

# 中德法学论坛



Jahrbuch des Deutsch-Chinesischen  
Instituts für Rechtswissenschaft der Universitäten  
Göttingen und Nanjing

邵建东 方小敏/主编

第  
10  
辑



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

# 中德法学论坛



Jahrbuch des Deutsch-Chinesischen  
Instituts für Rechtswissenschaft der Universitäten  
Göttingen und Nanjing

邵建东 方小敏/主编

第  
10  
辑

 法律出版社  
LAW PRESS • CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

中德法学论坛. 第10辑/邵建东、方小敏主编. —北京:  
法律出版社, 2013. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5011 - 9

I. ①中… II. ①邵…②方… III. ①法律—文集 IV.  
①D9 - 53

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第117252号

中德法学论坛(第10辑)

邵建东 方小敏 主编

责任编辑 董 飞  
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2013年8月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 21.25 字数 331千

印次 2013年8月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

---

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

---

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

---

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5011 - 9

定价:48.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

# 中德法学论坛

邵建东 方小敏 主编

第10辑



**Jahrbuch des Deutsch-Chinesischen  
Instituts für Rechtswissenschaft der  
Universitäten Göttingen und Nanjing**

Herausgegeben von SHAO Jiandong und FANG Xiaomin

Band 10



感谢德意志学术交流中心对《中德法学论坛》的支持

Die Veröffentlichung erfolgt mit Unterstützung des Deutschen  
Akademischen Austausch Dienstes (DAAD)

**· 专论 ·**

- 赫尔穆特·柯启尔 论法典化对法的塑造力——以《奥地利民法典》、  
《法国民法典》和《德国民法典》中的损害赔偿法  
为例 ..... ( 3 )
- 弗兰克·斯卡默 公正审判权——《欧洲人权公约》第6条视野下的  
合理时间保障 ..... ( 32 )

**· 物权法专题 ·**

- 奥托·德彭霍伊尔 所有权的保护——经济增长及增加就业岗位的基础  
..... ( 47 )
- 金 俭 农村集体土地上房屋征收补偿现状与完善 ..... ( 60 )
- 陈汉吾 / 罗健中 “法律利于伪造者?”：两个托伦斯登记制度适用  
地区的土地欺诈 ..... ( 71 )
- 巴鲁·比安 论沙捞越原住民习俗地权利——先例的开创 ..... ( 102 )

**· 民商事法 ·**

- 约翰尼斯·普拉切克 保证和债务介入形式要求及目的  
——兼评 Erwin 案和 Titius 案 ..... ( 123 )
- 马丁·阿伦斯 《信贷机构重组法》规制下的德国银行的整顿与  
重组 ..... ( 142 )
- 税 兵 交通事故引发受害人自杀的因果关系认定 ..... ( 163 )

**· 竞争和知识产权保护 ·**

- 阿尔布莱希特·冯·海顿 德国竞争法和反垄断法的新近发展 ..... ( 173 )
- 汉斯-于尔根·阿伦斯 德国对知识产权和竞争的诉讼保护 ..... ( 188 )
- 王 颜 德国著作权法有关图书馆图书数字化规定的研究 ..... ( 197 )
- 汪 磊 图片搜索引擎的著作权法问题 ..... ( 213 )

**· 劳动法 ·**

- 马丁·弗兰辰 劳动法中解约保护制度之建构 ..... (231)
- 陈 放 论德国商业性劳务派遣中要派人及派遣人的相关法律  
责任 ..... (245)

**· 德意志联邦司法机关判例评析 ·**

- 王 倩 培训费用的返还——《劳动法司法实践》关于“培训  
补助”的第23号判决 ..... (266)
- 王葆苒 德国联邦宪法法院关于宪法基本权利对国际私法之  
效力的判例译评 ..... (282)
- 钟汉威 / 刘 林 德国联邦最高法院刑法判决 39 卷第 1 页起 (柏林  
墙射击手)—BGH St 39, 1—Radbruch 定律之对  
德国现代社会在法律实证主义及自然主义之间选  
择的影响 ..... (309)

**Jahrbuch des Deutsch-Chinesischen  
Instituts für Rechtswissenschaft der Universitäten  
Göttingen und Nanjing  
Band 10  
Inhaltsverzeichnis**

---

• **Leitaufsätze** •

Helmut Koziol

Begrenzte Gestaltungskraft von Kodifikationen? — Am Beispiel des  
Schadenersatzrechts von ABGB, Code Civil und BGB ..... ( 3 )

Frank Skamel

Right to a Fair Trial — The “Reasonable Time” Guarantee under  
Article 6 of the European Convention on Human Rights ..... ( 32 )

• **Sachenrecht** •

Otto Depenheuer

Schutz des Eigentums — Grundlage für Wirtschaftswachstum und  
Arbeitsplätze ..... ( 47 )

Jin Jian

Das System der Kompensationsleistungen bei der Übernahme kollek-  
tiven Bodens ..... ( 60 )

Tang Hang Wu/Loh Khian Chung

“A law which favours forgers”?; Land fraud in two Torrens juris-  
dictions ..... ( 71 )

Bian Baru

Native customary rights ( NCR ) over land in Sarawak-creating  
precedents ..... ( 102 )

## • Zivil-und Handelsrecht •

Johannes Platschek

Formgebot und Formzweck bei Bürgschaft und Schuldbeitritt oder —

Erwin und Titius ..... (123)

Martin Ahrens

Sanierung und Reorganisation von Banken nach dem Kreditinstitute-

Reorganisationsgesetz (KredReorgG) ..... (142)

SHUI Bing

Die Kausalität im Fall des durch Verkehrsunfall verursachten Selbst-

mords des Unfallopfers ..... (163)

## • Wettbewerbsrecht und Immaterialgüterrecht •

Albrecht von der Heyden

Die aktuelle Entwicklung des deutschen Wettbewerbsrechts und An-

timonopolrechts ..... (173)

Hans-Jürgen Ahrens

Prozessualer Schutz des Geistigen Eigentums und Wettbewerbs in

Deutschland ..... (188)

WANG Yan

Rahmenbedingungen für digitale Angebote von öffentlichen Bib-

liotheken im deutschen Urheberrecht ..... (197)

WANG Lei

Urheberrechtliche Fragen hinsichtlich der Bildersuche ..... (213)

## • Arbeitsrecht •

Martin Franzen

Regelungskonzepte für den arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz ..... (231)

CHEN Fang

Die Haftung von Verleiher und Entleiher bei der gewerbsmäßigen

Arbeitnehmerüberlassung ..... (245)

• **Besprechung von BGH-Entscheidungen** •

WANG Qian

Rückzahlung von Fortbildungskosten — BAG 6. 9. 1995 ..... (266)

WANG Baoshi

Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Auswirkung der Grund  
rechte auf das Internationale Privatrecht ..... (282)

ZHONG Hanwei/LIU Lin

Der Mauerschützenfall, BGHSt 39, 1 — Radbruch' sche Formel als  
moderne Lösung zwischen Positivismus und Naturrecht in der  
Bundesrepublik Deutschland ..... (309)

# 专 论

- 赫尔穆特·柯启尔 论法典化对法的塑造力  
——以《奥地利民法典》、《法国民法典》和《德国民法  
典》中的损害赔偿法为例
- 弗兰克·斯卡默 公正审判权  
——《欧洲人权公约》第6条视野下的合理时间保障



## 论法典化对法的塑造力

——以《奥地利民法典》、《法国民法典》和  
《德国民法典》中的损害赔偿法为例

赫尔穆特·柯启尔\* 著  
史梦宵\*\* 邸楠\*\*\* 译

像奥地利法和法国法这样相似的两种法律制度,在司法实践中出现分野是不足为奇的。《奥地利民法典》和《法国民法典》的条文都规定得很概括,因而制定法的引导力显得薄弱。故此,立法者并没有全面完成其立法任务:既未确定法的基本价值,亦未明确支撑判决的重要因素,以至于司法仍须担负起基本的价值判断的职能。

奥地利和德国损害赔偿法的趋同性反而令人惊讶,尽管两者在法律上的出发点截然不同。虽然奥地利司法试图对宽泛的责任条款加以限制的做法看起来是可以理解的,但是在严格、具体的规定的制约下的德国司法远远地挣脱了《德国民法典》既定的框架,却是出人意料的。

由此可得出一个意义重大的法政策上的定律:如果立法者过于限制法院的行动自由,那么最后只会适得其反:法院遍寻突破口,最后会大大削弱制定法对法院的约束力。此外,法院何时根据僵化的事实构成、何时根据一般条款来作

---

\* 赫尔穆特·柯启尔(Prof. Dr. Dr. h. c. Helmut Koziol):奥地利科学院欧洲损害赔偿法研究中心教授。

\*\* 史梦宵:南京大学中德法学研究所 2011 级研究生。

\*\*\* 邸楠:南京大学中德法学研究所 2011 级研究生。

出判决,这几乎是不可预测的,如此一来,立法者就绝不可能实现其所追求的法的安定性。

因此,这两种使用至今的立法方法都带来了不尽如人意的结果,因为要不然就是没有充分完成指导司法的任务,要不然就是规定得过于严苛。因此,必须寻找一条折中路线。所谓的动态系统论为此提供了唯一可行的选择:鉴于规定的复杂性和待解决事实的多样性,制定出一个符合事实的确定的规则是不可能的。应该通过对法官须予以考虑的关键要素的说明来实现具体化,以此来严格限制法官的裁量权,使其判决具有可预见性;另外,也使得对于纷繁的生活事实的指导性考量成为可能。

**关键词:** 损害赔偿法;奥地利民法典;法国民法典;德国民法典

Es ist wenig überraschend, wenn sich das praktizierte Recht in zwei ähnlichen Rechtsordnungen wie der österreichischen und der französischen auseinander entwickelt; Sowohl die Bestimmungen des ABGB als auch die Bestimmungen des Code Civil sind sehr allgemein gehalten. Der Lenkungseffekt der Kodifikationen ist daher gering. Die Gesetzgeber sind unzureichend ihrer Normsetzungsaufgabe damit nur nachgekommen; weder die Grundwertungen noch die für die Entscheidungen relevanten Elemente werden festgelegt, so dass die Rechtsprechung die grundlegenden Wertungen vorzunehmen hat.

Überraschender ist die Annäherung zwischen dem österreichischen und dem deutschen Schadenersatzrecht trotz höchst unterschiedlicher gesetzlicher Ausgangslagen. Es ist zwar verständlich, dass die österreichische Rechtsprechung nach Eingrenzungen der sehr weit formulierten Haftungsregeln suchte; aber es wurde nicht erwartet, dass die durch strikte, detaillierte Normen gebundene deutsche Rechtsprechung den vom BGB gesteckten Rahmen derart weitgehend sprengt.

Daraus kann eine bedeutsame rechtspolitische Lehre gezogen werden: Versucht der Gesetzgeber, den Entscheidungsspielraum der Gerichte zu weit einzuschränken, so erreicht er letztlich das Gegenteil: Die Gerichte suchen Ventile und dies kann im Ergebnis zu einer erheblich geringeren Bindung an das Gesetz führen. Da überdies kaum vorhersehbar ist, wann das Gericht nach dem starren Einzeltatbestand und wann nach einer Generalklausel urteilen wird, erreicht der Gesetzgeber damit

keineswegs die angestrebte Rechtssicherheit.

Beide bisher angewandten Gesetzgebungsmethoden führen daher zu unbefriedigenden Ergebnissen, weil entweder die Lenkungsaufgabe nicht zureichend erfüllt wird oder die Regelungen zu strikt sind. Es ist daher nach einem Mittelweg zu suchen. Die einzige gangbare Lösung bietet das sogenannte bewegliche System: Soweit wegen der Vielschichtigkeit der Regelungen und der Vielfältigkeit der zu lösenden Sachverhalte keine Möglichkeit gegeben ist, eine sachgerechte feste Regel zu formulieren, wird durch die Angabe der vom Richter zu berücksichtigenden maßgebenden Faktoren eine erhebliche Konkretisierung erreicht. Dies macht die Entscheidung vorhersehbar. Andererseits schränkt dies das Ermessen des Richters entscheidend ein, Die Einschränkung darf also nicht so weit gehen, dass sie eine gelenkte Berücksichtigung der Vielfalt der Lebenssachverhalte unmöglich macht.

**Key Words:** Schadensersatzrecht, ABGB, Code Civil, BGB

## 一、引 言

《奥地利民法典》与《法国民法典》差不多诞生于同一时期:尽管《法国民法典》在1804年就已完成,而《奥地利民法典》在1811年才公布生效,但其实起草《奥地利民法典》的准备工作可以追溯到18世纪,而且在1805年就已经完成初稿。两部法典诞生于同一时代的另一表现就是它们都深受当时席卷欧洲的启蒙运动的影响<sup>[1]</sup>。虽然《奥地利民法典》的编纂者当时已经对《法国民法典》有所了解,但并未因此而受到很大影响,而是起草了一部独立的法典。不过这个

---

[1] Vgl. zu alledem Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts I (2009) Stichwörter Code civile (Rehm) und Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (W. Doralt); W. Posch, Grundzüge fremder Privatrechtssysteme (1995) 1 ff., 69 ff.; Wellspacher, Das Naturrecht und das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, FS zur Jahrhundertfeier des ABGB I (1911) 173; Wesenberg/Wesener, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte (1985) 160 ff.; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit 2 (1967) 335 ff., 342 ff.; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung (1996) 84 ff., 156 ff.

新法典和《法国民法典》一样,都带有根深蒂固的自然法思想<sup>[2]</sup>。这种相互之间的独立性使两部法典关于损害赔偿的规定初瞥之下完全不同:《奥地利民法典》中有近40条规定作为损害赔偿法,还包括一系列关于侵权行为的个别规定,而《法国民法典》中只有5个一般条款<sup>[3]</sup>。然而两部法典的基本规定其实是非常相似的:

《奥地利民法典》第1295条第1款:“对于加害人因过错而导致的损害,受害人均有权对加害人提出损害赔偿请求;……”

《法国民法典》第1382条:“人的任何行为给他人造成损害时,因其过错致该行为发生之人应当赔偿损失。”

从同一起跑线出发的两部法典在经历了200年间的司法活动和理论学说的影响之后,是否还在平行地各自向前发展?时至今日,这两部经历了实践磨砺的法典是日益趋同还是渐行渐远?这些问题,颇值得探究。在考察这些问题时也要将比利时法一并研究,因为《法国民法典》刚刚公布实施时,它在比利时地区也适用,而且1830年比利时获得独立后,基本沿用了《法国民法典》,尤其是关于损害赔偿的规定几乎没有改动<sup>[4]</sup>。将比利时法也考虑在内,对这个问题的研究有重要意义,因为它提供了措辞完全相同的法律文本在不同的司法实践中走向了不同发展道路的例证。

《奥地利民法典》和1900年1月1日生效的《德国民法典》<sup>[5]</sup>的关系与它和《法国民法典》的关系完全不同。最明显的区别在于:《奥地利民法典》受到自然法的深刻影响,而《德国民法典》是潘德克顿法学的产物。与当时《奥地利

[2] Hausmaninger, Le Code Civil Autrichien de 1811 et le droit Romain des délits, Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique (1998)189.

[3] Ferid/Sonnenberger, Das französische Zivilrecht II: Einzelne Schuldverhältnisse (1986)445.

[4] 1931 wurde Art 1386 eingefügt, der dann zur Anwendung kommt, wenn ein Geisteskranker ein Fehlverhalten setzt. 1977 wurde ferner Art. 1384 verändert, indem die Haftung beider Elternteile einander angeglichen wurde.

[5] Vgl. dazu Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch I Stichwörter Bürgerliches Gesetzbuch (Haferkamp); W. Posch, Fremde Privatrechtssysteme 25 ff.; Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung 141 ff.