



法律人进阶译丛【法学启蒙】

李昊/译丛主编

# 如何解答 法律题

解题三段论、正  
确的表达和格式

第11版增补本

Juristische Klausuren  
und Hausarbeiten richtig  
formulieren, 11. Auflage

[德] 罗兰德·史梅尔 / 著  
胡苗苗 / 译



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS



法律人进阶译丛【法学启蒙】  
李昊/译丛主编

# 如何解答 法律题

解题三段论、正  
确的表达和格式

第11版增补本

*Juristische Klausuren  
und Hausarbeiten richtig  
formulieren, 11. Auflage*

[德] 罗兰德·史梅尔 / 著  
胡苗苗 / 译



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号 图字:01-2015-4538

图书在版编目(CIP)数据

如何解答法律题:解题三段论、正确的表达和格式;第11版;增补本/  
(德)罗兰德·史梅尔著;胡苗苗译. —北京:北京大学出版社,2019.1

(法律人进阶译丛)

ISBN 978-7-301-29936-4

I. ①如… II. ①罗… ②胡… III. ①法律—学习参考资料

IV. ①D9

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第229153号

Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 11th rev. and add. Ed. by  
Roland Schimmel. © Verlag Franz Vahlen GmbH, München 2014

本书原版由C. H. 贝克出版社于2014年出版。本书中文版由原版权方授权翻译出版。

书 名 如何解答法律题:解题三段论、正确的表达和格式  
(第11版增补本)

RUHE JIEDA FALÜTI; JIETI SANDUANLUN、ZHENGQUE  
DE BIAODA HE GESHI

著作责任者 [德]罗兰德·史梅尔 著 胡苗苗 译

丛书策划 陆建华

责任编辑 田 鹤

标准书号 ISBN 978-7-301-29936-4

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址 <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>

电子信箱 [yandayuanzhao@163.com](mailto:yandayuanzhao@163.com)

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电 话 邮购部010-62752015 发行部010-62750672

编辑部010-62117788

印 刷 者 北京大学印刷厂

经 销 者 新华书店

880毫米×1230毫米 A5

2019年1月第1版 2019年1月第1次印刷

定 价 59.00元



未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

“法律人进阶译丛”编委会

主 编  
李 昊

编委会  
(按拼音排序)

班天可	陈大创	杜志浩	季红明	蒋 毅
李 俊	李世刚	刘 颖	陆建华	马强伟
申柳华	孙新宽	唐志威	夏昊晗	徐文海
查云飞	翟远见	张 静	张 挺	章 程

## 做一个理想的法律人（代译丛序）

近代中国的法学启蒙受之日本，而源于欧陆。无论是法律术语的移植、法典编纂的体例，乃至法学教科书的撰写，都烙上了西方法学的深刻印记。即使中华人民共和国成立后兴盛了一段时期的苏俄法学，从概念到体系仍无法脱离西方法学的根基。20世纪70年代末，借助于我国台湾地区法律书籍的影印及后续的引入，以及诸多西方法学著作的大规模译介，我国重启的法制进程进一步受到西方法学的深刻影响。当前中国的法律体系可谓奠基于西方法学的概念和体系基础之上。

自20世纪90年代开始的大规模的法律译介，无论是江平先生挂帅的“外国法律文库”“美国法律文库”，抑或许章润、舒国滢先生领衔的“西方法哲学文库”，以及北京大学出版社的“世界法学译丛”、上海人民出版社的“世界法学名著译丛”，诸种种，均注重于西方法哲学思想尤其英美法学的引入，自有启蒙之功效。不过，或许囿于当时西欧小语种法律人才的稀缺，这些译丛相对忽略了以法律概念和体系建构见长的欧陆法学。弥补这一缺憾的重要转变，应当说始自米健教授主持的“当代德国法学名著”丛书和吴越教授主持的“德国法学教科书译丛”。以梅迪库斯教授的《德国民法总论》为开篇，德国法学擅长的体系建构之术和鞭辟入里的教义分析方法进入到了中国法学的视野，辅以崇尚德国法学的我国台湾地区法学教科书和专著的引入，德国法学在中国当前的法学教育和法学研究中的地位日益尊崇。然而，“当代德国法学名著”丛书虽然遴选了德国当代法学著述中的上乘之作，但囿于撷取名著的局限及外国专家的视角，丛书采用了学科分类的标准，而未区分注重体系层次的基础教科书与偏重思辨分析的学术专著，与戛然而止的“德国法学教科书译丛”一样，在基础教科书书目的选择上尚未能充分体现当代德国法学教育的整体面貌，是为缺憾。

职是之故，自2009年始，我在中国人民大学出版社策划了现今的“外

国法学教科书精品译丛”，自 2012 年出版的德国畅销的布洛克斯和瓦尔克的《德国民法总论》（第 33 版）始，相继推出了韦斯特曼的《德国民法基本概念》（第 16 版）（增订版）、罗歇尔德斯的《德国债法总论》（第 7 版）、多伊奇和阿伦斯的《德国侵权法》（第 5 版）、慕斯拉克和豪的《德国民法概论》（第 14 版），并将继续推出一系列德国主流的教科书，涵盖了德国民商法的大部分领域。该译丛最初计划完整选取德国、法国、意大利、日本诸国的民商法基础教科书，以反映当今世界主要大陆法系国家的民商法教学的全貌，可惜译者人才梯队不足，目前仅纳入“日本侵权行为法”和“日本民法的争点”两个选题。

系统译介民商法之外的体系教科书的愿望在结识季红明、查云飞、蒋毅、陈大创、葛平亮、夏昊晗等诸多留德小友后得以实现，而凝聚之力源自对“法律人共同体”的共同推崇，以及对案例教学的热爱。如果说德国法学教育有何最值得我国法学教育借鉴之处，当首推其“完全法律人”的培养理念，以及建立在法教义学基础上的以案例研习为主要内容的教学模式。这种法学教育模式将所学用于实践，在民法、公法和刑法三大领域通过模拟的案例培养体系的法律思维方式，并体现在德国第一次国家司法考试中，进而借助于第二次国家司法考试之前的法律实训，使学生能够贯通理论和实践，形成稳定的“法律人共同体”。德国国际合作机构（GIZ）和国家法官学院合作的《法律适用方法》（涉及刑法、合同法、物权法、侵权法、劳动合同法、公司法、知识产权法等领域，由中国法制出版社出版）即是德国案例分析方法中国化的一种尝试。

基于共同创业的驱动，我们相继组建了中德法教义学 QQ 群，推出了“中德法教义学苑”微信公众号，并在《北航法律评论》2015 年第 1 辑策划了“法教义学与法学教育”专题，发表了我们共同的行动纲领：《实践指向的法律人教育与案例分析——比较、反思、行动》（季红明、蒋毅、查云飞执笔）。2015 年暑期，在谢立斌院长的积极推动下，中国政法大学中德法学院与德国国际合作机构法律咨询项目合作，邀请民法、公法和刑法三个领域的德国教授授课，成功地举办了第一届“德国法案例分析暑期班”并延续至今。2016 年暑期，季红明和夏昊晗也积极策划并参与了西南政法大学黄家镇副教授牵头、民商法学院举办的“请求权基础案例分析法课程”暑期

培训班。2017年暑期，加盟中南财经政法大学法学院的“中德法教义学苑”团队，成功举办了“案例分析暑期培训班”，系统地在民法、刑法和公法三个领域以德国的鉴定式模式开展了案例分析教学。

中国法治的昌明端赖高素质法律人才的培养。如中国诸多深耕法学教育的启蒙者所认识的那样，理想的法学教育应当能够实现法科生法律知识的体系化，培养其运用法律技能解决实践问题的能力。基于对德国奠基于法教义学基础上的法学教育模式的赞同，本译丛期望通过德国基础法学教程尤其是案例研习方法的系统引入，能够循序渐进地从大学阶段培养法科学生的法律思维，训练其法律适用的技能，因此取名“法律人进阶译丛”。

本译丛从法律人培养的阶段划分入手，细分为五个子系列：

——法学启蒙。本子系列主要引介关于法律学习方法的工具书，旨在引导学生有效地进行法学入门学习，成为一名合格的法科生，并对未来的法律职场有一个初步的认识。

——法学基础。本子系列对应于德国法学教育的基础阶段，注重民法、刑法、公法三大部门法基础教程的引入，让学生在三大部门法领域能够建立起系统的知识体系，同时也注重增加学生在法理学、法律史和法学方法等基础学科上的知识储备。

——法学拓展。本子系列对应于德国法学教育的重点阶段，旨在让学生在三大部门法的基础上对法学的交叉领域和前沿领域，诸如诉讼法、公司法、劳动法、医疗法、网络法、工程法、金融法、欧盟法、比较法等有进一步的知识拓展。

——案例研习。本子系列与法学基础和法学拓展子系列相配套，通过引入德国的鉴定式案例分析方法，引导学生运用基础的法学知识，解决模拟案例，由此养成良好的法律思维模式，为步入法律职场奠定基础。

——经典阅读。本子系列着重遴选法学领域的经典著作和大型教科书（Grosse Lehrbuecher），旨在培养学生深入思考法学基本问题及辨析析理之能力。

我们希望本译丛能够为中国未来法学教育的转型提供一种可行的思路，期冀更多法律人共同参与，培养具有严谨法律思维和较强法律适用能力的新一代法律人，建构法律人共同体。

虽然本译丛先期以德国法学教程和著述的择取为代表，但并不以德国法独尊，而注重以全球化的视角，实现对主要法治国家法律基础教科书和经典著作的系统引入，包括日本法、意大利法、法国法、荷兰法、英美法等，使之能够在同一舞台上进行自我展示和竞争。这也是引介本译丛的另一个初衷。通过不同法系的比较，取法各家，吸其所长。也希望借助于本译丛的出版，展示近二十年来中国留学海外的法学人才梯队的更新，并借助于新生力量，在既有译丛积累的丰富经验基础上，逐步实现对外国法专有术语译法的相对统一。

本译丛的开启和推动离不开诸多青年法律人的共同努力，在这个翻译难以纳入学术评价体系的年代，没有诸多富有热情的年轻译者的加入和投入，译丛自然无法顺利完成。在此，要特别感谢积极参与本译丛策划的季红明、查云飞、蒋毅、陈大创、黄河、葛平亮、杜如益、王剑一、申柳华、薛启明、曾见、姜龙、朱军、汤葆青、刘志阳、杜志浩、金健、胡强芝、孙文、唐志威（留德）、王冷然、张挺、班天可、章程、徐文海、王融擎（留日）、翟远见、李俊、肖俊、张晓勇（留意）、李世刚、金伏海、刘骏（留法）、张静（留荷）等诸位年轻学友和才俊。还要特别感谢德国奥格斯堡大学法学院的 Thmoas M. J. Möllers 教授慨然应允并资助其著作的出版。

本译丛的出版还要感谢北京大学出版社副总编辑蒋浩先生和策划编辑陆建华先生，没有他们的大力支持和努力，本译丛众多选题的通过和版权的取得将无法想象。同时，本译丛部分图书得到中南财经政法大学法学院徐涤宇院长大力资助。

回顾日本和我国台湾地区的法治发展路径，在系统引介西方法律的法典化进程之后，将是一个立足于本土化、将理论与实务相结合的新时代。在这个时代，中国法律人不仅需要怀抱法治理想，更需要具备专业化的法律实践能力，能够直面本土问题，发挥专业素养，推动中国的法治实践。这也是中国未来的“法律人共同体”面临的历史重任。本译丛能预此大流，当幸甚焉。

李昊

2018年12月



## 译者序

早在十几年前，以请求权作为基础的案例分析方法就已经在中国大陆崭露头角，这主要得益于王泽鉴先生的著作《民法思维：请求权基础理论体系》。但其逐渐进入法科学学生的视野并不断流行则是不久之前的事情。译者真正接触这种理性的案例分析方法是2011年在中国政法大学中德法学院攻读硕士的时候。当时作为德方院长的汉马可先生为我们讲授德国民法最基本的思维方法，即是本书所介绍的以请求权作为基础的案例分析方法。虽然刚开始由于固有思维模式的限制无法很快适应，但经过几个案例的训练之后便被其严谨的逻辑以及理性的思考方法所征服。法学这门人文科学在这一思维模式之下显得更加精巧，有了自然科学中依据公式层层推导的感觉。

译者在德国攻读博士期间，一批有志于推广德国法教义学的中国学者筹划了包括本书在内的德国文献翻译项目。译者本欲借此书系统学习并巩固这一法学思维模式，恰巧有这样一个翻译的机会便欣然接受了这一任务。在翻译过程中，译者更加深刻地体会到法学三段论推理模式并不是曾经法理学课中点到即止的抽象理论，乃是可作为在实际案例分析过程中极为实用的工具。愿所译的这本《如何解答法律题》不但能够为一般法科学生提供案例分析的方法指导，也能够给学习德国法以及将要到德国学习深造的学生提供一个参考。

译者在学习法学的过程中常常会有这样的体会，即拿到一个案例之后脑海中出现很多法律条文，案情简单时可能会立即得出一个结论，但案情复杂时却一头雾水不知从何下手，有时虽然对答案有一个预判，但却不知如何梳理并清楚简洁地表述思维过程。而以请求权为基础的案例分析方法可以让我们摆脱无从下手的困境，答题人每次只需从一个请求权入手，先假设该请求权成立，并层层推进检索其构成要件是否存在，就可以最终得出结论。对于剩余可能的请求权只需重复这一过程即可。本书将对解答法学案例的三段论作公式化的总结，并通过对十个具体案例的分析，训练该公式的具体操作。

读者只需认真阅读并领会这十个案例的分析过程便能对这个“放之四海而皆准”的公式形成大致印象。但真正的熟练运用仍有待日后勤加练习，直到读者看到一个案例脑海里便会出现条理清晰的解题步骤。

本书对于将要到德国读LLM（法学硕士）或者参加德国国家司法考试的学生而言都是不错的参考。在德国读书期间一说到自己是法学专业的，常常会让人投来“崇拜”的眼光，其实很多时候乃是因为法律语言本身的缘故，因为法律专业语言本身就是一门外语，即使德语是母语的学生也需要额外学习和掌握。如果读者在学业中不熟悉如何用法言法语接收并输出信息，这将给听课以及考试带来很大的麻烦。在德国法学教育中绝大部分笔试或者家庭作业都采用案例分析的形式，因此学会以法言法语正确表达法律观点尤为重要。本书在翻译过程中保留了在笔试以及家庭作业中如何正确表达的德语原文，读者在初学之时可以参考这些表达例句并不断积累，最终可以熟记于心并运用自如。另外，本书中提到的法学作业外在格式的要求也能够为初学德国法律的读者提供一些指导，一份法律人的作品应当具备良好的品格并与其“身份”相称。

本译文脚注中参考文献的书目信息都以德文原文呈现，以便需要查阅相应参考文献原著的读者进行查找。

最后需要说明的一点是关于“如何表达”部分出现的“〈〉”符号。如果将某一个表达本身视为一个自然科学中的公式，则“〈〉”符号中的内容就相当于公式中作为变量的符号，指代各项的内容。例如在“ $E = mc^2$ ”这个公式中，E表示能量，m表示质量，c表示光速，在计算某一具体物体的能量时只需将该物体的质量代入公式即可；在本书中“〈请求权人〉所主张的债权可以依据〈请求权基础〉得出”，这一表达中〈请求权人〉和〈请求权基础〉就相当于上述公式中的质量，在具体的案件中读者只需将具体的请求权人和请求权基础代入其中即可。

由于译者能力所限，无法通过译文准确传达原著的精妙之处，望读者见谅。

胡苗苗

2017年10月2日于慕大校园内

## 前 言

本书虽然在很大程度上不只是以大学新生为对象，但其却致力于研究大部分大学新生都有过的经历，即：他们将法学以及法律适用作为一门——刚开始非常难以理解的——艺术来对待，而这门艺术在很大程度上是通过对一门专业语言的熟练掌握而进行传授的。如果参加专业的学术讨论，即使讨论限于初学者练习的难度，也只有那些注意并遵守其一系列规则的人才有可能取得不错的成绩，至少是存在于某一部法律（Gesetz）中的规则。本书试图为法律人应当如何思考与讨论提供一个指引。认识这些规则后，人们可能就不再会认为法学入门的门槛有多高。

关于法律人应当如何就法律问题进行口头及书面表达这个问题——理想状况下——还是比较容易理解的，但是要真正掌握却并非易事。习得这样一种能力是法学教育非常重要的组成部分。<sup>[1]</sup>

与上一版本的改动情况相比，新版本在大框架上的变化少于细节上的变化。为使本书更加简洁，我已对其作了尽可能的缩减。但因有新案例的不断引入，本书的篇幅却比之前有所增加。这些新增案例——包括对其所作的必要阐释——都是近几年德国国家司法考试所常常引用的。这表明，有不少学生，甚至是已经参加德国国家司法考试的学生仍未能掌握某些难点问题，而这些问题在他们还是初学者时就已经对其造成困扰。

偶尔会有读者抱怨，认为本书过于注重错误分析。关于是否改变以及如何改变这种状况，经过考虑之后我决定保留原稿的形式。如果读者觉得第三部分理解起来过于吃力，就请多阅读第二部分的内容。此外，倘若读者只是

---

[1] 该观点认为，在学习法律文书写作的同时也能习得法律的思维方式。另外，利用该途径的步骤之一是法律文献的有效阅读，但这一点并未明确提出。持有该观点的有 Reimer ZJS 2012, 623 ff. ([www.zjs-online.com/dat/artikel/2012\\_5\\_618.pdf](http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2012_5_618.pdf))；Lagodny Gesetzestexte.

需要完美的——如果说没有完美，就且称之为“没有错误的”——案例分析范本，不但可以在教学期刊中，也可以在笔试及家庭作业的相关图书中找到相当丰富的资料。

经过多次修订之后，现在本书看起来已基本符合我当初对它的设想。为本书完善提供诸多帮助的人不胜枚举，我感谢每一位提供过帮助的人。尤其要感谢那些为本书寄来改进意见<sup>[1]</sup>的读者，以及向其学生<sup>[2]</sup>推荐过本书的老师们。

其中不可替代的是汉斯·彼得·本诺尔教授（Prof. Dr. Hans-Peter Benöhr）以及我的父亲。前者的鼓励使我鼓起勇气撰写本书，后者在可被期待的最大限度内为本书提供持续数年的校对工作。

此外，我要由衷感谢的是弗里德里希·E. 史纳坡教授（Prof. Dr. Schnapp），他的帮助使本书的案例变得更加形象生动。

此外，我还要感谢出版社的贝尔博·斯马克曼（Bärbel Smakman）和安德烈安·贝尔特勒（Andrea Bertler）对手稿尽心尽力的编辑。

百炼成钢，经过不断修订，本书也会变得越来越完善。为此，我欢迎读者所有的意见和建议。

罗兰德·史梅尔

美茵河畔的法兰克福，2013年10月

---

[1] 请发送至：rolandschimmel@t-online.de.

[2] 严格来讲，此处必须使用 *StudentInnen*（意为包括男女学生在内的复数形式）。本书将通篇不使用内置大写字母——这并不是出于歧视女性的目的，乃是为了使文章简洁易读。如果从上下文联系中不能明确得出相反结论（例如 *Gesamtschuldnerinnenausgleich*〈连带债权人的内部分摊〉一词，如果固守性别问题上的政治正确，则会导致该词成为 *Gesamtschuldnerinneninnenausgleich*〈女性连带债权人的内部分摊〉），那么另一性别也总是被同时提及，因此在提及女权主义者（*Feministen*）的同时，使（女性的）女权主义者（*Feministinnen*）也感受到被尊重。Informativ zum Problem des sprachlichen-geschlechterpolitischen Anstands Scheffler JZ, 1162. ff; 立法者提出了一种新的、有趣的书写样式，其在《德国反不正当竞争法》第1条第一句中将消费者区分为女性消费者（*Verbraucherinnen*）和（男性）消费者（*Verbraucher*）（并一如既往地采用了传统的、绅士风度的顺序，即女士优先），但在之后的法律文本中都只采用 *Verbraucher*（消费者）一词。如果立法者已经对其作出定义，这样的用法也是完全没有问题的——难道不是吗？类似的用法也被立法者适用于《德国平等待遇法》第6条第2款第一句之中：本章意义上的雇主（*Arbeitgeber*）（*Arbeitgeber*〈男性雇主〉 und *Arbeitgeberinnen*〈女性雇主〉）是指……此外，于2013年4月1日生效的《德国道路交通管理条例》也避开了表现性别特征的字符：司机（例如《德国道路交通管理条例》第3条第1款）是指驾驶交通工具的人。请参见 <http://binnenibgeone.awardspace.com/>。

# 目 录

## 第一部分 绪论 / 001

- 一、为何要阅读本书? / 001
- 二、本书通往预期目标的四个步骤 / 003
- 三、四点提醒 / 003
- 四、结构和使用 / 004
- 五、读者的期待 / 005

## 第二部分 关于法律鉴定的构造——案例 / 011

### 第一章 相关理论——必要前提 / 012

- 一、演绎推理（又称为“三段论”） / 012
- 二、鉴定模式 / 016

### 第二章 具体适用 / 023

- 一、程式化 / 023
- 二、练习案例及其鉴定建议 / 027

## 第三部分 语言的组织 / 043

### 第一章 词汇本形成指南 / 044

## 第二章 鉴定模式的表达

——本书讨论的侧重点在于民法 / 046

- 一、大前提 / 047
- 二、小前提 / 080
- 三、结论 / 100
- 四、将鉴定模式转换为判决模式 / 106
- 五、标准情形 / 121

## 第四部分 解题提示 / 199

### 第一章 错误以及错误的避免 / 200

- 一、正确的德语 / 204
- 二、易读的德语 / 221
- 三、几个法学特性 / 240
- 四、法学鉴定中的几个特点 / 291

### 第二章 完成练习作业的一些建议 / 354

## 第五部分 附录：表达和学术研究的外在形式 / 375

- 一、家庭作业中的形式 / 378
- 二、笔试中的格式 / 423
- 三、脚注 / 425

## 第六部分 检查清单 / 457

### 参考文献目录 / 463

### 关键词索引 / 481

### 缩略语表 / 517

# 第一部分 绪 论

1

## 一、为何要阅读本书?

本书主要探讨了法律鉴定技术 (Gutachtentechnik)<sup>[1]</sup> 以及法律语言两个方面的问题。基于以下三个理由,法律鉴定技术及法律语言应当受到法律人,尤其是法学初学者的重视。

1. 对具有法律意义的案件事实进行判断时,法律鉴定技术能在很大程度上保证得出一个内容上“正确的”(意指:至少是可被认为具有正当性的)结果。

尽管始终以鉴定模式进行思考是非常困难的,但我们还是应当尽可能地掌握好如何表述法律论证过程的规则,因为采用鉴定模式有时还能避免一些不必要的工作量和错误。

2. 鉴定技术以及涵摄技术 (Subsumtionstechnik)<sup>[2]</sup> 都是考试内容的组

---

[1] 译者注:“鉴定技术”(Gutachtentechnik)又称“鉴定模式”(Gutachtenstil),是一种案例分析方法。它是指从案例中有关当事人的诉求出发,先假设相应的权利存在,再逐步寻找、检验并论证该权利存在的前提要件是否满足,最终判断相应的权利实际上是否存在。与之相对应的是“判决模式”(Urteilsstil)。在“判决模式”中,首先判断相应的权利是否存在,之后再论证其存在与否的理由。参见:<http://www.nataliestruve.de/wp-content/uploads/2012/09/Gutachtentechnik.pdf>。

[2] 译者注:“涵摄技术”(Subsumtionstechnik)是“鉴定技术”中的核心内容,是指将特定的案件事实,置于相应的法律规范之下,并判断该案件事实是否满足相应法律规范中的构成要件的一种思维过程。“Subsumtion”本身的含义是指“将……归属于;将……纳入”。将Subsumtion译为涵摄是借鉴王泽鉴先生的译法。王泽鉴先生将其称为“来回穿梭于法律规范和案件事实之间的一种严谨、精致、艰难的法学思维过程”。参见:王泽鉴:《法律思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第157—163页。

成部分，也是要求考生必须掌握的两项重要技能。<sup>[1]</sup>

请读者设想一下考官的状态：对于考官来说，考卷中的所有问题都非常简单。因为，首先考官可以提一些他所了解的问题，其次他也有足够的时间来思考这些问题的答案。每一个错误的回答都会使考官感到失望。如果存在语言或者技术上的错误，则会令其更加失望。相反，当阅卷人批改完一连串“灾难性”的卷子之后拿到出色的答卷时肯定会感到非常欣慰。

3. 法律语言是法律人从业的工具。<sup>[2]</sup>法律条文以及合同所表达的意思通常取决于其具体用词的确切含义。因此，法律工作者必须非常谨慎地处理法律语言。

法律语言的重要性既不宜被高估，亦不能被低估。当然，也没有必要将遣词造句过分神化、吹毛求疵，毕竟语言表述的内容本身也是非常重要的。如果读者对于所讨论的问题拥有有力的论据，那就应该用恰当的语言将其表达出来；即使论据不够充分，一个较好的语言外在形式也能弥补实质内容上说服力的不足。<sup>[3]</sup>

---

[1] 下文所提及的绝大多数提示和说明适用于法律鉴定及涵摄技术。这些也是考生在大多数考题中需要用到。对于专题研习 (Themenarbeit) [相关内容请参见: Schimmel/Weinert/Basak Themenarbeiten; Noltensmeier/Schuh JA 2008, 576 ff.; Bull JuS 2000, 47 ff.; Büdenbender/Bachert/Humbert JuS, 24 ff.; Konrath in: Busch/Konrath (Hrsg.) SchreibGaide JuS, 115 ff.; 比较典型的有: Kudlich JuS 2002, 1071 ff.; Putzke Arbeiten, 118 ff.] 以及就研讨课报告而言, 法律鉴定和涵摄技术只能间接用于对材料进行思路分析; 就其结果的表述而言, 则适用其他规则 (将在本书第三部分论及, 参见边码 323 及以下)。法律鉴定通常都是以书面形式表现; 对于口试成绩的提示, 尤其对于研讨课报告来说是有益的提示, 请参见: Leist JuS 2003, 441 ff. 关于德国国家司法考试中的口试部分请参见: Petersen; Klünder/Schultze/Selent; Augsburg/Büßer; Diringer LTO, v. 4. 2. 2012 = www.lto.de/recht/studium-referendariat/s/beeindruckendes-nichtwissen-knoblauch-fans-und-studenten-auf-dem-selbstverwirklichungstrip-bei-mündlichen-pruefungen-kann-mann-allerleierleben-wie-sie-für-alle-beteiligten-zu-einem-unvergessliche/; 第一次德国国家司法考试中的口试范例请参见: Sporleder-Geb/Stüber JA 2009, 535ff., 第二次德国国家司法考试中的口试范例请参见: dies. JA 2006, 56 ff., 2010, 52ff.; Krüger/Ebling/Gusy AL 2013, 292ff. 考试中做报告的范例参见: Kipp/Kummer Jura 2007, 414 ff.; 进一步的指导请参见: www.muendlichepruefung.de/lit.html 及 www.jura.uni.duesseldorf.de/lehre/studium/faq; 考官的视角请参见: Ogorek Law Zone 2/2008, 17 ff.; Ebling/Gusy Law Zone 2011, 281ff.

[2] 延伸阅读请参见: Schnapp JZ 2004, 473 ff.

[3] 当然, 最后一点是存在争议的。当读者成为一名律师时或许会改变现在的想法。



## 二、 本书通往预期目标的四个步骤

如果读者目前只是购买了本书，毫无疑问只完成了第一步。这一步非常重要同时也是正确的，但还远远不够。第二个步骤就是阅读本书。该步骤可以快速进行。<sup>[1]</sup>但是读者需要考虑的是：走马观花式的快速阅读很难让读者取得实质性进步。读者最晚可以在第三步的时候注意到这一点：读者必须领会并掌握书中的内容。<sup>[2]</sup>这个过程应当如何进行，我并不能给出确切的答案；在逐步领会的过程中，读者将会看到一些建议和指引。第四个步骤虽然非常简单，却非常耗费时间，即：练习，练习，再练习。<sup>[3]</sup>读者可以在整个大学学习期间不断地练习。当然，越早开始越好。

虽然购买本书不会同时提供圆珠笔和记号笔，但还是强烈推荐读者多多使用这两样工具。当然，如果读者计划在考试之后转手本书的话，这会明显降低其转售价格。但这些工具的使用却可以增加考试前以及考试时的收获。

## 三、 四点提醒

1. 本书无法作为文献进行援引<sup>[4]</sup>，也没有被援引的需求。因为其并非着眼于学术研究，亦未意图给人留下其为学术著作的印象。研究鉴定技术的

---

[1] 如果集中精力，只需两个下午便可将本书读完。需要提醒读者注意的是，如果对本书第三部分（边码 50 页及以下）进行逐字逐句的整体阅读，实际上收获不大。读者只需快速浏览并理解其结构即可，到实际需要运用时再去查看具体的细节。本书的读者如果是大学新生，则应当从头开始读——也就是从此处开始。如果读者是已经具有一定基础的高年级学生或者是德国国家司法考试的备考者，那么可以从本书边码 50 开始阅读，根据不同的确信程度或许也可以从本书边码 323 开始阅读。

[2] 由于这样的领会过程非常漫长并且有时也是非常枯燥的，这里为读者提供一个判断标准，即何时可以结束这个过程：当本书书脊脱胶的时候，本书的内容才被真正领会。此外，书页四周的白边上布满读者的笔迹，书页上尽是被咖啡和红酒弄脏的污渍以及书页的折角已经撕到文章内容上了（请读者尤其要注意，最后提及的三个条件必须同时得到满足）。

[3] 复习材料请参见：*Namitz Schemata*, Bd. I；*Tettinger/Mann Einführung*；*Bringewat Methodik*；*Wyss Einführung*；*Kerschner Arbeitstechnik*；*Pense Klausur* 相对简短的文献请参见：*Zuck JuS 1990*, 905 ff.

[4] 关于可引注性的规则请见本书边码 519。

基础本身就已经是一项非常复杂的任务。

2. 本书并非《圣经》<sup>[1]</sup>；它并不包含任何作为唯一标准的诫命，使得世界上所有的一切都必须谨遵执行。如果本书的内容与读者练习课老师的教导有所出入，那么请读者仍以练习课老师所讲为准。

3. 本书并不完全，并且也无法提供解决所有问题的万能秘诀；即使读者将本书内容全部熟记于心，仍有可能犯错。

优秀的法学入门指导书籍或多或少给人以这样的印象，即读者为了在练习或考试中尽可能取得优异的成绩，则必须遵循一系列的规则。坦诚地说，与系统性的入门指导相比（例如《如何有把握地通过笔试与家庭作业？》），本书只是为读者提供一些具有针对性的提示。

4. 此外，本书并非教科书。如果读者通过阅读本书也有实体法（*materielles Recht*）上的得益（这当然是令人高兴的），也只是意外的收获。

文中所使用案例的主要目的在于让本书的读者达到第一学期应有的专业知识水平，同时，也为了使作为初学者的读者能够在研习本书的过程中有所收获。但是，如果读者想要系统学习实体法的内容，就请参考合适的教科书。<sup>[2]</sup>如果读者想要更加深入地研究法学理论，也可以考虑使用本书所提及的一些法学导论参考书。

#### 4a 四、 结构和使用

1. 本书包括——在本绪论之后——三个部分，读者可以按顺序通读全文并加以使用，也可以就每个部分单独进行阅读和利用。第二部分简要概括了法律适用技术（*Technik der Rechtsanwendung*）并借助初学者所熟悉的案例进行分析

---

[1] 倒不如称之为“课本”，因为本书只是一本普通的练习手册，并没有多少权威性，但其提出很多具有建设性的建议。

[2] 关于民法实体法的系统性介绍，下列教科书对于初学者而言可能要求过高：*Medicus Bürgerliches Recht*；*Grünwald Bürgerliches Recht*；*Schellhammer Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen*。此外，本书所推荐的参考书籍读者无需全部购买，当然也无需立即购买。但是下列做法对于读者而言或许是很有帮助的，即在法学研讨课中找出这些书籍的书目号，并将其记在本书边缘的空白处，当需要用到相关书籍的时候便能迅速找到它们。此外，读者也可以借此机会学会如何使用图书馆的书目分类目录。

和阐释。第三部分为读者提供了大量的表达建议 (Formulierungsvorschläge), 借助于这些建议读者可以将一份框架性的提纲转化出一份简明易懂的法律鉴定 (Rechtsgutachten), 而这样的法律鉴定也是练习及考试中阅卷人所期待看到的。第四部分内容是对练习以及考试中经常出现的不必要的错误予以提醒。第四部分将尽可能地就如何处理一些典型问题提供建议。

2. 正如很多教科书一样, 本书也采用加粗字体的方式强调特别重要的内容。

举例: 详细阐释以及不那么重要的内容 (包括举例以及对所举例子进行说明) 采用相对较小的字体, 这也使读者在反复研读本书的过程中可以将注意力集中于重点内容之上。

为了便于区分, 第三部分关于表达的建议 (Formulierungsvorschläge) 将采用列举符号 (•) 加无衬线字体的形式进行排版。<sup>[1]</sup>

## 五、读者的期待

阅读本书能够给读者带来什么 (假定读者的兴趣、好奇心以及勤勉都已经具备)? 这个问题在前言部分已简单提及, 下面以一个简单的例子对此加以进一步说明——案例式教学 (exempla docent)。

在大学第一学期的一次期末考试中出现下面这句话:

Vertretungsmacht heißt, dass der A weiß, was der B in seinem Namen macht (代理权是指某 A 知道某 B 以其名义所做的行为)。

乍一看感觉还不错, 至少从学生的角度来看是这样的。但是, 以阅卷者挑剔的眼光看来, 这句话在很多方面都存在可指摘的地方。

---

[1] 译者注: “衬线指的是字形笔画末端的装饰细节部分。一般认为衬线起源于古罗马的石刻拉丁字母。1968年 Edward Catich 神甫在其著作《衬线的起源》中指出, 在石刻时, 先用画笔将字母轮廓标注在石头上, 然后刻字人依照痕迹进行刻画形成了衬线。衬线体和无衬线体的区分, 同样存在于东亚方块字体中。比如汉字中的宋体就是衬线体, 而黑体就是无衬线体。”请参见: <http://zh.wikipedia.org/wiki/衬线体>。

1. 从语言上来看, 这个定义<sup>[1]</sup>并不令人满意。首先, 如果省略行为主体前那些显得过时且拗口的定冠词<sup>[2]</sup>, 那么这个定义看起来会更加令人满意:

Vertretungsmacht heißt, dass A weiß, was B in seinem Namen macht  
(代理权是指 A 知道 B 以其名义所做的行为)。

其次, 我们必须将所做的行为(不精确的表达)精确化。代理行为并非指所有的行为(machen), 而仅仅是指法律行为意义上的行为, 即其本质是意思表示(Willenserklärung)的那些行为。因此, 最为恰当的动词应当是表示(erklären)<sup>[3]</sup>:

Vertretungsmacht heißt, dass A weiß, was B in seinem Namen erklärt  
(代理权是指 A 知道 B 以其名义所做的表示)。

最后, 一个好的定义不应该使用 A 或者 B 这样的称谓, 而应当采用体现相关主体法律地位的称谓。因为所谓定义应当包含一个具有普遍适用性的结论<sup>[4]</sup>:

Vertretungsmacht heißt, dass der Vertretene weiß, was der Vertreter in seinem Namen erklärt  
(代理权是指被代理人知道代理人以其名义所做的表示)。

到目前为止, 这个句子至少在形式上已经包含了一个可适用于法学鉴定的定义。

对表达进行一定程度上的美化和调整是第四部分的内容。正如读者所见, 对上述句子进行相应修改之后, 不但内容上更加准确, 而且语言表达也得到了改善。由于这些形式上的美化常常与实质内容存在紧密联系, 因此读

[1] 关于法学鉴定中的定义请参见本书边码 98 及以下。

[2] 请参见本书边码 404。

[3] 此处的表示(erklären)必须从法学意义上进行理解(即给出一个意思表示), 而不能从一般语意(erläutern)进行理解(即阐释、说明的含义), 详细内容请参见本书边码 371。

[4] 但这并不是什么严重的错误。通过使用法律关系的具体参与者而更加贴近案情地表述相关定义, 这在法学鉴定中是非常普遍的(并且在某些情况下是恰到好处的)。虽然从逻辑上讲并不是很有说服力, 却也是能够理解的。

者应当认真对待。在法律文件中，形式往往与内容上的品质（或缺陷）彼此关联。随后将对此作进一步详细论述。

2. 另外，上文提到的句子实际上最多只能算作对代理权（*Vertretungsmacht*）这一法律概念的一次非专业性了解。在阅读过相关法条（《德国民法典》第164条第1款）之后，我们可能会对代理权这一概念有更好的理解。根据《德国民法典》第164条第1款的法律后果即可得出第一种表达方式。可以将其表述为：

*Vertretungsmacht zu haben bedeutet, Willenserklärungen mit Wirkungen für oder gegen andere abgeben können (拥有代理权意味着可以作出法律后果归于他人的意思表示)。*

如果有读者觉得该表述过于拗口，也可以将其稍加润色后表述为：

*Vertretungsmacht ist die Rechtsmacht zur Abgabe von Willenserklärung, die nicht den Erklärenden, sondern den von ihm Vertretenen berechtigen und verpflichten<sup>[1]</sup> (代理权是指作出意思表示的权能，该意思表示的法律后果并不归于表示人，而是由被代理人享有相应权利并承担相应义务)。*

由此可以看出，最初援引的定义并不完全正确（错误）。毕竟人（A）不可能知道一切。但是，即使假定人可以知道一切（正如上文所援引句子的作者所认为的那样），我们必须思考，是否只要A知道（*wissen*），便足以创设B的代理权？如果A的知道（*wissen*）仅仅是代理权存在众多要件中的一个，那就应该这么表述：

*Vertretungsmacht setzt voraus, dass A weiß, was B in seinem Namen erklärt (代理权的存在以A知道B以其名义所为的表示为要件)。*

至少到目前为止已经可以看出，这个定义并不完整<sup>[2]</sup>。

[1] 由另一练习课成员所下的尚且过得去的定义：*Vollmacht ist die Befugnis des Handelnden, mit Wirkung für und gegen den Vertretenen handeln zu dürfen*（代理权是指行为人所享有的权限，行为人根据该权限可以为一定行为，并且该行为的法律后果直接归属于被代理人）。但是，此处的行为（*handeln*）一词含义过于宽泛，因为代理权仅指涉及意思表示的行为。

[2] 想要进一步了解定义的构建和结构请参见：*v. Savigny Grundkurs; Schneider/Schnapp Logik*, 45ff.; *Gast Juristische Rhetorik*, 194ff.

因此上述表达在内容上是完全错误的。代理权的社会及经济功能恰好体现在被代理人无需知道代理人所做的行为而承受其法律后果。A 对于 B 所为意思表示的具体内容的知悉，并非代理权存在的构成要件。更确切地说，B 可以在其代理权范围内作出意思表示，而这些意思表示是 A 所不知道的（或许永远不知道或者事后才知道）。

请读者不要惊慌！因为阅读本书并不以读者能对代理权概念下一个好的定义为前提。后者涉及实体法上的内容。为了能够正确运用这些实体法上的定义，我们必须具备法律知识。传授实体法知识并不是本书的目的所在。<sup>〔1〕</sup>但是，倘若涉及将逻辑严密的规范结构（Normstruktur）正确转化为语言表达的问题，恰好属于本书的探讨范围<sup>〔2〕</sup>。

4e

3. 从策略（taktisch）上看，考生其实完全可以将这一切恼人的事情省去。在有些情况下我们在法律鉴定中并不会对法律概念进行如此准确的定义——尽管根据法律鉴定的逻辑这是必要的。如果我们省略法律概念定义这一步骤，则直接表明代理权存在是比较常用的候补方法。最后，考生假定阅卷人对代理权概念有一定了解，因此不对其进行定义并直接进入下一个思考环节：

Vertretungsmacht kann B kraft gesetzlicher Anordnung oder kraft rechtsgeschäftlicher Erteilung (Vollmacht) gehabt haben [B 既可以根据法律规定取得代理权，也可以根据法律行为授予（委托授权）而取得代理权]。

这种做法相当普遍并且大部分情况下也不会被判定为错误<sup>〔3〕</sup>。

即使在答卷中出现文章开头所援引的句子，也是有可能通过考试的，尽管代理权的存在在一定程度上是有问题的。

---

〔1〕 请参见本书边码 4 第 4 点。

〔2〕 主要在于第三部分，本书边码 50 之后。

〔3〕 这里提出一个比较实际的问题，即考生在哪些情况下允许做出这样的省略。这个问题很难回答。相关教科书也未给出一个恰当的定义。关于代理权请参阅 Brox/Walker BGB AT, Rn. 531; Medicus AT, 923ff.; Rütters/Stadler BGB AT, § 30 Rn. 10; 非常有帮助且不得不提的是 Brok 的教科书, Rn. 1425: Vertretungsmacht ist die Befugnis, durch Abgabe oder Entgegennahme gerade dieser Willenserklärung Rechtsfolge für den Vertretenen herbeizuführen（代理权是指通过发出或者接收意思表示并使该意思表示直接向被代理人发生法律效力之权限）。

这些策略性的思考正是本书期待帮助读者的，但本书也有明显的局限，即它不可能为读者曾经在练习或者考试中所遇到过的所有问题提供答案。

4. 通过上述例子可以得出以下结论：在定义上所花费的精力固然值得尊重，但实际上没有必要。如果读者经受住这番考验，那就能如所期望的那样得出一个内容上正确的定义。如果无法得出一个内容上正确的定义，那至少有可能得出一个有更好表述的错误定义。<sup>[1]</sup>

总而言之，本书旨在帮助读者尝试理解，为何阅卷人会觉得文章开头所援引的句子远不如应试者所认为的那么好。

---

[1] 尽管现在回过头来细看前文的例句，这样的表达已经不被人所看好，但是，说实话，这样的表述是非常典型的。





## 第二部分 关于法律鉴定的构造 ——案例

本部分包括两方面的内容，一方面是关于法律适用方法最基本的概括，另一方面是一系列非常简单的练习案例以及相应的分析建议。通过这些案例，读者可以对法律鉴定的案例分析方法有初步的了解。读者如果已经学过一个学期及以上的法学，则可以跳过这一部分直接进入下一个环节。但是对于初学者而言，本部分的阅读仍然是有所裨益的。

## 相关理论——必要前提

读者在深入研究鉴定技术之前，有必要对法学推理的作用机制有一个大概的了解。所谓法学推理主要涉及将应然规则（法律规范〈Normen〉）适用于具体情形（案件，称之为案件事实〈Sachverhalt〉更加妥当）。为了根据一般规则就具体案件事实得出有效的判断，我们需要借助一种合乎逻辑的推理方法，这种逻辑推理方法被称为“三段论”或“演绎推理”（Syllogismus）。

### 6 一、演绎推理（又称为“三段论”）

我们可以将演绎推理理解为一个过程，依靠该过程我们能够通过有说服力的方式获知问题的答案，答案具有结论的形式。请读者用自己的语言习惯对此进行考察，通过演绎推理可以从已有的结论中得出新的结论并以此来回答问题。<sup>[1]</sup>

首先来看一个自古以来的经典范例：

这个在某种程度上具有学术性的问题是：

苏格拉底会死吗？

该问题的答案只能这样得出：

首先针对这类问题需要一个一般性的结论：所有的 x 都是 a  
所有人都会死。

然后需要确定：y 属于 x 的情形之一

苏格拉底是一个人。

[1] 关于亚里士多德的逻辑更易理解的简明导论请参见 Soentgen, 边码 125 及以下。

据此得出结论：y 是 a

苏格拉底会死。

从最后一个句子得出的结论看起来非常普通：苏格拉底会死——更确切地说，这个答案我们在这些推论之前就已经知道。但是通过上述程序也能得出一些并非显而易见的结论，因为该程序具有逻辑上的说服力。 7

第二个例子取自于日常生活：

五岁孩童（K）因一头比特犬（P）大声叫喊而感到害怕，于是问他妈妈（M）：这只狗会咬人吗？

M 说：会叫的狗不咬人。

K 很快得出结论：P 是一条狗并且它会叫。

因此 P 不咬人。

并因此得到很大安慰。

为了使答案具有逻辑上的说服力，在这个例子中必须同时满足（kumulativ）两个前提要件。此外，我们也可以看到，无论一个所期待的结果是积极（苏格拉底会死）还是消极（P 不会咬人）表述，其对推理结果并不会产生任何影响。 8

在前提要件为消极表述时，这一推理过程也同样适用。 9

例三：L 问，他为什么不能彩票中奖。B 运用如下原理，即“不敢于冒险，便不可能获奖”对此作出逻辑解释，据此告诉 L，如果其之前不买彩票，那么他便没有中奖的可能性。

在目前为止所举的例子中所适用的规则都是描述性的（叙述性的）类型；因此听起来并不那么“法学”。但当我们提出需要适用规范性规则的问题时，情况就会有所变化。规范性规则规定一定的内容，并且通常使用应当怎样（soll）表达，而不是是怎样（ist）来表达：Wer einem anderen dessen Eigentum wegnimmt, soll als Dieb bestraft werden（夺取他人财物者，应当作为盗窃罪而受到刑罚处罚）。在下文的法律规范中将使用法律规范（Normen）来称呼。 10

例四，这个例子来自于刑法：

问题或许可以表达为：

谋杀者 T 是否应当受到刑罚处罚<sup>[1]</sup>？

答案的推导过程如下：

所有的谋杀者都应当受到刑罚处罚。具体请参阅《德国刑法典》第 211 条及以下（§§ 211ff. StGB）。

T 是一个谋杀者。

T（作为谋杀者）应当受到刑罚处罚。

- 11 这个推理过程很简短并且毫无难度。问题往往在于如何有说服力地得出第二个结论（T 是一个谋杀者）。这个结论也可以通过同样的推理得出：

所有的军人都是谋杀者<sup>[2]</sup>。

M 是一个军人。

M 是一个谋杀者。

- 12 为了就法律问题作出判断，我们常常必须多次运用上述推理过程进行相互关联的反复求证。

例如：

问题依然是：T 是否应当受到刑罚处罚？

已知信息（案件事实）：T 是一个职业军官。

结论的推导过程：

所有的谋杀者都应当受到刑罚处罚。

所有的军人都是谋杀者。

所有的职业军官都是军人。

T 是职业军官。

T 是军人。

---

[1] 在练习作业中提出的问题常常很不确切，例如：T 是否应当受到刑罚处罚？

[2] Kurt Tucholsky 是否曾经这样写过？如果没有，那又是怎么样呢？请参阅：Der bewachte Kriegsschauplatz, Gesammelte Werke, Hrsg. Gerold-Tucholsky/Raddatz, 1960, Bd. 9: 1931, 253 ff. (也可参见：[www.e-text.org/text/Tucholsky%20Kurt%20-%20DER%20BEWACHTE%20KRIEGSS-CHAUPLATZ.txt](http://www.e-text.org/text/Tucholsky%20Kurt%20-%20DER%20BEWACHTE%20KRIEGSS-CHAUPLATZ.txt))。请读者思考，如果和这里一样适用一个错误的观点，那后果将是如何。结论必定是错误的吗？推论过程的逻辑依旧是正确的吗？

T 是一个谋杀者。

T (作为一个谋杀者) 应当受到刑罚处罚。

例五 (该例来自民法):

论点如下: *Alle x sind a* (所有的 *x* 都是 *a*)。

我们是否可以将物之所有人和占有人之间的关系改写为:

*Alle Eigentümer sind berechtigt, vom Besitzer iherr Sache deren Herausgabe zu verlangen*<sup>[1]</sup> (所有的所有权人都有权要求其所有物的占有人返还其所有之物)。

或者更简短一点:

*Jeder, der Eigentümer einer Sache ist, kann vom Besitzer deren Herausgabe verlangen* (任何个人, 其作为物之所有权人, 有权要求占有人返还)。

法律条文表述如下:

*Der Eigentümer kann vom Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen* (所有权人可以向占有人请求物之返还)<sup>[2]</sup>

这个句子作为一般性陈述的本质并未因改写而改变。

我们将第二个句子与具体案件事实联系起来:

E 是一本书的所有人, 该书被 B 占有。

据此可以推导出:

E 可以要求 B 返还该书。

为了使本文的阐释一目了然, 本文特地挑选一些比较简单的例子作为分析的对象, 但是其展现了法学论证工作的精髓, 即使在处理结构更加复杂的条文和涉及范围更广的案件事实时读者也能够从容应对。 13

其实这一过程只是法律适用者在脑子里作出一个判断时所使用的简单草稿。抛开其形式化的外壳, 这个过程也是为大家所熟知的。当这个过程为了 14

[1] 《德国民法典》第 985 条所规定的请求权的第三个要件是没有占有的权利 (《德国民法典》第 985 条第 1 款第 1 句), 此处为了简洁而省略。

[2] 请参阅《德国民法典》第 985 条 (§ 985 BGB)。

法律判断的目的而表现于书面时，就需要遵循一定的规则。

## 15 二、 鉴定模式

使用上述方法所得出的结论在语言上可以通过不同的方式来表现。其中一种被称为判决模式，这种模式符合法学上中立性语言习惯的要求。

判决模式的一般表达形式为：

问题：Hat A einen Anspruch gegen B (A 是否享有对 B 的请求权)?

答案：Ja, denn... (die im Gesetz genannten Voraussetzungen für einen solchen Anspruch liegen vor) (有请求权，因为……) (法律对该请求权所规定的前提要件存在)。

16 因此这样的表达模式——仅是暂时性的——并不能继续向前推进。另外一种表达方式称为**鉴定模式 (Gutachtenstil)**，读者必须掌握这种模式<sup>[1][2]</sup>。鉴定模式将进一步遵循上文所提及的演绎推理的方式作出判决。鉴定模式具有一个优势，即这种表达方式能够使读者更易于把握判断结果的正确性。一种表达方式应该能够表明读者是客观地对案件事实进行分析，并且其结果是未知的。但是很多时候读者在练习中刚刚下笔就已经知道确切的结论。

鉴定模式的论证过程看起来是这样的：

问题：Hat A einen Anspruch gegen B (A 是否享有对 B 的请求权)?

答案：1. A kann gegen B einen Anspruch haben, wenn die gesetzlichen

---

[1] 这常常需要花费很多的努力。学生们常常为此懊恼叹息并且问老师，如此晦涩艰难地训练鉴定模式是否有点偶像崇拜的嫌疑。答案是否定的。实际上这是非常有意义的——它的意义通常在一年之后会慢慢明了：通过这样的训练，我们可以学会如何在庞大的、可能存在竞合的判断中筛选出真正重要的信息和法律规范并且了解它们在相互关系中哪些更具有说服力。在学习过程中，这样的目的并不明显，因为在练习中学生常常只能得到非常有限的信息，并且潜在的相关法律规范更是有限。但是这种状况正在慢慢改变。

[2] 对于鉴定模式的简要介绍请参见 Jansen AL 2009, 223 ff.

Voraussetzungen dafür gegeben sind (A 享有对 B 的请求权, 如果法律对该请求权所规定的构成要件存在)。

2. Die im Sachverhalt mitgeteilten Informationen erfüllen die gesetzlichen Voraussetzungen (案件事实所包含的信息满足法律所规定的构成要件)。

3. A hat daher einen Anspruch (因此 A 享有对 B 的请求权)。

鉴定模式的一般化表达形式为:

### 第 1 步: 构成要件

17

读者必须先明确导致具体法律后果的构成要件是什么, 然后再从法律中找出规定该法律后果的具体法律规范。

### 第 2 步: 涵摄 (Subsumtion)

18

读者需要确定在具体案件事实中是否存在法律规范所规定的抽象的构成要件。在过程中, 读者应当列举每一个具体的构成要件并对其进行定义, 并将案件事实纳入到该定义之中。这个过程意味着, 案件事实将与法律规定的构成要件进行对比, 据此我们可以作出判断, 案件事实 (Sachverhalt) 是否属于法律所规定的构成要件 (Tatbestand)。

第二个步骤常常涉及范围极广。只是基于简洁之故而在例子中仅用一句话来表述。但是, 不论这一部分的内容有多长, 也不能省略第 1 步和第 3 步的内容。<sup>[1]</sup> 正是因为鉴定的长度无法一目了然, 读者才需要通过大前提 (Obersatz) (第 1 步) 以及 (阶段性) 结论 (Zwischenergebnis) (第 3 步) 明确其结构。

### 第 3 步: 结论

19

读者只能在最后一步得出结论, 才能就最初的问题作出回答。

在鉴定模式中总是如此, 即结论总在涵摄之后得出。

20

[1] 这是练习中常常出现的错误。

我们可以借鉴拉伦茨<sup>[1]</sup>所使用的框架对该步骤的顺序予以说明：

1.  $T \rightarrow R$  构成要件导致法律后果（法律规范）
2.  $S = T$  案件事实符合构成要件
3.  $S \rightarrow R$  案件事实导致法律后果

21 所有上述框架所涉及的法律规范都具备特定的结构。意思是指它们都是以“如果……就……（Wenn-dann-Schema）”的结构进行构建的。

如果（*wenn*）法律所规定的构成要件存在，就（*dann*）出现相应的法律后果。（用符号简洁地表达为： $T \rightarrow R$ ）

读者在阅读法律条文时，并不是所有法律条文都能够一眼看出该结构。《德国民法典》第 985 条关于返还原物请求权的规定中这一结构非常明显。但是《德国民法典》第 346 条第 1 款、第 437 条第 2 项、第 440 条、323 条、326 条第 5 款规定的解除合同情况下的返还价款请求权就需要读者同时查看很多法律规定才能得出。这种能力我们只能随着时间的推移慢慢习得。

## 22 （一）大前提（Obersatz）

根据所适用的方法论，大前提也被称为三段论结论的第一个假设。<sup>[2][3]</sup>

大前提的内容和作用：通常情况下大前提是由法律规范所组成，即对于法律规范内容的规范性表述，当满足特定前提要件时应当出现特定的法律后果，简言之：法律后果的归入。

23 作为大前提的法律规范可以改写为下列一般化表述：

当构成要件中规定的所有前提条件存在时，就会出现相应的法律后果（Die Rechtsfolge tritt ein, wenn die im Tatbestand beschriebenen Voraussetzungen vorliegen）。

---

[1] Larenz Methodenlehre, 271 ff. 其他法学方法论相关文献推荐：Zippelius Methodenlehre; Schweintowski Methodenlehre; Bydlinski Grundzüge; Puppe Schule; Wank Auslegung; Schapp Methodenlehre; Schwacke Methodik; Treder Methodenlehre; Koller Theorie; Kramer Methodenlehre; Rütters/Fischer Rechtstheorie; Vesting Rechtstheorie; Meier Denkweg; Schmalz Methodenlehre; 比较深入的文献有 Koch/Rüßmann Begründungslehre; Herberger/Simon Wissenschaftstheorie; Paulowski Methodenlehre; ders. Einführung; Müller/Christensen Methodik, Bd. I; Rückert/Seinecke (Hrsg.), Methodik. 值得熟读的有 Lege GreifRecht 2006, 1 ff.; Sauer Juristische Methodenlehre.

[2] “*praemissa major*”是拉丁语“大前提”的意思。原文作 *praemissa maior*，应属印刷错误。

[3] 译者注：请参阅拉伦茨（Fn. 34）： $T \rightarrow R$ 。



如果从习题本身不能得出相反信息，那么初学者在民法案例分析过程中总是应当先选择请求权规范（*Anspruchsnormen*）<sup>〔1〕</sup>。这样做读者可以避免阅卷人作出诸如“Kein Anspruch unter dieser Nummer（该条文之下无本案所涉的请求权）”等令人不快的评语。

补充说明：如何识别请求权基础<sup>〔2〕</sup>？

通常情况下法律规范的表述本身就会显明其请求权基础的特性：从法律结果角度规定请求权的有下列字眼“Anspruch（请求权）”（如《德国民法典》第1004条第2款），“kann verlangen（可以要求）”（如《德国民法典》第1004条第1款第1句；第985条，第1007条第1、2款），“kann klagen（可以提起诉讼）”（如《德国民法典》第1004条第1款第2句），“kann fordern（可以请求）”（如《德国民法典》第546条第2款），“ist zur... verpflichtet（负有……义务）”（如《德国民法典》第812条第1款第1句），“hat... herauszugeben（必须返还……）”（如《德国民法典》第987条第1款），“... ist für... verantwortlich（……向……负责）”（如《德国民法典》第989条），等等。在官方的法律文本中就包含“Anspruch（请求权）”一词的法律规范并不少见（如《德国民法典》第985条）。遗憾的是并非所有的法律条文都是如此：根据上述判断标准，《德国民法典》第251条也可以成为请求权基础。但是该条文只是对已经规定于其他条文的法律后果作进一步的明确<sup>〔3〕〔4〕</sup>。这可能会使读者感到疑惑，即在完成家庭作业过程中应当参阅法律评注还是教科书。此外读者也可以在自己所有的法条文本上将可以识

〔1〕 虽然该标准化作为学术习惯的结果在不同的法律部门中有不同的表现形式，但是几乎在所有的法律部门中都得到认可：在劳动法、商法以及公司法中适用与一般民法极为相似的规则；在刑法的鉴定中法律规范的构成要件被规定于刑法典分则当中〔或者规定于刑法关系法规（*Nebenstrafrecht*）之中〕；只是在公法领域中处理一般案件的法律规范会更加复杂。

〔2〕 《德国民法典》第194条第1款规定的请求权的立法定义。

〔3〕 在这一点上，联邦普通法院的语言习惯并不理想；在BGH MDR 2002, 631 f. 中其总是使用 *Anspruch aus § 251 I BGB*（《德国民法典》第251条规定的请求权）的表达。正确的表达应该是 *Die Schadenbemessung nach § 251 I BGB*（根据《德国民法典》第251条第1款进行的损害衡量）。

〔4〕 《德国民法典》第830条也存有争议，联邦普通法院（BGHZ 67, 14 [17]；73, 355 [358]）以及 *Palandt/Sprau*, § 830 Rn.1 将其视为请求权基础，而 *Brox/Walker*, *SchuldR BT*, § 43 Rn.5 持相反意见。

别的请求权基础标注出来。<sup>[1]</sup>如果某一条款提及权利人、义务人以及请求权的内容<sup>[2]</sup>，那么该法律规范只能是一个请求权基础。

思考问题：根据该判断标准，《德国民法典》第 276 条是否属于请求权基础？类似的标准是否可以适用于刑法条文或者作为公法中授权基础的表达方式。

25 在大前提中读者应当让鉴定的阅卷人对下列问题有大致地了解。在民法中该问题被称为：

**基本问题：**谁（1）想要什么（3）从谁那里（2）根据什么（4）主张什么<sup>[3]</sup>？

在具体法律文本中该一般化表达被写成：

〈请求权人〉（1）可以向〈请求权相对人〉（2）根据〈请求权基础〉（4）主张一个〈具体请求权目的〉的请求权（3）。

**举例：**V kann gegen K einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung aus § 433 II BGB haben（V 可以享有依据《德国民法典》第 433 条第 2 款向 K 主张支付价款的请求权）。

最后表述结论（最终结果）时必须回到最初抛出来的问题。大前提和结论就所提出的问题共同组成一个完整的括号。如果我们使用括号的前半部分，也必须使用后半部分（为使其形成一个完整的括号）。如果读者没有写大前提，就请不要写相应的结论——反过来也是一样。

26 **大前提的语言表达：**在表述大前提的时候必须明确一点，即大前提只是提出一个要求或者可能性，至于其是否真能出现是不确定的——否则就没有必要再进行涵摄。因此在大前提中不能预先给出结论。关于表达的建议请读者参见本书第三部分的内容。<sup>[4]</sup>

---

[1] 但是这样的做法只在读者下次考试的考场规则没有规定考生只能带未经任何批注的法条文本时才适用。保险起见读者应当事先明确这个问题或者准备两本法条，一本只用于学习，另一本专门用于考试。

[2] 尽管根据这个判断标准我们基本上都能作出明确的判断。然而对于学生而言，这在一定程度上还是比较难的。因此在国家司法考试的民法科目中大概有 5% 的考生将第 312 条 b 和/或者第 312 条 d 作为远程销售合同的请求权基础。另外 5% 的考生将第 311 条第 3 款当作请求权基础。这都是无法得分的。

[3] 相关内容在本书边码 56 也有所提及。

[4] 本书边码 50 及以下。

## (二) 小前提 (Untersatz)

小前提也被称为第二个前提 (praemissa minor)。〔1〕

**小前提的内容:** 小前提包含涵摄过程, 也就是将具体案件事实纳入抽象的法律规范或者抽象的构成要件。通过这一过程可以确定所选择的法律规范是否适用于具体的案件事实。在实际操作中这一过程通常比较困难和枯燥, 因为我们必须先对条文本身进行解释。

小前提的一般化表达形式为:

具体案件事实 (不) 满足法律规范中所规定的构成要件。

**举例:** V und K haben sich (nicht) über den Kaufgegenstand — das gebrauchte Fahrrad des V — und den Kaufpreis — 200 EUR — geeinigt (V 和 K (未) 达成协议, K 以 200 欧元的价格购买 V 的二手自行车)。

在小前提中针对构成要件中的每一个具体要件通常需要再次或者多次完成“大前提—小前提—结论”三个步骤的论证过程。因此, 小前提的结构在一定程度上也就不言自明了。〔2〕

小前提的语言表达表明所提出的问题是充满疑问并有待讨论的。在将案件事实纳入法律规范的过程中, 两者契合可能性比较明确的案件——实践中比较常见——只需使用判决模式的表达方式, 即法律规范中的构成要件与案件事实信息基本吻合。两者之间的契合度越低, 所使用的表达方式就越需要用逻辑上的推导和内容上的评价对答案的逐步探寻加以详细说明。〔3〕

## (三) 结论 (Schlusssatz)

结论也被称为 conclusio。〔4〕

**结论的内容:** 结论将确定法律规范所规定的法律结果适用于具体案件事实中, 或恰好不适用, 如果不是所有构成要件都得到满足。

〔1〕 请参见 *Larenz* (Fn. 34): S=T

〔2〕 请参见本书边码 12 的例子。

〔3〕 关于表达方式的指导请参见本书第三部分边码 96 及以下。

〔4〕 请参见 *Larenz* (Fn. 34): S→R。

举例：V hat gegen K (keinen) Anspruch auf Kaufpreiszahlung aus § 433 II BGB (V 不享有依据《德国民法典》第 433 条第 2 款向 K 主张支付价款的请求权)。

31 结论的语言表达：因为结论是一个逻辑推理的结果，因此应当以陈述句表达。<sup>[1]</sup>

32 对于鉴定模式与判决模式之区别的说明：在判决模式中推理过程的表达是反方向的，即从目标推向出发点，而在鉴定模式中我们总是从一个已经到达的中间目标出发设定下一个目标，再朝着这个目标一步步迈进并确定是否能到达该目标。

判决模式的表达具有条件从句的特征，

举例：Der Anspruch steht G zu, weil S versprochen hat, ihm das Fahrrad zu übereignen (G 享有相应的请求权，因为 S 承诺向其转移自行车的所有权)。

相反，鉴定模式具有结果从句的特征，

举例：S hat versprochen, G das Fahrrad zu übereignen, so dass G ein Anspruch hierauf zusteht (S 承诺向 G 转移自行车的所有权，因此 G 享有相应的请求权)。

---

(1) 关于表达方式请参见本书第三部分边码 127 及以下。

## 具体适用

本部分将通过下列例子介绍如何在实践中应用第一部分所阐释的技巧。

即使是最简单的案例也不是没有任何法律知识就能分析的。如果本书的读者完全是一个初学者，那就必须随时查阅《德国民法典》并偶尔参考教科书。<sup>[1]</sup>需要再次提醒的是：阅读是有益的，但是只有阅读是不够的。请读者牢记这三个黄金法则：练习，练习，再练习！。<sup>[2]</sup>

### 一、程式化

为了在分析下列练习案例时向读者阐明鉴定模式的一般结构，以及其在很大程度上的强制性结构的特征，读者可以发现在解题建议旁边有一组数字组合。该数字组合的功能在于充当方向性引导以及思维辅助，这将在下文作简单的介绍。

**解题提示：**本书所研究的程式化并非应试材料；读者无需掌握。本书所使用的数字仅仅是为了使读者更易于理解本书案例分析的模板。读者也可以在没有这些辅助工具的情况下理解鉴定的结构。

---

[1] 对于初学者来说，只需阅读一本篇幅较短的民法总论部分的教科书，例如 Brox/Walter 或者 Rühers/Stadler 或者 Köhler 或者 Wörlen 或者 Schack 的民法总论教科书。本文所采用的案例基本上属于债法的范畴；若有读者想进一步学习债法的具体内容，可以先考虑 Brox/Walter 篇幅较短的债法总论及分论。如果读者在练习中想参考一本法律评注，以下几本是值得推荐的，即 Kropholler Studienkommentar zum BGB 以及 Jauernig BGB 以及 Schulze/Dörner/Ebert Handkommentar zum BGB（之后读者才应当开始参考 Palandt）。

[2] 预习及复习的建议：根据最简单的民法案例研究法律适用技巧可以参见 Köbler 的 Anfängertübung，简单的导论可参见 Musielak 的 Grundkurs BGB，第一章。不同难度等级及练习形式的案件事实以及其分析建议通常可以在法学教育杂志中找到（JuS, JA, Jura, AL, ZJS）。此外也存在一系列案例分析范例参考书，这些书通常是根据不同法律部门进行主题分类；其中只有 Werner 的 Fälle mit Lösungen für Anfänger im Bürgerlichen Recht 值得推荐。

此外：程式化的过程看起来更加数学化。

请读者在完成练习的过程中只需将这样一个程式化的过程放在思维过程中，而不要写出来。

35 案例分析的具体步骤将通过一个由三部分组成的数字代码来标注。借助于这些数字代码读者在研读鉴定的过程中就不会一直被所插入的注释或者解说打断，并且也能随时确定自己目前所处的步骤。

最后一个代码告诉读者鉴定目前所处的阶段，前两个代码表明鉴定中的具体位置。

为了解释该原则，我们将这三个代码以字母根据其先后顺序来表示。我们将第一个代码命名为 x，第二个命名为 y，第三个命名为 z；因此该代码的一般表现形式为 xyz。

在具体的案例解说过程中我们将会使用该代码的不同变形，这也意味着某一特定代码的含义并不取决于具体数值。

36 位置三 (z)

位于位置三的代码代表鉴定模式必要的三个步骤，即构成要件、归入（涵摄）以及最后的结论。

因此在位置三中只能使用 1—3 的代码。请读者在学习过程中予以注意，位置三的代码顺序只能是 1-2-3。

xy1： 构成要件 ——大前提

xy2： 涵摄 ——小前提

xy3： 结论 ——结论

以文字表达：三位数字组合的最后一位是 1，那么其右边的句子就代表大前提，如果是 2，则代表涵摄过程，如果是 3，则代表结论部分。

37 位置二 (y)

位置二是必要的，因为在涵摄过程（位置三 = 2，也就是在步骤 xy2 中）中常常需要转换到另一个、低一层级的涵摄过程中；对请求权规范进行涵摄的过程中必须就每一个具体的构成要件完成三段论推理的三个步骤。

请求权规范的构成 (x1z) 至少包含一个构成要件，但大多数情况下包含多个构成要件 (x2z)。每一个构成要件也可能再通过多个部分要件 (x3z) 共同定义，而只有当这些部分要件的所有子要件 (x4z) 都存在时，该部分

要件才被满足。如此类推，理论上构成要件的层次是不受限制的，直到最小的定义划分为止。<sup>[1]</sup>

x1z: 请求权规范层面

x2z: 构成要件层面

x3z: 构成要件的部分要件 (Teilmerkmal eines Tatbestandsmerkmals)

x4z: 构成要件之部分要件的子要件 (Untermerkmal eines Teilmerkmals eines Tatbestandsmerkmals)

因此在位置二上——根据所检索的法律规范其构成的复杂程度——可能存在数值很大的编号。只有当所有构成要件 (……, x4z, x3z, x2z) 都完成位置三中的三个检索步骤之后，对该请求权规范 (x1z) 的涵摄 (xy2) 才算结束。

### 位置一 (x)

位置一包含读者正在研究层面内的连续编号。

1yz: 所涉层面的第一个要件 (例如: 第一个构成要件: 12z)

2yz: 所涉层面的第二个要件 (例如: 第二个请求权: 21z)

3yz: 所涉层面的第三个要件 (例如: 第三个部分要件: 33z)

位置一也可能——根据构成要件的个数——存在数值很大的编号。

如果一个具体的法律条款必须同时满足三个构成要件，其规范结构 (当所有的构成要件都满足时，出现一个相应的法律后果) 可以表达为：

$$Tbm1 + Tbm2 + Tbm3 \rightarrow R$$

因此第三个构成要件被称为 32z。

请读者有时间的时候尝试将法律条文参照本书所介绍的结构进行分解，例如：《德国民法典》第 823 条第 1 款及第 929 条第 1 句。<sup>[2]</sup>

即：

[1] 法律规范所规定的请求权常常需要满足多个构成要件，而每一个构成要件本身也可能需要满足多个要件。也就是说一个请求权的某一个构成要件由多个低一个层级的要件构成，而该低一个层级的要件又可能由多个更低一级的要件构成。

[2] 课后测试：哪些是请求权规范？为什么？请读者回想一下本章边码 24 讲解的内容。

请求权规范	构成要件	= x11
	涵摄	= x12
	结论	= x13
构成要件	构成要件	= x21
	涵摄	= x22
	结论	= x23

以及对其他构成要件的分解。

法律规范的“Wenn—dann—Struktur（如果……就……）”结构可以通过一个非常简单的例子来阐释。但是在练习及考试题中当然不会出现如此简单的题目。

39

**案例零：**V 与 K 之间就买卖价款支付产生争议。

情形 a：V 向 K 主张支付价款的请求权的所有构成要件都满足。

情形 b：除一个构成要件之外该请求权的其他要件都满足。

是否存在价款支付请求权？

情形 a 的鉴定：

111：V 可以向 K 请求支付价款，如果取得该请求权的所有构成要件都满足。

112：《德国民法典》第 433 条第 2 款所规定的价款支付请求权的所有构成要件都满足。

113：因此 V 可以要求 K 支付价款。

情形 b 的鉴定：

111：V 可以向 K 请求支付价款，如果该请求权的所有构成要件都满足。

112：《德国民法典》第 433 条第 2 款所规定的价款支付请求权的构成要件没有完全满足。

113：因此 V 不能要求 K 支付价款。

在上述案例中只存在一个目标请求权（支付价款）和一个相应的法律规范（《德国民法典》第 433 条第 2 款）。因此在前两个位置的编号一直都是 1。



在读者接下来要学习分析的案例中，步骤 112——也就是对请求权规范的构成要件进行涵摄——常常是存有疑问的。在该步骤中读者必须常常重复三段论推理的三个步骤。读者在鉴定中看到位置二的数值大于 1，这就意味着涵摄将一个层次接着一个层次地层层推进。

## 二、练习案例<sup>[1]</sup>及其鉴定建议

下文会列出十个练习案例作为例子。这十个案例根据其复杂程度依次排列。这种剥洋葱式的分解模式使读者在遇到不理解的问题时可以倒退一步重新研究。

本书中的鉴定只是一些范例。读者不必完全照搬其语言表述，但这么做也没有问题。关于文体美化的内容请参见本书第三部分。

**案例一：K 与 V 就 V 所有的一本书签订买卖合同。**

40

K 是否有权要求 V 向其交付这本书？

本案的案件事实非常明确，在这种情况下如果使用繁琐的鉴定模式进行分析确实不太合适。但在这里是作为练习，请读者区分案件事实的描述与任务（案例中需要解答的问题）。其中后者通常是在案件事实的结尾部分，但并非总是如此。

为了对各具体请求权基础有一个概观，读者尽早开始熟悉所探讨的各具体请求权基础的标题。这在民法中或许可以通过“谁可以向谁依据什么主张什么”这个公式来构建<sup>[2]</sup>。如果将这个问题转化到案例一中，其标题就是 K verlangt von V das Buch aus Kaufvertrag nach § 433 I 1 BGB（K 根据《德国民法典》第 433 条第 1 款第 1 句基于买卖合同而向 V 要求本书）。

**K 根据《德国民法典》第 433 条第 1 款第 1 句请求 V 交付书并转移**

[1] 这一部分有意将例子的选择限制在条理清晰的民法案例范围内。其中一个理由是，对于初学者来说民法往往是最难以理解的。——这些例子是有关买卖合同法的内容并且是依靠第一学期所习得的知识就可以处理的。涉及更广泛的主题，即也适用于复习及深入的文献请参见：Valerius Einführung。

[2] 例外情况请参见本书边码 62。

其所有权的请求权。

111: K 有权要求 V 交付书并转移其所有权。

112: 该请求权可以出自《德国民法典》第 433 条第 1 款第 1 句。

121: 前提要件是 K 和 V 之间订立一个以本书为标的物的买卖合同。

122: 在 V 与 K 之间已经成立了一份这样的买卖合同。

123: 本案中存在这样的买卖合同。

113: 因此 K 有权根据《德国民法典》第 433 条第 1 款第 1 句的规定要求 V 交付书并转移其所有权。

在本案例中案件事实与法律规范的抽象构成要件之间差距很小: 案件事实是由规范性的概念, 即由法律条文所使用的概念构成。在案例二之中两者的距离则更大一些。

41

**案例二:** K 从 V 处买了一本书。

V 是否可以要求 K 支付所约定的价款?

信息不足或者只有间接信息的案件事实也是可以处理的。例如本案并未交代所约定的价格是多少, 因此请求权的具体内容将无法确定。

请读者在表述标题及大前提时注意一下这种情况。

**V 请求 K 支付所约定价款的请求权。**

111: V 享有根据《德国民法典》第 433 条第 2 款的规定要求 K 支付价款的请求权。

112: 如果双方之间订立了一个买卖合同。

121: 目前应当检索的是双方之间是否订立了一个买卖合同。

122: V 将一本特定的书以特定的价格卖给 K;

123: 因此 V 和 K 之间订立了一个买卖合同。

113: 因此 V 享有根据《德国民法典》第 433 条第 2 款的规定要求 K 支付价款的请求权。

在小前提中对本案的案件事实进行了非常简单的解析。它包括两个要素:

(1) 案件事实中的动词“买”在鉴定中解释为名词“买卖合同”。这种情况在处理语言过程中常常出现。但是在复杂的案子中这个过程非常容易

出错。

(2) 本案的鉴定与案例一类似，即都将案件事实描述的内容进行法律技术形式理解（即在法律意义上理解“买”这个词）。但是，原则上我们不应该信任案件事实的用词；尤其是合同当事人称呼合同时通常会出现错误表述<sup>[1]</sup>的问题，即双方当事人就某一法律行为达成一致但却是错误的称谓。我们作为案件的处理者并不受限于合同当事人的法律观念。但它却构成一个重要的论证基础。这些法律观念在大多数情况下都是可以使用的，只在少数情况下才会导致错误<sup>[2]</sup>此外，这些法律观念也常常包含对案件事实所存在问题的提示：通过这些法律观念，出题者已经对案例的分析进行初步构造。根据案件事实的不同表达方式其解释的空间将不断扩大——且分析过程也会愈加困难。

**案例三：**V 以 20 欧元的价格向 K 提供一本书。K 表示同意。

42

V 是否有权要求 K 支付 20 欧元？

通常情况下案件事实所给出的信息（本案中：购买价格）对案件处理都是有意义的。请读者不要遗漏任何有用的信息。有时候案件事实中的具体细节的作用只是作为案情修饰或者为了使案情更易于理解；这些细节在鉴定中是可有可无的。如果读者对某一信息是否真正为案例分析所需要存有疑问，建议读者在分析过程中将其考虑进去。

**V 根据《德国民法典》第 433 条第 2 款的规定要求 K 支付 20 欧元价款的请求权。**

111：V 可以根据《德国民法典》第 433 条第 2 款享有要求 K 支付 20 欧元价款的请求权。

112：V 享有该请求权。

121：如果双方当事人之间订立了一个买卖合同。一个买卖合同可以根据《德国民法典》第 433 条的规定产生，如果当事人就标的物及价格达成合意。

---

[1] 拉丁语为：falsa demonstratio。

[2] 如果出题人意图用一个可能错误的称谓误导考生，通常情况下会通过以下方式，即其在案件事实中将相关术语放在引号中。

122: V 和 K 已经就 V 将其特定的书以 20 欧元价格卖给 K 达成合意。

123: 因此在双方当事人之间订立了一份买卖合同。

113: 因此 V 根据《德国民法典》第 433 条第 2 款享有要求 K 支付 20 欧元价款的请求权。

在案件事实中并没有提到买卖二字。因此在鉴定中首先需要确定是否有物品被买卖。在此过程中就需要对买卖合同进行定义。但是所使用的定义并不存在于法律中（在民法领域这种情况经常出现）。根据《德国民法典》第 433 条所表述的出卖人和买受人的义务可以推断出合同双方当事人必须达成合意的内容。达成合意的要求可以从合同的定义（订立合同 = 达成合意）推导出来，但是合同的定义在立法中也只做了初步的规定：请参阅《德国民法典》第 145 条及以下各条，第 154、155 条。此外建议读者在教科书或者法律评注中查阅更加丰富的定义。当然在考试中——与家庭作业不同——考生可以写明或者不写明这些定义的出处。

很重要的一点是，读者应当从意义层面理解这些定义并决定是否采用。对（买卖）合同的不同构成要件的讨论应当多详细，也就是说小前提的范围应当多广，取决于案情信息的丰富程度。在案例三中只有少量的信息，所以只需进行简短的讨论。

43

**案例四：**V 和 K 约定将 V 的一本书以 20 欧元的价格卖给 K。在转移该书所有权之前 V 有效地撤销了该买卖合同。

K 是否还有权要求这本书？

在本案中需要对案件事实中的问题作进一步精确化解释：“要求这本书”应当理解为“要求交付并转移这本书的所有权”。就这个问题我们需要再次适用《德国民法典》第 433 条第 1 款第 1 句的规定，该条文正是对这个问题的规定。

**K 要求 V 根据《德国民法典》第 433 条第 1 款第 1 句的规定向其交付并转移这本书的请求权。**

111: K 可以享有根据《德国民法典》第 433 条第 1 款第 1 句的规定，要求 V 向其交付并转移这本书的请求权。

112: 为此

121: 双方之间必须已签订一份买卖合同。

122: 当双方当事人就买卖合同的标的物及价格达成一致, 则存在一份买卖合同。本案中 V 和 K 已经就此达成合意, 即 V 将其特定的一本书以 20 欧元的价格卖给 K。

123: 因此本案中存在一份买卖合同。

221: 但是, 如果合同无效, 则 K 的请求权不存在, 即完全不产生任何法律后果。本案中合同可因《德国民法典》第 142 条第 1 款的规定有效撤销之法律后果而无效。

222: 该买卖合同被有效撤销。<sup>[1]</sup>

223: 因此该合同自始无效 (ex tunc), 《德国民法典》第 142 条第 1 款。

113: 因此 K 不享有要求 V 交付并转移该书所有权的请求权。

在案例三中所涉及的法律后果——根据 V 的价款支付请求权或者 K 的价款支付义务两个不同的角度——由各自独立的前提条件所决定, 在案例四中该前提条件应表达为“买卖合同仍然存在”, 因此可以对此作进一步细分:

12x: 存在一份买卖合同

22x: 该买卖合同未失效

就多个问题相互连结的案情, 鉴定模式的案例分析方法就尤其能够显示出其优势。鉴定模式可以将各个问题纳入到特定的构成要件当中, 并由此作出清晰、易于理解的表达。

**案例五:** K 对 V 说: “给我你的最新版 Duden 词典, 我给你 20 欧元”。V 回答说: “给我 20 欧元, 那 Duden 词典就是你的了。” 44

V 是否可以要求 K 支付 20 欧元?

**V 根据《德国民法典》第 433 条第 2 款要求 K 向其支付 20 欧元的**

---

[1] 此处不对撤销的原因 (错误, 《德国民法典》第 119 条; 欺诈或胁迫, 《德国民法典》第 123 条) 进行讨论。就像案例一, 本案已经对一部分论证进行了“准涵摄”, 因为本案中用了一个法学专业概念。

请求权。

111: V 可以享有要求 K 支付 20 欧元的请求权。

112: 根据《德国民法典》第 433 条第 2 款的规定必须满足下列条件

121: 在双方之间已成立一份有效的买卖合同。

122: 该买卖合同通过当事人之间一致的表示而成立, 且该表示至少必须涵盖买卖标的和价款, 《德国民法典》第 433 条第 2 款。

131: 首先双方的表示必须一致。

132: 无论在 V 的表示还是 K 的表示中都提到买卖价款, 即 20 欧, 以及买卖标的物, 即 K 的最新版 Duden 词典。

133: 因此存在一个包含买卖合同所要求的必要要素 (essentialia negotii) 的合意。

231: 该合意必须通过两个有效的意思表示来传达; 即首先必须存在一个有效<sup>[1]</sup>的要约。

232: K 通过其表示已经充分确定表明其购买本书的意愿。

233: 因此其向 V 发出了一个有效的要约。

331: 该要约必须已被 V 有效承诺。

332: V 的表示也表明其接受 K 的要约。

333: V 已经有效承诺 K 的要约。

123: 综上所述, 在双方之间已签订一份有效的买卖合同。

113: 因此 V 享有根据《德国民法典》第 433 条第 2 款要求 K 支付 20 欧的请求权。

由于本案案情并不包含法学技术概念, 因此需要对其进行更加详细的解释。“买卖”不能仅仅进行想当然的定义, 而有必要基于涵摄目的将其拆分为具体的构成。

---

[1] 如果在鉴定建议中使用“有效的意思表示”, 那么意味着该意思表示不但存在, 而且是在法律意义上由表意人发出并已经到达接收人的意思表示, 根据《德国民法典》第 130 条第 1 款。因为在本案中意思表示的存在及生效问题并无疑义, 因此不加赘述; 定语“有效”一词在一定程度上只是作为修饰。

**案例六：**V 问 K 是否愿意以 15 欧的价格购买其外语词典。K 说：“好。”但是现在 V 改变主意了；由于这本书具有收藏价值，所以 V 准备自己保存这本书。

若 K 提起诉讼，是否有胜诉的可能？

乍一看本案的问题似乎有点不太平常，并且在民法案件中通常不会以这种方式提问（与公法及部分劳动法不同）。为使问题转化为通常的请求权结构，只需要一个额外的句子。常常与本案问题同时出现的可诉性<sup>[1]</sup>相关问题，因为缺少相关的信息而无法作出判断。

**K 根据《德国民法典》第 433 条第 1 款的规定要求 V 交付并转移外语词典所有权的请求权。**

111：如果 K 享有要求 V 交付并转移该外语词典所有权的请求权，则 K 的诉讼具有胜诉可能性。该请求权可基于《德国民法典》第 433 条第 1 款而享有。

112：现在需要检索该请求权的构成要件。<sup>[2]</sup>

121：必须存在有效的买卖合同。

122：一份买卖合同通过两个涵盖买卖标的及价款的、一致的意思表示而成立，即《德国民法典》第 145 条及以下条款意义上的要约和承诺。

131：V 通过问 K 其是否愿意以 15 欧的价格购买其外语词典的行为，可以构成一项要约。

141：该询问必须是一项意思表示。

142：意思表示是一项直接以特定法律后果为目的且充分确定的意思表达。V 提出的问题，即 K 是否愿意以 15 欧的价格购买其外语词典，表明其与 K 签订一份买卖合同的意愿，并且以直接的法律后果为目的。

[1] 在公法的练习题中常常涉及可诉性判断问题，但在私法中不具有可诉性的案件只是例外情况。

[2] 从本步骤起常常省略特定的涵摄大前提（例如：112、122、132）。因为该大前提通常没有实质内容。例如 Dies ist im Folgenden zu prüfen（将在随后的内容中检索这一问题），在大前提中可以省略。这种做法是非常值得推荐的。关于该部分内容以及类似的语言精简可能性的详细内容请参见本书边码 139 及以下。

143: 因此 V 的意思表示存在。

241: 该意思表示若要称为一个要约, 则该表示应当向 K 如此提出签订合同, 即 K 只需通过简单的“好”字便可使合同成立。

242: 在 V 的意思表示中可以得出买卖标的物为外语词典, 买卖价款为 15 欧, 因此一份买卖合同的必要要素 (essentialia negotii) 已经具备。

243: 因此 V 的询问构成一项要约。

231: K 必须已经对该要约进行承诺。

232: 承诺是指对既存要约毫无保留的接受。K 以“好”回答 V 提出来的充分确定的问题。

233: 因此 K 的回答构成承诺。

123: 据此 V 和 K 之间已经就该外语词典达成有效的买卖合同。现在 V 想要保留该外语词典的愿望并不能改变合同已经成立的事实。并且他想法的改变也无法构成合同撤销的正当理由, 根据《德国民法典》第 119 条第 1 款。

113: K 享有根据《德国民法典》第 433 条第 1 款的规定要求 V 交付并转移外语词典所有权的请求权。因此其诉讼具有胜诉的可能性。

在本案中无需就要约和承诺这些概念的子构成要件, 例如“表示意识”等作进一步审查, 因为案情并没有就此设定一些疑问。读者只需将此过程在脑海里过一遍并仅将那些对阅卷人而言有价值的部分展现于卷面上。

在上述鉴定中就可能的撤销只作了非常简短的论述, 因为在案件事实中并未出现关于撤销理由的提示并且也没有明显的关于撤销的意思表示 (《德国民法典》第 143 条第 1 款)。根据《德国民法典》第 119 条及以下各条, 仅是 V 改变其意愿并不足以构成撤销理由。因此, 读者只需简单提及撤销并迅速做出判断 (没有必要对此问题进行更加详细的论述)。这种处理办法在练习作业中也是非常值得推荐的, 因为读者在练习作业中需要处理的鉴定较本书给出的案例而言要复杂得多。读者若在不必要的论述中花费过多时间, 将没有时间再处理真正重要的论述。

本鉴定反映出法律适用的一些典型问题。例如, 意思表示的定义在法律规定中并不存在也不能间接从法律规定推导出来。因此, 此处无需引注法



条。因此本定义必须由读者在笔试中根据其意义进行理解或者概括。

46

案例七：K在V的书店的橱窗中看到一本旧画册《比利时之路》，价格为98欧元。于是K走进书店并对V说：“我想把这本画册从橱窗拿出来。”V回答说：“很遗憾这本画册已经出售。”K认为，他刚才已经和V就该旧画册签订了一份买卖合同，因此V负有转移该画册所有权的义务，并且不因V之前已经将该画册售出所影响。

该案的法律后果如何？〔1〕

K根据《德国民法典》第433条第1款第1句要求V交付画册并转移画册所有权的请求权。

111：K可以享有根据《德国民法典》第433条第1款第1句的规定要求V向其交付画册并转移画册所有权的请求权。

112：其前提是K和V之间存在一份买卖合同，《德国民法典》第433条。

121：该买卖合同的成立必须有两个相互一致的意思表示，且该意思表示必须表明买卖合同的必要要素。

122：是否满足上述条件需要审查以下内容。

131：首先必须存在一个要约。

132：意思表示是指以特定法律后果为目的的私人意志的表达。如果将V在橱窗展览画册的行为视为意思表示，那么通过K的表示确实可以促成一份买卖合同的成立。在这种情况下，即使V怀有异议，即不愿将该画册卖给K，也无法改变买卖合同成立的事实。反对将展示画册的行为评价为意思表示——由于该要约可能向不确定多数的受领人发出（*Offerte ad incertas personas*）——的理由是，即受领人并非唯一可确定。但是需要进一步确认的是，V通过将画册在橱窗展示的行为是否表明其愿意受一定法律后果的约束，还是仅仅向路人发出的一个不受约束的要约邀请（*invitatio ad offerendum*），以期路人能够向其发出要约。如果V

---

〔1〕像“该案的法律后果如何？”这种提问方式深受出题者所喜爱，该提问方式意味着读者应当就所有当事人相互之间可能存在的所有请求权进行讨论。本案仍属于比较简单的情形。对于存在三个以上当事人的案情而言，在出现这种提问方式时，针对每两个当事人之间各个请求权分别进行鉴定就显得尤其重要。

期望的是法律约束，则其有义务和每一个向他发出具有约束力的意思表示的顾客就这样的画册成立买卖合同，并转移画册的所有权。鉴于该画册库存有限，不应该作此理解。即使在具有交货可能性的情况下，也有可能导致 V 需要向很多对画册感兴趣的人承担损害赔偿责任。然而对于仅存一本的旧画册而言，上述理由就显得尤为清楚。对于 K 而言，他也可以认识到这一点，就 V 的利益状况而言，该展示画册的行为不应被评价为一个意思表示。因此，V 将画册放在橱窗展览仅仅想借此让具有购买兴趣的人向他发出要约，而 V 可以根据其库存量针对要约做出承诺或者拒绝的决定。

133：因此，并不存在 V 的意思表示。

131：但是，K 通过向 V 表示，其愿意以既定价格购买橱窗中展示的画册，K 可以因此向 V 发出一个要约。

132：在该表示中已经包含一个买卖合同的必要要素；与此同时 K 也愿意受法律约束。K 认为其仅仅给出一个承诺，这并不影响其作为一个要约的性质。

133：因此存在一个 K 的要约。

231：该买卖合同是否成立取决于 V 是否接收该要约。

232：因为这本画册是一本旧画册，所以可以认为 V 无法提供另一本同样的画册。V 说这本书已经出售，因此他的表示应视为对 K 要约的拒绝。

233：因此缺乏 V 的承诺。

123：因此并未成立一份买卖合同。

113：K 依据《德国民法典》第 433 条第 1 款第 1 句所主张的请求权不存在。

**V 根据《德国民法典》第 433 条第 2 款的规定要求 K 支付价款的请求权。**

由于缺乏一份买卖合同，因此 V 根据《德国民法典》第 433 条第 2 款的规定要求 K 支付 98 欧买卖价款的请求权也不存在。

在本案中两次提及“要约 (Angebot)” (131—133) 这一构成要件是有其必要性的，因为本案中要约之所并非不言自明。