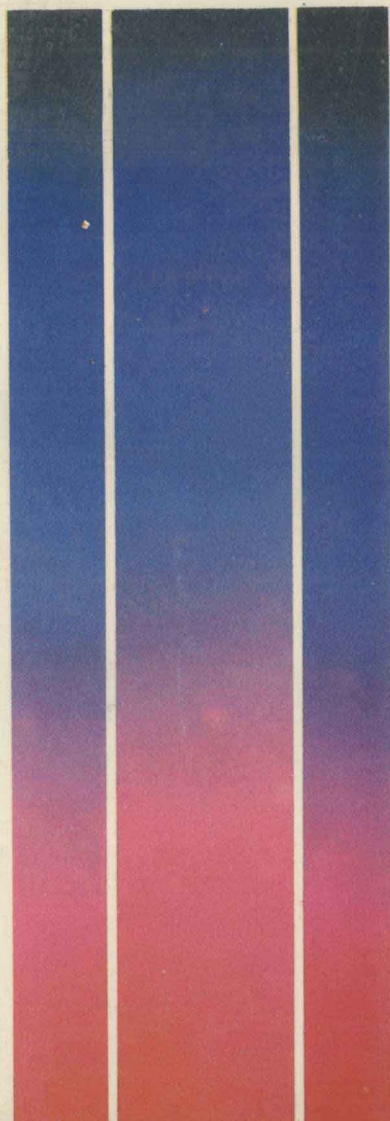


德意志法上的法律行为

沈达明 梁仁洁 编著

对外贸易教育出版社



德意志法上的法律行为

沈达明 梁仁洁 编著

对外贸易教育出版社

(京) 新登字182号

德意志法上的法律行为

沈达明 梁仁洁 编著

责任编辑 王晶

•

对外贸易教育出版社出版

(北京和平街北口北土城 邮政编码 100029)

新华书店北京发行所发行·北京市朝阳区新源印刷厂印刷

开本 850×1168 1/32 ·印张 7.5 · 字数 190 千字

1992年2月 第1版·1992年2月 第1次印刷

印数1—3000册·定价3.50元

ISBN7—81000—467—0/D·018

前 言

本书所称德意志法系指第二次世界大战结束前的德国法、第二次世界大战后的联邦德国法以及属于德意志法系的瑞士法。

德国民法典的特点为包含总则编，将法律行为的一般规则作为总则编的第三章。本书以法律行为为主题，介绍大陆法学理对大陆法系民法一些基本原则的论述。为说明上的方便，在本论前简单说明德意志法系的历史发展。本论就每一个问题分别介绍德国法和瑞士法并附带说明法国法的有关立法、判例和学理供比较之用。

本书是一本大陆法的资料书，编者对每一个问题并没有提出自己的意见。

本书内容曾作为1986——1987年对外经济贸易大学法学硕士研究生班比较民法课的教材。

本书错误、遗漏之处，请读者批评指出。

编著者

1989年9月于北京

目 录

前 论

第一章 德国民法典施行前的德意志法……………(3)

第一节 接受罗马法……………(3)

第二节 理性法运动……………(7)

第三节 历史学派、罗马法著作选学派和 日耳曼法学派……………(9)

第二章 德国民法典……………(13)

第一节 德国民法典的编制……………(13)

第二节 德国民法典的结构……………(15)

第三节 德国民法典的立法技术……………(17)

第四节 德国民法典的立法精神……………(20)

第五节 德国民法典施行以来的新发展……………(25)

第三章 瑞士法……………(40)

第一节 瑞士债法典的结构……………(41)

第二节 瑞士债法典的制定过程……………(42)

第三节 瑞士债法典与瑞士民法典……………(42)

本 论

第一章 法律行为……………(47)

第一节 法律事实总和……………(47)

第二节 意思表示……………(49)

第三节 法律行为……………(50)

第四节 法律行为的分类……………(52)

第二章 原因……………(59)

第一节 法国法的原因……………(59)

第二节 德国学理论英美法的约因……………(63)

第三节 德意志法系的原因……………(66)

第四节	要因法律行为与不要因法律行为	(68)
第五节	抽象法律行为与要式法律行为	(77)
第六节	德国民法典抽象法律行为综述	(78)
第三章	意思表示的“完成”	(84)
第一节	德国法	(85)
第二节	瑞士法	(87)
第四章	意思主义与表示主义	(88)
第一节	古日耳曼法	(88)
第二节	罗马法	(89)
第三节	德国普通法与罗马法著作选学派	(90)
第四节	综合说明大陆法关于意思主义、表示 主义上的立法原则	(91)
第五章	法律行为的形式	(93)
第一节	形式自由原则	(93)
第二节	法律规定的形式要件	(94)
第三节	当事人规定的形式要件	(94)
第六章	游戏的意思表示与心理保留	(97)
第一节	游戏的表示	(98)
第二节	心理保留	(100)
第七章	虚伪法律行为	(101)
第一节	法国法	(101)
第二节	德国法	(107)
第三节	瑞士法	(111)
第八章	错误	(113)
第一节	德国法上的错误	(113)
第二节	瑞士法	(124)
第三节	德国法上有关主观法律行为基础的错误	(131)
第四节	错误的后果	(134)
第九章	胁迫与诈欺	(141)

第一节	胁迫与诈欺概述	(141)
第二节	诈欺	(143)
第三节	胁迫	(146)
第四节	诈欺与胁迫的区别	(147)
第五节	第三人所为的诈欺	(147)
第十章	法律行为的解释	(153)
第一节	德国民法典	(153)
第二节	瑞士法的解释合同、补充合同与调整合同	(164)
第十一章	意思表示的违法与违反善良风俗	(174)
第一节	法律行为的违法	(174)
第二节	意思表示违反善良风俗	(176)
第三节	过分利得	(181)
第十二章	法律行为的无效力	(184)
第一节	无效力的法律行为与可撤销的法律行为	(184)
第二节	德国学理否定无效法律行为与可撤销 法律行为的区别	(186)
第三节	联邦德国学理论不存在的法律行为	(188)
第四节	法律行为的无效力与无效益	(190)
第五节	成文法、判例与学理对法律行为 无效力制度的修改	(191)
第六节	法律行为的一部分无效	(193)
第七节	法律行为的更换	(196)
第十三章	权利标的的让与禁止	(200)
附 论		
第一章	瑞士民法典	(207)
第二章	给付	(211)
第三章	不当得利	(213)
第四章	瑞士法的信托合同	(226)
第五章	德意志法律行为理论在法国的影响	(228)

前 论

第一章 德国民法典施行前的德意志法

德国民法典〔全名为“德意志帝国市民法典”(Bürgerliches Gesetzbuch Für Deutsche Reich)〕,^①简称BGB,公布于1896年,1900年1月1日起施行。

1900年以前德意志法律史上最重大的事件为十五世纪的接受罗马法。罗马法逐步驱走了日耳曼帝国施行的各种日耳曼习惯法。由于当时统一的德意志民族国家的概念尚未形成,维护习惯法的势力还相当强大,接受罗马法的规模之大引起了两派之间的冲突。一派提倡科学性、技术性很强的罗马法;另一派则主张回到古老的日耳曼习惯法,他们认为这些日耳曼习惯法表达了真正群众性的法律意识。

上述冲突在日后十八世纪的理性法(Vernunftrecht)与十九世纪的历史法学派和罗马法著作选学派统治时期又以新的形式表现出来。

第一节 接受罗马法

中古时代末期在欧洲的大学传播的古代文化包括经意大利北部的注释学派与后注释学派加工整理的《罗马法大全》^②。《罗马法大全》在欧洲产生的影响并不相同。

在英国,法律实务界拼命抵制罗马法的引进。首先,这些人

已组成势力极大的行会，控制着集中设在伦敦的英国法院。法律界坚决拥护正在形成中的英国判例法，即英国“普通法”（common law）。因此，英国普通法终于逃避了罗马法化。其次，~~法律~~律师行会取得了培养接班人的权利。律师行会的教学方法与当时大陆各大学的方法不同，是以案例与诉讼程序为主要教学内容。

在法国，罗马法进入的程度各地不同。法国南部本来受早期入侵法国的日耳曼Wisigoth族的《wisigoth人的罗马法汇编》（Lex Romana Wisigotharum）的影响，所以罗马法的进入很明显。法国北部地区极为有限，因为当时的巴黎法院（Parlement de Paris）^③在一批法学家（Légistes）的协助下已着手北部地区习惯法的统一与现代化的工作。更重要的是，神圣日耳曼罗马帝国认为罗马法是他们的法律，所以法国国王总是对罗马法抱着猜疑的态度。

在德意志，接受罗马法是大规模的。其原因可归纳为以下几点：（一）意识形态方面的因素。整个中古时期流行着神圣日耳曼罗马帝国是罗马帝国的继承者，日耳曼皇帝是罗马皇帝的继承人的观念。因此，人们认为，罗马法不是外国法（Fremdes Recht），而是帝国法（Kaiserrecht）。（二）政治上的原因，这是主要的。一方面日耳曼帝国逐渐衰退，另一方面出现了争取全面独立主权的城市、郡国和邦。皇帝是选举产生的，没有固定场所，没有财政机关，没有公务人员。帝国的法院随皇帝往来各地，没有固定的院址，法院由一名指挥诉讼的法官（Prozessleitender Richter）和若干助理审判员（urteiler）组成。判决是由后者作出的。各邦国国王要求皇帝限制帝国法院的诉讼管辖权，即限制向帝国法院上诉的案件（non appellando）和帝国法院调案的案件（non evocando）。当代德国学者指出：同时代的英、法两国司法界曾在伦敦和巴黎成立一个集中的、有组织的法官和律师团体，足以对付地方法律和地方习惯的分散不一致产生的流弊。软弱无能的帝国法院则缺乏这样的条件把地方法

律和习惯融合成德意志普通法，去适应正在转变中的社会和经济的需要。

当时，各邦国宫廷和法院以及教会机关和教会法院使用的法律人员多数是在意大利各大学学习罗马法与教会法的人。他们作为审判员时一贯撇开他们不熟悉的地方习惯法，而援用罗马法来改变下级法院(Schöffengerichte)以习惯法为根据所作出的判决。所以Gierke说：罗马法的接受是从上到下进行的。

1495年帝国成立了新的法院，即“帝国官房法院”(Reich Kammergericht)，受理上诉案件，但对于享受不得上诉的特权案件没有管辖权。设立该法院的法令规定，审判员共16人，其中8人为实际上学过罗马法的法学者，另8人为贵族。该法令又规定该法院应按照“帝国普通法”(nach des Reiches gemeinem Rechten)审理案件。所以，理论上讲，罗马法是辅助法，因为该法令规定法官应考虑向法院提出证据证明各邦国及其法院的法令和习惯。但由于该法院对提供这些地方方法的证据要求越来越严格，引进了意大利法理的一项原则，即“地方法律应作狭义解释”，并主张某些地方法规不合理而不予接受(nicht Leidlich)，从而地方法被排斥，罗马法就成为帝国的普通法(gemeines Recht)。

Wiecker说：帝国普通法是日耳曼帝国后期创造的新概念，同时亦是日后德意志学理的先驱。

具体说来，所接受的实体法为债法与动产物权法。这两部门法构成经济、商业交易的法律框架；其次，在全部法律领域内，又接受了来自《罗马法大全》(Corpus iuris civilis)的各种概念、法律范畴与术语；再次，诉讼程序又按照意大利法学者规定的罗马法——教会法的诉讼模式作了更新。换言之，诉讼按严格标准分成各个阶段，并把抽象法律规则适用于预先确定的事实作出判决。对此判决可向上级法院上诉。

Wiecker说，接受罗马法使传统的德意志法过渡到成文法。

体系，从凭直觉的司法过渡到用概念与逻辑推敲案件的司法。从方法方面来说，罗马法的影响甚至在亲属法、夫妻财产制以及继承法领域都能发现，尽管这些法律基本上使用教会法与日耳曼习惯法。

在分裂为许多政治单位的日耳曼帝国内，罗马法的接受在程度上和后果上都有差别。比如瑞士各州与Schleswig-Holstein的法律，由于不受帝国法院的管辖，几乎丝毫没有罗马法化。其他各邦，例如萨克逊，由于习惯法已在十三世纪收集在Eike von Repgow的习惯法汇编中，其法律传统已有牢固的根基，所以能坚决抵制罗马法的侵入。这部习惯法汇编称为《萨克逊镜子》（Sachsenspiegel），它的编者是一个有司法经验的法律理论家。这部汇编的萨克逊普通法阻止了罗马法侵入德意志北部与东部。

从十六世纪起，援用“普通法”的法官与行政官吏在行使他们的职权时，为适应社会和经济生活的需要，愈来愈多的考虑到当时在人们意识中继续存在的日耳曼法律制度与法律概念。法律学校使用移送诉讼材料程序（Aktenversendung）担任法律实务咨询工作。这些法律学校愈来愈多的援用日耳曼法律制度与概念。本来作为教授罗马法而设立的法律学校，把日耳曼法内容吸收入罗马法教材。这种综合性教学内容称为《罗马法学著作选在现代的使用》（usus modernus Pandectarum）。

上述发展主要应归功于Hermann Conring(1606—1681)。他在《论日耳曼法的渊源》（De origine juris germani）一书中指出在罗马法的接受中学者与法院的功绩，并呼吁重新发现（Rückbesinnung）日耳曼法。这本书动摇了《罗马法大全》的权威，发动德意志学理对罗马法采取批判的态度，日后的理性法学派正是以此为目标。

第二节 理性法 (Verunftrecht) 运动

理性法运动响应欧洲启蒙运动 (Aufklärung) 而兴起, 这一学派主张凭思考去发现与管制自然世界的规则相同的管制社会生活的自然规则, 据此提出一些直接来自人性和理智的、普遍适用的、一成不变的法律原则。

德意志理性法学派的代表人物为 Pufendorf (1632—1694), Thomasius (1655—1728) 和 Christian Wolf (1679—1754)。Pufendorf 被视为荷兰人 Grotius 的继承者, 曾在 Heidelberg 大学讲自然法。Thomasius 试图从历史出发论述理性法。Wolf 发表了九卷著作: “以科学方法探讨自然法” (Jus naturae methodo scientifica pertractatum)。

理性法学说对德意志法的各个方面, 特别是私法方面产生极大影响。德意志法学使用理性法提出的衡量标准批判《罗马法大全》和进入《罗马法著作选在现代的使用》中的不符合理性的法律规则, 使人们摆脱罗马法文献、打破罗马法的权威, 重新发现许多古老的日耳曼法律规则和制度。这些法律规则从理性角度来看, 优越于来自罗马法的法律规则和制度。Mitteis-Lieberich 说: “自然法起了反接受的作用。”

理性法打开了私法系统化的道路。人们放弃了援用罗马法所使用的注释罗马法律文献的方法, 改为建立一个全面的、自主的法律体系的理性综合。在这方面 Wolfe 和 Nettelblatt 两人的著作贡献最大。他们使用演绎法, 完全摆脱从社会生活经验中取得的材料进行思考。人们称之为“几何学方法”(mos geometricus), 使德意志法学向概念化发展。罗马法著作选学派, 甚至现代的联邦德国法理界在一定程度上仍然使用这种方法。Koscha-

ker说，理性运动标志着从接受罗马法时期法律实务者的法(Juristenrecht)过渡到德意志长期存在的教授们的法(Professorenrecht)。

理性法派通过在大学内的传授，使理性法在摆脱帝国的各德意志邦国内广泛流传。Wiecker说，普鲁士的法典编纂是在理性法运动的影响下进行的。1714年普鲁士国王Frederik William一世委托Halle大学五名教授在Thomasius主持下起草法典统一普鲁士各省的一些私法规则。Frederik二世于1746年指示Samuel von Cocceji根据纯粹理性起草普鲁士法典。后者起草的《佛来德里克法典草案》(Projekt des corpus juris Fredericiani)在某些方面虽采用理性法学说，但其内容仍然是《罗马法著作选在现代的使用》的修订本和德文译本。三十年后Frederik二世重新发动起草法典的工作。担任此项工作的为法学者Suarez和Klein两人，其继承者Frederik William二世于1794年公布施行《普鲁士王国总法典》(Allgemeines Landrecht für die Königlich Preussischen Staaten)。这部法典包括民法、民事诉讼法、刑法、商法与公法，收集了习惯法、国王制定的条例、罗马法与理性法的规则。法典的结构使用Pufendorf的分析，强调个人的双重性质，即有时作为个人，有时作为各种社会集团的成员。第一部分以个人的资产为内容，把债法与继承法作为取得所有权的方式。第二部分以个人在其所属各社会集团内的法律地位为内容，即亲属、家庭、社会阶级(贵族、市民、农民)与国家。许多条文的写法反映起草者的教育企图。法典禁止法官解释条文。法典共一万九千条。法典施行后就使人感到这是一部无生命力的、僵死的法律文件，其质量低于奥地利民法典与法国民法典。虽然以Savigny为首的德国历史学派对这部法典提出的批评是以其他理由为依据，但总的说来，历史学派是根本反对法典编纂的。

第三节 历史学派、罗马法著作选学派和日耳曼法学派

拿破仑战争导致神圣日耳曼罗马帝国的崩溃和普鲁士的衰退，但解放战争却促进了爱国主义的兴起。德意志知识界掀起了编纂私法法典时机是否成熟的争论。1814年Heidelberg大学同情法国革命与法国民法典的Thibaut教授(1772—1840)发表了《制定德国总民法典的必要性》(Über die Notwendigkeit eines allgemeinen Bürgerlichen Rechts Für Deutschland)。他计划中的法典包括民法、刑法与诉讼法。他认为这是消灭德国分割成许多法律体系造成的流弊的办法。当时施行的法律有：普鲁士法典，莱茵河流域各郡国、公国适用的拿破仑法典以及普通法、各种地方习惯法。Thibaut的主张未能实现。原因是：第一，维也纳会议决定，保持组成德意志邦联的39个德意志国家的主权，不给予这39个国家组成的邦联任何立法权。第二，著名的法学家Savigny强烈反对。他在《我们时代的立法与法学任务》(Vom Beruf unserer Zeit Für Gesetzgebung und Wissenschaft)一文中坚决反对理性派的学说，谴责他们无视法律的主要特点，即其历史性以及法国民法典的平等主义。他认为法律是一种文化现象，其根底为本民族的共同意识(gemeinsames Bewusstsein des Volkes)。他在以后的著作中称之为“民族精神”(Volksgeist)。这种文化现象和语言、风俗等其他群众文化一样，是通过无间断的有机增长过程形成的。但他又说，当法学者们在文化演进中某一阶段出现时，他们能起重要作用。他说：“在前一段时间中法律活在全体人民的意识中，现在则移植到法学者们的意识中，法学者作为人民的代表，从此时起法律的存

在复杂多了，因为法律过着双重生活。首先，法律作为人民生活的一部分，其次，成为法学者们的一门学问。”因此，一切法典编纂都是违背法律固有的形成方式。他认为法典化是无机的、反历史的。总之，法典化不能促进德国普通法的建立。他认为建立德国普通法的唯一方式是深入研究现行法的渊源及其历史内容。因此，1815年Savigny与日耳曼语文家 Eichhorn (1781—1854) 共同创办《法学史杂志》(Zeitschrift Für geschichtliche Wissenschaft)。这是历史学派的刊物。历史学派在十九世纪的大部分时间占领了德国各大学，促成爱好古代法律，研究德意志法的历史文献与历史发展的嗜好。直至今天在联邦德国法学研究与法学理论上仍能看到历史学派的影响。

历史学派很快就分成两派，即罗马法学派与日耳曼法学派。罗马法学派的人数多于日耳曼法学派。在Savigny的推动下主要从事罗马法的研究。研究内容不是经过《罗马法大全在现代的使用》派加工整理的罗马法，而是《罗马法大全》(corpus juris civilis)所记载的罗马法。历史学派旨在恢复罗马法的真面貌，排除罗马法在中古和近代随着时间的进展所遭受到的歪曲，使罗马法能成为正在建立中的法学的基础和原材料。Savigny等的著作几乎全部以罗马法为对象，不注意日耳曼的历史文献和地方习惯。Savigny的著作都以罗马法为依据：《论占有》(1803)；《中古时期罗马法史》共六卷(1815—1831)；《今日的罗马法体系》共八卷(1840—1849)。Ihering批评Savigny说，他是法学上的叛徒。现今联邦德国法学界指出，Savigny认为《罗马法大全》具有不受时间影响的绝对价值，深信只要把罗马法加以系统化就能成为现行法。

Savigny的门人Puchta, Windscheid, Regeisberg致力于把第一、二、三世纪的古典时期罗马法的内容系统化、概念化。为此目的，他们使用直接来自理性法学派传统的演绎方法、抽象方法。Puchta (1789—1846)主张，当一个社会在法律方面进入