

Repräsentative Deutsche Rechtsliteratur der Gegenwart

当 代 德 国 法 学 名 著

德 国 民 法 通 论

(上册)

[德] 卡尔·拉伦茨/著

王晓晔 邵建东 程建英 徐国建 谢怀栻/译

法 律 出 版 社



1. 后现代法哲学
——告别演讲
2. 马克斯·韦伯的生平、著述及影响
3. 行政法学总论
4. 德国民法总论
5. 欧洲合同法（上卷）
6. 规范·人格体·社会
——法哲学前思
7. 当代法哲学和法律理论导论
8. 十九世纪德国民法科学与立法
9. 德国民法通论（上册）
10. 德国民法通论（下册）
11. 法律与历史
——论《德国民法典》的形成与变迁
12. 德国债法总论
13. 古斯塔夫·拉德布鲁赫传
——法律思想家、哲学家和社会民主主义者
14. 德国物权法（上册）
15. 法律思维导论
16. 九百年来德意志及欧洲法学家
17. 德国物权法（下册）
18. 民法导论
19. 社会主义文化论
20. 德国商法
21. 为权利而斗争
22. 德国联邦宪法法院：地位、程序与裁判
23. 德国债法分论
24. 德国刑法总论
25. 历史法学派的基本思想（1814—1840年）
26. 法学方法论
27. 法学是一门科学吗？
28. 德国家庭法
29. 德国国家学
30. 法学导论
31. 请求权基础
32. 论题学与法学
——论法学的基础研究
33. 德国新债法：历史与比较的视角



当代德国法
Repräsentative Deutsche Rechtsliteratur

德国民法通论

(上册)

Allgemeiner Teil
des Deutschen
Bürgerlichen
Rechts

I

[德] 卡尔·拉伦茨 / 著
Karl Larenz

王晓晔 邵建东 程建英

徐国建 谢怀栻 / 译

谢怀栻 / 校

法律出版社



德国民法通论 (上)



【当代德国法学名著】

编译委员会主任

米 健

编译委员会委员

冯 军 刘兆兴

米 健 范 健

邵建东 郑永流

舒国滢

本书责任编辑

米 健

编辑部成员

王 娜 田士永

许 兰 韩光明

董一梁 薄燕娜

选题推荐人、顾问

何意志/科隆大学教授

Robert Heuser, Universität Köln

阿图尔·考夫曼 / 慕尼黑大学教授

Arthur Kaufmann, Universität München

鲁尔夫·克努特尔/波恩大学教授

Rolf Knütel, Universität Bonn

海因·克茨/汉堡大学教授

Hein Kötz, Universität Hamburg

孟文理/帕骚大学教授

Ulrich Manthe, Universität Passau

胜雅律/弗莱堡大学教授

Harro von Senger, Universität Freiburg



Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts
Karl Larenz

© Copyright by C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
München, 1989

本书根据贝克出版社（C.H.Beck）1989年德文版翻译
经贝克出版社授权，法律出版社享有本书中文简体本专有使用权

著作权合同登记号
图字：01-2002-5378



谨以此版
纪念谢怀栻教授



本书翻译得到德意志学术交流中心
和德国科学基金协会的支持

**Die Übersetzung erfolgte mit
Unterstützung des DAAD und
des Stifterverbandes der Deutschen Wissenschaft**



当代德国法学名著总序

当代德国法学名著译事之缘起,在乎“取法人际,天道归一”之理念。

天地渺渺,众生芸芸;然天地何以长存不灭,众生何以繁衍不息?此中必有亘古于今之一般法则。天地者,自然之谓;众生者,乃自然所赋生灵之长,人也。而人所以居万物之首而为生灵之长,概因其不仅是生于自然,而且还能领悟于自然,进而以理性和智慧的劳动创造受益于自然。由此而论,天地间至真至善至美,莫过于人与自然之和谐融合。正如庄子所说:“知天之所为,知人之所为者,至也。”而中国哲人所言“天人合一”,实际表明着人类的最高智慧和境界。但是,最高的智慧未必是功利的智慧,最高的境界往往不是现实的境界,此乃人类虽为万物灵长,但又归于万物的本性使然。尽管不无缺憾,但却理所当然。纵观古往今来,可知人类始终是在理想与现实、理性与物性的矛盾状态中存在发展。不过,人出于其自然本性但又以其理性确认的社会秩序,又使之在这种永远不会解消的矛盾状态中生存发展成为可能。

自古以来,食色之性、交往之需、名利之求、功德之义,无论国人洋人、权贵庶民,众生莫不

有之；惟每人认取之价值，或此或彼因人因地因时而异。但基于人之本性所产生的社会，无论东方西方，必然有其共性。于是有老子的古训：“人法地，地法天，天法道，道法自然。”而希腊的斯多噶哲人也说：“按照自然而生活。”由此可知，同属自然之人类，本有其共同的理念与法则。以法律而言，中国、西方法律虽文化传统各异，然毕竟都是人类社会的法律；必然有其共同的人性内涵。所以，考察法律，应着眼超越地域、国度和民族，甚至超越时空的人际层面，努力发现本来属于整个人类的理念和规范，并在此基础上寻求并促进人与人、民族与民族、国家与国家之间越来越普遍深入的交往。吾人之规可为他人所取，他人之法可为吾人所用，概其皆出乎人之本性。所以“取法人际，天道归一”，当为人类社会法律进步之最高思想境界。以迄今历史度之，人类生存发展的必然趋势是越来越普遍深入地相互结合和依赖，经济的全球化和文化的世界化正在相辅相成地迅速演进。在人类发展进程中，产生于人类本性的共性愈多愈充分地为人所认识，则人与人之间、国家与国家之间的交往就愈可能有效和平地进行。作为人类社会的行为规范，任何国家的法律都是人与人之间实现交往、确定关系及秩序的最重要途径。就此而论，可断言未来人类的发展与和平，很大程度上将取决于全人类在法律法则上的沟通与趋同。

本着取法人际或取法自然的理念，当代德国法学名著译事拟系统全面地翻译当代德国法学具有代表性的学术成果。因为德国法不仅为可取之一方法律，而且还与当代中国法制有着特殊的关联。事实上，当代中国大陆、台湾的法制是基于清末民初之际的法律改制发展而来。当时采纳了欧洲大陆法系法制模式，而其中又以汲取德国法律，特别是民法、刑法居多。不仅如此，20世纪以来中国法制和法学的发展还颇受德国法制和法学的影响，现今中国法制和法学的不少思路实际都与后者有关联。因而，中国法制建设和法学进步自然更容易从德国法制与法学中获得启发。此外，

由于近代德国历史法学派和学说汇纂学派对罗马法和罗马普通法的系统研究与整理,近现代德国法学形成并获得了其本身独有的特色,其丰富成熟的法律理论与教条,恰恰是目前乃至 21 世纪我国法学与法制建设所迫切需要的。

当代德国法学名著的选题范围包括法哲学和法的基本理论、国家法、法律史、民法和商法、经济法、刑法、国际私法等内容。选题标准是:德国乃至欧洲法律界已经普遍公认为经典的名著,或在德国普遍使用的有代表性的教科书。与此同时,亦根据我国的实际需要翻译介绍一些有关法律文化背景方面的工具书和著名法学家的传记。初步选题首先由德国学者提出,然后由编委会综合各方面意见,最后根据我国实际需要确定翻译选题。为保证翻译质量,翻译工作严格采取译、校和二审程序。每部译著由一责任编委审阅或校对。译稿一审通过后,编委会和编辑部就一审提出的问题召开由德国教授和有关译者参加的翻译工作会议;在此基础上,译者还专程前往德国与作者或有关学者探讨翻译的疑难和细节问题。在此方面,德意志学术交流中心(DAAD)提供了有力的支持。在赴德改稿基础上提出的第二稿通过二审后,由译者进一步修改、润色定稿,复经审阅后交付出版社。

系统翻译德国法学名著的想法由来已久,但正式酝酿于 1997 年秋,经过近一年的准备筹划,于 1998 年秋开始实施,拟于 2005 年完成全部选定书目的翻译。应该说,德意志学术交流中心的霍恩贝格尔先生(U. Hornberger)和法律出版社社长贾京平先生对促成此项翻译计划起了重要作用,黄闽总编辑亦助之鼎力。而此项翻译计划能够顺利实施,亦诚有赖编委会和编辑部各位同仁的同志趣和辛勤工作。六位德国著名学者:考夫曼(A. Kaufmann)、克茨(H. Kötz)、克努特尔(R. Knütel)、何意志(R. Heuser)、孟文理(U. Manthe)和胜雅律(H. von Senger)教授在计划拟定、选题推荐和具体翻译工作中均给了我们以宝贵帮助。德国大使馆柯灵博士

(T. Klinner)和李雅思先生(M. Licharz)以多种方式推动此项翻译计划。德意志学术交流中心驻京办事处主任史翰功先生(H. Schmidt.)、施密特-多尔博士(T. Schmidt-Dörr)和该中心波恩总部的比尔克(Klaus Birk)博士亦对此计划给予了热情和有力的支持。德国跨国基金会(Inter Nationes)对部分书目的出版提供了支持。特别要提及的是,江平、谢怀栻、潘汉典等法学界前辈对于此项工作始终给予着关注和支持,中国政法大学有关部门亦对我们的工作提供了帮助。法律出版社张波、卞学琪先生对出版工作兢兢业业、认真负责。在此,谨对上述所有法律界同仁和有关机构表示由衷的谢意。我之所愿,所有参与此项计划和给予该计划关注和支持的人,都能从此处呈献的工作成果中得到虽非物质的但却真实诚恳并有长久价值的酬劳。因为,倘若这些成果能够在21世纪和中华崛起之际被赋予些微历史和现实意义的话,那么它将胜于所有致谢和嘉言。

米 健

2003年于京城蓟门

第七版序

从上一版出版以来,发布了许多关于《一般交易条件法》的最高法院的判决。从这些判决可知,就《一般交易条件法》第9条的一般条款所为的判例目前已得到广泛的应用,随后又得到各样的修正。鉴于这是一个包括如此广泛内容的条款,这些判决不会全部是令人信服的。本书中只选用了一小部分,我希望这些判决是在全国具有影响的。同时我也对《德国民法典》第134条和第138条的论述进行了审查,用一些新的判例取代了旧的判例。我新写了一些章节,在形式的许可下作了解释,还新加了一章(第二十九章甲),是就不久之前的两篇论文改成的。我放弃了我从前关于通过“社会典型行为”订立合同的意见。(在本书中)对原有的一些地方的论述作了扩展,但为了防止篇幅增加,对一些地方作了紧缩。我对于泽格尔(Soergel)的注释书的新版(1988年)已注意到,最后还注意了莱嫩(Leenen)在《民法实务档案》(1988年)上的论文。

在校对工作方面,我感谢诺伊纳先生(Herr Assessor Neuner)的帮助。

卡尔·拉伦茨

慕尼黑,1988年10月

第一版序(摘录)

这是一本教学用书,我写这本书在教育上的愿望和我在15年前撰写《债法教科书》的指导思想相同,就是“写一本书,总体上易读、易于理解,而其结构要对所论述的法律制度提供一个最大限度的全面的描述”。这一点,现在仍然如此,不用补充什么。

但这样做并不容易,要达到这一学术上的宗旨、这本书的内在的目的,不是件容易事。民法的总论部分向来是,不仅要论述《德国民法典》第一编(“总则”编)里的各种规定,更要阐明我国民法的体系和基本概念。关于这一点,人们经常把体系理解为构建制度的“外在体系”,把“基本概念”只理解为这个体系内的一些抽象的概念,而对这些概念也只通过它的应用范围的大小和简单的概念内涵去认识。把这样的概念连贯起来作为前提而构建的私法是不够明白的。要充分理解现行法律,依我的确信,要求我们认识那些较之实在法还要重要的一些基本原则,并且通过这些原则组成的总和意义去认识“内在体系”。在这本书里,我将努力阐明这种“内在体系”。

为了不过于增加书的篇幅,我放弃了对国际私法的阐述(国际私法已自成一个教学领

域),只在导言中作了少数说明;还放弃了对私法学历史、法源理论和方法论的论述。这几门学问,如果不把它们作为单独学科或专门著述的对象,就是法学导论的内容。在(德国)普通法时期,当时法学者们的学习只限于学说汇纂法学,这些学问都属于一般私法学的范围,但是从民法也成为法学领域的一门课程后,就不再属于那里了。

卡尔·拉伦茨

1967年



沃尔夫序

《德国民法通论》这部教科书的第1版问世于1967年。在这部教科书中,作者卡尔·拉伦茨(Karl Larenz)主要追求的是下列学术宗旨:不仅仅局限于对《德国民法典》总则编中的法律规定作出阐述,除此之外还要揭示私法的基础,并使读者意识到民法的体系和基本概念。在阐释民法的体系时,拉伦茨不仅分析了所谓的“外在体系”,而且还力求揭示所谓的“内在体系”。在这里,“外在体系”是指对法律事实和法律制度所作的概念上的整理和阐明;而“内在体系”则是指支配整个民法的基本原则以及这些原则之间的实质联系。现在,这本书已经出到了第8版。* 第8版的作者认为自己依然有义务去实现上述学术宗旨。新版书通过将把这些学术目标同其间已发生的变化相适应的方式,继续发展着这些学术目标。这一事实,决定了有必要对原书的内容和结构作一些调整。这篇跋文旨在向读者概括介绍这些调整的情况。

* 拉伦茨的《德国民法通论》出至第7版(即本书据以翻译的原本)后,著者逝世,以后由沃尔夫增订后,又出第8版,书名改为《民法通论》,由拉伦茨与沃尔夫共同署名,所以这里说的“第8版”指增订后由二人署名的版本,所谓“第8版的作者”指的应为沃尔夫。——译者注

一、整部教科书被烙上了私法上的价值体系的印记,而这个价值体系的基础即是“伦理上的人格主义”,它把人(Person)这一享有自由和尊严但同时也负有责任的主体作为范式,置于私法的中心地位。

1. 作为伦理上的人格主义的体现,私法加强了对人格的保护,保护其免受他人的攻击和侵害,特别是大众化媒体的攻击和侵害。在这一保护人格的领域中,联邦宪法法院的裁判对私法产生了强大的影响。联邦宪法法院将自由发展人格的基本权利(《基本法》第1条第2款)同言论自由、新闻自由的基本权利(《基本法》第5条)作了相互界定,因此同时确定了私法对人格权的保护领域与其他私人或机构的侵害行为之间的界限。此外,联邦宪法法院提出了信息自决权。在私法中,此项权利构成了数据保护的基础。因此,新版书在总体上扩大了人格保护的内容。

2. 伦理上的人格主义还包括私法上的各项自由。享有这些自由的各个人,原则上可以任意行使他们的权利,并依据其个人的决定建立同他人之间的合同关系。不过,伦理上的人格主义也要求人们负责地行使这些自由。

为了实现伦理上的人格主义的意旨,防止滥用权利的行为,同时为了在合同关系中创设某种均衡的关系,权利行使的限制以及合同自由的界限现已涉及越来越广泛的范围。与此相联系,以往的自由主义的私法,正在演变成为自由—社会的私法,但私法的出发点依然是权利的自由和合同自由。不过,这些自由受到社会—国家的保护性措施以及团结一致、相互照顾之伦理要求的限制,以便将行使权利的行为纳入到为社会和共同体容受的轨道中去。

团结一致、相互照顾的伦理要求,特别明显地反映在那些禁止不法行使权利的案例中。这些案例经过长期考验,被证明是正确的。例如,禁止行使以非善意方式取得的权利;如欠缺自身利益,行使权利应受到限制;禁止从事自相矛盾的行为;失权。如果说,

个人行使权利的这些界限,必须从特定的个案出发,并考虑到个案的具体情况,分别予以确定的话,那么,在合同自由的界限方面,除了以个案为考察点的违反善良风俗的限制(《德国民法典》第138条)外,一般都具有保护群体利益功能的制度性保护机制,正在取得越来越重要的意义。私法正是通过这种对特定群体的利益的保护,实现着其社会国家的使命。这种保护,起初是对雇员的保护,后来延伸至对房屋承租人的保护,最后涉及到对消费者的保护。对雇员的保护主要是在《德国民法典》之外实现的,《德国民法典》中只有少数几条规定适用于对雇员的保护,而对房屋承租人的保护,则几乎完全纳入了《德国民法典》的体系。对消费者的合同法保护,已成为普通私法和普通合同法的一个重要组成部分。

第8版书对这些发展进行了研究,将它们置于《德国民法典》总则编中,作为普通合同法的组成部分加以探讨。作者指出,经济方面的、信息方面的和心理方面的弱势地位是谈判均势受到干扰的原因,然后对为缓解这种力量不均而规定的保护性措施作了阐述。旨在缓解这种受到干扰的谈判均势的后果、防止不公平的合同关系产生的新的法律制度,包括:法院对一般交易条件的内容进行控制;制定有利于合同弱势一方当事人的所谓半强制性规范;规定旨在保护消费者利益的撤回权。

法院对一般交易条件的内容进行控制,已经积累了数十年的实践传统。在这方面,本书主要是再现了该领域的最新发展,主要涉及下列方面:所谓的透明要求作为法院控制的新的标准,这一标准现在也已为欧洲私法所采纳;对未经协商的个别约定的内容进行控制;消费者与企业主作为保护要求迥异的合同当事人,如何对他们作出新的界定。

所谓的半强制性规范,就其为维护需受保护的合同当事人利益而强制性地规定了一些最低标准而言,体现了一种新的保护方式。只有在有利于受保护的合同当事人的利益情况下,才能偏离

这些规范,而不得以不利于该当事人利益的方式偏离这些规范。以此方式,合同自由并没有受到完全的限制,而是就有利的约定而言发生效力。当事人之间的约定违反半强制性规范的,不适用《德国民法典》第139条的推定,原则上并不产生合同全部无效的后果,而仅仅使违反禁令的条款无效,合同的其他部分则继续有效。

由于消费者在信息和心理方面的弱势地位而易受欺骗,因此为了保护消费者在法律行为上的决定自由,立法者采纳了一种新的手段,在新近颁行的几部消费者保护法律中规定了撤回权。即使合同已经订立,消费者仍然有一定的考虑时间,而且事后有权解除合同。这一创新也是对合同拘束性的缓和。本书对这一制度作了介绍。

二、私法的基础之一是,不是仅将合同视为包含要约和承诺的订立事实,而是将合同在法律生活和经济生活中的整个现象作为研究的对象。

1. 这一广义上的合同法,也包括合同谈判的法律关系。在这种法律关系中,存在着提供善意的信息并且避免合同不生效力的义务。司法判例对这些义务进行了不断地扩展和具体化。相反,司法判例原则上拒绝从合同谈判中推导出一种订立合同的义务。即使合同谈判已经进行到立即可以订立合同的程度时,也不能认为双方有订立合同的义务。为了在合同订立之前就将合同谈判的中期成果固定下来,进而推动合同的订立,当事人采用各种形式的协议。这些协议借助意向书(Absichtserläuterungen; letter of intent)以及有关合同谈判的形式进程的约定,将合同谈判之法律关系予以具体化。而在预约合同情形,一方可负有订立主合同的义务。

2. 对从事法律咨询职业的人来说,在顾及所有当事人利益的情况下具体制作合同文本,具有重要的实际意义。鉴于这一工作的实际意义,尤其是律师界提出了一项要求,要求法学教育不应仅

局限于法官对纠纷的裁判,还应将合同的架构一并纳入法学教育中去。新版书对这一要求加以了考虑,专设一章(第三十二章)介绍合同的架构。在这一章中,作者阐明了法官的[裁判]活动与法律咨询人咨询活动之间的区别,并对法律咨询人的义务作了说明。同时,本章中还指出了对任何一项合同架构工作而言都具有重要性的几项原则,即安全性、低成本性、实用性和灵活性。

3. 随着当事人在商业生活和经济生活中使用现代化通讯手段,如计算机、因特网、电子邮件等,法律行为学说和合同法也必须对这些新型的通讯手段进行处理。因此,新版书不仅在论述到这一问题时,而且在研究解释问题、错误问题以及合同订立的特殊形式等问题时,都涉及到了现代化通讯手段相联系的、有关电子意思表示的法律问题。一个需要澄清的问题是,谁应当对由第三人借助电子化通讯技术擅自发出的意思表示承担责任。

三、随着欧洲一体化进程的加快,欧洲法对德国私法的影响也日益增大。欧洲法旨在协调各成员国的私法制度,并根据《欧洲共同体条约》第14条的规定实现内部市场。

《欧洲共同体条约》处于欧洲法规范等级体系的最上端。其中包含的基本自由保障了商品、人员、服务和资本的自由流动,因而禁止一切歧视性的、限制商业和扭曲竞争的措施。私法也必须适应这些要求。所以,我们必须对私法规定作出合乎欧洲共同体条约精神的解释并予以适用。

欧洲共同体的指令对德国私法的影响更为深远和广泛。例如,消费者概念便是基于欧洲共同体诸指令而进入了德国私法(现在是《德国民法典》第13条),使《德国民法典》中增加了消费者保护的因素。旨在保护消费者利益的撤回权,尤其是在上门销售行为中的撤回权,也进入了《德国民法典》的合同法。欧洲共同体关于消费者合同中的滥用性条款的指令、关于远程销售的指令以及关于电子商务、电子签名等的指令,对合同法及合同自由也具

有重要意义。这些指令,已经导致对私法以及《德国民法典》总则编中的许多内容作出了修订。

这些指令的意义,并非穷尽于将它们一次性地转换成各成员国的法律。相反,在任何情况下,都必须遵守欧洲共同体指令中包括的规范性规定。因此,通过所谓的合指令解释,这些指令对各成员国法律的适用产生着影响。不过,对欧洲共同体条约、欧洲共同体指令以及整个欧洲共同体法的解释,原则上不属于各成员国的法院管辖,而是交由欧洲法院承担,以使欧洲共同体法律在所有成员国都能得到尽可能统一的适用。

这些与上述欧洲法的影响联系在一起的新材料,不仅应在内容上体现在《德国民法典》的总论中,而且,它们还影响到法律渊源的学说以及有关解释法律和法官发展法律的方法论的章节。为了反映这些欧洲法的影响,同时也为了为欧洲的法律协调(这种协调恰恰也必须在私法中进行)作准备,第8版的书名改称《民法通论》。^{*}此外,考虑到合同法的国际关联性方面,新版本对《联合国国际货物销售合同公约》有关合同订立的规定作了论述,这些规定与《德国民法典》的规定大体一致。

四、拉伦茨对法学方法论产生了重大影响。他正确地把方法论作为私法的基础的一个组成部分,纳入到他的《德国民法通论》的教科书中去。方法论正在进一步发展,它力求将社会变迁与新的知识予以处理和吸纳。出于这方面的原因,新版本专设一节(第四章第一节第四目)论述法律的功能性调控作用,对结果顾及以及法律的经济分析进行了探讨。此外,还特别指出了论题式方

* 沃尔夫增订后的本书第8版将第7版以前的书名(《德国民法通论》)改为《民法通论》。——译者注

法(topische Methode)*以及具有法律拘束力的论证理论(rechtlich gebundene Argumentationstheorie)(第四章第六节)。

五、除了法律发展的上述变化涉及到民法总则编和合同法的基本脉络外,在个别具体问题上,还应当考虑到其他的一些创新发展。例如,医学的进步重又引发了对自然人权利能力的终止的讨论。在法律上的团体中,民法合伙被赋予了权利能力;最近,这一点得到了联邦最高法院的确认。与此相联系,形态各异的法律上的财产概念获得了越来越重大的意义,特别财产的独立化也具有越来越大的意义(第21章)。在代理法中,由于企业和大型组织中的劳动分工日益细化,代理人和谈判辅助人知情的归责和总算(die Zurechnung und die Zusammenrechnung des Wissens)具有重要意义。联邦最高法院新近作出的多项裁判就说明了这一事实。新版本对这些裁判作了论述。

六、法律的功能,在于构建社会生活和经济生活,并将社会生活和经济生活引入有序的轨道。法律承担这样的功能,必然会产生这样的后果:除了恒定的法律原则和法律制度外,还会产生新的法律制度和法律原则,以适应变化了的社会关系。在此意义上,新版本力求在维持以前版本的基本思想的前提下,将第7版问世以来发生的变化加以论述。在其他方面,由于欧洲法的影响,同时也由于眼下德国议会通过立法程序提出的修订计划,《德国民法典》总则编的内容处于变动不居状态,因此,今后也还将有必要对这本科教科书进行修改和重写。

我想利用这个机会,对谢怀栻教授和邵建东教授以及其他译

* 论题式方式最初由费韦格(Viehweg)提出,主张在解答和探讨法律问题时,不应拘泥于各类解释方法,而应对与某个法律问题相关的一切方面作“全方位的分析”(Rundum-Erörterung)。这些方面既包括立法者在法律中所顾及的未顾及的因素,也包括其他事实上的或评价性的因素。详见拉伦茨—沃尔夫:《民法通论》,慕尼黑贝克出版社1997年第8版,第116页。——译者注

者所作出的贡献,表示特别的赞许和衷心的感谢。他们作为资深的、受人尊敬的德国法和中国法专家,以令人钦佩的、充满牺牲精神的态度,圆满完成了卡尔·拉伦茨著《德国民法通论》的翻译工作。他们翻译此书,为中国和德国法学家之间有关私法的基础以及正确构建私法关系的学术讨论和相互理解作出了重要贡献。我本人曾在中国作过多场报告,并在报告后同中国学者进行过讨论,我了解中国法学家具有很高的知识水平。

在赞许和感谢之余,我也想表达一个愿望,希望这本书的翻译出版成为中德法学家之间进一步开展思想交流的基础,以圆满完成以公正方式平衡个体利益和共同利益这一永恒的任务。

曼弗雷德·沃尔夫 教授,博士 (Prof. Dr. Manfred Wolf)

美茵河畔法兰克福约翰·沃尔夫·歌德大学

2001年7月

(邵建东 译)



翻译凡例

《当代德国法学名著》丛书的翻译工作依下述规范进行：

一、结构

以原著标题编码为基础，采取国内学术著作与译著通常采用的标题编码顺序，如：编、章、书、一、(一)、1、(1)、a(a)。

二、译名

1. 人名

外国人人名以音译为原则，依次参照商务印书馆的《德语姓名译名手册》、大百科全书出版社的《简明大不列颠百科全书》中文版、上海译文出版社的《德汉词典》所附的人名译名表和《外国人名词典》确定；上述工具书中没有的，参照商务印书馆的《德语姓名译名手册》所附的人名音译表确定译名。但上述工具书所确定的人名译名与学界通行的译法不一致时，以后者为准，如：T. Mommsen——蒙森；Kierkegaard——克尔凯戈尔；Schopenhauer——叔本华；Justinianus——优士丁尼……。按照上述方法仍然难以确定的译名，由“当代德国法学名著”编译委员会和编辑部讨论确定。

2. 地名

外国地名以音译为原则：一律根据中国地

名委员会编、商务印书馆出版的《联邦德国地名译名手册》和中国大百科全书出版社出版的《世界地名录》确定译名。

3. 其他译名

书名、学派名、机构和团体名称一律以意译为原则,并且参照《简明不列颠百科全书》中文版和有关工具书确定译名。依照工具书未能确定者,依照通行译名确定。如: Digesten——学说汇纂、usus modernus pandectarum——学说汇纂现代实用、Historische Rechtsschule——历史法学派、Pandektenwissenschaft——学说汇纂法学……。

所有人名、地名、书名、专用术语及机构名称第一次出现时,均在圆括号内注明原文,重复出现时不再标明原文;人名重复出现时,仅取其姓氏中译或附加其名字中译的首字,如:迪·克斯勒(Dirk Ksler)。

三、相关规范

1. 重要概念或原文提示词句

原文正文中采用斜体或其他特殊字体的重要概念或提示文字,译文一律使用楷体,并用圆括号注明原文。原文中说明性文字或阐释性文字一律用小一号宋体排出。

2. 注释

(1) 原文注释一律采用脚注,按原著注释顺序编码。一般采用连续编码或以章为单位连续编码的方法。

(2) 译者注亦采用脚注,以“*”号标出,如:*、**、……。凡译者注均列于原文脚注之后。

3. 补充性或说明性文字

原文中使用不同字体,具有注释、补充或说明性的字句或段落依据原文体例,或采用楷体,或提行采用小一号宋体,以示区别。

4. 争议名词和箴言或谚语

(1) 有争议的名词在译文后用圆括号注明原文;

(2)箴言或谚语亦在译文后用圆括号注明原文；

(3)对争议名词、箴言和谚语附加必要的译者注并注明依据或来源。

5. 原文有边码者,译文按照原著标明边码。

四、标点符号

1. 书名号

著作、论文和期刊的名称均冠以书名号。

法律、法规名称使用全称的,使用书名号;使用简称的,不加书名号。

2. 引号

引号(包括单引号和双引号)的使用与原著一致。

3. 方括号

标明作者国籍,一般采用该国译名的第一个汉字,加方括号。

有必要重复使用括号时,方括号内使用圆括号。

4. 星号

仅在译者说明文字场合使用。

五、缩略语表

原著缩略语表均依原著体例译出以双语列于篇首。

六、索引和附录

1. 原著索引以双语形式保留,先外文后中文,并采用原著使用的顺序;索引文字所在页码以原著为线索,原则上按译文页码注明。

2. 原著的附录一般均作相应的译文附录。

七、本书特别译例

1. 本书译文边码是原书的页码。

2. 本书注释中除标明“译者注”的外,均为原注。

3. 本书注释中只提书名的,指拉伦茨的著作,如《债法》。

4. 本书注释中只提人名的,指该作者在《德国民法典总则部

分的著作》中的书,或者是该作者在各章的《参考文献》中的书。

5. 译本注释中的一些简写(如恩/尼、《慕尼黑注释》)均见《德国民法典总则部分的著作》。



德国民法典总则部分的著作

一、民法特别是《德国民法典》总则部分的 导论、基础论著

Diederichsen, Der Allgemeine Teil des
Bürgerlichen Gesetzbuchs für Studienanfänger, 5.
Aufl. 1984

迪德里希森:《供初学者使用的德国民法
总论》,1984年第5版。

Eisenhardt, Allgemeiner Teil des BGB, 2.
Aufl. 1980

艾森哈特:《德国民法总论》,1980年第2版。

Gernhuber, Bürgerliches Recht (Repetitorium
für Fortgeschrittene) 2. Aufl. 1983

格恩胡贝尔:《民法(高级复习教材)》,
1983年第2版。

Hattenhauer, Grundbegriffe des Bürgerlichen
Rechts, 1982

哈滕豪尔:《民法基础》,1982年版。

Helm, Grundkurs im Bürgerlichen Recht, 2.
Aufl. 1977

黑尔姆:《民法基础教程》,1977年第2版。

Löwisch, Das Rechtsgeschäft (für Studienan-
fänger), 4. Aufl. 1982

勒维施:《法律行为》,1982年第4版。
Marburger, BGB, Allgemeiner Teil, Fälle und Lösungen, 6. Aufl.

1987

马尔布格尔:《德国民法总论,案例与解答》,1987年第6版。
Medicus, Bürgerliches Recht, 13. Aufl. 1987

梅迪库斯:《民法》,1987年第13版。

Ramm, Einführung in das Privatrecht/ Allgemeiner Teil des BGB,
3 Bände, 2. Aufl. (ohne Jahresangabe)

拉姆:《私法导论——德国民法总论》,三卷本,第2版。

Rüthers, Allgemeiner Teil des BGB, 6. Aufl. 1986

吕特斯:《德国民法总论》,1986年第6版。

Schwab, Einführung in das Zivilrecht, 6. Aufl. 1985

施瓦布:《民法导论》,1985年第6版。

Westermann, Grundbegriffe des BGB, 10. Aufl. 1979

韦斯特曼:《德国民法基础》,1979年第10版。

Westermann, BGB, Allgemeiner Teil(“Schwerpunkte”), 5. Aufl.

1983

韦斯特曼:《民法总则》(难点),1983年第5版。

Wieser, Einführung in das Bürgerliche Recht, Allgemeiner Teil
und Übung, 1982

维泽尔:《民法导论,总则与练习》,1982年。

二、总则部分的教科书和手册

Brox, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 12. Aufl.

1988

布罗克斯:《德国民法总论》,1988年第12版。

Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
15. Aufl., Bd. I 1959, Bd. II 1960(zit. Enn/N.)

恩内克策鲁斯/尼佩代(简称“恩/尼”):《民法总论》

Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1 Band, 1. Teil, Die Personengesellschaft, 1977, 2. Teil, Die juristische Person, 1983, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979

弗卢梅:《民法总论》第1卷第1部分《人合团体》,1977年版;第2部分《法人》,1983年版;第2卷《法律行为》,1979年第3版。

Hübner, Allgemeiner Teil des BGB, 1985

许布纳:《德国民法总论》,1985年。

Köhler, BGB, Allgemeiner Teil 19. Aufl. 1986

克勒:《德国民法总论》,1986年第19版。

Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 3. Aufl. 1988

梅迪库斯:《德国民法总论》,1988年第3版。

Pawlowski, Allgemeiner Teil des BGB, 3. Aufl. 1987

帕夫洛夫斯基:《德国民法总论》,1987年第3版。

v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I 1910; Bd. II, 1. Halbband 1914; 2. Halbband 1918; Neudruck 1957

冯·图尔:《德国民法总论》,第1卷,1910年版;第2卷第1分册,1914年版;第2分册,1918年版;1957年新版。

Wolf, Ernst, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 1982

恩斯特·沃尔夫:《德国民法总论》,1982年第3版。

三、注释书

Alternativkommentar zum BGB, Bd. I Allgemeiner Teil, 1987

《民法典注释》,第1卷《总则》,1987年版。

Beuthien und andere, Studienkommentar zum BGB, 2. Aufl. 1979

博伊廷等:《民法典学生注释读本》,1979年第2版。

Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 7. Aufl. 1981

埃尔曼:《民法典注释手册》,第1卷,1981年第2版。

Jauernig und andere, Bürgerliches Gesetzbuch mit Erläuterungen, 4. Aufl. 1981

尧尔尼希等:《注释民法典》,1981年第4版。

Kommentar der Reichsgerichtsräte zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 12. Aufl., herausgegeben von Mitgliedern des BGH (zit. RGR-Komm.)

《帝国法院参议会民法典注释》,第1卷,联邦最高法院出版,第12版。

Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I, Allgemeiner Teil, AGB-Gesetz, herausgeg. von Säcker, 2. Aufl. 1984 (zit MünchKomm.)

《慕尼黑民法典注释》,第1卷《总则》、《一般交易条件法》,泽克尔出版,1984年第2版(简称:《慕尼黑注释》)。

Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, 1. Buch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1927

厄尔特曼:《民法典·第一编·总则》,1927年第3版。

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Allgemeiner Teil bearbeitet von Heinrichs), 47. Aufl. 1988

帕兰特:《民法典》(总则部分由海因里希修订),1988年第47版。

Planck, Kommentar zum BGB, Bd. I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1913

普朗克:《民法典注释》,第1卷总则,1913年第4版。

Rosenthal, Bürgerliches Gesetzbuch (bearbeitet von Kamnitzer, Bohnenberg), 15. Aufl. 1965

罗森塔尔:《民法典》(由卡米策尔、博嫩贝格修订),1965年

第15版。

Rother, Grundsatzkommentar zum BGB, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1979

罗特尔:《民法典注释原理》总则,1979年第2版。

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, (Redaktor M. Wolf), 12. Aufl. 1988

塞格尔:《民法典》,第1卷《总则》(沃尔夫编),1988年第12版。

Staudinger, Kommentar zum BGB, Bd. I, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 1979 u. 80, §§ 1 bis 89 bearbeitet von Coing u. Hubmann, §§ 90 bis 240 bearbeitet von Dilcher

施陶丁格:《德国民法典评注》,第1卷《总则》,1979年和1980年第12版,第1条至第89条由科英与胡布曼撰写,第90条至第240条由迪尔歇尔撰写。



本书引用的法令与期刊名称德文与中文对照表

(按德文字母排列)

AbzG Gesetz, betreffend die
Abzahlungsgeschäfte, vom 16. 5. 1894 (Abzahl-
ungsgesetz)

《分期付款法》

Acp Archiv für die civilistische
Praxis

《民法实务档案》

AGBG Gesetz zur Regelung des Re-
chts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom
9. 12. 1976

《一般交易条件法》(1976年12月9日)

AktG Aktiengesetz

《股份法》

ALR Allgemeines Landrecht für die
Preußischen Staaten von 1794

《普鲁士普通邦法》(1794年)

AnfG Anfechtungsgesetz

《撤销法》

AP Arbeitsrechtliche Praxis; Nach-
schlagewerk des Bundesarbeitsgerichts

《劳动法实务》

- ArchBürgR·····Archiv für Bürgerliches Recht
《民法档案》
- ArchöffR·····Archiv für öffentliches Recht
《公法档案》
- ArchRWPhil·····Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie
《法哲学与经济哲学档案》
- ARSP·····Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie
《法哲学与社会哲学档案》
- BB·····Der Betriebsberater
《企业顾问》
- BeurkG·····Beurkundungsgesetz vom 28. 8. 1969
《证书法》(1969年8月28日)
- BGB·····Bürgerliches Gesetzbuch
《民法典》
- BGBl. Bundesgesetzblatt
《联邦法律公报》
- BGHZ·····Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
《联邦最高法院民事裁判集》
- BVerfGE·····Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
《联邦宪法法院裁判集》
- DB·····Der Betrieb
《企业》
- DJZ·····Deutsche Juristen-Zeitung
《德国法学家报》(又译为:《德国法律者报》)
- DRiZ·····Deutsche Richterzeitung

《德国法官报》

EGBGB·····Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch

《民法典施行法》

FamRZ·····Zeitschrift für das gesamte Familienrecht

《亲属法杂志》

Festschr. JT·····Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960

《德国法律生活一百年,德国法学家大会一百年纪念文集》, 1960年。

FGG·····Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

《非讼事件法》

GBO·····Grundbuchordnung

《土地登记条例》

GebrMG·····Gebrauchsmustergesetz

《实用新型法》

GenG·····Genossenschaftsgesetz

《合作社法》

GG·····Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

《德意志联邦共和国基本法》

GrdstVG·····Grundstücksverkehrsgesetz

《土地交易法》

GruchBeitr·····Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Dr. J. A. Gruchot

《德国法律解释论文集》, J·A·格鲁霍特博士编

GVG·····Gerichtsverfassungsgesetz

《法院组织法》

GWB·····Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom

27.7.1957 idF vom 4.4.1974

《反对限制竞争法》(1974年4月4日)

HaftpflG.....Reichshaftpflichtgesetz

《帝国损害赔偿法》

HGB.....Handelsgesetzbuch

《德国商法典》

HO.....Hinterlegungsordnung

《提存条例》

JA.....Juristische Arbeitsblätter

《法学工作报》

HRR.....Höchstrichterliche Rechtsprechung

《最高法院判例》

JurJb.....Juristen-Jahrbuch

《法学家年鉴》(又译为:《法律者年鉴》)

JR.....Juristische Rundschau

《法学评论》

JuS.....Juristische Schulung

《法学教育》

JW.....Juristische Wochenschrift

《法学周报》

JZ.....Juristenzeitung

《法学家报》(又译为:《法律者报》)

KO.....Konkursordnung

《破产条例》

KunstUrhG.....Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken

der bildenden Künste und der Photographie

《艺术家与摄影家作品著作权法》(艺术著作权法)

LM.....Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundes-

gerichtshofs

《联邦最高法院参考资料》，林登迈尔-默林编。

LZ.....Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht

《莱比锡德国法杂志》

MDR.....Monatsschrift für deutsches Recht

《德国法月刊》

MünchKomm.....Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I,

1984

《慕尼黑民法典注释》第1卷,1984年。(缩写:《慕尼黑注释》)

Mugdan Mugdan, Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, 1899, Neudruck 1979

穆格丹:《德国意志帝国民法典资料总汇》第1卷,1899年,1979年重印。

NJW.....Neue Juristische Wochenschrift

《新法学周报》

OGHZ Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone in Zivilsachen

《英占区最高法院民事裁判集》

RG-Festschr.....Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, 1929

《帝国最高法院在德国法律生活中的实践》,《法学院校庆祝帝国最高法院50年文集》,1929年。(简称:《帝国法院文集》)

RGZ.....Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

《帝国最高法院民事裁判集》

Rhein. Zschr Rheinische Zeitschrift für Zivil-und

Prozeßrecht

《莱茵民法与诉讼法杂志》

SAE·····Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen

《劳动法裁判集》

SeuffA·····Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten

Gerichte in den deutschen Staaten

《德国各所州高等法院判决资料集》

WarnR·····Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem

Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Warneyer

《瓦勒耶尔编帝国最高法院民事裁判集》

WM·····Wertpapiermitteilungen

《有价证券信息》

ZAkDR·····Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht

《德国法杂志》

ZBernJV·····Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

《伯尔尼法学家协会杂志》

ZFA·····Zeitschrift für Arbeitsrecht

《劳动法杂志》

ZHR ······ Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und

Wirtschaftsrecht

《商法与经济法杂志》

ZZP·····Zeitschrift für Zivilprozeß

《民事诉讼杂志》



总 目 录

当代德国法学名著总序

第七版序

第一版序(摘录)

沃尔夫序

翻译凡例

德国民法典总则部分的著作

本书引用的法令与期刊名称德文与中文对照表

(上 册)

导 论

页码 边码

第一章 《德国民法典》是德国私法的法律基础

3 1

第二章 《德国民法典》的精神基础——伦理学上的人格主义(法哲学上的几个问题)

45 34

第三章 民法的现代发展

65 49

第四章 法律的解释以及法院对法律的发展、
《基本法》的影响

94

第一编 人

第一分编 自然人

第五章 人的权利能力	119	88
第六章 行为能力与不法行为能力	133	99
第七章 姓名、住所与国籍	158	119
第八章 人格的保护	165	

第二分编 法人

第九章 私法上的团体与法人概说	177	132
第十章 社团	198	
第十一章 有权利能力的财团	248	190

第二编 法律关系与权利

第十二章 法律关系	255	194
第十三章 权利	275	
第十四章 请求权与抗辩权	320	243
第十五章 法律允许的防卫和自助	357	

第三编 权利客体与财产

第十六章 权利客体	377	281
第十七章 财产	409	

(下 册)

第四编 法律行为

第一分编 法律行为概说

第十八章	法律行为的概念和种类	425	314
第十九章	意思表示与其解释	449	
第二十章	有瑕疵的意思表示	492	
第二十一章	意思表示的形式、发出与送达	554	
第二十二章	对有效法律行为内容的要求	585	
第二十三章	不生效法律行为的种类	626	
第二十四章	需要同意的行为 补全	671	
第二十五章	附条件和附期限的行为	681	491
第二十六章	对“准法律行为”准用有关法律行为的规定	709	511

第二分编 合 同

第二十七章	通过意思表示缔结一般的合同	717	515
第二十八章	通过法律行为的意思实现对合同要约的承诺	738	530
第二十九章	合同条款	747	
第二十九章(甲)	使用一般交易条件订立合同	767	

第三分编 代理他人所为的法律行为

第三十章 直接代理的实质、要件和法律后果	813
第三十一章 委托代理权	853
第三十二章 无代理权的代理行为	872

第四分编

第三十三章 权利表见责任是法律行为责任的扩充	885
------------------------	-----

第五编 关于期间、期日和担保的规定

第三十四章 期间、期日规定的解释	911	651
第三十五章 关于担保的规定	915	

附录

内容索引	921
法律条文索引	954
人名对照索引	977
卡尔·拉伦茨生平及其《德国民法通论》(张双根)	997
译者简介	1007
译后记	1008

目录(上册)

导 论

	页码	边码
第一章 《德国民法典》是德国私法的法律基础	3	1
第一节 私法的概念和渊源	3	1
一、私法与公法的区别	3	1
二、民法是私法的一部分	9	6
三、私法的渊源	10	7
第二节 《德国民法典》的形成历史	21	15
第三节 《德国民法典》的适用范围及其与州私法之间的关系	25	18
一、《德国民法典》与州私法之间的关系	25	18
二、《德国民法典》在时间上的适用范围	26	19
三、《德国民法典》在空间上的适用范围(冲突法)	28	
第四节 《德国民法典》的思维方式、语言和体系	32	24
一、《德国民法典》的思维方式	32	24
二、《德国民法典》的语言	36	27
三、《德国民法典》的体系	38	
第五节 强制性规定与任意性规定	41	31

第二章 《德国民法典》的精神基础——伦理学上的		
人格主义(法哲学上的几个问题)	45	34
第一节 人是伦理学上的基本概念	45	34
第二节 伦理学上的“人”在私法领域的移植	48	36
一、人作为权利的主体	48	36
二、人作为法律义务的承担者	49	37
三、人对于非法行为的责任	50	
四、所有权是法律所承认的对物的支配	52	39
五、私法自治与合同的自我约束	54	41
第三节 《德国民法典》的形式上的人的概念	56	42
第四节 《德国民法典》中的信赖保护原则	58	44
第五节 合同中的均衡与公平原则	60	46
第三章 民法的现代发展	65	49
第一节 一般发展趋势;劳动法的分立	65	49
第二节 合同法中社会因素的加强	74	56
一、对承租人的保护	74	56
二、对买受人的保护	77	
三、法院对一般交易条款的监督	78	59
第三节 无过错责任	82	
第四节 所有权的社会义务	85	65
第五节 亲属法的改革	88	
第四章 法律的解释以及法院对法律的发展、 《基本法》的影响	94	

	页码	边码
第一节 《德国民法典》施行以来法学方法的变迁	95	72
第二节 解释法律以及法院发展法律的准则	100	76
第三节 《基本法》对私法解释及其发展的意义	108	82

第一编 人

第一分编 自然人

第五章 人的权利能力	119	88
第一节 权利能力的概念	119	88
第二节 权利能力的开始与终止	124	92
第三节 证据问题和因失踪的死亡宣告	128	95
第六章 行为能力与不法行为能力	133	99
第一节 对行为能力有重大影响的情况	133	99
一、年龄界限和智力健康状况	134	100
二、禁治产	137	102
第二节 无行为能力的意义	141	
第三节 限制行为能力	143	107
一、限制行为能力人所为的有效行为	143	107
二、限制行为能力人所为的无效和效力未定的 (即尚需追认的)行为	151	
三、扩大未成年人行为能力的情况	153	115
第四节 不法行为能力	156	118
第七章 姓名、住所与国籍	158	119
第一节 姓名	158	119

	页码	边码
第二节 住所	160	
第三节 国籍	163	123
第八章 人格的保护	165	
第一节 姓名权和其他的特别人格权	166	125
第二节 一般人格权	170	128
第二分编 法 人		
第九章 私法上的团体与法人概说	177	132
第一节 法人的概念和种类	178	
第二节 私法上的联合体和权利共有的类型	184	138
第十章 社团	198	149
第一节 设立和权利能力的取得	199	149
一、社团的设立	199	149
二、取得权利能力	202	152
三、过渡阶段中的社团	208	157
第二节 社团的机关	209	158
一、社员大会	209	158
二、董事会	213	161
三、其他机关	217	165
四、社团对其机关所为行为的责任	217	165
第三节 社员资格	221	168
一、社员的权利和义务	221	168
二、社员资格的取得和丧失	223	
第四节 社团处罚权的许可和限度	228	174

	页码	边码
第五节 社团权利能力的丧失和社团的解散	232	177
第六节 无权利能力社团	235	180
一、姓名权	237	
二、财产的归属	238	182
三、债务责任	241	185
四、机关的责任	243	
五、当事人能力	244	187
第十一章 有权利能力的财团	248	190

第二编 法律关系与权利

第十二章 法律关系	255	194
第一节 法律关系的结构	255	194
第二节 法律关系的要素	263	
一、单个权利和权能	263	
二、预期取得	264	201
三、法律义务和其他的拘束	266	203
四、负担性义务	269	
五、权限	271	207
第三节 法律关系中的法律地位及其移转	271	207
第十三章 权利	275	
第一节 权利的概念	276	210
第二节 权利的类型	282	215
一、各种人格权	282	215
二、人身亲属权	283	

	页码	边码
三、对物的支配权	284	216
四、无体财产权	286	218
五、债权	287	
六、参与管理权	288	219
七、形成权	289	220
八、物权取得权	292	
九、归属权和期待权	294	224
十、权利上的权利	297	226
十一、反对权	298	227
第三节 绝对权和相对权	300	
第四节 权利的界限	304	
一、禁止恶意行使权利与其他不允许的权利行使	306	233
二、权利的失效	309	235
第五节 权利的取得、转让和消灭	312	
一、权利的原始取得和继受取得	312	
二、特定和概括承继(权利)	315	240
三、(权利)消灭的原因	316	241
第十四章 请求权与抗辩权	320	243
第一节 请求权的概念和它在法律体系中的作用	321	
第二节 抗辩权——对请求权的反对权	328	
第三节 请求权的时效	333	252
一、时效期间	333	252
二、时效的停止、不完成和中断	340	257
三、时效完成的请求权	345	261
第四节 请求权的竞合和请求权基础的多元性	348	263

	页码	边码
第十五章 法律允许的防卫和自助	357	
第一节 正当防卫	358	270
一、正当防卫的要件	359	271
二、正当防卫的界限	362	273
三、法律后果	365	275
第二节 紧急避险	367	276
第三节 自助行为	370	
一、法律所允许的自助行为的要件和适用范围	370	
二、可以原谅的错误行为的风险责任	373	

第三编 权利客体与财产

第十六章 权利客体	377	281
第一节 权利客体总说	377	281
第二节 物	380	283
一、作为第一顺位的有体的权利客体的物	380	283
二、各种类型物的法律意义	381	284
三、单数的物和多数的物	384	287
四、物的组成部分	386	288
五、从物	395	294
第三节 第一顺位的无体的权利客体	399	297
第四节 第二顺位的权利客体(处分行为的客体)	402	299
第五节 孳息和收益	404	301
一、物的孳息	405	
二、权利的孳息	406	
三、企业的孳息	407	303
四、收益	408	304

	页码	边码
第十七章 财产	409	
第一节 《德国民法典》关于财产的概念	409	
第二节 作为责任客体的财产	414	308
第三节 特别财产	417	310
一、同一所有人具有的多种财产	417	310
二、属于多个所有人的共同财产	420	



學
密



第

一



第一章 《德国民法典》是德国私法的法律基础

第一节 私法的概念和渊源

一、私法与公法的区别

1

民法是私法的一部分。私法是整个法律制度中的一个组成部分,它以个人与个人之间的平等和自决(私法自治)为基础,规定个人与个人之间的关系。与私法相对,公法是法律制度中的另外一个部分,它规定国家同其他被赋予公权的团体相互之间、它们同它们的成员之间的关系以及这些团体的组织结构。国家以及被赋予公权的团体(如乡镇及其他公法上的法人)同它们的成员之间的关系,不是一种平等的关系,而是一种隶属关系。在法治国家中,对这种隶属关系有详尽的规定。诚然,在私法中也存在着某种隶属关系,如在亲属法中就存在隶属关系,在私法上的公司及社团同它们成员的关系上也存在着这种关系。在另一方面,虽然乡镇与国家之间是一种隶属关系,而在两个乡镇之间或在德意志联邦共和国的两个州之间,则又存在着平等的关系。因此,用平等关系或者隶属关系的标准,还无法最后界定公法和私法这两个概念。

然而,我们必须对公法和私法作出尽可能精确的界定。因为,某条或某些法律规范的适用以及各个不同的法院部门之间的不同分工,都是以这种界定为基础的。根据《法院组织法》第13条,所有的“民事纠纷”原则上都属于“普通法院”管辖。“民事纠纷”,即有关私法上的某项法律关系或因这项法律关系所产生的请求权的纠纷;“普通法院”这里就是指民事法院。而公法上的纠纷,即有关公法上的某项法律关系或由此项法律关系产生的法律后果的纠纷,则由普通行政法院管辖(《行政法院条例法》第40条第1款),除由宪法法院或特别行政法院(即社会法院或税务法院)管辖的外。有些纠纷从性质上来说属于公法范围,但由于历史方面的原因,法律规定它们受普通法院管辖(参见《基本法》第14条第3款第4句、第34条第3句;《行政法院条例》第40条第2款)。除了这些特殊情况以外,判断某项纠纷属于哪个法院管辖,要看发生争执的法律关系或权利属于公法范围还是私法范围。^[1]

根据“利益说”,在界定法律规则时,关键要看法律主要保护的是个人利益即私人利益,还是所谓公共利益。这一观点是站不住脚的。一方面,私法不但保护个人利益,而且往往同时保护公共利益。例如,私法保护司法的利益,保护交易安全的利益,保护法律关系的易于识别性和可证明性的利益(土地登记簿制度,形式方面的规定),保护社会秩序如婚姻和家庭等稳定的利益(参照《基本法》第6条第1款),保护社会照顾的利益(如在租赁法和劳动法中),保护社会经济和市场经济的利益。另一方面,虽然公法通常涉及公共利益,但也并不是仅仅关系到公共利益,它同样也适

[1] 如果对这一点存有疑虑,则在已提起的诉讼中,由首先被请求的法院作出裁定,以确定该案件是否应由该诉讼途径(“诉讼途径”(Rechtsweg)指诉讼属何种法院,如普通法院、行政法院、劳动法院等,管辖。诉讼途径与诉讼管辖有别,后者指在某一法院内的审级管辖和地域管辖。——译者注)

当地照顾个人利益。正是为了维护个人的这一利益,法律才规定了每个人都有权在行政法院提起诉讼。最后,无论是公法还是私法,其宗旨都不仅仅在于促进或保护某些公共的或个人的利益,而在于适当地平衡各方面的利益,创造正义和公正的局面。

上文提到,平等关系或隶属关系这一标准也并不是永远正确的。我们充其量只能说,原则上,私法中主要是平等关系,公法中主要是隶属关系。在平等关系中,形成具体法律关系的手段通常是合同。合同的订立必须征得双方当事人的同意。因此,一方当事人不能单方面责成另一方当事人承担义务或者限制他的权利。而这一点在隶属关系中恰恰是可能的。例如,国家可以不问某个人是否同意,而责成他承担纳税义务;国家也可以在宪法许可的范围内,限制某个人的权利,如对他使用自己土地的权利予以限制。国家这时是在行使公权。诚然,一个私法社团的成员,也必须受社团依据章程规定所作出的决议的约束,如他必须遵守关于提高会费的决议。除非他退出社团,否则无法解除这种约束。父母在其行使亲权尤其是教育权的范围内,也可以要求未成年子女承担义务,或限制他们的权利。而在另一方面,各州或乡镇对于它们公权领域内的共同问题,可以在平等的基础上,通过公法合同予以调整。传统的国际法本质上即是享有平等权利的国家之间的法。因此,在某项法律关系中,当事人之间是平等关系还是隶属关系的事实,对于确定该项法律关系属于公法还是私法范围,充其量只能作为标志之一,而不能把它作为一个可靠的标准。

今天已经成为主导的学说认为,如果在某项需要调整的法律关系中,至少有一方当事人正是以公权主体的性质参加这项法律关系,那么这项法律关系就属于公法范围;不符合这一条件的所有

法律关系都属于私法范围。^[2] 一个享有公权的团体,如国家或一个乡镇,也可以与私法主体一样参与法律交往,例如:它购买或承租一块土地,签订聘用合同,接受消费借贷。在所有这些情况下,这个团体并不是以公权主体的性质参加法律关系的,因此有关法律关系属于私法。相反,如果两个乡镇或两个州订立一项关系到他们行使公权的合同,那么它们就是以公权主体的身份从事行为的,这项合同是一项公法合同。因此,这里是以合同的内容为标准的,特别是要考察一项内容相同的合同是否也可以在私人之间订立。国家在根据有关法律提供具有救济性质的给付时,是作为公权主体,而不是作为私法主体出现的。虽然国家在履行这一职能时,毋需使用国家的权力措施,但是国家(或者负有提供这类给付义务的法人组织)同给付受领人之间的关系仍然是一种公法关系。提供这类给付,是为了履行社会福利所承担的任务,所以这种行为不是私人的事情。当然,“主体说”并不能完全解决公法与私

[2] 有人将这一学说称为“主体说”,因为它以参与法律关系的各个主体为标准;如果这些主体中有一个是公权主体,则以该主体是否正是以公权主体的性质参与这项法律关系为准。“主体说”的代表人物有布罗克斯(Brox):《德国民法总则》,第12版,1988年,边码第9;迪德里希森(Diederichsen):《供初学者使用的德国民法总论》,第5版,1984年,边码第55、56;许布纳(Hübner):《德国民法总论》,1985年,边码第5;克勒(Köhler):《德国民法总论》,第19版,1986年,§ 2 I;帕兰特/海因里希(Palandt/Heinrichs):《德国民法典》,第47版,1988年,引言 I, 2,《慕尼黑注释》(Münch Komm./Säcker),引论第3项(泽克尔撰)。(文载《公法档案》76,第205页;《行政法》I § 22 II)代表主体说的一种特别形式。详见德特勒夫·施密特(Detlef Schmidt):《私法与公法的区分》,1985年。沃尔夫也是以主体说为出发点的,但他对这一学说作了限定,并承认有多种例外。事实上,将有些法律关系归入私法或公法领域,只能从历史的原因中作出解释。梅迪库斯(Medicus)(《德国民法总则》,第2版,1985年,边码第10末尾)建议采用另一个界定标准。他认为,公法是关于受约束决定的法,而私法是关于自由决定的法。然而,在执行公务的公务员为国家或为他所代表的法人组织订立一项私法合同时,他所作出的决定也是“受约束的”。因此,这个标准也不能产生令人满意的结果。当然,公权行为必须严格遵守指示,而私法行为则主要是自决的、自治的行为——这一观点还是正确的。

法界定中的所有困难。在公法与私法之间,并不能用刀子把它们精确无误地切割开,就像我们用刀子把一只苹果切成两半一样。公法与私法在许多方面相互交错一起,其中历史上的原因起着一定的作用。今天,在劳动法中,公法与私法的交错最为明显,劳动法中既有公法的成分,也有私法的成分。经济法也是这样,无论经济法包括哪些具体内容。

帕夫洛夫斯基(Pawlowski)想以三分法来取代传统的两分法。他把(实体)法分为私法、社会法和公法。^[3]他认为,在私法领域,个人在对全体成员都适用的法律的范围内,根据自己的利益判断来决定法律关系的形成。在公法领域,国家或其他依公法组织的团体通过其公务员决定法律关系的形成;公务员必须严格遵循其上司的指示,上司又必须严格遵守法律和宪法。而在“社会法”领域,某些自愿组合而成的团体(如工会、雇主联合会)或通过选举产生的利益代表机构(如企业委员会)也在参与着决定法律关系的形成。这种划分方法在界定方面也产生不少困难。^[4]不管这类团体承担着什么样的社会功能,不少团体的内部组织是属于私法领域的,它们以合同的法律形式共同活动,也属私法领域。我们因此不赞成这种三分法。不过,正确的是,这类团体或利益代表机构参与决定了经济生活和劳动世界各种条件的形成,它们因此承担着相应的责任。这是当代经济秩序和社会的一个基本特征,而且这一特征有不断增强的趋势。^[5]从这一角度来看,区分公法和私法是否能够适当地把握所有的法律关系,这的确是很成问题的。^[6]

[3] 帕夫洛夫斯基(Pawlowski):《德国民法总则》,第3版,1987年,页码第2以下;有关社会法见边码17以下。

[4] 例如,帕夫洛夫斯基将“经济上重要的社团法”算作社会法的一个部分。而什么是“经济上重要的社团”呢?

[5] 维亚克尔(Wieacker):《近代私法史》,第2版,第546页以下;施瓦布(Schwab):《民法导论》,第6版,1985年,边码第78。

[6] 拉姆(Ramm):《私法导论——德国民法典总论》(三卷本,第2版),第1卷,§ 19 I。关于劳动法见下文§ 3 I。

对公法和私法的区分,应仅适用于**实体法**,即实际的生活规则,而不应适用于**诉讼法**,即程序规则。^[7] 由于司法毫无疑问是国家实施公权的行为,诉讼当事人、证人以及鉴定人同法院之间也不是平等关系,而是隶属关系,因此人们一般将诉讼法视作公法。^[8] 然而,真正的诉讼规则并不仅仅调整这种隶属关系,而且还调整诉讼当事人之间的关系,而诉讼当事人在诉讼中的地位是平等的。此外,我国《德国民事诉讼法》还赋予当事人很大程度的自由,允许他们就诉讼中的权利作出处分。这一点只能被解释为当事人“私法自治”在诉讼法中的延续。因此,将诉讼法视作纯粹的公法是不适当的。程序方面的瑕疵也是由较高审级的民事法院自行裁定的。如果真地要就事论事,将诉讼法律关系视为纯粹的公法关系,那么,程序方面的瑕疵就应该由行政法院来裁定了。因此我们必须承认,诉讼法从其本质上来说既不属于公法,也不属于私法,而是处于这一划分之外。当今的诉讼法学将“诉讼法律关系”视为一项三方法律关系,即诉讼当事人之间以及当事人与法院之间的法律关系。^[9] 只有在第二层关系上,诉讼法律关系才类似于公法关系,而在第一层关系上则更类似于私法关系。由于诉讼是一个整体关系,不能被分解为一个公法部分和一个私法部分,因此只能将诉讼法视为一个独立的法律领域,既不属于公法,也不属于私法。因此,那种认为所有法律都只能要么是公法,要么是私

[7] 根据帕夫洛夫斯基,同上书,注26(第10页)的观点,应先对程序法和实体法作区分,然后再将实体法分为公法、社会法和私法。

[8] 罗森柏格/施瓦布(Rosenberg/Schwab):《德国民事诉讼法》,第13版,§1 VI;布洛默耶尔(Blomeyer):《德国民事诉讼法》§1 II;伦特/尧尔尼希(Lent/Jauernig):《德国民事诉讼法》§2 VI。

[9] 特别是罗森柏格/施瓦布,同上书,§2 II持此看法。但尽管如此,他们仍明确地把诉讼法律关系称为公法关系。诉讼法律关系当然不是私法关系。但从这一论点中不能得出诉讼法律关系是公法关系的必然结果。实体法领域所作的必要区别,并不能理所当然地适用于程序法。

法,而别无他属的看法是没有逻辑依据的。当然,就实体法而言,任何一种法律关系或者属于私法,或者属于公法,舍此别无他属。确定这种归属是必要的,因为它决定着诉讼途径的种类。而对于诉讼法则没有必要这样做,它与我们的区分无关。

二、民法是私法的一部分

我们将私法分为两个部分:作为一般私法的民法和一些特别领域。民法(das bürgerliche Recht 或 Zivilrecht)^[10]调整那些原则上每一个“市民”(Bürger, civis, citoyen)都可参与的法律关系,它是关系到全体人的法。民法涉及的范围包括:对人格的保护,关于行为能力和民事责任的规定;一般财产法,包括所有权以及其他物权的规定、合同的规定、关于债务关系的产生、债务关系的内容以及债务关系终止的规定;还包括对损害赔偿归责的规定;此外还包括亲属法和继承法。这些内容基本上都由《德国民法典》规定。除此之外,一些特别法对一系列特别内容进行了调整,如《失踪法》、《分期付款法》、《住宅所有权法》和《婚姻法》等。《一般交易条件法》对总体上由《德国民法典》调整的合同法具有重要意义。私人保险合同法以及票据法和支票法也都在《德国民法典》之外,其中部分规定也与民法典不同。

6

商法属于私法,但不属于民法。商法是适用于商人的特别法。^[11]与商法具有密切关系的公司法(无限公司、两合公司、有限责任公司和股份公司)、银行法、交易所法以及海商法也属于私法的范围。劳动法是适用于从事非独立工作的雇员的特别法,它今

[10] 关于民法概念的历史来源参见伯默尔(Boehmer):《民法引论》§1。

[11] 赖施(Raisch)在其1965年撰写的著作《商法的历史条件、理论基础及其意义变迁》中指出,在《德国商法典》的基本概念“商人”的后面,“企业”是特别的商法规范的联结点。这就产生了一个问题,即商法规范是否可以类推适用于那些不是《德国商法典》意义上的商人的企业所从事的行为。对此见卡斯腾·施密特(Karsten Schmidt),《商法》§3。

天已经从一般民法中分离出去。其他同一般民法有明显区别的特别领域还有营业经济法(竞争法、卡特尔法)、著作权法以及工商权利保护法。法律领域的多样性部分也反映在法院的组织方式中。例如,因劳动关系所产生的纠纷不是由普通法院管辖,而是由劳动法院管辖;而对于商事案件,普通法院可以(但并不一定)在州法院设立特别的商事法庭来审理。劳动法院以及商事法庭除了配备职业法官以外,还有担任荣誉职位的非职业法官参加审理案件,因为他们对相关的生活事实更加熟悉。劳动法院的非职业法官有两名,一名来自雇主阶层,另一名来自雇员阶层。

民法是私法的核心部分。《德国民法典》主要在前三编中包括了一些一般的规则和法律制度,私法中其他领域的规定都是以这些一般的规则和制度为基础而建立起来的。《德国民法典》规定了如何订立合同、合同在什么情况下生效、什么是买卖合同、如何取得和移转所有权、合同一方不履行义务会产生什么样的法律后果、债权人通过什么方式保证自己的权利不受债务人破产之危险的影响。这些规定,对私法的所有领域都具有重要意义。不了解民法的基本原则和一般规则,也就无法理解私法的特别领域。一些贯穿整个私法的原则在民法中体现得最为明显,虽然它们在贯穿的程度上是有所不同的。

三、私法的渊源

“法律渊源”一方面是指法律原则的产生原因,另一方面是指适用于全体人的法(在国家法律制度管辖范围内)本身的表现形式;法的表现形式是通过其产生原因体现出来的。通行的学说^[12]

[12] 恩/尼:《德国民法总则》,第15版,1959/1960,§32 II;克勒,同上书,§1 II 2;许布纳,同上书,边码第15;此外,许布纳把“作为法律制度基础的一般法律思想”也作为法律渊源。这种思想永远是隐含在法律渊源中的。

认为,法只有两种表现形式,^[13]即国家法律和习惯法。这两种表现形式的形成方式不同,但它们具有同等的价值。法律是通过有意识的立法行为形成的。立法行为需要一个由有关国家的宪法赋予权力的立法机关,并且必须遵守宪法中规定的立法程序。而习惯法是通过法律成员对在法律共同体中占主导地位的法律信念的实际贯彻形成的;在大多数情况下,法院也在实际贯彻这些信念。除了法律和习惯法以外,在国际法和国家中,“协定”是否也是“法律渊源”呢?^[14] 这个问题在这里不必作探讨了。此外,劳资协定是不是“法律渊源”呢?由于这个问题离我们讨论的题目太远了,因此在此也不作研究。^[15] 不管如何,私法上的合同不是这里所指的“渊源”。合同虽然在当事人之间产生了法,但它不能给第三人设定义务。合同中的规定适用于合同当事人,但它不像(国家的)法律规范那样,适用于不特定多数的“规范对象”,而且无论“规范对象”是否同意,他们都必须接受法律规范的管辖。社团章程适用于不特定的多数人,即有关的社团成员,因此在这个意义上章程是法律规范。然而,章程只适用于那些通过加入社团这一自愿行为接受章程管辖的成员。^[16] 一旦成员退出社团,自愿接受章程管辖即告终止,章程对他们就不再适用。因此,章程只是有关社团以“章程自治”为基础的规范,^[17]而不是国家的法律规范。国家的法适用于全体人,而无论人们是否表示自愿接受;国家法律具有客观

[13] “法律渊源”(“Rechtsquellen”)的用法是违反语言习惯的(正确的用法参见梅耶尔/科丁(Meyer-Cording):《法律规范》,1971年,第50页)。“渊源”是指法律的产生原因,是立法的行为;习惯法的“渊源”是体现在习惯法中的共同法律信念。

[14] 许布纳,同上书,边码第24。

[15] 恩/尼,同上书,§43 III;尼基施(Nikisch):《劳动法》,第2卷,第2版,§69 II。

[16] 梅耶尔/科丁(同上书,第47页)因此称这些规范为“选择性规范”或“被接受的法律规范”。

[17] 梅耶尔/科丁:《社团处罚措施》,1957年,第43、46页以下。

8 的管辖权,而无论这一权利的依据是什么。所以,就民法的“法律渊源”,或者更确切地说,民法的表现形式而言,如果我们暂时先撇开所谓的“法官法”,那么事实上也只有法律和习惯法这两种。习惯法(Gewohnheitsrecht)比制定法(Gesetzesrecht)的历史更悠久,至少在日耳曼法系中是这样的。^[18] 在日耳曼法制史的早期阶段,法一方面通过法律成员的实践,另一方面通过法律成员都表示同意的法院裁判逐渐形成。在这两种情况下,法形成的基础,都是法律成员对某种行为或某种制裁措施的正确性所持的一般信念。以这种方式形成的习惯法通过口头的传播,其后也通过文字记载代代相传。不过,习惯法的文字记载并不具备法律效力。在中世纪早期,王权就是法律。在中世纪后期,法律表现为城市或其他自治团体的章程。近代以来,随着诸侯邦国公权的形成和发展,立法权的重心由帝国移向各邦国。各邦国的主人——国王或诸侯,成了立法者。在整个18世纪以及19世纪初,德意志几个最大的邦国都进行了广泛的法典编纂活动。1756年,《巴伐利亚马克西米利安法典》(Codex Maximilianeus Bavaricus)在巴伐利亚施行;1794年,《普鲁士普通邦法》(Allgemeines Landrecht)在普鲁士生效;1811年,《奥地利普通民法典》生效。与此同时,在欧洲大陆的其他大国,应进行广泛的立法活动的思想也占了上风。法国在拿破仑权威的影响下,于1804年颁布施行了《法国民法典》(Code civil),这部法典对德国的发展也产生了影响。这样,在欧洲大陆,习惯法不再像在英国那样具有重要意义。不过,萨维尼(Savigny)在其著名的论文《论在立法和法学方面我们时代的任务》(1814年)中还认为习惯法的地位原则上应高于成文法。他强调说,所有的法起初都是以人们今天称之为习惯法的方式产生的。因此他

[18] 关于习惯法在罗马法中的意义,参见弗卢梅(Flume):《习惯法与罗马法》,选自《莱茵法—威斯特伐利亚科学院报告集》G201,1975年。

坚定地认为,他所处的那个时代还没有能力制定出一部真正好的法典。他通过对《普鲁士普通邦法》、《奥地利普通民法典》以及《法国民法典》的批评来证明他的观点。当然,萨维尼也并非要把原始意义上的习惯法适用于他的那个时代,而是认为,以习惯法的形式在德意志被继受下来而又经法律科学和法院发展了的罗马法,才是构筑德意志私法的最合适的基础。由于这个原因,萨维尼拒绝了海德堡法学家蒂博特(Thibaut)提出的制定一部适用于全体德意志邦国的共同的《德意志民法典》的建议,认为这一建议是不合时宜的。

在萨维尼以前,18世纪就有两名著名的政论家坚定地反对编纂法典。奥斯纳布吕克的历史学家尤斯图斯·摩塞(Justus Möser)在1772年发表了一篇文章,题为《时下于共同法律法规之偏好,实乃大众自由之危险》。^[19]他认为,制定共同的法典只会“为专制主义铺平道路”,因为“专制主义就是要根据很少的规则来实施强制”。他声明:“如果要我来制定一部共同法典,那么这部法典就应该是这样的:每一个法官都应该依据其法律部门的先入授予他的法律和习惯来审判。”歌德的内弟约翰·格奥尔格·施洛塞尔(Johann Georg Schlosser)就《普鲁士普通邦法》草案也发表过类似的疑虑。^[20]在他们看来,历代流传下来的风俗习惯和判词中蕴含的智慧、种种符合各地区具体情况的规则,要比法典中的一般规则具有更高的地位;法典中的一般规则是将理性简单化和单一化的结果,是一种扼杀“业已形成的”秩序之独立性的集权主义的表现。与他们相比,萨维尼的拒绝态度,可能在更大程度上是源于他的某种担忧,从而阻碍建立在科学认识进步之基础上的法的发展。

反对进行广泛的立法活动的人们,无论他们具有什么样的反对理由,从长远来看都没有取得成功。19世纪最强大的发展趋势

[19] 尤·摩塞(Justus Möser):《爱国主义随想录》(全集),1942年,第2卷,第20页。

[20] 约·格·施洛塞尔(J. G. Schlosser):《立法信札》,1789年。

是赞成编纂一部全德意志的法典。这种发展趋势的一个方面,表现在必须克服由于各地区适用不同的法律而产生的不利于从事商业和交易的障碍;发展趋势的另一个方面,则是对国家统一性的追求,这种统一性也包括法律的统一性。因此,德意志在1861年制定了《德意志普通商法典》(Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch),它是今天适用的、1897年颁布的《德国商法典》的先导。德意志帝国成立以后,又制定了《德国民法典》。此后,在民法领域,迄今为止适用的习惯法,似乎没有再继续适用的余地了,产生新的习惯法的可能性似乎也不存在了。由于帝国法(今天是联邦法)优先于邦(州)法适用,因此如果要产生习惯法,那么整个帝国(整个联邦)范围内的人们都必须确信这是一种“法”,并且遵守这种习惯法的规范。

通常认为,虽然制定了成文的法典,这种习惯法依然在很重要的范围内形成和发展。它是通过所谓的法院实践,尤其是通过各个最高法院的长期判例产生的。毋庸置疑,法院对法律的完善与发展具有其决定性的影响力。诚然,创设法律规范并付诸适用,并不是法院的任务,而是立法机关的任务。法官的任务,是对具体案件作出裁判,并在裁判的过程中适用法律。^[21]当然,法官在适用法律时,仅仅将法律视为一个固定不变的数据是不够的;法律不像一根折尺,法官只需用它来测定给定的事实。相反,法官在适用法律时,必须从需要裁判的具体案情以及该案情所提出的特殊问题出发,不断地对法律中包含的判断标准进行明确化、精确化和“具体化”。这也就是说,法官在适用法律时,必须对法律进行解释;如果他发现法律“有缺漏”,那么还必须予以补充。法官适用法律的过程,也就是他发展法律的过程。当然,法院所作出的解释和补

[21] 弗卢梅:《法官与法》,《第46届德国法学家会议讨论集》,第2卷,K部分,1967年,第25页。

充,仅仅对于已作裁判的具体案件才是直接的“法”。任何法院都没有义务在处理另一个案件时对法律作出相同的解释。不过,如果法院确信以前的解释或补充是正确的,那么它们就会遵循这种解释或补充,因为这样做有利于法律的连续性和稳定性。通过这种方式形成的“长期判例”,在法律交往中(如订立合同或“一般交易条件”时)的效力如同法律规范,人们在事实上是遵守这些判例的。今天,最高法院的惟一一个裁判也可视为“审判实践”,人们推定法院会遵守这一裁判的。那么,这种“审判实践”是否已因此成为“习惯法”了呢?

如果我们同意主导的学说,认为习惯法是有约束力的规范,并以同成文法相同的方式“适用”,那么对这个问题作出肯定回答时应该十分谨慎。法院在遵循“长期判例”的时候,它的确构成了事实上适用的法(即在大多数情况下得到遵循)的一个很重要的部分。但是实际上,只有在某个判例是切合实际的解释以及无懈可击的推理的结果,亦即它是“正确”的范围内,它才会具有“约束力”以及规范性效力。^[22] 如果发现“前案”是不正确的——即如发现本案中的某种情形与“前案”有很大差别,那么法院不仅有权利,而且有义务抛弃这一判例或对它进行修正。法院在实践中也

11

[22] 关于先例的约束效力,参见作者刊登在《汉斯·施马诞辰庆贺文集》(维也纳,1969年)中的论文(第247页)以及作者的《法学方法论》,第5版,第412页以下(学生版第302页以下)。