债务人。^③

以上的德国法实践颇具参考价值,被扩张适用的《德国民法典》第840条意味着在对同一损害有数人依据不同责任基础规范而应承担相应责任时,数人间便成立连带责任。在我国法上无类似于《德国民法典》第840条之规定的情况下,能否发生相应类型的连带责任呢?对此,笔者以为,由于连带责任加重了责任人的负担,故如前所述,现行法或依当事人约定或依特别的考量明确规定具体的连带责任类型。但这样的连带责任发生机制并非封闭式的,解释论上尚留有另一途径,即当对同一损害有数人依各自的责任基础而应承担相应责任时,实质意义上的连带责任也将发生。^④具体到违约责任与侵权责任的连带问题,如果一人因侵权、另一人因违约而导致同一损害时,受害人分别依据侵权法规和合同法规则取得两项请求权,该两项请求权可同时行使,由此形成了任一责任人均应承担全部责任、权利人可请求任一责任人承担全部责任的效果模式,这与连带责任已基本没有区别。此种第三途径的正当性,来自于各项请求权责任基础的支持,责任人各自相应的责任基础均导向了应对全部损害担责;此时,连带责任的附加并没有增加责任人的负担,这是法律不应限制此种连带责任的关键性理由。而将连带责任限定于约定和法定范围之内,主要的考虑便是避免不当增加责任人的负担,故对此种第三途径的认可,不会对原有的立法意旨形成任何冲击。当然,如果违约责任和侵权责任的范围不一,那么,应仅在违约、侵权损害赔偿范围重合部分,形成连带关系。可见,所谓的连带责任仅依法定和约定发生之规则,并不能阻止实质意义上的连带责任的发生,当对受害人同一之损害有数人基于不同责任基础而应当承担相应责任时,每一个责任基础均可正当化受害人的一项请求权,受害人既可选择同时行使也可选择分别行使这些请求权,在损害得到填补时各项请求权均消灭,由此,数个责任人即已处于连带责任关系之中了。

在“焦建军案”中,原告同时诉请康辉国旅承担侵权责任、中山国旅承担违约责任,二者应构成连带责任关系。该案的二审判决援引《旅游纠纷若干规定》第10条之规定,认为该规定并未对连带责任的性质作出限制,其既可以是违约责任的连带,也可以是侵权责任的连带,判决两家旅行社承担连带责任。该司法解释并无明确的关于违约与侵权可构成连带责任的法意识,更多的是想强调擅自转让旅游业务不发生转让方合同义务消灭的效果;而二审判决受结果妥当性的指引,作出了让侵权人与违约人承担连带责任的结论,值得肯定。当然,在现行法下,侵权损害的赔偿范围与违约损害的赔偿范围存在差异,这一判决忽略此差异,于裁判逻辑上略有瑕疵。但是,赔偿范围的差异主要来自于审判实践中违约责任对精神损害赔偿的排斥,而此种排斥在立法论和解释论上均难以成立;《旅游纠纷若干规定》第21条明确否定旅游合同纠纷之诉中的精神损害赔偿请求权,是非常不妥当之举。我国台湾地区“民法”原先否定违约精神损害赔偿请求权,曾被学者评价为损害赔偿法制的先天严重缺陷,^⑤而修订后的“民法”于第227条之1规定,不履行债务而侵害人格权的,准用侵权行为法中非财产损害赔偿的规定。而我国现行法律并没有明确否定违约精神损害赔偿请求权,反而是《合同法》第107条规定的“赔偿损失”之违约责任,于文义解释上即可将精神损害赔偿包含在内。

(责任编辑:洪玉)

^① Vgl. Wagner, Münchener Kommentar zum BGB, 4. Auflage, C. H. Beck Verlag, 2004, § 840 Rn. 9.

^② 同前注^①, Dieter Medicus/Stephen Lorenz 书, 第403页。

^③ Vgl. Dieter Medicus/Stephen Lorenz, Schuldrecht II: Besonderer Teil, 15. Auflage, C. H. Beck Verlag, 2010, S. 497.

^④ 我国法与德国法对此问题的法适用的差异为:依据《德国民法典》第840条可得出结论,而在我国法则是由数个责任基础得出数人均应对同一损害承担责任的结论,然后自然导向连带责任。

^⑤ 参见邝聪智:《新订民法债编通则》上册,中国人民大学出版社2003年版,第231页。