

对第三人具有保护效力的合同与信赖责任（中）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\\_485069.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_AF_B9_E7_AC_AC_E4_B8_89_E4_c122_485069.htm) 关键词: 对第三人

具有保护效力/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、侵权法的解决方案（一）侵犯绝对权的责任

德国很多学者对“对第三人具有保护效力的合同”制度提出了异议。在英国拿到博士学位的Werner Lorenz教授认为，如果债务人损害了对合同当事人所负的保护义务，该保护义务同时也是为了保护第三人的权利或法益，则该债务人应当根据第823条第1款对第三人负损害赔偿责任。[37]实际上，在对人身、所有权等第823条第1款明示规定的权利的保护上，当前的德国侵权法，经过过去几十年的发展，已经和《德国民法典》刚刚制定时的保护范围有所不同了。首先，在时效问题上，很多原来合同法上比侵权法长的时效优

势已经不再存在。《德国民法典》上“很多时效规则都有其特定的历史背景，并不都符合合理性或目的性的要求”。

[38]比如，在2002年的债法修订前，侵权之债的诉讼时效通常是3年[39]，而合同请求权的诉讼时效是30年[40]，二者相差太多，其实并没有合理依据。普通诉讼时效过长，与现代经济生活的高速性特征也不符。[41]按照修订后的德国民法典，现在原则上侵权和违约的诉讼时效都是3年（德国民法典第195条）。其次，在目前的德国民法典上，第831条和第278条的区别已不再像以前那么明显。在司法实践中，第831条第1款第2句中所规定的雇主免责的尺度非常严，雇主已经很难通过证明自己尽到了选任、监督和指示的义务而免除自己的责任。[42]最近这些年，随着机关责任（Organisationspflicht）制度的发展，在有些时候，受害人也可以通过适用德国民法典第30、31、89和823条的规定来获取救济。第三，在举证责任上，许多侵权责任也采取严格责任制度或者举证责任倒置，其与合同责任（或缔约过失责任）的差别也没有想象的大。不过，在合同关系或者缔约关系涉及第三人绝对权时，适用侵权法来加以救济，也还不是完全没有问题。实践中，这种情况下的权利或法益损害大多是因不作为而发生的。如果火车站里的楼梯因为有瑕疵而造成了他人的损害，受害人可以要求火车站承担赔偿责任，通常是没有问题的，但假设改楼梯在我自己家里，我知道该楼梯已坏，但我自己不用，有一天一推销员来上门推销，误走此段楼梯而受到伤害，我是否有义务赔偿？这个问题就比较难回答。假设一个小偷夜里想来我家偷东西，其悄悄爬上此段楼梯并受到损害，我是否有义务赔偿？大概不用。如果我把房屋租给他人，承租人

的女儿玩耍时而走过此段楼梯并受到损害，也许我就要承担赔偿责任。是什么因素的存在，导致推销员、小偷和承租人的女儿受到不同的对待？为什么某些情况下我的行为就构成侵权，某些情况就可能不构成？这涉及到侵权法上的一个重要类型——不作为侵权。德国法上的交易安全义务

（Verkehrssicherungspflicht）是调整不作为侵权的重要制度。

（二）违反交易安全义务的责任德国民法典对不作为的侵权行为（lex Aquilia）持非常谨慎的态度。一般认为，仅仅是不作为或疏忽（außer Achtlassigkeit）这个门槛被降低到了重大过失（grobe Fahrlässigkeit）；阻止合同的有效成立；无故中止合同协商。[91] 2002年的债法修订将长期以来以判例和学说的形式适用和发展的缔约过失责任在债法中固定了下来。[92] 不过新债法对缔约过失责任的规定只是一种对过去已被接受的判例和通说的总结，并没有根本性的创新。在具体形式上，新规定采取了一般条款（第311条第2款第3项）与适当列举（第2款第1项与第2项）相结合的方式。立法者在立法理由书中特别强调：这样作是为了不影响缔约过失责任未来继续发展的空间。[93] 以下主要介绍目前缔约过失责任制度中最具有活力的领域——对一般性财产损害（纯经济损失）的救济规则及其在处理咨询责任中的地位与作用。在这个领域，代理人责任（Vertreterhaftung）的提出和发展，可以说是一个里程碑，也是我们理解德国法上后来发展出来的“信赖责任”（Vertrauenshaftung）理论的关键。

（二）代理人责任

1. 缔约过失责任的本质——信赖应当强调的是，在谈判阶段或者订约准备的阶段，当事人通常并不希望受到法律行为的拘束。如果某一方在刚刚与另一方开始接触时就作出了相当

的付出（如开始购置原料准备进行生产），只能被看作是一种过于轻率的举动，因此而受到的损害也只能由其自己来承担。也就是说，在缔约协商阶段，当事人实际上仍然还保留着是否订立合同的权利，这也是合同自由基本要求之一：缔约自由。实践中违反缔约自由的情况很多，比如强买强卖：一方只是问了价格，或者更进一步，讨价还价了一会儿，想不买，便要遭辱骂或拳脚。[94]实际上这并不构成恶意中断磋商。[95]双方当事人的讨价还价，可能只是某种暂时性、试探性的策略行为??探察对方的底线、了解其是否急于订立合同（比如是否急需某种产品），同时尽量掩盖自己的某些弱势（比如商店面临拆迁，必须将货物清仓出手；或者唯一的一双鞋坏了，必须在在约会以前买到一双）。一般这些行为也都不能构成合同法第42条第2项所规定的“故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况”。对“代理人责任”的发展有重要影响的Ballerstedt这样归纳缔约过失责任的特点：缔约过失责任就是这样一个悬在“有”和“无”之间的制度：一方面，当事人之间并没有法律行为关系；另一方面，当事人之间又不是毫无瓜葛，互不关联。缔约过失责任是一个在内容上不断变动的制度：当事人们越接近他们的最终目标（达成合同），其关系便越紧密，负有越多的照顾对方当事人以及不随意中断协商的义务，其缔约自由也便受到越多的限制。合同义务的履行，最终导致合同的终止；相对而言，前合同义务的履行，将导致当事人之间产生越来越紧密的缔约关系。[96]那么，缔约过失责任的本质到底是什么呢？通说认为，缔约过失责任根源于前合同义务。但什么是前合同义务呢？前合同义务又和合同有什么关系呢？是不是

一种来源于合同??双方当事人所约定的义务呢？德国曾有学者持类似观点，认为缔约过失责任在于订约当事人双方默示的合意。[97]这样的观点遭到强烈的批评，其中最主要的，是认为这样是对当事人意志的虚拟：就当事人本人而言，如前文所述，并不想在订约阶段受这么多约束。主流学说认为，缔约过失责任的基础在于法律或习惯法（在法律对缔约过失责任做明文规定以前）。也就是说，缔约过失责任的根源不在于当事人的意愿（gewollt），不在于当事人是否想受到这样的约束，而在于法律或习惯法规定当事人必须以某种特定的方式行为。但是，仅将缔约过失责任解释为法定责任，仍然不能准确地阐释该责任的内涵。比如我国《合同法》第42条（尤其是第3项）的规定，更是一个口袋规定。这种法律规定几乎不能为当事人或裁判者提供任何明确的指引。Ballerstedt认为，缔约过失责任的本质在于缔约协商当事人之间的信赖关系。这种信赖关系独立于意思表示。但光说缔约过失责任的本质是一种信赖关系可能还是不够，至少受害人不能在轻信、偏信等盲目信赖的情况下要求他人承担损害赔偿。既然缔约过失责任的本质在于信赖，也就是说在于对缔约当事人的信赖，那么在代理人代为谈判时，如何确定缔约过失责任呢？通常说来，这里代理人只是代表被代理人进行谈判，第三人所信赖的是被代理人而不是代理人。但是有些情况不能简单地这样处理。比如一方当事人应邀到对方当事人的代理人（如某律师）处进行谈判，但遇到该代理人办公室的安全事故而受伤，这种情况应当以谁为被告提起诉讼呢？显然，至少在安全照顾方面，这里受害一方所信赖的，是代理人，而不是被代理人。所以，当事人以代理人为被

告提起诉讼，是于理有据的。[98]从这个意义上说，到底是代理人还是被代理人负缔约过失责任，应当看第三人信赖的指向。另一种情况，比如在德国以前的旧汽车交易，由于汽车买卖要征税，很多旧汽车经营商便采取这样的办法来避税或者规避风险：其以中间人（或代理人）的身份出现，撮合原所有人和买方签订合同，但实际上买方并不和原所有人接触。司法实践中当汽车不符合经营商所保证的质量时，法院判经营商承担缔约过失责任（因为经营商和买主之间没有买卖合同）。而这种对代理人（旧汽车中间商）的信赖，已经不仅是一种在安全维护义务方面的信赖，而是一种全面的信赖。这样，缔约过失责任便被扩大到代理人，居间人身上。[99]实践中，很多情况下代理人或者居间人往往同时又是专家（比如律师），因此，缔约过失责任在一定程度上也便成了专家责任、也是本文所研究的咨询责任的一种形式。“代理人责任”的扩张和延伸，有时候甚至成为要求法定代表人承担“个人责任”的依据。法人要通过它的法定代表人进行行为。法定代表人享有法定的代理权（代表权），可以代表法人对外进行行为。假如法人的代表人在对外代表法人进行行为时，通过自己的担保使第三人基于对自己的信任而与法人签订合同，则在法人不能履行合同义务时，第三人可以要求代表人承担损害赔偿赔偿责任。这样的推理，完全符合前述代理人责任（Vertreterhaftung）和缔约过失责任的本质是信赖责任的逻辑。不过，在确定法人代表人的责任时，还是要非常谨慎。因为这里不仅有对第三人保护的问题，还有法人制度存在的意义问题，即，有限责任制度及其对股东个人财产的相应保护。德国最高法院曾经列出过公司代表人个人责任

的条件，诸如代表人本人对其所进行的法律行为有独立的经济利益或要在进行行为的时以个人身份担保交易的成功完成等等。尽管如此，几乎到目前为止，德国法院也没有一个案例正式采纳了这项理论判决企业的法定代表人承担责任

。 [100] 注释:[37] Lorenz, Anmerkung zu BGH Testamentfall vom 6. 7. 1965, JZ 1966, 108 (112 f.). [38] Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, C. H. Beck 2002, S. 20. [39] 见《德国民法典》原第852条。 [40] 见《德国民法典》原第195条。 [41]

Heinz-Peter Mansel, Die Reform des Verj Humblot 2001, S. 341, 344. [44] Wolfgang Ernst, Negligence in 19th Century Germany, S. 343. [45] 就是所谓的“蔬菜叶”（Gemüseblattfall）案

：BGHZ 66, 51 = BGH JZ 1976, 776 m. Anmerkung von Kreuzer. [46] BGH JZ 1976, 776 (777). [47] 本案发生在1963年，但原告起诉是在1970年，法院之所以用合同与准合同制度下判，是因为按侵权法原第852条第1句的规定，原告的请求已超过了诉讼时效（3年）。 [48] Medicus, Gesetzliche

Schuldverhouml.ndgen, Sllbstbindung ohne Vertrag: Zur Haftung aus geschUuml.berlegungen aus rechtsvergleichender Sicht zu Vertr#8222.Das Kriterium ouml.ndgen, Neue Entwicklungen im Bankhaftungsrecht, RWS-Forum 1987, S. 143. [61] RGZ 48, 114, 124. 56, 271, 279. [62] M ü nchener Kommentar-Wagner, Band 5, C. H. Beck 2004, § 826 Rn. 7 ff. [63] 银行通常对企业的状况都比较了解。设企业A的经营早已陷入困境，欠银行甲巨额贷款无法归还。银行甲此时与A协商，借钱给A，制造A尚能在市场上立足的假相，使第三人借款给A，A拿从第三人处借来的钱还欠银行的贷款。这里银行的行为可能构成第826条下的

侵权行为。Andreas Engert, Die Haftung für drittschauml.hrung, Verlag C. H. Beck 2004. [64] Palandt-Sprau, 63 Aufl., C. H. Beck 2004, § 826 Rn. 20 ff. [65] Palandt-Thomas, , C. H. Beck 2003, § 826 Rn. 8. on Bar, RabelZ 1980, 455 (465 f.). Honsell, JZ 1985, 952 (953. Pl Humblot 2003, S. 243. 笔者曾请教Canaris教授，问他在未来的欧洲私法统一化的进程中，德国的债法将发挥什么作用。他说，德国2002年已经着眼欧洲统一私法的趋势修订了债法总则以及合同部分的规则，至于侵权部分，他认为，德国法也有自己的特点，如果一定要作改动的话，只要将第826条中的故意改为过失即可。[66] 参见薛军：《略论德国民法潘得克吞体系的形成（上）》，《中外法学》2003年第1期，第1-19页。[67] Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Jura auml.ltnisse III, S. 873 ff. [69] M ü nchener Kommentar-Wagner, Band 5, C. H. Beck 2004, § 826 Rn. 7. [70] BT-Drucks. 16/6040, S. 163. [71] 我国有学者正确地指出，缔约过失责任中的“过失”，与我们平时所言的“过失”不同：“缔约上的过失包括了故意和过失，相当于民法上的‘过错’，即包括故意和过失两种状态”。因此认为“缔约过失责任”这个概念已不能反映客观实际情况和立法的要求，也不利于指导实践，认为，对因过错导致合同未成立、被撤销、被确认无效的责任，使用“缔约责任”这一概念为好。参见隋彭生：《合同法要义》，中国政法大学出版社，2003年6月版，第91页；谢怀？：《合同法原理》，法律出版社，2000年1月版，第77页以下。不过本文考虑过去的用语习惯，暂仍然适用缔约过失责任概念。仍然继续使用缔约过失责任概念的，参见王利明/崔建远：《合同法新论？



总则》，中国政法大学出版社，2000年3月修订版，第171页以下。 [72] Horn, Culpa in Contrahendo, JuS 1995, 377 (378). [73] 魏振瀛（主编）：《民法》，高等教育出版社/北京大学出版社，2000年版，第417页。 [74] v. Jhering, JhJb 4 (1861), 1 ff. [75] Mot. II 1896, S. 179 zu § 345 Entwurf. S. auch Medicus, in: FS Kaser, 1986, S. 169, 177. [76] 类似的，还有债法现代化法前德国民法典原第307条等。德国司法部从1970年代开始请法学专家对债法修改提专家意见。Medicus负责缔约过失责任，他建议在债法中规定缔约过失责任的构成要件和法律后果，包括行为人可以撤销合同以及请求损害赔偿等等。参见Medicus, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, in: BMJ (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Bearbeitung des SchuldR I, 1981, S. 479-550。1983年，德国成立了债法修改委员会，经过近10年的工作，到1991年，委员会起草了最终报告，报告中建议通过制定新的第241条第2款和第305条第2款来规定缔约过失制度。这个意见被后来2000年债法修订第2委员会所采纳，委员会基本上原样保留了第1委员会的241条第2款，同时用第311条第2款代替了第305条第2款，并且在内容上做了更具体的规定。 [77] Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstundabschlusses durch Stellvertreter, AcP 151 (1951), 501 ff. [81] Assmann, Prospekthaftung als Haftung für die Verletzung kapitalmarktbezogener Informationsverkehrspflichten nach deutschem und US-amerikanischem Recht, Heymann 1985, Kaufmännische zur Unternehmensberatung, Berufliche Ausmaßnahme, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Notare? in der deutschen Rechtsprechung, NJW 2002, 1601 (1607). [100] 笔者认为，这实际上是学者归纳

出来的“ 代理人责任 ” 制度在推理和扩张适用的过程中，出现的与其他相关制度（如揭开公司面纱制度）冲突的问题。而其他制度中所提供的构成要件与具体的裁量尺度可能要比代理人责任或信赖责任的尺度更合适。因此，相比而言，这个制度在此方面的优势就不明显，或者几乎没有什么优势。

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](http://www.100test.com)