



德国民商法案例研习译丛编委会

主 编 朱晓喆

编委会（按姓氏拼音排序）

冯洁语 胡坚明 马 颖 沈小军

王剑一 王立栋 朱晓喆

# *Klausurenkurs zum BGB: Allgemeiner Teil*

Karl-Heinz Fezer

Eva Inês Oberfell

德国民商法案例研习译丛

丛书主编：朱晓喆

## 德国民法总则 案例研习

—  
第十版  
—

【德】卡尔-海因茨·费策

【德】伊娃·伊内斯·奥博格菲尔

王剑一

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



## 一、什么是请求权基础案例研习

本套译丛是译介德国民法请求权基础案例研习课的教材。虽然国内文献对此已讨论颇多,<sup>[1]</sup>但为本译丛导读,以及考虑到若有读者拟参考本译丛,实践相应的教学方法,因此,我作为丛书主编,再就该课程方法论作些介绍。

了解请求权基础案例研习,须从德国法学教育课程体系说起。德国大学法学教育以科学教育为目标,以实践运用为导向,其课程类型设置包括如下几种类型:<sup>[2]</sup>(1)大课讲授(*Vorlesung*)以教师讲解和学生听讲为主。限于课堂时间和学生人数较多,教师课上较少采用问答方式,课堂互动根据老师的风格而有所不同。(2)专题研讨(*Seminar*)是教师引导和学生

---

[1] 参见朱晓喆:《请求权基础实例研习教学方法论》,载《法治研究》2018年第1期;卜元石:《德国法学教育中的案例研习课:值得借鉴?如何借鉴?》,载《中德法学论坛》第13辑,法律出版社2016年版,第45—57页;季红明、蒋毅、查云飞:《实践指向的法律人教育与案例分析——比较、反思、行动》,载《北航法律评论》2015年第1辑,法律出版社2016年版,第214—228页。

[2] 邵建东:《德国法学教育制度及其对我们的启示》,载《法学论坛》2002年第1期;韩赤凤:《当代德国法学教育及其启示》,载《比较法研究》2004年第1期;杜晓明:《德国法学教育简介》,载李昊、明辉主编:《北航法律评论》2015年第1辑,法律出版社2016年版,第229—232页。

讨论为主的课程。参加课程的学生须在教师指导下作一个专题研究报告并回答教师和参加者的提问。(3) 案例研习课 (Übung) 是撰写案例分析报告、练习适用法律的课程。大课讲授和专题研讨偏重于原理学习, 而案例研习课侧重实例训练。该课程要求学生撰写案例研习报告采用“鉴定体”(Gutachtenstil)<sup>[3]</sup>, 即逐一分析法律规范的构成要件, 判断案件事实能否涵摄在该规范之下, 进而得出是否适用该规范法律效果的结论。如在课堂上或考试中, 须于指定时间段内完成案例报告, 不用太多引注资料, 称为课堂练习; 如在课下做案例报告, 即家庭作业, 要借助更多文献和判例, 深化案例解答的科学性, 达到与通常的法学研究相同的品质。<sup>[4]</sup> (4) 学习小组 (Arbeitsgemeinschaft) 是一种配合大课的集体辅导班, 大致按民法、刑法和公法学科进行划分, 由助教或博士生主持, 以解决学习中的难点和进行案例分析训练为主。参加者通常为新生, 每个小组人数约 20 人左右。

在上述课程体制中, 案例研习课是法科学生每日必修的练习, 通过大量的训练, 学生们将法条、法学教义、法院判例等转化为其内在的知识和能力, 养成法律思维。如科贝尔 (Körber) 教授说: “领会和理解生活事实, 并依据法条、判决和学说去判断其中蕴含的法律争议, 即解答案例, 是每一位法律人的日常功课。”<sup>[5]</sup>

民法案例研习课的方法论就是请求权基础分析。关于此, 我国学界已经介绍颇多。于此重申其关键点, 以便读者掌握要领。

“请求权基础” (Anspruchsgrundlagen) 方法的出发点是对案例提出如下问题, 即“谁得向谁依据什么请求什么?” (Wer will was von wem woraus?)<sup>[6]</sup> 分析言之:

(1) “谁向谁” (Wer von wem)。请求权是相对权, 在回答问题时须明确权利人针对哪一个义务人主张请求权。

(2) “请求什么” (Was)。这一步是审查当事人主张要求什么, 例如支付买卖价金、损害赔偿、返还原物等。

(3) “依据什么” (Woraus)。权利人主张的内容须以某个法律规范为

[3] 与鉴定体对应的是先给出结论, 再叙明理由的“裁判体”(Urteilsstil)。Tettinger/Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 4. Aufl., C. H. Beck 2009, S. 126.

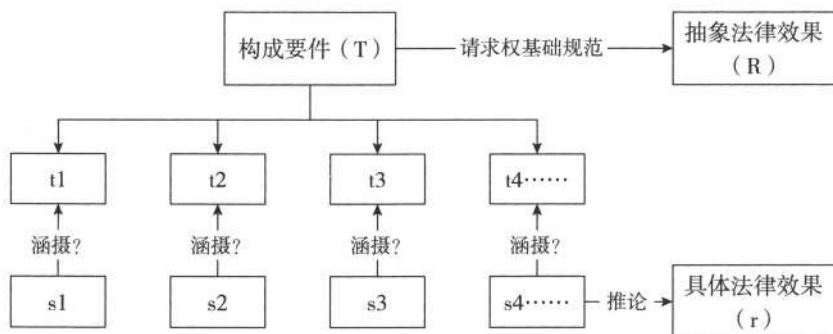
[4] Tettinger/Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 4. Aufl., C. H. Beck 2009, S. 179.

[5] Körber, Zivilrechtliche Fallbearbeitung in Klausur und Praxis, JuS 2008, 289.

[6] Heinemann, Übungen im bürgerlichen Recht, De Gruyter 2008, S. 6.

基础，能够确立请求权的法律规范称为“请求权基础”。请求权基础包括构成要件（T）和法律效果（R）两个部分。构成要件是适用该法律规定的前提条件，由数个要素组成（可分解为 t1, t2, t3……）。法律效果是满足构成要件后得出的后果，一般对应着请求的内容。

明确请求权基础方法的内涵后，还须解释一下案例研习的核心步骤，即“涵摄”（Subsumtion，或译“归入”）。涵摄是审查待决的案件事实是否可归属（Zuordnung）在某一法律规范的构成要件之下，并得出法律效果是否发生的结论。在请求权基础案例研习中，其具体步骤是：（1）选择案件事实可能适用的请求权基础规范（T），并就所分析的案例提出“某人可能依此规范向另一人主张某种请求权”的待检验命题；（2）将法律规范分解为各个构成要件（t1, t2, t3……），并逐一与案件事实（s1, s2, s3……）进行比较，判断具体事实是否可归入抽象的构成要件（涵摄）；（3）对每一个构成要件和案件事实的涵摄都进行审查，得出相应的是或否的中间结论；（4）一旦案件事实满足请求权基础规范的每一构成要件，即可得出结论认为发生相应的法律效果（R），即案件当事人的请求权成立；如果欠缺任何一项构成要件，则不发生相应的请求权。可见，涵摄的核心就是亚里士多德的三段论（syllogistischer Schluss），即大前提—小前提—推论。<sup>[7]</sup>（如下图所示）



## 二、如何撰写请求权基础案例研习报告

一份完整的鉴定式请求权基础案例研习报告，包括案件事实和问题（题目）、解题结构（目录）、解题具体步骤和内容（请求权基础的审查）

[7] Tettinger/Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 4. Aufl., C. H. Beck 2009, S. 143.

几部分。以下分述之。

### 1. 案件关键事实的领会和提取

请求权基础案例一般是出题者设计的教学或考试案例。这些案例大都来源于真实的司法裁判，但并不巨细无遗地交代案件情节，而是简洁描述和抽取重要事实，并通常对应着教科书或法典中的某一民法知识板块或制度规整。而且，案例事实本身一般不设争议，不需考虑举证问题。由此可见，请求权基础案例研习并非“法律实务训练课”，而是基础理论练习课，它不是教导学习者如何操作和办理实务案件，而是培养扎实的法律理论功底。

解题者在解题之前，先要审读和把握案件事实，并区分重要的和非重要的情节，尤其是不能遗漏那些具有法律意义的事实。准确把握案件事实，要求解题者须在事实与规范之间不停地“眼光往返流转”：一方面，所要适用的法律规范表明哪些事实是重要的；另一方面，这些事实也决定可适用的规范。<sup>[8]</sup>

案例事实的核心要素是当事人之间发生的能够产生权利义务变化的法律事实，如合同、侵权，以及权利义务的标的，如动产、不动产、权利。此外，当事人、时间和地点对于解决案例问题也有辅助作用，涉及行为能力、时效、履行地等。

### 2. 请求权基础审查的步骤

撰写一份严谨的请求权基础案例研习报告，须遵循如下三个步骤：请求权是否产生？请求权是否消灭？请求权是否可执行？

#### （1）请求权是否产生？（Anspruch entstanden？）

在这一阶段，首先从积极方面考察，案件事实是否符合（假定）可运用的请求权基础。如果请求权基础构成要件的每一要素都获得满足，可以判定请求权成立。<sup>[9]</sup> 此处的核心步骤就是“涵摄”。然后，再从消极方面审查，案件事实中有没有权利产生障碍的抗辩事由（权利阻却之抗辩），例如当事人无行为能力、意思表示无效、合同不成立或被撤销、

---

[8] Medicus, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, ein Basisbuch zu den Anspruchsgrundlagen, 8. Aufl., Carl Heymanns Verlag 2008, S. 6.

[9] Brox/Walker, AT des BGB, 34. Aufl., Verlag Franz Vahlen 2010, Rn. 856.



附生效条件的法律行为条件未成就等。<sup>[10]</sup>

(2) 请求权是否消灭? (Anspruch untergegangen?)

这一阶段审查有没有导致已经产生的请求权发生消灭的后果,即考虑权利毁灭之抗辩。例如,合同的清偿、免除、抵销、解除、给付不能、附解除条件法律行为的条件成就等。<sup>[11]</sup>

(3) 请求权可否贯彻执行? (Anspruch durchsetzbar?)

这一阶段审查有没有阻碍请求权执行的事由,即权利障碍之抗辩(私法上的抗辩权)。抗辩权须被告主张才可适用,例如诉讼时效抗辩权(《民法总则》第192条第1款)、同时履行抗辩权(《合同法》第66条)、人身性给付或履行费用过高之抗辩权(《合同法》第110条第2项)等。

以上三个步骤是审查请求权基础的完整要求。当然,在个案中,并不总是存在请求权的消灭或请求权执行障碍的事由,因此,在撰写案例研习报告时,请求权的产生必须进行审查。后两个步骤,仅在有事实在事实根据时才予以审查。<sup>[12]</sup>因此,后两个步骤在案例研习报告中可以根据情况省略。

### 3. 请求权基础的审查顺序

在同一案件事实中,当事人之间可能发生数项请求权。于此,须依循请求权基础的审查顺序(Prüfungsreihenfolge),逐一考察。德国民法教学中,根据各个请求权基础的特点或优先性考量,通常按照合同请求权—一类合同请求权—无因管理请求权—物权请求权—侵权行为请求权—不当得利请求权,这样的顺序进行思考和解题。具体理由如下。

(1) 合同请求权

合同要体现私法自治原则,如果当事人之间合同约定了权利义务关系,应首先对其尊重。如果存在其他请求权的可能,会受合同的影响。<sup>[13]</sup>具体言之,如果存在合同关系,管理他人事务构成委托(《合同法》第396条),不成立无因管理。如果根据合同关系占有他人之物,通常不发生无权占有(《物权法》第241条),从而排除“所有权人—无权占有人”

[10] Heinemann, Übungen im bürgerlichen Recht, De Gruyter 2008, S. 16.

[11] Heinemann, Übungen im bürgerlichen Recht, De Gruyter 2008, S. 16.

[12] Körber, Jus 2008, 289.

[13] Heinemann, Übungen im bürgerlichen Recht, De Gruyter 2008, S. 10.

规则的适用。如果基于合同取得他人财产利益，也不符合不当得利中的“无法律上原因”。而侵权行为的请求权，可能被合同修改或排除（合同约定可以排除侵权行为违法性），或者合同法可能有减轻责任的规定（如《合同法》第374条）或约定。

合同请求权可分为原初的给付请求权和次生的救济性请求权。前者例如《合同法》第60条第1款的履行请求权，《合同法》第135条的买受人交付标的物并转移所有权的请求权、第159条的出卖人价金请求权。后者例如《合同法》第107条的实际履行、采取补救措施、损害赔偿请求权，第111条的瑕疵担保请求权，《合同法》第97条规定解除后恢复原状、损害赔偿请求权，以及《合同法》分则规定具体合同的违约救济请求权，于此不一一枚举。

### （2）类合同请求权

如果合同未成立或无效、被撤销，但当事人基于缔约磋商应尽到照顾、保护缔约对方权益的义务，若有违反应承担缔约过失责任。由于其接近合同请求权，因而紧随其后予以审查。<sup>[14]</sup>

根据我国现行民法，类合同的请求权例如：《合同法》第42条规定缔约过失请求权，第43条规定缔约中违反保密义务的损害赔偿请求权；《合同法》第58条、《民法总则》第157条规定合同或法律行为无效、被撤销或确定不发生效力后，发生返还财产、折价补偿、损害赔偿等请求权；《民法总则》第164条第2款规定的代理人与相对人恶意串通，损害被代理人权益，被代理人向二者主张连带责任的请求权；《民法总则》第171条第3款规定的无权代理人因代理未被追认时，善意相对人得请求其履行债务或承担损害赔偿 responsibility。

### （3）无因管理请求权

接着审查无因管理请求权，理由如下：无因管理人就管理行为所生之必要费用得向受益人请求偿还（《民法总则》第121条）是一种特殊的法定之债；无因管理的管理人并非侵夺占有或妨碍物权，从而排除物权请求权；无因管理的行为阻却违法，不构成侵权行为；无因管理人因管理他人事务获得财产利益，并非“无法律上原因”，不构成不当得利；无因管理人通常有责任优待（参见《德国民法典》第680条），与其竟

[14] Brox/Walker, AT des BGB, 34. Aufl., Verlag Franz Vahlen 2010, Rn. 842.

合的侵权请求权也同样如此。<sup>[15]</sup>例如,《民法总则》第 184 条规定自愿实施紧急救助造成受助人损害的,救助人不承担民事责任。

#### (4) 物权请求权

物权请求权之所以先于侵权和不当得利请求权审查,首先是因为物权法中就侵害或妨碍他人之物有特殊规定,从而排除侵权行为或不当得利的一般规定。<sup>[16]</sup>例如,《物权法》第 107 条规定失主有追回遗失物的请求权。再例如,《物权法》第 242 条至第 244 条规定“所有权人—无权占有人”之间的特殊规则,据此,无权占有人造成物之损害的,恶意占有人承担赔偿责任,由此反面推论,善意占有人不负赔偿责任;善意占有人返还原物时可向所有权人请求支付必要费用;无权占有人无法返还原物,但应当返还由物之毁损、灭失产生的保险金、赔偿金或补偿金。此外,相较于侵权损害赔偿请求权而言,《物权法》上典型的原物返还请求权(第 34 条)、排除妨碍和消除危险请求权(第 35 条)、占有保护请求权(第 245 条)不以过错为要件。

#### (5) 侵权行为请求权

因为侵权行为(包括危险责任)请求权不是其他请求权的前提,故而靠后审查。<sup>[17]</sup>在审查侵权请求权之前,须审查是否存在特殊的约定或法律规定。

狭义的侵权请求权仅指损害赔偿请求权。但我国《侵权责任法》采取广义的侵权责任理解,包括保护物权之类绝对权的停止侵害、排除妨碍、消除危险责任,以及非损害赔偿性质的赔礼道歉、消除影响、恢复名誉等责任形式(《侵权责任法》第 15 条)。此外,《侵权责任法》还有所谓“非真正侵权责任”<sup>[18]</sup>,包括第 23 条受益人适当补偿责任、第 31 条紧急避险的牺牲请求权、第 24 条和第 33 条的损失分担责任。上述侵权责任,都可算入广义的侵权请求权。

就请求权基础而言,一般过错的侵权请求权基础是《侵权责任法》第 2 条第 1 款和第 6 条。特殊侵权责任请求权和危险责任请求权基础存

[15] Heinemann, Übungen im bürgerlichen Recht, De Gruyter 2008, S. 10.

[16] Heinemann, Übungen im bürgerlichen Recht, De Gruyter 2008, S. 10.

[17] 王泽鉴:《民法思维——请求权基础理论体系》,北京大学出版社 2009 年版,第 60 页。

[18] 张谷:《论〈侵权责任法〉上的非真正侵权责任》,载《暨南学报》2010 年第 3 期。

在于《侵权责任法》第四章至第十一章，于此不赘。

#### （6）不当得利请求权

不当得利请求权的基本依据是《民法总则》第122条。如果存在合同或无因管理，将会排除不当得利。与物权请求权相比，可能物权人因物权消灭而无法主张原物返还，例如以他人油漆粉刷自己的围墙，但会发生不当得利。严格地说，侵权请求权与不当得利请求权并没有逻辑上的先后顺序，<sup>[19]</sup>但相比而言，一般侵权请求权以过错为要件，而不当得利则否。例如，不知他人之物而为处分，获得对价利益。于此处分人因缺少过错而不构成侵权，但成立不当得利。<sup>[20]</sup>基于此，最后考虑不当得利请求权。

以上是关于请求权基础审查顺序的一般规律，此外还须补充如下两点。

第一，如果请求权基础审查后，有数项请求权均得成立并可执行，则构成请求权聚合或请求权竞合。前者是指数个请求权可以同时并行主张；后者是指同一给付目的的数个请求权并存，但当事人仅得选择其一行使。<sup>[21]</sup>请求权聚合或竞合时，每一请求权的构成要件、举证责任和诉讼时效可能存在差异，案例研习虽是理论训练，但也是为法律实务做准备，既反映法律思考的严谨性，也要考虑当事人的利益。因此，案例解题者必须通盘检讨所有可能成立的请求权基础，切勿任意选择一个请求权基础作答。<sup>[22]</sup>

第二，上述请求权审查的顺序和体系是以民事财产法上请求权为中心构建的。而亲属法和继承法上的请求权并未纳入进来。主要因为在亲属法和继承法上，根据不同法律关系和事实的情状，发生不同种类的请求权或法律效果，不具有可比性。例如子女抚养费请求权和遗产回复请

---

[19] Heinemann, *Übungen im bürgerlichen Recht*, De Gruyter 2008, S.10 f. Körber, *Jus* 2008, 289.

[20] 王泽鉴：《民法思维——请求权基础理论体系》，北京大学出版社2009年版，第60页。

[21] 王泽鉴：《民法思维——请求权基础理论体系》，北京大学出版社2009年版，第130—131页。

[22] 王泽鉴：《民法思维——请求权基础理论体系》，北京大学出版社2009年版，第134页。

求权，不像财产法上请求权那样可以按照事理的逻辑进行体系性安排。因此，亲属法和继承法的案例研习应具体考虑问题。

#### 4. 案例研习中的法条运用

撰写请求权基础案例研习报告，除依循上述的步骤和顺序外，对于法条的理解和运用也很关键。

在案例研习中，解题者主要围绕请求权基础规范展开，但也不可忽略其他法律规范的运用。例如，根据《物权法》第34条，物权人欲主张对于无权占有人的返还原物请求权，须首先确定物权人是谁。于此，关于物权变动的规定（如《物权法》第9条、第23条）或所有权取得的规定（如《物权法》第106条以下），有助于确定物权的归属。此类规范为“辅助性规范”（*Hilfsnormen*）。<sup>[23]</sup>此外，反对请求权的规定，例如法律行为无效（《民法总则》第153条）、诉讼时效的效力（《民法总则》第192条第1款），在请求权基础审查的每一阶段都可能涉及。此类规范为“反对性规范”（*Gegennormen*）。<sup>[24]</sup>

撰写案例研习报告须运用各种法律解释方法，展开法律规范的内涵分析，并为正确地进行涵摄奠定基础。<sup>[25]</sup>涉及的法律解释方法包括文义解释、立法目的解释（历史解释）、体系解释、客观目的解释、合宪性解释等。但在很多疑难案例中，解题者可能发现通过法律解释，案件事实并不能准确涵摄进相关法律规范（尤其是请求权基础规范），即存在立法者规整计划的漏洞（公开的漏洞）。简单的法律解释并不足以应付案例解决，需要借助于法律续造方法，包括类推、举重明轻、举轻明重、目的性扩张等。此外，在解释运用法律时，也可能发现虽然案件事实能够涵摄进法律规范，但其实该法律规范的字面含义过宽，根据其目的不宜适用本案，由此发生“隐蔽的漏洞”，须对其进行目的性限缩。

在案例研习中须大量运用法律条文，解题者的法律适用能力得到锻炼，并结合案例留下深刻的印象，非一般教学授课可比。正如王泽鉴教

---

[23] Medicus, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, ein Basisbuch zu den Anspruchsgrundlagen, 8. Aufl., Carl Heymanns Verlag 2008, S. 11.

[24] Medicus, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, ein Basisbuch zu den Anspruchsgrundlagen, 8. Aufl., Carl Heymanns Verlag 2008, S. 11.

[25] Tettinger/ Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 4. Aufl., C. H. Beck 2009, S. 130.

授所言：“背诵记忆法律条文，不求甚解，易于忘记。经由深刻思考，亲身体会应用的条文，将成为法律人生命的法律细胞，终生难忘。”<sup>[26]</sup>

### 三、为什么移译本套丛书

如果从法律移植视角考察当代中国民商法的法治化进程，可以发现我国民商法的研究和教育呈现一条从“制度—思想移植”到“法学（法律）方法移植”、再到“法律教育方法移植”的发展轨迹。

首先，20世纪80年代改革开放之初，中国要在一片法治废墟上建立各项法律制度，不可避免地要向法治先进国家学习和借鉴制度规则，并随之引入大量的西方法律思想学说。这一时期，与市场经济配套的民商事法律制度，几乎照搬照抄国外经验，例如担保法、合同法、公司法、证券法等。与此同时，法学研究也主要表现为“立法论”。

继而，大致2000年以来，我国单行民商法律基本齐备后，如何理解与适用这些法律规定成为摆在法学研究者和司法实务者面前的现实问题。于是，以阐述法律规范的涵义和实践运用的“解释论”成为当时之需。这一阶段，源于德国的“法学方法论”（或法律方法论）受到热捧，尤其是拉伦茨、齐佩利乌斯、王泽鉴、黄茂荣等人著述的出版，促进我国民商法学者开始重视法律解释方法，并将之运用于法律适用。法律的解释与适用必然与具体的部门法教义相结合，由此“法学方法论移植”最终演化为部门法学者对于“法教义学”的共识。

随后，近10年来，因年轻一代学者的推动，法学教育领域普遍出现模仿大陆法系或英美法系教学改革的潮流，并主要体现为德国鉴定式案例研习课程的引入。此类课程教学，以法律规范构成要件的分析为起点，以案件事实的涵摄为核心步骤，层层演绎推导出案件具体的法律效果，其教学目的在于培养学生分析法条、查找资料、研究写作等法律人必备的思维和能力。其中以民法上的请求权基础案例研习课流传最为普遍。目前国内开设此类课程的政法院校包括北京大学、中国政法大学、华东政法大学、中南财经政法大学、西南政法大学、上海财经大学等，俨然已成燎原之势。

---

[26] 王泽鉴：《民法思维——请求权基础理论体系》，北京大学出版社2009年版，第235页。

在上述三个法律移植发展趋势中，法学教育模式的变革是最为根本性的。因为它对于人才培养起到潜移默化的作用，统一法律人的思维模式，提升中国法律人共同体的整体水平和专业地位。尽管目前国内已有此类课程教学实践，但尚未有全面的关于德国民法案例研习课程教材的译著，而不熟悉德语原著的研究者或实践者，只能通过一般介绍或个案翻译管窥德国此类课程方法。鉴于此，本套丛书的策划者希望通过译丛的出版，原汁原味地引进德国民商法的案例研习课程教材，以供国内法学教育者参考和借鉴。

最后，有必要对于本套译丛的背景及意义再作几点交代。2016年我和沈小军老师与中国法制出版社马颖主任共同策划本译丛时，根据当时邀请到的译者和能够联系到的原著版权，确定第一批书目包括德国民法总论、债法总论、债法分论、物权法、继承法和公司法。现在看来，既然本译丛定位“民商法案例研习课程教材”，今后有必要进一步增补家庭法以及其他商法的教材。

标准意义上的请求权基础案例研习报告的撰写格式，已如上文所述。但从本译丛的部分作品来看，德国的教材并非千篇一律。例如，民法总论案例教材里先简介相关教义学知识，然后再展开案例研习示范。债法总论案例教材也有不少教义学知识的总结。再例如，继承法案例教材中，有些案例的问题和解题的起始句并不是“谁得向谁依据什么请求什么”，而是根据题目要求，可能是表现为“遗产如何继承？”“遗产管理如何执行？”等问题。这也正说明，其实“请求权基础案例研习”是个笼统的说法，有可能案例分析的对象不是请求权，而是其他待检验的法律效果。因此，用“鉴定体”统称此类案例研习报告或许更具有概括性。

国内政法院校开展鉴定式案例教学的时机已经成熟，本套译丛出版适逢其时。若有读者参考本译丛，探索案例研习教学，编者在此适当做些建议：其一，开课对象最好是学完民法学、对民法原理、有初步掌握的学生。以案例研习巩固和熟悉民法知识体系效果较好。其二，开课人数每个班在30人之内，教学要求是书面报告结合课堂讨论。其三，案例研习报告严格要求学术规范包括参考文献和引注，由此提高学生的文献检索和写作能力。其四，案例事实的设计要简明清晰，避免事实不清。所反映的民法知识点，不能过于简单直接，否则沦为“举例”。可以设计一些疑难或障碍，使解题者体会到法律实践问题的复杂性。同时，还

得提醒读者注意，鉴定体案例研习只是学习法律的一种日常教学形式，不能将之神化。它其实更多的是一种思考过程的展示，是解题者分析和得出结论之后的报告形式。因此，我们在教学中不能只注重其形式，而忽略了民法原理的实质性学习。

本套译丛的出版有赖各位译者以及出版社的共同努力。丛书的译者都有留德背景，有的取得了德国的法学博士学位，都是有实力的年轻学者。在中国当下出版译著，尤其是教材的译著，从科研精力投入上说并不划算，有的学校任何成果都不算。从事这个翻译项目的译者更多是凭借着一种对民商法教学的热情和执着。中国法制出版社的马颖主任出于对本套译丛和译者们的认可，积极推动译丛的出版，以及编辑靳晓婷、王雯汀女士的辛苦付出，编者在此一并表示感谢。

上海财经大学法学院教授，博士生导师 朱晓喆

2019年8月12日



《民法典》总则处于隔绝状态，既无法想象，也无法交流。它构成一个总括结构，位于《民法典》其他四编之前。着力于《民法典》总则问题的考试候选人会发现，以上特点包含在源自不同法律材料的民法案例中，如债法、物权法、亲属法与继承法、商法与公司法或者反不正当竞争法。因此，关于总则部分的案例复习（Fallrepetitorium）非常适合伴随网络化和全面的复习以及对考试材料的深化。

卡尔－海因茨·费策关于案例复习的三本书《民法总则案例研习》、《债法总则案例研习》以及《债法分则案例研习》深受好评，我很高兴在他退休后接手这三本书。它们一如既往地是一个整体，并构成“考试训练”系列的一部分。对于准备考试的高年级学生而言，该系列丛书是高质量的案例材料。《案例研习》作为全面修订和更新的版本，于2017/2018学年问世。其中纳入了新的司法判例和文献，并考虑了所有的相关立法变更。特别是，为了转化第2011/83/EU号指令，《为转化〈消费者权益指令〉和变更〈房屋中介管理法〉的法律》于2014年6月13日生效，必要的法律变更未能纳入前一版本，它们现在成为新版的法律基础。此外，新版对旧版的某些方面进行了删减或扩充，尤其是加入了新的案例十，该案例涉及相关合同（zusammenhängende Verträge）、混合使用（gemischte Nutzung）以及撤回权的期限计算。

在修订、更新、加入新案例的构思以及在对校样进行校对的过程中，我要特别感谢我的学生助手海科·布劳特（Heiko Blaut）和赛琳

娜·M. 拉勒 (Céline M. Lalé) 的支持。衷心地感谢你们。我还要感谢我的科研助手妮娜·费琳 (Nina Faehling) 女士对校样校对的谨慎监管。

柏林, 2017 年 8 月

伊娃·伊内斯·奥博格菲尔

2003年年初去世的英国历史学家休·特雷弗-罗珀(Hugh Trevor-Roper)于1971年撰写了一本具有开创意义的指导手册,他向自己的学生推荐了这本手册,每个法科学生在考试作答时都应予以关注。<sup>[1]</sup>

1. 你应当了解并坚持自己的论点,在你的读者不知情或不同意时,你不应当违背或偏离该论点,你应当一直引领你的读者在一条他能够跟随的道路上行进,在此过程中,这条道路对读者应当是清晰可辨的。

2. 你应当注意每个段落的独立性,就像先知爱德华·吉本(Edward Gibbon)的权威和例证所指示的那样;因为每个段落论点链条中是一个基本单位。因此,你应当纯粹并完整地坚持论点;每个段落应当具有一个中心意义,通过正确使用符合目的的语助词和词形变化,所有其他的理解方式都服从于该中心意义。

3. 你应当时刻追求章节结构的清晰,它优先于其他所有的文学目标,请铭记先知布莱克司令的话:“清楚为上,长度次之(clarté prime

---

[1] 这本由休·特雷弗-罗珀(1914—2003)在1971年撰写的《十诫》(Zehn Gebote)因《法兰克福汇报》(Frankfurt Allgemeine Zeitung)的友好许可而得以重印。该报2003年3月19日第66期第N3页有记者吉娜·托马斯(Gina Thomas)关于休·特雷弗-罗珀的说明:“除了心目中的英雄,他还在这本美妙的开创性指导手册中安排了几位他眼中的恶魔。这些不为人知的角色证明了特雷弗-罗珀广泛的兴趣:例如17世纪的法国古典派人物尼克拉斯·布洛瓦,他称赞古代作家为无法超越的典范;布洛瓦同时代的托马斯·布朗爵士,既是医生也是杰出的思想家,受到了塞缪尔·约翰逊(Samuel Johnson)以及弗吉尼亚·伍尔夫(Virginia Woolf)的尊崇;还有已被遗忘的维多利亚时代晚期小说家乔治·摩尔。布莱克司令于‘自由法国’战争期间在伦敦活动。他意图通过自己的箴言来对抗那个时代对加密信息简短性的要求。”

longueur secondaire)。”为此目的，你应当努力做到，每个句子在句法上都不会导致预想之外的意义的出现，同时，每个读者只需阅读一遍某个句子，就足以理解其真正含义。为此，你不必害怕为清楚所必需的重复，你也不必羞于陈述事实，只要你认为别人和你一样熟悉这个事实。因为，让受教育者回忆起某件事好过把未受教育者留在黑暗中。

4. 你应当清楚地组织语句，短句优于长句。只有这样，读者才不会在从句的迷宫中迷失自我；最重要的是，你永远不要在一个关系从句中嵌入另一个关系从句，否则，这会暴露你的无能为力，并且极易导致含义的模棱两可。

5. 你应当保证时间与地点的统一，正如高级教士尼古拉斯·布瓦洛 (Nicolas Boileau) 的要求，你想象自己处在某个时间和某个地点，并通过正确使用符合此目的的时态及其他语言形式来与其他参考项区分开来：因为，如果我们不利用过去时与过去完成时的区别，或者是未完成时与未来时的区别，我们可能就无法获得式样 (Stil) 与论辩完美的通透性。

6. 你不应当轻视虚拟式这样一种有益、微妙且优雅的语言样式，它得到了伊拉斯谟的祝福和乔治·摩尔 (George Moore) 的颂扬，但相反，它受到了神圣的宗教裁判所“Prawda”和已经去世的比弗布鲁克勋爵 (Lord Beaverbrook) 的诅咒并被禁止使用。

7. 你应当始终有条不紊地根据良好的理性规定行事：如果要说明一般性，则从一般到特殊，如果要证明一般性，则从特殊到一般。

8. 你应当看你所写的东西，因此，你不应当掺入比喻。因为，混入的比喻表明它所包含的图景并不是内心之眼所看见的，而这样的比喻也并非真正的比喻，后者可以通过想象力的活跃之眼获得，而不是从陈词滥调的泥淖中盲目捞出的老套行话。

9. 你也应当用内在之耳听你所写的东西，这样，外在之耳就不会被尖锐的音节或者无旋律感的节奏所冒犯；这里，你应当谦逊地怀念托马斯·布朗爵士 (Sir Thomas Browne) 的有力表达以及西塞罗的“抑扬格律 (clausulae)”，但不要模仿他们。

10. 你应当把所有有意撰写的浮夸片段仔细地你的作答中清除，免得你在年老时因看到它们而感到羞愧。

本书是卡尔－海因茨·费策教授和奥博格菲尔教授的《德国民法总则案例研习》(Klausurenkurs zum BGB: Allgemeiner Teil)第10版的中文译本。

费策教授1946年出生于海德堡，并在海德堡大学学习法律，博士论文和教授资格论文导师都是沃尔夫冈·黑费梅尔教授(Wolfgang Hefermehl)——德国20世纪最有影响力的经济法学家之一。费策教授先后在法兰克福大学、明斯特大学和康斯坦茨大学主持民法、商法和经济法教席，并担任康斯坦茨州法院法官(1987—1989)和斯图加特州高等法院民事二庭法官(1989—2014)。费策教授已于2014年9月退休。

奥博格菲尔教授在比勒费尔德大学、斯特拉斯堡大学和康斯坦茨大学学习，并在康斯坦茨大学获得博士学位和教授资格。她自2010年起在柏林洪堡大学主持民法、著作权法、国际私法与法律比较教席。奥博格菲尔教授自第10版起接手该书的修订工作。

《德国民法典》(BGB)是一个封闭的科学性法律体系，通过正确的逻辑思维，可以从法典体系中为个案找到解决方案。因此，法典体系建立在抽象的一般概念形式范畴之上。严格的概念形式主义也与《德国民法典》的立法目标一致，即创设最终和穷尽一切的规则。《德国民法典》总则部分的规则属于“最大公约数”，它们适用于整个法典体系，例如关于无行为能力的条文(第104条及以下)也适用于债法(如根据第433条缔结买卖合同)、物权法(如购买抵押权)、亲属法或继承法(如无行为能力人不能缔结婚姻或订立遗嘱)。因此，关于民法总则的案例

考察是基石。

本书属于德国瓦伦出版社的“考试训练”丛书，非常适合用于国家考试备考以及课后作业的案例解答参考。本书通过 33 个案例涵盖了德国民法总则的所有主要内容，包括法律行为与意思表示、意思表示的生效、一般交易条款、行为能力、意思瑕疵与合意瑕疵、法律行为的无效、代理制度以及同意。一些具体案例还涉及民事诉讼法、商法、亲属继承法、公证法或手工业法的基本知识。案例解答后的附录还提供了相关问题的进一步说明和辨析（如意思表示的解释、撤回权与撤销权的区分、代理与传达的区分等），以及对虽然在体系上不属于民法总则，但又与之密切相关的制度的提示（如在条文安排上属于债法总则部分的交易基础丧失制度等）。

读者通过本书可以直观地感受德国法案例分析中请求权基础（*Anspruchsgrundlage*）的特点、司法判决（“法官法”）对制定法的影响、法律解释和利益衡量的适用以及欧洲法律与德国内国法的互动等。同时，由于本书收录的案例难易度与德国国家考试水平相当，读者亦可由此大致了解德国法律职业考试的特点和目标。

对本书的翻译秉持平实和易于理解的原则。法律术语以当下国内法学界的通译以及习惯用法为准，如法律行为、意思表示、交易基础、缔约过失责任和表见代理等。对于一些没有通译的术语，或者在译者认为有必要时，原文在文后括号中注明，以供读者查证。

译者尽最大努力，力求译文的正确和完整。但因水平有限，难免存在纰漏谬误，敬请读者指正。

2019 年 8 月 13 日

王剑一

## 缩略语表

aA	anderer Auffassung	其他观点
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften	欧共体公报
Abs.	Absatz	(法条的)款
AcP	Archiv für die civilisitsche Praxis	《民法实务档案》
ADS	Allgemeine Deutsche Seeversicherungsbedingungen	一般德意志海上保险条款
aE	am Ende	最后
aF	alte Fassung	旧版
AG	Aktiengesellschaft, Amtsgericht	股份公司、地方法院
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen	一般交易条款
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	《一般交易条款法》
AktG	Aktiengesetz	《股份公司法》
Alt.	Alternative	其他选择
Anh.	Anhang	附录
AP	Arbeitsrechtliche Praxis	《劳动法实践》
Art.	Artikel	条
AT	Allgemeiner Teil	总则
Aufl.	Auflage	版本
BAG	Bundesarbeitsgericht	联邦劳动法院
BayOBLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht	巴伐利亚州高等法院
BB	Betriebs-Berater	《企业顾问》
Bd.	Band	卷
BeurkG	Beurkundungsgesetz	《公证证书法》
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	《民法典》
BGBl.	Bundesgesetzblatt	《联邦法律公报》
BGH	Bundesgerichtshof	联邦法院

## 续表

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen	《联邦最高法院民事判决集》
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht	《银行与资本市场法杂志》
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache	联邦参议院印刷品
BT	Besonderer Teil	分则
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache	联邦议院印刷品
BürgerlR	Bürgerliches Recht	民法
BVerfG	Bundesverfassungsgericht	联邦宪法法院
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	《联邦宪法法院判决集》
BWLBO	Landesbauordnung für Baden-Württemberg	《巴登-符腾堡州建筑法》
bzw.	beziehungsweise	或者, 或者更确切地说
cic.	culpa in contrahendo	缔约过失责任
CR	Computer und Recht	《电脑与法律》
DB	Der Betreiber	《企业》
dh.	das heißt	也就是说
DM	Deutsche Mark	德国马克
DNotz	Deutsche Notar-Zeitschrift	《德国公证师杂志》
DRiZ	Deutsche Richterzeitung	《德国法官报》
DStR	Deutsches Steuerrecht	《德国税法》
EG	Europäische Gemeinschaften	欧洲共同体
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch	《民法典施行法》
Einf.	Einführung	导论
Einl.	Einleitung	引论
EUR	Euro	欧元
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht	《欧洲经济法杂志》
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht	《经济法判决集》
f.	und folgende( Seite )	及下一页



续表

Fernabsatz-RL	Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz	《欧洲议会与理事会关于通过远程手段缔结合同时保护消费者的第 97/7/EG 号指令》
FernUSG	Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht( Fernunterrichtsschutzgesetz )	《关于保护远程授课参加者的法律》(《远程授课保护法》)
ff.	und folgende( Seiten )	及以下数页
Fn.	Fußnote	脚注
FS	Festschrift	庆祝文集
GBO	Grundbuchordnung	《土地登记簿法》
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts	民法合伙
GK	Grundkurs	基础课
GmbH	Gsellschaft mit beschränkter Haftung	有限责任公司
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung	《有限责任公司法》
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht	《工业产权保护与版权杂志》
GS	Gedenkschrift	悼念文集
HandelsR	Handelsrecht	商法
HwO	Gesetz zur Ordnung des Handwerks ( Handwerkordnung )	《关于手工业秩序的法律》(《手工业法》)
HaustürWG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften	《上门交易以及类似交易撤回法》
HBd.	Halbband	半卷
HdB	Handbuch	手册
HdBSt.	Handbuch des Staatsrechts	《国家法手册》
hL	herrschende Lehre	主流学说
hM	herrschende Meinung	主流观点
Hs	Halbsatz	半句

续表

iHv	in Höhe von	数量为
insbes.	insbesondere	特别
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts	《国际私法与程序法实践》
iSd	im Sinne des	在……意义上
iSv	im Sinne von	在……意义上
iVm	in Verbindung mit	结合……
JA	Juristische Arbeitsblätter	《法学工作报》
JR	Juristische Rundschau	《法学瞭望》
JURA	Juristische Ausbildung	《法学教育》
JuS	Juristische Schulung	《法学培训》
JW	Juristische Wochenschrift	《法学周刊》
JZ	Juristenzeitung	《法律人报》
Kap.	Kapitel	章
Kfz	Kraftfahrzeug	机动车
LG	Landgericht	州法院
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH	林登迈尔和莫宁的《联邦法院工具书》
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung	《联邦法院判决评注》
mablAnm.	mit ablehnender Anmerkung	否定性评论
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht	《德国法月刊》
MMR	Multi Media & Recht	《多媒体与法律》
MüKo	Münchener Kommentar	《慕尼黑评注》
mwN	mit weiteren Nachweisen	有进一步的证明
mzustAnm	mit zustimmender Anmerkung	赞成性评论
nF	neue Fassung	新版
NJW	Neue Juristische Wochenschrift	《新法学周刊》
NJW-CoR	NJW Computerreport	《新法学周刊：电脑法报告》
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport	《新法学周刊：判决报告》
Nr.	Nummer	号码

续表

NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht	《新劳动与社会法杂志》
OHG	Offene Handelsgesellschaft	无限合伙，普通合伙
OLG	Oberlandesgericht	州高等法院
OLG-VertrÄndG	OLG-Vertretungsänderungsgesetz	《州高等法院代理变更法》
PAngV	Preisangabenverordnung	《价格说明条例》
PdW	Prüfe dein Wissen	《“考核你的知识”系列案例丛书》
Pkw	Personenkraftwagen	载客汽车，轿车
PWW	Prütting/Wegen/Weinreich	《普吕廷 / 魏根 / 瓦恩莱希民法典评注》
RBerG	Rechtsberatungsgesetz	《法律咨询法》
RegBegr.	Regierungsbegründung	《联邦政府立法理由》
RG	Reichsgericht	帝国法院
RGRK	Reichsgerichtsrätekomentar	《帝国法院顾问官评注》
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen	《帝国法院民事法院判决集》
Rn.	Randnummer	边码
Rpflger	Der Deutsche Rechtspfleger	《德国法务官杂志》
Rspr.	Rechtsprechung	判决
S.	Seite, Satz, Siehe	页、句、见
s.	siehe	见
ScheckG	Scheckgesetz	《支票法》
SchuldR	Schuldrecht	债法
sog.	sogenannt ( e )	所谓的
StGB	Strafgesetzbuch	《刑法典》
stRspr	ständige Rechtsprechung	持续的判决
str.	strittig	有争议的
Teilbd.	Teilband	分卷
TKG	Telekommunikationsgesetz	《电信法》
Überbl.	Überblick	概述

续表

usw	und so weiter	等等
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb	《反不正当竞争法》
v.	vor, von	在……之前, 属于……的
Verbraucherrechte-RL	RL 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die Rechte der Verbraucher	《欧洲议会与理事会关于消费者权利的第 2011/83/EU 号指令》
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz	《消费者信贷法》
VersR	Versicherungsrecht	《保险法杂志》
vgl.	vergleiche	参见
Vorbem.	Vorbemerkung	前言
VuR	Verbraucher und Recht	《消费者与法律杂志》
WEG	Wohnungseigentumsgesetz	《住房所有权法》
WG	Wechselgesetz	《汇票法》
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Teil IV, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht	《有价证券通讯第四部分: 经济与银行法杂志》
wN	weitere Nachweise	进一步证明
zB	zum Beispiel	例如
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht	《全商法与经济法杂志》
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht	《经济法杂志》
zit.	zitiert	引注
ZPO	Zivilprozessordnung	《民事诉讼法》
zT	zum Teil	部分地
zust.	zustimmend	赞成地

## 第一章 法律行为与意思表示 / 1

概 述 法律行为 / 2

案例一 意思表示的构成要件; 表示过失 / 20

案例二 作为意思表示的沉默; 非预定商品的寄送 / 25

案例三 法律上规定的沉默 / 38

案例四 对商人确认书的沉默; 订货确认 / 42

概 述 情谊行为关系与合同 / 50

案例五 情谊行为关系与法律行为; 保护义务关系; 责任标准 / 62

## 第二章 意思表示的生效 / 69

案例六 意思表示的发出; 在场情况下的生效; 传达权; 错误传达 / 70

案例七 意思表示的到达; 到达迟延与到达阻碍 / 77

案例八 互联网上的合同缔结; 电子化的意思表示 / 83

案例九 在营业场所外缔结的合同; 撤回权; 与撤销的关系 / 92

案例十 相关合同; 混合使用; 撤回权的期限计算 / 100

案例十一 远程销售撤回时的价值赔偿; 抵销 / 108

案例十二 消费者的撤回权；远程销售合同；网上拍卖 / 115

案例十三 eBay 上要约的不可撤回性；网上拍卖中的违背善良风俗；  
使用他人的 eBay 账户 / 128

### 第三章 一般交易条款 (AGB) / 141

概 述 一般交易条款法 / 142

案例十四 相冲突的一般交易条款；防御条款；所有权保留 / 158

案例十五 为担保的债权概括让与；超额担保；账户往来协议 / 166

案例十六 免责条款；维持效力之限缩；补充性合同解释 / 176

### 第四章 行为能力 / 185

概 述 行为能力 / 186

案例十七 向未成年人赠与住宅所有权；纯法律上利益；自我交易  
与未成年人保护 / 192

案例十八 限制行为能力；未成年人对他人权利的处分；未成人的  
占有取得与占有丧失 / 198

案例十九 包括未成年继承人在内的继承人共同体继续进行商事行  
为；监护法院的批准 / 209

### 第五章 意思瑕疵与合意瑕疵 / 215

概 述 意思表示瑕疵与法律行为瑕疵 / 216

案例二十 意思表示的解释；错误描述；土地交易的形式 / 234

案例二十一 不合意；土地负担的承担与抵免协议 / 239

案例二十二 合同承担与债务承担；计算错误；交易基础理论 / 242

案例二十三 特性错误；与物的瑕疵担保责任的关系；转换 / 251

案例二十四 第三人的恶意欺诈；分期付款购物 / 263

## 第六章 法律行为的不生效 / 273

案例二十五 消费者信贷合同; 违背善良风俗; 暴利; 违背法律或善良风俗时的不当得利之补偿 / 274

概 述 期间、期日与消灭时效(《民法典》第 186 条至第 218 条) / 295

案例二十六 形式无效; 部分无效; 对形式瑕疵不诚信的援用 / 303

案例二十七 违法的法律后果 / 311

案例二十八 禁止性法律的规范目的与规范适用对象 / 314

## 第七章 代 理 / 321

案例二十九 代理人与传达人; 以他人名义行事; 冒用他人名义行事 / 322

案例三十 容忍代理权与表见代理权; 有权利外观的代理人; 诉讼代理权; 诉讼和解 / 337

案例三十一 代理权的抽象性; 代理权的滥用; 全权商事代理人; 票据法 / 345

## 第八章 同意(允许与追认) / 355

概 述 允许与追认 / 356

案例三十二 对处分权的善意相信; 物权法上的代理 / 360

案例三十三 对无处分权人处分行为的追认; 不当得利之补偿 / 368

参考文献 / 381

内容索引 / 387





## 第一章

# 法律行为与意思表示

---

# 概述 法律行为

## 一、私法自治原则

## 二、作为法律行为的合同

(一) 单方与多方法律行为

(二) 作为意思一致的合同

(三) 通过社会典型行为缔结合同

(四) 通过要约与承诺成立合同 (合同缔结)

1. 合同的逐渐完善

2. 要约与承诺的法律技术 (《民法典》第 145 条及以下)

(1) 要约的确定性

(2) 要约的约束力

(3) 对要约的完全承诺

## 三、意思表示

(一) 意思表示的概念与功能

(二) 意思表示的构成要件

1. 行为意思

2. 表示意思

(1) 概念

(2) 意思表示在表示过失时的效力

(3) 作为客观可归责性的表示过失

(4) 意思表示受领人值得保护性的不足

3. 效果意思

4. 受法律约束意思

#### 四、准法律行为与事实行为（适法行为）

- （一）准法律行为
- （二）事实行为

#### 五、债权行为与物权行为

- （一）负担行为与处分行为
- （二）分离原则与抽象原则
  - 1. 以分离原则代替统一原则
  - 2. 以抽象原则代替因果性原则
  - 3. 原则间的关系
- （三）物权行为与债权行为的法律关系
  - 1. 在不当得利法上的关系（不当得利补偿）
  - 2. 在条件上的关系（附条件处分）
  - 3. 行为之整体性（《民法典》第 139 条）
  - 4. 瑕疵同一性

#### 六、附条件与附期限的法律行为

- （一）条件（《民法典》第 158 条）
  - 1. 条件的类型
  - 2. 未定期间的法律状态
    - （1）未定期间的处分（《民法典》第 161 条）
    - （2）责任（《民法典》第 160 条）
    - （3）不诚信的阻止法律行为（《民法典》第 162 条）
- （二）期限（《民法典》第 163 条）

### 一、私法自治原则

每个人依照自己的意志来塑造法律关系的权利是一般行为自由（*Handlungsfreiheit*）的组成部分。<sup>[1]</sup>《基本法》第 2 条第 1 款保障了作为个人在法律生活中自我决定的私法自治（*Privatautonomie*）。<sup>[2]</sup>私法自治的核心是合同自由。

[1] BverfGE 8, 274(328) = NJW 1959, 475; BverfGE 72, 155(170) = NJW 1986, 1859.

[2] HdBSt VI/*Erichsen* Rn. 58, 1210.

私法与宪法相联系。<sup>[3]</sup>所有民事法律交往的参与人都享有私法自治,为此,基本权利上的保障禁止仅仅适用于强者的权利。<sup>[4]</sup>因为,合同自由仅在合同当事人实力关系相近时才是适当的利益平衡机制。所以,现行民法的基本任务之一就是*对合同对等的结构性障碍进行调整*。<sup>[5]</sup>合同绝不能成为他人决定 (Fremdbestimmung) 的工具。

## 二、作为法律行为的合同

### (一) 单方与多方法律行为

有多个参与人的法律行为的基本模式是*作为多方法律行为的合同*。<sup>[6]</sup>合同需要至少两个意思表示。一个人的意思表示所构成的法律行为是*单方法律行为* (遗嘱、解除、抵销、撤销、悬赏广告以及同意)。

对于单方法律行为适用关于法律行为一般条文中的*特殊规定*,即《民法典》第 111 条 (未成年人)、第 174 条 (被授权人)、第 180 条 (无代理权的代理人)、第 1367 条 (没有另一方配偶同意的配偶) 以及第 1831 条 (没有监护法院批准的监护人)。

决议 (Beschluss) 也是多方法律行为。决议是人合组织 (Personenvereinigung), 如协会或公司作出的团体性意思表示。<sup>[7]</sup>决议不仅约束决议作出的参与人,而且约束该人合组织相应的章程及其成员。

### (二) 作为意思一致的合同

合同是两方或多方当事人的意思一致 (即相互统一协调的意思表示) 的产物。

事实上,只有当参与人就所追求的法律条款之内容达成一致,才是理想状态下的“合而同意 (vertragen)”。但是《民法典》的规定却认为,只有当事人在这种意义上达成一致时,即任何一方知道并接受另一方的意图,

---

[3] 关于基本权利与私法以及与私法自治的关系只需参看 Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201 ff.

[4] BverfG NJW 1994, 36 (38) 以及后面的论述因此是恰当的。

[5] 另外参见 Limbach, Das Rechtsverständnis in der Vertragslehre, JuS 1985, 10 ff.

[6] Flume BGB AT II § 11 3, S. 135 ff.; Medicus/Petersen BGB AT Rn. 202 ff.; Köhler BGB AT § 8 Rn. 1 ff.

[7] Rüter/Stadler, BGB AT § 16 Rn. 8.

合同才有效成立。关于错误与不合意的规则表明，合同缔结的前提是，所有当事人的主观意图在当下一致，并且他们知晓这种一致。此外，关于意思表示之到达和错误的规则表明，需受领的意思表示并不是在表意人之意图被表示受领人知晓时即发生效力。

法律行为、合同与意思表示的概念由对风险承担（表意人是否要承担意思表示生效与否的风险直到该意思表示事实上被表示受领人所知晓，还是只要意思表示到达的条件满足即无须承担该风险）和交易保护（从受领人的视角来解释意思表示）的考量决定。这里涉及《民法典》所使用的法律技术概念。它们虽然随发展趋势服务于自我决定的实现（私法自治），但以法律的方式同自我责任原则以及信赖保护思想一起与意思的要素相联系。

### （三）通过社会典型行为缔结合同

通过意思表示，即由法律效果的意思（*Rechtsfolgewille*）之存在所表现出的可推断行为来缔结合同，与*社会典型行为学说*（*Lehre vom sozialtypischen Verhalten*）截然不同，但该学说如今已经鲜有支持者。<sup>[8]</sup>该观点是事实合同关系学说<sup>[9]</sup>的组成部分，它认为，在*民生供应*（*Darseinsvorsorge*）与*大规模交易*（*Massenverkehr*）领域，即使没有法律效果意思的存在，合同也可以根据纯粹事实上的行为有效成立，只要这里涉及的是社会典型行为。

在使用公共交通<sup>[10]</sup>将汽车停在收费停车场<sup>[11]</sup>或者能源（水电等）消费等场合，如果合同缔结被明确拒绝或者无行为能力人参与了合同缔结，那么作为意思一致的合同没有成立。但是根据上述学说，合同仅凭行为的社会典型性即可缔结。这一多余和错误的学说因此不被接受。对于合同缔结而言，一致的意思表示才是决定性的。

---

[8] 该学说曾经主要的支持者拉伦茨（Larenz）在其1989年出版的《民法总论教科书》第7版中（§ 28 II, S. 534 ff.）放弃了这一观点；也可详见 *Medicus/Petersen BürgerlR Rn. 189 ff.*

[9] *Haupt*, über faktische Vertragsverhältnisse, 1941, 8.

[10] LG Bremen NJW 1966, 2360 f.: 一名未成年人在没有车票的情况下乘坐有轨电车闲逛。

[11] BGHZ 21, 319 ff. = NJW 1956, 1475: 汉堡停车场案。

#### (四) 通过要约与承诺成立合同 (合同缔结)

##### 1. 合同的逐渐完善

在理论上把合同理解为当事人的一致,这是关于通过要约与承诺成立合同的法律技术性规则的基础(《民法典》第145条及以下)。一致的意思表示的同时存在并不能完成合同的缔结,即使是在有意识的一致性(Einigsein)意义上来理解意思表示。只有当若干相互联系但在法律和事实上独立的规范行为(即意思表示)的内容协调一致时,合同才成立。

法典以逐渐(sukzessiv)达成一致的模板(合同逐渐完善的传统学说)为出发点。一方当事人的要约不仅是规范建议,也表达了他在对方当事人同意的情形下受该要约约束的意思。要约是一方当事人自我决定的规范行为,通过另一方当事人在时间上靠后、在内容上一致的承诺,合同得以补充和完成。

##### 2. 要约与承诺的法律技术(《民法典》第145条及以下)

要约(Angebot也写作Antrag, Offerte)与承诺(Aunahme,也写作Akzept)是旨在缔结合同的需受领的意思表示(empfangsbedürftige Willenserklärungen)。<sup>[12]</sup>

###### (1) 要约的确定性

一个有效的要约必须在内容上如此确定,即合同通过一个简单的“是”(或者“同意”抑或“接受”)即可成立(要约的可承诺性)。这意味着,基本组成部分(essentialia negotii)得到了确定说明。<sup>[13]</sup>为此,要约具有可确定性(Bestimmbarkeit)即已足够,它根据《民法典》第133条、第157条以及特别解释规则(如《民法典》第311c条)进行判断。

###### (2) 要约的约束力

要约人受有效要约的约束(《民法典》第145条)。作为需受领的意思表示,要约因到达(Zugang)而生效(《民法典》第130条)。有效的要约在承诺前不可撤回。要约人可以排除要约的约束力(《民法典》第145条)。要约人是否有受约束的意思(Bindungswille)由此确定,即根据诚实信用并顾及交易习惯(《民法典》第133条、第157条),是否允许表示受领人把这个意思表示理解为有约束力的要约。

[12] Medicus/Petersen BGB AT Rn. 356 ff.; Brox/Walker BGB AT Rn. 165 ff. (176); Rüther/Stadler, BGB AT § 19 Rn. 3(15); Köhler BGB AT § 6 Rn. 10, § 8 Rn. 3.

[13] Boecken BGB AT Rn. 262.

如果要约人在发出要约后死亡或丧失行为能力，即便这种情况发生在要约到达表示受领人之前，要约的效力也不受影响（《民法典》第130条第2款）。有效的要约在要约人死亡或丧失行为能力后仍可以被接受；要约人的死亡和行为能力丧失不妨碍合同的成立（《民法典》第153条）。

### （3）对要约的完全承诺

只有对要约完全地（*uneingeschränkt*）承诺才有效。对要约进行扩充、限制或其他改变的承诺视为对要约的拒绝，它同时是未作出有效承诺的人发出的新要约（《民法典》第150条第2款）。

## 三、意思表示

### （一）意思表示的概念与功能

意思表示不是法律行为，而是法律行为的一部分。只有在单方法律行为的场合，法律行为和意思表示才重合。

从功能上看，意思表示是法律行为上的私法自治，即自我决定的工具。这并不意味着，意思表示在概念上必须以一个与客观表示内容完全一致的主观意思为前提。《民法典》解决了在意思理论（*Willenstheorie*，即意思表示之所以产生效力，是由于表意人此时意欲如此）与表示理论（*Erklärungstheorie*，即另一方信赖或应当信赖的、以可期待的方式作出的表示产生效力）之间二选一的问题，它在第116条及以下条文中规定了一个具有实际意义的折中方案。例如，在真意保留（《民法典》第116条）和错误（《民法典》第119条）的情形下，意思表示的效力并不依据意思理论展开。

《民法典》的规定不违背私法自治原则。法律行为上的自我决定以社会交往行为（*Akt sozialer Kommunikation*）<sup>[14]</sup>为前提。某人意欲通过法律行为设定规则，就必须通过可以识别的社会行为使他人能够理解。他必须使用在社会环境中可以被理解的表达方式。表意人应当为此承担责任：使自己按照预想的一样被他人所理解。自我决定和自我责任原则与意思表示的概念不可分割并相互关联。<sup>[15]</sup>此概念并非以“健康的”、无瑕疵的意思表示为基准，而是以交易障碍的构成要件和有瑕疵的、“病态的”意思

[14] Larenz BGB AT, 7. Auf. 1989, § 19 I, S. 333.

[15] 主要参见 Flume BGB AT II § 48, S. 59 ff.; Hübner BGB AT Rn. 662 ff.

表示为基准。

## （二）意思表示的构成要件

如果把意思表示理解为依据自我决定和自我责任作出的行为，<sup>[16]</sup>那么自我责任的适用范围在哪？它是一个评价和归责的问题（Wertungs- und Zurechnungsproblem）。这里需要确定一个关于意思表示构成要件的最低要求。

我们将意思（意思表示的主观构成要件）和表示（意思表示的客观构成要件）理解为意思表示的独立要素。在意思表示的主观要件中，意思要素可划分为行为意思（Handlungswille）、表示意识或表示意思（Erklärungsbewusstsein, Erklärungswille）、效果意思（Geschäftswille）或法律后果意思（Rechtsfolgewille）以及法效意思（Rechtsgeltungswille）或受法律约束的意思（Rechtsbindungswille）。

### 1. 行为意思

行为意思与行为（Handlung）的概念相联系。行为是受意志控制的作为（Tun）或不作为（Unterlassen）。行为意思作为意思要素的功能在于，一开始就将某些行动方式从可能的意思表示的范畴中剔除：<sup>[17]</sup>例如睡觉时、催眠状态下、昏迷时或其他无意识状态下的举动，或者是在直接身体强制（vis absoluta）状态下的纯粹反射行为或举动。行为意思的概念对于此种区分功能是实用且恰当的。通说认为，如果欠缺受意志操控的举动，则不存在意思表示。

无意识的举动应当被视为未作表示（Nichterklärung）还是无效的意思表示（nichtig Willenserklärung），尚无定论；《民法典》第105条第2款将无意识的人作出的意思表示称为无效的意思表示。

### 2. 表示意思

#### （1）概念

表示意思是行为人对于通过行为表示某种法律上之重大关系的意思。行为人知道，一个法律行为上的表示会传达出某种内容。

[16] 一般性地以开放社会中多元法律理论为基础，参见 Fezer, Teilhabe und Verantwortung, 1986, § 8; Fezer, Die Pluralität des Rechts, JZ 1985, 762 ff.

[17] 参见 Enneccerus/Nipperdey BGB AT II § 137 I, 861 F.; Eisenhardt, Allgemeiner Teil des BGB, 3. Aufl. 1989, Rn. 50; Rütters/Stadler BGB AT § 17 Rn. 7.



表示意思欠缺的经典案例是特里尔红酒拍卖案 (Trierer Weinversteigerung): A 不是当地人, 他身处一场红酒拍卖会之中。为了向走进来的熟人打招呼, A 举起了手。根据当地的习惯, 这个手势意味着要约。拍卖师将 A 的举动理解为要约并因此敲槌成交。

## (2) 意思表示在表示过失时的效力

关于《民法典》是否将表示意思视为意思表示构成要件的问题, 学术文献中存有争议。根据早期主流观点, 不具有表示意思的表示因为其性质而不构成私法自治上的形塑 (privatautonome Gestaltung), 因此不是意思表示 (《民法典》第 118 条的法律思想)。<sup>[18]</sup> 现今观点更倾向于放弃把表示意思作为意思表示的构成要件。因为从功能的角度出发, 意思表示的构成要件尽管服务于行为人的自我决定, 但是也应承担交易与信赖保护 (Verkehrs und Vertrauensschutz) 的责任。<sup>[19]</sup> 即使表示意思欠缺, 如果仍然能够识别行为人表达的法律意义, 则存在一个可撤销的意思表示, 即表示过失 (Erklärungsfahrlässigkeit)。

直到 1984 年, 法院判决才在今天通说的意义上对此问题下了定论。<sup>[20]</sup> 根据德国联邦法院 (BGH) 的意见, 若表意人的表达根据诚实信用和交易习惯能够被理解为意思表示, 而且相对人事实上也是这样理解的, 那么, 如果表意人通过交易中必需的谨慎本应能够认识且避免这一情况, 则即使欠缺表示意思, 意思表示仍存在。该意思表示根据《民法典》第 119 条第 1 款可撤销。

该判决以下列案情为依据: 债权人 G 向其债务人 S 要求提供银行担保。储蓄银行 B 稍后写信告知 G, 银行曾为 S 提供了担保 (Sie habe für S eine Bürgerschaft übernommen)。G 表示接受。现 B 又通知 G, 银行并未向 G 提

[18] Hübner BGB AT Rn. 681.; Wieacker, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, JZ 1967, 385 (389); Brehm BGB AT Rn. 133; Thiele, JZ 1969, 405 (407); Canaris Vertrauenshaftung 427 f. (548); Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, 1972, 429 ff. (489 ff.),

[19] Bydlinski, JZ 1975, 1. ff.; Flume BGB AT II § 20 3, S. 414 f., § 23 1, S. 449 f.; Medicus/Petersen BGB AT Rn. 605 ff.; MüKo BGB/Armbrüster Vorbem. § 116 Rn. 3; § 119 Rn. 97 ff.; Köhler BGB AT § 7 Rn. 5; Eisenhardt, Zum subjektiven Tatbestand der Willenserklärung, JZ 1986, 875 ff., 在表示意思欠缺时拟制出一个意思表示。

[20] BGHZ 91, 324 ff. = NJW 1984, 2279 ff. mablAnm Canaris = JZ 1984, 984 ff. mzustAnm Ahrens = JR 1985, 12 ff. mablAnm Schubert; 此外见 Brehmer, Willenserklärung und Erklärungsbewusstsein - BGHZ 91, 324 = NJW 1984, 2279 ff.; Brehmer JuS 1986, 440 ff.

供担保，只是告知既有担保的事实。B表示，该告知本身也存在错误，因为相应的担保并未成立。G要求B提供担保。联邦法院判决B就关于担保说明的信件承担责任，因为B本应认识到，G会把该信件理解为提供担保的说明。<sup>[21]</sup>

该判决涉及意思表示在欠缺表示意思时的效力问题，联邦法院把它转用于来自可推断行为（*schlüssiges/konkludentes Verhalten*）的意思表示。<sup>[22]</sup>如果某人实施了可推断行为，且因过失未能认识到其举动能够被理解为意思表示，那么，该可推断行为虽然欠缺表示意思，但仍可作为意思表示产生效力（可推断的表示过失）。

意思表示在欠缺表示意思时因可推断行为而产生效力，特里尔红酒拍卖的经典案例正是这种情形。

我们不把表示意思理解为意思表示的构成要件是恰当的，因为它与欠缺具体效果意思之情形的利益状况类似。意思表示在效果意思有瑕疵时仍有效，并根据《民法典》第119条第1款可撤销。<sup>[23]</sup>表意人是欠缺表示意思还是具体的效果意思有瑕疵，这对于意思表示受领人而言并无二致。

与《民法典》第118条关于缺乏真意之规定的对比同样支持以上对意思表示的理解。非出于真意的表意人预期其表示不发生效力；法典认可了此种意思。如果表示意思欠缺，即使可以推断出表示行为存在，该行为人仍未形成关于法律效力的意思。因此，恰如其分的结论是，应当再次赋予其形成此种意思的机会。<sup>[24]</sup>《民法典》第119条第1款提供的撤销权足以保护表意人。

### （3）作为客观可归责性的表示过失

意思表示在无表示意思时仍有效的前提条件是，该表示可归责于表意人。如果通过交易中所必需的谨慎，表意人本应能够认识并能够避免其表示被相对人理解为意思表示，则可归责性（*Zurechenbarkeit*）成立。若此种

[21] 反对意见参见 *Canaris NJW 1984, 2281 f.*（银行的说明是用现在完成时告知担保承担，它并不包含效力规定，因此不是意思表示。）

[22] *BGHZ 109, 171 (177 f.) = NJW 1990, 454.*

[23] 详见下文“3. 效果意思”。

[24] 特别参见 *Flume BGB AT II § 20 3, S. 414 f., § 23 1, S. 449 f.; Medicus/Petersen BGB AT Rn. 607; Röder, Zur Übung: Die Reise zu den Pyramiden von Giseh, JuS 1982, 125 (126)*。

表示过失存在，则表意人只能根据《民法典》第 119 条第 1 款意义上的错误（内容错误或表示错误）通过撤销来摆脱生效的意思表示的约束力，其后果是《民法典》第 122 条规定的损害赔偿义务。<sup>[25]</sup> 根据早期的主流观点，尽管不存在意思表示，但是表意人既可以在无过错时根据《民法典》第 122 条之类推适用，也可以在有过错时根据《民法典》第 280 条第 1 款、第 311 条第 2 款以及第 241 条第 1 款的缔约过失规则承担损害赔偿责任。

两种观点一般情况下都可以得出损害赔偿义务的共同结果：一是因表示过失而依据《民法典》第 122 条撤销生效的意思表示；二是虽不存在意思表示，因而无所撤销，但因缔约过失或《民法典》第 122 条之类推适用而存在过错。两者区别在于，撤销期限何时根据《民法典》第 121 条到期。<sup>[26]</sup>

如果表意人行为无过失，因为该表示客观上不能归责于他，那么根据法院判决，该意思表示不仅是可撤销的，而且是无效的。与之相反的法律意见认为，表示意思和表示过失与意思表示的有效要件无关，为了赋予表意人以选择机会使法律行为有效或者进行撤销，在表示不具有客观可归责性时，也视为存在有效的意思表示。<sup>[27]</sup>

#### （4）意思表示受领人值得保护性的不足

如果表示意思欠缺且存在表示过失，则在意思表示受领人知晓表示过失的场合下，受领人不值得保护；该意思表示无效。根据该法律观点，至少在积极的知晓（*positive Kenntnis*）时，<sup>[28]</sup> 受领人对于表意人之客观可归责的表示构成要件的信赖不值得保护。相反的法律意见认为，表示意思和表示过失皆非意思表示的有效要件，具有决定意义的是通过行为意思所传递出的表示的社会效力（*soziale Geltung*），此时，作为法效行为（*Rechtsgeltungsakt*）的有效意思表示证明意思表示受领人值得保护。

[25] 该观点参见 *Flume BGB AT II § 23 I, S. 449 f.*；赞成意见参见 *Medicus/Petersen BürgerlR Rn. 130*；争议情形参见 *MüKo BGB/Armbrüster § 119 Rn. 95 ff.* 原则上，《民法典》第 122 条规定的与过错相关的损害赔偿责任在法律上独立于第 280 条第 1 款和第 311 条第 2 款（缔约过失责任）规定的与过错相关的损害赔偿责任；但是因缔约过失产生的过错责任的责任限制可以《民法典》第 122 条的责任范围为参考（此观点参见 *Soergel/Hefermehl § 122 Rn. 7*）。

[26] 在 *BGHZ 91, 324(333) = NJW 1984, 2279 ff.* 的判决中，撤销在知晓撤销理由后的第 15 天为之，因此根据《民法典》第 121 条没有过错的迟延（不迟延的）行使了撤销权。

[27] *Jauernig/Mansel Vorbem. § 116 Rn. 5*；*Kellmann, Grundprobleme der Willenserklärung, JuS 1971, 607(614 ff.)*；*Medicus/Petersen BürgerlR Rn. 130 aE.*

[28] *Rüthers/Stadler BGB AT § 17 Rn. 11.*