

论德国侵权法上的一般注意义务

——以司法判例为主线的考察

廖 焕 国

(暨南大学法学院, 广东 广州 510632)

[作者简介] 廖焕国(1974-), 男, 湖南华容人, 暨南大学法学院讲师, 法学博士, 主要从事民商法研究。

[摘 要] 一般注意义务由德国民庭法官依判例而创设。一般注意义务以“行为定位”为思考模式, 具有危险回避和危险防免等功能。随着当代社会危险的日益增多, 其适用范围也不断拓展, 大有成为德国侵权法上“第四小总则”之趋势, 对我国侵权法发展不无借鉴意义。

[关键词] 德国; 侵权法; 一般注意义务

[中图分类号] D923.3 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2006)03-0311-05

德国侵权法采用三个小总则的立法模式, 在法益保护和行为自由之间获得了大致平衡^[1](第 350 页)。但因立足于“结果定位”, 于是侵权判例法上逐渐形成了“一般注意义务”。它的出现改变了侵权行为法的传统思考模式, 即由“结果定位”发展为“行为定位”, 从而使侵权法体系产生了根本性的变革。故笔者拟以一般注意义务为线索, 探讨德国侵权法上一般注意义务的历史沿革、基本类型、保护对象和体系功能。

一、一般注意义务的形成

一般注意义务为民庭法官经由判例创设。最初主要解决供公众往来的道路交通(如土地、道路、公园、运河、港湾设备、桥梁等)事故的责任归属, 其后为德国判例逐渐借用到侵权领域, 用以判断加害人是否成立侵权责任。根据学者的考证, 德国法上与一般注意义务有关的判决作成于 1397 年, 因土地所有权人未管理土地致翻车事故发生时应负损害赔偿^[2](第 6 页)。而德国法一般注意义务形成的标志, 则当推以下三个代表性案例:

(一) 帝国法院 1902 年判决(RGZ 52, 373): 枯树案

某公用道路上的枯树倒下, 造成原告房屋的损害。经查该土地及枯树均为国库(被告)所有。帝国法院认为本案欠缺德国民法典(BGB)第 823 条第 2 款所称的保护法规, 因为任何法律均没有规定树的所有者有义务检查其是否会倾倒; 倒下的树木亦非“建筑物及与土地相连的其他工作物”, 故 BGB 第 836 条并没有构成赔偿请求的适当基础。帝国法院直接定义 BGB 第 823 条第 1 款为“一般原则的适用领域”, 依此一般原则, 任何人若只要采取较轻的注意措施即可防止对他人的损害发生的, 均应就自己支配之物产生的损害负责。

(二) 帝国法院 1903 年判决(RGZ 54, 53): 撒盐案

原告夜间在石阶上跌倒受伤, 该石阶属于被告 W 市所有、供公众通行。查事发当时下雪路滑, 被告

未扫雪亦未撒盐。原告因而请求 W 市负损害赔偿责任。罗斯托克高等法院认为,不能基于所有权的规定推导出所有权人就其供公众使用的设施,有维持其安全状态的直接义务,于是将原告的损害赔偿请求驳回。帝国法院认为,所有权人依 BGB 第 903 条对于所有物拥有排他性权能,此点可作为 BGB 第 823 条第 1 款的行为义务之基础,从而支持了原告的诉讼请求。

(三)帝国法院(RGZ 102,372):炭疽病案

该案事实为:某兽医(被告)由病牛主人召来为其病牛(患炭疽病)作诊断时,知道炭疽症可传染且对人类具危险性,兽医仍疏于为受委托屠杀病牛的屠夫(原告)消毒并诊断其伤口。帝国法院以原告因此被传染疾病且长年卧病在床之理由,判决原告胜诉。帝国法院认为,“任何从事特殊职业活动并提供服务于公众者,承担一种责任,即当行使职责时,应担保事物井然有序地进行。通过这种职业或营业活动,将促使产生一般法律上义务,人们可以统一称之为‘一般注意义务’”。本案为帝国法院首次明文使用“一般注意义务”字样,而未用“交通安全注意义务”。

从上述三个典型案例可知,德国法上一般注意义务是法官造法的产物,在德国被称之为德国联邦最高法院(BGH)的私生子^[1](第 403 页)。其要旨在于,任何危险的制造者抑或危险状态的维持者,都有义务采取一切必要的和适当的措施保护他人和他人之绝对权^[3](第 145 页)。时至今日,一般注意义务被理解为侵权行为法上所有类型的注意义务,其适用范围扩展到交通之外的私法交易和社会生活领域。

二、一般注意义务的类型

(一)对自己支配范围的注意义务(范围责任,Bereichshaftung)

范围责任为一般注意义务的典型情形,其意义为让责任人对其领域的安全负责。因为责任人制造并保有特定危险,此人对其危险相当了解并具有控制能力。“一般注意义务的内容不但包括将土地、房屋等维持在安全的状态,同时还意味着不对土地、房屋之利用者带来损害^[1](第 406 页)”。如在一则案例(BGH NJW 1990,1236)中,原告 K 租住被告 B 的房屋,某晚 K 跌进了房门口 1.2 米深的采光井中。K 要求 B 损害赔偿,因为采光井盖已经被故意丢远。上诉法院认为,井盖在被移走之前保护着房客行动安全,移走它自然产生危险,故 B 此时应负担一般注意义务。在该案中,BGH 肯定了上述观点(S. 1236 f.);依已得到承认的法律原则,为了保护他人,任何“制造”危险源之人均应对自己制造或保有的危险源依具体情形采取必要的危险防范措施。

(二)职业中的注意义务(职业责任,übernahmehaftung)

从事危险职业活动者应在执行职业的范围内保证事物正常有序地进行,也因此负有该项事业所需的一般注意义务。在一则案例(BGHZ 65,211)中,某建筑师被雇佣来拆除联体别墅,但其却损害了土地抵押债权人受物权保护之利益(违反 BGB 第 1134 条)。BGH(S. 215)认为,该建筑师接管了业主的角色,对其(侵权的)义务地位产生了影响,故其应承担一般注意义务。由此可见,特定职业者由于在经济和社会中的优势地位而被赋予了较高的注意义务,律师、银行家、审计师以及税务咨询者在纯粹经济损失案件中所承担的一般注意义务即为典型;在所有权和健康损害领域内,专业资格也成为了延伸大量注意义务的源泉;在医疗事故中,一般注意义务的发展甚至有超过过失责任范畴的趋势^[3](第 373 页)。

(三)对于先危险行为的责任(Ingerenz)

先危险行为是指超过危险限度的应当被禁止的行为。先危险行为制造了一个升高危险,该行为人由此须承担一般注意义务。对此可参考如下(BGH NJW 1968,1182):一位家庭主妇将一种清洁用强碱装在啤酒瓶里,其请来的某油漆匠将其混淆为自己所携带的啤酒而喝下,从而导致内脏严重灼伤。BGH 肯定了一般注意义务并认为(S. 1183),若危险物品(如本案中的氢氧化钠溶液)的使用会带来如此巨大的危险,则行为人因此应负担一般注意义务:所有人应对危险物品采取必要预防措施,以免对第三人造成伤害。

三、一般注意义务的对象

(一) 保护对象

一般注意义务并不一般地保护进入危险范围的所有人,哪些人属于受保护者呢?对此可参考如下判例(BGH NJW 1987,2671):原告K在晚上大约22点回家,途径被告B的房屋时B正在举办露天迪斯科舞会,K因B未清除积雪而滑倒受伤。K是否能够作为BGB第823条第1款之请求权人获得一般注意义务之保护?上诉法院以K没有参加舞会的意愿,否定了B对K的一般注意义务。而BGH认为(S.2672),任何人只要开启并保持了一个与之有联系的特别危险,即对处于能接触到危险关系中的任何人都有危险防范的义务。一般注意义务的保护界限,并不像有些学者所说的那样,以归属于BGB第823条第2款的保护法律义务为前提,……一般注意义务有必要通过第BGB第823条第1款下之法益得以固定,并作为社会交往中的一般行为义务来理解。由此,BGH认定该滑倒的行人处于一般注意义务的保护范围之内:K在回家的路上途径B的人行道,他并没有参加被告迪斯科舞会之意愿,但这并不足以将其排除在一般注意义务保护范围之外。因为案件中这种意愿的缺乏,并不是对其不受保护的合适标准。有些行人可能有意在寻找客栈或迪斯科舞厅,他们也可能被该路段上的标牌、广告、音乐或类似的东西所打动而具有了这种意愿,也必然会在该地方跌倒。故店主应将街上的行人看成潜在的客人,当其跨入酒店的人行道时即对其形成了一般注意义务,而不是首先判断他是否真正想入住酒店。

通过判决的累积,BGH逐渐以受害人的信赖期待来确定一般注意义务的保护对象。换言之,对社会交往安全具有合理信赖期待之人,均应成为其保护之对象。

(二) 义务对象

一般注意义务之义务对象通常是物之所有人,但它也涉及到非所有权人,如占有人或支配权利人。有争议的是,合同协议能够在多大范围内改变原始义务人和其他人之间的注意义务分配。

在一则案例(BGH NJW 1976,46)中,某石油化工企业委托某专业保护土地企业将其石油废料加以处理,由于后者处理废物不符合规范,导致城市水厂水质污染,石化企业本身是否有责任?可以肯定的是,石化企业具有一般注意义务,它不能使工业废物对第三人造成损害。同样无争议的是,石化企业可将处理废物的任务委托给第三人完成。石化企业虽可通过合同将该废物委托给第三人处理,但此举并不能解除其原始的一般注意义务,因为侵权责任的解除只能依照侵权行为本身的标准进行,即使其尽了选任和监管之义务,亦不能因此免责。

但若第三人依合同承担了原义务人之注意义务,就应采取适当的防范措施,而原始注意义务人则可依具体情形免责。在一则案例(BGH NJW-RR 1989,394)中,某住房所有人共同体通过其律师与某清洁公司签订了清扫过道的合同。后来,共同体中的某成员踩在过道的腐叶上摔倒受伤。BGH(S.359)用以下方式认定了清洁公司的责任:“清洁协议事实上使清洁公司承担了在危险领域采取预防措施的注意义务,并应考虑到原始的义务人已经事实上终止了预防……,基于由双方共同促进的权限结构,依侵权法的一般原则,此时受托人应对危险活动负责。”从这点上来看,受托人的一般注意义务不是自然派生的,它是从委托人手中接管过来的一个独立的义务。受托人从此就直接对危险防范负责,并注意不给任何人带来损害。

四、一般注意义务的功能

(一) 危险回避和危险防范

一般注意义务的中心功能在于危险回避和危险防范,亦被称为“危险控制禁止之规定”,即每个人在其能够控制的范围内,应该避免对第三人造成损害。

此处所指的危险为具体危险还是抽象危险,在德国法上是一个非常有争议的问题。具体危险是指危险的防止是出自 BGB 第 276 条上的“交易上之必要注意”的规定,且合理正直之人将自发地预防这种可以辨识的危险。抽象的危险是指当危险尚停留在构成危险的前阶段,依据 BGB 第 276 条即应加以防止^[1](第 402 页)。区分抽象危险和具体危险的作用在于,抽象危险能够有效缩短责任关系^[2](第 115 页)。有学者认为,一般注意义务仅防御具体危险^[3](第 593 页)。也有学者认为,一般注意义务原则上也可运用于抽象危险,因具体危险和抽象危险的构成要件之间是流动的,本质上取决于对其的定义,而一般注意义务作为法官发展起来的危险控制手段,其规制范围应及于抽象危险,特别是那些危险性的物品,如枪支弹药、毒药等^[3](第 53 页)。通说认为,一般注意义务对于危险的回避和防免不仅及于具体危险,同时亦适用于部分抽象危险^[2](第 115 页)。即当某种过度抽象的危险足以形成行为规范之时,可通过违反保护法规所定之注意义务予以包容。

(二)规范不作为及间接侵害(Unterlassung und mittelbare Verletzung)

一般注意义务适用于不作为受到了德国刑法的影响。德国刑法传统上不将消极不作为当作犯罪处理,但 19 世纪德国刑法学说扩张不作为犯的作为义务,并据以确认了交通安全义务。受其影响,帝国法院庭法官将不作为责任从作为义务发生的三大原因(法律、契约以及先危险行为的作为义务)中解放出来,成为不作为侵权责任的一般性依据。这就意味着法院所承认的或法定化的作为义务群将随着社会接触密度的加大而扩展。通过无数有关交通安全义务判决的累积,民法上所谓的“交通的开启”概念已经萌发了另一种意义:即参与社会生活的每一个行为都意味着某一个应被除去或防止的危险源被开启,故而应将此种可能发生损害的抽象危险状况之回避义务置于民事不作为责任中。

长期以来,人们将一般注意义务作为解决不作为问题的灵丹妙药(Spezifikum),但随着违法性理论从结果无价值到行为无价值的发展,人们发现一般注意义务对于间接侵害也具有重要意义。拉伦茨认为,间接侵害在本质上与不作为具有类似性,间接侵害和违反义务之不作为经常相互呼应。在不作为案件中,造成损害的最后原因通常不是赔偿义务人,而是被害人或第三人自身,抑或为外部事件(如自然力)^[1](第 402 页)。行为义务的违反也同时确立了间接侵害的不法内涵,因为此时行为人非故意将瑕疵产品投放市场,实际已经引发了一个“危险”,负有相应的危险防免义务。

(三)违法性推定

德国侵权基本构成一般从构成要件符合性、违法性、过错三个要素加以分析,其中前两个合称为“不法”,就此将“不法”和“过错”相区分。从体系功能上观察,一般注意义务是德国学者和司法实践为补充解释 BGB 第 823 条第 1 款中“侵害”概念的不确定性而发展出来的,其目的在于检验侵权行为的违法性。一般而言,在直接的作为侵权行为中,检验了构成要件符合性后,可直接认定违法。但在间接侵害和不作为的侵权行为中,构成要件符合性不能直接征引不法。换言之,不能再通过构成要件符合性就可轻易地确定损害是建立在谁的侵害行为的基础上。如产品责任中,产品的生产者、运输者、进口者、零售商,甚至产品的赠与人,都导致了受害人的财产或人身损害(从同一因果关系的意义上看),但这些人中谁是侵害人(Verletzer)?在不作为侵权行为中,该问题更加突出。此种情形下受害人之外的其他任何人都有构成要件符合性中的“不作为”的行为,这些人中到底谁侵害了受害人?要回答这个问题,同样需要确定行为的违法性。而违法性的确定主要是通过一般注意义务来实现的,即在间接侵害和不作为侵权中,谁违反了在特定情形下必须保护他人不受伤害的义务,谁的行为就具有违法性。可见,一般注意义务在违法推定方面具有不可或缺的基础性功能。

五、结 语

德国法上的一般注意义务要求任何人对于欠缺契约关系的社会参与者均不得引发任何损害。若有加害发生,则 BGB 第 823 条以下的要件(义务)即告形成。在侵权行为的阶层结构(deliktsrechtlichen

Stufenbau)中,一般注意义务定位于构成要件符合性阶段,在对特定人之非故意损害构成要件符合性加以考量时,与责任成立上的因果关系一同进行检验。德国法上的此种一般注意义务将侵权行为法从权利层面转移到了行为(义务)层面,形成了一个侵权行为法的“运动体系”(beweglich System),能够更精致地平衡行为自由和法益保护之间的紧张关系,因应了工业危险社会发展。

我国民法通则第106条第2款规定,公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身的,应当承担民事责任。该条设立了高度广泛的注意义务,以个案累积而成的德国法上之一般注意义务似无用武之地。但这种过于宽泛的保护模式是以牺牲行为人的行为积极性、主动性为代价的,既不科学也不合理。但我国司法审判一反立法立场,以具体注意义务为出发点考虑问题。惟责任成立通常依“结果定位”,对于现代工业社会层出不穷的危险事故疲于应付,对间接侵害、不作为和先危险行为等情形也经常是捉襟见肘,或求助于“说不清、理还乱”的因果关系,或推至危险责任了事。判决结果有时虽尚属客观公允,但并没有挖掘出判决背后的基本原理,欠缺法律应有的稳定性。目前,我国侵权立法工作正在紧锣密鼓地进行,我们应以此为契机修正我国民法通则设立绝对性注意义务的做法,引入德国法上一般注意义务,指导我国司法审判实践。

[参 考 文 献]

- [1] Larenz Karl & Claus-Wilhelm Canaris. Lehrbuch des Schuldrechts. Bd. 2. Besonderer Teil Halb bd. 2 [M]. München: CH Beck Verlag 13., Aufl., 1994.
- [2] Christian von Bar. Verkehrspflichten Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktrecht [M]. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1980.
- [3] [德]冯·巴尔. 欧洲比较侵权行为法:(下卷)[M]. 北京:法律出版社,2001.
- [4] Stoll. Verkehrspflichten— Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht[J]. RabelsZ 46, 1992.
- [5] Claus-Wilhelm Canaris. Schutzgesetze—Verkehrspflichten—Schutzpflichten[J]. 2. FS Larenz, 1983.

(责任编辑 车 英)

On General Duty of Care in German Delicts Law

LIAO Huanguo

(Jinan University Law School, Guangzhou 510632, Guangdong, China)

Biography: LIAO Huanguo (1974-), male, Doctor, Lecturer, Jinan University Law School, majoring in civil & commercial law.

Abstract: German delicts law developed the General Duty of Care by the civil court judges, and which will become the Forth General Rule in delicts law. The types and objects of the General Duty of Care has been shaped through the accumulation of relative cases. The General Duty of Care has the functions of avoiding and preventing the risks, and can be used as an appropriate countermeasure against the risks in dangerous industrial society.

Key words: german; delicts law; general duty of care