

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文
阅读次数: 136

专家对第三人承担民事责任的理论基础 ——兼论德国新债法对我国民事立法的启示

李建华

内容摘要: 现代社会专家责任关注的热点发生了转变: 从具有合同关系的当事人之间的责任转变为专家作为信息提供者导致无合同关系的第三人遭受损害所应当承担的责任。德国新债法总结了司法经验, 将缔约过失责任制度作为专家对第三人承担民事责任的基础。本文考察了德国法官法的发展过程, 在对其进行体系化解释的基础上, 试探性地提出初步的立法建议。

关键词: 专家责任; 德国新债法; 缔约过失; 合同责任; 侵权责任

一、专家责任关注重心的移转

所谓专家一般是指取得资格证书或职业许可, 依靠专门的知识或技能向他人提供服务的人。杰克逊和鲍威尔在Professional Negligence中列举了专门职业四个特征: “其一, 工作性质属于高度的专门性, 其中心不是体力提供工作而是精神的、判断的工作; 其二, 重视高度的职业道德与顾客的信赖关系; 其三, 大多要求一定的资格, 并由专家集团维持一定的业务水平; 其四, 具有较高的社会地位。” [1]伴随专业分工的细化, 社会经济结构的复杂化, 人们在社会交往行为中对于知识含量的需求日益增加。因而, 对会计师、律师、医师、鉴定人、金融机构人员等专家的专业知识的依赖性也随之增强, 同时纠纷随之产生。

专家责任是指, 专家在执业活动的过程中给他人造成损害所应当承担的民事责任。传统民法学将专家责任限定于专家在提供专业服务的过程中对于具有合同关系的当事人造成损害所应当承担的责任 [2]③将直接的合同法律关系(如委任、雇佣和承揽等)作为专家对于合同当事人承担民事责任(侵权责任或合同责任)的要件。专家基于合同关系依据专业知识和技能为客户提供服务并获得相应的报酬, 相对方支付报酬获得专家意见并且基于对专家意见的信赖作出决策。如果相对方所信赖的专家意见是虚假的, 公平和正义要求专家对此承担赔偿责任的责任。也就是说, 直接的合同关系是建立专家与受害人之间责任的桥梁。对于这种类型的专家责任的处理, 传统民法学理论的侵权责任和合同责任提供了解决方案。

现代社会信息传播迅速、便捷, 非直接的合同当事人可能知晓专家意见并且基于信赖作出决策。当他们遭受损害时, 能否对专家提起诉讼不无疑问。专家“通常可能寻求合同的相对性原则为庇护并且进行辩驳。专家为一方当事人提供意见, 不应当对可能的、不特定的其他人承担责任。尽管如此, 德国和美国的许多州法院在这种三角关系的情况下对于专家施加责任”。[3]这一现实状况导致除了在医疗事故责任的领域外, 对于专家责任关注的热点发生了转变: 从具有合同关系的当事人之间的责任转变为专家作为信息提供者导致无合同关系的第三人遭受损害所应当承担的责任的问题。也就是说, “在专家的作用日益增大的信息提供领域中, 专家的责任面临困难的问题。其所以如此, 是因为专家所提供的信息不仅为委托人所利用, 很多也被第三人作为权威的信息予以传递和利用, 与此相伴, 专家责任的范围也将扩张, 于是发生了契约责任和侵权行为责任所不能处理的问题” [4]。

二、以德国法为中心的考察及其理论基础

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

1. 法官对于专家对第三人承担民事责任的认识

新债法颁布之前，实在法并未对专家提供错误信息导致第三人遭受损害提供救济方式。司法过程中，法官通过“默示契约”、“附保护第三人作用效果的契约”以及“缔约过失责任”等对于社会生活中出现的新情况作出回应，逐步扩张受法律保护的第三方的范围。

(1) 默示契约。默示契约是法律拟制的结果。当事人之间并不存在明确、一致的意思表示，法院基于一般交易规则或诚实信用的一般商业道德等推断当事人之间有合同关系存在。当与专家有直接接触时，法院基于“默示契约理论”要求专家提供可信赖的信息，并且承担由于提供错误信息而导致的专家责任。1902年，德国帝国法院运用默示契约理论解决了一起银行与公证人之间的纠纷：银行在决定是否向某一客户提供贷款前，就不动产上是否已经设立抵押咨询了公证人。公证人向银行提供了有关不动产负担状况的错误信息，导致银行未能如期收回贷款。德国帝国法院认为：“某人怀有可确认的取得可靠信息之愿望与对提供此等信息有专长的人进行接触，（后者）提供其所要求的信息就导致合同成立。如果提供的信息不准确，这一合同就足以使专家承担责任。”[5]也就是说，德国帝国法院的判决虽然将专家责任的范围扩张及于不具有合同关系的第三人，但是，将其限定在具有直接接触并具有合理信赖关系的当事人之间。

德国最高法院（BGH）在“Teneriffa - Hotel case”中进一步扩大了第三人的范围。在这个案件中银行为贷款人提供了一份不实的商业信用报告书。借款人从投资经纪人那里得到这份报告书，并且基于信赖而提供贷款。但是贷款人不久就破产，导致贷款未能获得清偿。虽然银行与贷款人之间没有直接接触，但是德国最高法院还是支持了贷款人向银行主张损害赔偿的请求。联邦法院为了避免受到保护的第三人范围过于宽泛而拒绝采用“相关人”（for whom it concerns）的概念，但是对于“直接接触”（express contact）的宽泛解释实际上已经冲淡了对于接触的要求。[6]

(2) 附保护第三人作用效果的契约。附保护第三人作用效果的契约，不是指契约债务人对于契约当事人以外的第三人负有给付义务，而是指依据诚实信用原则的要求对第三人负担保护义务。附保护第三人作用效果的契约理论实质性地扩张了债务人的义务和可能的责任，因此，法官适用该理论是相当慎重的。最初它被限定于对人的有形伤害，并且第三人的范围限定于当事人的家庭成员、雇员等与债权人存在一定的身份关系、并对他们负有注意义务的人。1960年的一个案例中，德国法院采纳了拉伦茨教授的观点，认为“依契约之意义、目的及诚实信用原则，契约上之注意及保护义务，原则上应延伸及于下述之人：即延伸及于因债权人之关系以致与债务人之给付发生接触，且债权人对之负有照顾及保护义务之人，此种人之安危与债权人具有关系，如父亲对家属，企业者（雇主）对其员工等”。[7]社会经济的发展使得德国联邦最高法院再次扩张了第三人的范围。在债权人与第三人之间仅仅存在具有注意义务的合同的前提下，债务人对第三人造成的纯粹经济损失也需要承担民事责任。1977年“登入借方账户程序案件”（debit - procedure case）反映了联邦最高法院的这种转变。在这一案件中，借款人授予贷款人直接从借款人的银行账户提取款项的权利。借款人的开户行未将债务人没有支付汇票款项的情况及时通知贷款人的开户行，导致贷款人误认为借款人已经支付了汇票的款项，因而，继续供货。但是贷款人随后得知借款人无力支付该笔贷款，并且很快破产。[8]本案中贷款人和借款人的开户行之间并不存在合同关系，但是，借款人的开户行知道贷款人的开户行具有保护贷款人利益的合同义务。基于诚实信用原则，借款人的开户行应当向贷款人承担责任。附保护第三人作用效果的合同很快扩张到债务人知道债权人与第三人具有相同利益的情形。在“Group-of-buyerscase”中高等法院认为：“本案中，必须考虑信赖专家意见并作出决策的利害关系人通常寻求保护的不仅仅是个人的利益，而且是团体成员的利益。”[9]联邦高等法院在“vendor case”中将第三人的范围由具有相同利益的团体人员扩张到债权人与第三人具有冲突利益的情况。建筑物所有人为了销售房屋，需要从专家那里取得有关房屋价值和维修状态的报告书。当专家检验房屋时，所有权人以各种方式阻止专家查看屋顶的结构。由于专家不知道屋顶结构存在瑕疵，因而过高地对房屋进行了估价，并最终导致买受人支付了过于高昂的价格。联邦高等法院认为买受人应当属于受到保护的第三人。[10]这就缓和了利益一体性的要件，即使债权人与第三方之间具有相反的预期，第三方也可以基于信赖而纳入应当受到保护的第三人的范围之内。

(3) 缔约过失。“默示契约”、“附保护第三人作用效果的契约”遭到了众多学者的批判。他们认为，专家对于第三方所承担的责任虽有合同责任之名，但是并无合同责任之实。专家对于第三人承担责任的基础应当将重心从专家与债权人的合同责任向专家的职业义务和第三人对于专家的高度信赖转移。“专家责任的基础直接来源于职业地位而不是合同的约束。”[11]卡纳里斯教授认为，专家和第三方之间的关系是一种准契约关系，即在契约关系和侵权关系之间独立存在的空白地带。德国新债法受到卡纳里斯教授的影响，在第241条添加了第2款，即债务关系可以根据其内容，使任何一方承担照顾对方权利、利益和利益的义务。第311条第3款规定，包含第241条第2款规定的义务的债务关系，也可以相对于不应该成为合同当事人的人产生。此种债务关系，特别是产生于第三人在特别的程度上付出了信赖，因此对合同的谈判或合同的订立具有显著影响的情形。“根据《联邦政府债法现代化草案说明》，对订约不具有自

己利益的鉴定人或者其他'告知人通过自己的言论对订约起到了决定性的作用，原因是合同一方当事人信赖其客观性及中立性，这种情形也被涵盖在内。这就是所谓的财产监督人责任" [12]。专家基于缔约过失直接对第三方承担责任，专家与契约对方当事人以及对方当事人与第三方之间的关系无需考虑。但是，"311条第3款对该义务延伸至第三人的规定是很不完整的"。 [13]特别的信赖是指什么？界限在什么地方？立法留给法院以个案为基础进行决策。因而，德国新债法并没有为问题的解决提供最后的解决方案，而是留给法官在个案中进行政策考量和利益权衡。

(4) 公序良俗违反的侵权行为责任。德国民法典第823条第1款的规定将权利保护的范围限定于特定权利受到侵害的情形，对于纯粹经济损失赔偿不加以保护。但是，第826条规定的因违反公序良俗而导致的侵权行为损害赔偿，从效果上看允许为纯粹经济损失提供救济。第三人因信赖律师、会计师等专家所提供的信息而遭到损失时，有可能以故意违反公序良俗要求专家对于提供不实信息承担责任。"判例法因有扩大专家的信息提供者责任的意图，现在已出现显著缓和和责任成立要件的倾向。如在银行等因重大过失违反义务上的注意义务向第三人提供不实信息的情形，即解释为有良俗违反，同样，如果认识不实信息有使第三人遭受损害的可能性而仍予容许，即解释为故意。" [14]

综上所述，德国联邦法院通过法官法不断扩大受到保护的第三人的范围，逐步发展成以契约责任为基础，以侵权行为责任为补充的专家责任格局。

2. 对于专家对第三人承担民事责任的认定

在德国民法学理论中，专家因信息提供错误而导致的对于第三人民事责任的承担有两种学说：一种是卡纳里斯教授主张的以诚实信用、信赖为基础的缔约过失责任。如上所述，该学说在德国新债法中得以确认。另外一种是由冯·巴尔教授提出的在侵权行为法的发展线上，通过肯定"保护他人财产的生活上义务"确定责任基础。他在债务法改革的鉴定意见书中提出了有关专家作为信息提供者承担民事责任的立法建议，在侵权行为法部分插入以下新的条文：第828条（营业交易中的其他加害），因故意或过失而有下列列举的行为者，以可预见的损害范围为限，负赔偿由此所生损害的义务：享有因职业活动获得特别信赖的地位，不论对方是否能主张此信赖，在有关财产的业务中向特定的人提供不实的信息或为有瑕疵的推荐，且不论是否属于新的知识，而不予订正者。 [15]

三、专家责任基础的体系化解释

德国法官法的发展过程表明，当社会生活日趋复杂时，民法典可能无法涵盖新型的社会关系。为了弥补法律漏洞，法官可以运用拟制的方法使新型的社会关系进入法律调整的视野。法律拟制是"用以表示掩盖、或目的在掩盖一条法律规定已经发生变化这一事实的任何假定，其时法律的文字并没有被改变，但其运用原则已经发生了变化"。 [16]也就是说，法律拟制的方法"一般适用于这样的情形：某一非常的社会关系为某一法律范式不能包容，但是，如果不以后者调整前者，则会导致不公正或不合理的结果，所以，就将前者拟制为后者所界定的事实"。 [17]默示契约、附保护第三人作用效果的合同以及缔约过失责任等都具有法律拟制的因素，其结果是以拟制的法律判断代替当事人的主观判断，扩大了受保护的第三人的范围。这种扩张与英美国家判例法采用侵权责任进行保护的路径不同，德国主要通过合同责任的扩张来弥补制定法的不足。

导致这一结果的原因在于，法的续造必然受到整个法律体系的限制。狭窄的侵权行为法和宽泛的合同法要求德国法通过扩张合同责任解决专家对第三人承担责任的问题。"《德国民法典》没有给法院创制'独立的法官制定的侵权行为法'之权力留下任何余地：它们的权力尽可能地受到民法典的限制。但是德国立法者为阻止侵权行为法这样的进一步发展所设立的藩篱很快就被打破了。《德国民法典》把门关得太紧，就如《法国民法典》把门开得太大了"。 [18]德国民法典将侵权行为法所保护的权益范围规定为生命、健康、自由和财产等。规定以"等"结尾，法定类型似乎是开放的。但是，考虑到立法者的意图，不应当作扩大解释。对权利侵害导致的纯粹经济损失不应当获得侵权行为法上的救济。因为，将侵权行为法保护的权益范围扩大到纯粹经济损失可能会窒息社会发展的原动力和阻滞经济的发展，从而使得19世纪德国民法典的制定者们所崇尚的行为自由受损。侵权行为法以不保护纯粹经济损失为原则，法官只是在违反良俗等个别情况承认对于纯粹经济损失的救济。

而合同法保护纯粹经济损失，为解决专家责任问题提供了条件。但是，合同法排除对于合同当事人以外的第三人的保护，使得合同责任无法作为专家对于第三人承担责任的法律基础。于是，法官通过拟制契约，扩大契约保护的主体范围和扩张契约保护的期间，将合同当事人以外的第三人纳入保护的范畴。这种拟制或扩大的契约责任起到了安全阀的作用。当社会现实对于侵权行为法的压力增大时，转移给合同法调整的对象也随之增大。

批评者认为，这种合同责任的扩张不过是为了给法官自由裁量提供便利。因为在很多场合下，双方当事人并没有打算缔结合同的意思。“德国联邦最高法院1977年的一份戏剧性的判决表明，对第三方之利益具有保护效力之合同的理论是何等空洞”。• [19]

与之相对应的是英美法一般利用侵权行为法进行调整。20世纪60年代中期，英国法仍然认为，在不存在欺诈的情形下，专家责任仅仅能够在合同关系中发现，专家因过错陈述对信赖其陈述并受到损害的第三人不应承担损害赔偿赔偿责任。Hedley Byrne V Heller and Partners是具有里程碑意义的案件，它通过注意义务使责任正当化。在Hedley Byrne一案中法官认为“如果某人具有某种特殊技巧（与合同无关），并且决定将其技巧帮助一位依赖这种技巧的人，那么关注的责任就会产生” [20]。Lord Devlin认为这是“对价的副产品”。因为，扩张合同责任必须具备这样的前提条件：“必须有允许合同权利和义务相对性原理存在例外的合同法。普通法没有这样的规则，对约因的要求防止了任何在合同双方当事人之外的违约责任之扩张。”• [22] [21]也就是说，合同责任无法为问题的解决提供有效的途径。专家责任要么通过侵权行为法获得救济，要么无法获得救济。侵权行为法重述第525条规定：“在商业、职业、雇用或者其他有金钱利益的交易过程中，提供作为他人交易引导的虚假信息的人，如果怠于合理注意或者没有合理的能力而取得或传递信息的，须就该他人因合理信赖该信息的经济损失承担责任。” [22]

四、构筑我国专家责任制度的相关立法建议

德国新债法将缔约过失责任作为专家对第三人承担民事责任的法律基础。但是，德国学者认为“在大部分情况下，该制度（缔约过失责任）所含有的意义只是一个理论上的方案，而通过其他法律技术上的工具亦可以解决实际问题，例如，通过侵权责任规范” [23]。

我国民事立法是否应当效仿德国新债法，用缔约过失制度作为专家对第三人承担民事责任的法律基础？我们认为，答案应当是否定的。因为：第一，缔约过失责任难以涵盖专家对第三人承担民事责任的情形。“缔约过失责任的产生具有两个前提条件：一是缔约双方为了缔结合同而开始实行社会接触或交易上的接触，即双方已形成了一种实际接触和磋商的关系；二是这种接触使当事人形成一种特殊的联系，从而使双方产生了特殊的信赖关系。接触是一个前提，而信赖是接触的结果，是从接触中产生的。”• [24]如果对于缔约过失责任进行严格解释，当事人具有缔结合同的意思和行为是必须的。但是，在前述提到的许多案件中当事人之间并不存在合同缔结的意思和行为。第二，我国未来民法典将侵权行为法独立成编为以侵权责任解决专家对第三人承担责任提供了可能性。我国侵权行为法将采用概括式和列举式相结合的侵权行为法立法体例，避免出现德国侵权行为法调整范围过于狭窄的弊端，为纯粹经济损失的保护预留了空间。这就使得用侵权行为法调整专家责任成为可能。 [25]

综上所述，笔者认为，我国未来民法典中的专家责任拟可设计为：为他人提供某种专业知识服务的人员，在执业活动中，故意或者过失造成委托人或第三人人身或财产损害的，应当承担民事责任。上述人员提供虚假信息，使他人产生合理信赖而受到损害的，应当承担民事责任。

注释：

[1] [日] 能见善久：《论专家的民事责任》，《民商法论丛（第5卷）》，法律出版社，1996年版，第504页。

[2] 参见张新宝：《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社，1998年第2版，第414页。又参见屈介民：《专家民事责任论》，湖南人民出版社，1998年版，第9页。

[3] Michael Coester & Basil Markesinis, Liability of Financial Experts in German and American Law: An Exercise in Comparative Method, Vol 51, (2003) p276

[4] [日] 浦川道太郎：《德国的专家责任》，《民商法论丛（第5卷）》，法律出版社，1996年版，第538页

[5] [德] 克雷蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》，张新宝译，法律出版社，2001年版，第605页

[6] Michael Coester & Basil Markesinis, Liability of Financial Experts in German and American Law: An Exercise in Comparative Method, Vol 51, (2003) p280

[7] 刘春堂：《契约对第三人保护效力》，《辅仁法学》1985年第4期。转引自王利明：《合同法研究（第1卷）》，中国人民大学出版社，2002年版，第106页。

[8] Michael Coester & Basil Markesinis, Liability of Financial Experts in German and American Law: An Exercise in Comparative Method, Vol 51, (2003) p282

[9] Michael Coester & Basil Markesinis, Liability of Financial Experts in German and American Law: An Exercise in Comparative Method, Vol 51, (2003) p284

- [10]Michael Coester & Basil Markesinis, Liability of Financial Experts in German and American Law: An Exercise in Comparative Method, Vol 51, (2003) p285
- [11] Michael Coester & Basil Markesinis, Liability of Financial Experts in German and American Law: An Exercise in Comparative Method, Vol 51, (2003) p288.
- [12]杜景林、卢湛: 《德国债法改革》, 法律出版社, 2003年版, 第67-68页。
- [13] [德] 克里斯蒂阿妮·文德浩: 《德意志联邦共和国新债法》, 《德国债法现代化法》, 中国政法大学出版社, 2002年版, 第10页。
- [14] [日] 浦川道太郎: 《德国的专家责任》, 《民商法论丛(第5卷)》, 法律出版社, 1996年版, 第542页。
- [15] [日] 浦川道太郎: 《德国的专家责任》, 《民商法论丛(第5卷)》, 法律出版社, 1996年版, 第543页。
- [16] [英] 梅因: 《古代法》, 沈景一译, 商务印书馆, 1959年版, 第15页。
- [17]王涌: 《分析法学与中国民法的发展》, 《比较法研究》1997年第4期, 第411页。
- [18] [德] 克雷斯蒂安·冯·巴尔: 《欧洲比较侵权行为法》, 张新宝译, 法律出版社, 2001年版, 第22页。
- [19] [德] 克雷斯蒂安·冯·巴尔: 《欧洲比较侵权行为法》, 张新宝译, 法律出版社, 2001年版, 第610页。
- [20]徐爱国: 《英美侵权行为法》, 法律出版社, 1999年版, 第78页。
- [21] [德] 克雷斯蒂安·冯·巴尔: 《欧洲比较侵权行为法》, 张新宝译, 法律出版社, 2001年版, 第583页。
- [22]程啸: 《英美法中虚假陈述的民事责任》, 《侵权法评论(第一辑)》, 人民法院出版社, 2003年版, 第126页。
- [23]朱岩编译: 《德国新债法-条文及官方解释》, 法律出版社, 2003年版, 123页。
- [24]王利明: 《合同法研究(第1卷)》, 中国人民大学出版社, 2002年版, 340页。
- [25]参见梁慧星主编: 《中国民法典草案建议稿》, 法律出版社, 2003年版, 第313页; 徐国栋: 《绿色民法典草案》, 社会科学文献出版社, 2004年版, 第717页; 中国人民大学民商事法律科学研究中心: 《〈中华人民共和国民法典〉草案学者建议稿》, 中国人民大学民商事法律科学研究中心(自刊), 2003年版, 第267页。

参考文献:

- [1]于新循.现代商法总论[M].成都:四川人民出版社,2003.
- [2]董安生等.中国商法总论[M].长春:吉林人民出版社,1994.
- [3]赵中孚.商法总论[M].北京:中国人民大学出版社,1999.
- [4]徐学鹿.商法总论[M].北京:人民法院出版社,1999.
- [5]施天涛.商法学[M].北京:法律出版社,2003.

来源:北大法律信息网(原载于《社会科学战线》2005年第5期)

相关文章:

[从四个角度看民诉法修改进程中如何完善民事检察监督制度](#)
[略论外国经济刑法立法形式](#)

[返回](#)