

对第三人具有保护效力的合同与信赖责任（上）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_485070.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。

一、问题的提出 在当前我们这个分工日趋精细的社会中，专家的咨询具有越来越重要的意义。消费者购买品质无法准确把握的“大件”商品、企业投资、银行放贷、政府决策等等，大都要咨询专家（或“明白人”）的意见。本文所要研究的，就是在专家意见有错误时，受损害方如何获得救济以及专家应当承担何种责任。咨询责任在民法上是一个很有趣的题目，涉及合同责任、缔约过失责任、侵权法上的专家责任，在损害赔偿方面涉及纯经济损失，另外，往往还涉及第三人的问题（“对第三人具有保护效力的合同”）。[1] 德

国民法上没有一般性地规定关于咨询的责任。不过《德国民法典》第675条第2款[2]规定：“向他人提供意见或建议的人，在不违反基于合同关系、侵权行为和其他法律规定而发生的义务情况下，对因遵循意见或建议而产生的损害不负赔偿的责任。”也就是说，原则上，咨询人对受咨询人因遵循咨询意见而受到的损害不负责任，除非咨询提供人违反了基于合同、侵权行为或其他法律规定而发生的义务。该条规定也为我们提供了考查咨询责任的三个角度：合同法、侵权法，其他法律规定。通常在当事人之间有咨询合同关系时，咨询人是否违反合同义务以及在违反义务时应承担什么责任，可以直接按照有关的合同条款和通过合同解释来加以确定，对法官而言，作这些判断是相对比较容易的。不过，实践中非常多的情况是，咨询人和受咨询人之间并没有明示的合同约定。主要有两种类型：类型一，是所谓“一次性接触”

（Einmalkontakt）型，如某人（受咨询人）为了解他人的资信状况，向银行（咨询人）进行咨询，银行的咨询意见对受咨询人未来是否（与他人）订立合同的决定有直接的影响。而在咨询前或咨询后受咨询人和银行之间都没有任何明示的合同关系。类型二，是所谓的“第三人转交”

（Drittweitergabe）型，如某人欲购买一套机器设备，出卖人向其提供了由专家出具的关于该机器设备价格、质量的评估。在这个类型中，专家（咨询人）和出卖人之间有合同关系（委托出具专家意见），而买受人（因为参酌了专家意见，故也是受咨询人）和专家之间并没有直接的合同关系，买受人所看到的评估意见，是从出卖人那里转来的。可以明确的是，上述两个类型中的受咨询人都应当得到某种程度的保护

。但保护的法律依据是什么？应当保护到什么程度？侵权法似乎不太合适。[3]按照《德国民法典》第823条以下的规定，咨询人的行为，通常又不构成侵权。德国侵权法中主要规定了三种侵权行为类型。第823条第1款，第823条第2款和第826条。其中第826条的适用以故意为前提，这在咨询责任中很难证明。第823条第1款和第2款都不保护一般财产损害

（primouml.gensschaden）。第823条第1款所保护的，是生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利。从逻辑上说，因接受他人咨询而进行行为是行为人自己的自由行动，我们不能说咨询人的咨询损害了受咨询人的所有权或其他权利，因为对物或财产的处置是受咨询人自己作出的。例如，在德国民法上，欺诈这种侵权行为的请求权基础是第823条第2款结合德国刑法典第263条欺诈罪（符合改款所要求的“其他保护法律”），而不是第823条第1款。还值得一提的是，第823条第1款所规定的“自由”仅指人的身体行动自由，而不包括自主决定自由、意志自由等。因为“自由”本来就是十分宽泛的概念，如果不加限制，侵权法的适用范围将过于模糊而无法准确预期。[4]如果侵权法不合适，咨询人和受咨询人之间又没有明确的合同，那如何保护受咨询人呢？二、对第三人具有保护效力的合同对上述第二个类型，德国联邦最高法院（BGH）以“对第三人具有保护效力的合同”（Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte）理论来保护受咨询人。以下先对该理论的发展作简要的介绍。世界很大，我们和其中绝大多数人匆匆地擦肩而过，而合同是使我们和陌生人建立起联系的重要方式之一。这种联系使双方的接触增多，也使一方有影响或者侵入他方权利领域内的可能。[5]而在他方权利领域内

，往往不仅有该方当事人，还有第三人的存在。“对第三人具有保护效力的合同”制度就是在这个逻辑上发展起来的??合同关系中的当事人对他方当事人（确切地说，是他方当事人的权利领域）负有保护义务，这种保护义务同时也应当延伸到他方权利领域内的第三人。对这项制度，《德国民法典》上并没有明确规定，其主要是通过判例和学说发展起来的。

（一）基于保护义务的对第三人的保护效力实践中的很多合同都会直接涉及当事人的生命、健康或财产等权利或者利益。在这些合同中，保护义务（Schutzpflichten），即保护他方当事人上述这些绝对权的义务是非常突出的。这些义务常常会涉及到第三人。

1．运输合同在一个案件中，修道院的教士和运输公司签订了一项合同，由运输公司将一个医生送到教堂，给一个教士看病。由于驾车人的失误，医生受到了伤害。帝国法院（RG）认为：“虽然承运人是和托运人（教士）签订的合同，但承运人知道坐车的是医生而不是他人。”最后RG判决承运人赔偿了医生的损失。不过，在这个案例中，法院并没有明确地提出“对第三人具有保护效力的合同”概念。[6]

2．租赁合同第一个明确承认合同当事人某种情况下对第三人同样具有保护义务的，是帝国法院此后不久（1917年）的一个判决。该案涉及一个租赁合同。承租人的女儿因出租人的房屋未彻底消毒而感染了传染病（原来房屋里住了传染病人，出租人请来的医生没有很好地完成工作）。现在法院所面临的问题是：承租人的女儿并非合同当事人，是否可以根据合同要求出租人赔偿损失？[7]在回答这个问题之前，需要先说明的是：实际上，女儿本来是可以直接根据侵权法要求出租人赔偿其损失的。因为这里的情况完全符

合第823条第1款的规定（健康损害）。但是，这里的损害并不是直接由承租人造成的，而是医生??承租人的受雇人。根据德国民法典第831条第1款第2句规定，如果雇佣人在选任、监督和指示等方面方面没有过错（前半句），或者即便雇佣人履行了这些选任、监督和指示，损害仍然会发生（后半句）的，其对受雇人所造成的损害不承担损害赔偿赔偿责任。也就是说，如果对出租人提侵权损害赔偿之诉，他可能会通过雇佣人责任制度免责。同样的，女儿本来也可以选择医生为被告提其侵权之诉，但一来有举证的困难（要证明医生存在过错），二来可能不如出租人这个不动产所有权人更有偿付能力。面对本案当事人的诉讼请求，德国帝国法院认为，根据出租人和承租人之间的合同，出租人有保护承租人身体健康的义务。“如果所租赁的房屋是一个供家庭所使用的住宅，在订立合同时，出租人应当知道承租人的家属会一同居住。因此应当如同保护承租人的身体健康一样保护其家属的健康。如果没有这样（合同上的保护义务）的扩张，将使承租人家属权利得不到充分的保护……”[8]帝国法院在本案中所适用的是德国民法典第328条。在本案以后，帝国法院在其他一些涉及租赁合同[9]、雇佣合同[10]和承揽合同[11]的案件中，也作了相同的推理。不过帝国法院的论证还是遭到了学者的批评。拉伦茨（Larenz）教授批评说，第328条就其字面含义所调整的是履行义务，不包括保护义务。帝国法院的几个案件中，所涉及的都不是向第三人的履行，而是对当事人的保护义务向第三人的延伸。拉伦茨指出，这几个案件中所涉及的，应该说是一个与第328条的调整对象完全不同的新制度，即“对特定第三人具有保护效力的合同”制度。[12]拉伦茨

的上述意见点破了帝国法院的牵强附会。其观点后来被BGH所接受。其“对第三人具有保护效力的合同”的提法也被BGH在以后的案件中加以采用。（二）基于履行义务而产生的对第三人的保护效力在前述的判例类型中，德国法院通过变通适用第328条，绕过了相对严格的第831条第1款第2句，对第三人的生命、健康、财产等绝对权提供了更全面的保护。实践中，德国侵权法的“软肋”还不止这项雇佣人责任制度。如前所述，《德国民法典》对一般财产的保护是非常谨慎的。这种谨慎也就成为法院继续另辟蹊径的动力。1. 受益权的损害BGH在1965年作出的遗嘱案（Testamentfall）是一个很有典型意义的判例。在这个案件中，父亲与一名律师订立了合同，委托其协助起草遗嘱。后来该律师没有按时履行自己的合同义务，以至于没能在父亲（委托人）死亡前完成遗嘱，致使女儿没能按计划继承父亲的遗产。[13]女儿以律师为被告提起诉讼，要求赔偿因此而受到的损害。对这个案件，BGH的意见是：“对第三人具有保护效力的合同”制度的适用范围并没有局限在保护义务上的延伸上。“如果当事人未履行合同义务造成了第三人的一般财产损害

（Vermauml.he），就可以适用该制度，只要这种延伸根据诚实信用原则符合合同的目的”。[14]BGH最终判定：本案中，委托起草遗嘱的合同对女儿具有保护效力。在1994年的一个类似案件中，BGH再次肯定了这个观点。[15]对BGH的这种做法，von Caemmerer教授也持肯定的意见，认为没必要在保护义务的不完全履行和给付义务的不完全履行或不履行之间进行人为的区分。[16]2. “幸福与痛苦”标准在“对第三人具有保护效力的合同”制度发展初期，法院所面临的一个

重要课题就是，如何限制受保护的第三人范围以避免合同当事人责任的过度膨胀？为此，BGH发展出来了所谓的“幸福与痛苦”（Wohl-und-Wehe）标准。按照这个标准，第三人必须和合同债权人之间具有紧密的联系，即合同债权人必须对第三人有某种保护和照顾的义务，对第三人的“幸福与痛苦”负责。这种的“幸福与痛苦”关系主要是一种人身上的联系，其主要类型有二，一类是家庭法上的关系（如上述租赁合同案中的父亲与女儿，上述遗嘱案中的父亲与女儿）；另一类是雇主和受雇人之间的关系。[17] 不过这种“幸福与痛苦”限制BGH并没有坚持多久。在一个案件中，原告是出卖人，其与买受人有长期的合同关系。原告和买受人之间通过托收承付（Lastschrift）的方式结算。原告将5份托收承付申请交给自己的银行甲，甲银行再将该申请转到买受人的开户银行乙（本案被告）。由于乙的过失，没能及时将买受人的帐户里已经没有钱的情况通知原告，致使其（出卖人）不能及时停止供货而受到损失（买受人破产，出卖人只能按比例获得清偿）。BGH认为，在本案中，虽然原告和被告之间没有合同关系，但原告的银行和被告（买受人的开户行）之间有结算合同（Griovertrag）关系。这个结算合同对原告具有保护效力。BGH认为，将受保护的第三人的范围加上“幸福与痛苦”这个限制，不必要地限制了该制度作用的发挥，本案中应当保护原告对结算关系的合理信赖。[18] 在如何合理限制受保护第三人范围这个问题上，BGH一直非常谨慎。尽管其在上述托收承付案中取消了“幸福与痛苦”这个具有客观色彩（如父女关系、雇佣与被雇佣关系等）的标准，但实际上提出了“信赖”这个具有主观因素的标准作为替代。不

过BGH还是没有就停留在这个案例类型上。3. 咨询合同中的专家责任在一个案件中（为方便论述，下文提及时称“集团购房案”），S和另外几个人（原告是其中一个）想购买一处房产，其与评估师签订了一份评估合同，约定由评估师对房产进行检查和评估，并告知评估师，他们想一起购买该房产。后来S没买，原告自己购买了房产。评估师的评估被发现有错误，原告对评估师提起诉讼，要求其赔偿因评估错误所造成的损失（回复到未订立合同前的状态）。在本案中，原告与评估师之间并没有直接的合同关系。BGH判决支持了原告的主张，认为原告与S（评估合同的当事人）具有相同的利益，通过解释S与评估师之间的合同，认为这个合同应当对其具有保护的效力。[19] 在另外一个案件中（为方便论述，以下提及时称“顶棚案”），出卖人请评估师对一栋房产的价值进行评估。在评估师来检视房子时，出卖人的儿子甲应出卖人的指示以代理人的身份陪同评估师。在评估师想去查看顶棚时，甲说顶棚没问题，而且堆放了很多杂物，很难进入，评估师也就没再亲自进去看。实际上恰恰顶棚有问题。合同履行后买受人要求评估师赔偿其所受到的损失。BGH根据“对第三人具有保护效力的合同”理论，认为出卖人和评估师之间的评估合同对买受人具有保护效力。从而判决支持了买受人的主张。[20] 在这个案件中，买受人和出卖人之间的利益关系完全是相对的。这时再通过合同解释认为出卖人与专家之间的合同对买受人具有保护效力，就有点太过牵强了。毕竟出卖人出钱要专家对其房屋进行评估，很大程度上是出于自己的利益考虑（当然也希望专家作出对自己有利的评估意见）。

（三）小结1. 保护义务和履行义务（1）履行障

碍法体系于保护义务、履行义务之分以上列出了两类不同的“对第三人具有保护效力的合同”。一类基于保护义务，另一类基于履行义务。一类主要在于保护当事人的健康、所有权等绝对权，另一类在于保护一般性的财产利益。德国2002年的债法改革，试图把所有的合同义务都规定在民法典中（原民法典中只规定了履行义务，而没有规定履行义务以外的保护义务等，对于违反保护义务，原来的处理办法是通过适用成文法以外的“积极侵害债权”或“缔约过失责任”等制度来补充）。对于违反履行义务，适用德国民法典第280、281、283、311a、323、326等条中规定的履行障碍制度。而对于违反保护义务，则适用第280、282、324等条。（2）履行义务与保护义务的区别履行义务（Leistungspflicht）和保护义务（Schutzpflicht）的区别，是拉伦茨（Larenz）50年代在海因里希·斯多尔教授（Heinrich Stoll）理论的基础上提出的。[21]实际上，保护义务和履行义务之间的界限在很多时候是不清晰的。比如，在人身保卫合同中，保护他人人身安全的义务便不再是附随义务，而是一种主合同义务，即履行义务。德国民法典第241条的标题是“债之关系中的义务”（Pflichten aus dem Schuldverhältnis）这个词做出定义，而是留由后世学说和判例加以补充。[23]同样，对履行义务和保护义务，民法典上也都没有明确定义。为准确说明履行义务和保护义务的区别，本文先举几个有代表性例子，然后再分别加以说明：例1：画师甲受委托为他人作画，画完成得很顺利，但因疏忽损害了定做人的其他财产；例2：出卖人甲按合同规定向购买人交付了没有瑕疵的机床并进行了安装，但忘了将使用说明书交付给购买人乙。例3：葡萄酒农甲

向销售商交付其所订购的葡萄酒，但因包装的瑕疵，很多葡萄酒瓶上的标签被刮破而无法出售。例4：出卖人甲交付给买受人的饲料有毒，致买受人的马死亡。[24]关于履行义务和保护义务的概念与二者的区别，有很多主张。一般认为，履行义务所指的，是那些将改变当事人财产现状

（Verauml.ubigers）的义务。[25]而保护义务或附随义务所指的，是维持或维护合同当事人财产现状的那些义务，即，在合同的订立与履行触及对方的权利领域时，应当尽到合理的注意。[26]当然，在德国债法现代化法立法理由书中也承认，某些义务，既是保护义务，也是履行义务。如例2中出卖人的义务违反就既构成有瑕疵的给付，又可能会造成买受人其他财产的损坏。和履行义务与保护义务平行（或重合）的另外一种分类，是所谓的“主履行义务”（Hauptleistungspflicht）和“附随义务”（Nebenpflicht）的区分。主履行义务是指体现和反映债之关系主要特点的义务（如买卖合同中出卖人交付无瑕疵的标的物并转移标的物所有权的义务，买受人支付价款的义务）。[27]债之关系中主履行义务以外的义务就是附随义务。附随义务又可以进一步细分为与履行有关的附随义务和与履行无关的附随义务。2002年的德国债法修订者也采用了这个分类，并在立法理由书中指出，违反与履行有关的附随义务，适用第241条第1款；违反与履行无关的附随义务，适用第2款。[28]但如何区分这两种附随义务呢？二者很重要的区别，在于义务的目的是否是要确保（Absicherung）主履行义务的实现。如果是，则属于与履行有关的附随义务，应适用第241条第1款；如果不是，只是为了保护合同当事人的其他财产利益，就应该适用第241条第2款和《德国民

法典》上的其他有关条文来加以调整。比如例1中画师保护订作人的其他财产（如订作人家中的名贵地毯）不受损害的义务就与确保作品如约完成没有直接的联系，故属于与履行无关的附随义务。例3中的适当包装的义务主要是出于确保履行的目的，因而属于与履行有关的附随义务。不过“附随义务的目的”这个标准有时并不能准确地将某一项附随义务划分到某一个类型中。例如，例2中交付使用说明的义务就一方面是为了确保买卖合同目的的实现，另一方面避免买受人的其他财产或者法益受到损害（如避免买受人或买受人的受雇人在使用机床时受不必要的损害）。另外，某些本来是通常被看作是保护义务的义务，如果当事人对其作了特别约定，则可能成为合同的主履行义务。如在保镖合同中，保护受保护人生命安全就是一种主合同义务；在咨询合同中，提供咨询和信息也是一种主合同义务。某些时候，某一个违约行为可能既构成对主合同义务的违反，又构成对附随义务的违反。如前述例4，这时就有一个竞合的问题。对于附随义务可能既服务于履行的目的，又服务于履行外目的的情况，德国《债法现代化法》的立法者也认识到了。不过在立法中，他们有意回避去规定一个明确的规则选择规则，而是把这项任务留给了学术界和司法判决。[29]目前学界一个比较统一的认识是：在无法准确归类时，应当解释为“与履行有关的附随义务”，从而优先适用履行障碍法。

2. 绝对权保护与一般财产利益的保护

法律上对保护义务与履行义务的区分，某种程度上反应了对绝对权的保护与对一般财产利益保护的不同法律政策。前文已经提到，帝国法院最初引入“对第三人具有保护效力的合同”这个制度的内在原因，其实是要规避《

《德国民法典》第831条第2款第1句关于雇佣人责任的规定。假如房屋租赁合同案中的女儿可以直接根据侵权法诉房东，并能够得到与合同之诉相同结果的话，也就不必再费周折去“造”出一个“对第三人具有保护效力的合同”制度来。[30]而在后来认为合同履行义务也对第三人具有保护效力的案件中，法院“搬”来“对第三人具有保护效力的合同”理论，实际上是为了补充德国民法典中侵权行为规范对一般财产利益损害（英美法上的“纯经济损失”）的保护不足。根据《德国民法典》的规定，对一般财产损害

（primouml.gensschouml.tner, Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung f ü r Dritte und die sog. Expertenhaftung, Duncker auml.ge zugunsten Dritter, in: Behrends (Hrsg.), Festschrift f ü r Franz Wieacker zum 70. Geburtstag, Vandenhoeck auml.lle zum Vertrag mit Schutzwirkung f ü r Dritte, JuS 1986, 885 (886). [19] Nach BGH 1984, 355. [20] BGH JZ 1995, 306. [21] Larenz, Anmerkung zu BGH vom 25. 4. 1956, NJW 1956, 1193. Larenz, Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegen ü ber dritten Personen, NJW 1960, 78. Siehe auch von Cammerer, Vertr Ruprecht 1978, Gauml.ubiger, Schuldner und Dritte, JZ 1962, 553 (555). [36] Gernhuber, Drittwirkungen im Schuldverhauml.he: Zur Lehre von den Verträ.ge mit Schutzwirkung f ü r Dritte, in: Festschrift f ü r Arthur Nikisch, Mohr Siebeck 1958, T ü bingen, S. 249, 270.

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