



德国民法专题研究

Studie zum deutschen Zivilrecht

卢湛 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



德国民法专题研究

Studie zum deutschen Zivilrecht

卢湛 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

德国民法专题研究 / 卢湛著. — 北京: 法律出版社,
2008. 8
ISBN 978 - 7 - 5036 - 8672 - 6.

I. 德… II. 卢… III. 民法—研究—德国 IV. D951. 63

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 106634 号
© 法律出版社·中国

德国民法专题研究

卢湛 著

责任编辑 刘彦泮
装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2008 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 9.75 字数 222 千

印次 2008 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8672 - 6

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

随着社会的发展变迁,特别是随着一个国家经济技术的发展变迁,一个国家的法律观念和认识必然随之发展变迁。这样的一个互动效应是由法律之作为行为规范和制裁规范的目的所决定的。具体到德国,也不可能从这样的发展规律中摆脱出来:新世纪到来之后所进行的一系列法律变革,就是这种规律性的反映。

重大的基础性民法制度,都应当在现时代的框架之下,在区域法律统一的框架之下,在国际法律统一的框架之下,尤其应当在制度原理的框架之下,重新做出审视和检查,以此满足新的时代要求和社会要求。一个国家的民法法典应当选择何种规制技术?应当使用什么样的语言?应当采取什么样的体系?民法法典的总则究竟具有什么意义?人格人的权利能力如何?意思瑕疵存在哪些基本问题?瑕疵损害与瑕疵结果损害是否有必要继续区分?错误交付是否能

够等同于物之瑕疵？应当如何认识给付不能之制度角色？如何限定履行请求权的界限？自始给付不能责任的基础和依据是什么？法定解除权人是否应当享有责任优惠？一般交易条款的正确规制位置在哪里？是否应当放弃特定买卖与种类买卖的区分？买受人是否享有自行除去瑕疵的权利？等等。

除上述问题之外，还有其他需要重新认识的问题，如要约承诺之订约模式的问题，可以归责于双方当事人之不能的问题，再履行请求权的性质认定问题，再交付情形的用益补偿问题，瑕疵结果损害所应当适用的时效问题，经营者向其前手的追偿问题。这些问题尚需学者做出进一步的探讨，故不在本书的论述范围之内。就是对于那些所探讨的问题，论者仅是起到一个抛砖引玉的作用，如有认识上的缺失和不当，论者自当承担责任，并欢迎专家学者批评指正。

著 者

2008年6月1日

目 录

第一章 论《德国民法典》的规制技术、语言 和体系 / 1

一、《德国民法典》的规制技术 / 1

(一) 个案式规制技术 / 2

(二) 抽象—一般化规制技术 / 3

(三) 准则式规制技术 / 4

(四) 《德国民法典》的规制技术 / 5

二、《德国民法典》的语言 / 9

(一) 法典规制技术与语言的关系 / 9

(二) 定义性规范 / 10

(三) 证明责任 / 10

三、《德国民法典》的体系 / 12

第二章 论《德国民法典》总则的功能和意 义 / 14

一、民法典编纂的目的基础：论民众法与法 学者法的区分 / 14

二、以法学者法为取向：论总则编纂的体系 化要求 / 15

- 三、民法总则的弊端:论事物发展的二分规律 / 19
- 四、告别民法典:论总则的政治功能 / 20
- 五、法律素材的正确归置:论民法典对现代立法者的要求 / 21
- 六、《德国民法典》的民族品性:论其他民族国家立法以及国际和区域统一法的制定 / 23

第三章 论《德国民法典》中人格人的权利能力 / 25

- 一、权利能力的概念、性质及意义 / 25
 - (一) 权利能力的连结点 / 25
 - (二) 权利能力的先验性 / 27
 - (三) 权利能力的不得丧失性 / 28
 - (四) 权利的意志力 / 28
 - (五) 权利能力的范围 / 30
 - (六) 权利能力与民事诉讼中的当事人能力 / 31
 - (七) 权利能力的政治功能 / 32
 - (八) 权利能力的规制模式 / 32
- 二、权利能力的开始 / 34
 - (一) 权利能力的开始准则 / 34
 - (二) 胎儿的保护 / 35
 - (三) 出生前的损害 / 36
- 三、权利能力的终止 / 38
 - (一) 死亡 / 38
 - (二) 因失踪而宣告死亡 / 40
- 四、特殊情形的权利能力 / 41
 - (一) “两性人”的权利能力 / 41
 - (二) 变性人的权利能力 / 42
- 五、尸体的权利能力 / 42

第四章 论《德国民法典》中的意思瑕疵 / 44

- 一、意思基础的最低要件 / 44

(一) 客观构成 / 44	
(二) 主观构成 / 45	
二、意思瑕疵的概念及形态 / 48	
(一) 意思瑕疵的概念 / 48	
(二) 意思要素的欠缺 / 49	
(三) 意思瑕疵的阶段形态 / 51	
三、意思瑕疵的归责原则 / 52	
(一) 意思理论 / 52	
(二) 表示理论 / 53	
(三) 效力理论 / 55	
四、意思瑕疵的利益评价 / 56	
(一) 瑕疵表示的有效性 / 57	
(二) 瑕疵表示的无效性 / 57	
(三) 瑕疵表示的可灭却性 / 57	
五、意思瑕疵理论的立法运用 / 58	
(一) 德国法 / 58	
(二) 中国法 / 59	
(三) 统一法 / 60	
六、意思瑕疵的法律规制 / 60	
(一) 德国法 / 61	
(二) 中国法 / 61	
(三) 统一法 / 62	
第五章 论《德国民法典》中特定买卖情形的错误交付 / 63	
一、问题的提出及解决进路 / 63	
二、同等化规制思考及其正当化理由 / 66	
(一) 物之瑕疵与异类物的同等化规制 / 66	
(二) 正当化理由之一: 当事人的利益情况 / 68	
(三) 正当化理由之二: 法的规范目的 / 68	
(四) 正当化理由之三: 法的区域与国际统一 / 69	

三、同等化规制的要件与问题 / 70

- (一) 同等化的要件: 清偿指定 / 70
- (二) 同等化问题之一: 目的限缩 / 71
- (三) 同等化问题之二: 异类物可承认性的限定 / 73
- (四) 同等化问题之三: 异类物的有认识交付 / 74
- (五) 同等化问题之四: 异类物与给付不当得利 / 74
- (六) 同等化问题之五: 异类物与未预定给付 / 76
- (七) 同等化问题之六: 请求权的界限 / 77

四、法的获得与学理创制 / 78

第六章 论《德国民法典》中瑕疵损害与瑕疵结果损害的区分意义及体系界限 / 80

一、问题的提出以及传统解决进路 / 80

- (一) 问题的提出 / 80
- (二) 传统解决进路 / 82

二、义务侵害学理与现代解决进路 / 86

- (一) 义务侵害学理 / 86
- (二) 现代解决进路——并行性与替代性损害赔偿体系 / 87
- (三) 消灭时效的统一适用 / 89
- (四) 种类买卖情形的瑕疵损害与瑕疵结果损害 / 90

三、制度角色与体系思考 / 91

第七章 论《德国民法典》中的履行请求权及其界限 / 93

一、问题的提出及路径选择 / 93

二、履行请求权的学理性质 / 97

三、限定实际履行请求权的正确连结节点 / 99

四、给付不能之作为履行请求权连结节点的法律规制 / 101

- (一) 以“牺牲界限”对抗实际履行 / 101
- (二) 以“给付不能”和“不可苛求性”对抗实际履行 / 102
- (三) 给付义务消灭的危险性诠释 / 105

第八章 论《德国民法典》中的自始给付不能 / 107

- 一、自始不能与合同效力:杰尔苏规则的正确理解 / 107
- 二、自始不能的责任:积极利益与消极利益的赔偿 / 110
- 三、自始不能责任的目的基础:趋同态势 / 112
 - (一) 自始客观不能与自始主观不能责任的统一 / 112
 - (二) 自始给付不能与嗣后给付不能责任的统一 / 114
 - (三) “应当归责” / 115
- 四、自始不能责任的学理基础:法的发现与法的发展 / 117
 - (一) 体系违反与学理的不规则 / 117
 - (二) 给付允诺的不履行 / 118
 - (三) 与撤销权法的关系 / 120
 - (四) 学理的服务功能 / 122

第九章 论《德国民法典》中的一时给付不能 / 124

- 一、问题的提出 / 124
 - (一) 一时给付不能的概念及界定 / 124
 - (二) 一时给付不能的规制史 / 126
 - (三) 一时给付不能的表现形态 / 128
- 二、原级给付义务的法律命运 / 129
 - (一) 给付请求权的法律命运 / 129
 - (二) 对待给付请求权的法律命运 / 130
- 三、终结双务合同的可能性选择 / 131
- 四、自始给付障碍与嗣后给付障碍的同等化处理 / 133
- 五、债权人的损害赔偿请求权 / 134
 - (一) 替代给付的损害赔偿 / 134
 - (二) 延迟给付的损害赔偿 / 135
- 六、一时给付不能与永久给付不能的同等化处理及其界限 / 136
- 七、诉讼法问题 / 136

第十章 论《德国民法典》中法定解除权人的责任优惠及其界限 / 138

- 一、解除的意义及其可能的规制路径 / 138
 - (一) 解除的意义 / 138
 - (二) 解除的规制路径 / 140
- 二、解除的传统规制路径——“限制 + 允许”方案 / 140
- 三、解除的现代规制路径——价值补偿方案 / 142
- 四、现代规制路径的学理问题及其解决可能性 / 143
 - (一) 优惠规定的立法意旨及保护目的 / 144
 - (二) 自己通常之注意标准的采用 / 145
 - (三) 优惠规定意义上的过错 / 147
 - (四) 法定解除与约定解除的区分之作为连结点及其局部修正 / 148
 - (五) 知情与优惠限制 / 149

第十一章 论《德国民法典》中一般交易条款法的规制位置 / 154

- 一、一般交易条款法的意义 / 154
- 二、一般交易条款法在位置上的规制可能性 / 156
 - (一) 应当将一般交易条款法规制于民法典之内 / 157
 - (二) 应当将一般交易条款法整体性地规制于民法典之内 / 158
 - (三) 应当将一般交易条款法整体性地规制于民法典的总则之内 / 159
- 三、中国法上一般交易条款法的规制——体系思考的意义 / 161

第十二章 论《德国民法典》中特定买卖情形的再履行 / 164

- 一、问题的提出 / 164
- 二、学理路径的可能性选择 / 165

(一)再交付请求权否定说 / 165	
(二)再交付请求权肯定说 / 166	
三、特定买卖情形再交付请求权的正当化及其界限 / 169	
(一)当事人利益情况的考量 / 169	
(二)法的解释 / 170	
(三)再交付请求权的要件及界限 / 172	
(四)学理创制与功能 / 174	
第十三章 论《德国民法典》买卖法中的自力实施 / 176	
一、问题的提出及自力实施的法律后果 / 176	
(一)问题的提出 / 176	
(二)自立实施的法律后果 / 178	
二、学理路径的可能性选择 / 179	
(一)折抵说 / 179	
(二)不当得利说 / 180	
(三)无因管理说 / 181	
(四)无请求权说 / 182	
三、学理创制与体系思考 / 182	
(一)折抵说与问题解决 / 182	
(二)不当得利说及无因管理说与问题解决 / 185	
(三)自力实施的例外 / 186	
(四)诉讼法层面的自力实施问题 / 188	
(五)买受人的自力实施权问题 / 188	
(六)互易中的自力实施问题 / 189	
第十四章 论《德国民法典》买卖合同中的出卖人义务 / 191	
一、出卖人给付买卖标的的主义务 / 193	
(一)物之买卖情形的主义务 / 193	
(二)权利买卖情形的主义务 / 196	
(三)其他情形的主义务 / 197	

二、出卖人无瑕疵给付的主义务 / 202

(一) 物的瑕疵 / 204

(二) 权利瑕疵 / 215

(三) 准据时点 / 217

三、出卖人的其他义务 / 220

(一) 从给付义务 / 220

(二) 保护义务 / 221

第十五章 论《德国民法典》中缔约过失的法典化 / 222

一、缔约过失的制度发生史 / 222

二、法典化势在必行 / 224

三、缔约过失的责任要件 / 225

(一) 开始合同磋商 / 225

(二) 开始合同接触 / 226

(三) 类似的行为接触 / 227

(四) 先契约债务关系的终结 / 227

(五) 先契约债务关系的当事人 / 227

(六) 义务侵害 / 228

(七) 可以归责 / 228

四、与其他规范的竞合关系 / 229

(一) 与撤销的关系 / 229

(二) 与物的瑕疵责任的关系 / 230

五、缔约过失的类型 / 231

(一) 身体及所有权损害——交易安全义务 / 231

(二) 中断合同磋商 / 232

(三) 合同不生效力 / 232

(四) 合同发生效力, 但非为所希望的合同——合同期待落空 / 233

(五) 招股说明书责任 / 233

(六) 公开招标 / 234

- 六、缔约过失的法律后果 / 235
- 七、第三人责任 / 236
 - (一)自己的经济利益 / 236
 - (二)特别的人身信赖 / 237
 - (三)有限责任公司董事及股东的缔约过失责任 / 237
 - (四)旧车商的缔约过失责任 / 238
 - (五)职业责任 / 238
- 八、缔约过失的学理归列 / 239
- 九、未预定给付是否可以构成合同接触 / 240
- 十、中国民法典缔约过失制度的规制 / 241

第十六章 论《德国民法典》中的新损害赔偿法 / 243

- 一、导论 / 243
- 二、德国损害赔偿法改革的动因 / 245
- 三、物的损害计算方面发生的变动 / 246
- 四、慰抚金的一般请求权 / 249
- 五、道路交通方面儿童法律地位的改善 / 251
- 六、法院鉴定人的责任 / 253
- 七、责任最高限额的变动 / 254
- 八、药物责任的变动 / 254
- 九、结语 / 255

第十七章 论《德国民法典》中的合同解除 / 256

- 一、引论 / 256
- 二、合同解除的要件 / 257
 - (一)合同解除的积极要件 / 257
 - (二)合同解除的消极要件 / 260
- 三、合同解除的机制 / 262
- 四、合同解除的法律后果——清算了结 / 263
- 五、余论 / 267

第十八章 论《德国民法典》的欧洲化 / 270

一、制度框架 / 270

(一) 法律协调 / 270

(二) 转化进程 / 271

二、问题 / 273

(一) 指令的瑕疵转化问题 / 274

(二) 合指令解释问题 / 274

(三) 双重意义概念问题 / 275

(四) 混合规范问题 / 275

(五) 延伸立法问题 / 276

(六) 欧洲法背景规范的引注问题 / 277

三、主观动力 / 278

(一) 学理断层的窘境 / 278

(二) 范式法典与债法现代化 / 278

(三) 关于死亡之吻 / 279

第十九章 特论：联合国国际统一买卖法的解释——原则、方法及漏洞填补 / 281

一、解释的必要性 / 281

二、解释与漏洞填补的关系 / 283

三、解释的原则 / 284

(一) 国际性质 / 284

(二) 适用的统一 / 285

(三) 诚信 / 286

四、解释的方法 / 287

(一) 字义解释 / 288

(二) 历史解释 / 288

(三) 体系解释 / 289

(四) 比较法解释 / 289

五、漏洞填补 / 290

(一) 一般原则 / 290

(二) 由冲突法指引的内国法 / 292

(三) 类推适用 / 292

(四) 漏洞填补与其他国际统一私法公约 / 293

第一章 论《德国民法典》 的规制技术、 语言和体系

一、《德国民法典》的规制技术

民法法典的规制技术或者称规制风格可能会受到诸多内在和外在因素的影响,但究其实质因素而论,主要受下述三个方面因素的影响:一是立法者所要达到的法律目标,或者说立法者所要实现的法律宗旨;二是法学所达到的发展水平或者说研究水准;三是立法者所处时代的主导性思维方式。^①根据这一认识,可以将法典的规制技术划分为下列三个种类:一是法典的个案式规制技术;二是法典的抽象—一般化规制技术;

^① Vgl. Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Buergerlichen Rechts, 2. Auflage, 1972, S. 19.