

侵权行为认定中的诚信运用

——以一般注意义务为中心

杨垠红

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

内容摘要: 本文先概述了诚信原则与一般注意义务的关系, 在此基础上探讨了作为诚信原则体现的一般注意义务在大陆法系和英美法系是如何运用的, 从而指出诚信原则催生出的一般注意义务使侵权法保持其开放性, 因应了社会发展的要求。

关键词: 诚信原则 一般注意义务 一般安全注意义务 合理注意义务

一、诚信原则与一般注意义务

诚信是一个具有模糊性、难以把握的概念, 对其内涵和外延学者众说纷纭, 归纳起来主要有两种学说: 一为“语义说”, 即诚信是向民事活动参加者提出的不进行任何欺诈、守信用的要求; 二为“一般条款说”, 认为诚信原则的外延不确定, 是具有强制力的一般条款。随着认识的深入, 第二种学说已发展成通说。在“一般条款说”的框架下, 我国学者又有若干不同观点: 第一, “利益平衡说”, 即诚信原则要求在当事人的利益之间以及当事人与社会的利益之间维持平衡; 第二, “双重功能说”, 主张诚信原则兼具法律调节和道德调节的双重功能, 它赋予法官很大的自由裁量权, 籍此, 法官可以根据案件的实际情境排除当事人的意志直接调整当事人之间的法律关系; 第三, “衡

平说”, 认为法官可以利用诚信原则对一切法律关系根据它的具体情况按正义衡平的原则进行调整。第四, “两种诚信说”, 它撩开了物权领域中的“善意”和债法领域中“诚信”的面纱, 指出主观诚信和客观诚信是诚信原则的两个分支, 揭示了诚信原则作为统帅全部民事关系的基本原则的贯穿性。

在学者研究的基础上, 我们已经知道: 诚信原则是具有道德内容的法律制度, 是对一种实质上的利益平衡和公平正义的追求, 它以其内涵的模糊性和外延的不确定性授予法官积极的能动性 and 创造性, 在实证法无规定或规定不合理时运用诚信手段做出公正判决。

绝大多数大陆法系国家或将它作为债法的一般原则或将它上升为民法的一般原则, 占据了帝王条款的地位。对诚

信原则在民法中的具体体现, 学者已做出了许多的探讨。遗憾的是, 这些探讨主要集中在合同或物权领域, 而疏漏了侵权责任这一日臻膨胀的领域。在侵权责任中, 侵权行为的认定则是核心的内容, 因为它是划定侵权责任与非侵权责任依据, 是承担侵权责任的前提, 一般注意义务正是侵权行为认定的重要根据, 所谓一般注意义务指因社会接触或社会交往活动而对他人引发一定的危险, 基于对此等危险的诚信注意而对一般人负有的除去或者防止危险的义务。法院以普通的、理性的普通人应尽的注意义务为一般标准, 并结合案件的具体情况对义务的承担与否做出判断。一般注意义务是现代侵权法发展新课题, 是大陆法系和英美法系国家共同关注的问题, 不同的学者对其称谓不同, 笔者将

杨垠红, 女, 福建福州人, 厦门大学 2003 级国际民商法博士研究生, 联系方式: 厦门大学 1623 信箱, 邮编: 361005; 电话: 13385926835; email: yyinhong@163.com。

康慧: 《评我国法学界对诚信原则的研究》, 《当代法学》2003 年第 4 期, 第 39 页。

参见徐国栋: 《民法基本原则解释》(增删本), 中国政法大学出版社 2004 年版, 以及《诚实信用原则研究》, 中国人民大学出版社 2002 年版。

所幸的是, 徐国栋教授对诚信原则的研究已涉及侵权领域, 且他提出的主观诚信和客观诚信的对立和统一为本文的研究提供了有利的前提。

它在大陆法系中的体现称为一般安全注意义务,在英美法系中的体现称为合理注意义务。

一般注意义务肇始于德国,后来逐渐为其它大陆法系国家或地区所接受,如日本、台湾。它是由诚信原则催生而出的。德国法上侵权行为法的危机产生,肇因于德国法上以民法第823条第1项、第2项及第826条所形成的三大“一般侵权行为法规范”过渡强调对权利层面的保护,根据侵权责任的严格要件主义,只有发生绝对权利的侵害结果,才会导致损害赔偿责任的承担,故为了处理社会生活中复杂多样化的侵权案件,学说判例亟于设法扩大侵权法受保护的範圍。其次,科技发展出现的高新产品引发出了许多常人所难以事先预防的不幸事故,缺乏专业知识的受害人却无法从民法典获得有效救济的依据。为了解决法律规定的不足或立法滞后的弊病,法官通过判例发展出了“一般交易安全注意义务”,似有建构一般性的侵权责任要件,以应对复杂疑难案件的损害赔偿问题之势。此种突破传统实现从权利保护层面到行为规范层面的变化,可谓德国侵权行为法上的重大进步,具有一般概括原则和个别列举方式相结合的折衷性,从而有朝向法国法第1382条上一般条款的功能,对弹性解决新类型的侵权纠纷有着重要意义。由此可以看出,法官正是借手中诚信的武器,创造出一般注意义务缓和了法律的严苛性,彰显了对实质正义的追求,因应了社会发展对扩张侵权法、加强权利保障的要求。

二、大陆法系一般安全注意义务——以德国法为中心

1、一般安全注意义务的提出和发展

由于一般安全注意义务是由德国法官通过判例首先提出的,它在德国法上

已历经百年,发展得比较完善,其它国家的类似规定都是以德国为鉴的,同时考虑到篇幅所限和资料的有限,所以以德国为中心对该义务进行介绍。

德国司法实务上的一般安全注意义务始于交通安全注意义务。最初主要用于解决供公众往来的道路交通设备,如土地、道路、公园、运河、港湾设备、桥梁等事故的责任归属。后来为德国判例逐渐扩张运用及其他侵权行为领域,作为判断加害人的行为是否构成侵权行为而应承担损害赔偿责任的考虑因素。在德国判例法上,下述的三个代表性的判决对一般安全注意义务的形成与发展具有重大的意义。第一个判例是枯树案(帝国法院1902年10月30日判决)。该案中,某一立于公用道路上的枯树倒下造成原告房屋的损害,帝国法院虽然否定了土地所有人随时有控制其树木产生危险的义务,但是承认了“若所有人先前就已被指责其特定树木的危险性”时,仍有可能成立对其过失的非难。该案确立了土地所有人对其所有物的适当防险义务。第二个判例是撒盐(帝国法院1903年2月23日判决)。因被告未在公众通行的道路上撒盐导致原告夜间在石阶上跌倒受伤,帝国法院认为:“任何人只要以其土地供公众交通之用,均负尽到交通安全所要求的以及更进一步的照顾义务。”接着法院又推论出不论国家或私人,对公众均负有增进福祉的义务。若以作为或不作为之方式违反此义务时,固属违反公法上义务,同时亦构成民法上(德国民法典第823条第1项)的侵权行为。该案打通了公法义务与私法义务的通道,打破了私法义务的纯粹性,为满足社会的需要在其中添入“异物”。第三个判例是兽医案(帝国法院)。该案中,法院指出,特殊的职业活动或者营业活动可促使产生特殊的一般法律上义

务,人们可以统一称之为“一般安全注意义务”(Verkehrspflichten)。这是帝国法院首次明文使用“一般安全注意义务”字样而不用“交通安全注意义务”的表达。由“枯树案”而下,一般安全注意义务至今已经被赋予越来越多的意义,并被理解成为侵权行为上所有类型的注意义务。目前,它的适用范围扩展到交通注意义务之外的私法交易安全,甚至社会生活范围的案例,例如,承认专门技术人员(医生、会计师、建筑师、药剂师)、建筑物承揽者、产品制造者等,就其一定的行为,尤其对于发动、维持危险活动负有一般安全注意义务。

2、一般注意义务的类型化

(1) 依侵权行为主体

一般人应尽到合理的人的注意义务,强势者(专家、司法或公共服务人员)则应尽到较高的注意义务,弱势者(未成年人、消费者)只须应尽到较低的注意义务。

正如迪特尔·梅迪库斯所指出的,过失的注意标准可按照对行为作出评价的人的交易范围进行区分。例如,汽车司机应尽普通汽车司机的注意,行人应尽(较小的)普通行人的注意等等。但按交易圈子类型化也不是以个人所能履行的给付为尺度。例如,如果一名医生承担一项困难的、要求具有专门知识的治疗,则其必须尽相应的专科医生之注意。此外,还可根据人身的给付能力对一般安全注意义务的标准做出一定的调整,即青少年人、高龄人和残疾人,即这些人仅应尽通常能够期待这一年龄组别或者这一残疾程度的人所能尽到的注意。但相较于上述各个组别的标准而言,个人的给付能力较弱的,不因此而得到宽恕。

(2) 依侵害客体

由于社会的多样化和高风险化,愈

来愈多的纷繁复杂的人格利益要求法律加以保障,一般安全注意义务就为法律所保护的利益的拓展提供了合理依据。可纳入一般安全注意义务保护客体的权益有:人格权、亲属权、继承权、物权、债权、知识产权、纯粹经济损失等,其中一般人格权、债权和纯粹经济损失是传统侵权法所无法容纳的新型权益,大有发展和完善的空间。

(3) 依侵害对象

权利损害和法益损害,一般安全注意义务多在对法益的损害即间接侵权行为认定中发挥作用。

依据德国学者迪特尔·梅迪库斯斯的观点,讨论违法性的问题时,应区分两种情况,一是客观构成要件的实现,亦即对德国民法第 823 条第 1 项的绝对权利的“直接侵害”,从而满足要件时,即属于违法。然而有些客观要件具体,例如一般人格权、营业权等框架权,还需要通过与他人权利相权衡,才能判断违法性有无。至于间接侵害,例如商品责任的安全,由于其侵害结果通常发生在与产品过程有时空间隔之后,因此必须伴随着“义务的违反”,才能决断违法性,任何人基于这些义务,均应该注意避免其它人受到侵害,这些义务即为“一般安全义务”。

(4) 依侵权行为类型——作为或不作为

不作为的注意义务是主要的义务,是侵权法的一般原则。作为的注意义务是例外的义务,对一般原则的补充,也是一般交易安全义务发挥作用的主要场地。

刑法上肯定不作为犯的理论也有助于说明民法上确立作为义务与不作为责任的合理性。即使在严守罪刑法定主义的刑法理论中,在讨论不作为犯成立要件之时,也有扩大作为义务、不作为责任的倾向。民法上不作为责任的成立也

受之影响。在过去,侵权法上消极不作为不承担侵权责任,是受到传统刑法学说的影响,因而仅承认少数特定情况下存在作为义务,如法律规定或合同约定的义务。交易安全注意义务受到新刑法的新过失犯理论影响,以社会接触机会剧增为由,在上述义务外将交易安全注意义务定义为法定化的作为义务,以提高现代社会中的法定义务群,所以不作为责任的扩大是交易安全注意义务的功能之一。具体而言,当行为人的不作为导致一定侵害后果时,欲使其承担一般侵权责任,则须以行为人有防止结果发生的作为义务为前提,行为人有积极作为的义务而消极不作为从而造成损害后果,这与实际上与通过积极作为造成他人损害无异。这种一般性、原则性的社会活动中防止他人损害的义务则有赖于借助“一般安全注意义务”加以具体化。

一般安全注意义务扩大了不作为侵权责任的范围。除了传统认为作为义务来源于“法律、契约”外,危险源的开启者和维持者,依职业等承担义务者,引发危险源的先行者都负有作为的义务。

三、大陆法系一般安全注意义务的对物——英美法系中的合理注意义务

英美法中的注意义务是其最常见的过失侵权责任认定的三要素之一,是一个非常重要的概念,有人认为,“注意义务”原则在英美过失侵权法中处于灵魂的地位。在牛津大学出版的法律字典中“注意义务”被定义为:“一种为了避免造成损害而加以合理注意的法定责任。在侵权法中,行为入无需因疏忽而承担责任,除非其造成损害的行为或疏忽违反了应对原告承担的注意义务。如果一个人能够合理地预见到其行为可能对他入造成人身上的伤害或财产上的损害,那么,在多数情况下他应对可

能受其影响的人负有注意义务。因此,医生对其病人负有注意的义务;高速公路的驾驶人应对其它人负有注意的义务。”合理注意义务不是过失侵权责任产生之初就有的,虽然过失侵权责任存在已有百年的历史,但直到 19 世纪才有我们现在所知晓的义务的概念。早期的侵权责任存在于有限的关系中,如医生与病人,渡船夫与搭乘者,铁匠与顾客。若案件落在被承认的关系之外,则没有检验标准来判断是否存在侵权责任。那时,存在着大量的因过失产生的责任事故,但没有人系统阐述出一个可以被公认是所有过失责任事故基础的一般原则,仅存在着“义务存在的情形”(duty situations)。为了裁量这些“义务情形”,法院所做出的制定一套合理标准的第一次尝试是 1883 年的何温诉彭德(Heaven v Pender)案,在该案中法官布雷特(Brett MR)指出:“无论如何,只要具体情况将一个人置于与他人有着的某种位置上,而普通人一看到此人与其它人之间的此种位置后,即刻认为此人如果在从事活动时不使用普通的注意和技能,他就会对他人的入身或财产造成危险或损害,此行为即应承担运用普通注意和技能以避免此种危险的义务。”但这一注意义务公式存在着范围过于宽泛的弊端,容易将注意义务一般化,妨碍行为入行为的积极性。

于是在 1926 年,在英国著名的判例多诺哥诉史蒂文森(Donoghue v Stevenson)一案中,法院确立了邻人规则(neighbor principle),提出了注意义务理论,对注意义务进行了一定的限定,防止法官自由裁量权的滥用。所谓的邻人规则是指人们应当承担合理的注意以避免那些你可以合理预见到有可能损害你的邻人的作为或不作为,其中的邻人指“当我在采取引起争议的作为或不作为时,我应当预见到会受到我的

行为影响的、同我有密切关系并会直接受到我的行为影响的人”。

可见,从产生时间上看,英美法上的合理注意义务与德国法上一般安全注意义务产生的时代背景差不多。过失侵权中合理注意义务,只有到1926年,在阿特金勋爵(Lord Atkin)在多诺哥诉史蒂文森(Donoghue v. Stevenson)案中的论述才被认为是具有意义的。正如冯·巴尔指出的在英格兰法律中,这一判决确实十分重要,而且并非巧合的是差不多在同一时间,一般注意义务在德国发端。两者的适用范围和价值功能也具有类似性。就适用范围而言,英美法上的注意义务可以适用于职业、关系物、房屋占有人、房地产业、建筑师、雇主对雇员以及动物(包括非驯养的动物)等场合,同时对于各方之间并无特定关系时也存在。对于特定人(例如胎儿、营救者)有及特定的行为人(专业人员、运动员)等还存在特殊的注意义务及其特殊注意标准。该范围与一般安全义务的适用范围是大体相同的。就功能而言,它们都使过失侵权责任的承担范围保持开放性。正如日本学者平井宜雄指出:与英美法过失概念相对应的应是德国法上的一般安全注意义务(他将之译为“社会生活上的安全义务”),由于德国侵权行为法欠缺一般性的概括侵权行为要件,因此只能扩大“一般安全注意义务”理论,此种义务促使德国民法上的个别侵权行为法要件之间,埋下实质上一般条款的伏笔,和英美法过失侵权行为概念类似,具有功能上的同一性。

更为重要的是两者都是诚信原则运

用的体现,只是形式有所不同,在大陆法系中体现为对追求法律的绝对确定性、否定司法活动能动性所造成的弊端的补救,在英美法系中则体现为过于灵活、适用范围过宽的判例产生的原则之限制。英美法过失侵权法上刚创设一般注意义务时,由于其可涵盖的范围太广,所以通过判例又产生了邻人规则、可预见性和其它公共政策,以限定过失侵权责任的承担范围,这实则是法官根据诚信对一般注意义务提出的限制标准。正如英国学者所指出的作为“主要的”侵权行为的过失与诚实、公平和合理有着一定的关联,“要求当事人尽到注意义务”的那些规则是从诚信原则中直接推演出的。概言之,英美法国家的法官可以根据社会所需保障利益的需要,灵活地运用诚信手段,调整合理注意义务的标准,以实现裁判的公平和正义。

参考文献:

温世扬、廖焕国:《侵权法中的一般安全注意义务》,载王利明主编:《民法典·侵权责任法研究》,人民法院出版社2003年版,第100页。

参见温世扬、廖焕国:《侵权法中的一般安全注意义务》,载王利明主编:《民法典·侵权责任法研究》,人民法院出版社2003年版,第101-104页。

参见[德]迪特尔·梅迪库斯《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2002年版第242-243页。

参见Dieter Medicus, Schuldrecht, Besonderer Teil, S 359, 转引自:林美惠:《侵权法上交易安全义务之研究》,台湾大学法律学研究所1999年博士学位论文

林美惠:《侵权法上交易安全义务之

研究》,台湾大学法律学研究所1999年博士学位论文,第63页。

刘茂勇、高建学:《英美法过失侵权中的“注意义务”》,《河北法学》2003年第3期,第133页。

See a Dictionary of Law, Oxford University Press, 1994, p137.

Richard A. Epstein, Torts, citic publishing house, 2003. ([美]理查德·A·爱泼斯坦着:《侵权法》,中信出版社2003年版,法律概论影印系列。)

Richard Owen, Essential Tort Law, third edition, WuHan University Press, 2004, p1. 理查德·欧文:《侵权法基础》,武汉大学出版社2004年版,第2页。

张民安:《过错侵权责任制度研究》,中国政法大学出版社2003年版,第294-295页。

Donoghue v. Stevenco [1932] A. C. 562, 580 (HL).

⑪克雷斯蒂安·冯·巴尔著,张新宝译:《欧洲比较侵权行为法》(上),法律出版社2001年版,第357页。

⑫温世扬、廖焕国:《侵权法中的一般安全注意义务》,载王利明主编:《民法典·侵权责任法研究》,人民法院出版社2003年版,第98页。

⑬[日]平井宜雄:《债法各论——不法行为》,弘文堂平成八年第四版,第30页。转引:温世扬、廖焕国:《侵权法中的一般安全注意义务》,载王利明主编:《民法典·侵权责任法研究》,人民法院出版社2003年版,第99页。

⑭参见邱聪智:《新订民法债编通则》(下),中国人民大学出版社2004年版,第254-256页。

⑮徐老师的资: Good Faith in the English Law of Tort, p66