

präsentative Deutsche Rechtsliteratur der Gegenwart



当 代 德 国 法 学 名 著

德 国 民 法 通 论

(上册)

[德] 卡尔·拉伦茨/著

王晓晔 邵建东 程建英 徐国建 谢怀斌/译

法 律 出 版 社

当代德国法学名著

ntative Deutsche Rechtsliteratur der Gegenwart

德国民法通论

(上册)

Allgemeiner Teil
des Deutschen
Bürgerlichen
Rechts

I

[德] 卡尔·拉伦茨/著

Karl Larenz

王晓晔 邵建东 程建英

徐国建 谢怀栻/译

谢怀栻/校

法律出版社

当代德国法学名著总序

当代德国法学名著译事之缘起,在乎“取法
人际,天道归一”之理念。

天地渺渺,众生芸芸;然天地何以长存不灭,
众生何以繁衍不息?此中必有亘古于今之一般
法则。天地者,自然之谓;众生者,乃自然所赋生
灵之长,人也。而人所以居万物之首而为生灵之
长,概因其不仅是生于自然,而且还能领悟于自
然,进而以理性和智慧的劳动创造受益于自然。
由此而论,天地间至真至善至美,莫过于人与自
然之和谐融合。正如庄子所说:“知天之所为,知
人之所为者,至也。”而中国哲人所言“天人合
一”,实际表明着人类的最高智慧和境界。但是,
最高的智慧未必是功利的智慧,最高的境界往往
不是现实的境界,此乃人类虽为万物灵长,但又
归于万物的本性使然。尽管不无缺憾,但却理所
当然。纵观古往今来,可知人类始终是在理想与
现实、理性与物性的矛盾状态中存在发展。不过,
人出于其自然本性但又以其理性确认的社会
秩序,又使之在这种永远不会解消的矛盾状态中
生存发展成为可能。

自古以来,食色之性、交往之需、名利之求、
功德之义,无论国人洋人、权贵庶民,众生莫不

有之；惟每人认取之价值，或此或彼因人因地因时而异。但基于人之本性所产生的社会，无论东方西方，必然有其共性。于是有老子的古训：“人法地，地法天，天法道，道法自然。”而希腊的斯多噶哲人也说：“按照自然而生活”。由此可知，同属自然之人类，本有其共同的理念与法则。以法律而言，中国、西方法律虽文化传统各异，然毕竟都是人类社会的法律；必然有其共同的人性内涵。所以，考察法律，应着眼超越地域、国度和民族，甚至超越时空的人际层面，努力发现本来属于整个人类的理念和规范，并在此基础上寻求并促进人与人、民族与民族、国家与国家之间越来越普遍深入的交往。吾人之规可为他人所取，他人之法可为吾人所用，概其皆出乎人之本性。所以“取法人际，天道归一”，当为人类社会法律进步之最高思想境界。以迄今历史度之，人类生存发展的必然趋势是越来越普遍深入地相互结合和依赖，经济的全球化和文化的全球化正在相辅相成地迅速演进。在人类发展进程中，产生于人类本性的共性愈多愈充分地为人所认识，则人与人之间、国家与国家之间的交往就愈可能有效和平地进行。作为人类社会的行为规范，任何国家的法律都是人与人之间实现交往、确定关系及秩序的最重要途径。就此而论，可断言未来人类的发展与和平，很大程度上将取决于全人类在法律法则上的沟通与趋同。

本着取法人际或取法自然的理念，当代德国法学名著译事拟系统全面地翻译当代德国法学具有代表性的学术成果。因为德国法不仅为可取之一方法律，而且还与当代中国法制有着特殊的关联。事实上，当代中国大陆、台湾的法制是基于清末民初之际的法律改制发展而来。当时采纳了欧洲大陆法系法制模式，而其中又以汲取德国法律，特别是民法、刑法居多。不仅如此，20世纪以来中国法制和法学的发展还颇受德国法制和法学的影响，现今中国法制和法学的不少思路实际都与后者有关联。因而，中国法制建设和法学进步自然更容易从德国法制与法学中获得启发。此外，

由于近代德国历史法学派和学说汇纂学派对罗马法和罗马普通法的系统研究与整理,近现代德国法学形成并获得了其本身独有的特色,其丰富成熟的法律理论与教条,恰恰是目前乃至 21 世纪我国法学与法制建设所迫切需要的。

当代德国法学名著的选题范围包括法哲学和法的基本理论、国家法、法律史、民法和商法、经济法、刑法、国际私法等内容。选题标准是:德国乃至欧洲法律界已经普遍公认为经典的名著,或在德国普遍使用的有代表性的教科书。与此同时,亦根据我国的实际需要翻译介绍一些有关法律文化背景方面的工具书和著名法学家的传记。初步选题首先由德国学者提出,然后由编委会综合各方面意见,最后根据我国实际需要确定翻译选题。为保证翻译质量,翻译工作严格采取译、校和二审程序。每部译著由一责任编辑审阅或校对。译稿一审通过后,编委会和编辑部就一审提出的问题召开由德国教授和有关译者参加的翻译工作会议;在此基础上,译者还专程前往德国与作者或有关学者探讨翻译的疑难和细节问题。在此方面,德意志学术交流中心(DAAD)提供了有力的支持。在赴德改稿基础上提出的第二稿通过二审后,由译者进一步修改、润色定稿,复经审阅后交付出版社。

系统翻译德国法学名著的想法由来已久,但正式酝酿于 1997 年秋,经过近一年的准备筹划,于 1998 年秋开始实施,拟于 2005 年完成全部选定书目的翻译。应该说,德国文化交流中心的霍恩贝格尔先生(U. Hornberger)和法律出版社社长贾京平先生对促成此项翻译计划起了重要作用,黄闽总编亦助之鼎力。而此项翻译计划能够顺利实施,亦诚有赖编委会和编辑部各位同仁的同志趣和辛勤工作。六位德国著名学者:考夫曼(A. Kaufmann)、克茨(H. Kötz)、克努特尔(R. Knütel)、何意志(R. Heuser)、孟文理(U. Manthe)和胜雅律(H. von Senger)教授在计划拟定、选题推荐

和具体翻译工作中均给了我们以宝贵帮助。德国大使馆柯灵博士 (T. Klinner) 和李雅思先生 (M. Licharz) 以多种方式推动此项翻译计划。德意志学术交流中心驻京办事处主任史翰功先生 (H. Schmidt.) 和施密特-多尔博士 (T. Schmidt-Dörr) 和他的同事们亦为此计划付出了劳动。德国跨国基金会 (Inter Nationes) 对部分书目的出版提供了支持。特别要提及的是,江平、谢怀栻、潘汉典等法学界前辈对于此项工作始终给予着关注和支持,中国政法大学有关部门亦对我们的工作提供了帮助。法律出版社张波、卞学琪先生对出版工作兢兢业业、认真负责。在此,谨对上述所有法律界同仁和有关机构表示由衷的谢意。我之所愿,所有参与此项计划和给予该计划关注和支持的人,都能从此处呈献的工作成果中得到虽非物质的,但却真实诚恳并有长久价值的酬劳。因为,倘若这些成果能够在 21 世纪和中华崛起之际被赋予些微历史和现实意义的话,那么它将胜于所有致谢和嘉言。

米 健

2002 年于京城蓟门

第七版序

从上一版出版以来,发布了许多关于《一般交易条件法》的最高法院的判决。从这些判决可知,就《一般交易条件法》第9条的一般条款所为的判例目前已得到广泛的应用,随后又得到各样的修正。鉴于这是一个包括如此广泛内容的条款,这些判决不会全部是令人信服的。本书中只选用了一小部分,我希望这些判决是在全国具有影响的。同时我也对《德国民法典》第134条和第138条的论述进行了审查,用一些新的判例取代了旧的判例。我新写了一些章节,在形式的许可下作了解释,还新加了一章(第二十九章甲),是就不久之前的两篇论文改成的。我放弃了我从前关于通过“社会典型行为”订立合同的意见。(在本书中)对原有的一些地方的论述作了扩展,但为了防止篇幅增加,对一些地方作了紧缩。我对于泽格尔(Soergel)的注释书的新版(1988年)已注意到,最后还注意了莱嫩(Leenen)在《民法实务档案》(1988年)上的论文。

在校对工作方面,我感谢诺伊纳先生(Herr Assessor Neuner)的帮助。

卡尔·拉伦茨

慕尼黑,1988年10月

第一版序(摘录)

这是一本教学用书,我写这本书在教育上的愿望和我在15年前撰写《债法教科书》的指导思想相同,就是“写一本书,总体上易读、易于理解,而其结构要对所论述的法律制度提供一个最大限度的全面的描述”。这一点,现在仍然如此,不用补充什么。

但这样做并不容易,要达到这一学术上的宗旨、这本书的内在的目的,不是件容易事。民法的总论部分向来是,不仅要论述《德国民法典》第一编(“总则”编)里的各种规定,更要阐明我国民法的体系和基本概念。关于这一点,人们经常把体系理解为构建制度的“外在体系”,把“基本概念”只理解为这个体系内的一些抽象的概念,而对这些概念也只通过它的应用范围的大小和简单的概念内涵去认识。把这样的概念连贯起来作为前提而构建的私法是不够明白的。要充分理解现行法律,依我的确信,要求我们认识那些较之实在法还要重要的一些基本原则,并且通过这些原则组成的总和意义去认识“内在体系”。在这本书里,我将努力阐明这种“内在体系”。

为了不过于增加书的篇幅,我放弃了对国际私法的阐述(国际私法已自成一个教学领

域),只在导言中作了少数说明;还放弃了对私法学历史、法源理论和方法论的论述。这几门学问,如果不把它们作为单独学科或专门著述的对象,就是法学导论的内容。在(德国)普通法时期,当时法学者们的学习只限于学说汇纂法学,这些学问都属于一般私法学的范围,但是从民法也成为法学领域的一门课程后,就不再属于那里了。

卡尔·拉伦茨

1967年

沃尔夫序

《德国民法通论》这部教科书的第1版问世于1967年。在这部教科书中,作者卡尔·拉伦茨(Karl Larenz)主要追求的是下列学术宗旨:不仅仅局限于对《德国民法典》总则编中的法律规定作出阐述,除此之外还要揭示私法的基础,并使读者意识到民法的体系和基本概念。在阐释民法的体系时,拉伦茨不仅分析了所谓的“外在体系”,而且还力求揭示所谓的“内在体系”。在这里,“外在体系”是指对法律事实和法律制度所作的概念上的整理和阐明;而“内在体系”则是指支配整个民法的基本原则以及这些原则之间的实质联系。现在,这本书已经出到了第8版。^{*}第8版的作者认为自己依然有义务去实现上述学术宗旨。新版书通过将这些学术目标同其间已发生的变化相适应的方式,继续发展着这些学术目标。这一事实,决定了有必要对原书的内容和结构作一些调整。这篇跋文旨在向读者概括介绍这些调整的情况。

* 拉伦茨的《德国民法通论》出至第7版(即本书据以翻译的原本)后,著者逝世,以后由沃尔夫增订后,又出第8版,书名改为《民法通论》,由拉伦茨与沃尔夫共同署名,所以这里说的“第8版”指增订后由二人署名的版本,所谓“第8版的作者”指的应为沃尔夫。——译者注

一、整部教科书被烙上了私法上的价值体系的印记,而这个价值体系的基础即是“伦理上的人格主义”,它把人(Person)这一享有自由和尊严但同时负有责任的主体作为范式,置于私法的中心地位。

1. 作为伦理上的人格主义的体现,私法加强了对人格的保护,保护其免受他人的攻击和侵害,特别是大众化媒体的攻击和侵害。在这一保护人格的领域中,联邦宪法法院的裁判对私法产生了强大的影响。联邦宪法法院将自由发展人格的基本权利(《基本法》第1条第2款)同言论自由、新闻自由的基本权利(《基本法》第5条)作了相互界定,因此同时确定了私法对人格权的保护领域与其他私人或机构的侵害行为之间的界限。此外,联邦宪法法院提出了信息自决权。在私法中,此项权利构成了数据保护的基础。因此,新版书在总体上扩大了人格保护的内容。

2. 伦理上的人格主义还包括私法上的各项自由。享有这些自由的各个人,原则上可以任意行使他们的权利,并依据其个人的决定建立同他人之间的合同关系。不过,伦理上的人格主义也要求人们负责地行使这些自由。

为了实现伦理上的人格主义的意旨,防止滥用权利的行为,同时为了在合同关系中创设某种均衡的关系,权利行使的限制以及合同自由的界限现已涉及越来越广泛的范围。与此相联系,以往的自由主义的私法,正在演变成为自由—社会的私法,但私法的出发点依然是权利的自由和合同自由。不过,这些自由受到社会—国家的保护性措施以及团结一致、相互照顾之伦理要求的限制,以便将行使权利的行为纳入到为社会和共同体容受的轨道中去。

团结一致、相互照顾的伦理要求,特别明显地反映在那些禁止不法行使权利的案例中。这些案例经过长期考验,被证明是正确的。例如,禁止行使以非善意方式取得的权利;如欠缺自身利益,行使权利应受到限制;禁止从事自相矛盾的行为;失权。如果说,

个人行使权利的这些界限,必须从特定的个案出发,并考虑到个案的具体情况,分别予以确定的话,那么,在合同自由的界限方面,除了以个案为考察点的违反善良风俗的限制(《德国民法典》第138条)外,一般都具有保护群体利益功能的制度性保护机制,正在取得越来越重要的意义。私法正是通过这种对特定群体的利益的保护,实现着其社会国家的使命。这种保护,起初是对雇员的保护,后来延伸至对房屋承租人的保护,最后涉及到对消费者的保护。对雇员的保护主要是在《德国民法典》之外实现的,《德国民法典》中只有少数几条规定适用于对雇员的保护,而对房屋承租人的保护,则几乎完全纳入了《德国民法典》的体系。对消费者的合同法保护,已成为普通私法和普通合同法的一个重要组成部分。

第8版书对这些发展进行了研究,将它们置于《德国民法典》总则编中,作为普通合同法的组成部分加以探讨。作者指出,经济方面的、信息方面的和心理方面的弱势地位是谈判均势受到干扰的原因,然后对为缓解这种力量不均而规定的保护性措施作了阐述。旨在缓解这种受到干扰的谈判均势的后果、防止不公平的合同关系产生的新的法律制度,包括:法院对一般交易条件的内容进行控制;制定有利于合同弱势一方当事人的所谓半强制性规范;规定旨在保护消费者利益的撤回权。

法院对一般交易条件的内容进行控制,已经积累了数十年的实践传统。在这方面,本书主要是再现了该领域的最新发展,主要涉及下列方面:所谓的透明要求作为法院控制的新的标准,这一标准现在也已成为欧洲私法所采纳;对未经协商的个别约定的内容进行控制;消费者与企业主作为保护要求迥异的合同当事人,如何对他们作出新的界定。

所谓的半强制性规范,就其为维护需受保护的合同当事人利益而强制性地规定了一些最低标准而言,体现了一种新的保护方式。只有在有利于受保护的合同当事人的利益情况下,才能偏离

这些规范,而不得以不利于该当事人利益的方式偏离这些规范。以此方式,合同自由并没有受到完全的限制,而是就有利的约定而言发生效力。当事人之间的约定违反半强制性规范的,不适用《德国民法典》第139条的推定,原则上并不产生合同全部无效的后果,而仅仅使违反禁令的条款无效,合同的其他部分则继续有效。

由于消费者在信息和心理方面的弱势地位而易受欺骗,因此为了保护消费者在法律行为上的决定自由,立法者采纳了一种新的手段,在新近颁行的几部消费者保护法律中规定了撤回权。即使合同已经订立,消费者仍然有一定的考虑时间,而且事后有权解除合同。这一创新也是对合同拘束性的缓和。本书对这一制度作了介绍。

二、私法的基础之一是,不是仅将合同视为包含要约和承诺的订立事实,而是将合同在法律生活和经济生活中的整个现象作为研究的对象。

1. 这一广义上的合同法,也包括合同谈判的法律关系。在这种法律关系中,存在着提供善意的信息并且避免合同不生效力的义务。司法判例对这些义务进行了不断地扩展和具体化。相反,司法判例原则上拒绝从合同谈判中推导出一种订立合同的义务。即使合同谈判已经进行到立即可以订立合同的程度时,也不能认为双方有订立合同的义务。为了在合同订立之前就将合同谈判的中期成果固定下来,进而推动合同的订立,当事人采用各种形式的协议。这些协议借助意向书(Absichtserklärungen; letter of intent)以及有关合同谈判的形式进程的约定,将合同谈判之法律关系予以具体化。而在预约合同情形,一方可负有订立主合同的义务。

2. 对从事法律咨询职业的人来说,在顾及所有当事人利益的情况下具体制作合同文本,具有重要的实际意义。鉴于这一工作的实际意义,尤其是律师界提出了一项要求,要求法学教育不应仅

局限于法官对纠纷的裁判,还应将合同的架构一并纳入法学教育中去。新版书对这一要求加以了考虑,专设一章(第三十二章)介绍合同的架构。在这一章中,作者阐明了法官的[裁判]活动与法律咨询人咨询活动之间的区别,并对法律咨询人的义务作了说明。同时,本章中还指出了对任何一项合同架构工作而言都具有重要性的几项原则,即安全性、低成本性、实用性和灵活性。

3. 随着当事人在商业生活和经济生活中使用现代化通讯手段,如计算机、因特网、电子邮件等,法律行为学说和合同法也必须对这些新型的通讯手段进行处理。因此,新版书不仅在论述到这问题时,而且在研究解释问题、错误问题以及合同订立的特殊形式等问题时,都涉及到了现代化通讯手段相联系的、有关电子意思表示的法律问题。一个需要澄清的问题是,谁应当对由第三人借助电子化通讯技术擅自发出的意思表示承担责任。

三、随着欧洲一体化进程的加快,欧洲法对德国私法的影响也日益增大。欧洲法旨在协调各成员国的私法制度,并根据《欧洲共同体条约》第14条的规定实现内部市场。

《欧洲共同体条约》处于欧洲法规范等级体系的最上端。其中包含的基本自由保障了商品、人员、服务和资本的自由流动,因而禁止一切歧视性的、限制商业和扭曲竞争的措施。私法也必须适应这些要求。所以,我们必须对私法规定作出合乎欧洲共同体条约精神的解释并予以适用。

欧洲共同体的指令对德国私法的影响更为深远和广泛。例如,消费者概念便是基于欧洲共同体诸指令而进入了德国私法(现在是《德国民法典》第13条),使《德国民法典》中增加了消费者保护的要素。旨在保护消费者利益的撤回权,尤其是在上门销售行为中的撤回权,也进入了《德国民法典》的合同法。欧洲共同体关于消费者合同中的滥用性条款的指令、关于远程销售的指令以及关于电子商务、电子签名等的指令,对合同法及合同自由也具

有重要意义。这些指令,已经导致对私法以及《德国民法典》总则编中的许多内容作出了修订。

这些指令的意义,并非穷尽于将它们一次性地转换成各成员国的法律。相反,在任何情况下,都必须遵守欧洲共同体指令中包括的规范性规定。因此,通过所谓的合指令解释,这些指令对各成员国法律的适用产生着影响。不过,对欧洲共同体条约、欧洲共同体指令以及整个欧洲共同体法的解释,原则上不属于各成员国的法院管辖,而是交由欧洲法院承担,以使欧洲共同体法律在所有成员国都能得到尽可能统一的适用。

这些与上述欧洲法的影响联系在一起的新材料,不仅应在内容上体现在《德国民法典》的总论中,而且,它们还影响到法律渊源的学说以及有关解释法律和法官发展法律的方法论的章节。为了反映这些欧洲法的影响,同时也为了为欧洲的法律协调(这种协调恰恰也必须在私法中进行)作准备,第8版的书名改称《民法通论》。^{*}此外,考虑到合同法的国际关联性方面,新版本对《联合国国际货物销售合同公约》有关合同订立的规定作了论述,这些规定与《德国民法典》的规定大体一致。

四、拉伦茨对法学方法论产生了重大影响。他正确地把方法论作为私法的基础的一个组成部分,纳入到他的《德国民法通论》的教科书中去。方法论正在进一步发展,它力求将社会变迁与新的知识予以处理和吸纳。出于这方面的原因,新版本专设一节(第四章第一节第四目)论述法律的功能性调控作用,对结果顾及以及法律的经济分析进行了探讨。此外,还特别指出了论题式方

^{*} 沃尔夫增订后的本书第8版将第7版以前的书名(《德国民法通论》)改为《民法通论》。——译者注

法 (topische Methode)* 以及具有法律拘束力的论证理论 (rechtlich gebundene Argumentationstheorie) (第四章第六节)。

五、除了法律发展的上述变化涉及到民法总则编和合同法的基本脉络外,在个别具体问题上,还应当考虑到其他的一些创新发展。例如,医学的进步重又引发了对自然人权利能力的终止的讨论。在法律上的团体中,民法合伙被赋予了权利能力;最近,这一点得到了联邦最高法院的确认。与此相联系,形态各异的法律上的财产概念获得了越来越重大的意义,特别财产的独立化也具有越来越大的意义(第 21 章)。在代理法中,由于企业和大型组织中的劳动分工日益细化,代理人和谈判辅助人知情的归责和总算 (die Zurechnung und die Zusammenrechnung des Wissens) 具有重要意义。联邦最高法院新近作出的多项裁判就说明了这一事实。新版本对这些裁判作了论述。

六、法律的功能,在于构建社会生活和经济生活,并将社会生活和经济生活引入有序的轨道。法律承担这样的功能,必然会产生这样的后果:除了恒定的法律原则和法律制度外,还会产生新的法律制度和法律原则,以适应变化了的社会关系。在此意义上,新版本力求在维持以前版本的基本思想的前提下,将第 7 版问世以来发生的变化加以论述。在其他方面,由于欧洲法的影响,同时也由于眼下德国议会通过立法程序提出的修订计划,《德国民法典》总则编的内容处于变动不居状态,因此,今后也还将有必要对这本教科书进行修改和重写。

我想利用这个机会,对谢怀栻教授和邵建东教授以及其他译

* 论题式方式最初由费韦格 (Viehweg) 提出,主张在解答和探讨法律问题,不应拘泥于各类解释方法,而应对与某个法律问题相关的一切方面作“全方位的分析”(Rundum-Erörterung)。这些方面既包括立法者在法律中所顾及的未顾及的因素,也包括其他事实上的或评价性的因素。详见拉伦茨—沃尔夫:《民法通论》,慕尼黑贝克出版社 1997 年第 8 版,第 116 页。——译者注

者所作出的贡献,表示特别的赞许和衷心的感谢。他们作为资深的、受人尊敬的德国法和中国法专家,以令人钦佩的、充满牺牲精神的态度,圆满完成了卡尔·拉伦茨著《德国民法通论》的翻译工作。他们翻译此书,为中国和德国法学家之间有关私法的基础以及正确构建私法关系的学术讨论和相互理解作出了重要贡献。我本人曾在中国作过多场报告,并在报告后同中国学者进行过讨论,我了解中国法学家具有很高的知识水平。

在赞许和感谢之余,我也想表达一个愿望,希望这本书的翻译出版成为中德法学家之间进一步开展思想交流的基础,以圆满完成以公正方式平衡个体利益和共同利益这一永恒的任务。

曼弗雷德·沃尔夫 教授,博士 (Prof. Dr. Manfred Wolf)

美茵河畔法兰克福约翰·沃尔夫·歌德大学

2001年7月

(邵建东 译)