

周友军 杨垠红 译 周友军 校

奥地利普通民法典

(2012年7月25日修改)

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)

(Stand BGBl. I Nr. 68/2012)

清华大学出版社

奥地利普通民法典

(2012年7月25日修改)

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)

(Stand BGBl. I Nr. 68/2012)

周友军 杨垠红 译

清华大学出版社
北京

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

奥地利普通民法典(2012年7月25日修改)/周友军,杨垠红译.--北京:清华大学出版社,2013

ISBN 978-7-302-32336-5

I. ①奥… II. ①周… ②杨… III. ①民法-法典-研究-奥地利
IV. ①D952.13

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第093916号

责任编辑:李文彬

封面设计:傅瑞学

责任校对:王荣静

责任印制:李红英

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦A座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:三河市君旺印装厂

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:153mm×235mm 印 张:17.5 字 数:318千字

版 次:2013年6月第1版 印 次:2013年6月第1次印刷

印 数:1~3000

定 价:38.00元

产品编号:052371-01

历史变迁中的《奥地利普通民法典》

——代 序

一、《奥地利普通民法典》的制定

《奥地利普通民法典》(*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, 简称 ABGB)颁布于 1811 年 6 月 1 日,并于 1812 年 1 月 1 日生效。^① 在 18 世纪末至 19 世纪初的自然法的法典编纂过程中,《奥地利普通民法典》与《法国民法典》和《普鲁士一般邦法》一起成为三大经典的私法法典。

(一) 制定民法典的原因

《奥地利普通民法典》的制定可以追溯到 1753 年,其起点是当时的女皇特蕾西娅(Maria Theresia)任命了一个“宫廷汇编委员会”(Kompilationshofkommission),进行民法典起草的准备工作。^② 而促使女皇进行这一任命的直接起因是一份主张实现法律统一的匿名呈文。^③

但深究起来,制定《奥地利普通民法典》的深层原因主要有三个:其一,奥地利的政治改革。正如美国学者艾伦·沃森所言,“对于法典编纂而言,政治因素必定是重要的,当法典问世之时,也必定有适当的政治环境。”^④ 当时,奥地利在与普鲁士的七年战争中失败,为了巩固哈布斯堡家族的统治,女皇特蕾西娅锐意进行改革。其首先进行深刻的行政改革,以努力使奥地利继承的领土合并成一个现代意义上的国家。在此进程中的一大障碍是奥地利君主国的诸多邦域中形形色色、含混杂乱的法律。^⑤ 在此背景下,制定统一的民法典自然就提上了议事日程。其二,自然法思想和开明专制思想的结合。在 18 世纪出现了自然法思想,其晚期发展阶段是理性法思想,同时也出现了开明专制的

① 本法典名称中的“普通”实际上意味着,其属于私法的一般法,也就是说,其是适用于所有私主体的法。与之相对应的是私法的特别法,即仅适用于特定人的团体或者特定阶层的法。

② Rainer, Zur Entstehung des ABGB, in: Geistlinger/Harrer/Mosler/Rainer (Hrsg.), 200 Jahre ABGB-Ausstrahlungen, Wien 2011, S. 26.

③ Gschnitzer/Barta, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., Wien · New York 1992, S. 15.

④ [美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,30 页,北京,中国政法大学出版社,1992。

⑤ 参见[德]茨威格特、克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,238 页,北京,法律出版社,2003。

思想。这两者的结合,就要求法的安定性和法的平等性。所以,当时的人们认为,国家的任务是理解现行有效的法律,并将其法典化。^①其三,法律的统一和完善。在《奥地利普通民法典》颁行之时,在奥地利的不同地区适用不同的法律。而且,各个地区的法律也不能满足当时的需要。^②通过制定统一的民法典,可以解决法律不统一和法源多样化的问题^③,同时,也可以实现完善法律的目标。

(二) 制定民法典的三个阶段

《奥地利普通民法典》的制定经过了一个漫长的过程,自1753年任命“宫廷汇编委员会”开始,到1811年6月1日得到皇帝的批准,经历了58年的时间。^④按照奥地利学者 Rainer 教授的看法,其可以划分为三个阶段:^⑤

1. 第一阶段:自特雷西娅女皇任命“宫廷汇编委员会”至约瑟夫二世(Josef II)去世

1749年,特雷西娅政府决定,在维也纳设立最高司法厅(Justizstelle,今最高法院的前身),目的就是要统一全国的司法实践。而司法统一的第一个步骤就是,于1753年任命了一个委员会,筛选所有的实体法,并为未来的共同性的立法提供建议。所以,该委员会也被称为“宫廷汇编委员会”,其中最重要的成员是阿佐尼(Josef Azzoni)和霍尔葛(Josef Ferdinand Holger)。直到1766年,该委员会才提交了其八卷本的成果,随即被称为《特雷西娅法典》(Kodex Theresianus)。^⑥这一法典被交给考尼茨(Kaunitz)亲王领导的国务委员会(Staatsrat)审议。在审议过程中,批评的意见占了上风,法典没有生效。^⑦对于该法典的主要批评包括:法典的内容所涉及的范围过于广泛,带有教科书风格。而且,过于强烈地受到罗马法的影响。^⑧于是,女皇要求委员会对该法典进行修改,主要是压缩和简化,并任命一名高官豪尔滕(Bernhar Horten)为委员会的新负责人。^⑨

① Floßmann, Österreichische Privatrechtsgeschichte, Wien · New York 1983, S. 13.

② Schwimann, Bürgerliches Recht für Anfänger, 7. Aufl., Wien 2007, S. 17.

③ Floßmann, a. a. O., S. 14.

④ 关于《奥地利普通民法典》起草过程的重要的参考文献包括: Haaras von Harrasowsky, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen I - V (1883—1886); Ofner, Der Ur-Entwurf und die Beratungsprotokolle des österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, I (1888), II (1889).

⑤ Rainer, a. a. O., S. 26ff.

⑥ Rainer, a. a. O., S. 26f.

⑦ 参见[德]茨威格特、克茨前引书,239页。

⑧ Koziol/Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts, Bd. I., 10 Aufl., Wien 1995, S. 10.

⑨ Floßmann, a. a. O., S. 13.

在豪尔滕的领导下,该委员会于1776年最终完成了一部草案,因为豪尔滕在其中发挥了决定性的影响,所以,其也被称为《豪尔滕草案》(*Entwurf Horten*)。^① 1786年11月1日,《豪尔滕草案》的人法部分作为《约瑟夫法典》(*Josephinisches Gesetzbuch*)被颁行。^② 该法典原则上以个人的、自然的自由为基础,而且强调保护市民的自由免受公权力的侵害,可以说具有类似于宪法的性质。^③

由于约瑟夫二世忙于其他事务(如刑法的制定等),导致民法典的起草工作陷入停顿。^④ 不过,约瑟夫二世在位期间,所推行的一系列改革也为《奥地利普通民法典》的最后颁行奠定了基础。1781年,其废除了农奴制,颁布了《宽容令》(*Toleranzpatent*),明确了宗教的差异不应当影响私权利。1783年,其颁布了《继承令》(*Erbfolgepatent*),规定所有社会阶层和所有地区适用同样的法定继承规则。1783年的《婚姻令》(*Ehepatent*),则将原来归教会的婚姻立法权和婚姻诉讼管辖权收归国家。1786年的《约瑟夫法典》保证了人民的自由和平等。^⑤

2. 第二阶段:自利奥波德二世任命法律事务宫廷委员会至《西嘎利茨恩民法典》生效

1790年,利奥波德二世(Leopold II)即位,进入了《奥地利普通民法典》制定过程的第二个阶段。同年,利奥波德二世任命了新的委员会,即法律事务的宫廷委员会(*Hofkommission in Gesetzesachen*),以马蒂尼(Karl Anton von Martini)教授为主席。^⑥ 马蒂尼是维也纳大学一位著名的自然法学者^⑦,在豪尔滕负责的委员会中其就是成员之一。虽然利奥波德二世不幸于1792年过早辞世,马蒂尼还是坚持完成了其工作。1794年,马蒂尼完成了民法典草案的第一部分。在其学生魁斯(Franz Georg von Keeß)的帮助下,于1796年完成全部草案,被称为《马蒂尼草案》(*Entwurf Martini*)。^⑧ 这部草案首次在很大范围内考虑到理性法的理论及其要求。^⑨ 而且,在较大程度上受到《普鲁士一般邦法》的影响。^⑩

① Koziol/Welser, a. a. O., S. 10.

② Floßmann, a. a. O., S. 13.

③ Hoke, *Österreichische und Deutsche Rechtsgeschichte*, Wien · Köln · Weimar 1992, S. 273.

④ Rainer, a. a. O., S. 27.

⑤ Barta, *Zivilrecht: Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken*, Wien 2004, S. 31.

⑥ Floßmann, a. a. O., S. 14.

⑦ [德]茨威格特、克茨前引书,240页。

⑧ Rainer, a. a. O., S. 28.

⑨ [德]茨威格特、克茨前引书,240页。

⑩ Koziol/Welser, a. a. O., S. 10.

随后,《马蒂尼草案》在略加修改以后试验性地先在奥地利的两个地区颁行。^① 1797年2月13日,被西嘎利茨恩(Westgalizien)采用,成为正式的法律;同年9月18日,其又被东嘎利茨恩(Ostgalizien)采用,成为正式的法律。^② 在这两个地区适用的法典,被称为《西嘎利茨恩法典》(WGGB),同时于1798年1月1日生效。^③ 而随着《西嘎利茨恩法典》的生效,《奥地利普通民法典》制定的第二阶段宣告结束。^④

3. 第三阶段:自《原始草案》(Urentwurf)的征求意见至《奥地利普通民法典》被皇帝批准

《西嘎利茨恩法典》在帝国的部分地区生效以后,政府并没有努力将其进一步引入全国,而是要求法律事务的宫廷委员会重新讨论该草案,以制定统一的民法典。《马蒂尼草案》(或者说是《西嘎利茨恩法典》)作为原始草案,成为讨论的基础。^⑤ 蔡勒(Franz von Zeiler)是新委员会的负责人,委员会的重要成员包括哈恩(Haan)和索能菲尔斯(Sonnenfels)^⑥,而马蒂尼则因为年龄原因没有作为该委员会的成员。蔡勒是维也纳大学的教授,作为马蒂尼的学生和后继者,他也是自然法的追随者。^⑦

《马蒂尼草案》首先被寄送给十四个机构征求意见,包括高级法院、各个地方的行政当局以及奥地利当时的四所大学的法律系,即维也纳大学、因斯布鲁克大学、布拉格大学和弗赖堡大学。因为政治上的原因,委员会的工作自1801年才真正开始。在前述机构所提意见的基础上,开始了法典的三读。^⑧ 在三读的过程中,蔡勒承担了主要的工作。1811年6月1日,《奥地利普通民法典》由皇帝批准,在奥地利所辖的所有地区颁行,并于1812年1月1日起生效。^⑨

(三)《奥地利普通民法典》的体例和基本内容

《奥地利普通民法典》共1502条,比此前颁布的《普鲁士一般邦法》和《法

① Koziol/Welser, a. a. O., S. 10.

② Rainer, a. a. O., S. 28.

③ Barta, a. a. O., S. 32.

④ Rainer, a. a. O., S. 30.

⑤ Schwimann, a. a. O., S. 17.

⑥ Gschnitzer/Barta, a. a. O., S. 16.

⑦ 参见[德]茨威格特、克茨前引书,240页。

⑧ Rainer, a. a. O., S. 30. 1801年12月21日至1806年12月22日,是一读,共132次会议;1806年5月4日至1808年1月14日,是二读,共28次会议;1809年11月13日至1810年1月22日,是三读,共14次会议。参见Barta, a. a. O., S. 32.

⑨ Koziol/Welser, a. a. O., S. 10.

国民法典》都要简短。这种简洁也是法典编纂者公诸世人的一种追求。^①从总体结构来看,法典包括如下四个部分:

序编民法的一般规则,包括:民法的定义、法律生效时间(包括溯及力)、法律的解释、法律规范的其他形式等内容。

第一编人法,主要包括人的权利、婚姻法、父母子女关系、收养、未成年人和残疾人的监督和保护等。

第二编财产法,又分为两个分编:第一分编物权和第二分编对人的财产权。在第一分编物权中规定了占有、所有权、担保物权、役权、继承法和共有制度。而在第二分编对人的财产权中规定了合同的一般规则、有名合同(包括赠与合同、保管合同、使用借贷合同、消费借贷合同、委托合同、互易合同、买卖合同、租赁合同与永佃合同、雇佣合同与承揽合同、合伙合同、婚姻协议、射幸合同)和损害赔偿法。

第三编人法和财产法的共同规定,包括四个部分,分别为:权利义务的强化(包括保证、设立担保物权的合同)、权利和义务的变更(包括债的更新、和解除合同、债权转让、债务承担)、权利和义务的消灭(包括债的履行、债的抵销、债的抛弃、债的混同等)、消灭时效和取得时效。

从总体上来看,《奥地利普通民法典》采纳了盖尤斯的《法学阶梯》体系^②,只不过将盖尤斯的人、物和诉讼三编,修改为人法、财产法、人法和财产法的共同规定,又增加了一个序编。在《奥地利普通民法典》颁布之时,其是非常现代和前瞻性的法律。^③在外部结构和技术构造方面,其颇为清晰了然和现代化,胜似《普鲁士一般邦法》。^④而在思想内容方面,虽然该法典颁布于封建帝制时代,但是,其以自然法的思想为指导,远远超越了那个时代,其不仅确立了天赋人权的思想,而且,明确地、有预见性地确立了个人自由和市民平等的原则。^⑤

(四) 马蒂尼和蔡勒与《奥地利普通民法典》

马蒂尼和他的学生蔡勒一同被视为《奥地利普通民法典》的创始人。^⑥这主要是因为两人在这一法典制定过程中的巨大贡献。不过,奥地利学者的最新研究认为,马蒂尼的贡献更大,应当被称为“《奥地利普通民法典》之父”。

① [德]茨威格特、克茨前引书,240页。

② Bydlinski, Allgemeiner Teil, 5 Aufl., Wien/New York 2010, S. 6.

③ Koziol/Welser, a. a. O., S. 10.

④ [德]茨威格特、克茨前引书,245页。

⑤ Schwimann, a. a. O., S. 17.

⑥ 参见[德]茨威格特、克茨前引书,240页。

在豪尔滕领导的委员会中,马蒂尼就已经是其成员之一,后来,其又独自完成了《马蒂尼草案》,这一草案成为《奥地利普通民法典》的原始草案。从内容上来看,《奥地利普通民法典》在很大程度上受益于马蒂尼。可以说,正是马蒂尼在法典编纂方面的长期努力,为后来《奥地利普通民法典》奠定了高质量基础。有学者甚至认为,从数量的角度来看,《奥地利普通民法典》百分之八十到九十的条文来自于马蒂尼。而从质量的角度来看,几乎该法典的所有关键之点都来自马蒂尼。^①虽然这一论断在一定程度上抹杀了马蒂尼之前的法典制定参与者的贡献,但也说明了马蒂尼个人贡献的受认可程度。具体来说,马蒂尼的贡献主要有以下四个方面:

其一,在思想内容方面。马蒂尼是自然法学者。因此,其起草的《马蒂尼草案》深受自然法(包括理性法)的影响。最典型的表现就是最后的《奥地利普通民法典》第7条和第16条规定中。第7条确立了法官可以依据“自然的法律原则”进行漏洞填补,而第16条则确立了自然人都可以因理性而获得天赋的权利。^②

其二,在立法技术方面。马蒂尼认为,在立法过程中,规范的适当一般化和规范的适当具体化的意义,并放弃了《普鲁士一般邦法》中决疑论的做法。因此,他被认为是现代的、“一般化”立法技术的开创者。^③

其三,在法律解释方面。马蒂尼是现代的法律漏洞填补制度的开创者,其明确了法律适用的顺序,即从法律到类推再到自然的法律原则。而在1794年的《普鲁士一般邦法》中,漏洞填补的权力仍然被交给了法律委员会,而不是法官。^④

其四,在法律语言方面。马蒂尼认为,法律应当清晰而简短,就如同上帝的十条禁令一样。^⑤这源于其“民法典”的构想,该构想的核心是以人民作为规范的受众。法典的制定不仅要考虑受过训练的法律人,而且要考虑所有的民众,包括不能读和写,但拥有天然的理解力和记忆力的民众。因此,法典应当清晰、简单、附有例子和说明。^⑥另外,马蒂尼也是德语法律语言的真正的创造者。^⑦

《奥地利普通民法典》的另一位创始人是蔡勒,在该法典三读期间,蔡勒

① Barta, a. a. O., S. 28.

② Gschnitzer/Barta, a. a. O., S. 17.

③ Barta, a. a. O., S. 28f.

④ Barta, a. a. O., S. 29.

⑤ Rainer, a. a. O., S. 29.

⑥ Barta, a. a. O., S. 28.

⑦ Rainer, a. a. O., S. 30.

都是委员会的负责人,并且承担主要的工作。因为其是马蒂尼的学生,而且也是自然法学者。所以,其在完成该法典的最终草案的过程中,仍然贯彻了自然法的思想。但是,他脱离了理性法学说那种没有血肉和理论上的公式化,寻求以折衷的方式促进自然理性与奥地利社会条件的经验主义现实性相结合。^① 蔡勒认为,法律应当按照其内在和外在的质量进行评价。内在质量的原则性标准是正义,这可以从两个方面加以认识,即市民的平等和市民的自由。^② 正是基于这一观点,其排除了晚期专制制度下的社会等级划分,在法典中有预见性地确立了个人自由和市民平等的原则。^③ 而就法律的外在质量而言,其认为,法律应当具有完整性,即可以适用于实际发生的所有案件。因此,法律中应当确立一般性的概念和规则,并且允许法官借助于立法本身的最根本的源泉来填补漏洞。^④ 所以,在法典最终的草案中,蔡勒坚持了马蒂尼已经确立的法律解释原则,并最终成为该法典第7条的规定。

从法典的思想内容来看,蔡勒并没有太多的贡献,而主要是坚持了《马蒂尼草案》中的思想。但是,当时的奥地利正处于梅特涅当政时期,统治者日益专制和倒退,在此背景下,蔡勒可以将马蒂尼的思想保存下来,几乎就是一个奇迹。^⑤

在法律语言方面,蔡勒和马蒂尼一样,都是简短和抽象的表述的捍卫者。^⑥ 因此,《奥地利普通民法典》的语言具有简洁、通俗、亲民等特点。另外,蔡勒有意识地采“抽象的表述”的做法,努力以简洁的表述确立一般的法律原则,使得该法具有较大的灵活性。这使得通过司法实践和法学学术进行法的续造成为可能,从而使得法典持续地保持其生命力。^⑦

二、《奥地利普通民法典》的发展

《奥地利普通民法典》颁布至今已逾两百年,在这一漫长的历史过程中,该法典一直保持其效力。而且,时至今日,奥地利民法的核心部分仍然是《奥地利普通民法典》。^⑧ 不过,据学者统计,截止到2011年2月14日,该法典最初文本中的1502条中仅有861条没有被修改过,而其余的多于40%的条文都

① [德]茨威格特、克茨前引书,240页。

② Zeiller, Grundsätze der Gesetzgebung, Frankfurt a. M. 1944, S. 10ff.

③ Schwimann, a. a. O., S. 17.

④ Rainer, a. a. O., S. 32f.

⑤ Rainer, a. a. O., S. 32.

⑥ Rainer, a. a. O., S. 32.

⑦ Hoke, a. a. O., S. 274.

⑧ Bydlinski, a. a. O., S. 5.

已经被修改过。^①可见,在过去的两百年内,该法典也随着时代的脚步不断发生变化,以适应于变迁中的社会。为阐述清晰,译者拟将其分为三个历史时期,分别予以论述。

(一) 1812年至1938年

在民法典颁布后的一百年内,几乎没有对其进行修改,其从属性法律也仅有几部,如1871年的《强制公证法》和1896年的《紧急通行法》。^②但是,成文法的滞后性也意味着,其必须适应新的社会需要进行修改。所以,在19世纪80年代,要求修改《奥地利普通民法典》的呼声越来越高。这一方面是因为在德国、瑞士和匈牙利正在进行着的法典化运动;另一方面是因为奥地利的民法典应当适应即将来临的工业化时代的技术的、经济的和社会的变迁。^③当时,尤其需要改革的是,妇女和非婚生子女的法律地位、在新雇佣法中雇主和雇员之间的利益补偿,以及居住的问题。^④

1904年,奥地利著名学者昂格尔(Unger)教授提出,应当修改《奥地利普通民法典》。^⑤这一建议受到官方的重视。1907年,在司法部部长克莱恩(Franz Klein)的主持下,在约瑟夫·谢(Josef Schey)的具体负责下,司法部向上议院提交了一份修改法典的建议。最初的民法典修正草案只有86条,但在审议的过程中增加到273条。1912年12月19日,该草案被提交上议院的全体会议审议通过。但是,后来政府决定将该草案以三个修正案(drei Teil-Novellen)的形式,通过皇帝命令的形式发布。^⑥这就是在《奥地利普通民法典》发展史上非常重要的1914年、1915年和1916年三个修正案。

1914年的第一个修正案,涉及人法、家庭法和监护法,以及法定继承;1915年的修正案修改了边界调整法;1916年的修正案是最重要的,其包括了物权法和债权法以及一些人法的规定。在三个修正案通过之后,总共有51个新的条文被加入,而旧的条文中至少有199个条文被修改。在人法、家庭法和监护法中,死亡宣告被适当修改。而且,妇女、非婚生子女、非婚生子女的母亲的法律地位得到改善。在继承法中,婚生的血亲的法定继承权受到限制,而在配偶的继承权方面,其原来享有对遗产的用益权被完全的所有权所取代,配偶

① Ogris, Das ABGB innerhalb und außerhalb Österreichs, in: Geistlinger/Harrer/Mosler/Rainer (Hrsg.), 200 Jahre ABGB-Ausstrahlungen, Wien 2011, S. 4f.

② Schwimann, a. a. O., S. 18.

③ H. Hofmeister (Hrsg.), Kodifikation als Mittel der Politik, Wien 1986, S. 49ff.

④ Ogris, a. a. O., S. 12.

⑤ Gschnitzer/Barta, a. a. O., S. 25.

⑥ Ogris, D a. a. O., S. 13f.

的继承份额按照其究竟是与其死者的子女一起继承,还是与其他亲属一起继承予以确定。在物权法中,相邻关系、不动产抵押贷款等制度被引入,以为工商企业提供必要的自由。在债法中,修改涉及法律行为制度的一般规定,以及瑕疵担保和损害赔偿。在社会的政治方面尤其具有意义的是雇佣合同的改革,现在规定的工资支付时间、雇员非因过错而无法提供劳务时的继续支付工资、雇佣合同的终止期限、雇主的照料义务,都进入了法律规定。^①

从内容上看,三个修正案深刻地受到《德国民法典》的影响。此外,《瑞士民法典》(包括《瑞士债务法》)的准备工作、《奥地利商法典》的规定(包括1861年的《普通商法典》和1897年的《商法典》),以及1900年的《匈牙利民法典草案》,也是修法过程中参考的对象。^②

(二) 1938年至1945年

1938年,奥地利被德国吞并,成为纳粹德国的“东区”,从而进入了纳粹占领时期。《奥地利普通民法典》面临是否可以继续存在的危机。不过,幸运的是,在1938年至1945年期间,《奥地利普通民法典》总体上继续适用。^③ 原因主要有两个方面:其一,位于慕尼黑的德国法学会着手起草一部国家社会主义思想指导下的民法典,如果这部民法典通过,不仅《德国民法典》不再适用,《奥地利普通民法典》也不再适用。^④ 而这部民法典最终没有成为现实。其二,当时的掌权者认为,《奥地利普通民法典》没有《德国民法典》那么自由主义和个人主义,所以,不应当以《德国民法典》取而代之。^⑤

在纳粹时期,两部重要的特别法被颁行,它们深刻影响了《奥地利普通民法典》。一部是1938年7月31日的《关于订立遗嘱和订立继承合同的法》,另一部是1938年7月6日的《结婚法和离婚法的统一化法》,也称为《婚姻法》。“二战”之后,1938年的《婚姻法》被去纳粹化,同时也经过了小的修改(如在婚姻障碍领域),其目前仍然有效。^⑥ 另外,在纳粹时期,奥地利的司法实践和法学研究受到一定的影响,一般条款成为国家社会主义思想进入奥地利民法的突破口。^⑦

① Ogris, a. a. O., S. 14.

② Ogris, a. a. O., S. 14.

③ Schwimann, a. a. O., S. 18.

④ Ogris, a. a. O., S. 17.

⑤ E. Kodek, 200 Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, in: E. Kodek (Hrsg.), 200 Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch und Europäisches Vertragsrecht, Wien 2012, S. 24.

⑥ Ogris, a. a. O., S. 18.

⑦ Floßmann, a. a. O., S. 16.

(三) 1945年至今

1945年,奥地利获得解放,并建立第二共和国。正所谓“法律是社会的一面镜子”,在“二战”之后,奥地利的政治、经济和社会各个方面发生了巨大变化,包括民主政治的发展、工商业的发展、加入欧共体和欧盟等。这些都推动了《奥地利普通民法典》的修改、变化和完善。具体来说,三个方面的直接原因推动了该法典的发展:

其一,现代社会的需求。在现代社会中,科学、技术、信息等各个方面的发展,都要求法律作出相应的回应。正是这一社会需求,不仅使得《奥地利普通民法典》本身被修改、被完善。而且,使得作为法典的从属性法律的大量特别法得以诞生。例如,因应原子技术的运用、基因技术的发展等,于1994年制定了《基因技术法》,1999年制定了《原子责任法》。

其二,新的社会思潮。随着现代社会的发展,新的社会思潮不断涌现,如消费者保护、劳动者保护、动物保护、同性婚姻等,这都使得法律不得不积极予以回应。例如,1979年的《消费者保护法》、1999年的《远程销售法》等都是为了保护消费者而专门制定的法律。

其三,转化欧盟指令。1995年,奥地利加入欧盟。从此,欧盟指令等欧盟的法律对于奥地利产生了深远影响,欧盟指令的转化往往是通过制定或增补从属性法律的形式来实现。例如,《分时使用法》、《远程销售法》、《签名法》、《人口控制法》、《电子商务法》、《远程金融服务法》等,都是为了转化欧盟的指令而颁布的。^①在很少数的情况下,也会直接修改民法典本身。例如,民法典之中的瑕疵担保责任法(第922条以下)的修改,就是为了转化欧盟关于消费物品买卖的指令。^②

因为上述原因,《奥地利普通民法典》在新的历史时期发生了较大的变化,这体现在两个方面:

其一,通过直接修改民法典的形式,使得民法典被增订、废止或修改。1945年以后,《奥地利普通民法典》本身在很大程度上被修正,发生了巨大变化。其中变化最大、最广泛的领域包括:一是人法和亲属法,主要体现在子女身分、婚姻效果、已登记的生活伴侣、管理人、保佐人和姓名等方面。二是物权法,主要包括所有权区分的废止、拾得物、相邻关系等。三是给付障碍法,尤其是履行迟延和瑕疵担保制度。四是损害赔偿法,包括产品责任、道路责任、患

^① Schwimann, a. a. O., S. 18.

^② Bydliniski, a. a. O., S. 5.

者处分等。五是继承法,主要体现在应继份、特留份和遗嘱等方面。^①此外,2001年,在司法部的召集之下,奥地利损害赔偿法草案起草委员会成立。2005年,该委员会完成初稿。^②可以预见,民法典之中损害赔偿法的重大修改,会在不久的将来完成。

其二,通过制定具有从属性的特别法的形式,既使得民法典的规定真正贯彻,也在一定程度上使得民法典被架空。1945年以后,出于对民法典的崇敬,民事法律的改革在很长时间内都仅通过特别法的形式进行,使得民法典也逐渐被架空。^③例如,奥地利目前制定了很多劳动法领域的特别法。因此,使得民法典之中的雇佣合同制度在很大程度上失去了其适用的领域。^④迄今为止,奥地利颁行的作为民法典的从属性法律的特别法有数十部之多,内容涉及婚姻、父母子女关系、未成年人保护、死亡宣告、继承、地上权、不动产登记、租赁、住宅所有权、消费者保护、电子商务、劳动者保护、国家赔偿、产品责任、原子责任、基因技术等诸多方面。^⑤

① Schwimann, a. a. O., S. 18.

② 参见[奥]库齐奥:“《奥地利损害赔偿法草案》中的严格责任”,张玉东译,载《朝阳法律评论》第五辑。该草案的德文版本也已经出版,参见 Griss/Kathrein/Koziol (Hrsg.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, Wien/NewYork 2006.

③ Ogris, a. a. O., S. 18.

④ Koziol/Welser, a. a. O., S. 11.

⑤ 据学者统计,民法典的从属性法律可以归纳为四个大类:其一,人法和亲属法方面,包括:1983年的《管理人法》(SachwalterG)、1983年的《婚姻状况法》(PersonenstandsG)、1985年的《宗教上的子女教育法》(Gesetz über religiöse Kindererziehung)、1985《抚养费预支法》(UnterhaltsvorschußG)、1985年的《扶养保护法》(UnterhaltsschutzG)、1988年的《姓名变更法》(NamensänderungsG)、1989年的《青少年福利法》(JugendwohlfahrtsG)、1992年的《人工辅助生殖法》(FortpflanzungsmedizinG)、1993年的《私的基金会法》(PrivatstiftungsG)、2002年的《社团法》(VereinsG)。其二,继承法方面,包括:1950年的《死亡宣告法》(TodeserklärungsG)、1958年的《单独继承人法》(AnerbenG)。其三,物权法方面,包括:1912年的《地上权法》(BaurechtsG)、1954年的《铁路没收补偿法》(EisenbahnteignungsentschädigungsG)、1955年的《不动产登记法》(GrundbuchsG)、1969年的《土地用益租赁法》(LandpachtG)、1999年的《矿产原料法》(MineralrohstoffG)、2002年的《住宅所有权法》(WohnungseigentumsG)。其四,债法方面,包括:1949年的《暴利法》(WucherG)、1979年的《消费者保护法》(KonsumentenschutzG)、1996年的《经纪人法》(MaklerG)、1997年的《分时使用法》(TeilzeitungnutzungsG)、1997年的《开发中房地产的买卖合同》(BaurägervertragsG)、1999年的《远程销售法》(FernabsatzG)、1999年的《签名法》(SignaturG)、1999年的《转账法》(überweisungsG)、2000年的《人口控制法》(ZugangskontrollG)、2001年的《电子商务法》(E-Commerce-G)、2001年的《电子货币法》(E-Geld-G)、2004年的《远程金融服务法》(Fern-FinanzdienstleistungsG)、劳动法方面的特别法,1981年的《租赁权法》(MietrechtsG)以及其他租赁法方面的特别法,还有损害赔偿法方面的特别法,如1959年的《铁路和机动车责任法》(Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz)、1965年的《受雇人责任法》(Diensnehmerhaftpflichtgesetz)、1949年的《国家赔偿法》(AmtshaftungsG)、1967年的《机关责任法》(Organhaftpflichtgesetz)、1988年的《产品责任法》(ProdukthaftungsG)、1994年的《基因技术法》(GentechnikG)、1999年的《原子责任法》(Atomhaftpflichtgesetz)。参见 Schwimann, a. a. O., S. 18.

三、《奥地利普通民法典》的基本特点

正如德国著名比较法学者茨威格特和克茨教授所指出的,“在三部主要的自然法的法典编纂中,《奥地利民法典》与《法国民法典》和《普鲁士一般邦法》一样亦具有其独特的特征和本身的风格。”^①下面拟从四个方面阐述该法典的基本特点。

(一) 浓厚的自然法色彩

自然法是发端于古希腊的一种法学思潮。^②自然法认为,法律并非是人类任意制定的规则,它以人的社会本性为基础,或者说是因人的理性而被确定下来的规则。^③自然法表现了人们对于普遍有效的、永恒不变的人类共同生活的法的探求。自然法是超越国家,也不以人类的立法活动和法律形式为基础的。^④理性法是自然法的晚期发展阶段^⑤,或者说,只不过是自然法这一世界观的小小历史切面。理性法认为,人类借助于其理性,可以认识到自然的法秩序;法律规范的效力并非来自于习惯或权威,而是因为其是理性的。^⑥从总体上来看,自然法思想经历了一个重要的变迁过程。早期的自然法学者,如亚里士多德认为,自然法的规则是永恒的、不变的。但是,自18世纪中叶开始,这一观点开始发生变化,重要的代表人物是孟德斯鸠。其著有《论法的精神》,主张立法的环境论。其认为,立法者必须考虑其自己国家的特点,包括土地、人民、历史、地理、气候等。^⑦

《奥地利普通民法典》制定的时期,正是自然法风行之时,其受到自然法的深远影响。该法典的两个创始人都信奉自然法思想。马蒂尼认为,国家所制定和适用的实证法,是来自于超实证的自然法。另外,其还受到孟德斯鸠思想的影响,将立法的环境论作为法典起草的基础。^⑧而法典的另一位创始人蔡勒秉持与其老师同样的法理念,在蔡勒于1808年给皇帝的最终法典草案文本中,其附加了一个附件,强调了法典的基本思想和基本原则。^⑨其明确地提出,“法律立足于普遍而永恒的原则和平等的理性原则”,“然而每个国家毕竟

① [德]茨威格特、克茨前引书,238页。

② 参见何勤华:《西方法学史》,6~7页,北京,中国政法大学出版社,1996。

③ Barta, a. a. O., S. 26.

④ Floßmann, a. a. O., S. 12.

⑤ Barta, a. a. O., S. 26.

⑥ Floßmann, a. a. O., S. 12.

⑦ Barta, a. a. O., S. 26.

⑧ Barta, a. a. O., S. 26.

⑨ Rainer, a. a. O., S. 33.

需要本国民族固有的法律的特定条件……气候、资源、商业、通行的交往方式，居民的诚实与不诚实，都对法律形式和各种不同类型的法律行为，对遗嘱、契约、担保及损害赔偿法等有无可否认的影响。”^①

从制度和规则的层面来看，自然法的影响体现在《奥地利普通民法典》的诸多方面，主要包括：其一，对自由和人的尊严的强调。这被认为是自然法在该法典中所取得的重要成就之一。^②其二，以自然的法律原则填补法律漏洞。该法典第7条明确了法律适用的顺序，依次为依据法律规定、类推和自然的法律原则。其三，对于天赋权利的宣示。^③该法典第16条明确规定，每个人“生来就因理性而获得天赋的权利”。其四，“财产”和“所有权”的概念。该法典第285条采宽泛的“财产”的概念，第354条也依据自然法的理念界定了“所有权”的概念，这些都充分体现了自然法的思想。其五，要约人受其要约的拘束、默示的意思表示等合同法规则。^④另外，原法典第866条和第1009条的规定也源自自然法，这些规则后来被耶林运用，发展出了缔约过失责任制度。^⑤其六，损害赔偿法中的过错责任原则和过错责任一般条款。受自然法的明显影响，该法典规避了罗马私法诉讼的繁复多样，在第1295条设立了一个统一适用于契约责任和侵权责任的一般条款，并确立了过错责任原则。^⑥其七，奥地利法律语言的发展。自然法思想还促进了奥地利法律语言的发展。法典的编撰者希望统一奥地利的法律语言，并尽可能减少拉丁语的运用。^⑦这最终推动了德语法律语言的形成和发展，马蒂尼也因此被认为是德语法律语言的真正的创造者。

（二）罗马法的深刻影响

早在1753年，特雷西娅女皇任命“宫廷汇编委员会”的谕旨中就已经明确了，应当借鉴罗马普通法。在后来的法典编纂过程中，这一立法指导思想一直被遵循。事实上，罗马法的影响往往被认为太过深远。所以，在女皇要求修改《特雷西娅法典》时确立了一项原则，即“法律本身不应受罗马法束缚，而要

① [德]茨威格特、克茨前引书，第240页。

② 过去人们一直认为，自由和人的尊严强调的是法国大革命、康德哲学和《普鲁士一般邦法》的成果。但是，最新的研究表明，《奥地利普通民法典》中确立这一原则比前三者都更早。参见 Barta/Palme/Ingenhaeff (Hrsg.), *Naturrecht und Privatrechtskodifikation*, Wien 1999, S. 357.

③ Gschnitzer/Barta, a. a. O., S. 17.

④ E. Kodek, a. a. O., S. 21.

⑤ Gschnitzer/Barta, a. a. O., S. 17.

⑥ [德]茨威格特、克茨前引书，247页。

⑦ E. Kodek, a. a. O., S. 20f.

处处以自然公平正义为基础”^①。罗马法对《奥地利普通民法典》产生了重大影响,主要有两个原因:其一,罗马普通法被认为是“被书写的理性”(ratio scripta),属于自然法的范畴。^②其二,奥地利与罗马帝国的特殊关系,使得罗马法可以直接对该法典产生影响。

罗马法对于《奥地利普通民法典》的影响是全面的,甚至有学者认为,该法典的大部分内容来自于罗马普通法。^③罗马法的影响首先表现在法定的体例上,即采盖尤斯的法学阶梯体系,只是在“人、物、诉讼”的三编制基础上略作改变而已。

就具体制度和规则而已,罗马法的影响主要体现在物权法和债权法领域。就物权法而言,其首先体现为以罗马法上的“交付”(traditio)为基础确立了交付原则(Prinzip der kausalen Tradition,大概相当于债权形式主义)。而且,这是有意识的决定,与自然法中的合意原则(Konsensprinzip,大概相当于债权意思主义)完全不同。^④另外,在诸多的具体制度和规则中,也都借鉴了罗马法。例如,第309条确立的持有和占有的区分,就直接继受于罗马法^⑤;再如,第359条和第360条借鉴中世纪的注释法学派的学说,确立了所有权的区分理论,即区分上位所有权(实体所有权)和下位所有权(用益所有权),这使得在法律上解释封建的领主土地制度成为可能。^⑥此外,役权的诸多规则也都来自于罗马法。

就债法而言,罗马法的影响也非常明显。就合同类型而言,罗马法上诸多常见的合同类型都在《奥地利普通民法典》中被保留下来。而古老的合同形式,如实践合同(如借款合同、保管合同)等,也都被继受。^⑦

(三) 开创性的法典

美国著名学者庞德在评价《奥地利普通民法典》时曾说,“这是一部具有独创性的法律,因为它没有抄录任何其他法律。”^⑧这一评价可能未必完全准确,因为该法典也是借鉴了其他国家的法律而制定的。例如,其财产法在较大程度上来自《普鲁士一般邦法》。^⑨但是,庞德对于该法典开创性贡献的肯定,

① [德]茨威格特、克茨前引书,239页。

② Barta, a. a. O., S. 25.

③ Barta, a. a. O., S. 25.

④ E. Kodek, a. a. O., S. 19.

⑤ Gschnitzer/Barta, a. a. O., S. 17.

⑥ E. Kodek, a. a. O., S. 20.

⑦ E. Kodek, a. a. O., S. 19f.

⑧ [美]庞德:《法典编纂的源流考察》,汪全胜译,载何勤华主编:《20世纪外国国民商法的变革》,北京,法律出版社,2004。

⑨ Gschnitzer/Barta, a. a. O., S. 17.