

王利明:论加害给付 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__E7_8E_8B_E5_88_A9_E6_98_8E__c122_485691.htm 一、加害给付的概念
加害给付在德国法中称为积极侵害债权。在德国，该理论最早由德国律师史韬伯(Hermann Staub)于1902年提出，以弥补传统的违约形态划分的缺陷。该理论自从问世以后，受到广泛的重视，德国学者多勒(Dolle)认为该理论乃是"法学上的伟大发现。"(1)，它不仅对德国的判例和学说产生了巨大的影响，而且也深刻影响了属于德国法系的其他国家的民法。何为加害给付，学者对此有不同的看法。一种观点认为，加害给付是指未能按照债的规定作出给付或履行，也说是说，债务人虽然履行了债务，但履行行为不符合债的规定。如给付腐烂的水果或者有传染病的家畜、白皮鞋误擦黑油、修脸时刮掉眼眉、包办酒席致食客中毒等均属此列。第二种观点认为，加害给付不仅仅是指债务人履行债务的行为不符合债的规定，而且是指此种不符合债的规定的履行行为造成了履行利益以外的其它损害。这两种看法都有一定的道理，但我们认为第一种观点未能将加害给付行为与一般的瑕疵履行行为相区别。因为在瑕疵履行的情况下，同样存在履行行为，但此种履行行为不符合债的规定。而加害给付作为一种特殊的违约行为。表现在债务人不仅实施了不符合债的规定的履行行为，而且此种履行侵害了债权人履行利益以外的其它权益(uber-erfullungsmassiges Interesse)，德国学者称之为附带损害。所以我们认为应采纳第二种观点，即加害给付乃是指因债务人的不适当履行造成债权人的履行利益以外的其它损失。

加害给付具有以下几个特点：第一，债务人的履行行为不符合债的规定。加害给付只能在履行有效合同的过程中发生，也就是说，合同已经成立并生效，但债务人所作出的履行行为不符合合同的规定。如果合同不能成立或者应被宣告无效，或被撤销，在此情况下，只能产生不当得利的返还责任和缔约失责任，而不产生加害给付责任。还应当看到，加害给付的主体只限于合同关系中的债务人，也就是说，只有当债务人实施的不符合合同规定的履行行为造成对债权人的损害，才有可能构成加害给付。如果是合同关系以外的第三人实施一定行为，造成对债权人的损害，则不属于加害给付。第二、债务人的不适当履行行为造成了对债权人的履行利益以外的损害。德国学者称之为附带损害。所谓履行利益以外的其它利益，学理上又称为固有利益或维护利益，是指债权人享有的不受债务人和其他人侵害的现有财产和人身利益。此处所称的现有财产是指履行标的物以外的财产，或称为履行利益以外的财产利益。所谓履行利益以外的损失，《产品质量法》第29条称为"人身、缺陷产品以外的其他财产损害"，应该说后一种表述更为明确。它是指产品和劳务瑕疵以及违反附随义务等造成债权人遭受人身伤亡和给付标的以外的其他财产损害。第三，加害给付是一种同时侵害债权人的相对权和绝对权的不法行为。从上述分析可见，债权人享有的履行利益实际上是债权人享有的债权，而债权人享有的履行利益以外的其它利益，乃是债权人享有的绝对权，这两种权利分别受到合同法和侵权法的保护。由于加害给付的行为将同时构成违约行为和侵权行为。此种行为既可以是以积极的方式实施(如医院医生的误诊)，也可以是以消极的方式实施(如故

意不肯知产品不合格的危险而使买受人遭受损害)。加害给付行为可以是因为给付的标的物因质量不合格而造成债权人固有利益的损害，同时也可以是因为给付行为本身不符合合同规定直接造成债权人的固有利益的损害(如因承运人的重大过失致使旅游车翻车，使旅客遭受伤害)。无论在何种情况下，加害给付都会导致违约责任和侵权责任同时产生，这就是说加害给付是产生违约责任和侵权责任竞合的重要原因。值得注意的是，在德国的判例和学说中，虽将加害给付作为一种特殊的违约行为来对待，但加害给付制度只是作为一种辅助性的制度。按德国学者的观点，“凡是既不导致给付不能，又不能导致给付迟延的均是积极侵害债权。”(2)换言之，积极侵害债权处于辅助型(residual, subsidiary)的位置，“只要是非给付不能与给付迟延的其它给付障碍形态的均称为积极侵害债权。”(3)德国判例中也认为积极侵害债权是在给付不能、给付迟延以外的第三种债务不履行形态，此种形态只有在给付不能、给付迟延均不构成时，始有适用。德国法中将加害给付作为一种辅助性的制度对待，主要是德国法中是将给付不能与给付迟延作为主要的违约形态，同时加害给付又没有在法典中规定，所以它只是判例学说所发展起来的、旨在填补立法不足的一项制度。那么，我国是否应该借鉴德国法的经验，将加害给付制度作为一种辅助性的制度对待?在理论上值得探讨。根据《产品质量法》第31条规定：“因产品存在缺陷造成人身、他人财产损害的，受害人可以向产品的生产者要求赔偿，也可以向产品的销售者要求赔偿。属于产品的生产者的责任，产品销售者赔偿的，产品销售者有权向产品的生产者追偿。属于产品销售者的责任，产品生产者赔偿的，产品生产者

有权向产品销售者追偿”。此处所说的向产品生产者和销售者追偿，既包括了侵权责任，也包括了合同责任在内。侵权责任实际上是产品责任(4)，而合同责任则主要是指债务不履行的责任。根据《民法通则》第111条的规定，当家人一方履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件的，另一方有权要求对方采取补救措施。此处所说的履行合同义务不符合约定条件的行为包括了加害给付行为。从我国立法和司法实践来看，并没有将加害给付作为一种特殊的违约形态对待，而是将其包括在不适当履行合同的违约行为之中的。我国法律既不强调单纯的合同责任来处理加害给付案件；也不认为加害给付只是一种辅助性的制度，而为了保护债权人和消费者，对他们在因加害给付受到侵害后，提供了充足的补救措施，允许债权人直接以加给付为根据提起侵权或违约之诉。当然，现行法律对在加害给付条件下是否允许受害人选择请求权，如何保障请求权的正当行使等等还缺乏明确的规定，因此加害给付制度还有待于进一步完善。

二、加害给付的构成要件

所谓加害给付的构成要件，是指符合何种条件才能使债务人负担加害给付的责任。我国台湾学者对此有两种不同的观点。一种观点认为，加害给付必须以债务人存在给付行为为前提。另一种观点认为，加害给付并不以债务人有给付行为为前提。这两种观点的主要区别在于，非给付行为是否可以产生加害给付。我们认为，在一般情况下，加害给付是以给付不合格的行为为前提的，也就是说首先必须是债务人作出了履行，但履行不符合合同规定，从而造成了债权人的履行利益以外的损失。当然在某些特殊情况下，加害给付可不以不合格的给付为前提。例如。出卖人对于复杂而危险的机

器，未对买受人作出充分且必要的告知与说明，致使买受人错误操作而物毁人伤。但这种情况毕竟是例外的，而且从严格履行的意义上讲，债务人履行时未尽到其依据诚实信用原则所产生的附随义务(如未尽到瑕疵告知的义务，保护协作忠实的义务等)也表明债务人未能全面履行其应尽的义务，因此也是一种不合格的履行。所以我们认为，构成加害给付应该以债务人存在着不适当履行行为为前提。由此可以看出加害给付的构成要件主要是两个：即不适当履行的行为及由此造成的对债权人的履行利益以外的其它损害。下面分别阐述之：

(一)债务人履行行为不符合法律和合同规定。如前所述，在加害给付的情况下，债务人存在着给付行为，但这种给付行为是不符合合同规定的。在加害给付情况下，债务人的不适当履行包括哪些情况?学者对此有不同的看法：德国学者Lehmann将积极侵害债权分为四种类型：(1)瑕疵履行行为致生非瑕疵履行本身所生的特别损害；(2)继续性契约的一部分履行；(3)履行未尽诚实信用；(4)预期违约。(5)德国学者Fikentscher将积极侵害债权类型分为：(1)不良给付，债务人虽然将具体给付标的提出，但由于品质的缺陷，使得债权人受有损害；(2)违反保护义务，债务人履行义务不符本旨而致债权人履行利益以外的利益受有损坏；(3)违反忠实、守秘、照料、协力的附随义务。(6)我们认为引起加害给付的不适当履行行为主要有：1、给付的产品本身存在着缺陷或瑕疵所谓缺陷是指产品存在着危及他人人身、财产安全的不合理危险。《斯特拉斯公约》第2条规定："考虑到包括产品说明在内的所有情况，如果一项产品没有向有权期待安全的人提供安全，则该产品为有缺陷。"美国产品责任法中还将缺陷定

义为：“不合理的危险性。”美国《侵权行为法重述》第2版402A条规定：“产品缺陷是指产品处于一种使人或有形财产遭受不合理的损害危险的状态。”我国法律实际上也采纳了这一概念，如《消费者权益保护法》第40条提及“商品存在缺陷”并与其他商品不合格相区别，实际上这里所说的缺陷是指产品具有不合理的危险；《产品质量法》第34条更为明确地规定：“本法所称缺陷，是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理危险；产品有保障人体健康、人身、财产安全的国家标准、行业标准的，是指不符合该标准。”与此相关的概念是瑕疵。瑕疵概念一直存在着争议。我们认为瑕疵应指商品或服务不符合法律、合同等规定的质量标准以及对产品的适用性、安全性和其他特性的要求。瑕疵包括产品瑕疵和服务瑕疵，但在物的瑕疵担保中，仅指物的瑕疵。缺陷和瑕疵相比较，可见缺陷尽管和产品责任联系在一起，但仍属于一种瑕疵。所以瑕疵实际上有两类：一是指缺陷，二是指缺陷以外的其他瑕疵。从法律上看，二者存在以下区别：(1)所指对象不同。缺陷仅仅用来描述产品存在着危险；而瑕疵可以由来形容商品不合格，又可指服务不符合合同规定。商品存在瑕疵并不一定具有“不合理的危险”；而一旦有了“不合理的危险”，也就成为缺陷产品了。(2)产品缺陷在产品使用中，极易产生对人身、财产的伤害。而其他瑕疵则不会象缺陷产品那样，它不会带来严重后果。由于缺陷是一种严重的瑕疵，因而任何产品都不得具有缺陷，即使生产者明确告知有缺陷存在也不应当予以生产和销售，但对产品存在使用性能的瑕疵，只要作出了说明，应当准予销售。根据《产品质量法》第14条规定：产品质量应不存在危及人身、财产安全的不合

理的危險，有保障人体健康、人身、财产安全的国家标准、行业标准的，应当符合该标准；同时应当具备产品应当具备的使用性能，但是，对产品存在使用性能的瑕疵作出说明的除外。(3)根据我国产品质量法的规定，加害给付主要是因为缺陷产品造成的，例如该法反复强调，因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其它财产损害，生产者和销售者应当承担赔偿责任。而瑕疵履行是由于一般的瑕疵所造成的。这种分类有一定道理，但是在特殊情况下，一般的瑕疵也可能引起加害给付后果。如上例中给付虫蛀苹果致使债权人原有的苹果被虫蛀，实际上是-般瑕疵，但引起了加害给付后果，所以我们认为一般的瑕疵在特殊情况下也可能引起加害给付的后果。在实践中，要严格区分瑕疵和缺陷有时是困难的，原因在于一方面缺陷和其他瑕疵之间并无不可逾越的鸿沟，随着使用者的不同以及时间、条件的变化，二者往往会相互转化；另一方面，由于人们认识能力备不相同、备有局限，以缺陷为-般瑕疵，以其他瑕疵为缺陷的情况常有发生。诚如台湾学者刘德宽所指出的"往往缺陷同时亦含有瑕疵之观念，例如煞车不灵之汽车，非但是缺陷同时还为瑕疵之商品。"(7)缺陷和瑕疵都可引起加害给付的后果。

2、债务人的其它不符合合同规定的不履行行为。

除了交付的产品不合格以外，债务人从事了其它的不履行行为，也可能产生加害给付的后果。这些行为主要包括如下几种：一是履行行为本身不符合合同规定造成债权人的损害，例如，因供电不足使工厂停工并造成重大损害；再如受托人在从事受托行为过程中违反了对委托人所负有的保密义务，致使委托人遭受重大的财产损害。在这些情况下，债务人并未交付一定的标的物，但是因为

其履行行为不符合合同规定也发生了加害给付的后果。 . 二是违反了因诚实信用原则产生的附随义务。附随义务主要包括使用方法和瑕疵的告知义务、业务上的告知义务、忠实和照顾的义务、保密的义务等。债务人在履行中违反附随义务也会造成加害给付的后果。例如，易燃、易爆、有毒物品的出卖人应向买受人告知该物品在运输、保管、使用方法等方面的情况，如未尽到此种告知义务，使买受人因物品的爆炸造成人身伤害的，出卖人应负加害给付责任。应当指出，上述两种情况中，债务人违反义务的性质是不同的。按照学者的一般观点，在前一种情况下，债务人主要违反了约定的义务；而在后一种情况下，债务人违反的则是法定的义务。因为诚实信用原则是债法中的强行性规范，当事人不得以约定排除其适用，依诚实信用原则所产生的附随义务乃是法定义务(8)。由此可见，加害给付行为既可以是违反约定义务，也可以是违反了法定义务。债权人违反其应尽的协力义务，导致受领迟延，是否可以构成加害给付?按照德国法院的一贯见解，认为德国民法典第242条的规定可以产生债权人协力的义务。因为合同当事人双方都应负有忠诚合作以达成合同目的的义务、该条文不仅规定了债务人的给付义务，而且规范了全部的债的关系，所以协力义务应成为给付义务以外的"其他作为义务"并应由债权人承担，若债权人违反此义务应构成积极侵害债权。(9)我们认为，此种观点是值得商榷的。从合同关系的内容上看，双方当事人都有义务，但债权人和债务人负有的提供履行和接受履行的义务，在性质上还是有区别的。债权人所负有的义务是及时接受债务人的履行，若债权人违反此义务，将会导致受领迟延，尽管受领迟延也会给债

务人造成损害，但并不会导致债务人履行利益以外的损害，因此迟延受领不应构成加害给付。而只有在债务人违反给付义务，不履行债务才能造成债权人履行利益以外的损害，因此，加害给付只能因债务人的不适当履行合同的的行为所引起。

(二)造成债权人遭受履行利益以外的其它损害 加害给付的另一个构成要件是因为债务人的不适当履行行为造成了债权人的履行利益以外的其它损害，也就是说侵害了债权人的财产或人身利益。值得注意的是，债权人的财产和人身利益遭受侵害必须是因不适当的给付行为引起的，换言之，不适当履行行为与损害后果之间存在着因果关系。如果不是因为给付行为而是因为单纯的侵权行为构成的，则不能构成加害给付。例如，被告在他人喂养的牲口的饲料中放毒，使原告的牲口中毒死亡，因损害非因给付行为造成的，而是因为侵权行为造成的，仅构成侵权行为而不构成加害给付行为。因给付行为不适当而使债权人遭受履行利益以外的其它损害主要包括如下几点：

- 1、因为不适当履行行为造成债权人人身利益的损害，如交付的热水袋颈头断裂而造成买受人二度烫伤，再如交付的啤酒因酒瓶爆炸致买受人受伤，冷饮食品厂生产的汽水含有玻璃碎渣，顾客饮后划破嗓子等。债权人遭受人身利益的损害主要是指债权人遭受人身伤亡。但是在特殊情况下也包括对其他人格利益的损害。如受托人未尽到其负有的保密义务对外披露委托人的隐私，从而侵害债权人的隐私权。当然在一般情况下，加害给付不会造成侵害其它人格利益的后果。
- 2、因不适当履行行为造成债权人履行利益以外的财产的损害。例如制造的治疗鸡瘟的药物不合格造成买受人饲养的鸡死亡；出售假鸭饲料造成用户鸭子死亡，出售

有毒饲料和添加剂造成买受人耕牛中毒死亡。这里所称的财产利益的损害不包括因标的物本身不合格而造成对债权人的损害，而是指因标的物不合格造成债权人其它财产损害，如果仅仅是标的本身有瑕疵而没有引起其它损害，则只是一个瑕疵给付的问题。

3、因不当履行行为而侵害了债权人的知识产权和技术秘密。例如商标使用权人未经商标权人的许可超过商标使用的期限、区域使用商标，使商标权人遭受重大侵害；再如受托人违反保密的义务，泄露委托人的技术秘密，给委托人造成重大损害。在上述情况下，债务人的不当履行行为侵害了债权人的财产权或人身权，构成加害给付。值得注意的是，在实践中，债务人的不当履行行为还有可能造成对债权人以外的第三人的损害。此种损害包括两方面：一是造成第三人的人身伤害和死亡。如交付不合格的汽化油炉造成火灾，致债务人的邻居受伤；交付的预制楼板不合格，造成楼房倒塌，致行人受伤；二是造成第三人的财产损害。如因为交付的牛犯病致第三人的牛传染并死亡。在债务人的行为造成第三人利益损害的情况下，是否可以构成加害给付？我们认为债务人造成第三人损害，尽管是因为债务人向债权人作出履行且履行不符合合同规定的行为引起的，但该行为造成第三人的损害只能视为侵权行为，而不能视为加害给付行为。其原因在于：第一、加害给付是因为不履行债务而产生的。在债务人的行为致第三人损害的情况下，尽管此种行为是因向债权人的给付所引起的，但对于第三人来说，此种行为就不应视为履行债务的行为，而应看作是侵权行为；第二，由于债务人和第三人之间不存在合同关系，所以当债务人的行为造成第三人的损害以后，从法律上看，债务

人并没有违反其向第三人所负有的合同义务和附随义务，而只是违反了其负有的不得侵害第三人权利的义务。所以从合同的相对性原则出发，因债务人的行为致第三人的损害，不应该产生违约责任，而只能产生侵权责任。既然不会产生违约责任，那么也就不会出现责任竞合现象。这就表明给第三人造成损害不会产生加害给付的后果。在此情况下应依据侵权行为法特别是有关产品责任的规定来处理。

(三) 债务人具有过错 债务人作出不适当履行行为并造成债权人履行利益以外的其它利益的损害本身表明债务人是具有过错的，这就是说，如果债务人不能证明损害后果是因为不可抗力或其它法定的免责事由所致，则应推定债务人具有过错。从德国判例和学说的观点来看，债务不履行责任的过错(Verschuldenprinzip)原则上对积极侵害债权是适用的。在我国加害给付责任也应以债务人具有过错为要件。在债务履行中，债务人的履行辅助人(代理人、使用人等)在债的履行中具有故意或过失，债务人应对履行辅助人的过错负责。然而，如果履行辅助人违反了对债权人应尽的注意和保护义务，实施的履行债务的行为造成了对债权人的人身伤害和财产损失，履行辅助人是否应对债权人负责。对此，德国的判例学说有两种不同的观点，一种观点认为债权人和债务人的履行辅助人之间也存在着一种法定的保护关系。在许多情况下，履行辅助人具有债务人的管理人的地位。并为债权人所信赖，因此履行辅助人违反保护义务，也应对债权人负责。(10) 另一种观点认为，履行辅助人与债权人之间并不存在着债的关系，由于他们所违反的并不是自己对债权人的义务，而是违反债务人对债权人的义务，因此，从原则上说，履行辅助

人不应对债权人负合同责任（11）。我们认为，由于履行辅助人与债权人之间不存在合同关系，他只是为债务人履行债务，由此产生的法律效果和责任应由债务人承担，所以。履行辅助人的不适当履行而产生的合同责任，应由债务人承担。但如果履行辅助人故意实施侵权行为，造成债权人的损害，则按侵权法的责任自负的原则，应由履行辅助人个人承担责任。值得注意的是，由于加害给付将产生责任竞合，而合同责任和侵权责任尽管都以过错责任为其基本原则，但过错原则在侵权和违约责任中的内涵和使用范围是有区别的。这具体表现在：第一，如果受害人选择了违约责任，则加害人只有在证明损害后果是因不可抗力所致。才能表明其无过错并被免除责任；而在受害人选择了侵权的请求权的情况下，加害人只要证明其具有法定的侵权行为的免责事由，如不可抗力，意外事故，第三人的行为即可以被免除责任。所以合同责任相对于侵权责任而言，加害人免责的可能性较小；第二，根据我国《民法通则》第131条规定，在侵权责任中，受害人对于损害的发生也有过错的，可以减轻加害人的民事责任，但从我国司法实践来看，受害人的轻微过失一般并不影响加害人的责任；而在违约责任中，受害人具有轻微过失，违约方的赔偿责任就可以减轻(12)。第三，当事人的主观过错与赔偿损失的范围。在侵权责任中，加害人的主观过错程度对其赔偿的范围有一定影响，但加害人在实施侵权行为时，是否预见到损害的实际后果一般不影响其赔偿后果。而合同责任中广泛采用了"应当预见"的标准。根据这一标准。违约当家人仅对其主观上可以预见到的损失负赔偿之责。我国《涉外经济合同法》第19条规定："当事人一方违反合同赔偿

责任，应当相当于另一方因此所受到的损失，但是不得超过违反合同一方订立合同时应当预见到的因违反合同可能造成的损失。"可见，违反合同当事人的主观过错程度对损失赔偿的范围有直接的影响。第四，第三人的过错对责任的影响。侵权行为法贯彻了"为自己行为之责任"原则，行为人仅仅只对自己的行为过错负责，或对自己的过错而使第三人实施侵权行为的后果负责，而不对第三人的过错所致的损害负责。在合同法中第三人的过错有时并不影响违约当事人责任的成立。"合同法许可为他人的过错负责，把这当作一种一般原则。"(13)例如，因第三人的过错致使债务人不能履行合同，债务人常常应当向债权人负违约责任，然后向第三人追偿。

三、加害给付与合同责任

加害给付发生的前提是债务人未按合同规定履行义务，即债务不当履行问题，正由于其违反的基本义务是合同义务，故许多人认为它是一个合同责任问题。在德国法中，加害给付主要产生合同责任，此种责任旨在弥补侵权法对债权人保护的不足，所以加害给付责任的产生导致了許多德国学者所称的侵权法向合同法位移的现象。其中，最突出的表现是德国法的"附保护第三人作用的契约"。所谓"附保护第三人作用的契约"(Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte)，为德国判例学说所独创，系谓特定契约一经成立，不但在契约当事人之间发生权益关系，同时债务人对于与债权人有特殊关系的第三人，亦负有注意、保护的附随义务，债务人违反此项义务。就该特定范围之人所受损害，亦应依契约法原则，负赔偿责任。(14)这一制度乃是对合同相对性原则和合同责任的新发展，其产生标志着德国合同责任的扩张化。按照许多学者的看法，该制度产生的主要原因，乃是

因为德国法关于侵权行为法规定的不完备所导致的。(15)因为在德国法中，德国民法关于侵权行为缺乏日本民法和法国民法的一般规定。(16)而且大多的现存的财产减少作为侵权责任的构成要件，一般的财产损害(allgemeine Vremogensschaden)并不受保护。特别是根据德国民法典第831条的规定，雇佣人只需证明其就受雇人之选任、监督，已尽相当之注意，或纵为相当之注意，仍不免发生损害时，即可免责。在实务上关于此项免责的举让，向来从宽认是，这对受害人的保护是极为不利的。所以，为了强化对债权人或受害人的保护，德国法扩大了合同责任的适用范围，旨在"透过契约法之处理能使被害人或债权人乃获得救济"(17)，而附保护第三人作用的契约，正是适应此种需要而产生的。因而，是否可以借鉴德国法附保护第三人作用的契约的经验来确定加害给付的责任，值得探讨。我们认为，我国法律不宜借鉴这一经验，其原因在于，加害给付的后果主要造成债权人的损害，而不是造成第三人的损害，如果造成第三人的损害应适用侵权责任的规定。用扩大合同责任的办法来解决因债务人的行为造成第三人的损害问题将会遇到几个法律上的困难。第一，因加害给付造成第三人的损害，此种损害常常包括对第三人的人身伤害和死亡。例如被告交付的水泥预制板质量不合格导致房屋倒塌，造成承租人及过往行人的伤害，对于过往行人损害如不能以金钱加以确定，是很难通过合同法来获得补救的。正如台湾学者曾世雄所指出的："通常情形下，契约之履行与否，与人身之损害无关，与名誉，自由等人格权之损害无关。财产上之损害无可能，非财产上损害之赔偿更是于法无据。"(18)第二，债务人与第三人之间的关

系的性质难以确定。德国法强调债务人向第三人承担责任的根据在于债务人违反了其向第三人的注意和保护义务，但是随着德国判例的发展，第三人的范围也在不断扩大。现在德国判例中第三人与债权人甚至没有任何关系，第三人与债的关系没有关联性，法院也认为债务人材第三人负有义务，此种观点实不尽合理。例如在1983年11月2日的一个案件的判决中，法院认为债务人对第三人注意义务的产生并不要求债务人知道第三人是谁，也不要求债务人知道受其注意义务保护的确切人数，这就表明了德国法扩大了第三人的范围，形成了一种为保护第三人而人为扩张第三人的现象。假如债务人根本不认识第三人(如上例中被告根本不认识过往行人)，如何能确定第三人与债的关系有关联性?如何确定债务人对哪些人负有特定义务?如何区别债务人向第三人负有的附随义务与债务人向一切人负有的侵权法上的注意义务?所以我们认为附保护第三人作用的合同并没有明确债务人负责任的根据，如果采纳这一制度，确实不符合合同相对性的规则。第三，采纳附保护第三人作用之合同来处理加害给付纠纷。实际上是排除了侵权责任的运用、这样并不有利于保护受害人，如前所述，德国法采纳这一制度很大程度上是因为德国法中有关侵权行为的规定不够完善，特别是因为德国法对于雇主的侵权责任的规定不利于对受害人的保护，因此应当扩大合同责任。从我国法律的规定来看，并不存在德国法所面临的问题，在许多情况下，采纳侵权责任对受害人更为有利。所以如果盲目引进附保护第三人作用的合同的制度，从而排斥侵权责任的运用，确实不利于对受害人的保护。值得注意的是，我们认为不宜借鉴德国法的经验，并不意味着加害给付单

纯是一个侵权问题，且不适用合同责任。事实上，加害给付因行为的复杂性和损害后果的多重性，不仅产生侵权责任，而且产生合同责任。有一种观点认为，由于我国现行《民法通则》第122条关于“因产品质量不合格造成他人财产、人身损害的，产品制造者、销售者应当依法承担民事责任”的规定是放在侵权责任中作出规定的，而《产品质量法》对产品缺陷造成人身和缺陷产品以外的其它财产损害，主要规定的是侵权责任(参见该法第29至34条)。因此，加害给付主要是侵权责任，而不是合同责任问题。我们认为这种观点是不妥当的。加害给付是因为不履行合同义务而发生的，在当事人之间仍然要产生合同责任问题。事实上，我国现行立法也并没有完全否定加害给付所产生的合同责任问题。例如《产品质量法》在规定加害给付的侵权责任的同时，也于第28条明确规定了“生产者之间、销售者之间、生产者与销售者之间订立的产品购销、加工承揽合同有不同约定的，合同当事人按照合同约定执行。”显然，合同责任是有法律依据的。尤其应看到若一律适用侵权责任，在某些情况下并不能充分保护债权人利益，有时还可能给债权人主张权利带来不便。换言之，合同责任在许多情况下更有利于保护受害人，表现在：第一，从责任竞合的观点来看，由于合同责任和侵权责任在举证、归责原则、责任构成条件、免责条件等方面存在着重大区别，选择不同的责任也将会对诉讼的管辖产生重大影响，所以允许当事人选择合同责任对受害人利益的保护是有利的。例如就诉讼管辖来说，根据《民事诉讼法》的规定，因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖(第24条)；因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住

所地人民法院管辖(第29条)。由于在加害给付行为发生以后，给付地点与给付所造成的损害结果的地点常常是不一致的，因此选择不同的诉讼将决定法院的管辖问题。第二、从赔偿的范围来看，合同的损害赔偿旨在赔偿受害人期待利益和信赖利益的损失，从而使受害人获得从交易中应该得到的利益，如果因加害给付使受害人遭受了重大的可得利益的损失，受害人并可以就此举证，那么允许受害人选择合同责任并使其获得可得利益的赔偿，显然对受害人是有益的。例如原告交付的机器设备不合格发生事故造成原告其它设备的损害，使原告停工三个月，造成利润损失达20万元，如果选择侵权的损害赔偿，显然不能使原告获得利润损失的赔偿。还应看到，在许多情况下，瑕疵产品本身的损害大于因瑕疵产品造成的受害人的其它损害，如交付的有缺陷的锅炉爆炸了，致锅炉工烧伤，锅炉的损失大于锅炉工遭受的损失(包括医疗费、误工减少的收入等)，在此情况下根据合同责任补偿受害人遭受的履行利益的损失，对受害人可能更为有利。一方面受害人可以要求赔偿锅炉本身的损失，另一方面还可以将锅炉工所受的损害作为直接财产损失对待(即作为合同损害的一部分)要求赔偿。可见，以合同责任处理可以使受害人获得充分赔偿。此外，合同责任可以由当事人事先作出约定，如果当事人事先已就赔偿问题作约定，那么选择合同责任也可能有利于受害人。(3)从责任形式来看，合同责任形式与侵权责任形式是不同的。《消费者权益保护法》第23条规定：“经营者提供商品或者服务，按照国家规定或者与消费者的约定，承担包修、包换、包退或其他责任的，应当按照国家规定或约定履行，不得故意拖延或者无理拒绝。”合同当事人可以在

合同中特别约定实行"三包"。实行"三包"是违反合同后所采取的补救措施。合同一方当事人履行合同时不符合约定条件的，对方有权要求其实行"三包"，以使合同的履行达到约定的条件或者尽量减少损失。产品不符合质量要求的，出卖人应采取措施修理。如经修理可达到质量要求而不影响产品的性能、价值的，出卖人应无偿修理；如果修理后达不到质量要求或者影响到产品的性能、价值的，或者买受人要求更换的，出卖人应予更换。对于不符合质量要求的产品，买受人认为退货更为有利时，可以要求退货。退货实际上是一种解除合同的行为。因此，在加害给付的情况下，如果受害人愿意让对方实行"三包"来补救自己的损失而不愿意采取其它补救措施，则必须提起违约之诉。所以，如果受害人更愿意获得合同约定的商品，则提起违约之诉要求债务人实行包修、包换，更有利于实现订约的目的。

(4)加害给付在继续供给合同中，应如何处理?如果已履行部分造成加害给付，可请求赔偿，但对才干尚未履行部分，应如何行使权利，则颇有争议。有人认为将来出卖人是否仍会作出瑕疵给付，尚不能确定，所以不能解除合同。也有人认为，在继续合同中虽然各次给付可构成独立的债权债务，但整个给付构成一个整体性的继续性合同。在加害给付发生以后，因为债务人的行为不能达到订约的目的，故应允许解除合同。我们认为，对此可以留给债权人作出选择，如果债权人不愿意解除合同，而愿意选择实际履行的补救方式，同时要求追究违约方的违约责任，应允许债权人作出此种选择，但债权人一旦选择此种补救方式、则必须以违约提起诉讼。值得注意的是，如果债权人要求适用合同责任，而加害给付同时造成了对第三人的损害，

该第三人是否可以同时要求适用合同责任？从法律上看，由于第三人与债务人之间毕竟不存在合同关系，也不宜借鉴德国法的经验来扩大合同责任的适用范围，因此，我们认为债务人对债权人和第三人的责任应分别处理。这就是说，债务人应对债权人负合同责任(如果债权人选择了合同上的请求权)，而债务人应对第三人承担侵权责任。

四、加害给付与侵权责任

债务人因交付不合格产品，致使债权人或其他人人身、财产权益遭受损害，既侵害了侵权法所保障的权益范围，又符合侵权责任构成要件。加害给付会产生侵权行为责任的主要原因在于，此种行为乃是因为行为人因过错侵害了债权人的履行利益以外的利益，使债权人道受了财产和人身伤害，从而应负侵权责任。例如，出卖人因过失未告知汽车刹车有毛病，使得买受人因车祸受害，就构成了侵权行为。有一种观点认为，不完全给付(含加害给付--笔者)的损害赔偿，系将加害人之侵权行为责任，转换为不履行责任，从而要求加害人之注意义务乃于"履行债务时，应尽交易上之注意义务，以避免加害于债权人"。如其给付不完全(加害)，则属违反此项注意义务，应认为履行上之过失而负赔偿责任。(20)这就是说加害给付行为在性质上都是侵权行为，但为了保护受害人利益，则应按合同责任来处理。我们认为这种看法是不妥当的。加害给付是因不履行合同义务而造成人身伤害、财产损害的后果，这就表明，行为人违反了有关不得侵害他人财产和人身的法定义务，侵害了侵权法所保障的权益，因此构成了侵权行为；当然我们说加害给付构成侵权行为，并不能否认或排斥这种行为本身的违约性质，不能否认合同责任的存在，但是，既然加害给付将产生侵权责任的后果，就应该

考虑侵权责任的存在，而不应该也不可能将它完全视为合同责任。在判例和学说中，加害给付与侵权行为常常相互替代。一种流行的观点认为，由于加害给付导致产品致人损害的后果，因此应按产品责任来处理此类纠纷，换言之，应该以产品责任制度来代替加害给付制度。此种看法有一定的道理，应当看到，产品责任作为产品制造者、销售者对制造、销售或者提供有缺陷产品并致使他人遭受财产、人身损害所应承担的民事责任，曾在其发展过程中经历了一个从合同责任向侵权责任发展的过程，现在许多国家的法律已将其视为一种特殊的侵权责任。从我国现行法律规定来看，实际上也都是把产品责任作为侵权责任来对待的，如《产品质量法》第29条规定：“因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产(以下简称他人财产)损害的，生产者应当承担赔偿责任。”按照该法的规定，此处所说的赔偿实际上是指侵权损害赔偿。《民法通则》也将产品责任规定在侵权责任中。从我国司法实践来看，对产品责任都是按侵权来处理的。在学说上，许多学者认为，由于产品责任是从合同责任中发展出来的，它克服了受害人必须举证说明其是不同的；表现在产品责任是指因产品有缺陷造成他人损害，由生产者和销售者依法承担相应的责任。按照我国学者一般的解释，产品责任不是合同责任而是侵权责任。(22)产品责任是对传统侵权责任的突破，因为产品责任制度适用严格责任的原则，且赔偿的范围、时效等问题均由法律作出了特别的规定，产品责任与加害给付责任的区别表现在：一方面，加害给付是指因债务人的不适当履行行为造成债权人履行利益以外的其它损失。不适当履行的行为既包括了因为产品的缺陷所引起的损失，

又包括了因为债务人交付的产品具有一般的瑕疵以及债务人违反其所应负的附随义务和保护义务而给债权人造成的损失。德国学者通常把发生加害给付的原因归纳为：违反给付义务、违反附随义务、违反保护义务。此种看法是不无道理的。而对于产品责任来说，主要是因为产品的缺陷所引起的，依据产品质量法的规定：所指产品的缺陷，“是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险；产品有保障人体健康、人身、财产安全的国家标准、行业标准的，是指不符合该标准”(该法第34条)。由此可以看出加害给付责任所包含的范围更为广泛；产品责任只是加害给付的一种形态；另一方面，加害给付的责任既包括侵权责任，也包括合同责任，产品责任是不能完全代替因加害给付所产生的合同责任。尽管现行法律规定了产品的侵权责任，也并没有完全否定产品合同责任的存在。例如《产品质量法》第28条规定：“生产者之间、销售者之间、生产者与销售者之间订立的产品购销、加工承揽合同有不同约定的，合同当事人按合同约定执行。”总之，产品责任是不能替代加害给付责任的。问题在于，在加害给付场合，如何区分合同责任与侵权责任？我们认为，在加害给付的情况下，区分合同责任和侵权责任，主要目的不在于应该对何种财产予以赔偿，因为加害给付造成损害以后，受害人对其遭受的损害都有权获得补救，而在于限定竞合的范围，或者说对受害人的请求权的选择作出限制。因为并不是在任何情况下由受害人作出选择都对受害人是有益的，这就需要法律明确规定在何种情况下当事人按侵权责任或合同责任提起诉讼。在哪些情况下，受害人可以按侵权行为责任提起诉讼呢？主要有如下几种情况：第一，由于债务人的不

适当履行行为造成了对第三人的损害。由于第三人与债务人之间并无合同关系，对第三人的损害也是当事人订约时所不可预见的，如果使用合同责任，债务人既可以合同相对性规则否定其存在，也可因其订约时不可预见违约后果要求减轻或免除其责任。这对第三人来说是不利的。所以我们认为应当将加害给付造成第三人损害作为一种单独的侵权行为对待，由加害人直接对第三人负侵权责任。第二，因为加害给付造成了受害人的人身伤害，按照我国判例和学说的一般观点，在债务不履行的情况下，债务人主要应当对其违约行为所造成的财产损失承担违约责任。而对违约造成的人身伤亡，则因为是在当事人订立合同时不可预见的，因此不应由债务人赔偿。对于人身伤害的损害赔偿，主要应通过侵权责任来加以解决。从合同法和侵权法所保障的利益来看，合同法所保护的履行利益和信赖利益都是财产利益；而侵权法所保护的利益则是指现有财产利益和人身利益。因此加害给付造成人身伤亡的后果已侵害了侵权法所保护的利益，必须按侵权责任来处理。第三、因为加害给付时造成受害人精神损害。例如债务人交付的食物腐烂，受害人食用后造成精神痛苦，是否可依据合同责任获得赔偿，对此国外的判例学说存在不同观点，是否等同于产品责任并在性质上属于侵权责任呢？我们认为，加害给付与产品责任的概念是不同的；表现在产品责任是指因产品有缺陷造成他人损害，由生产者和销售者依法承担相应的责任。按照我国学者一般的解释，产品责任不是合同责任而是侵权责任。(22)产品责任是对传统侵权责任的突破，因为产品责任制度适用严格责任的原则，且赔偿的范围、时效等问题均由法律作出了特别的规定，产品责任

与加害给付责任的区别表现在：一方面，加害给付是指因债务人的不适当履行行为造成债权人履行利益以外的其它损失。不适当履行的行为既包括了因为产品的缺陷所引起的损失，又包括了因为债务人交付的产品具有一般的瑕疵以及债务人违反其所应负的附随义务和保护义务而给债权人造成的损失。德国学者通常把发生加害给付的原因归纳为：违反给付义务、违反附随义务、违反保护义务。此种看法是不无道理的。而对于产品责任来说，主要是因为产品的缺陷所引起的，依据产品质量法的规定：所指产品的缺陷，“是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险；产品有保障人体健康、人身、财产安全的国家标准、行业标准的，是指不符合该标准”(该法第34条)。由此可以看出加害给付责任所包含的范围更为广泛；产品责任只是加害给付的一种形态；另一方面，加害给付的责任既包括侵权责任，也包括合同责任，产品责任是不能完全代替因加害给付所产生的合同责任。尽管现行法律规定了产品的侵权责任，也并没有完全否定产品合同责任的存在。例如《产品质量法》第28条规定：“生产者之间、销售者之间、生产者与销售者之间订立的产品购销、加工承揽合同有不同约定的，合同当事人按合同约定执行。”总之，产品责任是不能替代加害给付责任的。问题在于，在加害给付场合，如何区分合同责任与侵权责任？我们认为，在加害给付的情况下，区分合同责任和侵权责任，主要目的不在于应该对何种财产予以赔偿，因为加害给付造成损害以后，受害人对其遭受的损害都有权获得补救，而在于限定竞合的范围，或者说对受害人的请求权的选择作出限制。因为并不是在任何情况下由受害人作出选择都对受害人是有益的，

这就需要法律明确规定在何种情况下当事人按侵权责任或合同责任提起诉讼。在哪些情况下，受害人可以按侵权行为责任提起诉讼呢？主要有如下几种情况：第一，由于债务人的不适当履行行为造成了对第三人的损害。由于第三人与债务人之间并无合同关系，对第三人的损害也是当事人订约时所不可预见的，如果使用合同责任，债务人既可以合同相对性规则否定其存在，也可因其订约时不可预见违约后果要求减轻或免除其责任。这对第三人来说是不利的。所以我们认为应当将加害给付造成第三人损害作为一种单独的侵权行为对待，由加害人直接对第三人负侵权责任。第二，因为加害给付造成了受害人的人身伤害，按照我国判例和学说的一般观点，在债务不履行的情况下，债务人主要应当对其违约行为所造成的财产损失承担违约责任。而对违约造成的人身伤亡，则因为是在当事人订立合同时不可预见的，因此不应由债务人赔偿。对于人身伤害的损害赔偿，主要应通过侵权责任来加以解决。从合同法和侵权法所保障的利益来看，合同法所保护的履行利益和信赖利益都是财产利益；而侵权法所保护的利益则是指现有财产利益和人身利益。因此加害给付造成人身伤亡的后果已侵害了侵权法所保护的利益，必须按侵权责任来处理。第三、因为加害给付时造成受害人精神损害。例如债务人交付的食物腐烂，受害人食用后造成精神痛苦，是否可依据合同责任获得赔偿，对此国外的判例学说存在不同观点，我国立法和司法实践并不允许受害人根据合同责任而获得精神赔偿。我们认为，由于精神损害是合同当事人在订立合同时以预见的，同时这种损害又难以通过金钱加以衡量，因此原则上受害人不能通过合同之诉获得精神损害赔偿。

。如果将精神损害纳入合同法的范围，则会使因合同不履行行为而使债权人产生焦急、不安、愤怒、忧虑等都要求精神赔偿，从而会人为地增加各种不必要的赔偿纠纷；所以在因加害给付而造成精神损害的情况下，受害人只能按侵权责任获得赔偿。注：(1)王泽鉴：《民法学说与判例研究》第4册，第1g页。(2)(3)(5)Enneccerus-Lchmann Schuldrecht,2Band，1954，225。(4)(21)史树林：《企业产品责任指南》，人民法院出版社，1994年版，第25-30页、第1页。(6)Fikentscher，Schuldrecht，Aufl，1976(7)刘德宽：《民法诸问题与新展望》，台湾中享有限公司，1980年版，第543页。(8)王家福主编：《民法债权》，法律出版社，第147页。(9)Entschcidungen des Keichsgerchts in Zivilsaches 104 . 15 . (10)Versichcrungsrecht，1965，114ff.(11)参见Larenz，Schuldrecht，I13Aufl . 1982 p33q . (12)参见《苏俄民法典》第458条。(13)马特维也夫：《苏维埃民法中的过错》，第101页。(14)王泽鉴：《民法学说与判例研究》第2册，第35页。(15)E?Von Caemmerer，Wandlungen des Deliktsrechts，1964，50ff?(56ff).W?Fikentscher，Schuldrecht，6Aufl，1976，102V6，S . 625(16)参见《日本民法典》第709页，《德国民法典》第1382条。(17)曾世雄：《损害赔偿原理》，第55页。(19)参见Markosinis An Expanding Tort Law-The price A Rigid Contract Law，LQR，1987 . NO . 3(20)孙森焱：《民法债编总论》，第384页。(22)周祈永等：《产品质量法实用解读》，湖南人民出版社，第183页。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