

Repräsentative Deutsche Rechtsliteratur der Gegenwart

当 代 德 国 法 学 名 著

德 国 民 法 通 论

(上册)

[德] 卡尔·拉伦茨/著

王晓晔 邵建东 程建英 徐国建 谢怀栻/译

法 律 出 版 社

013028126

当代德国法
Repräsentative Deutsche Rechtsliteratur

D951.63
05-2
V1

德国民法通论

(上册)

Allgemeiner Teil
des Deutschen
Bürgerlichen
Rechts

I



[德] 卡尔·拉伦茨 / 著

Karl Larenz

王晓晔 邵建东 程建英

徐国建 谢怀栻 / 译

谢怀栻 / 校

法律出版社



北航

C1637374

D951.63

05-2

V1

德国民法通论

(上)

【当代德国法学名著】

编译委员会主任

米 健

编译委员会委员

冯 军 刘兆兴

米 健 范 健

邵建东 郑永流

舒国滢

本书责任编辑

米 健

编辑部成员

王 娜 田士永

许 兰 韩光明

董一梁 薄燕娜

选题推荐人、顾问

何意志/科隆大学教授

Robert Heuser, Universität Köln

阿图尔·考夫曼/慕尼黑大学教授

Arthur Kaufmann, Universität München

鲁尔夫·克努特尔/波恩大学教授

Rolf Knütel, Universität Bonn

海因·克茨/汉堡大学教授

Hein Kötz, Universität Hamburg

孟文理/帕骚大学教授

Ulrich Manthe, Universität Passau

胜雅律/弗莱堡大学教授

Harro von Senger, Universität Freiburg

Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts

Karl Larenz

© Copyright by C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung

München, 1989

本书根据贝克出版社 (C.H.Beck) 1989年德文版翻译
经贝克出版社授权, 法律出版社享有本书中文简体本专有使用权

著作权合同登记号

图字: 01-2002-5378



谨以此版
纪念谢怀栻教授



本书翻译得到德意志学术交流中心
和德国科学基金协会的支持

**Die Übersetzung erfolgte mit
Unterstützung des DAAD und
des Stifterverbandes der Deutschen Wissenschaft**

当代德国法学名著总序

当代德国法学名著译事之缘起,在乎“取法人际,天道归一”之理念。

天地渺渺,众生芸芸;然天地何以长存不灭,众生何以繁衍不息?此中必有亘古于今之一般法则。天地者,自然之谓;众生者,乃自然所赋生灵之长,人也。而人所以居万物之首而为生灵之长,概因其不仅是生于自然,而且还能领悟于自然,进而以理性和智慧的劳动创造受益于自然。由此而论,天地间至真至善至美,莫过于人与自然之和谐融合。正如庄子所说:“知天之所为,知人之所为者,至也。”而中国哲人所言“天人合一”,实际表明着人类的最高智慧和境界。但是,最高的智慧未必是功利的智慧,最高的境界往往不是现实的境界,此乃人类虽为万物灵长,但又归于万物的本性使然。尽管不无缺憾,但却理所当然。纵观古往今来,可知人类始终是在理想与现实、理性与物性的矛盾状态中存在发展。不过,人出于其自然本性但又以其理性确认的社会秩序,又使之在这种永远不会解消的矛盾状态中生存发展成为可能。

自古以来,食色之性、交往之需、名利之求、功德之义,无论国人洋人、权贵庶民,众生莫不

有之；惟每人认取之价值，或此或彼因人因地因时而异。但基于人之本性所产生的社会，无论东方西方，必然有其共性。于是有老子的古训：“人法地，地法天，天法道，道法自然。”而希腊的斯多噶哲人也说：“按照自然而生活。”由此可知，同属自然之人类，本有其共同的理念与法则。以法律而言，中国、西方法律虽文化传统各异，然毕竟都是人类社会的法律；必然有其共同的人性内涵。所以，考察法律，应着眼超越地域、国度和民族，甚至超越时空的人际层面，努力发现本来属于整个人类的理念和规范，并在此基础上寻求并促进人与人、民族与民族、国家与国家之间越来越普遍深入的交往。吾人之规可为他人所取，他人之法可为吾人所用，概其皆出乎人之本性。所以“取法人际，天道归一”，当为人类社会法律进步之最高思想境界。以迄今历史度之，人类生存发展的必然趋势是越来越普遍深入地相互结合和依赖，经济的全球化和文化的世界化正在相辅相成地迅速演进。在人类发展进程中，产生于人类本性的共性愈多愈充分地为人所认识，则人与人之间、国家与国家之间的交往就愈可能有效和平地进行。作为人类社会的行为规范，任何国家的法律都是人与人之间实现交往、确定关系及秩序的最重要途径。就此而论，可断言未来人类的发展与和平，很大程度上将取决于全人类在法律法则上的沟通与趋同。

本着取法人际或取法自然的理念，当代德国法学名著译事拟系统全面地翻译当代德国法学具有代表性的学术成果。因为德国法不仅为可取之一方法律，而且还与当代中国法制有着特殊的关联。事实上，当代中国大陆、台湾的法制是基于清末民初之际的法律改制发展而来。当时采纳了欧洲大陆法系法制模式，而其中又以汲取德国法律，特别是民法、刑法居多。不仅如此，20世纪以来中国法制和法学的发展还颇受德国法制和法学的影响，现今中国法制和法学的不少思路实际都与后者有关联。因而，中国法制建设和法学进步自然更容易从德国法制与法学中获得启发。此外，

由于近代德国历史法学派和学说汇纂学派对罗马法和罗马普通法的系统研究与整理,近现代德国法学形成并获得了其本身独有的特色,其丰富成熟的法律理论与教条,恰恰是目前乃至 21 世纪我国法学与法制建设所迫切需要的。

当代德国法学名著的选题范围包括法哲学和法的基本理论、国家法、法律史、民法和商法、经济法、刑法、国际私法等内容。选题标准是:德国乃至欧洲法律界已经普遍公认为经典的名著,或在德国普遍使用的有代表性的教科书。与此同时,亦根据我国的实际需要翻译介绍一些有关法律文化背景方面的工具书和著名法学家的传记。初步选题首先由德国学者提出,然后由编委会综合各方面意见,最后根据我国实际需要确定翻译选题。为保证翻译质量,翻译工作严格采取译、校和三审程序。每部译著由一责任编辑审阅或校对。译稿一审通过后,编委会和编辑部就一审提出的问题召开由德国教授和有关译者参加的翻译工作会议;在此基础上,译者还专程前往德国与作者或有关学者探讨翻译的疑难和细节问题。在此方面,德意志学术交流中心(DAAD)提供了有力的支持。在赴德改稿基础上提出的第二稿通过二审后,由译者进一步修改、润色定稿,复经审阅后交付出版社。

系统翻译德国法学名著的想法由来已久,但正式酝酿于 1997 年秋,经过近一年的准备筹划,于 1998 年秋开始实施,拟于 2005 年完成全部选定书目的翻译。应该说,德意志学术交流中心的霍恩贝格尔先生(U. Hornberger)和法律出版社社长贾京平先生对促成此项翻译计划起了重要作用,黄闽总编辑亦助之鼎力。而此项翻译计划能够顺利实施,亦诚有赖编委会和编辑部各位同仁的同志趣和辛勤工作。六位德国著名学者:考夫曼(A. Kaufmann)、克茨(H. Kötz)、克努特尔(R. Knütel)、何意志(R. Heuser)、孟文理(U. Manthe)和胜雅律(H. von Senger)教授在计划拟定、选题推荐和具体翻译工作中均给了我们以宝贵帮助。德国大使馆柯灵博士

(T. Klinner)和李雅思先生(M. Licharz)以多种方式推动此项翻译计划。德意志学术交流中心驻京办事处主任史翰功先生(H. Schmidt.)、施密特-多尔博士(T. Schmidt-Dörr)和该中心波恩总部的比尔克(Klaus Birk)博士亦对此计划给予了热情和有力的支持。德国跨国基金会(Inter Nationes)对部分书目的出版提供了支持。特别要提及的是,江平、谢怀栻、潘汉典等法学界前辈对于此项工作始终给予着关注和支持,中国政法大学有关部门亦对我们的工作提供了帮助。法律出版社张波、卞学琪先生对出版工作兢兢业业、认真负责。在此,谨对上述所有法律界同仁和有关机构表示由衷的谢意。我之所愿,所有参与此项计划和给予该计划关注和支持的人,都能从此处呈献的工作成果中得到虽非物质的但却真实诚恳并有长久价值的酬劳。因为,倘若这些成果能够在 21 世纪和中华崛起之际被赋予些微历史和现实意义的话,那么它将胜于所有致谢和嘉言。

米 健

2003 年于京城蓟门

第七版序

从上一版出版以来,发布了许多关于《一般交易条件法》的最高法院的判决。从这些判决可知,就《一般交易条件法》第9条的一般条款所为的判例目前已得到广泛的应用,随后又得到各样的修正。鉴于这是一个包括如此广泛内容的条款,这些判决不会全部是令人信服的。本书中只选用了一小部分,我希望这些判决是在全国具有影响的。同时我也对《德国民法典》第134条和第138条的论述进行了审查,用一些新的判例取代了旧的判例。我新写了一些章节,在形式的许可下作了解释,还新加了一章(第二十九章甲),是就不久之前的两篇论文改成的。我放弃了我从前关于通过“社会典型行为”订立合同的意见。(在本书中)对原有的一些地方的论述作了扩展,但为了防止篇幅增加,对一些地方作了紧缩。我对于泽格尔(Soergel)的注释书的新版(1988年)已注意到,最后还注意了莱嫩(Leenen)在《民法实务档案》(1988年)上的论文。

在校对工作方面,我感谢诺伊纳先生(Herr Assessor Neuner)的帮助。

卡尔·拉伦茨

慕尼黑,1988年10月

第一版序(摘录)

这是一本教学用书,我写这本书在教育上的愿望和我在15年前撰写《债法教科书》的指导思想相同,就是“写一本书,总体上易读、易于理解,而其结构要对所论述的法律制度提供一个最大限度的全面的描述”。这一点,现在仍然如此,不用补充什么。

但这样做并不容易,要达到这一学术上的宗旨、这本书的内在的目的,不是件容易事。民法的总论部分向来是,不仅要论述《德国民法典》第一编(“总则”编)里的各种规定,更要阐明我国民法的体系和基本概念。关于这一点,人们经常把体系理解为构建制度的“外在体系”,把“基本概念”只理解为这个体系内的一些抽象的概念,而对这些概念也只通过它的应用范围的大小和简单的概念内涵去认识。把这样的概念连贯起来作为前提而构建的私法是不够明白的。要充分理解现行法律,依我的确信,要求我们认识那些较之实在法还要重要的一些基本原则,并且通过这些原则组成的总和意义去认识“内在体系”。在这本书里,我将努力阐明这种“内在体系”。

为了不过于增加书的篇幅,我放弃了对国际私法的阐述(国际私法已自成一个教学领

域),只在导言中作了少数说明;还放弃了对私法学历史、法源理论和方法论的论述。这几门学问,如果不把它们作为单独学科或专门著述的对象,就是法学导论的内容。在(德国)普通法时期,当时法学者们的学习只限于学说汇纂法学,这些学问都属于一般私法学的范围,但是从民法也成为法学领域的一门课程后,就不再属于那里了。

卡尔·拉伦茨

1967年

沃尔夫序

《德国民法通论》这部教科书的第1版问世于1967年。在这部教科书中,作者卡尔·拉伦茨(Karl Larenz)主要追求的是下列学术宗旨:不仅仅局限于对《德国民法典》总则编中的法律规定作出阐述,除此之外还要揭示私法的基础,并使读者意识到民法的体系和基本概念。在阐释民法的体系时,拉伦茨不仅分析了所谓的“外在体系”,而且还力求揭示所谓的“内在体系”。在这里,“外在体系”是指对法律事实和法律制度所作的概念上的整理和阐明;而“内在体系”则是指支配整个民法的基本原则以及这些原则之间的实质联系。现在,这本书已经出到了第8版。^{*}第8版的作者认为自己依然有义务去实现上述学术宗旨。新版书通过将把这些学术目标同其间已发生的变化相适应的方式,继续发展着这些学术目标。这一事实,决定了有必要对原书的内容和结构作一些调整。这篇跋文旨在向读者概括介绍这些调整的情况。

* 拉伦茨的《德国民法通论》出至第7版(即本书据以翻译的原本)后,著者逝世,以后由沃尔夫增订后,又出第8版,书名改为《民法通论》,由拉伦茨与沃尔夫共同署名,所以这里说的“第8版”指增订后由二人署名的版本,所谓“第8版的作者”指的应为沃尔夫。——译者注

一、整部教科书被烙上了私法上的价值体系的印记,而这个价值体系的基础即是“伦理上的人格主义”,它把人(Person)这一享有自由和尊严但同时也负有责任的主体作为范式,置于私法的中心地位。

1. 作为伦理上的人格主义的体现,私法加强了对人格的保护,保护其免受他人的攻击和侵害,特别是大众化媒体的攻击和侵害。在这一保护人格的领域中,联邦宪法法院的裁判对私法产生了强大的影响。联邦宪法法院将自由发展人格的基本权利(《基本法》第1条第2款)同言论自由、新闻自由的基本权利(《基本法》第5条)作了相互界定,因此同时确定了私法对人格权的保护领域与其他私人或机构的侵害行为之间的界限。此外,联邦宪法法院提出了信息自决权。在私法中,此项权利构成了数据保护的基础。因此,新版书在总体上扩大了人格保护的内容。

2. 伦理上的人格主义还包括私法上的各项自由。享有这些自由的各个人,原则上可以任意行使他们的权利,并依据其个人的决定建立同他人之间的合同关系。不过,伦理上的人格主义也要求人们负责地行使这些自由。

为了实现伦理上的人格主义的意旨,防止滥用权利的行为,同时为了在合同关系中创设某种均衡的关系,权利行使的限制以及合同自由的界限现已涉及越来越广泛的范围。与此相联系,以往的自由主义的私法,正在演变成为自由—社会的私法,但私法的出发点依然是权利的自由和合同自由。不过,这些自由受到社会—国家的保护性措施以及团结一致、相互照顾之伦理要求的限制,以便将行使权利的行为纳入到为社会和共同体容受的轨道中去。

团结一致、相互照顾的伦理要求,特别明显地反映在那些禁止不法行使权利的案例中。这些案例经过长期考验,被证明是正确的。例如,禁止行使以非善意方式取得的权利;如欠缺自身利益,行使权利应受到限制;禁止从事自相矛盾的行为;失权。如果说,

个人行使权利的这些界限,必须从特定的个案出发,并考虑到个案的具体情况,分别予以确定的话,那么,在合同自由的界限方面,除了以个案为考察点的违反善良风俗的限制(《德国民法典》第138条)外,一般都具有保护群体利益功能的制度性保护机制,正在取得越来越重要的意义。私法正是通过这种对特定群体的利益的保护,实现着其社会国家的使命。这种保护,起初是对雇员的保护,后来延伸至对房屋承租人的保护,最后涉及到对消费者的保护。对雇员的保护主要是在《德国民法典》之外实现的,《德国民法典》中只有少数几条规定适用于对雇员的保护,而对房屋承租人的保护,则几乎完全纳入了《德国民法典》的体系。对消费者的合同法保护,已成为普通私法和普通合同法的一个重要组成部分。

第8版书对这些发展进行了研究,将它们置于《德国民法典》总则编中,作为普通合同法的组成部分加以探讨。作者指出,经济方面的、信息方面的和心理方面的弱势地位是谈判均势受到干扰的原因,然后对为缓解这种力量不均而规定的保护性措施作了阐述。旨在缓解这种受到干扰的谈判均势的后果、防止不公平的合同关系产生的新的法律制度,包括:法院对一般交易条件的内容进行控制;制定有利于合同弱势一方当事人的所谓半强制性规范;规定旨在保护消费者利益的撤回权。

法院对一般交易条件的内容进行控制,已经积累了数十年的实践传统。在这方面,本书主要是再现了该领域的最新发展,主要涉及下列方面:所谓的透明要求作为法院控制的新的标准,这一标准现在也已为欧洲私法所采纳;对未经协商的个别约定的内容进行控制;消费者与企业主作为保护要求迥异的合同当事人,如何对他们作出新的界定。

所谓的半强制性规范,就其为维护需受保护的合同当事人利益而强制性地规定了一些最低标准而言,体现了一种新的保护方式。只有在有利于受保护的合同当事人的利益情况下,才能偏离