

Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts *

by Peter Grauch **

trans. Chang Peng-ao ***

*

In recht, 1996, pp. 225-239. In the process of translating, Prof. Grauch explained some points of this article to me with enough patience and great passion. Here I will express my gratitude to Prof. Grauch and his wife for their care during my stay in Switzerland. In addition, I would like to thank Mr. Obed Henry and Mr. Li Bin for their help relating to the translation of French phrases in this article.

**

Prof. Dr. iur. in Fribourg University (Switzerland), one of the most famous civil law scholars in modern Switzerland.

Dr. iur., one of the research fellows in the Institute of Law, Chinese Academy of Social Science.

侵权法的基本概念*

彼得·高赫** 著

常鹏翱*** 译

一、引言

任何对侵权法的专门研究,都不能忽略基础理论,故而,以“侵权法的基本概念”为论题,本身就有正当性。要探讨该论题,就要以《瑞士债法》第41条第1款为切入点。该条文的内容为大家所熟知,但在此再次提及也不为过。该条的措辞表达为:“因故意或者过失而不法致他人损害者,要负担赔偿义务”(Wer einem andern widerrechtlich

* 本文原载瑞士《recht》杂志,1996年,第225—239页。本文标题为“Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts”,直译应当是“合同之外的损害赔偿法的基本概念”,由于“合同之外的损害赔偿法”在瑞士就是侵权法,故将其译为“侵权法”。在翻译过程中,译者就文中的相关问题请教了高赫教授,他一一给予耐心细致的回答,在此特致深深的谢意,并感谢其伉俪对译者居留瑞士期间的照顾。另外,瑞士弗莱堡大学的Obed Henry先生、法国巴黎第一大学博士研究生李滨先生帮译者翻译了文中的有关法语表述,中国社会科学院研究生院法学系博士研究生隗斌小姐帮译者指明了可能的德文译误并加以修正,在此一并感谢。——译者注

** 法学博士,瑞士弗莱堡大学教授,当代瑞士最著名的民法学者之一。

*** 法学博士,中国社会科学院法学研究所研究人员。

Schaden zufuegt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlaessigkeit, wird ihm zum Ersatz verpflichtet)。或者是与其稍有出入的法文表达:“Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer”。

《瑞士债法》第41条第1款有关构成要件的表述包含了四个侵权法的基本概念,它们是:

- 损害(“wer Schaden zufuegt”);
- 因果关系(“wer Schaden zufuegt”);
- 违法性(“wer widerrechtlich Schaden zufuegt”);
- 过错(“sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlaessigkeit”)。

我将在下文探讨这些基本概念^[1],而且,我必定要限于阐释所限定的方面,这一点当属不言而喻。不过,在这些概念之外,我还将《瑞士债法》第41条第1款所未提及的赔偿问题列入探讨的范围。我所阐述的对象是当今仍在适用的法律状况,故而,因法律修订的讨论而提出的修改建议不在考虑之列。这方面的建议^[2]及其评价所产生的“东西”如此之多,足以为此特设一个专刊。

二、损 害^[3]

(一) 他人所引致的损害是产生损害赔偿责任的第一个要件

它由此限制了赔偿责任的数额,据此,损害赔偿的给付在数额上不能超过应填补的损害。“惩罚性赔偿”^[4]是美国法的一种固有制度,(幸运的是)瑞士侵权法对它并不熟悉。^[5]不过,赔偿义务人应支付的“赔偿数额”也许能低于实际产生的损害(《瑞士债法》第43条以下)。而且,还有法律条文将有赔偿能力(ersatzfaehig)的损害限定于特定的责任情形(如新近的《瑞士产品责任法》第1条和第6条)。

[1] 对此,也可参见弗勒曼:《侵权法的新发展》,载《AJP》,1995年,第878页以下(Fellmann, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, AJP 1995, S. 878 ff.)。

[2] 参见侵权法整体修订研究委员会自1991年8月以来的报告。

[3] 概括性综述,参见奥弗丁格尔、斯塔阿克:《瑞士侵权法总则》第1卷,第5版,苏黎世,1995年版,第70页以下(Oftinger/Strak, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., Zuerich 1995, S. 70 ff.); 德舍诺、泰尔西:《民事责任》,第2版,伯尔尼,1982年版,第45页以下(Deschenaux/Tercier, La responsabilité civile, 2. Aufl., Bern 1982, S. 45 ff.; 埃矣:《侵权法》,苏黎世,1995年版,边码151以下(Rey, Ausservvertragliches Haftpflichtrecht, Zuerich 1995, Nr. 151 ff.)。

[4] “由于原告诉求所指向的行为具有荒诞、鲁莽、恶意或者暴虐的特征,故而,可提高应予赔偿的损害数额,并将之作为损害。”——Ballantine 法律词典。

[5] 不过,《瑞士债法》第337C条第3款和《瑞士男女平等法》第5条中的“赔偿”具有“惩罚特征”。

(二)上述内容已众所周知,也没有太多的问题

同样为大家所熟知的是“身体损害、物的损害和其他损害”〔6〕的通常划分。不过,一旦我们探究损害的概念,问题就非常复杂了,我们在此看到了现代损害赔偿理论的第一个争论点。

1. 瑞士联邦法院基本上适用的是损害的古典概念,其表述为:

损害是非出于本意的纯财产的减少。它可以是正资产的减少,也可以是负资产的增加,还可以是利润的减损,而且,依据通常见解,它符合现有财产状况与未发生损害事实情况下财产所应有的状况之差额(《瑞士联邦法院判例集》第116卷第2册,第444页;另参见《瑞士联邦法院判例集》第115卷第2册,第481页和第120卷第2册,第298页)。

无疑,这个古典概念有其不足之处,因为直到今天,私法学说尚未能清晰地阐明“财产”这个基本概念。〔7〕上述的损害概念并非一向没有争议。〔8〕差额理论是上述概念的基础,但它将整体财产——而非受到损害的法律利益(Rechtgut)——作为损害的关联点,就此而言,其大概也遭到了否定。〔9〕此外,“规范性”损害概念(“normativer” Schadensbegriff)尝试对究竟是否存在损害的问题进行价值判断,由此导致对“商业化损害和挫折性损害”(Kommerzialisierung-und Frustrationsschaden)的原则性认可。〔10〕在诸如涉及对收益可能性或者使用可能性之减损的“赔偿”的情形,或者涉及对单纯丧失劳动能力——丧失能力本身——的“赔偿”的情形,商业化的想法发挥了作用。挫折性的想法得到了“利用”,意在让自愿但却无益的支出获得赔偿能力。

2. 在立法者放弃对损害的概念进行界定之后,人们普遍认为,也应该对古典概念进行批判性思考。按照经济实用科学,无论如何都没有任何理由,从一开始就拒绝商业化的想法或挫折性的想法。〔11〕在原则上否定挫折性的想法(“假期案”即如此,参见《瑞士联邦法院判例集》第115卷第2册,第481页),〔12〕甚至与对无益支出之赔偿一

〔6〕更详细的论述,参见前注3,德舍诺、泰尔西书,第48页。

〔7〕让人印象深刻的论述,参见托马斯·考勒:《私法中财产概念之主观化的评释》,载《recht》,1994年,第25页以下(Thomas Koller, Bemerkungen zur Subjektivierung des Vermögensbegriffs im Privatrecht, recht 1994, S. 25 ff.)。

〔8〕前注3,埃矣书,边码173以下。

〔9〕参见洪赛尔:《瑞士侵权法》,苏黎世,1995年版,第4—5页(Honsell, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zuerich 1995, S. 4 f.)。

〔10〕完整的论述,参见高赫、施律普:《瑞士债法·总则》第2卷,第6版,苏黎世,1995年版,边码2632以下(Gauch/Schluep, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 6. Aufl., Zuerich 1995, Nr. 2632 ff.; 前注3,埃矣书,边码173以下。

〔11〕前注10,高赫、施律普书,边码2655以下。

〔12〕比如,洪赛尔也否定这一点,参见前注9,洪赛尔书,第65页。他认为,承认针对挫折费用支出的损害赔偿请求权,将大大掏空无财产损害就无需金钱赔偿这一原则。

点都不陌生的法律(例见《瑞士债法》第26条第1款、第404条第2款或者第475条第2款)产生了矛盾。而且,一旦所预设的目的使其确有必要,连联邦法院似乎也从其固有的概念文化的普洛克罗斯忒斯之传统上解放出来。新近的家务损害(Haushaltschaden)判决对此提供了例证,对此,联邦法院在最近公布的一份判决中这样写道:

本判决认为……责任人因此不只要赔偿因家庭主妇停止干活而雇佣家务帮工所支出的具体费用。更确切地讲,所要赔偿的是……因侵害家务劳动能力而产生的经济价值损失,即它不取决于该价值损失是否导致聘用替代性劳力,是否致使因局部残废而增加费用,是否引致亲属的补充要求,或者是否导致蒙受家务质量降低的损失(参见《瑞士联邦法院判例集》第99卷第2册,第222—223页,第2点,等同于《瑞士联邦法院实务》第62卷,边码192)。故而,本判决认为,家务损害的特殊性在于,虽然它不能反映在附加的支出中,由此根本就没有发生财产减损,但仍要给予赔偿。就此而言,责任人要对规范性损害承担责任(《瑞士联邦法院实务》,1995年非正式出版,边码172,第556页)。

3. 刚刚引用的法院论点明确突破了古典损害概念的禁忌,^[13]原则上颇值赞同,因为不能容许让必要的法律发展触礁于传统概念。但即使从结果上看,最高法院有关家务损害的判决具有说服力,因为它将因家庭成员共同生活以及家庭主妇在家庭聚合中的特殊地位而产生的要求,在评价标准上置于学理原则之上。如果涉及因侵害家庭主妇而产生的家务损害,判决肯定也没有两样。而且,我认为,这也同样能适用于类婚姻共同体(eheähnliche Gemeinschaft)中的家务范围。^[14]至于联邦法院是否赞同这样的观点,其家务损害的判决能“延及”到多大范围,目前尚无从评说。^[15]

[13] 对此,也可参见前注1,弗勒曼文,第882页以下;泰尔西之文,载泰尔西、威逵:《民事责任的基本概念:新意?》,第13—14页(Tercier, in: Tercier/Werro, Les grandes notions de la RC: Quoi de neuf?, S. 13 f.)。

[14] 相同的观点:同前注13,泰尔西文,第14页;也可参见 Zweibrücken 州法院的判决,载《NJW》,1993年版,第3207页(NJW 1993, S. 3207.)。

[15] 又如,教会共同体中也存在类似的问题。在1966年1月14日的一份专家意见中,彼得·亚吉(Peter Jaeggi)就探讨了这样一个问题,即纵然某一教会修道士遭受了事故损害,但就其在教会的工作而言,他具有完全的工作能力,因此也就没有任何的人身上的请求,他是否能因为劳动能力的减损而请求赔偿损害?亚吉对此持肯定意见:事故受害人在经济上与教会完全融为一体,故而,致其劳动能力遭受损失的损害立刻对教会共同体产生了影响,而且正因此,它正是教会所遭受的直接反射损害。这种见解以一种一般性的原则为基础,该原则适用于在某种广义经济联合的意义上与事故受害人完全或者部分结合起来的各种情形。

在一起类似的案子——受事故伤害的是某本笃会修道院主管风琴的修道士——中,Cell州高等法院——尽管德国法院判决有较高的“赔偿乐趣”(Ersatzfreudigkeit)——基于不同的理由以及有关已婚家庭主妇的家务损害的判决无从适用于这种案子的观点,作出了相反的判决[Cell州高等法院的判决,载《NJW》,1988年版,第2618页(NJW 1988, S. 2618)]。

(三)显然,诸多法学家仍在论争“正确的”损害概念

与损害学说联系在一起的讨论的其他问题——特别是纯经济损失(reine Vermoögensschaden)、反射损害(Reflexschaden)和“机会损失”(perte d'une chance)——同样存有论争。不过,这三个问题的范围超出了损害学说的范围:

——纯经济损失(purely economic loss)对许多国家侵权法的研究产生了有益的影响,瑞士也如此。^[16]其特点在于,它与侵害某种绝对的受保护的权利——更确切地讲,是诸如身体、生命或者所有权这样的“绝对的受保护的利益”——无关。在瑞士,有疑问和有争议的是这个问题,即在什么条件下,纯经济损失才能满足违法性——通常是成立侵权责任所必要的构成要件(对此参见下文第四部分)。

——某人之所以有反射损害,原因在于,另一人(如雇员或者亲属)首先遭受到某一引致损害之事件(如身体受伤或者死亡)。其(反射损害的)特征恰恰限于因果关系发展的特殊性。^[17]可是,造成第一损害之人是否也要对反射损害承担责任这个问题一直得不到解决^[18],这很令人惊奇,不过,可能由此能说明,法学概念所显示出的法学独立存续的趋势。实际上,将所谓的反射损害搞得不同于侵权法中其他任何一种损害,根本就没有道理。^[19]只要满足连同违法性要求在内的侵权责任要件^[20],即不考虑因果关系发展的特殊性,引致反射损害之人就要对此承担责任。^[21]不过,在不少情形下,反射损害被当作一种纯经济损失来看待,这种损失要根据受到反射损害之人来进行评定,并在得到同意的情况下^[22],归为前文所提及的纯经济损失之问题。由于

[16] 更详细的论述,参见高赫、斯维特:《纯经济损失的侵权责任》,载《克勒注释文集》,苏黎世,1989年版,第117页以下(Gauch/Sweet, Deliktshaftung fuer reinen Vermoögensschaden, in: FS Keller, Zuerich 1989, S. 117 ff.);劳安蒂:《纯经济损失的责任》,载《recht》,1990年,第19页以下(Lorandi, Haftung fuer reinen Vermoögensschaden, recht 1990, S. 19 ff.)。

[17] 参见前注3,奥弗丁格尔、斯塔阿克苏,第93页以下。联邦法院使用的定义有所不同,见下注21。

[18] 更详细的论述,参见布海姆:《伯尔尼人评注民法典》对《瑞士债法》第41条的评注,边码17以下(Brehm, Berner Kommentar, N 17 ff. zu Art. 41 OR);迈伊尔汉斯:《屹立不倒的反射损害》,载《recht》,1994年,第202页以下(Meierhans, Der immer noch nicht bewaeltigte Reflexschaden, recht 1994, S. 202 ff.);古洛(编):《责任法的最新发展》,苏黎世,1991年版,第239页以下[Gullod (Herausgeber), Développements récents du droit de la responsabilité, Zuerich 1991, S. 239 ff.]。有关联邦法院的判决,参见本注,迈伊尔汉斯文,第204页以下;《瑞士联邦法院判例集》第112卷第2册,第124页以下的摘要。

[19] 参见前注3,奥弗丁格尔、斯塔阿克苏,第93页以下。

[20] 对于是否满足违法性要求的问题,仅取决于反射损害。违法的必须是反射受害者自己所遭受的损害(参见前注3,奥弗丁格尔、斯塔阿克苏,第95页)。

[21] 就结果而言,这倒也符合现今联邦法院的判决(《瑞士联邦法院判例集》第112卷第2册,第125页以下),不过,该判决将非法引致的反射损害作为直接损害而加以处理(另参见《瑞士联邦法院判例集》第102卷第2册,第89页),这很不幸地导致概念混淆。为了避免误解,一定要注意:根据联邦法院的界定,“如果与受害人有关之人处于损害结果和受害人之间的因果链条之中时”,非法行为的受害人同时也是直接的(不是反射的)受害人(《瑞士联邦法院判例集》第112卷第2册,第222页)。

[22] 这也取决于其损害——而非第一受害人的损害——是否为纯经济损失。

《瑞士债法》第45条第3款明确规定了对供养人损害这种反射损害——一种纯经济损失——的赔偿责任,故供养人损害的法律状态没有什么疑问。

——“机会损失”^[23]主要源于证明问题。它首先在法国法系发展起来^[24],按照它的理念,连丧失某一机会——取得某一确定要增加的财产或者避免某一要减少的财产——也会是一种独立的损害。在以下情形下,这种观念将具有实际意义:比如,一位在比赛即将开始之际而受伤的网球明星在事后对于损害赔偿请求的说明中主张,他原本可以赢得这一场因其受伤而错失的比赛以及该笔优胜奖金;又如,某一病人声称,如果得到了主治医生的正确诊断,其病情恶化以及与此相关的治疗费用的开销就能够避免。根据如今的实证法律,在上述情形下,瑞士的法官只有一个选择,即基于既有的证据,来认定这些针对责任人而提出的主张是否恰当,而这要导致判定或者驳回这些具有效力的损害赔偿请求。^[25]根据前文所提及的这个法律制度,即机会损失,法官有权根据所丧失的赢取比赛的机会或者治愈机会的百分比,来判决应赔偿的损害份额(如奖金或者费用的60%)。尽管该制度能让判决显得精练,但在我们这里所适用的原则相当顽固,恐怕难言它很快会在瑞士法中占据一席之地。尽管如此,该制度的适用情形会相当广泛,甚至涉及侵权法之外。“在医生侵权、剥夺参赛以及因为律师而错过上诉期的情形之外,还要考虑诸如股份公司的经营管理上的失误——否则,该公司就不会蒙受某一具体损失的情形。”^[26]

三、因果关系^[27]

(一)根据《瑞士债法》第41条第1款,只有加害人的行为和所发生的损害之间存在因果关系,责任才能构成

这也可以类推适用于其他责任情形。这一要求也适用于,损害由某一客观情势所引起,而加害人应对该客观情势承担责任的情形。众所周知,因果关系被区分为“自然

[23] 此外,参见斯塔阿克:《瑞士法中的“机会损失”》,载古洛(编):《责任法的最新发展》,苏黎世,1991年版,第101页以下[Strak, Die “Perte d’une chance” im schweizerischen Recht, in: Gullod (Herausgeber), *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Zuerich 1991, S. 101 ff.]。

[24] 参见莎巴斯:《法国法上的机会丧失》,载古洛(编):《责任法的最新发展》,苏黎世,1991年版,第131页以下[Chabas, La perte d’une chance en droit français, in: Gullod (Herausgeber), *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Zuerich 1991, S. 131 ff.]。

[25] 在作出肯定判决的情形中,法官根据《瑞士债法》第43—44条确定了应赔偿之损害的范围,不过,这并未改变本文所提及的选择。

[26] 前注23,斯塔阿克文,第109页。

[27] 概括性综述,参见前注3,奥弗丁格尔、斯塔阿克书,第106页以下;前注3,德舍诺、泰尔西书,第52页以下;前注3,埃矣书,边码516以下。

的”(natuerliche)因果关系和“充分的/相当的”(adaequate)因果关系,故作为责任要件的因果关系有着双重的视角。〔28〕

1. “自然的”因果关系也称为“逻辑的”因果关系或者“实质的”因果关系。〔29〕如果在该情势和损害之间存在此意义上的“条件关联”,即该情势是不可或缺的,没有它也不会发生该损害,那么,根据必要条件(condicio sine qua non)这个继受的公式,“自然的”因果关系已然存在。

刚刚提及的这个公式就像是瑞士侵权法中的漂砾,但对它的批评之声却从未断绝。〔30〕特别是,很显然,这个公式不宜从事实的——也即“自然科学的”——角度回答因果关系问题。更确切地说,它使用了一个纯粹的假设,当涉及到由疏忽所致的损害时,这一点表现得尤其明显。〔31〕可是,主流学说和判决认为,“自然的”因果关系问题是一个事实问题,并由此剥夺了联邦法院的审查权限。〔32〕

将来肯定要考虑能否用更好的标准来替代这个“必要条件公式”(Condicio-Formal)。目前,尚未见到切实可行的可供选择的建议。这是因为,只有少数法学家对现代物理学的革命性认识有所了解,而这对于认真考虑超越这个因果关系的问题确有其必要。

2. “相当的”因果关系。这是学理和实务上的一个创造,其目的旨在限定责任。〔33〕如果根据事物发展的通常过程和一般的生活经验〔34〕,一个具体事件通常能够引致某种损害,因此,通过该事件而让该结果的产生通常显得顺理成章,那么,根据上述那个继受公式,该事件就是该损害的充分的——因此也是具有法律意义的——原因。〔35〕具体情况中是否如此,法官就要通过“事后预测”的方式进行判断,即法官要了

〔28〕 对此,也可参见克阿穆尔:《侵权法中的因果关系:理论和实务的新动向》,载《ZBJV》,1987年,第289页以下(Kramer, Die Kausalitaet im Haftpflichtrecht: Neue Tendenzen in Theorie und Praxis, ZBJV 1987, S. 289 ff.)。

〔29〕 参见前注18,布海姆文,边码105。

〔30〕 参见洪赛尔:《侵权法的发展趋势》,载洪赛尔、埃矣编:《斯塔阿克之研讨·侵权法的新发展》,苏黎世,1991年版,第30页以下[Honsell, Entwicklungstendenzen im Haftpflichtrecht, in: Honsell/Rey (Herausgeber), Symposium Stark, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, Zuerich 1991, S. 30ff.]。

〔31〕 “疏忽本身不能产生从外部可见的后果,故而,就此而言,是没有因果关系的。但是,如果人们认为疏忽和损害之间存在自然的因果关系,那么,这种外来的假设所产生的后果是:人们将事实上的结果与假设的结果进行比较,如果有意而为之的行为替代了疏忽之行为,那就会产生事实上的结果。”(前注18,布海姆文,边码108)。实际上,如此并不能产生“自然的”因果关系,而是产生“规范的”因果关系(前注30,洪赛尔文,第31页)。

〔32〕 参见前注18,布海姆文,边码110,该文有提示;前注28,克阿穆尔文,第291页。

〔33〕 参见吉戈尔:《侵权法中充分性问题的分析》,载《克勒注释文集》,苏黎世,1989年版,第141页以下(Giger, Analyse der Adaequanzproblematik im Haftpflichtrecht, in: FS Keller, Zuerich 1989, S. 141 ff.)。

〔34〕 《瑞士联邦法院判例集》第93卷第2册,第337—338页。

〔35〕 参见《瑞士联邦法院判例集》第102卷第2册,第237页;《瑞士联邦法院判例集》第112卷第2册,第442页;前注18,布海姆文,边码120以下;前注3,奥弗丁格、斯塔阿克书,第110页以下。

解整体的损害发展过程——并由此采用向后看的视角(ex post)——来分析这个问题。^[36]

——直到如今,也没有人科学地研究瑞士法官在实践中是如何进行判断的。尽管研究相当因果关系理论的“著作如浩瀚水流一样绵绵不绝”^[37],但“现实中的”法官在进行裁判时,能由相当因果关系理论的复杂公式所支配,这一点至少看上去不能令人信服。当该理论充满不确定性,而将法律适用者——如果是“具体”的——引导至“常人的理解”^[38]或者“实践的理性”^[39],就越是如此。考虑到这一点,如果判断者只是想用这个公式在嗣后从“法学上”揭示出某种“理性的”先见,也就不足为奇了。此外,看一下司法实务,在此,相当因果关系理论基本上不产生排除责任的后果。更确切地说,法院实务^[40]倾向于经常连独特的——换言之,“特殊的后果”——也归责于加害人。^[41]

——无论如何,可以确定的是,有关“相当因果关系”的理论本来与“原因”无关,^[42]而是提供了一种“调整措施”(Korrektiv),从而可以从规范上排除完全不可能发生之损害后果的可归责性。尽管面对诸多的非难,^[43]尽管存在形形色色的替代理论,^[44]相当因果关系理论在瑞士侵权法的制度陈列馆中牢牢占有一席之地,并延续至今。^[45]从该理论的部分内容来看,它虽然未被列入过错责任的范围,^[46]而德国人

[36] 有关论据,参见前注18,布海姆文,边码122;前注3,奥弗丁格尔、斯塔阿克书,第115页。

[37] 参见前注33,吉戈尔文,第146页,该文提供的文献名录让人印象极为深刻。

[38] 参见维矣特瑞尔之文,载《奥弗丁格尔注释文集》,苏黎世,1969年版,第336—337页(Weitnauer, In: FG Oftinger, Zuerich 1969, S. 336 f.)。

[39] 奥弗丁格尔:《瑞士侵权法·总则》第1卷,第4版,苏黎世,1975年版,第76页(Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., Zuerich 1975, S. 76.)。

[40] 有关联邦法院实务中的判例,参见高赫、埃普里、卡撒瑞娃:《瑞士债法总则·联邦法院的判例》,第3版,苏黎世,1992年版,第94—95页(Gauch/Aeppli/Casanova, OR Allgemeiner Teil, Rechtsprechung des Bundesgerichts, 3. Aufl., Zuerich 1992, S. 94 f.)。

[41] 参见前注1,弗勒曼文,第883页。此外,该文还指出了这种危险:“联邦法院要依赖于联邦保险法院的实务,据其判决,只要受害人不承受损害具有社会正当性,即使对最特殊的健康损害,该事故也构成充分的原因。”

[42] 参见前注3,奥弗丁格尔、斯塔阿克书,第109页。

[43] 前注18,布海姆文,边码150以下予以证明;也可例见前注13,泰尔西文,第23页以下。

[44] 比如规范目的理论。

[45] 参见前注3,奥弗丁格尔、斯塔阿克书,第109页以

[46] 例见前注3,德舍诺、泰尔西书,第61页;立场接近但更审慎的论文,参见谷勒、迈尔茨、考勒:《瑞士债法》,第8版,苏黎世,1991年版(1995年重印),第65页[Guhl/Merz/Koller, Das schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., Zuerich 1991 (Nachdruck 1995), S. 65.]。

认为,相当因果关系的准则在危险责任领域被特定危险的准则所排斥。^[47]涉及过错责任,我的看法是,相当性并非能够使故意责任之界分具有正当性的准则,这一点是可以肯定的。

(二)正如刚刚所见,因果关系的理论提供了已经涉及基础部分的、丰富多彩的研究素材

此外,还有一些法学家——而且至今——都在研究的特殊问题,如“因果关系的中断”、“心理上促成的因果关系”、^[48]“受害者的不当行为”,不过,首当其冲的是:

——累积的因果关系和可选择的因果关系(Die Faelle der kumulativen und alternativen Kausalitaet)。它们的含义很容易混淆。就累积的因果关系而言^[49],尽管其否定了“必要条件公式”,但无疑在给定的前提下,所有的“肇事人”都要承担责任。就可选择的因果关系而言^[50],只有必须对实际的损害原因负责之人才承担责任;而这会引致证明问题。不过,要审慎判断实际上是否具有《瑞士债法》第50条第1款规定的情形。根据洪赛尔(Honsell)提出的“扩张建议”,如果不能查明多个参与者中究竟是谁造成了损害,就应在原意上适用《瑞士债法》第50条第1款。^[51]我的看法是,就该建议的类推结论而言,由于缺乏构成要件的等值性这一前提^[52],故不应采纳该建议。进行下面这个重要的区分非常有价值,即是多个人共同造成了损害,还是不确定多个人中究竟谁是肇事人。尽管有人认为,《瑞士债法》第50条在司法实践中的适用,在很多案例中导致因果关系未经证明即要承担责任,^[53]这一论断根本就未改变这一清晰的法律状况,而至多是法院实务要适合现行法律的一个根据而已。

——超越性的因果关系和假设的因果关系(Die Faelle der ueberholenden und der hypo-

[47] 参见拉伦茨、卡纳里斯:《债法教科书II/2·分论》,第13版,慕尼黑,1994年版,第604页(Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, Besonderer Teil, 13. Aufl., Muenchen 1994, S. 604.)。此处有德国联邦最高法院判决的提示。

[48] 如紧急救助案、逃离案等。

[49] 在累积的原因关系,同一损害牵涉到多个原因,其中每一个自身都足以引致该损害。这方面的范例为:两个农民——彼此独立地——将污水引入一个鱼塘,而且,他们每个人所造成的污染都足以导致鱼塘中的鱼死亡(前注30,洪赛尔书,第33页)。

[50] 对于可选择的因果关系,人们的看法是,在多个原因中,只有一个原因能在因果关系的考虑范围之内。这方面的事例为:某人健康受损害要么与吞服A公司的药物有关,要么与吞服B公司的药物有关。

[51] 前注30,洪赛尔书,第33页。

[52] 有关该要求,参见迈伊尔—哈约茨:《伯尔尼人评注民法典》对《瑞士民法典》第1条的评注,边码347(Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 347 zu Art. 1 ZGB)。

[53] 阿勒弗里德·考勒文,载古洛(编):《责任法的最新发展》,苏黎世,1991年版,第168页[Alfred Koller, Diskussionsbeitrag in: Guillod (Herausgeber), Développements récents du droit de la responsabilité civile, Zuerich 1991, S. 168.]。

thetischen Kausalitaet)。〔54〕就超越性的因果关系而言,仅仅由于有关损害是A无需对之承担责任的另一个事件所造成的,故一项A要对之承担责任的可能的损害原因才不产生作用。〔55〕这个法律状况是清晰的。A不用承担责任,是因为他根本就没有引致损害。不过,这通常只适用于“另一个”事件不属于第一原因之因果关系范围的情形。〔56〕

就假设的因果关系〔57〕而言,A原则上要为之承担责任的一个事件在客观上引致了损害的发生,但如果该事件并不占先,另一个事件同样也要导致该损害的产生。〔58〕那么,根据“必要条件”理论,在缺失作为责任之基础的因果关系时,A能否以损害无论如何都会发生为由,来主张免除其损害赔偿的责任?这个问题尤其与所谓“计划案”(Anlagefalle)一致,仍旧争论不休(有关看法,参见《瑞士联邦法院判例集》第115卷第2册,第443—444页〔59〕)。正确的看法是将这个问题简化为估算损害的问题。〔60〕

——在容易发病体质的情形(Die Falle der konstitutionellen Praedisposition),某一损害“仅由于以下原因而发生或者扩大,即有权获得赔偿之人因为疾病、素质或者畸形而特别容易发病。”〔61〕受害人在这种意义上的易发病体质——连同心理构造上的缺陷〔62〕——原则上不是免除或者减轻加害人赔偿责任的免责事由。更确切地说,要适

〔54〕参见前注18,布海姆,边码147—149。不过,这些术语并不具有内在的一致性,故而,如果“超越性的”因果关系的用意是“假设的”因果关系,则人们有时也称谓“假设的”因果关系,反之亦然(参见前注3,奥弗丁格尔、斯塔阿克苏书,第259页)。

〔55〕这方面的事例为:一个致命伤的受害者并未死于该伤害,而是死于与此无关、且早于该伤害发生的心力衰竭。

〔56〕比如,致命伤的受害者死于医院运载过程中的意外事故或者医生的医疗错误,如果人们认可因果关系的充分性,那么,加害人要对该死亡后果承担责任。

〔57〕这有别于“合法的可选择行为”。对此,参见前注28,克阿穆尔文,第292页以下;前注3,埃矣书,边码644以下。

〔58〕这方面的事例为:一个受伤者在通向机场的道路上死亡,但无论如何,他都要死亡,因为他预定乘坐的飞机此后坠毁了。

〔59〕前注3,埃矣书,边码611—612列有新近的文獻。

〔60〕参见前注3,奥弗丁格尔、斯塔阿克苏书,第250页以下;有关问题的全部维度,另参见前注28,克阿穆尔文,第301页以下。

〔61〕朗格:《损害赔偿》,第2版,图宾根,1990年版,第130页(Lange, Schadensersatz, 2. Aufl., Tuebingen 1990, S. 130.)。这个术语也没有内在的一致性,其中,“易发病体质”这个用语有时也用于支持所谓的“基础案”。(参见前注3,奥弗丁格尔、斯塔阿克苏书,第143—144页,参考文献b.)

〔62〕参见前注3,奥弗丁格尔、斯塔阿克苏书,第276页以下。

用这个原则:加害人必须按照实事求是的方式同意权利人的赔偿请求。〔63〕相应地,德国和瑞士法院的判决都认可这个原理〔64〕:“对一个健康状况不佳之人施以不法行为者没有权利被置于如此地位,就像他侵害了一个健康之人一样。”〔65〕(例如,《德国联邦最高法院民事判例集》第20卷,第137页、第139页;瑞士的实践相同,但没有“来源说明”。)〔66〕

不过,这个原则的地位由此而动摇,即法院判决和学说意欲在特殊的——“极其罕见的”〔67〕——例外情形,减少或者免除加害人的赔偿责任,〔68〕这一点——如果其应然如此——可以通过缺乏必要因果关系或者借助《瑞士债法》第44条的理念而得到“论证”。这种动摇本身反映了特定的交易观念,据此,必须划定“生理或者心理免疫力之缺陷的底线,从而限定赔偿责任人的风险范围”。〔69〕不过,就该底线应划在哪里这个问题而言,并无普适性的——公式化的——答案,因为要具体情况具体对待。〔70〕这也适用于那些案例,因为这种易发病的体质在于某种神经官能症体质,〔71〕但没有说明相对于生理构造上的缺陷,降低易引发神经机能症之体质的地位具有正当性。故而,要强调生理构造上的缺陷,是因为判例法——正如它被布海姆(Brehm)在《伯尔尼人评注民法典》对《瑞士债法》第44条的评注之边码59所引用的——产生了不同的影响。

〔63〕 参见前注61,朗格书,第131页。这也能适用于其他情形,特别是被杀害者或者受伤者有相当高收入的情形。法律特别规定的规则对此有所保留,它们允许基于上述理由来降低损害赔偿责任(例如,《瑞士联邦道路交通安全法》第62条第2款;又如,《瑞士联邦铁路运输企业、轮船运输企业和邮政侵权责任法》第4条)。《瑞士债法》没有这样的保留,奥弗丁格尔、斯塔阿克没有认识到这一点,而认为这一点具有正当性,即“由于没有侵权法的困境,有不寻常高收入的人应承担其收入下降的那部分损失”(前注3,奥弗丁格尔、斯塔阿克书,第410页)。埃矣则持相反意见,他认为可将“不寻常的高收入”视为《瑞士债法》第43条所规定的情势(前注3,埃矣书,边码438)。

〔64〕 前注61,朗格书,第130页。

〔65〕 “不法侵害一个健康状况不佳之人,加害人对此没有抗辩之权,因为他如此而为,正如侵害一个健康之人。”

〔66〕 参见《瑞士联邦法院判例集》第113卷第2册,第90页。当所涉及的是特别脆弱的物或者动物,则是另一种法律状况,即“加害人不能像对生理或者心理构造上有缺陷的人承担责任一样,对这样的脆弱性负责”(前注61,朗格书,第133页)。

〔67〕 前注3,奥弗丁格尔、斯塔阿克书,第143页。

〔68〕 参见《瑞士联邦法院判例集》第113卷第2册,第90页;布海姆:《伯尔尼人评注民法典》对《瑞士债法》第44条的评注,边码54以下(Brehm, Berner Kommentar, N 54ff. zu Art. 44 OR);前注3,奥弗丁格尔、斯塔阿克书,第142—143页。

〔69〕 前注61,朗格书,第132页。

〔70〕 奥弗丁格尔、斯塔阿克甚至认为,至于“对损害负责之人因责任保险而得以赔付的”,保险问题也要在评判的范围之内,因为它在实践中排除了减少赔偿责任的可能。参见前注3,奥弗丁格尔、斯塔阿克书,第143页。

〔71〕 例见克勒·阿勒弗里德:《私法中的责任》第1卷,第5版,伯尔尼,1993年版,第75—76页(Keller Alfred, Haftung im Privatrecht, Band I, 5. Aufl., Bern 1993, S. 75 f.)。

——受惊吓损害的第三人(Die Schocksschaeden Dritter)。这所涉及的是因为心理作用而引发的人身损害,因此也涉及最高法院判决——《瑞士联邦法院判例集》第112卷第2册,第118页以下——所说的违法损害。这种情形的典型是:某人直接亲历了致其亲属死亡的事件或者间接得知此事,因此而遭受精神惊吓。对该事件承担责任之人是否也要为该惊吓损害承担责任?联邦法院针对——在刚刚提及的《瑞士联邦法院判例集》第112卷第2册,第118页以下所说的——某个案例,对这个问题作出了肯定的回答,在本案,一个父亲因为听到其两个儿子死亡的消息而神经崩溃,随即丧失了部分劳动能力,因此而遭受——在前文所述的意义上——反射损害。这的确是一个正确的判决,即并未考虑这个损害“只是”由心理上的原因而造成的。^[72]不过,该判决引发了一组它没有回答的问题^[73],特别是:获得赔偿的权利人的范围有多大?仅仅是“近亲属”吗?抑或还包括与死者的朋友、同居伴侣或者与死者共同亲历该事件的完全的陌生人?一个亲属或者第三人的被害还要伴随另一个事件——如在场者受到侵害或者有受到侵害的危险,或者是一种物的损坏吗?引起惊吓的经历要“近”到何种程度?比如,媒体发布的一个关于某位亲属搭乘的飞机坠落的消息能算数吗?

可以肯定的是,要回答这些问题,就要“更广泛、更慎重地考虑”^[74]。德国法院的判决对此持充分的因果关系的立场。^[75]根据现今的情况,瑞士法律实务也采用相同的立场,而且,其目的也只是为求“能无论如何给该审慎的判决贴上一个标签”。^[76]如果该惊吓效果通过受害人心理上的易发病体质而产生作用,那么,也适用涉及易发病的体质的相关内容。该原则在现存的情况下同样适用,即赔偿责任人必须像此前一样接受受害人的请求。

四、违 法 性^[77]

(一) 这是一个清晰的原则

侵权责任要以“违法的”损害为前提要件,《瑞士债法》第41条第1款这个基本规

[72] 对此,也可参见克茨:《侵权法》,第7版,纽韦德、克力福特勒、柏林,1996年版,第69页(Koetz, Deliktsrecht, 7. Aufl., Neuwied, Krißel, Berlin 1996, S. 69.)。

[73] 对此以及接下来的问题,参见前注28,克阿穆尔文,第312页以下。

[74] 前注28,克阿穆尔文,第315页。

[75] 前注72,克茨书,第69页。

[76] 前注28,克阿穆尔文,第315页。

[77] 概括性综述,参见前注3,奥弗丁格尔、斯塔阿克苏,第165页以下;前注3,德舍诺、泰尔西书,第67页以下;前注3,埃矣书,边码665以下。

范对此有明确的表达。此外,联邦法院现在认可的是客观违法性理论,这一点也很清楚。据此,“如果加害行为由此违背了一般的法律义务,即要么侵害了受害人的绝对权利,即后果不法,要么违背了有关的保护规范而造成了纯经济损失,即行为不法”(《瑞士联邦法院判例集》第119卷第2册,第128页),在保留可能的辩护理由的情况下,该加害行为就具有违法性。“如果发生了纯财产权的损害,但没有违反旨在预防这种损害的行为规范(《瑞士联邦法院判例集》第116卷第1b册,第373页),就不存在以违背客观规范为基础的违法性。”^[78]

(二)联邦法院的违法性公式与通说是一致的,法院明确提到了这一点(《瑞士联邦法院判例集》第119卷第2册,第128页)

不过,看一下新近的文献,就会知道它们并非没有争议,也非不可辩驳。^[79]这一点相当明显。因为,在更为深入的分析中,这个公式在客观上能否足以令人满意地解决“违法性问题”这一疑问暴露出来。令人对此产生怀疑的理由各种各样,以下予以列明^[80]:

——根据联邦法院的这个公式,要么具备后果不法的特征,要么具备行为不法的特征,就足以构成违法性。不过,这完全与“恒定的”判决不相符合。在《瑞士联邦法院判例集》第82卷第2册第28页,联邦法院的判决是另外一个样子,即受害人的身体受到严重侵害,并不足以构成违法性,而是只有在违背危险原则(Gefahrensatz)时,才能认定加害行为的违法性。而《瑞士联邦法院判例集》第119卷第2册第129页否定了将危险原则^[81]及其违反适用于违法性之基础,不过,并没有涉及早先的判决。

——根据联邦法院的这个公式,只有加害人违反旨在预防纯财产损失的相关保护规范,该损害才具有违法性。除了根据《瑞士债法》第45条第3款明确的规定,以供养者损害的形式出现的纯财产损失具有赔偿能力外,但该规定所设立是一种“碰运气的”

[78] (《瑞士联邦法院判例集》第119卷第2册,第128—129页;另参见《瑞士联邦法院判例集》第120卷第2册,第335页。)有关因疏忽所致损害的违法性,另参见《瑞士联邦法院判例集》第115卷第2册,第15页以下。

[79] 在此,要提及彼得·亚吉极富创造力的论文《合同损害赔偿请求权的概念》,载《绍恩恩博尔格注释文集》,弗莱堡,1968年版,第181页以下(FS Schoenenberger, Freiburg 1968, S. 181 ff.),在本文中,杰吉从一般损害禁止出发,并从侵权法的角度来理解对相对性义务的违反;还有就是布鲁诺·噶布里克(Bruno Gabriel)的开创性论点,他认为,在主观违法性理论的意义上,每个没有正当性理由的损害都是违法的,参见布鲁诺·噶布里克:《瑞士债法第41条第1款中的违法行》,博士论文,弗莱堡,1987年版(Bruno Gabriel, Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR, Diss. Freiburg 1987.)。

[80] 对此,参见前注16,高赫·斯维特文,第117页以下。

[81] 根据该原则,造成或者保持能伤害他人状态者,在法律上有义务采用必要的防范措施来避免损害(前注3,埃矣书,边码753以下用众多的引文)。

法律状况,因为对具体的损害情形是否存有一种适当的可以适用的保护规范,要依赖于纯粹的意外。在“寻找规范”而没有相应结果时,如果法律适用者认为受害人仍然值得保护,他就会不遗余力地寻找解决出路。法学想象准备好了这些出路,它们为数不少且众所周知,故而,提出若干关键词^[82]就足矣:

1. 第一个出路在于,适用实际上根本就不存在、或者没有所谓保护目的的保护规范,如合同之外的答复的责任(《瑞士联邦法院判例集》第57卷第2册,第86页;第80卷第3册,第54页;第111卷第2册,第474页)和电缆断裂的责任(《瑞士联邦法院判例集》第102卷第2册,第85页以下)。对电缆断裂案,联邦法院求助于《瑞士刑法典》第239条的规定,而对于答复案,它援引一条“要求给予真实答复的一般法律制度的命令”(《瑞士联邦法院判例集》第57卷第2册,第86页)。此外,在刚刚所述的答复案,违法性还依赖于加害人的“故意”或者“疏忽”,故而,违法性和过错在此是相互交错的。

2. 第二个出路潜藏于合同法范畴之中,其工具是缔约过失责任、合同对第三人的保护效力、第三人损害的消除以及类合同的信赖责任^[83]。

3. 第三个——激进的——出路是不再要求——客观意义上的——违法性。在必然的建筑污染导致邻近的商店不能做生意时,这个出路就表现出特别精心的布局。^[84]

——联邦法院的这个公式产生了奇怪的差异。比如,根据该违法性的观点,损坏生产设备者也要对该机器设备的所有权人承担生产损失,该损失作为损害后果,归属于物之损害。^[85]相反,如果这个机器没有损坏而只是停了下来,那么,在不符合任一保护规范的情况下,就不存在作为责任要件的违法性。

——如果——“不使用任何出路地”——严格适用联邦法院的这个公式,就能产生引发争议的效应。新近的一个证据是“斜坡案”:在对一个有塌方危险的斜坡加固后,就所支出的加固费用,业主请求原建筑企业给予侵权损害赔偿。“在这个不稳固的斜坡对身体、生命和财物安全有危险的情况下,它就是违法行为。”联邦法院判决的措辞

[82] 详细的论述,参见前注16,高赫、斯维特文,第121页以下。

[83] 《瑞士联邦法院判例集》第120卷第2册第331页以下给出了例证:某一母公司的信赖责任源于它向其子公司的生意伙伴所作的声明。一般性的论述,参见瓦尔特:《合同领域中的信赖责任》,载《ZBJV》,1996年,第273页以下(Walter, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 1996, S. 273 ff.)。

[84] 《瑞士联邦法院判例集》第91卷第2册,第100页以下;第114卷第2册,第230页以下)值得一提的是:在公开的建筑的情况下,征收法替代了私法上的责任(《瑞士联邦法院判例集》第117卷第1b册,第15页以下;第119卷第1b册,第341页以下)。现今详细的论述,也可参见托马斯·恩德尔:《业主对不可避免之过度建筑物损害的责任》,博士论文,弗莱堡,1995年版(Thomas Ender, Die Verantwortlichkeit des Bauherrn fuer unvermeidbare uebermaessige Bauimmissionen, Diss. Freiburg 1995.)。

[85] 不过,根据传统学说,在物之损害的情形,违法性在于所有权受侵害。尽管如此,这还是符合通说,即损害赔偿请求权的标的——在保留特别法不同规定的情况下——也可能是利润的减损以及其他的间接损害,它们作为损害后果使所涉及之物的所有权人遭受了损失(参见前注3,埃矣书,边码311)。

为：“在斜坡实际坍塌时，绝对受保护的法律利益当即首当其冲地受到损害。所要赔偿的是对物和人产生的损害。然而，原告已然通过加固来避免了损害事件的发生。与他们的见解不同，用《瑞士债法》第41条将用以预防损害发生的费用转嫁到第三人身上，并不是充分的理由”（《瑞士联邦法院判例集》第117卷第2册，第269—270页）。它将受到损害之虞者置于一个选择之前，即要么自己负责防止可能的损害发生，要么在损害发生的情况下，根据《瑞士债法》第44条的标准来承担赔偿责任请求数额的减少，这个判决就更加引发争议了。

凡对上述问题提出看法者，都面临如何进行补救的问题。正是在这一点上，我陷入了困境，我自己无力提出一个不错的“相反的公式”。^[86]不过，联邦法院的这个公式开始着手用附加的种类来补充其中有关违法性的公认情形，由此允许侵权法为纯财产损失扩大开口，我认为这是对的。^[87]这究竟应以何种方式发生，需要深入讨论，但无需担心侵权责任情形“无限蔓延”的恐怖幽灵。^[88]

（三）没有违法性就没有责任的原则，具有几乎所有“原则”共同的宿命，即它也有例外（例见《瑞士债法》第41条第2款和《瑞士债法》第52条第2款）

该理论的一部分蔓延得如此远，以至于所有的危险责任类型都没有违法性的要求。^[89]这是怎么一回事？危险责任不以违法性为要件吗？

1. 在“切尔诺贝利/蔬菜案”^[90]中，联邦法院虽然提出了上述问题，但没有给予回答，因为它另辟蹊径，找到了“雅致的”解决方法，即作出了以下的论证：“对大多数居民而言，遭受辐射的有问题的产品并非不能食用，故而，在通常的意义上，由辐射所造成的污染不是物的损害，尽管如此，在此仍然要肯定其中存在违法性。问题产品的自然辐射成倍增加，致使这些有问题的产品滞销，无论如何，这都是对原告所有权的不法侵

[86] 乍看上去，转向主观违法性理论很有吸引力，在此，任何一个没有正当理由的第三人遭受的损害就是违法的（参见《瑞士联邦法院判例集》第115卷第2册，第18页；威逵之文，载泰尔西、威逵：《民事责任的基本概念：新意？》，第28页以下（Werro, in: Tercier/Werro, Les grandes notions de la RC: Quoi de neuf?, S. 28 ff.）。这是一个可供选择的理论，噶布里勒特别对它加以宣扬（前注79），但它为学说和判决提出了一个难于上青天的任务。如果每一个没有正当理由的损害被视为违法，那么，就必须发展一个有关正当理由的完全体系，只有这样，侵权法才有付诸实践的可能。可这需要有一个理由，故该理论在瑞士没有能得以实施。

[87] 参见前注16，高赫、斯维特文，第138页。

[88] 有关马科斯·克勒（Max Keller）提出的用“诚实信用”的类型来扩展侵权法保护的法律利益的类型的建议【载《recht》，1987年，第136页（recht 1987, S. 136）】，参见前注16，高赫、斯维特文，第138—139页。

[89] 特别参见前注3，德舍诺、泰尔西书，第41页。奥弗丁格、斯塔阿克提及了德国的论据，但他们对此持相反的观点，参见《瑞士侵权法·总则》第2卷第2册，第4版，苏黎世，1989年版，第11页（Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band II/2, 4. Aufl., Zuerich 1989, S. 11.）。

[90] （《瑞士联邦法院判例集》第116卷第2册，第491页以下）该案涉及的瑞士蔬菜商损害是乌克兰的切尔诺贝利核辐射灾难所引起的，这场事故影响了瑞士人的消费行为，诸如叶菜、色拉等特定食品一时卖不出去，即使能卖出去，也只是很少的量，从而致使蔬菜商遭受很大的销售损失。

害。对原告而言,该结果等同于辐射的放射性已经到了致使叶菜和色拉在客观上成为不合格消费品的程度,故同属对其所有权的侵害。”^[91]

2. 由此,危险责任是否不考虑违法性要件这个问题还有相当的探讨空间。要回答这个问题,就应分别按照可适用的特别法,不同情形不同对待:

——危险责任之一,可适用的法律将这种危险责任限定在人身损害和物的损害上,如《瑞士联邦道路交通法》第58条第1款。在此,违法性已经从有关侵害法律利益的行为中表现出来,而且还提出了这样的问题,即是否存在排除责任的正当性理由。对此问题,要根据客观的立场进行回答。^[92]答案是否定的,它并不针对侵害法律利益的违法性,而只是要排除所涉及的危险责任的范围内的辩护。

——危险责任之二,对它而言,可适用的法律包含了对《瑞士债法》有关不法行为之规定通常援引的内容,从中能得出违法性是责任构成要件的结论。同样,对它而言,问题也在于可能的正当性理由,而否定这种理由并不改变对违法性的要求。

——危险责任之三,对它而言,可适用的法律既未将其限于对侵害法律利益行为的侵害,也不包括对《瑞士债法》之违法性要件的援引。对它可预设这样的问题,即法定责任所救济是什么样的损害,比如,也可是纯经济损失吗?不过,这是一个如何解释的问题,要用通常的解释工具——特别是也要考虑“基本原理”——来回答它,否则,这样的解释就会受到“先入为主”的违法性模式的限制。^[93]就我们所探讨的损害的范围而言,可以肯定,通过认可危险事实构成,就说明损害的发生具有违法性,这一点直接源于所适用的责任规范。至于正当性理由,则要与其他危险责任情形一样加以相似的考虑。

总而言之,可以这样说,侵害行为的违法性也是危险责任的一个构成要件。不过,如果将行为不法理解为违法性所不可或缺的要件,结论就会不一样。^[94]

[91] 这个论证令人信服。干预物的本质不构成侵害所有权。相应地,德国联邦最高法院在一个可与“切尔诺贝利/蔬菜案”相比较的案子中,作出了以下的判决:一个养鱼户买了有毒的鱼饲料,如果鱼没有吃饲料,仍然能健康存活,但因为中毒的风险而导致鱼不能买卖流通,就这一点而言,养鱼户的所有权受到了侵害(《德国联邦最高法院民事判例集》第105卷,第346页;前注72,克茨书,第25—26页的看法相同)。

[92] 可能成为《瑞士联邦道路交通法》之责任的正当性理由的事例,参见前注89,奥弗丁格尔、斯塔阿克书,第12—13页。

[93] 泰尔西显然对此有不同看法,他认为对纯经济损失而言,自始就不适用危险责任。参见前注13,泰尔西文,第10页。

[94] 参见前注3,德舍诺、泰尔西书,第70—71页。

五、过 错^[95]

(一)从历史角度观察,尽管过错是地位最突出的归责基础,因此也支配了《瑞士债法》第41条第1款的基本规范,但我并不想对它长篇大论,而是点到为止

我之所以采用这种保留态度,是因为新的法律发展总是日益强烈地迫使过错责任后退。^[96]危险责任和其他原因责任^[97]被推到了突出地位,从而背离了个人行动自由和自己责任的自由思想,^[98]不过,这可以从现代社会生活的需求得到解释。而且,对过错原则的背离,似乎还要更进一步,无疑还受到国际性法律一体化的影响,正如新产品责任法所表明的,它像一幅欧洲产品责任准则的彩印画一样嵌入瑞士法律风景。在该法律的背景前,尚不明确的是,与联邦法院在矿井支架案——《瑞士联邦法院判例集》第110卷第2册,第456页以下——中独立创造出的产品责任相比,谁的生命力会更为长久。

(二)过错以判断能力为前提,尽管《瑞士债法》第41条第1款没有明确提及这一点,但《瑞士民法典》第18条已经有此结论

《瑞士民法典》第16条的表述可谓是判断能力的标准答案。^[99]减低的判断能力足以成为责任构成基础,但对于作为债务形式的赔偿规定(《瑞士债法》第43条)而言,非常重要。过错的形式分为“故意”和“过失”(《瑞士债法》第41条第1款)。就实践意义而言,“过失”要略胜一筹。对此,一种客观化的过失概念如今占据着本行业的主导地位,它属于法学家的一般知识财富。^[100]由此,缺乏“一个理性而规矩之人在特定情形下视为当然的”^[101]谨慎,即为有过失。在此,指导标准并非加害人在事实上主观

[95] 概括性综述,参见前注3,奥弗丁格尔、斯塔阿克苏,第189页以下;前注3,德舍诺、泰尔西书,第78页以下;前注3,埃矣书,边码804以下;前注86,威遼文,第31页以下。

[96] 但是,毋庸置疑的是,如今侵权法中的“过错”仍有多重的含义(概括性表述,参见前注71,克勒·阿勒弗里德书,第97页)。

[97] 对无判断能力人的责任(《瑞士债法》第54条),参见《瑞士联邦法院判例集》第103卷第2册,第336页以下。由于已经死亡的加害人的继承人不受死亡时尚未形成之损害的约束,故有了既存的责任保险,其责任已然有了公平性,而且,额外的其他情形也值得注意。

[98] 参见前注72,克茨书,第12—13页。

[99] 参见前注46,谷勒、迈尔茨、考勒文,第183页。

[100] 更详细的论述,参见前注3,奥弗丁格尔、斯塔阿克苏,第205页以下;前注18,布海姆文,边码183以下;它们都有进一步的提示。批评性的论述,参见弗勒曼:《侵权法中的过错概念》,载《ZSR》第106期,1987年第1卷,第351页以下(Fellmann, Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht, ZSR 106, 1987, I, S. 351ff.);威遼:《瑞士责任法中的过错和辨别能力》,博士论文,弗莱堡,1986年版,第67页以下(Werro, La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité, thèse Fribourg 1986, S. 67ff.)。

[101] 冯·图尔、彼得书,第429页(v. Tuhr/Peter, S. 429.)。

能为者,而是基于理性而规矩之人的形象先定的标准。^[102]

要发挥以上理解的概念的功能,显然就要更详细地阐述、具体化并使之能适应特殊情形。^[103]但是,这不能改变这样的事实,即就私法中过失的这种过错形式而言,它原则上并不包含直接针对所涉及的加害人的人身性罪过谴责的内容。故而,“没有过错的过错责任”这个悖论就产生了。而且,有法学家提出了这样的问题,即应如何证明这样的责任的正当性,而原来已经证明其正当性的主观上的可谴责性这一道德要素^[104],由于客观化而不复存在。^[105]“只有当具体适用于生活事实,而无需与之不相称的成本支出时”,“一个法律制度”才将“胜任其使命”^[106],这一正当性提示将法律的实践能力^[107]置于其内在的说服力之上。

(三)在此不可能对主观过错的“衰退”展开讨论,而问题在于,特定的引致大量重大损害的行为与危险责任有着关联,但总是归属于过错责任,这一点是否明确,尚不得而知

想想即将来临的滑雪季节,我想,这种高度工业技术化并总是人满为患的冰雪滑板滑行道的企业自身带有大量的潜在危险。当联邦法院在相关案例实务^[108]上已经接近于一种事实上的原因责任之后,让这些滑行道的运营者承担无限的危险责任,这一点不合理吗?那些大量在快速滑道上滑行的冰雪滑板滑行者自身的情况如何?他们不是在从事一项高危险活动,其一般的危险倾向导致其他滑道使用者必然的高度危险?事故统计一定会清楚表明,这不仅涉及事故的数目,还涉及其严重程度。

[102] 前注10,高赫、施律普书,边码2753和布克尔:《伯尔尼人评注民法典》对《瑞士债法》第42条的评注,边码94(Becker, Berner Kommentar, N 94 zu Art. 42 OR)表述为“行为规矩之人”,高赫、施律普用“理性人”或“规矩的商人”作为模范。克勒、嘎比(Keller/Gabi)在《侵权法》【第2版,巴塞尔和美茵河畔的法兰克福,1988年版,第55—56页(Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1988, S. 55f.)】用“客观化的均衡类型”。这些术语不同,但其意义在本质上是一致的。

[103] 需要提及的是,一个加害人掌握了特别的知识和能力,这使其能更谨慎,那么,他必须为这个提高了的谨慎承担法律后果(参见前注3,奥弗丁格尔、斯塔阿克苏,第207页),这一点完全依据格言:“知”则“当为”。

[104] 参见前注3,奥弗丁格尔、斯塔阿克苏,第206页。

[105] 例见杜尔诺:《民事责任法中过错概念的生命力(或过错概念衰落的相对性)》,载《民法季刊》,1988年,第505页以下【Tourneau, La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin), Revue trim. De droit civil, 1988, S. 505ff.】。

[106] 前注3,奥弗丁格尔、斯塔阿克苏,第206页。

[107] 前注3,奥弗丁格尔、斯塔阿克苏,第206页。

[108] 最新近的且令人印象深刻的案例是“Churwald”,载《瑞士联邦法院判例集》第121卷第3册,第358页以下(登山铁路企业为滑冰板的安全性承担责任)。

六、赔偿^[109]

(一)《瑞士债法》第41条第1款的基本规范使得加害人负担了损害赔偿责任的给付义务

债法提及赔偿无形损害(“精神侵权”)之给付义务的地方^[110],首当其冲的是《瑞士债法》第47条和第49条。^[111]这两个条文都没有表达赔偿的目的,而联邦法院确定了这个目的,即根据联邦法院直到最近还是一致的判决,赔偿的目的“只是通过用另外提高舒适程度,或者使其侵害行为更容易忍受的方式,对所遭受不公进行一种补偿。是否判决赔偿以及判决赔偿多少,除了取决于不公程度的轻重之外,还必须考虑到金钱数额的支付会明显减轻肉体或者精神上的痛苦”(《瑞士联邦法院判例集》第118卷第2册,第408页)。赔偿是没有刑罚特性的。“更确切地讲,赔偿应通过金钱数额来抵消痛苦。”(《瑞士联邦法院判例集》第121卷第3册,第255页)

(二)当我们从纲要性的目的阐释转向新的联邦法院的实务判例,毋庸置疑,法院判例处于持续发展之中

比如,新近实务的趋势是判给请求权人越来越高的赔偿数额。尽管对这种现象,可以从整体经济的角度来进行讨论,但我在此不想涉及它。而且,我还将忽略实务发展的其他方面,比如,《瑞士联邦法院判例集》第116卷第2册,第734页以下^[112];又如,《瑞士联邦法院判例集》第118卷第2册,第407页^[113];再如,《瑞士联邦法院判例集》第121卷第2册,第252页以下^[114]。我只是想集中讨论在法学理论上特别让人着迷的以下两点:

[109] 概括性综述,参见前注3,德舍诺、泰尔西书,第51—52页以及89页以下;前注3,埃矣书,边码442以下。基础性的论文,参见泰尔西:《瑞士民法中的精神损害及其赔偿研究》,博士论文,弗莱堡,1971年版(Tercier, Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse, thèse Fribourg 1971.)。

[110] 对此,参见胡特、杜克士:《死亡和身体受伤时的赔偿(瑞士债法第47条)》,第3版,苏黎世,1996年版[Huette/Ducksch, Die Genugtuung bei Toetung und Koerpverletzung (OR 47), 3. Aufl., Zuerich 1996.]。

[111] 此外,还有不少其他也同样规范赔偿的规定,不过,在此不予探讨。

[112] 《瑞士联邦法院判例集》第116卷第2册,第734页以下指明:本人过错大于他人的过错不排除赔偿责任。

[113] 《瑞士联邦法院判例集》第118卷第2册,第407页指明:众所周知,只要相关权利人适格,赔偿请求权能被继承。加害人因其加害行为所产生的赔偿请求权由嗣后死亡的受害人的众亲属继承,在确定继承人各自可请求赔偿的份额时,要考虑该继承情形。即使有一个亲属因为受害人被害而从精神痛苦中解脱出来,对受害人死亡的赔偿也不因此而消失。

[114] 《瑞士联邦法院判例集》第121卷第2册,第252页以下指明:权利人居住地的生活费用对于赔偿数额的确定并不重要。

1. 亲属的侵权请求权。^[115]“在人死亡或者人身受到侵害时”，“法官能”根据《瑞士债法》第47条，“判决给予受伤之人或者死者的亲属^[116]适当数额的金钱作为赔偿”。《瑞士债法》第47条没有提及“仅仅”受伤之人的亲属，故而，联邦法院多年的实务^[117]不认可受伤者之亲属的赔偿请求权！不过，这种实务立场在前不久改变了，起初还遮遮掩掩，后来就开诚布公了：

——《瑞士联邦法院判例集》第108卷第2册第422页以下——特别是第433—434页——反映了这种“遮遮掩掩的”实务变化。在此，联邦法院在决定对因身体受伤而一直昏迷不醒的小孩进行赔偿时，还要考虑照料对他的父母的损害。不过，如同联邦法院在稍后的《瑞士联邦法院判例集》第112卷第2册第220页以下所承认的，它借此“迂回地判决赔偿受害人及其近亲属的损害。与此同时，联邦法院考虑到，如果不违背此前的实务立场，即不承认受害人的亲属自己的赔偿请求权，亲属在这种情形中的精神痛苦可能要大于亲属在受害人死亡时的精神痛苦，而在后种情形《瑞士债法》第47条明确规定亲属可享有赔偿请求权（《瑞士联邦法院判例集》第112卷第2册，第223页）。

——由于，相比于秘密的法律途径，联邦法院当然也更喜欢透明环境，故“公开的”实务变化就为时不远了。其实，《瑞士联邦法院判例集》第112卷第2册第220页以下的法院判决已然如此！在此，一个已婚女人受到严重的身体伤害而残疾，其丈夫因此享有独立的赔偿请求权。联邦法院在此不再沿着受害人请求权的迂回路径，而是从《瑞士债法》第49条第1款——还是旧债法的措辞——找到了出路。这个男人因为其妻子受伤害而在心理上遭受伤害，并因此也损及其人身关系，这使得，只要他同时具备《瑞士债法》第49条第1款规定的其他要件，他就能根据该条款规定而享有赔偿请求权。下级法院认为，《瑞士债法》第47条排除了作为特殊规定的《瑞士债法》第49条第1款，这一点是站不住脚的，因为这个男人自己的人身关系受到了侵犯。

从结果上看，“公开的”实务变化令人满意，它一再被证实，并还适用于受严重伤害而长期丧失劳动能力者的后辈（《瑞士联邦法院判例集》第112卷第2册，第226页以下；第116卷第2册，第520页；第117卷第2册，第56页；第122卷第3册，第5页以下）。从“法律技术上”看，联邦法院的论证当然不能令人信服。因为《瑞士债法》第47

[115] 对此，参见高赫：《家庭债法》，载《施尼德爾注释文集》，弗莱堡，1995年版，第259—260页（Gauch, Familienschuldrecht, in: FS Schnyder, Freiburg 1995, S. 259f.）。

[116] 有关“亲属”概念在当代判决中的含义，参见前注40，高赫、埃普里、卡撒瑞娃书，第133—134页。在《瑞士联邦法院判例集》第114卷第2册第149页，同居伴侣是否也属于亲属这个问题没有得到回答。从一部分学说来看，同居伴侣一直被排除出亲属的范围，这表明要从道义上抵制类婚姻的生活共同体。《瑞士债法》第47条的法文文本使用了“家庭”一词，它的含义等同于德文文本中的“亲属”。

[117] 参见《瑞士联邦法院判例集》第58卷第2册，第129—130页；1960年3月22日的未公开出版的《瑞士联邦法院的判决》【布海姆：《伯尔尼人评注民法典》对《瑞士债法》第47条的评注，边码188（Brehm, Berner Kommentar, N 188. zu Art. 47 OR）加以引用】。

条也涉及亲属的精神损害(即无形损害),在此所形成的基础上,该条使死者的亲属获得了其自己的赔偿请求权。如果《瑞士债法》第47条的规定在事实上可解释为,它通过适格的沉默(qualifiziertes Schweigen)排除了受伤害之人的亲属的赔偿请求权(即“反面解释”),那么,这个排除规则也必须适用于《瑞士债法》第49条的适用范围。因为根据无矛盾解释这个不言自明的原则,法律不能用此规定来承认彼规定所否定的内容。由此就产生了这样的问题,即在变化了的法律观点的影响下,将《瑞士债法》第47条重新解释为,该条按照本意同样适用于受伤害之人的亲属,是否“更正确”?^[118]根据联邦法院的论断,在相关人员身体受伤害的情形,其亲属的精神痛苦也许要大于在该人死亡情况下的痛苦(《瑞士联邦法院判例集》第108卷第2册,第433—434页),这个论断准确地引领到了——一个正确的方向。《瑞士联邦法院判例集》第122卷第3册第7页更是如此,它甚至更明确地指出“与相关人员死亡情形相比,受伤之人的亲属同样或者更受打击”,这个要件与亲属的赔偿请求权问题联系起来。在债法的范围内,联邦法院坚持将其现今的判决与《瑞士债法》第49条而非第47条联系起来,这样,一旦适用某一特别侵权法的规定——如《瑞士联邦铁路运输企业、轮船运输企业和邮政侵权责任法》第8条——使得法院不能援引《瑞士债法》第49条时,它最终就陷于麻烦之中。^[119]

2. 失去知觉的受害人的请求权。在另一方面,上文业已引用的《瑞士联邦法院判例集》第108卷第2册第422页具有重要的意义。在所引用的判决中,联邦法院的观点与迄今可能仍为通说的观点^[120]相悖,联邦法院认为,在身体受到侵害的情形下,尽管相关受害人没有感知痛苦或者快乐的能力,但赔偿请求权(《瑞士债法》第47条)即使在受害人长期失去知觉的情形下也必须得到承认。^[121]正如联邦法院所认为的那样,立法者的原意可能并不是要否认因为违法行为而失去知觉的脑部受害之人基于《瑞士债法》第47条的各种赔偿,而认可伤势轻一些的受害人一定的赔偿数额。

、^[118] 尤其要指出的是,泰尔西在很久之前就赞同要适用《瑞士债法》第47条,参见前注13,泰尔西文,第17页,此处有更进一步的提示。

^[119] 《瑞士联邦铁路运输企业、轮船运输企业和邮政侵权责任法》第8条包含了一个赔偿规定,但它授权法官在给定的条件下能如此而为,即“除了赔偿已证实的损害之外,还应判给受伤害之人或者该人死亡时的亲属适度数额的金钱。”不过,它既没有援引《瑞士债法》第49条,也没有包含一条自有的符合《瑞士债法》第49条的规定。故而,在《瑞士联邦铁路运输企业、轮船运输企业和邮政侵权责任法》的范围内,法官可以判决给受伤害人之亲属以赔偿,这不过是适用该法第8条的结果而已。在《瑞士联邦铁路运输企业、轮船运输企业和邮政侵权责任法》的支配下,联邦法院也面临这样的选择,即要么对该法第8条做不同于《瑞士债法》第47条的解释,要么自始就不承认亲属在相关人员仅仅身体受伤情况下的赔偿请求权,这在客观上导致了不能令人满意的结果。

^[120] 联邦法院(第430页)特别提及亚吉、德舍诺和泰尔西的学说观点,而泰尔西自己一再对这个问题发表见解。

^[121] 不过,《瑞士联邦法院判例集》第97卷第2册第349页没有回答在何种情形判决赔偿的问题,因为它并不完全是排他性的,即受害人“在其如今的精神状态下,对金钱的看法等同于普通市民”。

《瑞士联邦法院判例集》第116卷第2册第521页和第117卷第2册第58页所表现的实务立场,在文献中没有得到一致的赞同,^[122]考虑到联邦法院自己阐释的赔偿目的,这一点也就可以理解了。因为,显然这样的实务立场与这样的目的并不一致,因为当受害人既感受不到——应用金钱予以补偿的——痛苦,也感受不到提高的舒适时,通过提高的舒适来抵消痛苦完全成为不可能,故而,这种情形下的赔偿从这时起就有了刑罚的特征。由此产生了这样明显的要求,即要么将实务立场变得与赔偿目的一致,要么将该目的变得与实务立场一致。同理适用于联邦法院同样也承认法人的赔偿请求权的实务(参见《瑞士联邦法院判例集》第95卷第2册,第481页以下)。

如果人们决定应调整上述的目的,那么,赔偿的目的必须围绕赎罪或者刑罚的功能而扩展,这样一来,它当然就游弋于“惩罚性赔偿”的周围,且遭受到根本上的疑虑。在上述的情形,人们认为赎罪是有必要的,对此,完全予以理解。然而,侵权法应否有赎罪的功能却是一个问题,^[123]而且,还压根不考虑,在责任人没有过错的情况下,赎罪或者刑罚的观念本来就是无用的。^[124]因此,要考虑在受害人完全丧失知觉时不给予赔偿,是否不符合《瑞士债法》第47条的立法思想,尽管这比侵害较轻的情况下更有利于责任人。无论如何,后者都不是一个坚持联邦法院如今的实务立场的具有说服力的理由。故而,看一下损害法就会知道,在损害较严重的情形,责任人的处境比损害较轻时“更有利”^[125],由此,在损害赔偿的范围中没有人对此提出异议。

七、展 望

(一)“侵权可谓是最简单、但同时也是最复杂的法律领域之一”(Epstein)。这句话同样适用于瑞士法

我们可以“简单地”理解瑞士侵权法所提出的问题和基本结构,但一旦透过现象看本质,就知道事情的“复杂性”。尽管文献众多,我对所有文献^[126]——在此,请原谅我

[122] 参见《瑞士联邦法院判例集》第117卷第2册,第58页的引文;前注3,埃矣书,边码482;前注13,泰尔西文,第17—18页。

[123] 比如,前注3,奥弗丁格尔、斯塔阿克书,第421—422页持否定的观点,在此,赔偿法中的赎罪观念在当前已视为“过失”。

[124] 纵然不要求责任人“有附加的”过错,现在的判决同样承认赔偿请求权也能与原因责任相对立而存在(《瑞士联邦法院判例集》第115卷第2册,第158页有所提及)。

[125] 人们大概会认为,在某个孩子死亡的情形,有时能产生比单纯损害时要重得多的损害赔偿赔偿责任。

[126] 截至1994年的文献,参见阿勒弗里德·克勒:《侵权法:路在何方? 新近文献的梳理》,载《ZSR》第113期,1994年,第1卷,第331页以下(Alfred Keller, Haftpflichtrecht- quo vadis? Im Lichte neuerer Literatur, ZSR 113, 1994, I, S. 331ff.)。

“没有引用”它们——的丰富性相当折服,但将来仍有相当多的可讨论的素材。^[127]有时,我甚至会有这样的感觉,即在学说概念世界中,有些内容已经搁浅,并通过不断重复而变质为公式。不过,我可以肯定,如果法学要在侵权法的领域持续发展,就需要新的推动力。侵权法修订研究委员会的报告(1991年秋)启动了侵权法的整体修订,围绕该修订所开始的讨论提供了一个受人欢迎的契机。^[128]当这次修订完全完成时,希望它不会落入其他法律修订的宿命,即几乎不能超越增聘的专家所发表的标准作品所占据的历史地位。

(二)毋庸置疑,本研究要作出重要贡献

但这也仅仅是一种良愿美景。如果要取得真正的进步,那么,凭借对继受的思维模式的常新结合和有关司法实务的不变的新包装就会无所作为。相反,需要的是包括经验主义在内的深入研究。在令人激动的研究对象身上,一定不缺乏在两个精选问题上能够说明的内容:

——正是由有血有肉的人所组成的法院实务的社会心理学的背景是什么?我认为,到了分析我们的法官及其社会关联性的时候了。^[129]只有这样,才能说明一些司法原理,比如,担惊受怕的父母遭受了令人吃惊的怠慢:他们带着患重病的孩子在早上7:15就去等医生。“无法理解”的是,法院写道:“神志不清且在痉挛中痛苦挣扎的孩子在7:15就被带入儿科医生的诊室,但无人接待他们,而其时诊室应该已经开门,他们在那儿等了45分钟后,医生才缓缓而来。”(《瑞士联邦法院判例集》第116卷第2册,第524页。)

——实证法何时达到其规范运作能力的边界?比如,对于预料之外的孩子的第三人责任以及母亲自身对其腹内胎儿的伤害,均超出了我们的实证侵权法的能力。这两种情形^[130]表明,“单纯的”侵权法的确不能胜任其传统的承担责任灵魂的能力。^[131]

[127] 例见韦德穆尔:《侵权法之改革反思》,载洪赛尔、埃矣编:《斯塔阿克之研讨·侵权法的新发展》,苏黎世,1991年版,第49页以下(Widmer, Reformueberlegungen zum Haftpflichtrecht, in: Honsell/Rey (Herausgeber), Symposium Stark, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, Zurich 1991, S. 49 ff.)。

[128] 对此,参见韦德穆尔:《瑞士侵权法的合一化:研究对象的焦点之所在》,载《ZBJV》,1994年,第385页以下(Widmer, Die Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts-Brennpunkte eines Projekts, ZBJV 1994, S. 385 ff.)。

[129] 对此,参见高赫:《理性人:债法中的人像》,载《法律中的人像》,弗莱堡,1990年版,第202页(Gauch, Der vernünftige Mensch - Ein Blick aus dem Obligationenrecht, in: Menschenbild im Recht, Freiburg 1990, S. 202.)。

[130] 对此,参见前注116,高赫文,第269页以下。

[131] 就第一种情形而言,预设的是原则上要认同第三人的责任,不过,根据《瑞士债法》第44条第1款,要减轻或者免除损害赔偿,因为父母要为“孩子的出生”负责(参见前注3,奥弗丁格尔、斯塔阿克书,第86页)。这种见解试图在法定权利的框架中体系化地解决问题。父母请求就对预料之外的孩子的出生费用损害赔偿,对于这种想法,甚至头脑灵活的法学家也很吃惊,因为父母必须对这种背离他们意愿的预料之外的情形承担责任。

当不尽责的医生要为因误诊而出生的孩子的先天疾病或残疾承担责任时^[132],或者当一个女伴因为没有按照事先约定采用避孕措施以至于其同居男伴要求她赔偿生活费用时,同样如此。德国联邦最高法院——《德国联邦最高法院民事判例集》第97卷,第372页以下——对后一种情形作出了判决,其理由只是将实证侵权法“搁置在一边”。正如法院所言,在孩子出生案中,“有男女关系的成年伴侣中的一方欺骗另一方,说采用了避孕措施,这原则上不受侵权法的调整”。

(三)由于侵权法要处理真实的生活事实,而在科技持续发展——如基因科技——的作用下,生活总是产生各种新的情况,故人们也关注因此而持续产生的论题

下述的德国最近判决的艾滋病检测案也许能——在作为结语的意义上——证实以上所论:一个皮肤病科医生在手术后抽取了患者的静脉血,并做了艾滋病毒抗体化验,其检测结果是阳性,而患者肯定不知道自己感染了艾滋病毒,尽管这个化验未经患者的同意,但医生还是将该结果告知了患者。患者不愿知道自己可能感染艾滋病毒的信息,因此要求对方支付抚慰金。法院——Koeln州法院——肯定了这个请求,理由在于:

医生未经患者同意就得到了其健康状况信息,已然侵犯了其人格权。^[133]在背离其意愿的情况下,患者承受了艾滋病检测的阳性结果信息的重负,而“他感染了艾滋病毒,这无论如何都会压制其对生活的主导,特别是抑制性接触”,损害由此更为明显。^[134]

[132] 比如,由于作为被告的医生因为疏忽而没有向孕妇问及以下这个问题,即是否须考虑因为风疹病会给孩子带来的不适,故而,要决断是否进行合法的堕胎以及生产具有重大不适的孩子?故而,这个问题如同克茨——前注72,第25页——所描述的例子。“在《德国联邦最高法院民事判例集》第86卷第240页以及第89卷第95页,孩子的双亲对医生有请求其赔偿因为孩子不适而产生的超额生活费用,而孩子本人却不享有对医生的赔偿请求权(《德国联邦最高法院民事判例集》第86卷,第240页,第250页以下)。”克茨本人——其书第25页——就孩子的这种法律地位持相反的看法,因为医生要为其未尽职业责任的全部后果负责,而且,在孩子的双亲不承担抚养义务或者死亡时,必须给孩子抚养替代费用(即替代医生的费用)。

[133] 从瑞士法角度所提出的问题,参见库恩:《医师侵权责任的实际问题》,载《SJZ》,1993年,第258页(Kuhn, Aktuelle Probleme in der Aerztehaftpflicht, SJZ 1993, S. 258.)。

[134] 1995年2月8日Koeln州法院的司法工作文件,1995年版,第743—744页(LG Koeln, 8. 2. 1995, Juristische Arbeitsblaetter 1995, S. 743 f.)。