



法律人进阶译丛【法学基础】
李 昊 / 译丛主编

德国民法 总论

第44版

BGB Allgemeiner Teil,
44. Auflage

〔德〕 赫尔穆特·科勒 / 著
(Helmut Köhler)

刘洋 / 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



法律人进阶译丛【法学基础】

李 昊 / 译丛主编

德国民法 总论

第
十
四
版

BGB Allgemeiner Teil,
44. Auflage

[德] 赫尔穆特·科勒 / 著
(Helmut Köhler)

刘洋 / 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号 图字:01-2019-3475

图书在版编目(CIP)数据

德国民法总论: 第44版 / (德) 赫尔穆特·科勒著; 刘洋译. —北京: 北京大学出版社, 2022. 9
(法律人进阶译丛)
ISBN 978-7-301-33224-5

I. ①德… II. ①赫… ②刘… III. ①民法—研究—德国
IV. ①D951.63

中国版本图书馆CIP数据核字(2022)第142864号

BGB Allgemeiner Teil, 44. Auflage, by Helmut Köhler

© Verlag C. H. Beck oHG, München 2020

本书原版由C. H. 贝克出版社于2020年出版。本书简体中文版由原版权方授权翻译出版。

书 名 德国民法总论(第44版)
DEGUO MINFA ZONGLUN (DI-SISHISI BAN)
著作责任者 (德) 赫尔穆特·科勒(Helmut Köhler) 著
刘洋译
丛书策划 陆建华
责任编辑 陆建华 费悦
标准书号 ISBN 978-7-301-33224-5
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
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 涿州市星河印刷有限公司
经 销 者 新华书店
880毫米×1230毫米 A5 18.875印张 541千字
2022年9月第1版 2022年9月第1次印刷
定 价 98.00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



做一个理想的法律人
To be a Volljurist

“法律人进阶译丛”编委会

主 编

李 昊

编委会

(按姓氏音序排列)

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自日本，而源于欧陆。无论是法律术语的移植、法典编纂的体例，还是法学教科书的撰写，都烙上了西方法学的深刻印记。即使是中华人民共和国成立后兴盛过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年代末以来，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。当代中国的法律体系可谓奠基于西方法学的概念和体系之上。

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”，抑或舒国滢先生等领衔的“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日益受到尊崇。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,以反映当今世界大陆法系主要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。德国法学教育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分析培养学生体系化的法律思维方式,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)和中国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由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、公法和刑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,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中能够建立起系统的知识体系,同时也注重扩大学生在法理学、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,旨在让学生能够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 Lehrbücher),旨在培养学生深入思考法学基本问题及辨析哲理之能力。

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,但是并不以德国法独尊,而是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诸位年轻学友和才俊,他们是:留德的季红明、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,留日的王冷然、张挺、班天可、章程、徐文海、王融擎,留意的翟远见、李俊、肖俊、张晓勇,留法的李世刚、金伏海、刘骏,留荷的张静,等等。还要特别感谢德国奥格斯堡大学法学院的托马斯·M. J. 默勒斯(Thomas 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达成。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,中国法律人不仅需要怀抱法治理想,还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

译者导读

一、科勒及其学术画像

赫尔穆特·科勒(Helmut Köhler),系德国慕尼黑大学荣休教授,荣休前执掌慕尼黑大学“欧洲与国际经济法”教席(Lehrstuhl für europäisches- und internationales Wirtschaftsrecht),研究重点包括民法(尤其是契约法和债法)、商法和公司法、欧洲和德国竞争法及卡特尔法。

科勒教授于1944年出生于德国拜仁(巴伐利亚)州南部罗森海姆县的巴德恩多夫(Bad Endorf),1964—1968年在慕尼黑大学学习法律,受“德国人民高等教育基金会(Studienstiftung des deutschen Volkes)”奖学金资助,1969年在慕尼黑通过第一次国家法律职业资格考试,1970年在卡尔·拉伦茨教授的指导下,以“债务关系目的障碍案型中的履行不能和交易基础”(Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis)为题完成博士学位论文答辩,取得博士学位。从师承与毕业时间来看,科勒教授系德国20世纪下半叶最为权威的民法和方法论学者克劳斯-威廉·卡纳里斯(Claus-Wilhelm Canaris)及华人民法学界广为人知的学术泰斗王泽鉴先生的嫡系师弟。1972年,科勒教授通过第二次国家法律职业资格考试。3年后,科勒教授在慕尼黑大学恩斯特·史泰恩道夫(Ernst Steindorff)教授^[1]的指导下,以“经由需方的竞争限制”(Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager)为题,撰写完成教授资

[1] 史泰恩道夫教授,曾是“二战”后“舒曼计划”德国代表团秘书;在专事学术研究后,尽管研究领域颇为广泛,但亦以欧洲法和经济法为主导方向,并对欧洲一体化发挥过关键性作用,常被认为是“欧洲法之父”。

格论文(Habilitationsschrift)并通过答辩,取得民法、商法和经济法领域的任教资格。

1975—1976年,科勒教授先后于德国哥廷根大学和汉堡大学担任教席代理2年后,转赴德国波恩大学就任学术顾问和校聘正教授,时年恰逢而立,可谓年轻有为。不过,这一经历相对短暂,不足2年。从1977年开始,科勒教授就回归自己的故乡拜仁州,先后执教于那里的三所顶尖大学,直至荣休。具体而言,1977—1985年,科勒教授赴拜罗伊特大学之邀担任教授;随后的11年(1985—1996年),科勒教授服务于奥格斯堡大学;自1996年开始,科勒教授终于得以重返自己曾求学十余年的母校、德国排名第一的精英大学——慕尼黑大学,作为德国民法权威学者沃尔夫冈·菲肯切尔(Wolfgang Fikentscher)教授的继任者,执掌教席和开展学术活动至今。在此期间,亦曾有包括基尔大学、哥廷根大学、帕绍大学、萨尔兹堡大学在内的诸多聘任邀约,但均为科勒教授所婉拒。

科勒教授的学术理念有浓郁的关照实践之风格。这在其博士学位论文、教授资格论文的选题中均有体现。众所周知,20世纪的前30年,欧洲即卷入两次世界大战,不仅造成大量人员死伤,整个经济环境也由此遭遇重创乃至致命性打击。尽管“二战”后,欧洲在美国“马歇尔计划”的扶持下呈现迅速恢复的势头,联邦德国更是从中受益极多;可从20世纪60年代中期开始,一场严重的“滞胀”危机又席卷了资本主义世界,令经济活动和交易往来备受干扰。此种政治、经济、社会方面的宏观背景,大抵在博士学位论文选题方面为科勒教授提供了充分的因由和灵感。当然,其导师拉伦茨教授稍早问世的脍炙人口的专著《交易基础与合同履行》(Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung)显然也对他产生了不可忽视的影响。^[1] 其实,在学术史中,这一议题在债法中一直占据重要地位,不论在19世纪后期《德国民法典》的编纂活动中,抑或《德国民法典》施行百余年后重启债法改革工程的千禧年之初,关于法律行为基础与合同目的对

[1] Karl Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl., Verlag C. H. Beck München, 1963.

债务关系及其履行的意义,始终都是学者或实务专家瞩目并乐于奉献心力加以研究争鸣的对象。答辩甫一通过,科勒教授即将其博士论文付梓于德国最大的法律专业出版社——贝克出版社。几乎同时,博伊廷(Volker Beuthien)的教授资格论文《债务关系中的目的达成与目的障碍》(Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis)、非肯切尔教授的经典名篇《交易基础作为合同风险问题》(Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos)亦均出版发行。一时间,交易基础与目的障碍议题“名声大噪”,俨然成为显学。这既从侧面反映出社会情势与客观环境为德国学者催生的问题意识,又生动地呈现出科勒教授在学术创作中入世、敏锐的特质。

至于教授资格论文选题,不但清晰地显示出科勒教授对企业经济活动场域中的竞争行为及其法律问题的兴趣,更是在相当程度上直接决定了其后续的理论探索和实务发力方向。科勒教授迄今发表的数百篇学术论文中,数量可观的论题皆围绕竞争行为及其法律规制的方向展开。尤其是在反不正当竞争领域,甚至可以毫不夸张地说,没什么关乎不正当竞争行为的学术议题是科勒教授所未曾涉及的。更值得称道的是,科勒教授联合亨宁·皮珀(Henning Piper)首创的《德国反不正当竞争法》(UWG)小型评注(Kurzkomentar)^[1],树立了该领域评注作品清晰度和简洁性的新标杆。《德国反不正当竞争法》作为一部早在1909年即已生效的法律,基于其所产生的裁判观点之庞杂性和实务经验之丰富性,是可想而知的。对于该法第1条这样空洞、抽象的一般性条款^[2],司法裁量权及其展开的案型建构便愈发重要,前述判断无疑更属不言自明。可这些让人眼花缭乱的素材,经过科勒教授的“大师之手”,竟奇迹般地条理再现、层次分明起来。这部经典评注,如今已由科勒教授的慕尼黑同事安斯卡·欧力教授(Ansgar Ohly)及维尔茨堡大学欧拉夫·索斯尼查教授(Olaf

[1] Köhler/Piper, UWG, C. H. Beck München.

[2] § 1 UWG: Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.

Sosnitz) 接手并承担续订工作。

对科勒教授而言,竞争法理论研究中更大的挑战,其实源自他从黑佛梅尔(Hefermehl)教授手中接过后者所创建的《德国反不正当竞争法》评注的续写修订任务。尽管数十年来,这一作品早已成为德国反不正当竞争法领域的奠基性文献,然而随着时间推移和补充材料的不断涌入,其亦或多或少给人以“杂乱无章”之感。科勒教授通过与伯恩卡蒙(Joachim Bornkamm)教授通力合作,终使该作品“重返荣耀”。随着科勒教授的加入,这一评注开启了“年更”之旅,并在《德国反不正当竞争法》评注出版物市场日益紧缩的状况下,仍能迅即走上销量塔尖。尤为难能可贵的是,凡出自德国联邦最高法院的反不正当竞争裁判文书,几乎总能在某处发现其对科勒教授所主导此一评注相关观点的引用或参考。

与此同时,科勒教授还自2012年起肩负起德国竞争法领域权威学术期刊《竞争法律和实务》(Wettbewerb in Recht und Praxis)的主编。该刊主要收录竞争法和商标法领域的学术论文、评注、裁判文书、立法更新或动向等各方面作品,以月刊频率发行,每年向竞争法领域的专业共同体供给一百余篇高水平专论,因而已成为此领域备受关注的期刊。

实务方面,科勒教授自1990年受聘担任慕尼黑高等法院兼职法官,并且专以竞争法和卡特尔法为核心业务领域。在立法工作中,科勒教授的专家意见始终扮演着举足轻重的角色,于《德国反限制竞争法》(GWB)固不待言,对《德国反不正当竞争法》就更是如此。在《德国反不正当竞争法》大修的过程中,科勒教授联合伯恩卡蒙、亨宁-博德维希(Henning-Bodewig)两位拟定的草案实质上发挥了主导性功能。科勒教授还应德国联邦司法部之请,作为“反不正当竞争法工作组”成员,深度参与了立法工作。诸此,皆映照出科勒教授着力形塑“回应型”学术风格的追求以及目光往返于规范和事实两重世界之间的基本理念。〔1〕

作为一名学者,科勒教授的研究方向横跨民商事、经济法两大领域,

〔1〕 Vgl. Lettel/Fritzsche/Bucher/Alexander (Hrsg.), Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag, Vorwort. C. H. Beck, 2014.

同时作品的字里行间散发出“评价法学”方法论的理性芬芳。其文字向来洗练精准、用语考究妥帖,行文间总有批判之态隐约闪现,孜孜于“内在”及“隐藏”法理的提炼发掘;当然也时刻做好了面对质疑、接受商榷和自我纠错的准备。

二、科勒民法总论及其风格

科勒教授的社会角色是多元、立体的。除了学者的身份,他还是一位负有“传道授业解惑”重任的大学教师。在“耳提面命”式的口头讲授之外,借助于专业教科书的创作使知识易于接近并实现广泛的社会传播、可靠的代际传承,无疑是教师的又一崇高使命。科勒教授显然对此深有领悟,其所著《德国民法总论》的发行、更新,便是对其自觉践履这一职责的生动诠释。上文的学术风格素描,已勾勒出科勒教授的治学理念和路径。这必然会渗透入其对专业教科书的认识,对教科书的撰写产生影响。当然,从另一个方面看,深入解读和分析其总论教科书,无疑也能对我们更加全面地了解科勒教授产生反向助力效果。

行文范式上,科勒民法总论将方法与知识熔冶于一炉。如所公认,“授人以鱼不如授人以渔”乃教育实践的高阶阶段,这对法科教育同样适用。高层次法学素养的培育及法律人共同体的建设,其成败从来不单纯取决于知识点本身的量上堆砌,而更应当仰赖方法论的发达及其熟稔运用。科勒对《德国民法总论》一书的雕琢,正是在此思维的指引下展开。此亦从侧面反映,德国法学之所以发达,绝非空穴来风,而是其来有自。正是一个又一个、一代又一代如科勒教授这般深具方法论自觉的学者长久的追寻和持续的努力,才令德国得以踏上法学方法论的高地,为其具象制度的理论构造、司法实践和立法质量提供了托底保障。

《德国民法总论》一书第一、四章分别为针对法律渊源和私法的适用、解释与续造所作的阐释,最为直接地流露出方法论思维在科勒教授的学术思想中占据的核心地位。“法源论”作为法学方法论大厦的支撑性梁柱之一,承担着协助“找法”的功能,既可为国民确立行为的应然范式,又可为司法过程中的规范解释提供对象,形成纠纷裁判的直接基准。

于此意义上,“法源论”构成法律适用的前置环节。不过,法源的探寻显然只是一小步,其后还需在法源确定的基础上,进一步展开法律解释的作业,并在法源寻觅遭遇漏洞的场合,启动实证规范的续造程序,令规范漏洞得以有效填补。这就水到渠成地牵引出法律解释及漏洞填补方法的内容。《德国民法总论》在此泼墨铺陈,实属切中肯綮。

除开前述专门的方法论章节,其实在纯粹制度性的释论中,人们也总能感受到扑面而来的方法论气息。不论是关乎自我决定与信赖保护有机协调的条款,还是牵涉私法自治与管制秩序互动接轨的规则,其论证的推进,无一不以利益格局的透彻厘清为前提。这使读者再清晰不过地看到,任何法条的创设和生成,其本身都不过是技术意义上的工具而已。潜伏于背后的利益取舍或衡平整合之目标,才是真正重要并决定规则形塑的支配性力量。言及于此,“评价法学”的思考模式跃然纸上。作为拉伦茨的高徒,科勒教授赓续其导师力倡的思维路径并高扬学派大旗,想来也是情理之中的事。

素材遴选上,科勒民法总论游刃于规范与事实之间,还不忘时刻关切社会基础变迁衍生的规范需求以及规范系统给予的制度回应。作为“上层建筑”,法律本身是规范性的。意即法律为其受众设定了应然的行为范式,然其规范意旨的真正实现,仍然有待于转进事实层面,考察其在执行环节的实效性。当然,从反面来讲,现实世界的无限丰富和情景多元,亦属规范滋生的沃土。真正有生命力的规则,必定是取自特定国族生活世界长期积累的行为惯习。也正因此,在法学方法论的主流话语中,一旦面临“超越实证法的法律续造”任务,所谓的“交易需求”“法伦理原则”和“事物本质”作为填补漏洞的依凭^[1],本质上都源自对那些深藏于事实表象底层的一贯行为逻辑和固定交往模式的洞悉及提炼。在此背景下,统摄规范和事实的双向互动,可说是精准把握法律制度要义的必由之路。

[1] *Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Springer, 1995, S. 232 ff.

《德国民法总论》虽以规范视角为起点,却因大量案例的汇聚、裁判智慧的充盈而丰满。开卷伊始,即处处可见从联邦层面的最高法院、宪法法院、行政法院至地方各州各级法院的海量案件作为素材,或辅助法条意涵的论证,或服务于一般条款的具体化,或促成理论基础的夯实,或揭示“法官法(Richterrecht)”对于实证规范“无声发展”的渐进式牵引功能,或直接构成批评驳斥的对象。这些案例素材的存在,令原本抽象的法条及理论摆脱了可能陷于凌空蹈虚的窘境,重建了法律这一理念世界的生成物与物质世界的真实联系和隐形线索;也在为规范性的法条找到事实领域对应物的同时,有效地再现:应然如何介入实然,实然又怎样形塑和干预应然的“成长之路”。

历时性的视野下,事实本身又是流变的,社会基础无时不在迁进,这呼唤着规范层面的应时更新和积极回应。于是,在稳定的传统教义学范畴及其图景绘制之外,科勒教授还以当仁不让的强烈使命感,巧妙地将互联网上的缔约行为、消费者保护规范群的膨胀、个人数据保护、成年意定监护等一系列伴随社会环境演变和信息技术扩张而显露重要性的议题也纳入阐释范围。这就使传统的厚重感与时代的新潮感得以一并嵌入《德国民法总论》体内,赋予该书一种扎实却不笨拙的美感和新旧交织变奏的灵动感。

实际上,如果将视域放宽至更大范围,不单面向未来的姿态能够令人发现社会基础流动与规范更革演化间的联动关系,“回望性”的溯源考察,亦对规范与事实关系问题上迷雾的拨去意义重大。历史思维所以能成其大,相当程度上植根于此。科勒教授大概也是基于这样的考量,专门在该书第三章以细腻但不烦琐的笔触,精心地罗列《德国民法典》从邦法雏形、学说准备和论战、第一草案、第二草案、第三草案到最终颁行的发生成型史,随后还接续以帝国时期、魏玛共和国时期、纳粹统治时期、占领时期、联邦及民主德国分裂期、欧盟一体化时期各个阶段内《德国民法典》受到的改造或适应性的调整。这样大跨度的“纵向镜头”,最有利于删繁就简,令规范与事实这两条明暗互现的线索之间的交互模式得以呈现。此处可顺便补充的是,时间维度的纳入,让诸阶段社会基础及客观环境对法律样



更多法律电子书尽在 docsriver.com 商家巨力书店

态的影响力愈发分明,而不同地域在同一时段规范体系面貌的分殊,可谓“法律作为地方性知识”极好的例证和注脚。总之,上述表明,传统与现代的交融汇聚,也是《德国民法总论》的另一闪光名片。

切入视角上,科勒民法总论不因对现行法教义的尊重而抛弃法政策面向上的斟酌。教科书以反映共识为要务,这决定了,其出发点不得不置于教义学的观念之上。尽管在结构编排上,该书并非全然依循《德国民法典》总则编的法条序号顺次展开,可这显然丝毫不会减损其教义学的体裁风格。只要稍加留意即能看到,作者在理论的铺展之中,几乎无处不以现行法规则的解释适用、体系定位作为前置性的内容。

可法典毕竟只是规则的载体,凭借语言将立法意图外在化。于此,必然要承认并接受法典在活法有形化呈现方面的非穷尽性以及语言“所指”“能指”之间的隔阂。这样一来,认识法条之时,批判性的态度和法政策角度的揣度便不可或缺。就《德国民法总论》而言,立足于妥当价值取向的批评性评论,从来不是稀缺之物。举例来说,表示意识究竟是否意思表示的必要元素?“社会典型行为”作为缔约渠道是否可行?消费者、企业经营者概念的引入算得上成功的规范设计吗?代理的效果归属功能可否移用于组织体内部的知识、信息知情判断?无权利能力社团的立法初衷正当与否?……诸如此类,皆属此书教义与价值相交融、“服从”和“建构”相配合的证据。

思维路径上,科勒民法总论尤重体系,并善于借助思维导图,经由可视化的途径,提升知识传播的效果。体系属性和思维,是大陆法系法域在立法、学说、裁判方面的关键特点。它要求,不论是法条的创制设计、解释适用,抑或理论建构,皆以一种关联性、整体性的方式,而非片段或碎片化地进行。内容上,体系又有内在、外在两个层次。所谓内在体系,实乃隐藏于法条背后的一般性法律思想(*allgemeine Rechtsdenken*)和谐兼容而形成的体系,其虽无形,辐射效力却巨大而长期稳定;所谓外在体系,意即有形条文、法律部门相互衔接组合而成的直观可感的体系,其构成人们直接抚触法律、进入内在体系的门径。就外在布局言,科勒民法总论把法律行为论作为贯穿全书的根本线索。撇开第二编完全是法律行为论的本体释