

民商法学家(第5卷)

张民安 主 编



侵权法上的 作为义务研究

张民安 主 编

林泰松 副主编

中山大学出版社

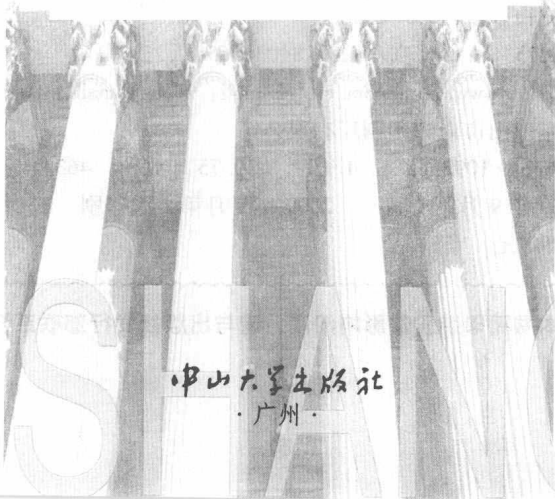
民商法学家(第5卷)

张民安 主 编



侵权法上的 作为义务研究

张民安 主 编
林泰松 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

侵权法上的作为义务研究/张民安主编; 林泰松副主编. —广州:
中山大学出版社, 2009. 9

(民商法学家·第5卷/张民安主编)

ISBN 978-7-306-03366-6

I. 侵… II. ①张… ②林… 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 110458 号

出 版 人: 叶侨健

策划编辑: 蔡浩然

责任编辑: 蔡浩然

封面设计: 方楚涓

责任校对: 杨文泉

责任技编: 何雅涛

出版发行: 中山大学出版社

电 话: 编辑部 020-84111996, 84113349

发行部 020-84111998, 84111981, 84111160

地 址: 广州市新港西路 135 号

邮 编: 510275 传 真: 020-84036565

网 址: <http://www.zsup.com.cn> E-mail: zdcbs@mail.sysu.edu.cn

印 刷 者: 广东佛山市南海印刷厂有限公司

规 格: 787mm × 1092mm 1/16 30.75 印张 463 千字

版次印次: 2009 年 9 月第 1 版 2009 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 49.90 元

如发现本书因印装质量影响阅读, 请与出版社发行部联系调换

内 容 提 要

本书从侵权法上的作为义务、侵权法上的救助义务、侵权法上的披露义务及银行就 ATM 承担的作为义务等方面，对侵权法的作为义务进行了系统的阐述。书中的理论及案例，不仅对我国侵权法学说有重要参考价值，而且为我国的司法判例处理类似案件提供了借鉴作用。

本书适合民商法学界的专家、法官、律师、银行管理人员，以及高等院校法学专业与相关专业的学生阅读。

主编特别声明

本书凭借主编张民安博士和林泰松律师良好的专业素质、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的内涵，提升我国民商法的理论水准，为我国立法机关科学地制定《中华人民共和国侵权行为法》和《中华人民共和国民法典》提供理论支撑，为我国司法判例科学妥当地解决纷繁复杂的民商事案件提供理论指导。

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》中读到书中援引的任何案例、法官的判词、外国学者的精辟论语和提出的科学学术观点，并在撰写文章时引用时，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自身价值。

《民商法学家》学术顾问

(排名不分先后)

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，国务院学位委员会委员，中国社会科学院院士，博士生导师，《法学研究》主编，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，中山大学法学院民商法学研究所所长，著名民商法学家。

王利明 中国人民大学法学院院长，教授，博士生导师，中国法学会民法研究会会长，著名民商法学家。

孙宪忠 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，中国法学会民法研究会常务副会长，博士生导师，著名民商法学家。

崔建远 清华大学法学院教授，中国法学会民法研究会副会长，博士生导师，著名民商法学家。

石少侠 国家检察官学院院长，教授，博士生导师，著名民商法学家。

序

一、作为义务在侵权法上的地位

在侵权法上，作为义务是相当于不作为义务而言的。

所谓不作为义务，是指行为人在侵权法上应当抑制自己的某种行为，不应当采取某种积极措施的注意义务。例如，行为人承担不杀人、不防火的注意义务，承担不殴打、不攻击他人的注意义务，都是不作为义务。行为人违反了所承担的不作为义务而实施某种积极行为，其积极行为、作为行为将构成过错，此种过错被称为作为过错。在符合过错侵权责任的构成要件的情况下，行为人应当就其作为过错引起的损害对他人承担侵权责任。所谓作为义务，是指行为人在侵权法上应当采取某种积极行动、积极措施的注意义务。例如，行为人应当警告他人当心所存在的问题，应当采取防范措施，防止他人进入自己的不动产之内或者不动产之上，行为人应当将自己感染 HIV 病毒的情况告诉他人，以便他人作出是否同行为人进行某种行为的决定。行为人违反了所承担的作为义务，应当采取某种积极行动、积极措施而没有采取，其行为构成过错，此种过错被称为不作为过错。在符合过错侵权责任的构成要件的情况下，行为人应当就其不作为过错引起的损害对他人承担侵权责任。在侵权法上，基于行为人自由主义和个人主义哲学原则的坚持，两大法系国家的侵权法普遍认为，原则上讲，行为人在侵权法上不对他人承担作为义务，他们无需采取积极行动、积极措施保护他人、警告他人，当他人因为其不作为行为遭受损害时，行为人也不对他人遭受的损害承担侵权责任。在例外情况下，行为人才对他人承担侵权法上的作为义务。这就是不作为行为不产生侵权责任的一般原则。除了少数国家的侵权法不坚持这样的规则之外，当今两大法系国家的侵权法都坚持这样的原则。

二、笔者对侵权法上的作为义务的研究历程

在我国，《民法通则》规定了行为人承担某些作为义务，诸如：

监护人承担的作为义务,建筑物或者建筑设施的所有权人或者管理人
人对危险建筑物或者建筑设施承担的作为义务,地面施工者对其施工
危险承担的作为义务,最高人民法院的有关司法解释也规定了行为人
承担的某些作为义务,幼儿园或者学校承担的作为义务,精神病医院
承担的作为义务,雇主对雇员承担的作为义务,等等。问题在于,除
了《民法通则》规定的几种典型作为义务之外,行为人是否还要承
担其他形式的作为义务和侵权责任?如果需要承担,他们在哪些情况
下要承担侵权法上的作为义务和侵权责任?对于这样的问题,除了笔
者作出说明之外,我国学说很少对这样的问题作出说明。早在1999
年的时候,笔者在撰写博士论文《过错侵权责任制度研究》的时候
就开始接触到侵权法上的作为义务问题,并且在所出版的《过错侵
权责任制度研究》一书中对侵权法上的作为义务和违反作为义务
的不作为过错问题进行了较为详细的讨论,介绍了侵权法上的不作为
不承担侵权责任的一般原则和该种原则的例外,对因为特殊关系产生
的作为义务、因为责任的自愿承担产生的作为义务、一般性民事救助
义务等问题作出了说明。^①2002年,笔者在《法制与社会发展》第5期
上发表了《论不作为过错的侵权责任》一文,对作为义务和不作为
过错在侵权法上的地位进行了研究,认为我国侵权法应当采取英美法
系国家有关作为义务方面的规则,不承认一般意义上的作为义务,仅
仅承认特殊情况下的作为义务。^②2005年,笔者同时在其主编的《侵
权法报告》(第1卷)、《民商法学家》(第1卷)发表了《安全保障
义务理论的比较研究》^③、《专业人士对其委托人承担的法律责任》^④
和《专业人士对其委托人之外的第三人承担的法律责任》^⑤等文章,
对行为人的保护义务、专业人士承担的作为义务等问题进行了研究。

① 张民安:《过错侵权责任制度研究》,中国政法大学出版社2002年版,第321~343页。

② 张民安:《论不作为过错的侵权责任》,《法制与社会发展》2002年第5期,第81~88页。

③ 张民安:《安全保障义务理论的比较研究》,张民安主编:《侵权法报告》(第1卷),中信出版社2005年版,第85~148页。

④ 张民安:《专业人士对其委托人承担的法律责任》,张民安主编:《民商法学家》(第1卷),中山大学出版社2005年版,第42~60页。

⑤ 张民安:《专业人士对其委托人之外的第三人承担的法律责任》,张民安主编:《民商法学家》(第1卷),中山大学出版社2005年版,第61~73页。

2006年,笔者先后在《中外法学》^①、《法商研究》^②、《民商法学家》(第2卷)^③等刊物上发表学说论文,对侵权法上的作为义务作出说明。2006年6月,笔者成功申报了国家社会科学研究项目《侵权法的作为义务研究》(批准号06BFX045),用所资助的经费继续进行此种课题的研究,先后出版了《民商法学家》(第3卷)、《民商法学家》(第4卷)和《大学的侵权责任》。其中,《民商法学家》(第3卷)^④和《民商法学家》(第4卷)^⑤对有关不动产权人承担的各种作为义务进行了详细介绍和讨论,建议我国侵权法引进英美法系国家侵权法上的身份区分原则;而《大学的侵权责任》^⑥则对大学承担的各种作为义务和侵权责任作出详细的说明,认为我国侵权法应当区分大学和中小学校在侵权法上的地位,大学原则上不对其大学生承担侵权法上的作为义务,例外情况下才对其大学生承担侵权法上的作为义务,而中小学校原则上应当对其中小学生承担侵权法上的作为义务,例外情况下才不对其中小学生承担侵权法上的作为义务。目前,此种项目已经完成,其最终成果就是专著《侵权法的作为义务研究》,该专著将在不久的将来予以出版。

三、《民商法学家》(第5卷)的内容

除了这些作为义务之外,行为人是否还要对他人承担侵权法上的作为义务?行为人承担侵权法上的作为义务的理论根据是什么?对于这样的问题,笔者时常关心两大法系国家尤其是英美法系国家侵权法作出的回答,并试图将两大法系国家作出的回答与我国司法判例作出的回答进行比较。此种比较使笔者得出了这样的结论:凡是英美法系国家侵权法上已经建立的作为义务和侵权责任制度,我国司法判例也开始认可;因为,我国司法判例近些年来大量涉及侵权法上的作为义

① 张民安:《人的安全保障义务理论研究》,载《中外法学》,2006年第6期。

② 张民安:《不动产权利人对未成年人的注意义务》,载《法商研究》,2006年第2期。

③ 张民安:《侵权法上作为义务的比较研究》,张民安主编:《民商法学家》(第2卷),中山大学出版社2006年版。

④ 张民安、林泰松主编:《民商法学家》(第3卷),中山大学出版社2007年版。

⑤ 张民安、林泰松主编:《民商法学家》(第4卷),中山大学出版社2008年版。

⑥ 张民安、宋志斌主编:《大学的侵权责任》,中山大学出版社2007年版。

务问题，法官在欠缺制定法和侵权法学说理论指导的情况下对这些复杂的、新型的侵权法案件进行了审理，得出了或者具有说服力或者没有说服力的结论。例如，英美法系国家的侵权法认为，银行应当就犯罪分子在其 ATM 机上实施的犯罪行为或者侵权行为引起的损害对用户承担侵权责任，我国司法判例近些年来也认为，我国银行也应当就犯罪分子在其 ATM 机上实施的犯罪行为或者侵权行为对其用户承担侵权责任。正是为了使我国学说、司法判例和立法机关能够了解、掌握两大法系国家侵权法尤其是英美法系国家侵权法在作为义务方面的最新发展趋势，《民商法学家》（第 5 卷）对侵权法上的作为义务理论进行了详细的介绍。

《民商法学家》（第 5 卷）详细地讨论了作为义务产生的各种理论根据，介绍了推动美国侵权法上作为义务理论得以快速发展的 TARASOFF 一案，以及 TARASOFF 一案之后作为义务的发展状态；介绍了因为特殊关系理论和可预见性理论产生的侵权法上的作为义务；介绍了侵权法上的救助义务理论、侵权法上的披露义务理论，以及银行就 ATM 机上实施的犯罪行为或者侵权行为承担的作为义务和侵权责任。这些理论对推动我国侵权法学说的进一步发展、对推动立法机关制定有关侵权法规则以及司法机关解决有关面临的新问题都具有重要意义。

《民商法学家》（第 5 卷）一书之所以能够顺利出版，除了主编和各著译者的努力之外，还得益于中山大学出版社的鼎力支持，在《民商法学家》（第 5 卷）一书即将出版之际，本书主编真诚地对他们表示衷心的感谢！

张民安博士

2009 年 6 月 6 日

于广州中山大学法学院

目 录

第一编 侵权法上的作为义务总论

再论 TARASOFF 一案	Peter F. Lake 著 黎晓婷译
一、导论	(1)
二、对 Tarasoff 一案的解读	(3)
三、Tarasoff 一案的分析框架	(36)
四、结论	(49)
美国 Tarasoff 一案后作为义务理论的发展	Shlomo Twerski 著 王迎春译
一、导论	(51)
二、普通法上的作为义务	(52)
三、特殊关系的例外	(58)
四、Tarasoff 一案后作为义务理论的发展	(67)
因为特殊关系产生的作为义务	殷志良
一、导论	(70)
二、特殊关系在侵权法上的特殊意义与判断标准	(72)
三、特殊关系的具体类型	(84)
四、基于特殊关系而产生的作为义务	(98)
五、特殊关系理论引入我国的必要性和可行性	(111)
六、结论	(119)
因可预见性理论产生的作为义务	林妙
一、导论	(120)
二、作为义务中的可预见范围	(123)
三、作为义务中可预见性的判断标准	(141)
四、可预见性理论在我国的适用	(149)
五、结语	(162)

第二编 侵权法上的救助义务

因为特殊关系产生的救助义务 张民安

- 一、能够产生作为义务的特殊关系 (164)
- 二、普通承运人对其乘客承担的救助义务 (167)
- 三、商事经营者对顾客承担的救助义务 (169)
- 四、学校、教师对其学生承担的救助义务 (172)
- 五、夫妻之间承担的救助义务 (175)
- 六、父母与其未成年子女之间承担的救助义务 (177)
- 七、医院、医师对病人承担的救助义务 (177)
- 八、共同从事某种活动的朋友之间承担的救助义务 (179)
- 九、恋人之间承担的救助义务 (183)
- 十、其他行为人承担的救助义务 (185)

不动产权人对非法进入的未成年人承担的救助义务 ... 林泰松

- 一、救助义务的一般理论 (186)
- 二、行为人不对非法进入的未成年人承担救助义务的一般原则 (187)
- 三、行为人例外情况下对非法进入的未成年人承担的民事救助义务 (191)

依赖于陌生人的合理行为

——评普通法上的帮助或者保护他人的义务

..... 约翰·M. 阿德勒著 黎晓婷译

- 一、导言 (194)
- 二、传统的普通法规则 (196)
- 三、确立新方法的必要性 (199)
- 四、审理不作为案件的新方法 (211)
- 五、结论 (227)

好人撒马利亚人和坏人撒马利亚人

——两大法系关于侵权法救助义务的比较法研究

..... 达米恩·希夫著 黎晓婷译

- 一、导言 (229)
- 二、一般救助义务的历史沿革 (231)
- 三、一般救助义务的实证法研究 (234)

四、一般救助义务法的可行性分析	(247)
五、结论	(260)
不救助者的民事责任与刑事责任	
——评“撒马利亚善人”法	
..... 安吉拉·海顿著 黎晓婷译	
一、导言	(267)
二、欧洲的“撒马利亚善人”法	(268)
三、美国的“撒马利亚善人”法	(270)
四、有关作为义务法的提案	(276)
五、结论	(279)
侵权法上的救助义务研究	王迎春
一、导论	(281)
二、民事救助义务的性质	(284)
三、英美法系国家的民事救助义务	(294)
四、大陆法系国家的民事救助义务	(306)
五、我国侵权法应当规定的民事救助义务	(317)
六、结论	(329)

第三编 侵权法上的披露义务

故意传播 HIV 病毒的侵权责任：披露义务的发展

..... 乔迪·B. 加贝尔著 许元昭 译	
一、导论	(330)
二、感染 HIV 病毒和艾滋病的影响因素、传播途径及传播程度	(332)
三、对故意传播 HIV 病毒的特殊的军事指控	(335)
四、对故意传播 HIV 病毒的传统的刑事指控	(340)
五、对故意传播 HIV 病毒的州专门立法规制	(350)
六、在公共卫生保健背景下故意传播 HIV 病毒的侵权责任	(354)
七、结语	(365)
性传播艾滋病的过失侵权责任 ... 威廉·萨克贝著 郭钟泳译	
一、引言	(368)

二、艾滋病危机	(369)
三、对艾滋病案件类推适用有关性病方面法律之评析 ...	(372)
四、艾滋病案件的解决方法	(386)
五、结语	(393)

第四编 银行就 ATM 承担的作为义务

银行对 ATM 犯罪承担的侵权责任..... 郭钟泳译

一、导论	(395)
二、ATM 与 ATM 犯罪的兴起与发展	(398)
三、商事邀请人对商事应邀来访者承担的侵权责任	(400)
四、现行法院审理 ATM 犯罪案件的做法	(409)
五、对现行法院审理 ATM 犯罪案件的做法的评析	(413)
六、对法院审理 ATM 犯罪案件的司法建议	(418)
七、结语	(422)

银行不对 ATM 客户受到第三人犯罪行为的损害承担侵权责任

——Boren 诉 Worthen National Bank of Arkansas 一案评析
 克里斯·A. 艾弗里著 郭钟泳译

一、引言	(424)
二、案情介绍	(425)
三、不动产权人对第三人的犯罪行为承担侵权责任的法律 发展	(426)
四、判决分析	(440)
五、结语	(450)

金融机构对 ATM 客户承担的作为义务

..... 里查德·E. 沃格尔著 郭钟泳译

一、引言	(452)
二、金融机构对 ATM 犯罪承担侵权责任的相关背景介绍	(454)
三、金融机构对 ATM 客户承担作为义务之法理分析	(464)
四、金融机构如何履行其对 ATM 客户承担的作为义务	(471)
五、结语	(476)

第一编 侵权法上的作为义务总论

再论 TARASOFF 一案

(美) Peter F. Lake* 著 黎晓婷**译

目 次

- 一、导论
- 二、对 Tarasoff 一案的解读
- 三、Tarasoff 一案的分析框架
- 四、结论

一、导论

Tarasoff v. Regents of the University of California 一案（以下简称 Tarasoff 一案）是美国当代侵权法史上最著名的案例之一。自 20 世纪 70 年代末以来，所有学习过侵权法基础课程的法律人对这个案例都了如指掌。这是因为该案例首次向精神病医师施加了一种作为义务，这种义务要求医师警告其他人注意其病人可能构成的危险。但人们在讨论 Tarasoff 一案的时候，常常只会注意到该案例就这个作为义务的问题作出了一个大致正确的判决。很少有人能够意识到，Tarasoff 一案对普通法意义上的侵权法有着多么重要的意义。这个案例不但关系到我们巩固和发展现代及后现代的美国侵权法的合理性标准，而且还在我们重新定义侵权责任和过失侵权法的过程中发挥了重要的作用。而我们重新定义侵权责任和过失侵权责任的过程是一个稳定而又缓慢的过程。

Tarasoff 一案是引起了一些纷争，但美国的法院和立法机关都普

* 1981 年毕业于哈佛大学法学院，获法学博士学位；史丹森大学法学院教授。

** 中山大学法学院助教。

遍认同（而且鲜有反对），该案是他们向精神病医师施加合理注意义务的基础。依据合理注意义务，如果精神病医师的病人暴露了实施暴力的意图，精神病医师就应向潜在的受害人履行警告义务、控制义务或者保护义务。但是人们常常只会关注 Tarasoff 一案能够帮助我们确定精神病医师或者心理病医师的侵权责任，有时候就会因此而忽视了该案例另一个更重要的意义：法院可以依赖 Tarasoff 一案重新定义义务和侵权责任的性质和来源。直到最近，法院才将这个意义付诸实践。Tarasoff 一案的重要性远远不止它作出了一个关于精神/心理治疗责任的判决。它不仅仅是一个“政策”案例（“policy” case）。虽然，20 世纪六七十年代，加利福尼亚州最高法院审理的许多案例都扩张了侵权责任，但是我们不能因此就认为 Tarasoff 一案只是这些案例中的一个。Tarasoff 一案就如 Palsgraf 一案之于它的年代，它的第二性意义（meta-significance）超越了时空的限制，甚至还挣脱了判决的束缚而将其意义延伸至判决之外。

Tarasoff 一案之所以如此出名，是因为它作出了一个大致正确的判决：“一旦一位精神病医师确定了一位病人对其他他人构成了严重的暴力危险，又或者根据专业标准他应当作出这个合理的判断，那么，这位精神病医师就向可以预见的受害人承担了合理注意义务。这种义务要求精神病医师向受害人提供保护。”^①许多法院除了将 Tarasoff 一案适用到病人与精神病医师、病人与心理医师及其他类似的关系中，他们还把该案法院所作的初步分析——而不是该判决运用至其他情形。在这些情形中，法院又将新的含义赋予 Tarasoff 一案，许多法律学者也都认可了这些含义。Tarasoff 一案的判决获得了绝大多数司法管辖领域的认同，时至今天也只有一个法院公开表示反对。

简言之，Tarasoff 一案迅速地传遍了整个美国。虽然，该案的判决表述得有些含糊，但它仍然赢得了一片好评。人们为 Tarasoff 一案的判决大声喝彩，很少人能够注意到这个案例最具启发意义的含义。

本文中，我重新审视了 Tarasoff 案并提出了一种新的解释。我的结论是，Tarasoff 一案的含义范围虽然广泛，却未必有扩张侵权责任的意思。从广义上说，Tarasoff 一案提出了一个重新定义侵权责任的

^① Tarasoff, 551 P.2d at 345.

讨论框架。基于这个讨论框架，我们正可以利用普通法来创设一套更系统的、更协调的意外损失赔偿方法。为了得出这个结论，我将本文分成两大部分进行分析。第一部分是我对 Tarasoff 一案提出的新解读。当然，Tarasoff 一案对精神病医师责任规则有重要的学术意义。但是我要强调的是 Tarasoff 一案的另一种含义，在它的映衬之下，该案的学术意义也要变得黯然失色了。第二部分，为了阐明 Tarasoff 一案的更深层的含义，我还讨论了第二性分析（meta-analysis）和原初规则的分析（primary rule analysis）这两者的作用以及它们之间的联系，另外我还探讨了 Tarasoff 一案在未来可能具有的含义。

Tarasoff 一案可能具有的含义，无论是在司法实践方面还是在学说方面，都总能让人惊叹不已。《侵权法复述（第二版）》提出了许多行为人“不需要承担义务（no duty）”的情况，而 Tarasoff 一案却对这些情况——尤其是不需要承担救助义务情况以及“义务”的传统定义提出质疑。它代表了侵权审判的一种传统，这种传统要求法院要依据原初规则和准则来作出合理、正确的判断，但法院依据的原初规则和准则又不是传统意义上的规则。这种方法超越了 Palsgraf 一案的分析方法，并且还是大家公认的 William Prosser 的观点的自然产物。

二、对 Tarasoff 一案的解读

在美国侵权法中，几乎所有的典型案例都不会局限于一种或者一套固定的解释。而案例解释的发展又会赋予案例以新的意义。Tarasoff 一案也不例外。

在本部分里，我对 Tarasoff 一案提出了一种新的解读。这种解读的目的就在于挑战 Tarasoff 一案的标准解释，并使人们不再仅仅认识到 Tarasoff 一案是法院就事实问题作出了一个大致正确的判决。有些法院将 Tarasoff 一案看做是一个“政策”案件（普遍认为这种解释相当具有说服力），而我却认为这种解释不能把握住 Tarasoff 一案更深远的意义，而且它也无法为该案例提供协调一致的判决理由。如果我们能够认识到 Tarasoff 一案还有其他的解释，那么该案例在美国侵权法中的发展潜力也会受到更多的关注。

为了本文的目的，我通常假定，Tarasoff 一案的案件事实清楚而