

对第三人具有保护效力的合同与信赖责任（下）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_AF_B9_E7_AC_AC_E4_B8_89_E4_c122_485068.htm 关键词: 对第三人

具有保护效力的合同/一般性财产损害/纯经济损失/缔约过失责任/代理人责任/信赖责任/咨询责任 内容提要: 文章以咨询责任为线索，讨论了德国法上“对第三人具有保护效力的合同”制度和信赖责任制度的发展与演变。文章认为，合同法、侵权法与缔约过失责任都可以在一定程度上对专家的咨询责任进行调整。不过三种制度各有优劣。“对第三人具有保护效力的合同”制度在第三人与合同一方当事人具有亲属、劳动关系等特定联系时，在逻辑上、法理上是合适的。2002年的债法修改中制定的第311条第3款在一定程度上肯定了信赖责任理论，该条是处理某些类型的咨询责任的新依据。该规定将可以在很大程度上减轻“对第三人具有保护效力的合同”制度的压力。侵权法是咨询提供人和受咨询人之间没有合同关系或特定联系时，受咨询人所能获得的唯一的救济方式。（三）信赖责任的基本内容由于《德国民法典》中关于合同的和关于侵权责任的条文都规定得比较严密紧凑，没有为判例与学说留下太多的进一步发展（Fortbildung）的余地，学者们在所谓的“第三地带”[101]的研究方面花了很大的功夫。Picker教授用“特殊关系”（Sonderverbindung[102]）来描述这个“地带”的特点，Kouml.ndgen的教授论文就都是有关这方面的题目。80年代以后，可以说是学说和判例对各种不同理论检验和评价的阶段，到2002年债法改革规定了第311条第3款，一定程度可以说是Canaris的意见得到了支持。当然

，“第三地带”的学说的提出、澄清与完善，仍然是很多学者共同努力的结果，另外，下文也将指出，信赖责任制度也不是没有局限，所以也许说目前的立法是各方意见综合作用的结果，更合适些。

1. 学说的观点争鸣

Canaris将信赖责任分为履行的信赖责任（vertrauensrechtliche Erfüllungs haftung）和损害赔偿的信赖责任（vertrauensrechtliche Schadensersatzhaftung）。他指出，信赖责任制度可以从德国民法典第122条（撤销意思表示的损害赔偿）、第179条第2款（代理人不知自己无代理权而为无权代理的损害赔偿责任）、民法典原第307、309等条文中引申出来。[106]他认为，实际上，合同当事人之间的保护义务，从合同协商开始到合同订立，到履行完毕甚至后合同阶段，本质上都是一样的。即，这些保护义务都是基于当事人之间的信赖关系，而这些信赖关系基本上都是基于法律的规定产生的。[107]保护义务关系从当事人开始接触时发生，并随当事人之间关系紧密程度的增加而在内容上有所增强和升级。这种义务的产生与内容与当事人的意思无关，其请求权基础直接来源于民法典第242条的诚实信用原则。[108]不过合同订立之前（缔约阶段）的保护义务与合同订立之后、双方当事人之间在履行合同阶段中的保护义务可能还不完全一样。合同协商的场景可能各不相同，但合同协商的过程可能大都是一样的：通常是双方当事人（或者其代理人）坐在一起，就有关事项进行谈判和协商。而合同订立后履行的内容就千变万化了。所以，主张两种保护义务（合同前与合同中）在产生的根源上具有某种一致性是可以接受的，但主张两种保护义务在内容上没有本质区别，似乎就有点言过其实了。在处理有关保护义务的合同

关系时，重要的不是追究这种义务的产生根源是什么，而是这种义务的具体内容是什么，以及义务人是否履行了义务。而在判断义务的具体内容时，需要结合具体的合同关系来进行考查，因为合同履行中的保护义务与履行义务常常密切相关。[109]这也是许多学者不主张将缔约过失责任和诸如积极侵害债权责任都统一对待的原因。[110]从目前《德国民法典》第241条第2款将各种保护义务一体规定（无论其发生在订约中、履行中还是履行完毕后），并规定出了在违反该保护义务时适用第280条第1款进行救济的安排上看，可以说现在的立法还是一定程度上接受了Canaris关于保护义务“统一论”（Einheitstheorie）的主张。这样的规定，可以说是为原来缔约过失责任、积极侵害债权等制度在法典中确立了依据，不过还并不意味着原来这些类型的区分就失去意义，毕竟损害保护义务时也要参照明近的案例类型来处理。

2. 德国民法典第311条第3款（1）第三人的个人责任信赖责任理论是一个一直很有争议的制度。虽然主持2002年债法的Canaris是信赖责任的布道者，但毕竟债法修订是在一个委员会的工作下完成的，其他委员中不乏有对信赖责任持反对意见的人，而且委员会最终还是要遵循学界与司法实践中的主流意见。而在这个背景下制定的第311条第3款，便成了双方意见折衷的反映。这些意见的交集，就是过去联邦最高法院有关判决中抽象出来的相对具有一贯性的观点。第311条第1款只是“宣称”在合同当事人和第三人之间也可以产生债的关系。该款本身并没有明确出这种债之关系的产生要件。而第2款可以说是仅规定了一个这种债之关系产生的特例。仔细研究立法资料，可以发现，该款的用语，实际上和以前通过判例确立的

“第三人的个人责任”（die Eigenhaftung Dritter）制度非常接近（和有关判例在用语上几乎就是雷同）。即，在合同协商的过程中，第三人介入进来，或者因为对合同的订立有直接的经济利益[111]，或者因为在缔约中特别地给他人以担保[112]（特别地应用了别人对自己的信任），因而要对一方合同当事人承担个人责任。当然，“对合同的订立有直接的经济利益”这一条的适用范围并没有想象的那么大，主要来自帝国法院（RG）和联邦最高法院（BGH）关于“代理人责任”的若干判例，指虽然名义上是以代理人的名义与他人订合同，但实际上合同是为自己利益而订。[113]第311条第2款的主要应用领域，从立法材料上看，是第三人某种程度上参与了他人订立合同的过程（站在合同某方当事人一边），并超越了合同订立过程中当事人双方相互之间给对方的信任，某种程度上给另一方当事人特别的个人性质的信任（担保）[114]，从而促成了合同的订立。这里的“参与他人订立合同”，在帝国法院阶段，还主要指的是参与合同订立的代理人[115]，而到了联邦最高法院时，便也包括那些在合同协商中以幕后策划人的身份出现，担任一方当事人顾问（Sachwalter）等，因而间接与另一方当事人发生联系的人。[116]对此，债法现代化法立法理由书中的要求是：“取得了缔约当事人一方对其客观性与中立性的信任，其意见对合同的订立产生了决定性的影响”。[117]从发展趋势上看，法律对当事人在参与（合同或合同协商）程度上的要求有逐渐降低的趋势。而另外一个因素——“信赖”，作为一个要件的重要性则有逐渐增加的趋势。[118]这种信赖可能来自该第三人所出具的专家意见，也可能来自该第三人人格上的可信性

，还可能来自第三人对合同订立的其他影响。[119] 在有关的判决中，法院特别强调，第三人仅提供一般的信任是不行的，必须要超过一般缔约协商的那种信任，即必须是一种特殊的信赖。但究竟什么是特殊的信赖呢？联邦最高法院在几个判决也许可以给我们提供某种参考。在早一些案例中，BGH认为当事人对有关法律行为的状态和履行的前景做了某种担保，方构成“特殊的信赖”；在最近的几个案例中，则认为当事人对意思表示的真实性和完整性做了担保，并对另一方当事人作出决定发生了重要的（bedeutsam）影响，即构成“特殊的信赖”。[120]BGH在最近案例中的这种扩张是很值得注意的。从近年来这几个判决来看，构成“特殊的信赖”已经不再要求第三人对整个合同的履行作出担保，而只要对涉及合同订立的重要事项或信息作出担保（Gewöhnliche Vertrauensbeziehung），也未必“直接地参与合同订立”。适用第311条第3款来调整这种类型的法律关系，从字面上看，是完全没有问题的，因为和通常关于信赖责任的判决中的表述不同，在该款中，并没有说必须是“个人的信赖”。新规定现在所强调的，主要是“信赖”与否，而不是个人的关系。另外，限制该款在调整咨询责任（包括某些专家责任）方面的适用，从现在的体系看，就意味着要将规范该责任的任务转给“对第三人具有保护效力的合同”制度，如上文所述，这项制度在调整这些责任方面，早就不堪重负了。更何况，“对第三人具有保护效力的合同”制度发展到今天，在合同解释这张“皮”下，也是以“信赖”作为合理化的主要依据。要想完全回归到合同解释的模式下，除非剔除“信赖”这个依据。而这无疑将会使对当事人意思的虚拟（Fiktion）

程度达到无以复加的地步。（4）第311条第3款作为信赖责任制度的法条依据如果说原来的信赖责任制度只是一个基于判例与学说发展起来的、在法律中没有明确依据的制度，那么，第311条第3款可以说是提供了这样的法律基础。从而也为将原来的“对第三人具有保护效力的合同”制度中某些类型（主要是咨询责任的问题）转为由信赖责任制度（第三人的个人责任）调整提供了法条依据。

3. 信赖责任的构成要件

（1）以某种特殊方式（in besonderem Maouml.ndgen, Sllbstbindung ohne Vertrag: Zur Haftung aus geschauml.gen, JZ 1965, 475 ff. [106] 他认为，这些条文下所规定的责任既不属于违约责任，也不属于侵权责任。参见Canaris, Die Reichweite der Expertenhaftung gegen ü ber Dritten, ZHR 1999, 206 (220). [107] 他认为：“从BGH过去关于缔约过失责任的判例来看，BGH认为该责任是一种法定责任。按照这个逻辑，为什么合同一经订立，这种保护义务便突然从法定责任变成了合同责任？！”参见Canaris, Die Vertrauenshaftung im Licht der Rechtsprechung des Bundesgerictshofs, in: Claus-Wilhelm Canaris / Andreas Heldrich / Klaus J. Hopt / Claus Roxin / Karsten Schmidt / Gunter Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, S. 129, 174. [108] Canaris, JZ 1965, 475 (478). 这个观点在提出后得到了很多人的认同。有人总结说，缔约中的保护义务与合同中的保护义务本质是相同的，至少体现以下几点上：其一，这两种保护义务都有相同的目的，即保护合同当事人或缔约当事人的有关权利、法益和利益；其二，保护义务的产生，都是基于特定的合同或者与合同有关的接触；其三，这两种义务产生时间不同（一个在订立前

，一个在订立后），在内容上却是一致的；其四，在损害该义务的法律后果上，通常都不涉及履行利益的赔偿问题，核心是对消极利益的损害赔偿。Frost, #8222.vertragliche “Schutzpflichten, Duncker auml. lte bei der Abgabe von Third Party Legal Opinions, Verlag C. H. Beck 1995, S. 125 ff. [130] Canaris, Vertrauenshaftung, 1971, S. 302 ff. [131] Canaris, ZHR 163 (1999), 206 (236 f.). 当然，如果买受人和银行都可以向税务咨询师主张损害赔偿，则等于是扩大了税务咨询师的责任。对于这个问题，Canaris建议通过类推适用《德国民法典》第851条，在咨询提供人向买受人为损害赔偿后，可同时免去咨询提供人对银行的损害赔偿责任。因为银行关于企业将具有某种特定价值的基本期待，在咨询提供人向买受人为损害赔偿后，并未受到损害。 [132] Canaris, ZHR 163 (1999), 206 (237). [133] Canaris, ZHR 163 (1999), 206 (230). [134] Canaris, ZHR 163 (1999), 206 (231 f.). 不过Canaris还是特别强调，这是缔约过失责任下的责任限制问题，而不是拟制认为咨询提供人（专家）与第三人之间具有合同关系。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com