

北大法律評論

PEKING UNIVERSITY LAW REVIEW

第12卷·第2辑 (2011)

主题研讨

法学通说

庄加园

教义学视角下私法领域的德国通说

黄卉

论法学通说(又名:法条主义者宣言)

孙维飞

通说与语词之争——以有关公平责任的争论为个案

姜涛

法学通说:一个初步的分析框架

于佳佳

论英美过失处罚规则的历史变迁——以英美医疗过失刑事判例为素材

论文

陈利

法律、帝国与近代中西关系的历史学:1784年“休斯女士号”冲突的个案研究

苏阳贺欣

马路上的法庭——某基层政府对劳动者集体抗争的包容

柯岚

“法律与文学”中的“局外人”

刘晗

林肯的时刻——宪法、分离与美国统一的根基

李剑

专利强制许可与核心设施理论的适用——《专利法》第48条第2款与《反垄断法》的衔接

刘永沛

专利侵权判定元对比理论

薛军

论利他法律行为涉他效力的制度建构

评论

葛云松

意思自治原则的理论限度——评《论利他法律行为涉他效力的制度建构》

张群

也谈“夜无故入人家”——评《唐律“夜无故入人家”条源流考》

书评

吴义龙

自由还是安全:一种经济学的进路——兼评《并非自杀契约》

北大讲坛

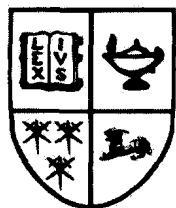
陈明渝

英国合同法的目的与方法



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊



北大法律評論

PEKING UNIVERSITY LAW REVIEW

第 12 卷 · 第 2 辑 (2011)

《北大法律评论》编辑委员会



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

北大法律评论·2011·第12卷·第2辑/《北大法律评论》编辑委员会编.
—北京:北京大学出版社,2011.9
ISBN 978-7-301-19600-7

I. ①北… II. ①北… III. ①法律-文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第200610号

书 名: 北大法律评论(第12卷·第2辑)

著作责任者:《北大法律评论》编辑委员会 编

责任编辑:王 晶

标准书号:ISBN 978-7-301-19600-7/D·2949

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> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027 出版部 62754962

印刷者:北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者:新华书店

787毫米×1092毫米 16开本 24.25印张 453千字

2011年9月第1版 2011年9月第1次印刷

定 价:49.00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 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

《北大法律评论》第12卷·第2辑(总第23辑)

目 录

主题研讨:法学通说

- 庄加园 教义学视角下私法领域的德国通说 (319)
- 黄 卉 论法学通说(又名:法条主义者宣言) (334)
- 孙维飞 通说与语词之争
——以有关公平责任的争论为个案 (383)
- 姜 涛 法学通说:一个初步的分析框架 (401)
- 于佳佳 论英美过失处罚规则的历史变迁
——以英美医疗过失刑事判例为素材 (422)

论文

- 陈 利 邓建鹏 宋思妮 译
法律、帝国与近代中西关系的历史学:1784年“休斯女士号”
冲突的个案研究 (437)
- 苏 阳 贺 欣 马路上的法庭
——某基层政府对劳动者集体抗争的包容 (482)
- 柯 岚 “法律与文学”中的“局外人” (501)

刘 晗	林肯的时刻 ——宪法、分离与美国统一的根基	(528)
李 剑	专利强制许可与核心设施理论的适用 ——《专利法》第48条第2款与《反垄断法》的衔接 ...	(543)
刘永沛	专利侵权判定元对比理论	(561)
薛 军	论利他法律行为涉他效力的制度建构	(598)

评论

葛云松	意思自治原则的理论限度 ——评《论利他法律行为涉他效力的制度建构》	(620)
张 群	也谈“夜无故入人家” ——评《唐律“夜无故入人家”条源流考》	(650)

书评

吴义龙	自由还是安全：一种经济学的进路 ——兼评《并非自杀契约》	(663)
-----	---------------------------------------	-------

北大讲坛

陈明渝	茅少伟 译 英国合同法的目的与方法	(681)
-----	----------------------------	-------

编后小记	(694)
------------	-------

Peking University Law Review
Vol. 12 , No. 2 (2011)

Contents

Symposium : herrschende Meinung (prevailing opinion)

Zhuang Jiayuan

German Prevailing Opinions of Private Law under the Perspective
of Doctrine (319)

Huang Hui

On Legal Prevailing Opinion : The Declaration of A Legalist (334)

Sun Weifei

Prevailing Opinion and Debate on Words : Based on the Case Study
of Debate of Equitable Liability (383)

Jiang Tao

An Integrated Framework of the Prevailing Opinion in Legal
Scholarship (401)

Yu Jiajia

On the Historical Development of Punishment Rules for Criminal
Negligence in England and the United States : Based on the
Medical Malpractice Cases in Both Countries (422)

Articles

Chen Li Translated by Deng Jianpeng & Song Sini

Law, Empire, and Historiography of Modern Sino-Western Relations:

A Case Study of the *Lady Hughes* Controversy in 1784 (437)

Su Yang & He Xin

Street as Courtroom: A district-level Government's Tolerant-responses

to Labor Protests (482)

Ke Lan

The "Stranger" to "Law and Literature" (501)

Liu Han

The Lincolnian Moment: Constitution, Secession, and the Basis of

the American Union (528)

Li Jian

The Applicability of Patent Compulsory License and Essential Facility

Doctrine: The Connection between the Sub-clause 2, Article 48

of Patent Law and Anti-Monopoly Law (543)

Liu Yongpei

Meta-Comparison Theory of Patent Infringement Judgment (561)

Xue Jun

The Institutional Structure of the Third Party Beneficiary Legal

Transaction (598)

Notes & Comments

Ge Yunsong

The Limits of the Theory of Private Autonomy: A Comment on

The Institutional Structure of the Third Party Beneficiary Legal

Transaction (620)

Zhang Qun

Academic Criticism on "Intruding an Individual's Dwelling House without

Proper Reason at Night Item" (650)

Book Reviews

Wu Yilong

Freedom or Security: An Economics Approach: And a Review of

Posner's *Not A Suicide Pact* (663)**Forum**

Chen-Wishart Translated by Mao Shaowei

The Purposes and Methods of the Common Law of Contract (681)

Afterword (694)



主题研讨：
法学通说

《北大法律评论》(2011)

第12卷·第2辑·页319—333

Peking University Law Review

Vol. 12, No. 2, 2011, pp. 319—333

教义学视角下私法领域的德国通说

庄加园*

German Prevailing Opinions of Private Law under the Perspective of Doctrine

Zhuang Jiayuan

内容摘要:法学通说是通过讨论后逐渐形成的支配性意见。它的权威性不仅来自于学说和判例中的多数支持,更多地来源于自身的论证说服力,能够接受众人的检验。法学通说应该建立于法律教义学基础上,才能符合一致性和可检验性的科学前提,真正地发挥保障裁判稳定、提供研究指引、减轻论证负担等功能。

关键词:法律教义学 通说 法律科学 支配性

“通说”一词在当代法学文献频频出现,几乎可以在中国法学的每个分支中找到它的踪迹。由于通说常与司法权威紧密相联,某种学说一旦成为“通说”,也就披上了权威的外衣,由此发挥指导审判实践的作用,走上无限风光之途。但学说却对“通说”缺乏共识,使得“通说”成为一个虽然广泛应用、却内涵不清的学术流行词。

* 德国科隆大学民法学博士生。

后进国家的法学理论需要借鉴和移植发达国家的理论,以期获得进步和发展。自清末以降,中国法学的发展就受到以德国为首的大陆法系国家的影响。民事立法更是借鉴了《德国民法典》的诸多条文,使得我国私法学说与德国学说之间存有更为密切的关系。由此笔者拟借德国学说对于通说概念、标准、意义的探讨,以期对于我国通说的讨论略尽绵薄之力。

一、通说与法律科学

德语文献的“通说”(herrschende Meinung)意译为“具有支配性的意见”。“意见”一词多在日常用语中与观点、立场、判断等词等同使用。它只是包含发表意见者的判断,仅是未经全面论证的主张,并不能完全经受逻辑上的检验。^[1]这里所指的“支配性”,是指在讨论意见分歧时,将一种意见与其他意见相比较,当这种意见为更多的人所追随,并由此占据统治地位(支配性地位)时,便可构筑该意见统治地位的合法性。^[2]

但这种观点仅是文义解释的产物,并非科学意义上的涵义。德莱尔(Dreier)认为,科学意义上的理论至少要求满足一致性(Konstistenz)和可检验性(Überprüfbarkeit)两个前提。^[3]拉伦茨在《法学方法论》一书中也追随了这一观点。^[4]一致性的前提通常要求理论的假设必须没有逻辑上的矛盾,而且它的评价(Bewertung)也不能自我矛盾。^[5]“一致性”和“可检验性”这两个前提一般对于自然科学与社会科学都应适用。可检验性的前提,要求科学理论在自然科学中可以被检验、被证伪。只有经得起所有证伪尝试的理论才能获得公认。^[6]法学并非求诸自然界最普遍的法则,以揭示其中的奥秘,所以不能通过自然科学的实验方式得到检验。但法学的目的是为了清晰明了法律规范之间的关系,由此有必要将法律规范或其他规则的内容,整合在符合逻辑和评价的无矛盾的体系内。由此可知,法学的检验需要通过现行法规范、公认的法律原则以及起初被认为确定存在、待验理论应适合的那部分体系加以检验。检验的结果就是该理论是否与其他规范、成文法的目的互相协调,是否“适宜事理”(sachgerecht)。^[7]法学理论的难题之一恰恰在于,对于“什么是现行法”难以

[1] Rita Zimmermann, Die Relevanz einer herrschenden Meinung für Anwendung, Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts, Berlin 1983, S.22.

[2] Zimmermann, a. a. O., S. 23.

[3] Ralf Dreier, Recht—Moral—Ideologie, Frankfurt am Main 1981, S. 82.

[4] Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin Heidelberg u. a. 1991, S. 450.

[5] Dreier, a. a. O., S. 83.

[6] Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin Heidelberg u. a. 1991, S. 450—451.

[7] Larenz, a. a. O., S. 451.

形成完全一致的认识^[8]，由此引发了无尽的争议。

法学理论试图将法律规范中普遍的、经得起检验的主张以及它的作用应用于社会与经济领域。^[9] 法律教义学只是对特定国家的法律规范，多数情况下只是针对狭小的法律领域，为解决某个法律问题而提出的解决方案。^[10] 两者之间呈现出普遍与个别的关系。本文讨论的对象只是适用个案的教义学通说，而并非适用所有法学领域的哲学意义上的通说。由于与公法相比，私法中法律教义学的自我规范特征表现得尤其明显^[11]，以及笔者专业知识的背景局限，本文的讨论对象也仅集中于私法范畴。

二、法律教义学下的通说

“教义学”一词在神学中占有显赫的地位，它是指通过《圣经》或流传已久的被宣扬的信仰，并由教会通过无误的方式加以定义。^[12] 法学虽然也借用“教义学”一词，但它的基础则是以现行法建构的法秩序。所以作为历史现象的法律教义学的内容随着时间流逝而变化，并不具备神学的永久性。^[13]

科学意义上的通说更多地是与教义学(Dogmatik)的自我约束或自我规范(Disziplinen)相联系。^[14] 虽然非教义学的见解可以容忍多种互相矛盾的意见并存，但以教义学为导向的自我规范要求各个意见之间必须相互一致。^[15] 法律教义学通过法律科学和司法实践，对现行法进行系统地描述、加工并发展。它将具体的法律问题整合入普遍化的相互关联中，由此构建免于矛盾的评价体系。^[16]

法律教义学本身并不属于法律秩序，而是科学的体系。它更多地只是将科学的论题、规则、原则与理论纳入到体系化的理念大厦中去。这些教义学的论题最后通过立法工作和最高法院的裁判活动获得承认，并得以转化为现行法。^[17] 它是法学讨论必不可少的工具之一，也是法学共同体公认的科学语言。

首先，法律教义学要求法律人使用概念、类型等一系列专业术语，对作为成

[8] Dreier, a. a. O., S. 88.

[9] Bernd Rüthers, Rechtstheorie, 4. Auflage, München 2008, Rn. 20.

[10] Rüthers, Rechtstheorie, Rn. 23.

[11] Vesting, Rechtstheorie, 2007 München, S. 11.

[12] Bernd Rüthers, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluss des Richterrechts, Tri-
er 2003, S. 12—13.

[13] Rüthers, a. a. O., S. 13. 因此，法律教义学虽然要求假设前提作为有效的前提而存在，
但该假设却随着各时代占据支配地位的法律观点改变而得到修正。

[14] Roman Schnur, Der Begriff der “herrschenden Meinung”, Festgabe für Ernst Forsthoff zum
65. Geburtstag, München 1967, S. 44.

[15] Zimmermann, a. a. O., S. 23.

[16] Clemens Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, Tübingen 2008, S. 129.

[17] Höpfner, a. a. O., S. 130.

文法载体的文字进行分析。比如物权法上的“占有”既可能是直接占有,也有可能是间接占有,或者两者都被包含在内。民法中所谓“兜底条款”里的“诚实信用”、“善良风俗”都需要在个案中加以补充,以确定其涵义。

法律规范中的大部分概念只具有纯粹法律技术的特征。比如异议、预告登记、交付、抗辩、扣押等。它们通常已由法律定义,或者其定义很容易由法律文义中解读出来,由此切断了它们与价值判断之间的联系。^[18]从某种意义上说,法律教义学也就是以概念为基础构建的理念大厦。私法中常用的类型有“动物占有人”、“占有辅助人”、“事物辅助人”、“商业代理人”以及“经理人”等。它们只是借由描述这些人的社会角色而提出的要素,例如占有辅助人的“社会依赖性”(soziale Abhängigkeit),才使这些类型得到认识。^[19]

其次,法律教义学要求根据假设前提,就具体争议问题推导出无矛盾的解决方案。^[20]为此,一方面,推论的假设前提之间应互相一致,这样才能保证它们的推论之间不致发生矛盾;另一方面,假设前提的数量也必须固定,如此才能避免加入新的前提,而与既有推论不协调。^[21]这两个特征虽然在数学论证中表现得非常明显,但在具有众多推论前提的法学中却很难实现。^[22]立法者往往难以在立法时周全考虑,使得同一部规范中就可能存在互相矛盾。另外,随着时代的发展,新的法律规范的颁布和习惯法的出现,又会产生与既有规范之间的矛盾。

就德国物权法而言,包含物权效力绝对性、物权法定、物权公示、物权客体特定等原则,仅贯彻某一原则有时候未必符合实际需要。以物权公示原则为例,动产物权变动以交付为要件(《德国民法典》——以下简称《德民》,第929条第1句),通过动产占有的移转使物权变动为他人所识别。但是物权变动又必须符合公认的便利交易原则,为此立法者又允许通过“简易交付”(《德民》第929条第2句)、“占有改定”(《德民》第930条)、“请求权让与”(《德民》第931条)作为物权公示原则的例外形式。随着以所有权保留担保的买卖及让与担保在经济生活中的大量运用,动产物权变动不再与交付紧密相连,由此打破了物权公示原则。另外,以上两个非典型的担保形式发挥了“经济上的担保物权”的功能,更使得物权法定原则受到了挑战。这些都给新时代下解释“物权公示原则”的教义学工作提供了广阔的适用空间。

再次,法律人需要运用概念、类型、原则等术语,对于法律规范和日常出现

[18] Larenz, a. a. O., S. 226.

[19] Larenz, a. a. O., S. 465.

[20] Rütters, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluss des Richterrechts, S. 10.

[21] Jan C. Schuhr, Rechtsdogmatik als Wissenschaft, Berlin 2006, S. 76.

[22] Schuhr, a. a. O., S. 76.

的合同法律范本进行解释,通过规范之间的比较,推导出规范之间互相协调,没有矛盾的解决方案。^[23] 解决法律规范之间的不协调,由此也成为法律人的任务之一。例如,当所有人对于合法占有人行使《德民》第 985 条的所有物返还请求权时,该占有人依据《德民》第 986 条拒绝返还的权利,究竟是抗辩(Einwendung)还是抗辩权(Einrede),一直存有争议。^[24] 从《德民》第 986 条的文义看,“占有人可以拒绝返还物……”,表示立法者倾向于抗辩权的见解。但《德民》第 1004 条规定的所有人排除妨碍和不作为请求权,在所有人有义务容忍妨碍时,根据该条第 2 款规定“该请求权被排除”。因此该条中的占有人所主张的只是抗辩,而不是抗辩权。《德民》所规定的所有物返还请求权(第 985 条)和排除妨碍和不作为请求权(第 1004 条)的目的都是恢复所有权的圆满状态。^[25] 具有同样目的的两个请求权,没有理由将其中一个归为抗辩权,而另一个作为抗辩来对待。今日之通说并未拘泥于《德民》第 986 条的文义,而是将该条中的“占有人可以拒绝返还物……”作为与《德民》第 1004 条同样性质的抗辩。^[26]

复次,教义学上的解决方案还需要与其他现行法的规则相协调。科学论文提出的解决方案还需要经受检验,看其是否符合法律秩序内的基本价值判断和法律原则。^[27] 只有这样,才能将新的解决模式纳入到既有的法律体系中。^[28] 如果某解决方案对于争议案件虽能适用,但与现行法的其他相关制度难以协调,那么也难被法学共同体接受,无法整合到既有的法律体系中去。

由于德国所有权保留的买卖方式得到广泛应用,附停止条件下的所有权保留买受人作为在买卖价款付清前获得融资,需要将基于所有权保留买卖的法律地位转让给第三人。因此“判例将所有权保留买受人的期待权加入法律秩序,使他在余款付清之前就能像所有人一样利用他的法律地位,无须经过所有权保留出卖人的同意,直接根据所有权转让的规定处分他的权利。因为对于所有权适用的规定也将类推适用到所有权保留买受人的期待权上”^[29]。基于判例的发

[23] Larenz, a. a. O., S. 441 ff.

[24] 抗辩的内容往往是请求权自始不存在、或该请求权已经消灭。占有人若行使抗辩权对抗请求权,则表示他已承认该请求权,只是基于其他的原因,该请求权目前还不能行使,如同时履行抗辩权。

[25] Staudinger/Gursky, 2006, § 986 Rn. 1; MünchKommBGB/Baldus, 2009, § 986 Rn. 37.

[26] Staudinger/Gursky, 2006, § 986 Rn. 1; MünchKommBGB/Baldus, 2009, § 986 Rn. 38; Baur/Stürner, Sachenrecht, München 2009, S. 119.

[27] Höpfner, a. a. O., S. 120.

[28] Josfer Esser, Dogmatische Denken im Zivilrecht, AcP 172 (1972), S. 104.

[29] BGHZ 35, 85, 89. 参见庄加园:“抵押权效力及于期待权?——由德国〈联邦最高法院民事判例集〉第 35 卷第 85 页以下所引发的问题”,载《学理与判例——民法原理与案例分析》,法律出版社 2010 年版,第 41 页以下。

展,所有权保留买受人处分所有权保留物,并不作为《德民》第 185 条的无权利人来看待^[30],而是将条件成就时所有权移转的期待权全部转移给第三人。

通过所有权直接取得的方式,所有权保留买受人的债权人就无法对所有权保留物进行有效的扣押。因为所有权并非从所有权保留出卖人手中先转移给所有权保留买受人,再经过“逻辑上的一秒”转移给第三人;而是直接从所有权保留买受人转移给第三人。为了满足债权人对所有权保留买受人强制执行的需要,产生了“双重扣押”所有权保留物的需要。以此克服单独适用对物扣押与债权扣押的不足。克服期待权取得不经过所有权保留买受人的缺陷。^[31] 这样,期待权理论的发展才得以满足强制执行法的需要,彻底融入既有的私法体系。

最后,法律教义学要求基于价值中立的解决模式具有可重复性。^[32] 法律教义学仅以当前的法律及其有效性为前提,相关的证明也只是依赖于这些法律规范或裁判的正确性。^[33] 法律教义学与当前法的这种紧密联系,使得它的论证不直接求诸于法学讨论者的世界观。^[34] 由此法律教义学才能保证形式意义上的科学性,法学讨论中所发表的见解才能免受讨论者各自的世界观和文化观的影响。^[35] 借助于这些法律技术工具,法律教义学为特定的争议案件提供了解决模式。一旦某解决模式被认可“有效”,那么在今后的很长一段时期内,都有可能对相同的案件类型作出相同的裁判。这样就保证了法院裁判的可预见性以及法律的稳定性。^[36]

法律教义学是对现行法的决定性理由以及解决范式的解释,它通过对无限的、不停变化的法律材料进行整理,提供了探讨法律秩序内在体系的可能^[37],由此发挥了秩序化、系统化的功能。^[38] 19 世纪的法律教义学设想以概念的形式,表述所有的法律现象并加以涵摄(subsumieren)。他们希望通过这样一个多少封闭的概念体系,对于新出现的法律问题通过逻辑推演的方式加以回答。^[39]

[30] BGHZ 20,88,95. 参见“附条件让与所有权下的期待权转让——《联邦最高法院民事判例集》(BGHZ),庄园译,第 20 卷,第 88 页以下”,载《中德私法研究》(2007 年)第 3 卷,第 205 页以下。

[31] BGHZ 117,200.

[32] Esser, a. a. O., S. 103.

[33] Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 2. Auflage, Heidelberg 1991, S. 387.

[34] Pawlowski, a. a. O., S. 388.

[35] Pawlowski, a. a. O., S. 392.

[36] Rütters, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluss des Richterrechts, S. 28.

[37] Rütters, Rechtslehre, Rn. 311; Rütters, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluss des Richterrechts, S. 10.

[38] Rütters, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluss des Richterrechts, S. 27.

[39] Larenz, a. a. O., S. 225.

这个以抽象概念为基础的“概念法学”已经不再是当代法律教义学的标志。^[40]许多教义学上的词语:期待权、缔约过程中的法律关系(作为缔约过失的基础)、附保护第三人作用的契约等都并非通过概念体系的逻辑演绎得到,而是基于交易需要或某些特定的公正要求,更多地是通过适用判例而发展出来。^[41]

三、通说的支配性和影响因素

作为社会现象(soziales Phänomen)^[42]的通说,是由人们通过讨论的方式相互影响而形成的结果。^[43]通常某位讨论参与者首先发表一篇文章,针对某个有争议的问题提出解决方案和理由。其他的讨论参与者发表同意、反驳,或者对此发表新的论据和结果。最初的讨论者再次发表文章,继续发表见解。^[44]无论是在学术界、还是在法院的裁判中,这样的讨论一般以公开发表的文章来进行。比如判决、判决评论、文章、专家鉴定意见、专著以及评注等。口头表达形式作为例外,一般只能在大学的教学活动或报告中作出。^[45]某种意见若只是在小范围的讨论内口头发表的,由于公众很难获得这些内容,所以该意见原则上并不能作为法学共同体讨论的内容,对于形成通说难以产生影响。

(一) 通说的形成领域

法学通说被认为是法律教义学讨论的产品,并成为某种意见多数支持者的代名词。^[46]法律教义学涉及的是当前有效的法律,它在德国既包括成文法,也包括法官法。^[47]因此,法学意义上的通说不仅覆盖学说,而且包括判例。^[48]与通说相混淆的概念常为学界的通说(herrschende Lehre),它只代表学说中占据支配性的观点。只有当学界中最重要的观点和最高审级的判例就某个具体问题达成一致时,法学共同体才认为形成了通说。当学说与判例意见不相一致时,学界的通说在文献会被重点说明,并与通行的判例相比较。^[49]

在所有权保留买卖中,只有当买受人付清买卖价款时,才能取得转让物的所有权。但买受人需要对通过所有权保留物进行加工,之后出售加工所得的新物,以此价款来付清所有权保留买卖下的欠款。通常新物的价值远高于加工前

[40] Larenz, a. a. O., S. 228.

[41] Larenz, a. a. O., S. 228—229.

[42] Thomas Drosdeck, Die herrschende Meinung—Autorität als Rechtsquelle—Funktionen einer juristischen Argumentationsfigur, Berlin 1989, S. 107.

[43] Zimmermann, a. a. O., S. 43.

[44] Zimmermann, a. a. O., S. 44.

[45] Zimmermann, a. a. O., S. 27—28; Drosdeck, a. a. O., S. 81.

[46] Drosdeck, a. a. O., S. 99.

[47] Dreier, a. a. O., S. 88.

[48] Zimmermann, a. a. O., S. 25.

[49] Zimmermann, a. a. O., S. 25.

的原材料价值,所有权保留买受人将作为《德民》第 950 条的加工人,得到新物的所有权^[50],出卖人将由此失去所有权。为使所有权保留得以在加工后延续,实践中诞生了“加工条款”:买受人将为出卖人对买卖标的物进行加工,以使出卖人作为《德民》第 950 条的加工人取得新物的所有权。

学说和判例对于这样的“加工条款”意见不一。有的学说认为,《德民》第 950 条是任意法,当事人可以通过协议排除该规定的适用。^[51] 因为加工过程只是调整材料所有人和加工人之间的利益冲突,该条只是在当事人未作时才补充适用。不过,联邦最高法院认为,《德民》第 950 条作为强行法决定物的最终归属,不能由当事人任意约定^[52],私法自治在此并无适用空间。^[53] 但加工人并不等于实际加工者,而是可根据交易习惯而约定,因此当事人可根据交易习惯在加工条款中约定所有权保留出卖人为加工人。第三种意见认为,《德民》第 950 条作为强行法^[54],它的法律效果不得随便变更。加工人虽可根据交易习惯加以认定,但交易习惯由纯客观因素来决定。承担生产经营风险的人,应该作为《德民》第 950 条加工人。所有权保留买受人既然承担了生产经营风险,他就应该是加工人。^[55] 因此加工条款并不能改变加工人的认定。

以上三种意见都有相当的支持者,至今对此无法形成通说。为了避免法律适用的非确定性,避免加工条款无效而使所有权保留出卖人在买受人加工后失去原担保,所有权保留买卖双方只能对于“加工条款”作出补充:如果所有权保留出卖人不能作为《德民》第 950 条的加工人,那么他将通过预先占有改定的方式取得加工后的新物的所有权。^[56] 也就是说,新物所有权只在买受人处停留了“逻辑上的一秒钟”,就转让给了出卖人。通过这样的补充条款,“加工条款”通过过渡取得的方式,使得所有权保留的担保方式得以在新物上延续。

在通说的形成过程中,学说和判例可能都发挥一定的作用。不过就个案而言,两者的各自影响可能各有强弱。^[57] 有些概念与制度完全由学说提出,之后

[50] 《德国民法典》第 950 条对于加工后新物的所有权归属规定如下:如加工所增加的价值不显著低于原材料的价值,由加工人取得新物的所有权。

[51] Flume, der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt, NJW 1950, 843; Baur/Stürner, a. a. O., S. 700; Dolezalek, Gero: Plädoyer für Einschränkung des § 950 BGB (Verarbeitung), AcP 195 (1995), 418 ff.

[52] BGHZ 14, 114, 119; BGHZ 20, 159, 163; Rolf Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Band IV, Heidelberg 1976, S. 152.

[53] Serick, a. a. O., S. 152.

[54] Westermann/Gursky, Sachenrecht, Heidelberg 1990, S. 398; MünchKommBGB/Füller, § 950, 2009, Rn. 26.

[55] Serick, a. a. O., S. 150.

[56] Serick, a. a. O., S. 161 ff.

[57] Zimmermann, a. a. O., S. 37.

才经由判例采用。比如 Haupt 的事实契约说、Oertmann 的交易基础丧失说。^[58] 学说中最典型者莫过于解释意思表示中的意思说与表示说的争论。^[59] 当意思表示由于错误、欺诈、真意保留等情况导致意思与表示不一致时,两个学说基于各自立场作出了不同的回答。意思说主张当事人的主观意思应该居于优先地位,表示说则强调当事人的客观表示发挥着更具决定性的作用。意思说和表示说的争论贯穿了整个 19 世纪《德国民法典》制定的前前后后。

虽然德国的判例并没有法律上的拘束力,但在审判实践和法律续造方面都发挥着不可低估的作用。^[60] 德国帝国法院认为,只有最高审级的法院在至少三个案件中表明了相同的观点时,才能认为形成通行的判例。^[61] 联邦最高法院的判例,下级法院通常都会遵循它处理类似案件。只要它们没有遇到很大的批评和挑战,在相当长的一段时间内都被视为“有效的法律”^[62],由此使它发挥了类似成文法的作用。对于法律秩序和法律教义学的发展,联邦最高法院发挥了几近绝对的领导作用。^[63] 因此,最近几十年内法官法在德国取得了节节胜利。Rüthers 甚至断称:“当代现行法中的绝大部分内容都不再是成文法,而是最高审级的法官法。”^[64]

动产让与担保 (Sicherungsübereignung)、债权让与担保 (Sicherungsabtretung) 都是典型的信托型担保交易。由于这类担保交易不具备从属性,导致被担保财产并不随着被担保债权的消灭而自动返还给担保人。实践中由此频频发生嗣后的“过度担保”(Übersicherung):被担保债权的价值远远高于担保人转让担保财产的价值。由此担保人在其他担保交易中缺乏足够财产,以致他的经济自由受到不适当的侵害。^[65] 由于让与担保并未在民法典中被调整,它只能求诸习惯法和银行实践,对此的规制只能仰仗于判例。联邦最高法院自 20 世纪 80 年代末作出了一系列的判例来对“过度担保”加以规制。由于联邦最高法院各个民事法庭意见相左^[66],最后不得不由最高法院大法庭出面,对于过度担保的要件、效力等具体争议问题作出裁决^[67],来解决司法判决分歧所引发的

[58] Zimmermann, a. a. O., S. 38.

[59] Dreier, a. a. O., S. 90.

[60] Larenz, a. a. O., S. 429.

[61] Zimmermann, a. a. O., S. 25.

[62] Larenz, a. a. O., S. 429—430.

[63] Rüthers, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluss des Richterrechts, S. 21. 对于该趋势的批评,参见 Höpfner, a. a. O., S. 118。

[64] Rüthers, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluss des Richterrechts, S. 18.

[65] Staudinger/Sack, 2003, § 138 Rn. 263.

[66] BGH 124, 371; 124, 380; BGH NJW 1994, 1798; BGHZ 198, 295 = BGH NJW 1995, 1085.

[67] BGHZ 137, 212.