



BGB

德国民法典评注



法律出版社
LAW PRESS • CHINA



BGB

法律出版社·法学学术与对外合作出版分社

一切为了思想

独角兽工作室

平面设计

上架建议

民法·比较法

ISBN 978-7-5118-2321-2



9 787511 823212 >

定价：42.00元

图书在版编目(CIP)数据

德国民法典评注:总则·债法·物权 / 杜景林,
卢湛著. —北京:法律出版社,2011. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2321 - 2

I. ①德… II. ①杜…②卢… III. ①民法—法典—
研究—德国 IV. ①D951. 63

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 145254 号

德国民法典评注
——总则·债法·物权

杜景林 著
卢湛

责任编辑 刘彦洋
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 19.875 字数 623 千

版本 2011 年 8 月第 1 版

印次 2011 年 8 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2321 - 2

定价:42.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

《德国民法典》(Bürgerliches Gesetzbuch, BGB),是德意志帝国于1896年8月18日公布,并自1900年1月1日起施行的一部民法典。它是继1804年《法国民法典》(《拿破仑民法典》)之后,资本主义国家又一部重要的民法典。这部法典公布至今已有一百余年,虽经过多次修订,有些甚至是重大的修订,包括条文的废止和增添,但它的基本结构、基本内容和条文顺序的编排,基本上都没有发生大范围的变化。至今它仍然是德国私法最重要的基础和最重要的渊源。

一、《德国民法典》的产生

1. 《德国民法典》创设前的法律状况

在19世纪的德国,各个地方的民事立法十分混乱。当时实行的私法制度和体系有法国法、普鲁士法、巴伐利亚法、萨克逊法、奥地利法、丹麦法和普通法(即罗马法)。除此之外,还大量适用所谓的“特别法”,如1863年的《萨克逊民法典》。这种法律上的分裂与当时不断增强的民族意识是矛盾的,同时也严重地制约了工商业的发展。

为统一这些法律制度和体系,德国在19世纪发起了一系列的法典编纂运动。第一次法典编纂运动统一了票据立法,它以1848年颁行的《普通德国票据法》为标志。第二次法典编纂运动的结果是,在1861年酝酿产生了《普通德国商法典》,从而实现了德国商事立法的统一。票据法和商法的统一,为统一制定民法典奠定了良好的基础,但还没有完全铺平民法统一的道路。直至第三次立法运动,才使统一的民法得以诞生。也就是说,统一民法的道

路直到 1871 年德国统一之后才完全畅通无阻。

2. 《德国民法典》的制定

德意志帝国于 1873 年颁布了帝国宪法,从而确立了民事立法的管辖。1874 年成立了一个 5 人筹备委员会,负责制定起草民法典草案的计划和方案。同年设立了“第一委员会”,负责民法典的起草工作。经过 13 年的工作,该委员会于 1887 年提出了“第一草案”。因该草案内容过于烦琐,远离民众,并且未能顾及各个社会层面,所以这一草案公布后,立即受到来自各方面的激烈批评。为“平息众怒”,联邦参议院于 1890 年设立了“第二委员会”,负责修订这一草案。该委员会在 1895 年提出了“第二草案”。该草案在很大程度上摆脱了普通法的束缚,并且试图更多地考虑当代的社会和经济问题。后经司法委员会讨论,最后形成了“第三草案”。帝国国会基本同意这一草案,审议内容主要集中在社团法、雇佣合同法、职务责任法、婚姻法和狩猎法的个别问题上。

《德国民法典》经国会讨论通过后,于 1896 年 8 月 18 日由德皇签署,并于 1900 年 1 月 1 日付诸生效。

二、《德国民法典》的内容

《德国民法典》共 2385 条,分为 5 编,即总则、债务关系法、物权法、亲属法和继承法。

1. 总则

该部分包括第 1 条至第 240 条,主要对自然人和法人、物以及法律行为作了规定。此外,还包括对期间和期日、请求权的时效、权利的行使以及担保的规定。系整个民法法典的总则,具有统领其余四编的作用。

2. 债务关系法

该部分包括第 241 条至第 853 条。从结构上看,先是一般规定,后是特别规定。第 241 条至第 432 条是关于债务关系的内容及其命运、基于债务关系产生之债权的内容及其命运的一般规则;第 433 条至第 853 条规定的则是具体的、立法者认为特别重要的合同债务关系和法定债务关系,如买卖、使用租赁、用益租赁、承揽合同、不当得利和侵权行为等。

债务关系法的规范基本上都是任意性的,可供当事人处分,也就是当事人原则上可以另行作出约定。

3. 物权法

该部分包括第 854 条至第 1296 条,以占有和对物的权利为内容。对物的权利包括作为完全物权的所有权和所谓的限制物权,如质权和用益权等。

物权法上的规定原则上都是强制性的,不能够由当事人处分,也就是说,当事人原则上不能排除这些规定的适用。

4. 亲属法

该部分包括第 1297 条至第 1921 条,共 3 章。

第一章为“民法上的婚姻”,对婚姻的缔结和与婚姻的实行有关的问题作了规定,从婚约一直规定到离婚。该章特别是对婚姻存续期间的财产权问题(婚姻财产权)和离婚后的财产权问题(扶养和供给结算)作了规定。自 1938 年以来一直由《婚姻法》调整的结婚法,在 1998 年重新被纳入《民法典》(第 1303 条以下)。在“回归”时,充分考虑了社会的变化和观念的改变,并废除了一些不必要的程序性规定,如公示催告等。

第二章为“血亲关系”(第 1589 条以下),对父母和子女之间的关系、非婚生子女的地位和收养作了规定。在过去的这些年里,对这一部分也作出了重大的修订。特别是在亲子关系法方面,逐步废除了对非婚生子女在身份上的歧视。同时逐步实现了婚生子女和非婚生子女在继承法地位上的完全平等。少年局的法定官方保佐,也由“辅助”(第 1712 条以下)取代。另外,更加强调父母双方对子女的照顾义务和照顾权利,至于父母双方结婚与否,则在所不问。

第三章对“监护”(第 1773 条以下)、“法律照管”(第 1896 条以下)和“保佐”(第 1909 条以下)作了规定。其中,照管是在 1992 年取代禁治产的。不论是监护、照管,还是保佐,涉及的都是对不能自行处理自己事务之特定的人的照顾问题。监护涉及对未成年人(被监护人)的照顾,照管涉及对有身体、精神或者心理障碍的成年人的照顾,而保佐则涉及对特别事务的照顾(候补保佐和失踪保佐等)。

5. 继承法

该部分包括第 1922 条至第 2385 条,主要对一个人在死亡后其财产的归属问题和何人对遗产债务负责任的问题作了规定。德国继承法实行遗嘱自由原则。也就是说,被继承人原则上可以随意处分自己的财产。但被继承人

实行此种行为必须采取法律规定的方式,即采取遗嘱或者继承合同的方式。遗嘱自由原则主要是在特留份权利方面受到限制。被继承人未设立或者未有效设立遗嘱的,发生法定继承,即由被继承人的配偶和血亲继承,主要是由被继承人的子女继承。

三、民法与德国统一

德意志联邦共和国和德意志民主共和国于1990年10月3日实现了统一。在两德统一后,在原德意志民主共和国的领域,也适用原德意志联邦共和国的法律,从而实现了私法领域的法律统一。除个别情形外(《民法典施行法》第230条第1款),《德国民法典》及其关系法规也适用于新的联邦州。两德统一过程中,从一种法律制度向另一种法律制度的突然转变不可避免地产生了并且还会产生许许多多的问题。这些问题部分是由过渡规定(参见《民法典施行法》第231条以下)调整解决的。

四、民法与欧洲一体化

欧洲联盟各成员国的法律制度,不论是在内容上还是在立法技术上,都存在巨大的差异,并且各成员国都想保持本国立法的独立性。在这一背景下,纵使要在欧洲联盟范围内实现私法的统一,也是存在困难的,法律的统一或者至少是法律的协调,只能一步一步地向前推进。

五、翻译处理及评注说明

1. 翻译处理

本评注所使用的中文译文文本,是在作者1999年翻译出版的《德国民法典》译本(中国政法大学出版社1999年版)的基础之上,经过修订完善而成。相较于该原有文本,本译本在翻译处理上,具有下述几个需要强调之处:

第一,在法律的体例编排上,也就是在编、章、节、目、条、款、句等方面,不再完全采用旧文本的做法,而是根据我国《立法法》的有关规定,作出了适应性的调整。表现最为明显的是,以前所称的项,现在则应当被称作款。

第二,德国法的条文中,每一个句子的开始都有一个左下标。在这一问题上,我们沿用旧文本的做法,继续使用这样的左下标。除可以方便快速阅读和查找之外,这主要并且最终是要方便法律条文的适用。在德国法大量采用引用技术(Verweisungstechnik)的情况下,这一点尤为重要。然而从目标语言者的视角考量,这是一种困难,是一种至少可以使一些翻译理论无法得

以实现的困难,因为在这样一种情况下,法律条文中的句子数目,已经同条文内容本身一样,具有了不可更易的“法定”特征,也就是既不能够被增加,也不能够被减少。最为理想的情况就是真正意义上的“一模一样”:句子成分不变,并且在句子中的位置也不变。但这只能是一种遗憾,是一种民法上所称的“真正给付不能”。

考虑到这一切,我们采取了下述做法,即一个条文的句子数目绝对不变,也就是句号的数目绝对不变,并且款的数目也维持不变。但除此之外的其他事项,如逗号、顿号乃至分号等,视上下文的不同予以适当变动,而且基本上都是增加此种标点符号的数目,而不是减少。这乃是由于德国法条文比较细致和复杂所致。在一些情形下,也对句子成分的顺序或者主从句子的顺序作出了调整。所有这些都是为了一个目的,就是照顾中文表述,尽可能地做到不妨碍阅读。纵是如此,亦是仅在必须变动的情形下,始作出变动,也就是仅限于例外的、不至于误解的情形。这是因为过多地着力中文的理解和通畅,必然会对民法典、特别是对高度技术化的《德国民法典》造成损伤,而这种损伤最后必然又造成理解和认识上的损伤。

第三,校正了旧文本中的不当之处,甚或错误之处,同时融入了我们认识上的发展和进步。但无论怎样,译文的处理不是对原始文本的绝对性质的再现,而是一个无限的、不断接近的过程。这决定了目标语言上资讯丧失的必然性。但这不应当是目标语言者逃避责任的理由,而更多的应当是一种激励,一种不断地去接近原本的真实的一种激励。

2. 评注说明

首先应当说明的是,本评注不及于《德国民法典》的全部五编,而是作出了取舍,仅限于前三编,即总则、债法和物权。考量之理由主要在于,前三编构成一个国家私法的核心内容,也就是构成民商法之核心内容。也就是说,《德国民法典》的后两编,即亲属和继承,不在本评注的范围之内。

其次应当说明的是,本评注对法典条文的处理,主要在于对法典条文作出总体性的、核心性的和实质性的论述和说明,特别是侧重于规范本身的意思和目的,原则上不采取逐款、逐句的论述方式。在一个条文的评注篇幅上,同样不采取统一的原则,其实也不可能采取统一的原则,因为每个法典条文之对于社会生活,并不具有同等重要的价值和意义。一般而言,较短的条文

具有较强的抽象性和概括性,故不宜节省评注;而较长的条文通常都比较细致,内容详尽,故评注相对而言可能会较少一些。但无论如何,都不能够据此得出下述数学性质的结论,即法典条文长度与评注篇幅成反比关系。个别条文乃属不言自明,故未加注释,而仅举例说明。

六、结语

《德国民法典》体系完整,概念科学,字义准确,对20世纪各国民法典的制定有重大影响。瑞士、奥地利、日本、东欧各国和中华民国时期的民法典制定,都在不同程度上参照了《德国民法典》。

在翻译该法典条文时,我们使用的德文蓝本是德国联邦司法部官方网站上的文本,并且是2011年的最新版本,同时使用了德国贝克图书出版公司2011年编辑出版的《德国民法典》(第67版)。

在对法典条文评注的过程中,我们使用了诸多的德文原版文献,具体表现为体系书和注释书两方面。相对而言,我们对体系书的使用频度少于注释书。而在注释书中,我们特别注重《帕兰特民法典注释》、《班贝格尔民法典注释》、《普律廷民法典注释》和《舒尔策民法典注释》。在此,我们仅对这些注释书的作者表示真诚的谢意。

我们对德国整体法律制度和体系的把握和理解尚有局限,因此,评注和翻译中肯定存在不少缺点和错误,敬请专家和读者批评指正。

杜景林 卢 湛

2011年6月12日于北京

目 录

前言	(1)
第一编 总则	(3)
第一章 人	(5)
第一节 自然人,消费者,企业者	(5)
第二节 法人	(10)
第二章 物和动物	(35)
第三章 法律行为	(40)
第一节 行为能力	(40)
第二节 意思表示	(44)
第三节 合同	(55)
第四节 条件,期限	(59)
第五节 代理和意定代理权	(61)
第六节 允许和承认	(67)
第四章 期间,期日	(69)
第五章 时效	(72)
第一节 时效的客体和期间	(72)
第二节 时效的停止、未完成及重新开始	(75)
第三节 时效的法律效果	(80)

第六章 权利的行使,自卫和自助	(83)
第七章 提供担保	(85)
第二编 债务关系法	(89)
第一章 债务关系的内容	(91)
第一节 给付的义务	(91)
第二节 债权人迟延	(118)
第二章 以一般交易条款形成意定债务关系	(122)
第三章 合同债务关系	(141)
第一节 设定、内容及终结	(141)
第二节 双务合同	(156)
第三节 向第三人给付的约定	(162)
第四节 定金,违约金	(165)
第五节 解除;消费者合同情形的撤回权和退还权	(168)
第四章 债务关系的消灭	(180)
第一节 清偿	(180)
第二节 提存	(184)
第三节 抵销	(190)
第四节 免除	(193)
第五章 债权的转移	(195)
第六章 债务承担	(201)
第七章 多数债务人及债权人	(207)
第八章 具体债务关系	(217)
第一节 买卖,互易	(217)

第二节	部分时间居住权合同、长期度假产品合同、媒介合同和 交换系统合同	(241)
第三节	借款合同;企业者与消费者之间的融资辅助及分期 交付合同	(247)
第四节	赠与	(264)
第五节	使用租赁合同,用益租赁合同	(270)
第六节	借用	(332)
第七节	物之借款合同	(335)
第八节	雇佣合同	(336)
第九节	承揽合同和类似合同	(346)
第十节	居间合同	(370)
第十一节	悬赏广告	(374)
第十二节	委任、事务处理合同和支付服务	(377)
第十三节	无因管理	(403)
第十四节	保管	(407)
第十五节	旅店主处物之携入	(411)
第十六节	合伙	(413)
第十七节	共有	(427)
第十八节	终身定期金	(432)
第十九节	不完全债务	(433)
第二十节	保证	(434)
第二十一节	和解	(440)
第二十二节	债务允诺,债务承认	(441)
第二十三节	指示证券	(442)
第二十四节	无记名债券	(446)
第二十五节	物的提示	(451)
第二十六节	不当得利	(452)
第二十七节	侵权行为	(456)

第三编 物权法	(469)
第一章 占有	(471)
第二章 土地权利总则	(478)
第三章 所有权	(490)
第一节 所有权的内容	(490)
第二节 土地所有权的取得和丧失	(498)
第三节 动产所有权的取得和丧失	(500)
第四节 基于所有权的请求权	(518)
第五节 共有	(526)
第四章 役权	(528)
第一节 地役权	(528)
第二节 用益权	(532)
第三节 限制人役权	(552)
第五章 先买权	(555)
第六章 物上负担	(559)
第七章 抵押权,土地债务,定期土地债务	(562)
第一节 抵押权	(562)
第二节 土地债务,定期土地债务	(591)
第八章 动产质权和权利质权	(596)
第一节 动产质权	(596)
第二节 权利质权	(613)
重要参考文献	(622)



德国民法典评注

总则·债法·物权

第一编 总 则

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



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

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

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



第一章 人

第一节 自然人,消费者,企业者^[1]

第1条 [权利能力的开始]

人的权利能力始于出生的完成。

评注:不问国籍、性别和出身,任何人均具有权利能力。无论行政机关还是法院,都不能够剥夺一个人的权利能力。其亦不能够通过权利人的抛弃表示而被废止。刑法以出生的开始作为判断的准据时点,而民法则以出生的完成作为准据,具体指胎儿完全脱离母体,而不要求剪断脐带。胎儿在出生完成之时必须处于生存状态,哪怕之后立即死亡,仍谓出生之完成,其于此短暂的时间之内,具有权利能力。活胎出生应当满足下述条件:在与母体分离之后,心脏在跳动,或者脐带在脉动,或者已经开始自然之肺呼吸。但如可以确定具有其他可靠之生命功能,如可以检测到脑电流,亦可以认定为活体出生。

权利能力虽然被置于第一节“自然人”的标题之下,但除自然人之外,私法法人、公法法人、有权利能力之社团以及财团,均具有权利能力。这是因为在德国法的框架下,无论自然人,还是作为立法者之目的创造物的法人,均为人格人,而人格人是具有权利能力的。

权利能力何时结束,法律未作出规定。因为立法者认为,权利能力止于死亡,此乃不言而喻之事。继承编规定(第1922条),自一个人死亡时起,其

[1] 德文术语为 *Unternehmer*, 通常被称作经营者。

财产之作为整体移转于继承人。这是作出此种认定的一个间接证据。一个人之死亡时间的认定,由医学科学的发展水平决定:以前适用“医学死亡”(klinischer Tod)的标准,即心脏活动、呼吸循环出现不可逆转的停止;而按照现代的医学认识,死亡不再是一个可以精确到时间点的事件,而是一个时间过程,应当按照整体脑死亡的标准(Gesamthirntodkriterium)作出认定:按照符合医学认识水平的程序规则,必须能够确认,大脑、小脑和脑干已经最终地、不再可以消除地丧失运转能力。如脑电流曲线呈现出零线的状态,以至于不再能够恢复意识,即可作出此种认定。

立法者认为,未出生之胎儿不应当具有完全的权利能力,但在权利能力之限制上,又存在难以表述的困难,故未作出一般性的规定,而是通过特殊规定的方法提供保护。在满足以后活体出生的条件下,民法法典赋予未出生者以实质性的权利:胎儿于出生之前,可以为继承人、共同继承人、后位继承人或者受遗赠人(第1923条、第2108条、第2178条)。未出生者可以由利他合同或者由对第三人具有保护作用之活体,受到利益。

与未出生者不同的是,对于尚未受胎之人的权利能力,法律未有规定。此种人者,亦可以为继承人、后位继承人和受遗赠人。其亦可以因利他合同而享有权利。因欠缺主体,故帝国法院认为系拟制之法律人格。事实上,这是将未出生胎儿之部分权利能力和出生之人的完全权利能力向前移动的结果。此谓权利能力的前置效力(Vorwirkungen)。

一个人死亡之后,其人格和权利能力告以结束,一切之权利和法益,丧失其效力和价值。一般人格权之作为专属权利,不移转于继承人。为对此种权利提供保护,联邦最高法院将其认定为无主体之权利,亦有人将其认定为身后之部分权利能力。既然归属权利和义务需要有主体存在,而在一个人死亡之后不存在归属主体亦为事实,故还是应当将死亡者认定为归属主体,而且是超越死亡之归属主体,也就是认定死亡者之人格权具有后继效力(Nachwirkungen)。

第2条 [成年]

满18周岁为成年。

评注:规范的意旨在于,规定成年的开始,以防止未成年人遭受法律行为上的后果。成年开始于18周岁生日零点之时。其主要具有下述效力:不受

限制的行为能力、亲权终结、婚姻成年、不受限制的遗嘱能力、诉讼能力以及被选举权。以前在法律中规定的未成年人之成年宣告制度,即提前成年之制度,也就是缩短未成年之时间的制度,不复存在。延迟成年,即延长未成年之时间,亦为不能。缔结婚姻亦不具有将成年提前之效力,但已婚或者曾婚之未成年人,可以独立地设定或者取消住所(第8条)。

第3条至第6条 (废止)

评注:原第3条至第5条涉及成年宣告,依1974年颁布之法律被废止。原第6条涉及宣告禁治产,依1990年颁布的《照管法》被废止。

第7条 [住所;设定和取消]

(1)经常居住在一个地点的人,在该地点设定其住所。

(2)住所可以同时存在于数个地点。

(3)以放弃居住的意思取消居住的,住所即被取消。

评注:住所是一个人整个生活关系的中心。其不是居住场所本身,而指最小的行政区划单位。在德国,其通常是乡镇。住所通过事实上的居住来设定,并且要求居住者具有使该地点成为自己生活关系之重点的意思。在特殊情形下,如在无行为能力人和限制行为能力人的情形,住所需要由法定代理人设定。取消住所要求居住者事实上放弃居住,并且具有不再将生活关系之重点放置于原住所的意思,也就是要求满足放弃的意思和放弃居住这两个条件。双重住所要求居住者在两个不同的地点继续地进行居住,并且这两个地点同等地构成居住者之生活关系的重心。如一个人在夏季居住在郊外的住所,而在冬季则居住于市内的住所。

第8条 [无完全行为能力人的住所]

(1)无行为能力的人,或者在行为能力上受到限制的人,无其法定代理人的意思,既不能够设定也不能够取消一个住所。

(2)一个未成年人,以其已婚或者曾婚为限,可以独立地设定和取消一个住所。

评注:在意定住所方面,构成对第7条规定的补充。设定和取消住所,要求具有在一个地点居住的意思,或者放弃居住的意思。如此,居住者仅具有自然之意思能力是不够的,而必须具有行为能力。至于住所之设定或者取消是事实行为还是准法律行为,并无实益。对于无完全行为能力之人,并且是

在人身事务方面,由法定代理人负责决定。被照管人具有行为能力的,规范无适用余地;其可以独立地设定和取消住所;被照管人无行为能力的,规范有适用余地。申请人已经满16周岁,并且其将来的配偶为成年的,其可以缔结婚姻。此种已婚之未成年人,可以独立地设定住所。

第9条〔军人的住所〕

(1)₁军人以驻地为其住所。₂军人在国内无驻地的,以在国内最后的驻地为其住所。

(2)军人仅因兵役义务而服兵役,或者不能够独立地设定住所的,对于此种军人,不适用此种规定。

评注:规范意旨在于,为职业军人和非职业军人规定法定住所。系基于下述考虑:职业军人和非职业军人,在履行自己职责所涉及之住所方面,不当具有选择的自由。故规范规定,军人的住所不由军人自己的意思来决定,而是由法律直接规定,并且是以自己的驻地为住所。对于服兵役者和无完全行为能力人,不适用此种法定住所。对于联邦国防军的公职人员和职员,亦无适用余地。不属于部队的军人,以自己的军事服务地点为驻地。

第10条〔废止〕

评注:涉及妻子的住所,依1957年颁布的《夫妻平等法》被废止。

第11条〔子女的住所〕

₁未成年子女以父母的住所为住所;父母的一方对子女的人身欠缺照顾权利的,子女不以该父母一方的住所为住所。₂父母双方中的任何一方均对子女的人身欠缺照顾权利的,子女不以该父母一方的住所为住所,子女以享有此项权利的人的住所为住所。₃子女保留此种住所,直至其在法律上有效地取消此种住所为止。

评注:未成年子女,无论婚生还是非婚生,均具有法定住所,并且是以享有亲权之父母一方或者双方的住所为住所。这是继受之法定住所。此项规则不具有强制性,即可以约定住所(意定住所),并且所约定的住所既可以并行存在于法定住所之外,也可以替代法定住所。在父母双方中的任何一方均不具有亲权的情形,子女以监护人或者保佐人的住所为住所。在父母双方均已经死亡,或者均被剥夺亲权的情形,即为如此。关于子女住所之特别规定,不复存在。

第 12 条〔姓名权〕

他人对权利人使用一个姓名的权利有争议的,或者权利人的利益因他人擅自使用同一姓名而受到侵害的,权利人可以请求他人除去妨害。²存在继续妨害之虞的,其可以提起不作为之诉。

评注:姓名是为区别于他人而对一个人作出的语言标识。其为个人性的外在表达,用于识别姓名之承担者,亦具有秩序化的功能。以前特别严格之归属功能,即将一个特定的人归属于一个特定家族之功能,已经显著地弱化。在经济生活中,姓名亦可以被赋予经济价值。姓名权为绝对权利,在保护姓名人私人空间的限度内,构成人格权。其不仅保护权利人的非物质利益,也保护财产利益。相对于保护一般人格权的法律原则而言,姓名权的保护构成特别法。

第 13 条〔消费者〕

消费者是指为一个既不能够归属于自己的营利事业活动、也不能够归属于自己的独立职业活动的目的,而订立一个法律行为的任何自然人。

评注:在欧洲联盟法的要求之下,消费者保护已经成为德国民法的一个实质性保护原则。在与企业者的关系上,消费者典型地处于劣势地位,故需要通过大量的法律规定和措施予以特别保护。立法者在民法法典中,将消费者和企业者作为民法的核心概念加以规定,就是消费者保护的一个根本性反映。消费者仅为自然人。法人,包括不以营利为目的的非经济社团和公益财团,均不在这一概念的涵盖之下。反言之,一切自然人,不论其知识或者经济状况如何,包括企业者,只要是在自己的营利事业活动范围之外行为,或者是在自己的职业活动范围之外行为,即为消费者。

第 14 条〔企业者〕

(1)企业者是指一个在订立法律行为时,为从事自己的营利事业活动或者独立职业活动而实施行为的自然人、或者法人、或者有权利能力的合伙。^[2]

(2)有权利能力的合伙,是指被赋予取得权利和承担义务能力的合伙。

[2] 有权利能力的合伙,德文称 rechtsfähige Personengesellschaft。其中的 Personengesellschaft,传统上称人合公司。

评注:作为“消费者”概念的对称,“企业者”概念也是在欧洲联盟法的背景之下引入的。其在消费者法上,取代了商人概念,同时取代了营利事业经营的概念。企业者为任何的自然人或者法人,只要其在市场上有计划并且继续性地有偿提供给付即可。自由职业者、手工业者和农场主,为企业者;未在商事登记簿上登记的小营利事业经营者,同样为企业者。企业的承担者也可以是有权利能力的合伙。这特别是指普通合伙、有限合伙、自由职业者合伙、欧洲经济利益集团以及同样具有部分权利能力的民法典合伙。

第 15 条至第 20 条 (废止)

评注:原条文是关于失踪的规则,依 1951 年颁布的《失踪法》被废止。

第二节 法 人

第一目 社 团

第一分目 通 则

第 21 条 [非营利社团]^[3]

一个社团,以其目的不指向经济上的营业经营为限,因登记于具有管辖权之初级法院的社团登记簿而取得权利能力。

评注:旨在规定非营利社团之权利能力的取得,并且在规范构成上,采消极表述。与第 22 条构成择一性关系。此条规定仅适用于国内社团,而不适用于外国社团。这里实行规范规定制(Normativsystem),即只要非营利社团具备法定的条件,其即享有登记的法律请求权,从而享有取得权利能力的法律请求权。在规范构成方面,要求社团已经设立,即已经存在一个设立中的社团,为取得权利能力,仅需要申请开始登记程序即可。在法律效果方面,社团随登记于社团登记簿而取得权利能力,并因此成为法人。

[3] 德文术语为 nichtwirtschaftlicher Verein,亦作非经济社团。又称理想社团(Idealverein)。由于一切之合法目的均可以成为社团所追求的目的,而非限定于理想之目的,故理想社团之表达并不准确。

第 22 条 [营利社团]^{〔4〕}

1. 一个社团,以其目的指向经济上的营业经营为限,如不存在特别的联邦法律规定,因国家授予而取得权利能力。2. 授予权为社团住所地所在的州享有。

评注:此条规定仅适用于国内社团,而不适用于外国社团。这里实行许可制(Konzessionssystem),即其仅能够通过授予始可以取得权利能力。对于非营利社团和营利社团实行差别对待的原因在于:在前者情形,不需要设置旨在保护法律往来和债权人的保护性规定;而在后者情形,此种保护性规定是不能够放弃的。授予之程序和管辖权,由州法决定,并且几乎都是由较高级别之行政机关决定。由于授予原则仅为辅助性地适用,故授予权利能力之可能性通常都比较小。

第 23 条 (废止)

评注:涉及外国社团,依《社团法变更法》废止。

第 24 条 [住所]

如无其他规定,以执行管理的地点为社团的住所。

评注:法人的住所相当于自然人的住所。其对于审判籍、机关管辖权和法人所应当适用的法律,具有决定性的意义。登记社团之章程必须对住所作出规定。但在具体规定上,章程可以采取自由决定的态度,在不滥用权利的情况下,甚至可以规定一个虚拟的住所。迁移住所需要变更章程,在登记社团的情形,要求作出登记。

第 25 条 [组织]

有权利能力社团的组织,在其不基于下列规定的限度之内,由社团章程决定。

评注:社团的组织决定社团的生活。其具体包括关于名称、目的和住所的规定,关于成员资格取得、丧失和内容的规定,关于社团机关职责和工作方式的规定,以及包括关于缴费义务的基本规则。社团的组织受下述规定的规制:一是社团法的强制性规范;二是社团章程;三是民法典的任意性规范。

〔4〕 德文术语为 wirtschaftlicher Verein,亦作经济社团。

第 26 条 [董事会和代表]

(1) 社团必须设置董事会。² 董事会在诉讼上和诉讼外代表社团；其具有法定代理人的地位。³ 其代表权的范围可以通过章程加以限制，此种限制对第三人具有效力。

(2) 董事会由数人组成的，社团由董事会成员的多数来代表。² 应当向一个社团作出意思表示的，以向该社团的一个成员作出为已足。

评注：董事会是法律强行设置的社团机关，职责是代表社团，并执行事务。其作为社团的机关参加法律往来。董事会不是为社团在行为，而是社团自身在行为。董事会的代表权原则上不受限制，但这不及于所实施的行为显然是在社团目的之外的情形。董事会的代表权可以通过章程进行限制，但不得完全剥夺。具体的限制例如可以表现为禁止实施某些行为，加设同意的要件，或者将某些工作移转于其他机关。在数人董事会的情形，董事会成员是享有单独代表权还是共同代表权，由章程决定。在章程没有作出规定的情形，不适用共同代表的原则，而适用多数决的原则。

第 27 条 [董事会的选任及事务执行]

(1) 董事会的选任以成员大会作出决议的方式进行。

(2) 选任可以随时撤回，但不妨碍依约支付报酬的请求权。² 撤回可以通过章程而限于存在重大撤回事由的情形；此种重大事由特别是指严重侵害义务或者没有能力进行通常的事务执行。

(3) 对于董事会的事务执行，相应地适用〔5〕第 664 条至第 670 条关于委任的规定。

评注：选任构成需要受领的单方法律行为。因其成立包括义务在内之机关上的法律地位，故需要由被选任人受领。如章程未规定选任期限，则任职期限不受限制。以章程没有作出其他规定为限，对于撤回，负责选任的机关具有管辖权。董事会职务的其他终结事由可以是：任职期限届满；死亡；丧失行为能力；担任董事会成员所需要的重要品格丧失，如应当属于某一特定职业阶层；被除名等。事务执行包括董事会为社团实施的全部行为。章程也可以将事务执行移转于另外一个机关，此种情形被称为扩大董事会；但董事会

〔5〕 德文术语为 *entsprechende Anwendung finden*，通常被称作准用。

在任意代表方面之事务的决定权,不受剥夺。

第 28 条 [董事会的决议]

董事会由数人组成的,决议按照第 32 条和第 34 条关于社团成员之决议的规定进行。

评注:在数人董事会的情形,意志形成以决议的方式完成。如章程无其他规定,则在决议方面,适用关于成员大会的法律规定。章程对成员大会作出修正性或者补充性规定的,此种规定是否能够适用于董事会,需要通过解释来判断。如全体董事会成员均以书面方式表示同意,则决议无论如何为有效。董事会成员不得由第三人代表。

第 29 条 [由初级法院紧急选任]

在董事会的必要成员有缺额的限度之内,社团住所地所在辖区的、负责管理社团登记簿的初级法院,在缺额未消除期间,如遇紧急情形,应当依据当事人的申请,选任缺额的成员。

评注:如无特别规定,此种紧急选任可以适用于一切的私法法人,如有限责任公司和合作社,但不适用于股份有限公司。在欠缺清算人时,亦有适用。其也可以相应地适用于无权利能力的社团。对于公法法人以及合伙则无适用余地。选任随告知于被选任人,发生效力。为发生实体法上的效力,需要由被选任人作出接受。

第 30 条 [特别代理人]

可以通过章程规定,在董事会之外对某些事务选任特别的代理人。此种代理人的代理权,在发生疑义时,扩及向该代理人所分配之事务通常产生的一切的法律行为。

评注:本规范的意旨在于,为较大的社团提供细化的代理组织空间。据此,在董事会和意定的代理人之外,作为中间形态,尚可以选任具有限制管辖权的社团机关。特别代理人应当在社团登记簿上登记。不得为全部的董事会事务而选任特别的代理人。

第 31 条 [社团对机关的责任]

董事会、董事会的成员或者其他有组织上任命的代理人,因在执行自己权限范围之内的事务时,实施使自己负担损害赔偿义务的行为而给第三人造成损害的,对于此种损害,社团应当负责任。

评注:将组织性代理人的行为归属于社团,这是采机关理论。其不构成责任成立规范,而是责任归属规范。前提条件是组织性代理人实施了使自己承担损害赔偿义务的行为,至于赔偿义务乃系基于何种事由,在所不问。机关责任适用于全部的法人,包括公法法人。其可以相应地适用于普通合伙和有限合伙,同样可以适用于民事合伙、无权利能力的社团、住宅所有权人之共同关系和设立中的有限责任公司等。在人之适用范围方面,对于董事会、董事会的成员以及其他组织上任命的代理人,社团应当负责任。如为共同代理,则以一个代理人的过错为已足。对于其他机关,如社员大会或者监事会,规范亦有相应适用的余地。

第 31a 条 [董事会成员的责任]

(1)₁一个董事会,在其无偿地从事活动,或者为自己的活动获得报酬时,以报酬每年不超出 500 欧元为限,对于自己在执行董事会义务时所引起的损害,仅在故意或者重大过失的情形,始向社团负责任。₂第 1 句也适用于向社团成员承担的责任。

(2)₁一个董事会依第 1 款第 1 句,对于自己在执行董事会义务时所引起的损害,向他人负有赔偿义务的,其可以向社团请求免除此项债务。₂损害系故意或者因重大过失所引起的,不适用第 1 句。

评注:规范意旨在于限制责任,以促进担任名誉职职务。适用于一切可能的责任情形。劳动法针对危险性工作设置的责任限制,对于董事会成员而言,原则上无适用余地;仅在董事会成员具有类似于雇员之法律地位时,始能够例外地予以适用。因责任风险将会阻碍人们担任名誉职之董事会职务,故将民法上的责任限定于一个可以苛求的水平之上。规范以董事会活动之有偿性为适用的连结点。其仅适用于无偿从事活动的董事会成员,或者适用于从事活动之年度报酬不超过 500 欧元的董事会成员。

第 32 条 [社员大会; 决议]

(1) 社团的事务,在其不应当由董事会或者其他社团机关处理的限度之内,由社员大会的决议决定。₂为使决议有效,应当在召集时指明决议的事项。₃决议由所投票数的多数决定。

(2) 全体成员以书面表示同意的,即使不召集社员大会,决议仍然为有效。

评注:社员大会是社团的最高机关。以事务不应当由其他机关处理为限,社员大会应当通过决议的方式处理事务。其职责主要包括:选任和监督董事会及其他社团机关;修订章程;决定社团的解散。如章程无其他规定,董事会具有召集的管辖权。章程应当对召集的方式作出规定。对于社团法,在决议之瑕疵方面,适用下述法律原则:如社员大会之决议违背法律或者章程的强制性规定,则决议为无效。无效之原因可以为:违背善良风俗;违背法律上的禁止性规定;大会由无管辖权之机关召集;在不合适的时间或者地点召集会议;未按规定告知议事日程;有非成员参加大会;大会由非权利人主持;等等。

第 33 条 [章程的变更]

(1)决议中包含有章程变更之内容的,为作出决议,需要所投票数的四分之三多数的同意。变更社团的目的的,需要经过全体成员的同意;不出席大会的成员,必须以书面方式表示同意。

(2)社团的权利能力系基于授予的,对章程作出的任何变更,均需要得到主管机关的承认。

评注:对章程字义的任何变更,包括单纯之编辑上的改变,全部都构成章程变更。变更章程需要得到四分之三多数票的同意,非为强行性规定。章程完全可以规定另外的多数,甚至将管辖权移转给另外一个机关。变更社团目的,需要得到全体成员的同意,这同样适用于法律形态的改变。同意也可以通过可推断的行为表示,如表现为对多数所决议之变更的接受。在登记社团的情形,章程变更需要登记于社团登记簿;在其他社团的情形,需要得到有管辖权之国家机关的承认。

第 34 条 [表决权的排除]

决议涉及与一个成员实施法律行为,或者涉及在一个成员与社团之间开始或者终结诉讼的,该成员不享有表决权。

评注:无论对于社员大会,还是对于董事会,均构成强行性规范。其亦适用于无权利能力的社团、民法合伙、继承人共同关系和按份共有之共同关系。适用于合同、单方法律行为、关于请求成员给付的决议以及准法律行为。被禁止者仅为表决权,而不是参加大会的权利。但不能够由本规范推导出下述内容之一般性法律原则,即任何的利益抵触,都会导致表决权的丧失。如此

一来,在选举自己时,成员可以一同表决。如成员被开除出社团,或者应当被科处社团罚,该成员同样可以参与表决。

第 35 条 [特别权利]

一个成员的特别权利,不经其同意,不得因社员大会的决议而受到妨碍。

评注:特别权利是指基于成员资格和身份、并且超出社团成员之全部法律地位的权利。此种权利必须具有章程基础,并且必须设定为不受剥夺的权利。特别权利之受到妨碍,不要求直接对权利形成干涉;必然会引起妨碍的任何行为,均为已足。成员由合同或者由其他与成员资格无关之法律原因所享有的债权,不构成特别权利。

第 36 条 [社员大会的召集]

社员大会应当在章程所规定的各种情形,以及在为社团利益所必要时,予以召集。

评注:规范的目的在于,为召集机关设置召集义务,而且是不受排除的召集义务。构成强行性规范。在满足条件的限度内,董事会必须召集社员大会。违背此项义务者,负有损害赔偿的义务。成员对于作为召集机关的董事会,不具有可以诉求之法定请求权,即不能够以诉讼方式强制董事会召集社员大会。但章程可以对此种请求权作出规定。

第 37 条 [经少数成员的请求而召集]

(1)有章程所定人数的成员,或者在无此种规定时,有十分之一的成员,以书面方式请求召集,并且同时陈述目的和理由的,应当召集社员大会。

(2),此项请求不被满足的,初级法院可以授权提出此项请求的成员召集大会;初级法院可以对大会主席职务作出规定。² 社团住所地所在辖区的、负责管理社团登记簿的初级法院,具有管辖权。³ 在召集大会时,必须查照此项授权。

评注:构成强行性规范。由于涉及的是少数成员的权利,故章程不得将必要的成员人数规定为成员的半数或者半数以上。其反映社团法的一个一般性原则。如章程不将社员大会、而将代表大会规定为社团的最高机关,或者有少数成员请求将一个特定内容纳入议事日程,亦有相应的适用。在程序法上,召集的请求权不能够以诉的方式实现,而仅能够采取非诉事件管辖的方式,并且请求权的相对人为社团,而不是董事会。

第 38 条〔成员资格〕

成员资格不得转移,并且不得继承。成员权利的行使不得交付于他人。

评注:成员资格是成员与社团之间法律关系的总和,包括成员的全部权利和义务。所有的成员原则上具有同样的权利和义务。章程可以区分不同类别的成员,并且赋予其以不同的法律地位。但无论怎样,都必须对成员的权利和义务作出明确的规定。成员资格因下述事由终结:退出社团;死亡;除名。在章程作出相应规定的情形,亦因丧失章程规定的人身资格而终结。

第 39 条〔退社〕

(1)成员有退出社团的权利。

(2)通过章程可以规定,仅在事务年度结束之时,或者仅在预告通知期间届满之后,始准许退社;预告通知期间最长可以为 2 年。

评注:构成强行性规范。规范意旨在于,可以使成员在短时期之内终结自己在社团的成员资格,从而使自己摆脱社团多数决原则的制约。退社是单方需受领的意思表示,在到达董事会成员,或者在到达章程规定的其他社团机关时,发生效力。如章程规定的预告通知期间过长,则代之此项期间,适用 2 年的期间。退社使成员资格终结,全部的成员权利和义务原则上归于消灭。

第 40 条〔让步性规定〕

在章程无其他规定的限度内,不适用第 26 条第 2 款第 1 句、第 27 条第 1 款第 3 句、第 28 条、第 31a 条第 1 款第 2 句、以及第 32 条、第 33 条和第 38 条的规定。即使在董事会的决议方面,也不能够通过章程背离第 34 条。

评注:未被提及的规范构成强行性规范。但即使在被提及的规范中,在一些情形,也存在章程自治上的界限。规范允许下述方面的章程变更:社团董事会由社员大会之外的其他机关选任;董事会事务管理方面所适用的无因管理规则,可以予以修正,如限制社员大会的指示权;关于董事会决议之规定,也可以予以修正,如采书面决议方式。

第 41 条〔社团解散〕

社团可以通过社员大会的决议而解散。此项决议需要经过所投票数之四分之三多数的同意,除非章程另有规定。

评注:构成任意性规范。章程可以规定,解散需要得到全体成员的同意;

可以赋予个别成员以异议权；或者规定需要得到其他社团机关的同意，甚或规定需要得到上级协会或者联合会的同意。但将解散的决定权交给一个第三人决定，或者规定需要得到一个第三人的承认，有悖社团的独立性原则。章程可以规定，在发布章程应当得到上级社团机关批准，而上级机关未予以批准时，社团自动解散。

第 42 条 [支付不能]

(1)₁ 社团因开始支付不能程序而解散，以及在因财团不足而以裁定驳回支付不能程序开始申请的情形，随裁定发生法律效力而解散。₂ 程序依债务人的申请被停止，或者在支付不能方案规定社团存续的情形，在认许支付不能方案之后被终结的，社员大会可以作出社团继续存在的决议。₃ 通过章程可以规定，社团在开始支付不能程序的情形，作为无权利能力的社团继续存在；即使在此种情形，在满足第 2 句要件的情况下，仍然可以决议社团作为有权利能力的社团继续存在。

(2)₁ 董事会在无清偿能力或者债务超过的情形，应当申请开始支付不能程序。₂ 迟延提出申请的，负担过错的董事会成员对于由此发生的损害，向债权人负责；其作为连带债务人负责。

评注：开始支付不能程序，构成登记社团解散的解散事由。任何债权人、任何董事会成员以及任何清算人，都有权提出申请。直至支付不能程序结束时止，登记社团作为具有有限制之权利能力的社团而继续存在。支付不能程序的结束通常使社团归于消灭，但社员大会可以决议社团继续存在；对于此项决议，以简单多数为已足。如章程允许，登记社团可以决议，社团作为无权利能力的社团继续存在。登记社团的财产为支付不能财团享有，而非为无权利能力之社团享有。在无清偿能力或者债务超过的情形，董事会以及清算人有义务，提出开始支付不能程序的申请。如违背此项义务，并且具有过失，则成立损害赔偿的义务。对于后来加入的债权人，此项损害赔偿的义务也是存在的。

第 43 条 [权利能力的剥夺]

社团的权利能力系基于授予的，在其谋求章程规定目的之外的其他目的时，可以剥夺其权利能力。

评注：旨在规定由行政机关剥夺权利能力。适用于营利社团。具有管辖

权的行政机关也可以基于《行政程序法》的规定而撤回授予。剥夺权利能力将引起社团财产发生归属,从而引起债权人清偿,但社团本身作为无权利能力之社团继续存在。

第 44 条〔管辖和程序〕

依第 43 条剥夺权利能力的管辖和程序,按照社团住所地所在州的法律决定。

评注:在所有的州之内,剥夺权利能力的管辖权,均由较高级别的行政机关享有。对于剥夺的决定,被剥夺者可以向行政法院主张法律救济。

第 45 条〔社团财产的归属〕

(1)自社团解散,或者被剥夺权利能力之时起,财产归属于章程中所规定的人。

(2)通过章程可以规定,归属权人由社员大会或者其他社团机关的决议规定。² 社团的目的不指向经济上的营业经营的,即使无此种规定,社员大会仍然可以将财产归属于一个公法财团或者机构。

(3)未指定归属权人的,在社团依章程仅为自己成员的利益服务时,财产按照相同的份额,归属于在解散或者被剥夺权利能力时存在的成员,在其他情形,归属于社团住所地所在州的国库。

评注:在适用范围上,适用于登记社团的解散和权利能力的丧失。何人具有归属权,由章程规定,或者由依照章程具有管辖权的社团机关决定。即使在清算程序进行中,仍然可以作出指定归属权人的决议。如章程和具有管辖权的社团机关未作出指定,在纯公益社团的情形,以成员为归属权人;在社团作为无权利能力之社团继续存在的情形,归属权人不再为成员,而为该无权利能力的社团。如社团并非仅服务于自己成员的利益,则州之国库或者州法上指定的机构,具有归属权。

第 46 条〔归属于国库〕

社团财产归属于国库的,相应地适用关于向作为法定继承人的国库归属遗产的规定。² 国库应当尽可能地以符合社团目的的方式,使用此项财产。

评注:依照法律或者章程的规定,国库具有归属权的,社团的财产和债务通过概括继受发生移转。国库无权抛弃。对国库享有请求权的,仅在国库的归属权得到确认之后,始可以主张;国库仅以所承受的财产负责任。