



中财法学文库

CUFE
Law
Review

中财法律评论

(第五卷)

中央财经大学法学院 主办

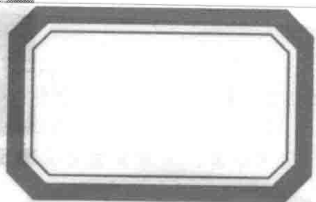


知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



中财法学



Law
Review

中财法律评论

(第五卷)

中央财经大学法学院 主办



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

内容提要

本书是由中央财经大学法学院主办、学生自主组织的连续出版物。“评论”奉行独立、自由、求真的原则，一切唯学术是尚；在用稿上，学生组成的编委会通过双向匿名审稿确定录用稿件，由教师担任的主编仅做宏观指导；在内容上，注重制度之构建与实务运作，亦欢迎法哲学层面的思考；关心私权之保护，亦不偏废公权力之规范。

“评论”设理论研究、制度探索、实践探究、域外法制、金融法制等栏目。希望法学理论界与实务界同仁积极参与，将“评论”构建为一个自由、开放的法学交流平台，以期推动中国法治尤其是财产经济法治进程。

责任编辑：纪萍萍

图书在版编目(CIP)数据

中财法律评论．第五卷 / 中央财经大学法学院主办．—北京：知识产权出版社，2013.6

ISBN 978-7-5130-2084-8

I. ①中… II. ①中… III. ①法律-文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 113889 号

中财法律评论 (第五卷)

Zhongcai Falü Pinglun (Diwujuan)

中央财经大学法学院 主办

出版发行：知识产权出版社

社 址：北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址：<http://www.ipph.cn>

发行电话：010-82000860 转 8101/8102

责编电话：010-82000860 转 8370

印 刷：知识产权出版社电子印制中心

开 本：880mm×1230mm 1/32

版 次：2013 年 6 月第 1 版

字 数：278 千字

ISBN 978-7-5130-2084-8

邮 编：100088

邮 箱：bjb@cnipr.com

传 真：010-82000860 转 8240

责编邮箱：jpp99@126.com

经 销：各大网络书店、新华书店
及相关销售网点

印 张：9.375

印 次：2013 年 6 月第 1 次印刷

定 价：29.00 元

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

编 委 会

编委会委员（以拼音为序）

曹富国 陈 飞 陈华彬 甘功仁 高秦伟
郭 锋 黄 震 蒋劲松 李 伟 林剑锋
刘双舟 史树林 王克玉 吴 韬 尹 飞
张小平 曾筱清

编辑部主任 林剑锋

本卷编委（以拼音为序）

傅思飞 姜艾佳 李 杰 孙世香 王 可
张洁云 肖 璐

本卷执行编委 李 杰 姜艾佳

目 录

理 论 研 究

法人侵权责任探析·····	夏中宝 (3)
我国未来民法典视角下的合同概念·····	刘 亮 (18)
企业社会责任及其软法机制探究·····	李 树 (34)
关于责任保险与侵权责任关系的思考	
——基于对《责任的世纪》的评述·····	霍鹏宇 (48)
违宪审查入宪的必要性分析·····	吴元中 (61)
婚姻个人财产和共同财产的博弈和冲突	
——兼评婚姻法司法解释(三)第五条·····	闫 桦 (74)
论民事优先权的性质·····	罗曼君 (86)

制 度 探 索

论我国房屋租赁登记制度的转型·····	崔丽丽 (101)
上市公司委托贷款信息披露情况研究·····	邹一民 (114)
我国大陆地区保荐人制度的完善·····	张 超 (129)
排污税的可行性分析及法律制度构想·····	孙瑜晨 (143)
关于经济审判庭的思考·····	马澎英 (156)

实践探究

- “最高发院”的规制路径辨析……………朱体正 (169)
- 论机动车交通事故损害赔偿案件中的配偶责任 ……杨菁菁 (179)
- 论“酒水服务费”的合法性
- 基于相关案例的整理和分析 ……洪 晨 (189)

域外法制

- 美国统一丧失抵押品赎回权研究 ……王苏丹 (203)
- 中国企业海外并购法律风险研究
- 对东道国政府审查制度的比较分析及风险防范
- ……………洪晓东 马 畅 向文磊 (220)

金融法制

- 境外企业国有资产监管及其立法分析 ……雷 浩 (239)
- 农村金融发展：问题分析与制度完善
- 以财政支持为视角 ……孙长江 (252)
- 我国县域金融监管体制变革趋势研究 ……杨 帅 (264)
- 巴塞尔协议Ⅲ及其对我国金融监管体制的影响 ……郑摄天 (277)
- 《中财法律评论》稿约 …… (292)

理论研究

法人侵权责任探析

夏中宝*

摘 要 通过实证与规范分析,可将法人侵权责任条理化为过错推定、严格责任及过错责任三大类。法律为法人设定过错推定及严格责任的特殊侵权责任,主要基于法人拥有的“深口袋”,而设计最优的“激励约束机制”,迫使法人采取“最佳的风险配置方案”。法人侵权责任的认定难点,在于法人一般侵权领域,结合“法人拟制说”中的拟制技巧与“法人实在说”中的实在意志,采取“事实认定+法律推定”的路径是破解法人一般侵权责任认定难点的有效方法之一。

关键词 法人 侵权责任 深口袋 风险配置 意志

引言

随着社会经济的不断发展,法人与民事活动的关系越来越密切,衣食住行、生产消费、教育医疗等各个领域皆有法人活动的身影。自从民法赋予法人以民事权利能力与民事行为能力以来,法人创造了极大的社会财富,也极大地影响着人们的社会生活。学校、医院、动物园等主要的事业单位法人,生产商、销售商、网络服务商、保险公司等企业法人,在提供商品与服务的同时,也越来越多地出现在侵权法领域,承担着不同的侵权责任。尤其是2010年7月1日我国《侵权责任法》施行以来,“法人的侵权责任”越来越突显出作为民法总论中民事主体部分重要研究课题的价值。本文以现实社会生活中的侵权案例为基础,结合我国民法基本理论、国外相关理论与判例、侵权法律规范、经济分析法学的研究方法,从法人侵权责任的基础与类型、归责规则、经济分析、认定难点等几个方面,尝试做一个体系性、探

* 夏中宝,清华大学2010级民商法硕士生。

索性的初步研究分析。

一、法人侵权责任的基础与类型

(一) 法人侵权责任的基础

民事责任能力,指民事主体据以独立承担民事责任的法律地位或法律资格,又称侵权行为能力。^①关于法人是否具有民事责任能力,民法理论界素有争议。对法人本质采“拟制说”者,认为法人只是拟制的人格,不具备意志能力与行为能力,因此法人不具有民事责任能力。对法人本质采“实在说”者,承认法人意志的存在,认为法人具有民事责任能力。“否定说”的倡导者之一是萨维尼,“肯定说”的倡导者之一是基克尔。^②

目前,再过多纠缠于理论上“肯定说”与“否定说”之间的争议,已无多大实际意义。既然法人能够作为刑事犯罪的主体,能够承担刑事责任,那么法人当然能够作为民事侵权的主体,能够承担民事侵权责任。我国的立法实际上也肯定了“肯定说”。《民法通则》第43条规定:“企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动,承担民事责任。”此外,《侵权责任法》中“关于责任主体的特殊规定”部分的第34条至第38条也规定了,法人作为用人单位,法人作为网络服务提供商,商场、银行、娱乐场所等法人,需承担侵权责任的几种典型情形,也肯定了法人能够承担民事侵权责任。

进一步追问,既然肯定了法人能够承担民事侵权责任,那么法人能够承担民事侵权责任的基础是什么?众所周知,法人享有独立于他人的财产,法人的财产不仅独立于其他法人、其他社会组织,法人的财产也独立于法人的发起人及法人成员的财产。法人的独立责任与独立财产是联系在一起的。^③法人对外承担民事责任,实际上是以法人的独立财产为基础的。

① 梁慧星:《民法总论》,法律出版社2007年第3版,第130页。

② 尹田:“论法人的侵权行为”,载《河北法学》第20卷第2期。

③ 马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2007年第3版,第133~134页。

（二）法人侵权责任的主要类型

1. 司法案例的实证分析

衣食住行、生产消费、教育医疗等各个领域皆有法人活动的身影，那么法人侵权主要有哪些类型呢？利用“北大法宝”中的“司法案例”版块（<http://vip.chinalawinfo.com/case/>）进行实证统计，以“法人侵权”为关键词且不限司法案例的发生时间，检索到四个与法人侵权最密切相关的案例，分别是：1995年的张帅案、2003年的陈云龙案、2007年的陈敬国案、2009年的黎妙嫦案。这四个案例中，前两个是校园侵权案，事业单位法人的学校作为侵权责任的承担主体；陈敬国案属雇主责任案，由企业法人中国水泥厂有限公司为侵权责任的承担主体；黎妙嫦案属一般侵权案件，被诉法人为广东省输变电工程公司和广州市电力工程有限公司。由此可见，与法人侵权责任联系最密切的类型主要是校园侵权、雇主责任以及法人一般侵权案件。

若放宽检索条件，以“法人”和“侵权”两个关键词同时进行检索，共有相关司法案例 11020 件。受统计时间与精力的限制，仅随机选取 2011 年 6 月 1 日至 2011 年 9 月 14 日期间的 63 件司法案例进行分析，案件类型分布情况为：交通事故案 16 件，占比 25%；知识产权侵权案 14 件，占比 22%；合同纠纷与物权纠纷 13 件，占比 21%；财产损害案 5 件，占比 8%；雇员受害案 5 件，占比 8%；名称与名誉权纠纷案 4 件，占比 6%；侵害生命健康权案 4 件，占比 6%；医疗侵权案（别彩侠案）1 件；产品质量案（洛阳天辉案）1 件。对前述 63 件司法案例做进一步甄别：交通事故案中，保险公司因保险合同对侵权赔偿进行偿付，不属于真正的法人侵权责任；合同纠纷与物权纠纷案中，前者是合同债权纠纷，后者是权属纠纷，不是典型的法人侵权；知识产权侵权案，由于涉及无体物的智力成果，由知识产权领域专门研究。因此，前述几类案件暂不纳入本文分析的范围。可见，2011 年 6 月至 9 月的司法案例中，法人侵权的主要类型有雇主责任、医疗侵权、产品质量以及法人一般侵权案件。

综上，从司法案例实证分析的角度看，法人侵权责任的主要类型有校园侵权、雇主责任、医疗侵权、产品质量及法人一般侵

权案件。

2. 侵权责任法的规范分析

从《侵权责任法》的规范分析角度分析，侵权法中的哪些条文规范涉及法人的侵权责任？初步统计如下：

第一章“一般规定”中的第2条，“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任”，该条涵盖了法人一般侵权案件。

第四章“关于责任主体的特殊规定”，以下条文涉及法人的侵权责任：第34条法人作为用人单位时的雇主责任，第36条法人作为网络服务商时的网络侵权，第37条法人作为商场、娱乐场所时安全保障的侵权，第38~40条法人作为学校的校园侵权。

第五章“产品责任”，法人作为生产商与销售商时的产品质量侵权。第七章“医疗损害责任”，法人作为医疗机构时的医疗侵权。第八章，法人的“环境污染责任”。第十章，事业单位法人动物园的“饲养动物损害责任”。

此外，参考2010年7月最高人民法院《关于审理证券市场侵权民事赔偿案件的若干规定（讨论稿）》的规定，上市公司虚假陈述、法人内幕交易和操纵市场等证券民事侵权行为，相应的上市公司与其他法人也应承担侵权责任。

综上所述，法人的侵权责任主要涉及的类型如下表所示。

法人主要类别		侵权主要类型
事业单位法人	学校	校园侵权
	医院	医疗侵权
	动物园	动物致害
企业法人	生产商、销售商	产品质量
	排污企业	环境污染
	用人单位	雇主责任
	商场、娱乐场所	安全保障
	网络服务商	网络侵权
任何法人	任何法人	法人的一般侵权

二、法人侵权责任的归责规则

从《侵权责任法》中规定的法人侵权责任主要类型不难看出,法人特殊侵权责任的归责规则,主要以过错推定与严格责任为主。与此不同,在法人一般侵权责任领域,则主要是过错归责规则。

(一) 法人侵权的“过错推定”归责规则

事业单位法人对应的学校、医院、动物园,^①涉及的校园侵权、医疗侵权、动物致害,主要是“过错推定”的归责规则。

《侵权责任法》第38条和第81条,对学校、动物园,均是采取先规定“有侵害,则应该承担责任”,然后但书“尽到管理职责的,不承担责任”。这就是说,先推定学校、动物园有过错而需要承担侵权责任,除非学校、动物园能证明已经尽到管理职责而没有过错。^②

《侵权责任法》第58条,对于医院的医疗侵权,更进一步明确规定“患者有损害,因下列情形之一的,推定医疗机构有过错:(一)违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定;(二)隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料;(三)伪造、篡改或者销毁病历资料”,直接明确规定了“推定医院有过错”的几种情形。

在此需要特别说明的是,与一般动物致害案件采取“严格责任”的无过错归责规则不同,动物园的动物致害案件,对于作为事业单位法人的动物园采取“过错推定”的归责规则,美国的侵权法亦采取类似的立场。因为他们并不是为了自己的喜好来饲养动物,而是为了公众的娱乐,所以让他们来承担严格责任是特别不公平的。^③

(二) 法人侵权的“严格责任”归责规则

由于企业法人的排污行为导致环境污染致害,根据《侵权责任

^① 我国的动物园大多属于事业单位法人,如“北京动物园”的事业单位法人信息查询网页见 <http://www.bjbb.gov.cn/>。

^② 特别说明:此处学校承担的“过错推定”责任仅指对《侵权责任法》第38条规定的“无民事行为能力人在学校期间受到的人身损害”而承担的法人特殊侵权责任。学校承担的其他“过错责任”,纳入法人一般侵权责任领域讨论。

^③ 李响:《美国侵权法原理及案例研究》,中国政法大学出版社2004年版,第448页。

法》第 65 条“因污染环境造成损害的，污染者应当承担侵权责任”的规定，无论排污企业法人有无过错，法人均应承担“严格责任”。

生产商与销售商因产品缺陷致害，从对外承担侵权责任的角度看，也是承担“严格责任”。根据《侵权责任法》第 43 条，“因产品存在缺陷造成损害的，被侵权人可以向产品的生产者请求赔偿，也可以向产品的销售者请求赔偿”，并不问生产商与销售商有无过错。

企业法人作为用人单位的情形，承担的雇主责任，也属于“严格责任”。根据《侵权责任法》第 34 条，“用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任”，并不问用人单位有无过错。

（三）法人侵权的“过错责任”归责规则

除了上述 6 种主要的法人特殊侵权类型之外，法人一般侵权主要是“过错责任”归责规则。

例如，商场、娱乐场所承担侵权责任，以“未尽到安全保障义务”的过错作为基础。网络服务商承担侵权责任，以“知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施”的过错作为基础。

在法人的证券民事侵权领域，上市公司与其他法人承担侵权责任，以上市公司“虚假陈述”的过错为基础，以其他法人的“内幕交易、操纵市场”的过错为基础，也属于“过错责任”归责规则。

综上所述，法人侵权责任的归责规则如下表所示。

法人主要类别		侵权主要类型	归责规则
事业单位法人	学校	校园侵权	过错推定
	医院	医疗侵权	
	动物园	动物致害	
企业法人	生产商、销售商	产品质量	严格责任
	排污企业	环境污染	
	用人单位	雇主责任	
	商场、娱乐场所	安全保障	过错责任
	网络服务商	网络侵权	
任何法人	任何法人	法人的一般侵权	

三、法人侵权责任的经济学分析

法人侵权责任的类型较多,较为复杂,本部分先选取法人作为用人单位承担雇主责任的“严格责任”进行分析,然后再将分析框架与分析结论推及学校、医院、动物园、生产商、销售商、排污企业等承担法人特殊侵权责任的领域,探究法人特殊侵权责任的本质。

在北大法宝检索到的“陈敬国、张桂珍诉中国水泥厂有限公司案”^①中,郭明明系水泥厂矿山分厂厂长助理兼总调度长,未按照单位规定填写申请单,没有履行相应的审批手续,驾驶水泥厂所有的一辆轻型普通货车搭乘两名同事回家,并约好次日早上两人等郭明明开车一起回厂继续平整场地。次日早晨,郭明明驾驶该车辆并搭乘其妻陈孝丽,行驶过程中该车翻入水渠,郭明明及陈孝丽当场死亡,该车辆严重受损。经交警队鉴定,事故的发生原因由郭明明造成。事故发生后,其妻陈孝丽的父母起诉中国水泥厂有限公司赔偿损失。法院审理后认为,郭明明作为水泥厂矿山分厂的厂长助理,组织、安排单位职工加班以迎接检查,属于其职责范围。虽然其自行驾驶单位车辆,并搭乘其妻子陈孝丽,但事故发生之时,其驾车主要是为了搭乘同事张泉之、徐道平继续加班完成工作任务,郭明明驾驶车辆的行为与其职责范围直接相关,是为了实现单位生产经营活动的需要,属于职务行为,其驾驶车辆发生交通事故所造成的损失应当由水泥厂承担赔偿责任。最终,法院判决中国水泥厂有限公司赔偿死亡赔偿金、被扶养人生活费及精神损害抚慰金合计约43万元。

上述案件中,郭明明未按照单位规定填写申请单,没有履行相应的审批手续,驾驶水泥厂所有的轻型普通货车,致使本人及搭乘该车的妻子陈孝丽死亡,法律为何要求“无过错”的中国水泥厂有限公司承担侵权赔偿的“严格责任”呢?对此,实有必要探究其原因。

(一) 传统学说的牵强解释

学说史上,对于法人承担的雇主责任,曾欲解释为“过错责任”

^① 陈敬国、张桂珍诉中国水泥厂、朱珏英交通事故损害赔偿纠纷案,江苏省南京市中级人民法院,(2007)宁民一终字第1497号。

的自己责任,找了许多牵强的理由:第一,法人有义务雇用、维持一个有责任感的员工团体,并管理控制他们的行为及向他们灌输采取各种安全措施的思想。第二,法人理所当然应该为选人不慎、用人不慎付出代价。^①这就是所谓的“控制监督理论”,基于雇佣关系,法人对雇员享有控制监督权,能够通过采取一些措施来预防雇员导致的损害。法人选择并信任了雇员,就应该承担起错误行为的后果。

前述理由的牵强之处在于,法人的“选人不慎、用人不慎”与执行工作任务雇员的“侵权行为”是两个不同的行为,难以认为前者是后者的直接原因,两者不论在时间关系上,还是在事件链条关系上,均相距甚远。此外,即使法人向雇员灌输了采取各种安全措施的思想,也并不能杜绝或防止侵权行为的发生。

(二) 信息经济学:“激励约束机制”与“最佳的风险配置方案”

根据信息经济学原理,如果立法机关设计一个恰当的激励约束机制,那么应当存在一个最佳的风险配置方案。^②换个角度说,法律设计一个激励约束机制,将迫使制度中的各方采取“最佳的风险配置方案”。

法律为何要求法人作为用人单位时,需承担雇主责任的“严格责任”吗?而且,从本质上说,法人的这种雇主责任,实际上是替代承担雇员侵权行为导致损害赔偿的“替代责任”。

从受害人与雇员的角度看:受害人需要拿到误工费、医疗费、护理费、康复费、辅助用具费,甚至精神损害赔偿金、残疾赔偿金、死亡赔偿金、赡养及抚养人员的生活费等巨额的赔偿。但是,执行工作任务的雇员,其财力一般难以负担相应的侵权损害赔偿。

法人作为用人单位,其享有巨大的、独立的财产,足以负担相应的侵权损害赔偿。因此,侵权法设计法人作为雇主承担“严格责任”的“替代责任”机制,迫使法人采取“最佳的风险配置方案”:第一,

^① 李响:《美国侵权法原理及案例研究》,中国政法大学出版社2004年版,第484~485页。

^② 黄文平、王则柯:《侵权行为的经济分析》,中国政法大学出版社2005年版,第202页。

在法人的财务会计中，留出应付不可预见风险的准备金。第二，法人通过购买保险来抵御经营中的各种风险。第三，法人将风险准备金及购买保险的支出，折算为成本，最终转嫁给社会公众。

这也就是“深口袋（deep pocket）理论”。用人单位的法人，拥有两个“深口袋”：一是，法人从众多雇员的行为中获得了利益，有着比雇员更深的口袋。二是，法人能够通过提高商品与服务的价格，将成本转嫁给社会大众，可以将手伸向更深的大众的口袋。^①

由此看来，侵权责任法中，法人作为用人单位时要承担雇主责任的“严格责任”、“替代责任”这个“激励约束机制”，使各方均满意：雇员无力负担巨额侵权赔偿，但受害人能向法人获取赔偿；而法人又通过选择其“最佳的风险配置方案”，最终将成本转嫁给社会公众。

（三）博弈论：策略选择与博弈均衡

经济分析法学认为，法律规则的存在事实上为主体的不同行为设定了不同的隐含的“价格”或者“支付”。这样就可以把主体行为的守法与违法、谨慎与不谨慎视为对这些“价格”或者“支付”参数的反应。^②

法人作为用人单位时，对外承担了雇主责任的“严格责任”、“替代责任”之后，对内能否向有过错的雇员进行追偿呢？对此问题，可以用侵权赔偿经济成本的“博弈支付矩阵”进行简单分析。

		用人单位（法人）	
		不谨慎	谨慎
雇员	不谨慎	0, 1050	0, 1000
	谨慎	50, 600	50, 200

上面矩阵中四个方格内的数字，代表法人与雇员在不同归责规则下，采取不同行为（谨慎或不谨慎）时侵权赔偿支付的经济成本。每一格中，前面数字代表雇员对侵权赔偿支付的经济成本，后面数字代

① 曹艳春：《雇主替代责任研究》，法律出版社 2008 年版，第 120 页。

② 黄文平、王则柯：《侵权行为的经济分析》，中国政法大学出版社 2005 年版，第 211 页。