

民商法学家

(第2卷)

张民安 主编

龚赛红 副主编

○ [名家论坛]

《中华人民共和国物权法草案（征求意见稿）》的若干基本问题

○ [作为义务：理论研究]

侵权法上的作为义务：《消费者权益保护法》第18条规定的义务还是交往安全义务
侵权法上作为义务的比较研究

侵权法上的作为义务和不作为义务：拨开15世纪至20世纪不作为和滥作为的迷雾

○ [作为义务：实务研究]

行为人就其高层坠落物引起的损害承担的侵权责任

○ [作为义务：立法研究]

侵权法上作为义务产生的根据

○ [作为义务：研究报告]

侵权法上的作为义务在我国司法判例中的运用

中山大学出版社

D913.04
36
:2

民商法学家

(第2卷)

张民安 主编

龚赛红 副主编

中山大学出版社
·广州·

版权所有 翻印必究

图书在版编目 (CIP) 数据

民商法学家·2/张民安主编;龚赛红副主编. —广州:中山大学出版社, 2006.3

ISBN 7-306-02644-5

I. 民… II. ①张… ②龚… III. ①民法—研究—中国 ②商法—研究—中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 147784 号

策 划: 蔡浩然

责任编辑: 浩 然

封面设计: 方 竹

责任校对: 曾育林

责任技编: 黄少伟

出版发行: 中山大学出版社

编辑部电话: (020) 84111996, 84113349

发行部电话: (020) 84111998, 84111160

地 址: 广州市新港西路 135 号

邮 编: 510275 传真: (020) 84036565

印 刷 者: 广东南海系列印刷公司

经 销 者: 广东新华发行集团

规 格: 787mm × 1092mm 1/16 30 印张 426 千字

版次印次: 2006 年 3 月第 1 版 2006 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 48.90 元

本书如有印装质量问题影响阅读, 请与承印厂联系调换

编者的话

本书的书名为《民商法学家》，意在汇集我国民商法学界的专家就有关民商法的重要问题撰写论文，并对中国和两大法系国家过去和现在有重要影响的民商法案例，从理论和实务的角度对其进行系统深入的分析，为民商法理论界和实务界建立起学术交流平台，以进一步提高我国民商法学的水平。

《民商法学家》是由中山大学出版社出版发行的专著性连续出版物，每年拟出版1卷。欢迎来稿，稿件要求参见书后的《民商法学家》稿约。

主编特别声明

本书凭借主编张民安博士和龚赛红博士良好的专业素质、外语水平和与国内外民商法理论界和民商法实务界的良好关系，从理论和实务、国内和国外两个角度诠释当代民商法的最新理念，揭示当代民商法案例中所蕴涵的丰富内涵，提升我国民商法的理论水准，为我国立法机关科学地制定《中华人民共和国民法典》提供理论支撑，为我国司法判例妥当地解决纷繁复杂的民商法案件提供理论指导。

提出新观点，倡导新观念，援引新资料，解决新问题，是《民商法学家》一贯的宗旨，也是《民商法学家》主编一直追求的目标。尊敬的读者，如果您是首次在《民商法学家》中读到该书援引的任何案例、法官的判词、外国学者的精辟论语和提出的学术观点，并在撰写文章时引用，请您遵守最基本的学术规范和尊重作者最基本的权利，加上“转引《民商法学家》”等字样，以体现对作者艰辛劳动的尊重。因为，学术虽然是开放的，但是，作者的劳动是应当得到保护的。只有这样，学术才能繁荣，民商法学才能进步，在学术上倡导新观念、提出新观点的学者才能体现其价值。

《民商法学家》学术顾问

梁慧星 中国社会科学院研究生院教授，中国社会科学院法学研究所研究员，博士生导师，国务院学位委员会委员，《法学研究》主编，山东大学法学院院长，著名民商法学家。

王保树 清华大学法学院教授，博士生导师，中国法学会商法研究会会长，著名民商法学家。

周林彬 中山大学法学院教授，博士生导师，中山大学法学院副院长，中山大学法律经济学研究中心主任，著名民商法学家。

《民商法学家》编委

(以姓名的汉语拼音为序)

- | | |
|-----|---------------------------------|
| 曹明德 | 法学博士，西南政法大学教授，博士生导师 |
| 曹士兵 | 法学博士，最高人民法院民二庭法官 |
| 陈春华 | 法学博士，广东省东莞市中级人民法院民二庭副庭长 |
| 冯 果 | 法学博士，武汉大学法学院教授，博士生导师 |
| 傅 穹 | 法学博士，吉林大学法学院副教授 |
| 古稀麟 | 广东省高级人民法院民二庭庭长 |
| 韩世远 | 法学博士，清华大学法学院教授 |
| 蒋大兴 | 法学博士，南京大学法学院教授 |
| 赖昌仁 | 广东省梅州市中级人民法院民一庭副庭长 |
| 刘小鹏 | 广州市中级人民法院民一庭法官 |
| 梁展欣 | 广东省高级人民法院法官 |
| 李颖怡 | 法学博士，中山大学法学院副教授 |
| 李建华 | 法学博士，吉林大学法学院教授，博士生导师 |
| 刘银春 | 最高人民法院民一庭法官 |
| 蓝中伟 | 广东省高级人民法院民一庭法官 |
| 邱文宽 | 广东省高级人民法院民一庭庭长 |
| 冉 昊 | 法学博士，中国社会科学院法学研究所《法学研究》
责任编辑 |
| 谭 玲 | 广东警官学院教授 |
| 王振宏 | 广东省高级人民法院民一庭法官 |
| 王 闯 | 法学博士，最高人民法院民二庭法官 |
| 吴 振 | 广州市中级人民法院立案庭庭长 |
| 徐涤宇 | 法学博士，中南政法财经大学法学院教授 |
| 谢鸿飞 | 法学博士，中国社会科学院法学研究所副研究员 |
| 于海涌 | 法学博士，中山大学法学院副教授 |

- 易继明 法学博士，中国社会科学院法学研究所研究员
赵盛和 广州市中级人民法院民一庭法官
赵云川 广州市中级人民法院研究室副主任
郑新俭 广东省高级人民法院民四庭庭长
谢晓尧 法学博士，中山大学法学院副教授
张 谷 法学博士，北京大学法学院教授
朱慈蕴 法学博士，清华大学法学院教授，博士生导师

序

一、问题的提出

当你走在大街上，发现有人正在偷窃他人的财产，如果你没有警告受害人，导致受害人的钱财被偷走，你是否要对受害人遭受的损害承担侵权责任？当你看见一个人从你自己乘坐的船上掉到海里，正在拼命呼救时，你完全可以伸出自己的双手援救他但却没有伸出援救之手，最后该人死亡，你是否要就其死亡引起的损害对死亡者的继承人承担侵权责任？同样，当你是一个警察，在下班后与自己的家人一起散步时，发现有人正在殴打他人，你没有对他人进行救助，你是否要就他人遭受的损害承担侵权责任？在现代社会，法律认为你在这些情况下根本无须对遭受损害的人承担侵权损害赔偿责任，即便他人遭受的损害的确是因为你的行为导致的。因为，在这些情况下，如果你作出某种积极的行为，则受害人可能不会遭受损害或者虽然会遭受损害，但是会遭受较小的损害。例如，在第一个案件中，如果你大声呼喊，说有人正在实施盗窃行为，则受害人可能会警觉，或者小偷发现有人看见自己正在盗窃，他们也许逃之夭夭，此时，受害人的财产就不会被人盗窃。在第二个案件中，如果你稍微拉一下落水者，就会将他救上来，他就不会死亡。因为你没有救助，他人因此淹死。在这些案件中，受害人遭受的损害同你的行为之间存在因果关系。

二、作为义务和不作为义务的区分原则

（一）义务的重要性

为什么法律在上述情况下不会责令你对他人因为自己的行为引起的损害承担侵权责任？这是因为，虽然你的行为同他人损害之间存在因果关系，但是，你的行为仅仅是作为行为而非不作为行为，你的不作为行为不被看作过失行为，因此，无须对他人承担过失侵权责任。

在法律上，过失被认为是对某种注意义务的违反，因此，在确定行为人是否要对他人承担过失侵权责任之前，法律应当首先确定行为人是否对他人承担某种注意义务：如果行为人不对其他人承担注意义务，他们当然不对他人承担过失侵权责任，因为，根据侵权法的一般理论，过失侵权责任应当建立在行为人对他人承担注意义务的基础上；即便行为人对他人承担某种注意义务，如果他们在行为时已经尽到了所要求的合理注意义务，他们也不对他人承担侵权责任，因为过失侵权责任并非建立在损害结果的基础上，而是建立在行为人的过失行为的基础上。

（二）作为义务与不作为义务的区别

在侵权法中，行为人承担的注意义务虽然多种多样，但是，他们基本上可以分为两种：作为义务和不作为义务。所谓作为义务，是指行为人应当积极实施某种行为、采取某种措施，保护他人利益，防止他人遭受不合理的损害危险。所谓不作为义务，是指行为人应当抑制自己的行动，不要实施某些行为或者不要采取某些措施，以免引起他人损害。在侵权法中，行为人是否同等承担作为义务和不作为义务？在古代社会、近现代社会和当代社会，各国法律都明确区别作为义务和不作为义务，认为，行为人应当广泛承担不作为义务，当他们违反自己对他人承担的不作为义务并因此引起他人损害时，行为人应当就自己违反作为义务的行为对他人承担侵权责任。因此，行为人应当对他人承担不伤害他人人身的不作为义务，如果他们违反这一义务，积极实施伤害行为，他们应当承担侵权损害赔偿赔偿责任。行为人应当承担不剥夺他人生命的不作为义务，不应当采取积极行为杀害他人，如果他们违法这一义务，积极实施杀害行为并导致他人死亡，他们应当对死亡者的继承人承担侵权损害赔偿赔偿责任。行为人应当承担不将他人财产处分的不作为义务，如果没有预先获得物权人的同意的话；如果他们违反这一义务，擅自将他人财产出卖给他人，他们应当对物权人承担侵权损害赔偿赔偿责任。行为人是否要像他们承担不作为义务那样对他人承担一般意义上的作为义务？无论是古代社会、近现代社会还是当代社会，法律都认为，行为人不像他们对他人承担一般意义上的

不作为义务那样对他人承担一般意义上的作为义务，他们仅仅在有限的情况下对有限的人承担有限的作为义务，因此，仅仅就有限的作为义务引起的损害对他人承担侵权责任，如果他们在履行自己有限的作为义务方面存在过失的话。在上述几种情况下，由于行为人不对他人承担作为义务，因此，即便他人的确是因为自己的行为遭受了损害，法律也不会责令行为人对他人承担侵权责任。在侵权法中，人们将行为人违反作为义务的行为称为不作为过失行为，也称为不作为行为。行为人只要不对他人承担作为义务，则当行为人的不作为行为引起他人损害时，行为人不就自己的不作为行为引起的损害对他人承担侵权责任，这就是侵权法上的不作为行为不承担侵权责任的原则。Salmond 和 Heuston 指出：“除非法律认为行为人对他人承担某种既存的义务，否则，法律认为应当实行行为人不就自己的不作为行为对他人承担侵权责任的一般原则。”^① 在侵权法上，人们将行为人违反不作为义务的行为称为作为过失行为，也称为滥作为行为。行为人只要实施了滥作为行为，他们即要对他人承担侵权责任。这就是侵权法上的滥作为行为应当承担侵权责任的原则。

（三）作为义务与不作为义务区分的根据

法律为什么要区分作为义务和不作为义务？这是因为，首先是侵权法和合同法二分法得到维持的要求。无论是古代债法、近现代债法还是当代债法都将债法一分为二，认为债法分为侵权法和合同法，两种债法调整的范围是不同的。合同法主要调整行为人承担的作为义务，而侵权法主要调整行为人承担的不作为义务。如果认为侵权法也调整行为人承担的作为义务，则侵权法和合同法调整的范围将构成重叠，二分法的债法将失去了存在的依据。的确，在很多时候，合同法主要调整行为人承担的作为义务。在买卖合同中，出卖人承担的义务主要是作为义务，诸如交付标的物的义务，转移财产所有权的义务，瑕疵担保义务等。在服务合同中，行为人承担的义务主要是作为义

^① R. F. V. Heuston and R. A. Buckley, *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, twenty - first edition, Sweet & Maxwell Ltd, p219.

务，行为人要对其客人或者顾客提供各种具体的服务。在建筑工程合同中，承揽人承担的主要义务是作为义务，将建筑建设好，交付合格的建筑物给所有权人。总之，大多数合同规定的义务是作为义务，仅有少数合同规定的义务是不作为义务。而侵权法刚好相反。行为人在大多数情况下承担的义务是不作为义务。他们不得毁损他人的名誉，不得散布谣言，使他人遭受精神上的损害。他们不得侵害他人动产和不动产，不得擅自使用、占有他人动产或者不动产。他们不得恶意串通，实施共谋行为。他们不得从事不当竞争，损害对手的经济利益。行为人在这些情况下承担的义务都是不作为义务。其次是道德的要求。无论是古代社会、近现代社会还是当代社会的道德都认为，行为人应当采取积极的措施预防自己的行动损害他人，如果他们在采取行动时没有尽到合理的注意义务，他们应当对他人承担侵权责任，因为，一旦行为人采取某种行动，则他们的作为行为对他人实际上已经构成损害危险，因此，应当采取措施，预防损害危险的发生。而如果行为人没有从事任何活动，则他人将不会遭遇损害的危险，他们的不作为行为没有使他人处于危险状态之中。此外，道德还认为，要求行为人为了他人的利益而采取某种积极的行为，实际上是要求行为人为为了他人的利益而牺牲自己的利益，法律不得要求他人做善事。换句话说，道德认为，行为人要承担不得损害他人利益的义务，但是，他们不承担保护、救助他人的义务。最后是哲学上、因果关系等方面的原因。关于这些原因方面的详细讨论，请读者参考本卷《民商法学家》所作出的说明。

三、作为义务面临的问题

（一）作为义务面临的主要问题

虽然现代各国法律都认为，行为人原则上不对他人承担作为义务，不就自己的不作为行为承担侵权责任，但是，现代法律也认为，在某些特殊情况下，行为人也应对他人承担作为义务，要采取合理的措施防止他人遭受损害；如果行为人在这些情况下没有尽到合理的注意义务，他们应当就其过失不作为行为引起的损害对他人承担侵权责任

任。在现代侵权法中，法律在讨论行为人承担的作为义务，主要面临三个方面的问题：其一，作为义务在什么情况下产生，这是讨论作为义务产生的渊源；其二，作为义务的具体形式有哪些，这是讨论类型化的作为义务；其三，行为人是否违反所承担的作为义务，这是讨论行为人的行为标准问题。

（二）作为义务面临的问题之一：作为义务产生的根据是什么

由于公共政策的考虑，各国法律都认为行为人仅仅在例外情况下对他人承担作为义务，仅仅在有限情况下对他人承担作为义务，因此，各国法律都面临一个问题：行为人在什么情况下承担作为义务。此种问题的界定十分重要，因为，如果行为人不对他人承担作为义务，则他们不对他人遭受的损害承担侵权责任；只有行为人对他人承担作为义务的情况下，行为人才可能被责令对他人承担侵权责任。关于作为义务在什么情况下产生，各国法律基本上没有作出详细的说明，行为人是否对他人承担作为义务，往往由法官通过具体的案件来作出说明。在法国，虽然法国民法典表面上将作为过错和不作为过错都看作行为人承担过错侵权责任的基础，但是，实际上基于公共政策的考虑，法国民法的规定并没有得到私法判例的遵从。法官也仅仅是在具体案件中对行为人是否对他人承担作为义务作出说明。因此，关于行为人在什么情况下对他人承担作为义务，法国法律并没有明确的规定。法国学说认为，如果行为人的不作为是纯粹意义上的不作为，则他们不对他人遭受的损害承担侵权责任。^① 在美国，行为人在什么情况下对他人承担作为义务的问题实际上也是由司法判例作出回答的问题。美国司法判例在众多的案件中责令行为人就其不作为行为引起的损害对他人承担侵权责任。美国律师协会总结美国司法判例的经验，在《美国侵权法复述（第一版）》、《美国侵权法复述（第二版）》和《美国侵权法复述（第三版）》中作出明确说明。根据《美国侵权法复述》的规定，行为人承担的作为义务可以因为多种原因

^① 张民安：《现代法国侵权责任制度研究》，法律出版社2003年版，第146页。

产生；例如，因为与他人存在特殊关系而产生，因为自己的行为而产生，因为职责的自愿承担而产生，等等。在我国，行为人什么情况下承担作为义务，民法通则没有明确规定，司法判例也仅仅在某些具体案件中作出了说明。为了给司法判例提供清楚的指引，为了给学说提供可讨论的题材，为了给立法机关提供理论上的指导，我们一方面要及时总结我国司法判例累积的经验，一方面要借鉴其他国家的成功经验，对作为义务产生的根据作出明确的说明。

（三）作为义务面临的问题之二：作为义务的具体类型有哪些

一旦确定了行为人在什么情况下承担作为义务，法律还要确定行为人为人承担的作为义务有哪些类型。只有确定行为人为人承担的作为义务的类型，法官才能确定行为人是否违反所承担的作为义务，是否要承担侵权责任。因此，作为义务的类型化也是作为义务面临的重要问题。关于作为义务的类型，学说和司法判例都没有详细的说明。因此，要总结我国司法判例的经验，要借鉴其他国家的成功经验，对作为义务的种类作出说明。一般认为，作为义务包括：保护义务，控制义务，警告义务，检查和发现义务，说明义务以及救助义务等。每一种作为义务都有其具体的构成要件和适用范围。

（四）作为义务面临的问题之三：作为义务是否适当履行

即便行为人在例外的情况下要对他人承担作为义务，他们也未必就要自己的行为引起的损害对他人承担侵权责任，因此，如果行为人在履行自己承担的作为义务方面已经尽到了合理注意义务，则他们不对他人承担侵权责任。只有行为人在承担作为义务方面没有尽到合理的注意义务，他们才有可能对他人承担侵权责任。如何判断行为人在履行所承担的作为义务方面是否尽到了合理的注意义务？实际上，法律仅仅规定了抽象的判断标准，诸如理性人的标准、危险标准等。但是，这些标准十分抽象、原则，因此需要结合案件的情况来讨论。在确定行为人是否尽到了合理注意义务时，法官要考虑受害人的身份、

年龄等各种具体情况。

四、《民商法学家》（第2卷）对作为义务的集中关注

由于作为义务的特殊性、作为义务理论的不成熟性，由于作为义务对司法判例和国家立法的重要性，《民商法学家》（第2卷）集中关注侵权法上的作为义务。本卷对作为义务的关注主要体现在：总结我国司法判例积累的经验，对司法判例公布的典型案件进行评析，发现其优点，找出其缺点，提升其理论水平，为司法判例将来处理同样或者类似的案件提供理论指导；介绍当代西方国家关于作为义务的发展趋势，发现其规律，将西方社会通过长期实践形成的优秀理论引进到我国，为学说、立法机关和司法机关全面掌握最新的理论提供途径。《民商法学家》（第2卷）之所以能够顺利出版，除了中山大学出版社的鼎力支持外，还得益于众多的专家、学者、法官、律师的支持和帮助。在《民商法学家》（第2卷）即将出版之际，《民商法学家》主编真诚地对他们表示衷心的感谢！

张民安博士
2006年1月7日于
中山大学法学院

目 录

名家论坛

《中华人民共和国物权法草案（征求意见稿）》的若干基本问题

.....	梁慧星 (1)
一、物权法起草的概要	(2)
二、什么是“物权”	(4)
三、物权法定原则	(10)
四、物权公示原则	(18)
五、物权优先于债权原则	(26)
六、物权变动与原因行为的区分原则	(32)
七、不动产登记机构	(36)
八、不动产登记簿的“证据资格”	(38)
九、不动产权属证书的“证据资格”	(39)
十、异议登记制度	(40)
十一、预告登记制度	(43)
十二、不动产登记的“权利推定”	(47)
十三、动产占有的“权利推定”	(49)
十四、不动产登记的“善意保护”	(51)
十五、动产的“善意取得”	(54)
十六、登记机构的过错责任	(57)
十七、动产物权变动的特殊规则	(58)
十八、法律行为之外的物权变动	(63)

十九、物权请求权	(68)
----------------	------

作为义务：理论研究

侵权法上的作为义务：《中华人民共和国消费者权益保护法》第18条规定的义务还是交往安全义务

——以肖××诉石广饭店及其休闲中心人身损害赔偿案为背景	张 谷 (74)
一、据以分析的案情	(74)
二、作为义务的一般理论	(78)
三、法律上的作为义务：《中华人民共和国消费者权益保护法》第18条的义务	(79)
四、法律上的作为义务：交往安全义务	(80)
五、结语	(85)

侵权法上作为义务的比较研究

张民安 (86)

一、导论	(86)
二、行为人不对他人承担作为义务的一般原则	(87)
三、不作为不承担侵权责任的历史	(94)
四、合同规定的作为义务	(104)
五、制定法规定的作为义务	(108)
六、非制定法规定的作为义务	(111)
七、因无因管理行为产生的作为义务	(118)
八、作为义务的表现形式和具体适用	(123)

侵权法上的作为义务和不作为义务：拨开15世纪至20世纪不作为和滥作为的迷雾

..... (美) 吉恩·埃尔顿·罗 西奥多·司勒尔著 王迎春译	(132)
一、导论	(132)
二、不作为和滥作为的历史渊源——混淆的出现	(134)
三、滥作为和不作为对现代过失侵权法的影响	(141)