

邵建东 方小敏 主编

德国联邦最高法院典型判例研究丛书

德国合同法典型判例评析

刘青文 编著

南京大学出版社

014037119

- 南京大学“985”工程资助项目 -

D951.63

41

邵建东 方小敏 主编

德国联邦最高法院典型判例研究丛书

德国合同法典型判例评析

刘青文 编著



北航

C1725292

南京大学出版社

D951.63
41

图书在版编目(CIP)数据

德国合同法典型判例评析 / 刘青文编著. — 南京:
南京大学出版社, 2014. 3

(德国联邦最高法院典型判例研究丛书)

ISBN 978-7-305-10283-7

I. ①德… II. ①刘… III. ①合同法—审判—案例—
德国 IV. ①D951.63

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 035751 号

出版发行 南京大学出版社
社 址 南京市汉口路 22 号 邮 编 210093
网 址 <http://www.NjupCo.com>
出版人 左 健
丛 书 名 德国联邦最高法院典型判例研究丛书
书 名 德国合同法典型判例评析
著 者 刘青文
责任编辑 于民峰 黄继东 编辑热线 025-83592193
照 排 南京南琳图文制作有限公司
印 刷 南京紫藤制版印务中心
开 本 880×1230 1/32 印张 6 字数 160 千
版 次 2014 年 3 月第 1 版 2014 年 3 月第 1 次印刷
ISBN 978-7-305-10283-7
定 价 28.00 元
发行热线 025-83594756 83686452
电子邮箱 Press@NjupCo.com
Sales@NjupCo.com(市场部)

* 版权所有,侵权必究

* 凡购买南大版图书,如有印装质量问题,请与所购
图书销售部门联系调换

自序

在继受大陆法系各国先进的立法例和各种学说的基础上,国内法学界越来越重视对国外各部门法典型判例的研究。尤其是作为传统德国法的继受国,我国法学界对当代德国法的引介,已从对经典大部头著作的翻译过渡到对典型判例的研究。究其原因,法律的生命在于应用,唯有在司法实践中,我们才可以看到鲜活的法律。而如何解释法律和应用法律,是当下的中国法律人所共同关注的话题。

德国合同法作为德国民法的一部分,自《德国民法典》颁布生效以来,从帝国法院到联邦最高法院,产生了不计其数的典型判例。作为非以德语为母语的外国学人,要想从这些卷帙浩繁的典型判例中撷取若干篇什加以译介评析,如何取舍就已经是一道难题。非常感谢柏林洪堡大学的 Prof. Dr. Hans-Peter Benöhr,为我精心挑选和推荐了十多个合同法方面的典型判例。囿于资料搜集的难度以及与中国法的关联度等方面的考量,我只使用了其中的八个典型判例,即本书的判例一至判例八。而最后两个判例,则是我从德国法学期刊上自己选定的。

为了方便读者了解德国司法实践的状况,本书尽可能将所选判例中的案件事实和判决理由全文译出(所称“民法典”均指“《德国民法典》”),并对其中的注释予以保留。但为了突出本书的合同法主题,涉及程序法等其他与民事实体法无关的内容还是作了删除处理。为了保证读者阅读的流畅性,书中所涉德国法的法条,均在脚注中附上了中文译文。法条译文前附有“(旧)”字样的,为德国 2002 年债法改革前的《德国民法典》中的旧法条;其他不含“(旧)”字样的为现在仍在生效的法条。当然,通过作出判决的时

间来核准当时正在生效的对应法条,是更为准确的做法。法条的中文译文主要参考了三种中文版《德国民法典》:(1)郑冲、贾红梅译《德国民法典》(法律出版社1999年5月版);(2)杜景林、卢湛译《德国民法典》(中国政法大学出版社1999年8月版);(3)陈卫佐译注《德国民法典》(法律出版社2004年5月版)。在此谨向上述译者表示诚挚的谢意。

无论多么典型的判例,通过它来了解法律,都只能是管中窥豹。但对当下的中国法学来说,两亩三分地的精耕细作,或许比海阔天空的宏大叙事更有利于它走向逻辑的严谨和方法论上的成熟。虽然,对博大精深的德国民法而言,十个典型判例尚不足以呈现其堂奥于万一,但是,“不积跬步无以至千里”,对德国典型判例的研究必将继续,目标则是为了构建我们自己的中国判例法体系。

本书属于南京大学中德法学研究所主编的《德国联邦最高法院典型判例研究丛书》中的一辑,在此感谢南京大学“985”项目的资助。由于作者水平有限,对德国法的了解与认识尚存不足,因此,书中谬误之处在所难免,还望专家、学者批评指正。

刘青文

2013年7月2日于南大和园

目 录

自序	刘青文
判例一 第三人损害赔偿的界限	1
要 旨	1
事 实	2
理 由	2
评 析	10
判例二 为第三人利益合同	19
要 旨	19
事 实	20
理 由	21
评 析	27
判例三 附保护第三人作用的合同	35
要 旨	35
事 实	36
理 由	36
评 析	43
判例四 合同自由与违背善良风俗	56
要 旨	56
事 实	57
理 由	58
评 析	61
判例五 合同解除与迟延损害赔偿请求权	75
要 旨	75

事 实	76
理 由	77
评 析	81
判例六 交易基础丧失	93
要 旨	93
事 实	94
理 由	94
评 析	101
判例七 旅游合同瑕疵担保责任	111
要 旨	111
事 实	112
理 由	113
评 析	120
判例八 对无益耗费休假时间的损害赔偿请求权	124
要 旨	124
事 实	125
理 由	125
评 析	135
判例九 赠与中的责任减轻	143
要 旨	143
事 实	144
理 由	145
评 析	150
判例十 出卖人自始主观不能的责任	157
要 旨	157
事 实	158
理 由	159
评 析	167

判例一

第三人损害赔偿的界限

《联邦最高法院民事裁判集》第40卷,第91页以下

(BGHZ 40,91)

要旨

原则上买方不能将其顾客遭受的损失作为自己对卖方的赔偿请求权的内容。

《德国民法典》第249条^[1],第463条^[2]

第八民事审判庭,1963年7月10日判决

原告:w. S.

被告:i. S. R.

VIII ZR 204/61.

第一审法院:罗特韦尔地方法院

第二审法院:斯图加特地方高等法院

[1] (旧)第249条【损害赔偿的方式和范围】:“负损害赔偿义务的人,应回复损害发生前的原状。因伤害人身或者损毁物件而应赔偿损害时,债权人可以要求以金钱赔偿代替回复原状。”

[2] (旧)第463条【不履行的损害赔偿】:“出卖的物在买卖时欠缺保证的品质的,买受人可以不请求解约或减价而请求不履行的损害赔偿。出卖人恶意不告知瑕疵的,适用相同规定。”

事实

原告经营一家皮带厂,被告经销皮革,双方当事人有长期的业务关系。原告以 581.93 马克的总价款从被告处购买了 3 打绿色野鹿皮。被告是从 H 公司处购进的这批皮革。原告将这些皮革加工成了女装腰带,并将其中的大部分出售给了 K 公司。K 公司将这些腰带钉在染了色的女装上,并将它们送到了发送部,但在那里发现,相当一部分服装与腰带接触的位置都呈淡黄色。K 公司随后收回了被染黄的 395 件服装。

原告向被告主张损害赔偿请求权。其声称,衣服上的污渍是因为皮革染色瑕疵造成的;K 公司由于服装被染色遭受了 10 375.50 马克的损失。可以肯定的是,K 公司并未向原告提出损害赔偿。原告也没有主张,其本身负有损害赔偿的义务。但原告认为,其有权就其顾客遭受的损失,基于其与被告的合同关系主张一项自源性的请求权来要求赔偿。

地方法院通过第一审判决宣布,被告应当赔偿 K 公司遭受的损失。地方高等法院在第二审中维持原判。被告提出上诉,第三审的终审结果推翻了前两审的判决。

理由

第三审法院的观点与第二审法院相反,认为原告无权将其顾客遭受的损失作为自己损害赔偿请求权的内容来加以主张。

第二审法院在裁判理由中认为,双方当事人在合同缔结之际就已经默示约定,原告有权主张其顾客遭受的损失,而不必考虑其是否负有损害赔偿的责任。第三审法院对此认为:

一、这种考虑的出发点值得商榷。所谓默示的表示,是指某一行为就其外观来说并不存在一个表示,但综合考虑到其他情况将

其视为具备特定法律效果的意思宣告。因此默示的表示是一个真正的意思表示。但在本案中,双方当事人并未主张,他们已经约定,原告可对其顾客遭受的损失主张一项自源性的请求权,并且这一约定是通过一个推定行为即沉默来达成;第二审法院对此也没有提出相关事实。当第二审法院提及默示约定时,只是想当然地认为,可以通过对合同的补充解释,得出原告享有前述权利的结论。

二、这种观点不能得到认同。无论来自判例还是学说的观点,均认为:只有在特定情况下才可以偏离“仅受损者可要求损害赔偿”的基本原则,认可合同一方主张第三人所受损害的权利,即所谓第三人损害赔偿(Schadensliquidation im Drittinteresse)^{〔1〕}。存在这种权利的案件虽然形态各异,但它们有共同之处,即合同中的权利人与合同所要保护的利益的享有者,是不同的人。违约产生的损害并不发生在合同权利人身上,而是发生在第三人身上。在学者著述中,这种情况被称为利益转移(Interessenverlagerung)^{〔2〕}或者损害转移(Schadensverlagerung)^{〔3〕}。加害人的责任不能因为这两个主体的分离而被排除,从而使自己从中获益。

涉及第三人损害赔偿的情形包括:

1. 首先是间接代理。一方受第三人委托,却以自己的名义实施代理行为,并为第三人缔结合同时,由于相对人因违反合同义务的行为而使第三人遭受损失时,受托人可以就第三人所遭受的损

〔1〕 Vgl. Reinhardt, Der Ersatz des Drittschadens; Tägert, Die Geltendmachung des Drittschadens.

〔2〕 Reimer Schmidt bei Soergel/Sieber, BGB 9. Aufl. § 249 bis 253 Nr. 87.

〔3〕 Esser, Schuldrecht 2. Aufl. § 50, 6 und 7; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 5. Aufl. Band I § 14 IV.

失向相对人主张损害赔偿请求权。德国帝国法院和联邦最高法院在长期的审判实践中,除了将之视为固定原则外,并未作进一步的合理解释。^[1]

2. 其次是“风险解除”(Gefahrentlastung)。^[2]对第三人负有交货义务的人,如果他有义务将货物送往作为履行地的另一地点,并已将货物交付承运人,那么他就无需对因他人过错造成的货物毁损承担责任。根据《德国民法典》第 447 条^[3],风险转移到第三人(买方)时,第三人即使尚未受领给付,但仍负有支付货款的义务。可见,当货物在承运人处毁损时,受损失的只是第三人。但卖方有权向加害人主张该损失赔偿请求权^[4]。这同样适用于遗赠物在其所有权转移至受遗赠人前毁损的情况。根据《德国民法典》第 257 条^[5],继承人被免除责任,同时他可以向加害人主张受遗赠人的损失赔偿请求权。

3. 最后,照管他主物(Obhut für eine fremde Sache)的案件也属于第三人损害赔偿的范围。所谓照管他主物,是指合同相对人根据合同所负的照管、保护义务,涉及到供合同一方支配,但不属

[1] RGZ 90, 240, 246; 113, 250, 254; 115, 419, 425; BGH 25, 250, 258.

[2] Tägert, Die Geltendmachung des Drittschadens, S. 38.

[3] (旧)第 447 条【送交买卖的危险移转】:“(1) 出卖人依买受人请求将出卖的物送交清偿地以外的另一地点的,危险一俟出卖人将此物交付于运输代理人、承运人或其他被指定实行送交的人或机构,即移转于买受人。(2) 买受人已对送交的方式给予特别指示,而出卖人无紧迫事由背离此种指示的,出卖人对由此而发生的损害向买受人负责。”

[4] RGZ 62, 331.

[5] (旧)第 257 条【免除请求权】:“对其为一定目的支付的费用有权请求偿还的人,在其为此目的承担债务时,可以请求免除此项债务。债务尚未到期的,偿还义务人可以向其提供担保,以代替免除其债务。”

于他而属于第三人的物。由于合同相对人违反此项义务,所有权人受到了损害,尤其当加害人根据《德国民法典》第 831 条^[1]可以免受所有权人以侵权为由提起的诉讼时,判例给予合同一方一项合同请求权,以主张所有权人所受损害的赔偿。帝国法院援引了关于间接代理中责任归属的判例作为依据,并使之合乎此处所有权人与合同一方的利益关系^[2]。

帝国法院在《帝国法院民事案件裁判集》第 170 卷第 246 页(RGZ 170, 246)的判决中得出了支持第三人损害赔偿的另一个理由。通过对合同的补充解释,它认为一个维修市立冷藏库的承揽经营者,授予了他的定做入——城区政府一项权利,即允许他主张在冷藏库中贮藏肉制品的屠户由于维修工作的疏忽而遭受的损失。联邦最高法院在《联邦最高法院民事案件裁判集》第 15 卷第 224-227 页(BGHZ 15, 224, 227)中,也是以此判例为依据的。在该案中,一个承运人将其运输业务委托给另一运输企业主,其对苏战区没收属于运输企业主妻子的载重货车负有责任。联邦最高法院在 1958 年 1 月 27 日的判决——II ZR 266/56 中认为,当往一艘包租船上装锅炉水发生损害时,包租公司最终因船舶所有人遭受的损失,被赋予了损害赔偿请求权,因为供水人有照料船舶的义务。作为裁判依据,联邦最高法院援引了《帝国法院民事案件裁判集》第 93 卷第 39 页的判例,以及《联邦最高法院民事案件裁判集》第 15 卷第 224 页的判例。

[1] 第 831 条【为事务辅助人而担负的责任】:“选任他人执行事务的人,对他人在执行事务时给第三人不法造成的损害,负有赔偿的义务。雇用人在选任受任人时,或其应购置设备或工具器械或应督导事务执行的,在购置或督导时,已尽交易中必要注意的,或损害即使在尽此种注意时仍会发生的,不发生赔偿的义务。”

[2] RGZ 93, 39.

三、试图用合同解释来论证第三人损害赔偿的做法,在学界遭到了普遍的反。其根据在于,采纳这种形式的意思拟制,是对当事人真实意思的强制^{〔1〕}。因为这里要评判的案情并不属于上述案件类别,此处不赘。毫无疑问的是,本案原告并非受其顾客委托从被告处购买皮革。此案也不存在照管他主物判例中的利益关系。尽管如第二审法院所言,原告因与顾客保持生意关系而享有利益,但仍不能满足上述判例中关于利益关系的先决条件。原则上,卖方对买方与其顾客之间的生意关系,不负促进义务。

第二审法院认为:在对合同进行补充解释的基础上,应视原告有权就其顾客所受损失主张损害赔偿请求权,而不论该顾客是否对原告提出请求。但当事人的陈述完全不能论证上述观点。

首先,该合同并不存在需要通过补充解释加以填补的漏洞。并非所有缺少某一规则的合同都存在漏洞。只有当合同在既存的事实框架内,或者在当事人约定的真实意思中,呈现出明显的缺陷,才可以依据司法实践中的惯常做法称之为漏洞。法官对合同的补充解释不允许扩张合同的内容。如果合同双方在缔结合同时未做其他约定,就应按照法律规定来处理。每天都有不计其数的买卖合同在缔结,却未见约定买方可否以自源性的请求权,主张其顾客因货物瑕疵所遭受的损失。这些合同并非都是有漏洞的;当事人往往以适用法律规定为基础。而法律的出发点是,当事人一方只有因他方违反合同而遭受损失时才能获得赔偿。

其次,第二审法院也没有理由认为,如果当事人料到,买方的顾客所购买的货物可能因为买方提供的皮革褪色而受损,那么他们出于正派商人的责任感就会约定,当顾客不能或者没有对原告主张权利时,被告也要为此向原告承担损害赔偿责任。在工商业往来中,当事人往往是依惯例并以判例认可的方式,通过免责条款

〔1〕 Esser, aaO., § 50, 6 und 7.

来防范在其影响范围内所无法预估的损害赔偿请求权,通过制定适当的价格或者订立保险合同来规避经济风险,比如本案中的货物价格远远超出了其实际价值,即是附加了风险成本的缘故。

最后,就算本案合同存在一个漏洞,第二审法院也未遵循补充性合同解释的规则加以填补。补充性合同解释必须作为一个绝对必要的自然的结果,产生于所做约定的一切相互联系中,以至于不进行补充就会产生与根据合同内容实际存在的约定相矛盾的结果^[1]。第二审法院并未查明,顾客可能向原告主张请求权的理由。他们可能并未要求原告保证腰带不褪色,或者他们确信,原告不受导致损害赔偿的可归责的有过错的积极违约的责难。立法者有充足的理由限制因货物瑕疵而产生的损害赔偿请求权。第二审法院的观点导致,由于被告对原告积极违约,原告的买方也应当获得损害赔偿,即使这违背了买卖法。依据第二审法院的观点,似乎被告并非对原告,而是对其顾客有过错地实施了积极违约的行为。用这样的规则来保证合同实现其全部目的,或者避免原告遭受过分不利,显然并不可取。

本案第二审中的审判庭曾在 1959 年 8 月 7 日的一份判决书^[2]中认为,一个约定用所购商品为第三人物品进行加工的买方,可以对其委托人因所购商品瑕疵遭受的损失主张一项自源性的请求权。然而在这份判决中,审判庭并未宣称,原则上允许第三人损害赔偿存在于顾客链中。该审判庭明确强调,如何对加害人与其相对方之间的合同约定进行解释,起着决定性的作用。如果可以证实,根据合同的意义和目的,第三人利益应当受到保护,那么任何其合同权利受到侵害的人都应当被视为有权就第三人损害主张赔偿请求权。作为该判决基础的案情具有特殊性:根据第二

[1] BGHZ 12, 337, 343; 29, 107, 110.

[2] VIII ZR 113/58-Betrieb 1959, 1083.

审法院的有效认定,卖方已向买方允诺,承担买方对其委托人的风险,并且允诺对第三人因使用其出售的商品而遭受的损失承担责任。而在本案中,谈不上被告对原告的买方所受损失负有责任。

四、除了补充性合同解释,判例和学说对第三人损害赔偿所做的其他考虑,在本案中同样没有适用的空间。第三人损害赔偿的前提是,责任人的加害行为并不导致请求权人,而是导致第三人受到损害。当请求权人也是受保护的法益的享有者时,损害只允许发生在第三人身上。第三人代替请求权人作为受害人出现。^[1]所以,在判例和学说所述及的案例中,遭到损害的仅是内部关系中的被代理人,而非间接代理人;仅是风险降至的人,而非风险离开的人;仅是物的所有人,而非在合同框架内将物托付给义务人照管的人。因此对第三人损害赔偿而言,仅仅满足“除了请求权人,第三人也遭到了损害”这一前提条件,是不够的。第三人损害赔偿不可以增加违反义务者所要负责的受害人,也不可以扩大以法律或合同为依据的损害赔偿责任。帝国法院在《帝国法院民事案件裁判集》第170卷第246页中也强调了这一根本性观点,在该案中,损害只发生在赔偿请求权人(城区政府或屠户)身上,而且损害仅仅是肉制品变质。通过法律的授权,(由城区政府)就屠户所遭受的损失主张赔偿请求权,正如帝国法院在判决书中所阐明的,并不会“复制”(Vervielfältigung)出新的损害。

如果买方进一步转手标的物,且第二位买方由于物的瑕疵而遭受了损失,由于第一位买方基于物的瑕疵而遭受损失的可能性也是存在的,因此在这个意义上并不存在损害或者利益的转移。故此,Tägert^[2]反对卖方对通过销售链后续获得买卖物的人承担

[1] Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 5. Aufl. S. 164. Werner bei Staudinger BGB, 11. Aufl. Vorbem. vor § 249 Nr. 95.

[2] Tägert, Die Geltendmachung des Drittschadens, S. 52.

附加的合同责任,是合理的。反对适用第三人损害赔偿原则的另一个考虑是,如果在买方链中,第一个卖方因违反合同对各个后来的买方遭受的损失也同样负合同责任,那么就合同法的基本思想而言,将导致无法预见且无法忍受的损害赔偿赔偿责任。帝国最高法院在1941年的一项判决^[1]中也是公开以同样的观点作为其裁判依据的,它认可第一位买受人将其后手(第二位买受人)遭受的损失作为自源性请求权的内容加以主张,是因为它认为第一位买受人是以自己的名义为他人购买了货物。帝国法院是在所谓的间接代理的观点之下做出该判决的。如果帝国法院认为买方直接有权就其购买者遭受的损失主张赔偿请求权,那也就不需要这一理由了。

从维护诚信原则的一般理念出发,让第一出卖人承担责任的做法亦无法令人苟同。依据后续买受人与其卖方订立的合同来判断其有无请求权,并不违反合理原则。如果根据合同规定他不享有损害赔偿请求权,那么从合理原则出发,亦不能得出任何有说服力的理由,仅仅因为第一出卖人要为第一买受人承担损害赔偿赔偿责任,就让后续的买方越过其卖方直接要求第一出卖人也承担损害赔偿赔偿责任。所谓“加害人不能因其债权人未受损害而获益”之类的法律原则纯属子虚乌有。Werner指出^[2],损害赔偿原则仅仅要求对权利人实际遭受的损失进行补偿,并不要求惩罚加害人,至少这一点是合理的。

是否在信赖保护的观点之下存在其他案例,如生产商通过广告向从不明渠道获得产品的终端消费者夸赞其产品的优点,并且使终端消费者相信了生产商的不实广告,暂且不论。因为本案并未出现这样的情况。

[1] DR 1941, 637.

[2] Bei Staudinger, BGB 11. Aufl. Vorbem. vor § 249 Nr. 99 S. 65.

评 析

违约所产生的损害并不发生在合同相对方(请求权人)身上,而是发生在第三人(受害人)身上时,合同相对方可以以自己的名义就第三人所遭受的损害主张赔偿请求权。第三人只能在合同相对方做出转让之后才能享有此项请求权。这就是第三人损害赔偿。

该规则的理论基础是:如果请求权与损失由于内部关系或者法律规定而分离,加害人由此被免责是不合理的,那么请求权就可以对第三人所受损害主张请求权。因为依据《德国民法典》第249条及其以下条款,只是间接受到损害的人不享有损害赔偿请求权。这一原则在具体案例中的适用,有可能会不合理地免除加害人的责任。因此,第三人损害赔偿是德国判例法上发展起来的一项填补法律漏洞的制度。

有相当多不同类型的棘手案例可以借助第三人损害赔偿这一制度获得解决。其适用范围并不局限于本书中所提及的诸种类型。只要发生了具有可比性的利益状况,就可以考虑适用第三人损害赔偿。当然,作为填补法律漏洞的一项制度,在其他的损害赔偿机制能够提供公平合理的解决方案的情况下,第三人损害赔偿没有援用的必要^[1]。如果法律赋予第三人一项自源性的损害赔偿请求权,那么同样无需适用第三人损害赔偿,《德国商法典》第

[1] 德国学者特别强调这一点。参见:Hagen, Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik, 1971, S. 140ff.