

周友军 杨垠红 译 周友军 校

奥地利普通民法典

(2012年7月25日修改)

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)

(Stand BGBl. I Nr. 68/2012)

清华大学出版社

奥地利普通民法典

(2012年7月25日修改)

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)

(Stand BGBl. I Nr. 68/2012)

周友军 杨垠红 译

周友军 校

清华大学出版社

北京

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

奥地利普通民法典(2012年7月25日修改)/周友军,杨垠红译.--北京:清华大学出版社,2013

ISBN 978-7-302-32336-5

I. ①奥… II. ①周… ②杨… III. ①民法-法典-研究-奥地利
IV. ①D952.13

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第093916号

责任编辑:李文彬

封面设计:傅瑞学

责任校对:王荣静

责任印制:李红英

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦A座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:三河市君旺印装厂

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:153mm×235mm 印 张:17.5 字 数:318千字

版 次:2013年6月第1版 印 次:2013年6月第1次印刷

印 数:1~3000

定 价:38.00元

产品编号:052371-01

历史变迁中的《奥地利普通民法典》

——代 序

一、《奥地利普通民法典》的制定

《奥地利普通民法典》(*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, 简称 ABGB) 颁布于 1811 年 6 月 1 日, 并于 1812 年 1 月 1 日生效。^① 在 18 世纪末至 19 世纪初的自然法的法典编纂过程中, 《奥地利普通民法典》与《法国民法典》和《普鲁士一般邦法》一起成为三大经典的私法法典。

(一) 制定民法典的原因

《奥地利普通民法典》的制定可以追溯到 1753 年, 其起点是当时的女皇特蕾西娅 (Maria Theresia) 任命了一个“宫廷汇编委员会” (Kompilationshofkommission), 进行民法典起草的准备工作。^② 而促使女皇进行这一任命的直接起因是一份主张实现法律统一的匿名呈文。^③

但深究起来, 制定《奥地利普通民法典》的深层原因主要有三个: 其一, 奥地利的政治改革。正如美国学者艾伦·沃森所言, “对于法典编纂而言, 政治因素必定是重要的, 当法典问世之时, 也必定有适当的政治环境。”^④ 当时, 奥地利在与普鲁士的七年战争中失败, 为了巩固哈布斯堡家族的统治, 女皇特蕾西娅锐意进行改革。其首先进行深刻的行政改革, 以努力使奥地利继承的领土合并成一个现代意义上的国家。在此进程中的一大障碍是奥地利君主国的诸多邦域中形形色色、含混杂乱的律法。^⑤ 在此背景下, 制定统一的民法典自然就提上了议事日程。其二, 自然法思想和开明专制思想的结合。在 18 世纪出现了自然法思想, 其晚期发展阶段是理性法思想, 同时也出现了开明专制的

① 本法典名称中的“普通”实际上意味着, 其属于私法的一般法, 也就是说, 其是适用于所有私主体的法。与之相对应的是私法的特别法, 即仅适用于特定人的团体或者特定阶层的法。

② Rainer, Zur Entstehung des ABGB, in: Geistlinger/Harrer/Mosler/Rainer (Hrsg.), 200 Jahre ABGB-Ausstrahlungen, Wien 2011, S.26.

③ Gschnitzer/Barta, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., Wien · New York 1992, S.15.

④ [美] 艾伦·沃森: 《民法法系的演变及形成》, 李静冰、姚新华译, 30 页, 北京, 中国政法大学出版社, 1992。

⑤ 参见 [德] 茨威格特、克茨: 《比较法总论》, 潘汉典等译, 238 页, 北京, 法律出版社, 2003。

思想。这两者的结合,就要求法的安定性和法的平等性。所以,当时的人们认为,国家的任务是理解现行有效的法律,并将其法典化。^①其三,法律的统一和完善。在《奥地利普通民法典》颁行之前,在奥地利的不同地区适用不同的法律。而且,各个地区的法律也不能满足当时的需要。^②通过制定统一的民法典,可以解决法律不统一和法源多样化的问题^③,同时,也可以实现完善法律的目标。

(二) 制定民法典的三个阶段

《奥地利普通民法典》的制定经过了一个漫长的过程,自1753年任命“宫廷汇编委员会”开始,到1811年6月1日得到皇帝的批准,经历了58年的时间。^④按照奥地利学者Rainer教授的看法,其可以划分为三个阶段:^⑤

1. 第一阶段:自特雷西娅女皇任命“宫廷汇编委员会”至约瑟夫二世(Josef II)去世

1749年,特雷西娅政府决定,在维也纳设立最高司法厅(Justizstelle,今最高法院的前身),目的就是要统一全国的司法实践。而司法统一的第一个步骤就是,于1753年任命了一个委员会,筛选所有的实体法,并为未来的共同性的立法提供建议。所以,该委员会也被称为“宫廷汇编委员会”,其中最重要的成员是阿佐尼(Josef Azzoni)和霍尔葛(Josef Ferdinand Holger)。直到1766年,该委员会才提交了其八卷本的成果,随即被称为《特雷西娅法典》(*Kodex Theresianus*)。^⑥这一法典被交给考尼茨(Kaunitz)亲王领导的国务委员会(*Staatsrat*)审议。在审议过程中,批评的意见占了上风,法典没有生效。^⑦对于该法典的主要批评包括:法典的内容所涉及的范围过于广泛,带有教科书风格。而且,过于强烈地受到罗马法的影响。^⑧于是,女皇要求委员会对该法典进行修改,主要是压缩和简化,并任命一名高官豪尔滕(Bernhar Horten)为委员会的新负责人。^⑨

① Floßmann, *Österreichische Privatrechtsgeschichte*, Wien · New York 1983, S.13.

② Schwimann, *Bürgerliches Recht für Anfänger*, 7. Aufl., Wien 2007, S.17.

③ Floßmann, a.a.O., S.14.

④ 关于《奥地利普通民法典》起草过程的重要的参考文献包括:Haaras von Harrasowsky, *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen I-V (1883—1886)*; Ofner, *Der Ur-Entwurf und die Beratungsprotokolle des österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, I (1888), II (1889)*.

⑤ Rainer, a.a.O., S.26ff.

⑥ Rainer, a.a.O., S.26f.

⑦ 参见[德]茨威格特、克茨前引书,239页。

⑧ Koziol/Welser, *Grundriß des bürgerlichen Rechts*, Bd.1., 10. Aufl., Wien 1995, S.10.

⑨ Floßmann, a.a.O., S.13.

在豪尔滕的领导下,该委员会于1776年最终完成了一部草案,因为豪尔滕在其中发挥了决定性的影响,所以,其也被称为《豪尔滕草案》(Entwurf Horten)。^① 1786年11月1日,《豪尔滕草案》的人法部分作为《约瑟夫法典》(Josephinisches Gesetzbuch)被颁行。^② 该法典原则上以个人的、自然的自由为基础,而且强调保护市民的自由免受公权力的侵害,可以说具有类似于宪法的性质。^③

由于约瑟夫二世忙于其他事务(如刑法的制定等),导致民法典的起草工作陷入停顿。^④ 不过,约瑟夫二世在位期间,所推行的一系列改革也为《奥地利普通民法典》的最后颁行奠定了基础。1781年,其废除了农奴制,颁布了《宽容令》(Toleranzpatent),明确了宗教的差异不应当影响私权利。1783年,其颁布了《继承令》(Erbfolgepatent),规定所有社会阶层和所有地区适用同样的法定继承规则。1783年的《婚姻令》(Ehepatent),则将原来归教会的婚姻立法权和婚姻诉讼管辖权收归国家。1786年的《约瑟夫法典》保证了人民的自由和平等。^⑤

2. 第二阶段:自利奥波德二世任命法律事务宫廷委员会至《西嘎利茨恩民法典》生效

1790年,利奥波德二世(Leopold II)即位,进入了《奥地利普通民法典》制定过程的第二个阶段。同年,利奥波德二世任命了新的委员会,即法律事务的宫廷委员会(Hofkommission in Gesetzesachen),以马蒂尼(Karl Anton von Martini)教授为主席。^⑥ 马蒂尼是维也纳大学一位著名的自然法学者^⑦,在豪尔滕负责的委员会中其就是成员之一。虽然利奥波德二世不幸于1792年过早辞世,马蒂尼还是坚持完成了其工作。1794年,马蒂尼完成了民法典草案的第一部分。在其学生魁斯(Franz Georg von Keeß)的帮助下,于1796年完成全部草案,被称为《马蒂尼草案》(Entwurf Martini)。^⑧ 这部草案首次在很大范围内考虑到理性法的理论及其要求。^⑨ 而且,在较大程度上受到《普鲁士一般邦法》的影响。^⑩

① Koziol/Welser, a.a.O., S.10.

② Floßmann, a.a.O., S.13.

③ Hoke, Österreichische und Deutsche Rechtsgeschichte, Wien · Köln · Weimar 1992, S.273.

④ Rainer, a.a.O., S.27.

⑤ Barta, Zivilrecht: Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken, Wien 2004, S.31.

⑥ Floßmann, a.a.O., S.14.

⑦ [德]茨威格特、克茨前引书,240页。

⑧ Rainer, a.a.O., S.28.

⑨ [德]茨威格特、克茨前引书,240页。

⑩ Koziol/Welser, a.a.O., S.10.

随后,《马蒂尼草案》在略加修改以后试验性地先在奥地利的两个地区颁行。^① 1797年2月13日,被西嘎利茨恩(Westgalizien)采用,成为正式的法律;同年9月18日,其又被东嘎利茨恩(Ostgalizien)采用,成为正式的法律。^② 在这两个地区适用的法典,被称为《西嘎利茨恩法典》(WGGB),同时于1798年1月1日生效。^③ 而随着《西嘎利茨恩法典》的生效,《奥地利普通民法典》制定的第二阶段宣告结束。^④

3. 第三阶段:自《原始草案》(Urentwurf)的征求意见至《奥地利普通民法典》被皇帝批准

《西嘎利茨恩法典》在帝国的部分地区生效以后,政府并没有努力将其进一步引入全国,而是要求法律事务的宫廷委员会重新讨论该草案,以制定统一的民法典。《马蒂尼草案》(或者说是《西嘎利茨恩法典》)作为原始草案,成为讨论的基础。^⑤ 蔡勒(Franz von Zeiler)是新委员会的负责人,委员会的重要成员包括哈恩(Haan)和索能菲尔斯(Sonnenfels)^⑥,而马蒂尼则因为年龄原因没有作为该委员会的成员。蔡勒是维也纳大学的教授,作为马蒂尼的学生和后继者,他也是自然法的追随者。^⑦

《马蒂尼草案》首先被寄送给十四个机构征求意见,包括高级法院、各个地方的行政当局以及奥地利当时的四所大学的法律系,即维也纳大学、因斯布鲁克大学、布拉格大学和弗赖堡大学。因为政治上的原因,委员会的工作自1801年才真正开始。在前述机构所提意见的基础上,开始了法典的三读。^⑧ 在三读的过程中,蔡勒承担了主要的工作。1811年6月1日,《奥地利普通民法典》由皇帝批准,在奥地利所辖的所有地区颁行,并于1812年1月1日起生效。^⑨

(三)《奥地利普通民法典》的体例和基本内容

《奥地利普通民法典》共1502条,比此前颁布的《普鲁士一般邦法》和《法

① Koziol/Welser, a.a.O., S.10.

② Rainer, a.a.O., S.28.

③ Barta, a.a.O., S.32.

④ Rainer, a.a.O., S.30.

⑤ Schwimann, a.a.O., S.17.

⑥ Gschnitzer/Barta, a.a.O., S.16.

⑦ 参见[德]茨威格特、克茨前引书,240页。

⑧ Rainer, a.a.O., S.30. 1801年12月21日至1806年12月22日,是一读,共132次会议;1806年5月4日至1808年1月14日,是二读,共28次会议;1809年11月13日至1810年1月22日,是三读,共14次会议。参见Barta, a.a.O., S.32.

⑨ Koziol/Welser, a.a.O., S.10.

国民法典》都要简短。这种简洁也是法典编纂者公诸世人的一种追求。^①从总体结构来看,法典包括如下四个部分:

序编民法的一般规则,包括:民法的定义、法律生效时间(包括溯及力)、法律的解释、法律规范的其他形式等内容。

第一编人法,主要包括人的权利、婚姻法、父母子女关系、收养、未成年人和残疾人的监督和保护等。

第二编财产法,又分为两个分编:第一分编物权和第二分编对人的财产权。在第一分编物权中规定了占有、所有权、担保物权、役权、继承法和共有制度。而在第二分编对人的财产权中规定了合同的一般规则、有名合同(包括赠与合同、保管合同、使用借贷合同、消费借贷合同、委托合同、互易合同、买卖合同、租赁合同与永佃合同、雇佣合同与承揽合同、合伙合同、婚姻协议、射幸合同)和损害赔偿法。

第三编人法和财产法的共同规定,包括四个部分,分别为:权利义务的强化(包括保证、设立担保物权的合同)、权利和义务的变更(包括债的更新、和解除合同、债权转让、债务承担)、权利和义务的消灭(包括债的履行、债的抵销、债的抛弃、债的混同等)、消灭时效和取得时效。

从总体上来看,《奥地利普通民法典》采纳了盖尤斯的《法学阶梯》体系^②,只不过将盖尤斯的人、物和诉讼三编,修改为人法、财产法、人法和财产法的共同规定,又增加了一个序编。在《奥地利普通民法典》颁布之时,其是非常现代和前瞻性的法律。^③在外部结构和技术构造方面,其颇为清晰了和现代化,胜似《普鲁士一般邦法》。^④而在思想内容方面,虽然该法典颁布于封建帝制时代,但是,其以自然法的思想为指导,远远超越了那个时代,其不仅确立了天赋人权的思想,而且,明确地、有预见性地确立了个人自由和市民平等的原则。^⑤

(四) 马蒂尼和蔡勒与《奥地利普通民法典》

马蒂尼和他的学生蔡勒一同被视为《奥地利普通民法典》的创始人。^⑥这主要是因为两人在这一法典制定过程中的巨大贡献。不过,奥地利学者的最新研究认为,马蒂尼的贡献更大,应当被称为“《奥地利普通民法典》之父”。

① [德]茨威格特、克茨前引书,240页。

② Bydlinski, Allgemeiner Teil, 5 Aufl., Wien/New York 2010, S.6.

③ Koziol/Welser, a.a.O., S.10.

④ [德]茨威格特、克茨前引书,245页。

⑤ Schwimann, a.a.O., S.17.

⑥ 参见[德]茨威格特、克茨前引书,240页。

在豪尔滕领导的委员会中,马蒂尼就已经是其成员之一,后来,其又独自完成了《马蒂尼草案》,这一草案成为《奥地利普通民法典》的原始草案。从内容上来看,《奥地利普通民法典》在很大程度上受益于马蒂尼。可以说,正是马蒂尼在法典编纂方面的长期努力,为后来《奥地利普通民法典》奠定了高质量基础。有学者甚至认为,从数量的角度来看,《奥地利普通民法典》百分之八十到九十的条文来自于马蒂尼。而从质量的角度来看,几乎该法典的所有关键点都来自马蒂尼。^①虽然这一论断在一定程度上抹杀了马蒂尼之前的法典制定参与者的贡献,但也说明了马蒂尼个人贡献的受认可程度。具体来说,马蒂尼的贡献主要有以下四个方面:

其一,在思想内容方面。马蒂尼是自然法学者。因此,其起草的《马蒂尼草案》深受自然法(包括理性法)的影响。最典型的表现就是最后的《奥地利普通民法典》第7条和第16条规定中。第7条确立了法官可以依据“自然的法律原则”进行漏洞填补,而第16条则确立了自然人都可以因理性而获得天赋的权利。^②

其二,在立法技术方面。马蒂尼认为,在立法过程中,规范的适当一般化和规范的适当具体化的意义,并放弃了《普鲁士一般邦法》中决疑论的做法。因此,他被认为是现代的、“一般化”立法技术的开创者。^③

其三,在法律解释方面。马蒂尼是现代的法律漏洞填补制度的开创者,其明确了法律适用的顺序,即从法律到类推再到自然的法律原则。而在1794年的《普鲁士一般邦法》中,漏洞填补的权力仍然被交给了法律委员会,而不是法官。^④

其四,在法律语言方面。马蒂尼认为,法律应当清晰而简短,就如同上帝的十条禁令一样。^⑤这源于其“民法典”的构想,该构想的核心是以人民作为规范的受众。法典的制定不仅要考虑受过训练的法律人,而且要考虑所有的民众,包括不能读和写,但拥有天然的理解力和记忆力的民众。因此,法典应当清晰、简单、附有例子和说明。^⑥另外,马蒂尼也是德语法律语言的真正的创造者。^⑦

《奥地利普通民法典》的另一位创始人是蔡勒,在该法典三读期间,蔡勒

① Barta, a.a.O.,S.28.

② Gschnitzer/Barta, a.a.O.,S.17.

③ Barta, a.a.O.,S.28f.

④ Barta, a.a.O.,S.29.

⑤ Rainer, a.a.O.,S.29.

⑥ Barta, a.a.O.,S.28.

⑦ Rainer, a.a.O.,S.30.

都是委员会的负责人,并且承担主要的工作。因为其是马蒂尼的学生,而且也是自然法学者。所以,其在完成该法典的最终草案的过程中,仍然贯彻了自然法的思想。但是,他脱离了理性法学说那种没有血肉和理论上的公式化,寻求以折衷的方式促进自然理性与奥地利社会条件的经验主义现实性相结合。^① 蔡勒认为,法律应当按照其内在和外在的质量进行评价。内在质量的原则性标准是正义,这可以从两个方面加以认识,即市民的平等和市民的自由。^② 正是基于这一观点,其排除了晚期专制制度下的社会等级划分,在法典中有预见性地确立了个人自由和市民平等的原则。^③ 而就法律的外在质量而言,其认为,法律应当具有完整性,即可以适用于实际发生的所有案件。因此,法律中就应当确立一般性的概念和规则,并且允许法官借助于立法本身的最根本的源泉来填补漏洞。^④ 所以,在法典最终的草案中,蔡勒坚持了马蒂尼已经确立的法律解释原则,并最终成为该法典第7条的规定。

从法典的思想内容来看,蔡勒并没有太多的贡献,而主要是坚持了《马蒂尼草案》中的思想。但是,当时的奥地利正处于梅特涅当政时期,统治者日益专制和倒退,在此背景下,蔡勒可以将马蒂尼的思想保存下来,几乎就是一个奇迹。^⑤

在法律语言方面,蔡勒和马蒂尼一样,都是简短和抽象的表述的捍卫者。^⑥ 因此,《奥地利普通民法典》的语言具有简洁、通俗、亲民等特点。另外,蔡勒有意识地采“抽象的表述”的做法,努力以简洁的表述确立一般的法律原则,使得该法具有较大的灵活性。这使得通过司法实践和法学学术进行法的续造成为可能,从而使得法典持续地保持其生命力。^⑦

二、《奥地利普通民法典》的发展

《奥地利普通民法典》颁布至今已逾两百年,在这一漫长的历史过程中,该法典一直保持其效力。而且,时至今日,奥地利民法的核心部分仍然是《奥地利普通民法典》。^⑧ 不过,据学者统计,截止到2011年2月14日,该法典最初文本中的1502条中仅有861条没有被修改过,而其余的多于40%的条文都

① [德]茨威格特、克茨前引书,240页。

② Zeiller, Grundsätze der Gesetzgebung, Frankfurt a. M. 1944, S.10ff.

③ Schwimann, a.a.O., S.17.

④ Rainer, a.a.O., S.32f.

⑤ Rainer, a.a.O., S.32.

⑥ Rainer, a.a.O., S.32.

⑦ Hoke, a.a.O., S.274.

⑧ Bydlinski, a.a.O., S.5.

已经被修改过。^①可见,在过去的两百年内,该法典也随着时代的脚步不断发生变化,以适应于变迁中的社会。为阐述清晰,译者拟将其分为三个历史时期,分别予以论述。

(一) 1812年至1938年

在民法典颁布后的一百年内,几乎没有对其进行修改,其从属性法律也仅有几部,如1871年的《强制公证法》和1896年的《紧急通行法》。^②但是,成文法的滞后性也意味着,其必须适应新的社会需要进行修改。所以,在19世纪80年代,要求修改《奥地利普通民法典》的呼声越来越高。这一方面是因为在德国、瑞士和匈牙利正在进行着的法典化运动;另一方面是因为奥地利的民法典应当适应即将来临的工业化时代的技术的、经济的和社会的变迁。^③当时,尤其需要改革的是,妇女和非婚生子女的法律地位、在新雇佣法中雇主和雇员之间的利益补偿,以及居住的问题。^④

1904年,奥地利著名学者昂格尔(Unger)教授提出,应当修改《奥地利普通民法典》。^⑤这一建议受到官方的重视。1907年,在司法部部长克莱恩(Franz Klein)的主持下,在约瑟夫·谢(Josef Schey)的具体负责下,司法部向上议院提交了一份修改法典的建议。最初的民法典修正草案只有86条,但在审议的过程中增加到273条。1912年12月19日,该草案被提交上议院的全体会议审议通过。但是,后来政府决定将该草案以三个修正案(drei Teil-Novellen)的形式,通过皇帝命令的形式发布。^⑥这就是在《奥地利普通民法典》发展史上非常重要的1914年、1915年和1916年三个修正案。

1914年的第一个修正案,涉及人法、家庭法和监护法,以及法定继承;1915年的修正案修改了边界调整法;1916年的修正案是最重要的,其包括了物权法和债权法以及一些人法的规定。在三个修正案通过之后,总共有51个新的条文被加入,而旧的条文中至少有199个条文被修改。在人法、家庭法和监护法中,死亡宣告被适当修改。而且,妇女、非婚生子女、非婚生子女的母亲的法律地位得到改善。在继承法中,婚生的血亲的法定继承权受到限制,而在配偶的继承权方面,其原来享有对遗产的用益权被完全的所有权所取代,配偶

^① Ogris, Das ABGB innerhalb und außerhalb Österreichs, in: Geistlinger/Harrer/Mosler/Rainer (Hrsg.), 200 Jahre ABGB-Ausstrahlungen, Wien 2011, S.4f.

^② Schwimann, a.a.O., S.18.

^③ H.Hofmeister(Hrsg.), Kodifikation als Mittel der Politik, Wien 1986, S.49ff.

^④ Ogris, a.a.O., S.12.

^⑤ Gschnitzer/Barta, a.a.O., S.25.

^⑥ Ogris, D a.a.O., S.13f.

的继承份额按照其究竟是与其子女一起继承,还是与其他亲属一起继承予以确定。在物权法中,相邻关系、不动产抵押贷款等制度被引入,以为工商企业提供必要的自由。在债法中,修改涉及法律行为制度的一般规定,以及瑕疵担保和损害赔偿。在社会的政治方面尤其具有意义的是雇佣合同的改革,现在规定的工资支付时间、雇员非因过错而无法提供劳务时的继续支付工资、雇佣合同的终止期限、雇主的照料义务,都进入了法律规定。^①

从内容上看,三个修正案深刻地受到《德国民法典》的影响。此外,《瑞士民法典》(包括《瑞士债务法》)的准备工作、《奥地利商法典》的规定(包括1861年的《普通商法典》和1897年的《商法典》),以及1900年的《匈牙利民法典草案》,也是修法过程中参考的对象。^②

(二) 1938年至1945年

1938年,奥地利被德国吞并,成为纳粹德国的“东区”,从而进入了纳粹占领时期。《奥地利普通民法典》面临是否可以继续存在的危机。不过,幸运的是,在1938年至1945年期间,《奥地利普通民法典》总体上继续适用。^③原因主要有两个方面:其一,位于慕尼黑的德国法学会着手起草一部国家社会主义思想指导下的民法典,如果这部民法典通过,不仅《德国民法典》不再适用,《奥地利普通民法典》也不再适用。^④而这部民法典最终没有成为现实。其二,当时的掌权者认为,《奥地利普通民法典》没有《德国民法典》那么自由主义和个人主义,所以,不应当以《德国民法典》取而代之。^⑤

在纳粹时期,两部重要的特别法被颁行,它们深刻影响了《奥地利普通民法典》。一部是1938年7月31日的《关于订立遗嘱和订立继承合同的法》,另一部是1938年7月6日的《结婚法和离婚法的统一化法》,也称为《婚姻法》。“二战”之后,1938年的《婚姻法》被去纳粹化,同时也经过了小的修改(如在婚姻障碍领域),其目前仍然有效。^⑥另外,在纳粹时期,奥地利的司法实践和法学研究受到一定的影响,一般条款成为国家社会主义思想进入奥地利民法的突破口。^⑦

① Ogris, a.a.O., S.14.

② Ogris, a.a.O., S.14.

③ Schwimann, a.a.O., S.18.

④ Ogris, a.a.O., S.17.

⑤ E. Kodek, 200 Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, in: E. Kodek (Hrsg.), 200 Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch und Europäisches Vertragsrecht, Wien 2012, S.24.

⑥ Ogris, a.a.O., S.18.

⑦ Floßmann, a.a.O., S.16.

(三) 1945年至今

1945年,奥地利获得解放,并建立第二共和国。正所谓“法律是社会的一面镜子”,在“二战”之后,奥地利的政治、经济和社会各个方面发生了巨大变化,包括民主政治的发展、工商业的发展、加入欧共体和欧盟等。这些都推动了《奥地利普通民法典》的修改、变化和完善。具体来说,三个方面的直接原因推动了该法典的发展:

其一,现代社会的需求。在现代社会中,科学、技术、信息等各个方面的发展,都要求法律作出相应的回应。正是这一社会需求,不仅使得《奥地利普通民法典》本身被修改、被完善。而且,使得作为法典的从属性法律的大量特别法得以诞生。例如,因应原子技术的运用、基因技术的发展等,于1994年制定了《基因技术法》,1999年制定了《原子责任法》。

其二,新的社会思潮。随着现代社会的发展,新的社会思潮不断涌现,如消费者保护、劳动者保护、动物保护、同性婚姻等,这都使得法律不得不积极予以回应。例如,1979年的《消费者保护法》、1999年的《远程销售法》等都是为了保护消费者而专门制定的法律。

其三,转化欧盟指令。1995年,奥地利加入欧盟。从此,欧盟指令等欧盟的法律对于奥地利产生了深远影响,欧盟指令的转化往往是通过制定或增补从属性法律的形式来实现。例如,《分时使用法》、《远程销售法》、《签名法》、《人口控制法》、《电子商务法》、《远程金融服务法》等,都是为了转化欧盟的指令而颁布的。^①在很少数的情况下,也会直接修改民法典本身。例如,民法典之中的瑕疵担保责任法(第922条以下)的修改,就是为了转化欧盟关于消费物品买卖的指令。^②

因为上述原因,《奥地利普通民法典》在新的历史时期发生了较大的变化,这体现在两个方面:

其一,通过直接修改民法典的形式,使得民法典被增订、废止或修改。1945年以后,《奥地利普通民法典》本身在很大程度上被修正,发生了巨大变化。其中变化最大、最广泛的领域包括:一是人法和亲属法,主要体现在子女身分、婚姻效果、已登记的生活伴侣、管理人、保佐人和姓名等方面。二是物权法,主要包括所有权区分的废止、拾得物、相邻关系等。三是给付障碍法,尤其是履行迟延和瑕疵担保制度。四是损害赔偿法,包括产品责任、道路责任、患

^① Schwimann, a.a.O., S.18.

^② Bydlinski, a.a.O., S.5.

者处分等。五是继承法,主要体现在应继份、特留份和遗嘱等方面。^①此外,2001年,在司法部的召集之下,奥地利损害赔偿法草案起草委员会成立。2005年,该委员会完成初稿。^②可以预见,民法典之中损害赔偿法的重大修改,会在不久的将来完成。

其二,通过制定具有从属性的特别法的形式,既使得民法典的规定真正贯彻,也在一定程度上使得民法典被架空。1945年以后,出于对民法典的崇敬,民事法律的改革在很长时间内都仅通过特别法的形式进行,使得民法典也逐渐被架空。^③例如,奥地利目前制定了很多劳动法领域的特别法。因此,使得民法典之中的雇佣合同制度在很大程度上失去了其适用的领域。^④迄今为止,奥地利颁行的作为民法典的从属性法律的特别法有数十部之多,内容涉及婚姻、父母子女关系、未成年人保护、死亡宣告、继承、地上权、不动产登记、租赁、住宅所有权、消费者保护、电子商务、劳动者保护、国家赔偿、产品责任、原子责任、基因技术等诸多方面。^⑤

① Schwimann, a.a.O., S.18.

② 参见[奥]库齐奥:“《奥地利损害赔偿法草案》中的严格责任”,张玉东译,载《朝阳法律评论》第五辑。该草案的德文版本也已经出版,参见 Griss/Kathrein/Koziol (Hrsg.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, Wien/New York 2006.

③ Ogris, a.a.O., S.18.

④ Koziol/Welser, a.a.O., S.11.

⑤ 据学者统计,民法典的从属性法律可以归纳为四个大类:其一,人法和亲属法方面,包括:1983年的《管理人法》(SachwalterG)、1983年的《婚姻状况法》(PersonenstandsG)、1985年的《宗教上的子女教育法》(Gesetz über religiöse Kindererziehung)、1985《抚养费预支法》(UnterhaltsvorschußG)、1985年的《抚养保护法》(UnterhaltsschutzG)、1988年的《姓名变更法》(NamensänderungsG)、1989年的《青少年福利法》(JugendwohlfahrtsG)、1992年的《人工辅助生殖法》(FortpflanzungsmedizinG)、1993年的《私的基金会法》(PrivatstiftungsG)、2002年的《社团法》(VereinsG)。其二,继承法方面,包括:1950年的《死亡宣告法》(TodeserklärungsG)、1958年的《单独继承人法》(AnerbenG)。其三,物权法方面,包括:1912年的《地上权法》(BaurechtsG)、1954年的《铁路没收补偿法》(EisenbahnteignungsentschädigungsG)、1955年的《不动产登记法》(GrundbuchsG)、1969年的《土地用益租赁法》(LandpachtG)、1999年的《矿产原料法》(MineralrohstoffG)、2002年的《住宅所有权法》(WohnungseigentumsG)。其四,债法方面,包括:1949年的《暴利法》(WucherG)、1979年的《消费者保护法》(KonsumentenschutzG)、1996年的《经纪人法》(MaklerG)、1997年的《分时使用法》(TeilzeitungnutzungsG)、1997年的《开发中房地产的买卖合同法》(BauträgervertragsG)、1999年的《远程销售法》(FernabsatzG)、1999年的《签名法》(SignaturG)、1999年的《转账法》(überweisungsG)、2000年的《人口控制法》(ZugangskontrollG)、2001年的《电子商务法》(E-Commerce-G)、2001年的《电子货币法》(E-Geld-G)、2004年的《远程金融服务法》(Fern-FinanzdienstleistungsG)、劳动法方面的特别法、1981年的《租赁权法》(MietrechtsG)以及其他租赁法方面的特别法,还有损害赔偿法方面的特别法,如1959年的《铁路和机动车责任法》(Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz)、1965年的《受雇人责任法》(Diensnehmerhaftpflichtgesetz)、1949年的《国家赔偿法》(AmtshaftungsG)、1967年的《机关责任法》(Organhaftpflichtgesetz)、1988年的《产品责任法》(Produkt haftungsG)、1994年的《基因技术法》(GentechnikG)、1999年的《原子责任法》(Atomhaftpflichtgesetz)。参见 Schwimann, a.a.O., S.18.

三、《奥地利普通民法典》的基本特点

正如德国著名比较法学者茨威格特和克茨教授所指出的,“在三部主要的自然法的法典编纂中,《奥地利民法典》与《法国民法典》和《普鲁士一般邦法》一样亦具有其独特的特征和本身的风格。”^①下面拟从四个方面阐述该法典的基本特点。

(一) 浓厚的自然法色彩

自然法是发端于古希腊的一种法学思潮。^②自然法认为,法律并非是人类任意制定的规则,它以人的社会本性为基础,或者说是因人的理性而被确定下来的规则。^③自然法表现了人们对于普遍有效的、永恒不变的人类共同生活的法的探求。自然法是超越国家,也不以人类的立法活动和法律形式为基础的。^④理性法是自然法的晚期发展阶段^⑤,或者说,只不过是自然法这一世界观的小小历史切面。理性法认为,人类借助于其理性,可以认识到自然的法秩序;法律规范的效力并非来自于习惯或权威,而是因为其是理性的。^⑥从总体上来看,自然法思想经历了一个重要的变迁过程。早期的自然法学者,如亚里士多德认为,自然法的规则是永恒的、不变的。但是,自18世纪中叶开始,这一观点开始发生变化,重要的代表人物是孟德斯鸠。其著有《论法的精神》,主张立法的环境论。其认为,立法者必须考虑其自己国家的特点,包括土地、人民、历史、地理、气候等。^⑦

《奥地利普通民法典》制定的时期,正是自然法风行之时,其受到自然法的深远影响。该法典的两个创始人都信奉自然法思想。马蒂尼认为,国家所制定和适用的实证法,是来自于超实证的自然法。另外,其还受到孟德斯鸠思想的影响,将立法的环境论作为法典起草的基础。^⑧而法典的另一位创始人蔡勒秉持与其老师同样的法理念,在蔡勒于1808年给皇帝的最终法典草案文本中,其附加了一个附件,强调了法典的基本思想和基本原则。^⑨其明确地提出,“法律立足于普遍而永恒的原则和平等的理性原则”,“然而每个国家毕竟

① [德]茨威格特、克茨前引书,238页。

② 参见何勤华:《西方法学史》,6~7页,北京,中国政法大学出版社,1996。

③ Barta, a.a.O., S.26.

④ Floßmann, a.a.O., S.12.

⑤ Barta, a.a.O., S.26.

⑥ Floßmann, a.a.O., S.12.

⑦ Barta, a.a.O., S.26.

⑧ Barta, a.a.O., S.26.

⑨ Rainer, a.a.O., S.33.

需要本国民族固有的法律的特定条件……气候、资源、商业、通行的交往方式,居民的诚实与不诚实,都对法律形式和各种不同类型的法律行为,对遗嘱、契约、担保及损害赔偿法等有无可否认的影响。”^①

从制度和规则的层面来看,自然法的影响体现在《奥地利普通民法典》的诸多方面,主要包括:其一,对自由和人的尊严的强调。这被认为是自然法在该法典中所取得的重要成就之一。^②其二,以自然的法律原则填补法律漏洞。该法典第7条明确了法律适用的顺序,依次为依据法律规定、类推和自然的法律原则。其三,对于天赋权利的宣示。^③该法典第16条明确规定,每个人“生来就因理性而获得天赋的权利”。其四,“财产”和“所有权”的概念。该法典第285条采宽泛的“财产”的概念,第354条也依据自然法的理念界定了“所有权”的概念,这些都充分体现了自然法的思想。其五,要约人受其要约的拘束、默示的意思表示等合同法规则。^④另外,原法典第866条和第1009条的规定也源自自然法,这些规则后来被耶林运用,发展出了缔约过失责任制度。^⑤其六,损害赔偿法中的过错责任原则和过错责任一般条款。受自然法的明显影响,该法典规避了罗马私法诉讼的繁复多样,在第1295条设立了一个统一适用于契约责任和侵权责任的一般条款,并确立了过错责任原则。^⑥其七,奥地利法律语言的发展。自然法思想还促进了奥地利法律语言的发展。法典的编撰者希望统一奥地利的法律语言,并尽可能减少拉丁语的运用。^⑦这最终推动了德语法律语言的形成和发展,马蒂尼也因此被认为是德语法律语言的真正的创造者。

(二) 罗马法的深刻影响

早在1753年,特雷西娅女皇任命“宫廷汇编委员会”的谕旨中就已经明确了,应当借鉴罗马普通法。在后来的法典编纂过程中,这一立法指导思想一直被遵循。事实上,罗马法的影响往往被认为太过深远。所以,在女皇要求修改《特雷西娅法典》时确立了一项原则,即“法律本身不应受罗马法束缚,而要

① [德]茨威格特、克茨前引书,第240页。

② 过去人们一直认为,自由和人的尊严强调的是法国大革命、康德哲学和《普鲁士一般邦法》的成果。但是,最新的研究表明,《奥地利普通民法典》中确立这一原则比前三者都更早。参见 Barta/Palme/Ingenhaeff(Hrsg.), *Naturrecht und Privatrechtskodifikation*, Wien 1999, S.357.

③ Gschnitzer/Barta, a.a.O., S.17.

④ E.Kodek, a.a.O., S.21.

⑤ Gschnitzer/Barta, a.a.O., S.17.

⑥ [德]茨威格特、克茨前引书,247页。

⑦ E.Kodek, a.a.O., S.20f.

处处以自然公平正义为基础”^①。罗马法对《奥地利普通民法典》产生了重大影响,主要有两个原因:其一,罗马普通法被认为是“被书写的理性”(ratio scripta),属于自然法的范畴。^②其二,奥地利与罗马帝国的特殊关系,使得罗马法可以直接对该法典产生影响。

罗马法对于《奥地利普通民法典》的影响是全面的,甚至有学者认为,该法典的大部分内容来自于罗马普通法。^③罗马法的影响首先表现在法定的体例上,即采盖尤斯的法学阶梯体系,只是在“人、物、诉讼”的三编制基础上略作改变而已。

就具体制度和规则而言,罗马法的影响主要体现在物权法和债权法领域。就物权法而言,其首先体现为以罗马法上的“交付”(traditio)为基础确立了交付原则(Prinzip der kausalen Tradition,大概相当于债权形式主义)。而且,这是有意识的决定,与自然法中的合意原则(Konsensprinzip,大概相当于债权意思主义)完全不同。^④另外,在诸多的具体制度和规则中,也都借鉴了罗马法。例如,第309条确立的持有和占有的区分,就直接继受于罗马法^⑤;再如,第359条和第360条借鉴中世纪的注释法学派的学说,确立了所有权的区分理论,即区分上位所有权(实体所有权)和下位所有权(用益所有权),这使得在法律上解释封建的领主土地制度成为可能。^⑥此外,役权的诸多规则也都来自于罗马法。

就债法而言,罗马法的影响也非常明显。就合同类型而言,罗马法上诸多常见的合同类型都在《奥地利普通民法典》中被保留下来。而古老的合同形式,如实践合同(如借款合同、保管合同)等,也都被继受。^⑦

(三) 开创性的法典

美国著名学者庞德在评价《奥地利普通民法典》时说,“这是一部具有独创性的法律,因为它没有抄录任何其他法律。”^⑧这一评价可能未必完全准确,因为该法典也是借鉴了其他国家的法律而制定的。例如,其财产法在较大程度上来自《普鲁士一般邦法》。^⑨但是,庞德对于该法典开创性贡献的肯定,

① [德]茨威格特、克茨前引书,239页。

② Barta, a.a.O.,S.25.

③ Barta, a.a.O.,S.25.

④ E.Kodek, a.a.O.,S.19.

⑤ Gschnitzer/Barta, a.a.O.,S.17.

⑥ E.Kodek, a.a.O.,S.20.

⑦ E.Kodek, a.a.O.,S.19f.

⑧ [美]庞德:《法典编纂的源流考察》,汪全胜译,载何勤华主编:《20世纪外国国民商法的变革》,北京,法律出版社,2004。

⑨ Gschnitzer/Barta, a.a.O.,S.17.

的确值得赞同。因为在借鉴的基础上,该法典也作出了诸多的开创性贡献。

《奥地利普通民法典》究竟有多少开创性贡献,这需要从法制史方面作深入的研究,就目前奥地利学者的总结来看,至少在如下方面该法典具有开创性:其一,“一般化”立法技术。^①该法典放弃了《普鲁士一般邦法》中的决疑论的做法,而开创性地采取了一般化的立法技术,通过有意识地适用抽象的概念和规则,使得法律具有较大的适应性。其二,法律解释规则。该法典确立了法律适用中的规则,即从法律到类推再到自然的法律原则。这就在法律解释方面给予了法官很大的自由,比此前的法律有很大的进步。可以说,正是借助于法官的解释,使得在后来的两百多年的时间里,尽管经济和社会条件发生了完全的改变,该法典也可以继续适用。^②其三,法律行为制度中错误规则(第871条以下)。一般认为,这一规则来自马蒂尼,是原创的和勇敢的。^③而且,该规则一方面保护了表意人;另一方面保护了相对人,实现了利益的平衡。

(四) 国际化的法典

自《奥地利普通民法典》颁布之时,其就被认为是一部国际化的法典。这主要基于法典起草者的工作方式。该法典的起草以罗马普通法为基础,借鉴了国外的法律。^④在1753年,特雷西娅女皇任命“宫廷汇编委员会”时,就在其诏谕中指出,“普通法及其最出色的著述及别国之法律均当尽其利用”^⑤。在后来的法典编纂中,一直贯彻了这一要求。1808年,蔡勒在与其提交的法典最终草案文本一同提交的附件中,专门阐述了该法典与其他法律的比较,包括罗马法、《普鲁士一般邦法》、《法国民法典》以及俄罗斯起草民法典的尝试。^⑥这表明,《奥地利普通民法典》是以广泛的比较和借鉴为基础的。例如,在该法典中确立的物上负担(Reallast)以及以“以手护手”原则为基础的善意取得制度,都是来自于德国法的制度。^⑦此外,《奥地利普通民法典》在后来发展完善过程中,其也是广泛地参考借鉴其他国家的经验。例如,1914年至1916年的三个法典修正案深刻地受到《德国民法典》的影响,《瑞士民法典》(包括《瑞士债务法》)的准备工作、1900年的《匈牙利民法典草案》,也是修法过程中参考的对象。^⑧

① Barta, a.a.O., S.29.

② E.Kodek, a.a.O., S.26.

③ Barta, a.a.O., S.28.

④ E.Kodek, a.a.O., S.30.

⑤ 参见[德]茨威格特、克茨前引书,239页。

⑥ Rainer, a.a.O., S.33.

⑦ E.Kodek, a.a.O., S.18.

⑧ Ogris, a.a.O., S.14.

《奥地利普通民法典》之所以被认为是一部国际化的法典,还因为其在空间上的适用范围。^①在19世纪,该法典在非德语的奥匈帝国中的几个重要地区施行,如克罗地亚、斯洛文尼亚以及波斯尼亚和黑塞哥维那等。在1918年,奥匈帝国解体时,该法典仍旧在波兰、南斯拉夫和捷克斯洛伐克继续实施,直到第二次世界大战以后才被那里的社会主义国家的新民法典所取代。^②虽然与《德国民法典》、《法国民法典》相比,《奥地利普通民法典》相形见绌,但是,其毕竟也在一定程度上产生了国际影响力。而且,该法典的国际影响力较小,主要原因并非法典本身的质量。^③

四、《奥地利普通民法典》在我国的意义

《奥地利普通民法典》的意义是多方面的,从法制史的角度考虑,作为一部承前启后的重要法典,《奥地利普通民法典》具有十分重要的价值,涉及自然法时期的法典编纂、罗马法的发展、奥匈帝国解体之后各个国家的法律变迁、民事立法技术的发展、法律解释理论的历史发展、诸多民事法律制度的形成与发展、德语法律语言的形成和发展等诸多方面。例如,就合同而言,在1811年的法典文本中包含了一般性的瑕疵担保的规定。而且,在最初文本中还确立了如下规则,包括:物的瑕疵和权利瑕疵同等视之、不以过错为要件解除合同的可能性、合同解除和损害赔偿的并存、损害赔偿和瑕疵担保的竞合等。^④如果研究合同的历史发展,显然不可能回避《奥地利普通民法典》。另外,从我国民法的立法论和解释论层面而言,该法典也具有重要价值,下面分别予以论述。

(一)《奥地利普通民法典》在立法论上的意义

在我国民法典创制的大背景下,《奥地利普通民法典》的研究在立法论层面具有重要意义,主要表现为:

其一,价值理念。奥地利民法典中所包含的个人自由、市民平等、天赋人权等思想,都已经成为普遍认可的民法价值理念。尤其是在其最初文本中就已经体现出的强调“人的尊严”的思想^⑤,对于我们的民法典也具有重要的借

① E.Kodek, a.a.O.,S.30.

② 参见[德]茨威格特、克茨前引书,249页。更详细的介绍,可参见Ogris, a.a.O.,S.1ff.

③ 详细的原因分析,参见[德]茨威格特、克茨前引书,248~249页;也可参见Ogris, Das ABGB innerhalb und außerhalb. Österreichs, in: Geistlinger/Harrer/Mosler/Rainer (Hrsg.), 200 Jahre ABGB-Ausstrahlungen, Wien 2011, S.21f.

④ E.Kodek, a.a.O.,S.29.

⑤ Barta/Palme/Ingenhaeff(Hrsg.), a.a.O.,S.357.

鉴价值。而随着时代的发展,《奥地利普通民法典》之中也逐渐融入了一些新的价值理念,如消费者保护(第1336条)、动物保护(第285a条、第1332a条)等。我国民法典起草中,应当考虑的是,新的价值理念是否仅仅在特别法中体现,还是一并整合进入民法典之中?

其二,制度规则。奥地利民法典对于我国的最重要价值应当体现在制度和规则层面。《奥地利普通民法典》之中不仅有各国民法上共同的制度(如担保物权制度、履行障碍法、有名合同的规则、继承制度等),而且,有其比较特殊的制度,如法律解释规则(第7条)、被照顾人金钱的管理规则(第230条以下)、详尽的遗赠制度(第647条以下)、短少逾半规则(第934条)、寄养父母制度(第186条和第186a条)、区分过错程度的损害赔偿(第1324条),等等。这些制度都可以作为我国民法典制定过程中的重要参考。尤其是,在历史发展过程中,该法典积极应对新的社会发展,发展出若干新的规则,如人工辅助生殖方面的规则(第138d条、第157条)、预防性代理权(第284f条以下)、患者处分(第268条)、已登记的生活伴侣的规则(第537a条)等,这些也是我国民法典制定中面临的新问题,如何在民法典之中予以规范,也可以借鉴奥地利的经验。

其三,立法技术。《奥地利普通民法典》之父马蒂尼教授就曾提出,在立法过程中,应当注重规范的适当一般化和规范的适当的具体化的意义。并且,其立法者有意识地适用抽象的概念和一般性规定,使得该法典能够具有适应性,这也是该法典能够长期适用的关键因素之一。在我国民法典制定过程中,也应当如同奥地利民法典一样继续运用此种立法技术。另外,马蒂尼还提出了“人民法典”的构想。“人民法典”的构想,以人民作为规范的受众。其认为,法典应当清晰、简单、附有例子和说明。因此,该法典的语言具有通俗、简洁、亲民的特点。^①这与《德国民法典》冷峻的语言风格有所不同。在我国民法典的制定中,在保证规范的科学性的基础上,应当借鉴奥地利民法典的做法,尽可能地使法律语言保持通俗、简洁与亲民。

(二)《奥地利普通民法典》在解释论上的意义

在解释论层面上,《奥地利普通民法典》也具有重要的参考价值,主要表现为:

其一,《奥地利普通民法典》之中诸多详尽的规则,可以成为我国法律解释的比较法素材。虽然该法典仅有1502条,但是,在诸多的制度方面,其规定十分详尽,如被照顾人金钱的管理规则(第230条以下)、遗赠的规则(第647条以下)、特殊类型的买卖合同(第1067条以下)。有时甚至被学者批评为具

^① Schwimann, a.a.O., S.17.

有决疑论的风格。^① 这些规定都可以作为我国法律解释的借鉴。以遗赠制度为例,该法典第647条至第694条对其作出了非常详细的规定,内容涉及遗赠的方式、遗赠债务的履行、遗赠中的取代、遗赠的客体、遗赠的一般解释规则、种类物的遗赠、特定物的遗赠、他人财产的遗赠、债权的遗赠、遗赠财产的交付时间、受遗赠人获得担保的权利、无人主张的遗赠财产的归属、遗产被全部遗赠时继承人的权利、负担超过遗产等诸多方面的内容,这些规定对于我国继承法上遗赠制度的理解与适用具有重要的参考价值。

其二,被我国继受的《奥地利普通民法典》的规则,更应作为我国法律解释的借鉴。因为我国长期以来比较关注德国、法国、美国和日本等重要国家的法律,所以,奥地利民法的继受并非重点。而且,我国缺乏立法说明制度,所以,究竟《奥地利普通民法典》中哪些规则被继受,也不甚清楚。但是,可以比较确定的是,至少该法典第425条等之中体现的交付原则大概相当于债权形式主义。^② 因为债权形式主义物权变动模式,对于整个民法的制度和理论会发生体系性影响,所以,深入研究奥地利法上的交付原则,具有十分重要的意义。

其三,我国继受的诸多比较法上共同性规则的解释,也可以参考奥地利民法。在比较法上,不少规则是具有共通性的,即便是通过其他国家的立法被借鉴。因为奥地利民法典上有相同或类似的制度,所以,奥地利民法也可以作为法律解释的素材。例如,赠与合同中赠与人的穷困抗辩(第947条)和因受赠人忘恩行为而撤回赠与合同(第948条和第949条),在我国《合同法》中也有类似规定,虽然无法明确我国法上该制度就是借鉴奥地利民法的结果,但是,因为这是比较法上常见的规则,所以,奥地利民法也可以作为我国法律解释的参考。

当然,《奥地利普通民法典》并非完美的民法典,体例上的过时和内容上的漏洞,如融资租赁、物上负担等的缺失是其最主要的缺陷。^③ 但是,总体而言,《奥地利普通民法典》在法制史和比较法上都具有重要地位,而且,对于我国民事立法和民法学具有重要价值。比较遗憾的是,我国学界对于《奥地利普通民法典》的研究还有较大的深入空间。译者希望,能够有更多的学者来关注《奥地利普通民法典》,关注奥地利民法,进一步推动该领域的研究。这不仅是中奥法学交流的需要,更是我国民法学繁荣发展的需要。

周友军

于德国图宾根

^① E.Kodek, a.a.O.,S.27.

^② 参见王轶:《物权变动论》,北京,中国人民大学出版社,2001。

^③ Posch, Das zweihundertjährige ABGB und das Europäische Vertragsrecht, ZEuP 2010, 50ff.

目 录

序编 民法的一般规则·····	1
第一编 人法·····	3
第一章 关于人的身份和人的关系的权利·····	3
第二章 婚姻法·····	6
第三章 父母与子女关系法·····	9
第四章 受托照顾人的照顾·····	31
第五章 管理、其他的法定代理和预防性代理权·····	39
第二编 财产法·····	47
财产法之第一分编 物权·····	51
第一章 占有·····	51
第二章 所有权·····	58
第三章 因先占而取得财产·····	62
第四章 因添附而取得财产·····	66
第五章 因交付而取得财产·····	69
第六章 担保物权·····	73
第七章 役权·····	79
第八章 继承权·····	89
第九章 遗嘱·····	92
第十章 候补继承人和后位继承中的受益权·····	99
第十一章 遗赠·····	102
第十二章 遗嘱的限制和撤销·····	110
第十三章 法定继承·····	115
第十四章 特留份以及特留份和应继份中的归扣·····	119
第十五章 遗产的占有·····	126
第十六章 所有权及其他物权的共有·····	131
财产法之第二分编 对人的财产权·····	136
第十七章 合同和法律行为的一般规则·····	136

奥地利普通民法典(2012年7月25日修改)

第十八章 赠与合同·····	154
第十九章 保管合同·····	158
第二十章 使用借贷合同·····	161
第二十一章 消费借贷合同·····	163
第二十二章 委托合同及其他类型的事务处理合同·····	165
第二十三章 互易合同·····	172
第二十四章 买卖合同·····	173
第二十五章 租赁合同和永佃合同·····	179
第二十六章 提供劳务的合同·····	186
第二十七章 关于财产共有的合同(合伙合同)·····	196
第二十八章 婚姻协议和对妆奁的请求权·····	203
第二十九章 射幸合同·····	207
第三十章 损害赔偿法·····	212
第三编 人法和财产法的共同规定·····	223
第一章 权利和义务的强化·····	223
第二章 权利和义务的变更·····	228
第三章 权利和义务的消灭·····	235
第四章 消灭时效和取得时效·····	242
译后记·····	252

序编 民法的一般规则

本译本是对 2012 年 7 月 25 日最后修改的《奥地利普通民法典》(ABGB) (Stand BGB1.I Nr.68/2012) 进行的翻译。

民法的定义

第 1 条

确定本国居民相互间私权利和义务之法律整体,构成民法。

第 2 条

法律一经正式公布,任何人均不因不知而免于适用。

法律生效时间

第 3 条

法律自公布时起发生法律效力,并产生相应的法律后果,但该公布的法律规定了推迟生效时间的除外。

第 4 条 (已废止)

第 5 条

法律不溯及既往,对此前已发生的行为和已取得的权利不产生影响。

法律的解释

第 6 条

在法律运用中,不能作出有别于其用语在相互联系中的原本含义以及立法者的明显意图之解释。

第 7 条

案件不能依法律的用语,亦不能依法律的自然含义作出判决的,应考虑通过参考其他法律为判决的类似情形和相关规定的目的。案件仍存有疑问的,应根据谨慎收集、充分考虑的个案情况,依自然的法律原则作出判决。

第 8 条

只有立法者有权对法律作出具有普遍约束力的解释。该解释应适用于未决的案件,但立法者明确声明以前已完成的行为和已主张的权利为客体的

案件不适用该解释的除外。

法律的效力期间

第9条

法律保持其效力,直到被立法者修改或明确地废除之时。

法律规范的其他形式,如:

a) 习惯

第10条

只有法律明文规定时,才可考虑习惯。

b) 省的法规

第11条

只有在本法典颁布以后经过国王明确确认的、个别省和国家行政区制定的法规,才具有法律效力。^①

c) 法院判决

第12条

法院就个案所作的判决和就某类诉讼所沿袭的观点,不具有法律效力,不得拓展适用于其他案件或个人。^②

d) 特权

第13条

个人或团体的特权与豁免应以与其他权利相同之方式决定,政治性法律有特别规定的除外。^③

民法的主要部分

第14条

本民法典中的规定包含了人法、财产法以及人法和财产法的共同规定三部分。

^① 因为奥地利联邦和州的立法权的问题,本条现在已经没有了规范对象。参见 P. Bydlinski in KBB, § 11 Rz 1.

^② 该条是此民法典中最为重要的规定之一。它排除了宪法中规定的“法律”的定义和遵循先例原则,确立了独立的“法律”的含义,从而消弭了法律的不同体制,正如“法律”不同于“衡平”的情形。

^③ 本条规定在今天已经没有意义。参见 P. Bydlinski in KBB, § 13 Rz 1. 另外,本条中“政治性法律”译自“die politischen Verordnungen”,另外本法中,还有另一个表达,即“die politischen Gesetze”。这两个词的含义大概相当于“公法”,通常包括宪法和行政法;但是,毕竟与公法的表达不同。最后,译者决定采潘汉典等翻译的德国学者茨威格特、克茨所著的《比较法总论》中的翻译。参见[德]茨威格特、克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,239页,北京,法律出版社,2003。

第一编 人 法

第一章 关于人的身份和人的关系的权利

人之权利

第 15 条

人之权利,部分涉及人的身份,部分涉及人与人的关系,部分涉及家庭关系。

I. 个人的权利:天赋的权利

第 16 条

每个(生物学意义上的)人均生来就因理性而获得天赋的权利,并据此被视为(法律上的)人。禁止奴隶制以及以此为依据的权力行使。

法律推定

第 17 条

天赋的自然权利应被认定是存在的,这对于此等权利而言是适当的,但证明法律对此等权利作出限制的除外。

取得的权利

第 18 条

在法律规定的条件下,任何人均有资格取得权利。

权利的保护

第 19 条

任何人认为自己的权利被侵害的,均有权向适当的法定机关提起诉讼。急于向此等机关请求救济的人应对随意运用其他救济方式或在遇有危险时采取超过正当防卫限度行为而产生的后果承担个人责任。

第 20 条

如果以国家元首作为当事人的法律行为涉及其私人所有权,或者涉及民

事法律中确立的财产取得方式,其也应当由司法机关依照法律进行判断。^①

II. 未成年人和其他行为能力受妨碍的人的权利

第 21 条

(1) 未成年人以及因其他原因而部分或全部地不能妥当处理自己的事务的人,受到法律的特别保护。

(2) 未成年人是不满十八周岁的人;不满十四周岁的人是处于儿童和少年阶段的未成年人。

第 22 条

胎儿自其受孕起受法律保护,涉及非属第三人的个人权利时视作既已出生,但就以活体出生为取得条件的权利,死产儿视作从未受孕。

第 23 条

对出生时是否为活体有疑问的,应推定为活体。提出相反主张的,应予以证明。

第 24 条和第 25 条(已废止)

IV. “精神上的人”的权利

第 26 条

依法成立的法人,依合同或目的以及可适用的特别规定确定其成员间的相互权利。依法成立的法人在与其他人的关系中,一般享有与自然人相同的权利。无论是对于法人成员,还是对于其他人,非法法人不享有权利,且不能获取权利。非法法人包括:政治性法律特别禁止存在的法人,以及明显危及安全、公共秩序或善良道德的法人。^②

第 27 条

乡镇的权力受公共行政管理机关限制的范围,由政治性法律予以规定。^③

V. 由国籍产生的权利

第 28 条

公民因本国国籍而充分享有民事权利。奥地利公民的子女因出生而拥有本国国籍。^④

第 29 条至第 32 条(已废止)

^① 本条规定已经实际上被废弃不用,参见 Koch in KBB, § 20 Rz 1.但其目前仍存在于法律文本之中,所以,译者仍然将其翻译出来。

^② 本民法典使用古语“精神上的人”取代现代的“法人”或“法律实体”,类似于法人实体。在本译本中古语的表达被保留。

^③ 本条中的“乡镇”译自德语“Gemeinde”,在奥地利民法典中其被理解为公法人,其他条文中的规定也基本上应如此理解。

^④ 本条第 2 句已经没有意义,因为其已经被奥地利《国籍法》(StbG)实质上废止。参见 Koch in KBB, § 28 Rz 1.

外国人的权利

第 33 条

外国人一般与本国公民享有同等的权利和承担同等的义务,但以法律无明确地要求具有本国公民资格为限。在有疑问之时,为享有与奥地利公民同等的权利,外国人应证明其国家就所争议的权利已给予奥地利公民同等待遇。

第 34 条至第 37 条 (已废止)

第 38 条

公使、代办及其服务人员根据国际公法和国际条约享有豁免权。

VI. 因宗教产生的人之权利

第 39 条

宗教的差异不影响私权利,但法律为某一目的有特别规定的除外。

VII. 因家庭关系产生的人之权利: 血亲、姻亲的家庭关系

第 40 条

家庭包括历代祖先及其所有的后裔。此等人之间的关系称“血亲关系”,而夫妻一方与另一方血亲之间的关系称“姻亲关系”。

第 41 条

两人之间的亲等依以下方式确定: 直系血亲由他们相差的辈数确定; 旁系血亲则从共同的祖先起算。与配偶一方所有的血亲的亲系与亲等, 即为其与配偶另一方的姻亲亲系与亲等。

第 42 条

本法所称的“父母”, 一般是指所有亲等的直系血亲尊亲属; 本法所称的“子女”, 一般是指所有亲等的直系血亲卑亲属。^①

VIII. 对姓名的保护

第 43 条

任何人因使用姓名的权利产生争议, 或任何人因他人未经授权使用其姓名(包括假名)遭受损害的, 均可诉求排除妨害, 侵权人有过错的, 受害人可请求损害赔偿。^②

^① 本条对于本法典中使用的术语“父母”和“子女”进行了定义, 所以, “父母”包括祖父母、曾祖父母、高祖父母等, “子女”也包括孙子女、曾孙子女等。不过, 也有不少地方并没有遵循这一定义, 如本法第 141 条中的“父母”仅指通常意义上的父母, 就不包括祖父母、曾祖父母等。参见 Koch in KBB, § § 40-42 Rz 1. 需要注意的是, 考虑到术语使用的区别, 译者在翻译时按照其实际含义, 将其中包含的“祖父母”、“曾祖父母”、“孙子女”等含义都翻译出来了。

^② 有一些特别法, 尤其是婚姻法, 涉及使用姓名的权利。在奥地利, 贵族身份已被废除, 禁止使用表征此等身份的姓名。

第二章 婚 姻 法

婚姻的定义

第 44 条

婚姻契约确立双方的家庭关系。在婚姻契约中,性别不同的两个自然人合法地宣称他们决定在不可分割的共同体中共同生活、生育和教育子女并相互帮助。^①

婚约的定义

第 45 条

婚约或以结婚为内容的暂时性允诺,无论是在何种情形下或以何种条件作出的意思表示,都不产生其中所确定的法律义务,既不负有缔结婚姻契约的义务,也不负有履行已约定的解约时应作出的给付的义务。

解除婚约的法律后果

第 46 条

婚约一方在对方无合理原因而解除婚约时,有权请求对方赔偿其可证明的、因对方解除婚约而遭受的实际损失。

第 47 条至第 88 条 (已废止)

婚姻的法律效力

第 89 条

配偶相互间的权利和义务是同等的,但本章另有规定的除外。

第 90 条

(1) 配偶双方都有义务进行全面的婚后共同生活,尤其是共同居住、相互忠实、相互尊重和相互帮助。

(2) 只要协助另一方的职业活动具有可期待性,而且考虑双方的生活状况是通常的,配偶一方应当予以协助,但当事人另有约定的除外。

(3) 配偶任何一方都应当以适当的方式对另一方在照顾其自己的子女方

^① 1938年奥地利被占领后,体现于民法典第44条至第136条的奥地利婚姻法的大部分内容,即第47条至第88条、第94条至第97条、第100条至第106条、第107条的部分、第108条、第109条、第111条至第116条、第119条、第120条、第121条的部分和第122条至第136条,都被废除了,由德国婚姻法(Ehegesetz)取而代之。奥地利解放后,德国婚姻法被保留下来,但做了一些修正,废除了某些明显具有“国家社会主义”特征的规定。

面提供帮助。只要从具体情况来看是必要的,配偶一方也可以在另一方子女的日常生活中的照顾事务方面代理另一方。^①

第 91 条

(1) 就婚后的共同生活,尤其是在家务料理、职业活动、相互帮助和子女照顾方面,配偶双方应当相互体谅,顾及子女的幸福,并以双方贡献的完全协调为目标,达成一致意见。^②

(2) 如果不与配偶另一方的重要事务或子女的重要事务相冲突,或者即使此种另一方的重要事务存在,但是配偶一方的个人原因,尤其是其进行职业活动的愿望,应当被视为更为重要时,配偶一方都可以违背前款所规定的一致意见。在这些情形,配偶双方应当努力就婚后共同生活重新达成一致意见。

第 92 条

(1) 如果配偶一方基于正当理由而请求共同住所的搬迁,则另一方应当满足这一请求,但另一方有至少同等重要的正当理由而不必一同前往的除外。

(2) 尽管本条第 1 款已有规定,只要与配偶另一方的共同居住具有不可期待性,尤其是因为身体上的危险而导致其具有不可期待性,或者因重要的个人原因而使得分开居住具有正当性,则配偶一方也可以暂时地分开居住。

(3) 在本条第 1 款和第 2 款规定的情形,配偶任何一方都可以在搬迁共同住所或分开居住之前或其后,请求法院予以决定。除了争议的事实之外,法院还必须确定,配偶一方搬迁共同住所的请求、拒绝一同前往或分开居住是否符合法律规定。法院在作出决定时,必须考虑家庭的所有情事,尤其是子女的幸福。

第 93 条

(1) 配偶双方使用共同的婚姻姓氏。婚姻姓氏是配偶一方的姓氏,已订婚的双方可以在结婚前或结婚时,以官方的证明文件或经官方认证的证明文件的形式约定婚姻姓氏。如果没有此种约定,则以男方的姓氏作为共同的婚姻姓氏。

(2) 按照本条第 1 款的规定应当使用另一方的姓氏作为共同的婚姻姓氏的已订婚的人,可以在结婚之前或者结婚之时以官方的证明文件或经官方认证的证明文件的形式对户籍管理人员作出此种表示,即在使用共同的婚姻姓氏时,将其原姓氏前置或后置,并在原姓氏和婚姻姓氏之间运用连字符。配偶的

^① 本条第 3 款规定的适用的情形是,双方结婚,一方有其自己的子女,也就是说,出现了继子女的情形。参见 Kerschner, Familienrecht, 4 Aufl., Wien/New York 2010, S.33.

^② 按照奥地利的通说见解,此处所说的“达成一致意见”并非法律行为,而仅仅是事实行为。参见 Kerschner, Familienrecht, 4 Aufl., Wien/New York 2010, S.27.这一规定实际上是针对过去的夫权主义的。不过,“达成一致意见”的效力很弱,配偶任何一方也不能仅就他们达成的一致意见在法院提出申请,仅在离婚时,无正当理由的违反应当被考虑。参见 Koch in KBB, § 91 Rz 1.

此一方负有使用双重姓氏的义务。配偶的另一方只能使用共同的婚姻姓氏。

(3) 如果依据本条第1款的规定,因为没有就婚姻姓氏作出约定,已订婚的人必须使用另一方的姓氏作为共同的婚姻姓氏,则其可以在结婚之前或结婚之时以官方的证明文件或经官方认证的证明文件的形式向户籍管理人员作出表示,其继续使用原姓氏;由于此种表示的作出,配偶双方都继续使用其原姓氏。在此情形,已订婚的双方必须确定其婚生子女的姓氏(第139条第2款)。

第93a条

婚姻关系已经消灭的人可以以官方的证明文件或经官方认证的证明文件的形式对户籍管理人员表示,其继续使用原婚姻姓氏。如果原婚姻姓氏是已经离婚或婚姻已撤销的原配偶的姓氏,则只有在原婚姻中的后代仍然存在时,才能被继续使用。^①

第94条

(1) 为了满足与配偶双方的生活状况相当的需求,其必须依据各自的能力和双方就婚后共同生活达成的一致意见,共同地负担费用。

(2) 料理共同家务的配偶一方,已经因此履行了本条第1款意义上负担费用的义务,其可以请求另一方支付与其收入相当的生活费。在为了原料理家务的配偶一方的利益而终止共同家庭生活以后,只要生活费请求权的行使并不属于权利滥用(尤其是考虑到导致共同家庭生活终止的原因),则前述规则继续适用。在配偶一方没有能力履行本条第1款规定的负担费用的义务时,其也享有生活费请求权。^②

(3) 应享有生活费请求权的配偶一方的要求,共同家庭生活期间的生活费也应当全部或部分地以金钱的形式给付,但以此种要求并非不合理(尤其是考虑到为了满足实际需要而要求的随时可供使用的手段)为限。生活费请求权不得事先抛弃。

第95条

配偶双方应当在料理共同的家务方面相互协助,此时应考虑个人的情况,尤其是考虑其职业上的负担。如果配偶一方不从事职业活动,则其应承担共同家务的料理;另一方则应当依据本法第91条的规定负有帮助的义务。

^① 本条中所说的“婚姻关系已经消灭”是指因撤销、离异或一方死亡而导致的婚姻关系消灭,不包括婚姻被宣告无效的情形。另外,本条第2句中所说的“原婚姻中的后代”,也包括其养子女。参见 Koch in KBB, § 93a Rz 1.

^② 本条第2款第2句所说的“终止共同家庭生活”,主要是指夫妻分居,而其中关于“原料理家务的配偶一方”的表述表明,其主要是为了保护此前一直操持家务的妻子,因此,在夫妻分居以后,如果需要,妻子仍然可以向丈夫请求生活费。第2款第4句的规定适用于“没有能力”的情形,如因为生病等原因。参见 Kerschner, Familienrecht, 4 Aufl., Wien/New York 2010, S.38.

第 96 条

料理共同家务且没有收入的配偶一方,在日常生活法律行为中代理另一方,但以配偶一方是为了共同的家务而实施该法律行为,且不超出与配偶双方的生活状况相适应的范围为限。如果配偶另一方已经使第三人知道,其不愿意被其配偶代理,则不适用这一规定。如果第三人从具体情事中不能断定,实施行为的配偶一方是以代理人的身份出现,则配偶双方应承担连带责任。^①

第 97 条

如果配偶一方对于用来满足配偶另一方迫切的居住需要的住房拥有处分权,则配偶另一方有权请求,拥有处分权的配偶一方停止实施一切行为并采取预防措施,以免使用该住房的配偶另一方失去该住房。如果拥有处分权的配偶一方的作为或不作为是因具体情事所迫,则不应适用这一规定。

第 98 条

如果配偶一方为另一方的职业活动提供了协助,则其可以请求就其协助给予适当的补偿。补偿的数额确定应考虑协助的方式和持续的时间;配偶双方的全部生活状况,尤其是已提供的生活费,也应当被适当地考虑。

第 99 条

因协助配偶另一方的职业活动而享有的补偿请求权(第 98 条)具有可继承性,在权利人生前或死后都可以移转和质押,但以已经通过合同或解除合同而被承认或已在法院提起诉讼为限。

第 100 条

本法第 98 条的规定并不影响配偶一方因在职业活动中的协助或合作而对另一方享有的合同请求权。此种合同请求权排除了本法第 98 条中的请求权;而在双方存在雇佣关系的情形,配偶一方仍然享有基于本法第 98 条的请求权,但以其可请求的补偿超出了基于雇佣关系的请求权可获得的对价部分为限。^②

第 101 条至第 136 条 (已废止)

第三章 父母与子女关系法

一般的权利和义务

第 137 条

(1) 父母必须负责其未成年子女的教育,并增进他们的幸福。

^① 本条是关于夫妻日常家事代理权(Schlüsselgewalt)的规定。参见 Koch in KBB, § 96 Rz 1.

^② 本条所说的“合同请求权”,是指基于配偶双方存在的合同关系而享有的请求权,如雇佣合同、承揽合同、合伙合同等。这一规定表明本法第 98 条规定的补偿请求权属于辅助性的。参见 Koch in KBB, § 100 Rz 1.

(2) 父母和子女应当互相帮助,子女必须尊重父母。

(3) 父亲和母亲的权利和义务是平等的,但本章另有规定的除外。

(4) 与父母一方以及该父母一方的未成年子女并非暂时性地共同生活、并且与该父母一方保持家庭关系的成年人,必须做到依据具体情事而可期待的一切,以保护该子女的幸福。^①

第 137a 条

只有基于父母本身的意思、直接基于法律规定或通过官方的命令而被允许,第三人才能干涉父母的权利。

父母的身份

第 137b 条

母亲就是生下该子女的女子。^②

第 138 条

(1) 子女的父亲是:

1) 在该子女出生之时与其母亲存在婚姻关系的人,或者以其母亲的丈夫的身份在该子女出生前三百天之内死亡的人;或者

2) 已经自己承认其父亲身份的人;或者

3) 其父亲身份经过法院确定的人。

(2) 如果依据本条第 1 款第 1 项的规定,数个人都被作为父亲在考虑之列,则最后一次与该子女母亲缔结婚姻的人是该子女的父亲。

第 138a 条

(1) 依据本法典确定的出身、出身的改变以及出身的否定,对任何人都发生法律效力。

(2) 在当事人死亡之后,其出身的确定、出身的改变以及出身的否定,可以由其继承人进行,或者针对其继承人进行。

第 138b 条

(1) 只要经过其法定代理人同意,具有认识和判断能力而没有完全民事行为能力的人可以处理其自己出身的事务和其子女出身的事务,并发生法律效力

^① 本条第 4 款确立了与未成年子女的父母的一方保持家庭关系的第三人,负有的保护义务。此处所说的“家庭关系”应当结合《欧盟人权公约》(EMRK)第 8 条的规定来理解。参见 Kerschner, Familienrecht, 4. Aufl., Wien/New York 2010, S.49.《欧洲人权公约》第 8 条第 1 款规定:“人人有权使他的私人和家庭生活,他的家庭和通信受到尊重。”欧洲人权法院就公约中所规定的“私人和家庭生活”作出了相当广泛的解释以保护此等权利。例如,法院认为,在彼此合意的情况下,禁止同性恋行为的法律违反了本条规定。

^② 该条实际上明确了,如果基因意义上的母亲,并没有生下该子女,其并非法律意义上的母亲。参见 Hopf in KBB, § 137b Rz 1.

效力。在此情形,如果法定代理人处理该事务,则其需要得到该有认识和判断能力的人的同意。在有疑问时,推定年满十四周岁的未成年人具有认识和判断能力。

(2) 法定代理人必须为了被代理人的幸福行事。在处理出身的事务时,其代理行为不需要取得法院的同意。

(子女的)婚生性

第 138c 条

(1) 在母亲与父亲婚姻存续期间出生的子女,或者在因丈夫死亡而导致婚姻关系终止的情形,在其死亡后三百日内出生的子女,都是婚生子女;在其他情况下,子女是非婚生子女。

(2) 即使父母的婚姻被宣告无效,子女仍然属于婚生子女。

第 138d 条

(1) 如果子女在离婚、婚姻被撤销或被宣告无效后三百日内出生,而其母亲的原丈夫自己承认了其父亲身份(第 163c 条和第 163e 条)或者法院确定其为父亲(第 163 条和第 163b 条),则该子女属于婚生子女。

(2) 如果子女在婚姻关系终止或被宣告无效的三百日以后出生,而该子女或其母亲的原丈夫提出申请,且已经证明,子女是在其母亲与其原丈夫婚姻存续期间受孕,或者使用其原丈夫的精子通过人工辅助生殖的方法受孕,或者虽使用第三人的精子受孕,但其原丈夫通过法院记录的形式或公证的形式表示了同意,则法院必须确定其原丈夫是该子女的父亲,且该子女属于婚生子女。

(3) 对于依据本条前两款的规定取得了婚生地位的子女,应当准用本法第 161 条第 2 款和第 3 款以及第 162a 条至第 162d 条的规定。就子女的照顾,准用本法第 166 条第 1 句,但其父母可以向法院提交其依据本法第 177 条规定委托他人照顾的协议;本法第 177a 条第 2 款的规定应予准用。^①

父母与其婚生子女间的法律关系

姓名

第 139 条

(1) 如果父母有共同的婚姻姓氏,则其子女取得该姓氏。

(2) 如果父母没有共同的婚姻姓氏,则子女取得其父母在结婚之前或结

^① 需要注意的是,因为奥地利宪法法院宣告本法第 166 条第 1 句违宪,所以,其已经被废止,并自 2013 年 2 月 1 日起生效。参见奥地利《联邦法律公报》I 第 68/2012 号(BGBl. I Nr. 68/2012)。

婚之时以官方的证明文件或经官方认证的证明文件的形式向户籍管理人员表示确定的婚生子女的姓氏。为此,父母双方可以确定仅以其中一方的姓氏为子女的姓氏。

(3) 如果没有依据本条第2款确定的子女姓氏,则子女取得其父亲的姓氏。

扶养

第140条

(1) 以考虑子女的资质、能力、兴趣和发展可能性为基础,为了满足与父母的生活状况相当的子女的需要,父母必须依据其各自的能力按份额承担子女的扶养义务。

(2) 如果料理家务的父母一方已照管了子女,则其已履行了自己的扶养义务。如果父母另一方不能完全满足子女的需要,或者不应再负担比其生活状况相当的义务更大的义务,则料理家务的父母一方还应当负担其扶养义务。

(3) 如果子女有自己的收入,或者考虑到其生活状况,其具有养活自己的能力,则其扶养请求权应相应地缩减。

第141条

如果父母依据其各自的能力无法履行扶养义务,则祖父母和外祖父母应当按照其生活状况满足该子女的适当需要。此外,本法第140条的规定也应准用;如果孙子女和外孙子女运用自己的财产是可期待的,则其扶养请求权也相应地缩减。此外,祖父母和外祖父母仅在此范围内负担扶养义务,即考虑其负担的其他照顾义务,不应使其自己的适当扶养受到威胁。^①

第142条

父母一方对其子女负担的扶养义务,在其遗产的价值范围内移转给其继承人。在确定子女的请求权时,其通过合同或遗嘱而自被继承人处取得的所有财产都应当归扣,如法定继承份额、特留份、通过公法或私法上的给付而获得的财产。如果遗产的价值不足以保证子女的扶养,直到其可预期地能够自我养活之时,则该子女的扶养请求权应当相应地缩减。

第143条

^① 本条中的“准用”,在《奥地利普通民法典》中有两种表达,“sinngemäß gelt”或“entsprechend gelt”。按照奥地利学者的看法,这两者的含义相同,而且不同于类推适用,实际含义是,在适用中体现为构成要件和法律后果方面的弹性。参见 Gschnitzer/Barta, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., Wien · New York 1992, S. 79f. 因此,译者将其翻译为“准用”。在《德国民法典》(如第283条)中,也存在“entsprechend gelt”的表述,陈卫佐博士也将其翻译为“准用”。参见陈卫佐译注:《德国民法典》(第2版),94页,北京,法律出版社,2006。

(1) 如果父母、祖父母或外祖父母不能维持自己的生活,则应考虑子女、孙子女或外孙子女的生活状况,由后者负担扶养义务,但父母、祖父母或外祖父母曾因重大过失而未尽其对子女、孙子女或外孙子女的扶养义务的除外。

(2) 子女、孙子女和外孙子女的扶养义务的顺序,依次位于配偶、原配偶、与扶养权利人亲等较近的尊亲属之后。数个子女、孙子女或外孙子女依据各自的能力按照份额负担扶养义务。

(3) 父母、祖父母或外祖父母的扶养请求权在此范围内缩减,即其运用自己的财产是可期待的。此外,子女、孙子女或外孙子女仅在此范围内履行扶养义务,即考虑到其负担的其他照顾义务,不应因此使其自己的适当扶养受到威胁。

(对子女的)照顾

第 144 条

父母必须照料和教育其未成年子女,管理子女的财产,并在此方面或所有其他事务中代理其子女;照料、教育以及财产管理也包含了在此范围内的法定代理。在履行这些义务和行使这些权利时,父母双方应当意见一致地行为。^①

第 145 条

(1) 如果接受另一方的委托而承担共同的子女照顾义务的父母一方死亡,或者其居住地点至少六个月不明,或者无法与其取得联系,或者只有克服不成比例的巨大困难才能建立与其的联系,或者其全部或部分照顾义务被取消,则父母另一方应独自地承担照顾义务。如果父母一方是以上述方式而独自地承担照顾义务,则法院应当考虑子女的幸福而决定,是否父母另一方应承担照顾义务,或者是否以及哪些祖父母双方(或一方)或外祖父母双方(或一方)应承担照顾义务,或者是否寄养父母双方(或一方)应承担照顾义务。在父母双方承担照顾义务时,后者也应当适用。此时,关于照顾义务的规则也适

^① 在奥地利法上,对于未成年人、成年的精神病人以及成年的智力障碍者负有照料、代理、监督等义务的人(类似于我国法上的监护人),可以大致分为四类:一是照顾权人,即父母(包括例外情况下的祖父母、外祖父母、寄养父母),其对象是未成年人;二是受托照顾人(Obsorgebetrauter),即父母祖父母、外祖父母、寄养父母以外的第三人承担对未成人的照料、教育等义务;三是管理人(Sachwalter),即对于成年的精神病人和智力障碍者(统称为残疾人)负担照料、代理等义务的人,管理人可以是该被管理人的父母;四是保佐人(Kurator),它是针对个案中需要帮助的特别情形而设置的,如父母与子女的利益冲突时,为子女设置临时性的保佐人等。参见 Kerschner, Familienrecht, 4 Aufl., Wien/New York 2010, S.153.(另外,需要注意的是,自 1989 年的奥地利《子女权利修正法》(KindR ÄG)颁布以来,“照顾”(Obsorge)就成为“照料”(Pflege)、“教育”(Erziehung)、“代理”和“财产管理”的上位概念,所以,译者在翻译时也注意到了这一法律规定)。