

中德法学论坛

Jahrbuch des Deutsch – Chinesischen
Instituts für Rechtswissenschaft der Universitäten
Göttingen und Nanjing

南京大学-哥廷根大学中德法学研究所 编

第1辑

2002



南京大学出版社

Verlag der Universität Nanjing

中德法学论坛

南京大学—哥廷根大学中德法学研究所编

第1辑

2002

南京大学出版社

**Jahrbuch des Deutsch-Chinesischen
Instituts für Rechtswissenschaft**

Herausgegeben vom Deutsch-Chinesischen Institut für
Rechtswissenschaft der Universitäten Göttingen und Nanjing

Band 1
2002

Verlag der Universität Nanjing

图书在版编目(CIP)数据

中德法学论坛[2002]/南京大学—哥廷根大学中德法学研究所编.
—南京:南京大学出版社,2003.11

ISBN 7-305-04049-5

I. 中… II. 南… III. ①法律—中国—文集 ②法律—德国—文集 ③比较法学—中国、德国—文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 081549 号

书 名 中德法学论坛[2002]
编 者 南京大学—哥廷根大学中德法学研究所
出版发行 南京大学出版社
社 址 南京市汉口路 22 号 邮编 210093
电 话 025-3596923 025-3592317 传真 025-3686347
网 址 <http://press.nju.edu.cn>
电子信箱 nupress1@public1.ptt.js.cn
经 销 全国各地新华书店
印 刷 江苏新华印刷厂
开 本 787×960 1/16 印张 14.25 字数 270 千
版 次 2003 年 11 月第 1 版 2003 年 11 月第 1 次印刷
ISBN 7-305-04049-5/D·479
定 价 26.00 元

* 版权所有,侵权必究

* 凡购买南大版图书,如有印装质量问题,请与所购
图书销售部门联系调换

目 录

德国 2002 年债法改革

- 德国债法改革对“一揽子解决”方案的选择——论债法现代化法草案
..... 赫尔塔·多伊布勒-格梅林(1)
- 德国损害赔偿法的改革 沃尔夫冈·多伊布勒(19)

环境法

- 经济中的环境保护——法律框架和经济意义 乌韦·布劳洛克(31)
- 江苏地方环境法规效益评估与体系优化对策研究..... 张梓太 周 杰(38)

法和历史

- 德国法学教育的优势和不足 沃尔夫冈·塞勒特(60)
- 欧洲法的历史基础 汉斯-彼得·本纽尔(81)

名家论坛

- 德国人格权法律保护问题及其最新发展 福尔克·博伊廷(88)
- 国际刑事法院之路:罗马规约的产生和基本内容..... 阿尔宾·埃泽尔(95)
- 权力、规则和原则——谁主导 WTO/GATT 法?
..... 迈因哈德·希尔夫(122)

研究所论坛

- 中德反不正当竞争法律责任体系比较研究..... 邵建东(141)
- 德国股份公司股东知情权研究..... 余永利(158)
- 德国比较广告研究..... 李大雪(173)
- 电子邮件广告及其法律评价..... 杨 阳(186)

研究所动态

- 中德法学研究所更名纪实..... 方小敏(212)
- 中德法学研究所入学考试和学习生活..... 唐 莹(215)
- 编者的话..... (217)
-

Inhaltsverzeichnis

Die Entscheidung für die so genannte Grosse Lösung bei der Schuldrechtsreform zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts	
.....	Herta Däubler-Gmelin(1)
Die Reform des Schadensersatzrechts	Wolfgang Däubler(19)
Umweltschutz in der Wirtschaft — rechtlicher Rahmen und wirtschaftliche Bedeutung	Uwe Blaurock(31)
Untersuchung über die Gesetzgebung zum Umweltschutz in der Provinz Jiangsu ...	
.....	Zhang Zitai/Zhou Jie(38)
Glanz und Elend der Juristenausbildung in Deutschland	Wolfgang Sellert(60)
Historische Fundamente des europäischen Rechts	H.-P. Benöhr(81)
Probleme und jüngste Entwicklungen des Persönlichkeitsschutzes in Deutschland ...	
.....	Volker Beuthien(88)
Auf dem Weg zu einem internationalen Strafgerichtshof: Entstehung und Grundzüge des Rom-Statuts	Albin Eser(95)
Power, Rules and Principles—Which orientation for WTO/GATT Law?	
.....	Meinhard Hilf(122)
Vergleichende Forschung über das Rechtshaftungssystem im chinesischen und deutschen Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb	Shao Jiandong(141)
Auskunftsrecht eines Aktionärs im deutschen Aktiongesetz	Yu Yongli(158)
Eine Studie über vergleichende Werbung	Li Daxue(173)
Email-Werbung und ihre rechtliche Bewertung	YangYang(186)
Bericht über die Umnennung des Deutsch-Chinesischen Instituts für Rechtswissenschaft	Fang Xiaomin(212)
Bericht über das Studium im Deutsch-Chinesischen Institut für Rechtswissenschaft	Tang Ying(215)
Epilog	(217)

德国债法改革对 “一揽子解决”方案的选择

——论债法现代化法草案

赫尔塔·多伊布勒－格梅林

2002年1月1日,德国债法现代化法已正式生效。对这部法全面准确的认识和掌握必须以其制定及制定期间涌现出的问题为前提。2001年5月9日,联邦政府出台了债法现代化法草案(BR-Dr 338/01)。2001年5月14日,社会民主党和联盟90/绿党组成的党团将该草案作为党团草案提交给联邦议会(BT-Dr 14/6040)。联邦议会法律委员会在7月初举行为期两天的听证会,就该草案进行了讨论。该草案一直都是众多学术评论的对象。这些学术评论对草案中的建议进行了建设性的深入分析,但同时也对债法现代化提出了一些普遍性的,甚至是原则性的反对观点。在下面这篇首发于2001年夏的论文中,当时的德国联邦司法部长论述了该草案的内容和立法理由及草案出台前所作的思考和抉择,并针锋相对地对那些主要的反对意见进行了探讨,对正确把握和理解德国债法现代化法具有重要参考价值。

赫尔塔·多伊布勒－格梅林 (Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin): 法学博士,教授,德意志联邦前司法部长(1998-2002)。

Am 9. 5. 2001 hat die Bundesregierung den Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts beschlossen (BR-Dr 338/01). Die Fraktionen der SPD und Bündnis 90/die Grünen haben ihn am 14. 5. 2001 parallel als Fraktionsentwurf in den Deutschen Bundestag eingebracht (BT-Dr 14/6040). Der Entwurf, der Anfang Juli in einer zweitägigen Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages diskutiert worden ist, war und ist Gegenstand zahlreicher wissenschaftlicher Erörterungen, die sich konstruktiv mit den Vorschlägen auseinander setzen. Es werden aber auch einige allgemeine, dafür aber umso grundsätzlicher gemeinte Bedenken gegen die Modernisierung des Schuldrechts vorgetragen. Im folgenden Beitrag legt die Bundesministerin der Justiz Inhalt und Gründe von Entwurf und Vorgehen dar und setzt sich kritisch mit den wesentlichen Einwänden auseinander.

一、对“一揽子解决”方案的选择

1. 欧盟 1999/44 号指令的规定

(1) 前言

债法现代化法旨在实现两个目标。一方面要转化欧盟的三个指令。它们分别是欧洲议会和欧洲理事会 1999 年 1 月 25 日《关于消费品买卖和消费品担保的 1999/44 号指令》(以下简称《消费品买卖指令》)^[1], 欧洲议会和欧洲理事会 2000 年 6 月 29 日《关于打击商业交易中延迟付款的 2000/35 号指令》^[2]以及欧洲议会和欧洲理事会 2000 年 8 月 6 日《关于电子商务的 2000/31 号指令》^[3]的第 10 条、第 11 条和第 18 条。另一方面, 消灭时效法、一般给付障碍法和买卖法应当予以现代化, 消费者保护法应纳入《德国民法典》。对于在转化指令背景下选择所谓的“一揽子解决”方案的决定, 消费品买卖指令的三项规定实质上起着决定性作用。下文将详细阐述。

(2) 买受人的履行请求权

根据《消费品买卖指令》的第 2 条第 1 款, 出卖人承担向买受人交付无瑕疵物的义务。“无瑕疵”意味着什么, 《消费品买卖指令》第 2 条第 2 款至第 5 款对之进行了详细说明。有关瑕疵的规定总的来说符合德国法上承认的主观缺陷概念 (subjektiver Fehlerbegriff)^[4], 并没有提出什么新观点。新内容仅仅是如果买卖物不能表现出按照制造人的公开表示, 特别是在广告和标示中所表现的应当具有的品质, 那么该买卖物同样有瑕疵^[5]。这种革新对于条款的结构意义不大, 因此不必赘述。具有更重要意义的是出卖人应当有义务交付没有瑕疵的买卖物。这一义务在《德国民法典》第 433 条第 1 款中并没有以明示的方式规定。《德国民法典》仅在不得存在权利瑕疵方面规定了出卖人相应的义务 (见第 434 条)。与此相应的, 有关出卖人权利瑕疵担保的条款援引了一般给付障碍法, 也就是债务人 (出卖人) 为其未履行合同义务承担责任 (第 440 条第 1 款)。

对出卖人的物的瑕疵担保责任规定则不同。关于这一责任的法律本质是有争议的。^[6]诚然, 《德国民法典》的第 433 条和第 459 条反对这样的观点: 买受人的履行请求权是基于交付一无瑕疵的物并转移该物的所有权。有关出卖人的物的瑕疵担保责任的条款包含了一个独立于履行请求权的调整瑕疵后果的特别规定。新的《德国民法典》再也不能坚持这样的观点了。指令要求^[7]无论如何履行请求权都同样适用于物的瑕疵担保责任, 由《德国民法典》统一调整。如果是这样的话, 买卖合同中的义务规定将与承揽合同中的义务规定相一致, 而承揽合同的瑕疵担保法却

从根本上区别于买卖合同的瑕疵担保法。在承揽合同中,直至验收前都毫无争议地存在履行请求权,即其核心是按照一般给付障碍法确立的,仅仅是通过一些特别条款加以修改的请求权。这一请求权将来必须对特别债法中最重要的交易之一,即买卖也同样适用。

(3) 消除瑕疵请求权

《消费品买卖指令》的第3条第2款赋予买受人请求交付一件无瑕疵的物或请求消除瑕疵的权利。《德国民法典》第480条第1款也为种类物买卖规定了交付无瑕疵物的请求权。而不论是对特定物买卖还是对种类物买卖,《德国民法典》中都没有规定消除瑕疵请求权。此外,这么做主要是反对这样的观点,即交付无瑕疵的物属于出卖人的合同给付义务。只在涉及的是由合同约定的消除瑕疵的费用情形下,《德国民法典》才在第476a条中提到了消除瑕疵请求权。消除瑕疵在德国只是德国合同实践中一种为法律所忽视的现象,现在必须为法律所调整。由于这样的消除瑕疵请求权并不能毫无关联地写进德国买卖法^[8],合乎目的解决方案应当是,这一消除瑕疵请求权首先在法律上有归属,之后人们才能找到一个理性的解决方案。归类并不困难,承揽合同法在《德国民法典》第633条第1款已经规定了这样的消除瑕疵请求权。当买卖合同法在义务规定上必须与承揽合同法相一致时,在规定消除瑕疵请求权上也几乎没有别的问题。《德国民法典》第633条第1款的消除瑕疵请求权与履行请求权的表现形式也没有什么不同。也就是说,这样的条款必须纳入买卖法。

然而同时也存在困难,即在买卖法中对相关的问题存在着两种不同的解决方案:出现权利瑕疵的情况下将回溯到一般履行权,该履行权是履行请求权,而非消除瑕疵请求权。而对物的瑕疵无论如何都应当在买卖法中引入消除瑕疵请求权,就像我们的《德国民法典》第633条承揽合同法中已规定的那样。对物的瑕疵和权利瑕疵没有覆盖的领域,特别是没有写入法律的有关积极侵害债权的基本原则,法律迄今仍援引一般给付障碍法的规定。因此立法者面临具有决定意义的体系上的问题:他是否应该为同一个问题,即出卖人没有按合同约定进行给付,规定数个不同的调整方法?无论如何,这么做在客观上没有必要,也缺乏合理的理由,而且不利于方便地适用法律。^[9]

(4) 消灭时效期间

《消费品买卖指令》所强制的最显著的改变便是将买卖物的瑕疵担保的时效期间由迄今的6个月延长至2年。附带要说明的是,现在有人持这种观点,即可以通过改变《德国民法典》第477条中的担保请求权的消灭时效将该指令内容转化为内国法。^[10]这么做的话将会忽略以下问题,即单单延长买卖法中的消灭时效会使消

灭时效期间制度的统一性成为问题。首先,消灭时效的延长不仅适用于买卖法,按照《消费品买卖指令》第1条第4款,它同样适用于承揽合同法的一些部分,因此,承揽合同法的时效期间也必须予以直接修改。假如像草案所建议的那样,将指令包含的承揽合同归于买卖合同之下^[11],依旧不能解决买卖法特有的消灭时效期间和消灭时效期间整体制度间的协调性问题。因为,《德国民法典》不同条款的价值结构必须不依赖于条款的归属而保持一致。立法者必须阐明他为什么在买卖和在承揽合同中将时效期间延长至2年。除此之外,要对同样的事实作不同的处理^[12],立法者还要回答这样的问题,即为什么在这样的情况下坚持已被认为是断裂的、前后不一致的《德国民法典》的消灭时效期间制度是合理的。另外,立法者在1998年改革商法时已经决定重构消灭时效期间制度^[13],而考虑到买卖法指令工作已经结束,这一点又被放弃了。

2. 现行法的弱点

(1) 前言

根据上文论述,立法者在将《消费品买卖指令》转化为国内法时不应仅局限于买卖法。立法者必须回答触及到一般消灭时效法和给付障碍法体系的问题,因此,立法者也不得不详细分析现行法相关条款的弱点。

(2) 消灭时效法

德国的消灭时效法再也跟不上时代,而且内部不协调。约130条的条款规定了不同的消灭时效期间。相近的事实适用不同的时效,却分辨不出客观的动机。总而言之,缺乏一个协调的制度。^[14]现行消灭时效期间主要表现为:对于许多生活事实规定了较短的消灭时效,其中有一部分甚至短得难以忍受;而对所有《德国民法典》没有调整的请求权则规定了长达30年的消灭时效。这一消灭时效期间不仅适用于在《德国民法典》中根本就没有规定的、或者对之没有特殊消灭时效规定的合同关系,如果具体的请求权在《德国民法典》中没有规定或者对具体的请求权《德国民法典》没有特别的消灭时效规定,则主要适用一般的30年时效。这就导致基于同一个合同的不同具体请求权的消灭时效不仅不同时开始——这通常是要避免的——而且这些消灭时效期间持续的时间完全不同,而且对其没有一个客观的理由说明。典型的例子就是承揽合同中损害赔偿请求权的消灭时效期间,某一情况下依据《德国民法典》第638条只有6个月,另一情况下依据《德国民法典》第195条可有30年的消灭时效,区别仅仅在于看损害是由因果关系近的还是因果关系远的瑕疵引起的^[15],这一区分标准难以理解。消灭时效期间的不同,特别是一些特殊消灭时效过短促使司法判例进行新的建构,以避免在“正义性案件”中适用过短的消灭时效期间,并给予较长的期间。但这导致了债法的不协调,不能为人们

长久接受。

(3) 给付障碍法

给付障碍法主要有两个缺陷：一方面调整的重点落在实践中很少出现的给付障碍形式即给付不能上，其构成多变，且主要是对每一种变化形式都规定了不同的解决方式。相反对于实践中最重要的给付障碍即履行不当(Schlechterfüllung)，故对履行不当的调整是不连贯的，而且每一次对履行不当的调整都不同，以债法特别法包含了履行障碍法为限，一般障碍法就根本没有予以调整。这不能成为立法技术的典范，另一方面也会导致德国法中的合同规范对于国际合同而言越来越缺乏吸引力，因为所有在实践中重要的东西不是表现在法律中，而是表现在司法判例中。

(4) 买卖法

按照《消费品买卖指令》，买卖法必须毫无疑问地从根本上予以重新建构。买卖法必须在内容上同承揽合同相符。必须放弃有关特定动物买卖的特殊条款(《德国民法典》第 481 条及以下有关牲畜买卖的条款)以及植物买卖的特殊条款(《谷物交易法》第 24 条)，总而言之就是必须建立一项统一的制度。这一新的调整方案考虑到了买卖法的所有弱点。按照指令，损害赔偿问题有待解决，而《德国民法典》对此显然作了偏向于出卖人的规定。依据第 463 条及以下条款以及第 480 条第 2 款买受人的损害赔偿请求权仅在限制性非常强的条件下方存在。

(5) 消费者保护法

《德国民法典》于 1896 年由帝国议会通过，旨在为德国制定一部统一的民法。《德国民法典》的制定者并没有致力于将民法所有的素材全部纳入《德国民法典》中进行调整。1896 年的《分期付款法》和 1909 年的《建筑债权担保法》就是明证。但是，至少将德国民法的基本规定都写进《德国民法典》，为德国创制一部统一民法的目标才能实现，这样的观点也是正确的。而将信贷法写入《德国民法典》一开始就没有成功。

现在人们必须要确定，除了信贷法以外，《德国民法典》在其他方面也久未满足要求。民法的重要素材一直都是特别法的调整对象，这些特别法对民法素材的调整方式不尽相同。这也使得我们的民法制度总的来说比较不透明。一个值得关注的例子就是《一般交易条件法》。《一般交易条件法》调整的核心问题是，怎样的合同规定才能成为合同的组成部分，且合同规定允许有怎样的内容。这两者都属于《德国民法典》的核心调整范围。然而在这两个方面，《德国民法典》的规则都没有表现出事实评判的基础。今天，适用《德国民法典》关于订立合同的规定再也不能解决纳入一般交易条件的问题。当事人的支配自由原则也因为《一般交易条件法》

受到了极为不同的限制。在这一点上,《德国民法典》的文本也掩盖了真实的法律状态。但是,《一般交易条件法》首先在广阔的领域里具备了原本应是《德国民法典》具有的功能;《德国民法典》成为如今借助《一般交易条件法》,通过一般交易条件及一般交易条件内容控制进行调整的众多法律领域的立法依据。而这原本应是《德国民法典》通过一般债法条款所要实现的目的。

3. 评价

买卖法指令的通过不仅使欧盟立法处于关键时刻,也使德国国内立法面临重大的转变。这一次已不是在一部短小的特别法中进行法律转化的问题,尤为必要的是对《德国民法典》的核心合同类型作一次根本的重构。这一重构仅在对一般给付障碍法和消灭时效法进行重新建构的前提下才能得以实现。因此德国联邦司法部决定采用“一揽子解决的方式”,以此一气呵成解决问题。

这种观点其实并不会让行家感到吃惊。早在1992年债法委员会公布其决定报告的时候,联邦司法部就表达了把“一揽子解决”的建议上升为法律的希望。1994年在明斯特举行的德国法学家大会上,大多数法学家都持赞同意见,仅有个别人表示反对。对建议的学术讨论是持久而深入的,债法委员会的专家意见也受到法学家们的评论、评价和评估。^[16]

那时这些建议还没有转化成法律草案,因为同一年欧盟部长会议批准了委员会关于消费品买卖的绿皮书,从而发出了起草《消费品买卖指令》的信号。人们理智地期待《消费品买卖指令》起草的结果,以尽量减少转化指令的总代价。在这一指令出台并和谐地融入债法委员会的建议之后,再回溯到这些建议则是水到渠成。^[17]

二、债法现代化法之规定概述

1. 消灭时效法:政府草案重新建构了消灭时效法。

(1) 普通消灭时效期间

将来,普通消灭时效期间共计3年(政府草案第195条)。其并非始于请求权的产生,而是从债权人知悉产生请求权的情况时或者其应知悉但出于重大过失而处于不知悉状态时起算(政府草案第199条第1款)。将时效起算与知悉标准或可知悉标准相衔接,同时也要求适用绝对的消灭时效期间,可以使债务人在一定的时间之后获得法律安全。即使在债权人不知情的情形下,其请求权也因10年不行使而罹于时效消灭。但这一点当然不适用于因生命、身体、健康或自由遭受损害而产生的请求权(政府草案第199条第2款)。对于这类请求权和对需经特别长时间才

届清偿期的债权则适用现行消灭时效规定中适用于侵权行为法的、更长的、从侵权行为发生时起算的30年绝对时效(政府草案第199条第3款)。从结果上而言,新的一般时效期间比现行法有更广的适用范围,更切合实际需要并使许多特殊时效期间变得不再需要。

(2) 特殊规定

适用为期3年的新的普通消灭时效也并非没有例外。在少数情况下仍存在30年的消灭时效,比如返还请求权(政府草案第197条第1款第1项)。在其它情形下则规定了较短的或者另行建构的期间,比如买卖合同和承揽合同基于瑕疵的请求权的消灭时效(政府草案第438条、634a条)。

(3) 中止和中断

将来消灭时效法也能不仅仅局限于确定消灭时效期间长短和消灭时效期间的起算,还包括关于事件是否能以及怎样的事件能停止时效期间的进行(中止),或者事件是否能以及怎样的事件能使消灭时效期间重新计算(以前叫中断,现在叫重新起算)。尽管针对某类事实构成适用中止足以解决问题,然而现行法大多还是规定消灭时效重新起算。按现行的法律态势,其结果就是一方面过于加重了债务人的负担,另一方面在承认相关情况上立法者过于保守。

现在政府草案修改了这两个方面的规定。时效的中断仅在承认行为和执行为时适用。其它的事实构成都导致消灭时效的中止。中止是消灭时效期间在相关情况下持续进行的期间,比如一法律争议的持续时间停止运行,在该状态结束之后给予债权人一后续期间。这些事实构成在本质上都接近于现行法中中断的事实构成。特别新添加的内容是在现行法中仅零星提到的谈判时消灭时效的中止(政府草案第203条)。除此之外,未成年人因为其性自决权受损而享有的请求权也应延缓至其成年(政府草案第208条)。

2. 给付障碍法

(1) 给付障碍法的法典化

按照现行法,给付障碍法的核心案类是通过适用由判例和学说发展起来的法律制度得以形成的。这些法律制度是:

- 缔约过失责任;
- 积极债权侵害;
- 交易基础丧失;
- 基于重大事由预告终止。

这些不同的法律原则将来应在《德国民法典》中进行规定。政府草案的规定建立在司法判例的基础之上,却无意设定司法判例的界限。因此对这些规定的解释

可以回溯到迄今为止的司法判例中。具体说来政府草案包含以下条款:

——缔约过失责任:政府草案第 241 条第 2 款、第 311 条第 2 款和第 3 款,其责任条款是政府草案的第 280 条第 1 款;

——积极侵害债权:政府草案第 241 条第 2 款,其责任条款为政府草案第 280 条第 1 款,一定条件下还同时适用政府草案第 281 条和第 282 条;

——交易基础丧失:政府草案第 313 条;

——基于重大事由预告终止:政府草案第 314 条。

特别是后两项法律制度,它们被设计为一般规定,其它条款的特殊规定要优先于它们适用。诚然,法律草案同时也致力于取消相应的特别条款。

(2) 统一的违反义务的构成要件

现行法没有为给付障碍的损害赔偿制定统一的条款。而是针对具体案情通过特别的损害赔偿构成要件进行调整,这些损害赔偿构成要件有一部分是在司法判例中发展起来的。将来情况会有所改变。基于损害合同义务而产生的损害赔偿请求权的基本条款应是政府草案的第 280 条。如果要求的是“简单的”损害赔偿,则政府草案的第 280 条作为损害赔偿条款就已足够。典型例子就是潜在的买受人在进入百货商场踩在香蕉皮上滑倒所遭受的损害。^[18]

如果要求的不是“简单的”损害赔偿,而是要求以损害赔偿替代履行(以前称因不履行而产生的损害赔偿),还必须满足政府草案第 282 条和第 283 条规定的附加条件。附加条件按照各有关案情而不同。比如,对一些实践中重要的给付障碍,如对迟延和履行不当由政府草案第 281 条,对给付不能由政府草案第 283 条,对违反其它不涉及给付的附随义务由政府草案第 282 条进行调整。依据政府草案第 281 条,在给付迟延和履行不当的情形下请求以损害赔偿替代给付,通常以事先为债务人设定一给付及继续履行的合理期间未果为前提,同时还要求有过错。诚然,如果确定债务人违反了义务,则可推定债务人的过错,这一点总的来说是适用的。

政府草案的 280 条第 2 款作为损害的基本条款与违反义务紧密联系。违反义务意味着债务人没有遵守出自合同或其它债务关系的主义务和附随义务。违反义务是否归责于他,特别是他是否对违反义务有过错,这些对于违反义务事实构成的成立都不重要。起决定作用的仅仅是客观态势。诚然,如果债务人能证明他对违反义务没有过错,违反义务也不能归责于他,他就没有义务给付损害赔偿(见政府草案第 280 条第 1 款第 2 句)。

(3) 法律条文的组织结构

和现行法一样,给付障碍法也从关于给付不能情形下免除首要给付义务的《德国民法典》第 275 条开始。调整应承担过错(Vertretenmüssen)的现行法第 276 至

278条也未作修改,本质内容得以保留。而现行法的第279条则不再作为独立的条款而存在,其内容原封不动地融入了政府草案第276条。

政府草案第280条至第288条调整了损害赔偿的所有情形。与单务合同相比,原来关于双务合同中因不履行而产生损害赔偿的特别条款再也不存在了。

在给付不能情形下依法解除合同及免除对待给付义务应由政府草案的第323、324、326条调整。与现行法不同的是,解除合同可以不再取决于债务人有过错,解除合同也不再排除主张损害赔偿(见政府草案第325条)。

3. 买卖法

(1) 买卖法的统一

a) 对物的瑕疵和权利瑕疵作统一调整

现行买卖法对权利瑕疵的调整适用有关履行的条款,即第280条及以下条款和第323条及以下条款,而为物的瑕疵规定了在一般债法中所没有的、特别的物的瑕疵担保法。按照草案,物的瑕疵和权利瑕疵将被统一对待,即按照一般给付障碍法调整。

b) 摒弃物的特别瑕疵担保法

现行买卖法中不仅有一般的物的瑕疵担保法,还为牲口和谷物制定了特别的物的瑕疵担保法,诚然,后者包含在《谷物交易法》中。这些特别的物的瑕疵担保法现已被摒弃,而应适用于买卖中物的瑕疵和权利瑕疵情形的一般给付障碍法取代了其位置。相反,调整不涉及给付障碍的试验买卖、再买以及先买的特别规定则未加修改,得以保留。另外,《联合国国际货物买卖合同公约》也未作修改包含于草案中,诚然,现行买卖法与公约的规定是较接近的。

(2) 履行请求权与物的瑕疵

在规定出卖人的义务时作了两处重大修改:

——交付无瑕疵买卖物成为买受人履行请求权的内容(见政府草案第433条第1款第2句)。

这成为使一般障碍法同样适用于买卖的基础。

——如果双方当事人没有特别约定买卖物的性质,则同现行法中一样,买卖物须满足人们对其的一般要求。与现行法不同的是,买卖物满足买受人按照制造人的公开表示,特别是广告和标示而可期待的对买卖物的要求也在“一般要求”之列(见政府草案第434条第1款第3句)。

(3) 瑕疵责任的结构

最深刻的变化涉及买卖中给付障碍条款的结构。现行规定采用的是三分法:对权利瑕疵适用一般履行法;对物的瑕疵适用买卖独有的物的瑕疵担保法;而一般

给付障碍的条款,特别是积极侵害债权的法律原则,仅在这些条款和原则没有为上述两项特别规定所排除时方可适用于买卖合同。这种三分法在将来不复存在。在买卖中当适用一般给付障碍法,并且与其涉及的是物的瑕疵还是权利瑕疵无关。其结果就是,不论是物的瑕疵还是权利瑕疵,如果出卖人对瑕疵有过错,而该过错是可推定的(见上文),均按政府草案第 280 条及以下条款承担损害赔偿赔偿责任。除此之外,政府草案的第 276 条还提到了债务人在没有过错时损害仍须归责于他的情形,特别是买卖法中,如果出卖人担保了特定品质的存在或权利的无瑕疵或者承担了别的担保,则纵使他没有过错,仍需承担相应责任。

买卖法的新条款总的说来均适用于所有的买卖合同。政府草案一般并不区分买受人是否为消费者。可在一些条款中,这并不合理;这些条款应当仅适用于消费者:

- 承担担保时关于担保意思表示透明性的规定(政府草案第 477 条);
- 关于证明瑕疵发生时间的举证责任的规定(政府草案第 476 条);
- 关于偏离约定的规定(政府草案第 475 条)。

4. 承揽合同法

(1) 适用范围

按照现行法第 651 条,在定作新的可替代的动产时,买卖合同法的条款继续排斥了承揽合同法的条款的适用。这一例外会被扩大,因为《消费品买卖指令》的条款同样也适用于有关不可替代的动产的承揽合同。

(2) 给付障碍法

第二处修改涉及给付障碍法。在承揽合同中也不应再适用特别的物的瑕疵担保规定,而适用新的一般给付障碍法的规定。这对于定作人在验货之前的境地而言并不意味着有什么区别,而在验货之后其法律地位仅有细微的改善。他同样有一般履行请求权。基于一般履行请求权,在工作成果有瑕疵的情形下如满足一般给付障碍法中规定的条件,定作人也能主张损害赔偿或解除合同。

5. 消费者保护法纳入《德国民法典》

(1) 《一般交易条件法》

政府草案规定,《一般交易条件法》融入《德国民法典》,成为第 305 条至 310 条。同时,新的条款在组织和结构上沿袭了《一般交易条件法》,并作为一个整块融入,以便使法律适用的过渡较为容易。然而仍存在一些修改:

——关于将一般交易条件纳入合同的条款将来也普遍适用于保险合同,而不仅仅适用于无追认义务的保险合同。为德国邮政和电信企业这两个领域设立的纳入条款的例外也降至不可通过协议改变的程度[如邮箱、间接电话通讯(call by

call-verfahren)等];

——取消了对身体损害的责任标准降低至重大过失的可能性,因为《欧洲经济共同体第93/13号指令》(即所谓的条款指令^[19])不允许这么做;^[20]

——政府草案第307条第2款第3句现以法律的形式提出了透明性命令。

现行《一般交易条件法》第11条的第8至11项被概括为一项,但内容上没有大的改变。因为第8至11项建立在给付障碍法和物的瑕疵担保法的现行结构上。

(2)《消费者借贷法》

《消费者借贷法》^[21]融入《德国民法典》,规定在买卖合同法之后(政府草案第491条及以下条款)。同时,《消费者借贷法》的条款也受到金钱借贷条款的约束(政府草案第488条及以下)。这导致两个重要的改变:

——条款的结构不同以往:如果借贷按照消费者借贷法不仅是借贷,也是所谓的融资便利,那么借贷按照新条款则仅仅是纯粹的金钱借贷。融资便利因而被独立开来加以规定(《德国民法典》第499条及以下条款);

——政府草案第490条规定了由司法判例发展起来的抵押贷款情形下的非常规预告终止权。^[22]

(3)异地销售和上门销售行为的撤销权

《异地销售法》^[23]和《上门销售行为撤销法》^[24]的条款未作修改而被纳入《德国民法典》。诚然,为了促进法律文句的更新,在《德国民法典》中此时只应涉及基本规定,而信息披露义务的细节则纳入按照政府草案第4条尚需修改的所谓“信息披露义务条例”。此外,关于撤回权行使条件及其法律后果继续得到了统一(如在所谓受约束行为情形下政府草案第355条第3款和政府草案的第358、359条)。

(4)电子商务。政府草案第312e条规定了电子商务中的合同义务。在此,《德国民法典》也仅仅包含了基本规定,而此情形下的细节则纳入有关信息披露义务条例中。对信息披露义务的违反按照一般规定加以制裁。重要的是政府草案的第312e条不仅涉及企业主和消费者之间的交易,对纯粹的企业主合同也同样适用。

(5)《部分时间住房使用权法》

《部分时间住房使用权法》^[25]同样也不加修改地纳入到《德国民法典》中。《德国民法典》同样仅作基本规定,细节也包含在《信息披露义务条例》中。