

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 000000 号

摇安徽大学法律评论 圆园圆年 第 源卷 第 员期 (总第 远期) 摇 王先林主编

出版发行 安徽大学出版社 印刷 中国科学技术大学印刷厂

(合肥市肥西路 猿号摇邮编 圆园园园猿)

开摇本摇列范伊恩圆程员最远

摇摇联系电话摇摇编辑室 园缘园园园园园园园园

印摇张摇愿豫

发行部 0535-2610000

字摇数摇源园千

搖搖耕種 藝增豐 身養豐 豐耕

字摇数摇源园千

版次 第 1 版

摇摇责任编辑摇程忠业摇朱丽琴

印 次 第 次 年 月 第 次 印刷

摇摇封面设计摇孟献辉

摇摇摇摇 摇陽月星殞見錄卷之四 轉閱·緣

定搖價搖圓銀元

如有影响阅读的印装质量问题,请与出版社发行部联系调换

安徽大学法律评论

第 1 卷 第 1 期

2010 年 10 月

（总第 1 期）

安徽大学法学院
安徽大学经济法制研究中心

编组

王先林主编

安徽大学出版社

品高德劭摇风范永存

——汪汉卿教授生平简介

巍巍中国共产党优秀党员，安徽大学原党委副书记、常务副校长、法律系主任汪汉卿教授走完了 一个春秋的人生历程，于 年 月 日上午 时 分离我们远去了。

汪汉卿教授 年 月出生于安徽省东至县； 年 月毕业于北京大学法律系； 年 月至 年 月分配在北京第十四中学工作； 年 月调入中国社会科学院法学研究所； 年 月至 年 月在解放军 部队锻炼； 年 月至 年 月调入安徽大学法律系从事教学工作， 年 月至 年 月任系党总支委员、系副主任， 年 月至 年 月任党总支委员、系主任、校党委委员； 年 月至 年 月任安徽大学副校长， 年 月至 年 月任校党委副书记、常务副校长。汪汉卿教授曾任教育部法学教学指导会委员、中国法律史学会执行会长、中国法学会常务理事、安徽省法学会副会长、安徽省社联副主席等职。

汪汉卿教授传道授业几十年，桃李满天下。他先后为本科生、研究生主讲过中国法律思想史、中国行政法、中外法学家名著选读、中国法制专题、西方法律思想史等课程。他治学严谨、思维敏捷、语言表达极富魅力，赢得了历届学生的广泛赞誉，成为当之无愧的教学名师。令人更为敬佩的是他在病重昏迷的状态下，口中仍不断重述着“上课”、“答辩”。每念及此事，不禁使人潸然泪下。

汪汉卿教授是我国著名的法学家，在中国传统法律文化研究方面，造诣精深，成果丰硕。先后主持过国家七五重点社科项目《中国法律思想史》（辽宋金元部分）、国家新闻出版署项目《中华大典·法律典·行政法分典》和安徽省社科重点项目《包拯法律思想与实践》等科研项目，出版专著和教材近十部，发表论文数十篇。

汪汉卿教授在承担繁重的教学、科研工作的同时，又长期工作在安徽大学院系和学校管理岗位上。他自 年 月至 年 月，连续三届当选为法律系主任，为我国和我省的法学教育事业做出了突出贡献。特别是他在担任学校副校长和主持校政期间，正处在学校“工程”预审、立项和建设的重要时期，他以丰富的智慧、敏锐的见识、求真务实的精神，抓住学校建设与发展的良好机遇，团结和带领全校教职工顽强拼搏，艰苦创业，为学校顺利通过“工程”预审和立项、实现学校跨越式发展做出了不可替代的贡献，在广大教职员工中赢得了崇高威信。

汪汉卿教授勤政廉洁，光明磊落，艰苦朴素，淡薄名利，严以律己，宽以待人，团结同志，关心群众。他的一生，是为法制建设和教育事业奋斗不息的一生。他的高尚品德、治学风范和鞠躬尽瘁、死而后已的工作精神，永远值得我们学习和怀念。

感谢

2009年 9月 5日下午 4时 40分,我国著名法学家、卓越的罗马法专家周
□先生不幸去世,享年 82岁。按照先生遗愿和家属的愿望,我们从简办理了
先生的后事。在治丧期间,众多单位和个人发来唁电致哀。我们谨代表周□
先生家人和安徽大学同仁向发来唁电的以下单位和个人表示衷心的感谢。

单位：

意大利驻华使馆	英国文化协会
福特基金会	美中法律合作基金会
江苏省溧阳市人民政府	江苏学院校友会
中国政法大学	西南政法大学
华东政法学院	西北政法学院
湖南大学	烟台大学
北京大学法学院	中国人民大学法学院
中国政法大学罗马法研究中心	复旦大学法学院
中南财经政法大学法学院	厦门大学法学院
厦门大学法学院罗马法研究所	中山大学法学院
郑州大学法学院	烟台大学法学院
南开大学法学院	四川大学法学院
中央民族大学法学院	中南大学法学院
山西大学法学院	重庆大学法学院
福州大学法学院	河北经贸大学法学院
暨南大学法学院	中国政法大学民商经济法学院

个人：

徐显明 何勤华 郭明瑞 朱 勇 房绍坤 潘汉典
薛 波 徐轶民 费安玲 万圣德 汤 唯 田土城
郝 士 郭 扬 王卫国 赵旭东

周□教授治丧委员会
二 00九年四月二十七日

①以上单位和个人排名不分先后。

②注 有关周□教授的简介材料,请见《安徽大学法律评论》第 1卷第 1期封二。

摇《安徽大学法律评论》学术委员会

(按姓氏笔画为序)

王圣扬摇王先林摇王继忠摇王源扩摇史际春摇朱摇勇
华国庆摇汪金兰摇李明发摇李学宽摇张宇润摇张恒山
周少元摇陈宏光摇胡云腾摇胡世凯摇徐淑萍摇袁曙宏
储育明摇程雁雷摇韩摇轶

摇编辑委员会摇史际春摇王源扩摇李明发摇王先林

摇主摇摇摇摇编摇王先林

摇编辑部秘书摇刘摇雯

摇英文目录翻译摇李坤刚

目 录

特稿

情谊行为还是法律行为

摇摇——德国联邦最高法院“女方停服避孕药”案评析

摇摇 邵建东 曾见 (员)

转轨经济中的经济法

摇摇——论中国经济法的历史使命 冯果 万江 (员)

美国保障措施法的新体系及其运作特点 陈立虎 (圆)

经济法制论坛

企业法人目的范围外行为新探

摇摇——兼评《合同法》第 缘条之规定 余延满 冉克平 郭鸣 (圆)

预算案修正权的法律探讨 华国庆 (圆)

论金融控股公司的风险控制 杨辉 (缘)

上市公司监事任免机制之比较研究与借鉴 钟志勇 (缘)

竞争政策、国家利益与中国反垄断法政策目标定位

摇摇——一个基于系统的分析 叶卫平 (圆)

评《农村土地承包法》对土地承包经营权的定性

摇摇——再谈农村土地承包经营权的性质 罗世荣 黄静芳 (苑)

动产抵押制度 价值目标之偏离与矫正 叶金强 (愿)

论保证的相对独立性	孙昌兴 王登春 (总第 1 期)
海上保险代位求偿权范围的比较研究	王晓林 (总第 1 期)

法学专论

可持续发展与国家主权原则的新视野	何志鹏 (总第 1 期)
新世纪中国司法改革之路	王摇超 (总第 1 期)
司法关键词疏议 (之一)	刘武俊 (总第 1 期)
略论民国时期法律家群体的法律思想	韩秀桃 (总第 1 期)
论我国农村政治文明与法治建设	
摇摇——以村民自治为基点	肖方扬 (总第 1 期)
近代中国工具性宪法及其法文化分析	夏新华 (总第 1 期)
现代性背景下的安乐死合法性问题	汪再祥 (总第 1 期)
刑罚目的的实现与缓刑、减刑、假释立法的完善	韩摇轶 (总第 1 期)
破坏环境资源保护犯罪的构成特征探讨	李永升 (总第 1 期)
我国刑事立案程序之反思	张品泽 (总第 1 期)
反传闻规则对我国刑事审判方式改革的启示	李学宽 郭志远 (总第 1 期)
论 宰制保障措施制度中的“不可预见的发展”	肖又贤 (总第 1 期)

国外法论

澳大利亚关于行政行为的外部审查的经验	
摇摇	杰勒德·布伦南著 秦绪栋 黄静译 (总第 1 期)
美国外资银行国民待遇标准的历史发展及法律分析	程吉生 (总第 1 期)

读书札记和书评

文明相容视域中的人权对话	
摇摇——大沼保昭《人权、国家与文明》读后	薄振峰 王学臣 (总第 1 期)
中国法制史研究的新视角	
摇摇——评《“明主治吏不治民”中国传统法律中的官吏渎职罪研究》	
摇摇	彭炳金 (总第 1 期)

学术动态

安徽大学经济法制研究中心近期主要学术信息 (第 1 期)	圆 怨
------------------------------------	-----

悦来铜铸币

奈賁藥鑿趙兗梁士燾豐燾龔龔桂

粵桂貞烈女祠暨貞節祠

摇摇一 杂有藥放君官藥誠葵苗粵桂離輝壯賦藥忙君藥零宰燥君葵壯烈最露早耕種早剥最藥藥藥藥

[illegible]

未 糖 慢 自 藥 蔞 智 密 財 臺 封 雁 舞 控 妹 糖 慢 自 曾

摇摇一韵土赋

云藻早郎德燥 宰葬土分藻早

我黨是雜種黨，其當責則難辦，其難辦則難督，其難督則難懲，其難懲則難禁，其難禁則難絕。

悦藥社藥業

云燥皂 燥土耕 燥土皂 蠶蘊藥 菜造在 齋藥 泽

粵景增刊禮訓精義訓蒙十餘篇諸法博覽卷之六標韻界微韻略卷之七韻略

[illegible]

再怎再越也越上 砾越上运蒙留早越催部陈燥酝留早

粵州府志卷之四十五 藝文志五 詩

勻傳韓鄧陳樊龔孫

韵土嗽窳囹燥快燥慄慄寒云番萃槽蹇自燥略旱悦燥素蹇

再辣早匀蚤

悦美竟舞士葵惺附李理耀出爆粵景緊曉藥功葵惺说留登肇都云藥葵留皇

燥奈藥醫綱微寒溫藥對悅果藥錄

在果早在霜果早

悦美素孕产奶粉

粵地原官燥熱難望滋補燥熱果毒

摇摇——粤土粤火

再藥辛瀉逐早

[illegible]

李碧雲 鄭少秋 蕭芳芳 曾江 洪金寶 陳欣健 何家勁 蘇丹 劉永福

[illegible]

蘆薈 雜 羅 燐 星 勻 欒 星 分 星 燐 星

[illegible]

再續附錄

[illegible]

對孕早期用藥

粵 齋 錄 彙 纂

[illegible]

情谊行为还是法律行为

——德国联邦最高法院“女方停服避孕药”案评析

邵建东* 曾见**

一、引言

1900年施行的《德国民法典》，历经第一次世界大战、魏玛共和国、30年代世界经济大萧条、纳粹法西斯统治、东西德分裂、两德重新统一、欧洲共同体一体化，一直适用到今天。在这一百多年的发展过程中，德国的政治、经济、文化等领域的社会关系发生了巨大的变化，但是民法典在总体上却基本上保持了其制定之初的原貌。这一方面要归功于德国的立法机关，特别是第二次世界大战以后，德国立法机关在不断修订民法典有关章节、条款的同时，制定了大量的民事单行法，以调整新出现的社会经济关系。另一方面，德国各级司法机关，特别是第二次世界大战后设立的德国联邦最高法院（Bundes gerichts hof，简称BGH），通过其不断的司法审判活动，对民法及民法理论的发展也做出了重要的贡献。

德国虽然属于典型的大陆法系国家，最高法院的判例在法律上不具有拘束力，但是在实践中，最高法院的判例对下级法院审理同类案件是具有事实上的拘束力的，对最高法院裁判同类案件也具有重要的参考价值。因此，我们可以认为，联邦最高法院的判例是德国民法及民法理论的一个重要组成部分。仅仅去阅读《德国民法典》的条款，已经无法达到领略德国现代民法的全貌、把握德国民法理论精神的目的。

鉴于我国民法学界对德国联邦最高法院的重要判例缺乏系统的了解和评价，我们拟择取一些具有基础性、典型性意义的判例，加以移译、评价和研究。本文介评的这个判例，涉及一对未婚同居的男女有关女方服用避孕药的约定是否属于法律行为范畴的问题。这个问题，实质上是如何界定“法律行为”与“情谊行为”的问题。

* 邵建东，德国哥廷根大学法学博士，南京大学法学院院长，中德法学研究所中方所长，教授，博士生导师。

** 曾见，南京大学法学院暨中德法学研究所2002级硕士研究生。

二、女方停药避孕药案^①

(一) 要旨

1. 生活在非婚姻共同体中的双方当事人之间作出的关于女方服用避孕药的约定,涉及最核心的人身自由领域,法律行为上的制度不适用于该约定。如果一方当事人不遵守这种约定,并且也不将不遵守约定的情况告诉对方当事人,则也不能由此产生合同上的损害赔偿请求权。

2. 两个成年人之间自愿发生性关系,且在发生性关系时不仅为了满足其性的需求,而且还为新生命的诞生负责,则在其生育子女的情况下,即使一方在采取避孕措施的问题上欺骗了另一方,他们两人的隐私领域在原则上也不受侵权法调整。

(二) 事实

原告是被告^②在前案中的诉讼代理人。该前案由被告在克雷费尔德基层法院和州法院针对 S 女士^③提起。原告起诉的目的是要求被告支付律师费用。被告则认为自己不负付费义务,相反原告因违反其律师义务而对自己负有损害赔偿义务。

被告未婚,自 1977 年底起,与当时 18 岁的单身女子 S 共同生活。被告称当时两人之间的关系是“准婚姻生活共同体”,至少在 1980 年底之前,双方都同意在这种关系下不生育子女,并由 S 服用避孕药物。1980 年 12 月, S 停止服药,但她并未将这一事实告诉被告。当被告于 1981 年 3 月得知 S 怀孕时,两人之间的关系即告破裂。1981 年 11 月 3 日,两人的子女 Sv. S 出生。被告被有确定力地确认为 Sv. S 的未婚生父,并被判决须支付通常的抚养费。在该亲子关系诉讼中,原告代理了被告。S 作为证人作证说,她无论如何想要与被告有一个孩子,所以就停服了避孕药。

被告认为,他有权要求 S 赔偿损害,因此委托原告来实现其利益。他告诉原告说,他与 S 之间达成的不生育子女的约定,在 S 受孕之时仍然是有效的。S 故意停止服用避孕药,目的是要与自己生育一个孩子,并敦促自己与她结婚。她曾经向一个女证人承认,自己是在男方不知情且违背其意志的情况下停止服用避孕药的,自己“好好地把他给耍了一回”。

原告从 S 的行为违反合同义务的角度出发,认为被告要求赔偿其支付给孩子的通常抚养费的诉讼有获胜的希望。他们认为, Sv. S 是联邦最高法院第六民事大审判庭 1980 年 3 月 18 日判决意义上的、出于计划生育方面的原因而属于意料之外的孩子。因此,他们建议被告对其以前的女友 S 提起诉讼。

在 1982 年 12 月提交法院的起诉书中,原告举证阐述了被告向他们描述的事实。他

① 《联邦最高法院民事裁判集》第 97 卷,第 372 页。

② 这里的被告即非婚姻生活共同体中的男方,原告是代理这个男方的(两个或两个以上的)律师。

③ S 女士就是非婚姻生活共同体中的女方。

们认为,根据联邦最高法院的判例,应当认为本案中是存在损害的,并且有关采取避孕措施的合同是有效的。原告的意见可以做这样的概括:“被告——如其所承认的——在原告不知情的情况下并且违背他们之间达成的约定,决定停止服用避孕药,以达到与原告生育子女的目的,故其行为构成了需承担损害赔偿义务的违反合同行为。”一审法院认为起诉不具备理由并予以驳回。法院认为,对于S女士是否具有法律上的拘束意思、此项可能存在的法律行为是否与《德国民法典》第138条的规定相符合,都存在着疑虑。法院认为,即使认定有合同存在,此项合同根据第306条也是无效的,因为服用避孕药并不是万无一失的保护措施。法院认为不存在《德国民法典》第823条及其相继条款产生的请求权。

在原告向被告通知一审败诉的信函中,原告向被告解释败诉的原因,在于法院“显然不敢触及对合同进行评价中的棘手问题”。原告进一步说道,“针对这一判决提起上诉,是有意义的,而且是绝对必要的”。被告遂委托原告提起上诉。原告即重复此前所持法律观点提出上诉。在上诉法院提高诉讼标的额之后,被告开始怀疑继续进行上诉程序是否有意义,因为S的经济状况很差,不得不依靠社会救济金生活。被告就此征询原告的意见,询问他们是否会出现这样的情形:他根据“判例”是享有损害赔偿的,但由于S“一无所有”而永远无法实际获得。原告答复说,即使获得胜诉判决,执行的希望也是十分渺茫的。被告说:“仅仅是出于费用上的原因,我才要撤回上诉。否则的话,我很愿意追求我的权利,以在某种程度上惩一儆百。”原告遂根据被告的委托并以被告的名义撤回了上诉。原告以15000德国马克的诉讼标的为基础,计算其律师费用。被告则反驳说,原告进行了一场没有获胜希望的诉讼,因此原告对他负有损害赔偿的义务,而这就排除了原告要求获得律师费用的请求权。在本案中,原告主张其费用请求权,被告则提起反诉,要求原告支付由被告支付的诉讼费用。

州法院驳回了起诉而对反诉予以支持。州高等法院驳回了原告的上诉。获准的再审诉未获成功。

(三) 理由

上诉法院对驳回予以确认,因为被告根据《德国民法典》第242条并不负有履行原告所诉请的律师报酬请求权的义务。原告因有过错而且违反了律师义务而对被告负有损害赔偿义务。

上诉法院认为,律师必须对其委托人陈述的案情予以研究,对其委托人的请求是否具有法律上获胜的前景进行审查,如认为诉讼没有获胜希望则应向委托人加以说明,并且果断地劝说委托人不要通过诉讼途径主张那些并不成立的请求权。

前案就是毫无获胜希望的。从联邦最高法院1980年3月18日裁判的所谓“绝育案”^①的理由中,并不能直接推导出原告享有损害赔偿请求权。在这些裁判中,不存在任何依据,表明在这些裁判中予以阐述的原则也适用于男女双方计划实施的避孕措施失败的情形。在此类避孕失败的情形,如果将损害赔偿的请求权赋予一方,则会以不法的方式

^① “绝育案”,指医生在给病人实施绝育医疗措施时,因自身过错而未实现既定宗旨,导致病人怀孕进而生下本来不想生的孩子,病人起诉要求医院或医生承担孩子抚养费及其他相关费用的纠纷。

侵入另一方在一般人格权框架下受保护的隐私领域。在应当进行的范围广泛的评价中,被告的利益与要求尊重这一人格领域的请求权相比,应当退居其次。因此,准婚姻生活共同体的男女之间有关避孕的约定在法律上究竟是否有效,抑或根据《德国民法典》第 306 条或第 138 条属于无效,在此可以存而不论。原告在其咨询意见中并没有提及这些显而易见的法律观点。因此,可以非难他们违反了《德国民法典》第 276 条规定的适当注意义务。他们本应当劝阻被告不要提起这种毫无胜诉希望的诉讼。然而,他们不仅未加劝阻,甚至也没有向被告指出该诉讼中存在的特别风险。

再申诉状对上述上诉法院判决的攻击未获成功。

1. 在律师接受委托人的委托,针对第三人实现其委托人声称的权利时,律师有义务审查,在委托人所陈述的事实状态下,他的诉求能否获得成功。^① 在一起诉讼实际上是无希望获胜的情况下,律师就必须劝阻起诉。如果委托人仍坚持要起诉,律师则必须向其明确指出诉讼的风险。委托人在接受如此这般恳切的说明以后,仍然坚持要起诉的,律师则可以在不违反其委托人义务的情况下满足其要求。^② 即使在根据相当合理的法律观点,可以认为委托人的诉求可能会成功,但由于固定的司法判例尚未形成等方面的原因,导致法律状态依然不很明朗的情况下,律师也必须向其委托人说明和探讨该法律状态存在的疑问和顾虑,并根据委托人在听取这些说明后所作的决定来决定是否采取下一步的措施。^③

2. 原告违反了这些义务。

(1) 原告曾经向被告建议提起诉讼并且提起上诉,因为他们认为被告的诉求是很有希望成功的。对这一点并不存在争议。原告在上诉理由中指出,他们向被告作了说明:从被告与 S 女士之间达成的有拘束力的协议中,可以产生请求权和相对请求权。这使得被告在前案的上诉审中依然确信他“根据判例是享有损害赔偿请求权的”,而他仅仅是出于经济上的考虑才放弃“实现其权利”。

(2) 如果对法律状态并不存在疑问和顾虑,那么,原告在没有说明特别风险的情况下就劝说被告进行前案诉讼的行为倒并不违反义务。然而本案的情形却并非如此。

在本案中,双方当事人约定,在其共同生活关系中不生育子女,因此 S 应当服用避孕药,对于承认因违反这一约定而产生合同上的损害赔偿请求权,不存在任何可能性。

首先,是否存在一项相应的、法律行为上的约定,就显得十分可疑。

法律行为通过发出相应的意思表示而形成。表意人在具有发出一项有拘束力的、法律行为上的意思表示的意识时,或者依据诚实信用的原则以及交易习俗有理由将该项表示理解为具有法律拘束意思的表达^④时,即存在一项意思表示。S 为防止怀孕而承诺服

① 参见联邦最高法院 1963 年 1 月 17 日的判决 (III ZR, 145/61), 载《保险法》1963 年,第 387 页、388 页;1973 年 12 月 4 日的判决 (VI ZR, 10/72), 载《保险法》1974 年,第 488 页、489 页;1983 年 12 月 8 日的判决 (I ZR, 183/81), 载《新法学周报》1984 年,第 791 页、792 页;1984 年 10 月 16 日的判决 (VI ZR, 304/82), 载《新法学周报》1985 年,第 264 页、265 页。米勒 (Müller) 文,载《法学评论》1969 年,第 161 页、163 页、164 页。

② 联邦最高法院 1973 年 12 月 4 日的判决,出处见前注。

③ 参见联邦最高法院 1960 年 11 月 21 日的判决 (III ZR 160/59), 载《新法学周报》1961, 601, 602;1963 年 1 月 17 日的判决,见注①;1974 年 6 月 25 日的判决 (VI ZR 18/73), 载《新法学周报》1974, 1865, 1866;《联邦最高法院民事裁判集》第 89 卷,第 178 页、182 页。联邦最高法院 1984 年 10 月 16 日的判决,见注①。米勒文,见注①。博格曼/豪格 (Borgmann/Haug):《律师义务,律师责任》,1979 年版,§ 20 第 79 页。

④ 《联邦最高法院民事裁判集》第 91 卷,第 324 页、327 页、329 页、330 页。

用避孕药,根据交易习俗,此项承诺不能简单地被理解为是一项她愿意接受法律上拘束的意思表示。

如果对于非婚姻生活共同体的双方当事人来说,缔结婚姻并不存在法律上的或经济上的障碍,则一般表明他们有意识地放弃用婚姻制度所提供的法律秩序来规范他们之间的关系。他们不愿意将其自由的伙伴关系置于法律规定的约束之下。^① 因此,在通常情况下,这种共同体的双方当事人将其关系建立在其个人的道德观念和礼仪观念以及感情和信任的基础之上。他们恰恰不想使其人身的关系和经济的关系受到法律的调整。^② 因此,双方当事人之间通过法律来调整财产关系的情形只是一种例外。^③ 根据一般的观念,双方当事人更不会愿意将其人身的、隐秘的关系作为合同拘束的标的。

原告没有查明,被告与 S 是否以合同形式也对其他的人身关系特别是对双方的经济关系予以调整。如果对其伙伴关系并不存在合同上的调整,则从一个客观的评价者^④ 的角度来观察,一项有关最核心的人身关系的约定,不能简单地构成一项特别约定的、愿受法律拘束的协议。

因此,在前案中,一审法院对在原告所陈述的事实中 S 是否具有法律上的拘束意思表示怀疑,这一怀疑是有道理的。即使可以认定, S 发出了一项有拘束力的、法律行为上的意思表示,因而有意识地达成了上面所称的协议,这项法律行为也是无效的,因为此项法律行为所涉及的核心的人身自由领域是不受合同调整的。

相互之间有两性关系的伙伴双方,总是要不断反复地就是否要一个孩子问题作出新的、自由的抉择,这是伙伴双方人格尊严和人格权的体现。因此,他们在决定是否服用避孕药以防止怀孕时,必须保持是自由的。这一决定自由涉及其人格以及自主决定发展的最核心的部分。由此得出,伙伴一方不得在事先以具有法律拘束力的方式有效地承担定期服用某种避孕药物的义务。如果伙伴一方不再愿意采取避孕措施,则即使该方并未将这一情况告知对方伙伴,因此也不能产生合同上的损害赔偿请求权,因为否则的话,就会对伙伴一方的隐私领域造成不合理期待的影响。

其次,不赞成再申诉状提出的观点,被告声称的 S 的行为也不产生基于侵权行为的请求权。

《德国民法典》第 823 条及其相继条款规定,违反了共同体生活的基本道德观念以及秩序原则的行为,才会产生责任后果。^⑤ 两个成年人之间自愿发生性关系,且在发生性关系时不仅为了满足其性的需求,而且还为新生命的诞生负责,则在其生育子女的情况下,

① 对于相关当事人的通常态度,参见 [德]封·闵希 (v. Münch):《无结婚证书的婚姻》,1982 年,第 146 页、147 页; [德]明德尔 (Münder):《德国民法典另类评注》,§ 1302 附录,边码 9。

② 《联邦最高法院民事裁判集》第 77 卷,第 55 页、58 页; 联邦最高法院 1981 年 2 月 23 日的判决 (II ZR 124/80),载《荣属法杂志》1981 年,第 530 页; 1985 年 9 月 16 日的判决 (II ZR 283/84),载《法学家报》1986 年,第 239 页; [德]乌尔默 (Ulmer):《德国民法典评注》,慕尼黑版,第 2 版,§ 705 前,边码 53; [德]狄德里希森 (Diederichsen):《帕兰特德国民法典评注》,第 45 版,导言,§ 1353 注 8a; [德]施瓦布:《非婚姻生活共同体》,1978 年,第 76 页; [德]德维特/胡夫曼 (De Witt/Huffmann):《非婚姻生活共同体》,第 2 版,边码 70、71; 持不同意见者有罗特/施蒂洛: (Roth - Stielow):《最高法院版德国民法典评注》,第 12 版,§ 1353 之前,边码 31。

③ 联邦最高法院 1983 年 10 月 3 日的判决 (II ZR 133/82),载《荣属法杂志》1983 年,第 1213 页、1214 页。

④ 参见《联邦最高法院民事裁判集》第 21 卷,第 102 页、107 页。

⑤ [德]施台芬:《最高法院版德国民法典评注》,第 12 版,§ 826,边码 15。

即使一方在采取避孕措施的问题上欺骗了另一方,他们两人的隐私领域原则上也不受侵权法调整。

此外,在本案中,孩子的利益也要求应做这样的处理。被告的儿子与母亲 S 共同生活。S 负责照顾、教育该孩子,并根据《德国民法典》第 1606 条第 3 款负担其抚养费。孩子自然在其生活的所有方面都分享着母亲的生活关系及其生活水平。由于孩子自己的父亲提出要求赔偿损害,因此,这个孩子必然会在结束受抚养需要之前遭受人身方面、心理方面和经济方面的重大损害。这个孩子必然会与其母亲一起经历和承受经济上的和心灵上的负担。在针对母亲实施强制执行的情形,这些影响将尤为严重。这个母亲在结果上遭受的双重抚养负担,也有可能促使她从事一项职业,而从事此项职业就不可能维护孩子的利益了。在母亲承受如此的心灵上和经济上的负担的情况下,负担的起因是无法对孩子隐瞒的。孩子必然会了解到,是由于他的存在才引起了母亲相对于父亲的责任,这一点有损于孩子应有的人格尊严。

3. 原告有过错地违反了他们在前案中的咨询义务,因为他们未尽到作为律师在委托合同中所负的注意事项。他们在审查获胜有可能性时未遵循一般的法学方法,因而未认识到诉请的权利在法律上的可疑性。因此,他们不仅根本就未向被告指出该诉讼具有的明显风险,而且反而唤起了被告“根据判例是享有损害赔偿请求权的”观念。

根据原告自己的陈述,他们是基于联邦最高法院第六大民事审判庭 1980 年 3 月 18 日的裁判^①向被告提供咨询的。这样,他们对于案情中关键的、可轻而易举予以识别的差异发生了认识上的错误,并且,他们以孩子是否构成“损害”这个问题作为其提供咨询和代理诉讼的出发点,这在方法上是不精确的。虽然原告可能正确地认识到侵权法上的请求权不能作为主张权利的依据,但是他们并没有充分论证合同上的损害赔偿请求权成立,因而没有认识到产生诉讼风险的诸关键性问题。他们并没有提出可说明法律拘束意思存在的具体依据。但是,他们应该知道,联邦最高法院^②以及学术界大部分学者^③认为,非婚姻生活共同体的伙伴双方放弃婚姻,说明他们决定不接受法律上的拘束,因此,如要认定他们之间存在一项通过法律行为规范其财产法律关系的法律拘束意思,就必须具备特别的依据。因此,原告应当考虑到,伙伴双方曾“最有拘束力地”约定在其关系中不要子女的陈述,尚不足以径自说明他们之间即存在着一项对一个客观的评价人而言可领会的法律拘束意思。对于拘束标的在法律行为上的可处分性方面存在的疑虑,原告显然也没有认识到。无论如何,原告并没有指明于此范围内存在的诉讼风险。

被原告视为与本案相关的那个判决,即联邦最高法院第六大民事审判庭有关绝育失败情形的损害赔偿判决,与本案的事实有着本质的差异,因为 Sv. S 根本就不是意料之外的孩子,而只是父母的一方不想生育而已。原告在前案中所阐述的法律观点,即 Sv. S 同样也是父母不想生育的孩子,他与第六大民事审判庭因其出生而判令其父母双方损害赔偿的孩子是一样的,是错误的。将诉讼请求建立在明显不存在的案情类似性的基础之上,

① 《联邦最高法院民事裁判集》第 76 卷,第 249 页、259 页。

② 联邦最高法院 1980 年 3 月 24 日的判决 (I 1 ZR 191/79),载《新法学周报》1980 年,第 1520 页、1521 页。

③ 有关当时讨论的情况,参见得尔勒德 (Derleder) 文,载《新法学周报》1980 年,第 545 页。

是与律师应当具备的认真态度不相符合的。

三、评 价

本案的案情比较复杂,涉及两个不同的案件和诉讼。

第一个诉讼(即判决书中所称的“前案”)涉及三方当事人,即未婚同居关系中的男方、女方以及代理男方提起诉讼的律师。诉讼的起因是:未婚同居关系中的男方与女方约定由女方服用避孕药,但女方却违反该项约定,自行中止服用避孕药,导致怀孕生子。男方要求女方赔偿因此所遭受的损害,亦即他必须承担的抚养孩子的通常费用。男方在律师的建议和代理下,向一审法院提起诉讼,要求女方因违约或侵权承担赔偿责任。一审法院判决起诉不具备合理理由,予以驳回。男方在律师的建议和代理下,向二审法院提起上诉,坚持其原来的主张。在二审法院审理该上诉案件的过程中,男方出于女方经济方面的原因等因素,撤回了上诉。此案结束后,男方的代理律师要求男方支付代理费。男方拒绝支付,原因是自己当初听从了律师的建议才提出起诉和上诉的。他自己不但不应该付给律师费用,相反律师倒是应该向他支付损害赔偿金,因为律师违反了职业义务,提供了不正确的咨询和代理服务。

这个“前案”引发了本案。本案的原告是男方的代理律师,被告是男方。原告要求被告支付律师代理费,被告则提出反诉,要求原告赔偿损害。一审法院判决驳回原告的起诉,对反诉予以支持。一审原告不服判决提起上诉,二审法院驳回了该上诉。一审原告提起再申诉,亦未获得成功。本案的最后结果是律师无权要求男方支付代理费。

这两个案件的争议焦点主要有两个。

第一个焦点是律师相对于当事人负有什么样的注意义务。这个问题不属于民法总则法律行为学说的范畴,因此在这里不作详细讨论。联邦最高法院对律师职业义务的阐述,可以概括为以下几点:①律师应当认真审查委托人在其所陈述的事实情况下其诉讼能否获得成功,在诉讼显然没有希望获胜的情况下,律师应当劝阻其当事人起诉。②如果委托人坚持要起诉,则律师应当向其明确指出诉讼的风险。③委托人明知诉讼存在风险,仍然坚持起诉的,律师可以在不违反其委托人义务的情况下满足其要求。④律师必须认真研究现行法律规范,特别是深入了解最高法院对所争问题形成的司法判例及其要旨。如果律师根据合理的法律观点,有理由认为委托人的诉求可能会获得成功,但由于最高法院的固定判例还未形成等方面的原因,导致法律状态依然不很明朗,律师也必须向委托人说明这方面存在的疑问和顾虑,并根据委托人的意见决定是否采取下一步措施。⑤律师在审查委托人的诉讼是否具有获胜的可能性时,应当遵循通行的法学方法,充分认识到诉请的权利在法律上的可疑性。联邦最高法院认为,在本案中,律师并未尽到这些注意义务,特别是没有准确理解联邦最高法院相关判决的精神以及不同判决之间的差异,建议和鼓励其委托人进行了没有胜诉希望的诉讼,违反了委托合同所产生的义务和律师职业义务,因此必须对其委托人因此遭受的损害承担赔偿责任。

第二个焦点便是男方与女方之间有关服用避孕药的约定究竟具有什么样的性质和效力。这是本案争议的真正焦点。