

动物侵权责任主体概念论^{*}

朱晓峰^{**}

内容摘要:《侵权责任法》第78条以“饲养人或者管理人”作为动物侵权的责任主体概念,并不严谨科学。这导致以该条为裁判依据的司法实践歧见纷生,影响法律规则适用的确定性和可预见性,威胁法本身的威严。在编纂民法典的背景下,立法论上应充分关注司法实践于此存在的概念不清、界定标准混乱的问题,以危险控制和损益自担理论为正当性基础,围绕实际管理控制标准,用“管理人”取代“饲养人或者管理人”,作为动物侵权责任主体在制定法上的概念,同时保持抽象概念对社会生活开放的特性,由司法实践在动态体系中来确定具体案件中管理人的认定要素。

关键词:饲养人或者管理人 动态系统 危险控制 管理控制

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2018.05.009

一、问题的提出

在当前的侵权法实践中,《侵权责任法》第78条以下沿用了《民法通则》第127条的做法,将饲养动物损害责任的主体规定为饲养人或管理人,而非为动物的所有人或占有人。个中理由如何,难以知悉。^①由此导致了司法实践中的裁判标准混乱不堪,学说理论也异见纷扰,难有定论。正在进行的民法典编纂强调科学性和体系性。^②其中,体系性的核心要求在于抽象概念的严谨性和逻辑的一致性,因为唯有借着将抽象程度较低的概念涵摄于较高等的概念之下,最后才可以将大量的法律素材归结到少数最高概念上,由此构筑的法的体系才是完整的。在体系的范畴内,多数法律问题仅借逻辑思考即可解决,据此既可以保障最大可能的概观性,亦可保障法的安定性。^③因此,对于动物侵权责任主体概念的构造与选择,立法有必要充分关注司法实践于此反映出来的核心问题,深入考察辨析学理上的主要立场与争议焦点,探析饲养动物侵权场合责任主体概念界定的一般性标准以及具体考量的要素,为民法典分则侵权责任编的科学编纂提供砖石材料。

二、动物侵权责任主体概念遭遇的实践困惑

在当前司法实践中,各地法院对《侵权责任法》第78条等规定的责任主体概念“饲养人或者管理人”之内涵外延的理解和把握,并不统一。

(一)所有人一元统一论

持此观点的法院在其作出的生效裁判文书中明确表示,动物饲养人为其所有权人,所有人作为饲养动物的管理人,负有注意和管理义务,当其未尽到注意和管理义务而疏于管束时,应对动物侵权造成的损害承担赔偿责任。^④该观点的基本立场是,所有关系体现的是主体与饲养动物间的权属规范关系,而饲养人、管理人则是所有权人与饲养动物之间饲养与管束的事实控制关系。因此其本质上体现为典型的动物侵权责任主

* 本文系司法部2014年国家法治与法学理论基金项目“侵权法一般条款的结构与解释”(14SFB30031)的阶段性成果。

** 中央财经大学法学院副教授。

① 参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社2015年版,第626页。

② 参见孙宪忠:《我国民法立法的体系化与科学化问题》,载《清华法学》2012年第6期。

③ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第317页。

④ 参见内蒙古自治区通辽市科尔沁区人民法院(2015)科民初字第2007号民事判决书;内蒙古自治区通辽市中级人民法院(2015)通民终字第1436号民事判决书。

体一元论立场。

问题是,实践中物权规范关系与事实管理控制关系并非当然合二为一,而是事实管理控制关系常常脱离权属规范关系而相对独立存在,例如,所有权人通过保管合同将饲养动物寄存于事实保管人处、^⑤事实控制人基于无因管理喂养捡拾到的动物,^⑥等等。于此情形下一元论并不能提供充分说明。

(二) 所有人与管理人二元并存论

持此观点的法院在其作出的生效裁判文书中明确表示,动物饲养人是指动物所有人,是对动物享有占有、使用、收益、处分权的人,动物管理人是指实际控制和管束动物的人。^⑦依据这一观点,饲养人即所有人当然负有管束动物的义务,当所有人与管理人不为同一人时,所有人所担负的管束义务即移转于实际管束控制动物的管理人。^⑧据此可以发现,该观点重点强调主体对于动物事实上的管束、控制,至于这种事实上的管束、控制是否构成规范意义上的占有、所有,则在所不问。

存在分歧的是,所有人和管理人非为同一人时的责任主体究竟是所有人还是管理人?有法院认为,于此情形下所有人担负的管束动物的义务已移转于管理人,承担责任的主体自应是管理人自己;^⑨还有法院认为,在饲养人、管理人未对动物采取安全措施导致他人损害的情形下,饲养人和管理人应承担共同责任。^⑩

(三) 所有人与占有人二元并存论

持此观点的法院在其作出的生效裁判文书中表示,动物饲养人或管理人并不局限于动物所有人。在动物被遗弃或逃逸时,占有人出于无因管理而占有动物的,应将之纳入合法占有范畴,而合法占有动物之人因其对动物的直接控制而相应的负有管理义务,属于动物管理人范畴。^⑪亦言之,动物饲养人或管理人仅是事实层面的判断,在规范层面,动物饲养人或管理人要么是所有人,要么是占有人。至于占有人是否必须是合法占有,司法实践并未予以明确说明。

该观点强调对动物事实上的管束、控制,在规范层面加以判断,以符合所有或占有的规范评价。其现实意义在于,在不承认先占制度或拾得遗失物等可以取得物之所有权的现行物权法体系下,对于长期喂养并事实上管束、控制无主之动物的责任主体认定,可以在占有体系内解决,而占有与无主动物的事实管束控制,亦可以像所有与管理那样相分离并依据事实管理控制理论来分配侵权责任。^⑫

(四) 保有人论

司法实践中还有法院依据保有人概念来应对当前饲养人、管理人概念涵摄不力的实践问题。例如,在乔新玉与肖淑贞饲养动物损害责任纠纷案中,审理法院即明确指出,应将饲养人解释为作为所有人的保有人,管理人解释为所有人以外的保有人。法院在生效裁判文书中将保有人人的具体判断标准确定为两项:^⑬

一是为自己利益而使用动物。在现实生活中人们为了自己的利益而使用动物的形式有很多,例如,让动物来工作、从动物处获得产品、从动物处获得快乐、通过转让动物获利、从动物处获得食物等。

二是对动物的决定权。对动物的指示、使用、生存等有决定性影响,并有权支配动物和控制动物危险的

^⑤ 参见天津市滨海新区人民法院(2016)津0116民初26253号民事判决书;北京市第三中级人民法院(2016)京03民终3265号民事判决书。

^⑥ 参见江苏省南京市江宁区人民法院(2014)江宁江民初字第505号民事判决书;上海市杨浦区人民法院(2015)杨民一(民)初字第1736号民事判决书。

^⑦ 参见上海市宝山区人民法院(2016)沪0113民初3828号民事判决书。

^⑧ 参见江苏省南京市中级人民法院(2014)宁民终字第2957号民事判决书。

^⑨ 参见上海市杨浦区人民法院(2015)杨民一(民)初字第1736号民事判决书;天津市第二中级人民法院(2015)二中民四终字第1501号民事判决书;江苏省南京市中级人民法院(2014)宁民终字第2957号民事判决书;新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院(2014)沙民一初字第2345号民事判决书;陕西省丹凤县人民法院(2013)丹民初字第00203号民事判决书。

^⑩ 参见四川省南充市中级人民法院(2014)南中法民终字第2009号民事判决书;江苏省南京市秦淮区人民法院(2015)秦民初字第754号民事判决书。

^⑪ 参见上海市杨浦区人民法院(2015)杨民一(民)初字第1736号民事判决书。

^⑫ 参见四川省南充市顺庆区人民法院(2013)顺庆民初字第3531号民事判决书。

^⑬ 参见北京市第二中级人民法院(2012)二中民终字第16207号民事判决书。

人,通常即应被认定为动物保有人。因此,对动物是否具有决定权的认定,并不单纯的考虑所有权因素,其毋宁是考虑动物处于何人的控制力之下。

从实践效果来看,运用保有人概念可以部分解决当前法律实践中动物侵权责任主体概念内涵外延不清导致的涵摄难题。但问题是,司法实践裁判文书中所为的法律续造,明显有违既存法律概念体系之嫌,在合法性论证上面临困境。

(五) 受益人论

司法实践中还有一种惯常做法,那就是如果动物是事实饲养人为履行职务而饲养,则事实饲养人尽管会被认定为动物管理人,但实际承担侵权责任的却是与该事实饲养人存在劳动关系或雇佣关系的企业或雇主。在实践中,并非动物饲养人或管理人的企业或雇主被判承担侵权责任的具体理由也不尽相同:

例如,在南京龙晟建设有限公司与王某某、易某某健康权纠纷案(下文简称“易案”)中,审理法院即认为,尽管易某某长期喂养流浪狗致其聚集工地进而与之形成事实上的饲养关系,成为该流浪狗的实际管理人,但易某某是龙晟公司门卫,其职责是看管工地,看管工地是其履行职务行为,其喂养两条流浪狗的原因之一是因为狗晚上可以帮其看工地。因此,易某某饲养该两条狗的行为应被认定为履行职务行为,由此导致的不利后果应当由其所在的龙晟公司承担。^⑭而在与易案相近的另一则案件中,审理法院却认为,尽管动物事实上的饲养人为动物管理人且其饲养动物之行为系履行职务行为之一部,但若该饲养人所在企业或雇主未尽合理管理义务并采取适当措施,则实际在管理人管理控制之下的动物导致的侵权责任依然由企业或雇主承担,至于承担了侵权责任的企业或雇主与动物管理人内部之间如何分配责任,则在所不问。^⑮

据此,若动物饲养人和管理人饲养并实际管理的动物并非为其履行职务所必需,那么该动物即使在其履行职务期间致人损害,饲养人和管理人所在企业也毋需承担动物侵权责任。例如,在牟某某诉四川华能宝兴河水电有限责任公司饲养动物损害责任纠纷案中,审理法院即认为:作为动物饲养人和管理人的舒某完成某公司的安保工作,并非必须通过豢养犬只来完成,更多地是依赖于其自身在规定时间内提供的劳动力和保质保量完成工作任务的责任心,另结合其开始饲养涉案动物的时间综合判断,其饲养的动物也并非因完成安保工作而刻意为之。因此,舒某豢养犬只的行为,与完成向公司提供安保服务的行为之间缺乏内在联系,该行为不能认定为完成公司电站安全防范保护工作的内容之一,而应当认定为舒某的个人行为。^⑯

以饲养动物是否为行为人完成特定职务行为所必需为标准来判断其所致损害责任的承担主体,在本质上与保有人观点内的受益标准相同,因此可以视为是保有人论的延伸。问题是,现实生活中饲养人实际管理控制的动物究竟是否为其完成特定职务行为的界定标准模糊,很难在错综复杂的案件事实中发挥应有功能,^⑰这势必会使受益人论的实践意义大打折扣。

司法实践对于“饲养人或者管理人”概念理解上存在的分歧所导致的混乱现象如下表所示:

具体表现 典型案例	基本立场	核心标准	主要认定要素	责任方式	责任认定的主要理由
(2015)通民终字第1436号	所有人一元统一论	物权归属	所有权 ^⑱	单独责任	所有人作为饲养人和管理人,负有注意和管理义务,其未尽注意和管理义务而疏于管束时,应承担赔偿责任

^⑭ 参见江苏省南京市江宁区人民法院(2014)江宁江民初字第505号民事判决书;江苏省南京市中级人民法院(2015)宁民终字第1044号民事判决书。

^⑮ 参见辽宁省鞍山市铁东区人民法院(2014)铁东民二初字第464号民事判决书;辽宁省鞍山市中级人民法院(2015)鞍民二终第136号民事判决书。

^⑯ 参见四川省雅安市中级人民法院(2014)雅民终字第674号民事判决书。

^⑰ 参见四川省宝兴县人民法院(2014)宝兴民初字第133号民事判决书。

^⑱ 参见内蒙古自治区通辽市科尔沁区人民法院(2015)科民初字第2007号民事判决书。

(2014)宁民终字第2957号	所有人与管理人二元并存论	物权归属管理控制	物权、 ^{①⑨} 时间、 ^② 直接性、 ^① 独立性、 ^② 利益性、 ^③ 意志性、 ^④ 其他 ^⑤	单独责任 共同责任	饲养人即所有人当然负有管束动物的义务,当所有人与管理人不为同一人时,所有人负担的管束义务即移转于实际管束控制动物的管理人;在饲养人选任管理人未尽注意义务时二者负共同责任
(2015)杨民一民初字第1736号	所有人与占有人二元并存论	物权归属管理控制	所有权、占有 ^⑥ 、合法性 ^⑦	单独责任	饲养人或管理人并不限于所有人,在动物被遗弃或逃逸时,占有人因对动物的直接控制而负相应管理义务,属于动物管理人范畴。
(2012)二中民终字第16207号	保有人论	实际管理控制	自益性与决定权 ^⑧	单独责任	应将饲养人解释为作为所有人的保有人,管理人解释为所有人外的保有人,为自己利益而使用动物且对动物有决定权的人为保有人,应对动物所致损害承担侵权责任
(2015)宁民终字第1044号	受益人论	实际管理控制	受益性 ^⑨	替代责任	动物是事实饲养人为履行职务而饲养,为其履行职务所必须,企业或雇主应对外承担全部责任

三、我国学理上的主要观点及评析

针对《民法通则》第127条以及《侵权责任法》第78条“饲养人或者管理人”概念中存在的分歧,侵权法理论上迄今亦未达成共识,异见纷呈。

(一)学理上的主要观点

1.所有人与保有人的二元论

该观点认为,第127条和第78条的动物饲养人是指动物的所有人,即对动物享有占有、使用、收益、处分

^{①⑨} 参见江苏省南京市中级人民法院(2014)宁民终字第2957号民事判决书;上海市宝山区人民法院(2016)沪0113民初3828号民事判决书。

^② 参见北京市丰台区人民法院(2012)丰民初字第16654号民事判决书;北京市平谷区人民法院(2013)平民初字第04024号民事判决书。

^③ 参见北京市第二中级人民法院(2016)京02民终4921号民事判决书。

^④ 参见河南省郑州市中级人民法院(2013)郑民二终字第1205号民事判决书;天津市滨海新区人民法院(2016)津0116民初26253号民事判决书。

^⑤ 参见北京市第二中级人民法院(2016)京02民终4921号民事判决书。

^⑥ 参见广西壮族自治区宜州市人民法院(2016)桂1281民初823号民事判决书。

^⑦ 诸如是否提供食宿、是否单纯投食等,均影响责任主体的认定。相关判决参见陕西省延安市中级人民法院(2015)延中民一终字第00124号民事判决书;新疆维吾尔自治区塔城地区中级人民法院(2014)塔民一终字第402号民事判决书;辽宁省鞍山市中级人民法院(2015)鞍民二终第136号民事判决书;重庆市万州区人民法院(2016)渝0101民初6651号民事判决书。

^⑧ 参见四川省南充市顺庆区人民法院(2013)顺庆民初字第3531号民事判决书。

^⑨ 参见上海市杨浦区人民法院(2015)杨民一(民)初字第1736号民事判决书。

^⑩ 参见北京市第二中级人民法院(2012)二中民终字第16207号民事判决书。

^⑪ 参见江苏省南京市江宁区人民法院(2014)江宁江民初字第505号民事判决书;江苏省南京市中级人民法院(2015)宁民终字第1044号民事判决书;辽宁省鞍山市铁东区人民法院(2014)铁东民二初字第464号民事判决书;辽宁省鞍山市中级人民法院(2015)鞍民二终第136号民事判决书;四川省雅安市中级人民法院(2014)雅民终字第674号民事判决书。

权的人;动物管理人是指实际控制和管束动物的人,管理人对动物不享有所有权,而只是根据特定法律关系直接占有和控制动物。实际生活中的饲养人与管理人有时为同一人,有时则为不同人。若动物饲养人与管理人为不同人时,管束动物的义务由饲养人转移给管理人,这时的赔偿义务主体为管理人。至于管理人是无偿管理还是无偿管理,是长期管理还是临时管理,在所不问。^④ 据此,有学者认为,此种解释使我国法律上的既有规定兼采了所有者责任与保有者责任。^⑤ 另外,在学理上看来,将动物饲养人解释为所有人,将管理人解释为负有管理职责的其他动物保有人,在法律适用上更为明确、更为便捷。^⑥

2. 所有人与占有人二元论

该观点认为,可以将饲养人和管理人解释为物权法上的所有人和占有人/使用人,即实际控制和管束动物的人;对于占有人作限制性解释,不包括非法占有人,但包括间接占有人。^⑦ 在非法占有场合,动物侵权责任主体的确定依据《侵权责任法》第83条规定的第三人过错规则处理,由非法占有人承担动物侵权责任。^⑧ 就此而言,该观点与所有人与保有人二元论立场相同,即不承认非法占有人为《侵权责任法》第78条规定的管理人,而是将之交由该法第83条处理,受害人可以向饲养人或管理人请求赔偿,也可以向作为第三人的非法占有人请求赔偿;动物饲养人或管理人赔偿后,有权向第三人追偿。^⑨

另外,在所有人与占有人内部,还有一种观点认为,《侵权责任法》使用的“饲养人或者管理人”概念中的饲养人,既包括所有人也包括占有人,而管理人的概念主要是指管理国家所有的动物的法人或其他组织。^⑩

3. 保有人一元论

该观点认为,应借鉴德国法上的动物保有人概念,将第78条的动物饲养人解释为作为所有人的保有人,动物管理人解释为所有人以外的保有人。实践中对于保有人的认定应如德国法律实践一样综合考虑两项标准:^⑪ 一是为了自己的利益而使用动物;二是对于动物的决定权。

持此观点的学者认为,饲养动物损害责任的理论基础虽然有所有权、占有的因素,但并非必须依此确定饲养动物损害责任。而应坚持权利与义务相一致原则,根据动物危险控制理论,由动物保有者即动物利益享受者对饲养动物损害责任负责,将动物饲养人、管理人理解为保有人即可解决这个问题。这一理论能够较好地解决动物保有者承担责任的基础在于享受动物之利益,在于其可以而且应当控制动物的危险。^⑫

4. 占有人或管理人的二元论

该观点认为,第78条规定的“饲养人或者管理人”概念类似于《日本民法典》第718条所规定的“动物的占有者或保管者”概念。这种在表述上未明确指明“动物的所有人”的本意,应是出于使能够直接控制动物的人负责。具体而言:^⑬ 其一,所有人自己管理动物时,饲养人或管理人当然包括动物所有人;其二,所有人委托他人饲养或管理动物时,所有人原则上应被排除于义务主体的范围,若所有人存在过错,则应承担连带责任;其三,动物占有人亦在“动物饲养人或管理人”的范围。

合法占有人因其对动物的直接控制而负有管理义务,故可纳入“动物管理人”范围,自当负其责任。至于非法占有人则应结合《侵权责任法》第82条和第83条规定处理。

(二) 学说理论的主要分歧

1. “饲养人或者管理人”概念是否合理

^④ 参见房绍坤:《试论动物致人损害的民事责任》,载《中外法学》1992年第6期;王胜明:《中华人民共和国侵权责任法解读》,中国法制出版社2010年版,第390页。

^⑤ 参见张新宝:《侵权责任法》,中国人民大学出版社2016年版,第305页。

^⑥ 参见杨立新:《饲养动物损害责任一般条款的理解与适用》,载《法学》2013年第7期。

^⑦ 同前注^⑥,程啸书,第626页。

^⑧ 参见李显冬:《侵权责任法》,北京大学出版社2014年版,第228页。

^⑨ 同前注^⑥,张新宝书,第306页。

^⑩ 参见王利明:《侵权责任法》,中国人民大学出版社2016年版,第428页。

^⑪ 参见周友军:《我国动物致害责任的解释论》,载《政治与法律》2010年第3期。

^⑫ 参见杨立新:《侵权责任法》,北京大学出版社2014年版,第352页。

^⑬ 参见最高人民法院侵权责任法研究小组:《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2016年版,第529—530页。

我国学理上有观点认为,将动物侵权责任主体确定为“饲养人或者管理人”,颇有新意,而且延续了我国立法传统,同时可以避免国外立法中将责任主体直接与物权中的所有以及占有等概念相关联,导致无法确定责任主体从而不利于保护受害人。基于此,应在未来的民事立法中继续沿用这一概念。^{④①}但反对观点则认为,将“饲养人或者管理人”规定为责任主体,忽视了责任主体与所有权、占有的直接联系,因而不能从法律逻辑上正确揭示饲养动物致人损害由义务人承担赔偿责任的法理基础。^{④②}基于此,应在未来的民事立法中将该概念修改为反映物权关系的所有人、管理人、占有人或保有人等概念。^{④③}

动物侵权责任主体概念的合理性问题实质上反映的是立法的正当性基础问题,涉及抽象概念以及以此为基础构建起来的法律规则与法之外在体系内涵的基本价值判断与立场。正当性基础不充分的抽象概念,在涵摄现实生活时会遭遇贝卡利亚式的诘难:“一切违背人的自然感情的法律的命运,就同一座直接横断河流的堤坝一样,或者被立即冲垮和淹没,或者被自己造成的漩涡所侵蚀,并逐渐地溃灭”。^{④④}因此,动物侵权责任主体概念的选择必须与动物侵权责任在当代的功能定位与目的结合起来,以保护合法权益、填补并预防损害为基点展开,否则泛泛而谈其合理与否,并无实益。^{④⑤}

2. 责任主体概念是否需要反映物权关系

我国学理上有观点认为,若忽视动物侵权责任主体与对动物之所有权、占有的直接联系,将会导致无法从法律逻辑上正确揭示饲养动物致人损害由义务人承担责任的法理基础。^{④⑥}其言下之意是,制定法应在动物侵权责任主体与引发侵权责任的动物之间确立物权法上的规范联系。对此,反对观点认为,饲养动物侵权责任的理论基础虽然有所有权以及占有的因素,但并非必须依此来确定饲养动物侵权责任,而是应根据权利与义务相一致原则,依据动物危险控制理论来指导并确定动物侵权责任主体。^{④⑦}将责任主体直接与物权法中的所有权以及占有等反映权属关系的概念相关联,可能会导致无法确定动物侵权责任主体,从而不利于受害人的充分保护。^{④⑧}

事实上,动物侵权责任主体概念与物权归属之间的规范关系,属于抽象概念正当性基础的延伸,原则上只有那些与动物之间存在物权关系的人,才应当对动物侵权所致损害负责,物权关系所内涵的逻辑关系是动物侵权责任主体认定的核心所在。在比较法视阈下,动物侵权责任主体的界定在法律史的早期都普遍和物权关系联系起来,法律实践通过物权关系来厘定侵权责任主体。而在当代社会背景下,法律核心关注的是对动物危险泉源的风险控制和对受害人的充分救济,由此导致动物侵权责任主体界定的标准普遍由物权关系转变为实际管理控制标准。由于实际管理控制标准是开放而非封闭的体系,在该体系内物权关系仅是确定动物侵权责任主体时围绕实际管理控制标准所考虑的重要因素而非唯一因素。在此意义上,动物侵权责任主体概念是否必须内涵物权关系显非要事。

3. 饲养人或管理人是否包含间接占有人

我国学理上有观点认为,《侵权责任法》第78条采用的“饲养人或者管理人”概念,其中的饲养人概念非常宽泛,既包括所有人也包括占有人,至于占有人是否必须为直接占有,则在所不问。^{④⑨}该观点明确指出,动物管理人可以是直接占有人,也可以是间接占有人;但若某人是依用人单位的指令或接受劳务方要求而照顾动物,则动物管理人是该用人单位或接受劳务的人。^{④⑩}对此的反对观点则认为,动物侵权责任场合对动物的

^{④①} 同前注^{③⑩},王胜明书,第390页。

^{④②} 参见张新宝:《饲养动物致人损害的赔偿责任》,载《法学研究》1994年第2期。

^{④③} 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室:《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,第317页。

^{④④} 参见朱晓峰:《配偶权侵害的赔偿责任及正当性基础》,载《浙江大学学报(人社版)》2017年第6期。

^{④⑤} 参见朱晓峰:《比较法视阈下动物侵权责任主体的界定标准及启示》,载《比较法研究》2018年第3期。

^{④⑥} 同前注^{④①},张新宝文。

^{④⑦} 同前注^{③⑩},杨立新书,第352页。

^{④⑧} 参见王胜明:《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2013年版,第435页。

^{④⑨} 同前注^{④②},李显冬书,第228页;同前注^{④③},王利明书,第428页。

^{④⑩} 同前注^{④①},程啸书,第626页。

占有应以直接占有为限,因为在间接占有场合,间接占有人于法律上已不能直接对动物进行管束,管束动物的义务已经移转给直接占有人,此时动物侵权导致损害的,应由直接占有人承担侵权责任。^⑩

针对以上两种截然对立的观点,折衷观点认为,在间接占有场合,间接占有人事实上已无法对动物直接进行控制,而是由直接占有人实施管理、控制行为,原则上应由作为管理人的直接占有人承担责任。但在例外情形下,如间接占有人对动物出租、出借行为本身存有过错,对具有特定危险性的动物明知或应知他人不具有管理资质或能力而将动物出租或出借给他人,则应由间接占有人与直接占有人承担连带责任。^⑪

事实上,间接占有人可否为动物侵权责任主体,涉及对物权归属关系界定标准的检讨。在物权归属关系标准当中,动物侵权责任主体的界定关注的是行为人与动物之间在物权法上的规范关系,而非事实关系。而间接占有涉及的主要是行为人与动物事实关系层面的空间性、直接性联系,并未改变间接占有人与动物之间的物权归属关系,依据物权归属关系标准自应由其承担动物侵权的责任。然而如前所述,物权归属关系标准单一、封闭的评价标准在正当性问题上存有疑问,导致以其为基础的推论说服力明显不足。显然,在正当性的论证力度方面,学说理论于此依据管理控制标准来界定间接占有场合的动物侵权责任主体更有说服力。

4. 饲养人或管理人是否包含非法占有人

我国学理上有观点认为,第78条的“动物饲养人或者管理人”概念涵摄范围非常广泛,当然包括抢劫、抢夺、盗窃动物的非法占有人,因为于此占有人尽管为非法占有,但对社会公众而言,其应负担管理义务,唯有如此,才能更有利于动物侵权致害场合受害人的充分、及时保护。^⑫另外,依据保有者概念所持的判断标准,若因盗窃或其他不法原因致所有人或其他合法占有人丧失占有,则所有人或其他合法占有人丧失饲养人或管理人身份,盗窃人或其他不法占有人取得饲养人或管理人身份,因为于此场合非法占有人是为了自己的利益而使用动物。^⑬对此,学理上的反对观点则认为,第78条所规定的“动物饲养人或管理人”,应当是基于合法根据或事由饲养或管理动物的人。在保有者或占有人责任理论中,非法占有者可以解释为保有者或占有人,但在《侵权责任法》中将非法占有者解释为管理者似乎显得牵强。^⑭在学理上看来,排除非法占有者为管理人的意义在于:一是彻底地贯彻所有权的排他性、对世性和追及力,即使饲养动物被非法占有人占有,也不改变合法占有人的物权人地位;二是避免非法占有人提出无过错抗辩而使受害人赔偿请求落空。^⑮

非法占有人的法律涵摄问题和间接占有人一样,受制于动物侵权责任主体概念的选择与相应概念之内涵的界定标准。在坚持物权关系为动物侵权责任主体概念的规范内涵而以之为界定标准的观念中,非法占有人与动物之间因不存在物权法上的权属关系,自然毋庸承担第78条规定的动物侵权责任。存有疑问的是,在动物被非法占有人实际管控时,仅依据物权关系而认定物权法上的权利人承担动物侵权责任,既不符合社会的一般认知,也与当代动物侵权责任保护的基本价值相违背,缺乏正当性基础。当然,若依据物权关系将非法占有人排除出第78条的涵摄范围,则将显著降低“饲养人或者管理人”概念的涵摄能力,无法满足社会现实生活对抽象法律概念以及据此构建的法律规则和法秩序体系提出的涵摄要求。

四、动物侵权责任主体概念的内核与立法表达

从我国司法实践以及相应学说理论中存在的分歧来看,引发争论的核心在于《民法通则》第127条以及《侵权责任法》第78条所使用的“饲养者或者管理者”内涵外延并不明确。在编纂科学、体系的民法典的大背景下,有必要透过纷繁复杂的理论与司法实践所织成的层层迷雾,来探寻并把握动物侵权场合责任主体界定的本质要素,并以其为基础提炼内涵外延相对确定的责任主体概念,从而为民法典外在体系的逻辑一致性提

^⑩ 同前注^⑩,房绍坤文;同前注^⑩,杨立新书,第353页。

^⑪ 同前注^⑩,张新宝书,第305页。

^⑫ 同前注^⑩,最高人民法院侵权责任法研究小组书,第530页。

^⑬ 同前注^⑩,周友军文。

^⑭ 参见韩强:《流浪动物损害责任的个案解析》,载《法商研究》2013年第4期;同前注^⑩,李显冬书,第228页;同前注^⑩,张新宝书,第306页;同前注^⑩,王胜明书,第392页;同前注^⑩,最高人民法院侵权责任法研究小组书,第530页。

^⑮ 同前注^⑩,张新宝文。

供必需的砖石。^{⑤⑥}

(一)从物权关系到实际管理控制:责任主体认定的实质性转变

首先应查明并重申的是,在当代社会背景下,动物侵权责任主体何以要对动物侵权导致的损害承担责任?责任主体概念选择的一般标准和具体方法为何?前者涉及法之内在体系的一般法律思想或基本价值,后者涉及法之外在体系的抽象概念和具体规则。构成外在体系的抽象概念、规则需要和彰显一般法律思想的内在体系相互沟通,才能最大程度上确保法典本身的体系性、科学性。^{⑤⑦}

1.确定动物侵权责任主体的正当性基础

对于侵权法来说,饲养动物所致损害的责任何以由人来承担,由谁来承担的说理是否充分,实际上涉及相应法律规则的正当性基础亦即其内涵的一般法律思想问题。就此,学理上发展出来了一系列亦为法律实践所普遍支持的基础理论,其中最有力的是危险控制理论和损益自担理论。

危险控制理论的事实基础在于动物本身存在着的难以预料的危险性,行为人饲养、管理动物的行为本身制造了潜在的风险源泉。^{⑤⑧} 在共同体的道德评价体系内,行为人于此“背离了对于邻人所应遵循的限制性行为标准”,从而制造了某种“与人们的期待不相称的”危险。^{⑤⑨} 在饲养动物场合,一般来讲,实际饲养、管理动物的行为人对动物的习性以及由此可能产生的危险最清楚,他可以得到社会共同体中其他主体所无法得到的与饲养、管理动物行为有关的特别信息,并重构在实际行动之前的实践推理过程,因此在实践中控制动物风险进化比外部旁观者做得要好。^{⑥⑩} 因此,若饲养动物所创造的风险最终导致损失的发生,那么此种损失应转嫁给加害者。^{⑥⑪}

损益自担理论是一项很早即被学界所广泛承认的理论。十七世纪德国的自然法学家普芬道夫(Pufendorf)即明确指出,所有权人从他的动物那里得到了利益,而受害人从它那里遭受了损失。其他同一时期的著名法学家如法国的多马(Domat)等亦持相近观点。这些观点指明了建立在损益自担之上的严格责任理论:如果为了给自己取得利益而让原告面临特别高的遭受损失的风险,被告应当负责。^{⑥⑫}

在饲养动物场合,行为人饲养动物要么是基于心理上的某种依赖需求,要么是基于对自己财产的安全防范考虑,要么是为了获得经济利益。但不论何种情况,行为人都是饲养动物的直接获益者。^{⑥⑬} 在共同体的道德评价体系内,参与社会活动的行为自由人,其利己行为蔑视或无视他人之利益,致他人于危险的境地。倘若此等致他人于危险境地的行为已成事实,那么该行为在道德上属于不当行为。^{⑥⑭} 倘若行为人为取得自己利益而选择从事此类行为而让原告面临异常高的风险并最终导致损害发生,那么其即应承担赔偿责任。^{⑥⑮} 因此,就结果责任或严格责任而言,能够控制事情结果并从中获利的人,必须承担此事对他人的致害责任,或者说,在一个不确定的可控情景中,获益人承担其行为造成的损失是公正合理且合乎正义的事情。^{⑥⑯}

侵权法承认由那些与动物存在特定事实关系的人承担动物侵害所致的赔偿责任,在自然法学者看来是

^{⑤④} 参见方新军:《内在体系外显与民法典体系融贯性的实现》,载《中外法学》2017年第3期。

^{⑤⑦} 同前注^{⑤②},孙宪忠文,第59页。

^{⑤⑧} 参见潘志玉:《饲养动物致害责任探析》,载《政法论丛》2007年第4期。

^{⑤⑨} Frederick L. Sharp, Note, Aristotle, Justice and Enterprise Liability in the Law of Torts, 34 U. Toronto Fac. L. Rev., 1976, p. 90.

^{⑥⑩} 参见[美]克里斯托弗·H·施罗德:《因果关系、损害赔偿与道德责任》,谢九华译,载《侵权法的哲学基础》,北京大学出版社2016年版,第359页。

^{⑥⑪} 参见[美]肯·克雷格:《异常危险活动的损害严重性论点》,刘金瑞译,载《侵权法的哲学基础》,北京大学出版社2016年版,第286页。

^{⑥⑫} 参见[美]詹姆斯·高德利:《亚里士多德传统中的侵权法》,张金海译,载《侵权法的哲学基础》,北京大学出版社2016年版,第154页。

^{⑥⑬} 同前注^{⑥⑩},潘志玉文。

^{⑥⑭} 参见[英]托尼·奥诺尔:《侵权法的道德性:问题与答案》,张铁薇译,载《侵权法的哲学基础》,北京大学出版社2016年版,第87—88页。

^{⑥⑮} 同前注^{⑥⑫},[美]詹姆斯·高德利文,第160页。

^{⑥⑯} 同前注^{⑥⑭},[英]托尼·奥诺尔文,第84、86页。

合乎正义原则的:就矫正正义而言,其本身就是人们有义务赔偿自己负有责任的不法损失这一原则;^{⑥7}就分配正义而言,其支持动物的结果责任,并支持对动物的管理人及用益人提起诉讼,尽管后者未对受害人造成直接的伤害。^{⑥8}同时,法经济学家也承认于此由行为人承担动物侵权责任在合效率性方面的正当性:根据汉德公式,当且仅当事故的预期成本超过避免事故的成本时,事故情境中的加害人才应对受害人承担责任。^{⑥9}

危险控制理论和损益自担理论在我国司法实务界也获得了普遍的承认,实践中法院所作的生效裁判文书的说理部分常常有意或无意的契合这些理论:

就危险控制,已生效裁判文书中的常见表述包括:“流浪动物的不可控性及自然天性,在没有得到有效控制的前提下必定会给社区的公共环境带来危险,被告自己未采取任何措施控制相关危险的发生,……”,^{⑦0}“上诉人对流浪狗已形成了事实上的饲养关系,负有对狗进行管束、防止对他人构成侵害的责任”,^{⑦1}“动物正好处于被告的直接控制之下,被告理应尽到谨慎注意义务”,^{⑦2}“被上诉人在捡到流浪狗后实际控制管理小狗,其作为管理者应承担相应的侵权责任”,^{⑦3}“被告没有对动物自身独立的行为可能导致他人损害做充分考量,导致顾客处于遭受动物侵害的险境”,^{⑦4}等等。

就损益自担而言,当前裁判文书中的常见表述包括:“在现实生活中人们为自己利益而使用动物的形式很多,例如,让动物来工作、从动物处获得产品、从动物处获得快乐、通过转让动物获利、从动物处获得食物等。被告出于救助的心理在其生活的小区中长期投喂食物,其并非为了自己的利益而使用动物”,^{⑦5}“被告提供场地,并不收费,且场地也符合相关法律规定,并未从中受益”,^{⑦6}等等。

司法实践于此普遍认同的动物侵权责任的正当性基础,为制定法中侵权责任主体概念的选择及解释标准提供了实践依据。

2. 比较法上侵权责任主体概念的一般表达与取舍标准

行为人通过法律的确定性来预见风险。这种确定性,建立在对认识性概念做出恰当地合理性阐述的基础之上(特别是对普通人或者理性人的判断所作的解释)。法律对既定风险情形规定的防范措施是由理性人而非个别被告的识别标准来确定。如果风险已物质化或变为现实损害,那么,意识到风险产生的人必须对所导致的损害结果承担侵权责任。^{⑦7}比较法上的经验表明,在动物侵权责任场合,相关立法例亦是据此来确定责任主体概念并提炼相应界定标准的。

早期的动物侵权责任主体的确定是与物权关系密切联系在一起的,法律上的这种认定标准以当时社会背景下普通人的一般认识为基础。例如,古罗马的《十二铜表法》中即规定:牲畜使人受损害的,由其所有人负责赔偿,或把该牲畜交与受害人;古日耳曼的《萨利克法典》也规定:若有人被任何四脚兽的家畜伤害致伤并被证明属实,则家畜主人应付一半罚款,告诉人得将该家畜据为已有以作为另一半的罚款。^{⑦8}

与这种古典立场基本一致,近现代以来无论是法典法系还是判例法系的制定法,普遍地将动物侵权责任

^{⑥7} 参见[美]朱尔斯·L·科尔曼:《矫正正义的实践》,张铁薇译,载《侵权法的哲学基础》,北京大学出版社2016年版,第73页。

^{⑥8} 同前注^{⑥4},[英]托尼·奥诺尔文,第84、86页。

^{⑥9} 参见[美]朱理查·A·波斯纳:《财富最大化与侵权法》,张金海译,载《侵权法的哲学基础》,北京大学出版社2016年版,第97—98页。

^{⑦0} 参见北京市第二中级人民法院(2012)二中民终字第16207号民事判决书。

^{⑦1} 参见陕西省延安市中级人民法院(2015)延中民一终字第00124号民事判决书。

^{⑦2} 参见上海市杨浦区人民法院(2015)杨民一(民)初字第1736号民事判决书。

^{⑦3} 参见河南省郑州市中级人民法院(2013)郑民二终字第1205号民事判决书。

^{⑦4} 参见江苏省南京市秦淮区人民法院(2015)秦民初字第754号民事判决书。

^{⑦5} 参见北京市第二中级人民法院(2012)二中民终字第16207号民事判决书。

^{⑦6} 参见重庆市第一中级人民法院(2013)渝一中法民终字第02209号民事判决书;重庆市渝北区人民法院(2013)渝北法民初字第00638号民事判决书。

^{⑦7} 参见[美]斯蒂芬·R·佩里:《风险、损害和责任》,谢九华译,载《侵权法的哲学基础》,北京大学出版社2016年版,第345—346页。

^{⑦8} 同前注^{⑦0},房绍坤文。

主体的认定与物权关系联系起来,如《法国民法典》第1385条以及英国《狗法》第1条第1款规定的所有人概念、《德国民法典》第833条以及瑞士《债务法》第56条规定的保有人概念、《日本民法典》第718条及我国台湾地区“民法”第190条规定的占有人概念等,均是如此。学说理论上亦认同这一阶段立法实践所持之基本立场。在学理上看来,此种重视动物侵权责任主体与动物之间是否存在所有权、占有等直接联系的法律实践,能从法律逻辑上正确地揭示饲养动物致人损害由义务人承担赔偿责任的法理基础。⁷⁹且尤为重要的是,制定法选择通过物权关系来确定动物侵权责任主体概念,有利于确保法律规则的确定性,从而增强行为人预见风险的能力。

但正如学理上已正确指出的那样,牛马在日常生活中占有重要作用的年代通过如所有权等物权关系来界定动物侵权责任主体具有重要意义,而在当代再强调物权关系的意义就不甚显著了。⁸⁰此种见解获得了普遍认同。⁸¹在比较法视野下,法律实践也趋向于通过危险控制理论与损益自担理论在具体司法实践中来认定动物侵权责任主体,至于动物与责任主体是否必须存在规范性的物权关系,则在所不问。例如:

在所有权模式中,法国司法已通过解释民法典第1384条中的管理人概念而将动物侵权责任主体的认定归予对动物的支配力判断,⁸²实践中对动物享有管理权、使用权和控制权的人,才是动物侵权责任的主体;⁸³英国则在制定法中放弃了所有人概念而采取管理人概念,强调由对动物具有实际管控力的人承担责任。⁸⁴

在保有人模式下,德国司法实践强调由那些对于动物具有事实管控力并为自身利益使用动物的人承担侵权责任;⁸⁵瑞士的学说与判例也将“对动物事实上的管理和支配关系”作为决定性标准。⁸⁶

同样地,在占有人模式当中,日本的司法实践以使最有可能防止损害发生者承担责任的理念出发,强调由直接管理控制动物的人承担责任;⁸⁷我国台湾地区也强调事实上对动物具有管领力的人承担责任。⁸⁸

除了强调对动物的实际管理控制之外,各国(地区)法律实践还不约而同地强调在行使此种实际管控力时行为人是否具备独立自主性与自益性。所以,在学说理论上看来,对于由饲养动物的实际管领者承担动物侵权责任,从严格责任制度的观点来看,是最具有说服力也是最适当的解决方案。⁸⁹

(二)动物侵权责任主体概念的法典表达

从比较法经验观察,一方面,主要立法例基本上都顺应了以实际管理控制标准来界定动物侵权责任主体的趋势;另一方面,对于动物侵权责任主体的规范概念在制定法上究应如何表述,主要立法例之间则存在较大分歧,对此主要有三种模式:

第一种是彻底修改模式,如英国。英国在关于动物侵权责任的主要制定法即《狗法》中,除了例外情形,

⁷⁹ 同前注^①,张新宝文。

⁸⁰ 参见[日]圆谷峻:《日本新侵权行为法》,赵莉译,法律出版社2008年版,第328页。

⁸¹ 参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2016年版,第560页;同前注^⑧,杨立新书,第352页;同前注^⑨,最高人民法院侵权责任法研究小组书,第435页。

⁸² 参见叶锋:《动物致害责任研究》,载《华东政法大学学报》2014年第6期。

⁸³ 参见张民安:《现代法国侵权责任制度研究》,法律出版社2007年版,第236—239页。

⁸⁴ 同前注^④,朱晓峰文。

⁸⁵ Deutsch/ Ahrens, Deliktsrecht, 6. Aufl., Koeln/ Muenchen: Carl HeymannsVerlag, 2015, Rn. 535.

⁸⁶ 参见[瑞]海因茨·雷伊:《瑞士侵权责任法》,贺栩栩译,中国政法大学出版社2015年版,第266页。

⁸⁷ 参见[日]山田辉明:《日本侵权行为法》,顾祝轩、丁相顺译,北京大学出版社2011年版,第191页;于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社2015年版,第458页。

⁸⁸ 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第199页;郑玉波:《民法债编总论》,中国政法大学出版社第2004年版,第164页;同前注^⑩,王泽鉴书,第560页;孙森焱:《民法债编总论》(上),法律出版社2006年版,第308页。

⁸⁹ 参见[德]冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上),张新宝译,法律出版社2004年版,第277页。

直接将所有人概念修改为管理人概念,以满足制定法对社会生活需要的及时回应与灵活应变。^⑩

第二种是维持不变模式,如法国、我国台湾地区。一方面,法国和我国台湾地区在制定法中继续坚持原有的反映物权关系的动物侵权责任主体概念不变,以保持法的安定性;另一方面,为满足现实生活需要,法律实践在法律解释适用时不再拘泥于物权概念而受其限制,而是依据法律本身的规范意旨使负有管束义务的主体能被涵摄进法律的调整范畴。^⑪

第三种是折衷模式,如日本。日本既未完全改变民法典中原有责任主体概念的表述模式,亦未完全墨守成规,其一方面因法的安定性而继续在法典中保持反映物权关系的占有人概念不变,一方面为满足社会生活的现实需求而在法典修改时引入了更具开放性的管理人概念。^⑫

对于正在编纂民法典中国来讲,既要合理借鉴比较法上的有益经验,也要理性对待我国已有法律实践的成功与教训。^⑬但是,从全国人大常委会法制工作委员会2018年3月15日发布的《中华人民共和国民法典侵权责任编(草案)》(征求意见稿)所使用的概念来看,^⑭其基本意图依然是继续保持《民法通则》第127条、《侵权责任法》第78条所使用的动物侵权责任主体的一般概念即“饲养人或者管理人”。^⑮事实上,征求意见稿持此立场并非偶然,因为我国的法典化进程实际上并不区分政治与法律问题,其将这些问题一并交由技术官僚机构予以处理,后者“出于对可能引发的政治责任的担忧与回避,天然会倾向于采取保守的方案”,这也是学者所批评的立法“继承有余、创新不足”的核心所在。^⑯但这种保守立场显然与立法者所明确宣誓的民法典编纂的指导思想大相径庭。在立法者看来:“编纂民法典不是制定全新的民事法律,而是对现行的民事法律规范进行科学整理;也不是简单的法律汇编,而是对已经不适应现实情况的规定进行修改完善,对经济社会生活中出现的新情况、新问题作出针对性的新规定。”^⑰这意味着,民法典编纂有两项基本使命,一是整理即有规范使之科学体系化,二是改进完善即有规范以回应现实需求。事实上,就动物侵权责任主体概念的选择与表达而言,当前的立法工作应在辨析如下问题的基础上展开:

1. 应否继续维持“饲养人或者管理人”概念?

从我国当前司法实践中的诸多争议以及学说理论上的主要分歧观察,《民法通则》第127条以及与其一以贯之的《侵权责任法》第78条所使用的“饲养人或者管理人”,是纷争四起的核心因素。我国侵权法上的相应学说理论在解释该概念时先后发展出来的诸如所有人与保有人二元论、所有人与占有人二元论、保有人一元论、占有人或管理人二元论等观点,以及相应司法实践中存在着的诸如所有人一元统一论、所有人与管理人二元并存论、所有人与占有人二元并存论、保有人一元论以及受益人一元论等立场,均试图通过解释论的方法来避开该概念在立法上的不足以应对实践需求,但都或多或少在正当性与合法性论证上存在问题。

既有前车之鉴,并且在解释论上亦无法完全解决“饲养人或者管理人”概念所导致的动物侵权责任主体界定的难题,那么在立法论上,对于正在编纂中的民法典而言,不宜继续完全墨守固有概念而不予变革。既然解释论上无法合理说明“饲养人或者管理人”彼此间的规范关系以及因此引发的诸多难题,不如破旧立新、

^⑩ 英国制定法上动物侵权责任主体概念的转变,可以透过如下三部制定法的概念使用情况清晰地显现出来:An Act to consolidate and amend the Enactments relating to injury to live stock by Dogs, and otherwise to amend the Law relating to Dogs. [4th August 1906.] Art. 1; An Act to provide for the punishment of persons whose dogs worry livestock on agricultural land; and for purposes connected with the matter aforesaid. [14th July 1953.] Art 1 (1); An Act to make provision with respect to civil liability for damage done by animals and with respect to the protection of livestock from dogs; and for purposes connected with those matters. [12th May 1971] Art. 2, 3, 4.

^⑪ 同前注^⑩,王泽鉴书,第560页。

^⑫ 参见[日]吉村良一:《日本侵权行为法》,张挺译,中国人民大学出版社2013年版,第173页。

^⑬ 参见李建国:《关于中华人民共和国民法总则(草案)的说明——2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上》,载《民法总则立法背景与观点全集》,《民法总则立法背景与观点全集》编写组编,法律出版社2017年版,第6—7页。

^⑭ 法工委发[2018]12号。

^⑮ 参见《中华人民共和国民法典侵权责任编(草案)》(征求意见稿)第84—86,88—89条。

^⑯ 石佳友:《民法典的“政治性使命”》,载《山东审判》2018年第1期。

^⑰ 同前注^⑬,李建国文,第3页。

另辟蹊径,通过立法上的修改完善根本性地解决既有法律概念表达不科学、严谨所导致的问题。

2. 应否引入全新的概念以完全取代“饲养人或者管理人”?

放弃全盘继承“饲养人或者管理人”这一既有概念,是不是意味着必须以全新的概念来填补?对此,我国学说理论和司法实践中存在着肯定性的答案。例如,学理上有观点旗帜鲜明的指出应以德国保有人概念来形塑《侵权责任法》上的责任主体概念。^⑤此种立场亦为我国部分司法实践所接受,不独保有人概念,保有人的主要界定标准,亦被部分法院所采用。^⑥问题是,类似保有人这样的比较法上的概念应否在未来的民法典中被明确地规定下来作为动物侵权责任主体的一般性概念?

诚然,以保有人概念和相应的界定标准等来理解并把握《侵权责任法》中的动物侵权责任主体,在正当性上有天然的优势,因为保有人的界定标准准确揭示了动物侵权与责任主体确定之间的内在联系。但在立法论上当然将之视为既有概念的天然取代者,却存在着明显的不足:

首先,对于正在进行的民法典编纂而言,其“并不是制定一部全新的法律,只是把现行的民事法律的规范进行科学整理。当然这也不是简单的法律汇编,要不断适应现在情况,对现行法律进行修改和完善,同时也要回应一些社会关切问题。”^⑦这意味着,通过立法大刀阔斧地在民法典中嵌入一个全新概念,可能与当前法典编纂的基本理念与指导思想相违背,不易被广泛接受。

其次,即使当前民法典编纂不排斥通过引入全新的概念,来修改和完善既有法律体系,并回应社会现实需求,但此种引入的前提在于既有法律概念或规则完全不堪使用或者固有法中压根儿就不存在相应概念。对于立法而言,必须处理好固有经验教训与比较法经验的关系,既不盲目自信,也不委曲求全。于此的核心检验标准是:相应规范概念的选择是否能科学体系地回应现实生活的需要?从我国当前法律实践中动物侵权责任主体概念所引致的问题来看,症结在于“饲养人或者管理人”的表述本身,但这并不意味着饲养人概念或管理人概念本身亦被完全否定。在制定法中已有且被法律实践所熟知的法律概念如饲养人、管理人,贸然引入陌生概念以规范指引社会生活,与法的生成原理相违背,有揠苗助长之嫌。

第三,法律概念的制定法表述虽重要,但多是技术问题,真正影响立法决断的是概念本身内涵外延的周延性与其所反映的价值理念。就动物侵权责任主体制定法概念当前遭遇的实践与理论难题而言,真正能助益于问题解决的是相关概念的周延化以及因此衍生的实践适用中的现实可操作性。实际上,为我国部分学说理论与司法实践所重视的保有人概念,其内涵清晰的责任主体界定标准才是为人青眼有加之关键所在。从比较法经验看,内涵清晰界定标准不独为保有人概念所有,其他诸如管理人概念等亦可通过法律解释的方法具备此等功能。

3. 在法的安定性与现实需求之间平衡处理法律概念的立法表达

既然当前的民法典编纂工作的主导思想是修改和完善既有法律规则而非推倒重来,那么构成法律秩序外在体系之基石基础的抽象概念的选择亦应与此保持一致,须在法的安定性与满足社会现实需求之间寻求平衡。前已述及,动物侵权责任主体概念的制定法表达,既不应墨守固有之陈规,坚持“饲养人或者管理人”的表述不变,亦不能完全推倒重构,引入全新的概念来界定动物侵权责任主体。以此为基点,应考虑以折衷模式来构造动物侵权责任主体概念,即抛弃《侵权责任法》中的“饲养人或者管理人”表达方式,而径以管理人概念作为第78条的动物侵权责任主体。于此的主要考虑在于:

第一,管理人概念为我国制定法所固有,继续以其为动物侵权责任主体之一般性概念,助于维持法之安定性,延续已有法律实践的有益经验,助益于法律修改完善工作成果在形式上的延续性和内容上的贯通性。

第二,管理人概念具有较强的开放性,从比较法以及我国法律实践经验看,强调事实构成而非规范构成要素的管理人概念,能够极大地提高其作为抽象概念的涵摄能力,满足制定法对社会生活开放的现实需求。

第三,管理人概念所展现的核心文义,与我国当前表面上歧见纷扰的司法实践与学说理论在本质上所透

^⑤ 同前注^⑦,周友军文;同前注^⑧,杨立新书,第352页。

^⑥ 参见北京市第二中级人民法院(2012)二中民终字第16207号民事判决书。

^⑦ 参见王超英:《民法典分编编纂有序开展 初步考虑将分五部分》,载《中国网》,有效网址链接:http://www.china.com.cn/lianghui/news/2018-03/12/content_50700027.shtml?f=pad&a=true,最后访问日期:2018年3月12日。

露出来的统一的、具有普遍意义的确定动物侵权责任主体的一般标准即实际管理控制标准相一致,明确表达了动物侵权责任主体界定的正当性基础。

第四,采用一元论的管理人概念,可以有效解决“饲养人与管理人”二元并立时所导致的理论纷扰与实践困惑,使关注的问题不再聚焦于二者的规范关系和责任界限,而是聚焦于责任主体的具体界定标准。

五、动态系统中把握管理人的具体认定要素

当然,在选择管理人概念作为动物侵权责任主体之一般概念的同时,应继续坚持我国当前实践经验以及典型立法例的普遍作法,即不宜对管理人概念做出精确定义,而是应当让一般概念向社会生活保持开放,其具体的内涵外延亦应交由司法实践来界定、填充和丰富,解决抽象概念空洞化的难题。^⑩对此在解释论上,应以比较法上的成熟经验为镜鉴,结合我国法律实践中积累的经验教训,围绕实际管理控制来丰富动物侵权责任主体的具体认定要素:^⑪

(一)主观要素

1.意志要素

在动物侵权场合,只有行为人清楚且有意识地与动物之间建立起了受法律调整的规范关系,其才负有管理控制该动物的法定义务,在未履行该义务导致动物侵害他人时,才会发生“因自己行为侵害他人”而成为责任主体并承担侵权责任的法律效果。

德国法上的司法经验对此明确地持肯定态度,对其而言,只有行为人有意识地接受或保有动物时,其才负有管理控制该动物的法定义务并承担该义务未履行时的责任;对于仅是暂时照料他人走失之宠物并打算一找到主人即将之归还的行为人而言,因为依其主观意志其并未有意识地接受或保管动物,因此即不需要对该动物所致损害负责。^⑫

此种立场亦为我国司法实践所支持。对于偶尔投食于流浪动物的行为人,审理法院一般认为其行为属良善之举而无饲养管理之意思,因此毋需为动物侵权所致损害负责。^⑬

2.利益要素

在动物侵权场合,原则上应由那些为自己利益而使用动物的人负有实际管理控制动物的义务,未履行该义务致损害发生应负侵权责任。于此的利益,既包括经济利益的满足,也包括精神利益的满足。^⑭对此,德、^⑮日等立法例均明确予以肯认。

在日本,依据占有人之意志并为其利益而控制管理动物的人,仅是没有独立地位的占有机关或占有辅助人,并不具有最有可能防止损害发生的能力。依据一般社会观念,让这些单纯动手脚而非为自己利益使用动物的人负重责并不符合社会公平正义理念。当然,若这些人存在过失,亦需承担相应责任。否则,占有人不能以已尽占有辅助人的选任、监督注意义务,作为排除其危险责任的理由。^⑯

我国司法实践中亦有法院持此标准来界定动物侵权责任主体。对于为自己利益而使用他人动物的行为人,原则上应负有实际管理控制义务,未履行该义务致损害发生应承担侵权责任;^⑰对于非为自己利益而是为他人利益并依他人指示看管动物的,后者为管理人,应承担侵权责任,前者仅在过错范围内承担责任。^⑱此举殊值赞同。

^⑩ 同前注^③,[德]卡尔·拉伦茨书,第331页。

^⑪ 同前注^⑭,朱晓峰文。

^⑫ G. Schiemann, *Ermann BGB*, Bd. 2, 13. Aufl., Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2011, Rn. 7

^⑬ 参见北京市平谷区人民法院(2013)平民初字第04024号民事判决书。

^⑭ 参见北京市第二中级人民法院(2012)二中民终字第16207号民事判决书。

^⑮ Kötz, Wagner, *Deliktsrecht*, 11. Aufl., München: Verlag Franz Vahlen, 2010, Rn. 518.

^⑯ 同前注^⑰,[日]山田辉明书,第190—191页;同前注^⑱,[日]吉村良一书,第173页;同前注^⑲,于敏书,第458页。

^⑰ 参见北京市第二中级人民法院(2016)京02民终4921号民事判决书。

^⑱ 参见河南省郑州市中级人民法院(2013)郑民二终字第1205号民事判决书;天津市滨海新区人民法院(2016)津0116民初26253号民事判决书。

(二)客观要素

动物侵权责任主体的实际管理控制标准除意志、利益等主观性要素外,实践中还存在丰富的客观性认定要素,主要包括权属要素、时间要素、空间要素、独立性要素等。申言之:

1. 权属要素

尽管物权归属关系不再是界定动物侵权场合责任主体的核心要素,但其作为实际管理控制标准的辅助认定要素依然具有重要意义。因为物权归属关系强调规范性构成要素,在责任主体判定时清晰明了。并且实践中的管理人通常情形下与动物之间存在着物权归属关系,当此二者重合时,管理人不仅在事实上,亦在法律上能管理控制动物。从危险泉源控制能力的角度出发,尽管物权归属关系与实际管理控制二者的重合属于偶然而非必然联系,但在二者偶合时,物权人作为管理人当然具备最强的实际控制能力,自然应承担动物侵权责任。我国司法实践对此所持的基本立场与比较法上所普遍遵循的一致,认为所有人与管理人合二为一时,所有人原则上当然为动物侵权责任主体。^⑩

2. 时间要素

时间要素在管理人认定时具有重要意义。司法实践之所以重视时间要素的核心考虑在于:动物作为危险源泉之所在,与其在时间维度上存在一定联系的人,对于该动物的生活习性的掌握程度以及与之相关的风险的防控能力,通常情形下应比他人要高。^⑪

从比较法经验来看,在其他辅助性认定要素如意志、利益、权属等付诸阙如时,通过时间要素的引入来认定管理人,亦是惯常做法。在德国,一般情形下长期租赁或借用某动物的人是保有人,而短期的不是,但也存在例外。^⑫另外暂时照料他人走失的宠物且准备将之归还给失主的动物拾得人毋需承担该动物所致损害之责任,^⑬但若将跑入自家的别人家的动物照料半年之久,那德国司法实践亦将之视为应为动物损害承担责任的实际管理人。^⑭

我国司法实践亦重视通过时间要素的把握来认定动物侵权责任主体。一般而言,长期为流浪动物投食导致其在特定时空范围内出现,则行为人通常会被认定为管理人而承担动物侵权责任;^⑮若投食行为仅是偶尔为之,那么投食者原则上不会被认为负有管理控制义务,毋须承担责任。^⑯存在问题的是,何谓长期?何谓临时?判断标准为何?司法实践中一直存在分歧。有法院会强调二个月、半年、一年或一年以上等属于长期,^⑰但也有法院并不强调长期而强调实际控制的直接性,如行为人拾得当日或虽仅有两三日但已直接性地实际控制了动物,亦会被认定为负有管理控制义务的管理人。^⑱于此亦可以发现,时间要素在动物侵权责任主体认定时,赖以发挥作用的核心在于自身的强度和相关要素的结合方式。

3. 空间要素

与时间要素一样,空间要素也是从事实层面来判定动物与特定行为人之间是否存在密切联系,从而达到规范层面认知并认定行为人是否应对动物侵权所致损害负责的结果。与时间要素的着眼点不同,空间要素强调行为人管理控制动物的直接性,其应在物理空间上具备直接管理控制动物之可能。依据风险防控基本

^⑩ 参见江苏省南京市中级人民法院(2014)宁民终字第2957号民事判决书。

^⑪ 同前注^⑩,[美]克里斯托弗·H·施罗德文,第359页。

^⑫ RG 62, S. 79—85; BGH NJW 1971, S. 509.

^⑬ LG Düsseldorf VersR 1968, S. 99; Nürnberg MDR 1978, S. 757.

^⑭ OLG Nürnberg VersR 1978, S. 1045.

^⑮ 北京市丰台区人民法院(2012)丰民初字第16654号民事判决书。

^⑯ 北京市平谷区人民法院(2013)平民初字第04024号民事判决书。

^⑰ 陕西省延安市中级人民法院(2015)延中民一终字第00124号民事判决书;辽宁省鞍山市中级人民法院(2015)鞍民二终第136号民事判决书;新疆维吾尔自治区塔城地区中级人民法院(2014)塔民一终字第402号民事判决书;北京市海淀区人民法院(2016)京0108民初37700号民事判决书。

^⑱ 参见河南省郑州市中级人民法院(2013)郑民二终字第1205号民事判决书;广西壮族自治区宜州市人民法院(2016)桂1281民初823号民事判决书。

原理,现实生活中直接接触动物者一般而言更能了解动物的危险并针对性地采取防控措施。^⑩

对此,比较法上的经验也普遍予以认同。例如,在日本以及我国台湾地区,对于动物的直接占有人而言,当动物在其直接占有期间致损害发生,由其承担侵权责任并无疑问;对于动物的间接占有人而言,是否需要直接占有人占有之动物所致损害承担责任,理论与实践皆存在较大分歧。分歧的核心在于,未直接管理控制动物的间接占有人,承担责任的正当性基础何在?对此一般需要其他要素如间接占有人在选任直接占有人是否存在过错等,来共同作用于责任主体的认定。^⑪

我国司法实践与学说理论对此持相近立场。在行为人直接管理控制动物的情形下,原则上应由其承担动物侵权责任,对此各方立场一致,此亦表明实践及理论对于空间要素在动物侵权责任主体认定场合的普遍立场;在行为人间接占有而管理控制动物时,究竟应否承担责任,则存在严重分歧,解决方案亦如比较法上的一般,需要引入其他要素共同界定,界定时应考虑诸要素的强度以及结合方式。

(三)将管理人的具体认定要素置于动态体系中综合判断

事实上,除前述要素外,行为人管理控制动物时的独立性、好意施惠与专业程度等,亦为学说理论与法律实践所重视。一般而言,在具体案件中认定动物侵权责任主体时,前述要素通常情形下呈现给裁判者的面貌可能仅是概观而非全貌,且这些要素亦非责任主体认定的构成要件,裁判时毋需面面俱到,而是择其要者以清晰、明确地揭开行为人与责任主体之间的能够产生规范效果的事实关系。问题是,在运用这些要素确定动物侵权责任主体时,同一案件中据以认定责任主体的要素常常以不同强度、不同结合方式出现,这些并非责任主体界定之构成要件的要素,或彼此间相互支持,或对立以观。究应如何处理这些要素,才能更接近发现行为人与责任主体间之最本质的联系,并据此确定正当性、合法性基础无虞的管理人?于此可以考虑动态体系论的考量方式。

在动态体系论中,责任的确定并非基于某一统一的理念,而是基于多个方面的相互作用,这些相互作用的方面可以用要素或动态力量来表达。在这些要素的动态作用下,每个案件都有其特殊性,这种特殊性源于这些要素或动态力量的特殊结合和强度。这些力量并非绝对和僵化的,而是作为多变的要素之间相互作用的整体结果,并对责任的认定产生影响。其中,若某一要素以特殊强度发生作用,其自身就足以将责任认定正当化,毋需考虑其他要素。就这些要素或动态力量所构成之体系的功能而言,其可以包容所有想象的到的情形及其特殊性质。与一般原则或一般条款相比较而言,动态体系更具有弹性,并且在涉及单个因素之力量的价值判断随着时间变化时,亦不会丧失其价值。^⑫

尽管理论上对于动态系统论的价值仍有争议。^⑬但在动物侵权责任主体认定过程中,对于模糊的管理人概念而言,强调要素或动态力量的协调运用以认定责任的动态系统论,却大有用武之地。对此,应准确把握动态体系中认定动物侵权责任主体的诸要素之间的规范关系,最终作用于责任主体的认定。

1.存在多个要素且作用方向一致

动物侵权场合,若多个责任主体认定要素并存且作用方向一致,于此情形下责任主体的认定清晰明了。对此,司法实践及相应的学说理论立场一致。例如所有权人为自己利益长期并直接管理动物,无论是主观方面的意志要素、利益要素,还是客观方面的权属要素、时间要素、空间要素等,都同向作用于同一行为人。于此场合,毋需考虑各要素的强度和结合方式,动物侵权致人损害的责任,原则上当然由各要素所作用的结果即同一行为人承担责任。

2.存在多个要素但作用方向相反

若多个责任主体要素并存但作用方向不同甚至相反,或者仅部分一致而与其他方向相反,则责任主体的认定较为复杂,司法实践与相应的学说理论于此的争论较多。在动态体系论中,于此情形下各要素与责任主体认定的关系本质上表现为各要素彼此间的结合方式和强度之于责任主体的影响:

^⑩ 同前注^⑧,于敏书,第458页。

^⑪ 同前注^⑩,王泽鉴书,第559—560页;同前注^⑪,郑玉波书,第164页;同前注^⑫,[日]吉村良一书,第173页。

^⑫ 参见[奥地利]维尔伯格:《私法领域内动态体系的发展》,李昊译,载《苏州大学学报(法学版)》2015年第4期。

^⑬ 参见解亘、班天可:《被误解和被高估的动态体系论》,载《法学研究》2017年第2期。

第一,若某一要素或者某些要素的结合强度显著高于其他要素或者要素的结合,那么应以强度显著为高的要素所作用的方向来确定责任主体。

第二,若某一要素或者某些要素的结合强度并未显著高于其他要素的结合,那么应探寻之于责任主体认定而言本质的某一要素或某些要素的结合,并以此为准来认定个案中的责任主体。

例如,动物所有权人将动物暂借于他人管理用益,在此期间动物致人损害的责任,依据利益要素、权属要素、时间要素、空间要素彼此结合的方式及强度来衡量,权属要素与时间要素结合并指向所有权人,利益要素和空间要素结合并指向借用人,由于后者之于实际管理控制而言更重要,自应由后者作为管理人承担责任。

3. 仅有单一要素作用于责任主体的认定

若具体案件中呈现出来的据以界定动物侵权责任主体的要素寥寥无几甚或只有一个,那么于此情形下责任主体的认定就取决于该有限要素的强度。依据动态体系论的观点,若该要素以特殊的强度发生作用,其自身就足以将责任认定正当化,而毋需考虑其他要素。例如,行为人多年在小区某特定地点投食于流浪动物,致使流浪动物于特定的时空范围内聚集,由于于此的时间要素的作用效果足够强,因此仅依其即可正当化行为人为责任主体;反之,行为人仅是临时或偶尔投食于流浪动物,由于于此的时间要素的作用效果并不强,因此若无其他要素结合共同作用于行为人,则不能认定行为人为责任主体。

由于动态体系具有极强的弹性,并且该体系并非封闭的,而是向现实生活开放的,因此其赋予了裁判者在面对类似管理人等一般概念时,可以在相对确定的框架内,通过综合考虑具体案件中诸要素的结合方式和强度等,来认定侵权责任主体,并在一般概念的开放性与确定性之间求得适当的平衡。就此而言,侵权责任法确实是平衡的艺术。^⑬

六、结语

动物侵权场合的责任主体概念选择及相应具体界定标准的发现与梳理,实质上反映了民法典编纂过程中作为法典体系之基石的抽象概念的一般思维过程。民法典既包括外在体系,也包括内在体系。外在体系的目标是概念逻辑的一致性,内在体系的目标是价值理念的统一性。在民法总则已经获得颁行的情形之下,理论实务界当前的主要任务就是就分则各编中的具体概念以及规则进行细致梳理,以为科学、体系之民法典的编纂提供最基础的砖石材料。在此意义上,正如德国法学家施米特业已明确指出的那样,法学并不需要过于匆忙急迫,相反,它需要内在的集中精神、最冷静的观察和最为全面的研究。^⑭

Abstract: Article 78 of the Tort Liability Law adopts the concept of "a breeder or keeper" as the subject of animal tort liability. It is not rigorous or scientific. This has led to the disputes in judicial practices based on this article, affecting the certainty and predictability of the application of legal rules, and threatening the majesty of the law itself. In the context of civil code compilation, the legislative theory should pay full attention to problems such as the unclear concept and confusion over how to define the subject of animal tort liability. The danger control and profit or loss of one's own should be the justification basis, and "a breeder or keeper" should be replaced with "a keeper" as the subject of animal tort liability in terms of actual management control standards. At the same time, the abstract concept should be open to changes in social life and let the judicial practice in a flexible system to determine factors that should be taken into consideration in order to identify the "keeper" in a specific case.

Key Words: Breeder or Keeper; Flexible System; Danger Control; Management Control

(责任编辑:张素华)

^⑬ 参见张新宝:《民法分则侵权责任编立法研究》,载《中国法学》2017年第3期。

^⑭ Carl Schmitt, Die Lage der Europäischen Rechtswissenschaft, Internationaler Universitäts-Verlag 1950, S.21.