

邵建东 方小敏 主编

德国联邦最高法院典型判例研究丛书

德国民法总则编 典型判例17则评析

邵建东 编著

南京大学出版社

德国民法总则编
典型判例17则评析

德国民法总则编 典型判例17则评析

廖正兴 编著

图书在版编目 (CIP) 数据

德国民法总则编典型判例 17 则评析/邵建东编著. —南京: 南京大学出版社, 2005. 1

(德国联邦最高法院典型判例研究丛书/邵建东、方小敏主编)

ISBN 7-305-04334-6

I. 德... II. 邵... III. 民法—总则—判例—分析—德国 IV. D951.63

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 092922 号

丛 书 名 德国联邦最高法院典型判例研究丛书
书 名 德国民法总则编典型判例 17 则评析
编 著 者 邵建东
出版发行 南京大学出版社
社 址 南京市汉口路 22 号 邮编 210093
电 话 025-83596923、83592317 传真 025-83328362
网 址 <http://press.nju.edu.cn>
电子信件 nupress1@public1.ptt.js.cn
经 销 全国各地新华书店
印 刷 丹阳教育印刷厂
开 本 880×1230 1/32 印张 9.25 字数 240 千
版 次 2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月第 1 次印刷
ISBN 7-305-04334-6/D·488
定 价 22.00 元

* 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。

德国联邦最高法院典型判例研究丛书

总 序

邵建东* 方小敏**

德国联邦最高法院(Bundegerichtshof,简称“BGH”)是德国联邦最高法院系统的一个重要组成部分。由于历史形成的原因,德国并非像有些国家那样设置单一的、囊括所有诉讼管辖的最高法院,而是分别对普遍诉讼管辖(即民事和刑事诉讼管辖)、行政诉讼管辖、财税诉讼管辖、劳动诉讼管辖和社会诉讼管辖,在联邦的层面上设立五个最高法院,分别为“联邦最高法院”、“联邦行政法院”、“联邦财税法院”、“联邦劳动法院”和“联邦社会法院”。这五个最高法院构成了德国联邦最高法院系统的主体部分。其中主要负责对民事案件和刑事案件进行再审的联邦最高法院,在整个最高法院系统中规模最大,审理的案件最多,在这里工作的法官人数也最多,约占德国最高法院系统法官总数的75%。

* 邵建东,男,江苏常熟人,德国哥廷根大学法学博士,南京大学法学院暨中德法学研究所教授。

** 方小敏,女,江苏无锡人,德国哥廷根大学法学博士,南京大学法学院暨中德法学研究所副教授。

德国联邦最高法院成立于 1950 年,设在德国西南部的卡尔斯鲁厄市。作为德国民事诉讼和刑事诉讼领域的最高司法机关,目前由 11 个民事审判庭和 5 个刑事审判庭组成,此外还设有若干个特别审判庭。就民事审判庭而言,主要根据不同的法律领域予以设置,如第二民事审判庭负责审理公司法领域的再审案件,第五民事审判庭负责审理不动产法领域的再审案件,第六审判庭负责审理侵权损害赔偿领域的再审案件,第十二民事审判庭负责审理人身法和亲属法领域的再审案件等等。在这些审判庭之外,联邦最高法院还设有大审判庭和联合大审判庭,以维护和促进司法的统一。

德国联邦最高法院承担着保障德国自由、民主、联邦制和法治国家基本政体的政治任务,保障和监督法律的实施和公民自由权利的实现,维护整个德国司法和法制的统一。此外,联邦最高法院还发挥着“发展法律”的重要任务,即通过对法律规范和法律制度创造性的解释和适用,填补现行法律中的缺漏,在个案中实现当事人的权利并尽力达到社会正义。虽然从总体上看,德国联邦最高法院法官的主要任务依然是适用法律,即根据成文法规定对具体案件作出恰当的判决,而“发展法律”即“造法”则严格属于立法机关的工作范围,但由于社会生活变化日新月异,“无法可依”的现象出现得越发频繁,因此,今天联邦最高法院的法官造法已不再是一个“偶然的”现象。德国联邦最高法院所审理的案件的特殊性、法官的专业性和独立性、裁判结果的最终效力等因素,决定了法官认知法律、发现法律的权威性,因而裁判结果的妥当性也能够获得民众的普遍认同。因此,尽管从理论上来说,德国联邦最高法院的判决仅对于其裁判的个案具有拘束力,但是在实际上,这些判决往往超越相关个案,对于类似案件以及未来相关案件的判决都具有某种事实上的拘束力。无疑,联邦最高法院的判决引起的这种广泛而积极的模仿

效应,是有利于推动法的发展的。一项为联邦最高法院长期采纳因而变得相对固定的判例,往往会逐渐演变成习惯法,成为德国现行法律的有机组成部分。称联邦最高法院的这些判例为法律渊源,应该是言之成理的。

我们或许也能够通过对联邦最高法院典型判例的研读来领略其风格和精神。在我们看来,德国联邦最高法院判例最显著的风格是强调以“理”服人,这个理即是包含在法律规范、法律制度、法律原则和法的理念中的理性和规律。法院的说理是详实、周全、缜密而又不失紧凑的。值得注意的是,审判庭在阐述自己立场和观点的过程中,既经常援引本审判庭以及其它审判庭以往的相关判例,也引用其他最高法院的相关判例。这种参引的好处在于,人们能够对有关司法机关就某类案件的裁判状况一目了然。此外,审判庭还大量援引现当代学术著作中的代表性观点。“从根本上,在潘德克吞法学的熏陶下培养出来的实务家们,由于对教授们怀着最大的敬意,较之判例,更热衷于频繁引用学说”^{〔1〕},法官们撰写的判决书建立在深厚的法学理论基础之上,其内容可以与学术论文相媲美。

中国传统上和总体上属于大陆法系国家,无论是在立法,还是在司法和学理研究方面,历来深受德国法的影响。以往,中国对德国的成文法律译介研究比较全面,中国在准备和起草有关法律时也经常与德国官方或民间机构开展合作,学习借鉴其先进的立法经验和具体成果。在学术研究方面,中国学者近年来也建树颇丰,系统地翻译了数十部具有代表性的德国法律名

〔1〕【日】日大木雅夫:《比较法》(范愉译,朱景文校),法律出版社1999年版,第279~280页。

著^{〔1〕}，为中国学者追踪德国法律发展以及理论研究的现状提供了基本的素材。然而，迄今为止，我国学术界对于德国联邦最高法院的典型判例还缺乏必要的关注，很少有人致力于对这些典型判例进行整理、翻译、分析和评价，当然更谈不上对这些判例的实体意义和风格精神作系统的概括和研究。

正是鉴于这个事实，同时也因为中国作为大陆法系国家，德国最高法院的裁判活动对中国的司法实践应当具有更强的亲和性^{〔2〕}，我们在多年前就萌生了译介德国联邦最高法院典型判例的念头。新旧世纪之交，这个想法作为南京大学建设世界高水平大学项目（即“九八五项目”）“比较法研究”的一个重要组成部分予以立项。作为这一项目的最终成果，我们出版了这套“德国联邦最高法院典型判例研究丛书”。这套丛书计划陆续出版，涉及民法总则（主要是法律行为）、合同、侵权、物权、公司、反不正当竞争、反垄断等主要民商经济法领域。

由于德国联邦最高法院的判决涉及广泛的社会领域和深厚的专业知识，系争案件的事实问题和法律问题往往相当复杂，判决书使用的表达方式也比较晦涩难懂，再加上我们的专业水平和语言水平有限，可以查考的资料也不尽齐全，因此本套丛书中的缺点和舛误之处在所难免，真诚欢迎读者的批评指正。

〔1〕 如中国政法大学米健教授主持翻译、法律出版社出版的《当代德国法学名著》系列译著。

〔2〕 参见苏力：《道路通向城市——转型中国的法治》，法律出版社 2004 年版，第 219 页、第 220～221 页。

前 言

在我国大陆民法学界,很少有人对德国联邦最高法院的重要民事判例进行翻译介绍,因此也谈不上对这些判例的实质意义和风格精神进行概括和研究。有时我们通过日本和台湾学者的著述,间接地接触到德国联邦最高法院的某项具体判决的某些部分。我们认为,准确地了解德国联邦最高法院在某个民事实体领域的典型判例,是一项重要的基础性工作,对我们全面理解德国现行民事法律制度具有重要的意义。有鉴于此,本辑选择了德国民法总则中具有基础性、典型性意义的判例 17 则,逐一对其进行移译、分析和评价。我们的具体操作步骤是:先完整移译有关判例,然后结合《德国民法典》的条款对民法理论界的不同观点进行分析,最后得出一个简短的结论。

这些判例是由我本人选定的。在选择的过程中,既考虑到这些判例在发展法律方面的基础性地位或重要作用,也考虑到这些判例的篇幅大小。在选择确定这些判例时,我既参考了德国民法学界编撰出版的典型判例汇编^[1],也参照了德国当代几本比较有名的民法总论教科书^[2]的论述。这些判例所涉及的法律问题,主要集中在德国民法总则编的核心领域——法律行

[1] 如:Schack/Ackmann, *Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Bürgerlichen Recht* (JuS – Entscheidungen), 100 Entscheidungen für Studium und Examen, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 1997.

[2] 梅迪库斯(Medicus)的《德国民法总论》、拉伦茨(Larenz)的《德国民法总论》、布罗克斯(Brox)的《德国民法总论》等。

为,具体涉及法律行为的界定、要约和承诺、未成年人保护、意思表示的构成、意思表示的发出和到达、意思表示的撤销、法律行为的解释、法律行为的形式要件、格式条款、违反法律禁令的法律行为、违反善良风俗的法律行为、表见代理制度等等。

本书不过是对德国联邦最高法院典型判例的一个初步介绍。我们对本书的定位是:积累学术资料、提供研究素材、拓宽学者视野、启发人们思维。我们不想也没有能力对德国联邦最高法院的这些判例作“全面的、系统的、科学的概括和研究”,尽管这是我们不懈的追求目标。

本书是“德国联邦最高法院典型判例研究丛书”的第一辑。“德国联邦最高法院典型判例研究丛书”是南京大学“985”项目“比较法研究”的一个重要组成部分。我们对南京大学“985”项目的资助表示衷心的感谢。

南京大学哥廷根大学中德法学研究所 2002 级研究生丁勇、唐晋伟、唐莹、肖怡、曾见、周晨、周静帮助我译出了部分判决的初稿,并搜集和提供了不少资料。在此,我要对他们的帮助和参与表示感谢。当然,对于翻译的准确性以及评价的妥当性,我个人承担全部责任。

由于德国联邦最高法院的判决涉及广泛的社会领域和专业知识,系争案件的事实问题和法律问题往往相当复杂,使用的表达方式也比较晦涩难懂,再加上专业水平和语言水平有限,可以查考的资料也不尽齐全,因此本书中的缺点和舛误之处在所难免。我真诚欢迎读者批评指正。

邵建东

2004 年 5 月于南京大学北阴阳营寓所

目 录

《德国联邦最高法院典型判例研究丛书》总序 (邵建东 方小敏)

前 言

判例一 由女方服用避孕药之约定的效力

——《联邦最高法院民事裁判集》第 97 卷,第 372 页以下…… (1)

判例二 摸彩共同体成员之间的法律关系

——联邦最高法院:《新法学周刊》1974 年,第 1705 页以下 … (20)

判例三 使用收费停车场而不愿意支付报酬

——《联邦最高法院民事裁判集》第 21 卷,第 319 页以下 …… (31)

判例四 “不受拘束的要约”条款的解释

——联邦最高法院:《新法学周刊》1984 年,第 1885 页以下 … (57)

判例五 要约和承诺

——《联邦最高法院民事裁判集》第 111 卷,第 97 页以下 …… (67)

判例六 限制行为能力人的保护

——《联邦最高法院民事裁判集》第 78 卷,第 28 页以下…… (82)

判例七 意思表示发出的例外情形——商人确认书制度

——《联邦最高法院民事裁判集》第 40 卷,第 42 页以下…… (99)

判例八 意思表示的到达

——联邦最高法院:《新法学周刊》1996年,第1967页以下……(120)

判例九 遗嘱的形式和解释

——《联邦最高法院民事裁判集》第80卷,第242页以下……(138)

判例十 合同的补充性解释

——联邦最高法院:《新法学周刊》1975年,第1116页以下……(153)

判例十一 法律行为的形式要件

——《联邦最高法院民事裁判集》第85卷,第315页以下……(166)

判例十二 格式条款的司法审查

——《联邦最高法院民事裁判集》第127卷,第35页以下……(179)

判例十三 违反“打黑工”禁令的合同

——《联邦最高法院民事裁判集》第89卷,第369页以下……(199)

判例十四 违反善良风俗的遗嘱

——《联邦最高法院民事裁判集》第53卷,第369页以下……(217)

判例十五 因错误而撤销意思表示

——《联邦最高法院民事裁判集》第111卷,第97页以下……(240)

判例十六 意思表示的构成要素

——《联邦最高法院民事裁判集》第91卷,第324页以下……(256)

判例十七 表见代理问题

——《联邦最高法院民事裁判集》第86卷,第273页以下……(273)

判例一

由女方服用避孕药之约定的效力

《联邦最高法院民事裁判集》第 97 卷,第 372 页以下
(BGHZ 97, 372)

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]^{〔1〕}服用避孕药的约定,涉及到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原则上也不受侵权法调整。

〔1〕 方括弧中的内容,是原作中隐含却没有明确表达出来的意思。为照顾汉语习惯和便于读者理解,编著者自己加入这些说明性的文字。此外,本书的注释分为两大类。一类是原注,另一类为编著者注。对于前一类,脚注不附加任何说明;对于后一类,标注“——编著者注”字样。——编著者注

《德国民法典》第 241 条^[1]、第 823 条^[2]、第 826 条^[3]

1986 年 4 月 17 日的判决,第四民事审判庭

i. S. H. u. a. (原告) w. R. (被告)

IX ZR 200/85

第一审法院:克雷费尔德州法院

第二审法院:杜塞尔多夫州高等法院

事实:

原告是被告^[4]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^[5]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

[1] 《德国民法典》第 241 条:因债的关系,债权人有权向债务人请求给付。给付也可以是不作为。——编著者注

[2] 《德国民法典》第 823 条:(1)因故意或过失不法侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利者,对被害人负赔偿因此所生之损害的义务。(2)违反以保护他人为目的的法律者,负相同的义务。如依该法律的内容,虽无过错亦可能违反此法律者,则仅在存在过错时,始负赔偿损害的义务。——编著者注

[3] 《德国民法典》第 826 条:以违反善良风俗的方式对他人故意施加损害的人,对受害人负有损害赔偿的义务。——编著者注

[4] 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。——编著者注

[5] S 女士就是非婚姻生活共同体中的女方。——编著者注

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。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]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Sv. S被孕育之时仍然是有效的。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审判庭1980年3月18日判决(载《联邦最高法院民事裁判集》第76卷,第249页、第259页)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。原告的意见可以概括为:

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,其行为构成了需承担损害赔偿义务的违反合同行为。

基层法院认为起诉不具备理由并予以驳回。法院认为,合同对于 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。获准的再申诉未获成功。

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。原告因有过错地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,如果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”(Sterilisationsfälle,《联邦最高法院民事裁判集》第76卷,第249页、第259页)^[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],则会以不法的方式侵入到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

[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。——编者注

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。

二

再审诉[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,则律师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,则律师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

[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 387~388 页;1973 年 12 月 4 日的判决(VI ZR, 10/72),载《保险法》1974 年,第 488~489 页;1983 年 12 月 8 日的判决(I ZR, 183/81),载《新法学周刊》1984 年,第 791~792 页;1984 年 10 月 16 日的判决(VI ZR, 304/82),载《新法学周刊》1985 年,第 264~265 页;米勒(Müller):文载《法学评论》1969 年,第 161、163~164 页。

[2] 联邦最高法院 1973 年 12 月 4 日的判决,出处见前注。