

广州市法学会文库

2006年第三辑

法治论坛

广州市法学会 编

花城出版社

法治论坛

广州市法学会 编

本书编委会

主 任：曾庆申

副主任：郑国强 李 力 陶凯元 王学成
容小梨 卢铁峰 叶育长 黄永东

编 委：（按姓氏笔画顺序排列）

丁海湖	王仲兴	王学沛	邓成明
刘 恒	任剑涛	李伯侨	邬耀广
吴兴光	吴家清	张富强	张永华
张晋红	林培芬	杨建广	周林彬
周显志	骆梅芬	夏 蔚	徐忠明
袁 泉	袁古洁	莫吉武	黄建武
符启林	舒 扬	谢石松	程信和
葛洪义	谭 玲	潘嘉玮	

主 编：汪 洋

副主编：房国庆 王 琳 卢晓珊

编 辑：米 娟 潘 艺

花城出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法治论坛 . 2006. 3

广州市法学会编 .

- 广州: 花城出版社, 2006. 9

ISBN 7-5360-4830-0

I . 法 …

II . 广 …

III . 法学 - 文集

IV . D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 109580 号

责任编辑: 谢日新

封面设计: 卢晓珊 吴道臻

出版发行 花城出版社

(广州市环市东路水荫路 11 号)

经 销 全国新华书店

印 刷 广州丰彩彩印有限公司

(广州科学城)

开 本 787 × 1092 毫米 16 开

印 张 16 1 插页

字 数 260,000 字

版 次 2006 年 9 月第 1 版 2006 年 9 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5360-4830-0/D·55

定 价 30.00 元

如发现印装质量问题, 请直接与印刷厂联系调换。

购书热线 020-37604658 37602819

厚植法律文化 共建法治社会

在广州市委政法委、广州市司法局领导的重视和支持下，广州市法学会编撰的大型法学理论系列丛书《法治论坛》向社会公开出版。《法治论坛》系列丛书的推出，为繁荣法学研究、推动法律实践提供了更广阔的理论宣传阵地，同时也为广州乃至全国法学、法律工作者开辟了学习、交流和展示研究成果的新园地。

依法治国、建设社会主义法治国家是市场经济成熟发展的客观需要，更是中国经济与国际接轨的必然趋势。中共中央政治局委员、广东省委书记张德江指出：社会主义市场经济是法治经济，社会主义和谐社会也必定是法治社会。我国经济社会发展已进入新的历史阶段，既面临发展的重要战略机遇，又面临社会矛盾凸现的严峻考验，在全社会树立法治观念，坚定不移地实施依法治国的基本方略，保障国家长治久安和社会和谐稳定，显得尤为重要和迫切。张德江书记还指出，广东是改革开放的先发地区，不仅经济发展要走在全国前列，推进依法治省、建设文明法治环境也要走在全国前列，我们的工作方式，只有转向主要依靠法律，充分发挥法律对社会生活的规范、调整和引导作用，辅之以思想教育、行政以及经济等必要手段，才能保证经济社会科学发展，维护社会和谐稳定。

《法治论坛》正是顺应这一时代发展需求而诞生的。它整合法学研究资源，集结广东乃至全国优秀法学研究力量，集中展示法学界、法律界高质量的学术理论成果，对当今法学研究的前沿领域和

司法实践中的难点、热点、关键问题开展应用研究和对策研究，为推进依法治国、构建和谐社会提供强有力的理论支持和法律对策支持。思想是行动的先导。构建社会主义和谐社会首先必须树立法治理念，弘扬法治精神，推进依法行政，这是构建和谐社会的前提和保障。

进入新的历史发展时期，全社会比以往更加呼唤法治、渴望法治和关注法治。依法治国、建设社会主义法治国家的重要标志是法制完备、主权在民、人权保障、权力制衡、法律平等、法律至上、依法行政、司法独立、程序正当。一个新的法治社会应该是：强者面对公正、弱者得到保护、和平得以永续，这是全社会法律工作者的共同追求。法治国家建设要除了建立在政治基础、经济基础之上，还要建立于文化基础之上，我们推出《法治论坛》系列丛书，就是希望厚植法律文化的土壤，打造强有力的平台，让法律文化的强大力量得以充分发挥并以此推动建立法治中国的良性进程！这是我们义不容辞的责任！我们对此有坚定信心和决心。我们一定会担负起这一责任，并将为此不懈努力。

本辑《法治论坛》是2006年广州市法学会文库的第三辑，今后我们还陆续有更多的优秀研究成果奉献给大家。作为编者，我们的努力能否得到读者的喜爱和认同，内心有点忐忑不安。但无论如何，我们还是要以坚定的行动向广大读者传递我们坚定的价值信念：为构建法治社会提供强大的理论和对策支持是我们须臾不离的宗旨。为此，我们需要得到您的鼎力相助——惠赐稿件、建言献策。我们将以莘莘学子的虚怀、以农夫负犁的勤劳为您奉献悉心耕耘、精心打造的交流展示平台。让我们携起手来，共同为构建和谐法治社会贡献力量！

——编者

目 录

C O N T E N T S

法学前沿

本期探讨：法律经济学分析

安全保障义务的法律界定 毛杰 (5)

论商会反竞争性的法律规制

——兼论商会立法平衡 董淳铎 (24)

城市户外广告位置使用权立法问题研究

——以广州制定相关规章为例 欧阳慧 (42)

论商品房住宅小区车位权利归属及其保护 唐佩莹 (58)

名家专论

构建和谐社会与纠纷解决机制的完善 徐昕 (79)

行政程序正当性之基础研究 章剑生 (105)

论公立医院一般诊疗活动中

医患关系委托合同的法律性质 刘友章 邓成明 陈正华 (126)

对策探索

从行政放权到法治分权

——我国各级政府职权划分的问题、原因及对策 刘光大 (145)

地方立法质量的问题、原因及对策 孙波 (157)

刑事上诉审功能亟待完善 何素梅 李良富 (172)

民事诉讼中检察抗诉权的法律缺陷及其完善 陈思民 刘远强 (181)

法律实务

构建侦查监督的多维网络 孔庆余 (201)

汽车贷款相关法律实务分析

——以国有资产管理公司车贷项目面临的法律风险为例

..... 袁华卿 唐小明 (211)

谈一人有限责任公司的人格否认 王军 (219)

死刑复核程序的法律监督 郑景青 (228)

司法调研

广州法院“两抢”案件审理调研报告 黄荣康 邬耀广 许东劲 (237)

法学前沿

本期探讨：法律经济学分析

策划、组稿：周林彬

周林彬：中山大学法学院副院长，教授、博士生导师，中山大学法律经济学研究中心主任，中国经济学研究会常务理事、中国商法学研究会理事、中国WTO法学研究会理事。



迈向实务的法律经济学

法学范畴的法律经济学，作为一种新的法学研究方法和范式，不应做埋在沙堆里的鸵鸟，而应勇敢而自信地对当下的中国法治实践作出强有力的回应、解释乃至指引。这是中国法律经济学从幼稚走向成熟、从边缘走向主流、从舶来走向本土、从非法学化走向法学化的关键。这个栏目的四篇文章全部围绕着我国立法、司法中的热点和难点问题而展开，没有宏大叙事，没有玄谈阔论。现代社会，人们对于权利的细分和利用达到前所未有的程度，对此，传统法学理论有些捉襟见襟，而法律经济学却能对一个个新生和细分的权利形态作出准确的定位、区分，以实现“定分止争，各得其所”。《城市户外广告位置使用权立法问题研究——以广州制定相关规章为例》和《论商品房住宅小区车位权利归属及其保护》两文即是例证。《论商会的反竞争性规制》一文则受法律经济学前瞻性视角的支配，独辟蹊径地对如何保持商会的竞争性与反竞争性规制的平衡进行了探讨，在这里，法律经济学成为了法律的艺术而不仅仅是技术。而在《安全保障义务的法律界定》一文中，法律经济学借助其对权利经济内涵的准确界定，形成了一种与传统界定截然不同的路径，让人耳目一新。

作为周林彬教授主持的国家“十五”社科基金规划项目：《法律经济学研究》课题的中期研究成果，这些文章仅仅是一种尝试。口子已经挖开，深而广的努力还靠全社会有志研究者。

安全保障义务的法律界定^{*}

毛 杰^{**}

【摘要】安全保障义务是理论界和实务界关注的热点问题。本文在对我国安全保障义务的法律界定的现状进行剖析的基础上,运用经济分析的方法对安全保障义务的法律界定的经济内涵进行了揭示,并在此基础上提出一种新的界定路径,对安全保障义务的法律界定的具体问题如权利主体、义务主体、过错认定等进行了逐一分析,进行了司法适用和实务方面的若干创新。

【关键词】安全保障义务 经济分析 界定



法学前沿

安全保障义务是理论界和实务界关注的热点问题。然而,正是对于这一具有重大理论和实践意义的论题,我国理论界和实务界并未展开充分研究。表现在:理论界对于安全保障义务的性质争论不一,各执一辞^①;而关于安全保障义务特别是所涉侵权方面的案件已经成为法院审判的难点,

^{*} 本文系由周林彬教授主持的国家“十五”社科基金规划项目(法律经济学研究)课题中期成果之一。

^{**} 广州市市委办公厅干部,法学硕士。

^① 对于安全保障义务的性质,我国主要存在法定义务说、附随义务说以及多元说,各派观点相互冲突。

各地法院审判不一，各自为政^①。其根源在于我们对安全保障义务法律界定的不科学。对安全保障义务法律界定的现状作一检视，其存在以下缺陷：立法缺乏体系化，重法定义务、轻惯行义务，重行政管理轻民事责任救济的方式，缺少类型化的界定以及存在大量具体制度的空白。科学的界定需要新的分析方法的引入。鉴于此，本文运用法律经济分析的方法，对安全保障义务的法律界定的经济内涵进行了深刻的剖析，并在此基础上提出了一种新的界定路径，将责任规范的合理配置、公法界定与私法界定、立法界定与司法界定等方式有机结合起来。最后，对安全保障义务法律界定的具体问题如权利主体、义务主体、过错认定等进行了逐一分析。

一、我国安全保障义务的法律界定之现状

安全保障义务已经引起我国立法界和司法界的关注。但是对于安全保障义务的法律界定，从总体上来讲，我国仍然处于起步阶段，存在诸多缺陷。意识到这些缺陷的存在是我们对安全保障义务进行科学的法律界定的前提。

（一）立法缺乏体系化

总体来讲，对于安全保障义务的界定，我国目前的法律体系存在着缺乏体系化的缺陷，而正是这些缺陷造成了法官和当事人对于安全保障义务理解的不统一，不仅给审判实践等带来严重的困难，也给当事人遵守法律带来了困难，大大降低了法律调整的激励功能。

对安全保障义务进行法律界定缺乏体系化的表现有二：其一，立法并没有形成统一的“安全保障义务”的概念，而是分散在各个单行法规中，这既有民事法律规范中关于“安全保障义务”的规定，也有行政管理规范中关于“安全保障义务”的规定。在理论上，这并不冲突，主体违反民事法律规范承担的是民事责任，而违反行政管理规范承担的是行政责任。但是，在实际案例中，义务主体往往以其已经履行了行政法规或规章规定的安全保障义务而拒绝承担民事赔偿责任，而法院在审判过程中也往往以其

^①关于违反安全保障义务的侵权案件特别是在“经营者消极不作为+第三人的积极加害行为”的情形下，对于安全保障义务人的责任性质之认定，我国司法实践颇多争议。各地法院判决也大相径庭。参见张新宝著《侵权责任法原理》，中国人民大学出版社2005年版，第282页。

是否履行了行政法规或规章规定的安全保障义务为标准判断其是否违反了安全保障义务。其二,安全保障义务具有明显的行业性特征,不同行业主体承担着不同程度的安全保障义务,如银行与超市、酒店与银行对消费者承担的安全保障义务就不一样,而同样都是酒店,五星级的就与三星级承担的安全保障义务不同。对安全保障义务进行法律界定并不是要求法律对所有主体的安全保障义务都有具体而明确的规定,而是应形成一个确定主体安全保障义务范畴的规范位阶。在遇到相应的纠纷时,法官能迅速地“找法”,包括行业规范标准,确定主体的安全保障义务范畴,避免出现不确定性结果。而在我国这一规范位阶并没有确立,也就影响了判决的确定性。

(二) 重公法界定, 轻私法界定

就我国而言,由于对“安全保障义务”的内涵和基本原则尚未通过侵权法进行统一的界定,关于“安全保障义务”方面的规定都零碎而分散地体现在行政法规或规章中。在总体上,单就法律规范的数量来讲,行政管理规范中关于“安全保障义务”方面的分量大大超过民事责任的法律规范^①。这表明,对于安全保障义务的界定,我国的传统思路是强调通过行政管理的方式进行,即主要力图通过高效率的行政管理手段实现对社会公众的安全保障,从而在立法思路侧侧重于行政管理等“公法”性质的规范。这一方面与我国政府对公共安全管理传统思路有关,即认为单纯通过政府强有力的行政管理手段包括行政审查、执法等就能实现社会公共安全的保障,另一方面也与我国民商法律欠发达有关。我国的侵权法已经远远落后于时代发展的需要,统一的侵权行为法都尚未出台,根本没有承担起对“安全保障义务”进行统一规范和调整的职责。世界各国立法对“安全保障义务”的调整由契约法转向侵权法,一则是“安全保障义务”法律范畴理解的加深,对社会主体的安全权利的保护不能仅仅局限于契约的范围;另一方面也是给予了权利受损人更为充分和广泛的救济,它能给安全

^①如就银行对客户的安全保障义务而言,银行往往以其已经按照规范银行保安状况的法规,主要有如《银行营业场所风险等级和防护级别的规定》、《银行营业场所安全防范工程设计规范》、《关于基层金融单位治安保卫工作暂行规定》、《关于立即采取有力措施切实加强金融保卫工作的通知》、《关于印发公安机关与金融单位联网报警管理规定》、《国有企业治安保卫工作暂行规定》等要求的防护标准进行了安全保障为由拒绝承担责任,而不是以侵权法或合同法的相关抗辩事项进行抗辩。



保障义务人潜在的激励,去履行相应的义务,否则面临着诉讼或承担巨额损失的风险。这其实是一种社会公共安全管理方式的革新,通过行政管理与民事责任救济相结合的方式实现社会公共安全目标。意识到这一点,我国开始改变单纯通过行政管理来对“安全保障义务”进行规范的局面,已经尝试通过侵权法来规范和调整。学者也开始将违反安全保障义务的侵权行为作为一种典型的侵权类型来研究,立法草案中也有体现。

(三) 缺乏类型化的界定

正如德国法学家 Arthur Kaufman 所言:对事物本质的思考是一种类型学的思考,法学方法论中有一种重要的方法即是分类,也即类型化,它属于分析法学的重要范畴^①。其重要功能在于解释法律,特别是对于内涵和外延需要进一步界定和把握的法律原则和概念。对于安全保障义务来讲,其重要性更加凸显。表现在:其一,我国立法开始初步确立的“安全保障义务”这一法律概念,其法理基础来源于德国法院法官从判例中发展起来的社会活动安全注意义务或一般安全注意义务的理论,它是法官根据民法中的诚实信用原则推理而得,因而并不具有十分确定的内容。对于这种抽象而没有清晰界定的弹性“法律概念”,十分有必要通过类型化的方式界定其外延,以利于法律的准确适用。其二,就安全保障义务本身的特点来看,它具有多样性和行业性的特征,十分依赖于具体的情形而进行确定。近年来,我国司法实践中发生的关于安全保障方面的案例也体现了安全保障义务的这一特征。因此,鉴于安全保障义务的这种独特性,更有必要强调具体类型化的界定。英美法中,对于违反安全保障义务的侵权,尤其注重具体类型的规定,如美国侵权法中对于土地利益占有人对他占有的土地上的人负有的安全保障义务,就依据不同人的身份而有所不同,如分为侵权人、被许可人、受邀请人等类型,而侵权人中还分为被发现的侵权人、可预见的侵权人、儿童等类型^②。

(四) 存在大量具体制度的空白

①人类的思维对现实世界的把握就是从对现实世界的分类开始的,德国法学家格雷说:“分析法学的任务就是分类,包括定义,谁能够对法律进行完美的分类,谁就能获得关于法律的完美的知识。”参见 John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 2cd. The Macmillan Company, 1931, p3.

② 参见李亚虹:《美国侵权行为法》,法律出版社1999年版。

必须承认,有关“安全保障义务”这一问题较为复杂和零碎,随着社会发展其范畴相应发展。如随着网络的兴起,就有因网络游戏中的虚拟财产被盗而将中间服务商告上法庭的案例,其理由在于中间服务商负有保障消费者财产或人身的安全保障义务^①。我国立法、司法、理论研究对“安全保障义务”这一问题的关注较晚,直至1998年银河宾馆案才开始注意“安全保障义务”这一领域。所以,无论是理论还是实务研究,尤其是立法,都滞后于实际生活的需要,存在着大量具体制度的空白。如关于安全保障义务的主体;安全保障义务的保护对象;安全保障义务的场所;安全保障义务的范围和限度;安全保障义务的主要类型等问题,我们并没有一个确定和深入的结论。

二、安全保障义务法律界定的新路径

对安全保障义务法律界定的缺陷与我国法学研究的传统范式有关。传统范式局限于概念法学的思路,强调逻辑的周密和体系的完整。如果依此思路来对安全保障义务进行法律界定,则会发现我们将无法回应现实生活中的许多问题。实践需要新的理论和分析方法的引入。鉴于此,我们引入经济分析的方法。

(一) 安全保障义务法律界定的经济分析

经济分析方法作为一种重要的分析方法,对于安全保障义务的法律界定路径有重要的启示。一方面我们可以对安全保障义务法律界定的经济内涵进行清楚地剖析,另一方面我们可以运用经济分析的核心范畴和概念对其进行新的界定。

1. “问题的相互性”与权利冲突的解决

经济分析认为,稀缺性是造成权利冲突的重要原因。在鲁滨逊的世界里是没有权利冲突的。从法国民法典上所有权的神圣到德国民法典所有权

^① 太和游戏玩家赵明发现自己价值不菲的游戏装备丢失后,一纸诉状将游戏服务商上海盛大网络发展有限公司(下称盛大网络)告上法庭,要求恢复自己的极品游戏装备。安徽省首例虚拟财产纠纷案和县法院日前作出一审判决,且原被告已于四天前达成执行和解,游戏玩家赵明通过法律要回了自己的虚拟财产,同时也确立了游戏玩家虚拟财产的法律存在与价值。详情可参见安徽法院网 <http://www.ahcourt.gov.cn>。



的社会化,是以人口增多为主要动因的^①。安全保障义务概念的出现,也是伴随着一个重要的时代背景,那就是随着社会工业化的发展,社会主体之间联系日益密切,社会活动对他人的影响无处不在,为保护无辜的受害人,维护社会秩序,社会成员的行为标准不得不更高些,其避免他人因自己而受到损害的注意义务应更广泛地存在^②。如就经营者对消费者的安全保障义务的确立来讲,其重要原因就是现代社会已经成为实质意义上的消费社会,任何一个普通市民除了工作场所之外一天都在不同的消费场所中度过,如公车、酒店、茶馆、歌舞厅、超市等消费或其他服务场所。因而,消费场所的安全实质已经成为公共安全的重要组成部分。对公共安全的强调和重视不可遗漏对消费场所安全的保障和规制。故权利冲突是“安全保障义务”出现的经济动因。

对于如何解决这种权利冲突,我们传统的方法一般认为:如在经营者未尽安全保障义务造成消费者或其他社会公众人身或财产受损的案件里,我们将问题定性为前者给后者造成了损害,因而关键是考虑如何对前者的行为进行处罚或制止以及如何对后者进行补偿。传统侵权法理论将侵权行为人分为加害人和受害人即是例证。而经济分析认为,问题是相互的,对于侵权案件中的A和B来讲,对A的保护必然意味着B的损失,对B的保护意味着A的损失,因此所有的解决办法都是有一定成本的,关键是选择成本最小的那一种,让责任由能以较小成本避免损失的那一方当事人来承担。因此,对于安全保障义务的界定来讲,关键是选择成本最小的方案,这是解决权利冲突责任归属的基本思路。如此,对安全保障义务的界定实质上是以社会成本最小化解决权利冲突的过程。如近年来,对于司法解释中确立的经营者或社会活动者的安全保障义务的补充责任制度,褒贬不一,但是大多局限于从传统的法学方法论出发来对这项责任制度的利弊给予评价,所持观点大多是公平或正义等传统主张,而甚少从权利冲突解决的效率的角度来思考这个制度。

因此,安全保障义务的法律界定,从主体的确定、场所的范围、限度等因素到关于安全保障义务侵权中过错的认定、因果关系的证明等,都是

①参见王成:《侵权损害赔偿的经济分析》,中国人民大学出版社2002年版,第75页。

②参见邹容芳:《论安全保障义务的理论基础与责任承担》,载《沿海企业与科技》2005年第7期。