

民商法论丛

Civil and Commercial Law Series

交易安全义务论

——德国侵权行为法结构变迁的一种解读

JIAOYI ANQUAN YIWULUN

DEGUO QINQUAN XINGWEIFA JIEGOU BIANQIAN DE YIZHONG JIEDU

● 李昊 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

民商法论丛

Civil and Commercial Law Series

交易安全义务论

——德国侵权行为法结构变迁的一种解读

JIAOYI ANQUAN YIWULUN

DEGUO QINQUAN XINGWEIFA JIEGOU BIANQIAN DE YIZHONG JIEDU

● 李 昊 著



北京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

交易安全义务论:德国侵权行为法结构变迁的一种解读/李昊著. —北京:北京大学出版社, 2008. 9

(民商法论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 14230 - 1

I. 交… II. 李… III. 侵权行为 - 民法 - 研究 - 德国 IV. D951.63

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 138378 号

书 名: 交易安全义务论——德国侵权行为法结构变迁的一种解读

著作责任者: 李 昊 著

责任编辑: 周 菲

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 14230 - 1/D · 2127

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 36.5 印张 621 千字

2008 年 9 月第 1 版 2008 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 56.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

缩 略 语

a. a. O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Die Aktiengesellschaft
BB	Der Betriebsberater
GB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
FS	Festschrift
HaftpflG	Haftpflichtgesetz
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl	Justizblatt
JurA	Juristische Analysen
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KF	Karlsruhe Forum
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
RabelZ	Rabelszeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn	Randnummer

(续表)

RnNr	Randnummer
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
VersR	Versicherungsrecht
WM	Wertpapiermitteilungen
ZeUP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

判例索引

德国判例

BAGE 70, 337(= NJW 1993, 1732 = JZ 1993, 908 = NZA 1993, 547)	460
BGH BB 1977, 1117	487
BGH BRUR 1961, 627	176
BGH JZ 63, 218	294
BGH JZ 1966, 142	516
BGH JZ 1982, 262	221
BGH JZ 1985, 951	221
BGH JZ 1989, 375	221
BGH 22. 6. 1995, LM § 823 BGB	30
BGH NJW 1954, 355	516
BGH NJW 1955, 300	124
BGH NJW 1956, 1106	456
BGH NJW 1965, 1955 = BGH JZ 1966, 141 (Testamentfall)	219, 515
BGH NJW 1966, 1456	137
BGH NJW 1967, 1508	142
BGH NJW 1967, 930	226f.
BGH NJW 1968, 24	487
BGH NJW 1969, 771	227
BGH NJW 1971, 1313 = VersR 1971, 741	456
BGH NJW 1971, 2308	132
BGH NJW 1971, 43	40
BGH NJW 1972, 2217	487
BGH NJW 1973, 1602	485
BGH NJW 1973, 463	41
BGH NJW 1975, 1827	485, 487

BGH NJW 1977, 2264	187
BGH HJW 1977, 2073	220
BGH NJW 1978, 224	189, 192
BGH NJW 1981, 1603 (Apfelschorffall, apple-scab decision)	487
BGH NJW 1981, 2514	487f.
BGH NJW 1981, 750	227
BGH NJW 1983, 2181	133
BGH NJW 1984, 801	140 注③, 141, 148
BGH NJW 1985, 134	294
BGH NJW 1985, 2411	227
BGH NJW 1985, 2420	487
BGH NJW 1986, 1863	487
BGH NJW 1987, 1009 = WM 1987, 126	490
BGH NJW 1987, 2671	102
BGH NJW 1990, 1236	140 注③, 141
BGH NJW 1990, 905	148
BGH NJW 1991, 921	148
BGH NJW 1992, 316	295 注④、⑤
BGH NJW 1992, 560	488f.
BGH NJW 1994, 945	148
BGH NJW 1994, 3348	140 注②
BGH NJW 1994, 932 (Kinderteefall II)	489
BGH NJW 1995, 52	516
BGH NJW 1995, 1282	226
BGH NJW 1995, 1286 (Kinderteefall III)	489
BGH NJW 1997, 1233	210
BGH NJW 1998, 1059	222
BGH NJW 1999, 279	185
BGH NJW 2001, 360	514
BGH NJW 2001, 3115	296
BGH NJW 2004, 1032	192
BGH NJW RR 1989, 394	135
BGH NJW-RR 1991, 668	148
BGH NJW-RR 1991, 1241	521 注①
BGH St. 13, 197	56

BGH VersR 1961, 465	140
BGH VersR 1976, 149	147
BGH VersR 52, 223	294
BGH VersR 69, 435	294
BGH VersR 1959, 732	154 注①
BGH VersR 1984, 584	227
BGH VersR 1986, 765 = BGH NJW 1986, 2757	309
BGH WM 1962, 935	527
BGH WM 1966, 1150	527
BGH WM 1966, 1323	527
BGH WM 1992, 699	210
BGHZ 101, 215	53f.
BGHZ 103, 129	195
BGHZ 106, 323 = NJW 1989, 976 (Altlasten)	41, 194
BGHZ 111, 75	206
BGHZ 116, 60 = BGH NJW 1992, 560 (Kinderteeffall I)	489
BGHZ 117, 183 (Kondensator-Fall)	190
BGHZ 127, 138	222
BGHZ 127, 378 = NJW 1995, 392	222
BGHZ 129, 353	485
BGHZ 13, 334 = NJW 1954, 1404 = JZ 1954, 698 mit Anmerkung von Prof. Helmut Coing	27
BGHZ 138, 230 (Transistor-Fall)	190
BGHZ 17, 191	295 注③
BGHZ 17, 214	457
BGHZ 20, 3	58
BGHZ 24, 21 = NJW 1957, 785 = VersR 1957, 288, 517, 783 = JZ 1957, 543	277, 282ff., 449
BGHZ 24, 72	27
BGHZ 26, 349	27
BGHZ 29, 65	184
BGHZ 3, 94	40
BGHZ 30, 40	56
BGHZ 32, 53	457
BGHZ 34, 206	132

BGHZ 36, 346	58
BGHZ 38, 204	185
BGHZ 4, 1 = NJW 1952, 418 = VersR 1952, 166	448, 457
BGHZ 41, 123	186
BGHZ 51, 91	150, 221, 475ff., 480ff., 484f.
BGHZ 55, 153	186
BGHZ 61, 227	454
BGHZ 62, 265	128 注②
BGHZ 63, 382	208
BGHZ 64, 46	487
BGHZ 66, 51 = NGH NJW 1976, 712 = JZ 1976, 776 (Gemüseblattfall)	207, 219
BGHZ 65, 211	23
BGHZ 67, 359	189, 485
BGHZ 7, 313	294
BGHZ 7, 371	514
BGHZ 74, 9 = NJW 1979, 1351 = JuS 1979, 743	258
BGHZ 76, 216	186
BGHZ 79, 26	133
BGHZ 79, 232	25
BGHZ 80, 186	487
BGHZ 86, 152 = JZ 83, 857 (Elbe-Seitenkanal)	131
BGHZ 86, 256	189, 487
BGHZ 99, 101	206
BGHZ 99, 167 (Honda-Entscheidung)	490
BGHZ JZ 63, 218 (= BGH NJW 1985, 134)	294
BVerfGE 25, 256 (1969. 2. 26) (Blinkfuerfall)	185
BVerfGE 61, 149 = NJW 1983, 25	42
BVerfGE 7, 212 (1958. 1. 15) (Luthfall)	185
NJW-RR 1997, 533	309
NJW 1958, 257 = BVerfGE 7, 198	297
OLG Düsseldorf NJW 1992, 2972	135
OLG Hamburg NJW 1970, 1325	27
OLG Hamm VersR 1973, 1072	150
OLG Hamm VersR 1979, 191	156
OLG Köln NJW 1989, 720	27

OLG Köln NJW-RR 1990, 414	487
OLG Köln NJW-RR 1991, 285	486
OLG München MDR 1965, 905	124
RG JW 1911, 584	527
RG St 20, 142	56
RG St 14, 362	240
RGZ 102, 372	83, 111, 149
RGZ 102, 38	83
RGZ 104, 376	176
RGZ 107, 132	227
RGZ 127, 218	218
RGZ 170, 251	227
RGZ 48, 114	33 注⑤
RGZ 52, 365	513
RGZ 52, 373	79, 146, 147 注①, 279, 316
RGZ 53, 276	147 注①
RGZ 53, 53	147 注①
RGZ 54, 53	81, 146, 147 注③, 148
RGZ 56, 271	33 注⑤
RGZ 58, 24	183
RGZ 72, 4	527
RGZ 72, 175	527
RGZ 78, 239 (Linoleumteppichfall)	205
RGZ 85, 185	147
RGZ 87, 1 (Brunnensalz-Fall)	473
RGZ 93, 39	227
RGZ 95, 61	134
Seuffert Archiv 25, Nr. 128	79
VersR 1984, 584	227
VersR 1986, 765 = BGH NJW 1986, 2757	309 注③
英美判例	
<i>Anns v. Merton London Borough Council</i> , [1978] A. C. 728	496, 503
<i>Biakanja v. Irving</i> , 49 Cal. 2d 647, 320 P.2d 16 (1958)	506

British Celanese Ltd. v. A. H. Hunt Capacitors Ltd. , [1969] 2 All E. R. 1252 (Q. B.)	188
Candler v. Christmas, [1959] 2 Q. B. 164	502 注①
Candler v. Crane, Christmas & Co. , (1889) 14 App. Cas. 337	494f.
Caparo Industries v. Dickman, [1990] 2 A. C. 605	496f. , 501
Chaudry v. Prabhaka, [1988] 3 Au. E. R. 718	500
Citizens State Bank v. Timm. Schmidt & Co. , 113 Wis. 2d 376,	
335 N. W. 2d 361 (Wis. 1983)	509
Clarke v. Bruce Lance & Co. , [1988] 1 W. L. R. 881	505
D & F Estates v. Church Commissioners, [1989] A. C. 177	189
Derry v. Peek, (1889) 14 App. Cas. 337	494
Electrochrome Ltd. v. Welsh Plastics Ltd. , [1968] All E. R. 205	187f.
Elliot v. Sir Robert McAlpine & Sons Ltd. , [1966] 2 Lloyd's Rep. 482 (Co. Ct.)	
	187
Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon, [1976] Q. B. 801	496, 499f.
Glanzer v. Shepard, 233 N. Y. 331, 135 N. E. 275 (1927)	505
Haig v. Bamford, (1976) 72 D. L. R. 13d, 68	502 注③
Harris v. Wyre District Council, [1990] A. C. 831	502
Hedley, Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd. , [1964] A. C. 465,	
[1963] All. E. R. 575	494ff. , 497ff. , 504f. , 507
Henderson v. Merrett Syndicates Ltd. , [1995] 2 AC 145	7, 496, 498
Home office v. Dorset Yacht Co. Ltd. , [1970] AC 1004, 1027	197
Internet Products Co. v. Erie Rd. Co. , 244 N. Y. 331, 155 N. E. 662 (1927)	
	505
Jacques v. First National Bank, 307 Md. 527, 515 A. 2d 756 (1986)	507
JEB Fasteners Ltd. v. Marks, Bloom & Co. , [1981] 3 All E. R. 289	502 注①
MacPherson v. Buick Motor Co. , 217 N. Y. 382, 111 N. E. 1050 (1916)	473
Martens Chevrolet Inc. v. Seney, 292 Md. 328, 439 A. 2d 534 (1982)	507
Morgan Crucible Co. v. Hill Samuel Bank, [1991] Ch. 259	496, 502
Murphy v. Brentwood B. C. , [1991] 1 A. C. 398	189
Mutual Life & Citizen Assurance Co. v. Evatt, [1971] A. C. 793	496, 500
Nat'l Iron & Steel Co. v. Hunt, 143 N. E. 833 (1924)	505
Nettleship v. Weston, [1971] 2 Q. B. 691	297
Rosenblum Inc. v. Adler, 93 N. I. 324, 461 A. 2d 1381 (1983)	507

Ross v. Caunters, [1980] Ch. 297	496,503
Rusch Factors Inc. v. Levin, 284 F. Supp. 85 (1968)	506f.
Rylands v. Fletscher, [1868] L. R. 3 H. L. 330	38
Scott Group v. McFarlane, [1959] 2 Q. B. 164	502 注③
S. C. M. (U. K.) Ltd. v. W. J. Whittall & Son Ltd., [1971] 1 Q. B. 337, {1970} 1 All E. R. 245 (C. A.)	188
Smith v. Eric S Bush, [1990] A. C. 831	496,502
Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (contractors) Ltd., [1973] Q. B. 27	181,188,197
Spring v. Guardian Assurance, [1995] 1 A. C. 145	496
The Aliakmon, [1985] QB 350	197,504f.
Ultramar Corp. v. Touche, 255 N. Y. 170, 174 N. E. 441 (1931)	196,502,506,509
Van Oppen v. Clerk to the Bedford Charity Trustee, (1990) 1 W. L. R. 235, [1989] 3 All E. R. 38	496
Weisman v. Connors, 69 Md. App. 732, 519 A. 2d 795 (1987)	507
White v. Jones, [1995] 2 A. C. 207	7,496,503

中国判例

《大风吹断路旁护路树砸死行人案》(《最高人民法院公报》1990年第2期) ...	418
《台湾地区“最高法院”1997年度台上字第2927号判决》	93
《台湾地区“最高法院”2001年度台上字第1682号民事判决(冥纸烧船案)》	401
《台湾地区“最高法院”1989年台上字第200号判决》	94
《徐凤珠诉留敏群和其雇工致人损害雇主应负转承赔偿责任纠纷案》	421

目 录

引 言	/1
第一章 交易安全义务的德国侵权法背景	/10
第一节 德国侵权行为法的制定历史	/10
第二节 德国侵权行为法的外在结构	/20
第三节 德国侵权行为法的内在结构	/44
第四节 德国侵权行为法的变迁	/61
小 结	/76
第二章 交易安全义务的历史沿革与比较法的考察	/78
第一节 交易安全义务的产生与发展	/78
第二节 交易安全义务创设的合法性问题	/86
第三节 对交易安全义务的比较法考察	/89
小 结	/98
第三章 交易安全义务的体系位置与基本构成	/100
第一节 交易安全义务的体系位置	/100
第二节 交易安全义务的功能	/105
第三节 交易安全义务的归责/产生基础	/109
第四节 交易安全义务的适用	/121
第五节 交易安全义务的类型化	/143
第六节 交易安全义务和附随义务、保护义务的关系	/156
小 结	/173
第四章 交易安全义务与侵权法保护的客体	
——以保护他人财产的交易安全义务为中心	/175
导 言	/175

第一节	纯粹经济损失的概念和主要形态	/177
第二节	德国传统侵权行为法对纯粹财产损失 (纯粹经济损失)的处理	/182
第三节	德国民法解决纯粹财产损失(纯粹经济损失)的途径 ——扩大合同责任保护第三人的纯粹经济损失	/200
第四节	通过交易安全义务保护第三人的纯粹 财产损失(纯粹经济损失) ——回归侵权法的保护	/227
第五节	德国经验对我国侵权法的若干启示	/236
小 结		/238
第五章	交易安全义务与德国侵权法三阶层结构的变迁(一) ——交易安全义务与不作为侵权责任的扩展	/239
第一节	刑法学说中的不作为犯理论	/239
第二节	交易安全义务与德国不作为侵权责任的扩展	/242
小 结		/250
第六章	交易安全义务与德国侵权法三阶层体系的变迁(二) ——交易安全义务与违法性理论的变迁	/251
第一节	违法性概念的历史变迁及其功能	/251
第二节	德国侵权行为法之违法性理论的展开	/253
第三节	建构动态的违法性	/286
小 结		/289
第七章	交易安全义务与德国侵权法三阶层结构的变迁(三) ——交易安全义务与有责性(过错)阶层的变迁	/291
第一节	有责性阶层的判断	/291
第二节	交易安全义务与有责性阶层的变迁	/300
第四节	欧洲侵权行为法草案的设计	/316
小 结		/327
第八章	交易安全义务与德国侵权法三阶层结构的变迁(四) ——德国侵权法三阶层结构的变迁对我国的启示	/328
第一节	我国侵权法内在结构的历史发展	/328
第二节	对我国侵权行为构成要件的学说争议	/331

第三节	我国现有民法典草案(建议稿)在构成要件上的设计	/352
第四节	我国侵权行为法应有的内在结构	
	——二阶层模式	/356
小 结		/360
第九章	交易安全义务与侵权行为归责原则的变迁	/361
第一节	过错责任与无过错责任之间的流动性	/361
第二节	交易安全义务对德国侵权归责体系的调整	/374
第三节	交易安全义务对我国台湾地区侵权归责体系的调整	/376
第四节	交易安全义务在我国侵权归责体系中的作用	/386
小 结		/445
第十章	交易安全义务的类型化	
	——交易安全义务的三个重要类型	/447
第一节	交易安全义务对德国侵权法中的雇主责任的发展	/447
第二节	德国法中的产品安全义务的创制和发展	/473
第三节	交易安全义务与专家责任	
	——以保护纯粹经济损失的交易安全义务为基础	/494
小 结		/542
结 论		/544
参考文献		/547
后 记		/569

引言

一、选题背景及其意义

2003年12月26日我国最高人民法院颁布了《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》，该司法解释自2004年5月1日起施行。该解释虽然仅适用于人身损害赔偿案件，但从该解释的内容看，它在一定程度上补充和完善了我国《民法通则》中的侵权行为规范，如该解释第2条、第3条、第4条、第9条确定的与有过失、共同侵权行为、共同危险行为、雇主责任等规则。但在各条文中，最值得关注的是该解释于第6条创设的安全保障义务：

“从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织，未尽合理限度范围内的安全保障义务致使他人遭受人身损害，赔偿权利人请求其承担相应赔偿责任的，人民法院应予支持。

因第三人侵权导致损害结果发生的，由实施侵权行为的第三人承担赔偿责任。安全保障义务人有过错的，应当在其能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充赔偿责任。安全保障义务人承担责任后，可以向第三人追偿。赔偿权利人起诉安全保障义务人的，应当将第三人作为共同被告，但第三人不能确定的除外。”

就安全保障义务这一概念，据最高人民法院法官的解释，来源于德国法院法官从判例中发展起来的社会活动安全注意义务或一般安全注意义务的理论。^① 所谓的社会活动安全注意义务或一般安全注意义务这一翻译源自

^① 参见陈现杰：《〈最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释〉的若干理论问题与实务问题解析》，载《法律适用》2004年第2期，第6页。

张新宝教授翻译的《欧洲比较侵权行为法》一书^①,该书的作者是德国奥斯纳布吕克大学的 Christian von Bar 教授,查该书的德文版,该义务在德语中的表述即为 *allgemeine Verkehrs(sicherung)pflcht*。^②

Verkehrs(sicherung)pflcht(交易安全义务)是德国法上特有的概念,英国著名的比较法学者 Markesinis 教授就认为这一概念并不容易翻译。^③其基本意思就是,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,如果其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。^④对这一名称的翻译,现行文献非常不统一,王泽鉴教授就认为这一概念如何译成中文颇费斟酌。^⑤有学者将之译为“交易安全义务”^⑥,有学者将之译为“社会安全义务”^⑦,还有学者将之译为“一般安全义务”^⑧,王泽鉴先生

① 张新宝教授和焦美华女士都将 *Verkehrspflicht* 译为了一般注意义务,参见〔德〕克里斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权法》(上卷),张新宝译,法律出版社2003年版,第146页编码[105],注619;《欧洲比较侵权法》(下卷),焦美华译,法律出版社2003年版,第296页,索引部分第823页。该书的英译本对 *Verkehrspflichten* 采用的译法就是“the general duty of care”, see von Bar, Christian, *The Common Law of European Law of Torts*, volume one, (Oxford: Clarendon Press, 1998), p. 124; p. 126, Fn. 619.

② von Bar, Christian, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht, erster Band*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1996, RdNr. 105, Fn. 619。在焦美华女士所译的《欧洲比较侵权法》(下卷)的索引部分,一般注意义务这一词条所对应的德文词也正是 *allgemeine Verkehrspflicht* (第823页)。但在该书的封底对冯·巴尔教授的介绍中,又将其所著的教授资格论文“*Verkehrspflicht*”译为了《社会生活一般义务》,同一词汇竟前后翻译不同,足见译事之艰难。

③ B. S. Markesinis and Hannes Unberath, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise*, 4th ed., (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 86。不过,在该书中 Markesinis 也将 *Verkehrspflicht* 译为 *duty of care*。

④ 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2000年博士学位论文,第37页。

⑤ 王泽鉴:《侵权行为法》(第1册),中国政法大学出版社2001年版,第94页注[2]。

⑥ 林美惠:《论我国法上交易安全义务理论之建立》,载《台大法学论丛》第28卷第1期;麻锦亮:《德国责任法体系中的交易安全义务评介》,载王利明主编:《判解研究》2005年第2辑,人民法院出版社2005年版。

⑦ 朱柏松:《商品制造人责任法之比较研究》,台湾五南图书出版公司1991年版,第303—308页、第324页以下;周友军:《社会安全义务理论研究》,中国人民大学法学院2006年博士论文(该论文在正式出版后改名为《交往安全义务理论研究》,中国人民大学出版社2008年版)。

⑧ 刘文杰:《德国侵权法上的一般安全义务》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第37卷),法律出版社2007年版,第312页下。