

侵权法上的 作为义务研究

QINQUANFA SHANG DE
ZUOWEI YIWU YANJIU

苏艳英◎著



人民教育出版社

013063330

D923.04

212

侵权法上的 作为义务研究

QINQUANFA SHANG DE
ZUOWEI YIWU YANJIU



北航

C1671220

D923.04
212



人民教育出版社

责任编辑:李椒元

装帧设计:卓 墨

责任校对:余 倩

图书在版编目(CIP)数据

侵权法上的作为义务研究 / 苏艳英著. —北京:人民出版社, 2013.8
ISBN 978-7-01-012120-8

I. ①侵… II. ①苏… III. ①侵权行为-民法-研究-中国

IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 103301 号

侵权法上的作为义务研究

QINQUANFA SHANG DE ZUOWEI

苏艳英 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

北京市文林印务有限公司印刷 新华书店经销

2013 年 8 月第 1 版 2013 年 8 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:9

字数:210 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-012120-8 定价:22.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

序 言

侵权行为,从其外在形态观之,分为作为和不作为。作为是指有所而为,不作为是指有所不为。从义务违反的角度观之,作为侵权行为乃是对不作为义务之违反,即“不应为而为”,不作为侵权行为是对作为义务之违反,即“应为而不为”。对侵权法上作为义务进行研究,直接关系到不作为侵权行为的认定,关系到不作为侵权行为所引起的侵权责任的承担和损害的救济。尤其值得一提的是,作为义务是法规范对行为人为一定行为的约束,对行为人来说,意味着行为自由的限制。从此种意义上而言,对侵权法上作为义务进行研究,实际上也是一个划定行为自由边界的问题。

苏艳英博士的该著《侵权法上的作为义务研究》是在其同名博士学位论文基础之上,几经补充、修改、完善而成。此博士学位论文在外审专家盲评中获得“全优”的好成绩。此著以侵权法上的作为义务为主题,以作为义务概念之界定为逻辑起点,深入探讨了作为义务的表现形态、来源、存在的正当性以及因违反作为义务所引起的侵权责任的认定,最终以作为义务在我国侵权法上的融入路径及立法模式为归宿,全文逻辑线索清晰,层次结构分明。在作为义务概念的界定上,以不作为义务为参照对象,综合运用学术界关于作为义务与不作为义务区分的方法,从多个角度探索对作为义务的界定。就作为义务的形态、来源、配置基础、义务违反而言,采取比较法分析的方法,注重吸收他国家或地区关于作为义务

的优秀成果,其对作为义务形态、来源、配置基础等的分析可谓独到。应特别提出的是,作为义务产生的基础多元、表现形态多样,如何将纷繁复杂的作为义务融入我国侵权法,是完善我国侵权法规范体系需要解决的重大问题之一。该著以作为义务的侵权法融入问题为归宿,在梳理、评析我国制定法、民法典草案及建议稿的基础之上,提出作为义务融入我国侵权法的模式应为“一般条款+具体列举”的立法模式,此种模式既考虑到作为义务统一的基础又考虑到各种形态作为义务的特殊性,因此,其是一种可资借鉴的融入模式;在立法路径上的选择上,认为重塑现行法上的安全保障义务遇到了无法克服的技术障碍,造成法律条文逻辑上的混乱,因此,主张在我国立法中应直接创设作为义务之概念。

艳英博士曾是我指导的博士生,其求学期间勤奋、踏实、乐观、向上,毕业之后进入河北大学政法学院从事教学与研究工作。该著融入了其近年来学习、研究的心得。值此新著出版之际,邀我作序,我欣然应允。

是为序。

麻昌华

目 录

绪 论	(1)
一、本文的研究价值	(1)
二、国内外的理论研究现状	(4)
三、本书研究内容和方法	(13)
第一章 作为义务的确立	(17)
第一节 合同法上的保护性义务	(18)
一、缔约过失责任中的保护性义务	(19)
二、加害给付行为中的保护性义务	(22)
三、对第三人具有保护效力的合同	(26)
第二节 注意义务在侵权法领域的确认	(31)
一、客观过错与注意义务的形成	(33)
二、违法性的演进与注意义务的形成	(38)
三、注意义务的发展	(44)
第三节 作为义务和不作为义务的区分	(51)
一、作为义务和不作为义务的区分意义	(52)
二、刑法中不作为犯理论的发展	(57)
三、作为义务的涵义	(62)
第二章 作为义务的比较法考察	(68)
第一节 英美法系国家的作为义务	(68)
一、滥作为 (misfeasance) 和不作为 (nonfea-	

sance) 的区分	(69)
二、作为义务的产生根据	(74)
第二节 欧洲大陆法系国家的作为义务	(87)
一、古罗马法中的作为义务的萌芽	(88)
二、德国法上的作为义务	(90)
三、法国法上的作为义务	(98)
四、荷兰法、葡萄牙法上的作为义务	(100)
第三节 我国澳门、台湾地区民法上的作为义务	(103)
一、澳门地区民法上的作为义务	(103)
二、台湾地区民法上的作为义务	(104)
第三章 作为义务的配置基础与类型	(108)
第一节 作为义务存在的正当性基础	(108)
一、法律上的原因:法律与道德的融合	(109)
二、哲学基础:个人利益与社会利益的平衡	(112)
三、经济学原理:成本效益理论	(115)
第二节 作为义务的渊源	(120)
一、作为义务的渊源之一:制定法	(120)
二、作为义务渊源之二:合同	(123)
三、作为义务的渊源之三:先前行为	(126)
四、作为义务的渊源之四:特殊关系	(128)
第三节 作为义务的类型	(137)
一、作为义务的类型划分标准	(137)
二、示例型作为义务类型——高校作为义务 类型	(138)
第四节 一般性的民事救助义务	(143)
一、救助义务的立法模式	(144)

二、救助义务立法需注意的问题	(148)
第四章 违反作为义务的侵权责任	(152)
第一节 过错认定的标准	(153)
一、标准客观化原则的确立	(153)
二、普通合理人的内涵和特征	(157)
三、合理人标准的微调	(162)
第二节 违反作为义务之侵权责任的因果关系	(166)
一、因果关系理论的发展	(167)
二、不作为侵权责任中因果关系的认定	(172)
三、不作为侵权责任中因果关系的判断标准	(176)
第三节 违反作为义务的责任承担	(179)
一、“其他因素介入”的不作为侵权责任的 性质	(180)
二、补充责任之论证	(183)
三、修正后的补充责任——不真正连带责任	(186)
第五章 作为义务的立法构筑模式与路径	(191)
第一节 我国制定法上的安全保障义务	(191)
一、基本民事法中的安全保障义务	(193)
二、特别民事法中的安全保障义务	(199)
三、具有民事性质的行政法规、规章中的安 全保障义务	(204)
四、司法解释	(207)
第二节 民法典草案、建议稿中作为义务的宣示 及评价	(208)
一、民法典草案中作为义务的宣示	(209)
二、对上述立法草案的评析	(216)

第三节 作为义务的立法模式	(220)
一、各国侵权法的立法模式	(220)
二、一般条款+具体列举的立法模式的选择	(228)
三、作为义务与一般条款的关系	(231)
四、作为义务与具体列举方式	(237)
第四节 作为义务的立法路径	(238)
一、方案一:重塑安全保障义务	(239)
二、方案二:绿色民法典草案的可行性	(253)
三、结论	(260)
结 语	(262)
主要参考文献	(265)
后 记	(276)

绪 论

一、本文的研究价值

侵权法上,义务与责任之间关系密切,违反不作为义务产生作为侵权责任,不履行作为义务将导致不作为的侵权责任,就理论研究而言,已有的研究多集中在侵权责任方面,鲜有学者就民事义务作出系统、深入的说明,这也许是受传统侵权法理论的影响亦或是学者的研究惯性使然,“专门就侵权责任中的民事义务进行研究的人并不存在,大部分学者很少对民事义务作系统、深入的研究,已有的位数簿多的研究集中在民事责任方面。”^①而就为数不多的有关义务研究的论作而言,只重视不作为义务而忽视作为义务的存在。作为义务是相对于不作为义务而言,所谓作为义务是指行为人应该采取积极的措施、实施积极的行为保护他人利益,以防止他人遭受不合理的损害;不作为义务,是指行为人不需采取积极措施、抑制自己的行为,以免引起他人损害。在侵权法领域,将行为人违反作为义务的行为称为不作为过失行为,将违反不作为义务的行为称为作为过失行为。对作为义务理论研究的缺失造成大部分国家侵权责任法只重视不作为义务(作为

^① 张民安:《过错侵权责任研究》,中国政法大学出版社2002年版,第286页。

侵权责任),而忽视作为义务(不作为侵权责任),在传统的侵权法领域中坚守着“行为人原则上不对他人承担积极的作为义务,不就自己的不作为行为承担侵权责任”的原则,行为人实施了积极的侵权作为时才承担侵权责任,法律不能强迫人们之间主动行善。但随着社会环境的变迁,各种新型的违反作为义务的侵权案件不断涌现,这种研究状况无法为司法提供充分的法律理论依据。

伴随着人类社会生活关系的复杂性和多样性,以及不同法律学科的良好互动,侵权责任法理论得到了极大的发展,法定义务的范围也得到了扩张,在消极不作为义务外诞生了以注意和谨慎关注为核心的积极作为义务,以此动摇了上述传统侵权法不调整作为义务(不作为侵权责任)的观点。侵权法领域中的注意义务与过错判定标准客观化具有密切联系,随着注意义务理论尤其是作为义务的发展,将对侵权责任中的过错、违法性及因果关系的判定产生理论上的冲击,推动侵权责任构成要件理论的完善;作为义务的产生,从另一角度讲,即意味着侵权法内在体系的协调。首先,在侵权责任法领域中,学界对侵权责任的构成要件存在重大争议,主要包括三要件说和四要件说,分歧主要在于:违法性是否作为独立的构成要件而存在。这肇始于《法国民法典》和《德国民法典》对侵权责任构成要件的不同编制体例。法国学界主张客观过错,将违法性作为过错判定标准,采取三要件说;而德国法认为过错是主观性的判定,而违法性是一种客观评价标准,二者完全不同,将违法性作为不同于过错的一个独立的构成要件,由此形成了德国法上的侵权行为四要件说。而作为义务的引入,将在一定程度上结束主观过错、客观过错之争,解决困扰了侵权法学者多年的问题;其次,关于违法性,亦存在行为违法性和结果违法性以及客观

违法性和主观违法性之争,作为义务的提出将使此问题的研究变得简单;最后,作为义务的提出将对因果关系的判定提出挑战,在因果关系的判定上近因性原则将被引进,在一定程度上促进侵权责任法理论的发展,为侵权责任的构成要件的完善奠定理论基础,总体而言,作为义务的引入可以解开困扰民法学界多年的理论难题,为司法实践提供灵活的参照工具。

行为人的积极作为义务,在我国民事立法中经历了从无到有限存在的历程。我国相关民事立法中并未直接使用“作为义务”一词,行为人的谨慎和注意义务主要使用“安全保障义务”来替代,有关安全保障义务的规定主要见于我国《侵权责任法》第37条,其仅涉及具有营业性质的宾馆、商场、银行、车站以及娱乐场所的管理人或者群众性活动的组织者;无民事行为能力人和限制民事行为能力人所在学校或者幼儿园及其他教育机构的安全保障义务。首先,作为义务包含的内容单一,只规定了上述机构的安全保障义务;其次,作为义务的行为主体过于狭隘,只规定了商业服务性质的主体和教育机构的安全保障义务,对于其他主体是否会产生安全保障义务并未规定,据此,在我国并未形成全面性的一般作为义务。而随着社会交往关系的复杂化,新型的侵权行为不断涌现,主要包括两种类型,一种是《侵权责任法》第37条之外的主体间因作为义务而产生的侵权纠纷案例,如在我国司法实践中曾出现了恋人之间、“驴友”之间以及高校对大学生未履行积极作为义务而产生的纠纷,另外一种陌生人之间的民事救助义务的案例。由于并未形成一般性的作为义务的立法状况,造成了司法实践判决的不统一性,严重影响了司法审判的权威性和公正性。就司法的水准而言,我国法院在过错侵权责任制度这一公共政策起着核心作用的法律领域并没有意识到公共政策因素的存在,因此,更不

知道应该如何通过义务、义务的违反,损害的阻隔性手段等去贯彻公共政策,以实现社会公共利益的保护。^① 从而促进侵权法的开放性发展。作为义务问题是一关乎社会伦理道德、权利与自由保护等一系列公共政策衡量因素的综合体,我们应该借鉴西方国家成功的立法和实践经验,在立法中对作为义务作出明确的规定,包括作为义务产生的根据以及作为义务的类型、违反作为义务的标准以及侵权责任构成和责任承担。

二、国内外的理论研究现状

(一)英美法系国家理论研究现状

现代的英美法系国家仍遵循着“不作为不承担责任,但有例外的原则”。美国学者 Jean Elting Rowe 和 Theodore Silver 对“不作为”(nonfeasance)和“滥作为”(misfeasance)概念的区分对后世学者影响深远,并主张人们不承担一般性的义务,因此无须采取积极行动阻止他人遭受损害,揭示了普通法上“no general duty to act”的原则。^② 美国学者 Shlomo Twerski 在其论著中持相同观点,认为,在普通法上人们不承担一般性的义务,只有在几种特殊的情况下才承担过错侵权责任,普通法无须要求被告对其疏于作为承担责任。^③ 这种观点在美国律师协会起草的《侵权法复述》中再次

^① 张民安:《过错侵权责任研究》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 287—288 页。

^② Jean Elting Rowe, Theodore Silver: The Jurisprudence of Action and Inaction in the Law of Tort: Solving the Puzzle of Nonfeasance and Misfeasance from the Fifteenth Through the Twentieth Centuries, 33 *Duq. L. Rev.* 807.

^③ Shlomo Twerski, Affirmative Duty After Tarasoff, 11 *Hofstra L. Rev.* 1013.

得到了印证。^①

尽管英美法系国家在司法实践中只承认有限性的作为义务,但是这些国家对作为义务的理论研究可谓功绩卓越。学者将研究重点放在了作为义务的产生根据上,着重研究特殊关系主体间的作为义务,涉及不动产权人的作为义务、精神病医师的警告义务、酒水提供者义务、大学作为义务等^②,并深入探讨了民事救助义务问题,对救助义务进行了论述。在英美国家,对特殊关系和自愿承担可以产生救助义务没有任何争议,但是对于此情形之外是否存在一般性的民事救助义务争议颇大,主要有肯定说和否定说。以 James Barr Ames 和 the Pepperdine University School of Law 的 Jennifer L. Groninger 为代表。

(二)我国理论研究现状

本着总结国外先进经验,“取其精华,去其糟粕”,“他方之石可以攻玉”的原则,我国学者进行了探索。但总体而言,最近几年专题对作为义务研究的学者还是很少,力量比较薄弱,多少触及到作为义务问题的文章也集中在 2003 年后,这肇始于我国最高法院颁布的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

^① *Restatement (Second) of Torts* § 342 (1965)。第 314 条和 315 条坚持这样的原则,即不作为不承担侵权责任,除非在特殊情况下,法律才可以责令一个人对另一个人的不作为行为承担侵权责任。315 条对特殊关系进行了具体列举。(see: *Restatement (Second) of Torts* § 342 (1965). *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm* (Tentative Drafts).

^② 这方面的论作如: Kristin K. Woodward: Owners and Occupiers of Land Now Owe Those Lawfully on their Premises a Duty of Reasonable Care Under *Heins v. Webster County*, 250 Neb. 750, 552 N.W.2d 51 (1996); Everett L. Hixson: Recent Development: Tort Law—Premises Liability—Abolition of the Common-Law Classes of Licensee and Invitee in Tennessee, 52 Tenn. L. Rev. 787; Edward A.

(以下简称《人身损害赔偿司法解释》),其第六条规定了经营者的安全保障义务,由此引起了法学界对安全保障义务和注意义务的研究,在侵权法领域中,对义务研究的学者也多将重点放在作为义务的上位概念——注意义务上,如王利明教授主张将德国法上的一般安全注意义务引入我国侵权法;张民安教授的博士毕业论文《过错侵权责任制度研究》对注意义务的来源、功能以及违反后果进行了详细的论述;胡雪梅博士在其毕业论文《论“过错”的死亡》,对注意义务不符合我国的侵权法体系进行了批判;武汉大学的廖焕国博士在其毕业论文《侵权法上注意义务比较研究》对注意义务在西方国家以及我国目前的立法现状进行了阐述,主张应在我国侵权法中确立注意义务;西南政法大学的熊进光博士的毕业论文《侵权行为法上的安全注意义务研究》,对我国的安全注意义务的立法中模式进行了探讨,山东大学王钦杰博士在其毕业论文《英美侵权法上注意义务研究》中系统地论述了英美法系国家侵权法领域的注意义务,介绍了注意义务的判定以及在精神损害案件中的具体运用;对外经济贸易大学的高建学博士在其毕业论文《过失侵权的注意义务研究》中主张在我国侵权法上确立注意义务,等等诸多关于注意义务的论作。

相比注意义务的研究,对作为义务的关注较薄弱,并且专题对“作为义务(不作为侵权)进行研究的学者更是凤毛麟角,目前,对作为义务进行研究的大陆学者主要有中南财经政法大学的麻昌华教授,中国人民大学的张新宝教授,中山大学的张民安教授,湖南大学的蔡唱教授,福建师范大学的杨垠红博士等其他一批中青年法学家。另外还包括一些具有影响力的博士生毕业论文和硕士生毕业论文。但是目前还没有以作为义务为题的博士毕业论文。在我国台湾地区对作为义务进行相关研究的学者,主要包括曾世雄

教授、王泽鉴教授和陈聪富教授,以及林美惠的博士毕业论文。目前,学界对作为义务的研究处于起步阶段,主要基于对作为义务的基础性问题展开研究,例如如何界定作为义务、作为义务的产生根据及类型,并就作为义务在我国立法模式进行了探讨。

目前对于作为义务的涵义,学界认识比较统一,均承认作为义务的积极实施的性质,只是其中的侧重点不同而已。中南财经政法大学麻昌华教授认为“侵权责任法上的作为义务是指由法律规定或约定,或者通过考量其他政策、原则等因素而推定的行为人所负有的通过积极行动防止或制止危险之发生以避免或减少受害人损害的义务。”^①麻昌华教授在其他著作中均涉及对作为义务的论述。^②王利明教授从不作为侵权行为的角度理解作为义务的“不作为侵权行为,是指违反对他人负有的某种作为义务,未实施或未正确实施义务所要求的行为而致他人损害的行为。”^③而张新宝教授从作为侵害行为和不作为侵害行为角度承认了作为义务的存在,指出“行为人对于所侵害的客体,或负有积极的作为义务或负有消极的不作为义务,负有积极作为义务者而不作为致人损害的,谓之消极侵权行为。”^④有学者将作为义务定义为“所谓作为义务

① 麻昌华:《论作为义务的配置基础与类型》,《法商研究》2008年第3期。

② 麻昌华教授在其专著《侵权行为法地位研究》一书中,设计了民法典中的侵权行为法条文,并在第4条“不作为致损”部分确立了行为人的作为义务。(麻昌华:《侵权行为法地位研究》,中国政法大学出版社2004年版,第298页);并在《论公共安全注意义务的设立》一文中探讨了作为义务的相关问题。麻昌华:《论公共安全注意义务的设立》,张民安主编:《侵权法报告》第1卷,中信出版社2005年版,第59—85页。

③ 王利明:《侵权行为法研究》,中国人民大学出版社2004年版,第21—22页。

④ 张新宝:《中国侵权行为法》,中国社会科学出版社1998年版,第30页。

是指行为人要积极从事某种行为,以满足他人某种利益的需求。”^①而有的学者对不作为义务含义进行解释时,采取将作为义务与不作为义务进行比较区分的方法,得出“作为是指行为人在意思的支配下,积极的有所为。即变现为一定的身体运动,对周围环境的某些现象和事件进行有意识地、积极的干预。但是并不是任何的身体举动,都是侵权法上中的作为的意义,只有为法律禁止的不得为的举动,才能成为作为。”^②

作为义务的产生根据又被看做是作为义务适用范围问题,在这个问题上学界观点不一,分歧很大,表述不同。

王利明教授并未对作为义务的产生根据作出专门研究,但是在其著作《中国侵权行为法》中,王教授认为产生作为义务包括三种情形:“从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他社会组织,在合理限度内负有安全保障义务;因行为人实施了某种在先行为,也要对特定的他人产生安全保护义务;某些负有特定职责的人应当负有的作为义务。”^③中南财经政法大学麻昌华教授认为包括以下五种:法律规定;先前行为;习惯和惯例;特殊关系;特殊职业。不赞成将“特殊环境”作为产生作为义务的根据,认为“‘特殊环境’的认定需要在具体案件中作具体分析,而不是一个类型化的概念。”^④而有的学者对作为义务在中国侵权法的适用持保守态度,认为不应过于扩大作为义务的范围,应将作为义务限定在一定的范围内,“本文认为将作为义务限

① 张民安:《侵权法上作为义务比较研究》,《民商法学家》第2卷,中山大学出版社2006年版,第86页。

② 蔡唱:《不作为侵权行为与作为侵权行为的边界》,《学术界》2009年第1期。

③ 王利明:《侵权行为法研究》,中国人民大学出版社2004年版,第14、27页。

④ 麻昌华:《论作为义务的配置基础与类型》,《法商研究》2008年第3期。