

## 德国新债法中附随义务的构造

李昊

**内容提要:**附随义务是德国债法发展的产物,经由德国法院和学者的努力,这一义务在2002年的德国债法修订中被纳入《德国民法典》,正式成为法定债务类型。附随义务是与主给付义务相对称的概念,可分为与履行相关的附随义务(从给付义务)和与履行不相关的附随义务(保护义务),前者又与主给付义务一起构成给付义务。对于从给付义务和保护义务的区分标准,德国学者提出了众多学说,而所谓的保护义务又与德国侵权法中的交易安全义务有着密不可分的联系。

**关键词:**给付义务 附随义务 保护义务 交易安全义务

李昊,北京航空航天大学法学院讲师,法学博士。

### 一 附随义务与主给付义务

在现代社会生活中,人们之间的交往越来越密切,其相互间的信赖、依附关系也越来越强。特别是在债的关系中,从人们进行接触开始磋商、订立合同时起,就建立起了一种信赖关系,并一直持续到合同履行完毕之后;在整个合同形成、发展、终结的过程中,交易当事人及相关第三人之间依诚实信用原则产生了通知、保护、说明、协助、照顾、忠实等附随义务。

一般认为,所谓附随义务,是同主给付义务相对称的概念。<sup>[1]</sup>主给付义务确定了债务合同的类型,如《德国民法典》第433条和第631条,它通常要求当事人的合意,在双务合同中则存在于双方关系中。<sup>[2]</sup>

2002年颁布的《德国债法现代化法》正式将附随义务纳入《德国民法典》第241条。依据德国新债法,附随义务可以进一步分为与履行相关的附随义务(die leistungsbezogenen nebenpflichten,<sup>[3]</sup> nebenleistungspflichten<sup>[4]</sup>)及与履行不相关的附随义务(die nicht leistungsbezogenen nebenpflichten,<sup>[5]</sup> leistungssichernde nebenpflichten<sup>[6]</sup>)。前者由第241条第1款调

[1] Stephan Madanus, "Die Abgrenzung der leistungsbezogenen von den nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten im neuen Schuldrecht", Jura 2004, S. 290.

[2] Jauernig/Teichmann, § 241, 11. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2004, Rn. 10.

[3] 该称谓源自 Arndt Teichmann, "Nebenverpflichtungen aus Treu und Glauben", JA 1984, S. 546.

[4] Stephan Madanus, S. 290; Jauernig/Teichmann, § 241, Rn. 9.

[5] Siehe Stephan Madanus, S. 289ff.

[6] Siehe Han-Joachim Musielak, Grundkurs BGB, 8. Aufl., C. H. Beck, 2003, S. 203.

整,后者由第 2 款调整。<sup>[7]</sup>与履行相关的附随义务(即从给付义务)服务于对主给付义务的准备、支持、保障和完满履行(实现),对主给付义务加以补充,但自身并无独立意义。对它的法律基础很少有法律规定(如第 402 条和第 666 条),通常经合意而产生(如包装、发送和保险义务),此外还通过补充的合同解释(第 157 条和第 242 条)或一般的诚实信用原则(第 242 条)而产生。<sup>[8]</sup>与履行不相关的附随义务就是所谓的保护义务。<sup>[9]</sup>

不过德国学者在附随义务概念的使用方面非常混乱。拉伦茨(Larenz)将 *nebenpflichten* 等同于他所提出的其他行为义务,并因这一概念易与从给付义务(*nebenleistungspflichten*)相混淆而不主张采用。<sup>[10]</sup>在 BT-Drs. 14/6040 这一债法修正案草案对第 282 条的评论中,也将 *nebenpflichten* 和 *schutzpflichten* 并列,认为二者相同,而与主给付义务或从给付义务相区分。<sup>[11]</sup>而埃默里希(Emmerich)则认为,根据与履行的相近性可以区分 *nebenpflichten* 和 *nebenleistungspflichten*,此时 *nebenpflicht* 应等同于保护义务。但他同时又使用了(*leistungsferne*) *nebenpflichten*(与履行远隔的附随义务)这一概念,后者可进一步区分为保护义务和忠实义务。同时他还区分了 *leistungsbezogene* 和 *sonstige nebenpflichten*,前者为从给付义务,后者即保护义务;这两种情况下的 *nebenpflichten* 又相当于所谓的附随义务。<sup>[12]</sup>克雷默(Kramer)也是如此。一方面,他将 *nebenleistungspflichten* 和 *nebenpflichten* 相区分,将 *nebenpflichten* 等同于拉伦茨所采用的 *weitere verhaltenspflichten*。<sup>[13]</sup>另一方面,他又将 *nebenpflichten* 区分为两类:一类是和履行相关的附随义务,如和履行或者合同相关的照顾义务、报告义务、咨询义务和协商义务,由《德国民法典》第 241 条第 1 款调整;另一类是与完整性相关的附随义务,即保护义务,由《德国民法典》第 241 条第 2 款调整。他认为,与给付相关的附随义务和从给付义务很难区分,只能在个案中借助利益衡量来判断。<sup>[14]</sup>

对附随义务的类型,克雷默根据内容将之分为四种,即咨询和报告说明义务、协力义务、履行保障义务(即从给付义务)和保护义务。其中,后两者可能会同时受到侵害。<sup>[15]</sup>而保护义务的类型也可分为下述三种:(1)法定保护义务,如第 536c 条、第 541 条、第 618 条和第 701 条等;(2)合同关系框架内的保护义务,如劳动法中的雇主照顾义务和信托义务,此外在银行保密义务、买卖合同、租赁关系(如出租人的照顾义务)、体育活动和承揽合同(如保管义务)中也有所体现;(3)在其他的法律上特殊联系中的保护义务,如合同前的谈判和其他合同准备行为、交易接触和社会接触等情形中。<sup>[16]</sup>埃默里希则认为与履行远隔的附随义务可进一步区分为忠实义务和保护义务,或根据其客体区分为说明、报告和协商义务、不作为和缄默义务以及最广泛意义上的照顾和交通安全义务。<sup>[17]</sup>

[7] Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 141. Siehe auch Stephan Madanus, S. 290.

[8] Jauernig/Teichmann, § 241, Rn. 9.

[9] Stephan Madanus, S. 290.

[10] Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., C. H. Beck, München, 1987, S. 11.

[11] BT-Drs. 14/6040, S. 141.

[12] Volker Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 5. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2003, S. 334; MünchKomm/Emmerich, vor § 275, Band 2, Rn. 253ff.

[13] MünchKomm/Kramer, § 241, Band 2a, Rn. 18.

[14] MünchKomm/Kramer, § 241, Band 2a, Rn. 19.

[15] MünchKomm/Kramer, § 241, Band 2a, Rn. 46ff.

[16] MünchKomm/Kramer, § 241, Band 2a, Rn. 92ff.

[17] Volker Emmerich, S. 334.

## 二 给付义务与保护义务

从上面的论述中我们也可以看出,与主给付义务和附随义务这对概念相关的还有另一对概念,即给付义务和保护义务。这对概念是拉伦茨在19世纪50年代基于施托尔(Stoll)的理论而提出的。<sup>[18]</sup>

拉伦茨在其《债法教科书》(第一册)中则将保护义务纳入了其他行为义务这一概念中,作为同忠实义务相并列的一种其他行为义务的类型。<sup>[19]</sup>这也为格恩胡贝尔(Gernhuber)在其《债务关系》一书中所采用。<sup>[20]</sup>

梅迪库斯认为,忠实和信托义务很少涉及对对方当事人既存法益的保护,而是涉及履行给付义务的方式,如清除阻碍履行之妨害的义务,或者在并未事先达成合意的情况下,因禁止将邻近店铺出租给同业竞争者而对商店承租人所承担的照顾义务。这些义务很难纳入保护义务中,而且它们也很少归属于一般债法的范畴。是否必须将之独立化并作为与履行义务相对的一种义务是值得怀疑的,因为信托义务经常反映在对履行的妨害中,可以将之纳入第280条以下和第323条以下的条款中。<sup>[21]</sup>

《德国债法现代化法》的立法者在第241条中也采用了给付义务和保护义务的分类。<sup>[22]</sup>该条第1款规定了给付义务,第2款则规定了保护义务。<sup>[23]</sup>不过立法者将对给付义务和保护义务的区分留给了学者,同时承认,给付义务旨在变更债权人的法益状况,而保护义务则旨在保护每个合同当事人现在的法益状况。此外,还存在既服务于履行利益也服务于保护利益的义务,如提供使用说明书的义务既服务于对买卖标的的使用,又防止由于不符合操作规程的使用而危害买受人。<sup>[24]</sup>

泰希曼(Teichmann)认为,主给付义务和从给付义务通常以担保债权人的履行利益为目的;保护义务则旨在保障其他当事人的维持利益(完整利益),各方当事人都应当一直在债务关系的框架内如此行为,以尽可能保护对方当事人避免对他的其他法益(包括一般财产)的伴随损害。行为义务从第242条中直接产生,它适用于合同债务关系和法定债务关系(如第311条第2款以及契约终了后的义务),还可扩展至第三人(附保护第三人作用的契约)并对第三人产生(第311条第3款)。它不取决于合同类型,其内容不能预先确定(如照顾、解释、警告、保障、照料和帮助),而是根据具体情况确定。在继续性债务关系或具有人法性质(如第611条和第705条)的债务关系中,行为义务的程度就会增加。它不属于双务关系并且不能独立请求。违反的后果是损害赔偿(第280条和第282条),第278条对此可以适用。<sup>[25]</sup>

[18] Siehe Karl Larenz, "Anmerkung zu BGH vom 25. 4. 1956", NJW 1956, S. 1193; Karl Larenz, Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen, NJW 1960, S. 78. 转引自许德风:《信赖责任与对第三人具有保护效力的合同》,载易继明主编:《私法》第8辑,北京大学出版社2004年版,第261页。Siehe Stephan Madanus, S. 289ff.

[19] Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, S. 10.

[20] Joachim Gernhuber, Das Schuldverhältnis, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1989, S. 23.

[21] Dieter Medicus, § 3. Leistungsstörungenrecht, S. 125.

[22] BT-Drs. 14/6040, S. 125.

[23] Siehe Stephan Madanus, S. 289ff.

[24] Stephan Madanus, S. 289f.

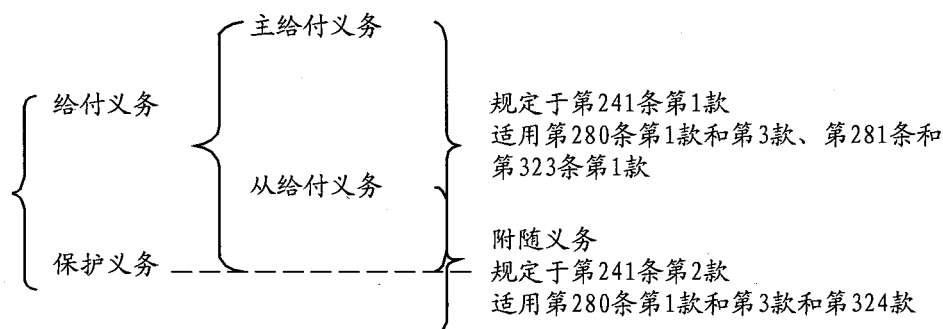
[25] Jauernig/Teichmann, § 241, Rn. 10.

梅迪库斯也认为,保护义务是伴随着第 241 条第 1 款规定的给付义务产生的,它的内容至少不能在一般债法中得到确切认定,而是特别取决于债务关系的类型。此外,它还与具体情形相关,如一方当事人所具有的知识优势就具有实质意义。一般来说,一方当事人对另一方当事人的领域所施与的影响越大,保护义务的程度就越高。例如,在企业中存在的保护义务就比突然发生的交易中的保护义务的程度要高。<sup>[26]</sup>

埃默里希则进一步细化了附随义务的内容和范围的确定标准,他认为附随义务的内容和范围完全取决于具体情形(第 241 条第 2 款和第 242 条)。首先是具体债务关系的内容和法律性质、当事人受保护的必要性以及当事人根据债务关系的意义和目的应当自己承担的风险。此外还有一方当事人对于对方当事人的专业知识和诚实所产生之依赖的程度,以及当事人合作的方式和规模。威胁当事人的风险越大,他们的合作越紧密,另一方当事人根据诚信原则所承担的保护义务就越多。<sup>[27]</sup>

就给付义务和保护义务的区分实益,洛施尔德斯(looschelders)总结如下:(1)在债权人因为义务违反而想请求以损害赔偿代替履行或解除合同时,对两种义务适用的规则不同:对给付义务适用第 280 条第 1 款和第 3 款、第 281 条和第 323 条,对保护义务则适用第 280 条第 1 款和第 3 款、第 282 条和第 324 条;(2)关于履行不能的规则仅适用于给付义务(第 275 条、第 280 条第 1 款和第 3 款、第 283 条、第 311a 条和第 326 条)。<sup>[28]</sup>

就主给付义务和附随义务及履行义务和保护义务两对概念的关系,可以下列图示加以简要说明:



合同义务体系

### 三 与履行相关的附随义务同与履行不相关的附随义务(保护义务)的区分

区分与履行相关的附随义务和与履行无关的附随义务(保护义务)的实益,主要有如下几点:(1)在双义务合同中,因违反保护义务而产生的解除权仅在符合《德国民法典》第 324 条规定的前提条件下才能实现,而违反和履行相关的附随义务的解除权则根据《德国民法典》第 323 条来判断;(2)违反保护义务的损害赔偿请求权的基础是《德国民法典》第 280 条

[26] Dieter Medicus, § 3. Leistungsstörungenrecht, S. 110.

[27] Volker Emmerich, S. 335f.

[28] Dirk Looschelders, Schuldrecht AT, 2. neubearbeitete Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2004, S. 10.

第1款和第282条,而违反和履行相关的附随义务即给付义务的损害赔偿请求权的基础是《德国民法典》第281条第1款。

### 1. 可否独立诉请

根据这一标准,在附随义务的履行根据当事人的意愿可以诉请时就是给付义务。例如,菲肯切(Fikentsche)即以可否诉请来区分主要义务和附随义务。<sup>[29]</sup>洛伦茨(Lorenz)认为,保护义务不能单独诉请,也不能确立《德国民法典》第242条第1款意义上的第一次请求权,在违反该义务的情况下,仅能确立以损害赔偿请求权形式表现的第二次请求权。<sup>[30]</sup>克雷默也认为,对保护义务不存在履行请求权,它通常是通过《德国民法典》第280条第1款所规定的损害赔偿请求权而得到认可。不过他也承认,法定的保护义务类型,如《德国民法典》第541条、第535条第1款第2句、第618条和《德国商法典》(HGB)第62条等,可以诉请。如果应予防范的危险事先能及时得到充分具体化,也可以在保护义务关系中赋予一项可以诉请的履行请求权和预防的不作为请求权。<sup>[31]</sup>

我国台湾学者王泽鉴也持这种观点。他认为,附随义务依其是否得独立诉请可分为两类:一类是独立之附随义务,即从给付义务;另一类是非独立之附随义务。后者又可进一步分为两类:一类是诚实义务,旨在辅助实现债权人之给付利益;另一类是保护义务,旨在维护债权人及相关第三人之人身或财产上利益。<sup>[32]</sup>

但是,这一观点已经同理论和实践的发展不相符合。一方面,在合同当事人的法益面临即将发生的具体危险时,对不作为请求权的允许已经得到了支持。<sup>[33]</sup>梅迪库斯认为,主请求权和不作为请求权是并存的,如果债务人对所应给付的物的处理威胁到了对债权人的正常履行,那么债务人应当不对该物为该种处理。在某些义务,特别是警告义务的情形,无需提出请求。债权人仅应被警告他所不认识的危险,这一无知妨碍了他提出履行请求;警告义务的履行因而应当是自发的并且无需催告。<sup>[34]</sup>

另一方面,当事人通常一点也不担心附随义务本身,更不用说担心单个义务的可诉请性并对此达成合意了。梅迪库斯就认为,保护义务的可诉性问题在很大程度上仍是理论性的,因为债权人通常并不了解同保护义务相应的请求权。在说明和信息义务的场合,这点尤为明显,因为债权人一旦知道了应当向他做出说明及所应说明的内容,通常情形下债务人就无需再进行说明了。<sup>[35]</sup>而且,探究当事人的意愿会涉及对合同的解释并要寻求其他的标准,如合同目的或可辨识的特殊保护需要,来支持或反对附随义务的可诉请性,而本标准并未回答这一问题。仅在例外的情形,即当事人对义务的可诉请性达成了明确的合意时,才可采用这一标准。<sup>[36]</sup>

### 2. 与履行的接近性

这一标准得到埃默里希的支持。<sup>[37]</sup>在这一标准下,如果通过附随义务的履行,对方当

[29] Wolfgang Fikentscher, Schuldrecht, 8. Aufl., Berlin, New York, Walter de Gruyter, S. 36, Rn. 31.

[30] Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, C. H. Beck, 2002, S. 176.

[31] MünchKomm/Kramer, § 241, Band 2a, Rn. 113.

[32] 王泽鉴:《债法原理》(第一册),中国政法大学出版社2001年版,第40-41页。

[33] Stephan Madanus, S. 290.

[34] Dieter Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 15. Aufl., C. H. Beck, 2004, S. 423ff.

[35] Dieter Medicus, § 3. Leistungsstörungenrecht, S. 125.

[36] Stephan Madanus, S. 290.

[37] Volker Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, S. 335.

事人可以获取某物并因此根据债务关系的意义和目的而享有请求权,那么就是和履行相关的。对这一标准也需要补充,仅其自身无法对被违反的附随义务进行分类。这一补充导致可诉性,因而又会在可诉性标准中出现问题:由于当事人通常不会考虑到附随义务,遑论可诉性并对此达成合意,因此这一标准并不适于作为决定性标准。<sup>[38]</sup>

### 3. 违反的义务之目的

拉伦茨、利布(Lieb)、穆谢拉克(Musielak)和马特修斯(Mattheus)等学者提倡这一标准。根据这一标准,在附随义务服务于对主给付义务之保障而不仅仅是法益保护时,就是和履行相关的。这一标准在简单的案型中可以适用,但在附随义务既保障主给付义务的履行并实现合同的目的、又保护合同当事人的既存法益时,就不能适用了。这种附随义务也被称为“双重相关的附随义务”,<sup>[39]</sup>如针对所出卖之机器的使用的信息义务。

对于这一问题,现有文献通常予以回避并将之归入给付义务,从而使得针对给付义务的规则优先适用。如洛施尔德斯就认为,在立法理由中可以发现这一观点,即《德国民法典》第 281 条第 1 款优先适用,<sup>[40]</sup>因为第 282 条的制定是基于下述考虑,即对义务违反行为确定一个期限是无意义的,而这并不适合双重相关的附随义务的情形,所以没有理由放弃对期限确定的要求。<sup>[41]</sup>利布也认为,在义务性质不明的情况下,第 281 条的适用总是要肯定的,即使后继履行仅在理论上才予以考虑。<sup>[42]</sup>

马达努斯(Madanus)认为,虽然适用于给付义务和保护义务的违约规则之间的区别并不明显,并可以得出可适用的结果,但这一做法在学理上和方法上都并不令人满意。<sup>[43]</sup>例如,当事人通过合意也可将与履行不相关的附随义务纳入合同,使之成为合同主要内容并成为主要义务,如保镖合同和咨询合同。在保镖合同中,保护当事人的身体和健康的义务根据当事人的意愿成为了合同的主要内容并成为了主要义务;而在提供金融服务的咨询合同中,维持当事人(证券购买者)现存的财产的义务也成为了主给付义务。<sup>[44]</sup>此外,在通过违反进行无瑕疵之履行的主给付义务而导致瑕疵结果损害发生的情形,总是存在违反照顾当事人既存法益之义务的行为,此时会发生同时受到违反的主给付义务和附随义务之间发生竞合的问题。<sup>[45]</sup>

### 4. 和主给付的相关性标准

鉴于上述标准所存在的问题,马达努斯提出了一种的新的区分标准,即通过附随义务和主给付的相关性来区分其类型。此时要看附随义务的违反是否妨害了所负的主给付或者说是妨害了相当性利益。如果附随义务的违反妨害了主给付,就是和履行相关的,由《德国民法典》第 241 条第 1 款来调整;如果该违反并不影响主给付,就是和履行不相关的,由第 241 条第 2 款来调整。在个案中是否存在对主给付的妨害,绝不取决于偶然事件,相反它产生于合同当事人在具体的债务关系中赋予所违反之附随义务的意义。如在警卫合同或咨询合同

[38] Stephan Madanus, S. 291.

[39] Dirk Looschelders, S. 244, Rn. 608.

[40] BT-Drucks 14/6040, S. 141.

[41] Dirk Looschelders, S. 244, Rn. 608.

[42] Anwaltskommentar-Schuldrecht/Dauner-Lieb, § 282, DeutscherAnwaltverlag, 2002, Rn. 6.

[43] Stephan Madanus, S. 291.

[44] BT-Drs. 14/6040, S. 125.

[45] Stephan Madanus, S. 291.

中,根据当事人的意愿,保护义务属于合同主给付义务,因此在违反该义务时,相当性利益受到了妨害,因而应适用第 281 条第 1 款和第 3 款、第 281 条以及第 323 条第 1 款。采用这一标准,在双重相关的义务和附随损害的情形也可以进行清楚合理的界定。<sup>[46]</sup> 马达努斯还认为,这一标准也尊重了立法者的意愿,即第 282 条仅包括下列附随义务,亦即那些“并不影响真正的履行利益”的附随义务。<sup>[47]</sup>

#### 四 保护义务和德国侵权法上的交易安全义务的关系

交易安全义务是德国法院从判例中发展出来的一种侵权法上的义务类型。它的基本含义是:在自己与有责任的领域内,开创或持续某一危险源之人,负有依情形采取必要且具期待可能性的防范措施保护第三人免于遭受此种危险的义务,一旦违反此种义务就被认为是具有了过失且具备了客观的违法性。<sup>[48]</sup>

依德国新债法对附随义务的划分,与履行相关的附随义务主要是辅助合同主给付义务的实现,并且主要存在于合同当事人之间,而不扩及社会上的一般人,因此它和交易安全义务的关系并不密切;而保护义务则和交易安全义务的功能相似,保护的都是完整利益(维持利益)。<sup>[49]</sup>

克雷布斯(Krebs)则认为保护义务处于合同和侵权之间。它涉及法定义务,但又类似于合同(vertragsähnlich),因为它存在于合同中,适用于合同的规则基本上也可以适用于它,其学理基础即为特殊联系(sondervbindung)。它和交易安全义务的区别也在于后者未确立债务关系意义上的特殊联系。<sup>[50]</sup> 拉伦茨在分析缔约过失责任和交易安全义务的关系时即指出,交易安全义务是一项针对“来自公众的任何一人”的义务,因而并不足以在债务人和因此受到保护的人之间建立一种具体的债务关系。对它的违反仅能被视为“不法行为”而不能被视为违反了具体的(针对一定的人产生的)债务人的义务,也因而只能适用《德国民法典》第 831 条而不能适用第 278 条。<sup>[51]</sup>

就附随义务的规定,在 BR-Drucks 338/01 中有关《德国民法典》第 241 条第 3 款规定的草案中使用了“特别的照顾”这一表述,<sup>[52]</sup>但在法律委员会的建议草案中,“特别的”一词被划去了。<sup>[53]</sup> 但洛施尔德斯认为,这并非旨在消除合同法和侵权法这两个领域在质上的区别。《德国民法典》第 241 条第 3 款中规定的保护义务在范围和强度上超过了侵权法上认可的行为义务(即交易安全义务),二者在保护范围和雇主责任的规定上也有所不同。保护义务可以保护一般的财产,并且对它的违反可以适用第 278 条,它是合同债务人对其履行辅助人的过错承担的不受限制的保证义务;而对交易安全义务的违反则适用第 831 条,这是雇主

[46] Stephan Madanus, S. 291.

[47] Stephan Madanus, S. 292.

[48] 林美惠:《侵权行为法上交易安全义务之研究》,台湾大学法律学研究所博士论文,2000年,第37页。

[49] Dauner-Lieb, § 2 Das Leistungsstörungenrecht im Überblick, in Dauner-Lieb u. a., Das neue Schuldrecht, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2002, S. 71.

[50] Anwaltskommentar-Schuldrecht/Krebs, § 241, Rn. 3ff.

[51] Siehe Karl Larenz, “Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und ‘sozial Kontakt’”, MDR 1954, S. 516.

[52] BR-Drucks. 338/01, S. 13.

[53] BT-Drucks. 14/7052, S. 182.

对自己的过错承担的责任。<sup>[54]</sup>

依克雷默的观点,保护义务和交易安全义务的关系可以从以下两个方面来观察:<sup>[55]</sup>

其一,就所谓“说明义务”的违反情形而言,它同违反一般交易安全义务的情形之间不难进行区分。说明义务属于保护义务的范畴,并且是缔约过失责任的出发点。此时涉及的是在目标明确的、个人化的交易(但并未达致法律行为的完成)的接触框架中的损害。在这种情况下,存在着交易接触和信赖因素,因而受说明义务保护的当事人的范围是确定的。它不涉及违反相关人对每个人都负有的保护义务,而只涉及对产生于合同特别是存在于和对方当事人或受保护的第三人之间的关系中的保护义务的违反,<sup>[56]</sup>因而同针对一般公众的交易安全义务有所不同。<sup>[57]</sup>因为正如蒂勒(Thiele)所认为的,交易安全义务只是一定程度上的抽象的、但无论如何是目标不确定并且事先不置于确定的人之上的注意义务。<sup>[58]</sup>而从施托尔将这种保护义务称为“附有保护目的的履行义务”<sup>[59]</sup>中也可以看出这种情况下的保护义务和合同之间的贴近性。

其二,就保护一般的完整利益的保护义务而言,它和交易安全义务的功能存在着一致性。这种保护义务的产生并不依赖于具体的特殊联系,而是以同样的强度针对每个人,涉及“一般的完整利益”,即在结构上涉及侵权问题。这一保护义务发生的常见情形就是“商店事故”,如顾客在商店中因为踩到香蕉皮摔倒而受伤的情形。梅迪库斯在《债法修订鉴定和建议》一书中使用了“侵害与合同远隔的法益”这一用语。<sup>[60]</sup>胡贝尔(Huber)认为,此时不能说基于合同或承担了准备性的接触而产生了出卖人不威胁买受人的身体和财产的义务。这一义务本来就已存在,它并不是专门针对买受人,而是针对任何人;它的产生并不是由于合同缔结或承担了社会接触,而是由于出卖人开启了商店供一般交易使用。出卖人的责任并不是基于违反了特别的保护义务,而是基于违反了一般的交易安全义务。<sup>[61]</sup>施托尔也认为,产生自社会接触的保护义务纯粹是侵权性的义务,将它隶属于合同责任只不过是避免侵权法的弱点。<sup>[62]</sup>而且他还认为,这种“假的和准合同性的保护义务”的建构“绝不是德国民法学术上的光荣一页”。<sup>[63]</sup>

不过法院仍根据合同法的原理(缔约过失责任)对这一类案例做出了判决,实际上是(受侵权法缺陷的促动而在学理上不合法地)“根据合同法的原理”来安排侵权责任。<sup>[64]</sup>拉伦茨认为,修订《德国民法典》关于雇主责任的第831条,就可以使“商店案件”回归侵权行

[54] Dirk Looschelders, S. 9; BT-Drucks. 14/6040, S. 125.

[55] MünchKomm/Kramer, § 241 - 432, Band 2a, Einleitung, Rn. 89 - 91.

[56] MünchKomm/Kramer, § 241 - 432, Band 2, Einleitung, Rn. 89.

[57] Lothar A. Müller 也认为保护义务是保护确定的人,而侵权法上的义务则指向公众/一般人。参见 Siehe Lothar A. Müller, “Schutzpflichten in Bürgerlichen Recht”, JuS 1998, S. 895.

[58] Wolfgang Thiele, “Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung”, JZ 1967, S. 651f.

[59] Hans Stoll, Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, Festschrift für Hippel, Mohr Siebeck, 1967, S. 525.

[60] Dieter Medicus, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, Bundesanzeiger Verlagsges. mbH, 1981, S. 493.

[61] Ulrich Huber, Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung, AcP 177 (1977), S. 319f.

[62] Hans Stoll, “Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen”, S. 527.

[63] Hans Stoll, “Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel”, AcP 176 (1976), S. 150f.

[64] Karl F. Kreuzer, “Anmerkung zum BGH 28. 1. 1976”, JZ 1976, S. 778.



为法的领域。<sup>[65]</sup>但只要立法者不改革侵权法,在合同前接触的范围内,于违反一般交易安全义务的情况下扩大合同责任的做法就无法逆转。这也被皮克尔(Picker)称为“合同的嗜好性”。<sup>[66]</sup>

不过,卡纳里斯(Canaris)反对将商店案件纳入缔约过失责任的特别学理中:“因为在有人进入商场时踩到一块香蕉皮并因跌倒而受伤时,明显并不涉及因他对某些说明的信赖而保护他,甚至……信赖所基于的‘外在构成要件’通常也无法辨识,在信赖人已采取了一定的措施或不作为的意义上的‘处分’也未给予。对‘善意’的询问自身看起来意义也不大。”<sup>[67]</sup>尽管如此,他仍将这一类型依信赖责任的原理进行了处理。信赖责任在这里可以“在受害人在法律行为交易的框架内使其法益受到对方当事人可能影响并在该意义上对对方产生信赖之中”发现“其内在的合法性”。

正如布吕格迈耶(Brügemeier)所认为的,在合同法和准合同法中所存在的交易安全义务,即保护义务,本质上应当属侵权法管辖,但修订债法的任务不应当由判例来承担,而应是立法者的任务。<sup>[68]</sup>虽然德国司法部在20世纪80年代初提出的债法修订鉴定书中纳入了对侵权责任的修订,但90年代进行的债法修订并未考虑对侵权法进行大的变更,反而将由判例发展出的准合同法领域,纳入合同法的领域。如在德国新修订的《债法》中,第311条规定缔约过失责任,其中第2款规定:为订立合同做准备,此时要求一方着眼于可能发生的法律行为上的关系,使对方有可能对自己的权利、法益和利益产生影响,或者将自己的权利、法益和利益托付给对方。这里就依据了卡纳里斯的上述思想。<sup>[69]</sup>梅迪库斯认为,在这里,正如作为责任基础的情形之一——“开启交易场所”所暗示的,源自缔约过失责任的保护义务和侵权法上的交易安全义务会发生竞合。<sup>[70]</sup>这也进一步使得侵权法和合同法的界限变得模糊,同时也使交易安全义务分别在合同法和侵权法中扮演着独特而重要的角色。

## 五 我国侵权法上的安全保障义务和附随义务的关系

我国《合同法》第60条第2款规定了附随义务:“当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”依我国学者的观点,这一附随义务是和主给付义务、从给付义务相对的概念,实际上即为德国民法中的保护义务。<sup>[71]</sup>《合同法》并于第42条、第43条和第58条规定了缔约过失责任。<sup>[72]</sup>

[65] Karl Larenz, “Bemerkungen zur Haftung für ‘culpa in contrahendo’”, Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht; Festschrift für Ballerstedt, Duncker & Humblot, 1975, S. 403.

[66] Eduard Picker, “Vertragliche und deliktische Schadenshaftung”, JZ 1987, S. 1042.

[67] Claus-Wilhelm Canaris, Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971, S. 540.

[68] Gert Brügemeier, Deliktsrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, 1986, S. 91.

[69] MünchKomm/Kramer, § 241 - 432, Einleitung, Rn. 91, Band 2a.

[70] Medicus, § 3. Leistungsstörungenrecht, S. 118.

[71] 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2004年版,第284页;崔建远主编:《合同法》(第三版),法律出版社2003年版,第63页。

[72] 参见崔建远:《新合同法若干制度及规则的解读与适用》,载《法律科学》2001年第3期,第121页;韩世远:《合同法总论》,第139页下。崔建远并认为第52条、第54条以及第48条规定的情形也属缔约过失责任的类型,参见崔建远:《新合同法若干制度及规则的解读与适用》,第122页;崔建远主编:《合同法》(第三版),第87页。

和德国法上的交易安全义务一样,《最高人民法院关于人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第6条提出的安全保障义务与附随义务特别是具有保护功能的附随义务(保护义务)之间也具有非常近似的性质。

在《最高人民法院关于人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》出台前,我国大陆就有学者结合既有的“王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆赔偿纠纷案”,认为这一义务应为合同中的附随义务。<sup>[73]</sup> 韩世远也认为,这一判决肯定了保护义务作为一种附随义务的存在,他并认为,附随义务中的保护义务虽然以特定主体之间的特别结合为前提,从而和侵权法上的社会生活上的保安义务(即交易安全义务)相区别,但二者在本质上并没有差异。<sup>[74]</sup>

张新宝则认为这一义务既体现在具有侵权行为法性质的法律、行政法规的规定中,也体现在《合同法》中(第60条、第122条、第53条)。<sup>[75]</sup> 而《合同法》中的这些规定即是附随义务的体现。不过他认为,这一义务是以法定义务为原则,以约定义务为例外,因为《合同法》没有也不可能对这一义务作出明确的列举规定。法官在处理与安全保障义务有关的案件时,应当重点考虑侵权行为的构成要件和责任范围。<sup>[76]</sup>

程啸则主张区分说。他将安全保障义务的类型区分为两类,即防止特定的第三人遭受义务人侵害的安全保障义务和防止特定的人遭受第三人侵害的安全保障义务,<sup>[77]</sup> 并认为第一种类型为附随义务中的保护义务,根据《合同法》第40条第(3)项和第60条,产生缔约过失责任,第二种类型则是与英美过失侵权法中的“注意义务”类似的一种主要用于确定不作为责任中的过错(包括违法性)的义务。<sup>[78]</sup> 换言之,他认为安全保障义务既包括保护义务,又包括交易安全义务。<sup>[79]</sup> 按照程啸的这种区分说,安全保障义务在我国侵权法上发挥的作用远逊于德国法上的交易安全义务。不过他对此也作出了一种保留,即认为我国由于采用一般侵权行为条款,因此根本没有必要在《合同法》中引入德国法上的缔约过失责任。<sup>[80]</sup> 而韩世远在其所著的《合同法》中则提出“社会生活安全义务”这一表述,并认为对我国法律是否应当承认这一义务应作进一步讨论;而对于其违反是否构成缔约过失责任,他认为在解释论上暂时无从发现其发生依据,故不以其违反作为发生缔约过失的责任。<sup>[81]</sup> 而这一社会生活安全义务实为保护义务。<sup>[82]</sup> 如果接受这一观点,就不宜认定第一种情形下的安全保障义务产生的是缔约过失责任,而是仍属侵权责任的范畴。

我国最高人民法院法官在解释《合同法》第6条时似乎也采用了一种区分的观点。他

[73] 参见刘言浩:《宾馆对住客的保护义务——王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆损害赔偿上诉案评析》,载《法学研究》2001年第3期,第149页。

[74] 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2004年版,第291页。

[75] 张新宝:《经营者对服务场所的安全保障义务》,载张新宝:《法路心语》,法律出版社2003年版,第96页。

[76] 同上,第96-97页。

[77] 王利明主编:《人身损害赔偿疑难问题——最高人民法院人身损害赔偿司法解释之评论与展开》,中国社会科学出版社2004年版,第265页。

[78] 同上,第270页。

[79] 同上,第272页。

[80] 同上,第270页。

[81] 参见韩世远:《合同法总论》,第163-164页。

[82] 韩世远并非清楚地表明这一点,但他在谈及“社会生活安全义务”时提及“缔约之际未尽保护义务致使他方身体健康遭受伤害”,隐含了这一点。

认为,违反安全保障义务的责任类型主要体现在义务人疏于保障义务的不作为所导致的侵权责任上。此外,还可以表现在缔约过失或者违约责任之上,<sup>[83]</sup>从而游离于合同责任和侵权责任之间。但他同时也认为,应将之定位于法定义务(或者说以法定义务为一般,以约定义务为补充),以便将之纳入侵权责任,弱化合同责任的普遍适用。<sup>[84]</sup>这实际上和张新宝、程啸的观点有着近似之处。

---

[Abstract] Subordinated duty is the product of the development of German law of obligations. With efforts made by German courts and scholars, such duty was incorporated in the German Civil Code during the amendment of German law of obligations in 2002, and thereby became a type of legal obligation. As a correlative to main duty of performance (Hauptleistungspflichten), subordinated duty can be divided into two categories: the duty related to performance (Leistungspflicht) and the duty not related to performance (Schutzpflicht). For the test defining Leistungspflicht and Schutzpflicht, there are many doctrines put forward by German scholars. When discussing the so-called Schutzpflicht, it is also closely related to the duty of care in German tort law (Verkehrspflichten).

---

(责任编辑:廖凡)

法律格言

法律的基本原则是:为人诚实,不损害别人,给予每个人他应得的部分。

——查士丁尼

---

[83] 黄松有主编:《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2003年版,第107页。

[84] 同上,第103页。