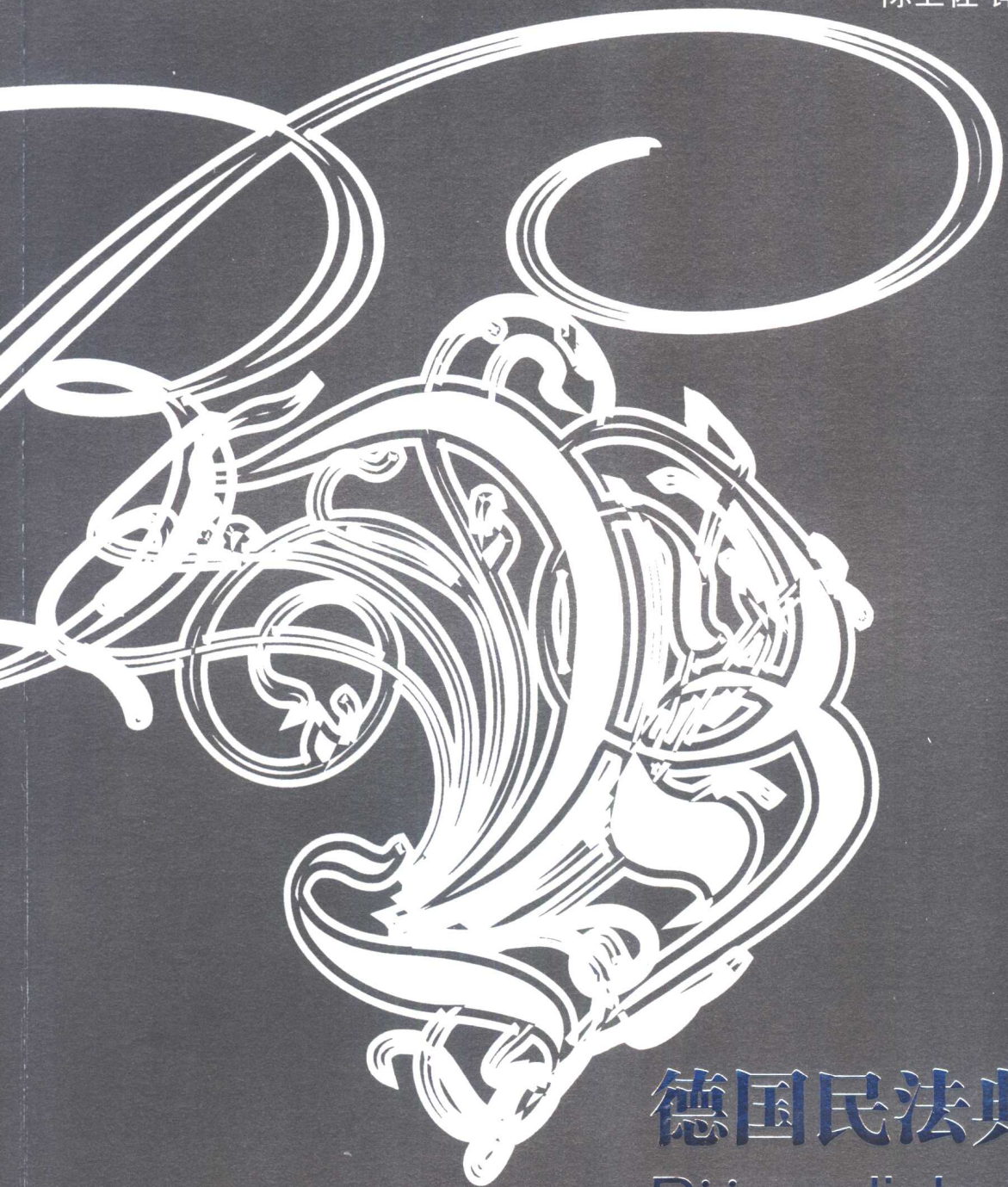


陈卫佐 译注



德国民法典

Bürgerliches
Gesetzbuch

übersetzt und erläutert von Dr. Chen Weizuo



德国民法典

Bürgerliches Gesetzbuch

übersetzt und erläutert von Dr. Chen Weizuo

陈卫佐 译注



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

德国民法典/陈卫佐译注. —北京:法律出版社,2004.5
ISBN 7-5036-4712-4

I. 德… II. 陈… III. 民法—法典—德国 IV. D951.63

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第051747号

法律出版社·中国

责任编辑/王萍

装帧设计/李诺祺 王际勇

出版/法律出版社

编辑/法学学术与综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×960毫米 1/16

印张/38.5 字数/713千

版本/2004年5月第1版

印次/2004年5月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939689

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-4712-4/D·4430 定价:68.00元

德国民法典

陈卫佐 译注

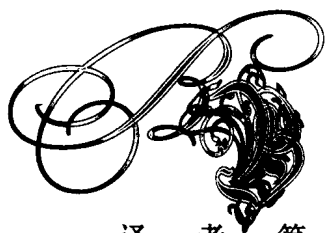
根据2002年1月2日公布的官方文本翻译（见《联邦法律公报》，2002年，第一部分，第42页，校正见《联邦法律公报》，2002年，第一部分，第2909页和2003年，第一部分，第738页），最后一次为2002年8月24日的法律（见《联邦法律公报》，2002年，第一部分，第3412页）所修改，反映德国《民法典》在2004年1月18日的立法状况。

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

in der Fassung der Bekanntmachung vom 2.1.2002 (BGBl. 2002 I S. 42, ber. BGBl. 2002 I S. 2909 und BGBl. 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch das Gesetz vom 24.8.2002 (BGBl. 2002 I S. 3412).

Stand: 18.1.2004

übersetzt und erläutert von Dr. Chen Weizuo
mit einer Einführung von Prof. Dr. h. c. Michael Martinek



译者简介

陈卫佐，1967年8月9日生于南宁市，祖籍广西陆川县古城镇盘龙村，汉族。1990年获中南政法学院法学学士学位，1997年获武汉大学博士学位，2000年获德国萨尔大学法学硕士学位。自1998年5月至今为德国萨尔大学（Universität des Saarlandes）欧洲法研究所研究人员，从事德国民法、比较法和国际私法的研究工作，并攻读法学博士学位。自2001年6月至今为德国瑙曼基金会（Friedrich-Naumann-Stiftung）博士奖学金获得者。

曾于1990年至1998年中南政法学院从事教学工作（其中1990年至1995年任助教，1995年至1998年5月任讲师）；1996年7月1日至8月31日以海牙国际法学院（Hague Academy of International Law）1996年博士奖学金获得者身份，在海牙国际法学院从事研究工作。自2003年4月起，被院址设在法国斯特拉斯堡的国际比较法学院（Faculté Internationale de Droit Comparé）聘为客座教授，已先后用法文为国际比较法学院2003年4月在法国斯特拉斯堡举办的春季讲习班和2003年7月、8月在奥地利格拉茨举办的夏季讲习班讲授比较法课，并已接受邀请，用法文为国际比较法学院2004年4月在法国斯特拉斯堡举办的春季讲习班讲授比较法课。

民法典

正式名称为《民法典》（Bürgerliches Gesetzbuch，缩略语为BGB）。德国的法律一般都不带国名（《德意志联邦共和国基本法》是一个例外）。严格地说，《民法典》在与“德国”两字连用时，是不宜加书名号而写成《德国民法典》的。与国名连用时的正确称法应该是德国《民法典》。但是，由于德意志第二帝国（1871年至1945年）和德意志联邦共和国（1949年成立）迄今只有一部民法典，不加书名号，径直称之为德国民法典，也未尝不可。由于以Bürgerliches Gesetzbuch为正式名称的民法典，在德语国家就只有这一部（1811年的奥地利民法典叫做Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch，缩略语为ABGB；原德意志民主共和国1976年的民法典和1907年的瑞士民法典都叫做Zivilgesetzbuch，缩略语为ZGB），因此，德文里Bürgerliches Gesetzbuch或者BGB不需要冠以国家名也知道是指德国民法典。为行文上方便起见，本译本在下文里使用非正式名称——德国民法典（不带书名号）。

德国民法典于1896年8月18日由德意志帝国皇帝威廉二世签署，1896年8月24日公布（见《帝国法律公报》，1896年，第195页），自1900年1月1日起施行。德国民法典的施行，标志着德国在私法领域实现了法律统一。Vgl. Sturm, Der Kampf um die Rechtseinheit in Deutschland Die Entstehung des BGB und der erste Staudinger, in: Martinek/Sellier (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einf hrungsgesetz und Nebengesetzen. 100 Jahre BGB 100 Jahre Staudinger. Beitrage zum Symposium vom 18.-20. Juni 1998 in München, 1999, S. 13-38. Vgl. auch Koehler, BGB Allgemeiner Teil, 27. Aufl. 2003, S. 11, 12; Zerres, Bürgerliches Recht, 4. Aufl. 2003, S. 7.

德国民法典与中国对它的继受

——陈卫佐的德国民法典新译本导言^{〔1〕}

米夏埃尔·马丁内克^{〔2〕}

目 次

- 一、新的译本
- 二、德国民法典在德国私法体系中的地位
- 三、德国民法典产生之前的历史
- 四、德国民法典的结构和语言风格
- 五、德国民法典的百年发展
- 六、德国民法典的价值观念
- 七、解释方法与适用方法
- 八、中国对德国民法典的继受
- 九、结语

一、新的译本

这个德国《民法典》(Bürgerliches Gesetzbuch, 缩略语为 BGB)^{〔3〕}中译本是中国法学者陈卫佐在德国萨尔大学欧洲法研究所工作近6年之后取得的一项成果。

〔1〕 德文标题: Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Rezeption in China - Eine Einführung zu Chen Weizuos neuer Übersetzung des BGB.

〔2〕 米夏埃尔·马丁内克博士(Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. Michael Martinek)是德国萨尔大学民法、商法、比较法和国际私法教授兼欧洲法研究所所长。

〔3〕 正式名称《民法典》(Bürgerliches Gesetzbuch)是不带国家名的。但是,为了行文方便起见,以下在汉语里使用非正式名称——德国民法典(不加书名号)。——译者注

陈卫佐于1997年获武汉大学法学博士学位,即将于2004年获德国萨尔大学法学博士学位(*doctor iuris*)。他的译本绝不是第一个或者惟一的德国民法典中译本;但它或许是最新的和较好的。一则因为它最后所依据的本子是在付梓时(2004年4月1日。——译者注)正在施行的德国民法典官方文本,二则因为它以中德两国在法律术语和法律文化领域的法学和语言学上的深入研究为基础,力求取得尽可能最佳的翻译结果。这个德国民法典中译本所关心的,是让中国的法律界专业人士对这部民法典的理解变得更加容易。在过去的一个世纪里,德国民法典对许多国家的法律体系产生了影响,也在中国的法律史上留下了不可忽视的痕迹;在最近几年里,中国的法律家又重新密切关注德国民法典,试图从中获得建立自由的、市场经济的法律体系可资借鉴的经验教训。在这种情况下,阐明一下关于德国民法典的若干主要思想,想必是有所裨益的。这就是:德国民法典在德国私法体系中的地位(第二部分)、它产生之前的历史(第三部分)以及它的结构和语言风格(第四部分)。此外,还应简要地叙述德国民法典的百年发展史(第五部分),并对价值观念的变迁作一描述(第六部分)。与德国民法典有关的法律解释方法与法律适用方法,也需要略加阐述(第七部分)。最后,唤起中国读者对近代以来中国继受德国民法典的曲折历程的回忆,想来也是不无意义的(第八部分)。

二、德国民法典在德国私法体系中的地位

被编纂在德国民法典里的民法,是德国私法的一部分,包括适用于一切在法律往来中的市民(自然人和法人)相互之间的关系的规则。民法是一般私法。私法是根据地位平等原则和意思自治原则来调整各个权利主体相互之间的法律关系的法律部门。它区别于有主权国家参与和以参加者关系不平等为特征的公法(如宪法、行政法、刑法、诉讼法和国际法等,都属于公法)。在一般私法(民法)以外,还有特别私法,尤其是对商人来说,有以德国《商法典》为中心的高法,对处于从属地位的受雇人来说,有劳动法(劳动法既有私法的特征,也有公法的特征);公司法、无形财产法(如著作权法、专利法、商标法)、竞争法、卡特尔法以及票据法也属于特别私法。它们与一般私法(以德国民法典为中心)的关系是特别规定与一般规定的关系。总之,德国民法典位于整个德国私法体系的中心。

三、德国民法典产生之前的历史

德国民法典是在1900年1月1日作为整个德国的统一私法而生效的。在此之前的数百年里,德意志诸邦曾经有过施行于各邦领土内的不同私法,法律极不统一。德意志第一帝国(911年至1806年)境内不同的邦以及德意志邦联(1815年至1866年)、北德意志邦联(1867年至1870年)的成员国,都各自施行独特的私法

法典,如在普鲁士施行的1794年《普鲁士一般邦法》〔4〕、在阿尔萨斯、洛林和莱茵河左岸地区施行的1804年《法国民法典》(《拿破仑法典》)、在巴登施行的1809年《巴登邦法》(它几乎是《拿破仑法典》的德译本)以及在萨克森施行的1863年《萨克森王国民法典》,等等。在这些为数众多的地方特别法以外,被继受了罗马法,即所谓“普通法”,也被作为辅助的法来适用。罗马法在公元6世纪被规定于优仕丁尼皇帝的《学说汇纂》(希腊文作“潘德克吞”)(〔5〕),几经更改,影响了整个欧洲大陆。19世纪德国的潘德克吞法学尤其致力于在科学上深入地研究“普通法”及其古典的罗马法法源,在全世界引起了重视并受到了赞赏。19世纪德国民法学上的潘德克吞法学传统,对德国民法典的制定产生了影响。这种影响不仅涉及法学上的工作方法和系统学说,而且涉及哲学、经济学和社会学上的价值观念。

制定一部统一民法典的准备工作,可以追溯到19世纪初。1814年,海德堡的法学者安东·弗里德里希·尤斯图斯·蒂博(Anton Friedrich Justus Thibaut)(〔6〕)发表了《论全国通用的民法对德国的必要性》这篇纲领性文章,强调德国民法的法典编纂对德意志民族自我认识的意义。众所周知,蒂博的这篇文章跟弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼(Friedrich Carl von Savigny)发表于1814年(一说1815年)的论战文章《论立法与法学的当代使命》是针锋相对的。按照萨维尼的观点,在拿破仑战争之后的欧洲,进行广泛立法的条件还远未成熟。在他看来,有生命力的法必须像语言那样,不停地、缓慢地生长,因而只能从民族精神中获得灵感和力量。萨维尼之所以反对在立法上制定法典化的全国通用的民法,首先是因为他觉得德国法学对于这项任务还没有充分地做好准备。对萨维尼和他的历史法学派来说,民法的统一法源乃是民族或者民族精神。归根结底,法是民族的法,制定法也是如此,因为制定法可以被理解成“民族的法的喉舌”,表达着民族的意志。历史法学

〔4〕《普鲁士一般邦法》(Preussisches Allgemeines Landrecht),在一些翻译文献里也被译成“普鲁士普通邦法”,全称为《普鲁士诸邦一般邦法》(Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten)。“邦法”(Landrecht)是中世纪沿用下来的名词,意思是“全国通用的法”。下文的“巴登邦法”亦同。参看《新德汉词典》,上海译文出版社,1999年,第715页。——译者注

〔5〕“潘德克吞”(Pandekten)是《学说汇纂》(Digesten)的希腊文译名的音译。它后来成为受《学说汇纂》影响的民法的别称。——译者注

〔6〕新华通讯社译名室编的《德语姓名译名手册》(商务印书馆1999年版,第613页)把Thibaut译成“蒂鲍特”。但是,该姓氏原本是法国姓氏,在德文里也按法语发音,因为蒂博和萨维尼都是迁居德国的法国胡格诺教徒(Hugenotten,16至18世纪法国天主教徒对加尔文派教徒的称呼)的后代。所以,译者认为采用“蒂博”的译法比较好。德国著名的《布罗克豪斯百科全书》(Brockhaus - Die Enzyklopaedie in 24 Baenden, 20. Aufl. 1999, 22. Band, S. 32)还专门给出了该姓氏的发音:[ti(bo)]。有些中文翻译文献把它译成“蒂保特”或者“蒂堡”,既不符合法语发音,也不符合上述《德语姓名译名手册》和通常采取的翻译原则,因而是缺乏根据的。参看《法汉词典》,上海译文出版社1979年版,第635页、第1446页。——译者注

派把立法上制定法律规范的过程理解成在民族精神中就可以找到的、必须通过科学的逻辑加以辨认和确定的法之表达。

然而,萨维尼的主张并没有得到贯彻。对民法进行法典编纂的计划,首先在政治上由于统一国家的努力而受到激发。国家统一的推动者认为,应当把民法典理解成国家统一的象征,因为法律的统一象征着国家的统一。关于全德国通用的民法的法典化之必要性的共识,最晚从19世纪中叶起就达成了。但只是在德意志第二帝国于1871年成立时,法律统一的宪法上和政治上前提才真正具备。虽然从1848年起就存在一部德意志一般票据法,从1861年起也存在一部德意志一般商法典,但是,它们必须在德意志邦联(1815年至1866年)和北德意志邦联(1867年至1870年)的成员国内通过特别的立法才能生效。只有到了1871年,当德意志第二帝国步北德意志邦联的后尘而成立时,全德国的立法前提才得以存在。于是,在1871年就有了一部全德国的刑法典,在稍后的1877年又有了民事诉讼法和刑事诉讼法。帝国议会被授权制定民法典,是在1873年。这时的德国仍然被划分为大约30个不同的法域。

1874年,第一委员会受命为德意志帝国起草一部民法典草案。它的成员包括著名的罗马法学者伯恩哈德·温德沙伊德(Bernhard Windscheid)。13年后,该委员会提交了一份附有“理由书”的草案,1888年公之于众。它简直是罗马法理念的日耳曼化翻版。在第一草案公布后,思想倾向于社会民主主义的法学家安东·门格(Anton Menger)马上发表他的名著《民法与无产阶级》,以此表明拟定中的民法典严重忽略了“大街上的平民百姓”。第一草案如此激烈地备受责难,以至于第二委员会不得不奉命重新起草民法典。参加者除了法律家以外,还有国民经济学家和实业界人士。在工作了将近5年之后,第二委员会提出了新的草案文本以及“议事录”(1895年)。在第二草案里,以普通法形式被继受的罗马法的痕迹依然俯拾即是。1896年,最终的草案文本由帝国议会通过,德国民法典遂告诞生〔7〕。从做出决定到最终的草案文本被通过,德国民法典的制定前后费时22年多——从1874年到1896年。

四、德国民法典的结构和语言风格

德国民法典是按照潘德克吞法学在十九世纪所发展起来的民法系统学说来安排结构和划分编章的。它包括五编(总则编、债务关系法编、物权编、亲属法编和继承法编),大约有2385个条文。相比之下,由拿破仑主持制定并经常被看作德国民法典“强劲的竞争对手”的1804年《法国民法典》只有三编,在条文上也比德国民法典少100条左右。在德国民法典第一编《总则》大约240个条文里,包括关于

〔7〕 德国民法典于1896年8月18日由德意志帝国皇帝威廉二世签署,1896年8月24日公布于《帝国法律公报》,自1900年1月1日起施行。——译者注

自然人、社团法人与财团法人、物、权利能力与行为能力、意思表示与法律行为、代理、期间与期日、消灭时效、权利的行使、担保的提供等原则上也适用于其他四编的一般规定。第二编《债务关系法》(第 241 条至第 853 条)的前七章包括关于债务关系〔8〕的内容(给付障碍、债权人迟延等)、一般交易条款、由合同而产生的债务关系(成立、内容及终止、双务合同、合同的撤回等)、债务关系的消灭(履行、提存、抵消、免除)、债权让与、债务承担、多数债务人和债权人等的一般规定。它们构成了一般债法。该编第八章的规定构成了特别债法,内容包括各种合同上的债务关系,即由买卖合同、使用租赁与用益租赁合同、承揽合同、雇佣合同、金钱消费借贷与物的消费借贷合同、使用借贷合同、赠与合同、委托合同等典型合同产生的债务关系,还包括各种法定债务关系(由无因管理、不当得利和侵权行为产生的债务关系)。德国民法典第三编(第 854 条至第 1296 条)规定的是关于占有和动产与土地上的权利的法,内容涉及占有、作为无限制的物权的动产所有权与土地所有权,以及用来对动产与土地设定负担并限制所有权的各种权利(限制物权),如役权、抵押权、动产质权与权利质权等。第四编(第 1297 条至第 1921 条)以亲属法关系为对象,包括民法上的婚姻(婚约、结婚、夫妻财产制、离婚等)、亲属(扶养义务、父母子女之间的关系、父母照顾、收养等)、监护、法律上的照管和保佐等内容。构成第五编(第 1922 条至第 2385 条)的,是关于继承顺序、继承人的法律地位、遗嘱(继承人的指定、遗赠、负担、遗嘱的做成与取消等)、继承合同、特留份、继承不够格、继承的抛弃、继承证书、遗产买卖等继承法方面的规定。德国民法典草案本来还有关于国际私法的第六编,主要内容是解决涉外民事案件的法律适用问题的冲突规范。但是,它在德意志帝国外交部的反对下搁浅了。于是把国际私法问题交给一个“国际私法委员会”处理,最终使得国际私法规范仅仅规定在《民法典施行法》里。在这部施行法里,起初规定的不外乎单边冲突规范。只是在距今不远的年代,德国国际私法才被朝着多边冲突规范的方向加以现代化。

在法律条文的措辞方面,德国民法典选择了一种非常抽象和概括的风格,有意识地与口语拉开距离,而使用一种法律行业语,具有特别抽象的构词法和必须具备民法学科的知识才能理解的术语。在这一点上,德国民法典不同于比它早 100 年左右问世的、容易理解和贴近民众得多的《法国民法典》。对非法律家来说,德国民法典的措辞在很大程度上是不可理喻的。这要归因于 19 世纪使法律家语言形成行业语的德国潘德克吞法学。诸如意思表示、法律行为等制度,无不体现了概念构成之高度抽象的特点。甚至可以这样说:德国民法典的制定者偏好过度抽象、远离生活和不必要地复杂的规定。与结构分编相同,德国民法典的语言风格也并非

〔8〕 债务关系法与债权法、债务法、债法在德国民法典的语境下是同义词,参看译为德国民法典第二编的标题加的注解(第 241 条之前)。——译者注

针对社会生活的实际表现形式,整部民法典是由抽象的一般概念和形式逻辑的范畴构成的体系。在这一问题上,训练有素的法律家十分重视概念术语的学科上的精确性。德国民法典从来没有被理解成大众的民法典,而向来被理解成专家之法。从来没有人为了照顾作为法律服从者的普通市民而力图使它变得一目了然和通俗易懂,因为人们信赖作为专业人士而受过严格训练的法律家。

归根结底,作者认为,德国民法典的抽象性和概括性证明是可取的。在一个变得越来越复杂的世界里,民事法律关系在很大程度上已不再能够贴近生活和直截了当地加以调整;具体的生活事实简直是不能一眼就看清楚的,加之它们也很快变得不稳定,以至于任何仍旧包罗这么广的民法典不可能毫无漏洞。相反,德国民法典的抽象性和概括性却由于高度的灵活性而使得民法典的规范即使在生活关系不断变化的情况下也能够继续存在,因为适应的问题已经转移到了法律适用的层面。

五、德国民法典的百年发展

自德国民法典于1900年1月1日施行以来,100余年过去了。两次世界大战、独裁者阿道夫·希特勒统治下的纳粹政权(1933年至第1945年)和第二次世界大战后以社会主义市场经济为基础的自由之社会、经济和法律秩序的建立,虽然在许多细枝末节上改变了德国民法典并深刻地留下了痕迹,却容许它在实质性内容上存在下去。到第一次世界大战为止,德国民法典几乎完全没有被修改。只是在纳粹时期,由于“非法治秩序”的缘故,它才被广泛地修改。然而,根本性的变革是在1945年以后才发生的。1949年5月23日的《德意志联邦共和国基本法》对民主的和社会的联邦国家做了规定,在这样的国家里,一切国家权力来自人民,立法受到合宪秩序的约束,行政权和司法权受到法律和合宪秩序的约束(《德意志联邦共和国基本法》第20条、第28条)。一个多世纪的德国民法典历史证明:这部法典是能够适应经济、政治和社会里各种各样的生活关系的。

比较一下1900年1月1日施行时的德国民法典和它目前正在施行的文本,就会发现它在亲属法领域的修改最具有持续性。起初,婚姻法、夫妻财产制、亲子关系法和监护法仍然带有强烈的男尊女卑色彩,尤其表现在对未婚母亲和非婚生子女的歧视上。今天,早期的、带有父权制色彩的婚姻与家庭制度,已经朝着构筑在男女平等以及消除婚生与非婚生子女的差异之上的亲属法制度的方向发生变化。但是,在债法特别是合同法领域也可以看出多处修改来,因为不少规定正是为了保护德国民法典起初的文本所忽视了的经济上的弱者而增加进来的。尤其是通过一般交易条款、消费者金钱消费借贷合同或者上门交易等消费者保护法方面的规定,从德国民法典中产生出了主张社会正义的合同法,从而告别了德国民法典施行之初的自由主义构想。在不法行为法(侵权行为法)领域,通过承认一般人格权,现代化进程也受到了推动。比较而言,德国民法典关于物权法的第三编和关于继承法的第五编则较少发生变化。值得注意的是:时至今日,欧洲联盟法已经成为包括

德国民法典在内的德国私法继续发展的重要渊源。在这方面,由于欧盟指令的转换,德国民法典被有增无已地欧洲化。德国民法典中的给付障碍法和消费者保护法(上门交易撤回法、异地交易法、部分时间居住权法和消费者贷款法等)就是这样通过2002年1月1日生效的《债法现代化法》被整个地重新规定,进而跟邻国的法律协调一致的。在债法特别是合同法领域,欧洲联盟法的成分正变得越来越大。迄今为止,欧洲联盟法在私法领域的创制仍然限于局部领域,但可以预见,它们将朝着欧洲民法典意义上的欧盟私法的方向发展。

2002年1月1日开始施行的《债法现代化法》给德国民法典带来了影响深远的改革。陈卫佐中译本所依据的德文的德国民法典文本理所当然地考虑到了这部法律和它对德国民法典的深刻修改。这是迄今为止100余年的德国民法典历史上在债法领域最为广泛的立法举措。概括起来说,债法改革的五个重点以及渗透于诸多民法局部领域的引人注目的特性尤显突出:首先,立法者决定在消灭时效法上全然抛弃旧的、被认为是不可透视的、各不相同的消灭时效制度,大大缩短了普通消灭时效期间,使它由过去的三十年变为现在的三年。其次,一般给付障碍法也实现了根本性的现代化。尤其是过去不同形式的给付障碍及其不同构成要件和法律效果,被按照“积极侵害合同”的模式统一起来,加以简化,归结到“义务的违反”(Pflichtverletzung,德国民法典第280条第1款)这一核心概念上来了。第三,在买卖合同法上,由于欧洲联盟的消费品买卖指令,立法者觉得有必要重新定义物的瑕疵和权利瑕疵,革除对物的瑕疵和权利瑕疵的区别对待,重新界定瑕疵担保权并延长瑕疵担保期间。从此以后,正如中国和德国同为条约当事国的1980年《联合国国际货物买卖合同公约》^[9]所规定的那样,出卖人有义务交付没有物的瑕疵和权利瑕疵的买卖物;无瑕疵性属于履行义务。第四,在从此跟买卖合同法更好地协调的承揽合同法上,规定了承揽人对权利瑕疵的新的责任。第五,《债法现代化法》还将最重要的消费者保护法纳入德国民法典,包括一般交易条款法、上门交易撤回法、异地交易法、部分时间居住权法和消费者贷款法等。

六、德国民法典的价值观念

在制定德国民法典的时代,将德意志帝国组成一个新的联邦国家的诸邦实行的是所谓君主立宪的宪政制度。按照这种制度,制定法只有经过议会多数同意才能获得通过,税务主权也归这些邦的议会享有,地方上侯爵的权力在政治上受到了限制。然而内阁的组成却是君主的事情。所以说,德国民法典起源于国体还压根不民主,而且只能非常有限地称做法治国家的年代;那是一个专制国家和帝王国家

[9] 该公约很不幸地被其中文本称做“国际货物销售合同公约”,其中的“销售”只表明出卖人一方的行为。实际上,这种合同涉及购进和销售两方面的行为,称做“国际货物买卖合同”更妥。参看译者为德国民法典第433条第1款第1句加的注解。

的年代。

从思想史上说,德国民法典的基础可以追溯到伊曼纽尔·康德(Immanuel Kant)的伦理学的人格至上论和亚当·斯密(Adam Smith)的国民经济学。和《法国民法典》一样,德国民法典的基础乃是合同和所有权这两个中心制度。在社会伦理与道德领域,十九世纪末叶德意志民族的价值观念仍然深受基督教的影响,以天主教和新教这两大教派的信仰最有代表性。市民的道德以义务意识、家庭意识、勤劳节俭和诚实信用为内容。但在工人阶级和知识分子中的一部分人看来,受到卡尔·马克思(Karl Marx)和弗里德里希·恩格斯(Friedrich Engels)影响的唯物主义哲学也具有一定意义。

19世纪末富于影响的政治上的自由主义所要求的,是不论身份差异与宗教差异而一律平等地适用于所有市民的私法。作为这样的私法的法典化形式的民法典应当坚决地避开一切身份秩序,个人的私法地位也不应由身份差异与宗教差异决定。民事财产法(债法和物权法)必须随时为促进工业化和将市场经济引向繁荣而提供法律制度和行为方式。所谓社会问题,也就是保护因经济发展而部分地蒙受损害的工人阶级并使之适应市民社会的问题,并没有引起制定德国民法典的立法者的特别重视。从总体上说,法典编纂固然应当有助于实现所有市民自由平等的思想,但是立法者干脆假设实现这一思想的前提在制定德国民法典的时候就已经存在了。

立法者认为,必须首先制定适于交易、灵活应变的财产制度。根据德国民法典第157条和第242条的一般条款,合同法被置于诚实信用原则之下,诚实信用原则应当同时作为法律之未来发展的出发点。在物权法(关于动产与土地上的物权的法)上,明晰的法律规则和具有公信力的动产交付与土地登记制度应当随时为物权的归属和转让提供法律的安定性。继承法以概括的权利承受和家庭成员继承为基础,并赋予私法自治的遗嘱自由以广阔的空间。

德国民法典施行时,支配民事财产法(债法和物权法,特别是合同法)的,是意思自治的、有批判力的权利主体(市民)的观念,以形式上的均衡原则为出发点,实质上的合同伦理则无关紧要。对于被看作原则上自由平等的各个市民,民法应当首先为他们提供可为利己的目的而加以利用的工具。因此,德国民法典并没有让社会去影响或者保证契约自由和私有财产所有权的前提,而是干脆假设每个人都拥有意思自治的权能,不单方面地因某一当事人的权力而为他人所左右。

只是由于消费者保护运动,许多旨在保护经济上的弱者的单方面具有强制性的法律规范才被加进德国民法典,使市场交易的另一方(经济上的强者)负有信息提供义务和其他行为义务,以保证双方当事人的实际谈判权力的“等距离”和等值性。在诸如消费者贷款法、消费品买卖法、上门交易撤回法、一般交易条款法以及部分时间居住权法等领域,这一点表现得很明显,但在住房使用租赁法领域也看得

出来。消费者保护的目的是,首先在于避免有着不平等谈判地位的合同当事人双方订立不合理的合同。举例来说,今天后工业化的社会秩序和经济秩序在一定程度上是由如下事物决定的:含有一般交易条款的格式合同、新的合同类型(如融资租赁、保付代理和特许专营等)、合同的网络化(如经销合同、供应商合同等)以及以计算机为支持的通讯方式(如以电子意思表示在因特网上订立合同),等等。

时至今日,在这方面重要的私法秩序原则仍然是私法自治。它与市民的自我责任相联系,让市民原则上自己决定其权利的行使与法律关系的形成。在基本法上得到保证的人的尊严和个人发展自由,要求每个市民原则上自负责地调整其生活形态及其与他人的关系,既不受他人的管束,也不受国家机关的管束。然而德国民法典的制定者已经认识到,立法者自己必须在制度上创造和保证在当事人的意思自治中订立合同的必要前提。由于义务结构的强烈扩张,原先严格按照个人主义和自由主义拟定出来的债权合同法被大幅度地修改。结果,它现在不但规定当事人在合同有效期内的义务,而且规定他们在合同订立前和终止后的义务。在侵权行为法上,一般交易安全义务的创设,是市民的社会责任意义日益增加例证:旧的自由主义的侵权行为法,只是规定了在侵害绝对权利和保护性法律以及在故意实施违反善良风俗的行为时的损害赔偿义务(德国民法典第823条、第826条)。所谓损害概念的规范化,已经使得损害赔偿法的保护领域大为扩展。德国民法典第823条第1款意义上的“其他权利”和一般交易安全义务显著地拓宽了这一制度。跟1900年的德国民法典相比,今天的侵权行为法保证生存利益、完整性利益和财产利益的程度大大提高了。反过来说,留给职业活动、营利活动和政治活动的回旋余地无疑比以前狭窄了。

在社会主义市场经济秩序和现代多元化、多文化社会里,个人的私法自治包含在市民互相尊重的关系中。每个人都有义务对一切人实行尊重,每个人都有权利向一切人请求尊重;这一关系作为在法律上的共同关系中的一切共同生活以及各项法律关系的基础,是法律上的根本关系。个人自由受制于连带地兼顾价值更高的利益的原则,因为个人自由并不是孤立的,它只能在社会的共同体中受到保护。由这项原则出发,同时得出了信赖保护原则:作为权利主体,每一个市民理应能够尽可能地信赖他人和由他人建立起来的关系,并且以此为行动的基础。在这一意义上,德国民法典已经从古典的自由主义的私法,发展成为用自由主义的眼光来看具有社会性的私法,兼顾到了《德意志联邦共和国基本法》第28条所规定的社会国家原则。

如果说在德国民法典施行之初的德意志帝国还存在相对自由的市场经济,那么,在100余年后的德意志联邦共和国所实行的是混合的经济制度,国家对经济过程的干预限制了契约自由和私人对物与权利的处分权能。个人主义原则和社会责任原则互为补充、相得益彰;代替旧的、自由主义的民事财产法的,是使当事人对社

会、国家担负义务的债权债务法和物权法。

七、解释方法与适用方法

不管立法者在编纂民法典时多么小心翼翼,对德国民法典来说,民法解释学上的需要始终存在着。在施行后的数十年里,德国民法典注释和有关教科书的数量就如雨后春笋一般涌现出来。这带来了德国民法学新的全盛时期。遗憾的是,这一全盛时期在1933年至1945年纳粹暴政年代和第二次世界大战结束到《德意志联邦共和国基本法》于1949年5月23日通过并于次日生效这段时间里被迫中断了。

德国民法乃是科学的法。这意味着民法规则确立的过程,不光是立法者表决和法官裁判的过程;法学家们不但酝酿法律改革方案和有批判力地参与其事,而且常常对法律问题寻根究底、探幽析微。于是乎科学、立法和司法共同致力于法的继续发展。但人们跟德国民法典打交道的方法以及解释与适用的方法绝不是一成不变的。

在德国民法典施行的年代,盛行的是滥觞于19世纪的概念法学,它特别重视互不抵触的规范之毫无漏洞的体系以及逻辑的、形式上的法律适用。在理想的情形里,法律适用无非是把构成要件逻辑地涵摄于法律规范。但是,早在20世纪20年代,以鲁道夫·冯·耶林、菲利普·黑克、鲁道夫·米勒-埃茨巴赫(Rudolf von Jhering, Philipp Heck, Rudolf Müller - Erzbach)为代表人物的所谓利益法学就赢得了影响。利益法学把每一条法律规范看成对利益冲突所做出的决定,从而把对争执双方的利益分析特别地纳入到法律适用中。最近几十年,利益法学已经发展成为所谓评价法学,其代表人物是卡尔·拉伦茨、约瑟夫·埃塞尔、克劳斯-威廉·卡纳里斯、卡斯滕·施密特(Karl Larenz, Josef Esser, Claus - Wilhelm Canaris, Karsten Schmidt)。按照评价法学的观点,立法者和法律适用者的活动终归是未然的发展过程,处于中心地位的应当是在各条法律规范和法律适用中表现出来的价值判断。在德国,起源于美国的法经济分析只能获得作为辅助工具的次要地位而已。此外,撇开社会学、分析哲学和语言学方面强烈的批判性建议不谈,跟德国民法典打交道的科学方法始终受制于民法注释学上的解释理论,致力于用在主体之间可证实的方式来理解和宣示有待解释的法律条文。

通常,法律适用者很快便遇到这样的问题,即现实生活中的案情很少像课堂上法律教员为了说明抽象、概括的法律规范所举的具体事例那样简单明了,而是要纷繁复杂得多。恰恰在这里,法律家的本职工作就开始了:他必须解释法律,也就是探究法律的真实意义,以确定法律的可适用性。就解释方法来说,词义、含义上的关联、产生史和规范目的都对于法律规范的解释有决定性作用。依照词义所作的解释(文字解释和语法解释)既是出发点,也是归宿,因为其他解释方法均不得导致超出尚属可能的词义范围的结果,况且明白的词义原则上也是有约束力的。依

照含义上的关联所作的解释(体系解释)力图在法律体系的关联中理解和宣示法律规则;合宪性解释也属于这种解释。依照产生史所作的解释(历史性解释)则较多地回答关于法律目的的问题,但它只具有有限的意义,因为生活关系变化之快,往往很快就为立法者的历史意思所不及。按照通说,起决定作用的也不应是历史上立法者的主观意思,而是立法者的客观意思。历史性解释的有限意义还在于,立法者没有看到或者根本没有意识到诸多法律适用问题,或者有意识地把它们留待司法裁判和理论学说去解决。在当今的司法裁判中,依照规范目的所作的解释(目的论解释)处于中心地位。结果是目的论方法的优先,认为解释的目标首先是领会并贯彻法律规定的价值评定、正义内容以及合目的性内容。然而,不同的说理与论证方法以及类推适用、目的论限缩、反证法(归谬法)等也属于法学方法。

在德国民法典的发展史上,法官通过判例法而对法的续造所起的作用越来越大。被理解成判例法的,是那些由法院在解释和适用法律的过程中发展起来的、可作为日后裁判的基础的法律规则。虽然在德国法上,法院并不受先例约束,从而不同于英美普通法,但是,长期的、不断的司法裁判可以通过习惯法形式来确立有法律约束力的规则,使之成为独立的法源。这样一来,就立法者未曾预见到的利益冲突来说,通过法官对法的续造,就从司法裁判中产生出新的法律规则,如在现代合同类型(融资租赁合同、保付代理合同和特许经营合同等)或者贷款担保法领域即是如此。

八、中国对德国民法典的继受

中国对德国民法典的兴趣,最早可以追溯到清朝末年。在法律史上,由于不存在市民社会,古代封建社会的中国并没有我们今天所说的系统的、法典化的民法。要说那时就有一些民事方面的法律规范,那它们也只是分散、零星的,而且往往与刑法规范规定在一起,所以有“诸法合体,民刑不分”的说法。近代以来,以民法为研究对象的民法学从欧美各国直接传入或者被经由日本辗转介绍到中国,遂开中国民法法典编纂之先河。但由于市民相对于国家的弱势地位,民法规范依旧备受轻视。

有意思的是,世界上第一个德国民法典英译本(1907年出版)既不是出自欧洲大陆人之手,也不是出自英美人之手,而是由一个当时年仅26岁的中国人翻译和注解的。他就是原籍中国广东的王宠惠博士(Chung Hui Wang, D. C. L., 1881—1958)^[10]。王宠惠早年留学美国,获耶鲁大学比较法博士学位。他后来成为民国时期杰出的宪法学家、国际法学家、外交家和政治家,曾任司法总长、外交总长、内

[10] 关于王宠惠的生平,参看艾芬格:《1946年—1996年的国际法院》,法文版,1999年,第86页、第87页、第153页、第216页(Eyffinger, *La Cour internationale de Justice 1946 - 1996*, 1999, pp. 86, 87, 153, 216);《辞海》(缩印本),上海辞书出版社1999年版,1448页。——译者注