

迎接WTO

梁慧星先生主编之域外法律制度研究集

Collection of Research on Legal Systems Abroad in
Preparation for Entry into WTO

Edited by Mr. LIANG Huixing

[第二辑]



国家行政学院出版社

金桥文化出版(香港)有限公司

迎接 WTO

——梁慧星先生主编之域外法律制度研究集

第二辑

梁慧星 主编

国家行政学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

迎接 WTO:梁慧星先生主编之域外法律制度研究集
第 2 辑/梁慧星主编. —北京: 国家行政学院出版社,
2000.9
ISBN 7-80140-130-1

I. 迎... II. 梁... III. 法律-研究-世界-文集
IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 49750 号

迎接 WTO

——梁慧星先生主编之域外法律制度研究集

第二辑

梁慧星 主编

*

国家行政学院出版社出版

北京市海淀区厂洼街 11 号(100089)

新华书店总经销

清华园胶印厂印刷

850×1168 毫米 1/32 开本 19.125 印张 457 千字

2000 年 9 月第 1 版 2000 年 9 月第 1 次印刷

印数:1—5000 册

ISBN 7-80140-130-1/D.63 定价:38.50 元

目 录

德国相邻关系制度研究	陈华彬(1)
法国近邻妨害问题研究	
——兼论中国的近邻妨害制度及其完善	陈华彬(63)
德国、法国以及日本法中的物权法定主义	段 匡(128)
美国不动产法上的地役权研究	马新彦(152)
英国法中的不动产按揭(Mortgage)	许明月(186)
日本现代担保法制及其对我国制定担保法的启示	
.....	梁慧星(275)
论日本的让渡担保制度	顾长浩(302)
动产担保制度与经济发展	
——台湾动产担保交易法制定施行 30 年的经验	
.....	王泽鉴(350)
论德国私法上无因性概念的形成	陈华彬(371)
《德国民法典》的过去与现在	
..... 海尔穆特·库勒尔著 孙宪忠 译	(392)
东欧剧变后前苏联集团国家的民商法典和民商立法	
——法律史、民商法典的结构、土地所有权和国有企业问题	
.....	(424)

德国相邻关系制度研究

陈华彬

目 次

- 一、引言
- 二、德国相邻关系制度概览
- 三、不可量物侵害(Immission)制度
- 四、民法典第 906 条诸问题研究
- 五、结语

一、引言

德国是在比法国民法典迟了将近百年后,以潘德克吞法学为指导制定自己的民法典。正是因此,才使得德国民法典在内容与法典编纂技术上较法国民法典有重大的进步与发展。迄至今日,虽已历时近百年,但德国民法典上的若干重要制度依然对各国民事立法(尤其是民法法典化)运动有着深刻的影响。毫无疑问,对德国民法典上的若干进步的重要内容予以研究将极大地有助于我国目前正在进行的诸多重要民事立法(如物权法、合同法)的科学化、进步化与完善化。限于篇幅,本文拟着重研究该民法典上的相邻关系制度,尤其是不可量物侵害制度。不当之处请读者赐教。

二、德国相邻关系制度概览

1900年德国民法典(BGB)施行以来,德国判例学说遂将相邻关系作为以利用为目的的“相邻共同体关系”(das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis)加以认识和理解,进而基于支配此相邻共同体关系的诚实信用原则,谋求实现“冲突之际的利害的平衡调整”(Ausgleich)。^①在本文,笔者拟首先对德国相邻关系制度的基础理论加以考察,尔后着重对构成德国相邻关系制度中心内容的“不可量物侵害”(Immission)制度予以研究。

(一) 德国相邻关系制度的形式上的特质

如所周知,德国民法典是在德国各“邦”(州)法的基础上制定而成的。因此,在相邻关系制度上,它尊重了各“邦”(州)民众的长

^① [日] 沢井裕:《德国相邻法的基础理论》,载于《法学论集》(关西)9卷5—6号,第614页。

期的传统习惯,从而在具体的个别场合并存着数种规范,以资因应。^①对此,Hedemann氏以简洁含蓄的方式在文章中加以叙明。他写道:“邻人之间喜好吵嘴,此乃远古以来即有的现象。这大多缘于对有关狭窄的境界地带归属的争执。对邻接的邻人的树木、灌木的嫉妒、对邻接的建筑物之墙垣、壁、家畜饲养棚及通风窗设置之不容忍所表现出的农民的意识之顽固,不仅单单演出了民间无数话剧、喜剧,而且无论在何世纪中亦均使裁判官颇为烦恼。为防止此种状态,首先是住民的习惯,其次是法的记录文书(法书)与国家法典,其共同构成无数固定而详细的规则。”^②

德国相邻法律制度所具有的此种传统,即使今日亦未有多大变革。德国民法典在此领域亦必须放弃其所自诩的所谓一般的抽象的表现方法。而且,对于细目事项更不得不委之于保持有世代相传的惯行的详细多样的州法予以解决。法律形式上若干具体的法规相并列,而理论上则以判例作为其发展契机,这就是德国相邻关系制度所具有的特征。因此,论及德国的相邻关系制度时,与其从总体理论上加以把握,还不如对各个判例的研究更显重要。^③

(二) 德国民法典上的相邻关系制度

所谓相邻关系制度,究其本质乃是一方的利用权与他方的排除权在发生冲突之际而加以调整的制度。依德国民法典,来自他方的侵害及对于煤气、噪音、震动的侵入,均是物权妨害排除请求权之对象。但是,在某种条件下,作为例外又对该种排除请求权加以限制,而使被害人负忍受义务。如下试对民法典上的妨害排除

① [日] 沢井裕:《德国相邻法的基础理论》,载于《法学论集》(关西)9卷5—6号,第616页。

② 沢井裕:《德国相邻法的基础理论》,载于《法学论集》(关西)9卷5—6号,第616页。

③ 沢井裕:《德国相邻法的基础理论》,载于《法学论集》(关西)9卷5—6号,第617页。

请求权及对之予以限制的立法规定加以分析。

1. 作为相邻关系制度基础的妨害排除请求权制度

德国民法典第 903 条和第 858 条分别就所有权的内容及对占有的一般性保护作了规定。第 903 条规定：“以不违反法律和第三人的权利为限，物的所有人得随意处分其物，并排除他人的干涉。”第 858 条规定：“违反占有人的意思而侵夺其占有或妨害其占有的人，以法律不准许其侵夺或妨害者为限，其行为构成违法”（第 1 项）。

为确保所有权人及占有权人的上述权利获得行使，德国民法典规定了如下妨害排除制度：

其一，现实妨害排除请求权。此包括基于所有权的妨害排除请求与基于占有权的妨害排除请求权二种制度。前者规定于民法典第 1004 条：“所有人受到以剥夺或扣留占有以外方式的侵害时，得请求侵害人除去侵害，所有权有继续受侵害之虞者，得提出停止侵害之诉。但所有人有应容许侵害的义务者，不享有此二项请求权。”后者规定于第 862 条第 1 项前段：“以禁止的擅自行为侵占占有人的占有时，占有人得向妨害者请求除去其妨害。”

其二，将来妨害预防请求权。此包括基于所有权的妨害工作物的禁止请求权与基于占有权的妨害停止请求权。前者规定于第 907 条：“土地所有人对于确实可以预见邻地上的设备因其存在或其利用，对自己的土地会造成不能允许的干涉时，得请求邻地上不得制造或保存该项设备。”后者规定于第 862 条后段：“占有有继续受妨害之虞时，得请求法院发布禁令。”

2. 关于对妨害排除请求权加以限制的相邻法规

其一，所谓“不可量物侵害（Immission）制度。该制度规定于第 906 条。关于依该制度对妨害排除请求权予以限制，后文将作详尽论述。

其二，危险工作物设置与保持的禁止。此规定于前述第 907

条之中。

其三,对危险工作物的危险预防。此规定于第 908 条:“因与邻地相关的建筑物或其他工作物有倒塌的危险,或因建筑物或工作物的一部分有崩离的危险,致土地有受损害之虞时,所有人对于依第 836 条第 1 项或第 837 条、第 838 条之规定,对发生的损害可能应负责的人,得请求采取为防止危险发生所必要的措施。”

其四,有使邻地发生危险的土地的开掘的禁止。关于此,规定于第 909 条,即“不得以会使邻地失去必要支撑的方法开掘土地。”

其五,越界根枝得被除去。此规定于第 910 条:“土地所有人得刈除和留下从邻地侵入的树木或灌木的根。对越界的树枝,土地所有人对邻地所有人得规定相当期限去除之,而在规定期限内未去除者,则适用前项规定。”

其六,逾界自落果实归属于土地所有者享有。此规定于第 911 条。

其七,非有故意或过失的越界建筑物,邻人必须忍受。但得请求“金钱定期金”。此规定于第 912—916 条。

其八,袋地通行权。关于此,民法典设有二个条文,即第 917—918 条。

其九,关于境界确定的诸关系。民法典将此规定于第 919—923 条,内容堪称详尽。

其十,时效。依民法典第 924 条规定,除金钱定期金外,其他均未有时效问题。

3. 小结

综上所述,对于德国民法典所规定的相邻关系制度内容的考察,可以知悉,德国民法典所谓相邻关系制度,乃是作为所有权之内容(即对所有权形式上予以限制)加以规定,而并未从对利用权与排除权冲突之调整这一正面立场予以表现。但实际上,使人感到对所遭受的损害有必要加以排除的,非为观念的所有权人,而是予以

实际利用的占有人(即使在忍受义务场合亦一样)。为此,有学者认为德国法之此种立法规定有其非合理之处,但是绝大多数的德国学者对此则未有同感。

事实上,德国民法典以所有者名义规整相邻关系,这是长久以来的历史事实所留下的痕迹。即从消极方面论,作为权利的最高层次的所有权负有忍受义务,则较所有权层次为低的占有亦当然在该范围内负有同样义务。同时,从积极方面论,所有权人既然享有妨害排除请求权,则占有者至少亦得肯定有此同样权利。由此看来,以所有权人之名义规定相邻关系并未有大的不妥。只是依德国法,承租人基于租赁权不得享有相邻权则毫无疑问存有间题。

(三) 特别法对相邻权之限制

德国民法典及州法上的相邻权大抵均受数量众多的特别法的限制,如下试介绍其中的几部重要的特别法。

1. 德国营业法(Gewerbeordnung, 1869年)

该法律为德国法制上最早有关无过失赔偿责任的联邦立法。其本身成为德国公害救济立法之依据,亦为现今施行的德国联邦公害防治法之前身。在对相邻权之限制上,该法第26条所作规定颇为引人注目。作为受害者忍受侵害的对价,而肯定加害者应承担无过失的补偿责任,就此而言,该法第26条之规定具有重要意义。

该第26条规定:“土地所有人或占有人,对于因邻地所生之有害作用,依现行法虽许其提起排除侵害之民事诉讼(Privateklage),但对于经政府许可设立之营业设备,则仅可请求设置防害设备,不得请求停止营业;其不能为此设备,又与营业之适当经营不能并存者,则许其请求损害赔偿(Schodloshaltung)。”本条所谓“经政府许可设立之营业设备”,其具体内容规定于该法第16条。依该条规定,根据场所的状态或经营地之性质,对于邻地之占有者、居住者乃至一般公众,有发生显著的不利益、危险或不快时,该设施的设

置即有获得州法所规定的有关主管当局之认可之必要。这些“营业设备”大抵包括：火药工场、火化工场及该种类的一切可燃性物质制造工场、瓦斯制造供给设施、有关石油工程的设施、一切化学工场、屠宰场等。此外，该法第 26 条依民法施行法尚扩大适用于铁道、船舶及类似的交通企业。另依判例，生活上重要的公益事业亦适用该法第 26 条之规定。

2. 关于对国民锻炼具有特别意义的营业的相邻权的限制之法律(1933 年)

该法第 1 条规定：凡对于国民锻炼有特别意义的、受到内务大臣认可之营业，有关相邻权上之请求权受到下述限制。即对于因营业的侵入而受到侵害的土地所有者或占有者，不得请求停止营业。同时亦不得请求排除不利益的侵害或者请求减少营业设备的设置。但是，基于特别的民法权利，尤其是基于契约或侵权行为之请求权不因此而受影响。第 2 条规定，在决定认可前，必须对于该营业是否会对公众、邻地所有者或占有者造成危险、显著不利益或不快加以调查。

3. 关于对国民保健具有特别意义的营业的相邻权之限制的法律(1935 年)

该法对相邻权之限制主要规定在第 1 条。内容大抵与上述关于国民锻炼的法律之第 1 条相同，此不赘述。

4. 电信装置法(das Gesetz über die Fernmelden anlagen, 1928 年)

关于此电信装置法对相邻权之限制，主要规定于该法第 23 条。该条虽未直接以相邻关系为目的，但在对相邻权的限制上却有相当机能。^①

^① 本部分所参考的基本文献是：沢井裕：《德国相邻法的基础理论》，载于《法学论集》(关西)第 9 卷 5—6 号，第 615—623 页。

三、不可量物侵害 (Immission) 制度

(一) 概述

从历史上看,对于他人土地权利之享有或使用而发生排他性侵害(亦即妨害)的情形,德国自中世纪始即以概括性名词“Immission”称之。进而形成为独立的 Immission 制度。大抵于 13 世纪,该制度开始成为德国法制上的一项重要制度,并受到相当重视。

按照大多数学者见解,所谓 Immission 一词之含义,系指“不可量物侵害”,而有关 Immission 的立法规定则构成不可量物侵害制度或称“不可量物侵害法”。按照现今德国法制,此不可量物侵害制度包括三个层面:(1) 因获得许可的营业活动所生的不可量物侵害制度,即所谓“营业活动之不可量物侵害”制度;(2) 基于一般生活活动所生之不可量物侵害制度;(3) 关于无庸经许可而从事营业活动所生之不可量物侵害制度。此三种不可量物侵害制度在法性质上并不相同,其中(1)系公法制度,(2)(3)则系私法制度。在法律适用上,(1) 适用德国联邦大气污染防治法(其前身即为“营业法”)之规定,而(2)和(3)即无庸经许可而从事的营业活动所生的不可量物侵害及一般生活活动所生之不可量物侵害则适用德国民法典第 906 条之规定。本文着重研究该第 906 条上的不可量物侵害制度。

(二) 不可量物侵害之概念

所谓不可量物侵害,按照现行德国民法典第 906 条规定,系指煤气、蒸气、臭气、烟气、煤烟、热气、噪音、震动及其他来自于他人土地的类似干涉的侵入。在立法史上,对于何谓不可量物之判定基准,曾有从第一草案理由书所称的“不可计量物”(impon der-

abiliem)基准向“知觉可能性基准”的变化。^① 另依判例,所谓“类似”干涉的侵入,大致包括下述物质所生侵入:尘埃、砂、采石之粉、灰、火花、湿气、真菌类、雪、铕弹、电流、落叶及“光的有意图之侵入”。此外,仅有较小体积且其侵入之防止成为困难的某些动物,如蜜蜂、鸠、耗子所生侵入亦包括在内。但是,依第一草案理由书,固体及液体不得适用该第 906 条之规定。^②

于不可量物侵害的概念上,值得着重研究的是,非逾越土地境界所发生之侵害,而是害及于邻地价值的“消极的侵害”(negative Einwirkung)及“观念的侵害”[ideelle (od. immaterielle) Einwirkung]是否适用该第 906 条规定的问题。

按照德国判例与学说,所谓“消极的侵害”,大抵包括日照、通风妨害、地下水之剥夺、观望妨害,因建筑物之高层化而生的电视受信妨害,以及对于土地本应受到的来自于自然界的作用之阻止等。依判例与学者通说,此类侵害无论解为德国民法典第 1004 条所称“侵害”,还是第 906 条所称“侵入”,均不发生妨害除去和不作为请求权问题。其理由谓:第 1004 条对于消极的侵害并不含有予以“特别处理”的规范意旨。并且,消极的侵害通常系由妨害地建筑建筑物而生。于此场合,一般情形是,妨害者对于未有逾越自己土地境界线的消极侵害是否将致他人土地利益受损大都未有考虑的必要。第 906 条第 1 项未将消极的侵害作为一定程度上的被害者所应忍受的侵害之理由在于第 903 条与第 905 条之规定:所有者在自己的土地限度内得随意利用其土地。据此,被害者对于消极的侵害当然亦就必须忍受。但是,在加害者的权利行使有恶意

① [日]大塚直:《关于生活妨害的禁止的基础之考察》,载《法学协会杂志》104 卷第 9 号,第 1264 页。

② [日]大塚直:《关于生活妨害的禁止的基础之考察》,载《法学协会杂志》104 卷第 9 号,第 1264 页。

的场合,以及被害者享有不得蒙受此类侵害的权利场合,则依第1004条而当然可得请求排除妨害。于后一场合,除被害者之邻人有地役权情形外,有关水、电气等之供给、一定情形的对土地之通行权利等,被害者之邻人亦均享有。^①

对于上述通说见解及其所持理由,有学者提出了相左之意见。此种见解毋庸说是被害者本位的学说。^②该学说指出,从第1004条的文义看,消极的侵害未有被纳入于本条所谓“侵害”中,同时亦未给予另外的根据。但作为该条之例外规定的第906条第1项无论如何亦未涉及通说所谓上述状况,因此,对于消极的侵害加以禁止之可能性不应受到丝毫妨害。此种见解,究其实质乃是认为,对于消极的侵害应适用第906条之规定。值得提及的是,本世纪50年代以来,支持此一见解的学说在日渐增多。

学说关于消极的侵害应加以禁止的见解亦影响到了德国法院的裁判立场。但是,在根据何种规范对消极的侵害加以禁止上,法院却未有采纳学者意见而适用第906条予以裁判。相反却是依照所谓相邻共同体关系理论加以解决,此在1953年4月10日德国联邦法院判决中获得显著表现。该案是:土地所有者甲在接近邻地的境界处新筑建筑物,致邻地住户之窗户极大地被遮闭。新建筑物对邻人而言业已超越了通常的程度而肇致邻地显著被害。法院未有适用第906条以资因应,而是认为某甲违反了“相邻共同体关系”所产生的当事人双方之间的相互顾虑的义务,指出其对自己土地所为的加害性利用应予禁止。^③

最后有必要涉及所谓观念的侵害问题。依判例与通说,所谓

① 大塚直:《关于生活妨害的禁止的基础之考察》,载《法学协会杂志》104卷第9号,第1265页。

② 加藤一郎编:《外国的公害法》(下),第121页,岩波书店,1978年版。

③ 大塚直:《关于生活妨害的禁止的基础之考察》,载《法学协会杂志》104卷第9号,第1266页。

观念的侵害,指被害地之外的、给予被害地以影响并使其价值减少的未有“美的感受”的情形。具体而言,娼家及野外水浴场、性用品商店(Sexshop)、尸体停置场、住宅地域的卡拉OK、废铁、铁屑、垃圾、建筑资材贮藏场等均包括在内。凡此等等,大抵有给予邻人羞耻心等心理侵害的可能性,或者至少有给予身体上的非快适的侵害。依照判例,仅在“精神的感受性”被侵害的场合,除非有与消极的侵害同样的例外情形,否则将适用于第1004条。但在健康或身体的良好性未产生异常性损害的界限内,则不得适用该条。对此,学者通说亦表赞成。其理由大抵与消极的侵害相同:第906条所谓“侵害”(“侵入”)与观念的侵害中之“侵害”并不近似,被害地所有者,通常对于非属自己的邻地,除有特约外,不得拥有私收。^①

这里有必要涉及另一些学者提出的关于消极的侵害应适用第1004条或第906条的与上述见解不同的新见解。这些新见解虽是少数说,但迄今已作为有力的反对的对立学说而存在。著名学者Forkel氏指出,观念的侵害当然应当适用第906条和第1004条。另外,亦有相当数量的学者认为,基于对被受害者的一般的人格权之保护,对观念的侵害加以禁止无疑有其可能性。尤其值得提及的是,迄至1930年代,如下见解产生出来:无论对于消极的侵害,还是观念的侵害,均应适用第906条。1938年2月11—12日,关于纳粹党的民法典改造事业的德国法协会之土地法委员会更将此种见解推向极端,在其发表的统一见解中指出:关于消极的侵害应在将来作为不可量物之对象加以考虑。^②

综上,我们可以看到,德国民法上的不可量物侵害所包涵之范围乃在不断扩大,显现出从“有体”的不可量物侵害到“无形”的不

^① 参见BGHZ51,396.转引自大塚直:《关于生活妨害的禁止的基础之考察》,载《法学协会杂志》104卷第9号,第1266页。

^② Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1938, S. 206.

可量物侵害的发展过程的变化。此种变化的社会根基在于人类科技之进步及建筑技术的飞跃发展,以及由此而引发的人类对自己权利免遭非法侵害的注目。这一点如果从德国民法最初将不可量物仅仅限定于有体物的立场上看,尤能得到证明。

德国普通法时代初期,由于承袭其母法的罗马法学说汇纂 Dig 8,5,8,5,因而显示出将不可量物限定于有体物的极大趋向。此种趋向得到了其时著名学者 Spangenberg 氏、Werenberg 氏、Pagenstecher 氏及 Hesse 氏等人支持。受此影响,萨克森民法第 358 条所例示的不可量物类型即被限定于有体物。但是,当时法院立场却未有出现一边倒,而是将“震动”等亦作为不可量物予以处理。于学说上,将不可量物限定于有体物的上述立场迄至 19 世纪后半叶开始受到学者 V. Jhering 氏的强烈批判。其指出,将不可量物限定于有体物的学说于下述情形下存在着弊端:像噪音、恶臭、光等,即使为非有体物不可量物,对其所生侵害,亦有值得赔偿的余地,就此而言,将不可量物限定于有体物的学说不免过于狭隘。与此相对,像通常的烟、落叶、动物所生损害,即使这些物质为“有体物不可量物”,也有对受害者的赔偿请求加以承认之非合理且不必要的情形,就此而言,将不可量物限定于有体物的学说又不免失于宽泛。V. Jhering 氏这一见解对此后德国不可量物侵害法之发展施与了极大影响,以致在“部分草案”上即未有再将不可量物限定于有体物。^①

(三) 德国民法典第 906 条之形成^②

1. 各民法典草案上的“不可量物侵害法”条文

^① 大塚直:《关于生活妨害的禁止的基础之考察》,载《法学协会杂志》104 卷第 9 号,第 1272 页。

^② 以下内容非有特别说明,均出自于〔日〕大塚直:《关于生活妨害的禁止的基础之考察》,载《法学协会杂志》104 卷第 9 号。

如所周知,在 1896 年德国民法典正式颁行前,曾有若干民法典草案。于这些草案上,均没有不可量物侵害的相关条文。对这些条文予以研究,无疑具有重要意义。

1880 年“部分草案”(Teilentwurf)将不可量物侵害规定于第 105 条:“土地所有者因邻人煤气、蒸汽、煤烟、尘埃、臭气等的侵入(Zuführung)及噪音、震动、热气的传播(mitteilung)而产生诸侵害(Einwirkung)但未有引起损失、未有侵害及所有者土地利用上的快适性(Annehmlichkeit),或者因为场所的惯行(Örtlicher Gebrauch)而未有逾越过去所忍受的限界时,必须忍受。”

1888 年民法典第一草案第 850 条规定:“土地所有人非通过特殊管道而使煤气、蒸气、煤烟、臭气、热气、震动发生侵入或传播,若此类侵入未有对土地的通常的利用(Regelmäßige Benutzung)产生重大程度的侵害,或者未有逾越场所的惯行的界限时,必须忍受。”

1892 年民法典第二草案第 820 条规定:“土地所有者由于煤气、蒸气、臭气、煤烟、热气、噪音、震动之侵入,以及其他来自于他人土地的类似的诸侵入未有侵害及所有者对自己的土地的利用,或者仅仅是非本质的侵害,或者从该土地的场所的关系上看乃是由于通常的土地利用所引起时,不得禁止之。但通过特殊管道所产生的侵入则是不允许的。”

1896 年民法典第三草案第 890 条规定:“土地的所有者对于煤气、蒸气、臭气、煤烟、煤、热气、噪音、震动之侵入及从他人土地传来的类似的诸种侵入,在未有对所有者的土地利用产生侵害时,或者仅仅是非本质的侵害,或者从该土地的位置上看乃是由于通常的土地利用所引起时,不得对其侵入加以禁止。但通过特殊管道所产生的侵入则是不允许的。”

试将德国现行民法典第 906 条与第三草案第 890 条相对照,可以看到,二者在内容上完全相同。另外,第二草案第 820 条与第