

域外法

理性人:瑞士债法中的人像*

彼德·高赫 著 谢鸿飞 译**

目次

一、引言

二、理性人的一些特征

三、信赖原则、合同合意以及表示错误

四、合同解释、合同补充和部分无效

五、过错、违约以及相当性(Adäquanz)

六、……及法官的角色

导言

1. 如果某人遍览瑞士债法的有关判决和文献,不久他就会遇到一个鲜明的“理性人”的形像。无论是合同解释、合同补充、注意义务

* 本文收录于《法律中的人像》(Das Menschenbild im Recht)一书(1990年,瑞士弗里堡大学出版社,第477页及以下)。该书为瑞士弗里堡大学法律系建系100周年庆典的纪念文集。作者彼德·高赫(Peter Gächter)是瑞士弗里堡大学法律系教授,瑞士最有名的债法权威学者,本文也是瑞士民法学的经典文献之一。

** 魏斌女士以其精湛的德语,细致、耐心地校对了本文,并纠正了若干错误,谨表谢意。我也以本文的翻译,来纪念在弗里堡的短暂的过客生活,以及这种生活的痕迹;也向高赫教授的诚挚与热心表示敬意。

(Sorgfaltshaftung)还是其他事项,其间始终都存在一个“理性人/合理人(vernünftige/verständige Mensch^①)作为衡量尺度”。理性人这一神秘的存在体(Wesen)裁定了诸多案件。在论述“法律中的人像”的书中,自然不可或缺。令人惊讶的只是,在瑞士,长期以来,人们都没有把它作为一个大量研究的对象。究竟何以如此,的确是个谜团——如果人们想想,法官为阐明其他东西投入了何等辛劳,而这些东西在现实中同样并不存在。^② 理性人研究方面的滞后,可能主要是因为立法者至今几乎也没有发现“理性人”。^③ 所以,瑞士债法(Obligationenrecht, 简称OR)只有几处使用了“理性”这一用语;^④瑞士民法典(简称ZGB)也仅限于在解释“判断能力”时,加入了“符合理性的”进行行为的能力这样的表述。^⑤

2. 本文是为庆祝所写,它虽然不能弥补这一研究上的疏忽,但可能会带来一些思想启迪。文章定位于瑞士债法。^⑥ 因此,本文的主题是严格限定的,否则就几乎不可能完成这一研究。因为在债法外,自然也

① Keller/Schöbi, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1988, S. 57; Gauch/Schluep, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Zürich 1987, Nr. 190及Nr. 197。

② 如参见Cohen, Transcendental Nonsense and the Functional Approach, *Columbia Law Review*, 1935, 第809页及以下。

③ 我将该认识归功于哈佛大学的法律硕士Ra Daniela Gmuender Perrig女士。她在储存于计算机的瑞士民法典和瑞士债法文本中,搜索了“Vernunft”和“vernünftig”两个词。

④ 瑞士债法第267a条第2款。

⑤ 瑞士民法典第16条。

⑥ 但不包括商法——弗里堡大学法律系(出于实践理性的考虑)将它与瑞士债法教学领域分开了,而将其与国际私法合在一起,成了一个新的教席。

还存在“理性人”。^① 而且,在国外也有理性人,他在那里甚至得到如下一段颂词(不是很严肃的看法):

总之,(理性人)没有人类的缺点,他没有保留一点恶,没有任何偏见;他不拖拉,脾气不坏,不贪婪,也从不疏忽;对待自己的事和对待别人的事一样。这个完美的,但又可憎的角色,像一座纪念碑矗立于我们的法庭上,徒劳地向他的同胞呼吁,要以他为榜样来安排生活。^②

二、理性人的一些特征

3. 这里所涉及的“理性人”,当然不是血肉之躯,血肉之躯常常还是表现出“不理性”的一面。相反,他是一个假设的形象^③(一个思想形象)。在法官裁定相关法律问题时,他被用作指导形象,以衡量法律制度对现实的人有哪些期许。血肉之躯(在相同的处境和情景下^④)应像一个“理性人”那样行为、思考、理解与反应。如果是这样,那么,对于现实中的人而言,这样的问题是很明显的:作为其榜样“理性人”究竟具有什么样的特征。

① 例如,区分所有权人(Stockwerkeigentümer)有义务以一种“理性的、有教养的和想法正常的人”自然会采用的方式促进纠纷的解决(BGE 113 II 18)。一个“理性的、负责爆破的官员”,处于同样的情势……会采取危险性更小的爆炸方法,或者警告在危险区域内的人,并采取防止碎片造成伤害的有效措施(BGE 111 Ib 199)。没有交AHV费用的雇主,应认定为具有重大过失——如果他忽视了一个“合理人”在同样的场合和情景下必定会认为是非常重要的东西(BGE 08 V 202 f.)。如果某人担心因程序期限过长而受到损害,而不得不请求加快程序进行,也最多能够提起权利迟延之申诉(=eine Rechtsverzögerungsbeschwerde),因为受害人不能指望得到任何损害赔偿,就必须采取一个理性人在相同情景下会采取的措施(BGE 107 Ib 158 f.)。对一个尚未达到法律规定的取得驾驶证的年龄的“有教养的、懂事的”儿子而言,如果其父亲不让他取得钥匙,进入车库和开车,他不能因此责怪父亲(BGE 97 II 258)。对于一个“理性的、正派的人”而言,从具体情形可以得出如此结论:一个重伤员是不允许被探访的,或者未经特别许可是不允许被探访的,这符合治疗机构的意思(BGE 90 IV 77 f.)。

② Herbert, *Uncommon Law*, London, New edition, 1969, p. 4.

③ “一个拟制人,无论在世界哪里都从来没有存在过”。(Prosser/Keeton, *The Law of Torts*, 5ed., St. Paul, Minn. 1984, p. 174)

④ 如参见Keller, *Haftpflicht im Privatrecht*, Bd. 1, 4. Auflage, Bern 1979, S. 85; Jäggi/Gauch, N 667 关于瑞士债法第18条。

答案比乍看起来要错综复杂。因为“理性人”不单按照“理性”(Vernunft)的要求从事行为。更确切地说,理性人还体现了交易中的诚实信用原则(瑞士民法典第2条)所要求的其他各种品质。这些品质包含在“理性的”(vernünftig)^①这一词语中。有时,这个词也单独使用。^②但是,因为“理性人”的这些品质突破了这一词语的单纯字面含义,(使用其他词语)表达更为精确,例如“理性人”也是“善意的”(redlich)、^③“恰当的”(korrekt)、^④“正直的”(anständig)、^⑤“正派的”(ordentlich)、^⑥“认真的”(gewissenhaft)、^⑦“忠实的”(loyal)、^⑧“审慎的”(besonnen/refléchi)、^⑨“诚实的”(honnête)、^⑩“公正的”(juste)、^⑪“de bonne

① 对“合理的”(reasonable)这一措辞,大意参见 *Corpus Juris Secundum*[(C. J. S.)], Volume LXXV, Brooklyn, N. Y., p. 634 f.]:“合理的”被界定为一种适合理性的方式;与理性相协调……它也被界定为具有公正(just)、合适(proper)、公平(fair)、衡平(equitable)的意义;此外,这一术语常常被解释为具有诚实的意义。”

② 如 Bucher, S. 29; Jäggi/Gauch, N 667 关于瑞士债法第18条; Keller Haftpflicht im Privatrecht, Bd. 1, 4. Auflage, Bern 1979, S. 85; BGE 96 II 177; 88 II 436; ZR 72, 1973, Nr. 58, S. 143。

③ (Bucher), S. 122; Gauch/Schluep, Nr. 868, Nr. 917 和 Nr. 920; Jäggi/Gauch, N 498 和 651 关于瑞士债法第18条; Von Büren, hweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, S. 128。

④ Von Tuhr/Peter, All - gemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 1, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 287; Gauch/Schluep, Nr. 190, Nr. 197 和 Nr. 868; AGVE 1983, S. 32。

⑤ Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988, S. 182, 188。

⑥ Von Tuhr/Peter, S. 429。

⑦ Rep. 1984, S. 366。

⑧ Kuhn, SJZ 82, 1986, S. 348。

⑨ Deschenaux/Tercier, La Responsabilité Civile, 2. Auflage, Bern 1982, S. 83, Nr. 27。

⑩ Partie Générale du Droit des Obligations, 2. Auflage, Zürich 1982, Nr. 835, Nr. 885; Engel Traité des Obli - gations en Droit Suisse, Dispositions Générales du CO., Neuchâtel 1973, S. 167。

⑪ Yung L' Interprétation Supplétive des Contrats, in: YUNG, Études et Articles, Mémoires Publiés par la Faculté de Droit de Genève, Nr. 32, 1971, S. 207。

foi”、^①“精明的、符合交易习惯的和善意的”(tüchtig, verkehrsgewohnt und rechtlich denkend)^②或“勤勉及诚实的”(diligent et honnête)。^③

有时,也完全不使用“理性的”(vernünftig)这一形容词,而仅仅用“理智的和善意的”(verständlich und redlich)、^④“忠实的、恰当的”(loyal, korrekt)、^⑤“恰当的、勤勉的、谨慎、机智、镇定”(correct, diligent, avisé, doté d'adresse et de sang - froid)^⑥以及(类似的)说法取而代之。另外,在其他一些地方,干脆说成:任何人都应以“理性的方式”(“正派的方式”或“忠实的方式”)去行为、理解或者不作出行为。在这里,重点就不再是人本身,而是人的行为了。^⑦

4. 总之,我们可以相信,“理性人”是这样一个人物,他的身上凝聚着诚实信用戒律对人类的形象的假定。这一形象出现在我们面前的具体形式,是多种多样的,只要几个例子就足够说明其扩散之广。依据判例和学说,“理性人”时而是一个淳朴的百姓;^⑧时而是一个合同当事人;^⑨而且还可能是一个寻求建议的人、^⑩一个起重工、^⑪一个工人、^⑫道路使用者、^⑬街道使用者、^⑭汽车司机、^⑮家父……^⑯甚或是一个法官。

① Yung, L' Acceptation par le Silence d'une Offre de Contracter, in: YUNG, Études et Articles, Mémoires Publiés par la Faculté de Droit de Genève, S. 210。

② Von Büren, S. 128。

③ Engel, S. 154。

④ Gauch/Schluep, Nr. 197; Schönenberger/Jäggi, N 195 关于瑞士债法第1条。

⑤ ZR 87, 1988, Nr. 79, S. 185。

⑥ Engel, S. 313。

⑦ BGE 109 II 329; 99 II 396; 94 II 104 f.; 92 II 348; 91 II 209。

⑧ Bucher, S. 182。

⑨ Gauch/Schluep, Nr. 917; Jäggi/Gauch, N 332, 342 和 498 关于瑞士债法第18条。

⑩ Kuhn, S. 32, 1986, S. 348。

⑪ BGE 92 II 241。

⑫ Guhl/Merz/Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Auflage, Zürich 1980, S. 161。

⑬ BGE 96 II 36。

⑭ BGE 95 II 578。

⑮ BGE 92 II 255。

⑯ Guhl/Merz/Kummer, S. 161。

因为,法官也势必谨慎行为(*se montrera prudent*)”。^①

这些例子并不是全部,我们也不能这样理解:“理性人”主要是“男性的”(männliches)存在体。^②虽然在个别地方,“理性人”明显以“男人”(Mann)的面貌出现;^③而且,在其他场合,他扮成“理性的男人”(reasonable man),^④将英美法上的示范形象(Paradefigur)^⑤植入瑞士法律语言。然而,这是一个过时的术语,因为“理性的男人”也逐渐被“理性的人”(reasonable person)取代了。^⑥后者早已为我们瑞士法语区的同仁所洞察,他们都使用“*personne raisonnable*”(法语,“理性人”——译注)或“*persona ragionevole*”(意大利语,“理性人”——译注)。^⑦

三、信赖原则、合同合意以及表示错误

A

5. 如果我们现在转向“理性人”出现的具体领域,信赖原则(*Vertrauensprinzip*)应是我们停留的第一站。这一得到普遍承认的原则,^⑧指引法官对意思表示作出客观解释,其要旨是,受领者作为一个理性而不犯错误的人,在诚实信用原则的指导下,当时可以和必须如何

① BGE 109 II 329.

② 与此相反,苏黎士地区法院(*Bezirksgericht*)在一个古老的判决中,表达了一种令人难以置信的歧视观点(被联邦法院判决不恰当、不正确):“在司机碰到女人、牛和母鸡时,司机根据经验无法预料,他们会向哪边避让;但在碰到男士时,司机却始终可以预计他们可以作出恰当的行为。”(*Neue Zürcher Zeitung* vom 25. 3. 1925, Nr. 466, Blatt 5)

③ 如参见 Von Tuhr/Peter, S. 287; Becker, N 1 关于瑞士债法第 96 条; Von Büren, S. 128.

④ 如参见 Gauch/Schluep, Nr. 1634b f.

⑤ 详见 Fleming, *An Introduction to the Law of Torts*, 2nd edition, Oxford 1985 p. 22.

⑥ 详见 Fletcher, *The Right and the Reasonable*, *Harvard Law Review*, 1985, p. 949; Prosser/Keeton, zit. in Anm. 10, S. 173 (§ 32: “The Reasonable Person”).

⑦ 参见 Yung, *L'Interprétation*, S. 207; Deschenaux/tercier, S. 83, Nr. 27; Gauch/Schluep/tercier, Nr. 835 和 885.

⑧ 参见 Yung, *L'Interprétation*, S. 207; Deschenaux/Tercier, S. 83, Nr. 27; Gauch/Schluep/tercier, Nr. 835 和 885.

⑨ 详见 Krammer, N 37 f. 关于瑞士债法第 1 条。

理解。^①

对意思表示的解释而言,起决定作用的既不是表意人的真实意思,也不是真实的意思表示受领人事实上对意思表示的理解。应该说,其标准是与受领人处于同样情景的“理性而不犯错误的人”的理解。他是法官在进行解释不得不求教的一个指导形象(*Leitfigur*)。他对表示过程的假定的理解,将裁定一个意思表示是否已经发出;意思表示的内容是什么;它是向谁发出的;^②或者,简而言之,从表意人的行为推断出一个理性人必然会得出的那些结论。^③

这个“理性而不犯错误的人”主宰了对意思表示的解释,有时他也以其他名称出现:“善意和理性的接受人”^④;“理智的、善意的判断者”;^⑤“忠实的、不犯错误的第三人”;^⑥“理性的、正派的市民”。^⑦但这一要旨事实上并没有改变。同样,在下述情况,这一要旨也改变甚少:只是简述信赖原则而不特别提及这一指导形象,即直接说,意思表示应按照相应受领人在诚实信用原则的指导下可以和必须如何理解来进行解释。^⑧起决定作用的始终是“理性而不犯错误的人的理解”,^⑨这种理解将决定意思表示行为的客观意义。一个意思与该意义相符,无异于宣布它是“有效的(*gilt*)”。

6. 为什么对于意思表示的解释而言,表示出来的(*erwähnten*)(客

① 如参见 Gauch/Schluep, Nr. 190; Oftinger, *Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Band 1, 4. Auflage, Zürich 1975, S. 46; Schönenberger/Jäggi, N 195 关于瑞士债法第 1 条; Von Tuhr/Peter, S. 28 7; 另参见 Bucher, S. 122.

② 参见 Gauch/Schluep, Nr. 189.

③ Bucher, S. 29.

④ 参见 Bucher, S. 122.

⑤ 参见 Schönenberger/Jäggi, N 195 关于瑞士债法第 1 条; Gauch/Schluep, Nr. 190 和 197.

⑥ ZR 87, 1988, Nr. 79, S. 185.

⑦ Bucher, S. 182.

⑧ 参见如 BGE 113 II 50; 详见 BGE 111 II 287; Gohl/Merz/Kummer, S. 91; Krammer, N. 37 关于瑞士债法第 1 条。

⑨ Oftinger, *Bundesgerichtspraxis*, zit. in Anm. 48, S. 46. 摘自前引文, S. 46.

观的, objectiven) 意义是重要的? 其理由在于交易安全 (Verkehrssicherheit)。信赖原则适用的目的是保护交易安全。^① 当事人双方都享受这种保护: “表意人信赖对方理性的理解, 而接受人则相信表意人 (表示了) 真实的意思。”^② 这一保护目的使信赖原则正当化了, 但同时也限制了其适用范围, 即以下两点:

——首先, 一旦确定意思表示的接受人事实上已经正确理解了表意人的意思 (即认识到表意人的真实意思), 那么, 信赖原则就不再适用。因此, 此时要求真实的当事人被迫接受一种客观的意思, 即一个 “理性而不犯错误的人” 的假定的理解, 就没有任何基础了。毋宁说, 意思表示直接依当事人双方表示的一致理解生效。^③ 这符合私人自治的基本原则, 无须从交易安全的角度来匡正。

——其次, 这一原则适用的前提是, (至少) 意思表示一方当事人 (表意人或者接受人) 已经理解了意思表示的客观意义。相反, 如果任何一方当事人对意思表示的理解都各不相同 (意义 A 和 B), 而其中没有任何一个理解 (意义 A 和 B) 与意思表示的客观意义 (意义 C) 相一致, 那么, 就根本不能主张表示生效。^④ 因为, 如果此时适用意思表示的客观意义, 而这种意义是表示的发出人和接受人没有认识到的,^⑤ 这就既不符合信赖原则保护的目, 也不符合法律关系 (Rechtsverkehrs) 的其他要求。一位德国的法学家甚至走得更远, 以至于他径直称之为 “纯粹的教义学” (schieren Dogmatismus) 和 “毫无意义 (Un-Sinn) 的胜利”。^⑥

① Meier-Hayoz, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Diss. Zürich 1948, S. 120.

② Guhl/Merz/Kummer, S. 91.

③ BGE 105 II 19 f.; Krammer, N 30 关于瑞士债法第 1 条; Gauch/Schluep, Nr. 193 及以下进行了大量的引证。

④ Gauch/Schluep, Nr. 200.

⑤ 这样的观点, 参见 Keller, SJZ 57, 1961, S. 317 f. 以及 Keller/Schöbi, S. 132.

⑥ Jahr, Geltung des Gewollten und Geltung des Nicht-Gewollten, Juristische Schulung, 1989, S. 252.

B

7. 虽然信赖原则 (的适用) 存在这两种限制, 但在实践中, 它还是发挥了相当重要的作用。^① 通过这一原则, “善意而理性的人” 同样被引入到了合同法中, 即合意学说 (Konsenslehre) 中。^② 因为, 瑞士债法第 1 条要求合同的成立必须存在意思表示合致; 对合意是否存在这一问题的回答, 是以对意思表示的合致进行解释为前提的; 而且, 该解释也受制于信赖原则, 因为判断合同合意是否存在, 依据的是 “理性而不犯错误的” 人对相对人的意思表示会如何理解。如果判断结果是肯定的, 就会形成一个 “规范的合意” (“normativen” Konsens), ^③ 这一合意的基础是一种评价 (Wertung), 而不是当事人的真实意思表示。但对这一观点, 需要立刻补充的是:

这种用 “理性而不犯错误的人” 取代真实合同当事人的合同客观理论, 在其适用时, 只受信赖原则固有限制。因此, 一旦确定了一方当事人事实上正确地理解了另一方的意思, 合意就取决于表示出来的真实意思 (而不是信赖原则!)。^④ 而且, 如果一份合同的内容既不是这一方也不是那一方追求的, 它就不能是合同。^⑤ 人们努力使合同缔结 “客观化”, 但有时却顾此^⑥失彼^⑦。

C

8. 我们可以对此进一步讨论。即使一个合意以信赖原则的适用为

① 这也关系到举证责任的配置。如果谁提出反对信赖原则的适用的理由, 就应承担举证责任。

② 参见 Bucher, S. 122.

③ Krammer, N 126 ff., 关于瑞士债法第 1 条。

④ Gauch/Schluep, Nr. 286 ff. und Nr. 317; MERZ, ZBJV 117, 1981, S. 124.

⑤ Bydlinski, Die Grundlagen des Vertragsrechts im Meinungsstreit, BJM 1982, S. 1 ff. (S. 15); Gauch/Schluep, Nr. 323; Krammer, N. 102 a. E., 关于瑞士债法第 1 条; Piotet, ZBJV 121, 1985, S. 151.

⑥ 参见 BGE 64 II 11.

⑦ Keller/Schöbi, S. 132.

基础,但对于有效的合同缔结而言,当事人的真实意思并不是完全不重要的。即如果一方当事人存在重大的表示错误,该合同对他(单方)是没有拘束力的(瑞士债法第23条)。但是,如果他主张该合同不能对他适用,并将自己的错误归结为过失,那么他就应向对方当事人承担损害赔偿义务(瑞士债法第26条)。对方的请求权的基础主要是信赖损害赔偿(瑞士债法第26条第1款)。“依据公平原则,法官可以判决当事人承担其他损害赔偿责任”(瑞士债法第26条第2款)。这里有必要对上述内容做一个简单的解释:

——表示错误的前提是,受领人对意思表示的理解与表意人不同,而且依据诚实信用原则(作为“一个理性而不犯错误”的人),受领人可以那样理解。^① 在这种情况下,依据信赖原则,意思表示以及(在存在合意的情况下)合同依据意思表示受领人的理解发生效力。其中包括,表示错误只是不重要的错误,或者错误表意人没有(及时^②)主张(unterlässt)重大错误。

——但如果表示错误性质上是重大的,而且表意人(及时)主张了错误,对意思表示受领人的保护就限于瑞士债法第26条规定的错误人的损害赔偿责任,而且该责任以存在过错责任^③(Verschulden),即以错误是因过失(Fahrlässigkeit)发生的为前提。这种错误表意人的损害赔偿责任是对他所引起的(已落空的)信赖的一种责任,同时,它也是“缔约过失”责任的一种适用情形。^④

9. 依据上述判断,合同缔结者的表示错误为这种法律状态(Rechtlage)提供了基础:对于非重大的表示错误,合同(以合意为前提)依据意思表示受领人的理解生效。受领人有根据地信赖其理解的内容的效力的,其信赖将“无条件地”受到保护。这是因为,错误表意人的真实意思与相对人理解的意思分歧甚微,以至于错误人的利益状

态可以不予考虑。相反,在重大错误的情形,错误表意人的利益则也被考虑在内。因此在这种情况下,错误表意人享有选择的可能性:

——(首先)错误表意人可以有效宣称,他不受合同拘束。如果他对错误的产生有过错,那么,对意思表示受领人的保护就被限制在瑞士债法第26条规定的损害赔偿请求权上。^① 如果错误表意人没有过错,则意思表示的受领人根本不受保护。^②

——(其次)或者,错误表意人可以通过不(及时)主张其错误或者明确地主张,让合同依据意思表示的受领人的理解生效。^③ 如果联系到错误表意人可能的损害赔偿义务(以及他人可能要准备承受的来自社会/商业方面的制裁),合同生效比合同无效给他造成的损害更小,他往往会选择使合同生效(如果他“理性地行为”)。

错误人可以选择(使其意思表示)不生效力;一方面,符合“意思理论”(Willenstheorie)的思维财富;另一方面,它和过错责任(瑞士债法第26条)中的损害赔偿责任一道,带来了一种解决方案。这种方案与现代思潮一致:重新强化并突出违反“合同”义务(Lasten)行为的“侵权”(Delikt)性质。^④ 当然,无论是把瑞士债法第26条规定的责任,理解为“缔约过失”责任(Culpa-Haftung)还是“特殊种类的责任”,^⑤ 对此都没有任何影响。因为这些法学“发现”的目的就在于,不适用不受人欢迎的侵权规则,虽然此时事实上是存在侵权责任的(不存在违约

① 原则上说,也即对信赖损害(Vertrauensschadens)的赔偿。

② 为了防止合同全部无效(同时还可能产生或者不产生损害赔偿),意思表示的相对人毕竟至少可以让合同按照错误人对意思表示的理解使合同生效(瑞士债法第25条第2款)。

③ 这种同意会产生这样的后果:使仅对单方有拘束力的合同生效(瑞士债法第23条)。这种“解释”(Konstruktion)与“无效理论”(Ungültigkeitstheorie)一致。瑞士联邦法院目前也认为,这种理论有其优点(BGE 114 II 142 及以下)。后者(错误表意人不主张错误——译注)虽然是正确的,但因为受“撤销权理论”、“通说”的制约,瑞士的民法理论对此几乎没有积极响应。

④ 参见 Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford 1979 (Paper back Ausgabe 1988), p. 733; Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston 1972, p. 46。一般性详述参见 Gilmore, *The Death of Contract*, Ohio 1974。

⑤ BGE 113 II 31。

① Gauch/Schluep, Nr. 610; Von Tuhr/Peter, S. 301。

② 瑞士债法第31条。

③ 瑞士债法第25条有所保留。

④ BGE 113 II 31 在(涉及基本错误时)提到,(错误表意人的责任是)“一种特殊的责任”(einer “Haftung eigener Art”),以与侵权责任(瑞士债法第41条)划清界限。

责任)。

D

10. 以上内容可以概括为:只要一个真实的意思表示受领人对表示的理解,与表意人真正想要表达的意思有差异,该表示的意义就由信赖原则以及一个理性而不犯错误的意思表示受领人的理解来确定。只要这种客观意义符合表意人的真实意思(一方面),或者符合受领人事实上所作的理解(另一方面),表示行为就按照其所传递的意义生效。据此,相信意思表示是按照一个理性而不犯错误的法律榜样的理解而产生效力的表意人或受领人,就分别受到了保护。

明确地说,理性的、不犯错误的意思表示的受领人的形象规范了:一个真实的人必须如何表达意思,以及对相对方的表示必须如何理解,表意人的意愿或受领人的理解才能获得效力。但该规范在下述情形有所保留:即在确定了受领人事实上已正确理解表意后,意思表示就按照表意人的意愿(以及相对人的理解)而发生效力,而不适用信赖原则(以及“理性而不犯错误的人”的理解)。此外,如果重大的表示错误的缔约人更愿意不让合同对他产生效力(瑞士债法第26条),^①此时,对受领人信赖的保护也被限制在以过错为要件的损害责任上。

四、合同解释、合同补充和部分无效

A

11. 如果我们从对单个意思表示的解释转向对已经缔结的合同进行解释,我们会再次遇到“理性人”。合同解释的首要目标虽然在于确定当事人的达成一致的真实意思。^②但是,因为该达成一致的合同意

^① 但请注意瑞士债法第25条的规定。

^② 参见 Gauch, Vertrag und Parteiwille, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg 1982; S. 35; Merz, N 121 关于瑞士民法典第2条。

思不能再被(可靠地)查明;所以,在发生解释争议时,^①必须依据其他的(即客观的)标准来决定。^②由此,约定的合同内容应当依据“理性的、不犯错误的当事人”(在既定的情形)下,通过使用这些需要进行解释的词语或者其他表示行为表达了什么和想要表达什么来确定。^③

这种客观解释建立在通常看法的基础上,即推测真实的合同当事人的意思与作为样板的(“理性而不犯错误的”)合同当事人的意思应一致。例如,以下这条特别解释规则也体现了这一点:在有疑义时,应优先适用合同(用语)的合理意义。^④但是,只要事实上可以确定一致的真实意思,这一规则就不再适用。也就是说,被确定的(真实)合同意思是决定性的,^⑤尽管这种意思可能是“非理性的”。即使确定当事人的行为事实上是“轻率的、愚蠢的、荒唐的”,^⑥情况也没有什么不同(其真实意思也是重要的),虽然这样的行为并不符合“理性的、不犯错误的人”的榜样。就此而言,真实的人具有优先地位,并没有被他的榜样所排除。

B

12. 在个别情形,合同解释可能表明合同出现了漏洞。这是因为当事人对与合同内容有关的法律问题,要不是没有约定,要不是就没有

^① 在解释争议中,当事人设定的前提是,当事人合同已经成立了;而在合意争议中,他们是对合同是否成立发生争议。这并不排除解释争议可以是一个涉及合意争议的综合性争议的一部分。详述请见, Bucher, 第180页,以及 Gauch, Vertrag und Parteiwille, S. 359. 这两个文献各有进一步论述。

^② 如参见 Merz, N 123 关于瑞士民法典第2条; Oftinger, ZSR 58, 1939, 185 f.

^③ Jäggi/Gauch, N 332 和 N 342 关于瑞士债法第18条; ZR 81, 1982, Nr. 46, S. 121.

^④ Jäggi/Gauch, N 441 和 N 444 关于瑞士债法第18条。学说(如 Bucher, S. 182)和判决(如 BGE 111 II 262 f., 279, 287, 457)常常援引信赖原则,这一原则是与“理性而不犯错误的意思表示受领人”的理解相适应的。而且,如果争议可以归结为对特定的合同表示的解释,它首先是与客观化的合同解释相适应的(参见 Jäggi/Gauch, N 426 关于瑞士债法第18条)。

^⑤ Jäggi/Gauch, N 343 zu Art. 18 OR; Merz Vertrag und Vertragsschluss, Freiburg 1988, Nr. 50; BGE 107 II 163 und 418; ZR 81, 1982, Nr. 46, S. 121.

^⑥ Egger, zit. bei Jäggi/Gauch, N 446 关于瑞士债法第18条。

完全约定。如果法律也欠缺相关的^①任意性规范,^②那么法官可以也必须以自己[如立法者一样]制定的规则补充有漏洞的合同。^③在法官补充合同时,也要以“理性人”的形象为准。因为:

进行合同补充的法官,要以假设的当事人的意思为准。^④法官必须查明,如果当事人以特定的目的已经缔结了一份具体的合同时,当事人就相关问题的意思会是什么。^⑤这里并不涉及当事人当时的真正的意思。因为这种意思(作为被“想象”的事实)根本不能确定。^⑥因此,惟一重要的是,当事人作为理性而不犯错误的合同当事人应该有的意思——如果他们作出了规定并在其具体合同中避免了漏洞的话。^⑦

因此,“理性而不犯错误的人”就成了榜样,虽然这仅仅涉及真实的合同当事人的“假设的”行为。对合同当事人“理性的、不犯错误的”行为的期望,明确了如何确认具体的(真实的)合同当事人在既定的情况下应该会约定了什么,这对合同补充有重要意义。

13. 假设的当事人的意思存在于对理性的和不犯错误的当事人的被想象的意思中。它与当事人的真实意思无关,这是很显然的。但它不仅形成了纯粹的合同补充的标准,而且也是裁定这一问题的标准:法

① 为使一项任意性规范是“相关的”,原则上说,它必须可以协调地插入整个合同,和合同其他部分的内容也“相适应”(参见 Jäggi/Gauch, N 511 及以下以及 N 515 及以下;例外: N 519)。

② 或者法律指向了(verweisen)法官的衡量。

③ 在个别情况下有所保留,因为需要法官适用习惯法。参见瑞士民法典第1条第2款。

④ Jäggi/Gauch, N 498 关于瑞士债法第18条;Krammer, N 238 关于瑞士债法第18条。

⑤ Jäggi/Gauch, N 498 关于瑞士债法第18条,有其他引文。有关通过一个“模范立法者(modus legislatoris)”确立的规范(瑞士民法典第1条第2款)进行合同补充的例外情况,参见 Jäggi/Gauch, N 533 及以下和 N 535 及以下关于瑞士债法第18条。

⑥ 部分例外,参见 Krammer, N 240 关于瑞士债法第18条。

⑦ 参见 Jäggi/Gauch, N 498 关于瑞士债法第18条;Deschenaux, in SPR II, S. 172; BGE 111 II 262; 107 II 149; 90 II 244 f.。类似的还可参见 Bucher, S. 188。Bucher认为,法官通常会安排(anordnen)在他看来具有客观意义的解决方案,而不是其他方案。法官假定,正直的理性的人(倒不一定是合同当事人)会公平合理地达成一致。

官是否要调整合同,以及如何^①调整合同以适应变化了的情况。^②毫无疑问,如果把法官调整合同理解为法院补充合同的特殊情况——事实上也是如此,那么,如何改变合同关系是明确的。^③

C

14. 瑞士债法第20条第2款中所调整的问题,至少与合同补充问题相类似。即如果引起合同无效的瑕疵“仅涉及一个合同的部分”时,该合同是全部无效还是部分无效。只要当事人对此没有约定,^④此时起决定重要的又是假定的当事人的意思,这就又涉及“理性人”这一指导形象。因为依据瑞士债法第20条第2款的规定,如果不能认定“没有合同无效的部分,当事人就根本不会订立合同”,那么,合同就仅仅是部分无效,而不是全部无效。而这是否正确,取决于当事人如果在订立合同时已经知道导致无效部分的瑕疵时,作为“理性的、不犯错误的合同当事人”会约定什么。^⑤如果依据这种标准能够认定,“如果没有合同无效的部分,当事人就根本不会订立合同”,那么,合同无效就及于全体;否则,依据瑞士债法第20条第2款的词义,按照瑕疵部分无效的情况处理,而合同“其余部分”则有效。

① 合同的调整可以是合同消灭,延长合同期限或改变合同内容。参见 Jäggi/Gauch, N 651 关于瑞士债法第18条;Tercier, JdT 127, 1979 I, S. 205, 206; BGE 111 II 260 f.; 107 II 144 f. (149); 51 II 309; 48 II 372 ff.。

② 参见 Jäggi/Gauch, N 651 关于瑞士债法第18条;Tercier, JdT 127, 1979 I, S. 205, 206; BGE 111 II 260 ff.; 107 II 144 ff. (149); 51 II 309; 48 II 372 ff.。

③ 参见 Jäggi/Gauch, N 639 关于瑞士债法第18条;Krammer, N 325 及以下关于瑞士债法第18条;BGE 111 II 260 f. 107 II 148f.;相反,主流的判决和部分学说从另外的角度,即权利滥用的视角下解决合同的调整问题(瑞士民法典第2条第2款;如参见 BGE 107 II 348; 101 II 19; 100 II 349; Oftringer, SJZ 36, 1939/40, S. 246 f.)。

④ 有时——虽然很少,当事人会提前约定,合同可能的部分无效(以及有部分瑕疵),对合同的其他部分有什么影响。这样的“无效”约定在法律的限制范围内是有效的(瑞士债法第19条第1款)。就合同无效部分以外的剩余部分的命运而言,这一约定排除了瑞士债法第20条第2款的规定。Gauch/Schluep, Nr. 537 及以下进行了进一步的说明和讨论。

⑤ Gauch/Schluep, Nr. 539; Hürlimann, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen, Diss. Freiburg 1984, S. 56 ff.

15. 由此,假设的理性的和不犯错误的当事人的意志对于瑞士债法第20条第2款的适用有着重要意义,它决定合同是否全部无效(Ganznichtigkeit),或者是否限制在只有合同瑕疵部分无效,而合同的其他部分无须任何变动就生效(直接部分生效)。

但还可能存在这种假设,即理性而不犯错误的当事人如果知道合同的瑕疵,虽然没有无效部分的情况下会订立合同,但会对合同内容进行部分修改。举例来说,他们会约定另外一条规则(如确定的合同期限),或者通过其他方式形成合同的有效部分(如删除个别约款),以取代部分无效的条款(如一个无效的解约条款)。如果真的如此,那么合同就依符合(理性而不犯错误的)当事人的假定的意思的内容发生效力。^①摆在大家面前的,就是一个“经过修正”的部分无效,它突破了(sprengt)瑞士债法第20条第2款的文义,但却延续了这一规定的宗旨。^②

D

16. 如果我们概括一下,在涉及合同客观解释、法院的合同补充或者依据假定的当事人的意思所决定的部分无效这些问题时,“理性人”一直存在。因为,在上述所有情形,在真实的合同当事人之间,适用的都是理性的、不犯错误的人会有意思。^③当然,在能够确认当事人的意思时,真正的意思无条件地优于解释所得出的结论。如果当事人以例外地协议方式明确规定,合同瑕疵部分的无效对合同其他部分有何

① 参见 Gauch/Schluep, Nr. 540 ff.; Hürlimann, zit. in Anm. 98, S. 74 ff.; Merz, ZBJV 119, 1983, S. 129 f.; BGE 114 II 163 f.; 107 II 216 ff.

② 如果通过法定规则(强行的或者任意的)取代了合同无效部分的内容,那么,另一种“经过调整的”部分无效的方式就会出现。这种情形在当前的上下文中不是很重要,对此可参见 Gauch/Schluep, Nr. 542 及以下及其引用的内容。

③ 参见 Atiyah, p. 19: “重要的不是当事人的实际协议或意图,而是作为一个理性人,他们被认为已经同意了什么,以及其意图是什么。所以,我们需要知道的是,在缔约时,理性人会同意什么,其意图是什么。”

效力,那么,瑞士债法第20条第2款的效力就不得不作出让步。^④但是,只要当事人的意思不能确定,“无效”约定是否发生效力,发生什么样的效力,又再次取决于客观解释理论。

五、过错、违约以及相当性(Adäquanz)

A

17. 如果我们离开上文讨论的领域,继续环视,就会立刻进入到过失概念的客观化理论。过失目前是侵权责任法和合同责任法中^⑤使用的概念。^⑥它是指没有尽到注意义务(在有判断能力的前提下^⑦),即一个“理性的和公正的人……在既定情况下”认为必须(履行)的义务。^⑧具有决定性的并不是加害人的“真实主观心态”,而是通过理性

① 有时——虽然很少,当事人会提前约定,合同可能的部分无效(以及有部分瑕疵),对合同的其他部分有什么影响。这样的“无效”约定在法律的限定范围内是有效的(瑞士债法第19条第1款)。就合同无效部分以外的剩余部分的命运而言,这一约定排除了瑞士债法第20条第2款的规定。Gauch/Schluep, Nr. 537 及以下进行了进一步的说明和讨论。

② 有关历史发展,参见 Fellmann, Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht, ZSR 106, 1987 I, . 339 ff.

③ 详见 Bucher, S. 347; Gohl/Merz/Kummer, S. 174 f. Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, S. 143; Stark, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Zürich 1988, Nr. 476 f.; Deschenaux/Tercier, S. 83 f., Nr. 27 ff.; Kritisch: Fellmann, ZSR 106, 1987 I, S. 351 ff.; Wexro, La Capacité de Discernement et la Faute dans le Droit Suisse de la Responsabilité, Diss. Frei-burg 1986, S. 67 ff.

④ 依据瑞士债法第16条,如果行为人没有判断能力,他就不存在过错;而且也不存在过错责任。判断能力同样是客观化理论的绝对界限。参见 Stark, Nr. 487.

⑤ Von Tuhr/Peter, S. 429. 另见如 Rep. 1984, 第366页的引证。在这一案件中,一个股份公司的管理委员会(Verwaltungsrat)被要求承担这样的注意义务:“在同一圈子中,一个勤勉的、理性的人在同样的情况下认为必须承担的责任。”在英美法系,“疏忽是没有做理性人在同样条件或者类似条件下会做的事情”。Prosser/Keeton, 引前文,第175页。

的、正派的人的形象^①预先对他提出的要求。^②

细看的话,这个作为榜样的人物是一个“平均人”^③的形象:一个依法缴税的(Veranlagter)、精明的、^④对于其从事的活动具有充分资格的、受过充分教育的、有丰富经验的人,还具有必要的——在具体情况下^⑤对于他而言也是可能的——避免引发损害的行为的注意能力、预见能力、意思力和意志力。^⑥ 如果一个人的行为违背了这样理解的榜样的行为,原则上就应对他所造成的损害承担责任(从过失的角度来看),即使他只是暴露了某种习以为常的行为^⑦或者做了本人力所能及的全部行为。^⑧

如果他连这些基本的预见义务——即在既定的情况下,每个理性人(理智人)都必须承担的义务——都不尊重,那么就构成重大过失。^⑨

① Becker(Nr. 94 关于瑞士债法第41条)提道:“正派人行为。”Gauch/Schluep (Nr. 1634b)把“理性人”、“公正的买卖商人”以及“公正的承运人”(瑞士债法第447条第1款)用作榜样。Stark(Nr. 490)用的是一个“平均人”。Keller/Gabi (S. 55 f.)使用的是“一个客观的平均类型化”。这些术语虽然不同,但是其意义本质上是相同的。

② Gauch/Schluep, Nr. 1634b.

③ Keller/Gabi, S. 56.

④ Burckhardt (引于Oftinger, Haftpflichtrecht S. 144, Anm. 26)提到,“一个精明的人(!)”,“浑身上下都没有缺点”。

⑤ 对具体情况的考虑(例如年龄、性别、国家/地区)给予了客观过错以必要的弹性。(Keller/Gabi; 另参见Oftinger, Haftpflichtrecht, S. 146 f.)

⑥ 参见Esser/Schmidt, Schuldrecht, Band I, 6. Auflage, Heidelberg 1984(部分字面引用); 另外参见Engel, S. 313. 依据其观点,预期的模型是“恰当的、勤勉的、谨慎、机智和镇定的”。

⑦ 详见Keller/Gabi, S. 60 und SJ 1964, S. 374 f.; 另外参见Fleming, p. 30: “即使是习俗和惯例也不能逃脱法律的审查,因为要不然所有的实业都可以自行设定不受限制的、违反了其合理注意义务的标准。”

⑧ Guhl/Merz/Kummer, S. 175; 另外参照Keller/Gabi, S. 58 和 Weber, ZSR 107, 1988 I, S. 45. “在某些情况下存在例外,即在‘没有加害人帮助(ohne sein Zutun)’时,任务就不可能完成”。(Esser/Schmidt, S. 380)

⑨ BGE 111 II 90. (= Pra 74, 1985; Nr. 155, S. 450); 108 II 424; 107 II 167; Keller/Gabi, Das Schweizerische Schuldrecht, Band II, Haftpflicht - recht, 2. Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1988 S. 57; Oftinger, Haftpflichtrecht, S. 153. 参见BGE 88 II 436中的具体实例,它否定了重大过失(faute grave, lourde),因为“所有理性的人都会考虑到,虽然装载黄金的卡车已经被锁好了,但黄金仍然有被匪徒打劫的危险(即仍应当采取相应的防范措施)”。

18. 从加害人方面说,“理性人”^①由此形成了“假设的正常人”^②,他的(人们所想象的)“平均行为”^③被用来衡量加害人是否尽到了要求的注意义务,或者是否有过错,如是不是医疗过错。虽然人们把“理性人检验”(reasonable man test)^④中最关键的“正常人(Normalperson)”,放置到加害人的年纪、职业或者交往情况中,^⑤以这种方式将其具体化。^⑥ 但客观化就意味着,(私法上的)过失这种过错形式不再具有恰恰针对有问题的加害人本人的责难(Schuldvorwurf)了。^⑦ 这就出现了一个悖论:“没有过错的过错责任”(Verschuldenshaftung ohne Verschulden)。^⑧ 如此一来,法官就面临这样的问题:他该如何来论证这种责任——既然原本对其作出论证的主观可责难性中的道德因素在客观化过程中已经丧失殆尽。^⑨

学理上,这个基本问题是用信赖原则来解决的。^⑩ 依据这一原则,个体可以“信赖他的同胞[会采取]防止损害的平均的注意程度”。^⑪ 这一问题需要更深入的审查,^⑫ 本文现在不再详述。但同时我们必须

① “L'homme raisonnable”(BGE 88 II 436)或者“prudent”(BGE 111 II 90)。

② Keller/Gabi, 第56页、第58页。

③ Stark, Nr. 468.

④ Fleming, p. 23. 这种表达也以这种方式在其他地方使用,虽然“理性的男人”自然是一个“理性的人”。

⑤ 如参见Keller/Gabi, S. 60.

⑥ 参见Gauch/Schluep, Nr. 1634f.

⑦ 参见Oftinger, S. 140; Stark, Nr. 489; Esser/Schmidt, S. 377.

⑧ Keller/Gabi, 第58页。另外参见Fletcher, Fairness and Utility in Tort Theory, in: Rabin, Perspectives on Tort of Law, 2nd, Boston und Toronto 1983, p. 250: “过错成了一个有关风险的判断,而不是有关创造风险的个人的责任的判断。”

⑨ 如参见Tourneau, La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin), Revue trimestrielle de droit civil, 1988, S. 505 ff.

⑩ 如参见Gauch/Schluep, Nr. 1634m; Esser/Schmidt, S. 379.

⑪ Keller/Gabi, S. 58f.; 另可参照Oftinger, Haftpflichtrecht, S. 144. 该论证表达了一种实际的观念,即“如果在高速公路上和市场中,我们不能确信他人会像一个理性人一样行为,现代生活将是不可能的”。

⑫ 有关侵权法的批评性异议,参见Kozioł, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I, 2. Auflage, Wien 1980, S. 129 以及 Fellmann, ZSR 106, 1987 I, S. 358(在和别人的日常交往中,大家都会……指望遇到一个不那么精明的,甚至是笨蛋的人)。

始终明确,客观化的过失概念[的适用]只有确定的例外,(除了以判断能力为前提外)这些例外又取决于“主观性”。^① 值得一提的是与此相关的一个规则:即加害人具有特殊的能力和知识,具有比“假定的规范人”更强的注意能力,他就必须为这部分过高的注意能力承担责任。^② 就此而言,真实的人必须为他比法律中典型的人像“更好”作出补偿。^③

B

19. 合同责任有其特殊性,即对每种责任都要求的违法性(Widerrechtlichkeit)前提,在合同责任中就是加害行为的“违反合同性”(Vertragswidrigkeit)。在具体案例中,这种违反合同性现在首先也是以违反注意义务(Sorgfaltsverletzung)来说明的。例如,出现一个约定履行的结果(诸如医疗或者诉讼结果)虽然不是一种义务,但是因为合同义务人(如医生或者律师)没尽到已经指明的注意义务,这种结果才未发生;^④又比如合同当事人一方在履行给付义务时,没有尽到必要的注意义务,使自己的给付行为给另一方造成了损害,或者是合同当事人违反了给付义务外的独立的附随义务。

在这些案件中,违反注意义务不仅仅是过失的要素,而且同样满足了“违反合同性”的前提要件。^⑤ 所以,客观化的过失和合同上的不当行为常常相互转化,有时还出现理论上的相互混杂。但首先导致的一

① 对此参见 Gauch/Schlupe, Nr. 1634c f.

② 如参见 Stark, Nr. 490.

③ 全部可以归结为一句谚语:“知道就是应该。”(“Wissen” ist “müssen”!)

④ 参见 Merz, SPR VI/I, 第 121 页;关于“结果关联的履行义务”与其他履行义务的区别(“obligations de résultat”和“obligations de moyens”),参见 Gauch/Schlupe, Nr. 83a f.

⑤ 出自最近的文献,参照 Raschein, Widerrechtlichkeit und Verschulden in der Arzthaftpflicht, ZGRG 1989, S. 62 ff.; Werber, ZSR 107, 1988 I, S. 51 f.; WERRO, ZSR 108, 1989 I, S. 274, Nr. 46. 该书运用了与主流学说(略微)不同的债务概念(Schuldbegriff)。

个棘手的问题是:在违反注意义务的案件中,谁应该来承担举证责任?^① 不管怎样,有一点是确定的:只要是用注意义务来说明合同上的不当行为,那么“理性人”的形象就占主导地位,用它来衡量必要的注意义务以及违反合同性问题。

C

20. 与过失相区别的是对相当因果关系的要求(das Erfordernis des adäquaten Kausalzusammenhanges)。这是理论和实践的创造。它的目的在于“理性地”^②限定责任。^③ 依据一种引进的公式,如果依据事物的通常进程以及普遍的生活经验,某种具体的事实发生后,一般^④会造成某种损害,该结果的发生普遍被视为是由该事件促成的,那么,就说明该具体的事件是相当的(因此也是有法律意义的)损害原因。^⑤ 这在具体案件中是否合理,瑞士的法官是通过“事后诊断”(nachträgliche Prognose)来裁定的,即基于对整个损害过程的认识(由此是回溯性质的,ex post)来对该问题进行评断。^⑥

21. 这种“事后诊断”是评断相当性的基础,虽然是事后作出的,但也应该“从行为人的立场出发”。^⑦ 这里我们再次遇到“理性人”,这不足为奇。事实上,联邦法院在 BGE 85 II 354 中,判决“一个正常的人”^⑧“在

① 例如,参见 BGE 113 II 432 及以下“错综复杂的”说明;此外,Prä. 1988, 第 1040 页。有关加害人的举证责任,该判决认为受害人应证明违反合同的行为(瑞士民法典第 8 条);相反,对造成损害的合同义务人的[举证]责任,它认为他必须证明没有过错(瑞士债法第 97 条第 1 款)。

② Oftinger, Haftpflichtrecht, S. 74.

③ 有关这一问题的新文献,参见 Giger, Analyse der Adäquanzproblematik im Haftpflichtrecht, in: FS MAX-Keller, Zürich 1989, S. 141 ff.

④ BGE 93 II 337 及以下。

⑤ BGE 112 II 442; 102 II 237; Brehm, N 120 及以下关于瑞士债法第 41 条。

⑥ 证据见 Brehm, N 122 关于瑞士债法第 41 条,和 Keller/Gabi, 第 29 页。

⑦ Deutsch, Haftungsrecht, Band I, Köln 1976, S. 149.

⑧ 这也是“理性的”。也可以参见 Brehm, N 122 关于瑞士债法第 41 条,他将“规范的人”与“善良家父”(bonus pater familias)等同。

当时应该预见到的情况下”^①,就视一项损害具有相当的原因。但在文献中也存在以“理性人”为导向的相当性公式,例如要求一个“第三人依据一般的生活经验和各种情况下的知识”当时能够预见损害发生的可能性。^② 国外表述主要针对一个“明智的”(“经验丰富的”,甚至是“理想的”)旁观者的预见。^③ 但其中重要的“并不是像过失中那样狭小的交往圈子中的可预见性”,而是完全取决于“人类可能的预见能力”。^④

22. 虽然这些关于相当性因果关系的学说(只是大致的描述)充斥于“汗牛充栋”的著作中,^⑤但这一学说还是充满了不确定性。法律适用(如果“具体”一些)又回溯到了“健康的人类心智”^⑥或“实践理性”了。^⑦ 本文的目的并不在于具体研究这一问题或者对相当性理论进行评判。本文所注意的只是,瑞士的相当性因果关系理论中一直很少出现“规范人”(或者“其经验性的预见起决定性作用的第三人”),因为瑞士国内的相当性公式的通常版本放弃了调用“假设的”指导形象。

然而,只要理性人的形象出现,它就不是用作(与例如过错中情形不同)确定对真实的人的行为要求的标准。毋宁说,它仅仅服务于一个问题,即回答哪些损害后果有必要归结到(可能的)责任义务人,哪些可以减轻。确切地说,虽然这个形象是作出判决的法官使用的“辅助人”(Hilfsperson),但是他并不履行作为真实的人的榜样的任务。在具体案件中,人们对这个“辅助人”强加的认识越多,能够被评断为“相当”的后果的范围就会越来越扩大,一直到最后(如果有一个全知的人),人们所努力追求的责任限制就不再存在了。^⑧

① Zustimmend: Keller, Haftpflicht im Privatrecht, S. 49.

② Guhl/Merz/Kummer, 第62页;另参见 Von Tuhr/Peter, 第97页。

③ 论证见 Deutsch, 摘自前引文,第149页;Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, 14. Auflage, München 1987, S. 435 ff.; Esser/Schmidt, S. 529.

④ Deutsch, 前引文,第149页。

⑤ Giger, 前引文,第146页,有生动的文献证据。Guhl/Merz/Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Auflage, Zürich 1980, S. 161.

⑥ 如 Weitnauer, in: FG Karl Oftinger, Zürich 1969, S. 336 f.

⑦ Oftinger, Haftpflichtrecht, S. 76.

⑧ Larenz, 前引文,第437页,和 Brehm, N 123 关于瑞士债法第41条。

六、……及法官的角色

A

23. 在这篇介绍债法中的“理性人”的短文中,我不想非常全面地讨论,这也是根本不可能的。除了上面述及领域外,理性人发挥作用的地方还有很多:

例如,“在设施出现瑕疵时……工作物的所有人,^①在使用人的行为是理性的、符合平均水平的情况下,不可能促成事故发生的,就无须承担责任”。^② “如果承租人在租赁延续期间,^③以合理的方式(vernünftigerweise,可以理解为一个理性人)消除困难,但是没有取得成果的,主管机关可以……再次延长租赁关系”。^④ 依据瑞士债法第337条,合同解除的一个重要理由是,“在既定的情况下,依据理性的不犯错误的人的普遍观点,不能够期望解约人会延续雇佣关系”。^⑤ 在瑞士债法第340c条的意义上,任何基于理性方式可能诱发解约的理由都足以作为充分的动因。^⑥ 在一个继续性供货合同中,如果[债务人在]一年以上没有履行后,要求[债权人]验收全部剩余的给付并在一个相对较短的期限内要求履行相应的高额剩余给付,不符合对瑞士债法第107条和第109条的“理性的、不犯错误的”解释。^⑦ 而且,“按照理性的方式,只有当买主特定的权利瑕疵担保的要求没有得到满足,并由此丧失基于买卖法的请求权时,他才应援引错误”。^⑧

① 瑞士债法第58条。

② BGE 91 II 209.

③ 瑞士债法第267a条第1款。

④ 瑞士债法第267a条第2款[这是瑞士债法唯一出现“理性”(vernünftig)字眼的条文]。

⑤ AGVE 1983, S. 31 f.

⑥ ZR 85, 1986, Nr. 31, S. 69; ZR 80, 1981, Nr. 45, S. 139; ZR 79, 1980, Nr. 63, S. 126; ZR 76, 1977, Nr. 38, S. 71; SJZ 77, 1981, Nr. 47, S. 315; SJZ 73, 1977, Nr. 67, S. 238; BGE 82 II 143.

⑦ ZR 80, 1981, Nr. 89, S. 218.

⑧ BGE 114 II 136.

24. 这些例子不胜枚举。但是,所有这些使用“理性人”的例子,共同拓展了法官裁量的空间。因为事实上,是法官在代表“理性人”说话。他(法官)决定,“理性的、正确的、正派的、善意的人……”会做什么,不会做什么,什么是他想要的,什么是他当时会想要的,可以期望他什么,什么是他已经预见到的或没有预见到的。只要法官援引了“理性人”,那么,法官判决的基础就是他自己的(主观的)判断。由此,一个被设想为客观标准的东西,获得了彻底主观的一面,即使是在一个新的平台上,一个法院的平台上也如此。本文一开始就提出即理性人是一个没有血肉本质的人的观点。在理性人毕竟是由法官代表的这一意义上,本文的这一观点就需要修正了。^①

25. 这一表面客观的概念“主观化”是不可避免的,而且仅仅影响到那些不断试图在法律中找到明确逻辑的人,因为他在这里大概也会“平衡、衡量和计算”。此外,它体现了这样一个没有争议的事实:我们的法——不考虑各种制定法——依然保留了大量的“法官法”,它是由一个个判例发展起来的。这也解释了,在本文讨论的领域,为什么法学理论向着一般规则的教条式的努力戛然而止。这些规则不但没有使这一领域变得明白,反而使其变得晦涩。本文讨论的大部分问题属于“神秘”法学,或者换句话说(用维特根斯坦的话说),虽然不是“错误的”,也是“没有意义的”。^②

B

26. 但是,如果[判断理性人]很大程度上取决于法官,那么“法律

^① 参见 Atiyah, 第 19 页:“但是,事实是代表理性人的是法院。”或者,从一个英国的判例:“到现在,当事人都似乎已经完全成了没有实质的灵魂了,以至于他真实的肉身都可以优哉游哉了。取代当事人的是一个公正的、理性的人的形象。但公正的、理性的人的发言人代表的毕竟不再是抽象的人类正义概念,而是——也应该是法院自己。”(Davis Contractors v. Fareham, 引自 Atiyah, 第 18 页)

^② “大部分描述这些哲学事物的命题和问题,都不是错误的,而是没有意义的。所以,我们对这种问题不能回答,而只是确定其无意义。”(Wittgenstein, Tractatus logico-philosophicus / Logisch-philosophische Abhandlung, Schriften 1, Frankfurt am Main 1969, aufgrund der 2. Auflage 1933, Nr. 4. 003)

中的人像”就是法官的人像了。这样一来,大众就有了更加担忧的理由:坐在法官席上的人是谁?总之,是该深入和科学地研究我们的法官和他们的社会连带责任(sozialen Einbindung)的时候了。^①

目前人们研究的东西确实很多。在瑞士国立基金的支持下,研究活动(也包括弗里堡大学^②)覆盖了形形色色的领域:如“瑞士牛的符号和象征意义”、“新电视”、“有机体的装载交换程序”、“表面和分界面”、“基督教时期的耶路撒冷”、“一体的、计算机支持的书籍”、“Heteroolefin-Eisen (O)-Komplexen 的相对性”、“瑞士古代的瓷器”以及“作为积极的态度、责任和公正的教育伦理”等。

但是,我们一直缺少的是对法官立场(Richterstandes)的研究。对这一问题的研究将有助于我们更好地理解判决中的法律。^③

参考文献

(省略了相关的法律评论)

Atiyah, An Introduction to the Law of Contract, 3. Auflage, Oxford 1981。

Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988; Deschenaux/Tercier, La Responsabilité Civile, 2. Auflage, Bern 1982。

Engel, Traité des Obligations en Droit Suisse, Dispositions Générales du CO, Neuchatel 1973; Esser/Schmidt, Schuldrecht, Band I, 6. Auflage, Heidelberg 1984。

Fleming, An Introduction to the Law of Torts, 2. Auflage, Oxford 1985。

Gauch, Vertrag und Parteiwille, in Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg 1982。

Gauch/Schlupe, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner

^① 已经参阅 Cohen 假设, 前引文, 第 846 页。

^② 以下的例子来自 1987/88 年度的校长公报。

^③ Cohen, 前引文, 第 846 页。

Teil, 4. Auflage, Zürich 1987; Gauch/Schluép/Tercier, *Partie Générale du Droit des Obligations*, 2. Auflage, Zürich 1982; Gohl/Merz/Kummer, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 7. Auflage, Zürich 1980; Keller, *Haftpflicht im Privatrecht*, Bd. 1, 4. Auflage, Bern 1979.

Keller/Schöbi, *Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts*, 3. Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1988.

Keller/Gabi, *Das [203] Schweizerische Schuldrecht, Band II, Haftpflicht - recht*, 2. Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1988.

Merz, *Vertrag und Vertragsschluss*, Freiburg 1988.

Of - Tinger, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band 1*, 4. Auflage, Zürich 1975.

Rabin, *Perspectives on Tort of Law*, 2. Auflage, Boston und Toronto 1983.

Stark, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2. Auflage, Zürich 1988.

Von Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zürich 1964.

Von Tuhr/Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Band 1, 3. Auflage, Zürich 1979.

Werro, *La Capacité de Discernement et la Faute dans le Droit Suisse de la Responsabilité*, Diss. Freiburg 1986.

Yung, *L'Interprétation Supplétive des Contrats*, in YUNG, *Études et Articles, Mémoires Publiés par la Faculté de Droit de Genève*, Nr. 32, 1971, S. 185 ff.; derselbe, *L'Acceptation par le Silence d'une Offre de Contracter*, in YUNG, *Études et Articles, Mémoires Publiés par la Faculté de Droit de Genève*, Nr. 32, 1971, S. 209 ff.

(译者系中国社会科学院法学研究所副研究员)