

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

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



责任编辑 刘 平

责任校对 孙松茜

装帧设计 赵 秦

本书收集了德国联邦法院对民法总则领域的17起典型法律纠纷所作的裁判，内容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、格式条款的司法审查、违反法律禁令的法律行为、违反善良风俗的法律行为、表见代理制度等方面。编著者对这些判例逐一进行移译，并结合《德国民法典》的条款对德国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。本书首开研究德国最高法院典型判例的先河，旨在向我国研究民法理论的学者提供准确的学术资料的同时，拓宽学者的精神视野并启发人们的学术思维。

- ◆ 德国民法总则编典型判例17则评析
- ◆ 德国侵权法典型判例评析
- ◆ 德国物权法典型判例评析
- ◆ 德国公司法典型判例评析
- ◆ 德国反不正当竞争法典型判例评析
- ◆ 德国反垄断法典型判例评析

ISBN 7-305-04334-6



9 787305 043345 >

ISBN 7-305-04334-6/D · 488

定价：22.00元

## 图书在版编目 (C I P) 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](mailto: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。

## 德国民法总则编典型判例 17 则评析

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”<sup>〔1〕</sup>,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。

## 德国民法总则编典型判例 17 则评析

著<sup>[1]</sup>，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<sup>[2]</sup>，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<sup>[1]</sup>,也参照了德国当代几本比较有名的民法总论教科书<sup>[2]</sup>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, *Höchstrichterliche 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]<sup>(1)</sup>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<sup>[1]</sup>、第 823 条<sup>[2]</sup>、第 826 条<sup>[3]</sup>

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<sup>[4]</sup>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<sup>[5]</sup>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]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

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 商家 本本书店  
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为  
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>





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)<sup>[1]</sup>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。——编著者注

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。<sup>[1]</sup>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。<sup>[2]</sup>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。

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。<sup>[1]</sup>

## 2. 原告违反了这些义务。

a) 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”。

b) 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。

aa) 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应当服用避孕药物,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,就显得十分值得怀疑。

法律行为通过发出相应的意思表示而形成。表意人具有发

---

[1] 参见联邦最高法院1960年11月21日的判决(III ZR 160/59),载《新法学周刊》1961,第601~602页;1963年1月17日的判决,见前注;1974年6月25日的判决(VI ZR 18/73),载《新法学周刊》1974,第1865~1866页;《联邦最高法院民事裁判集》第89卷,第178页、第182页;联邦最高法院1984年10月16日的判决,见前注;米勒文,见前注;博格曼、豪格(Borgmann/Haug):《律师义务,律师责任》,1979年版,§203,第79页。

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<sup>[1]</sup>时,即存在一项意思表示。

S 为防止怀孕而承诺服用避孕药。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——本案情形即是这样,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。<sup>[2]</sup>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。<sup>[3]</sup>因此,双方当事人之间通过法律来调整财

- [1] 《联邦最高法院民事裁判集》第 91 卷,第 324 页、第 327 页、第 329 ~ 330 页。
- [2] 对于相关当事人的通常态度,参见封·闵希(v. Münch):《无结婚证书的婚姻》,1982 年,第 146 ~ 147 页;明德尔(Münder):《德国民法典另类评注》,§ 1302 附录,边码 9。
- [3] 《联邦最高法院民事裁判集》第 77 卷,第 55 页、第 58 页;联邦最高法院 1981 年 2 月 23 日的判决(II ZR 124/80),载《亲属法杂志》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;乌尔默(Ulmer):慕尼黑版《德国民法典评注》,第 2 版,§ 705 前,边码 53;狄德里希森(Diederichsen):《帕兰特德国民法典评注》,第 45 版,导言,§ 1353 注 8a;施瓦布(Schwab):《非婚姻生活共同体》,1978 年,第 76 页;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。

产关系的情形只是一种例外。<sup>[1]</sup>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<sup>[2]</sup>的角度来观察,一项恰恰是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,基层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,总是要反复不断地就是否要一个孩子进行新的、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。这一决定自由涉及到其人格以及自主决定发展的最核心的部分。<sup>[3]</sup>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,也不能因此产生合同上的损害赔偿请

[1] 联邦最高法院1983年10月3日的判决(II ZR 133/82),载《亲属法杂志》1083年,第1213~1214页。

[2] 参见《联邦最高法院民事裁判集》第21卷,第102页、第107页。

[3] 也请参见哈姆州劳动法院:《企业》1969年,第2353~2354页。

求权,因为否则的话,就会对伙伴一方的隐私领域造成不可合理期待的影响。

bb)不赞成再审查状提出的观点,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。<sup>[1]</sup>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。

此外,在本案中,孩子的利益也要求作这样的处理。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

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

们未尽到作为律师在委托合同中所负的注意义务(《德国民法典》第276条)。他们在审查获胜的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”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民事审判庭1980年3月18日的裁判<sup>[1]</sup>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<sup>[2]</sup>以及学术界大部分学者<sup>[3]</sup>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对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

[1] 《联邦最高法院民事裁判集》第76卷,第249页、第259页。

[2] 联邦最高法院1980年3月24日的判决(II ZR 191/79),载《新法学周刊》1980年,第1520~1521页。

[3] 有关当时讨论的情况,参见得尔勒得(Derleder):文载《新法学周刊》1980年,第545页以下。



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,是与律师应当具备的认真态度不相符合的。

### 三

上诉法院认为,被告的损害包括:原告要求被告负担的费用以及其他通过反诉途径主张的、在前案中针对被告产生的费用请求权以及被告就此已支付的费用。这是正确的。

### 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”)涉及到三方当事人,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损害,亦即他必须承担的对孩子的通常抚养费。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”遂引发了本案。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。一审原告不服该判决提起上诉,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,律师不能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。这个问题不属于德国民法总则法律行为学说的范畴,因此在这里不作详细讨论。德国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:第一,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。第二,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。第三,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。第四,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系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。第五,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损害义务。

第二个问题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。

从理论上来说,一个人在社会交往中从事的行为,可以以行为是否具有受法律拘束的意思、该行为是否会产生法律上的权利和义务等为标准,分为法律行为和非法律行为。这里的法律行为,是从最广泛的意义上来理解的,泛指行为人在从事行为时具有受法律拘束的意思,并且根据行为人的意思该行为会依法产生法律上的权利、义务和责任的行为。此类行为,如我们每一个人在日常生活中经常从事的买卖行为、租赁行为、赠与行为、使用或接受服务的行为、承揽行为、雇佣劳动行为、婚姻行为等等。

非法律行为,即是指法律行为以外的或不属于法律行为范畴的行为。它们是发生在法律层面之外的行为。行为人不具有受法律拘束的意思,因此从事这些行为也不可能依法产生法律上的权利、义务或责任等后果。《德国民法典》并未对这些行为加以规范,学理上对这些行为也没有统一的称呼,德国民法学者习惯上称之为纯粹的“情谊行为”或“社会层面上的行为”。<sup>[1]</sup>我们不妨将此类行为称为“情谊行为”。

[1] 参见梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第148页。

在日常生活中,行为人从事的行为不属于法律行为的范畴,而是属于情谊行为的范畴,大多是非常明显的,因而对此类行为的性质也是不存在疑问的。但是在有些情况下,行为人从事的行为究竟属于法律行为还是属于情谊行为的范畴,往往是很难认定的。例如,一位母亲与她的邻居约定,由邻居来照看她的孩子;几位母亲之间约定“互相照看”孩子;有人邀请大家参加由父母亲组织的小孩生日聚会;朋友之间约定一起开车出去休假,使用一个人开的汽车,其他人可能分担汽油费;同事之间约定组成一个摸彩共同体;一个驾车人费力地从一个狭窄的泊位中驶出来,有人以招手方式向他提供帮助;有人在人行横道线处做手势,要求孩子们越过行车道。<sup>[1]</sup> 这些行为,就属于归属不定的、模棱两可的情况。本案中男女双方关于女方服用避孕药的约定,也可归入此类情况。

那么,应当根据什么标准来认定一项行为究竟是法律行为,还是情谊行为呢?亦即应当如何正确界定法律行为与情谊行为呢?德国民法学说及司法判例认为,首先应当看行为人在从事此项行为时是否具有相应的意思。这个意思,即行为人愿意接受法律拘束的意思,或者希望其行为产生法律后果的意思。如果行为人在从事行为时将这个意思实际表达了出来,或者人们可以通过解释得出行为人具有这个意思的结论,那么,此项行为便是法律行为;反之,则是情谊行为。联邦最高法院在一则判例中认为,界定法律行为与情谊行为,应当以当事人的意思为判断标准:“一项情谊行为,只有在给付者具有法律上受拘束的意思时,才具有法律行为的性质。这种意思,表现为给付者有意使他的行为获得法律行为上的效力……亦即他想引起某种法律拘束力……而且受领人也是在这个意义上受领这种给付的。如果不

[1] 参见梅迪库斯:同前揭书,第152页。

存在这种意思,则不得从法律行为的角度来评价这种行为。”<sup>[1]</sup>

不过,在一般情况下,行为人是不会对自己是否具有法律拘束意思这个问题作实际的思考的。诚如梅迪库斯(Medicus)所指出的那样,“只有在出现了麻烦,特别是一方当事人不自愿履行义务,或者一方当事人受到了损害时,法律拘束的问题才具有重要性。不过当事人一般是不会想到今后会出现这些麻烦的。如果他们想到了这一点,那么他们就不会去做这种情谊行为了。因此,在许多情况下,认为当事人具有受法律拘束的意思,是一种缺乏实际基础的拟制。”<sup>[2]</sup>

针对有些民法学者提出的这一批评,联邦最高法院在一项判决中指出,“在一般情况下,无法认定当事人具有一项明示的或默示的受法律拘束的意思。”<sup>[3]</sup>因此,法院应当“考虑到双方当事人的利益状态,依诚实信用原则,并顾及交易习俗”,来对是否存在法律义务作出判决。这也就是说,法院应当采用某些“客观的”<sup>[4]</sup>或“规范性的”<sup>[5]</sup>标准,来认定行为人究竟是否具备法律拘束意思。

可以考虑采用的客观标准或规范性标准有如:

1. 行为是无偿的还是有偿的。如果行为是有偿的,行为人和相对人往往都具有受法律拘束的意思;如果行为是无偿的,则情况正好相反。但需要指出的是,无偿性虽然是一项重要的标准,但并不是惟一的标准。

[1] 《联邦最高法院民事裁判集》第21卷,第102页、第196页。

[2] 梅迪库斯:同前揭书,第153~154页。

[3] 联邦最高法院:《新法学周刊》1974年,第1706页。

[4] Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 8. Auflage, § 22 III. 3, S. 440.

[5] 梅迪库斯:同前揭书,第154页。

2. 一方托付给另一方的法益是否具有重大的价值,或者是否可能产生巨大的风险。如果相关法益具有重大价值,则可认为双方都具有法律拘束的意思(如将一个小孩托付给熟人看管,即可认为该熟人有义务采取一切措施,避免使该孩子遭受可预见的生命、健康风险),反之则没有。

3. 行为所涉事务在法律上和经济上的重要性。如果行为所涉事务在法律上和经济上很重要,则可认为双方具有法律拘束意思,反之则不具备。

4. 在诸如宗教、伦理等涉及人的基本自由和权利的领域,法律制度重在保障行为人享有自由决定的权利,因此禁止人们通过法律行为上的约定,有拘束力地限制基本自由。在这些领域,即使存在法律拘束的意思,法律也要对这种意思加以限制。<sup>[1]</sup>

在本案中,联邦最高法院认为,首先,生活在非婚姻共同体中的男方和女方之间并不存在法律行为上的约定。男方和女方之间关于女方服用避孕药的所谓“约定”,不属于法律行为的范畴,而是属于情谊行为的范畴。虽然女方承诺服用避孕药,但是不能将这一承诺理解为她愿意接受法律上的拘束。两人没有结婚,而生活在非婚姻共同体中,这一事实表明,双方是有意放弃用婚姻法律制度来规范其相互之间的关系,亦即他们不愿意将自由的伙伴关系置于法律规定的约束之下,而是愿意将这种关系建立在道德观念和礼仪观念以及感情和信任的基础之上。生活在非婚姻共同体中之事实,即表明他们不想使他们之间的财产关系受到法律的调整。既然如此,他们更不会愿意将其人身关系中最核心的、最隐秘的关系作为合同拘束的标的。

[1] Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 8. Auflage 1997, § 22 III. 3, S. 441.

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 商家 本本书店  
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为  
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



其次,即使可以认为女方承诺服用避孕药构成了一项有拘束力的、法律行为上的意思表示,因而男女双方具有达成法律意义上的约定的意思,此项约定也是无效的,其无效性产生于《德国民法典》第 138 条的禁令。这种约定是违反善良风俗的,因为它涉及到人身自由的核心领域,而这一领域是不受法律行为调整的。人类两性之间的交往,不仅旨在满足性欲,而是要不断面临是否生育孩子的问题,双方须就此问题作出自由的抉择。这是双方人格尊严和人格权的具体体现。是否服用、由谁服用避孕药,应当由双方自由商定;是否停用避孕药,亦应由双方自由决定。这种自由构成了个人人格及其自主发展的最核心的部分。对这种自由,是不能通过法律行为加以禁止或限制的。因此,有关服用避孕药、由谁服用避孕药、是否停止服用避孕药等问题,不得通过法律行为予以有拘束力的约定。无论哪一方,都不得在事先以具有法律拘束力的方式,承担定期服用避孕药的义务。所以,女方停止服用避孕药,不构成违反合同义务的行为,不引起损害赔偿义务。

最后,女方停服避孕药、怀孕生子的行为也不构成侵权。既然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,而且还要为新生命的诞生负责,那么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的调整。这也是孩子成长利益的要求。如果认定女方停服避孕药、怀孕生子的行为构成侵权行为,女方必须向男方承担损害赔偿的义务,那么,随着孩子的成长,他必然会意识到,由于自己的存在才引起了母亲相对于父亲的赔偿责任,而这一点是十分不利于孩子的成长,也是有损于孩子应有的人格尊严的。

据此,联邦最高法院最终认定男女双方关于服用避孕药的所谓“约定”不属于法律行为的范畴,对这种“约定”的违反不构



成违反合同义务的行为,女方单方面停药致怀孕生子的行为也不构成侵权行为。联邦最高法院的这一判决,在当时的德国学术界引起了广泛的讨论。本案也因此成为情谊行为领域的一个典型案件,为各种民法教科书、民法典评注及其他论著所经常援引。