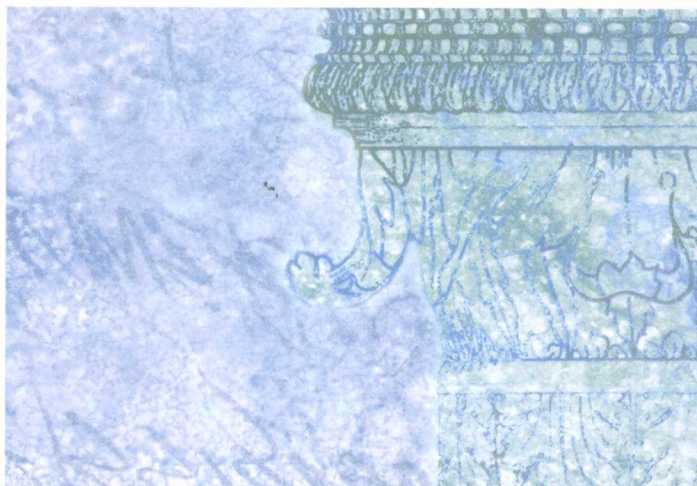
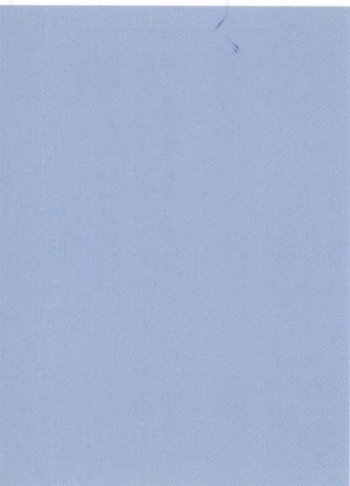


A Study on the Omission of Torts



不作为侵权 行为研究

蔡 唱 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

献给我的父亲蔡文绍先生和母亲张白玲女士
本书为湖南省社科规划课题成果，课题编号为06ZC56
感谢湖南大学法学院提供研究经费资助

不作为侵权 行为研究

蔡 唱 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

不作为侵权行为研究 / 蔡唱著. —北京:法律出版社,
2009.3

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9188 - 1

I. 不… II. 蔡… III. 侵权行为—民法—研究—中国
IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 004257 号

© 法律出版社·中国

不作为侵权行为研究

蔡 唱 著

责任编辑 刘彦泮

田会文

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2009 年 3 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 9 字数 227 千

印次 2009 年 3 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9188 - 1

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

侵权行为的行为,除作为外,尚包括不作为。不作为指有所不为,例如不清扫门前积雪,旅舍失火未通知客人;见路人遭车祸昏迷于途,未报警处理;遇孩童落水,不为救助等。在何种情形,应使不作为之人负侵权责任,涉及道德、人的自由及因果关系等,系各国侵权行为法面临的重要课题,而有不同的解决方法,例如在《法国民法典》第 1382 ~ 1383 条设有 Faute 的概括原则,可资适用,在德国法则发展出 Verkehrspflichten (交易安全义务,往来安全义务),在英美法得解释适用过失侵权行为 (Negligence) 的注意义务 (duty of care),斟酌发生事故的地点、所控制的物品、加害人与被害人的关系等因素而为认定。

蔡唱女士所著武汉大学博士学位论文《不作为侵权行为研究》,考察不作为侵权行为制度的历史发展,界定不作为侵权行为的本质与特征,说明不作为与作为侵权行为的划分,分析不作为侵权行为的构成要件,尤其是从法哲学基础理念、侵权行为

构成要素及危险责任论,建构不作为侵权行为的理论依据。本论文的重点在于对不作为侵权行为从事类型研究,分为违反制定法规定,违反先行行为,基于特殊关系及身份关系而发生的不作为侵权行为;并分别阐明其理论基础及要件。尤其是对旁观者或纯粹不作为责任(Liability for pure omission)划为专章,作甚为深入的阐述。蔡唱博士的论文旨在探讨侵权行为以上的基本问题,结构精湛,内容丰富,有自己的见解及具说服力的论证,经整理补充后出版,对侵权责任法的立法及解释适用,实具参考价值。

王泽鉴

2008年11月26日

序于北京大学

中文摘要

不作为侵权行为是在意识支配下,行为人有能力履行但没有履行作为义务,该故意或过失不为与所导致他人损害之间有因果关系,行为人应对损害结果负责的行为。各国侵权法都越来越强调对受害人的保护,通过各种方式解决不作为侵权问题,不作为侵权行为的扩张成为侵权行为法的发展趋势之一。本文旨在研究不作为侵权行为的基本理论,包括不作为侵权行为的发展趋势、界定、理论基础、类型以及旁观者不作为侵权行为等问题。以期为司法实践和立法中不作为侵权行为问题提供解决方案。

全文共分五章。

第一章即为不作为侵权行为制度的历史考察和发展趋势。通过对古代法典和现代各国法律的比较研究,发现有法国模式、德国模式、埃塞俄比亚模式和英美判例法模式等几种不作为侵权行为责任制模式。不作为侵权责任从混合责任向独立责任发展、责任构成的规定从粗疏到精确、责任范围呈

不断扩展的趋势。而各国关于不作为侵权行为的立法呈趋同化趋势。

第二章论述不作为侵权行为的界定。不作为侵权行为的本质特征,是对法律规定的作为的义务的违反、对法律所保护的现行社会关系的侵害、是应该用积极作为保护法律认为重要的社会关系而没有保护,从而导致该社会关系受到侵害的行为。其与刑法中的不作为行为存在着极大的相似性,区别主要在危害程度和一些具体制度中,因而不作为犯罪行为的相关研究成果可资借鉴。

与作为相比,不作为侵权行为在违法性和损害事实等构成要件上并无差异,特殊之处为违法行为和过错要件。不作为违法行为的成立须以作为义务的存在为前提。包括故意和过失两种过错形式。

作为与不作为划分常常存在困难,在案件中涉及多个行为时,应该依据具体情况来区分。第一,前一不合法作为行为启动了因果链,后一行为是不作为,并构成侵权,则按后一行为定性。第二,前一行是作为,后来存在不作为的情况,作为和不作为都导致赔偿责任的,则事后的不作为被先前的作为所吸收。第三,在前的作为是合法,而在后的不作为是不法的情况。在这种情况下,不作为既然是违法的,那么被告理所当然负有作为义务。

第三章是不作为侵权行为的理论根据。法哲学理论、侵权行为构成要素理论和危险责任理论,都为其提供了理论支持。法哲学理论包括自由主义理论、共同体理论和马克思自由人联合体理论。私法的应然结构中,违反义务的消极与否并不是两者的本质区别。侵权行为是侵权责任法的基础概念,包括作为和不作为两种样态,这也是得到了民法法系和普通法法系的法律和实践的认可。不作为侵权行为得到了侵权行为样态理论的支持。

侵权行为法理论肯定不作为侵权行为因果关系是通说。不作为侵权中因果关系存在着特殊之处:其一,行为人必须要有作为义务的存在;其二,损害结果的发生除了行为人的不作为之外,还有自然原因或他人行为的作用,因此在判断上不同于作为侵权行为。

不作为侵权责任属于一般危险责任范畴。从各类不作为侵权行为分析,其损害的分担都与主体对危险的控制有关。以此为损害分担依据,其意义有三:一为实现填补损害,防止损害发生;二可节约社会成本;三可实现民法的价值取向,体现对弱者的保护。

第四章为不作为侵权行为类型研究。侵权法中的作为义务应为法定,合同和公序良俗并非其作为义务来源。我国民法典,应该将现行法律法规没有规定,但违背最基本的道德义务的不作为,在法律中明确地规定为不作为侵权行为。是否违背公序良俗问题,由立法者来判断,并将之归入法定作为义务。法定作为义务包括制定法中规定的作为义务,因先行行为、特殊的身份和关系产生的作为义务。

按照有无第三人介入可分为有第三人介入和无第三人介入的不作为侵权行为,其实践意义在于前一种情况,行为人承担补充责任,而后一种情形行为人承担直接责任。不作为侵权行为补充责任的基本结构是直接责任人的全部责任与补充责任人的补充责任两个独立责任的竞合状态。

第五章专门讨论旁观者不作为侵权行为。旁观者不作为侵权行为的界定关键在于作为义务的界定。只能将最基本的道德义务确认为旁观者的法定作为义务。容易的救助义务是最基本的道德义务,其构成要件包括三个:其一,受害人面临生命、重大健康受损危险;其二,面临的是紧急危险;其三,救助对救助者和第三人生命、健康不会带来危险。

法哲学和法经济学者对旁观者不作为侵权行为进行了专门论述,并为其提供了理论支持。从实证法的角度考察,古代法和各国法律中都有对旁观者不作为责任的规定。从其规定的共同之处,我们可以得出结论,即容易的救助义务已为法律确认,从而成为法定的作为义务。

规定旁观者不作为侵权行为,也可能会导致一些消极后果。包括对旁观者自身风险和第三人的危险、可能导致潜在救助者的减少、导致司法体制的困境和实践中可能遇到的困难等。但这些消极后果可以通过严格规定旁观者不作为侵权行为的构成、规定“好撒马利亚人”法和规定

对旁观者的补偿等制度而解决。科学技术和法律制度的发展也为实践中困难的解决提供了一定的途径。因此,消极后果的存在并不应让我们放弃旁观者不作为侵权行为的规定。

我国侵权行为法应该采纳行为模式规制不作为侵权行为,采取一般条款加列举模式。在现在人大法工委草案的框架下,应该在第一章规定一般条款,后设专章规定。专章中包括不作为侵权行为的类型、作为义务的内容和不作为侵权行为的责任等问题。

Abstract

The omission of tort is the behavior that the person have ability to implement but do nothing, the intentional or negligence behavior have the cause and effect relation with damage of others, the person should be liable for his inaction.

The tort law in many countries all emphasize more and more to the protection of victims, passing various way to resolve the problem, it is one of the development trends that extend of the omission of tortuous liability. This dissertation aims at researching the basic theories of the omission of tort, include the development trend, define, theories foundation, types of the omission of tort and the omission of bystander. Take expect as judicatory to practice and lawmaking in omission behavior problem to provide a solution.

The full text is divided into five totally.

Chapter one focuses on history investigation and the development trend of the omission tort law. By

comparing old code and the law of different countries today, it can be found different modes of tort law, including general mode, duty of care mode, act mode and case law mode.

Omission tortuous develops from hybrid liability into independent liability, the constitutive requirements develop from simple into precision, the extent of liability tends to expand.

Chapter two defines the omission of tort, the innate character of omission is breaching compulsorily of conduct and actions for ruling to the law, relate to the violating of current society that the law protect. It is the conduct that people should have done something to protect important social relations, but did nothing and causes that society relation be violated. It is similar to the omission of penal code. As a result, it can draw lessons from the criminal theory of omissions.

With actions compare, omission tort makes no differ on illegality and damages, special factors are delict and fault. A premise of omission is the duty of act, including intention and negligence. It is usually difficult to tell the difference of omission and act. Things are different in different circumstances. The first, ex-behavior illegal is an act to start the cause and effect chain, but still isn't a tort, while the latter is inaction, it is omission. The second, the ex-behavior is an action, the latter is an inaction, both can lead to responsibility, then it is a commission act. The third, the fore conduct is legal, but hind is illegal inaction, it is an omission case.

Chapter three analyzes theories support of the omission of tort. Philosophies of law, include the constitutive requirements of tort theory and dangerous responsibility theories all support for it. The philosophies of law theories include: the liberalism theories, communism theories and Marxism-free-person joint community theory. Omission and Commission are two types of tort, which is supported by civil law and common law.

Affirmative view on causation of omission is general theory of tort. There are special factors in it. The first is the premise of duty to act, the second is that there are other factors, nature or other people, lead to damage.

Omission tortious liability belongs to general dangerous responsibility. From omission analysis of every variety, we can see that damage shares all with to dangerous of the control is relevant. Taking this as the damage shares a basis, It meaning three: Prevent from injuring occurrence while filling up damage for the realization; Two can economize a social cost; Three can carry out the worth mid-set of the civil law, protect the person of the weak.

Chapter four studies the type of omission of tort. The duty of act should be an obligation and should be legal, Contract, The Public Orders and Borus Mores Principle can not produce it. Our civil code should change the rule that omission violating the basic ethics into current laws. Statutory duty of act includes statute duty, duty because of the behavior in advance, duty because of special relations.

According to having the third people to get involved or not, the omission of tort can be divided into two types. When there is no third people get involved, the behavior takes complement liability, on the contrary, the actor takes direct liability.

Chapter five discusses Bystander's omission. The key of Bystander's omission lies in the duty of act. Only basic moral obligations can be confirmed as Bystander's duty of legal. The easy rescue duty of act is the basic moral obligation. It is constituted of three items: Firstly, victim faces to damaging danger of life, the graveness health. Secondly, what to face is urgently dangerous. Finally, it is salvage would not bring damage of health and life to the bystander and other people.

Scholar of philosophy of law and economics of law have specialized discussion on the Bystander's omission and provided the theories foundation

for it. From the angle of positive law point, in ancient codes and today's law of lots of countries, all have the provision of responsibility to the Bystander. From this, we can draw a conclusion that duty of easy rescue has already been confirmed by the law and become legal duty.

Rule the Bystander's omission may also cause some negative results, include risks to bystander himself as long as to the third people, may cause the decrease of the latent rescuers, cause the predicament of the judicial system and practice medium may meet difficult, etc. But these negative results can solved, in some ways, strict bystander's omission composing, draw up "Good Samaritan Law", make up the bystander's lost, etc. The development of science technique and the law system also provide certain path for practice to solve some difficulties.

Act mode should be adopted in our Civil Code to rule omission of tort. Under the frame of Tort Draft, a general rule should be put in chapter one, and establish particularly chapter afterward, including the type of omission of tort, the duty of act, the responsibility of omission etc.

目 录

引论 / 1

第一章 不作为侵权行为制度的历史考察和 发展趋势 / 8

第一节 古代法中不作为侵权行为的规定 / 8

一、《苏美尔法典》的有关规定 / 8

二、《汉穆拉比法典》的相关规定 / 10

三、罗马法的规定 / 12

第二节 现代各国不作为侵权行为法律制度 / 14

一、民法法系国家 / 14

二、普通法系国家 / 25

三、其他国家 / 30

第三节 不作为侵权行为的规制模式和发展趋势 / 33

一、不作为侵权行为的不同规制模式 / 33

二、不作为侵权行为法律责任的发展趋势 / 36

三、不作为侵权行为立法的趋同化 / 39

第二章 不作为侵权行为的界定 / 44

第一节 不作为侵权行为的本质与特征 / 44

一、不作为侵权行为的本质 / 44

二、侵权法中的不作为与刑法中的不作为 / 49

三、侵权法中的不作为与行政法中的不作为 / 53

第二节 不作为侵权行为的构成要件 / 59

一、作为义务 / 60

二、不作为 / 67

三、过错 / 84

第三节 不作为侵权行为与作为侵权行为的边界 / 90

一、不作为与作为边界划分的困难 / 90

二、不作为与作为侵权行为边界划分方法 / 91

第三章 不作为侵权行为的理论根据 / 98

第一节 法哲学理论 / 99

一、自由主义理论 / 100

二、共同体理论 / 108

三、马克思自由人联合体理论 / 112

第二节 侵权行为构成要素理论 / 118

一、侵权行为样态理论 / 118

二、因果关系理论 / 123

第三节 危险责任理论 / 129

一、概述 / 129

二、危险控制与不作为侵权行为 / 136

三、危险控制作为损害分担依据的意义 / 141

第四章 不作为侵权行为类型研究 / 147

第一节 概述 / 147

一、按照作为义务来源的分类 / 147

二、按照有无第三人介入对不作为侵权行为分类 / 156

第二节 违反制定法直接规定的作为义务的不作为侵权行为 / 162

一、相关制定法规定的作为义务 / 162

二、违反制定法中作为义务在侵权行为法中可诉性的影响因素 / 165	
第三节 违反先行行为导致作为义务的不作为侵权行为 / 169	
一、理论依据 / 169	
二、先行行为的性质 / 172	
三、先行行为所产生的结果要求 / 174	
第四节 基于特殊关系和身份产生的不作为侵权行为 / 178	
一、基于与受害人特殊关系产生的不作为侵权行为 / 178	
二、基于与制造危险的人的特殊关系而产生的不作为侵权行为 / 182	
三、对一般危险物控制的特殊主体的不作为侵权行为 / 186	
 第五章 旁观者不作为侵权行为 / 188	
第一节 旁观者不作为侵权行为的界定 / 188	
一、旁观者违反的作为义务是应该法律化的最基本的道德义务 / 190	
二、旁观者救助义务构成条件 / 196	
第二节 旁观者不作为侵权行为理论依据 / 203	
一、法哲学理论 / 204	
二、法经济学者的相关理论 / 211	
第三节 旁观者不作为侵权行为的实证依据 / 215	
一、古代法律关于不作为法律责任的规定 / 215	
二、各国刑法对旁观者救助义务的确认 / 219	
三、旁观者救助义务在民法领域的扩张 / 223	
第四节 规定旁观者不作为侵权行为的消极后果问题 / 232	
一、救助给旁观者带来风险和给第三人带来危险问题 / 233	
二、可能导致潜在救助者的减少问题 / 234	
三、可能导致司法体制困境问题 / 235	
四、规定旁观者不作为侵权行为可能遇到的实践困难解决 / 237	
五、旁观救助者损害赔偿请求权的确立 / 239	
 余论 / 245	
一、我国现行民事法律法规和相关司法解释规定及评析 / 245	

不作为侵权行为研究

二、侵权法草案和学者建议稿的规定及评析 / 247

三、不作为侵权行为的立法思考 / 251

参考文献 / 254

致谢 / 267

后记 / 269