



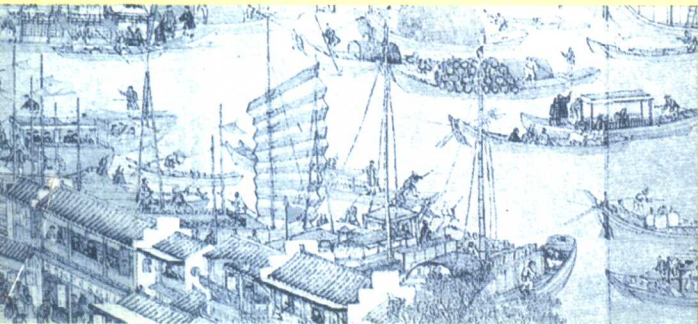
中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

德国新、旧债法比较研究

观念的转变和立法技术的提升

齐晓琨 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

德国新、旧债法比较研究

观念的转变和立法技术的提升

齐晓琨 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

德国新、旧债法比较研究——观念的转变和立法技术的提升/齐晓琨著.

—北京:法律出版社,2006.12

(中国民商法专题研究丛书)

ISBN 7-5036-6813-X

I. 德… II. 齐… III. 债权法—研究—德国 IV. D951.63

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第132279号

© 法律出版社·中国

**中国民商法专题
研究丛书**

**德国新、旧债法比较研究——观念
的转变和立法技术的提升**

齐晓琨 著

责任编辑 刘文科
刘伟俊
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2006年12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 15.125 字数 367千

印次 2006年12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

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-6813-X/D·6530

定价:36.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

德文缩略语

Abl	Amtsblatt	官方公报
AcP	Archiv für die civilis- tische Praxis	《民法实务档 案》(期刊)
ABGB	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	《一般交易条 款规制法》
BAG	Bundesarbeitsgericht	联邦最高劳动 法院
Bd	Band	卷、册
BCB	Bürgerliches Gesetzbuch	《民法典》
BGBI	Bundesgesetzblatt	《联邦法律公 报》
BGH	Bundesgericht	联邦最高普通 法院
BGHZ	Entscheidungen in Zivil- sachen vom Bundes- gericht	《联邦最高普 通法院民事判 例集》

BR	Bundesrat	联邦参议院
BMJ	Bundesministerium der Justiz	联邦司法部
BT-Dr	Bundestagsdrucksache	《联邦议会专刊》
CISC	Convention on Contracts for the International Sale of Goods	《国际货物销售合同公约》
DB	Der Betrieb	《企业》(期刊)
DJT	Deutscher Juristentag	德国法学工作者年会
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift	《德国公证员期刊》
EG	Europäische Gemeinschaft	欧洲共同体
EU	Europäische Union	欧洲联盟
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaft	《欧洲经济期刊》
FernAbsG	Fernabsatzgesetz	《远程销售法》
FernAbsRL	Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20. 5. 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragabschlüssen im Fernabsatz	《欧洲议会及理事会 1997 年 5 月 20 日关于远程销售而订立合同时对消费者保护的 97/7/EG 号指导方针》
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland	《联邦德国基本法》
HausT-	Richtlinie 85/577/WEG des Rates vom 20. 12. 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen	《西欧理事会 1985 年 12 月 20 日关于在营业场所外订立合同时对消费者保护的 85/577/WEG 号指导方针》

HdKomm	Handkommentar	法典评注手册
HGB	Handelsgesetz	《商法典》
Hrsg	Herausgeber	编者
Jb. J.	Jahrbuch junger Zivilwissenschaftler	《青年民法学家年刊》
ZivRWiss		
JherJb.	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts	《耶林民法学理论年 刊》
JR	Juristische Rundschau	《法学评论》(期刊)
Jura	Juristische Ausbildung	《法律培训》(期刊)
JuS	Juristische Schulung	《法律教育》(期刊)
JW	Juristische Wochenschrift	《法学周刊》(期刊)
JZ	Juristen-Zeitung	《法学家报》(期刊)
Komm	Kommentar	法典评注
LG	Landgericht	地方中级普通法院
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht	《德国法月刊》
NJW	Neue Juristische Wochenschrift	《新法学周刊》(期 刊)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivil- recht	《新法学周刊·民事 审判报告》
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht	《新劳动法期刊》
OLG	Oberlandesgericht	地方高等普通法院
RegEntw	Regierungsentwurf	《政府草案》
Rn	Randnummer	边码
RG	Reichsgericht	帝国高等法院

RiL	Rechtlinie des Europäischen Palaments und des Rates	欧洲议会和理事会颁布的指导方针
S	Seite	页
SMG	Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts	《债法现代化法》
TzNrRiL	Richtlinie 94/74/EG des Europäischen Palaments und des Rates v. 26. 10. 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrecht an Immobilien	《欧洲议会及其理事会 1994 年 10 月 26 日对取得不动产部分使用权使用人的保护的若干问题的 94/74/EG 号指导方针》
TzWrG	Teilzeit-Wohnrechtgesetz	《部分时间居住权法》
UkLaG	Unterlassungsklagengesetz	《不作为之诉法》
Unter-IKIRiL	Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Palaments und des Rates v. 19. 5. 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz von Verbraucherinteressen	《欧洲议会及理事会 1998 年 5 月 19 日关于为保护消费者利益的不作为之诉的 98/27/EG 号指导方针》
Unidroit Principles	Principles for international commercial contracts	《国际商业合同原则》
VerbrRiL	Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Palaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter	《欧洲议会及其理事会 1999 年 5 月 25 日对消费品买卖和消费品担保的若干问题的 1999/44/EG 号指导方针》

VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz	《消费者信贷法》
Vgl.	Vergleiche	参见
WM	Wertpapiermitteilungen	《有价证券信息》(期刊)
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht	《债法总汇期刊》
	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht	《经济法期刊》
ZIP	bis 1982; Zeitschrift für Wirtschaftsrechtsrecht und Insolvenzpraxis	1982 年以前:《经济法和支付不能法期刊》
ZPO	Zivilproßordnung	《民事诉讼法》
ZVerzug- sRiL	Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29. 6. 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr	《欧洲议会及其理事会 2000 年 6 月 29 日关于克服交易中的支付迟延的 1999/44/EG 号指导方针》
ZVG	Zwangsversteigerungsgesetz	《强制拍卖法》

前 言

一个国家采取什么样的法律制度,既有历史的必然,也存在着历史的偶然,特别是民法制度。

在历经了长期闭关锁国以后,当清政府为了对抗列强对我国法律的责难,而试图制定民法、商法等“我夙无”的法律时(康有为《上清帝第六书》),《德国民法典》就开始在中国发挥其深刻的影响。

既然我们本来没有(“我夙无”),那就只好借鉴,但当时的借鉴毋宁说是照搬或抄袭。从《大清民律草案》到《中华民国民律草案》一直到后来正式颁布实施的《中华民国民法》,不但其条文的具体内容,而且中国民法学中的概念和基本理论从整体上都深深地打上了德国民法的烙印^①。而作为一门理论和实践紧密相连的学科,中国年轻的民法学一旦选择了德国民法作为坐标,那么在它被当时的知识

^① 见德国法学家 Bünge 在三十年代对《中华民国民法》的评述:Karl Bünge, Das neue chinesische BGB, Seine Entstehungsgeschichte und Systematik, in: Blätter für internationales Privatrecht, Nr. 11, November 1931, S. 257

精英所建立并得到立法者认可后,就很难被彻底改变了。

20世纪80年代改革开放的初期,中国再次选择了德国民法。特别是《民法通则》的颁布和实施^①,使我国的民法学的研究也再次被奠定在德国民法的这块基石上。

不管人们愿不愿意承认,从本质上,在我们的民法学研究中,并没有像四大发明那样辉煌的创新,也没有相对论突破万有引力那样的成就,其基本理论框架、概念、原理等,大多可以在德国民法中找到渊源。本文无意探寻出现这一发展过程的原因,但可以肯定的是,鉴于德国民法本身的逻辑性和缜密性以及中国的历史传统和现实的政治架构,特别是鉴于改革开放近三十年来,中国已基本成型的民事法律制度的建设以及为此目的而进行的法学研究和培养出来的法律人才,中国的民法已经无法再完全脱离德国民法的影响了。

对于完善我国的民法制度而言,目前决策者和学者基本上已经放弃了“松散型”的立法模式的构想,而承认了制定一部统一的法典的必要性。而在目前所有对“中华人民共和国民法典”的设计中,无论如何对章节、条文进行编排,无论在形式上如何“创新”,实际上的内容都是德国法的基本模式,即总则统领下的“债法”、“物权法”、“亲属法”和“继承法”。笔者认为,若要遵循德国民法的理论基础来建立法条结构,德国《民法典》本身的编排模式无疑是合理的,我们不妨在总体上可以采用。为了刻意寻求不同而在形式上去“创新”,实际上只会伤害到未来中国“民法典”的科学性。

当然,并不是说我们必然应当将《德国民法典》作为一个典范。实际上,《德国民法典》也存在大量的缺陷,一些缺陷产生于其定立之初立法者的失误,另外一些缺陷则是随着现实的发展而产生的法律条文内容无

^① 美国学者 William C. Jones 评价《民法通则》是“德国法形式的民法典的总则部分”见: William C. Jones (Hrsg): Basis Principles of Civil Law in China, Amok etc. 1989, Editor's Introduction, S. XV f. 转引自 Harro von Senger(胜雅律), Einführung in das chinesische Recht, Verlag C. H. Beck, München, 1994, S. 12, 13.

法“与时俱进”的滞后性。正是基于这一原因,2002年1月1日在德国生效的《债法现代化法》,对《民法典》进行了涉及二百余个条款的修改,占条款总数的近十分之一,这样的修改规模在《民法典》颁布百年以来还是第一次。

但需要引起注意的是,法律条文的修改并不会引起德国司法实践中判决结果的本质变化。其原因在于,针对《民法典》中的缺陷,司法判例和学说已经进行了大量的修正和填补法律漏洞的工作,这次修改在很大程度上是将这些成果进行了法典化。

而与此相比较,法学研究的变化则要大一些。因为就同类案情的处理结果而言,围绕着旧条文所构建的理论系统,在新条文的框架下,必须加以改变才能对其作出合理的解释。

而对于我国的法学工作者而言,跟踪德国法学界对《民法典》的反思和修改是十分必要的。这可以使我们及时意识到,一些我们仍然作为理论基础的观点,在德国已经因其缺陷而被抛弃。同时,德国《民法典》中被修改的内容,也可以作为订立我们自己的民法典的前车之鉴,避免再犯当年德国立法者所犯的错误,避免出现他们当时考虑不周全的问题。

自德国债法改革以来,国内已经有了一些对其进行介绍的出版物。但这些出版物实际上多是对德文原著的节译,或者多个节译的重新组合。而这些德文的原著所针对的读者,是已经有了深厚德国民法基础的德国本土的专业人士,对于外国读者并不合适。再加上某些译文组合的断章取义和个别中文编译者对德国民法理解的失误,往往使得读者不知所云。

鉴于以上原因,本文力图能够对德国2002年的债法改革作一个准确而详实的介绍,并尽量做到明白易懂。为了做到这一点,本文在“给付障碍法”、“解约法”、“买卖合同法”和“承揽合同法”四个主要章节中,都首先对债法改革前的法律内容进行了简单介绍,随后在介绍新法时,与旧法进行了比较。

对其中各个问题的解释和说明,本文都以德国本土法学工作者的理

论和观点作为依据。对于国内读者不太熟悉的,或者长期以来就被错误理解的理论和概念,特别进行了较为详细的论述。本文中所引用的大量书目,不但是为了支持文中论述的内容,同时,也是为了给读者查阅相关资料提供一个索引。

应当引起注意的是,这次债法改革的成果并非立法者突发奇想而一蹴而就,而是有一个理论和实践不断积淀的过程。因此,本文对旧法中被修改的内容发展到新法的动态的历史背景,也在必要时进行了介绍。

而在介绍这些历史发展过程时,案例是不容忽视的。在谈到“案例”时,应该强调一个问题:我国相当多的民法学者对德国民法的认识都有一个误区,即认为它是典型的成文法,而成文法的对立面就是判例法,并进一步认为,研究英美法主要是研究案例,而研究大陆法主要是研究法律条文。

这种观点起码对于研究德国民法来说是不恰当的。

虽然理论上判例不具有约束力,但在德国的审判实践中,判例实际上起着举足轻重的作用。例如,我们耳熟能详的“积极侵害债权”、“缔约责任”、“交易基础的丧失”等重要制度,在德国民法中,都是通过判例采纳了学者的意见,最终突破了法律条文的规定而得以确立的。并且,在德国的司法判决书中,引用以前的判例(特别是最高法院的判例),是说明判决理由所采取的十分常见的方式。即使债法改革对上述三个判例法律制度进行了明文规定,但这些规定只是个基本原则,只是一种“标签立法”(Merkzettel - Gesetzgebung)^①,没有对判例的了解,是无法研究这些“标签”背后的实际内容的。因此,本文在说明问题时,也引用了大量的案例,同时也是为了表明研究德国民法所应当采取的一种方法。

条文援引技术(Verweisungstechnik)是德国《民法典》的一大特点,而这一技术使得《民法典》构成了一个完整但却十分繁琐的逻辑系统,这始

^① Dauner - Lieb, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Rechtsreform, Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, 2001

终是中文读者了解德国《民法典》的一个障碍。对此,本文运用了14个总结性的图解,以说明各条文之间的相互关系。建议读者在阅读相关文字内容之前,先通过图解对所要论述的内容有个大致的了解,在阅读文字论述的过程中,再结合这些图解,则更容易从总体上把握各法律条文之间的逻辑联系,从而从系统的角度来理解和研究德国《民法典》。

另外,笔者在本文的附件中,对正文中所涉及的大部分法律条文进行了重新翻译,以方便读者查阅。最初,鉴于国内已有多个德国《民法典》的译本,笔者并不准备做这项工作。但在研究过程中,发现已有的译本存在大量的错误,不少翻译的“硬伤”已经到了误导读者的地步。笔者虽然不能保证自己的翻译在“雅”的方面达到超出一般的水准,但起码在“信”和“达”的方面,对读者是负责任的。

还要说明的是,梁慧星先生多年前的一部论著《民法解释学》对本文的研究方法始终起到一个指导的作用。但因这一影响已渗透到了本文写作过程的各个环节,而不是引用个别字句的问题,因此,在引用书目中没有列入该书,特在此加以说明。

总之,希望本文对德国新、旧债法的比较研究,能够为我国的民法典立法提供一块“他山之石”,特别是盼望我国的民法学界能够戒除浮躁,定立一部在理论和实践上都经得住历史考验的“中华人民共和国民法典”。

《中国民商法专题研究丛书》总序

我于1988年起担任中国社会科学院法学研究所民法研究室主任,开始考虑学术发展和人才培养问题。时值90年代初,中国内地遭遇学术著作出版难,尤其未成名的年轻学者的学术著作出版更难。遂仿照王泽鉴先生担任台湾大学法律学系主任时编辑出版《台大法学丛书》的办法,编辑出版《中国民商法专题研究丛书》。预计用二十年时间,出版100部民商法专题研究著作。

其编辑宗旨是,从中国改革开放和发展现代化的市场经济的实际出发,广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说,深入研究民商法的基本理论和实践中的重大法律问题,为中国民商事立法的现代化和民商事审判实务的科学化提供科学的法理基础,提升民商法理论水平,推出民商法理论研究人才,使中国民商法理论研究尽快赶上发达国家和地区的水平。

著作之入选丛书,不论作者职称、地位、亲疏,以学术性为惟一考量。不约稿、不组稿、不需推荐,

概由作者自荐。欢迎自荐博士学位论文。丛书虽以“民商法专题研究”为名,其入选著作并不以民商法学为限。涵盖民法、商法、民事诉讼法、仲裁法、经济法、环境法、国际私法、国际经济法、民商事国际公约惯例等领域,而与广义之“私法学”概念相若。

自1994年推出第一部著作始,迄今已有十余年了,已出版著作50部。出版社方面注意到本套丛书在国内外已产生良好影响和社会效益,决定自第51部著作始,重新设计、增大开本、改变装帧、更加精编精印。特补述丛书编辑缘起及宗旨,作为总序。

梁慧星

于北京城南清芷园

2005年12月8日

序

孙宪忠*

《德国民法典》自 1896 年 8 月 18 日正式颁布以来,历经百年沧桑,至今仍然以其完整的基本原始的形态,并发挥着民事法律领域的基本法的作用。从立法的角度看,虽然在 2002 年以前《德国民法典》也经历了一些改动,但大多数是基于法律政策变化而作出小型调整,立法的基本结构却并没有大的变化。之所以会这样,一方面在于该法典本身的科学性和适应现实的能力比较好,另一方面,却是因为判例和学说以及诸多单行法律的产生,对《德国民法典》发挥了很大的发展、补充和修正的作用。但是也正是因为这样,这些游离于《德国民法典》以外的民法规范和法典本身产生了很多不协调甚至矛盾,给实践中适用法律和人们了解德国民法带来了诸多不便和困难。在这一方面,2002 年 1 月 1 日生效的《债法现代化法》对债法总则、个别债法分则内容和时效制度的修改,正是立法者借助贯彻

* 中国社会科学院法学研究所民法教研室主任,欧盟法研究中心主任,研究员,博士生导师,中国法学会民法学研究会常务副会长。

欧盟有关指导方针的契机,试图消除上述不便和困难所作出的努力。从那些修改涉及的领域来看,可以说这一次的修改体现了德国立法者对于司法实践和法学研究自《民法典》颁布逾百年来的经验和教训的一次总结。

我国现行法律知识系统来源于清末变法时期继受的外国法,尤其是德国法。当时法学界先人经过认真分析比较,得出了德国法学知识体系优越于其他法系的结论。此后我国法律一直坚持着这样的传统,甚至 20 世纪中期大规模继受前苏联法律体系的时候,这种法律知识系统也没有废止。因为这种历史的原因,我们现在研究和借鉴德国法学研究的成果尤其显得必要和简捷,因为从清末开始我国的法律概念体系和知识体系与德国一致了,我们现在所使用的法律语汇在德文中均有对应的词汇。在我国法律发展的过程中,研究外国法作为借鉴总是必要的;而基于历史的原因德国的法学发展更应该予以借鉴,因为德国潘德克顿的法学知识系统进入我国后一直显示出优秀的适用性。在台湾海峡的对岸,这一知识系统一直表现出最能保障市场经济发展的优势。而自 20 世纪 80 年代以来,在我国立法机构和法学研究领域,已经出现了数个民法典草案,也都采用了德国的潘德克顿式的编排模式。现在制定民法典,大多数学者的意见还是要坚持这一传统。改革开放初期制定的婚姻法、继承法和 1986 年颁布的“民法通则”采用的是德国民法的概念系统,目前已经制定完成的合同法、即将颁布的物权法也是这样。下一步的民法总则修改、债权法修改也是如此。因此可以说,德国潘德克顿的概念系统在我国已经扎下了根。改革开放以来,中国市场经济发展迅速,中国法律发展借鉴德国法更加显示出优势。

德国 2002 年债法改革中所显示的法学思考,是德国法学界长期以来的理论成果和实践经验的积淀。其中值得我们借鉴和思考的东西非常多,因此我国法学界研究它对于我国的立法、司法和学术研究来说意义十分显著。齐晓琨博士的《德国新、旧债法比较研究》这本书,可以说是用第一手的材料、逻辑严密的章节编排、深入详实的阐述和一目了然的图表,向我们生动而清晰地展示了这次德国债法改革的成果和经验。