

“十一五”国家重点图书出版规划

法律科学文库

总主编 曾宪义

交往安全 义务理论研究

周友军 著

Study on the Theory
about Verkehrspflichten

LAW SCIENCE LIBRARY

Study on the Theory about Verkehrspflichten

策划编辑 杜宇峰
责任编辑 龙毕敏 陈 珊 易玲波
版式设计 王坤杰
封面设计 

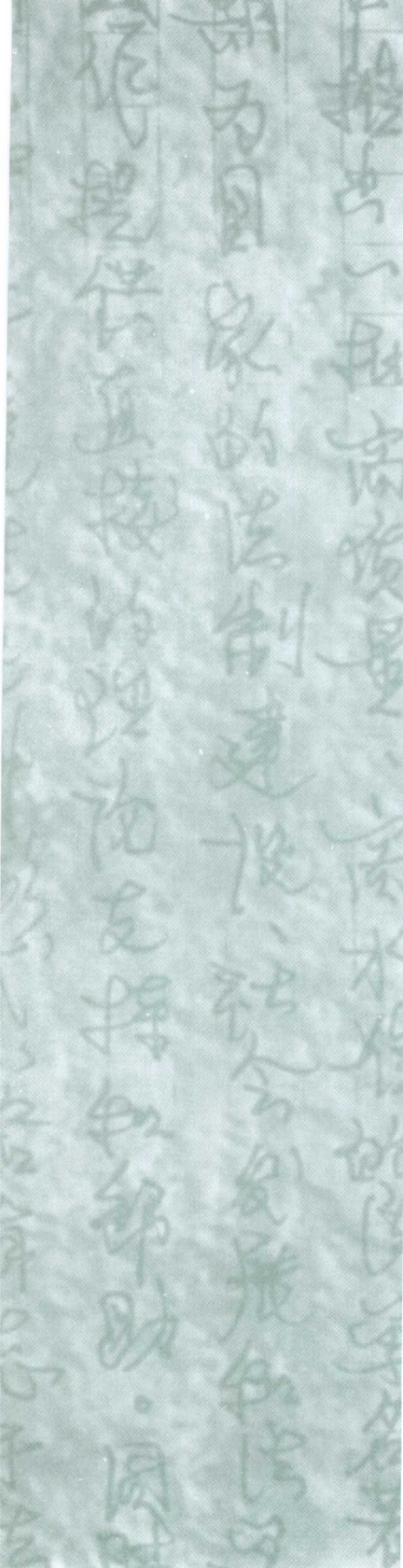
ISBN 978-7-300-09247-8/D·1799

ISBN 978-7-300-09247-8



9 787300 092478 >

定价：42.00元



交往安全 义务理论研究

周友军 著

Study on the Theory
about Verkehrspflichten

 中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

交往安全义务理论研究/周友军著.
北京:中国人民大学出版社,2008
(法律科学文库/曾宪义总主编)
“十一五”国家重点图书出版规划
ISBN 978-7-300-09247-8

I. 交…
II. 周…
III. 民法-研究-德国
IV. D951.63

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 055752 号

“十一五”国家重点图书出版规划

法律科学文库

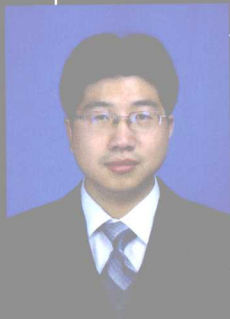
总主编 曾宪义

交往安全义务理论研究

周友军 著

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	河北三河市新世纪印务有限公司		
规 格	170mm×228mm 16 开本	版 次	2008 年 5 月第 1 版
印 张	22.75 插页 2	印 次	2008 年 5 月第 1 次印刷
字 数	370 000	定 价	42.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换



作者简介

周友军，男，1978年11月出生于河南省潢川县。

2003年毕业于中国人民大学，获民商法学硕士学位。

2006年毕业于中国人民大学，获民商法学博士学位。

2004年至2005年在德国图宾根大学进修一年。现在北京航空航天大学法学院任教。在《中国法学》、《法学家》、《现代法学》、《法学》等刊物上发表学术论文十余篇，获得第二届“佟柔民商法学优秀博士学位论文奖”。目前主要研究领域包括侵权法、物权法、民法方法论等。

内容提要

德国侵权法最新的、最重要的发展就是交往安全义务制度,这一制度已成为德国过错侵权责任理论的主要部分。我国侵权法上的安全保障义务就是借鉴德国交往安全义务理论创设的。本书以德国原始资料为基础,系统、全面地研究了德国法上的交往安全义务理论,包括其产生、意义及类型化、法定化的交往安全义务等。作者还着眼于中国问题,提出借鉴德国法的理论以完善我国安全保障义务、不作为侵权、间接侵权、特殊侵权、过错侵权的一般条款等。

The creation of Verkehrspflichten is the latest and most important development in German tort law. Now this institution consists of the main part of the theory about negligence. The duty of safeguarding in Chinese tort law is created as a result of the influence of the theory of Verkehrspflichten. The author uses the original material to study the theory, including the creation of the institution, the importance of the institution, the groups of Verkehrspflichten's cases, the Verkehrspflichten in German Civil Code, etc.. The author also studies on the benefits of the Verkehrspflichten to our tort law. The important meanings of the Verkehrspflichten are as follows: explaining the duty of safeguarding, perfecting the omission torts, perfecting the indirect torts, explaining several kinds of torts, reconstructing the general clause of negligence, etc..

法律科学文库

编委会

总主编
曾宪义

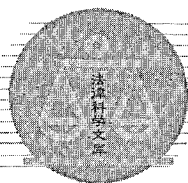
副总主编

赵秉志 (常务) 王利明 史际春 刘 志

编委

(以姓氏笔画为序)

王利明	史际春	吕世伦	孙国华	江 伟
刘文华	刘 志	刘春田	许崇德	杨大文
杨春洗	陈光中	何家弘	李文彬	郑成思
赵中孚	赵秉志	高铭暄	郭燕红	曾宪义
程荣斌				



总 序

曾宪义

“健全的法律制度是现代社会文明的基石”，这一论断不仅已为人类社会的历史发展所证明，而且也越来越成为人们的共识。在人类历史上，建立一套完善的法律体制，依靠法治而促进社会发展、推动文明进步的例证，可以说俯拾即是。而翻开古今中外东西各民族的历史，完全摒弃法律制度而能够保持国家昌隆、社会繁荣进步的例子，却是绝难寻觅。盖因在摆脱了原始和蒙昧以后，人类社会开始以一种“重力加速度”飞速发展，人的心智日渐开放，人们的利益和追求也日益多元化。面对日益纷纭复杂的社会，“秩序”的建立和维持就成为一种必然的结果。而在建立和维持一定秩序的各种可选择方案（暴力的、伦理的、宗教的和制度的）中，制定一套法律制度，并以国家的名义予以实施、推行，无疑是一种最为简洁明快、也是最为有效的方式。随着历史的演进、社会的发展和文明的进步，作为人类重要精神成果的法律制度，也在不断嬗变演进，

不断提升自身的境界,逐渐成为维持一定社会秩序、支撑社会架构的重要支柱。17世纪以后,数次发生的工业革命和技术革命,特别是20世纪中叶发生的电子信息革命,给人类社会带来了天翻地覆的变化,不仅直接改变了信息交换的规模和速度,而且彻底改变了人们的生活方式和思维方式,使人类生活进入了更为复杂和多元的全新境界。在这种背景下,宗教、道德等维系社会人心的传统方式,在新的形势面前越来越显得力不从心。而理想和实际的选择,似乎是透过建立一套理性和完善的法律体制,给多元化社会中的人们提供一套合理而可行的共同的行为规则,在保障社会共同利益的前提下,给社会成员提供一定的发挥个性的自由空间。这样,既能维持社会整体的大原则、维持社会秩序的基本和谐和稳定,又能在此基础上充分保障个人的自由和个性,发挥每一个社会成员的创造力,促进社会文明的进步。唯有如此,方能达到稳定与发展、整体与个人、精神文明与物质进步皆能并行不悖的目的。正因为如此,近代以来的数百年间,在东西方各主要国家里,伴随着社会变革的大潮,法律改革的运动也一直呈方兴未艾之势。

中国是一个具有悠久历史和灿烂文化的国度。在数千年传承不辍的中国传统文化中,尚法、重法的精神也一直占有重要的位置。但由于古代社会法律文化的精神旨趣与现代社会有很大的不同,内容博大、义理精微的中国传统法律体系无法与近现代社会观念相融,故而在19世纪中叶,随着西方列强对中国的侵略,绵延了数千年的中国古代法律制度最终解体,中国的法制也由此开始了极其艰难的现代化的过程。如果以20世纪初叶清代的变法修律为起点的话,中国近代以来的法制变革活动已经进行了近一个世纪。在这将近百年的时间里,中国社会一直充斥着各种矛盾和斗争,道路选择、主义争执、民族救亡以及路线斗争等等,使整个中国一直处于一种骚动和不安之中。从某种意义上说,社会变革在理论上会给法制的变革提供一定的机遇,但长期的社会骚动和过于频繁的政治剧变,在客观上确实曾给法制变革工作带来过很大的影响。所以,尽管曾经有过许多的机遇,无数的仁人志士也为此付出了无穷的心力,中国近百年的法制重建的历程仍是步履维艰。直至20世纪70年代末期,“文化大革命”的十年动乱宣告结束,中国人开始用理性的目光重新审视自身和周围的世界,用更加冷静和理智的头脑去思考和选择自己的发展道路,中国由此进入了具有非凡历史意义的改革开放时期。这种由经济改革带动的全方位民族复

兴运动，也给蹉跎了近一个世纪的中国法制变革带来了前所未有的机遇和无限的发展空间。

应该说，自 1978 年中国共产党十一届三中全会以后的 20 年，是中国历史上社会变化最大、也最为深刻的 20 年。在过去 20 年中，中国人民高举邓小平理论伟大旗帜，摆脱了“左”的思想的束缚，在政治、经济、文化各个领域进行全方位的改革，并取得了令世人瞩目的成就，使中国成为世界上最有希望、最为生机勃勃的地区。中国新时期的民主法制建设，也在这一时期内取得了令人惊喜的成就。在改革开放的初期，长期以来给法制建设带来巨大危害的法律虚无主义即得到根除，“加强社会主义民主，健全社会主义法制”成为一个时期内国家政治生活的重要内容。经过近二十年的努力，到 90 年代中期，中国法制建设的总体面貌发生了根本性的变化。从立法上看，我们的立法意识、立法技术、立法水平和立法的规模都有了大幅度的提高。从司法上看，一套以保障公民基本权利、实现司法公正为中心的现代司法诉讼体制已经初步建立，并在不断完善之中。更为可喜的是，经过近二十年的潜移默化，中国民众的法律意识、法制观念已有了普遍的增强，党的十五大确定的“依法治国”、“建设社会主义法治国家”的治国方略，已经成为全民的普遍共识和共同要求。这种观念的转变，为中国当前法制建设进一步完善和真正依法治国目标的实现提供了最为有力的思想保证。

众所周知，法律的进步和法制的完善，一方面取决于社会的客观条件和客观需要，另一方面则取决于法学研究和法学教育的发展状况。法律是一门专业性、技术性很强，同时也极具复杂性的社会科学。法律整体水平的提升，有赖于法学研究水平的提高，有赖于一批法律专家，包括法学家、法律工作者的不断努力。而国家法制总体水平的提升，也有赖于法学教育和法学人才培养的规模和质量。总而言之，社会发展的客观需要、法学研究、法学教育等几个环节是相互关联、相互促进和相互影响的。在改革开放的 20 年中，随着国家和社会的进步，中国的法学研究和法学教育也有了巨大的发展。经过 20 年的努力，中国法学界基本上清除了“左”的思想的影响，迅速完成了法学学科的总体布局和各分支学科的学科基本建设，并适应国家建设和社会发展的需要，针对法制建设的具体问题进行深入的学术研究，为国家的立法和司法工作提供了许多理论支持和制度上的建议。同时，新时期的法学教育工作也成就斐然。通过不断深入的法学

教育体制改革,当前我国法学人才培养的规模和质量都有了快速的提升。一大批用新思想、新体制培养出来的新型法学人才已经成为中国法制建设的中坚,这也为中国法制建设的进一步发展提供了充足和雄厚的人才准备。从某种意义上说,在过去20年中,法学界的努力,对于中国新时期法制建设的进步,贡献甚巨。其中,法学研究工作在全民法律观念的转变、立法水平和立法效率的提升、司法制度的进一步完善等方面所发挥的积极作用,也是非常明显的。

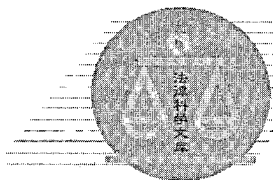
法律是建立在经济基础之上的上层建筑,以法律制度为研究对象的法学也就成为一个实践性和针对性极强的学科。社会的发展变化,势必要对法律提出新的要求,同时也将这种新的要求反映到法学研究中来。就中国而言,经过近二十年的奋斗,改革开放的第一阶段目标已顺利实现。但随着改革的逐步深入,国家和社会的一些深层次的问题也开始显现出来,如全民道德价值的更新和重建,市场经济秩序的真正建立,国有企业制度的改革,政治体制的完善等等。同以往改革中所遇到的问题相比,这些问题往往更为复杂,牵涉面更广,解决问题的难度也更大。而且,除了观念的更新和政策的确定外,这些复杂问题的解决,最终都归结到法律制度上来。因此,一些有识之士提出,当前中国面临的难题或是急务在于两个方面:其一,凝聚民族精神,建立符合新时代要求的民族道德价值,以为全社会提供一个基本价值标准和生活方向;其二,设计出一套符合中国国情和现代社会精神的“良法美制”,以为全社会提供一系列全面、具体、明确而且合理的行为规则,将各种社会行为纳入一个有序而且高效率的轨道。实际上,如果考虑到特殊的历史文化和现实情况,我们会认识到,在当前的中国,制度的建立,亦即一套“良法美制”的建立,更应该是当务之急。建立一套完善、合理的法律体制,当然是一项极为庞大的社会工程。而其中的基础性工作,即理论的论证、框架的设计和实施中的纠偏等,都有赖于法学研究的进一步深入。这就对我国法学研究、法学教育机构和广大法律理论工作者提出了更高的要求。

中国人民大学法学院建立于1950年,是新中国诞生以后创办的第一所正规高等法学教育机构。在其成立的近半个世纪的岁月里,中国人民大学法学院以其雄厚的学术力量、严谨求实的学风、高水平的教学质量以及极为丰硕的学术研究成果,在全国法学研究和法学教育领域中处于领先行列,并已跻身于世界著名法学院之林。长期以来,中国人民大学法学院的

法学家们一直以国家法学的昌隆为己任，在自己的研究领域中辛勤耕耘，撰写出版了大量的法学论著，为各个时期的法学研究和法制建设作出了突出的贡献。

鉴于当前我国法学研究所面临的新的形势，为适应国家和社会发展对法学工作提出的新要求，中国人民大学法学院和中国人民大学出版社经过研究协商，决定由中国人民大学出版社出版这套“法律科学文库”，陆续出版一大批能全面反映和代表中国人民大学法学院乃至全国法学领域高品位、高水平的学术著作。这套“法律科学文库”是一个开放型的、长期的学术出版计划，以中国人民大学法学院一批声望卓著的资深教授和著名中青年法学家为主体，并聘请其他法学研究、教学机构的著名法学家参加，组成一个严格的评审机构，每年挑选若干部具有国内高水平和有较高出版价值的法学专著，由中国人民大学出版社精心组织出版，以达到集中地出版法学精品著作、产生规模效益和名著效果的目的。

“法律科学文库”的编辑出版，是一件长期的工作。我们设想，借出版“文库”这一机会，集中推出一批高质量、高水准的法学名著，以期为国家的法制建设、社会发展和法学研究工作提供直接的理论支持和帮助。同时，我们也希望通过这种形式，给有志于法学研究的专家学者特别是中青年学者提供一个发表优秀作品的园地，从而培养出中国新时期一流的法学家。我们期望并相信，通过各方面的共同努力，力争经过若干年，“法律科学文库”能不间断地推出一流法学著作，成为中国法学研究领域中的权威性论坛和法学著作精品库。



序

古代法的弘扬、生活经验的发现和比较法的借鉴，是中国法治建设的三条重要途径。前两条途径属于本土资源的挖掘，而后一条途径属于异域经验的移植。法律规则和法律文化的理性特质意味着，异域经验的移植是可能的；而政府推进型的法治变革道路决定了，异域经验的移植是最符合需要的。

我国自清末变法以来，就非常注重比较法的研究，从而服务于尽快实现政府推进型的法治现代化。沈家本、伍廷芳、梁启超等首倡学习西方、变法修律，是我国近代比较法研究的先行者。后世，又不断有学者继续这一事业，从而使得我国比较法的研究一直保持如火如荼的态势。

比较民法学是比较法的重要一支，它以研究国外民法制度、民法文化为对象，以构建我国民法学理论体系为目标。比较民法的研究对于夯实我国民法学研究基础，提供我国民法学研究的兴奋点，加深对于民法普遍性的认识都具有十分重

要的意义。

当前,我国正在进行着民法典创制的伟大工程,在这一背景下,我们尤其需要加强比较民法学的研究,从而为我国的民法典编纂提供智力支撑。友军同学的这本著作实际上属于比较民法学的研究成果,通过全面介绍、深入评析德国法上的交往安全义务(Verkehrspflichten)理论,来解释、构建我国侵权法的相关制度。综观全书,我认为,其具有如下特点:

其一,既有制度研究,又有法律文化研究。国外先进制度的介绍、评析可以服务于民法典编纂,而法律文化的引入有利于法治的权威理念的形。本书作者不仅详尽介绍了德国法上交往安全义务制度,而且,传播了德国侵权法的文化,在某种程度上,扮演了德国法学思想“搬运工”的角色。

其二,既关注立法,又关注判例学说。比较法的研究不能仅仅关注国外的制定法,更应当关注国外的理论和判例。本书作者不仅仅关注大家耳熟能详的《德国民法典》,更将其目光转向德国法院的判决和学界研究的理论成果,如冯·巴尔教授研究交往安全义务的教授资格论文等。这不仅丰富了该理论研究的内容,而且使研究跟上了德国法的最新发展。

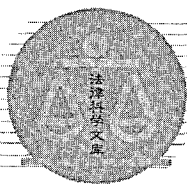
其三,既注重法律的科学化,又注重法律的本土化。法律的科学性是其首要的特点,不过,法律又必须是适合于本土的。本书作者在概念的准确、逻辑的科学、体系的协调方面都下了很大工夫,以实现法律的科学化。同时,本书还注意我国的实际情况,在构建我国制度时不忘国情和风俗。

其四,既有立法论研究,又有解释论研究。立法论的研究是民法典编纂背景下的法学研究重心,不过,现行法的理解适用也是法律生活所急需的。本书作者既关注于立法论的研究,如过错侵权的一般条款、不作为侵权、公有公共设施致害责任等,同时,作者还借鉴德国法的理论来阐释我国现行法的制度,如雇主责任、监护人责任、工作物致害责任、动物致害责任等。

友军同学是我指导的博士生,看到他出版自己研究多年的成果,我非常高兴。我也希望,友军同学能够坚持勤于思考、勤于动手,在学术之路上踏踏实实地走下去!

王利明

2008年2月16日于明德法学院



导 言

“立足于祖国土地，思想和心灵翱翔于世界的天空！”^①

德国侵权责任法最新的，也是最重要的发展就是——“交往安全义务”（德Verkehrspflichten）^②制度的产生和发展。这一制度已成为德国过失侵权责任理论的主要部分。^③

① 这是南美洲的西班牙语诗人胡安·雷蒙·西蒙内斯（Juan Ramon Jimenez）的语句。参见〔德〕格罗斯菲尔德著，孙世彦、姚建宗译：《比较法的力量与弱点》，67页，北京，清华大学出版社，2002。

② 学者对Verkehrspflichten的翻译并不统一。有学者将其翻译为“社会活动安全注意义务”（王泽鉴：《侵权行为法》，第1册，94页，北京，中国政法大学出版社，2001）；有学者将其翻译为“交易安全义务”（林美惠：《交易安全义务和‘我国’侵权行为法体系之调整》，载（台湾）《月旦法学杂志》，第78期）；也有学者将其翻译为“交往安全义务”（朱柏松：《德国商品制造人责任论》，载（台湾）《法学丛刊》，第141期）。本书从后者，因为笔者认为，一方面，该义务与交易无关，如果翻译为“交易安全义务”，容易令人误解；另一方面，翻译为“交往安全义务”比翻译为“社会活动安全注意义务”简洁。

③ Nils Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, Tübingen, 2003, S. 394.

所谓交往安全义务,就是指开启或持续特定危险的人所应承担的,根据具体情况采取必要的、具有期待可能性的防范措施,以保护第三人免受损害的义务。^①德国的司法实务创造了交往安全义务,而且法官的这一创造在很大程度上并不取决于学者的理论探讨。^②以今天的角度来看,德国司法实务发展的交往安全义务是一个专业的、以损害赔偿形式表现出来的对经济、社会变迁的回应。^③因为交往安全义务的首要目的,在民法上认可事实上的行为要求,并对社会中不断扩张的行为义务配以侵权法上的责任。^④

近年来,在我国法上出现的安全保障义务,最先由学者所倡^⑤,后经《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》(以下简称《人身损害赔偿司法解释》)认可而上升为法律制度。该司法解释的主笔人指出,经营者安全保障义务的法理基础,来源于德国法院从判例中发展起来的交往安全义务理论。^⑥而且,无论是王利明教授主持起草的《民法典草案建议稿》,还是梁慧星教授主持起草的《民法典草案建议稿》,都规定了安全保障义务。^⑦可以预见,我国未来民法典也很有可能规定这一制度。

① BGH NJW 1975, 108. 判决原文如下:“Es gilt vielmehr der allgemeine, seit Jahren von der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz, dass derjenige, der Gefahrenquellen ‘schafft’, d. h. sie selbst hervorruft oder andauern... alle nach Lage der Verhältnisse erforderlichen Sicherungsmassnahmen zum Schutze anderer Personen zu treffen hat.” Vgl. Larenz/ Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2 · Besonderer Teil, 13. Aufl., München, 1994, S. 400.

② Nils Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, Tübingen, 2003, S. 394.

③ Nils Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, Tübingen, 2003, S. 400.

④ Nils Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, Tübingen, 2003, S. 403.

⑤ 参见张新宝、唐青林:《经营者对服务场所的安全保障义务》,载《法学研究》,2003(3)。

⑥ 参见陈现杰:《最高人民法院人身损害赔偿司法解释精髓诠释(下)》,载王利明主编:《判解研究》,20页,2004(4)。需要注意的是,原文采“社会活动安全注意义务或一般安全注意义务”的表述,本书因翻译原因将其称为“交往安全义务”。

⑦ 参见王利明主编:《中国民法典学者建议稿及立法理由·侵权行为编》,61页以下,北京,法律出版社,2005;梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由》(侵权行为编·继承编),19页以下,北京,法律出版社,2004。

笔者进行该项研究的最初动因是,探析德国法上的交往安全义务理论的起源及该制度的具体内涵,从而对安全保障义务进行解释论的探讨。不过,笔者在研究交往安全义务理论的时候,却有了很多意外的发现,颇有进入桃花源的感觉。现在,交往安全义务理论经过德国学者的归纳、提炼,已经发展成为不作为侵权和间接侵权的一般理论的核心部分,如此,它就几乎占据了侵权法的“半壁江山”。在德国法上,这一理论可以有效地解释、统合雇主责任、监督义务人责任、用益动物饲养人责任、工作物占有人责任等特殊侵权责任。交往安全义务理论还与德国学界讨论得如火如荼的行为不法说具有千丝万缕的联系,甚至可以说,行为不法说就是以该理论为基础的。另外,该制度与过错责任原则、危险责任原则、过错判断标准等理论也都有着“剪不断”的关系。可以说这一理论在解释、透视很多侵权法上的制度时,都具有极强的穿透性。掌握了这一理论,我们才算拿到了一把准确把握德国现代侵权法的“金钥匙”。

可是,与交往安全义务理论的重要性颇不相称的是,我国学者对这一制度的介绍和评析尚嫌不足。目前的研究主要是由我国台湾地区和中国大陆的两位博士在其博士学位论文中完成的。^①这两篇论文在资料的收集、整理以及结合我国台湾地区“民法”和我国民法方面都做了卓有成效的工作,基本上全面介绍了这一制度,并对这一制度的意义作了较为深入的探讨。

不过,上述研究也仍然存在着有待完善之处。本书就是要“站在巨人的肩膀上”,继续前进。就交往安全义务理论本身而言,本书主要致力于完成如下工作:其一,系统、完整地介绍交往安全义务理论,包括这一理论的产生、产生原因、意义、该理论的重大争议问题、交往安全义务的认定、违反交往安全义务的责任等。其二,深入细致地分析交往安全义务与相关制度的关系,主要包括交往安全义务与过错责任、交往安全义务与危险责任、交往安全义务与违法性认定理论、交往安全义务与过失认定标准等。其三,致力于在交往安全义务的确定、交往安全义务的功能、交往安全义务在《德国民法典》中的位置、交往安全义务的类型化等问题上有大

^① 参见林美惠:《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;李昊:《交易安全义务制度研究》,清华大学2005年博士学位论文。