

德国民法总论

徐国建著



德
国
民
法

经济科学出版社

314
127
369

德 国 民 法 总 论

徐 国 建 著

经济科学出版社

一九九三年·北京

(京)新登字152号

责任编辑：漆 熠

封面设计：卜建晨

版式设计：代小卫

德国民法总论

徐国建 著

·

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销

北京彩虹印刷厂印刷

·

787×1092毫米 32开 10.5印张 234000字

1993年12月第一版 1993年12月第一次印刷

印数：001—800册

ISBN 7-5058-0672-6/D·62 定价：8.00元

序

在世界民法发展史上，德国民法占有很重要的地位。这不仅因为德国民法理论深入、独特，法律体系周详完备，并自成一法系；而且，更因为德国民法对包括我国在内的不少国家民法的发展演变都曾起到或继续有着很大的直接或间接的影响。学习与研究德国民法，考察其理论的发展，实践的演变，并探索它在德国经济发展，社会变化中的作用，无疑可以为我国民法理论的发展以及具有中国特色的民法制度的建立与完善提供宝贵的借鉴。而且，对德国民法的研究也是我国方兴未艾的比较法学的一项任务所在。

正是基于这种认识，本人利用在德国汉堡大学和汉堡马克斯—普朗克外国与国际私法研究所学习与研究的良好机会，较为系统地学习了德国民法，且尤其是总则部分。为了深化自己的学习且同时也为国内法学界提供德国民法理论和实践新发展的信息，本人在参阅较新的德国民法权威著作，且尤其是一些经典的德国大学民法教科书的基础上，写出了本书。

本书的写作与出版得到了汉堡马克斯—普朗克外国与国际私法研究所研究员门策尔(Münzel)教授，中国社会科学院法学所王保树教授、梁慧星教授以及汉堡大学范炎培(Jens-Peter Fante)先生等中国与德国专家、学者与朋友的热情支持与帮助，对此我深致谢意。本书主要是利用我在汉堡的

周末和其他业余时间写就，对我的这种时间安排夫人梅琼给予了充分的理解和支持。在此，我也对她致以谢意。

最后，本人还要衷心感谢我现在所工作的汉堡舒尔茨一诺阿克一贝尔文克尔律师事务所给本书出版所提供的经济资助。

由于本人研习德国法律时日尚短，且水平有限，书中错误在所难免，敬请读者批评指正。

徐国建

于汉堡马普所

1992年2月

目 录

序	1
第一章 总论	1
第一节 民法的概念	1
第二节 德国民法典	4
第三节 德国民法在民法典编纂后的发展	12
第四节 民法的解释与完善	14
第二章 民法上的权利和义务	20
第一节 民法上的权利的概念和分类	20
第二节 民事权利的取得与丧失	23
第三节 民事权利的行使	25
第四节 请求权与抗辩权	26
第五节 权利的保护	30
第六节 民事义务与责任	34
第三章 权利主体	36
第一节 自然人	36
第二节 法人	45
第四章 权利客体	59
第一节 概述	59
第二节 物	65
第五章 法律行为理论	76
第一节 法律行为概述	76
第二节 意思表示	90

第三节	意思的瑕疵	99
第四节	合同	130
第五节	法律行为的解释	155
第六节	法律行为能力	166
第七节	代理	186
第八节	法律行为的形式有效条件	228
第九节	法律行为的实质有效条件	241
第十节	法律行为的条件、期限和同意	258
第十一节	瑕疵法律行为	279
第十二节	一般交易条件	294
附录1:	法、德民法典比较浅论	315
附录2:	本书主要参考资料	326

第一章 总论

第一节 民法的概念

一、私法的概念及其与公法的区别

在德国法律理论上，民法（又称“市民法”）被认为是平等地适用于所有市民的法律部门，是所谓的私法的核心部分。在德国，于1900年以后民法大多由立法编纂起来，这些法典包括洋洋2385条的《德国民法典》及其附属的专门立法，如“一般交易条件法”，“分期付款法”，“婚姻法”，“房屋所有权法”以及“产品责任法”等。

民法是私法的核心部分，那么在德国司法实践和法学理论上，私法究竟又是指什么呢？德国著名的民法学家拉仁兹（Karl Larenz）在其经典的民法教科书——《德国民法总论》中给私法下了一个明确的定义：“私法是调整以平等与自决（私人意思自治）为基础的关系的那部分法律规范”。由此我们可以看出，私法具有两个基本特征：其一，私法是一部分法律规范的总称。因而，一般的伦理与道德规范便不属于私法的范畴。其二，私法所调整的法律关系，是一种以平等与自决为基础的法律关系。这意谓着这种法律关系的当事人的法律地位是平等的，而且，他们是自愿地缔结与保持这种

关系。这种法律关系通常称为民事法律关系，以区别于其他的法律关系。

与私法相对应的是所谓的公法。在德国法学上，公法被认为是调整国家间关系，国家与享有国家权力的机构间，这些机构彼此之间，这些机构与其成员之间的关系以及这些机构本身的组织的法律规范。在德国，公法主要包括国家法（也即宪法或基本法）、行政法、刑法、国际公法以及诉讼程序法。公法与私法的主要区别在于，公法不具有我们上面所述私法的第二个特征。一般说来，公法与私法的区别是明显的，但是，实践中一些法律关系究竟是属于私法，还是属公法管辖不是很清楚的。在德国司法实践中，进行公、私法划分对于各种不同性质的法院正确行使其管辖权，以及对于国家机关正确地行使其职权都具有重要的意义。因为，如果国家机关的某一活动属于私法性质的活动，则应受私法的支配；而如果它属于公法性质的活动，便原则上受联邦或者各联邦州的行政法支配。如果国家机关采用私法上的法律形式组建一定的机构，如私法上的公司，以行使国家机关的有关职能，那么，这些依私法成立的机构也便完全受私法的管辖，除非法律特别规定这些机构应适用特别的公法规定（如“德国股份公司法”第349条以及“德国一般交易条件法”第24条第1款第2项的规定）。德国是一个联邦制国家，各联邦州均享有一定的立法权；但是，各联邦州均不得通过其自己的立法，如地方经济法律规定，改变联邦的私法。

二、一般私法与特别私法

在德国法学理论上，私法通常又被分为两大类，即所谓的一般私法和特别私法，而民法则被认为是一般私法的一个

部分。

一般私法与特别私法的区分标准主要是私法规范所调整的对象以及这些法律规范的适用范围。一般私法所调整的是一种人与人之间的一般性的私法关系，而它所适用的范围则也是所有的人。民法作为私法的一个部分具有一般私法的这些特征，因而，它是一般私法的一个组成部分。相反，与一般私法相对应的特别私法所调整的则是一种特定的职业的人之间的特定的私法关系，这种关系并不产生与存在于所有的人之间。特别私法的适用范围也不具有广泛性，受它管辖的只是那些特定职业的人。特别私法被认为具体包括有关公司、企业的特别法律，如“德国商法典”、“德国股份公司法”、“德国股份有限公司法”、“德国合作社法”、“反对不正当竞争法”以及“反对限制竞争法”，和有关雇员的特别法律，即劳动法。

三、民法与民事诉讼法的关系

一般说来，以民法为重要组成部分的实体私法本身并不去规定这种实体私法规范所规定的实现问题。根据德国基本法第92条的规定，权利的保护，换句话说，也即权利的具体实现，属于德国法院的工作。现行的最初于1877年1月27日颁布的德国“法院组织法”第13条明确规定，民事法律争议由德国一般法院，也即初级法院、州法院、州高等法院和联邦法院行使管辖权。简而言之，民法与民事诉讼法的关系是实体法与程序法的关系，实体法规定民事主体的权利，而程序法则规定这种权利具体实现与保护途径与方法。

德国民事诉讼法的渊源主要是1877年1月3日颁布的“民事诉讼法”以及若干有关民事诉讼的特别立法，如上述“法

院组织法”、1897年3月24日颁布的“强制拍卖法”以及1961年9月8日颁布的“德国法官法”等。德国的民法与民事诉讼法尽管有紧密的联系，但是，它们是作为两个不同的法律部门和法学领域产生和发展起来的。人们不难看出，德国民事诉讼法中的基本概念与德国民法中所使用的基本概念是完全不同的两套概念。

第二节 德国民法典

一、《德国民法典》制定之前德国民法状况

德国在历史上曾经是小国林立的国家。1871年德意志帝国成立，从而结束了国家分裂的局面。在德意志帝国统一德国之前，德国各地方施行不同的法律。象普鲁士、拜恩、萨克森、符腾堡、巴登以及麦克伦堡这些实际上是独立的小城邦国家，都享有广泛的立法和司法管辖权。这其中的一些国家制定了自己的民事法律，如拜恩于1756年制定了《拜恩民法典》，普鲁士于1794年制定了《普鲁士国家一般地方法律》，萨克森也于1863年制定了《萨克森王国民法典》。此外，在莱茵河与易北河之间的一些邦，施行一种所谓的“普通法”。这是一种经过法学家和司法实践加以改造了的罗马法。在莱茵河流域地区适用所谓的莱茵法，也即1804年的《法国民法典》。而在巴登则适用1808/1809年的《巴登地方法律》。这实际上是1804年《法国民法典》的一个翻本。总之，19世纪德国的民法极不统一，呈现一幅斑驳陆离的画面。

二、关于是否应制定统一的《德国民法典》的争论

在德国民法发展的早期历史上，围绕德国是否应该制定一部统一的民法典，曾有过一次大的论争。这场论争在德意志帝国统一以前，在代表激进资产阶级利益的德国自然法学派与维护德国容克地主利益的历史法学派之间展开的。争论的焦点，在于是否有必要以及能否在当时制定一部整个德国都予以适用的统一的民法典。

德国自然法学派的学者认为无论是当时德国社会经济，政治制度的发展，还是德国法学的状况都提出了制定一部德国统一的民法典的要求，而且，制定此种法典的条件也已具备。当时海德堡大学教授蒂波特(Anton Thibaut)是赞成制定统一的民法典的主要代表。他于1814年发表了题为《论制定全德法典的必要性》一书，主张德意志联邦必须制定一部适合本国条件和人民需要的法典。这种主张完全适合于资本主义经济发展形势的要求，在当时是有进步意义的。然而，在当时德国的历史条件下，资产阶级尚软弱无力，在社会上占统治地位的是封建贵族和容克地主。而他们为了维护自己的既得利益，极力反对德国社会的进步，而这表现在是否应制定德国统一的民法典的问题上，便是积极反对关于制定这种民法典的提议。反对德国制定统一的民法典的代表人物是德国历史法学派的创始人萨维尼(Savigny)。他于1814年发表了题为“论当代在立法和法理学方面的使命”的论文，极力推崇代表腐朽的封建统治者利益的习惯法，认为法律不是“理性的产物”，而是世代累积的“民族精神”的体现。萨维尼通过对当时业已存在的若干民法典，如1794年《普鲁士国家一般地方法律》、《奥地利一般民法典》以及《法国民

法典》的批评，论证说习惯法比成文法具有优越性。他强调所有法律最初都来自习惯，并指出当时的德国社会尚不是可以将法律以成文法固定下来的时候。以萨维尼为代表的历史法学派反对制定统一民法典的思想是违背当时德国社会发展和民法发展的潮流的。制定德国统一的民法典是大势所趋。

三、《德国民法典》的制定

《德国民法典》制定以前，进行德国法律统一的工作实际上已经在一些法律领域内开始。1834年德国关税联盟建立后，于1848年诞生了一部德国统一的支票法，即“德国共同支票条例”。1861年制定了统一的商法，即“德国共同商法典”，另外，1866年还起草了一部统一债法“德雷斯頓债法草案”。这些立法活动是《德国民法典》制定的前奏曲，在客观上为该民法典的制定积累了立法方面的经验。

1871年德意志帝国的成立，为实现德国法律全面的统一奠定了政治基础。1873年制定的“拉斯克法”（LexLasker）明确赋予帝国进行德国统一民法典编纂的权力，从而为制定《德国民法典》铺平了道路。

1874年成立了一个筹备委员会，就民法典的起草进行准备工作。同年成立民法起草第一委员会。该委员会于1887年起草出民法典第一草案，并且编辑了一本有关该草案的资料，取名为“要旨”。由于该委员会深受以研究罗马法《学说汇纂》为宗旨的潘德克顿学派，且尤其是该委员会成员潘德克顿学者本哈德·温特夏德（Bernhard Windscheid）的影响，该第一草案实际上以在德国一些地区适用的“普通法”为基础。第一草案公布后，受到了很多的批评。1890年帝国联邦参议院组建民法典起草第二委员会。它于1895年完

成民法典第二草案，并编辑出该草案的重要资料“记录”。该第二草案大大摆脱了“普通法”的影响，并力图多注重当时德国社会的社会与经济方面的问题。该第二草案后又在吸收司法委员会意见的基础上，经过修改，而成第三草案。该第三草案在经过稍微的修改后，由帝国联邦议会于1896年8月18日公布，并于1900年1月1日起生效。

四、《德国民法典》的原则

德国立法者编纂该民法典的一个最重要的目的是实现德国民法的统一。他们并不试图通过民法典的编纂，去实现深入广泛的社会改革，而仅仅使编纂的法律适应改变了的社会关系；他们也不试图去进行民法的改革，而只是想把在德国不同地区适用的不同的民法，尽可能广泛地、精确地、全面地、系统地、逻辑地在一部法典中统一起来，并使该法典能够最大限度地回答所有的私法问题，从而使它能够最大程度地保障法律交往的安全。

尽管德国民法典的立法者当初编纂法典时，只具有上述基本的目的。然而，由于法律作为社会上层建筑的组成部分，必然反映社会的经济基础，而且，也必然体现统治阶级的意志，因此，《德国民法典》也自然体现当时德国方兴未艾的资产阶级的意志和要求。这集中体现在法典所贯彻的基本原则之中。《德国民法典》的基本原则有人归纳为：个人所有权、合同自由、合同具有约束力、结社自由、财产赠予权以及遗嘱自由；有人则更简单地归为自由与平等两个原则。其中平等原则主要表现为公民在私法上人人平等（民法典第1条）；而自由原则，具体体现为合同自由（第305条），所有权自由（第903条）以及遗嘱自由（第1937条）等。

《德国民法典》贯彻这些原则，从本质上说固然取决于当时德国资本主义社会的经济基础；但在另一方面，这些原则也是当时在德国占统治地位的哲学和法律思想在该法典中的具体体现。欧洲中世纪结束以后，在罗马法以及“思想启蒙运动”的影响下，“自由”、“平等”等原则也便成为法律的基本原则，而且，这些原则在18世纪以及19世纪初的一些欧洲国家立法中确定下来了。就民法编纂来看，1804年的《法国民法典》便典型地贯彻了这些原则。这个时期，德国法学尤其是法律哲学深受了康德和黑格尔哲学和法哲学思想的影响，在民法典制定之时，对“自由”与“平等”的法律原则已不存在争议，对民法典贯彻这些原则也不存在争议，所存争议只是该法典中如何体现这些原则，以及这些原则究竟应在多大范围内在具体的法律问题上体现出来。

五、《德国民法典》的体例与内容

《德国民法典》仿照罗马法潘德克顿式体例，采用五篇制，即总则篇、债法篇、物权法篇、家庭法篇以及继承法篇。该法典最初共2385条。

“总则篇”（第1~240条）规定民事法律关系的基本问题，包括作为法律关系主体的自然人与法人问题，作为法律关系客体的物的一般问题以及“法律行为”理论，时效与期限、请求权的时效、权利的行使和担保制度等。

“债法篇”（第241~853条）规定民事法律关系中一种最为频繁且最为重要的法律关系——债权债务关系。该篇又大致划分为两部分：即一般债的关系部分和特殊债的关系部分。前者一般地规定债权的内容及其实现且尤其因合同关系所产生的债权方面的一般问题；后者规定各种特殊之债，如

各种合同关系，不当得利和侵权行为之债等。

“物权法篇”（第854~1926条）规定以物为对象所设定的权利与义务关系，包括占有权、所有权、役权、处分权等。

“家庭法篇”（第1927~1991条）规定婚姻家庭方面的法律问题，主要包括结婚、离婚、夫妻关系、父母与子女关系，抚养与赡养制度等。

“继承法篇”（第1922~2385条）是对人死后所遗留财产处理的规定，包括人在生前对死后财产安排方面的制度，如遗嘱、继承合约以及继承关系产生和内容的一般规定。

六、《德国民法典》的立法技术和语言特征

（一）《德国民法典》的立法技术。

一部法典的立法技术主要指它如何安排法典体系，以及把所要调整的关系法律规范化的方法。我们这里所说的《德国民法典》的立法技术仅指上述后一意义上的立法技术，或者更具体地说，是《德国民法典》的立法者适用于该法典的思维风格。总的说来，一部法律的立法技术总是与立法者的立法目的，立法时法律科学的发展水平以及当时人们的一般思维方式紧密相关的。《德国民法典》自然也不例外，它的立法技术体现了立法者的立法目的，反映了当时德国法学，尤其是民法学的发展状况并表明了当时德意志民族的主要思维方式。

民法典的立法方法主要有两种，即具体规定方法和概括与一般化的规定方法。所谓具体规定方法是指，把所要规定的问题逐一列举的方法。这种方法的优点在于，以这种方法所作的法律规定具体明确，易于理解与掌握。但是，使用这种立法方法必须以在立法时能够把未来所可能出现的情况都

考虑到，并都予以规定为前提条件。否则，以这种方法所制定的法律必将会存在很多的漏洞。对此，拉仁兹曾正确地指出，“一条具体的法律规定总难免存在漏洞；而且，它愈是规定得具体，则愈是不全面”。考察法律发展史，不难看出，人类历史上早期的成文法大多是以这种方法制定的，因为这种方法不必以发达的法律科学为前提条件。一般说来，如果立法者要使法律通俗易懂便采用这种立法方法。在这方面，《法国民法典》是一个典型的立法例。

概括与一般化的规定方法是指，把法律所要调整的具体问题加以概括与抽象，从而在法律中仅以一般性的规定来规定这些问题的立法方法。这种方法的优点在于，通过这种方法制定的法律规范，能够把实践生活中所出现的形形色色的问题包罗其中，从而使法律规范尽可能少地出现漏洞。但是，这种方法也存在着诸多的缺点，其中最主要的是以这种方法立法必须使用抽象的概念与定义，因而，以这种方法制定的法律规范大多很抽象、难懂，在实践中有必要对它们作具体的解释。就立法者而言，如果他试图使所制定的法律不存在漏洞，从而谋求法律的稳定与安全以及司法实践中法院判决的可预见性，那么，他便应采用概括与一般化的规定方法或者把这种方法与具体规定方法结合起来制定法律。当然，这样做必须以立法时法学发展的水平能够提供必要的、抽象的概念与定义为先决条件。

就立法技术而言，《德国民法典》采用了概括与一般化的立法方法。该法典使用了很多抽象的概念与定义，法律条文多是一般化和概括性的条款。从民法学的角度看，这部法典充分吸收了民法学的新发展，在民法的立法史上，它首次使用了一些新的民法概念，因而，它是一部杰出的民法学家