

【侵权责任】

我国民法上侵权替代责任的反思与重构

王 成

【摘 要】我国民事立法上,侵权替代责任有完全替代模式和有限替代模式两种立法例。法释[2003]20号第9条、第13条采有限替代模式。《民法典》第1191条、第1192条采完全替代模式。《侵权责任编解释(一)征求意见稿》第12条和《公司法修订草案》第191条应采何种模式,进而,第1191条、第1192条的规定,均有进一步讨论反思的空间。替代责任有类型化的必要。在一些场景中,有限替代模式更有助于实现替代模式的立法目的,应当在我国民法上重构有限替代责任。

【关键词】有限替代责任;司法解释;公司法修改;重构

【作者简介】王成,北京大学法学院教授,法学博士。

【原文出处】《清华法学》(京),2023.5.22~40

一、引言

我国民法上侵权替代责任,^①存在两种规范模式。一种是完全替代模式,即自原《民法通则》第121条到原《侵权责任法》第34条、第35条再到《民法典》第1191条、第1192条的规范模式,工作人员执行职务时造成第三人损害的侵权责任,完全由用人单位承担。采完全替代模式的还有《资产评估法》第50条、《律师法》第54条、《公证法》第43条以及对《民法通则》第121条进行解释的修改前的最高人民法院《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“法释[2003]20号”)第8条。另一种是有限替代模式。法释[2003]20号第9条规定,雇员在雇佣活动中对第三人的侵权责任原则上由雇主承担,但在雇员故意或者重大过失的场合,雇员与雇主承担连带责任。采用有限替代模式的还有法释[2003]20号第13条。

《民法典》侵权责任编未采用雇佣关系的措辞。第1191条、第1192条实际上吸收了法释[2003]20号第9条、第11条,因此,修改后的最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(法释[2022]14号,以下简称“修改后的《人身损害赔偿解释》”)没有再保留雇佣关系的内容。第1191条、第1192条改变了第9条的有限替代模式而都统一采

取了完全替代模式,即无论是工作人员还是提供劳务一方对第三人的侵权责任,均完全由用人单位和接受劳务一方来承担。

完全替代模式也影响到了修改后的《人身损害赔偿解释》保留下来的帮工规则的修改。修改后的第4条删除了法释[2003]20号第13条后段“帮工人存在故意或者重大过失,赔偿权利人请求帮工人和被帮工人承担连带责任的,人民法院应予支持”的内容。可见,修改后的第4条也采取了完全替代模式。

在替代责任方面,第1191条、第1192条第1款完全沿袭了《侵权责任法》第34条、第35条的内容。只不过在当时,《侵权责任法》与法释[2003]20号并行,两种替代模式并行,法官在裁判文书中对二者关系的处理也是各取所需。《民法典》之后,完全替代模式一统天下。在用人单位与工作人员的关系中、在个人之间提供劳务的关系中、在被帮工人与帮工人的关系中,后者执行工作任务造成第三人损害的场合,均由前者对外承担全部责任。有限替代模式在我国民事立法上似乎已经不见了踪影,完全替代模式的弊端也因此逐渐显现了出来。

设一例说明两种替代模式:张三为用人单位甲的工作人员(第1191条)或者为个人甲提供劳务(第1192条),张三执行工作任务或者提供劳务造成王五

损害。仅仅甲对王五承担侵权责任,为完全替代模式;在一定条件(故意或者重大过失)下,张三和甲对王五承担连带责任,则为有限替代模式。

甲作为唯一直接面对受害人王五的责任人承担全部责任的,就是完全替代责任。完全替代责任下,行为主体张三不是责任主体,其责任由甲完全替代;甲和张三共同作为直接面对受害人王五的责任人的,甲只是有限替代,故为有限替代责任。

甲是否以及如何为张三的行为向王五承担侵权责任,是为替代责任的核心问题;张三是否以及如何与甲同时向王五承担侵权责任,是为有限替代的核心问题。

完全替代模式一统天下,意味着后一问题不再是问题。而本文讨论的正是后一问题的必要性及正当性。本文主要反思以下问题:替代责任的立法目的究竟为何?哪种替代模式能更好实现立法目的?有限替代模式是否不再具有规范意义?法释[2003]20号第8条与第9条、第13条采取不同规则的立法理由是否不再具有合理性?完全替代模式在各种场合是否均可以输出妥当的规范结果?完全替代模式是否应该向有限替代模式转变?

二、反思的契机

(一)《公司法》的修改

2021年12月24日《公司法(修订草案)》第190条规定:“董事、高级管理人员执行职务,因故意或者重大过失,给他人造成损害的,应当与公司承担连带责任。”

本条的立法目的,是为了总结吸收公司法司法实践经验,强化经营管理人员的责任,完善经营管理人员责任制度。^②作为最常见的经济组织,公司当然属于《民法典》第1191条的用人单位,董事、高级管理人员则属于第1191条中的工作人员。第190条采用了有限替代模式,董事、高管执行职务时因故意或者重大过失给他人造成损害时,其责任不再被公司完全替代。

2022年12月30日《公司法(修订草案二次审议稿)》第190条规定:“董事、高级管理人员执行职务,给他人造成损害的,公司应当承担赔偿责任;董事、高级管理人员存在故意或者重大过失的,也应当承担赔偿责任。”

二次审议稿中的第190条,改变了连带责任的表述,但依然坚持有限替代模式的立场。在董事、高管存在故意、重大过失时,要独立对第三人承担责任。而且,“也要承担赔偿责任”的措辞,与之前相比,有强化责任独立性的味道。至于该责任与公司责任是什么关系,语焉未详。

从修订草案到二次审议稿,第190条为何发生这一变化,立法说明仅仅提到“有的常委委员、地方、部门和专家学者、社会公众建议进一步完善董事责任的相关规定”,此外并无更多说明。^③

2023年9月1日《公司法(修订草案三次审议稿)》将第190条改为第191条,内容没有变化。

就规范的社会现象和法律关系来说,第191条与《民法典》第1191条是相同的。从规则体系出发,第1191条应当是第191条的基础性规范。因此,第191条又将有限替代模式拉回人们的视野。第191条似乎意在摆脱第1191条的束缚,在公司这种典型的用人单位领域,采取有限替代模式。此外,第191条将工作人员限定在董事、高管,而不是所有的工作人员,其考量因素究竟如何,也有进一步探讨的空间。^④

(二)《民法典》侵权责任编司法解释的制定

2023年3月29日最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉侵权责任编的解释(一)(征求意见稿)》[以下简称“《侵权责任编解释(一)征求意见稿》”]第12条(用人单位责任的适用范围不限于劳动关系)规定:“与用人单位形成劳动关系的员工、执行用人单位工作任务的其他人员,因执行工作任务造成他人损害,被侵权人依照民法典第1191条第1款规定,请求用人单位承担侵权责任的,人民法院应予支持。”“个体工商户的员工因执行工作任务造成他人损害,适用民法典第1191条第1款规定确定民事责任。”

从条题及文义来看,第12条的目的应当是两个。其一是扩张解释“工作人员”,将“员工”与“其他人员”都解释为第1191条中的“工作人员”,从而使执行用人单位工作任务的所有人员的责任都归于用人单位;其二是扩张解释“用人单位”,将“个体工商户”解释包含到第1191条的“用人单位”中,明确个体工商户为员工执行工作任务时造成他人的损害承担替

代责任。不难看出,这两个目的都服务于一个更大的目的,那就是强化、更加彻底地贯彻完全替代模式,使第1191条不再具有任何其他解释的可能。

(三)小结

《公司法》修订草案三个审议稿的第190条/第191条与《侵权责任编解释(一)征求意见稿》第12条,在朝着两个不同的方向努力。第190条/第191条试图通过让董事、高管在故意或者重大过失时独立承担责任(无论是“应当与公司承担连带责任”还是“也应当承担赔偿责任”),突破第1191条完全替代模式的束缚,确立有限替代模式。而第12条则试图“将其他人员解释为工作人员”以及“将个体工商户解释为用人单位”,进一步强化完全替代模式。

这一现象为我们反思两种模式的正当性、规范结果的妥当性提供了素材和机会。鉴于《公司法》修改和侵权责任编司法解释的起草制定都在过程中,这种反思不仅具有学理解释的意义,也具有立法论的意义。

值得注意的是,在我国现行立法中,还存在着采用有限替代模式的规定。典型的例子是《证券法》第85条:“信息披露义务人未按照规定披露信息,或者公告的证券发行文件、定期报告、临时报告及其他信息披露资料存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏,致使投资者在证券交易中遭受损失的,信息披露义务人应当承担赔偿责任;发行人的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司及其直接责任人员,应当与发行人承担连带赔偿责任,但是能够证明自己没有过错的除外。”第85条采过错推定,独立承担责任的主体不限于董事、高管,这使得第85条有限替代责任之限制要少于在公司法领域具有一般规范意义的第190条/第191条。

董事、高管在特定场景中独立承担责任的例子还包括最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(二)》(法释[2020]18号)第18条、第19条、第20条,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(三)》(法释[2020]18号)第13条、第14条。这些规定,也都是有限替代模式的例证,但这些规定的权利主体都是已

经存在的公司债权人,与第85条和第190条/第191条的规范对象不同。

三、替代责任的前提、理由、目的及其实现

(一)替代责任的前提性假设

1. 人格吸收理论

替代责任的前提性假设之一是人格吸收理论。这一理论认为,从第三人角度观察,行为人的人格为用人单位吸收,不再具有独立性,因此不能对外承担责任。^⑤个人加入法人等组织后,个人利益与所属法人等组织的利益完全一致,甚至不再有个人私利。就其对第三人实施的行为而言,该行为人作为法人的组成部分,而非独立的个人存在,并不具有独立的意思。但事实并非如此。个人的利己本性是一切社会关系形成和展开的人性基础,个人加入法人并没有改变他是一个独立的人这一事实。个人加入法人等组织后,他还具有独立于法人的、自己的利益和意志,最大化自己的利益依然是其行为的首要动机。^⑥从逻辑上讲,当完全贯彻人格吸收理论时,个人为法人等组织服务时产生的各种责任,当然应当由组织来承担。当认为个人依然存在独立的利益和意思时,其行为产生的责任也就可能独立存在。

也有解释认为,用人单位之所以承担责任,是因为负有社会安全义务,使用他人从事一定工作,应为必要的注意,以保护第三人 not 因此遭受损害。^⑦社会安全义务会导向用人单位过失责任。作为缓和,我国台湾地区“民法”第188条采推定过失,但因为司法实务对雇主的过失从严认定,推定过失的规定已成为具文。^⑧成为具文,意味着我国台湾地区雇主与雇员对受害人承担连带责任就成为没有例外的规则。

2. 经济实力优势

替代责任的另一个假设是组织的经济实力要优于个人的经济实力。经济实力优势假设,即深口袋理论,^⑨说的更直白些,就是假设组织比个人更有钱,对第三人的损害更有赔偿能力。替代责任是为保护被害人,“避免其于向一般经济能力较差之受僱人请求赔偿时,无法获得赔偿而设”。^⑩

经济实力优势的假设,是以大中型企业作为假想背景的。实际生活中,数量更多的也更为常见的是小企业,员工不过数个,常常面临能否生存下去的

窘境。在这些企业里,组织具有经济实力优势的假想,未见得一定成立。

(二)替代责任的理由和目的

完全替代模式的理由主要有:风险利益一致性,即报偿理论。^⑪工作人员为用人单位工作,用人单位享有利益,应当同时承担责任(理由一)。有利于受害人获得救济。用人单位的责任财产要大于工作人员,让用人单位承担责任,可以更好地救济受害人(理由二)。第三,有利于强化用人单位的选任、监督管理责任(理由三)。^⑫

这三个理由表明,完全替代责任规则完全是功利性的,^⑬是价值判断问题,含有法政策的意涵,^⑭服务于更高的立法目的。上述三个理由分别对应着公平目的(理由一)、受害人救济目的(理由二)、预防损害目的(理由三)此三个目的。

需要明确的是,这三个立法目的,不仅是完全替代模式的立法目的,同时也是有限替代模式的立法目的。而且,有限替代模式可能会更好地实现这些目的。比如,就受害人救济目的而言,无论用人单位是大公司还是个体工商户,用人单位的财产加上故意或者重大过失工作人员资产的总和,一般总会大于用人单位或者工作人员各自的财产。从预防损害目的而言,让故意或者重大过失的工作人员自己独立对外承担责任、自己监督自己的行为,要比让用人单位承担责任、进而再对工作人员进行监督,更有效率。^⑮对于法人来说,“没有可谴责的灵魂,没有可鞭挞的身体”,^⑯对法人处罚能否产生激励本身就一直受到质疑。另外,工作人员因履职过程中的个人故意或者重大过失造成损失,但损失完全由用人单位承担时,也会株连到用人单位其他工作人员以及不进行实际管理的股东(在公司的场合)的合法利益,从道义上说也是不公平的。用人单位为小型企业或者个体工商户时,负担能力有限,让其承担完全替代责任,不利于小型企业或者个体工商户的风险承受以及受害人获得救济。

三个立法目的是替代模式的立法目的,而不仅仅是完全替代模式的立法目的。当完全替代模式能够实现这三个目的时,应当采用完全替代模式;反之,当完全替代模式不能够实现三个目的,或者有限

替代模式可以更好地实现三个目的时,采用有限替代模式就有了正当性。有观点认为,完全替代责任的另一个合理性在于,雇主可以透过价格机制或者保险机制分散损害。^⑰这恰恰说明,在没有价格机制或者保险机制的场景下,完全替代责任的合理性会进一步降低。

法律规则本身都是为原则和目的服务的,规则背后都是原则。当我们说某个规则合理,是因为它符合公平、平等等原则;反之,当我们说某个规则不合理,是因为它不符合公平、平等等原则。新规则的出现和发展都是对既有规则的反动和突破,其动力就是原则和目的。比如,过错责任的出现是对古代结果责任的反动,近代结果责任又是对过错责任的反动。再比如,一般认为,董事信义义务的受益人是股东。但是美国法院的司法实践确立了这样的规则:当公司陷入某种程度的财务困境,但尚未向法院申请破产时,董事信义义务的受益人就从公司健康状态下的股东转变为公司债权人。^⑱这说明,为了实现立法目的,在完全替代模式和有限替代模式之间进行切换,不需要有心理障碍。

(三)替代模式立法目的之间的统一和协调

替代模式有三个立法目的:公平目的、受害人救济目的以及预防损害目的,三者之间需要统一协调,即要使三个目的同时实现,而不能为了某一目的的实现而损害到其他目的。

以受害人救济目的为例。受害人救济是替代责任的最主要目的。^⑲责任财产越多,得到赔偿的成本越小,越有利于受害人获得救济。在这样的意义上,用人单位、雇主、被帮工人的责任财产一般总是小于用人单位、雇主、被帮工人的责任财产与工作人员、雇员、帮工人责任财产的总和。因此,在任何情况下都让二者同时承担责任,并且承担连带责任,会更有利于受害人救济目的的实现。

但是,实现受害人救济目的,不能同时损害其他目的。因此,尽管不设任何限制的连带责任总是有利于受害人救济目的的实现,但是民法中的连带责任是有限的,只能在法律规定或者当事人约定时适用(《民法典》第178条第3款)。这就意味着连带责任可能会损害法律所欲实现的其他目的。在替代责任

场合,尽管用人单位和工作人员的责任财产相加后一般总要大于用人单位或者工作人员各自单独的财产,但是,在工作人员没有任何过错的情况下,比如,《证券法》第85条中发行人的某位董监高,可以证明自己不存在过错时,让其与用人单位承担连带责任,会损害公平目的,也无法起到预防损害的作用。因此,不设任何条件地让工作人员与用人单位承担连带责任,尽管有助于更好地实现受害人救济的目的,但可能会损害到公平目的和预防损害目的。这样的规则可能弊大于利,因此是不可取的。另一方面,在工作人员对受害人的损害存在故意或者重大过失时,让其与用人单位承担连带责任,既可以比只有用人单位自己承担赔偿责任时更好实现受害人救济的目的,也有助于实现公平目的和预防损害目的。这就是法释[2003]20号第9条的立法理由。^③

(四)为何只能被追偿而不能直接对受害人承担责任

与《侵权责任法》第34条、第35条不同,《民法典》第1191条、第1192条都增加了用人单位或接受劳务一方承担责任后可以向故意或者重大过失的工作人员或提供劳务一方追偿的内容。修改后的《人身损害赔偿解释》第4条也改变了法释[2003]20号第13条连带责任的做法,改而规定被帮工人承担赔偿责任后可以向有故意或者重大过失的帮工人追偿。有学者认为,增加追偿的规定,能够促使提供劳务一方更好地遵守法律、在劳务期间采取更谨慎的行为来完成工作任务,也有利于保护潜在受害人的合法权益。^④

需要思考的是,在替代责任中,为何不能让有故意或者重大过失的工作人员、提供劳务一方以及帮工人直接对受害人承担责任?除了抽象的人格吸收理论、法人机关理论外,对实现替代责任的三个目的,似乎并无任何助益。

四、重构有限替代模式的特定场景

如前,在一些场景中,是有限替代模式、而不是完全替代模式可以更好地实现三个立法目的。在这些场景中,就应当重新建构有限替代模式。有限替代模式的特殊性体现在将工作人员对受害人的独立责任凸显出来。因此论证有限替代模式的正当性,

重点需要论证的是不被替代部分的正当性,即工作人员(雇员、帮工人、董事、高管)直接对受害人独立承担责任的正当性。

值得说明的是,有限替代责任适用条件与有限替代责任适用场景,二者属于不同的讨论范畴。工作人员(雇员、帮工人、董事、高管)存在故意或者重大过失是有限替代责任的适用条件。下面讨论的是有限替代责任适用的具体场景。这些特定场景都是(包括曾经是或者将来可能是)法律或者司法解释规定的具体场景。

(一)雇员因故意或者重大过失致人损害

《民法典》之前,在雇佣关系中,雇员对外要独立承担责任。法释[2003]20号第9条第1款中段规定:“雇员因故意或者重大过失致人损害的,应当与雇主承担连带赔偿责任。”这一规定与《侵权责任法》第34条、第35条并行多年,其主要理由是:雇员是直接实施行为的人,让其承担责任更公平(公平目的);也更有利于预防损害发生(预防目的);雇主经营可能亏损,雇员赚取固定收入,雇员经济实力未必低于雇主,让雇员承担连带责任更有利受害人救济(受害人救济目的)。^⑤

《民法典》生效后,法释[2003]20号第9条规定被删除。雇佣关系既可能发生在一方是单位、一方是个人之间,也可能发生在双方都是个人之间。从这个角度,《民法典》第1191条、第1192条中都可能包括雇佣关系。如前,《侵权责任编解释(一)征求意见稿》第12条的目的应该就是将用人单位责任的适用范围扩大到劳动关系之外。具体而言,就是将劳动关系之外的其他用人形式,包括雇佣关系,尤其是个体工商户与员工之间的关系拉入第1191条的规范射程。

但是,第1191条、第1192条都采完全替代模式,很可能掩盖了雇佣关系的复杂性。发生在个人之间的雇佣关系,与用人单位和工作人员之间的关系,并不具有可比性。如前,用人单位承担替代责任的一个假设前提是:用人单位的责任财产总会大于工作人员的责任财产。但如上引法释[2003]20号第9条起草者所述,发生在个人之间的雇佣关系,雇主的责任财产一定大于雇员的责任财产,这一假设是不成

立的。即使这一假设成立,任何一方的责任财产一般总小于双方责任财产的总和。个体工商户与员工之间,也完全是类似的情况。在个体工商户的员工或者雇员故意或者重大过失造成他人损害的场合,如果按照第1192条或者第1191条采完全替代模式,受害人从一方责任财产得到救济的概率无论如何会小于从两方责任财产得到救济的概率。更何况,经验表明,越是小的用人单位,其财产状况越不清晰。只让雇主承担责任,会否发生雇主和雇员、个体工商户和员工合谋转移财产逃避责任的事情,也未可知。经验同样表明,越是大的用人单位,其诉讼能力越强。如果只能要求用人单位承担赔偿责任,作为个人的受害人得到赔偿的成本也会随用人单位的规模增大而越来越高。

(二)帮工人因故意或者重大过失致人损害

法释[2003]20号第13条后段规定:“帮工人存在故意或者重大过失,赔偿权利人请求帮工人和被帮工人承担连带责任的,人民法院应予支持。”帮工人之所以在故意或者重大过失时,其责任不再被被帮工人完全吸收替代,起草人认为的主要理由是:被帮工人在帮工活动中受益是有限的,不能要求被帮工人对帮工人的所有侵权行为都承担赔偿责任。^②换言之,让被帮工人完全替代故意或者重大过失的帮工人并不公平(公平目的)。同时,被帮工人与帮工人之间松散无偿的关系,使得被帮工人在选任、监督管理方面与用人单位相差甚远,有限替代更有利于预防损害的发生(预防目的);连带责任也更有利于受害人救济(受害人救济目的)。

修改后的《人身损害赔偿解释》第4条采用完全替代模式,仅被帮工人直接对受害人承担责任,不利于受害人救济(受害人救济目的),因为帮工人和被帮工人之间经济实力优势的假设无从谈起。被帮工人享受的帮工利益有限,实施侵权行为的帮工人不对外承担责任,既不公平,也不利于帮工人吸取教训、避免类似行为再次发生(公平目的、预防目的)。帮工关系的松散结构,让被帮工人而不是帮工人承担责任,不会让受害人产生实施侵权行为的人已经付出了应付代价的感觉。尤其是对那些遭受严重损害的受害人而言,直接行为人没有承担责任,等于正义没

有得到伸张。对这些受害人来说,既没有得到公平结果,也没有得到充分救济,公平目的和受害人救济目的都没有实现。

对于被帮工人来说,帮工关系的形成多是偶然性的,其对侵害行为的发生基本上也无法预知,也无法采取措施预防损害的发生。被帮工人并不能有效约束、监督管理帮工人,加重其责任无法预防损失的发生(预防目的)。帮工关系多发生在个人或者个体工商户等小型企业之间,德国民法典第831条关于要顾及家庭及小型企业负担能力的立法理由,在帮工关系中尤其值得重视。^③

(三)个体工商户员工故意或者重大过失致人损害

如前,《侵权责任编解释(一)征求意见稿》第12条第2款的目的,是将个体工商户与员工之间的责任承担,也归入到《民法典》第1191条的射程范围内。

从形式上,个体工商户的情形“适用民法典第1191条第1款规定确定民事责任”,是将个体工商户等同于用人单位。的确也有法院判决如此认为:依法注册成立的个体工商户,系适格的用人单位。^④但是,个体工商户是自然人从事工商业经营(《民法典》第54条)。根据《促进个体工商户发展条例》,个体工商户可以个人经营,也可以家庭经营(第6条前段)。个体工商户可以自愿变更经营者或者转型为企业(第13条前段)。个体工商户自愿加入个体劳动者协会(第15条第2款)。从上述规定来看,个体工商户不必然是企业。因此,第12条第2款应当将第1191条、第1192条同时引用,或者第1192条更合适些。

从实质上,需要讨论个体工商户的员工侵害第三人权利时,该如何承担责任?这一话题也与《民法典》第1192条以及修改后的《人身损害赔偿解释》第4条是否妥当密切相关。

假设一个例子。张三开了一个属性为个体工商户的超市甲,张三自己就在超市工作,同时请李四作为店员。需要回答的问题是:张三与甲是什么关系?李四与甲是什么关系?张三、李四是否都是甲的工作人员?

假设王五来店购物,工作中的李四发现王五偷东西,便用绳子将其绑在超市门前的电线杆上,并在

其身上悬挂一块写有“小偷”的字牌,引起在场群众围观。张三在这一过程中没有动手。^⑤此时应如何承担赔偿责任?

再假设,李四得知某处有侵犯王五商标权的商品,劝说张三进货销售。张三听劝进货在甲处销售,并将所得分给李四。此时应如何承担赔偿责任?

根据第12条第2款,上面两种情况中,只有甲对王五承担责任。这样的结果是否妥当?《民法典》第56条第1款前段规定:个体工商户的债务,个人经营的,以个人财产承担。上二例中,除李四外,张三天天在甲处工作,是否也应该算是甲的员工,甲的财产和张三的财产高度混同。如果只让甲对王五承担赔偿责任,张三和李四都不承担任何责任,是否与《民法典》第56条第1款前段的规定不符?是否能够实现受害人救济目的、预防损害目的以及公平目的?

不单单是个体工商户,自然人注册一个经济组织非常容易,名为单位实为个人的情况比比皆是。在刑事领域,假冒注册商标罪、销售假冒注册商标的商品罪、侵犯著作权罪和销售侵权复制品罪的起点数额和加重数额,单位犯罪和自然人犯罪的标准悬殊较大,单位犯罪的数额一般高于自然人犯罪的数额达3到5倍。这种区别对待的做法容易使犯罪人规避法律。从发案情况看,许多个人为了逃避刑事制裁,纷纷注册公司,以单位的名义实施犯罪,以达到规避刑事处罚的目的。^⑥

在上例中,让张三、李四与甲共同对王五承担连带赔偿责任,应该更有利于实现替代责任的三个目的。在偷东西的实际案件中,法院根据法释[2003]20号第9条,判决张三、李四对王五承担了连带赔偿责任。^⑦这样结果应当是妥当的。可见,在个体工商户场合采完全替代模式,恐会造成结果上的不妥当。《侵权责任编解释(一)征求意见稿》第12条第2款有修改的必要。

(四)董事、高管故意或者重大过失致人损害

1.《公司法》修订草案三次审议稿第190条/第191条都选择了有限替代模式

立法机关的修改说明(2021年12月24日及2022年12月)均未见第190条/第191条的立法理由,因此只能从学者文献中寻找线索。

董事、高管对外向第三人承担责任,是一个老话题。在之前《公司法》历次修改过程中,就有学者提出有关建议,但未体现在立法中。学者讨论更多的是董事的连带责任,对第190条/第191条中的“高级管理人员”讨论甚少。比如在2005年,学者建议,《公司法》应增加“董事在执行公司业务过程中,故意或重大过失违反法律、法规之规定,从而损害第三人利益,应与公司对第三人承担连带责任”的内容。^⑧本次修改之前,又有学者提出,借鉴国外的成熟经验,考虑到董事对第三人责任的特殊性以及该种责任与公司法人机关理论之间的密切关系,我国应在《公司法》中作出如下明确规定:“董事在职务活动中因故意或者重大过失造成他人损害的,应当对受害人承担赔偿责任。”^⑨学者认为,关于董事与公司承担连带责任的理由,主要有限制董事滥用权限(预防目的)以及受害人获得足额赔偿(受害人救济目的)。^⑩

反对意见认为,富有的董事毕竟只是少数,多数董事更像是一个薪酬获得者,与其所任职的公司相比,董事通常不具有超过公司财力的偿付能力,指望通过董事承担赔偿责任来保护债权人利益,是不现实的。^⑪也有意见担心,董事对第三人责任制度一旦运用不当被滥用的话,会导致董事责任无限扩大,使得董事不愿意积极进取,甚至不愿意担任董事,损害公司活力。^⑫

除上述功利角度的考量外,董事对第三人承担责任的理论障碍,主要体现为法人机关理论。然而,公司法人机关理论的历史发展脉络和域外的实践经验表明,这一理论的本初功能,仅在于实现法人这一组织体在法律上的行为活动问题和民事责任承担问题,而非在于排除董事等法人机关成员对受害人的民事责任。法人机关理论并不排除董事对第三人的责任,法人机关理论本身并非董事对第三人责任制度建立的障碍,真正的障碍是我国绝对化了法人机关理论。^⑬

理论总是服务于特定目的而处于流变过程中。如前,在特定情形下,董事的信义义务都可以从股东转移到债权人身上。法人机关理论也可以变化发展,只要立法目的产生了需要。况且,董事及法定代表人等法人机关组成人员的身份独立性,从来都是

客观存在的。^⑤

比较法上的经验也表明,董事以及高管的行为并不总是与公司一致,并不总是在维护公司利益,董事及高管也会将公司作为其个人利益的工具,利用公司为个人牟利,同时伤害公司各种债权人的合法权益,此时,董事及高管的行为就应当由其自己负责。^⑥让董事及高管为自己行为承担赔偿责任,客观上是对公司股东的保护。当董事及高管为了自己个人利益侵害第三人权益,让公司完全承担责任、最终是让公司股东承担了责任,对股东是不公平的。让公司完全承担责任,最终也会损害到公司其他员工以及其他债权人的合法利益。^⑦

第190条/第191条并没有抛弃法人机关理论,而是法人机关理论的完善。原则上,公司依然要对董事、高管因职务行为给他人造成的损害负赔偿责任。只是在董事、高管有故意或者重大过失时,董事、高管同时直接对第三人承担责任。这种有限替代责任,更能实现替代责任的三个目标。

2. 连带责任还是“也应当承担责任”

从《公司法(修订草案)》到《公司法(修订草案二次审议稿)》,第190条经历了“应当与公司承担连带责任”到“也应当承担责任”的变化。

需要讨论的是,董事、高管的赔偿责任与公司法人的赔偿责任到底是什么关系?如前,立法机关的立法说明没有说明这种变化的原因,“也应当承担责任”似乎没有排除连带责任的可能,但是,这一表述给司法实践留下太多问题,也留下太多空间,增加了规则的不确定性。

从效果上,连带责任最有利于受害人救济目的的实现。在法理上,公司等用人单位之所以承担替代责任,是因为工作人员侵权行为发生在执行职务过程中或者与执行职务有密切关联,工作人员的行为被认为是用人单位的行为。工作人员之所以要独立对外承担责任,是因为存在故意或者和重大过失。工作人员的故意和重大过失,有些是独立的,有些则也可以被认为是用人单位的故意或者重大过失。此种意思联络的关系,要比两个没有任何关系的独立主体的意思联络更为紧密。

在江苏省高级人民法院(2015)苏知民终字第179

号案中,法院认为,屠某与余某在明知樱花卫厨公司“樱花”系列注册商标及商誉的情况下,通过控制苏州樱花公司、苏州樱花公司中山分公司、中山樱花集成厨卫公司、中山樱花卫厨公司实施侵权行为,其个人对全案侵权行为起到了重要作用,故与苏州樱花公司、苏州樱花公司中山分公司、中山樱花集成厨卫公司、中山樱花卫厨公司构成共同侵权,应对上述公司所实施的涉案侵权行为所产生的损害结果承担连带责任。^⑧当工作人员的故意或者重大过失不被认定为是用人单位的故意或者重大过失时,意味着用人单位和该工作人员在从事侵权行为时是两个独立的主体。两个独立主体的意思共同或者行为紧密关联是民法上连带责任最典型的形式。第190条/第191条规定连带责任应该更具有正当性。

3. 从董事、高管到所有工作人员

(1) 董事、高管与法定代表人责任

有学者认为,《公司法(修订草案)》未能解决法定代表人与普通董事外部责任均衡规制的问题。比较修订草案第11条和第190条,其中第11条规定:“法定代表人因执行职务造成他人损害的,由公司承担民事责任。公司承担民事责任后,依照法律或者公司章程的规定,可以向有过错的法定代表人追偿。”当法定代表人有过错损害他人利益时,是承担替代赔偿责任,先由公司担责,事后再对其追偿,而普通董事损害他人利益时,则须与公司对外承担连带责任,这意味着法定代表人对第三人的责任比普通董事更为宽松,至少其享有期限利益。如此安排,虽乃基于代表说和代理说的不同,但在责任权利均衡方面是否妥当,值得斟酌。^⑨

笔者认为,根据《公司法》第13条的规定,公司法定代表人由董事长、执行董事或者经理担任。《公司法(修订草案)》第10条规定:“公司法定代表人由董事长、执行董事或者经理担任;依照本法规定不设董事会的公司,由董事或者经理担任。”《公司法(修订草案二次审议稿)》第10条修改为:“公司法定代表人由代表公司执行公司事务的董事或者经理担任。”《公司法(修订草案三次审议稿)》又将第10条修改为:“公司的法定代表人按照公司章程的规定,由代表公司执行公司事务的董事或者经理担任。”可见,

无论是依据现行《公司法》还是《公司法(修订草案)》《公司法(修订草案二次审议稿)》《公司法(修订草案三次审议稿)》的规定,法定代表人都属于第190条/第191条中的“董事、高级管理人员”,因此在解释上,法定代表人对外承担责任时,也应当属于第190条/第191条的规范范围。但是,第11条采完全替代立场的存在,的确造成了与第190条/第191条关系的困扰。法定代表人作为特殊的董事或者高管,采用特殊规则也未必就解释不通。但从侵害第三人承担责任方面,法定代表人似乎不具有任何特殊性。

将上面个体工商户的例子改造一下。假设甲不是个体工商户,而是有限公司。张三是法定代表人,李四是董事、高管。二人在工作过程中一起将到店购物的王五打伤。根据第11条,张三对王五的责任完全由甲替代,而李四要直接对王五承担责任。这种责任配置的合理性需要讨论。

法定代表人尽管享有当然的、概括的代理权,但只是法人的意思表示机关,依然是一个具有个人私利的独立个体。^⑩从司法实践的角度看,在侵害第三人权利方面,法定代表人与董事、高管具有同样的行为模式。^⑪有观点认为,与普通董事相比较,法定代表人无需公司特别授权即可对外代表公司,具有当然代表公司的外形,发挥着协调董事会成员的功能,甚至是董事会决议形成的重要推动者。因此,与普通董事相比较,强化法定代表人的职责是具有现实合理性的。职权较少且无对外代表权的其他董事,不应当承担比法定代表人更重的责任。^⑫依此逻辑,如普通董事、高管需承担有限替代责任,法定代表人承担同样的责任更具有合理性。我国台湾地区“民法”上,第188条以一般职员为对象,第28条以有代表权的职员为对象。^⑬1982年对第28条修订时,将原文之“职员”改为“其他有代表权之人”,理由在于,“法人就其有代表权之职员所加于他人之损害,无免责之规定,所负责任较重,故范围宜小”。^⑭这一理由值得重视。法定代表人更有可能以公司名义侵害第三人合法权益,加以更强规范亦在情理之中。当然,如前所述,我国台湾地区法院对第188条免责事由采严格认定,使其事实上成为具文,也使得有代表权的职员与一般职员适用了相同的连带责任规则。

(2)董事、高管到所有工作人员

法定代表人、董事等对外承担责任的困扰之一在于法人机关理论。对于高管和其他所有工作人员,原本也不存在法人机关理论的困扰。高管和其他所有工作人员存在故意或者重大过失时自己独立对外承担责任,与其在公司中的职务高低无关。况且,完全替代模式是将所有工作人员的责任都加以替代,有限替代模式也应当是将所有工作人员的责任都有限替代,除非有更正当的理由。有限替代模式更有利于实现替代模式的三个立法目的时,高管和其他所有工作人员,在故意或者重大过失的场合,都应当与法人一起对外承担责任。

4.公司工作人员有限替代责任的构成

(1)存在故意或者重大过失

无论是法释[2003]20号第9条、第13条,还是目前两个第190条以及第191条中,都要求董事、高管等工作人员存在故意或者重大过失。要求故意或者重大过失的正当性可能有以下几点:第一,只有在故意、重大过失的情况下,董事、高管的主体独立性和所追求利益的独立性才能凸显出来。董事、高管执行公司职务的过程中由于一般过失侵害第三人利益时,董事的行为不一定是为了自己利益作出的,而基本上是为了公司作出的。^⑮如果董事、高管没有任何意思表示出来,或者表现得不是那么强烈,其人格就可能完全被公司所吸收,对外也不该有独立责任。第二,我国民法上,故意和重大过失在大多数场合都是等同对待的。故意和重大过失在过错的谱系中非常接近,甚至不易区分,故而重大过失也被称为间接故意。^⑯工作人员的故意或者重大过失可能与公司的故意、重大过失是一致的,也可能是不一致的,但一定与执行职务存在密切关联。故意或者重大过失使得侵权行为或者结果的严重程度会大大增加。让故意或者重大过失的董事、高管对外独立承担责任,有助于产生预防的激励,客观上会产生损害严重程度减轻的效果。

日本的判例和法定责任说认为,董事的故意或者重大过失体现为对公司的玩忽职守行为。即使董事对第三人的利益侵犯没有恶意或者过失,在没有满足一般侵权行为要件的情况下,也需要承担对第

三人的责任。持有该学说的人认为,加重董事责任的理由为董事的职务涉及多方面,可能被损害的人也比较多,所以更需要保护第三人的利益。^⑦

根据我国台湾地区“民法”第28条和第188条,工作人员承担责任,没有故意或者重大过失的限制,有限替代目的体现得更为彻底。但无论工作人员是否存在过错,都要对外承担责任,似走到另一极端。其与替代责任立法目的的实现是何种关系,值得反思。

(2)受害人可以是不特定第三人,包括公司债权人

有观点认为,第190条中的受害人是公司债权人。一般情况下,董事在执行职务时,对公司负有忠实和勤勉义务(或信义义务),对债权人不负有保护义务。因此,不存在董事违反义务侵害债权人问题,更不存在董事承担赔偿责任的问题。^⑧依此观点,第190条/第191条主要规范对债权人的侵害。笔者认为,第190条/第191条中的受害人可以是既有债权人,也可以是不特定第三人。当受害人是公司既有债权人时,应当符合侵权法关于侵害债权的规定及理论。在此点上,第190条/第191条与《民法典》侵权责任编规定的其他侵权行为没有二致。第190条/第191条的规范重点在于:在何种情况下董事高管要对外承担侵权责任,尤其是与公司承担连带责任。至于董事高管侵害公司债权人如何构成,不是第190条/第191条的规范内容。

5. 第190条/第191条有限替代责任适用的类型

与完全替代责任相比,有限替代责任需要增加额外的要件,因此是替代责任的特殊情况,为司法实务上方便,应尽可能总结明确其适用的类型。有观点认为,让董事、高管承担连带责任通常需要满足两个前提条件:①公司已经资不抵债、濒临破产,无力对第三人的侵权损害进行充分的补偿。如果不满足这个前提,董事、高管的连带责任似乎没有存在的必要。第三人也不必去扩大侵权损害赔偿的被告范围。②董事、高管与公司在侵权行为上必须达到可称为共犯或共同侵权的标准才能证成。否则,承担连带责任就没有依据。^⑨笔者认为,关于第一点,公司资不抵债、濒临破产,固然存在增加董事、高管责

任财产一并对受害人进行赔偿的需要,但是,公司经营是动态过程,财产状况也在不断变化。公司资不抵债,濒临破产是一个在现实中不太容易确定,尤其是不太容易在司法过程中由受害人加以证明的状态。受害人无法得到赔偿,也不以资不抵债为必要条件。比如,公司尽管有很多财产,但都进行了抵押,而抵押债权尚未到期,此时受害人也无法及时得到赔偿;或者,公司财产都被转移,受害人无法查找得到。况且,如前,有限替代责任的目的有三,受害人救济目的仅是其一。另外两个目的的实现,与公司资产多寡没有直接关系。第二点意见,值得赞同。在董事、高管的人格不再认为是被公司完全吸收的情况下,《民法典》第1168条、第1169条及第1170条的规定,可以作为二者连带责任的基础。

笔者认为,在现行法的体系框架下,第190条/第191条至少可以适用于以下的类型。

类型一:《证券法》第85条规定的情形。当信息披露义务人未按照规定披露信息,或者公告的证券发行文件、定期报告、临时报告及其他信息披露资料存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏,致使投资者在证券交易中遭受损失的,信息披露义务人应当承担赔偿责任;发行人的董事、高级管理人员和其他直接责任人员应当与发行人承担连带赔偿责任,但是能够证明自己没有过错的除外。第190条/第191条生效后,可以成为第85条在《公司法》上的基础条款,为第85条提供正当性。第85条可以看作第190条/第191条的特别适用情形。

类型二:工作人员执行工作任务过程中因偶然的故意或者重大过失致人损害

所谓因偶然的故意或者重大过失致人损害,是相对于下一类型“公司侵权工具化”而言,公司并非自然人的侵权工具,只是工作人员在偶然情况下,发生侵权行为。

假设一例:甲公交公司的司机张三,驾车来往于机场与市区之间。张三与乘客王五发生争吵,故意急刹车,致使王五跌倒受伤;搬运行李时,窃取顾客王五的财物;在夜班车对单身顾客王五为性骚扰;因急事回家,擅自请朋友代为开车,发生车祸,致路人王五受伤。^⑩

此类假设案例中,无论张三是公司的法定代表人、董事、高管还是一般的工作人员,均没有任何区别,都应当与公司一起对受害人承担连带责任。

工作人员偶然故意或者重大过失致人损害时,需要考虑其行为与执行工作任务的关系。此方面讨论非常多,此处不赘。

与工作人员偶然的故意或者重大过失不同,还有一种相反的情况。比如,公司组织其工作人员殴打他人、非法将他人房屋拆除。只要工作人员存在故意或者重大过失,则应当与公司一起承担连带责任。如果受害人只起诉工作人员,工作人员则应当承担全部责任。^⑤

类型三:公司侵权工具化

公司都是自然人为实现某种目的成立的。因此,公司本质上都是自然人的工具。这里所指的是,当公司成了自然人专门或者主要用于侵权或者犯罪的工具时,就需要追究公司背后自然人的法律责任。

还是将前面的例子再做改造。比如,张三李四听说王五生产的“王五”牌商品很受欢迎。张三李四成立甲公司,并担任董事高管,在未经王五授权同意的情况下,生产“王五”牌商品出售获利,张三李四将所得随时分成。还有一种情况是,甲公司成立时并没有明确目的。但在成立后,张三李四将生产“王五”牌商品作为甲公司的唯一或者主要业务。此例中,甲公司没有任何独立的意思,只是张三李四生产侵权产品的工具。这就是公司的侵权工具化。对于这种情况,在承担责任方面,至少是民事责任方面,如果只让甲公司对王五承担侵权赔偿责任,很可能结果是,甲公司早已经被掏空,或者本身欠债无数,受害人根本无法得到赔偿。张三李四则逍遥法外,转手就又可以成立乙公司,继续从事同样的勾当。受害人甚至法官明知张三李四的恶行,却无可奈何。这样的法律,无论从哪个意义上说,都不是良法。

1999年6月25日最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》(法释[1999]14号)第2条规定:“个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的,或者公

司、企业、事业单位设立以后,以实施犯罪为主要活动的,不以单位犯罪论处。”据此,对于上例中的情况,如果条件构成的话,张三李四个人要承担刑事责任。

值得注意的是《侵权责任编解释(一)征求意见稿》第14条前段规定:“工作人员以执行工作任务的名义实施的行为造成他人损害,构成自然人犯罪的,工作人员刑事责任的承担不影响用人单位民事责任的认定。”

这一规定可以做两种理解。一种理解是,所谓“工作人员刑事责任的承担不影响用人单位民事责任的认定”,意思是用人单位要承担赔偿责任,但是不影响罪犯个人也要承担责任。另一种理解是,只能由用人单位对受害人承担赔偿责任,罪犯个人不直接对受害人承担赔偿责任。

笔者认为,结合《侵权责任编解释(一)征求意见稿》第12条、民法典第1191条、第1192条的规定,以及法释[2003]20号到修改后的《人身损害赔偿解释》有关条文的变化情况,应当采第二种理解,即只能由用人单位承担赔偿责任,罪犯个人不直接对受害人承担赔偿责任。支持这一结论的另一个理由是,假如个人也要直接对受害人承担赔偿责任,那肯定不应当是任何情况下都要承担。有关规定中需要设定个人对受害人直接承担民事赔偿责任的条件。但是,无论《侵权责任编解释(一)征求意见稿》第14条、第12条,还是《民法典》第1191条、第1192条,都没有这样的内容。

如果是第二种理解的话,这一规定的合理性就有讨论余地。在工作人员已经构成犯罪的情况下,还不让其承担民事赔偿责任,与民众一般认知不相符合,恐怕也不符合法秩序统一性原理。^⑥加之,在此种情况下,用人单位恐怕早已人去楼空,要让用人单位承担民事责任,无异于给受害人画饼充饥。根据《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见》(法发[2013]14号)第9条、第10条的规定,对于积极赔偿被害人经济损失并取得谅解的,综合考虑犯罪性质、赔偿数额、赔偿能力以及认罪、悔罪程度等情况,可以减少基准刑的40%以下;积极赔偿但没有取得谅解的,可以减少基准刑的30%以下。对于当事人

根据《刑事诉讼法》第277条达成刑事和解协议的,综合考虑犯罪性质、赔偿数额、赔礼道歉以及真诚悔罪等情况,可以减少基准刑的50%以下;犯罪较轻的,可以减少基准刑的50%以上或者依法免除处罚。上述规定的目的,自然是激励刑事被告积极赔偿受害人的损失。因此,让构成犯罪的工作人员直接对受害人承担民事赔偿责任,对受害人更具有现实意义。

司法实务中,对于公司侵权工具化的情况,公司背后的自然人要承担责任。只不过,由于现行法上没有上述公司法修订草案中的第190条/第191条规定,只能根据现行《公司法》第20条第3款股东滥用公司独立地位和股东有限责任的规定,追究股东责任。

在北京知识产权法院(2020)京73民终字第463号案中,关于被告胡某个人是否应当就被告光大雷士公司所实施的涉案侵权行为和不正当竞争行为承担连带责任的问题,法院认为:胡某是光大雷士公司前身个体工商户光大电器厂的实际经营者,在光大雷士公司实施涉案侵权行为和不正当竞争行为期间为光大雷士公司股东、实际经营者。胡某在已多次侵犯雷士光电公司注册商标专用权并被人民法院判决承担侵权责任的情况下,作为发起人股东成立光大雷士公司并担任实际经营者,在明知光大雷士公司在其商品上使用“雷士全屋吊顶”“雷士Leishi”标识的行为会构成对雷士光电公司商标侵权的情况,及在企业字号中继续使用“雷士”并经营与雷士光电公司相类似的产品属于恶意攀附雷士光电公司商誉的情况下,实质上是利用股东身份,操纵公司的决策过程,使公司完全丧失独立性,沦为其侵权工具,通过控制公司经营活动谋取违法利益的同时,又试图利用公司法人人格独立制度规避承担侵权责任,其行为不仅违背了基本的诚信原则,本质及危害结果亦与公司法第20条第3款规定的情形相当。故应对涉案侵权行为和不正当竞争行为给雷士光电公司造成的损失承担连带责任。^⑤

在江苏省高级人民法院(2015)苏知民终字第179号案中,关于屠某、余某是否应对本案被控侵权行为承担连带责任的问题,法院认为,从主观故意来看,屠某作为苏州樱花电器有限公司的法定代表人,曾

有过侵犯樱花卫厨公司知识产权的历史,理应知晓樱花卫厨公司的“樱花”系列注册商标及“樱花”字号的有关情况;在本院判决苏州樱花电器有限公司构成侵权的情况下,屠某又相继成立了苏州樱花公司、苏州樱花公司中山分公司、中山樱花卫厨公司,其主观恶意明显。从侵权行为看,苏州樱花公司、苏州樱花公司中山分公司、中山樱花集成厨卫公司、中山樱花卫厨公司登记注册时故意使用与樱花卫厨公司相同的字号,在实际经营中不规范使用其商标,并使用与樱花卫厨公司相似的广告宣传语,经营与樱花卫厨公司相类似的产品。可以说,苏州樱花公司、苏州樱花公司中山分公司、中山樱花集成厨卫公司、中山樱花卫厨公司成立至今系以侵权经营为主业,屠某与余某应对此承担相应责任。综上所述,足以认定屠某与余某在明知樱花卫厨公司“樱花”系列注册商标及商誉的情况下,通过控制苏州樱花公司等公司实施侵权行为,其个人对全案侵权行为起到了重要作用,故与苏州樱花公司等构成共同侵权,应对上述公司所实施的涉案侵权行为所产生的损害结果承担连带责任。^⑥

上述两案中,公司都成了自然人实施侵权行为的工具。值得注意的是,在这两个案件中,自然人被告都是公司股东,同时是实际经营者。在目前的《公司法》规定中,只能适用第20条。但确切地说,第20条是不合适的,因为第20条的规范对象是股东。但在这两案中,自然人被告被要求承担责任,客观上不是或者不仅仅是因为其股东身份,更主要是因为其实际经营者的身份。被告是因为经营行为而不是持有股份构成的侵权,因而公司的其他股东,并没有像被告一样承担责任。此外,第20条的保护对象是债权人,但本案中的受害人并非既有债权人。或者说,双方在判决生效之前并不存在债权债务关系,只是在判决之后才成为债权人。所以,本案中的受害人确切的说的不特定第三人。

上述两案中,如果被告不是公司股东,可能就无法追究其责任了。这充分说明了修订草案第190条/第191条的存在意义。《公司法》第20条已经突破了股东有限责任和法人独立责任,背后的逻辑就是实际的需要。按照同样的逻辑,董事、高管、工作人员

也都可以承担独立责任,只要有实际的需要。

五、对《民法典》第1191条、第1192条的反思

无论《侵权责任编解释(一)征求意见稿》第12条还是《公司法》修订草案第190条/第191条,均以《民法典》第1191条及第1192条作为规范基础。讨论替代责任采何种模式,不能不对第1191条和第1192条进行反思。尽管《民法典》实施时间很短,对其修改恐怕是多年之后的事情,但学理上的反思不能停止。

无论《民法典》第1191条、第1192条,还是其源头《侵权责任法》第34条、第35条,立法机关工作人员撰写的释义书中都没有提到放弃法释[2003]20号第9条有限替代责任、改采完全替代责任的原因。^⑤学者撰写的众多《侵权责任法》及《民法典》释义书中,对此也都没有提及。

如前,替代责任的三个立法理由都是功利性的,是为了实现三个立法目的。替代责任有两个假设前提:人格吸收及经济实力优势。这两个假设前提又有假想背景,即替代者都是大中型用人单位。

从上述立法理由、目的及假设出发,第1191条规范的用人单位,包含丰富类型,应当有类型化的需要。回头来看,法释[2003]20号第8条与第9条、第13条采取不同替代规则,似乎已经意识到了替代责任类型化的必要性,尽管其类型化的标准也是值得讨论的。

对于法律强监管的机构,比如资产评估机构、律师事务所、公证机构等,法律明确规定机构对工作人员从业行为负责,专业法律文件均需以机构名义出具,人格吸收和经济实力优势都可能是成立的。^⑥因此,对于因专业行为造成第三人损害,《资产评估法》第50条、《律师法》第54条、《公证法》第43条采完全替代模式,是能够实现替代责任目的的。

对于小企业和个体工商户来说,经济实力优势恐怕是不能当然成立的,人格吸收理论也多是在逻辑上成立。对这些数量众多的小企业和个体工商户而言,对员工的选择有多大的余地,选择后又有多大的监督管理能力,都是值得深思的。如果雇主不能很好地控制雇员的行为,即使雇主比雇员更具有承担风险的能力,由雇主完全承担责任的规定就有可能带来其他的问题,即在减少雇员风险损失的同时,

会产生用以控制雇员的道德风险的比较高的交易成本,此时采用完全替代责任的最终社会效果是不确定的。^⑦

同样,对于第1192条规范的个人之间形成的劳务关系,其多数都具有偶然性、随机性、临时性,劳动关系双方之间并不存在隶属关系,一方对另一方进行控制和监督的可能性几乎不存在,即使存在,其程度如何,也要打上大大的问号。^⑧

可见,随着用人单位规模的递减,两个前提假设的合理性也在递减,三个立法目的实现的可能性也在递减。对于小企业及个体工商户与工作人员之间以及个人与个人之间,不仅经济实力优势的假设无法成立,人格吸收这种逻辑上的想象与实际生活也是脱节的。因此,对于第1191条中数量众多的主体,尤其是对于第1192条的个人,采完全替代责任,其前提就是不成立的,因此也无法完全实现替代责任的三个立法目标。第1192条采完全替代模式肯定是有问题的。在第1191条中,当用人单位规模很小时,完全替代模式的不合理性也会显现出来。不容忽视的是,在实际生活中,数量占绝对多数的恰好是小型用人单位。按照这一逻辑,法释[2003]20号第4条个人之间无偿帮工也采完全替代模式就更不具有合理性。

有人会说,人格吸收假设及经济实力优势假设对于大中型用人单位可能更适合。但即使对于大型公司来说,人格吸收理论也是值得反思的。大型用人单位有自己的意思形成机关,在公司就是董事会。但并非用人单位的所有成员都可以参与到用人单位的意思形成过程中。如果采完全替代模式,其逻辑推论就是工作人员的所有意思都是用人单位的意思。在工作人员故意或者重大过失侵害第三人权利的场合,要将这种故意或者重大过失完全解释为用人单位的意思,至少在逻辑上是无法自圆其说的。

“传统刑法认为对信息决策权以及决策执行权的控制是赋予某一单一个人的。然而,在现代法人组织体内,由于职权的分散及其功能的分化,作为犯罪人的个人作用变得难以认定。企业组织等级结构线状特征越少,职能分化越多,就越难以认定具体犯罪人。现代大企业并不是根据某一特定日期和时间

作出的单一决策来采取行动,相反,其行动是通过大量不同的、或多或少独立负责的经济部门的合作来实现的。这种大型的现代企业组织造成了‘个人责任的结构性缺失’现象。”^⑨

这种“有组织的不负责任”造成了个人责任的逃避。让用人单位中的个人承担责任原本就很困难。就民事责任而言,即使是规模再大的公司,当证据明确证明某工作人员个人存在故意或者重大过失时,依然将其责任淹没在组织之内,对受害人来说,至少情绪上是不可接受的。

综上,完全替代模式一统天下的做法值得反思,应当在类型化的基础上对我国民法替代责任进行重构。

注释:

①本文仅讨论最广泛意义上用人者的替代责任,不讨论其他比如监护人的替代责任。

②参见全国人大常委会《〈关于中华人民共和国公司法(修订草案)〉的说明》(2021年12月24日)。

③参见全国人大常委会《关于〈中华人民共和国公司法(修订草案)〉修改情况的汇报》(2022年12月)。

④值得注意的是三次修订草案的第11条第3款:“法定代表人因执行职务造成他人损害的,由公司承担民事责任。公司承担民事责任后,依照法律或者公司章程的规定,可以向有过错的法定代表人追偿。”从条文内容看,第11条第3款来自《民法典》第62条,采完全替代模式。有问题的是,第11条第3款和第190条/第191条如何保持内在协调。不少学者已经注意到这一问题。参见蒋大兴:《公司法修订草案中的关键缺失》,载《中国法律评论》2022年第5期,第148页;叶林、叶冬影:《公司董事连带/赔偿责任的学理考察——评述〈公司法修订草案〉第190条》,载《法律适用》2022年第5期,第20页。本文后续也还会讨论到。

⑤参见最高人民法院民法典贯彻实施领导小组主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第238页。

⑥参见蔡立东:《论法定代表人的法律地位》,载《法学论坛》2017年第4期,第16页。

⑦参见王泽鉴:《侵权行为》(第3版),北京大学出版社2016年版,第501页。

⑧参见同上注,第499页、第522页、第527页。

⑨See Victor E. Schwartz, Phil Goldberg & Christopher E. Appel, Deep Pocket Jurisprudence: Where Tort Law Should Draw the Line, 70 Oklahoma Law Review 359(2018).

⑩我国台湾地区“最高法院2003年台上1206”,参见陈忠五主编:《民法》,(台湾地区)新学林出版股份有限公司2018年版,第B-276页。

⑪参见同前注⑦,王泽鉴书,第497页;同前注⑤,最高人民法院民法典贯彻实施领导小组主编书,第248页。

⑫参见王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2010年版,第167页;黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社2020年版,第108页;石宏主编:《〈中华人民共和国民法典〉释解与适用人格权编侵权责任编》,人民法院出版社2020年版,第175页;我国台湾地区“最高法院2014台上1114”,参见同前注⑩,陈忠五主编书,第B-259页。

⑬刑法领域也一样。法人刑事责任问题其实从来都不是一个理论问题,而是政策问题。它所赖以存在的并不是理性主义和理论逻辑的自治性与合理性问题,而是功利主义、实证主义和现实的社会需求问题。参见张克文:《拟制犯罪和拟制刑事责任——法人犯罪否定论之回归》,载《法学研究》2009年第3期,第55页。

⑭参见同前注⑦,王泽鉴书,第511页。

⑮我国台湾地区“民法”第28条立法理由书谓:“然欲促行为人执行职务时之特别注意,俾免疏忽,则又不可不使之负连带赔偿之责。”参见同前注⑩,陈忠五主编书,第A-35页。

⑯同前注⑬,张克文文,第42页。

⑰参见同前注⑦,王泽鉴书,第499页。

⑱参见朱圆:《论美国公司法中董事对债权人的信义义务》,载《法学》2011年第10期,第130页。

⑲“按(台湾地区‘民法’)第188条僱用人责任之规定,系为保护被害人而设。”我国台湾地区“最高法院2014台上346”;我国台湾地区“最高法院2011台上3”。参见同前注⑩,陈忠五主编书,第B-261页、第B-265页。

⑳参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第152-153页。

㉑参见石冠彬、帅仁策:《民法典侵权责任编(草案)个人用工责任制度的立法解读》,载《云南社会科学》2020年第1期,第96页。

㉒参见同前注㉑,最高人民法院民事审判第一庭编著书,第152-153页。

㉓参见同上注,第186页。

㉔参见同前注⑦,王泽鉴书,第498页。

㉕参见安徽省高级人民法院发布7起劳动者权益保护典型案例之五:王某与M超市劳动争议纠纷案——个体工商户是法律规定的用工主体,应依法与劳动者签订书面劳动合同。

㉖参见陈某诉莫宝兰、莫兴明、邹丽丽侵犯健康权、名誉权纠纷案,载《最高人民法院公报》2015年第5期。

⑲参见胡云腾、刘科：《知识产权刑事司法解释若干问题研究》，载《中国法学》2004年第6期，第134-136页。

⑳参见同前注⑲。

㉑参见卢代富、曹阳：《董事对第三人的法律责任》，载赵万一、卢代富主编：《公司法国际经验与理论框架》，法律出版社2005年版，第386页；转引自同前注④，叶林、叶冬影文，第13页。

㉒参见王长华：《公司法人机关理论的再认识——以董事对第三人的责任为视角》，载《法学杂志》2020年第6期，第58页；王长华：《董事对第三人责任的认定》，载《西部法学评论》2017年第2期，第109页。

㉓参见李宗录：《董事与公司连带责任的理论基础及适用条件》，载《法学杂志》2005年第5期，第118页。

㉔参见同前注④，叶林、叶冬影文，第21页。

㉕参见冯果、柴瑞娟：《论董事对公司债权人的责任》，载《国家检察官学院学报》2007年第1期，第115页。

㉖参见同前注⑳，王长华：《公司法人机关理论的再认识——以董事对第三人的责任为视角》，第51页。

㉗参见同前注⑥，蔡立东文，第16页；[日]我妻荣：《我妻荣民法讲义I新订民法总则》，于敏译，中国法制出版社2008年版，第151页，转引自同前注⑳，王长华《公司法人机关理论的再认识——以董事对第三人的责任为视角》，第54页。

㉘参见许德风：《论公司债权人的体系保护》，载《中国人民大学学报》2017年第2期，第24-33页。

㉙2001年的美国安然公司案中，自从披露出安然公司有计划地转移债务和隐藏企业损失后，股东资产损失达约1千亿美元。后来，6500名安然员工失去了工作和养老金，而安然的经理人员在破产申请前给了他们自己超过5500万美元的现金补贴。安然的审计公司，安达信会计师事务所，世界最大的财务公司之一，被指控并被判决在与安然有关的活动妨碍司法。安达信会计师事务所随后于2022年8月关闭了其公共审计业务，将其合伙人和雇员从28000名减少到不足3000名。2004年，美国FBI调查了184起法人欺诈案例，其中最大的18起案例使得投资者损失超过10亿美元。在世界通信案中，股东损失估计高达2千亿美元。参见同前注⑬，张克文文，第41-42页。

㉚参见樱花卫厨(中国)股份有限公司诉苏州樱花科技发展有限公司、屠荣灵等侵害商标权及不正当竞争纠纷案，江苏省高级人民法院(2015)苏知民终字第179号民事判决书。

㉛参见同前注④，蒋大兴文，第148页。《公司法(修订草案三次审议稿)》第11条修改为：“法定代表人以公司名义从事的民事活动，其法律后果由公司承受。公司章程或者股东会对

法定代表人职权的限制，不得对抗善意相对人。法定代表人因执行职务造成他人损害的，由公司承担民事责任。公司承担民事责任后，依照法律或者公司章程的规定，可以向有过错的法定代表人追偿。”其中法定代表人责任的内容，没有改变。在本文界定的意义上，仍采完全替代模式。

㉜参见同前注⑥，蔡立东文，第14-23页。

㉝参见同前注③，江苏省高级人民法院民事判决书。

㉞参见同前注④，叶林、叶冬影文，第20页。

㉟参见同前注⑦，王泽鉴书，第529页。

㊱同前注⑩，陈忠五主编书，第A-35页。

㊲参见佐藤孝弘：《董事对第三人责任——从比较法和会社整体利益角度分析》，载《河北法学》2023年第3期，第122页。

㊳参见同前注⑦，王泽鉴书，第296页。

㊴参见同前注⑤，佐藤孝弘文，第119-121页。

㊵参见同前注④，叶林、叶冬影文，第13页。

㊶参见齐砺杰：《董事第三人责任条文的理解与适用辩难》，载《中国政法大学学报》2022年第5期，第206页。

㊷此假设案例参考同前注⑦，王泽鉴书，第494页。

㊸参见康方勇与颜子江生命权、身体权、健康权纠纷案，上海市普陀区人民法院(2020)沪0107民初字第14313号民事判决书。

㊹参见周光权：《法秩序统一性的含义与刑法体系解释——以侵害英雄烈士名誉、荣誉罪为例》，载《华东政法大学学报》2022年第2期，第6-19页。

㊺参见胡惠忠等与惠州雷士光电科技有限公司侵害商标权及不正当竞争纠纷上诉案，北京知识产权法院(2020)京73民终字第462号民事判决书。

㊻参见同前注③，江苏省高级人民法院民事判决书。

㊼参见同前注⑫，王胜明主编书，第167-178页；同前注⑫，黄薇主编书，第107-117页；同前注⑫，石宏主编书，第175-178页。

㊽比如，《资产评估法》第17条第2款规定：评估机构应当建立健全内部管理制度，对本机构的评估专业人员遵守法律、行政法规和评估准则的情况进行监督，并对其从业行为负责。

㊾参见胡伟强：《对〈侵权责任法〉第35条第1项规定的法律经济分析》，载《学习与探索》2015年第12期，第80页。

㊿参见同前注⑫，王胜明主编书，第176页。

①See Gunter Heine, New Developments in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans Learn from the American, Experience—or Vice Versa, 1998 Saint Louis–Warsaw Transatlantic Law Journal 173, 176(1998), 转引自同前注⑬，张克文文，第39-58页。