

民法的传统
与现代

不作为 侵权责任之 比较研究

杨垠红 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

国家社会科学基金项目最终成果

民法的传统与现代

不作为侵权责任之 比较研究

杨垠红 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

不作为侵权责任之比较研究 / 杨垠红著. -- 北京:
法律出版社, 2012. 12

(民法的传统与现代)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4197 - 1

I. ①不… II. ①杨… 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(2012)第 254744 号

民法的传统与现代

不作为侵权责任之比较研究

杨垠红 著

责任编辑 刘彦泮
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 16.125 字数 393 千

版本 2012 年 12 月第 1 版

印次 2012 年 12 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4197 - 1

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

5年前,我有幸认识了福建师范大学法学院一群勤奋好学、朴实上进的年轻教师,后来,我作为他们的兼职教授,辅导他们的科研、教学,并指导他们完成博士论文。在这个过程中,我目睹了他们为法学理论的进步以及自己的学问追求而废寝忘食、孜孜不倦、不辞辛劳的钻研精神,也见证了他们从稚嫩走向成熟的艰辛历程。现在,把他们近年来的法学研究成果汇集起来,作为丛书出版,我由衷地为他们高兴。林旭霞院长提出让我为这套丛书作序,我义不容辞。这不仅是为了祝贺这些年轻学者的钻研精神和刻苦努力,同时也是为了留住自己与这些弟子们一起攻克课题时值得留恋的记忆。

福建师范大学法学院是一所年轻的法学院,刚刚成立不过六年。我还清晰地记得,刚刚受命学院院长的林旭霞教授踌躇满志,不停地奔波于学院的学科建设和学术提升的情形;也

清晰地记得,那些刚刚成为法学院教授、副教授和讲师的青年学子奋发努力,要打造一个好的法学院的信心和决心。短短的六年,福建师大法学院不仅在民商法学科建设方面取得了突出成绩,他们获得了5项国家社科基金项目 and 多项省部级项目,在《法学研究》、《中国法学》、《政法论坛》等法学专业权威或人文社科核心刊物上发表论文百余篇、出版学术专著10部、编著10部、获省部级社科优秀成果奖励十余项,一批年轻的学者脱颖而出,在各自的研究领域初步形成了自己的特色。

我认为,他们的法学理论研究的最突出的成果,在于以下几个方面:

第一,对物权法研究的进展。他们侧重于研究物权法的现代发展,关注网络环境下新型物权客体即虚拟财产,在虚拟财产权的性质、权利归属、权利保护等方面取得了一系列研究成果,提出“虚拟财产是指在网络环境下,模拟现实环境中的财产形态,以数字化形式存在的、具有独立价值和可独占性的财产利益”、“虚拟物具备物权客体的属性,应适用物权规则”、“虚拟财产权具有直接支配性”等重要观点。在物权法的新领域即空间权的研究上,他们的见解也很独特,已经形成了系统的理论和解决实际问题的规则。在中国传统土地所有权制度方面,他们通过典权等一系列的专题研究,揭示本土传统习惯法对所有权问题的解决方式,为用中国特色的法律方法解决现代本土土地权属难题提出了一个新的理论。

第二,在民法总则的研究领域,他们突出的研究成果表现在人格制度的研究上,将研究的内容侧重于关注特殊人群的特殊人格,如连体人、植物人、老年人以及胎儿等这些弱势人群的法律人格及准人格问题,探索并解决存在的疑难问题及权利冲突等问题,着力构筑特殊人群法律人格保护的基本制度,为这些特殊人群的权益保护提供了理论依据。

第三,在侵权法研究领域,他们着重探讨确立侵权法上的作为

义务和不作为义务,探索作为义务的合理范围及不作为侵权责任的公平分担,提出了作为义务类型化、不作为侵权责任承担多元化及多层次化的设想。对诽谤法的研究也有重大进展,在综合比较研究的基础上,全面审视我国侵害名誉权责任制度及其具体规则,提出适合国情的立法和司法建议。通过这些研究,为我国侵权责任法的立法提出了很多好的建议,也为司法进步提供了适当参考。

说到底,福建师范大学法学院的这些进步,不过是我国法学研究进步和繁荣的一个缩影。看到福建师范大学法学院的蓬勃发展以及这个学院莘莘学子的不断进步,其实也就看到了我国法学的进步和发展。新中国成立 60 年,改革开放 30 年,中国的法制事业和法学研究、教学事业不断发展,不断繁荣,并且必定要不断发展和繁荣,从而实现依法治国,建设伟大的社会主义强国的目标。我们作为一位法学研究工作者,作为一个法学研究和教学机构的老师们,肩负着重任。与这个伟大目标比起来,我们还有更为重要的任务需要完成。因此,我们还要看到不足,还要继续努力,才能实现这个伟大目标。

未来五年,是中国民法典立法最关键的五年。我衷心期待福建师范大学法学院的这些民法学者在未来的五年里,能够开拓研究视野,在学术研究上更上一层楼,为中国民法典的诞生做出更大的贡献,将更多的法学研究成果奉献给广大读者。

愿以上面的祝愿与福建师范大学法学院的师生共勉。

是为序。

中国人民大学民商事法律科学研究中心主任

杨立新

2009 年 4 月 16 日于北京

Introduction

Affirmative duties present a knotty problem for law. On the one hand, freedom dictates that we should all have the opportunity to choose how we engage in charity, whether it be with our time or resources. On the other hand, when there are prominent instances of individuals failing to help other in desperate and life-threatening circumstances, there is public outcry wherever such an event occurs, east or west.

This is a case where it is classically said that morals and law are distinct. While I may be a moral monster for failing to rescue a young helpless child on railroad tracks, the law generally does not impose tort liability on those moral monsters.

All legal systems must confront this dilemma between freedom and forced charity and determine an appropriate balance between these two important goals. Readers of this book will benefit

greatly from the acute, informed, and wise ideas that YinHong Yang has gathered in her comparative research about affirmative duties. Extending her book to address the apportionment of liability issues that arise when an affirmative duty is recognized is an added benefit as she explains the different mechanisms that have developed in different legal systems.

A handwritten signature in black ink, reading "Michael Green". The signature is written in a cursive, flowing style with a large initial "M".

[Prof. Green is one of the country's most respected experts in the area of tort law in the United States. He serves as Co-Reporters for the Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm and the Restatement (Third) of Torts: Apportionment of Liability, publications of the prestigious American Law Institute.] (Prof. Green 是本人获国家留学基金委资助到美国 Wake Forest 大学访学一年 (2011.6 ~ 2012.6) 时的指导老师。对他的耐心指导深表谢意)

目 录

第一章 不作为侵权责任研究之源起 /1

第一节 不作为侵权责任研究之必要性与可行性 /1

一、不作为侵权责任研究的现实迫切性 /1

二、不作为侵权责任研究的有利背景 /8

第二节 作为义务在不作为侵权责任中之核心地位 /13

一、作为义务的内涵分析 /13

二、作为义务在现代侵权法中的重要价值 /17

第三节 确立不作为侵权责任之理论依据 /20

一、经济学上的理论依据 /21

二、哲学上的理论依据 /28

三、政治学上的理论依据 /39

四、社会学上的理论依据 /40

第二章 不作为侵权责任之历史探源 /43

第一节 《苏美尔法典》中的不作为侵权责任 /43

第二节 《汉穆拉比法典》中的不作为侵权责任 /45

第三节 罗马法上的不作为侵权责任 /47

- 一、罗马法上不作为侵权责任具体规定之分析 /47
- 二、罗马法上不作为侵权责任构成要件之探析 /63
- 三、罗马法相关做法与现代法之比较及其启示 /67

第三章 不作为侵权责任在现代域外法之体现 /79

第一节 大陆法系国家的不作为侵权责任 /79

- 一、德国法上的不作为侵权责任 /79
- 二、法国法上的不作为侵权责任 /86
- 三、日本法上的不作为侵权责任 /99
- 四、希腊法上的不作为侵权责任 /104
- 五、荷兰法上的不作为侵权责任 /109
- 六、奥地利法上的不作为侵权责任 /110
- 七、欧洲侵权法草案中的不作为侵权责任 /113

第二节 英美法系的不作为侵权责任 /117

- 一、英美法上的过失与注意义务 /119
- 二、对不作为侵权责任的有限认可 /127

第三节 域外国家相关法律制度的比较分析 /145

- 一、域外国家相关制度的总体比较考察 /145
- 二、英美法上注意义务与一般安全注意义务制度的相似性 /153
- 三、域外的先进做法可为我国所用 /160

第四章 不作为侵权责任前提之一——作为义务来源之探讨 /163

第一节 德国法上一般安全注意义务之来源 /163

- 一、耶瑟(J. Esser)教授的观点 /164
- 二、Kötz 教授的观点 /164
- 三、克雷蒂安·冯·巴尔教授的观点 /165
- 四、王泽鉴教授的阐述 /169
- 五、廖焕国博士的阐释 /169
- 六、周友军博士的阐释 /170

第二节 英美法上作为义务之来源 /175

- 一、隐藏于一般合理注意义务中的积极义务——对自己行为引发危

险的积极义务 /175

二、明确体现的有限作为义务——对非由自己行为引发危险的积极义务 /183

第三节 我国法上作为义务之来源及其完善 /217

一、我国法上作为义务之来源 /217

二、比较分析及其对我国之启示 /219

第五章 不作为侵权责任前提之二——作为义务内容之探讨 /241

第一节 域外法之作为义务的内容 /241

一、域外法对作为义务基本内容之阐述 /241

二、三类特殊主体的作为义务 /243

第二节 域外法之作为义务的判断标准 /265

一、德国法上一般安全注意义务的确定标准 /265

二、英美法上注意义务的判断标准 /269

第三节 我国法上作为义务之内容及其完善 /283

一、我国法上作为义务的内容 /283

二、域外做法对我国构建作为义务的有益借鉴 /292

第六章 不作为侵权责任构成要件之探究 /312

第一节 德国法上违反一般安全注意义务责任之构成要件 /312

一、责任构成要件之一——构成要件的符合性 /313

二、责任构成要件之二——违法性 /322

三、责任构成要件之三——过错 /330

第二节 英美法上违反注意义务责任之构成要件 /339

一、责任构成要件之概述 /339

二、对注意义务之违反 /340

三、因果关系之阐释 /354

第三节 我国法上不作为侵权责任之构成要件及其完善 /373

一、责任构成要件的基础理论 /373

二、过错与违法性的关系 /374

三、因果关系的辨析 /383

第七章 不作为侵权责任承担之探索 /400

第一节 不作为侵权责任承担之域外法考察 /400

一、德国法上不作为侵权责任之承担 /400

二、美国法上不作为侵权责任之承担 /404

第二节 我国不作为侵权责任形态之争议 /412

一、侵权责任形态之概述 /412

二、不作为侵权责任形态的观点与争论 /419

第三节 存在第三人行为时不作为侵权责任形态之抉择 /439

一、补充责任之优劣观 /439

二、存在第三人行为时责任形态之设计及案例阐释 /452

结论 立法的初步设想 /467

参考文献 /470

第一章 不作为侵权责任 研究之源起

第一节 不作为侵权责任研究之 必要性与可行性

一、不作为侵权责任研究的现实迫切性

(一) 传统不作为不承担侵权责任的观点

传统侵权法认为,人们仅就其所从事的积极行为而导致的损害,对他人承担赔偿责任。所以,如果一个人向他人抛掷石块将他人砸伤,则此人应对受伤者承担侵权责任。然而,如果一个人不为任何积极行为,没有从事积极的侵害行为或者没有以积极行为阻止侵害行为的发生,则此人对他人的损害承担赔偿责任。消极的不作为不视为侵权行为,不承担侵权责任,这一传统观点的形成主要有四个原因:

其一,人类基本生活需要使之然。在早期罗马法上,人们基本的义务是不得伤害他人,这一义务简单可行,因为它是一种消极性的义务,

对人们提出的要求较低——只要求人们不以积极的行为伤害他人,而且这也是保障群居着的人类得以生存的最为重要的义务,因为离开了这一义务,人类生活秩序无法得以维持,人类生活根本无法持续下去。正如古罗马法著名法学家西塞罗(Cicero)所言:“公正的第一任务就是不伤害他人。”^{〔1〕}“不得伤害他人(meminem laede)”的消极义务随后成为罗马法中的一项传统法律制度得以流传,并深远地影响着后世的学者以及法律制度。^{〔2〕}

其二,自由主义思想的影响。基于对自由(freedom)、独立自主(sovereignty)的尊重,人们认为,每个人仅对自己的行为负责,他没有义务为其他人的利益而行事,除非他与其他人之间存在某种关系尤其是自愿建立的关系,且这种关系使行为人必须为这一关系的相对人的利益为一定的行为。这一点正是合同之债与侵权之债区别之所在,基于人们自愿建立的关系即合同关系,当事人之间互负积极的履行义务,当事人未履行给付标的物、支付款项等作为义务的,承担的是违约责任。而在侵权之债领域中,行为人与受害人之间一般不存在特殊关系,所以法律对行为人的要求较低,行为人只负有消极义务,不以自己的积极行为侵害他人即可,他仅就自己积极行为造成的他人损害承担侵权责任。

其三,对不作为侵权责任存在技术认定上的困难。就被告的确认而言,例如,有一人落入水中,旁观者数人却无人施以救助,落水者身亡,落水者家属欲起诉要求赔偿,此时,遇到的重大障碍是应当将谁确定为被告。就因果关系而言,尤其在第三人行为造成受害人损害的情形下,如在宾馆住宿的人被闯入的第三人打伤,第三人逃之夭夭,此受害人起诉宾馆,要求其承担赔偿责任。法院一

〔1〕〔古罗马〕西塞罗:《论义务》,王焕生译,中国政法大学出版社1999年版,第31页。

〔2〕何庆仁:《义务犯研究》,中国人民大学出版社2010年版,第144页。

般会认为第三人的行为是受害人遭受损害的直接原因,第三人的行为是一种介入原因,导致前面存在的因果关系的中断,宾馆的不作为与受害人的损害之间不存在因果关系。

其四,出于道德与法律区别的考虑。传统观点坚持认为,道德与法律是调整人与人之间关系的两种迥异的、互不干涉的手段。道德奉行的是一种上人的标准,它要求人们多行善事,如果行为人以积极行为来避免他人遭受损害或增益于他人,则此人将会获得道德上褒奖的评价。如果行为人见危不助、见死不救,则此人将受到严厉的道德谴责与唾弃。然而,法律规范遵循的是中人的标准,侵权法律规范多为一种消极性的规范,它一般仅要求毋害他人,即不以自己的积极行为伤害他人,并不要求行为人为积极的行动以裨益于他人。正如约翰逊(Johnson)所言:“法律之所以坚持不作为不承担积极作为义务的原则,是因为受这一观念的影响:如果被告没有行动,他仅仅是没有将某种好处授予原告,他并没有使原告的处境恶化。”〔3〕法律并不要求人们都成为好撒玛利亚人。〔4〕不作为不承担侵权责任的传统原则为两大法系国家包括我国所坚持。〔5〕

(二)传统观点在当今社会所遭受的挑战

随着人际关系变动日益复杂、社会风险日渐加大、人们之间相互依赖程度的日臻加深以及社会理论的巨大变革,传统的观点面临着严峻的考验,生活中诸多不作为引发损害的纠纷,迫使人们去反思不作为不承担侵权责任的一般原则,促使人们去找寻何种情

〔3〕 WALTER E. JOHNSON. Tort Liability in Georgin for the Criminal Acts of Another. 18Ga. L. Rev. 361 (1984): 78.

〔4〕《路加福音》利未记 19:18,一个人被强盗抢劫后受了重伤躺在地上,先后经过的牧师和利未人没有理睬他,而一个撒玛利亚人却帮他处理了伤口并将其带到旅店,第二天临走时还交给店主银两让店主继续照顾他。学者们将此类在他人处于危险时施以救助的人称为“好撒玛利亚人”。

〔5〕 张民安:《侵权法上的作为义务》,法律出版社 2010 年版,第 14 页。

形下应当负有适当作为义务的答案。

现实生活中不作为引发损害的案件,主要体现为两类。第一类是在无第三人行为介入时,从事经营活动或社会活动的人未采取积极措施而使他人遭受人身或财产的损害,受害人诉至法院要求这些人承担损害赔偿责任的案件。例如,2007年单某诉请成名酒店赔偿损失案,^[6]单某和他的同事在成名酒店吃晚饭喝酒后,一同下楼,在酒店二楼楼梯间拐角处,单某一脚踏空,身体失去平衡后翻过护栏,栽入天井致死。而该护栏高度为0.82米,而楼梯间地面没有采取任何防滑措施,也没有设置防滑警示标志,故死者家人要求酒店承担损害赔偿责任。2008年小亮父母诉某水电站案,^[7]2008年10月,小亮跟随哥哥阿磊、阿明开着小四轮拖拉机拉砂石料。当拖拉机行驶至一河坝大桥附近时,阿磊发现遗落了铁锹,遂返回工地去取。在停车等候期间,小亮从车上跳下来玩,结果不慎掉入路边一废弃多年的机井中,后经医院抢救无效死亡。小亮的父母诉请法院,要求对废弃机井有管理权的新疆兵团农六师某团水电站赔偿相应的人身损害损失。2008年小佳父母诉女婿及亲家人身损害赔偿案,^[8]2008年7月,小佳与小龚结婚后,与公婆共同居住。但小龚常以加班为由夜不归宿,夫妻二人为此经常争吵。2008年9月18日凌晨,小龚与小佳发生争吵后,年仅23岁的小佳坠楼死亡。小佳父母认为小龚及亲家的不作为导致了损害结果的发生,因而要求三被告承担赔偿责任。

第二类则体现为在从事某些经营活动或社会活动的人未采取

[6] 李彦:“酒店护栏低于相关规定 食客酒后坠楼获赔”,载 http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=244505&&_title=酒店护栏低于相关规定&&_content=酒店护栏低于相关规定&&_author=,访问时间:2007年6月14日。

[7] 崔建民、张伟森、李泽江:“十龄童废井殒命,废井管理者赔偿4万余元”,载 <http://www.chinacourt.org>,访问时间:2011年7月15日。

[8] 王丽英:“女儿新婚两月跳楼父母起诉,女婿被判赔偿10万”,载 <http://www.chinacourt.org>,访问时间:2011年7月15日。

某些积极措施的情况下,受害人因第三人的侵害行为而遭受人身或财产的损害时,要求未实施积极行为者承担赔偿责任的案件。例如,2008年王沁霞诉移动通信公司案,^[9]王沁霞订购了移动通信公司的来电显示服务,因相信来电显示所显示的弟弟来电的提示,她将车款汇给了所谓的卖车人,后发现自己被诈骗,遂起诉移动通信公司,要求其对未提供真实、可靠的来电提示业务而造成的损害承担赔偿责任。2001年李萍、龚念诉广东珠海经济特区五月花饮食有限公司案,^[10]该案中,二原告带其8岁的儿子龚硕皓去被告经营的五月花餐厅就餐,被告的礼仪小姐将他们安排在一间包房的外边就座,一犯罪分子在这间包房内制造爆炸事件,包房的墙壁被炸倒,造成龚硕皓死亡和李萍残疾,原告因此诉请法院要求被告承担全部的损害赔偿责任。2005年物业公司保安未尽义务的赔偿案,^[11]2005年由于上海中远两湾城小区保安员对大堂进出人员未仔细观察,没有警觉到未使用IC智能卡进门的刘伟等三名歹徒,致使这三名歹徒顺利进入社区并将业主李先生暴打致死,李先生的母亲认为是物业公司的过失导致了其儿子被害的结果,故要求该物业公司承担赔偿责任。

现实生活中不断涌现的不作为纠纷,难以在契约的框架内予以圆满解决,人们便把目光投向了侵权法,希望在侵权法中寻找突破口,于是开始不断地思索不作为是否应当承担责任、应当如何承担责任的问题。详言之,在第一类案件中,即使受害人和被告之间存在合同关系,似可以采用违约责任或缔约过失责任来处理,但受

[9] 李丽:“用户遭遇手机诈骗,移动公司有责被判赔钱”,载 <http://www.chinacourt.org>,访问时间:2011年7月15日。

[10] 唐德华主编:《最高人民法院人身损害赔偿司法解释条文释义》,人民法院出版社2004年版,第120页及以下。

[11] 刘宁:“业主家中遇害、物业被判承担相应责任”,载 <http://www.chinacourt.org/html/ajk/>,访问时间:2007年10月18日。